

САНКТ-ПЕТЕРБУРГСКИЙ НАУЧНЫЙ ЦЕНТР
РОССИЙСКОЙ АКАДЕМИИ НАУК

НАУЧНЫЙ СОВЕТ РОССИЙСКОЙ АКАДЕМИИ НАУК
по комплексным проблемам евразийской экономической
интеграции, модернизации, конкурентоспособности
и устойчивому развитию

РУССКО-КИТАЙСКАЯ АССОЦИАЦИЯ по исследованию
и развитию стратегии «Один пояс, один путь»

УНИВЕРСИТЕТ при МЕЖПАРЛАМЕНТСКОЙ АССАМБЛЕЕ
ЕврАзЭС

ИНТЕГРАЦИОННОЕ ПРАВО:
ПРОБЛЕМЫ ФОРМИРОВАНИЯ И РАЗВИТИЯ

Научные труды
XI Евразийского научного форума

18-20 декабря 2019 года

Сборник статей

Санкт-Петербург
2020

SAINT-PETERSBURG SCIENTIFIC CENTER
OF THE RUSSIAN ACADEMY OF SCIENCES

SCIENTIFIC COUNCIL
OF THE RUSSIAN ACADEMY OF SCIENCES
on complex problems of Eurasian economic integration, moderniza-
tion, competitiveness and sustainable development

RUSSIAN-CHINESE ASSOCIATION
for research and development of the «One Belt, One Way»
strategy

UNIVERSITY ASSOCIATED WITH
THE INTERPARLIAMENTARY ASSEMBLY of EurAsEC

INTEGRATION LAW:
PROBLEMS OF FORMATION AND DEVELOPMENT

Scientific works
of XI Eurasian scientific forum

December 18-20, 2019

Collection

St. Petersburg
2020

УДК 344

В.Ю. Слепак
*Московский государственный
юридический университет
имени О.Е. Кутафина,
г. Москва, Россия*

Некоторые правовые аспекты перемещения продукции военного назначения между государствами-членами ЕАЭС¹

Аннотация. В статье рассматриваются проблемы правового регулирования перемещения продукции военного назначения между государствами-членами ЕАЭС. В праве ЕАЭС отсутствуют специальные положения, посвящённые торговле вооружениями. Регулирование на уровне данной организации ограничивается предоставлением государствам-членам возможности отступать от правил торговли, установленных Договором о Евразийском экономическом союзе, в том числе в целях защиты национальной безопасности (ст. 29). Тем не менее, Суд ЕАЭС толкует данную норму ограничительно. Подобные меры являются исключительно необходимыми для достижения целей, указанных в ст. 29 Договора о ЕАЭС. Большая коллегия Суда ЕАЭС обратила внимание на обязанность государств воздерживаться от мер, способных поставить под угрозу достижение целей Союза, максимально избегая введения односторонних ограничений во взаимной торговле, исходя из принципов транспарентности, адекватности, соразмерности, закреплённых в § 2 ст. 3 Договора о ЕАЭС. В Российской Федерации используется как полный запрет, вытекающий из широкого толкования положений данной статьи, применяемый к торговле непосредственно вооружениями в рамках Закона о военно-техническом сотрудничестве, так и более узкое толкование, связанное с поставками продукции, не-

¹ Статья подготовлена при поддержке Программы Европейского Союза Эразмус +Модуль Жана Монне 587634-EPP-1-2017-1-RU-EPPJMO-MODULE. Поддержка Европейской Комиссией настоящей публикации не является подтверждением согласия с мнением авторов, и Комиссия не несёт ответственности за любое использование представленной в настоящей публикации информации.

обходимой для военно-промышленного комплекса в рамках Закона о контрактной системе и Закона о закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц. Закон о военно-техническом сотрудничестве устанавливает полный запрет на выполнение работ в рамках государственного оборонного заказа иностранными юридическими лицами, не входящими в одну группу с российскими оборонными предприятиями. Однако постановлениями Правительства Российской Федерации установлены изъятия из правила о приоритете отечественной продукции при поставках товаров, работ, услуг в рамках Закона о контрактной системе и Закона о закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц. Необходимость ограничительного толкования ст. 29 Договора о ЕАЭС в части, не связанной с непосредственно поставкой вооружений, подтверждена также судебной практикой. Существующие правовые акты и судебная практика дают основания надеяться, что со временем в рамках Евразийского экономического союза сложится подлинно единый подход к торговле вооружениями, необходимых для формирования свобод внутреннего рынка.

