

Ведомственная апелляция ФАС России как способ пересмотра спорных решений территориальных УФАС. Обзор последних решений в области электро- и теплоэнергетики.

С вступлением в 2016 году в силу т.н. «Четвертого антимонопольного пакета» (ФЗ «О внесении изменений в федеральный закон «О защите конкуренции» и отдельные законодательные акты Российской Федерации» от 05.10.2015 № 275-ФЗ) была запущена процедура внутриведомственной апелляции ФАС России с возложением полномочий по пересмотру решений территориальных управлений ФАС России (далее – **УФАС**) на Апелляционные коллегии и Президиум ФАС России. Данная новелла имела целью усилить контроль за правоприменительной деятельностью УФАС и создать условия для приведения к единообразию принимаемых ими решений. Компаниям, подпадающим под антимонопольный контроль, был предложен новый инструмент обжалования решений УФАС с возможностью прояснить наиболее острые вопросы складывающейся правоприменительной практики в регионах уже на уровне центрального аппарата ФАС России.

Техника обжалования.

В настоящее время процедура внутриведомственной апелляции ФАС России закреплена статьями 23 и 52 ФЗ «О защите конкуренции» от 26.07.2006 № 135-ФЗ (далее – **Закон о защите конкуренции**), а также Порядком работы коллегиальных органов ФАС России, утв. приказом ФАС России от 07.04.2016 № 422/16. Кроме того, издан Обзор практики применения антимонопольного законодательства коллегиальными органами ФАС России (за период с 05.01.2016 по 01.07.2018), утв. протоколом Президиума ФАС России от 03.10.2018 № 10, который в том числе уточняет практические вопросы внутриведомственного обжалования.

Следует сразу отметить, что на законодательном уровне отсутствует строгое разграничение компетенций Апелляционных коллегий и Президиума ФАС как апелляционных инстанций ФАС России. Однако, как правило, вопросы по пересмотру решений территориальных УФАС выносятся на Апелляционную коллегию, а Президиум ФАС России рассматривает только наиболее важные и прецедентные дела. При этом, решения Апелляционной коллегии и Президиума ФАС России имеют равную юридическую силу и правовые последствия.

Исходя из формулировок, данных в Законе о защите конкуренции относительно процедуры апелляционного обжалования, становится очевидным, что основанием для рассмотрения апелляционной жалобы является вынесение УФАС решения и(или) предписания, которые нарушают единообразие норм антимонопольного законодательства (причем, как материальных, так и процедурных норм). Изначально бремя доказывания нарушения единообразия лежит на заявителе и, как показывает практика, в качестве доказательств им могут быть приведены:

- разъяснения ФАС России или позиции, выраженные в рамках методической помощи УФАС, по спорному вопросу;
- решения апелляционного органа ФАС России по вопросу, если таковые имеются;
- решения УФАС по схожим делам, при этом, преимуществом при доказывании будет факт подтверждения судами законности данных решений;
- позиции Верховного суда РФ, дающие системное толкование тем или иным аспектам применения законодательства о защите конкуренции.

При отсутствии в апелляционной жалобе предметного обоснования нарушения единообразия вероятность рассмотрения дела в центральном аппарате ФАС России, тем более с положительным исходом для заявителя, весьма незначительна.

Срок на обжалование составляет один месяц со дня принятия УФАС спорного решения и(или) предписания. При этом, подача заявления в ФАС России не исключает параллельного судебного обжалования актов УФАС, а наоборот является стандартной практикой. Нельзя забывать, что апелляционная инстанция ФАС России не полномочна приостанавливать действие выданного и обжалуемого предписания УФАС, что возможно только при обжаловании в судебном порядке на основании ч.2 ст.52 Закона о защите конкуренции.

Заявителем апелляционной жалобы может выступить как лицо, участвовавшее в деле, так и лицо, которое УФАС изначально не привлекло к делу, хотя было обязано это сделать. Максимальный срок рассмотрения жалобы составляет три месяца: два месяца основного рассмотрения и, при необходимости, продление еще на один месяц.

По итогам рассмотрения жалобы апелляционный орган ФАС России принимает одно из следующих решений: оставить жалобу без удовлетворения, либо отменить или изменить решение и(или) предписание территориального УФАС. Далее, решение может быть также обжаловано в арбитражный суд в течение месяца с момента его вступления в силу, которым является момент размещения текста решения на официальном сайте ФАС России.

