



## СУД ЕВРАЗИЙСКОГО ЭКОНОМИЧЕСКОГО СОЮЗА

---

### О С О Б О Е М Н Е Н И Е

судьи Чайки К.Л.

(дело № СЕ-1-2/8-19-КС)

город Минск

11 февраля 2020 года

1. 11 февраля 2020 года Коллегией Суда Евразийского экономического союза (далее – Коллегия Суда) вынесено решение по заявлениям ЗАО «Дельрус» и ТОО «Дельрус РК» (далее – истцы) о признании не соответствующим Договору о Евразийском экономическом союзе (далее – Договор), международным договорам в рамках Евразийского экономического союза (далее – Союз) и нарушающим права и законные интересы хозяйствующих субъектов в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности решения Коллегии Евразийской экономической комиссии (далее – Комиссия) от 17 сентября 2019 года № 165 о нарушении общих правил конкуренции на трансграничных рынках (далее – Решение № 165).

В соответствии с пунктом 1 статьи 79 Регламента Суда Евразийского экономического союза, утвержденного решением Высшего Евразийского экономического совета от 23 декабря 2014 года № 101 (далее – Регламент), в случае несогласия с решением Суда или его отдельными положениями судья вправе заявить особое мнение.

Пользуясь предоставленным мне правом, заявляю особое мнение.

2. В соответствии с пунктом 1 статьи 45 Регламента при рассмотрении дела по заявлению хозяйствующего субъекта об оспаривании решения Комиссии или его отдельных положений Суд, независимо от вопросов, поставленных в заявлении, осуществляет проверку:

а) полномочий Комиссии на принятие оспариваемого решения;

б) факта нарушения прав и законных интересов хозяйствующих субъектов в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности, предоставленных им Договором и (или) международными договорами в рамках Союза;

в) оспариваемого решения или его отдельных положений на соответствие их Договору и (или) международным договорам в рамках Союза.

Коллегия Суда пришла к выводу о наличии у Комиссии полномочий на принятие Решения № 165, обосновав его трансграничным характером товарного рынка, на котором установлено нарушение общих правил конкуренции. Судом сформулирована позиция, согласно которой отсутствие в Союзе единого рынка оказания услуг в секторе обслуживания медицинского оборудования не препятствует признанию недобросовестной конкуренции хозяйствующих субъектов на трансграничном рынке Республики Казахстан и Российской Федерации по оказанию услуг калибровки ультразвуковых датчиков к аппарату FibroScan (далее – калибровка датчиков).

Полагаю, что данный вывод Коллегии Суда противоречит праву Союза.

**2.1.** Контекстное толкование пункта 1 статьи 1 и статьи 2 Договора в части определения понятия «общий (единый) рынок» свидетельствует, что ключевым элементом интеграционного объединения является общий рынок Союза, в рамках которого обеспечивается свобода движения товаров, капитала, услуг и рабочей силы. Смысловое содержание указанных правовых норм позволяет прийти к выводу, что единый рынок существует только в том случае, когда правом Союза и законодательством государств-членов устранены барьеры, препятствующие свободному перемещению товаров и услуг.

В отличие от единого рынка товаров, находящихся в гражданском обороте, *функционирующего* в рамках таможенного союза на основании подпункта 1 пункта 1 статьи 25 Договора, на современном этапе развития Союза единый рынок услуг находится в стадии становления. Указанное подтверждается анализом пункта 3 статьи 66 Договора, устанавливающего, что при формировании единого экономического пространства государства-члены *стремятся к созданию и обеспечению функционирования* единого рынка услуг, предусмотренного пунктами 38 – 43 Протокола о торговле услугами, учреждении, деятельности и осуществлении инвестиций, являющегося приложением № 16 к Договору (далее – Протокол о торговле услугами), в максимальном количестве секторов услуг.

Контекстное толкование статьи 3 Договора, в соответствии с которой добросовестная конкуренция относится к числу основных принципов функционирования Союза, и статьи 4 Договора в части общего рынка как цели интеграционного объединения, свидетельствует, что обеспечение добросовестной конкуренции направлено на надлежащее функционирование единого рынка товаров и услуг.

