

**ВТОРОЙ АРБИТРАЖНЫЙ АПЕЛЛЯЦИОННЫЙ СУД****610007, г. Киров, ул. Хлыновская, 3, <http://2aas.arbitr.ru>****ПОСТАНОВЛЕНИЕ****арбитражного суда апелляционной инстанции**

г. Киров

27 января 2012 года

Дело № А29-4373/2011

Резолютивная часть постановления объявлена 24 января 2012 года.

Полный текст постановления изготовлен 27 января 2012 года.

Второй арбитражный апелляционный суд в составе:

председательствующего Ившиной Г.Г.,

судей Буториной Г.Г., Хоровой Т.В.,

при ведении протокола судебного заседания секретарем судебного заседания Четверговым Д.С.,

при участии в судебном заседании:

представителя заявителя Садыкова И.З., действующего на основании доверенности,

представителя третьего лица Калиты А.В., действующего на основании доверенности от 15.09.2009,

рассмотрев в судебном заседании апелляционную жалобу закрытого акционерного общества «Парма Мобайл» (ЗАО «Теле2-Коми»)

на решение Арбитражного суда Республики Коми от 14.10.2011

по делу №А29-4373/2011, принятое судом в составе судьи Галаевой Т.И.,

по заявлению закрытого акционерного общества «Парма Мобайл» (ЗАО «Теле2-Коми»)

(ИНН:1101051099, ОГРН: 1021100516469)

к Управлению Федеральной антимонопольной службы по Республике Коми (ИНН: 1101481197, ОГРН: 1021100514951),

третье лицо: открытое акционерное общество «Мобильные ТелеСистемы»

(ИНН: 7740000076, ОГРН: 1027700149124),

о признании незаконным решения от 15.04.2011 № 03-01/2164 и предписания от 05.04.2011 № 03-01/2164,

установил:

закрытое акционерное общество «Парма Мобайл» (ЗАО «Теле2-Коми»), (далее – заявитель, ЗАО «Парма Мобайл», ЗАО «Теле2-Коми») обратилось в Арбитражный суд Республики Коми с заявлением к Управлению Федеральной антимонопольной службы по Республике Коми (далее – Коми УФАС России, Управление, ответчик, антимонопольный орган) о признании незаконным решения антимонопольного органа, которым ЗАО «Парма Мобайл» (ЗАО «Теле-2 Коми»)

было признано нарушившим часть 1 статьи 14 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее – Закон о защите конкуренции) в части совершения действий, выразившихся во введении в гражданский оборот на территории Республики Коми услуг сотовой связи в соответствии с тарифным планом «Мой город», наименование которого является тождественным наименованию тарифного плана ОАО «МТС», реализация которого на территории Республики Коми началась ранее, направленных на получение обществом необоснованных преимуществ при осуществлении предпринимательской деятельности, противоречащих принципам добропорядочности, разумности и справедливости, действующему законодательству, а также способных причинить убытки другому хозяйствующему субъекту – конкуренту ОАО «МТС».

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

Решением Арбитражного суда Республики Коми от 14.10.2011 в удовлетворении заявленных требований отказано.

ЗАО «Парма Мобайл» с принятым решением суда не согласно, обратилось во Второй арбитражный апелляционный суд с жалобой, в которой просит решение суда первой инстанции отменить, удовлетворить требования о признании незаконным решения Управления от 15.04.2011 № 03-01/2164.

По мнению заявителя жалобы, суд первой инстанции не дал оценку тому обстоятельству, что тарифный план «Мой город» и тарифный план с аналогичным названием ОАО «МТС» имели разные территориальные и временные границы товарного рынка, что исключает создание какой-либо конкуренции и нарушение статьи 14 Закона о защите конкуренции.

