



СУД ЕВРАЗИЙСКОГО ЭКОНОМИЧЕСКОГО СОЮЗА

ОСОБОЕ МНЕНИЕ
судьи Нешатаевой Т.Н.
(дело № СЕ-2-1/2-20-БК)

город Минск

10 июля 2020 года

Полностью согласна с резолютивной частью консультативного заключения Большой коллегии Суда Евразийского экономического союза (далее – Суд, Суд ЕАЭС) от 10 июля 2020 года (далее – консультативное заключение). Одновременно не могу согласиться с мотивировочной частью консультативного заключения, поскольку в ней в нарушение пункта 50 Статута Суда (приложение № 2 к Договору о Евразийском экономическом союзе от 29 марта 2014 года) исключается международно-правовой характер как вопроса, так и отсутствует международно-правовой анализ норм (в частности, пункта 2 статьи 1, статьи 2 Договора о Евразийском экономическом союзе от 29 мая 2014 года (далее – Договор, Договор о ЕАЭС)).

Нахожу данный подход не соответствующим нормам о толковании международных договоров, установленных в самом Договоре, статьях 31, 32 Венской конвенции о праве международных договоров от 23 мая 1969 года (далее – Венская конвенция), поскольку национальное право может быть использовано для толкования норм международного права как часть контекста, в котором действует соответствующая норма международного права (подпункт b пункта 2 статьи 31 Венской конвенции).

Полагаю необходимым дополнить правовое обоснование выводов Суда, изложенных в консультативном заключении, и в соответствии с пунктом 1 статьи 79 Регламента Суда Евразийского экономического союза, утвержденного Решением Высшего Евразийского экономического совета от 23 декабря 2014 года № 101, заявляю особое мнение.

1. Договор о ЕАЭС является сложным с точки зрения юридической техники: основополагающую роль в нем выполняют принципы (например, свободы движения товаров, услуг, капитала, рабочей силы, согласно пункту 1 статьи 1 Договора), которым подчиняются все остальные разделы, нормы, затем раскрываемые в специальных нормах протоколов к Договору.

Применительно к настоящему делу содержание указанных принципов раскрывается в нормах Договора: о единой, согласованной, скоординированной политиках в Евразийском экономическом союзе (далее – Союз, ЕАЭС) (статьи 1, 2 Договора), согласованной макроэкономической политике (статья 62 Договора), торговли услугами, учреждении, деятельности и осуществления инвестиций (статьи 65-69 Договора), регулировании финансовых рынков (статья 70 Договора); а также раскрываются в специальных нормах Протокола о торговле услугами, учреждении, деятельности и осуществлении инвестиций (приложение № 16 к Договору; далее – Приложение № 16), Протокола по финансовым услугам (приложение № 17 к Договору; далее – Приложение № 17).

Договор не содержит определения понятия «лизинг», однако использует данное понятие для регулирования различных общественных отношений: как совместную меру по развитию экспорта (статья 41 Договора), как один из видов финансовых услуг (подпункт 2в) пункта 3 Приложения № 17)), в связи с особенностями применения налоговых ставок НДС (пункт 4 Протокола о порядке взимания косвенных налогов и механизме контроля за их уплатой при экспорте и импорте товаров, выполнении работ, оказании услуг (приложение № 18 к Договору)) и иное.

Учитывая, что преамбула Договора устанавливает, что данный международный договор заключен на основе приверженности целям и принципам Устава Организации Объединенных Наций, а также другим общепризнанным принципам и нормам международного права, принимая во внимание нормы, правила и принципы Всемирной торговой организации (далее – ВТО), Суду следует установить, как эти понятия определяются в нормах общего международного права и права ВТО.

Следовательно, исходя из того, что Договор не определяет понятия «лизинг», «финансовый лизинг», «оперативный лизинг», «возвратный лизинг», Суду следовало разъяснить указанные экономические понятия в их юридическом смысле, руководствуясь пунктом 1 статьи 31 Венской конвенции, согласно которому договор должен толковаться добросовестно в соответствии с обычным значением, которое следует придать терминам договора в их контексте, а также в свете объекта и целей договора.

