

Команда 011

В Суд Евразийского экономического союза
Республика Беларусь, 220030, г. Минск,
ул. Кирова, д.5

**КОНКУРС ПО МЕЖДУНАРОДНОМУ ПРАВУ «РАЗРЕШЕНИЕ СПОРОВ В
ЕВРАЗИЙСКОМ ЭКОНОМИЧЕСКОМ СОЮЗЕ (ЕАЭС)»**

«Дело о ветре»

СОВМЕСТНОЕ ЗАЯВЛЕНИЕ

Республики Талгар и Республики Дрегович
об установлении факта несоблюдения Конфедерацией Чактал положений Договора о
Евразийском экономическом союзе от 29 мая 2014 года

2018 год

I. У Суда имеется компетенция *ratione materiae* (предметная компетенция), *ratione personae* (субъектная компетенция) и *ratione voluntatis* (консенсуальная компетенция) по рассмотрению настоящего спора.

Суд Евразийского экономического союза (далее – Суд, Суд ЕАЭС) полномочен рассматривать заявление Республики Дрегович и Республики Талгар (далее – Заявители), поскольку указанное заявление соответствует критериям, установленным главой IV Статута Суда ЕАЭС, являющегося Приложением № 2 к Договору о Евразийском экономическом союзе от 29 мая 2014 года (далее – Договор, Договор о ЕАЭС).

1. Суд обладает компетенцией *ratione materiae*.

Заявители просят Суд установить факт несоблюдения Конфедерацией Чактал как государством-членом Союза ряда положений Договора о ЕАЭС, что в соответствии с абзацем 3 подпункта 1 пункта 39 Статута Суда входит в предметную компетенцию Суда.

1.1. Проверка соответствия наложения административного штрафа положениям Договора о ЕАЭС относится к предметной компетенции Суда.

Суд может оценивать только такое поведение государства, которое регулируется правом Союза и является реализацией этого права, а не результатом применения национального законодательства этого государства¹.

В настоящем споре Антимонопольная служба Конфедерации Чактал, привлекая хозяйствующих субъектов к административной ответственности, руководствовалась положениями статьи 76 Договора, которая закрепляет общие правила конкуренции². Общие правила конкуренции обладают прямым действием и должны непосредственно применяться государствами-членами как нормы, закрепленные в международном договоре³. Кроме того, распределение полномочий между органами Союза и государствами-членами закреплено в Договоре о ЕАЭС. Полномочия антимонопольного органа государства-члена Союза ограничены частью 5 статьи 75 Договора. Соответственно, оценка оспариваемых действий антимонопольных органов Конфедерации Чактал входит в компетенцию Суда ЕАЭС.

¹ Особое мнение судьи Федорцова А.А. (дело №СЕ-1-1/1-16-БК) // URL: <http://courteurasian.org/doc-17983> (дата обращения: 06.09.2018).

² Конкурсное дело. П.19.

³ Консультативное заключение Большой коллегии Суда от 04.04.2017 // URL: <http://courteurasian.org/doc-18093> (дата обращения: 31.08.2018).

1.2. Проверка соответствия ареста генерального директора, офиса и счетов ПАО «Молодые ветра – сервис» Договору о ЕАЭС относится к предметной компетенции Суда.

Аналогично, действия Следственного комитета Конфедерации Чактал оспариваются не в рамках производства по уголовному делу, а с точки зрения правомерности этих действий с учетом права Союза. К мерам, запрещенным пунктом 79 Приложения №16 к Договору по отношению к инвестициям другого государства-члена Союза, в настоящем деле относятся оспариваемые действия Следственного комитета Конфедерации Чактал. Поскольку эти действия также носят трансграничный характер и препятствуют реализации свободы осуществления инвестиций в рамках Союза, оценка их соответствия Договору о ЕАЭС относится к предметной компетенции Суда.

Что касается порядка разрешения споров, закрепленного пунктами 84-87 Приложения №16 к Договору, он предусмотрен для диагональных инвестиционных споров, а не споров с участием двух государств-членов Союза. Целью Суда ЕАЭС является обеспечение целостности и единообразного применения интеграционного права (п. 2 Статута). Соответственно, приоритет при разрешении споров в ЕАЭС имеет именно Суд Союза⁴.

1.3. Наконец, проверка соответствия принятия Декрета Конфедерации Чактал №1 Договору о ЕАЭС также относится к предметной компетенции Суда.

Декрет Конфедерации Чактал №1 «О Парке свежих решений» (далее – Декрет) направлен на регулирование, в частности, вопросов движения товаров, услуг, капитала, а также создания и функционирования особой экономической зоны. Эти вопросы напрямую затрагивают право Союза, могут негативно повлиять на условия осуществления предпринимательской деятельности в ЕАЭС. Они относятся к единой политике Союза, подлежат урегулированию на наднациональном уровне⁵. Соответственно, при принятии

⁴ К аналогичному выводу пришел Суд Европейского Союза, модель которого используется при создании интеграционных образований. См. *Slowakische Republik v Achmea BV*. Case C-284/16. Judgment of the Court (Grand Chamber) of 6 March 2018 // URL: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=199968&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=716030> (дата обращения: 07.09.2018).

⁵ Согласно Консультативному заключению Большой коллегии Суда от 04.04.2017 для отнесения определенной сферы к единой политике необходимо: 1) наличие унифицированного правового регулирования; 2) передача государствами-членами компетенции в данной сфере органам Союза в рамках их наднациональных полномочий.

указанного акта Конфедерация Чактал должна была следовать своим международным обязательствам по Договору.

Таким образом, все вопросы, поставленные в настоящем заявлении, относятся к предметной компетенции Суда ЕАЭС.

2. Суд ЕАЭС обладает компетенцией *ratione personae*.

Заявителями по настоящему спору выступают Республика Дрегович и Республика Талгар, которые являются государствами – членами Союза.

В качестве предмета спора выступают действия другого государства-члена ЕАЭС – Конфедерации Чактал в лице ряда ее органов: Антимонопольной службы, Следственного комитета, а также органов, издавших Декрет.

