



СУД ЕВРАЗИЙСКОГО ЭКОНОМИЧЕСКОГО СОЮЗА

ОСОБОЕ МНЕНИЕ судьи Айриян Э.В. (дело № СЕ-2-1/1-17-БК)

4 апреля 2017 года

город Минск

Большой Коллегией Суда Евразийского экономического союза 4 апреля 2017 года предоставлено Консультативное заключение по заявлению Республики Беларусь о разъяснении положений статей 74, 75, 76 Договора о Евразийском экономическом союзе от 29 мая 2014 года.

В целом соглашаясь с Консультативным заключением, полагаю, что в основу мотивировочной части судебного акта могут быть положены и иные правовые позиции и «*quaestio juris*» (вопросы права), имеющие более конкретный «*in essentialibus*» (по существу) и юридически определенный характер применительно к специфике заявления о разъяснении.

1. Предметом обращения Республики Беларусь (далее – Заявитель) является разъяснение положений Договора о Евразийском экономическом союзе от 29 мая 2014 года (далее – Договор от 29 мая 2014 года) относительно возможности установления в национальном законодательстве иных критериев допустимости «вертикальных» соглашений.

В контексте данного вопроса Заявитель указывает возможную редакцию нормы национального законодательства, устанавливающую критерии допустимости «вертикальных» соглашений:

«Допускаются «вертикальные» соглашения, если доля каждого хозяйствующего субъекта, являющегося участником такого соглашения, на любом товарном рынке не превышает 15 процентов».

Из материалов дела следует, что вопрос, сформулированный для разъяснения, в правоприменительной практике не возникал. Основанием

для обращения за разъяснением явились неясности, возникшие в нормотворческой деятельности в рамках национального законодательства.

Отдельные термины, подлежащие первоочередному разъяснению, содержащиеся в заявлении, отсутствуют в Договоре от 29 мая 2014 года и не являются тождественными формулировкам положений статей 74-76 Договора от 29 мая 2014 года, подпункта 2 пункта 6 раздела II Протокола об общих принципах и правилах конкуренции, являющегося Приложением № 19 к Договору от 29 мая 2014 года (далее – Протокол).

В соответствии с пунктом 3 статьи 74 Договора от 29 мая 2014 года государства-члены вправе устанавливать в своем законодательстве **дополнительные запреты**, а также **дополнительные требования и ограничения в отношении запретов**, предусмотренных статьями 75 и 76 настоящего Договора.

Заявитель просит разъяснить данную норму права на предмет возможности установления в национальном законодательстве **иных критериев допустимости «вертикальных» соглашений**.

Положение подпункта 2 пункта 6 Протокола содержит условие относительно доли каждого хозяйствующего субъекта (субъекта рынка), являющегося участником такого соглашения, **на товарном рынке товара, являющегося предметом «вертикального» соглашения**.

В заявлении Республики Беларусь в части доли (не превышающей 15 процентов) каждого хозяйствующего субъекта, являющегося участником такого соглашения, указан **любой товарный рынок**.

1.1. Суд Союза осуществляет разъяснение положений актов права Союза. Положение статьи 6 Договора от 29 мая 2014 года содержит исчерпывающий перечень институциональных составляющих права Союза, к которому не отнесены возможные редакции норм национального законодательства государств-членов Союза.

В соответствии с пунктом 46 Статута институт разъяснения Судом по заявлению государства-члена или органа Союза положений Договора, международных договоров в рамках Союза и решений органов Союза, а также по заявлению сотрудников и должностных лиц органов Союза и Суда положений Договора, международных договоров в рамках Союза и решений органов Союза, связанных с трудовыми правоотношениями, устанавливает пределы компетенции Суда по объекту разъяснения и субъектам обращения.

Объектом разъяснения (применительно к заявлению Республики Беларусь) являются положения Договора, международных договоров в рамках Союза и решения органов Союза в их официальных редакциях.

Норма подпункта в) пункта 1 статьи 10 Регламента Суда устанавливает, что в заявлении государства-члена или органа Союза о

разъяснении указываются положения Договора, международных договоров в рамках Союза и решений органов Союза, по которым требуется разъяснение.

