

## 20 лет работы Суда Европейской ассоциации свободной торговли.

### Интервью с Председателем Суда Европейской ассоциации свободной торговли, профессором Карлом Бауденбахером\*

В этом эксклюзивном интервью Председатель Суда Европейской ассоциации свободной торговли делится своим мнением касательно функционирования и повседневной деятельности Суда.

→ Суд Европейской ассоциации свободной торговли, Европейский суд справедливости, судебский диалог

#### Краткая биографическая справка

Карл Бауденбахер (*Carl Baudenbacher*) родился в Муртене (Швейцария). В 1978 году защитил кандидатскую диссертацию в Бернском университете, в 1983 году защитил докторскую диссертацию в Цюрихском университете.

В 1987–2013 годах являлся заведующим кафедрой частного, коммерческого и экономического права в Сент-Галленском университете. Профессор Бауденбахер является основателем и председателем Сент-Галленского международного форума по праву конкуренции, а также основателем и руководителем Магистерской программы Сент-Галленского университета по европейскому и международному предпринимательскому праву. В 1993–2003 годах он являлся приглашённым профессором по европейскому и международному праву Школы права Техасского университета, где он также является членом консульта-

тивного совета Центра глобальной энергии, международного арбитража и экологического права Школы права Техасского университета.

В 1994–1995 годах профессор Бауденбахер был судьёй Верховного суда Княжества Лихтенштейн. В 1995 году он стал судьёй Суда Европейской ассоциации свободной торговли, а с 2003 года является его председателем.

Профессор Карл Бауденбахер является автором 40 книг и более 180 статей по вопросам европейского и международного права, обязательственного права, трудового права, права недобросовестной конкуренции, антимонопольного права и права государственных субсидий, корпоративного права, права интеллектуальной собственности, сравнительного правоведения и по вопросам деятельности международных судебных органов. Он знаменит такими книгами, как: «Право добросовестной конкуренции» (2001), Комментарий к Федеральному закону Швейцарии по борьбе с недобросовестной конкуренцией (2009),

\* В подготовке интервью участвовали *Вайпан Григорий Викторович*, аспирант юридического факультета МГУ им. М. В. Ломоносова (e-mail: vaipan-grigxa@yandex.ru), и *Старженецкий Владислав Валерьевич*, кандидат юридических наук, доцент кафедры международного права Российской академии правосудия (e-mail: vstarzhenetskiy@arbitr.ru). Перевод с английского *Мысливского Павла Петровича*.

«Швейцарское экономическое право перед лицом вызовов международного и европейского права» (2012).

*В октябре 2013 года в Москве после завершения международной научно-практической конференции «Тункинские чтения» проводилось интервью, которое господин Бауденбахер любезно предоставил редакции журнала «Международное правосудие».*

**— Вы говорили о своём суде, Суде Европейской ассоциации свободной торговли (Суде ЕАСТ), как о младшем брате или младшей сестре Европейского суда справедливости (ЕСС). Что вы хотели этим сказать? Традиционно судьи стараются преувеличить роль своего суда, а вы сделали наоборот?**

— Я имею в виду, что наша компетенция распространяется на три маленьких государства, таким образом, будет сложно сказать о каком-либо преувеличении в этом отношении. Однако работа, которую мы делаем, является важной. Я никогда не использую выражения «старший брат» или «младший брат» потому, что они имеют уничижительное значение. Я говорю либо о единокровии судов, либо сравниваю их с двоюродными братьями.

**— Как вы опишете рабочие отношения своего суда с ЕСС в контексте заимствования идей, следования решениям и тому подобное?**

— Когда мой суд был учреждён, казалось, что должно быть одно золотое правило — если право в ЕАСТ и Европейском Союзе (ЕС) одинаково, мы будем следовать решениям ЕСС для того, чтобы установить единые правила игры для граждан и предпринимателей. Вообще, установление единых правил игры — это то, чем мы занимаемся. Однако сразу стало очевидно, что это не улица с односторонним движением и что ЕСС будет также следовать нашим решениям. Интересным является то, что мы часто сталкиваемся с новыми юридическими вопросами, на которые нам необходимо давать ответы. Я имею в виду вопросы, которые ЕСС не затрагивал или которые были освещены им не в полной мере. Я называю это, с точки зрения моего суда, следование изначально заданному пути.