Заявитель считает, что суд и Коми УФАС России не провели анализ понятий «товарный рынок», «конкуренция», «недобросовестная конкуренция» и не учли, что подключение ЗАО «Теле2-Коми» абонентов к спорному тарифному плану возможно только в городе Воркуте; подключение абонентов ОАО «МТС» к тарифному плану «Мой город» в г. Воркуте не доказано. Также в тексте апелляционной жалобы заявитель указывает, что конкретная услуга Теле2 в виде подключения к тарифному плану «Мой город» и пользование им не имеет аналога у МТС на территории г. Воркута. Заявитель жалобы полагает, что суд первой инстанции не учел и не проверил следующие границы тарифных планов МТС и Теле2 «Мой город», а именно: временные, продуктовые, географические. Так, суд не учел, что с 17.03.2008 по 01.03.2009 на товарном рынке Сыктывкара, Сосногорска, Ухты, Инты, Печоры реализовывался тарифный план «Мой город» МТС; с 18.08.2010 на товарном рынке Воркуты стал реализовываться тарифный план «Мой город» Теле2. Суд неверно определил в качестве товарного рынка тарифных планов МТС и Теле 2 всю территорию Республики Коми. Рассматриваемые тарифные планы различаются по двум ключевым показателям, а именно: по продавцам услуг и стоимости одной минуты соединения (30 копеек и 80 копеек). Тарифные планы не относятся к числу взаимозаменяемых. Таким образом, считает заявитель жалобы, тот факт, что тариф ЗАО «Теле2-Коми» способен вызвать смешение, судом не проверен. Заявитель оспаривает вывод суда, что в г. Воркуте применяется только льготная тарификация, а сам тарифный план используется по всей Республике Коми, указывает, что для определения недобросовестной конкуренции имеют значение только границы товарного рынка

(место реализации товара), а не место его использования. По мнению ЗАО «Теле2-Коми», выезд абонентов из указанных городов, где применялся тарифный план «Мой город», не изменяет определение рынка реализации тарифного плана. Суд не учел, что за пределами г. Воркуты реализация тарифного плана Теле2 не производилась. Заявитель отмечает, что пользоваться услугами связи можно в любом месте, однако рынок подключения к тарифному плану ограниченнее, чем рынок оказания и использования услуг связи.

Кроме этого, заявитель жалобы утверждает, что суд первой инстанции не дал оценку его доводам об использовании Коми УФАС России недостоверного доказательства о наличии у МТС более 9000 абонентов на архивном тарифном плане «Мой город».

Также ЗАО «Теле2-Коми» полагает, что решение суда первой инстанции содержит не основанные на доказательствах сведения о том, что ОАО «МТС» рекламировало и продвигало свой тарифный план по всей Республике Коми посредством наружной рекламы, листовок, Интернет-ресурса. Указывает, что в сельских поселениях тарифный план не рекламировался и не реализовывался, сведения, опубликованные на сайте в сети Интернет, рекламой не являются.

По мнению заявителя, суд первой инстанции без достаточных оснований счел, что спорный тариф МТС приобрел различительную способность. Суд не учел, что на рекламную акцию по продвижению спорного тарифа в г. Воркуте заявителем затрачено 2 107 029 рублей; расходы МТС на рекламу тарифа ничем не подтверждены.

Просит учесть, что изменение наименования спорного тарифа не свидетельствует о том, что заявителем признаны обоснованными обвинения в недобросовестной конкуренции.

Кроме этого, заявитель отмечает, что уведомление о рассмотрении дела в Коми УФАС России в адрес законного представителя заявителя не направлялось.

Также заявитель жалобы указывает на отсутствие оснований для вывода о возможном причинении убытков МТС, поскольку сведения о количестве абонентов МТС, применяющих спорный тарифный план, в деле имеются, указанное количество абонентов не изменилось.

Как указывает заявитель жалобы, суд первой инстанции не учел, что МТС использовало название тарифного плана «Мой город», которое ранее было использовано другими операторами сотовой связи. ЗАО «Теле2-Коми» применяло название тарифного плана, используемого с февраля 2010 года ОАО «Теле2-Санкт-Петербург».

Коми УФАС России в отзыве на апелляционную жалобу, в дополнениях к отзыву на жалобу просит оставить решение суда первой инстанции без изменения, а апелляционную жалобу заявителя - без удовлетворения, указывает на нарушение заявителем части 1 статьи 14 Закона о защите конкуренции.