Обычное значение понятия «лизинг», «финансовый лизинг» установлено в источниках международного права – Конвенции УНИДРУА о международном финансовом лизинге от 28 мая 1988 года, Конвенции Содружества Независимых Государств о межгосударственном лизинге от 25 ноября 1998 года, Кейптаунской конвенции о международных гарантиях в отношении подвижного оборудования от 16 ноября 2001 года.

В силу пункта 2 статьи 1 Конвенции УНИДРУА о международном финансовом лизинге от 28 мая 1988 года сделка финансового лизинга – это сделка, включающая следующие характеристики:

а) арендатор определяет оборудование и выбирает поставщика, не полагаясь в первую очередь на опыт и суждение арендодателя;

б) оборудование приобретается арендодателем в связи с договором лизинга, который, и поставщик осведомлен об этом, заключен или должен быть заключен между арендодателем и арендатором; и

в) периодические платежи, подлежащие выплате по договору лизинга, рассчитываются, в частности, с учетом амортизации всей или существенной части стоимости оборудования.

Применительно к настоящему делу ключевым вопросом является то, на чьи средства (собственные или заемные) происходит приобретение оборудования.

Согласно статье 1 Конвенции Содружества Независимых Государств о межгосударственном лизинге от 25 ноября 1998 года под финансовой арендой (лизингом) понимается вид инвестиционно-предпринимательской деятельности, связанной с приобретением имущества и передачей его в пользование по договору государству в лице его уполномоченных органов, физическому или юридическому лицу на определенный срок в целях получения прибыли (дохода) или достижения социального эффекта с учетом амортизации предмета лизинга при участии лизингодателя, поставщика, лизингополучателя и других участников лизингового проекта.

Кроме того, Кейптаунская конвенция о международных гарантиях в отношении подвижного оборудования от 16 ноября 2001 года устанавливает, что лизинговые правоотношения не ограничиваются исключительно сдачей оборудования в аренду, но также включают в себя комплексные вопросы финансирования данного вида сделок.

Таким образом, конвенционное регулирование предполагает, что в рамках лизинговых правоотношений арендодателем с использованием заемных средств приобретается имущество (оборудование) по указанию арендатора для его пользования. Арендатор при этом осуществляет периодические платежи в течение действия договора лизинга как за

пользование чужими денежными средствами, так и за пользование арендованным имуществом.

Следовательно, сделка, оформляемая в виде договора финансового лизинга, предполагает, что в ней реализуются две группы правоотношений, связанные, во-первых, с привлечением заемных средств, а затем с приобретением и передачей в пользование вещей за плату (правоотношений займа, купли-продажи и аренды), во-вторых, с выплатой лизингополучателем платы за пользование денежными средствами лизингодателя, выражаемой в процентах годовых на размер финансирования (финансовые правоотношения).

2. Учитывая, что лизингом считаются лишь отношения, первоначально связанные с заемными (кредитными) средствами, полагаю, что передача в наем оборудования за плату относится к классическим арендным отношениям, и в отсутствие отношений займа (кредита) эти отношения не могут считаться лизингом.

Данный вывод также подтверждается подходами высших судов Российской Федерации, которые рассматривают договор лизинга в качестве смешанного договора, содержащего в себе элементы договора аренды и купли-продажи (Определение Верховного Суда Российской Федерации от 14 октября 2014 года по делу № А56-70987/2012; Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 12 июля 2011 года по делу № А28-732/2010-31/18), а также констатируют, что в ходе лизинговых правоотношений имеется особенность – получение лизингодателем платы за финансирование в процентах годовых на размер финансирования (пункт 3.5 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 14 марта 2014 года № 17 «Об отдельных вопросах, связанных с договором выкупного лизинга»).

Из этого следует, что лизинговые правоотношения образуют сложный юридический состав, фактически опосредованный четырьмя гражданско-правовыми договорами:

- 1) займа (при привлечении заемных средств и получении лизингодателем платы за финансирование сделки);
- 2) купли-продажи (приобретение лизингодателем предмета лизинга);
- 3) аренды (сдача в пользование лизингополучателю за плату);
- 4) купли-продажи (в случае выкупа лизингополучателем у лизингодателя предмета лизинга)

Иными словами, лизинговые правоотношения распадаются на финансовое обязательство (заем, кредит – долговое финансовое обязательство) и имущественное гражданско-правовое обязательство (купля-продажа, аренда).

