

**ГРАЖДАНСКОЕ
И ТОРГОВОЕ ПРАВО
ЕВРОПЕЙСКОГО СОЮЗА
(ОСНОВНЫЕ ИНСТИТУТЫ)**

Учебное пособие

Под общей редакцией:
профессора, доктора юридических наук ***В.В. Безбаха***
кандидата юридических наук, доцента ***В.Ф. Поньки***
кандидата юридических наук ***К.М. Беликовой***

Москва
Российский университет дружбы народов
2011

ББК 67
Г 75

Утверждено
РИС Ученого совета
Российского университета
дружбы народов

Авторский коллектив:

доктор юридических наук, профессор **В.В. Безбах** (предисловие, послесловие; разд. 4, 5, 7, 12 – совм. с Беликовой К.М.); кандидат юридических наук **К.М. Беликова** (разд. 8; разд. 4, 5, 7, 12 – совм. с Безбахом В.В.; разд. 10 – совм. с Зенкиным Н.М.); кандидат юридических наук, доцент **Е.П. Ермакова** (разд. 2 – совм. с Ивановым А.С.); заслуженный юрист Российской Федерации, доктор юридических наук, профессор **Н.М. Зенкин** (разд. 10 – совм. с Беликовой К.М.); кандидат юридических наук **А.С. Иванов** (разд. 2 – совм. с Ермаковой Е.П.); кандидат юридических наук **Н.В. Ивановская** (разд. 11); кандидат юридических наук **А.Н. Кирсанов** (§ 1-6 разд. 3 совм. с Понькой В.Ф.); кандидат юридических наук, профессор **Н.А. Муцинова** (§ 2 разд. 9); кандидат юридических наук, доцент **В.Ф. Понька** (§ 1-6 разд. 3 совм. с Кирсановым А.Н.; § 7 разд. 3); кандидат юридических наук, доцент **О.В. Протопопова** (разд. 1); кандидат юридических наук, профессор **В.М. Телицин** (разд. 6); кандидат юридических наук **Н.Ю. Четвергова** (§ 1 разд. 9)

Г 75 Гражданское и торговое право Европейского Союза (основные институты): Учеб. пособие / Под общ. ред. В.В. Безбаха, В.Ф. Поньки, К.М. Беликовой. – М.: РУДН, 2011. – 534 с.

ISBN 978-5-209-03446-9

Настоящее пособие подготовлено правоведами Российского университета дружбы народов и призвано служить дополнительным источником сведений об основных институтах формирующегося в ЕС гражданского и торгового права.

Освещаются правовые основы обеспечения свободы движения товаров, охраны конкурентной среды, унификации регулирования отношений, обусловленных учреждением и функционированием акционерных обществ, правового регулирования отношений, связанных с представительством, заключением и исполнением договоров, защитой прав потребителей. Рассматривается значение складывающихся в ЕС отношений по поводу результатов творческой деятельности, а также вопросы регулирования отношений из договора найма нормами гражданского и трудового права.

Применение норм права ЕС, относящихся к регулированию торгового оборота, дается на примере функционирования Европейского суда правосудия, играющего выдающуюся роль в выработке единообразного понимания задач и целей осуществляемого в ЕС нормотворчества.

Для студентов, аспирантов и всех интересующихся вопросами сравнительного частного права.

© Кол. авторов / Под ред. В.В. Безбаха, В.Ф. Поньки, К. М. Беликовой, 2011
© Российский университет дружбы народов, Издательство, 2011

ОГЛАВЛЕНИЕ

ПРЕДИСЛОВИЕ	8
Раздел 1. ПРАВО ЕВРОПЕЙСКОГО СОЮЗА О ФУНДАМЕНТАЛЬНЫХ ПРАВАХ ЧЕЛОВЕКА	12
§ 1. Акты Европейского Союза, закрепляющие фундаментальные права человека	12
§ 2. Принципы, права и свободы, относящиеся к фундаментальным правам человека	25
1. <i>Право на человеческое достоинство и телесную неприкосновенность</i>	25
2. <i>Право на уважение частной и семейной жизни, на неприкосновенность жилища</i>	28
3. <i>Охрана прав детей</i>	31
4. <i>Охрана сведений личного характера</i>	32
5. <i>Свобода совести и вероисповедания</i>	33
6. <i>Свобода слова и информации</i>	35
7. <i>Право на обладание имуществом</i>	37
8. <i>Свобода осуществления экономической деятельности</i>	38
9. <i>Принцип недопущения дискриминации</i>	39
10. <i>Принцип равноправия мужчин и женщин</i>	40
Раздел 2. ПРАВОВЫЕ ОСНОВЫ СВОБОДНОГО ПЕРЕМЕЩЕНИЯ ТОВАРОВ В ЕВРОПЕЙСКОМ СОЮЗЕ	43
§ 1. Общие положения	43
§ 2. Источники правового регулирования свободного перемещения товаров	45
§ 3. Таможенный союз и общий таможенный тариф	47
§ 4. Понятие «товара» в праве ЕС	48
§ 5. Скрытые способы ограничения свободной торговли в Европейском Союзе.	53
1. <i>Таможенные пошлины, импортные и экспортные пошлины и взимание налогов эквивалентного характера</i>	54
2. <i>Нетарифные препятствия, которые мешают импорту и экспорту товаров</i>	55
3. <i>Ограничения свободного перемещения товаров, обусловленные существованием государственных монополий</i>	61
4. <i>Исключения в отношении запрета ограничений свободного перемещения товаров</i>	62
Раздел 3. АКЦИОНЕРНОЕ ПРАВО ЕВРОПЕЙСКОГО СОЮЗА	74
§ 1. Особенности права Европейского Союза, регулирующего деятельность акционерных обществ	74
§ 2. Создание акционерного общества	88

§ 3. Уставный капитал акционерного общества	94
1. <i>Сохранение уставного капитала</i>	96
2. <i>Увеличение уставного капитала</i>	103
3. <i>Уменьшение уставного капитала</i>	105
§ 4. Слияние акционерных обществ	109
§ 5. Разделение акционерных обществ	112
§ 6. Признание недействительности процедуры создания акционерного общества	117
§ 7. Статут о еврокомпании 2001 г.	119
Раздел 4. ДОГОВОРНОЕ ПРАВО ЕВРОПЕЙСКОГО СОЮЗА.	
ПРИНЦИПЫ ЕВРОПЕЙСКОГО ДОГОВОРНОГО ПРАВА	123
Глава 1. «Принципы европейского договорного права» и учение о <i>lex mercatoria</i> и <i>soft law</i>	123
Глава 2. Создание единообразной европейской системы договорного права	130
§ 1. Порядок заключения договора	130
1. <i>Добросовестность и честная деловая практика</i>	130
2. <i>Связывающая сила обещания/намерения участников заключить договор</i>	131
3. <i>Свобода формы договора</i>	133
4. <i>Оферта и акцепт</i>	135
§ 2. Положения «Принципов европейского договорного права» о содержании договоров	137
1. <i>Зависимость действительности договоров от справедливости их условий</i>	137
2. <i>Обязательность исполнения договора и освобождение от ответственности в случае действия непреодолимой силы и коренного изменения обстоятельств</i>	139
3. <i>Проявление принципов добросовестности и честной деловой практики при оценке условий договоров</i>	143
4. <i>Исполнение договоров в пользу третьих лиц</i>	146
5. <i>Толкование договора</i>	148
6. <i>Недействительность, модификация и прекращение договора</i>	149
§ 3. Положения «Принципов европейского договорного права» о неисполнении договорных обязательств	150
1. <i>Критерии существенного и незначительного неисполнений и их правовые последствия</i>	152
2. <i>Ответственность за неисполнение и право требования возмещения</i>	153
§ 4. Рамочный проект общих положений европейского частного права	155

Раздел 5. ТОРГОВОЕ ПРЕДСТАВИТЕЛЬСТВО И ПОСРЕДНИЧЕСТВО В ПРАВЕ ЕВРОПЕЙСКОГО СОЮЗА	159
§ 1. Сходные черты и различия в нормах о представительстве и посредничестве в странах ЕС с разнотипными правовыми порядками	159
1. <i>Торговое представительство и посредничество в странах континентальной системы права</i>	163
2. <i>Агентские правоотношения в Англии</i>	169
§ 2. Создание единообразной системы регулирования в ЕС правоотношений в сфере представительства и посредничества: Директива о независимых торговых агентах и «Принципы европейского договорного права»	175
Раздел 6. ДОГОВОР КУПЛИ-ПРОДАЖИ В ЕВРОПЕЙСКОМ СОЮЗЕ	186
§ 1. Понятие договора купли-продажи и значение унификации регулирования порождаемых им отношений	186
§ 2. Существенные условия и форма договора	189
§ 3. Основные обязанности продавца	193
§ 4. Обязанности покупателя	201
§ 5. Средства правовой защиты и ответственность сторон при нарушении договора купли-продажи	205
§ 6. Особенности правового регулирования купли-продажи в международном торговом обороте	212
Раздел 7. ЗАЩИТА ПРАВ ПОТРЕБИТЕЛЕЙ В ЕВРОПЕЙСКОМ СОЮЗЕ	225
§ 1. Факторы, вызывающие необходимость единого регулирования договорных отношений с участием потребителей	225
§ 2. Право потребителей на информационную защиту	232
§ 3. Защита прав потребителей в сфере предоставления услуг	236
§ 4. Защита интересов потребителей от несправедливых условий заключаемых ими договоров	237
1. <i>Порядок оценки несправедливости условий договора</i>	241
2. <i>Запрет нечестных торговых практик и их разновидности</i>	242
§ 5. Принцип защиты ожиданий потребителя	244
1. <i>Понятие продукта</i>	247
2. <i>Критерии оценки дефектности продукта</i>	249
§ 6. Осуществление права потребителей на защиту	251
1. <i>Принципы внесудебного урегулирования споров</i>	252
2. <i>Иски о запрете торговой практики, нарушающей права потребителей</i>	253
3. <i>Выбор применимого права</i>	254
Раздел 8. ПОДДЕРЖАНИЕ И ЗАЩИТА КОНКУРЕНЦИИ В ЕВРОПЕЙСКОМ СОЮЗЕ	260
§ 1. Источники правового регулирования	262

§ 2. Общая характеристика монополистической деятельности предприятий на рынке ЕС	272
§ 3. Антимонопольное законодательство и принцип свободы договора	284
§ 4. Защита конкурентной среды ЕС от горизонтальных и вертикальных соглашений, ограничивающих конкуренцию	290
1. <i>Горизонтальные соглашения, ограничивающие конкуренцию</i>	290
2. <i>Вертикальные соглашения, ограничивающие конкуренцию</i>	296
§ 5. Пределы дозволенного доминирования на рынках ЕС	302
1. <i>Средства правовой охраны конкурентной среды, применяемые в случаях реорганизации юридических лиц посредством слияний и присоединений</i>	304
2. <i>Пределы дозволенного доминирования, устанавливаемые для предотвращения злоупотребления доминирующим положением</i>	315
Раздел 9. СВОБОДА ПЕРЕДВИЖЕНИЯ РАБОЧЕЙ СИЛЫ И СОЦИАЛЬНАЯ ПОЛИТИКА В ЕВРОПЕЙСКОМ СОЮЗЕ	323
§ 1. Правовые основы свободного передвижения рабочей силы в ЕС	323
1. <i>Развитие социальной политики ЕС</i>	323
2. <i>Свободное перемещение рабочей силы</i>	329
3. <i>Рабочее время и время отдыха</i>	334
4. <i>Охрана труда</i>	335
5. <i>Защита прав работников при смене работодателя</i>	340
6. <i>Массовые увольнения</i>	342
7. <i>Защита прав работников в случае банкротства работодателя</i>	344
§ 2. Отношения из договора найма в ЕС: регламентация нормами гражданского и трудового права	346
Раздел 10. ПРАВО ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ В ЕВРОПЕЙСКОМ СОЮЗЕ	370
Глава 1. Способы регулирования отношений в сфере интеллектуальной собственности в Европейском Союзе в контексте действия доктрины исчерпания прав и положений об охране конкурентной среды на рынке ЕС	376
Глава 2. Гармонизация авторско-правового регулирования и охраны смежных прав в ЕС	386
§ 1. Охрана авторских прав, относящихся к компьютерным программам и базам данных	394
§ 2. Охрана смежных прав в сфере спутникового и кабельного вещания, а также проката аудиовизуальных произведений	397

§ 3. Унификация положений о сроках охраны авторских и смежных прав	400
§ 4. Реализация прав интеллектуальной собственности в информационном обществе	401
Глава 3. Гармонизация и унификация положений об охране промышленной собственности и средств индивидуализации в ЕС	407
§ 1. Охрана изобретений в ЕС	408
§ 2. Охрана полезных моделей в ЕС	426
§ 3. Охрана промышленных образцов в ЕС	432
§ 4. Охрана товарных знаков и знаков обслуживания, указаний происхождения товаров и наименований места происхождения товара в ЕС	445
1. Охрана товарных знаков и знаков обслуживания	445
2. Охрана географических указаний и наименований места происхождения товара	461
Глава 4. Гармонизация и унификация в ЕС положений об охране прав на топологии интегральных микросхем	473
Раздел 11. НОРМЫ ПРАВА ЕВРОПЕЙСКОГО СОЮЗА О ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ ПРЕДПРИНИМАТЕЛЕЙ ЗА ЭКОЛОГИЧЕСКИЙ УЩЕРБ	478
Раздел 12. ЕВРОПЕЙСКИЙ СУД ПРАВОСУДИЯ	499
§ 1. Общая характеристика Европейского суда правосудия	499
§ 2. Принципы, закрепляемые Европейским судом правосудия в области правового регулирования отношений в сфере гражданского и торгового оборота	505
§ 3. Право на обращение в ЕСП	508
§ 4. Рассмотрение в ЕСП исков против стран-участниц ЕС о невыполнении принятых на себя обязательств (иски по обеспечению принудительного исполнения)	514
§ 5. Рассмотрение в ЕСП исков об аннулировании актов органов и институтов ЕС	516
§ 6. Рассмотрение в ЕСП исков о признании бездействующими институтов или компетентных органов ЕС	520
§ 7. Рассмотрение в ЕСП требований частных лиц о возмещении ущерба, причиненного действиями институтов (органов) Сообщества (иски из договорной и внедоговорной ответственности)	522
§ 8. Рассмотрение в ЕСП дел преюдициального производства	527

ПРЕДИСЛОВИЕ

Во второй половине XX века рядом экономистов западно-европейских стран была разработана теория экономической интеграции, в русле которой продолжает развиваться в настоящее время Европейский Союз. Однако идея объединения Европы возникла задолго до теории экономической интеграции и высказывалась европейскими учеными и политическими деятелями на протяжении многих веков.

Нынешние европейские представления об условиях долгосрочной стабильности целиком связаны с жизнеспособностью тех социально-экономических и политических институтов, которые были созданы в западном мире, прежде всего в Западной Европе, еще в период породившего «холодную войну» идеологического противостояния Востока и Запада. На предыдущих этапах интеграции их основу составили договор об учреждении Европейского объединения угля и стали (ЕОУС) 1951 г., консолидировавший под единым управлением угледобывающую и сталелитейную отрасли франко-германской промышленности, и Римские договоры: об образовании Европейского экономического сообщества (ЕЭС) и ЕВРОАТОМа 1957 г. В настоящее время эту основу составляют Римский договор 1957 г. и ряд последующих актов, в частности, Единый европейский акт (ЕЕА) 1986 г., а также акты, принятые и принимаемые органами ЕС.

Римский договор предусмотрел постепенное введение в действие правил Общего рынка на территории Франции, ФРГ, Италии и стран Бенилюкса в течение первых 12 лет после его вступления в силу в 1958 г. Договор о ЕВРОАТОМе способствовал консолидации в сфере атомной энергетики. Развитие мировой экономики в 1960-е гг. способствовало значительным экономическим достижениям в странах Европейских сообществ

и сделало ЕЭС привлекательным для других стран Европы – в 1973 г. к Сообществам присоединились Великобритания, Ирландия и Дания.

ЕЕА оформил политическое решение руководителей европейских государств об обязательном устранении нетарифных ограничений во всех странах ЕЭС в срок до 31 декабря 1992 г. с целью создания единого внутреннего рынка, а также юридически закрепил сложившийся к тому времени механизм координации внешней политики стран ЕЭС. В этот период произошло «второе расширение» ЕЭС – в Сообщества были приняты Греция (1981 г.), Испания и Португалия (1986 г.).

Договор о Европейском Союзе 1992 г. (Маастрихтский договор) юридически закрепил переход от Общего рынка к экономическому и валютному союзу, преобразование ЕЭС в Европейский Союз. В 1992 г. было принято решение о расширении Общего рынка путем поэтапной интеграции стран ЕС с западноевропейскими странами ассоциации свободной торговли (ЕАСТ) – Австрией, Финляндией, Швецией, которые стали членами ЕС в 1995 г. («третье расширение»).

Распад СССР обусловил пополнение Европейского Союза рядом новых участников, провозгласивших в качестве основы своего дальнейшего развития принципы демократии и национальной независимости. Поэтапная интеграция ЕС со странами Восточной Европы привела к «четвертому расширению».

Практическая реализация «четвертого расширения» Общего рынка ЕС потребовала учета различий в уровне экономического развития новых участников. Для этого была выдвинута концепция дифференцированной интеграции как продвинутого сотрудничества. Свое первоначальное закрепление она получила в Амстердамском договоре 1997 г., а окончательно была сформулирована в Ниццком договоре 2001 г. В этих договорах зафиксировано положение о том, что страны-участницы, способные и стремящиеся быстрее двигаться вперед, могут это делать, не дожидаясь остальных.

Идея дифференцированной интеграции начала воплощаться в жизнь в мае 2004 г. включением в ЕС стран Балтии, Польши, Словакии, Словении, Чехии, Венгрии и двух средиземноморских государств Европы – Кипра и Мальты, и была продолжена в 2007 г. включением в ЕС Болгарии и Румынии.

С момента принятия Ниццкого договора дальнейшее развитие европейской интеграции связывалось с осознанием европейцами необходимости проведения реформ в целях повышения эффективности и демократизации ЕС путем принятия Договора, учреждающего конституцию для Европы (Treaty establishing a Constitution for Europe), подписанного в 2004 г. 25 тогдашними странами-участницами и 3 странами-кандидатами на членство в ЕС. Однако одобрение текста Договора как парламентами стран-участниц, так и посредством проводимых в них референдумов, которое, как предполагалось первоначально, завершится к 1 ноября 2006 г., успехом не увенчалось. Отрицательными оказались итоги референдумов во Франции (29 мая 2005 г.) и в Нидерландах (1 июня 2005 г.). Поэтому на смену пришла другая идея – как и ранее, строить отношения между странами-участницами на основе договора, являющегося международным соглашением, для ратификации которого необходимы лишь действия национальных парламентов. Таким договором стал Договор о внесении изменений в Договор о Европейском Союзе и Договор о реформе ЕС, утвержденный на 13 ноября 2009 г. всеми 27 странами-участницами и получивший наименование Лиссабонского соглашения. Это соглашение не предполагает введения атрибутов государственности ЕС в виде гимна, флага и др., но предусматривает реформирование системы управления в ЕС, сложившейся в тот период, когда в Евросоюзе было всего 12 стран-участниц¹.

Беспрецедентная в истории межгосударственных отношений экономическая интеграция европейских стран, значительно различающихся уровнями социально-экономического развития и стадиями осуществляемых в них рыночных реформ, представляет несомненный интерес для изучения, особенно в контексте участия Российской Федерации в таких интеграционных объединениях, как СНГ, ЕврАзЭС и др.

¹ Среди прочего, это соглашение предусматривает, что с 2014 г. решения в Евросоюзе потребуют для своего принятия голосования за них большинства представителей 55% входящих в ЕС государств, в которых проживает не менее 65% общего населения ЕС.

С другой стороны, регулирование имущественного оборота в ЕС интересно и тем обстоятельством, что осуществляется в объединении стран, принадлежащих к разным системам права – континентальной и англосаксонской, серьезные различия между которыми сохраняются до сих пор, несмотря на экономическое сближение между ними.

Для преодоления имеющихся в праве стран-участниц различий правом ЕС выработаны механизмы, закреплённые в регламентах и директивах и направленные на гармонизацию и унификацию правового регулирования отношений гражданского и торгового оборота. Большое значение имеют решения Европейского суда правосудия (Cour européenne de justice), призванные обеспечивать единообразное применение и толкование норм права ЕС (коммунитарных норм).

Освещение складывающихся в ЕС институтов гражданского и торгового права обусловлено, среди прочих причин, этапами экономической интеграции, нацеленными на обеспечение свободного движения товаров, охрану конкурентной среды, унификацию регулирования отношений, связанных с учреждением и функционированием акционерных обществ, представительством, заключением и исполнением договоров, защитой прав потребителей. Показано значение складывающихся в ЕС отношений по поводу результатов творческой деятельности. Уделено внимание регулированию отношений из договора найма нормами гражданского и трудового права.

Применение норм права ЕС, относящихся к регулированию торгового оборота, показано на примере функционирования Европейского суда правосудия, играющего выдающуюся роль в выработке единообразного понимания задач и целей осуществляемого в ЕС нормотворчества.

Раздел 1

ПРАВО ЕВРОПЕЙСКОГО СОЮЗА О ФУНДАМЕНТАЛЬНЫХ ПРАВАХ ЧЕЛОВЕКА

§ 1. Акты Европейского Союза, закрепляющие фундаментальные права человека

Договоры, учреждающие Европейские Сообщества, не ставили своей целью и не предусматривали положений, касающихся всеобъемлющей защиты прав человека, так как основной задачей Европейских Сообществ было решение вопросов экономической интеграции. Государства – учредители ЕЭС совместно с другими западноевропейскими странами в рамках Совета Европы утвердили Европейскую Конвенцию о защите прав человека и создали в 1950 г. коллективный механизм контроля для обеспечения основных гражданских прав – Европейский Суд по правам человека.

Однако очень скоро стало ясно, что дальнейшее развитие внутреннего права ЕЭС невозможно без норм, касающихся защиты основных прав человека. Без этого Брюссель не смог бы настаивать на верховенстве права ЕС, его преимущественной силе по сравнению с национальным законодательством¹. С конца 1960-х гг. Суд ЕС в значительной степени восполнил этот пробел. Еще в 1962 г. он пришел к выводу, что одним из главных результатов Договора о Европейском Сообществе является «образование институтов, наделенных суверенными правами,

¹ См.: Европейское право: Учебник для вузов / Отв. ред. д.ю.н., профессор Л.М. Энтин. – М.: Норма, 2005. – С. 277.

осуществление которых затрагивает государства-члены, а также их граждан» (Дело Фар Хент энд Лу 1962 г.). Становится очевидным необходимость закрепления основных прав человека в документах Сообщества.

В Амстердамском договоре 1999 г. в Преамбуле было отмечено значение, которое государства-члены придают «основным социальным правам», изложенным в Европейской социальной Хартии (подписанной в Турине 18 октября 1961 г.)¹ и в Хартии об основных социальных правах трудящихся Сообщества от 1989 г.² Оба документа должны, как отмечалось в договоре, служить ориентацией для общей социальной политики, которая поддерживается деятельностью государств-членов (ст. 151-161 Договора о функционировании ЕС³).

Кроме того, в договоре прямо закреплялся принцип равноправия мужчины и женщины. Этот принцип был предусмотрен еще в Римском договоре о ЕЭС применительно к заработной плате работников и работниц. В соответствии с Амстердамским договором принцип равенства мужчины и женщины становится принципом деятельности Сообщества во всех сферах его компетенции. Статья 3 договора предусматривает, что «во всех сферах деятельности, указанных в настоящей статье, Сообщество должно стремиться к устранению неравенства и содействовать равенству между мужчиной и женщиной». В качестве одной из целей деятельности Сообщества принцип равенства полов был закреплен и в ст.2 Договора о ЕС.

Тем самым была создана правовая основа для принятия директив, где закреплялось равноправие полов в трудовой и профессиональной сфере. Это касается директив по осуществлению равноправия относительно выбора занятий, получения профессионального образования, профессионального роста и

¹ The European Social Charter , 529 U.N.T.S. 89, entered into force Feb. 26, 1965 // http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/default_en.asp

² The Charter of Fundamental Social Rights of Workers (the Social Charter) of 1989 // europa.eu/legislation_summaries/human_rights/fundamental_r...opean_union/l33501_en.htm

³ Consolidated version of the Treaty on the functioning of the European Union (OJ C115, 9.5.2008) // <http://eur-lex.europa.eu/>

условий труда (Директива 76/207/ЕЭС от 9.02.1976 г.¹), а также относительно социального обеспечения (Директива 79/7/ЕЭС от 19.12.1978 г.²).

Принцип равенства мужчины и женщины послужил основой формирования более общего принципа равенства граждан Европейского Союза, а также юридических лиц государств – членов Союза. В статье 13 Договора о Сообществе (нынешняя ст. 19 Договора о функционировании ЕС) закреплялось, что дискриминация по половому, расовому, этническому, религиозному признакам, а также по причине мировоззрения, инвалидности, возраста или сексуальной ориентации может быть в будущем преодолена посредством единогласно принятого юридического акта в рамках общественных полномочий.

Амстердамский договор развил созданное Маастрихтским договором понятие гражданства Евросоюза, расширил право подачи петиций граждан Европейского Союза, предусмотрел право принципиального доступа к документам органов (ст. 255 Договора о Сообществе, ныне – ст. 15 Договора о функционировании ЕС).

С начала 1990-х гг. усиливается деятельность в области защиты прав человека Сообщества. Стремление к соблюдению и уважению основных прав, их важность в жизни Сообщества постоянно подчеркивается органами Сообщества, как, например, в Совместной декларации Европарламента, Совета и Комиссии от 5.04.1977 г.³, а также в ссылке на ранее достигнутую правовую защиту, закрепленную в преамбуле Единого Европейского акта и Декларации основных прав и свобод Европейского парламента от 12.04.1989 г. Был введен внутренний механизм санкций к государствам-членам, нарушающим права человека. Если какое-либо государство – член ЕС имеет серьезные нарушения в отношении принципа уважения основных

¹ OJ L 39, 14.02.1976, p. 40 // <http://eur-lex.europa.eu/>

² OJ L 6, 10.01.1979, p. 24 // <http://eur-lex.europa.eu/>

³ Joint Declaration by the EP, the Council and the Commission concerning the protection of fundamental rights and the European Convention for the protection of human rights and fundamental freedoms //ABl. 1977 Nr. C 103, 1 v. 27.04.1977 // OJ 1977 No C 103, 1ff, 27.04.1977.

свобод и прав человека, то к нему могут быть применены санкции путем единогласного решения остальных государств-членов с ущемлением договорных прав (ст. 7 Договора о ЕС, ст. 354 Договора о функционировании ЕС – так называемая оговорка о временном отстранении). Ниццкий договор 2001 г. дополнил этот механизм системой мер превентивного характера.

Первая попытка систематизации основных прав человека, предпринятая 12.04.1989 г. Европейским парламентом, оказалась неудачной. Страны ЕС приняли Хартию Сообщества об основных социальных правах трудящихся, которая имела рекомендательный характер. Комиссией было предложено присоединиться Сообществу к европейской конвенции о защите прав человека (которая к тому времени насчитывала 40 европейских государств-членов). Однако Суд ЕС, проведя экспертизу, установил, что для подобного объединения Сообщество не обладает достаточными на то полномочиями, если предварительно не будут проведены изменения предыдущего Договора¹.

В связи с этим главы государств и правительств стран – членов ЕС выдвинули идею создания каталога основных прав ЕС, что было подтверждено во время саммитов в Кёльне в июне 1999 г. и в Тампере в октябре 1999 г. На Совете в Тампере был образован Конвент, который должен был создать каталог основных прав (Хартию основных прав). Разработанная Хартия основных прав была провозглашена Советом Европейского Союза 7.12.2000 г.²

В октябре 2002 г. был подготовлен «Предварительный проект Конституционного договора» Европейского Союза³, который закрепил в самостоятельном разделе основные права личности. Этот раздел полностью включил в себя текст Хартии основных прав. Окончательный текст Конституции ЕС был

¹ См.: Вайденфельд В., Вессельс В. Европа от А до Я: Справочник европейской интеграции. – Alberts XII, 2002. – С. 201.

² См.: The Charter of Fundamental Rights proclaimed by the Presidents of the European Parliament, the Council and the Commission on 7 December 2000. // http://www.europarl.europa.eu/comparl/libe/elsj/charter/default_en.htm

³ Avant-projet de Traité constitutionnel. La Convention européenne: Bruxelles, le 28 octobre 2002. CONV 369/02.

подписан странами – участницами ЕС в 2004 г. Часть вторая Конституции включала Хартию Союза об основных правах¹.

После вступления в силу Конституции ЕС должны были утратить силу действовавшие источники первичного права ЕС: договоры 1957 г., учреждающие Европейское сообщество и ЕВРОАТОМ, Договор о Европейском Союзе 1992 г. (Маастрихтский договор) и др. Однако референдумы во Франции и Нидерландах, прошедшие в 2005 г., не поддержали Конституционный договор². В результате чего процесс ратификации Конституции был приостановлен.

В июне 2007 г. на встрече руководителей государств – членов ЕС было принято решение о реформировании учредительных документов Европейского Союза. И уже 13 декабря 2007 г. в Лиссабоне был заключен Договор об изменении Договора о Европейском Союзе и Договора об учреждении Европейского Сообщества, который получил название Договор о реформе (или Лиссабонский договор)³. В Лиссабонский договор

¹ Хартия была практически полностью включена в текст Конституции ЕС, хотя и претерпела небольшие изменения. Некоторые статьи Хартии были подвергнуты редакции, что исключает возможность расширительного толкования включенных в нее положений. Статья 52 была дополнена п.4 следующего содержания: «В той мере, в которой настоящая Хартия признает основные права, вытекающие из конституционных традиций, общих для государств-членов, указанные права должны толковаться с учетом этих традиций». Еще одна новация касается той же ст. 52. Она была дополнена пунктом 5, в соответствии с которым устанавливается: «Положения настоящей Хартии, содержащие принципы, могут быть исполнены путем законодательных и исполнительных актов, принимаемых институтами, органами, службами и агентствами Союза, а также актами государств-членов в пределах соответствующих полномочий при применении права Союза. Они могут рассматриваться судебными инстанциями только в отношении толкования таких актов и их законности».

² См., например: *Schwarz P.* Référendum français sur la constitution européenne: le débat officiel. 26 mai 2005. // http://www.wsws.org/francais/News/2005/mai05/260505_DebatOffReferen.shtml; Сабов А. Европа против Европы. // «Российская газета» – Федеральный выпуск № 3791 от 9 июня 2005 г. и др.

³ См., например, Лиссабонское соглашение: новый базовый договор Евросоюза подписывают главы 27 стран. 13 декабря 2007. // http://www.newsru.com/world/13dec2007/lisboa_dog.html; *Четвериков А.О.* Система

были трансформированы нормы проекта Европейской Конституции.

Процесс ратификации и вступления в силу Лиссабонского договора должен был завершиться к 1 января 2009 г. Статья 7 Лиссабонского договора предусматривала, что если к этому моменту договор еще не будет ратифицирован всеми государствами – членами ЕС, то дата вступления в силу автоматически переносится на первое число месяца, следующего за сдачей ратификационной грамоты последним государством-членом. В ноябре 2009 г. Чехия, последняя из государств – членов ЕС, подписала Лиссабонский договор и сдала ратификационные грамоты. В декабре 2009 г. Лиссабонский договор вступает в силу. Договор о реформе не заменяет собой учредительные акты ЕС. Он их изменяет, дополняет и трансформирует¹.

В силу статьи 1 Договора о Европейском Союзе и статьи 1 Договора о функционировании Европейского Союза оба эти договора имеют одинаковую юридическую силу, являются договорами, на которых основывается Европейский Союз. По своей юридической силе Хартия основных прав человека (также измененная Лиссабонским договором) приравнивается к договорам (п.1 ст.6 Договора о Европейском Союзе). Хартия является самостоятельным источником права ЕС, она не входит в структуру ни Договора о ЕС, ни Договора о функционировании ЕС.

Таким образом, в настоящее время основными источниками, закрепляющими фундаментальные права человека, являются: Договор о Европейском Союзе, Договор о функционировании Европейского Союза, Хартия Европейского Союза об основных правах человека, а также Конвенция о защите прав человека и основных свобод 1950 г.²

учредительных документов Европейского Союза в соответствии с Лиссабонским договором 2007 г. // Lex Russica. – М.: Изд-во МГЮА, 2008. – № 4. – С. 962-989 и др.

¹ Договор о Европейском Союзе сохраняет свое название, Договор об учреждении Европейского Сообщества трансформируется в Договор о функционировании Европейского Союза.

² Пункт 2 ст. 6 Договора о Европейском Союзе предусматривает, что «Союз присоединяется к Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод».

Одним из основных источников фундаментальных прав человека является Договор о функционировании Европейского Союза. Часть вторая договора «Недискриминация и гражданство Союза» закрепляет ряд основных прав человека (например, право на свободное передвижение и постоянное проживание, право на участие в голосовании и др.). Права человека в экономической сфере содержатся в части третьей договора «Внутренняя политика и внутренняя деятельность Союза». Такие, например, как свобода передвижения работников, принцип равенства мужчин и женщин в вопросах оплаты труда, свобода осуществления экономической деятельности граждан, в том числе путем создания предприятий и управление ими.

Договор о функционировании Европейского Союза устанавливает определенные гарантии защиты прав и свобод человека. Они реализуются, в частности, через судебную систему Европейского Союза. Более того, договором предусматривается возможность требовать возмещения убытков, причиненных индивиду Сообществом и его должностными лицами.

Договор о Европейском Союзе в основном направлен на урегулирование взаимоотношений между государствами-членами и институтами Союза. В то же время в договоре закрепляются общие принципы, обязательные для соблюдения как институтами Союза, так и государствами-членами, их органами политической власти. Одним из основных и наиболее важных является принцип уважения прав человека и основных свобод (ст. 6 договора).

Хартия Европейского Союза основных прав и свобод является «новаторским политико-правовым актом», отмечает Л.М. Энтин¹, что связано с особенностью группировки закрепляемых ею прав и свобод личности. В основу классификации были положены ценности, на защиту которых направлены эти права. Основная задача, которая ставилась при разработке Хартии, – объединить и систематизировать основные права человека, а также принципы правового статуса личности. Хартия устанавливает минимальные стандарты в области защиты фунда-

¹ См.: Европейское право: Учебник для вузов / Отв. ред. д.ю.н., профессор Л.М. Энтин. – М.: Норма. 2005.

ментальных прав человека и гражданина, которые действуют и применяются не только по отношению к институтам и органам Европейского Союза, но и к государствам-членам.

Хартия состоит из преамбулы и семи глав. Текстовой основой Хартии явились Европейская конвенция о правах человека и ее дополнительные протоколы, Европейская социальная хартия 1961 г., а также положения Договора о функционировании Европейского Союза (бывший договор о Сообществе), о гражданстве Европейского Союза, основных и социальных правах.

В главе I «Достоинство» закреплены права и гарантии, обеспечивающие достойное существование человеческой личности в обществе, включая право на жизнь, запрет пыток, рабства и т.п. В статье 1 закреплено, что «достоинство человека неприкосновенно. Его необходимо уважать и защищать». Оно не подлежит никаким ограничениям. В статье 3 Хартии установлен ряд запретов в области биомедицины. В частности, запрещается репродуктивное клонирование человека, использование человеческого тела и его частей «в качестве источника наживы». Статья 5 Хартии, касающаяся запрета рабства и принудительного труда, закрепляет запрет на торговлю людьми.

Глава II «Свободы» включает права, относящиеся не только к личным, но и к социальным, экономическим, политическим и культурным правам. Закреплены такие права, как право на свободу и личную неприкосновенность, на уважение частной и семейной жизни, на вступление в брак и на создание семьи, свободу мысли, совести и религии, свободу выражения своего мнения и свободу информации, свободу собраний и ассоциаций, свободу художественного творчества и научно-исследовательской деятельности, на образование, на труд, свободу предпринимательства и др.

В главу III «Равенство» включены нормы, закрепляющие принцип равенства в различных его проявлениях. Статья 21 прямо запрещает дискриминацию любого рода, в частности, по признаку пола, расы, цвета кожи, этнического или социального происхождения, генетических характеристик, языка, религии или убеждений, политических и иных взглядов, принадлежно-

сти к национальному меньшинству, имущественного положения, происхождения, ограниченной трудоспособности, возраста или ориентации. Более того, в статьях 24-26 закреплены права лиц, особо нуждающихся в социальной защите, – детей, пожилых людей и инвалидов.

Глава IV «Солидарность» закрепляет права на социальное обеспечение и социальную помощь, охрану здоровья, на защиту в случае незаконного увольнения и др.

В главе V «Гражданство» собраны нормы, закрепляющие права лиц, имеющих гражданство Европейского Союза. Закреплены такие права, как право на надлежащее управление, на доступ к документации, на свободу передвижения и проживания, право на подачу петиций и т.п.

Глава VI «Правосудие» включает нормы, относящиеся в основном к процессуальным гарантиям: право на эффективную судебную защиту, право не быть повторно осужденным и наказанным в уголовном порядке за одно и то же преступление, недопустимость обратной силы закона, устанавливающего или усиливающего ответственность, презумпция невиновности и т.п.

Глава VII «Общие положения» определяет сферу применения Хартии, в том числе устанавливает критерии допустимости ограничений прав и свобод, а также запрет на злоупотребления правами.

Глава имеет принципиально важное значение, так как определяет соотношение Хартии с другими источниками фундаментальных прав и свобод, закрепленных в действующих международных и национальных правовых актах, а также в актах Европейского Союза. Как зафиксировано в статье 53, Хартия ни в коей мере не ограничивает действие актов Европейского Союза, международных соглашений, участником которых является ЕС, и в особенности Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод, а также конституции государств-членов, закрепляющих основные права и свободы человека.

В качестве источника права сохраняет свое действие и **Конвенция о защите прав человека и основных свобод 1950 г.**¹

¹ Рим, 4 ноября 1950 г. (с изменениями от 21 сентября 1970 г., 20 декабря 1971 г., 1 января, 6 ноября 1990 г., 11 мая 1994 г.). ETS N 005 // <http://www.echr.ru/documents/doc/2440800/2440800-001.htm>

Статья 52 Хартии определяет, что если в Конвенции и Хартии закрепляются одинаковые по содержанию права, то и применяться они должны одинаково, в соответствии с толкованием Европейского суда по правам человека. Однако данное положение не исключает возможности Европейскому Союзу предоставлять более широкую защиту основных прав и свобод человека по сравнению с Конвенцией 1950 г.

К Хартии основных прав человека ЕС были подготовлены разъяснения, составленные под руководством Президиума Конвента, разработавшего Хартию. Разъяснения были обновлены еще в то время, когда велась работа над составлением проекта Европейской Конституции. Данные разъяснения не имеют юридической силы, но призваны помочь в толковании положений Хартии. В редакции Лиссабонского договора разъяснениям придается характер официального толкования, которое должно «учитываться судами Союза и государств-членов» (п. 7 ст. 52 Хартии, абз. 3 ст. 6 Договора о ЕС).

Вместе с тем, решающая роль в формировании общих принципов права ЕС, включая принципы защиты основных прав человека, принадлежит Суду ЕС. Именно благодаря деятельности Суда ЕС в право Европейского Союза были включены нормы, закрепляющие фундаментальные права человека. «Суд вписал в правопорядок Сообщества неписанный Билль о правах, отталкиваясь как от национальных конституционных выражений основных прав, так и от международных документов в области прав человека в качестве источников вдохновения для основных прав Сообщества»¹.

Вполне естественно, что ни одна правовая система законодательства не в состоянии дать ответ на все возникающие в судах вопросы. Деятельность суда ЕС, по сути нормотворческая, при возникновении различных коллизий либо при наличии пробелов в праве ЕС основывалась исходя из действия общих принципов права. Судом была разработана концепция, в соответствии с которой правовые нормы Сообщества могут быть выведены не только из договоров и правовых актов, но и

¹ См.: *Shaw J. European Community Law*. P. 105 Цит. по: *Право Европейского Союза: Документы и комментарии / Ред.-сост. проф. С.Ю. Кашкин*. – М.: Терра, 1999. – С. 569.

из общих принципов права, присущих правовым системам государств-членов. Общие принципы права выводятся, прежде всего, из учреждающих Сообщества договоров и правовых систем государств-участников. Причем Суд считает, что какое-либо положение договоров может отражать применение более общего принципа, который сам в договоры непосредственно не включен. Именно таким образом Судом ЕС был сформулирован из закрепленного в Договоре о ЕС положения о запрещении дискриминации граждан Сообщества по признакам национальной принадлежности более общий принцип равенства, запрещающий произвольную дискриминацию по любым признакам.

Активная правотворческая деятельность Суда ЕС в области защиты прав человека отчасти была инициирована позицией национальных судов ряда государств-членов, прежде всего конституционных судов Италии и Германии. Так, в 1974 г. Конституционный суд Германии, например, признал за собой право рассматривать вопросы о соответствии положений законодательства Сообщества основным правам, зафиксированным в Основном законе ФРГ.

В немецких судах и в Суде ЕС неоднократно фигурировала позиция, в соответствии с которой выражалось сомнение относительно возможности праву Сообщества обладать большей юридической силой, чем Конституция Германии, особенно в части основных прав человека. В связи с чем Суд ЕС вынужден был принять определенные шаги с целью сохранения приоритета права Сообщества над национальным законодательством.

В деле *Stauder v. City of Ulm*¹ впервые Суд ЕС провозгласил, что соблюдение основных прав человек – общий принцип права Сообщества. В другом деле *Internationale Handelsgesellschaft*² Суд подтвердил, что соблюдение основных прав человека – интегральная часть общих принципов права, защищаемых Судом ЕС. В то же время Суд подчеркивал, что действительность меры Сообщества не может определяться на основе норм и концепций национального права, могут использоваться только критерии Сообщества. То есть из этого следовало, что даже нарушения положений конституции какого-либо государ-

¹ Case 29/69, [1969] ECR 419.

² Case 11/70, [1970] ECR 1125.

ства-члена в части основных прав и свобод не могут влиять на действительность положения права Сообщества. Однако, добавил Суд, необходимо проверить, не были ли нарушены какие-либо аналогичные гарантии, являющиеся частью права Сообщества¹.

Дальнейшая деятельность Суда в области защиты основных прав человека подтверждает, что мера Сообщества, конфликтующая с основными правами, будет аннулирована. Эта позиция нашла свое отражение в деле *Nold v. Commission*². В решении Суда содержалось следующее: «Как уже заявил Суд, основные права представляют собой интегральную часть общих принципов права, соблюдение которых он обеспечивает».

При обеспечении этих прав Суд должен исходить из общих для государств-членов конституционных традиций и, следовательно, не может поддерживать меры, не соответствующие основным правам, признанным и защищаемым конституциями этих государств.

Подобным образом международные договоры, предусматривающие защиту прав человека, в которых государства-члены участвуют или которые они подписали, могут определять основные направления, которых необходимо придерживаться в рамках права Сообщества.

Важным в этом решении является ссылка Суда еще на один источник обоснования основных прав человека – международные договоры. Основным договором в этом отношении является Европейская Конвенция о защите прав человека и основных свобод. Все государства – члены Сообщества являются одновременно и сторонами этой Конвенции. Следовательно, защищаемые ею права защищаются и Сообществом. Суд ЕС неоднократно ссылался как на Конвенцию, так и на Европейскую социальную хартию от 18.11.1961 г., а также Конвенцию МОТ 111 от 25.06.1958 г.³

¹ At. 1134.

² Case 4/73, [1974] ECR 491.

³ См., в частности, решения по делам: *Rutili*, Case 36/75, [1975] ECR 1219 (определено, какие ограничения могут устанавливаться для прав человека); *Hauerv. Rheinland-Pfaltz*, Case 44/79, [1979] ECR 3727 (First protocol: касается права частной собственности); *Pecastaing v. Belgium*, Case 98/79,

Современная практика Суда ЕС характеризуется увеличением количества дел, связанных с нарушением основных прав человека государствами-членами в контексте применения права ЕС. В связи с этим возник вопрос, насколько Суд ЕС должен и вправе контролировать соблюдение прав человека в рамках применения права ЕС не только органами и институтами ЕС, но и государствами-членами. Впервые эта проблема возникла при рассмотрении дела *Wachauf*¹. Суд констатировал, что требования защиты прав человека в правовом порядке ЕС обязательны для государств-членов, когда они применяют нормы Сообщества. Следовательно, государства-члены должны применять такие нормы в соответствии с этими требованиями.

Доктрина права ЕС основывается на том, что реализация полномочий государствами-членами, выступающими в качестве агентов Сообщества, должна находиться под контролем Сообщества, который определяется по праву ЕС. В противном случае (если бы контроль осуществлялся бы на основании национального права) это поставило бы под угрозу целостность права Сообщества. Тем самым право Сообщества должно применяться при рассмотрении споров о соблюдении основных прав человека государствами-членами.

[1980] ECR 691 (Art. 6: закрепило право на беспристрастное рассмотрение дела); *Valsabbia v. Commission*, Case 154/78, [1980] ECR 907 (First Protocol); *National Panasonic v. Commission*, Case 136/79, [1980] ECR 2033 (Art. 8: касается тайны личной жизни, неприкосновенности жилища и корреспонденции); *Musique Diffusion Francaise v. Commission*, Cases 100–103/80, [1983] ECR 1825 (Art. 6: подтверждает право на беспристрастное рассмотрение дела); *R v. Kirk*, Case 63/83, [1984] ECR 2689 (Art. 7: провозглашает отсутствие обратной силы у вновь принимаемого законодательства); *Johnston v. Chief Constable of the RUC*, Case 222/84, [1986] ECR 1651 (Arts 6 and 13: закрепляет право на судебную защиту); *Dow Benelux v. Commission*, Case 85/87, [1989] ECR 3137, and *Dow Chemical Iberica v. Commission*, Cases 97–9/87, [1989] ECR 3165 (Art. 8(1): констатирует неприкосновенность жилища); *ERT*, Case C-260/89, [1991] ECR 1-2925 (Art. 10(1): подтверждается свобода выражения мнений и пр.); *SPUC v. Grogan*, Case C-159/90, [1991] ECR 1-4685 (Art. 10(1): подтверждается свобода выражения мнений и пр.) и др.

¹ Case 5/88, 1989 ECR 2609.

Более того, Суд ЕС признал себя компетентным рассматривать дела, связанные с соблюдением прав человека не только тогда, когда государства-члены применяют нормы права ЕС, но и тогда, когда они по тем или иным причинам не считают себя связанными ими. Эту позицию Суд выразил по делу *ERT*¹. Греческое правительство настаивало на том, что существующая в стране система эксклюзивных прав на телевидение должна рассматриваться как предусмотренные правом ЕС изъятия. Суд, рассматривая дело, указал, что приводимые стороной доводы должны рассматриваться в свете общих принципов права и, в частности, основных прав человека. В результате был сформулирован вывод, в соответствии с которым национальные нормы подпадают под действие исключений, предусмотренных правом ЕС, только при условии их соответствия основным правам человека, соблюдение которых обеспечивается Судом².

§ 2. Принципы, права и свободы, относящиеся к фундаментальным правам человека

1. Право на человеческое достоинство и телесную неприкосновенность

Право на человеческое достоинство и телесную неприкосновенность раскрывается через ряд принципиальных положений, закрепляемых Хартией Европейского Союза.

Основное право человека – право на жизнь отражено в статье 2 Хартии. В § 2 статьи 2 закреплено положение о запрете смертной казни, которая не только не может служить мерой ответственности, но и исполняться на практике. Запрещено выдворение, высылка или выдача лица государству, на территории которого существует реальная угроза применения к нему смертной казни (ст. 19 Хартии).

¹ Case C-260/89, 1991 ECR I-2925.

² Подробнее о подходах суда ЕС см., например: *Colneric N. Protection of Fundamental Rights through the Court of Justice of the European Communities. Working Paper 2.* // <http://denning.law.ox.ac.uk/iecl/pdfs/wor-king2colneric.pdf>

Поскольку Хартия применяется на основе положений Конвенции Совета Европы, то необходимо учитывать ограничения права на жизнь, допускаемые в случаях, перечисленных в Конвенции (ст. 2 и Протокол № 6).

Во-первых, лишение жизни возможно при «абсолютно необходимом применении силы». Перечень таких случаев определен исчерпывающе: защита от противоправного насилия, т.е. действия в состоянии необходимой обороны; законный арест или предотвращение побега задержанного; причинение смерти при подавлении бунта или мятежа (§ 2 ст. 2 Конвенции).

Во-вторых, допускается сохранение наказания в виде смертной казни за преступления, «совершенные во время войны, или при неизбежной угрозе войны» (ст. 2 Протокола № 6 к Конвенции). Протокол № 13 к Конвенции Совета Европы, подписанный 3 мая 2002 г. и ратифицированный всеми государствами – членами Европейского Союза, устанавливает полный запрет смертной казни без каких-либо изъятий.

В статье 1 Хартии провозглашается, что достоинство человека неприкосновенно, его необходимо уважать и защищать. Содержание этого права не раскрывается. Конвент, разработавший текст Хартии, в официальных разъяснениях указывал: «Достоинство человеческой личности образует составную часть в содержании прав, закрепленных в настоящей Хартии. По этой причине оно не допускает никаких посягательств, даже в случае ограничения конкретного права»¹.

Хартией запрещаются пытки и бесчеловечное или унижающее человеческое достоинство обращение или наказание (ст. 4 Хартии). Более того, человек не может быть выслан (выдан, выдворен) в иностранное государство, когда существует реальная угроза применения там к нему подобных мер (ст. 19 Хартии). В документе понятия «пытка», «бесчеловечное или унижающее достоинство обращение или наказание» не определены. Европейский Суд по правам человека провел различие между тремя категориями запрещенного поведения:

1. Пытка – намеренное бесчеловечное обращение, вызывающее весьма жестокие и серьезные страдания.

¹ Право Европейского Союза / Под ред. д.ю.н., проф. С.Ю. Кашкина. – М.: Юрист, 2009. – С. 405-406.

2. Бесчеловечное обращение – нанесение сильных физических и нравственных страданий.

3. Унижающее достоинство обращение – плохое обращение, направленное на то, чтобы вызвать у жертв чувство страха, боли и неполноценности, которые могут унижить и опозорить их и, возможно, сломать их физическое или моральное сопротивление¹.

Европейским Судом в ряде дел были установлены принципы толкования положения «унижающее достоинство обращение или наказание». В частности, чтобы поведение могло рассматриваться как унижающее достоинство, действие должно совершаться публично и считаться унижающим достоинство. В то же время Суд признал, что даже действия, совершаемые не публично, могут рассматриваться как унижающие достоинство отдельной личности.

Право на телесную неприкосновенность по своему содержанию охватывает физическую и психическую неприкосновенность личности (ст. 3 Хартии). Необходимость закрепления права на телесную неприкосновенность было вызвано развитием научно-технического прогресса, особенно в сфере медицины и биологической науки (ст. 2 Хартии). Содержание данного права раскрывается через закрепление обязанностей, возлагаемых на органы публичной власти и других заинтересованных лиц и учреждений, а также установление ряда запретов (§ 2 ст. 2 Хартии).

В частности, лицо, к которому применяются медицинские препараты и процедуры, а также иные действия в области медицины и биологии, должно быть проинформировано и выразить осознанное согласие на применение к нему этих мер.

Запрещаются эксперименты в сфере евгеники, т.е. искусственного преобразования человеческой природы, особенно в целях произведения селекции людей. Не допускается в целях получения прибыли торговля органами и частями человеческого тела. Запрещено репродуктивное клонирование человеческих существ, т.е. клонирование в целях искусственного размножения людей.

¹ См.: Судебное решение по делу «Ирландия против Соединенного Королевства» от 18.01.1978 г. (Series A, No. 25, p. 66-67, para. 167).

2. Право на уважение частной и семейной жизни, на неприкосновенность жилища

Право на уважение частной и семейной жизни (ст. 7 Хартии) призвано оградить человека и его семью от неправомерного вмешательства в их личную жизнь.

Права, закрепляемые статьей 7 Хартии, корреспондируют правам, установленным в статье 8 Европейской Конвенции по правам человека. Как неоднократно подчеркивалось в решениях Европейского Суда по правам человека, понятие «уважение» является нечетким, поэтому при его трактовке следует принимать во внимание справедливый баланс, который необходимо установить между интересами личности и интересами общества в целом.

Понятием «частная жизнь» охватывается как физическая, так и моральная сторона жизни человека, включая его сексуальную жизнь. Частная жизнь предполагает право индивида вступать и развивать отношения с другими людьми и с внешним миром, в том числе в профессиональной и предпринимательской сфере.

Право на уважение семейной жизни предполагает существование семьи. Однако понятие семьи Европейским Судом трактуется достаточно широко. Им охватываются не только отношения, основанные на браке, но и иные семейные связи, например, фактические брачные отношения, а также отношения между родителями и детьми (как рожденными в браке, так и вне его), усыновителями и усыновленными, между бабушками, дедушками и внуками, между ребенком и иными родственниками.

Государство обязано принять любые меры, которые были бы направлены на нормальное развитие этих отношений, особенно между родителями и детьми. С момента рождения ребенка и в силу самого этого факта между ребенком и его родителями возникают отношения, подпадающие под понятие «семейная жизнь», даже если родители не живут вместе.

Особое значение придается мерам, которые устанавливаются государством в интересах ребенка по отношению к родителям, ненадлежащим образом осуществляющим свои родительские права и обязанности.

Содержание права на уважение частной и семейной жизни складывается не только из запрещения вмешательства публичной власти в частную и семейную жизнь, но и требования о позитивных действиях со стороны государства.

Так, государство, регулируя отдельные вопросы межличностных отношений, например, установление брачного возраста, порядок развода и т.п., не вмешивается в ее повседневное течение. Более того, государство, устанавливающее в своем законодательстве нормы, препятствующие осуществлению права на семейную жизнь, обязано устранить созданные им препятствия. Данное положение нашло свое отражение в делах Европейского Суда, касающихся статуса внебрачных детей в семье. Суд постановил, что «когда государство определяет в рамках своей внутренней правовой системы режим, применимый к определенным семейным отношениям, таким, как отношения между незамужней матерью и ее ребенком, оно должно поступать с таким расчетом, чтобы позволить затрагиваемым лицам вести нормальную семейную жизнь»¹. В более позднем деле Европейский Суд в своем решении указал, что на государстве лежит позитивное обязательство принимать меры, с тем, чтобы обеспечить уважение права на частную жизнь².

Право на уважение частной и семейной жизни включает такие важные элементы, как неприкосновенность жилища и тайна сообщений (почтовых, телефонных, в электронной форме и т.д.). Так, частные лица имеют право на получение неперлюстрированной почтовой корреспонденции, жить без огласки подробностей своей частной жизни, устанавливать и поддерживать отношения с другими лицами.

Ограничения этих прав со стороны органов публичной власти возможны только на основании закона, если оно необходимо с точки зрения защиты национальной безопасности, поддержания общественного порядка, экономического благосостояния страны, в целях предотвращения беспорядков или пре-

¹ См.: Судебное решение по делу «Маркс» от 13.06.1979 (Series A, No.31, p.15, para. 31); судебное решение по делу «Джонстон» от 18.12.1986 (Series A, No. 112, p.25, para. 55) и др.

² См.: Судебное решение по делу «Крон» от 27.10.1994 (Series A, No.297-C).

ступлений, а также для охраны здоровья, нравственности или защиты прав и свобод других лиц (§ 2 ст. 8 Конвенции).

Право на вступление в брак и право на создание семьи закрепляются в Хартии (ст. 9 Хартии), однако содержание этих прав не раскрывается, а делается отсылка к национальному законодательству стран-участниц. Таким образом, право вступать в брак и создавать семью подчиняется национальным законам, которые его регулируют и которые должны ограничиваться установлением условий, относящихся к форме и к существу.

Данное право тесно связано с правом на неприкосновенность частной и семейной жизни. Круг лиц, подпадающий под действие статьи, ограничивается лицами, желающими вступить в брак, термин «семья» в ней имеет более узкое значение, чем в статье 7 Хартии.

Социальные изменения, произошедшие в Западной Европе, значительно усложнили толкование этой статьи, что связано с признанием за гомосексуальными парами права создать семью, а также признанием возможности транссексуалам вступать в брак.

Государства имеют право определять формальные требования, предъявляемые к браку, но при условии, что они не нарушают это право по существу. Так, например, государства обязаны содействовать осуществлению права на создание семьи лицам, находящимся в заключении. Более того, как следует из прецедентного права, государство не вправе вмешиваться в осуществление права создавать семью путем принудительной стерилизации или с помощью других мер с целью контроля над рождаемостью.

Охрана семьи в качестве самостоятельного права признана статьей 33 Хартии. В ней зафиксировано, что «охрана семьи обеспечивается на юридическом, экономическом и социальных уровнях». Гарантией этого права в сфере трудовых отношений являются запрет на увольнение в связи с беременностью, право на отпуск по беременности и родам и на отпуск по уходу за ребенком (§ 2 ст. 33 Хартии).

В статье 7 Хартии закрепляется право на неприкосновенность жилища. Положения данной статьи направлены на предотвращение произвольного вмешательства публичных властей

в осуществление этого права. Исключения составляют случаи, когда такое вмешательство предусмотрено и является необходимым по законодательству государств – членов ЕС. Такая ситуация, например, возможна в связи с проведением обыска в жилом помещении.

Не подлежат защите жилые строения, воздвигнутые незаконно, т.е. без соответствующих разрешительных документов, предусматриваемых национальным законодательством.

3. Охрана прав детей

Данная статья основывается на Нью-Йоркской Конвенции о правах ребенка от 20.11.1989 г., подписанной и ратифицированной всеми государствами – членами ЕС. К основным правам детей относятся, прежде всего, право детей на заботу, необходимую для их благополучия; право на свободное выражение своего мнения; право на регулярное непосредственное общение со своими родителями (ст. 24 Хартии).

Правами и гарантиями, закрепляемыми Хартией, пользуются дети, как рожденные в браке, так и рожденные вне брака, без каких-либо различий.

Хартия устанавливает такие гарантии прав детей, как обязанность учитывать мнение ребенка по вопросам, затрагивающим его интересы (§ 1 ст. 24), обязанность публичных властей и негосударственных учреждений в своих действиях по отношению к детям исходить из «высших интересов» ребенка.

В статье 32 Хартии закрепляются гарантии прав детей и молодежи в сфере трудовых отношений. К ним относится безусловный запрет труда малолетних. Минимальный возраст приема на работу в странах ЕС должен быть не ниже возраста, когда завершается период обязательного школьного образования (абз. 1 ст. 32).

Предусмотрена обязанность создавать благоприятные условия для труда молодежи, исключаящие любую эксплуатацию, нарушения техники безопасности и препятствия физическому и духовному развитию молодых людей, а также процессу их обучения (абз. 2 ст. 32).

4. Охрана сведений личного характера

Статья 8 Хартии основывается на положениях статьей 286 Договора о Сообществе (ст. 16 Договора о функционировании ЕС) и Директивы 95/46/ЕС от 24.10.1995 г. о защите физических лиц в отношении обработки персональных данных и о свободном перемещении таких данных¹; на положениях статьи 8 Конвенции по правам человека и Конвенции Совета Европы «О защите частных лиц в отношении автоматизированной обработки персональных данных» от 28.01.1981 г.², а также на положениях Регламента № 45/2001 Европейского парламента и Совета от 18.12.2000 г. о защите физических лиц в отношении обработки персональных данных институтами и организациями Сообщества и о свободном перемещении таких данных³.

Право на защиту сведений личного характера закреплено в статье 8 Хартии и тесно связано с правом на уважение частной и семейной жизни. Положения данной статьи направлены на защиту людей от неправомерного сбора, обработки и распространения информации об их частной жизни. Соответствующие действия органов публичной власти должны осуществляться только в предусмотренных законом целях с согласия заинтересованного лица или в иных случаях, разрешенных законом.

Прослушивание телефонных разговоров, сбор и хранение данных на частное лицо представляют собой достаточно серьезное вмешательство в частную жизнь индивида. Однако такие действия могут оказаться необходимыми и оправданными для предупреждения и преследования уголовных правонарушений,

¹ Directive 95/46/EC on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data // OJ L 281, 23/11/1995 P. 0031–0050.

² Страсбург, 28 января 1981 г. // http://ec.europa.eu/justice_home/doc_centre/rights/charter/doc_rights_charter_en.htm

³ Regulation (EC) No 45/2001 of the European Parliament and of the Council of 18 December 2000 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data by the Community institutions and bodies and on the free movement of such data // OJ L 8/1, 12.1.2001//<http://eur-lex.europa.eu/>

террористических актов и т.п. Практика Европейского Суда исходит из того, что государство должно устанавливать ясные и точные нормы, определяющие условия и способы, которые позволяют тем или иным образом вторгаться в частную жизнь индивида, чтобы избежать, насколько это возможно, любой риск злоупотребления и произвола.

Заинтересованному лицу гарантировано право на доступ к затрагивающим его данным и право на исправление содержащейся в них неточной или ошибочной информации (§ 2 ст. 8 Хартии).

Предусмотрено создание независимых органов контроля за соблюдением права на охрану сведений личного характера. В рамках Европейского Союза таковым выступает Европейский контролер по защите данных, а также независимые уполномоченные в каждом институте и органе ЕС, действующие на основании регламента Европейского парламента и Совета от 18 декабря 2000 г. «О защите физических лиц в отношении обработки персональных данных институтами и органами Сообщества и о свободном перемещении подобных данных».

Созданы также специальные контрольные органы для случаев использования данных для информационных систем Европейского Союза: базы данных и системы Европола, системы отпечатков пальцев «Евродак» и Шенгенской информационной системы.

Содержание и гарантии права на защиту сведений личного характера достаточно подробно регулируются актами вторичного права Европейского Союза, а также Конвенцией Совета Европы о защите частных лиц в отношении автоматизированной обработки персональных данных от 28 января 1981 г., к которой «отсылают» бланкетные нормы права ЕС.

5. Свобода совести и вероисповедания

Право, закрепляемое статьей 10 Хартии, корреспондирует праву, установленному статьей 9 Конвенции по правам человека. Право на свободу совести и вероисповедания направлено на обеспечение человеку возможность иметь собственные убеждения и мировоззрение. Содержание права на свободу совести и

вероисповедания включает не только право иметь свои убеждения или исповедовать какую-либо религию, но также право изменять их и право исповедовать свою религию или придерживаться убеждений как индивидуально, так и сообща с другими лицами (§ 1 ст. 10 Хартии).

Свобода совести и религии включает, в частности, свободу присоединиться к какой-либо религии или нет, свободу исполнять предписания религии или нет. Религиозная свобода включает возможность исповедовать религию как частным порядком, так и публично путем участия в богослужении, религиозном обучении, отправлении религиозных и культовых обрядов.

Свобода исповедания какой-либо религии осуществляется не только сообща, в кругу лиц с одинаковыми убеждениями, но также может осуществляться и индивидуально. Более того, данная свобода включает и право пытаться убеждать других людей путем обучения, что не раз подчеркивалось в решениях Европейского Суда по правам человека¹.

Ограничения в отношении данного права могут быть установлены только на основании закона для охраны общественного порядка, здоровья или нравственности, а также для защиты прав и свобод других лиц. Так, государство вправе принять меры против определенных норм поведения, включая распространение информации и идей, которые не совместимы с уважением свободы совести и религии других лиц. Например, в случае, когда религиозные чувства верующих были подвергнуты оскорблению вследствие провокационного изображения предметов религиозного культа.

Государство, население которого исповедует несколько религий, вправе установить ограничения на свободу совести и вероисповедания с целью согласования интересов различных групп и для обеспечения уважения верований всех людей.

В Хартии (§ 2 ст. 10) закрепляется также важная гарантия для верующих в виде права на альтернативную службу. Порядок осуществления этого права должен быть регламентирован национальным законодательством.

¹ См.: *Микеле де Сальвия*. Прецеденты Европейского суда по правам человека / Пер. с фр. А.А. Жуковой, Г.А. Пашковской. – М.: Юридический цент Пресс, 2004. – С. 610.

6. Свобода слова и информации

Право, закрепленное статьей 11 Хартии, корреспондирует праву, установленному статьей 10 Конвенции по правам человека. Каждый человек имеет право свободно выражать свое мнение. Право на свободу выражения своего мнения является не только одним из главных устоев демократических государств – членом ЕС, но и условием для осуществления иных прав и свобод, провозглашенных в Хартии. Как неоднократно подчеркивалось в решениях Европейского суда по правам человека, свобода выражения мнения представляет собой одну из несущих опор демократического общества, основополагающее условие его прогресса и самореализации каждого его члена¹.

Это право, как закреплено в Хартии (ст. 11 Хартии), включает в себя не только право придерживаться собственного мнения, но и право на получение и распространение информации, идей, свободное от вмешательства со стороны публичных властей.

Право на свободное выражение собственного мнения и информации тесно связано с правом на свободу мысли, слова и вероисповедания. Кроме того, данное право не ограничивается территорией одного государства, право на распространение информации и идей разрешается и в другие страны независимо от границ.

В трактовке Европейского Суда по правам человека свобода слова охватывает не только информацию или идеи, которые получают положительный отклик или рассматриваются как неоскорбительные или нейтральные, но и к тем идеям, которые для государства или любой части его населения являются оскорбительными, шокирующими или нарушающими спокойствие. «Таковы требования плюрализма, толерантности и терпимости, без которых не может существовать демократическое общество»².

¹ См.: Микеле де Сальвия. Цит. соч. С. 620, 621; Fundamental Rights Protection//<http://www.law-essays-uk.com/sample-essays/european-union/fundamental.php>

² Решение по делу «Хендисайд» от 7.10.1976 (Series A, No. 1336, p. 196, para. 2).

Статья 11 Хартии защищает не только содержание высказываемых идей и информации, но и форму, в которой они сообщаются.

В содержание свободы выражения мнений и свободы информации входит также свобода и плюрализм средств массовой информации (§ 2 ст. 11 Хартии), которая распространяется и на печатные издания, а также на все иные средства массовой информации, в том числе электронные.

На средствах массовой информации лежит обязанность сообщать сведения, иную информацию по вопросам, представляющим общественный интерес. Соответственно у общественности есть право на получение такой информации. Статья 11 Хартии гарантирует не только свободу прессы информировать общественность, но также и право общественности быть информированной должным образом.

Хартия не содержит ограничительных положений в отношении осуществления права на свободу выражения своего мнения и информации. Ограничения свободы выражения мнений и свободы информации предусмотрены Конвенцией 1950 г. К ним относятся, во-первых, разрешение государствам осуществлять лицензирование предприятий в сфере телевидения, радиовещания и кинематографии; во-вторых, иные формальности, условия, ограничения и санкции, которые установлены законом в интересах государственной безопасности, а также защиты других важнейших общественных или личных благ, в том числе защиты репутации и конфиденциальности определенной информации, например коммерческой тайны (§ 2 ст. 10 Конвенции).

Вмешательство публичных властей должно быть оправданным, основанным на законе. Более того, при применении установленных законодательством мер необходимо соблюдать разумный баланс между основным правом индивида на свободу выражения своего мнения и законным правом государства защищаться от неправомерных действий иных лиц и организаций (например, террористических организаций).

7. Право на обладание имуществом

Статья 17 Хартии корреспондирует статье 1 дополнительного Протокола № 1 к Конвенции по правам человека. Право на обладание имуществом относится к числу основных прав (ст. 17 Хартии). В соответствии с Хартией собственник имеет право не только владеть, пользоваться и распоряжаться своей законно приобретенной собственностью, но и завещать ее. Включение в содержание права собственности такого правомочия, как завещать собственность, не случайно, и связано с толкованием положений Конвенции 1950 г. о собственности, в которой данное понятие имеет автономное значение. По общему правилу оно касается только наличного имущества, и соответственно не гарантирует право на приобретение имущества, например, путем наследования, что неоднократно подчеркивалось в решениях Европейского Суда по правам человека.

В отличие от Конвенции 1950 г. о защите прав человека, которая субъектами права собственности прямо называет физические и юридические лица, Хартия для обозначения субъектного состава использует выражения «каждое лицо», что потребовало уточнения содержания данного понятия на уровне Суда ЕС. Исходя из положений статьи 53 Хартии о том, что «ни одно из положений Хартии не должно толковаться как ограничивающее или наносящее ущерб правам человека и основным свободам в соответствующей сфере их применения, признанным правом Европейского Союза, международным правом и международными конвенциями, участниками которых является Европейский Союз, Европейское Сообщество или все государства-члены, и в особенности Европейской Конвенцией о защите прав человека и основных свобод, а также конституциями государств-членов», Суд ЕС признает собственником имущества не только граждан Союза, но и любое физическое и юридическое лицо, в том числе и иностранных.

Право собственности может ограничено, но только на основании закона и в интересах общества. К такого рода ограничительным мерам относятся:

– принудительное изъятие имущества при условии своевременной выплаты справедливой компенсации бывшему собственнику имущества за его утрату;

– законодательный контроль за пользование собственностью в той мере и в той степени, в какой это необходимо в общих интересах;

– установленная национальным законодательством система налогов, сборов и штрафов (ст. 17 Хартии, ст. 1 Протокола № 1 Конвенции 1950 г. о защите прав человека)¹.

В § 2 статьи 17 Хартии закреплено самостоятельное положение об охране интеллектуальной собственности, в качестве которой признаются произведения науки, литературы и искусства, открытия, изобретения и др.

8. Свобода осуществления экономической деятельности

Свобода осуществления экономической деятельности основана на закрепленных правах, гарантирующих человеку возможность участвовать в хозяйственной деятельности, получая вознаграждение за труд или иной доход². Они закреплены в качестве личной свободы человека и включают:

– свободу профессиональной деятельности и право на труд (ст. 15 Хартии);

– свободу предпринимательства (ст. 16 Хартии).

Свобода профессиональной деятельности предполагает возможность каждого человека свободно избирать профессию и трудиться по добровольно избранной им специальности (§ 1 ст. 15 Хартии). Право на труд означает возможность каждого человека зарабатывать себе на жизнь свободно избранным трудом. Закрепленное право не требует от государства обеспечения каждого человека работой. Государство должно лишь обеспечить защиту от принудительного труда и дискриминации в вопросах труда и занятости. Человек вправе решать самостоятельно работать или не заниматься трудом вовсе.

В § 2 статьи 15 Хартии указывается, что положения данной статьи распространяются на всю территорию Европейского Союза. То есть гражданин Союза получает возможность искать

¹ См., например: *Bernard H. Siegan. Property and Freedom: The Constitution, the Courts, and Land-Use Regulation.* – Transaction Publishers, 1997.

² См.: *Economic Freedom of the World: 2004 Annual Report.* //http://www.freetheworld.com/2004/efw2004ch1.pdf

работу и осуществлять экономическую деятельность не только в собственном государстве, но и в других странах ЕС. Более того, иностранные граждане, получившие на законном основании разрешение на работу на территории государств – членов ЕС, имеют право на те же условия труда, что и граждане ЕС (§ 3 ст. 15 Хартии).

В Хартии содержание свободы предпринимательства не раскрывается. Она признана в качестве субъективного права «в соответствии с правом Европейских сообществ, национальным законодательством и практикой» (ст. 16 Хартии). В ЕС гарантией свободы предпринимательства является закрепленный в Договоре о ЕС принцип свободы конкуренции (§ 1 ст. 4 договора), который детально регламентирован в нормах учредительного договора и в законодательстве ЕС.

9. Принцип недопущения дискриминации

В Договоре о функционировании ЕС закреплено несколько положений, запрещающих дискриминацию: запрещена дискриминация по признакам национальной принадлежности (часть 2 Договора о функционировании ЕС), запрещена дискриминация между производителями и потребителями в области сельского хозяйства (раздел 3 Договора о функционировании ЕС), а также в части оплаты мужчин и женщин за равный труд (раздел 10 Договора о функционировании ЕС). Суд ЕС в своих решениях, опираясь на эти частные положения, сформулировал более общий принцип недискриминации, постановив, что он является частью права Сообщества.

Принцип недопущения дискриминации закреплен в статье 21 Хартии. Запрещается дискриминация любого рода, в том числе по признаку пола, расы, цвета кожи, этнического и социального происхождения, генетических особенностей, языка, религии или убеждений, политических и иных взглядов, принадлежности к национальному меньшинству, имущественного положения, происхождения, ограниченной трудоспособности, возраста или сексуальной ориентации. Данная статья гарантирует каждому, находящемуся на территории государств – членов ЕС, осуществление прав и свобод, защищаемых Хартией.

Положения, закрепленные в статье 21 Хартии, не создают для государств обязательства гарантировать недискриминацию в общем плане, а гарантировать недискриминацию путем обеспечения этих прав и свобод, изложенных в Хартии, таких как право на жизнь, свободу, безопасность, частную жизнь и т.п. Чаще всего на практике статья 21 не действует отдельно от других норм, но дополняет другие статьи Хартии. Она обеспечивает отдельным лицам или группам лиц, находящихся в сопоставимых ситуациях, защиту от всех видов дискриминации при осуществлении прав и свобод, защищаемых этими статьями. Статья, дополняя и уточняя иные нормы Хартии, предоставляет лицам гарантии от любого рода дискриминации при осуществлении ими своих прав и свобод, изложенных в других статьях Хартии. Действие, которое носит несовместимый со статьей 21 дискриминационный характер, нарушает тем самым сразу две статьи Хартии, взятые вместе. Другими словами, статья 21 составляет как бы неотъемлемую часть любой юридической нормы, обеспечивающей права и свободы.

Однако нельзя говорить о полностью зависимом характере данной статьи.

10. Принцип равноправия мужчин и женщин

Принцип равенства мужчин и женщин закреплен в статье 23 Хартии. Он основывается на статье 3 Договора о Европейском Союзе и статье 8 Договора о функционировании ЕС (ст. 3 Договора об учреждении Сообщества), в которых содействие равенству мужчин и женщин определено в качестве цели Союза. Статья 157 Договора о функционировании ЕС обязывает каждое государство-члена обеспечить применение принципа равенства заработной платы между работниками мужского и женского пола за одинаковую работу или за работу одинаковой стоимости.

На содержание статьи 23 Хартии оказали влияния положения Европейской социальной хартии от 3.05.1996 г., Хартии Сообщества об основных социальных правах работников, а также Директивы Европейского парламента и Совета 2006/54/ЕС от 5.07.2006 г. об осуществлении принципа равенства возмож-

ностей и равноправия мужчин и женщин в сфере занятости и труда¹.

Несмотря на рост активного участия женщин как в политических, так и в экономических процессах, принятия управленческих решений, в государствах – членах Европейского Союза пока еще не достигнуто равноправное отношение к представителям различного пола. На рынке рабочей силы в правах ущемлены, прежде всего, женщины: им предоставляют работу с частичной занятостью, с ними заключают трудовые договоры с ограниченным сроком действия, женщины зарабатывают в среднем на 15% меньше, чем их коллеги-мужчины.

Первоначально благодаря деятельности Суда ЕС в Договоре об учреждении Сообщества был закреплён принцип равного вознаграждения при равном труде. В дальнейшем различные структуры ЕС были вовлечены в решение вопросов равенства возможностей для лиц разного пола. Уже в Амстердамском договоре (1999 г.) была заложена политика равенства в качестве одной из целей Европейского Союза. В договоре о Сообществе был закреплён раздел о социальной политике (ст. 136-143 Договора о Сообществе, ст. 151-161 Договора о функционировании ЕС), положения которого становились обязательными для всех государств – членов ЕС. Так, решением Суда ЕС по делу Тани Крейл (Федеративная Республика Германия), в соответствии с равными возможностями мужчин и женщин, как это было закреплено в Договоре о Сообществе и ряде директив ЕС, было признано, что принцип равенства должен применяться и в отношении занятости, в частности, возможности женщинам служить в вооруженных силах². Это означает возможность службы в бундесвере для женщин.

¹ Directive 2006/54/EC of the European parliament and of the Council of 5 July 2006 on the implementation of the principle of equal opportunities and equal treatment of men and women in matters of employment and occupation (recast) // OJ L 204/23, 26.7.2006. Настоящая Директива заменила собой ряд директив по вопросам равенства мужчин и женщин в трудовой сфере.

² Rs. C-285/98.

В то же время статья 157 Договора о функционировании ЕС (ст. 141 Договора о Сообществе) не препятствует государствам-членам при обеспечении полного равноправия женщин и мужчин в трудовой деятельности предусматривать специальные льготы в пользу женщин. Аналогичное положение было закреплено и в Хартии в абзаце 2 статьи 23 – «принцип равенства не препятствует оставлению в силе или принятию мер, которыми предусматриваются специальные преимущества в пользу недостаточно представленного пола».

Раздел 2

ПРАВОВЫЕ ОСНОВЫ СВОБОДНОГО ПЕРЕМЕЩЕНИЯ ТОВАРОВ В ЕВРОПЕЙСКОМ СОЮЗЕ

§ 1. Общие положения

По смыслу ст. 3 Римского договора об учреждении ЕЭС Европейский Союз призван способствовать сбалансированному развитию экономической деятельности, устойчивому и стабильному экономическому росту, прогрессивному повышению уровня и качества жизни, а также экономическому сплочению и солидарности государств-членов. Основным средством для достижения поставленной цели является общий рынок, основанный на принципе свободного перемещения товаров. Как подчеркнул Европейский Суд Правосудия, «концепция общего рынка включает в себя устранение всех препятствий для внутрикоммунитарной торговли, с тем чтобы объединить национальные рынки в единый рынок, создав условия, максимально близкие к условиям истинного внутреннего рынка»¹.

Для решения этой задачи в статье 3 Римского договора были закреплены принципы взаимоотношений между государствами-членами, касающиеся свободы перемещения товаров на всей территории Союза:

а) отмена между государствами-членами таможенных сборов и количественных ограничений для ввоза и вывоза товаров, а также всех других равнозначных по своим последствиям мер;

¹ Case 15/81 *Gaston Shul v Inspecteur der Invoerrechten* [1982] E.C.R. 1409; [1982] C.M.L.R. 229.

б) установление общего таможенного тарифа и общей торговой политики по отношению к третьим государствам.

В настоящее время в статье 3 Договора, учреждающего Европейское Сообщество (консолидированный текст с учетом Ниццких изменений), закреплено:

«Для достижения провозглашенных в статье 2 целей деятельности Сообщества, осуществляемая в соответствии с условиями и сроками, которые предусмотрены настоящим Договором, включает:

а) запрещение таможенных пошлин и количественных ограничений на импорт и экспорт товаров в торговле между государствами-членами, а также других мер, имеющих такой же характер;

б) общую торговую политику;

с) внутренний рынок, характеризующийся отменой препятствий свободному передвижению товаров, лиц, услуг и капиталов между государствами-членами; ...

г) установление системы, предотвращающей нарушения на внутреннем рынке;

д) сближение национальных законодательств государств-членов в той степени, какая необходима для нормального функционирования общего рынка».

В договоре о ЕС (в редакции Лиссабонского договора от 13 декабря 2007 г.¹) говорится, что Союз должен образовывать внутренний рынок и экономический и валютный союз (ст. 3 – бывш. ст. 2 Договора о ЕС).

Изложенные выше правила составляют основу правового регулирования свободного перемещения товаров в Европейском Союзе.

¹ Далее – Договор ЕС.

См.: Consolidated versions of the Treaty on European Union and the Treaty on the functioning of the European Union (OJ C115, 9.5.2008) // <http://eur-lex.europa.eu/> Консолидированная версия содержит текст Договора о ЕС (Treaty on European Union) и Договора о функционировании ЕС (Treaty on the Functioning of the European Union), приложений и протоколов в редакции с учетом изменений, последовавших за принятием текста Лиссабонского договора (Treaty of Lisbon), подписанного 13 декабря 2007 г.

Кроме устранения пошлин и взимания налогов эквивалентного характера договор предусматривает принятие других мер, чтобы позволить осуществление общего сбыта, таких как **запрет количественных ограничений и запрет любых других мер эквивалентного характера**, касающихся количественного ограничения.

Принцип свободного перемещения товаров считается «одним из фундаментальных принципов» Европейского Союза¹. Данный принцип исключает возможность применения количественных ограничений и мер, которые создают аналогичные последствия, при регулировании торговых отношений, складывающихся между хозяйствующими субъектами различных государств-членов. Применение принципа свободного перемещения товаров не требует какого-либо дополнительного вмешательства со стороны государств-членов или институтов Европейского Союза. Данный принцип «имеет прямое действие, и порождает права частных лиц, которые должны охраняться национальными судами...»².

§ 2. Источники правового регулирования свободного перемещения товаров

Основные нормативные источники, касающиеся этого вопроса, содержатся в статьях **3, 23-31 и 90 Договора ЕС** (бывш. ст. 9-37 и 95 Римского Договора), **Регламенте ЕС № 2913/92** и в серии многочисленных актов Совета и Комиссии, которые появились в течение различных этапов создания общего рынка³.

Регламент ЕС № 2913/92 ввел в действие Таможенный кодекс ЕС. Кодекс применяется только в торговле стран ЕС с третьими странами. Считается, что внутри ЕС действует свободный оборот товаров, не зависящий от таможенного контроля. Если же страна-член нарушает принцип свободного перемещения товаров, то вопрос решается судом ЕС. При разработ-

¹ См.: Cases C-205/89 *Commission v Greece* [1991] E.C.R. I-1361; [1994] 2 C.M.L.R. 213; C-265/95 *Commission v France* [1997] E.C.R. I-6959; The Times, December 11, 1997.

² Case 74/76 *Iannelli v Meroni* [1977] E.C.R. 595; [1977] 2 C.M.L.R. 688.

³ <http://ec.europa.eu/justice>

ке Таможенного кодекса не ставилась задача урегулировать все таможенные меры стран-участниц. Цель данного кодекса – консолидация и систематизация общих правил и процедур для всех видов товаров из третьих стран. Таможенный кодекс ЕС состоит из 9 частей и 257 статей.

Следует отметить, что одним из основных источников правового регулирования свободного перемещения товаров является **практика Европейского Суда Правосудия**, который развил деятельность по созданию принципов и правил, наполнивших понятие свободного перемещения товаров ценным содержанием. Основные решения Европейского Суда Правосудия, касающиеся принципа свободного перемещения товаров, будут приведены ниже в тексте данного параграфа, а также содержатся в отдельной главе «Судебная практика по вопросам свободного перемещения товаров, капиталов и услуг в ЕС».

Нормы, касающиеся свободного перемещения товаров, применяются ко всем товарам, произведенным внутри Европейского Союза, и к товарам, происходящим из третьих государств, которые встречаются в свободном обороте в государствах – членах ЕС (объективная сфера применения). Под товаром в свободном обороте понимается тот товар, импортированный из третьих государств, за который была уплачена внешняя общая пошлина и который впоследствии может находиться в обращении внутри Европейского Союза.

До вступления в силу Договора ЕС статья 12 Римского договора предусматривала запретительное правило (оговорка о неизменности обстоятельств), цель которого – помешать государствам вводить новые таможенные импортные и экспортные пошлины или другие налоговые обложения эквивалентного характера или равным образом увеличивать пошлины, которые применялись с даты вступления в силу Римского договора. Со вступлением в силу Договора ЕС статья 12 (которая стала ст. 25) была изменена в том смысле, что запрещает все пошлины или обложение налогами эквивалентного характера, будут ли они новыми или уже существующими. Предписания, касающиеся свободного перемещения товаров, имеют прямую вертикальную и горизонтальную силу в том смысле, что могут быть истребованы к исполнению и введены в действие непо-

средственно гражданином или предприятием, будь то конфликт с государством или органами государственного управления, будь то конфликт с другими частными лицами, с целью получить соответственно неприменение национальной меры или прекращение поведения, находящегося в противоречии со спорной нормой¹.

§ 3. Таможенный союз и общий таможенный тариф

Таможенный союз является теми рамками, в которых осуществляется свободное перемещение товаров в Европейском Союзе. Государства – члены ЕС принимают на себя обязательства устранить все таможенные препятствия внутри рынка сообщества и принять **общий внешний таможенный тариф** для своих взаимоотношений с третьими государствами.

К таможенным препятствиям относятся: 1) препятствия тарифного характера – импортные и экспортные пошлины и любое взимание налогов эквивалентного характера со всех импортных и экспортных операций, а также любого налога эквивалентного характера; 2) нетарифные препятствия – квоты или количественные ограничения.

Полное и окончательное устранение таможенных пошлин и взимания всех налогов эквивалентного характера состоялось 1 июля 1968 г., хотя отмена всех пограничных проверок произошла 1 января 1993 г. Считается, что именно в этот день был создан **Единый внутренний рынок ЕС**, т.е. все ограничения для движения товаров, услуг и капиталов на границах сообщества были сняты.

В целях содействия развитию международной торговли и устранению препятствий для торгового обмена между государствами всего мира страны – члены ЕС заключают между собой соглашения о снижении общего уровня импортных и экспортных таможенных пошлин в отношении третьих стран. Данные сниженные пошлины и сборы получили название **общего внешнего таможенного тарифа**, применяемого государства-

¹ См.: 30.4.2004 EN Official Journal of the European Union L 158 //http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ

ми-членами ЕС к товарам из третьих стран. Введение общего таможенного тарифа было предусмотрено статьями 12-29 Римского договора (ст. 25-27 Договора ЕС)¹.

Общий внешний тариф был создан первоначально на основе комбинации тарифов четырех территорий ЕС – Германии, Италии, Франции и Бенилюкса. В 1987 г. был принят **Интегрированный таможенный тариф Европейского Сообщества (TARIC)**, который вступил в силу с 1 января 1988 г. Тариф состоит примерно из 10 тысяч товарных позиций. С 1988 г. общий таможенный тариф действует на основе Комбинированной номенклатуры товаров (Регламент № 2658/87), которая была разработана в Европейском Союзе на основе Международной конвенции о гармонизированной системе описания и кодирования товаров 1983 г.

§ 4. Понятие «товара» в праве ЕС

Свободное перемещение товаров является фундаментальным принципом права Европейского Союза. Помимо названной свободы основу единого рынка Европейского Союза составляют также три другие свободы, касающиеся перемещения услуг, капиталов и лиц. Многие европейские исследователи отмечают современную тенденцию по унификации правового регулирования этих свобод, однако в то же время говорят о необходимости разграничения товаров и других объектов свободного перемещения².

¹ <http://europa.eu/legislation>

² См., например: *Barnard C.* Fitting the remaining pieces into the goods and persons jigsaw? // *E.L.Rev.* – 2001. – P. 35; *Behrens P.* Die Konvergenz der wirtschaftlichen Freiheiten im europäischen Gemeinschaftsrecht // *EuR.* – 1992. – P. 145; *Bernard N.* Discrimination and Free Movement in EC Law // *I.C.L.Q.* – 1996. – P. 82; *Everling U.* Sur la jurisprudence récente de la Cour de justice en matière de libre prestation de services rendus dans d'autres Etats membres // *C.D.E.* – 1984. – P. 14; *Martin D.* Discriminations, 'entraves' et 'raisons impérieuses' dans le traité CE: trois concepts en quête d'identité lère partie // *C.D.E.* – 1998. – P. 261; *O'Keefe D., Bavasso A.* Four Freedoms, One Market and National Competence // *Search of a Dividing Line. Liber Amicorum in Honour of Lord Slynn of Hardley.* – 2000. – P. 541.

Договор ЕС и другие нормативные правовые акты Европейского Союза не дают определения понятию товара. Данный пробел в правовом регулировании частично восполняется практикой Европейского Суда Правосудия. Одним из первых судебных решений, посвященных этой проблеме, было решение по делу «Комиссия против Италии (произведения искусства)» (1968 г.). Европейский Суд Правосудия постановил, что **«под товарами, по смыслу статьи 23 Договора, следует понимать продукцию, которую можно оценить в деньгах и которая может быть предметом торговой сделки»**¹.

Товары и услуги. Приведенное выше определение товара является классическим и неоднократно использовалось Европейским Судом Правосудия при рассмотрении последующих дел. Тем не менее его нельзя назвать исчерпывающим, поскольку на его основе не всегда можно провести различие между товарами и другими объектами свободного перемещения.

Например, если говорить об *услугах*, то их оказание также предполагает совершение сделок коммерческого характера. И в этом смысле рассматриваемое определение не дает однозначного ответа на вопрос о том, в каких случаях объект сделки следует считать товаром, а в каких – услугой.

Согласно ст. 50 Договора ЕС *услуги* считаются услугами в том случае, если они, как правило, предоставляются за вознаграждение и при условии, что они не регулируются положениями, относящимися к свободному перемещению товаров, капиталов и лиц. Из приведенной нормы видно, что, противопоставляя услуги товарам, договор не устанавливает какого-либо критерия, который позволял бы строго разграничить эти две категории.

Европейский Суд Правосудия предлагает использовать **критерий материальности и относить к товарам только материальные объекты внешнего мира**².

¹ Case 7-68 *Commission v Italy (works of art)* [1968] E.C.R. 42; [1969] C.M.L.R. 1.

² См.: *Oliver P. Goods and Services: Two Freedoms Compared*. In *Mélanges en l'honneur de Michel Waelbroeck*. – 1999. – Vol. 2. – P. 1378.

Электроэнергия. Критерий материальности является достаточно универсальным способом разграничения товаров и услуг и находит широкое применение в практике Европейского Суда Правосудия. Однако в данном контексте следует особо отметить исключение из общего правила. Несмотря на нематериальную природу, в судебной практике **электроэнергия** рассматривается как товар. Европейский Суд Правосудия не приводит какого-либо логического объяснения такому подходу, а вся его аргументация по этому вопросу носит неопределенный характер.

Прецедентное право Европейского Союза, касающееся электроэнергии, представляет собой своеобразную пирамиду, вершину которой образует решение Европейского Суда Правосудия по делу «Коста против ЕНЕЛ» (1964 г.)¹. В данном деле вопрос о квалификации электроэнергии Европейский Суд Правосудия отдельно не рассматривал, однако констатировал, что монополия на поставку электроэнергии подпадает под статью 31 Римского договора (в ред. до 1999 г.). Европейский Суд Правосудия не привел аргументов в обоснование такого вывода. Тем не менее в дальнейшем Европейский Суд Правосудия неоднократно использовал указанное решение в качестве основного довода в пользу отнесения электроэнергии к товарам.

Квалифицировав электроэнергию как товар в деле «Алмело против Энерджибедрихф Ихселмих» (1994 г.), Европейский Суд Правосудия обосновал свою позицию следующим образом. Во-первых, такой подход является приемлемым с точки зрения коммунитарного и национального законодательства; во-вторых, электроэнергия рассматривается как товар в таможенной номенклатуре; и, в-третьих, об этом свидетельствует решение Европейского Суда Правосудия по делу «Коста против ЕНЕЛ»². Попытка обратить внимание Европейского Суда Правосудия на нематериальный характер электроэнергии и невозможность ее хранения, предпринятая ответчиком по другому делу, не привела к желаемому результату. Отклонив эти доводы, Европейский

¹ Case 6/64 *Costa v ENEL* [1964] E.C.R. 585.

² Case C-393/92 *Almelo v Energiebedrijf IJsselmij* [1994] E.C.R. I-1477.

Суд Правосудия ограничился простым воспроизведением вышеизложенных тезисов¹.

Товары и капиталы. Наряду с услугами от товаров следует отличать капитал. Впервые с проблемой разграничения товаров и капитала Европейский Суд Правосудия столкнулся в деле «Р. против Томпсона, Джонсона и Вудвиса» (1978 г.)². Данное решение Европейского Суда Правосудия установило общий критерий, на основании которого можно провести различие между товарами и капиталом. По смыслу решения не считаются товарами монеты и банкноты, которые являются законным платежным средством в государстве-члене или любой третьей стране³.

¹ Case C-158/94 *Commission v Italy (electricity monopoly)* [1997] E.C.R. I-5789.

² Case *R. v. Thompson, Johnson and Woodiwiss* 7/78 [1978] E.C.R. 2247; [1979] 1 C.M.R.L.

³ Сходным образом человеческий организм не может рассматриваться как товар. С другой стороны, нет причин, в силу которых к товарам нельзя было бы отнести человеческие ткани, органы или кровь. Действительно, современная медицина активно использует эти компоненты в лечебных целях, и зачастую жизнь человека зависит от того, насколько быстро к нему будет доставлена донорская кровь или какой-либо объект трансплантации. Так как процесс доставки таких материалов может охватывать территории нескольких государств-членов, временной фактор требует того, чтобы были обеспечены адекватные правовые механизмы перемещения этих материалов. Поскольку эти объекты не являются лицами, услугами и капиталом, а в Римском договоре отсутствуют специальные положения, регулирующие их перемещение, то их следует отнести к товарам. Очевидно, что с точки зрения общественной морали, государственной политики и здоровья нации торговля некоторыми из этих материалов должна быть строго ограничена, если не запрещена совсем. Однако исключения из принципа свободного перемещения товаров, установленные в ст. 30 Римского договора, вполне соответствуют тому, чтобы охватить такие ограничения и запреты. – См.: Case C-203/99 *Veedfald v Århus* [2000] E.C.R. I-3569. Европейский Суд Правосудия пришел к выводу, что человеческая почка, пожертвованная для трансплантации, является товаром для целей Директивы Совета от 25 июля 1985 г. № 85/374 «О сближении законодательств, регламентов и административной практики государств-членов, касающихся ответственности за дефектные

Исключения

Исключаются из применения норм, касающихся свободного перемещения товаров, но между тем служащие предметом специального правового режима, товары, являющиеся важными для безопасности государства – члена ЕС: оружие, боеприпасы и военная техника (ст.296 Договора ЕС), так же как сельскохозяйственные продукты и продукты рыболовства, а также культурные ценности.

товары», ст. 2 которой определяет товары как «все движимое имущество». – См.: Council Regulation (EEC) № 85/374 of 25 July 1985 on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products ([1995] O.J. L210/29).

Равным образом достаточно логично, что в деле «Комиссия против Италии (произведения искусства)» (1968г.) Европейский Суд Правосудия определил товары как продукцию, имеющую коммерческую ценность. Однако коммерческая ценность мусора и промышленных отходов в большинстве случаев имеет отрицательный характер. Тем не менее европейские правоведы рассматривают мусор и промышленные отходы как товары и относят их к числу полноценных объектов свободного перемещения. – См., например: *Bermann G.A., Goebel R.J., Davey W.J., Fox E.M.* Cases and Materials on European Union Law. – 2002, 2nd ed. Part III, The Common market, the Internal Market and the Four Freedoms; *Kommers D., Waelbroek M.* Legal Integration and the Free Movement of Goods: The American and European Experience in Integration through Law, Europe and the American Federal Experience. – Mauro Cappelletti, Monica Seccombe & Joseph Weiler eds., 1986. Vol. I, book 3, p. 165; *van Gerven W.* Constitutional Aspects of the Europeans Court's Case-Law on Articles 30 and 36 EC as Compared with the US Dormant Commerce Clause, *Mélanges en Hommage a Michel Waelbroek.* – 1999. Vol. 2, p. 1629. В своих рассуждениях европейские ученые часто апеллируют к судебной практике США по этому вопросу. В одном из решений Верховный Суд США признал неконституционным закон штата Нью-Джерси, устанавливавший запрет на ввоз мусора и промышленных отходов из других штатов. – См.: *Philadelphia v New Jersey* 437 U.S. 617, 98 S.Ct.2531 (1987).

Подводя итог вышесказанному, можно заключить, что в праве ЕС под товарами следует понимать материальные предметы внешнего мира, которые подлежат количественной оценке и способны быть объектами торговых сделок. Несмотря на современную тенденцию по унификации правового регулирования перемещения товаров, услуг, капиталов и лиц, товары необходимо отличать от других объектов свободного перемещения. Единственным исключением из приведенного определения является электроэнергия, которая рассматривается как товар, несмотря на нематериальную природу.

§ 5. Скрытые способы ограничения свободной торговли в Европейском Союзе

Международно-правовая структура, сложившаяся в рамках Европейского Союза, служит образцом для многих международных организаций других регионов мира, особенно развивающихся. В то же время нельзя сказать, что общий европейский рынок является эталоном полной открытости. До сих пор некоторые государства-члены стремятся тем или иным способом ограничить свободу торговли с целью поддержки национальных производителей. Сложности, которые возникают в этой связи, обусловлены огромным разнообразием форм и способов влияния на торговые отношения. Все чаще государства-члены используют скрытые способы ограничения торговли, которые существенно затрудняют реализацию принципа свободного перемещения товаров.

Анализируя правовые основы свободного перемещения товаров в Европейском Союзе, европейские исследователи выделяют ряд барьеров, препятствующих этому свободному перемещению:

- 1) таможенные пошлины, импортные и экспортные пошлины и взимание налогов эквивалентного характера;
- 2) нетарифные препятствия, которые мешают импорту и экспорту;

3) ограничения свободного перемещения товаров, обусловленные существованием государственных монополий;

4) исключения в отношении запрета ограничений свободного перемещения товаров по мотивам общественного порядка, общественной морали и общественной безопасности, охраны здоровья и жизни людей и животных, сохранения растений, защиты художественного, исторического и археологического народного достояния, защиты промышленной и коммерческой собственности (ст.30 Договора ЕС (бывш. ст.36).

1. Таможенные пошлины, импортные и экспортные пошлины и взимание налогов эквивалентного характера

Таможенные пошлины, взимание налогов эквивалентного характера таможенным пошлинам и внутренние дискриминационные налоги составляют первую группу барьеров свободному перемещению товаров. ***Таможенные пошлины*** составляют денежные сборы, которые импортер должен заплатить в государственную казну государства, определенного для ввоза товаров на территорию последнего. Эти пошлины были устранены с 1 июля 1968. ***Взимание пошлин эквивалентного характера*** было запрещено статьей 23 Договора ЕС (бывш. ст. 9).

Длительное время Европейский Суд Правосудия считал, что взимание пошлин эквивалентного характера должно быть расценено как различные платежи таможенных пошлин, которые налагаются в отношении импорта на стадии торговли или переработки, непосредственно после пересечения границы, когда указанный налог взимается с конкретно импортируемого товара и изменяет цену, а также имеет, как следствие, то же ограниченное влияние, что и таможенный налог на свободное перемещение товаров.

Наконец, статья 90 Договора ЕС (бывш. ст. 95) запрещает ***внутренние дискриминационные налоги*** с целью избежать того, что государства – члены ЕС прибегнут к косвенным налоговым инструментам, чтобы защитить национальные товары. Статья 90 Договора ЕС запрещает национальным государственным органам управления облагать налогом «товары всех остальных государств – членов ЕС внутренними налогами, какой

бы ни была их природа, сверх тех, которые налагаются прямо или косвенно на подобные национальные товары», так же как и всеми «внутренними налогами, которые могут косвенно защитить другую продукцию». В понятие внутренних налогов Европейский Суд Правосудия включает «совокупность налогов, которыми облагается фактически и определенно национальный товар на любой стадии производства или распределения, до импорта или во время импорта товара из другого государства-члена ЕС» (Решение Европейского Суда Правосудия C-28/67). Различие между *взиманием налогов эквивалентного характера* и *внутренним дискриминационным налогом* – достаточно сложная проблема. Можно утверждать, что это различие заключается в том, что первый налагается исключительно на импортируемый товар, как только он таковым становится. А внутренний дискриминационный налог налагается на все товары, разделяя между ними те, которые являются импортируемыми, и те, которые являются национальными, относя систематически к различным категориям товаров согласно объективным критериями, которые применяются, пренебрегая происхождением, внутренним или внешним, товаров.

2. Нетарифные препятствия, которые мешают импорту и экспорту товаров

С момента вступления в силу Римского договора одной из основных задач формирования единого рынка всегда была отмена количественных ограничений и мер эквивалентного воздействия, создающих преграды для торговых отношений в рамках Европейского Союза. Запрет на количественные ограничения и меры эквивалентного воздействия, содержащийся в статьях 28 и 29 договора ЕС, определяет содержание принципа свободного перемещения товаров, который считается «фундаментальной свободой» и «одной из основ» Европейского Союза¹.

¹ Cases C-394/97 *Heinonen* [1999] E.C.R. I-3599; C-44/89 *Corsica Ferries France v Direction générale des douanes françaises* [1989] E.C.R. I-4441.

А) Количественные ограничения

Ни Договор ЕС, ни иные нормативные правовые акты Европейского Союза не дают определения количественным ограничениям. В этой связи для установления содержания этого понятия следует обратиться к практике Европейского Суда Правосудия.

Основополагающим в этом смысле является решение по делу «Геддо против Национальной рисовой организации» (1973 г.), в котором Европейский Суд Правосудия подчеркнул, что «запрет на количественные ограничения охватывает меры, которые ведут к полному или частичному ограничению, в зависимости от обстоятельств, импорта, экспорта или транзита»¹. В данном определении следует обратить внимание на то, что под количественными ограничениями понимаются не только квоты², но и полный запрет на торговлю. На основании этого определения Европейский Суд Правосудия пришел к выводу, что рассматривавшаяся национальная мера не могла быть отнесена к количественным ограничениям.

Позднее дискуссия вокруг этой проблемы, возникла в деле «Р. против Хенн и Дарби» (1979 г.). Ответчики предстали перед английскими судами за нарушение запрета на импорт в Великобританию непристойной и порнографической продукции. Апелляционный суд Великобритании отверг доводы о том, что данная мера противоречила статье 28 договора, отметив, что термин «количественные ограничения» подразумевает ограничения, «касающиеся количества» ввозимых товаров, а не полное запрещение импорта их определенных категорий. Ответчики обратились в Палату лордов, которая впервые в своей практике передала на рассмотрение Европейского Суда Правосудия этот и другие вопросы, возникшие при рассмотрении дела.

Примечательно, что до передачи дела в Европейский Суд Правосудия ни одно из лиц, участвовавших в деле, не настаивало на законности и обоснованности решения Апелляционного суда. Исследовав обстоятельства дела, Европейский Суд Право-

¹ Case 2/73 *Geddo v Ente Nazionale Risi* [1973] E.C.R. 865 at 879; [1974] 1 C.M.L.R. 13 at 42.

² Этот термин использовался в ст. 32 и 33 Римского договора в редакции до 1999 г.

судия пришел к выводу о противоречии названной национальной меры статьи 28 договора.

Европейский Суд Правосудия постановил, что данная мера несовместима с одной из основных целей Договора ЕС, заключающейся в защите от протекционизма в торговле между государствами-членами. Обращает на себя внимание то обстоятельство, что вопрос, поставленный перед Европейским Судом Правосудия, касался только возможности отнесения запрета к мере эквивалентного воздействия, однако и Генеральный адвокат, и Европейский Суд Правосудия особо подчеркнули, что речь шла о типичном количественном ограничении¹.

Таким образом, **количественные ограничения – это меры, которые ведут к полному или частичному запрету импорта, экспорта или транзита отдельных категорий товаров.** Количественными ограничениями могут быть признаны только нетарифные квоты, в силу которых препятствия для внутрикоммунитарной торговли становятся следствием того, что количество импортируемых или экспортируемых товаров достигает определенного предела. В свою очередь, установление тарифных квот (т.е. обложение таможенными сборами товаров в случае превышения установленного количественного лимита) между государствами-членами составляет нарушение статьи 25 Договора ЕС.

