

**РЕШЕНИЕ**

**по делу № 1-10-59/00-21-14**

05.06.2014

г. Москва

Комиссия ФАС России по рассмотрению дела о нарушении антимонопольного законодательства (далее — Комиссия) в составе:

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

XX

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

XX

XX

XX

XX

XX,

в присутствии представителей:

XXXXXXXXXX

XXXXXXXXXXXXXXXXXX

XXXXXXXXXXXXXXXXXX

XXXXXXXXXX

XXXXXXXXXXXXXXXXXX

XXXXXXXXXX

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

XXXXXXXXXXXXXXXXXX

XX

XX

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

рассмотрев дело № 1-10-59/00-21-14 по признакам нарушения группой лиц в составе НП «Совет рынка» (местонахождения: 123610, г. Москва, Краснопресненская наб., д. 12, под. 7) и ОАО «АТС» (местонахождения: 123610, Москва, Краснопресненская наб., д. 12, под.7) части 1 статьи 10 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее - Закон о защите конкуренции), Комиссия

**УСТАНОВИЛА:**

В ФАС России поступили заявления от АКБ «Мосуралбанк» (ЗАО) и ОАО «Вологодская сбытовая компания» на действия некоммерческого партнерства «Совет рынка по организации эффективной системы оптовой и розничной торговли электрической энергией и мощностью» (далее – НП «Совет рынка») по навязыванию невыгодных и созданию дискриминационных условий в Положении о порядке предоставления финансовых гарантий на оптовом рынке (Приложение № 26 к Договору о присоединении к торговой системе оптового рынка).

На основании приказа ФАС России от 28.05.2013 № 369/13 была проведена проверка в отношении НП «Совет рынка».

По результатам данной проверки был составлен акт № 74 от 09.09.2013, согласно которому в действиях группы лиц НП «Совет рынка» и ОАО «Администратор торговой системы оптового рынка электроэнергии» (далее – ОАО «АТС») содержатся признаки нарушения части 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции, выразившегося в создании дискриминационных условий путем утверждения приложения 8.1 к Положению о порядке

предоставления финансовых гарантий на оптовом рынке, в части установления требований об обязательном наличии у банков, претендующих на участие в конкурсе на присвоение статуса авизирующего банка, рейтинга долгосрочной кредитоспособности по классификации конкретных международных рейтинговых агентств. ФАС России были запрошены объяснения, документы и иная информация у НП «Совет рынка» и ОАО «АТС» по указанному вопросу, в результате чего было выявлено следующее.

В соответствии с пунктом 17 Правил оптового рынка электрической энергии и мощности, утвержденных постановлением Правительства Российской Федерации от 27.12.2010 № 1172 (далее – Правила оптового рынка), в целях своевременного обеспечения требований поставщиков по оплате электрической энергии (или) мощности, поставленной покупателям, на оптовом рынке должна быть введена в соответствии с договором о присоединении к торговой системе оптового рынка система гарантий исполнения обязательств.

Наблюдательным советом НП «Совет рынка» 21 февраля 2013 года (Протокол № 5/2013) утверждено Положение о порядке предоставления финансовых гарантий на оптовом рынке (Приложение № 26 к Договору о присоединении к торговой системе оптового рынка) (далее – Положение). Положение вступило в силу с 2 июля 2013 года.

Под финансовой гарантией в соответствии с Положением понимается банковская гарантия, выданная банком-гарантом, и поручительство поставщика.

Согласно пункту 1.4 Положения, под банком-гарантом подразумевается банк, включенный в реестр аккредитованных банков в системе финансовых гарантий на оптовом рынке в соответствии с решением Наблюдательного совета НП «Совет рынка» и правления НП «Совет рынка».

Положение также предусматривает в системе финансовых гарантий авизирующего банка (уполномоченную Наблюдательным советом НП «Совет рынка» кредитную организацию, осуществляющую авизование банковских гарантий, получаемых от банков-гарантов).

