



СУД ЕВРАЗИЙСКОГО ЭКОНОМИЧЕСКОГО СОЮЗА

ОСОБОЕ МНЕНИЕ
судьи Колоса Д.Г.
(дело № СЕ-1-2/3-21-АП)

город Минск

21 октября 2021 года

Апелляционной палатой Суда Евразийского экономического союза 18 октября 2021 г. вынесено решение по делу по жалобам закрытого акционерного общества «Дельрус» и товарищества с ограниченной ответственностью «Дельрус РК» на решение Коллегии Суда Евразийского экономического союза от 14 апреля 2021 г. по делу по заявлениям закрытого акционерного общества «Дельрус» и товарищества с ограниченной ответственностью «Дельрус РК» о признании решения Коллегии Евразийской экономической комиссии от 22 декабря 2020 г. № 178 «Об исполнении решения Апелляционной палаты Суда Евразийского экономического союза от 6 ноября 2020 года» не соответствующим Договору о Евразийском экономическом союзе от 29 мая 2014 г. и международным договорам в рамках Евразийского экономического союза и нарушающим права и законные интересы хозяйствующих субъектов в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности.

Соглашаясь с необходимостью отмены в полном объеме решения Коллегии Суда Евразийского экономического союза от 14 апреля 2021 г. (далее – Решение Коллегии Суда) по делу по заявлениям закрытого акционерного общества «Дельрус» (далее – ЗАО «Дельрус») и товарищества с ограниченной ответственностью «Дельрус РК» (далее – ТОО «Дельрус РК») о признании решения Коллегии Евразийской экономической комиссии от 22 декабря 2020 г. № 178 «Об исполнении решения Апелляционной палаты Суда Евразийского экономического союза от 6 ноября 2020 года» (далее – Решение № 178) не соответствующим Договору о Евразийском экономическом Союзе от 29 мая 2014 г. (далее, соответственно, – Договор, Союз) и международным договорам в рамках Союза и нарушающим права и законные интересы хозяйствующих субъектов в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности,

не поддерживаю выводы Апелляционной палаты Суда Союза о соответствии Решения № 178 праву Союза и о прекращении производства по делу как противоречащие праву Союза. Кроме того, полагаю, что при апелляционном рассмотрении дела допущены существенные процессуальные нарушения, оказавшие непосредственное влияние на права и законные интересы ЗАО «Дельрус» и ТОО «Дельрус РК».

Регламент Суда Евразийского экономического союза, утвержденный Решением Высшего Евразийского экономического совета от 23 декабря 2014 г. № 101 (далее – Регламент Суда), наделяет судью правом в случае несогласия с решением Суда Союза (далее – Суд) или его отдельными положениями заявить особое мнение при вынесении решения Суда (пункт 1 статьи 79 Регламента Суда).

Руководствуясь предоставленным Регламентом Суда правом, заявляю особое мнение.

Пунктом 6 статьи 78 Регламента Суда декларируется, что решение Суда должно быть логичным, не содержать внутренних противоречий, несовместимых положений. Решение Апелляционной палаты Суда от 18 октября 2021 г. не соответствует указанным требованиям, является внутренне противоречивым, непоследовательным, не основанным на правильном понимании и применении материальных и процессуальных норм права Союза.

В резолютивной части решения Апелляционной палаты Суда от 6 ноября 2020 г. содержится вывод о признании решения Коллегии Евразийской экономической комиссии от 17 сентября 2019 г. № 165 «О нарушении общих правил конкуренции на трансграничных рынках» (далее – Решение № 165) не соответствующим Договору и международным договорам в рамках Союза. Несмотря на такую ясную и не допускающую иного толкования формулировку, свидетельствующую о несоответствии праву Союза Решения № 165 в полном объеме, в абзаце первом подпункта 5.1 решения Апелляционной палаты Суда от 18 октября 2021 г. указывается, что Решение № 165 признано не соответствующим Договору и международным договорам в рамках Союза не в полном объеме, а лишь в части.

