



ВОСЕМНАДЦАТЫЙ АРБИТРАЖНЫЙ АПЕЛЛЯЦИОННЫЙ СУД

П О С Т А Н О В Л Е Н И Е

№ 18АП-5982/2014

г. Челябинск

05 августа 2014 года

Дело № А76-26807/2013

Резолютивная часть постановления объявлена 30 июля 2014 года.
Постановление изготовлено в полном объеме 05 августа 2014 года.

Восемнадцатый арбитражный апелляционный суд в составе:
председательствующего судьи Ивановой Н.А.,
судей Арямова А.А., Малышевой И.А.,
при ведении протокола секретарем судебного заседания Свистун Н.А.,
рассмотрел в открытом судебном заседании апелляционную жалобу
закрытого акционерного общества «Челябинская сотовая связь» (закрытое
акционерное общество «Теле-2-Челябинск») на решение Арбитражного суда
Челябинской области от 14.04.2014 по делу № А76-26807/2013 (судья Костылев
И.В.).

В судебном заседании приняли участие представители:
закрытого акционерного общества «Челябинская сотовая связь» (ЗАО
«Теле2-Челябинск») - Чернышева Н.С (доверенности от 24.02.2014,
21.01.2014);

открытого акционерного общества "Мобильные ТелеСистемы" – Башарин
А.А. (доверенность от 01.12.2013).

Закрытое акционерное общество «Челябинская сотовая связь» («ЗАО
«Теле2-Челябинск») (далее - заявитель, ЗАО «Теле2-Челябинск») обратилось в
Арбитражный суд Челябинской области с заявлением к Управлению
Федеральной антимонопольной службы по Челябинской области (далее –
заинтересованное лицо, антимонопольный орган, УФАС по Челябинской
области) о признании недействительными решения от 04.09.2013, которым ЗАО
«Теле2-Челябинск» признано нарушившим ч. 1 ст. 14 Федерального закона от
26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции», а также предписания от
04.09.2013 по делу № 5-2013.

Определением суда к участию в деле в качестве третьего лица, не
заявляющего самостоятельных требований относительно предмета спора
привлечено открытое акционерное общество "Мобильные ТелеСистемы" (далее
- ОАО «МТС», третье лицо).

Решением Арбитражного суда Челябинской области от 14.04.2014 в удовлетворении заявленных требований отказано.

Не согласившись с вынесенным решением суда, заявитель обратился Восемнадцатый арбитражный апелляционный суд с апелляционной жалобой, в которой просит решение суда отменить, принять по делу новый судебный акт.

В обоснование доводов апелляционной жалобы ссылается на то, что судом сделаны выводы при неполном выяснении обстоятельств, имеющих значение для дела, недоказанности имеющих значение для дела обстоятельств.

Указывает, что стимулирование абонентов МТС на совершение исходящих вызовов осуществлялось компанией МТС за счет введения тарифных планов со стоимостью звонков приближенной к нулю, а не за счет проводимой Теле2 акции «Бонус за входящие».

Считает, что входящий трафик с сети МТС на сеть Теле2, начиная с 2009 года и по октябрь 2013, имеет ярко выраженную сезонность и ежегодно повторяется, не зависимо от существования услуги «Бонус за входящие», следовательно, никакого влияния услуга «бонус за входящие» на исходящий трафик МТС оказать не могла. Данный факт подтверждается графиком.

Также указывает, что действие акции «Бонус за входящие» было направлено на удержание существующих многоговорящих абонентов Теле2 тарифного плана «Страйк», в отношении которых имел риск оттока из-за введения ограничений (удорожания стоимости услуг) на данном тарифном плане, а не на рост трафика других операторов связи.

Полагает, что действие акции не могло повлечь рост затрат иных операторов связи по договору о присоединении, так как абонентам иных операторов связи не выгодно совершать длительные звонки ввиду того, что это приводит к увеличению платы за услуги связи, взимаемые оператором связи.

