



ФЕДЕРАЛЬНАЯ
АНТИМОНОПОЛЬНАЯ
СЛУЖБА
(ФАС России)

РУКОВОДИТЕЛЬ

Садовая Кудринская, 11
Москва, Д-242, ГСП-3, 125993
тел. (499) 755-23-23, факс (499) 755-23-24
delo@fas.gov.ru <http://www.fas.gov.ru>

30.06.2020 № ИА/55189/20

На № _____ от _____

О направлении рекомендаций о возбуждении и рассмотрении дел о нарушении антимонопольного законодательства по фактам нарушения порядка проведения проверок расчетных приборов учета электрической энергии и выявления безучетного потребления
пункт 33 Плана оказания методической помощи территориальным органам, утвержденного приказом ФАС России от 17.04.2020 № 410/20

Во исполнение указанного пункта Плана оказания методической помощи территориальным органам в 2020 году, ФАС России направляет Рекомендации о возбуждении и рассмотрении дел о нарушении антимонопольного законодательства по фактам нарушения Основных положений функционирования розничных рынков электрической энергии, утвержденных постановлением Правительства Российской Федерации от 04.05.2012 № 442, в части нарушения порядка проведения проверок расчетных приборов учета электрической энергии и выявления безучетного потребления.

Приложение: упомянутое на 23 л. в 1 экз.

И.Ю. Артемьев

Воронин А.С.
(499) 755 23 23 (088-786)



Рекомендации о возбуждении и рассмотрении дел о нарушении антимонопольного законодательства по фактам нарушения Основных положений функционирования розничных рынков электрической энергии, утвержденных постановлением Правительства Российской Федерации от 04.05.2012 № 442, в части нарушения порядка проведения проверок расчетных приборов учета электрической энергии и выявления безучетного потребления

Настоящие разъяснения подготовлены во исполнение пункта 33 Плана оказания методической помощи территориальным органам ФАС России в 2020 г., утвержденного приказом ФАС России от 17.04.2020 № 410/20.

Настоящие рекомендации подготовлены в целях установления единообразия практики применения положений статьи 10 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее – Закон о защите конкуренции), основаны на вступивших в законную силу решениях территориальных управлений ФАС России и судебных решений по обозначенному вопросу.

При осуществлении территориальными органами ФАС России соответствующего контроля за соблюдением законодательства об электроэнергетике необходимо руководствоваться, в том числе настоящими разъяснениями

1. Общие положения о проведении проверок расчетных приборов учета электрической энергии и выявления безучетного потребления.

Безучетное потребление - потребление электрической энергии с нарушением установленного порядка учета электрической энергии со стороны потребителя, выразившимся:

- ✓ во вмешательстве в работу прибора учета (системы учета), обязанность по обеспечению целостности и сохранности которого (которой) возложена на потребителя (покупателя), в том числе в нарушении (повреждении) пломб и (или) знаков визуального контроля, нанесенных на прибор учета (систему учета);
- ✓ в несоблюдении установленных договором сроков извещения об утрате (неисправности) прибора учета (системы учета);
- ✓ в совершении потребителем (покупателем) иных действий (бездействий), которые привели к искажению данных об объеме потребления электрической энергии (мощности).

Указанное вытекает из определения «безучетного потребления», указанного в пункте 2 Основных положений функционирования розничных рынков электрической энергии, утвержденных постановлением Правительства Российской Федерации от 04.05.2012 № 442 (далее – Основные положения).

В выявлении безучетного потребления, также как и бездоговорного, прежде всего заинтересована сетевая организация, так как это снижает ее коммерческие потери. Однако, в отличие от бездоговорного потребления, при безучетном у потребителя заключен договор, обеспечивающий поставку электроэнергии с гарантирующим поставщиком (энергосбытовой организацией). В связи с чем взысканием стоимости безучетного потребления с потребителя занимается именно поставщик электроэнергии, а не сетевая организация.

Выявление безучетного потребления осуществляется при плановой или внеплановой проверке приборов учета (п. 173 Основных положений).

Проверка приборов учета должна производиться не реже 1 раза в год (п.172 Основных положений).

По результатам проверки оформляется Акт проверки приборов учета, в котором должна быть указана, в том числе информация о наличии (об отсутствии) безучетного потребления (п. 176 Основных положений). Кроме того, безучетное потребление может быть выявлено в ходе проведения осмотра прибора учета перед его демонтажем (п. 192 Основных положений).

Если выявлено безучетное потребление, сетевая организация составляет Акт о неучтенном потреблении электрической энергии, который сетевая организация должна передать в течение 3 рабочих дней гарантирующему поставщику (энергосбытовой организации).