Б) Меры эквивалентного воздействия

Понятие мер эквивалентного воздействия намного шире, чем понятие количественных ограничений. К числу нормативных актов, так или иначе раскрывающих это понятие, следует отнести Директиву Комиссии от 22 декабря 1969 г. № 70/50 «Об отмене мер, которые обладают действием, эквивалентным количественному ограничению на импорт, и не охватываются иными положениями, принятыми в соответствии с Римским договором», которая действовала в течение переходного периода².

¹ Case 34/79 *R. v Henn and Darby* [1979] E.C.R. 3795; [1980] 1 C.M.L.R. 246.

² Commission Directive (EEC) № 70/50 of 22 December 1969 based on the provisions of Article 33 (7), on the abolition of measures which have an effect equivalent to quantitative restrictions on imports and are not covered by other provisions adopted in pursuance of the EEC Treaty ([1970] O.J. L013/29).

Хотя в директиве отсутствует какое-либо обобщающее определение меры эквивалентного воздействия, установить содержание этого термина можно путем анализа сферы применения данного акта.

Директива распространяла свое действие на такие классические примеры мер эквивалентного воздействия, как занижение цены импортных товаров, в частности, путем создания условий для уменьшения их действительной стоимости, или наоборот, завышение их стоимости; предъявление к импортной продукции требований (например, в отношении формы, размера, веса, состава и т. д.), отличных от тех, которые установлены для национальной продукции, и более жестких по сравнению с ними; создание препятствий для приобретения частными лицами импортной продукции или поощрение, возложение обязанности или предоставление льгот на приобретение национальных товаров.

В настоящее время Директива № 70/50 прекратила свое действие. В этой связи особое место в вопросе толкования рассматриваемого понятия отведено практике Европейского Суда Правосудия.

Классическое определение мер эквивалентного воздействия содержится в решении Европейского Суда Правосудия по делу **«Прокурор Рои против Дассонвил» (1974 г.)**. Согласно данному судебному акту «любые торговые правила, препятствующие прямо или косвенно, реально или потенциально внутрикоммунитарной торговле, следует рассматривать как меры, обладающие действием, эквивалентным количественным ограничениям»¹. Из приведенного определения хорошо видно, что Европейский Суд Правосудия, акцентируя внимание на эффекте от меры, воздействующей (или потенциально воздействующей) на торговлю, не придает значение тем целям, которые преследует эта мера.

Для соответствующей квалификации той или иной меры нет необходимости доказывать, что она фактически ограничивает свободное перемещение товаров, достаточно лишь показать, что она способна вызвать такие последствия. Это означает,

¹ Case 8/74, *Procureur du Roi v Dassonville* [1974] E.C.R. 837 (перевод автора).

что статистические данные, в частности, сведения о количестве импортированных или экспортированных товаров, являющихся объектом регулирования рассматриваемой меры, не имеют никакого значения для этих целей. Например, даже в том случае, если с момента принятия меры объем импорта или экспорта вырос; возможно, в отсутствие данной меры он увеличился бы больше.

Таким образом, для квалификации меры как меры эквивалентного воздействия необходимо, чтобы дискриминационный характер носил фактический или потенциальный результат применения этой меры, при этом цель ее принятия не имеет значения.

Основной принцип, заложенный в вышеуказанном решении, нашел подтверждение в последующей практике Европейского Суда Правосудия. Отступления от него носят незначительный характер и сводятся к тому, что в настоящее время Европейский Суд Правосудия чаще всего не употребляет термин «торговые правила», а вместо термина «внутрикоммунитарная торговля» использует термин «импорт между государствами-членами»¹.

Под **мерами** для целей статей 28 и 29 Договора ЕС следует понимать законы, регламенты, административные положения, административную практику и любые инструменты, используемые публичными властями, включая рекомендации. Они могут быть в равной степени приняты органами законодательной, исполнительной и судебной власти.

Нормативный правовой акт может рассматриваться как мера даже в том случае, если он не применяется или не вступил в силу. Это объясняется тем, что такой акт может породить определенное замешательство на рынке со стороны хозяйствующих субъектов или даже отпугнуть их². Как постановил Евро-

¹ См., например: Cases C-368/95 *Vereinigte Familienpress v Heinrich Bauer Verlag* [1997] E.C.R. I-3689, para. 7; C-67/97 *Bluhme* [1998] E.C.R. I-8033, para. 18; 4/75 *Rewe-Zentralfinanz v Landwirtschaftskammer* [1975] E.C.R. 843 at 858.

² См.: Cases 173/83 *Commission v France (waste oils)* [1985] E.C.R. 491 at 495; 167/73 *Commission v France (merchant navy)* [1974] E.C.R. 359; 159/78 *Commission v Italy (customs agents)* [1979] E.C.R. 3247; C-80/92 *Commission v Belgium (radio communications equipment)* [1994] E.C.R. I-1019.

пейский Суд Правосудия в деле «**Комиссия против Греции** (кредит на сельскохозяйственную технику)» (1985 г.), любой государственный акт, который создает «неоднозначную и неопределенную ситуацию» в ущерб импорту, может составлять нарушение статьи 28 Договора ЕС¹.

С другой стороны, мера нормативного характера, которая формально не была принята, может свидетельствовать о нарушении статей 28 и 29 Договора ЕС, если она применяется на практике. Более того, импортер может воздержаться от ввоза определенных категорий товаров в том случае, если ему станет известно, что их продажа на территории данного государства члена будет в скором времени запрещена. Иными словами, даже не принятый законопроект, не применяемый на практике, может нарушать статьи 28 и 29 Договора ЕС, по крайней мере, в тех случаях, когда государство-член использует его, с тем чтобы воспрепятствовать импорту определенных товаров.

Другие виды актов государства, не являющиеся нормативными по своей природе, также могут рассматриваться как меры для целей статьями 28 и 29 Договора ЕС. К числу таких актов можно отнести финансирование государством-членом той или иной программы или проекта либо предоставление целевого займа (например, предоставление займа на приобретение машины при условии, что приобретаемая машина является машиной национального производства)².

Впоследствии доктрина и судебная практика ЕС разработали понятие, наиболее часто формулируемое как различие между дискриминационными нормами в отношении импортируемых или экспортируемых товаров по отношению к национальным товарам, и нормами, применяемыми в любом случае как к национальным, так и импортируемым товарам.

Хотя интерпретация Комиссии кажется более благоприятной, чтобы ограничить случаи правомочности национальных

¹ Case 192/84 *Commission v Greece* (credit for agricultural machinery) [1985] E.C.R. 3967; [1988] 1 C.M.L.R. 420.

² См.: Case 192/84 *Commission v Greece* (credit for agricultural machinery) [1985] E.C.R. 3967; [1988] 1 C.M.L.R. 420.

мер, применяемых в любом случае, Европейский Суд Правосудия принял вместо этого более жесткое положение: см. историческое постановление, касающееся *Cassis de Dijon* (C-120/78), **согласно которому спорные меры должны всегда рассматриваться как противодействующие свободному перемещению товаров.** Подобные решения составляют отправную точку для утверждения *принципа взаимного признания норм, не согласованных государствами-членами ЕС, в области производства и торговли товарами.*

Принцип предполагает, что в отсутствие норматива согласованности Сообществом возможные препятствия технического характера, имеющиеся в национальных нормах, которые мешают производству и/или торговле товарами, являются приемлемыми, только если они служат для удовлетворения императивных требований, таких как действенность проверок налогового характера, защита здоровья, благонадежность коммерческих сделок и защита прав потребителей. Среди наиболее распространенных допущений для мер эквивалентного характера включены те, которые осложняют параллельный импорт, называемый так потому, что он происходит параллельно текущей торговле, осуществляемой эксклюзивным дистрибьютором в определенном государстве; те, которые касаются обязательного наличия маркировки и товарного знака изготовителя, те, которые предоставляют обеспечения или депозиты импортеру, запреты на убыточную перепродажу, обязательства, накладываемые профессиональными нормами, и обязательства представлять лицензии или сертификаты.

3. Ограничения свободного перемещения товаров, обусловленные существованием государственных монополий

В Договоре ЕС содержится специальное предписание, статья 31 (бывш. ст. 37), направленное на устранение ограничений свободному перемещению товаров, обусловленных существованием государственных монополий. В статье 31 Договора ЕС зафиксировано: «Государства-члены будут перестраивать

национальные монополии, носящие коммерческий характер, таким образом, чтобы устранить всякую дискриминацию между гражданами государств-членов в отношении условий поставок и сбыта товаров».

Это предписание применяется к «любому учреждению, посредством которого государство – член ЕС, де-юре и де-факто, прямо или косвенно, контролирует, направляет или значительно влияет на импорт и экспорт между государствами – членами ЕС. Такие предписания будут применяться равным образом к монополиям, отчужденным государством третьим сторонам» (ст. 31.1, 2^о параграф).

Европейский Суд Правосудия уточнил, что в результате это предписание применимо только к монополиям, относящимся к торговле товарами, не включая монополии по производству товаров, ни монополии, относящиеся к предоставлению услуг (сравните Постановление Sacchi, C-155/73). Статья 31 Договора ЕС не обязывает к абсолютному устранению монополий, но требует, чтобы государства – члены ЕС привели в соответствие национальные монополии, имеющие коммерческий характер, таким образом, чтобы было обеспечено полное исключение всяческой дискриминации между гражданами государств – членов ЕС в отношении условий поставок и сбыта товаров.

4. Исключения в отношении запрета ограничений свободного перемещения товаров

Принцип свободного перемещения товаров не носит абсолютный характер. Согласно статье 30 Договора ЕС данный принцип не исключает запрещений или ограничений, оправданных соображениями:

- **общественной морали;**
- **публичного порядка и государственной безопасности;**
- **защиты здоровья и жизни людей и животных или сохранения растений;**
- **защиты национальных богатств, имеющих художественную, историческую или археологическую ценность;**
- **защиты промышленной и коммерческой собственности.**

Однако такие запрещения или ограничения не должны являться средством произвольной дискриминации или замаскированного ограничения в торговле между государствами-членами. Раскрывая значение статьи 30 Договора ЕС, Европейский Суд Правосудия постановил, что данная правовая норма «является отступлением от общего правила, согласно которому все препятствия для свободного перемещения товаров между государствами-членами должны быть устранены, и ее следует толковать ограничительно»¹. Тот факт, что статья 30 Договора ЕС устанавливает исключения из фундаментального принципа права Европейского Союза, предполагает, что национальные меры, принимаемые на основании нее, могут ограничивать торговлю только постольку, поскольку это необходимо для достижения легитимных и оправданных целей этих мер².

Действие статьи 30 Договора ЕС не зависит от вида и характера конкретного запрещения или ограничения. Данная правовая норма одинаково применяется в отношении количественных ограничений и мер эквивалентного воздействия, мер прямого и косвенного воздействия, импортных и экспортных ограничений.

По общему правилу бремя доказывания противоправности меры лежит на стороне, которая оспаривает данную меру. Аналогичным образом распределяется бремя доказывания оправданности меры. Поскольку статья 30 Договора ЕС является отступлением от фундаментального принципа права Европейского Союза, национальные власти, апеллирующие к данной правовой норме, несут бремя доказывания того, что оспариваемая мера является оправданной³. При этом следует отметить, что бремя доказывания несут не только государства-члены, но и любые другие лица, которые используют статью 30 Договора ЕС в целях обоснования своей правовой позиции.

¹ Case 46/76 *Bauhuis v Netherlands* [1977] E.C.R. 5.

² См.: Cases 104/75 *de Peijper* [1976] E.C.R. 613; [1976] 2 C.M.L.R. 271; 73-74/63 *Handelsvereniging Rotterdam v Minister van Landbouw* [1964] E.C.R. 1; [1964] C.M.L.R. 198.

³ См.: Case C-251/78 *Denkavit Futtermittel v Minister of Agriculture* [1979] E.C.R. 3369; [1980] 3 C.M.L.R. 513.

Исходя из статьи 30 Договора ЕС, можно выделить два основных условия, при выполнении которых национальная мера, ограничивающая торговлю, считается допустимой.

Во-первых, цели принятия национальной меры должны соответствовать одному из оправдывающих обстоятельств, перечисленных в первом предложении статьи 30 Договора ЕС.

Во-вторых, национальная мера не должна являться средством произвольной дискриминации или замаскированного ограничения в торговле между государствами-членами и должна быть пропорциональной.

«Оправдывающие обстоятельства» – обстоятельства, допускающие запрет свободного ограничения товаров

Впервые применив статью 30 Договора ЕС в деле «Комиссия против Италии» (1961 г.), Европейский Суд Правосудия постановил, что данная правовая норма «регулирует случаи неэкономического характера»¹. По мнению автора, данный вывод Европейского Суда Правосудия имеет принципиальное значение. Если бы сфера применения статьи 30 Договора ЕС охватывала случаи, когда введение тех или иных мер объективно обусловлено экономическими причинами, то действие принципа сводного перемещения товаров было бы сведено к нулю. Именно экономические причины во многом определяют политику любого современного государства, и, как следствие, большинство мер, принимаемых государством, так или иначе связано с экономикой.

В дальнейшем Европейский Суд Правосудия неоднократно конкретизировал правило, установленное в деле «Комиссия против Италии». В деле «Комиссия против Ирландии» Суд постановил, что на основании статьи 30 Договора ЕС не могут быть признаны оправданными меры, направленные на повышение занятости, стимулирование инвестиционной деятельности, снижение инфляции и контролирование платежного баланса².

¹ Case 10/61 *Commission v Italy* [1961] E.C.R. 1761; [1962] C.M.L.R. 39.

² См., например: Cases 95/81 *Commission v Italy (import deposits)* [1982] E.C.R. 2187; 288/83 *Commission v Ireland (Cyprus potatoes)* [1985] E.C.R. 1761; [1985] 3 C.M.L.R. 152; C-324/93 *R. v Secretary of State for the Home Department, Ex p. Evans Medical* [1995] E.C.R. I-563; C-265/95 *Commission v France* [1997] E.C.R. I-6959; C-120/95 *Decker v Caisse de maladie des em-*

В деле «Сандоз» (1983г.) Европейский Суд Правосудия пришел к выводу, что ни при каких обстоятельствах не могут быть признаны оправданными действия государства-члена, которое отказалось санкционировать продажу товара только на том основании, что у этого товара нет рынка сбыта на территории данного государства¹. Согласно решению Европейского Суда Правосудия по другому делу оправданность меры не может быть обоснована желанием государства сохранить то или иное предприятие².

В деле «Кампус Ойл против Министра промышленности и энергетики» (1984 г.) Ирландия аргументировала свою позицию тем, что принятые ею меры были направлены на обеспечение минимальных поставок нефтепродуктов в условиях сложившегося экономического кризиса. Несмотря на то, что Ирландия не имела собственных нефтяных месторождений, национальные власти обязали импортеров нефтепродуктов приобретать определенную часть необходимых им товаров на единственном нефтеперерабатывающем заводе, по-прежнему действовавшем на территории Ирландии. Очевидно, что помимо названной задачи Ирландия также ставила перед собой цель сохранить это предприятие, что, в свою очередь, подчеркивало экономическую направленность принятой меры. Обе задачи носили взаимосвязанный характер и их нельзя было рассматривать по отдельности.

Хотя статья 30 Договора ЕС «касается вопросов неэкономической природы», Европейский Суд Правосудия постановил: «В свете серьезности последствий, которые срыв поставок нефтепродуктов может означать для жизнедеятельности страны, цель обеспечения минимальной поставки нефтепродуктов всегда следует рассматривать как выходящую за пределы чисто

ployés privés [1998] E.C.R. I-1831; C-203/96 *Chemische Afvalstoffen Dusseldorp v Minister van Milieubeheer* [1998] E.C.R. I-4075; C-254/98 *TK-Heimdienst Sass GmbH* [2000] E.C.R I-151.

¹ Case 174/82 *Sandoz* [1983] E.C.R. 2445; [1984] 3 C.M.L.R. 43.

² Case C-324/93 *R. v Secretary of State for the Home Department, Ex p. Evans Medical* [1995] E.C.R. I-563.

экономических вопросов и, следовательно, признавать ее целью, отвечающей концепции публичной безопасности»¹.

Приведенное решение Суда ЕС не означает, что мера считается оправданной во всех тех случаях, когда в основе ее принятия лежат как экономические соображения, так и соображения, перечисленные в диспозиции статьи 30 Договора ЕС. Мера не может быть признана оправданной, если экономические мотивы преобладают среди причин ее принятия. Кроме того, наличие таких мотивов в любом случае создает презумпцию неоправданности меры.

Практика Европейского Суда Правосудия показывает, что в некоторых случаях государства-члены могут устанавливать отдельные ограничения, с тем чтобы не допустить использование импортных операций в валютно-спекулятивных целях или в целях уклонения от уплаты налогов.

Например, в деле «Комиссия против Италии» (1982 г.) ответчик настаивал на том, что национальное законодательство, которое ставило возможность осуществления авансового платежа в зависимость от депонирования соответствующей денежной суммы, являлось оправданным с точки зрения предотвращения валютных спекуляций. Хотя Европейский Суд Правосудия не принял этот аргумент, он согласился с тем, что «государства-члены обладают свободой в использовании любых средств для обеспечения того, чтобы платежи, осуществляемые за границей, относились только к реальным сделкам, при условии, что такие средства не препятствуют внутрикоммунитарной торговле»².

В деле «Комиссия против Греции» (1986 г.) Европейский Суд Правосудия несколько модернизировал предыдущее утверждение. Ответчик заявил, что запрет на импорт определенной мясной вырезки был введен им для предотвращения незаконного вывоза капиталов, и в этой связи он должен быть признан оправданным. Европейский Суд Правосудия отклонил этот довод на том основании, что «меры, которые, как и в данном случае, препятствуют внутрикоммунитарной торговле больше,

¹ Case 72/83 *Campus Oil v Minister for Industry and Energy* [1984] E.C.R. 2727; [1984] 3 C.M.L.R. 544 .

² Case 95/81 *Commission v Italy (import deposits)* [1982] E.C.R. 2187.

что это необходимо, не могут быть отнесены к полномочию, которым государства-члены по-прежнему обладают в области контроля над переводами иностранной валюты»¹. В отличие от решения по делу «Комиссия против Италии», последнее утверждение предполагает, что даже те меры, которые ограничивают внутрикоммунитарную торговлю, могут быть признаны оправданными, если они направлены на предотвращение незаконных валютных операций или налоговых правонарушений.

Вывод, изложенный в предыдущем абзаце, в полной мере соответствует статье 58 Договора ЕС, согласно которой государства-члены вправе принимать все необходимые меры по предотвращению нарушений национального законодательства и правил в области налогообложения и разумного контроля над деятельностью финансовых организаций; или устанавливать процедуры декларирования движений капитала для административных или статистических целей; или принимать меры, оправданные с точки зрения публичного порядка и общественной безопасности.

В соответствии с решением Европейского Суда Правосудия по делу «Бордесса» (1995 г.) данная правовая норма может применяться по аналогии к свободному перемещению товаров². Например, государство-член вправе обязать лицо задекларировать большое количество банкнот или монет, экспортируемых им, даже если эти банкноты или монеты предназначены исключительно для оплаты импортируемой продукции. Однако следует отметить, что оправданность подобной меры не носит чисто экономический характер. Такая мера считается допустимой в силу одного из общепризнанных оправдывающих обстоятельств (в частности, охрана публичного порядка и общественной безопасности, предотвращение налоговых правонарушений), и в этом смысле не является исключением из правила, установленного Европейским Судом Правосудия в деле «Комиссия против Италии» (1961 г.).

¹ Case 124/85 *Commission v Greece* [1986] E.C.R. 3935; [1988] 2 C.M.L.R. 518.

² Case C-358/93 *Bordessa* [1995] E.C.R. I-361. См. также Jarvis M., *Free Movement of Capital Comes of Age* // E.L.Rev., 1995. P. 514.

Первые четыре обстоятельства, перечисленные в статье 30 Договора ЕС и оправдывающие ограничения свободного перемещения товаров в Европейском Союзе, по существу являются аналогичными тем, которые применяются к свободному перемещению трудящихся, свободе учреждения и свободе предоставления услуг (ст. 39(3), 46(1) и 55 Договора ЕС соответственно)¹. Как следствие, в большинстве случаев совпадает то содержание, которое вкладывается в эти термины указанными положениями Римского договора. Немногочисленные исключения обусловлены естественными различиями, которые существуют между перемещением товаров, услуг и лиц, о которых автор говорил в первом параграфе первой главы настоящей работы. Кроме того, поскольку перечень оправдывающих обстоятельств, приведенный в статье 30 Договора ЕС, носит наиболее развернутый характер, термины, используемые в этой статье, подлежат более узкому толкованию, нежели в остальных статьях Римского договора.

Дело «Синетек против Национальной федерации французских фильмов» (1985 г.), пожалуй, единственное, в котором Европейский Суд Правосудия признал оправданной национальную меру, ограничивающую свободное перемещение товаров, безотносительно к конкретному основанию, предусмотренному в статье 30 Договора ЕС.

В деле «Комиссия против Франции» (1988 г.) государство-ответчик настаивало на том, что введенный им запрет на продажу заменителей сухого молока должен быть признан оправданным с учетом избыточности этой продукции на коммунарном рынке. Франция заявила, что разрешение на продажу заменителей подорвет общую сельскохозяйственную политику Европейского Союза. Европейский Суд Правосудия отклонил этот довод и постановил, что даже если национальная мера содействует общей сельскохозяйственной политике, она не может вступать в противоречие с фундаментальными принципами

¹ См.: *Oliver P. Goods and Services: Two Freedoms Compared* (in *Mélanges en hommage à Michel Waelbroeck*). – 1999. – P. 1400.

права Европейского Союза, такими, как свободное перемещение товаров, за исключением случаев, когда она является оправданной с точки зрения статьи 30 Договора ЕС¹.

Предыдущий абзац свидетельствует о том, что, мера, ограничивающая внутрикоммунитарную торговлю, может быть признана допустимой исключительно на основании оправдывающих обстоятельств, прямо выраженных в статье 30 Договора ЕС, или с учетом обязательных требований, о которых речь пойдет ниже. Другие обстоятельства не являются факторами, которые оправдывают меру. Мера не может быть признана оправданной, даже если она обеспечивает выполнение других положений Римского договора.

«Обязательные требования» – это обстоятельства, допускающие запрет свободного передвижения товаров. Как уже отмечалось, в деле «Cassis de Dijon», а также ряде последующих дел Европейский Суд Правосудия ввел понятие «обязательные требования» в дополнение к оправдывающим обстоятельствам, перечисленным в статье 30 Договора ЕС². По причинам, которые будут изложены ниже, автор считает целесообразным рассматривать «обязательные требования» в контексте статьи 30 Договора ЕС, в то время как в соответствии с традиционным подходом Европейского Суда Правосудия их следует относить исключительно к статье 28 Договора ЕС.

В настоящее время **«обязательными требованиями»** официально признаны: предотвращение уклонения от уплаты налогов, защита прав потребителя, предупреждение недобросовестной конкуренции, защита окружающей среды, улучшение условий труда, поддержание многообразия прессы, сохранение финансовой стабильности системы социального обеспечения и защита национальных и местных культурных ценностей. Приведенный перечень «обязательных требований» не является исчерпывающим.

¹ Case 216/84 *Commission v France* [1988] E.C.R. 793 / Перевод автора. См. также Cases 76/86 *Commission v Germany* [1989] E.C.R. 1021; 407/85 *Drei Glocken v USL* [1988] E.C.R. 4233; 90/86 *Zoni* [1988] E.C.R. 4285.

² Case 120/78 *Rewe-Zentral v Bundesmonopolverwaltung für Branntwein* [1979] E.C.R. 649; [1979] 3 C.M.L.R. 494.

Термин «обязательные требования» не является единственным термином, который объединяет все вышеперечисленные понятия. Помимо этого Европейский Суд Правосудия неоднократно употреблял такие громоздкие термины, как «**основополагающие требования особой общественной значимости**»¹, а также «**основополагающие требования, оправдывающие ограничение свободного перемещения товаров**»².

Введя понятие «**обязательные требования**» в деле «Cassis de Dijon», Европейский Суд Правосудия не разрешил, по крайней мере, один принципиальный вопрос. Европейский Суд Правосудия не определил, какая взаимосвязь существует между «обязательными требованиями» и статьи 30 Договора ЕС, которая вообще не была упомянута в судебном акте. По этому поводу в юридической литературе сформировались два противоположных подхода.

Согласно первому подходу «обязательные требования» должны приниматься во внимание исключительно в контексте статьи 28 Договора ЕС. Более того, только меры косвенного воздействия могут быть признаны оправданными с учетом «обязательных требований», тогда как оправданность мер прямого воздействия оценивается исключительно исходя из обстоятельств, прямо выраженных в статье 30 Договора ЕС. Иными словами, в соответствии с этим подходом меры косвенного воздействия находятся в более благоприятном положении, нежели меры прямого воздействия, поскольку перечень оснований, в силу которых меры косвенного воздействия могут быть признаны оправданными, существенно расширен по сравнению с аналогичными основаниями, применяемыми в отношении мер прямого воздействия³.

¹ Case C-34/95 *Konsumentenombudsmannen v De Agostini* [1997] E.C.R. I-3843, para 46.

² Case C-368/95 *Vereinigte Familienpress v Heinrich Bauer Verlag* [1997] E.C.R. I-3689, para 18.

³ См.: *Ahlfeld M.* Zwingende Erfordernisse im Sinne der Cassis-Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zu Art. 30 EGV. – Baden-Baden, 1997; *Hatzopoulos V.* Exigences essentielles, impératives ou impérieuses: une théorie, des théories, ou pas de théorie du tout? // R.T.D.E. – 1998. – P. 191; *Mattera A.* Le marché unique européen – Ses règles, son fonctionnement. –

Согласно второму подходу «обязательные требования» дополняют перечень оснований, оправдывающих ограничительные меры, который установлен в статье 30 Договора ЕС. Сторонники этого подхода полагают, что при оценке оправданности меры в контексте «обязательных требований» следует использовать те же правила, которые применяются в случае с оправдывающими обстоятельствами, прямо перечисленными в статье 30 Договора ЕС¹.

Автору представляется достаточно очевидным тот факт, что принципы применения «обязательных требований» совпадают с теми принципами, в соответствии с которыми применяются оправдывающие обстоятельства, установленные в статье 30 Договора ЕС. Как подчеркнул генеральный адвокат ван Гервен, «условия, обуславливающие применимость доктрины «Cassis de Dijon» и Статьи [30], являются идентичными (отсутствие гармонизации, анализ критериев необходимости и пропорциональности, запрет произвольной дискриминации и замаскированного ограничения торговли)»².

В последнее время появился еще один фактор, который наглядно демонстрирует преимущества второго подхода. Позиция Европейского Суда Правосудия в отношении четырех свобод, провозглашенных в Европейском Союзе, приобретает все более унифицированный характер. Однако процесс унификации выявляет некоторую несогласованность первого подхода. Дело в том, что число оправдывающих обстоятельств, установлен-

Paris: Jupiter, 1990. – P. 274; *VerLoren van Themaat P.* La libre circulation des marchandises après l'arrêt 'Cassis di Dijon' // C.D.E. – 1982. – P. 123.

¹ См.: *Barnard C.* Fitting the remaining pieces into the goods and persons jigsaw? // E.L.Rev. – 2001. – № 26. – P. 35-54; *Masclat J.-C.* Les articles 30, 36 et 100 du traité CEE à la lumière de l'arrêt 'Cassis de Dijon' // R.T.D.E. – 1980. – P. 64; *Roth W.-H.* Diskriminierende Regelungen des Warenverkehrs und Rechtfertigung durch die 'zwingende Erfordernisse' des Allgemeininteresses // W.R.P. – 2000. – P. 979; *von Wilmovsky.* Waste Disposal in the Internal Market: the State of Play after the ECJ's Rulling on the Walloon Import Ban // C.M.L.Rev. – 1993. – № 30. – P. 541; *Weiler J.* The Constitution of the Market Place in Craig and de Búrca, *The Evolution of EU Law.* – Oxford, 1999. – P. 366.

² Cases C-1 and 176/90 *Aragonesa de Publicidad v Departamento de Sanidad* [1991] E.C.R. I-4151 at 4177.

ных в статье 30 Договора ЕС, значительно больше, нежели в аналогичных положениях Договора ЕС, посвященных регулированию свободы перемещения лиц, услуг и капиталов.

Например, защита промышленной и коммерческой собственности прямо определена в статье 30 Договора ЕС в качестве обстоятельства, в силу которого мера может быть признана оправданной, тогда как по смыслу статьи 46(1) Римского договора данное обстоятельство следует рассматривать как «обязательное требование»¹. Вместе с тем, первый подход по-разному определяет сферу применения оправдывающих обстоятельств, с одной стороны, и «обязательных требований» – с другой. И в этом смысле первый подход препятствует формированию единой концепции в вопросе допустимости отдельно взятых мер с точки зрения различных свобод, которые они ограничивают и нарушают. Автор полагает, что использование второго подхода решает указанную проблему, поскольку все «обязательные требования» рассматриваются наравне с оправдывающими обстоятельствами, прямо выраженными в соответствующих положениях Римского договора, и применение обеих категорий подчинено единым принципам и правилам.

С учетом обстоятельств, перечисленных в трех предыдущих абзацах, второй подход представляется автору более разумным и предпочтительным. В то же время нельзя не отметить, что такой подход не совпадает с позицией Европейского Суда Правосудия по этому вопросу, который традиционно придерживается первого подхода.

Пожалуй, наиболее показательным в этом смысле является решение Европейского Суда Правосудия по делу «Комиссия против Бельгии» (уничтожение отходов) (1992 г.).

Формально Европейский Суд Правосудия ни разу не пересматривал свою позицию относительно возможности применения «обязательных требований» к мерам прямого воздействия. Тем не менее в ряде судебных решений Европейский Суд Правосудия исследовал такие меры на предмет их соответствия

¹ Case 62/79 *Coditel v Ciné Vog* [1980] E.C.R. 833. См. Также: *P. Oliver, Goods and Services: Two Freedoms Compared* (in *Mélanges en hommage à Michel Waelbroeck*). – 1999. – P. 1403.

«обязательным требованиям» и даже признавал их оправданными в соответствии с этими требованиями.

Например, в деле «Омбудсмен по жалобам потребителей против Де Агостини» (1997 г.) Европейский Суд Правосудия рассматривал вопрос об оправданности полного запрета на телевизионную рекламу определенных товаров, который в большей степени затрагивал товары из других государств-членов, нежели национальные товары, с точки зрения защиты прав потребителей¹. Точно так же в другом деле Европейский Суд Правосудия соотносил положение люксембургского законодательства, обязывающее получать предварительное разрешение на покупку очков, произведенных в другом государстве-члене, и необходимость сохранения финансовой стабильности системы социального обеспечения². И, наконец, в деле «Ахер-Вагон» (1998 г.) Европейский Суд Правосудия признал оправданной дискриминационную меру, регулировавшую вопросы получения энергии из ветра, по мотиву защиты окружающей среды³.

¹ Case C-34/95 *Konsumentenombudsmannen v De Agostini* [1997] E.C.R. I-3843.

² Case C-120/95 *Decker v Caisse de maladie des employés privés* [1998] E.C.R. I-1831. См также Case C-158/96 *Kohll v Union des Caisses de Maladie* [1998] E.C.R. I-1931.

³ Case C-389/96 *Aher-Waggon* [1998] E.C.R. I-4473.

Раздел 3

АКЦИОНЕРНОЕ ПРАВО ЕВРОПЕЙСКОГО СОЮЗА

§ 1. Особенности права Европейского Союза, регулирующего деятельность акционерных обществ

По смыслу содержания второго абзаца статьи 58 Договора об учреждении Европейского экономического сообщества¹ акционерные общества (торговые компании) – это общества, созданные в соответствии с гражданским или торговым правом государства – участника ЕС, деятельность которых подчинена публичному и частному праву, за исключением тех юридических лиц, целью существования которых не является извлечение прибыли. Положительную роль для распространения деятельности торговых компаний сыграла Общая программа по отмене ограничений на свободу учреждения, которая сформулировала основные положения главных направлений развития наднациональной составляющей акционерного права ЕС.

Непосредственное регулирование деятельности торговых компаний на территории ЕС осуществляется посредством директив и регламентов. Значительное количество и разнообразие видов актов, регулирующих деятельность торговых компаний в ЕС, объясняется объективными обстоятельствами, среди которых следует особо отметить разнообразие подходов к регламентации правового статуса и функционирования торговых компа-

¹ В действующей редакции: второй абзац ст. 48 Договора об учреждении Европейского сообщества.

ний. Учитывая это обстоятельство, основным предназначением названных актов является гармонизация национального акционерного законодательства государств – членов ЕС.

Гармонизации регулирования деятельности акционерных обществ придаётся значение в силу потребности в едином для ЕС подходе к закреплению порядка их функционирования. Этот фактор, являясь по своей сути определяющим, обозначает ряд правовых вопросов и проблем, требующих своего разрешения. В частности, необходимо обеспечить законные права как акционеров общества, находящихся в разных государствах ЕС, так и его кредиторов. Эти задачи предполагают гармонизацию положений национального законодательства об учреждении акционерных обществ, формировании и изменении уставного капитала обществ.

Во-первых, важное значение имеет вопрос о прозрачности деятельности акционерных обществ в пределах ЕС. Поэтому учредительные документы акционерных обществ должны обеспечивать возможность заинтересованным лицам из всех стран-участниц получать представление об основных правовых и экономических характеристиках этих обществ, и в особенности иметь точные сведения о структуре и содержании уставного капитала. В нормах права ЕС установлен запрет на ненадлежащие распределения средств уставного капитала в пользу акционеров, ограничивающий тем самым возможность для самого общества приобретать собственные акции как непосредственно, так и при помощи других лиц.

Кроме того, акционерное право ЕС ставит перед собой еще одну задачу. При любых изменениях величины уставного капитала акционерного общества (увеличения или уменьшения) законодательство каждого из государств – членов ЕС должно обеспечивать равные права акционерам, имеющим одинаковый правовой статус, а также защиту интересов кредиторов общества по обязательствам, возникшим до принятия решения об уменьшении уставного капитала.

Во-вторых, вышеназванные аспекты должны учитываться как для акционерных обществ, так и для обществ с ограниченной ответственностью.

Прозрачность деятельности акционерных обществ подразумевает обязательность обнародования информации о тех должностных лицах общества, которым предоставлено право принимать решения от имени общества и создавать для него обязательства.

В-третьих, акционерное право ЕС, являясь по своему характеру наднациональным, признает необходимость своевременного информирования акционеров, а также владельцев облигаций и держателей иных ценных бумаг общества о предстоящих процедурах слияния обществ, с целью адекватной защиты их законных прав и интересов. Не менее важным считается обеспечение защиты прав работников при смене собственников предприятий¹.

Первая директива 68/151/ЕЭС закрепила курс на обеспечение прозрачности слияний акционерных обществ, обязав общества обеспечивать максимальную открытость всех действий по слиянию, с тем чтобы о них были в достаточной степени проинформированы все заинтересованные лица.

При установлении порядка слияний право ЕС следует принципу устранения недостатков, устанавливая предельные сроки, в течение которых возможно предъявление требований о признании слияния недействительным².

Директива 78/855/ЕЭС регламентирует лишь вопросы слияний акционерных обществ, а также некоторых приравненных к ним операций³. Положения о порядке разделения акционерных обществах содержат Директива 68/151/ЕЭС⁴, Директива 78/660/ЕЭС⁵ и Директива 78/855/ЕЭС.

Гарантии, предоставляемые заинтересованным лицам Директивой 78/855/ЕЭС в отношении слияний акционерных обществ, действуют и для случаев разделения.

¹ Директива 2001/23/ЕС Совета от 12 марта 2001 г. о сохранении прав работников в случае смены собственника предприятий, учреждений или частей предприятий или учреждений (JO L 82 du 22.3.2001, p.16).

² В буквальном переводе текста Директивы 78/855/ЕЭС: «принцип регуляризации».

³ JO L 295 du 20.10.1978, p. 36.

⁴ JO L 65 du 14.3.1968, p. 8.

⁵ JO L 222 du 14.8.1978, p. 11.

Таким образом, *в-четвертых*, право ЕС исходит из того, что при разделении также необходимо обеспечивать полноценную защиту прав и интересов акционеров, своевременное информирование их о предстоящем разделении.

Такие же, как и при слиянии обществ, правила действуют в отношении наемных работников обществ, участвующих в разделении, при смене собственника предприятий (Директива 77/187/ЕЭС).

Как и в случае слияния, при разделении акционерных обществ право ЕС исходит из того, что кредиторы общества, владельцы облигаций и иных ценных бумаг обществ, участвующих в разделении, нуждаются в защите, с тем чтобы избежать нанесения им ущерба при осуществлении разделения.

Как и для случаев слияния акционерных обществ, основания признания недействительными решений о разделении обществ ограничены закрытым перечнем. К ним тоже применяется принцип исправления недостатков и принцип установления предельного срока, истечение которого лишает возможности предъявить требование о недействительности произведенного разделения.

В-пятых, в праве ЕС особо выделен правовой статус обществ с ограниченной ответственностью – ему посвящена Четвертая Директива 78/660/ЕЭС¹. Акционерное право ЕС исходит из того, что такие общества предоставляют гарантии третьим лицам только в пределах суммы чистых активов, что требует особого подхода к регламентации их деятельности (ст. 2 (1) (f) Директивы 68/151/ЕЭС).

Принимая во внимание то, что пределы имущественной ответственности обществ с ограниченной ответственностью находятся в границах суммы их чистых активов, европейское акционерное право стремится минимизировать возможные риски для их контрагентов. В частности, нормативно определены требования к объему финансовой информации, которую должны раскрывать общества, конкурирующие друг с другом, поскольку таким образом обеспечивается здоровое функционирование рынка хозяйствующих субъектов.

¹ JO L 222 du 14.8.1978, p. 11.

Годовая отчетность обществ с ограниченной ответственностью должна достоверно и объективно отображать состояние активов и обязательств, а также общее финансовое состояние и финансовые показатели общества. Положениями Четвертой Директивы установлен обязательный формат баланса и отчета о прибылях и убытках общества и, кроме того, определена обязанность для общества по предоставлению пояснений к годовой отчетности. Надо отметить, что определенная названной директивой форма отчетности отличается сравнительной простотой в сопоставлении с финансовой отчетностью акционерных обществ. Такой подход к финансовой отчетности обществ с ограниченной ответственностью объясняется весьма просто: оборот финансовых средств обществ с ограниченной ответственностью более скромнее по сравнению с оборотом акционерных обществ.

Годовую отчетность обществ с ограниченной ответственностью должны заверять имеющие лицензию аудиторы. Упрощение финансовой отчетности допускается лишь для малых и средних предприятий (обществ). Кроме того, такие предприятия (общества) могут быть освобождены от обязанности проходить аудиторскую проверку.

В праве ЕС не обойдены вниманием случаи, когда небольшие общества принадлежат к группе предприятий. В таких условиях общества обязываются публиковать отчетность, достоверно и объективно отражающую деятельность всей группы.

В-шестых, особая регламентация правового статуса и хозяйственной деятельности предусмотрена для обществ с ограниченной ответственностью с единственным участником¹. Деятельность малых и средних предприятий на территории ЕС регулируется утвержденной Советом Программой действий по поддержке малых и средних предприятий². Эта программа не устранила пока расхождений в законодательстве государств – членов ЕС в отношении обществ с ограниченной ответственностью с единственным участником.

Двенадцатая Директива Совета Европейских Сообществ №89/667/ЕЭС от 21 декабря 1989 г.³ стала актом, обеспечившим

¹ Journal officiel des Communautés européennes. L 395 du 30.12.1989, p. 40.

² JO C 287 du 14.11.1986, p. 1.

³ L 395 du 30.12.1989, p. 40.

возможность ограничения ответственности индивидуального предпринимателя на территории всего ЕС, гармонизировав тем самым подходы правовых порядков стран – участниц ЕС, которые в исключительных случаях возлагают ответственность на такого предпринимателя по обязательствам предприятия. В этой области право ЕС допускает учреждение общества с ограниченной ответственностью единственным участником, а также объединение всех долей общества в одних руках. Гармонизация положений, относящихся к сфере правового регулирования групп компаний в странах-участницах, пока не завершена¹, национальный законодатель имеет право предусматривать специальные положения или устанавливать санкции в случаях, когда физическое лицо выступает единственным участником нескольких хозяйственных обществ либо когда единоличное общество или иное юридическое лицо является единственным участником общества². Однако предоставленное государствам – членам ЕС право должно иметь перед собой только одну цель: учет специфических особенностей, имеющих в настоящее время в ряде государств – членов ЕС, и установление ограничений на использование формы единоличного общества или неограниченную ответственность единственного участника.

Кроме того, государства – члены ЕС свободны в установлении правил, обеспечивающих гарантии против рисков, которые создает единоличное общество с единственным участником. Такие правила, например, предусматривают обеспечение оплаты подписного капитала общества с единственным участником.

Сведения об обществе с ограниченной ответственностью с единственным участником, а также определенные персональные данные такого участника подлежат опубликованию в реестре, доступном для обозрения всеми заинтересованными лицами. В этом же ряду находится обязанность, заключающаяся

¹ Речь идет о Директиве, устанавливающей «право групп» (*droit des groups*). До сих пор не принята Девятая Директива Совета Европейских Сообществ, проект которой разработан для регулирования отношений с их участием.

² Понятие «единоличное общество» (*societe unipersonnelle*) – сокращенное наименование общества с единственным участником.

в том, что все решения, принимаемые единственным участником по вопросам, отнесенным к компетенции общего собрания, должны быть оформлены в письменном виде. Любые договоры, заключаемые между единственным участником и представляемым им обществом, в той мере, в какой эти договоры не относятся к заключаемым в обычных условиях сделкам, также должны облекаться в письменную форму.

В-седьмых, акционерное право ЕС содержит положения, обязывающие акционерные общества обнародовать информацию о своих филиалах, созданных в другом государстве – участнике ЕС и подчиняющихся праву государства расположения.

Столь тщательный контроль за финансовыми показателями деятельности акционерных обществ и их территориальных обособленных подразделений ЕС объясняется довольно просто. До принятия Одиннадцатой Директивы Совета 89/666/ЕЭС от 21 декабря 1989 г. финансовая отчетность обществ, основанных на объединении капиталов, регулировалась нормативными актами, не распространяющимися на обособленные территориальные подразделения. Первая Директива 68/151/ЕЭС, регламентирующая вопросы обнародования информации о деятельности общества¹, была дополнена и изменена Актом о присоединении 1985 г. Дальнейшая координация вопросов бухгалтерского учета в акционерных обществах была продолжена принятием Четвертой Директивы 78/660/ЕЭС² о ежегодной бухгалтерской отчетности обществ, которая была изменена тем же Актом о присоединении 1985 г. Седьмая Директива 83/349/ЕЭС³ с учетом изменений и дополнений, внесенных Актом о присоединении 1985 г., распространила свое действие на вопросы консолидированной бухгалтерской отчетности акционерных обществ. Восьмая Директива 84/253/ЕЭС⁴ закрепляла перечень лиц, уполномоченных осуществлять официальную проверку бухгалтерских документов в акционерных обществах, и обязательных требований к ним.

¹ JO L 65 du 14.3.1968, p. 8.

² JO L 222 du 14.8.1978, p. 11.

³ JO L 193 du 18.7.1983, p. 1.

⁴ JO L 126 du 12.5.1984, p. 20.

Во внимание принято, что перечисленные директивы не затрагивают вопросов бухгалтерской отчетности обособленных территориальных подразделений (филиалов). Учитывая, что создание филиала, равно как и учреждение дочернего предприятия, является одной из свобод, предоставленных для любого акционерного общества, желающего реализовывать свое право учреждения в другом государстве-члене¹, оставить без регламентации и, соответственно, законодательного контроля финансовую документацию обособленных подразделений было бы неразумно. Устранить этот пробел была призвана Одиннадцатая Директива Совета 89/666/ЕЭС Совета от 21 декабря 1989 г.

Ее положения исходили из того, что отсутствие единообразия в требованиях к филиалам, в частности, по вопросам раскрытия информации, влечет за собой существенные расхождения в контексте защиты участников и третьих лиц применительно к тем акционерным обществам, которые осуществляют свою деятельность в других государствах – участниках ЕС посредством создания филиалов, а также обществам, которые действуют за пределами домицилия путем учреждения дочерних предприятий. Одиннадцатая Директива устранила проблемы, порождаемые различиями правопорядков государств – участников ЕС в области обнародования информации о деятельности филиалов и других обособленных акционерных обществ.

Кроме решения упомянутых задач Одиннадцатая Директива обеспечила защиту лиц, которые через филиал вступают в правоотношения с самим акционерным обществом. Она закрепила требование раскрытия информации об обособленных подразделениях акционерного общества в тех странах – участницах ЕС, где они располагаются. Необходимость обеспечения защиты лиц, вступающих в правоотношения с обособленными подразделениями общества, вызвана также тем, что в некоторых

¹ Право учреждения – понятие, тождественное термину «свобода учреждения». Свобода учреждения – это право граждан и обществ любого государства-участника ЕС осуществлять самостоятельную хозяйственную деятельность на территории любой страны-участницы ЕС, включая возможность создания филиалов, представительств, а также новых юридических лиц.

аспектах экономическое и социальное влияние обособленного подразделения общества (филиала) может быть сопоставимо с влиянием дочернего предприятия, что непосредственно предопределяет заинтересованность общественности в обнародовании информации об акционерном обществе в месте нахождения филиала. Само по себе обнародование информации о деятельности филиала акционерного общества в месте его нахождения не может быть осуществлено в отрыве от информации о деятельности основного общества, поэтому при организации обнародования производится отсылка к процедуре, уже действующей в ЕС для хозяйственных обществ, основанных на объединении капиталов. Обнародование информации должно затрагивать не только финансовые показатели хозяйственной деятельности акционерного общества, но также и основополагающих нормативных документов с учетом произведенных изменений и дополнений.

Одиннадцатая Директива также определила объем информации, предназначенной к публикации. Предлагаемые к обнародованию сведения должны указывать соответствующее наименование, организационно-правовую форму, порядок выпуска, процедуры несостоятельности, а также информацию, непосредственно относящуюся к филиалу. В дополнение к перечисленным сведениям публикуемая информация должна содержать отсылку к реестру акционерного общества, составной частью которого является филиал; в соответствии с действующими правилами ЕС вся информация об акционерных обществах находится в общедоступном реестре.

Директива 89/666/ЕЭС определяет, что национальные положения, устанавливающие обязанность по обнародованию бухгалтерских документов в отношении обособленных подразделений акционерного общества, не имеют силы после гармонизации национальных законодательств в отношении вопросов составления, проверки и публикации бухгалтерских документов акционерных обществ. Поэтому после вступления в силу названной директивы достаточно опубликовать в реестре филиала акционерного общества данные бухгалтерской отчетности в том виде, в каком они были проверены и обнародованы самим обществом.

После вступления в силу упомянутой директивы все официальные документы обособленных подразделений общества, а также используемые ими письма и бланки заказов должны содержать как минимум те же сведения, что и письма, и бланки заказов общества, а также сведения о реестре, в который включен филиал.

Немаловажным является установленная Одиннадцатой Директивой обязанность стран – участниц ЕС избегать дискриминации по признаку страны происхождения акционерных обществ. Действие документа распространяется также на филиалы акционерных обществ, подчиняющихся праву третьих стран, созданных в правовой форме, сопоставимой с формами обществ, закрепленных в Директиве 68/151/ЕЭС. Одиннадцатая Директива определила ряд положений, отличных от тех, которые применяются к филиалам обществ, подчиняющихся праву других стран-участниц, поскольку, например, положения Директивы 68/151/ЕЭС не применяются в отношении обществ, учрежденных в третьих странах.

Отметим, что Одиннадцатая Директива никак не затрагивает обязанность филиалов по публикации информации, которая существует у них в силу иных положений, например, о социальных обязательствах, о правах наемных работников на получение информации, о налоговых правах или же в статистических целях.

В-восьмых, необходимым компонентом предпринимательской деятельности в пределах ЕС является экономическое сотрудничество и интеграция обществ, основанных на объединении капиталов. Тем не менее такие общества испытывали значительные сложности, когда возникала необходимость трансграничного объединения капиталов. Разрешить комплекс связанных с ним проблем была призвана Директива 2005/56/ЕС Европейского Парламента и Совета от 26 октября 2005 г. о трансграничных слияниях хозяйственных обществ, основанных на объединении капиталов¹. Непосредственной целью данного документа явилось обеспечение завершенного характера и функционирования внутреннего рынка ЕС посредством облег-

¹ См.: Journal officiel de l'Union européenne L 310 du 25.11.2005, p. 1.

чения производства трансграничных слияний между различными обществами, основанными на объединении капиталов и подчиняющимися разным правовым порядкам.

Между тем, наднациональный характер директивы в значительной степени опирается на национальное законодательство государств – участников ЕС. В частности, положениями названной директивы устанавливается, что действующее законодательство государств – членов ЕС должно допускать трансграничное слияние своих обществ, основанных на объединении капиталов, с аналогичными обществами иного государства – члена ЕС. Это правило снабжено оговоркой о том, что оно подлежит применению только, если законодательство стран-участниц предусматривает осуществление слияний между такого рода обществами.

Национальное законодательство является тем правовым фундаментом, на которое опирается Директива 2005/56/ЕС в случае, когда обнаружатся пробелы в ее содержании. В частности, для облегчения производства трансграничных слияний, если иное не предусмотрено названной директивой, любое общество, участвующее в трансграничном слиянии, включая заинтересованные третьи лица, должно руководствоваться требованиями того национального законодательства, которое подлежало бы применению в случае национального слияния. Для национального законодательства государств – участников ЕС предусматриваются определенные требования для целей реализации положений Директивы 2005/56/ЕС. В частности, никакие условия и положения национального законодательства, которое непосредственно связано с названной директивой, не должны содержать ограничений на свободу учреждения или на беспрепятственное передвижение капиталов. Любые ограничения такого рода могут устанавливаться в случае подтверждения их судебной практикой Европейского Суда Правосудия.

Директива 2005/56/ЕС исходит из того, что необходимо установить минимальные требования к плану проведения трансграничного слияния. Эти требования к плану должны быть необходимыми и достаточными для соблюдения иных положений директивы. Наличие определенных обязательных требований к плану трансграничного слияния между акционерными

ми обществами не запрещает заинтересованным обществам самостоятельно определять иные элементы плана по обоюдному соглашению. Совместный план трансграничного слияния обществ должен быть одинаковым у каждого из заинтересованных в слиянии обществ, находящихся в разных государствах – членах ЕС. При осуществлении трансграничного слияния интересы участников обществ, участвующих в слиянии, а также интересы третьих лиц обеспечиваются положением, в соответствии с которым план трансграничного слияния, а также конкретные действия по его осуществлению подлежат опубликованию в соответствующем общедоступном реестре.

Национальное законодательство каждого из стран – участниц ЕС должно иметь положения, предусматривающие подготовку проекта трансграничного слияния для обществ с тем, чтобы, ограничив расходы на экспертизу по проведению трансграничного слияния и получив одобрение со стороны общего собрания каждого из обществ, данный проект стал юридической основой для его проведения.

Обеспечение законности и завершенности процедуры принятия решений по трансграничному слиянию обществ возлагается на компетентный национальный орган государства, под юрисдикцией которого находятся общества, участвующие в слиянии. Контроль за завершением и законностью трансграничного слияния должен проводиться национальным органом, уполномоченным осуществлять проверку в отношении акционерного общества, образовавшегося в результате слияния. В качестве уполномоченного органа может выступать суд, нотариус или иной орган, которому делегировано право осуществлять указанные действия. Завершением процедуры трансграничного слияния обществ считается день, определенный законодательством государства, под юрисдикцию которого подпадает общество, созданное в результате слияния.

Степень защиты интересов участников общества, а также заинтересованных третьих лиц дифференцируется в зависимости от того, является ли общество, возникшее в результате слияния, поглощающим или новым обществом. Положения Директивы 2005/56/ЕС определяют, что в интересах юридической безопасности запрещается признание трансграничного слияния

ничтожным после того, как оно было признано вступившим в законную силу.

Положения Директивы 2005/56/ЕС не вступают в противоречие с нормами Регламента ЕС №139/2004¹, а также с положениями национального законодательства государств – участниц ЕС. Положения упомянутой директивы не подвергают ревизии или пересмотру нормы права ЕС, регулирующие правоотношения с кредитными посредниками, и положения о финансовых учреждениях, равно как не воздействуют они и на соответствующие основы национальных правовых порядков государств – участников ЕС.

Пункт 11 преамбулы Директивы 2005/56/ЕС гласит: «Настоящая Директива применяется без ущерба положениям законодательства любого государства-участника, которые требуют предоставления информации о предполагаемом месте размещения органов управления или основного предприятия общества, явившегося результатом слияния».

Законные права и интересы, за исключением прав на участие в управлении, наемных работников акционерных обществ, участвующих в слиянии, остаются предметом рассмотрения положений национального законодательства, как это предусмотрено Директивой 98/59/ЕС Совета от 20 июля 1998 г. о сокращениях штатов², Директивой 2001/23/ЕС Совета от 12 марта 2001 г. о сохранении прав работников в случае смены собственника предприятий, учреждений или частей предприятия или учреждения³, Директивой 2002/14/ЕС Европейского парламента и Совета от 11 марта 2002 г. об установлении общих рамочных условий в отношении информирования работников в Европейском Сообществе и проведения с ними консультаций⁴, а также Директивой 94/45/ЕС Совета от 22 сентября 1994 г. об учреждении на предприятиях и группах предприятий, действующих в пределах Сообщества, европейского комитета предприятия

¹ Регламент ЕС №139/2004 Совета от 20 января 2004 г. о контроле за объединениями предприятий («Регламент ЕС об объединениях») (JO L 24 du 29.1.2004).

² JO L 225 du 12.8.1998, p. 16.

³ JO L 82 du 22.3.2001, p. 16.

⁴ JO L 80 du 23.3.2002, p. 29.

или процедуры в целях информирования работников и проведения с ними консультаций¹.

Директива 2005/56/ЕС определила, что в случае, если в каком-либо из сливающихся обществ работники имеют права на участие в управлении в соответствии с условиями, закрепленными в названной директиве, а национальное законодательство страны-участницы, где находится юридический адрес общества, явившегося результатом слияния, не предусматривает аналогичного уровня участия в управлении, какой имеется в сливающихся обществах (в том числе в пределах обладающих правом принятия решений комитетов наблюдательного совета), или не предусматривает, что работники учреждений, явившихся результатом трансграничного слияния, могут осуществлять аналогичные права, то участие работников в управлении обществом, явившемся результатом трансграничного слияния, и их привлечение к определению данного перечня прав нуждаются в обязательном правовом регулировании. Для реализации указанной цели основой должны послужить принципы и процедура, закрепленные в Регламенте (ЕС) №2157/2001 Совета от 8 октября 2001 г. о статусе европейского акционерного общества (SE)² и в Директиве 2001/86/ЕС Совета от 8 октября 2001 г. о дополнении статуса европейского акционерного общества правилами, регулирующими привлечение работников к управлению³. Однако применение и использование принципов и процедур, прописанных в указанных нормативных актах, должно производиться с учетом того, что общество, явившееся результатом трансграничного слияния, будет подпадать под юрисдикцию того государства – участника ЕС, где будет находиться его юридический адрес.

Положения Директивы 2005/56/ЕС определяют критерии оценки участия наемных работников в управлении акционерным обществом. С целью установления степени участия работников в управлении должна быть учтена доля представителей

¹ JO L 254 du 30.09.1994, p.64. Данная Директива была изменена Директивой 97/74/ЕС (JO L 10 du 16.1.1998, p. 22).

² JO L 294 du 10.11.2001, p.1. Данный Регламент был изменен Регламентом (ЕС) №885/2004 (JO L 168 du 1.5.2004, p. 1).

³ JO L 294 du 10.11.2001, p. 22.

работников среди членов руководящей группы, управляющей подразделениями данных обществ, которые непосредственно ориентированы на извлечение прибыли, при условии имеющегося в этих подразделениях представительства работников.

§ 2. Создание акционерного общества

Порядок создания акционерного общества предусмотрен Второй Директивой 77/91/ЕЭС Совета. Содержание наднациональных положений названной директивы, касающихся порядка создания акционерного общества, нельзя назвать подробными: созданию и прекращению деятельности акционерных обществ посвящено всего несколько статей директивы – со 2 по 5. Из них статьи 2 и 3 содержат правила, определяющие содержание учредительных документов акционерного общества.

Статья 1 Второй Директивы содержит перечень форм предпринимательских обществ, на которые она распространяет свое действие. Например, для Германии – это *die Aktiengesellschaft*; для Франции – *la societe anonyme*; для Соединенного Королевства – *the public company limited by shares, the public company limited by guarantee and having a share capital*.

Наименование акционерного общества, создаваемого в формах, предусмотренных статьей 1 Директивы, должно включать в себя обозначение, отличающееся от формулировок, предназначенных для иных форм предпринимательских обществ. Допускается ситуация, при которой наименование акционерного общества сопровождается обозначением, приведенным в упомянутой статье.

По смыслу положений параграфа 1 статьи 5 Второй Директивы для учреждения акционерного общества необходимо как минимум два участника. Правовой статус учредителей общества не определен положениями этой директивы, поэтому в данном контексте следует руководствоваться положениями национального законодательства – места учреждения общества.

Несмотря на то, что правила директивы не предполагают возможности учреждения акционерного общества одним участником, содержание соответствующих статей можно назвать весьма гибким. В случае, когда для учреждения акционерного

общества законодательство государства – участника ЕС требует наличия нескольких учредителей, сосредоточение всех акций у одного лица или же уменьшение количества участников до уровня, ниже законодательно предусмотренного минимума, после учреждения общества не является основанием для автоматического прекращения существования общества (п. 1 ст. 5 Второй Директивы).

Для случаев, когда число участников общества сократилось до одного, а законодательство государства – члена ЕС обязывает или допускает прекращение общества в судебном порядке, национальный суд при рассмотрении такой ситуации должен предоставить возможность обществу исправить данное положение вещей путем установления достаточного срока для устранения несоответствий. В случаях, когда принято решение о роспуске общества, последнее вступает в процесс ликвидации.

Для того чтобы акционерное общество приступило к ведению предпринимательской деятельности, национальным законодательством требуется процедура регистрации. По правилам Второй Директивы, в случае, если деятельность акционерного общества, в соответствии с положениями национального законодательства, не может быть начата без получения соответствующего разрешения государственных органов в установленном порядке, то в национальном законодательстве требуется наличие дополнительных положений о начальной стадии деятельности акционерного общества. В частности, в таких случаях национальное законодательство должно предусматривать правила об ответственности по обязательствам, которые были приняты акционерным обществом или от его имени в период, предшествующий получению соответствующего разрешения на ведение предпринимательской деятельности.

Однако приведенное правило не применяется в тех случаях, когда акционерное общество приняло на себя обязательства, исполнение которых поставлено в зависимость от того, будет ли обществу предоставлено соответствующее разрешение на ведение предпринимательской деятельности (п. 2 ст. 4 Второй Директивы).

Статья 2 Второй Директивы фокусирует внимание на содержании учредительных документов акционерного общества, определяя минимальные требования к их структуре. Устав или учредительный акт общества должен включать в себя следующий обязательный набор информации:

- организационно-правовую форму общества и его наименование;
- цели и предмет деятельности общества;
- объем подписного капитала в случаях, когда у общества нет разрешенного капитала;
- при наличии разрешенного капитала должен быть указан его размер, а также размер подписного капитала к моменту учреждения общества или на время получения обществом разрешения начать свою деятельность. В случае изменения величины разрешенного капитала сведения об этом также должны быть внесены в устав или учредительный договор. При этом необходимо соблюдать требования пункта «е» параграфа 1 статьи 2 Директивы 68/151/ЕЭС¹;
- в случае, если национальное законодательство не регламентирует данный вопрос, фиксируются положения, устанавливающие порядок назначения органов и число их членов, уполномоченных представлять общество во взаимоотношениях с третьими лицами, а также осуществлять руководство и контрольно-надзорные функции за деятельностью общества. Правила также должны включать в себя содержание полномочий каждого из органов управления обществом;
- период времени деятельности общества, в случае, если он не является неопределенным.

Директива 2003/58/ЕС², внесшая значительные изменения в содержание Первой Директивы 68/151/ЕЭС Совета, обязывает

¹ Положения указанного пункта гласят: государства – участники ЕС принимают необходимые меры к тому, чтобы обязательная публикация информации об обществе распространялась в том числе и на размер подписного капитала, если учредительный акт или устав предусматривают наличие разрешенного капитала, за исключением случаев, когда изменение размера подписного капитала в сторону увеличения влечет за собой обязанность для общества внести соответствующие изменения в устав. Такая публикация должна проводиться не реже одного раза в год.

² JO L 221 du 4.9.2003, p. 13.

каждую страну – участницу ЕС открыть досье в общедоступном центральном реестре или же в торговом реестре (реестре обществ) в отношении всех находящихся в нем обществ.

Наиболее важные документы и информация, подпадающие под действие статьи 2 Первой Директивы¹, указываются в досье или вносятся в реестр обществ. В досье общества также должно быть указано предметное содержание записей в реестре.

В том случае, когда действия статьи 3 Директивы 68/151/ЕЭС Совета распространяются на учредительные документы акционерных обществ, помимо названных нами выше, в устав или учредительный акт акционерного общества дополнительно включаются следующие минимальные сведения:

- местонахождение общества;
- номинальная стоимость подписанных акций. Количество подписанных акций должно указываться не реже одного раза в год;
- в случае, если национальное законодательство государства – участника ЕС допускает выпуск акций без указания их номинальной стоимости, – фиксируется количество таких акций;
- если уставом или учредительным актом общества предусматривается возможность уступки акций, указываются условия, на которых такая уступка может быть произведена;
- в случае, если учредительными документами общества предусмотрено существование нескольких категорий акций, необходимо указать сведения, перечисленные в вышеназванных пунктах, о каждой из категорий акций;
- права, предоставляемые акциями каждой категории, если учредительными документами общества допускается выпуск акций разных категорий;
- в случае, если национальным законодательством государства – участника ЕС предусматриваются и именная, и

¹ Статья 2 Первой Директивы 68/151/ЕЭС Совета определяет перечень документов и информацию об акционерном обществе, подлежащих обязательному обнародованию. Параграф 2 статьи 2 упомянутой директивы, относящийся к обществам с ограниченной ответственностью в Нидерландах, был исключен Директивой 2003/58/ЕС.

предъявительская форма акций, указывается форма выпускаемых акций;

– если национальным законом страны – члена ЕС не установлен порядок конверсии акций из одной формы в другую (из именной в предъявительскую, и наоборот), указываются положения о конверсии акций;

– объем подписного капитала, оплаченного на дату учреждения акционерного общества или на дату получения обществом разрешения на ведение предпринимательской деятельности;

– номинальная стоимость акций. При отсутствии номинальной стоимости указывается количество акций, выпущенных в качестве эквивалента каждому вкладу в неденежной форме. Причем в таком случае в учредительных документах необходимо зафиксировать предмет неденежных вкладов, а также лиц, внесших их;

– информацию о физических и юридических лицах, включая общества¹, которые подписали или от имени которых были подписаны учредительные документы общества. В случае, если при подписании, как это предусмотрено национальным законодательством, не происходит его учреждения, то указывается информация о физических и юридических лицах, включая общества, которые подписали или от имени которых был подписан проект учредительных документов общества;

– максимально учтенный размер всех организационных расходов, которые возлагаются на общество или относятся на его счет, произведенных непосредственно в связи с учреждением общества до момента получения последним разрешения на ведение предпринимательской деятельности;

– любые привилегии (специальные преимущества), предоставляемые при учреждении общества или до получения разрешения начать предпринимательскую деятельность лицу, участвовавшему в учреждении общества. Сюда же может быть отнесено совершение действий, одним из следствий которых яв-

¹ В контекст данного пункта включается возможность создания в странах – участницах ЕС обществ, в том числе товариществ, которые не признаются юридическими лицами (полные товарищества в Германии).

ляется получение разрешения на ведение обществом предпринимательской деятельности.

Надо отметить, что государства – участники ЕС имеют право не применять положения Второй Директивы в контексте учреждения акционерных обществ по отношению к инвестиционным обществам с переменным капиталом, а также кооперативам¹, учрежденным в форме, предусмотренной параграфом 1 статьи 1 Второй Директивы.

Когда государства – участники ЕС применяют предоставленное им право, сформулированное выше, то они должны возложить на инвестиционные общества с переменным капиталом обязанность использовать слова «инвестиционное общество с переменным капиталом» или «кооператив» во всех документах, перечень которых содержится в статье 4 Первой Директивы 68/151/ЕЭС. В редакции, зафиксированной положениями Директивы 2003/58/ЕС, статья 4 Первой Директивы обязывает государства – члены ЕС зафиксировать в своем акционерном праве положения, в соответствии с которыми письма и бланки заказов акционерных обществ, исполненные как на бумажном, так и на электронном носителе, содержали в себе следующую информацию:

- сведения, необходимые для определения реестра, в котором открыто досье на акционерное общество, а также непосредственный регистрационный номер общества в этом реестре;
- организационно-правовую форму общества, его местонахождение, а в необходимых случаях факт процесса ликвидации общества;
- сведения о подписанном и оплаченном капитале.

Интернет-сайт акционерного общества также должен содержать вышеназванные сведения (абзац 3 ст. 4 Первой Директивы Совета ЕЭС).

Возвращаясь к инвестиционным обществам с переменным капиталом, отметим, что положения абзаца 2 параграфа 2

¹ В правовых порядках некоторых государств – членов ЕС кооперативы не являются обособленными организационно-правовыми формами юридических лиц и могут быть созданы, к примеру, в виде акционерных обществ.

статьи 1 Второй Директивы ЕЭС понимают под таковыми только те из всех обществ, которые:

- в качестве исключительного предмета предпринимательской деятельности рассматривают распределение своих фондов в ценные бумаги, разную недвижимость или иные активы с единственной целью: распределить инвестиционные риски и обеспечить своим акционерам прибыль от результатов управления их средствами;

- осуществляют открытую подписку на размещение своих собственных акций;

- в своем уставе предусматривают, что в рамках минимального или максимального размера своего уставного капитала они в любое время имеют право осуществлять выпуск, выкуп или перепродажу собственных акций.

§ 3. Уставный капитал акционерного общества

Наличия только лишь желания определенного национальным законом государства – члена ЕС количества учредителей недостаточно для получения разрешения на ведение предпринимательской деятельности. Для того чтобы акционерное общество считалось учрежденным или в целях получения разрешения начать свою деятельность для национальных законодательств установлено требование, в соответствии с которым у акционерного общества к моменту получения разрешения необходимо наличие подписного уставного капитала, минимальный размер которого не может составлять менее 25 000 евро.

Наличие подписного уставного капитала означает, что учредители, договорившись создать акционерное общество, распределяют по соглашению между собой количество или объем денежных средств, которые они внесут в качестве имущественного вклада для начала деятельности. Такая договоренность учредителей фиксируется в учредительном договоре акционерного общества (регламенте), который с момента подписания его всеми учредителями становится конституцией для подписантов и, соответственно, является обязательным для исполнения.

Необходимо отметить, что правила статьи 6 Второй Директивы ничего не говорят о том, имеет ли право общество на этапе своего учреждения объявлять открытую подписку на акции и привлекать таким образом внешние денежные средства. В названной статье фиксируется только лишь императивная обязанность для общества распределить уставный капитал, минимальный размер которого определен директивой, между участниками общества посредством подписки.

Развитие положений об учреждении акционерных обществ и о таком важном институте, как уставный капитал, заложено в пункте 3 статьи 6 Второй Директивы. В данном пункте определяется, что сумма в 25 000 евро, предлагаемая в качестве минимального уровня уставного капитала общества, каждые пять лет должна подвергаться ревизии. Отмечается, что при наличии, с одной стороны, соответствующего экономического и денежного развития в Сообществе, а с другой – тенденций к тому, чтобы оставить право выбора форм обществ, названных в пункте 1 статьи 1 Второй Директивы¹, исключительно для крупных и средних предприятий, данная сумма уставного капитала может быть изменена.

Подписной капитал акционерного общества может формироваться только за счет активов, которые возможно оценить в денежном эквиваленте. Это означает, что учредители, подписавшие учредительный договор акционерного общества, обязались представить в качестве оплаты своей части уставного капитала либо денежные средства, либо имущество или имущественные права, которые сравнительно несложно оценить в денежной форме. Данное положение является имущественной гарантией как для самого акционерного общества, так и для его кредиторов. Закрепляя такое требование, европейский законодатель, по сути, предусмотрел, что акционерному обществу необходимы ликвидные активы, которые в случае необходимости могут быть обращены в денежные средства и использованы как гарантия обязательств общества.

¹ В данном пункте названной статьи приводится перечень видов обществ государств – участниц ЕС, на которые распространяются положения Второй Директивы 77/91/ ЕЭС Совета.

В качестве активов, которые не могут быть выступать как средства оплаты подписного капитала, указываются обязательства по выполнению работ и оказанию услуг для общества.

Активы, имеющие денежную оценку, а также невозможность для учредителей оплатить акции своим трудом или своей способностью к труду являются объективными факторами, способствующими созданию реальной имущественной основы для учреждаемого акционерного общества. Европейское акционерное право достаточно четко определяет, что только фактическое формирование уставного капитала, включающего в себя активы, допускающие экономическую оценку, будет являться залогом финансовой и имущественной стабильности общества. При наличии достаточных имущественных активов, предназначенных для обеспечения предпринимательской деятельности акционерного общества, возможности сделкоспособности последнего существенно возрастают, поскольку создают необходимый запас экономической прочности.

1. Сохранение уставного капитала

Уставный капитал акционерного общества состоит из определенного учредительными документами количества акций. Акционерное право ЕС определяет, что в национальных правовых порядках акции могут выпускаться как с указанием их номинальной стоимости, так и без указания таковой. Определять или нет в учредительных документах номинальную стоимость акций – усмотрение участников общества.

Акции не могут быть размещены между участниками общества по цене, ниже их номинальной стоимости. В случае, когда учредительными документами общества не предусмотрена номинальная стоимость, акции размещаются по учетной цене. Под учетной ценой понимается стоимость акций, определенная бухгалтерскими документами общества. Фактическая же стоимость акций общества должна быть определена фондовым рынком, который в свою очередь учитывает в том числе и успехи предпринимательской деятельности.

Несмотря на то, что существует прямой запрет на оплату акций подписного капитала обязательствами по выполнению

работ или оказанию услуг, параграф 2 статьи 8 Второй Директивы ЕС установил определенное исключение в отношении лиц, занимающихся профессиональным размещением акций общества. В частности, право ЕС допускает, чтобы в отношении лиц, которые в силу своей профессиональной деятельности принимают на себя обязательство разместить акции акционерного общества, могли применяться демпинговые цены на пакет приобретаемых ими акций. При этом необходимо, чтобы таким лицам продавался пакет акций общества, чьи акции предполагаются к размещению. На эти акции они должны подписаться в ходе осуществления операции по размещению, и только в этом случае фактическая цена пакета акций может быть ниже совокупной цены последних.

Положениями статьи 9 Второй Директивы ЕЭС допускается, чтобы к моменту получения обществом разрешения на ведение предпринимательской деятельности или же на момент учреждения общества подписной капитал был фактически оплачен на одну четверть от общего размера: акции, выпущенные в качестве эквивалента вкладов в уставный капитал общества, должны быть оплачены в пропорции не ниже 25% их номинальной стоимости, а при ее отсутствии – учетной цены.

Однако допускается следующее исключение из названного правила. В том случае, когда вклады учредителей производятся в неденежной форме, акции, которые на время учреждения общества или на момент получения им разрешения начать свою деятельность обеспечиваются таким вкладом, должны быть полностью оплачены в течение пяти лет с момента учреждения общества или получения им соответствующего разрешения.

Неденежные вклады учредителей акционерного общества подлежат обязательной экспертной оценке. Экспертная оценка неденежных вкладов производится в виде заключения, составляемого до учреждения общества или до получения им соответствующего разрешения. Количество экспертов, оценивающих неденежные вклады, определяется судом или уполномоченным административным органом самостоятельно, при этом, однако, эксперты должны быть не зависимыми от создаваемого общества. В качестве экспертов могут выступать как физические, так и юридические лица, включая акционерные общества.

Правила Второй Директивы ЕЭС устанавливают минимальные требования к экспертному заключению по неденежным вкладам. В частности, экспертное заключение должно включать в себя подробное описание каждого неденежного вклада, произведенного учредителем. Обязательным является требование указания использованных методов оценки вкладов. В заключении также требуется отражать соответствие стоимости вкладов, определенной на основе использованных методов оценки, количеству, номинальной стоимости (учетной цены) акций, а в необходимых случаях эмиссионной премии акций, подлежащих выпуску в качестве эквивалента вкладов. Отметим, что требования статьи 3 Директивы 68/151/ЕЭС, касающейся обязательной публикации определенных сведений об акционерном обществе, распространяются также и на экспертное заключение.

Статья 10 Второй Директивы ЕЭС, обеспечивающая правовую основу для экспертной оценки неденежных вкладов учредителей, может не применяться государствами – участниками ЕС при наличии следующих условий:

- 90% номинальной стоимости, а при ее отсутствии – учетной цены всех акций оплачиваются одним или несколькими обществами;
- в отношении общества-получателя таких вкладов: лица или общества, указанные в п. «i» статьи 3 Второй Директивы¹, отказались от составления заключения эксперта;
- такой отказ служит предметом обнародования в соответствии со статьей 3 Директивы 68/151/ЕЭС;
- общества, произведшие такие вклады, имеют имущественные резервы, которые не распределяются в силу закона или устава, и размер которых как минимум равен номинальной стоимости акций, а при ее отсутствии – учетной цены акций;
- общества, производящие такие вклады, признают себя гарантами в объеме, указанном в предыдущем пункте, долгов общества-получателя, возникающих в период между моментом

¹ Физические или юридические лица, включая общества, которые подписали или от имени которых были подписаны устав или учредительный акт общества; проект устава или учредительного документа общества, если одновременно с подписанием не происходит учреждение общества.

выпуска акций, обеспечиваемых неденежными вкладами, и одним годом после обнародования годовой финансовой отчетности общества-получателя за год, когда названные вклады были произведены. В течение указанного периода любые сделки с акциями, обеспеченными такими неденежными вкладами, запрещаются, равно как не допускается их уступка;

– гарантии, указанные в вышеназванном пункте, подлежат обнародованию в соответствии со статьей 3 Директивы 68/151/ЕЭС;

– общества, вносящие неденежные вклады, вносят сумму, как минимум равную стоимости акций, в резервный фонд, который запрещается распределять в течение трех лет с момента обнародования годовой финансовой отчетности общества-получателя за тот финансовый год, когда были произведены указанные вклады. При необходимости указанное время может быть продлено до срока, в течение которого будут урегулированы все предъявленные претензии, связанные с гарантией по долгам общества-получателя.

Интересным представляется положение Второй Директивы ЕЭС, в соответствии с которым в случае приобретения акционерным обществом любых имущественных и неимущественных активов, принадлежащих лицам, указанным в статье 3 этой же директивы¹, на сумму не менее одной десятой подписного капитала, требуется проведение проверки, аналогичной той, которая предусмотрена для оценки неденежных вкладов, произведенных как физическими и юридическими лицами, так и обществами. Однако указанная проверка может быть произведена в том случае, если для приобретения активов требуется одобрение общего собрания акционеров, а также когда такое приобретение происходит до истечения срока, который определен национальным законодательством, но не менее двух лет с момента учреждения общества или с момента получения разрешения на ведение предпринимательской деятельности.

При необходимости названная проверка может производиться на основании положений национального законодательства государств – участников ЕС как при приобретении активов,

¹ См. предыдущую сноску на с. 98.

принадлежащих акционерам, так и активов, принадлежащих третьим лицам.

Между тем, в случае, когда приобретение активов производится в силу распоряжения административного органа или же под контролем суда, а также если приобретение было произведено на бирже, национальное законодательство может не применять положения Второй Директивы, относящиеся к проведению соответствующей проверки.

Немаловажным для сохранения уставного капитала акционерного общества представляется правило, в соответствии с которым при уменьшении уставного капитала общества в соответствии с положениями акционерного права ЕС акционеры не освобождаются от обязанности внесения своего вклада для оплаты за подписанные акции.

Акционерное право ЕС, определяя обязательные для государств-участников требования к созданию новых акционерных обществ, ставит перед национальными правовыми порядками задачу по гармонизации положений законодательства государств-членов, с тем чтобы в случае преобразования общества, не являющегося акционерным, в акционерное общество были обеспечены гарантии, касающиеся:

- перечня сведений, подлежащих обязательному указанию в учредительных документах;
- количества участников общества и процедуры получения разрешения на ведение предпринимательской деятельности;
- правил формирования уставного капитала;
- норм, относящихся к проверке вкладов в уставный капитал, включая положения об экспертном заключении и личностях экспертов;
- о порядке приобретения активов у акционеров и третьих лиц.

Гарантии, перечисленные выше, с точки зрения европейского законодателя, не должны умалять значения национальных положений акционерного права, регламентирующих полномочия и предусмотренную процедуру изменения положений учредительных документов. В компетенции национального законодательства страны – участницы ЕС находятся вопросы опреде-

ления объема полномочий руководящих и контролирующих органов акционерного общества в отношении изменений норм основополагающих документов общества.

Помимо перечисленных выше гарантий сохранность уставного капитала акционерного общества обеспечивается следующими положениями европейского акционерного права:

– запрещается распределение¹, за исключением случаев уменьшения подписного капитала, если результатом этого станет уменьшение активов общества до уровня ниже размера подписного капитала;

– распределение² в пользу акционеров не может превышать общего объема доходов общества за финансовый год, включая сумму отложенной прибыли, а также сумму резервов, за исключением всех положенных законом выплат;

– выплата промежуточных документов может быть произведена только при наличии документально подтвержденных денежных средств в фондах, доступных для распределения³. Сумма промежуточных выплат не может превышать объем средств, полученных с конца последнего финансового года, включая сумму резервов за этот же период и исключая установленные законом отчисления;

– национальное законодательство государства – члена ЕС может предусматривать увеличение уставного капитала акционерного общества за счет включения в него резервов;

– любая сумма, распределенная с нарушением требований акционерного права ЕС, должна быть возмещена акционерами,

¹ В контексте данного пункта распределение включает в себя выплату дивидендов и процентов по акциям.

² То же.

³ Исключение из данного правила представляют собой инвестиционные общества с фиксированным капиталом, под которыми в данном случае понимаются общества:

– исключительным предметом деятельности которых является вложение своих фондов в различные ценные бумаги, недвижимость, иные активы с единственной целью – распределение инвестиционных рисков и обеспечение своим акционерам выгоды от управления их средствами;

– которые проводят открытую подписку для размещения собственных акций.

если будет доказано, что последние знали о неправомерном характере выплат или с учетом фактических обстоятельств не могли не знать об этом;

– серьезная потеря подписного капитала¹ влечет за собой созыв общего собрания для роспуска общества или принятия любых иных мер;

– по общему правилу общество не может подписываться на собственные акции (параграф 1 ст. 18 Второй Директивы)², равно как и не может получать собственные акции в залог самостоятельно или с помощью третьих лиц;

– если национальное законодательство допускает приобретение обществом собственных акций самостоятельно либо при посредничестве иного лица, но за счет общества, то такое приобретение должно соответствовать установленным требованиям, включая ограничение предоставляемых акциями прав и резервирование соответствующей части фондов, не подлежащих распределению по закону;

– акции, приобретенные с нарушением положений статей 19 и 20³, должны быть уступлены в течение одного года с момента их приобретения. Несоблюдение данного условия влечет за собой аннулирование акций и возможность для государства – члена ЕС устанавливать правило об уменьшении уставного капитала или же обязанность по его уменьшению в случае сокращения чистых активов ниже размера подписного капитала;

– акционерному обществу запрещается выделять средства, предоставлять займы или предоставлять обеспечение в целях приобретения своих акций третьими лицами, если такие сделки не являются текущими операциями банков или иных финансовых институтов, или в случае приобретения акций ра-

¹ Законодательство государства – члена ЕС не может устанавливать сумму потери, признаваемой серьезной, в размере свыше половины подписного капитала.

² Исключение возможно в случае, когда приобретение собственных акций обществом предпринято с целью избежать серьезных и неминуемых убытков. При этом приобретении должны быть соблюдены установленные законодательством требования.

³ Приобретение обществом собственных акций (ст. 19) и исключения из правил, предусмотренных ст. 19 Второй Директивы (ст. 20).

ботниками общества, при условии сохранения чистых активов на уровне не ниже размера подписного капитала.

Действующее европейское акционерное право предусматривает правила определения зависимости одного акционерного общества от другого. Несомненно, включение таких положений в акционерное право сыграло весомую роль в деле обеспечения сохранения уставного капитала акционерных обществ, поскольку закрепление таких правил юридически исключает возможность обхода норм, устанавливающих в том числе запрет на приобретение обществом акций посредством других обществ. Включение во Вторую Директиву ЕЭС упомянутых положений преследовало несколько целей, одной из которых явилась цель сохранения уставного капитала, заложенная в Директиве 91/101/ЕЭС от 23 ноября 1992 г.¹, которая и внесла соответствующие изменения.

По смыслу положений пункта «а» параграфа 1 статьи 24 bis Второй Директивы зависимыми признаются акционерные общества, в которых одно прямо или косвенно располагает большинством прав голоса другого или на которое оно прямо или косвенно может оказывать доминирующее влияние. Причем данное правило применяется в том случае, если одно из обществ подчиняется праву другой страны и имеет организационно-правовую форму, сопоставимую с тем, что указано в статье 1 Директивы 68/151/ЕЭС².

2. Увеличение уставного капитала

Общее собрание акционеров обладает исключительной компетенцией на принятие решений об увеличении уставного капитала акционерного общества. Принятое решение об увеличении уставного капитала общества служит предметом опубликования, которое является обязательным для каждого общества, подчиняющимся правопорядку государства – члена ЕС в соответствии со статьей 3 Директивы 68/151/ЕЭС. Параграф 2

¹ JO L 347 du 28.11.1992, p. 64.

² В данной статье перечисляются организационно-правовые формы для государств – участников ЕС, являющиеся по своей правовой природе акционерными обществами.

статьи 25 Второй Директивы ЕЭС предусматривает установление максимального размера подписного капитала положениями национального законодательства. В силу этого учредительные документы общества, а также решения общего собрания, которые должны быть опубликованы, могут предусматривать право увеличения подписного капитала до максимального размера, предусмотренного национальным законом. В пределах, установленных законом, при необходимости уполномоченный орган акционерного общества имеет право принятия решения об увеличении подписного капитала. Однако акционерное право ЕС предусматривает ограничение срока полномочий органа, имеющего право принимать решение об увеличении капитала, пятью годами с возможностью неоднократного возобновления срока такой же продолжительности решением общего собрания акционеров.

Увеличение уставного капитала, содержание которого составляют акции различных категорий, усложнено соответствующей процедурой: решение общего собрания об увеличении подписного капитала принимается на основании отдельного голосования по каждой категории акционеров, права которых находятся под угрозой при проведении увеличения.

Эмиссия любых ценных бумаг акционерного общества, которые могут быть конвертируемы в акции, или ценных бумаг, которые предоставляют право подписки на акции, но не к конверсии ценных бумаг и осуществлению права подписки, также должна производиться с учетом требований к увеличению подписного капитала.

При увеличении уставного капитала все вновь размещаемые акции должны быть оплачены не менее чем на 25% от суммы их номинальной стоимости, а при ее отсутствии – суммы учетной цены. В случае, когда по результатам эмиссии предусмотрена эмиссионная премия, вся сумма такой премии должна быть оплачена в полном объеме.

При увеличении уставного капитала акции, обеспечиваемые неденежными вкладами, должны быть оплачены полностью в течение пяти лет с момента принятия решения об увеличении подписного капитала. Оценка неденежных вкладов, предоставляемых в обеспечение оплаты акций, производится по

тем же правилам, что и при первоначальном размещении акций с предъявлением таких же требований к экспертам и экспертному заключению об оценке вкладов¹.

Иногда бывает, что сумма увеличения уставного капитала не может быть оплачена полностью по различным причинам. В таком случае увеличение капитала должно быть произведено в объеме, на который существует подписка, при условии, что правила эмиссии прямо предоставляют такую возможность.

Акционерное право ЕС предусматривает преимущественное право акционеров общества на приобретение акций при увеличении капитала пропорционально доле уже имеющихся у них акций. Предложение о предоставлении акционерам права преимущественной покупки должно быть опубликовано по правилам Директивы 68/151/ЕЭС. Однако в том случае, если все акции общества являются именованными, такая публикация не обязательна и предполагает простое уведомление акционеров. Реализация преимущественного права приобретения акций ограничена четырнадцатью днями с момента публикации или уведомления. Ограничение преимущественного права может быть произведено только лишь решением общего собрания акционеров с указанием конкретных причин.

3. Уменьшение уставного капитала

Уменьшение уставного капитала общества также должно производиться по решению общего собрания акционеров, которое подлежит публикации по правилам статьи 3 Директивы 68/151/ЕЭС. Однако уменьшение подписного капитала, которое

¹ Данное правило не применяется в случае, когда увеличение подписного капитала производится для того, чтобы осуществить слияние или публичную оферту в целях покупки или обмена акций с целью выплаты соответствующих средств акционерам поглощаемого общества или общества, являющегося объектом публичной оферты с целью приобретения или обмена акций. Под публичной офертой в данном случае понимается предложение, адресованное сразу всем акционерам общества с целью выкупа у них акций или обмена последних на иные ценные бумаги. Отметим, что термин «слияние» в праве ЕС подразумевает поглощение одного общества другим – это так называемое слияние путем поглощения.

обязано произвести акционерное общество в соответствии с судебным решением, может проводиться и без решения общего собрания. При принятии решения об уменьшении подписного капитала необходимо указать цели уменьшения и предложить способы его проведения. Так же как и в случае увеличения, при уменьшении подписного капитала общества наличие нескольких категорий акций обязывает общее собрание проводить голосование по каждой категории акционеров, которой уменьшение способно нанести ущерб.

Интересы кредиторов обеспечиваются положением, в соответствии с которым при уменьшении подписного капитала кредитные обязательства общества, возникшие до публикации решения об уменьшении, должны получить обеспечение даже в том случае, если срок исполнения по ним еще не наступил. Детали реализации права кредиторов устанавливаются положениями национального законодательства. Исключить право кредиторов на получение досрочного обеспечения возможно только в том случае, когда у кредиторов имеются объективные гарантии исполнения обязательств или же гарантии не являются необходимыми в силу достаточности имущества общества.

Европейское акционерное право обязывает национальные правопорядки государств – членов ЕС включить правила, которые предусматривают, что принятое решение об уменьшении капитала, а также любой платеж не обретут юридическую силу до тех пор, пока не будут удовлетворены требования кредиторов или же судом будет принято решение об отказе в удовлетворении их требований.

Уменьшение подписного капитала, ставящее перед собой цель покрыть понесенные убытки или же включить высвободившиеся средства в резерв, возможно при условии, что в результате размер резерва не превысит 10% уменьшения подписного капитала. Сформированный резерв не может быть использован на цели, отличные от тех, что были названы выше.

Весьма интересным представляется правило статьи 34 Второй Директивы. По общему правилу подписной капитал не может быть уменьшен до размера ниже, чем предусмотрено

статьей 6 Второй Директивы¹. Однако национальному правопорядку предоставлено право допускать такое уменьшение, если будет установлено встречное требование о том, что решение произвести уменьшение приобретет юридическую силу при условии проведения увеличения подписного капитала с целью довести его до уровня не ниже установленного минимума.

Европейское акционерное право предоставляет национальным законодательствам право уменьшать подписной капитал общества посредством принудительного изъятия акций с соблюдением определенных условий:

- принудительное изъятие должно быть предусмотрено учредительными документами общества до момента подписки на акции, которые предполагаются к изъятию;

- наличие в учредительных документах такого положения должно быть подтверждено общим собранием акционеров, если заинтересованные акционеры не одобряют такое изъятие единогласно;

- уполномоченный орган общества устанавливает порядок и условия изъятия акций, если они отсутствуют в учредительных документах;

- по общему правилу защита интересов кредиторов в таком случае остается прежней, если только изъятию подвергаются не полностью оплаченные акции, которые безвозмездно переданы в распоряжение общества или являются объектом изъятия за счет сумм, допускаемых к распределению;

- решение о принудительном изъятии должно быть опубликовано в соответствии с положениями статьи 3 Директивы 68/151/ЕЭС.

В случае если национальное законодательство допускает осуществление эмиссии выкупаемых обществом акций, при выкупе должны быть соблюдены следующие условия:

- выкуп акций должен быть предусмотрен учредительными документами общества до подписки на выкупаемые акции;

- выкупаемые акции должны быть полностью оплачены;

¹ Положениями данной статьи минимальный размер капитала установлен на уровне 25 000 евро.

– условия и порядок выкупа таких акций устанавливается учредительными документами общества;

– выкуп акций может быть произведен только за счет средств, которые допускаются к распределению или за счет поступлений от новой эмиссии, произведенной в целях данного выкупа;

– объем средств, эквивалентный номинальной стоимости или учетной цене всех выкупленных акций, должен быть включен в резерв, который не может, за исключением случаев уменьшения подписного капитала, распределяться в пользу акционеров;

– резерв, составленный из средств, упомянутых в предыдущем пункте, может использоваться только для увеличения подписного капитала путем включения в него;

– в случае если по итогам выкупа предусмотрена выплата премии акционерам, то сумма, предназначенная в качестве премии, может быть извлечена только из тех средств, которые допускаются к распределению в соответствии с законодательством;

– выкуп акций должен быть опубликован в порядке, предусмотренном статьей 3 Директивы 69/151/ЕЭС.

Акционерное право ЕС предусматривает, что решения о преимущественном праве покупки акций акционерами, ограничения или отмены преимущественного права для органа, в полномочия которого входит принятие решения об увеличении подписного капитала, уменьшение подписного капитала, принятие решений об уменьшении капитала по каждой категории акций, проведение полного или частичного погашения подписного капитала без его уменьшения, решения о погашении подписного капитала или о его уменьшении путем изъятия акций, осуществляемого на основе отдельного голосования по каждой категории акций, требуют как минимум большинства не менее чем в две трети голосов, которыми наделены представленные ценные бумаги или представленный подписной капитал.

В том случае, однако, когда представлено не менее половины подписного капитала, национальному законодательству государств – членов ЕС предоставлено право допускать простое большинство голосов по указанным выше вопросам.

§ 4. Слияние акционерных обществ

Европейское акционерное право выделяет два вида слияний акционерных обществ:

- слияние путем поглощения;
- слияние путем учреждения нового общества¹.

Слияние путем поглощения – это операция, при помощи которой одно или несколько обществ в результате роспуска без ликвидации² передают другому обществу все свои имущественные активы и пассивы при условии предоставления акционерам поглощаемого (поглощаемых) общества акций поглощающего общества, а в необходимых случаях денежной компенсации в объеме, не превышающем 10% номинальной стоимости (учетной цены) предоставленных акций.

Слияние путем учреждения нового общества – это операция, при помощи которой несколько обществ в результате своего роспуска без ликвидации передают учреждаемому ими обществу все свои имущественные активы и пассивы при условии предоставления их акционерам акций нового общества, а в необходимых случаях денежной компенсации в размере, не превышающем 10% номинальной стоимости (учетной цены) предоставленных акций.

Оба вида слияния могут производиться в случаях, когда общества (общество) находятся в процессе ликвидации, при условии, что они еще не приступили к распределению активов между акционерами³.

Перед началом процедуры слияния уполномоченные органы обществ составляют проект слияния, который должен

¹ Помимо общих правил, изложенных ниже, подчинено правилам статьи 23 Директивы 78/855/ЕЭС.

² Законодательство ЕС под «ропуском общества» подразумевает прекращение существования акционерного общества как юридического лица. «Ликвидация общества» предполагает распределение имущества роспускаемого общества между его акционерами и кредиторами.

³ Вопросы, связанные с процедурой проведения слияний общества, регламентируются Третьей Директивой Совета Европейских Сообществ № 78/855/ЕЭС от 9 октября 1978 г. (Journal officiel des Communautés européennes L 295 du 20.10.1978, p. 36).

быть обнародован в соответствии с положениями статьи 3 Директивы 68/151/ЕЭС не менее чем за один месяц до дня проведения общего собрания, целью которого является вынесение решения по проекту слияния. Проект слияния должен быть одобрен не менее чем двумя третями голосов подписного капитала общего собрания либо, если представлено не менее половины подписного капитала, – простым большинством. Проект слияния должен быть подкреплен подробным письменным докладом, обосновывающим с правовой и экономической позиции проект слияния, указывая курс обмена акций.

После подготовки названных документов, до проведения общего собрания, уполномоченные органы государственной власти назначают экспертов, которые готовят заключение акционерам по проекту слияния. После подготовки заключения, не менее чем за месяц до проведения общего собрания, каждый акционер вправе ознакомиться с документацией, относящейся к предстоящему слиянию, а также на безвозмездной основе получить копию необходимых ему документов (статья 11 Директивы 78/855/ЕЭС).

Национальное законодательство должно предусматривать обязательную нотариальную форму составления всех документов, непосредственно относящихся к слиянию обществ, если не обязателен предварительный судебный или административный контроль законности проведения слияния. Нотариальная форма составления документов обязательна также в случае, когда слияние не требует одобрения со стороны общих собраний обществ. Нотариальный акт или акт контроля административного или судебного органа подтверждает законность актов и формальностей, подлежащих совершению обществом по проекту слияния.

Интересы кредиторов сливающихся обществ дифференцированно защищены положениями статьи 13 Директивы 78/855/ЕЭС: защита может иметь различный характер для кредиторов поглощающего¹ и поглощаемого общества. Национальное законодательство государств – членов ЕС обязывается

¹ Поглощение одного общества другим, владеющим 90% или более акций первого, осуществляется по правилам ст. 24-29 Директивы 78/855/ЕЭС.

предусмотреть адекватную защиту интересов кредиторов, которые должны получить адекватные гарантии во всех необходимых случаях, если такие гарантии не были им предоставлены.

Национальное законодательство самостоятельно предусматривает день вступления слияния в юридическую силу, которое означает:

1) универсальное правопреемство как между поглощаемым обществом и поглощающим, так и по отношению к третьим лицам всех имущественных активов и пассивов от поглощаемого общества к поглощающему;

2) акционеры поглощаемого общества становятся акционерами поглощающего;

3) поглощаемое общество прекращает существование.

Национальным законодательством должна быть предусмотрена как минимум гражданско-правовая ответственность для экспертов, составляющих заключение, и в первую очередь для членов уполномоченных органов поглощаемого общества, в случае, если их виновные действия повлекли за собой предусмотренные законом негативные последствия.

По общему правилу режим недействительности слияний обществ, предусмотренный национальными правовыми актами, должен быть подчинен условиям, зафиксированным в статье 22 Директивы 78/855/ЕЭС¹:

1) решение о недействительности должно выноситься судом;

2) решение о недействительности слияния, вступившего в силу в срок, предусмотренный национальным законом, может выноситься лишь в том случае, если его основанием является отсутствие предварительного судебного или административного контроля либо нотариального акта, или в случае, когда согласно национальному праву решение общего собрания может быть признано ничтожным или оспоримым;

3) иск о признании слияния недействительным не может быть подан по истечении шести месяцев со дня, когда слияние вступает в силу в отношении лица, требующего признания

¹ Параграф 2 статьи 22 Директивы 78/855/ЕЭС допускает отступление от указанного правила.

слияния недействительным, либо если недостатки слияния были устранены;

4) если недостаток, способный повлечь слияние недействительным, является устранимым, суд должен предоставить срок для использования такой возможности;

5) признание слияния недействительным является предметом опубликования в порядке статьи 3 Директивы 68/151/ЕЭС;

6) если возражения третьих лиц (*terce opposition*)¹ о слиянии допускаются национальным правом, то они могут быть предъявлены до истечения шестимесячного срока со дня опубликования решения о слиянии;

7) решение о признании слияния недействительным само по себе не влияет на действительность обязательств, возникших для поглощающего общества или в пользу этого общества до опубликования решения и после вступления слияния в силу;

8) общества, участвовавшие в слиянии², несут солидарную ответственность по обязательствам поглощающего общества, указанного в пункте 7.

§ 5. Разделение акционерных обществ

Регулирование процесса разделения акционерных обществ производится Шестой Директивой Совета Европейских Сообществ № 82/891/ЕЭС от 17 декабря 1982 г.³ Преамбула этой же директивы отметила сходства процессов слияния и разделения, но сочла необходимым выделить разделение, посвятив ему отдельный нормативный документ. Со своей стороны отметим, что между слиянием и разделением акционерных обществ действительно присутствует определенное сходство, но в деталях это сходство заканчивается. Именно на специфических особенностях процедуры разделения мы и остановим свое внимание.

¹ Обжалование судебного решения лицами, не участвовавшими в основном судебном разбирательстве.

² Акционерное законодательство ЕС регламентирует операции, не являющиеся в полной мере слияниями, но приравненные к ним в силу значительного сходства (см. ст. 30-31 Директивы 78/855/ЕЭС).

³ См.: Journal officiel des Communautés européennes L 378 du 31.12.1982, p. 47.

Статья 1 названной директивы выделила следующие виды разделений акционерных обществ:

- 1) разделение путем поглощения;
- 2) разделение путем учреждения новых обществ;
- 3) операция, посредством которой разделение посредством поглощения комбинируется путем учреждения одного или нескольких новых обществ.

Разделение путем поглощения – это процедура, при помощи которой общество в результате своего роспуска без ликвидации передает нескольким обществам все свои имущественные активы и пассивы при условии предоставления акционерам разделяемого общества акций обществ-получателей вкладов в капитал, вытекающих из разделения, а в необходимых случаях – денежной компенсации в объеме, не превышающем 10% номинальной стоимости акций (учетной цены).

Разделение путем учреждения новых обществ – это процедура, при помощи которой общество в результате роспуска без ликвидации передает нескольким вновь учреждаемым обществам все свои имущественные активы и пассивы при условии предоставления акционерам разделяемого общества акций обществ-получателей, а в необходимых случаях денежной компенсации в объеме, не превышающем 10% номинальной стоимости (учетной цены) предоставленных акций.

Третий вид разделения акционерных обществ включает в себя элементы первых двух.

Так же как и для слияния, при разделении административные и руководящие органы:

- 1) составляют подробный проект разделения, который в силу статьи 3 Директивы 68/151/ЕЭС подлежит публикации;
- 2) составляют подробный письменный доклад, обосновывающий с правовой и экономической точек зрения проект разделения, указав обменный курс акций и возможные трудности. При этом акционеры должны быть проинформированы о любых значительных изменениях в имущественных активах и пассивах, случившихся в период между днем составления проекта разделения и днем проведения общего собрания разделяемого общества;
- 3) назначают экспертов, которые выдают заключение, предназначенное акционерам;

4) предусматривают возможность свободного ознакомления каждым акционером со всеми документами, относящимися к разделению и безвозмездному получению копий документов;

5) обеспечивают защиту прав работников в соответствии с положениями Директивы 77/187/ЕЭС;

6) обеспечивают адекватные меры защиты кредиторов общества, участвующего в разделении. В том объеме, в котором кредитор общества, которому перешло обязательство, не получил удовлетворения, общества-получатели несут солидарную ответственность чистыми активами. Это правило не применяется, если разделение контролируется судом и большинство кредиторов, представляющие три четверти кредиторской задолженности, отказались от использования такой солидарной ответственности;

7) обеспечивают предварительный судебный или административный контроль законности разделения, а если таковой не предусматривается, то нотариальное оформление всей документации, относящейся к разделению.

Для проведения разделения, как правило, требуется одобрение общего собрания акционеров. В случае когда акции обществ-получателей предоставляются акционерам разделяющегося общества не пропорционально их правам в капитале этого общества, то национальным законом может быть предусмотрено, что миноритарные акционеры имеют возможность реализовать право на выкуп всех своих акций по справедливой цене. Отказ в реализации такого права предоставляет возможность обращения в суд за защитой нарушенного права. День вступления в юридическую силу разделения общества определяется национальным законом.

Национальными законами должна предусматриваться как минимум гражданско-правовая ответственность членов уполномоченных органов, а также экспертов перед акционерами разделяемого общества за виновные деяния, предусмотренные законом, при выполнении своей задачи.

Национальному законодательству об акционерных обществах предоставляется возможность предусматривать следующие условия недействительности слияний:

1. Решение о недействительности должно выноситься судом¹.

2. Решение о недействительности разделения, вступившего в силу в соответствии с национальным законом, может быть вынесено только, если его основанием служит отсутствие предварительного судебного или административного контроля или нотариального акта либо если решение общего собрания является ничтожным или оспоримым в силу национального закона.

3. Иск о признании слияния недействительным должен быть подан до истечения шести месяцев со дня, когда разделение обретает юридическую силу и недостатки разделения были исправлены.

4. Суд обязан предоставить срок для недостатков, являющихся устранимыми.

5. Решение о признании разделения недействительным публикуется в порядке статьи 3 Директивы 68/151/ЕЭС.

6. Возражения третьих лиц не принимаются по истечении шестимесячного срока по смыслу предыдущего пункта.

7. Решение о признании разделения недействительным само по себе не затрагивает действительность обязательств, возникших для обществ-получателей или в пользу этих обществ до обнародования решения и после вступления разделения в юридическую силу.

8. Каждое из обществ-получателей несет солидарную ответственность по своим обязательствам, возникшим после дня вступления разделения в силу и до дня опубликования решения о признании разделения недействительным. Разделяемое общество тоже несет ответственность по данным обязательствам, а национальным законом может быть предусмотрено, что такая ответственность ограничена чистыми активами, предоставленными обществу-получателю, для которого возникли данные обязательства

Отличительной особенностью при разделении путем учреждения новых обществ служит то, что проект разделения указывает организационно-правовую форму, наименование и ме-

¹ Если это предусмотрено национальным законом – то административным органом.

стонахождение каждого из новых обществ. Проект разделения, а также если они служат предметом отдельных актов – учредительный акт или проект устава каждого из новых обществ подлежат одобрению со стороны общего собрания разделяемого общества.

В случае разделения под контролем суда национальное законодательство при условии, что акционерам и кредиторам не причинен никакой ущерб, может использовать следующие полномочия судебного органа в процессе разделения:

а) созывать общее собрание акционеров разделяемого общества для принятия решения о разделении;

б) удостовериться в том, что акционеры получили возможность ознакомления с документами, относящимися к разделению, а также получения их копий;

в) созывать собрание кредиторов любого из обществ, участвующих в разделении, для изложения своей позиции;

г) удостовериться в том, что соблюдены законные интересы кредиторов общества, в частности, сроки ознакомления с документацией, относящейся к разделению;

д) утверждать проект разделения.

