

№ 17АП-6516/2012-АК  
г. Пермь  
16 августа 2012 года  
Дело № А71-3304/2012

Резолютивная часть постановления объявлена 13 августа 2012 года.  
Постановление в полном объеме изготовлено 16 августа 2012 года.

Семнадцатый арбитражный апелляционный суд в составе:

председательствующего <...>,

судей <...>, <...>,

при ведении протокола судебного заседания секретарем <...>,

при участии:

от заявителя - ЗАО "Астарта" (ОГРН 5087746172069, ИНН 7705858312): <...>, паспорт

<...> доверенность от 23.03.2011, <...>, паспорт <...> доверенность от 10.08.2012,

от заинтересованного лица - Управление Федеральной антимонопольной службы по Удмуртской Республике (ОГРН 1031800554610, ИНН 1831038485): не явился, извещен надлежащим образом,

от третьих лиц - общество с ограниченной ответственностью «Вымпел-Коммуникации» г.Москва, закрытое акционерное общество «Сотовая связь Удмуртии» г.Ижевск, открытое акционерное общество «Мобильные ТелеСистемы» г.Москва: не явились, извещены надлежащим образом, открытое акционерное общество «Мегафон»: <...>, паспорт <...> доверенность от 09.06.2011,

лица, участвующие в деле, о месте и времени рассмотрения дела извещены надлежащим образом в порядке статей 121, 123 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, в том числе публично, путем размещения информации о времени и месте судебного заседания на Интернет-сайте Семнадцатого арбитражного апелляционного суда,

рассмотрел в судебном заседании апелляционную жалобу

заявителя - ЗАО "Астарта"

на решение Арбитражного суда Удмуртской Республики от 26 апреля 2012 года по делу № А71-3304/2012,

принятое судьей <...>,

по заявлению ЗАО "Астарта"

к Управлению Федеральной антимонопольной службы по Удмуртской Республике третьи лица: общество с ограниченной ответственностью «Вымпел-Коммуникации» г.Москва, закрытое акционерное общество «Сотовая связь Удмуртии» г.Ижевск, открытое акционерное общество «Мобильные ТелеСистемы» г.Москва, открытое акционерное общество «Мегафон», о признании недействительным решения, признания незаконным и отмене постановления,

установил:

ЗАО "Астарта" (далее – заявитель, общество) обратилось в Арбитражный суд Удмуртской Республики с заявлением о признании недействительным решения Управления Федеральной антимонопольной службы по Удмуртской Республике (далее – заинтересованное лицо, антимонопольный орган) от 28 октября 2011 (изготовлено в полном объеме 11 ноября 2011) № СЮ 04-02/2011- 11, отмене

постановления от 23.01.2012 о наложении штрафа по делу об административном правонарушении №СЮ04-02/2011-19А.

Решением Арбитражного суда Удмуртской Республики от 19 апреля 2012 года (резюмирующая часть объявлена 26 апреля 2012 года) в удовлетворении заявленных требований отказано.

Не согласившись с решением суда, заявитель обратился с апелляционной жалобой, в которой просит судебный акт отменить, заявленные требования удовлетворить.

В обоснование жалобы указывает на то, что обществом не нарушены обычаи делового оборота, доказательств причинения убытков действиями заявителя другим операторам не представлено; ссылается на отсутствие причинно-следственной связи между введенными ЗАО "Астарта" акциями и предполагаемыми убытками иных операторов связи.

Представители заявителя в суде апелляционной инстанции поддержали требования и доводы апелляционной жалобы.

Управление Федеральной антимонопольной службы по Пермскому краю в письменном отзыве на апелляционную жалобу просит решение суда оставить без изменения, апелляционную жалобу - без удовлетворения, ссылаясь на законность и обоснованность оспариваемого решения и постановления по делу об административном правонарушении.

Третье лицо открытое акционерное общество «Мобильные ТелеСистемы» в письменном отзыве на апелляционную жалобу просит решение суда оставить без изменения, жалобу - без удовлетворения.

Представитель третьего лица открытого акционерного общества «Мегафон» в суде апелляционной инстанции пояснил, что решение суда является законным и обоснованным, отмене не подлежит.