Наличие органа государственной власти, в компетенцию которого входит реализация и проведение конкурентной (антимонопольной) политики на территории государства-члена Союза, предусматривается положениями пунктов 5 и 6 статьи 75 Договора о ЕАЭС. Соответственно, действия Антимонопольной службы Конфедерации Чактал по наложению административного штрафа на ПАО «Молодые ветра» и ПАО «Молодые ветра – сервис» должны соотноситься с международными обязательствами государства⁶. В равной степени учет международных обязательств Конфедерации Чактал обязаны производить Следственный комитет и правотворческие органы.

Согласно статье 4 Проекта статей об ответственности государств за международно-правовые деяния поведение любого органа государства рассматривается как деяние данного государства по международному праву независимо от осуществляемых функций и положения, которое он занимает в системе государства⁷.

Таким образом, действия указанных органов являются действиями государства в рамках его международных обязательств и могут быть оценены Судом ЕАЭС.

Разрешение межгосударственных споров является опосредованным способом защиты прав хозяйствующих субъектов⁸. Международный Суд ООН подтвердил

⁶ Подобной логики Большая Коллегия Суда ЕАЭС придерживалась в Постановлении от 12.09.2016 // URL: <http://courteurasian.org/doc-16453> (дата обращения: 27.08.2018).

⁷ Резолюция Генеральной Ассамблеи ООН A/RES/56/83 от 12 декабря 2001 года // URL: <https://undocs.org/ru/A/RES/56/83> (дата обращения: 24.09.2018).

⁸ Бабкина Е.В. Компетенция Суда ЕАЭС по спорам с участием хозяйствующих субъектов // Новые возможности реформирования системы международных отношений : материалы междунар. круглого стола, Минск, 30 марта 2017 / сост. Е. А. Достанко. – Минск : Изд. центр БГУ, 2017. - С.12-18.

существование международно-правовой нормы, в соответствии с которой государству, в котором зарегистрировано юридическое лицо, принадлежит право дипломатической защиты этого лица⁹.

Несмотря на то, что местом регистрации ПАО «Молодые ветра – сервис» выступает Конфедерация Чактал, Республика Талгар может защищать права этого хозяйствующего субъекта, поскольку держателем его акций и учредителем выступает ПАО «Молодые ветра», а государство его инкорпорации само несет ответственность за причинение ущерба этому юридическому лицу¹⁰.

Что касается возможности присоединения Республики Дрегович к Республике Талгар для подачи совместного заявления, в праве Союза отсутствует запрет объединения обращений нескольких государств-членов. Кроме того, оба заявителя обращаются в Суд со связанными требованиями, основанными на единых фактических обстоятельствах.

Правомерность принятия Конфедерацией Чактал Декрета оспаривает только Республика Дрегович. Исходя из системного толкования подпунктов 1 и 2 пункта 39 Статута Суда, для обращения государства-члена Союза в Суд ЕАЭС не требуется доказывать непосредственное нарушение прав этого государства. Такие положения права Союза, как свобода движения капитала и вопрос функционирования особых экономических зон имеют значение для всех государств-членов Союза.

В настоящем деле заявители преследуют такой законный интерес, как обеспечение надлежащего функционирования Союза в качестве целостного интеграционного образования. Следовательно, Республика Дрегович и Республика Талгар могут выступать заявителями в настоящем деле.

3. Суд ЕАЭС обладает консенсуальной компетенцией.

Компетенция *ratione voluntatis* подразумевает выражение согласия сторон на передачу их спора на разрешение в международный судебный орган и используется в

⁹ Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment // I.C.J. Reports. 1970. P. 42. Para. 70.

¹⁰ Там же. P. 48. Para. 92; Четвертый доклад по вопросу о дипломатической защите, подготовленный Специальным докладчиком г-ном Джоном Дугардом, комиссия международного права, пятьдесят пятая сессия, 5 мая — 6 июня, 7 июля — 8 августа 2003: док. ООН A/CN.4/530. // URL: http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/russian/ilc_2004_v2_p1.pdf (дата обращения: 25.09.2018).

основном в инвестиционных спорах¹¹. Международное право требует, чтобы «согласие, позволяющее Суду признать свою юрисдикцию, было определенным»¹².

В соответствии с Приложением №2 к Договору о ЕАЭС, становясь участником Договора и членом Евразийского экономического союза, государство автоматически выражает свое признание компетенции Суда ЕАЭС разрешать споры с участием этого государства. При подаче заявления дополнительно получать согласие государства, чьи действия оспариваются, не требуется.

Что касается положения пункта 45 Статута Суда, в соответствии с которым спор может быть передан в Суд до истечения срока на урегулирование вопросов в досудебном порядке только по согласию сторон, на настоящий момент порядок досудебного урегулирования споров между государствами-членами ЕАЭС не закреплен. В данном вопросе отсутствует правовая определенность относительно того, какие способы предварительного обращения будут считаться достаточными для соблюдения досудебного порядка¹³. Так, в настоящем деле был проведен телефонный разговор Президентов Республики Дрегович и Конфедерации Чактал, осуществлены переговоры генерального директора ПАО «Молодые ветра» с правительством Конфедерации Чактал. С момента указанных действий прошло более трех месяцев. Соответственно, заявители вправе обратиться в Суд ЕАЭС.

II. Наложение Конфедерацией Чактал административного штрафа на ПАО «Молодые ветра» и ПАО «Молодые ветра – сервис» произведено в нарушение подпункта 1 пункта 1, пункта 4 статьи 76 Договора о ЕАЭС.

1. Антимонопольные органы Конфедерации Чактал действовали *ultra vires*¹⁴, то есть за пределами своих полномочий. Поскольку рассматриваемая ситуация произошла на трансграничном рынке, компетенцией по ее рассмотрению обладает Евразийская экономическая комиссия.

¹¹ См., напр., Phoenix Action, Ltd. v. The Czech Republic, ICSID Case No. ARB/06/5. Award of 15 April 2009 // URL: <https://www.italaw.com/documents/PhoenixAward.pdf> (дата обращения: 05.09.2018).

¹² Case Concerning Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti v. France), Judgment // I.C.J. Reports. 2008. June 4. P. 204. Para. 62.

¹³ Решение Суда ЕврАзЭС от 05.09.2012 по заявлению ОАО «Угольная компания «Южный Кузбасс» // Бюллетень Суда ЕврАзЭС. 2013. №1.

¹⁴ Malanczuk P. Akehurst's modern introduction to international law. Seventh revised edition, 1997. P. 92.

