



СУД ЕВРАЗИЙСКОГО ЭКОНОМИЧЕСКОГО СОЮЗА

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

город Минск

26 ноября 2021 года

Большой коллегией Суда Евразийского экономического союза 23 ноября 2021 года предоставлено консультативное заключение по заявлению Евразийской экономической комиссии о разъяснении положений статьи 92 Договора о Евразийском экономическом союзе от 29 мая 2014 г. (далее – Комиссия, заявление о разъяснении, Договор).

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 Евразийского экономического союза (далее – Суд) или его отдельными положениями заявить особое мнение при вынесении решения Суда (пункт 1 статьи 79 Регламента Суда).

Полагаю, что предоставленные в консультативном заключении Большой коллегии Суда по делу № СЕ-2-2/1-21-БК (далее – Консультативное заключение) ответы на вопросы, поставленные Комиссией в заявлении о разъяснении, не в полной мере согласуются с нормами Договора и решениями органов Евразийского экономического союза (далее – Союз), а их аргументация создает предпосылки для правовой неопределенности в понимании отдельных институтов права Союза.

В этой связи, пользуясь предоставленным мне правом, заявляю особое мнение.

Комиссия просила Суд разъяснить:

1) распространяется ли действие принципа недискриминации, закрепленного в подпункте 4 пункта 2 статьи 92 Договора, на всю сферу промышленного сотрудничества в рамках Союза, в том числе на предоставление промышленных субсидий, или только на отношения в рамках реализации основных направлений промышленного

сотрудничества, утверждаемых Евразийским межправительственным советом;

2) предусматривает ли принцип недискриминации, закрепленный в подпункте 4 пункта 2 статьи 92 Договора, наличие обязательства у государств-членов обеспечивать не менее благоприятные условия промышленным товарам, происходящим из государств-членов, по сравнению с товарами, происходящими из третьих стран, при ведении промышленной политики в рамках Союза?

1. На первый вопрос Комиссии Большая коллегия Суда ответила, что «действие принципа недискриминации, закрепленного в подпункте 4 пункта 2 статьи 92 Договора, распространяется на всю сферу промышленного сотрудничества в рамках Союза. Промышленные субсидии являются самостоятельной сферой правового регулирования, предусмотренной статьей 93 Договора».

Анализ содержания указанного вывода позволяет заключить, что, с одной стороны, принцип недискриминации, закрепленный в подпункте 4 пункта 2 статьи 92 Договора, распространяется на всю сферу промышленного сотрудничества в рамках Союза, в том числе, с учетом содержания первого вопроса Комиссии, на предоставление промышленных субсидий. В то же время промышленные субсидии признаны Большой коллегией Суда самостоятельной сферой правового регулирования. Полагаю, что совместное использование двух данных утверждений лишает их правового смысла, а их сопоставление создает логическую ошибку. Как следствие, осталась неустраненной правовая неопределенность в отношении пределов действия принципа недискриминации, закрепленного в подпункте 4 пункта 2 статьи 92 Договора как принципа промышленной политики в рамках Союза, – распространяется ли он только на данную сферу либо также и на национальные промышленные политики и связанные с ними вопросы промышленных субсидий.

Содержащаяся в Консультативном заключении аргументация выводов по данному вопросу носит фрагментарный и незавершенный характер. В этой связи полагаю необходимым проанализировать нормы права Союза в их системной взаимосвязи, а также поступившие в Суд от Комиссии материалы, после чего определить осуществляемые в Союзе политики по конкретным направлениям деятельности в сфере промышленности (единая, скоординированная, согласованная). Соблюдение приведенной последовательности позволяет сделать выводы, не имеющие внутренних противоречий и согласующиеся с правом Союза.

Как следует из буквального толкования статьи 92 Договора, право Союза различает два вида промышленных политик – национальная промышленная политика каждого из государств – членов Союза и промышленная политика в рамках Союза.

1.1 Для национальной промышленной политики, исходя из абзаца первого пункта 1 статьи 92 Договора, характерны:

- 1) ее разработка, формирование и реализация каждым из государств-членов с учетом национальных приоритетов;
- 2) содержательное включение в нее принятия национальных программ развития промышленности и иных мер промышленной политики;
- 3) самостоятельное определение государствами-членами способов, форм и направлений предоставления промышленных субсидий, которые не должны противоречить статье 93 Договора и Протоколу о единых правилах предоставления промышленных субсидий, являющемуся приложением № 28 к Договору (далее – Протокол № 28).

