



СУД ЕВРАЗИЙСКОГО ЭКОНОМИЧЕСКОГО СОЮЗА

ОСОБОЕ МНЕНИЕ

судьи Нешатаевой Т.Н.

(дело № СЕ-2-2/1-21-БК)

город Минск

23 ноября 2021 года

В связи с необходимостью соблюдения норм общего международного права, в том числе права Всемирной торговой организации (далее – ВТО), а также выработки правовой позиции Суда Евразийского экономического союза (далее – Суд) по вопросам, не раскрытым в Договоре о Евразийском экономическом союзе от 29 мая 2014 года (далее – Договор), в целях их единообразного понимания, в соответствии с пунктом 1 статьи 79 Регламента Суда Евразийского экономического союза, утвержденного Решением Высшего Евразийского экономического совета от 23 декабря 2014 года № 101, заявляю особое мнение.

1. Поскольку дискриминация в контексте международной торговли и предоставления промышленных субсидий запрещена на универсальном и региональном уровне в Евразийском экономическом союзе (далее – Союз, ЕАЭС), полагаю целесообразным первоначально изложить систему источников права, регулирующих данный вопрос, а также определить их соотношение, так как в консультативном заключении этого сделано не было.

Промышленная политика и предоставление промышленных субсидий в Союзе прежде всего регулируется универсальным международным правом, то есть правом ВТО, что закреплено в преамбуле к Договору и в Протоколе о функционировании Евразийского экономического союза в рамках многосторонней торговой системы (приложение № 31 к Договору), согласно которому в рамках Союза к соответствующим отношениям применяется Договор о функционировании Таможенного союза в рамках многосторонней торговой системы от 19 мая 2011 года (далее – Договор от 19 мая 2011 года). Согласно пункту 1 статьи 1 Договора от 19 мая 2011 года с даты присоединения любой из Сторон к ВТО положения Марракешского

соглашения об учреждении ВТО от 15 апреля 1994 года (далее – Соглашение ВТО) становятся частью правовой системы Таможенного союза.

Вслед за этим данный вопрос регулируется на региональном уровне в Союзе нормами раздела XXIV Договора, а также приложений № 27 и № 28 к Договору.

По вопросу о соотношении норм универсального и регионального международного права отмечу, что согласно пункту 1 статьи 2 Договора от 19 мая 2011 года в случае противоречия норм Договора Соглашению ВТО приоритет применения имеет Соглашение ВТО (*lex specialis*). В отсутствие противоречий между Договором и Соглашением ВТО приоритет применения имеют нормы Договора (согласно правовой позиции, изложенной в решении Коллегии Суда Евразийского экономического сообщества от 24 июня 2013 года, решении Апелляционной палаты Суда Евразийского экономического сообщества от 21 октября 2013 года, опирающихся на статью 6 Договора).

Следовательно, в систему источников права Союза, регулирующих промышленную политику в Союзе, входят: право ВТО, Договор, в том числе приложения № 27 и № 28 к нему, а также договоры в рамках Союза. В случае противоречия права ВТО и Договора, а также договоров в рамках Союза приоритет имеет право ВТО. При противоречии договоров в рамках Союза Договору приоритет имеет Договор (пункт 3 статьи 6 Договора). Как правило, обязательства вступающего в ВТО государства прописаны в протоколах о присоединении к ВТО.

Отдельно следует подчеркнуть, что право ВТО не препятствует созданию таможенных Союзов (статья XXIV ГАТТ 1994). Тем не менее создание таких союзов должно соответствовать праву ВТО, а содержание обязательств в рамках таможенного союза должно соответствовать обязательствам в рамках ВТО. Обязательства, которые приняты в соответствующих таможенных союзах, не могут отменить (пересмотреть в одностороннем порядке) те обязательства, которые приняты на универсальном уровне.

