



СУД ЕВРАЗИЙСКОГО ЭКОНОМИЧЕСКОГО СОЮЗА

ОСОБОЕ МНЕНИЕ судьи Сейтимовой В.Х. (дело С-4/23)

11 апреля 2023 года

город Минск

11 апреля 2023 года Коллегией Суда вынесено постановление о принятии к производству Суда Евразийского экономического союза (далее – Суд, Суд ЕАЭС) заявления республиканского унитарного производственного предприятия «Белмедпрепараты» (далее – РУП «Белмедпрепараты», истец, заявитель) о признании бездействий Евразийской экономической комиссии (далее – Комиссия), выраженных в непрекращении Комиссией рассмотрения дела о нарушении общих правил конкуренции на трансграничных рынках лекарственного препарата «Гепарин натрия», невыдаче Комиссией предупреждения согласно пункту 13¹ Протокола об общих принципах и правилах конкуренции в целях пресечения действий, которые приводят или могут привести к недопущению, ограничению, устранению конкуренции на трансграничных рынках, не соответствующими Договору о Евразийском экономическом союзе от 29 мая 2014 года (далее – Договор), и нарушающими права и законные интересы истца в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности.

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), пользуясь предоставленным мне правом, а также принимая во внимание существующую практику заявления особых мнений на постановления Суда (ООО «Производственное предприятие «Ремдизель», ООО «Электронная таможня», АО «ИнВест Мультимодал») и важность вопроса досудебного порядка урегулирования спора, заявляю особое мнение о несогласии с выводами Коллегии Суда о принятии заявления к производству.

1. Предмет оспаривания

31 марта 2023 года РУП «Белмедпрепараты» обратилось в Суд с заявлением о признании бездействий Комиссии, выраженных:

в непрекращении Комиссией рассмотрения дела о нарушении общих правил конкуренции на трансграничных рынках лекарственного препарата «Гепарин натрия», заявленного в процедуре, предусмотренной пунктом 13 Порядка рассмотрения дел № 99, которое рассмотрено в соответствии с подпунктом 2 пункта 20, в удовлетворении ходатайства отказано, о чем отражено в Протоколе заседания комиссии по рассмотрению дела от 18 мая 2021 года;

в невыдаче Комиссией предупреждения РУП «Белмедпрепараты» согласно пункту 13¹ Протокола об общих принципах и правилах конкуренции (приложение № 19 к Договору; далее – Протокол № 19) согласно пункту 13¹ Протокола № 19 в целях пресечения действий, которые приводят или могут привести к недопущению, ограничению, устранению конкуренции на трансграничных рынках, не соответствующими Договору, нарушающими права и законные интересы истца в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности.

2. О соблюдении досудебного порядка урегулирования спора

2.1 14 июля 2020 года в Комиссию поступили материалы ФАС РФ, указывающие на возможные признаки нарушения пункта 4 статьи 76 Договора в действиях РУП «Белмедпрепараты» и ООО «Глобал Фарма»

25 августа 2020 года Департамент антимонопольного регулирования Комиссии, рассмотрев материалы, вынес определение о проведении расследования № 61/опр.

24 марта 2021 года в связи с выявлением в ходе расследования признаков нарушения общих правил конкуренции на трансграничных рынках вынесено определение о возбуждении и рассмотрении дела № 21/опр. Рассмотрение дела назначено комиссией по рассмотрению дела (формируется из должностных лиц и (или) сотрудников уполномоченного структурного подразделения Комиссии, ранее не проводивших расследование по делу на основании пунктов 4-6 Порядка рассмотрения дела № 99) на 18 мая 2021 года.

17 мая 2021 года, в процедуре рассмотрения дела, предусмотренной Порядком рассмотрения дела о нарушении общих правил конкуренции на трансграничных рынках (утв. решение Совета Комиссии от 23 ноября 2012 года № 99; далее – Порядок рассмотрения дела № 99), истец обратился в комиссию по рассмотрению дела с ходатайством о прекращении дела на данной стадии.

18 мая 2021 года, комиссия по рассмотрению дела в рамках своих полномочий отказала в удовлетворении ходатайства РУП «Белмедпрепараты» о прекращении дела, указав в соответствии с

подпунктом 2) пункта 20 Порядка рассмотрения дел № 99 в протоколе, что решение о прекращении рассмотрения дела принимается Коллегией Комиссии по результатам рассмотрения проекта решения, по указанным основаниям иного порядка не предусмотрено.