В Акте о неучтенном потреблении указываются данные:

- ✓ о лице, осуществляющем безучетное потребление;
- ✓ о способе и месте осуществления безучетного потребления;
- ✓ о приборах учета на момент составления акта;
- ✓ о дате предыдущей проверки приборов учета;
- ✓ объяснения лица, осуществляющего безучетное потребление,

относительно выявленного факта;

- ✓ замечания к составленному акту (при их наличии).

Если при выявлении безучетного потребления было выявлено превышение потребителем величины максимальной мощности, в Акте о неучтенном потреблении указываются следующие данные:

- ✓ величина максимальной мощности, указанная в договоре поставки электроэнергии;
- ✓ величина мощности, используемая потребителем;
- ✓ способ, с применением которого было выявлено превышение величины максимальной мощности;
- ✓ действия потребителя, которые повлекли превышение величины максимальной мощности (при наличии таких данных).

Согласно пункту 193 Основных положений при составлении Акта о неучтенном потреблении должен присутствовать потребитель, осуществляющий безучетное потребление, обслуживающий его гарантирующий поставщик (энергосбытовая организация).

Акт о неучтенном потреблении может быть составлен в отсутствие вышеуказанных лиц, при этом:

➤ составляющее Акт лицо прикладывает к Акту доказательства надлежащего уведомления потребителя о дате и времени составления Акта.

➤ Акт составляется в присутствии 2 незаинтересованных лиц или с использованием средств фотосъемки и (или) видеозаписи, при этом материалы фотосъемки, видеозаписи подлежат хранению и передаются вместе с Актом о неучтенном потреблении.

Отказ лица, осуществляющего безучетное потребление, от подписания составленного Акта о неучтенном потреблении, а также его отказ присутствовать при составлении Акта должен быть зафиксирован с указанием причин такого отказа в Акте о неучтенном потреблении.

Кроме того, пунктом 177 Основных положений установлено, что в случае если для проведения проверки приборов учета сетевой организации требуется допуск к энергопринимающим устройствам потребителя (объекту по производству электрической энергии (мощности)), то сетевая организация 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 ее недопуска к расчетным приборам учета.

Таким образом, в ситуации составления акта о неучтенном потреблении в отсутствие потребителя, осуществляющего безучетное потребление (обслуживающего его гарантирующего поставщика (энергосбытовой, энергоснабжающей организации)), к акту прикладываются доказательства надлежащего уведомления потребителя о

дате и времени составления Акта о неучтенном потреблении. Важно отметить, что данное уведомление не является идентичным уведомлению, указанному в пункте 177 Основных положений, поскольку в последнем речь идет об уведомлении потребителя о планируемой дате проведения проверки прибора учета лишь при необходимости допуска сетевой организации к энергопринимающим устройствам потребителя.

Объем безучетного потребления рассчитывается сетевой организацией и направляется гарантирующему поставщику (энергосбытовой организации) вместе с Актом о неучтенном потреблении.

Согласно пунктам 195-196 Основных положений и Приложения №3 к Основным положениям, объем безучетного потребления определяется как произведение максимальной мощности на количество часов.

Максимальная мощность определяется по точке поставки, по которой было зафиксировано безучетное потребление. Если в договоре, обеспечивающем продажу электрической энергии на розничном рынке, не предусмотрено распределение максимальной мощности по точкам поставки, то максимальная мощность энергопринимающих устройств распределяется по точкам поставки пропорционально величине допустимой длительной токовой нагрузки вводного провода (кабеля).

Если в договоре с гарантирующим поставщиком (энергосбытовой организацией), отсутствуют данные о величине максимальной мощности или если при выявлении безучетного потребления было выявлено превышение максимальной мощности, объем безучетного потребления рассчитывается не по максимальной мощности, а исходя из допустимой токовой нагрузки вводного провода (кабеля).

Количество часов определяется с даты предыдущей проверки приборов учета или даты, не позднее которой проверка прибора учета должна была быть проведена, до даты выявления факта безучетного потребления и составления Акта о неучтенном потреблении. При этом количество часов не может быть более, чем 8760 часов (Приложение №3 к Основным положениям).

Исходя из положений пункта 166 Основных положений, по истечении срока межповерочного интервала объем безучетного потребления определяется:

- для 1-го и 2-го расчетных периодов - исходя их показаний расчетного прибора учета за аналогичный расчетный период предыдущего года, а при их отсутствии - за ближайший расчетный период, когда такие показания были предоставлены;

- для 3-го и последующих расчетных периодов - исходя из максимальной мощности (допустимой токовой нагрузки вводного провода (кабеля)).