Согласно данным ФАС России по состоянию на 01.07.2018 года, т.е. фактически за два с половиной года существования механизма внутриведомственного обжалования, было рассмотрено 103 жалобы на акты УФАС, из которых в 35 случаях принято решение об отмене или изменении таких актов¹. Иными словами, около 30% принятых УФАС решений были признаны нарушающими единообразие, что, безусловно, говорит об эффективности данного инструмента. Более того, анализ ряда решений также показал, что для исследования сложных, неоднозначных вопросов ФАС России привлекались внешние эксперты - члены Ассоциации антимонопольных экспертов, заключения которых позволяли шире взглянуть на поставленную перед ФАС России проблематику с учетом международного опыта и доктринальных разработок.

🚩 Обзор последних решений внутриведомственной апелляции ФАС России в области энергетики.

Энергетическим компаниям характерно наличие доминирующего положения на рынках их присутствия, что объясняет пристальное внимание ФАС России к их деятельности. При этом, география деятельности таких компаний охватывает, как правило, несколько регионов страны, в связи с чем возможны случаи появления однотипных притязаний или дел со стороны территориальных УФАС. Исход же рассмотрения таких дел не всегда предсказуем по причине отсутствия единообразного подхода среди УФАС, что впоследствии создает дефекты и при рассмотрении дел в суде с появлением не единообразных судебных решений. В этой связи процедура внутриведомственного обжалования спорных решений УФАС особенно важна, поскольку, ожидается, что в перспективе должна свести возможные разночтения закона к минимуму.

В настоящее время, как показал анализ базы решений апелляционных органов ФАС России в сфере электро- и теплоэнергетики, дел в данной сфере было рассмотрено относительно мало – до 10 дел с 2016 года, при этом, решений, отменяющих позиции УФАС, не было ни одного². Содержание решений по таким делам, с одной стороны, свидетельствует, что апелляционная инстанция не избегает рассмотрения дел со сложной фактической и отраслевой спецификой, свойственной данной отрасли, дает оценку выводам территориаль-

¹ Обзор практики применения антимонопольного законодательства коллегиальными органами ФАС России (за период с 5 января 2016 года по 1 июля 2018 года), утв. протоколом Президиума ФАС России от 03.10.2018 № 10.

² По информации с официального сайта ФАС России: <https://fas.gov.ru/>.

ных УФАС и выделяет определенные практикообразующие вопросы, однако, с другой стороны, сформированные на данный момент выводы центрального аппарата не всегда представляются бесспорными, потому использование данного инструмента пересмотра актов УФАС не должно полностью подменять судебное обжалование.

Рассмотрим некоторые последние выводы апелляционных коллегий ФАС России в области электро- и теплоэнергетики.

1. Действия хозяйствующего субъекта по нарушению порядка расчета платы за горячее водоснабжение в отсутствие заключенного договора на отпуск холодной воды для нужд горячего водоснабжения многоквартирных домов, находящихся на обслуживании у управляющей организации, квалифицируются по ч.1 ст.10 Закона о защите конкуренции и не относятся к гражданско-правовым спорам, которые могут быть разрешены исключительно в судебном порядке.

В феврале 2018 г. ПАО «МОЭК» обратилось в ФАС России с апелляционной жалобой на решение Московского УФАС России по делу о нарушении антимонопольного законодательства № 1-10-1929/77-17, которым установлен факт нарушения ПАО «МОЭК» ч.1 ст.10 Закона о защите конкуренции, выразившийся в злоупотреблении обществом своим доминирующим положением на рынке горячего водоснабжения (далее также – **ГВС**) путем нарушения порядка расчета за ГВС многоквартирных домов в отсутствие заключенного договора на отпуск холодной воды для нужд ГВС данных домов, что привело к ущемлению интересов ООО УК «Дом-Мастер».

