



АРБИТРАЖНЫЙ СУД ПЕНЗЕНСКОЙ ОБЛАСТИ
440000, г. Пенза, ул. Кирова, д. 35/39, тел.: (8412) 52-99-09

ИМЕНЕМ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ
Р Е Ш Е Н И Е

г. Пенза

Дело № А49-729/2013

23 мая 2013г.

Резолютивная часть решения объявлена 16 мая 2013г.

Полный текст решения изготовлен 23 мая 2013г.

Арбитражный суд Пензенской области в составе судьи Дудоровой Н.В.

при ведении протокола судебного заседания помощником судьи Мещеряковой М.Н.,

рассмотрев в открытом судебном заседании дело по заявлению закрытого акционерного общества «Пенза-GSM» (ОГРН 1025801201062; ИНН 58350277280)

к Управлению Федеральной антимонопольной службы по Пензенской области (ОГРН 1025801359539; ИНН 5836011815),

о признании недействительными решения № 31280-2 от 18.12.12, предписания № 2-03/25-2012 от 18.12.12, постановления по делу об административном правонарушении № 95-2 от 23.01.13 и постановления № 209-2 от 06.02.13,

третье лицо: открытое акционерное общество «Мобильные ТелеСистемы» (ОГРН 1027700149124, ИНН 7740000076),

при участии в судебном заседании:

от заявителя – руководителя юридической службы Кирсанова С.А. по доверенности № 35 от 19.03.13;

от ответчика – главного специалиста-эксперта отдела антимонопольного контроля и естественных монополий Прокаевой Е.А. по доверенности № 1451-2 от 11.03.13;

от третьего лица - старшего юрисконсульта филиала в Ульяновской области Еркиной Е.П. по доверенности от 08.09.11,

установил:

закрытое акционерное общество «Пенза-GSM» (далее – заявитель, ЗАО «Пенза-GSM») обратилось в арбитражный суд с заявлением к Управлению Федеральной антимонопольной службы по Пензенской области (далее – ответчик, антимонопольный орган) о признании незаконными и отмене решения № 3128-2, предписания № 2-03/25-2012

от 18.12.12 о прекращении нарушения антимонопольного законодательства, постановления № 95-2 от 23.01.13 о наложении штрафа по делу об административном правонарушении № 2-06/01-2013, постановления № 209-2 от 06.02.13 о наложении штрафа по делу об административном правонарушении № 2-06/04-2013.

В обоснование своих требований заявитель привел доводы о том, что оспариваемые акты антимонопольного органа вынесены с нарушением норм материального и процессуального права, нарушают права заявителя, поскольку лишают его возможности независимо вести коммерческую деятельность и устанавливать конкурентоспособные тарифы для абонентов сотовой связи. Полагает, что антимонопольным органом не доказано наличие признаков недобросовестной конкуренции в действиях заявителя. По его мнению, возникновение убытков у ОАО «МТС» обусловлено не тарифным планом заявителя, а необоснованным установлением ОАО «МТС» на территории Пензенской области аномально низкой стоимости минуты соединения на тарифном плане «Red Energy». Считает, что действия заявителя соответствуют требованиям разумности и добросовестности, в то время как ОАО «МТС» не предпринято никаких мер по недопущению возникновения у него убытков. Указывает также на то, что МС не представлен расчет реально понесенных им убытков.

В ходе судебного разбирательства представитель ЗАО «Пенза-GSM», наделенный соответствующими полномочиями, уточнил предмет заявленных требований, исключив из него требование об оспаривании постановления о наложении штрафа по делу об административном правонарушении № 2-06/04-2013 от 06.02.13, вынесенного в отношении генерального директора ЗАО «Пенза-GSM».

Поскольку данное уточнение предмета требований не противоречит нормам закона, не нарушает прав и законных интересов других лиц, оно было принято судом в порядке статьи 49 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.

В остальной части представитель заявителя поддержал предъявленные требования в полном объеме по основаниям, изложенным в заявлении и дополнении к нему (том 1 л.д. 10-13, том 4 л.д. 124).

Антимонопольный орган в письменном отзыве на заявление (том 1 л.д. 77-81, том 4 л.д. 117) и в судебном заседании отклонил требования заявителя, полагая, что представленными в материалы дела доказательствами подтверждается состав вмененного заявителю нарушения антимонопольного законодательства. По мнению антимонопольного органа, действия заявителя по проведению акции «Бонус за входящие» направлены на получение преимуществ, противоречат принципам здоровой конкуренции между

операторами связи, а также требованиям добропорядочности, разумности и справедливости, привели к причинению убытков ОАО «МТС», в связи с чем квалифицированы как недобросовестная конкуренция.

