



СУД ЕВРАЗИЙСКОГО ЭКОНОМИЧЕСКОГО СОЮЗА

ОСОБОЕ МНЕНИЕ судьи Нештатаевой Т.Н.

город Минск

8 декабря 2020 года

Не соглашаюсь с вынесенным постановлением Большой коллегии Суда Евразийского экономического союза от 8 декабря 2020 года в связи с его недостаточной мотивированностью и в соответствии с пунктом 1 статьи 79 Регламента Суда Евразийского экономического союза, утвержденного Решением Высшего Евразийского экономического совета от 23 декабря 2014 года № 101 (далее – Регламент Суда), заявляю особое мнение.

Соглашаюсь с тем, что таможенные брокеры вправе обращаться в Суд Евразийского экономического союза (далее – Суд ЕАЭС, Суд) за защитой своих прав. Имея ввиду, что акты Суда призваны уточнять, прояснять, «излечивать» нормы права Евразийского экономического союза (далее – ЕАЭС, Союз) для их единообразного применения, подчеркиваю, что разночтения в судебных актах относились к вопросу о мониторинге и контроле исполнения международного договора в рамках Союза, к действиям (бездействиям) Евразийской экономической комиссии (далее – ЕЭК, Комиссия) в этом вопросе.

Оставляю за скобками все формалистские изыски псевдоюридического характера, призванные закамуфлировать международную проблему, стоящую особняком в вопросе о мониторинге и контроле исполнения международного договора в рамках Союза: что защищает Суд ЕАЭС – интерес властного органа или интерес хозяйствующего субъекта в делах об оспаривании действий (бездействия) международного органа (в данном случае ЕЭК)?

1. Сам вопрос с возникновением неединообразия применения Договора о Евразийском экономическом союзе от 29 мая 2014 года (далее – Договор) связан с судебными актами по делам по заявлениям ООО «Электронная таможня» и АО «Транс Логистик Консалт» к ЕЭК.

Здесь важным является материально-правовой элемент поставленных вопросов о неединообразии в применении международных договоров при определении заинтересованного невластного субъекта в правоотношении. Проблема соотношения прав властных и невластных субъектов является основополагающей в этих делах.

Поиск баланса интересов в развитии экономики и управления экономическими процессами – сложнейшая проблема для любой интеграционной структуры: «управляя, не сгуби». Решение по делу по заявлению АО «Транс Логистик Консалт», постановление о прекращении производства по делу по заявлению ООО «Электронная таможня» не послужили решению проблемы, но лишь усугубили ситуацию: хозяйствующим субъектам отказано в защите и они получили разделение на достойных и недостойных (первого сорта и второго сорта – перефразируя М.А. Булгакова). К «второсортным» были отнесены таможенные представители: высказана мысль о том, что они вообще не имеют права обращаться в Суд ЕАЭС. Парадоксально, но им предлагается отказать в праве на доступ к суду по надуманной причине, что Договор не касается их интереса! Надуманная позиция не вытекает из Договора и Статута Суда Евразийского экономического союза (приложение № 2 к Договору; далее – Статут Суда), не разделяющих хозяйствующих субъектов по вопросам оспаривания бездействия в ЕЭК. Подобная позиция, скорее всего, связана с особенностями евразийского правосознания, не всегда четко определяющего приоритет права в отношении власти, и отсутствием консенсусной, солидарной евразийской позиции по этому вопросу.

Правоустанавливающие документы о ЕАЭС предусматривают, что в Суд могут быть поданы различные заявления – как об оспаривании нормативного акта, так и об оспаривании действия (бездействия) в области контроля за применением международных договоров. Следовательно, при разрешении вопроса, поставленного Апелляционной палатой Суда, Большой коллегии Суда необходимо было уяснить, чем отличается заявление об оспаривании решения Комиссии от заявления об оспаривании действия (бездействия) Комиссии.

Указанный вопрос ранее разрешался Судом. Так, при оспаривании решения заявитель доказывает, что принятая Комиссией норма (решение) противоречит Договору, а следовательно, и иным нормам международного права, а также договорам в рамках Союза, то есть в данном случае доказывается несоответствие акта Комиссии источникам международного права иного уровня.

При оспаривании действия (бездействия) Комиссии применительно к ее отказу в проведении (непроведении) мониторинга и контроля исполнения международного договора в рамках Союза в основе

требования заявителя лежит неудовлетворение просьбы хозяйствующего субъекта, адресованной Комиссии, о проверке того, как действует норма права Союза и порождает ли она те последствия, для которых была принята. Действие (бездействие) Комиссии обнаруживается в том случае, когда она по тем или иным причинам отказывается проверять то, как норма действует в реальных правоотношениях.

