

ИСПОЛИНОВ Алексей Станиславович

доктор юридических наук

КАДЫШЕВА Ольга Владимировна

кандидат юридических наук, доцент кафедры международного права Юридического факультета Московского государственного университета им. М. В. Ломоносова

«СТАРЫЕ» И НОВЫЕ ПРОБЛЕМЫ В ДЕЯТЕЛЬНОСТИ И В ПРАКТИКЕ СУДА ЕАЭС НА ПРИМЕРЕ РЕШЕНИЯ СУДА ЕВРАЗИЙСКОГО ЭКОНОМИЧЕСКОГО СОЮЗА ПО ДЕЛУ ООО «ДХЛ ГЛОБАЛ ФОРВАРДИНГ»

Рассмотренное двумя инстанциями Суда ЕАЭС дело ООО «ДХЛ Глобал Форвардинг» не только показало приверженность Суда ЕАЭС весьма спорной практике рассмотрения исков о бездействии и ЕЭК и к вопросам о досудебном порядке рассмотрения споров, но и обозначило целый ряд новых вопросов как деятельности Суда ЕАЭС, так и его подходов к применяемым нормам права. В первом случае речь идет о вопросах беспристрастности судей и о праве стороны спора заявлять отвод одному или нескольким судьям Коллегии Суда. Во втором случае вопрос идет о различных доктринальных подходах к автономности правопорядка ЕАЭС и его месте в системе международного права.

Ключевые слова: бездействие, досудебное рассмотрение спора, беспристрастность, автономность, правопорядок ЕАЭС.

ISPOLINOV Aleksey Stanislavovich

Ph.D. in Law

KADYSHEVA Olga Vladimirovna

Ph.D. in Law, associate professor of International law sub-faculty of the Law Faculty of the M. V. Lomonosov Moscow State University

OLD AND NEW PROBLEMS IN THE ACTIVITY AND JURISPRUDENCE OF THE EAEU COURT IN CASE OF DHL GLOBAL FORWARDING

The case of DHL Global Forwarding adjudicated by both instances of the Court of Eurasian Economic Union reveals remarkable adherence of the EAEU Court to it highly controversial jurisprudence in cases of failure of the EAEU Commission to act as well as to the issues of the pre-trial procedure but also highlights a range of new problems in the functioning of the Court and in its attitude to the applicable law. In first case it's an issue of impartiality of the judges of the Court. In the second case, the question is about different doctrinal approaches to the autonomy of the EAEU law and order and its place in the system of international law.

Keywords: failure to act, pre-trial procedure, impartiality, legal order of the EAEU, autonomy.

Спустя ровно год после решения по делу ЗАО «Транс Логистик Консалт»¹ рассуждения и выводы сначала Коллегии Суда ЕАЭС по делу ООО «ДХЛ Глобал Форвардинг»², а затем и Апелляционной палаты не только удивили своими аргументами и выводами, но и снова высветили целый ряд старых и новых проблем в деятельности Суда. К этим вопросам стоит отнести допустимость обжалования бездействия Комиссии, неограниченного расширения компетенции Суда, проблемы юрисдикционных ограничений и условий приемлемости при обращении в Суд, объективности и беспристрастности судей при разрешении споров, а также «автономности» правопорядка ЕАЭС.

1. Фабула дела

Коллегия Суда рассматривала заявление ООО «ДХЛ Глобал Форвардинг» о бездействии ЕЭК в виде отказа принять меры, направленные «на обеспечение соблюдения в Российской Федерации прямых норм права Союза, регламентирующих исполнение декларантами и таможенными представителями солидарной обязанности по уплате таможенных пошлин». В обоснование своей позиции заявитель указал, что суды Российской Федерации отказали ему как таможенному представителю в регрессном взыскании с декларанта сумм таможенных платежей, уплаченных во исполнение солидарной обязанности, что, по его мнению, создает

возможность освобождения декларантов от солидарной обязанности в сфере таможенного дела и поощряет их уклонение от уплаты таможенных платежей.

Коллегия Суда в решении не привела деталей судебных процессов заявителя на национальном уровне, но, судя по всему, речь идет о деле № А40-21930/2019³, рассмотренном всеми инстанциями арбитражных судов Московского округа, а также отчасти Верховным Судом РФ. В рамках этого дела рассматривался спор между ООО «ДХЛ Глобал Форвардинг» и ООО «ДжиИ Рус», возникший из заключенного между ними договора на оказание услуг таможенного представителя. В соответствии с этим договором ДХЛ Глобал Форвардинг должен был провести классификацию ввозимого ответчиком товара в кодах ТН ВЭД ТС и получить предварительную классификацию товаров (заключение о коде ТН ВЭД). По результатам оказанных истцом комплексных услуг, товар ввезен на территорию Российской Федерации, и по части товаров таможенная пошлина рассчитывалась по ставке 0 % исходя из кода ТН ВЭД ТС 8431. По результатам камеральной таможенной проверки, проведенной в 2017 г., ввезенные товары были переклассифицированы на ТН ВЭД ТС 7308 90 100 (ставка пошлины 10 %, НДС 18 %), сумма пересчета пошлин, налогов и пеней составила чуть меньше 30 млн рублей. Интересно то, что обе стороны договора совместно решили не признавать сумму доначислений и решили ее оспорить в суде. Арбитражный суд Краснодарского края даже принял

1 [Электронный ресурс]. – Режим доступа: https://courteurasian.org/court_cases/C-2.19/ (дата обращения: 21.06.2021).

2 [Электронный ресурс]. – Режим доступа: https://courteurasian.org/court_cases/C-4.21/ (дата обращения: 21.06.2021).

3 [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <https://kad.arbitr.ru/Card/241d5d56-7009-499c-a706-6f936f0133dc> (дата обращения: 21.06.2021).

определение от 29.03.2018 г. по делу №А32-11538/2018 о принятии обеспечительных мер, согласно которому действие требования о доплате таможенных платежей было приостановлено до вступления в силу решения по этому делу.

