Поле битвы - опоры. Часть I

Нет сомнений, что споры операторов с владельцами опор линий электропередач по вопросу размера цен на аренду опор станут самым значительным событием рынка связи 2020 года.

Два федеральных антимонопольных дела в отношении цен на аренду опор для подвеса ВОЛС двух дочек "Россети" - "МРСК Центра" и "Кубаньэнерго", рассматриваемые ФАС в настоящее время (дело **№ 11/01/10-40/2019** и дело **№ 11/01/10-45/2020**), могут победно завершить движение по смирению жадных владельцев опор и максимально явно определить эталонную сумму соразмерной платы. Негативные для операторов исходы этих дел напротив, дадут монополистам хороший шанс отыграть поражения последних лет и максимально широко распространить "новые правила игры".

Эта статья о том, как операторами и УФАС были "выкованы" железобетонные аргументы, что сегодня заставляют сильно нервничать и такую серьезную компанию, как ПАО "Россети". Внимательный читатель на примере успешных кейсов операторов, уверен, сможет понять, какие шаги можно и стоит предпринять в регионах, где все только начинается, где владельцы опор только осознают свои возможности.

Образцовые прецеденты начала. Тверь и Брянск - с ФАС и без ФАС

Безусловно, судебные споры по тарифам на размещения ВОЛС на опорах с собственниками опор случались и до 2016 года - статья 6 ФЗ "О связи" акцентирует, что возмещение за размещения сетей связи должно быть "соразмерным" - есть все основания добиваться этого через суд (или ФАС).

Вместе с тем, с 2015 года, после принятия Правил недискриминационного доступа к инфраструктуре для размещения сетей связи (далее - Правила НДД), операторам стало чуть проще убедить ФАС в необходимости вмешаться - само ведомство, ответственное за соблюдение указанных правил в беседах с операторами акцентировало - принятие Правил НДД - мощный рычаг для того, чтобы добиваться справедливых условий для размещения кабелей связи.

Собственно, первое знаковое дело, которое я выделяю - это дело, которое ФАС сделало образцовым - поместило в свой ежегодный сборник ярких успехов, в "черные и белые книги ФАС", а именно, дело УФАС по Тверской области № 04-6/1-1-2016 против МУП "Тверьгорэлектро" и Администрации г. Тверь. УФАС в рамках борьбы "Тверьгорэлектро" вначале рассматривало факт выставления разных тарифов для кабелей разных диаметров и признало, что должен быть один. Потом был задан резонный вопрос, почему новый тариф - 323 руб. за 1 опору в мес. столь существенно отличается от прошлогоднего в 193 руб. за 1 опору в мес.? И в отсутствие аргументов - логичный вывод об установлении монопольно высокой цены и требование отмены повышения.

Данный прецедент стал важен двумя обстоятельствами. Во-первых, УФАС на практике показало, что готово принудить к соблюдению Правил НДД практически любого владельца опор, в том числе и локальное муниципальное предприятие сетей городского освещения. Во-вторых, и это, безусловно, более важно - что относительно простое решение вопроса поиска обоснования повышенного тарифа (до сих пор оно активно используется владельцами опор) - закрепление необходимости дополнительных проверок и осмотров нового объекта (на основании общих ссылок СНИПов) - не проходит. Последнее далось не легко - УФАС в судебном споре по решению и предписанию по названному делу проиграло и первую инстанцию суда, и вторую, только в кассации отстояло, что работы, определяющие тариф - "измерение стрелы провеса (1 раз в 6 месяцев)" и "проверка креплений арматуры (1 раз в 6 месяцев)" - есть работы по обслуживанию сетей связи, а не инфраструктуры, а значит не должны быть включены в цену услуги аренды опор (дело **№ А66-12172/2016**).

УФАС по Тверской области еще отбивалось в суде, чтобы сохранить образцовое решение, когда в другом городе - Брянске, начал создаваться важный прецедент второй стратегии принуждения владельцев опор к адекватности.

ООО "Брянск Связь-ТВ" не стало обращаться в ФАС с жалобой на неадекватное повышение тарифов на опоры ПАО "МРСК Центра", но само пошло в суд с иском о принуждении изменения договора путем урегулирования разногласий по вопросу цены услуги (дело № **А09-4298/2017**). Хотя юридическая основа иска "Брянск Связь-ТВ" в целом была та же, что у УФАС - апелляция к ст. 6 ФЗ "О связи" и Правилам НДД, но центральный содержательный момент иной - не анализ установленной цены, но определение соразмерной цены на услугу. Поскольку "МРСК Центра" в досудебных переговорах не раскрыло реальных расходов на организацию услуги, оператор просил суд проведения судебной экспертизы, и получил согласие.

