



СУД ЕВРАЗИЙСКОГО ЭКОНОМИЧЕСКОГО СОЮЗА

ОСОБОЕ МНЕНИЕ судьи Нешатаевой Т.Н. (дело № СЕ-2-2/7-20-БК)

город Минск

11 января 2021 года

Не вполне соглашаюсь с обоснованием вынесенного консультативного заключения Большой коллегии Суда Евразийского экономического союза от 11 января 2021 года и в соответствии с пунктом 1 статьи 79 Регламента Суда Евразийского экономического союза, утвержденного Решением Высшего Евразийского экономического совета от 23 декабря 2014 года № 101, заявляю особое мнение.

В настоящем деле представители Республики Беларусь и других государств – членов Евразийского экономического союза (далее – Союз, ЕАЭС) разошлись в понимании пунктов 11 и 31 Протокола о порядке регулирования закупок (приложение № 25 к Договору о Евразийском экономическом союзе от 29 мая 2014 года; далее – Протокол), согласно которым государство – член Союза вправе в одностороннем порядке в своем законодательстве о закупках установить (в исключительных случаях) особенности осуществления закупок отдельных видов товаров, работ и услуг и изъятия из национального режима на срок не более 2 лет. Пунктом 11 Протокола предусмотрено, что подобное установление возможно по двум основаниям: связанным с необходимостью соблюдения конфиденциальности информации о потенциальных поставщиках до окончания осуществления закупки, а также в исключительных случаях на срок не более 2 лет.

Предположение, что одностороннее установление особенностей осуществления закупок в исключительных случаях возможно однократно на срок не более 2 лет (срок рассматривается как указание на однократность), выдвигалось как основание для запрета повторного установления изъятий из общих правил.

Исходя из изложенного Суд Евразийского экономического союза (далее – Суд) разъяснил, что государства – члены Союза вправе вводить ограничения в сфере государственных закупок сроком на два года

неоднократно, но привел обоснования этого права на основе актов Союза, без учета основополагающего международно-правового принципа суверенитета государств – членов Союза. Между тем сам вопрос возник из отрицания этого принципа: при передаче компетенции международной организации государство – член Союза обязано согласовывать любые свои действия с Евразийской экономической комиссией (далее – Комиссия). К сожалению, формулировки вынесенного консультативного заключения не исключают такого подхода.

Полагаю, основными недостатками подхода Суда являются: 1) не учтено соотношение сверхимперативных норм и принципов *jus cogens* и позитивных норм права Союза – нормы позитивного права не могут противоречить *jus cogens*; 2) при этом не учитывается, что перечень изъятий из национального режима в сфере государственных закупок не подлежит расширению в одностороннем порядке; 3) наднациональный орган, Комиссия, не является контрольно-распорядительным органом в отношении суверенных государств – членов Союза по вопросу о введении изъятий как в исключительных случаях в сфере государственных закупок, так и в связи с необходимостью соблюдения конфиденциальности информации о потенциальных поставщиках до окончания осуществления закупки, но обязана единообразно применять международные нормы. При этом вновь подчеркну, что на недостаточную мотивированность судебной оценки негативно влияет отсутствие чистоты выборных процедур в Суде, от которых судьи от Российской Федерации намеренно отстраняются с 2011 года.

1. В основе настоящего дела лежат различные подходы к пониманию реализации суверенитета государств (общепризнанного принципа международного права, нормы *jus cogens*) вследствие участия в международном договоре, природы происхождения Союза, а также реализации суверенных прав государств, которые не были переданы на уровень Союза.

Согласно статье 3 Договора о Евразийском экономическом союзе от 29 мая 2014 года (далее – Договор) Союз осуществляет свою деятельность в пределах компетенции, предоставляемой ему государствами-членами в соответствии с настоящим Договором, на основе, в том числе, уважения общепризнанных принципов международного права, включая принципы суверенного равенства государств-членов и их территориальной целостности, а также добросовестного (*bona fides*) соблюдения договорных обязательств (*pacta sunt servanda*).