Конкурентное право ЕАЭС в зависимости от конкретных характеристик может относиться как к элементу единой политики, так и к скоординированной политике. Суд ЕАЭС пришел к выводу, что правила в сфере защиты конкуренции на трансграничных рынках урегулированы правом Союза и относятся к единой политике, подлежат наднациональному регулированию¹⁵.

Так, если предполагаемое нарушение участниками рынка общих правил конкуренции, установленных статьей 76 Договора, произошло на трансграничном рынке ЕАЭС, вопрос о пресечении таких нарушений должен решаться на наднациональном уровне. Государства-члены делегировали Евразийской экономической комиссии полномочия по контролю за соблюдением хозяйствующими субъектами государств-членов общих правил конкуренции. К компетенции же национальных антимонопольных органов относятся правонарушения в сфере конкурентного законодательства, совершенные на территории только этого государства-члена Союза.

Критерии отнесения рынка к трансграничному установлены Решением Высшего Евразийского экономического совета от 19.12.2012 №29¹⁶. По общему правилу, рынок признается трансграничным, если географические границы товарного рынка охватывают территории двух и более государств-членов.

Оба хозяйствующих субъекта – ПАО «Молодые ветра» и ПАО «Молодые ветра – сервис», которые обвинялись в нарушении общих правил конкуренции, зарегистрированы на территории разных государств-членов – Республики Талгар и Конфедерации Чактал соответственно и осуществляют свою деятельность на территории всего Союза. Следовательно, они осуществляли свою деятельность на трансграничном рынке.

В любом случае привлечение Антимонопольной службой Конфедерации Чактал хозяйствующих субъектов к административной ответственности не соответствует положениям Договора о ЕАЭС.

2. Действия ПАО «Молодые ветра» и ПАО «Молодые ветра – сервис» не были направлены на установление и поддержание монопольно высокой цены по договору поставки оборудования, заключенному с Правительством Конфедерации Чактал (подпункт 1 пункта 1 статьи 76 Договора).

¹⁵ Консультативное заключение Большой коллегии Суда от 04.04.2017 // URL: <http://courteurasian.org/page-24731> (дата обращения: 31.08.2018).

¹⁶ Решение Высшего Евразийского экономического совета от 19.12.2012 №29 «Об утверждении Критериев отнесения рынка к трансграничному» // СПС «КонсультантПлюс».

2.1. ПАО «Молодые ветра» и ПАО «Молодые ветра – сервис» не занимают доминирующее положение на рынке, следовательно, не в состоянии установить монополюно высокую цену на продукцию.

Определение понятия «доминирующее положение» указано в подпункте 7 пункта 2 Приложения №19 к Договору о ЕАЭС. В соответствии с этим определением ключевыми признаками доминирующего положения являются возможность оказывать решающее влияние на общие условия обращения товара на соответствующем товарном рынке, устранять с этого товарного рынка других хозяйствующих субъектов и (или) затруднять им доступ на этот товарный рынок.

Подробные критерии определения доминирующего положения описаны в Решении Совета Евразийской экономической комиссии от 30.01.2013 №7¹⁷. В соответствии с пунктами 57, 59 указанного Решения необходимо знать доли соответствующих хозяйствующих субъектов на трансграничном рынке.

Ввиду отсутствия достаточных данных для определения доли ПАО «Молодые ветра-сервис» необходимо обратиться к другим способам. Одним из методов определения границ рынка для установления доминирующего положения является тест «гипотетического монополиста»¹⁸. Так, рассматриваемый рынок является не отдельным «рынком ветрогенерирующих электростанций», а представляет собой «рынок всех видов электрической энергии»¹⁹. Этот рынок помимо ветрогенерирующих электростанций включает в себя и традиционные источники получения электроэнергии – АЭС, ГЭС и т.д. Следовательно, объектом изучения на отраслевом рынке является не конкретный товар, а

¹⁷ Решение Совета Евразийской экономической комиссии от 30.01.2013 №7 «О Методике оценки состояния конкуренции» // СПС «КонсультантПлюс».

¹⁸ Указанный метод применяет Евразийская экономическая комиссия. См. Решении Совета ЕЭК от 30.01.2013 №7; Решение Коллегии ЕЭК от 26.09.2017 №130 об установлении факта нарушения статьи 76 Договора о ЕАЭС.

¹⁹ Стремлением всех государств-членов Союза является создание общего электроэнергетического рынка. Электроэнергия в ЕАЭС рассматривается в едином виде, без разделения на конкретные способы ее получения. См. Брошюра «Энергетика», подготовленная Евразийской экономической комиссией, 2015 // URL: http://www.eurasiancommission.org/ru/Documents/_eec_energy_all_150623.pdf (дата обращения: 23.09.2018); Решение Высшего Евразийского экономического совета от 8 мая 2015 г №12 «О Концепции формирования общего электроэнергетического рынка ЕАЭС» // СПС «Гарант».

товарная группа, объединяющая взаимозаменяемые по потребительским свойствам товары²⁰.

При увеличении стоимости ветрогенерирующих электростанций соответствующий хозяйствующий субъект не сможет увеличить свою прибыль, поскольку потребители перейдут на замещающие виды энергии²¹. Значит, решающего значения действия ПАО «Молодые ветра» и ПАО «Молодые ветра – сервис» в силу специфики их хозяйственной деятельности оказать не могут.

2.2. В любом случае, если Суд признает, что хозяйствующие субъекты занимают доминирующее положение на отдельном рынке ветрогенерирующих электростанций в ЕАЭС, они не могут установить монопольно высокую цену на продукцию.

Цена по договору поставки была установлена соглашением сторон. Более того, инициатором произведения расчетов именно в евразкойнах выступила Конфедерации Чактал²², которая стремилась осуществлять расчеты на территории Парка свежих решений исключительно в криптовалютах.

На основании подпункта 12 пункта 2 Приложения №19 к Договору о ЕАЭС для установления факта монопольно высокой цены необходимо определить сумму необходимых для производства и реализации расходов и прибыли, а также цену, которая сформировалась в условиях конкуренции на сопоставимом товарном рынке.

Еще до момента заключения договора сторонам было известно, что курс евразкойна характеризуется сильной волатильностью²³. Следовательно, стороны осознавали или должны были осознавать, что установление цены договора в криптовалюте несет в себе определенный риск.