Вследствие того, что право ВТО составляет часть правовой системы Союза, следует также учесть связь механизмов по разрешению споров, проанализированной в Докладе Рабочей группы о присоединении Российской Федерации к Соглашению ВТО от 16–17 ноября 2011 года (далее – Доклад), который учитывался при составлении Протокола от 16 декабря 2011 года о присоединении Российской Федерации к Марракешскому соглашению об учреждении Всемирной торговой организации от 15 апреля 1994 года. Так, согласно пункту 186 Доклада Договор от 19 мая 2011 года закрепляет обязательства государств –

членов Таможенного союза и органы Таможенного союза в отношении обязательств, принятых каждым из государств – членов Таможенного союза как часть условий присоединения к ВТО и ставших частью правовой системы Таможенного союза. Таким образом, нарушение данных прав и обязанностей государством – членом Таможенного союза либо органом Таможенного союза может быть обжаловано государством – членом Таможенного союза либо Комиссией Таможенного союза в Суде Евразийского экономического сообщества (далее – Суд ЕврАзЭС). В дополнение, хозяйствующие субъекты могут заявлять о нарушениях Договора от 19 мая 2011 года в Суд ЕврАзЭС.

На практике взаимосвязь органов по разрешению споров на универсальном и региональном уровне подтвердилась в деле Суда ЕврАзЭС «Компания «Фольксваген АГ» (Volkswagen AG) против Евразийской экономической комиссии» (постановление от 7 октября 2014 года), в котором заявитель ставил вопрос об оспаривании отдельных положений решения Коллегии Евразийской экономической комиссии от 14 мая 2013 года № 113 «О применении антидемпинговой меры посредством введения антидемпинговой пошлины в отношении легких коммерческих автомобилей, происходящих из Федеративной Республики Германия, Итальянской Республики и Турецкой Республики и ввозимых на единую таможенную территорию Таможенного союза» (далее – решение № 113). Суд ЕврАзЭС отказал компании «Фольксваген АГ» в принятии ее заявления к рассмотрению. Однако впоследствии спор о соответствии решения № 113 праву ВТО был рассмотрен Органом по разрешению споров ВТО (далее – ОРС ВТО; дело *DS479: Russia — Anti-Dumping Duties on Light Commercial Vehicles from Germany and Italy*).

Следовательно, ввиду того, что право ВТО составляет часть правовой системы Союза, таможенные союзы создаются в соответствии правом ВТО, а ОРС ВТО и Суд ЕАЭС действуют во взаимосвязи, в контексте промышленного сотрудничества подлежит применению универсальное и региональное (союзное) международное право, государствам – членам Союза следовало учитывать право ВТО, среди прочего, в контексте запрета дискриминации. Конкретная мера может быть оспорена в Суде ЕАЭС, а также впоследствии – в ОРС ВТО (субсидиарность).

2. Относительно вопроса Евразийской экономической комиссии (далее – Комиссия) о пределах дискриминации отмечаю, что в области международных отношений недискриминация означает запрет предоставления гражданам, организациям и т.д. какого-либо государства меньших прав и привилегий, чем гражданам, организациям и т.д. других иностранных государств. Согласно практике ОРС ВТО запрещенной

является как юридическая дискриминация (*de jure* discrimination), предполагающая различие в правовом регулировании обращения товаров иностранных производителей на основе прямого указания соответствующей страны происхождения, так и фактическая (*de facto* discrimination), которая подразумевает запрет различных непрозрачных мер в отношении товаров иностранных производителей (например, необоснованная диверсификация доплат покупателям иностранных товаров).

В контексте международной торговли запрет дискриминации (недискриминация) подразумевает предоставление в конкретном государстве равного правового режима для аналогичных товаров независимо от страны их происхождения и реализуется главным образом путем правового закрепления стандарта, получившего название «режим наиболее благоприятствуемой нации» (статья I ГАТТ 1994). Режим наиболее благоприятствуемой нации предполагает, что любая льгота, предоставляемая обороту иностранного товара в конкретном государстве, должна быть предоставлена аналогичному товару из любой третьей страны.