Стоимость электрической энергии (мощности) в объеме безучетного потребления рассчитывается гарантирующим поставщиком (энергосбытовой организацией) по ценам на электрическую энергию (мощность) определяемым за расчетный период, в котором составлен Акт о неучтенном потреблении.

Счет на оплату стоимости электрической энергии (мощности) в объеме безучетного потребления:

- ✓ выставляется гарантирующим поставщиком (энергосбытовой организацией) по договору, обеспечивающему продажу электроэнергии;

- ✓ должен содержать расчет объема и стоимости безучетного потребления;

- ✓ должен быть оплачен потребителем в срок, установленный в договоре, обеспечивающем продажу электроэнергии.

После составления Акта о неучтенном потреблении до устранения причины безучетного потребления объем потребления также рассчитывается исходя из максимальной мощности (допустимой токовой нагрузки вводного провода (кабеля)).

2. Основные нарушения порядка проведения проверок расчетных приборов учета и выявления безучетного потребления.

Отсутствие уведомления потребителя о предстоящей проверке прибора учета.

Как указывалось выше, потребитель должен быть уведомлен о предстоящей проверке расчетного прибора учета надлежащим образом за пять рабочих дней до даты предполагаемой проверки. Отсутствие такого уведомления суды расценивают как нарушение порядка, предусмотренного Основными положениями, и отказывают во взыскании суммы безучетного потребления энергии.

В качестве примера, рассмотрим дело № А43-45829/2017, где суд установил отсутствие факта уведомления о проверке.

Так, в постановлении Арбитражного суда Волго-Вятского округа от 23 июля 2019 года по данному делу указано, что для проверки прибора учета потребителя требовался допуск сетевой компании; акт о неучтенном потреблении составлен с нарушением предусмотренного Основными положениями порядка, поскольку о предстоящей проверке потребитель не уведомлялся.

Составление акта без уведомления и в отсутствие потребителя (уполномоченного представителя) лишает потребителя права участвовать в составлении акта, проверять достоверность отраженных в нем сведений, давать объяснения, делать замечания к акту, представлять соответствующие возражения в целях защиты своих прав и законных интересов.

К аналогичным выводам Арбитражный суд Волго-Вятского округа приходит и при рассмотрении дела № А43-53406/2018.

Так, в постановлении Арбитражного суда Волго-Вятского округа от 18 декабря 2019 года по данному делу указано, что из системного толкования пунктов 172-177, 192 и 193 Основных положений следует, что на сетевую организацию, инициирующую проведение контрольного мероприятия, возложена обязанность уведомить об этом все

заинтересованные стороны, в том числе потребителя, и обеспечить возможность их участия в проверке. В случае, если потребителем является юридическое лицо, то в акте в обязательном порядке должны содержаться сведения о его уполномоченном представителе, а сама проверка проводится в месте установки прибора учета в присутствии представителя юридического лица.

Проведение проверочного мероприятия в нарушение установленных законодательством правил об обязательном извещении потребителя является актом недобросовестного поведения и ставит под сомнение результаты проверки в целом.

Исследовав и оценив материалы дела, суды пришли к выводу, что в нарушение Основных положений сетевая компания не уведомила Предприятие о дате и времени контрольного мероприятия, осуществила проверку и составила акты в отсутствие уполномоченного представителя потребителя электроэнергии и без участия двух незаинтересованных лиц. Акты о проверке приборов учета не отвечают требованиям Основных положений.

При таких обстоятельствах суды обоснованно признали доказанным совершение сетевой организацией при проверке неправомερных действий, ущемляющих интересы Предприятия и являющихся злоупотреблением доминирующим положением на рынке услуг по передаче электрической энергии (часть 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции), и отказали в удовлетворении заявления о признании недействительным Решения и Предписания Управления Федеральной антимонопольной службы по Нижегородской области от 30.11.2018 по делу о нарушении антимонопольного законодательства №1530-ФАС52-03/18.

Однако в судебной практике имеется и иной подход к толкованию обязанности сетевой компании во всех случаях уведомлять потребителя о предстоящей проверке.

Так, в постановлении Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 05 июля 2018 г. по делу № А67-5926/2016 указано, что

заблаговременное уведомление сетевой организацией потребителя о планируемой проверке имеет своей целью обеспечение сотрудникам сетевой организации доступа к энергопринимающим устройствам потребителя и расчетным приборам учета, что необходимо для проведения полноценной и эффективной проверки (пункт 177 Основных положений). По обстоятельствам дела такой доступ имелся, то есть эффективность проверки была обеспечена без заблаговременного извещения, кроме того, акты о неучтенном потреблении электрической энергии подписаны со стороны ответчика его представителем.