В качестве третьего лица к участию в деле привлечено открытое акционерное общество «Мобильные ТелеСистемы» (далее – третье лицо, ОАО «МТС»), по заявлению которого проводилась проверка антимонопольным органом.

В представленном письменном отзыве по делу (том 4 л.д. 107-108) третье лицо полагало, что требования заявителя удовлетворению не подлежат.

В ходе судебного разбирательства представитель третьего лица поддержал приведенные в отзыве доводы, не согласился с доводом заявителя об убыточности тарифного плана «Red Energy». Указал, что применяемый в других регионах аналогичный тарифный план не привел к возникновению убытков, предусмотренная данным тарифом стоимость минуты исходящей связи конкурентна на территории Пензенской области. При этом в период действия акции «Бонус за входящие» в отсутствие роста числа абонентов ОАО «МТС» продолжительность исходящего трафика в сторону ЗАО «Пенза-GSM» увеличилась.

В судебном заседании, назначенном на 07.05.13, был объявлен перерыв до 14час. 00мин. 16.05.13 для дополнительного изучения представленных в материалы дела доказательств. После перерыва в назначенное время судебное заседание продолжено с участием тех же представителей лиц, участвующих в деле.

Как следует из материалов дела и установлено в ходе судебного разбирательства, заявитель и третье лицо осуществляют деятельность по оказанию услуг подвижной радиотелефонной связи на территории Пензенской области, т.е. осуществляют деятельность на одном товарном рынке и являются конкурентами.

Указанными лицами заключен договор присоединения, предметом которого является взаимное оказание операторами связи на платной основе услуги присоединения на зоновом уровне и услуги зонового завершения вызова (пропуск трафика) в соответствии с условиями присоединения и пропуска трафика, изложенными в договоре.

ЗАО «Пенза-GSM» приказом № 83 от 02.05.12 ввело в коммерческую эксплуатацию программу «Бонус за входящие» (том 3 л.д. 127-129). По условиям данной программы абонентам ЗАО «Пенза-GSM» физическим лицам, кроме физических лиц, обслуживающихся на корпоративных планах, начисляются бонусы за входящие вызовы, полученные от абонентов других операторов ЗАО «Пенза-GSM» домашнего региона, принятые за расчетный период (календарный месяц) при нахождении в домашнем регионе (зона действия ЗАО «Пенза-GSM»), в которой абонент заключил договор на оказание услуг связи, за

исключением любых входящих вызовов длительностью менее 3 секунд. Сумма бонуса зависит только от количества накопленного за расчетный период входящего трафика, принятого от абонентов других операторов GSM домашнего региона и составляет:

0,10руб. с НДС за каждую полную минуту накопленного за расчетный период входящего трафика, при условии, что объем входящего трафика за расчетный период составляет до 99 минут;

0,15руб. с НДС за каждую полную минуту накопленного за расчетный период трафика в диапазоне от 100 минут до 199 минут включительно;

0,20руб. с НДС за каждую полную минуту накопленного за расчетный период трафика в диапазоне от 200 минут до 999 минут включительно;

0,50руб. с НДС за каждую полную минуту накопленного за расчетный период трафика в диапазоне от 1000 минут включительно и более.

Для абонентов с городской нумерацией размер бонуса составляет 0,20руб. за каждую минуту входящего от абонентов других операторов GSM домашнего региона трафика вне зависимости от накопленного за расчетный период трафика.

Зачисление бонусов осуществляется ежемесячно первого числа месяца, следующего за отчетным, автоматическим проведением платежа в системе EW BiS.

Программа предоставляется исключительно по заявлению абонента с указанием паспортных данных. Стоимость за подключение программы «Бонус за входящие» установлена в размере 15руб. с НДС.

Информация о программе доводилась до абонентов путем рекламы, SMS-рассылки, размещения информации на официальном сайте в сети Интернет по адресу: www/penza-gsm.ru.