Заинтересованное лицо и третьи лица - общество с ограниченной ответственностью «Вымпел-Коммуникации», закрытое акционерное общество «Сотовая связь Удмуртии», открытое акционерное общество «Мобильные ТелеСистемы», о времени и месте рассмотрения апелляционной жалобы извещены надлежащим образом, представителей в судебное заседание не направили, что в порядке ч.3 ст.156 Арбитражного процессуального кодекса РФ (далее - АПК РФ) не является препятствием для рассмотрения дела в их отсутствие.

Законность и обоснованность судебного акта проверены судом апелляционной инстанции в порядке ст.ст. 266, 268 Арбитражного процессуального кодекса РФ.

Заслушав явившихся представителей участвующих в деле лиц, изучив материалы дела, проанализировав доводы, содержащиеся в жалобе, отзыве на нее, арбитражный апелляционный суд приходит к выводу, что решение суда первой инстанции отмене либо изменению не подлежит.

Из материалов дела следует, что 05.05.2011 в Управление Федеральной антимонопольной службы по Удмуртской Республике (далее – Удмуртское УФАС России) поступило заявление ОАО «Вымпел-Коммуникации» (оператор сотовой сети «Билайн») в лице Ижевского филиала (вх.№ 5299) об осуществлении ЗАО «Астарта» (оператор сотовой сети «СкайЛинк») недобросовестной конкуренции, запрет на которую установлен ч.1 ст. 14 ФЗ «О защите конкуренции» (т. 2 л.д. 9-87).

По указанному заявлению антимонопольным органом приказом № 406 от 08.08.2011 возбуждено дело № СЮ04-02/2011-11 в отношении ЗАО «Астарта» по признакам нарушения части 1 статьи 14 Федерального закона от 26.07.2006г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции», выразившегося во введении и применении с 01 марта 2011 года на территории Удмуртской Республики программы поощрения «Дарим 1 рубль за 1 минуту», с привлечением к участию в деле в качестве заявителя ОАО

«Вымпел-Коммуникации», а также заинтересованных лиц – ОАО «Мегафон», ОАО «Мобильные ТелеСистемы» и ЗАО «Сотовая Связь Удмуртии» (оператор сотовой сети Теле-2)(т.2 л.д. 88-105).

Антимонопольным органом установлено, что на территории Удмуртской Республики услуги подвижной радиотелефонной связи оказывают следующие хозяйствующие субъекты: ОАО «Вымпел-Коммуникации» (Лицензия № 42575 на оказание услуг подвижной радиотелефонной связи); ОАО «Мобильные ТелеСистемы» (Лицензия № 50789 на оказание услуг подвижной радиотелефонной связи); ЗАО «Астарта» (Лицензия № 67824 на оказание услуг подвижной радиотелефонной связи); ОАО «Мегафон» (Лицензия № 50788 на оказание услуг подвижной радиотелефонной связи); ЗАО «Сотовая Связь Удмуртии» (Лицензии № 55460, № 72711, № 72712, № 86549 на оказание услуг подвижной радиотелефонной связи).

ОАО «Вымпел-Коммуникации», ОАО «Мобильные ТелеСистемы», ОАО «Мегафон», ЗАО «Сотовая Связь Удмуртии» заключены договоры с ЗАО «Астарта» о присоединении (№ 25/07-СВ от 14.09.2007г.; №16/СВ от 18.12.2006г.; № 362/15/СВ от 30.10.2006г.; № 10/195/1В от 01.09.2006г. соответственно т. 2 л.д. 25-71, т. 4 л.д. 44-100, т. 5 л.д. 136-159, т. 6 л.д. 1- 17).

В рамках данных договоров стороны оказывают друг другу услуги присоединения на зонавом уровне (организация точки присоединения; обслуживание средств связи, образующих точку (точки) присоединения, в течение срока действия договора о присоединении) и услуги по зонавому завершению вызова на свою сеть связи (услуги по пропуску трафика).

