

## г. Москва

Резолютивная часть решения объявлена «26» июля 2017

Полный текст решения изготовлен «27» июля 2017

Коллегиальный орган Федеральной антимонопольной службы — Апелляционная коллегия Федеральной антимонопольной службы (далее — Коллегия) в составе:<...>,

рассмотрев на заседании Коллегии жалобу АО «Газпром межрегионгаз Нижний Новгород» на решение Управления Федеральной антимонопольной службы по Нижегородской области от 27.03.2017 по делу № 1701-ФАС52-03/16, в присутствии посредством видео-конференц-связи:

от АО «Газпром межрегионгаз Нижний Новгород» - <...> (доверенность № 17 от 30.12.2016);

от Нижегородского УФАС России — начальника отдела контроля естественных монополий <...>; ведущего специалиста-эксперта отдела контроля естественных монополий <...>;

(уведомление о дате, времени и месте рассмотрения жалобы размещено 17.07.2017 на официальном сайте ФАС России [www.fas.gov.ru](http://www.fas.gov.ru) в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет»),

УСТАНОВИЛА:

Поводом для возбуждения дела о нарушении антимонопольного законодательства № 1701-ФАС52-03/16 в отношении АО «Газпром межрегионгаз Нижний Новгород» послужило обращение товарищества собственников недвижимости «Берег» (далее — ТСН «Берег»), направленное в адрес Нижегородского УФАС России, согласно которого АО «Газпром межрегионгаз Нижний Новгород» необоснованно прекращена подача газа на крышную котельную жилого дома № 2, расположенную по адресу: Нижегородская обл., г. Кстово, ул. Парковая, д. 13.

Между ТСН «Берег» и АО «Газпром межрегионгаз Нижний Новгород» заключен договор на поставку газа от 20.12.2015 № 33-3-7553-13/2016.

В соответствии с пунктом 2.1 данного договора АО «Газпром межрегионгаз Нижний Новгород» (поставщик) берет на себя обязательство поставлять ТСН «Берег» (покупатель) газ горючий природный и/или газ горючий природный сухой отбензиненный в согласованном сторонами объеме, оказывать снабженческо-

сбытовые услуги и обеспечивать транспортировку и распределение газа по распределительным сетям, а ТСН «Берег» - принять газ и производить расчеты за него.

Согласно пункта 2.3.1 поставка газа производится на котельную, расположенную по адресу: ТСН «Берег», крышная котельная ж/д № 2 г. Кстово, ул. Парковая, д. 13. Газ используется в качестве топлива для выработки тепловой энергии для отопления и горячего водоснабжения жилых помещений многоквартирного дома, расположенного по адресу: ТСН «Берег», крышная котельная ж/д г. Кстово, ул. Парковая, д. 13.

В период с ноября 2015 по май 2016 ТСН «Берег» не исполняло обязательств по оплате за поставленный газ, в связи с чем у товарищества возникла задолженность на сумму 1 495 829 руб. 78 коп.

Письмами от 17.05.2016 № 157 и 09.06.2016 № 196 поставщик газа в адрес ТСН «Берег» направлял требования о погашении задолженности.

Поскольку задолженность ТСН «Берег» не была оплачена, письмом от 10.06.2016 АО «Газпром межрегионгаз Нижний Новгород» уведомило товарищество о том, что 14.06.2016 в 10 часов 00 минут подача газа на газоиспользующее оборудование, расположенное по адресу: Нижегородская обл., г. Кстово, ул. Парковая, д. 13, будет прекращена. Кроме этого, письмом от 10.06.2016 № 7961 поставщик газа сообщил ТСН «Берег», что 15.06.2016 в 10 часов 00 минут подача газа на вышеуказанные объекты газопотребления будет полностью прекращена с помощью газораспределительной организации.

Так, 14.06.2016 представителями АО «Газпром межрегионгаз Нижний Новгород» предпринята попытка приостановления поставки газа на газопотребляющее оборудование ТСН «Берег», расположенное по адресу: Нижегородская обл., г. Кстово, ул. Парковая, д. 13. В результате отказа товарищества самостоятельно приостановить отбор газа составлен акт о недопуске.

