



## СУД ЕВРАЗИЙСКОГО ЭКОНОМИЧЕСКОГО СОЮЗА

---

ОСОБОЕ МНЕНИЕ  
судьи Колоса Д.Г.  
(дело № СЕ-1-2/4-20-АП)

город Минск

11 ноября 2020 года

Апелляционной палатой Суда Евразийского экономического союза 6 ноября 2020 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 11 февраля 2020 г. по делу об оспаривании решения Коллегии Евразийской экономической комиссии от 17 сентября 2019 г. № 165 «О нарушении общих правил конкуренции на трансграничных рынках».

Соглашаясь с итоговым выводом в части признания 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 о Евразийском экономическом Союзе от 29 мая 2014 г. (далее – Договор) и международным договорам в рамках Евразийского экономического союза (далее – Союз), полагаю неверным указание в решении Апелляционной палаты Суда от 6 ноября 2020 г. (далее – решение Апелляционной палаты Суда) о частичном удовлетворении жалоб заявителей и частичной отмене решения Коллегии Суда от 11 февраля 2020 г. (далее – решение Коллегии Суда), а также отмечаю имеющиеся, по моему мнению, противоречия в решении Апелляционной палаты Суда, его несоответствие праву Союза и процессуальные нарушения, допущенные в ходе рассмотрения дела.

Регламент Суда Евразийского экономического союза, утвержденный Решением Высшего Евразийского экономического совета от 23 декабря 2014 г. № 101 (далее – Регламент), 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).

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

1. В решении Апелляционной палаты Суда отсутствуют ответы на все доводы жалоб закрытого акционерного общества «Дельрус» и товарищества с ограниченной ответственностью «Дельрус РК» (далее, соответственно, – ЗАО «Дельрус», ТОО «Дельрус РК», заявители) и их должная аргументация, не содержится надлежащей правовой оценки решения № 165 и решения Коллегии Суда на предмет их соответствия праву Союза, выводы Апелляционной палаты Суда не основаны на праве Союза и выходят за пределы апелляционного разбирательства.

### **1.1. Определение географических и продуктовых границ товарного рынка, установление трансграничности товарного рынка и компетенции Евразийской экономической комиссии по пресечению нарушений общих правил конкуренции**

Апелляционная палата Суда согласилась с выводами Коллегии Суда о правильном определении Евразийской экономической комиссией (далее – Комиссия) в решении № 165 географических и продуктовых границ товарного рынка, его трансграничности и, как следствие, о наличии компетенции Комиссии по пресечению нарушений общих правил конкуренции.

Данный вывод Апелляционной палаты Суда считаю не соответствующим праву Союза.

В соответствии с пунктом 7 статьи 76 Договора основным условием наличия у Комиссии компетенции по пресечению нарушений общих правил конкуренции является отнесение рынка к трансграничному.

В Консультативном заключении Суда от 18 июня 2019 г. обоснованно указано на наличие общего (основного) и специальных правил для квалификации рынка как трансграничного. Основное правило (географический критерий) базируется на нормах пункта 2 Критериев отнесения рынка к трансграничному, утвержденных Решением Высшего Евразийского экономического совета от 19 декабря 2012 г. № 29 (далее – Критерии), в совокупности с пунктом 1 статьи 74 Договора, подпунктом 19 пункта 2 Протокола об общих принципах и правилах конкуренции, являющегося приложением № 19 к Договору (далее – Протокол). Специальные правила применяются дополнительно к основному в соответствии с пунктами 3 – 5 Критериев в зависимости от видов нарушений общих правил конкуренции.

Определение географических границ товарного рынка в целях установления его соответствия Критериям осуществляется на основании пунктов 23 – 31 Методики оценки состояния конкуренции, утвержденной

Решением Совета Евразийской экономической комиссии от 30 января 2013 г. № 7 (далее – Методика).

В частности, пунктом 23 Методики закреплён общий признак товарного рынка, характеризующий поведение покупателя: в пределах географических границ товарного рынка покупатель приобретает товар, либо имеет экономическую, техническую или иную возможность его приобретения, либо считает целесообразным приобрести его, но при этом не имеет такой возможности, либо считает нецелесообразным приобрести его вне географических границ товарного рынка.

Пунктом 24 Методики предусмотрена процедура определения географических границ товарного рынка, состоящая из трёх этапов.

Первым из них является предварительное определение географических границ товарного рынка, осуществляемое на основании пункта 25 Методики, и установление его соответствия Критериям по признакам, предусмотренным пунктом 26 Методики (поставка товара с территории одного государства-члена на территорию другого государства-члена либо поставка товара с территориями третьих стран на территории двух или более государств-членов).

Следующим этапом является выявление условий обращения товара, ограничивающих экономические, технические возможности приобретения его покупателем вне географических границ товарного рынка, в рамках которого учитываются обстоятельства, указанные в пункте 27 Методики.

Последним этапом является определение в соответствии с пунктом 28 Критериев территорий, входящих в географические границы товарного рынка, производимое путем проведения теста «гипотетического монополиста» (пункт 29 Критериев), методом установления фактических районов продаж либо сочетанием указанных или иными методами, позволяющими установить продавцов товара и географическое расположение фактических районов продаж, в которых продавцы конкурируют друг с другом при осуществлении продаж товара на товарном рынке предварительно определенным покупателям.

Системное толкование пункта 26 Методики и пункта 2 Критериев свидетельствует о том, что после предварительного определения географических границ товарного рынка, которые охватывают территории двух и более государств-членов, для квалификации рынка как трансграничного на основании общего (основного) правила необходимо установление хотя бы одного из признаков трансграничности, указанных в пункте 26 Методики. Применение специальных правил в дополнение к общему (основному) зависит от вида нарушений общих правил конкуренции.

Таким образом, признаки трансграничности товарного рынка, применяемые в целях установления его соответствия Критериям, содержатся в пункте 26 Методики, а не в пункте 23 Методики, как посчитали Коллегия Суда и Апелляционная палата Суда.

С учетом изложенного, в рассматриваемом деле рынок мог быть квалифицирован как трансграничный только при наличии признака, предусмотренного подпунктом «а» пункта 26 Методики, – фактической поставки таких услуг с территории одного государства-члена на территорию другого государства-члена. Однако материалами дела факты таких поставок не подтверждаются.

Коллегия Суда указала, что «при наличии антиконкурентных действий участников рынка – например, при разделе рынка по территориальному принципу – объективные рыночные показатели, такие как цена и географическая структура поставок, могут быть искажены в силу таких действий участников рынка». Вместе с тем в решении № 165 такой вывод отсутствует. В этой связи полагаю, что Коллегия Суда вместо оценки оспариваемого решения № 165 привела дополнительное обоснование правомерности действий Комиссии при его принятии, чем вышла за пределы полномочий, предоставленных ей Статутом Суда, являющимся приложением № 2 к Договору (далее – Статут), и Регламентом, нарушив тем самым принцип состязательности, что не было учтено Апелляционной палатой Суда.