Более подробно доводы заявителя и ответчика изложены в текстах апелляционной жалобы, отзыва на жалобу, дополнений к отзыву и поддержаны их представителями в судебном заседании Второго арбитражного апелляционного суда 21.12.2011.

Рассмотрение дела судом откладывалось до 24.01.2012 в порядке статьи 163 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации (далее – АПК РФ).

В соответствии со статьей 18 АПК РФ, пунктом 37 Регламента арбитражных судов Российской Федерации, в связи с нахождением в очередном отпуске судьи

Караваевой А.В. в составе суда произведена замена судьи Караваевой А.В. на судью Хорову Т.В.

ОАО «МТС» отзыв на апелляционную жалобу не представило. В судебном заседании суда апелляционной инстанции 24.01.2012 представитель третьего лица возражал против удовлетворения требований жалобы.

Законность решения Арбитражного суда Республики Коми проверена Вторым арбитражным апелляционным судом в порядке, установленном статьями 258, 266, 268 АПК РФ.

Как следует из материалов дела, приказом Коми УФАС России от 28.12.2010 на основании заявления ОАО «МТС» было возбуждено дело по признакам нарушения ЗАО «Парма Мобайл» (ЗАО Теле2-Коми) части 1 статьи 14 Закона о защите конкуренции, выразившегося в использовании наименования тарифного плана «Мой город», тождественного наименованию тарифного плана ОАО «МТС».

Антимонопольным органом установлено, что ЗАО «Теле2-Коми» с 18 августа 2010 года ввело в гражданский оборот на территории Республики Коми услуги сотовой связи в соответствии с тарифным планом «Мой город».

Между тем, тарифный план с аналогичным наименованием ранее был введен в гражданский оборот на территории Республики Коми третьим лицом (ОАО «МТС») в соответствии с приказом от 07 марта 2008 года № СЗ 01/063П.

Усмотрев в действиях ЗАО «Парма Мобайл» признаки недобросовестной конкуренции, Коми УФАС России вынесло решение от 05.04.2011 № 03-01/2164 (изготовлено в полном объеме 15.04.2011), которым ЗАО «Парма Мобайл» признано нарушившим часть 1 статьи 14 Закона о защите конкуренции в части совершения действий, выразившихся во введении в гражданский оборот на территории Республики Коми услуг сотовой связи в соответствии с тарифным планом «Мой город», наименование которого является тождественным наименованию тарифного плана ОАО «МТС», реализация которого на территории Республики Коми началась ранее, направленных на получение обществом необоснованных преимуществ при осуществлении предпринимательской деятельности, противоречащих принципам добропорядочности, разумности и справедливости, действующему законодательству, а также способных причинить убытки другому хозяйствующему субъекту – конкуренту ОАО «МТС».

Заявителю было выдано предписание об устранении выявленных нарушений от 05 апреля 2011 года № 03-01/2164.

Не согласившись с решением и предписанием ответчика, ЗАО «Парма Мобайл» обратилось в арбитражный суд.

Арбитражный суд Республики Коми квалифицировал действия ЗАО «Парма Мобайл» как недобросовестную конкуренцию, в связи с чем оснований для удовлетворения заявления не усмотрел.

Исследовав представленные в материалы дела доказательства, изучив доводы апелляционной жалобы, отзыва на нее и дополнений к отзыву, заслушав представителей сторон и третьего лица, суд апелляционной инстанции не нашел оснований для отмены или изменения решения суда исходя из нижеследующего.

Согласно части 1 статьи 198 АПК РФ граждане, организации и иные лица вправе обратиться в арбитражный суд с заявлением о признании недействительными ненормативных правовых актов, незаконными решений органов, осуществляющих публичные полномочия, должностных лиц, если полагают, что оспариваемый ненормативный правовой акт, решение 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.

В части 1 статьи 3 Закона о защите конкуренции указано, что настоящий Федеральный закон распространяется на отношения, которые связаны с защитой конкуренции, в том числе с предупреждением и пресечением монополистической деятельности и недобросовестной конкуренции.