При обороте товаров на внутреннем рынке действует национальный режим, который предполагает, что внутренние налоги и другие внутренние сборы и требования в отношении внутренней торговли, транспортировки и использования товаров должны применяться одинаково к импортным и к отечественным товарам (статья III ГАТТ 1994).

Следовательно, режим наиболее благоприятствуемой нации запрещает дискриминацию между аналогичными товарами на входе на рынок ЕАЭС.

Соответственно, при ответе на вопрос Комиссии Суду следовало разъяснить нормативное содержание принципа недискриминации в контексте промышленной политики в Союзе с учетом изложенных универсальных подходов.

3. Согласно подпункту 4 пункта 2 статьи 92 Договора промышленная политика в рамках Союза осуществляется государствами-членами на основе, среди прочего, принципа недискриминации. При этом Договор не содержит определения данного принципа.

Однако в нарушение цели своей работы – обеспечения единообразного применения права Союза (пункт 2 Статута Суда Евразийского экономического союза (приложение № 2 к Договору) – Большая коллегия Суда не разъяснила содержание принципа недискриминации.

Следовательно, необходимо разъяснить принцип недискриминации с учетом обычных правил толкования международных договоров, закрепленных в пункте 1 статьи 31 Венской конвенции о праве международных договоров от 23 мая 1969 года, согласно которому договор должен толковаться добросовестно в соответствии с обычным значением, которое следует придать терминам договора в их контексте, а также в свете объекта и целей договора.

Учитывая, что право ВТО составляет часть правовой системы ЕАЭС, пробел в виде определения нормативного содержания принципа недискриминации следовало заполнить обращением к праву ВТО, которое содержит универсальные правила, реализующие запрет дискриминации в сфере международной торговли, подкрепленный главным образом в обязательстве о предоставлении режима наиболее благоприятствуемой нации (статья I ГАТТ 1994) товарам, входящим на рынок ЕАЭС.

На данный момент принцип недискриминации в этом вопросе в Союзе реализуется в нормах, составляющих режим наиболее благоприятствуемой нации. Из этого следует, что товары, которые обращаются на внутреннем рынке государства – члена Союза и не являются товарами, которые произведены на территории данной страны, являются иностранными. Последнее относится и к товарам, произведенным в государствах – членах Союза. Единого национального режима для товаров, произведенных в других государствах – членах Союза, в настоящее время еще не предусмотрено.

Соответственно, раздел XXIV Договора не содержит обязательств по предоставлению национального режима товарам из государств – членов Союза, в том числе в контексте промышленных субсидий. Национальный режим в Союзе предоставляется в ограниченном перечне случаев (например, в сфере государственных (муниципальных) закупок согласно статье 88 Договора, частично – в контексте охраны интеллектуальной собственности согласно пункту 1 статьи 90 Договора и иное).

Отмечу, что предоставление национального режима внутри Союза – это позиция на будущее, когда такой режим будет распространен на все товары Союза. При этом на данный момент серьезных изменений для перехода на национальный режим нет (небольшой шаг здесь сделан – например, наконец, национальный режим действует с исключениями в госзакупках). Поэтому попытка выдать режим наиболее благоприятствуемой нации (статья I ГАТТ 1994) за национальный режим (статья III ГАТТ 1994) – это неправовое забегание вперед, которое может привести к разрушению Союза. Предоставление национального режима

внутри Союза затрагивает правопорядок ВТО и в любом случае должно быть согласовано с универсальной организацией. Установление национального режима в Союзе предполагает участие Союза в ВТО как самостоятельного члена, возможно, с исключением членства государств, участвующих в Союзе (во всяком случае подобный механизм задействован для членства Европейского союза в ВТО).

4. В Союзе реализация принципа недискриминации и, как следствие, режима наиболее благоприятствуемой нации связана с особенностями ведения промышленной политики в Союзе, что предполагает необходимость уяснения степени дискреции государств-членов по вопросам, урегулированным в разделе XXIV Договора «Промышленность».

Согласно пункту 1 статьи 1 Договора данным актом стороны учреждают Союз, в рамках которого обеспечивается среди прочего проведение скоординированной, согласованной или единой политики в отраслях экономики, определенных настоящим Договором и международными договорами в рамках Союза.