В представленном на апелляционную жалобу отзыве, ОАО «МТС» не согласилось с доводами последней, считают решение суда законным и обоснованным.

Лица, участвующие в деле, о времени и месте рассмотрения апелляционной жалобы извещены надлежащим образом УФАС по Челябинской области явку своих представителей в судебное заседание не обеспечило.

От представителя ЗАО «Теле2-Челябинск» в судебном заседании поступило ходатайство об отложении судебного заседания, в связи с получением мнения антимонопольного органа на апелляционную жалобу, а также получением отзыва третьего лица за несколько дней до судебного заседания.

Представитель ОАО «МТС» против удовлетворения заявленного ходатайства возразил.

В отсутствие возражений представителей заявителя и третьего лица, в соответствии со статьями 123, 156 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации (далее – АПК РФ) дело рассмотрено судом апелляционной инстанции в отсутствие представителей заинтересованного лица; ходатайство ЗАО «Теле2-Челябинск» об отложении судебного разбирательства в связи с получением мнения антимонопольного органа на

апелляционную жалобу, поздним получением отзыва на апелляционную жалобу от ОАО «МТС» отклонено, поскольку копия отзыва на апелляционную жалобу была получена заявителем 25.07.2014, что подтверждается отметкой на копии отзыва. Неполучение заявителем от антимонопольного органа мнения на апелляционную жалобу само по себе не может быть признано достаточным основанием для отложения разбирательства дела. При этом заявитель, в силу статьи 41 АПК РФ, являющийся лицом, участвующим в деле, вправе знакомиться с материалами дела, делать выписки из них, снимать копии.

В судебном заседании представители ЗАО «Теле2-Челябинск» и ОАО «МТС» поддержали доводы, изложенные в апелляционной жалобе и отзыве на нее.

Законность и обоснованность обжалуемого судебного акта проверена судом апелляционной инстанции в порядке, предусмотренном главой 34 АПК РФ.

Повторно рассмотрев дело в порядке статей 268, 269 АПК РФ, исследовав имеющиеся в деле доказательства, проверив доводы апелляционной жалобы, отзывов на нее, заслушав представителей лиц, участвующих в деле, суд апелляционной инстанции установил следующее.

ОАО «МТС» и ЗАО «Теле2-Челябинск» осуществляют оказание услуг подвижной радиотелефонной связи на территории Челябинской области.

Как следует из материалов дела, между ОАО «МТС» и ЗАО «Теле2-Челябинск» 1 мая 2010 года заключен договор о присоединении № D1003090-07, предметом договора определено взаимное оказание услуг присоединения на зональном уровне и услуг зонального завершения вызова (пропуск трафика). Согласно Приложению № 2 к указанному договору цена на услуги присоединения составила 30 000 рублей за 1Е1 без учета НДС, цена за услуги по пропуску трафика — 1 руб. 02 коп. за одну минуту пропущенного трафика, без учета НДС.

С 1 декабря 2010 года ЗАО «Теле2-Челябинск» организовало проведение акции «Бонус за входящие». Приказом № 295 от 06.12.2010 был введен новый тарифный план «Бумеранг», предусматривающий предоставление абонентам бонусов за входящие звонки с телефонов других сотовых операторов, кроме Теле2, а также установлена максимальная сумма бонусов — 5 000 рублей. Также данным Приказом была сделана недоступной к подключению услуга «Мобильный перевод» на тарифный план «Бумеранг» с целью предотвращения перевода начисленных бонусов на другие SIM-карты Теле2.

Согласно приложению № 2 к указанному Приказу период действия акции был определен с 01.12.2010 по 31.05.2011, программа проводилась только для филиала г. Челябинска. Чтобы стать участником программы абонент должен подключить себе услугу «Бонус за входящие».