При соблюдении условий, указанных в п. «б» и «д», а также при отсутствии опасности причинения ущерба акционерам и кредиторам общества суд имеет право освободить разделяемое общество от опубликования проекта разделения, а также одобрения проекта разделения общим собранием, ознакомления акционеров с документами, непосредственно относящимися к разделению общества. Однако данные правила могут применяться только в случае, если они прямо предусмотрены национальным законодательством.

Шестая Директива не дает определения операций, которые приравниваются к разделению, однако она называет условия, при которых действия уполномоченных органов фактически отождествляются с таковыми, а потому подпадают под действие названной директивы¹.

¹ См. ст. 24, 25 Шестой Директивы.

§ 6. Признание недействительности процедуры создания акционерного общества

Как отмечалось выше, в каждом государстве – участнике ЕС акционерное законодательство должно предусматривать предварительный судебный или административный контроль при учреждении акционерного общества. В том случае когда национальным правом порядком предварительный контроль не обеспечивается, все учредительные документа акционерного общества – устав и учредительный акт – должны быть совершены в нотариальной форме. Нотариальному заверению также должны подвергаться любые изменения учредительных документов общества.

Основания и порядок признания недействительности процедуры создания акционерных обществ могут быть установлены национальным законодательством стран – участниц ЕС. Однако европейский законодатель констатирует, что при определении оснований и порядка признания акционерных обществ ничтожными необходимо руководствоваться следующими, обязательными для исполнения условиями:

1) решение о признании недействительности процедуры создания акционерного общества может быть вынесено только судом;

2) допускается вынесение судебного решения о признании недействительности процедуры создания общества только в случаях:

– отсутствие учредительного акта или несоблюдение предписанного порядка по предварительному судебному или административному контролю либо нотариальной формы совершения учредительных документов;

– несоответствие закону или противоречие общественному порядку¹ целей и предмета² деятельности общества;

¹ В данном конкретном случае подразумевается несоответствие зафиксированных в учредительных документах формулировок закону или общественному порядку, а не фактическая деятельность общества.

² Под предметом деятельности общества понимаются определенные в учредительных документах сфера и направления деятельности общества.

– отсутствие в учредительном акте или уставе сведений о наименовании общества, вкладах, внесенных в уставный капитал, размере уставного и подписного капитала, а также предмете деятельности общества;

– несоблюдение положений национального законодательства в отношении минимальной оплаты подписного капитала акционерного общества;

– недееспособность всех учредителей общества;

– обстоятельства, в результате которых количество учредителей составляет менее двух лиц, при условии, что это вступает в противоречие с национальным законом.

Приведенный перечень оснований является исчерпывающим для признания несуществующими абсолютной и относительной недействительности процедуры создания акционерного общества или оспоримости его существования (параграф 2 ст. 11 Директивы 68/151/ЕЭС).

В том случае, когда имеются требования третьих лиц о признании недействительности процедуры создания акционерного общества, возражения на такие требования регулируются параграфами 5-7 статьи 3 Директивы 68/151/ЕЭС¹. В случаях когда возражения подаются третьими лицами, не участвовавшими в основном судебном заседании, требуется, чтобы их подача осуществлялась не позднее шести месяцев со дня опубликования судебного решения при условии, что подача таких возражений допускается национальным правом.

Признание в установленном порядке недействительности процедуры создания акционерного общества влечет ликвидацию общества в соответствии с той же процедурой, что предусмотрена для случаев роспуска общества.

Признание недействительности процедуры создания акционерного общества само по себе не влияет на действительность обязательств общества или обязательств, принятых в отношении общества, без причинения ущерба последствиям лик-

¹ В соответствии с названными параграфами общество имеет право обосновывать свои доводы против возражений третьих лиц только лишь с помощью актов и сведений, которые были опубликованы в национальном бюллетене и реестре, за исключением случаев, когда будет доказано, что третьи лица знали содержание названных документов до опубликования.

видации общества. В отношении участников общества европейский законодатель отмечает, что правоотношения между участниками общества при признании последнего ничтожным должны быть регламентированы национальным акционерным законодательством государств – участников ЕС.

В случаях, когда обществом приняты обязательства в отношении кредиторов, а акции подписного капитала не были полностью оплачены, обязательства держателей долей или акций при признании акционерного общества ничтожным сохраняются настолько, насколько это требуется для удовлетворения требований кредиторов.

§ 7. Статут о еврокомпании 2001 г.

Акционерное законодательство стран – участниц ЕС существенно различается в подходах к решению многих важных вопросов, требующих единообразного регулирования в условиях общего рынка. Эти различия сложились исторически задолго до образования ЕС. Особенно заметны они в вопросе об участии наемных работников в управлении делами акционерных обществ. Если, например, в Германии законодатель прямо закрепляет обязанность акционерного общества иметь в составе своего правления представителей наемных работников, то в Англии сама идея допуска наемных работников к управлению компанией традиционно рассматривалась как угроза правам ее директоров и интересам ее учредителей.

В значительной степени именно эти различия выступали главным препятствием на пути к достижению главной цели – приведения к единообразному состоянию основных положений акционерного законодательства в странах ЕС. В странах, где вовлечение наемных работников в управление делами компаний не допускалось, сохранялось опасение, что выработка единого для ЕС акционерного регулирования приведет к навязыванию их национальному праву такого вовлечения. В странах же, где это вовлечение (*social involvement*) предусматривалось законодательством, выражалось опасение, что выработка единого для всего ЕС акционерного акта приведет к обходу правила об обязательном резервировании в составе правления определенного числа мест для представителей наемных работников.

Решение этой проблемы виделось в ЕС возможным в рамках неодинаковых способов.

Первый способ – осуществление гармонизации положений национального законодательства, сближение их друг с другом. Этот способ, воплощавшийся целым рядом акционерных директив, приносил определенные положительные результаты, однако более чем тридцатилетний период его применения обеспечил лишь весьма умеренный прогресс в этой области. Гармонизация системно различавшихся положений, затрагивавших к тому же очень широкий диапазон регулирования, а главное – отражавших исторически сложившиеся различия в воззрениях на управления делами торговых товариществ, оказалась для Евросоюза задачей, не поддающейся достаточно эффективному решению.

Тогда решено было прибегнуть к другому способу – созданию совершенно новой системы регулирования деятельности акционерных обществ, своеобразного нового акционерного права Европейского союза. Оно задумывалось не для гармонизации расходящихся положений национального акционерного законодательства, а для того, чтобы выступить альтернативной системой корпоративного права, сосуществующей с исторически сложившимися национальными системами.

Этот способ предполагал, что учредители компаний и акционерных обществ обретут возможность выбора – создавать такие структуры по собственному национальному образцу либо пользоваться предложенной общей для всего Евросоюза моделью.

Такую модель предполагалось закрепить в едином для ЕС акте.

Нельзя сказать, чтобы идея такой модели вызвала единодушное одобрение во всех странах – участницах ЕС. Хотя она и была несомненным шагом вперед по сравнению с гармонизационным подходом, в странах ЕС традиции общего права выражалось пожелание, чтобы общеевропейская модель не стала несовместимой с их собственными корпоративными традициями, чтобы их компании не оказались в положении менее выгодном, чем компании (акционерные общества) из других стран-участниц.

Компромиссного решения удалось достичь к 2001 г.: 8 октября этого года Советом ЕС был принят регламент, утвердивший Статут о европейской компании¹.

Статут не содержит положений, относящихся к вовлечению в органы управления еврокомпанией представителей наемных работников. Такие положения включены в иной акт – Директиву, дополняющую Статут о еврокомпании правилами, касающимися наемных работников².

Главная цель Статута о еврокомпании состояла в том, чтобы сделать возможным учреждение компаний в порядке, определяемом правотворческими органами ЕС. Результат достижения этой цели выразился в том, что вопросы слияний, создания холдингов либо совместных предприятий стало возможным вывести из-под действия несовпадающих норм национального акционерного законодательства.

Касательно же участия наемных работников в ведении дел компании, то компромисс, закрепленный Директивой 2001 г., состоит в том, что вопрос о таком участие в странах, где оно прежде не предусматривалось, решается теперь на этапе учреждения еврокомпании по итогам переговоров между наемными работниками и учредителями. Положения Директивы вступают в действие при отрицательном результате таких переговоров. Директива предусматривает, что участие наемных работников в управлении еврокомпанией обязательно, если их количество достигает определенного уровня в тех компаниях, которые создают данную еврокомпанию. Директива разрешает государствам– членам ЕС, не имеющим в своем законодательстве норм об участии наемных работников в управлении компаниями, не принимать такие нормы. Правда, в этом случае в этих государствах нельзя будет создавать еврокомпанию.

¹ The Council Regulation on the Statute for a European Company of the European Union. Adopted October 8, 2001. // OJ L 294, 10 November 2001. Pp. 1-21.

² Council Directive 2001/86/EC of 8 October 2001 supplementing the Statute for a European company with regard to the involvement of employees. // OJ L 294, 10 November 2001. Pp. 22-32.

Организационно-правовой формой еврокомпании выступает «Societas Europaea» (SE), что в переводе с латыни означает «европейская компания».

Предусмотрено четыре способа учреждения еврокомпаний:

- 1) путем слияния двух компаний из разных стран-участниц;
- 2) путем создания компаниями из разных стран-участниц совместного предприятия;
- 3) путем создания национальной компанией своей дочерней компании в виде SE;
- 4) путем преобразования национальной компании в SE.

Еврокомпании подлежат регистрации в торговом реестре страны своего учреждения или местонахождения своего правления; сведения о регистрации публикуются в «Official Journal of the European Union». Регистрационная запись, учиненная в торговом реестре одной страны – участницы ЕС, может быть перенесена в торговый реестр другой страны-участницы.

Раздел 4

ДОГОВОРНОЕ ПРАВО ЕВРОПЕЙСКОГО СОЮЗА. ПРИНЦИПЫ ЕВРОПЕЙСКОГО ДОГОВОРНОГО ПРАВА

Глава 1

«ПРИНЦИПЫ ЕВРОПЕЙСКОГО ДОГОВОРНОГО ПРАВА» И УЧЕНИЕ О *LEX MERCATORIA* И *SOFT LAW*

Важнейшим основанием появления обязательств выступает договор. Исторически возникшие различия в концепциях договора, сложившихся в странах common law и странах континентальной системы права, подвергаются ныне воздействию динамичных унификационных процессов, наиболее заметные результаты которых достигнуты в рамках европейской интеграции. Большой интерес вызывает движение стран Европейского Союза в направлении к созданию единой европейской системы договорного права.

Под унификацией понимается создание в праве разных государств единообразных по содержанию норм, предназначенных для регламентации соответствующей группы правоотношений, которые заменяют положения национального законодательства такими единообразными нормами и тем самым создают единообразное правовое пространство, позволяющее обеспечить сходные правовые условия функционирования хозяйствующих субъектов¹.

¹ См.: Международное частное право: Учебник / Под ред. Г.К. Дмитриевой. – М.: ПБОЮЛ Гриженко Е.М., 2002. – С. 175-186.

Во второй половине XX в. интернационализация производства и рост взаимозависимости экономик различных государств вывели эти отношения за пределы отдельных государств и обусловили необходимость унификации международного права в виде международных конвенций. Однако, как показывает практика, многие принятые конвенции десятилетиями не вступают в силу или действуют в незначительном круге государств. Именно недостаточная эффективность такого регулирования обуславливает переход от государственно-правового регулирования к поиску новых регуляторов данных отношений, в качестве которых выступают *lex mercatoria* (транснациональное торговое право) в его современном понимании – в виде объединения торговых обычаев в своды, не являющиеся юридическими документами, общепринятых правовых норм – в виде так называемого «мягкого права» (*soft law*).

«Мягкое право» – термин, применяемый к правилам, стандартам, рекомендациям, инструкциям и положениям, принятым различного рода организациями, требования которых не носят нормативный (обязательный) характер, но тем не менее оказывают значительное влияние на формирование как права ЕС, так и национального права стран-участниц.

Soft law представляет собой феномен, присущий в первую очередь международному праву и оказывающий значительное влияние на процессы унификации национального права стран – участниц ЕС¹.

Применительно к практике ЕС зарубежные исследователи² обычно выделяют 3 базовые характеристики «мягкого права»:

¹ Линников А.А. «Мягкое право» в правовом регулировании банковской деятельности в ЕС // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. – 2008. – Первый выпуск (№ 12). – С. 59-62.

² См., например: Morand Ch.-A. Les recommandations, les résolutions et les avis du droit communautaire, *Cahiers Dr Euro* 6 (1970) 2, p. 623; Thürer D. The Role of Soft Law in the Actual Process of European Integration // Jacot-Guillarmod O., Pescatore P. (eds.). *L'avenir du libre-échange en Europe. Vers un espace économique européen?* (Zürich Schultess Polygraphischer Verlag, 1990), p. 131; Borchardt G., Wellens K. Soft Law in European Community Law, *Euro L Rev.* 14 (1989) 5, p. 267; Snyder F. Soft Law and Institutional Practice in the European Community // Martin S. (ed.). *The Construction of Europe: Essays in Honour of Emile Noël* (Dordrecht: Kluwer Academic Pub-

– «мягкое право» всегда связано с определенными правилами поведения ('rules of conduct') и взаимными обязательствами ('commitments');

– такие правила поведения и обязательства лежат в основе инструментов (instruments), хотя и не имеющих обязательной юридической силы, но не лишенных определенной правовой значимости. Соблюдение их не обеспечивается принудительно от имени государства, но они рассматриваются в качестве целей, которые должны быть достигнуты¹.

Л. Сенден, например, предлагает выделять следующие разновидности инструментов, образующих *soft law*:

1) документы, появляющиеся в результате работы над нормативными и ненормативными сводами предписаний, в том числе носящие информационный характер (preparatory and informative instruments), названные Европарламентом альтернативой законодательству². Эти документы выполняют функцию актов, «предшествующих нормативным предписаниям» (*pre-law function*);

2) документы, нацеленные на обеспечение единообразного толкования и применения существующего права Сообщества, в том числе посредством решений Европейского Суда Правосудия (interpretative and decisional instruments). Эти акты выполняют, по сути, функцию толкования и имплементации новых правовых предписаний в уже существующую правовую систему ЕС (*post-law function*);

3) документы, имеющие целью содействовать политике, проводимой для целей, во имя достижения которых Сообщество было создано. В том числе достижение этих целей мерами политического воздействия с использованием деклараций о намерениях, заключений и пр., но всегда для углубления сотру-

lishers, 1994), p. 197. Цит. по: *Senden L. Soft law, self-regulation and co-regulation in European law: where do they meet?* // *Electronic Journal of Comparative Law*. – January 2005. – Vol. 9.1 // <http://www.ejcl.org/91/art91-3.PDF>

¹ См.: *Petar Sarevi. Unification and «Soft Law» //Conflicts et harmonisation. Melanges Von Overbeek, Fribourg, 1991. – P. 91.*

² См.: *Agence Europe, 22-23 December 1997, no. 7127, p. 10, and Agence Europe, 21-22 December 1998, no. 369, p. 13.*

ничества и гармонизации законодательства стран – участниц ЕС посредством принятия необязательных сводов предписаний, таких как рекомендации, резолюции, кодексы поведения и т.д. (steering instruments). Это акты выполняют, по сути, функцию квазинормативных предписаний (*para-law function*). По терминологии Д. Тюрера¹, это различные *принципы права*;

– в конечном счете, цель этих правил и взаимных обязательств – в достижении определенного практического результата или регулирования определенного рода деятельности. С учетом изложенного *soft law* можно определить как совокупность принципов и общих правил поведения, не имеющих обязательной юридической силы, но обладающих юридической значимостью и направленных на достижение определенного практического результата².

Понятие *lex mercatoria* (право торговли) не новое в международной торговой практике. Оно было известно, как право торговцев, представляющее свод универсальных, сложившихся на практике и применяемых повсеместно правил, несвязанных с государствами. По мере развития национального права эти правила были по-разному восприняты национальными правовыми системами, что привело к формированию больших различий. Развитие международной торговли во второй половине XX в. возродило интерес к *lex mercatoria* на основе социологической теории Ж. Селля, полагавшего, что отдельные группы внутри общества создают собственные юридические правила, поэтому международное сообщество коммерсантов также стремится создать юридические правила для организации деятельности своей общности и заключаемых ими сделок; теории правового плюрализма Романо Санти, согласно которой правовые системы не являются монолитными, а представляют собой сосуществующие системы и подсистемы; теории естественного права, нашедшей отражение в публикациях Б. Гольдмана. Первоначально он (Гольдман) пояснял теорию *lex mercatoria* как «спонтанное право», создаваемое участниками международных коммерческих отношений, выступающих в виде предприятий, заключающих контракты, в которых встречаются интересы меж-

¹ См.: *Thürer D.* Op. cit.

² См.: *Senden L.* Op. cit.

дународной коммерции, частных организаций, участвующих в этой торговле, а также международного коммерческого арбитража. По мнению К. Бергера, *lex mercatoria* представляет третью правовую систему, отличную и от международного публичного, и от национального права. Е. Ланген относил транснациональное право торговли к рабочему методу формулирования правил поведения, а не к новому правовому порядку. Г. Берман и Ф. Дассер рассматривали *lex mercatoria* как собрание обычного международного или транснационального права торговли, в котором обобщены все национальные правовые системы, подлежащие применению к международной купле-продаже и обращению к которому необходимо, когда применимое национальное право содержит правило, противоречащее международному коммерческому обычаю.

В начале 1964 г. Шлезингер и Гундлик высказали идею, что традиционные международные коммерческие контракты, содержащие арбитражную оговорку, при отсутствии выбора сторонами применимого права должны подпадать под общие принципы права, а не под нормы и принципы какой-либо национальной юридической системы.

Позже, с тем чтобы не применять законодательство развивающихся стран, в случае, когда такое право оказывалось применимым к договору, в западной доктрине международного частного права было разработано понятие договоров, заключаемых с целью государственного развития, и доктрина о том, что такие договоры не подпадают под нормы права какого-либо конкретного государства, а подлежат регулированию особой системой правил, не имеющих связи с национальными системами права, в виде международного торгового права, как третьей правовой системы, занимающей место между международным публичным и внутринациональным правом; свода новых правил и принципов квазиправового характера, не привязанных к какой-либо национальной системе права.

По мнению К. Хайгет, эти правила включают функциональный эквивалент миниатюрной добровольной правовой системы и предназначены для разрешения споров между частными инвесторами и государствами. В таких контрактах в разделе о применимом праве использовались нетрадиционные отсылки к принципам международного публичного права, общим принци-

пам права, общим принципам, разделяемым всеми, одной или несколькими национальными или региональными системами, ссылки на обычаи и обыкновения международной торговли, транснациональное коммерческое право или *lex mercatoria*.

О. Ландо считает, что вместо согласования сторонами международного коммерческого контракта применимого права они могут подчинить его обычаям международной торговли, правилам права, общим для всех или большинства государств, вовлеченных в международную торговлю, или правилам права государства, связанного со спором. Если такие общие правила права не могут быть определены, арбитр применяет правило или избирает решение, которое представляется ему справедливым и наиболее подходящим. Именно такой процесс вынесения решения, являющийся частично применением юридических норм и частично представляющий селективный и творческий процесс, именуется *lex mercatoria* в современном понимании¹.

В сложившейся ситуации западные участники международных коммерческих контрактов, международные арбитры и доктрина полагают, что право не является фактором обеспечения надежности и безопасности урегулирования соответствующих отношений, а многообразие правовых систем порождает неуверенность и обуславливает поиск новых средств регулирования в направлении выработки механизмов отделения правового регулирования от национального права. В Европейском Союзе подобная потребность обусловлена необходимостью создания единого правового режима на территории внутреннего рынка.

Однако то обстоятельство, что в странах Европейского Союза национальные системы договорного права обладают заметными различиями, не препятствует утверждению тенденции к созданию единообразной европейской системы договорного права ввиду недостаточности (фрагментарности, рассогласо-

¹ Подробнее о *lex mercatoria* см., например: *Lando O. Some Features of the Law of Contract in the Third Millennium.* // http://frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law/literature/lando01.htm; *Мережко А.А.* Транснациональное торговое право (*Lex mercatoria*). – Киев: ТАКСОН, 2002; *Низамиев А.Ш.* Концепции *Lex Mercatoria* in Foreign Doctrine // Журнал международного частного права. – 2000. – № 1. – С. 48-68.

ванности) регулирования в сфере договорного права посредством директив, поскольку последние не содержат общих принципов регулирования¹.

Наиболее ярким результатом, отражающим эту тенденцию, выступают разработанные Комиссией по европейскому договорному праву «Принципы Европейского договорного права»² (далее – Принципы). Они преодолевают «недостатки» международных конвенций – обязательный характер документов и фрагментарность, являются механизмом отделения правового регулирования договорных отношений от национального права и устанавливают *общие нормы европейского договорного права*. Именно поэтому статья 1 Принципов указывает, что они предназначены для применения в качестве общих правил договорного права Европейского Союза и что они применимы в случае, если стороны согласились урегулировать договор «общими принципами права», «*lex mercatoria*» или подобными нормами, либо не избрали какую-либо систему или правила законодательства для урегулирования их договора³.

¹ См.: *Gerrit Betlem & Ewoud Hondius*. European Private Law After the Treaty of Amsterdam, 9 EUR. REV. PRIV. L. 3, 9 (2001); *Ole Lando*. Why Codify the European Law of Contract?, 5 EUR. REV. PRIV. L. 525, 526–27 (1997); *Christian von Bar*. A European Civil Code, International Agreements and European Directives, in Study of the systems of private law in the EU with regard to discrimination and the creation of a European civil code 147–51 (manuscript June 1999) // http://www.europarl.europa.eu/workingpapers/juri/pdf/103_en.pdf.

² См.: The Principles of European Contract Law (PECL) // http://frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law/Skabelon/pecl_engel sk.htm – оф. с. Комиссии по европейскому договорному праву.

³ См.: *Сироткина О.В.* «Принципы европейского договорного права»: история создания, статус и основные положения // Сборник научных трудов. Серия «Право». Выпуск № 1 (5) // СевКавГТУ. – Ставрополь, 2003. // <http://www.ncstu.ru/>

Глава 2

СОЗДАНИЕ ЕДИНООБРАЗНОЙ ЕВРОПЕЙСКОЙ СИСТЕМЫ ДОГОВОРНОГО ПРАВА

Закрепляемые Принципами положения, относящиеся к порядку заключения договоров, последствиям их нарушения и средствам правовой защиты, в значительной части совместимы с теми, которые для аналогичных случаев содержатся в Венской конвенции 1980 г. о договорах международной купли-продажи товаров.

Работая над проектом Принципов, его составители, используя методы сравнительного права, стремились учитывать те положения национальных систем частного права, которые заслуживали воплощения в праве ЕС. Примером такого подхода Оле Ландо (Ole Lando) считает положения Принципов, касающиеся полномочий агентов, – они были сформулированы на базе германской концепции *Vollmacht*¹.

К числу основополагающих идей, положенных в основу Принципов, разработчики относят следующие.

§ 1. Порядок заключения договора

1. Добросовестность и честная деловая практика

Обязанность стороны *действовать в соответствии с принципами добросовестности и честной деловой практики* закрепляется в общих положениях Принципов (ст. 1-201). Их непосредственным проявлением служат обязанности: достичь определенного результата в ходе переговоров на основании предоставленной *информации*, не раскрывая и не используя ее ненадлежащим образом, и проявлять максимальные усилия в ходе исполнения обязательства – сотрудничать. Вместе с тем, стороны свободны при проведении переговоров и не несут от-

¹ См.: Principles of European Contract Law, Part I: Performance, Non-performance and Remedies / Ed. by Lando O. and Beale, 1995.

ветственности за недостижение согласия, поэтому сторона, недовольная поведением своего контрагента, не может в качестве основания иска сослаться только на отказ контрагента достичь соглашения в ходе переговоров, поскольку ей потребуются доказать, что такой отказ является недобросовестным. Одновременно в статье 4-106 устанавливается ответственность за предоставление *неверной информации, даже если она не послужила основанием существенного заблуждения*¹.

2. Связывающая сила обещания / намерения участников заключить договор

Обещание, выраженное участником договорного отношения, обладает связывающей силой. Такой взгляд на обещание вытекает из общего начала договорного права, предполагающего обязательность соглашения для заключивших его сторон, – *pacta sunt servanda*. Оно означает, что стороне договора должна быть обеспечена возможность полагаться на исполнение контрагентом принятых на себя обязанностей. Это начало договорного права поддерживается всеми национальными правовыми порядками в ЕС и отражено в статье 1-102 Принципов, закрепляющей свободу договора, а также в статье 6-111, обязывающей сторону договора к исполнению своих обязанностей даже в том случае, когда такое исполнение становится более обременительным для нее, чем предполагалось в момент заключения договора.

Некоторые ученые отмечают², что когда возникают вопросы, связанные с действием принципа *pacta sunt servanda*, исключениями из него всегда являются: публичный порядок или императивные нормы, концепции относительно злоупотребления обстоятельствами одной из сторон договора и т.д.

¹ См., например: *Famsworth E.A. Precontractual liability and Preliminary agreements: fair dealing and failed negotiations // Columbia Law Review. – 1987. – P. 242-243.*

² См., например: *Chengwei Liu. Pacta sunt servanda: A cornerstone of contract law // Changed Contract Circumstances [2nd edition: Case annotated update (April 2005)]. // <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/liu5.html>*

Объяснение признания обязательного характера договора и обеспечения его исполнения в суде кроется в том, что, во-первых, каждый должен обладать свободой действий независимо от влияния государства и других властных структур и самостоятельно определять условия своего существования; а во-вторых, выполняя договор, сторона, прежде всего, сама получает от этого выгоду, поскольку приобретает товары и услуги, производимые в сравнительно небольшом количестве и представляющие для нее известную ценность и таким образом приносит пользу обществу¹.

Другое важное положение Принципов, демонстрирующее обязывающее значение обещания, касается **намерения участников юридически связать себя договором**. Правопорядки всех стран – участниц ЕС сходятся в том, что без такого намерения соглашение не превращается в настоящий договор. Более того, такое соглашение должно быть достигнуто по условиям (пунктам), сформулированным с *достаточной определенностью*. Именно такой подход получил закрепление в статье 2-101 Принципов.

При определении соответствия волеизъявления стороны договора ее действительному намерению (воле) традиционно возникает вопрос о том, чему надлежит отдавать предпочтение – воле или волеизъявлению. Гражданскому праву Германии, Голландии и скандинавских стран, например, свойственно придавать значение не тому, что предполагала сторона в глубине души, а лишь тому, что она реально выразила в договоре: «люди связывают себя словами, а не мыслями». Именно такой подход воспринят статьей 1-102 Принципов, которая констатацию намерения стороны юридически связать себя договором ставит в зависимость от того, насколько ясным это намерение представлялось контрагенту из ее заявлений или поведения. Названная статья закрепляет для этого критерий «разумных ожиданий» лица, к которому обращено волеизъявление.

¹ В этом контексте см., например: *Dario Alessi. The Distinction between Obligations de Resultat and Obligations de Moyens and the Enforceability of Promises, ERPL 5/2005. – P. 657-692.*

По существу, этот подход распространяет принцип *bona fide* на ведение переговоров о заключении договора.

В данной связи существенно правило, закрепленное в статье 2-209, согласно которому стандартные условия составляют часть договора в той степени, в какой они являются общими по существу, что дает строгое соответствие оферты и акцепта, как они признаются классической идеей договора как соглашения. Теоретически согласие и соглашение подразумевают полное совпадение двух намерений, в результате чего возникает единое намерение, разделяемое сторонами. Два общих по существу заявления могут привести к появлению договора. В то же время подразумевается, что договор может возникнуть и в случае, если такие заявления полностью не совпадают, при этом очерчиваются границы возможного несовпадения, в результате чего соглашение само по себе является результатом не консенсуса, а толкования того, что считать существенным сообразно намерению сторон, а что таковым не считать. В подобном положении можно усмотреть ограничение свободы договора, поскольку в такой ситуации сам закон, а не соглашение сторон создает договор, определяя условия его существования и не принимая во внимание истинное намерение сторон.

Этот же принцип положен статьей 2-302 в основу правил о полномочиях представителей: такие полномочия могут быть прямо выраженными или подразумеваемыми в зависимости от фактических обстоятельств. Так, лицо признается наделенным полномочиями представителя, если заявления или поведение представляемого побудили разумно действующих третьих лиц добросовестно полагать, что представитель получил от представляемого необходимые полномочия.

3. Свобода формы договора

В странах, гражданское право которых построено на строгом следовании римскому праву, в числе условий действительности договора принято выделять облечение его в письменную форму, а также наличие *causa* – основания договора.

Однако сейчас требование соблюдать определенную форму, заключая договор, стало скорее исключением из общего

принципа свободы формы. Так, некоторые страны романской правовой семьи требуют, чтобы договор был заключен в письменной форме, позволяющей стороне защитить его в суде. Например, гражданское право Германии и скандинавских стран не предусматривают специальных положений о форме и основании договора как обязательных предпосылок его действительности. Сферу применения формальных требований определить несложно – в романской правовой семье и в Англии они служат в основном доказательством факта заключения договора, в германской – выполняют функцию доказательства и подтверждают серьезность намерений сторон.

По этой причине разработчики Принципов из Комиссии по европейскому договорному праву предпочли более либеральные подходы к данному вопросу.

Они не только отошли от строгих правил касательно формы и основания, но также и от свойственного договорному праву Англии и Ирландии правила о «встречном удовлетворении» – *consideration*, выполняющем в common law примерно ту же роль, что *causa* – в континентальной системе права. Согласно учению о *consideration*, даже вполне серьезное обещание, принятое лицом, которому оно адресовано, не создает юридических последствий до тех пор, пока это последнее не совершит взамен какого-либо действия либо не пообещает его совершить.

Комиссия отказалась закрепить в Принципах положения о «встречном удовлетворении»: в статье 2-101 прямо указывается, что договор считается заключенным, «если стороны выразили намерение юридически связать себя и достигли достаточного согласия *без каких бы то ни было иных требований*». Тем самым было закреплено правило, согласно которому действительность договора не зависит от его формы, наличия основания или встречного удовлетворения.

Отметим также, что и в статье 11 *Венской конвенции 1980 г.*¹ однозначно подчеркивается необязательность заключения или подтверждения договоров международной купли-

¹ См.: Венская конвенция о договорах международной купли-продажи товаров. – М.: Юридическая литература, 1994. – С. 221-247.

продажи товаров в письменной форме, равно как и возможность их доказывания любыми средствами, включая и свидетельские показания.

4. Оферта и акцепт

Германское гражданское право считает оферту связывающей оферента с момента, когда она достигает своего адресата. В праве скандинавских стран таким считается момент, когда адресат становится осведомленным о ее содержании.

После этого момента оферта приобретает свойство безотзывности: отозвать ее нельзя, если только сам оферент не предупредит адресата о возможности ее отзыва. Поскольку такой же подход закреплен в статье 16 Венской конвенции ООН о международной купле-продаже товаров, разработчики Принципов решили последовать ему, и закрепили основанное на нем правило в статье 2-201, снабдив его, однако, некоторыми исключениями.

Первое из них касается случаев, когда оферта содержит указание о своей безотзывности либо указывает срок, в течение которого оферент будет ожидать ее акцептования. Такие указания создают у адресатов ожидание безотзывности полученной оферты, которое заслуживает правовой защиты.

Другое относится к случаям, когда, несмотря на отсутствие таких указаний, получатель оферты имел разумные основания полагаться на ее безотзывность и действовал согласно такому о ней представлению. В этих случаях оферта также считается безотзывной. Так, если субподрядчик направляет оферту подрядчику, на основании которой последний вступает в подрядные торги, субподрядчик не вправе отозвать оферту.

Отступление Принципов от некоторых положений Венской конвенции 1980 г. Следуя в целом в русле предписаний статьи 16 Венской конвенции, Принципы отступают от них в одном весьма важном случае.

Названная статья конвенции устанавливает, что оферта, указывающая на свою безотзывность посредством упоминания определенного срока ожидания акцепта либо иным образом, не

подлежит отзыву. Такое правило может быть истолковано в том смысле, что закрепление в оферте некоторого периода времени для ожидания акцепта обязательно превращает ее в безотзывную.

Между тем, подобное толкование не является единодушным. Еще в период, когда обсуждался проект конвенции, делегаты из стран общего права возражали против того, чтобы назначение срока для ожидания акцепта считалось автоматическим превращением оферты в безотзывную, на чем настаивали представители континентально-правовой доктрины.

Разработчики Принципов сочли, что формулировка названной статьи порождает юридическую неопределенность, не устраняемую отсылкой к критерию понимания получателем оферты намерений оферента, и отказались следовать ему. В статье 2-103(3) Принципов они предпочли указать на то, что отзыв оферты не имеет силы, если для ее акцептования был установлен определенный срок.

Что касается *акцепта с оговорками*, то противоречие данной конструкции, отмечаемое некоторыми учеными, видится в том, что акцепт, как согласие с намерением кого-то другого, не может одновременно быть изменением или попыткой его изменения. Согласно статье 2-208 Принципов, ответ акцептанта на оферту, который содержит или подразумевает дополнительные или изменяющие условия, является отклонением оферты и новой офертой, только если существенно изменяет условия оферты. То есть в случае, если они существенно не изменяют условий оферты, такие условия становятся частью договора, если только оферент явно не возражает против этих условий. Такое правило выбора обратного от предложенного создает разрыв между заключением договора и моментом, когда становится ясно, что договор заключен и его стороны юридически связаны. Данное утверждение бесспорно независимо от того, одобряется ли концепция условий, существенно изменяющих оферту в узком или широком смысле.

§ 2. Положения «Принципов европейского договорного права» о содержании договоров

1. Зависимость действительности договоров от справедливости их условий

Разработчики «Принципов европейского договорного права» определяют условия заключения договора и его действительности с использованием термина «*несправедливость*», предусматривая защиту в случае ошибки, заблуждения, обмана, чрезвычайно несправедливого преимущества (ст. 4-103; 4-106; 4-107 и 4-109 соответственно).

Действительность договора в целом или его отдельных условий устанавливается в статье 4-109, которая содержит положения относительно чрезмерного преимущества, создаваемого для одной из сторон путем недобросовестного использования слабости другой стороны; положения о *несправедливых условиях договора*¹ содержатся в статье 4:110.

«Принципы» позволяют отказаться от договора или отдельного его условия в случае, когда присутствуют одновременно процессуальное и материальное неравновесие, т.е., если в момент заключения договор или какое-либо его условие создавало чрезмерное преимущество в силу недобросовестного использования одной стороной отсутствия навыков ведения переговоров у другой стороны, во-первых, и согласно статье 4-109 также позволяют отказываться от применения *индивидуально неопределенных* условий только потому, что они существенно *несправедливы* (ст. 4:110), во-вторых. Комментарий к статье 4:110 содержит не исчерпывающий перечень из 17 условий (так называемый серый список), которые могут быть квалифицированы как несправедливые.

Оговорка о том, что договор охватывает все условия, согласованные сторонами, и не может быть оспорен или дополнен

¹ Подробнее о несправедливых условиях договора см., например: *Ewoud Hondius*. Unfair contract terms: towards a European Law Introduction, ERPL 5(1997), p. 121-134; *Bert Lehrberg*. Renegotiation Clauses, the Doctrine of Assumptions and Unfair Contract Terms, ERPL 6(1998), p. 265-283.

ссылками на предшествовавшие его заключению заявления или соглашения сторон, – так называемая оговорка о «поглощении» – применяется только в случае, если она была **индивидуально определена** – статья 2:105(1). То есть, согласно статье 2:105(2) Принципов, если оговорка о «поглощении» не была индивидуально определена, создается лишь презумпция того, что стороны не намеревались считать предшествовавшие заключению договора заявления, обязательства или соглашения частью договора.

Поэтому договор в письменной форме, содержащий оговорку о том, что любое его изменение должно осуществляться в письменной форме, и он не может быть изменен другим способом, лишь устанавливает презумпцию того, что изменение договора не обязательно для сторон до тех пор, пока не изложено в письменной форме – статья 2-106(1).

Одновременно согласно Принципам **индивидуально неопределенные** условия будут обязательными только, если сторона, включая их в договор, предпринимала соответствующие шаги к тому, чтобы привлечь к ним внимание другой стороны до или во время заключения договора. Кроме того, в статье ясно указывается на то, что простого упоминания подобного условия в договоре недостаточно, чтобы оно стало таковым (ст. 2-104).

Принципы проводят грань между **индивидуально неопределенными** и **общими** условиями договора. Последние понимаются как условия, сформулированные заранее для неопределенного числа договоров соответствующего вида – статья 2-209(3). Также специально оговаривается вопрос о том, в каком случае и в какой степени **информация относительно качества** товаров или услуг и способа их использования, предоставляемая профессиональным поставщиком (равно как и любым другим лицом, рекламирующим или осуществляющим маркетинг товаров или услуг для профессионального поставщика или предшествующего ему в деловой цепи лица), должна рассматриваться как договорное обязательство между профессиональным поставщиком с последним потребителем – статья 6-101(2-3).

Отметим в этой связи, что условия недействительности договора значительно различаются в национальных правовых

системах. Так, сторонники английского подхода к обязанности лица раскрывать имеющуюся у него информацию в ходе ведения переговоров настаивали на том, что сторона не обязана раскрывать существенно важную информацию другой стороне, даже если она знает, что другая сторона не осведомлена о ней. Молчание относительно вопроса, в котором другая сторона заблуждается, не является введением последней в заблуждение. Так, если лицо приобретает дорогостоящую картину известного художника по цене в несколько раз меньше ее реальной цены, но продавца это устраивает, поскольку он не знает о том, что она написана известным художником, договор действителен, средства защиты у продавца отсутствуют. Разработчики из континентальных стран настаивали на том, что сторона должна раскрыть эту информацию и тогда у другой стороны появится возможность избежать договора на подобных условиях. Данные различия связаны с тем, что в вопросах торговли английские суды всегда принимали и принимают сторону бизнесмена, поскольку им чаще приходилось сталкиваться со сделками торговой купли-продажи, договорами чартер-партии и морской перевозки, чем судьям континентальных стран. В настоящее время они начинают допускать необходимость признания принципа добросовестности между сторонами.

2. Обязательность исполнения договора и освобождение от ответственности в случае действия непреодолимой силы и коренного изменения обстоятельств

Что касается ***исполнения договора***, то обязательность договора для сторон, как указывалось выше, подразумевается и в статье 1-102 Принципов, которая говорит о свободе договора, и в статье 6-111 об изменении обстоятельств, в которой сказано, что сторона обязана исполнять обязательства, даже если такое исполнение становится для нее более обременительным. Такой подход принят в большинстве европейских стран.

Исключением из правила об обязанности стороны исполнить обязательство, даже если такое исполнение становится для нее более обременительным, чем предполагалось при заключении договора, зафиксированным национальными правовыми

системами, является действие непреодолимой силы. Действие непреодолимой силы связывается с наступлением событий, делающих исполнение невозможным или квази невозможным, в результате чего должник освобождается от ответственности за неисполнение, а договор прекращается, поскольку в данном случае невозможно изменить его условия и для сторон не возникает обязанности вступать в переговоры с целью внесения подобных изменений. Правило о непреодолимой силе не носит императивный характер. Стороны могут договориться с учетом принципа добросовестности о более мягких или о более жестких условиях, например, о наложении друг на друга абсолютной обязанности, что часто делается в стандартных условиях договора.

Законодательство европейских стран по данному вопросу различно, но можно выделить общие черты. Так, должник освобождается от обязательств, только если (1) исполнение стало невозможным фактически или в силу закона. Большинство национальных правовых систем признают также квази невозможность исполнения, когда исполнение возможно, но не может быть истребовано. Кроме того, необходимо, чтобы (2) от должника нельзя было разумно ожидать принятия этого препятствия в расчет в момент заключения договора и чтобы (3) невозможность возникла вне пределов контроля должника, который предполагается имеющим возможность контролировать себя, своих работников и оборудование. Подобное правило закреплено в статье 79 Венской конвенции 1980 г.

В долгосрочных договорах, таких как договор о совместной деятельности, подряда на строительство, о регулярных поставках товаров или услуг, непредвиденные обстоятельства могут сделать исполнение крайне обременительным, особенно в период застоя (депрессии) или беспорядков. В данном случае речь идет о принципе *rebus sic stantibus*¹, согласно которому действительность договора зависит от неизменности обстоятельств, при которых он был заключен. Содержание этого принципа менялось с течением времени, поскольку возникала

¹ Об этом см., например: Panagiotis Papanikolaou. *Rebus Sic Stantibus und Vertragskorrektur auf Grund Verändertes Umstände im Griechischen Recht*, ERPL 6(1998), p. 303-317.

необходимость выработать основу для принятия судебных решений по вопросу об изменившихся обстоятельствах. Согласно теории презумпции немецкого ученого Виндшайда, одна из сторон заключает договор, презюмируя, что он действует только при определенном стечении обстоятельств, при условии, что ее волеизъявление не было при этом связано каким-либо условием¹. Вслед за Виндшайдом немецкий ученый Ортман попытался разработать теорию основания сделки, исходя из того, что договор прекращает свое действие, если из-за изменившихся обстоятельств не оправдываются ожидания и предположения сторон, на которые они рассчитывали, заключая договор. После Первой мировой войны французские ученые решали проблему изменившихся обстоятельств, делая попытки расширительно толковать форс-мажор, адаптировать договор к изменившимся обстоятельствам на основе предполагаемой воли сторон, принуждать к исполнению договора на основе принципа добросовестности. Английская доктрина тщетности договора служила цели выхода из ситуации, в которой обстоятельства менялись таким образом, что исполнение договора становилось невозможным. Положения о том, что в случае наступления неожиданных и непредвиденных обстоятельств сторона может быть освобождена от исполнения договора или условия договора могут быть изменены включаются во многие договоры, однако часто стороны забывают или не считают необходимым сделать это. Поэтому помимо правила о непреодолимой силе, охватывающего невозможность и квазиневозможность исполнения, некоторые правовые системы содержат правило, освобождающее должника от исполнения, например, когда такое исполнение хотя и невозможно, но чрезмерно обременительно (Италия) или положение настолько изменилось, что экономическая основа, на которой договор был заключен, исчезла (Германия). Такое правило можно обнаружить в ГК Голландии, подобное понятие знакомо и законодательству Франции.

Отличие освобождения от ответственности в связи с изменившимися обстоятельствами от действия непреодолимой

¹ См.: Цвайгерт К, Кетц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: В 2-х тт. – Т. 2. – Пер. с нем. – М.: Международные отношения, 2000. – С. 262.

силы в том, что (1) сторона может быть освобождена от исполнения, если оно стало чрезвычайно обременительным для нее. В этом случае не требуется, чтобы исполнение стало невозможным. Так, обстоятельства коренным образом изменились для кампании, которая в 1929 г. подрядившись поставлять больнице воду по фиксированной цене «в последующие времена» (*in «times ever after»*) и вынуждена была продолжать поставки после 1978 г., когда согласованная цена стала смехотворной из-за инфляции. Апелляционный суд под председательством лорда Деннинга путем толкования слов «*for times ever after*», которые не могли означать того, что сказали стороны, решил поднять цену¹. (2) Договор не всегда прекращается, но может быть изменен либо сторонами, вступающими в переговоры, либо судом. (3) Будучи лучшими судьями ситуации, стороны должны добросовестно вести переговоры. Они могут приспособить договор к новой ситуации, и, если это не удастся, прекратить договор.

Правила об **освобождении от ответственности в случае действия непреодолимой силы** содержатся в статье 8-108 Принципов, однако освобождение от ответственности ограничено периодом времени, в течение которого данное препятствие существует – статья 8-108(2). При наличии препятствия постоянного характера договор прекращается автоматически – статья 9-303(4).

Правила об **освобождении от ответственности в случае коренного изменения обстоятельств** содержатся в статье 6-111 Принципов. В них сказано, что сторона обязана исполнить свое обязательство, даже если такое исполнение стало более обременительно для нее в силу либо возрастания стоимости исполнения, либо уменьшения ценности получаемого стороной исполнения, т.е. в случае его невыгодности. Однако, если исполнение становится чрезвычайно обременительным по причине изменившихся обстоятельств, стороны обязаны вступить в переговоры с целью приспособления договора к новым условиям или прекращения его при условии, что (a) изменение обстоятельств не могло разумно стать известно сторонам и (b) воз-

¹ См.: *Staffordshire Area Health Authority v. South Staffordshire Waterworks Co* [1978] 1 W.L.R. 1387. Цит. по: *Lando O. Op. cit.*

возможность изменения обстоятельств не была одной из тех, которую можно было разумно принять в расчет в момент заключения договора; и (с) риск изменения обстоятельств не был одним из тех, который, в соответствии с договором, был принят на себя заинтересованной стороной. Когда стороны не могут достичь согласия в течение разумного периода времени, суд или арбитр могут либо прекратить договор с какой-либо определенной даты и на условиях, определенных судом, либо справедливо приспособить договор к изменившимся условиям с целью распределения между сторонами понесенных в результате такого изменения убытков и полученных выгод. В обоих случаях суд может присудить стороне, понесшей убытки в результате отказа другой стороны вступить в переговоры или недобросовестного прекращения переговоров, возмещение этих убытков. Статья 6-111 не носит императивный характер; таким образом, заключая договор, стороны могут сами определить, как будут распределяться риски. В данных положениях подходы континентальной и общей систем права совпадают.

Платеж по договору *может быть сделан в любой форме*, используемой в ходе обычной деловой практики (ст. 7-110 Принципов). Денежное обязательство, выраженное в валюте иной, чем валюта места платежа, всегда может быть исполнено в валюте места платежа, в соответствии с применимым курсом обмена валют, если только стороны не договорились о том, что платеж должен быть сделан только в согласованной в договоре валюте – статья 7-108(1-2). При этом в случае задержки денежной суммы размер процентов годовых должен составлять среднюю банковскую ставку по краткосрочному кредитованию первоклассных заемщиков, превалирующую в отношении валюты платежа в месте платежа.

3. Проявление принципов добросовестности и честной деловой практики при оценке условий договоров

Интересным представляется сопоставление подходов национальных правовых систем стран – участниц ЕС в контексте приведенной выше концепции несправедливости, являющейся, по нашему мнению, проявлением вышеуказанных принципов добросовестности и честной деловой практики.

Добросовестность означает честность образа мыслей, она, «возможно, является одним из непререкаемых постулатов миллетных *lex mercatoria*»¹. Противно принципу добросовестности пользоваться каким-либо средством защиты своего права, если такое использование бесполезно для потерпевшей стороны и осуществляется только с целью причинения вреда другой стороне. Честная деловая практика означает фактическое соблюдение принципа добросовестности и, по сути, является объективной. Проявляется она, например, в обязанности надлежащего учета интересов другой стороны. Добросовестность презюмируется, поэтому сторона, которая утверждает, что другая сторона не соблюдает принципов добросовестности и честной деловой практики, должна убедить в этом суд.

В Европе существуют значительные разногласия относительно добросовестности как правового принципа². Лучше всего это можно проиллюстрировать путем сравнения законодательства Германии и Голландии с общим правом Англии. В § 242 ГГУ содержится положение о том, что должник должен исполнять свои обязанности в соответствии с требованиями добросовестности и честной деловой практики с учетом торговых обычаев (обыкновений). На его основе суды устраняют несправедливые условия договора и создают обязанности, обеспечивающие верность сторон договору, такие как: обязанность сотрудничать с другой стороной, блюсти ее интересы, предоставлять необходимую ей информацию. Суды придерживаются позиции, согласно которой право стороны может быть ограничено или утрачено ей, если защита его будет являться злоупотреблением.

ГК Голландии 1992 г. приближается к ГГУ. Со времен Наполеона кодексы считались непогрешимыми. Сейчас ГК Голландии позволяет судам отступать от его положений, когда

¹ Tallon D. Binding force of contract. – Budapest, 1991. – P. 111.

² См., например: Peter Van Schilfgaarde. System, good faith and equity in the New Dutch Civil Code, ERPL 5(1997), p. 1-10; Marietta Auer. Good Faith: A Semiotic Approach, ERPL 2(2002), p. 279-301; Simon Whittaker. Assessing the Fairness of Contract Terms: The Parties «Essencial Bargain», its Regulatory Context and the Significance of the Requirement of Good Faith, ZeuP 1/2004, p. 75-98 и др.

придерживаться их было бы неразумно. Правило, обязательное для сторон в силу закона, обычая, другого правового акта, не должно применяться, если в силу обстоятельств это было бы неразумно, принимая во внимание принцип добросовестности. Статья 6:2 ГК Голландии говорит о том, что принцип добросовестности должен не только служить дополнением к обязательствам сторон, но также может изменять их или погашать. Статья 6:248 закрепляет подобное правило применительно к договорам. Положения, закрепляющие принцип добросовестности в договорных обязательствах, встречаются и в других странах кодифицированного законодательства, входящих в ЕС, однако кодексы этих стран не впитали в себя дух этого принципа так, как кодексы Германии и Голландии. Этот принцип также признается судами скандинавских стран, хотя он не нашел ясного выражения в общих положениях статутов.

Напротив, общее право Англии не содержит какой-либо обязанности действовать в соответствии с принципами добросовестности и честной деловой практики, неразумность и несправедливость не признаются в качестве оснований недействительности условий договора. Примером того, как английские суды признали должника обязанным выполнить договорное обязательство, хотя у кредитора не было сколько-нибудь значительного повода поступать подобным образом, может служить дело *Arcos v. Ronassen*¹, в котором продавец обязался поставить доски определенного размера для изготовления бочек. Некоторые из поставленных досок были меньшего размера, чем требовалось, и хотя покупатель мог использовать их по назначению, учитывая неблагоприятную ситуацию на рынке, он хотел прекратить договор. Палата лордов решила, что продавец обязан был действовать в строгом соответствии с договором, причина же, по которой покупатель хотел расторгнуть договор, во внимание не принималась. Однако результаты, которых добиваются в континентальных странах, используя принцип добросовестности, достигаются в праве Англии посредством других специфических правил, которые становятся более и более многочисленными.

¹ *Arcos Ltd v. E.A. Ronassen & Son* [1933] A.C. 270. Цит. по: *Lando O. Op. cit.*

Концепция принципа, однако, шире вышеуказанных частных случаев ее применения, а цель ее – в создании общих стандартов благопристойности, добросовестности и разумности в торговых сделках. Она дополняет положения принципов и может превалировать над ними, когда прямое следование им может привести к явно несправедливому результату. К этому могут привести и положения закона и условия договора, обычно являющиеся действительными. Всегда отдавая предпочтение справедливости, суды, в свою очередь, могут далеко отойти от требований закона, что приведет к неправосудным решениям, однако невозможно установить общие требования, следуя которым суды всегда знали бы наверняка, в каком случае следует руководствоваться буквой, а в каком – духом закона. Так, строгое соответствие исполнения условиям договора не всегда будет сущностью договора, если должник знает, что работники кредитора, которым поручено контролировать, надлежаще ли он производит исполнение договора, могут определить соответствие исполнения договору, но не могут судить о степени серьезности несоответствия.

4. Исполнение договоров в пользу третьих лиц

Поэтому согласно статье 6-110(1) Принципов ***третье лицо может потребовать исполнения договорного обязательства***, когда его право поступить подобным образом было явно согласовано сторонами договора или когда такое соглашение вытекает из целей договора или обстоятельств дела. Если третье лицо отказывается от своего права на исполнение, это право считается никогда ему не принадлежавшим – статья 6-110(2). Если даже согласно статье 6-110(1) бенефициар приобретает право требовать исполнения, должник и кредитор могут, тем не менее, прийти к соглашению о том, что его право может быть изменено или отменено. Однако если кредитор пообещал бенефициару не отменять его право, он будет связан своим обещанием. Сообщение кредитора бенефициару о том, что он обязался перед последним исполнить договор, или о том, что теперь бенефициар может потребовать от него исполнение, которое он обязан предоставить, обычно приравнивается к обе-

щанию не изменять или не прекращать право бенефициара. Если узнав о своем праве от одной из сторон, бенефициар принимает или требует его, оно не может быть прекращено. По этим причинам в статье 6-110(3) сказано, что уведомлением, сделанным кредитором должнику, кредитор может лишиться третье лицо права на исполнение, за исключением случаев, когда (а) третье лицо получило уведомление от кредитора о том, что его право безотзывно или (b) должник или кредитор получили уведомление от третьего лица о том, что последний принимает право. Закрепленный здесь подход является общим для обеих систем права. Конкретизируя этот принцип, Принципы закрепляют *право передачи прав исполнения и требования кредитора другой стороне* в соответствии с подходом судебной практики стран общего права и Шотландии.

Согласно статье 9-101(2) Принципов, в случае, если кредитор еще не исполнил свое обязательство и ясно, что должник не хочет получать исполнение, кредитор, тем не менее, может исполнить договор и потребовать возмещения любой, причитающейся ему суммы, за исключением случаев, когда (а) он мог разумно совершить подстраховывающую сделку или (b) в данных обстоятельствах исполнение было бы неразумным¹.

Отметим в этой связи, что положение, согласно которому договор между двумя лицами может служить источником права требования для лиц, не являющихся его участниками, нельзя рассматривать как нечто само собой разумеющееся, поэтому следующий вопрос касается того, может ли третье лицо требовать исполнения обязательства, если его право на это было согласовано сторонами договора. Причин для заключения подобного договора может быть несколько, однако в данной работе останавливаться на них необходимости нет. В континентальной системе права договоры в пользу третьих лиц действительны и защищаются в судебном порядке. В Англии *доктрина о наличии договорной связи* (the doctrine of privity of contract), согласно которой договор может служить источником взаимных прав и

¹ См.: Definition of reasonableness in Principles of European Contract Law. Overview comments / Ed. by Albert H. Kritzer. // <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/reason.html>

обязанностей только для его участников¹, и доктрина *consideration* до последнего времени исключали такую возможность, что создавало проблему для лиц, желающих передать некие права третьим лицам. Варианты возможного поведения у сторон в этом случае, безусловно, были, тем не менее доктрина договорной связи была упразднена Законом о договорах (правах третьих лиц) 1999 г.²

Как и в странах континентального права, за некоторыми исключениями лицо, не являющееся стороной договора, может включить в договор условие, которое явно указывает или подразумевает его право на получение выгоды из договора. Например, по законодательству некоторых стран гарантия, даваемая продавцом на некоторые товары, купленные покупателем, распространяется на членов его семьи. Если пользование товаром повлекло за собой причинение вреда их здоровью, они имеют право напрямую обращаться к продавцу как стороне договора.

Третье лицо получает право требования только в случае, когда таково было намерение сторон, и это лицо знало о таком соглашении. Это правило применяется даже тогда, когда бенефициар еще не известен в момент, когда дается обещание, например, страховая компания может пообещать держателю полиса заплатить страховое возмещение любому будущему владельцу застрахованных товаров. Если кредитор не сообщил бенефициару о его праве, последний не может требовать исполнения.

5. Толкование договора

Толкование договора согласно Принципам осуществляется со ссылкой на условия договора, заявления сторон и другое поведение. Договор должен толковаться в соответствии с об-

¹ Подробнее об этом см.: *Treitel G.H.* The Law of Contract, Thomson, 11th ed. 2003; см. также решения по делам *Tweddle v Atkinson* (1861) 1 B&S 393 и *Dunlop Tyre Co v Selfridge* [1915] AC 847 и *Tweddle v Atkinson* (1861) 1 B&S 393.

² См.: The Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999 (c. 31) // http://www.opsi.gov.uk/acts/acts1999/ukpga_19990031_en_1

щим намерением сторон, а если его невозможно установить – в соответствии со значением, которое разумный человек придаст бы ему в данных обстоятельствах.

Более того, в соответствующих частях сводов содержатся статьи о толковании неясных условий, правиле *contra proferentem*, согласно которому, если условия договора, выдвинутые одной стороной, являются неясными, предпочтение отдается толкованию, которое противоположно интересам этой стороны, и правиле восполнения опущенного условия, когда несогласованное условие восполняется тем, которое кажется наиболее соответствующим обстоятельствам.

6. Недействительность, модификация и прекращение договора

Относительно *недействительности договоров* (illegality) предписания Принципов (гл. 15) таковы. Договор, противоречащий принципам, признаваемым основополагающими в законодательстве стран – участниц ЕС, считается недействительным (ничтожным – of no effect) в той степени, в какой имеет место указанное противоречие (ст. 15-101). Если договор нарушает императивные предписания статьи 1-103 Принципов, такое нарушение влечет за собой такие последствия, наступление которых предусмотрено этими императивными предписаниями. Так, стороны могут подчинить заключаемый договор положениям Принципов, при этом, если национальное законодательство позволяет, императивные нормы последнего применяться не будут. Одновременно, независимо от права, применимого к договору по желанию сторон, императивные нормы национальных законов, наднациональных и международных актов подлежат применению согласно положениям действующего международного частного права. Договор может быть признан недействительным в части (ст. 15-103). В любом из этих случаев каждая из сторон может требовать реституции того, что было предоставлено другой стороне в качестве исполнения; реституция также может быть двусторонней, когда это соответствует случаю (ст. 15-104(1) Принципов). Кроме того, сторона договора, признанного недействительным, вправе требовать от неисправ-

ной стороны такого возмещения убытков, которое поставит ее в такое положение, в котором она находилась бы, если бы договор не был заключен, при условии, что другая сторона знала или должна была знать об основании недействительности, – статья 15-105(1).

Что касается регламентации *уступки требованиям* и *перевода долга*, то Принципы закрепляют *возможность перехода* по согласию сторон *прав кредитора к другому лицу* по действующему или будущему договору – статья 11-101(1)). Возможна также частичная уступка требования, но только при условии возмещения cedentом дополнительных затрат должника (ст. 11-103).

Согласно статье 11-302 Принципов недействительной считается уступка требования без согласия должника по обязательству, в котором личность cedента имеет существенное значение для должника вследствие специфической природы исполнения либо отношений должника и cedента.

Замена должника третьим лицом допускается лишь по соглашению должника и кредитора, при этом первоначальный должник прекращает свое обязательство (ст. 12-101(1) Принципов). Кроме того, Принципы не ограничивают возможность кредитора заранее дать согласие о будущей замене должника.

Принципы допускают также *зачет требований*. Так, в случае, если две стороны имеют друг перед другом однородные обязательства, любая сторона вправе зачесть против требования другой стороны право исполнения, если ко времени зачета стороны: а) управомочена произвести исполнение; и б) вправе требовать исполнения другой стороной (ст. 13-101). Право на зачет требований осуществляется посредством уведомления другой стороны (ст. 13-104). По общему правилу зачет требований прекращает обязательства.

§ 3. Положения «Принципов европейского договорного права» о неисполнении договорных обязательств

Неисполнение наступает тогда, когда сторона не исполняет любое из обязательств по договору. В Принципах термин «неисполнение» (non-performance) используется для определе-

ния понятия нарушение договора (breach)¹. Различие между понятиями «неисполнение» Принципов и «нарушение» стран общего права заключается в следующем. Нарушение рассматривается как неисполнение и дает стороне право требовать возмещения ущерба. Неисполнение же позволяет использовать другие средства правовой защиты – прекращение договора, приостановление исполнения и др., но не возмещение ущерба. Например, если до того, как риск перешел на покупателя, предмет договора был поврежден в результате пожара, произошедшего вследствие поджога, покупатель не может требовать возмещения ущерба, но может воспользоваться своим правом на прекращение договора или уменьшение цены.

Согласно статье 9-102(1) Принципов потерпевшая сторона имеет право на исполнение в натуре любого обязательства, кроме обязательства заплатить деньги, включая и случаи ненадлежащего исполнения. Таким образом, приоритетным провозглашается принцип реального исполнения обязательства, что соответствует континентальному подходу, однако при этом используется терминология общего права – *specific performance*².

Исполнение в натуре не может быть произведено в следующих случаях: (а) оно невозможно или незаконно; (б) требует от должника затраты неразумных усилий или издержек; (с) исполнение заключается в выполнении работы или предоставлении услуг личного характера или основано на взаимоотношениях личного характера (подобное исполнение является грубым нарушением свободы личности и частным проявлением нарушения принципа свободы и автономии сторон); (d) сторона может разумно получить исполнение из другого источника.

¹ См., например: *Gareth Jones. Must the Party in Breach Account for Profits from his Breach of Contract?*, *Festschrift Peter Schlechtriem*, 2003, p. 763-776, и др.

² См.: *Goode R. Reactions to the Communication on European Contract Law*. [//europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/contract_law/comments/summaries/sum_en.pdf](http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/contract_law/comments/summaries/sum_en.pdf).

1. Критерии существенного и незначительного неисполнений и их правовые последствия

Статья 9-301(1) Принципов говорит о том, что сторона может прекратить договор, если **неисполнение** договорного обязательства другой стороной **является существенным**. Определение *существенного неисполнения*, содержащееся в статье 8-103 Принципов, повторяет статью 25 Венской конвенции 1980 г.¹ и статью 10 Гаагской конвенции 1964 г. о Единообразном законе о международной купле-продаже товаров (далее – Гаагская конвенция 1964 г.). Неисполнение считается существенным, если (а) суть договора заключается в строгом соответствии исполнения его условиям (любое отклонение от данных условий считается коренным образом меняющим суть договора и освобождает сторону от обязательств); (б) в результате неисполнения потерпевшая сторона существенно лишается того, что имела право ожидать в соответствии с договором, за исключением случаев, когда другая сторона не предвидела и не могла разумно предвидеть такой результат (во внимание принимается только размер нанесенного ущерба); или (с) неисполнение является умышленным и дает потерпевшей стороне основание верить, что она не может полагаться на будущее исполнение другой стороны.

Если неисполнение настолько незначительно, что для потерпевшей стороны было бы неразумно прекращать договор, она не сможет поступить подобным образом, таким образом вступает в действие принцип добросовестности.

Отметим в этой связи, что в отношении неденежного обязательства в странах общего права *исполнение в натуре* является дискреционным средством, основанным на принципе справедливости, однако судебное усмотрение регулируется соответствующими правилами, одно из которых заключается в том, что исполнение в натуре будет присуждено лишь тогда, когда возмещение ущерба путем уплаты денежной компенсации не является адекватным средством восстановления нарушенного права

¹ См.: *Gerhard Lubbe*. Fundamental breach under the CISG: A source of fundamentally divergent results, *RabelsZ* 3/2004, p. 444-472.

стороны и чаще всего применяется к договорам купли-продажи земли.

В странах континентальной системы права требование потерпевшей стороны об исполнении в натуре является общепризнанным и сомнений не вызывает. Оно не допускается, когда: становится невозможным, незаконным; если предметом договора является выполнение работ или оказание услуг личного характера; исполнение договора основано на личных по характеру взаимоотношениях, таких как учреждение или продолжение деятельности партнерства; стало неразумным. Например, если стоимость подъема корабля, который затонул после того, как был продан, будет значительно превышать стоимость самого корабля. Кроме того, потерпевшая сторона, по общему правилу, будет требовать исполнения в натуре только в случае, если у нее есть особая заинтересованность в подобном исполнении, удовлетворение которой не может быть достигнуто посредством возмещения ущерба.

2. Ответственность за неисполнение и право требования возмещения

Ответственность за неисполнение и право требования возмещения ограничивается только таким ущербом, который сторона предвидела или могла предвидеть, кроме случаев, когда неисполнение было совершено намеренно или по грубой небрежности (ст. 9-503).

Сторона вправе отказаться от договора на основании ошибки (заблуждения), если обстоятельства позволяют ей использовать средства защиты от неисполнения (ст. 4-119).

Принципы позволяют не исполнить обязательство стороне *исправить любое неисполнение*, только если срок исполнения еще не наступил или просрочка исполнения не превратится в существенное неисполнение (ст. 8-104).

В случае **задержки исполнения** другой стороной потерпевшая сторона может прекратить договор после уведомления другой стороны о предоставлении ей дополнительного срока для исполнения разумной продолжительности и если по исте-

чении этого срока другая сторона не исполнила своего обязательства (ст. 8-106(3) Принципов).

В уведомлении потерпевшая сторона может указать, что если в течение установленного периода сторона не исполнит обязательства, договор прекратится автоматически. При определении разумного периода времени в соответствии с Принципами нужно принять во внимание: первоначально установленный для исполнения период времени (если он был коротким, таким же может быть и срок дополнительный); нуждаемость потерпевшей стороны в быстром исполнении; характер исполнения (сложное исполнение может потребовать больше времени, нежели простое); причину, повлекшую за собой задержку исполнения (грубая небрежность стороны или *force majeure*). Если потерпевшая сторона не хочет прекращать договор в судебном порядке, она может прекратить договор посредством заявления об этом другой стороне.

Принципы позволяют стороне, имеющей *право на отказ от договора*, рассчитывать на *такое возмещение убытков*, которое должно поставить эту сторону в положение, в котором она находилась, если бы не заключила договор, независимо от того, имел ли место отказ от договора или нет, но только в случае, если отказ от договора действительно имел место (ст. 4-117).

При *прекращении договора* каждая сторона может требовать возмещения за то, что было поставлено в натуре, в ограниченном количестве случаев: в случае оплаты неполученного исполнения или исполнения, от которого произведен надлежащим образом отказ (ст. 9-307), либо в случае предоставления собственности или другого исполнения, за которое оплата не получена (ст. 9-308 и 9-309).

Обратившись к национальным правопорядкам, отметим, что законодательство стран континентальной системы права позволяет кредитору требовать *исполнения денежного обязательства* без ограничений, кроме случаев, когда такое исполнение противоречит принципу добросовестности или принуждение к исполнению рассматривается как злоупотребление правом. В странах общего права также допускается подача иска о взыскании согласованной суммы денег, которое может быть

реализовано с некоторыми ограничениями лишь в случае, когда сторона его «заработала», предварительно осуществив исполнение.

Одновременно в обеих системах права кредитор может предоставить другой стороне *исполнение неденежного обязательства* и потребовать уплатить цену. Если покупатель товаров или услуг не хочет их принимать и оплачивать, действует общее правило о том, что он должен оплатить исполнение, даже если не хочет его принимать. В странах общего права и Шотландии применительно ко всем договорам, кроме договора купли-продажи, из этого правила делаются исключения. Если сторона отказывается от договора и если на момент отказа другая сторона еще не выполнила свою часть обязательств, последняя может осуществить исполнение и потребовать уплатить цену, только если она имеет в этом какой-либо законный интерес, наличие которого ею и доказывается. Если такой интерес отсутствует, сторона лишается права на возмещение понесенных ею убытков.

Гаагская конвенция 1964 г., предшествовавшая Венской конвенции 1980 г., в статье 61(2) закрепила положение, согласно которому продавец не должен требовать уплаты покупной цены покупателем, если, в соответствии с обычаем, продавец имеет разумную возможность перепродать товар. В этом случае договор должен считаться прекращенным, а продавец может требовать лишь возмещения убытков. Венская конвенция 1980 г. такого ограничения прав продавца на исполнение договора и требование об уплате цены не предусматривает¹.

§ 4. Рамочный проект общих положений европейского частного права

Следует отметить, что разработка Принципов европейского договорного права, осуществленная Комиссией по европейскому договорному праву, начавшей работу в 1982 г., проводи-

¹ См.: *Franco Ferrari. The Relationship Between International Uniform Contract Law Conventions //22 Journal of Law and Commerce (Spring 2003). P. 57-75. //http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/ferrari7.html*

лась в русле развиваемой с тех пор и по настоящее время идеи создания Европейского гражданского кодекса¹.

Логичной в этом контексте выглядит работа Исследовательской группы, занимающейся разработкой Европейского гражданского кодекса (Study Group on a European Civil Code – SGECC) и Исследовательской группы по вопросам частного права (Research Group on EC Private Law – так называемой *Acquis Group*), представивших в начале 2008 г. Рамочный проект общих положений [европейского частного права] (Draft Common Frame of Reference [for European private law – *авт.*] – DCFR): Принципы, определения и модельные правила в сфере европейского частного права (Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law)².

Над Проектом с 2005 г. работали правоведа стран – участниц ЕС, объединенные в «Сообщество мастеров» («Network of Excellence») под эгидой Комиссии ЕС в рамках «Шестой рамочной программы ЕС» (EU Sixth Framework Programme)³.

В настоящее время Проект содержит принципы, используемые понятия и модельные правила в сфере договорного права и смежных с ним совокупностей правовых норм и состоит из 7 книг и двух приложений. Книга I – Общие положения (General provisions); Книга II – О договорах и иных правовых актах (Contracts and other juridical acts); Книга III – Об обязательствах и соответствующих им правах (Obligations and corresponding rights); Книга IV – О видах договоров и вытекаю-

¹ См.: Гражданское и торговое право зарубежных стран: Учеб. пособие / Под общей ред. В.В. Безбаха и В.К. Пучинского. – М.: МЦФЭР, 2004. – С. 43.

² См.: *Von Bar et al.* (eds.). Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law; Draft Common Frame of Reference (DCFR) Interim Outline Edition (Munich: Sellier, 2008). // www.sellier.de

Другие рабочие документы Study Group и Acquis Group доступны по адресу www.law-net.eu.

³ Подробнее см.: *Martijn W. Hesselink*. A short study for the European Parliament on the values underlying the draft Common Frame of Reference for European private law: what roles for fairness and social justice? (Centre for the Study of European Contract Law. Working paper series № 2008/08) // papers.ssrn.com/sol3/cf_dev/AbsByAuth.cfm?per_id=88206

щих из них правах и обязанностях (Specific contracts and the rights and obligations arising from them); Книга V – О ведении чужих дел без поручения (Benevolent intervention in another's Affairs); Книга VI – О внедоговорной ответственности из причинения вреда третьим лицам (Non-Contractual liability arising out of damage caused to another); Книга VII – О неосновательном обогащении (Unjustified enrichment); Приложение 1 – Об определениях (Definitions); Приложение 2 – Об исчислении сроков (Computation of time)¹.

Книга VIII посвящена переходу права собственности (The transfer of property); Книга IX – обеспечению под залог движимости (Security rights in movables); Книга X – доверительной собственности (трасту – Trusts)².

Как отмечают разработчики Проекта, одна из его целей – служить проектом, на основе которого будет выработан «политический» Рамочный проект общих положений ('political' Common Frame of Reference (CFR)), потребность в котором была провозглашена в «Плане действий Европейской Комиссии о более согласованном, гармоничном европейском договорном праве» (the European Commission's «Action Plan on A More Coherent European Contract Law»), принятом в январе 2003 г.³

Рамочный проект общих положений [европейского частного права] представляет собой пересмотренную и обновленную с разрешения разработчиков (Комиссии Оле Ландо) версию Принципов европейского договорного права (PECL)⁴. Так, весь текст Принципов, за исключением семи статей, инкорпорируется в книги I-III Проекта. Исключены статьи 1-103 (необязательный характер Принципов, характеристика их в качестве *soft law*), 1-104 (действие императивных норм) и 1-107 (сфера

¹ См.: *Von Bar et al.* (eds.). Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law; Draft Common Frame of Reference (DCFR) Interim Outline Edition (Munich: Sellier, 2008) // www.sellier.de

² См.: *Martijn W. Hesselink*. Op. cit.

³ COM (2003) final, OJ C 63/1.

⁴ См.: *Clive E.* European Initiatives (CFR) and Reform of Civil Law in New Member States: Differences between the Draft Common Frame of Reference and the Principles of European Contract Law // *Juridica International XIV/2008*. // www.juridica.ee/get_doc.php?id=1286

действия Принципов – распространение их на соглашения, односторонние обещания и поведение, демонстрирующее намерение сторон¹). Остальные 4 исключенные статьи касаются полномочий агентов и косвенного представительства. Новые материалы сконцентрированы в Книгах IV-X.

¹ Согласно Проекту (Приложение 1), Договор – это соглашение, которое служит основанием или выражает намерение служить основанием правовых отношений, имеющих обязательную силу или иные правовые последствия.

Раздел 5

ТОРГОВОЕ ПРЕДСТАВИТЕЛЬСТВО И ПОСРЕДНИЧЕСТВО В ПРАВЕ ЕВРОПЕЙСКОГО СОЮЗА

§ 1. Сходные черты и различия в нормах о представительстве и посредничестве в странах ЕС с разносистемными правопорядками

Потребности совершенствования форм и методов выступления на рынке, прежде всего при сбыте товаров, вызвали к жизни различные варианты взаимоотношений сторон, одним из которых является использование услуг третьих лиц, не являющихся сторонами договора купли-продажи товаров, – все большее распространение получает *представительство*, осуществляемое *самостоятельными торговыми деятелями*, а также *работниками торгово-промышленных предприятий*, совершающими торговые сделки от имени и по поручению собственников или управляющих таких предприятий.

Особенностью представительства, осуществляемого работниками торговых предприятий, является то, что они совершают юридически значимые действия по представительству на основании заключенного ими трудового договора. Их полномочия определяются доверенностью, выданной руководителем предприятия, а также могут вытекать из той обстановки в торговом помещении, которая свидетельствует об их праве действовать от имени представляемой организации. Такие торговые представители обязаны точно соблюдать указания работодателя по представительству его интересов и не могут без согласия

владельца передавать свои полномочия другим лицам. Это, например, *прокуриссты* в Германии (разд. 5 кн. I), *коммивояжеры* во Франции и т.д.

Независимые торговые агенты не находятся в трудовых отношениях с представляемым предпринимателем, а действуют как самостоятельные коммерсанты и подлежат в этом качестве торговой регистрации. В национальных правовых системах они именуется по-разному: *торговые* или *коммерческие агенты* – во Франции (гл. IV титула III кн. I Французского торгового кодекса – далее – ФТК¹), Италии, Нидерландах и ряде других стран, *торговые представители* – в Германии (разд. 7 кн. I Германского торгового уложения – далее – ГТУ²), Бельгии и в некоторых других странах.

Большую роль в торгово-промышленной сфере играют разного рода *посредники*. Использование торговых посредников создает для зарубежных фирм определенные преимущества, что и обуславливает их важную роль в международной торговой практике. На долю торговых посредников приходится от половины до двух третей товаров, участвующих в международном товарообороте. Торговые посредники широко используются во внешней торговле Англии, Нидерландов, скандинавских стран. В Швеции и Англии, например, через них осуществляется около 50% внешнеторгового оборота³. Посредники действуют, как правило, от своего имени и не подпадают под легальное понятие представительства. Их задача состоит в том, чтобы содействовать заключению сделки путем выявления заинтересованных в сделке контрагентов, участвовать в подготовке условий дого-

¹ Code de Commerce de la France (Partie Législative) // <http://www.legifrance.gouv.fr>

² Торговое уложение Германии. Закон об акционерных обществах. Закон об обществах с ограниченной ответственностью. Закон о производственных и хозяйственных кооперативах: пер. с нем. (по состоянию на 1 января 2005 г.) / [сост. В. Бергман; пер. с нем.: Е.А. Дубовицкая]. – М.: Волтерс Клувер, 2005. – Серия «Германские и европейские законы».

³ См.: Герчикова И.Н. Международное коммерческое дело. – М.: ЮНИТИ, 1996. С. 208 – 209. Цит. по: Белов А.П. Посредничество во внешней торговле. Право и практика // Право и экономика. – 1998. // http://www.juristlib.ru/book_983.html

вора. Например, в Германии – это торговые маклеры (разд. 8 кн. I ГТУ); во Франции – куртье (товарные, морские, сухопутного и речного транспорта, биржевые и страховые – гл. I титула III кн. I ФТК) и др.

Порой представительские и посреднические функции тесно переплетаются между собой, однако правовое положение и функции торговых представителей и посредников различны¹.

Есть и иная категория *самостоятельных субъектов права*, действующих от своего имени, за счет третьего лица и в своем интересе. Это, например, оптовые и розничные продавцы, участвующие в сбыте товаров и не являющиеся ни представителями изготовителя, ни посредниками. В современном гражданском обороте такие отношения на внутреннем рынке, а также во внешней торговле товарами и оборудованием (деятельность комиссионных экспортных домов) оформляются договором комиссии, опосредующим также отношения по фрахтованию судов, банковским операциям, предметом которых являются прежде всего, ценные бумаги. Их купля-продажа все чаще совершается через банки, действующие на комиссионных началах.

Обращение к сравнительному методу выявляет неодинаковые подходы в праве зарубежных государств к использованию услуг третьих лиц, включая услуги по продвижению товаров на рынки зарубежных стран, принадлежащих к двум основным правовым системам².

В праве стран континентальной системы права (*civil law countries*) принята система договорных отношений, реализуемых различными договорами, которые именуются в зависимости от возрастания вовлеченности указанных третьих лиц в

¹ См.: Гражданское и торговое право зарубежных стран: Учеб. пособие / Под общей ред. В.В. Безбаха и В.К. Пучинского. – М.: МЦФЭР, 2004. – С. 210, 211.

² Сравнительный анализ права стран ЕС в сфере регулирования отношений по представительству и посредничеству см., например: *Schmittgoff C. Agency in International Trade. A Study of Comparative Law // Collected Courses of the Hague Academy of International Law. – 1970. – Vol. 129; Leloup J.-M. Les agents commerciaux. Statuts juridiques. Strategies professionnelles. – Paris: DELMAS, 1993 и др.*

коммерческую сделку договорами коммерческого (торгового) представительства, поручения и комиссии.

В праве стран англо-американской системы права (*common law countries*) независимо от существа возникающих отношений (являются они фактическими или юридическими) стороны договора именуется «агент» и «принципал», а сам договор – агентским договором (*agency agreement*). Иными словами, все виды договорных связей между принципалом, дающим различного рода поручения агенту независимо от их содержания и последствий, в праве государств, воспринявших данную систему, относятся к агентским отношениям. Поэтому только из содержания самого договора или из предоставляемых агенту полномочий можно сделать вывод об объеме его полномочий и глубине договорных отношений, возникших между сторонами.

В международном коммерческом обороте в зависимости от роли третьего лица (агента) во взаимоотношениях основного коммерсанта (принципала) и тех третьих лиц, которым он заинтересован продать свои товары (услуги), выделяются:

– *представительство прямое*, когда договор заключается агентом от имени и по поручению принципала, вследствие чего всем, имеющим отношение к договору, ясно распределение ролей, прежде всего, кто именно выступает в качестве его участников и вследствие этого обладает правами и несет все обязанности (к ним относятся договоры коммерческого представительства и поручения), и

– *представительство косвенное*, когда юридически стороной договора является агент, хотя экономически такой договор заключается либо за счет и в интересах принципала, остающегося собственником товара (договор комиссии, консигнации), либо самостоятельно агентом, который становится собственником товара, хотя его действия соответствуют и экономическим интересам принципала по продвижению товара (услуги) на рынок¹.

Подобные виды представительства выделяется также в главе 3 «Принципов европейского договорного права» (ст. 3-

¹ См.: Вилкова Н.Г. Договорное право в международном обороте. – М.: Статут, 2002. – С. 221-222; 273-274.

101-3-304 – далее – «Принципы ЕДП»)¹, содержащей правила о «Полномочиях агентов»². «Принципы ЕДП» (ст. 3-102) различают *прямое* и *косвенное представительство*. Раздел 2 главы 3 содержит предписания насчет *прямого представительства*: оно имеет место, когда агент действует от имени принципала, при этом не имеет значения, раскрывается ли личность принципала в этот момент или позже. Раздел 3 главы 3 под *косвенным представительством* имеет в виду два случая: когда посредник действует не от имени принципала, а от своего имени либо в соответствии с указаниями и по поручению принципала, либо только в соответствии с его указаниями, о чем третья сторона не знает и не имеет основания знать. Так, в Принципах нашли отражение положения не вступившей в силу Конвенции ООН 1983 г. о представительстве при международной купле-продаже товаров (Женевской)³.

1. Торговое представительство и посредничество в странах континентальной системы права

Итак, к числу *работников* торгово-промышленных предприятий, совершающих торговые сделки от имени и по поручению собственников или управляющих таких предприятий, относятся, например, в *Германии прокуристы* – служащие с осо-

¹ The Principles of European Contract Law (PECL) // http://frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law/Skabelon/pecl_engelsk.htm – оф. с. Комиссии по европейскому договорному праву.

² Данные предписания регулируют полномочия агента или другого посредника обязывать своего принципала в отношении контракта с третьим лицом, но не затрагивают внутренние отношения между агентом и посредником или его принципалом.

³ Конвенция разработана УНИДРУА и принята дипломатической конференцией в Женеве 17 февраля 1983 г. Женевская конвенция отражает принципы двух основных систем права и предназначена для применения в случаях, когда принципал и агент имеют свои коммерческие предприятия в различных государствах и агент уполномочен принципалом заключать договоры купли-продажи с третьими лицами, причем степень действий агента, обязывающих принципала, конвенцией не определяются и зависят от того соглашения, которое они заключили между собой. – Подробнее о положениях конвенции см.: *Вилкова Н.Г.* Цит. соч. – С. 174-185.

быми полномочиями; во *Франции* – *коммивояжеры*, выступающие служащими торгового предприятия, уполномоченными на сбыт товаров на территории, не совпадающей с местом нахождения его предприятия. Так, согласно § 48 ГТУ полномочия прокурису предоставляются только собственником предприятия. При этом возможно учреждение прокуры для нескольких лиц одновременно – в этом случае речь идет о совместной прокуре (*Gesamtprokura*). Прокурис уполномочен совершать все судебные и внесудебные действия, относящиеся к деятельности предприятия, за исключением возможности отчуждать предприятие, если на это у него нет особых полномочий (§ 49 ГТУ). Прокура непередаваема и не прекращается со смертью владельца предприятия (§ 52 ГТУ). Назначение прокуриса и прекращение его деятельности подлежат обязательной регистрации в торговом реестре. Что касается коммивояжеров во *Франции*, то они, как правило, сами не заключают договоры, а формируют клиентуру покупателей. Действуют они обычно на основании трудовых соглашений, а вознаграждение им определяется в виде процентов от стоимости размещенных заказов.

Независимые торговые представители осуществляют свою деятельность на основе договора поручения и действуют от имени и за счет представляемого, совершая различные юридические акты, определенные договором, например: заключение сделок (в том числе договоров купли-продажи товаров, сделок с недвижимостью, транспортно-экспедиторских операций, по агентированию/обслуживанию морских судов, в сфере передачи промышленной собственности, рекламы, страхования и пр.), осуществление и прием платежей, предъявление претензий, представительство в различных органах, в том числе и в судах, и в арбитраже, включая иные юридические действия с третьими лицами, а также фактические действия для своего доверителя, как то: организация встреч, прием его представителей и т.п.

Торговые представители в своей деятельности руководствуются законом и условиями договора; представляемый может выдать им доверенность для определения объема полномочий перед третьими лицами.

Юридическая сущность деятельности торговых представителей состоит в том, что, совершая юридические действия от имени и за счет представляемого, все права и обязательства по заключенной торговому представителем сделке возникают только и непосредственно для представляемого. Он связывает, таким образом, представляемого с третьим лицом, и это лицо не имеет никаких прав по отношению к торговому представителю, и наоборот¹.

Правовое положение *торговых (коммерческих) представителей во Франции*, например, определяется нормами, размещенными в титуле третьем первой книги «О куртье, комиссионерах, перевозчиках и торговых агентах» ФТК 1999 г. (ст. L. 131-1 – L. 134-17). Торговые агенты – это поверенные, которые в рамках независимой профессиональной деятельности, не будучи связанными договором найма услуг, на постоянной основе исполняют обязанности по ведению переговоров и, в случае необходимости, заключают договор о продаже, покупке, аренде или предоставлении услуг от имени и в интересах производителей, промышленников, коммерсантов или других коммерческих агентов. Коммерческий агент может быть физическим или юридическим лицом (ст. L. 134-1 ФТК). Договоры между коммерческими агентами и их доверителями заключаются в общих интересах сторон. Отношение между коммерческим агентом и доверителем регулируются обязательством соблюдения взаимных интересов и обязанностью взаимного предоставления информации. Коммерческий агент должен выполнить данное ему поручение на соответствующем профессиональном уровне; на доверителя возлагается обязанность предоставления коммерческому агенту возможности выполнить его поручение (ст. L. 134-4 ФТК). В отношении любой коммерческой сделки, заключенной в период действия договора, когда эта сделка была заключена благодаря его участию или когда она была заключена с третьим лицом, которое он привлек в качестве клиента в сделках того же рода ранее (ст. L. 134-6 ФТК), любая часть вознаграждения, зависящего от количества или стоимости дел, является комиссионным вознаграждением. В отсутствие соответст-

¹ См.: Белов А.П. Цит. соч.

вующих положений в договоре коммерческий агент имеет право на вознаграждение, определяемое согласно обычаем той деятельности, в которой он выполняет данное ему поручение. В отсутствие таких обычаев коммерческий агент имеет право на разумное вознаграждение, учитывающее все обстоятельства, относящиеся к сделке (ст. L. 134-5 ФТК). Право на комиссионное вознаграждение возникает, как только доверитель осуществил или должен был осуществить сделку в силу соглашения, заключенного с третьим лицом, или как только это третье лицо заключило сделку (ст. L. 134-9). Коммерческий агент может без разрешения доверителя принять на себя обязанность представительства новых доверителей. Однако он не вправе принять на себя представительство предприятия, являющегося конкурентом предприятия какого-либо из его доверителей без согласия последнего (ст. L. 134-3 ФТК).

Торговыми представителями в Германии (разд. 7 кн. I ГТУ) являются те, кто, будучи самостоятельными в ведении своей деятельности, уполномочены на постоянной основе посредничать при совершении сделок для другого предпринимателя (предпринимателей) или совершать сделки от его (их) имени. Самостоятельным является тот, кто, по существу, свободно может организовывать свою деятельность и определять свое рабочее время (п. 1 §84). Каждая сторона может потребовать, чтобы условия договора были включены в документ, скрепленный подписью другой стороны (§85). Торговый представитель должен заботиться о посредничестве при совершении сделок или об их совершении; при этом он обязан соблюдать интересы предпринимателя. Он обязан представлять предпринимателю необходимые сведения, в частности, незамедлительно сообщать ему о каждом случае посредничества при совершении сделки и о каждом случае совершения сделки. Он должен исполнять свои обязанности с заботливостью порядочного коммерсанта (§86). Торговый представитель имеет право на вознаграждение за все сделки, совершенные в период договорных отношений, которые осуществляются либо в результате его деятельности, либо с третьими лицами, привлеченными им в качестве клиентов (§87). Право торгового представителя на вознаграждение возникает, как только и поскольку предприни-

матель исполнил сделку, соглашение сторон может предусматривать иное, и, во всяком случае, независимо от соглашения право на вознаграждение у торгового представителя возникает, как только и поскольку третье лицо исполнило сделку (§87a). Вознаграждение исчисляется исходя из суммы, подлежащей уплате предпринимателем или третьим лицом. Если размер вознаграждения не определен, то согласованной считается обычная ставка (§87b). Если торговый представитель принимает на себя ручательство за исполнение обязательств по сделке, он может претендовать на специальное вознаграждение – вознаграждение за делькредере (*del credere*). Право на него возникает при совершении сделки (§86b). Предприниматель должен предоставлять в распоряжение торгового представителя документы, необходимые для осуществления его деятельности, в том числе образцы, рисунки, прейскуранты, рекламные проспекты, условия сделок. Предприниматель должен предоставлять торговому представителю необходимые сведения: незамедлительно сообщать о принятии сделки или отказе от сделки и др. (§86a).

Что касается деятельности *посредников*, то во Франции куртье сухопутного и речного транспорта, зарегистрировавшие свой статус в соответствии с законом, имеют исключительное право осуществлять по месту регистрации посреднические операции на сухопутном и речном транспорте, а товарные и биржевые куртье – заключать сделки и осуществлять посредничество по продажам или закупкам металлов (ст. L. 131-3, ст. L. 131-5 ФТК).

В Германии (разд. 8 кн. I ГТУ) тот, кто при заключении договоров о приобретении или отчуждении товаров или ценных бумаг, о страховании, грузовых перевозках, найме судов либо прочих объектов торгового оборота профессионально осуществляет посредничество для других лиц, не будучи на это постоянно уполномочен по договору с ними, имеет права и обязанности торгового маклера (п. 1 §93 ГТУ)¹. Торговый маклер должен незамедлительно после совершения сделки направить сто-

¹ Эти положения не применяются к посредничеству при совершении иных сделок, кроме указанных, в частности, посредничеству при совершении сделок с недвижимым имуществом (п.2 §93 ГТУ).

ронам скрепленный его подписью окончательный текст договора, в котором указаны договаривающиеся стороны, предмет и условия сделки, а при продаже товаров или ценных бумаг – их вид и количество, цена и срок поставки, если стороны договора либо местный обычай не предусмотрели иное (п.1 §94 ГТУ). Если между сторонами нет соглашения о том, кто должен выплачивать маклерское вознаграждение, то при отсутствии иного местного обычая каждая сторона должна выплатить половину вознаграждения (§99 ГТУ).

Что касается деятельности, скажем, *самостоятельных субъектов права*, действующих от своего имени, за счет другого лица и в своем интересе (комиссионеров), то например, в § 383 ГТУ установлено, что «комиссионером является тот, кто в порядке промысла принимает на себя покупку или продажу от своего имени товаров или ценных бумаг за счет другого (комитента)».

Во Франции комиссионером является лицо, которое действует в интересах доверителя от своего имени или от имени юридического лица (ст. L. 132-1 ФТК). Так, например, комиссионер, принимающий на себя обязанность по перевозке груза сухопутным или речным транспортом, обязан записать в своем грузовом журнале объявленный характер и количество товаров, а также, если это требуется, их стоимость, и несет ответственность за доставку товаров в срок, указанный в транспортной накладной (ст. L. 132-3, L. 132-4 ФТК). Во Франции права и обязанности сторон комиссионного договора во многом сходны с отношениями сторон в договоре поручения, что дает некоторым юристам основание рассматривать комиссионеров как разновидность поверенных, а договор комиссии – как вид договора поручения в торговом обороте¹.

Поскольку комиссионер при выполнении комиссионного поручения совершает сделки от своего имени, а не от имени доверителя – комитента, в связи с договором комиссии возникают правоотношения тройкого рода:

- 1) между комиссионером и комитентом;

¹ См.: Морандьер Жюлио Л. де ла. Гражданское право Франции / Пер. с фр. и вступит. ст. Е.А. Флейшиц. Т. 1-3. – М.: Изд-во иностр. лит., 1958-1960.

2) между комиссионером и третьими лицами, с которыми он вступает в договоры во исполнение комиссионного поручения;

3) между комитентом и третьими лицами (при определенных условиях).

Из сделок, заключаемых комиссионером с третьими лицами, права и обязанности возникают у комиссионера, хотя предпринимательский риск ложится на комитента.

2. Агентские правоотношения в Англии

Отсутствие разделения права на частное и публичное, а последнего – на гражданское и торговое привело к наделению понятия представительства в праве Англии значительно большим объемом. Это понятие охватывает здесь *все* отношения, которые возникают в связи с деятельностью агентов за счет и под контролем других лиц (принципалов). Агентами признаются, в частности, и самостоятельный торговый представитель, действующий от имени принципала; и комиссионер, действующий от своего имени, и торговый посредник – брокер. Агент в правовом смысле – это лицо, уполномоченное другим лицом, принципалом, представлять его или действовать от его имени в отношениях с третьими лицами¹.

Агент не обязан раскрывать сущность своего представительства перед третьим лицом, и здесь возможны следующие варианты в отношении третьих лиц:

1) агент не сообщает о принципале и заключает договор от собственного имени, в таком случае он действует за *нераскрытого принципала (undisclosed principal)*;

2) агент сообщает о принципале, но не называет его имени, например, подписывает договор от «имени наших принципалов» и, следовательно, действует за *неназванного принципала (unnamed principal)*;

3) агент сообщает о существовании принципала и называет его имя, действуя за *названного принципала (named principal)*.

¹ См.: Шмиттгофф К. Экспорт: право и практика международной торговли. – М., 1993. – С. 143.

Первый из трех случаев раскрывает различие между концепцией агентства, характерной для стран общего права, и подходом, существующим в континентальном праве. Так, по английскому праву, если агент был должным образом уполномочен принципалом и заключил договор с третьим лицом от собственного имени, не раскрывая, что действует как представитель, возникают две возможности:

– *право выбора третьей стороной лица, к которому обращаться, например, для привлечения к ответственности*: третье лицо – покупатель, обнаружив действительные обстоятельства дела, вправе выбирать, преследовать ли ему в судебном порядке принципала или его агента. Такой выбор должен быть недвусмысленным. Так, если третье лицо возбуждает дело против любого из этих лиц, это является убедительным доказательством того, что оно решило самостоятельно предъявить претензию, однако такая претензия может быть отклонена, например, если третье лицо не располагало всеми относящимися к делу фактами. После выяснения всех фактов третье лицо может все-таки возбудить дело против выбранного им лица (агента или принципала). Однако если третья сторона предъявляет судебные требования против одного из этих лиц, то его право выбора ответчика прекращается, и иск против другого лица не может быть признан;

– *право принципала на вмешательство в сложившееся правоотношение*: аналогично вышеописанной ситуации нераскрытый принципал имеет право вмешаться и предъявить прямой иск покупателю, ведь каждое агентское соглашение создает три вида отношений:

- 1) между принципалом и агентом;
- 2) между принципалом и третьим лицом;
- 3) между агентом и третьим лицом.

Таким образом, право выбора покупателя и право на вмешательство принципала дают им возможность даже в случае нераскрытого представительства установить между собой прямые договорные связи.

В. Ансон отмечает в этой связи, что единственными и существенными ограничениями прав и ответственности принципала являются те, которые наступают в случае «неназванного принципала», т.е. когда факт существования агентских отноше-

ний не раскрывается третьему лицу на момент заключения договора. Когда агент действует по поручению принципала, не раскрывая его, то принципал сможет выступать истцом и ответчиком по договору только после того, как он будет назван. Поэтому В. Ансон считает, что *доктрина неназванного принципала* является одной из особенностей английского права, и считает также, что такая доктрина иногда подвергалась критике как аномалия, поскольку она противоречит общепринятым принципам доктрины о пределах действия договора¹.

В двух других случаях покупатель может преследовать в судебном порядке только принципала. Иск агенту он может предъявить лишь в случае, когда действующее на оговоренной территории законодательство предусматривает иное регулирование или когда агент несет личную ответственность перед третьим лицом либо отвечает в соответствии с торговыми обычаями. Агент, который не раскрывает факт существования своего принципала, обычно несет ответственность (если третье лицо сочтет нужным возбудить иск), и в этом случае не имеет значения, например, тот факт, что он добавляет к своему фирменному наименованию такой описательный термин, как «экспортное и импортное представительство». Однако, если он подписывает договор с покупателем как «агент» или направляет ему письма «от имени принципалов» или «за счет принципалов», он не несет персональной ответственности, даже если он не раскрыл имени принципала. Иногда из обстоятельств ясно, что лицо, заключая сделку, действовало как агент, хотя и не заявляло прямо об этом, например, когда третьему лицу известно, что он является брокером. В этом случае ответственность несет принципал, а не агент. Принципал во всех трех случаях имеет право преследовать в судебном порядке третье лицо от своего имени².

В.В. Зайцева перечисляются следующие виды *обязанностей агента*:

1) лично исполнить поручение принципала, за исключением случаев, когда возможность субделегации полномочий предусмотрена договором или деловыми обычаями;

¹ См.: Ансон В. Договорное право. – М., 1984. – С. 392.

² Там же. – С. 144, 145.

2) следовать указаниям принципала, проявляя при этом надлежащую осмотрительность и умение;

3) не разглашать третьим лицам полученных в процессе выполнения поручения конфиденциальных сведений, а также не использовать приобретенную таким образом информацию в целях конкуренции с принципалом;

4) не допускать положения, при котором личные интересы оказались бы в противоречии с обязанностями по отношению к принципалу. Например, без согласия принципала агент не вправе сам приобрести товар, который должен продать по поручению принципала;

5) предоставить принципалу необходимую информацию;

6) обособленно хранить деньги и товары, полученные для принципала¹.

В числе основных обязанностей принципала перед агентом в английском праве указываются следующие:

1) выплата агенту комиссионных или вознаграждения: принципал обязан выплачивать своему агенту согласованное вознаграждение, которым обычно являются комиссионные, исчисляемые в зависимости от покупной цены на товары, фактически проданные агентом;

2) возмещение агенту понесенных в связи с выполнением поручения расходов и выплата соответствующих компенсаций;

3) выплата комиссионного вознаграждения за заказы, исходящие с территории агента, но обеспеченные не им: агент имеет право на комиссионное вознаграждение, если сделка, за которую он желает получить его, является прямым результатом его усилий. Поэтому агент может претендовать на комиссион-

¹ См.: Гражданское и торговое право капиталистических государств / Под ред. Е.А. Васильева. – М., 1993. – С. 375. Цит. по: *Колимба С.А.* Ответственность агента перед принципалом и третьими лицами в общем праве // Сравнительное право и проблемы частноправового регулирования: Материалы научной конференции кафедры гражданского и трудового права РУДН / Сост. В.В. Безбах, Е.П. Ермакова. – М.: Изд-во РУДН, 2001. – С. 84-93.

Более подробно обязанности агента рассмотрены в кн. *К. Шмиттгоффа и В. Ансона.* – См.: *Шмиттгофф К.* Цит. соч. – С. 146, 147; *Ансон В.* Цит. соч. – С. 388.

ные, если покупатель, с которым он вел переговоры, в конечном итоге заказывает товары непосредственно у принципала, или если клиент, которого он представил принципалу, предлагает более низкую цену, чем в прейскуранте, и принципал согласен принять предложение по более низкой цене.

Кроме того, в случаях, когда у агента есть только полномочие представлять клиентов принципалу, последний по своему усмотрению может принять или отвергнуть заказ, и агент в этом случае не может претендовать на комиссионные за заказы, которые принципал может отклонить, если только стороны не оговорили иное, – например, что вознаграждение должно выплачиваться за представление заказа, или за запросы от клиентов, или на основании установленных торговых обычаев, допускающих комиссионные в уменьшенном размере (так называемое усмотрение принципала на прием заказов)¹.

В отличие от полномочий представителя, закрепляемых в странах континентальной системы права в договоре, отдельные отступления от которых (например, относительно размера цены, по которой, скажем, комитент может продавать или покупать товары и ценные бумаги, а также условий платежа) фиксируются особыми положениями торгового законодательства, в Англии полномочия могут быть как, наиболее часто, *прямо выраженными* (expressed authorities), так и *подразумеваемыми* (implied authorities).

Прямо выраженные полномочия обязательно должны облекаться в письменную форму, если такой же формы требует заключаемый агентом договор. О *подразумеваемых полномочиях* речь идет тогда, когда действия агентов признаются обязывающими принципала, несмотря на отсутствие у них доверенности или иного акта, удостоверяющего их статус представителя. Таковыми считаются, например, полномочия агента действовать в соответствии с разумными обычаями и торговыми обыкновениями того рынка или биржи, где он был нанят.

Среди подразумеваемых полномочий иногда различают *обычные* (customary implied authorities) и *дополнительные* (incidental implied authorities). Первые складываются в ходе

¹ См.: Шмиттгофф К. Цит. соч. – С. 147-149.

обычного ведения агентом дел принципала, вторые вытекают из целей, поставленных принципалом перед агентом при поручении ему конкретного задания.

От подразумеваемых полномочий принято отличать *видимое полномочие (ostensible authority)*. Речь о нем заходит в случаях, когда принципал своими словами или поведением создает впечатление, что он наделил агента определенными полномочиями, хотя в действительности он их ему не давал. В подобных случаях действует правило: если агент не выходит в своих действиях из пределов видимых полномочий, то принципал будет отвечать по заключенным сделкам.

Пример квалификации полномочий агента в качестве видимых содержится в решении Апелляционного суда Англии по делу *Freeman & Lockyer v. Buckhurst Park Properties (Mangal) Ltd. (1964)*. Из материалов дела следовало, что внутренний регламент разрешал компании назначать управляющего директора (*managing director*). С ведома и согласия правления в этом качестве действовал некий К., хотя официально и не назначенный на эту должность. К. заключил договор с истцами – архитектурной фирмой *Freeman & Lockyer* о разработке проектов для компании. Когда проекты были подготовлены и представлены к оплате, компания отказалась платить на том основании, что К. не был ее агентом: ему не давали полномочий на заключение сделки. Суд решил, что К. действовал на основе видимых полномочий (*ostensible authority*), и удовлетворил иск.

Доктрина видимых полномочий используется английскими судами преимущественно в случаях, когда агент превышает полученные полномочия, но в глазах третьих лиц выглядит действующим в их пределах. Суды исходят из положения, согласно которому представляемый (принципал) не вправе в рамках внутренних отношений с агентом отказаться от сделки, которую он позволил ему совершить во внешней сфере, т. е. в отношениях с третьими лицами. Так, в семейных отношениях один из супругов, признавший ранее совершенные сделки другого и оплативший присланные коммерсантом счета, обязан оплатить и счет по такой сделке, на которую он не давал согласия, – такая сделка должна быть признана совершенной на основе доктрины видимых полномочий.

§ 2. Создание единообразной системы регулирования в ЕС правоотношений в сфере представительства и посредничества: Директива о независимых торговых агентах и «Принципы европейского договорного права»

Имеющиеся вышеописанные различия порождают большие затруднения при осуществлении внешнеэкономической деятельности. В связи с этим предпринимаются действия, направленные на унификацию и гармонизацию законодательства о представительстве как на международном (Гагская Конвенция о праве, применяемом к агентским соглашениям 1978 г.¹, Женевская Конвенция ООН 1983 г. о представительстве при международной купле-продаже товаров), так и на региональном уровне. Логичными в этом контексте выглядят усилия наднациональных органов ЕЭС, а затем – ЕС, нашедшие отражение в Директиве 86/653/ЕЕС от 18 декабря 1986 г. о координации законов государств – членов ЕЭС о независимых торговых агентах² (далее – Директива³) и в «Принципах европейского договорного права» (гл. 3).

Обратимся к положениям Директивы о независимых торговых агентах. Она регулирует отношения только между торговым агентом (*agent commercial* – фр., *commercial agent* – англ.) и его комитентами (*commettant* – фр., принципалами – *principals* – англ.). Торговым агентом признается лицо, на которое в качестве независимого посредника возлагается постоянная обязанность либо проводить переговоры по купле-продаже товаров для другого лица, именуемого «принципалом», либо проводить переговоры и заключать сделки от имени и за счет принципала.

¹ Разработана и принята в рамках Гагской конференции по международному частному праву.

² Council Directive 86/653/EEC of 18 December 1986 on the coordination of the laws of the Member States relating to self-employed commercial agents // OJ L 382/17. 21/12/1986.

³ Согласно Директиве страны – участницы ЕЭС были обязаны принять на основе ее положений соответствующие национальные законодательства до 1 января 1990 г.; Англия в связи со спецификой регулирования деятельности агентов в этой стране – до 1 января 1994 г. (ст. 22 Директивы).