Как было установлено антимонопольным органом, ПАО «МОЭК», будучи субъектом естественной монополии, были допущены следующие действия (бездействие), в совокупности образующие признаки вмененного нарушения:

- бездействие в части заключения договора на поставку холодной воды с АО «Мосводоканал» (неурегулирование договорных отношений) в целях приготовления на эксплуатируемых ПАО «МОЭК» ЦТП горячей воды, при том, что общество обладало информацией об установленном ему одноставочном тарифе за 1 куб.м. и не несло фактических расходов на покупку холодной воды;

- выставление платы ООО УК «Дом-Мастер» за потребленный объем горячей воды, включающий в себя объем холодной воды, самостоятельно приобретенной ООО УК «Дом-Мастер».

Фактически, ПАО «МОЭК» подогревало холодную воду, уже приобретенную УК «ДОМ-Мастер», и повторно выставляло последней счета за данный ресурс при оказании услуги ГВС. Данные действия (бездействие), по мнению Московского УФАС и Апелляционной коллегии ФАС России, привели к ущемлению интересов ООО УК «Дом-Мастер», а поведение ПАО «МОЭК» было направлено на получение необоснованного дохода. Обществу было выдано предписание о прекращении нарушения антимонопольного законодательства путем совершения действий, направленных на урегулирование правоотношений с управляющей компанией в части расчетов за горячее водоснабжение.

Данное решение примечательно прежде всего тем, что поднимает вопрос о разграничении признаков гражданско-правового спора и антимонопольного нарушения. Анализируя данный вопрос, Апелляционная коллегия пришла к выводу, что действия (бездействие), совершенные ПАО «МОЭК» стали возможны именно в силу обладания рыночной властью, его монопольного положения на товарном рынке и злоупотребления этим положением, а значит нарушение является антимонопольным, подлежащим рассмотрению антимонопольным органом. Законность решения УФАС была подтверждена постановлением арбитражного апелляционного суда по делу № А40-245918/2017.

Безусловно, в каждом конкретном случае суд устанавливает фактические обстоятельства дела и применяет нормы права к установленным обстоятельствам с учетом представленных доказательств, однако в целом данный вывод представляется дискуссионным в связи с имеющимися позициями ВАС РФ и ВС РФ. Так, постановлением Президиума ВАС РФ от 12.07.2006 года № 1812/06 было рассмотрено дело о признании незаконным решения антимонопольного органа, которым ОАО «РЖД» было признано нарушившим антимонопольное законодательство путем необоснованного применения завышенных тарифов на перевозку грузов. На основании выданного предписания ОАО «РЖД» надлежало произвести перерасчет провозной платы. ВАС РФ тогда указал, что спорные правоотношения, возникшие в связи с применением тарифов за перевозку грузов, то есть в связи с исполнением условий договора перевозки, имеют гражданско-правовой характер, и, следовательно, подлежат разрешению в судебном порядке.

Позднее, определением ВС РФ от 04.07.2016 № 301-КГ16-1511 по делу №А82-777/2015 была сформирована позиция, согласно которой при обосновании антиконкурентной составляющей антимонопольный орган должен доказать, что поведение субъекта было обусловлено именно злоупотреблением им своим доминирующим положением, имело антиконкурентную направленность, привело или могло привести к недопущению, ограничению, устранению конкуренции и(или) ущемлению интересов других лиц, ровно как и то, в чем конкретно выразилось злоупотребление доминирующим положением на соответствующем рынке. Аналогичная позиция также закреплена в разъяснениях ФАС России №8 «О применении положений статьи 10 Закона о защите конкуренции», утв. Президиумом ФАС России от 07.06.2017 № 11, где специально была введена концепция «объективной взаимосвязи» между рыночным положением субъекта, злоупотреблением данным положением и последствиями. В отсутствие доказательств данной объективной взаимосвязи спор признается гражданско-правовым и подлежащим рассмотрению в суде, нежели в антимонопольном органе.

В данном конкретном деле представляется спорным факт доказанности наличия данной объективной взаимосвязи и злоупотребления доминирующим положением в смысле законодательства о защите конкуренции, однако фактическая сторона, вероятно, свидетельствует об обратном, что явно не следует из текстов решений.

2. Действия хозяйствующего субъекта по нарушению порядка расчета стоимости безучетного потребления электрической энергии и, как следствие, выставление завышенных сумм на оплату безучетного потребления и направление уведомлений об ограничении режима потребления электрической энергии, квалифицируются по ч.1 ст.10 Закона о защите конкуренции и не относятся к гражданско-правовым спорам, которые могут быть разрешены исключительно в судебном порядке.