Расчет бонуса осуществлялся при следующих условиях:

абонент подключил созданную в биллинге услугу «Бонус за входящие» в период с начала действия программы до конца расчетного месяца;

абонент на конец расчетного месяца находился на тарифном плане «Бумеранг»;

расчет бонуса за предыдущие месяцы производится после закрытия биллингового цикла, но не позднее 10 числа.

Расчет бонуса производится:

отбираются абоненты, у которых по состоянию на конец месяца, за который производится расчет: была активна услуга «Бонус за входящие», был установлен тарифный план «Бумеранг», абонент не закрыт,

подсчитываются количества звонков и суммарные значения счетчиков секунд с типом вызова «входящие с ОСС», остальные входящие звонки не учитываются;

бонус начисляется за каждую секунду в размере 0, 1666 коп. с НДС, до 60 000 секунд и 0, 8333 коп. с НДС свыше 60 000 секунд;

при начислении бонуса абоненту отправляется SMS-сообщение с информацией о начисленном в рамках программы бонусе;

бонус является скидкой на услуги связи Теле2 и может быть зачтен только в счет оплаты услуг связи, предоставляемых Теле2. Бонус не может быть выдан в денежном эквиваленте;

бонус менее 1 руб. с НДС не начисляется;

максимальный размер бонуса 5 000 руб. с НДС;

абоненту не начисляется бонус, если количество звонков с типом вызова «Входящий с ОСС» превышает 2000.

Приказом ЗАО «Теле2-Челябинск» № 98 от 23.05.2011 была закрыта возможность перехода на тарифный план «Бумеранг» с 30.05.2011, с этого же периода была открыта услуга «Бонус за входящие» на тарифных планах «Нокаут» и «Экспресс-Секунда», с возможностью подключения, отключения, проверки статуса услуги посредством USSD команд. Действие услуги было установлено до 31.12.2011.

Все абоненты тарифного плана «Бумеранг» были переведены на тарифный план «Экспресс-секунда», тарифный план «Бумеранг» в биллинговой системе был закрыт 30.05.2011.

Приказом ЗАО «Теле2-Челябинск» № 279 от 31.12.2011 для абонентов с активной услугой «Бонус за входящие» на 31.12.2011 срок действия программы «Бонус за входящие» был продлен до 31.12.2012. С 01.01.2012 установлен запрет на подключение новых абонентов к программе «Бонус за входящие».

Приказом ЗАО «Теле2-Челябинск» № 266 от 31.12.2012 установлен новый срок действия программы «Бонус за входящие» с 01.01.2013 по 31.05.2013.

Информация о проведении акции была размещена на официальном сайте ЗАО «Теле2-Челябинск».

ОАО «МТС» обратилось в УФАС по Челябинской области с жалобой на действия ЗАО «Теле2-Челябинск», выразившиеся в проведении акции «Бонус за входящие».

С целью проверки поступившей информации на основании приказа руководителя от 25.03.2013 № 97 антимонопольный орган возбудил дело № 5-2013 о нарушении антимонопольного законодательства.

По результатам рассмотрения дела антимонопольным органом принято

решение от 04.09.2013, которым ЗАО «Теле2-Челябинск» признано нарушившим ч. 1 ст. 14 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «Закон о защите конкуренции» (далее - Закон N 135-ФЗ) (т.2 л.д.195-199) .

На основании указанного решения заявителю выдано предписание, согласно которому ему надлежит прекратить проведение акции «Бонус за входящие» и в срок до 30.09.2013 сообщить в УФАС по Челябинской области о выполнении настоящего предписания (т.2 л.д.200).

Не согласившись с принятыми антимонопольным органом решением и предписанием, ЗАО «Теле2 – Челябинск» обратилось в арбитражный суд с соответствующим заявлением.

Отказывая в удовлетворении заявленных требований, суд первой инстанции исходил из законности и обоснованности оспариваемых ненормативных актов.