Статьей 32 Венской конвенции о праве международных договоров от 23 мая 1969 г. устанавливается возможность обращения к дополнительным средствам толкования, в том числе к подготовительным материалам и обстоятельствам заключения международного договора, с целью подтверждения значения его положений, вытекающего из применения общего правила толкования.

В этой связи следует учитывать, что еще на этапе разработки проекта статьи 92 Договора было достигнуто соглашение о сохранении национальной компетенции государств-членов в отношении национальных промышленных политик, а также о координации национальных промышленных политик государств-членов по определенным направлениям (подпункт 1.2.3 протокола видеоконференции членов Совета Комиссии и Члена Коллегии (Министра) по промышленности и агропромышленному комплексу Комиссии по обсуждению проекта Договора и предварительного списка изъятий и иных ограничений, в том числе барьеров, взаимного доступа субъектов предпринимательской деятельности на рынок государств – членов Таможенного союза и Единого экономического пространства, в части промышленности и агропромышленного комплекса от 5 сентября 2013 г.).

Целью национальной промышленной политики является развитие конкретного государства-члена. Основу экономической логики развития любого из государств-членов составляют национальные интересы, тогда как в основе экономической модели Союза лежат интеграционные

цели с учетом национальных интересов государств-членов для построения общего (единого) рынка, обеспечивающего свободу перемещения товаров, услуг, капитала и рабочей силы.

При реализации национальных промышленных политик государства-члены обязуются соблюдать нормы статьи 93 Договора и Протокола № 28, сфера применения которых:

1) включает принятие мер национальной промышленной политики государств-членов согласно указанным нормам (абзац первый пункта 1 статьи 92 Договора);

2) содержит взаимные обязательства государств-членов в связи с предоставлением субсидий в отношении субсидируемых товаров по единым для всех государств-членов правилам, которые не распространяются на правоотношения государств-членов с третьими странами (пункт 2 статьи 93 Договора);

3) ограничена субсидируемыми промышленными товарами, производимыми производителями субсидирующего государства-члена. Данный вывод основывается на содержании терминов «получатель субсидии» (производитель промышленного товара, являющийся выгодоприобретателем от субсидии), «производители субсидируемого товара» (производители субсидируемого товара государства-члена, предоставившего специфическую субсидию) и «субсидируемый товар» (промышленный товар, при производстве, транспортировке, хранении или вывозе которого с территории субсидирующего государства-члена использовалась специфическая субсидия) (пункт 2 Протокола № 28).

В Протоколе № 28 раскрывается содержание специфических, запрещенных и допустимых субсидий для промышленных товаров.

Для специфических субсидий предусмотрены:

1) согласование с Комиссией предоставления государством-членом специфической субсидии (абзац первый пункта 6 Протокола № 28), наличие которого исключает применение компенсирующих мер;

2) инициирование государством-членом проведения Комиссией разбирательства, если имеются основания полагать, что предоставление специфической субсидии другим государством-членом может нанести ущерб отрасли национальной экономики. Если по итогам разбирательства подтверждается наличие ущерба отрасли национальной экономики, Комиссия принимает решение о том, что государство-член, предоставляющее такую специфическую субсидию, обязано устранить условия, приводящие к ущербу, если вовлеченные в разбирательство государства-члены не договорились об ином в течение срока, установленного в предусмотренном пунктом 7 Протокола № 28 международном договоре в рамках Союза. Комиссия устанавливает

разумный срок для исполнения такого решения, а при его неисполнении другие государства-члены могут обратиться в Суд (пункт 6 Протокола № 28). Также возможно применение компенсирующих мер (пункт 87 Протокола № 28).

В развитие приведенных полномочий Комиссии и государств-членов 26 мая 2017 г. государствами – членами Союза заключено Соглашение о порядке добровольного согласования государствами – членами Евразийского экономического союза с Евразийской экономической комиссией специфических субсидий в отношении промышленных товаров и проведения Евразийской экономической комиссией разбирательств, связанных с предоставлением государствами – членами Евразийского экономического союза специфических субсидий.

В статье 93 Договора и Протоколе № 28 содержатся единые для всех государств-членов подходы и правила в отношении запрещенных промышленных субсидий, предоставление которых не допускается и не может быть согласовано Комиссией, механизмы консультаций об их отмене, разрешения разногласий, споров и введения компенсирующих мер.

Следуя позиции Большой коллегии Суда, сформированной в консультативном заключении по заявлению Министерства юстиции Республики Беларусь от 4 апреля 2017 г., 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.

Для специфических и запрещенных промышленных субсидий оба приведенные условия выполняются.

Изложенное дает основания сделать вывод о том, что в праве Союза регламентация порядка предоставления государствами-членами специфических субсидий, а также запрет на предоставление запрещенных субсидий отнесены к единой политике.