Условиями Разделов 8 и 9 Положения и Приложением № 8.1 для банков-гарантов и авизирующих банков устанавливаются критерии их соответствия для участия в аккредитации/конкурсном отборе.

Согласно пункту 8.4 Положения, в случае несоответствия банка-заявителя критериям аккредитации, указанным в приложении 8.1 к Положению, НП «Совет рынка» направляет отказ в аккредитации банка в системе финансовых гарантий на оптовом рынке.

Согласно пункту 9.4 Положения, НП «Совет рынка» при проведении конкурса публикует требования, предъявляемые к банку для участия в конкурсе на присвоение статуса авизирующего банка, согласно приложению 9.1 к Положению.

Согласно приложению 9.1 к Положению, одним из требований, предъявляемым к банку для участия в конкурсе на присвоение статуса авизирующего банка, является принятое ранее Наблюдательным советом НП «Совет рынка» решение о присвоении банку статуса аккредитованного банка.

Таким образом, банк, претендующий на участие в конкурсе на присвоение статуса авизирующего банка, также должен соответствовать требованиям, изложенным в приложении 8.1 к Положению.

Согласно приложению 8.1 к Положению, банк должен соответствовать, в том числе, следующим требованиям:

а) пункт 2 приложения 8.1 - соблюдение банком-заявителем размера собственного капитала банка в сумме более 4 млрд. руб.;

б) пункт 4 приложения 8.1 - наличие у банка-заявителя международного рейтинга долгосрочной кредитоспособности не ниже уровня «ВВ-» по классификации международных рейтинговых агентств «Фитч Рейтингс» (Fitch Ratings) или «Стандарт энд Пурс» (Standard & Poor's), либо не ниже уровня «Вa3» по классификации рейтингового агентства «Мудис Инвесторс Сервис» (Moody's Investors Service).

Представитель НП «Совет рынка» на заседании Комиссии пояснил следующее.

Наблюдательный совет НП «Совет рынка» рассматривает предложение и выносит по нему решение в порядке, предусмотренном Уставом НП «Совет рынка», Положением о Наблюдательном совете НП «Совет рынка» и Договором о присоединении к торговой системе оптового рынка (далее – Договор о присоединении).

ОАО «Архангельская сбытовая компания» и ОАО «Вологодская сбытовая компания» являются членами НП «Совет рынка», поэтому они наделены правом по внесению изменений в Договор о присоединении, при условии соблюдения определенного договором порядка внесения изменений, и имеют фактическую возможность влиять на содержание условий Договора о присоединении.

Кроме того, поскольку ОАО «Архангельская сбытовая компания» и ОАО «Вологодская сбытовая компания» являются неплательщиками на оптовом рынке, то их действия по оспариванию существующей системы гарантий, как нарушающей антимонопольное законодательство (с учетом отсутствия предпринятых действий с их стороны по её изменению), НП «Совет рынка» расценивает, как злоупотребление правом с целью уклонения от надлежащего исполнения своих обязательств по оплате электрической энергии и мощности на оптовом рынке.

Имея аффилированность с третьим заявителем АКБ «Мосуралбанк» (ЗАО), ОАО «Архангельская сбытовая компания» и ОАО «Вологодская сбытовая компания» имели возможность использовать иные финансовые инструменты для обеспечения платежей по своим обязательствам на оптовом рынке (например, получение кредитных средств в АКБ «Мосуралбанк» (ЗАО), что, в конечном итоге, исключило бы их из мониторинга по системе финансовых гарантий.

Система финансовых гарантий на оптовом рынке разработана в полном соответствии с действующим законодательством и направлена на повышение платежной дисциплины на оптовом рынке электрической энергии и мощности. Требования по аккредитации банков являются обоснованными и установлены для достижения указанных целей. Действующая система финансовых гарантий не является барьером в процессе допуска к торговой системе оптового рынка и стимулирует финансово неблагонадежных участников рынка к надлежащему исполнению обязательств по оплате электрической энергии и мощности на оптовом рынке.