Итог экспертизы и решения суда оказался куда более впечатляющим, чем названное выше решение УФАС, цена была определена следующей: "для ВЛ-10 кВ в размере 590,73 (пятисот девяноста) рублей

семидесяти трёх копеек за 1 км., для ВЛ-6кВ в размере 153,48 (ста пятидесяти трёх) сорока восьми копеек за 1 км., для ВЛ-0,4кВ в размере 1288,65 (одной тысячи двухсот восьмидесяти восьми) рублей шестидесяти пяти копеек за 1 км" (из текста решения суда по делу, суммы - за месяц аренды включая НДС).

Если упрощенно пересчитать тарифы, установленные судом, с величины "1 км" на величину "1 опора" - получаем суммы от 7 до 52 руб. за опору в мес., с ценой по наиболее востребованным опорам (ВЛ-10кВ) порядка 24 руб. за опору в мес.

Руководство и юристы "МРСК Центра" так просто такое решение не приняли - пошли в апелляцию, кассацию, обратились в экономическую коллегию ВС РФ, но везде проиграли. В июне 2019 года ВС РФ не нашел оснований для рассмотрения их заявления, и решение вступило в силу, и дело стало в полной степени образцовым.

Возникает большой соблазн подытожить историю двух образцовых дел - антимонопольного и судебного - заключением, о том, что они естественно дополняют друг друга: УФАС показало и доказало, что затраты на осмотр креплений не должны включаться в цену услуги аренды опор, судебная экспертиза определила непосредственно цену. Но такой вывод был бы не совсем правильным. Почему? - Читай дальше.

Противостояние нарастает - антимонопольные споры и суды 2018-2020 гг, их эволюция

Сложно объяснить, почему ни локальные владельцы опор, ни дочки "Россетей", включая проигравшую "МРСК Центра" не восприняли яркие поражение в ФАС и в судах, как повод к тому, чтобы как минимум не спешить наращивать требования по отношению к операторам. Но факт, что с 2018 года росли и тарифы, и агрессия владельцев опор - операторов "мотивировали" соглашаться с новыми тарифами угрозами расторжения договора с последующим демонтажом сетей, штрафами за размещения кабелей без соответствующего договора. Соответственно, росло и число антимонопольных и судебных споров и ярких побед операторов, сохранивших приумноживший успехи названных прецедентов.I.

I. Управления антимонопольной службы в 2018 -2019 годах с подачи операторов минимум трижды рассматривали тарифы владельцев опор и выносили необходимые предписания

1. УФАС по Воронежской области по итогам рассмотрения дела № 154-10К (и последующего за ним судебного спора - дело № **А14-16862/2018**) в 2019 году принудило АО "Воронежская горэлектросеть" отменить произошедшее в 2018 году более чем 2х кратное повышение тарифов (со 190 руб. до 460 руб.). Согласно официальному порталу "Воронежской горэлектросети" по итогам поражения тариф "откатили" до 133,4 руб. за 1 опору в мес., также признали необходимость соблюдения Правил НДД.

Тексты решений судов показывают (информация дана в очень сжатом виде, иск строился вокруг тезиса о необоснованности признания компании монополистом), что в отношении обоснования тарифа, владелец опор действовал "в лоб" - "повесили" на операторов явно необоснованные расходы.

2. УФАС по Краснодарскому краю в рамках дела № 205/2018 (и последующего за ним судебного спора - дело **№ А32-23248/2019**) в начале 2020 года принудило АО "НЭСК-Электросети" отменить произошедший в 2017 году рост тарифов со 120 до 300 руб. за опору в мес.

Тексты решений судов показывают, что ключевым обоснованием повышения тарифа были экспертизы, целых три. Основная экспертиза, как было заявлено, была проведена тем самым "затратным способом", который использовался в судебных экспертизах. Однако, экспертиза по заказу "НЭСК-Электросети" опираясь на предоставленные данные компании о тарифах на отдельные виды работ, насчитала не 24 или 52 руб. в месяц за аренду одной опоры, как это произошло в суде "Брянск Связь-ТВ" и "МРСК Центра", а 300 руб., то есть в 6-13 раз выше. Причина такого расхождения - судя по замечаниям участников спора - в том, что эксперты опирались исключительно на данные владельца опор по расходам на замену воздушных линий (включая строительство и обслуживание опор) - принять необходимые "красивые" плановые показатели монополистам никогда не было сложно.

