



© А.В. Босова, 2019

**Административная ответственность за отказ сетевой организации от заключения договора оказания услуг по передаче электрической энергии.
Соотношение статей 9.21 и 14.31 КоАП РФ.**

Организации, осуществляющие профессиональную деятельность на оптовом и розничных рынках электрической энергии, действуют как субъекты естественной монополии. Деятельность данных субъектов в целях поддержания конкуренции контролируется ФАС России и ее территориальными органами (управлениями) в рамках имеющихся у них полномочий.

Услуги по передаче электрической энергии представляются сетевыми организациями на основании договоров о возмездном оказании услуг. По действующему законодательству сетевая организация не может отказать в заключении договора в случае обращения к ней другой смежной сетевой организации. При необоснованном отказе или уклонении сетевой организации от заключения договора другая сторона вправе обратиться в суд с требованием о понуждении заключить договор и возмещении ей причиненных убытков. Также у стороны есть право обращения в антимонопольный орган, результатом которого может стать привлечение нарушителя к административной ответственности.

В настоящее время на практике сложился неоднозначный подход антимонопольных органов к рассмотрению данной категории дел.

Договор оказания услуг по передаче электрической энергии между сетевыми организациями обязателен к заключению.

Частью 2 статьи 26 Федерального закона от 26.03.2003 № 35-ФЗ «Об электроэнергетике» (далее по тексту – Закон об электроэнергетике) установлено, что договор оказания этих услуг является публичным.

Согласно части 1 статьи 426 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее по тексту – ГК РФ) публичным договором признается договор, заключенный лицом, осуществляющим предпринимательскую или иную приносящую доход деятельность, и устанавливающий его обязанности по продаже товаров, выполнению работ либо оказанию услуг, которые такое лицо по характеру своей деятельности должно осуществлять в отношении каждого, кто к нему обратится.

В соответствии с частью 4 статьи 41 Закона об электроэнергетике организации, осуществляющие деятельность по передаче электрической энергии (сетевые компании) в пределах исполнения своих обязательств перед потребителями электрической энергии по договору оказания услуг по передаче электрической энергии, а также лица, владеющие объектами электросетевого хозяйства, к которым присоединены энергопринимающие устройства потребителей электрической энергии, и не осуществляющие деятельности по передаче электрической энергии таким потребителям в определяемом Правительством Российской Федерации порядке, обязаны урегулировать отношения, связанные с передачей электрической

энергии, с иными сетевыми компаниями, электрические сети которых имеют последовательное взаимное соединение и используются для поставок электрической энергии (мощности) соответствующему потребителю электрической энергии.

Общие принципы и порядок обеспечения недискриминационного доступа к услугам по передаче электрической энергии, а также оказания этих услуг определены Правилами недискриминационного доступа, утвержденными Постановлением Правительства РФ от 27.12.2004 № 861 (далее по тексту – Правила № 861). Содержание рассматриваемых договоров и порядок их исполнения между сетевыми организациями определен разделом III Правил № 861.

Согласно требованиям пункта 36 Правил № 861 сетевая организация не вправе отказать сетевой организации в заключении договора.

Отказ (уклонение) одной сетевой организации от заключения договора оказания услуг по передаче электрической энергии с другой смежной сетевой организацией является нарушением Закона о защите конкуренции.

В соответствии с пунктом 1 статьи 4 Федерального закона от 17.08.1995 № 147-ФЗ «О естественных монополиях» услуги по передаче электрической энергии к деятельности субъектов естественных монополий.

В силу части 1.1 статьи 23.2 Закона об электроэнергетике деятельность по оказанию услуг по передаче электрической энергии осуществляется в условиях естественной монополии и регулируется в соответствии с законодательством о естественных монополиях, настоящим Федеральным законом и другими федеральными законами.

В части 5 статьи 5 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции (далее по тексту – Закон о защите конкуренции) указано, что доминирующим признается положение хозяйствующего субъекта – субъекта естественной монополии на товарном рынке, находящемся в состоянии естественной монополии.

В силу пункта 5 части 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 экономически или технологически не обоснованные отказ либо уклонение от заключения договора с отдельными покупателями (заказчиками) в случае наличия возможности производства или поставок соответствующего товара.