Как следует из пункта 1 к Ответам на уточняющие вопросы, во многом именно само заключение договора поставки в евразкойнах и вызвало резкий рост криптовалюты.

²⁰ R. Posner. Antitrust Law: An Economic Perspective – University of Chicago Press, 1976. P.117.

²¹ Тест применялся Верховным судом США в деле компании «Дюпон» по обвинению в монополизации рынка целлофана. Суд же рассматривал деятельность компании на «рынке эластичных упаковочных материалов». См., United States v. E. I. du Pont de Nemours & Co., 351 U.S. 377 (1956) // <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/351/377> (дата обращения: 21.09.2018).

²² Конкурсное дело. П.12.

²³ Конкурсное дело. П.10.

Методика определения монополично высоких цен определена Решением Совета Евразийской экономической комиссии от 17 декабря 2012 года №117 (далее – Решение №117)²⁴. ПАО «Молодые ветра» и ПАО «Молодые ветра – сервис» не повышали ранее установленную цену ветряков (подпункт «а» пункта 7 Решения №117). Кроме того, представители хозяйствующих субъектов не поддерживали итоговую высокую цену на поставленные ветряки, а напротив, были готовы уменьшить ее на 90 %, но предложение было отклонено Конфедерацией Чактал (подпункт «б» пункта 7 Решения №117).

Таким образом, указанные хозяйствующие субъекты не устанавливали и не поддерживали монополично высокую цену на поставку ветряков.

3. Между ПАО «Молодые ветра» и ПАО «Молодые ветра – сервис» отсутствовало «вертикальное» соглашение, которое привело или могло привести к установлению цены перепродажи товара либо которое предусматривало обязательство покупателя не продавать товар конкурентам продавца (пункт 4 статьи 76 Договора о ЕАЭС).

3.1 Указанные хозяйствующие субъекты не заключали вертикальное соглашение.

ПАО «Молодые ветра – сервис» является дочерней компанией ПАО «Молодые ветра»²⁵. Соответственно, между ними изначально складываются отношения, в соответствии с которыми у основного общества есть возможности оказывать влияние на деятельность дочернего общества.

Однако из фактуры не следует, что между хозяйствующими субъектами имелось какое-либо соглашение, которое повлияло на установленную цену.

Более того, согласно пункту 7 Приложения №19 к Договору о ЕАЭС положения пункта 4 статьи 76 Договора не распространяется на соглашения между хозяйствующими субъектами, входящими в одну группу лиц, если одним из таких хозяйствующих субъектов в отношении другого хозяйствующего субъекта установлен прямой или косвенный контроль.

ПАО «Молодые ветра – сервис» было учреждено непосредственно ПАО «Молодые ветра» для упрощения ведения бизнеса на территории Конфедерации Чактал, продвижения интересов материнской компании²⁶. Следовательно, ПАО «Молодые ветра»

²⁴ Решение Совета Евразийской экономической комиссии от 17.12.2012 №117 «О Методике определения монополично высоких (низких) цен» // СПС «КонсультантПлюс».

²⁵ Конкурсное дело. П.13

²⁶ Там же.

осуществляет контроль деятельности ПАО «Молодые ветра – сервис» и вправе давать этому хозяйствующему субъекту обязательные для исполнения указания.

3.2. Даже если Суд установит наличие подобного соглашения, такое «вертикальное» соглашение признается допустимым согласно критериям, установленным Приложением №19 к Договору о ЕАЭС.

Соглашение между ПАО «Молодые ветра» и ПАО «Молодые ветра – сервис» не повлияло и не могло повлиять на состояние конкуренции на рынке ветряков в ЕАЭС.

Такое вертикальное соглашение не накладывает на хозяйствующие субъекты каких-либо ограничений, не являющихся необходимыми для достижения целей этих соглашений, не создает возможности для устранения конкуренции на соответствующем товарном рынке. Кроме того, такое соглашение, даже если оно и имело место, нацелено на совершенствование производства (реализации) ветрогенерирующих электростанций, поскольку упрощает обслуживание ветряков на территории Конфедерации Чактал.

Наконец, из-за незначительных рыночных долей хозяйствующих субъектов такое соглашение не сможет оказать существенное влияние на конкуренцию в ЕАЭС (подпункт 2 пункта 6 Приложения №19 к Договору).

Таким образом, привлечение Конфедерацией Чактал ПАО «Молодые ветра» и ПАО «Молодые ветра – сервис» к административной ответственности нарушает подпункт 1 пункта 1, пункт 4 статьи 76 Договора о ЕАЭС.

III. Арест генерального директора, офиса и счетов ПАО «Молодые ветра – сервис» Конфедерацией Чактал не соответствует пункту 79 Протокола о торговле услугами, учреждении, деятельности и осуществлении инвестиций (приложение №16 к Договору о ЕАЭС) (далее – Протокол №16).

1. Учреждение ПАО «Молодые ветра – сервис» на территории Конфедерации Чактал является инвестицией по смыслу Протокола №16 и подлежит защите.

В соответствии с пунктом 66 Протокола №16 одной из форм осуществления инвестиций является учреждение юридического лица, понятие которого раскрывается в подпункте 24 пункта 6 Протокола №16.

ПАО «Молодые ветра – сервис» учреждено на территории Конфедерации Чактал, при этом 19,5 процентов акций принадлежит ПАО «Молодые ветра», 80,5 процентов – частным инвесторам²⁷.

Также соблюдается временной критерий отнесения учреждения ПАО «Молодые ветра – сервис» к инвестициям, подлежащим защите на основании Протокола №16. Так,

²⁷ Там же.

ПАО было учреждено позже указанного в пункте 65 Протокола № 16 срока. В любом случае инвестиция в виде учреждения ПАО подлежит защите, поскольку производство ветряков не является новой услугой по смыслу абзаца 2 пункта 3 Протокола №16: Республика Талгар является мировым лидером по производству ветрогенераторов с 2000 года²⁸.

2. Конфедерацией Чактал были применены экспроприация и мера, равносильная по последствиям экспроприации или национализации.

2.1. Арест офиса и счетов ПАО «Молодые ветра – сервис» является экспроприацией.

Договор о ЕАЭС не содержит определения понятий «экспроприация», «национализация» и «меры, равносильные по последствиям экспроприации или национализации». В связи с этим на основании пунктов 1 и 4 статьи 31 Венской конвенции о праве международных договоров 1969 года представляется возможным обратиться к тексту иных международных договоров, заключенных по вопросу защиты иностранных инвестиций, и доктрине.