Однако еще 27 марта 2018 г. ДХЛ Глобал Форвардинг был исключен из реестра таможенных представителей в связи с ненадлежащим исполнением обязанности таможенного представителя (по причинам, не связанным с товаром для «ДжиИ Рус»). Как пишет суд апелляционной инстанции в вынесенном по делу судебном акте по делу № А40-21930/2019, «для восстановления в реестре таможенных представителей истец (ДХЛ Глобал Форвардинг) без проведения предварительных консультаций, без получения согласия ответчика, без принятия мер к уменьшению размера расходов, в одностороннем порядке, 29 марта 2018 г. оплатил 29 161 494 руб., якобы по таможенному требованию, которое в тот момент было приостановлено определением суда и не являлось обязательным для исполнения».

После этого ООО «ДХЛ Глобал Форвардинг» обратилось с иском к ответчику с требованием о взыскании с него убытков в размере тех самых 29 млн рублей, 1,7 млн рублей пени и даже 3 % комиссионных, предусмотренных отдельным пунктом договора (как вознаграждение за действие в интересе ответчика по его поручению), полагая, что им как таможенным представителем надлежащим образом выполнены все обязательства по договору. По мнению истца, уплаченные им 29 млн руб. являлись убытками, причиненными истцу вследствие ненадлежащего исполнения ответчиком своих обязательств. Российские суды истцу в удовлетворении его требования отказали, отдельно указав, что истец признает и подтверждает, что возникновение требований таможенных органов о доначислениях возникло в связи с указанием истцом в декларации неверного кода, а также то, что оплата доначисленных сумм по состоянию на 29 марта 2018 г. не являлась обязательной, поскольку исполнение требования таможенника было приостановлено судом⁴.

Нетрудно заметить, что со стороны ООО «ДХЛ Глобал Форвардинг» никогда не заявлялись никаких требований в порядке регресса по статье 325 ГК РФ «Исполнение солидарной обязанности одним из должников», ни по иным статьям ГК РФ, предусматривающих солидарную обязанность и право регрессного требования. Только в кассационной жалобе было отмечено, что при вынесении судебных актов имело место «... игнорирование возникновения регрессного требования к ответчику в связи с исполнением за него публично-правовой обязанности по уплате таможенных платежей». Аргументы о том, что спор должен быть рассмотрен на основании таможенного законодательства Союза, а не положений договора между спорящими сторонами и норм ГК РФ, появились уже в кассационной жалобе. Кассационный суд, действуя в пределах своих полномочий, из которых исключено установление иных обстоятельств, чем были установлены нижестоящими судами, оставила вообще без ответа утверждения о применимости таможенных норм Союза.

Столь подробное изложение фабулы дела необходимо хотя бы потому, что в своем заявлении в Суд ЕАЭС ДХЛ Глобал Форвардинг утверждало, что «суды Российской Федерации отказали ему как таможенному представителю в регрессном взыскании с декларанта сумм таможенных платежей, уплаченных во исполнение солидарной обязанности».

2. Решение Коллегии Суда ЕАЭС

В Суде ЕАЭС заявитель настаивал, что в Российской Федерации не была обеспечена реализация положений как Таможенного кодекса Таможенного союза (действовал до 1

января 2018 г., далее – ТК ТС), так и аналогичных норм Таможенного Кодекса ЕАЭС (вступил в силу с 1 января 2018 г.), которые устанавливают солидарную обязанность декларанта и таможенного представителя по уплате дополнительно начисленных таможенной сумм таможенных платежей, что повлекло нарушение прав и законных интересов заявителя.

В своих возражениях ЕЭК утверждала, что вопросы, связанные с правом на регрессное взыскание с декларанта сумм таможенных платежей, уплаченных таможенным представителем в рамках солидарной обязанности, не регламентированы правом Союза, отношения указанных субъектов строятся на договорной основе, а разрешение их взаимных претензий и требование компенсаций должны осуществляться в рамках гражданских правоотношений в соответствии с национальным законодательством государств-членов Союза.

Кроме того, ЕЭК возражала в отношении применимости норм права Союза в рассматриваемом деле. Действительно, дело в том, что на момент ввоза и таможенного оформления товаров таможенным брокером вопросы солидарной обязанности таможенного представителя и декларанта регулировались только национальным законодательством государств-членов Союза (пункт 6 ст. 60 ФЗ от 27.11.2010 № 311-ФЗ «О таможенном регулировании в Российской Федерации» и соответствующими статьями ГК РФ). В действовавшем на тот момент Таможенном Кодексе Таможенного Союза (ТК КС) в ст. 367 была закреплена лишь обязанность всех государств-членов ТС в течение одного года учесть в собственном законодательстве положения о солидарной ответственности таможенного представителя и декларанта. На уровне ЕАЭС норма о солидарной ответственности таможенного брокера и декларанта появилась только с 1 января 2018 г. в статье 405 ТК ЕАЭС. Однако согласно п. 1 статьи 444 ТК ЕАЭС он применяется к отношениям, регулируемым международными договорами и актами в сфере таможенного регулирования и возникшим со дня его вступления в силу. Исходя из этого, вообще непонятно, какие именно нормы таможенного законодательства Союза должны были применять российские арбитражные суды при рассмотрении спора заявителя с декларантом, даже если бы об этом просил сам заявитель (чего он, как мы уже увидели, не делал, а лишь просил суд взыскать убытки и неполученную им комиссию по договору).

Удивительно, что несмотря на фактические обстоятельства дела, а также на вполне понятные и обоснованные расхождения и выводы российских судов, большинство судей Коллегии Суда согласились (а) с утверждением заявителя о том, что декларант не компенсировал ему уплаченные денежные средства во исполнение требования таможенника, а также (б) с тем, что российские суды не применили нормы ТК ТС при рассмотрении иска ООО «ДХЛ Глобал Форвардинг» к декларанту, в результате чего защита прав и законных интересов таможенного представителя оказалась невозможной. Иными словами, большинство Коллегии Суда ЕАЭС предпочло не замечать ни факты дела, ни содержание решений российских судов, из которых очевидно, что в российских судах речь вообще не шла о регрессе и о солидарной ответственности, а лишь о требовании заявителя возместить ему убытки и пени по договору с декларантом, а также предусмотренную этим же договором комиссию.