В соответствии с актом от 15.06.2016 представителями АО «Газпром межрегионгаз Нижний Новгород» с участием сотрудника ПАО «Газпром межрегионгаз Нижний Новгород» принудительно прекращена подача газа на газоиспользующее оборудование ТСН «Берег».

24.06.2016 (исх. № 24/06/1) письмом ТСН «Берег» обратилось в АО «Газпром межрегионгаз Нижний Новгород» с требованием о возобновлении поставки газа на газоиспользующее оборудование крышной котельной жилого дома № 2, расположенного по адресу: г. Кстово, ул. Парковая, д. 13, а также гарантией оплаты задолженности.

01.07.2016 АО «Газпром межрегионгаз Нижний Новгород» возобновило поставку газа на вышеуказанные объекты газопотребления, о чем составлен акт о снятии пломб с вводной задвижки.

Пункты 2 и 3 статьи 546 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее — ГК РФ), статья 25 Федерального закона от 31.03.1999 № 69-ФЗ «О газоснабжении в Российской Федерации» (далее — Закон о газоснабжении), пункты 45, 46 Постановления Правительства Российской Федерации от 21.07.2008 № 549 «О

порядке поставки газа для обеспечения коммунально-бытовых нужд граждан» (далее — Правила № 549) предоставляют поставщикам право приостановить исполнение обязательств по поставке газа в случае наличия непогашенной задолженности по его оплате при условии письменного уведомления абонента об этом не позднее чем за 20 календарных дней до дня приостановления подачи газа.

При несоблюдении потребителями газа условий договоров поставки газа и договоров об оказании услуг по его транспортировке поставщики вправе уменьшить или прекратить поставки газа в порядке, установленном Правительством Российской Федерации.

В соответствии с пунктом 34 Правил поставки газа, утвержденных постановлением Правительства Российской Федерации от 05.02.1998 № 162, поставщик имеет право уменьшить или полностью прекратить поставку газа покупателям (но не ниже брони газопотребления) в случае неоднократного нарушения сроков оплаты за поставленный газ и (или) за его транспортировку, за исключением потребителей, перечень которых утверждается Правительством Российской Федерации.

Решение о прекращении поставки газа действует до устранения обстоятельств, явившихся основанием для принятия такого решения.

Согласно пункту 6 Порядка прекращения или ограничения подачи электрической и тепловой энергии и газа организациям-потребителям при неоплате поданным им (использованным ими) топливно-энергетических ресурсов, утвержденного постановлением Правительства Российской Федерации от 05.01.1998 № 1 (далее — Порядок № 1) (действующего в период выявленного нарушения), в случаях, когда к сетям, принадлежащим организации-потребителю, подключены абоненты, которые своевременно оплачивают использованные топливно-энергетические ресурсы, организация-потребитель обязана по соглашению с энергоснабжающей или газоснабжающей организацией обеспечить подачу этим абонентам топливно-энергетических ресурсов в необходимых для них объемах.

По смыслу указанного положения, организация-потребитель обязана обеспечить подачу абонентам, подключенным к ее сетям, которые своевременно оплачивают использованные топливно-энергетические ресурсы, этих ресурсов в необходимых для них объемах. При этом отношения по поводу поставок необходимых в такой ситуации объемов топливно-энергетических ресурсов должны быть урегулированы на основании соответствующих соглашений между ресурсоснабжающими организациями и организациями-потребителями.

Действия энергоснабжающей или газоснабжающей организации по прекращению поставки ресурсов организациям-потребителям, к сетям которых подключены абоненты, своевременно оплачивающие использованные топливно-энергетические ресурсы, при отсутствии соглашения о подаче топливно-энергетических ресурсов таким абонентам, в том числе гражданам-потребителям, ведут к нарушению их прав на получение коммунальных услуг.

В силу части 4 статьи 3 Жилищного кодекса Российской Федерации никто не может быть выселен из жилища или ограничен в праве пользования жилищем, в том числе в праве получения коммунальных услуг, иначе как по основаниям и в порядке, которые предусмотрены указанным кодексом, другими федеральными законами.