Выводы арбитражного суда первой инстанции являются верными, соответствуют фактическим обстоятельствам и оснований для переоценки выводов арбитражного суда первой инстанции суд апелляционной инстанции не находит.

В соответствии с ч.1 ст.198 АПК РФ граждане, организации и иные лица вправе обратиться в арбитражный суд с заявлением о признании недействительными ненормативных правовых актов, незаконными решений и действий (бездействия) органов, осуществляющих публичные полномочия, 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.

Для признания незаконными решения и действия (бездействия) государственного органа, органа местного самоуправления, иного органа, должностного лица требуется наличие в совокупности двух условий: несоответствия обжалуемого решения, действия (бездействия) закону и нарушения прав и законных интересов заявителя в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности.

На основании пункта 7 статьи 4 Федерального закона N 135-ФЗ конкуренция - соперничество хозяйствующих субъектов, при котором самостоятельными действиями каждого из них исключается или ограничивается возможность каждого из них в одностороннем порядке воздействовать на общие условия обращения товаров на соответствующем товарном рынке

Согласно ч. 1 ст. 14 Закона N 135-ФЗ, не допускается недобросовестная конкуренция, в том числе: 1) распространение ложных, неточных или искаженных сведений, которые могут причинить убытки хозяйствующему субъекту либо нанести ущерб его деловой репутации; 2) введение в заблуждение в отношении характера, способа и места производства, потребительских свойств, качества и количества товара или в отношении его

производителей; 3) некорректное сравнение хозяйствующим субъектом производимых или реализуемых им товаров с товарами, производимыми или реализуемыми другими хозяйствующими субъектами; 4) продажа, обмен или иное введение в оборот товара, если при этом незаконно использовались результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации юридического лица, средства индивидуализации продукции, работ, услуг; 5) незаконное получение, использование, разглашение информации, составляющей коммерческую, служебную или иную охраняемую законом тайну. Приведенный в этой норме закона перечень нарушений не является исчерпывающим.

Под недобросовестной конкуренцией понимаются 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 (п. 9 ст. 4 Закона N 135-ФЗ).

Как установлено судом первой инстанции, ОАО «МТС» и ЗАО «Теле2-Челябинск» осуществляют оказание услуг подвижной радиотелефонной связи на территории Челябинской области, то есть осуществляют свою деятельность на одном товарном рынке и являются конкурентами.

В ходе проверки антимонопольный орган установил, что ЗАО «Теле2 – Челябинск», оказывая услуги подвижной радиотелефонной связи на территории Челябинской области, с 01.12.2010 ввело в коммерческую эксплуатацию услугу «Бонус за входящие», установив денежные бонусы для собственных клиентов за входящие соединения с сетей других операторов связи, кроме Теле2.

При этом размер получаемого абонентами ЗАО «Теле2 – Челябинск» бонуса зависел от продолжительности и количества входящих соединений с номеров подвижной радиотелефонной связи других операторов; бонус начислялся за каждую секунду в размере 0,16666 копеек с НДС до 60000 секунд и 0,8333 коп. с НДС свыше 60000 секунд; бонус менее одного рубля с НДС не начислялся; абоненту не начислялся бонус, если количество звонков превышало 2000.

ОАО «МТС», обращаясь с заявлением в УФАС по Челябинской области, указало, что в рамках договора, заключенного между ОАО «МТС» и ЗАО «Теле2-Челябинск», данные лица осуществляют взаимное оказание на платной основе услуг присоединения на зонаном уровне и услуги зонавого завершения вызова (пропуск трафика). Цена на услуги по пропуску трафика составляет 1 руб. 02 коп. за одну минуту пропущенного трафика, без учета НДС. ОАО «МТС» также указывает, что начисляя денежные бонусы своим абонентам за входящие звонки с телефонов других операторов мобильной связи, ЗАО «Теле2-Челябинск» воздействует на потребителей услуг подвижной связи — абонентов Теле2 таким образом, что последние предпринимают активные действия по увеличению количества входящих вызовов с номерных емкостей,

принадлежащих другим операторам на соответствующие номера абонентов Теле2 с целью дальнейшего получения прибыли, а не с целью общения.