20.09.12 в антимонопольный орган обратилось ОАО «МТС» с заявлением, в котором просило признать ОАО «СМАРТС» нарушившим часть 1 статьи 14 Федерального закона №135-ФЗ от 26.07.06 «О защите конкуренции» (далее – Закон о защите конкуренции), пресечь нарушения действующего законодательства и принять соответствующие меры воздействия (том 2 л.д. 35-42). Письмом № П10-06/0028и от 15.10.12 сообщило, что в тексте допущена ошибка и просило по тексту заявления вместо ОАО «СМАРТС» читать ЗАО «Пенза-GSM» (том 2 л.д. 34). ОАО «СМАРТС» является единственным учредителем ЗАО «Пенза-GSM», чем и объяснил допущенную ошибку представитель третьего лица в судебном заседании.

Указанное заявление третье лицо мотивировало тем, что программа «Бонус за входящие» противоречит законодательству и нарушает требования добросовестности,

разумности и справедливости, поскольку действия ЗАО «Пенза-GSM» при проведении этой акции по стимулированию абонентов этого оператора связи на увеличение объема входящих вызовов направлены на получение преимуществ ЗАО «Пенза-GSM», с одной стороны, в виде повышения привлекательности услуг своей сети (в результате использования абонентами полученных бонусов без каких-либо дополнительных затрат), и, с другой стороны, в виде увеличения дохода от оплаты третьим лицом услуг по присоединению. При этом у ОАО «МТС» возникают убытки в виде необоснованных затрат по пропуску трафика. Ссылаясь на анализ взаиморасчетов с ЗАО «Пенза-GSM» по договору присоединения, третье лицо обратило внимание антимонопольного органа на то, что прирост исходящего от ОАО «МТС» трафика в значительной мере обусловлен наличием «пустого» трафика (многочасового дозвола на номера ЗАО «Пенза-GSM» с номерной емкости ОАО «МТС» с целью накопления и последующего получения бонусов от ЗАО «Пенза-GSM»).

Приказом руководителя антимонопольного органа № 174 от 18.10.12 было возбуждено дело № 2-03/25-2012 по признакам нарушения ЗАО «Пенза-GSM» части 1 статьи 14 Закона о защите конкуренции, выразившегося в недобросовестной конкуренции путем проведения программы «Бонус за входящие» (том 2 л.д. 22).

По результатам рассмотрения указанного дела антимонопольным органом было вынесено решение № 3128-2 от 18.12.12, в соответствии с которым действия ЗАО «Пенза-GSM», выразившиеся в проведении программы «Бонус за входящие», утвержденной приказом № 83 от 02.05.12 «О вводе программы «Бонус за входящие», на территории Пензенской области, признаны недобросовестной конкуренцией и нарушением части 1 статьи 14 Закона о защите конкуренции (том 1 л.д. 30-39).

Заявителю выдано предписание № 2-03/25-2012 от 18.12.12 прекратить нарушение части 1 статьи 14 Закона о защите конкуренции, выразившееся в проведении программы «Бонус за входящие», утвержденной приказом № 83 от 02.05.12 «О вводе программы «Бонус за входящие», на территории Пензенской области, для чего в срок до 11.01.13 отменить проведение программы «Бонус за входящие», утвержденной приказом №83 от 02.05.12 «О вводе программы «Бонус за входящие», на территории Пензенской области (том 1 л.д. 40-41).

10.01.13 должностным лицом антимонопольного органа в отношении ЗАО «Пенза-GSM» составлен протокол №2-06/01-2013 об административном правонарушении, предусмотренном частью 1 статьи 14.33 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (том 4 л.д. 14-17), по результатам рассмотрения которого 23.01.13 вынесено постановление о наложении штрафа по делу об

административном правонарушении №2-06/01-2013, в соответствии с которым ЗАО «Пенза-GSM» признано нарушившим часть 1 статьи 14.33 КоАП РФ, на него наложен административный штраф в размере 100000руб (том 3 л.д. 142-147).

ЗАО «Пенза-GSM» с указанными решением, предписанием и постановлением не согласилось, считает их незаконными и оспаривает в суде.

Исследовав и оценив представленные по делу доказательства, доводы лиц, участвующих в деле, арбитражный суд не находит оснований для удовлетворения заявленных требований.

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

В соответствии с пунктами 7, 9 статьи 4 Федерального закона «О защите конкуренции» конкуренция – это 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.

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.