Анализ приведенного в Директиве определения понятия торгового агента, по мнению С.Ю. Рябикова¹, показывает, что Директива исходит из квалификации соглашения с торговым представителем как договора поручения. При этом торговыми агентами не признаются: полный товарищ (partner), на законных началах управомоченный на заключение сделок, обязывающих остальных товарищей товарищества; управляющий конкурсной массой, ликвидатор или доверительный собственник в ходе процедуры признания должника несостоятельным; лицо, находящееся при исполнении своих обязанностей, наделенное полномочиями вступать в обязательства, связывающие компанию или ассоциацию (ст. 1 Директивы).

Положения Директивы не распространяются на агентов, которые не получают за свою деятельность вознаграждения; на агентов, действующих на товарных биржах (commodity exchanges) или товарных рынках (commodity market); в Великобритании – на органы государственной власти, известные как Королевские агенты по вопросам управления и администрирования заморскими территориями (Crown Agents for Overseas Governments and Administrations), действующие на основании Закона о Королевских агентах 1979 г. (Crown Agents Act 1979), и на их вспомогательные органы (ст. 2).

Императивный характер придается положениям Директивы об обязанностях торгового агента и принципала (ст. 5). Так, в ходе выполнения данного ему поручения торговый агент должен соблюдать интересы принципала и быть добросовестным, в частности:

– прилагать силы для достижения требуемого результата при ведении соответствующих переговоров при посредничестве и заключать сделки, относительно которых он управомочен проявлять должную заботу;

– незамедлительно сообщать принципалу о каждом случае посредничества в сделке и о каждом заключении сделки;

– следовать разумно данным ему принципалом для выполнения поручения инструкциям (ст. 3 Директивы).

¹ См., например: *Рябиков С.Ю.* Агентские соглашения во внешнеэкономических связях. – М.: Совинтерюр, 1992. – С. 62-65.

В свою очередь принципал обязан в отношениях с агентом также проявлять обязательность и добросовестность, в частности:

- снабжать агента необходимыми документами на товар, служащий предметом посреднической операции или сделки;

- предоставлять агенту информацию, необходимую для заключения сделки и уведомлять агента в течение разумного срока в случае, когда он предвидит, что объем предполагаемой сделки будет значительно меньше, чем мог разумно ожидать агент;

- информировать агента в течение разумного срока об одобрении, отказе в одобрении, каком-либо неисполнении торговой сделки, при заключении которой посредничал торговый агент (ст. 4 Директивы).

Определение размера вознаграждения зависит, прежде всего, от соглашения сторон. При отсутствии соглашения агент имеет право на вознаграждение, назначаемое в зависимости от цены товаров, составляющих предмет заключаемой им сделки, обычно взимаемой в месте осуществления им своей деятельности. Если такого рода обычной практики нет, агент вправе претендовать на получение разумного вознаграждения, определяемого с учетом всех аспектов сделки. Любое дополнительное вознаграждение считается комиссионным (п. 1, 2 ст. 6 Директивы).

Агент вправе требовать вознаграждения по сделкам, заключенным в период действия агентского договора в случаях, когда:

- сделка заключена принципалом в результате его (агента) действий;

- когда сделка заключена с третьим лицом, которое он уже привлекал ранее в качестве клиента для сделок того же рода;

- когда он является агентом с исключительными правами в пределах определенной территории или круга клиентов, а сделка заключается с одним из таких клиентов или в пределах такой территории и др. (ст. 7).

Торговый агент также имеет право на выплату ему вознаграждения по заключенным сделкам по истечении срока действия агентского договора, если:

– сделка заключена, главным образом, благодаря усилиям агента в период действия договора, и если сделка заключена в разумный срок с момента истечения договора;

– согласно положениям ст. 7 Директивы заказ сделан третьим лицом или достиг принципала или торгового агента до истечения срока действия договора (ст. 8).

Агент не имеет права на вознаграждение согласно предписаниям ст. 7 Директивы, если оно согласно положениям ст. 8 подлежит выплате предыдущему торговому агенту, если только по справедливости оно не должно быть разделено между обоими такими агентами (ст. 9 Директивы).

Практически важным представляется определение момента, с наступления которого у агента возникает право на вознаграждение. При отсутствии соответствующих условий в соглашении определение времени возникновения права на вознаграждение связывается: с исполнением заключенной представителем сделки доверителем или третьим лицом; с моментом, когда принципалу надлежало в соответствии с его соглашением с третьим лицом исполнить сделку; с моментом, когда третье лицо исполнило сделку. Соглашения об ином недействительны (ст. 10).

Право на вознаграждение прекращается, только если установлено, что сделка между третьим лицом и принципалом не будет исполнена и неисполнение произошло не по вине принципала. Все выплаченное агенту к этому моменту в этом случае подлежит возврату. Соглашения об ином недействительны (ст. 11 Директивы).

Каждая из сторон вправе требовать от другой стороны предоставления подписанного документа в письменной форме, содержащего все условия соглашения, включая все последующие дополнительные соглашения. Отказ от этого права недействителен. Страны-участницы могут установить предписания, согласно которым агентский договор становится действительным, только будучи заключенным в письменной форме (ст. 13 Директивы).

Срочный агентский договор, который стороны продолжают исполнять и по истечении срока его действия, становится бессрочным (ст. 14). Бессрочный договор может быть расторг-

нут сторонами посредством уведомления об этом другой стороны.

В соответствии со ст. 15 Директивы срок для направления соответствующего уведомления составляет один месяц до предполагаемого прекращения в течение первого года действия договора, два месяца – для второго начавшегося года, три месяца – для третьего начавшегося года и последующих лет. Постановлениям Директивы в отношении сроков уведомления в основном соответствуют и нормы права государств – членов Европейского Союза. Директива наделяет страны-участницы правом на установление иных сроков направления уведомления: 4 месяца для четвертого года действия договора, 5 месяцев – для пятого года, 6 – для шестого, а также правом сделать такой срок не подлежащим сокращению.

Ничто в Директиве, однако, не препятствует прекращению договора согласно положениям национального законодательства стран-участниц, если таковое дает возможность немедленно расторгнуть такой договор: из-за неспособности (*failure*) стороны выполнить все или часть принятого на себя обязательства; в случае возникновения чрезвычайных обстоятельств (*exceptional circumstances* – ст. 16).

Одностороннее прекращение договора с выполнением требования о предварительном уведомлении дает представителю право при определенных обстоятельствах на *возмещение понесенных вследствие такого расторжения договора убытков* (*the payment of the indemnity*). Так, Директива обязывает страны-участницы принять необходимые меры для того, чтобы обеспечить выплату такого возмещения.

Пункт 2 ст. 17 Директивы предусматривает два случая, при которых агент получает право на возмещение причиненного ему расторжением соглашения ущерба:

а) если он обеспечил принципалу новых клиентов или значительно расширил операции с клиентами, ранее бывшими у принципала, и последний имеет существенную прибыль от операций с ними;

б) если выплата такого возмещения является справедливой, исходя из всех условий, в частности, из размера комиссионных, которые агент мог бы получить от операций с этими клиентами, но теряет.

Страны-участницы могут также предусмотреть, что эти условия будут включать в себя наличие или отсутствие «условия об ограничении торговли», налагающее обязательство не конкурировать («a restraint of trade clause» – ст. 20 Директивы¹).

Размер возмещения не может превышать суммы, эквивалентной возмещению, причитающемуся агенту за один год работы по договору, рассчитываемому пропорционально размеру его среднегодового вознаграждения за предшествующие 5 лет. Если договор действовал менее 5 лет, то размер возмещения рассчитывается, исходя из действительного истекшего периода действия договора. Выплата такого возмещения не препятствует агенту обращаться за взысканием убытков (seek damages).

Торговый агент также имеет право на получение *компенсации убытков, понесенных в результате прекращения отношений с принципалом* (compensation for the damage suffered – п. 3 ст. 17). Право на требование выплаты такой компенсации возникает, в частности, при прекращении соглашения в связи со следующими обстоятельствами:

– если они лишают торгового агента комиссионных, которые при нормальном исполнении сделки были бы ему выплачены, что одновременно позволяло бы принципалу пользоваться существенными выгодами, связанными с деятельностью торгового агента;

– и (или) которые не позволили торговому агенту амортизировать расходы и затраты, произведенные им по рекомендации принципала для исполнения сделки (ст. 17).

Упомянутая выше компенсация и возмещение агенту не выплачивается, если:

– принципал прекратил агентское соглашение в связи с несоблюдением агентом условий соглашения, поскольку такое основание немедленного прекращения договора предусмотрено национальным законодательством стран – участниц ЕС;

¹ Речь идет о соглашениях, ограничивающих предпринимательскую свободу торгового агента по истечении срока действия агентского договора. Такие соглашения правомерны, только если: они заключены в письменной форме и касаются географической территории, в пределах которой действовал агент, заключая сделки с определенными товарами, и группы клиентов, с которыми он заключал сделки. Они действительны в течение не более 2 лет с момента прекращения договора.

– агент прекратил соглашение, кроме случаев, когда, во-первых, такое прекращение вызвано обстоятельствами, которые можно поставить в вину принципала; во-вторых, прекращение соглашения связано с достижением агентом определенного возраста, его болезнью, немощным состоянием, которые не позволят ему продолжать свою деятельность;

– согласно договоренности с принципалом, агент уступает свои права и обязанности, вытекающие из соглашения, третьему лицу (ст. 18). Положения ст. 17 и 18 носят императивный характер, и отступление от них в ущерб агенту до момента истечения срока действия договора недопустимо (ст. 19).

Что касается «Принципов европейского договорного права», то, как отмечалось выше, в них говорится о прямом и косвенном представительстве. «Принципы ЕДП» регламентируют полномочия агента (agent) / иного посредника (other intermediary), связывающие лицо, являющееся принципалом по договору, с третьим лицом. «Принципы ЕДП» не распространяются на представителей в силу закона и представителей, назначаемых органами публичной, в том числе судебной власти, а также не регулируют внутренние отношения агента (посредника) и его принципала (ст. 3-101).

О *прямом представительстве* речь идет в том случае, когда принципал может наделить агента полномочиями действовать от его имени (in the name of a principal), которые могут быть явно выраженными (express authority) либо явствовать из обстоятельств (authority implied from the circumstances). Агент наделяется в последнем случае полномочиями совершать все необходимые в данных обстоятельствах действия для того, чтобы достигнуть целей, ради которых ему и были выданы полномочия. Лицо, выступающее представителем, предполагается таковым ввиду наличия у него видимых полномочий (apparent authority), исходя из его заявлений или поведения, которые дают третьим лицам основания разумно и добросовестно полагать, что агент был наделен полномочиями на совершаемые им действия (3-201). Такие действия агента напрямую связывают принципала и третье лицо, агент же в этом случае не связан с третьим лицом (ст. 3-202). Если же агент вступает в договор от имени принципала, личность которого он предполагает рас-

крыть позже, но не делает этого в разумный срок после вопроса третьей стороны относительно того, в каком качестве он выступает, агент считается связанным договором (ст. 3-203).

В случае, когда агент действует без полномочий или за пределами полномочий, его действия не связывают ни принципала, ни третье лицо. Однако принципал может одобрить действия агента, в этом случае такие действия агента считаются совершенными в пределах полномочий. При отсутствии такого одобрения агент обязан возместить третьему лицу причиненный ущерб таким образом, чтобы поставить третье лицо в такое положение, как если бы агент действовал в пределах полномочий (ст. 3-204, 3-207).

В случае, когда заявления или поведение принципала дали третьему лицу основание полагать, что агент действует в пределах полномочий, но третье лицо сомневается в этом, оно может направить подтверждение заключаемой сделки в письменном виде принципалу или попросить его одобрить такую сделку. Если принципал не возражает или без промедления отвечает одобрением, действия агента считаются совершенными в пределах полномочий (ст. 3-208). Полномочия агента делятся до тех пор, пока третьему лицу не станет известно или не должно стать известно, что:

- срок полномочий агента истек по инициативе принципала, агента или их обоих. Третье лицо считается осведомленным об этом, если об этом было сообщено таким же образом, каким ему ранее стало известно и о наличии у агента полномочий;

- действия, на совершение которых были выданы полномочия, совершены, либо срок, на который были выданы полномочия, истек;

- агент был признан несостоятельным, либо агент – физическое лицо умерло или было признано недееспособным;

- принципал был признан несостоятельным. Однако и по истечении срока действия полномочий агент вправе в течение разумного периода времени совершать действия, необходимые для защиты интересов принципала или его правопреемников (ст. 3-209).

Таким образом, отличительной чертой наличия полномочий действовать «от имени принципала» является то, что третье лицо, с которым имеет дело агент, понимает, что последний является представителем кого-то другого, уполномочившего его на такое представительство. Принципал может быть названным (named) или неназванным (unnamed). Третье лицо может осознавать, что имеет дело с представителем, если последний сам сообщит ему об этом, в противном случае подтверждение такого положения дел может вытекать из обстоятельств¹. В этом смысле действия «от имени принципала» означают, что прямые договорные отношения могут возникнуть между принципалом и третьим лицом в результате действий агента. Таков подход, выработанный континентальной системой права². Если третье лицо не понимает, что другая сторона – агент действовала, в том числе вступала в договор, исключительно как представитель, оно вправе обращаться с нераскрытым агентом как со стороной договорного обязательства и не может быть принуждено вступить в отношения с нераскрытым принципалом – неизвестным, заключать договор с которым такое лицо не имело ни малейшего намерения.

Косвенное представительство имеет место, как отмечалось выше, в двух случаях: во-первых, когда посредник действует не от имени принципала (not in the name of a principal), а от своего имени либо в соответствии с указаниями и по поручению (on instructions and on behalf) принципала, либо, во-вторых, только в соответствии с его указаниями, о чем третья сторона не знает и не имеет основания знать. При этом посредник и третье лицо связаны между собой, тогда как принципал и третье

¹ См., например: Hoge Raad (Dutch Supreme Court) on the 11th of March 1977 in *Stolte v. Schiphoff* (NJ 1977, 521). Цит. по: *Busch D.* Indirect representation and the Lando principles. An Analysis of Some Problem Areas from the Perspective of English Law // Vol. 2.3 December 1998 // <http://www.ejcl.org/23/art23-1.html>

² См.: *Zimmermann R.* The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition. Oxford: Clarendon Press, 1996. – P. 46, 47; *Verhagen H.L.E.* Agency in Private International Law: The Hague Convention on the Law Applicable to Agency. The Hague/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers/T.M.C. Asser Instituut, 1995. – P. 32, 33. Ibid.

лицо связаны между собой только при условиях, закрепленных в ст. 3-302 – 3-304 (ст. 3-301).

Если посредник становится несостоятельным или имеет место существенное нарушение им своих обязательств по отношению к принципалу либо если до наступления срока исполнения становится очевидно, что существенное нарушение будет иметь место, по просьбе принципала посреднику надлежит сообщить имя и адрес третьего лица принципалу, и принципал может осуществлять против третьего лица права, приобретенные посредником по поручению принципала с учетом всех средств защиты (*defences*), которые третье лицо может использовать против посредника (ст. 3-302). Если вышеописанная ситуация возникает применительно к третьему лицу, по просьбе такого лица посреднику надлежит сообщить ему имя и адрес принципала; вытекающие из этого последствия аналогичны вышеописанным (ст. 3-303). Права, вытекающие из положений ст. 3-302 и 3-303, могут использоваться только, если намерение поступить так доведено до сведения посредника и третьего лица или принципала соответственно посредством уведомления. По получении уведомления третье лицо или принципал более не связаны обязанностью выполнять обязательства перед посредником (ст. 3-304).

При косвенном представительстве слова «не от имени принципала» имеют значение при определении широты полномочий агента в отношении третьих лиц. Так, в этом случае агент действует от своего имени, но для, в интересах и по поручению (в соответствии с указаниями) принципала, однако, не имея полномочий создать договорную связь между принципалом и третьими лицами. Любой договор будет заключен между агентом и третьим лицом независимо от того, знает ли третье лицо, что агент действует по поручению другого лица. Вместе с тем экономическое участие принципала в этих отношениях не остается незамеченным: риск потерь и возможной прибыли от заключаемых с третьими лицами сделок ложится на принципала¹. Посредник в этом случае получает, как правило, комисси-

¹ См.: *Kortmann S.C.J.J., de Leede L.J.M. and H.O. Thunnissen* (eds.) (1994) *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 5. Bijzondere overeenkomsten. Deel III. Overeenkomst van opdracht*,

онное вознаграждение. Сказанное можно проиллюстрировать следующим примером. Так, принципал А. дает указания посреднику П. купить от его (П.) собственного имени, но по поручению А. некие товары у третьего лица Т. Т. не передает товары А. в срок. В принципе, А. не может взыскать убытки с П., поскольку последний будет нести ответственность, только если Т. не передаст товар П. по вине самого П.

arbeidsovereenkomst, aanneming van werk, 7th ed. (Zwolle: Tjeenk Willink).
Ibid.

Раздел 6

ДОГОВОР КУПЛИ-ПРОДАЖИ В ЕВРОПЕЙСКОМ СОЮЗЕ

§ 1. Понятие договора купли-продажи и значение унификации регулирования порождаемых им отношений

Самым распространенным договором, опосредующим товарно-денежные отношения на национальном рынке любой страны и в международном торговом обороте, является договор купли-продажи.

Договор купли-продажи – это договор, по которому одна сторона (продавец) переносит или обязуется перенести право собственности на вещь и передать эту вещь другой стороне – покупателю, который в свою очередь обязуется принять вещь и уплатить за нее покупную цену.

Если по экономическому содержанию купля-продажа представляет собой обмен вещи на деньги, а денег на вещь, то юридическая сущность ее заключается в двух актах перенесения права собственности: продавец, исполняя свою обязанность по договору, переносит на покупателя право собственности на вещь, а покупатель делает продавца собственником денежных знаков, в которых выражена покупная цена. В силу этого основной функцией договора купли-продажи в обороте является юридическое оформление перехода имущества из собственности одного лица в собственность другого.

По своей юридической природе договор купли-продажи в праве всех стран мира рассматривается как двухсторонний, возмездный и консенсуальный.

В условиях рыночной экономики договор купли-продажи представляет собой универсальную по своему содержанию форму товарно-денежного обмена. Этот договор является необходимой правовой формой связи между товаровладельцами, посредством которой владельцы товарного капитала превращают его в денежный, а владельцы денежного – в товарный капитал.

Являясь по своим функциям и значению важнейшим договором в странах всех правовых систем, договор купли-продажи лежит в основе многообразных форм деятельности, называемой «торговлей в экономическом смысле». В силу значения получают применение и к другим договорам о возмездном перенесении права собственности (к договору мены – ст. 1707 ФГК, параграф 515 ГГУ; к некоторым видам договора подряда, параграф 651 ГГУ).

Главенствующее положение договора купли-продажи среди других договоров нашло свое отражение и в правотворческой деятельности зарубежных стран. Во Франции, Италии и ФРГ договору купли-продажи посвящены соответствующие разделы в гражданских и торговых кодексах, в Швейцарии – специальный раздел Обязательственного закона. В Англии, стране прецедентного права, отношения по продаже были урегулированы в законодательном порядке еще в 1893 г. В настоящее время в этой области действуют Закон о продаже товаров 1979 г., Закон о покупке в рассрочку 1965 г. и Закон о поставке товаров (подразумеваемые условия) 1973 г. в редакции 1994 г.

Ряд положений, касающихся вопросов цен, контингирования товаров, валютного регулирования и др., содержится в нормативных актов, принятых исполнительными органами промышленно развитых стран. Определенное значение для регулирования отношений по купле-продаже имеют и типовые договоры, разрабатываемые объединениями коммерсантов, – формуляры.

В настоящее время развивается тенденция к унификации правового регулирования договорных отношений (прежде всего в области купле-продажи) как в международном торговом обороте (об этом речь пойдет ниже), так и в отдельных регионах. Так, в мае 1989 г. Европейский парламент принял резолюцию,

в которой подчеркивалась важность гармонизации частного права Сообществ, особенно в такой специфической области, как внутренний рынок государств-членов. В резолюции давалась рекомендация о необходимости проведения работ по подготовке общеевропейского кодекса частного права.

Работа выполнялась Комиссией по унификации договорного права ЕС (в ней участвовали юристы из всех государств-членов во главе с профессором Оле Ландо). Первая часть Кодекса, подготовленная Комиссией и принятая посредством резолюции Европарламента в 1994 г., носит название «Принципы европейского договорного права».

Принципы определяются в первой части Кодекса как общие нормы договорного права ЕС – ст.1.101 (1). Они применяются, когда стороны пришли к соглашению, что договор между ними заключается на их основе. Принципы могут применяться, когда стороны договорились, что к контракту применяются «общие принципы права», «*lex mercatoria*» и тому подобные формулы; или не определили систему либо нормы права, применимые к своему договору, а также в случае неясности системы либо норм права, подлежащих применению и недостаточных для вынесения решения (п. 1-4 ст. 1.101).

Следует отметить, что стороны могут исключить применение любого из принципов либо уменьшить или изменить их действие, за исключением случаев, когда иное предусмотрено самими принципами – ст. 1.102(2).

В то же время «Принципы европейского договорного права» подчеркивают роль национальных обычаев как важного источника регулирования отношений по купле-продаже и другим договорам.

В соответствии с положениями ст.1.105 стороны договорных отношений связаны любым обычаем, о котором они договорились, и практикой, которую они установили между собой. При отсутствии прямой договоренности стороны считаются связанными обычаем, который обычно применяется лицами в той же ситуации, что и стороны, за исключением случаев, когда применение такого обычая было бы неразумным.

§ 2. Существенные условия и форма договора

Для того чтобы договор купли-продажи считался заключенным, необходима договоренность сторон по его существенным условиям, в качестве которых рассматриваются предмет сделки и покупная цена.

Предметом договора купли-продажи являются прежде всего материальные вещи – как предметы потребления, так и средства производства. Зарубежный законодатель проводит разграничение между куплей-продажей движимых и недвижимых вещей, совершение договоров по поводу которых сопряжено с соблюдением определенных формальностей.

Предметом договора может быть не только вещь, существующая в момент его заключения и принадлежащая продавцу на праве собственности, но и вещь, собственником которой продавец еще не является. Предметом продажи могут быть и несуществующие в момент заключения договора вещи – будущие вещи (ст. 1130 ФГК, ст.1472 ИГК, ст. 5 Закона о продаже товаров 1979 г., ст. 2-105 ЕТК), а также объекты, не имеющие материального существования – так называемое бестелесное имущество: промышленная собственность (патенты, товарные знаки, образцы, ноу-хау), объекты литературной и художественной собственности, ценные бумаги и т.п.

Бестелесное имущество, особенно ценные бумаги, приобретают в современном обороте движимости всевозрастающее значение, хотя на первом месте стоит товар – материальные вещи, являющиеся движимыми к моменту их индивидуализации для данного договора продажи. К товарам относят еще не родившийся приплод скота, урожай на корню и другие индивидуализированные вещи, связанные с недвижимостью.

Определение предмета договора предполагает не только его наименование, но и характеристику его свойств (качество) и указание количества. Количество определяется либо прямо – мерами веса, объема, в штуках и т.п., либо косвенно – указанием способа установления (например, продукция предприятия продавца за определенный период).

По праву Англии не допускается никаких отступлений от указанного в соглашении количества товара. Это создает слож-

ности при продаже будущего или массового товара, когда трудно заранее определить точное количество товара, подлежащего передаче покупателю. Поэтому стороны указывают иногда лишь приблизительное количество поставляемого товара (например, около 10 Т), или, определяя точное количество товара, оставляют за собой право отклонения от него в сторону увеличения или уменьшения – в процентах либо с указанием верхнего и нижнего пределов. В странах дуалистической системы частного права законодатель допускает определенное отклонение от предусмотренного договором количества. В частности, во Франции отклонение от договорного количества, не превышающее одну двадцатую, не дает оснований для расторжения договора, снижения или повышения цены (ст. 1618, 1619 ФГК).

Видное место в договоре купли-продажи занимает характеристика вещи по качеству, которое определяется различными способами: по описанию, по образцам, по стандартам, с приложением к договору спецификации, устанавливающей ассортимент и качественные признаки продаваемой вещи. Если в договоре ни одним из указанных способов качество товара не определено (оно определено лишь родовыми признаками), продавец должен предоставить товар среднего качества (ст. 1246 ФГК), среднего разряда и достоинства (§ 243 ГГУ).

В Англии, если продавец продает товары в порядке профессиональной деятельности (т.е. является коммерсантом, торгующим товаром данного рода), в договоре продажи предполагается наличие подразумеваемой гарантии о том, что товар пригоден для продажи (ст. 14 Закона 1979 г.). Пригодность товаров для продажи означает, что они могут, не вызывая возражений, быть предметом торговли по описанию, содержащемуся в договоре; должны иметь среднее качество в пределах описания; должны быть пригодны для обычного использования; должны быть одинаковыми по роду, качеству и количеству в отношении каждой поставляемой единицы и в отношении всего целого; должны быть соответственно уложены, упакованы и маркированы, как это требуется по соглашению; и должны соответствовать обещаниям или утверждениям, сделанным на упаковке или ярлыке.

«Принципы европейского договорного права» предусматривают, что если договором точно не определено качество, то сторона должна предложить исполнение по крайней мере среднего качества.

Цена в договоре купли-продажи выражается в деньгах – в валюте той или иной страны.

Законодательство зарубежных стран исходит из свободы усмотрения сторон в установлении цены. Соглашение сторон должно или прямо указывать цену – в виде товарной суммы, или косвенно – предусматривая способ ее определения: на усмотрение третьего лица, в соответствии с ценами определенного рынка и т.п. Право ФРГ и Италии допускает определение цены судом, если третье лицо, на которое было возложено установление цены, не желает или не может сделать этого либо установило явно несправедливую цену (§ 19 ГГУ, ст. 1473 ИГК).

Во Франции, если третье лицо не хочет или не может произвести оценку, то продажа считается несостоявшейся, т.е. договор признается незаключенным (ст. 1592 ФГК). Английский закон 1979 г. содержит аналогичное положение для случаев, когда цена подлежит установлению по оценке третьей стороны. Цена в договоре продажи может быть установлена в других случаях соглашением или соглашением может быть установлен способ определения цены, или она определяется сложившейся между сторонами практикой (часть 1 ст. 8 Закона 1979 г.). Когда цена не определена способом, указанным в части 1, покупатель обязан уплатить «разумную» цену. Что считать «разумной» ценой – это вопрос факта, определяемый обстоятельствами каждого конкретного случая. При таком подходе законодателя условие о цене перестает быть существенным, нуждающимся в договоренности сторон условием для заключения договора и его действительности.

С учетом развивающейся тенденции и практики других стран, особенно Англии и США, в «Принципах европейского договорного права» получило закрепление правило: если в договоре не установлена цена или способ ее определения, то стороны следует считать договорившимися о разумной цене (ст. 6.104).

Законодательство зарубежных стран не содержит особых положений о соответствии цены стоимости вещи. Правда, в ФРГ предусматривается возможность цены стоимости вещи, а также возможность признания договора недействительным при явной несоразмерности признания договора недействительным при явной несоразмерности взаимности обязательств (§ 138). Во Франции убыточность является основанием оспаривания действительности договора только в некоторых случаях и для определенных лиц (ст. 1118, 1305, 1306, 1308, 1674). Право Англии исходит из принципа, что несоответствие обязательства встречному удовлетворению (в данном случае – цене) не влияет на действительность последнего и, следовательно, на действительность договора.

В условиях развитого рыночного оборота значение обязательного указания в договоре цены продаваемого товара или способа ее установления во многом теряет свое значение. Договор купли-продажи не только в Англии и странах англосаксонской системы, но и в странах романо-германской системы может считаться заключенным даже в том случае, если о цене в нем вообще ничего не сказано.

К тому же во многих случаях цена, особенно в розничной торговле, фактически зависит от соотношения спроса и предложения. При этом значительное влияние на размер цены оказывают не только внутренние свойства товара (качество, надежность и долговечность), но и другие факторы – модность, привлекательность, а также престижность торгового заведения, место его расположения, упаковка, наименование места происхождения и т.п.

Форма договора купли-продажи зависит от желания сторон, природы предмета договора и характера будущего обязательства между продавцом и покупателем.

Когда предметом договора является недвижимость, в праве зарубежных стран наблюдается тенденция к применению формальных договоров с последующей регистрацией. Так, в ФРГ и Швейцарии договор купли-продажи должен быть облечен в форму нотариального или судебного акта. В данном случае форма договора имеет конститутивное значение. Договор, заключенный без соблюдения этой формы, становится действи-

тельным лишь в том случае, когда сделано заявление в суд о переуступке недвижимости и внесении перехода в поземельную книгу (§ 13 ГГУ, ст. 216 ШОЗ). В Италии договор купли-продажи недвижимости также должен быть совершен в письменной форме (посредством публичного или частного акта) под страхом недействительности (ст. 1350 ИКГ). Во Франции договор продажи недвижимости должен быть совершен в квалифицированной письменной форме и занесен в поземельную книгу (Декрет от 04.01.1955 г.). Причем требование установленной формы и регистрации связано лишь с обеспечением гласности сделок с недвижимостью, не затрагивая их действительности.

В Англии на большей части территории купля-продажа недвижимости осуществляется в форме договора за печатью. Лишь в некоторых местах введена регистрация сделок с недвижимым имуществом (по Закону 1925 г. в Англии введена обязательная регистрация сделок о продаже и сдаче земли в долгосрочную аренду только в Лондоне и на территории трех графств).

При продаже движимого имущества проявляется стремление законодателя освободить стороны от каких-либо формальностей для ускорения оборота товаров. В Англии, Италии, ФРГ договор купли-продажи движимости может быть заключен в любой форме независимо от суммы и характера сделки (гражданская она или торговая).

В ряде стран законодательство устанавливает обязательную письменную форму в зависимости от суммы договора, нарушение которой, не влияя на его действительность, лишает стороны права в случае спора ссылаться в подтверждение договора и его условий на свидетельские показания (Франция).

§ 3. Основные обязанности продавца

В праве промышленно развитых стран основные обязанности продавца по договору купли-продажи определены на уровне закона (ст. 1582, 1603 ФГК, ст. 1476 ИКГ; § 433 ГГУ, ст. 2.27 Закона 1979 г.).

Передача покупателю вещи – одна из важнейших обязанностей продавца, с которой нередко связан и переход права

собственности на проданную вещь. Под передачей понимаются любые действия, посредством которых материальная вещь или право перемещаются в фактическое или юридическое владение другого лица. Передача может заключаться в изменении характера владения продавца, когда вещь остается у него после заключения договора. Продавец меняет свое качество – от собственника покупателя до ее зависимого держателя, обязанного по требованию покупателя сдать вещь ему или другому лицу по его приказу. Фактической (физической) передачи не требуется и в том случае, когда покупатель уже владеет предметом продажи на другом основании (договора аренды, хранения и др.). В данном случае обязанность продавца по передаче будет считаться выполненной в момент заключения договора купли-продажи. Вещь может передаваться и в то время, когда она находится в руках третьих лиц или в каком-либо закрытом помещении. Продавец в подобных ситуациях может выполнить свою обязанность посредством символической передачи, вручив покупателю ключи от помещения, в котором находится вещь, либо передав ему товарораспорядительные документы на товар, находящийся у хранителя или перевозчика (складское свидетельство, коносамент, иную транспортную накладную) – ст. 1606 ФГК).

Во Франции и Англии надлежащей передачей признается и сдача продавцом товара перевозчику, если выдаваемые последним документы исключают дальнейший контроль продавца над товаром. По праву ФРГ сдача товара перевозчику не считается передачей, исключая случаи, когда транспортное средство является собственностью покупателя или когда перевозчик получил прямое полномочие покупателя на принятие товара.

Передача недвижимости осуществляется путем вручения ключей (если речь идет о строении) и документов, удостоверяющих право собственности отчуждателя. Передача бестелесного имущества обычно производится посредством выдачи документов на те или иные права.

Для исполнения своей обязанности по передаче продавец должен представить покупателю соответствующую условиям договора вещь в установленном месте, в определенное время и надлежащим способом. Решающее значение в установлении

места времени и способа передачи имеют условия договора. Если договор умалчивает об этом, то суды исходят из презумпции, что стороны намеревались руководствоваться практикой делового оборота и торговыми обычаями, при отсутствии таковых применяются диспозитивные нормы законодательства.

Законы зарубежных стран считают местом передачи движимой вещи место жительства продавца или местонахождение его предприятия, а при продаже индивидуально-определенной вещи, находящейся в момент заключения договора в ином месте, – местонахождение этой вещи (ст. 1247, 1609 ФГК; ст. 1510 ИГК; § 269 ГГУ; п. 2 ст. 29 Закона о продаже товаров 1979 г.).

Принципы европейского договорного права предусматривают в общих нормах ст. 7.101, что если место исполнения договорной обязанности не установлено договором или не может быть определено по его условиям, то им будет являться место деловых операций должника (т.е. продавца). Если продавец имеет более одного места деловых операций, им будет считаться то, которое имеет наиболее тесную связь с договором. А если у продавца нет места деловых операций, то им будет считаться его обычное местожительство.

При отсутствии соглашения о сроке передачи и неудаче суда выяснить намерения сторон в странах дуалистической системе частного права действует правило, что покупатель вправе потребовать немедленной передачи вещи, а должник может немедленно произвести исполнение (§ 271 ГГУ; судебная практика во Франции). В Англии продавец должен передать или отослать товар покупателю в пределах «разумного срока» (п. 3 ст. 29 Закона 1979 г.). При этом судебная практика Англии считает пункт о сроке передачи существенным условием договора, нарушение которого дает покупателю отказаться от принятия товара, расторгнуть договор и взыскать убытки.

Первая часть Кодекса европейского частного права (т.е. Принципы) закрепила англосаксонский подход к разрешению этого вопроса. В соответствии с общей нормой ст. 7.102 сторона должна совершить исполнение, если срок его не установлен или не может быть определен по условиям договора, в пределах разумного времени после заключения договора.

В месте передачи продавец должен предложить покупателю вещь соответствующим способом. Предложение передать товар должно быть сделано в рабочее время дня. При фактической передаче товар должен быть доступен в течение времени, разумно необходимого покупателю для приобретения владения этим товаром.

Товар должен предлагаться к передаче в количестве, установленном договором. Поэтому покупатель не обязан, если иное не указано в соглашении, принимать товар по частям (ст. 1244 ФГК; § 226 ГГУ; ст. 31 Закона 1979 г.).

Если продавец по условиям договора обязан или уполномочен отправить товар через публичного перевозчика, он должен сдать товар во владение такого перевозчика и заключить такой договор перевозки, как это представляется разумным с учетом характера товара и других обстоятельств дела. Кроме того, уведомив покупателя об отгрузке товара, продавец должен получить у перевозчика и передать покупателю все документы, необходимые для приобретения владения данным товаром.

Все расходы по приведению товара в пригодное для передачи состояние и расходы по самой передаче (включая стоимость взвешивания, испытания, маркировки, упаковки, уведомления покупателя) несет продавец при отсутствии иного соглашения (ст. 1608 ФГК, § 448 ГГУ, п. 6 ст. 29 закона 1979 г.).

Вопрос об исполнении продавцом обязанности по перенесению права собственности на вещь решается в зависимости от момента перехода права собственности к покупателю.

Если право собственности считается перешедшим к покупателю при заключении договора купли-продажи, то нет необходимости говорить о данной обязанности продавца – она уже выполнена. Но когда право собственности не переходит к покупателю при заключении договора, возникает вопрос о моменте исполнения продавцом своей обязанности по перенесению права собственности. В соответствии с этим в Англии различают две формы договора купли-продажи: продажу или настоящую продажу (sale) и соглашение о продаже (agreement to sell) – ст. 2 Закона 1979 г.

Под «продажей» понимается договор, в силу которого право собственности на вещь переходит к покупателю с момен-

та заключения договора. Продажа – это одновременно и обязательный и вещный договор, в результате заключения которого создается обязательственное правоотношение с вещным элементом, т.е. происходит переход вещного права.

«Соглашение о продаже» предусматривает, что переход права собственности должен произойти в будущем или подчинен условию, которое должно наступить. Такой договор порождает обязательственное правоотношение, в том числе и обязанность продавца перенести на покупателя право собственности на вещь, включая и будущую вещь.

Право Франции и ряда других стран также знает «совершившуюся» продажу и обещание продать (ст. 1583, 1589 ФГК).

Практическое различие между этими двумя формами договора купли-продажи заключается в том, что по отношению к будущим вещам нельзя заключить договор настоящей продажи, так как продавец не может передать покупателю право собственности на вещь, которой у него еще нет. Поэтому, даже если стороны и намеревались осуществить настоящую продажу будущего товара, договор будет действовать как договор о продаже (ст. 5 Закона 1979 г.).

Определение момента перехода права собственности имеет серьезное значение как для сторон договора, так и для третьих лиц, в частности, для кредиторов продавца. С этим моментом, за некоторыми исключениями, связан переход к покупателю риска случайной гибели и порчи вещи, ответственности за ущерб, которую может причинить вещь. С другой стороны, собственнику вещи принадлежат ее плоды, право на получение страхового возмещения в случае ее гибели.

Право зарубежных стран предоставляет на усмотрение самих сторон установление момента перехода права собственности и всех рисков, связанных с вещью. Единственный предел свободе сторон закон ставит в том, что в отношении вещей, определенных в договоре родовыми признаками, право собственности не может перейти ранее их индивидуализации в какой-либо форме для данного договора (ст. 1585 ФГК; ст. 1378 ИГК, ст. 16, 17 Закона 1979 г.). Эта императивная норма обусловлена самой концепцией ИГК права собственности как вещного права, объектом которого может быть только конкретная, индиви-

дуально-определенная вещь. Кроме данного правила остальные нормы законодательства зарубежных стран носят диспозитивный характер.

Известны две системы перенесения права собственности на вещь. В одних странах для перехода собственности достаточно заключения договора (система консенсуальная или «по одному соглашению»), а в других странах необходима, помимо заключения договора, сама передача вещи покупателю (система «традиции»).

Согласно консенсуальной системе, принятой во Франции, Италии, Англии и многих других странах, право собственности на индивидуально-определенную вещь переходит, если нет иного намерения сторон, в момент заключения договора, хотя бы вещь не была предоставлена, а цена не была уплачена, а на вещи, определяемые родовыми признаками, – в момент их индивидуализации (ст. 1583, 1585, 1586 ФГК; ст. 1376, 1377 ИГК; ст. 16, 18 Закона 1979 г.). Под индивидуализацией как необходимым условием перехода права собственности на вещи, определенные родовыми признаками, понимается обособление вещей, выделение их из общей массы или иное обозначение для данного договора: размещение указанного в договоре количества в отдельном помещении, взвешивание, затаривание, маркировка, приведение вещей в состояние годности для передачи, сдача товара перевозчику и т.д.

Для защиты интересов третьих лиц во Франции и в ряде других стран была введена регистрация сделок об установлении или перенесении вещных прав на недвижимое имущество. Но регистрация договоров купли-продажи недвижимости в поземельных книгах не является условием возникновения права собственности у покупателя. Она производится лишь с целью оповещения третьих лиц о переходе права собственности на данную недвижимость.

Право собственности на движимые вещи, определенные родовыми признаками, переходит к покупателю в момент их индивидуализации, которая часто совпадает с передачей вещи покупателю, но может и не совпадать и даже не сопровождается передачей (ст. 1585 ФГК; ст. 1378 ИГК).

Английское право в вопросе о моменте перехода права собственности примыкает к французской системе «по одному соглашению», но с тем отличием, что действуют разные правила для товаров и недвижимости. Право собственности на недвижимость в тех частях страны, где введена обязательная поземельная регистрация, переходит к покупателю в момент занесения договора купли-продажи в поземельную книгу. В остальных частях Англии право собственности на недвижимость считается перешедшим к покупателю в момент, когда ему вручен снабженный печатью продавца акт о перенесении права собственности.

Положения о переходе права собственности на движимые вещи содержатся в Законе 1979 г. о продаже товаров. Как и во Франции, право собственности на индивидуально-определенную вещь, находящуюся в пригодном для передачи состоянии, переходит к покупателю в момент заключения договора (правило 1 ст. 18). Но если отчуждаемая индивидуально-определенная вещь согласно договору должна быть приведена в состояние, пригодное для передачи, или для определения ее цены должна быть взвешена, измерена, испытана или подвергнута иной технической операции, то право собственности на такую вещь переходит, в отличие от французского права, не в момент заключения договора, а в момент, когда выполнено соответствующее действие и покупатель о том извещен (правила 2 и 3 ст. 18). Право собственности на будущий товар или вещи, определяемые родовыми признаками, переходит к покупателю после того, как товар такого описания в пригодном для передачи состоянии был безусловно выделен для исполнения договора, т.е. индивидуализирован.

Индивидуализацией могут быть любые действия, посредством которых товар выделяется из общей массы покупателем или продавцом с согласия покупателя: помещение указанного в договоре количества товара в отдельное хранилище, маркировка, сдача товара покупателю или зависимому держателю (перевозчику, хранителю и т.п.) для передачи покупателю.

В условиях современного торгового оборота с широким применением товарораспорядительных документов в договорах купли-продажи с отправкой товара через зависимого держателя

покупатель не сможет ни контролировать, ни получить купленный товар без соответствующего документа (ценной бумаги). В таких договорах право собственности переходит к покупателю лишь с момента вручения ему товарораспорядительных документов или выполнения условия, установленного продавцом. Даже если товар был получен на основании коносамента, выписанного на имя покупателя или его приказу (ордерного), право собственности не считается перешедшим к покупателю до вручения ему или его агенту такого коносамента.

Система традиции, принятая в ФРГ, Швейцарии, скандинавских и ряде других стран или определяемые родовыми признаками – с их передачей покупателю (§ 929 ГГУ). Из этого общего правила имеется ряд исключений, при которых покупатель может стать собственником вещи с момента заключения договора (если он уже владеет вещью или в состоянии овладеть ею без содействия продавца – § 930 ГГУ), либо продавец уступает покупателю свое право на истребование вещи у третьего лица (§ 931 ГГУ).

Для перенесения права собственности на недвижимость необходимо (кроме заключения договора купли-продажи) совершить особый вещный договор, который складывается из двух моментов: 1) соглашения сторон о перенесении права собственности и 2) внесении нового собственника в поземельную книгу (§ 873 ГГУ). Договор отчуждателя и приобретателя носит абстрактный характер, его действительность не зависит от действительности лежащей в его основе обязательственной сделки (договора купли-продажи), регистрация в поземельной книге носит конститутивный характер – при ее отсутствии право собственности не переходит к покупателю. До внесения покупателя как нового собственника в поземельную книгу участники договора связаны своим соглашением лишь в том случае, если их волеизъявление облечено в форму судебного или нотариального акта (§ 873 ГГУ).

С вопросом о переходе права собственности от продавца к покупателю связан вопрос о моменте перехода на покупателя риска случайной гибели и порчи вещи.

Французское и английское право придерживаются доктрины прикрепления риска случайной гибели и порчи вещи к

праву собственности (т.е. римского принципа). Поэтому в законодательстве Франции и Англии вопросы перехода права собственности и риска случайной гибели и порчи вещи решаются на основании одних и тех же норм (ст. 1138 ФГК, ст. 20 Закона 1979 г.

В Германии риск гибели или случайного ухудшения вещи переходит на покупателя с момента передачи ему вещи или с момента внесения нового собственника в поземельную книгу (§ 446 ГГУ). В отличие от английского и французского законодательства ГГУ не связывает переход риска гибели и порчи вещи с переходом к покупателю права собственности на нее. Но хотя ГГУ и решает вопросы перехода права собственности и риска случайной гибели вещи разными нормами, по существу и право собственности, и риск случайной гибели вещи переходят в один и тот же момент – в момент передачи вещи или регистрации перехода права собственности в поземельной книге (§ 446, 873, 929 ГГУ).

§ 4. Обязанности покупателя

Покупатель в договоре купли-продажи также несет две основные обязанности: принять вещь и оплатить ее в соответствии с договором.

Хотя обязанности покупателя вытекают из самого понятия договора купли-продажи не индивидуализированного или будущего товара, то у покупателя в результате этого не возникают обязанности принять товар и уплатить цену.

Ведь принятие товара – акцепт (acceptance) – это согласие покупателя стать собственником индивидуально-определенных, предложенных ему продавцом вещей. Поэтому только с момента предложения продавцом передачи индивидуализированного товара у покупателя возникает обязанность принять его и, если иное не оговорено в соглашении, оплатить в соответствии с договором. Непосредственной связи с передачей товара момент принятия его покупателем не имеет. Покупатель может выразить согласие стать собственником вещи и до получения ее во владение. Он может принять вещь и в процессе передачи, в момент ее завершения или после передачи – по истечении какого-

либо срока перехода к нему вещи (например, при продаже на условиях «одобрения» или «пробы»).

Покупатель исполняет свою обязанность по принятию словами или действиями, выражающими его согласие стать собственником вещи. Когда товар уже индивидуализирован продавцом для договора, покупатель может исполнить свою обязанность в момент заключения договора (в частности, заявив, что желает стать собственником данного товара).

Покупатель считается принявшим вещь, когда после предоставления ему разумной возможности осмотреть ее заявляет продавцу, что вещь соответствует договору или что он принимает вещь, несмотря на ее несоответствие договору. Часто наличие или отсутствие факта принятия вещи приходится устанавливать по поведению сторон. Так, покупатель презюмируется принявшим товар, если он совершает действия, свидетельствующие о его желании стать собственником данного товара или несовместимые с правами продавца на него: удерживает товар, не сообщая продавцу об отказе от него в течение разумного времени, перепродает либо закладывает товар, или производит в нем какие-либо изменения. Но перепродажа не рассматривается как принятие, если она была необходима для предотвращения гибели или существенного ухудшения состояния товара.

Покупатель, правомерно отказавшись от принятия вещи, не обязан возвращать ее продавцу за свой счет. Он может поместить непринятые вещи на хранение за счет продавца или отправить их обратно, либо перепродать за счет продавца с возмещением своих расходов (ст. 36 Закона 1979 г.).

Если заключен договор, предусматривающий выдачу товарораспорядительного документа, получение такого документа и оплата его не лишает товара. Принятие вещей покупателем исключает их последующее отклонение, даже если были приняты вещи, не соответствующие условиям договора. Но в любом случае принятие вещей покупателем само по себе не снимает с продавца ответственности за убытки и не лишает покупателя средств правовой защиты, предусмотренных законодательством на случай несоответствия вещи договорным условиям.

Законы Франции, Италии и ФРГ почти не содержат положений, относящихся к обязанности покупателя принять вещь.

Так, ФРГ ограничивается лишь указанием на то, что покупатель несет расходы по принятию вещи, если нет другого соглашения (ст. 1608).

Важнейшей обязанностью покупателя является уплата цены. Покупатель, принявший товар, обязан оплатить его по договорным ставкам. Договор может предусматривать и совершение платежа авансом до передачи и принятия товара.

Право зарубежных стран предоставляет на усмотрение самих сторон определение всех условий платежа. Место, время, способ и валюта платежа обычно устанавливаются соглашением сторон или определяются торговыми обычаями и практикой делового оборота, а при их отсутствии – диспозитивными нормами законодательства.

Время платежа зависит от того, предоставляет ли продавец покупателю кредит в размере покупной цены. Если кредит предоставлен, платеж должен быть совершен по истечении кредитного периода, который начинается с момента передачи товара или сдачи транспортной организации либо с момента отсылки покупателю товарораспределительных документов. Если кредит покупателю не предоставляется, законы Франции, Италии и Англии исходят из принципа, что платеж цены и передача вещи взаимно обуславливают друг друга. В силу этого диспозитивные нормы привязывают время и место платежа к моменту и месту передачи вещи (ст. 1651 ФГК; ст. 1498 ИГК, ст. 28 Закона 1979 г.).

В праве ФРГ местом платежа цены презюмируются место жительства или местонахождение предприятия продавца (§ 270 ГГУ), а время платежа совпадает по общим правилам о двухсторонних договорах с моментом передачи вещи.

Принципы договорного права ЕС предусматривают, что если место исполнения обязанности по уплате денег не установлено договором и не может быть определено исходя из его условий, то им будет место деловых операций кредитора (т.е. в данном случае местонахождение предприятия продавца) в момент заключения договора. Если у продавца более одного предприятия, местом исполнения будет местонахождение предприятия, которое имеет наиболее тесную связь с договором. При отсутствии у продавца предприятия местом исполнения счита-

ется его обычное место жительства (ст. 7.101). При невозможности определить исполнение покупатель должен совершить платеж в течение разумного срока после заключения договора (ст. 7.102).

Надлежащий денежный платеж может быть совершен в любой форме, применяемой при обычном ходе деловых связей (ст. 7.107).

Соглашение сторон может предусматривать платеж наличными, зачислением средств на текущий счет продавца в банке, путем вручения чека, посредством оплаты или акцепта переводного векселя.

Покупатель считается исполнившим свою обязанность по уплате цены в момент зачисления ее суммы на названный продавцом счет, хотя для продавца в этот момент возникает не право собственности на денежные знаки, а лишь обязательственное требование к банку в пределах внесенной суммы.

Не считаются платежом выдача покупателем чека, открытие аккредитива либо акцент или передача векселя продавцу. Все эти действия создают лишь организационно-правовые предпосылки для платежа цены. Платеж цены считается совершенным лишь тогда, когда банк акцептирует предъявленный продавцом чек, т.е. согласится перевести указанную в нем сумму со счета покупателя на счет продавца. Поэтому платеж посредством чека признается условным и не считается совершенным при отказе банка оплатить или акцептовать чек. Аналогично решается вопрос и при выдаче векселя. Такие же правила были закреплены и в «Принципах европейского договорного права» (п. 2 ст. 7.107).

Что касается валюты платежа, то Принципы предоставляют сторонам возможность договориться о том, чтобы платеж был совершен в определенной валюте. При отсутствии такого соглашения сумма долга, выраженная в иной валюте, нежели валюта места, где должен быть совершен платеж, может быть уплачена в валюте места платежа в соответствии с валютным курсом, действующий там в момент надлежащей уплаты цены или фактического платежа (ст. 7.108).

§ 5. Средства правовой защиты и ответственность сторон при нарушении договора купли-продажи

Неуплата покупателем цены – серьезное нарушение договора купли-продажи. Не получивший платежа продавец во всех зарубежных странах имеет ряд средств правовой защиты, многие из которых служат способами понуждения покупателя к уплате покупной цены.

Во Франции продавец, не получивший платежа, имеет право:

- при продаже за наличный расчет не передавать вещь иначе как против платежа цены (ст.1612 ФГК);
- когда вещь передана покупателю – в течение восьми дней со дня передачи истребовать ее, если она находится в том же состоянии;
- приостановить доставку вещи, находящейся в пути во владение перевозчика, если после заключения договора покупатель объявлен несостоятельным;
- удовлетворить свое требование из суммы, вырученной от публичной продажи вещи, преимущественно перед другими кредиторами покупателя;
- по соглашению с покупателем сохранить за собой право собственности на вещь до уплаты цены. Допустимость этого средства защиты вытекает из диспозитивного характера норм ФГК о моменте переходе права собственности.

В ФРГ права продавца на получение цены обеспечены общими правилами о последствиях неисполнения двухсторонних договоров. Продавец имеет примерно те же возможности, что и во Франции. Но специально упоминается в ГГУ лишь один способ обеспечения платежа цены – оставление продавцом за собой права собственности на движимую вещь до указанного момента. Договор в случае спора считается заключенным под отлагательным условием, и продавцу предоставляется право отказаться от него при просрочке покупателя в уплате цены (§ 455 ГГУ).

В странах общего права такие средства правовой защиты, как удержание товара продавцом, остановка его в пути (т.е.

приостановление доставки товара, находящегося во владении перевозчика), перепродажа, являются способами, при помощи которых продавец вынуждает покупателя совершить платеж, и в Англии содержит достаточное количество детально разработанных положений о правах, предоставляемых продавцу в случае возникновения опасности лишиться цены (ст. 38-46 Закона 1979 г.).

При непередаче продавцом вещи в соответствии с условиями договора покупатель во Франции и Германии вправе потребовать реального исполнения обязательства и взыскания причиненных убытков либо расторжения договора с взысканием всех убытков (ст. 1610, 1610 ФГК, § 284, 286 ГГУ). По праву Англии покупатель, не получивший вещи, может рассчитывать на решение о реальном исполнении лишь в случаях, когда предметом договора является недвижимость или уникальная вещь либо если продавец не передает индивидуализированный для данного договора товар и покупатель, приняв разумные меры, не смог купить заменяющие товар у других лиц. В остальных случаях вынесение решения о реальном исполнении договора купли-продажи является дискреционным правом суда. Поэтому обычным средством защиты покупателя служит иск о взыскании убытков, причиненных неисполнением защиты продавца (ст. 51, 52 Закона 1979 г.).

Все вышеперечисленные средства правовой защиты сторон не носят характера гражданско-правовой ответственности. Они представляют собой скорее оперативные санкции, которые стороны вправе применить при неисполнении контрагентом своей обязанности. Ответственность же может наступать в двух формах: в форме возмещения убытков и в форме взыскания неустойки.

Для упрощения процедуры расчета убытков, подлежащих возмещению при неисполнении продавцом или покупателем своих обязанностей, в английском праве сложилось правило, что если потерпевшая сторона, расторгая договор, совершает заменяющую сделку (покупая аналогичный товар у третьего лица или продавая товар, от которого отказался покупатель), то она вправе взыскать с нарушителя договора разницу между договорной ценой и ценой товара по заменяющей сделке.

Это правило получило закрепление в законодательстве США (ст. 2-706, 2-712 ЕТК), а также в «Принципах европейского договорного права» (ст. 9-506).

Например, покупатель, не получив обусловленного договором товара или правомерно отказавшись принять его, вправе, помимо взыскания уплаченной покупной цены, купить заменяющий товар (добросовестно и без недолжного промедления) и взыскать с продавца в качестве возмещения убытков разницу между ценой заменяющего товара и договорной ценой. Он может также взыскать с продавца «сопутствующие убытки» – свои расходы в связи с осмотром, принятием, перевозкой обоснованно отклоненного товара, затраты в связи с закупкой заменяющего товара и расходы, обусловленные просрочкой. Взысканию подлежат и «косвенные убытки» – потери покупателя, которых нельзя было избежать путем закупки заменяющего товара. Такие же возможности имеет и продавец, если покупатель неправоммерно отказывается принять товар или не производит платежей.

Если потерпевшая сторона не совершила заменяющей сделки, для определения размера возмещаемых убытков применяется метод исчисления «абстрактных убытков» – конструкция, разработанная английским прецедентным правом еще в девятнадцатом веке и закрепленная затем в Законе 1893 г. о продаже товаров (ст. 50, 51). В торговом обороте зарубежных стран взыскание «абстрактных убытков» – разницы между договорной и рыночной ценой товара на момент нарушения – становится обычной санкцией. Сущность «абстрактных убытков» заключается в том, что размер присуждаемого кредитору возмещения не зависит (абстрагирован) от действительно понесенного им ущерба.

Взыскание «абстрактных убытков» было законодательно закреплено в США (ст. 2-708, 2-713 ЕТК), нашло отражение в Конвенции ООН 1980 г. о договорах международной купли-продажи товаров (ст. 76) и предусмотрено общей номой ст. 9.507 Принципов европейского договорного права.

Преимуществом применения такой меры ответственности, как взыскание «абстрактных убытков», является то, что истцу не нужно доказывать наличие и размер ущерба, причи-

ненного ему нарушением договора. Достаточно доказать факт нарушения и разницу в цене договора и рынка.

Взыскание «абстрактных убытков» не лишает в то же время потерпевшую сторону права на возмещение действительно понесенных потерпевшую сторону убытков, не покрываемых разницей между договорной и рыночной текущей ценой товара (компенсация сопутствующих и косвенных убытков – ст. 20708, 2-13 ЕТК). Но эти расходы, как обычные убытки, должны быть обоснованы истцом.

Гражданско-правовая ответственность сторон может наступить и в форме взыскания договорной неустойки. «Принципы европейского договорного права» в общей норме устанавливают, что если договор предусматривает уплату определенной суммы стороной, не исполнившей своей обязанности, потерпевшей стороне эта сумма будет присуждена независимо от фактически понесенного ею ущерба (ст. 9.509). Однако, несмотря на любое соглашение об ином, эта согласованная сумма (неустойка) может быть уменьшена до разумной суммы, если чрезмерно превышает ущерб, который может быть причинен неисполнением. Еще более негативное отношение к штрафной неустойке показывает законодательство США. Согласно ст. 2-718 ЕТК неустойка, подлежащая взысканию в случае нарушения договора любой стороной, может быть определена в соглашении лишь в размере, который можно считать разумным в связи с предполагаемым или действительным ущербом, причиненным нарушением договора. Если условие определяет неразумно высокий размер неустойки («заранее исчисленных убытков»), то оно признается юридически ничтожным как штрафное условие.

Видное место в законодательстве промышленно развитых стран занимают положения об ответственности продавца за передачу вещи ненадлежащего качества.

Во Франции ответственность продавца за недостатки проданной вещи носит гарантийный характер. ФГК обосновывает ответственность продавца за качество вещи нарушением «гарантии», которую он считается принявшим на себя при заключении договора. Продавец в силу закона гарантирует покупателю полезное владение вещью, т.е. принимает на себя ответст-

венность за все скрытые недостатки и пороки вещи, которые делают ее непригодной к употреблению, к которому она предназначалась, или же настолько уменьшают возможность ее использования, что покупатель, зная о них, не приобрел бы вещь или дал бы за нее меньшую цену (ст. 1625, 1641 ФГК). Ответственность продавца распространяется и на неизвестные ему скрытые недостатки вещи. С другой стороны, продавец не отвечает за явные пороки вещи, в наличии которых покупатель мог убедиться сам (ст. 1625, 1641, 1642, 1643 ФГК).

Для наступления ответственности необходимо, чтобы скрытый недостаток известной значительности был в наличии уже в момент заключения договора, и гарантия по нему не была исключена договором (ст. 1643 ФГК). Покупатель имеет выбор: сохранить вещь за собой и потребовать возврата части цены по определению экспертов или расторгнуть договор, вернуть вещь и потребовать у продавца возврата цены и возмещения расходов, понесенных в связи с заключением договора. Если продавец знал о недостатках вещи, он должен, кроме того, возместить покупателю все убытки (ст. 1645 ФГК).

Аналогично обосновывается ответственность продавца за недостатки проданного товара в Англии, где различают гарантии прямо выраженные и подразумеваемые. Любое относящееся к товару утверждение факта или обещание продавца, ставшее одним из оснований сделки, создает прямо выраженную гарантию в том, что товар соответствует данному утверждению или обещанию. При отсутствии прямо выраженной гарантии ответственность продавца за качество товара основана на гарантиях, которые в силу закона предполагаются включенными в договор: гарантия пригодности товара для продажи (т.е. среднего качества или пригодности для обычного использования) и гарантия соответствия товара определенной цели. Последняя имеет место в случаях, когда покупатель прямо или косвенно сообщает продавцу о специальном назначении товара или полагается на опыт либо суждение продавца при выборе товара. Продавец несет ответственность за нарушение всех этих гарантий (ст. 14 Закона 1979 г.).

Когда покупатель принял товар, не соответствующий гарантии, доступные ему средства правовой защиты зависят от

того, принял он товар или нет. Если покупатель еще не принял товар или правомерно отказался от уже принятого товара, он вправе защитить свои интересы таким же образом и в таком же порядке, как и в случае непередачи ему товара (ст. 51 Закона 1979 г.).

Когда покупатель принял товар и известил об этом продавца, он не может, как правило, требовать расторжения договора, а вправе лишь взыскать убытки, вызванные нарушением гарантии. Размер возмещения определяется разницей между ценой принятого товара (на момент и в месте принятия) и разницей между ценой принятого товара (на момент и в месте принятия) и ценой, которую он имел бы, если бы соответствовал гарантии, плюс все сопутствующие и косвенные убытки покупателя (ст.53 Закона 1979 г.).

Подразумеваемые гарантии могут быть изменены или вообще исключены условиями договора (в частности, формулировками «со всеми недостатками», «как есть»), практикой торгового оборота, предшествовавшими отношениями сторон или торговыми обычаями.

Интересы покупателя могут быть также защищены применением таких средств защиты, как требование об исправлении недостатков вещи и требование о замене дефектной вещи. Указанные санкции закреплены в ст. 46 Венской конвенции ООН о договорах международной купли-продажи товаров.

Законы ФРГ, не конструируя особого понятия «гарантии» со стороны продавца, возлагают на него ответственность за недостатки вещи в следующих случаях:

- 1) при наличии недостатков, которые уничтожают или значительно уменьшают ценность вещи или ее пригодность к обычному употреблению либо употреблению, указанному в договоре;
- 2) при отсутствии установленных в договоре качеств, за которые продавец принял на себя ручательство перед покупателем.

В первом случае покупатель вправе потребовать уменьшения цены, расторжения договора или замены вещи. Во втором случае покупатель может, помимо этого, потребовать возмещения ему всех убытков от неисполнения договора. Это пра-

вило применяется и тогда, когда продавец умышленно умолчал об известном ему недостатке вещи (§ 463,480 ГГУ). Как и в других странах, законодательство ФРГ возлагает на продавца ответственность лишь за скрытые недостатки (§ 460 ГГУ).

Соглашение сторон может ограничить или отменить совсем ответственность продавца за недостатки продаваемой вещи. Такое соглашение будет признано недействительно лишь в одном случае – если продавец, зная о недостатке, умышленно о нем умалчивает (§ 476 ГГУ).

Неисполнение продавцом обязанности по перенесению на покупателя права собственности на проданную вещь во всех странах связано с определенными санкциями. Продавец отвечает в случае эвикции вещи, т.е. отчуждения ее у покупателя третьим лицом. Такая ответственность в праве Франции, Италии, Англии и США основывается на нарушении продавцом установленной законом гарантии.

Во Франции продавец считается давшим покупателю гарантию от эвикции (гарантию спокойного владения вещью), в силу которой обязан: 1) оказать покупателю помощь и поддержку, если третье лицо станет оспаривать право покупателя на вещь, и с этой целью вступать в судебное дело. Гарантия прекращается, если покупатель проиграл дело, не призвав продавца к участию в нем, а продавец доказал, что были достаточные основания для отказа в иске (ст. 1640 ФГК); 2) исправить последствия эвикции, если вещь отобрана у покупателя по суду: возратить покупную цену и возместить покупателю убытки, связанные в заключением договора и отобранием вещи у покупателя (ст. 1625, 1626, 1630 ФГК).

Если у покупателя отобрана часть вещи, но она имеет такое значение, что без нее он не купил бы саму вещь, покупатель вправе расторгнуть договор с возмещением всех убытков. Покупатель имеет такое же право, если приобретенная им недвижимость обременена сервитутами, зная о которых он не совершил бы покупку.

В остальных случаях отчуждения у покупателя части вещи или обнаружения сервитутов он вправе лишь требовать возмещения ему стоимости отобранной вещи или снижения покупной цены (ст. 1636-1638 ФГК). По соглашению стороны мо-

гут расширить законное обязательство по гарантии, ограничить его действие или исключить вовсе (ст. 1627 ФГК).

По праву Англии неперенесение продавцом на покупателя права собственности, приведшее к эвикции вещи, дает покупателю право отказаться от договора и взыскать с продавца все убытки. Кроме того, в любом договоре продавец гарантирует покупателю спокойное владение вещью, которая свободна от обременений и требований, не известных ему в момент заключения договора (ст. 12 Закона 1979 г.). В последнем случае, поскольку гарантия является простым подразумеваемым условием, покупатель в случае ее нарушения имеет лишь требование о возмещении убытков. Предусматривается возможность изменения или исключения подразумеваемых гарантий прямо выраженными условиями договора.

Право ФРГ и Японии не возлагает на продавца обязанности гарантировать покупателю спокойное владение проданной вещью. Применяются общие правила о неисполнении обязанностей участником двухстороннего договора (§ 320-327 ГГУ, ст. 545 ЯГК). При эвикции вещи у покупателя он вправе считать договор неисполненным со всеми вытекающими последствиями. Допускается ограничение или исключение ответственности продавца за эвикцию вещи условиями соглашения, которое будет считаться недействительным лишь в том случае, если продавец знал о недостатках в праве и умышленно умолчал о них.

§ 6. Особенности правового регулирования купли-продажи в международном торговом обороте

Правовому регулированию отношений сторон внешнеторговой купли-продажи уделяется особое внимание как в практике отдельных стран, так и на международном уровне путем создания унифицированных норм (конвенционных и обычно-правовых). Поэтому к договору купли-продажи, заключаемому в международном торговом обороте, прежде всего применяются положения многосторонних конвенций и правила международных обычаев.

Кроме того, для международного торгового оборота характерно широкое применение типизированных сделок, что обусловлено стремлением крупнейших экспортных и импортных организаций промышленно развитых стран к производству торговых операций на основе разработанных или адаптированных ими типовых контрактов.

Типизация сделок, применяемых в международном торговом обороте, дает возможность заменить длительные предварительные переговоры быстро достигаемой договоренностью о применении той или иной распространенной типовой формулы, которая и определяет обязанности сторон в результате длительного применения типовых формул и общепринятых торговых обычаев. В международном торговом обороте сложился целый ряд типовых договоров купли-продажи, часть которых получила закрепление в законодательстве некоторых стран, в частности, в США (ст. 319-324 раздела 2 ЕТК).

Одной из наиболее эффективных форм унификации правовых норм является унификация посредством заключения международных договоров, прежде всего – многосторонних конвенций. Основным нормативным актом универсального характера в области купли-продажи является в настоящее время Конвенция ООН о договорах международной купли-продажи товаров, подготовленная ЮНСИТРАЛ (Комиссия ООН по праву международной торговли), которая была принята на Дипломатической конференции в Вене 11 апреля 1980 г. После вступления Конвенции 1980 г. в силу на территории стран-участниц ее положения, при условии соблюдения ст. 96, стали частью национального права этих стран, подлежащих применению в первую очередь.

Конвенция применяется к договорам купли-продажи товаров между сторонами, коммерческие предприятия которых находятся в разных государствах, когда эти государства являются участниками Конвенции или когда, согласно нормам международного частного права, применимо право участника Конвенции. В то же время Конвенция не применяется к продаже товаров потребительского назначения, с аукциона, в порядке исполнительного производства, фондовых бумаг, ак-

ций, обеспечительных бумаг, оборотных документов и денег, а также электроэнергии, судов водного и воздушного транспорта (ст. 2).

Вне сферы действия Конвенции 1980 г. остался ряд вопросов правового режима сделок (действительность самого договора купли-продажи или какого-либо обычая, последствий, которые может иметь договор в отношении права собственности на проданный товар). Конвенция также не регулирует некоторые важные вопросы, традиционно возникающие при внешнеторговой купле-продаже. Например, о неустойках при нарушении договора, об ответственности продавца за причиненные товаром повреждения здоровья или смерть какого-либо лица, вопросы исковой давности и арбитража. Такие вопросы будут решаться в соответствии с нормами применимого национального права.

Конвенция 1980 г. восприняла принцип континентального европейского права, согласно которому договор может считаться заключенным в момент получения акцепта оферентом (ст. 18, 23). При этом допускается любая форма договора купли-продажи и возможность его доказывания любыми средствами, включая свидетельские показания (ст. 11). Конвенция допускает в виде общего правила возможность при расторжении договора потребовать возмещения «абстрактных убытков» (категории, разработанной английским правом), т.е. разницы между договорной и текущей ценой подобного товара на момент расторжения договора плюс возмещения любых дополнительных убытков (ст. 74, 76).

Следует иметь в виду, что стороны могут исключить вообще применение Конвенции к своему договору либо отступить от любого из ее положений или изменить его действие (ст. 6).

Конвенция определяет лишь основные обязанности продавца (поставить товар в соответствии с условиями договора, передать относящиеся к товару документы и передать право собственности) и покупателя (уплатить цену за товар и принять его поставку), а также предусматривает средства правовой защиты в случае нарушения договора сторонами.

Следует иметь в виду, что правила Конвенции носят, в-первых, общий характер, во-вторых, не касаются многих важных вопросов, связанных с поставкой товара (перевозка, стра-

хование товара в пути, распределение обязанностей между сторонами товара в пути, распределение обязанностей между сторонами по получению экспортных лицензий, выполнению таможенных формальностей, погрузке и выгрузке товара, уплате необходимых расходов и сборов). Все эти вопросы решаются в типовых проформах, избираемых сторонами при заключении договора внешнеторговой купли-продажи. Такие проформы, называемые «базисными условиями» или «базисом поставки», имеют краткие наименования (торговые термины), представляющие собой соединения начальных букв соответствующих английских слов, например, FOB, CIF и др. Каждый из базисов поставки охватывает комплекс обязанностей продавца и покупателя при различных видах международной купли-продажи.

Для единообразного понимания правил, регулирующих отношения продавца и покупателя по каждому базисному условию, Международная торговая палата в Париже впервые опубликовала в 1936 г. свод международных правил по толкованию торговых терминов – ИНКОТЕРМС. В 1953, 1967, 1976, 1980 и 1990 гг. в документ были внесены значительные изменения. В настоящее время ИНКОТЕРМС действует в редакции 2000 г.

С правовой точки зрения ИНКОТЕРМС (International Commercial Terms) представляют собой свод обычно-правовых норм, созданных многолетней коммерческой практикой и имеющих факультативный характер. Они юридически обязательны для продавца и покупателя лишь при наличии в договоре прямой ссылки на этот документ. Поэтому коммерсанты, которые желают использовать ИНКОТЕРМС-2000, должны указать, что они в договоре купли-продажи руководствуются «ИНКОТЕРМС-2000».

ИНКОТЕРМС-2000 полностью следует структуре ИНКОТЕРМС-1990, в которых базисные условия были для облегчения понимания сгруппированы в четыре категории, отличающиеся между собой по существу, начиная с термина, согласно которому продавец только предоставляет товар покупателю непосредственно в своих помещениях (EX WORKS). Далее идет вторая категория, согласно которой продавец обязан поставить товар перевозчику, назначенному покупателем (термины группы «F» – FCA, FAS и FOB). Согласно терминам группы «C» продавец обязуется заключить договор перевозки, но без при-

нения на себя рисков потери или повреждения товара или дополнительных затрат после отгрузки и отправки товара CFR, CIF, CPT и CIP). Четвертую группу составляют термины «D», согласно которым продавец должен нести все расходы и риски, необходимые для доставки товара в страну назначения (DAF, DES, DEQ, DDU и DDP). Таким образом, ИНКОТЕРМС-2000 содержит правила толкования тринадцати торговых терминов, которые могут быть избраны сторонами при заключении договоров международной купли-продажи.

При использовании сторонами договора базисного условия EX WORKS – ФРАНКО ЗАВОД (название места) на продавце лежат минимальные обязанности – предоставить товар в распоряжение покупателя на своем предприятии или в другом названном месте (например, на складе). С этого момента продавец считается исполнившим свою обязанность по поставке, и все риски по потере или повреждению товара переходят на покупателя. Продавец не отвечает за погрузку товара на предоставленные покупателем транспортные средства. Правда, он обязан по просьбе покупателя, за его счет и на его риск оказать последнему, если это потребуется, полное содействие в получении любой экспортной лицензии или другого официального документа, необходимого для экспорта товара.

Термин FCA (FREE CARRIER) – ФРАНКО ЗАВОД (... название места) означает, что продавец доставит прошедший таможенную очистку товар указанному покупателем перевозчику до названного места. С момента предоставления товара перевозчику в названном месте в установленную дату или в оговоренный срок, т.е. с момента поставки, на покупателя переходят все риски потери или повреждения товара. Конкретно поставка считается выполненной:

- 1) если названное место поставки находится в помещении продавца, когда товар погружен продавцом в транспортное средство перевозчика, указанного покупателем;
- 2) если названное место находится за пределами помещения продавца, когда несгруженный с транспортного средства продавца товар предоставлен в распоряжение перевозчика, указанного покупателем.

Продавец обязан нести все расходы, связанные с товаром, до момента его поставки и оплатить, если это потребуется, все пошлины, налоги и другие сборы, а также расходы на выполнение таможенных формальностей, подлежащих оплате при экспорте.

Термин FCA носит универсальный характер – он может быть использован при осуществлении перевозки любым видом транспорта, включая смешанные перевозки.

Согласно базисному условию поставки FAS (FREE ALONGSIDE SHIP) – СВОБОДНО ВДОЛЬ БОРТА СУДНА (... название порта отгрузки) – продавец считается выполнившим свои обязанности. Когда товар им доставлен в порт и размещен вдоль борта судна, указанного покупателем, на причале или на лихтерах в согласованном порту отгрузки. С этого момента все расходы и риски потери или повреждения товара должен нести покупатель.

Продавец обязан в соответствии с договором купли-продажи предоставить покупателю товар, коммерческий счет-фактуру или эквивалентное ему электронное сообщение, а также любые другие доказательства соответствия товара, которые могут потребоваться по условиям договора. На продавца возлагаются обязанности по таможенной очистке товара для экспорта и получения экспортной лицензии. Следует подчеркнуть, что это существенно отличает ИНКОТЕРМС-2000 от предыдущих изданий ИНКОТЕРМС, в которых обязанности по таможенной очистке товара и получению экспортной лицензии возлагались на покупателя. Таким образом, современная редакция ИНКОТЕРМС, расширяя обязанности продавца по договору на условиях FAS, увеличивает и изменяет структуру покупной цены, в которую теперь включаются все расходы продавца, связанные с выполнением таможенных формальностей, уплатой пошлин налогов и сборов, а также получением экспортной лицензии.

Термин FAS может применяться только при перевозке товара морским или внутренним водным транспортом.

Термин FOB (FREE ON BOARD) – ФРАНКО БОРТ (...название порта отгрузки) означает, что продавец считается

выполнившим свою обязанность по поставке с момента перехода товара через поручни судна в названном порту отгрузки. С этого момента все расходы и риски потери или повреждения товара должен нести покупатель. Как и FAS, термин FOB может применяться только при перевозке товара морским или внутренним водным транспортом. Если стороны не собираются поставить товар через поручни судна, следует применять термин FCA.

Обязанности продавца такие же, что и при базисном условии FAS, но с добавлением обязанности погрузить товар на борт судна, указанного покупателем, в согласованную дату или в пределах оговоренного срока в названном порту отгрузки в соответствии с обычаями порта. Кроме того, продавец обязан предоставить покупателю за свой счет, вместе со счетом-фактурой, в качестве доказательства поставки товара обычные транспортные документы.

Покупатель обязан:

- за свой счет зафрахтовать судно или обеспечить на определенном судне место для перевозки товара, заключив соответствующий договор с перевозчиком;
- известить продавца о времени прибытия судна, указав его название, дату отплытия и место погрузки;
- произвести платеж цены против представления необходимых документов (коммерческого счета-фактуры, документа о погрузке товара и др.).

Договоры купли-продажи совершаемые на условиях группы «С», называются договорами с отправкой товара, поскольку на продавца возлагается обязанность заключить договор его перевозки до согласованного места.

Термин CFR (COST AND FREIGHT) – СТОИМОСТЬ И ФРАКТ (...название порта назначения) также сложился в области морской торговли. В дополнение к обязанностям продавца по условию FOB термин CFR возлагает на продавца обязанность заключить за свой счет на обычных условиях договор перевозки товара до названного порта по обычному судоходному маршруту. Продавец обязан оплатить расходы и фрахт, необходимые для доставки товара в указанный порт. Но он не отвечает за прибытие судна в этот порт и сохранность товара.

Продавец считается исполнившим свою обязанность по поставке в момент перехода товара через поручни судна в порту отгрузки. С этого момента все расходы, возникшие после отгрузки товара, а также риск его утраты или повреждения переходят на покупателя.

После погрузки товара продавец обязан незамедлительно предоставить покупателю за свой счет обычный транспортный документ, выписанный до согласованного порта назначения (оборотный коносамент, необоротная морская накладная или документ о перевозке во внутреннем водном сообщении). Такой документ должен распространять свое действие на проданный товар, быть датированным в пределах срока, согласованного для отгрузки товара, давать покупателю возможность получить товар от перевозчика в порту назначения и давать ему возможность продать товар третьему лицу.

Одним из наиболее применяемых базисных условий в международном торговом обороте является условие CIF (COST, INSURANCE AND FREIGHT) – СТОИМОСТЬ, СТРАХОВАНИЕ И ФРАКТ (... название порта назначения).

CIF означает, что продавец несет те же обязанности, что и по условию CFR. Однако в дополнение к ним продавец должен обеспечить морское страхование от риска потери и повреждения товара во время перевозки. Следовательно, продавец обязан заключить договор страхования и оплатить страховые взносы (уплатить страховщику страховую премию). Покупатель должен принимать во внимание, что согласно условиям CIF от продавца требуется обеспечение страхования лишь с минимальным покрытием.

Договор на условиях CIF позволяет покупателю точно рассчитать общую цену товара в момент заключения соглашения, в силу которого купля-продажа товара тесно переплетается с другими договорами – перевозки и страхования.

Продавец считается выполнившим поставку, когда товар перешел через поручни судна в порту отгрузки. С этого момента все риски потери или повреждения товара обязан нести покупатель.

Термин CIF может применяться только при перевозке товара морским или внутренним транспортом. При этом, если

стороны не собираются поставить товар через поручни судна, следует применить термин СІР.

При выполнении своей обязанности по страхованию продавец обязан обеспечить за свой счет страхование на таких условиях, которые позволили бы покупателю или другому лицу, обладающему страховым интересом, обратиться непосредственно к страховщику, а также предоставить покупателю страховой полис или иное доказательство заключения договора страхования.

Страхование должно быть произведено у страховщиков, пользующихся хорошей репутацией, в соответствии с минимальным покрытием на условиях Института по разработке грузовых терминов (Объединение лондонских страховщиков).

Страхование должно покрывать как минимум предусмотренную в договоре купли-продажи цену плюс 10% (т.е. 110%) и должно быть произведено в валюте договора купли-продажи.

В обязанности покупателя входит: принять поставку товара и получить его от перевозчика в названном порту назначения; нести расходы по выгрузке товара, если они включены во фрахт или не возлагаются на продавца по торговому обычаю; уплатить предусмотренную договором купли-продажи цену товара против коносамента, счета-фактуры, страхового полиса и других необходимых документов; оплатить часть фрахта, не оплаченного продавцом в порту отгрузки; оплатить пошлины, налоги и другие сборы, а также расходы на выполнение таможенных формальностей при импорте товара.

Термин СРТ (CARRIAGE PAID TO) – ФРАКТ / ПЕРЕВОЗКА ОПЛАЧЕНЫ ДО (...название места назначения) означает, что продавец доставит товар названному им перевозчику и оплатит за перевозку товара до указанного места назначения.

Продавец считается исполнившим свою обязанность по поставке с момента предоставления товара перевозчику, с которым заключен договор перевозки, а при наличии нескольких последовательных перевозчиков – первому из них для транспортировки в названное место в установленную дату или в пределах согласованного срока. С этого момента покупатель обязан нести все риски потери или повреждения товара.

Продавец обязан заключить за свой счет на обычных условиях договор перевозки товара до согласованного пункта, в месте назначения, по обычно принятому маршруту и обычно принятым способом.

В целом обязанности сторон по базисному условию СРТ такие же, как и по термину CFR, за исключением того, что риск потери или повреждения товара переходит на покупателя с момента передачи его в распоряжение первого перевозчика.

Термин СРТ носит универсальный характер и может применяться при перевозке товара любым видом транспорта, включая смешанные перевозки.

По условию CIP (CARRIAGE AND INSURANCE PAID TO) – ФРАКТ / ПЕРЕВОЗКА И СТРАХОВАНИЕ ОПЛАЧЕНЫ ДО (... название места назначения) продавец несет те же обязанности, что и согласно условиям СРТ, но с тем дополнением, что он обязан обеспечить транспортное страхование от рисков потери или повреждения товара во время перевозки. Следовательно, продавец должен заключить договор страхования (на тех же условиях и с соблюдением тех же правил, что и по условию CIF) и уплатить страховые взносы.

Данный термин может применяться при перевозке товара любым видом транспорта, включая и смешанные перевозки.

Пять терминов группы «D» представляет собой базисные условия договоров купли-продажи, предусматривающих доставку товара продавцом в распоряжение покупателя в указанном месте назначения. Во всех с базисами этой группы явным или предполагаемым условием является благополучное прибытие товара в место назначения. Термины этой группы отличаются от сделок с отправкой прежде всего тем, что риск случайной потери и повреждения товара в течение перевозки несет продавец. Если проданный товар погибнет в пути, продавец лишается права требовать от покупателя уплаты покупной цены. В то же время и покупатель не может требовать от продавца поставки другой партии товара взамен погибшего.

К категории договоров с доставкой относится прежде всего договор на условиях DAF (DELIVERED AT FRONTIER) – ПОСТАВКА ДО ГРАНИЦЫ (... название места поставки). Термин DAF означает, что продавец считается выполнившим

свою обязанность по поставке, когда он предоставляет неразгруженный товар, прошедший таможенную очистку для экспорта, в распоряжение покупателя в названном пункте или месте на границе, однако до поступления товара на таможенную границу сопредельной страны. Под термином «граница» понимается любая граница, включая границу страны экспорта.

Данный термин предназначен для применения главным образом при перевозке товара по железной дороге или автомобильным транспортом, но он может быть использован и при перевозке товара любым видом транспорта, когда товар поставляется до сухопутной границы.

Покупатель несет все риски потери или повреждения товара с момента его поставки – предоставления неотгруженного товара в его распоряжение на прибывшем транспортном средстве в указанном месте на границе в согласованную дату или срок. Покупатель обязан за свой счет и на свой риск получить импортную лицензию, а также выполнить таможенные формальности, необходимые для импорта товара и для его последующей перевозки.

Термин DES (DELIVERED EX SHIP) – ПОСТАВКА С СУДНА (...название порта назначения) означает, что продавец выполняет поставку, когда предоставляет не прошедший таможенную очистку для импорта товар в распоряжение покупателя на борту судна в названном порту назначения. С этого момента покупатель обязан нести все риски потери и повреждения товара.

Покупатель, в дополнение к своим основным обязанностям, должен за свой счет и на свой риск получить импортную лицензию, а также выполнить все таможенные формальности, требуемые для импорта товара.

Термин DES может применяться только при перевозке морским или внутренним водным транспортом либо в смешанных перевозках, когда товар прибывает в порт назначения на судне.

DEQ (DELIVERED EX QUAY) – ПОСТАВКА С ПРИСТАНИ (... название порта назначения). Термин «поставка с пристани» означает, что продавец считается выполнившим свои обязанности по поставке с момента предоставления товара, не

прошедшего таможенную очистку для импорта, в распоряжение покупателя на пристани в названном порту назначения. Продавец обязан нести все расходы и риски, связанные с транспортировкой и выгрузкой товара на пристань. Иными словами, обязанности продавца по сравнению с термином DES расширяются – он должен выгрузить товар на пристань в стране импорта и там предложить его покупателю. С этого момента покупатель будет нести все риски потери и повреждения товара.

С другой стороны, ИНКОТЕРМС-2000 внесли существенное изменение в распределение обязанностей между сторонами. По сравнению с изданием 1990 г. ИНКОТЕРМС-2000 освобождают продавца от двух обязанностей – получить импортную лицензию и пройти таможенную очистку товара при импорте. Согласно термину DEQ в редакции 2000 г. покупатель обязан за свой счет и на свой риск получить импортную лицензию, а также выполнить все таможенные формальности, требуемые для импорта товара. Термин DEQ возлагает на покупателя и уплату налогов, пошлин и других сборов при импорте товара.

Данный термин может применяться только при перевозке морским или внутренним водным транспортом либо в смешанных перевозках, когда товар выгружается с судна на пристань в порту назначения.

Термин DDU (DELIVERED DUTY UNPAID) – ПОСТАВКА БЕЗ ОПЛАТЫ ПОШЛИНЫ (... название места назначения) означает, что продавец предоставит не прошедший таможенную очистку и неразгруженный с прибывшего транспортного средства товар в распоряжение покупателя в названном месте назначения. Продавец обязан нести все расходы и риски, связанные с транспортировкой товара до этого места, за исключением сборов, собираемых для импорта в стране назначения. Под символом «сборы» подразумевается ответственность и риски за проведение таможенной очистки, а также за оплату таможенных формальностей, пошлин, налогов и других сборов.

Ответственность за такие сборы должен нести покупатель, который обязан получить импортную лицензию.

Продавец обязан предоставить товар в распоряжение покупателя или другого лица, указанного покупателем, в неотчу-

жденном виде на любом прибывшем транспортном средстве в названном месте назначения в согласованную дату или в пределах согласованного дня поставки срока. С этого момента на покупателя переходят все риски потери или повреждения товара.

Термин DDU может применяться независимо от вида транспорта, но когда поставка осуществляется на борту судна или на пристани в порту назначения, то следует применять термины DES или DEQ.

Базисное условие DDP (DELIVERED DUTY PAID) – ПОСТАВКА С ОПЛАТОЙ ПОШЛИНЫ (...название места назначения) возлагает на продавца максимальные обязанности – сдать товар в указанном месте (включая место нахождения предприятия покупателя) и нести все расходы, включая и расходы на получение импортной лицензии. Продавец считается исполнившим свои обязанности с момента предоставления прошедшего таможенную очистку (но не разгруженного с прибывшего транспортного средства) товара в распоряжение покупателя в названном месте назначения. С этого момента все риски потери или повреждения товара несет покупатель. Таким образом, единственное, что не входит в обязанности продавца и не отражается на структуре договорной цены, это – нести расходы по разгрузке товара в месте назначения.

Термин DDP может применяться независимо от вида транспорта, но, как и при использовании термина DDU, если поставка производится на борту судна или на пристани в порту назначения, следует применять термины DES или DEQ.

Раздел 7

ЗАЩИТА ПРАВ ПОТРЕБИТЕЛЕЙ В ЕВРОПЕЙСКОМ СОЮЗЕ

§ 1. Факторы, вызывающие необходимость единого регулирования договорных отношений с участием потребителей

Развитие массового конвейерного производства привело к тому, что товаров стало производиться намного больше, чем население может их потребить. В этих условиях то в одной, то в другой отрасли любой из стран, достигших определенного уровня развития, проблема сбыта становится центральной. В результате за потребителем начинают буквально охотиться, убеждая с помощью рекламы купить товар какой-то определенной фирмы, поскольку выживание предприятий и их процветание ставятся в прямую зависимость от желания и способности потребителей покупать продукцию. Вместе с тем, процесс потребления сопровождается все более и более возрастающей ролью маркетинга и системы кредитования населения, поскольку потребителя систематически убеждают в необходимости покупки того или иного товара, однако денег на одномоментную оплату желаемого у потребителя нет¹.

На сегодняшний день в окружающем нас мире сложилась парадигма потребительского общества или общества потребителей, факт существования которого ни у кого уже не вызывает

¹ См.: *Szafir Dora S. Derechos del consumidor y MERCOSUR // La justicia uruguaya. – 1995. – Vol. 111. – P. 399-406.*

сомнений, поэтому, говоря о потребителях, можно рассматривать их только в рамках данного общества.

Потребление – это процесс, включающий в себя целый ряд частных процессов: выбор товара или услуги, покупка, использование, поддержание вещи в порядке, ремонт и распоряжение. Он (процесс) осуществляется лицами, действующими на рынке и рассматриваемыми в качестве потребителей, и обусловлен потребностью данных лиц, во-первых, удовлетворять базисные человеческие потребности посредством разового или длительного использования (уничтожения) товаров; во-вторых, производить символы – сообщать окружающим определенную информацию о себе (например, я человек, который ездит на такой-то машине, носит такую-то одежду).¹ Потребление в таком его понимании является и будет являться неотъемлемой частью человеческой деятельности.

По смыслу данного определения потребитель это не только и не столько покупатель, однако, мы, говоря о защите прав потребителей, будем иметь в виду лиц (граждан и юридических лиц), как конечных потребителей – людей, решающих проблему покупки товаров и услуг для удовлетворения своих потребностей. Приобретение машин, оборудования для производства или торговли, равно как и деятельность тех покупателей, которые являются в то же время и производителями, и посредниками, приобретающими товар для его дальнейшей переработки или перепродажи, будет выходить за рамки понятия потребителей. Именно таким образом определяет понятие «потребитель» законодатель стран – участниц Европейского Союза (далее – ЕС). Так, например, согласно положениям испанского Общего закона № 26/1984 о защите потребителей и пользователей от 19 июля 1984 г. (с изм. и доп.²) потребителями (пользователями) для целей закона признаются физические или юридические лица, приобретающие, использующие, извлекающие выгоду как конечные дестинаторы движимых и недвижимых товаров, продуктов, услуг, видов деятельности или функций независимо от природы последних – публично- или частноправовой; индиви-

¹ См.: *Ильин В.И.* Поведение потребителей. – СПб.: Питер, 2000. – С. 10.

² Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. // <http://www.boe.es/g/es/>

дуальных или коллективных действий, осуществляющих или предоставляющих их (п. 2 ст. 1 Закона 1984 г.). *Не являются потребителями (пользователями)* лица, которые, не будучи конечными дестинаторами, осуществляют хранение, приобретают, используют, потребляют товары или услуги с целью интеграции их в процесс производства, переработки, коммерциализации или предоставления третьим лицам (п. 3 ст. 1 Закона 1984 г.).

Именно потому, что феноменом нашего времени является потребительское общество, в котором в неравной борьбе сталкиваются потребитель, *a priori* являющийся слабой стороной в отношениях потребления, и производитель, обладающий целым рядом преимуществ и имеющий тенденцию злоупотреблять ими, потребителям необходима всемерная защита от многочисленных опасностей, подстерегающих их на рынке. Поэтому продолжающее развиваться в настоящее время «*право потребителей*» основано на необходимости установления равновесия в отношениях между поставщиком и потребителем¹.

В качестве субъектов права, предоставляющего им прямую и систематическую защиту, потребители стали рассматриваться сравнительно недавно – развитые страны стали разрабатывать положения, предоставляющие потребителям защиту несколько десятилетий назад, хотя торговля, как таковая, защищалась на протяжении всего того времени, в течение которого существует человеческая цивилизация.

Ранее защита данной категории лиц проводилась косвенными методами, например, путем регулирования конкуренции, наложения запретов на несправедливую практику предприятий². Мнения относительно точного момента появления данных норм расходятся, но, как бы то ни было, сегодня государст-

¹ См.: *Beatriz Ramos C.* El derecho del consumidor en el marco de la legislación nacional y la integración regional // *La justicia uruguaya.* – 2000. – Vol. 122. – P. 43-46.

² В этом смысле см., например, испанский Закон № 16/1989 о защите конкуренции от 17 июля 1989 г. (с изм. и доп. – Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal), Закон № 3/1991 о недобросовестной конкуренции от 10 января 1991 г. (Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal). // <http://www.boe.es/g/es/>

венная политика многих стран выражается в регулировании указанных отношений на законодательном уровне¹.

В условиях единого рынка, который образуют страны – участницы ЕС, единообразное регулирование отношений с участием потребителей является условием *sine qua non* для право-творческой деятельности в ЕС. Усилия, предпринимаемые в этом направлении, давно привлекают внимание исследователей как из стран ЕС, так и из стран, в него не входящих², поскольку европейские юристы и по сей день разделены различными методами юридической техники, правилами, языками, что особенно заметно, если говорить о странах европейского континента и Британских островах. Однако и среди континентальных стран единства нет, что получило еще одно подтверждение в связи с вопросом, поднятым в 2002 г. в деле *Simone Leitner v. TUI Deutschland GmbH & Co KG*³, затрагивающем различия в законодательстве стран – участниц ЕС относительно возможности получения возмещения ущерба за нематериальный вред, т.е. за разочарование как результат неспособности одной из сторон выполнить свои обязательства.

Суть его сводится к тому, что семья истца, купила комплексный тур, включающий проведение двухнедельного отдыха в Турции с проживанием в гостинице на полном пансионе. По прошествии недели трехлетняя дочь истца заболела сальмонеллезом, что выразилось общим недомоганием, высокой температурой и т.д. То же самое произошло и с некоторыми другими отдыхающими, проживавшими в данной гостинице. Все оставшееся время отдыха родители были озабочены только ее здоровьем и пытались ее вылечить, в результате чего не получили ожидаемого удовольствия от отдыха. Вернувшись домой,

¹ См.: *Pavan Luiz C. La proteccion del consumidor en el MERCOSUR. Análisis comparativo de los sistemas de Argentina, Brasil y Chile // Serie II. Estado y Sociedad. Documento N° 31. Buenos Aires 1997 //www.sgp.gov.ar/contenidos/inap/publicaciones/docs/estado/protecc.pdf*

² См., например: *Owen David G. Products Liability Principles of Justice // Anglo-American Law Review. – 1991. – Vol 20. – No. 3. – P. 238-256; Bernstein Anita. A Duty to Warn: One American View of the EC Products Liability Directive // Anglo-American Law Review. – 1991. – Vol. 20. – No. 3. – P. 224.*

³ Дело C-168/00 *Leitner v. TUI Deutschland GmbH & Co. KG*, [2002] ECR I-2631. // <http://europa.eu.int-servlet>.

они подали иск против TUI Deutschland GmbH, требуя возмещения ущерба в размере 25 000 у.е.

В суде первой инстанции иск был удовлетворен частично – 13 000 за физические страдания подлежали возмещению, а остальная часть суммы нет, так как данная компания действовала как юридическое лицо австрийского права, а в Австрии моральный ущерб компенсации не подлежит. Поскольку истец в подтверждение своих требований ссылаясь на статью 5 Директивы 90/314/ЕЕС от 13 июня 1990 г. о комплексных путешествиях, каникулах и турах (далее – Директива о комплексных турах)¹, которая предусматривает возмещение ущерба вообще, дело получило широкий резонанс. К обсуждению данного вопроса были привлечены правительства стран – участниц ЕС, мнения которых по вопросу следует ли возмещать в подобном случае моральный ущерб, разделились. Одни считали, что Директивы предусматривают лишь минимум, от которого возможны отступления в национальном законодательстве, т.е. если в Директиве прямо не сказано, что возмещается моральный ущерб, такого возмещения не будет. Другие считали, что поскольку в Директиве сказано о том, что возмещается ущерб без уточнения его вида, таким образом ее и следует понимать. Шестая судебная коллегия вынесла решение о возмещении и морального вреда, поскольку статья Директивы предусматривает возмещение любого вреда и, следовательно, причиненного разочарованием тоже, а все Директивы вообще направлены на сглаживание и приведение к единообразию судебной практики государств – членов ЕС.

Единообразное регулирование отношений с участием потребителей в ЕС достигается посредством фактического развития договорного права Европейского Союза по двум направлениям – гармонизации и унификации².

¹ OJ L 158, 23/6/1990.

² См., например: *Hartkamp A.S. Perspectives for the Development of a European Civil Law. An article for the symposium «The Process of Approximation of Domestic law to the Law of the European Union – an Opportunity and a Challenge for the States of Central and Eastern Europe»*. //http://frontpage.cbs.dk/law/commission_on_europe-an_contract_law/literature/hartkamp/perspectives_trento.htm; *Базедов Ю.* Возрождение унификации права: ев-

Гармонизация заключается в изменении национального права государств – членов ЕС на основании положений *директив* с целью создания единого правового режима на внутреннем рынке ЕС. В соответствии с движением в этом направлении, начавшимся в рамках устранения нетарифных ограничений торговли в 1980-х гг.¹, договорное право постепенно приобретает свойства внутреннего права ЕС.

Директивы охватывают определенные виды деятельности и торговли, регулируя отношения неких групп, обладающих статусом, отличным от других, однако большинство директив, затрагивающих договорное право, регулирует отношения с потребителями и устанавливает общие принципы таких отношений. Это связано с тем, что на внутреннем рынке ЕС по сравнению с остальными статус потребителей является преобладающим. Так, некоторые европейские ученые отмечают, что статус потребителей является преобладающим по сравнению с остальными статусами и требует регулирования, сходного с тем, под которое несколько веков назад подпадали торговцы. Немецкие промышленники, отметили в этой связи, что большинство директив ЕС, затрагивающих гражданское и договорное право, защищают потребителей². Императивная природа их положений заключается в том, что потребитель не может игнорировать права, возникающие у него как у субъекта, на защиту которого направлено действие большинства директив, принятых в ЕС в сфере частного права. Директивы ограничивают свободу действий предпринимателей с целью предоставления минимума гарантий потребителям как слабой стороне, что служит ограничением принципа свободы договора. Страны-участницы могут придерживаться даже более строгих правил, чем те, которые закреплены в директивах. Вместе с тем, согласно положениям Римской конвенции 1980 г. о праве, применимом к договорным

ропейское договорное право и его элементы // Государство и право. – 2000. – № 2. – С. 65-76.

¹ Подробнее об этом см.: На пути к европейскому единству: события и даты. – М.: Право, 1994.

² Positionpaper of Bundesverband der Deutschen Industrie On the Communication from the Commission on European Contract Law (COM (2001) 398, July 2001), Translation. // <http://europa.eu.int/comm>.

обязательствам¹, выбор права не может лишать потребителя той защиты, которую ему предоставляют императивные нормы страны его проживания. Логичными в этом формате выглядят и положения Регламента Европейского парламента и Совета 593/2008 от 17 июня 2008 г. о праве применимом к договорным обязательствам (Рим I)², согласно которым потребители ЕС вправе выбирать применимое к их договору право таким образом, что охрана, предоставляемая выбранным ими законом, не лишает их защиты, предоставляемой национальными законами страны, по отношению к которой существующий договор позволяет говорить о наличии иных привязок к ее праву, в том числе надлежащим образом имплементированного в право стран-участниц, относящихся к договору, коммунитарного права (ст. 3 Регламента).

Унификация находит выражение в «Принципах европейского договорного права»³, распространяющихся на договоры, заключаемые как между коммерсантами, так и между коммерсантами и потребителями – статья 1-101(1). В этом контексте европейские правоведы задаются вопросом, насколько нормы о защите прав потребителей, зафиксированные в Директивах, совместимы с положениями Принципов. Каким образом, например, Директива 84/450/ЕС от 10 сентября 1984 г. о координации законодательства государств-членов о рекламе, вводящей в заблуждение⁴, может быть интегрирована в статье 6-101 (Заявление, приводящее к появлению договорного обязательства).

¹ Convention on the law applicable to contractual obligations of 19 June 1980 (Rome) // OJ L 266, 9/10/1980; consolidated version // OJ C 27, 26/1/1998.

² Regulation (EC) № 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I) // OJ L 177/6.

³ The Principles of European Contract Law (PECL) // http://frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law/Skabelon/pecl_engelsk.htm – оф. с. Комиссии по европейскому договорному праву.

⁴ Council Directive 84/450/EEC of 10 September 1984 relating to the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning misleading advertising // OJ L250, 19/09/1984.

Директивы действуют только через национальное право и не имеют прямого горизонтального эффекта, именно поэтому договорное право ЕС, по мнению Н. Рейха, развивается по необходимости, фрагментарно. Объяснение этому только одно – договорное право отражается в директивах и существует не как свод законов *per se*, а направлено на достижение целей, записанных в Договоре о ЕС¹, в том числе, единого правового регулирования торговли на внутреннем рынке, где одной стороной являются потребители, а другой – производители или поставщики товаров и услуг.

К числу основных прав потребителей относятся: защита от рисков, которые могут угрожать их здоровью или безопасности; защита законных экономических и социальных интересов, в особенности от включения в соглашения с потребителями недобросовестных условий; возмещение причиненного ущерба и вреда; предоставление корректной информации о товарах и услугах и др.

Обобщение практики разработки и принятия директив, специально посвященных охране прав потребителей, позволяет сформулировать некоторые, на которых ЕС проводит гармонизацию в этой сфере.

§ 2. Право потребителей на информационную защиту

Принцип предоставления потребителю ясной и понятной **информации и ее изменений в письменном виде** закрепляет большинство директив. Этим принципом директивы, по сути, определяют содержание соответствующих договоров, устанавливая требования по времени предоставления и к содержанию информации в зависимости от вида регулируемой деятельности. В результате предоставленная информация часто становится составной частью договора и связывает того, кто предоставляет услуги.

¹ Совершен в Маастрихте 7 февраля 1992 г. Единый Европейский акт. Договор о Европейском Союзе / Отв. ред. Ю. А. Борко. – М.: Международная издательская группа Право, 1994.

Этот принцип, безусловно, воспринят из национального законодательства стран – участниц ЕС. Так, например, в Испании обязанность информирования потребителей контрагентом устанавливается положениями главы IV вышеупомянутого Закона о защите потребителей 1984 г.

Согласно п. 1 статьи 13 этого Закона потребителям должна предоставляться точная и объективная, правдоподобная, применимая в использовании и достаточная информация о приобретаемом товаре, продукте или услуге, включающая в себя, по крайней мере, следующие сведения: а) происхождение, природу, состав и цель, для которой они предназначены; б) качество, количество, категории или общеупотребительное или торговое наименование (если они есть); в) общая или рекомендуемая цена; юридические и экономические условия приобретения или использования, при условии четкого указания в понятной манере цены товара или услуги, наценок и скидок с цены и дополнительных издержек разного рода; д) дата изготовления или предоставления, рекомендованный срок использования или потребления или срок годности; е) инструкции и указания для наиболее правильного использования (потребления), предупреждения и возможные риски от использования и др.

Каким образом специфика оказываемых услуг отражена в требованиях к срокам и содержанию предоставляемой информации на уровне ЕС видно из следующих примеров.

До заключения договора должна быть предоставлена информация об основных характеристиках товара или услуги, цены и дополнительных издержек, подготовительных операций для осуществления платежа, прав и обязанностей потребителя, процедур по прекращению договора и возмещению. Примерами могут служить Директива о таймшере¹ (ст.3.1) и Директива о комплексных турах² (ст.3 и 4.1а). Согласно Директиве о дис-

¹ Directive 94/47/EC of the European Parliament and the Council of 26 October 1994 on the protection of purchasers in respect of certain aspects of contracts relating to the purchase of the right to use immovable properties on a timeshare basis // OJ L 280, 29/10/1994.

² Council Directive 90/314/EEC of 13 June 1990 on package travel, package holidays and package tours // OJ L 158, 23/6/1990.

танционных договорах¹ информация может быть предоставлена в приемлемый срок в процессе исполнения или, в крайнем случае, в момент передачи товара, а в Директиве о потребительском кредите² – только в момент заключения соглашения. В случае электронной торговли на внутреннем рынке³ должна быть предоставлена информация относительно действий, которые необходимо предпринять для заключения договора, и относительно существующего кодекса поведения (ст. 10.1 и 2). Согласно статьям 10, 11, 12, 14 Директивы о защите персональных данных⁴, при сборе данных должна предоставляться информация относительно цели их последующей обработки и прав лиц, о которых собирают информацию, на доступ к ней и ее коррекцию.

Во время заключения договора Директива о страховании судебных издержек⁵ обязывает страховщика информировать держателя полиса о его праве требовать проведения судебного разбирательства и признания за ним права свободного выбора адвоката. Директива о комплексных турах в статье 4.2 содержит положение о том, что некоторые элементы, перечисленные в Приложении, должны становиться частью договора.