За оказание вышеназванных услуг каждая из сторон оплачивает другой стороне цену, размер которой определяется «Экономическими условиями присоединения», являющимися приложениями к вышеуказанным договорам. При этом размер денежных средств, который контрагент должен оплатить за оказанные второй стороной по договору услуги по зонавому завершению вызова, зависит от объема оказанных услуг (времени, в течение которого осуществляется пропуск трафика).

Приказом директора филиала ЗАО «Астарта» в УР от 15.06.2010 №93-3-П «О введении программы поощрения абонентов «Дарим 60 копеек за 60 секунд» с 16.06.2010 на территории Удмуртской Республики была введена программа поощрения абонентов «Дарим 60 копеек за 60 секунд».

Условия указанной программы поощрения были закреплены в приложении № 1 к данному приказу.

Согласно условиям в программе были вправе участвовать все абоненты «Скайлинк-Удмуртия» на тарифных планах «Проще простого», «Проще простого» (корп), «Эксклюзив» и «Твой Скай». В рамках указанной программы абоненту начислялось 60 копеек за каждую минуту входящего трафика с СПС на его федеральный номер <...> начиная с 301 минуты. При этом входящий трафик с СПС Скайлинк не учитывался. Программа поощрения не распространялась на абонентов юридических лиц, индивидуальных предпринимателей, на абонентов физических лиц, которые обслуживались на кредитном уровне доверия, а также на абонентские номера, переоформленные с юридического лица или индивидуального предпринимателя, начиная с 16.06.2010.

Расчетным периодом по программе поощрения являлся календарный месяц. Первого числа месяца, следующего за расчетным, в 00.01 счетчик входящего трафика с СПС обнуляется. Начисление производилось в два этапа.

Первый этап – при достижении суммарно 301 минуты абоненту на договор начислялась разово сумма в размере 180 рублей 60 копеек; далее расчеты происходили в соответствии со вторым этапом. Второй этап – ежедневно в 23.59

минут абоненту начислялась сумма, рассчитываемая исходя из формулы (количество полных минут входящего трафика с СПС с 00.00 по 23.59)\*60 копеек.

Начисленные денежные средства могли быть использованы абонентом на оплату услуг связи либо для приобретения терминального оборудования. В случае расторжения договора остаток денежных средств на счете абонента возвращался абоненту наличными либо путем перечисления на лицевой счет, указанный в письменном заявлении, не позднее 10 рабочих дней с момента принятия заявления о расторжении договора в офисе продаж и обслуживания абонентов.

Приказом директора филиала ЗАО «Астарта» в УР от 24.09.2010г. № 120-П «О внесении изменений в программу поощрения абонентов «Дарим 60 копеек за 60 секунд» срок действия данной акции был продлен с 01.10.2010г. по 31.10.2010г. С 01.10.2010г. в условия указанной программы поощрения были внесены изменения, а именно, программа поощрения была дополнена следующим условием: в случае превышения в течение календарного месяца порога в 3000 входящих звонков с СПС на номер абонента, действие программы приостанавливалось, начисления за входящие вызовы не производились. С началом нового календарного месяца действие программы поощрения возобновлялось.

Приказом директора филиала ЗАО «Астарта» в УР от 01.03.2011 № 18-П «О введении программы поощрения абонентов «Дарим 1 рубль за 1 минуту» с 01.03.2011 на территории Удмуртской Республики была введена программа поощрения абонентов «Дарим 1 рубль за 1 минуту» (т. 2 л.д. 17- 23). В рамках данной программы была введена услуга «Дарим 1 рубль за 1 минуту», стоимость подключения услуги – 30 рублей с НДС, ежемесячная абонентская плата – 10 рублей с НДС. Списывается единовременно в полном объеме.