В Консультативном заключении Большой коллегией Суда указаны лишь правила и условия предоставления двух указанных видов субсидий, однако окончательный вывод о виде реализуемой в Союзе в их отношении политики отсутствует.

Данное обстоятельство является принципиальным для понимания сути правового регулирования сферы промышленных субсидий, которая автономна по отношению к промышленной политике в рамках Союза, строящейся по отличным от нее принципам.

Единая политика, реализуемая для промышленных субсидий, *a priori* создает условия для унифицированного правового регулирования

отношений в данной сфере сообразно целям и принципам функционирования Союза и в интересах всех государств-членов, что исключает саму возможность дисбаланса в отношении промышленных товаров производителей государств-членов, поскольку нормы статьи 93 Договора и Протокола № 28 подразумевают равный и единообразный для всех государств – членов Союза подход к порядку предоставления промышленных субсидий, согласования специфических субсидий и проведения разбирательств.

Большая коллегия Суда, приводя особенности для специфических и запрещенных субсидий, не указала о наличии в праве Союза еще одного вида субсидий – допустимых, нормы и правила в отношении которых также содержатся в Протоколе № 28.

В частности, Протокол № 28 предусматривает возможность предоставления допустимых субсидий государствами-членами без ограничений (в отношении таких субсидий не действуют положения, касающиеся применения компенсирующих и ответных мер или запрета на предоставление субсидий). Неотъемлемым условием предоставления допустимых субсидий является отсутствие искажения взаимной торговли государств-членов (пункт 19 Протокола № 28).

Таким образом, для допустимых субсидий прослеживается гармонизация правового регулирования, когда сходное (сопоставимое) нормативное правовое регулирование строится на их предоставлении в отсутствие признаков, характерных для запрещенных субсидий, а в некоторых случаях и специфических субсидий. Наличие данных характерных признаков позволяет сделать вывод о реализации в Союзе в отношении допустимых субсидий согласованной политики.

Соответственно приведенным двум видам политик в Союзе (согласованной для допустимых субсидий и единой для специфических и запрещенных субсидий) в круг полномочий Комиссии в рамках реализации положений статьи 93 Договора входит содействие в организации консультаций государств-членов по вопросам гармонизации и унификации национального законодательства в сфере предоставления субсидий (подпункт 2 пункта 6 статьи 93 Договора).

1.2 Для промышленной политики в рамках Союза установлены следующие особенности.

Во-первых, она формируется государствами-членами по основным направлениям промышленного сотрудничества, утверждаемым Евразийским межправительственным советом (абзац второй пункта 1 статьи 92 Договора). С момента образования Союза основные направления промышленного сотрудничества в рамках Союза (далее – Основные направления) утверждались дважды: Решением Евразийского межправительственного совета от 8 сентября 2015 г. № 9 «Об Основных

направлениях промышленного сотрудничества в рамках Евразийского экономического союза» на срок с 2015 по 2020 годы, Решением Евразийского межправительственного совета от 30 апреля 2021 г. № 5 «Об Основных направлениях промышленного сотрудничества в рамках Евразийского экономического союза до 2025 года» (далее – Решение № 5) на срок с 2021 по 2025 годы.

Как следует из подготовительных материалов, для целей разработки Основных направлений использовались Методические рекомендации (направлены 26 января 2015 г. в адрес глав правительств государств-членов), подпунктом 2.2 пункта 2 которых установлено, что разрабатываемые Основные направления не затрагивают вопросы разработки, формирования и реализации национальных промышленных политик, включая предоставление промышленных субсидий, которые входят в национальную компетенцию в соответствии с абзацем первым пункта 1 статьи 92 Договора.

Тем самым разграничивались меры, принимаемые на национальном уровне государствами-членами, и меры, принимаемые при проведении промышленной политики в рамках Союза.

Во-вторых, промышленная политика в рамках Союза осуществляется государствами-членами при консультативной поддержке и координации Комиссии. Для этой цели Комиссия наделена полномочиями, которые закреплены в пункте 2 Протокола о промышленном сотрудничестве, являющегося приложением № 27 к Договору (далее – Протокол № 27).

Как следствие, субъектами промышленной политики в рамках Союза выступают государства-члены.

В-третьих, пункт 2 статьи 92 Договора закрепляет принципы промышленной политики в рамках Союза, включая принцип недискриминации.

В-четвертых, в Договоре определены цели промышленной политики в рамках Союза.