При ином понимании Основных положений, как требующих заблаговременного извещения потребителя о предстоящей проверке во всех случаях, подобное правоприменение приводило бы к предоставлению недобросовестным потребителям времени для устранения несанкционированного подключения к сети и (или) сокрытия от контролирующей отбор энергии сетевой организации факта безучетного потребления.

Вывод о том, что в случае если доступ к прибору учета предоставил работник потребителя, отдельного уведомления не требуется, также содержится в постановлении Арбитражного суда Волго-Вятского округа от 15.05.2018 по делу № А31-13633/2016.

В частности, в постановлении указано, что из пунктов 170 и 177 Основных положений следует, что обязательное уведомление потребителя о проверке приборов учета, о проведении контрольного снятия показаний приборов учета предусмотрено только в случае, если сетевой организации требуется допуск к энергопринимающим устройствам потребителя.

В рассматриваемом судом случае доступ к энергопринимающим устройствам и прибору учета осуществил администратор сауны (представитель потребителя).

Учитывая вышеизложенное, ФАС России разъясняет, что при рассмотрении заявлений на действия сетевых компаний, в части нарушения порядка проведения проверки приборов учета

(направления/ненаправления уведомления о предстоящей проверке) и выявления безучетного потребления, антимонопольному органу необходимо установить при каких обстоятельствах был выявлен факт безучетного потребления:

- в случае составления акта проверки расчетных приборов учета (с выявлением факта безучетного потребления) и (или) акта о неучтенном потреблении в присутствии потребителя (его представителя), то есть, в случае соблюдения прав потребителя участвовать в составлении акта, проверять достоверность отраженных в нем сведений, давать объяснения, делать замечания к акту, представлять соответствующие возражения в целях защиты своих прав и законных интересов, отсутствие предварительного уведомления в соответствии с пунктом 177 Основных положений не может свидетельствовать о недобросовестном поведении сетевой организации. При этом полномочия представителя могут явствовать из обстановки, в которой действует представитель. Составление акта в присутствии работника потребителя либо лица, который осуществил доступ к приборам учета, либо совершал аналогичные действия в прошлом, и при этом потребитель ранее не оспаривал полномочия этого лица, свидетельствует об отсутствии ущемления интересов потребителя и злоупотреблении доминирующим положением;

- в случае составления акта проверки расчетных приборов учета (с выявлением факта безучетного потребления) и (или) составлении акта о неучтенном потреблении в отсутствие потребителя, необходимо установить факт наличия/отсутствия доказательств надлежащего уведомления потребителя о дате и времени составления Акта о неучтенном потреблении в соответствии с пунктом 193 Основных положений, а случае необходимости допуска к энергопринимающим устройствам – уведомления потребителя о проверке приборов учета в соответствии с пунктом 177 Основных положений. Нахождение прибора учета в свободном доступе (на опоре, на стене здания, в торговом зале или ином помещении, в которое имеет доступ неограниченный круг лиц)

свидетельствует об отсутствии необходимости допуска и как следствие уведомления потребителя о проверке приборов учета в соответствии с пунктом 177 Основных положений.

После установления вышеуказанных обстоятельств, антимонопольному органу необходимо также проверить соответствие акта проверки расчетных приборов учета, акта о неучтенном потреблении, акта безучетного потребления на соответствие требованиям пунктов 176, 192, 193, 195 Основных положений, требованиям Приложения №3 к Основным положениям.

При выявлении несоответствия указанным пунктам Основных положений, рассмотреть действия сетевой организации на предмет соответствия части 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции, в части нарушения порядка выявления безучетного потребления.

Кроме того, с учетом положений абзаца 5 пункта 172, последнего абзаца пункта 192, пункта 195 Основных положений, нарушение порядка выявления безучетного потребления может быть выявлено и в действиях гарантирующего поставщика, что в свою очередь может содержать признаки нарушения статьи 10 Закона о защите конкуренции.

Нарушения при определении объема безучетного потребления электрической энергии (мощности).

В силу абзаца 3 пункта 195 Основных положений объем безучетного потребления электрической энергии (мощности) определяется с даты предыдущей контрольной проверки прибора учета (в случае если такая проверка не была проведена в запланированные сроки, то определяется с даты, не позднее которой она должна была быть проведена в соответствии с настоящим документом) до даты выявления факта безучетного потребления электрической энергии (мощности) и составления акта о неучтенном потреблении электрической энергии.