Таким образом, для квалификации действий в качестве недобросовестной конкуренции необходимо установить совокупность следующих признаков: совершение хозяйствующим субъектом действий, противоречащих законодательству Российской Федерации, обычаям делового оборота, требованиям добропорядочности, разумности и справедливости, получение хозяйствующим субъектом преимуществ вследствие осуществления этих действий, причинение или возможность причинения этими действиями убытков хозяйствующим субъектам – конкурентам.

Не могут быть признаны недобросовестной конкуренцией действия, которые не отвечают хотя бы одному из указанных признаков.

Заявитель и третье лицо в соответствии с выданными им лицензиями (том 1 л.д. 132-150, том 2 л.д. 1-9, том 3 л.д. 129) осуществляют деятельность по оказанию услуг подвижной радиотелефонной связи на территории Пензенской области, то есть осуществляют деятельность на одном товарном рынке и являются конкурентами.

В соответствии со статьей 2 Федерального закона № 126-ФЗ «О связи» трафик - нагрузка, создаваемая потоком вызовов, сообщений и сигналов, поступающих на средства связи; услуга по пропуску трафика – деятельность, направленная на удовлетворение потребности операторов связи в пропуске трафика между взаимодействующими сетями электросвязи.

Порядок присоединения сетей электросвязи (кроме сетей связи для распространения программ телевизионного вещания и радиовещания) и их взаимодействия установлены Правилами присоединения сетей электросвязи и их взаимодействия, утвержденными постановлением Правительства Российской Федерации № 161 от 28.03.05.

Согласно пункту 7 названных Правил «вызов» - действия, совершаемые пользователем в целях установления соединения (сеанса связи) своего пользовательского (оконечного) оборудования с пользовательским (оконечным) оборудованием другого пользователя, и совокупность операций, порождаемых этими действиями в сети электросвязи;

«присоединение сетей электросвязи» - установление технико-технологического взаимодействия средств связи двух сетей связи, при котором становится возможным пропуск трафика между этими сетями минуя другие сети связи.

Присоединение сетей электросвязи и их взаимодействие осуществляются на основании заключенных операторами сетей связи договоров о присоединении сетей электросвязи и с соблюдением требований, установленных настоящими Правилами (пункт 8 Правил).

Оператор сети подвижной связи при оказании услуг присоединения обязан обеспечить возможность пропуска трафика на (от) своей сети связи (пункт 21.1 Правил).

Согласно Приложению № 2 к названным Правилам услуга зонового завершения вызова - деятельность, направленная на обеспечение пропуска трафика от точки присоединения на зоновом уровне присоединения к пользовательскому (оконечному) оборудованию, подключенному к сети связи другого оператора связи.

Между заявителем и третьим лицом заключен договор о присоединении № 18-05-491 от 17.12.10 (том 2 л.д. 43-77), согласно пункту 2.1 которого ЗАО «Пенза-GSM» оказывает ОАО «МТС» услугу присоединения на зоновом уровне и услугу зонового завершения вызова (услугу по пропуску трафика) на сеть ЗАО «Пенза-GSM», а ОАО «МТС» их оплачивает.

В свою очередь, ОАО «МТС» оказывает ЗАО «Пенза-GSM» за плату аналогичные услуги присоединения на зоновом уровне и услуги зонового завершения вызова (услугу по пропуску трафика) на сеть ОАО «МТС» (пункт 2.2 договора присоединения).

Условиями указанного договора цена на услуги по пропуску трафика (услугу зонового завершения вызова) установлена в размере 1,0руб. за одну минуту пропущенного трафика без учета НДС в период с 01.02.12 по 30.06.12 и 0,95руб. – с 01.07.12.

Иными словами, при поступлении абоненту ЗАО «Пенза-GSM» входящего вызова от абонента ОАО «МТС», ЗАО «Пенза-GSM» обязано обеспечить услугу присоединения на зоновом уровне и услугу зонового завершения вызова (услугу по пропуску трафика), а у ОАО «МТС» возникает обязанность оплатить эти услуги. И, наоборот, при поступлении абоненту ОАО «МТС» входящего вызова от абонента ЗАО «Пенза-GSM», ОАО «МТС» обязано обеспечить услугу присоединения на зоновом уровне и услугу зонового завершения вызова (услугу по пропуску трафика), а у ЗАО «Пенза-GSM» возникает обязанность оплатить эти услуги.

По условиям договора о присоединении стороны ежемесячно проводят сверку оказанных друг другу услуг. Для этого стороны обмениваются актами оказанных услуг присоединения.