Согласно условиям в программе были вправе участвовать все абоненты «Скайлинк-Удмуртия» на тарифных планах «Проще простого», «Проще простого» (корп), «Эксклюзив» и «Твой Скай». В рамках указанной программы абоненту начислялся 1 рубль за каждую полную минуту входящего голосового трафика на его федеральный номер с номеров других мобильных операторов, действующих на территории Удмуртской Республики, в том числе: 60 копеек за каждую минуту входящего трафика, начиная с 301 минуты, на счет абонента ежедневно; 40 копеек за каждую минуту входящего трафика в последний день отчетного месяца (отчетного периода, в случае досрочного расторжения/приостановления договора), при условии преодоления порога в 301 минуту входящего трафика. При этом входящий трафик с номеров СкайЛинк не учитывался. Программа поощрения не распространялась на абонентов-юридических лиц, индивидуальных предпринимателей, на абонентов-физических лиц, которые обслуживались на кредитном уровне доверия, а также на абонентские номера, переоформленные с юридического лица или индивидуального предпринимателя, начиная с 01.03.2011г. Расчетным периодом по программе поощрения являлся календарный месяц. Первого числа месяца, следующего за расчетным в 00.01 счетчик входящего трафика с СПС обнуляется. Начисление производилось в три этапа.

Первый этап – при достижении суммарно 301 минуты абоненту на счет начислялась разово сумма в размере 180 рублей 60 копеек. Второй этап – ежедневно в 23.59 абоненту начислялась сумма, рассчитываемая исходя из формулы (количество полных минут входящего трафика с СПС с 00.00 по 23.59)\*60 копеек. Третий этап – в 23.59 последнего дня месяца абоненту начисляются Мб по итогам месяца на оставшуюся сумму бонуса после вычета НДФЛ из расчета:  $100 - 60 - 13 = 27$  копеек за одну минуту, где: 100-копеек, начисленный бонус за одну

входящую минуту 60-копеек, бонусы, начисленные по первому и второму этапу за одну входящую минуту. 13-копеек, НДС в случае превышения лимита 4000,00 руб. в год. 27 копеек – эквивалент 512 Кб (1Мб=54 копейки).

Накопленные Мб абонент мог потратить в течение месяца, следующего за расчетным. По истечении месяца, следующего за расчетным, счетчик неиспользованных Мб обнулялся.

Начисленные денежные средства могли быть использованы абонентом на оплату услуг связи либо для приобретения терминального оборудования. В случае расторжения договора абоненту возвращался остаток заработанных бонусов со счета, но не более 60% от общих начислений. Возврат осуществлялся наличным расчетом либо перечислением на лицевой счет, указанный в письменном заявлении, не позднее 10 рабочих дней с момента принятия заявления о расторжении договора в офисе продаж и обслуживания абонентов. При этом неиспользованный пакет Мб выплате абоненту в денежном эквиваленте не подлежал, а также не мог быть переведен абонентом на другие счета.

В случае наступления налоговых последствий (суммарный доход свыше 4000,00 руб.) для абонента, с него в последний день месяца удерживалось 13% (НДС) от суммы месячных начислений. Начисление и удержание НДС осуществлялось в последний день месяца. Перечисление в бюджет удержанного НДС осуществлялось в установленные законодательством сроки.

Согласно условиям программы поощрения услуга «Дарим 1 рубль за 1 минуту» не могла быть активирована параллельно с услугой «10» на одном абонентском номере. При подключении абонентских номеров на тарифные планы «Проще простого» и «Проще простого» (корп) с одновременным подключением услуги «Дарим 1 рубль за 1 минуту» плата за подключение в размере 111 рублей не взималась.

Программа поощрения абонентов «Дарим 1 рубль за 1 минуту» действовала на территории Удмуртской Республики в период с 01.03.2011 по 28.07.2011.

По результатам рассмотрения дела антимонопольным органом вынесено решение от 28 октября 2011 г. (изготовлено 11 ноября 2011 г.) по делу № СЮ 04-02/2011-11.

В соответствии с решением антимонопольного органа действия ЗАО «Астарта» по введению и проведению на территории Удмуртской Республики в 2010 году программы поощрения абонентов «Дарим 60 копеек за 60 секунд» и в 2011 году программы поощрения абонентов «Дарим 1 рубль за 1 минуту» признаны недобросовестной конкуренцией, нарушающими часть 1 статьи 14 Федерального закона от 26.07.2006 г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции».