Отвечая на возражения ЕЭК в отношении применимого на тот момент таможенного законодательства Союза, большинство Коллегии Суда сделало расходящееся с реальностью заявление о том, что «действующий в настоящее время ТК ЕАЭС содержит аналогичные ТК ТС нормы о солидарной ответственности таможенных представителей (что, как мы уже отметили выше, совсем не так – прим. авторов), то есть аналогична и ситуация с нарушением прав и законных интересов таможенных представителей». Больше никаких рассуждений по поводу временного аспекта применимого права со стороны Коллегии не последовало.

4 Речь идет о принятых обеспечительных мерах в рамках дела № А32-11538/2018.

Комментируя вопрос солидарной ответственности таможенных представителей, закрепленной в статье 405 ТК ЕАЭС, Коллегия отметила, что несмотря на то, что отношения таможенного представителя с декларантами строятся на договорной основе (пункт 2 статьи 401 ТК ЕАЭС), следует подчеркнуть, что их солидарная ответственность вытекает не из гражданско-правового договора, а из норм международного договора (ТК ЕАЭС).

Завершает свои рассуждения Коллегия следующими утверждениями – «Комиссия в своем ответе не отразила того, что солидарная обязанность субъектов таможенных правоотношений (институт материального права, содержащийся в международном договоре) подлежит защите в гражданском процессуальном праве государств-членов через право плательщика на регрессный иск к обязанному лицу». Можно только гадать как это соотносится с доводами в начале решения Коллегии, где сказано, что «...в ответе от 21 декабря 2020 года Комиссия отказала ООО «ДХЛ Глобал Форвардинг» в совершении требуемых от нее действий, поскольку вопросы, связанные с правом таможенного представителя на регрессное взыскание с декларанта уплаченных при исполнении солидарной обязанности сумм таможенных платежей, не регламентированы правом Союза в сфере таможенного регулирования...и урегулирование их взаимных претензий и требование компенсаций должно осуществляться в рамках гражданских правоотношений». Но, судя по всему, что-то все же в ответе ЕЭК заявителю не понравилось большинству Коллегии, раз она пришла к выводу о том, что «...направление Комиссией истцу ответа, который носит формальный характер, не отвечает верно на поставленный вопрос, квалифицируется в данном деле Коллегией Суда как бездействие Комиссии». В чем именно формализм, проявленный Комиссией в своем ответе, и в чем именно состоит неверность ее ответа, осталось вне рамок решения Коллегии.

3. Особые мнения

Мы еще вернемся к общим оценкам выводов Коллегии Суда ЕАЭС в этом деле, а пока лишь приведем краткое содержание особых мнений судей Коллегии, оказавшихся в меньшинстве (судьи Э. В. Айриян и Д. Г. Колос), но при этом категорически выступивших против данного решения. Оба особых мнения, написанных выверенным, понятным и аргументированным языком, выигрышно смотрятся на фоне, как мы уже увидели, запутанного и внутренне противоречивого решения Коллегии.

Председатель Суда ЕАЭС Э. В. Айриян в своем особом мнении⁵ посчитала очевидным отсутствие факта бездействия Комиссии, так как, по ее мнению, спор заявителя с импортером товара регулировался нормами гражданского законодательства Российской Федерации. По ее мнению, к компетенции ЕЭК изначально не относились вопросы проверки регрессного взыскания уплаченных таможенных пошлин, налогов и, соответственно, отсутствовала ее обязанность осуществлять действия, направленные на контроль данных гражданско-правовых отношений. Несогласие истца со вступившими в законную силу решениями судебных органов, вынесенными в рамках национального гражданского законодательства и относящихся к исключительной компетенции государств-членов Союза, не могут являться основанием для совершения Комиссией юридически значимых действий в отношении государства-члена Союза.

Особое мнение судьи Д. Г. Колоса, который был судьей-докладчиком в рассматриваемом деле, смотрится фактически как альтернативное решение Коллегии. По его мнению, Коллегия Суда необходимо было (а) проанализировать фактические обстоятельства дела и правовые нормы, действовав-

шие в период возникновения спорных правоотношений, (б) правильно определить применимое право, констатировать отсутствие на тот момент в применимом праве Союза релевантных норм, устанавливающих солидарную обязанность таможенного представителя и декларанта и правила регрессного взыскания сумм при ее исполнении, и (в) сделать вывод об отсутствии компетенции Комиссии на совершение требуемого от нее истцом действия, а также об отсутствии компетенции Суда на рассмотрение данного дела.

Всего этого Коллегией сделано не было, а само решение, констатирует судья Д. Г. Колос, построено на анализе норм ТК ЕАЭС, выбор которых в качестве применимого права не мотивирован и является ошибочным.

4. Бездействие Комиссии как основание для обращения в Суд ЕАЭС

Дело ООО «ДХЛ Глобал Форвардинг» еще раз убедительно показало, что споры о бездействии ЕЭК по обращению частных лиц остаются предметом непрекращающегося конфликта между Судом и Комиссией в силу кардинально разного понимания сути этой процедуры.

Статут Суда Союза в п. 39 предусматривает рассмотрение Судом заявлений хозяйствующих субъектов об оспаривании действия (бездействия) Комиссии, непосредственно затрагивающего права и законные их интересы. Для сравнения, в ЕС порядок рассмотрения Судом ЕС исков о бездействии институтов ЕС предусмотрен статьей 265 Договора о функционировании ЕС (ДФЕС), которая написана гораздо гибче, чем п. 39 Статута Суда ЕАЭС. Гибкость статьи 265 ДФЕС в том, что бездействие любого института Европейского Союза можно оспорить, если только этот институт в течение двух месяцев на определил свою позицию. Так, в соответствии с практикой Суда ЕС, если институт сформулировал свою позицию в установленные сроки (неважно в какой форме и как эта позиция была доведена до заявителя), это лишает заявителя права обращаться в суд, оспаривая бездействие института (решение Суда ЕС по делу *GEMA v. Commission*⁶). Суд ЕС открыто говорит, что у Комиссии ЕС есть дискреция при выборе того, как отвечать на жалобу частных заявителей. Он всегда встает на сторону Комиссии ЕС в тех делах, где ее обвиняли в бездействии в виде непринятия мер по жалобе частных лиц.

