



Федеральный арбитражный суд Западно-Сибирского округа
ул. Ленина д. 74, г. Тюмень, 625010, тел. (3452) 799-444, <http://faszso.arbitr.ru>, e-mail info@faszso.ru

ПОСТАНОВЛЕНИЕ

г. Тюмень

Дело № А45-8850/2011

Резолютивная часть постановления объявлена 15 марта 2012 года

Постановление изготовлено в полном объеме 22 марта 2012 года

Федеральный арбитражный суд Западно-Сибирского округа в составе:

председательствующего Маняшиной В.П.

судей Ильина В.И.

Шабалковой Т.Я.

при ведении протокола помощником судьи Ткачевой С.В.

рассмотрел в судебном заседании с использованием систем видеоконференц-связи кассационную жалобу открытого акционерного общества «Мобильные ТелеСистемы» на решение от 12.08.2011 Арбитражного суда Новосибирской области (судья Васютина О.М.) и постановление от 11.11.2011 Седьмого арбитражного апелляционного суда (судьи Бородулина И.И., Журавлева В.А., Усанина Н.А.) по делу № А45-8850/2011 по заявлению открытого акционерного общества «Мобильные ТелеСистемы» (109147, город Москва, улица Марксистская, 4, ИНН 7740000076, ОГРН 1027700149124) к Управлению Федеральной антимонопольной службы по Новосибирской области (630000, Новосибирская область, город Новосибирск, улица Кирова, 3, ИНН 5405116098, ОГРН 1035401913568) о признании незаконным решения.

Другие лица, участвующие в деле: закрытое акционерное общество «Кемеровская мобильная связь» (650000, город Кемерово, улица Демьяна Бедного, 1, ИНН 4207041667, ОГРН 1024200689941).

В заседании приняли участие представители от открытого акционерного общества «Мобильные ТелеСистемы» - Самородова М.Н. по доверенности от 01.12.2011; Управления Федеральной антимонопольной службы по Новосибирской области – Максимейко Е.В. по доверенности от 11.01.2012; закрытого акционерного общества «Кемеровская мобильная связь» - Жиров С.Ю. по доверенности от 13.03.2012, Гнилomedова Е.В. по доверенности от 25.08.2011.

Суд установил:

открытое акционерное общество «Мобильные ТелеСистемы» (далее - заявитель, ОАО «МТС») обратилось в Арбитражный суд Новосибирской области с заявлением о признании незаконным решения от 20.04.2011 Управления Федеральной антимонопольной службы по Новосибирской области (далее – антимонопольный орган).

Определением от 01.06.2011 Арбитражного суда Новосибирской области к участию в деле в качестве третьего лица, не заявляющего самостоятельных требований на предмет спора, привлечено закрытое акционерное общество «Кемеровская мобильная связь» (далее - ЗАО «Теле2-Кемерово»).

Решением от 12.08.2011 Арбитражного суда Новосибирской области, оставленным без изменения постановлением от 11.11.2011 Седьмого арбитражного апелляционного суда, в удовлетворении заявленного требования отказано.

В кассационной жалобе ОАО «МТС», ссылаясь на несоответствие выводов судов фактическим обстоятельствам дела, нарушение судами норм материального права, просит отменить обжалуемые судебные акты, принять по делу новый судебный акт.

В отзывах на кассационную жалобу антимонопольный орган, ЗАО «Теле2-Кемерово» просят принятые по делу судебные акты оставить без изменения, кассационную жалобу - без удовлетворения.

Представители сторон в судебном заседании поддержали соответствующие доводы, изложенные в кассационной жалобе и отзыве на нее.

Кассационная жалоба рассматривается в порядке, установленном главой 35 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.

Согласно материалам дела, по заявлению ЗАО «Теле2-Кемерово» на неправомерные действия ОАО «МТС» антимонопольным органом возбуждено дело № 06-01-60-14-10.

В ходе рассмотрения дела антимонопольным органом установлено, что между ОАО «МТС» и ЗАО «Теле2-Кемерово» заключен договор о присоединении от 21.04.2010 № D 1004406-08.