Из приведенной нормы следует, что незаконный, бесосновательный отказ (уклонение) собственника или иного законного владельца объекта электросетевого хозяйства от заключения договора оказания услуг по передаче электрической энергии со смежной сетевой организацией является злоупотреблением хозяйствующим субъектом доминирующим положением, следовательно, нарушением Закона о защите конкуренции.

Позиция антимонопольного органа: отказ от договора является нарушением Правил № 861 и рассматривается в качестве нарушения, ответственность за которое предусмотрена статьей 9.21 КоАП РФ. Закон о защите конкуренции применению не подлежит.

Порядок заключения договора на оказание услуг по передаче электрической энергии между смежными сетевыми организациями регламентируется Правилами № 861.

При осуществлении своей деятельности в данной сфере управления ФАС руководствуются Разъяснениями № 7 «Порядок применения закона о защите конкуренции с учетом правил технологического присоединения, правил недискриминационного доступа, правил подключения и законодательства о теплоснабжении», утвержденными протоколом Президиума ФАС России от 30.11.2016 № 15 (далее по тексту – Разъяснения № 7).

Федеральным законом от 13.07.2015 № 250-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «О защите конкуренции» и отдельные законодательные акты Российской Федерации» (далее по тексту – Закон № 250-ФЗ), вступившем в силу с 10.01.2016 года, сфера действия части 1 статьи 9.21 КоАП РФ была распространена в том числе и на поведение субъекта естественной монополии, выражающееся в нарушении правил (порядка обеспечения) недискриминационного доступа, порядка подключения (технологического присоединения) к электрическим сетям.

Законом № 250-ФЗ и Федеральным законом от 05.10.2015 № 275-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «О защите конкуренции» и отдельные законодательные акты Российской Федерации» (далее по тексту – Закон № 275-ФЗ) также были внесены изменения в статью 14.31 КоАП РФ, согласно которым с 10.01.2016 к злоупотреблению доминирующим положением на товарном рынке в соответствии со статьей 14.31 КоАП РФ относится совершение занимающим доминирующее положение на товарном рынке хозяйствующим субъектом действий, признаваемых злоупотреблением доминирующим положением и недопустимых в соответствии с антимонопольным законодательством Российской Федерации, либо совершение субъектом естественной монополии действий, признаваемых злоупотреблением доминирующим положением и недопустимых в соответствии с антимонопольным законодательством Российской Федерации, *за исключением случаев, предусмотренных статьей 9.21 КоАП РФ.*

Итак, нормам статьи 9.21 КоАП был придан специальный по отношению к нормам статьи 14.31 КоАП РФ характер.

Таким образом, если действия привлекаемого к ответственности лица отвечают признакам диспозиции статьи 9.21 КоАП РФ, то дело об административном правонарушении надлежит возбуждать и рассматривать по статье 9.21 КоАП РФ, а не по статье 14.31 КоАП РФ.

При поступлении в антимонопольный орган заявления о нарушении антимонопольного законодательства, подготовленного в соответствии со статьей 44 Закона о защите конкуренции, но содержащего данные, указывающие на наличие события административного правонарушения, ответственность за совершение которого предусмотрена статьей 9.21 КоАП РФ, данное обращение подлежит квалификации в соответствии с пунктом 3 части 1 статьи 28.1 КоАП РФ как заявление, содержащее данные, указывающие на наличие события административного правонарушения.

Кроме того, решение комиссии о возбуждении дела о нарушении антимонопольного законодательства, принятое в соответствии с пунктом 8 статьи 39.1 Закона о защите конкуренции, привело бы к тому, что орган обязан бы был возбудить сразу два дела: по статье 14.31 КоАП РФ за злоупотребление доминирующим положением и по статье 9.21 КоАП РФ за нарушение Правил

недискриминационного доступа. Вместе с тем, это противоречило бы требованиям части 5 статьи 4.1 КоАП РФ, в соответствии с которой никто не может нести административную ответственность дважды за одно и то же административное правонарушение.

В чем слабые стороны подхода антимонопольного органа?

