

РЕШЕНИЕ

г. Москва

Резолютивная часть решения объявлена «25» февраля 2022 года.

В полном объеме решение изготовлено «04» марта 2022 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); 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 06.12.2021 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» на решение и предписание Ростовского УФАС России от 06.12.2021 по делу о нарушении антимонопольного законодательства № 061/01/10-1860/2020 (далее соответственно — Решение Ростовского УФАС России, Дело).

Решением Ростовского УФАС России по Делу АО «Донэнерго» признано нарушившим часть 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции, путем злоупотребления доминирующим положением, выразившегося в нарушении порядка выявления неучтённого (безучетного) потребления.

Также Решением Ростовского УФАС России рассмотрение Дела в отношении ПАО «ТНС энерго Ростов-на-Дону» было прекращено, в связи с отсутствием нарушения антимонопольного законодательства в рассматриваемых комиссией действиях.

Заявитель с вынесенным Решением Ростовского УФАС России не согласен и просит его отменить.

Доводы Заявителя изложены в жалобе, в частности, Заявитель считает, что Решение Ростовского УФАС России нарушает единообразие практики применения антимонопольными органами норм антимонопольного законодательства.

В ходе рассмотрения жалобы установлено следующее.

В Ростовское УФАС России поступило заявление ООО «Абсолют» о возможном нарушении АО «Донэнерго» антимонопольного законодательства.

По итогам рассмотрения указанного заявления Ростовским УФАС России было возбуждено Дело, в рамках рассмотрения которого Ростовским УФАС России было 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.

ООО «Абсолют» в рамках рассмотрения Дела было указано на отсутствие уведомления о проведении данной проверки.

Кроме того, как указывало 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.

ООО «Абсолют» также было указано на то, что 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 материалам Дела, единственное присутствовавшее при проверке лицо - сторож «<...>», полномочия которого на участие в подобных проверках ООО «Абсолют» не подтверждены и оспаривались. Ранее «<...>» аналогичных действий не совершалось.

С учетом изложенных обстоятельств, по итогам рассмотрения Дела 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 от 15.02.2021 по Делу АО «Донэнерго» было признано нарушившим часть 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции, путем злоупотребления доминирующим положением, выразившегося в нарушении порядка выявления неучтённого (безучетного) потребления.

Не согласившись с решением Ростовского УФАС России от 15.02.2021 по Делу, АО «Донэнерго» обжаловало его в Апелляционную коллегию.

По итогам рассмотрения жалобы АО «Донэнерго» на решение Ростовского УФАС России от 15.02.2021 по Делу решением Апелляционной коллегии от 20.07.2021 № СП/60430/21 указанное решение Ростовского УФАС России было отменено. Дело направлено на новое рассмотрение в Ростовское УФАС России.

Определением Ростовского УФАС России от 06.09.2021 Дело было назначено к рассмотрению.

По итогам рассмотрения Дела, с учетом выводов, указанных в решении Апелляционной коллегии от 20.07.2021 № СП/60430/21, Решением Ростовского УФАС России АО «Донэнерго» признано нарушившим часть 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции, а рассмотрение Дела в отношении ПАО «ТНС энерго Ростов-на-Дону» было прекращено, в связи с отсутствием нарушения антимонопольного законодательства в рассматриваемых комиссией действиях.

По результатам рассмотрения жалобы АО «Донэнерго» на решение Ростовского УФАС России от 06.12.2021 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» 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.

Таким образом, положение АО «Донэнерго» на указанном товарном рынке является доминирующим, следовательно, АО «Донэнерго» при осуществлении данной деятельности обязано соблюдать запреты, предусмотренные статьей 10 Закона о защите конкуренции, в том числе не допускать действий, которые имеют или могут иметь своим результатом недопущение, ограничение, устранение конкуренции и (или) ущемление интересов других хозяйствующих субъектов.

В соответствии с пунктом 174 Основных положений № 442 в случае если для проведения проверки приборов учета лицу, проводящему проверку, требуется допуск к энергопринимающим устройствам потребителя (объекту по производству электрической энергии (мощности), то лицо, проводящее проверку прибора учета, за 5 рабочих дней до планируемой даты проведения проверки уведомляет потребителя (производителя электрической энергии (мощности) на розничном рынке) о дате и времени проведения такой проверки, а также о последствиях недопуска к расчетным приборам учета.

Согласно требованиям пункта 192 Основных положений № 442 по факту выявленного безучетного или бездоговорного потребления электрической энергии сетевой организацией составляется акт о неучтенном потреблении электрической энергии.

