



СУД ЕВРАЗИЙСКОГО ЭКОНОМИЧЕСКОГО СОЮЗА

О С О Б О Е М Н Е Н И Е судьи Сейтимовой В.Х. (дело № СЕ-2-1/2-19-БК)

город Минск

18 июня 2019 года

18 июня 2019 года Большой коллегией Суда Евразийского экономического союза (далее – Большая коллегия) вынесено консультативное заключение по заявлению Национальной палаты предпринимателей Республики Казахстан «Атамекен» о разъяснении положений статей 74, 76 Договора о Евразийском экономическом союзе от 29 мая 2014 года и пунктов 2 и 5 Критериев отнесения рынка к трансграничному, утвержденных Решением Высшего Евразийского экономического совета от 19 декабря 2012 года № 29.

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), пользуясь предоставленным мне правом, заявляю особое мнение о несогласии

с выводом, изложенным во втором абзаце пункта 8.3 Консультативного заключения, и его обоснованием,

а также с отдельными правовыми позициями в обоснование части выводов Консультативного заключения.

О действии общих правил конкуренции

Контекст вопросов, поставленных заявителем, требовал подробного раскрытия ряда аспектов, в том числе сферы действия и характера норм статьи 76 Договора, круга субъектов-дестинаторов нормативных предписаний, особенностей непосредственного действия этих положений.

С учетом выработанных ранее позиций в консультативных заключениях Суда и в контексте заявленных вопросов считаю важным подчеркнуть, что положения статьи 76 Договора обладают прямым действием и должны непосредственно применяться государствами-членами, в том числе их уполномоченными органами, хозяйствующими субъектами (субъектами рынка) государств-членов.

Обязанность государств-членов применять право Союза при пресечении нарушений общих правил конкуренции на их территории предусмотрена пунктом 2 статьи 74 Договора и пунктом 8 Протокола об

общих принципах и правилах конкуренции, являющегося приложением № 19 к Договору (далее – Протокол). Положения пункта 8 Протокола представляют собой не дозволение, а императивное указание на применение статьи 76 Договора уполномоченными органами государств-членов. В данной норме заложен значительный потенциал развития единого конкурентного рынка в рамках Союза. Посредством этого обеспечивается применение унифицированных правил на территории всех государств-членов.

Общие правила конкуренции (статья 76 Договора о Евразийском экономическом союзе, далее – Договор) относятся к сфере единой политики и сформулированы в виде норм-запретов. Адресатом норм-запретов являются в том числе хозяйствующие субъекты (субъекты рынка) государств-членов. Они должны соблюдать установления общих правил конкуренции. В отношении хозяйствующих субъектов третьих стран государства-члены проводят согласованную политику (пункт 4 статьи 76 Договора).

В национальном законодательстве государств-членов могут содержаться аналогичные нормы, повторяющие запреты статьи 76 Договора, либо такие нормы могут отсутствовать. Данное обстоятельство не влияет на обязательное применение положений общих правил конкуренции на территориях государств-членов.

Нарушение таких норм *путем совершения как действий, так и бездействия* способно привести к негативному влиянию на конкуренцию. Квалифицирующие признаки таких деяний (действий или бездействия) для определения негативного влияния на конкуренцию содержатся в пунктах 1-6 статьи 76 Договора.

Одновременно следует иметь ввиду, что установление того, какой орган уполномочен на пресечение нарушения, *не зависит от квалификации деяния (действий или бездействия) хозяйствующего субъекта* в качестве нарушения права Союза или законодательства государства-члена, если речь идет об общих правилах конкуренции. *Определяющим фактором* для установления компетенции Комиссии или уполномоченного органа государства-члена *является трансграничность рынка.*

О критериях разграничения компетенции в сфере конкуренции

Считаю необходимым также отметить, что в акте Суда не нашла отражение специфика юридико-экономического анализа дефиниций и критериев разграничения компетенции в сфере конкуренции в праве Союза.

Полномочия Комиссии в сфере пресечения нарушений хозяйствующими субъектами (субъектами рынка) государств-членов, а также физическими лицами и некоммерческими организациями государств-членов общих правил конкуренции, установленных статьей 76

Договора, регламентированы пунктом 7 статьи 76 Договора, пунктом 9 Протокола.