Другая интересная составляющая данного антимонопольного дела - "НЭСК-Электросети" заключали договора на размещения исключительно через компанию - прокладку (ООО "Русмаркет"). С этим "разобрались" отдельным образом - оператор обратился в суд с иском о понуждении заключения договора - и владелец опор сразу предложил исключить прокладку из процесса общения.

3. УФАС по по Амурской области по итогам рассмотрения дела № 028/01/10-385/2019 в июле 2020

года признал монопольно высокими цену на услугу размещения ВОЛС на опорах сети наружного освещения МКП г. Благовещенска "Городской сервисно-торговый комплекс" (далее - МКП "ГСТК") - 599,8 руб. за опору в мес. И вынес соответствующее предписание.

Данное решение пока не проверено судом, только принято. Но все же достойно упоминания, потому как хорошо показывает, что региональные управления антимонопольной службы не отходят от принципов обозначенных в образцовом деле. МКП "ГСТК" в основание тарифа положило исключительно работы по техническому обслуживанию опор и креплений, которые при желании можно признать логичными, такие как "проверка состояния опор на коррозию", "проверка наличия трещин в бетоне". Но УФАС справедливо замечает, что эти работы не являются необходимыми для подвеса кабелей связи, расчеты и необходимость работ никак не подтверждаются данными о произведенных расходах: "опоры линии наружного освещения используются МКП "ГСТК" для осуществления основной деятельности, в рамках которой предприятием, в том числе осуществляется осмотр и ремонт линии наружного освещения ... .обоснование и подтверждение дополнительных трудозатрат, понесенных МКП "ГСТК" в связи с размещением на опорах линий наружного освещения кабелей связи ответчиком не представлено".

II. Прямые судебные споры оператор versus владелец опор в основной массе "на подходе", решения еще не вступили в силу или не опубликованы. Но то, что происходит в первых инстанциях и на ранних стадиях внушает больше оптимизма, чем негатива

1. Прежде всего выделю спор ПАО "МРСК Центра и Приволжья" с ООО "Магнит-ТВ" (дело № **А43-33572/2018**). По своим результатам дело повторяет успех названного спора "Брянск Связь-ТВ" - оператор добился проведения судебной экспертизы, которая определила цену за аренду опор аналогичном уровне (а именно, порядка 30 руб. за опору в мес.).

Однако в случае с "Магнит-ТВ" оператор отбивался - он был ответчиком по иску о неосновательном обогащении за подвес кабеля (владелец опор хотел получить через суд порядка 950 тыс. руб., но по итогам экспертизы получил чуть более 150 тыс. руб.). Другой важный нюанс данного дела - спор происходил одновременно с антимонопольным расследованием УФАС по Нижегородской области цены на аренду опор (для подвеса ВОЛС) "МРСК Центра и Приволжья" по заявлению "Магнит-ТВ". Связка оказалась результативной - монополист проиграл дважды (правда, пока не окончательно - решение УФАС оспорено в суде - дело № **А43-1056/2020**).

2. Не менее интересны и два судебных спора между одними и теми же компаниями, но прошедшими в разных регионах и с разными экспертизами и итогами, а именно споры ООО "Телеком ЛТД" с ПАО "МРСК Центра и Приволжья" 1) о разрешении разногласий по договору о цене опор в Нижегородской области (дело № **А43-36692/2018**) и 2) о неосновательном обогащении за использование опор на территории Республики Чувашии (дело № **А79-1715/2018**).

Споры, близкие, почти аналогичные, по содержанию и аргументам, с одинаковыми участниками, закончились признанием "нормальных" совершенно разных тарифов на одну и ту же услугу (аренды опор для подвеса ВОЛС) близких по расположению городов - экспертиза Нижегородского суда признала обоснованной цену порядка 1200 руб. за км в мес. (т.е. порядка 50 руб. за опору в мес.), экспертиза суда Республики Чувашии за ту же услугу вывела цифру в 4000 руб. за км в мес (т.е. порядка 160 руб. за опору в мес.), или в 3,3 раза выше. Причина явно определена в аргументах сторон - в разных подходах к оценке тарифов: сравнительный подход дал более высокую цена и затратный - менее. Оба судебных решения устояли в апелляции.

3. Вместе с тем, самая впечатляющая составляющая линии прямых споров оператор против владельца опор - это споры, которые пока еще на стадии рассмотрения судами. Потому что их много, действительно много. Только против "Кубаньэнерго" судами сейчас рассматривается дюжина судебных исков от операторов.