Подход Суда ЕАЭС кардинально другой и концентрируется не на процедурном аспекте – наличии или отсутствии ответа Комиссии, а на содержании этого ответа, что неизбежно будет усложнять отношения Суда и ЕЭК.

В основе сегодняшнего подхода лежит практика Суда ЕврАзЭС, которая по искам такого рода остановилась на крайне невыгодной для ЕЭК позиции. Сегодняшняя практика Суда ЕАЭС по искам о бездействии ЕЭК характеризуется максимально размытыми стандартами для таких обращений частных заявителей и сочетается с требованием Суда о том, что бремя доказывания в таких делах лежит только на Комиссии. Все вышеперечисленное наглядным образом проявилось в деле ООО «ДХЛ Глобал Форвардинг». Вывод Коллегии Суда ЕАЭС в деле ДХЛ звучал таким образом: «...направление Комиссией истцу ответа, который носит формальный характер, не отвечает верно на поставленный вопрос, квалифицируется в данном деле Коллегией Суда как бездействие Комиссии». Иными словами, по мнению Коллегии Суда, бездействием со стороны ЕЭК будет являться даже направление содержательного и развернутого ответа, но который неверно оценивает право Союза (при этом остается загадкой, как может ЕЭК знать мнение Суда еще до того, как дело попадет в Суд). Здесь можно вспомнить особое мнение судьи Д. Г. Колоса в деле ООО «ДХЛ Глобал Форвардинг» и согласиться с его весьма примечательными словами о том, что такой подход Суда означает «...неограниченное расширение его компетенции,

5 [Электронный ресурс]. – Режим доступа: https://courteurasian.org/court_cases/C-4.21/ (дата обращения: 21.06.2021).

6 ECJ Case 125/78 GEMA v. Commission [1979] ECR 3173. – Paras. 17-18.

при котором к производству может быть принято заявление хозяйствующего субъекта, имеющее лишь произвольные ссылки на нормы права Союза, даже если нарушенные, по мнению хозяйствующего субъекта, права и законные интересы не предоставлены ему правом Союза, а регулируются исключительно национальным законодательством государств-членов».

С этой связи можно заключить, что подход Суда ЕАЭС с недвусмысленной заявкой на **косвенный (руками Комиссии) контроль над всеми действиями государств-членов ЕАЭС, которые могут попадать в сферу действия права ЕАЭС (а это будет решать только сам Суд) по-своему понятен, но пока идет в разрез со Статутом Суда и при этом реализуется средствами, которые носят как минимум спорный характер.**

Поэтому, на наш взгляд, практика Суда ЕАЭС по делам о бездействии требует переосмысления. Возможно, что в основе такого подхода лежало желание увеличить поток таких дел, приходящих в Суд. Однако, как показывает статистика Суда ЕАЭС, этого не произошло. В среднем в год рассматривается одно-два таких заявления. При этом очевидны минусы такого подхода. Ситуация, при которой оценивается именно сущностный аспект ответа Комиссии, а не сам факт направления Комиссией ответа заявителю, приводит к конфликтам между Судом ЕАЭС и Комиссией, которые только ослабляют Суд, а не укрепляют его авторитет. Идея о превращении Суда ЕАЭС в некое подобие 4-й инстанции по экономическим спорам для предпринимателей именно с помощью исков о бездействии Комиссии также чревата ухудшением отношений с национальными судами, что не может не отразиться на восприятии ими решений Суда ЕАЭС.

5. Решение Апелляционной палаты Суда ЕАЭС по делу ООО «ДХЛ Глобал Форвардинг»

Апелляционная палата Суда ЕАЭС 9 июня 2021 г. отменила решение Коллегии Суда ЕАЭС и вынесла новое решение, признав «бездействием» ЕЭК правомерным⁷.

Пожалуй, главное состоит в том, что Апелляционная палата поддержала довод Комиссии о том, что «право Союза, действовавшее на момент возникновения правоотношений между декларантом и истцом, а также на момент исполнения солидарной обязанности и предъявления требования таможенным представителем к декларанту, не содержало норм о взыскании солидарным должником, исполнившим солидарную обязанность по уплате таможенных платежей, с другого солидарного должника». В этой связи Апелляционная палата пришла к выводу, что вопросы предъявления требования истцом в адрес декларанта о взыскании денежных средств как в период действия ТК ТС, так и со вступлением в силу ТК ЕАЭС **не регулируются правом Союза и относятся к сфере регулирования национального права**». Иными словами, Апелляционная палата подтвердила, что **в своем уже упомянутом выше ответе заявителю Комиссия была полностью права**.

Тем больший интерес представляют те немногие заявления, которые все же были сделаны Апелляционной палатой. Из них выделим следующее:

Во-первых, палата заявила, что несогласие хозяйствующего субъекта с решениями национальных судов не может являться основанием для совершения Комиссией юридически значимых действий. В силу этого **отказ Комиссии** истцу в совершении требуемых от нее действий является правомерным и **не может рассматриваться как бездействие**, непосредственно затрагивающее и нарушающее права и законные интересы истца, предусмотренные Договором и (или) международными договорами в рамках Союза. Однако бук-

вально **через два абзаца** (стр.14-15, самый конец п. 5.3) Апелляционная палата делает кульбит и **уже считает, что** «рассмотренные выше доводы Комиссии достаточны для отмены решения Коллегии Суда от 27 апреля 2021 года и **признания бездействия Комиссии соответствующим международным договорам в рамках Союза**».

За этими словами скрываются сразу **две проблемы**. Первая состоит в том, что даже **верный с точки зрения права Союза** (а это доказано в ходе судебных разбирательств) ответ ЕЭК заявителю Суд ЕАЭС все равно **считает пусть правомерным, но все же бездействием**. Как же было сказано выше, эта позиция вызывает сожаление и на наш взгляд нуждается в пересмотре.