Указанной нормой закреплён принцип недопустимости произвольного ограничения права на получение коммунальных услуг, которое неразрывно связано с правом на жилище, гарантированным Конституцией Российской Федерации.

В соответствии с пунктами 31, 33 Правил предоставления коммунальных услуг собственникам и пользователям помещений в многоквартирных домах и жилых домов, утвержденных постановлением Правительства Российской Федерации от 06.05.2011 № 354 (далее — Правила), потребитель имеет право на получение услуг в необходимых объемах и надлежащего качества, исполнитель услуг обязан предоставлять потребителю коммунальные услуги в необходимых для него объемах и надлежащего качества в соответствии с требованиями законодательства Российской Федерации, настоящими Правилами и не допускать нарушения технологических процессов и снижения качества услуг.

Ограничение или приостановление исполнителем предоставления коммунальной услуги, которое может привести к нарушению прав на получение коммунальной услуги надлежащего качества потребителем, полностью выполняющим обязательства, установленные законодательством Российской Федерации и договором не допускается (пункт 121 Правил).

Так, в результате прекращения поставки газа на крышную котельную жителям многоквартирного дома, расположенного по вышеуказанному адресу, не имеющим задолженности перед ТСН «Берег», прекращена подача горячего водоснабжения в период с 15.06.2016 по 01.07.2016.

Кроме того, согласно решения Нижегородского УФАС России, в указанном многоквартирном доме находятся помещения, которые используются для осуществления предпринимательской деятельности, в частности, располагаются: ООО «ПП Этап», ООО «Этап», ООО «Волга-Регион», ООО «КСК», ЧУДО «Академия Звёздочек», ООО «Астромедия клиника микрохирургии глаза».

АО «Газпром межрегионгаз Нижний Новгород», согласно Аналитическому отчету от 17.02.2017, занимает положение на рынке оптовой реализации газа горючего природного на территории Нижегородской области с долей более 50 процентов.

При указанных обстоятельствах, Комиссия Нижегородского УФАС России пришла к выводу, что действия АО «Газпром межрегионгаз Нижний Новгород», направленные на введение ограничения подачи газа в период с 15.06.2016 по 01.07.2016 на крышную котельную, принадлежащую товариществу собственников недвижимости «Берег», противоречат требованиям части 1 статьи 10 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее - Закон о защите конкуренции), привели (могли привести) к ущемлению прав и законных интересов неопределенного круга потребителей коммунальной услуги по горячему водоснабжению и отоплению, а также лиц в сфере предпринимательской деятельности.

По мнению Заявителя решение Нижегородского УФАС России является незаконным и подлежащим отмене, как нарушающее единообразие в применении антимонопольными органами норм антимонопольного законодательства.

Коллегия рассмотрела жалобу на предмет соблюдения единообразия в применении норм антимонопольного законодательства и приходит к следующим

ВЫВОДАМ.

В соответствии с положениями статьи 10 Закона о защите конкуренции запрещаются действия (бездействие) занимающего доминирующее положение хозяйствующего субъекта, результатом которых являются или могут являться недопущение, ограничение, устранение конкуренции и (или) ущемление интересов других лиц (хозяйствующих субъектов) в сфере предпринимательской деятельности либо неопределенного круга потребителей.

Комиссия Нижегородского УФАС России, рассмотрев дело о нарушении антимонопольного законодательства, установила факт нарушения требований части 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции в действиях АО «Газпром межрегионгаз Нижний Новгород» в связи с тем, что такие действия привели (могли) привести к ущемлению прав и законных интересов неопределенного круга потребителей коммунальной услуги по горячему водоснабжению и отоплению, а также лиц в сфере предпринимательской деятельности. Последствия в виде негативного влияния на конкуренцию решением Комиссии Нижегородского УФАС России по делу № № 1701-ФАС52-03/16 не установлены.

Федеральным законом от 05.10.2015 № 275-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон "О защите конкуренции" (далее — Закон № 275-ФЗ) и отдельные законодательные акты Российской Федерации» в статью 10 Закона о защите конкуренции внесен ряд изменений. В частности, конкретизированы положения относительно злоупотребления доминирующим положением в форме ущемления интересов других лиц.