В контексте определения обстоятельств (действий), препятствующих (затрудняющих) началу деятельности хозяйствующих субъектов на товарном рынке, необходимо обратить внимание на особенности рынков услуг по техническому обслуживанию аппарата «FibroScan» и по калибровке датчиков применительно к государствам-членам, на территории которых зарегистрированы ЗАО «Дельрус» и ТОО «Дельрус РК» (соответственно, Российская Федерация и Республика Казахстан).

Так, на территории Российской Федерации и Республики Казахстан существуют барьеры для входа на товарный рынок в понимании подпункта «ж» пункта 3 Методики, к числу которых отнесены административные ограничения, вводимые органами государственной власти государств-членов, в том числе условия лицензирования отдельных видов деятельности, конкурсного отбора поставщиков товара для государственных и муниципальных нужд, технические регламенты, стандарты и иные акты, предусматривающие требования к качеству товара и (или) его безопасности (подпункт «б» пункта 44 Методики).

В Российской Федерации статьями 1, 8, подпунктом 17 части 1 статьи 12 Федерального закона от 4 мая 2011 г. № 99-ФЗ «О лицензировании отдельных видов деятельности» установлено,

что деятельность по техническому обслуживанию медицинской техники подлежит лицензированию на территории Российской Федерации, получателями лицензии могут выступать только хозяйствующие субъекты, зарегистрированные в Российской Федерации. В соответствии с методическими рекомендациями, введенными в действие письмом Министерства здравоохранения Российской Федерации от 27 октября 2003 г. № 293-22/233 «Техническое обслуживание медицинской техники. Методические рекомендации», техническое обслуживание медицинской техники должны производить службы (юридические лица, индивидуальные предприниматели, технические подразделения или штатные технические специалисты медицинских учреждений), имеющие в соответствии с действующим законодательством право осуществлять эту деятельность (пункт 3.7). В свою очередь, право осуществлять деятельность по техническому обслуживанию медицинской техники обусловлено наличием соответствующей лицензии.

Данный барьер для входа на товарный рынок согласуется с правом Союза, в частности, пунктом 2 Индивидуального национального перечня ограничений, изъятий, дополнительных требований и условий в рамках Евразийского экономического союза для Российской Федерации, утвержденного решением Высшего Евразийского экономического совета от 23 декабря 2014 г. № 112, в соответствии с которым деятельность, на осуществление которой требуется лицензия, может осуществляться только юридическими лицами Российской Федерации или индивидуальными предпринимателями, зарегистрированными в установленном порядке в Российской Федерации. Виды деятельности, на осуществление которых требуется лицензия, а также порядок определения организационно-правовой формы лицензиата устанавливаются законодательством Российской Федерации.

В Республике Казахстан сервисное обслуживание медицинских изделий в гарантийный и постгарантийный период является обязательным условием их безопасной эксплуатации, проводится на основании Правил осуществления сервисного обслуживания медицинских изделий в Республике Казахстан, утвержденных Приказом Министра здравоохранения и социального развития от 29 мая 2015 г. № 427. Пунктом 4 указанных Правил определены субъекты, имеющие право осуществлять сервисное обслуживание медицинских изделий в Республике Казахстан, к которым относятся:

субъекты здравоохранения, имеющие в штате специалиста (специалистов) по ремонту и обслуживанию медицинских изделий, прошедшего обучение на предприятиях-производителях

соответствующих видов (наименований) медицинских изделий или в организациях и учреждениях, имеющих право осуществлять профессиональную подготовку по техническому обслуживанию соответствующих видов медицинских изделий;

сервисная служба, к которой в силу подпункта 14 пункта 3 данных Правил относятся организация или обособленное подразделение организации, имеющие в штате специалиста (специалистов) по ремонту и обслуживанию медицинских изделий, прошедшего обучение на предприятиях - производителях соответствующих видов (наименований) медицинского изделия или в организациях, имеющих право осуществлять подготовку по техническому обслуживанию соответствующих видов медицинского изделия, либо организация или обособленное подразделение организации, имеющие документальное подтверждение от производителя медицинского изделия на право проведения технической поддержки.

Помимо этого, участие в государственных закупках в Республике Казахстан, предусматривает для хозяйствующих субъектов – нерезидентов выполнение обязательных условий:

1) регистрацию на веб-портале государственных закупок (пункт 3 Правил осуществления государственных закупок, утвержденных Приказом Министра финансов Республики Казахстан от 11 декабря 2015 г. № 648) для допуска субъекта к участию в государственных закупках, проводимых посредством веб-портала (статья 13 Закона Республики Казахстан от 4 декабря 2015 г. № 434-V «О государственных закупках»);

2) наличие иностранной или полученной в Республике Казахстан электронной цифровой подписи. Иностранная электронная цифровая подпись в соответствии со статьей 13 Закона Республики Казахстан от 7 января 2003 г. № 370-II «Об электронном документе и электронной цифровой подписи» признается: при удостоверении ее третьей стороной Республики Казахстан; при правомерном владении ее закрытым ключом лицом, подписавшим электронный документ; при ее использовании в соответствии со сведениями, указанными в регистрационном свидетельстве; при ее формировании средствами электронной цифровой подписи иностранного удостоверяющего центра, зарегистрированного в доверенной третьей стороне Республики Казахстан, или иностранного удостоверяющего центра, зарегистрированного в доверенной третьей стороне иностранного государства, зарегистрированной в доверенной третьей стороне Республики Казахстан. Для получения национальной электронной цифровой подписи Республики Казахстан требуется в том числе постановка на налоговый учет с регистрацией нерезидента в качестве налогоплательщика при осуществлении деятельности через постоянное учреждение без открытия филиала / представительства

(статьи 76, 220 Кодекса Республики Казахстан от 25 декабря 2017 г. № 120-VI «О налогах и других обязательных платежах в бюджет (Налоговый кодекс)») либо создание структурного подразделения в Республике Казахстан с соблюдением норм налогового законодательства Республики Казахстан (подпункт 8 пункта 9 Стандарта государственной услуги «Выдача и отзыв регистрационного свидетельства Национального удостоверяющего центра Республики Казахстан», утвержденного Приказом Министра по инвестициям и развитию Республики Казахстан от 24 апреля 2015 г. № 491).

Приведенные выше правила государственных закупок необходимо учитывать, поскольку, как следует из материалов дела, основными покупателями услуг по техническому обслуживанию аппарата «FibroScan» и услуг по калибровке датчиков к нему на территории Республики Казахстан являются больницы и поликлиники, для которых проведение процедур государственных закупок для выбора контрагента на оказание услуги является обязательным, а участие в таких процедурах осуществляется посредством веб-портала государственных закупок с использованием электронной цифровой подписи.