По мнению ОАО «МТС», с помощью начисления денежных бонусов ЗАО «Теле2-Челябинск» искусственно увеличивает объемы реализации такого товара как услуга по пропуску трафика, оказанная другим оператором. В конечном итоге, бонусы, выплачиваемые абонентам Теле2, полностью формируются из средств ОАО «МТС», выплачиваемых в адрес ЗАО «Теле2-Челябинск» за интерконнект. При условии, что максимальная сумма бонуса составляет 5 000 руб. за 10 000 минут, ОАО «МТС» должен будет заплатить ЗАО «Теле2-Челябинск» по договору присоединения 10 200 руб. без учета НДС только за один абонентский номер.

Таким образом, в рассматриваемой ситуации подлежат оценке на предмет наличия признаков недобросовестной конкуренции действия ЗАО "Теле2 - Челябинск" по проведению маркетинговой программы "Бонус на входящие", в соответствии с которой установлены денежные бонусы для собственных клиентов за входящие соединения с сетей других операторов связи. При этом размер получаемого абонентами ЗАО "Теле2 - Челябинск" бонуса зависит от продолжительности и количества входящих соединений с номеров сетей подвижной радиотелефонной связи других операторов.

Как установлено антимонопольным органом, увеличение входящего трафика влечет увеличение стоимости услуг по пропуску трафика в соответствии с договором о присоединении, заключенном с ОАО «МТС». При обычных условиях, в случае отказа ЗАО «Теле2-Челябинск» от проведения акции, у потребителей услуг сотового оператора отсутствовала бы необходимость искусственно генерировать трафик, соответственно, стоимость услуг по пропуску трафика зависела от объема трафика, сгенерированного исключительно с целями общения, а не получения бонусов по программе «Бонусы за входящие».

Действия ЗАО «Теле2-Челябинск» по проведению указанной акции направлены на получение преимуществ за счет увеличения привлекательности услуг Теле2, а также за счет увеличения платы от иных операторов (в частности, от ОАО «МТС») за услуги по пропуску трафика по договору о присоединении.

В соответствии с представленным ОАО «МТС» в антимонопольную службу детализированным отчетом «Объем генерации трафика на сеть оператора «Теле2» за сентябрь 2011 года, по некоторым телефонным номерам количество исходящих звонков с сети МТС на сеть Теле2 доходило до 1616 и составляло до 16001 минут.

Изложенное позволяет сделать вывод о том, что действия ЗАО «Теле2-Челябинск» направлены на получение преимуществ при осуществлении предпринимательской деятельности над конкурентами, поскольку такие действия ведут к увеличению привлекательности тарифов Теле2 в результате использования полученных абонентами Теле2 бонусов без каких-либо дополнительных затрат как со стороны абонента, так и со стороны ЗАО «Теле2-Челябинск», что соответственно может вызвать перераспределение спроса

среди потенциальных абонентов подвижной связи. Умысел на получение ЗАО «Теле2-Челябинск» преимуществ от действий по проведению акции «Бонусы за входящие» подтверждается ограниченностью начисления денежных бонусов только за тот входящий трафик, который будет получен от абонентов, использующих услуги связи других операторов, кроме Теле2.

Как правильно указал суд первой инстанции, действия ЗАО «Теле2-Челябинск» способны причинить убытки конкуренту — ОАО «МТС» в виде увеличения стоимости услуг по пропуску трафика по договору о присоединении, а также в виде оттока абонентов в случае вынужденного ухудшения тарифных планов МТС.