Указанная норма Регламента Суда устанавливает **пределы заявления о разъяснении по целевому объекту**, ограничивая его положениями Договора, международных договоров в рамках Союза и решений органов Союза, исключая априори из предмета обращений в Суд возможные редакции норм национального законодательства, а также инициативу субъекта обращения в части терминологической интерпретации соответствующих норм права Союза.

1.2. Норма пункта 46 Статута Суда носит императивный характер и соотносится с нормой пункта 101 Статута Суда, согласно которой решение Суда не может выходить за рамки указанных в заявлении вопросов.

Вопрос Заявителя в части разъяснения возможной редакции нормы национального законодательства **предполагает оценку Судом Союза проекта нормы национального закона на предмет соответствия праву Союза** и в этой связи не относится к компетенции Суда Союза, находится «extra jus» (за пределами права Суда) и подлежит разрешению в рамках национальных правовых процедур.

В соответствии с положениями статьи 49 Закона Республики Беларусь «О нормативных правовых актах Республики Беларусь» от 10 января 2000 года № 361-З проект нормативного правового акта подлежит обязательной юридической экспертизе.

Обязательная юридическая экспертиза в зависимости от вида нормативного правового акта проводится:

проектов законов, вносимых в Палату представителей Национального собрания Республики Беларусь, а также изменений и (или) дополнений, внесенных в законопроект в Палате представителей, - **Национальным центром законодательства и правовых исследований Республики Беларусь** (далее – НЦЗПИ). Поступившие в Палату представителей проекты законов направляются в уполномоченное структурное подразделение Секретариата Палаты представителей для подготовки соответствующего заключения.

По решению нормотворческого либо иного уполномоченного законодательными актами Республики Беларусь государственного органа (должностного лица) проект нормативного правового акта может быть подвергнут иной экспертизе (**финансовой, экономической, экологической, криминологической и т.д.**), за исключением случаев, когда данным Законом и иными законодательными актами Республики Беларусь предусмотрено проведение экспертизы в обязательном порядке.

Порядок проведения экспертизы проектов нормативных правовых актов определяется законодательством Республики Беларусь.

В материалах дела содержится письмо НЦЗПИ от 25 января 2017 года за исх. № 02-02-8/_113_ в адрес Министерства юстиции Республики Беларусь «О необходимой для направления в Суд ЕАЭС информации».

По мнению НЦЗПИ, закрепление в национальном законодательстве доли участия хозяйствующих субъектов, при которой допускаются «вертикальные» соглашения в размере, не превышающем 15 процентов, **не в полной мере согласуется с подпунктом 2 пункта 6 Протокола.**

В отношении трактовки пункта 3 статьи 74 Договора от 29 мая 2014 года НЦЗПИ отмечает, что установление в национальном законодательстве допустимости «вертикальных» соглашений, если доля каждого хозяйствующего субъекта, являющегося участником такого соглашения, на любом товарном рынке не превышает 15 процентов, **не может рассматриваться как дополнительный запрет в отношении запретов,** предусмотренных статьями 75 и 76 Договора от 29 мая 2014 года.

НЦЗПИ полагает, что в рассматриваемом случае следует вести речь **не о дополнительном запрете** по отношению к пункту 4 статьи 76 Договора от 29 мая 2014 года и подпункту 2 пункта 6 Протокола, **а о том же самом запрете, в котором, однако, по разному сформулирована одна из составляющих:** доли процентов участия, при которых в качестве изъятия из общего правила допускается заключение «вертикальных» соглашений.

По мнению НЦЗПИ, как уполномоченного органа Республики Беларусь, закрепление в национальном законодательстве доли участия хозяйствующих субъектов, при которой допускаются «вертикальные» соглашения, в размере, не превышающем 15 процентов, приведет не к ограничению, а к расширению запрета, предусмотренного в пункте 4 статьи 76 Договора от 29 мая 2014 года и подпункте 2 пункта 6 Протокола.

Письмо НЦЗПИ имеет характер официального документа компетентного государственного органа, в котором содержится экспертная позиция данного органа в соответствии с законодательством Республики Беларусь. В этой связи разъяснение Судом Союза заявления Республики Беларусь, направленном в Суд Союза Министерством юстиции Республики Беларусь, в части возможной редакции нормы национального законодательства, означает предварительный международно-судебный контроль и правовую ревизию официальной позиции органа государства-члена Союза в нарушение принципа «*quaelibet jurisdiction caucellos suos habet*» (каждая юрисдикция имеет свои границы).

