

РЕШЕНИЕ

г. Москва

Резолютивная часть решения объявлена «19» июля 2021 года.

В полном объеме решение изготовлено «20» июля 2021 года.

Коллегиальный орган Федеральной антимонопольной службы – Апелляционная коллегия Федеральной антимонопольной службы (далее – Апелляционная коллегия) в составе: председателя Апелляционной коллегии: <...>; заместителя председателя Апелляционной коллегии: <...>; членов Апелляционной коллегии: <...>; <...> ,

в присутствии (по видео-конференц-связи): от АО «Донэнерго»: <...> (по доверенности), <...> (по доверенности); от ПАО «ТНС энерго Ростов-на-Дону»: <...> (по доверенности); от Ростовского УФАС России: <...>, <...> .

рассмотрев на заседании Апелляционной коллегии жалобу АО «Донэнерго» на решение Ростовского УФАС России от 15.02.2021 по делу о нарушении антимонопольного законодательства № 061/01/10-1860/2020 (уведомление о дате, времени и месте рассмотрения жалобы размещено на официальном сайте ФАС России www.fas.gov.ru в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет»),

УСТАНОВИЛА:

В ФАС России в порядке статьи 23 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее — Закон о защите конкуренции) поступила жалоба АО «Донэнерго» (далее также – Заявитель) на решение Ростовского УФАС России от 15.02.2021 по делу о нарушении антимонопольного законодательства № 061/01/10-1860/2020 (далее также соответственно — Решение, Дело).

Решением Ростовского УФАС России АО «Донэнерго» признано нарушившим часть 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции, выразившееся в нарушении порядка выявления безучетного потребления.

Заявитель с вынесенным решением Ростовского УФАС России не согласен, считает, что решение Ростовского УФАС России от 15.02.2021 по делу о нарушении антимонопольного законодательства № 061/01/10-1860/2020 нарушает единообразие практики применения антимонопольными органами норм антимонопольного законодательства и просит его отменить.

Доводы Заявителя изложены в жалобе, в частности, Заявитель указывает, что вывод Ростовского УФАС России о неподтверждении факта нарушения со стороны ООО «Абсолют» порядка учета электрической энергии и об отсутствии доказательств об искажении данных об объеме потребления электрической энергии является несостоятельным, основан на неверном толковании норм законодательства и противоречит судебной практике.

В ходе рассмотрения жалобы установлено следующее.

АО «Донэнерго» является сетевой организацией, оказывающей услуги по передаче электрической энергии и технологическое присоединение к электрическим сетям потребителей.

ООО «Абсолют» является собственником нежилого объекта (основной вид деятельности – производство и торговля офисной мебелью).

В целях электроснабжения вышеуказанного объекта между ООО «Абсолют» и гарантирующим поставщиком ПАО «ТНС энерго Ростов-на-Дону» заключен договор энергоснабжения от 01.04.2021 № 8079.

26.05.2020 АО «Донэнерго» провело проверку прибора учета ООО «Абсолют», по результатам которой было выявлено безучетное потребление электрической энергии, о чем был составлен соответствующий акт от 26.05.2020

№ 26.

Как следует из пояснений АО «Донэнерго», вышеуказанное мероприятие по проверке проходило в рамках внеплановой проверки ООО «Абсолют» в связи с выявлением отделом экономической безопасности АО «Донэнерго» значительного снижения потребления электроэнергии по сравнению с данными 2017-2018 годов.

Вместе с тем ООО «Абсолют» было указано на отсутствие уведомления о проведении данной проверки.

Кроме того, как указывает ООО «Абсолют», при проведении данной проверки присутствовал только сторож, и в дальнейшем при составлении акта о неучтенном потреблении электрической энергии также присутствовало только указанное лицо.

По мнению ООО «Абсолют», вышеуказанные обстоятельства не свидетельствуют о надлежащем извещении собственника энергопринимающих устройств.