**— Переходя к более общему вопросу, хотелось бы узнать, как вы относитесь к феномену институциональной фрагментации — пролиферации международных судов и трибуналов по всему миру без формальной иерархии между ними? Каково ваше мнение о судебном диалоге между Судом ЕАСТ и ЕСС и, возможно, между другими судами?**

— Думаю, что термин «институциональная фрагментация» является несколько неудачным. Он имеет характеристику оторванности от жизни. Я не вижу, чтобы он пользовался популярностью у людей, которые работают «на земле». У нас никогда не существовало ни мирового правительства, ни глобального суда. Да, существует Международный Суд Организации Объединённых Наций, который уполномочен разрешать конфликты между государствами. Но когда дело доходит до частных компаний, которые судятся с другими частными компаниями, или до частных компаний, которые судятся с государствами или международными органами, то, на мой взгляд, неправильно говорить о фрагментации. Существует множество международных судов, и единственное, что они могут сделать для упорядочивания системы, по моему мнению, — это обращать внимание на решения друг друга. Необходимо быть настолько непредубеждённым, насколько это возможно.

**— Да, однако эта система также создаёт возможность существования противоречий между правовыми позициями, провозглашёнными в различных судах. Не так ли?**

— Это, безусловно, правда. Но суды по своей природе стремятся избегать открытых конфликтов. Если суд не согласен с решением другого суда, он постарается найти различия между рассматриваемыми делами.

**— Были ли когда-либо трения между ЕСС и Судом ЕАСТ и, если такое случалось, в каких вопросах?**

— Нет, не могу вспомнить, чтобы когда-то были трения или судебный конфликт. Однако с учётом того, что мы рассматриваем первыми так много дел, теоретически это может случиться. Мы видели интересные последствия пребывания в качестве первопроходца,

например в налоговом праве. В некоторых делах касательно налогообложения дивидендов акционеров ЕСС не сразу последовал нашей позиции. Таким образом, в течение некоторого времени существовал определённый судебный конфликт. Но в последующих делах ЕСС взял за основу наше мнение. Или, например (я упоминал об этом на «Тункинских чтениях»<sup>1</sup>), дело, касавшееся обогащения пищи добавками, потребовало от нас дистанцироваться от решения ЕСС двадцатилетней давности. Я имею ввиду то, что мы не последовали этому решению потому, что этого требовал технический прогресс, и ЕСС впоследствии согласился с нами. Это показывает, что право не является точной наукой. Следует основывать свои решения на том, что происходит в реальном мире. Реальные проблемы не могут разрешаться строгими правилами «кто подчиняется кому».

— **Безусловно. И, по вашему мнению, тот факт, что Суд ЕАСТ является судом с небольшой территориальной юрисдикцией, позволяет ли ему рассматривать дела и выносить решения достаточно быстро, что, в свою очередь, должно показывать ЕСС то, как хорошо работает Суд ЕАСТ? Не является ли это преимуществом как для Суда ЕАСТ, так и для ЕСС?**

— Безусловно, то, что только три государства подпадают под юрисдикцию Суда ЕАСТ, является благом. Если в суде только три судьи, то, как однажды сказал Лорд Деннинг, «вы должны убедить только одного». Кроме того, в конце концов, мы работаем быстро. И в случае, если мы выносим обоснованное решение, другой суд будет обязан принять его во внимание, несмотря на то, на сколько «большим» он является. Это можно назвать «преимуществом первого хода». Тот, кто выходит первым на рынок (который может быть «рынком идей»), имеет естественное преимущество.

— **Говоря о делах и судебной практике в вашем суде, хотелось бы узнать, не увеличилась ли загруженность суда?**

— Это абсолютная правда. Загруженность увеличивалась в течение последних пяти лет. Следует упомянуть, что ЕСС обладает компетенцией в отношении пятисот миллионов человек. Суд ЕАСТ, в свою очередь, обладает компетенцией в отношении пяти миллионов человек. Сейчас октябрь, и у нас в производстве уже 22 дела. Вы можете себе представить, сколько бы их было, если бы мы отвечали за пятьсот миллионов человек?