Немотивированное и не основанное на праве Союза изменение Апелляционной палатой Суда при рассмотрении настоящего дела сути собственного предыдущего решения от 6 ноября 2020 г. и неверное понимание правовых последствий признания Решения № 165 не соответствующим праву Союза привели в конечном итоге к принятию

Апелляционной палатой Суда решения от 18 октября 2021 г., не согласующегося с правом Союза.

На основании части второй пункта 111 Статута Суда, являющегося приложением № 2 к Договору (далее – Статут Суда), решение Евразийской экономической комиссии (далее – Комиссия), признанное Судом не соответствующим Договору и (или) международным договорам в рамках Союза, в разумный срок, но не превышающий 60 календарных дней с даты вступления в силу решения Суда, приводится Комиссией в соответствие с Договором и (или) международными договорами в рамках Союза, если иной срок не установлен в решении Суда.

Исходя из этого, последствием признания Судом акта Комиссии не соответствующим праву Союза является его отмена либо изменение Комиссией таким образом, который устраняет все изложенные в решении Суда противоречия праву Союза.

В решении от 18 октября 2021 г. Апелляционная палата Суда констатировала, что решение Апелляционной палаты Суда от 6 ноября 2020 г. было исполнено Комиссией в части (абзац пятый пункта 5.4 решения), то есть не в полном объеме, однако уклонилась от оценки такого частичного исполнения Комиссией судебного решения и его последствий.

Апелляционная палата Суда расценила возобновление Комиссией рассмотрения дела как правомерное и совершенное в рамках ее полномочий, не дав оценки наличию по делу итогового Решения № 165, частично оставленного в силе Решением № 178, что являлось препятствием для таких действий.

Аргументация Апелляционной палаты Суда фактически построена на допущении возможности нарушения Комиссией установленной Порядком рассмотрения дел о нарушении общих правил конкуренции на трансграничных рынках, утвержденным Решением Совета Евразийской экономической комиссии от 23 ноября 2012 г. № 99 (далее – Порядок), процедуры рассмотрения дел о нарушении общих правил конкуренции в целях защиты прав и законных интересов хозяйствующего субъекта (абзац третий подпункта 5.3 решения). Отмечу, что сами хозяйствующие субъекты, не соглашаясь с таким подходом, утверждали как раз о нарушении их прав оспариваемыми действиями Комиссии.

Право Союза является достаточно определенным в регламентации вопросов исполнения решений Суда, пределов компетенции Комиссии и порядка рассмотрения дел о нарушении общих правил конкуренции на трансграничных рынках.

В соответствии с пунктом 103 Статута Суда Комиссия обладает дискрецией в выборе формы и способа исполнения решения Суда. В то же время принятие Комиссией процессуальных мер по исполнению решения Апелляционной палаты Суда от 6 ноября 2020 г. не должно противоречить иным актам права Союза, в том числе Порядку, которым закреплены процессуальные нормы, регламентирующие возобновление рассмотрения дела как факультативную стадию рассмотрения дел о нарушении общих правил конкуренции, предшествующую вынесению решения по делу.

Так, в соответствии с пунктом 44 Порядка по окончании рассмотрения дела комиссия по рассмотрению дела подготавливает проект решения Коллегии Комиссии по делу. Коллегия Комиссии принимает решение по делу.

Коллегия Комиссии не принимает решения по делу в случае установления вопросов, требующих дополнительной проработки, о чем делается соответствующая отметка в протоколе заседания Коллегии Комиссии.

Дополнительная проработка вопросов, установленных Коллегией Комиссии, осуществляется комиссией по рассмотрению дела, подготовившей проект решения Коллегии Комиссии по делу.

Для дополнительной проработки установленных Коллегией Комиссии вопросов комиссия по рассмотрению дела возобновляет рассмотрение дела. О возобновлении рассмотрения дела выносится соответствующее определение.

Рассмотрение возобновленного дела осуществляется по правилам, установленным Порядком. Возобновленное дело рассматривается в срок, не превышающий 30 рабочих дней со дня подписания определения о возобновлении рассмотрения дела.

По завершении указанного срока принимается решение, в резолютивной части которого в соответствии с пунктом 45 Порядка содержатся в том числе выводы о наличии или об отсутствии оснований для прекращения рассмотрения дела.