Антимонопольным органом сделаны выводы о том, что при введении на территории Удмуртской Республики программы поощрения абонентов «Дарим 60 копеек за 60 секунд» и «Дарим 1 рубль за 1 минуту» ЗАО «Астарта» не могло не предвидеть резкого увеличения спроса со стороны абонентов иных операторов сотовой связи (ОАО «Вымпел-Коммуникации», ОАО «Мобильные ТелеСистемы», ОАО «Мегафон») на исходящие вызовы с сети данных операторов на сеть ЗАО «Астарта» в целях получения денежных средств, а также роста затрат конкурентов по договорам присоединения.

В условиях заключенного между операторами связи договора о присоединении обязательства сторон об оплате услуг находятся в равновесии.

При исполнении договоров присоединения в обычных условиях рынка стороны (операторы сотовой связи) способны предвидеть возможные расходы и риски.

В рассматриваемом случае при введении ЗАО «Астарта» программ поощрения «Дарим 60 копеек за 60 секунд» в 2010 году и «Дарим 1 рубль за 1 минуту» в 2011 году имеет место направленное (в интересах ЗАО «Астарта») смещение

равновесия в сторону увеличения объема услуг по пропуску трафика. Такие инициированные действия ЗАО «Астарта» по увеличению собственных доходов и увеличению расходов контрагентов выходят за рамки обычаев делового оборота, а также противоречат принципам разумности и справедливости, что является недобросовестной конкуренцией.

Материалы дела № СЮ 04-02/2011-11 в соответствии со ст. 28.1 Кодекса РФ об административных правонарушениях (далее - КоАП РФ) явились поводом для составления в отношении ЗАО «Астарта» протокола об административном правонарушении от 12.12.2011 по ч. 1 ст. 14.33 КоАП РФ.

По результатам рассмотрения материалов проверки антимонопольным органом вынесено постановление о привлечении ЗАО «Астарта» к административной ответственности по ч. 1 ст. 14.33 КоАП в виде административного штрафа в размере 100 000 руб.

Общество, не согласившись с решением антимонопольного органа, а также с привлечением его к административной ответственности, обратилось в арбитражный суд с заявлением.

Отказывая в удовлетворении заявленных требований, суд первой инстанции исходил из того, что соответствующие нормам действующего законодательства решение и постановление антимонопольного органа не нарушают права и законные интересы заявителя.

Оценив имеющиеся в материалах дела доказательства в порядке ст.71 АПК РФ, арбитражный апелляционный суд приходит к следующим выводам.

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.

Согласно ст.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.

На основании ч. 1 ст. 14 Закона о защите конкуренции недобросовестная конкуренция не допускается.

Из материалов дела следует и антимонопольным органом установлено, что ЗАО «Астарта», ООО «ВымпелКом», ОАО «МТС», ОАО «Мегафон», ЗАО «Сотовая связь Удмуртии» осуществляют свою деятельность по оказанию услуг подвижной радиотелефонной связи на территории Удмуртской Республики. Между ЗАО «Астарта» и другими операторами мобильной связи заключены договоры о присоединении, по которым операторы оказывают друг другу услуги присоединения на зональном уровне (организация точки присоединения; обслуживание средств связи, образующих точку (точки) присоединения, в течение срока действия договора о присоединении) и услуги по зональному завершению

вызова на свою сеть связи (услуги по пропуску трафика).

В соответствии с п.33 ст. 2 Федерального закона от 07.07.2003г. N 126-ФЗ «О связи» (далее – Закон о связи) услуга присоединения представляет собой деятельность, направленную на удовлетворение потребности операторов связи

в организации взаимодействия сетей электросвязи, при котором становятся возможными установление соединения и передача информации между пользователями взаимодействующих сетей электросвязи.

Согласно п. 34 ст. 2 Закона о связи услуга по пропуску трафика -деятельность, направленная на удовлетворение потребности операторов связи в пропуске трафика между взаимодействующими сетями электросвязи.

За оказание вышеназванных услуг каждая из сторон оплачивает другой стороне цену, размер которой определяется «Экономическими условиями присоединения», являющимися приложениями к вышеуказанным договорам.