1. На федеральной антимонопольной службе лежит обязанность по осуществлению полномочий в рамках Закона о защите конкуренции.

В соответствии с пунктом 1.1 Административного регламента ФАС, утвержденного Приказом ФАС России от 25.05.2012 № 339 (далее по тексту – Административный регламент ФАС) на антимонопольный орган возложена государственная функция по возбуждению и рассмотрению дел о нарушениях антимонопольного законодательства Российской Федерации; результатом исполнения государственной функции являются принимаемые и выдаваемые антимонопольным органом решения, предписания, предупреждения (пункт 1.13 Административного регламента ФАС).

Согласно пункту 1.7 Административного регламента ФАС должностные лица при осуществлении государственного контроля обязаны исполнять государственную функцию, которая в соответствии с обозначенным выше пунктом 1.1 заключается в возбуждении и рассмотрении дел о нарушении антимонопольного законодательства.

Главой 9 Закона о защите конкуренции предусмотрены правила, регулирующие рассмотрение дел о нарушении антимонопольного законодательства.

В соответствии с частью 1, пунктом 2 части 2 статьи 39 Закона о защите конкуренции антимонопольный орган на основании заявления юридического или физического лица, указывающего на признаки нарушения антимонопольного законодательства, *в пределах своих полномочий возбуждает и рассматривает дела о нарушении антимонопольного законодательства, принимает по результатам их рассмотрения решения и выдает предписания.*

Таким образом, на Федеральную антимонопольную службу России и ее территориальные органы возложена обязанность по осуществлению полномочий в рамках Закона о защите конкуренции.

2. Изменения КоАП РФ не затрагивают действие Закона о защите конкуренции.

Исключение из объективной стороны правонарушения, предусмотренного статьей 14.31 КоАП РФ, случаев, предусмотренных статьей 9.21 КоАП РФ, не влияет на соблюдение антимонопольным органом процедур по предотвращению нарушений конкурентного законодательства.

Закон о защите конкуренции не дает антимонопольному органу право выбора в вопросе применения или неприменения антимонопольных процедур. Функции (У)ФАС по выявлению признаков нарушения антимонопольного законодательства, выдаче предупреждений о прекращении действий, содержащих нарушение соответствующих норм, по возбуждению и рассмотрению дел о нарушениях антимонопольного законодательства Российской Федерации не зависят от дальнейшей квалификации совершенных субъектом хозяйственной деятельности действий в рамках КоАП РФ.

Прежде чем рассматривать вопрос о наличии (отсутствии) в сведениях оснований для возбуждения административного дела по статье 9.21 КоАП РФ антимонопольный орган должен рассмотреть вопрос о наличии оснований признания действий лица злоупотреблением доминирующим положением.

Изменения, внесенные в КоАП РФ, не могут влиять на правила, установленные Законом о защите конкуренции без внесения в него аналогичных изменений. Дискреция полномочий в данной сфере являлась бы фактором коррупциогенности, позволяющим государственной структуре по своему усмотрению рассматривать аналогичные дела разным образом.

По логике Разъяснений № 7 антимонопольный орган учитывает, что наличие нарушений Закона о защите конкуренции не исключено и тем не менее переходит к оценке действий занимающего доминирующее положение субъекта с точки зрения административного законодательства. Между тем, *восполнение несовершенной юридической техники законодателя путем выборочного правоприменения приводит к несправедливому и незаконному ущемлению интересов лиц, чьи права были нарушены в сфере конкуренции на рынке товаров и услуг.*

3. Решение о возбуждении дела о нарушении антимонопольного законодательства не создает препятствий для возбуждения дела по статье 9.21 КоАП РФ.

Частью 1 статьи 28.1 КоАП РФ предусмотрен общий перечень оснований возбуждения дел об административных правонарушениях. В соответствии с частью 1.2 статьи 28.1 КоАП РФ поводом к возбуждению дел об административных правонарушениях, предусмотренных статьями 14.9, 14.31, 14.32, 14.33, 14.40 Кодекса, является принятие комиссией антимонопольного органа решения, которым установлен факт нарушения антимонопольного законодательства Российской Федерации.