Таким образом, на рынках услуг по техническому обслуживанию аппарата «FibroScan» и по калибровке датчиков Российской Федерации и Республики Казахстан объективно существуют барьеры для входа на них хозяйствующих субъектов – нерезидентов в понимании подпункта «ж» пункта 3 Методики. С учетом наличия указанных барьеров целесообразность входа на данные товарные рынки хозяйствующих субъектов – нерезидентов определяется ими самостоятельно и не может презюмироваться, основываясь лишь на одной возможности выполнения соответствующих административных процедур и иных формальностей. При этом необходимо учитывать, что при проведении государственных закупок медицинскими учреждениями (покупатели) круг потенциальных продавцов ограничен субъектами, участвующими в таких процедурах. Оценка данных обстоятельств в решении № 165, решениях Коллегии Суда и Апелляционной палаты Суда отсутствует.

Принимая во внимание, что ЗАО «Дельрус» и ТОО «Дельрус РК» (продавцы) фактически не конкурировали между собой, осуществляя каждый деятельность в пределах границ государства своего резидентства, для определения территорий, входящих в географические границы товарного рынка, необходимым было использование пунктов 28 и 29 Методики.

Пунктом 28 Методики установлены 3 метода определения географических границ товарного рынка, при этом использование двух из них, указанных в подпунктах «б» и «в», в данном деле невозможно в силу их содержания, поскольку на товарном рынке, географические

границы которого предварительно определены как территории Российской Федерации и Республики Казахстан, отсутствуют фактические продажи соответствующих услуг хозяйствующим субъектам – нерезидентам. В отсутствие таких продаж единственно применимым методом является тест «гипотетического монополиста» (подпункт «а» пункта 28 Методики), осуществляемый в соответствии с пунктом 29 Методики путем опроса покупателей.

В Аналитическом отчете Комиссии от 8 августа 2018 г. «О результатах оценки состояния конкуренции на трансграничном рынке аппарата «FibroScan» (различных его модификаций), в том числе его обслуживания и его поставки» (калибровка датчиков для аппарата неинвазивного определения степени фиброза печени «FibroScan») (далее – Аналитический отчет Комиссии) информация о проведении такого теста и опроса покупателей отсутствует.

В судебном заседании при рассмотрении дела Коллегией Суда представитель Комиссии отсутствие опроса покупателей объяснил тем, что в случае выявления антиконкурентного соглашения, запрещенного по формальным основаниям, расследование проводится в усеченном формате, когда достаточно установить, что участники соглашения являются конкурентами на товарном рынке.

Вместе с тем данное объяснение не основано на праве Союза, кроме того, в нем не отрицается необходимость даже в рамках усеченного формата расследования установить статус участников соглашения как конкурентов и определить продуктовые и географические границы товарного рынка, на котором они конкурируют. В решении Коллегии Суда и Апелляционной палаты Суда оценка неприменения Комиссией пунктов 28 и 29 Методики и доводов об этом заявителей отсутствует.

Изложенное также непосредственно связано с определением продуктовых границ товарного рынка по данному делу и оценкой обстоятельств, на которых оно базируется.

Основанием для определения Комиссией продуктовых границ товарного рынка послужила переписка по электронной почте директора ТОО «Scuderia» Есламгалиева Т.М. с компанией «Echosens», ТОО «Дельрус РК» и ЗАО «Дельрус». Комиссией в решении № 165 указано, что ТОО «Scuderia», являясь победителем процедуры государственной закупки на оказание *услуги по калибровке ультразвуковых датчиков* к аппарату «FibroScan», обратилось к указанным хозяйствующим субъектам с просьбой предоставить *услугу по сервисному обслуживанию аппарата «FibroScan»*, в том числе по калибровке его датчиков. ТОО «Scuderia» были получены ответы: ТОО «Дельрус РК» – о согласии оказать *услугу по сервисному обслуживанию аппарата*, в том числе калибровку датчиков, с указанием

стоимости; компании «Echosens» – о том, что она не оказывает услуги в Республике Казахстан и рекомендует обратиться к единственному дистрибьютору на данной территории – ТОО «Дельрус РК»; ЗАО «Дельрус» – с рекомендацией по вопросам *сервиса аппарата* «Fibroscan», в том числе калибровке ультразвуковых датчиков, обратиться в аккредитованную производителем компанией «Echosense» организацию на территории Республики Казахстан – ТОО «Дельрус РК». Комиссия пришла к выводу, что указанная переписка свидетельствует о необоснованном отказе ЗАО «Дельрус» в предоставлении *услуги по калибровке ультразвукового датчика* к аппарату «FibroScan» при возможности оказать услугу за вознаграждение.

Таким образом, в самом решении № 165 содержатся противоречия относительно продуктовых границ товарного рынка, а вывод о квалификации рынка как рынка услуг по калибровке датчика, а не как рынка услуг по сервисному обслуживанию аппарата «FibroScan», Комиссией не мотивирован.

В то же время из материалов дела следует, что в первоначальном письме ТОО «Scuderia» в адрес ЗАО «Дельрус» от 17 марта 2017 г. запрашивалась возможность оказания услуг не только по калибровке датчика, но и замене элемента питания, настройке BIOS и переустановке программного обеспечения для аппарата «FibroScan».

После нескольких уточняющих писем в обращении от 21 марта 2017 г. в адрес ЗАО «Дельрус» ТОО «Scuderia» указало, что им выигран тендер и необходим инженер для оказания услуг технического обслуживания аппарата, находящегося в г. Актау (Республика Казахстан), согласно прилагаемой технической спецификации, состоящей из 9 позиций, только одной из которых являлась калибровка ультразвукового датчика. На данное письмо в ответе от 27 марта 2017 г. ЗАО «Дельрус» сообщило, что по вопросам сервиса аппарата «FibroScan», в том числе регламентному техническому обслуживанию (калибровке) датчиков к указанному аппарату, ТОО «Scuderia» следует обращаться в аккредитованную производителем (компанией «Echosense») организацию на территории Республики Казахстан – ТОО «Дельрус РК».

Таким образом, содержание рассматриваемой переписки, во-первых, отражает потребность ТОО «Scuderia» не исключительно в калибровке датчика, а в техническом обслуживании аппарата «FibroScan» (что осуществляется не по месту нахождения ЗАО «Дельрус», а с выездом к самому аппарату), во-вторых, указывает на то, что письмо ТОО «Scuderia» является запросом, но не обладает обязательными признаками оферты (не достаточно определено и не выражает намерение оферента считать себя связанным в случае

акцепта), в-третьих, ТОО «Scuderia» заявляет о необходимости работы инженера и указывает, что аппарат установлен в г. Актау.