Согласно части 1 статьи 14 Закона о защите конкуренции не допускается недобросовестная конкуренция, в том числе распространение ложных, неточных или искаженных сведений, которые могут причинить убытки хозяйствующему субъекту либо нанести ущерб его деловой репутации (пункт 1); введение в заблуждение в отношении характера, способа и места производства, потребительских свойств, качества и количества товара или в отношении его производителей (пункт 2); некорректное сравнение хозяйствующим субъектом производимых или реализуемых им товаров с товарами, производимыми или реализуемыми другими хозяйствующими субъектами (пункт 3); 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 (пункт 4); незаконное получение, использование, разглашение информации, составляющей коммерческую, служебную или иную охраняемую законом тайну (пункт 5).

В силу пунктов 7, 9 статьи 4 Закона о защите конкуренции под конкуренцией понимается 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. Недобросовестная конкуренция - 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.

Статья 10 bis Парижской конвенции по охране промышленной собственности содержит общий запрет недобросовестной конкуренции, под которой, как следует из параграфа 2 этой статьи, понимаются всякие акты, противоречащие честным обычаям в промышленных и торговых делах. В частности, подлежат запрету все действия, способные каким бы то ни было способом вызвать смешение в отношении предприятия, продуктов или промышленной или торговой деятельности конкурента.

Антимонопольным органом установлено, что ОАО «МТС» и ЗАО «Парма Мобайл» являются прямыми конкурентами по отношению друг к другу, поскольку осуществляют деятельность на рынке предоставления услуг подвижной радиотелефонной связи на территории Республики Коми, в том числе жителям г. Воркуты, имеют схожие лицензии для осуществления своей деятельности. Данный вывод ответчика основан на представленных в материалы дела доказательствах и является обоснованным.

Из материалов дела следует, что согласно приказу ОАО «МТС» от 07.03.2008 № СЗ 01/063П с 17.03.2008 на территории Республики Коми открыт для подключения и перехода тарифный план «Мой город». В указанном приказе перечислены действия, которые необходимо исполнить для введения в гражданский оборот в Республике Коми названного тарифного плана (том 1, листы дела 131-132).

Согласно тарифному плану «Мой город» ОАО «МТС» он действует в Республике Коми; к зоне льготной тарификации относится территория городов Сыктывкар, Ухта и Сосногорск Республики Коми.

Осуществление деятельности по введению ОАО «МТС» в гражданский оборот на территории Республики Коми тарифного плана «Мой город» и по его реализации сопровождалось рекламной кампанией, направленной на продвижение на товарный рынок услуг сотовой связи Республики Коми указанного тарифного плана, в том числе была размещена наружная реклама тарифного плана «Мой город», распространялись рекламные листовки с информацией об указанном тарифном плане. В частности, приложением № 1 к дополнительному соглашению от 01.01.2007 № 2 к договору от 01.01.2007 утверждена адресная программа размещения рекламы на наружных носителях в Республике Коми, в которую входят следующие населенные пункты Республики Коми: Сыктывкар, Усинск, Воркута, Емва, Сосногорск, Вогвадино, Инта, Микунь, Печора, Ухта (том 2, лист дела 10).

В соответствии с договором о монтаже рекламных материалов от 25.06.2008, заключенным между ОАО «МТС» и ООО «Наружная реклама» произведен монтаж рекламно-информационных материалов на территории Республики Коми в 2008 году, в приложении № 1 к данному договору указаны места размещения наружной рекламы в городах Сыктывкаре, Печоре, и Ухте Республики Коми (том 2, листы дела 1-5).

Согласно приказу от 07.02.2009 № СЗ 01/087П ОАО «МТС» с 01.03.2009 тарифный план «Мой город» на территории Республики Коми закрыт для подключения и перехода. Тариф переведен в разряд архивных, однако не закрыт для абонентов, ранее подключенных к нему (том 3, лист дела 4). Из текста данного приказа следует, что действие льготных условий тарификации для абонентов тарифного плана «Мой город» продлено, то есть тарифный план продолжает действовать для абонентов, которые ранее были подключены к нему.