Из подготовительных материалов, связанных с разработкой проектов статей 92 и 93 Договора, следует, что заложенные в статье 92 Договора цели и принципы были предназначены исключительно для координации национальных промышленных политик (письма Комиссии в адрес правительств государств-членов от 24 июня 2013 г. № ТВ-1245/03, к которым приложен проект раздела XIX «Промышленность» в составе статей 95 и 96; протоколы видеоконференции подгруппы по вопросам промышленности Рабочей группы по кодификации международных договоров, составляющих договорно-правовую базу Таможенного союза и Единого

экономического пространства от 3 сентября 2013 г. № 11-365, от 20 сентября 2013 г. № 11-409).

В-пятых, пунктами 4 и 5 статьи 92 Договора предусмотрены меры, принимаемые государствами-членами для достижения целей осуществления промышленной политики в рамках Союза.

Промышленное сотрудничество в рамках Союза включает ряд инструментов (пункт 9 статьи 92 Договора), перечень которых не является исчерпывающим и детализируется в Основных направлениях. Также Основные направления содержат чувствительные товары и приоритетные виды экономической деятельности для промышленного сотрудничества, то есть виды деятельности, определенные всеми государствами-членами в качестве приоритетов для реализации основных направлений промышленного сотрудничества (пункт 1 Протокола № 27).

Для чувствительных товаров, то есть товаров с высоким уровнем конкуренции между производителями различных государств-членов (раздел II Основных направлений промышленного сотрудничества в рамках Союза до 2025 года, утвержденных Решением № 5), установлены следующие правила:

- 1) они приоритетны для промышленного сотрудничества;
- 2) в отношении них государства-члены обеспечивают предварительное взаимное информирование о планируемых направлениях реализации национальной промышленной политики, а перед принятием мер промышленной политики проводят консультации для взаимного учета позиций;

- 3) в отношении отдельных чувствительных товаров легкой промышленности Коллегией Комиссии рекомендовано Правительствам государств – членов Союза обеспечить равные условия доступа хозяйствующих субъектов государств – членов Союза, осуществляющих деятельность в сфере производства и реализации продукции легкой промышленности, к участию в государственных (муниципальных) закупках чувствительных товаров легкой промышленности по перечню согласно приложению к Рекомендации Коллегии Комиссии от 24 апреля 2017 г. № 10 «Об обеспечении равных условий доступа хозяйствующих субъектов государств – членов Евразийского экономического союза, осуществляющих деятельность в сфере производства и реализации продукции легкой промышленности, к участию в государственных (муниципальных) закупках». Равные условия допуска отдельных чувствительных товаров легкой промышленности в государственных (муниципальных) закупках, в свою очередь, отражают правовую сущность национального режима, закрепленного для данной сферы в пункте 1 статьи 88 Договора;

4) в отношении отдельных чувствительных товаров (автобусы, шины, постельное белье, одежда, обувь) в сфере государственных (муниципальных) закупок установлены условия, производственные и технологические операции, при выполнении которых товар считается происходящим из государства – члена Союза (приложение № 1 к Правилам определения страны происхождения отдельных видов товаров для целей государственных (муниципальных) закупок, утвержденным Решением Совета Евразийской экономической комиссии от 23 ноября 2020 г. № 105). Данные условия, производственные и технологические операции являются едиными для всех производителей государств-членов, имеют прямое действие на территории государств-членов для целей определения страны происхождения товара из других государств-членов при осуществлении государственных закупок, когда в государстве-члене установлены запреты, условия допуска или преференции.

Приведенные правила согласуются с пунктом 7 статьи 92 Договора, которым предусмотрено, что при разработке и реализации политик в торговой, таможенно-тарифной, конкурентной, в области государственных закупок, технического регулирования, развития предпринимательской деятельности, транспорта и инфраструктуры и других сферах учитываются интересы развития промышленности государств-членов.

Изложенное выше позволяет сделать вывод о том, что промышленная политика в рамках Союза, ориентированная на промышленное сотрудничество, относится к скоординированной политике, которая предполагает осуществление сотрудничества государств-членов на основе общих подходов, одобренных в рамках органов Союза, необходимых для достижения целей Союза, предусмотренных Договором (статья 2 Договора).

Принципы промышленной политики в рамках Союза, осуществляемой на уровне промышленного сотрудничества государств-членов, ориентированы на последних. Именно государства-члены являются адресатами в том числе принципа недискриминации при построении промышленной политики на уровне Союза и при формировании Основных направлений с определением приоритетных видов экономической деятельности для промышленного сотрудничества и перечня чувствительных товаров, а также тех инструментов, которые применяются для реализации промышленного сотрудничества в Союзе по Основным направлениям.