При этом акт проверки был подписан генеральным директором ООО «Абсолют» только 27.05.2020 с указанием несогласия.

Согласно Решению и материалам Дела, единственное присутствовавшее при проверке лицо — <...>, полномочия которого на участие в подобных проверках ООО «Абсолют» не подтверждены и оспаривались. Ранее <...> аналогичных действий не совершалось.

В Решении Ростовское УФАС России пришло к выводу о том, что проверка приборов учета проведена с нарушением Основных положений функционирования розничных рынков электрической энергии, утверждённых постановлением Правительства Российской Федерации от 04.05.2012 № 442 «О функционировании розничных рынков электрической энергии, полном и (или) частичном ограничении режима потребления электрической энергии» (далее – Основные положения № 442), в отсутствие уполномоченных представителей потребителя и без их уведомления о дате и времени проверки.

На основании изложенного, Решением Ростовского УФАС России АО «Донэнерго» признано нарушившим часть 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции, выразившееся в нарушении порядка выявления безучетного потребления.

По результатам рассмотрения жалобы Заявителя на решение Ростовского УФАС России от 15.02.2021 по делу о нарушении антимонопольного законодательства № 061/01/10-1860/2020 Апелляционная коллегия установила следующее.

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 (хозяйствующих субъектов) в сфере предпринимательской деятельности либо неопределенного круга потребителей, в том числе: установление, поддержание монопольно высокой или монопольно низкой цены товара.

Для квалификации действий хозяйствующего субъекта по статье 10 Закона о защите конкуренции необходимо, чтобы на соответствующем товарном рынке он занимал доминирующее положение, совершил действия (бездействие), характеризующиеся как злоупотребление этим положением, и это привело (создало угрозу) к ограничению конкуренции

или ущемлению прав лиц (хозяйствующих субъектов) в сфере предпринимательской деятельности либо неопределенного круга потребителей.

Как следует из изложенного, злоупотребление доминирующим положением на товарном рынке характеризуется следующей совокупностью взаимосвязанных признаков:

- 1) доминирующее положение хозяйствующего субъекта;
- 2) совершение хозяйствующим субъектом действия (бездействия);
- 3) наступление или возможность наступления негативных последствий в виде недопущения, ограничения, устранения конкуренции и (или) ущемление интересов других лиц (хозяйствующих субъектов) в сфере предпринимательской деятельности, либо неопределенного круга потребителей;
- 4) наличие объективной взаимосвязи между доминирующим положением, совершением деяния и его негативными последствиями либо возможностью наступления таких последствий.

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

Каждая из указанных составляющих злоупотребления доминирующим положением должна быть доказана антимонопольным органом в целях квалификации нарушения статьи 10 Закона о защите конкуренции.

Согласно пункту 11 постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 04.03.2021 № 2 «О некоторых вопросах, возникающих в связи с применением судами антимонопольного законодательства» (далее — Постановление Пленума № 2) по смыслу абзаца первой части 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции во взаимосвязи с пунктами 3, 4 статьи 1 и абзацем вторым пункта 1 статьи 10 Гражданского кодекса злоупотреблением доминирующим положением признается поведение доминирующего на товарном рынке субъекта, если оно выражается в следующих формах, в том числе одной из них: недопущение, ограничение, устранение конкуренции на товарных рынках (например, устранение конкурентов с товарного рынка, затруднение доступа на рынок новых конкурентов); причинение вреда иным участникам рынка (хозяйствующим субъектам-конкурентам и потребителям, гражданам-потребителям как отдельной категории участников рынка), включая извлечение необоснованной (монопольной)

выгоды за их счет, иное подобное ущемление прав участников рынка, для квалификации действий (бездействия) как злоупотребления доминирующим положением достаточно наличия (или угрозы наступления) любого из перечисленных в части 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции последствий.