Ключевые слова: Евразийский экономический союз, Договор о ЕАЭС, оговорка о национальной безопасности, национальный режим, Суд ЕАЭС, государственные закупки, торговля вооружениями.

V. Slepak
*Kutafin Moscow State Law University,
Moscow, Russia*

Some legal aspects of arms and arms related products transfer within Eurasian Economic Union Member States

Summary. The present paper deals with problems of arms and arms related products transfer within Eurasian Economic Union (EAEU) Member States. In EAEU law there are no specific provisions regulating trade in arms, legal regulation of such matters in this organisation does not go further than establishing a possibility for EAEU Member-States to derogate from the common trade rules specifies in the Treaty on EAEU inter alia in order to protect essential interests of its security (art. 29). However the Court of the Eurasian Economic Union interprets this provision strictly. The Court of Eurasia Economic Union reiterated that the grounds for exemptions under article 29 Treaty on EAEU requires an the exceptional measure that could be

introduced by the Member State in question if such measures do not constitute a means of arbitrary discrimination or a disguised restriction on trade between Member States and these measures are necessary to achieve goals stipulated in article 29 Treaty on EAEU. The Grand Chamber of the Court emphasised that Member States are obliged to refrain from any measure undermining achievement of an objectives of the Union and should refrain from introduction of unilateral limitations and restrictions in trade basing on principles of transparency, adequacy and proportionality enshrined in article 3(2) Treaty on EAEU. According to Russia Federation legislation in force both approaches – wide and restricted – to the art. 29 Treaty on EAEU are applied. The wide approach is applied to trade in arms itself while the restricted one is applied to state procurements dealing with supplies for defence industry. Federal law on armaments cooperation stipulates absolute prohibition for foreign companies (excluding Russian companies' subsidiary undertakings) to participate in State Defense Order. At the same time Government Decrees set out exemptions from the rules on priority of Russian goods, works and services under Federal law on contract system and Federal law on procurement of goods, works and services by certain categories of legal entities for economic operators originating from EAEU Member States. The necessity of strict interpretation of art. 29 Treaty on EAEU in case of procurements of goods, works and services for defence industry is also confirmed by case law. Current legislation and applicable case law give promise that in due course time really common approach to arms trade will be established which is necessary for establishment and functioning of the EAEU internal market.

This paper is prepared with the support of the Erasmus+ programme of the European Union Jean Monnet Module 587634-EPP-1-2017-1-RU-EPPJMO-MODULE. The European Commission support for the production of this publication does not constitute an endorsement of the contents which reflects the views only of the authors, and the Commission cannot be held responsible for any use which may be made of the information contained therein.

Key words: Eurasian Economic Union, Treaty on EAEU, national security clause, national treatment, Court of Eurasia Economic Union, state procurement, arms trade.

Наиболее полно задача по формированию единого рынка на постсоветском пространстве сформулирована в Договоре о Евразийском экономическом союзе (далее – Договор о ЕАЭС). В силу части 2 статьи 26 Договора о ЕАЭС внутренний рынок охватывает экономическое пространство, в котором согласно положениям настоящего Договора обеспечивается свободное передвижение товаров, лиц, услуг и капиталов. В силу же статьи 2 Договора о ЕАЭС единое экономическое пространство – это

пространство, состоящее из территорий государств-членов, где функционируют сходные (сопоставимые) и однотипные механизмы регулирования экономики, основанные на рыночных принципах и применении гармонизированных или унифицированных правовых норм, и существует единая инфраструктура.

Однако в части перемещения вооружений и товаров, имеющих оборонное значение, за 5 лет действия Договора о ЕАЭС каких-либо норм права, направленных на создание сходных или однотипных механизмов регулирования в этой сфере, не создано, равно как не появилось и гармонизированных или унифицированных правовых норм. При этом отсутствуют и явные указания на то, что торговля вооружениями и продукцией военного назначения изъята из сферы действия Договора о ЕАЭС (как это сделано в Европейском Союзе в отношении ряда видов продукции, входящей в так называемый Общий военный список). Таким образом, единственным закреплённым на уровне ЕАЭС ограничением на оборот вооружений являются общие изъятия из торговли товарами.