1.3 Таким образом, принимая во внимание, что нормы Протокола № 28 регламентируют отношения, связанные с предоставлением государствами-членами субсидий своим национальным производителям

промышленных товаров, и одновременно статья 93 Договора не распространяется на правоотношения государств-членов с третьими странами (пункт 2 статьи 93 Договора), а также тот факт, что промышленное сотрудничество в рамках Союза, осуществляемое в рамках скоординированной политики, обособлено от промышленных субсидий (статья 93 Договора, Протокол № 28), в отношении которых в Союзе реализуется единая политика, правильным полагаю следующий ответ на первый вопрос Комиссии:

«Действие принципа недискриминации, закрепленного в подпункте 4 пункта 2 статьи 92 Договора, распространяется исключительно на промышленную политику в рамках Союза, реализуемую по основным направлениям промышленного сотрудничества, утверждаемым Евразийским межправительственным советом, и относящуюся к скоординированной политике.

Осуществляемая в Союзе политика в отношении предоставления специфических и запрещенных промышленных субсидий является единой, предполагая унифицированное регулирование данной сферы на наднациональном уровне, что исключает возможность какой-либо дискриминации. В отношении допустимых субсидий в Союзе проводится согласованная политика».

2. Толкование содержания принципа недискриминации, упомянутого в подпункте 4 пункта 2 статьи 92 Договора в отношении скоординированной промышленной политики в рамках Союза, осуществлено Большой коллегией Суда посредством использования одного из правовых режимов Всемирной торговой организации (далее – ВТО) – режима наиболее благоприятствуемой нации (режим наибольшего благоприятствования), закрепленного в статье I Генерального соглашения по тарифам и торговле 1994 г. (далее – ГАТТ 1994).

Полагаю, что использование подобного подхода при толковании невозможно в отсутствие принятия государствами-членами соответствующих обязательств по применению режима наибольшего благоприятствования для скоординированной промышленной политики в рамках Союза, что следует из статьи 92 Договора и Протокола № 27, в которых такие обязательства государств-членов отсутствуют.

Одновременно пунктом 2 статьи 93 Договора сфера действия обязательств государств-членов при предоставлении промышленных субсидий прямо ограничена правоотношениями государств-членов между собой и не распространяется на правоотношения государств-членов с третьими странами.

Кроме того, в Консультативном заключении отсутствует аргументация выбора из нескольких закрепленных в ГАТТ 1994 правовых режимов именно режима наибольшего благоприятствования как единственно возможного для уяснения содержания принципа недискриминации в промышленной политике в рамках Союза.

2.1 В праве ВТО недискриминация реализована в обязательствах не только о предоставлении режима наиболее благоприятствуемой нации, но также и национального режима (статьи I, III ГАТТ 1994).

Соглашаюсь с тем, что право Союза признает обязательства государств-членов в рамках ВТО, как это следует из преамбулы Договора, Протокола о функционировании Евразийского экономического союза в рамках многосторонней торговой системы, являющегося приложением № 31 к Договору, которым предусмотрено применение к соответствующим отношениям Договора о функционировании Таможенного союза в рамках многосторонней торговой системы от 19 мая 2011 г. (далее – Договор о функционировании ТС). Вместе с тем обращаю внимание, что до приведения права Союза в соответствие с Марракешским соглашением об учреждении Всемирной торговой организации (заключено в г. Марракеше 15 апреля 1994 г., далее – Соглашение ВТО) такие обязательства возлагаются на каждое конкретное государство – член Союза, присоединяющееся к ВТО, распространяются на его отношения с другими участниками ВТО и действуют в объеме и с учетом особенностей, закрепленных в протоколе о его присоединении к ВТО. Для других государств – членов и органов Союза такие обязательства в случае противоречия их праву Союза являются лишь основанием допущения для присоединяющегося к ВТО государства-члена индивидуальных исключений из права Союза.

Так, пунктом 1 статьи 2 Договора о функционировании ТС предусмотрено, что Стороны примут меры для приведения правовой системы Таможенного союза и решений его органов в соответствие с Соглашением ВТО, как это зафиксировано в Протоколе о присоединении каждой из Сторон, включая обязательства каждой Стороны, принятые в качестве одного из условий ее присоединения к ВТО. До того как эти меры приняты, положения Соглашения ВТО, включая обязательства, принятые Сторонами в качестве условий их присоединения к ВТО, имеют приоритет над соответствующими положениями международных договоров, заключенных в рамках Таможенного союза, и решений, принятых его органами.