Исходными данными по трафику для расчетов между сторонами за услуги по пропуску трафика являются данные о трафике, зафиксированные системой тарификации вызовов стороны, оказавшей услугу по пропуску трафика. Стороны обмениваются данными о трафике (входящем и исходящем), зафиксированными системой тарификации вызовов. После проведения сверки сторонами подписывается акт зачета взаимных требований, который является основанием для оплаты стороной незначительных сумм.

Исходя из приведенных положений, обязанность по оплате возникает у того оператора связи, с сети которого совершено большее количество исходящих вызовов на сеть другой стороны. А оператор связи, получивший большее количество входящих вызовов, получит больший доход.

Из материалов дела видно, что после введения заявителем в действие программы «Бонус за входящие» объем входящего трафика на сеть ЗАО «Пенза-GSM» с сети ОАО «МТС» увеличился в 2,5 раза (с 255902мин. в апреле 2012г. до 447486мин. в июне 2012г., 663920мин. в июле, 608449мин. в августе – том 1 л.д. 86-87). При этом объем входящего трафика на сеть ОАО «МТС» с сети ЗАО «Пенза-GSM» остался на прежнем уровне (154223мин. в апреле 2012г., 163690мин. – в июне, 165564мин. – в июле, 160931мин. – в августе), резкого увеличения количества абонентов ОАО «МТС» не произошло (в апреле 2012г. – 56457, в июне – 57100, в июле – 56873, в августе – 56230 – том 3 л.д. 24). Стоимость платы за оказанную заявителем услугу по пропуску трафика резко возросла у ОАО «МТС»: в

июне 2012г. – в 1,7раза, в июле – августе 2012г. – в 2 – 2,5 раза по отношению к величинам апреля – мая 2012г.

Так, согласно имеющимся в материалах дела актам, счетам на оплату, счетам-фактурам (том 2 л.д. 82-99) предъявленная к оплате ОАО «МТС» сумма стоимости услуги зонового завершения по договору о присоединении составила за апрель 2012г. – 255902руб. без учета НДС, в мае 2012г. – 269474руб. без НДС, в июне 2012г. – 447486руб. без НДС, в июле – 630724руб. без НДС, в августе – 578026,55руб. без НДС.

Антимонопольным органом и судом в ходе судебного разбирательства исследовались сведения о количестве соединений между указанными операторами связи за анализируемый период с указанием абонентов, даты, времени и длительности соединений. Указанная информация свидетельствует о наличии абонентов, являющихся одновременно пользователями сети ЗАО «Пенза-GSM» и ОАО «МТС», а также о наличии так называемого «пустого» трафика, который представляет собой ежесуточный многочасовой, до 10 часов в сутки, на протяжении нескольких суток дозвон абонентов ОАО «МТС» на номера абонентской емкости ЗАО «Пенза-GSM» с целью накопления и последующего получения бонусов. Было выявлено и заблокировано в августе 2012г. 46 таких абонентов. Активность указанных абонентов на номера других операторов связи была минимальной. За период с мая 2012г. по сентябрь 2012г. заявителем выплачено бонусов на общую сумму 1134469,30руб. (том 3 л.д. 40).

Таким образом, вводя программу «Бонус за входящие» ЗАО «Пенза-GSM» заведомо стимулирует спрос абонентов других операторов на услуги своей сети, провоцируя активность абонентов других операторов в плане увеличения входящих вызовов с целью накопления и последующего получения бонусов, в том числе, денежными средствами. О таком намерении абонентов свидетельствуют длительность соединений, их повторяющийся характер, а также те обстоятельства, что такие действия предпринимались одними и теми же абонентами. Было выявлено и заблокировано в августе 2012г. 46 таких абонентов.

При этом, как указывалось выше, данная программа распространяется исключительно на входящие вызовы от абонентов других операторов связи и не распространяется на входящие от абонентов ЗАО «Пенза-GSM».

В этой связи суд находит правомерным и обоснованным вывод антимонопольного органа о том, что в рассматриваемом случае имеет место направленное (в интересах ЗАО «Пенза-GSM») смещение равновесия в сторону увеличения объема услуг по пропуску трафика.

Арбитражный суд считает, что такие действия ЗАО «Пенза-GSM» противоречат принципам здоровой конкуренции, требованиям добропорядочности и справедливости, поскольку искусственно формируют ситуацию, создающую преимущества для данного лица и влекущую негативные последствия для его конкурентов.