Из положений пункта 1 статьи 74 Договора следует, что общие принципы и правила конкуренции подлежат применению в сформированных правом Союза экономических секторах, в том числе секторах услуг, которые для целей антимонопольного регулирования именуется трансграничным рынком. Телеологическое толкование пункта 1 статьи 74 Договора с учетом положений статьи 4 Договора, позволяет сделать вывод, что применение общих принципов и правил конкуренции на трансграничных рынках направлено на недопущение создания хозяйствующими субъектами барьеров и ограничений на рынке товаров и услуг, которые устранены с формированием единого рынка. Из изложенного следует, что императивным критерием применения общих правил конкуренции на трансграничном рынке услуг является наличие единого рынка соответствующей услуги, обеспечивающего условия для ее свободного перемещения.

**2.2.** Пунктом 40 Протокола о торговле услугами предусмотрено, что единый рынок услуг в рамках Союза функционирует только в секторах услуг, которые утверждены Высшим советом. Соответствующий перечень секторов услуг утвержден решением Высшего совета 23 декабря 2014 года № 110 с изменениями от 29 мая 2019 года (далее – Единый перечень секторов услуг Союза).

Из взаимосвязанного прочтения пунктов 41 и 43 Протокола о торговле услугами следует, что создание единого рынка в секторах услуг, в которых не сформирован общий рынок Союза, для отдельных государств-членов допускается на условиях взаимности.

В соответствии с пунктом 38 Протокола о торговле услугами под единым рынком услуг понимается состояние рынка услуг в рамках конкретного сектора, в котором каждое государство-член предоставляет лицам любого другого государства-члена право на:

1) поставку и получение услуг на условиях национального режима, режима наибольшего благоприятствования и неприменения количественных и инвестиционных мер, без ограничений, изъятий и дополнительных требований;

2) поставку услуг без дополнительного учреждения в форме юридического лица;

3) поставку услуг на основании разрешения на поставку услуг, полученного поставщиком услуг на территории своего государства-члена;

4) признание профессиональной квалификации персонала поставщика услуг.

Буквальное толкование пункта 38 Протокола о торговле услугами позволяет сделать вывод, что наличие ограничений, изъятий и

дополнительных требований, включая необходимость получения разрешения на поставку услуг в государстве-члене, свидетельствует, что единый рынок услуг Союза в соответствующем секторе не сформирован.

Применение государствами-членами ограничений и иных условий, препятствующих свободному движению услуг, допускается пунктом 7 статьи 65 Договора, частью 4 пункта 2 и пунктом 26 Протокола о торговле услугами.

В силу пункта 7 статьи 65 Договора и пункта 26 Протокола о торговле услугами государства-члены вправе принимать или применять меры, необходимые для соблюдения национального законодательства, выражающиеся в отдельных ограничениях и условиях, указанных в индивидуальных национальных перечнях ограничений (далее – национальные перечни). Частью 4 пункта 2 Протокола о торговле услугами предусмотрено, что национальные перечни утверждаются Высшим советом. Из смыслового содержания данных правовых норм следует, что наличие и действие национальных перечней означает отсутствие единого рынка услуг даже в тех секторах (подсекторах), которые поименованы в Едином перечне секторов услуг Союза.

Контекстное толкование пунктов 26, 40 – 43 Протокола о торговле услугами свидетельствует, что формирование единого рынка услуг Союза характеризуется принципом разноскоростной интеграции государств-членов. В результате данного процесса, с одной стороны, действие национальных перечней приводит к отсутствию единого рынка услуг *всех* государств-членов даже в тех секторах, которые поименованы в Едином перечне секторов услуг Союза, а с другой стороны, формируется единый рынок *отдельных* государств-членов на условиях взаимности в определенных ими секторах услуг.

Поскольку пункт 7 статьи 76 Договора связывает наличие у Комиссии компетенции по пресечению нарушений общих правил конкуренции с их негативным влиянием на трансграничные рынки, незавершенность процесса формирования единого рынка услуг налагает на Комиссию обязанность при определении соответствующих полномочий исследовать наличие общего рынка в конкретном секторе услуг как обязательной предпосылки трансграничности данного рынка. Только в случае положительного ответа на вопрос о существовании единого рынка в определенном секторе услуг Комиссия вправе отнести пресечение нарушений общих правил конкуренции к своей компетенции.

В решении Коллегия Суда со ссылкой на пункт 26 Протокола о торговле услугами указала, что любое государство-член вправе применять отдельные ограничения в отношении учреждения и

деятельности лиц другого государства-члена, что свидетельствует об отсутствии единого рынка Союза или государств-членов на условиях взаимности в определенных ими секторах услуг. Одновременно Коллегия Суда пришла к выводу, что действие общих правил конкуренции не ограничено секторами услуг, в которых создан единый рынок Союза. В соответствии с пунктом 6 статьи 78 Регламента судебный акт должен быть логичным, не содержать внутренних противоречий и несовместимых положений. Вопреки данному требованию, указанные выводы Коллегии Суда, являются взаимоисключающими.