При этом вопрос о возможности производства ЗАО «Дельрус» только части из необходимых работ по техническому обслуживанию аппарата, равно как и вопрос о возможности доставки ультразвукового датчика для его калибровки по месту нахождения ЗАО «Дельрус», в переписке не поднимались. Представители ЗАО «Дельрус» пояснили Коллегии Суда и Апелляционной палате Суда, что письма ТОО «Scuderia» расценивались ими именно как предложение выездного сервисного обслуживания аппарата. Данное обстоятельство подтверждается и условиями процедуры государственной закупки, победителем которой признано ТОО «Scuderia», согласно которым имелась необходимость не только в калибровке датчика, но и в производстве иных действий по техническому обслуживанию аппарата, что возможно осуществить исключительно с выездом к месту его нахождения. В материалах дела отсутствует информация, подтверждающая наличие в ТОО «Scuderia» соответствующих специалистов, отвечающих требованиям Правил осуществления сервисного обслуживания медицинских изделий в Республике Казахстан, утвержденных Приказом Министра здравоохранения и социального развития от 29 мая 2015 г. № 427. Таким образом, сама по себе калибровка датчиков в месте нахождения ЗАО «Дельрус» не могла обеспечить выполнение всех обязательств, принятых на себя ТОО «Scuderia» по результатам процедуры государственной закупки. В материалах дела отсутствует информация об опросе представителей ТОО «Scuderia» по данным обстоятельствам, тогда как такой опрос мог подтвердить либо опровергнуть правильность выводов Комиссии о продуктовых границах товарного рынка.

В итоге, несмотря на указанные противоречия, ответ ЗАО «Дельрус», фактически носящий характер рекомендации обратиться за сервисным обслуживанием аппарата к региональному представителю компании «Echosens» в Республике Казахстан – ТОО «Дельрус РК», в решении № 165 без приведения мотивов такого вывода был квалифицирован Комиссией как отказ, отрицательный ответ в предоставлении услуги по калибровке датчика за вознаграждение при наличии возможности оказать такую услугу.

Следует учитывать, что содержание термина «товарный рынок» закреплено в подпункте 19 пункта 2 Протокола, взаимосвязанное прочтение которого совместно с подпунктом 3 пункта 3 статьи 76 Договора позволяет сделать вывод о непосредственной взаимосвязи антиконкурентного соглашения с тем товарным рынком, раздел которого является предметом расследования.

В Аналитическом отчете Комиссии указывается, что он подготовлен с целью оценки «состояния конкуренции на трансграничном рынке аппарата FibroScan (различных его модификаций), в том числе его обслуживания и его поставки», однако в дальнейшем Комиссия приходит к выводу, что, «учитывая факты, изложенные в обращении, и цели расследования, исследование ограничено оценкой состояния конкуренции на трансграничном рынке калибровки ультразвуковых датчиков» для данного аппарата. Данная мотивировка при наличии приведенных выше противоречий является явно недостаточной для подтверждения вывода Комиссии об определении продуктовых границ товарного рынка.

Коллегия Суда, оценивая решение № 165, пришла к выводу, что продуктовые границы товарного рынка правильно определены Комиссией как услуга по калибровке ультразвуковых датчиков к аппарату «FibroScan» при соблюдении всех этапов процедуры определения продуктовых границ товарного рынка, с чем согласилась Апелляционная палата Суда. При этом Коллегия Суда и Апелляционная палата Суда не обратили внимания на указанные противоречия и ограничились констатацией правильности выводов Комиссии об определении продуктовых границ товарного рынка, не мотивировав свои выводы.

Таким образом, в решении № 165 отсутствует вывод о том, по каким основаниям фактические действия ЗАО «Дельрус», выразившееся в *рекомендации* ТОО «Scuderia» обратиться за оказанием *услуг по техническому обслуживанию аппарата* к территориальному дистрибьютору ТОО «Дельрус РК», расценены Комиссией как *отказ от оказания услуг по калибровке датчика* с учетом возможности его доставки по месту нахождения ЗАО «Дельрус», что не получило оценки Коллегии Суда и Апелляционной палаты Суда.

Как следствие, сужение товарного рынка технического обслуживания аппарата «FibroScan», имеющего барьеры для входа хозяйствующих субъектов Российской Федерации на рынок Республики Казахстан и в обратном направлении, при которых в отсутствие фактически сложившихся поставок данный товарный рынок нельзя признать трансграничным, до товарного рынка услуг по калибровке датчика (с учетом возможности его доставки по месту нахождения ЗАО «Дельрус») произведено Комиссией без должного обоснования и при отсутствии в материалах дела доказательств наличия такого товарного рынка. В этой связи выводы о совершении предполагаемого нарушения подпункта 3 пункта 3 статьи 76 Договора на рынке услуг по калибровке датчика являются преждевременными.

Кроме того, системное толкование пункта 2 статьи 74, подпункта 3 пункта 3, пункта 7 статьи 76 Договора, пунктов 2, 4 Критериев, пункта 26 Методики применительно к рассматриваемому делу позволяет сделать вывод о том, что квалификация товарного рынка как трансграничного и установление компетенции Комиссии по пресечению нарушений общих правил конкуренции на трансграничных рынках возможны только при кумулятивном выполнении следующих условий:

- 1) географические границы товарного рынка охватывают территории двух и более государств-членов;
- 2) имеются признаки трансграничности – поставка товара с территории одного государства-члена на территорию другого государства-члена либо поставка товара с территориями третьих стран на территории двух или более государств-членов;
- 3) по крайней мере два хозяйствующих субъекта, чьи действия приводят или могут привести к нарушению запрета, зарегистрированы на территориях разных государств-членов.

В материалах дела не содержится доказательств второго из указанных условий, в связи с чем является преждевременным и вывод о наличии у Комиссии компетенции по пресечению нарушений общих правил конкуренции на трансграничных рынках.

## **1.2. Оценка состязательных документов**

Заявителями в жалобах приведены доводы о ненадлежащей оценке Коллегией Суда ряда доказательств, состязательных документов – аналитического отчета автономной некоммерческой организации «Аналитический центр при Правительстве Российской Федерации» (далее – Отчет); заключения аудиторской компании ТОО «Best аудит» от 30 ноября 2019 г.; приобщенной ЗАО «Дельрус» к материалам дела, переписки с ТОО «Scuderia»; заключения лингвистической экспертизы от 2 декабря 2019 г. № 021219/274; заключения специалиста ООО «Бизнес Плюс» от 14 января 2020 г. № 111119-115К.

В силу пункта 53 Статута одним из основополагающих принципов судопроизводства является состязательность.