Из статьи 28.1 КоАП РФ не следует однозначного вывода о специальном и исключительном характере решения о возбуждении дела о нарушении антимонопольного законодательства относительно случаев, предусмотренных частью 1.2 указанной статьи.

Из процитированного однозначно следует, что дело об административном правонарушении по статье 14.31 КоАП РФ может быть возбуждено только на основании решения комиссии. Однако из буквального толкования нормы невозможно сделать вывод о запрете возбуждения иных дел, как то по статье 9.21 КоАП РФ, по указанному основанию. Таким образом запрет на возбуждение дела об административном правонарушении по статье 9.21 КоАП РФ на основании решения комиссии антимонопольного органа федеральным законодательством не предусматривается.

Данная позиция также согласуется судебной практикой. Как указал Арбитражный суд Волго-Вятского округа в Постановлении от 30.03.2018 № Ф01-756/2018 по делу № А31-1701/2017, ссылка УФАС на то, что решением комиссии антимонопольного органа действия лица квалифицированы в качестве злоупотребления доминирующим положением и признаны нарушающими пункт 5 части 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции, несостоятельна ввиду того, что данное обстоятельство не освобождает от необходимости надлежащей квалификации совершенного деяния при решении вопроса о привлечении к административной ответственности. с учетом положений статьи 1.7 КоАП РФ.



4. Изменения, внесенные в статьи 9.21, 14.31 КоАП РФ, не затрагивают случаи, в которых присутствует ограничение конкуренции.

Общественные отношения в сфере электроснабжения характеризуется тем, что в большинстве случаев они возникают между поставщиками ресурса, с одной стороны, и между гражданами, с другой стороны. Если отношения возникают между профессиональными субъектами оптового и розничного рынков электроэнергии и иными хозяйствующими субъектами, то данные отношения зачастую касаются прав физических лиц и, кроме того, они не связаны с ограничением конкуренции.

Ввиду того, что за нарушение правил подключения к электрическим сетям электросетевые организации привлекались к административной ответственности в соответствии со статьей 14.31 КоАП РФ как лица, злоупотребившие доминирующим положением на товарном рынке передачи электрической энергии (мощности) и технологического присоединения к электрическим сетям, законодателем было принято решение упорядочить общественные отношения в данной сфере путем внесения изменений в статьи 9.21, 14.31 КоАП РФ, статью 10 Закона о защите конкуренции.

Пунктом 3 статьи 2 Закона № 250-ФЗ в редакции от 13.07.2015 в статью 9.21 КоАП РФ внесены изменения, которыми вводится ответственность за нарушение правил (порядка обеспечения) недискриминационного доступа, порядка подключения (технологического присоединения).

Далее, Законом № 275-ФЗ (получившим неофициальное название «четвертый антимонопольный пакет») вводятся сразу два изменения.

Во-первых, вносятся изменения в пункт 5 статьи 2 Закона № 250-ФЗ, вследствие чего части 1 и 2 статьи 14.31 КоАП РФ дополняются словами «устранение конкуренции, за исключением случаев, предусмотренных статьей 9.21 настоящего Кодекса».

Во-вторых, вносятся изменения в статью 10 Закона о защите конкуренции в соответствии с которыми с 05.01.2016 предметом антимонопольного контроля могут являться лишь такие действия (бездействие) хозяйствующих субъектов, занимающих доминирующее положение на тех или иных товарных рынках, которые привели или могли привести к ущемлению интересов лиц (хозяйствующих субъектов) в сфере предпринимательской деятельности либо неопределенного круга потребителей.

Таким образом, с 05.01.2016 нарушения субъектов, занимающих доминирующее положение, если они привели к нарушению прав конкретного физического лица, не могут быть квалифицированы в качестве нарушения статьи 10 Закона о защите конкуренции. Антимонопольный орган правомочен лишь на применение мер реагирования в порядке статьи 9.21 КоАП РФ. Из статьи 14.31 КоАП РФ в 2016 году действительно было сделано исключение в случаях обнаружения признаков наличия состава преступления, предусмотренного статьей 9.21 КоАП РФ, однако исключение было сделано только в отношении физических лиц. Права и законные интересы хозяйствующих субъектов, а также неопределенного круга лиц по настоящий день подлежат защите в рамках Закона о защите конкуренции.