При этом размер денежных средств, который контрагент должен оплатить за оказанные второй стороной по договору услуги по зонному завершению вызова, зависит от объема оказанных услуг (времени, в течение которого осуществляется пропуск трафика).

Программы поощрения абонентов «Дарим 60 копеек за 60 секунд» и «Дарим 1 рубль за 1 минуту», введенные ЗАО «Астарта» на территории Удмуртской Республики в 2010 году и 2011 году соответственно, предусматривали начисление абонентам 60 копеек/1рубль (в зависимости от программы) за каждую минуту входящего трафика на их федеральный номер с номеров других операторов сотовой связи, действующих на территории Удмуртской Республики. При этом входящий трафик с номеров СкайЛинк не учитывался и начисление происходило при условии преодоления порога в 301 минуту входящего трафика. Программой поощрения «Дарим 60 копеек за 60 секунд» также было предусмотрено, что в случае превышения в течение календарного месяца порога в 3000 входящих звонков с СПС на номер абонента, действие программы приостанавливалось, начисления за входящие вызовы не производились. По программе поощрения «Дарим 1 рубль за 1 минуту» дополнительно предусматривалось начисление Мб по итогам месяца на оставшуюся сумму бонуса после вычета НДФЛ. Накопленные Мб абонент мог потратить в течение месяца, следующего за расчетным. По истечении месяца, следующего за расчетным, счетчик неиспользованных Мб обнулялся. Таким образом, антимонопольный орган пришел к обоснованному выводу о том, что ЗАО «Астарта», проводя на территории Удмуртской Республики вышеуказанные программы поощрения, воздействовало на своих абонентов – потребителей услуг подвижной радиотелефонной связи, таким образом, что они предпринимали действия по увеличению количества входящих вызовов с номеров других операторов сотовой связи, действующих на территории Удмуртской Республики. При этом происходило увеличение количества трафика, пропускаемого ЗАО «Астарта», а значит, увеличение объема реализации такого товара, как услуга по пропуску трафика, оказанная другому оператору связи, за которую договором о присоединении предусмотрена определенная цена.

Соответственно, оборудование, образующее точку присоединения, использовалось 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. Таким образом, присоединение сети связи присоединяемого оператора к сети связи присоединяющего оператора позволяет увеличить доходность

предпринимательской деятельности последнего.

Представленные в материалы дела счета, акты, счета-фактуры, акты зачета взаимных требований за оказанные услуги по пропуску трафика, соглашения о погашении зачетом встречных однородных требований за 2010 год и 2011 год свидетельствуют о резком увеличении стоимости затрат ОАО «Вымпел-Коммуникации», ОАО «Мобильные ТелеСистемы», ОАО «Мегафон» по договорам присоединения в период проведения ЗАО «Астарта» программ поощрения «Дарим 60 копеек за 60 секунд» (с 16.06.2010г. по 31.10.2010г.) и «Дарим 1 рубль за 1 минуту» (с 01.03.2011г. по 28.07.2011г.).

Представленная ОАО «Вымпел-Коммуникации», ОАО «Мобильные ТелеСистемы», ОАО «Мегафон» сводная информация об объемах исходящего трафика в направлении всех операторов подвижной радиотелефонной связи на территории Удмуртской Республики (динамика интерконнекта от входящего и исходящего трафика по Ижевскому филиалу ОАО «ВымпелКом» в разрезе по операторам мобильной связи; информация об объеме исходящего трафика ОАО «Мегафон» (минуты) в направлении ЗАО «Астарта», ОАО «МТС», ОАО «ВымпелКом», ЗАО «Сотовая Связь Удмуртии»; информация об объеме исходящего трафика ОАО «МТС» в направлении ЗАО «Астарта» и объеме исходящего трафика в направлении других операторов мобильной связи УР) свидетельствует о резком изменении таких объемов в направлении ЗАО «Астарта» и изменении объемов в пределах средних значений в направлении других операторов сотовой связи, что подтверждает наличие причинно-следственной связи между введением ЗАО «Астарта» программ поощрения абонентов и ростом затрат других операторов сотовой связи. В отсутствие данных акций тарифные планы операторов сотовой связи – конкурентов заявителя не являлись убыточными.