Частью 1 статьи 5 Закона о защите конкуренции предусмотрено, что 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 5¹ статьи 45 Закона о защите конкуренции при рассмотрении дела о нарушении антимонопольного законодательства антимонопольный орган проводит анализ состояния конкуренции в объеме, необходимом для принятия решения о наличии или об отсутствии нарушения антимонопольного законодательства.

Согласно аналитическому отчету Ростовского УФАС России, составленному по итогам проведения анализа состояния конкуренции на товарном рынке услуг по передаче электрической энергии АО «Донэнерго», являясь сетевой организацией, занимает доминирующее положение на указанном товарном рынке в границах электрических сетей, принадлежащих АО «Донэнерго» и расположенных на территории Ростовской области.

Ростовским УФАС России по результатам рассмотрения Дела установлено злоупотребление Заявителем доминирующим положением, подтверждающееся следующим:

- 1) нарушение порядка выявления безучетного потребления со стороны ООО «Абсолют»;
- 2) выявление нарушения антимагнитной пломбы, установленной на приборе учета электрической энергии, не свидетельствует о безучетном потреблении.

Вместе с тем Апелляционной коллегией установлено следующее.

Спорные обстоятельства о нарушении АО «Донэнерго» процедуры выявления безучетного потребления были оценены судом в рамках

рассмотрения дела № А53-29914/2020 по иску ПАО «ТНС энерго Ростов-на-Дону» о взыскании задолженности с ООО «Абсолют».

Так, в решении Пятнадцатого арбитражного апелляционного суда от 22.04.2021 по делу № А53-29914/2020 указано, что акт о неучтенном потреблении электрической энергии может считаться достоверным и достаточным подтверждением неучтенного потребления только при соблюдении императивных требований к его атрибутам.

Судом также установлено, что свободный доступ к приборам учета потребителя (то есть ООО «Абсолют») ограничен, что указывает на необходимость соблюдения порядка уведомления потребителя, установленного Основными положениями № 442.

Суд также отклонил довод истца о том, что он не обязан был сообщать ответчику о проверке и составлении акта о неучтенном потреблении электрической энергии. По мнению суда, Основными положениями № 442 императивно установлена необходимость извещения ответчика о проведении проверки состояния приборов учета, а также возможность составления данного акта в отсутствие лица, осуществляющего бездоговорное потребление электрической энергии, лишь при наличии доказательства надлежащего уведомления потребителя о дате и времени составления акта.

Кроме того, судом установлено, что <...>, подписавшая акт в дату его составления, в силу отсутствия доверенности действовать от имени общества не является представителем потребителя, осуществляющего безучетное потребление, в смысле, придаваемом понятию «представитель» пунктом 172 Основных положений № 442. Указание в акте на должность <...> исключало для представителей АО «Донэнерго» всякую возможность считать ее представителем общества, чьи полномочия явствуют из обстановки (пункт 1 статьи 182 Гражданского кодекса Российской Федерации).

При таких обстоятельствах суд апелляционной инстанции пришел к выводу, что акт о неучтенном потреблении электрической энергии с указанными дефектами порядка составления не может быть признан надлежащим доказательством безучетного потребления.

При этом Апелляционная коллегия не может согласиться с отраженным в Решении выводом Ростовского УФАС России о том, что выявление нарушения антимагнитной пломбы, установленной на приборе учета электрической энергии, не свидетельствует о безучетном потреблении.

Как отражено в решении Пятнадцатого арбитражного апелляционного суда от 22.04.2021 по делу № А53-29914/2020 нарушение (повреждение)

пломб и (или) знаков визуального контроля, нанесенных на прибор учета, или отсутствие таких пломб и (или) знаков визуального контроля на приборе учета является достаточным основанием для признания потребления электрической энергии безучетным.