Из пояснений представителя ОАО «МТС» на заседании комиссии УФАС от 02.02.2011 следует, что с 2008 года по 01.03.2009 ОАО «МТС» осуществляло активное подключение своих абонентов к тарифному плану «Мой город», а с осени 2010 года тарифный план с подобным названием появился у ЗАО «Парма Мобайл». С 01.03.2009 подключение новых абонентов к тарифному плану ОАО «МТС» «Мой город» не производится, но 9000 абонентов продолжают пользоваться данным тарифным планом (том 2 листы дела 125-127). В подтверждение указанных доводов третье лицо представило в антимонопольный орган выгрузку с информационного портала MIS Офус (том 1 листы дела 78, 79, 154).

В соответствии с частью 2 статьи 64 АПК РФ в качестве доказательств допускаются письменные и вещественные доказательства, объяснения лиц, участвующих в деле, заключения экспертов, консультации специалистов, показания свидетелей, аудио- и видеозаписи, иные документы и материалы, в связи с чем суд отклоняет доводы апелляционной жалобы об использовании антимонопольным органом ненадлежащих и недостоверных доказательств.

В соответствии со статьей 71 АПК РФ арбитражный суд оценивает относимость, допустимость, достоверность каждого доказательства в отдельности, а также достаточность и взаимную связь доказательств в их совокупности. Каждое доказательство подлежит оценке арбитражным судом наряду с другими доказательствами. Никакие доказательства не имеют для арбитражного суда заранее установленной силы.

Также из материалов дела следует, что с 18.08.2010 ЗАО «Парма Мобайл» (ЗАО «Теле2-Коми») начало обслуживание абонентов по тарифному плану «Мой город». Указанное обстоятельство подтверждается, в том числе приказом от 18.08.2010 № РО-09/123 «О прописке в биллинговой системе тарифного плана «Мой город», актом о тестировании услуг. В материалы дела также представлены приказ от 04.08.2010 № РО-09/115 «Об утверждении и введении в действие положения о проведении акции «2-летие Теле2 в Воркуте», которым с целью изменения воспринимаемого качества связи, набора абонентов и привлечения внимания к компании Теле2 абонентов других сетей утверждено вышеназванное положение; Положение о проведении данной акции в г. Воркуте с 16 по 28 августа 2010, рекламная листовка тарифа «Мой город» (том 2, листы дела 71-78).

Из рекламной листовки следует, что услуги по тарифному плану «Мой город» предоставляются на территории Республики Коми с предоставлением льготной тарификации на территории г. Воркуты.

Доказательств, что подключиться, перейти на тарифный план «Мой город» ЗАО «Парма Мобайл» и пользоваться услугами связи по данному тарифному плану возможно только в определенном городе Республики Коми, материалы дела не содержат.

Таким образом, материалами дела подтверждено наличие действующего тарифного плана «Мой город» ОАО «МТС» в гражданском обороте на территории Республики Коми на момент введения одноименного тарифного плана ЗАО «Парма Мобайл».

Как указывалось выше, из приказа ОАО «МТС» от 07.03.2008 № СЗ 01/063П следует, что тарифный план открыт для подключения на всей территории Республики Коми; при этом при нахождении абонентов на территории городов Сыктывкар, Ухта, Сосногорск, Инта и Печора действует льготный тариф за минуту разговоров, а в других городах региона – другой (повышенный) тариф. Из представленных ЗАО «Парма Мобайл» документов также усматривается, что тарифный план «Мой город» действует на территории Республики Коми, при этом при нахождении абонента в г. Воркуте на все исходящие вызовы действует льготный тариф, а при нахождении абонента на остальной территории Республики Коми – иной (повышенный тариф).

То обстоятельство, что льготная тарификация по тарифу «Мой город» ОАО «МТС» применялась в городах Сыктывкар, Ухта, Сосногорск, Инта и Печора, а по одноименному тарифу ЗАО «Теле2-Коми» - в городе Воркуте, не имеет существенного значения, поскольку возможность подключения и получения услуг связи по спорным тарифным планам имела на всей территории Республики Коми.

При этом, несмотря на то, что подключение новых абонентов к тарифному плану «Мой город» ОАО «МТС» на момент введения в оборот одноименного тарифного плана ЗАО «Парма Мобайл» не производилось, суд признает значимым для настоящего дела именно то обстоятельство, что ОАО «МТС» предоставляло

услуги связи по тарифному плану «Мой город» подключенным абонентам на момент введения одноименного тарифного плана заявителя.