Как указано в Определении Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда Российской Федерации от 23.05.2019 № 309-ЭС18-24456 по делу № А60-64563/2017, положения пункта 195 Основных

положений, с одной стороны, направлены на стимулирование потребителей энергетических ресурсов к энергосбережению путем удержания от несанкционированного вмешательства в работу прибора учета и в случае причинения реального имущественного вреда поставщику ресурса (сетевой организации) служат допустимым механизмом его возмещения, а с другой - стимулируют сетевую организацию (гарантирующего поставщика) к своевременному и надлежащему исполнению вытекающих из требований законодательства обязанностей по проведению проверок приборов учета потребителей, принятию мер к выявлению нарушений и уменьшению потерь.

Таким образом, указанное правовое регулирование в случаях безучетного потребления электрической энергии направлено на обеспечение баланса интересов потребителя и энергоснабжающей (ресурсоснабжающей) организации.

Буквальное содержание пунктов 172, 195 Основных положений позволяет сделать вывод о том, что при установлении факта безучетного потребления совокупный период неучтенного потребления должен определяться с даты предыдущей проверки (если она была проведена и соответствующая дата не выходит за пределы 12 месяцев) или с даты, не позднее которой проверка приборов учета должна была быть проведена (если она не проведена и/или дата проверки выходит за пределы 12 месяцев), до даты выявления факта и составления акта о неучтенном потреблении.

Определение объема безучетного потребления не в соответствии положениями Основных положений может свидетельствовать о нарушении части 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции не только в действиях сетевой организации, но и в действиях (бездействии) гарантирующего поставщика, выставяющего потребителю счет на оплату стоимости электрической энергии (мощности), приобретенной по договору, обеспечивающему продажу электрической энергии (мощности).

Так, например, по результатам рассмотрения Управлением Федеральной антимонопольной службы по городу Москве дела о нарушении антимонопольного законодательства № 1-10-1391/77-18, управление приняло решение от 05.12.2018, которым установило:

- в действиях сетевой организации нарушение части 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции, выразившееся в злоупотреблении доминирующим положением на рынке оказания услуг по передаче электрической энергии в границах города Москвы (в пределах территории, охваченной присоединенной электрической сетью сетевой компании) путем несоблюдения порядка определения объема безучетного потребления по актам о неучтенном потреблении электрической энергии, что привело к ущемлению интересов потребителя;

- в действиях гарантирующего поставщика нарушение части 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции, выразившееся в злоупотреблении доминирующим положением на рынке реализации электрической энергии на территории города Москвы путем применения неверных значений объема безучетного потребления электрической энергии объектом общества, при расчете стоимости безучетного потребления электрической энергии объектом за тот расчетный период, в котором был выявлен факт безучетного потребления, а также путем направления в адрес потребителя уведомлений об ограничении режима потребления электрической энергии в отношении объекта с целью понуждения к оплате спорной суммы, что привело к ущемлению интересов потребителя.

В рамках рассмотрения дела было установлено, что между потребителем и гарантирующим поставщиком заключен договор энергоснабжения от 28.04.2008.

16.12.2015 сетевая организация провела проверку приборов учета, по результатам которой выявило нарушения, которые впоследствии привели к составлению актов о неучтенном потреблении электрической энергии. Нарушения выразились в отсутствии пломб сетевой организации, гарантирующего поставщика на трансформаторах тока приборов учета и в

истечении срока межповерочного интервала у трансформаторов тока и электросчетчиках.

При этом, на гарантирующий поставщик, ни сетевая организация не осуществляли проверку узлов учета потребителя в период с 28.04.2008 (даты заключения договора энергоснабжения) до 16.12.2015.

Между тем сетевая организация сочла возможным определить период безучетного потребления электрической энергии в течение полного года, предшествующего дате, в которую был выявлен факт безучетного потребления (16.12.2015), при том, что плановая проверка должна была быть проведена не позднее 28.04.2015.

В дальнейшем, при обжаловании указанного решения, судебные инстанции указали, что установление пунктом 195 Основных положений годичного срока само по себе не давало основание определять срок безучетного потребления в рассматриваемом случае в течение всего года, предшествовавшего проведению проверки. В данном случае положение абонента не должно быть обусловлено ненадлежащим исполнением сетевой и энергосбытовой организациями своих обязанностей.

В связи с этим суды согласились с мнением управления о том, что на абонента отнесены негативные последствия не только его собственного поведения, но и бездействия контрагента - профессионального участника товарного рынка, что привело к ущемлению интересов абонента и свидетельствует о злоупотреблении сетевой и энергосбытовой организациями своим доминирующим положением, что запрещено частью 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции.