Исходя из этого, обычное значение понятий «лизинг», «финансовый лизинг» предполагает, что данные правоотношения подразумевают сложный юридический состав, в основе которого лежат, во-первых, финансовое обязательство, связанное с финансированием приобретения предмета лизинга, а также получения лизингодателем процента за пользование денежными средствами, во-вторых – обязательства, связанные с куплей-продажей и арендой вещи, Большой коллегии Суда следовало определить, какие принципы и нормы Договора и Протоколов к Договору применяются к регулированию правоотношений, связанных с лизингом.

В связи с тем, что приобретение оборудования возможно лишь при привлечении заемного капитала, а затем – его инвестирования в товар, лизинговые правоотношения предполагают реализацию трех принципов Договора – свободы движения капитала (в ходе приобретения, а затем – платы за оборудование, перечисления лизинговых платежей за пользование предметом лизинга, уплаты процента за пользование денежными средствами), свободы движения услуг (инвестирование) и товаров (при приобретении предмета лизинга и сдаче его в аренду лизингодателем).

Комплексный характер лизинговых правоотношений также предполагает, что, с одной стороны, к ним применяются специальные правила публичного (финансового, административного) права (при регулировании статуса лизинговых компаний как специального субъекта, особенностей отчетности, налогообложения, уплаты таможенных пошлин), с другой стороны – частного (гражданского) права (которое регулирует вопросы инвестирования, купли-продажи, сдачи товара в аренду). В национальных правовых системах это нормы различных отраслей права, что предполагает конкуренцию данных норм между собой.

Применительно к настоящему делу Суду следовало определить объем прав государств по регулированию финансовых (лизинговых) услуг как части свободы движения капитала, то есть определить пределы установления норм публичного права, регулирующих деятельность лизинговых компаний, не затрагивая аспект свободы движения товаров (то есть предмета лизинга) и гражданско-правовой квалификации прав и обязанностей участников лизинговых правоотношений, поскольку вопросы частного права не являются ключевыми в настоящем деле.

Как отмечал Суд в консультативном заключении от 4 апреля 2017 года, статья 1 Договора устанавливает, что в Союзе реализуется скоординированная, согласованная и единая политика, которые предусматривают различную степень единообразия правового регулирования.

В статье 2 Договора «единая политика» определяется как политика, осуществляемая государствами-членами в определенных ими сферах, предусмотренных Договором, предполагающая применение государствами-членами унифицированного правового регулирования, в том числе на основе решений органов Союза в рамках их полномочий.

«Согласованная политика» означает политику, осуществляемую государствами-членами в различных сферах, предполагающую гармонизацию правового регулирования, в том числе на основе решений органов Союза, в такой степени, которая необходима для достижения целей Союза, предусмотренных Договором.

«Скоординированная политика» – это политика, предполагающая осуществление сотрудничества государств-членов на основе общих подходов, одобренных в рамках органов Союза, необходимых для достижения целей Союза, предусмотренных Договором.

В силу правовой позиции Суда, выраженной в консультативном заключении от 4 апреля 2017 года, статья 2 Договора предусматривает, то для отнесения определенной сферы к единой политике необходимо соответствие следующим условиям: 1) наличие унифицированного правового регулирования; 2) передача государствами-членами компетенции в данной сфере органам Союза в рамках их наднациональных полномочий.

Следовательно, в Союзе в рамках единой политики правовое регулирование является унифицированным, его принятие осуществляет общий орган, как правило, Евразийская экономическая комиссия (далее – ЕЭК, Комиссия), на государства возлагается обязанность по выполнению решений данного органа. В рамках согласованной и скоординированной политик происходит гармонизация правового регулирования государств – членов Союза, сотрудничество между государствами на основе принципов и норм Договора, что предполагает постепенное снятие барьеров во взаимной торговле, сформировавшихся вследствие различий в законодательстве государств – членов Союза.