Исходя из указанных различий следует решать вопрос об особенностях затронутых прав и законных интересов хозяйствующего субъекта в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности (пункт 39 Статута Суда).

Решение и действие (бездействие) Комиссии затрагивают права и интересы хозяйствующего субъекта в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности по-разному. Суд заметил это различие: при оспаривании решения Комиссии хозяйствующий субъект доказывает, что оспариваемый акт применяется в той сфере, в которой действует компания-заявитель (данный подход выработан в решении Суда от 4 апреля 2016 года по делу по заявлению ЗАО «Дженерал Фрейт» к ЕЭК, решении Суда от 7 апреля 2016 года по делу ООО «Севлад» к ЕЭК).

При оспаривании действия (бездействия) Комиссии по отказу в проведении (непроведении) мониторинга и контроля исполнения международного договора в рамках Союза (действия нормы права Союза) хозяйствующий субъект предоставляет доказательства, что одни и те же нормы права Союза применяются к равным субъектам по-разному, а Комиссия отказывается проверять (не проверяет) различия в правоприменении (неединообразном правоприменении). Такой подход о действии был выработан в решении Суда от 11 октября 2018 года по делу по заявлению ООО «Ойл Марин Групп» к ЕЭК.

Из указанных различий также следуют особенности доказывания: при оспаривании решения Комиссии подлежит доказыванию несоответствие решения Комиссии нормам с большей юридической силой. При оспаривании действия (бездействия) Комиссии доказывается то, что норма применяется к равным субъектам по-разному. Соответственно, в деле об оспаривании действия (бездействия) Комиссии предоставляется доказательство того, что Комиссия не выполнила своих функций согласно Договору.

Таким образом, при оспаривании решения Комиссии, затронутые права и интересы хозяйствующего субъекта в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности подтверждаются доказательствами, субъективно относящимися к деятельности конкретного субъекта. В делах об оспаривании бездействия

предоставляются доказательства об объективной деятельности иных лиц, связанной с реализацией нормы права Союза.

Исходя из того, что интересы хозяйствующих субъектов в данных делах неоднородны, в корне неверно предлагать одинаковые критерии как для принятия к производству заявлений об оспаривании действия (бездействия), так об оспаривании нормы права в международном нормативном правовом акте. Уравнивание подходов, скорее всего, приведет к нарушению права на доступ к суду.

2. Суд ЕАЭС в настоящем составе однажды смог провести это различие рассматриваемых дел и сформировать позицию о бездействии в пользу хозяйствующего субъекта ООО «Ойл Марин Групп», указав, что ЕЭК в целях единообразного применения права следит не только за соблюдением международных норм в позитивном национальном праве (трансформацией в законодательстве государств – членов ЕАЭС), но отслеживает практику их применения органами власти (исполнительной, судебной) в государствах-членах. Подчеркнем, что пункт 2 Статута Суда предусматривает именно проверку единообразного применения договоров государствами – членами Союза, в том числе и в отношении хозяйствующих субъектов. Применение (осуществление на практике) – термин, относящийся в том числе к действиям властных субъектов по реализации норм права.

Решение Коллегии Суда по заявлению АО «Транс Логистик Консалт» также касалось этой темы и затем послужило поводом для обращения в Большую коллегию Суда. Решение первой инстанции – Коллегии Суда – продолжило тенденцию формирования единообразной практики с целью понуждения ЕЭК действовать (отказаться от бездействия). В данном акте фактически к позициям решения по делу ООО «Ойл Марин Групп» против ЕЭК был добавлен лишь один новый элемент – по завершении проведения мониторинга, инициированного хозяйствующим субъектом, зафиксированные результаты мониторинга должны быть сообщены данному хозяйствующему субъекту.

Характерная особенность этих дел в том, что доказательства неединообразия в применении норм Договора Комиссия получила (из сообщения национального таможенного органа), но не сообщила об этом хозяйствующему субъекту и не завершила мониторинг. Как правило, доказательства неединообразного подхода имеются у органов исполнительной власти и недоступны хозяйствующим субъектам.

Итак, в двух решениях Суд выработал позицию: по просьбе хозяйствующего субъекта властный орган проверяет практику применения договоров при наличии признаков неединообразия их применения и сообщает результаты хозяйствующему субъекту.

Без учета этих обстоятельств Апелляционная палата Суда в этом деле заняла позицию, что властный орган вправе бездействовать в вопросах мониторинга, поскольку хозяйствующий субъект не доказал, что действует в указанной сфере. Дополнительно предпринимателю ставилось в вину непредоставление доказательств, находящихся в национальных исполнительных органах власти, к которым он доступа не имел.