— **Другие международные суды, например, конечно, Европейский Суд по правам человека, борются со своей загруженностью, в связи с чем разрабатывают различные способы решения данной проблемы. Вы придумали какие-то способы решения этих сложностей?**

— С точки зрения граждан и предпринимателей крайне важно, чтобы мы принимали решения быстро, в особенности в делах по преюдициальным запросам. Безусловно, мы приняли на работу много юристов, а также мы планируем расширить штат секретариата. В моём суде люди могут получить решение в деле по преюдициальному запросу в срок от семи до восьми месяцев. Возможность рассматривать дела быстро является одним из наших преимуществ.

— **На веб-сайте вашего суда обращает на себя внимание интересный момент в организации суда: у вас есть постоянные судьи и судьи *ad hoc*. Почему так сделано? Существует ли какое-либо отличие между постоянными судьями и судьями *ad hoc*?**

— Присутствие судей *ad hoc* в суде с тремя судьями — это техническая необходимость. Поскольку один из нас может заболеть, нам необходимо иметь систему судей *ad hoc*. Некоторые из этих судей *ad hoc* не испытывают трудностей в работе с нами и работе с делами. Другие больше основываются на своих национальных восприятиях международного права, что не всегда является нашим образом мышления. Таким образом, это

<sup>1</sup> Международная научно-практическая конференция «Тункинские чтения». Вопросы охраны окружающей среды и здоровья человека в условиях глобализации: правовые аспекты (г. Москва, 17 октября 2013 года) // Международное правосудие. № 4(8). 2013. С. 128.

техническая необходимость, но это не всегда работает идеально.

— Этот вопрос возник, поскольку сейчас наметилась тенденция, что мир отходит от трибуналов и судов *ad hoc* в сторону постоянно действующих судов, и здесь международные уголовные суды являются примером.

— Несомненно, но я хотел бы подчеркнуть, что мы не являемся судом *ad hoc*. Наоборот, мы являемся примером создания постоянно действующего суда, который вы упомянули.

— Безусловно. Существование судей *ad hoc* в вашем суде является лишь технической необходимостью. Но не будет ли, возможно, лучше в будущем заменить этих судей *ad hoc* постоянно действующими судьями? Это снимет проблему загруженности суда, а также логистические проблемы, которые вы описали.

— Да, вы правы, но мы живем не в идеальном мире. Правительствам сначала придется подумать о деньгах, которые необходимо на это затратить.

— То есть судьи *ad hoc* обходятся дешевле?

— Их труд оплачивается только тогда, когда они рассматривают дела. В другое время они получают очень скромное вознаграждение.

— Хотелось бы коснуться вопроса взаимоотношений суда с государствами-членами — это наиболее горячая проблема для любого международного суда. «Самоограничение» и «судейский активизм», «субсидиарность» и «эффективность» («эффективная защита»): каково ваше мнение об этих дилеммах?

— Составители Соглашения о Европейской экономической зоне поставили нас в довольно деликатную ситуацию. Как и многие законодатели или составители международных договоров, они были не в состоянии договориться по некоторым сложным вопросам и передали эту эстафетную палочку нам. Я говорю, в частности, о таких институтах, как прямое действие, приоритет или верховенство норм, а также ответственность государств,

которые играют крайне важную роль в европейской интеграции, все они не были согласованы переговорщиками. Все эти вопросы были просто переадресованы в основном моему суду, а не ЕСС. И если мы хотим быть однородными с правопорядком ЕС, то мы должны гарантировать, чтобы частные лица и предприниматели имели столько же прав, сколько им даётся в Европейском Союзе, где существует настоящее прямое действие, приоритет норм ЕС и ответственность государств. Это было основным вызовом для нас.

— Вы не могли бы нам рассказать о примерах критики, которую ваш суд получил от государств-членов?