Исходя из изложенного, действия ЗАО «Астарта» по стимулированию своих абонентов на увеличение объема входящих вызовов направлены на получение обществом преимуществ в виде повышения привлекательности услуг ЗАО «Астарта» в результате использования абонентами полученных денежных средств по проводимым программам поощрения без каких-либо дополнительных затрат со стороны общества, а также в виде увеличения доходов от оплаты услуги по пропуску трафика.

Такие действия ЗАО «Астарта» причинили хозяйствующим субъектам-конкурентам убытки, поскольку увеличение исходящих вызовов с номеров операторов сотовой связи ОАО «Вымпел-Коммуникации», ОАО «Мобильные ТелеСистемы», ОАО «Мегафон» на номера оператора сотовой связи ЗАО «Астарта» привели к значительному (необоснованному) увеличению затрат и уменьшению доходов ОАО «Вымпел-Коммуникации», ОАО «Мобильные ТелеСистемы», ОАО «Мегафон», так как часть таких доходов направляется на оплату услуг по пропуску трафика.

При этом прирост исходящего трафика от ОАО «Вымпел-Коммуникации», ОАО «Мобильные ТелеСистемы», ОАО «Мегафон» в значительной мере обусловлен наличием «пустого» трафика, в виде многочасового дозвона на номера ЗАО «Астарта» из номерной емкости указанных Обществ, с целью накопления и последующего получения бонусов от ЗАО «Астарта». Возможность и наличие подобного трафика обусловлены исключительно проводимыми программами поощрения абонентов «Дарим 60 копеек за 60 секунд» в 2010 году и «Дарим 1 рубль за 1 минуту» в 2011 году.

Вводя на территории Удмуртской Республики вышеуказанные программы поощрения абонентов ЗАО «Астарта» не могло не предвидеть резкого увеличения спроса со стороны абонентов иных операторов сотовой связи на исходящие вызовы с сети данных операторов на сеть общества в целях получения денежных

средств, а также роста затрат конкурентов по договорам присоединения.

Такие действия ЗАО «Астарта», направленные на получение преимуществ перед другими операторами без каких-либо дополнительных затрат, увеличивающие расходы других операторов сотовой связи, действующих на территории Удмуртской Республики, противоречит действующему законодательству, обычаям делового оборота, принципам разумности и справедливости обоснованно квалифицированы антимонопольным органом как недобросовестная конкуренция, что нарушает требования части 1 статьи 14 Закона о защите конкуренции.

При данных обстоятельствах суд апелляционной инстанции приходит к выводу о законности и обоснованности оспариваемого решения антимонопольного органа, о достаточности представленных в материалы дела доказательств недобросовестного поведения заявителя на рынке оказания услуг подвижной радиотелефонной связи на территории Удмуртской Республики, направленного на увеличение собственных доходов и увеличение расходов контрагента (ов).

Доводы апеллятора о правомочности акции в виде поощрительных программ в связи с проведением другими операторами связи подобных акций подлежат отклонению, поскольку предметом рассмотрения по настоящему делу являются отношения конкурирующих хозяйствующих субъектов в пределах одной акции на предмет их добросовестности, соответствия действующему законодательству, обычаям делового оборота, принципам разумности и справедливости.

Также подлежат отклонению доводы апелляционной жалобы об отсутствии доказательств причинения действиями ЗАО «Астарта» убытков другим операторам связи, поскольку первостепенное значение для квалификации действий заявителя в рассматриваемой ситуации как недобросовестной конкуренции имеют факты совершения действий, направленных на увеличение собственных доходов и увеличение расходов контрагента (ов), которые, безусловно, могут привести к убыткам.

Установление размера причиненных убытков не является предметом рассмотрения настоящего дела. В то же время представленные контрагентами доказательства свидетельствуют об увеличении их расходов, связанных именно с проведением ЗАО «Астарта» программы поощрения своих абонентов, повлекшей резкое увеличение спроса со стороны абонентов иных операторов сотовой связи на исходящие вызовы с сети данных операторов на сеть заявителя, соответственно рост затрат конкурентов по договорам присоединения. Совершение указанных действий достаточно для квалификации действий заявителя как недобросовестной конкуренции.