Вторая проблема состоит в наличии предписываемой Судом **обязанности Комиссии осуществлять контроль над решениями национальных судов**, особенно в тех случаях, когда эти решения уже вступили в законную силу. Национальные суды применяют нормы права ЕАЭС непосредственно и, конечно, не исключены случаи, когда это делается неправильно. Пока же, судя по всему, Комиссия категорически открещивается от такой обязанности. Вопрос действительно очень деликатный и сложный. Можно ли считать нарушением со стороны государства-члена Союза своих обязательств по праву Союза единственный случай неправильного применения права Союза национальным судом в конкретном деле? Или речь должна идти только о структурных и постоянных случаях неправильного применения какой-либо нормы ЕАЭС национальными судами? Какими должны быть действия ЕЭК в обоих случаях не только с точки зрения практической реализуемости этих полномочий, но и с точки зрения правовой определенности и принципа *res judicata*? Пока вопросов больше, чем ответов, и можно лишь посоветовать Суду ЕАЭС обратиться к решению Суда ЕС по делу *C-154/08 Commission v. Spain*⁸ и вызванной этим решением дискуссии⁹.

Во-вторых, Апелляционная палата предельно емко сформулировала сегодняшнее отношение Суда к досудебной процедуре по искам о бездействии. Соглашаясь с мнением первой инстанции и отклоняя соответствующий довод ЕЭК в апелляционной жалобе, палата сказала буквально следующее: «повторное обращение в Евразийскую экономическую комиссию после получения отказа с тем же вопросом, но в рамках иной процедуры, будет являться непропорционально препятствием на доступ к Суду». Комментируя это утверждение, можно еще раз сказать, что обращение заявителя в ЕЭК еще не свидетельствует о наличии спора между заявителем и ЕЭК, его пока еще нет. Спор возникает только после получения заявителем ответа от ЕЭК и его несогласия с ним. Важно и то, что спор возникает не по сути первичного обращения заявителя, а по вопросу наличия или отсутствия бездействия Комиссии, которого также еще не было на момент обращения заявителя в ЕЭК. Как мы указывали в другой своей работе, пока в этих вопросах Суд исходит из того, что **требование о соблюдении досудебных процедур является не юрисдикционным ограничением, а одним из условий приемлемости обращения в Суд**, к которому можно подходить максимально гибко вплоть до полного пренебрежения им¹⁰.

8 [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62008CN0154&from=EN> (дата обращения: 22.06.2021).

9 См. по этому поводу Taborowski M. Infringement proceedings and non-compliant national courts // Common Market Law Review. – 2012. – Vol. 49. – No. 6. – Pp. 1881–1914; Varga Z. Retrial in the Member States on the Ground of Violation of EU Law // ELTE law journal. – 2017. – No. 1. – Pp. 55–94.

10 Исполинов А. С., Кадышева О. В. Яблоко раздора: досудебная процедура в международном правосудии и в практике Суда ЕАЭС // Международное правосудие. – 2021. – № 2 (38). – С. 93–110.

7 [Электронный ресурс]. – Режим доступа: https://courteurasian.org/court_cases/C-4.21/ (дата обращения: 22.06.2021).

В завершение можно обратить внимание на еще один очень любопытный довод из решения Апелляционной палаты. Комиссия в своей апелляционной жалобе указывала на то, что в ходе судебного разбирательства в первой инстанции **было отдано предпочтение истцу, что, по ее мнению, ставит под сомнение объективность и беспристрастность Суда.** Несмотря на то, что это является крайне серьезным упреком в адрес Суда, Апелляционная палата посчитала этот довод необоснованным, поскольку он не подтверждается материалами дела. К сожалению, в решении Апелляционной палаты не приводится никаких данных о том, что именно вынудило ЕЭК прийти к выводу о сомнениях в объективности и беспристрастности Суда. Мы можем только гадать о том, что именно произошло, идет ли речь о заседании Коллегии, а также обо всем составе Коллегии или только об отдельных судьях, и почему представители Комиссии оказались настолько робкими, что сразу не заявили отвод всему составу Коллегии или отдельным судьям. Судя по всему, речь действительно идет о чем-то серьезном и наболевшем, раз это уже вышло на уровень судебных решений. Эта ситуация также высветила ряд новых вопросов, также требующих своего обсуждения и разрешения. Во-первых, право сторон заявлять отвод всему составу Коллегии или отдельным судьям. Это право было ранее зафиксировано в статье 29 Регламенте Суда ЕврАзЭС¹¹ и вопрос в этом случае решался Коллегией, то есть самими судьями. Однако в сегодняшнем Регламенте Суда ЕАЭС такое право отсутствует, а есть лишь возможность самоотвода судьи в случае конфликта интересов в статье 41. Полагаем, что право сторон заявить об отводе судьи все же желательно вернуть в Регламент Суда ЕАЭС, так как это является частью любого контрольного механизма, направленного на исключение проявлений пристрастности со стороны судей.

Отвечая на возможные упреки в ущемлении независимости судей виде расширения возможности сторон спора заявлять отвод судьям Коллегии, можно отметить, что на наш взгляд, независимость и беспристрастность – это хоть и связанные друг с другом, но все же разные вещи. Легитимность и исполнимость судебного решения во многом основаны на том, что стороны воспринимают суд именно как беспристрастного арбитра¹², а пристрастность судей в конкретном деле является нарушением права стороны спора на справедливое судебное разбирательство (исходя из широко известной максимы *justice should not only be done, but should manifestly and undoubtedly be seen to be done*)¹³. Причины, по которым в любом международном суде должны существовать институциональные механизмы по контролю за беспристрастностью судей, вполне очевидны. Судьи назначаются на длительный срок, и при их назначении никто, включая их самих, не знает, как и каким образом они окажутся связаны с делом, которое к ним попадет через несколько лет. Сам же судья может либо промолчать, осознав наличие конфликта интересов, либо посчитать его несущественным, в то время как сторона спора может представлять себе эту ситуацию совершенно иначе.