1.3. С учетом того обстоятельства, что к компетенции Суда Союза не отнесено разъяснение положений Договора от 29 мая 2014 года на предмет

возможности установления в национальном законодательстве государства-члена Союза норм права иных, чем содержащихся в данном Договоре, разъяснение Судом Союза вышеуказанных положений Договора от 29 мая 2014 года, на наш взгляд, должно осуществляться в соответствии с целевым, правовым и лексическим смыслом и контекстом, которые вкладывались в них государствами-членами Союза, а также **без привязки к законодательству государства-заявителя и иных государств-членов Союза и не затрагивать положения актов права государств-членов.**

2. Статьи 74-76 Договора от 29 мая 2014 года включены в Раздел XVIII Договора «Общие принципы и правила конкуренции». Согласно пункту 1 статьи 74 предметом настоящего раздела является **установление общих принципов и правил конкуренции**, обеспечивающих выявление и пресечение антиконкурентных действий на территориях государств-членов, и действий, оказывающих негативное влияние на конкуренцию на трансграничных рынках на территории двух и более государств-членов.

Положения раздела распространяются:

на отношения, связанные с реализацией конкурентной (антимонопольной) политики на территориях государств-членов,

на отношения с участием хозяйствующих субъектов (субъектов рынка) государств-членов, которые оказывают или могут оказать негативное влияние на конкуренцию на **трансграничных рынках на территориях двух и более государств-членов.**

Соответственно, государства-члены Союза делегировали к ведению Союза правовое регулирование в указанной части.

Статья 75 Договора от 29 мая 2014 года содержит **общие** принципы конкуренции, а статья 76 Договора устанавливает **общие** правила конкуренции.

3. Протокол разработан в соответствии с разделом XVIII Договора и определяет:

особенности его применения,

штрафные санкции за нарушение общих правил конкуренции на трансграничных рынках на территориях двух и более государств-членов,

порядок осуществления Комиссией контроля за соблюдением общих правил конкуренции на трансграничных рынках (включая взаимодействие с уполномоченными органами государств-членов), взаимодействия уполномоченных органов государств-членов между собой при осуществлении контроля за соблюдением конкурентного (антимонопольного) законодательства, а также введения государственного ценового регулирования и оспаривания решений государств-членов о его введении.

4. Для разъяснения точного смысла и правового содержания ключевых терминов, содержащихся в положениях статей 74-76 Договора от 29 мая 2014 года, подпункта 2 пункта 6 Протокола, необходимо взаимосвязанное прочтение соответствующих положений Договора от 29 мая 2014 года в комплексе с семантическим анализом применяемой терминологии «ex lege» (в соответствии с правом, по закону).

Положение пункта 3 статьи 74 Договора от 29 мая 2014 года содержит термины «дополнительные запреты», «дополнительные требования и ограничения в отношении запретов».

Общеизвестно, что запрет является способом правового регулирования, который представляет собой властное веление, указывающее на недопустимость определенного поведения под угрозой наступления ответственности, закрепляющее юридическую невозможность реально возможного поведения, причиняющего ущерб чьим-либо интересам.

Юридические запреты есть правовые обязанности пассивного характера, т.е. обязанности воздерживаться от действий определенного рода.

Наряду с общими признаками обязанностей – принципиальной однозначностью, императивной категоричностью, обеспечением действенными юридическими механизмами, запреты имеют свою специфику. Они воплощаются в особой разновидности юридических норм – запрещающих, им соответствует свой способ реализации – соблюдение; запреты неразрывно связаны с таким правовым явлением, как юридическая ответственность.

Функциональным назначением запретов является не непосредственное регулирование определенного рода отношений, а предотвращение их возникновения. Запрещающие нормы существуют для того, чтобы в установленных случаях субъекты права не превращались в субъектов правоотношения. Непосредственная цель запрета – удержать от неправомерного поступка, не допустить его и тем самым способствовать поддержанию нормального состояния конкурентных отношений.

Запреты классифицируются на **общие**, т.е. адресованные всем без исключения лицам, и **специальные**, которые рассчитаны на определенную ситуацию и подлежат исполнению не всеми субъектами права, а только теми, которые указаны в соответствующих правовых нормах.