Таким образом, Апелляционная палата Суда отказалась от ранее выработанного, вступившего в силу (следовательно – уже единообразного) подхода к вопросу о необходимости осуществления Комиссией мониторинга применения договоров по просьбе хозяйствующего субъекта при наличии признаков неединообразного применения норм Договора к хозяйствующим субъектам. Единообразное понимание необходимости мониторинга в этом случае было нарушено Судом ЕАЭС без международно-правовой мотивации.

Фактически Комиссия одержала победу на основе стандарта «власть всегда права». Такие пирровы победы в первую очередь ослабляют сам властный орган – ЕЭК, не выполняющий объединительную для общего рынка функцию и резервирующий за собой право на делящееся бездействие, что вовсе не способствует интеграционным задачам.

В международных судах еще в XX веке на основе принципа добросовестного применения международных договоров, а также принципа защиты относительно физических и юридических лиц выработан стандарт процессуальной защиты «слабой стороны» (хозяйствующего субъекта в терминологии Договора), что предполагает, что в спорах с органами власти доказательства представляет властный орган (перенос бремени доказывания) (см., например, решения Европейского суда по правам человека по делам *Selmouni v. France*; *Baka v. Hungary* и иные).

Подобный перенос в настоящее время известен и национальным судам: в административном процессе доказательства предоставляют властные органы (см., например, пункт 1 статьи 65, пункт 3 статьи 189, пункт 6 статьи 194, пункт 4 статьи 195.1, пункт 5 статьи 200 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации от 24 июля 2002 года), в то время как в гражданском процессе это бремя распределяется между равными невластными субъектами. В настоящее время этот стандарт применяется Верховным Судом Российской Федерации, например, в трудовых спорах: трудящийся не обязан предоставлять доказательства, хранящиеся в кадровых службах, и иное.

Принцип состязательности имеет различное наполнение в аспекте доказывания: невластный субъект, как правило, не имеет возможности получить доказательства от органов власти. Заметим, в судебной

практике перенос бремени доказывания осуществляется с большими сложностями, так как властный орган отказывается представлять доказательства.

Таким образом, единообразие в отношении практики переноса бремени доказывания в делах о бездействии властного органа оказалось подвергнуто сомнению в том числе и по причине рассмотрения этих дел не с позиции международного права, но с позиций национального гражданского процесса. В этом же контексте следует оценивать и прекращение рассмотрения дел по причине длительного ожидания ответа из ЕЭК заявителем: вина за бездействие в этом случае также возлагается на хозяйствующего субъекта. Действительно, как долго следует ожидать действия власти? Международно-правовой ответ: в разумный срок. До истечения разумного срока в один год таможенные представители обратились в Суд.

3. Поскольку в этих делах таможенные брокеры (истцы в Суде ЕАЭС) были из Российской Федерации, обращая внимание на защиту, которой подлежат данные субъекты с точки зрения Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод от 4 ноября 1950 года (далее – ЕКПЧ).

Нормы международного права совершенно по-иному определяют не только требования к процессу в международном суде, не допуская использования институтов гражданского процесса, но и объем традиционных гражданско-правовых понятий – международное право защищает не только «собственников». Так, статья 1 Протокола № 1 к ЕКПЧ определяет имущественные права очень широко, и любое материальное благо, за счет которого существует хозяйствующий субъект, подлежит защите. Таможенные брокеры (истцы в Суде ЕАЭС), не являясь собственниками ввозимых товаров, получали прибыль от своей деятельности на рынке ЕАЭС. Отказ в защите их прав, вытекающих из Договора, с точки зрения ЕКПЧ может являться нарушением их права на ведение хозяйственной деятельности, получения материальных благ, прибыли (статья 1 Протокола № 1 к ЕКПЧ), а также права на судебную защиту (статья 6 ЕКПЧ).

Получилось, что таможенный брокер, действующий на общем рынке ЕАЭС, не вправе заботиться о добросовестном применении норм международных договоров даже в том случае, если к нему нормы применялись недобросовестно, не так же, как к другим субъектам.

Складывается парадокс: на деньги, которые приносят в бюджеты государств – членов Союза таможенные представители, функционируют органы публичной власти и бюджетные организации, но создатели материальных благ не имеют права просить осуществить мониторинг применения международных договоров, в том числе по вопросу

использования уплаченных ими средств, тогда как органы публичной власти всегда вправе отказывать в защите интересов таможенных представителей.

Современное международное право таких подходов не допускает. Статут Суда как акт международного права исходит из того, что судьи Суда ЕАЭС смогут договориться между собой и не будут решать один и тот же вопрос амбициозно неединообразно. Тем не менее это произошло.