В международном правосудии случаи заявления отвода судье стороной спора были весьма редким событием, но ситуация начала весьма быстро меняться по мере роста количества международных судов и арбитражей, а также числа

споров, передаваемых им на рассмотрение. Так, отвод всем пяти судьям коллегии МАСПЧ был заявлен Колумбией 15 марта 2021 г. в ходе слушаний по делу *Jineth Bedoya Lima and Other v. Colombia*¹⁴. В МС ООН за всю его историю зафиксировано 33 случая самоотвода судей и три случая заявления стороной спора ходатайства об отводе конкретного судьи (во всех случаях в отводе было отказано)¹⁵. В ЕСПЧ, судя по открытым данным, за 2009 – 2019 гг. зафиксировано 313 случаев самоотводов, взятых судьями, и 3 безуспешные попытки сторон заявить отвод судье¹⁶. Появившиеся в начале 2000-х годов единичные случаи заявления отводов арбитрам в рамках МЦУИС переросли в ситуацию, когда заявления таких отводов является частью распространенной судебной стратегии участия в таких спорах (общее количество заявленных отводов достигло 90).

Довод ЕЭК в апелляционной жалобе о пристрастности судей также связан с вопросом о принципиальной возможности отмены решения Коллегии только по этому основанию, и достаточно ли для этого будет установление факта пристрастности только одного судьи из пяти, входящих в Коллегию. Рассуждения Апелляционной палаты в этой части позволяют предположить, что по крайней мере такая возможность существует (естественно, при наличии весомых оснований). В этом отношении представляет интерес недавнее много шума решение¹⁷ *ad hoc* комитета в рамках МЦУИС о полной отмене решения арбитража в деле *Eiser and Energia Solar Luxembourg v. Spain* лишь на основании выявленного конфликта интересов у одного из трех арбитров. По словам комитета, представленные ответчиком факты таковы, что любой разумный наблюдатель должен прийти к выводу о наличии очевидного проявления пристрастности (*would find a manifest appearance of bias*). И в качестве вывода Комитет отметил, что в тех случаях, когда одно из основных требований правосудия, а именно право на рассмотрение дела независимым и беспристрастным трибуналом, оказывается нарушенным, решение не может устоять и должно быть полностью отменено (п. 352 решения).

В отношении влияния на решение факта пристрастности только одного судьи из состава (коллегии, палаты) можно также воспользоваться практикой ЕСПЧ, который считает, что это не имеет значения, так как с силу конфиденциальности обсуждения решения никто не может оценить реальное влияние пристрастного судьи на принятое решение¹⁸. Поэтому в этом случае решение компрометируется полностью.

6. Идеиный раскол внутри Суда ЕАЭС

Практика Суда ЕАЭС и в первую очередь особые мнения ряда судей показывает наличие двух полярных течений в Суде

11 Решение Суда ЕврАзЭС от 12.07.2012 № 21 «О Регламенте Суда Евразийского экономического сообщества». Бюллетень Суда Евразийского экономического сообщества, спец. выпуск 2012 – 2014.

12 Giorgetti C. Between Legitimacy and Control: Challenges and Recusals of Arbitrators and Judges in International Courts and Tribunals // *George Washington International Law Review*. – 2016. – Vol. 49. – Pp. 205-258, 207.

13 Oakes A., Haydn Davies H. Justice must be seen to be done: a contextual reappraisal // *Adelaide Law Review*. – 2016. – Vol. 37, no. 2. – Pp. 461-494.

14 Once More on Judicial Resilience: The Inter-American Court of Human Rights Responds to the Revictimizing Challenge of Colombia in the Case of Jineth Bedoya Lima and Other. – [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://opiniojuris.org/2021/04/01/once-more-on-judicial-resilience-the-inter-american-court-of-human-rights-responds-to-the-revictimizing-challenge-of-colombia-in-the-case-of-jineth-bedoya-lima-and-other> (дата обращения: 21.06.2021).

15 Giorgetti C. The Challenge and Recusal of Judges of the International Court of Justice // *Challenges and Recusals of Judges and Arbitrators in International Courts and Tribunals* (Chiara Giorgetti ed). – 2015. – Pp. 3-33.

16 Puppinc G. NGOs and judges at the ECtHR: a need for clarification”. – [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <https://www.ejiltalk.org/ngos-and-judges-at-the-ecthr-a-need-for-clarificati> (дата обращения: 21.06.2021).

17 Eiser Infrastructure Limited and Energía Solar Luxembourg S.à r.l. v. Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/13/36 Decision on annulment. – [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw11591.pdf> (дата обращения: 21.06.2021).

18 ECHR, *Morice v. France* [GC]. – Appl. No 29369/10. – 23 April 2015. – § 89.

ЕАЭС, которые борются за благосклонность большинства судей. Первое, которое можно условно назвать экстремальным интернационализмом, представлено в ряде особых мнений судьи Т. Нешатаевой (особое мнение по делу С-1/21 АО «СУЭК-Кузбасс»). Согласно этой точке зрения, право ЕАЭС остается правопорядком, существующим в рамках международного права как некая «подсистема международного права» в силу того, что сам ЕАЭС создан на основе международного договора. Акцент делается на системном единстве международного права, обладающего согласованным набором неотъемлемых основных принципов и некоей иерархичностью, то есть наличием правил высшего порядка, к которым относятся в первую очередь императивные нормы международного права (*jus cogens*). В этом правопорядке особая роль отводится Уставу ООН и императивным нормам международного права, имеющим системообразующий эффект, выступая своего рода супер-нормами, а нормы всех возможных подсистем международного права, будь то «право ВТО», нормы о защите прав человека или право ЕАЭС, должны соответствовать Уставу ООН и не противоречить императивным нормам. Иными словами, эта точка зрения, весьма распространенная в литературе¹⁹, исходит из того, что действительность норм права ЕАЭС должна в том числе оцениваться на предмет их соответствия вышестоящим нормам международного права. Экстремальность такого подхода выражается в максималистском отношении как к порядку взаимодействия норм внутреннего права и международного права, так и к вопросу применения Судом ЕАЭС международных договоров, заключенных государствами-членами Союза с третьими странами. Максимализм слышится в словах о неких «международных правилах взаимодействия систем международного и национального права»²⁰ (хотя в действительности каждое государство самостоятельно решает для себя этот вопрос). Но еще более радикальным смотрится предложение применять при разрешении споров не только нормы права Союза, но и положения любых иных международных договоров, заключенных государствами-членами Союза (буквально из особого мнения по делу АО «СУЭК-Кузбасс» – «...судом должен применяться более широкий круг договоров (не только те, в которых одновременно участвуют все государства-члены Союза)» или «международный договор (ТК ЕАЭС) ...и должен исполняться обязательно в сопряжении с другими международными договорами, в том числе в области прав человека». Сразу же появляется вопрос о том, насколько обязательными для институтов Союза в том числе и для Суда ЕАЭС являются эти договоры, и на каком основании будет осуществляться проверка соответствия этих договоров актов и действий той же ЕЭК. Насколько будет уместно и оправданно не просто ссылаться для целей толкования, а применять положения той же Европейской конвенции о правах человека, если в ней участвуют только Россия и Армения. Тот же Суд ЕС впервые сослался на ЕКПЧ как на «основные начала, которым надлежит следовать в рамках права Сообществ» лишь 1975 г. в решении по делу Rutili²¹ после того, как Франция последней из стран-членов ЕС присоединилась в 1974 г. к ЕКПЧ. Таким образом, ЕКПЧ стала инструментом защиты прав человека, общим для всех стран-членов ЕС.