— Я бы хотел добавить ещё кое-что. Не следует забывать об одной вещи: в таком объединении, как Европейская экономическая зона, государства-члены не являются единственными игроками. Правительства всегда считают, что всё всегда крутится вокруг них и их суверенитета. Но в действительности основными действующими лицами являются те, кто создают национальное богатство. И это не чиновники правительств, не дипломаты, а предприниматели, рабочие, потребители и инвесторы. Это те лица, на которых мы прежде всего ориентируемся. Это очень важное замечание.

— Давайте всё-таки коснёмся критики, которую ваш суд получил от государств-членов.

— Нас обвиняли в судейском активизме, но этот термин сам по себе является пустой формулой. Если вы являетесь международным судьёй, вы не должны этому особо удивляться. Это часть игры. Например, когда мы обсуждали вопрос об ответственности государств, далеко не все правительственные чиновники были убеждены в том, что мы всё делаем правильно. Мы приняли такое решение в 1998 году по исландскому делу, в результате чего столкнулись с противоборством со стороны Норвегии, Исландии, а также Швеции. Швеция участвовала в том деле, поскольку в то время являлась участницей ЕАСТ, и против неё могли быть инициированы дела, в которых могла быть признана ответственность шведского правительства. Немного неожиданно, но мы столкнулись с

противодействием Европейской комиссии в этом вопросе, но и с ним мы справились.

— Это интересно. Исходя из того, что вы сказали, кажется, что, в общем, между судом и государствами-членами были равные отношения.

— Нет, это будет преувеличением. Были некоторые сложные моменты, однако, мне кажется, мы их преодолели. Думаю, что нет ничего удивительного в том, что это потребовало какое-то время, в частности, как я уже сказал, из-за того, что переговорщики не смогли договориться по некоторым чувствительным вопросам.

— Влияет ли практика Суда ЕАСТ на суды государств — участников ЕЭЗ/ЕАСТ? Всегда ли государства-участники исполняют решения Суда ЕАСТ?

— Национальные суды обязаны следовать нашим решениям. Говоря в общем, это никогда не вызывало больших проблем. Государства-участники заинтересованы в действии Соглашения о ЕЭЗ.

— Влияет ли практика судов государств — участников ЕАСТ на решения Суда ЕАСТ?

— Право ЕЭЗ независимо от национальных правовых систем государств-членов; оно должно толковаться автономно. Но это не исключает того, что мы, судьи, в какой-то мере подвергаемся влиянию правовых или культурных традиций наших стран. Возможно, не является простой случайностью то, что мы избрали прогрессивный подход в отношении доступа к документам в антимонопольных делах. Здесь вы можете проследить некоторое скандинавское влияние.

— Суд ЕАСТ активно занимается вопросом «прав человека в сфере бизнеса». Должна ли защита прав человека в отношении предпринимателей каким-либо образом отличаться от защиты прав человека обычных граждан?

— Существует только одна небольшая отсылка к правам человека в пункте 9 преамбулы Соглашения о ЕЭЗ. Но вы правы, мы исторически признавали существование осно-

вополагающих прав в ЕЭЗ. Исходя из этого, мы никогда не ссылались на ЕСС, а напрямую использовали практику Европейского Суда по правам человека в городе Страсбурге. Это значит, что российский судья может быть косвенно вовлечён в вопросы формирования права ЕЭЗ (смеётся). основополагающие права становятся все более и более важными в сфере предпринимательства, например в праве собственности, антимонопольном праве, праве интеллектуальной собственности, по вопросам регулирования переговоров между предпринимателями и профсоюзами (об условиях труда, заработной плате). Корпоративные юристы исходят из этого, и я их понимаю. Но нам не следует полностью забывать и о том, что после разрушительных последствий Второй мировой войны основополагающие права были созданы главным образом для защиты живых людей, состоящих из плоти и крови.

— В деле *Grund (Case E-7/11)* Суд ЕАСТ постановил, что национальные регулирующие органы могут требовать от медицинского учреждения получения разрешения на параллельный импорт лекарств из другого государства — члена ЕЭЗ. Но такое разрешение должно выдаваться в соответствии с процедурой, в которой проверяются только вопросы о том, имеет ли лекарственное средство действительный допуск к продаже в государстве — члене ЕЭЗ, из которого экспортируется товар, и сходен ли одинаков товар по отношению к лекарственному средству, имеющему допуск к продаже в государстве — члене ЕЭЗ, в которое он импортируется.