Возможность отступать от установленных правил торговли по соображениям национальной безопасности изначально закреплена в праве ВТО в ст. XXI ГАТТ, ст. XIV.bis ГАТС и ст. 73 ТРИПС с одинаковым названием «Исключения, относящиеся к безопасности». Как справедливо отмечает А.О. Четвериков [1, с. 4], основаниями (мотивом) применения таких исключений могут выступать:

- 1) защита государственной, в том числе военной, тайны;
- 2) поддержание обороноспособности, в том числе военной промышленности государств;
- 3) предотвращение угрозы миру, нарушений мира и актов агрессии в порядке самообороны или во исполнение решений Совета Безопасности ООН (применение данных оснований осуществляется в контексте положений гл. VII Устава ООН «Действия в отношении угрозы миру, нарушений мира и актов агрессии»).

В отличие от актов ВТО в Договоре о ЕАЭС отсутствует общая оговорка о национальной безопасности, в нём устанавливаются лишь частные исключения из порядка функционирования отдельных положений создаваемого в ЕАЭС внутреннего рынка. Так, ст. 29 Договора о ЕАЭС воспроизводит перечень общих исключений из права ВТО, закреплённых в ст. XX ГАТТ, дополняя их таким основанием как «обеспечение обороны страны и без-

опасности государства-члена», что соответствует положениям ст. XXI ГАТГ. В то же время ч. 6 ст. 65 Договора о ЕАЭС, устанавливающая изъятия из торговли услугами, свободы учреждения и инвестиций, воспроизводит формулировки ВТО в части исключений по соображениям безопасности. Статья 74 Договора о ЕАЭС использует сходную с подходом ст. 29 Договора о ЕАЭС модель в отношении изъятий из регулирования конкуренции.

В настоящее время единая практика применения исключений из общего режима права ЕАЭС в организации не выработана. На данный момент можно лишь выделить Консультативное заключение Суда Евразийского экономического союза от 30.10.2017 года, в котором данные вопросы косвенно затрагивались, но только применительно к свободе передвижения товаров и в отношении всех исключений в целом, а не только оговорок о национальной безопасности.

В целом подход Суда ЕАЭС к оговоркам, предусмотренным в п. 1 ст. 29 Договора о ЕАЭС, совпадает с позицией, сформулированной Судом ЕС. Суд ЕАЭС подтвердил, что основания, предусмотренные п. 1 ст. 29 Договора о ЕАЭС являются исключительной мерой (п. 8 Заключения), которые могут вводиться каждым государством-членом ЕАЭС в отдельности (п. 5 Заключения) при условии, что такие меры не должны являться средством неоправданной дискриминации или средством ограничения торговли, и такие ограничения необходимы для целей, указанных в абз. 1–6 п. 1 ст. 29 Договора (п. 6 Заключения). Кроме того, Большая коллегия Суда ЕАЭС обратила внимание на обязанность государств воздерживаться от мер, способных поставить под угрозу достижение целей Союза, максимально избегая введения односторонних ограничений во взаимной торговле, исходя из принципов транспарентности, адекватности, соразмерности и объективной обусловленности, вытекающих из содержания пункта 2 статьи 3 Договора (п. 9 Заключения).

В резолютивной части Заключения сделан вывод о том, что дискреция государств-членов Союза по применению пункта 1 статьи 29 Договора не безусловна, что предопределено ограничительным толкованием условий применения ограничений во взаимной торговле товарами.

Тем не менее, Суд ЕАЭС в данном деле не воспользовался возможностью установить более строгие правовые тесты для определения законности применения оговорок по ст. 29, выходящие за пределы очевидно следующего из формулировок са-

мой статьи (что может быть оправдано предметом запроса ЕЭК). Последняя из приведённых формулировок Суда ЕАЭС показывает, что такое возможно в будущем (как минимум, в части необходимости ограничительного толкования оговорки и применения принципа пропорциональности или, пользуясь терминологией рассматриваемого Заключения, «соразмерности», Суд ЕАЭС показал приверженность практике Суда ЕС), уже в рамках разрешения споров непосредственно о законности применения оговорки [2, с. 4].