В основе данного противоречия лежит много причин, препятствующих появлению солидарной консенсусной правовой позиции. Следует лишь отметить несовершенство процедуры назначения судей в Суд ЕАЭС без проверки знаний в области международного права и процесса.

Кроме того, иные положения Статута Суда о выборных процедурах также нуждаются в совершенствовании: сложные вопросы управления Судом необходимо прописать более детально, дополняя их сегодня справедливыми организационно-этическими стандартами, не допускающими использование организационных и судебных процедур взаимосвязано в целях достижения личной выгоды, препятствующей достижению единообразного понимания и применения права.

Возможно, Апелляционная палата Суда, осознав, что по двум указанным проблемам нарушено единообразие судебной практики, исходя из консенсусного посыла, обратилась в Большую коллегия Суда, но не определила в своем постановлении процессуальную основу для этого – норма, предусматривающая право у Коллегии Суда и Апелляционной палаты Суда на такое обращение, отсутствует в Договоре, Статуте Суда и Регламенте Суда.

4. Согласно пункту 72 Статута Суда Большая коллегия Суда рассматривает процедурные вопросы, предусмотренные Регламентом Суда. Данная норма устанавливает возможность закрыть пробелы в процедурных правилах, которые существуют в актах международного права вследствие несовершенства языковых конструкций. Большая коллегия Суда активно использует предоставленное ей пунктом 72 Статута Суда право, развивая процедурную практику, например, дозволит применение видео-конференц-связи, проведение устной стадии процесса в делах о разъяснении, особые мнения судей к консультативным заключениям, и прочее.

Но все указанные случаи относятся к тем процедурным правилам, которые в том или ином виде закреплены в процессуальных правилах Суда, отсутствует лишь их более подробная регламентация.

Однако в настоящем деле Апелляционная палата Суда предложила использовать процессуальный механизм, которого нет ни в Договоре, ни в Статуте Суда, ни в Регламенте Суда.

Действительно, наличие такого механизма необходимо в тех случаях, когда разные составы большого по численности Суда по неведению или из-за излишних амбиций допускают неединообразное прочтение одной и той же нормы права. Такая ситуация возможна во всех судах с большим количеством судей и дел, и механизм ее преодоления закреплен в нормах позитивного права.

Как правило, для преодоления противоречия создается специальный орган, который в том числе включает в себя судей, не связанных с противоречащими решениями, например, Большая палата Европейского суда по правам человека, в Федеративной Республике Германия – Большой сенат в Верховном суде (см. Закон о судеустройстве Федеративной Республики Германия от 12 сентября 1950 года) или Единый сенат высших федеральных судов (см. Закон об обеспечении единообразия судебной практики федеральных высших судов от 19 июня 1968 года) и т.п.

Другой вариант решения проблемы состоит в том, что в суде не создается несколько судебных составов, практика которых может противоречить друг другу (см., например, Федеральный конституционный закон от 21 июля 1994 года № 1-ФКЗ «О Конституционном суде Российской Федерации» в редакциях, которые действовали до вступления в силу Федерального конституционного закона от 3 ноября 2010 года № 7-ФКЗ «О внесении изменений в Федеральный конституционный закон «О Конституционном Суде Российской Федерации»).

В нашем случае полагаю, что пункт 72 Статута Суда может быть применен для разрешения конфликта лишь до возникновения неединообразного толкования, но не после появления взаимоисключающих судебных актов обязательного характера. Как следствие, механизм преодоления уже состоявшегося неединообразия практики не предусмотрен Статутом Суда. Возможно, его следует предусмотреть в виде однопалатности Суда (дела рассматриваются всем составом судей), что будет соответствовать стандарту равенства судей.

В любом случае спорные вопросы следует решать до момента появления неединообразия в судебной практике (до момента разрешения конкретного дела по существу), поскольку в противном случае нарушается принцип *res judicata*, согласно которому вступившие в силу судебные акты не могут быть пересмотрены.

В настоящее время Статут Суда предполагает, что судьи смогут как уважать вступившее в силу решение, так и договориться о взаимопонимании, поскольку одно из главных требований к кандидатам в судьи – высокий образовательный стандарт и морально-этические качества, включающие как отрицание любых форм моббинга (буллинга,

сговоров, интриг, самовыдвижений, оговоров, угроз и т.п.), так и неамбициозную договороспособность по вопросам применения международного права, к которому относится право Союза (региональное международное право).

Понимая, что солидарного, консенсусного правосознания (стандарт солидарности) на евразийском пространстве еще не возникло, подчеркиваю, что настоящее особое мнение направлено на развитие права и самого Союза *de lege ferenda* – в будущем.

Судья

Т.Н. Нешатаева