Согласно пункту 1 статьи 35 Регламента принцип состязательности реализуется посредством представления лицами, участвующими в споре, состязательных документов.

Каждая из сторон представляет состязательные документы, на основании которых Суд устанавливает наличие или отсутствие обстоятельств, обосновывающих требования или возражения сторон, а также иные обстоятельства, имеющие значение для разрешения спора.

Документы, представленные лицами, участвующими в споре,

подлежат оценке судом по своему внутреннему убеждению, основанному на всестороннем, полном, объективном и непосредственном исследовании имеющихся материалов дела (пункт 3 статьи 35 Регламента).

О том, какие доказательства легли в основу выводов Суда, а какие не приняты Судом, отмечается в мотивировочной части решения Суда (пункт 4 статьи 78 Регламента).

Состязательный документ как доказательство в споре, целью которого является установление соответствия (несоответствия) решения Комиссии Договору и (или) международным договорам в рамках Союза, подлежит всестороннему, полному, объективному и непосредственному исследованию, включая и то, насколько такое доказательство способно подтвердить или опровергнуть факты, подлежащие доказыванию по рассматриваемому делу, в частности, правильность применения Комиссией права Союза при принятии решения.

В решении Коллегии Суда сформулирован только итоговый вывод о необъективности и несоответствии действительности содержания Отчета, при этом его достаточная оценка, как и обоснование такого вывода не приводятся. Апелляционная палата Суда согласилась с указанным выводом, лишь констатировав факт, что Коллегией Суда осуществлена оценка Отчета как состязательного документа.

Вместе с тем, полагаю, что при оценке Отчета как доказательства и состязательного документа Коллегии Суда и Апелляционной палате Суда следовало обратить внимание на следующие обстоятельства.

В Отчете исследуются условия доставки ультразвуковых датчиков для их калибровки с учетом того, что в договорах ЗАО «Дельрус», заключаемых с контрагентами, отсутствовал единообразный подход к закреплению обязанностей по их доставке и оплате (пункт 3.2.2).

В пункте 3.2.3 Отчета приведен анализ возможности перемещения услуги к покупателю или покупателя к услуге. Сделан вывод о возможности перемещения ультразвуковых датчиков к месту нахождения внешнего калибратора в технических центрах, если приобретаются услуги по калибровке ультразвуковых датчиков; если же приобретаются комплексные сервисные услуги, то для их оказания требуется не только транспортировка датчика, но и командирование специалиста к месту нахождения аппарата «FibroScan». Анализ расходов, связанных с оказанием услуг по калибровке ультразвукового датчика и комплексному сервисному обслуживанию приведен в пункте 3.2.5 Отчета.

В Отчете содержится отдельный анализ продуктовых границ рынков услуги по калибровке ультразвуковых датчиков и комплексной сервисной услуги по обслуживанию аппаратов «FibroScan» (раздел 3.1

Отчета), при анализе данных и формулировании соответствующих выводов указанные рынки в Отчете не смешиваются (раздел 3.3 Отчета).

Стоимость услуг в Отчете определена исходя из данных, имеющихся в материалах дела – письма ЗАО «Дельрус» от 7 июня 2018 г. № 52 на запрос Комиссии от 11 мая 2018 г. № 22-139 (пункт 3.1.1 Отчета).

В пунктах 3.2.2 и 3.2.8 Отчета отмечены как проанализированные 72 договора ЗАО «Дельрус» на оказание услуг по калибровке различных ультразвуковых датчиков (как и в письме ЗАО «Дельрус» от 29 ноября 2018 г. № 111, адресованном Комиссии), сведения о договорах ЗАО «Дельрус» приведены в таблице 7 приложений к Отчету.

В отсутствие оценки указанных обстоятельств выводы Коллегии Суда о необъективности и несоответствии действительности Отчета являются преждевременными и не соотносятся с другими доказательствами по делу, что не было принято во внимание Апелляционной палатой Суда.

Также в решениях Коллегии Суда и Апелляционной палаты Суда не проанализированы иные состязательные документы, которые должны быть оценены Судом на основании пункта 3 статьи 35 Регламента, а результат такой оценки отражен в соответствии с пунктом 4 статьи 78 Регламента, в частности:

- заключение аудиторской компании ТОО «Best аудит» по определению стоимости услуги ТОО «Дельрус РК» по калибровке ультразвуковых датчиков от 30 ноября 2019 г., приведенное ТОО «Дельрус РК» в подтверждение отсутствия факта завышения названной в ответе на обращение ТОО «Scuderia» цены услуги;

- переписка представителей ЗАО «Дельрус» и ТОО «Scuderia», в которой ТОО «Scuderia» отмечает необходимость участия инженера для выполнения запрашиваемых услуг из прилагаемой к письму технической спецификации, включающей помимо калибровки ультразвуковых датчиков (с периодичностью 1 раз в год) также иные услуги, относящиеся к техническому обслуживанию аппарата «FibroScan» (с периодичностью 2 раза в год);

- заключение специалиста от 2 декабря 2019 г. № 021219/274 с результатами лингвистической экспертизы переписки между адресатами: Timur Yeslamgaliev и Ахметов Рустам, Talgat Yeslamgaliev, Camille Manceau и Ахметов Рустам, Victor Mochalov, в котором сделаны выводы о невозможности предоставления услуги непосредственно компанией ЗАО «Дельрус», поскольку компания работает только на территории Российской Федерации; о том, что ЗАО «Дельрус» имплицитно представлена информация о наличии возможности оказания услуги в Республике Казахстан; об отсутствии в переписке между

адресатами Timur Yeslamgaliev и Ахметов Рустам отказа в предоставлении услуги по калибровке ультразвукового датчика к аппарату «FibroScan»;

- заключение специалиста ООО «Бизнес Плюс» от 14 января 2020 г. № 111119-115К, в котором по итогам исследования сформулированы выводы: о различиях в цене предложений ЗАО «Дельрус» и ТОО «Дельрус РК», поскольку цена ЗАО «Дельрус» отражает только стоимость услуг по калибровке ультразвуковых датчиков к аппарату «FibroScan», тогда как цена ТОО «Дельрус РК» отражает стоимость услуг по калибровке ультразвуковых датчиков к аппарату «FibroScan» и его техническому обслуживанию; об отличиях цен услуг по калибровке, что зависит от модели, поколения ультразвукового датчика; о средней стоимости услуг по калибровке ультразвуковых датчиков в Российской Федерации и Республике Казахстан с учетом налогообложения, которая является сопоставимой; о том, что цена ТОО «Дельрус РК» на услугу по калибровке ультразвуковых датчиков к аппарату и техническому обслуживанию аппарата «FibroScan» экономически обоснована; о том, что размер субарендной платы, установленный ЗАО «Дельрус» для ТОО «Дельрус РК», является экономически обоснованным; о том, что с учетом потенциальных дополнительных расходов стоимость услуг ЗАО «Дельрус» превышает цену на такие услуги на территории Республики Казахстан и экономически нецелесообразна.