Преимущества ЗАО «Пенза-GSM» в результате проведения программы «Бонус за входящие» заключаются в привлекательности услуг его сети для абонентов в результате финансовой заинтересованности от получения бонусов, а, кроме того, в увеличении дохода от оплаты услуг по присоединению другими операторами.

Исходя из положений Правил присоединения сетей электросвязи и их взаимодействия, «точка присоединения» - средства связи, входящие в состав одной сети электросвязи, с помощью которых осуществляется физическое подключение средств связи другой сети электросвязи и обеспечивается возможность пропуска трафика между этими сетями.

Оборудование, образующее точку присоединения, используется как в интересах присоединяемого оператора, так и в интересах присоединяющего оператора связи, поскольку трафик перемещается в обоих направлениях. Поэтому, в связи с использованием оборудования, образующего точку присоединения, оператор связи несет как расходы по оплате исходящего трафика, так и доходы от оплаты присоединяемым оператором платы за завершение вызова и пропуск входящего трафика. Увеличение входящих вызовов и входящего трафика влечет увеличение платы присоединяемых операторов за завершение вызова и пропуск входящего трафика, а, значит, влечет увеличение дохода присоединяющего оператора.

В связи с введением программы «Бонус за входящие» в период с мая по август 2012г. доход ЗАО «Пенза-GSM» средний уровень дохода по договору о присоединении с ОАО «МТС» вырос по сравнению с максимальными показателями апреля 2012г. с 255902руб. в апреле 2012г. до 630724руб. в июле 2012г. (том 3 л.д. 39).

Увеличение доходов ЗАО «Пенза-GSM» как присоединяющей стороны произошло за счет ОАО «МТС» как присоединяемой стороны.

Таким образом, приведенные обстоятельства свидетельствуют о том, что действия ЗАО «Пенза-GSM» по введению программы «Бонус за входящие» противоречат обычаям делового оборота, так как направлены на необоснованное получение преимуществ и этими действиями убытков хозяйствующим субъектам – конкурентам. Арбитражный суд приходит к выводу, что указанные действия правомерно и обоснованно квалифицированы

антимонопольным органом как недобросовестная конкуренция, запрет на которую установлен частью 1 статьи 14 Закона о защите конкуренции.

Приведенные заявителем доводы о том, что возникновение неблагоприятных последствий для ОАО «МТС» обусловлено не проводимой им программой «Бонус за входящие», а установленной третьим лицом аномально низкой стоимостью минуты соединения на тарифном плане «Red Energy», исследованы антимонопольным органом и судом и отклоняются в силу следующего.

Согласно тарифному плану «Red Energy», установленному ОАО «МТС» приказом №09/0048П от 04.04.12 и введенному на территории Пензенской области с 07.06.12 (том 2 л.д. 10-12), размер платы за исходящий вызов на сети мобильных операторов связи составляет: первая минута разговора – 1руб. за одну минуту; со второй по десятую минуту разговора – 0,005руб. за одну минуту разговора; с одиннадцатой минуты разговора – 1руб. за одну минуту.

Действительно, материалы дела свидетельствуют о том, что генерирование большей части «пустого» трафика осуществлялось абонентами ОАО «МТС» при первых десяти минутах соединения, что является для них наименее затратным.

Однако суд считает, что данный факт повлиял лишь на размеры понесенного третьим лицом убытка (оплачивая присоединяющему оператору ЗАО «Пенза-GSM» 10руб. за десять минут соединения, получая 1,45руб. оплаты от абонента, ОАО «МТС» несет убытки в размере 8,55руб.), но не позволяет расценить действия ЗАО «Пенза-GSM» как соответствующие требованиям добропорядочности, разумности и справедливости.

Программа «Бонус за входящие» рассчитана на получение дополнительного дохода от увеличения входящих вызовов за счет дополнительных расходов присоединяемого оператора. При этом каких-либо рисков либо существенных затрат, кроме расходов на рекламу с целью привлечения абонентов, у присоединяющего оператора не возникает.

Кроме того, если генерирование трафика абонентами ОАО «МТС» при первых десяти минутах соединения еще можно объяснить совокупностью двух условий – дешевизны стоимости минуты соединения на тарифном плане «Red Energy» и заинтересованностью в получении бонусов по программе «Бонус за входящие», то десятичасовые сессии вызваны исключительно привлекательностью программы «Бонус за входящие».