Каков был практический эффект от этого решения, упростило ли оно доступ лекарственных средств, выпущенных в государствах-членах ЕЭЗ на рынки других государств-членов ЕЭЗ? Считаете ли вы, что права интеллектуальной собственности могут иметь ограничивающее влияние на импорт лекарственных средств и приводить к запрету параллельного импорта в рамках ЕЭЗ?

— Насколько я знаю, Исландия в настоящее время изменяет свой Акт о лекарственных средствах для того, чтобы исполнить наше решение по делу *Grund*. Законодательство разработано для того, чтобы стиму-

лизовать параллельную торговлю лекарственными средствами. Права интеллектуальной собственности использовались для раздела рынков в ЕС и ЕЭЗ. Цель нашей судебной практики — найти баланс между законными интересами правообладателей интеллектуальной собственности и свободным движением товаров и услуг.

— В деле *Norway Post (Case E-15/10)*, которое касалось нарушения Норвежской почтой статьи 54 Соглашения о ЕЭЗ (злоупотребление доминирующим положением на рынке отправления посылок в Норвегии в 2002–2006 годах), Суд ЕАСТ указал, что разбирательство должно считаться «уголовным» для целей статьи 6 Европейской Конвенции о защите прав человека (ЕКПЧ). Как вы объясните избранный подход в свете решения ЕСПЧ по делу *OOO NESTE St. Petersburg and others v. Russia*, в котором было отказано в применении статьи 6 ЕКПЧ к делам из антимонопольных правоотношений?

— Во-первых, мы не сказали, что разбирательство в деле было уголовным, только штраф, равный примерно 11 миллион евро, наложенный на норвежскую почту, был признан уголовным по своей природе. Это соответствует правовым позициям ЕСПЧ. Применимым здесь является решение по делу *Menarini* от 27 сентября 2011 года. Если я правильно помню, дело *OOO NESTE St. Petersburg* касалось не вопроса наложения штрафа, а исключительно вопроса конфискации дохода, который был незаконно получен компаниями путём фиксирования цен. Из-за этого ЕСПЧ пришёл к выводу о том, что компаниям не было предъявлено «уголовного обвинения» для целей статьи 6 ЕКПЧ.

— В своём недавнем решении по делу *Icesave (Case E-16/11)* Суд ЕАСТ столкнулся со спором из ситуации, когда три крупнейших банка в Исландии были признаны банкротами и перешли в собственность государства. Однако вкладчики в филиалах банка *Icesave* в Нидерландах и Соединённом Королевстве потеряли доступ к своим вкладам и не получили компенсацию от фонда страхования вкладов Исландии. Суд ЕАСТ решил, что государства-члены ЕЭЗ не были обязаны национализировать част-

ный долг, который возник из-за банкротства банка в Соединённом Королевстве и в Нидерландах, а также то, что разное обращение с местными и иностранными вкладчиками не нарушает Директиву 94/19/ЕС, как и Соглашение ЕЭЗ о запрете дискриминации. Какие средства правовой защиты/гарантии иностранные вкладчики могут иметь в такой ситуации согласно праву ЕС? Показывает ли это дело слабость защиты потребителей банковских услуг в ЕС?

— Мы установили, что в соответствующей Директиве 1994 года отсутствовало правовое основание для признания ответственности государства. Суд ЕАСТ основывал своё решение исключительно на нормах права. Но он также отметил феномен моральной угрозы: чем больше и лучше страховое покрытие, тем меньше частные лица несут ответственность за свои действия и имеют меньше стимулов избегать наступления страхового случая. Должен в конечном счёте отметить, что ликвидационная комиссия банка заявила некоторое время назад, что примерная стоимость активов банка гораздо выше, чем изначально ожидалось. Имущества банка будет достаточно, чтобы существенно покрыть убытки вкладчиков.

— С точки зрения стилистики судебных решений, насколько, по вашему мнению, для судьи возможно выходить за рамки текста, за рамки прецедента?