В соответствии с подпунктом II пункта «а» статьи 11 Сеульской конвенции об учреждении Многостороннего агентства по гарантиям инвестиций 1985 года (далее – Сеульская конвенция) под экспроприацией или аналогичными мерами понимается любое законодательное действие или административное действие или бездействие, исходящее от принимающего правительства, в результате которого владелец гарантии лишается права собственности над своим капиталовложением, контроля над ним или существенного дохода от капиталовложения.

Кроме того, представляется возможным использовать подход, изложенный в Сеульской конвенции, Североамериканском соглашении о свободной торговле 1992 года, Договоре к Энергетической хартии 1994 года, о рассмотрении понятий «экспроприация» и «национализация» в качестве синонимов.

Так, можно сформулировать признаки экспроприации в контексте защиты прав иностранного инвестора: 1) действие (бездействие) государства, 2) заключающееся в лишении или ограничении права собственности 3) в отношении имущества иностранного инвестора.

Учитывая, что (1) по решению Следственного комитета Конфедерации Чактал был произведен (2) арест офиса и счетов, (3) принадлежащих ПАО «Молодые ветра – сервис», можно сделать вывод, что Конфедерацией Чактал была применена экспроприация.

²⁸ Там же. П.6.

2.2. Арест генерального директора ПАО «Молодые ветра – сервис» является мерой, равносильной по последствиям экспроприации или национализации.

Экспроприация не ограничивается случаями принудительного лишения или ограничения права собственности²⁹. Под экспроприацией следует понимать, в том числе, лишение принимающим государством ожидаемой прибыли посредством ограничения возможности осуществления на территории государства предпринимательской деятельности³⁰.

В соответствии с подходом, сложившимся в практике международных арбитражей, существует также косвенная экспроприация – «завуалированное или случайное воздействие на собственность, имеющее эффект лишения владельца целиком или в значительной части возможности получения разумно ожидаемых экономических выгод от собственности, даже если эти выгоды не передаются напрямую принимающему государству»³¹. Под иными мерами, равносильными по последствиям экспроприации или национализации, следует понимать случаи подобной «косвенной» экспроприации.

В соответствии с абзацем 1 пункта 1 статьи 53 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее – ГК РФ)³² юридическое лицо приобретает гражданские права и принимает на себя гражданские обязанности через свои органы. Единоличный исполнительный орган представляет общество в отношениях с другими субъектами. Именно в результате его действий юридическое лицо вступает в сделки, исполняет обязательства. Следовательно, арест генерального директора оказывает негативное воздействие на деятельность компании, может привести к лишению прибыли и

²⁹ Ксенофонтов К.Е. Экспроприация собственности иностранного инвестора в международном инвестиционном праве: дис. ... канд. юр. наук. НИУ «Высшая школа экономики», Москва, 2014. С.95.

³⁰ Ворожевич С.А. Экспроприация иностранных инвестиций: проблемные аспекты теории. // Современные научные исследования и инновации. 2012. № 6 [Электронный ресурс]. URL: <http://web.snauka.ru/issues/2012/06/15628> (дата обращения: 06.08.2018).

³¹ Metalclad Corporation v. United Mexican States. ICSID Case No. ARB(AF)/97/1. § 103. // URL: <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/AdvancedSearch.aspx> (дата обращения: 20.09.2018).

³² ГК РФ подлежит применению на основании пункта 11 Конкурсного дела.

возникновению убытков. Кроме того, вмешательство в управление юридическим лицом в доктрине признается мерой, эквивалентной экспроприации³³.

Несмотря на то, что при аресте генерального директора ПАО «Молодые ветра – сервис» не лишилось имущества или не было ограничено в правах на него, решение Следственного комитета Конфедерации Чактал является мерой, равносильной по последствиям экспроприации или национализации.

При этом заявителями не отрицается право государства-реципиента на применение санкций за нарушение инвестором национального законодательства и недискриминационное регулирование отношений, связанных с внешнеэкономической деятельностью и защитой конкуренции³⁴.

Однако из обстоятельств дела достоверно не следует, что арест генерального директора, офиса и счетов ПАО «Молодые ветра – сервис» был произведен на основании недискриминационного законодательства. В фабуле отсутствует указание на судебное решение, которым установлено, что иностранным инвестором как юридическим лицом было совершено правонарушение с имущественной санкцией.

Таким образом, Конфедерацией Чактал в отношении ПАО «Молодые ветра – сервис» были применены экспроприация и мера, равносильная по последствиям экспроприации или национализации.

3. При применении Конфедерацией Чактал мер против ПАО «Молодые ветра – сервис» не были соблюдены критерии допустимости, предусмотренные пунктом 79 Протокола №16.

3.1. Экспроприация и мера, равносильная по последствиям экспроприации или национализации, принимались не в общественных интересах

Протокол №16 в подпункте 21 пункта 6 частично раскрывает понятие «соображения общественного интереса».

Кроме того, в статье 1 Протокола №1 к Конвенции о защите прав человека и основных свобод 1950 года используется аналогичный критерий допустимости ограничения права собственности («интересы общества»). Учитывая, что Конфедерация Чактал и Республика Талгар являются членами Совета Европы, можно обратиться к практике Европейского суда по правам человека (далее – ЕСПЧ). К актам ЕСПЧ

³³ Фархутдинов И.З. Международное инвестиционное право: теория и практика применения. С.124.

³⁴ Лисица В.Н. Право государства на экспроприацию иностранных инвестиций. // Московский журнал международного права. 2008. №4. С.169.

обращался Суд ЕврАзЭС³⁵. На возможность использования практики иных международных судов указывается в доктрине³⁶.

По мнению ЕСПЧ, изъятие имущества, осуществленное лишь с целью предоставить выгоду частному лицу, не может считаться произведенным «в интересах общества»³⁷. Данное выражение не означает, что переданное имущество должно использоваться широкими слоями общества или обществом в целом либо что значительная его часть должна получить прямую выгоду от указанного имущества³⁸. Критерий «в интересах общества» не соблюден, если изъятие «явно не имеет разумного основания»³⁹.