В апреле 2018 года ПАО «Мосэнергосбыт» обратилось в ФАС России с апелляционной жалобой на решение и предписание Московского УФАС России по делу о нарушении антимонопольного законодательства № 1-10-2747/77-17 от 13.04.2018 г., которым ПАО «Мосэнергосбыт» признано нарушившим ч.1 ст.10 Закона о защите конкуренции путем нарушения порядка расчета стоимости безучетного потребления электрической энергии в отношении объектов ГБУ «Жилищник района Марьино Роцца», выставлении счетов на оплату безучетного потребления электрической энергии, а также направления уведомлений об ограничении режима потребления электрической энергии.

На основании принятого решения Московское УФАС выдало обществу предписание о прекращении нарушения антимонопольного законодательства путем исключения из выставленных ГБУ «Жилищник района Марьино роцца» счетов стоимости безучетного по-

требления электрической энергии, рассчитанной по актам о неучтенном потреблении электрической энергии.

В ходе рассмотрения дела действия ПАО «Мосэнергосбыт» были проверены анти-монопольными органами на предмет их соответствия Основным положениям функционирования розничных рынков электрической энергии, утв. Постановлением Правительства РФ от 04.05.2012 № 442 (далее – **Основные положения**); правилам предоставления коммунальных услуг собственникам и пользователям помещений в многоквартирных домах и жилых домов, утв. постановлением Правительства РФ № 354 от 6 мая 2011 г. (далее – **Правила № 354**); правилам, обязательным при заключении договоров снабжения коммунальными ресурсами, утв. постановлением Правительства РФ № 124 от 14.02.2012 (далее – **Правила № 124**). По итогам рассмотрения дела Апелляционная коллегия согласилась с выводами Московского УФАС, что расчет размера платы при выявлении факта безучетного потребления был произведен ПАО «Мосэнергосбыт» в данном случае неверно: расчет размера платы следовало осуществлять в установленном Правилами № 354 порядке, а не в соответствии с Основными положениями.

В этой связи, по мнению Апелляционной коллегии, у ПАО «Мосэнергосбыт» отсутствовали правовые основания для направления в адрес ГБУ «Жилищник района Марьино Роща» счетов на оплату безучетного потребления электроэнергии и уведомлений об ограничении режима потребления электрической энергии.

Апелляционная коллегия отклонила доводы ПАО «Мосэнергосбыт» о том, что Московский УФАС вышел за пределы своих полномочий, рассмотрев гражданско-правовое дело, результатом которого стала защита субъективных гражданских прав потребителя. Данный вывод вновь представляется спорным с учетом позиций ВАС РФ и ВС РФ, о которых упоминалось выше. Более того, в контексте данного дела обращает на себя внимание информационное письмо ФАС России от 09.06.2018 г. № ИА/43061/16, в котором изложена обратная сделанным в деле выводам логика. Согласно данному письму отношения, возникающие между ресурсоснабжающими организациями и исполнителями коммунальных услуг по вопросу расчетов за поставленные ресурсы регулируются соответствующими Правилами № 354 или № 124 и лежат в рамках гражданско-правового поля.

В настоящее время цепочка дел ПАО «Мосэнергосбыт» по данному предмету спора находится на рассмотрении арбитражного суда. В частности, интерес составляет дело № А40-38609/18-121-39, где пока на уровне суда первой инстанции сформирован вывод о превышении Московским УФАС своих полномочий в связи с разрешением в данном случае гражданско-правового спора хозяйствующих субъектов. Дальнейшее рассмотрение дела поможет внести ясность в данный вопрос.

3. Направление гарантирующим поставщиком уведомления об ограничении режима потребления электроэнергии при отсутствии документального подтверждения задолженности потребителя на момент направления уведомления является неправомерным и нарушает ч.1 ст.10 Закона о защите конкуренции.

В мае 2018 года ОАО «Липецкая энергосбытовая компания» обратилось в ФАС России с апелляционной жалобой на решение и предписание Липецкого УФАС России от 03.04.2018 по делу о нарушении антимонопольного законодательства № 32, которым в действиях общества установлено нарушение ч.1 ст.10 Закона о защите конкуренции, выразившееся в направлении уведомления о введении ограничения режима потребления электроэнергии в отношении ООО «ЛТК «Свободный сокол», не имеющего задолженности по договору купли-продажи электрической энергии (мощности). На основании принятого ре-

шения Обществу было выдано предписание о прекращении нарушения путем отзыва уведомления о введении ограничения режима потребления электроэнергии.