Вводя акцию «Бонус за входящие» ЗАО «Теле2-Челябинск» не могло не предвидеть резкого роста спроса со стороны своих абонентов на исходящие вызовы с сети, в частности, оператора ОАО «МТС» в целях накопления бонусов, а также роста затрат, в частности ОАО «МТС» по договору о присоединении, поскольку действие акции ЗАО «Теле2-Челябинск» направлено не только на собственных абонентов, но и оказывает влияние на абонентов других операторов связи, исключение из участия в акции внутрисетевых соединений между абонентами ЗАО «Теле2-Челябинск» (бонусы за входящие вызовы с номеров абонентов ЗАО «Теле2-Челябинск» не начисляются) направлено на оказание воздействия на изменение объема исходящего трафика других операторов связи.

Доводы ЗАО «Теле2-Челябинск» о том, что введение акции "Бонус за входящие" не влияет на поведение и объем потребляемых услуг абонентами другого оператора связи, подлежат отклонению, 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 ЗАО «Теле2-Челябинск» акции "Бонус за входящие" имеет место направленное (в интересах ЗАО «Теле2-Челябинск») смещение равновесия в сторону увеличения объема услуг по пропуску трафика, которое в основном обусловлено не потреблением услуг связи, а генерацией "пустого" трафика.

Таким образом, суд пришел к верному выводу, что акция ЗАО «Теле2-Челябинск» «Бонус за входящие» стимулирует спрос на услуги сети Теле2, провоцирует активность абонентов Теле2 в сторону увеличения входящих вызовов со стороны других операторов связи, приводит к увеличению дохода заявителя от услуги пропуска трафика (в том числе, «пустого» трафика), что свидетельствует о получении преимуществ заявителем без каких-либо дополнительных затрат с одной стороны, а с другой стороны - увеличения затрат иных операторов (в частности, ОАО «МТС») при проведении акции «Бонус за входящие».

При таких обстоятельствах следует признать обоснованной данную в

оспоренном решении антимонопольного органа квалификацию действий заявителя, как противоречащих ч. 1 ст. 14 Закона N 135-ФЗ. Содержащиеся в апелляционной жалобе возражения в этой части подлежат отклонению.

Изложенный в апелляционной жалобе довод о том, что МТС не исполнило возложенную на него законом обязанность по ограничению якобы имевшего место генерирования «пустого» трафика, не может быть принят судом апелляционной инстанции, как не влияющий на оценку данной антимонопольным органом квалификации действий заявителя.

Таким образом, оснований для признания несоответствующими закону решения УФАС по Челябинской области от 04.09.2013 и вынесенного на основании такого решения предписания, не имеется.

С учетом изложенного, судом первой инстанции правильно установлены обстоятельства, имеющие значение для дела, им дана надлежащая правовая оценка, нарушения либо неправильного применения норм материального права не допущено.

Доводы заявителя, изложенные в апелляционной жалобе, не свидетельствуют о нарушении судом первой инстанции норм права и сводятся лишь к переоценке установленных по делу обстоятельств, оснований для которой суд апелляционной инстанции не усматривает.

Нарушений норм процессуального права, являющихся основанием для отмены судебного акта на основании части 4 статьи 270 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, не установлено.

При таких обстоятельствах апелляционная жалоба удовлетворению не подлежит.

Руководствуясь статьями 176, 268, 269, 271 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, арбитражный суд апелляционной инстанции

П О С Т А Н О В И Л :

решение Арбитражного суда Челябинской области от 14.04.2014 по делу № А76-26807/2013 оставить без изменения, апелляционную жалобу закрытого акционерного общества «Челябинская сотовая связь» (ЗАО «Теле-2-Челябинск») - без удовлетворения.

Постановление может быть обжаловано в порядке кассационного производства в Федеральный арбитражный суд Уральского округа в течение двух месяцев со дня его принятия (изготовления в полном объеме) через арбитражный суд первой инстанции.

Председательствующий судья

Н.А. Иванова

Судьи:

А.А. Арямов

И.А. Малышева