Таким образом, в отсутствие оценки указанных состязательных документов исследование материалов дела Коллегией Суда и Апелляционной палатой Суда нельзя признать всесторонним, полным и объективным.

### **1.3. Оценка доказательств нарушения общих правил конкуренции и пределы судебного разбирательства**

Полагаю, что Коллегия Суда пришла к преждевременному выводу о наличии достаточных доказательств нарушения заявителями запрета, установленного подпунктом 3 пункта 3 статьи 76 Договора, а Апелляционная палата Суда, сделав выводы, которые не основаны на праве Союза и материалах дела, вышла за пределы рассмотрения дела, закрепленные в статье 69 Регламента.

Для запрета, установленного подпунктом 3 пункта 3 статьи 76 Договора, как запрета *per se*, действует режим презумпции ограничения конкуренции.

В этой связи Комиссии необходимо было доказать не наличие признаков ограничения конкуренции, которые могут являться следствием заключения антиконкурентного соглашения, а факт

заключения антиконкурентного соглашения между хозяйствующими субъектами (субъектами рынка) государств-членов, являющимися конкурентами, действующими на одном товарном рынке, и последствия наличия данного факта в виде раздела или возможности раздела товарного рынка по территориальному принципу, объему продажи или покупки товаров, ассортименту реализуемых товаров либо составу продавцов или покупателей (заказчиков).

Как отмечается Коллегией Суда, при оценке антиконкурентного соглашения принимается во внимание согласованность поведения и общие намерения хозяйствующих субъектов вести себя определенным образом, добровольно ограничив тем самым свободу своего поведения на рынке.

Общие намерения или волеизъявление хозяйствующих субъектов предполагают общность (единство) воли и ее выражение вовне.

В решении № 165 указано, что согласованная воля ЗАО «Дельрус» и ТОО «Дельрус РК» выражалась не посредством формального соглашения в письменной форме. Наличие и реализация соглашения между ними, которое привело к разделу товарного рынка по территориальному принципу, запрещенному подпунктом 3 пункта 3 статьи 76 Договора, подтверждается отсутствием обоснованного отказа ЗАО «Дельрус» ТОО «Scuderia» в предоставлении услуги по калибровке ультразвуковых датчиков к аппарату «FibroScan», существенной разницей в цене, осведомленностью ЗАО «Дельрус» и ТОО «Дельрус РК» о деятельности друг друга и практикой перенаправления покупателей, фактическим разделом рынка услуги по калибровке ультразвуковых датчиков к аппарату «FibroScan». Дополнительным свидетельством наличия соглашения между ЗАО «Дельрус» и ТОО «Дельрус РК» являются договорные отношения между ними по субаренде внешнего калибратора ультразвуковых датчиков к аппарату «FibroScan».

Коллегия Суда отметила, что факт раздела товарного рынка ЗАО «Дельрус» и ТОО «Дельрус РК» подтверждается имевшейся между ними согласованностью поведения и общим намерением вести себя определенным образом, их осведомленностью о деятельности друг друга, практикой перенаправления покупателей и иными синхронными и однонаправленными действиями, отказом выйти за рамки согласованного территориального сектора, договором субаренды от 10 января 2017 г. № 1.

Как правильно отметила Коллегия Суда, для подтверждения факта заключения антиконкурентных соглашений могут использоваться косвенные доказательства. Вместе с тем Коллегия Суда не приняла во внимание, что косвенные доказательства будут подтверждать

соответствующие обстоятельства лишь в том случае, если они не могут быть разумно объяснены иными причинами. Для опровержения косвенных доказательств, положенных в основу установления факта заключения антиконкурентного соглашения, заявителями к материалам дела приобщены объяснения, экспертные заключения и иные доказательства.

Так, осведомленность заявителей о деятельности друг друга, как следует из пояснений представителей ЗАО «Дельрус» и ТОО «Дельрус РК», основывается на существующих между ними с 2009 года договорных (договоры поставки, субаренды оборудования), а также корпоративных связях, что подтверждается материалами дела.

Относительно практики перенаправления к поставщику услуги в соответствии с географическим принципом (территория обслуживания) следует отметить, что в материалах дела отсутствуют сведения об иных, помимо рассматриваемого случая, фактах перенаправления покупателей. При этом доводы ЗАО «Дельрус» о том, что его рекомендация ТОО «Scuderia» обратиться в ТОО «Дельрус РК» была связана с отсутствием возможности и целесообразности направления инженеров в Республику Казахстан для оказания услуги по сервисному обслуживанию аппарата, Коллегией Суда и Апелляционной палатой Суда не опровергнуты.

По мнению Комиссии, с которым согласилась Коллегия Суда, о наличии соглашения между ЗАО «Дельрус» и ТОО «Дельрус РК» о разделе товарного рынка по территориальному принципу свидетельствует заключенный между ними договор субаренды калибровочной скамьи от 10 января 2017 г.

В решении № 165 также отмечается, что стоимость услуги субаренды калибровочной скамьи, установленная ЗАО «Дельрус», определяется исходя из количества произведенных калибровок ультразвуковых датчиков. Договор субаренды от 10 января 2017 г. № 1 содержит положение, согласно которому субарендатор обязан в течение годичного срока действия договора обеспечить проведение не менее 10 калибровок ультразвуковых датчиков.

Соответствующие положения договора субаренды коррелируют с условиями договора аренды, заключенного ЗАО «Дельрус» в качестве арендатора калибровочной скамьи с компанией BRAVO Pacific Limited (арендодатель).

Анализ акта от 29 декабря 2017 г. № 1 по договору субаренды от 10 января 2017 г. № 1 показывает, что уплаченная ТОО «Дельрус РК» за 2017 год сумма может свидетельствовать о проведении в 2017 году не менее 28 калибровок ультразвуковых датчиков (исходя

из максимально возможной цены калибровки, указанной в приложении № 1 к договору субаренды от 10 января 2017 г. № 1).

В отсутствие какой-либо дополнительной аргументации заключение договора субаренды калибровочной скамьи и расчет ее стоимости исходя из количества произведенных калибровок не доказывают наличие антиконкурентного соглашения и сами по себе не нарушают запрет, установленный подпунктом 3 пункта 3 статьи 76 Договора.