Применительно к промышленной политике и предоставлению субсидий Суд правильно отмечает, что промышленная политика в рамках Союза составляет скоординированную политику, поскольку государства-члены самостоятельно формируют национальную промышленную политику, но с учетом подходов, которые изложены в основных направлениях промышленного сотрудничества (пункт 1 статьи 92 Договора).

При этом, как следует из статьи 3 Договора, государства-члены создают благоприятные условия для выполнения Союзом его функций и воздерживаются от мер, способных поставить под угрозу достижение целей Союза. В развитие этого, согласно пункту 1 статьи 93 Договора, в целях обеспечения условий для стабильного и эффективного развития экономик государств-членов, а также условий, способствующих развитию взаимной торговли и добросовестной конкуренции между государствами-членами, на территориях государств-членов действуют единые правила предоставления субсидий в отношении промышленных товаров, в том числе при их приобретении.

Из указанного следует, что в отношении осуществления промышленных субсидий в Союзе действует единая политика. Так, в силу правовой позиции Суда, изложенной в консультативном заключении от 4 апреля 2017 года, согласно статье 2 Договора 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.

Во-первых, согласно пункту 1 статьи 93 Договора действуют единые международные правила предоставления всех видов промышленных субсидий, устанавливающих свободу действий государств – членов Союза в пределах лишь допустимых субсидий; во-вторых, согласно пункту 6 статьи 93 Договора государства – члены Союза передали Комиссии компетенцию по контролю за реализацией положений статьи 93 Договора. Следовательно, предоставление промышленных субсидий составляет единую политику Союза.

Следовательно, реализация принципа недискриминации в контексте промышленных субсидий является единой политикой, что предполагает следование единым правилам их предоставления, закрепленным в статье 93 Договора и приложении № 28 к Договору.

5. Подпунктом а) пункта 3 статьи 93 Договора среди прочего предусмотрено, что для целей данной статьи под субсидией понимается финансовое содействие, которое оказывается субсидирующим органом государства-члена (или уполномоченной государством-членом структурой), в результате которого создаются (обеспечиваются) преимущества и которое осуществляется посредством приобретения промышленных товаров.

Следовательно, с точки зрения права ВТО промышленные субсидии могут считаться «преимуществом», которое должно предоставляться товарам иностранных государств на основе режима наиболее благоприятствуемой нации. Предоставление большего объема субсидирования иностранным товарам из одного государства (с указанием конкретных стран-производителей) и меньшего объема субсидирования аналогичным товарам из другого государства, в том числе из государства – члена Союза, может приводить к нарушению режима наиболее благоприятствуемой нации и, как следствие, дискриминации.

В этой связи отмечу, что реализация единой политики в контексте предоставления промышленных субсидий и, как следствие, принципа недискриминации, обеспечена компетенцией органов Союза, а также соответствующими обязательствами государств.

Так, например, Комиссия осуществляет согласование предоставления субсидий (пункты 6, 15 приложения № 28 к Договору), при этом государства предоставляют друг другу и в Комиссию уведомления обо всех субсидиях, планируемых к предоставлению в очередном году на федеральном (республиканском) и региональном (муниципальном, местном) уровнях (пункт 95 приложения № 28 к

Договору). В силу подпункта 3) пункта 6 статьи 93 Договора Комиссия вправе проводить разбирательства по фактам предоставления специфических субсидий и принятие обязательных в отношении них решений в случаях, определенных международным договором в рамках Союза, предусмотренным пунктом 7 приложения № 28 к Договору.

В силу пункта 7 статьи 93 Договора споры, возникающие в отношении промышленных субсидий, могут быть переданы на рассмотрение Суда.

Следовательно, недискриминация является общим принципом промышленной политики, и при этом режим наиболее благоприятствуемой нации распространяется как на аналогичные товары, произведенные в государствах – членах Союза, так и на аналогичные товары, произведенные в третьих странах.

Судья

Т.Н. Нешатаева