Приведенная выше стадийность и неукоснительное следование ей определяют процедуру рассмотрения дела, установленную Порядком. Как следствие, не предусмотренные данной процедурой действия в виде возобновления рассмотрения дела после принятия по делу итогового решения создают логическую ошибку – рассмотрение дела возобновлено, но при этом сохраняет силу Решение № 165 по результатам рассмотрения дела, состоящее из вводной, описательной и мотивировочной частей (где приведены все обстоятельства дела, собранные доказательства и их оценка, установлен факт нарушения общих правил конкуренции на трансграничных рынках и дана его

юридическая квалификация) и пункта 1 резолютивной части (которым признано отсутствие предусмотренных пунктом 46 Порядка оснований для прекращения рассмотрения дела).

Такое исполнение Комиссией решения Апелляционной палаты Суда от 6 ноября 2020 г. исключает какой-либо иной результат возобновленного рассмотрения дела, кроме признания факта нарушения общих правил конкуренции при неизменных фактических обстоятельствах дела и юридической квалификации, указанных в Решении № 165 в его неотмененной части. В рассматриваемой ситуации, будучи связанной обязательным для нее актом права Союза – Решением № 165 в его неотмененной части, комиссия по рассмотрению дела не вправе даже переqualифицировать состав нарушения со сговора хозяйствующих субъектов-конкурентов на совершение нарушения группой лиц в соответствии с выводами решения Апелляционной палаты Суда от 6 ноября 2020 г. (аргументация несогласия с которыми приведена в моем особом мнении от 11 ноября 2020 г.).

Таким образом, приняв Решение № 178, оставившее в силе вводную, описательную, мотивировочную части и пункт 1 резолютивной части Решения № 165, и при этом совершив действия по возобновлению рассмотрения дела, Комиссия вышла за пределы предоставленных ей актами права Союза полномочий, нарушив пункт 2 статьи 8 Договора и Порядок. В свою очередь, Апелляционная палата Суда, придя в решении от 18 октября 2021 г. к выводу о правомерности возобновления рассмотрения дела в рассматриваемых обстоятельствах, оставила без внимания указанное нарушение права Союза.

С сущностной точки зрения, возобновление рассмотрения дела при наличии установленных и приведенных в неотмененной части Решения № 165 фактов и обстоятельств нарушения общих правил конкуренции на трансграничных рынках, доказательств и юридической квалификации нарушения, констатации отсутствия оснований для прекращения дела приводит к нарушению принципа презумпции невиновности хозяйствующих субъектов. С учетом изложенного, вывод в абзаце третьем подпункта 5.3 решения Апелляционной палаты Суда от 18 октября 2021 г. о том, что «возобновление рассмотрения дела направлено на защиту прав и интересов хозяйствующих субъектов», лишен не только правовой, но и экономической логики, поскольку антимонопольное расследование для любого хозяйствующего субъекта затрагивает и может нарушать его права и интересы, создает угрозу применения мер ответственности и наступления других негативных последствий.

Сами хозяйствующие субъекты – ЗАО «Дельрус» и ТОО «Дельрус РК» – настаивали на том, что частичная отмена Решения № 165

и возобновление рассмотрения дела не только не защищают их права и законные интересы, но наоборот, нарушают их, налагают дополнительные обязанности (сбор и представление в Комиссию запрашиваемых документов, участие в заседаниях комиссии по рассмотрению дела, представление пояснений), подвергают рискам упущенной выгоды и репутационных издержек в отношениях со своими контрагентами.

Факт признания в решении Апелляционной палаты Суда от 6 ноября 2020 г. Решения № 165 не соответствующим Договору и международным договорам в рамках Союза означает, что Решение № 165 в полном объеме не соответствует Договору и международным договорам в рамках Союза. Вместе с тем, в указанном объеме оно не отменено или не изменено Решением № 178, на основании которого Комиссией было возобновлено рассмотрение дела и совершались связанные с этим процессуальные действия, и продолжает действовать наряду с ним.