Кроме того, Комиссией, Коллегией Суда и Апелляционной палатой Суда не учтено, что в силу наличия административных барьеров (лицензирование деятельности по техническому обслуживанию медицинской техники в Российской Федерации и возможность оказания данной услуги только резидентами Российской Федерации) ТОО «Дельрус РК» не являлось конкурентом ЗАО «Дельрус» на рынке Российской Федерации, поскольку не могло оказывать услуги ни по калибровке датчиков, ни по техническому обслуживанию аппарата «FibroScan» субъектам Российской Федерации. В отсутствие фактической возможности конкуренции ТОО «Дельрус РК» и ЗАО «Дельрус» на территории Российской Федерации в понимании определения «конкуренции», содержащегося в подпункте 8 пункта 2 Протокола, вмененный указанным хозяйствующим субъектам в вину раздел рынка по территориальному признаку не согласуется с экономической логикой соглашений, запрещенных подпунктом 3 пункта 3 статьи 76 Договора.

В этой связи следует обратить внимание на довод ЗАО «Дельрус» о том, что Комиссией и Коллегией Суда не дана оценка аффилированности ЗАО «Дельрус» и ТОО «Дельрус РК» ввиду наличия общего участника данных обществ – физического лица, гражданина Российской Федерации.

В решении № 165 сделан вывод о том, что ЗАО «Дельрус» и общество с ограниченной ответственностью «Медицинская компания» входят в группу лиц по признакам, определенным в подпункте 5 пункта 2 Протокола. В Аналитическом отчете Комиссии также отмечено, что ЗАО «Дельрус» и ТОО «Дельрус РК» являются аффилированными, однако данное обстоятельство ни в решении № 165, ни в решении Коллегии Суда не получило дальнейшей оценки.

В свою очередь, термин «аффилированное лицо» в праве Союза отсутствует, для целей Протокола используется и имеет правовое значение термин «группа лиц», которая определяется по признакам, указанным в подпункте 5 пункта 2 Протокола. В этой связи основания отождествлять институты аффилированности и группы лиц отсутствуют.

В решении № 165 и решении Коллегии Суда вопрос о наличии группы лиц в составе ЗАО «Дельрус» и ТОО «Дельрус РК» не ставился и не разрешался, аффилированность как признак нарушения общих правил конкуренции не исследовалась.

При этом взаимосвязь ЗАО «Дельрус» и ТОО «Дельрус РК» и возможное наличие группы лиц в их составе должны были проверяться Комиссией и Коллегией Суда, поскольку это непосредственно влияет на квалификацию предполагаемого нарушения (группа лиц рассматривается как единый хозяйствующий субъект (субъект рынка), в связи с чем входящие в нее субъекты не могут считаться конкурентами).

Апелляционная палата Суда, рассуждая о группе лиц в составе ЗАО «Дельрус» и ТОО «Дельрус РК», на странице 16 решения обоснованно указала о преждевременности установления Комиссией и Коллегией Суда статуса ЗАО «Дельрус» и ТОО «Дельрус РК» как конкурентов. Данная оценка не создает прецедента и не предрешает последующих выводов, а лишь указывает на необходимость дополнительной проверки данного обстоятельства, которая не может быть осуществлена Судом, поскольку входит в компетенцию Комиссии.

Вместе с тем Апелляционная палата Суда пришла и к иным выводам, которые не согласуются с правом Союза, вступают с ним в противоречие и создают основу для правовой неопределенности при регулировании охраняемых разделом XVIII Договора и Протоколом отношений.

Так, на странице 15 решения Апелляционная палата Суда прямо констатировала, что «ЗАО «Дельрус» и ТОО «Дельрус РК» можно признать частью трансграничной «группы лиц» с точки зрения пункта 7 Протокола».

Тем самым Апелляционная палата Суда, не основываясь на формальном определении «группы лиц» и ее признаках, предусмотренных подпунктом 5 пункта 2 Протокола, при отсутствии в материалах дела достаточных доказательств этого, квалифицировала ЗАО «Дельрус» и ТОО «Дельрус РК» как группу лиц, тем самым подменив компетенцию Комиссии и создав прецедент для возможного последующего расследования и рассмотрения дела о нарушении общих правил конкуренции с участием заявителей.

Также полагаю необоснованной ссылку в решении Апелляционной палаты Суда на практику антимонопольных органов и арбитражных судов Российской Федерации, учитывая различное регулирование соответствующих отношений в национальном праве Российской Федерации и праве Союза, а также то, что она касается общества

с ограниченной ответственностью «Дельрус-К», не имеющего отношения к данному делу.

#### **1.4. Непринятие решения по иным составам нарушений общих правил конкуренции**

Пунктом 45 Порядка рассмотрения дел о нарушении общих правил конкуренции на трансграничных рынках, утвержденного Решением Совета Евразийской экономической комиссии от 23 ноября 2012 г. № 99 (далее – Порядок рассмотрения дел), предусмотрены требования к структуре решения по делу и содержанию его частей, включая вводную, описательную, мотивировочную и резолютивную. В резолютивной части решения по делу должны содержаться в том числе выводы о наличии или об отсутствии оснований для прекращения рассмотрения дела, о наличии или об отсутствии нарушения общих правил конкуренции на трансграничных рынках в действиях (бездействии) ответчика по делу.

В определении о возбуждении и рассмотрении дела от 30 июля 2018 г. указано, что оно возбуждено в связи с наличием признаков нарушения пунктов 1, 3 – 5 статьи 76 Договора. В резолютивной части решения № 165 констатировано отсутствие оснований для прекращения рассмотрения дела, предусмотренных пунктом 46 Порядка рассмотрения дел (без указания составов нарушений), и сделан вывод о наличии нарушения подпункта 3 пункта 3 статьи 76 Договора. Таким образом, в решении № 165 не содержится выводов, обосновывающих наличие либо отсутствие в действиях заявителей иных составов нарушения общих правил конкуренции на трансграничных рынках, по которым возбуждалось дело, итоговое процессуальное решение по ним не принято, что противоречит принципу правовой определенности и может быть неоднозначно расценено, в том числе как продолжение расследования и рассмотрения дела в отношении заявителей по данным составам нарушений.

Названные обстоятельства не являлись предметом рассмотрения Коллегии Суда и Апелляционной палаты Суда несмотря на то, что заявители указывали о них в письменных пояснениях и в ходе устной стадии производства по делу.

#### **1.5. Выводы о частичном удовлетворении требований заявителей и частичной отмене решения Коллегии Суда**

В резолютивной части решения Апелляционной палаты Суда содержатся выводы о частичном удовлетворении требований заявителей, частичной отмене решения Коллегии Суда и в то же время о признании решения № 165 не соответствующим Договору и международным договорам в рамках Союза в полном объеме, которые являются

непоследовательными и противоречивыми, принятыми в нарушение требований пункта 6 статьи 78 Регламента.

При формулировании выводов в резолютивной части решения Апелляционной палате Суда следовало провести различие между итоговым выводом Коллегии Суда и его обоснованием, а также между требованиями заявителей и их доводами.