Пункт 193 Основных положений № 442 закрепляет, что при составлении акта о неучтенном потреблении электрической энергии должен присутствовать потребитель, осуществляющий безучетное потребление (обслуживающий его гарантирующий поставщик (энергосбытовая, энергоснабжающая организация)), или лицо, осуществляющее бездоговорное потребление электрической энергии.

Исходя из материалов Дела, Апелляционная коллегия установила, что АО «Донэнерго» не уведомило ООО «Абсолют» о дате и времени проведения такой проверки, при условии, что для проведения проверки приборов учета ООО «Абсолют» требовался допуск к

энергопринимающим устройствам потребителя, при этом генеральный директор ООО «Абсолют» «<...>» при проведении проверки состояния прибора учета не присутствовал, а подписал акт с выражением несогласия с установленным в нем фактом повреждения пломб на следующий день после его составления, что нарушает пункты 174, 193 Основных положений № 442.

Кроме того, 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, поддержанном постановлением Арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 29.07.2021 по указанному делу, 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 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 сторож «<...>», 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 «<...>» (сторож) 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 суды по делу № А53-29914/2020 пришли к выводу, что акт о неучтенном потреблении электрической энергии с указанными дефектами порядка составления не может быть признан надлежащим доказательством безучетного потребления.

С учетом изложенного, Апелляционная коллегия соглашается с отраженным в Решении выводом Ростовского УФАС России о том, что АО «Донэнерго» были нарушены императивные требования Основных положений № 442, предъявляемые к порядку выявления безучетного потребления электрической энергии.

Кроме того, Апелляционная коллегия считает, что проведение проверочного мероприятия в нарушение установленных законодательством правил об обязательном извещении потребителя является актом недобросовестного поведения и ставит под сомнение результаты проверки в целом (указанная позиция подтверждается судебной практикой, например, постановлением Арбитражного суда Волго-Вятского округа от 18.12.2019 по делу № А43-53406/2018).

Апелляционная коллегия, проанализировав Решение Ростовского УФАС России, также приходит к выводу о том, что Ростовским УФАС России надлежащим образом установлено наличие 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.

Так, Ростовское УФАС России правомерно пришло к выводу о том, что АО «Донэнерго» с целью увеличения собственной прибыли, проигнорировав отсутствие надлежащего уведомления о составлении акта о безучетном потреблении, составило с нарушением Основных положений № 442 акт о безучетном потреблении, чем создало условия последующего признания энергопотребления ООО «Абсолют» неучтенным и повлекло выставление счета оплаты задолженности по договору энергоснабжения, что является предпосылкой к направлению в адрес ООО «Абсолют» уведомлений об ограничении режима потребления электрической энергии.

Таким образом, в Решении Ростовского УФАС России надлежащим образом 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 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.

С учетом изложенного, Апелляционная коллегия приходит к выводу, что действия АО «Донэнерго» при проведении проверки прибора учета не соответствовали Основным положениям № 442 и привели (могли привести) к ущемлению интересов потребителя в сфере предпринимательской деятельности, что является нарушением части 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции.

Кроме того, как указывают суды, если сетевая организация в отсутствие достаточных доказательств, с нарушением Основных положений № 442 вменила абоненту факт безучетного потребления, то указанные действия, с учетом статуса сетевой организации как доминанта на соответствующем рынке, свидетельствуют о злоупотреблении таким статусом и образуют нарушение положений части 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции (постановление Арбитражного суда Московского округа от 14.12.2021 по делу № А40-1475/21-121-4; постановление Арбитражного суда Поволжского округа от 10.12.2021 по делу № А12-3642/2021; постановление Арбитражного суда Уральского округа от 02.07.2020 по делу № А60-41016/2019; постановление Арбитражного суда Волго-Вятского округа от 18.12.2019 по делу № А43-53406/2018; постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 01.06.2017 по делу № А27-17969/2016).

Проанализировав материалы Дела, Апелляционная коллегия считает, что рассматриваемые в Деле обстоятельства в полном объеме исследованы Ростовским УФАС России и имеющихся в материалах Дела документов и сведений достаточно для установления факта нарушения АО «Донэнерго» части 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции.

Исходя из изложенного, Апелляционная коллегия приходит к выводу, что Решение Ростовского УФАС России соответствует требованиям Закона о защите конкуренции и не нарушает единообразие практики применения антимонопольными органами норм антимонопольного законодательства.

Согласно части 10 статьи 23 Закона о защите конкуренции по итогам рассмотрения жалобы на решение и (или) предписание территориального антимонопольного органа коллегиальный орган, в том числе вправе оставить жалобу без удовлетворения.

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

РЕШИЛА:

оставить жалобу АО «Донэнерго» на решение Ростовского УФАС России от 06.12.2021 по делу о нарушении антимонопольного законодательства № 061/01/10-1860/2020 без удовлетворения.

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.