Рассматриваемая форма злоупотребления доминирующим положением ограничена и разделена на два самостоятельных состава:

- а) ущемление интересов других лиц (хозяйствующих субъектов) в сфере предпринимательской деятельности;
- б) ущемление интересов неопределенного круга потребителей.

Применительно к ущемлению интересов неопределенного круга потребителей.

Законом № 275-ФЗ статья 4 Закона о защите конкуренции дополнена пунктом 23, в соответствии с которым потребитель - юридическое лицо или физическое лицо, приобретающие товар.

Определение понятия "потребитель" в Законе о защите конкуренции существенным образом отличается от определения аналогичного понятия в Законе Российской Федерации от 07.02.1992 № 2300-1 "О защите прав потребителей", которое в рамках антимонопольного законодательства неприменимо.

Антимонопольное законодательство рассматривает в качестве потребителя любое лицо, вступающее (потенциально могущее вступить) в правоотношения, опосредующие переход к данному лицу прав на такие объекты гражданских прав, как товары, результаты работ, оказание услуг независимо от целей приобретения. Так, например, потребителями являются: физическое лицо, приобретающее товар для личного потребления (конечный потребитель); завод-изготовитель, приобретающий сырье или полуфабрикаты в производственных целях; дилер, приобретающий товар с целью последующей перепродажи.

Понятие неопределенного круга лиц наиболее активно используется в правоприменительной и судебной практике в рамках Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ "О рекламе" и Закона Российской Федерации от 07.02.1992 № 2300-1 "О защите прав потребителей" (Письмо ФАС России от 05.04.2007 N АЦ/4624; разъяснения ФАС России от 14.06.2012 "О порядке применения статьи 18 Федерального закона "О рекламе"; Обзор судебной практики Верховного Суда Российской Федерации за 1 квартал 2004 года).

Анализ данной практики показывает, что основным квалифицирующим признаком неопределенного круга лиц является невозможность индивидуализировать (определить) лиц, чьи права и интересы затронуты или могут быть затронуты рассматриваемыми действиями в определенный момент.

При этом невозможность индивидуализации лиц характеризуется отсутствием общих для данных лиц критериев, позволяющих ограничить (определить) закрытость круга лиц, и вероятностью изменения состава данных лиц во времени и пространстве.

Таким образом, злоупотребление доминирующим положением выражается в ущемлении интересов неопределенного круга потребителей в случае нарушения прав и интересов круга таких юридических или физических лиц, которых невозможно индивидуализировать (ограничить), в том числе по причине вероятности изменения во времени и пространстве состава круга лиц, затронутых действиями доминирующего субъекта.

Данная позиция указана в разъяснениях Президиума ФАС России от 07.06.2017 года № 8 «О применении положений статьи 10 Закона о защите конкуренции», утвержденных протоколом Президиума ФАС России от 07.06.2017 года № 11.

В рассматриваемом случае дело № 1701-ФАС52-03/16 было возбуждено Нижегородским УФАС России по обращению ТСН «Берег». Согласно заявления ТСН «Берег» исх. № 15/3 от 15.06.2016, направленного в адрес Нижегородского УФАС России (рег. № Нижегородского УФАС России № 4670 от 16.06.2016) ТСН «Берег» является организацией, относящейся к сфере жилищно-коммунального хозяйства, в связи с чем приобретаемый им газ необходим товариществу в целях выработки и производства коммунальных ресурсов (теплоснабжение, горячее водоснабжение), которые товарищество поставляет жителям многоквартирного дома, расположенного по адресу: Нижегородская область, г. Кстово, ул. Парковая, д. 13.

В соответствии с Правилами "коммунальные услуги" - осуществление деятельности исполнителя по подаче потребителям любого коммунального ресурса в отдельности или 2 и более из них в любом сочетании с целью обеспечения благоприятных и безопасных условий использования жилых, нежилых помещений, общего имущества в многоквартирном доме в случаях, установленных настоящими Правилами, а также земельных участков и расположенных на них жилых домов (домовладений). "Коммунальные ресурсы" - холодная вода, горячая вода, электрическая энергия, газ, тепловая энергия, теплоноситель в виде горячей воды в открытых системах теплоснабжения (горячего водоснабжения), бытовой газ в баллонах, твердое топливо при наличии печного отопления, используемые для предоставления коммунальных услуг и потребляемые при содержании общего имущества в многоквартирном доме. К коммунальным ресурсам приравниваются

также сточные воды, отводимые по централизованным сетям инженерно-технического обеспечения.