Государственный суверенитет как сущностная характеристика принципиального характера основного субъекта международного права – государства – заключается в том, что государство обладает полнотой власти над определенной территорией и ее постоянным населением,

является независимым от любой власти на внешней арене. В настоящее время эти характеристики дополняются позитивной обязанностью государств по соблюдению и защите прав своего населения.

Принцип суверенитета (верховенство и независимость власти) первоначально развивался как норма обычного международного права, впоследствии был сформулирован в судебных решениях и, вероятно, наилучшим образом был описан в решении Постоянной палаты третейского суда в деле об острове Пальмас (Нидерланды/Соединенные Штаты Америки) от 4 апреля 1928 года: «Суверенитет в отношениях между государствами означает независимость. Независимость в отношении части земного шара – это право осуществлять на ней функции государства, без участия любого другого государства. Развитие национальной организации государств в течение последних нескольких столетий и, как следствие, развитие международного права установили этот принцип исключительной компетенции государства в отношении своей территории таким образом, чтобы сделать его отправной точкой в решении большинства вопросов, касающихся международных отношений».

Отдельно отмечаю, что применительно к настоящему делу важным является вопрос о соотношении суверенитета государства и заключения государством международного договора. Данный вопрос был решен в международном праве еще в начале XX века: в решении Постоянной палаты международного правосудия от 17 августа 1923 года по делу «О пароходе „Уимблдон“» суд отказался «усматривать в заключении любого договора, по которому государство обязуется совершить или воздерживаться от совершения конкретного действия, отказ от своего суверенитета».

Впоследствии, как и принято в международном праве, принцип, сформулированный в обычае, получил позитивное закрепление в международном договоре как общепризнанный принцип международного права (норма *jus cogens*) в статье 2 Устава Организации Объединенных Наций от 26 июня 1945 года.

Следовательно, с точки зрения международного права суверенитет предполагает независимое исполнение полноты власти в отношении соответствующей территории и населения, в том числе в сфере экономики, создания условий хозяйствования. При этом заключение международного договора не является отказом от суверенитета, но служит средством реализации суверенных функций.

2. Применительно к наднациональным международным организациям отмечаю, что государства-члены не отдают свой суверенитет таким организациям. Международные организации обладают отдельной международной правосубъектностью и являются производным от государств субъектом международного права. Из создания такой

организации не следует, что возникнет единое государство, которое впоследствии получит суверенитет, но при этом созданная наднациональная организация получает те оперативные функции, которые ранее были присущи национальным государственным органам. Организации передаются функции, но не суверенитет.

Именно из этого исходит Договор: согласно пункту 1 статьи 1 Договора государства учреждают Евразийский экономический союз, в рамках которого обеспечивается свобода движения товаров, услуг, капитала и рабочей силы, проведение скоординированной, согласованной или единой политики в отраслях экономики, определенных настоящим Договором и международными договорами в рамках Союза.

Пунктом 2 статьи 1 Договора предусмотрено, что Союз является международной организацией региональной экономической интеграции, обладающей международной правосубъектностью, осуществляющей единую, скоординированную и согласованную политику.

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

Именно в рамках единой политики происходит передача оперативных функций. Согласно правовой позиции Суда, изложенной в консультативном заключении от 4 апреля 2017 года, статья 2 Договора предполагает, что 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.

На данный момент на уровень единой политики (наднационального регулирования) переданы не все аспекты функционирования экономик государств – членов Союза. Анализ Договора показывает, что государства передали Союзу часть функций, которые ранее были присущи государственным органам (например, установление таможенного тарифа, проведение антидемпинговых расследований, наложение штрафов за нарушение правил конкуренции на трансграничных рынках и иное), но не заявили о том, что они самоустраиваются от правового регулирования общественных отношений на своей территории, в том числе в области государственных закупок.

В отсутствие единой политики (наднационального, унифицированного регулирования) свобода движения товаров, услуг, капитала и рабочей силы по-прежнему реализуется государствами – членами Союза путем применения трех режимов, в общих чертах

определенных в ГАТТ и повторенных в Договоре: национального (например, согласно пункту 1 статьи 90 Договора в контексте правового режима объектов интеллектуальной собственности), режима наибольшего благоприятствования (например, раздел 2 приложения № 16 к Договору) и преференциального (например, статья 36 Договора).