Из обстоятельств дела не следует, что ограничение свободы генерального директора и изъятие имущества ПАО «Молодые ветра – сервис» производилось в общественных интересах, например, для выполнения программ социально-экономического развития.

Кроме того, указанные меры не могут считаться разумными в смысле, придаваемом понятию «интересы общества» ЕСПЧ. Так, обстоятельства дела не свидетельствуют, что неприменение данной меры в отношении ПАО «Молодые ветра – сервис» могло повлечь негативные последствия при расследовании дела по подозрению генерального директора ПАО «Молодые ветра» Виктора Исмаилова в совершении преступления.

3.2. Экспроприация и мера, равносильная по последствиям экспроприации или национализации, принимались с нарушением установленного законодательством государства-реципиента порядка.

В соответствии с абзацем 3 пункта 3 статьи 235 ГК РФ⁴⁰ обращение в государственную собственность имущества, находящегося в собственности граждан и

³⁵ Решение Апелляционной палаты Суда ЕврАзЭС от 21.02.2013 по заявлению ООО «ОМП» // URL: <http://courteurasian.org/doc-21073> (дата обращения: 20.09.2018).

³⁶ Толстых В.Л. Практика суда ЕАЭС/суда ЕврАзЭС: проблемы правоприменения и некоторые итоги. // Международное правосудие. 2016. №4. С.117.

³⁷ ECtHR. Judgment of 21.02.1986. James and others v. the United Kingdom. Application № 8793/79, §40.

³⁸ ECtHR. Judgment of 28.03.2017. Volchkova and Mironov v. Russia. Application №45668/05 and 2292/06, §109.

³⁹ ECtHR. Judgment of 14.02.2002. Tkachev v. Russia. Application №35430/05, §50.

⁴⁰ ГК РФ подлежит применению на основании пункта 3 Ответов на уточняющие вопросы к Конкурсному делу.

юридических лиц (национализация), производится на основании закона с возмещением стоимости этого имущества и других убытков.

На основании пункта 1 статьи 243 ГК РФ в случаях, предусмотренных законом, имущество может быть безвозмездно изъято у собственника по решению суда в виде санкции за совершение правонарушения (конфискация).

В случае с ПАО «Молодые ветра – сервис» не были приняты законодательный акт или судебное решение, а также не было произведено возмещение стоимости имущества.

Что касается пункта 2 статьи 243 ГК РФ, допускающего конфискацию в административном порядке, следует отметить, что эта норма является бланкетной, отсылает к иным законодательным актам, которые не предусматривают возможность безвозмездного изъятия имущества у собственника в случае подозрения в совершении преступления или наложения штрафа антимонопольной службой.

Таким образом, при принятии мер в отношении инвестора ПАО «Молодые ветра – сервис» не было соблюдено законодательство государства-реципиента.

3.3. Экспроприация и мера, равносильная по последствиям экспроприации или национализации, являются дискриминационными.

Отсутствие дискриминации хозяйствующих субъектов способствует достижению целей и задач интеграционного объединения⁴¹ и является общеправовым принципом.

Из Преамбулы Договора о ЕАЭС следует, что Стороны при его заключении принимают во внимание нормы, правила и принципы Всемирной торговой организации (далее – ВТО), членами которой являются Республика Талгар и Конфедерация Чактал. Из практики Суда ЕАЭС⁴² и Суда ЕврАзЭС⁴³ следует, что положения международных договоров, заключенных в рамках ВТО, подлежат применению с даты присоединения государства-члена к Марракешскому соглашению об учреждении ВТО и являются общими нормами в сравнении со специальным регулированием, существующим в рамках Союза.

⁴¹ Решение Апелляционной Палаты Суда ЕврАзЭС от 07.10.2014 по заявлению ООО «Вичюнай-Русь» // URL: <http://courteurasian.org/doc-12013> (дата обращения: 18.09.2018).

⁴² Решение Коллегии Суда ЕАЭС от 27.04.2017 по заявлению ПАО «АрселорМиттал Кривой Рог» // URL: <http://courteurasian.org/doc-18223> (дата обращения: 24.09.2018).

⁴³ Решение Коллегии Суда ЕврАзЭС от 24.06.2013 по заявлению ПАО «Новокраматорский машиностроительный завод» // URL: <http://courteurasian.org/doc-21183> (дата обращения: 24.09.2018).

В соответствии со статьей XIV Генерального соглашения по торговле услугами 1994 года при условии, что такие меры не будут применяться способом, который создает средства произвольной или неоправданной дискриминации между странами, где преобладают схожие условия, или скрытые ограничения для торговли услугами, ничто в настоящем Соглашении не понимается как препятствие любому члену принимать или применять меры, необходимые для защиты общественной морали или поддержания общественного порядка и т.д.

Правило о допустимости применения государством-членом мер, если они не являются средством произвольной или неоправданной дискриминации, содержится в статье XX Генерального соглашения по тарифам и торговле 1994. Практика применения ГАТТ может быть использована для толкования аналогичных положений ГАТС⁴⁴.

Требование о недопущении дискриминации касается не «меры как таковой», а «способа применения» данной меры⁴⁵. Для установления «произвольной дискриминации» необходимо оценить, насколько введенная государством мера является «жесткой и негибкой» и не учитывает при ее применении пригодность и существующие условия⁴⁶. В свою очередь, «неоправданной» дискриминация будет тогда, когда она была предусмотрена, не являлась случайностью или неизбежностью⁴⁷.

Следовательно, арест генерального директора, офиса и счетов является произвольной дискриминацией, так как, во-первых, не было учтено, что в совершении преступления подозревается иной субъект, во-вторых, эти меры являются «жесткими» ввиду их длительности (с 04.07.2016⁴⁸ до момента подачи настоящего заявления).

⁴⁴ WTO: US – Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services [Электронный ресурс] // WT/DS285/R, p. 6.448. URL: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_e.htm (дата обращения: 24.09.2018).

⁴⁵ Смбатян А.С. Международные торговые споры в ГАТТ/ВТО: избранные решения (1952 - 2005 гг.). М.: Волтерс Клувер, 2006. С.171.

⁴⁶ WTO: Appellate Body Report, US - Shrimp. § 177. // URL: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds58_e.htm (дата обращения: 24.09.2018).