Пункт 1 статьи 70 Договора предусматривает, что государства-члены в рамках Союза осуществляют согласованное регулирование финансовых рынков.

Одновременно пункт 3 статьи 70 Договора предусматривает, что государства-члены в соответствии с международным договором в рамках Союза и с учетом Приложения № 17 и статьи 103 Договора осуществляют гармонизацию своего законодательства в сфере финансового рынка.

При этом Приложение № 17 по финансовым услугам напрямую не предусматривает каких-либо прав и обязанностей Комиссии по регулированию финансовых услуг, но устанавливает права и обязанности

государств – членов Союза в данной сфере. Как следствие, Суду следовало исходить из того, что в настоящее время финансовые услуги не составляют часть единой политики Союза и входят в согласованную политику Союза.

Следовательно, при регулировании оказания финансовых услуг государства – члены Союза обязаны соблюдать принципы и нормы Договора, но вправе самостоятельно определять содержание норм национального законодательства, регулирующих оказание финансовых услуг.

3. Исходя из содержания запроса Российской Федерации, Большой коллегии Суда следовало определиться в вопросе о приоритете в применении приложений к Договору (протоколов), регулирующих оказание лизинговых услуг.

Право Союза содержит общие и специальные нормы, которые регулируют свободу движения услуг. Так, общие нормы установлены в Приложении № 16. Одновременно применительно к финансовым услугам принято специальное Приложение № 17, которое применяется к мерам государств-членов, затрагивающим торговлю финансовыми услугами, а также учреждение и (или) деятельность поставщиков финансовых услуг.

Приложение № 16 не содержит каких-либо норм, конкретизирующих особенности реализации свободы движения лизинговых услуг. Лизинг в Приложении № 16 упоминается исключительно в приложении № 2 к Приложению № 16, согласно которому устанавливаются особенности реализации соглашений о разделе продукции.

Пунктом 7 Приложения № 16 предусмотрено, что для целей настоящего Протокола сектора услуг определяются и классифицируются на основе Международного классификатора основных продуктов, утвержденного Статистической комиссией Секретариата Организации Объединенных Наций (Central Products Classification).

Таким образом, право Союза исходит из того, что классификация секторов услуг в Союзе осуществляется на основе универсального регулирования, установленного Организацией Объединенных Наций.

Следовательно, для установления применимости Приложения № 16 к торговле определенными видами услуг следует обращаться к регулированию, установленному на универсальном уровне Организацией Объединенных Наций.

Применительно к финансовому лизингу Международный классификатор основных продуктов, утвержденный Статистической комиссией Секретариата Организации Объединенных Наций, указывает,

что финансовый лизинг включен в секцию 7 «финансовые и относящиеся к ним услуги...» (Section 7. Financial and related services...).

Одновременно подпунктом в) пункта 2 Приложения № 17 установлено, что финансовый лизинг входит в перечень финансовых услуг.

Следовательно, исходя из взаимосвязанного прочтения пункта 7 Приложения № 16, универсального регулирования Организации Объединенных Наций, подпункта в) пункта 2 Приложения № 17, лизинг в юридическом смысле является финансовой услугой. Соответственно, применительно к лизинговым правоотношениям приоритетом обладает Приложение № 17, раскрывающее принцип свободы движения капитала.

4. Согласно пункту 3 Приложения № 17 к финансовым услугам относятся услуги финансового характера, включающие в себя страховые и банковские услуги, к которым относится, среди прочего, финансовый лизинг.

Следовательно, с точки зрения Приложения № 17 понятие «финансовая услуга» является широким (родовым), а «банковская услуга» является одним из видов возможных финансовых услуг (видовым).

При этом практика государств – членов Союза показывает, что банковские услуги могут предоставляться небанковскими организациями (например, расчетной небанковской кредитной организацией, платежной небанковской кредитной организацией, кредитно-депозитной небанковской кредитной организацией, микрофинансовой компанией, микрокредитной компанией и прочими). Услуга финансового лизинга предоставляется как банками, так и небанковскими организациями – лизинговыми компаниями.