Таким образом, в контексте свободы движения товаров, услуг, капитала и рабочей силы суверенитет государств реализуется путем возможной передачи конкретных функций на уровень Союза (единая политика), при этом государства-члены продолжают реализовывать свой суверенитет, проводя согласованную (скоординированную) политику (похожую) или гармонизированную (идентичную) политику с соблюдением требований международного торгового права. Следовательно, реализация свободы движения товаров, услуг, капитала и рабочей силы сосуществует с суверенитетом государств и позволяет государствам вводить необходимые ограничения движения товаров, что и предусмотрено правом Союза, основывающемся на общепризнанных принципах и нормах международного права.

3. Применительно к государственным закупкам отмечаю, что пунктом 1 статьи 88 Договора среди прочего предусмотрено, что в Союзе декларируется предоставление государствам-членам национального режима в сфере закупок.

Согласно пункту 1 статьи III ГАТТ в основе национального режима лежит то, что внутренние налоги и другие внутренние сборы, законы, правила и требования, затрагивающие внутреннюю продажу, предложение о продаже, покупку, перевозку, распределение или использование товаров, и внутренние правила количественного регулирования, требующие смешения, переработки или использования товаров в определенных количествах или долях, не должны применяться к импортированным или отечественным товарам таким образом, чтобы создавать защиту для отечественного производства (национальный режим предполагает «такое же» отношение).

В ЕАЭС национальный режим раскрыт в Протоколе «своеобразно». Согласно пункту 2 Протокола «национальный режим» для целей государственных закупок предусматривает, что каждое государство-член для целей закупок обеспечивает товарам, работам и услугам, происходящим с территорий государств-членов, потенциальным поставщикам государств-членов и поставщикам государств-членов, предлагающим такие товары, выполняющим работы и оказывающим услуги, режим **не менее благоприятный (значит – такой же или более благоприятный)**, чем предоставляемый товарам, работам и услугам, происходящим с территории своего государства, а также потенциальным поставщикам и поставщикам своего государства, предлагающим такие

товары, выполняющим работы и оказывающим услуги. Страна происхождения товара определяется в соответствии с правилами определения страны происхождения товаров, действующими на таможенной территории Союза.

Исходя из сравнительного анализа нормы пункта 1 статьи III ГАТТ и пункта 2 Протокола можно сделать вывод, что содержание национального режима на международном универсальном уровне и региональном уровне Союза различается. Согласно праву Всемирной торговой организации (далее – ВТО) национальный режим предполагает равное применение права как к национальным, так и к иностранным товарам. Право Союза исходит из того, что национальный режим в Союзе предоставляется «не менее благоприятный», то есть, возможно, и лучший, чем национальным производителям.

Одновременно пункт 30 Протокола предусматривает, что каждое из государств-членов обеспечивает в отношении товаров, работ и услуг, происходящих с территорий других государств-членов, а также в отношении потенциальных поставщиков и поставщиков других государств-членов, предлагающих такие товары, работы и услуги, национальный режим в сфере закупок.

Из изложенного следует, что в контексте государственных закупок в Союзе не проводится единая политика, имеющая в своей основе единообразное регулирование. Основными регуляторами в данной сфере по-прежнему являются государства, предоставляющие как национальный, так и иной режимы другим государствам – членам Союза.

Далее, согласно пункту 31 Протокола государство – член Союза вправе в одностороннем порядке, установленном своим законодательством о закупках, установить в исключительных случаях изъятия из режимов.

Из изложенной формулировки следует, что государства – члены Союза зарезервировали за собой право отступления от национального режима в сфере закупок в исключительных случаях, а также в связи с необходимостью соблюдения конфиденциальности информации о потенциальных поставщиках до окончания осуществления закупки.