Право Союза не допускает возможности оставления в силе решения Комиссии, признанного Судом не соответствующим праву Союзу, не отвечающего формальным требованиям подпункта 4 пункта 10 Протокола об общих принципах и правилах конкуренции, являющегося приложением № 19 к Договору, пунктов 44, 45 Порядка, каким является в настоящее время Решение № 165 в неотмененной части. Принимая во внимание, что исполнение решения Апелляционной палаты Суда от 6 ноября 2020 г. должно осуществляться с соблюдением всех норм права Союза, избранный Комиссией в рассматриваемом случае способ исполнения решения Суда нельзя признать соответствующим праву Союза.

Кроме того, при исполнении решения Апелляционной палаты Суда от 6 ноября 2020 г. и принятии Решения № 178 Комиссии необходимо было проанализировать наличие необходимых условий для вынесения решения по делу о нарушении общих правил конкуренции.

В соответствии с пунктом 12 Методики расчета и порядка наложения штрафов за нарушение общих правил конкуренции на трансграничных рынках, утвержденной Решением Совета Евразийской экономической комиссии от 17 декабря 2012 г. № 118 (далее – Методика), решение по делу о нарушении не может быть вынесено по истечении 3 лет со дня совершения нарушения.

Как следует из Решения № 165 в неотмененной Решением № 178 части, при квалификации действий ЗАО «Дельрус» и ТОО «Дельрус РК» Комиссия исходила из того, что продолжавшаяся в течение 2017 года – I квартала 2018 г. реализация соглашения между ними как конкурентами

позволяет квалифицировать нарушение общих правил конкуренции на трансграничных рынках в качестве длящегося.

Согласно пункту 13 Методики, длящимся является такое нарушение (действие или бездействие), которое выражается в длительном непрекращающемся несоблюдении правил конкуренции или непредставлении информации.

В то же время в неотмененной части Решения № 165 описан только один факт взаимоотношений между указанными хозяйствующими субъектами и заявителем по делу о нарушении – товариществом с ограниченной ответственностью «Scuderia» (далее – ТОО «Scuderia»), имевший место в марте 2017 года. Иные факты (эпизоды) совершения (продолжения, прекращения) нарушения в 2017 – начале 2018 годов и позднее не приведены, что делает вывод о длящемся характере нарушения (при условии его наличия) и его продолжении после марта 2017 года не основанным на собранных по делу доказательствах.

Приведенные обстоятельства свидетельствуют о необходимости проведения Комиссией дополнительного анализа вопросов характера и времени совершения возможного нарушения с целью установления момента истечения трехлетнего срока вынесения решения по делу, что невозможно с учетом оставления в силе описательной и мотивировочной частей признанного Судом не соответствующим праву Союза Решения № 165 с содержащимися в них соответствующими выводами.

Но даже если оставить без внимания характер нарушения и согласиться с приведенными в неотмененной части Решения № 165 утверждениями Комиссии, то в соответствии с пунктом 13 Методики трехлетний срок для вынесения решения по делу при длящемся нарушении начинает исчисляться со дня обнаружения нарушения.

Днем обнаружения нарушения общих правил конкуренции на трансграничных рынках в рассматриваемом случае, исходя из Решения № 165 в его неотмененной части, является 17 января 2018 г. – дата получения Комиссией обращения Министерства национальной экономики Республики Казахстан (вх. № 618 от 17 января 2018 г.), указывающего на возможное наличие в действиях (бездействии) общества с ограниченной ответственностью «Дельрус», хозяйствующего субъекта Российской Федерации, признаков нарушения пункта 1 статьи 76 Договора, выразившегося, по мнению заявителя, в необоснованном отказе либо уклонении от заключения договора с ТОО «Scuderia» на предоставление услуги по калибровке ультразвукового датчика к аппарату для неинвазивного определения степени фиброза печени FibroScan 502 TOUCH.

Решение № 178 вступило в силу 27 января 2021 г. (по истечении 30 дней с момента его опубликования). Таким образом, на момент

вступления в силу промежуточного, не итогового процессуального Решения № 178, возобновляющего рассмотрение дела, трехлетний срок вынесения решения по делу о нарушении общих правил конкуренции, исходя из фактических данных, содержащихся в неотмененной части Решения № 165, уже истек.