Таким образом, в логику Приложения № 17 положен сущностный критерий (содержательный). Иное толкование может повлечь исключение из-под действия данного акта организаций, оказывающих банковские услуги, но не являющихся банками, и приведет к пробельному правовому регулированию в Союзе.

В этой связи также следует учесть опыт регулирования лизинговых правоотношений на универсальном уровне.

С точки зрения универсального регулирования ВТО «финансовой услугой» является любая услуга финансового характера, предлагаемая поставщиком финансовых услуг государства-члена (подпункт (vii) пункта 5 Приложения по финансовым услугам к Генеральному соглашению по торговле услугами от 14 апреля 1995 года (далее – Приложение по финансовым услугам к ГАТС). С точки зрения данного Приложения финансовый лизинг составляет один из видов финансовых услуг.

Следует также отметить, что другие международные договоры Российской Федерации включают финансовый лизинг в финансовые услуги. Например, согласно Приложению № 6 к Соглашению о партнерстве и сотрудничестве, учреждающему партнерство между Российской Федерацией, с одной стороны, и Европейскими сообществами и их государствами-членами, с другой стороны, от 24 июня 1994 года, под финансовой услугой понимается любая услуга финансового характера, предоставляемая поставщиком финансовых услуг одной из Сторон. В частности, согласно данному документу к финансовым услугам относятся страхование, услуги по осуществлению платежей, предоставление финансовых данных и финансовый лизинг.

Важно также учитывать, что высшие суды Российской Федерации полагают, что финансовый лизинг является финансовой услугой (Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 20 июля 2011 года № 20-П; Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 4 февраля 2014 года № 222-О; Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 12 июля 2011 года по делу № А28-732/2010-31/18). Законодательство Российской Федерации исходит из того, что лизинг является финансовой услугой (пункт 2 статьи 4 Федерального закона от 26 июля 2006 года № 135-ФЗ «О защите конкуренции»).

Таким образом, право Союза с учетом универсального, двустороннего и национального регулирования предполагает, что финансовый лизинг является финансовой услугой, следовательно, к данной услуге применяются нормы Приложения № 17. В основе финансовой услуги лежит движение денежных средств: в виде кредитного или долгового обязательства, предполагающего уплату процентов за пользование чужими денежными средствами. Следовательно, к данным правоотношениям применяется принцип свободы движения капитала. Однако данная свобода согласно современному правовому регулированию всегда сопровождается надзорными регулирующими мерами.

5. Контроль за движением денежных средств в международном праве уделяется особое внимание, он продиктован необходимостью борьбы с терроризмом (Международная конвенция о борьбе с финансированием терроризма от 9 декабря 1999 года), коррупцией (Конвенция ООН против коррупции от 31 октября 2003 года), организованной преступностью (Конвенция ООН против транснациональной организованной преступностью от 15 ноября 2000 года) и иными правонарушениями.

В сфере лизинговых услуг в аспекте финансовых обязательств также существуют правонарушения (например, через использование

«возвратного лизинга», «фирм-однодневок» в качестве лизингополучателей, завышение стоимости лизингового оборудования, приобретение одного и того же оборудования в лизинг несколько раз, оформление лизинга на подставных лиц и иное). Данные правонарушения могут становиться предметом оценки правоохранительными органами на предмет соответствия уголовному (административному) законодательству.

Одновременно указанные действия могут негативно сказываться на правах неопределенного круга лиц и стабильности финансовой системы.

Для гарантирования стабильности финансовой системы государства выработали специализированный режим – пруденциальный надзор, осуществляемый специализированными органами пруденциального надзора (в их числе может быть центральный банк). Он предполагает наблюдение за банками и небанковскими организациями, оказывающими различные финансовые услуги, применение предупредительных и принудительных мер воздействия к кредитным организациям-нарушителям, установление минимального размера риска для заемщика, нормативов достаточности собственных средств (капитала), отчетности и иных требований.

Государство, осуществляя пруденциальный надзор, реализует свое позитивное обязательство по поддержанию макроэкономической стабильности, превентивно не допуская возможности нанесения финансового ущерба третьим лицам.