Коллегия Суда, исследуя единственное ходатайство истца, направленное 17 мая 2021 года в процедуре рассмотрения дела в соответствии с вышеуказанным Порядком, пришла к выводу, что данное ходатайство следует расценивать в качестве документа, подтверждающего соблюдение досудебного порядка урегулирования спора.

В постановлении Коллегии Суда о принятии к производству заявления указано: «Коллегия Суда учитывает, что предварительное обращение заявителя в досудебном порядке в соответствии с пунктом 43 Статута может выражаться в форме «консультаций, переговоров или иных способов», поэтому данная конструкция позволяет полагать, что заявителем представлены доказательства, подтверждающие соблюдение досудебного порядка урегулирования спора».

Категорически не соглашаюсь с подходом об утверждении Коллегией Суда соблюдения РУП «Белмедпрепараты» досудебного порядка урегулирования спора.

Пунктом 43 Статута (приложение № 2 к Договору; далее – Статут) предусмотрено, что *спор не принимается к рассмотрению Судом без предварительного обращения заявителя к государству-члену или Комиссии для урегулирования вопроса в досудебном порядке путем консультаций, переговоров или иными способами, предусмотренными Договором и международными договорами в рамках Союза, за исключением случаев, прямо предусмотренных Договором.*

Очевидно, что содержание нормы в части исключений имеет отсылочный характер.

Поскольку заявленный в Суд предмет оспаривания бездействий Комиссии охватывается правовым регулированием, предусмотренным разделом XVIII Договора «Общие принципы и правила конкуренции» о пресечении нарушений хозяйствующими субъектами (субъектами рынка) государств-членов общих правил конкуренции, следует обратиться к Протоколу № 19, в пункте 14 которого конкретизированы исключения: Суд принимает к рассмотрению заявление *об обжаловании решения* Комиссии по делу о нарушении общих правил конкуренции на трансграничных рынках *без предварительного обращения* заявителя в Комиссию для урегулирования вопроса в досудебном порядке.

Положение нормы о том, что обязательный досудебный порядок урегулирования спора не применим только к решениям Комиссии, прописано ясно, в толковании данной нормы сложно допустить ошибку:

в остальных случаях, когда предмет оспаривания не касается решения Комиссии, досудебный порядок урегулирования спора – обязателен.

Дискуссии о правовых критериях соблюдения хозяйствующим субъектом досудебного порядка урегулирования спора в самом начале деятельности Суда ЕАЭС периодически возникали.

Представляется, что именно в этой связи решением Коллегии Комиссии от 22 декабря 2020 года № 179 в Порядок рассмотрения обращений хозяйствующих субъектов об оспаривании решений Евразийской экономической комиссии, их отдельных положений (утв. решением Коллегии Евразийской экономической комиссии от 19 марта 2013 года № 46) были внесены дополнения (пункты 18¹, 18²) и Формуляр, определяющий содержание обращения в порядке досудебного урегулирования спора в соответствии с пунктом 43 Статута (вступили в силу 27 января 2021 года).

Данные изменения направлены на то, чтобы исключить неединообразные подходы в оценке представленных доказательств, подтверждающих обращение в Комиссию именно с вопросом об урегулировании спора в досудебном порядке, предусмотренном пунктом 43 Статута.

И все же, начиная с 2015 года, Суд сформировал единообразную практику (ООО «КАПРИ», ИП Тарасик К.П., ООО «Севлад», ООО «Электронная таможня»), закрепив таким образом позицию о необходимости соблюдения досудебного порядка урегулирования спора.

Отмечаю, что в стремлении не допустить в содержании постановления Коллегии Суда от 11 апреля 2023 года некоторые суждения о том, что пункт 14 Протокола № 19 об отсутствии необходимости соблюдения досудебного порядка в отношении решений Комиссии распространяется на все случаи обращений в Суд в спорных правоотношениях, регулируемых разделом XVIII Договора, была создана формулировка: «...предварительное обращение заявителя в досудебном порядке в соответствии с пунктом 43 Статута может выражаться в форме “консультаций, переговоров или иных способов”, поэтому данная конструкция позволяет полагать, что заявителем представлены доказательства, подтверждающие соблюдение досудебного порядка урегулирования спора», – которая позволила хоть таким способом сохранить евразийский правопорядок и воспрепятствовать судебному резюмированию о распространении «исключений», предусмотренных пунктом 14 Протокола № 19 о предварительном обращении хозяйствующих субъектов в досудебном порядке, на все виды обращений хозяйствующих субъектов в Суд, в том числе об оспаривании бездействий.