**2.3.** Пунктом 7 Протокола о торговле услугами установлено, что сектора услуг в целях его применения определяются и классифицируются на основе Международного классификатора основных продуктов, утвержденного Статистической комиссией Секретариата ООН (далее – Международный классификатор).

Пункт 23 Единого перечня секторов услуг, утвержденного решением Высшего совета 23 декабря 2014 года № 110, включает услуги класса 8715 Международного классификатора, относящиеся к ремонту и обслуживанию оборудования с оговоркой № 6, что данный пункт не применяется для Республики Казахстан. Анализ Международного классификатора свидетельствует, что класс 8715 включает подкласс 87154 – услуги по ремонту и техническому обслуживанию медицинского оборудования, охватывающие калибровку датчиков к аппарату FibroScan.

Толкование пунктов 7, 40 и 43 Протокола о торговле услугами во взаимосвязи с пунктом 23 Единого перечня секторов услуг Союза и Международным классификатором свидетельствует о формировании рынка услуг по обслуживанию медицинского оборудования государствами-членами на условиях взаимности, за исключением территории Республики Казахстан, что исключает его признание единым рынком Союза.

Согласно пункту 2 индивидуального национального перечня ограничений, изъятий, дополнительных требований и условий в рамках Союза, утвержденного решением Высшего совета 23 декабря 2014 года № 112, для Российской Федерации деятельность, на осуществление которой требуется лицензия, может осуществляться только юридическими лицами и индивидуальными предпринимателями, зарегистрированными в Российской Федерации. В силу подпункта 17 пункта 1 статьи 12 Федерального закона Российской Федерации от 4 мая 2011 года № 99-ФЗ «О лицензировании отдельных видов деятельности» лицензированию подлежит техническое обслуживание

медицинской техники. Изложенное означает, что в связи с существованием национального исключения для Российской Федерации в виде лицензирования деятельности по обслуживанию медицинской техники единый рынок соответствующих услуг Союза, созданный государствами-членами на условиях взаимности, на Российскую Федерацию не распространяется.

Учитывая, что общий рынок Союза по оказанию услуг обслуживания медицинского оборудования не создан, а также не сформирован рынок услуг на условиях взаимности, включающий Республику Казахстан и Российскую Федерацию, применение общих правил конкуренции на трансграничном рынке, охватывающем данные государства-члены, и контроль за их соблюдением не отнесен к компетенции Комиссии. Данное обстоятельство, тем не менее, не препятствует существованию единого (общего) рынка по обслуживанию медицинского оборудования, включая калибровку датчиков, для других государств-членов по смыслу пункта 43 Протокола о торговле услугами.

Применение указанной позиции к обстоятельствам дела по заявлениям ЗАО «Дельрус» и ТОО «Дельрус РК» позволяет прийти к выводу, что Комиссии прежде, чем приступить к устранению нарушений общих правил конкуренции на трансграничном рынке услуг по калибровке датчиков, надлежало проверить существование единого рынка Союза по обслуживанию медицинского оборудования. Анализ материалов дела свидетельствует, что Комиссией данный вопрос не исследовался.

**2.4.** Оценивая соответствие праву Союза решения Суда в части наличия у Комиссии полномочий на принятие Решения № 165, полагаю, что Коллегия Суда при рассмотрении настоящего дела неправильно определила условия, при которых рынок относится к трансграничному.

Из положений пункта 7 статьи 76 Договора, пункта 9 Протокола об общих принципах и правилах конкуренции, являющегося приложением № 19 к Договору (далее – Протокол об общих принципах и правилах конкуренции), следует, что влияние нарушений на конкуренцию на трансграничных рынках, как обязательное условие компетенции Комиссии по их пресечению, возможно лишь в случае, если указанные рынки к моменту реализации полномочий Комиссии сформированы в качестве трансграничных.

Во исполнение пункта 2 статьи 74 Договора в целях определения компетенции Комиссии критерии отнесения рынка к трансграничному (далее – Критерии) утверждены решением Высшего совета 19 декабря

2012 года № 29 (с изменениями и дополнениями от 26 декабря 2016 года).