Тот же Суд ЕС предельно осторожно подходит к вопросу о действии в правопорядке ЕС международных договоров, в которых участвуют все страны-члены ЕС, но не сам Европейский Союз. В этих делах Суд ЕС решал для себя вопрос о применимости в данном деле разработанной им концепции

«функционального правопреемства» (*functional succession*), согласно которой такие договоры могут порождать обязательства и для Союза в целом, но при условии полного перехода соответствующих полномочий от государств-членов ЕС на уровень Союза. Разработанная Судом без всякой опоры или ссылки на международное право²², эта доктрина была впервые применена Судом ЕС в деле *International Fruit Company*²³, заявив, что в силу передачи государствами-членами ЕС на уровень ЕС всех полномочий в сфере ГАТТ, этот договор порождает обязательства для ЕС в целом. Однако эта доктрина применяется Судом ЕС очень редко и при условии выполнения жестких условий, главным из которых является полная передача соответствующих полномочий на уровень ЕС. Сохранение за государствами-членами ЕС даже остаточных полномочий в сфере действия того или иного международного договора, является основанием для отказа Суда ЕС признать функциональное правопреемство ЕС по такому договору, как это было в случаях с Конвенцией по предотвращению загрязнения с судов (дело С-308/06 *Intertanko*²⁴) и Чикагской конвенции о международной гражданской авиации (дело С-366/10 *АТАА*)²⁵. Кстати, если применять эту логику, то нельзя утверждать, как это сделала Коллегия Суда ЕАЭС в решении по делу ООО «ДХЛ Глобал Форвардинг», что таможенное регулирование в ЕАЭС полностью передано на уровень Союза. Тому подтверждение и наличие внутренних законов о таможенном регулировании (ФЗ от 03.08.2018 № 289-ФЗ «О таможенном регулировании в Российской Федерации и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации»), а также указании как например, в той же статье 405 ТК ЕАЭС на разрешение законодателя стран-членов Союза на своем уровне дополнять перечень случаев освобождения брокеров от солидарной обязанности. Это обстоятельство не даёт оснований для признания статьи 405 как непосредственно применимой, так как оставляет за государствами-членами ЕАЭС возможность ее дополнить на национальном уровне.

Сторонники экстремального интернационализма резко критикуют призывы признать автономный характер права ЕАЭС, но при этом впадают в то же заблуждение, что и многие исследователи международного права, а именно не проводят различия между автономностью в понимании Суда ЕС, с одной стороны, и автономностью в понимании Комиссии международного права (КМП) и Международного Суда ООН, с другой. Напомним, что русский текст Доклада КМП о фрагментации международного права использует термин «автономный режим», в качестве не совсем корректного перевода термина «*self-contained regime*»²⁶. КМП под термином «автономный» понимает пусть и особенную, но все же часть общего целого, будь то государство или международное право в целом, относя к таким режимам не только право ЕС, но и например, «право ВТО» или инвестиционное право²⁷. Международный Суд ООН в своем консультативном заключении

22 Wouters J., Odermatt J., Ramopoulos T. Worlds Apart? Comparing the Approaches of the European Court of Justice and the EU Legislature to International Law // M. Cremona & A. Thies (eds) The European Court of Justice and External Relations Law: Constitutional Challenges (Oxford, Oxford University Press, 2014). – P. 261.

23 ECJ, Joined Cases 21 to 25/72 *International Fruit Company and Others v Produktschap voor Groenten en Fruit*, [1972] ECR 1219, para. 18.

24 ECJ, C-308/06, *Intertanko and Others*, [2008], ECR. I-4057.

25 CJEU, C-366/10, *Air Transport Association of America and Others v Secretary of State for Energy and Climate Change* [2011] ECR I-13755, para. 69, 71.

26 Английская версия Доклада КМП о фрагментации международного права везде использует термин «*self-contained regime*», а не «*autonomous*». На наш взгляд, наиболее близким по смыслу будет перевод «самостоятельный» или «самодостаточный».

27 Обстоятельный анализ и обоснованную критику оценок правопорядка ЕС, данной КМП в этом Докладе см.: Лившиц И. М. Международное финансовое право и право Европейского союза: взаимодействие и взаимовлияние. – М.: Юстициформ, 2020. – С. 129-144.

19 Simma B., Pulkowski D. Of Planets and the Universe: Self-contained Regimes in International Law // *The European Journal of International Law*. – 2006. – Vol. 17, no. 3. – P. 483–529.

20 Особое мнение судьи Т. Нешатаевой по делу С-4/21: ООО «ДХЛ Глобал Форвардинг».