Необходимо учитывать, что рассмотренное Заключение касалось вопросов применения изъятий из свободы передвижения товаров в целом. Возможно, в случае с вооружениями будет применен иной подход, соответствующий подходу ВТО, согласно которому положения ГАТТ, ГАТС и ТРИПС «оставляют за каждой из договаривающихся сторон право самостоятельно решать, какие она считает необходимыми для защиты своих существенных интересов безопасности».

Как ни странно, в законодательстве Российской Федерации действуют оба подхода. В том, что касается самого производства и торговли вооружениями действует полный запрет для иностранных участников на доступ к российскому рынку. В силу пунктов 3 и 4 ст. 3 Федерального закона от 29.12.2012 № 275-ФЗ «О государственном оборонном заказе» (далее – Закон о государственном оборонном заказе) исполнителями по государственному оборонному заказу могут быть только юридические лица, созданные в соответствии с законодательством Российской Федерации, или лица, входящие в кооперацию головного исполнителя (который должен быть создан по российскому праву).

Однако в случаях, не подпадающих под действие Закона о государственном оборонном заказе (даже если речь идёт о поставках товаров предприятиям, входящим в военно-промышленный комплекс), в рамках ЕАЭС применяется гораздо более либеральный режим.

Положения, ограничивающие доступ к рынку закупок, предусмотрены как Федеральным законом от 05.04.2013 № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» (далее – Закон о контрактной системе), так и Федеральным законом от 18.07.2011 № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» (далее – Закон о закупках). Пункт 1 ч. 8 ст. 3 Закона о закупках устанавли-

вадет приоритет товаров российского происхождения; работ, услуг, выполняемых, оказываемых российскими лицами, по отношению к товарам, происходящим из иностранного государства; работам, услугам, выполняемым, оказываемым иностранными лицами. Конкретизирована данная норма в Постановлении Правительства Российской Федерации от 16.09.2016 № 925 «О приоритете товаров российского происхождения, работ, услуг, выполняемых, оказываемых российскими лицами, по отношению к товарам, происходящим из иностранного государства, работам, услугам, выполняемым, оказываемым иностранными лицами» (далее – Постановление № 925).

В соответствии с п. 8 Постановления № 925 приоритет устанавливается с учётом положений Генерального соглашения по тарифам и торговле 1994 года и Договора о Евразийском экономическом союзе от 29 мая 2014 г.

Министерство экономического развития Российской Федерации в письмах от 9 января 2017 г. № Д28и-55, от 9 января 2017 г. № Д28и-42, от 6 декабря 2016 г. № Д28и-3197, от 18 ноября 2016 г. № Д28и-3107, от 21.10.2016 № Д28и-2858, № Д28и-2839 разъяснило, что товарам, происходящим из государств-членов Евразийского экономического союза, работам, услугам, выполняемым, оказываемым указанными лицами, предоставляется приоритет аналогично товарам российского происхождения, работам, услугам, выполняемым, оказываемым российскими лицами. Согласно данной рекомендации Минэкономразвития позиция была поддержана и арбитражными судами, в том числе по вопросам поставок для предприятий, входящих в оборонно-промышленный комплекс. Так, в Постановлении Арбитражного суда Московского округа от 27.02.2019 № Ф05-22473/2018 по делу № А40-37602/2018 прямо указывается, что «постановление № 925 имеет строго ограниченные сферы применения, которые определены статьей XX Генерального соглашения по тарифам и торговле 1947 года и статьей 29 Договора о Евразийском экономическом союзе от 29 мая 2014 года (пункт 8 постановления № 925).