С учетом закрепленной в Порядке процедуры завершения дела о нарушении принятием итогового процессуального решения таковым в рассматриваемой ситуации, полагаю, является решение о прекращении дела в связи с истечением установленного пунктом 12 Методики трехлетнего срока либо по реабилитирующим основаниям. Однако Решение № 165, сохранившее в неотмененном пункте 1 его резолютивной части вывод об отсутствии оснований для прекращения рассмотрения дела, юридически препятствует принятию любого из указанных процессуальных решений.

Необходимо констатировать, что Апелляционная палата Суда хотя и указала в решении от 18 октября 2021 г. на то, что «к настоящему времени пресекательные сроки давности привлечения к ответственности (3 года согласно пунктам 12, 13 Методики) по установленным фактам исчерпаны, что предопределяет невозможность наложения мер ответственности на ЗАО «Дельрус» и ТОО «Дельрус РК» (абзац седьмой подпункта 5.4), тем не менее не сформулировала выводов о соответствии праву Союза Решения № 165 в неотмененной части и Решения № 178, а также не дала оценки действиям Комиссии в рамках возобновления рассмотрения дела за пределами указанного срока.

Наряду с этим следует отметить и правовую неопределенность, порожденную продолжением действия двух актов Комиссии по одному и тому же делу, один из которых признан Судом не соответствующим праву Союза, а от проверки второго на соответствие праву Союза Апелляционная палата Суда уклонилась, прекратив производство по делу решением от 18 октября 2021 г.

Так, в решении Апелляционной палаты Суда от 18 октября 2021 г. вопрос о соответствии Решения № 178 Договору и международным договорам в рамках Союза, который ставили перед Судом ЗАО «Дельрус» и ТОО «Дельрус РК», не разрешен, что противоречит пункту 5 статьи 78 Регламента Суда. Указание Апелляционной палаты Суда лишь на отмену Решения Коллегии Суда без вынесения нового решения по делу необоснованно оставляет требование заявителей без рассмотрения.

Отказ Апелляционной палаты Суда от рассмотрения по существу требования заявителей о соответствии праву Союза Решения № 178 фактически лишает их одного из основополагающих прав – права на судебную защиту и доступ к правосудию, гарантированного

конституциями всех государств – членом Союза, Всеобщей декларацией прав человека, Европейской конвенцией о защите прав человека и основных свобод, Международным Пактом о гражданских и политических правах, Договором и Статутом Суда и другими актами международного и национального права.

Указав на единственное основание для прекращения производства по делу – истечение трехлетнего срока привлечения заявителей к ответственности – Апелляционная палата Суда не мотивировала, каким образом истечение срока влияет на права и обязанности хозяйствующих субъектов, по их мнению, уже нарушенные Решением № 165 в неотмененной части и Решением № 178.

Убежден, что затрагивающим и нарушающим права и законные интересы хозяйствующих субъектов может быть не только применение к ним мер ответственности, но и констатация в решении Комиссии самого факта их противоправного поведения, равно как и факта отсутствия реабилитирующих оснований для прекращения дела, влекущие для них, возможно, более обременительные репутационные и коммерческие издержки.

Кроме того, в соответствии со статьями 56, 84 Регламента Суда единственной формой процессуального документа, оформляющего прекращение производства по делу, является постановление Суда, в связи с чем Апелляционной палатой Суда неверно избрана форма акта о прекращении производства по делу в виде решения, что является существенным процессуальным нарушением порядка рассмотрения дела.

Не соглашаясь с выводом Апелляционной палаты Суда о прекращении производства по делу, полагаю, что, руководствуясь подпунктом «б» пункта 1 статьи 71 Регламента Суда, Апелляционной палате Суда следовало Решение Коллегии Суда отменить, однако не прекратить производство по делу, а вынести новое решение, которым признать Решение № 178 не соответствующим Договору и международным договорам в рамках Союза в полном объеме по изложенным в настоящем особом мнении обстоятельствам.

Судья

Д.Г. Колос