Представляется, что более чем восьмилетний опыт существования Суда ЕАЭС предполагает стабильность единообразного понимания и толкования норм процессуального права Союза, которые применяются систематически, в

каждом случае рассмотрения всех поступивших заявлений (подпункт е) пункта 1 статьи 9 Регламента).

Институт досудебного урегулирования спора *sine qua non* не относится к формальному требованию на стадии принятия Судом заявления к производству, чем отличается от других требований, предъявляемых статьей 9 Регламента к содержанию заявления (к примеру, представление заявления на электронном носителе; подтверждение направления ответчику копии заявления и т.п.), а есть – обязательная процедура, направленная на установление наличия собственно спора между сторонами (хозяйствующим субъектом и Комиссией) и возможность его урегулирования мирным путем до передачи в Суд.

По этой правовой логике выстроены положения пунктов 43, а также 44 и 45 Статута («Если государство-член или Комиссия в течение 3 месяцев со дня поступления к ним обращения заявителя не приняли мер по урегулированию вопроса в досудебном порядке, заявление о рассмотрении спора может быть направлено в Суд»; «По взаимному согласию сторон спора спор может быть передан на рассмотрение Суда до истечения срока, указанного в пункте 44 настоящего Статута») и императивные основания к отказу в принятии заявления к производству Суда, если не соблюден досудебный порядок урегулирования спора (пункт 2 статьи 33 Регламента).

Спонтанное решение, как в рассматриваемом случае постановление Коллегии Суда от 11 апреля 2023 года, разрушает достижения Суда в формировании единообразия правоприменения, означает отказ от следования устоявшейся судебной практике и обеспечения цели деятельности Суда, установленной авторами евразийского объединения.

2.2 РУП «Белмедпрепараты» оспорило бездействие Комиссии, выраженное в невыдаче предупреждения, предусмотренного пунктом 13¹ Протокола № 19, полагая что в обстоятельствах возникшего спора с Комиссией выдача предупреждения входит в безусловную обязанность Комиссии.

В содержании заявления в Суд утверждается, что соблюдение досудебного порядка урегулирования спора является обязательным (пункт 29 раздел IV заявления), при этом не указывается о соблюдении досудебного порядка в отношении требования о выдаче предупреждения согласно пункту 13¹ Протокола № 19, имеется лишь ссылка на ходатайство о прекращении рассмотрения дела, заявленное в соответствии с пунктом 13 Порядка рассмотрения дел № 99 («С момента возбуждения дела лица, участвующие в рассмотрении дела, имеют право заявлять ходатайства»), как подтверждение соблюдения досудебного порядка урегулирования спора.

Между тем обсуждение вопроса применения предупреждения в соответствии с пунктом 13¹ Протокола № 19 между хозяйствующим

субъектом и Комиссией в досудебном порядке могло бы исключить спор в полном объеме, на что и направлен институт досудебного урегулирования спора.

По смыслу правового воздействия данного предупреждения («При условии выполнения предупреждения в установленный срок расследование не проводится, и лицо, выполнившее предупреждение, не подлежит ответственности в виде наложения штрафа за нарушение общих правил конкуренции»; пункт 13³ Протокола № 19) хозяйствующий субъект, *de facto* оспорив в Суд его неприменение, тем самым имеет намерение устранить нарушение самостоятельно.

Таким образом, неверным применением норм права Союза был искусственно создан судебный спор в то время, когда государства-члены ЕАЭС, создавая право интеграционного объединения, содержащего нормы о досудебном урегулировании спора, имеющие обязательный характер (спор не принимается к рассмотрению Судом; пункт 43 Статута), предоставляющие трехмесячный срок для урегулирования вопроса вне Суда (пункт 44 Статута), не стремились к конфронтации отношений между хозяйствующими субъектами и регулятором – Комиссией.

Судебная активность до степени очевидного нарушения установлений в праве Союза – это не то, что задумано учредительным Договором о ЕАЭС.

3. О предметной компетенции

3.1 Определение судебной юрисдикции Суда при рассмотрении обращения хозяйствующего субъекта обязывает установить соответствие описанных в заявлении обстоятельств и приложенных документов важнейшему правовому критерию предметной компетенции как «непосредственное затрагивание оспариваемым решением, действием (бездействием) прав и законных интересов хозяйствующего субъекта в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности» (подпункт 2) пункта 39 Статута).