Контроль за соблюдением общих правил конкуренции возложен на Комиссию, если нарушение данных правил оказывает или может оказать *негативное влияние на конкуренцию на трансграничных рынках. Перечень полномочий Комиссии в этой сфере является открытым*: помимо полномочий, перечисленных в подпунктах 1-6 пункта 10 Протокола, Комиссии предоставлено право «осуществлять *иные* полномочия, необходимые для реализации положений раздела XVIII Договора и настоящего Протокола» (подпункт 7 пункта 10 Протокола).

Исключение составляют нарушения, оказывающие негативное влияние на конкуренцию на трансграничных *финансовых* рынках. Пресечение такого рода нарушений осуществляется в соответствии с законодательством государств-членов.

Таким образом, для уяснения компетенции Комиссии и ее отграничения от компетенции национальных органов важно раскрытие сути и содержания трансграничности.

Понятие «трансграничный рынок» введено пунктом 1 статьи 74 Договора. Пунктом 2 Критериев дано уточненное определение трансграничного рынка как *товарного рынка, географические границы которого охватывают территории двух и более государств-членов*. Определение географических границ товарного рынка осуществляется на основании пунктов 23-31 Методики оценки состояния конкуренции, утвержденной Решением Совета Евразийской экономической комиссии от 30 ноября 2013 года № 7. *Географические границы товарного рынка, таким образом, следуют за товаром, а не привязывают товар к определенной территории*.

При определении трансграничности рынка, следовательно, и разграничении компетенции между Комиссией и уполномоченными органами, в Союзе руководствуются географическими границами товарного рынка, что относится к экономическим категориям и *не зависит от трансграничности правоотношений – наличия трансграничного элемента по субъекту, объекту, локализации юридических фактов*.

Анализ положений права Союза в совокупности дает основания заключить о правовой определенности содержания критерия трансграничности рынка для целей его реализации.

О прекращении расследований неуполномоченным органом

Большая коллегия Суда указала, что Протокол содержит процессуальные гарантии, исключающие возможность проведения одновременного рассмотрения, расследования, привлечения к ответственности Комиссией и уполномоченными органами государства-члена в отношении одних и тех же нарушений. Взаимодействие Комиссии

и национальных органов в этой связи регламентировано пунктами 57-60 Протокола.

При этом в абзаце втором пункта 8.3 выводов Большая коллегия заключила: «Порядок прекращения проведения расследований в органах, не обладающих на это компетенцией, определяется разделом VI Протокола об общих принципах и правилах конкуренции (Приложение № 19)».

Однако процедурные правила, закрепленные в Протоколе, не предусматривают *порядок прекращения проведения расследований*.

Что касается действий Комиссии при установлении отсутствия оснований для реализации компетенции, то пунктом 60 Протокола установлено, что решение *о передаче* Комиссией заявления (материалов) *на рассмотрение* уполномоченному органу государства-члена принимается *на любой стадии его рассмотрения*. В пункте 11 Порядка проведения расследования нарушений общих правил конкуренции на трансграничных рынках, утвержденного Решением Совета Евразийской экономической комиссии от 23 ноября 2012 года № 98, установлено, что по результатам расследования принимается одно из определений: *о возбуждении и рассмотрении дела о нарушении общих правил конкуренции на трансграничных рынках, об отказе в возбуждении дела о нарушении общих правил конкуренции на трансграничных рынках, о передаче заявления (материалов) по подведомственности* в уполномоченные органы.

Пункты 58 и 59 Протокола предусматривают только порядок, основания приостановления и *прекращения рассмотрения заявления* (материалов).

Институт прекращения для стадии расследования, таким образом, в Протоколе не предусмотрен, поскольку в нем заложен определенный порядок, подчиненный правовой логике реализации механизмов взаимодействия Комиссии и уполномоченных органов и разграничения их компетенции.

Уполномоченные органы на стадии проведения расследования также обязаны взаимодействовать с Комиссией и исключать одновременное осуществление компетенции с ней.

Согласно пункту 15 Протокола акты, действия (бездействие) уполномоченных органов государств-членов оспариваются в судебных органах государств-членов в соответствии с процессуальным законодательством государств-членов.

Внутренний механизм работы национальных органов регулируется правом государства-члена, что указывает на отсутствие оснований для вывода Большой коллегии, сформулированного в пункте 6.2.

Таким образом, право Союза формулирует определенный алгоритм поведения всех акторов в соответствии с их компетенцией, стадиями выявления и пресечения нарушений.