Представитель ОАО «АТС» на заседании Комиссии пояснил, что поддерживает доводы НП «Совет рынка» в полном объеме.

Кроме того, по мнению ОАО «АТС», указанные в определении Комиссии от 23.05.2014 действия НП «Совет рынка» и ОАО «АТС» не подпадают под действия, поименованные в части 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции. Указанное обстоятельство существенно ограничивает права НП «Совет рынка» и ОАО «АТС» на защиту своих интересов и позиции.

Представитель ОАО «Архангельская сбытовая компания» и ОАО «Вологодская сбытовая компания» на заседании Комиссии пояснил следующее.

Согласно пункту 2 статьи 428 Гражданского кодекса Российской Федерации присоединившаяся к договору сторона вправе потребовать расторжения или изменения договора, если договор присоединения хотя и не противоречит закону и иным правовым актам, но лишает эту сторону прав, обычно предоставляемых по договорам такого вида, исключает или ограничивает ответственность другой стороны за нарушение обязательств либо содержит другие явно обременительные для присоединившейся стороны условия, которые она исходя из своих разумно понимаемых интересов не приняла бы при наличии у нее возможности участвовать в определении условий договора.

Между тем, в заявлении ОАО «Архангельская сбытовая компания» указано на не соответствие, положения о финансовых гарантиях именно закону об электроэнергетике в части пункта 1 статьи 6, пункта 1 статьи 21, пункта 1 статьи 33 Федерального закона от 26.03.2003 № 35-ФЗ «Об электроэнергетике» (далее – Закон об электроэнергетике), подпункта 12 пункта 40 Правил оптового рынка. Таким образом, НП «Совет рынка» ошибочно полагает, что указанная статья Гражданского кодекса Российской Федерации может быть применена в данном случае по аналогии.

Также, следует отметить, что ОАО «Архангельская сбытовая компания» и ОАО «Вологодская сбытовая компания» хоть и являются членами НП «Совет рынка», но не наделены правом по внесению изменений в Договор о присоединении, таким правом наделен Наблюдательный совет НП «Совета рынка», а члены НП «Совет рынка», согласно пункту 21.6 Договора о присоединении наделены лишь возможностью инициировать процесс внесения изменений. Однако такие изменения вступают в силу, согласно пункту 21.12 Договора о присоединении, только с момента принятия решения Наблюдательным советом НП «Совет рынка» о внесении соответствующих изменений.

С момента инициирования процесса внесения изменений в Договор о присоединении, члены НП «Совет рынка» не освобождаются от ответственности по исполнению оспариваемых положений Договора о присоединении и несут риск убытков в виде штрафных санкций и иных мер ответственности, вплоть до лишения статуса субъекта оптового рынка.

Представитель АКБ «Мосуралбанк» (ЗАО) на заседании Комиссии пояснил, что поддерживает доводы ОАО «Архангельская сбытовая компания» и ОАО «Вологодская сбытовая компания» в полном объеме.

Изучив представленные материалы, заслушав представителей ответчиков, Комиссия пришла к следующим выводам.

В соответствии со статьей 368 Гражданского кодекса Российской Федерации банковскую гарантию вправе выдавать не только банки, но и небанковские кредитные, а также страховые организации.

Закон об электроэнергетике, Правила оптового рынка и иные нормативные правовые акты не содержат норм, предусматривающих для участников оптового рынка электрической энергии и мощности обязанности

предоставлять в качестве обеспечения исполнения своих обязательств банковских гарантий исключительно банкам.

Таким образом, подобное ограничение хозяйствующих субъектов в выборе гаранта является необоснованным.

Кроме того, необходимо отметить, что статьей 11.2 Федерального закона от 02.12.1990 № 395-1 «О банках и банковской деятельности», в частности, для банков минимально допустимый размер собственных средств (капитала) установлен в размере 300 млн. рублей.