Положения статей 75-76 Договора от 29 мая 2014 года содержат ряд специальных запретов для отдельных субъектов права – обязанности воздерживаться от действий определенного рода. Данные запреты устанавливаются государствами-членами в национальном праве. Перечень таких запретов содержится в подпунктах 1) и 2) пункта 2 статьи

75; пунктах 1-6 статьи 76 Договора от 29 мая 2014 года (пункт 4 содержит бланкетную норму к Приложению № 19).

Указанные запреты являются **основными**, поскольку прямо перечислены в тексте международного договора.

Термин «**дополнительный**» означает являющийся дополнением к чему-либо, дополнительное обязательство. Исходя из смысла разъясняемых положений и контекста раздела в целом, данный термин означает запрет, который государства-члены вправе (но не обязаны) устанавливать в своем законодательстве в дополнение к вышеупомянутому перечню запретов без изменения их смысла и целевого назначения «*infra jurisdictionem*» (в пределах юрисдикции).

Квалифицирующим признаком **дополнительных запретов** (в рамках Раздела XVIII Договора от 29 мая 2014 года), отличающим их от **иных запретов**, является признак факультативности (необязательный, служащий для дополнительной специализации). К дополнительным запретам могут быть отнесены только те обязанности субъектов права воздерживаться от действий определенного рода, которые дополняют запреты, указанные в подпунктах 1) и 2) пункта 2 статьи 75; пунктах 1-6 статьи 76 Договора от 29 мая 2014 года.

5. Непосредственной целью запретов по смыслу положений Раздела XVIII Договора от 29 мая 2014 года является удержание от действий, влияющих на нормальное состояние конкурентных отношений. В этой связи дефиниция запрета может включать в себя его структурный элемент – **требование**, то есть выраженное в решительной, категорической форме **распоряжение, условие**, обязательное для выполнения. В отличие от запрета, требование может носить как запретительный, так и предписывающий, а также допустимый характер. Родовым признаком, объединяющим запрет и требование, является императивность, то есть обязательность выполнения.

Применительно к положениям статей 75-76 Договора от 29 мая 2014 года, содержащиеся в них нормы международного права, могут и не содержать требования в отношении установленных запретов, но включать в себя **ограничения**, т.е. правила, ограничивающие, уменьшающие, пресекающие какие-либо действия в целях исключения наступления отрицательного правового результата.

Так, пункт 1 статьи 76 Договора от 29 мая 2014 года содержит **запрет** действий (бездействия) занимающего доминирующее положение хозяйствующего субъекта (субъекта рынка), результатом которых являются или могут являться недопущение, ограничение, устранение

конкуренции и (или) ущемление интересов других лиц, в том числе следующие действия (бездействие)¹:

- 1) установление, поддержание монопольно высокой или монопольно низкой цены товара;
 - 2) изъятие товара из обращения, если результатом такого изъятия явилось повышение цены товара;
- и др.

6. Норма пункта 3 статьи 74 Договора от 29 мая 2014 года относит к ведению государств-членов правомочия по установлению в своем законодательстве дополнительных запретов, а также дополнительных требований и ограничений в отношении запретов, предусмотренных статьями 75 и 76 настоящего Договора.

Положение пункта 4 статьи 76 Договора от 29 мая 2014 года, кроме запрета на «вертикальные» соглашения между хозяйствующими субъектами, содержит исключение из данного запрета и отсылочную норму к таким соглашениям в рамках критериев допустимости, установленных Приложением № 19 (Протоколом).

Норма пункта 6 Протокола не содержит запретов по смыслу Раздела XVIII, устанавливая критерии допустимости «вертикальных» соглашений, которые могут рассматриваться как правовые ограничения.

В соответствии с пунктами 1-2 статьи 31 Венской конвенции о праве международных договоров от 23 мая 1969 года в целях достижения правовой определенности, вопрос, сформулированный в заявлении, необходимо разъяснить в неразрывном контексте всех положений пункта 6 Протокола, без изъятия из него подпункта 1 и с учетом пунктов 5 и 7 Протокола. Заявитель просит разъяснить положения Договора от 29 мая 2014 года на предмет возможности установления в национальном законодательстве **иных критериев допустимости «вертикальных» соглашений**.