Уяснение положений пункта 2 Критериев с учетом установленной в пунктах 2.1 и 2.2 настоящего особого мнения позиции об обязательной взаимосвязи единого и трансграничного рынков услуг свидетельствует, что трансграничный рынок услуг представляет собой товарный рынок, географические границы которого охватывают территории двух и более государств-членов, создавших единый рынок в соответствующем секторе услуг.

В консультативном заключении от 17 декабря 2018 года по заявлению *Комиссии* Суд пришел к выводу, что применительно к нарушениям общих правил конкуренции, предусмотренным пунктами 1 – 5 статьи 76 Договора, установлены дополнительные по отношению к пункту 2 Критериев условия, которые определяют наличие полномочий Комиссии по пресечению указанных нарушений (пункт 3 раздела «Выводы Большой коллегии Суда»).

В силу пункта 4 Критериев пресечение нарушения хозяйствующими субъектами запрета, установленного пунктом 3 статьи 76 Договора, на рынке услуг осуществляется Комиссией, если, по крайней мере, два хозяйствующих субъекта, чьи действия приводят или могут привести к нарушению запрета, зарегистрированы на территориях разных государств-членов, создавших единый рынок в соответствующем секторе.

Систематическое толкование пункта 7 статьи 76 Договора, пункта 9 Протокола об общих принципах и правилах конкуренции, пунктов 2 и 4 Критериев свидетельствует, что в целях установления компетенции Комиссии по пресечению нарушения пункта 3 статьи 76 Договора на рынке услуг в первую очередь подлежит выполнению условие о трансграничности товарного рынка в рамках единого рынка услуг. Лишь при соответствии рынка критериям трансграничности выясняется факт регистрации хозяйствующих субъектов, чьи действия приводят или могут привести к нарушению запрета, установленного пунктом 3 статьи 76 Договора, на территориях разных государств – членов Союза, создавших единый рынок услуг.

Коллегия Суда, установив, что условия пунктов 2 и 4 Критериев являются кумулятивными, ограничилась ссылкой на включение в состав товарного рынка территорий Республики Казахстан и Российской Федерации и не исследовала выполнение пункта 2 Критериев с учетом признаков трансграничности товарного рынка.

Определение понятия трансграничности товарного рынка не исчерпывается пунктом 2 Критериев и получило развитие в Методике оценки состояния конкуренции, утвержденной решением Совета

Комиссии от 30 января 2013 года № 7 (далее – Методика). При уяснении положений Методики следует учитывать, что согласно подпункту 18 пункта 2 Протокола об общих принципах и правилах конкуренции товар представляет собой объект гражданских прав, включая услугу, и предназначается для продажи, обмена или иного введения в оборот.

В истолковании, обуславливающим взаимосвязь единого и трансграничного рынков услуг, следует, что при определении географических границ товарного рынка в целях установления его соответствия Критериям выявляются следующие признаки трансграничности товарного рынка: 1) поставка услуги с территории одного государства-члена на территорию другого государства-члена при условии, что существует единый рынок услуг Союза или государств-членов на условиях взаимности, хозяйствующие субъекты которых участвуют в поставке услуги; 2) поставка услуги с территорий третьих стран на территории двух или более государств-членов, образующих единый рынок услуг Союза или государств-членов на условиях взаимности. Буквальное толкование пункта 26 Методики свидетельствует, что условием трансграничности товарного рынка является *факт* поставки услуг, а не его возможность. Подобное правовое регулирование развивает положения пункта 7 статьи 76 Договора и пункта 9 Протокола об общих принципах и правилах конкуренции, требующих, чтобы к моменту выявления предполагаемого нарушения товарный рынок *уже сформировался* в качестве общего рынка, то есть трансграничного.

Изложенное не позволяет согласиться с выводом Коллегии Суда о том, что неприменение пункта 26 Методики обусловлено отсутствием фактических поставок услуги по калибровке датчиков в связи с антиконкурентными действиями участников рынка по его разделу, а вывод о трансграничности товарного рынка может быть сделан исходя из *намерений* хозяйствующего субъекта из одного государства-члена получить услугу в другом. Интерпретация пункта 26 Методики, допускающая отсутствие поставок с территории одного государства-члена на территорию другого при территориальном разделе рынка, не только не согласуется с правом Союза, но и представляет собой создание новой правовой нормы, что прямо запрещено пунктом 102 Статута.