Суды заключили, что названные действия совершены заявителями с превышением пределов осуществления гражданских прав; неверное определение периода безучетного потребления сетевой организацией, направление гарантирующим поставщиком счета на оплату стоимости безучетного потребления электрической энергии, рассчитанной исходя из неверных значений объема безучетного потребления, привело к значительному ухудшению имущественного положения абонента. Акты о

неучтенном потреблении электрической энергии составлены сетевой организацией с нарушением Основных положений, в части определения объема безучетного потребления электрической энергии. Сетевая организация при неверном определении объема электрической энергии по актам о безучетном потреблении электрической энергии получало коммерческую выгоду.

При этом суды установили, что гарантирующему поставщику, являющемуся стороной по договору энергоснабжения, в настоящем случае было известно о некорректности произведенных сетевой организацией расчетов, поскольку гарантирующий поставщик располагал информацией об отсутствии проведенных проверок сетевой организацией и гарантирующим поставщиком с даты заключения договора энергоснабжения, однако не предпринял каких-либо действий, направленных на восстановление прав абонента, предпочтя сразу выставить ему счет за безучетное потребление на основании данных, представленных сетевой организацией.

Дополнительно суды установили, что гарантирующий поставщик, использовав свое монопольное положение на рынке оказания услуг по реализации электрической энергии, поставив под риск деятельность абонента путем инициирования введения ограничения режима потребления электрической энергии, несмотря на добросовестное исполнение им обязательств по оплате текущих платежей по упомянутому договору энергоснабжения, в целях понуждения абонента оплатить спорную сумму для восстановления энергоснабжения, что привело к ущемлению прав и законных интересов последнего.

Исходя из указанного суды признали правомерным квалификацию управлением действий гарантирующего поставщика и сетевой организации по части 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции и с учетом этого указали на законность оспариваемых предписаний и решения управления (Постановление Арбитражного суда Московского округа от 29.08.2019 № Ф05-13108/2019 по делу № А40-307876/2018).

Более того, в данном постановлении указано, что правовая позиция судов первой и апелляционной инстанций по настоящему делу подтверждается определением Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда Российской Федерации от 23.05.2019 № 309-ЭС18-24456 по делу № А60-64563/2017.

В Московском регионе сложилась обширная судебная практика по обжалованию актов антимонопольного органа, вынесенных по факту нарушения сетевой организацией, гарантирующим поставщиком части 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции при неверном определении периода безучетного потребления: дела №№ А40-196524/18, А40-105330/18, А40-117339/2018, А40-81512/2018, А40-116168/18, А40-237895/2018, А40-290290/18, А40-307876/18, А40-108276/2019.

Некорректное определение объема безучетного потребления сетевой организацией может также свидетельствовать об ущемлении интересов гарантирующего поставщика.

Так, Управлением Федеральной антимонопольной службы по Кемеровской области по результатам рассмотрения обращения гарантирующего поставщика в отношении сетевой организации возбуждено и рассмотрено дело № 15-/А-10-2017 по признакам нарушения части 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции.

Решением управления от 04.06.2018 сетевая компания признана нарушившей часть 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции путем злоупотребления доминирующим положением на рынке услуг по передаче электрической энергии, в части искусственного увеличения полезного отпуска электроэнергии, передача которой подлежит оплате гарантирующим поставщиком, и, соответственно, уменьшения потерь электрической энергии, которые должны приобретаться и оплачиваться сетевой компанией; создания ситуации, которая ведет к неправильному определению объемов потребленной гражданами электроэнергии, некорректным начислениям и, как следствие, создает угрозу введения

ограничения (приостановления) предоставления электроэнергии потребителям ввиду наличия задолженности.

В рамках рассмотрения указанного дела было установлено, что между гарантирующим поставщиком и сетевой организацией заключен договор оказания услуг по передаче электрической энергии и купли-продажи (поставки) электрической энергии (мощности) для целей компенсации потерь в электрических сетях от 21.11.2014.

Согласно положениям Договора купли-продажи (поставки) электрической энергии (мощности) для целей компенсации потерь в электрических сетях, объем электрической энергии (мощности), приобретаемый сетевой организацией для целей компенсации потерь электрической энергии, подлежит корректировке в сторону уменьшения на выявленный и рассчитанный в соответствии с Основными положениями и принятый гарантирующим поставщиком объем безучетного потребления электрической энергии (мощности) в том расчетном периоде, в котором были составлены акты о неучтенном потреблении электрической энергии.