Согласно пункту 2 Правил "потребитель" - собственник помещения в многоквартирном доме, жилого дома, домовладения, а также лицо, пользующееся на ином законном основании помещением в многоквартирном доме, жилым домом, домовладением, потребляющее коммунальные услуги.

В соответствии с пунктом 6 Правил предоставление коммунальных услуг потребителю осуществляется на основании возмездного договора, содержащего положения о предоставлении коммунальных услуг, из числа договоров, указанных в пунктах 9, 10, 11 и 12 настоящих Правил. Договор, содержащий положения о предоставлении коммунальных услуг, может быть заключен с исполнителем в письменной форме или путем совершения потребителем действий, свидетельствующих о его намерении потреблять коммунальные услуги или о фактическом потреблении таких услуг (далее - конклюдентные действия).

Из указанных выше нормативно-правовых актов следует, что потребители коммунальных услуг и коммунальных ресурсов в многоквартирном жилом доме находятся в договорных отношениях с организацией, предоставляющей коммунальные услуги и коммунальные ресурсы и круг таких потребителей является определенным.

Обстоятельств, которые могут свидетельствовать о возможности ущемления интересов иных лиц (в том числе неопределенного круга потребителей), кроме собственников помещений в многоквартирном доме, а также лиц, пользующихся на ином законном основании помещениями в многоквартирном доме, решение комиссии Нижегородского УФАС России не содержит.

Относительно ущемления интересов хозяйствующих субъектов в сфере предпринимательской деятельности Коллегия приходит к следующим выводам.

Исходя из положений части 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции ущемляемые интересы должны непосредственно затрагивать именно предпринимательскую деятельность хозяйствующего субъекта.

В соответствии с пунктом 5 статьи 4 Закона о защите конкуренции хозяйствующий субъект - коммерческая организация, некоммерческая организация, осуществляющая деятельность, приносящую ей доход, индивидуальный предприниматель, иное физическое лицо, не зарегистрированное в качестве индивидуального предпринимателя, но осуществляющее профессиональную деятельность, приносящую доход, в соответствии с федеральными законами на основании государственной регистрации и (или) лицензии, а также в силу членства в саморегулируемой организации.

Согласно абзацу 3 части 1 статьи 2 Гражданского кодекса Российской Федерации предпринимательской является самостоятельная, осуществляемая на свой риск деятельность, направленная на систематическое получение прибыли от пользования имуществом, продажи товаров, выполнения работ или оказания услуг лицами, зарегистрированными в этом качестве в установленном законом порядке.

Вместе с тем, следует отметить, что предпринимательская деятельность не

тождественна деятельности, приносящей доход, - второе по своему содержанию шире первого.

Антимонопольным органом должно быть установлено в рамках рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства при доказывании такого последствия как нарушение прав хозяйствующего субъекта и отражено в решении по делу, что интересы хозяйствующего субъекта, которые ущемлены/могут быть ущемлены в результате злоупотребления доминирующим положением, относятся к сфере предпринимательской деятельности. При этом об отношении интереса к предпринимательской деятельности будет свидетельствовать его непосредственная взаимосвязь с производством и реализацией хозяйствующим субъектом товаров, выполнением работ, оказанием услуг.

Указанные выводы также содержатся в разъяснениях Президиума ФАС России от 07.06.2017 года № 8 «О применении положений статьи 10 Закона о защите конкуренции», утвержденных протоколом Президиума ФАС России от 07.06.2017 года № 11.

Из материалов дела о нарушении антимонопольного законодательства следует, что отношения между ОАО «Газпром межрегионгаз Нижний Новгород» и ТСН «Берег» основаны на договоре поставки газа № 33-3-7553-13/2016 от 20.12.2015 года.