— Это не столько вопрос стиля, наоборот, это скорее вопрос методологии. Говоря о стиле, я имею в виду технику обоснования, насколько вы чётко обосновываете и насколько сильно вы аргументируете свои выводы. В этом отношении мы гораздо больше уделяем внимания деталям, чем наш суд-побратим. Во многих делах наш суд-побратим старается выносить очень краткие решения. Я считаю, что каждый должен объяснять то, что у него на уме. Думаю, что это хорошо, что мы работаем таким образом. Должен также отметить, что в нашем суде отсутствует генеральный адвокат. Это моя первая ремарка. Моя вторая ремарка заключается в том, что если вы являетесь маленьким судом, то вы не можете заниматься политикой. Вы должны заниматься правом. Я иногда говорю во время дис-

куссий: «Маленький суд не может позволить себе решать, исходя из политических соображений». Люди надо мной смеются из-за этого. Мы должны решать по праву. А другой вопрос, таким образом, вопрос методологии.

— Да, это тесно связано с вопросом стиля. Например, американские судьи часто ссылаются на политические соображения (для кого-то это неправовые соображения), когда они разрешают дела, которые им кажутся противоречивыми, сложными, первыми в какой-либо сфере, или же когда отсутствует право или убедительный способ правового обоснования или аргументации, тогда им следует искать выход. Вы поддерживаете этот подход?

— Судья всегда находится в ситуации, когда он обязан выносить решение. Мы не можем ссылаться на то, что тот или иной вопрос правом не урегулирован. Мы не можем просто отказаться выносить решение. И тут каждый судья встаёт между двух огней: основываться на историческом значении текста, хотя даже непонятно, сможет ли он установить это историческое значение, либо вынести решение, которое учитывает сегодняшнюю ситуацию или, как говорит ЕСПЧ в Страсбурге, «нынешние условия».

— Является ли Соглашение о ЕЭЗ живым документом?

— Каждый судья должен выносить своё решение, исходя из конкретных обстоятельств. У нас были дела, когда мы основывались на политике права. Это неизбежно.

— Возвращаясь к вопросу стиля, думаете ли вы, что ваша научная деятельность повлияла на ваше юридическое письмо и аргументацию? Например, если взять принцип предосторожности, который мы обсуждали вчера на конференции, вам не кажется, что ваш научный опыт каким-либо образом повлиял на то, как вы принимаете решения?

— Я не уверен, однако леопард не может поменять пятна на себе.

— Плохо ли для судьи быть одновременно учёным?

— Вы знаете, первое, что я хотел бы сказать, — это то, что человек находится под влиянием своей биографии. Таким образом, я нахожусь под влиянием того, что я также являюсь и учёным. Хорошо это или плохо — судить другим. Думаю, что наилучшим составом международного суда были бы в прошлом практикующие юристы, государственные судьи и некоторое количество учёных. Что я наблюдаю с обеспокоенностью, так это то, что в международные суды входят бывшие представители национальных администраций. Такие назначения влекут риск того, что суд будет заниматься политикой.

— Значит ли это, что вы считаете, что судьи, которые являются выходцами из научной среды, зачастую приносят больше независимости суду, то есть не занимаются фаворитизмом в отношении правительства или государственной точки зрения или, по вашему мнению, это ничего не значит?

— Хотелось бы в это верить. Хотелось бы верить в то, что представители науки более независимы, чем те, кто были, например, дипломатами до того, как быть назначенными судьями.

— Ясно. На вашем веб-сайте вы говорите, что вы берёте от жизни всё и, как следствие, сидите на двух стульях. Расскажите об этом поподробнее.

— Я судья, я профессор. Это хорошо сочетается.

— Как вы сочетаете эти две роли? Как вы распределяете своё время между этими ролями?

— Не могу дать общий ответ. Это зависит от того, откуда валит дым. Но я чувствую себя комфортно, всегда работая помногу, и я всегда справляюсь со всеми задачами благодаря техническим средствам, которые нас окружают сегодня — электронной почте, Интернету и СМС. Мне кажется, что моя научная деятельность питает мою судебскую работу, а моим студентам очень помогает моя практическая деятельность в качестве судьи.

— Спасибо вам, Председатель Бауденбахер!