⁴⁷ Бикмаметова Р.Р. Когда разрешенное невозможно: введение к статье XX ГАТТ в толковании органа по разрешению споров ВТО. // URL: <http://justicemaker.ru/view-article.php?id=12&art=6306> (дата обращения: 21.08.2018).

⁴⁸ Конкурсное дело. П.20.

3.4. Экспроприация и мера, равносильная по последствиям экспроприации или национализации, не сопровождались выплатой быстрой и адекватной компенсации

С учетом системного толкования положений Договора о ЕАЭС адекватность компенсации определяется на основании пункта 80 Протокола №16. Сроки выплаты компенсации установлены пунктом 81 Протокола №16.

В фабуле отсутствует указание на то, что Конфедерацией Чактал была выплачена какая-либо компенсация.

При этом Заявители осознают, что на основании пункта 61 Статуса Суда они не могут требовать взыскания компенсации в пользу ПАО «Молодые ветра – сервис». Это, однако, не исключает возможности установления по данному делу факта невыплаты компенсации и защиту прав потерпевшего юридического лица в иных юрисдикциях⁴⁹.

Таким образом, примененные в отношении ПАО «Молодые ветра – сервис» экспроприация и иная мера, равносильная по последствиям экспроприации или национализации, не соответствуют критериям допустимости.

IV. Декрет Конфедерации Чактал №1 «О парке свежих решений» от 8 мая 2015 года не соответствует пункту 1 статьи 1, статье 27 Договора о ЕАЭС.

1. Декрет не соответствует пункту 1 статьи 1 Договора.

1.1. Принятие и реализация Декрета препятствует обеспечению свободы движения товаров, услуг, капитала и рабочей силы.

Как указывает Суд ЕАЭС, территории государств-членов представляют собой «единое экономическое пространство, на котором функционируют сходные (сопоставимые) и однотипные механизмы регулирования экономики, основанные на рыночных принципах и применении гармонизированных или унифицированных правовых норм, а также существует единая инфраструктура»⁵⁰.

Из пункта 8 Фабулы и доктрины⁵¹ следует, что на территории Парка свежих решений *криптовалюта является средством платежа, финансовым инструментом.*

⁴⁹ Особое мнение судьи Нешатаевой Т.Н. к решению Суда ЕАЭС от 21.02.2017 // URL: <http://courteurasian.org/page-24731> (дата обращения: 24.09.2018).

⁵⁰ Решение Большой коллегии Суда от 21.02.2017 // URL: <http://courteurasian.org/page-24731> (дата обращения: 24.09.2018).

⁵¹ Валовая Т.Д. Криптовалюты и технология блокчейн – ключевые атрибуты новой социально-экономической системы. // URL: http://www.eurasiancommission.org/ru/act/integr_i_makroec/dep_makroec_pol/economyPrognosz/Documents/%D0%92%D0%B0%D0%BB%D0%BE%D0%B2%D0%B0%D1%8F%20%D0%

Сфера действия Декрета по кругу лиц и во времени фактически не ограничена. В условиях, когда в других государствах-членах ЕАЭС отсутствует детальная регламентация вопросов обращения криптовалют, установление их правового режима на территории отдельного государства-члена препятствует созданию единого экономического пространства со сходными или однотипными механизмами регулирования экономики.

В соответствии с пунктом 1 статьи 64 Договора о ЕАЭС государства-члены Союза проводят согласованную валютную политику в целях обеспечения свободного движения товаров, услуг и капитала. Одним из принципов данной политики является создание необходимых организационно-правовых условий на национальном уровне. Однако на основании пункта 3.2 Декрета отношения по обращению евразкойнов в принципе выводятся из-под действия валютного законодательства Конфедерации Чактал.

Следовательно, Декрет нарушает пункт 1 статьи 1 Договора, так как не предусматривает надлежащий правовой механизм регулирования евразкойнов, который способствует достижению цели обеспечения свободного движения товаров, услуг и капитала.

1.2. Даже если предположить, что евразкойны не являются валютой, Декрет нарушает свободу движения капитала.

В соответствии с пунктом 8 Протокола №16 каждое государство-член отменяет действующие и не вводит новые ограничения в отношении переводов и платежей в связи с торговлей услугами, учреждением, деятельностью и инвестициями.

В доктрине под свободой движения капитала понимают односторонний трансферт, перевод капитала, не обусловленный операциями, опосредующими свободное движение товаров или услуг, представляющий собой трансграничный поток стоимости в форме денежного капитала или иных материальных или нематериальных активов⁵².

Следовательно, свобода движения капиталов обеспечивается, в частности, отсутствием необоснованных и недопустимых ограничений и запретов при осуществлении переводов и платежей.

A2.%D0%94._%D0%9A%D1%80%D0%B8%D0%BF%D1%82%D0%BE%D0%B2%D0%B0
%D0%BB%D1%8E%D1%82%D1%8B.pdf (дата обращения: 15.09.2018).

⁵² Лещенко С.К. Европейская интеграция и движение капитала в аспекте налоговых отношений. // URL: http://elib.bsu.by/bitstream/123456789/12508/1/6_leshchenko.pdf (дата обращения: 14.09.2018).

При этом на территории Парка свежих решений расчеты производятся исключительно в криптовалютах⁵³.

Еще в Концепции сотрудничества государств-членов Евразийского экономического сообщества в валютной сфере, утвержденной Решением Межгоссовета ЕврАзЭС от 22.06.2005 №220 (пункт 2), и в Соглашении о сотрудничестве в области организации интегрированного валютного рынка государств - членов ЕврАзЭС (заключено в г. Санкт-Петербурге 25.01.2006) (преамбула) государства признали важность совместных действий в направлении создания валютного союза государств-членов ЕврАзЭС, как наиболее совершенной формы валютной интеграции. Создание единого регионального валютного рынка является задачей ЕАЭС как нового этапа евразийской интеграции⁵⁴. Однако запрет, установленный Декретом, препятствует созданию единого валютного рынка.

Таким образом, Конфедерацией Чактал введен запрет на использование иных средств платежа, что не согласуется с вышеназванными положениями Договора о ЕАЭС как в системном, так и в историческом толковании.

1.3. Декрет Конфедерации Чактал не позволяет проводить скоординированную, согласованную или единую политику.