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

Филиалом ОАО «МТС» «Макро-регион «Сибирь» с 08.04.2010 введена в действие маркетинговая акция «Бонус за входящие» (приказ от 02.04.2010 № С 01/0146-п).

По условиям данной акции в акции «Бонус за входящие» могут участвовать абоненты - физические лица, обслуживаемые на определенных тарифных планах ОАО «МТС» и подключившие услугу «Бонус за входящие». Бонус начисляется за каждую полную минуту входящего вызова с номеров абонентов операторов сотовой связи домашнего региона, за исключением номеров абонентов ОАО «МТС», при условии, что количество полных минут входящих вызовов с номеров абонентов

операторов сотовой связи домашнего региона, за исключением номеров абонентов ОАО «МТС», за месяц превышает определенное количество минут и предусмотрена минимальная сумма бонуса. Бонус можно использовать на любые услуги МТС, в том числе для перевода средств по услуге «Прямая передача», срок действия акции не ограничен.

Основанием для обращения ЗАО «Теле2-Кемерово» в антимонопольный орган послужило то обстоятельство, что в августе 2010 года в Новосибирске произошел большой прирост затрат Новосибирского филиала ЗАО «Теле2-Кемерово» по договору о присоединении (в среднем с 1,2 млн. руб. до 8,4 млн. руб.). В качестве причин увеличения затрат указано на рост межоператорского трафика, обусловленный активизацией абонентов, чье использование SIM-карт Новосибирского филиала ЗАО «Теле2-Кемерово» 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». 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 антимонопольным органом принято решение от 20.04.2011, которым ОАО «МТС» признано нарушившим часть 1 статьи 14 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее - Закон о защите конкуренции).

Не согласившись с решением антимонопольного органа, ОАО «МТС» обратилось в арбитражный суд с соответствующим заявлением.

Отказывая в удовлетворении заявленных требований, суды пришли к выводу о доказанности материалами дела наличия в действиях ОАО «МТС» признаков недобросовестной конкуренции.

Выводы судов являются правильными, соответствуют материалам дела и действующему законодательству.

В соответствии с частью 1 статьи 14 Закона о защите конкуренции не допускается недобросовестная конкуренция.

Согласно пункту 9 статьи 4 Закона о защите конкуренции недобросовестная конкуренция – это 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.

При рассмотрении спора судами установлено, 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.

Исследовав материалы дела, суды пришли к выводу, что 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 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».

Суды указали, что 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.

На основании изложенного суды пришли к выводу, что 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 данном случае ЗАО «Теле2-Кемерово»), за которую предусмотрена фиксированная плата.

Судами установлено, что 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, суды обоснованно указали, что с увеличением входящих вызовов на номера присоединяющего оператора увеличивается суммарная величина оплаты услуги по пропуску трафика от присоединяемого оператора к присоединяющему.

Из представленных ЗАО «Теле2-Кемерово» в материалы дела документов (акты оказанных услуг по пропуску трафика, акты зачета взаимных требований, акты выполненных работ) судами установлено, что стоимость затрат общества по договору присоединения резко возросла в августе 2010 года (с 34 179 581, 25 руб. в июле 2010 года до 44 031 58, 46 руб. в августе 2010 года и 63 515 675, 09 руб. в сентябре 2010 года).

При этом судами установлено, что объемы исходящего трафика в направлении других операторов подвижной радиотелефонной связи изменялись в рассматриваемый период в пределах средних значений.

Учитывая изложенное, а также то обстоятельство, что акция «Бонус за входящие» введена ОАО «МТС» 02.04.2010, суды пришли к выводу о наличии причинно-следственной связи между введением ОАО «МТС» акции и ростом затрат ЗАО «Теле2-Кемерово», поскольку прирост объема исходящего трафика в один и тот же промежуток времени наблюдался только в направлении ОАО «МТС».

В связи с этим суды признали, что увеличение исходящих вызовов с номеров из номерной емкости ЗАО «Теле2-Кемерово» на номера из номерной емкости ОАО «МТС» привело к значительному увеличению затрат и уменьшению доходов ЗАО «Теле2-Кемерово», поскольку часть таких доходов направляется на оплату услуг по пропуску трафика

Более того, судами установлено, что прирост исходящего от ЗАО «Теле2-Кемерово» трафика в значительной мере обусловлен наличием «пустого» трафика, который 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.