В связи с наличием «пустого» трафика ОАО «МТС» несет расходы по оплате услуг по пропуску трафика при исходящих вызовах на один и тот же номер ЗАО «Пенза-GSM» в течение длительного промежутка времени, чего при обычных условиях осуществления деятельности не происходит.

Из представленной ОАО «МТС» информации следует, что объем исходящего трафика в направлении других операторов подвижной радиотелефонной связи изменялся в рассматриваемый период в пределах средних значений.

Следует также отметить и то, что тарифный план «Red Energy» введен приказом №09/0048П от 04.04.12, программа «Бонус за входящие» введена приказом № 83 от 02.05.12, то есть на момент введения программы «Бонус за входящие» было известно о вводимом на территории Пензенской области тарифном плане «Red Energy». В обоснование введения программы «Бонус за входящие» в названном приказе ЗАО «Пенза-GSM» указывает на следующие цели: повышение лояльности абонентов, сокращение оттока абонентской базы и стимулирование доходов в рамках межсетевого взаимодействия.

Осуществление деятельности на основе Федерального закона «О связи», одной из основных целей которого является обеспечение эффективной и добросовестной конкуренции на рынке услуг связи, обязанность осуществлять предпринимательскую деятельность в соответствии с требованиями Закона о защите конкуренции, возлагают на заявителя обязанность оценивать, как предлагаемая им к реализации программа отразится на конкурентах. Поэтому заявитель предвидел либо мог предвидеть наступление негативных для своих конкурентов последствий от вводимой программы в виде причинения либо возможности причинения убытков, в том числе и с учетом указанного тарифного плана.

Довод заявителя о том, что антимонопольным органом не был проведен анализ рынка услуг подвижной связи на территории Пензенской области, не было исследовано влияние акции «Бонус за входящие» на объем межоператорского трафика всех субъектов товарного рынка, не влияет на правомерность оспариваемого решения антимонопольного органа.

Заявителем представлены в антимонопольный орган и имеются в материалах настоящего дела графики изменения трафика с сетей ОАО «МегаФон», ОАО «Вымпел-Коммуникации», ЗАО «НСС», а также данные о динамике изменения расчетов с указанными операторами связи за период с 2010г. по сентябрь 2012г. (том 3 л.д. 130-137). Каких-либо существенных изменений объемов межоператорского трафика из представленных материалов не прослеживается.

Между тем, для квалификации действий хозяйствующего субъекта в качестве недобросовестной конкуренции достаточно установить причинение либо возможность причинения убытков хотя бы одному хозяйствующему субъекту – конкуренту, что в достаточной мере подтверждается собранными и исследованными антимонопольным органом доказательствами.

Довод заявителя о том, что антимонопольным органом при рассмотрении дела допущены процессуальные нарушения, выразившиеся в нерассмотрении его ходатайства об истребовании доказательств (том 3 л.д. 3), опровергаются материалами дела.

Ходатайство рассмотрено и отклонено, что отражено в протоколе заседания комиссии от 04.12.12 (том 2 л.д. 136-137).

Вместе с тем, третьим лицом были представлены в антимонопольный орган, исследованы им, а также судом документы, касающиеся экономической эффективности тарифного плана «Red Energy» на территории Республики Мордовия и Ульяновской области.

С учетом изложенного арбитражный суд приходит к выводу, что оспариваемые решение и предписание антимонопольного органа соответствуют требованиям законодательства, не нарушают прав и законных интересов заявителя, в связи с чем требования заявителя о признании недействительными решения и предписания удовлетворению не подлежат.

Согласно частям 6, 7 статьи 210 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации при рассмотрении дела об оспаривании решения административного органа о привлечении к административной ответственности арбитражный суд проверяет законность и обоснованность оспариваемого решения, устанавливает наличие соответствующих полномочий административного органа, принявшего оспариваемое решение, устанавливает, имелись ли законные основания для привлечения к административной ответственности, соблюден ли установленный порядок привлечения к ответственности, не истекли ли сроки давности привлечения к административной ответственности, а также иные обстоятельства, имеющие значение для дела. При этом арбитражный суд не связан доводами, содержащимися в заявлении, и проверяет обжалуемое решение в полном объеме.