После заключения договора согласно Директиве о страховании жизни⁶ в определенном случае страховщик должен

¹ Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council of 20 May 1997 on the protection of consumers in respect of distance contracts // OJ L 144, 4/6/1997.

² Council Directive 87/102/EEC of 22 December 1986 for the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning consumer credit // OJ L 42, 12/2/1987.

³ Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market ('Directive on electronic commerce') // OJ L 178, 17/07/2000.

⁴ Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data // OJ L 281, 23/11/1995.

⁵ Council Directive 87/344/EEC of 22 June 1987 on the coordination of laws, regulations and administrative provisions relating to legal expenses insurance // OJ L 185, 04/07/1987.

⁶ Council Directive 92/96/EEC of 10 November 1992 on the coordination of laws, regulations and administrative provisions relating to direct life assurance

предоставлять страхователю свежую информацию относительно изменений, происходящих со страховой компанией и условиями полиса; страховым пособием и бонусами (ст. 31.2 и Приложение II). Также, согласно Директиве о потребительском кредите, потребитель должен быть проинформирован об изменении годовой процентной ставки и соответствующих издержек (ст. 6.2). Согласно статье 12 Директивы о независимых торговых агентах¹, торговому агенту должно быть предоставлено подтверждение причитающихся ему комиссионных, включая компоненты, необходимые для калькуляции. Согласно Директиве о комплексных турах потребителю должна быть предоставлена дополнительная информация о путешествии (ст. 4.1b).

Что касается *языка*, на котором должна предоставляться информация, то на уровне ЕС закрепляется подход, согласно которому соответствующие нормативные предписания нацелены на *надлежащее информирование потребителей* о свойствах и качествах товаров и услуг, обращающихся на рынке, посредством маркировки, инструкций по применению и использованию и др. с учетом содействия принципу предоставления такой информации на различных языках Сообщества (multilingual information) и гарантирования свободы языка (freedom in language) в странах-участницах². Особенно остро проблема информирования потребителей в этом ракурсе встала в ЕС с вступлением в Сообщество в мае 2004 г. 10 новых стран-участниц³.

and amending Directives 79/267/EEC and 90/619/EEC (third life assurance Directive) // OJ L 360, 09/12/1992.

¹ Council Directive 86/653/EEC of 18 December 1986 on the coordination of the laws of the Member States relating to self-employed commercial agents // OJ L 382/17. 21/12/1986.

² См., например: Communication from the Commission to the Council and the European Parliament, of 10 November 1993, concerning language use in the information of consumers in the Community [COM(93) 456 final – Not published in the Official Journal]. // <http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/>

Подробнее см.: Language use in consumer information. // http://europa.eu/legislation_summaries/consumers/consumer_information/132036_en.htm

³ См.: Communication from the Commission to the European Parliament and the Council -Annual Policy Strategy for 2005 [COM(2004) 0133 final – Not published in the Official Journal]. // <http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/>

§ 3. Защита прав потребителей в сфере предоставления услуг

В случае предоставления услуг (ст. 9 Директивы о дистанционных договорах) или информации (ст. 7 Директивы о защите персональных данных и ст. 12.1 Директивы об обработке персональных данных и защите частной жизни в сфере телекоммуникации) с помощью дистанционных средств связи в директивах сформулирован **принцип явно выраженного согласия**. Так, в соответствии со статьей 9 Директивы о дистанционных договорах и статьей 9 Директивы о дистанционных договорах в сфере финансовых услуг¹ поставка товаров и оказание услуг без заказа со стороны потребителя запрещены, при этом отсутствие ответа на предложение со стороны потребителя не означает его согласия. Согласно статье 7.1 этой Директивы поставщик должен исполнить требование потребителя в течение максимум 30 дней, начиная со дня, следующего за тем, в который потребитель направил его. В Директиве же о дистанционных договорах в сфере финансовых услуг требуется ясно выраженное согласие потребителя относительно исполнения договора до окончания периода, даваемого на извещение его о его праве на прекращение договора (ст. 5).

Согласно Директиве о защите персональных данных к согласию лица, данные о котором обрабатываются, предъявляются особые требования и перечислены условия, при которых такая обработка может осуществляться (ст. 7), тогда как Директива об обработке персональных данных и защите частной жизни в сфере телекоммуникации (ст. 12.1) и Директива о дистанционных договорах позволяют использовать автоматизированные системы соединения с абонентами или факсы для целей прямого маркетинга только при наличии предшествующего подобному использованию согласия (ст. 10). Приведенное положение распространяется также на другие дистанционные средства связи, которые позволяют осуществлять связь с частными лицами,

¹ Directive 2002/65/EC of the European Parliament and of the Council of 23 September 2002 concerning the distance marketing of consumer financial services and amending Council Directives 90/619/EEC, 97/7/EC and 98/27/EC. // JO L 271 of 09.10.2002.

только в случае, если потребители прямо не возражают против этого.

§ 4. Защита интересов потребителей от несправедливых условий заключаемых ими договоров

Принцип справедливости в виде антонима – *несправедливости (unfairness)* – нашел отражение в Директиве о несправедливых условиях договора¹. Действие директивы распространяется на потребителей – обычных людей, которые заключают договоры и приобретают товары или услуги не в целях торговли, промысла или профессии, а для собственных нужд или нужд своих семей – статья 2(b).

Одновременно под действие Директивы не подпадают договоры, заключаемые между: частными лицами, коммерческими предприятиями, благотворительными и другими некоммерческими предприятиями, равно как и договоры, заключаемые между большими и могущественными предприятиями и предприятиями малого и среднего бизнеса, ремесленниками, фермерами и рыбаками (слабая сторона в договоре), хотя бы их навыки в торговле и положение по отношению к предприятию не сильно отличались от означенных качеств потребителей.

Основным критерием несправедливости договора установлена *индивидуальная неопределенность его условий* – статья 3(1). Если условие было разработано заранее и потребитель в силу этого, не мог повлиять на его содержание, особенно в контексте заранее сформулированного стандартного договора, такое условие всегда должно рассматриваться в качестве индивидуально неопределенного – статья 3(2).

Дело в том, что в настоящее время массовое производство стандартизованных товаров и услуг повлекло за собой появление *стандартных договоров*, по большей части – *договоров присоединения*, в основе которых лежат стандартные условия. Испанский законодатель, например, называет их *общими усло-*

¹ Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts // OJ L 95, 21/4/1993.

виями договора (*condiciones generales* – ст. 1, 2 Закона 7/1998 от 13 апреля об общих условиях договоров¹, ст. 3 Закона 50/1980 от 8 октября 1980 г. о договоре страхования², относимом к числу договоров присоединения), – условия, предварительно разработанные профессиональным участником рынка в ходе осуществления профессиональной предпринимательской деятельности – страховщиком, к которым присоединяется любое физическое или юридическое лицо, в том числе профессиональный предприниматель.

Стандартные условия договора делают ненужными индивидуальные переговоры, снижают издержки и часто являются более удобными, нежели закрепленные в законодательстве подразумеваемые условия. С другой стороны, в стандартных договорах одна сторона (обычно продавец товаров или услуг, далее – сторона, определяющая условия договора) предлагает другой стороне (присоединяющейся) свои условия и предоставляет ей таким образом нести наибольшее из возможных в будущем количество рисков, связанных с исполнением сделки.

Так, например, сторона, определяющая условия договора, не связана обещаниями или заявлениями, сделанными ею или ее агентом в процессе переговоров, за исключением случаев, когда эти заявления были сделаны в письменной форме и подписаны данной стороной. Кроме того, в период с момента заключения договора до момента поставки она может поднять цену на предмет договора. Присоединившаяся сторона остается связанной договором, тогда как сторона, определяющая условия договора, может отсрочить его исполнение, изменить его условия или отказаться от него. В договорах нередко закрепляются условия, исключающие ответственность стороны, определяющей условия договора, за неисполнение договора; исключают или ограничивают право присоединившейся стороны прекратить договор, а также положения, которые, в случае неисполнения договора присоединившейся стороной, налагают на нее строгие штрафы.

¹ Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación. (BOE núm. 89, de 14-04-1998). // <http://www.boe.es/g/es/>

² Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro. (BOE nº 250, 17-Oct-1980). // <http://www.boe.es/g/es/>

Поэтому совершенно очевидно, что потребитель является типичным представителем слабой стороны – часто он не в состоянии понять изложенных в письменной форме стандартных условий. По этой причине или в силу легкомыслия (невнимательности) он их не читает, а если и читает, то не возражает против них. Он верит, что сторона, определяющая условия договора, выполнит обещанное в соответствии с договором надлежащим образом, в срок, и что, в свою очередь, он, покупатель, также исполнит все, что ему следует исполнить. Даже если бы он захотел каким-то образом изменить условия в свою пользу, он не смог бы, поскольку другая сторона не позволила бы ему этого сделать. И даже, если он решит обратиться к какому-то другому поставщику товаров или услуг, предложенные ему условия будут точно такими же. Поэтому современное законодательство предоставляет слабой стороне защиту от стандартных условий договора.

Так, согласно ст. 10 вышеупомянутого Закона о защите потребителей 1984 г. *Испании* индивидуально определенные, так и индивидуально неопределенные условия договоров с потребителями должны быть ясными и конкретными; слова должны употребляться по возможности в их прямом значении без ссылок на документы, которые не предоставлялись потребителю до или в момент заключения договора; отвечать требованиям *добросовестности* и справедливости при закреплении прав и обязанностей сторон, при этом полностью исключается использование недобросовестных условий договора и т.д.

Недобросовестными условиями договора (cláusulas abusivas) признаются любые индивидуально неопределенные условия, которые противно требованиям доброй совести (buena fe) в ущерб потребителю влекут существенное неравенство вытекающих из договора прав и обязанностей сторон (п. 1 ст. 10 bis Закона о защите потребителей). Перечень таких условий содержится в Приложении 1 к Закону о защите потребителей и включает в себя условия, касающиеся:

- обязательности договора для профессионального участника рынка (поставщика: например, необоснованной связанности потребителя договором даже в случае, когда профессионал не выполнил своих обязанностей,

- либо необоснованного наложения на неисправного потребителя, не исполнившего своих обязанностей, непропорционально высокого возмещения);
- случаев лишения потребителя его основных прав; отсутствия корреляции прав и обязанностей сторон договора (поставщика и потребителя: например, в случае наложения на потребителя обязанности исполнить все свои обязательства, в том числе предоставить необходимое против невыполненных профессионалом обязанностей);
 - условий, создающих диспропорцию (так, например, диспропорцию создает обязывание потребителя выполнить свои обязанности, если профессионал еще не выполнил своих обязанностей);
 - гарантийных обязательств (например, в случае вменения потребителю в обязанность доказывания каких-либо обстоятельств в ущерб самому себе в случаях, когда такая обязанность лежит на его контрагенте);
 - иных условий (например, переносе на потребителя экономических последствий административных или управленческих ошибок, которые недопустимо возлагать на последних).

Если какая-либо часть договора или его отдельное условие были оговорены в индивидуальном порядке, не исключает возможности применения положений статьи о недобросовестных условиях договора к остальной части договора.

Профессионал, который подтверждает, что определенное условие договора было установлено в индивидуальном порядке, принимает на себя обязанность доказывания.

Однако первенство в данном вопросе принадлежит *Германии*. Используя § 242 ГГУ, немецкие суды в 1950 гг. начали признавать недействительными несправедливые условия как потребительских договоров, так и договоров между коммерсантами. В 1976 г. *стандартные условия* были урегулированы Законом об общих условиях сделок от 9 декабря 1979 г. (ОУС)¹, который

¹ См.: Гражданское, торговое и семейное право капиталистических стран: Сборник нормативных актов. Обязательственное право / Под ред. В.К. Пучинского, М. И. Кулагина. – М.: Изд-во УДН, 1989. – С. 31-41.

явился актом, во многом консолидировавшим сложившуюся судебную практику.

Согласно § 9 Закона, общие условия ведения бизнеса действительны и не подлежат защите в суде, когда противно принципу добросовестности они ущемляют права присоединившейся стороны. В § 11 установлен перечень условий, которые недействительны *per se* (черный список), а в § 10 – перечень условий, которые суд может не принимать во внимание, если они причиняют потребителям неразумный ущерб (серый список). В отличие от правила § 9, указанные перечни прямо применяются только к отношениям, вовлекающим потребителей. Однако, согласно § 9, суды могут также не принимать во внимание условия, означенные в § 10 и 11, если они содержатся в предпринимательских договорах, чем достаточно часто суды и пользуются.

1. Порядок оценки несправедливости условий договора

Директива о несправедливых условиях договора устанавливает порядок оценки несправедливости условий договора и содержит не исчерпывающий перечень из 17 условий, которые могут быть квалифицированы как несправедливые (ст. 3(3), 4(1), 4(2), Приложение), поскольку существующее в данном вопросе законодательство стран ЕС значительно различается¹.

Согласно ст. 3(1) Директивы индивидуально неопределенное условие договора является *несправедливым* и, следовательно, необязательным для потребителя, если, противно требованиям добросовестности, оно влечет значительное неравенство прав и обязанностей сторон, причиняющее потребителю ущерб, – статья 6(1).

При оценке несправедливости условий договора необходимо принимать во внимание характер товаров или услуг, являющихся предметом договора, время заключения договора,

¹ См.: Цвайгерт К., Кетц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: В 2-х тт. – Т. 2 / Пер. с нем. – М.: Международные отношения, 2000. – С. 5-39.

все обстоятельства, сопутствующие его заключению, и остальные условия данного договора или другого договора, от которого зависит данный договор – статья 4(1). Согласно статье 4(2), оценка несправедливого характера условий договора не должна иметь отношения ни к определению предмета договора ни к соответствию цены или иного вознаграждения предмету договора, при условии, что они изложены простым и понятным языком.

Согласно статье 3(2) Директивы, если условие было разработано заранее и потребитель в силу этого не мог повлиять на его содержание, особенно в контексте заранее сформулированного стандартного договора, такое условие всегда должно рассматриваться в качестве индивидуально неопределенного. Из сказанного следует, что ситуация, в которой стандартное условие фактически оговаривалось сторонами, но потребитель не сумел отстоять свою позицию, не подпадает под действие Директивы, тогда как ситуация, в которой продавец или поставщик разработал условие заранее для конкретного потребителя без его участия, Директивой охватывается.

Упомянутая выше Директива о просрочке платежа также содержит некоторые элементы, которые следует принять во внимание при определении того, является ли соглашение несправедливым (ст. 3.3-5). Следует также отметить, что положения о несправедливых условиях служат частным случаем проявления и действия принципа добросовестности, закрепленного помимо этой Директивы в вышеупомянутой Директиве о независимых торговых агентах (ст. 3).

2. Запрет нечестных торговых практик и их разновидности

К вопросу о несправедливых условиях в договорах с потребителями тесно примыкает вопрос о *нечестной торговой практике* (unfair commercial practices), запрещаемой в ЕС. Так, Директива о нечестной торговой практике¹ распространяется на

¹ Directive 2005/29/EC of 11 May 2005 concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market and amending Directives

все случаи принятия потребителем решения о покупке товара, осуществления им свободы выбора товара и свободы вступления в договорные отношения. При этом императивные нормы этой директивы запрещают странам-участницам понижать требования, установленные другими директивами о защите прав потребителей. Директива устанавливает общий критерий отношения торговой практики в разряд нечестной, с тем чтобы отграничить нечестные практики от дозволенных и запретить их. Такими критериями выступают: совместимость практики с профессиональной добросовестностью (*professional diligence*) и способность ее фактически или потенциально оказывать существенное влияние на поведение *среднего потребителя* (*to distort materially the behaviour of the average consumer*). «Средним потребителем» признается типичный представитель той или иной целевой группы, на которую нацелена реклама – это, например, дети; пожилые люди и др.

В этом контексте также проводится разграничение между практиками, вводящими в заблуждение (*misleading practices*), и агрессивными практиками (*aggressive practices*).

Вводящими в заблуждение признаются практики, совершаемые посредством действия или бездействия. В последнем случае нечестность практики связывается с непредоставлением хотя бы минимальной информации, которая необходима среднему потребителю, чтобы произвести покупку, а именно – относительно основных характеристик товара; цены, включая налоги; возможности вернуть товар и др. В первом – это предоставление ложной или искаженной информации, в том числе информации, верной по существу, но представленной потребителю таким образом, который создает у него неверное представление о товаре. К числу агрессивных относятся практики, использующие насилие, принуждение и оказание недолжного влияния. Директива содержит «черный список» запрещенных практик, это, например, схемы типа «пирамид»; предложение отсутствующего в принципе товара по демпинговым ценам с целью привлечения покупателя и предложения ему затем иного товара по обычной рыночной цене и др.

84/450/EEC, 97/7/EC, 98/27/EC and 2002/65/EC and Regulation (EC) No 2006/2004 (Unfair Commercial Practices Directive).

§ 5. Принцип защиты ожиданий потребителя

*Принцип оправдания и защиты ожиданий*¹ является новацией, сформулированной на основе отраженной в директивах взаимосвязи *презумпции ответственности за качество предоставляемого продукта или услуги* и права потребителя на *свободу выбора при прекращении договора*, в зависимости от предмета которого и причин его прекращения директивы определяют сроки и правила возмещения ущерба и штрафных санкций.

*Директива об ответственности за дефектный продукт*² закрепляет критерии оценки дефекта продукта (ст. 6) и устанавливает презумпцию ответственности в случае нанесения ущерба лицу некачественным продуктом независимо от того, была ли со стороны производителя или поставщика допущена небрежность или нет (principle of liability without fault). Иными словами, директива проводит идею *объективного вменения продавцам ответственности* за вред, причиненный проданной вещью.

Сама по себе для западноевропейского частного права эта идея не нова – статья 1643 ФГК предусматривает, что продавец отвечает за скрытые пороки, хотя бы он о них и не знал. Однако эта же статья позволяет продавцу и освободиться от ответственности за скрытые пороки вещи посредством внесения в договор пункта о том, что он не принимает на себя никакой гарантии за качество вещи. Лишь в 1897 г. французское право продвинулось в этом отношении решением Кассационного суда, которое признало *допустимость принципа ответственности за продукт (fait de la chose)*.

¹ Micklitz H.-W. Social Justice in European Private Law. // Yearbook of European Law 19 1999/2000. P. 167-204. Цит. по: Joerges Ch. On the Legitimacy of Europeanising Private Law: Considerations on a Justice-making Law for the EU Multi-level System, vol 7.3 Electronic Journal of Comparative Law, September 2003 // <http://www.ejcl.org/ejcl/73/art73-3.html>

² Council Directive 85/374/EEC of 25 July 1985 on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products // OJ L 210, 07/08/1985.

В странах общего права, например, в США, *принцип ответственности за продукт* (doctrine of product liability) иллюстрирует отказ от принципа договорного права, согласно которому продавец мог по соглашению с контрагентом снять с себя ответственность за вред, вызванный недостатками проданной вещи, произошел позднее – в 1916 г.¹

В современный период идея ответственности за продукт получила новое развитие. Если, например, во Франции концепция *fait de la chose* исходила первоначально из того, что ответственность за вред, обусловленный пороками вещи, возлагалась только на собственника этой вещи, то сейчас ответственность несет не только собственник, но и пользователь, а также разработчик конструкции вещи. Речь идет о двух составляющих концепции *fait de la chose*:

- а) об ответственности лица, осуществляющего управление вещью (*garde du comportement*);
- б) ответственности лица, сконструировавшего вещь и потому отвечающего за ее «внутреннюю динамику» (*garde de la structure*), под которой понимаются конструктивные особенности технического изделия².

Эта директива позволяет сформулировать общие принципы, лежащие в основе предоставляемой потребителям защиты:

- 1) принцип правдивого информирования потребителей о мерах безопасности, соблюдения которых требует обращение с продуктом;
- 2) принцип изготовления продуктов, отвечающих самым высоким разумным требованиям безопасности для потребителей;

¹ См. решение по делу *MacPherson v. Buick Motor Co*, 217 N.Y. 382, 111 N.E. 1050 (1916).

² Принципиальное значение этих двух разновидностей, например для французского права, состояло в том, что истцу для победы в процессе по поводу вреда, причиненного вещью, достаточно лишь доказать наличие причинной связи между вредом и дефектом приобретенной вещи. Право, действовавшее в то же время в ФРГ и Англии, потребовало бы от истца доказывания еще и наличия дефекта у вещи. – Подробнее см.: Гражданское и торговое право зарубежных стран: Учеб. пособие / Под общ. ред. В.В. Безбаха и В.К. Пучинского. – М.: МЦФЭР, 2004. – С. 46-52.

3) принцип использования продукта потребителями с самой высокой разумной мерой предосторожности.

Эти принципы связывают как изготовителей продуктов, так и их потребителей и служат основой формулирования и закрепления некоторых специальных положений, обращенных к одним лишь изготовителям и касающихся ответственности последних перед потребителями за вред, причиненный продуктом.

В числе специальных принципов, на которых строится *ответственность производителей*, заслуживают особого внимания следующие.

1. *Принцип ответственности изготовителя за вред, причиненный продуктом.* Он означает, что ответственность возникает не только за имманентный продукту дефект, вызвавший причинение вреда, но и за вред, возникший в результате неправильного информирования потребителя о качествах и свойствах продукта.

2. *Принцип возмещения предвидимого вреда.* Он базируется на том, что изготовители отвечают за вред, причиненный продуктом, в пределах, поддающихся предвидению. Другими словами, пределы ответственности изготовителя ограничены рамками разумного предвидения объема ущерба, который может быть причинен.

3. *Принцип возмещения предотвратимого вреда* возлагает на изготовителей ответственность за вред, причиненный продуктом, даже если такой вред можно было предотвратить. Речь идет о том, что предотвращение вреда было возможно одним из двух способов:

- а) посредством исключения излишней опасности продукта на этапе его инженерного конструирования (до начала массового производства);
- б) либо посредством инструктирования потребителя о способах безопасного использования небезопасного самого по себе продукта.

Неприменение таких способов изготовителем обязывает его к возмещению вреда, вызванного использованием продукта. Этот принцип важен тем, что запрещает судам принимать во внимание ссылку изготовителей-ответчиков на то, что, дескать, любой разумный человек способен безопасно пользоваться

данным продуктом и что поэтому такой продукт и не нуждался в каких-либо инструкциях по безопасному использованию.

4. *Принцип запрещения производства продуктов, опасность использования которых неустранима мерами инженерного конструирования либо инструкциями по порядку их использования.*

5. *Принцип освобождения изготовителя от ответственности за такой вред потребителю, который был вызван заведомо опасным и неразумным использованием продукта.*

В зависимости от ситуации Директива определяет долевую и солидарную ответственность совместно действовавших причинителей вреда.

1. Понятие продукта

Директива об ответственности за дефектный продукт закрепила также определение понятия «продукт». Под продуктом понимается всякое движимое имущество, исключая сельскохозяйственное сырье и дичь, в том числе включенное в состав иного движимого или недвижимого имущества, а также электроэнергия (ст. 3 Директивы в ред. 1999 г.¹). Так, например, если здания и строения понятием продукта не охватываются, то установленное в них оборудование – лифты, подъемники, встроенные элементы систем отопления, канализации и т.п. – вполне подпадают под это понятие. Предложенное Директивой понятие продукта позволило проводить разграничение между недостатками составных частей какого-либо продукта и конечного продукта в целом (defective components и defective end product). Значение такого разграничения состоит в том, что если причиненный потребителю вред был обусловлен дефектом одного из компонентов вещи, то обязанность его возмещения возлагается на изготовителя этого компонента.

Первоначально предлагалось ограниченно трактовать понятие «продукт», не распространяя его, в частности, на самолеты

¹ См.: Directive 1999/34/EC of the European Parliament and of the Council of 10 May 1999 amending Council Directive 85/374/EEC on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products // OJ. L 141. 04/06/1999.

ты, изделия фармацевтической промышленности, изделия кустарного и ремесленного промысла, и т.п., но в конечном итоге от сужения трактовки понятия «продукт» было решено отказаться¹.

Вместе с тем, избранный в Директиве подход к тому, распространяется ли *безвиновная ответственность* перед потребителем на составителей различных инструкций и указаний по надлежащему использованию продукта, состоит в том, что такая ответственность должна предусматриваться *за недостатки продукта*, а не за недостатки советов и консультаций, пусть и воплощенных в инструкциях относительно пользования продуктом.

Зарубежные исследователи усматривают в таком подходе вопрос неполноты положений Директивы. Соглашаясь с тем, что консультации в прямом смысле слова не должны подчиняться действию Директивы, в частности, с тем, что никто из пострадавших из-за плохих советов врача или адвоката не может ссылаться на положения Директивы, критики не считают проблему окончательно решенной. Они обращают внимание, например, на то, что плохо составленная инструкция по использованию может привести нормальный продукт в неисправное состояние, из-за которого потребитель понесет вред и предъявит иск о его возмещении. Для того чтобы подобного рода вопросы не оставались без разрешения, Директива предусматривает возможность внесения в нее дополнений и изменений: согласно ст. 21 Комиссия ЕС вправе пересматривать ее каждые пять лет.

¹ Единственное исключение было сделано лишь для сферы сельскохозяйственного производства. Здесь Директива оперирует понятием «первичный сельскохозяйственный продукт» (primary agricultural product), распространяя его только на «продукты земледелия, животноводства и рыболовства, не подвергавшиеся первоначальной переработке» (ст. 2). Такой подход существенно прояснил вопрос о круге лиц, отвечающих за недостатки качества сельскохозяйственных продуктов, хотя практика довольно быстро обнаружила слабые места такой трактовки предложенного понятия. В отдельных случаях, например, стали появляться разногласия относительно того, что считать первоначальной переработкой, а что переработкой вообще.

2. Критерии оценки дефектности продукта

Важной с практической точки зрения в плане для разграничения двух диаметрально противоположных режимов регулирования – ответственности за вину и ответственности без вины – является трактовка понятия «дефект» продукта. Ведь ответственность без вины наступает за вред, причиненный не любым, а только дефектным продуктом, поэтому необходимы критерии, руководствуясь которыми продукт можно признавать таковым. Статья 6 Директивы закрепила следующие критерии:

- 1) продукт считается дефектным, если он не отвечает уровню безопасности, которого вправе ожидать от него потребитель;
- 2) ожидаемый уровень безопасности оценивается с учетом обстоятельств дела, из которых должно вытекать, что:
 - а) продукт был продемонстрирован потребителю;
 - б) ему объяснена цель, для которой продукт может использоваться;
 - в) на продукте указана дата его выпуска;
- 3) продукт не признается дефектным по той лишь причине, что впоследствии изготовителем был выпущен новый аналогичный, но более безопасный продукт¹.

Директива о продаже потребительских товаров и связанных гарантий² подтверждает обязанность продавца передать товар в соответствии с договором и его ответственность в случае несоответствия. Директива о комплексных турах также требует от стран-участниц гарантировать, что организатор и/или розничный торговец подлежат ответственности за ненадлежащее исполнение обязательств (ст. 5.2).

Положения о компенсации в случае непредоставления услуг или предоставления их таким образом, который противоречит положениям договора, освещены в директивах о независи-

¹ Подробнее об этом см.: Defective products: liability // http://europa.eu/legislation_summaries/consumers/consumer_safety/l32012_en.htm

² Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council of 25 May 1999 on certain aspects of the sale of consumer goods and associated guarantees // OJ L 171, 7/7/1999.

мых торговых агентах (ст. 17), о трансграничном кредите и о комплексных турах (ст. 4.6 и 7). Особая компенсация в случае осуществления незаконных действий предусмотрена Директивой о защите персональных данных (ст. 23.1). Директива о просрочке платежей предусматривает, что если должник является ответственным за задержку платежа, кредитор имеет право требовать компенсации всех издержек, понесенных в результате платежа, сделанного с опозданием (ст. 3). Более того, проценты в качестве штрафа предусмотрены данной Директивой как в случае, когда дата платежа фиксирована, так и в случае, когда такая дата не фиксирована.

В случаях прекращения договора потребителем или поставщиком по причине иной, чем вина потребителя, некоторые директивы (о дистанционных договорах – ст. 7.2 и о комплексных турах – ст. 4.6) дают потребителю право требовать выплаты всех сумм, уплаченных им по договору.

Некоторые директивы дают право на отказ от договора без штрафа и без указания причин в течение 7 дней (о дистанционных договорах – ст. 6; о договорах, заключенных вне места ведения бизнеса – ст. 5). Согласно Директиве о комплексных турах потребитель может прекратить договор без уплаты штрафа, в случае, если организатор путешествия значительно изменил существенное условие договора. Директива о таймшере (ст. 5.1) явно закрепляет право прекращения договора в течение трех месяцев. Подобные правила содержатся в Директиве о страховании жизни (ст. 15, срок 14-30 дней).

Директива об общих требованиях к уровню безопасности товара (услуги)¹ применяется без ущерба положениям вышеприведенной Директивы об ответственности за продукт в случаях, когда отсутствуют специальные предписания на уровне ЕС и недостаточно регулирование по отдельным видам деятельности. Директива не распространяется на товары, обладающие особой антикварной ценностью (products that have antique value), и товары, бывшие в употреблении («секонд-хэнд») или нуждающиеся в ремонте (починке).

¹ Directive 2001/95/EC of the European Parliament and the Council of 3 December 2001 on general product safety // OJ L 11 of 15.1.2002.

Безопасным согласно положениям этой директивы признается товар (услуга), который не представляет угрозы либо представляет незначительную угрозу с учетом его предназначения и обеспечения высокого уровня безопасности здоровья пользователей (получателей). Критерии безопасности задаются нормативными предписаниями о такого рода безопасности, действующими на уровне Сообщества, а в отсутствие таковых – предписаниями национальных законов тех стран, где товар (услуга) замаркирован или продается (в том числе предписаниями добровольно принятых национальных стандартов в области безопасности, соответствующих европейским стандартам). В отсутствие таковых – представлениями о безопасности, соответствующими текущему уровню технического развития (the current state of the art) либо ожиданиям потребителя относительно уровня безопасности (the consumers' safety expectations).

§ 6. Осуществление права потребителей на защиту

Что касается *процессуальных вопросов защиты прав потребителей*, то согласно Регламенту Европейского Парламента и Совета от 11 июля 2007 г. № 861/2007 была установлена европейская процедура рассмотрения «малых» исков (European small claims procedure)¹. Регламент нацелен на улучшение возможностей доступа потребителей к правосудию путем упрощения процедуры рассмотрения трансграничных споров из гражданских и торговых дел и снижения соответствующих издержек. «Малыми» исками признаются иски до 2 тыс. евро (сумма иска рассчитывается на момент подачи иска в соответствующий суд). Решения, выносимые судами согласно процедуре, устанавливаемой настоящим Регламентом, признаются и исполняются с остальных странах – участницах ЕС без совершения каких-либо дополнительных процедур. Процедура это носит добровольный характер и предлагается в качестве альтернативы возможностям, предоставляемым национальным законодатель-

¹ Regulation (EC) No 861/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 establishing a European small claims procedure. //OJ L 199 of 31.7.2007// <http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/>

ством стран – участниц ЕС. Применяется она с 1 января 2009 г. во всех странах – участницах ЕС, кроме Дании.

1. Принципы внесудебного урегулирования споров

Одновременно Комиссия всегда выступала и выступает в пользу внесудебного урегулирования споров с участием потребителей (out-of-court settlement of consumer disputes). С этой целью Комиссия упростила процедуру, создав Европейскую форму, по которой потребители могут подавать жалобы (European complaints form for consumers¹). Комиссия также издает много рекомендаций для этой цели². Так, принята, например, Рекомендация Комиссии 98/257/ЕС от 30 марта 1998 г. о принципах деятельности органов, ответственных за внесудебное урегулирование споров с участием потребителей³. Она нацелена на борьбу с высокими издержками потребителей в связи с обращением за правовой помощью к адвокатам и представителям; задержками и затягиванием процесса при его рассмотрении в суде и барьерами психологического порядка, возникающими вследствие формализма и запутанности судебных процедур, с которыми приходится сталкиваться потребителям. В этом контексте Комиссия рекомендует: упростить и усовершенствовать соответствующие правовые процедуры; усовершенствовать способы взаимодействия потребителей, чьи права нарушены, друг с другом и с профессионалами, способными оказать требуемую правовую помощь; чаще прибегать к таким внесудебным способам урегулирования споров, как медиация; арбитраж и мировое соглашение. С этой целью Комиссия выработала ряд

¹ См.: http://europa.eu/comm/consumers/policy/developments/acce_just/acce_just03_en.html

² См.: Communication from the Commission of 30 March 1998 on the out-of-court settlement of consumer disputes [COM (1998) 198 final – not published in the Official Journal]. // <http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/8>

³ Commission Recommendation 98/257/EC of 30 March 1998 on the principles applicable to the bodies responsible for out-of-court settlement of consumer disputes [COM (1998) 198 final – OJ L 115 of 17.4.1998]. // <http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/>

принципов, на которых должно базироваться такое внесудебное урегулирование:

- *принцип независимости* лиц, осуществляющих такое урегулирование, основывающийся на их компетентности в рассматриваемых вопросах; предоставлении им остаточного срока (но не более 3 лет) для рассмотрения дела и принятия по нему решения;
- *принцип прозрачности*, предполагающий: предоставление участникам процедуры урегулирования информации относительно способов урегулирования; возможных издержек; предписаний, на основании которых будет принято решение (например, кодексы поведения, правовые предписания и пр.); правовой силы вынесенного решения и т.д.;
- *принцип эффективности*, предполагающий, что потребителю не потребуется представитель, как в суде; что издержек не будет вовсе или они будут незначительны; что период урегулирования будет недолгим и т.д.

2. Иски о запрете торговой практики, нарушающей права потребителей

Кроме того, в ЕС Директивой о запрете нечестной торговой практики, нарушающей законные интересы потребителей¹, гармонизованы положения законодательства, относящиеся к искам о запрете той или торговой практики поставщиков (продавцов и др.), нарушающей права потребителей (actions for injunctions). Директива нацелена на защиту интересов неопределенного круга лиц (collective interests of consumers) от нарушений положений Директив ЕС о рекламе, вводящей в заблуждение; о потребительском кредите; о комплексных турах; о несправедливых условиях договоров и других.

Иски вправе подавать две группы лиц: ассоциации по защите прав потребителей и государственные учреждения, кото-

¹ Directive 98/27/EC of the European Parliament and of the Council of 19 May 1998 on injunctions for the protection of consumer interests. // OJ L 166 of 11.6.1998.

рым вверяется охрана прав потребителей. Директива не дает потребителям, права которых нарушены, требовать возмещения понесенного ущерба.

Страны – участницы ЕС назначают суд или компетентный административный орган, который будет рассматривать дело. Применимое право определяется согласно положениям действующего международного частного права. Страна-участница должна уведомить Комиссию о перечне национальных судов (органов) правомочных разбирать дело в другой стране-участнице. Этот перечень обновляется Комиссией каждые 6 месяцев и публикуется в *Official Journal of the European Union*. Такая практика известна странам – участницам ЕС.

Так, в Испании, например, применению или рекомендации применения недобросовестных условий договора, причиняющих ущерб коллективным интересам, в том числе интересу неопределенного круга потребителей (пользователей), может быть противопоставлен иск о прекращении такого действия (ст. 10 ter Закона о защите потребителей 1984 г.). Иск о прекращении действия недобросовестного условия договора в этом случае нацелен на вынесение решения о прекращении ответчиком правонарушающих действий или о рекомендации порядка применения существующего условия, либо о запрете такой практики на будущее, а также о запрете такой практики, даже если к моменту подачи иска она прекратилась, однако есть основания полагать, что она неминуемо будет возобновлена в недалеком будущем. На подачу такого иска управомочены: прокуратура; Государственный институт потребления; ассоциации потребителей и пользователей, удовлетворяющие требованиям, предъявляемым к таким организациям настоящим законом; учреждения других стран – участниц ЕС, созданные для защиты коллективных интересов и интересов неопределенного круга лиц и включенные в список таковых, опубликованный в Официальном бюллетене ЕС.

3. Выбор применимого права

Относительно выбора применимого права концепция в ЕС с самого начала была нацелена на защиту потребителей как более слабой стороны в договоре, хотя, по общему правилу, суды

не склонны применять оговорку о выборе применимого права, если последнее, будучи примененным к договору, игнорирует положения национальных законов о защите прав потребителей¹.

Европейский суд правосудия впервые в 1979 г. в решении по делу *Rewe-Zentral AG v. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein (Cassis de Dijon)*² указал, что странам-участницам надлежит на основе принципа взаимности признавать положения законов других стран – участниц ЕЭС. В этом деле истцы, пытавшиеся импортировать в Германию французский алкогольный напиток на основе черной смородины «Cassis de Dijon», оспаривали законность положения немецкого права, установившего обязательный минимальный процент содержания алкоголя в алкогольных напитках. Дело в том, что напиток «Cassis de Dijon», который во Франции содержал от 15 до 20% алкоголя, попадал в Германии в категорию напитков, которые должны были в соответствии с немецким законодательством содержать 25 % алкоголя. Национальный суд Германии передал вопрос о соответствии положений немецкого законодательства статье 28 Договора ЕЭС на рассмотрение Европейского суда правосудия. Подход, отраженный в этом решении, позже был применен также к положениям национальных законов, регламентирующих предоставление услуг: страны – участницы ЕЭС, а позже ЕС обязывались признавать иностранный закон, особенно в случаях, когда это был закон страны происхождения одной из сторон договорного обязательства³. Такое развитие принципа свободного обращения товаров сказалось на допустимости выбора потребителями применимого к их договорным обязательствам права, превратившейся в «руководящий прин-

¹ Solomon D. The Private International Law of Contracts in Europe: Advances and Retreats, 82 Tul. L. Rev. 1709, 1717 (2008). Цит. по: Healy James J. Consumer protection choice of law: European lessons for the United States // Duke Journal of Comparative and International Law. Volume 19. Spring 2009. Number 3. P. 535-558 // <http://www.law.duke.edu/shell/cite.pl?19+Duke+J.+Comp.+&+Intl+L.+535+pdf>

² Case 120/78, *Rewe-Zentral AG v. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein (Cassis de Dijon)*, 1979 E.C.R. 649.

³ См.: Michaels R. The New European Choice-of-Law Revolution, 82 Tul. L. Rev. 1607, 1626 (2008).

цип», на котором базируется концепция защиты прав потребителей в ЕС¹.

Упомянутая выше Римская конвенция 1980 г. о праве, применимом к договорным обязательствам, вступила в действие в Европе в 1980 г. Согласно ее положениям договор подчиняется праву, избранному сторонами. Соглашение о таком выборе должно быть явно выраженным или вытекать из условий договора или обстоятельств конкретного дела (ст. 3). Согласно положениям статьи 5 несмотря на положения статьи 3, осуществленный сторонами выбор применимого права не может иметь своим результатом лишение потребителя защиты, предоставляемой ему строго императивными нормами права страны его обычного местожительства, в случаях:

- если заключению договора в этой стране предшествовало адресованное ему специальное предложение или реклама или если в этой стране им были приняты все меры, необходимые для заключения договора; или
- если заказ от потребителя был получен другой стороной или ее агентом в этой стране; или
- если договор является договором купли-продажи и потребитель прибыл из одной страны в другую и в ней передал свой заказ, при условии, что такое путешествие потребителя было организовано продавцом для его побуждения к приобретению товаров.

При этом статья 4 Конвенции применяется к договору, предметом которого является поставка товаров или услуг какому-либо лицу – *потребительский договор* – для целей, которые могут рассматриваться как не затрагивающие его коммерческую или иную профессиональную деятельность, а также к договору на предоставление кредита для тех же целей². В русле

¹ См.: *Straetmans G. The Consumer Concept in EC Law // Enforcement of International Contracts in the European Union* 295, 303. Johan Meeusen, Marta Pertegás & Gert Straetmans eds., 2004.

² Равным образом согласно ст. 6 Конвенции, несмотря на положения ст. 3, выбор сторонами в трудовом договоре применимого права не лишает работающего по найму той защиты, которая предоставляется ему строго императивными нормами закона, который подлежал бы применению при отсутствии выбора применимого права.

положений Римской конвенции 1980 г. находятся, как отмечалось выше, и положения Регламента Европейского парламента и Совета 593/2008 от 17 июня 2008 г. о праве, применимом к договорным обязательствам (Рим I). Первоначально Проект Регламента 2005 г.¹ предполагал, что договоры с участием потребителей должны подчиняться праву той страны – участницы ЕС, в которой он имеет обычное место жительства (*habitual residence* – ст. 5(1)), что рассматривалось Европейской Комиссией как предпосылка ограничения способности крупных компаний произвольно выбирать применимое право, исходя из собственных предпочтений и выгод². Аналогичное требование предусматривалось также в отношении профессиональных продавцов, осуществляющих свою деятельность в той же юрисдикции: поставщик мог освободиться от применения этих положений, только если не был осведомлен об обычном месте жительства покупателя (на территории ЕС), и такая неосведомленность не была следствием небрежности продавца. Европейский экономический и социальный комитет изучил Проект и опубликовал ответ, в котором отмечалось, что положения статьи 5 Проекта Регламента представляют собой «серьезный шаг вперед в деле защиты прав потребителей», поскольку такое положение позволит потребителям применять при необходимости защиты своих прав законы своей страны, которые предполагаются более известными потребителю по сравнению с законами других стран – участниц ЕС, использовать свой родной язык и таким образом более просто получать доступ к правовой помощи. Вместе с тем, Комитет также отметил, что не вполне разумно лишать потребителя *всех* возможностей выбирать применимое право и рекомендовал ограничиться «некоторыми защитными мерами» («*certain protective measures*») в отношении потребителей и пересмотреть положения Регламента в этом на-

¹ Commission Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on the Law Applicable to Contractual Obligations (Rome I), at 16, COM (2005) 650 final (Dec. 15, 2005). //eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/en/com/2005/com2005_0650en01.pdf

² Answer of Ms. Kuneva to Written Question: E-1751/2007, June 13, 2007. //http://www.europarl.europa.eu/sides/getAllAnswers.do?reference=E-2007-1751&language=EN

правлении¹. Европарламент предложил все же, чтобы статья 5(1) требовала привязки к обычному месту жительства потребителя при выборе им применимого права². Тогда как статья 5(2) была изменена, с тем чтобы позволять сторонам выбирать применимое право таким образом, чтобы в результате выбора потребитель не был лишен защиты, предоставляемой положениями договора, не подлежащими отмене законом, который, в отсутствие выбора применимого права, применялся бы на основании положений статьи 5(1). Эти изменения нашли отражение в окончательном тексте Регламента в статьях 3 и 4. Так, договор подчиняется праву, избранному сторонами. Соглашение о таком выборе должно быть явно выраженным или вытекать из условий договора или обстоятельств конкретного дела (ст. 3). Если применимое право не избрано сторонами согласно положениям статьи 3 Регламента, оно определяется исходя из следующих положений: договор продажи товаров и предоставления услуг подчиняется праву страны, на территории которой продавец / лицо, оказывающее услугу, имеют свое обычное место жительства; договоры, предметом которых выступает передача права в недвижимой собственности, подчиняются праву страны по местонахождению такой собственности и др. (ст. 4).

Права потребителей подлежат защите законами места их обычного жительства постольку, поскольку другой участник договора – профессиональный торговец – осуществляет свою деятельность в той же самой стране или любыми средствами (способами) имеет местом приложения своей деятельности эту страну (*directs such activities to that country*) или несколько стран, включая эту страну (п. 1 ст. 6 Регламента). Тем не менее стороны (продавец и потребитель) вправе выбрать применимое к их договору право согласно положениям статьи 3 Регламента

¹ Opinion of the European Economic and Social Committee on the Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on the Law Applicable to Contractual Obligations (Rome I), 2006 OJ C 318. 56. // eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2006:318:0056:0061:EN:PDF

² Report on the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the Law Applicable to Consumer Contractual Obligations (Rome I), U.N. Doc. A6-0450/2007 (Nov. 21, 2007) (prepared by Cr. Dumitrescu). // www.law.duke.edu/shell/cite.pl?19+Duke+J.+Comp.+&+Int'l+L.+535+pdf

при условии выполнения требований его п. 1 статьи 6. Такой выбор, однако, не может лишать потребителя защиты, предоставляемой ему и которая не может быть исключена из соглашения на основании положений закона, который, в отсутствие выбора применимого права, будет применяться на основании положений п. 1 статьи 6 (п. 2 ст. 6 Регламента). На этом основании, например, Федеральный суд Германии признал недействительным кредитный договор, подчиненный австрийскому праву, между Австрийским банком и потребителем-немцем¹. Суд указал, что согласно статье 5(2) Регламента подлежат применению положения немецкого Закона «О праве отказаться от сделки, заключенной «на ходу», и от других сделок такого же рода» от 16 января 1986 г.², – его нельзя игнорировать, применив законодательство другой страны – участницы ЕС. В другом деле³ суд признал недействительным договор, в котором в качестве применимого права к будущему договору с немецким потребителем было выбрано английское право на том основании, что уровень защиты, предоставляемый последним потребителю, ниже гарантируемого немецким законодательством. Рассматриваемая концепция – выбора применимого права – служит хорошим дополнением рассмотренным выше защитным положениям Директив ЕС, являясь быстрым и недорогим способом снизить возможные будущие издержки. Однако рассмотренные положения также подвергаются и критике. Так, некоторые ученые и практики полагают, что вышеизложенными положениями потребителям предоставляется излишняя, чрезмерная, слишком либеральная защита⁴.

¹ Bundesgerichtshof [BGH] [Federal Court of Justice] Oct. 26, 1993, IPRspr., 1993, No. 37, 97. Цит. по: *Healy James J.* Op. cit.

² См.: Гражданское, торговое и семейное право капиталистических стран: Сборник нормативных актов. Обязательственное право / Отв. ред. В.К. Пучинский и М.И. Кулагин. – М.: Изд-во УДН, 1989. – С. 46-50.

³ Oberlandesgericht [OLG] [Trial Court for Criminal Matters] Dusseldorf, Mar. 8, 1996, IPRspr., 1996, No. 144, 347. Цит. по: *Healy James J.* Op. cit.

⁴ См., например: *Basedow J.* Consumer Contracts and Insurance Contracts in a Future Rome I Regulation // *Enforcement of International Contracts in the European Union: Convergence and Divergence between Brussels I and Rome I* 269, 280. Johan Meeusen, Marta Pertegás & Gert Straetmans eds., 2004; *Solomon D.* Op. cit.

Раздел 8

ПОДДЕРЖАНИЕ И ЗАЩИТА КОНКУРЕНЦИИ В ЕВРОПЕЙСКОМ СОЮЗЕ

Борьба с монополиями, защита конкуренции имеет давнюю историю. Какого бы из определений конкуренции мы не придерживались¹, в настоящее время конкуренция, наряду со свободой предпринимательства, является одним из главных двигателей хозяйственно-экономического развития, а ее защита провозглашается важнейшей функцией современного государства. Одним из инструментов ее проведения является право, способствующее нахождению баланса между стремлениями хозяйствующих субъектов повысить экономическую эффективность своей деятельности и интересами иных субъектов рынка – потребителей, стремящихся приобретать товары и услуги наилучшего качества по наиболее приемлемым для них ценам. Важность вопросов охраны конкурентной среды подчеркивается и на наднациональном уровне. В этом контексте интерес вызывает движение стран Европейского Союза в направлении к созданию единообразных норм в сфере регулирования и поддержания конкурентной среды на рынке ЕС.

¹ См., например: *Юданов А.Ю.* Конкуренция: теория и практика. 2-е изд. – М., 1998. – С. 40; *Жилинский С.Э.* Предпринимательское право (правовая основа предпринимательской деятельности): Учебник для вузов. – М., 2001. – С. 330; UNCTAD. Model Law on Competition. UNCTAD Series on Issues in Competition Law and Policy – 2004. <http://r0.unctad.org/en/subsites/cpolicy/docs/Modelaw04.pdf>; *Montano T.D.* Abuso de posicion dominante // Boletín Latinoamericano de Competencia (далее – BLC) # 17 Julio 2003. – P. 62-74 // <http://www.europa.eu.int/comm/competition/international/others> и др.

Отметим в этой связи, что первые попытки обуздания монополий были предприняты еще в античном мире¹. В Средние века наиболее успешно с частными монополиями боролась Англия: уже в XV в. суды отказывались признавать законными договоры, создающие помехи торговле, а с XVII в. суды объявляли незаконными с точки зрения общего права монополии, предоставлявшиеся короной отдельным лицам².

Законодательное регулирование конкурентных отношений в истории развития конкуренции впервые имело место в середине XIX в. в рамках законодательства о пресечении недобросовестной конкуренции, когда назрела необходимость в правовом регулировании методов и средств ведения конкуренции, с тем чтобы уберечь от дезорганизации товарно-денежные отношения³. Широкомасштабное же антимонопольное регулирование началось лишь в конце XIX в. после промышленной революции, существенно ускорившей хозяйственное развитие Великобритании, Германии, США, Франции и других стран. В ходе этой революции появились крупные компании, которые стали злоупотреблять своим монопольным положением, вследствие чего возникла необходимость осуществлять правовое регулирование процесса концентрации капитала и конкуренции в целях смягчения экономических и социальных последствий монополистической практики.

Современная рыночная концепция развития экономики исходит из необходимости защиты конкуренции, что отражается в развитии соответствующего национального законодательства зарубежных государств. Именно антимонопольное или антитрестовское законодательство в США и Японии, законодательство по борьбе с ограничительной практикой в большинст-

¹ См.: Жидков О.А. Античные и средневековые предпосылки антимонопольного законодательства // Вестник Международного университета. Вып. I. Сер. 1. Право. – М., 1996.

² См.: Shepard W.G., Wilcox C. Public Policies Towards Business. Homewood (Illinois), 1979. P. 84-85. Цит. по: Гражданское и торговое право зарубежных стран: Учебное пособие / Под общ. ред. В.В. Безбаха и В.К. Пучинского. – М.: МЦФЭР, 2004. – С. 492.

³ См.: Еременко В.И. Антимонопольное законодательство зарубежных стран. – М.: ВНИИПИ, 1997. – С. 7.

ве стран ЕС, картельное законодательство в ФРГ, Австрии и Швейцарии, стержнем которого является регулирование конкуренции на рынке, выступают одним из самых важных средств государственного регулирования экономики в странах, придерживающихся рыночной системы хозяйствования¹.

На сегодняшний день Европейский Союз располагает сложившейся системой норм, направленных на охрану конкуренции; устоявшимся порядком привлечения нарушителей объективного права ЕС к ответственности и органами, в том числе правосудия, правомочными осуществлять такие действия.

§1. Источники правового регулирования

Акты, издаваемые в сфере конкуренции соответствующими органами в ЕС, основываются на положениях гл. I раздела VII «Общие правила о конкуренции, налогообложении и сближении законодательства» Договора о функционировании ЕС (Treaty on the Functioning of the European Union)². Ранее соответствующие положения размещались в гл. I раздела VI статей 81-89 Договора, учреждающего Европейское Сообщество (Treaty establishing the European Community)³.

¹ См.: *Еременко В.И.* Цит. соч. – С. 7; *Святош М.Ю.* Регулирование ограничительной практики и внешнеторговые операции // *Внешняя торговля.* – 1989. – № 7. – С. 43-46.

² Consolidated versions of the Treaty on European Union and the Treaty on the functioning of the European Union (OJ C115, 9.5.2008) // <http://eur-lex.europa.eu/> Консолидированная версия содержит текст Договора о ЕС (Treaty on European Union) и Договора о функционировании ЕС (Treaty on the Functioning of the European Union), приложений и протоколов в редакции с учетом изменений, последовавших за принятием текста Лиссабонского договора (Treaty of Lisbon), подписанного 13 декабря 2007 г.

Договор, учреждающий Конституцию для Европы (Treaty establishing a Constitution for Europe), не вносит существенных изменений в положения, направленные на охрану конкурентной среды в ЕС. Его положениями изменяется структура изложения материала, закрепленная в Договоре о ЕС, например, третья часть носила название «Политики союза», в Конституции – «Политики и функции союза»; разделов, глав, нумерация статей – вместо арабских цифр ставится римская цифра, обозначающая номер части (part), затем тире и номер статьи – например, II-10.

Так, согласно статье 101 Договора о функционировании ЕС (бывш. ст. 81 Договора, учреждающего Европейское Сообщество) запрещаются как несовместимые с внутренним (*internal, ранее – общим – common*) рынком: все *соглашения* между предприятиями; *решения*, принятые объединениями предприятий, и любые *согласованные действия*, которые могут нанести ущерб торговле между государствами-членами и которые имеют своей целью или результатом предотвращение, ограничение или искажение конкуренции в пределах Общего рынка, и, в частности, действия, которые заключаются в том, чтобы:

- а) прямо или косвенно фиксировать цены купли или продажи или любые иные условия торговли;
- б) ограничивать или контролировать производство, рынки, техническое развитие или инвестиции;
- с) делить рынки или источники снабжения;
- д) применять неодинаковые условия к равноценным сделкам с другими торговыми партнерами, ставя их тем самым в невыгодные конкурентные условия;
- е) обуславливать заключение договоров принятием контрагентами дополнительных обязательств, которые по своей природе или в соответствии с торговыми обычаями не связаны с предметом таких договоров.

Любые соглашения или решения, запрещенные положениями данной статьи, автоматически признаются недействительными.

Местонахождение положений, направленных на правовое обеспечение свободы конкуренции в Договоре:

Часть третья. Политики сообщества (в Конституции – Часть третья. Политики и функции Союза); Раздел VI. Общие правила конкуренции, налогообложения и сближение законодательств (в Конституции – Раздел III. Внутренние политики и деятельность (Internal policies and action)); Глава 1. Правила о конкуренции, Подраздел 1. Правила, применяемые к предприятиям (в Конституции – Раздел 5 (section). Правила о конкуренции, Подраздел I. Правила, применяемые к предприятиям).

³ http://eurlex.europa.eu/en/treaties/dat/12002E/htm/C_2002325EN.003301.html#anArt82

Европейские антимонопольные нормы в исключительных случаях предусматривают возможность применения к предприятиям санкций за нарушение запрета заключения соглашений, нарушающих конкуренцию. Иными словами, законодательство ЕС предусматривает *ряд изъятий* как индивидуальных, так и коллективных в отношении антиконкурентных соглашений, решений и согласованных действий, а именно: способствующих улучшению производства или распределению товаров или техническому или хозяйственному прогрессу и одновременно обеспечивающих потребителям справедливую долю итоговых благ; не налагающих на предприятия таких согласованных ограничений, которые не являются необходимыми для достижения этих целей и не предоставляющих этим предприятиям возможность устранения конкуренции в отношении существенной части соответствующих товаров.

Так, согласно положениям п. 3 статьи 101 Договора положения параграфа 1 этой статьи могут, однако, быть признаны не подлежащими применению:

- к любому соглашению или категории соглашений между предприятиями;
- к любому решению или категории решений, принятых объединениями предприятий;
- к любой согласованной практике или разновидности такой практики, которые способствуют улучшению производства или распространения товаров или содействуют техническому или экономическому прогрессу, предоставляя потребителям справедливую долю получаемых благодаря этому выгод, и которые:
 - a) не налагают на предприятия таких согласованных ограничений, которые не являются необходимыми для достижения этих целей;
 - b) не предоставляют этим предприятиям возможность устранения конкуренции в отношении существенной части соответствующих товаров.

Согласно положениям статьи 102 Договора о функционировании ЕС (бывш. ст. 82 Договора, учреждающего ЕС) злоупотребление одним или несколькими предприятиями своим доминирующим положением на внутреннем (*internal, ранее – общем – common*) рынке или на существенной его части, как

несовместимое с внутренним (ранее – общим) рынком, запрещается в той мере, в какой оно может причинить ущерб торговле между государствами-членами.

Такие злоупотребления, в частности, могут состоять в следующем:

- a) установлении, прямо или косвенно, несправедливых цен купли или продажи или других несправедливых условий торговли;
- b) ограничении производства, рынков или технического развития в ущерб потребителям;
- c) применении неодинаковых условий к равноценным сделкам с другими торговыми партнерами, ставя их тем самым в невыгодные условия;
- d) подчинении заключения договоров принятию контрагентами дополнительных обязательств, которые, по своей природе или в соответствии с торговыми обычаями, не связаны с предметом этих договоров.

Среди иных источников, содержащих проконкурентные нормы, можно назвать,

- во-первых, *регламенты и директивы Совета*, например: Регламент № 139/2004 от 20 января 2004 г. о контроле за концентрациями предприятий; Регламент № 1/2003 от 16 декабря 2002 г. о порядке применения статей 81 и 82 Договора с изменениями, внесенными регламентом Совета № 411/2004 от 26 февраля 2004 г.¹; Третью Директиву Совета ЕС 78/855/ЕЕС от 9 октября 1978 г., основывающаяся на положениях статьи 54(3)(g) Договора о ЕС относительно слияний публичных компаний с ограниченной ответственностью и др.²;

¹ Council Regulation (EC) No 139/2004 on the control of concentrations between undertakings of 20 January 2004 // OJ L 24 of 29.1.2004; Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 // OJ L 1 of 4.1.2003 в ред. Council Regulation (EC) No 411/2004 of 26 February 2004 // OJ L 068, 06/03/2004.

² Third Council Directive 78/855/EEC of 9 October 1978 based on Article 54(3)(g) of the Treaty concerning mergers of public limited liability companies // OJ L 295. 20.10.1978.

- во-вторых, *регламенты Комиссии*, например: № 2658/2000 от 29 ноября 2000 г. о применении ст. 81(3) Римского договора к отдельным видам договоров о специализации № 358/2003 от 27 февраля 2003 г. о применении статьи 81(3) Договора к некоторым категориям соглашений, решений и согласованной практики в сфере страхования и др.¹;
- а также *решения Совета и Комиссии* по конкретным делам, которые могут становиться административными прецедентами. Комиссия, точнее ее Генеральный директорат IV (DG IV), состоящий из 8 дирекций по направлениям деятельности (картели, слияния и т.д.) и отраслям экономики (промышленность, услуги и т.д.), может собирать информацию о состоянии конкуренции; проводить расследования и проверки; рассматривать дела о правонарушениях и налагать на нарушителей санкции. В Комиссию, в частности, предприятия направляют уведомления о совершаемых ими действиях или заключаемых соглашениях, по результатам рассмотрения которых она принимает решение об отсутствии или наличии в означенных действиях состава правонарушения; Комиссия предоставляет индивидуальные изъятия из-под действия статьи 101 Договора.

Означенные полномочия Совета базируются на положениях статьи 103 Договора (бывш. ст. 83 Договора, учреждающего ЕС). Так, согласно статье 103 Совет по предложению Комиссии и после консультации с Европейским Парламентом принимает соответствующие *регламенты* или *директивы* (regulations or directives) в целях осуществления принципов, установленных в статьях 101 и 102².

¹ Commission Regulation (EC) No 2658/2000 of 29 November 2000 // OJ L 304 05.12.2000, Commission Regulation (EC) No 358/2003 of 27 February 2003 // OJ L 053 28.02.2003 // http://europa.eu/pol/comp/index_en.htm – оф.с. Евросоюза

² Согласно положениям Договора, учреждающего Конституцию для Европы, по предложению Комиссии в целях осуществления принципов, закрепленных в ст. III-161 и III-162, Совет принимает соответствующие *регламенты* (The Council shall adopt the European regulations). Совет при-

Положения, предусмотренные в параграфе 1, в частности, имеют своей целью:

- a) обеспечить соблюдение запретов, установленных в статье 81, параграф 1, и в статье 82, путем принятия положений о единовременных и периодически налагаемых штрафах;
- b) выработать детализированные правила применения статьи 81, параграф 3, учитывая необходимость, с одной стороны, обеспечить эффективный контроль и надзор, и насколько возможно упростить административный контроль, с другой;
- c) определить, в случае необходимости, сферу применения положений статей 81 и 82 в различных отраслях экономики;
- d) определить в процессе применения положений, установленных в настоящем параграфе, соответствующие функции Комиссии и Суда ЕС;
- e) определить взаимоотношения между национальными законодательствами государств-членов и положениями, содержащимися в настоящем подразделе или принятыми в соответствии с настоящей статьей¹.

Полномочия Комиссии в сфере нормотворческой и правоприменительной деятельности базируются на положениях статьи 105 Договора (бывш. ст. 85 Договора, учреждающего ЕС). Без ущерба положениям статьи 104² Комиссия обеспечива-

студует к работе после консультаций с Европейским парламентом (п. 1 ст. III-163 Конституции). А согласно ранее действовавшей редакции Договора, учреждающего Европейское Сообщество, Совет *квалифицированным большинством голосов* (*by a qualified majority*) по предложению Комиссии и после консультации с Европейским парламентом принимал соответствующие регламенты или директивы (*regulations or directives*) в целях осуществления принципов, установленных в ст. 81 и 82.

¹ e) определить взаимоотношения между национальными законодательствами государств-членов и положения настоящего подраздела, а также регламентами, принятыми в соответствии с настоящей статьей – ред. Договора, учреждающего Конституцию для Европы.

² Ст. 104 Договора предписывает, что до момента вступления в силу положений, принятых во исполнение статьи 103, власти государств-членов должны принимать решения относительно допустимости соглашений,

ет применение принципов, установленных в статьях 101 и 102. Так, ею выработаны, например, Руководства по горизонтальным и вертикальным ограничениям (торговли – *авт.*)¹. По обращению государства-члена или по собственной инициативе и в порядке сотрудничества с компетентными органами государств-членов, которые обязаны оказывать ей содействие, Комиссия расследует случаи предполагаемого нарушения этих принципов. Если она установит, что имело место нарушение, она предлагает соответствующие меры, необходимые для его прекращения.

Если нарушение, о котором говорится в параграфе 1, не будет прекращено, Комиссия выносит *мотивированное решение*, фиксируя нарушение принципов. Комиссия вправе опубликовать вынесенное решение и уполномочить государства-члены принять необходимые меры, условия и детализированное регулирование, определяемые ею в целях исправления положения.

Комиссия также вправе принимать *регламенты*, касающиеся тех категорий соглашений, в отношении которых Совет принимает *регламенты* или *директивы* согласно положениям п. b) параграфа 2 статьи 103².

Комиссия уже давно принимала *регламенты*, так, например, статья 3 Регламента Комиссии ЕС № 1983/83 содержала так называемый «черный список» запрещенных соглашений, в который были включены соглашения между производителями

решения и согласованных действий, а также относительно злоупотреблений доминирующим положением на внутреннем (ранее – общем) рынке в соответствии с законодательством своих стран и положениями статьи 101, в частности, параграфа 3, и статьи 102.

¹ Commission notice of 13 October 2000: Guidelines on vertical restraints [COM(2000/C 291/01) – Official Journal C 291 of 13.10.2000] // <http://www.europa.eu.int/scadplus/leg/en/lvb/l26061>; Commission Notice of 6 January 2001: Guidelines on the applicability of Article 81 to horizontal cooperation agreements (OJ C 3 of 06.01.2001) // <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/>

² Сходная возможность предусматривается п. 3 ст. III-165 Договора, учреждающего Конституцию для Европы, который гласит, что Комиссия вправе принимать *регламенты*, касающиеся тех категорий соглашений, в отношении которых Совет принимает *регламенты* согласно положениям п. b) параграфа 2 статьи III- 163.

взаимозаменяемых товаров о взаимном исключительном распространении товаров друг друга, а также соглашения в отношении товаров, которые не имеют взаимозаменяемого аналога, как в пределах, так и за пределами территории, охватываемой соглашением. Статья 2 Регламента закрепляла перечень видов ограничения конкуренции, которые допустимы и не признаются противоправными, – это так называемый «белый список». Правомерными называются налагаемые на эксклюзивного распространителя продукции ограничения в виде:

- обязательства не производить и не распространять товары, конкурирующие с покупаемым товаром;
- обязательства покупать указанный в договоре товар только у продавца;
- обязательства воздерживаться от поиска клиентов в отношении указанного в договоре товара за пределами оговоренной территории и от создания за ее пределами отделений или филиалов для целей распространения¹.

Однако до последнего времени Комиссия рассматривалась в качестве органа, непосредственно участвующего в формировании политики ЕС, разработке законодательства ЕС и претворении его в жизнь, являясь исполнительным органом ЕС, она наделялась полномочиями осуществлять контроль и пресекать всякие нарушения права ЕС странами-участницами². Интересно отметить в этой связи, что в рамках Европейского объединения угля и стали (ЕОУС) правом принятия обязательных правовых актов – общих решения и рекомендаций – обладала Комиссия (а не Совет)³.

¹ См.: Четвергова Н.Ю. Запрет соглашений, нарушающих конкуренцию, в антимонопольном праве Европейского Союза и Российской Федерации // Сравнительное право и проблемы частноправового регулирования: Материалы научной конференции аспирантов кафедры гражданского и трудового права юридического факультета Российского университета дружбы народов, 25 января 2003 г. / Сост. В.В. Безбах, Е.П. Ермакова, И.Н. Душина. – М.: МАКС Пресс, 2003. – С. 62-69.

² См.: Право Европейского Союза: правовое регулирование торгового оборота: Учеб. пособие / Под ред. В.В. Безбаха, А.Я. Капустина, В.К. Пучинского. – М.: ЗЕРЦАЛО, 2000. – С. 16-18, 32-42.

³ Там же. – С. 39.

Согласно действующей редакции Договора о ЕС¹ Комиссии надлежит содействовать претворению в жизнь общих интересов Союза и реализовывать для достижения этой цели соответствующие инициативы. Комиссии надлежит гарантировать применение Договоров (составляющих основу деятельности Евросоюза – *авт.*) и осуществление мер, предпринимаемых институтами Союза согласно положениям договоров. Комиссия также осуществляет контроль и надзор за применением нормативных предписаний Союза (Union law) по контролю Европейского Суда Правосудия. Ей следует выполнять бюджет и осуществлять претворение в жизнь программ; координировать, исполнять и осуществлять администрирование функциями согласно положениям договоров и др. (п. 1 ст. 17). Законодательные акты Союза могут быть приняты *только на основе* предложений Комиссии, кроме случаев, когда положениями договоров предусматривается иное. Иные акты принимаются на основе предложений Комиссии, когда это предусмотрено положениями договоров (п. 2 ст. 17).

Что касается территориальной и субъектной сфер действия проконкурентных норм ЕС, то субъектами антиконкурентных действий в ЕС являются *предприятия* (undertakings). Понятие «предприятие» выработано Судом ЕС и трактуется весьма широко. В смысле статьи 101 Договора к предприятиям могут быть отнесены любые субъекты, осуществляющие экономическую деятельность, независимо от того, направлена ли она на извлечение прибыли, включая физические и юридические лица. Так, в 1978 г. «предприятием» по решению Европейской Комиссии был признан певец Л. Паваротти², а в 1990 г. – Международная федерация футбольных ассоциаций, поскольку наряду

¹ См.: Consolidated versions of the Treaty on European Union and the Treaty on the functioning of the European Union (OJ C115, 9.5.2008) // <http://eur-lex.europa.eu/> Консолидированная версия содержит текст Договора о ЕС (Treaty on European Union).

² См. решение по делу *RAI/UNITEL* [1978] // OJ L 157/39, [1978] 32 CMLR 306.

с чисто спортивной деятельностью она занималась и деятельностью экономической¹.

Вместе с тем, действие проконкурентных норм ЕС не распространяется на поведение предприятий, зарегистрированных в ЕС, но ограничивающих конкуренцию в третьих странах. Одновременно согласно принципиальному подходу Комиссии и Суда ЕС «предприятие» должно являться *единым экономическим субъектом*. «Предприятием» в этом смысле могут признаваться рассматриваемые с экономической точки зрения как единое целое материнская и дочерняя компании и иные предприятия, связанные единым управлением и являющиеся самостоятельными юридическими лицами, поскольку дочерняя компания, например, несвободна в определении своей политики на рынке².

«Предприятием» также могут быть признаны образования, не являющиеся юридическими лицами, но способные по законодательству страны учреждения осуществлять экономическую деятельность. Так, по делу *Polypropylene*³ Суд ЕС указал, что понятие «предприятие» не идентично понятию «юридическое лицо» для целей акционерного и налогового права и может применяться к любому субъекту, занятому экономической деятельностью. Это могут быть и торговые товарищества и общества, и представители свободных профессий (юристы, инженеры, архитекторы и др.) и их объединения, поскольку они вовлечены в экономическую деятельность, и предприятия публично-го сектора экономики, если на них не распространяются специальные нормы права ЕС, и даже страны – участницы ЕС.

¹ См.: Европейское право: Учебник для вузов / Под общ. ред. д.ю.н., проф. Л. М. Энтина. – М.: НОРМА (Издательская группа НОРМА – ИНФРА-М), 2002. – С. 389.

² См. решение по делу *Centrafarm BV and Adriaan de Peijper v Sterling Drug Inc.* (Judgment of the Court of 31 October 1974). Case 15-74 // European Court reports 1974 Page 01147. // <http://eur-lex.europa.eu/>

³ *Deufil GmbH & Co. KG v Commission of the European Communities*. Case 310/85 R. // <http://eur-lex.europa.eu/>

§2. Общая характеристика монополистической деятельности предприятий на рынке ЕС

Историческое развитие антимонопольного законодательства многих, в первую очередь, европейских (но не только¹) стран, отраженное и на наднациональном уровне, серьезно и подчас принципиально отличается от аналогичной практики Соединенных Штатов, хотя в основном и повторяет принципы и идеи антитрестовского законодательства. Важнейшим отличием является гораздо более либеральное отношение к монополистической деятельности.

Так, если в США запрещается монополизация (фактическая и потенциально возможная), в том числе всякий договор, объединение в виде треста или в иной форме, а также сговор с целью ограничения развития промышленности или торговли между различными штатами или с иностранными государствами, то в ряде стран Европы запрещается не доминирование само по себе, а злоупотребление доминированием, а государству дано право *разрешать* в определенные периоды в тех или иных отраслях заключение картельных соглашений различного рода с целью улучшения экономической ситуации в этих отраслях. Отличия выявляются и в практической деятельности, связанной с антимонопольными законами.

Причина подобных расхождений состоит в широком распространении в европейских (но не только²) странах убеждения

¹ Подробнее о развитии антимонопольного законодательства латиноамериканских стран см.: *Беликова К.М.* Правовые акты об охране конкуренции в Европейском Союзе и странах Южноамериканского общего рынка: сравнительно-правовой аспект // *Законодательство и экономика*. – 2007. – № 2. – С. 72-83.

² Подробнее об антимонопольной политике в латиноамериканских странах см.: *Беликова К.М.* Общая характеристика монополистической деятельности предприятий на рынках стран МЕРКОСУР // *Вестник Российского университета дружбы народов. Серия «Юридические науки»*. – 2008. – № 1. – С. 48-54; *Она же.* Правовая охрана конкурентной среды в странах МЕРКОСУР: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2007; *Она же.* Правоприменительная практика Европейского Союза и стран Южноамериканского общего рынка – Аргентины, Бразилии и Перу о верти-

в том, что строгое – в американских традициях – исполнение антимонопольных законов может привести к снижению эффективности экономик этих стран по сравнению с экономикой США, как следствие менее емких внутренних рынков, более низкого уровня концентрации производства и капитала и т.п. в период, когда в Европе принимались первые антимонопольные законы, да и теперь, когда запрет монополизации как существующей, так и потенциально возможной не рассматривается более как единственно возможный способ действия антимонопольных органов даже и в самих США.

В приведенном контексте объектами соответствующего законодательного регулирования являются в настоящее время различные виды нежелательной хозяйственной деятельности, те или иные способы и методы ведения предприятиями монополистами торговли и производства.

Это создаваемые *de jure* и *de facto* монополистические объединения (картели, синдикаты, концерны и т.д.), а равно осуществляемые в иных формах монополистические действия: включение в текст договора ограничительных условий, юридически и хозяйственно связывающих контрагента в дальнейшей его деятельности – ограничение другой стороны сделки в установлении по своему усмотрению рыночных цен, выборе контрагентов, определении территории деятельности, проведении тех или иных видов хозяйственных операций и т.д.

Все они получают название *ограничительной торговой практики*, поскольку являются предусмотренными Договором о функционировании ЕС (а равно законами о конкуренции той

кальных соглашениях, ограничивающих торговлю, на примере связывающих контрактов, отказа в продаже товаров или предоставлении услуг и установления цен перепродажи // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. – 2006. – № 3(6). – С. 77-89; Злоупотребление доминирующим положением в законодательстве, доктрине и правоприменительной практике Европейского Союза и стран Южноамериканского общего рынка – Аргентины, Бразилии и Перу // Право и политика. – 2006. – № 7 (79). – С. 38-52; Положения правовых актов и правоприменительная практика о горизонтальных соглашениях, ограничивающих торговлю, Европейского Союза и стран Южноамериканского общего рынка – Аргентины, Бразилии и Перу // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. – 2006. – № 1. – С. 31-42.

или иной страны ЕС) вредоносными деяниями одного или группы хозяйствующих субъектов, посягающими на правопорядок в сфере добросовестной конкуренции и направленными на искажение, ограничение или устранение конкуренции на рынке.

В основу квалификации практики как ограничительной положен критерий нарушения ею «нормальной» или «рабочей» рыночной конкуренции. Имеется в виду такое воздействие на состояние рынка, создание таких договорных и хозяйственных условий, которые ограничивают свободу предпринимательства других участников оборота, вынуждают их прибегать к нежелательным методам хозяйствования в коммерческой и/или производственной сферах деятельности.

Для удобства рассмотрения их можно группировать по-разному. Наиболее удобным представляется существующее в доктрине зарубежных стран¹ деление запрещаемой деловой практики по принципу установления *контроля за рыночным поведением* предприятий и *структурой рынка*. Контролирование рыночного поведения предполагает запрет антиконкурентных соглашений – горизонтальных и вертикальных ограничений торговли и злоупотребления доминирующим положением на рынке (или монополизации рынка); контролирование структуры рынка нацелено на предотвращение антиконкурентных слияний и приобретений крупных партий имущества.

В ЕС подразделение антиконкурентных соглашений на горизонтальные и вертикальные отражено в актах Европейской

¹ См., например: *Melgar N., Rovegno L.* La Defensa de la Competencia en Uruguay : un debate necesario – Monografias 2004 // www.ccee.edu.uy/bibliote/demos/oct04/monograf.PDF; *Winograd C.* Defensa de la competencia en Uruguay: Limitaciones y desafios. Diciembre 2003 // www.bancomundial.org.ar/archivos/Winograd_infraestructura.ppt; *Oliveira G.* Competition policy in Brazil and Mercosur: Aspects of Recent Experience // BLC # 3-B, 1998, Marzo. P. 2-23; *Montano T.D.* Op. cit.; *Carrano Tarrillo I.F.* La ley antimonopolios y antioligopolios del sector electrico: deben controlarse las fusiones y adquisiciones en el mercado de la electricidad? // BLC # 3-B 1998, Marzo. P. 48-52; *Nehme N.* Sistema chileno de defensa de la libre competencia. Necesidad de requerir autorizacion previa para la aprobacion de operaciones de concentracion? // BLC # 21 Febrero 2006. P. 51-60 и др.

Комиссии – Руководствах по горизонтальным и вертикальным ограничениям¹.

В отношении *запрещенной практики* Договор о функционировании ЕС устанавливает запрет на заключение соглашений между предприятиями, принятие решений их ассоциациями и осуществление согласованных действий, а также злоупотребление одним или несколькими предприятиями доминирующим положением на Общем рынке или на существенной его части, которые могут причинить ущерб торговле между странами – участницами Общего рынка.

Соглашения, решения ассоциаций предприятий и согласованные действия должны, кроме того, иметь своей целью или следствием предотвращение, ограничение или искажение конкуренции в пределах Общего рынка, а доминирующее положение может, кроме того, выразиться в изменении структуры конкуренции на существенной части Общего рынка (ст. 101(1), 102 Договора).

Последствия ограничения конкуренции заключаемыми соглашениями, решениями ассоциаций и согласованными действиями должны быть ощутимы. Для прояснения того, что следует понимать под ощутимостью в 1970 г., например, Комиссия выпустила указания по малым соглашениям, согласно которым положения статьи 85 Договора не распространялись на соглашения, действия которых охватывают товары и услуги, составляющие не более 5% всего рынка подобных товаров.

Признание соглашений, решений и действий противоправными осуществляется согласно сложившейся судебной практике на основании одновременно и доктрины *per se* и *правила разумности*².

¹ Commission Notice of 6 January 2001: Guidelines on the applicability of Article 81 to horizontal co-operation agreements (OJ C 3 of 06.01.2001); Commission notice of 13 October 2000: Guidelines on vertical restraints [COM(2000/C 291/01) – OJ C 291 of 13.10.2000] // <http://www.europa.eu.int/scadplus/leg/en/lvb/l26061>.

² Подробнее см.: *Никеров Г.И.* Законодательство США, ЕС и России об антиконкурентных соглашениях // США – Канада: Экономика. Политика. Культура. – М., 1999. – № 12. – С. 91-103; Гражданское и торговое право зарубежных стран: Учеб. пособие / Под общ. ред. Безбаха В.В., Пучинского В.К. – М.: МЦФЭР, 2004. – С. 494, 495; *de Mattos Ramos M.* Antitrust

Доктрина *per se* была сформулирована в 1898 г. федеральным апелляционным судом 6-го округа США в решении по делу *U.S. v. Addiston Pipe and Steel Co.* на основе принципа, закрепленного в статье 1 закона Шермана 1890 г., запрещающего всякую монополизацию рынка одной компанией, а одобрена и изложена более четко Верховным судом США в 1927 г. в решении по делу *U.S. v. Trenton Potteries Co.* Суть ее в установлении запрета определенного набора хозяйственных практик как таковых – выявление самого факта ограничивающей конкуренцию хозяйственной практики (действий/соглашений) служит достаточным условием для принятия решения антимонопольным органом или судом о запрете (пресечении) такого рода практики и, соответственно, применения штрафных санкций.

Правило разумности было сформулировано Верховным судом США в 1912 г. в решении по делу *U.S. v. Standard Oil of New-Jersey*. Суть его сводится к следующему. Некоторые формы действия и соглашения между хозяйствующими субъектами на рынке предполагают ограничение конкуренции. Ограничения конкуренции так или иначе сопряжены с тем, что часть хозяйствующих субъектов не имеет доступа к тем или иным альтернативам, которые в противном случае (если бы не действия или соглашения других субъектов) были бы доступны. Вместе с тем, упомянутые ограничения могут быть связаны не только с негативными последствиями, но и с решением проблемы компенсации контрактных рисков, которое находит отражение в снижении издержек производства (как суммы трансформационных и транзакционных издержек). Таким образом, *правило разумности* – это инструмент антимонопольного регулирования, с помощью которого на основе сопоставления позитивных и отрицательных последствий соглашений или деятельности хозяйствующих субъектов, ограничивающих конкуренцию, разрешается или запрещается такого рода практика. Доктринальная дискуссия о предпочтительности одного из этих подходов продолжается в ЕС до сих пор.

and Predation – Reflections on the State of Art – MF/ SEAE Documento de trabalho ne 05 – Outubro/2000 // http://www.fazenda.gov.br/seae/documentos/doctrabalho/doc_trab_n05.PDF.

Соглашения признаются противоправными сами по себе (*per se*), если очевидно содержат антиконкурентные положения, т.е. их предметом является совершение одного из действий, указанных в перечне статьи Договора, либо иных актах органов ЕС, издаваемых по вопросам порядка применения статьи 101(1, 2) и содержащих перечни запрещаемых соглашений; в случае сомнения Суд оценивает фактические обстоятельства дела и воздействие соглашений на конкурентную среду – по сути, применяется *правило разумности*.

Решения ассоциаций и согласованные действия не запрещены, поскольку факт намеренной подмены рисков конкурентной борьбы практической кооперацией – согласованными действиями – требует доказывания. Суд ЕС неоднократно признавал параллельное рыночное поведение нормальной реакцией предприятия на ситуацию на рынке¹.

Позиция Комиссии и Суда ЕС относительно установления *факта злоупотребления доминирующим положением* основывается преимущественно на ряде экономических понятий, таких как товарный и географический рынки, временной фактор доминирования (доминирующее положение должно быть не кратковременным, а долговременным); особое внимание уделяется наличию крупной рыночной доли предприятия (в одном из решений Суд ЕС указал, в частности, что наличие 50% рыночной доли является само по себе достаточным фактором для квалификации положения предприятия как доминирующего), а также экономическому понятию «рыночная власть» – способность действовать независимо от поставщиков, потребителей и других участников рынка. Вместе с тем, на уровне нормативных предписаний каких-либо презумпций относительно размера концентрации капитала, который начинает представлять опасность свободе конкуренции, не закрепляется. Среди иных факторов можно выделить технологическое преимущество предприятия над своими конкурентами, наличие высокоразвитой системы продаж, отсутствие потенциальных конкурентов и др.

¹ См.: Право Европейского Союза: Учебник для вузов / Под ред. С. Ю. Кашкина. – М.: Юристъ, 2002. – С. 487-489.

Поскольку четкого разграничения между конкуренцией и монополизацией нет, рыночная власть – это всегда вопрос факта, и в каждом конкретном случае необходимо выявлять связь между рыночной долей и рыночной властью, особенно в случае, когда рыночная доля невелика¹.

Поэтому, с одной стороны, существенная рыночная доля может не представлять опасности и не повлечет запрещение деятельности аккумулировавшего ее одного или нескольких предприятий. С другой стороны, она дает предприятию ряд возможностей по ограничению объемов производства, снижению качества продукции и темпов внедрения инновационных технологий, изменению существующего уровня цен и т.д.

В этом формате поведение предприятия квалифицируется в качестве злоупотребления также на основе *правила разумности* – само по себе доминирующее положение не объявляется противоправным. Отсутствие в ЕС общего запрета монополизации (несмотря на объявление некоторых соглашений противоправными *per se*) и запрещение лишь злоупотреблений монополистического характера, способных причинить вред торговле между странами-участницами, и отражает суть так называемого *европейского подхода* (в противовес *американскому подходу*, основанному на запрете монополизации).

Относительно причинения ущерба торговле между странами – участницами ЕС причиняющей вред может быть признана хозяйственная деятельность, затрагивающая несколько стран и даже ограниченная рамками одной страны. Комиссия толкует связь действий предприятий с торговлей между странами – участницами ЕС максимально широко, признавая, что она может быть прямой, косвенной, фактической или потенциальной. Под существенной частью рынка могут пониматься и весьма незначительный товарный и географический рынки².

¹ Объясняется это тем, что использование рыночной власти даже при наличии существенной рыночной доли не всегда возможно, а иногда, если и возможно, вероятные негативные последствия от ее осуществления для общества не превышают потенциальных выгод.

² См. решение по делу *Coöperatieve Vereniging "Suiker Unie" UA and others v Commission of the European Communities* (Judgment of the Court of 16

В ряде случаев в результате усиления рыночной власти хозяйствующих субъектов образуются новые хозяйствующие субъекты, занимающие доминирующее положение, в результате чего, по сути, заново формируются рынки некоторых товаров. Поэтому нельзя обойти молчанием следующую не менее важную концепцию, выработанную правоприменительной практикой и закрепленную антимонопольным законодательством ЕС и стран – участниц ЕС концепцию «экономической концентрации» («economic concentration»).

Европейский подход к трактовке «экономической концентрации» нашел концептуальное отражение в Регламенте Европейского совета 4064/89 от 21 декабря 1989 г.¹, неофициально называемом Регламентом о слияниях, применительно к которым в нем используется термин «концентрация». В Регламенте указывается, что концентрацией признается лишь такая операция, которая влечет постоянное изменение структуры вовлеченных в нее предприятий путем приобретения *контроля*, который может быть направлен на исключение соперников из конкурентной борьбы. В настоящее время его заменил Регламент Совета от 20 января 2004 г. о контроле за концентрациями предприятий («Регламент о концентрациях»)².

В числе механизмов концентрации контроля и централизации капитала более традиционными и потому более других подвергающимися законодательной регламентации зарубежная доктрина³ признает такие механизмы концентрации, при кото-

December 1975. Joined cases 40 to 48, 50, 54 to 56, 111, 113 and 114-73. //European Court reports 1975 Page 01663).

¹ Council Regulation (EEC) No 4064/89 of 21 December 1989 on the control of concentrations between undertakings [OJ L 395 of 30 December 1989].

² Council Regulation (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings (the EC Merger Regulation) [OJ L 024 of 29.01.2004]. // <http://europa.eu/scadplus/leg/en/>

³ См.: *Fernández P., Bonet A.* Fusiones, adquisiciones y control de las empresas // <http://web.iese.edu/PabloFernandez/docs/16.fusionesBonet.pdf>; *Jaikel R.S., Morell A.C., González L.A.* Aspectos Generales que deben ser consideradas en una Fusión, Adquisición o Transformación de Entidades. // <http://www.conassif.fi.cr/Docs/Fusiones.htm> и др.

Разграничение механизмов, ведущих к концентрации, с использованием критерия утраты либо сохранения юридической самостоятельности

рых юридическая личность предприятий утрачивается, – слияния, – посредством которых достигается максимальная концентрация¹.

Так, трактовку слияния, поддерживаемую европейским законодателем, закрепляет Третья директива Совета ЕС², допускающая слияние 1) путем присоединения одной компании к другой и 2) путем создания новой компании. Согласно статье 3 Третьей директивы ЕС **слияние путем присоединения** означает процедуру, в результате которой одна или несколько компаний прекращаются без проведения процедуры ликвидации, а все их права и обязанности переходят в порядке правопреемства к другой компании. Акционеры же приобретаемых компаний получают акции присоединяющей компании или денежную компенсацию. Статья 4 Директивы устанавливает, что **слияние путем создания новой компании** означает процедуру, в результате которой две или несколько компаний прекращаются без проведения процедуры ликвидации, а их права и обязанности переходят в порядке правопреемства к вновь создаваемой компании. Акционеры прекращающихся обществ получают акции компании, возникшей в результате слияния, или адекватную денежную компенсацию.

Следует отметить, что антиконкурентные слияния и приобретения крупных партий имущества не означены ни в приведенных статьях Договора в качестве тех случаев, когда предписывается их применение, ни в других его статьях, и изначально не преследовались ни Комиссией, ни Судом ЕС, поскольку проконкурентные нормы ЕС сосредотачивались преимущественно на антиконкурентных соглашениях фирм. Контроль за рыноч-

было известно также представителям дореволюционной цивилистической науки. – См., например: *Венедиктов А.В.* Слияние акционерных компаний // Избранные труды по гражданскому праву: В 2-х тт. Т. I. – М.: Статут, 2004. – С. 73-79.

¹ См.: *Garrigues, Joaquín.* Curso de Derecho Mercantil. México, Editorial Porrúa, 1979, Tomo I, p. 619. Цит. по: *Echaiz Moreno D.* Op. cit. См. Также: *Echaiz Moreno D.* Fusiones empresariales, control y libre competencia // Diario Oficial «El Peruano». Lima, 19 de diciembre del 2000, p. 28.

² Third Council Directive 78/855/EEC of 9 October 1978 based on Article 54(3)(g) of the Treaty concerning mergers of public limited liability companies // OJ L 295. 20.10.1978.

ными структурами играл в европейском праве меньшее значение¹. Бывшая статья 82 была впервые применена к антиконкурентным слияниям и приобретениям в 1973 г. при рассмотрении и разрешении дела *Continental Can*, бывшая ст. 81 – в 1987 г. при рассмотрении и разрешении дела *Filip Morris*.

В приведенном формате в п. 7 Преамбулы Регламента Совета от 20 января 2004 г. о контроле за концентрациями предприятий отмечается недостаточность для целей такого контроля предписаний вышеуказанных бывших статей 81 и 82 Договора. Указывается также на то, что настоящий Регламент принят не столько в силу предписаний рассматриваемой выше статьи 83 Договора, сколько статьи 308, согласно которой Сообщество вправе наделить себя дополнительными полномочиями, необходимыми для достижения поставленных целей. При этом положения настоящего Регламента надлежит применять в случаях существенных структурных изменений рынка, которые выходят за пределы любой из стран-участниц ЕС. Рассмотрение дел, связанных с образованием таких, трансграничных, концентраций осуществляется исключительно на уровне Сообщества с применением системы «*one-stop shop*» system² in merger cases, нацеленной на внедрение упрощенных процедур, предшествующих направлению в Комиссию уведомления о предполагаемой операции о слиянии, и принципа subsidiarity. Остальные концентрации находятся в сфере действия национальных правовых систем стран – участниц ЕС.

Важно отметить, что интересам укрепления позиций национальных компаний на мировом рынке во всех странах, в том числе в странах ЕС, отдается безусловный приоритет перед

¹ См.: Никеров Г.И. Цит. соч.

² Merger control when to refer to Brussels – International Financial Law. March 2005. [//www.iflr.com/Article/1978441/Merger-control-when-to-refer-to-Brussels.html/](http://www.iflr.com/Article/1978441/Merger-control-when-to-refer-to-Brussels.html/)

Сходная система действует в ЕС также, например, в сфере налоговых правоотношений. – См.: Ainsworth R. Th. The One-Stop-Shop in VAT and RST: Common Approaches to EU-US Consumption Tax Problems. Boston University – School of Law // Boston Univ. School of Law Working Paper No. 06-27 Tax Notes International, Vol. 2005, p. 693, February 21, 2005. [//http://papers.ssrn.com/sol3/](http://papers.ssrn.com/sol3/)

принципами свободной конкуренции и недопущения монополизма на внутренних рынках.

В связи с этим вопросы создания экономических концентраций попадают в поле зрения экономистов и правоведов¹, пытающихся найти как положительные, так и отрицательные аспекты процессов создания таких «концентраций». В числе положительных аспектов экономической интеграции исследователями отмечается:

- 1) способность «концентрации» становиться одним из основных рычагов противодействия иностранным конкурентам, будучи целенаправленно сформированной на основе технологически и кооперационно связанных промышленных хозяйствующих субъектов, выпускающих или способных в самое короткое время обеспечить выпуск конкурентоспособной на внутреннем и внешнем рынке продукции крупной корпоративной структуры;
- 2) создание крупных вертикально-интегрированных структур способствует сокращению управленческих структур, минимизации затрат на управление, высвобождению и консолидации инвестиций в развитие собственного производства и в предприятия, имеющие с ними родственные и имущественные отношения и др.

В числе отрицательных аспектов указывается на то обстоятельство, что создание интегрированных структур может привести к монополизации отдельных рынков и отраслей узким кругом собственников, что позволит контролировать не только крупные интегрированные структуры, но и отдельные стратегически важные отрасли промышленности.

¹ См., например: *Бурганов Р.* О положительных и отрицательных эффектах экономической концентрации // *Маркетинг.* – 2003. – № 2. – С. 3-9; *Бурмистрова Т., Мартыненко Г.* Экономическая концентрация в России и государствах ЕС. Антимонопольный контроль // *Право и экономика.* – 2004. – № 5. – С. 13-24; *Шершенков А.А.* Нарушения антимонопольного законодательства, выявленные в ходе государственного контроля экономической концентрации и их последствия // *Акционерный вестник.* – 2003. – № 2.

Кроме того, «экономическая концентрация» может характеризоваться рядом *внутренних недостатков*, таких как: повышение стоимости, снижение качества и скорости передачи информации по усложняющимся вертикальным связям, неэффективное использование мощностей структурных и дочерних предприятий и др. К числу *недостатков* интегрированных рассматриваемым образом структур *с точки зрения антимонопольного законодательства* следует отнести также наличие в них предприятий, работающих на конкурентных товарных рынках и находящихся в привилегированном положении по отношению к своим конкурентам.

В приведенном контексте позиция европейского антимонопольного права в этом вопросе была сформулирована еще в 1930 г. в резолюции XXVI конференции Межпарламентского союза в Лондоне. Она гласит, что картели, тресты и другие аналогичные объединения представляют собой естественное явление в экономической жизни, в отношении которого невозможно занять полностью негативную позицию. Учитывая, однако, что такие объединения могут оказывать вредное воздействие как на общественные интересы, так и на интересы государства, их необходимо контролировать. Этот контроль не должен принимать форму такого вмешательства в экономическую жизнь, которая могла бы затронуть ее нормальное развитие. Он должен лишь быть контролем над возможными злоупотреблениями и предотвращать такие злоупотребления¹.

Цель этой системы контроля заключается, естественно, не в том, чтобы запретить операции по концентрациям – нередко государство, наоборот, стимулирует слияния, объединения национальных предприятий для усиления их конкурентоспособности на мировом рынке. Так, О.Х. Эксебьо отмечает, что «экономическая концентрация в руках государства нередко превращается в эффективный инструмент направляющего воздействия в рамках национальной экономики»².

¹ См.: Кулагин М.И. Государственно-монополистический капитализм и юридическое лицо // Избранные труды по акционерному и торговому праву. 2-е изд., испр. – М.: Статут, 2004. – С. 140, 141.

² Hundskopf Exebio, Oswaldo. Regulación jurídica de los grupos de empresas // Informativo Legal Rodrigo. Lima, Asesores Financieros, noviembre de

Основная задача системы такого контроля – воспрепятствовать «чрезмерной» концентрации, поскольку ее негативные последствия в экономическом и социальном плане превосходят ее положительный эффект. Контроль распространяется лишь на те операции, когда в них участвуют или в результате их проведения образуются предприятия, размер которых или доля которых на национальном рынке превосходят пределы, установленные антимонопольным законодательством. Следовательно, как и в случае с квалификацией поведения предприятий на рынке в качестве злоупотребления доминирующим положением, решение принимается на основании «правила разумности».

§ 3. Антимонопольное законодательство и принцип свободы договора

Антимонопольное законодательство, практика его применения, накопление опыта в этой области приводили и по сей день приводит к необходимости развития теоретической основы, на которую опирается антимонопольная политика. При этом любые теоретико-правовые концепции и разработки в области применения антимонопольных мер базируются на практическом подтверждении их истинности и жизнеспособности. Таким образом в Германии, например, было выработано понятие недобросовестной (недоброкачественной) конкуренции. Во Франции – свободной конкуренции и экономической власти, под которой понимается любая (независимо от формы) сделка, предполагающая такой переход права собственности или права пользования всем имуществом (или его частью) предприятия, который способен повлечь за собой обеспечение ему (или группе предприятий) возможности осуществлять прямо или косвенно давление на другие предприятия на рынке.

В условиях рыночной системы хозяйствования противоречие между тенденцией к монополизации и необходимостью сохранения конкурентной среды преодолевается, как правило, посредством государственного регулирования, которое призва-

1998. – V. 149. – P. XIX. Цит. по: *Echaiz Moreno D. Nuevas Formas de Organización Corporativa Concentrada. 2001. //http://www.5campus.com/leccion/dero022*

но, в частности, обеспечить свободу экономической деятельности. Предоставляя свободу действий для рыночных сил, государство сдерживает лишь крайние проявления рыночной стихии, а именно: ограничивает чрезмерную монополизацию и одновременно предпринимает меры по поддержке и поощрению конкуренции мелкого и среднего бизнеса.

Одним из существенных элементов свободы экономической деятельности выступает *принцип свободы договора*, суть которого сводится к возможности для субъектов гражданского оборота самостоятельно определять необходимость заключения договора, вид и содержание договора, выбирать контрагентов.

Следует отметить, что политика государства в рассматриваемой сфере может выражаться, с одной стороны, в том, что государство предоставляет широкое поле для частной автономии, признает максимально возможную свободу договора и удовлетворяется ролью пресловутого «ночного сторожа». Эта же политика может выразиться, с другой стороны, и в том, что государство станет осуществлять детальную регламентацию того, каким образом надлежит осуществлять экономическую деятельность. В обоих случаях государство различными методами оказывает влияние на степень и порядок развития экономических отношений. Соотношение этих методов было различным в разные периоды развития государства. Так, свобода договора и максимальное ограничение вмешательства государства в хозяйство были знаменем буржуазии в ее борьбе против феодального неравенства и абсолютистского государства. Лозунг свободы договора был одним из самых популярных в эпоху буржуазных революций. Он выводился из основных природенных прав человека. Не случайно теоретики этого периода считают, что самым своим существованием государство обязано договору¹.

В этом контексте вопрос о том, насколько широко вмешивается государство в договорные отношения, насколько оно допускает частную автономию и свободу договора, имеет большое значение. Общество заинтересовано в том, чтобы каждый свободно занимался торговой и промышленной деятельностью;

¹ См.: Халфина Р.О. Договор в английском гражданском праве. – М.: Изд-во АН СССР, 1959. – С. 184.

в этом заинтересован и каждый отдельный член общества. Всякое вмешательство в личную свободу торговли и промысла и всякого рода ограничения этой свободы сами по себе, если в них не содержится ничего больше, недопустимы. Таково общее правило. В настоящее время, однако, оно допускает исключения: ограничения свободы торговли и промысла и вмешательство в личную свободу деятельности могут быть оправданы исключительными обстоятельствами в каждом отдельном случае. Оправданием таких ограничений служит превышение пользы для общества над причиняемым ими вредом, т.е. в конечном счете – разумность ограничения с точки зрения публичных интересов. При этом вопрос о разумности ограничения является вопросом права, подлежащим разрешению антимонопольными органами, а иногда и суда, кроме тех, которые объявляются противоправными исходя из их природы, и, следовательно, ничтожны и не влекут правовых последствий, как противоречащие запрещающей их норме объективного права. Устанавливая императивные нормы в законе, государство определяет общие границы дозволяемого поведения.

Вместе с тем, трудно оспаривать тот факт, что принцип свободы договора искусно используется предприятиями-монополистами, предоставляет им большую свободу действий. Свободный договор широко применяется монополиями для полного подчинения себе более мелких контрагентов, установления монопольных цен и устранения конкурентов. При этом под договором понимаются как соглашения, формализованные согласно нормам действующего законодательства, так и «джентельменские соглашения» – договоренности, достигаемые заинтересованными лицами в устной форме.

Особое значение имеет *запрет соглашений картельного характера* – соглашений производителей и поставщиков (покупателей), устанавливающих определенные условия производства, продажи, закупок той или иной продукции и меры принудительного осуществления этих условий, направленных на монополизацию рынков сбыта с применением как традиционных, классических методов их раздела, так и сговора по различным аспектам ведения производства.

Наиболее частыми видами картельных соглашений, координирующих «организационные» методы совместного хозяйствования, являются соглашения об условиях ведения *коммерческой* (покупка товара исключительно у данных поставщиков, зависимость скидки от частоты и размера закупок) и *производственной* деятельности (квотирование объемов производства)¹.

К числу наиболее часто встречающихся в практике видов соглашений об условиях проведения *коммерческой* деятельности в рамках «организационных» методов совместного или координированного хозяйствования можно отнести:

- 1) соглашения поставщиков о продаже продукции только определенным покупателям, так называемым «покупателям по одобренному списку», либо о продаже продукции определенной группе покупателей на льготных условиях (например, со скидкой с продажной цены);
- 2) соглашения покупателей о том, что они обязуются покупать товар только у определенных поставщиков, которые, в свою очередь, обязуются продавать товар только покупателям, участвующим в этом соглашении;
- 3) соглашение поставщиков о продаже товаров только тем покупателям, которые соглашаются поддерживать определенный уровень цен при перепродаже товара или при продаже его в розницу;
- 4) соглашения поставщиков о мерах, обеспечивающих выполнение покупателями условий о поддержании определенного уровня цен или иных договорных условий. Сюда относятся соглашения о составлении списков лиц, с которыми ни один из участников соглашения не имеет права вступать в сделку, о штрафах за нарушение условий, о бойкоте фирм или товаров;
- 5) соглашения покупателей о том, что они обязываются покупать товар только у определенных поставщиков и не вправе приобретать его у других продавцов;

¹ См., например: *Свядосц М.Ю.* Регулирование ограничительной практики и внешнеторговые операции // *Внешняя торговля.* – 1989. – № 7. – С. 43-46.

- 6) соглашения о скидках постоянным покупателям в соответствии с размером закупок;
- 7) соглашения между производителями о количестве выпускаемой продукции и о распределении рынков сбыта. Среди коллективных соглашений, которые более правильно было бы назвать монопольными соглашениями, большое место занимают соглашения, направленные на поддержание определенного уровня цен. Таким «определенным» уровнем является, как правило, предельно возможный высокий уровень.

Уже из этого краткого изложения содержания основных видов коллективных соглашений, что они являются правовой формой, используемой монополиями для того, чтобы заставить более мелких контрагентов под видом свободно заключаемого договора принять на себя обязанность полностью подчиняться монополиям во всей своей деятельности.

В числе условий о проведении *производственной* деятельности можно, на наш взгляд, указать условия, относящиеся к инвестициям, изготовлению продукции и техническому ее уровню, в частности: о разделе объемов производства в рамках установленных квот; о рационализации производства на основе специализации и кооперирования в изготовлении продукции; об объеме вложений капитала в развитие производства; о разделе источников снабжения в форме установления импортных квот для определенных территорий; о соблюдении стандартов; о взаимном обмене технической и коммерческой информацией, патентами и лицензиями; об учреждении общих филиалов и финансовых организаций и т.д. Характер договорных средств ограничительной практики при заключении коммерческих контрактов весьма многообразен.

Иллюстрацией может служить дело «*Картеля производителей пива*»¹. Так, в апреле 2007 г. Еврокомиссия наложила штраф в размере 273783 млн евро на трех датских производите-

¹ Зарубежная практика предупреждения и борьбы с картелями, включая программы освобождения от административной ответственности. // <http://www.fas.gov.ru/>

лей пива – компании Heineken, Grolsch и Bavaria¹. В ходе расследования было установлено, что в течение 1996-1999 гг. эти компании провели несколько неофициальных встреч, в ходе которых они согласовывали цены на поставку пива в кафе и рестораны, а также в супермаркеты Голландии, определяя размер скидки с цены, выставяемой для кафе и ресторанов. Кроме того, в ходе встреч были достигнуты договоренности о географическом разделе рынка.

Доказательствами картельного сговора были сделанные от руки записи в ходе неофициальных встреч, а также места и даты встреч. Комиссия получила доказательства участия в картельном сговоре менеджеров высокого уровня данных компаний, включая членов Совета директоров. Компании знали о незаконности своих действий, что доказывалось использованием сокращений при их обращении друг к другу, специальных кодов и проведения встреч в гостиницах и ресторанах.

Компания InBev также предоставила информацию о ценовом сговоре производителей пива в других странах, что дало Комиссии основание для проверки ситуации во Франции, Люксембурге и Италии. В результате расследований картельный сговор производителей пива был раскрыт во Франции и Люксембурге; в Италии наличие картеля доказать не удалось.

¹ Кроме трех перечисленных компаний, в состав картеля входила компания InBev, которая была освобождена от ответственности, поскольку добровольно раскрыла информацию о картеле в соответствии с программой «смягчения ответственности» Еврокомиссией, хотя и предоставила информацию о картеле после того, как дело было возбуждено Комиссией по собственной инициативе. – О программе смягчения ответственности см.: Commission notice on immunity from fines and reduction of fines in cartel cases (OJ C 298, 8.12.2006), 2002 Commission notice on immunity from fines and reduction of fines in cartel cases (OJ C 45, 19.02.2002), 1996 Commission Notice on the non-imposition or reduction of fines in cartel cases (OJ C 207, 18.07.1996). //http://ec.europa.eu/competition/cartels/legislation/leniency_legislation.html; ECN Model Leniency Programme. //http://europa.eu.