В решении Апелляционной палаты Суда по делу по заявлению закрытого акционерного общества «Дженерал Фрейт» от 21 июня 2016 г. выработаны два кумулятивных условия для применения в рамках Союза

международных договоров, не являющихся международными договорами в рамках Союза или международными договорами Союза с третьей стороной: 1) все государства – члены Союза являются участниками международного договора; 2) сфера действия международного договора относится к области единой политики в рамках Союза.

Таким образом, в условиях, когда не все государства – члены Союза являются членами ВТО, и промышленная политика в рамках Союза является скоординированной, а не единой, невозможно утверждать о включении в содержание принципа недискриминации в промышленной политике в рамках Союза при его толковании режима наибольшего благоприятствования в значении, используемом в статье I ГАТТ 1994, как обязательного для всех государств-членов.

Полагаю, что действие содержащегося в подпункте 4 пункта 2 статьи 92 Договора принципа недискриминации не может выходить за пределы сотрудничества государств-членов по основным направлениям. В этой связи не могу согласиться с выводом Большой коллегии Суда в ответе на второй вопрос Комиссии о том, что обычное значение принципа недискриминации, в том числе закрепленного в подпункте 4 пункта 2 статьи 92 Договора, состоит в обеспечении режима наибольшего благоприятствования.

В разделе XXIV «Промышленность» Договора отсутствуют конкретные обязательства государств-членов относительно предоставляемого правового режима в целом в отношении промышленных товаров (режим наибольшего благоприятствования, национальный режим), а для промышленной политики в рамках Союза установление таких обязательств в принципе невозможно в силу ее координирующего характера.

И наоборот, конкретные обязательства государств-членов по обеспечению правового режима для товаров, услуг в зависимости от проводимой в Союзе политики содержатся в соответствующих разделах Договора и иных актах права Союза (разделы XV «Торговля услугами, учреждение, деятельность и осуществление инвестиций», XVIII «Общие принципы и правила конкуренции», XXI «Транспорт», XXII «Государственные (муниципальные) закупки» Договора, Договор о Таможенном кодексе Евразийского экономического союза от 11 апреля 2017 г. и иные).

2.2 С учетом изложенного, полагаю правильным следующий ответ на второй вопрос Комиссии:

«Принцип недискриминации как принцип промышленной политики в рамках Союза призван в равной степени учесть интересы государств-членов при формировании и реализации основных

направлений промышленного сотрудничества в Союзе, в том числе в отношении приоритетных видов экономической деятельности для промышленного сотрудничества, осуществляемой на территории государств-членов, и чувствительных товаров, производимых производителями государств-членов. Наличие данного принципа в разделе XXIV «Промышленность» Договора (статья 92) не позволяет на основании данной нормы сформулировать вывод о наличии обязательства у государства-члена в обеспечении какого-либо режима (наибольшего благоприятствования, национального, не менее благоприятных условий) для товаров других государств-членов по отношению к товарам третьих стран, поскольку приведенный в данной статье принцип недискриминации распространяется исключительно на сферу промышленного сотрудничества государств-членов при осуществлении промышленной политики в рамках Союза».

3. Ответы на вопросы Комиссии, сформулированные *in abstracto* и с использованием ограниченного в самих вопросах набора норм права Союза, не устраняют правовую неопределенность применительно к конкретной ситуации, разрешение которой являлось основной целью обращения Комиссии в Суд. В этой связи полагаю, что при принятии Консультативного заключения Большой коллегии Суда необходимо было учитывать предпосылки возникновения самих вопросов Комиссии, дополнительно давая толкование *in concreto* и используя иные, помимо указанных в заявлении о разъяснении, нормы права Союза, применимые к соответствующим правоотношениям.

Как следует из подготовительных и дополнительно направленных в Суд материалов, обращение Комиссии за разъяснением связано с принятием и.о. Министра сельского хозяйства Республики Казахстан приказа от 23 июля 2018 г. № 317 «Об утверждении Правил субсидирования по возмещению части расходов, понесенных субъектом агропромышленного комплекса, при инвестиционных вложениях» (далее – Приказ № 317), которым для сельскохозяйственной техники и оборудования производства Республики Казахстан, стран Содружества Независимых Государств, Китайской Народной Республики, Украины устанавливалась меньшая максимальная допустимая стоимость единицы товара для расчета исчисляемых в процентном отношении к ней субсидий на ее приобретение, чем для моделей производства Азии, Европы, Америки (в том числе произведенных на территории Республики Казахстан, стран Содружества Независимых Государств, Китайской Народной Республики, Украины).

Из текста Приказа № 317 следует, что он закрепляет меры национальной промышленной политики Республики Казахстан

и не связан с вопросами промышленной политики в рамках Союза, а следовательно и с распространяемым исключительно на нее закрепленным в подпункте 4 пункта 2 статьи 92 Договора принципом недискриминации при ее осуществлении.