Совокупность оснований, указанных в ст. 198 АПК РФ для признания решения антимонопольного органа недействительным, судом апелляционной инстанций не установлена.

Соответственно не могут быть приняты доводы апеллятора, что решение УФАС по УР ставит ЗАО «Астарта» на рынке оказания услуг подвижной радиотелефонной связи в неравное положение с другими операторами связи.

В соответствии с ч. 1 ст. 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.

Поскольку суд первой инстанции пришел к выводу о доказанности антимонопольным органом недобросовестной конкуренции в спорных действиях общества, событие административного правонарушения, квалифицируемое по ч. 1 ст. 14.33 КоАП РФ, следует признать доказанным.

Согласно ч.2 ст. 2.1 КоАП РФ юридическое лицо признается виновным в совершении административного правонарушения, если будет установлено, что у него имелась возможность для соблюдения правил и норм, за нарушение которых настоящим Кодексом или законами субъекта Российской Федерации предусмотрена административная ответственность, но данным лицом не были приняты все зависящие от него меры по их соблюдению.

Суд апелляционной инстанции находит обоснованным вывод суда первой инстанции об отсутствии в материалах дела доказательств, подтверждающих принятие обществом всех зависящих от него мер для соблюдения требований антимонопольного законодательства. Обществом не представлены доказательства невозможности принятия всех исчерпывающих мер для недопущения недобросовестной конкуренции.

Следовательно, вывод о доказанности в действиях общества состава административного правонарушения, предусмотренного ч. 1 ст. 14.33 КоАП РФ, является правильным.

Нарушений порядка привлечения к административной ответственности судами первой и апелляционной инстанций не установлено. Обществу предоставлена возможность воспользоваться правами лица, в отношении которого ведется производство по делу об административном правонарушении.

О времени и месте составления протокола об административном правонарушении, вынесения постановления по делу об административном правонарушении общество извещено надлежащим образом.

Оспариваемое постановление вынесено уполномоченным органом, в рамках установленного ст. 4.5 КоАП РФ срока давности привлечения к административной ответственности.

Назначенное за совершенное административное правонарушение наказание соответствует минимальному размеру санкции ч. 1 ст. 14.33 КоАП РФ.

Таким образом, основания для признания незаконным постановления о привлечении к административной ответственности отсутствуют.

Доводы апелляционной жалобы фактически повторяют доводы заявителя, изложенные суду первой инстанции, которым дана надлежащая правовая оценка в обжалуемом судебном акте, с которой суд апелляционной инстанции согласен.

Указанные в апелляционной жалобе доводы не являются основанием для переоценки выводов, содержащихся в решении суда.

На основании вышеизложенного решение суда первой инстанции отмене, а апелляционная жалоба удовлетворению - не подлежат.

Заявителю подлежит возврату из федерального бюджета излишне уплаченная госпошлина в размере 1000 руб., поскольку в соответствии со ст.333.21 Налогового кодекса РФ госпошлина при подаче апелляционной жалобы составляет 1000 рублей.

Руководствуясь статьями 176, 258, 266, 268, 269, 271 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, Семнадцатый арбитражный апелляционный суд

**ПОСТАНОВИЛ:**

Решение Арбитражного суда Удмуртской Республики от 26 апреля 2012 года по

делу № А71-3304/2012 оставить без изменения, а апелляционную жалобу ЗАО "Астарта" – без удовлетворения.

Возвратить ЗАО "Астарта" из федерального бюджета излишне уплаченную по платежному поручению №526 от 24.05.2012 государственную пошлину по апелляционной жалобе в размере 1 000 (одна тысяча) рублей.

Постановление может быть обжаловано в порядке кассационного производства в Федеральный арбитражный суд Уральского округа в срок, не превышающий двух месяцев со дня его принятия, через Арбитражный суд Удмуртской Республики.

Председательствующий  
Судьи