Кроме того, Апелляционная коллегия, проанализировав Решение Ростовского УФАС России, приходит к выводу, что в нем не установлено наличие или отсутствие объективной взаимосвязи между доминирующим положением АО «Донэнерго», фактом ненадлежащего установления безучетного потребления и негативными последствиями либо возможностью наступления таких последствий, что является неотъемлемой частью совокупности доказательств в целях квалификации нарушения статьи 10 Закона о защите конкуренции. (Аналогичная позиция изложена в постановлении Арбитражного суда Волго-Вятского округа от 20.08.2015 № Ф01-3092/2015 по делу № А82-2693/2013; постановление Арбитражного суда Дальневосточного округа от 24.12.2014 № Ф03-5271/2014 по делу № А73-6012/2014).

В Решении не исследован вопрос о том, к каким именно негативным последствиям привело или могло привести ненадлежащее установление АО «Донэнерго» безучетного потребления со стороны ООО «Абсолют», в том числе не дана оценка действиям ПАО «ТНС энерго Ростов-на-Дону» по выставлению счета оплаты на основании составленного АО «Донэнерго» с нарушениями Основных положений № 442 акта о безучетном потреблении от 26.05.2020 № 26.

На основании изложенного, Апелляционная коллегия пришла к выводу о том, что решение Ростовского УФАС России от 15.02.2021 по делу о нарушении антимонопольного законодательства № 061/01/10-1860/2020 нарушает единообразие в применении антимонопольными органами норм антимонопольного законодательства.

Как указывают суды, если решения, приняты по неполно исследованным обстоятельствам, имеющим существенное значение для правильного рассмотрения дела, и недостаточно обоснованы, они подлежат отмене с направлением дела на новое рассмотрение (постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 05.03.2013 по делу № А63-6158/2011, постановление ФАС Дальневосточного округа от 18.07.2014 № Ф03-2772/2014 по делу № А51-23833/2013, постановление Арбитражного суда Центрального округа от 19.10.2020 № Ф10-744/2020 по делу № А35-6841/2018).

Кроме того, исходя из практики работы коллегиальных органов ФАС России, основанием для отмены решения территориального антимонопольного органа является, в том числе неполное исследование

территориальным органом обстоятельств дела и имеющихся в нем доказательств (Решение Апелляционной коллегии ФАС России от 26.10.2017 № СП/73927/17, Решение Президиума ФАС России от 17.11.2017 № 17-15-1/6).

В этой связи Апелляционная коллегия приходит к выводу о недостаточном исследовании Ростовским УФАС России всех обстоятельств, имеющихся в материалах Дела, для установления наличия или отсутствия в действиях АО «Донэнерго» нарушения антимонопольного законодательства.

Согласно части 10 статьи 23 Закона о защите конкуренции по итогам рассмотрения жалобы на решение и (или) предписание территориального антимонопольного органа коллегияльный орган вправе оставить жалобу без удовлетворения; отменить решение и (или) предписание территориального антимонопольного органа или изменить решение и (или) предписание территориального антимонопольного органа.

В связи с изложенным, руководствуясь частью 10 статьи 23 Закона о защите конкуренции, Апелляционная коллегия

РЕШИЛА:

1. Отменить решение Ростовского УФАС России от 15.02.2021 по делу о нарушении антимонопольного законодательства № 061/01/10-1860/2020;
2. Направить материалы дела о нарушении антимонопольного законодательства № 061/01/10-1860/2020 на новое рассмотрение в Ростовское УФАС России.

Председатель

<...>

Апелляционной коллегии:

Заместитель председателя

Апелляционной коллегии:

<...>

Члены

<...>

Апелляционной коллегии:

<...>

Согласно части 15 статьи 23 Закона о защите конкуренции решение коллегиального органа, принятое по результатам пересмотра решения и (или) предписания территориального антимонопольного органа, вступает в силу с момента его размещения на официальном сайте федерального антимонопольного органа в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет».

В соответствии с частью 1.1. статьи 52 Закона о защите конкуренции решение по итогам рассмотрения жалобы на решение и (или) предписание антимонопольного органа может быть обжаловано в арбитражный суд в течение одного месяца с момента вступления в силу решения коллегиального органа федерального антимонопольного органа.