Вопрос о разъяснении пункта 31 Протокола напрямую связан с обязанностью государств находить баланс между соблюдением договорных обязательств и возможностью соблюдения публичных (позитивных) обязательств для защиты своего населения и территориальной целостности. Соответственно, принцип суверенитета государства (принцип *jus cogens*) в этом контексте сталкивается с обязанностью по добросовестному исполнению международных договоров (также принцип *jus cogens*).

Заметим, что принципы *jus cogens* коллидируют только друг с другом, а нормы договоров должны соответствовать принципам *jus cogens*

(статья 53 Венской конвенции о праве международных договоров от 23 мая 1969 года (далее – Венская конвенция)). При этом международные обычаи и договоры предусматривают суверенное право государств отступать от принятых обязательств в исключительных случаях, связанных с защитой населения и территории. Так, международные обычаи, кодифицированные в Главе V Статей об ответственности государств за международные противоправные деяния (далее – Статьи об ответственности), предусматривают, что государство вправе отступать от принятых обязательств в крайнем случае, например, для целей самообороны, введения контрмер в связи с международно-противоправными отношениями, форс-мажора, бедствия, состояния необходимости, соблюдения сверхимперативных норм *jus cogens*.

На основании допущения таких изъятий формируются и договорные подходы: например, пункт 59 Общих подходов к заключению международных договоров Российской Федерации по вопросам поощрения и защиты инвестиций (приложение № 2 к Регламенту заключения международных договоров Российской Федерации по вопросам поощрения и защиты капиталовложений, утвержденному постановлением Правительства Российской Федерации от 30 апреля 2016 года № 992) устанавливает, что положения договоров не должны препятствовать сторонам договора предпринимать меры, например, для защиты жизни и здоровья людей, борьбы с коррупцией, терроризмом и т.п.

Статья 36 Договора о функционировании Европейского союза (в ред. от 13 декабря 2007 года) также предусматривает право государств – членов Европейского союза вводить количественные ограничения для защиты публичных интересов – общественной морали, здоровья и т.п.

Из указанной практики следует, что принципы международного права предусматривают обстоятельства, позволяющие в крайних случаях отступать от договорных международно-правовых обязательств, например, при наступлении «исключительных» обстоятельств.

4. С целью разъяснения понятия «исключительные случаи» Суду следовало руководствоваться обязательными правилами толкования международных договоров, содержащимися в пункте 1 статьи 31 Венской конвенции, согласно которому договор должен толковаться добросовестно в соответствии с обычным значением, которое следует придать терминам договора в их контексте, а также в свете объекта и целей договора.

Указанные «исключительные случаи» для цели установления изъятий в сфере государственных закупок во многом тождественны тем, которые поименованы в международных договорах, в том числе в пункте 1 статьи 29 Договора, согласно которому государства-члены во взаимной торговле товарами вправе применять ограничения (при условии, что такие

меры не являются средством неоправданной дискриминации или скрытым ограничением торговли) в случае, если такие ограничения необходимы для:

- 1) охраны жизни и здоровья человека;
- 2) защиты общественной морали и правопорядка;
- 3) охраны окружающей среды;
- 4) охраны животных и растений, культурных ценностей;
- 5) выполнения международных обязательств;
- 6) обеспечения обороны страны и безопасности государства-члена.

Кроме того, отмечаю, что в качестве контекста с точки зрения пункта 1 статьи 31 Венской конвенции Суду следовало рассматривать право ВТО, поскольку в силу преамбулы Договора Союз создан с принятием во внимание норм, правил и принципов Всемирной торговой организации, а согласно пункту 1 статьи 1 Договора о функционировании Таможенного союза в рамках многосторонней торговой системы право ВТО является частью правовой системы Союза.

В этой связи отмечаю, что в статьях XX, XXI ГАТТ содержатся общие исключения и исключения по соображениям безопасности, согласно которым государства – члены ВТО вправе применять меры для защиты своего публичного порядка. Данные исключения корреспондируют исключениям, указанным в статье 29 Договора.