Так, итоговый вывод Коллегии Суда содержится в резолютивной части решения от 11 февраля 2020 г. и выражается в признании решения № 165 соответствующим Договору и международным договорам в рамках Союза, в мотивировочной части решения Коллегии Суда содержится обоснование данного вывода.

Апелляционной палатой Суда решение № 165 признано не соответствующим Договору и международным договорам в рамках Союза в полном объеме. В этой связи Апелляционной палате Суда следовало отменить решение Коллегии Суда также в полном объеме. При этом согласие Апелляционной палаты Суда с отдельными выводами Коллегии Суда, содержащимися в мотивировочной части решения Коллегии Суда, не является основанием для отмены данного решения в части, поскольку итоговая оценка решения № 165 Апелляционной палатой Суда и Коллегией Суда в резолютивных частях их решений, является диаметрально противоположной.

Аналогичной является и ситуация с требованиями заявителей, которые выражаются в отмене решения Коллегии Суда и признании решения № 165 не соответствующим Договору и международным договорам в рамках Союза. С учетом вывода Апелляционной палаты Суда о признании решения № 165 не соответствующим Договору и международным договорам в рамках Союза в полном объеме и описанной выше необходимости в связи с этим отмены решения Коллегии Суда в полном объеме, Апелляционной палате Суда следовало постановить об удовлетворении требований заявителей в полном объеме. То обстоятельство, что Апелляционная палата Суда, принимая решение о несоответствии решения № 165 Договору и международным договорам в рамках Союза, согласилась не со всем доводами заявителей, приведенными ими в обоснование такого требования, не может влиять на выводы в резолютивной части решения Апелляционной палаты Суда, касающиеся исключительно требований, а не доводов заявителей.

#### **1.6. Отсутствие указания о возврате пошлины заявителям в решении Апелляционной палаты Суда**

Согласно пункту 63 Статута, обращение хозяйствующего субъекта в Суд облагается пошлиной. В случае удовлетворения Судом требований

хозяйствующего субъекта, указанных в заявлении, осуществляется возврат пошлины (пункт 64 Статута).

В соответствии с пунктом 5 статьи 78 Регламента резолютивная часть решения Суда содержит выводы Суда в соответствии с пунктами 104 – 110 Статута, в том числе об удовлетворении требований истца или об отказе в их удовлетворении полностью или в части, положения о возврате пошлины.

Требования заявителей, указанные в первоначально поданном в Суд заявлении, о признании решения № 165 не соответствующим Договору и международным договорам в рамках Союза, удовлетворены Апелляционной палатой Суда в полном объеме, однако, в нарушение норм Статута, решение о возврате пошлины Апелляционной палатой Суда не принято, что нарушает права и законные интересы заявителей и создает правовую неопределенность в данном вопросе.

## **2. Проведение судебного заседания Апелляционной палаты Суда в формате видеоконференцсвязи при наличии в материалах дела информации ограниченного распространения**

ЗАО «Дельрус» было заявлено ходатайство об участии его представителей в заседании Апелляционной палаты Суда 20 октября 2020 г. с использованием видеоконференцсвязи в связи с наличием ограничений авиационного, автомобильного, железнодорожного и иного сообщения между Российской Федерацией и Республикой Беларусь.

Вместе с тем, с учетом наличия авиационного сообщения фактическая возможность прибыть в Суд у сторон имелась, представители Комиссии и ТОО «Дельрус РК» в судебное заседание прибыли лично.

Комиссия в письменных возражениях указала на невозможность проведения судебного заседания в формате видеоконференцсвязи, поскольку в материалах дела имеется информация ограниченного распространения.

Протокольным постановлением Апелляционной палаты Суда от 15 октября 2020 г. ходатайство удовлетворено, представителям ЗАО «Дельрус» разрешено участвовать в судебном заседании посредством видеоконференцсвязи.

Особенностью данного дела является наличие в нем сведений, относящихся к информации ограниченного распространения, что исключает возможность ее передачи, обсуждения, обращения к ней при наличии такой необходимости у представителей сторон или у судей Апелляционной палаты Суда при проведении судебного заседания с использованием видеоконференцсвязи.

В соответствии с пунктом 56 Статута Суд принимает надлежащие меры по обеспечению защиты информации ограниченного распространения.

Согласно части второй подпункта 9.2.4 пункта 9 Инструкции по делопроизводству в Суде, утвержденной приказом Председателя Суда от 11 мая 2015 г. № 11, запрещается передача документов, содержащих информацию ограниченного распространения, а также обсуждение такой информации по электронным каналам связи, включая формат аудио- и видеоконференции. Аналогичный запрет на передачу документов, содержащих информацию ограниченного распространения, а также обсуждение такой информации по электронным каналам связи, включая формат аудио- и видеоконференции, предусмотрен Порядком обращения с документами по судебным делам, содержащими информацию ограниченного распространения, утвержденным приказом Председателя Суда от 21 ноября 2016 г. № 9.

Удовлетворив ходатайство об участии представителей ЗАО «Дельрус» в судебном заседании с использованием видеоконференцсвязи, Апелляционная палата Суда создала фактическую ситуацию ограничения прав участников судебного разбирательства и нарушила принцип состязательности.

В силу пункта 2 статьи 29 Регламента стороны и их представители имеют право в том числе заявлять ходатайства, делать заявления, давать объяснения в письменной и устной форме, приводить свои доводы по всем возникающим в ходе рассмотрения спора вопросам, задавать вопросы другим лицам, участвующим в споре.

Принцип состязательности основывается на том, что истец обязан обосновать свои требования, а ответчик вправе представить возражения на заявленные требования (пункт 1 статьи 23 Регламента). При необходимости обоснования требований одной стороной и предоставлении возражений другой у их представителей может возникнуть необходимость обращения к материалам дела, содержащим информацию ограниченного распространения. Поскольку обсуждение такой информации по электронным каналам связи, включая формат аудио- и видеоконференции, запрещено, стороны лишаются соответствующих прав в данной части.

Фактически установленный Апелляционной палатой Суда формат обсуждения материалов дела и доводов сторон, исключающий возможность обращения к информации ограниченного распространения, не может способствовать осуществлению сторонами своих процессуальных прав в полном объеме и принятию Апелляционной палатой Суда решения, основанного на всестороннем и полном исследовании доказательств и обстоятельств дела.

Принимая во внимание изложенное, полагаю, что при наличии возможности личного участия представителей сторон в судебном заседании, в целях соблюдения баланса защиты информации ограниченного распространения и обеспечения процессуальных прав сторон, Апелляционной палате Суда следовало воздержаться от проведения судебного заседания по данному делу с использованием видеоконференцсвязи.

Судья

Д.Г. Колос