Согласно пункту 1 статьи 92 Договора реализация национальной промышленной политики государствами-членами не должна противоречить статье 93 Договора, а в соответствии с ней и Протоколу № 28.

Вместе с тем Приказом № 317 регулируются вопросы предоставления субсидий на приобретение сельскохозяйственной техники и оборудования субъектам агропромышленного комплекса Республики Казахстан, не являющимся ее производителями, тогда как Протокол № 28 регулирует правила предоставления государством-членом субсидий своим производителям промышленных товаров.

Таким образом, следует констатировать, что, применительно к конкретным ситуациям, связанным не с предоставлением субсидий производителям промышленных товаров, а с вопросами обеспечения не менее благоприятных условий доступа на внутренний рынок Союза товарам государств-членов по сравнению с аналогичными товарами третьих стран, правовая неопределенность не может быть устранена посредством применения указанных в вопросе Комиссии правовых инструментов – закрепленного в подпункте 4 пункта 2 статьи 92 Договора принципа недискриминации в сфере промышленной политики в рамках Союза и механизмов предоставления государствами-членами субсидий своим производителям промышленных товаров, предусмотренных в статье 93 Договора и Протоколе № 28.

В то же время при подготовке ответа *in concreto* Суд не связан исключительно указанными в заявлении о разъяснении правовыми нормами, а имеющаяся правовая неопределенность устраняется путем толкования и использования всех релевантных рассматриваемой ситуации норм права Союза.

Таким образом, полагаю, что оценка соответствия праву Союза принимаемых государствами-членами мер, аналогичных указанным в Приказе № 317, а равно установление факта наличия либо отсутствия дискриминации в виде создания происходящим из третьих стран промышленным товарам более благоприятных условий по сравнению с товарами государств-членов, должны производиться с использованием норм права Союза, регламентирующих вопросы осуществления государствами-членами торговли товарами как между собой, так и с третьими странами, а не в контексте промышленной политики в рамках Союза.

В этой связи считаю необходимым проанализировать содержание конкретных обязательств государств-членов по обеспечению недискриминационных условий в рамках отношений, охватываемых таможенным союзом, и единым экономическим пространством.

Так, в рамках функционирования таможенного союза действует единый режим торговли товарами в отношении с третьими сторонами (подпункт 3 пункта 1 статьи 25 Договора).

Одновременно Договором декларируется, что внешнеторговая политика Союза строится на недопущении произвольной или необоснованной дискриминации третьих стран, а также скрытого ограничения внешней торговли товарами (пункт 39 Протокола о мерах нетарифного регулирования в отношении третьих стран, являющегося приложением № 7 к Договору).

На основании статьи 34 Договора в отношении внешней торговли товарами действует режим наибольшего благоприятствования в понимании ГАТТ 1994 в тех случаях и на условиях, когда применение режима наибольшего благоприятствования предусмотрено международными договорами Союза с третьей стороной, а также международными договорами государств-членов с третьей стороной.

Таким образом, установление в Союзе режима наибольшего благоприятствования во внешней торговле с третьими странами обусловлено заключением с ними Союзом или государствами-членами соответствующих международных договоров.

Контекст Договора, включая его преамбулу, закрепляющую стремление укрепить экономики государств – членов Союза и обеспечить их гармоничное развитие и сближение, гарантировать устойчивый рост деловой активности, сбалансированную торговлю и добросовестную конкуренцию, основные принципы функционирования Союза, среди которых обеспечение взаимовыгодного сотрудничества, равноправия и учета национальных интересов Сторон, соблюдение принципов рыночной экономики и добросовестной конкуренции (статья 3 Договора), а также цели Союза, в том числе стремление к формированию единого рынка товаров, услуг, капитала и трудовых ресурсов в рамках Союза (статья 4 Договора), демонстрируют установление в Союзе равных, сбалансированных условий для развития внутренней торговли.

Согласно статье 28 Договора взаимная торговля в рамках функционирования внутреннего рынка осуществляется без применения ввозных и вывозных таможенных пошлин (иных пошлин, налогов и сборов, имеющих эквивалентное действие), мер нетарифного регулирования, специальных защитных, антидемпинговых и компенсационных мер, за исключением случаев, предусмотренных Договором.