В решении Апелляционной палаты Суда от 14 марта 2023 года по делу по заявлению ООО «Польские машины» указано, что Суд обеспечивает единообразное понимание и толкование норм права Союза и повторяет его в схожих обстоятельствах вне зависимости от предмета и сторон спора, то есть предписывает единообразное понимание, толкование и применение норм права Союза по определенному образцу. При этом отсутствие идентичности обстоятельств (отсутствие преюдициальности) не имеет значения для формирования позиции по единообразному пониманию и применению права (нормоконтроль). Таким образом, правовые позиции Суда, излагаемые в решении, становятся единообразными (приобретают характер предшествующего образца) (абзац четвертый пункта 4.4 раздела «Выводы»).

В решении от 1 марта 2022 года по делу по заявлению ООО «Глобал Фарма» Апелляционная палата, отменяя решение Коллегии Суда и прекращая производство по делу ввиду отсутствия компетенции Суда, проанализировала положения абзаца второго пункта 14 Протокола о том, что акты, действия (бездействие) Комиссии в сфере конкуренции оспариваются в Суде в порядке, предусмотренном Статутом с учетом положений Протокола № 19, пришла к выводу, что «регулятивная сфера действия пункта 14 Протокола направлена на условия, порядок применения, исполнения и оспаривания актов и *действий*, содержащих обязательные для нарушителя требования, подлежащие исполнению» (абзац третий пункта 5.1.2 раздела «Выводы Суда»).

В этом же решении сделан вывод, что «возможность оспаривания в судебном порядке определений, носящих *процедурный характер, не завершающих рассмотрение дела о нарушении общих правил конкуренции*, ставит под угрозу реализацию Комиссией своих функций и задач в области конкурентной политики и, как следствие, достижение основных целей Союза» (абзац четвертый пункта 5.1.3 раздел «Выводы Суда»).

РУП «Белмедпрепараты» оспаривает бездействие, выраженное в непрекращении Комиссией рассмотрения дела о нарушении общих правил конкуренции на трансграничных рынках.

Действие (бездействие), выраженное в непрекращении рассмотрения дела по обращению хозяйствующего субъекта до рассмотрения Коллегией Комиссии проекта решения, не содержит каких-либо обязательных, подлежащих исполнению требований хозяйствующим субъектом. При этом обсуждение Судом данного действия предопределяет оценку итогового решения Коллегии Комиссии. Обратное понимание будет свидетельствовать о подмене Судом компетенции уполномоченного органа – Коллегии Комиссии.

Отмечаю, что приведенный пример правоприменения по делу по заявлению ООО «Глобал Фарма» напрямую соотносится с обстоятельствами спора по заявлению РУП «Белмедпрепараты», ибо действия обоих хозяйствующих субъектов, квалифицированные Комиссией как нарушения общих правил конкуренции на трансграничных рынках, охвачены одним расследованием.

Полномочия Комиссии в сфере пресечения нарушений хозяйствующими субъектами общих правил конкуренции на трансграничных рынках в соответствии с подпунктом 4 пункта 10 Протокола № 19 реализуются в форме принятия обязательных для исполнения хозяйствующими субъектами государств-членов решений.

Этому положению соответствует судебная позиция о том, что, если право Союза устанавливает в определенной сфере форму реализации полномочий Комиссии, и такие полномочия реализованы в ее решении, то

надлежащим способом защиты предполагаемого нарушенного права является оспаривание решения Комиссии, применяемого в отношении хозяйствующего субъекта (абзац третий пункта 2.5 раздела «Выводы Суда» постановления Коллегии Суда от 23 ноября 2021 года по делу по заявлению группы компаний ИНТЕРПАЙП).

Права и законные интересы хозяйствующего субъекта в рассматриваемых правоотношениях непосредственно затрагиваются применением к нему решения Комиссии.

Коллегией Комиссии решение «О нарушении общих правил конкуренции на трансграничных рынках» в отношении РУП «Белмедпрепараты» на основании представленного проекта – принято не было, назначенное на 4 апреля 2023 года заседание Коллегии Комиссии не состоялось (пункт 6 заявления РУП «Белмедпрепараты»); 31 марта 2023 года заявитель обратился в Суд.

Коллегия Суда при рассмотрении заявления истца на соответствующей стадии судебного заседания 11 апреля 2023 года имела все основания (документы, представленные заявителем; устойчивая правоприменительная практика) для принятия объективного решения об отсутствии предметной компетенции (*ratione materiae*) по рассмотрению спора по заявлению РУП «Белмедпрепараты» об оспаривании бездействия Комиссии, выраженного в прекращении рассмотрения дела.