Утверждение заявителя о том, что реализация спорного тарифного плана им проводилась только в г. Воркуте не подтверждено доказательствами. То обстоятельство, что абоненты подключались к тарифному плану во время акции «2-летие Теле2 в Воркуте» в период с 16 по 28 августа 2010 года, не исключает возможность подключения к тарифному плану «Мой город» и получения услуг связи по нему в других населенных пунктах Республики Коми.

Соответственно, доводы заявителя апелляционной жалобы, что суд первой инстанции не учел и не проверил границы тарифных планов МТС и Теле2 «Мой город», в том числе временные, продуктовые, географические; тарифный план «Мой город» ЗАО «Парма Мобайл» и тарифный план «Мой город» ОАО «МТС» имели разные территориальные и временные границы, отклоняются судом апелляционной инстанции, поскольку оба тарифных плана действовали на всей территории Республики Коми, при этом в августе 2010 года, когда началось обслуживание абонентов ЗАО «Парма Мобайл» по одноименному тарифному плану, тарифный план «Мой город» ОАО «МТС», введенный в гражданский оборот на территории Республики Коми ранее, действовал и использовался абонентами третьего лица.

Кроме того, в соответствии с пунктом 1.4 Порядка проведения анализа состояния конкуренции на товарном рынке, утвержденного приказом Федеральной антимонопольной службы Российской Федерации от 28.04.2010 №220, проведение анализа состояния конкуренции на товарном рынке (определение временного интервала исследования товарного рынка, определение продуктовых границ товарного рынка, определение географических границ товарного рынка) при рассмотрении дел о нарушении антимонопольного законодательства, возбужденных по признакам нарушения, в том числе статьи 14 Закона о защите конкуренции, не требуется.

Проанализировав обстоятельства дела в совокупности с исследованными доказательствами, суд первой инстанции пришел к обоснованному выводу, что в действиях заявителя содержатся признаки недобросовестной конкуренции.

Направленность действий заявителя на получение преимуществ при осуществлении предпринимательской деятельности над конкурентом выразилась в том, что ЗАО «Парма Мобайл» при реализации на территории Республики Коми услуг сотовой телефонной связи использовало наименование тарифного плана, являющееся тождественным наименованию ранее введенного в гражданский оборот ОАО «МТС» на территории Республики Коми тарифного плана «Мой город», приобретшего различительную способность у потребителей, что могло повлечь для ЗАО «Парма Мобайл» снижение издержек на продвижение услуг сотовой связи в соответствии с указанным тарифным планом.

Такие действия заявителя противоречат требованиям добропорядочности, разумности и справедливости, могут причинить убытки другому хозяйствующему субъекту – конкуренту ОАО «МТС», которое понесло издержки на продвижение тарифного плана «Мой город», способствовать оттоку клиентов у конкурента, а также задевать деловую репутацию конкурента, предоставляющего услуги связи по тарифному плану «Мой город» в Республике Коми.

При этом факт причинения убытков конкуренту не подлежит обязательному доказыванию со стороны антимонопольного органа, поскольку для квалификации действий хозяйствующего субъекта в качестве недобросовестной конкуренции

достаточно возможности причинения убытков или нанесения вреда деловой репутации конкурента.

Принимая во внимание положения статьи 10 bis Парижской конвенции по охране промышленной собственности, содержащие запрет на все действия, способные каким бы то ни было способом вызвать смешение в отношении предприятия, продуктов или промышленной или торговой деятельности конкурента, суд апелляционной инстанции признает обоснованным вывод антимонопольного органа, что действия заявителя могли вызвать смешение в отношении услуг, предоставляемых им в рамках тарифного плана «Мой город», с услугами ОАО «МТС», поскольку на дату начала реализации одноименного тарифного плана ЗАО «Парма Мобайл» третьим лицом предоставлялись услуги по тарифному плану «Мой город». Тождественные названия тарифных планов двух хозяйствующих субъектов – конкурентов могут привести к реальному смешению и введению в заблуждение потребителей.