Применительно к пункту 31 Протокола отмечаю, что Совет Евразийской экономической комиссии решением от 23 ноября 2015 года № 69 утвердил Порядок рассмотрения Евразийской экономической комиссией уведомлений государств – членов Евразийского экономического союза о принятии актов об установлении государствами-членами изъятий из национального режима в сфере государственных (муниципальных) закупок, обращений государств-членов по вопросам отмены таких актов, а также принятия Комиссией решений о необходимости отмены таких актов (далее – Порядок).

Пунктом 9 Порядка предусмотрено, что для целей настоящего Порядка к исключительным случаям относится в том числе необходимость принятия мер для:

- а) охраны жизни и здоровья человека;
- б) защиты общественной морали и правопорядка;
- в) охраны окружающей среды;
- г) охраны животных и растений, культурных ценностей и культурного наследия;
- д) выполнения международных обязательств;
- е) обеспечения национальной обороны и национальной безопасности государства-члена;
- ж) предотвращения истощения невозполнимых природных ресурсов;

з) исполнения решений международного арбитража, международного коммерческого арбитража и иностранных судебных органов;

и) закупки определенных товаров (работ, услуг) в связи с отсутствием времени, необходимого для проведения соответствующей процедуры закупки;

к) выполнения работ по строительству, реконструкции, капитальному ремонту особо опасных, технически сложных и уникальных объектов.

Таким образом, в Порядке оснований больше, чем в статье 29 Договора, но все они имеются в иных международных договорах и по сути соответствуют общим позициям: статье 29 Договора и статьям XX, XXI ГАТТ. Формулировка пункта 9 Порядка, указывающая, что к исключительным случаям относятся «в том числе» и описанные далее случаи, не означает открытость данного перечня прежде всего потому, что такое прочтение не вытекает из права ВТО и права Союза – в статьях XX, XXI ГАТТ, статье 29 Договора перечень исключительных случаев является закрытым: во-первых, «в том числе» означает, что новые случаи должны соответствовать общим основаниям; во-вторых, следует учитывать, что согласно пункту 3 статьи 6 Договора решения Комиссии не должны противоречить настоящему Договору и международным договорам в рамках Союза для цели введения ограничений в сфере государственных закупок. Полагаю также, что перечень «исключительных случаев» не может дополняться государствами – членами Союза в одностороннем порядке, однако государства – члены могут внести изменения в Договор, дополнив перечень «исключительных случаев», или воспользоваться международными обычаями по прекращению и приостановлению действия Договора, например, *rebus sic standibus* (Договор перестает применяться между сторонами вследствие коренного изменения обстоятельств, например, при переходе на новый уровень интеграции или появления нового вида «исключительных случаев», не поименованных в международных договорах).

Исходя из изложенного полагаю, что смысл пункта 31 Протокола тождественен статье 29 Договора, что предполагает, что изъятия из национального режима могут быть введены в том случае, если такие меры не являются средством неоправданной дискриминации или скрытым ограничением торговли.

5. По вопросу о возможной однократности (многократности) вводимых мер в контексте государственных закупок отмечаю, что в силу статьи 32 Венской конвенции возможно обращение к дополнительным средствам толкования, в том числе к подготовительным материалам и к обстоятельствам заключения договора, чтобы подтвердить значение, вытекающее из применения статьи 31 Венской конвенции, или определить значение, когда толкование в соответствии со статьей 31:

- а) оставляет значение двусмысленным или неясным; или
- б) приводит к результатам, которые являются явно абсурдными или неразумными.

Договор, подготовительные материалы к нему, Протокол, Соглашение о государственных (муниципальных) закупках от 9 декабря 2010 года (далее – Соглашение 2010 года), право ВТО, Порядок не содержат каких-либо указаний на то, что государства – члены Союза не вправе вводить какие-либо ограничения в зависимости от количества исключительных случаев (однократно или многократно). Государства вправе вводить ограничения в исключительных случаях, если того требуют обстоятельства.

Следовательно, в отсутствие единого договорного стандарта государства – члены Союза имеют дискрецию по вопросу об однократности (многократности) вводимых мер.