Суд указали, что в связи с наличием «пустого» трафика ЗАО «Теле2-Кемерово» несет расходы по оплате услуг по пропуску трафика при исходящих вызовах на один и тот же номер ОАО «МТС» в течение длительного промежутка времени, что при обычных условиях деятельности не происходит.

Суды пришли к выводу, что наличие подобного трафика обусловлено исключительно проводимой ОАО «МТС» акцией «Бонус за входящие».

Суды также установили, что 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.

Поскольку стоимость каждой дополнительной точки по условиям договора о присоединении от 21.04.2010 составляет 30 000 руб., суды указали, что данные затраты являются вынужденными и представляют собой расходы, которых в обычных условиях гражданского оборота не должно быть в том объеме, в котором они возникли исключительно в связи с проводимой ОАО «МТС» акцией «Бонус за входящие».

При этом судами установлено, что когда спрос на входящий трафик абонента МТС снижается в связи с окончанием действия акции, необходимость в таких дополнительных точках отсутствует, в то время как затраты по организации точек присоединения в период действия акции уже понесены.

Таким образом, суды пришли к выводу, что акция ОАО «МТС» «Бонус за входящие» стимулирует спрос на услуги сети ОАО «МТС», провоцирует активность абонентов ОАО «МТС» в сторону увеличения входящих вызовов со стороны других операторов связи, приводит к увеличению дохода от услуги пропуски трафика (в том числе «пустого» трафика), что свидетельствует о получении преимуществ ОАО «МТС» без каких-либо дополнительных затрат с одной стороны, а с другой стороны - увеличения затрат ЗАО «Теле2-Кемерово» в связи с действиями ОАО «МТС» по проведению акции «Бонус за входящие».

Доводы ОАО «МТС» о том, что введение акции «Бонус за входящие» не влияет на поведение и объем потребляемых услуг абонентами другого оператора связи, были предметом рассмотрения судов и обоснованно отклонены на основании следующего.

Суды пришли к выводу, что ОАО «МТС» не могло не предвидеть резкого роста спроса со стороны абонентов оператора ЗАО «Теле2-

Кемерово» на исходящие вызовы с сети оператора ЗАО «Теле2-Кемерово» на сеть оператора ОАО «МТС» в целях накопления бонусов, а также роста затрат оператора ЗАО «Теле2-Кемерово» по договору о присоединении, поскольку действие акции ОАО «МТС» 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, которое в основном обусловлено не потреблением услуг связи, а генерацией «пустого» трафика.

Подобное действие ОАО «МТС» по увеличению собственных доходов и увеличению расходов контрагента (контрагентов) признано судами противоречащим правилам поведения в предпринимательской деятельности, предполагающим добросовестность ведения предпринимательской деятельности, а также принципам разумности и справедливости.

Исходя из установленных обстоятельств дела, суды обоснованно признали законным решение антимонопольного органа, которым действия ОАО «МТС» по проведению акции «Бонус за входящие» квалифицированы как недобросовестная конкуренция.

Доводы, приведенные в кассационной жалобе, повторяют доводы, заявленные ОАО «МТС» при рассмотрении дела судами нижестоящих инстанций, и не опровергают выводы, содержащиеся в обжалуемых судебных актах.

Выводы судов основаны на правильном применении норм материального права, регулирующих спорные правоотношения, нарушений судами норм процессуального права судом кассационной инстанцией не установлено.

При таких обстоятельствах оснований для отмены принятых по делу судебных актов и удовлетворения кассационной жалобы не имеется

Учитывая изложенное, руководствуясь пунктом 1 части 1 статьи 287, статьей 289 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, Федеральный арбитражный суд Западно-Сибирского округа

п о с т а н о в и л :

решение от 12.08.2011 Арбитражного суда Новосибирской области и постановление от 11.11.2011 Седьмого арбитражного апелляционного суда по делу № А45-8850/2011 оставить без изменения, кассационную жалобу - без удовлетворения.

Постановление вступает в законную силу со дня его принятия.

Председательствующий

В.П. Маняшина

Судьи

В.И. Ильин

Т.Я. Шабалкова