Основанный на представленных в материалы дела доказательствах, в том числе проведения ОАО «МТС» рекламной кампании и наличия абонентов, пользующихся указанным тарифным планом, данных опроса, вывод антимонопольного органа, что тарифный план ОАО «МТС» «Мой город» приобрел различительную способность, представляется суду обоснованным. Оснований для опровержения данного вывода не имеется. Опрос жителей города Воркуты, проведенный представителем ЗАО «Теле2-Коми», показал, что о наличии тарифного плана «Мой город» у ОАО «МТС» помнят 4 процента опрошенных (том 2, лист дела 136).

Указание заявителя, что потенциальный абонент не имел возможности подключения к тарифному плану «Мой город» ОАО «МТС» на момент наличия такой возможности ЗАО «Теле2-Коми», не исключает наличия вышеприведенных признаков недобросовестной конкуренции в действиях заявителя, направленных на получение преимуществ при осуществлении предпринимательской деятельности, поскольку действия заявителя могли способствовать оттоку клиентов у конкурента, а также задевать деловую репутацию конкурента.

Прочие доводы апелляционной жалобы заявителя также не принимаются судом апелляционной инстанции.

Факт предоставления ОАО «МТС» услуг связи по тарифному плану «Мой город» после августа 2010 года подтверждается материалами дела. Доводы заявителя, что количество абонентов ОАО «МТС» не изменилось после введения тарифного плана «Мой город» ЗАО «Теле2-Коми» документально не подтверждены и не могут быть приняты судом, поскольку возможность причинения убытков конкуренту в результате действий заявителя антимонопольным органом доказана.

Утверждение заявителя, что ОАО «МТС» не рекламировало свой тарифный план «Мой город» по всей Республике Коми, опровергается имеющимися в деле доказательствами, подтверждающими проведение ОАО «МТС» рекламной кампании, направленной на продвижение тарифного плана «Мой город» на товарный рынок услуг сотовой связи Республики Коми, в том числе с использованием наружной рекламы, путем распространения рекламных листовок.

Податель жалобы указывает, что заявителем на рекламную акцию по продвижению спорного тарифа в г. Воркуте затрачено 2 107 029 рублей. Однако из представленных заявителем копий приказа от 04.08.2010, положения о проведении акции и выдаче призов не представляется возможным достоверно установить,

понесены ли заявителем расходы на рекламу тарифа «Мой город» и размеры этих расходов. В то же время факт рекламирования ОАО «МТС» тарифного плана «Мой город» подтвержден документально (в том числе фотографиями рекламных щитов, содержащими информацию именно о названном тарифном плане).

Довод заявителя, что название тарифного плана «Мой город» ранее использовалось другими операторами связи, не опровергает основанный на доказательствах вывод Коми УФАС России о наличии в рассматриваемых действиях ЗАО «Теле2-Коми» признаков недобросовестной конкуренции.

Согласно части 2 статьи 45 Закона о защите конкуренции лица, участвующие в деле, должны извещаться о времени и месте его рассмотрения. В случае неявки на заседание комиссии лиц, участвующих в деле и надлежащим образом извещенных о времени и месте рассмотрения дела, комиссия вправе рассмотреть дело в их отсутствие.

Дело о нарушении антимонопольного законодательства было возбуждено ответчиком в отношении ЗАО «Парма Мобайл» (ЗАО «Теле2-Коми»).

Согласно выписке из Единого государственного реестра юридических лиц от 07.06.2011 адресом (местом нахождения) ЗАО «Теле2-Коми» является Республика Коми, город Сыктывкар, ул. Интернациональная, дом 108а; представителем управляющей компании организации является Страшнов Д.Е. (том 1, лист дела 27).

Почтовым адресом данной организации является 167 982, г. Сыктывкар, ул. Кирова, д. 80. Этот же адрес указан ЗАО «Теле2-Коми» на официальном бланке, в заявлении в суд первой инстанции, в апелляционной жалобе.

Апелляционный суд отклоняет доводы заявителя жалобы о ненадлежащем извещении о времени и месте рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства.