Эти споры показывают в том числе и то, что позиция операторов не столь безнадежна, когда монополист резко реагирует на их несогласие с новыми тарифами. Несколько судебных споров, в частности дела №№ **А32-17464/2020, А32-3163/2020** и **А32-11194/2020** инициированы исками с понуждением к заключению договора после выдачи техусловий с последующим отказом заключения договора (и угрозами демонтажа). Несколько споров, в частности дела №№ **А32-14835/2020** и **А32-14204/2020** инициированы исками с понуждением к заключению договора после его необоснованного расторжения (и угрозами демонтажа). Практически во всех таких случаях суды соглашаются и с назначением обеспечительных мер в виде запрета на демонтаж кабелей связи, и с просьбами операторов о проведении судебной экспертизы для установления обоснованных тарифов.

Из критически важного отмечу также, что как минимум по пяти идущим в настоящий момент судебным спорам были назначены независимые судебные экспертизы, причем с определения соразмерной цены за услугу с учетом требований Правил НДД. Таким образом, в ближайшие месяц - два общая практика обогатиться значительным числом новых судебных экспертиз.

30? 50? 130? 150? 200? Какова соразмерная цена за аренду опор, откуда такой разброс в выводах ФАС и судов и что с этим делать?

Если подытожить описанное выше - несмотря на явные успехи операторов и ФАС на протяжении нескольких лет, мы все равно не имеем однозначной ясности в ключевом вопросе - какова же соразмерная цена за аренду опор для размещения ВОЛС. Есть набор решений судов, в которых цена на аренду опор для подвеса ВОЛС колеблется в районе 30-50 рублей за опору в мес. Есть ряд решений и предписаний УФАС, проверенных судом, по итогам которых цены на опоры были установлены в районе 130-150 руб за опору в мес.

Понятно, что ответ на вопрос - "почему имеем столь существенный, в 3-5 раз, разброс "соразмерных" цен?" - в оценке содержания методик и их применения в конкретных случаях. Но что тут играет ключевую роль - сами методики или их использование экспертами? - Ответ на это во многом предопределяет исход всего конфликта.

В теории, доступных методик определение соразмерной цены за аренду опор пять. Судебная экспертиза использует три разных подхода к оценке стоимости услуги: "затратный", "доходный" и "сопоставимый". Содержание понятия "монопольно высокой цены" дает ФАС два базовых метода анализа цен (на выбор): выявления "необходимых для производства и реализации товара расходов и прибыли" (метод необходимых расходов ФАС) и сравнения с ценой, "которая сформировалась в условиях конкуренции на сопоставимом товарном рынке" (сравнительный метод ФАС).

На практике все в некотором смысле проще

В приведенных решениях УФАС, антимонопольный орган неоднократно отмечал, что использование сравнительного метода (простого сопоставления с ценами на аналогичную услугу от других организаций) для анализа цен на арендуу опор необосновано ввиду особенностей самой услуги - у нее нет заменителя, переход на который был бы относительно легким для потребителя (компенсировал 15-ти процентный рост цены основного товара). Теоретически, это должно касаться и "сопоставимого" подхода судебных экспертиз - для данного подхода должно быть значительное количество аналогичных предложений в тех же географических границах (что также отмечается в абсолютном большинстве экспертиз).

В материалах по последним делам, от 2019-2020 года, большинство которых пока не завершено, суд в постановке вопроса экспертам указывает, что методика определения цены должна быть проведена с учетом требований антимонопольного законодательства, то есть позиция ФАС в отношении сравнительного метода должна быть учтена. На практике мы видим, что данное требование не всегда проходит, например в деле № А79-1715/2018 цену, достаточно высокую, суд определили именно сравнительным способом. Но факт, что у адвокатов есть основания "заблокировать" данный метод.

"Доходный" подход также как отражено и в приведенных решениях экспертиз оказывается сложен для реализации в случаях опор. Данный подход базируется на представленных объективных данных о стоимости имущества и расходов на его содержание - в теории, что-то аналогичное данным бухучета об остаточной стоимости основных средств и расходов на модернизацию (далее происходит расчет тарифов на аренду в соответствии с ожидаемым среднерыночным доходом, в процентах от стоимости имущества и его содержания). Но во всех прошедших спорах, собственники опор неизменно демонстрировали нежелание показать цифры бухгалтерской отчетности. Как следствие, "доходный" подход и в тех случаях, когда экспертиза его использовала должен был опираться на расчеты остаточной стоимости, сделанными в соответствии с "затратным подходов" и де факто "доходный" подход полностью соответствовал "затратному" (см. дело № А43-33572/2018).