§ 4. Защита конкурентной среды ЕС от горизонтальных и вертикальных соглашений, ограничивающих конкуренцию

1. Горизонтальные соглашения, ограничивающие конкуренцию

В качестве общего похода, как отмечалось выше, Договор о функционировании ЕС закрепляет запрет тех *соглашений, решений ассоциаций и согласованных действий*, посредством которых:

- a) прямо или косвенно устанавливаются цены купли-продажи и любые иные условия торговли;
- b) ограничивается или контролируется производство, торговля, техническое развитие или инвестиции;
- c) производится раздел рынков или источников снабжения;
- d) предусматриваются оговорки к одинаковым сделкам с отдельными торговыми партнерами, чем последние ставятся в невыгодные конкурентные условия;
- e) при заключении контрактов выдвигаются требования принятия другими сторонами дополнительных обязательств, которые по своей природе или в соответствии с обычаями торговли не имеют связи с предметом таких контрактов (ст. 81 Договора).

Комиссия и Суд ЕС традиционно понимают соглашения между предприятиями, которыми оформляются указанные либо сходные с ними действия, способные причинять ущерб конкуренции самым широким образом, относя к ним не только контракты гражданско-правового содержания, но и любые, заключенные в любой форме договоры, так называемые «джентльменские соглашения».

На наш взгляд, все действия, закрепленные в качестве примеров в приведенной статье, могут служить примерами *горизонтальных ограничений конкуренции*. Горизонтальные (картельные) соглашения, среди которых особое место занимают ценовые соглашения, преследуются наиболее сурово. Во многих странах ЕС они запрещаются антимонопольным законодательством как таковые, без каких-либо изъятий.

«Мы не потерпим существования картелей и примем все возможные меры, чтобы искоренить их», – отметила Комиссар по вопросам конкуренции Европейской Комиссии Ниэли Крус. «Мы намерены не только сурово наказывать фирмы за образование картеля, но также будем повышать штрафы за продолжение незаконных действий после проверки Комиссией офисов компаний и за предоставление ложной информации»¹.

Проиллюстрируем сказанное решениями по делам *ACF Chemiefirma NV v. Commission* (1970 г.) и *BP Kemi* (1979 г.). В ходе расследования дела *ACF Chemiefirma NV v. Commission* (1970 г.) было выяснено, что менеджеры ряда предприятий заключили договор, устанавливавший цены и квоты на хинин и распространявшийся на страны, не являющиеся участницами ЕС. Одновременно стороны составили письменное соглашение относительно применения такого контракта и достигли устной договоренности не конкурировать между собой на рынках ряда стран – участниц ЕС. Все эти договоренности были признаны Комиссией нарушающими статью 85 Договора (наст. ст. 101) на основании того, что одновременное изменение цен предприятиями, находящимися в разных странах, было расценено как согласованные действия при отсутствии иных выдерживающих критику объяснений происходящего.

Применительно к делу *BP Kemi* (1979 г.) Суд установил три случая увеличения цен, которые были согласованными. Доказательствами послужили встречи изготовителей красителей и ряд косвенных доказательств сговора, например, в одном случае 6 из 10 предприятий, обеспечивавших 85% потребностей стран – участниц ЕС в красителях, послали одновременно телексы с указанием своим дочерним предприятиям в Италии увеличить цены, т.е. прибегли к так называемому «осознанному параллелизму» («conscious parallelism»²). При этом они ис-

¹ Зарубежная практика предупреждения и борьбы с картелями, включая программы освобождения от административной ответственности. // <http://www.fas.gov.ru/>

² Подробнее о доктрине осознанного параллелизма см., например: *Correa P. The Use of Economic Evidence in Cartel Cases.* // www.cade.gov.br; *Artigas Z., Navarro E. Acuerdos Horizontales.* // <http://www.procompetencia.gov.ve/acuerdoshorizontales.html>; Global Forum on Competition. Organisation for

пользовали в детальных инструкциях сходные слова и выражения.

Ответчики оспаривали решение Комиссии, ссылаясь на то, что они действовали параллельно исключительно в силу того, что рынок являлся олигополистическим¹. Представленные доводы Суд отклонил, указав, что национальный рынок не являлся чисто олигополистическим и в достаточной степени изолирован, поэтому от предприятий можно было бы ожидать самостоятельности в выборе соответствующей ценовой политики. Тот факт, что предприятия вправе принимать во внимание возможные ответные действия конкурентов, не означает, что они должны координировать свое поведение в соответствии с поведением конкурентов. Хотя любой производитель вправе свободно устанавливать и изменять цены с учетом возможной реакции конкурентов, сотрудничество производителей в целях выработки общей ценовой политики вообще и повышения цен с тем, чтобы обезопасить себя от непредвиденных действий конкурентов, недопустимо.

Соглашения конкурентов об обмене детальной информацией относительно изменения цен и объемов производства также рассматриваются как ограничение конкуренции². Однако следование такой трактовке порождает трудности доказывания факта достижения каких-либо соглашений и разграничения согласованных действий от единообразного, «*параллельного поведения*» юридически не связанных между собой организационно или договором предприятий, которое обусловливается существующей на рынке ситуацией и экономически целесообразно для предприятия.

Так, о наличии каких-либо соглашений можно судить по поведению рассматриваемых предприятий на рынке. Иллюстрацией сказанного служат решения Комиссии и Суда ЕС по де-

Economic Co-operation and Development. Roundtable on Prosecuting Cartels Without Direct Evidence of Agreement. DAF/COMP/GF(2006)3. 15-Feb-2006.//www.cade.gov.br/Internacional/OECD/DAF_COMP_GF(2006)3_ENG [1].pdf

¹ Олигополия – такое состояние рынка, когда его делят между собой несколько крупных компаний.

² См.: Решение по делу COBELPA (1977 г.).

лам о параллельном изменении цен производителей красящих средств в различных странах – участницах ЕС – *ICI v. Commission* (так называемое *Quinin Cartel Case*) и *Dyestuffs* (1969 г.).

В решении по делу *Wood Pulp* Суд обосновал позицию, согласно которой параллельное поведение на рынке может квалифицироваться как согласованная практика только в том случае, если не может быть объяснено иначе, как согласованием. Во-первых, имел место прямой и косвенный обмен информацией между предприятиями, вследствие чего была создана искусственная прозрачность ценовой информации на рынке. Во-вторых, экономический анализ показал, что рынок не являлся чисто олигополистическим, т.е. таким, в пределах которого существование параллельно устанавливаемых цен было бы возможно. Такова же позиция Суда по делам *Suiker Unie v. Commission* и *Zucher v Bayerische Vereinsbank AG*.

В случае, когда процесс выработки соглашений об осуществлении согласованных действий институционализирован, например, соглашение достигается на встрече членов профсоюза или ассоциации предприятий, действующих в какой-либо сфере или отрасли экономики, имеют место действия, запрещаемые в Договоре как решения ассоциаций, как, например, в деле *Cementhandelaren v. Commission* (1972 г.)¹.

Интересно в приведенном контексте решение по делу так называемого «витаминового картеля»². Начав в январе 1989 г. с витаминов А и Е, на долю которых приходится порядка 60% от общего производства кормовых витаминных добавок, а затем включив витамины В₁, В₂, В₅, С, D₃, Н, бета-каротин и каротиноиды, восемь компаний (F. Hoffmann-La Roche AG (Швейцария), BASF AG (Германия), Aventis SA (Франция), Solvay Pharmaceuticals BV (Голландия), Merck KgaA (Германия),

¹ См.: Право Европейского Союза: Учебник для вузов / Под ред. С.Ю. Кашкина. – М: Юристъ, 2002. – С. 487-489; Четвергова Н.Ю. Цит. соч.; Никеров Г.И. Цит. соч.

² Здесь, а также дело «витаминовый картель» и дела «производителей медных фитингов» и «картеля на рынке асфальта» см.: Зарубежная практика предупреждения и борьбы с картелями, включая программы освобождения от административной ответственности // <http://www.fas.gov.ru/>

Daiichi Pharmaceutical Co Ltd (Япония), Eisai Co Ltd (Япония) и Takeda Chemical Industries Ltd (Япония) создали тайный и отлаженный механизм для контроля рынка соответствующих витаминов, установили свои доли рынка и таким образом координировали свои цены, работая на рынке не как конкуренты, а как члены тесно сплоченного партнерства до февраля 1999 г.

В ходе расследования Комиссия сочла, что нарушения, совершавшиеся производителями, затронули, по меньшей мере, 80% мирового рынка и Европейского рынка по витаминам А, Е, С, В₂, В₅, D₃, бета-каротину и каротиноидам, и действительно сильно повлияли на рынки этих продуктов в Европе. На каждом рынке цены не только согласовывались, но и действительно устанавливались и удерживались на согласованном уровне.

В результате в ноябре 2001 г. Комиссия наложила штраф в размере 855,33 млн евро на названных участников картеля, предоставив, однако, скидки за содействие в расследовании деятельности картеля.

В деле «*производителей медных фитингов*» члены картеля – производители медных фитингов¹ – компании Aalberts (Нидерланды), Delta, Advanced Fluid Connections, Legris, Mueller, IMI, Frabo, Tomkins, Flowflex, Vienger и Sanha Kaimer – с 1988 по 2004 г. занимались фиксированием цен, обменивались коммерческой информацией и осуществляли раздел рынка медных фитингов по составу заказчиков. Подтверждением сговора послужили обнаруженные в ходе расследования Комиссией и осуществленных ею проверок документы, принадлежащие членам картеля (более 80 000 документов). Они включали в себя рукописные записи, поясняющие процедуру повышения цен и кодовые названия участников картеля; а также записи встречи членов картеля, происходившей в 2001 г. в Париже. В 2006 г. Комиссия наложила на членов картеля штраф, общая сумма которого составила 314,7 млн евро².

¹ Медные фитинги соединяют трубы, используемые в водоснабжении, теплоснабжении, водоочистке и для других подобных целей.

² Штрафы некоторых компаний были сурово повышены в связи с тем, что они продолжали фиксировать цены даже после начала проверок их офисов.

В деле «картеля на рынке асфальта» в сентябре 2006 г. Генеральный директорат по конкуренции оштрафовал шесть строительных компаний и восемь поставщиков битума (побочного продукта нефтяного производства, используемого для изготовления асфальта, – компании Shell, Koninklijke Volker Wessel Stevin, KWS, Kuwait Petroleum и др.¹), прекратив деятельность картеля на голландском рынке асфальта². Этот картель целиком охватывал рынок битума, используемого в дорожном строительстве в Нидерландах.

Привлеченные к ответственности строительные компании регулярно встречались с представителями поставщиков асфальта, чтобы устанавливать цены, которые они выставят заводам – производителям асфальта. В качестве компенсации производителям асфальта, являвшимся членами картеля, были установлены некоторые льготы; те, кто не являлся членом картеля, также получал скидки, но их размер был значительно ниже. Картель налагал штрафы на поставщиков битума, которые предоставили большие скидки компаниям, не состоящим в картеле. Согласно обстоятельствам дела в 2002 г. один из участников сговора – компания «ВР» – обратилась в Еврокомиссию с сообщением о существовании с 1994 г. картеля на рынке асфальта и ходатайством о включении ее в вышеупомянутую программу снижения ответственности ввиду добровольного раскрытия соответствующей информации.

Таким образом, решение о наличии либо отсутствии сговора принимается антимонопольным органом ЕС исходя из наличия свидетельств, подтверждающих факт сговора. Таким подтверждением в рассматриваемых случаях служили как документальные свидетельства, так и *косвенные доказательства* – встречи топ-менеджеров и др., и так называемые *дополнительные обстоятельства (plus-factors)*³: существование разумного

¹ Остальные члены картеля – компании Esha, Klöckner Bitumen, Nynäs, Total, Wintershall, Ballast Nedam, Dura Vermeer, Heijmans, Hollandsche Beton Groep и Koninklijke BAM Groep.

² 13 сентября 2006 г. на участников картеля были наложены штрафы общей суммой на 267 млн евро.

³ См.: *Kovacic W.* The Identification and Proof of Horizontal Agreements Under the Antitrust Laws, 38 Antitrust Bulletin 5 (1993).

объяснения, представляемого ответчиками в обоснование согласованных действий; наличие таких действий, которые противоречат интересам ответчика, кроме случаев, когда совершаются в качестве части общего согласованного плана действий; поведение предприятий, необъяснимое с точки зрения функционирования рыночных механизмов иначе, чем сговором; структура отрасли промышленности, затрудняющая предотвращение или ограничение конкуренции и др.

2. Вертикальные соглашения, ограничивающие конкуренцию

Обращаясь к запрету *вертикальных ограничений торговли*, отметим, что согласно положениям Руководства Еврокомиссии по вертикальным ограничениям¹ *вертикальные ограничения торговли* суть соглашения, содержащие ограничения, налагаемые производителями или субъектами, предлагающими товары или услуги на соответствующем рынке, на вертикально соподчиненные рынки, находящиеся на разных уровнях цепочки производитель-потребитель. В качестве таковых указываются: единый товарный знак; эксклюзивное дистрибьюторство или снабжение; исключаящая клиента; связывающие продажи; установление рекомендуемых или максимальных цен перепродажи и др.

Общепризнанно², что вертикальные соглашения носят антиконкурентный характер, когда действия, совершаемые участниками рынка, направлены на исключение соперников из конкурентной борьбы путем установления входных барьеров в отношении потенциальных конкурентов; повышения издержек фактических конкурентов; согласованного осуществления экономической власти со стороны части производителей или дист-

¹ Commission notice of 13 October 2000: Guidelines on vertical restraints [COM(2000/C 291/01) – Official Journal C 291 of 13.10.2000] // <http://www.europa.eu.int/scadplus/leg/en/lvb/l26061>.

² См., например: Commission communication on the application of the Community competition rules to vertical restraints, accompanied by proposals for two Council Regulations: COM(1998) 544; COM(1998)546; Bull. 9-1998 // <http://europa.eu.int/abc/doc/off/bull/en/9809/p102036.htm>

рибьюторов для создания механизмов совместного преодоления препятствий хозяйственной деятельности.

Установление вертикальных ограничений может приводить к укреплению доминирования на соответствующем рынке и негативному воздействию на конкуренцию на соподчиненных рынках, но может и способствовать повышению уровня благосостояния общества. Обычно, получаемая выгода связана с экономией производителей на транзакционных издержках, что обусловлено их стремлением избегать конкуренции между перепродавцами, в результате чего, однако, может быть причинен ущерб не только качеству оказываемых услуг, но и репутации производителей.

Однако такой «самоограничительный» характер вертикальных соглашений, как отмечает Комиссия ЕС, не следует переоценивать. Именно поэтому в ЕС необходимость оценки анти- или проконкурентного воздействия вертикальных ограничений торговли связывается с обладанием рассматриваемыми предприятиями рыночной доли, превышающей 30% соответствующего рынка¹.

Если компании не имеют рыночной власти, они могут увеличить свою прибыль, только оптимизируя процессы производства и распределения товара при помощи или без вертикальных ограничений. Однако, если один из участников имеет рыночную власть, он может попытаться увеличить прибыль в ущерб конкурентам, увеличивая их издержки, и в ущерб поставщикам или потребителям, пытаясь присвоить часть их дополнительного дохода. Поэтому исключительную важность в таком контексте приобретает известная правоприменительным органам ЕС доктрина «рыночной власти» («market power» doctrine).

Существует множество определений понятия «рыночная власть» с экономической точки зрения². Согласно классическому определению рыночная власть это способность предприятия

¹ См.: Commission communication...

² Обзор представлений см. в след. работах: *D'Amore M.R. Poder de mercado y analisis antitrust: con especial referencia a la ley argentina de defensa de la competencia (ley 25.156) // BLC, # 15. Octubre 2002. P. 7-27;* Гражданское и торговое право зарубежных стран: Учеб. пособие / Под общ. ред. В. В. Безбаха, В. К. Пучинского. – М.: МЦФЭР, 2004. – С. 495.

значительно увеличивать цены выше конкурентного уровня при сохранении рентабельности такого увеличения (*exploitative power*).¹ В 1987 г. приведенная трактовка была дополнена пониманием рыночной власти, как способности предприятия увеличивать издержки действительных конкурентов с целью вытеснения их с рынка и уменьшения возможностей потенциальных конкурентов вступать в конкурентную борьбу (*exclusive power*).² В связи с этим характер договорных средств ограничительной практики при заключении вертикальных соглашений весьма многообразен.

Применительно к *связывающим контрактам* в Руководстве по вертикальным ограничениям ЕС используется термин «ограничение условиями, обязывание» (*tying*) – соглашения, в которых поставщик ставит покупку одного товара в зависимость от покупки другого означенного им товара. В случае, когда такие продажи не могут быть оправданы объективными свойствами товаров или торговыми обычаями, они могут квалифицироваться как злоупотребление доминирующим положением.

В Руководстве по вертикальным ограничениям ЕС говорится об *установлении рекомендуемых или максимальных цен* (*recommended and maximum resale prices*) как о такой практике, которая состоит в выдаче рекомендаций розничным торговцам относительно рекомендуемых или максимальных цен, которых им следует придерживаться. Установление таких цен таит в себе риск неминуемого совпадения впоследствии цен всех роз-

¹ Такая трактовка отражена, например, в Federal Trade Commission – U.S. Department of Justice. *Horizontal Merger Guidelines* (1992); *Glossary of industrial organisation economics and competition law* // www.oecd.org; OFT 415 (1999). *The Competition Act 1998: Assessment of Market Power*, September 1999, p. 2; поддерживается учеными, см., например: HOVENKAMP, Herbert (1994). *Federal Antitrust Policy – The Law of Competition and its Practice*, West Publishing Co. Цит. по: *D'Amore M.R.* Op. cit.

² Такая трактовка была предложена Краттенмакером, Ланде и Салопом, увидевшими ее истоки в решении Верховного Суда США *U.S. v. E.I du Pont de Nemours Co.*, 351 US 377 (1956), где монополистическая власть определялась как «способность контролировать цены или исключать конкуренцию». – См. OFT377 (2002). «*Innovation and competition policy – Part I: conceptual issues*», prepared by Charles River Associates. Ibid.

ничных продавцов; оно также облегчает возможность достижения сговора между поставщиками.

Применительно к *отказу в продаже товаров или предоставлении услуг* Руководство по вертикальным ограничениям конкуренции ЕС оперирует несколько иным, но схожим понятием – «исключающая клиента» (*exclusive customer allocation*), суть которого состоит в том, что поставщик обязуется не поставлять свою продукцию никому, кроме единственного перепродавца в целях перепродажи определенной категории клиентов и никому, кроме них. При этом такой перепродавец зачастую сам ограничен в осуществляемых поставках определенными клиентами. Угроза конкуренции видится в этом случае в ослаблении конкуренции между перепродавцами указанной продукции (*interbrand competition*) в такой степени, что это может выразиться в дискриминации в ценах. Отказ в продаже товаров или оказании услуг со стороны поставщиков может способствовать сговору как на рынке рассматриваемого уровня, так и на соподчиненном рынке.

Иллюстрацией практики запрещения Комиссией и Судом ЕС *установления цен перепродажи* могут служить решения по делам *Pronuptia de Paris c. Schillgallis* (1986 г.) и *Volkswagen*¹.

В первом рекомендации относительно установления максимальных цен перепродажи были признаны правомерными, а соглашения об установлении минимальных и фиксированных цен – запрещены и признаны незаконными *per se*.

Применительно ко второму 30 мая 2001 г. Еврокомиссия наложила очередной штраф в размере около 30 млн евро на крупнейшего немецкого и европейского производителя автомобилей – Volkswagen AG за установление «дисциплины цен» для дистрибьюторов автомобилей марки VW Passat. При расследовании данного дела Комиссия ЕС установила, что в 1996, 1997 гг. компания направила своим дилерам серию писем, в которых потребовала ограничить или отказаться от предоставления покупателям новой модели VW Passat скидок, угрожая при

¹ См.: Антимонопольное регулирование вертикальных ограничивающих контрактов: российская практика в контексте мирового опыта / Т.А. Алимова, А.Н. Киселев и др. Бюро экономического анализа. – М.: ТЕИС, 2004. – С. 119.

этом репрессивными мерами (в том числе расторжением контрактов) тем, кто не будет следовать этим инструкциям. Компания оправдывала свою позицию желанием поддержать прибыльность дилеров и сохранить имидж нового товарного знака, который, по мнению Volkswagen AG, был бы разрушен большими скидками с рекомендованной цены перепродажи. Однако Комиссия посчитала, что меры, ограничивающие скидки, направлены на фиксацию розничных цен, и, следовательно, имеет место существенное ограничение конкуренции, нарушаются права дилеров на свободное установление цен и права потребителей на ведение переговоров по установлению цен, включая вопросы получения скидок. Предоставление скидок, которые в автомобильном секторе составляют в среднем 10%, является важным элементом ценовой конкуренции дилеров. Принуждая контрагентов придерживаться «рекомендуемых» цен, производитель тем самым нарушал сложившиеся обычаи торгового оборота на рассматриваемом рынке. Поскольку циркуляры, рассылаемые Volkswagen AG, были частью договорных отношений компании с ее дилерами, эти действия рассматривались как соглашение в смысле ст. 81(1) Договора ЕС. Однако дилеры Volkswagen AG избежали штрафов, так как принимали участие в данном антиконкурентном соглашении под давлением. В свою очередь, давление в форме предупреждений и угроз на других участников соглашения рассматривалось как отягчающее обстоятельство при определении размера штрафа для Volkswagen AG.

Позиция, занятая Комиссией ЕС в решениях по делам об *отказе в продаже товаров или предоставлении услуг* – *La Technique Miniere v. Maschinenbau* (1966) и *Commercial Solvents v. Commission* (1974), – обосновывалась данными относительно структуры рынка и входных барьеров. Во втором деле предприятие Commercial Solvents Corporation, занимавшее доминирующее положение на рынке нитропропана и аминобутанола, отказалось поставлять их предприятию Zoja, производящему этанбутол. Суд счел такой отказ необоснованным и составляющим злоупотребление доминирующим положением, поскольку ограничивалась конкуренция на рынке этанбутанола, производном от первого рынка. И хотя в конечном итоге вследствие такого поведения Commercial Solvents Corporation ущерб причинялся ко-

нечным потребителям указанной продукции, Суд сделал акцент на то, что таким поведением была деформирована структура соответствующего рынка. В решениях по обоим делам указывалось также, что отказ в продаже товаров или предоставлении услуг может быть признан незаконным только тогда, когда он исходит от предприятия, занимающего доминирующее положение; в случае, когда на рынке действуют альтернативные поставщики того же товара, отказ в продаже товаров не нарушает конкуренцию. То есть для признания отказа в продаже товаров незаконным, всегда необходимо доказывать наличие у рассматриваемого предприятия экономической власти, злоупотребление ею и отсутствие альтернативных источников снабжения.

Это же правило подтверждает и решение по делу *United Brands* (1978), где указанное предприятие разрешило дистрибьюторам торговать продукцией своих конкурентов, вследствие чего предприятие Olesen стало в 1969 г. единственным в Дании посредником, распространявшим бананы Dole, предлагавшиеся предприятием Standard Fruit, а через четыре года начало рекламную кампанию этих бананов. Сославшись на то, что Olesen продает все меньше бананов Chiquita, United Brands сократила поставки предприятию Olesen. Комиссия и Суд указали, что предприятие, занимающее доминирующее положение, не может сократить поставки его давнему клиенту, соблюдающему правила торговли¹.

Иллюстрацией позиции Еврокомиссии к *связывающим контрактам* послужит дело *Der Grune Punkt v. Duales System Deutschland AG (DSD)*². В апреле 2001 г. Европейская комиссия приняла решение в отношении DSD – компании, которая создала товарный знак по переработке отходов Der Grune Punkt.

¹ См.: Право Европейского Союза: Учебник для вузов / Под ред. С.Ю. Кашкина. – М.: Юристъ, 2002. – С. 487-489; *Никеров Г.И.* Цит. соч.; Антимонопольное регулирование вертикальных ограничивающих контрактов: российская практика в контексте мирового опыта / Т.А. Алимова, А.Н. Киселев и др. Бюро экономического анализа. – М.: ТЕИС, 2004. – С. 104, 105.

² См.: Антимонопольное регулирование вертикальных ограничивающих контрактов: российская практика в контексте мирового опыта / Т.А. Алимова, А.Н. Киселев и др. Бюро экономического анализа. – М.: ТЕИС, 2004. – С. 105.

В соответствии с законодательством Германии, предприятия, продающие товары в упаковках, обязаны обеспечить сбор использованных упаковок в непосредственной близости от мест продажи товаров. Учитывая, что закон позволяет делегировать эту обязанность третьим лицам, деятельность компании DSD была построена на этом принципе – сборе у потребителей и переработке использованных упаковок. Несмотря на то, что соглашение о предоставлении компаниям товарного знака *Der Grüne Punkt* при пользовании услугами DSD было нотифицировано в 1992 г., в 1999 г. в Комиссию ЕС поступили жалобы от потенциальных конкурентов компании DSD (*VfW*, *L'Oréal* и др.) на злоупотребление ею доминирующим положением из-за привязывания (*tying*) услуг к платежам за использование товарного знака. Еврокомиссия установила, что DSD требовало с контрагентов полную лицензионную плату за использование товарного знака *Der Grüne Punkt* вне зависимости от объема реально оказанных услуг по сбору упаковок: даже в случаях, когда предприятие-производитель пользовалось системой DSD только в отношении части своей упаковки, а часть собирало самостоятельно или привлекало для оказания соответствующих услуг конкурирующие предприятия. Установленный DSD принцип взимания лицензионной платы по своим последствиям близок к условию об эксклюзивности, так как существенно осложняет конкурентам доступ на рынок. Это и повлекло признание такой практики незаконной.

§ 5. Пределы дозволенного доминирования на рынках ЕС

Концентрация капитала и производства, комбинирование отдельных стадий производственного процесса и стремление к монопольному положению на рынке являются основными тенденциями экономического развития, а объединение предпринимателей – одним из основных приемов торгово-промышленной деятельности, в которой эта тенденция находит свое выражение¹.

¹ См.: *Венедиктов А.В.* Слияние акционерных компаний // Избранные труды по гражданскому праву: В 2-х тт. Т. I. – М.: Статут, 2004. – С. 70.

В числе механизмов концентрации контроля и централизации капитала более традиционными и потому более других подвергающимися законодательной регламентации выделяют такие механизмы концентрации, при которых юридическая личность предприятий утрачивается, наиболее часто – слияния: журнал «Wall Street Journal Americas», например, назвал XX век веком слияний¹.

В числе иных способов, не связанных с утратой юридической личности, указываются: 1) голосование акционеров на общем собрании по вопросу о смене действующего руководства; 2) избрание в члены правления и наблюдательных советов нескольких компаний одних и тех же лиц; 3) публичное предложение покупки акций, при которой в отличие от реорганизации и иных традиционных форм концентрации капитала не требуется согласия на ее проведение со стороны руководства общества, над которым хотят установить контроль².

Термин «концентрация» (concentrations between undertakings) является скорее экономическим, чем правовым, и может относиться к самому широкому кругу операций на рынке, в результате которых происходит концентрация контроля, капитала и управления экономической деятельностью вне зависимости от конкретной правовой формы.

Трактовка «концентрации», как отмечалось выше, нашла концептуальное отражение в Регламенте Европейского Совета от 20 января 2004 г. о контроле за концентрациями предприятий (так называемый «Регламент о концентрациях»), где применительно к слияниям используется термин «концентрация».

Закономерным результатом концентрации и централизации собственности в результате конкурентной борьбы выступают монополистические объединения, господствующие в современном обществе.

¹ См.: Un siglo de fusiones y adquisiciones. // The Wall Street Journal Americas, Suplemento del Diario El Comercio. Lima, 31 de diciembre de 1999, p. B-6 // <http://online.wsj.com/>

² Публичное предложение покупки акций включает в себя выкуп акций, практически полностью финансируемый посредством привлекаемого для этой цели кредита (leveraged-buy-out), и предложение покупки, производимое управляющими компании (management-buy-out).

Монополия является не правовым, а экономическим понятием. Если абстрагироваться от деятельности предприятия, само по себе юридическое лицо нельзя охарактеризовать как монополию. Монополия существует только в виде определенных правовых форм, с помощью которых проявляется в юридической жизни. Монополистическое положение может вытекать из: системы заключенных договоров; сложной системы товариществ, состоящих, в свою очередь, из акционерных обществ и компаний; владения патентом на важное изобретение. Такое положение может также являться следствием самого широкого круга операций, совершаемых на рынке, в результате которых происходит концентрация контроля и управления экономической деятельностью, что чаще всего юридически оформляется в виде слияний или присоединений.

В этой связи необходимо отметить тот факт, что хотя совместимость «концентрации» с конкуренцией законодательством некоторых стран связывается с доминированием¹, правовые средства контроля за «концентрациями» и «доминированием» несколько различны.

1. Средства правовой охраны конкурентной среды, применяемые в случаях реорганизации юридических лиц посредством слияний и присоединений

Наиболее распространенными способами «концентрации» и соответственно объектами контроля в настоящее время выступают «горизонтальные» и «вертикальные» слияния, тогда как приобретшие заметный размах слияния «конгломеративные» не часто в зарубежных странах попадают в сферу регулирования.

¹ Так, например, контроль за рыночными структурами первоначально имел в европейском праве меньшее значение, чем контроль за рыночным поведением предприятий, поэтому сначала к антиконкурентным слияниям применялись положения ст. 82 Договора о ЕС, запрещающие злоупотребление доминирующим положением. – См.: *Никеров Г.И.* Законодательство США, ЕС и России об антиконкурентных соглашениях // США-Канада: Экономика. Политика. Культура. – 1999. – № 12. – С. 91-103.

В первом случае имеются в виду такие экономические концентрации, в результате которых один или несколько независимых экономических агентов, занятые однородной деятельностью на рынке, исчезают, «поглощенные» конкурентом, а сокращение числа конкурентов одновременно с наличием существенных барьеров для вхождения на рассматриваемый рынок может сокращать эффективную конкуренцию. В самом крайнем своем проявлении экономическая концентрация (при наличии высоких входных барьеров) может вообще свести конкуренцию на нет, поглотив конкурентов¹. Во втором – объединяются фирмы, осуществляющие взаимодополняющую деятельность.

В третьем случае имеется в виду приобретающая заметный размах начиная с 60-х гг. XX в., новая форма централизации капитала, которую нельзя отнести к названным выше двум формам. Речь идет о слиянии или поглощении компаний, которые действуют в различных сферах экономики. Они получили название конгломеративных. До настоящего времени антitrustовское законодательство не стремится устанавливать контроль за созданием таких компаний-конгломератов².

Как отмечалось выше, антимонопольные органы и ЕС, и стран – участниц ЕС стремятся контролировать образование «экономических концентраций» с целью воспрепятствовать «чрезмерной» концентрации, поскольку ее негативные последствия в экономическом и социальном плане превосходят ее положительный эффект. Контроль распространяется лишь на те операции, когда в них участвуют или в результате их проведения образуются предприятия, размер которых или доля которых на национальном рынке превосходят пределы, установленные антимонопольным законодательством.

¹ Вместе с тем, нельзя отрицать и тот факт, что некоторые экономические концентрации не сокращают конкуренцию на соответствующем рынке, не позволяют создавать или укреплять доминирующее положение предприятия; их целью является поиск более выгодных способов производства и распространения товаров и услуг, которые позволят повысить конкурентоспособность предприятия.

² Zacarías Y. Fusiones bancarias // <http://www.monografias.com/trabajos10/fusioba/fusioba.shtml>; Гражданское и торговое право капиталистических стран / Под ред. В.П. Мозолина, М.И. Кулагина. – М.: Высшая школа, 1980. – С. 94, 95.

Отметим в этой связи, что когда Регламент № 4064/89 вступил в силу, предполагалось, что он будет распространяться на операции по концентрации в пределах ЕС в «исключительных случаях, когда интересы стран – участниц ЕС в сфере конкуренции не смогут получить надлежащей защиты другими способами»¹.

Регламент 4064/89 устанавливал, какие концентрации подлежат обязательному предварительному уведомлению Комиссии: это слияния и приобретения крупных партий имущества «масштабов Сообщества» (concentrations with a «Community dimension» – ст. 1). Такое уведомление должно было быть сделано не позднее недели после заключения соглашения о слиянии, объявления цены продажи или приобретения контрольного пакета акций. Комиссия может разрешить слияние (приобретение крупной партии имущества), если оно «совместимо» с Общим рынком.

При оценке такой совместимости Комиссия должна установить, что концентрация не создает доминирующее положение предприятия на рынке или не укрепляет его, что для эффективной конкуренции не возникают значительные помехи².

Для принятия решения при анализе каждой из вышеуказанных разновидностей слияний антимонопольные органы ЕС руководствуются тремя критериями в совокупности: 1) число фирм на соответствующем рынке; 2) относительный размер их рыночной доли на рынке определенного товара или услуги; 3) наличие барьеров для вступления на данный рынок предприятий-новичков³.

В приведенном контексте логичными выглядят положения Регламента о слияниях 1989 г., в которых указывалось, что концентрацией признается лишь такая операция, которая влечет

¹ См.: Notes on Council Regulation (EEC) No 4064/89 [«Merger Control in the European union», European Commission, Brussels-Luxembourg, 1998, at p. 54], а также Case T-119/02 *Philips v Commission* [2003] ECR II-1433 (Case M.2621 SEB/Moulinex) at paragraph 354.

² См.: Гражданское и торговое право зарубежных стран: Учеб. пособие / Под общ. ред. В.В. Безбаха, В.К. Пучинского. – М.: МЦФЭР, 2004. – С. 514.

³ См.: Регламент о концентрациях 1989 г.

постоянное изменение структуры вовлеченных в нее предприятий путем приобретения *контроля*, который может быть направлен на исключение соперников из конкурентной борьбы.

В регламенте указывались также пороговые величины, которым должна удовлетворять концентрация, чтобы стать концентрацией масштабов Сообщества, и быть в этом качестве объектом регулирования нормами антимонопольного права ЕС. Таких величин четыре:

- 1) более 2/3 совокупного оборота каждого из предприятий, участвующих в слиянии, должны приходиться на одну из стран – участниц ЕС;
- 2) совокупный «мировой» оборот всех участвующих в слиянии предприятий должен превышать 5 трлн евро;
- 3) совокупный оборот в пределах ЕС каждого, по меньшей мере, из двух предприятий-участников концентрации должен превышать 250 млн евро;
- 4) рыночная доля всех предприятий, участвующих в слиянии, должна быть выше 25 % в пределах ЕС или существенной его части.

Что касается упомянутых выше «пределов», правовых ограничений, которые позволяют отграничить «чрезмерные» концентрации от тех, которые «чрезмерными» не являются, анализ предписаний Регламента о концентрациях 2004 г. позволяет отнести к их числу экономически значимые величины, применение которых позволяет разграничивать объекты антимонопольного регулирования и контроля. Использование этих ограничений вызвано необходимостью сдерживания неправомерного поведения в экономической сфере и защиты публичных интересов.

Таких величин в антимонопольном законодательстве зафиксировано несколько, поскольку именно особая роль на тех или иных рынках предприятий с определенными экономическими характеристиками заставляет законодателя принимать правовые нормы антимонополистической направленности, позволяющие эффективно воздействовать на деятельность таких субъектов. Выбор таких средств и результаты их конкурентного применения зависят, безусловно, от текущих экономических

условий. Так, согласно статье 1 регламента *концентрацией масштабов Сообщества* признается концентрация, в которой:

- совокупный «мировой» оборот всех участвующих в слиянии для ее образования предприятий превышает 5 млрд евро;
- совокупный оборот в пределах ЕС каждого, по меньшей мере, из двух предприятий-участников концентрации превышает 250 млн евро, кроме случаев, когда более 2/3 товарооборота каждого из предприятий, участвующих в слиянии, приходится на одну из стран – участниц ЕС.

Концентрации, не охватываемые вышеуказанными показателями, признаются *имеющими масштабы Сообщества*, когда:

- 1) совокупный «мировой» оборот всех участвующих в слиянии для образования концентрации предприятий превышает 2,5 млрд евро;
- 2) в каждой, по меньшей мере, из трех стран – участниц ЕС совокупный оборот предприятий-участников концентрации превышает 100 млн евро;
- 3) в каждой, по меньшей мере, из трех стран – участниц ЕС для целей предыдущего пункта совокупный оборот каждого из, по меньшей мере, двух предприятий-участников концентрации превышает 25 млн евро и
- 4) совокупный оборот в пределах ЕС каждого, по меньшей мере, из двух предприятий-участников концентрации превышает 100 млн евро, кроме случаев, когда более 2/3 товарооборота каждого из предприятий, участвующих в слиянии, приходится на одну из стран – участниц ЕС.

Решение о совместимости с Общим рынком принимается Комиссией с учетом:

- 1) необходимости поддерживать и развивать эффективную конкуренцию на общем рынке, принимая во внимание, в числе прочего, структуру всех вовлеченных в концентрацию рынков и фактической, а также потенциально возможной конкуренции предприятий, действующих как в пределах, так и за пределами Сообщества;

- 2) положения предприятий, вовлеченных в операцию по концентрации, на рынке, а равно их экономической и финансовой власти; наличия альтернативных источников снабжения, доступных поставщикам и потребителям¹; возможностей доступа последних на рынки, а также иных – правовых, административных и других барьеров для вхождения на рынок; тенденции на рынке спроса и предложения на соответствующем товарном рынке (рынке услуг); интересов посредников и конечных потребителей; уровня технического и экономического развития при условии, что приведенные показатели способствуют благу потребителей и не создают препятствий конкуренции (п. 1 ст. 2 Регламента 2004 г.).

Концентрацию, которая не создает *существенных препятствий* эффективной конкуренции на Общем рынке, либо на его существенной части, в особенности посредством занятия вновь образованным в результате слияния (приобретения крупной партии имущества) предприятием доминирующего положения или укрепления уже существующего доминирования, надлежит признавать совместимой с Общим рынком (п. 2 ст. 2). Аналогично, концентрацию, существенно затрудняющую конкуренцию на Общем рынке (существенной его части) либо имеющую следствием доминирование на рынке (укреплением доминирующего положения) надлежит признавать несовместимой с общим рынком (п. 3. ст. 2).

Отметим в рассматриваемом контексте, что трактовке слияния (merger) посвящены положения Третьей директивы Совета ЕС², допускающей слияние 1) путем присоединения од-

¹ В приведенном формате подробнее о доктрине уникального ресурса (essential facilities doctrine) см., например: *Байда А.Г.* Правовые аспекты доминирующего положения предпринимателя в Европейском Союзе // Материалы семинара «Преподавание права Европейского Союза в российских ВУЗах–II», состоявшегося в Москве 5-7 декабря 2000 г. – М.: Статут, 2001. – С. 174-186.

² См.: Third Council Directive 78/855/EEC of 9 October 1978 based on Article 54(3)(g) of the Treaty concerning mergers of public limited liability companies // OJ L 295. 20.10.1978.

ной компании к другой (merger by acquisition) и 2) путем создания новой компании (merger by the formation of a new company).

Согласно статье 3 Третьей директивы ЕС слияние путем присоединения означает процедуру, в результате которой одна или несколько компаний прекращаются без проведения процедуры ликвидации, а все их права и обязанности переходят в порядке правопреемства к другой компании. Акционеры же приобретаемых компаний получают акции присоединяющей компании или денежную компенсацию.

Статья 4 Директивы устанавливает, что слияние путем создания новой компании означает процедуру, в результате которой две или несколько компаний прекращаются без проведения процедуры ликвидации, а их права и обязанности переходят в порядке правопреемства к вновь создаваемой компании. Акционеры прекращающихся обществ получают акции компании, возникшей в результате слияния, или адекватную денежную компенсацию.

Эта позиция является отражением подхода, например, французского законодателя, полагающего, что слияние бывает двух родов:

- 1) одно товарищество поглощается другим либо присоединяется к другому, в результате чего первое из товариществ исчезает, передав свое имущество второму, второе, напротив, продолжает вести дела под прежним наименованием, сохранив свою юридическую личность (слияние посредством присоединения);
- 2) два товарищества, утратив статус юридических лиц, переходят в третье, новое товарищество, передав ему свое имущество, с тем чтобы оно образовало отдельную юридическую личность (слияние посредством создания нового товарищества).

В обоих случаях участники товариществ, ранее действовавших независимо друг от друга, становятся участниками товариществ вновь образованных¹.

¹ Подробнее о механизмах реорганизации юридических лиц в свете действия антимонопольного законодательства в зарубежных странах см.: *Беликова К.М.* Правовая охрана конкурентной среды в странах МЕРКОСУР: Дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2007. – С. 91-113.

Концентрация капитала обеспечивается с помощью многочисленных хозяйственных, финансовых, организационных, правовых и иных приемов взаимодействия, которые отличаются большим разнообразием.

Характерным результатом такого взаимодействия в современный период все чаще становится попадание самостоятельных предприятий в разные формы зависимости от иных участников хозяйственного оборота. Это, безусловно, не может не отразиться на правосубъектности последних, что находит отражение в законодательстве как ряда стран ЕС¹, так и самого ЕС, в форме регулирования различных форм экономической зависимости формально самостоятельных юридических лиц.

Поэтому в той степени, в которой совместные предприятия (*joint venture*), образующие концентрацию по смыслу статьи 3 Регламента, имеют целью или следствием координацию конкурентного поведения (т.е. подмену рисков конкуренции практической кооперацией – *авт.*) предприятий, остающихся фактически самостоятельными юридическими лицами, такую координацию надлежит квалифицировать как совместимую (либо несовместимую) с Общим рынком согласно критериям п. 1 и 3 ст. 81 – ныне ст. 101 Договора о функционировании ЕС (п. 4 ст. 2 Регламента).

Принимая такое решение, Комиссии надлежит учитывать, в том числе, следующее:

- 1) осуществляют ли две и более материнских компаний сходную деятельность на одном и том же, соподчиненном, вышестоящем или смежном рынке, что и совместное предприятие, и имеет ли это существенное значение для функционирования на нем предприятий;
- 2) позволяет ли координация, являющаяся прямым следствием создания совместного предприятия, уменьшать (сокращать, уничтожать) конкуренцию на существенной части рассматриваемого товарного рынка или рынка услуг (п. 5 ст. 2 Регламента).

¹ Так, например, германский Закон об акционерных обществах содержит раздел, посвященный связанным предприятиям (§ 291-393). – См.: Торговое уложение Германии. Закон об акционерных обществах. Закон об обществах с ограниченной ответственностью. Закон о производственных и хозяйственных кооперативах / Пер. с нем. – М.: Волтерс Клувер, 2005.

Согласно положениям статьи 4 Регламента 2004 г. в ЕС введена и поддерживается система административных разрешений, предшествующих образованию «экономической концентрации». Сущность вмешательства Комиссии в процесс образования концентраций заключается, как изложено выше, в позитивном регулировании этого процесса путем установления императивных начал в этой области и расширения ее контрольных функций, а также контрольных функций антимонопольных и иных государственных органов стран – участниц ЕС.

Система административных разрешений в настоящее время не является неограниченной возможностью соответствующих органов решать произвольно вопрос о том, может ли концентрация быть образована: такая система лишь средство контролировать надлежащее ее образование¹. Ее действие направлено на стабилизацию торгового оборота, устранение правовой неопределенности последствий тех или иных действий участников рынка. Ведь пороки образования новых (укрупнения существующих) юридических лиц бывает трудно исправить после того, как компания окончательно создана. Несмотря на это контроль за законностью образования товариществ в странах ЕС может быть предварительным (проводиться до окончания их создания) и последующим (проводиться после окончания их создания).

На уровне самого ЕС действует система *предварительных уведомлений* о готовящихся операциях по концентрации (prior notification of concentrations) и система *запросов заинтересованных сторон о правомерности готовящейся операции по концентрации, предшествующая уведомлению* (pre-notification referral at the request of the notifying parties – ст. 4 Регламента).

Что касается первой из двух возможных процедур, то соответствующее уведомление (notification) должно быть направлено в Комиссию до заключения соответствующего соглашения, объявления публичных торгов или приобретения контрольного пакета акций той или иной компании. Также пред-

¹ См.: Кулагин М.И. Государственно-монополистический капитализм и юридическое лицо // Избранные труды по акционерному и торговому праву. 2-е изд., испр. – М.: Статут, 2004. – С. 83.

приятие может добросовестно уведомить Комиссию о намерении (*good faith intention*) совершить вышеуказанные действия в будущем, если это выразится в образовании концентрации в масштабах Сообщества (п. 1 ст. 4 Регламента). Если Комиссия принимает решение о том, что ставшая известной в результате уведомления концентрация подпадает под действие настоящего Регламента, она осуществляет публикацию о факте уведомления, указывая фирменные наименования предприятий-участников операции по концентрации, страну их происхождения, природу концентрации (горизонтальная и пр. – *авт.*) и сектор экономики, который затронет концентрация (п. 3 ст. 4).

До направления соответствующего уведомления физические лица или предприятия, готовящиеся к операции по концентрации, могут информировать Комиссию посредством подачи разумными способами соответствующих случаю документов (*pre-notification referral*), свидетельствующих о том, что концентрация может существенно затронуть конкуренцию на рынке страны – участницы ЕС, который по своим характеристикам образует отдельный от других рынок товара или услуги и который может быть исследован должным образом полностью или в части страной-участницей, которой это касается. Комиссия незамедлительно направляет полученную информацию заинтересованной стране-участнице, которой в 15-дневный срок надлежит выразить согласие либо несогласие относительно полученного запроса. Если ответа не последует, считается полученным согласие на допустимость планируемого слияния в пределах национального географического рынка. Если страна – участница ЕС выразила согласие, а Комиссия все же полагает, что конкуренция на существенной части рынка будет ограничена планируемой концентрацией, она может принять решение о направлении дела полностью или в части компетентным органам страны-участницы для рассмотрения дела согласно национальному антимонопольному законодательству. Это решение может быть принято в течение 25 рабочих дней, о чем уведомляется страна-участница и заинтересованные лица. Если такого решения Комиссии не последует, считается, что Комиссия согласна с информацией, предоставленной ей первоначально заинтересованными лицами. Какое бы решение не приняла Комиссия –

передать дело национальным антимонопольным органам или согласиться, что концентрация будет представлять угрозу общему рынку, оно препятствует направлению заинтересованными сторонами уведомления согласно п. 1 статьи 4 Регламента и применению подлежат положения национальных законов (п. 4 ст. 4).

О концентрациях, не имеющих масштабов Сообщества, как они описаны в статье 3 Регламента, но которые могут быть объектом заинтересованности национальных антимонопольных органов и предметом регулирования национальных антимонопольных законов по меньшей мере трех стран – участниц ЕС, заинтересованные лица до уведомления национальных антимонопольных органов информируют Комиссию посредством подачи разумными способами соответствующих случаю документов, что концентрацию надлежит исследовать Комиссии. Комиссия незамедлительно направляет полученную информацию всем странам-участницам, каждая из которых вправе исследовать предполагаемую концентрацию на предмет соответствия ее национальным антимонопольным законам и в течение 15 рабочих дней с момента получения соответствующей информации, выразить свое мнение. Если хотя бы одна страна-участница выражает несогласие, дело считается нерассмотренным. Если несогласия нет – концентрация признается имеющей масштабы Сообщества. В этом случае уведомление о концентрации заинтересованные стороны направляют в Комиссию, и ни одно государство не вправе применить национальный закон (п. 5 ст. 4).

Относительно правоприменительной практики Комиссар по вопросам конкуренции Европейской Комиссии Ниэли Крус отметила: «Результаты проведенного нами исследования сложившейся правоприменительной практики в сфере слияний показывает готовность Комиссии критически подходить к собственной политике, проводимой в прошлом, вынося полезные уроки из собственного опыта. Нам следует брать на вооружение только такие средства контроля, которые позволяют бороться с обнаруживаемыми угрозами конкуренции с помощью ясных и не допускающих двусмысленных толкований средств. Сливающиеся компании, а не их потребители должны нести рис-

ки потенциальной неадекватности используемых Комиссией средств»¹.

2. Пределы дозволенного доминирования на рынке, устанавливаемые для предотвращения злоупотребления доминирующим положением

Относительно занятия предприятием доминирующего положения и злоупотребления им, отметим, что первая попытка определения того, что следует понимать под *доминированием* и *злоупотреблением им* в истории европейского сообщества, нашла отражение в Договоре об учреждении ЕОУС 1951 г.²

Согласно Договору 1951 г. *доминирование* определялось как положение, позволяющее предприятию эффективно конкурировать на значительной части Общего рынка, а злоупотребление – как использование такого положения в иных целях, чем те, что предусмотрены Договором. Занятие доминирующего положения не являлось в этом случае противоправным *per se*. Основной вопрос состоял в том, как ведет себя доминирующее предприятие – в случае ненадлежащего поведения оно могло быть привлечено к ответственности за злоупотребление занимаемым им положением.

В Договоре 1957 г.³ нашли отражение положения, не претерпевшие существенных изменений с принятием Договора 1992 г.⁴

¹ Mergers: Commission analysis of past merger remedies provides guidance for future cases. 21/10/2005. // <http://europa.eu/>

² The Treaty establishing the European Coal and Steel Community (ECSC), подписан 18 апреля 1951 г. в Париже, вступил в силу 23 июля 1952 г., срок его действия истек 23 июля 2002 г. // <http://eur-lex.europa.eu/en/treaties/index.htm#founding>

³ The Treaty of Rome, establishing the European Economic Community (ЕЕС), подписан в Риме 25 марта 1957 г. и вступил в силу 1 января 1958 г. // <http://eur-lex.europa.eu/en/treaties/index.htm#founding>

⁴ The Treaty on European Union, подписан 7 февраля 1992 г. в Маастрихте, вступил в силу 1 ноября 1993 г. // <http://eur-lex.europa.eu/en/treaties/dat/11992M/htm/11992M.html>

Согласно статье 102 Договора о функционировании ЕС (бывш. ст. 82 Договора о ЕС¹) *злоупотребление* одним или несколькими предприятиями своим *доминирующим положением* на Общем рынке или на существенной его части, как несовместимое с общим рынком, запрещается в той мере, в какой оно может причинить ущерб торговле между государствами-членами.

Такие злоупотребления, в частности, могут состоять в следующем:

- a) установлении, прямо или косвенно, несправедливых цен купли или продажи или других несправедливых условий торговли;
- b) ограничении производства, рынков или технического развития в ущерб потребителям;
- c) применении неодинаковых условий к равноценным сделкам с другими торговыми партнерами, ставя их тем самым в невыгодные условия;
- d) подчинении заключения договоров принятию контрагентами дополнительных обязательств, которые по своей природе или в соответствии с торговыми обычаями не связаны с предметом этих договоров.

Отметим моменты, выделяемые российскими и зарубежными учеными² в качестве ключевых при выработке концепции

¹ Treaty on European Union – (consolidated text) // Official Journal C 325 of 24 December 2002 // <http://europa.eu.int/eur-lex/en/treaties/dat/amsterdam.html>

² См.: *Montano T.D. Abuso de posicion dominante* // BLC # 17 Julio 2003. P. 62-74; *Figari H., Gomez H., Zuniga M.* Hacia una metodologna para la definicion del Mercado relevante y la determinaciyn de la existenciа de posiciyn del dominio. // <http://www.indecopi.gob.pe/recompi/castellano/articulos/primavera2005/HfigariHGomezMZuniga.pdf>; *Никеров Г.И.* Монополизация рынка по законодательству США, ЕС и России // США Канада: Экономика. Политика. Культура. – 1999. – № 6. – С. 83-90; *Право Европейского Союза: Учебник для вузов / Под ред. С.Ю. Кашкина.* – М.: Юрист, 2002. – С. 491-493; *Право Европейского Союза: правовое регулирование торгового оборота: Учеб. пособие / Под ред. В.В. Безбаха, А.Я. Капустина, В.К. Пучинского.* – М.: ЗЕРЦАЛО, 2000. – С. 121-124; *Европейское право: Учебник для вузов / Под общ. ред. Л.М. Энтина.* – М.: НОРМА (Издательская группа НОРМА-ИНФРА-М), 2002. – С. 398-404.

понятия «доминирующее положение», эволюционировавшей посредством актов, издаваемых Комиссией и Судом ЕС.

В 1965 г. в Меморандуме по проблемам, касающимся концентраций на Общем рынке, Комиссия указала, что доминирующее положение – это, прежде всего, экономическая власть, т.е. возможность, которой располагает каждое занимающее доминирующее положение предприятие оказывать значительное и предсказуемое влияние на функционирование рынка.

В 1971 г. в решении по делу *Continental Can* от 9 декабря Комиссия определила доминирующее положение, как возможность предприятия вести себя независимо, т.е. действовать, не принимая во внимание конкурентов, покупателей или поставщиков. Такое положение, при котором предприятие, по причине его индивидуальной рыночной доли или рыночной доли совместно с другими предприятиями, вместе с обладанием техническими знаниями, сырьевыми ресурсами либо капиталом, располагает возможностью устанавливать цены или контролировать производство или распределение значительной части соответствующей продукции.

В 1973 г. в решении по делу *Continental Can* от 21 февраля Суд расширил вышеуказанную трактовку в двух направлениях. Во-первых, злоупотребление доминирующим положением может иметь место, когда уже занимающее его предприятие пытается его укрепить, препятствуя конкуренции таким образом, что остальные могут продолжать действовать на рынке, только если находятся в прямой зависимости от него. При этом, если следствием укрепления доминирующего положения является создание значительных препятствий конкуренции, причинно-следственная *связь между злоупотреблением и доминированием* для признания такого укрепления злоупотреблением *не важна*¹. Во-вторых, согласно указанной концепции злоупот-

¹ В решении Суда по делу *Hoffman-La Roche (Vitamins)* – от 13 февраля 1979 г.) было указано, что злоупотребление включает в себя такое поведение субъекта доминирования, которое может оказывать влияние на структуру рынка, конкуренция на котором *уже ослаблена* вследствие присутствия на нем рассматриваемого субъекта, в результате чего создаются препятствия нормальной конкуренции товаров и услуг, поддержанию существующей на рынке степени конкурентной борьбы или ее раз-

ребление доминирующим положением было признано объективным. В решении по этому делу Суд указал, что при анализе рыночной власти предприятия Комиссия должна определить границы соответствующего товарного и географического рынков и оценить, является ли положение рассматриваемого предприятия на таком рынке доминирующим. Для этого Комиссии надлежит выяснить, какое предприятие предполагается совершившим правонарушение, какова выпускаемая или продаваемая им продукция. На практике Комиссия обращает особое внимание на наличие заменителей соответствующей продукции, главным образом, на стороне спроса и только в краткосрочном плане, т. е. выясняет вопрос о гибкости (эластичности) спроса; а Суд – на наличие заменителей и – на стороне предложения. Так, по рассматриваемому делу Суд отменил решение Комиссии о том, что указанное предприятие монополизировало рынок поставок банок для мясной и рыбной продукции с металлическими крышками, иными, чем крышки с использованием коры пробкового дерева. Комиссия приняла во внимание наличие пластиковой и стеклянной посуды – заменителей на стороне спроса, но не учла заменителей на стороне предложения: насколько быстро изготовители цилиндрических банок могли начать производство более сложных по конфигурации банок.

В решении по делу *United Brands* (от 14 февраля 1978 г.) Суд, синтезировав вышеуказанные подходы, указал, что доминирующее положение есть *экономическая власть*, которой располагает предприятие и которая дает ему возможность препятствовать эффективной конкуренции на соответствующем рынке и *вести себя* в значительной степени *независимо* от конкурентов, клиентов и потребителей.

Относительно подхода к рыночной доле отметим, что по этому делу было установлено, что на долю этого предприятия приходилось около 45% всех продаж банок в странах Бенилюкса, ФРГ, Дании и Ирландии, т.е. в два раза больше, чем на следующего за ним его крупнейшего конкурента. Вследствие этого положение предприятия на рынке было признано и Комиссией

витаю. Там же указывалось, что, в отличие от ситуации монополизации рынка, доминирующее положение не является несовместимым с конкуренцией.

и Судом доминирующим, хотя во внимание были приняты и другие факторы.

В решении Суда по делу *Hoffman-La Roche (Vitamins* – от 13 февраля 1979 г.) Суд, обратив особое внимание на наличие у рассматриваемого предприятия крупной рыночной доли, отменил решение Комиссии, установившей, что предприятие занимало доминирующее положение на рынке витаминов только на основании того, что оно располагало 43% объема рынка. Никаких иных доводов в пользу своего решения Комиссия не привела. Вместе с тем, в том же решении Суд подчеркнул, что наличие 50% рыночной доли является само по себе достаточным фактором для квалификации положения предприятия как доминирующего. В решении по делу *AKZO v. Commission* (1991 г.) было отмечено, что 50%-ная рыночная доля может быть признана значительной и, при отсутствии дополнительных обстоятельств, достаточной для подтверждения наличия факта доминирования, отсутствие которого должно доказывать предприятие, признанное доминирующим. В Ежегодном отчете Комиссии ЕС за 1980 г. подтверждалось, что занимающим доминирующее положение может считаться предприятие с 40-45%-ной рыночной долей, при этом предприятия, занимающие 20-40% рынка, могут быть признаны доминирующими, а обладающие 10%-ной долей – нет¹.

Для установления факта доминирования учитывается также *обстоятельство времени*. Доминирующее положение должно быть не кратковременным, а долговременным.

В решении по делу *Michelin* (1982 г.) Суд указал, что конкуренция проявляет себя через достаточно длительное время, которое можно определить как время, необходимое для строительства нового предприятия по выпуску конкурентной продукции. И если предприятие занимает доминирующее положение в течение периода, превышающего время такого строительства, можно действительно говорить о наличии незаконного доминирования. Длительное доминирование свидетельствует о

¹ Sentencia del TJCE de 22 de octubre de 1986, dictada en el caso 75/84, *Metro c. Comision* (Rec.1986, pбg. 3021). Цит. по: *Figari H., Gomez H., Zuniga M.* Op. cit.

явном наличии препятствий к доступу на такой рынок для возможных конкурентов.

В качестве соответствующего географического рынка, т.е. территории, на которой продается данный товар данной фирмы, могут быть признаны различные территории: отдельный регион, страна, несколько стран ЕС и даже весь мир (дело *Filtrona*, 1989 г.).

Позиция, сложившаяся в отношении доминирующего положения, как такого положения, которое позволяет субъекту, его занимающему, вести себя относительно независимо от конкурентов, клиентов и потребителей, была подтверждена в Сообщении Комиссии от 9 декабря 1997 г.

Доминирующее положение как таковое еще не означает нарушения положений рассматриваемой статьи Договора, необходимо чтобы предприятие злоупотребляло своим положением. В ЕС признается существование *двух видов злоупотребления* доминирующим положением: такое злоупотребление, при котором субъект доминирования может устанавливать цены выше конкурентного уровня (*exploitative abuses*) и злоупотребление, заключающееся в таком поведении, которое направлено на исключение из конкурентной борьбы соперников (*exclusionary abuses*)¹. Примером запрета обеих разновидностей злоупотребления может служить решение Комиссии по делу *AKZO* (1985 г.), в котором она осудила назначение одним из предприятий хищнических цен на выпускаемые пластмассовые изделия с целью вытеснения с рынка менее крупного конкурента.

Одновременно не вызывает на сегодняшний день возражений представление, сложившееся в доктрине и правоприменительной практике о возможности доминирования одного предприятия-монополиста, и нескольких юридически независимых предприятий – так называемом «совместном», «коллективном» доминировании (*joint dominance*).

¹ См.: *Rojas J.F.* El abuso de posicion de dominio en el Mercado en la legislacion nacional // <http://www.indecopi.gob.pe/recompi/castellano/articulos/primavera2005/JuanFranciscoRojas.pdf>

Так, европейские правоведы¹ уделяют особое внимание понятию коллективного доминирования на рынке, которое, в свою очередь, конкретизируется в практике Суда ЕС. Выделяют три условия, при наличии которых имеются основания утверждать о наличии коллективного доминирования:

- 1) каждый субъект коллективного доминирования должен иметь возможность с незначительными издержками получать информацию о том, как ведут себя другие субъекты коллективного доминирования;
- 2) участники коллективного доминирования должны обладать возможностями воздействия на того хозяйствующего субъекта, который в случае существования ограничивающего конкуренцию соглашения, а также согласованных действий, не предполагающих достижения формального или неформального соглашения, отклоняется от общей политики на данном рынке;
- 3) ожидаемая реакция конкурентов как действующих, так и потенциальных, не должна оказывать ощутимого влияния на ожидаемые результаты согласованных действий (общей политики участников коллективного доминирования на целевом рынке).

Таким образом, экономическое содержание коллективного доминирования определяется как особое состояние структуры рынка, которое предполагает возможность оказания решающего влияния на условия обращения товара на рынке со стороны двух и более хозяйствующих субъектов при сравнительно невысоком уровне издержек на координацию их действий.

Наиболее часто злоупотребления выражаются в отказе в продаже товаров или предоставлении услуг; в навязывании заключения связывающих контрактов; ценовой дискриминации, в том числе практике назначения систематических скидок, установлении хищнических цен и т.д. По делам *Continental Can*

¹ См., например: Market investigation references. Guidance about making of references under Part 4 of the Enterprise Act. Office of Fair Trading, 2002. P.7; *Whish R., Sufrin B.* Competition Law, 2nd ed., Butterworths: London, 1993. P. 281; Abuse of dominance and monopolization. OCDE/GD(96)131. Paris 1996.// <http://www.oecd.org/dataoecd/0/61/2379408.pdf>

и *Hoffmann-La Roche*, например, незаконными были признаны, так называемые, «скидки за верность», которые заключаются в том, что предоставляются тем покупателям, которые приобретают большинство нужной им продукции у предприятия-монополиста. Такая практика, являясь, по существу, разновидностью связывающих контрактов, была осуждена, как устраняющая конкуренцию. И даже незначительный объем скидок – по делу *Vitamins* они были предоставлены лишь 22 крупнейшим покупателям по некоторым витаминам и только в пределах 2% соответствующего рынка – не может быть их оправданием.

Изложенное позволяет согласиться с мнением немецкого исследователя А.Биндельса, который отмечает, что «статичного антимонопольного права, имеющего одинаковую силу для всех времен и всех рынков, не существует»¹, поскольку выбор тех или иных средств для поддержания конкурентной среды и создания конкуренции на рынках, а равно результаты их конкурентного применения зависят, безусловно, от текущих экономических условий.

¹ Биндельс А. Основные черты германского и европейского антимонопольного права // Основы немецкого торгового и хозяйственного права. – М.: БЕК, 1995. – С. 63.

Раздел 9

СВОБОДА ПЕРЕДВИЖЕНИЯ РАБОЧЕЙ СИЛЫ И СОЦИАЛЬНАЯ ПОЛИТИКА В ЕВРОПЕЙСКОМ СОЮЗЕ

§ 1. Правовые основы свободного передвижения рабочей силы в ЕС

1. Развитие социальной политики ЕС

Необходимость развития социальной политики в рамках Европейского Союза является следствием экономического и социального развития, и она тесно связана с интеграцией национальных экономик на пространстве Европейского Союза.

Однако, несмотря на огромный прогресс, развитие социальной политики ЕС всегда значительно отставало от развития экономической политики. Этому есть свое объяснение, в частности, изначально цели, которые преследовали европейские страны при объединении, были чисто экономическими. К тому же различия в подходах к регулированию трудовых отношений и социального страхования на национальном уровне порой весьма существенные. Причин этому множество, в частности, это происходит ввиду того, что на протяжении длительного процесса эволюции нации формируются специфичные национальные особенности, которые оказывают влияние и на развитие права.

Основные цели, которые преследовали страны-участницы при подписании **Римского договора**¹, заключались в создании общего рынка, т.е. обеспечения свободного передвижения продукции (товаров и услуг) и факторов производства (рабочей силы и капитала).

Сообществу виделось, что экономическая интеграция сможет обеспечить оптимальное распределение ресурсов по всему Сообществу, и экономический рост, в свою очередь, автоматически приведет к «постоянному улучшению условий жизни и труда ... народов» (как говорится в Преамбуле). Этот подход представлял собой победу классической неолиберальной концепции рынка². И хотя Римский договор содержал раздел, озаглавленный «Социальная политика», однако его положения были в большой степени декларативными и предоставляли гражданам мало прямых прав.

Например, статья 118 (в новой редакции – ст. 156) возложила на Еврокомиссию задачу обеспечить тесное сотрудничество между государствами-членами и содействовать координации их действий во всех областях социальной политики, в частности, по вопросам, относящимся к следующим сферам:

- занятости;
- трудовому праву и условиям труда;
- профессиональному обучению;
- социальному обеспечению и повышению квалификации;
- социальному обеспечению;

¹ Договор об учреждении ЕЭС, подписанный в Риме 25 марта 1957 г., в настоящее время носит название Договор о функционировании Европейского Союза (в редакции Лиссабонского договора от 13 декабря 2007 года). – Текст см. по адресу <http://eur-lex.europa.eu/>

² Сторонники этого направления считают, что рыночный механизм способен сам регулировать экономику, устанавливать равновесие между предложением и спросом, между производством и потреблением, в связи с чем вмешательство государства в регулирование данных вопросов должно быть минимальным. – См., например: Towards Sustainable Economies: challenging neoliberal economic globalisation. // http://www.foe.co.uk/resource/reports/towards_sust_economies.pdf

- предотвращению несчастных случаев на производстве и профессиональных заболеваний;
- гигиене труда;
- праву на объединение в профсоюзы и коллективным переговорам между работодателями и наемными работниками.

В соответствии с данной статьей Комиссия наделялась только процессуальными полномочиями организовывать консультации в рамках предусмотренных тем, но она не могла требовать от стран-участниц достижения каких-либо конкретных результатов и отменять нормы национального законодательства.

Другие социальные гарантии, закрепленные в разделе, посвященном вопросам социальной сферы, были столь же общими. Например, статья 121 (в новой редакции ст. 144) разрешила Совету поручать Комиссии задачи в связи с «внедрением общих мер», в частности, в том, что касается социального обеспечения трудовых мигрантов. Статья 122 (в новой редакции ст. 145) требовала от Комиссии включить отдельный раздел о «социальном развитии» в ежегодный отчет Европарламенту, а статья 128 (в новой редакции ст. 150) требовала, чтобы Совет «заложил общие основы» для внедрения единой политики профессионального образования. Единственным положением, которое, возможно, имело некую практическую значимость, была статья 119 (в новой редакции ст. 141) о равных правах для мужчин и женщин в области оплаты труда, но даже это обязательство относилось к странам-членам, а не к работникам.

В итоге экономическая и социальная политики, традиционно взаимосвязанные на внутригосударственном уровне, оказались отделены друг от друга, и приоритет на долгое время остался за экономической политикой.

В то же время Римский договор содержал положения, касающиеся свободы передвижения, которая была крайне важной для дальнейшего развития экономики. Благодаря тому, что работники могут переезжать в поисках доступной работы, они перемещаются из районов, где труд дешевый и имеется избыток рабочей силы, в те места, где есть спрос, свободная циркуляция трудовых ресурсов обеспечит выравнивание условий конку-

ренции. Для достижения этой цели в Договор были введены статьи 48-66 (в новой редакции ст. 39-55), призванные устранить препятствия к свободному передвижению людей, и к ним добавилась статья 123 (в новой редакции ст. 146), учреждающая Европейский социальный фонд, призванный облегчать трудоустройство и увеличивать географическую и профессиональную мобильность людских ресурсов.

Однако вскоре стало понятно, что экономическая интеграция невозможна без социального аспекта.

Единый Европейский акт 1986 г. был первым серьезным пересмотром Римского договора 1957 г. Внесенные изменения и дополнения в Римский договор способствовали развитию европейского социального права. Появились новые нормы о повышении безопасности труда и улучшении здоровья работников (ст. 118 а, в новой редакции ст. 137), о развитии на европейском уровне переговоров и соглашений между социальными партнерами.

Свидетельством усиления внимания Сообщества к социальной политике является факт разработки и принятия в 1989 г. **Хартии основных социальных прав трудящихся ЕС**¹.

В определенном смысле Хартия не является радикальным документом: ее Преамбула все еще содержит подтверждение старых убеждений, что завершение формирования внутреннего рынка – это «наиболее эффективное средство создания рабочих мест и обеспечения максимально высокого благосостояния в Европейском Сообществе».

С другой стороны, Хартия действительно содержит 26 прав, ответственность за обеспечение которых лежит на государствах-членах, и она действительно признает, что социальным и экономическим аспектам Европейского сообщества придается «одинаковая важность» и что их нужно «развивать сбалансированно».

¹ The Charter of Fundamental Social Rights of Workers (the Social Charter) of 1989. // europa.eu/legislation_summaries/human_rights/fundamental_r...open_union/133501_en.htm; Право Европейского Союза: правовое регулирование торгового оборота: Учеб. пособие / Под ред. В.В. Безбаха, А.Я. Капустина, В.К. Пучинского. – М.: ЗЕРЦАЛО, 2000. – С. 74.

Основными социальными правами работников Сообщества Хартия признает такие, как свобода передвижения, выбор рода работы и профессии, право на справедливое вознаграждение и улучшение условий жизни и труда. Граждане ЕС имеют право на социальную защиту, профессиональное обучение и охрану труда. Особая охрана труда предусмотрена для несовершеннолетних работников, а особая защита прав – для пожилых людей и инвалидов¹.

В области коллективных прав Хартия содержала право на свободу объединений, право на ведение коллективных переговоров и составление коллективных договоров, что в результате могло привести к «договорным взаимоотношениям», и право прибегать к коллективным действиям в случае конфликта интересов, включая право за забастовку.

Предполагалось, что Хартия получит обязательную силу, но на заседании Европейского Совета за нее проголосовали все страны-участницы, кроме Великобритании, в связи с чем Совет придал Хартии рекомендательный характер. Тем не менее в 1992 г. при подписании Протокола и Соглашения о социальной политике страны-участницы сослались на Хартию как на основной документ, определяющий социальную политику Сообщества².

Заключенный в Маастрихте в 1992 г. **Договор о Европейском Союзе**, в свою очередь, внес существенные изменения в Римский договор. В программе действий Сообщества во главу угла теперь ставилось желание бороться с безработицей. В статье 2 Договора о Европейском Сообществе заявляется, что задачей Сообщества будет пропагандировать внутри Сообщества «сбалансированный неинфляционный рост, сохранение высокого уровня трудоустройства и социальной защиты, повышение стандартов и качества жизни, а также экономическую и социальную сплоченность и солидарность среди государств-членов». Этой новой задаче способствовало переименование раздела «О социальной политике» в раздел «Социальной политики, образования, профессиональной подготовки и дел молодежи».

¹ The Charter of Fundamental... – С. 75.

² Там же.

Первоначально предлагалось изменить статьи 117-122 Договора о Европейском экономическом сообществе для расширения его социальной компетенции, но эта идея встретила упорное сопротивление со стороны Великобритании. Для того чтобы обеспечить согласие Великобритании с Договором о Европейском Союзе в целом, было решено удалить эти изменения из главной части Договора и поместить их в отдельный протокол и соглашение (Соглашение о социальной политике (SPA) и Протокол о социальной политике (SPP), вместе называемые Социальным разделом), которые не относились бы к Великобритании.

Соглашение SPA расширило компетенцию Союза в социальной сфере, а также увеличило области, в которых меры могли быть приняты голосованием квалифицированного большинства. Таким образом, меры, касающиеся условий труда, информирования и консультирования работников, равенства мужчин и женщин в отношении возможностей рынка труда и отношений на работе могут быть введены голосованием квалифицированного большинства. Дополнительно Совет министров может единогласно принять меры в области социального обеспечения и социальной защиты работников, защиты работников в случае расторжения трудового договора, представления и коллективной защиты интересов наемных работников и работодателей, включая участие работников в управлении предприятием и условия найма для граждан третьих стран, легально проживающих на территории стран Сообщества (ст. 2 (3), в новой редакции ст. 137 (3)). Однако статья 2 (6) (в новой редакции ст. 137 (5)) четко предусматривала, что «положения этой Статьи не касаются оплаты труда, права на объединения, права на забастовку и права на введение локаута».

Также SPA уделяет большое внимание социальному диалогу между работниками и работодателем, результатом которых может быть заключение коллективного договора¹.

¹ На содержание данных новых норм оказало влияние соглашение, заключенное 31 декабря 1991 г. между межотраслевыми социальными партнерами (Союз конфедераций промышленников и предпринимателей Европы (UNICE) и Европейский Центр государственных предприятий (СЕЕР) на стороне работодателей и Европейская конфедерация профсою-

2 октября 1997 г. был подписан **Амстердамский договор** (вступил в силу 1 мая 1999 г.), который внес существенные изменения в Маастрихтский договор. В частности, статья 117 (в новой редакции ст. 136) подверглась пересмотру и теперь включала четкую ссылку на «фундаментальные социальные права, в частности, права, установленные Европейской хартией, принятой в Турине 18 октября 1961 г., и в Хартии основных социальных прав трудящихся Сообщества 1989 года».

Также изменения коснулись принципа равенства полов, в статье 3 говорится о том, что Сообщество будет стремиться к устранению неравенства и к пропаганде равенства между мужчинами и женщинами.

Новая для Сообщества задача «обеспечения высокого уровня трудовой занятости и социальной защиты» была добавлена в статью 2 Договора о Европейском Сообществе, и задача «обеспечения высокого уровня трудовой занятости» стала ведущей тенденцией.

На саммите в Лиссабоне в марте 2000 года Союз поставил перед собой новую и перспективную стратегическую цель – «стать самой конкурентоспособной и динамичной из наукоемких экономических систем в мире, способной к продолжительному экономическому росту при создании многочисленных и улучшенных рабочих мест и обладающей большей социальной сплоченностью».

2. Свободное перемещение рабочей силы

В условиях экономической интеграции предприниматели вступают в конкуренцию между собой: каждый из них несет различный размер трудовых затрат, поскольку в их распоряжении находится рабочая сила, готовая работать в разных условиях. В итоге данные различия приводят к настоящей конкурентной борьбе предприятия разных государств ЕС, так как одни находятся в более выгодном положении по отношению к другим ввиду своих национальных особенностей. Кроме того, это

зов (ETUC) на стороне работников). Данное соглашение почти дословно приведено в ст. 3 и 4 SPA. – См., например: *Falkner G. EU Social Policy in the 1990s. Towards a corporatist policy community: London. – NY, 1998.*

может затронуть конкуренцию на рынке, вызывая колебания вследствие различных трудовых затрат в различных государствах. Предприятия получают конкурентные преимущества благодаря данным различиям, размещая свои филиалы в наиболее благоприятных с их точки зрения государствах. Чтобы избежать оттока предприятий, государствам пришлось бы снизить уровень защищенности трудящихся, становясь тем самым более привлекательными для предприятий в ущерб собственным рабочим. Данное явление известно как социальный *демпинг* и служит следствием процесса экономической интеграции.

Все эти процессы привели к тому, что возникла необходимость формирования такого рынка труда в рамках ЕС, на котором рабочая сила могла бы свободно перемещаться; тем самым достигается наилучший баланс между спросом и предложением. С другой стороны, встал вопрос о сближении национальных законодательств в области труда, чтобы сделать однородными конкурентные условия среди различных членов Европейского Союза.

В итоге с середины 1990-х гг. в ЕС постепенно стали пересматриваться подходы к социальной политике, и одним из составных элементов компетенции ЕС стали «политика обеспечения занятости» и «политика в социальной сфере» (п.п. i, j пар. 1 ст. 3 Договора о ЕС).

29 апреля 2004 года была принята **Директива 2004/38/ЕС**¹ о праве граждан Союза и членов их семей свободно передвигаться и проживать на территории государств-членов.

Данный документ изменил и отменил ряд регламентов и директив, поставив определенную точку в вопросах свободного передвижения лиц в рамках ЕС, развитие которых началось в 50-е гг. XX в. в контексте создания общего рынка ЕС. Изначально право свободного перемещения гарантировалось только для граждан, занимающихся экономической деятельностью (к ним относились предприниматели и наемные работники),

¹ European Parliament and Council Directive 2004/38/EC of 29 April 2004 on the right of citizens of the Union and their family members to move and reside freely within the territory of the Member States. // OJ L 158 of 30.04.2004. // <http://eur-lex.europa.eu/>

позднее данное право было распространено на остальные категории граждан государств-членов. Указанное право признается одним из *основных прав граждан Европейского Союза в целом* (ст. 18 Договора о ЕС). Позднее оно было воспроизведено в Хартии Союза об основных правах 2000 г. (ст. 45) и в полном объеме подтверждено новой Конституцией Европейского Союза 2004 г. (ст. I-10 и II-105 Договора, устанавливающего Конституцию для Европы).

Однако помимо права на свободное перемещение для рабочих в ЕС предусматриваются дополнительные гарантии.

Европейский рынок труда включает три категории наемных работников. Первая и наиболее многочисленная – национальная рабочая сила, занятая на территории своей страны; вторая – мигранты – граждане ЕС, имеющие те же права, что и национальные рабочие, но работающие не в своей стране; и, наконец, трудящиеся из так называемых третьих стран¹.

На последних не распространяются рассматриваемые в параграфе гарантии, эти работники в определенной степени ограничены в правах, в том числе во въезде в страну, проживании на территории ЕС и получении работы².

Итак, под понятие *работника-мигранта* подпадают лица, ищущие работу или работающие по договору найма и имеющие гражданство другой страны-участницы.

Следует иметь в виду, что государственные служащие исключаются из данной категории, равно как не признаются работниками-мигрантами и граждане, получающие доход от соб-

¹ Lowisch Manfred. Labor Law in Europe. // Ritsumeikan Law Review, №. 20, 2003. // <http://www.ritsumei.ac.jp/acd/cg/law/lex/rlr20/Manfred101.pdf>; European Labour Law Network – Thematic Report 2009: Characteristics of the Employment Relationship. Contract No. VC/2008/1211 // <http://www.labour-lawnetwork.eu/frontend/file.php?id=161&dl=1>; Право Европейского Союза: правовое регулирование торгового оборота: Учеб. пособие / Под ред. В.В. Безбаха, А.Я. Капустина, В.К. Пучинского. – М.: ЗЕРЦАЛО, 2000. – С. 70.

² См.: Директива Совета 2003/109/ЕС от 25 ноября 2003 г. о статусе граждан третьих стран, проживающих на долгосрочной основе (Journal officiel de l'Union européenne L 16 du 23.1.2004, р. 44.), и Директива Совета 2003/86/ЕС от 22 сентября 2003 г. о праве на семейное воссоединение (OJ 2003 L 251/12).

ственной предпринимательской деятельности, не являющиеся наемными работниками¹.

В то же время принцип свободного перемещения распространяется на членов семей работников-мигрантов.

Основным документом, закрепляющим основные права наемных работников в рамках ЕС, является Римский договор, а именно глава 1 «Трудящиеся» раздела III «Свободное перемещение людей, услуг и капиталов» данного Договора. Статья 39 указанной главы гарантирует отмену любой дискриминации по признаку гражданства в отношении трудящихся государств-членов в трудовых отношениях. Работники-мигранты имеют право принимать реальные предложения о трудоустройстве, свободно передвигаться в целях поиска работы по территории Европейского Союза, а также оставаться на территории любого государства-участника после прекращения трудовых отношений.

При этом единственным документом, необходимым для перемещения и проживания внутри Сообщества работников государств-членов и их семей, является национальный паспорт или удостоверение личности².

В то же время указанные права могут быть ограничены соображениями общественного порядка, государственной безопасности и здравоохранения³.

Что касается актов вторичного права в сфере свободы передвижения рабочей силы, то основными из них можно назвать **Регламент Совета (ЕЭС) № 1612/68**⁴ от 15 октября 1968 г. о

¹ Пар. 3 и 4 ст. 39 Договора о ЕС.

² Директива Совета 68/360/ЕЭС от 15 октября 1968 г. об упразднении ограничений на перемещение и проживание внутри Сообщества работников государств-членов и их семей // OJ, Special Edition, 1968 (II).

³ См: Директива Совета 64/221/ЕЭС от 25 февраля 1964 г. о координации специальных мер по отношению к иностранцам в области перемещения и проживания, оправданных по соображениям общественного порядка, общественной безопасности и общественного здравоохранения и Приложение к Директиве 64/221/ЕЭС, содержащее перечень заболеваний и видов нетрудоспособности, которые могут составлять основания ограничения свободы передвижения лиц.

⁴ См.: Право Европейского Союза: Документы и комментарии / Под ред. С.Ю. Кашкина. – М.: ТЕРРА, 1999. (J O L 257 du 19/10/1968. P. 2).

свободном передвижении работников внутри Сообществ, являющийся рамочным документом, на основе которого принимаются другие вторичные нормативные акты в рассматриваемой сфере.

Этот Регламент отменил все преимущества национальных работников перед мигрантами при найме на работу. Мигранты могут свободно выбирать род и место работы на территории стран Союза, они имеют равную возможность получения предложений о трудоустройстве, обладают социальными правами наравне с работниками-гражданами принимающего государства (в частности, право на вознаграждение, продвижение по службе, доступ к получению профессионального обучения, участие в управлении предприятием, вступление в профсоюз и пр.). Мигрантам гарантированы равные права при увольнении из организации, а также они имеют свободный доступ к получению помощи в службе занятости принимающего государства.

Целый комплекс социальных и трудовых прав предоставляется Регламентом и членам семьи работника-мигранта, к которым относятся супруг(а) работника-мигранта, их дети до 21 года или являющиеся иждивенцами, а также родственники по восходящей линии, находящиеся на иждивении работника и его супруга(и) (ст. 10 Регламента). В частности, дети мигрантов имеют право на государственное обязательно образование, обучение профессии без какой-либо дискриминации (ст. 12 Регламента).

В целях реализации этого права 25 июля 1977 г. была принята **Директива Совета 77/486/ЕЭС**¹ об образовании детей работников-мигрантов. Указанный документ подтвердил право детей работников-мигрантов на получение образования на тех же условиях, что существуют и для детей граждан государства. Государства-члены должны прилагать усилия для обеспечения указанным детям возможности получить это образование на наилучших условиях. Директива обратила особое внимание на необходимость обеспечения усвоения детьми работников-мигрантов официального языка государства-члена, в котором они обучаются. При этом в соответствии с нормами националь-

¹ OJ L 199 du 06/08/1977. P. 0032–0033.

ной системы образования детям работников-мигрантов должен быть обеспечен доступ к изучению родного языка и культуры¹.

Работникам-мигрантам суммируются все периоды работы, которые учитываются законодательством разных стран для получения и сохранения права на пенсию, пособия по безработице и иных пособий, а также для исчисления их размера.

Пособия по безработице выплачиваются по принципу «страны занятости», т.е. по правилам и в размерах, определяемых законодательством принимающей страны².

Следует подчеркнуть, что реализация принципа свободного передвижения лиц неизбежно приводит к тому, что рабочая сила направляется прежде всего в те страны, где выше уровень социальной защиты, что порождает ряд проблем, в частности, повышается нагрузка на бюджет принимающей страны. В то же время предпринимателям более выгодно инвестировать именно в те части Сообщества, где цена рабочей силы минимальна.

3. Рабочее время и время отдыха

На уровне Союза за работниками закрепляются минимальные гарантии в области регулирования вопросов рабочего времени и времени отдыха, которые расширяются в национальном законодательстве. Также во многих европейских странах данные вопросы конкретизируются в коллективных договорах, зачастую устанавливающие более благоприятные условия труда работникам.

Римский договор упоминает о времени отдыха в статье 142, где говорится о том, что государства-члены заботятся о сохранении существующей эквивалентности схем предоставления оплачиваемых отпусков.

¹ См.: *Кашкин С.Ю., Калининченко П.А.* Трудовое и социальное право Европейского Союза: документы и материалы. – М.: Права человека, 2005. – С. 29.

² См.: *Право Европейского Союза: правовое регулирование торгового оборота: Учеб. пособие / Под ред. В.В. Безбаха, А.Я. Капустина, В.К. Пучинского.* – М.: ЗЕРЦАЛО, 2000. – С. 73.

В соответствии с п. 2 статьи 31 Хартии об основных правах (Charter of Fundamental Rights of the European Union)¹ каждый трудящийся имеет право на ограничение максимальной продолжительности рабочего времени и на ежедневный и еженедельный отдых, а равно на ежегодный оплачиваемый отпуск.

Более конкретные положения о рабочем времени и времени отдыха закреплены в **Директиве 2003/88/ЕС**² от 4 ноября 2003 г. о некоторых аспектах организации рабочего времени. Данная Директива дает определение *рабочего времени*: к нему относится любой период времени, в течение которого работник работает, находясь в распоряжении работодателя и осуществляя свою деятельность или обязанности согласно национальному законодательству и/или практике. *Временем отдыха* является любой период, не охватываемый рабочим временем.

Положения Директивы предоставляют следующие гарантии работникам:

- ежедневный обязательный 11-часовой непрерывный отдых при семидневной неделе (ст. 5);
- обязательный перерыв в работе, когда рабочий день превышает 6 часов (его конкретная продолжительность определяется либо национальным законодательством, либо коллективным договором) (ст. 4);
- еженедельный отдых продолжительностью минимум 24 часа (ст. 5);
- ограничение рабочей недели 48 часами (включая сверхурочные работы) (ст. 6);
- обязательный ежегодный отпуск – как минимум 4 недели (ст. 7).

Рассматриваемая Директива также регулирует продолжительность труда в ночное время, которая должна составлять не более 8 часов.

4. Охрана труда

От здоровья и безопасности работников напрямую зависит и качество работы. Поэтому важно знать риски, которые

¹ Принята в г. Ницце 07.12.2000.

² JO L 299 du 18/11/2003. P. 9.

несет в себе работа, а также меры по их сокращению. Вопросы охраны здоровья и безопасности труда поднимались Союзом с начала его создания. Так, согласно статье 140 Римского Договора (ранее ст. 118) Комиссия поощряет сотрудничество между государствами-членами и содействует координации их действий во всех областях социальной политики, в частности в вопросах трудового законодательства и условий труда, предотвращения профессионального травматизма и профессиональных заболеваний, а также гигиены на производстве.

Основным документом, регулирующим данные вопросы, является рамочная **Директива 89/391/ЕЭС**¹ от 12 июня 1989 г. о введении мер по улучшению безопасности и охраны здоровья работников на рабочих местах. Действие данной Директивы распространяется на все предприятия и организации, как государственные, так и частные. Однако из-под действия Директивы выведены организации, специфические особенности деятельности которых входят в противоречие с положениями Директивы (полиция, службы гражданской безопасности, воензированные организации и пр.).

Целью указанной Директивы, провозглашенной в статье 1, является повышение безопасности труда, здоровья и гигиены.

Директива закрепляет за работодателем определенные обязательства в сфере охраны труда, возлагая в то же время и на работника обязанность заботиться о собственной безопасности и безопасности других работников.

Помимо закрепления общих правил охраны труда, Директива содержит ряд конкретных обязанностей работодателя. Так, работодатель должен информировать работников о возможной опасности, обучать их правилам безопасности и обеспечивать средствами защиты. Данное обучение должно производиться за счет работодателя и в рамках рабочего времени как при приеме на работу, так и в случае перехода на другую работу у того же работодателя, изменения оборудования, на котором трудится работник, при вводе новых технологий труда. При необходимости данное обучение должно повторяться.

Работодатель также должен назначить одного или нескольких работников для осуществления деятельности по защи-

¹ JO L 183 du 29/06 /1989. P. 0001-0008.

те и профилактике профессиональных рисков, у которых должна быть профессиональная специализация для выполнения таких функций, и они должны располагать достаточными знаниями. Данный работник должен быть обеспечен необходимыми средствами и достаточным количеством времени для реализации своей деятельности, при этом работодатель должен проследить, чтобы в ее ходе не произошло никакого нарушения. Количество данных работников зависит от размеров предприятия и наличных в нем рисков.

В случае если такие меры не могут быть организованы на предприятии ввиду различных причин, например, в случае отсутствия среди работников лица, компетентного в вопросах охраны труда, для выполнения данной функции работодатель может привлекать и стороннее лицо, но это не будет исключать ответственность работодателя при несчастном случае на производстве.

Кроме того, работодатель должен предоставлять работникам и ответственным за охрану труда (назначенным работникам или привлеченным сторонним лицам) информацию о возможных рисках для безопасности и здоровья на производстве, защитных и профилактических мерах и действиях, производимых на предприятии в целом и на конкретном рабочем месте, а также иную информацию, предусмотренную национальным законодательством конкретной страны.

Работники, помимо знакомства с имеющимися мерами защиты здоровья на производстве, имеют право сами вносить предложения по улучшению данных мер. Более того, они могут обращаться в органы, ответственные за обеспечение безопасности и охрану здоровья, если считают, что меры по охране здоровья, предпринятые работодателем, не достаточны (ст. 11).

В случае возникновения чрезвычайной ситуации, например, пожара на предприятии, работодатель должен принять необходимые меры для оказания первой медицинской помощи пострадавшим, борьбы с огнем и эвакуации работников, а также вызвать необходимые службы первой помощи, спасательные службы, пожарных (ст. 8). При сохранении опасной ситуации или надвигающейся опасности работодатель не должен допускать работников к работам. Более того, работодатель не имеет

права каким-либо образом ущемлять в правах или привлекать к ответственности работников, покинувших свое рабочее место в случае опасности. Работодатель также должен предоставлять отчеты о всех несчастных случаях на производстве в соответствующие органы власти государства, а также анализировать и причины и принимать меры по предотвращению подобных случаев.

Как указывалось выше, на работников также возлагаются обязанности в сфере охраны труда (ст. 13). Они должны, насколько это возможно, заботиться о собственной безопасности и безопасности других людей, находящихся поблизости. С этой целью работники обязаны правильно использовать средства производства (различные механизмы, опасные вещества, транспортные средства и пр.) и индивидуальные средства защиты, возвращая их в конце рабочей смены на место, а также незамедлительно информировать работодателя или ответственное за охрану труда лицо о любой возможной опасности либо любых недостатках в организации мер защиты.

Статья 16 Директивы предусматривает, что для обеспечения охраны труда различных категорий работников должны быть приняты специальные директивы Совета по предложению Комиссии. В связи с этим был принят ряд директив в сфере охраны труда (Директива 89/654/ЕЭС о минимуме требований к безопасности и гигиене рабочих мест, Директива о введении мер, содействующих улучшению безопасности и гигиены труда работников, а также недавно родивших и кормящих женщин-работниц 92/85/ЕЭС, Директива 90/269/ЕЭС о минимуме требований безопасности и гигиены труда к ручной обработке грузов, когда существует риск, в особенности, травмы позвоночника работающих, Директива 98/24/ЕС по обеспечению безопасности и охране здоровья работников на рабочем месте при наличии рисков от действия химических веществ, Директива 92/91/ЕЭС о минимуме требований по улучшению охраны труда работников отраслей по добыче полезных ископаемых на основе бурения, Директива 93/103/ЕЭС о минимуме требований охраны труда для работ на борту рыболовных судов, Директива 2006/25/ЕС о минимальных требованиях охраны здоровья и безопасности для работников, подвергающихся риску, исходя-

щему от физических агентов искусственной оптической радиации и др.¹).

В последнее время в силу разных причин значительно участилось обращение к таким формам занятости, как работа на определенный срок и временная занятость. Отдельной **Директивной 91/383/ЕЭС** Совета от 25 июня 1991 г. дополняются меры, направленные на усиление охраны труда таких работников. В соответствии с указанной Директивой на работников, заключивших договоры на определенный срок и временные трудовые договоры, распространяются все положения, направленные на защиту интересов работников, заключивших трудовой договор на неопределенный срок.

Директива в статье 1 приводит следующее определение *трудовых отношений, возникающих на основе трудового договора на определенный срок*, – заключенный между работодателем и работником трудовой договор, по которому завершение работы определяется объективными условиями, такими как: достижение конкретной даты, завершение конкретной работы или наступление определенного события.

Временные трудовые отношения, в соответствии с той же статьей Директивы, возникают между временно нанимающим лицом, являющимся работодателем, и работником, которому предписано выполнять работу для и под контролем организации, пользующейся его услугами.

Наряду с закреплением общего принципа обеспечения такого рода работников тем же уровнем охраны здоровья и безопасности на рабочем месте, как и других работников данной организации, в Директиве говорится и о конкретных правах данных работников, в частности, о праве доступа к индивидуальным средствам защиты (ст. 2), о праве на обучение (ст.4), медицинский контроль состояния здоровья (ст.5), охрану здоровья (ст.6), информацию (ст.3, 7 и 8).

Прежде чем работник, заключивший договор на определенный срок или временный трудовой договор, приступит к выполнению какой-либо работы, он должен быть проинформирован работодателем о риске, которому он подвергается. По-

¹ Подробнее см. по адресу // <http://eur-lex.europa.eu/>

мимо общего разъяснения о наличии повышенной опасности, таких работников должны обучить профессиональным навыкам и умениям, необходимым для выполнения конкретной работы, с учетом умений и опыта работника.

При этом нормы национального законодательства могут запретить заключать трудовые договоры на определенный срок и временные трудовые договоры на некоторых видах работ для защиты здоровья работников, в частности, на работах, требующих особого медицинского обследования.

5. Защита прав работников при смене работодателя

Развитие экономики и функционирование рынка невозможно без таких процессов, как переход предприятий от одного собственника к другому. При смене работодателя работники также нуждаются в предоставлении определенных гарантий и защите своих прав. Такие меры устанавливаются **Директивой Совета 2001/23/ЕС**¹ от 12 марта 2001 г. о сближении законодательства государств-членов относительно защиты прав работников в случаях передачи предприятий, бизнеса или части предприятия или бизнеса, заменившей посвященную тем же вопросам Директиву 77/187/ЕЭС от 14 февраля 1977 г., которая неоднократно изменялась.

Следует отметить, что национальное законодательство стран – участниц ЕС в данной области до сих пор довольно существенно различается.

Директива действует в отношении любого перехода предприятия или бизнеса к новому работодателю, независимо от того, является предприятие публичным или частным. При этом предприятие или бизнес либо их часть должны находиться на территории ЕС. Однако положения Директивы не применяются к случаям реорганизации публичных административных органов и перехода права на морские суда (ст. 1).

Суд Сообществ более широко растолковал понятие *перехода* предприятия или бизнеса, расширив действие положений

¹ OJ L 082 du 22/03/2001. P. 0016-0020.

Директивы¹. В своем решении Суд подчеркнул, что смена работодателя происходит не только в случае смены собственника предприятия или бизнеса, но и в случае смены лица, ответственного за ведение бизнеса, фактически принимающего на себя обязательства прежнего собственника. Предприниматели в своем соглашении могут договориться о различных формах передачи предприятия, при этом вовсе не обязательно вместе с предприятием передавать и его собственность.

Под *предприятием или бизнесом* в данной Директиве понимается некая экономическая единица, которую можно индивидуализировать.

При смене работодателя в случае перехода предприятия или бизнеса Директива предусматривает следующие меры защиты. Во-первых, существующие на день передачи права и обязанности работодателя, вытекающие из трудового договора, переходят новому работодателю полностью, т.е. работника нельзя ни уволить, ни изменить с ним условия трудового договора в ущерб работнику на том лишь основании, что сменился работодатель. Увольнение возможно лишь по экономическим, техническим или организационным причинам, вызванным изменением потребности в рабочей силе. Это обеспечивает сохранность как самих трудовых отношений, так и их содержания, порождая в результате передачи замену старого договора новым, изменяя в нем только работодателя.

Обязанности работодателя по трудовому договору переходят к новому собственнику вне зависимости от того, уведомлен ли он прежним работодателем о данных обязательствах или нет. Последнее правило неоднозначно воспринимается отдельными юристами, которые, порой, высказывают мнение о том, что оно противоречит сложившемуся в большинстве стран Евросоюза принципу: невозможно передать обязательство, не считаясь с волей обязанного.

В то же время гарантия преемственности обязательств по трудовым договорам не применяется в отношении добровольно принятых на себя обязательств прежнего работодателя по вы-

¹ См.: Дело 144/87 и 145/87 *H.Berg and J.T.M. Busschers v. I.M. Besselen* [1988] ECR 2559.

плате пенсии по старости, по инвалидности или по потере кормильца сверх государственных гарантированных пособий. Новый работодатель может отказаться от данных выплат работнику. Однако в этом случае государство предпринимает необходимые меры для защиты интересов данных работников.

При смене работодателя продолжают действовать не только прежние индивидуальные трудовые договоры, но и коллективные договоры, подписанные с прежним работодателем. Коллективный договор действует до момента его расторжения или истечения срока действия либо до вступления в силу или применения другого коллективного соглашения. При этом национальным законодательством можно ограничить период сохранения прежних условий коллективного договора на срок не менее года.

Еще до факта передачи предприятия или бизнеса работники должны быть проинформированы работодателем о грядущих изменениях, в частности, они должны быть ознакомлены с предполагаемой датой и причиной передачи; с юридическими, экономическими и социальными последствиями для работников, вызванных сменой собственника. С нововведениями работников должен знакомить и новый собственник.

6. Массовые увольнения

Порядок сокращения работников предприятий и организаций по инициативе работодателей посвящена **Директива Совета 98/59/ЕС**¹ от 20 июля 1998 г. о сближении законодательств государств-членов, относящихся к массовым увольнениям.

Данная Директива заменила собой Директиву Совета 1975/129/ЕЭС от 17 февраля 1975 г. о коллективных увольнениях, которая являлась одним из первых нормативных актов Сообщества, который закрепил коллективные трудовые права наемных работников, в данном случае – право на получение информации и проведение консультаций по поводу планируемых сокращений.

¹ OJ L 225 du 12.8.1998.

Согласно Директиве 98/59/ЕС увольнения признаются массовыми, когда число увольнений составляет (вариант выбирает страна – участница ЕС):

1) либо на протяжении периода в тридцать дней:

- как минимум 10 в организациях с численностью от 20 до 100 работников,
- как минимум 10% от общего числа работников в организациях, где трудятся от 100 работников до 300,
- как минимум 30 в организациях с численностью от 300 работников;

2) либо на протяжении периода в девяносто дней: как минимум 20 независимо от количества работников организации.

Временные рамки необходимы для того, чтобы избежать мошенничества, состоящего в сокрытии коллективных увольнений под видом каскадной последовательности индивидуальных увольнений.

При этом мотивы увольнения не должны быть связаны с личностью работника; работник увольняется не за дисциплинарный проступок. Речь идет о сокращении численности работников из-за технических или организационных изменений, хотя могут быть и другие причины массовых увольнений, такие как, например, форс-мажор или смерть предпринимателя.

Положения Директивы не применяются к увольнениям работников в связи с истечением срока трудового договора или в связи с выполнением задачи, для решения которой был приглашен работник. Действие Директивы также не распространяется на работников публичных учреждений и на членов экипажей морских судов.

Директива не запрещает массовые увольнения, она лишь предусматривает определенные меры по защите прав работников в этом случае.

Основная обязанность работодателя в случае грядущих массовых увольнений заключается в проведении консультаций с работниками по вопросам возможности избежания сокращений или уменьшения их масштабов, а также возможности смягчения последствий увольнений (например, оказание помощи в обеспечении другой работой или в профессиональной переподготовке уволенных работников).

Целью данной процедуры является поиск решений, альтернативных увольнению, или ограничение их негативных последствий.

Директива разрешает государствам предусматривать использование услуг эксперта со стороны представителей работников. Национальные законодательства должны гарантировать эффективное консультирование представителей по данным аспектам.

Чтобы позволить представителям работников формулировать конструктивные предложения, работодатель должен предоставлять им определенные сведения в течение всего процесса консультирования.

Причем процедура консультирования обязательна вне зависимости от того, будет ли соответствующее решение о массовых увольнениях принято самим предпринимателем или предприятием, осуществляющим контроль над ним.

7. Защита прав работников в случае банкротства работодателя

Хотя увольнения, вызванные банкротством предприятия, также носят массовый характер, они не подпадают под действие Директивы 98/59/ЕС. Гарантии и меры защиты работников в случае несостоятельности их работодателя закрепились в **Директиве 80/987/ЕЭС**¹ о сближении законодательства стран-участниц, относящегося к защите работников в случае банкротства работодателя. В 2002 г. на основе **Директивы 2002/74/ЕС**² от 23 сентября был произведен ряд уточнений и дополнений в тексте Директивы от 1980 г.

Защита, предусмотренная Директивой, предоставляется *работникам*, которые предъявляют свои требования, вытекающие из трудового договора и трудовых отношений, к работодателю, находящемуся в состоянии банкротства.

¹ Council Directive 80/987/EEC on the approximation of the laws of the Member States relating to the protection of employees in the event of the insolvency of their employer //eur-lex.europa.eu

² OJ 2002 L 270/10.

Страны-участницы могут исключать требования некоторых категорий работников из сферы действия настоящей Директивы в связи с существованием других форм гарантий таким работникам, предусмотренных национальным законодательством.

При этом государства-члены не могут исключать из сферы действия Директивы частично занятых работников, работников по срочному договору в значении Директивы и временных работников.

Директива не раскрывает ряда понятий (например, наемный работник и предприниматель), отсылая к определениям, устанавливаемым национальным законодательством.

Директива предусматривает три ситуации, в которых предприниматель будет считаться *банкротом*:

- когда ему предъявлено требование о начале коллективных процедур несостоятельности в соответствии с национальным законодательством страны-участницы, подразумевающие лишение работодателя имущества и назначения ликвидатора или лица, выполняющего сходные функции;
- когда государственный компетентный орган власти примет решение об этом открытии процедуры банкротства;
- когда этот орган власти констатирует окончательное закрытие предприятия, а также нехватку наличных денежных средств для открытия процедуры банкротства.

Страны – члены Евросоюза в соответствии с Директивой принимают необходимые меры для того, чтобы гарантийные фонды обеспечивали выплату заработной платы работникам. Эти меры направлены на установление системы страхования заработных плат за счет гарантийного фонда. При этом страны-участницы могут установить пределы выплат, осуществляемые гарантийными фондами, в целях избежания ситуации, когда размер выплат будет настолько высоким, что их социальное назначение будет нивелировано. С другой стороны, гарантийный фонд должен иметь независимое и не подлежащее аресту имущество, финансироваться предпринимателями и гарантировать

заработные платы, даже если работодатель не произвел соответствующие выплаты в него.

Если предприятие, осуществляющее деятельность на территории как минимум двух стран-участниц, находится в состоянии банкротства, органами, ответственными за выплату работникам будут являться те, которые расположены в том государстве, где работники выполняют свою работу.

§ 2. Отношения из договора найма в ЕС: регламентация нормами гражданского и трудового права

Проблема соотношения гражданского и трудового права возникла со времен формирования отношений по найму труда в период первоначального накопления капитала и объективного развития капиталистической общественной организации труда.