Допустимые исключения из порядка функционирования внутреннего рынка товаров, предусмотренные статьей 29 Договора, следуя сформированной Судом в консультативном заключении от 30 октября 2017 г. позиции, сопоставимы с институтом общих исключений – статьями XX, XXI ГАТТ 1994. Они могут применяться для достижения некоторых определенных в Договоре целей и только при условии, когда такие меры не являются средством неоправданной дискриминации или скрытым ограничением торговли (статья 29 Договора). Таким образом, применение государствами – членами Союза ограничительных мер также основывается на принципе недискриминации.

Единое экономическое пространство составляет внутренний рынок Союза (пункт 2 статьи 28 Договора).

Сферы и отношения, входящие в единое экономическое пространство, в равной степени подчиняются основным принципам функционирования и целям Союза, что выражается в недопущении дискриминации, обеспечении национального режима, режима наибольшего благоприятствования в значении, установленном для конкретных сфер, охватываемых Договором, а также недопустимости предоставления третьим странам режима более благоприятного, чем предоставляемый государствам-членам (пункт 8 статьи 65, пункт 1 статьи 88, статья 90, пункт 2 статьи 92 Договора, подпункт 10 пункта 3 Протокола о мерах, направленных на проведение согласованной валютной политики, являющегося приложением № 15 к Договору, пункты 15, 21-29, 68-69, 78 Протокола о торговле услугами, учреждении, деятельности и осуществлении инвестиций, являющегося приложением № 16 к Договору, пункт 4 Протокола по финансовым услугам, являющегося приложением № 17 к Договору, пункт 30 Протокола о порядке регулирования закупок, являющегося приложением № 25 к Договору).

Таким образом, принимая во внимание преамбулу Договора, основные принципы функционирования и цели Союза, учитывая приведенные выше нормы права Союза о таможенном союзе и едином экономическом пространстве, прихожу к выводу, что обеспечение свободы движения товаров, соблюдение принципов рыночной экономики и добросовестной конкуренции возможны только при условии создания государствами – членами Союза для их товаров режима не менее благоприятного, чем для товаров, происходящих из третьих стран. Утверждение об обратном приводит к допущению функционирования не только Союза, но и каждого из государств-членов в ущерб заявленным целям создания Союза.

Как следствие, при оценке принимаемых государствами-членами мер, в том числе мер национальной промышленной политики, определяющим выступает характер их влияния на функционирование внутреннего рынка Союза, режим торговли товарами государств-членов и декларируемые в Союзе четыре свободы (пункт 1 статьи 1 Договора).

Подобное понимание сути интеграционного объединения в силу принятых международных обязательств исключает в рамках Союза какие-либо односторонние действия государств-членов, искажающие четыре свободы Союза, в том числе свободу движения товаров.

С учетом изложенного, полагаю правильным дополнить предложенный ответ на второй вопрос Комиссии следующим:

«Регулирование сфер и отношений в рамках обеспечения основополагающих свобод Союза, в том числе свободы движения товаров, базируется на основных принципах функционирования и целях Союза, в связи с чем в данной сфере не допускается принятие мер как создающих дискриминационные условия для товаров государств – членов Союза, так и предоставляющих товарам государств-членов менее благоприятные условия по сравнению с товарами третьих стран».

4. Не могу согласиться с ответом Большой коллегии Суда на второй вопрос Комиссии и в той части, что принцип недискриминации, закрепленный в подпункте 4 пункта 2 статьи 92 Договора, предусматривает наличие обязательств государств – членов Союза обеспечивать режим наибольшего благоприятствования промышленным товарам не только государств-членов, но также и третьих стран.

Следуя данной логике Консультативного заключения, режим наибольшего благоприятствования в Союзе означает в том числе следующее: любое преимущество, предоставляемое промышленному товару, происходящему из государства-члена, должно немедленно предоставляться аналогичному товару, происходящему из любых третьих стран, даже если это не предусмотрено международными договорами Союза с третьей стороной, а также международными договорами государств-членов с третьей стороной, что, по моему мнению, не только не имеет под собой правового основания, но и противоречит статье 34 Договора.

Полагаю, что статьей 34 Договора установлен режим наибольшего благоприятствования во внешней торговле товарами, означающий предоставление такого режима на рынке Союза товарам третьих стран исключительно по отношению друг к другу (но не по отношению к товарам, происходящим из государств – членов Союза, торговля которыми регулируется нормами права Союза о внутреннем рынке)

и только при условии заключения соответствующих международных договоров, в том числе обязательств в рамках ВТО.

При этом в Союзе также могут быть установлены обязательства по предоставлению товарам третьих стран режима наибольшего благоприятствования не только по отношению друг к другу, но и по отношению к товарам государств – членов Союза, однако не как общее правило, а исключительно в рамках заключения соответствующих международных договоров.

Судья

Колос Д.Г.