Таким образом, из пяти возможных вариантов реальность оставляет два - "затратный" подход судебной экспертизы и метод необходимых расходов ФАС. Собственно абсолютное большинство итогов приведенных споров случалось с применением одного или второго из этих подходов оценки. И основные группы тарифов 30-50 руб за опору в мес или 130-140 руб за опору в мес - результат применения одного или второго из данных методов оценки.

Общее описание методов, действительно, представляет их разными, что может объяснять разницу в приведенных группах тарифов, однако если разложить процессы и методы на слагаемые, разница оказывается не столь масштабной.

Затратный подход судебных экспертиз отталкивается от восстановительной стоимости объекта анализа (то есть сколько стоит создать данный объект сейчас), скорректированной с учетом износа (отталкиваются от планового срока эксплуатации). Полученная таким образом величина остаточной стоимости конвертируется в ожидаемый доход (с учетом средней доходности активов на рынке),

плюсуются необходимые операционные расходы (в отсутствие данных владельца - как процент от ожидаемого дохода на основании открытых данных для аналогичных объектов недвижимости) и полученная величина необходимого валового дохода пересчитывается в тариф для пользователей соразмерно использованию объекта.

Метод "необходимых для производства и реализации товара расходов и прибыли" ФАС (он же метод "экономически обоснованных затрат" Правил НДД) основываться на расходах, понесенных монополистом при организации услуги. Решения ФАС по делам, где монопольная услуга основная и единственная, и этот метод применяется прямо, показывают, что необходимые расходы складываются из: 1) амортизации основных средств на которых организуется услуга, 2) фонда оплаты труда работников, создающих услугу, 3) расходов на ремонт/модернизацию основных средств (закупки у сторонних организаций материалов, работ). К этим показателям плюсуется норма прибыли, и сформировавшаяся необходимая выручка раскладывается на единицу потребления услуги, в теории - сообразно эксплуатации объекта монополистом и арендаторами.

Как видно, "затратный" подход и метод необходимых расходов оперируют схожими показателями: там остаточная стоимость - здесь амортизация, там операционные расходы - здесь ФОТ и расходы на ремонт, налоги и прибыль заложены и там, и там. Главное отличие - в затратном подходе показатели берутся из общих рыночных коэффициентов эффективности операционных и капитальных расходов, необоснованные и завышенные расходы на содержание или строительство становятся проблемой владельца; в методе необходимых расходов ФАС в основе лежат данные понесенных расходов монополиста, что открывает возможность искусственного завышения расходов, которые признаются необходимыми, неэффективность работы монополиста становится проблемой потребителя. Собственно, во всех названных делах владельцы опор именно эту уязвимость метода ФАС и пытались обернуть в свою пользу - все представленные методики были явной попыткой "накрутки" размеров "необходимых" расходов через введение новых "необходимых" действий.

Таким образом, разница между затратным подходом и методом необходимых расходов ФАС неизбежна, всегда будет зазор между средне рыночными эффективными показателями и реальными расходами монополистов; монополисты никогда не были "передовиками" в вопросах эффективности закупок и экономии расходов.

Но этот зазор в теории все же должен измеряться в единицах процентов, максимум одним - двумя десятками процентов, а не сотнями.

В итоге, наблюдаемая разница в результатах судов и результатов выполнения предписаний УФАС - в 3-5 раз, все же происходит не от метода. Тексты решений и предписаний подталкивают к мысли, что причина тут иная. Что УФАС попадают в своего рода логическую ловушку. В тексте решения фиксируется признание, что все заявленные расходы владельцев опор не обоснованы, таким образом по логике цены должны быть опущены практически до нуля. Но в рамках второго этапа работы антимонопольного органа - проверки исполнения предписания о необходимости устранения нарушения антимонопольного законодательства глобального снижения цены не происходит. ФАС в отсутствие необходимых образцовых примеров так и не приходит к решению, какие именно расходы и в какой пропорции монополист должен включать в тариф. И выходом из этого условного тупика оказывается простое формальное решение - признать нарушением факт повышения тарифов (благо заявления операторов почти всегда именно по факту повышения) - и добиться устранения этого нарушения - "откатить" тарифы до уровня, предшествовавшему повышению. То есть пойти по логике заявления, а не по логике выявленных фактов (антимонопольное законодательство в теории позволяет и то и то).

Но - тут анонс следующей части материала - предварительное проведение судебных экспертиз по отношению к тем же компаниям, против кого возбуждаются антимонопольные дела, как бы закрывает для ФАС лазейку формального подхода. И названные в начале материала федеральные антимонопольные дела имеют такие экспертизы и имеют и требования заявителей рассматривать тарифы на предмет их соответствия требованиям антимонопольного законодательства, а не факт их повышения. Поэтому они и столь значимы.