Раннее фабричное (рабочее) законодательство по регулированию труда на фабриках и заводах появилось в Великобритании в первой трети XIX в., затем в других европейских странах и в США. В России, позже вступившей на путь капиталистического развития, первые фабричные законы принимаются в 1880-е гг. Во всех странах они были, прежде всего, реакцией правительств, напуганных стачечными выступлениями рабочего класса. Как писал М.Г. Лунц, в России это законодательство появилось по тем же причинам и с той же задачей, что и на Западе.¹

Раннее фабричное законодательство было составной частью гражданского законодательства, так как трудовое право как отрасль права еще не сформировалось. Отношения по применению наемного труда приравнивались к гражданско-правовым отношениям, поскольку они носили договорный характер, а сам договор найма признавался возмездной сделкой.

Общим у фабричных законов разных стран было не только это, по содержанию они касались одних и тех же институтов и отношений. По мнению исследователей, раннее фабричное законодательство было своего рода трансплантацией норм англ-

¹ См.: Лунц М.Г. Из истории фабричного законодательства, фабричной инспекции и рабочего движения в России. – М., 1909. – С. 61.

лийского фабричного законодательства в гражданское право почти всех европейских стран, в том числе и в российское.

В России первые фабричные законы регулировали установление минимального возраста для допуска к труду малолетних, продолжительность рабочего дня для подростков и женщин, а позже и для взрослых мужчин, частичное возмещение ущерба работодателями рабочим, получившим увечье на производстве, и семьям рабочих, погибшим на производстве. Последнее, по мнению Л.Я. Гинцбурга, было сделано по французскому образцу, а законы о страховании рабочих на случай болезни – по германскому образцу¹. Кроме того, были приняты законы о некотором ограничении штрафов, налагаемых на рабочих их нанимателями, законы о технике безопасности, о сроках выплаты заработной платы. Сравнительный анализ фабричного законодательства разных стран показал, что их общей чертой явилось также фактическое неприменение этих законов.

В XIX веке ученые-цивилисты, изучая договор найма, приходят к выводу, что в сравнении с гражданскими договорами он имеет особую юридическую конструкцию и его следует выделить из общей массы возмездных сделок в особый договор.

Проф. В. Эндеман в 1896 г. предложил ученым исследовать сделки о труде во всех его многообразных проявлениях. В 1902 г. выходит первый, а в 1908 г. – второй том работы Филиппа Лотмара, посвященной трудовому договору.

В России в 1913 г. публикуется цивилистическое исследование Л.С. Таля, также по поводу трудового договора². Предмет его исследования, пишет В.М. Гордон в журнальной рецензии в том же 1913 г., «трудовой договор» в тесном смысле, т.е. тип трудовых отношений, вытекающих из подчинения рабочей силы одного человека целям и власти другого³.

¹ См.: Трудовое право. Энциклопедический справочник / Под ред. С.А. Иванова. – М., 1979. – С. 481-482.

² См.: Таль Л.С. Трудовой договор: Цивилистическое исследование. Т. 1. 1913, Т. 2. 1918. Серия «Классика российской цивилистики». – М.: Статут, 2006.

³ Подробнее см.: Гордон В. К учению о трудовых договорах. Цит. по: Таль Л.С. Трудовой договор: Цивилистическое исследование. – М.: Статут, 2006. – С. 42-67.

Научный анализ сущности правоотношений и природы договора найма по сравнению с гражданско-правовыми договорами в итоге позволил дать понятие трудового договора и способствовал развитию теории трудового права.

В чем же отличие договора найма от гражданских договоров, имеющих своим содержанием труд? По договору найма работник продает свою способность к труду или, как называл Л.С. Таль, «человеческую энергию». Ее нельзя просто продать или передать в пользование другому лицу, так как работник неотделим от товара, который он предлагает. Именно поэтому человек оказывается включенным в процесс труда под руководством и контролем покупателя его рабочей силы.

Особенность труда, пишет Л.С. Таль, заключается в его неотделимости от личности работника. Всякий договор о труде имеет в виду фактическую трату человеческой энергии, проявление рабочей силы, неразрывно связанной с человеческой личностью, частичное или полное поглощение последней целями других лиц¹.

Исследователи признают, что в трудовых отношениях имеется двойственность, которая заключается в сочетании договорного права и дисциплинарной власти. В самом трудовом договоре в этой связи они выделяют две стадии – заключение договора и его действие. На первой стадии возникают по своей сути гражданско-правовые отношения между формально равноправными и свободными субъектами и согласительный порядок установления условий труда.

Вторая стадия – это действие договора, использование нанимателем способности работника к труду. На этой стадии возникают отношения власти и подчинения.

Трудовым договором, писал Л.С. Таль, мы называем всякую сделку, которую одно лицо обещает другому приложение своей рабочей силы на определенный или неопределенный срок к его предприятию или иному хозяйству в качестве несамостоятельного работника, подчиняясь в пределах, определяемых договором, законом или обычаем, хозяйской власти работодателя и внутреннему порядку его предприятия или хозяйства².

¹ См.: Таль Л.С. Цит. соч. – С. 87.

² Там же. – С. 378-379.

Формирование трудового права в самостоятельную отрасль было процессом длительным и сложным, хотя во всех странах законодательство по регулированию наемных отношений набирало силу и появилось достаточно много законов.

Л.С. Таль, как и другие ученые его времени, признавал нарождающуюся отрасль частным правом и определил ее как промышленное право, под которым подразумевалась совокупность специальных норм, определяющих внутренний строй промышленного предприятия и взаимоотношения между входящими в его состав лицами. Законодательство получило название промышленного, а договор найма – промышленный рабочий договор¹.

В дальнейшем частное промышленное право, которое обеспечивало частные интересы, постепенно начинает выходить за рамки предприятия и разрастается в новую отрасль – трудовое право, которая имеет элементы частного и публичного права. Так, В.Каскель в 1925 г. включил в предмет этой отрасли совокупность правоотношений, существующих между рабочим и нанимателем, по договору с которым обязывается рабочая сила, между рабочим и его товарищами, с которыми отдельный рабочий трудится вместе в производстве и объединен одной профессиональной организацией, и, наконец, гражданами и государством, которое обязано защищать рабочую силу своих граждан как национальное достояние².

Определившись и укрепившись в своей самостоятельности, новая отрасль права не отказалась от взаимодействия и использования правовых теорий, понятий и конструкций, одинаково приемлемых гражданским и трудовым правом. Особенно это касается основного института трудового права, каковым является договор найма. В итоге теории договора, договорное регулирование, принцип свободы договора и др. получили дальнейшее развитие в сфере трудового права, естественно с учетом специфических особенностей отрасли.

¹ Подробнее см.: *Таль Л.С.* Очерки промышленного рабочего права. – М., 1918.

² См.: *Каскель В.* Новое трудовое право, 1925. – С. 54-55. Цит. по: *Александров Н.Г.* Трудовое правоотношение. – М.: Юридическое издательство Министерства юстиции СССР, 1948. – С. 97.

Существуют различные определения отрасли современного трудового права. Французские ученые левого направления отвергают распространенную точку зрения о том, что трудовое право направлено преимущественно на охрану наемных работников, как экономически слабой стороны. Они определяют эту отрасль права как договорную форму эксплуатации рабочей силы¹.

В немецкой литературе трудовое право определяют как отрасль права, непосредственно регламентирующую правоотношения между работником и работодателем, возможности индивидуального и коллективного урегулирования организационных и иных вопросов, возникающих в связи с осуществлением трудовой деятельности. Другими словами, это специальное право для наемных работников².

Что же касается функций трудового права как отрасли, то немецкие авторы считают, что их, по крайней мере, две главных: а) трудовое право возникло из потребности облегчить тяжелое положение работника правовым путем и устранить правовыми средствами недостатки и опасности его позиции; б) оно создает так называемую « конституцию предпринимательства»: существенно влияет на формирование экономики, четко определяет возможности предпринимателя и работника, так что каждый закон, новая тарифная норма имеют значительные экономические последствия³.

Современное трудовое право представляет собой сложившуюся, самостоятельную отрасль и, в силу своей специфики, занимающую одно из главных мест в национальных системах права.

Традиционно доказательством появления условий для образований новой отрасли права специалисты в области теории права считают два момента: во-первых, чтобы общественные

¹ См.: Коллэн Ф., Докуа Р., Гутъер П.Г., Жаммо А., Лион-Кан Ж., Рудиль А. Трудовое право в капиталистическом государстве / Под ред. С.А. Иванова; пер. с фр. – М., 1982. – С. 50-54, 169-172.

² См.: Цольнер В., Лоритц К.-Г. Трудовое право. 5-е изд. – Мюнхен: Бек, 1998. – С. 1.

³ См.: Жалинский А., Рерихт А. Введение в немецкое право. – М., 2001. – С. 552.

отношения, которые регулируются нормами этой отрасли права, составляли в совокупности в силу своего качественного своеобразия единый комплекс, отличающийся от других групп общественных отношений. Второе условие – чтобы указанный комплекс общественных отношений нуждался в самостоятельном правовом регулировании¹.

На Западе после Второй мировой войны этим условиям стала отвечать новая отрасль, выделившаяся из гражданского и административного права, и получившая название трудового права.

Развитие рыночных форм организации труда в России способствовало появлению в учебниках нового для России, но общепринятого для зарубежных стран, определения отрасли трудового права. К примеру, среди других такое: современное трудовое право регулирует общественные отношения, которые складываются в процессе функционирования рынка труда, организации и применения наемного труда. В своей совокупности эти отношения и составляют основные элементы (ядро) предмета трудового права².

Современные тенденции в развитии этой отрасли права определяются многими факторами, но во всех случаях наблюдается стремление к расширению сферы действия трудового права, усилению функции защиты прав работников и трудящихся, оказавшихся вне этой сферы. Изменения в экономике оказывают сильное воздействие на трудовое право, однако МОТ отмечает, что трудовые отношения оказались эффективными и долгосрочными рамками, в которых трудящимся предоставляются основные виды защиты и прав³.

Специалисты в области сравнительного правоведения, изучая специфику национальных систем трудового права, исследуют историческое развитие той или иной страны, ее эконо-

¹ См.: Теория государства и права / Под ред. Н.Г. Александрова. – М., 1968. – С. 586; *Алексеев С.С.* Проблемы теории права: Курс лекций в двух томах. – Свердловск, 1972. Т. 1. – С. 133-138.

² См.: Трудовое право: Учебник / Под ред. О.В. Смирнова. – М., 2004. – С. 7-8.

³ См. подробнее: МОТ: Сфера трудовых отношений, доклад V, Международная конференция труда, 91-я сессия, Женева, 2003.

мический потенциал, политическое устройство, активность рабочего и профсоюзного движения и другие факторы, оказавшие и оказывающие воздействие на развитие отрасли и трудового законодательства.

Отмечая разнообразие правового регулирования трудовых отношений, исследователи одновременно находят общие черты и тенденции, свойственные современному трудовому праву. Так, многие отмечают сближение методов правового регулирования; меняется соотношение источников трудового права, например, коллективно-договорное регулирование условий труда начинает преобладать над законодательным методом либо оба метода в определенных случаях эффективно сосуществуют. Многие страны стимулируют участие социальных партнеров – профсоюзов и организаций предпринимателей в социальном диалоге на уровне предприятия, региона и государства и принятии ими совместных решений по заработной плате, продолжительности и режиму рабочего времени, обеспечению занятости и т.д. Закрепилась практика заключения трехсторонних соглашений на самом высоком уровне национальными объединениями профсоюзов, предпринимателей и государством, как правило, в тех случаях, когда необходимо разрешить серьезные внутренние проблемы в сфере труда.

Оценивая реформы трудового права в XX веке на национальном уровне, некоторые британские ученые считают, что в значительной степени этому способствовали многосторонние международные договоры, согласованные минимальные международные нормы и ценности, получившие всеобщее одобрение. В итоге был облегчен, если не ускорен, процесс гармонизации и унификации трудового законодательства и значительно уменьшились внешние препятствия на пути к правовой трансплантации¹.

Одной из тенденций современного трудового права, способствующего к реалиям и потребностям рынка, явилось придание все большего значения роли работодателя как субъек-

¹ Kahn-Freund, «On Uses and Misuses of Comparative Law», *Modern Review*, XXXV11, (1974), p. 9. Цит. по кн.: Сравнительное трудовое право (По материалам советско-британского симпозиума). – М.: Институт государства и права АН СССР, 1987. – С. 29.

та трудовых правоотношений в решении вопросов экономики, проблем занятости, увеличения числа рабочих мест, улучшении условий труда и т.д.

Законодатели предоставляют работодателям определенные права, гарантии и привилегии считая, что этим они стимулируют позитивную деятельность бизнеса.

Однако нельзя забывать, что, даже исповедуя философию сотрудничества с рабочим классом и осуществляя социальную политику в пользу работников своей компании, работодатели делают все это в интересах рентабельности своего предприятия, стараются сохранить его конкурентоспособность. Объединения предпринимателей, как правило, отвергают предложения профсоюзов по упорядочению трудовых отношений, если, по их мнению, они могут препятствовать деловой активности и затрагивают коммерческие интересы. Практика показывает, что предприниматели все чаще с выгодой для себя применяют нормы гражданского права к отношениям по использованию труда, оправдывая это общей пользой для рынка и экономики.

Специалисты по теории трудового права давно обратили внимание на появление новых форм отношений, связанных с особенностями развития современного рынка труда. По их мнению, действительно наблюдается активное вторжение в сферу трудовых отношений норм и конструкций гражданского, торгового, делового права¹.

Эти новые формы не всегда укладываются в понятие трудовых правоотношений, и трудящиеся в результате теряют доступ к правам, льготам и защите, которые предусмотрены для наемных работников, состоящих в традиционных трудовых правоотношениях.

Международная организация труда регулярно проводит исследования по разным странам для изучения осуществляемых в области трудового законодательства реформ, выявления тенденций и определения новых направлений развития трудовой политики.

¹ Подробнее см.: *Киселев И.Я.* Новый облик трудового права в странах Запада: прорыв в постиндустриальное общество // *Управление персоналом.* – 2002. – № 4.

Примером такого подхода к исследованию весьма актуальной проблемы трудового права явилась проделанная в течение нескольких лет работа по защите отдельных категорий работников, незащищенных нормами трудового законодательства. Начатая в 1997 г., она завершилась принятием 31 мая 2006 г. Рекомендации 198 о трудовом правоотношении¹.

На 95-й сессии Международной конференции труда был представлен доклад, подготовленный МБТ, о законодательстве и практике по вопросам трудовых отношений. Он охватывает широкий спектр существующих законов и практики более чем в 60 государствах-членах, представляющих различные регионы и различные правовые системы и традиции. В докладе содержится анализ основных изменений и наметившихся тенденций, в основе его лежат правовые тексты, прецедентное право и формы регулирования².

Проблема, которую МОТ сочла необходимым разрешить, руководствуясь возложенной на нее функцией защиты работников, заключается в следующем. Как показала практика, во всех странах значительное число граждан, фактически являясь наемными работниками, по тем или иным причинам попадают в категорию лиц самостоятельного труда. При этом в связи с изменениями в структуре рынка труда, организации труда и, по мнению исследователей, неэффективным применением законодательства наблюдается расширение категории трудящихся, которые в действительности являются наемными работниками, но оказываются за пределами трудовых отношений. Они лишаются соответствующей защиты, не приобретают право на получение пенсии, пособия по болезни, по безработице, лишаются прав и гарантий по трудовому законодательству.

Применение норм трудового права к отношениям, находящимся на границе гражданского, торгового и трудового права нередко создает трудности в определении их действительной принадлежности.

¹ R 198 Employment Relationship, 2006, 95 Session of the International Labour Conference, Geneva. 2006.

² ILO: The employment relationship, Report V(1), 95th Session, Geneva, 2005.

МОТ приняла трудовые отношения за отправную точку при рассмотрении различных типов отношений, возникающих при применении труда, чтобы гарантировать эффективную защиту работников, выполняющих свою работу в условиях индивидуального трудового правоотношения. Трудовые отношения – это понятие, которое создает правовые связи между лицом, называемым «наемный работник», и другим лицом, называемым «работодатель», которому она или он отдает свой труд или предоставляет услуги на определенных условиях за вознаграждение¹.

Самостоятельная занятость, основанная на коммерческих контрактах и гражданских подрядных договоренностях, по определению не входит в сферу трудовых отношений. Однако нередко возникает ситуация, когда граждане, фактически являясь наемными работниками, получают статус лиц самостоятельного труда. Предприниматели делают это для того, чтобы не выплачивать взносы на социальное страхование и не производить иные выплаты, что дает им определенную выгоду, а работники не получают полагающиеся пенсии, страховки по болезни и пр.

Рекомендация 198 о трудовом правоотношении предлагает странам-участницам закрепить в национальном законодательстве конкретные признаки существования трудового правоотношения, а именно:

а) тот факт, что работа выполняется в соответствии с указаниями и под контролем другой стороны; работа предполагает интеграцию работника в организационную структуру предприятия.

Работа выполняется исключительно или главным образом в интересах другого лица; выполняется лично работником; она

¹ По определению МОТ, термин *наемный работник* имеет юридический характер и означает лицо, являющееся стороной правовых отношений определенного рода, которые обычно называют трудовыми отношениями. Термин *трудоустроенный* имеет более широкий характер, который может применяться к любому трудоустроенному, независимо от того, является ли она или он наемным работником. *Работодатель* используется применительно к физическому или юридическому лицу, для которого наемный работник выполняет работу или производит услуги в рамках трудовых отношений.

выполняется в соответствии с определенным графиком или на рабочем месте, которое указывается или согласовывается стороной, заказавшей ее.

Работа имеет определенную продолжительность и подразумевает определенную преемственность, она требует присутствия работника и предполагает предоставление инструментов, материалов и механизмов стороной, заказавшей работу;

б) Периодическая выплата вознаграждения работнику; притом, что данное вознаграждение является единственным или основным источником доходов работника; осуществление оплаты труда в натуральном выражении путем предоставления работнику, к примеру, пищевых продуктов, жилья или транспортных средств.

Признание таких прав, как еженедельные выходные дни и ежегодный отпуск; оплата стороной, заказавшей проведение работ, поездок, предпринимаемых работником в целях выполнения работы; или то, что работник не несет финансового риска¹.

В Рекомендации есть специальная оговорка, что национальная политика, нацеленная на защиту работников в рамках трудового правоотношения, не должна противоречить подлинно гражданским и коммерческим отношениям и ее разработку и осуществление следует проводить на основе консультаций с наиболее представительными организациями работодателей и работников.

В целях содействия определению отраслевой принадлежности правоотношения предусматривается возможность установления правовой презумпции существования индивидуально-трудового правоотношения в том случае, когда определено наличие одного или нескольких соответствующих признаков.

Одним из договоров, которые вызвали полемику по поводу его отраслевой принадлежности, стал «труд на условиях подряда» (*contract labour*). В конце прошлого века на Западе он получил широкое распространение. Формально отношения сторон сочетали в себе подряд и трудовые отношения, но предприниматели выводили эти отношения из сферы трудового права и придавали им форму гражданско-правового договора.

¹ R 198 Employment Relationship Recommendation, p.13.

Наемный работник в этом случае обретал статус подрядчика, т.е. самостоятельно занятого трудящегося, а работодатель становился заказчиком, заключившим договор подряда на оказание услуг. И хотя работник выполнял обычную работу на предприятии, он лишался прав и гарантий, предусмотренным трудовым законодательством и коллективным договором.

Главная задача, которую ставили МОТ и профсоюзы, было выработать решение о запрещении использования труда на условиях подряда с единственной целью обойти трудовые нормы. Лица, работающие в схожих условиях зависимости или подчиненности, должны пользоваться такими же правами, какими пользуются работники в соответствии с обычными трудовыми договорами.

В 1997 и 1998 гг. предложение Международной конференции труда о принятии конвенции или рекомендации о труде на условиях подряда не получило необходимой поддержки, особенно со стороны представителей работодателей. Тем не менее некоторые страны предприняли меры по корректировке сферы правового регулирования трудовых отношений. Так, во Франции Кодекс труда регламентирует отношения гражданско-правового подряда, которые, как пограничные, должны быть защищены нормами трудового права и законодательством в области занятости.

Британские промышленники считают, что практика подряда широко распространена в Соединенном Королевстве. Формы подрядного труда развиваются с целью удовлетворения требований, как работодателей, так и работников. Труд на условиях подряда может, по их мнению, помочь работникам организовать свое рабочее время таким образом, как того требуют интересы работы и семьи. Следует лишь обеспечивать надлежащую защиту, когда существуют подлинные трудовые отношения. Конфедерация британской промышленности заверила, что такая защита в Соединенном Королевстве предоставляется¹.

На практике и сегодня нередко возникают трудности при определении статуса работника, проблемы разграничения зависимого и независимого труда, отличие наемного работника от самостоятельно занятого трудящегося.

¹ См.: <http://www.ilo.org/public/english/standards/relm/ilc/ilc86/rep-v2a.htm>. p. 22.

Самостоятельная занятость, регулируемая нормами гражданского права о подрядных отношениях, не подпадает под действие норм трудового законодательства. Но существует, как полагают исследователи, мнимая самостоятельная занятость, мнимый труд на условиях подряда, создание псевдокооперативов, ложное предоставление услуг и другие варианты сокрытия трудовых отношений.

У сторон не всегда имеется умысел в сокрытии истинных отношений. Причинами такого положения дел могут быть нечетко сформулированные нормы законодательных актов или практика их применения.

К примеру, в Кодексе социального обеспечения Германии дается такое определение наемного работника, которое помогает провести различие между подлинными и скрытыми трудовыми отношениями.

Согласно кодексу лицо считается наемным работником при подтверждении, как минимум, двух из следующих показателей: лицо не имеет наемных работников, в отношении которых должны выполняться обязательства по социальному обеспечению; обычно работает на одного подрядчика; выполняет одну и ту же работу, как рядовой наемный работник; отсутствуют данные, свидетельствующие о его занятиях предпринимательской деятельностью.

Подробное определение статуса самостоятельно занятых лиц содержится в Своде практических правил Ирландии. Между наемной и самостоятельной занятостью проводится четкая граница. Так, лицо считается самостоятельно занятым, если он или она владеет собственным предприятием; несет финансовые риски и должен покрывать расходы, связанные с некачественной продукцией или недобросовестной работой, выполненной по договору. Затем, он несет ответственность за инвестиции предприятия и управление им; имеет возможность получать прибыль от эффективного управления при распределении обязанностей или за счет выполнения задач, связанных с этими обязанностями; осуществляет контроль над работами и тем, когда, как и где они выполняются, и выполняет ли он эти работы лично. Он имеет право нанимать людей на своих условиях для выполнения согласованного объема работ. Кроме того, он пре-

доставляет для выполнения работ материалы, оборудование и механизмы, оценивает и согласовывает тарифы на работу, обеспечивает свое собственное страхование, контролирует рабочее время, необходимое для выполнения служебных обязанностей¹.

Национальное законодательство некоторых стран помимо определения статуса наемного работника и самостоятельно занятого лица выделяет еще одну категорию трудящихся – лиц, приравненных к наемному труду или эквивалентных работников. К ним, к примеру, относятся кустари-надомники, лица свободных профессий, они обладают личной независимостью, но в то же время могут находиться в экономической зависимости от лица, предоставляющего работу.

По определению судебной практики в таком случае возникает правоотношение, подобное трудовому, и подобно наемным работникам эти лица нуждаются в социальной защите. Вследствие этого по закону или по принципу аналогии на них распространяется ряд положений трудового права.

В Германии их споры рассматриваются в судах по трудовым делам, кроме того они имеют право на аттестацию, право на соблюдение сроков уведомления о предстоящем увольнении. В законе об отпуске указывается, что он действует в отношении лиц, находящихся в экономической зависимости от работодателя, и употребляются термины и «работник», и «подобные работникам»².

Международные и национальные нормативные акты о надомном труде регулируют в основном труд кустарей, ремесленников и в целом труд лиц невысокой квалификации.

В 1996 г. Генеральная конференция МОТ приняла Конвенцию 177 о надомном труде и Рекомендацию 184 с аналогичным названием. В них дается понятие надомного труда как работы, которую лицо, именуемое надомником, выполняет, во-первых, по месту его жительства или в других помещениях по его выбору, но не в производственных помещениях работода-

¹ Programme for Prosperity and Fairness, Employment Status Group: Code of practice for determining employment or self-employment status individuals (Dublin, July 2001).

² См.: Жалинский А., Перихт А. Цит. соч. – С. 550-551.

ля. Во-вторых, работа выполняется за вознаграждение с целью производства товаров или услуг, согласно указаниям работодателя, независимо от того, кто предоставляет оборудование, материалы, ресурсы.

В эту категорию не включаются лица, располагающие такой степенью автономии и экономической независимости, которая в соответствии с национальным законодательством или судебными решениями дает им статус независимого работника (ст.1).

Национальная политика в области домашнего труда должна, по мере возможности, содействовать равенству в обращении между надомниками и другими наемными работниками с учетом особенностей домашнего труда¹.

Что касается статуса лиц свободных профессий, то они могут подпадать либо под понятие наемных работников, либо лиц, уподобляемых наемным работникам или лиц, работающих по своей профессии на основе частного предпринимательства.

Глобализация экономики, развитие информационных технологий способствуют появлению новых форм труда и иных взаимоотношений сторон на рынке труда, так появился новый вид современных надомников – телеработники².

В 2002 г. европейские социальные партнеры заключили рамочное соглашение на уровне Европейского союза о регулировании телетруда, который осуществляется на основе трудового договора и основан на принципе равенства прав между телеработниками-надомниками и работниками, занятыми в производственных помещениях работодателя³. Это соглашение, регулирующее труд телеработников на дому, за пределами предприятия, должно соблюдаться в соответствии с процедурами и практикой, принятыми социальными партнерами и странами-участницами. Соглашение было подписано ETUC (Европейская конфедерация профсоюзов), UNICE (Объединение промышлен-

¹ МОТ. Конвенции и рекомендации. 1991-1997 годы. МБТ. – М., 1997. – С. 65-68.

² Подробнее см.: *Скавитин А.В.* Телеработа в мировой экономической практике // Менеджмент в России и за рубежом. – 2004. – №6.

³ Implementation of the European framework agreement on telework. Report by the European social partners on 28 JUNE 2006/ <http://www.etuc.org/a/579>

ников и работодателей Европы), UEARME (Европейская ассоциация ремесленнических/малых и средних предприятий) и СЕЕР (Европейский центр для предприятий с государственным участием и предприятий с общим экономическим интересом).

В соглашении речь идет о форме занятости, которая появилась в современных компаниях, предприятиях и офисах. Телеработники (*teleworkers*) – получившие также название *электронных надомников*, обладают, как правило, высокой квалификацией и число их имеет тенденцию к росту во всех странах мира.

Соглашение европейских социальных партнеров призвано стимулировать развитие национального законодательства стран-участниц о телетруде и телеработниках как особой категории надомников. Соглашение содержит принципиальные положения и понятия относительно этих работников, декларирует полную защиту их трудовых прав как наемных работников, с одной стороны, и специальную защиту с учетом специфики их труда, с другой стороны.

Телеработа (*telework*) определяется как форма организации и (или) выполнения работы с использованием информационной технологии в соответствии с трудовым договором, по которому работа может выполняться в помещении (офисе) работодателя либо за его пределами на регулярной основе. В связи с этим должны быть специальные нормы об условиях занятости, защите персональных данных работника, его личной жизни, обеспечении его безопасности и охраны здоровья, а также нормы по организации его работы и профессиональному обучению. Им должна быть предоставлена возможность пользоваться коллективными правами.

На работодателя возлагается обязанность предоставлять, устанавливать и поддерживать оборудование, необходимое для работы электронного надомника, он должен заботиться о его здоровье и охране труда. В этой связи работодатель, представители трудящихся и /или/ соответствующие органы должны иметь доступ к месту телеработы по предварительной договоренности с работником (ст. 8). Условия их труда и оплаты устанавливаются в соответствии с нормами трудового законодательства и положениями коллективных договоров (ст. 4 и 11).

Им должны предоставляться равные условия для участия в выборах органов рабочего представительства и возможности обращения в эти органы.

Работа за пределами офиса выполняется в добровольном порядке и предусмотрена возможность вернуться к работе в офисе, что не должно затрагивать статуса занятости телеработника.

Нормы, регулирующие труд телеработников, должны отвечать интересам работников и работодателей. Возрастающее число телеработников-надомников свидетельствует об эффективности этой формы занятости.

Оценивая современное соотношение развития глобальной экономики, рынка труда и трудового законодательства, МОТ приходит к выводу, что, с одной стороны, возросшая неопределенность в отраслевой принадлежности контрактов ведет к тому, что выдвигаются требования, особенно со стороны работников и профсоюзов, в отношении обеспечения более надежной защиты трудящихся. С другой стороны, последствия обострившейся глобальной конкуренции испытывают на себе, в первую очередь предприятия. Требуются более быстрые темпы их адаптации, которая в меньшей степени ограничивалась бы законами или коллективными договорами.

В результате трудовое законодательство находится в настоящее время в процессе более или менее постоянного пересмотра. По статистике МОТ, в период между 2000 и 2005 гг. ее организации и представители приняли участие в обсуждении реформ трудового законодательства более чем в 50 странах¹.

В последние годы одним из новых способов обеспечения занятости населения стали трудовые отношения трехстороннего характера или как их иногда называют «отношения по типу треугольника». Они приобретают все более широкие масштабы из-за их явной, по мнению специалистов, эффективности. К примеру, обслуживающая компания выступает в качестве субподрядчика на рабочем месте предприятия-пользователя

¹ МБТ. Изменение моделей и структур в сфере труда. – Женева, 2006. – С. 71. Русскую версию см. по адресу <http://www.ilo.org/public/russian/standards/reim/ilc/index.htm>

(фирма по уборке территорий и помещений и т.п.). Работники, выполняющие эти функции по уборке, являются наемными работниками обслуживающей компании, а не предприятия-пользователя.

Специалисты МОТ определили, что национальное законодательство разных стран обычно регулирует два основных типа трехсторонних отношений: выполнение работ и оказание услуг, с одной стороны, и поставка рабочей силы на основе коммерческого договора, с другой стороны.

В подряде для выполнения работ или услуг на основе договора участвуют работодатель, услугопользователь и работник. Работодатель, используя собственное оборудование и персонал, обязуется выполнить работы или оказать услуги третьей стороне¹.

Договоры на поставку рабочей силы в соответствии с коммерческими договорами, могут выполнять лишь некоторые предприятия и в определенных условиях. Национальное законодательство предоставляет это право частным агентствам занятости и определяет порядок их создания и деятельность.

Поставка рабочей силы частными агентствами занятости регулируется Конвенцией МОТ 1997 г. о частных агентствах занятости (181) и Рекомендацией (181). Конвенция предоставляет агентствам право нанимать работников с целью предоставления их третьей стороне – «предпринимателю-пользователю».

Таким образом, работники вступают в отношения с агентством, которое их нанимает, а затем с фирмой-пользователем, которая использует их труд по договору с агентством занятости. Поставщики рабочей силы являются обычными работодателями. С предприятием-пользователем, которому они оказывают услуги, поставщики связаны коммерческими договорами.

Принимая Конвенцию, Международная конфедерация труда учитывала два главных фактора, во-первых, важную и возрастающую роль, которую частные агентства занятости играют в условиях нормально функционирующего рынка труда, а, во-вторых, необходимость защиты трудовых прав работников при возникновении отношений трехстороннего характера.

¹ См.: <http://www.ilo.org/public/english/standards/relm/ilc/ilc95/pdf/pr-21.pdf>

Конвенция определяет частное агентство занятости как любое физическое или юридическое лицо, независимое от государственных органов, которое предоставляет одну или более из следующих услуг на рынке труда:

- a) услуги, способствующие увязыванию предложений рабочих мест и заявок на них, при этом агентство не становится стороной в трудовых отношениях, которые могут при этом возникнуть;
- b) услуги, состоящие в найме работников с целью предоставления их в распоряжение третьей стороны, которая может быть физическим или юридическим лицом, именуемая «предприятие-пользователь», и которая устанавливает им рабочие задания и контролирует их выполнение;
- c) другие услуги, связанные с поиском работы, определяемые компетентным органом после консультаций с наиболее представительными организациями работодателей и трудящихся, такие как предоставление информации, но не имеющие целью увязывание конкретных предложений рабочих мест и заявок на них.

Следует признать, что такая подробная расшифровка термина «частное агентство занятости» препятствует неправомерному их созданию и деятельности. При этом государствам-членам предлагается определять условия, регулирующие деятельность этих агентств, посредством системы выдачи лицензий или удостоверений.

Соотношение отраслевого регулирования складывается следующим образом – отношения между частным агентством занятости и работником, а также предприятиями-пользователями регулируются трудовым законодательством и нормами законов о социальном обеспечении. Отношения между агентством и предприятием-пользователем регулируются гражданским законодательством. И, наконец, отношения агентств с государственными органами подпадают под действие административного законодательства.

Конвенцию МОТ о частных агентствах занятости ратифицировали пока еще небольшое число стран, но другие страны не без воздействия этого международного акта приняли свои на-

циональные нормативные акты по регулированию трехсторонних правоотношений в сфере использования труда. Законы регламентируют порядок создания и деятельности частных агентств занятости, прежде всего в целях осуществления национальной политики по организации рынка труда.

Многие западные страны легализовали так называемый *заемный (лизинговый) труд*. Оказание услуг по поставке заемного персонала является одним из направлений деятельности частных агентств.

Разработка проектов законов о заемном труде и принятие этих законов в некоторых странах проходили под строгим контролем профсоюзов. Так, Британский конгресс тред-юнионов (ТУС) привлек внимание даже зарубежных профсоюзов к проводимой в стране кампании по защите прав заемных работников. Профсоюзы требовали предоставлять нанятым через агентства равные права с постоянными работниками по заработной плате, социальным льготам, право на ежегодный оплачиваемый отпуск, предоставлять им равные возможности по обучению и повышению квалификации. Действовавшие Руководство об агентствах занятости и положения о бизнесе в сфере труда, принятые в 2003 г., по мнению профсоюзов, были выгодны больше предпринимателям, чем данной категории трудящихся.

В середине 2008 г. Правительство Великобритании, Конфедерация британской промышленности (СВІ) и Конгресс британских тред-юнионов (ТУС) заключили Соглашение о правах работников, нанятых через агентства занятости. После 12-недельного испытательного срока работодатели должны признавать право заемных работников на получение равной оплаты за равный труд с постоянными работниками, нанятыми самим работодателем. Заемные работники имеют также равные права на отпуск и на оплату за сверхурочную работу. Не удалось профсоюзам добиться от конфедерации предпринимателей гарантий по пенсионным отчислениям и оплате больничных.

Профсоюзы считают, что положение большого числа заемных работников должно улучшиться, а их в Великобритании по оценке правительства насчитывается более 250 тысяч, по оценке союза частных агентств занятости – почти 1,5 млн, а по оценке профсоюзов – еще больше. Они чаще всего работают в

сфере обслуживания, на транспорте, в гостиницах и в общественном питании.

Представители союза предпринимателей не столь оптимистичны. По их мнению, эта цифра значительно уменьшится, поскольку около 50% контрактов, заключенных через агентства занятости, длятся менее 12 недель, по истечении которых заемный работник может рассчитывать на равные права¹.

Принятая позже Евросоюзом директива приведет к изменению британского законодательства, но теперь уже будет учитываться трехстороннее национальное соглашение.

В целом национальное трехстороннее соглашение обеспечит защиту значительного числа заемных работников, особенно на предприятиях, не охваченных коллективными договорами.

В Евросоюзе проблемой правового регулирования заемного труда и деятельности частных агентств занятости давно и активно занимается Европейская комиссия.

В 2002 г. был разработан проект Директивы ЕС о равенстве работников, нанятых через агентства занятости².

Документ предусматривал предоставление работникам, нанятым через частные агентства, равных прав с постоянными работниками с первого дня работы по всем основным условиям труда, включая заработную плату, оплату сверхурочных, рабочее время, время отдыха, праздничные дни, оплачиваемые отпуска по беременности и уходу за ребенком. Эта категория работников имеет также право пользоваться услугами, предусмотренными для коллектива в целом, как то столовые, транспортные услуги, забота компании о детях и др.

После шести лет обсуждения документа и лоббирования его со стороны некоторых государств-участников 22 октября 2008 г. проект Директивы был рассмотрен и одобрен Европейским парламентом³.

Директива 2008/104/ ЕС об агентствах временного труда (temporaguy agency work) в итоге, как и было предусмотрено в проекте директивы, с первого дня работы гарантирует равное

¹См.: «Солидарность» № 20(28\05\08). Электронную версию см. по адресу <http://www.solidar nost.org/index.php/>

² OJ C203 E/ Vol. 45 27 August 2002. P.1.

³ OJ, 2008 L 327/9/.

обращение с временными работниками агентств труда в сравнении с постоянными работниками. Это касается, прежде всего, основных условий труда и занятости, включая оплату труда, праздничные дни, рабочее время, периоды отдыха, материнский оплачиваемый отпуск. В равной степени временные работники могут пользоваться всеми услугами, которые фирма предоставляет коллективу работников и членам их семей. Социальным партнерам предоставляется возможность расширить этот перечень гарантий и защиты работников.

Директива устанавливает принцип равного обращения между работниками агентств и работающими в пользовательском предприятии не только на национальном уровне, но и в отношении международной деятельности агентств, что очень важно при увеличивающейся мобильности рабочих и услуг. В целом она определяет европейские минимальные стандарты труда для временных работников и призвана препятствовать ухудшению условий их труда и дискриминации.

Европейская конфедерация труда отмечает своевременность принятия директивы, хотя, по ее мнению, это следовало сделать раньше. Активизация деятельности частных агентств временного труда в европейских странах началась в последние двадцать лет в связи с ростом атипичных форм труда. В Дании, Италии, Испании и Швеции использование временных работников, получаемых «напрокат» через агентства, увеличилось в 5 раз, в большинстве стран удвоилось. В Великобритании около 80% агентств временного труда поставляют наемных работников в сервисные службы и предприятия общественного пользования. Во Франции временные работники заняты большей частью в строительной и обрабатывающей промышленности.

Все больше компаний используют эти агентства, чтобы сократить расходы по найму и административные издержки, иметь возможность получать необходимое число работников нужной специальности и квалификации на короткое время.

Что же касается временных работников, то на практике у них возникает немало проблем. Во-первых, временный характер работы на пользовательских предприятиях затрудняет для них возможность использования коллективных прав, участия в

представительских и профсоюзных органах и т.п. Во-вторых, возникают трудности с профессиональным обучением и повышением квалификации опять же из-за частой смены места работы. В-третьих, часто их зарплата ниже, чем у постоянных работников, их лишают премий и льгот. И, наконец, нередко недостаточная информация о характере и опасности работы приводит к несчастным случаям и производственному травматизму¹.

Трехсторонние трудовые отношения, при которых труд или услуги работника предоставляются третьей стороне – пользователю, требуют, по общему мнению профсоюзов, особого внимания с позиции защиты наемного работника. Необходимо законодательно определить, кто является работодателем, каковы права работника, кто несет ответственность за их соблюдение и разделение ответственности между субъектами этих трехсторонних отношений.

Страны, которые ввели законодательство о легализации новых типов трудовых договоров, что способствует заключению так называемых «атипичных контрактов», приняли законы о частных агентствах занятости и о временной работе. В большинстве стран установлено лицензирование или регистрация деятельности частных агентств, оказывающих услуги по трудоустройству, и государственные органы контролируют их деятельность. Так, во Франции для выполнения функций в качестве частного агентства занятости требуется подать заявление в административные органы, указать юридические данные о предприятии, количество директоров, а также профессиональные и географические области, в которых агентство намерено действовать. Должны быть также предоставлены достаточные финансовые гарантии.

В России в последние годы появляется все больше негосударственных агентств занятости (кадровых, рекрутинговых и т.п.), становится массовым использование заемного и других атипичных форм труда. Услугами этих агентств пользуются как транснациональные корпорации, так и отечественный бизнес.

¹ ETUC. Temporary agency workers in European Union – <http://www.etuc.org/>

Законодательство РФ не содержит каких-либо норм о частных агентствах и не регулирует атипичные формы занятости. Позиция профсоюзов к частным агентствам занятости и заемному труду принципиально отрицательная. Там, где руководители предприятий или организаций нанимают персонал через кадровые агентства, распадаются профсоюзы. Так, Торговый дом «ЦУМ» нанимает продавцов и кассиров через 19 агентств, выполняя одинаковую работу, они имеют разные договоры и зарплату, и в организации нет больше профсоюза.

Конвенцию МОТ №181 «О частных агентствах занятости», регулирующую деятельность ЧАЗов, Россия не ратифицировала.

Сторонники легализации создания и деятельности негосударственных агентств занятости и рынка услуг заемного труда считают, что она необходима по многим причинам. Государство должно определять и контролировать деятельность ЧАЗов, ввести процедуру лицензирования, определить статус и права заемных работников и соответственно круг обязанностей агентств-работодателей и предприятий, пользующихся услугами агентств, перед государством и заемными работниками¹.

¹ Подробнее см.: *Смирных Л.И.* Заемный труд: экономическая теория, опыт стран ЕС и России. – М., 2005 – С. 41-59.

Раздел 10

ПРАВО ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ В ЕВРОПЕЙСКОМ СОЮЗЕ

В общественном сознании давно созрело понимание значимости для развития общества и государства интеллектуальной деятельности, находящей выражение в произведениях науки, литературы и искусства, изобретениях и др., а также осознание необходимости создания особого правового режима результатов (объектов) этой деятельности, поскольку процессы умственной деятельности сами по себе находятся за пределами действия права. Результаты же такой деятельности, имеющей элементы творчества, становятся объектами правового воздействия.

Именно поэтому в отдельную группу отношений, регулируемых гражданским и торговым правом, как отдельных стран, так и наднациональных интеграционных объединений, выделяются отношения, объектами которых являются продукты творческой деятельности людей, и Европейский Союз (далее – ЕС) не является здесь исключением.

Такие результаты стали официально признаваться собственностью их создателей, присваивать и использовать которую третьи лица могли только с согласия автора такого результата. Становление этой «бестелесной», нематериальной – интеллектуальной – собственности происходило в двух формах – собственности литературной (художественной) и собственности промышленной, что и нашло закрепление во французском законодательстве конца XVII в.

Понятие интеллектуальной собственности, как и сам термин «интеллектуальная собственность», донныне порождает споры и разноречивые суждения как в отечественной практике и науке, так и за рубежом. Полярные точки зрения сводятся к следующему: одни правоведы считают данный термин неточным и ненаучным и полагают, что он не должен применяться в правовых нормах и в практике; другие – не усматривают здесь ненаучного подхода, а сам термин и обозначаемое им понятие считают вполне легитимными. Давний спор по этой проблематике корнями уходит к концу XIX в.¹

Теория «интеллектуальная собственность»² является обобщающим по отношению к таким понятиям, используемым в законодательстве, доктрине и правоприменительной практике, как «литературная и художественная собственность» и «промышленная собственность»³.

¹ См.: Гражданское и торговое право зарубежных стран: Учеб. пособие / Под общ. ред. В.В. Безбаха, В.К. Пучинского. – М.: МЦФЭР, 2004. – С. 531, 532.

² Наиболее полным образом понятие «интеллектуальная собственность» раскрыто в п. VIII ст. 2 Конвенции, учреждающей Всемирную организацию интеллектуальной собственности (ВОИС) 1976 г. В ней говорится, что интеллектуальная собственность включает права, относящиеся:

- к литературным, художественным и научным произведениям;
- исполнительской деятельности артистов, звукозаписи, радио- и телевизионным передачам;
- изобретениям во всех областях человеческой деятельности;
- научным открытиям;
- промышленным образцам;
- товарным знакам, знакам обслуживания, фирменным наименованиям и коммерческим обозначениям;
- защите против недобросовестной конкуренции;
- а также все другие права, относящиеся к интеллектуальной собственности в производственной, научной, литературной и художественной областях.

³ См.: *Липчик Д.* Авторское право и смежные права / Пер. с фр., предислов. М. Федотова. – М.: Ладомир; Изд-во ЮНЕСКО, 2002. – С. 14-19.

«Литературная и художественная собственность»¹ включает в себя *авторское право*, к которому примыкают права, сходные с авторскими правами, но не тождественные им – *смежные права* артистов-исполнителей, изготовителей фонограмм и радиовещательных организаций²; «промышленная соб-

¹ Термин «литературные и художественные произведения» охватывает все произведения в области литературы, науки и искусства, каким бы способом и с какой бы форме они не были выражены: книги, брошюры и другие письменные произведения; лекции, обращения, проповеди и другие подобного рода произведения; драматические и музыкально-драматические произведения; хореографические произведения и пантомимы; музыкальные сочинения с текстом или без текста; кинематографические произведения, к которым приравниваются произведения, выраженные аналогичным способом; рисунки, произведения живописи, архитектуры, скульптуры, графики и литографии; фотографические произведения, к которым приравниваются произведения, выраженные способом, аналогичным фотографии; произведения прикладного искусства; иллюстрации, географические карты; планы, эскизы и пластические произведения в области географии, топографии, архитектуры или других областей знаний (ст. 2 *Бернской конвенции об охране литературных и художественных произведений* 1886 г. в ред. 1971 г.). *Всемирная (Парижская) конвенция об авторском праве* 1952 г. в числе объектов авторского права называет литературные, научные и художественные произведения, как то: произведения письменные, музыкальные, драматические и кинематографические, произведения живописи, гравюры и скульптуры (ст. 1).

² См.: *Кузнецов М.Н.* О Римской конвенции по охране прав артистов-исполнителей, изготовителей фонограмм и радиовещательных организаций // Гражданское, торговое и семейное право капиталистических стран: Сборник нормативных актов: авторское право. Учеб. пособие / Под ред. В.К. Пучинского, М.Н. Кузнецова. – М.: Изд-во УДН, 1988. – С. 196.

Права, о которых идет речь, включают в себя:

- для исполнителей – право на звуковую или видеозапись; право на передачу и транслирование по радио; право на оплату при повторном использовании коммерческих фонограмм, содержащих их исполнение радиопередающими организациями;
- для производителей фонограмм – право на изготовление фонограмм и право на оплату при повторном использовании их коммерческих фонограмм радиопередающими организациями;
- для передающих организаций – право на изготовление звуко- и видеозаписи; их передач или передач, распространяемых с их радиостанций; право на повторение передачи; право на передачу своих телепрограмм или телепрограмм, передаваемых с их телестанций (*Меж-*

ственность»¹ включает в себя *патентное право* с примыкающим к нему *законодательством об охране средств индивидуализации* участников торгового оборота и производимой ими продукции, работ и услуг.

Вместе с тем, существует немало результатов интеллектуальной деятельности человека, которые пользуются правовой охраной вне рамок авторского права и смежных с ним прав и патентного права и законодательства о средствах индивидуализации. К их числу относятся, например, топологии интегральных микросхем, служебная и коммерческая тайна, селекционные достижения, научные открытия и другие объекты правовой охраны².

Несмотря на различную природу названных объектов, все они в своей основе *нематериальны*. Нематериальный характер литературных и художественных произведений, научных концепций и выводов, технических идей очевиден. В данном случае их необходимо отличать от тех материальных (физических) объектов, в которые они воплощаются после своего создания. Так, объектами воплощения литературных и художественных произведений служат книги, сценарии, картины, постановки и т. д.; изобретений – машины, изделия, вещества и способы изготовления промышленных образцов и товарные знаки – товары.

дународная конвенция (Римская) по охране прав артистов-исполнителей, изготовителей фонограмм и радиовещательных организаций 1961 г.).

¹ Понятие «*промышленная собственность*» раскрывается в п. 2 ст. 1 *Парижской конвенции по охране промышленной собственности 1883 г.*, относящей к ее объектам патенты на изобретения, полезные модели, промышленные образцы, товарные знаки, знаки обслуживания, фирменные наименования и указания происхождения или наименования места происхождения, а также пресечение недобросовестной конкуренции, Практически сразу возникли споры по поводу корректности отнесения защиты от недобросовестной конкуренции к объектам промышленной собственности, но указанное положение Конвенции так и не было изменено.

² См.: *Сергеев А.П.* Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации: Учебник. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2004. – С. 19, 20.

Способность результатов творческой деятельности быть воплощенными в определенные материальные (физические) объекты придает им экономическую ценность, а возможность отделения от своих создателей делает их разновидностью товара. Однако в отличие от обычных (потребительских) товаров продукты творческой деятельности людей, если они не обеспечиваются специальной правовой охраной со стороны государства, не в состоянии приносить их владельцам сколько-нибудь гарантируемые прибыли. Идеи, после того как они становятся известными обществу, перестают быть объектами обладания одного или нескольких лиц. При отсутствии охраны потенциально каждый член общества, имеющий необходимые экономические ресурсы, мог бы их использовать для извлечения прибыли.

Средством предотвращения этого служит *институт исключительного права на продукты творческой деятельности людей*. В соответствии с этим правом его обладатель имеет *исключительное право на использование соответствующего объекта в течение определенного срока, установленного нормативными предписаниями того или иного государства или интеграционного объединения*¹. Так, например, в Германии согласно Закону об авторском праве и родственных правах от 9 сентября 1965 г.² автор имеет исключительное право использовать произведение в физической форме, в частности, право на воспроизведение, право на распространение, право на публичный показ произведений искусства. Кроме того, автор имеет исключительное право публично в нематериальной форме воспроизводить свои произведения (право на публичное исполнение), в частности, в форме доклада, исполнения и публичного показа и т.д. При этом авторское право теряет силу через 70 лет после

¹ См.: Гражданское и торговое право капиталистических стран: Учеб. пособие / Под ред. В.П. Мозолина, М.И. Кулагина. – М.: Высшая школа, 1980. – С. 304, 305; *Дозорцев В.А.* Интеллектуальное право: понятие, система // Задачи кодификации: Сб. статей. – М., 2003. – С. 15.

² BGBl. 2003. I. S. 1774.

смерти автора¹. На уровне ЕС действует Директива 2006 г. о гармонизации сроков охраны авторских и смежных прав², унифицировавшая такие сроки и установившая, что произведение пользуется правовой охраной на протяжении жизни автора и в течение 70 лет после его смерти. Срок действия авторского права начинается одновременно во всех странах – участниках ЕС с 1 января года, следующего за датой создания (обнародования) произведения.

Интеллектуальная собственность включает большое количество исключительных прав. Они характеризуются одним важным свойством – оно возникает в связи с различными видами результатов интеллектуальной деятельности – это *территориальность их действия*, т.е. привязка важнейших для экономического оборота прав к границам конкретного государства.

Оказалось, что это свойство исключительных прав создает чрезвычайно острую проблему для права сообществ: последовательная реализация этих прав в соответствии с национальным законодательством может привести к подрыву *de facto* основополагающего принципа Общего рынка – принципа свободы движения товаров.

¹ Подробнее см.: Авторские и смежные права по законодательству зарубежных государств // Основные институты гражданского права зарубежных стран / Отв. ред. В.В. Залесский. – М.: Норма, 2009. – С. 955-1090.

² Directive 2006/116/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 on the term of protection of copyright and certain related rights (codified version). // OJ L 372 of 27.12.2006.

Глава 1

СПОСОБЫ РЕГУЛИРОВАНИЯ ОТНОШЕНИЙ В СФЕРЕ ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ В ЕВРОПЕЙСКОМ СОЮЗЕ В КОНТЕКСТЕ ДЕЙСТВИЯ *ДОКТРИНЫ ИСЧЕРПАНИЯ ПРАВ* И ПОЛОЖЕНИЙ ОБ ОХРАНЕ КОНКУРЕНТНОЙ СРЕДЫ НА РЫНКЕ ЕС

Общий рынок Европы – этап экономической интеграции государств, осуществляемый в соответствии с концепцией, основные положения которой отражены в Договоре об образовании Европейского экономического сообщества (ЕЭС) 1957 г.¹ и предполагают наличие единого экономического пространства, в пределах которого предусматриваются и последовательно осуществляются *свободное движение товаров, лиц, услуг и капиталов*².

В контексте действия исключительных прав практически важным является провозглашаемое на уровне ЕС – в разделе II Договора о функционировании ЕС³ *свободное движение товаров; свободное оказание услуг* и действие принципа *ограничения монополистической деятельности* и поддержания конкуренции на рынке.

Так, применительно к реализации принципа свободного движения товаров в статье 28 Договора о функционировании ЕС (бывш. с. 23 Договора, учреждающего Европейское Сообщество) указывается, что Сообщество должно основываться на таможенном союзе, который должен охватывать всю товарную

¹ <http://www.europa.eu.int/eur-lex>

² Подробнее об образовании Общего рынка в Европе см.: *Беликова К.М.* Общий рынок в Европе: интеграция и дифференциация. // *Международное публичное и частное право.* – 2005. – № 1 (22). – С. 14-17.

³ Consolidated versions of the Treaty on European Union and the Treaty on the functioning of the European Union (OJ C115, 9.5.2008) // <http://eur-lex.europa.eu/> Консолидированная версия содержит текст Договора о ЕС (Treaty on European Union) и Договора о функционировании ЕС (Treaty on the Functioning of the European Union), приложений и протоколов в редакции с учетом изменений, последовавших за принятием текста Лиссабонского договора (Treaty of Lisbon), подписанного 13 декабря 2007 г.

торговлю и включать в себя запрещение таможенных пошлин на импорт и экспорт; всех сборов, имеющих равнозначный эффект между государствами-членами, а также предусматривать принятие общего таможенного тарифа для отношений между ними и третьими странами¹.

Важными статьями Договора, определившими свободу передвижения товаров внутри ЕС, являлись и являются статья 30 (бывш. ст. 25), 34, 35 и 36 (бывш. ст. 28, 29 и 30). Так, нынешняя статья 30 гласит, что таможенные пошлины на импорт или экспорт и сборы, имеющие равнозначный эффект, а также таможенные пошлины фискального характера должны быть запрещены между государствами-членами. Статьи 34 и 35 посвящены количественным ограничениям (*quantitative restrictions*, т.е. квотам): квоты на импорт и экспорт, а также все меры, имеющие равнозначный эффект (*all measures having equivalent effect*), должны быть запрещены между государствами-членами². Статья 36 важна в рассматриваемом контексте, поскольку регулирует *ограничения свободы передвижения товаров*.

Так, согласно этой статье положения статей 34 и 35 не препятствуют установлению *запретов* или *ограничений на импорт, экспорт или транзит товаров*, обосновываемый требованиями общественной морали; общественного порядка или общественной безопасности; защиты здоровья и жизни людей, животных или растений; защиты национальных сокровищ, имеющих художественную, историческую или археологическую ценность; *защиты промышленной или торговой собственности*. Такие запреты или ограничения не должны являться

¹ Продукция, привозимая из третьей страны, должна считаться находящейся в свободном обращении в государстве – члене ЕС, если были соблюдены формальности по импорту и любые таможенные пошлины или сборы, имеющие равнозначный эффект, которые должны быть уплачены, были собраны в этом государстве-члене, а также если она не оказалась в более благоприятном положении из-за полного или частичного возвращения таких пошлин или сборов (ст. 29 – бывш. ст. 24).

² Подробнее об определении количественных ограничений и равнозначных им мер в праве ЕС см.: Право Европейского Союза: Учеб. пособие / С.Ю. Кашкин [и др.]; отв. ред. С.Ю. Кашкин. – М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2008. – С. 154-156.

способами выборочной дискриминации или скрытого ограничения торговли между государствами-членами.

Очень скоро стало очевидно, что подобная регламентация отношений в сфере интеллектуальной собственности, направленная на то, чтобы оградить права интеллектуальной собственности от вмешательства со стороны Сообщества, вступила в видимое противоречие с результатами работы по отмене тарифных и нетарифных ограничений на пути движения товаров внутри Сообщества: цели, провозглашаемые Договором о ЕЭС, не могли быть достигнутыми, если бы сохранялись препятствия, создаваемые предприятиями и физическими лицами – владельцами исключительных прав¹.

Суть проблемы, возникающей с применением статьи 36 к интеллектуальной собственности, можно пояснить таким примером. Британская компания создает электронное оборудование и патентует его в Британии. Компания не имеет ни опыта работы в других странах Европы, ни дочерних компаний там, но желает проникнуть на этот рынок для увеличения дохода от своих изобретений. Единственный механизм, который для этого предоставляет национальное законодательство, – выдать лицензии на производство нового продукта другим компаниям.

Тут-то и возникает проблема: лицензионное соглашение устанавливает для лицензиата исключительное право распространять продукт на своей территории, включающее «право на импорт», т.е. право лицензиата запрещать ввоз данного продукта на свою территорию откуда бы то ни было.

Следовательно, серия лицензионных соглашений превращает открытое для торговли пространство сообщества в группу замкнутых территорий, на которых свободная торговля и конкуренция в отношении данного продукта оказываются невозможными. Таким образом, все усилия по установлению единого рынка оказываются подорванными *частными лицами*². Налицо

¹ Право Европейского Союза: Учебник для вузов / Под ред. С. Ю. Кашкина. – М.: Юрист, 2002. – С. 700.

² См.: Ульянищев В.Г. Интеллектуальная собственность в праве ЕС: применение доктрины исчерпания прав // Материалы международного семинара «Преподавание права Европейского Союза в российских ВУЗах», состоявшегося в Москве 8-15 ноября 1999 г. – М.: Nota Bene, 2000. – С. 334-340.

коллизия между требованиями свободного движения товаров и субъективными правами владельца объекта промышленной собственности на его исключительное использование на определенной национальной территории.

Такое положение вещей послужило основанием появления обширной практики Суда Европейских сообществ, использовавшего телеологическое толкование положений Договора о ЕС для разрешения этого противоречия. Таким образом, первоначально положения учредительных договоров применялись напрямую и толковались Судом Европейских сообществ в целях установления соотношения между принципами Общего рынка ЕС и действием исключительных прав¹.

Толкование приведенного выше правила раскрыло *такой смысл нормы, в соответствии с которым* применение национального законодательства в сфере интеллектуальной собственности, в частности, введение им ограничений импорта, экспорта и транзита, не считалось нарушением политики свободного движения товаров в границах Общего (в последующем – единого) рынка². Такой смысл был придан рассматриваемым нормативным предписаниям практикой рассмотрения соответствующих споров на основании идеи *разграничения существования (existence) и осуществления (использования – exercise) исключительных прав.*

Формулировка этой идеи обнаруживается уже в 1966 г. в решениях по делам *Consten and Grundig v. Commission*³, проводится она и в деле 1974 г. *Centrafarm BV v. Sterling Drug Inc.*⁴ Так, американская компания Sterling Drug Inc. защитила патен-

¹ См.: *Craig P., de Burca G.* EU Law: Text, Cases and Materials. – Oxford, 1998. – P. 1027.

² См.: *Ульянищев В.Г.* Место права интеллектуальной собственности в европейском праве // Материалы семинара «Преподавание права Европейского Союза в российских ВУЗах-II», состоявшегося в Москве 5-7 декабря 2000 г. – М: Статут, 2001. – С. 333-339.

³ Решения по делам *Consten and Grundig v. Commission* (cases 56, 58/64) // ECR 1966, 299. Здесь и далее цит. по: *Ульянищев В.Г.* Цит. соч.; Право Европейского Союза: Учебник для вузов / Под ред. С. Ю. Кашкина. – М.: Юристъ, 2002. – С. 700 и сл.

⁴ Решение Суда по делу *Centrafarm BV v. Sterling Drug Inc.* (case 15/74) // ECR 1974, 1147.

тами в Великобритании и Нидерландах способ производства определенного лекарства. При этом компания напрямую импортировала лекарство в Нидерланды, а продажами на британском рынке ведал ее лицензиат. Лекарство стоило значительно дешевле в Великобритании, и лицензиат решил продавать его и на Нидерландском рынке. Нидерландское законодательство позволяло лицензиару запретить такие действия как нарушающие патент, выданный в этой стране. Однако Суд признал этот запрет противоречащим принципу свободного движения товаров.

Разграничение между двумя понятиями – «существование» и «осуществление» прав определялось применительно к сфере действия патентного права тем, что *существование* права связано со *специфическим объектом интеллектуальной собственности*, который заключался в праве производить товар и впервые вводить его в торговый оборот, а также защищать данное право от нарушений. *Все дальнейшие действия относились к сфере осуществления права.*

Иными словами, механизм контроля Суда над потенциальным разделом Общего рынка лицензионными договорами в области промышленной и торговой собственности базировался на положении о том, что исключение из свободного движения товаров¹, предусмотренное в статье 36 Договора для сферы интеллектуальной собственности, возможно только для случаев охраны специфического объекта этой собственности.

Исходя из этого в последующем, при разрешении соответствующих дел, Суд всякий раз давал определение этого специфического объекта применительно к патентам, товарным знакам, авторским и смежным правам. Так, в деле 1975 г. *Terrapin Ltd. v. Terranova Industrie C.A.*² существование и осуществление права применительно к товарным знакам было определено иначе, чем в деле *Centrafarm BV v. Sterling Drug Inc.* Суд определил *специфический объект данного вида интеллектуальной собственности* как гарантированное указание потребителям на

¹ Равным образом Суд выносил решения, базирующиеся на представлении о недопустимости нарушения принципа свободного оказания услуг.

² Решение Суда по делу *Terrapin Ltd. v. Terranova Industrie C.A.* (case 119/75) // ECR 1976, 1039. В этом смысле см. также решение по делу *Hofmann-LaRoche v. Centrafarm* (case 102/77)//ECR 1978, 1139.

происхождение товара, позволяющее безошибочно отличать данный товар от товаров иного происхождения. «Ясно из самой статьи... и из контекста, – указал Суд, – что хотя Договор не затрагивает *существования* прав, признаваемых законодательством государств-членов в сфере промышленной и коммерческой собственности, *осуществление* таких прав, тем не менее, при определенных обстоятельствах может быть *ограничено запретами*, содержащимися в Договоре. Поскольку она содержит исключение из одного из фундаментальных принципов Общего рынка, статья 36 фактически допускает исключения из свободного движения товаров только в пределах, когда *такие исключения оправданы охраной прав, которые составляют специфический объект интеллектуальной собственности* (specific subject-matter of that property)». Эта идея, легшая в основу концепции, была развита Судом в обширной последующей практике и является краеугольным камнем правового регулирования промышленной собственности и лицензионной торговли в ЕС.

Эта концепция критиковалась на основании того, что запрет лицензиата пользоваться *правом на импорт* ограничивает совокупность субъективных прав, принадлежащих как ему, так и лицензиару и уменьшает степень защищенности лицензиата, что ведет к уменьшению коммерческой стоимости объектов интеллектуальной собственности как для первоначального обладателя исключительного права, так и для лицензиата.

Однако на помощь сторонникам рассматриваемой концепции пришла *доктрина исчерпания прав* (exhaustion of rights / épuisement de droits), известная национальным правовым порядкам стран – участниц ЕС.

Суть ее сводится к тому, что после того, как правообладатель (либо лицензиат с согласия правообладателя) введет объект интеллектуальной собственности в торговый оборот на территории того или иного государства путем продажи, дальнейшее его распространение становится возможным без согласия первоначального держателя прав и без выплаты ему вознаграждения, поскольку права его считаются *исчерпанными* и не подлежат правовой охране.

Практическое значение этой конструкции состоит в создании баланса интересов создателя охраняемого объекта и дей-

ствительного правообладателя (например, автора и собственника материального носителя произведения в авторском праве).

Национальные правовые системы самостоятельно устанавливают то звено в цепочке *создание – изготовление – первая продажа – последующие сделки – экспорт – импорт* объекта интеллектуальной собственности, на котором прекращается охрана исключительных прав¹. Как отметил В.Р. Корниш в этой связи², Суд Европейских сообществ перевел действие принципа исчерпания прав, ограничивавшееся территорией отдельных государств, на наднациональный уровень, сделав тем самым значительный шаг на пути реализации принципа свободного движения товаров. Так, в случае, если товар, защищенный патентом или содержащий товарный знак, уже выпущен в обращение в одной из стран Европейского Союза с согласия обладателя исключительного права на такой товар, это лицо не может противиться дальнейшим перемещениям товара внутри территории Союза.

Однако принципы и правила, выработанные Судом, не могли обеспечивать надежную основу для завершения создания внутреннего рынка в силу своей фрагментарности и спорной юридической силы; они также не позволяли устранить первоисточник коллизий – различия в национальном регулировании и территориальный характер прав интеллектуальной собственности. Поэтому следующим этапом развития правового регулирования интеллектуальной собственности в ЕС стала постепенная *гармонизация* и *унификация* норм законодательства стран-участниц по отдельным вопросам и объектам промышленной собственности и авторского и смежных прав³.

Гармонизация осуществлялась и осуществляется посредством принятия *Директив* – их роль значительна при сближении положений национальных правовых систем в области *авторского права и смежных прав*, тогда как *гармонизация и унификация* в области *промышленной собственности* достига-

¹ См.: Ульянищев В.Г. Интеллектуальная собственность...

² См.: Cornish W.R. Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights, Sweet & Maxwell, 3rd ed., 1996. – P. 34.

³ См.: Право Европейского Союза: Учебник для вузов / Под ред. С.Ю. Кашкина. – М.: Юристъ, 2002. – С. 700.

ется как посредством издания *Регламентов*, учреждающих объекты исключительных прав наднационального характера (таким образом учрежден, например, *товарный знак Сообщества* (Community trade mark), так и *Директив* (например, Первой директивы «О сближении законодательства государств-членов о товарных знаках и др.»)¹.

Одновременно для ограничения исключительного характера прав интеллектуальной собственности Суд использовал и положения статей 81 и 82 Договора, учреждающего ЕЭС (ныне ст. 101 и 102 Договора о функционировании ЕС), нацеленные на охрану и поддержание конкурентной среды на общем (позже – внутреннем рынке), поскольку в зарубежных странах монопольная власть владельца интеллектуальной собственности ограничивается. Он, в частности, не может, используя ее, нанести вред конкурентам².

Положения вышеприведенных статей запрещают ограничительную торговую практику в отношениях между участниками торгового оборота. На этом основании Суд начал применять эти статьи к конкретным случаям совершения правонарушений, выражавшихся в ограничении принципа свободы движения товаров. Так, совершенно понятно, что права патентообладателя (его лицензиата) действуют на определенной территории и могут исключать возможность конкуренции в пределах такой территории, что противоречит принципу свободной конкуренции. Соответствующие положения соглашения о предоставлении исключительной лицензии прямо нарушают положения вышеуказанной статьи 81. Тогда как в 1987 г. Суд справедливости в решении по делу *Basset v. SACEM*³ осудил слишком высокий

¹ Intellectual property // http://europa.eu/legislation_summaries/internal_market/businesses/intellectual_property/index_en.htm; *Абдуллин А.И.* Право интеллектуальной собственности в Европейском Союзе: генезис, унификация, перспективы развития: Автореферат дис. ... докт. юрид. наук. – М., 2006. – С. 9.

² Подробнее об антиконкурентном использовании интеллектуальной собственности см., например: *Еременко В.И.* Антимонопольное законодательство зарубежных стран. – М.: ВНИИПИ, 1997.

³ См.: *G. Basset v Société des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (SACEM)*. Case 402/85 // European Court reports 1987 Page 01747.

уровень *роялти* – минимального гарантированного платежа в пользу автора при каждой перепродаже оригинала его произведения, поскольку он мог привести к злоупотреблению доминирующим положением, запрещаемому на основании положений статьи 82.

Большое значение для борьбы с антиконкурентным использованием интеллектуальной собственности имела и имеет также правоприменительная практика Комиссии ЕС. Одним из итогов деятельности Комиссии стало несколько Регламентов в рассматриваемой сфере: № 772/2004 от 27 апреля 2004 г. о применении статьи 81 (3) Римского договора к отдельным видам договоров о передаче технологии¹; № 2659/2000 от 29 ноября 2000 г. о применении статьи 81 (3) Римского договора к отдельным видам договоров о совместной разработке и внедрении технологий² и др.

Эти регламенты содержат перечень разрешенных условий лицензионных и иных соглашений, подпадающих под действие изъятия, а также перечень запрещенных условий, в первую очередь касающихся фиксирования цен и ограничения объемов производства.

Так, например, Регламент 2004 г. о передаче технологии, регулирует отношения в сфере патентного лицензирования, лицензирования ноу-хау, смешанного лицензирования, лицензирования товарных знаков, промышленных образцов, предметов авторского права, включая программы для ЭВМ.

Он предусматривает три перечня договорных ограничений: допустимые, условно допустимые (так называемый «белый список») и недопустимые («черный список»).

Первые из них – допустимые – формально нарушают статью 81 (1) (ныне – ст. 101 (1)), но подпадают под *режим исключений* из-под действия антимонопольных норм. К ним от-

¹ Commission Regulation (EC) No 772/2004 of 27 April 2004 on the application of Article 81(3) of the Treaty to categories of technology transfer agreements. // OJ L 123, 27.4.2004, p. 11–17. Имеются в виду технологии как защищенные патентом, так и технологии в виде ноу-хау.

² Commission Regulation (EC) No 2659/2000 of 29 November 2000 on the application of Article 81(3) of the Treaty to categories of research and development agreements // OJ L 304, 5.12.2000, p. 7–12.

носятся восемь видов ограничений: обязанность лицензиара не разрешать другим лицам использовать лицензированную технологию; самому ее не использовать; обязанность лицензиата не использовать технологию на территории, оставленной для лицензиара; не производить и не использовать лицензионный продукт или способ на территориях, отведенных для других лицензиатов и т.д.

Вторые – условно допустимые – рассматриваются как не ограничивающие конкуренцию, если будет установлено, что они подпадают под режим исключений. «Белый список» включает 13 обязанностей лицензиата, являющихся ограничительными: не разглашать лицензированное ноу-хау; не заниматься сублицензированием; передавать лицензиару свои усовершенствования технологии и т.д.

Ограничения двух этих перечней становятся недопустимыми, если Комиссия придет к заключению, что:

- 1) лицензионные продукты не могут эффективно конкурировать с другими аналогичными продуктами (это может произойти в случае, когда лицензиат, например, занимает 40% рынка);
- 2) лицензиат необоснованно отказывается принимать заказы от потребителей, находящихся на территории других лицензиатов и т.д. (всего предусматривается 5 оснований для отзыва изъятия).

«Черный список» – недопустимые ограничения – включает в себя восемь видов ограничений: ограничение одной из сторон в установлении цен на лицензионные продукты; ограничение одной из сторон вступать в конкуренцию с другой стороной в области НИОКР, производства, использования или продажи конкурентных товаров и т.д.

Глава 2

ГАРМОНИЗАЦИЯ АВТОРСКО-ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ И ОХРАНЫ СМЕЖНЫХ ПРАВ В ЕС

О гармонизации и унификации авторского права можно говорить в связи с разработкой *универсальных многосторонних соглашений* и *региональных гармонизационных норм*, оказывающих значительное влияние на внутреннее законодательство участвующих в них стран¹. Договор, как отмечает в этой связи А.М. де ла Муэла, является конкретным источником международного права, причем в области как публичного, так и частного права² – то, что не защищается на национальном уровне, подлежит защите нормами действующих международных конвенций и договоров.

Так, национальные нормы в сфере авторского права часто взаимосвязаны с нормами *материального права международных соглашений* по вопросам авторского права и формируются под влиянием норм этих соглашений. К числу таких соглашений, как отмечалось выше, относятся: Бернская конвенция об охране литературных и художественных произведений 1886 г. и Всемирная (Парижская) конвенция об авторском праве 1952 г.

Обе конвенции предусматривают, что страны-участницы будут применять конвенционные нормы в своих взаимоотношениях. Как в соответствии с Бернской конвенцией, так и в соответствии со Всемирной конвенцией авторы – граждане стран-участниц в отношении своих произведений, как опубликованных, так и неопубликованных, пользуются во всех странах-

¹ Подробнее об этом см.: *Ханина К.В.* Изменение национальных механизмов регулирования общественных отношений в области авторского и патентного права под влиянием принципов Общего рынка // Современное право. – 2002. – № 1. – С. 40-47, и др. публикации этого автора по теме; *Кузнецов М.Н.* Применение положений НАФТА об интеллектуальной собственности // Гражданское и торговое право зарубежных стран: Учеб. пособие / Под общ. ред. В.В. Безбаха, В.К. Пучинского. – М.: МЦФЭР, 2004. – С. 69-73, и др.

² *De la Muela A.* Derecho Internacional Privado. – Madrid: Atlas, 1976. – P. 59.

участницах конвенций теми же правами, которые установлены национальным законодательством в отношении собственных граждан, а также теми правами, которые специально предусмотрены в текстах конвенций.

Во Всемирной конвенции содержится всего несколько таких норм материального права. В частности, устанавливается исключительное право на перевод произведения; определяется, что срок охраны произведений, как правило, не может быть короче периода, охватывающего время жизни автора и 25 лет после его смерти; указывается, что если по внутреннему законодательству условием охраны авторских прав является соблюдение каких-либо формальностей (например, регистрация произведения), то эти формальности считаются выполненными, если на экземплярах выпущенного в свет произведения стоит знак охраны авторского права (буква «С» в окружности, наименование владельца авторского права и год выпуска произведения в свет).

В тексте Бернской конвенции норм материального права значительно больше. Здесь содержатся подробные перечисления охраняемых произведений, указания о минимальном сроке охраны авторских прав (время жизни автора и 50 лет после его смерти), определены основные исключительные авторские права (право на перевод, право на воспроизведение, право на передачу в эфир, право на публичное представление и т. д.) и возможные случаи свободного использования произведений. Бернская конвенция устанавливает, что охрана возникает независимо от выполнения каких-либо формальностей¹. Важные положения правового регулирования авторского права содержатся и в Соглашении об относящихся к торговле аспектах прав интеллектуальной собственности (ГАТС).

Первые шаги по унификации и гармонизации законодательства в области авторского права в ЕС были предприняты в 1988 г., когда Европейская комиссия начала публикацию «Зеленой книги по авторскому праву и развитию технологии», в которой освещались аспекты авторского права стран-участниц, требовавшие первоочередной гармонизации.

¹ См.: Гражданское и торговое право капиталистических стран / Под ред. В.П. Мозолина, М.И. Кулагина. – М.: Высшая школа, 1980. – С. 308.

В настоящее время *региональные гармонизационные нормы* в рамках ЕС¹ базируются на положениях следующих значимых нормативных актов в области авторского права и смежных прав. Это:

- Совместная Директива Европейского Парламента и Совета о 12 декабря 2006 г. «О праве сдавать в аренду (прокат) и передавать в безвозмездное пользование и о некоторых смежных правах в сфере интеллектуальной собственности» (далее – Директива о сдаче в прокат²);
- Директива Совета ЕС от 12 октября 2006 г. «О гармонизации сроков охраны авторского права и некоторых смежных прав» (далее – Директива о гармонизации срока охраны);
- Директива от 29 апреля 2004 г. о реализации прав интеллектуальной собственности³;
- Директива Европейского Парламента и Совета от 27 сентября 2001 г. «О праве следования, принадле-

¹ ЕС не является на сегодняшний день единственным региональным интеграционным образованием, на уровне которого гармонизируются положения в сфере охраны авторского и смежных прав. Так, успешные попытки такого рода предпринимаются в Североамериканской зоне свободной торговли (НАФТА). Согласно этому Соглашению (Текст Соглашения см. на оф.с. Секретариата НАФТА по адресу <http://www.nafta-secretaria.org>) каждая из сторон обязуется распространять охрану авторских прав на все произведения, указанные в ст. 2 Бернской конвенции, а также на все произведения, представляющие собой оригинальное выражение по смыслу этой конвенции. – См.: Гражданское и торговое право зарубежных стран: Учеб. пособие / Под общ. ред. В.В. Безбаха, В.К. Пучинского. – М.: МЦФЭР, 2004. – С. 62-64.

² Directive 2006/115/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 on rental right and lending right and on certain rights related to copyright in the field of intellectual property (codified version) // OJ L 376 of 27.12.2006.

³ Directive 2004/48/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the enforcement of intellectual property rights // OJ L 195 of 2.6.2004.

В дополнение к этой Директиве Европейское сообщество планирует принятие еще одной Директивы «Об уголовно-правовых мерах по реализации прав интеллектуальной собственности». См. Проект директивы от 26 апреля 2006 г. по адресу <http://www.europa.eu>

- жащем автору оригинального произведения искусства» (далее – Директива о праве следования¹);
- Совместная Директива Европейского Парламента и Совета, от 22 мая 2001 г «О гармонизации некоторых аспектов авторского права и смежных прав в информационном обществе» (далее – Директива о защите размещенных в Интернете музыкальных, литературных произведений и кинофильмов²);
 - Совместная Директива Европейского Парламента и Совета ЕЭС, от 11 марта 1996 г. «О правовой охране баз данных» (далее – Директива о базах данных³);
 - Директива Совета ЕС от 27 сентября 1993 г. «О координации некоторых норм авторского права и смежных прав при применении их к спутниковому вещанию и кабельной ретрансляции» (далее – Директива о спутниковом и кабельном вещании⁴);
 - Директива Совета ЕС от 14 мая 1991 г. «О правовой охране компьютерных программ» (далее – Директива о компьютерных программах⁵).

Сюда можно отнести также Рекомендацию Комиссии от 18 мая 2005 г., касающуюся коллективного трансграничного управления авторскими и смежными правами в области право-

¹ Directive 2001/84/EC of the European Parliament and of the Council of 27 September 2001 on the resale right for the benefit of the author of an original work of art. // OJ L 272, 13.10.2001.

Право следования обозначается так по его французскому названию – *le droit de suite*, и состоит в праве автора произведения изобразительного искусства на получение части суммы от перепродажи оригиналов этих произведений.

² Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society // OJ L 167 of 22.6.2001.

³ Directive 96/9/EC of the European Parliament and the Council of 11 March 1996 on the legal protection of databases // OJ L 77 of 27.03.1996.

⁴ Council Directive 93/83/EEC of 27 September 1993 on the coordination of certain rules concerning copyright and rights related to copyright applicable to satellite broadcasting and cable retransmission // OJ L 248 of 6.10.1993.

⁵ Council Directive 91/250/EEC of 14 May 1991 on the legal protection of computer programs // OJ L 122 of 17.5.1991.

мерных музыкальных услуг он-лайн; Рекомендацию Комиссии от 16 апреля 2004 г. об управлении авторскими и смежными правами на внутреннем рынке, касающуюся как управления правами на основе исключительной и неисключительной лицензий для авторов (исполнителей и пр.), не состоящих в организациях, осуществляющих коллективное управление правами, так и входящих в подобные организации¹, и др.²

Внимательное рассмотрение приведенного перечня позволяет заметить, что за исключением унификации положений, посвященных ряду особенно экономически значимых общих авторско-правовых конструкций (таких как срок охраны авторского и смежных прав), коммунитарное нормотворчество в сфере авторского права было сконцентрировано на отношениях, возникающих:

- по поводу относительно новых объектов творческой деятельности (компьютерных программ, баз данных, передач);
- в связи с новыми способами распространения и использования охраняемых объектов (спутниковым вещанием и кабельной ретрансляцией; передачей посредством сетей);
- в связи с новыми техническими возможностями по охране и контролю за распространением указанных объектов (технические средства охраны и идентификации).

Одной из причин подобного рода «специализации» явилось значительное противодействие государств-членов попыткам унифицировать традиционные национальные авторско-правовые институты. Внимание институтов Сообществ уделялось отдельным элементам авторско-правового регулирования,

¹ Commission Recommendation 2005/737/EC of 18 May 2005 on collective cross-border management of copyright and related rights for legitimate online music services [Official Journal L 276, 21.10.2005]; Commission Communication of April 16, 2004 on the management of copyright and related rights in the internal market [COM (2004) 261 – Not published in the Official Journal].

² См.: Intellectual property. Copyright and related rights // http://europa.eu/legislation_summaries/Internal_market/businesses/intellectual_property/index_en.htm

признанным оказывающими *наиболее значимое экономическое воздействие на формирование и функционирование внутреннего рынка*. Разработка же правовых механизмов, применимых к отношениям, порожденным техническим прогрессом и увеличением возможностей по распространению и использованию информации, объективно явилась требованием времени, и применение авторско-правовых конструкций оказалось в данном случае наиболее приемлемым с точки зрения институтов ЕС.

Объясняется это также и тем, что в отличие от права промышленной и торговой собственности, в рамках которых законодательство стран – участниц ЕС к моменту начала гармонизации существенно различались в подходах к определению момента возникновения исключительных прав на соответствующий объект, в области авторского права указанный срок к началу гармонизации уже был определен единообразно: произведение подлежит охране с момента облечения его в объективную форму без необходимости совершения каких-либо дополнительных формальных действий. При этом в силу участия всех государств – членов ЕС в Бернской конвенции по охране литературных и художественных произведений, объекты авторского права получали и получают охрану, с момента облечения их в объективную форму, на всей территории ЕС¹.

Тем не менее отмечается², что правовое регулирование авторских и смежных прав в Европейском Союзе имеет целью обеспечить высокий уровень охраны этих прав, поскольку они являются фундаментальными для защиты интеллектуальных творений, и правильная правовая регламентация этих прав гарантирует развитие творческого потенциала и интересов авторов в области культуры, искусства, литературы, промышленности.

¹ В ряде стран отношения, для регулирования которых были созданы разработанные институтами ЕС правила, вообще не имели соответствующей правовой регламентации. – См.: *Ханина К.В.* Гармонизация норм, регламентирующих использование и охрану результатов творческой деятельности в Европейском Союзе: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2007. – С. 19, 20.

² *Право Европейского Союза: Документы и комментарии / Под ред. Л.М. Энтина.* – М.: Норма, 2000. – С. 387.

Прежде чем обратиться к рассмотрению положений вышеуказанных актов ЕС, следует остановиться на существенных различиях в подходах к охране прав авторов стран ЕС, принадлежащих к романо-германской системе права, и Англии, поскольку эти различия выразились в разных способах определения состава субъектов авторского права, объема и видов прав, предоставляемых правообладателю.

С момента принятия в соответствии со Статутом королевы Анны англо-американского режима *copyright – авторского права, права копирования*, действующего в странах, имеющих юридическую традицию, основывающуюся на общем праве (*common law*), он ориентирован с учетом коммерческой перспективы на регулирование *использования произведений*.

Тогда как в континентальной Европе, которая следует римской юридической традиции, появившаяся в декретах Учредительного собрания Французской революции концепция *droit d'auteur – права автора* имеет главным образом индивидуальный характер, превращает *droit d'auteur* в личное и неотъемлемое право, которое позволяет автору контролировать использование продукта его интеллектуального труда.

В силу различий, существующих между концепциями, эти два названия не эквивалентны. По сравнению с *droit d'auteur copyright* имеет более широкий характер, в том, что касается личных прав, которые признаются. В более широком смысле – в том, что касается, с одной стороны, *объекта защиты*, с другой стороны – *лиц, отнесенных к категории первоначальных правообладателей*.

Так, объект защиты не ограничивается произведениями, традиционно определяемыми в качестве литературных, научных, театральных, музыкальных произведений, произведений искусства или аудиовизуальных произведений, отличающихся оригинальностью или отражающих личность их автора, а применяется также к звуковым записям или фонограммам, радиопередачам – включая телевидение – и программам, распространяемым по кабелю, а также типографскому оформлению публикуемых изданий.

Относительно круга лиц, права которых подлежат охране, в связи с изложенным *copyright* направлен на защиту прав, свя-

занных с деятельностью также и технического, и организационного плана, которая по своему характеру не является интеллектуальным продуктом, свойственным физическому лицу. Так, это, например, относится к деятельности производителей фонограмм и изготовителей кинофильмов, организаций эфирного вещания, предприятий, распространяющих программы по кабелю, и издателей печатных произведений.

Признание французской юриспруденцией прав личного характера автора (личное неимущественное право), получивших свое развитие и теоретическое обоснование в рамках доктрины, философская основа которой заключается в том, что произведение – это воплощение, отражение личности автора, оказало значительное влияние на мировую практику. Право основывается на творческом процессе, а отношение «автор – произведение» закрепляется широким набором прерогатив создателя произведения и правом принятия решений, которое ему предоставляется, в связи с чем произведение не может окончательно выйти из-под контроля автора. Предоставление первоначального *droit d'auteur* другим лицам, которые не являются создателями произведения, допускается только в исключительных случаях, поскольку права, признаваемые за правообладателями смежных прав, не относятся к категории авторских прав¹.

Концептуальное различие устраняется в процессе сближения благодаря конструктивному влиянию на национальные законодательства Бернской конвенции (в которой преобладает континентальная концепция), а также мерам по обеспечению юридического единообразия, которые принимаются штаб-квартирой Европейского Союза. Тем не менее содержание существующей на сегодняшний день в ЕС в сфере регулирования авторско-правовых отношений системы нормативных предписаний отражает симбиоз подходов, сложившихся в рамках концепций *droit d'auteur* и *copyright*, при очевидном преобладании последней. Это наглядно иллюстрируют положения директив ЕС в сфере авторского и смежных права, фиксирующие перечень лиц, выступающих субъектами авторского и смежных прав. В этом вопросе был избран подход, облегчающий переда-

¹ См.: *Липцик Д.* Цит. соч. – С. 35, 36.

чу автором своих полномочий инвестору. Так, первичными субъектами исключительных прав на компьютерные программы могут являться, помимо физических лиц – создателей программы, и юридические лица. В случае же создания компьютерной программы работающим по найму в порядке выполнения служебных обязанностей или согласно указаниям, данным ему работодателем, исключительно работодатель вправе осуществлять все имущественные права на созданную программу, если иное не предусмотрено контрактом (Директива о компьютерных программах).

Аналогичное правило предусмотрено и для определения первичного субъекта исключительных прав на базы данных. В случае признания законодательством государства-члена правовой конструкции коллективных произведений обладателем имущественных прав является лицо, «финансирующее авторское право» (Директива о базах данных).

С целью устранения противоречий в национальных правовых порядках для определенных категорий произведений был установлен перечень лиц, которые обязательно должны признаваться их авторами, – например, главный режиссер кинематографических или аудиовизуальных произведений обязательно должен признаваться их автором или одним из соавторов (Директива о прокате)¹.

§ 1. Охрана авторских прав, относящихся к компьютерным программам и базам данных

Директива о компьютерных программах подчинила результат творческой деятельности – компьютерную программу режиму литературного произведения, охраняемого в соответствии с положениями Бернской конвенции. Охраняется компьютерная программа, выраженная в любой форме, в том числе проектные и иные, использованные при ее подготовке материа-

¹ См.: *Ханина К.В.* Гармонизация норм, регламентирующих использование и охрану результатов творческой деятельности в Европейском Союзе: Автореф. дис. ...канд. юрид. наук. – М., 2007. – С. 20, 21.

лы, но не идеи и принципы, лежащие в основе любого элемента компьютерной программы, включая ее интерфейс (ст. 1).

По общему правилу, автором компьютерной программы, как отмечалось выше, признается создавшее ее физическое или юридическое лицо. Имущественными правами на программу, созданную в рамках осуществления работником своих должностных обязанностей, обладает его работодатель, если иного не установлено в трудовом договоре между ними (ст. 2).

К исключительным правам автора компьютерной программы Директива относит права на воспроизведение, перевод, адаптацию, любое другое изменение и распространение программы и ее копий. Первая продажа влечет за собой исчерпание права правообладателя на распространение программы в пределах Сообщества, за исключением права контролировать дальнейшую сдачу внаем (напрокат – ст. 4).

На совершение этих действий третьими лицами требуется лицензия – разрешение автора, кроме случаев, предусмотренных Директивой (например, для устранения ошибок в копии программы, законно используемой лицом и др. – ст. 5).

Директива устанавливает, что страны-участницы должны предусмотреть адекватные меры ответственности в отношении лица, владеющего, а также совершающего любое действие по распространению копий компьютерной программы, если лицо знает или должно знать, что программа является контрафактной копией. Всякая контрафактная копия компьютерной программы подлежит конфискации в соответствии с законодательством каждой из стран-участниц (ст. 7).

Положения *Директивы о базах данных* имеют практическое значение в контексте развития правового регулирования *информационного общества* (information society). Директива закрепляет права авторов баз данных, зафиксированных как в электронном виде, в том числе с доступом через сети общего пользования, так и на бумажном носителе.

База данных – это собрание независимых произведений, данных или иных материалов, упорядоченных систематически или методологически, доступное в индивидуальном порядке электронным или иным путем (ст. 1).

Единственным критерием для отнесения баз данных к объектам исключительных прав является ее создание интеллектом автора в качестве самостоятельного произведения благодаря особому отбору данных и их подбору. В отношении баз данных установлен 15-летний срок действия исключительных прав, однако каждое существенное изменение их содержания влечет начало течения нового срока правовой охраны.

В формате закрепленной Директивой трактовки базы данных в рамках правопорядка ЕС создан режим *sui generis* (глава III Директивы) в отношении «нетворческих» по характеру баз данных. Так, автору должно быть предоставлено право запрещать единовременное извлечение (extraction) из базы данных существенной части материалов; законный пользователь базы данных не вправе совершать с ней действия, не совместимые с ее нормальным использованием: делать доступным широкой публике содержание базы данных целиком или существенной ее части посредством распространения копий, сдачи в наем (прокат), размещения on-line, передачи иным способом.

Директива о праве следования предусматривает обязанность стран – участниц ЕС предусмотреть в своем законодательстве к 1 января 2010 г. выплату роялти, при этом минимальный размер цены произведения, в процентном отношении к которому рассчитывается размер роялти, не должен превышать 3 тыс. евро. Размер роялти составляет 4% при стоимости произведения, равной 50 тыс. евро; 3% – при цене от 50 до 200 тыс. евро; 1% – при цене от 200 до 350 тыс. евро; 0,5% – при цене 350-500 тыс. евро и т.д., но не более 12, 5 тыс. евро (ст. 4).

Роялти выплачивает продавец оригинала произведения в пользу автора и его наследников. По общему правилу, Директива распространяется только на граждан ЕС, но страны-участницы вправе предоставить аналогичные права иностранцам в соответствии с режимом взаимности.

Обязанность уплаты роялти распространяется на графические или пластические произведения, такие, как: картины, коллажи, рисунки, гравюры, эстампы, оттиски, литографии, скульптура, керамические и стеклянные изделия, фотографии –

при условии, что они полностью выполнены художником либо представляют собой копии оригинальных произведений искусства и др. (ст. 2).

§ 2. Охрана смежных прав в сфере спутникового и кабельного вещания, а также проката аудиовизуальных произведений

Директива о спутниковом и кабельном вещании стала результатом попыток Европейского суда ответить на вопрос о том, может ли свобода оказания трансграничных услуг быть ограничена владельцем права интеллектуальной собственности на фильм в контексте разграничения «существования» и «осуществления» прав¹. Так, владелец фильма хотел запретить осуществленное без его ведома вещание в Бельгии по кабелю фильма, разрешенного к показу в Германии. Суд указал, что хотя авторское право и права, вытекающие из него, такие как право на показ, не подпадают под запрет, изложенный в статье 85 Римского договора, осуществление этих прав может, тем не менее, подпадать под указанные запреты, когда имеются экономические или правовые основания, следствием которых явится ограничение права на распространение фильма, влекущее искажение конкуренции на кинематографическом рынке.

Кроме того, в обоснование правоты позиции истца Суд указал, что право субъекта авторского права и назначенных им лиц требовать гонорар за любой показ фильма является неотъемлемой частью авторского права для этого вида литературных или художественных произведений.

Директива определила понятия «спутник», «общедоступное спутниковое вещание», «кабельная ретрансляция».

Директивой закреплен принцип, в силу которого право вещания предоставляется авторами исключительно на договорной основе (*only be agreement* – ст. 3). Страны-участницы должны обеспечивать авторам исключительное право разрешать или

¹ Истоки ответа на этот вопрос следует искать в решении по делу *Coditel SA, Compagnie générale pour la diffusion de la télévision, and others v Ciné-Vog Films SA and others*. Case 262/81. Judgment of the Court of 6 October 1982 // European Court reports 1982 Page 03381 // <http://eur-lex.europa.eu>

запрещать общедоступное *спутниковое вещание* программ, охраняемых авторским правом.

В отношении *кабельной ретрансляции* установлено правило, согласно которому страны-участницы должны принимать все меры к тому, чтобы права обладателей авторского права и смежных прав в отношении предоставления разрешения операторам кабельных сетей на осуществление кабельной ретрансляции либо отказа в предоставлении такого разрешения находились в исключительной компетенции обществ коллективного управления правами (only through a collecting society – ст. 9).

Директива о сдаче в прокат предусматривает исключительное право разрешать или запрещать держателям права (rightholders) реализацию права на сдачу в прокат (аренду) фильма (ст. 1), исполнение радиовещательных программ, в том числе передаваемых по кабелю (ст. 9). «Фильм» означает аудиовизуальное произведение, использующее движущиеся образы как со звуковым сопровождением, так и без него.

Держателями права признаются:

- авторы – в отношении оригинала и копий их произведений;
- исполнители – в отношении к записям их исполнения;
- производители фонограмм – в отношении их фонограмм;
- продюсеры кинофильмов в отношении оригинала и копий фильмов.

Эти права не исчерпываются первой продажей или любым иным действием, направленным на распространение оригинального произведения или его копий. Директива не распространяется на право сдачи в прокат (аренду) зданий и произведений прикладного искусства (ст. 1, 3).

Пункт 2 статьи 2 Директивы предусматривает, что режиссер-постановщик аудиовизуального произведения признается его автором либо одним из соавторов. Между тем страны – участницы ЕС могут предусмотреть в своем законодательстве, что наряду с режиссером-постановщиком к числу авторов (соавторов) аудиовизуального произведения могут быть отнесены и иные лица. По мнению ряда исследователей в области авторского права, данное положение Директивы следует отнести к

одному из удачных решений, позволяющих обойти известный барьер на пути процесса унификации и гармонизации авторского права в Европейском союзе¹.

В случае, когда автор или исполнитель уступают свое право на сдачу фонограммы или оригинала или копии фильма в прокат (аренду) продюсеру фильма (производителю фонограмм), и автор, и исполнитель сохраняют право на получение справедливого вознаграждения от сдачи в прокат (аренду). Отказ от этого права недействителен. Управление правом на получение вознаграждения может быть передано обществу коллективного управления авторскими и смежными правами. Степень реализации этого права, а также лиц, от которых можно требовать выплаты вознаграждения, определяют страны-участницы (ст. 5).

Страны-участницы вправе отказать в реализации права на сдачу в прокат фильма автора в случае публичного проката (public lending) при условии, что автор получит вознаграждение от сдачи в прокат. Размер вознаграждения определяют страны-участницы исходя из целей содействия развитию культуры (ст. 6).

Применительно к смежным правам Директива регламентирует право на запись (fixation – ст. 7) исполнения, радиовещательной программы и др., право на вещание и сообщение публике (broadcasting and communication to the public – ст. 8); право на распространение (distribution right – ст. 9), а также на ограничение этих прав (ст. 10).

Так, принудительная лицензия установлена Директивой в отношении частного (личного) использования; использования коротких отрывков в выпусках текущих новостей; временных записей, осуществляемых вещательными организациями с использованием собственных технических средств и предназначенных для внутреннего использования; использования исключительно в образовательных целях или в целях проведения научных исследований.

¹ См.: Гражданское и торговое право зарубежных стран: Учеб. пособие / Под общ. ред. В.В. Безбаха, В.К. Пучинского. – М.: МЦФЭР, 2004. – С. 545.

§ 3. Унификация положений о сроках охраны авторских и смежных прав

Директива о гармонизации срока охраны закрепила положение, согласно которому авторское право на литературные или художественные произведения, как они определяются в статье 2 Бернской конвенции, действует в течение 70 лет после смерти автора независимо от даты, когда произведение стало доступно публике (п. 1 ст. 1).

Основой этого положения служит принцип, сформулированный Судом в одном из решений,¹ согласно которому объект авторского права, не обремененный лицензией владельца авторских прав, может свободно распространяться в другой стране-участнице только по истечении периода его правовой охраны в государстве распространения.

В случае соавторства начало течения 70-летнего срока защиты авторских прав исчисляется со дня смерти последнего из соавторов. Произведения, написанные под псевдонимом или анонимно, защищаются в течение 70 лет с момента, когда произведение впервые было опубликовано на законных основаниях. Однако если псевдоним не оставляет сомнений в личности автора либо если автор раскрывает свою личность в течение 70 лет с момента создания произведения, срок охраны начинается согласно п. 1 статьи 1 Директивы.

Применительно к кинематографическим и аудиовизуальным произведениям устанавливается 70-летний срок охраны, истекающий через 70 лет после смерти последнего из соавторов произведения – главного режиссера, автора сценария, автора диалогов, композитора оригинальных музыкальных произведений (ст. 2).

Директива установила 50-летний срок охраны смежных прав, который начинает течь с момента: исполнения произведения; сообщения о записи фонограммы или фильма; передачи в эфир или по кабелю. Однако, если запись исполнения, фонограмма, фильм, передача в эфир или по кабелю делаются в те-

¹ Решение Суда по делу *EMI Electrola GmbH v Patricia Im- und Export and others*. Case 341/87 //European Court reports 1989 Page 00079. // <http://eur-lex.europa.eu>

чение указанного 50-летнего срока, произведение начинается охраняться, а срок исчисляться с даты первого сообщения публике (ст. 3).

Права любого, кто сообщит публике (опубликует) ранее неопубликованное произведение по истечении вышеуказанных сроков охраны, подлежат охране в течение 25-летнего срока с момента, когда произведение было впервые сообщено публике (опубликовано – ст. 4).

Критика и научные публикации, ставшие общественным достоянием, могут быть объектом охраны в странах – участниках ЕС. Максимальный срок охраны составляет 30 лет с момента первой публикации (ст. 5).

Авторско-правовая охрана предоставлена фотографиям, являющимся оригинальными в том смысле, что они представляют собой интеллектуальное творение автора. Никакие иные критерии применяться не могут. Охрана других фотографий может предоставляться странами-участницами (ст. 6).

§ 4. Реализация прав интеллектуальной собственности в информационном обществе

Информационное общество – концепция постиндустриального общества; новая историческая фаза развития цивилизации, в которой главными продуктами производства являются информация и знания.

Информационное общество характеризуется высоким уровнем развития информационных и телекоммуникационных технологий и их интенсивным использованием гражданами, бизнесом и органами государственной власти¹.

Отличительными чертами информационного общества являются: увеличение роли информации и знаний в жизни общества; возрастание доли информационных коммуникаций, продуктов и услуг в валовом внутреннем продукте; создание глобального информационного пространства, обеспечивающего

¹ См.: Стратегия развития информационного общества в Российской Федерации от 7 февраля 2008 г. № Пр-212 // Российская газета от 16 февраля 2008 г. // <http://www.rg.ru/2008/02/16/informacia-strategia-dok.html>

эффективное информационное взаимодействие людей; их доступ к мировым информационным ресурсам и удовлетворение их потребностей в информационных продуктах и услугах.

В этом формате *Директива о защите размещенных в Интернете музыкальных, литературных произведений и кинофильмов* представляет собой попытку найти баланс между правами и законными интересами авторов произведений и свободой доступа неограниченного круга пользователей к этим произведениям через сети общего пользования в контексте принятия в 1996 г. в рамках ВОИС Договора об авторских правах и Договора о выступлениях и фонограммах¹.

Директива не затрагивает режима правовой охраны компьютерных программ; произведений, передаваемых посредством спутникового и кабельного вещания; сдачи в прокат (в аренду) объектов охраны авторского и смежных прав и сроков охраны (ст. 1).

Директива определяет круг лиц, исключительные права которых подлежат охране; круг охраняемых объектов и перечень закрепляемых за правообладателем прав.

Так, Директива называет исключительное право разрешать или запрещать прямо или косвенно на временной или постоянной основе *воспроизведение любыми средствами* полностью или в части на воспроизведения (*reproduction right*): авторам – оригиналов и копий их произведений; исполнителям – записей их исполнений; производителям фонограмм – их фонограмм; производителям первой записи фильмов – оригинала и копий фильмов; вещательным организациям – передач (ст. 2).

Директива предоставляет авторам исключительное право разрешать или запрещать любое *сообщение публике своих произведений* (*right of communication to the public of works*) посредством проводочной или беспроводной связи, включая обеспечение доступа публике к их произведениям таким образом, что члены общества имеют доступ к ним с любого места и во время, избираемое ими индивидуально (ст. 3). Этот случай

¹ WIPO Copyright Treaty of 1996, WIPO Performances and Phonograms Treaty of 1996 // www.wipo.int/treaties/en

охватывает, по мнению исследователей, размещение литературного или художественного произведения в сети Интернет. То же директива предусматривает в отношении исполнителей, производителей фонограмм и фильмов и вещательных организаций.

Автору принадлежит также исключительное право на первое обнародование произведения (distribution right): Директива подтверждает территориальный характер прав интеллектуальной собственности, но в качестве территории действия авторского права рассматривается не отдельное государство, а весь Европейский Союз. Исключительное право автора считается исчерпанным при продаже или ином переходе собственности на произведение на территории ЕС (ст. 4).

Директива закрепила перечень исключений (одно императивное и 20 диспозитивных) – способов свободного использования произведений, которые могут вводить страны – участницы на уровне национального законодательства.

Такое использование должно быть правомерным и осуществляться посредством передачи в сети (transmission in a network) среди третьих лиц посредником (ст. 5). Общее правило таково: использование произведения без согласия правообладателя не должно наносить существенного ущерба его исключительным правам и не может служить источником дополнительной прибыли.

В числе исключений предусматривается, в частности, право делать копии с произведений для личного некоммерческого использования физическими лицами, но при условии выплаты справедливой компенсации владельцу исключительных прав, что дополнительно накладывает ограничения на признанные ранее способы свободного использования: в целях карикатурного или пародийного изображения либо в связи с демонстрацией или ремонтом оборудования; в период религиозных празднеств или официальных церемоний и др. (ст. 5).

Директива также установила ряд обязанностей стран-участниц в отношении борьбы с несанкционированным использованием литературных и художественных произведений.

В контексте исключений, закрепляемых этой Директивой и Директивой о базах данных, Европейская комиссия в Зеленой

книге «Об авторском праве в эпоху экономики знаний», выпущенной 16 июля 2008 г.¹, полагает, что распространение научных знаний и образования среди жителей ЕС на всех видах носителей в эпоху экономики знаний содействует приращению знания и укреплению свободного движения знаний и инноваций – «Пятой свободе» – на внутреннем рынке. Обращаясь в Зеленой книге к ученым, исследователям, студентам, людям с ограниченными возможностями и вообще к публике, желающей получать знания посредством сети Интернет, члены Комиссии стремятся конкретизировать ограничения, наиболее важные с точки зрения распространения знаний. Это:

- исключение в отношении библиотек и архивов – предлагается содействовать облегчению доступа к библиотечным (архивным) трудам; сканированию трудов, в том числе древних, для внесения изменений в положения Директив;
- исключение в отношении лиц с ограниченными возможностями – они должны быть обеспечены доступом к произведениям, охватываемым положениями Директив. В этой связи Комиссия предлагает продумать содержание лицензионных соглашений издателям, чтобы улучшить доступ к литературным произведениям, в том числе в такой форме, которая доступна людям с ограниченными возможностями с учетом вознаграждения, которое сможет покрыть затраты на соответствующее форматирование и т.д.