Согласно пункту 2.3.5 договора на поставку газа № 33-3-7553-13/2016 от 20.12.2015 между ОАО «Газпром межрегионгаз Нижний Новгород» и товариществом собственников жилья «Берег» объем газа, потребляемого котельной для выработки тепловой энергии для отопления и горячего водоснабжения нежилых помещений многоквартирного дома реализуется Покупателю по отдельному договору по ценам и тарифам, установленным для прочих (не относящихся к категории «население») потребителей.

Положения договора свидетельствуют о необходимости заключения отдельного договора для потребителей, осуществляющих предпринимательскую деятельность. Вместе с тем, как установлено в ходе рассмотрения жалобы и подтверждено на заседании Апелляционной коллегии, в материалах дела отсутствуют договоры на поставку газа с хозяйствующими субъектами, осуществляющими предпринимательскую деятельность, расположенными по адресу: Нижегородская область, г. Кстово, ул. Парковая, д. 13 (ООО «ПП Этап», ООО «Этап», ООО «Волга-Регион», ООО «КСК», ЧУДО «Академия Звёздочек», ООО «Астромедия клиника микрохирургии глаза») или для целей предоставления им коммунальных услуг.

Более того, в соответствии с пунктом 2.3.6 вышеуказанного договора по справке Покупателя общая отапливаемая площадь многоквартирного дома составляет 10 084,6 кв.м., в т.ч.:

- отапливаемая площадь жилых помещений 10 084,6 кв.м;
- отапливаемая площадь нежилых помещений 0 кв.м.

Какие-либо договоры между хозяйствующими субъектами, а именно: ООО «ПП Этап», ООО «Этап», ООО «Волга-Регион», ООО «КСК», ЧУДО «Академия Звёздочек»,

ООО «Астромедия клиника микрохирургии глаза» и АО «Газпром межрегионгаз Нижний Новгород» в материалы дела не представлены. Пояснения указанных хозяйствующих субъектов, представленные в материалы дела, не свидетельствуют о наличии у них самостоятельных договорных отношений по получению коммунальных услуг в рассматриваемом многоквартирном жилом доме.

Вопрос об осуществлении предпринимательской деятельности непосредственно ТСН «Берег» в рамках рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства не исследовался.

Таким образом, из материалов дела о нарушении антимонопольного законодательства не следует, что действия АО «Газпром межрегионгаз Нижний Новгород» привели или могли привести к ущемлению интересов хозяйствующих субъектов в сфере предпринимательской деятельности.

При указанных обстоятельствах действия АО «Газпром межрегионгаз Нижний Новгород» не могли быть квалифицированы в качестве злоупотребления доминирующим положением, результатом которых являются или могут являться ущемление интересов неопределенного круга потребителей или хозяйствующих субъектов в сфере предпринимательской деятельности.

Практика применения антимонопольного законодательства свидетельствует о наличии единообразия относительно недопустимости квалификации в качестве нарушений части 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции (с учетом изменений, вступивших в силу с 05.01.2016 года) действий доминирующих хозяйствующих субъектов, которые не связаны с ограничением, устранением, недопущением конкуренции и (или) ущемлением интересов хозяйствующих субъектов в сфере предпринимательской деятельности и (или) неопределенного круга потребителей. Данный вывод подтверждается в решении Президиума ФАС России № 16-13-2/2 от 07.10.2016.

Таким образом, решение Управления Федеральной антимонопольной службы по Нижегородской области от 27.03.2017 по делу № 1701-ФАС52-03/16 не соответствует практике применения Закона о защите конкуренции и нарушает единообразие применения антимонопольного законодательства антимонопольными органами.

Согласно части 11 статьи 23 Закона о защите конкуренции основанием для изменения или отмены решения территориального антимонопольного органа является нарушение единообразия в применении антимонопольными органами норм антимонопольного законодательства.

На основании изложенного, руководствуясь частью 10 статьи 23 Закона о защите конкуренции, Апелляционная коллегия ФАС России,

РЕШИЛА:

Решение Нижегородского УФАС России от 27.03.2017 по делу № 1701-ФАС52-03/16 отменить.