Решением АС Липецкой области по делу №А36-14478/2017 действия ОАО «Липецкой энергосбытовой компании» по введению ограничения режима потребления электрической энергии также были признаны незаконными, поскольку на дату направления уведомления о введении ограничения не имелось преюдициально установленной у потребителя суммы задолженности. Тем самым, комиссия Липецкого УФАС России пришла к выводу, что гарантирующий поставщик, занимая доминирующее положение на розничном рынке электрической энергии (мощности), злоупотребил данным положением путем направления уведомления о введении ограничения в отсутствие на то правовых оснований.

4. Непринятие гарантирующим поставщиком должных мер по обеспечению согласования с сетевой организацией установленных потребителем электрической энергии приборов учета в качестве расчетных свидетельствует о злоупотреблении гарантирующим поставщиком доминирующим положением на рынке поставки электрической энергии и образует состав нарушения, предусмотренный п.3 ч.1 ст.10 Закона о защите конкуренции.

ОАО «ЭнергосбыТ Плюс» обратилось в ФАС России с апелляционной жалобой на решение и предписание Свердловского УФАС России от 15.03.2018 по делу № 03-16/11-2017. Решением Свердловского УФАС России общество было признано нарушившим п.3 ч.1. ст.10 Закона о защите конкуренции, выразившегося в навязывании АО «ПО «УОМЗ» невыгодных условий договора энергоснабжения посредством непринятия мер по обеспечению согласования со стороны сетевой организации установленных АО «ПО «УОМЗ» приборов учета в качестве расчетных и непринятия показаний данных приборов при расчетах за электрическую энергию. На основании указанного решения было выдано предписание о прекращении нарушения путем совершения всех зависящих от ОАО «ЭнергосбыТ Плюс» действий по рассмотрению оферты ООО «ПО «УОМЗ» о внесении изменений в договор энергоснабжения в части принятия установленных ООО «ПО «УОМЗ» приборов учета в качестве расчетных и соответствующего изменения схемы расчетов за потребленную электроэнергию.

Как было установлено антимонопольными органами, действовавшая схема расчетов за электрическую энергию не отражала фактический объем потребления электрической энергии со стороны ООО «ПО «УОМЗ» и нарушала интересы общества, в связи с чем им было принято решение об установке собственных приборов учета. Далее был осуществлен допуск приборов учета в эксплуатацию и подписаны соответствующие акты между ОАО «ПО «УОМЗ» и ОАО «ЭнергосбыТ Плюс» (гарантирующий поставщик). Однако указанные приборы учета не были приняты ОАО «ЭнергосбыТ Плюс» в качестве расчетных ввиду несогласования их с сетевой организацией.

Рассмотрев дело, Апелляционная коллегия поддержала выводы Свердловского УФАС, что в соответствии с Основными положениями функционирования розничных рынков электрической энергии гарантирующий поставщик несет перед потребителем ответственность за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательств по договору, в том числе за действия сетевой организации. Также сделан вывод о том, что ОАО «ЭнергосбыТ Плюс» как гарантирующий поставщик не предприняло достаточных мер к согласованию приборов учета потребителя ООО «ПО «УОМЗ» с сетевой организацией, что привело к необоснованному отказу от внесения изменений в условия договора энергоснабжения в части принятия таких приборов учета в качестве расчетных.

Также было применено разъяснение ФАС России № АГ/29484 от 12.11.2008 «О направлении разъяснения правоприменительной практики», согласно которому навязыва-

ние контрагенту условий договора, невыгодных для него, заключается в таком поведении доминирующего субъекта, при котором ущемляются права контрагента либо он вынужден вступать в правоотношения на невыгодных для себя условиях. О навязывании невыгодных условий договора также может свидетельствовать, к примеру, уклонение хозяйствующего субъекта от согласования спорных положений проекта договора, отклонение протокола разногласий и, тем самым, продление действия договора в прежней редакции. При рассмотрении данного дела антимонопольные органы дали оценку действиям (бездействию) ОАО «ЭнергосбыТ Плюс» в качестве навязывания невыгодных условий договора.