Ввиду того, что пункт 31 Протокола предусматривает, что государство-член вправе в одностороннем порядке, установленном своим законодательством о закупках, установить в исключительных случаях изъятия из национального режима на срок не более 2 лет, отмечаю, что данное регулирование, возможно, относится к особым сделкам, но является нетипичным, поскольку международные обычаи и договоры, устанавливающие обстоятельства, исключая ответственность государства в исключительных случаях, также не предусматривают какие-либо сроки введения ограничений. Так, например, у государства существует обязанность по возобновлению соблюдения своих обязательств после того, как обстоятельство, исключая ответственность, перестало существовать (пункт а) статьи 27 Статей об ответственности). Какой-либо срок при этом не обозначается.

Само по себе введение временного ограничения в сфере государственных закупок не предполагает, что обстоятельства, послужившие основанием к введению данных ограничений, перестанут существовать или в будущем не возникнут новые обстоятельства, которые потребуют введения таких мер. Следовательно, ключевым аспектом в настоящем деле является не срок вводимых мер, но существование обстоятельств, которые послужили основанием для введения данных мер.

6. Итак, коллидирование принципа суверенитета и добросовестного исполнения международного договора предполагает возникновение механизма проверки их соотношения.

В качестве контекста для цели толкования отметим, что применительно к государственным закупкам в правовом порядке ВТО действует Соглашение по государственным закупкам от 30 марта 2012 года (участвует Республика Армения, другие государства – члены Союза не участвуют), которое в статье 3 также устанавливает исключительные

случаи, в которых государство – участник данного соглашения вправе применять меры для защиты своего публичного порядка. Указанный перечень во многом соответствует статье 29 Договора, статьям XX, XXI ГАТТ.

Отмечаю, что право ВТО предоставляет государствам-участникам существенную дискрецию по введению мер защиты публичного порядка, устанавливая, что «ничто в настоящих соглашениях не препятствует принятию или применению любой договаривающейся стороной мер» для защиты своего публичного порядка при условии добросовестного применения статей XX, XXI ГАТТ.

Применительно к статье 29 Договора Суд отмечал, что дискреция государств – членов Союза по применению пункта 1 статьи 29 Договора не безусловна, что предопределено ограничительным толкованием условий применения ограничений во взаимной торговле товарами (консультативное заключение Большой коллегии Суда от 30 октября 2017 года).

В этой связи отмечаю, что практика Органа по разрешению споров ВТО показывает, что стандартом при оценке введенных ограничений является соответствие принципу добросовестности – государства не должны злоупотреблять правом на введение изъятий (такие меры не могут являться средством неоправданной дискриминации или скрытым ограничением торговли в значении пункта 1 статьи 29 Договора, статей XX, XXI ГАТТ, статьи 3 Соглашения о государственных закупках ВТО (см., например, доклад Апелляционного органа ОРС ВТО по делу *Brazil — Retreaded Tyres*, para. 224)).

Пункты 32–34 Протокола определяют процесс проверки добросовестности (*bona fides*) введенных изъятий из национального режима в сфере государственных закупок при наличии «исключительных случаев».

Согласно пункту 32 Протокола уполномоченный регулирующий и (или) контролирующий орган власти государства-члена в сфере закупок заблаговременно, но не позднее 15 календарных дней до даты принятия акта об установлении изъятий в соответствии с пунктом 31 Протокола, в письменной форме уведомляет Комиссию и каждое из государств-членов о принятии такого акта с обоснованием необходимости его принятия (то есть регулирует и контролирует государство).

Государство-член, получившее такое уведомление, может обратиться в направивший его орган с предложением о проведении соответствующих консультаций.

Государство-член, направившее указанное уведомление, не может отказать в проведении консультаций.

Пункт 33 Протокола указывает, что Комиссия вправе принять решение о необходимости отмены акта об установлении изъятий,

принятого государством-членом в соответствии с пунктом 31 Протокола, в течение 1 года с даты его принятия.