В соответствии с частью 1 статьи 14.33 КоАП РФ недобросовестная конкуренция, если эти действия не содержат уголовно наказуемого деяния, за исключением случаев, предусмотренных статьей 14.3 настоящего Кодекса и частью 2 настоящей статьи, влечет наложение административного штрафа на юридических лиц в размере от ста тысяч до пятисот тысяч рублей.

Согласно пункту 4 Примечания к статье 14.31 КоАП РФ за совершение административного правонарушения, предусмотренного настоящей статьей либо статьей 14.31.1, 14.31.2, 14.32 или 14.33 настоящего Кодекса, при отсутствии обстоятельств, смягчающих и отягчающих административную ответственность, административный штраф налагается на юридическое лицо в размере суммы минимального размера административного штрафа, предусмотренного за совершение данного административного

правонарушения, и половины разности максимального размера административного штрафа, предусмотренного за совершение данного административного правонарушения, и минимального размера административного штрафа, предусмотренного за совершение данного административного правонарушения. При наличии обстоятельств, смягчающих административную ответственность, размер административного штрафа, налагаемого на юридическое лицо, подлежит уменьшению за каждое такое обстоятельство на одну восьмую разности максимального размера административного штрафа, предусмотренного за совершение данного административного правонарушения, и минимального размера административного штрафа, предусмотренного за совершение данного административного правонарушения. При наличии обстоятельств, отягчающих административную ответственность, размер административного штрафа, налагаемого на юридическое лицо, подлежит увеличению за каждое такое обстоятельство на одну восьмую разности максимального размера административного штрафа, предусмотренного за совершение данного административного правонарушения, и минимального размера административного штрафа, предусмотренного за совершение данного административного правонарушения.

По правилам части 1.2 статьи 28.1. КоАП РФ поводом к возбуждению дел об административных правонарушениях, предусмотренных статьями 14.9, 14.31, 14.31.1 - 14.33 КоАП РФ, является вступившее в законную силу решение комиссии антимонопольного органа, которым установлен факт нарушения антимонопольного законодательства Российской Федерации.

Факт совершения заявителем действий, квалифицированных как недобросовестная конкуренция, подтвержден материалами дела и установлен судом при рассмотрении настоящего дела и образует состав административного правонарушения, предусмотренного частью 1 статьи 14.33 КоАП РФ.

Заявителем не представлено надлежащих доказательств того, что у него отсутствовала возможность соблюдения антимонопольного законодательства, при этом отсутствуют объективные обстоятельства, препятствующие соблюдению установленных законом запретов.

Мера административного наказания в виде наложения административного штрафа в размере 100000руб. избрана антимонопольным органом по правилам статьи 4.1 КоАП РФ и пункта 4 примечания к статье 14.31 КоАП РФ, с учетом характера совершенного правонарушения, имущественного и финансового положения лица, привлекаемого к ответственности, смягчающих и отягчающих ответственность обстоятельств, что подробно мотивировано в оспариваемом постановлении.

К числу смягчающих ответственность обстоятельств правомерно отнесены факт совершения правонарушения впервые, устранение допущенного нарушения, оказание содействия в установлении обстоятельств, подлежащих выяснению при производстве по делу об административном правонарушении.

Обстоятельств, отягчающих ответственность заявителя, антимонопольным органом не установлено.

Каких-либо исключительных обстоятельств, свидетельствующих о наличии предусмотренных статьей 2.9 КоАП РФ признаков малозначительности правонарушения, ни антимонопольным органом, ни судом не установлено.

При таких обстоятельствах оспариваемое постановление о наложении штрафа по делу об административном правонарушении № 2-06/01-2013 от 23.01.13, является законным и отмене не подлежит.

Согласно статье 110 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации расходы по уплате государственной пошлины подлежат отнесению на заявителя.

Руководствуясь статьями 167-170, 201 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, арбитражный суд

РЕШИЛ:

Отказать в удовлетворении требований закрытого акционерного общества «Пенза-GSM» об оспаривании вынесенных Управлением Федеральной антимонопольной службы по Пензенской области решения № 3128-2 от 18.12.12, предписания № 2-03/25-2012 от 18.12.12 о прекращении нарушения антимонопольного законодательства, постановления от 23.01.13 о наложении штрафа по делу об административном правонарушении №2-06/01-2013.

Решение может быть обжаловано в Одиннадцатый Арбитражный апелляционный суд в течение месяца со дня его вынесения.

Судья

Н.В. Дудорова