Термин «**иные критерии допустимости**» «вертикальных» соглашений в Договоре от 29 мая 2014 года не применяется. Данный термин по смыслу разъясняемых положений означает критерии допустимости, то есть правовые ограничения, отличающиеся от критериев допустимости, установленных Приложением № 19 (Протоколом). Однако пунктом 3 статьи 74 Договора от 29 мая 2014 года к ведению государств-членов не отнесено правомочие по установлению в своем законодательстве **иных критериев допустимости «вертикальных» соглашений**.

Указанная норма устанавливает возможность применения **дополнительных требований и ограничений** в отношении ранее

¹ В указанной правовой норме ограничения включены в виде перечня по подпунктам

установленных запретов, предусмотренных статьями 75 и 76 Договора от 29 мая 2014 года. При этом требования и ограничения могут носить исключительно **дополнительный**, но не **иной** характер, то есть могут дополнять объем правового содержания **ранее установленных требований и ограничений**, но не изменять его в **иную** сторону. Исходя из контекста данной нормы, представляется целесообразным сделать вывод о том, что слово «дополнительных» относится к словам «требований и ограничений» и данные слова необходимо рассматривать как единый термин «sensu honesto» (в соответствии с истинным смыслом).

В общие принципы конкуренции, содержащиеся в диспозиции статьи 75 Договора от 29 мая 2014 года включены нормы рамочного характера, предоставляющие государствам-членам Союза определенный круг полномочий по установлению в национальном законодательстве конкретных категорий запретов, мер пресекательного и обеспечительного характера в сфере конкурентных правоотношений, санкций за совершение антиконкурентных действий, информационной политики и взаимодействия уполномоченных органов.

7. Взаимосвязанное понимание термина **«критерии допустимости»** следует из норм Протокола «Допустимость соглашений и изъятий».

Разрешение вопросов антимонопольного регулирования «вертикальных» соглашений осуществляется путем введения критериев «допустимости» таких соглашений **как специальных пороговых значений в виде долей рынка участников соглашения**, а также выделения тех антиконкурентных положений, которые запрещены «*per se*» (безусловно) и к которым не применимы соответствующие критерии допустимости.

Под критерием понимается **признак**, на основании которого производится оценка, определение, классификация чего-нибудь.

В привязке к критериям под термином «допустимость» следует понимать объективную возможность, дозволенность.

В этой связи **под критериями допустимости «вертикальных» соглашений понимаются признаки их дозволенности.**

Диспозиция пункта 5 Протокола устанавливает норму о том, что соглашения, предусмотренные пунктами 4 и 5 статьи 76 Договора от 29 мая 2014 года, а также соглашения хозяйствующих субъектов (субъектов рынка) **о совместной деятельности**, которые могут привести к последствиям, указанным в пункте 3 статьи 76 Договора от 29 мая 2014 года, **могут быть признаны допустимыми**, если они не накладывают на хозяйствующие субъекты (субъекты рынка) ограничения, не являющиеся необходимыми для достижения целей этих соглашений, и не создают возможность для устранения конкуренции **на соответствующем товарном**

рынке и если хозяйствующие субъекты (субъекты рынка) докажут, что такие соглашения имеют или могут иметь своим результатом:

1) совершенствование производства (реализации) товаров или стимулирование технического (экономического) прогресса либо повышение конкурентоспособности товаров производства государственных членов на мировом товарном рынке;

2) получение потребителями соразмерной части преимуществ (выгод), которые приобретаются соответствующими лицами от совершения таких действий.

8. Пункт 6 Протокола включен в раздел II. «Допустимость соглашений и изъятия». Согласно указанной норме, **допускаются «вертикальные» соглашения**, если:

1) такие соглашения являются **договорами коммерческой концессии**;

2) доля каждого хозяйствующего субъекта (субъекта рынка), являющегося участником такого соглашения, **на товарном рынке товара, являющегося предметом «вертикального» соглашения**, не превышает 20 процентов.

Положение пункта 6 Протокола устанавливает разрешительный характер международно-правовой нормы, допускающей заключение «вертикальных» соглашений, не противоречащих антимонопольному законодательству Союза при соблюдении вышеуказанных условий.