В своем выводе (пункт 6.2 на странице 9) Большая коллегия распространила действие порядка приостановления и прекращения рассмотрения заявлений (материалов), установленного в пунктах 58 и 59 Протокола, на стадию расследования. Это является нарушением предписаний пункта 102 Статута Суда, поскольку создает фактически новую норму права. Такая позиция не корреспондирует с алгоритмами, заложенными в праве Союза. Кроме того, это вносит неопределенность в терминологию, используемую в Договоре, Протоколах, актах Союза. Терминология же должна быть унифицированной, так как это есть основа единообразного применения права Союза, обеспечение чего является целью деятельности Суда согласно пункту 2 Статута Суда.

О действии принципа non bis in idem в системе права Союза

Заявитель ссылаясь на применение принципа *non bis in idem* в ситуации привлечения к ответственности и национальным органом, и Комиссией.

Большая коллегия Суда указала, что и обращение к принципу *non bis in idem*, и обязанность добросовестного исполнения положений права Союза о разграничении компетенции влекут отмену решения, принятого с нарушением требований Договора о разграничении полномочий между Комиссией и национальными органами.

Разделяя данную позицию, считаю, что в судебном акте не нашло достаточного обоснования и надлежащего раскрытия содержание и основания применения принципа *non bis in idem* в системе права Союза.

В консультативном заключении верно указано, что принцип *non bis in idem* в праве Союза нашел отражение в подпункте «в» пункта 11 Методики расчёта штрафов за нарушение общих правил конкуренции на трансграничных рынках, утвержденной Решением Совета Евразийской экономической комиссии от 17 декабря 2012 года № 118, согласно которому при применении штрафных санкций за нарушение общих правил конкуренции на трансграничных рынках, соблюдается правило, в силу которого правонарушитель не может нести ответственность дважды за одно и то же нарушение.

Данное правило применимо только при применении штрафных санкций Комиссией, в связи с чем необходимо дополнительное обоснование возможности применения принципа для любых ситуаций в праве Союза, в том числе в связи с разграничением компетенции между Комиссией и национальными органами в сфере конкуренции. Оценка правовых оснований применения принципа *non bis in idem* должна исходить прежде всего из пункта 50 Статута Суда.

Указывая, что в силу подпункта 1 пункта 50 Статута Суд при осуществлении правосудия, которое включает и предоставление консультативного заключения, применяет общепризнанные принципы и нормы международного права, Суд не раскрыл, исходя из каких именно общих конституционных традиций государств – членов Союза, а также

международных договоров принята позиция, на основании каких доводов Большая коллегия пришла к выводу.

На международно-правовом уровне общепризнанным является принцип, в силу которого никто не может быть дважды привлечен к ответственности за одно и то же деяние (*non bis in idem*). Данный принцип закреплен в пункте 7 статьи 14 Международного пакта о гражданских и политических правах, участниками которого являются все государства – члены Союза, пункте 1 статьи 4 Протокола № 7 к Конвенции о защите прав человека и основных свобод 1950 года. Преамбулой Договора о Союзе предусмотрено учреждение Союза на основе безусловного соблюдения принципа верховенства конституционных прав и свобод человека и гражданина, а также с учетом приверженности общепризнанным принципам и нормам международного права.

Соблюдение принципа *non bis in idem* гарантировано конституциями государств-членов (пункт 1 статьи 68 Конституции Республики Армения, пункт 3 статьи 27 Конституции Кыргызской Республики, пункт 3 статьи 77 Конституции Республики Казахстан и пункт 1 статьи 50 Конституции Российской Федерации) и предусмотрено в их законодательстве об уголовной и административной ответственности (пункт 6 статьи 3 Уголовного кодекса Республики Беларусь, пункт 2 статьи 6 Уголовного кодекса Кыргызской Республики, пункт 2 статьи 11 Кодекса Кыргызской Республики о нарушениях, пункт 2 статьи 6 Уголовного кодекса Российской Федерации и часть 5 статьи 4.1 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях).

Исходя из общепринятого значения в национальной и международной нормативной системе, а также особенностей антимонопольного права Союза принцип *non bis in idem* применяется в случае совпадения (идентичности) по субъекту, фактам, в том числе территориальному и временным факторам, в силу чего исключается ответственность одного и того же субъекта в отношении одних и тех же фактов.

Применение данного подхода при пресечении нарушений общих правил конкуренции означает невозможность для лица одновременно быть подвергнутым ответственности за совершение одного и того же деяния решением Комиссии и решением уполномоченного органа государства-члена.

Таким образом, недостаточность аргументации принятой позиции, сформулированных выводов ограничивает правовую определенность, снижает стандарт правовой защиты и отправления правосудия, что считаю недопустимым.

Судья

В.Х. Сейтимова