В марте 2017 года сетевой организацией были выявлены факты безучетного потребления электроэнергии в двух частных жилых домах, составлены акты о неучтенном (безучетном) потреблении электроэнергии гражданином-потребителем коммунальной услуги по электроснабжению ввиду несанкционированного вмешательства в работу индивидуального прибора учета; произведен расчет объема безучетно потребленной электроэнергии; акты направлены гарантирующему поставщику для рассмотрения и включения 88 068 кВтч в объем полезного отпуска электрической энергии сетевой организации.

При этом объем безучетного потребления был определен сетевой организацией с применением расчетного способа, предусмотренного подпунктом «а» пункта 1 приложения № 3 к Основным положениям.

В силу пункта 188 Основных положений объем электрической энергии (мощности), подлежащей покупке соответствующей сетевой организацией для целей компенсации потерь электрической энергии,

уменьшается на выявленный и рассчитанный в соответствии с настоящим документом объем безучетного потребления электрической энергии, в том расчетном периоде, в котором были составлены акты о неучтенном потреблении электрической энергии, при этом объем услуг по передаче электрической энергии, оказанных сетевой организацией, к объектам электросетевого хозяйства которой присоединены энергопринимающие устройства, в отношении которых был выявлен факт безучетного потребления, увеличивается в том же расчетном периоде на выявленный и рассчитанный в соответствии с настоящим документом объем безучетного потребления электрической энергии. Пунктом 184 Основных положений предусмотрено, что определение объемов потребления электрической энергии потребителями коммунальной услуги по электроснабжению осуществляется в порядке, установленном Правилами № 354. Согласно абзацу 6 пункта 81(11) Правил № 354 в случае выявления несанкционированного вмешательства в работу прибора учета исполнитель производит потребителю перерасчет платы за коммунальную услугу исходя из объема, рассчитанного на основании нормативов потребления соответствующей коммунальной услуги с применением повышающего коэффициента 10. Такой перерасчет производится не более чем за 3 месяца, предшествующие дате проверки прибора учета, при которой выявлено несанкционированное вмешательство.

Таким образом, в рассматриваемом случае расчет объема безучетно потребленной в индивидуальных жилых домах электроэнергии был произведен предприятием в соответствии с пунктом 195 Основных положений исходя из мощности ресурсопотребляющего оборудования за период, превышающий 3 месяца (217 дней и 182 дня), что противоречит пункту 184 Основных положений и Правилам № 354.

Необоснованное применение сетевой организацией расчетного способа определения объема безучетного потребления электроэнергии в отношении граждан-потребителей подтверждено судебными актами по делу № А27-9546/2017. Кроме того, в рамках данного дела установлено,

что спорный объем безучетного потребления, исчисленный по Правилам № 354, значительно ниже объема, рассчитанного предприятием.

При таких обстоятельствах суд согласился с выводами антимонопольного органа о том, что неверный расчет сетевой организацией объема безучетного потребления привел к искусственному увеличению полезного отпуска электроэнергии, передача которой подлежала оплате гарантирующим поставщиком, и, соответственно, уменьшению потерь электрической энергии, которые должны приобретаться и оплачиваться сетевой организацией.

Будучи профессиональным участником рынка оказания услуг по передаче электрической энергии, сетевая организация не могла не знать о правовом регулировании рассматриваемых правоотношений и возможных последствиях своего поведения.

Поскольку допущенное сетевой организацией нарушение влечет неправильное определение гарантирующим поставщиком объемов потребленной гражданами электроэнергии, некорректным начислениям и завышению предъявляемой им к оплате стоимости безучетного потребления, а также создает угрозу введения ограничения (приостановления) предоставления электроэнергии, суды обоснованно указали на возможность ущемления прав и законных интересов как гарантирующего поставщика, так и неопределенного круга потребителей.

Законность решения Управления Федеральной антимонопольной службы по Кемеровской области подтверждена постановлением Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 09.04.2019 № Ф04-877/2019 по делу № А27-13746/2018 (Определением Верховного Суда Российской Федерации от 10.06.2019 № 304-ЭС19-8212 отказано в передаче дела № А27-13746/2018 в Судебную коллегию по экономическим спорам Верховного Суда Российской Федерации для пересмотра в порядке кассационного производства данного постановления).

3. Необходимость внесения изменений в публичный договор энергоснабжения при изменении регулирующего законодательства.

В соответствии с пунктом 5 статьи 426 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее – ГК РФ) условия публичного договора, не соответствующие требованиям, установленным пунктами 2 и 4 указанной статьи, ничтожны.