21 ECJ, Case 36-75. *Rutili v Minister of the Interior* (1975) ECR 1219.

о законности применения государством ядерного оружия в вооруженном конфликте от 8 июля 1996 г. (запрос ВОЗ) заявил, что международные организации обладают «некоторой автономностью» (*certain autonomy*), в силу специфического характера их учредительных договоров²⁸. При этом в доктрине права международных организаций уже сложилось мнение, что понимаемое именно в этом смысле автономность присуща не только ЕС, но и всем международным организациям (по мнению ряда авторов, «автономные организации стали фактом международной жизни»²⁹), при этом реальный уровень такой автономности различается от организации к организации. Очевидная автономность проявляется тогда, когда та или иная организация начинает отдавать нормативный приоритет обязательствам государств-членов по своим учредительным договорам перед их обязательствами по другим международным договорам (что очень наглядно проявляется в той же ВТО³⁰). В рассмотренных ОРС ВТО деле об импорте продуктов, полученных с использованием ГМО, Европейский Союз ссылался на наличие своих обязательств по другому международно-правовому документу, а именно по Протоколу о биобезопасности (так называемому Картахенскому протоколу³¹). Однако Апелляционный орган и третейская группа фактически уклонились от ответа на вопрос о соотношении «права ВТО» и многосторонних соглашений об охране окружающей среды. По мнению третейской группы, Картахенский протокол является неприменимым при рассмотрении данного спора, так как США не стали его участником.

Именно такое понимание автономности поддерживает ЕЭК в ходе разбирательств в Суде ЕАЭС. При этом ряд судей и сотрудников аппарата Суда склоняются к признанию автономности правового порядка ЕАЭС именно в понимании Суда ЕС, согласно которому автономность означает полную обособленность и независимость права ЕС от национального и международного права.³² В качестве примера можно привести слова из особого мнения судьи К. Чайки (дело № СЕ-1-1/1-16-БК) о том, что государства-члены Союза наделили институты Союза реальными полномочиями, ограничив тем самым в строго определенных областях свои суверенные права и создав «автономную совокупность правовых норм, являющихся обязательными для всех государств-членов»³³.

Исход этой идейной борьбы за умы большинства судей Суда ЕАЭС во многом предопределяет будущее самого Суда.

7. Заключение

Как мы видим проблемы, поднятые в деле ДХЛ, оказались настолько разнообразными и серьезными, что даже этот первичный анализ не может их охватить полностью и с достаточной глубиной. Действительно, перед нами тот редкий случай, когда дело будет иметь долгий и самый разнообразный резонанс.

Пристатейный библиографический список

1. Дьяченко Е. Б., Энтин К. В. Свойства права Евразийского экономического союза сквозь призму практики Суда ЕАЭС // Журнал российского права. – 2018. – № 10 (262). – С. 123-133.
2. Исполинов А.С, Кадышева О. В. Яблоко раздора: досудебная процедура в международном правосудии и в практике Суда ЕАЭС // Международное правосудие. – 2021. – № 2 (38). – С. 93-110.
3. Лившиц И. М. Международное финансовое право и право Европейского союза: взаимодействие и взаимовлияние. – М.: Юстицинформ, 2020.
4. Collins R., White N. International organizations and the idea of autonomy: Introduction and overview // International Organizations and the Idea of Autonomy Institutional Independence in the International Legal Order Richard Collins R. White N. (eds) 464. – Pp. 1-20.
5. Giorgetti C. Between Legitimacy and Control: Challenges and Recusals of Arbitrators and Judges in International Courts and Tribunals // George Washington International Law Review. – 2016. – Vol. 49. – Pp. 205-258.
6. Giorgetti C. The Challenge and Recusal of Judges of the International Court of Justice // Challenges and Recusals of Judges and Arbitrators in International Courts and Tribunals (Chiara Giorgetti ed). – 2015. – Brill – Nijhoff. – Pp. 3-33.
7. Lamy P. The Place of the WTO and its Law in the International Legal Order // European Journal of International Law. – 2006. – Vol. 17. – No. 5. – Pp. 969-984.
8. Oakes A. Davies H. Justice must be seen to be done: a contextual reappraisal // Adelaide Law Review. – 2016. – Vol. 37, no. 2. – Pp. 461-494.
9. Simma B., Pulkowski D. Of Planets and the Universe: Self-contained Regimes in International Law // The European Journal of International Law. – 2006. – Vol. 17, no. 3. – Pp. 483-529.
10. Taborowski M. Infringement proceedings and non-compliant national courts // Common Market Law Review. – 2012. – Vol. 49, no. 6. – Pp. 1881-1914.
11. Varga Z. Retrial in the Member States on the Ground of Violation of EU Law // ELTE law journal. – 2017. – No. 1. – Pp. 55-94.
12. Wouters J., Odermatt J, Ramopoulos T. Worlds Apart? Comparing the Approaches of the European Court of Justice and the EU Legislature to International Law. The European Court of Justice and External Relations Law: Constitutional Challenges, M. Cremona M, Thies A. (eds). – Oxford: Oxford University Press, 2014. – Pp. 249-279.

28 ICJ, Legality of the Use by a State of nuclear weapons in Armed Conflict, Advisory Opinion, ICJ Reports 1996. – P. 19.

29 Collins R., White N. International organizations and the idea of autonomy: Introduction and overview // International Organizations and the Idea of Autonomy Institutional Independence in the International Legal Order Richard Collins R. White N. (eds) 464. – P. 17.

30 Lamy P. The Place of the WTO and its Law in the International Legal Order // European Journal of International Law. – 2006. – Vol. 17. No. 5. – P. 969-984.

31 См.: Картахенский протокол по биобезопасности к Конвенции о биологическом разнообразии 2000 г. Вступил в силу 11 сентября 2003 г. – [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.jiwlp.com/contents/Cartagena-Protocol.htm> (дата обращения: 21.06.2021)

32 Дьяченко Е. Б., Энтин К. В. Свойства права Евразийского экономического союза сквозь призму практики Суда ЕАЭС // Журнал российского права. – 2018. – № 10 (262). – С. 123-133.

33 «Мы тщательно рассмотрели положения, на которые ссылаются Европейские Сообщества. Тем не менее в результате мы не сочли необходимым и подходящим опираться на эти положения при толковании нами соглашений ВТО в рамках данного спора» // European Communities – Measures Affecting the Approval and Marketing of Biotech Products, Panel Report, WT/DS291,292,293/R, September 2006. – Par. 7.95.