Иными нормативными правовыми актами, включая Закон об электроэнергетике и Правила оптового рынка, не предусмотрено требования о наличии у банков, предоставляющих банковскую гарантию для обеспечения указанных обязательств, собственных средств (капитала) в размере не менее 4 млрд. рублей.

Предъявление подобного требования необоснованно сужает круг кредитных организаций, которые могут предоставить банковскую гарантию участникам оптового рынка, поскольку размер собственных средств (капитала) кредитной организации, как абсолютный показатель в абсолютном выражении не является свидетельством ее финансовой устойчивости и платежеспособности. При непропорционально больших принятых рисках даже самого большого в абсолютном выражении собственного капитала может не хватить для выполнения кредитной организацией принятых обязательств.

Учитывая отсутствие соответствующих норм в нормативных правовых актах, в том числе в Законе об электроэнергетике и Правилах оптового рынка, а также тот факт, что участие кредитных организаций в рейтингах рейтинговых агентств осуществляется на добровольной и платной основе и, соответственно, отсутствие рейтинга как такового не является свидетельством неспособности кредитной организации выполнить принятые на себя обязательства, предъявление требования об обязательном наличии определенного рейтинга одного из таких агентств также является необоснованным.

Подобное ограничение участников оптового рынка в выборе хозяйствующих субъектов, которые могут предоставить им финансовую гарантию для обеспечения исполнения принятых на себя обязательств, в том числе, исходя из стоимости оказываемых в связи с выдачей такой гарантии услуг, может увеличить финансовые издержки участников оптового рынка по обслуживанию своих обязательств, а в отдельных случаях с учетом закрепленного в законодательстве Российской Федерации принципа свободы договора - стать причиной невозможности предоставления обеспечения исполнения указанных обязательств полностью или частично.

Таким образом, требования, установленные в Договоре о присоединении (Приложение № 26) создают условия, при которых ущемляются интересы участников оптового рынка за счет сокращения числа хозяйствующих субъектов, которые могли бы оказывать услуги по представлению финансовых гарантий участникам оптового рынка.

Для обеспечения эффективного взаимодействия организаций коммерческой и технологической инфраструктуры НП «Совет рынка» участвует в уставном капитале коммерческого оператора (ОАО «АТС») путем его учреждения, приобретения долей (акций), в том числе за счет членских взносов, может участвовать в уставных капиталах иных организаций, осуществляющих функции коммерческой инфраструктуры оптового рынка, а также может управлять пакетами долей (акций) указанных организаций.

Согласно части 7 статьи 33 Закона об электроэнергетике, коммерческим оператором оптового рынка является хозяйственное общество, осуществляющее деятельность по организации торговли на оптовом рынке, связанную с заключением и организацией исполнения сделок по обращению электрической энергии, мощности и иных объектов торговли, обращение которых допускается на оптовом рынке.

Приказом ФАС России от 23.07.2009 № 476 ОАО «АТС» внесено в реестр хозяйствующих субъектов, имеющих долю на рынке определенного товара в размере более чем тридцать пять процентов.

В соответствии с частью 1 статьи 5 Закона о защите конкуренции доминирующим положением признается положение хозяйствующего субъекта (группы лиц) или нескольких хозяйствующих субъектов (групп лиц) на рынке определенного товара, дающее такому хозяйствующему субъекту (группе лиц) или таким хозяйствующим субъектам (группам лиц) возможность оказывать решающее влияние на общие условия обращения товара на соответствующем товарном рынке, и (или) устранять с этого товарного рынка других хозяйствующих субъектов, и (или) затруднять доступ на этот товарный рынок другим хозяйствующим субъектам.

В соответствии с частью 2 статьи 33 Закона об электроэнергетике, а также согласно списку аффилированных лиц, ОАО «АТС» по состоянию на 31.03.2013, размещенному на сайте ОАО «АТС» ([www.atsenergo.ru](http://www.atsenergo.ru)), НП «Совет рынка» распоряжается 100% голосующих акций ОАО «АТС».