Из материалов дела видно, что все процессуальные документы по делу о нарушении антимонопольного законодательства направлялись ответчиком ЗАО «Теле2-Коми» по адресу 167 982, г. Сыктывкар, ул. Кирова, д. 80 и были получены им. Представитель заявителя Садыков И.З. по надлежаще оформленной доверенности присутствовал на заседаниях комиссии УФАС по рассмотрению дела о нарушении антимонопольного законодательства, ЗАО «Парма Мобайл» представляло документы, объяснения на запросы антимонопольного органа и не было лишено возможности осуществить защиту своих прав.

Садыков И.З. был уполномочен представлять интересы Общества доверенностью от 18.01.2011, выданной ему ЗАО «Парма Мобайл» (ЗАО Теле2-Коми) в лице управляющего директора Анчербака А.А. (том 2, лист дела 105).

В свою очередь Анчербак А.А. нотариально удостоверенной доверенностью с правом передоверия от 21.10.2010 наделен полномочиями единоличного исполнительного органа по всем вопросам текущей деятельности ЗАО «Парма Мобайл». Доверенность от 21.10.2010 выдана уполномоченным действовать самостоятельно директором управляющей компании ЗАО «Парма Мобайл» (ООО «Теле2 Россия Интернешнл Селлулар Б.В.») Страшновым Д.Е. (том 2, лист дела 119).

При таких обстоятельствах суд апелляционной инстанции приходит к выводу об отсутствии нарушений прав лица, в отношении которого возбуждено дело о нарушении антимонопольного законодательства.

Оспариваемое решение принято антимонопольным органом в пределах его компетенции, соответствует действующему законодательству и не нарушает права и законные интересы ЗАО «Парма Мобайл» (ЗАО Теле2-Коми).

В соответствии с частью 1 статьи 50 Закона о защите конкуренции по результатам рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства на основании решения по делу комиссия выдает предписание ответчику по делу.

Предписание от 05.04.2011 выдано ответчиком на основании принятого по делу о нарушении антимонопольного законодательства решения и не противоречит закону.

Судом апелляционной инстанции исследованы все доводы апелляционной жалобы ЗАО «Парма Мобайл» (ЗАО Теле2-Коми), однако они не опровергают выводов суда, изложенных в обжалуемом решении.

Согласно части 3 статьи 201 АПК РФ в случае, если арбитражный суд установит, что оспариваемый ненормативный правовой акт, решения и действия (бездействие) органов, осуществляющих публичные полномочия, должностных лиц соответствуют закону или иному нормативному правовому акту и не нарушают права и законные интересы заявителя, суд принимает решение об отказе в удовлетворении заявленного требования.

С учетом изложенного, решение суда первой инстанции следует оставить без изменения, а апелляционную жалобу ЗАО «Парма Мобайл» (ЗАО Теле2-Коми) - без удовлетворения.

Нарушений норм процессуального права, влекущих безусловную отмену судебного акта, судом апелляционной инстанции не установлено.

Согласно подпунктам 3, 12 пункта 1 статьи 333.21 Налогового кодекса Российской Федерации государственная пошлина за рассмотрение апелляционной жалобы по делу об оспаривании ненормативного правового акта составляет 1000 рублей и в соответствии со статьей 110 АПК РФ относится на заявителя. Государственная пошлина уплачена при обращении с жалобой.

Руководствуясь статьями 258, 268, пунктом 1 статьи 269, статьей 271 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, Второй арбитражный апелляционный суд

П О С Т А Н О В И Л:

решение Арбитражного суда Республики Коми от 14.10.2011 по делу №А29-4373/2011 оставить без изменения, а апелляционную жалобу закрытого акционерного общества «Парма Мобайл» (ЗАО «Теле2-Коми») – без удовлетворения.

Постановление вступает в законную силу со дня его принятия.

Постановление может быть обжаловано в Федеральный арбитражный суд Волго-Вятского округа в случаях и в порядке, установленных Арбитражным процессуальным кодексом Российской Федерации.

Председательствующий

Г.Г. Ившина

Судьи

Г.Г. Буторина

Т.В. Хорова