Так, пункт 2 указанной статьи указывает на необходимость применения в договоре для потребителей соответствующей категории одинаковой цены товаров, работ или услуг, за исключением случаев, если законом или иными правовыми актами допускается предоставление льгот отдельным категориям потребителей.

Пунктом 4 названной статьи установлено, что в случаях, предусмотренных законом, Правительство Российской Федерации, а также уполномоченные Правительством Российской Федерации федеральные органы исполнительной власти могут издавать правила, обязательные для сторон при заключении и исполнении публичных договоров (типовые договоры, положения и т.п.).

В соответствии со статьей 310 ГК РФ одностороннее изменение условий гражданско-правового договора не допускается, за исключением случаев, предусмотренных законом.

Применительно к правоотношениям, вытекающим из публичного договора энергоснабжения, такие исключения установлены, что соответствует положениям пункта 4 статьи 426 ГК РФ.

Так, подпунктом «а» пункта 2 постановления Правительства Российской Федерации от 04.05.2012 № 442 «О функционировании розничных рынков электрической энергии, полном и (или) частичном ограничении режима потребления электрической энергии» (вместе с «Основными положениями функционирования розничных рынков электрической энергии», «Правилами полного и (или) частичного ограничения режима потребления электрической энергии») установлено, что настоящее постановление применяется к отношениям, вытекающим из

публичных договоров, ранее заключенных на розничных рынках электрической энергии (далее - розничные рынки), в части прав и обязанностей, которые возникнут после вступления в силу указанного постановления.

Таким образом, ранее заключенные на розничных рынках электрической энергии договоры энергоснабжения действуют автоматически в части, не противоречащей вступающему в силу акту.

Как показывает практика, нормы актов Правительства Российской Федерации (например, Основных положений и последующих актов, изменяющих отдельные нормы Основных положений) и договор (например, энергоснабжения) могут содержать различную регламентацию действий сторон.

По мнению ФАС России, при наличии в ранее заключенном договоре энергоснабжения положений, отличных от вступивших в силу нормативных правовых актов (например, изменений в Основные положения), потребитель вправе обратиться в гарантирующему поставщику в целях приведения положений договора энергоснабжения в соответствие с такими нормативными правовыми актами.

При этом если вступающие в силу нормативные правовые акты не ухудшают положение потребителя в сравнении с положениями заключенного ранее договора энергоснабжения, при проверке антимонопольным органом действий (бездействия) гарантирующего поставщика на предмет наличия (отсутствия) признаков злоупотребления доминирующим положением, положения ранее заключенного договора должны приниматься во внимание.

В качестве примера в данном случае следует привести практику Московского УФАС России, которой установлено, что, несмотря на изменение отраслевого законодательства, такие договорные условия как наличие согласованных в договоре часов работы объекта абонента должны учитываться, например, при расчете объема безучетного потребления электроэнергии.

Действия сетевой организации и гарантирующего поставщика при игнорировании наличия согласованных часов работы в сутки токоприемников абонента при расчете объема безучетного потребления могут быть признаны злоупотреблением доминирующим положением (Постановление Арбитражного суда Московского округа от 05.10.2017 № Ф05-14458/2017 по делу № А40-5634/17).

В данном случае необходимо отметить, что Основными положениями предусмотрен лимит часов, в течение которых может осуществляться безучетное потребление, который составляет сумму часов за 365 дней, однако данная норма не может быть истолкована как исключаящая возможность определения безучетного потребления в течение меньшего количества часов, а именно согласованных в договоре энергоснабжения числа часов работы объекта абонента.

В рассматриваемом случае следование такому порядку необходимо для соблюдения прав более слабой и зависимой стороны – абонента (потребителя).

В практике территориальных органов ФАС России имеются также случаи признания злоупотреблением доминирующим положением действий гарантирующего поставщика по несоблюдению положений законодательства, изменяющего, а именно увеличившего, сроки направления уведомлений об ограничении режима потребления электроэнергии, которые были согласованы сторонами в договоре энергоснабжения.

Так, например, Московским УФАС России было установлено, что на дату направления гарантирующим поставщиком уведомления об ограничении действующие Правила введения ограничения, утвержденные постановлением Правительства Российской Федерации от 04.05.2012 № 442, содержали императивное требование направления такого уведомления не позднее, чем за 10 дней до даты планируемого ограничения. Вместе с тем, следуя согласованным условиям договора, заключенного еще в 2008 году, гарантирующий поставщик уведомил потребителя о введении

энергоснабжения за 5 рабочих дней.

Указанные действия гарантирующего поставщика были признаны Московским УФАС России нарушением части 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции. Суды двух инстанций поддержали выводы антимонопольного органа (дело № А40-280619/18).