Отмечаю, что в случае принятия Комиссией решения о необходимости отмены указанного акта принявшее его государство-член вправе оспорить его как в Суде (пункт 39 Статута Суда Евразийского экономического союза (приложение № 2 к Договору)), так и исполнить – обеспечить в двухмесячный срок внесение соответствующих изменений в такой акт (признание его утратившим силу).

Рассмотрение Комиссией уведомлений о принятии актов в соответствии с пунктом 31 Протокола и обращений государств-членов по вопросам их отмены, а также принятие Комиссией решений о необходимости отмены таких актов осуществляются в порядке, определяемом Комиссией.

В случае если государство – член Союза, в отношении которого вынесено указанное решение, не выполнит его, каждое из других государств-членов в одностороннем порядке вправе не распространять национальный режим на такое государство-член. Уведомление об этом незамедлительно направляется в Комиссию и каждому из государств-членов.

Следовательно, Протокол содержит уведомительный порядок введения изъятий из национального режима: государства – члены Союза уведомляют Комиссию о вводимых мерах. Комиссия при этом вправе в установленный срок принять решение о необходимости пересмотра введенных мер и вынести его на обсуждение вплоть до обращения в Суд.

При этом стандарт оценки Комиссией введенных изъятий содержится в Порядке и не предполагает, что Комиссия вправе оценивать наличие в государстве – члене Союза «исключительных случаев» для введения соответствующих изъятий: ЕЭК не проверяет, существуют ли в государстве те обстоятельства, которые указаны в пункте 9 Порядка (например, потребность защиты общественной морали, животных и иное).

Стандарт оценки описан в Перечне показателей и сведений, представляемых для обоснования необходимости принятия акта и обращения об отмене акта, а также используемых Евразийской экономической комиссией для подготовки заключения о наличии либо об отсутствии оснований для принятия решения о необходимости отмены акта (приложение № 2 к Порядку), согласно которому Комиссия наделена полномочием по проверке исключительно экономических показателей: объем потребления товара, объем государственных закупок и иное.

Следовательно, право Союза исходит из того, что Комиссия оценивает добросовестность исполнения Договора, в том числе и при введении государствами – членами Союза изъятий с точки зрения экономики, при этом проверка наличия в государстве-члене оснований

введения изъятий, указанных в пункте 9 Порядка, лежит на самом государстве – члене Союза – таких функций ЕЭК на данный момент не получила.

Относительно вопроса добросовестности исполнения государствами – членами Союза международных договоров также отмечаю, что согласно статье 26 Венской конвенции каждый действующий договор обязателен для его участников и должен ими добросовестно выполняться. При этом принцип добросовестного исполнения международных договоров предполагает, что государство не может быть извлекать выгоду из недобросовестных действий по договору (принцип эстоппель), в том числе путем последующих заявлений об изменении правопонимания.

Эстоппель применим в данном деле по следующим обстоятельствам:

1) согласно материалам дела в государствах – членах Союза сложилась практика повторного (многократного) введения ограничений в сфере государственных закупок и изъятий из национального режима;

2) отсутствуют сведения о том, что при разработке Договора, Соглашения 2010 года (утратило силу в связи с вступлением в силу Договора, но по смыслу соответствует Протоколу) какое-либо из государств выступало за однократное введение ограничений в сфере государственных закупок.

Более того, полагаю, что норма об однократности и не может появиться, поскольку будет противоречить суверенитету государств, создающих международную организацию: изменить возможно лишь функции Комиссии по оценке добросовестности применения Договора (например, можно предоставить ЕЭК право судебного оспаривания пропорциональности принятых ограничений в сфере государственных закупок, при этом субъективный вопрос о пропорциональности также в дальнейшем подлежит объективной судебной оценке).

Вывод

Принцип суверенитета обязывает государства в исключительных случаях регулировать экономические отношения с целью защиты своей территории и населения, поэтому следует сделать вывод, что право Союза предусматривает дискрецию государств – членов Союза по вопросу неоднократного применения изъятий в сфере государственных закупок при условии, что такие меры необходимы и не могут являться средством неоправданной дискриминации или скрытым ограничением торговли.