Всемирная торговая организация признаёт права государств устанавливать подобные приоритеты в ряде специфических сфер, в том числе сферах обороны и безопасности, включая снабжение вооруженных сил, защиты жизни и здоровья человека, оборота золота и серебра, охраны художественных, исторических и археологических ценностей. Таким образом, положения

постановления № 925 необходимо применять с учётом норм международных договоров Российской Федерации». Аналогичные формулировки, посвящённые вопросам применения постановления № 925, можно найти и в других судебных актах (например, Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 21.06.2019 № 09АП-28129/2019 по делу № А40-302901/18, Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 06.12.2018 № 09АП-56425/2018 по делу № А40-119165/18), что позволяет говорить о формирующейся практике применения соответствующих норм. Однако необходимо оговориться, что обобщений на уровне Верховного суда в настоящее время нет, равно как и отсутствует практика по другим арбитражным округам (кроме Московского).

Аналогичный подход складывается в части применения оговорки о национальной безопасности в рамках Закона о контрактной системе. Часть 3 ст. 14 данного закона предусматривает, что в целях защиты основ конституционного строя, обеспечения обороны страны и безопасности государства, защиты внутреннего рынка Российской Федерации, развития национальной экономики, поддержки российских товаропроизводителей нормативными правовыми актами Правительства Российской Федерации устанавливаются запрет на допуск товаров, происходящих из иностранных государств, работ, услуг, соответственно выполняемых, оказываемых иностранными лицами, и ограничения допуска указанных товаров, работ, услуг для целей осуществления закупок.

В части обеспечения нужд обороны и безопасности государства предусмотрены именно запреты, устанавливаемые Правительством Российской Федерации. Так были приняты Постановление Правительства РФ от 14.01.2017 № 9 «Об установлении запрета на допуск товаров, происходящих из иностранных государств, работ (услуг), выполняемых (оказываемых) иностранными лицами, для целей осуществления закупок товаров, работ (услуг) для нужд обороны страны и безопасности государства» и Постановление Правительства РФ от 07.03.2019 № 239 «Об установлении запрета на допуск отдельных видов товаров станко-инструментальной промышленности, происходящих из иностранных государств, для целей осуществления закупок для нужд обороны страны и безопасности государства». Оба постановления в п. 1 содержат оговорку о том, что исключение из данного запрета делается для государств-членов ЕАЭС.

Всё это не означает абсолютную открытость рынка даже в части закупок, не связанных с государственным оборонным заказом, так как рассмотренная выше ст. 29 Договора о ЕАЭС позволяет отступать от правил национального режима, но все же имеющееся регулирование позволяет надеяться, что удастся избежать полной сегментации рынков вооружений в рамках ЕАЭС.

Дальнейшее развитие предугадать сложно. В случае, если на то будет воля органов и участников ЕАЭС, возможно, абсолютное право «закрывать» рынок государственного оборонного заказа, как это, например, сейчас сделано в рассмотренном выше Законе о государственном оборонном заказе, будет скорректировано правоприменительной практикой Суда ЕАЭС.

Как и в ЕАЭС, учредительные договоры Европейского Союза не содержали ограничений на применение оговорки о национальной безопасности, но с 1980-х годов Суд ЕС начал ограничительно толковать соответствующие нормы: изъятия, предоставляемые учредительными договорами, могут быть связаны с исключительными и строго определёнными случаями и не предоставляют автоматически общее исключение из режима внутреннего рынка и иных отраслей права ЕС, а как любые иные исключения из основных свобод должны толковаться ограничительно. Эта практика позволила со временем прийти к созданию гармонизированных норм о государственном оборонном заказе и торговле вооружениями.

Как было показано выше, сходную позицию по ст. 29 занял и Суд ЕАЭС, однако лишь в консультативном заключении и в отношении всех исключений, перечисленных в данной статье. Критика в отношении закрытости самого рынка вооружений на уровне ЕАЭС ни разу ни звучала. Но нельзя исключать, что это лишь дело времени. Правоприменительная практика в отношении поставок для военно-промышленного комплекса, направленная на обеспечение свободного доступа участников из ЕАЭС к таким закупкам также косвенно подтверждает реалистичность рассмотренных выше предложений.

Список использованных источников

1. Четвериков А.О. Национальная безопасность Российской Федерации и право Всемирной торговой организации / А. О. Четвериков // Законы России: опыт, анализ, практика. 2013. — № 8.
2. Слепак В.Ю. Оговорка о национальной безопасности в праве и практике ЕС и ЕАЭС // Международное правосудие и укрепление интеграционных процессов :Междунар. конф. (18-19 окт. 2018 г., г. Минск):