Норма подпункта 2) пункта 6 Протокола носит комплексный характер и содержит ряд обязательных условий, только при одновременном соблюдении которых Протокол допускает совершение юридически значимых действий по заключению «вертикальных» соглашений:

1. доля каждого хозяйствующего субъекта (субъекта рынка), являющегося участником такого соглашения не превышает 20 процентов;

2. указанная доля учитывается только **на товарном рынке товара**;

3. данный товарный рынок товара **является предметом «вертикального» соглашения**.

9. Следует учитывать, что указанные выше условия допустимости, т.е. признаки дозволенности соглашений отнесены нормой пункта 5 Протокола к **соответствующим товарным рынкам**, под которыми положением подпункта 19) пункта 2 Протокола определена **сфера обращения товара, который не может быть заменен другим товаром**, или взаимозаменяемых товаров, в границах которой (в том числе географической), исходя из экономической, технической или иной возможности либо целесообразности, приобретатель может приобрести товар, и такая возможность либо целесообразность отсутствует за ее пределами.

В заявлении Республики Беларусь в возможной редакции нормы национального законодательства указаны любые товарные рынки. Термин **«любой товарный рынок»** имеет в своей основе более широкий объем правового содержания, чем термин **«соответствующий товарный рынок»**, имеющий определенные международным договором ограничения применительно к конкретному виду (видам) товара. Следует отметить, что использование в нормах права, регулирующих критерии допустимости «вертикальных» соглашений термина «любой товарный рынок», вносит элемент правовой неопределенности, поскольку к любому товарному рынку относятся все товарные рынки без исключения, независимо от сферы обращения конкретного товара, являющегося предметом «вертикального» соглашения. Указанная терминологическая и правовая неопределенность нивелирует целевое назначение института допустимости «вертикальных» соглашений «in toto» (в целом).

Вместе с тем подпункт 2) пункта 6 Протокола содержит указание на товарный рынок товара, являющегося предметом «вертикального» соглашения.

Термины **«товарный рынок товара, являющегося предметом «вертикального» соглашения»** и **«любой товарный рынок»** не являются тождественными, исключают паритет содержащихся в них правовых норм, образующих соответствующие критерии допустимости.

Термин «товарный рынок товара, являющегося предметом «вертикального» соглашения», является элементом критерия допустимости, сформулированного в подпункте 2) пункта 6 Протокола. Изменение критериев допустимости, содержащихся в Протоколе и образующих правовой состав запретов, а также требований и ограничений в отношении запретов не предусмотрено положением пункта 3 статьи 74 Договора.

Закономерно, что норма пункта 6 Протокола не подлежит изменению в части перекалфикации критерия товарного рынка для участников «вертикального» соглашения с **товарного рынка товара, являющегося предметом «вертикального» соглашения на любой товарный рынок**, как это указано в заявлении.

Правовое и смысловое содержание термина «любой товарный рынок» включает в свой состав также трансграничные рынки, к которым относятся рынки в том случае, если географические границы товарного рынка охватывают территории двух и более Сторон².

В этой связи возможная норма национального законодательства, содержащаяся в заявлении, не соответствует по квалифицирующим

² Решение Высшего Евразийского экономического совета от 19 декабря 2012 года № 29 «Об утверждении критериев отнесения рынка к трансграничному»

признакам и по целевому назначению норме подпункта 2) пункта 6 Протокола и установление порогового критерия в 15% доли каждого хозяйствующего субъекта, согласно заявлению Республики Беларусь, не соотносится с нормой подпункта 2) пункта 6 Протокола, устанавливающей пороговый критерий в 20% доли каждого хозяйствующего субъекта (субъекта рынка) исключительно на товарном рынке товара, являющегося предметом «вертикального» соглашения.

Вышеуказанная переквалификация может послужить правовым основанием для ухудшения положения конкурирующих хозяйствующих субъектов, поскольку термин «любой товарный рынок» включает в свой объектный и субъектный состав все товарные рынки для всех видов и категорий товаров и хозяйствующих субъектов. Кроме того, данная переквалификация вступает в противоречие с целями Договора от 29 мая 2014 года, изложенными в абзаце 6 Преамбулы данного Договора о гарантиях сбалансированной торговли и добросовестной конкуренции.

Судья

Э.В.Айриян