Из пункта 1 статьи 64 Договора о ЕАЭС следует, что валютная политика относится к согласованной политике. Однако Декрет был принят без предварительной работы по выяснению подходов в регулировании обращения токенов в других государствах-членах, на уровне Союза, что свидетельствует о несоответствии его положений характеристикам согласованной политики (абзац 13 статьи 2 Договора).

Для установления способов и методов проведения согласованной политики необходимо обратиться к иным положениям Договора о ЕАЭС.

Например, в пункте 14 Приложения № 2 к Протоколу о скоординированной (согласованной) транспортной политике (приложение №24 к Договору) установлено, что при перевозках грузов проводится скоординированная (согласованная) тарифная политика в соответствии с Концепцией установления согласованной тарифной политики на железнодорожном транспорте государств - участников Содружества Независимых Государств от 18 октября 1996 года.

⁵³ Конкурсное дело. П.8.

⁵⁴ Волова Л.И. Формирование финансовой (валютной) системы Евразийского экономического союза // URL: <http://lexandbusiness.ru/view-article.php?id=7907> (дата обращения: 12.09.2018).

При этом до вступления в силу Договора о ЕАЭС тарифы при перевозках грузов с территории одного государства-члена транзитом через территорию другого государства-члена в третьи страны и в обратном направлении регулировались Соглашением о регулировании доступа к услугам железнодорожного транспорта, включая основы тарифной политики (заключено 09.12.2010).

Соответственно, в вышеназванной Концепции государства-члены согласовали подходы к регулированию железнодорожного транспорта, тогда как в Договоре о ЕАЭС распространили их действие на иные перевозки⁵⁵.

Таким образом, проведение согласованной политики, в том числе, при регулировании порядка обращения криптовалют требует принятия общего решения всех государств-членов на уровне органов Союза или посредством заключения международного договора.

Даже если предположить, что обращение токенов не попадает в сферу действия согласованной валютной политики, в любом случае следует учитывать, что государства в статье 4 Договора заявили о своем стремлении к формированию единого рынка в рамках Союза. Как указывал Суд ЕАЭС, для этого государствам – членам Союза следует гармонизировать законодательство, чтобы избежать формирования различной правоприменительной практики и, как следствие, создания неравных условий для осуществления предпринимательской деятельности на территории Союза⁵⁶.

Однако Декрет в принципе не позволяет проводить на территории Союза единую, согласованную или скоординированную политику. Так, в пункте 5 Декрета установлено, что в рамках Парка свежих решений проводится «эксперимент для апробации новых правовых институтов на предмет возможности их имплементации в гражданское законодательство» Конфедерации Чактал. Соответственно, в регулировании отношений по обращению евразкойнов отсутствует правовая определенность, так как оно является заведомо временным. Конфедерация Чактал обладает полной свободой усмотрения в определении сроков проведения «эксперимента», его содержания. Это, в свою очередь, не позволяет другим государствам-членам Союза гармонизировать подходы к регулированию криптовалют.

2. Декрет не соответствует статье 27 Договора о ЕАЭС.

⁵⁵ Консультативное заключение Суда ЕАЭС от 20.11.2017 // URL: <http://courteurasian.org/doc-19573> (дата обращения: 10.09.2018).

⁵⁶ Консультативное заключение Большой коллегии Суда от 04.04.2017 // URL: <http://courteurasian.org/doc-18093> (дата обращения: 01.09.2018).

На данный момент по вопросу условий создания и функционирования экономических зон на основании указанной нормы временно применяется Соглашение по вопросам свободных (специальных, особых) экономических зон на таможенной территории Таможенного союза и таможенной процедуры свободной таможенной зоны, заключенное 18.06.2010 (далее – Соглашение). При создании особой экономической зоны на территории Конфедерации Чактал не были соблюдены условия, предусмотренные этим Соглашением.

Во-первых, положения Декрета не согласуются с пунктом 2 статьи 9 Соглашения. По определению свободная (специальная, особая) зона является территорией государства, тогда как пункт 1 Декрета устанавливает, что до 01.01.2049 сохраняется действие принципа экстерриториальности. Тем самым территория Парка свежих решений «выбывает» из состава таможенной территории и территории государства-члена, что является недопустимым и исключает действие на ней положений Договора о ЕАЭС.

Во-вторых, Соглашение содержит закрытый перечень вопросов, которые могут быть урегулированы национальным законодательством.

Однако в Декрете урегулированы и иные вопросы. Прежде всего, гражданско-правовые отношения по использованию технологии реестр транзакций (блокчейн), обращению цифровых знаков (токенов) (пункты 2, 5). При этом данное регулирование распространяется на лиц, не являющихся резидентами Парка свежих решений (пункты 2.1 и 2.2), действует с обратной силой (абзац 3 пункта 3.4), что не согласуется с положениями статьи 27 Договора и Соглашения. Декрет регулирует вопросы гражданско-правовой ответственности резидента (пункт 3.6), что также противоречит Соглашению.

В-третьих, не был соблюден предусмотренный пунктом 2 статьи 3 Соглашением порядок создания специальной экономической зоны. В фабуле отсутствуют сведения, что Конфедерация Чактал направляла в ЕЭК сведения о создании Парка свежих решений.

Наконец, в нарушение статьи 8 Соглашения Декрет устанавливает не более благоприятные, а, напротив, строгие условия осуществления предпринимательской деятельности на территории Парка свежих решений. Расчеты на территории должны осуществляться исключительно в криптовалютах. Это возлагает на резидентов и иных лиц дополнительные обязанности, связанные с обращением криптовалют. Введенное Декретом ограничение воспрепятствует достижению целей содействия социально-экономическому развитию государств-членов, привлечения инвестиций, закрепленных в статье 27 Договора о ЕАЭС.

Таким образом, Декрет не соответствует статье 27 Договора о ЕАЭС, так как не согласуется с положениями международного договора, действующего в рамках Союза по

вопросу создания и функционирования свободных (специальных, особых) экономических зон.

На основании вышеизложенного

ПРОСИМ:

установить факт несоблюдения Конфедерацией Чактал положений пункта 1 статьи 1, статьи 27, подпункта 1 пункта 1 и пункта 4 статьи 76 Договора о Евразийском экономическом союзе от 29 мая 2014 года, а также пункта 79 Протокола о торговле услугами, учреждении, деятельности и осуществлении инвестиций (приложение №16 к Договору о Евразийском экономическом союзе от 29 мая 2014 года).