В соответствии со статьей 9 Закона о защите конкуренции группой лиц признаются хозяйственное общество (товарищество) и физическое лицо или юридическое лицо, если такое физическое лицо или такое юридическое лицо имеет в силу своего участия в этом хозяйственном обществе (товариществе) либо в соответствии с полномочиями, полученными от других лиц, более чем пятьдесят процентов общего количества голосов, приходящихся на голосующие акции (доли) в уставном (складочном) капитале этого хозяйственного общества (товарищества).

Таким образом, НП «Совет рынка» и ОАО «АТС» представляют собой группу лиц в соответствии со статьей 9

Закона о защите конкуренции.

ОАО «АТС» занимает долю в размере 100 % на рынке оказания услуг по организации торговли на оптовом рынке электрической энергии (мощности) в границах Российской Федерации за исключением технологически изолированных территориальных электроэнергетических систем.

Таким образом, группа лиц НП «Совет рынка» и ОАО «АТС» занимает доминирующее положение на рынке оказания услуг по организации торговли на оптовом рынке электрической энергии (мощности) в границах Российской Федерации за исключением технологически изолированных территориальных электроэнергетических систем.

В соответствии с частью 2 статьи 9 Закона о защите конкуренции установленные антимонопольным законодательством запреты на действия (бездействие) на товарном рынке хозяйствующего субъекта распространяются на действия (бездействие) группы лиц, если федеральным законом не установлено иное.

В соответствии с частью 1 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.

Следовательно, в указанных действиях группы лиц ОАО «АТС» и НП «Совет рынка» содержится нарушение части 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции, выразившиеся в ущемлении интересов субъектов оптового рынка электрической энергии и мощности, путем установления в Положении о порядке предоставления финансовых гарантий на оптовом рынке (Приложение № 26 к Договору о присоединении) требований, обязывающих организацию - кандидата на аккредитацию в системе финансовых гарантий на оптовом рынке электроэнергии и мощности иметь статус банка, обладать международным рейтингом рейтинговых агентств «Фитч Рейтингс» (Fitch Ratings) или «Стандарт энд Пурс» (Standard & Poor's) либо не ниже уровня «В1» по классификации рейтингового агентства «Мудис Инвесторс Сервис» (Moody's Investors Service) и соблюдать размер собственного капитала банка в сумме более 4 млрд. руб., которые ограничивают участников оптового рынка электроэнергии и мощности в выборе организаций, предоставляющих финансовые гарантии на оптовом рынке электроэнергии и мощности.

На основании изложенного и руководствуясь статьей 23, частью 1 статьи 39, частями 1 – 3 статьи 41, частью 1 статьи 48, частью 1 статьи 49 Закона о защите конкуренции, Комиссия

#### **РЕШИЛА:**

1. Признать группу лиц ОАО «АТС» и НП «Совет рынка» нарушившей часть 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции в части ущемления интересов субъектов оптового рынка электрической энергии и мощности, путем установления в Положении о порядке предоставления финансовых гарантий на оптовом рынке (Приложение № 26 к Договору о присоединении) требований, обязывающих организацию - кандидата на аккредитацию в системе финансовых гарантий на оптовом рынке электроэнергии и мощности иметь статус банка, обладать международным рейтингом рейтинговых агентств «Фитч Рейтингс» (Fitch Ratings) или «Стандарт энд Пурс» (Standard & Poor's) либо не ниже уровня «В1» по классификации рейтингового агентства «Мудис Инвесторс Сервис» (Moody's Investors Service) и соблюдать размер собственного капитала банка в сумме более 4 млрд. руб., которые ограничивают участников оптового рынка электроэнергии и мощности в выборе организаций, предоставляющих финансовые гарантии на оптовом рынке электроэнергии и мощности.

2. Выдать НП «Совет рынка» предписание о недопущении действий, направленных на ущемления интересов субъектов оптового рынка электрической энергии и мощности.

Решение может быть обжаловано в течение трех месяцев со дня его принятия в суд или в арбитражный суд.