Толкование пункта 26 Методики в системной связи с пунктом 2 Критериев свидетельствует, что соблюдение одного из условий, поименованных в пункте 26 Методики, необходимо для определения трансграничности товарного рынка как обязательной предпосылки для установления компетенции Комиссии по пресечению нарушений общих правил конкуренции. В случае невыполнения любого из указанных



условий Комиссия не вправе переходить к проверке дополнительного критерия компетенции в сфере конкуренции на трансграничных рынках, которым для нарушения пункта 3 статьи 76 Договора является регистрация на территории разных государств-членов хозяйствующих субъектов, чьи действия приводят или могут привести к нарушению запрета.

С учетом изложенного полагаю, что Коллегия Суда, вопреки требованиям права Союза, уклонилась от проверки выполнения основного условия трансграничности товарного рынка, выражающегося в определении его географических границ на основании пункта 26 Методики. Неприменение императивной нормы права Союза привело к ошибочной квалификации в качестве трансграничного рынка калибровки датчиков на том основании, что хозяйствующие субъекты, признанные виновными в нарушении запрета, предусмотренного пунктом 3 статьи 76 Договора, зарегистрированы на территории разных государств-членов. Оценка проанализированных обстоятельств означает, что при вынесении оспариваемого решения Комиссия не выполнила императивные требования пункта 7 статьи 76 Договора, пункта 9 Протокола и пункта 2 Критериев в части определения трансграничности товарного рынка услуги в рамках единого рынка в соответствующем секторе услуг как обязательного условия компетенции наднационального органа по пресечению нарушений общих правил конкуренции, а Коллегия Суда, признав оспариваемое решение соответствующим праву Союза, не устранила данное нарушение.

Из материалов дела следует, что в период расследования отсутствовали как поставки услуги по калибровке датчиков с территории Российской Федерации на территорию Республики Казахстан и в обратном направлении, так и поставки с территории третьих стран на территории двух и более государств-членов, создавших единый рынок услуг в секторе обслуживания медицинского оборудования. Изложенное свидетельствует о невыполнении основного условия трансграничности товарного рынка и, как следствие, об отсутствии у Комиссии компетенции по пресечению нарушения ЗАО «Дельрус» и ТОО «Дельрус РК» пункта 3 статьи 76 Договора.

**2.5.** Не могу согласиться с выводом Коллегии Суда о том, что при установлении географических границ товарного рынка подлежит учету понятие «торговля услугами», сформулированное в подпункте 22 пункта 6 Протокола о торговле услугами. Прежде всего, необходимо учитывать, что понятия, сформулированные в иных разделах Договора, применяются при регулировании общих правил конкуренции на

трансграничных рынках лишь в том случае, если специальные правовые нормы отсутствуют в разделе XVIII Договора «Общие принципы и правила конкуренции», соответствующем Протоколе и в иных актах права Союза, посвященных регулированию конкуренции. Данный вывод согласуется с позицией Суда, изложенной в решении Коллегии Суда от 18 июня 2019 года по заявлению ООО «Шинтрейд» (пункт 5.5 раздела «Выводы Суда»). Поскольку правила установления географических границ товарного рынка исчерпывающе определены Протоколом об общих принципах и правилах конкуренции и Методикой, обращение к понятийному аппарату других разделов Договора (нормы, определяющие понятие «торговля услугами» для целей Протокола о торговле услугами) противоречит предписаниям части 1 пункта 2 Протокола об общих принципах и правилах конкуренции, ограничивающей область применения соответствующих понятий сферой действия конкурентного права Союза.

Кроме того, для целей Протокола о торговле услугами и по смыслу подпункта 22 пункта 6 данного Протокола поставка услуг возможна лишь в случае, если в соответствующем секторе услуг сформирован единый рынок Союза или государств-членов на условиях взаимности. Установленный в пункте 2.3 настоящего особого мнения факт отсутствия единого рынка услуг Союза или единого рынка с участием Республики Казахстан и Российской Федерации по обслуживанию медицинского оборудования свидетельствует о недопустимости использования понятия «поставка услуг», сформулированного в подпункте 22 пункта 6 Протокола о торговле услугами, для целей определения географических границ трансграничного товарного рынка указанных государств-членов.

3. С учетом изложенного полагаю, что Коллегии Суда следовало признать Решение № 165 не соответствующим пункту 7 статьи 76 Договора, пункту 9 Протокола об общих принципах и правилах конкуренции и нарушающим права и законные интересы истцов в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности.

Судья Суда Евразийского  
экономического союза

К.Л. Чайка