В Письме ФАС России от 24.12.2015 № ИА/74666/15 «О применении «четвертого антимонопольного пакета» в пункте 24 антимонопольный орган высказывается по поводу внесенных Законом № 275-ФЗ изменений, при этом

указанные выше нововведения рассматриваются им только лишь в свете изменения состава субъектов, нарушение прав которых допускают организации-монополисты.

Таким образом, с 05.01.2016 виновные действия предприятий-монополистов в отношении физических лиц являются составом административного правонарушения (статья 9.21 КоАП РФ), что позволяет оперативно реагировать на ущемление интересов лиц, планирующих осуществление технологического подключения своих объектов к энергетическим сетям, в том числе без процедуры возбуждения дела о нарушении антимонопольного законодательства.



Верховный Суд РФ в своем Определении от 11.05.2017 № 308-КГ17-4376 по делу № А32-11035/2016 указывает, что согласно новой редакции соответствующих нормативных положений злоупотреблением доминирующим положением может признаваться только такое ущемление интересов других лиц, которое имело место в сфере предпринимательской деятельности хозяйствующих субъектов или касается неопределенного круга потребителей. Следовательно, исключена возможность признания злоупотреблением доминирующим положением действий, касающихся интересов отдельных потребителей – конкретных физических лиц, и действия организации, повлекшие ущемление интересов отдельных граждан, не связанных с осуществлением предпринимательской деятельности, более не могут считаться злоупотреблением доминирующим положением.

Исходя из истории и целей внесения изменений в законодательные акты, с учетом Письма ФАС России от 24.12.2015 № ИА/74666/15 и позиций Верховного Суда РФ, представляется обоснованным вывод о следующем порядке действий антимонопольного органа в случае поступления в его распоряжение информации о нарушении конкурентного законодательства: выяснение возможности ли при установленных обстоятельствах квалифицировать действия лица в качестве злоупотребления доминирующим положением на розничном рынке электроэнергии, нарушающего права другой стороны как субъекта предпринимательской деятельности; выяснение, привели ли действия лица к ограничению конкуренции.



Аналогичная последовательность действий предлагается к соблюдению судами в *Постановлении Арбитражного суда Восточно-Сибирского округа от 11.12.2018 № Ф02-5443/2018 по делу № А10-3974/2017.*

5. Отказ (уклонение) от заключения договора по оказанию услуг по передаче электрической энергии между сетевыми организациями является нарушением статьи 426 ГК РФ и статьи 26 Закона об электроэнергетике.

Как указывалось выше, согласно части 2 статьи 26 Закона об электроэнергетике во взаимосвязи со статьей 426 ГК РФ договора по оказанию услуг по передаче электрической энергии между сетевыми организациями является публичным. Общие принципы и порядок обеспечения недискриминационного доступа к услугам по передаче электрической энергии, а также оказания этих услуг определены в Правилах № 861.

Пунктом 8 Правил № 861 определено, что в целях обеспечения исполнения своих обязательств перед потребителями услуг (покупателями и продавцами электрической энергии) сетевая организация заключает договоры с иными сетевыми организациями, имеющими технологическое присоединение к объектам электросетевого хозяйства, с использованием которых данная сетевая

организация оказывает услуги по передаче электрической энергии, в соответствии с разделом III указанных Правил.

Пунктом 3 Правил № 861, определено, что недискриминационный доступ к услугам по передаче электроэнергии предусматривает обеспечение равных условий предоставления указанных услуг их потребителям независимо от организационно-правовой формы и правовых отношений с лицом, оказывающим эти услуги.

Содержание договоров и порядок их исполнения между сетевыми организациями определен разделом III Правил № 861.


При этом согласно требованиям пункта 36 Правил № 861 сетевая организация не вправе отказать сетевой организации в заключении договора. Договоры между смежными сетевыми организациями заключаются в соответствии с гражданским законодательством Российской Федерации и законодательством Российской Федерации об электроэнергетике с учетом особенностей, установленных данными Правилами.