3.2 Иная правовая картина в требовании РУП «Белмедпрепараты» об оспаривании бездействия Комиссии, выраженного в невыдаче предупреждения, предусмотренного пунктом 13¹ Протокола № 19.

Из содержания пункта 13¹ Протокола № 19 следует, что в рамках рассмотрения заявления, за исключением случаев, установленных в пункте 13² Протокола № 19, в целях пресечения действий, которые приводят или могут привести к недопущению, ограничению, устранению конкуренции на трансграничных рынках, член Коллегии Комиссии, курирующий вопросы конкуренции и антимонопольного регулирования, выдает хозяйствующему субъекту (субъекту рынка), а также физическим лицам и некоммерческим организациям государств-членов, не являющимися хозяйствующими субъектами (субъектами рынка), предупреждение.

При условии выполнения предупреждения в установленный срок расследование не проводится, и лицо, выполнившее предупреждение, не подлежит ответственности в виде наложения штрафа за нарушение общих правил конкуренции (пункт 13³ Протокола № 19).

Таким образом, предупреждение выносится исключительно на стадии рассмотрения заявления (абзац второй пункта 13¹ Протокола № 19).

Из представленных РУП «Белмедпрепараты» материалов следует, что рассмотрение Комиссией материалов о нарушении общих правил

конкуренции на трансграничных рынках в соответствии с Порядком рассмотрения заявлений (материалов) о нарушении общих правил конкуренции на трансграничных рынках (утв. решение Совета Комиссии от 23 ноября 2012 года № 97; далее – Порядок рассмотрения заявлений (материалов)) завершено, и по результатам рассмотрения 25 августа 2020 года вынесено определение о проведении расследования № 61/опр. По завершении расследования, 24 марта 2021 года, вынесено определение о возбуждении и рассмотрении дела № 21/опр.

Рассмотрение дела завершено 9 сентября 2021 года.

В период рассмотрения дела, 15 июля 2021 года, вступили в силу нормы Протокола № 19 о применении предупреждения (Протокол о внесении изменений в Договор от 1 октября 2019 года); соответствующие нормы Порядка рассмотрения заявлений (материалов) № 97 вступили в силу 13 декабря 2021 года.

Таким образом, в период рассмотрения Комиссией материалов (14 июля – 25 августа 2020 года) предупреждение, как институт права Союза, в данной сфере правоотношений отсутствовал.

Применение института предупреждения по смыслу своего правового воздействия и в соответствии с положениями права Союза свойственно исключительно периоду рассмотрения заявлений (материалов) до проведения расследования (Порядок рассмотрения заявлений (материалов) № 97).

Иное толкование будет противоречить правовой природе предупреждения, в случае исполнения которого исключается проведение расследования (пункт 13³ Протокола № 19). С переходом Комиссии к стадии проведения расследования выдача предупреждения утрачивает полезное действие.

В соответствии с подпунктом 1) пункта 13² Протокола № 19 предупреждение не выдается в случае выявления признаков соглашений между хозяйствующими субъектами (субъектами рынка) государств-членов, запрещенных в соответствии со статьей 76 Договора.

Из представленных РУП «Белмедпрепараты» материалов следует, что предполагаемое нарушение, допущенное хозяйствующим субъектом, переквалифицировано с пунктов 4, 5 статьи 76 Договора («“вертикальные” соглашения», «иные запрещенные соглашения») на пункт 6 статьи 76 Договора («запрещенная координация экономической деятельности»), который подпадает под регулирование пункта 13¹ Протокола № 19 о выдаче предупреждений.

Соглашаюсь с тем, что *prima facie* оспаривание бездействия, выраженного в невыдаче Комиссией предупреждения согласно пункту 13¹ Протокола № 19, может являться предметной компетенцией Суда (*ratione materiae*). Подобный предмет оспаривания из сферы общих принципов и правил конкуренции заявлен в Суд впервые. Оценка возможности

применения института предупреждения в условиях, когда действия хозяйствующего субъекта на последней стадии рассмотрения дела переквалифицированы на пункт 6 статьи 76 Договора («запрещенная координация экономической деятельности»), подпадающий под правовое регулирование предупреждения, может являться важной для формирования судебной практики.

Отмечаю, что *prima facie* наличие предметной компетенции Суда не освобождает хозяйствующий субъект от соблюдения досудебного порядка урегулирования спора.

Не ошибка в толковании и правоприменении, а игнорирование норм права Союза искусственно создает правовую неопределенность, что снижает стандарт защиты в отправлении правосудия.

Судья

В.Х. Сейтимова