Следует отметить, что в настоящее время государства вводят пруденциальный надзор в отношении лизинговых компаний. Так, органы пруденциального надзора устанавливают стандарты для лизинговых компаний (например, в Бельгии), одновременно центральные банки государств самостоятельно вводят подобные стандарты (например, Центральный банк Китайской Народной Республики, Республики Сербия, Национальный банк Пакистана), а также с одобрения Европейского центрального банка (например, позиция Европейского центрального банка по вопросу пруденциального надзора в отношении лизинговых компаний в Республике Кипр от 19 октября 2015 года (CON/2015/37)).

В отсутствие универсального подхода государства имеют дискрецию по введению каких-либо мер (см. дело Постоянной палаты международного правосудия по делу «Лотус» 1927 года – *S.S. Lotus (France v. Turkey)*, 1927 P.C.I.J. (ser. A) No. 10 (Sept. 7). В настоящее время такие меры включают, среди прочего, пруденциальное регулирование в отношении лизинговых компаний.

Право Союза и право ВТО предусматривают полномочия государств на введение пруденциального надзора. Пунктом 19

Приложения № 17 устанавливается следующий подход: ничто в настоящем Протоколе не препятствует государству-члену принимать пруденциальные меры, включая защиту интересов инвесторов, вкладчиков, страхователей, выгодоприобретателей и лиц, перед которыми поставщик услуг несет фидуциарную ответственность, или меры для обеспечения целостности и стабильности финансовой системы. Аналогичная норма содержится в подпункте (а) пункта 2 Приложения по финансовым услугам к ГАТС.

В соответствии с этим в Союзе пруденциальное регулирование лизинговых компаний уже установлено в Республике Беларусь (письмо Министерство юстиции Республики Беларусь от 06 марта 2010 года № 07-16/255). В Республике Армения лизинговые услуги оказывают банки и кредитные организации, деятельность которых является лицензируемой, надзор за их деятельностью осуществляет Центральный банк Республики Армения.

Следовательно, государства – члены Союза не считают, что Договор содержит запрет на пруденциальное регулирование деятельности лизинговых компаний. Как было выяснено в ходе судебного заседания 7 июля 2020 года, ЕЭК против введенных мер не возражает.

Пруденциальное регулирование (надзор) не может рассматриваться в качестве мер дискриминационного характера не только согласно праву Союза. Международное право, в частности, право ВТО, под дискриминационной мерой понимает такую меру, которая создает неравные условия хозяйствования для субъектов из разных государств, предоставляя преференциальное регулирование для национальных компаний или компаний какой-либо другой страны (статья II ГАТС).

Общепринятые правила регулирования движения капитала, в том числе по установлению требований к минимальному размеру собственных средств (капитала), финансовых нормативов и отчетности, единый налоговый режим не являются дискриминационными мерами, ибо не предполагают создания различных стандартов для лизингодателей из разных юрисдикций. Общий стандарт создается для всех компаний, оказывающих лизинговые услуги. Более того, установление минимального размера собственных средств (капитала) является не дискриминационной, а защитной мерой, создающей гарантию как для финансового рынка, так и защиты неопределенного круга лиц (потребителей этих услуг) от недобросовестных действий финансово несостоятельных фирм, быстро появляющихся и исчезающих на этом рынке (фирм-однодневок); в то же время установление финансовой отчетности создает гарантию прозрачности, транспарентности данного сектора рыночных услуг.

6. Отмечаю, что налогообложение прямыми налогами (налогом на прибыль и налогом на имущество организаций) не относится к сфере пруденциального регулирования (надзора) исходя из его целевой направленности.

Основываясь на позиции, изложенной в консультативном заключении Суда от 7 декабря 2018 года, подчеркну, что осуществление государствами-членами своих полномочий в области прямого налогообложения должно согласовываться с положениями Договора и, в частности, с обязательствами, взятыми в области торговли услугами.

В этой связи считаю, что введение любых мер, изменяющих положение хозяйствующих субъектов в части прямого налогообложения их деятельности по оказанию или получению услуг, должно производиться таким образом, чтобы не нарушать взятые на себя государствами-членами обязательства о недискриминационном характере таких мер.

Судья

Т.Н. Нешатаева