Следовательно, раздел III Правил № 861 содержит прямую отсылку к регулированию соответствующих отношений в гражданском законодательстве и законодательстве об электроэнергетике. Указание в пункте 36 Правил № 861 на обязательность заключения договора содержится постольку, поскольку публичность как характерный признак договора об оказании услуг по передаче электрической энергии между сетевыми организациями предусмотрен частью 2 статьи 26 Закона об электроэнергетике во взаимосвязи с частью 1 статьи 426 ГК РФ.

Раздел III Правил № 861 не приводит исчерпывающий механизм, определяющий порядок урегулирования отношений по передаче электрической энергии между смежными сетевыми организациями, а лишь устанавливает содержательные условия данного взаимодействия.

Обязанность заключения договора оказания услуг по передаче электрической энергии установлена частью 2 статьи 26 Закона об электроэнергетике и частью 1 статьи 426 ГК РФ. Невозможность отказа от заключения договора, как следствие его публичности, продублирована в Правилах № 861.

Изложенный подход нашел свое отражение в судебной практике.

 В *Постановлении Четырнадцатого арбитражного апелляционного суда от 12.09.2018 № 14АП-5870/2018 по делу № А44-2104/2018*, оставленном без изменения *Постановлением Арбитражного суда Северо-Западного округа от 06.12.2018 № Ф07-15044/2018*, указано, что раздел III Правил № 861 включают в себя требование лишь к содержанию договора между сетевыми организациями и приводится антимонопольным органом единственно в контексте исследования правового регулирования рассматриваемой сферы деятельности. Относительно порядка заключения договора Правила № 861 отсылают к нормам гражданского законодательства Российской Федерации и законодательства Российской Федерации об электроэнергетике.

Следовательно, отказ (уклонение) от заключения договора оказания услуг по передаче электрической энергии со смежной сетевой организацией является нарушением пункта 5 части 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции, образующем объективную сторону правонарушения, предусмотренного частью 2 статьи 14.31 КоАП РФ.

Кроме того, ФАС России, одной из функций которой является обеспечение единообразия в применении антимонопольными органами норм

антимонопольного законодательства в своем *Решении от 21.06.2017 № СП/41655/17* указала на то, что споры в связи с отказом сетевой организации от заключения договора оказания услуг по передаче электрической энергии подлежат рассмотрению в порядке Закона о защите конкуренции.



Также в *Постановлении от 18.07.2017 года № Ф01-2772/2017 по делу № А31-11736/2016 Арбитражный суд Волго-Вятского округа* указал, что рассмотренные действия (бездействие) занимающей доминирующее положение сетевой организации, выразившиеся в уклонении от заключения договора об осуществлении технологического присоединения к электрическим сетям, несмотря на регулирование вопроса о технологическом присоединении Правилами № 861, являются нарушением пункта 5 части 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции. Аналогичная практика рассмотрения дел по уклонению занимающих доминирующее положение сетевых организаций от заключения обязательных для них договоров в *Постановлении Арбитражного суда Восточно-Сибирского округа от 14.06.2017 года по делу № А33-19818/2016, Постановлении Арбитражного суда Восточно-Сибирского округа от 31.10.2017 года по делу № А33-1783/2017.*



Таким образом квалификация совершенных лицом действий по уклонению (отказу) от заключения договора по передаче электрической энергии между сетевыми организациями является незаконной, препятствующей установлению факта нарушения антимонопольного законодательства в рамках Закона о защите конкуренции.

Таким образом, на наш взгляд слепое следование территориальных органов ФАС порядку, установленному в Разъяснениях № 7, приведет к абсолютной формализации статьи 9.21 КоАП РФ, которую антимонопольные органы применяли бы без проведения антимонопольных расследований, а также к искусственному выделению целого пласта правоотношений, связанных с заключением договоров оказания услуг по передаче электрической энергии, в другую главу, что противоречило бы системообразующему принципу построения КоАП РФ в части распределения составов правонарушений в зависимости от родового объекта, на которое направлено посягательство. Также отметим, что восполнение недостатков юридической техники внесения изменений в действующие законодательные акты не должно происходить на основании разъяснений исполнительного органа и правоприменительной практики.