Директива о реализации прав интеллектуальной собственности сочетает в себе материально- и процессуально-правовые нормы. Так, Директива содержит подробные положения о процессуальном праве на иск; о доказательственном праве; об обеспечительных мерах, а также о материально-правовых санкциях в случаях нарушения прав интеллектуальной собственности.

¹ European Commission Green Paper of 16 July 2008 on Copyright in the Knowledge Economy [COM(2008) 466 final – Not published in the Official Journal] // http://europa.eu/legislation_summaries/internal_market/businesses/intellectual_property/mi0008_en.htm

Директива от 29 апреля 2004 г. связана с иными *процессуально-правовыми* предписаниями права ЕС, в частности, с положениями вторичного права ЕС. Это:

- Регламенты в сфере процессуального права: «Брюссель I» (Правила международного гражданско-процессуального права ЕС) от 22 декабря 2000 г.; о доставке (документов – *авт.*); об исследовании доказательств; о Европейском исполнительном документе в отношении бесспорных требований от 21 апреля 2004 г. и др., которые распространяются и на защиту прав интеллектуальной собственности;
- Директивы, действующие в различных сферах отношений, например, в сфере защиты прав потребителей: Директива о защите персональных данных; о просрочке платежа; об электронной торговле на внутреннем рынке; об электронной подписи и др.

Что касается материально-правовых норм, то они:

- либо прямо закреплены соответствующими положениями Директивы, как, например, статья 13 о размере возмещения ущерба, причиненного правонарушением, – она предусматривает обязательство по возмещению ущерба в случае умышленного или неосторожного нарушения права интеллектуальной собственности и определяет размер такого возмещения;
- либо материально-правовое ядро содержится в предписаниях, сформулированных как «процессуально-правовые», – это, например, положения статей 10-12 о содержании возможных мер по пресечению правонарушений, которые позволяют странам-участницам выбрать конкретный способ имплементации в рамках либо процессуально-правовых, либо материально-правовых норм. Так, положения этих статей предписывают нарушителю: прекратить свои противозаконные действия, не совершать их (отозвать контрафактные товары; при необходимости уничтожить и их, и оборудование для их изготовления и т.д.).

Директива охватывает как авторское право, так и право промышленной собственности (ст. 1); действует в отношении

всех составов нарушений указанных прав; не предусматривает изъятий из числа возможных составов правонарушений и круга нарушителей интеллектуальных прав.

Директива закрепляет перечень принципов, которым должны соответствовать процедуры по защите прав интеллектуальной собственности и санкции за правонарушения:

- справедливость (fairness);
- предотвращение «излишне сложных и дорогих» процедур;
- быстрое осуществление защиты (п. 1 ст. 3 Директивы).

Пункт 2 статьи 3 Директивы добавляет сюда еще и то, что процедуры или, соответственно, санкции должны быть «эффективными, соразмерными и устрашающими», что должна быть предусмотрена гарантия против злоупотребления ими, в частности, защитные меры не должны использоваться для установления барьеров торговле на внутреннем рынке. Новым является включенный в п. 2 статьи 3 Директивы принцип соразмерности и др¹.

Статья 8 Директивы предусматривает правомочие суда обязать (возможного) нарушителя и других лиц, имеющих отношение к оспариваемому противозаконному действию (например, из-за владения контрафактными товарами или даже только вследствие простого обвинения со стороны других лиц), предоставить сведения о происхождении и каналах сбыта контрафактных товаров или услуг.

Новым для многих стран – участниц ЕС является правило Директивы о том, что суды в случае нарушения прав интеллектуальной собственности вправе «в соответствующих случаях» принять решение также о компенсации морального вреда.

¹ Подробнее см.: *Трунк А.* Эффективная реализация прав интеллектуальной собственности в Европейском Союзе: директива от 29 апреля 2004 г. как инструмент для унификации гражданского процессуального права? // *Интеллектуальная собственность в России и ЕС: правовые проблемы: Сборник статей / Под ред. М.М. Богуславского, А.Г. Светланава.* – М.: Волтерс Клувер, 2008. – С. 114-131.

Глава 3

ГАРМОНИЗАЦИЯ И УНИФИКАЦИЯ ПОЛОЖЕНИЙ ОБ ОХРАНЕ ПРОМЫШЛЕННОЙ СОБСТВЕННОСТИ И СРЕДСТВ ИНДИВИДУАЛИЗАЦИИ В ЕС

Считается, что патентное законодательство большинства стран формировалось и развивалось под влиянием четырех патентно-правовых систем – французской (романской), немецкой, английской и американской. Вместе с тем, как и в случае с авторским и смежными правами, одним из важнейших источников патентного права являются международные соглашения, касающиеся правового регулирования практически всех объектов промышленной собственности. Так, на национальное патентное законодательство оказывают мощное влияние международные конвенции – Конвенция, учреждающая Всемирную организацию интеллектуальной собственности (ВОИС – 1967 г.), Парижская конвенция по охране промышленной собственности (1883 г.), Договор о патентной кооперации (1970 г.) и др.

Одновременно в связи с развитием в современный период региональных интеграционных унификационных процессов в патентном праве четыре вышеуказанные патентно-правовые системы распадаются. На смену им приходят региональные патентно-правовые системы¹, охватывающие целые совокупности стран: Европейская патентная система (европейские страны); Евразийская патентная система (страны СНГ); Африканская региональная организация по охране промышленной собственности (англоязычные страны Африки) и др.²

¹ См.: Гражданское и торговое право зарубежных стран: Учеб. пособие / Под общ. ред. В.В. Безбаха, В.К. Пучинского. – М.: МЦФЭР, 2004. – С. 561, 562.

² См.: *Леанович Е.Б.* Региональные патентные организации // Белорусский журнал международного права и международных отношений. – 1998. – № 4 // <http://www.evolutio.info/>

§ 1. Охрана изобретений в ЕС

Слово «изобретение» (invention, Erfindung) в сознании людей отражает реальность, существующую независимо от права: изобретение является не правовой, а естественно-технической категорией, и создание изобретений, а также их использование не всегда было связано с правовым регулированием. Такие выдающиеся изобретения, как колесо, системы счисления, шахматы, письменные знаки, были созданы при отсутствии правового регулирования, без официальной квалификации названных достижений в качестве изобретений и без наделения их авторов соответствующими правами.

Термином «изобретение» в технической, философской, художественной литературе обозначают нечто новое, оригинальное: новую технологию, конструкцию, сплав, новую игру или обряд (например, посвящение в студенты).

В патентном праве этот термин имеет более узкое и строго определенное содержание: здесь речь идет о юридически значимом, патентоспособном изобретении, поэтому в специальной литературе говорят об изобретении в техническом смысле и об изобретениях как объекте правовой охраны. Эти два понятия чаще всего не совпадают: юридическое содержание термина «изобретение» является более узким, чем общеупотребительное (философское, техническое и др.).

С помощью нескольких конвенций, принятых в 60-70-е гг., были унифицированы многие вопросы патентного права стран Западной Европы. В 1963 г. в Страсбурге подписано Соглашение об унификации отдельных положений патентного права. В 1973 г. заключена Мюнхенская конвенция, предусматривающая выдачу европейского патента, а Люксембургская конвенция 1975 г. ввела единый «Европейский патент». В результате указанных соглашений и проведенного на их основе изменения национального законодательства патентное право Франции, ФРГ и Англии во многом утратило свою прежнюю специфику¹. Так, например, изменения существовавших до 1980 г. в Германии

¹ См.: Гражданское и торговое право капиталистических стран. – М., 1980. – С. 323.

норм коснулись, во-первых, определения объема правовой охраны изобретений; во-вторых, отмены льготы по новизне; в-третьих, ряда других норм материального и процессуального права: установления внутреннего приоритета; отмены публикации и выкладки заявок, прошедших экспертизу; понятия косвенного нарушения патента и т.д. Сближение с европейским патентным правом, отмечает А. Кригер, было вызвано в первую очередь необходимостью избежать различий в сроке действия национальных патентов, выдаваемых Патентным ведомством ФРГ, и Европейским патентным ведомством, действующих в государствах-участниках как национальные патенты¹.

В настоящее время в ЕС патентно-правовая охрана осуществляется в рамках двух типов охраны, ни один из которых не основывается на правовых инструментах Сообщества²:

- первый тип охраны предоставляется национальными системами патентов (national patent systems);
- второй осуществляется в рамках международно-правовой системы охраны, основанной на так называемой Европейской патентной конвенции 1973 г. (Конвенции о выдаче европейских патентов, Мюнхен, далее – ЕПК), учредившей Европейскую патентную систему (European patent system)³.

На основании положений ЕПК было создано Европейское патентное ведомство (ЕПВ, European Patent Office) с местонахождением в Мюнхене, однако в ЕПК не ставилась задача создать единый патент, дополняющий или замещающий национальные охраняемые свидетельства (патенты).

¹ См.: *Krieger A.* Das neue deutsche Patentrecht nach der Harmonisierung mit dem europ.aischen Patentrecht – eine Übersicht // GRUR Int. – 1981. – № 5. – S. 284.

² См.: Community patent. Proposal, of 1 August 2000 for a Council Regulation on the Community patent. COM (2000) 412 final. Consultation CNS/2000/0177 // OJ C 337 E of 28.11.2000 Consultation CNS/2000/0177.

³ Сейчас сторонами конвенции являются все страны – участницы ЕС, однако Конвенция носит открытый характер и распространяется на ряд государств за пределами Европейского Союза. В настоящее время в числе участников Конвенции 32 европейских государства. – См.: Региональные патентные конвенции // http://www1.fips.ru/wps/wcm/connect/content_ru/ru/extended_sections/vois/about/reg_pat_konv – оф.с. Роспатента

Основной целью как на момент принятия, так и сегодня является *упрощение формальностей*, связанных с получением нескольких патентов: заявитель может посредством единой унифицированной процедуры получить правовую охрану изобретения сразу в нескольких странах – участницах конвенции. С ее принятием возникла *система так называемого европейского патента*.

В соответствии с процедурой, регламентированной ЕПК, заявитель имеет возможность вместо нескольких патентных заявок на разных языках, подаваемых в различные патентные ведомства, подать только одну заявку на одном из языков ЕПК и проводить ее экспертизу либо в Европейском патентном ведомстве, либо в национальном патентном ведомстве страны-участницы Конвенции.

В случае положительного решения экспертизы заявителем приобретаются патентные права, действующие независимо в тех европейских странах, которые были указаны заявителем в заявке на выдачу европейского патента при ее подаче. Но при этом следует учитывать, что на сегодняшний день в рамках Европейской конвенции не существует единого охранного документа – европейского патента.

В случае принятия Европейским патентным ведомством решения о выдаче патента заявитель получает своеобразный «букет» из национальных патентов, каждый из которых действует независимо от другого: приравнивается к национальным патентам и подчиняется национальному режиму. Таким образом реализуется основополагающий принцип конвенции, согласно которому осуществление прав, возникающих вследствие выдачи европейского патента, регулируются нормами национального законодательства каждой из стран – участниц Европейской патентной конвенции. Это касается и сроков действия патента в каждой отдельной стране, и применяемых мер пресечения недобросовестной конкуренции и т.д.

ЕПК не создавала также единого механизма разрешения патентных споров, что требовало обращения в национальные органы по разрешению таких споров. Вместе с тем, провозглашенная Конвенцией *наднациональная система выдачи европейского патента* потребовала гармонизации ряда национальных

норм, чтобы обеспечить правомерное существование европейского патента: прежде всего гармонизационному процессу подверглись требования, предъявляемые к изобретению, т.е. критерии патентоспособности¹.

В 2000 г. международная конференция по Европейской патентной системе, состоявшаяся в Мюнхене, внесла в Конвенцию 1973 г. ряд изменений, направленных на повышение ее эффективности, которые в основном касались процедурных вопросов деятельности Европейского патентного ведомства².

В 1975 г. ряд стран – участниц ЕЭС подписали в Люксембурге Конвенцию о европейском патенте для Общего рынка³. Предполагалось создать на основании ее положений *единый патент Сообщества*, который бы имел характер национального патента на территории любого из участвующих государств, т.е. имел бы на этих территориях одинаковое действие. Также предполагается создать Апелляционный суд Сообщества, решения которого по патентным спорам должны быть обязательны для всех участников Конвенции. Однако Конвенция на данный момент так и не вступила в действие, поскольку не была ратифицирована необходимым числом стран ввиду разногласий, возникших по поводу: распределения полномочий между ЕПВ и национальными патентными ведомствами; нарушения и действительности патента ЕС; создания наднационального патентного суда⁴.

Поскольку решение этих вопросов потерпело неудачу в рамках конвенционного режима, Комиссия ЕС 1 августа 2000 г. высказала предложение о введении *патента Сообщества* (Community patent) на основе соответствующего Регламента, в целом воспроизводящего принципы Люксембургской конвенции (далее – проект Регламента о патенте Сообщества⁵).

¹ См.: Региональные патентные конвенции...

² Право Европейского Союза: Учеб. пособие / С.Ю. Кашкин [и др.]; отв. ред. С.Ю. Кашкин. – М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2008. – С. 243.

³ См.: Европейские патентные конвенции. – М., 1985.

⁴ См.: *Ханина К.В.* Гармонизация норм, регламентирующих использование и охрану результатов творческой деятельности в Европейском Союзе: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2007. – С. 13.

⁵ Proposal, of 1 August 2000 for a Council Regulation on the Community patent. COM (2000) 412 final. // OJ C 337 E of 28.11.2000.

Выбор такого правового инструмента, как Регламент, а не директива, объясняется тем, что не представляется целесообразным оставлять большое поле для усмотрения стран-участниц (как это сделала бы директива) в том, что касается определения применимого к патентам Сообщества права ЕС, ни в том, что касается действия и управления патентом, когда тот уже выдан. Единство патента Сообщества не могло бы быть гарантировано менее обязывающими мерами¹.

Кроме того, в декабре 2003 г. Комиссия обратилась в Совет, прося его принять Решение относительно: учреждения Патентного суда Сообщества и порядка рассмотрения апелляций в Суде первой инстанции и Решение о пределах полномочий Суда правосудия при рассмотрении дел, касающихся патента Сообщества².

Создание под эгидой Европейского Суда Правосудия Патентного суда Сообщества (Community Patent Court), по мнению членов Комиссии ЕС, хорошо впишется в систему патентной охраны в рамках ЕС, завершив ее³. Преимуществами создания Патентного суда ЕС станет централизация системы отправления правосудия и большая эффективность разрешения споров о нарушениях и действительности патента Сообщества⁴.

Основная идея предлагаемых Европейской комиссией инициатив состоит в достижении «симбиоза» между двумя системами: системой Регламента о патенте Сообщества (инструмента права ЕС) и системой ЕПК (классического инструмента международного права). Иными словами, цель предлагаемой в

¹ См.: *Абдуллин А.И.* Цит. соч. – С. 32.

² Proposal of 2 December 2003 for a Council Decision establishing the Community Patent Court and concerning appeals before the Court of First Instance [COM (2003) 828 final – not published in the Official Journal]; Proposal of 23 December 2003 for a Council Decision conferring jurisdiction on the Court of Justice in disputes relating to the Community patent [COM (2003) 827 final – not published in the Official Journal] // <http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/>

³ Проект регламента предусматривает создание Суда Сообщества по вопросам интеллектуальной собственности (Community Intellectual Property Court).

⁴ См.: Latham & Watkins. Towards the Realization of the Community Patent. // Client Alert. Number 319 August 18, 2003 // http://www.lw.com/upload/pubContent/_pdf/pub790.pdf

Проекте регламента о патенте Сообщества патентной системы состоит не в том, чтобы заменить собой национальные патентные системы и Европейскую патентную систему, но действовать наравне с ними: изобретатель будет иметь возможность выбрать наиболее подходящий для него тип патентной охраны. Регламент будет служить дополнением к ЕПК: так, патент Сообщества будет выдаваться ЕПВ, как Европейский патент, но в качестве территории действия будет указываться территория Сообщества, а не территория той или иной страны – участницы ЕС. Таким образом, внешняя по отношению к патенту Сообщества юрисдикция ЕС перейдет во внутреннюю¹.

Статья 1 Проекта регламента о патенте Сообщества представляет Патентный закон Сообщества (Community patent law), который будет применяться к патенту Сообщества. Это автономный закон, который будет сосуществовать с национальными патентными законами и ЕПС.

Правовые характеристики патента Сообщества таковы: *патент Сообщества* – это любой Европейский патент (any European patent), выданный ЕПО для действия на территории Сообщества. Патент имеет *унитарный характер* (unitary character), т.е. выдается, действует, уступается и прекращает свое действия на территории Сообщества как такового, в целом, и *автономную природу* (autonomous nature), т.е. к патенту Сообщества применяются положения Регламента и общие принципы права Сообщества. Национальные законы действуют без ущерба Регламенту в сфере привлечения к уголовной ответственности и охраны от недобросовестной конкуренции (ст. 2).

Право на получение патента Сообщества имеют изобретатель либо его правопреемники. В случае, если изобретателем является работник, право на получение патента Сообщества определяется законодательству страны – участницы ЕС, на территории которой работник осуществляет свою основную трудовую деятельность. В том случае, если такое государство не может быть определено, подлежит применению право того

¹ В этой связи высказываются, однако, опасения в том, что введение патента Сообщества лишь усилит правовую неопределенность. – См., например: Право Европейского Союза: Учебник для вузов / Под ред. С.Ю. Кашкина. – М.: Юристъ, 2002. – С. 706.

государства, на территории которого находится предприятие работодателя, к которому определен работник (ст. 4). Условия патентоспособности повторяют положения Мюнхенской конвенции на этот счет.

Владельцу патента Сообщества принадлежит право запрещать прямое или косвенное использование охраняемого изобретения (ст. 7, 8). Проект Регламента о патенте Сообщества вводит также *ограничения прав* владельца патента Сообщества и закрепляет *принцип исчерпания прав* в пределах территории ЕС (community exhaustion), как устанавливается и статьей 13 Регламента о товарном знаке Сообщества (ст. 10). Права, предоставляемые патентом Сообщества не распространяются на действия, осуществляемые с охраняемым таким патентом изделием на территории ЕС после введения изделия в торговый оборот на этой территории владельцем патента или с его согласия при условии, что не существует законных оснований, оправдывающих действия владельца патента по препятствованию дальнейшей коммерциализации изделия (ст. 9).

Патент Сообщества, как и национальный патент, может быть объектом имущественных прав (раздел 3): предприятие, которому принадлежит патент Сообщества, может передать его, отдать в залог, сделать объектом иного имущественного права независимо от передачи самого предприятия, а также сделать его объектом принудительного использования¹. Патент Сообщества может быть включен в процедуру банкротства (иную аналогичную процедуру) в стране – участнице ЕС, на территории которой находится основное имущество должника. Кроме того, в отношении патента Сообщества предусматривается система лицензий (ст. 20-22): для охраны прав, предоставляемых патентом, может быть выдана добровольная и принудительная лицензии.

¹ Дело в том, что на патентообладателя налагаются определенные обязанности. Так, патентообладатель в большинстве стран обязан практически использовать изобретение. Обязательность использования изобретения обусловлена действием ст. 5(A)(2)(4) Парижской конвенции об охране промышленной собственности. При нарушении данной обязанности может быть выдана принудительная лицензия на запатентованное изобретение или патент может быть аннулирован.

В рамках системы, вводимой Проектом регламента о патенте Сообщества, предполагается создание специализированного и централизованного *Суда Сообщества по интеллектуальной собственности* (Community Intellectual Property Court), обладающего исключительной компетенцией по рассмотрению споров, связанных с патентом Сообщества, и входящего в судебную систему ЕС (ст. 30 проекта Регламента о патенте Сообщества).

При обсуждении Проекта регламента о патенте Сообщества камнем преткновения стал вопрос, касающийся перевода патентной формулы заявки на все официальные языки ЕС: не удалось достигнуть договоренности относительно того, как определить юридическое соответствие перевода с языка на язык и как урегулировать последствия ошибочного перевода: ведь от этого зависит действительность патента¹. Не удалось также определить срок, в течение которого должен быть выполнен такой перевод, ведь патент Сообщества не должен вступать в силу, если перевод на соответствующие языки не выполнен в установленный срок².

В январе 2006 г. Комиссия приступила к опросу общественного мнения (public consultation) относительно того, будут ли будущие действия органов ЕС в сфере патентной политики оптимальными с точки зрения наилучшего учета интересов инвесторов. В июне 2006 г. Комиссия провела открытые слушания в Брюсселе, которые были призваны служить вторым этапом выявления общественного мнения с целью выработки будущей политики в сфере охраны патентов в Европе. Результатом этой работы стал в том числе исправленный и дополненный Проект регламента о патенте Сообщества от 7 апреля 2009 г.³, первое обсуждение которого состоялось 22 апреля 2009 г.

Одновременно с развитием на уровне ЕС права собственности в контексте принятия единого патента Сообщества, мате-

¹ См. в этом смысле решение по делу *BASF AG c. Presidente de la Oficina de patentes alemana*. STJCE de 21 de septiembre de 1999, C-44/98.

² См.: Community patent. // http://europa.eu/legislation_summaries/internal_market/businesses/intellectual_property/126056_en.htm

³ Revised proposal for a Council Regulation on the Community patent. Brussels, 7 April 2009. // <http://documents.epo.org/projects/>

риально-правовые изменения в европейском патентном праве связаны с патентованием *биотехнологических изобретений* для содействия инвестированию в эту сферу, а также возможностью предоставления патентной защиты *изобретений, содержащих компьютерные программы*. В развитие первого направления была принята Директива Европейского Парламента и Совета 98/44/ЕС от 6 июля 1998 г. о правовой охране биотехнологических изобретений (далее – Директива о биотехнологических изобретениях)¹; в развитие второго направления к 2002 г. Комиссией ЕС был разработан Проект директивы о патентоспособности изобретений, содержащих компьютерные программы².

Дело в том, что в государствах континентальной Европы компьютерные программы как таковые были исключены из перечня патентоспособных объектов и в национальных патентных системах, и на уровне ЕПК, однако тысячи патентов на компьютерные изобретения были выданы как Европейским, так и национальными патентными ведомствами. В этом контексте логичным выглядит разработка Директивы, основная цель которой виделась разработчикам во введении гармонизированного механизма *патентно-правовой охраны изобретений, содержащих компьютерные программы*, и в обеспечении таким образом правовой определенности.

Вопрос предпочтения авторско-правовой или патентно-правовой охраны компьютерных программ является предметом обсуждения в юридической литературе. В докладе специального докладчика по Проекту директивы А.Маккарти отмечалось в этой связи, что «компьютерные программы, несомненно, должны защищаться правом интеллектуальной собственности. Вопрос в том, как именно должно защищаться программное обеспечение: только авторским правом или также и патентом.

Отправной точкой в данном случае служит тот факт, что патент защищает практическое применение знаний, идей или ноу-хау, когда авторское право не озабочено практическим эф-

¹ European Parliament and Council Directive 98/44/EC of 6 July 1998 on the legal protection of biotechnological inventions. // OJ L 213 of 30.07.1998.

² The proposed Directive on computer-implemented inventions // OJ C 151 E of 25.07.2002.

фактом, а защищает выражение работы (в случае с программным обеспечением – код, независимо от формы) от несанкционированного воспроизведения или коммерческого использования. Но возникает чувство, что авторское право защищает слишком мало, а патенты рискуют предоставлять защиту слишком многому... Авторское право защищает выражение, строки программного кода, написанные программистом. Оно предлагает право запретить копирование или коммерциализацию этого кода... Но авторское же право не защищает идеи, лежащие в основе программного обеспечения, то есть то, что программное обеспечение осуществляет в машине, или то, как машина под контролем программного обеспечения взаимодействует с внешней средой. Если такой процесс связан с решением технической проблемы изобретательным путем (то есть путем новым и не очевидным для специалиста), то присутствует патентоспособное изобретение. Будет неверным подвергать дискриминации разработчиков программного обеспечения, отказывая им в патентной защите своих прав, доступной любым другим изобретателям, если присутствуют все условия патентоспособности изобретения»¹.

Так был избран подход, в рамках которого под *изобретением, содержащим компьютерные программы*, понимается любое изобретение, связанное с использованием компьютера, компьютерных сетей либо любого иного программируемого устройства и представляющее собой одну или несколько новых характеристик, осуществляемых в целом или в части при помощи одной или нескольких компьютерных программ.

Чтобы быть патентоспособным, изобретение, содержащее компьютерные программы, должно отвечать таким же критериям патентоспособности, как и любое другое изобретение: обладать *новизной*, иметь *изобретательский уровень*, а также должно *быть промышленно применимым*. Наличие изобретательского уровня у изобретения, представляемого на патентование, определяется на основе того, вносит ли оно *технический вклад*

¹ Гришко С. Патентование программного обеспечения // Юридическая практика. Еженедельная профессиональная газета. – 25/05/04. – № 21 (335) // <http://www.yurpractika.com/>

(technical contribution) в развитие уровня техники. Наличие же «технического вклада» надлежит оценивать не в связи с новизной, а в связи с изобретательским уровнем – деятельностью в развитии уровня техники (п. 11 Преамбулы к проекту Директивы, ст. 4 Проекта директивы).

Так, хотя изобретение, содержащее компьютерные программы, уже в силу самой своей природы и принадлежит к области техники, в случаях, когда оно не приносит технического вклада в развитие уровня техники, т.е. конкретный вклад изобретения не имеет технического характера, такое изобретение считается не обладающим необходимым изобретательским уровнем и не является патентоспособным.

При оценке *технического вклада* следует принимать во внимание различие между объектом изобретения как единого целого, включая как технические, так и нетехнические его характеристики, и уровнем развития техники. Это положение соответствует решениям апелляционных палат Европейского патентного ведомства по делам *Controlling Pension Benefits system/PBS* и *Koch&Sterzel*, в соответствии с которыми не следует ставить в один ряд и на один уровень технические и нетехнические характеристики, с тем чтобы пытаться определить аспекты, вносящие наибольший вклад в «успех» изобретения¹.

Проект директивы устанавливал, что страны – участницы ЕС должны предусмотреть в национальном законодательстве положения, согласно которым изобретение, содержащее компьютерные программы, относилось бы к технической сфере. Это положение отражает в некоторой части содержание статьи 27 Соглашения по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности (Соглашения ТРИПС)², в соответствии с которой патент может быть получен на любое изобретение, являющееся устройством или способом, во всех областях техники, при условии, что оно является новым, обладает изобретательским уровнем и промышленно применимо.

Однако имелись у Проекта директивы и противники; они высказали критику, которая может быть сведена к нескольким

¹ См.: *Абдуллин А.И.* Цит. соч. – С. 38.

² Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS) // http://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/agrm7_e.htm

положениям. Так, полагали они, гармонизация законодательств в соответствии с предложенной директивой:

- 1) приведет к патентованию мыслительных методов, применяемых в компьютерных программах, и распространению патентуемых объектов в сферах бизнеса, управления, культуры, образования в информационном обществе;
- 2) поставит под угрозу фундаментальные свободы человека, как то: свободу общения или право на равный доступ к образованию;
- 3) создаст в Европе правовую неопределенность (legal uncertainty) в силу отсутствия ясности в определении понятия «технический вклад» и некоторых других;
- 4) нанесет ущерб инновациям, малым и средним разработчикам программного обеспечения (ПО), конкуренции, совместимости ПО, потребителям и культурному разнообразию в противоречие с правовыми принципами Сообщества и промышленной политике Комиссии в отношении малых и средних предприятий¹.

Эта позиция возобладала, и в 2005 г. Парламент ЕС во втором чтении отклонил этот Проект, таким образом закрепить режим патентной охраны программного обеспечения на уровне ЕС не удалось.

Что касается патентования *биотехнологических изобретений*, то с 1988 по 1995 г. Комиссией ЕС были предложены два проекта, посвященных гармонизации норм национальных законодательств в целях содействия свободному обороту биотехнологической продукции на Общем рынке. Первый Проект, в результате многочисленных обсуждений, причиной которых явилось противоречие предложенного текста этическим принципам, отстаиваемым группами давления, был отвергнут Европейским парламентом. Во втором Проекте директивы нашли отражение различные позиции, высказанные в процессе обсуждения первого предложенного Комиссией текста, основанные на анализе имеющихся в законодательствах государств-членов и в ЕПК этических аспектов сферы биотехнологий, в связи с

¹ См.: Гришко С. Цит. соч.

чем были предусмотрены исключения из перечня патентоспособных объектов, обнародование или применение которых противоречило бы публичному порядку и добрым нравам¹.

Основное внимание в Директиве о биотехнологических изобретениях было сосредоточено на определении круга непатентоспособных изобретений, установление исключительных прав на которые нарушило бы нравственные и этические принципы.

Так, изобретения, являющиеся новыми, обладающие изобретательским уровнем (*an inventive step*) и промышленно применимые, даже если они касаются результата (*a product*), состоящего из биологического материала (содержащего в себе биологический материал) или процесса, при помощи которого биологический материал произведен, переработан или использован, признаются патентоспособными. Равным образом и биологический материал, который был выделен из естественной среды или произведен при помощи технологического процесса, даже если такой материал ранее имелся в природе, также может стать биотехнологическим изобретением (ст. 3 Директивы).

Что касается *непатентоспособных изобретений*, то было установлено, что не могут являться предметом патентования:

- различные *виды растений и животных*, а также биологические процессы по их производству, кроме микробиологических и иных технических процессов или результатов, полученных посредством таких процессов. Патентоспособны также изобретения, затрагивающие растения и животных таким образом, при котором техническая применимость изобретения не ограничивается каким-либо одним видом растения или животного (ст. 4);
- *человеческий организм* на всех стадиях его формирования и развития, а также процессы клонирования и изменения генетического кода. При этом фрагмент, выделенный из человеческого тела или иным образом произведенный при помощи технологического про-

¹ См.: *Ханина К.В.* Гармонизация норм, регламентирующих использование и охрану результатов творческой деятельности в Европейском Союзе: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2007. – С. 13, 14.

цесса, включая последовательность (в том числе частичную) гена, может представлять собой патентоспособное изобретение, даже если структура такого фрагмента идентична структуре естественного элемента (ст. 5);

- такие *изобретения, коммерческое использование которых противно публичному порядку или нравственности*, однако такая несовместимость не может быть констатирована исключительно ввиду наличия запрета, провозглашенного законом или подзаконным актом. В частности, непатентоспособны: процессы, предназначенные для клонирования человека; процессы, изменяющие молекулярно-генетическую идентичность человека; способы использования человеческих эмбрионов в промышленных или коммерческих целях; способы модификации генетической идентичности животных, которые способны причинить им страдания без какой-либо существенной медицинской пользы для человека или животного, а также животных, являющихся результатом таких процессов (ст. 6).

Поскольку допустимость патентования изобретений с точки зрения соответствия нравственности и морально-этическим нормам и представлениям вызвала широкий резонанс, под эгидой Комиссии была учреждена Европейская группа по этике в науке и новых технологиях (Commission's European Group on Ethics in Science and New Technologies), призванная оценивать этические аспекты биотехнологий¹.

Относительно *сферы применения* вышеуказанных положений согласно главе II Директивы правовая охрана, предоставляемая патентом на биологический материал, полученный в результате изобретения, обладающий особыми характеристиками, распространяется также на любой биологический материал, производный от первоначального посредством размножения (разведения) и обладающий такими же характеристиками (ст. 8).

¹ См.: Legal protection of biotechnological inventions // http://europa.eu/legislation_summaries/internal_market/businesses/intellectual_property/126026_en.htm

Охрана, предоставляемая патентом на результат, содержащий генетическую информацию или состоящий из нее, распространяется также на любой материал (за исключением человеческого тела), в который инкорпорирован данный результат (ст. 9).

Однако охрана, предоставляемая положениями статей 8 и 9 Директивы, не распространяется:

- на биологический материал, полученный посредством размножения (разведения) другого биологического материала, если размножение (разведение) с неизбежностью станет следствием применения, для которого материал был введен на рынок патентообладателем (с его согласия), при условии, что полученный материал впоследствии не будет использован для размножения (разведения);
- на растения или животные, предназначенные патентообладателем (с его согласия) для разведения с целью последующего предложения фермерам, при условии, что фермер использует такой биологический материал для своих личных сельскохозяйственных нужд.

В случае, когда лицо, разводящее растения (breeder), не может получить или использовать свое право на сорт растения (a plant variety right), не нарушив действующий патент, оно может обратиться с ходатайством о выдаче принудительной неисключительной лицензии на использование охраняемого изобретения при условии уплаты соответствующего случая роялти (ст. 12).

Предусматривается также депонирование биологического материала, как одно из условий для получения патентной заявки, которое должно быть произведено не позднее даты подачи такой заявки (гл. IV).

Что касается *процессуальной стороны дела*, то одно из предложений, выдвинутых Комиссией, как отмечалось выше, сводится к *учреждению* под эгидой ЕСП Патентного суда *Сообщества*. Компетенцию этого суда надлежит установить на основании решения Совета, который определит компетенцию Европейского Суда Правосудия в вопросе рассмотрения и разрешения дел, связанных с охраной патентных прав.

Эта компетенция определяется в рамках второй инициативы Комиссии ЕС. Так, в исключительной компетенции Европейского Суда Правосудия предлагается оставить:

- рассмотрение и разрешение дел о нарушении и действительности патента Сообщества;
- разрешение споров об использовании изобретения после опубликования заявки на патент Сообщества и о правах, вытекающих из фактического использования изобретения до его патентования;
- присуждение компенсации и решение вопроса о возмещении ущерба в случае нарушения патента Сообщества;
- принятие временных мер (interim measures), соответствующих обстоятельствам дела;
- присуждение штрафных платежей в случае невыполнения иных вынесенных Судом решений и т.д.

До истечения к 2010 г. переходного периода, отводимого на создание патента Сообщества и Патентного суда Сообщества, рассматривать такие дела правомочны национальные суды. Дела, принятые к рассмотрению национальными судами до окончания срока наделения ЕСП указанными полномочиями, подлежат рассмотрению теми судами, в производстве которых они находятся.

Предлагается, что Патентный суд будет действовать в составе 7 судей, назначаемых на 6 лет Советом министров ЕС с учетом их знаний в сфере патентного права и опыта после консультаций с совещательным комитетом. Они избираются из числа кандидатов, представляемых странами-участницами. Будучи избранными, судьи на 3-летний срок избирают из своего числа председателя; он может быть переизбран. Суд заседает коллегиально в составе 3 судей, иногда – расширенным составом, иногда – единолично. Язык судопроизводства – официальный язык страны-участницы, в которой домицилирован ответчик.

Апелляция на решения Патентного суда Сообщества будет подаваться в Суд первой инстанции в течение 2 недель с момента его провозглашения и рассматриваться специальной коллегией Суда. Апелляции могут подаваться по вопросам пра-

ва (например, нарушение процедуры) и по вопросам факта (например, неправильная оценка фактов или доказательств).

Истоки этой инициативы следует искать в работе Межправительственной конференции, состоявшейся в Париже 25 июня 1999 г. На этой конференции страны – участницы ЕПК учредили Рабочую группу по вопросам судебного разрешения споров. В задачи Рабочей группы входило: во-первых, представить проект текста дополнительного протокола к ЕПК, который учредит единую (integrated) судебную систему, закрепит единообразные правила процедуры и создаст общий апелляционный суд; во-вторых, определить условия, на которых будет создано и профинансировано единое (судебное) ведомство, в которое смогут обращаться стороны, оспаривающие действительность патента и нарушения прав из патента.

Затем, 17 октября 2000 г. полномочия Рабочей группы были подтверждены на Лондонской межправительственной конференции: перед членами Рабочей группы была поставлена задача представить странам – участницам ЕПС дополнительное соглашение по вопросам рассмотрения и разрешения споров из Европейского патента, в том числе высказать идеи относительно учреждения Факультативного совещательного совета (Facultative Advisory Council).

Работа продолжилась, и на пятой встрече Рабочей группы, состоявшейся 19-20 ноября 2003 г., на обсуждение были вынесены следующие инициативы:

- учредить Европейский патентный суд;
- учредить Европейский патентный апелляционный суд, призванный выполнять функции «Факультативного совещательного совета».

Основные документы, ставшие результатом этой работы, это:

- Проект Соглашения об установлении Европейской системы разрешения споров;
- Проект Статута Европейского патентного суда¹.

¹ Draft Agreement on the establishment of a European patent litigation system и Draft Statute of the European Patent Court. Working Party on Litigation 16.2.2004 // <http://documents.epo.org/projects/>

В сентябре 2005 г. подразделение Рабочей группы встретилось, чтобы принять в качестве Проекта Соглашения об установлении Европейской системы разрешения споров соответствующие положения рассматриваемой выше Директивы от 29 апреля 2004 г. о реализации прав интеллектуальной собственности. Результат работы был представлен для информации членам Рабочей группы 14 декабря 2005 г., однако работа не завершена до сих пор¹.

В этом контексте в Сообщении Комиссии, адресованном Европейскому Парламенту и Совету от 3 апреля 2007 г. «О содействии развитию патентной системы в Европе»², был избран подход, совмещающий:

- основные положения Проекта соглашения о судебном разрешении споров из Европейского патента, призванного в контексте ЕПК создать *единую систему разрешения споров из Европейского патента*, – *Европейское патентное судебное ведомство* (European Patent Judiciary (EPJ) в составе Европейского патентного суда (он будет состоять из Суда первой инстанции, Апелляционного суда и Регистрационной палаты) и Административного комитета, и
- идею о создании «коммунитарной» юрисдикции в виде *особой судебной инстанции Сообщества*, порядок деятельности которой основывается на положениях Договора о судебном разрешении споров из Европейского патента и патента Сообщества (Treaty for litigation on European and Community patents), первоначально предложенную Комиссией³.

¹ См.: EPLA – European Patent Litigation Agreement // <http://www.epo.org/patents/law/legislative-initiatives/epla.html>

² Communication from the Commission to the European Parliament and the Council of 3 April 2007 – Enhancing the patent system in Europe [COM(2007) 165 final – Not published in the Official Journal] // http://europa.eu/legislation_summaries/internal_market/businesses/intellectual_property/124120b_en.htm

³ В Сообщении было отмечено также, что действующая Европейская патентная система нуждается в совершенствовании, поскольку в настоящее время она более дорогая, чем патентные системы США и Японии; любые споры, возникающие по поводу и из выдаваемого ЕПО Европейского

В развитие этого подхода Комиссия ЕС приняла Рекомендацию Совету от 24 марта 2009 г.¹, в которой отмечается, что Комиссия приступила к работе, направленной на заключение соглашения о создании Объединенной системы разрешения патентных споров (Unified Patent Litigation System – UPLS), правомочной рассматривать и разрешать дела о нарушениях и действительности существующих Европейских патентов и будущих патентов Сообщества. Эта Система будет создана на основании соглашения стран – участниц ЕС и государств – членов ЕПК, не входящих в ЕС².

§ 2. Охрана полезных моделей в ЕС

Под термином *полезная модель* (utility model, modèle d'utilité) законодательство большинства стран понимает техническое решение, относящееся преимущественно к устройству: оно характеризуется пространственным расположением элементов (деталей), их взаиморасположением и взаимосвязью, формами, соотношением их размеров и т.д.

В качестве отдельного объекта охраны промышленной собственности полезные модели впервые получили охрану в Германии: так, в 1891 г. Имперский суд Германии в одном из решений указал, что закон должен защищать и такие техниче-

патента, могут рассматриваться национальными судами, что создает правовую неопределенность и препятствует нормальному ведению бизнеса, предполагающего использование запатентованных изобретений в том, что касается: высоких издержек судопроизводства; несводимости представлений судей национальных судов, основывающейся на различиях положений правовых систем и соответственно результата правоприменения; желания сторон спора выбрать ту юрисдикцию, которая наиболее вероятно вынесет решение именно в их пользу.

¹ Recommendation from the Commission to the Council to authorise the Commission to open negotiations for the adoption of an Agreement creating a Unified Patent Litigation System. Brussels, 20.3.2009. SEC (2009) 330 final // http://ec.europa.eu/internal_market/indprop/docs/patent/recommendation_sec09-330_en.pdf

² Подробнее см.: Patents: Commission sets out next steps for creation of unified patent litigation system. IP/09/460. Brussels, 24 March 2009 // <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction>

ские решения, которые, будучи новыми, не обладают требуемым уровнем изобретательского творчества. Социально-экономическая основа этой охраны состоит в том, чтобы обеспечить защиту прав авторов каждого полезного технического достижения и использовать его во благо общества. Так был принят первый в мире закон о полезных моделях.

Дело в том, что полезные модели являются охраноспособными при наличии лишь двух признаков – *новизны* и *промышленной применимости*, тогда как изобретательский уровень данных решений невысок. В настоящее время охрана полезных моделей осуществляется преимущественно *патентными законами* (Испания, Португалия и др.); в некоторых странах действуют отдельные *специальные акты* о полезных моделях (Германия, Австрия и др.).

Недостатком применения положений патентных законов на момент принятия германского закона о полезных моделях было то, что благодаря такому четко сформулированному критерию патентоспособности изобретения, как наличие у него *изобретательского уровня*, изобретатель получал многолетнюю монополию, тогда как в случае отсутствия у полезной модели ввиду ее сущностных свойств изобретательского уровня изобретатель не получал ничего. В этом формате целью закрепления на законодательном уровне возможности охранять особый объект промышленной собственности – полезные модели – было предоставление средним и мелким предпринимателям и отдельным изобретателям механизма быстрой и дешевой правовой защиты их конструктивных разработок¹.

В настоящее время практически и интерес к полезным моделям обусловлен, прежде всего, возможностью скорого получения охранного документа; простотой процедуры оформления прав на полезную модель; меньшими по сравнению с изобретением расходами на патентование. Считается, что подача заявки на полезную модель предпочтительна, когда техника, в которой применяется полезная модель, быстро обновляется, в связи с чем целесообразно безотлагательно оформить охрану

¹ См.: Белов В.В., Виталиев Г.В., Денисов Г.М. Интеллектуальная собственность в сфере внешнеэкономической деятельности. Правовые аспекты: Учеб. пособие. Часть I. –М., 1997. – С. 44.

объекта. В качестве полезных моделей охраняются несложные устройства, электрические схемы, производственная аппаратура, если они выполняют технические функции. Обычно полезные модели это простые конструкции типа дверной задвижки, мышеловки и т.д. В практике и доктрине полезные модели поэтому получили наименование «малых изобретений» («полезных инноваций»), а выдаваемые на них охранные документы – патенты или свидетельства – «малых патентов», поскольку срок их действия относительно краток.

Первым шагом в ряду инициатив в вопросе предоставления полезным моделям правовой охраны на уровне Сообщества стало принятие Европейской комиссией в 1995 г. Зеленой книги «О правовой охране полезных моделей на внутреннем рынке»¹. Документ явился следствием консультаций с заинтересованными лицами, нацеленных на выяснение (на основе наибольшего числа мнений респондентов) степени нуждаемости Сообщества в правотворчестве в сфере охраны полезных моделей. Мнение, полученное в результате проведенного опроса, сводилось к необходимости продолжения работы в этом направлении. Поэтому в 1997 г. Комиссия предложила Проект директивы Европейского парламента и Совета, касающейся сближения правовых режимов охраны изобретений в форме полезной модели². Экономический и социальный комитет представил свое мнение по Проекту 27 мая 1998 г., а 12 марта 1999 г. Европейский парламент принял резолюцию по Проекту, и Комиссия снова представила Проект директивы с изменениями и дополнениями на рассмотрение 28 июня 1999 г.³

Основные положения Проекта директивы сводятся к следующему. В качестве *полезных моделей* правовой охране подлежат новые изобретения, обладающие изобретательским уровнем и промышленно применимые, которые относятся к устройствам и способам. Таким образом, закрепляемая трактовка полезной модели сближает ее с трактовкой изобретения, поскольку

¹ The Protection of Utility Models in the Single Market – Green Paper. COM (95) 370 final, 19 July 1995 // <http://europa.eu/>

² Proposal for a Directive approximating the legal arrangements for the protection of inventions by utility model (COM(97)691).

³ (COM(1999)309).

ку условиями предоставления охраны выступают: новизна, изобретательский уровень, промышленная применимость.

Проект директивы закрепил требования, относящиеся к заявке на получение полезной модели, а также требование, согласно которому заявка на полезную модель должна содержать указание на изобретателя, предусмотрев проведение предварительной *экспертизы*, имеющей *формальный* характер, а не по существу – рассмотрение на предмет соответствия заявки требованиям о ее содержании и обозначении сведений об изобретателе.

Проект закрепил *систему исключительных прав* на полезную модель в зависимости от того, является ли объектом полезной модели устройство (изделие) или способ и *принцип коммуникативного исчерпания прав на полезную модель*.

Последующие консультации с общественностью по вопросу воздействия на внутренний рынок введения полезной модели Сообщества, проводимые Комиссией¹, способствовали тому, что полезные модели были признаны объектом, защищаемым в национальном масштабе. После этого в 2005 г. Проект директивы был отозван, а большинство стран-участниц ЕС высказалось за то, чтобы приоритет в охране этих объектов промышленной собственности был отдан созданию и введению в действие режима патента Сообщества.

Обратимся к национально-правовому регулированию стран – участниц ЕС. *Критериями патентоспособности* полезной модели выступают, как и в случае с изобретением: новизна, изобретательский уровень, промышленная применимость (Германия), полезность (Португалия, Польша). Фактические же требования по каждому из названных критериев относительно низки: так, законодательство ряда стран предъявляет к полезным моделям требования относительной новизны, и лишь по итальянскому закону требуется абсолютная мировая новизна. В ряде случаев менее строгие требования к новизне полезной модели оказываются решающими при выборе вида охраняемого объек-

¹ См., например: Consultations on the impact of the Community utility model in order to update the Green Paper on the Protection of Utility Models in the Single Market (COM(95)370 final). SEC(2001) 1307. Brussels, 26.7.2001. //http://ec.europa.eu/internal_market/indprop/docs/model/consultation_en.pdf

та. Точно так же весьма либеральны требования к изобретательскому уровню полезной модели.

Тем не менее следует отметить, что в настоящее время происходит модификация понятия полезной модели путем сближения его с понятием изобретения и даже прямого признания полезной модели изобретением, например, в Германии и Испании. Так, § 1 Закона о полезных моделях Германии (в ред. от 1 июля 1990 г.)¹ гласит, что в качестве полезной модели охраняются изобретения, являющиеся новыми, основанные на изобретательском шаге и пригодные к промышленному применению; кроме того, во многих статьях закона слова «предмет полезной модели» заменены на слово «изобретение». Эти формулировки закона отражают положения германской концепции патентного права, в соответствии с которыми полезные модели считаются не особым видом технических решений, а разновидностью изобретений, отличающихся специальным режимом предоставления охраны и ее действия². Тесная связь с изобретениями проявляется не только в существенном сближении законодательства вплоть до структуры и редакции отдельных норм закона, но и в ряде юридических конструкций, позволяющих преобразовать заявку на выдачу патента на изобретение на заявку на полезную модель.

Порядок оформления прав на полезную модель в основном совпадает с оформлением прав на изобретение. Для получения охранного документа на полезную модель необходимо подать *заявку* в Патентное ведомство, которое проводит (или не проводит) экспертизу и принимает решение о признании заявленного объекта полезной моделью и о выдаче на него охранного документа либо, напротив, не признает объект полезной моделью (например, по мотивам явной общеизвестности – карандаш с ластиком на конце – или по мотивам несоответствия добрым нравам, общественной морали) и отказывает в выдаче охранного документа. Обжалование (опротестование) заявителем решений экспертизы осуществляется в том же порядке, что и обжалование решений об отказе в выдаче патента на изобре-

¹ Gebrauchsmustergesetz // www.wipo.int/pct/guide/en/gdvol2/annexes/de.pdf

² Равным образом и Проект директивы ЕС гласит о сближении правовых режимов охраны *изобретений в форме полезной модели*.

тение. Заявка, по общему правилу, включает: заявление о выдаче охранного документа; описание полезной модели; формулу полезной модели; чертежи; реферат. В Португалии, например, заявка сводится, по существу, к фотографии модели.

В ряде стран фактически действует *явочная, а не заявительная система* выдачи охранного документа на полезную модель, когда патентное ведомство не проводит экспертизу заявки, т.е. не проверяет соответствие (несоответствие) заявленного объекта легальным критериям патентоспособности, а просто регистрирует полезную модель (например, Германия). Правомерность выдачи охранного документа может быть оспорена третьими лицами в судебном порядке (например, по причине несоответствия решения установленным критериям патентоспособности).

Стремясь к правовой определенности, заявители нередко ходатайствуют о проведении патентным ведомством поиска на новизну, чтобы повысить «устойчивость» получаемого охранного документа и, соответственно, обоснованность своих патентных прав. Представленный патентным ведомством отчет о поиске содержит ссылки на уровень техники и выводы эксперта о соответствии заявленного объекта критериям новизны и изобретательского уровня. Правовое значение отчета состоит в том, что в случае контрафакции потенциальному нарушителю (ответчику) предъявляется отчет о поиске с требованием прекратить нарушение. Если такое требование предъявляется без приложения отчета, а в последующем на полезную модель не выдается охранный документ, то автор полезной модели возмещает предполагаемому контрафактору ущерб, вызванный предъявленным требованием. Отчет о поиске предоставляется Патентным ведомством достаточно быстро. Считается, что проведение поиска служит интересам мелких и средних предпринимателей, которые своими силами не могут обеспечить проверку патентоспособности заявляемых объектов, и что такой поиск укрепляет позиции обладателя права на полезную модель в случае возникновения споров о контрафакции.

В значительном числе стран (Германия, Франция, Нидерланды, Греция, Испания, Италия и др.) допускается преобразование заявки на выдачу патента на изобретение в заявку на по-

лезную модель (обратное преобразование допускают из названных только закон Испании) с сохранением приоритета по дате первой заявки. Сроки подачи ходатайств о таких преобразованиях весьма различны (например, не позднее десяти лет с даты подачи заявки на выдачу патента на изобретение в Германии). В Германии и Италии также одновременно с подачей заявки на изобретение возможна подача дополнительной заявки на полезную модель, по которой будет получена охрана в случае отказа в выдаче патента на изобретение.

Охранный документ, предоставляющий его обладателю исключительное право на полезную модель, в ряде стран именуется *свидетельством* (таких стран большинство); в других – *патентом* (Германия, Италия и др.). По своей социально-экономической и правовой сущности названные документы равнозначны. Объем прав, предоставляемых охранным документом, определяется формулой полезной модели: толкование формулы осуществляется по тем же правилам, что и толкование формулы изобретения. Владелец охранного документа на полезную модель несет те же обязанности, что и владелец патента на изобретение (уплата пошлин, обязательное использование полезной модели и др.). Несоблюдение этих обязанностей влечет прекращение действия охранного документа на полезную модель.

Срок действия исключительного права, вытекающего из охранного документа на полезную модель, во всех странах короче срока действия патента на изобретение. В большинстве стран этот срок составляет десять лет с даты подачи заявки. Более короткие сроки предусмотрены, например, в Португалии (пять лет, но с возможностью продления срока), Германии (три года с возможностью продления до десяти лет) и некоторых других странах.

§ 3. Охрана промышленных образцов в ЕС

Известно, что потребительские свойства промышленных изделий зависят от комплекса характеристик: с одной стороны, это характеристики технические, эксплуатационные (мощность, емкость, точность, габариты, металлоемкость, прочность, дол-

говечность и пр.); с другой – внешний вид изделий, т.е. эстетические характеристики. Естественно, что при равных технических характеристиках нескольких изделий одного типа и назначения потребитель отдаст предпочтение тому из них, чьи эстетические характеристики будут выше. Следовательно, конкурентоспособными будут лишь те изделия, в которых гармонично сочетаются технические достоинства и отвечающий эстетическим требованиям внешний вид. Это требование становится все более актуальным в силу ряда причин. Так, технический прогресс приводит к развитию стандартизации и унификации: в результате многие изделия одного вида, выпускаемые разными предприятиями, имеют одинаковые технические характеристики и принципиально не отличаются друг от друга (например, мотоциклы, стереосистемы, холодильники, пылесосы одного класса). Поэтому потребитель, информированный о тождестве технических параметров ряда изделий, серьезное внимание уделяет эстетическим характеристикам, выразительности внешнего вида изделия, его отделке, цвету и фактуре материала, а также упаковке: не случайно на потребительском рынке нарастает *конкуренция качества формы*. Это обстоятельство обусловило особый вид творческой деятельности, именуемой художественным конструированием – «дизайн», а результаты этой деятельности получили правовую охрану в качестве промышленного образца.

К моменту начала гармонизации правовых предписаний в области охраны промышленных образцов в странах – участницах ЕС отсутствовало единое понимание сущности промышленного образца как объекта охраны, что определяло различие в подходах правового регулирования: использовались два способа охраны – *авторско-правовой* и *патентно-правовой*.

Авторско-правовой способ охраны основывается на понимании промышленного образца в качестве продукта художественного творчества, несущего в себе черты *оригинальности*. В силу этого презюмировалась невозможность параллельного создания двух или более промышленных образцов независимо друг от друга различными лицами.

Патентно-правовой способ охраны базируется на изобретательском характере творчества, отличительной чертой кото-

рого является возможность создания разными лицами одинаковых объектов. При применении данного метода решающее значение имели вопросы *новизны* промышленного образца¹.

Анализ национального законодательства позволяет выявить общую тенденцию развития европейского законодательства по защите прав на промышленные образцы. Изначально в большинстве европейских стран промышленные образцы имели значение «вклада в развитие искусства» и защищались авторским правом. Впоследствии большинство стран приняло двойную систему защиты, но лишь для промышленных образцов, используемых в определенной отрасли, – в основном для изделий прикладного характера².

Так, промышленные образцы преимущественно подпадают под действие норм авторского права в Нидерландах, Бельгии и др.; в Великобритании и других странах правовая охрана промышленных образцов осуществляется преимущественно на патентно-правовой основе. По законодательству Франции, Германии и других государств охрана тяготеет к авторско-правовой: промышленные образцы, обладающие оригинальностью, рассматриваются как объекты авторского права, но одновременно возможна их регистрация на основе норм патентного права; при наличии выбора одного из двух способов охраны двойная охрана невозможна, например, в Италии и др.³

В Соглашении ТРИПС закрепляется, что охрана должна предоставляться независимо созданным промышленным образцам (*industrial designs*), которые обладают *новизной* и *оригинальностью*. Также говорится о том, что страны-участницы могут определять, что образцы не являются новыми или ориги-

¹ См.: *Ханина К.В.* Гармонизация норм, регламентирующих использование и охрану результатов творческой деятельности в Европейском Союзе: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2007. – С. 15.

² *Фелицына С.Б., Антипина И.Г.* О развитии системы правовой охраны промышленных образцов в Европе //Изобретательство. – 2005. – № 1 // www.sojuzpatent.com/doc/PromobrazEuro.doc

³ Подробнее об охране промышленных образцов в зарубежных странах см., например: Гражданское и торговое право зарубежных стран: Учеб. пособие / Под общ. ред. В.В. Безбаха, В.К. Пучинского. – М.: МЦФЭР, 2004. – С. 584-588.

нальными, если они существенным образом не отличаются от известных образцов или комбинаций известных образцов (ст. 25).

На уровне ЕС был избран *патентно-правой способ охраны*, применение которого влечет признание промышленного образца охраноспособным лишь с момента его регистрации. Следующие вопросы были признаны важными для гармонизации соответствующих правовых предписаний на внутреннем рынке:

- выработка унифицированного определения промышленного образца и требований к новизне и индивидуальному характеру, которым должен удовлетворять зарегистрированный промышленный образец;
- необходимость унификации срока охраны, предоставляемой на основании регистрации промышленного образца;
- перечень материально-правовых оснований отказа в регистрации и признания недействительным промышленного образца в странах-участницах, которые подчиняют заявки предварительному исследованию до регистрации.

Эти представления послужили отправной точкой работы при осуществлении *гармонизации* законодательства стран-участниц ЕС в сфере охраны промышленных образцов на основе *Директивы* Европейского Парламента и Совета от 13 октября 1998 г. о правовой охране промышленных образцов¹.

Директива закрепляет следующую трактовку *«промышленного образца»* («design»): это внешний вид изделия (его части), который придают ему, в частности, характеристики линий, контуров, цветов, формы, текстуры и/или материалов самого изделия и/или его орнамента (п. а) ст. 1). Директива распространяет свои положения на промышленные образцы, зарегистрированные: патентными ведомствами стран – участниц ЕС; Ведомством Бенилюкс по промышленным образцам²; согласно

¹ Directive 98/71/EC of the European Parliament and of the Council of 13 October 1998 on the legal protection of designs // OJ L 289 of 28.10.1998.

² Интеграционная деятельность Бельгии, Нидерландов и Люксембурга (стран Бенилюкс) выразилась, в частности, в сотрудничестве в сфере охраны прав интеллектуальной собственности. Так, в 1966 г. этими страна-

положениям международных договоров и соглашений, действующих для стран – участниц ЕС (ст. 2).

Охрана предоставляется промышленному образцу в результате регистрации. Следствием регистрации является наделение правообладателя правом использовать промышленный образец и запрещать использование всем третьим лицам, не обладающим разрешением правообладателя на такое использование (ст. 3).

Для того чтобы быть патентоспособным, промышленный образец должен быть *новым* и *иметь индивидуальный характер*.

Новизна (novelty) промышленного образца определяется на дату представления заявки на регистрацию или на дату приоритета, если он испрашивается, и предполагает, что никакой идентичный промышленный образец не был до этой даты доведен до всеобщего сведения. При этом промышленные образцы рассматриваются идентичными в случае, если их характеристики различаются лишь незначительными деталями (ст. 4).

Что касается *индивидуального характера* (individual character), то промышленный образец рассматривается как обладающий индивидуальным характером, если общее впечатление (overall impression), которое он производит на информированного пользователя, отличается от впечатления, производимого на подобного пользователя любым промышленным образцом, доведенным до всеобщего сведения до даты подачи заявки на регистрацию или до даты приоритета, если он испрашивается. Для того чтобы оценить индивидуальный характер, необходимо принимать во внимание также степень свободы дизайнера (freedom of the designer) в разработке промышленного образца (ст. 5).

В связи с установлением таких критериев патентоспособности промышленных образцов европейские правоведы отме-

ми были созданы два ведомства Бенилюкс: по промышленным образцам и по товарным знакам. В 2006 г. им на смену пришла Организация интеллектуальной собственности Бенилюкс (Benelux Organisation for Intellectual Property).

чают¹, что, по сути, закрепляемые критерии отражают, с одной стороны, патентно-правовой подход к охране – новизна, с другой – авторско-правовой, индивидуальный характер.

Не охраняются особенности внешнего вида (features of appearance of a product), обладающие техническим назначением и созданные для целей взаимодействия (ст. 7); промышленные образцы, противоречащие публичному порядку или нравственности (ст. 8).

Охрана промышленного образца осуществляется в течение одного или нескольких 5-летних сроков, начинающихся течь с даты подачи заявки, но не может превышать в совокупности 25 лет с такой даты (ст. 10).

Поскольку патентно-правовой способ охраны не является единственно возможным, в Директиве отмечается, что ее положения надлежит применять без ущерба положениям права Сообщества и законодательства стран – участниц ЕС, применяемого в отношении незарегистрированных (например, охраняемых авторским правом – *авт.*) промышленных образцов, товарных знаков и иных различительных обозначений, изобретений и полезных моделей, типографических характеристик (typefaces), гражданско-правовой ответственности и недобросовестной конкуренции (ст. 16).

Согласно положениям ст. 17 Директивы об отношениях с авторским правом промышленный образец, являющийся объектом регистрации в одной из стран-участниц, также пользуется правовой охраной, предоставляемой законодательством об авторском праве этой страны – участницы ЕС, начиная с даты, с которой промышленный образец был создан или зафиксирован в какой-либо форме. Объем правовой охраны и условия ее получения, включая и требуемый уровень оригинальности, определяются странами – участницами ЕС самостоятельно.

Что касается действия доктрины «исчерпания прав», то права, возникающие в силу регистрации промышленного образца, не распространяются на действия, совершаемые с изделием, в которое включен или к которому применен охватывае-

¹ См.: Murray E. United Kingdom: Design Protection in the European Union. 30 May 2008. // <http://www.mondaq.com/>

мый правовой охраной промышленный образец, если изделие было выпущено на рынок на территории Сообщества правообладателем (с его согласия – ст. 15).

Однако эта Директива в полной мере не устранила правовую неопределенность на уровне ЕС, в связи с чем было принято решение о разработке Регламента о промышленном образце Сообщества, который стал бы основой единого – патентно-правового – режима охраны промышленных образов на всей территории ЕС. Так, Регламентом Совета № 6/2002 от 12 декабря 2001 г. о промышленном образце Сообщества¹ была создана унифицированная система регистрации промышленного образца Сообщества (Community design). Она позволила регистрировать промышленные образцы в Ведомстве по гармонизации на внутреннем рынке непосредственно на уровне ЕС (Office for Harmonisation in the Internal Market – *ОНИМ* – агентство ЕС, ответственное за регистрацию товарных знаков и промышленных образцов, действительных во всех 27 странах – участницах ЕС).

Положения Регламента распространяются на два вида промышленных образцов Сообщества (в отличие от вышеуказанной Директивы): *незарегистрированные* промышленные образцы Сообщества ('unregistered Community design'), делаемые доступными публике согласно положениям настоящего Регламента, и промышленные образцы Сообщества, *зарегистрированные* ('registered Community design') согласно положениям настоящего Регламента (п. 2 ст. 1).

Таким образом, единая система охраны промышленных образцов Сообщества разбивается на две подсистемы: одна подсистема регулирует отношения, возникающие по поводу защиты незарегистрированных промышленных образцов ЕС, другая – зарегистрированных². Причина предоставления охраны обоим видам промышленных образцов видится в необходимости служить нуждам всех секторов промышленности Сооб-

¹ Council Regulation (EC) No 6/2002 of 12 December 2001 on Community designs // OJ L 3, 5.1.2002.

² См.: *Фелицына С.Б., Антипина И.Г.* Цит. соч.

щества¹. Так, система охраны незарегистрированных промышленных образцов Сообщества была создана специально для тех промышленных образцов, которые, как правило, пользуются спросом довольно ограниченный период времени. Такими промышленными образцами являются изделия, быстро устаревающие морально и коммерческая жизнь которых достаточно короткая. Именно поэтому прохождение довольно длительных по времени и требующих финансовых затрат формальностей, связанных с процедурой регистрации подобных промышленных образцов, нецелесообразно. С другой стороны, защита таких промышленных образцов хотя бы на этот небольшой период времени дает значительные возможности и большие преимущества их обладателями. С этой целью незарегистрированным промышленным образцам, которые стали общедоступными на территории ЕС, предоставляется правовая охрана без выполнения каких-либо формальностей, а также без уплаты пошлин одновременно на территории всех стран ЕС².

Трактовка промышленного образца, закрепляемая Регламентом (ст. 3), аналогична приведенной выше трактовке, закрепляемой Директивой. Аналогичны и критерии патентоспособности – *новизна* и *индивидуальный характер* (ст. 4), и перечень неохранных промышленных образцов (ст. 8, 9). Как и положения Директивы, положения Регламента об объемах правовой охраны предполагают охрану промышленных образцов, которые не производят на информированного и подготовленного пользователя визуальное различное впечатление с учетом степени свободы дизайнера в разработке такого промышленного образца (ст. 10). Что касается сроков охраны, то незарегистрированный образец охраняется в течение 3 лет с момента, когда он впервые был доведен до всеобщего сведения на территории Сообщества (ст. 11), а зарегистрированный – в течение 5 лет с даты подачи заявки на регистрацию. При этом этот срок может по желанию правообладателя продлеваться на новый 5-летний срок один или несколько раз, но общий срок охраны при этом

¹ European Union Design Regime // <http://www.ladas.com/Patents/PatentPractice/EUDesignRegulation/EUDesignRegime03.html#r28>

² См.: *Фелицына С.Б., Антипина И.Г.* Цит. соч.

не должен превышать 25 лет с даты подачи заявки (ст. 12). Правообладатель (любое иное лицо с его согласия) может обратиться с ходатайством о возобновлении срока правовой охраны при условии выплаты соответствующих пошлин (fee – ст. 13).

В этой связи уже на этапе разработки проекта Регламента о промышленных образцах Сообщества жесткой критике в литературе был подвергнут выработанный европейским законодателем подход к охране незарегистрированных промышленных образцов. Вызвано это было тем, что он игнорировал, по сути, авторско-правовую систему охраны незарегистрированных промышленных образцов, существовавшую в ряде стран ЕС (Великобритания и др.), а занимал позицию патентно-правового подхода, принятого, например, в Германии¹.

Правом на промышленный образец обладают: дизайнер (designer) либо его правопреемник. Если промышленный образец разработан совместно несколькими лицами, они считаются правообладателями. Если же образец разработан работником при исполнении или должностных обязанностей, или в рамках указаний, даваемых работодателем, право на промышленный образец будет принадлежать работодателю, если соглашением (положениями применимого национального законодательства) не предусмотрено иное (ст. 14).

Зарегистрированный промышленный образец Сообщества предоставляет его обладателю исключительное право использовать промышленный образец самому и запрещать его использование любым третьим лицам без его согласия. Использование, в частности, предполагает производство, предложение к продаже, введение в оборот, импорт, экспорт или использование изделия, в которое включен промышленный образец или к которому он прилагается, или же хранение изделия в этих целях.

Незарегистрированный промышленный образец Сообщества предоставляет его обладателю право запрещать действия, указанные выше, только в случае систематического копирования (copying) охраняемого незарегистрированного промышленного образца Сообщества. При этом использование промышлен-

¹ См.: Абдуллин А.И. Цит. соч. – С. 43.

ленного образца, независимо созданного дизайнером, в отношении которого есть все основания полагать, что он не знал о промышленном образце, распространенном правообладателем, не считается актом копирования охраняемого незарегистрированного промышленного образца Сообщества (ст. 19).

В числе ограничений права на промышленный образец Сообщества можно назвать: действия, совершаемые в частном порядке и для целей некоммерческого использования; в экспериментальных целях; действия по воспроизведению в целях цитирования или обучения. Действие промышленного образца Сообщества не распространяется также на оборудование морских и воздушных судов, зарегистрированных в третьих странах, когда таковые временно пребывают на территории Сообщества; ремонт частей таких судов и импорт на территорию Сообщества запчастей и аксессуаров для ремонта (ст. 20).

Права, предоставляемые промышленным образцом Сообщества, не распространяются на действия, совершаемые с товаром, в который включен промышленный образец в течение срока охраны такого образца, в случаях, когда товар был введен в оборот на территории Сообщества правообладателем (с его согласия – ст. 21). Любые положения национального законодательства стран – участниц ЕС, позволяющие использование национальных промышленных образцов правительством или для правительства, могут применяться и к промышленным образцам Сообщества в той степени, в которой такое использование необходимо для защиты или обеспечения безопасности (ст. 23).

Промышленный образец Сообщества может быть признан недействительным, если он не отвечает условиям патентоспособности; на основании судебного решения, лишаящего правообладателя его права; если он вступает в конфликт с уже существующим промышленным образцом Сообщества, который был доведен до публики после даты подачи заявки и т.д.; если промышленный образец представляет собой неразрешенное использование произведения, охраняемого нормами авторского права стран – участниц ЕС и т.д. (ст. 25). Любое заинтересованное лицо может подать заявление в Ведомство по гармонизации

на внутреннем рынке непосредственно на уровне ЕС или иск в Суд Сообщества по промышленным образцам (Community design court) о признании зарегистрированного промышленного образца недействительным; для признания недействительным незарегистрированного образца иск подается также в Суд Сообщества по промышленным образцам (ст. 24).

Порядок обращения за регистрацией промышленного образца и процедура регистрации устанавливаются положениями разделов IV и V Регламента. Так, заявка может подаваться в Ведомство по гармонизации на внутреннем рынке непосредственно на уровне ЕС; в патентные ведомства стран – участниц ЕС и в Ведомство Бенилюкс по промышленным образцам (ст. 35). Что касается *экспертизы* по существу, то она отсутствует: во всех случаях заявка передается в Ведомство по гармонизации на внутреннем рынке, где она проходит формальную проверку на соответствие публичным интересам, нормам морали и применимости представленного экземпляра промышленного образца. При этом заявка может содержать неограниченное число образцов, но все они должны попадать в один класс по Международной классификации промышленных образцов (International Classification for Industrial Designs – ст. 37). Патент на промышленный образец Сообщества выдается заявителю посредством внесения его в Реестр промышленных образцов Сообщества (Community Design Register), о чем Ведомством делается публикация в издании, открытом для публики. Заявитель может просить об отсрочке публикации на 30 месяцев с даты подачи заявки в целях охраны ценной информации.

Заявка делается на одном из официальных языков стран – участниц ЕС; необходимо также указать второй язык, который должен быть одним из рабочих языков Ведомства по гармонизации на внутреннем рынке, – он, возможно, будет языком делопроизводства в Ведомстве.

Промышленный образец Сообщества полностью или частично может быть подчинен режиму исключительной либо неисключительной лицензии.

Патент на промышленный образец Сообщества может быть объектом тех же имущественных прав, что и патент Сообщества на изобретения (раздел 3 Регламента).

Последствия признания промышленного образца Сообщества недействительным могут быть различными: главное из них заключается в том, что промышленный образец Сообщества с момента признания его недействительным *признается с самого начала (from the outset) не повлекшим за собой правовых последствий*, предусмотренных Регламентом о промышленных образцах Сообщества. Одновременно положения национального законодательства стран-участниц ЕС предусматривают возможность подачи иска о возмещении ущерба, причиненного ввиду небрежности или недобросовестности правообладателя промышленного образца Сообщества, а равно вследствие неосновательного обогащения. Недействительность патента Сообщества не будет иметь обратной силы в случаях: 1) принятия решения компетентным органом о наличии факта нарушения до момента признания промышленного образца Сообщества недействительным; 2) заключения любого договора до момента признания промышленного образца Сообщества недействительным. Во втором случае, однако, повторный платеж, основанный любыми обстоятельствами, произведенный по такому договору, может быть истребован согласно представлениям справедливости (ст. 26).

Правообладатель может отказаться (surrender) от патента на промышленный образец Сообщества полностью или в части, о чем надлежит уведомить Ведомство по гармонизации на внутреннем рынке и лицензиатов и о чем Ведомством делается соответствующая публикация.

В случае нарушений патента на промышленный образец Сообщества Регламент предусматривает такие меры воздействия на нарушителей, как: запрет на производство и конфискация контрафактной продукции; суды стран – участниц ЕС могут также налагать иные наказания.

Последующая редакция Регламента от 18 декабря 2006 г. – Регламент Совета № 1891/2006 о внесении изменений в Регламенты (СЕ) №6/2002 и (СС) № 40/94 о присоединении Европейского сообщества к Женевской редакции Гаагского соглашения¹

¹ Council Regulation (EC) No 1891/2006 of 18 December 2006 amending Regulations (EC) No 6/2002 and (EC) No 40/94 to give effect to the accession of the European Community to the Geneva Act of the Hague Agreement con-

объединила две системы регистрации промышленных образцов: существующую на уровне ЕС и существующую в ВОИС. Благодаря такому симбиозу заявители посредством подачи в Международное бюро ВОИС единой заявки могут получать охрану промышленного образца не только на территории ЕС, но и в странах – участницах Гаагского соглашения в Женевской редакции.

Дело в том, что до начала гармонизации и унификации норм, регулирующих отношения по охране и использованию промышленных образцов, правообладатели могли обратиться к международному механизму, основанному на Гаагском соглашении о депонировании промышленных образцов от 6 ноября 1925 г (на Дипломатической конференции в Женеве 2 июля 1999 г. оно переименовано в «Гаагское соглашение о международной регистрации промышленных образцов»), состоящему в предоставлении возможности испрашивания охраны промышленного образца в нескольких государствах-участниках соглашения посредством подачи лишь одной заявки в Международное бюро ВОИС.

Предполагается, что применение такой системы будет способствовать существенному снижению издержек, поскольку отпала необходимость в выполнении перевода документов, предоставляемых для получения патента, и в уплате некоторых налогов, предусматривавшихся национальными законодательствами стран – участниц ЕС. Кроме того, упрощенная процедура получения патента облегчит охрану промышленных образцов Сообщества в третьих странах¹.

cerning the international registration of industrial designs // OJ L 386 of 29.12.2006.

¹ Community design // http://europa.eu/legislation_summaries/internal_market/businesses/intellectual_property/l26033_en.htm

§ 4. Охрана товарных знаков и знаков обслуживания, указаний происхождения товаров и наименований места происхождения товара в ЕС

1. Охрана товарных знаков и знаков обслуживания

В числе продуктов творческой деятельности важное место занимают товарные знаки (фабричные / торговые марки – trade mark, marque de fabrique, marque de commerce). Товарный знак выполняет множество функций. Появление товарных знаков в значительной степени было обусловлено необходимостью обозначать *происхождение товара*. С течением времени товарный знак превратился в *средство индивидуализации товара* в массе схожих (аналогичных) товаров. В настоящее время важнейшими из функций товарных знаков являются: отличительная, информационная, рекламная, гарантийная и охранная – все они выполняются товарным знаком одновременно, неразрывно связаны между собой и переходят одна в другую. Так, товарные знаки защищают репутацию производителя и его отношение к клиентам (потребителям) – понятия невесомые и неосязаемые, но служащие источником имущественных выгод. Известный товарный знак вызывает у покупателя положительные представления о качестве и ценности товара, становясь сертификатом качества приобретаемого изделия. Важность товарных знаков определяется и тем, что в ряде стран некоторые объекты, например, лекарственные средства и др. не патентуются: при отсутствии патентной маркировки именно товарный знак является формой охраны прав и интересов производителей.

Одно из существенных отличий права на товарные знаки от авторского и патентного права состоит в том, что эти объекты не обязательно являются результатом творческой деятельности, поэтому в состав исключительного права на товарные знаки не входит право авторства. После того, как товарный знак зарегистрирован, права на его использование у его авторов прекращаются; имущественные права авторов не признаются, но их личные неимущественные права на соответствующее изображение, например, сохраняются и т.д. Общие черты исключительных прав от этого, однако, не исчезают. Вместе с тем, ох-

рана авторских прав возникает автоматически и прекращается с истечением срока действия авторских прав, тогда как регистрация на товарные знаки может продлеваться и продаваться, длиться долго¹.

Значительную роль в области охраны товарных знаков играют международные соглашения. Их основу составляет упоминавшаяся выше Парижская конвенция по охране промышленной собственности 1883 г., закрепляющая национальный режим действия товарных знаков. Она также содержит ряд специальных норм, устанавливающих правовой режим товарных знаков, – это: нормы о независимости товарного знака от его регистрации в других странах; о перечне (круге) знаков, исключаемых из числа объектов регистрации; о предоставлении охраны общеизвестным знакам; о распространении охраны на знаки обслуживания² и др.

Усилия, предпринимавшиеся в направлении введения и расширения системы международной регистрации товарных знаков (Мадридской системы), увенчались заключением:

- в 1891 г. Мадридского соглашения о международной регистрации товарных знаков³;
- в 1957 г. Ниццкого соглашения о международной классификации изделий и услуг для регистрации знаков⁴.

Эти соглашения предусмотрели подачу *единой заявки на товарный знак* в Международное бюро в Женеве, обеспечивающей действие зарегистрированного знака на территории всех стран-участниц на основе единой классификационной сис-

¹ Богуславский М.М. Авторское право и товарные знаки // Интеллектуальная собственность в России и ЕС: правовые проблемы: Сборник статей / Под ред. М.М. Богуславского, А.Г. Светланова. – М.: Волтерс Клувер, 2008. – С. 187-208.

² *Знак обслуживания* – это обозначение, способное отличать услуги одних юридических или физических лиц от однородных услуг других юридических или физических лиц.

³ Madrid Agreement Concerning the International Registration of Marks of 14 April 1891 // <http://www.wipo.int>

⁴ Nice Agreement Concerning the International Classification of Goods and Services for the Purposes of the Registration of Marks // www.wipo.int/treaties/en/classification/nice

темы товаров и услуг, которую обязались применять страны-участницы. Унифицирована была лишь процедура подачи заявки, правила о приоритете и сроки действия прав на товарный знак при сохранении их территориального характера действия.

Непременным условием возможности воспользоваться международной регистрацией является *базовая национальная регистрация*. Иными словами, первую заявку следует подать в стране, где заявитель имеет собственное производство или торговое предприятие, либо в той стране, где он постоянно проживает. По желанию заявителя охрана может быть предоставлена одновременно во всех странах – участницах Мадридского соглашения либо только в тех из них, которые представляют для него коммерческий или производственный интерес. Международная регистрация действует 20 лет и может продлеваться. Имея международную регистрацию, владелец товарного знака обладает правом заявить о территориальном расширении правовой охраны этого знака в другие страны-участницы соглашения. При подаче заявки на международную регистрацию взимается единая пошлина, и заявитель избегает многих расходов, в том числе на перевод заявки и оплату услуг патентных поверенных в каждой отдельно взятой стране.

Положения Мадридского соглашения неоднократно изменялись. Так, в 1973 г. оно было дополнено Венским соглашением о классификации изобразительных элементов знака¹. Эта классификация изобразительных элементов позволила «разбить» изображение на составные части, значительно упростить (сузить) поиск тождественных или сходных изображений в любой базе данных по знакам для товаров и услуг.

В 1989 г. был заключен Мадридский протокол к Мадридскому соглашению², к которому в 2001 г. присоединились страны – участницы ЕС, а в 2004 г. и само Европейское сообщество

¹ Vienna Agreement Establishing an International Classification of the Figurative Elements of Marks // <http://www.wipo.int/classifications/vienna/en/index.html>

² Madrid Agreement Concerning the International Registration of Marks of 14 April 1891 as amended by the Madrid Protocol adopted at Madrid on 27 June 1989 // <http://www.wipo.int>

как таковое¹. Дело в том, что в первоначальной редакции Мадридского соглашения процедура международной регистрации знаков для товаров и услуг имела определенные недостатки, которые были устранены Мадридским протоколом, сделавшим ее более привлекательной. Так, Мадридское соглашение давало заявителю право подавать заявку на международную регистрацию только после получения национальной регистрации товарного знака, тогда как, согласно положениям Мадридского протокола, заявитель вправе подавать заявку на международную регистрацию сразу же после подачи первичной заявки в национальное ведомство, не дожидаясь национальной регистрации. Это дает заявителю существенный выигрыш во времени – от нескольких месяцев до года и более. А время – решающий фактор в конкурентной борьбе².

Ряд положений об охране товарных знаков содержит и упоминавшееся выше Соглашение ТРИПС: оно включило в себя материально-правовые положения Парижской конвенции (в ред. 1967 г.) и ввело новые правила, касающиеся определения характеристик товарного знака; использования знака как условия сохранения в силе его регистрации и др.

В этой связи отмечается, что для ЕС характерно развитие правового регулирования во всех сферах интеллектуальной собственности, что в качестве основы регулирования европейский законодатель берет сложившиеся в международной практике приемы и методы регулирования и гарантирует достигнутый в сфере международного права уровень, добавляя к этой базе свое собственное законодательство, которое позволяет регулировать соответствующие отношения более тонко, обстоя-

¹ Regulation (EC) No 422/2004 of 10.3.2004 amending Council Regulation (EC) No 40/94 of 20 December 1993 on the Community trade mark // OJ L 70 of 9.3.2004.

² См.: *Петров В.Л.* Использование международных и региональных систем охраны прав на товарные знаки в интересах национальных производителей. Доклад 28 мая 2004 г. в помещении Дома Профсоюзов (г. Киев) на семинаре «Расширения Европейского союза и актуальные вопросы использования и охраны товарных знаков для украинских предприятий. Новые возможности». // <http://patent.km.ua/rus/articles/i394>

тельно и современно¹. Так, применительно к товарным знакам значительный гармонизационный эффект был достигнут *комплексным* – международным универсальным и региональным коммунитарным – *характером регулирования товарных знаков* через действие таких актов, как Парижская конвенция по охране промышленной собственности, Соглашение ТРИПС и др., и актов вторичного права ЕС², о которых речь пойдет ниже.

Дело в том, что к моменту возникновения интереса институтов Сообществ к отношениям по охране и использованию товарных знаков в праве стран – участниц ЕС различия касались, в частности, существования *двух систем* возникновения исключительных прав на товарный знак:

- *регистрационной*, предполагающей предоставление охраны товарному знаку лишь с момента его регистрации;
- *системы первого применения знака в хозяйственном обороте*, применение которой допускает аннулирование зарегистрированного товарного знака в связи с более ранним использованием в хозяйственном обороте такого обозначения иным лицом³.

Споры, возникающие по поводу товарных знаков на территории ЕС, разрешались, как уже отмечалось выше, Европейским Судом Правосудия, применявшим выработанную им доктрину исчерпания прав, в том числе к товарным знакам.

Однако подобного регулирования очень быстро оказалось недостаточно, и товарные знаки и знаки обслуживания стали первыми по времени объектами права промышленной собственности, по которым был издан акт вторичного права ЕС – Первая Директива Совета ЕС 89/104/ЕС от 21 декабря 1988 г. о сближении законодательства стран-участниц о товарных зна-

¹ См.: Право Европейского Союза: Учеб. пособие / С.Ю. Кашкин [и др.]; отв. ред. С.Ю. Кашкин. – М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2008. – С. 244, 245.

² См.: *Абдуллин А.И.* Цит. соч. – С. 47.

³ См.: *Ханина К.В.* Гармонизация норм, регламентирующих использование и охрану результатов творческой деятельности в Европейском Союзе: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2007. – С. 11.

ках¹ (далее – Директива о товарных знаках), но лишь в той степени, в которой это необходимо для полноценной реализации принципа свободного движения товаров и услуг и свободной конкуренции на внутреннем рынке. Так, Директива о товарных знаках не установила общего для ЕС *приоритета* по дате подачи заявки на регистрацию в первой из стран-участниц. Поданная в любой стране ЕС заявка на регистрацию того или иного товарного знака имеет последствия только для этой страны – участницы ЕС. Одновременно в Директиве указывается, что ее положения полностью соответствуют положениям Парижской конвенции и не затрагивают обязательств государств, вытекающих из Парижской конвенции (Преамбула Директивы).

Директива закрепила такое положение, согласно которому товарный знак может состоять из *любого обозначения* (any sign). Обозначение может выступать в качестве товарного знака тогда, когда выполняются установленные Директивой о товарных знаках условия, к которым относятся *возможность графического представления* (capability of being represented graphically) и *различительная способность* (capability of distinguishing the goods or services of one undertaking from those of other undertakings). Таким образом, необходимым требованием, предъявляемым к обозначению, является его пригодность к обеспечению различительной способности, которая неизбежно влечет за собой его узнаваемость, и поэтому оно должно быть выражено определенным образом. Придавать обозначениям *различительную способность* могут: словесные обозначения и имена собственные, рисунки, буквы, цифры, форма товаров и их упаковка (ст. 2). К *графическому представлению* способны: цвета, голограммы, жесты и движущиеся изображения², запахи³.

¹ Council Directive 89/104/EEC of 21 December 1988 to approximate the laws of the Member States relating to trade marks // OJ L 40 of 11.02.1989.

² См.: Герман П.В. Правовая охрана «нетрадиционных» товарных знаков в Российской Федерации и в странах Европейского Союза: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2007. – С. 20, 21.

³ См.: Фелицына С.Б. Журавлева В.В. Сладкий аромат товарного знака // Патенты и лицензии. – 2004. – № 5.

Правовая охрана распространяется на все виды товарных знаков и знаков обслуживания (every trade mark in respect of goods or services), включая *индивидуальные* и *коллективные* товарные знаки; знаки гарантий или сертификации; являющиеся объектом регистрации или заявки на регистрацию в стране – участнице ЕС или в Ведомстве по товарным знакам стран Бенилюкс либо являющиеся объектом международной регистрации, имеющей действие в стране – участнице ЕС (ст. 1).

Из числа обозначений, которые могут быть зарегистрированы в качестве товарного знака, исключаются (действующая регистрация обозначений в качестве товарных знаков может быть отозвана) такие обозначения, которые не могут быть товарными знаками, не обладают различительной способностью товарного знака, а также товарные знаки, состоящие исключительно из обозначений:

- которые могут служить в торговле для обозначения вида, качества, количества, цели применения, ценности, географического места происхождения, времени производства товара (предоставления услуги), иных характеристик товара;
- ставших обычными в современном языке или порядке добросовестного ведения дел и превратившихся в обычаи делового оборота;
- состоящих исключительно из формы самих товаров, вытекающей из их природы; формы, необходимой для достижения определенного технического результата, либо формы, придающей товарам существующую ценность;
- противоречащих общественной политике или принятым ценностям морали и нравственности;
- вводящих публику в заблуждение в отношении характера, качества или географического указания происхождения товаров или услуг;

Дело, правда, в том, что Ведомство, регистрирующее товарные знаки Европейского Союза, пока окончательно не решило проблему графического представления обонятельного товарного знака, поскольку нет четко сформулированных критерия и практики по графическому обозначению обонятельных знаков.

- не разрешенных компетентными органами и получивших отказ или являющихся недействительными в соответствии с положениями Парижской конвенции по охране промышленной собственности.

Любая страна-участница может предусмотреть, чтобы товарный знак не подлежал регистрации или (в случае неправомерной регистрации) был объявлен недействительным, если:

- использование товарного знака запрещено положениями закона, иного, чем закон о товарных знаках страны – участницы ЕС либо Сообщества;
- товарный знак включает в себя обозначение высокой символической ценности, в частности, религиозную символику;
- товарный знак включает в себя другие знаки, эмблемы, геральдические щиты (кроме указанных в ст. 6 ter Парижской конвенции), которые представляют общественный интерес, кроме случаев, когда имеется согласие соответствующих органов на их регистрацию, данное на основании законодательства страны – участницы ЕС;
- заявка на регистрацию товарного знака была подана заявителем недобросовестно (ст. 3).

В числе *дополнительных оснований* для отказа в регистрации товарного знака или признания регистрации недействительной называется: идентичность (сходство) более раннему товарному знаку (an earlier trade mark), вследствие которого возможно смешение в сознании части общества вновь регистрируемого (зарегистрированного) товарного знака с уже существующим – так называемое столкновение (коллизия средств индивидуализации). Под более ранним товарным знаком понимается: товарный знак, зарегистрированный ранее того, за регистрацией которого заинтересованное лицо обращается в один из вышеуказанных регистрирующих органов; товарный знак Сообщества, действительность которого связывается с принципом старшинства согласно положениям Регламента Сообщества о товарных знаках и др. (ст. 4).

Разделение оснований для отказа в регистрации товарного знака на абсолютные и относительные, закрепленное статьями 3

и 4 Директивы о товарных знаках, объясняется тем, что преследует совершенно разные цели.

«Абсолютные основания» для отказа без сопоставления с другими объектами прав третьих лиц позволяют оценить существо (так называемую «внутреннюю ценность») заявленного на регистрацию обозначения, его способность выполнять функции товарного знака, и в первую очередь основную – индивидуализирующую функцию.

«Относительные основания» для отказа должны быть ответом на вопрос: не будет ли заявленное обозначение в случае его регистрации в качестве товарного знака нарушать права третьих лиц на другие объекты¹?

Отметим в этой связи, что краеугольным камнем всей системы средств индивидуализации является пресечение недобросовестной конкуренции и достижение баланса интересов различных хозяйствующих субъектов. Эти задачи решаются через установление системы запретов на использование конкурентами сходных обозначений и установление приоритета за теми лицами, которые стали применять спорное обозначение раньше. В общем виде суть запрета сводится к запрету использовать обозначение, сходное до степени смешения с другими средствами индивидуализации в отношении однородных товаров и услуг, если это может привести к смешению (опасности смешения) в глазах потребителей товаров, услуг, предприятий конкурентов². Так, например, Закон Испании № 3/1991 о недобросовестной конкуренции от 10 января 1991 г.³ содержит запреты на совершение таких видов недобросовестной конкуренции, как:

- *смешение между деятельностью, предоставляемыми или предприятиями конкурентов (acto de confusión –*

¹ См.: Корчагин А.Д., Горленко С.А. Товарный знак: основания для отказа в регистрации // Патенты и лицензии. – 2004. – № 8.

² Подробнее см.: Старженецкий В.В. Столкновение средств индивидуализации: подходы судебной практики // Интеллектуальная собственность в России и ЕС: правовые проблемы: Сборник статей / Под ред. М.М. Богуславского, А.Г. Светланова. – М.: Волтерс Клувер, 2008. – С. 241-262.

³ Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal // <http://www.boe.es/g/es/>

ст. 6 Закона). Риск ассоциации источника происхождения предоставления в сознании потребителей с предоставлением конкурента достаточен для квалификации любого сходного с названным действия в качестве противоречащего закону.

Часто такое смешение осуществляется с использованием *недобросовестной рекламы*, понимаемой в Общем законе № 34/1988 о рекламе от 11 ноября 1988 г. (с изм. и доп.)¹ как реклама, влекущая за собой смешение между предприятиями, деятельностью, товарами, товарными знаками, торговыми наименованиями и иными знаками конкурентов, обладающими различительной способностью, а также как такая реклама, использующая без какого-либо основания (*injustificado*) наименование, аббревиатуру, товарный или иной знак предприятия или учреждения, обладающий различительной способностью, равно как наименование или географическое указание места происхождения товара конкурентов, и как вообще реклама, противоречащая требованиям *добросовестности* (*buena fe*) и этическим нормам и торговым обычаям (обыкновениям) добросовестных коммерсантов (*buenos usos mercantiles* – ст. 6 Общего закона);

- *имитация* (*acto de imitación* – ст. 11 Закона) предоставлений и предпринимательской инициативы третьих лиц свободна в той степени, в какой она допускается и охраняется законом и признается недобросовестной в случаях, когда влечет отождествление в сознании потребителя вновь предлагаемых предоставлений с уже существующими или ненадлежащее использование репутации или усилий третьих лиц. В случае неизбежности возникновения означенного риска отождествления или использования репутации третьих лиц рассматриваемое поведение считается недобросовестным.

Недобросовестной также признается *систематическая имитация* предоставлений и предпринимательской инициативы конкурента, когда подобная стратегия прямо направлена на

¹ Ley 34/1988, de 11 de noviembre de 1988, General de publicidad // <http://www.boe.es/g/es/>

предотвращение или затруднение закрепления такого конкурента на рынке и, исходя из обстоятельств, выходит за рамки поведения, которое может служить естественным ответом на запросы рынка и др.

Далее. Исключительные правомочия правообладателя, базирующиеся на принципе исчерпания права на товарный знак в пределах территории ЕС, закрепляемые Директивой о товарных знаках, таковы. Правообладатель товарного знака управомочен запрещать всем третьим лицам, не имеющим его согласия на использование этого знака в торговле, использовать любое обозначение, идентичное такому товарному знаку или сходное с ним в такой степени, которая может вызвать смешение в сознании части общества такого обозначения с зарегистрированным товарным знаком (ст. 5).

Правообладатель не вправе запретить третьим лицам использовать в торговле его имя и адрес; указания, служащие для обозначения вида, качества, количества, цели применения, ценности, географического места происхождения, времени производства товара (предоставления услуги), иных характеристик товара (услуги) и др. (ст. 6).

На товарный знак может быть выдана исключительная или неисключительная лицензия (ст. 8). Право на товарный знак может быть признано недействительным (*declared invalid* – ст. 13), а также отозвано (*revocated*) ввиду его *неиспользования* (ст. 11), поскольку правообладатель в течение 5 лет обязан начать использовать зарегистрированный товарный знак (ст. 10).

Однако сближение и гармонизация отдельных положений национального законодательства стран – участниц ЕС не могли решить всех правовых проблем, связанных с существованием 13 реестров товарных знаков (как отмечалось выше, с 1966 г. страны Бенилюкс создали Ведомство Бенилюкс по товарным знакам, которое осуществляло соответствующую регистрацию для этих стран)¹, поэтому было принято решение разработать наднациональный механизм охраны прав на товарные знаки, которые должны признаваться в силу единовременной регист-

¹ Подробнее о расширении ЕС см.: *Беликова К.М.* Общий рынок в Европе: интеграция и дифференциация // *Международное публичное и частное право.* – 2005. – № 1 (22). – С. 14-17.

рации в едином ведомстве (это упоминавшееся выше Ведомство по гармонизации на внутреннем рынке непосредственно на уровне ЕС) и действовать на всей территории Европейского Союза. Так был принят Регламент Совета ЕС 40/94 от 20 декабря 1993 г. о товарном знаке Сообщества (далее – Регламент о товарном знаке Сообщества)¹, который, однако, не заменил собой право стран – участниц ЕС: любая из них может воспользоваться как национальной, так и международной системой охраны прав на товарные знаки.

Регламент о товарном знаке Сообщества закрепил систему выдачи товарного знака Сообщества Ведомством по гармонизации на внутреннем рынке на основании единой заявки, подаваемой в Ведомство. Одновременно патентное ведомство стран – участниц ЕС и Ведомство Бенилюкс по товарным знакам, куда также может быть подана заявка, обязаны в течение 2 недель с даты подачи заявки передать ее в Ведомство. Действие товарного знака Сообщества на территории ЕС в целом отражает *унитарный характер* знака (ст. 1).

Товарный знак Сообщества может состоять из любого обозначения, которое может быть представлено графически (словами, рисунками, буквами, цифрами, формой товаров и их упаковки – ст. 4), при условии, что оно придает товарам и услугам, замаркированным таким обозначением, способность быть отличаемым от товаров и услуг других производителей.

Правообладателями товарных знаков Сообщества до 2004 г. могли быть следующие физические и юридические лица (в том числе учреждаемые согласно положениям публичного права): страны – участницы ЕС; страны – участницы Парижской конвенции по охране промышленной собственности; граждане стран, не являющихся сторонами Парижской конвенции, имеющие место жительства или место пребывания на территории Сообщества, или стран – участниц Парижской конвенции и др. (ст. 5 Регламента). Согласно изменениям Регламента, произведенным в 2004 г.², правообладателями могут быть любые

¹ Council Regulation (EC) No 40/94 of 20 December 1993 on the Community trade mark // OJ L 11 of 14.1.1994.

² Council Regulation (EC) No 422/2004 of 19 February 2004 amending Regulation (EC) No 40/94 on the Community trade mark // OJ L 70 of 9.3.2004.

(any) физические и юридические лица, включая лиц публичного права.

Абсолютные основания для отказа в регистрации товарного знака Сообщества в основном совпадают с основаниями, закрепленными Директивой о товарных знаках: это отсутствие различительной способности, противоречие публичному порядку и принятым принципам морали и нравственности и др. (ст. 7). Что касается *относительных оснований* для отказа в регистрации товарного знака Сообщества, то они применяются лишь при заявлении возражения со стороны обладателя прав на более ранний товарный знак. То есть без наличия возражения правообладателя более раннего товарного знака Ведомство по гармонизации внутреннего рынка не может отказать в принятии заявки на регистрацию и в последующей регистрации товарного знака Сообщества (ст. 8).

Товарный знак предоставляет правообладателю исключительные права, которые могут быть сведены к возможности запрещать всем третьим лицам его использование в торговле (ст. 9), устанавливая ряд ограничений, сходных, в основном, с ограничениями, установленными Директивой о товарных знаках (недопустимость запрета использования имени и адреса правообладателя и др. – ст. 12).

Одновременно если воспроизведение товарного знака Сообщества в словарях, энциклопедиях и других сходных изданиях создает впечатление, что используется родовое имя товара (услуги), для различения которого зарегистрирован товарный знак, издатель обязан по требованию правообладателя в последующих изданиях указывать, что используемое обозначение является зарегистрированным товарным знаком (ст. 10). В случаях, когда товарный знак Сообщества зарегистрирован от имени агента или представителя, правообладатель товарного знака вправе возражать против фактического использования товарного знака агентом, если он не разрешал такое использование, кроме случаев, когда агент сумеет мотивировать правомерность использования товарного знака (ст. 11).

На правообладателе лежит обязанность начать в течение 5 лет с момента регистрации использовать товарный знак Сообщества. Если в течение этого срока товарный знак Сообщества

ва не начал использоваться его владельцем по существу в рамках Сообщества в отношении товаров или услуг, применительно к которым он был зарегистрирован, или если такое использование было приостановлено в течение непрерывного пятилетнего срока, возможно применение санкций, предусмотренных Регламентом о товарном знаке Сообщества, кроме случаев, когда имеются уважительные мотивы для его неиспользования (ст. раздел 3 Регламента о товарном знаке Сообщества).

Товарный знак Сообщества может быть объектом имущественных прав; на него может быть выдана исключительная или неисключительная лицензия как в отношении всех, так и в отношении части товаров и услуг, для применения к которым он зарегистрирован. При этом лицензии могут выдаваться как для части территории, так и для всей территории Сообщества (раздел 4 Регламента).

Регламент закрепляет: порядок обращения за регистрацией и процедуру регистрации Товарного знака Сообщества: он регистрируется на 10-летний срок, который может быть продлен еще на 10 лет; процедуру рассмотрения споров по поводу товарных знаков Сообщества, а также санкции, применяемые за нарушение прав на товарный знак Сообщества. Так, к заявке должны быть приложены различные документы и информация, касающаяся, в частности, идентификации личности заявителя и списка товаров и услуг, применительно к которым запрашивается регистрация товарного знака; также должны быть уплачены соответствующие регистрационная и другие пошлины согласно Регламенту Комиссии № 2869/95 от 13 декабря 1995 г. о пошлинах, подлежащих уплате в Ведомство по гармонизации на внутреннем рынке (с изм. и доп.)¹. При подаче заявки обозначение может быть описано как коллективный товарный знак.

Лицо, подавшее заявку на регистрацию товарного знака Сообщества в любой стране-участнице Парижской конвенции по охране промышленной собственности, пользуется *правом*

¹ Commission Regulation (EC) No 2869/95 of 13 December 1995 on the fees payable to the Office for Harmonisation in the Internal Market (Trade Marks and Designs) // OJ L 303, 15.12.1995.

приоритета (right of priority – т.н. конвенционный приоритет) при подаче заявки во всех других странах в течение 6 месяцев с момента подачи заявки в первой стране (ст. 29).

Если же заявитель, обращающийся за регистрацией товарного знака Сообщества, демонстрирует товары (услуги) под определенным знаком на официально признанной международной выставке как она понимается согласно положениям Международной конвенции о выставках 1928 г. (в ред. 1972 г.)¹, он направляет заявку о регистрации товарного знака Сообщества в течение 6 месяцев с даты первой такой демонстрации товаров (услуг) под таким товарным знаком, а право приоритета действует с даты направления соответствующей заявки в Ведомство для установления того, какие права являются предшествующими (ст. 33, 31).

Заявка может быть составлена на любом из официальных языков ЕС: английском, французском, немецком, испанском или итальянском. При этом в заявке необходимо указать второй язык, выбранный из пяти официальных, который может быть использован как процедурный в случае возникновения споров относительно регистрации товарного знака.

Следующей стадией регистрации является *формальная экспертиза*, цель которой – проверка соблюдения всех формальных требований к заявке, а именно: правильность заполнения формы; оплата пошлины; наличие доверенности на представительство и др. (ст. 36-38). Если формальные требования соблюдены, то следующим этапом станет *проверка заявки на наличие абсолютных оснований для отказа в регистрации*. Если такие основания не будут выявлены, процедура регистрации заявки переходит в следующую стадию – *поиск* (sesarch), нацеленный на выявление конфликтов (столкновений) с более ранними товарными знаками.

Поиск ранее заключался в том, что Ведомство направляло копии заявки в патентные ведомства стран– участниц ЕС, которые в течение трех месяцев проводили собственные поиски аналогичных товарных знаков и направляли результаты в Ведомство. Об этих результатах уведомлялся и заявитель. Регламент о товарных знаках Сообщества в редакции 2004 г. изменил

¹ Convention relating to International Exhibitions signed at Paris on the 22nd of November, 1928 // <http://www.bie-paris.org>

эту систему в направлении повышения ее эффективности, упростив применение системы поиска в отношении существующих прав. Так, теперь поиск аналогичных регистрируемому товарных знаков проводит только Ведомство по гармонизации на внутреннем рынке, а поиск национальными патентными ведомствами осуществляется по ходатайству заявителя при условии уплаты соответствующей пошлины. В любое время заявка может быть отозвана заявителем; он также может ограничить перечень товаров (услуг), указываемых в заявке.

Если на данном этапе препятствий для регистрации знака не обнаружено, Ведомство не позднее месяца публикует заявку в бюллетене товарных знаков Сообщества, который издается Ведомством на всех официальных языках ЕС. В течение трех месяцев после публикации заявки в бюллетене заинтересованные лица могут выступить против регистрации этого товарного знака. Если же возражения третьих лиц не были поданы, то товарный знак регистрируется.

Как и Директива о товарных знаках, Регламент предусматривает возможность приостановки действия товарного знака; его отзыв, а равно признание его недействительным по обращению в Ведомство в случаях, когда: в течение 5 лет с момента регистрации товарный знак не использовался правообладателем и для этого не находится мотивированного объяснения; вследствие действий (бездействия) правообладателя товарный знак стал общепринятым (*common name*) в обращении товаров (услуг), в отношении которых он применяется; товарный знак вводит публику в заблуждение относительно природы, качества или географического происхождения товаров (услуг); правообладатель более не удовлетворяет требованиям, предъявляемым к правообладателям товарного знака Сообщества. Регламент также закрепляет последствия и процедуру отзыва и признания товарного знака Сообщества недействительным.

На любое решение Ведомства, Департаменты по рассмотрению возражений (*Opposition Divisions*), Управление по товарным знакам (*Administration of Trade Marks*), Правовые департаменты (*Legal Divisions*) и Департаменты по отмене действия товарных знаков (*Cancellation Divisions*) могут быть поданы апелляции.

Странам-участницам надлежит указать перечень национальных судов и трибуналов первой и второй инстанций, наделенных исключительной юрисдикцией в отношении исков: о нарушениях в отношении товарных знаков Сообщества; признании действий в качестве не составляющих нарушения товарного знака Сообщества; рассмотрении встречных исков об отзыве и признании товарного знака Сообщества недействительными и др. В случае выявления нарушения такой компетентный суд издает судебный приказ о запрете правонарушающих действий ответчика и т.д.

Так, к настоящему времени в рамках действия единой европейской системы товарных знаков заявители получили возможность осуществлять охрану товарного знака на всей территории Европейского Союза в процессе единой процедуры путем подачи одной заявки на одном языке и с уплатой единой пошлины.

2. Охрана географических указаний и наименований места происхождения товара

Происхождение товара имеет немаловажное значение для потребителя, который хочет знать, где товар изготовлен или добыт. Исторически сложилось так, что среди однотипных товаров наиболее высоко ценятся произведенные в конкретном месте: известными примерами такой значимости являются цейлонский и индийский чай, бургундские и бордосские вина, баварское и чешское пиво, бразильский и колумбийский кофе, французские духи, лучший в мире каррарский мрамор.

По этой причине, в соответствии с Парижской конвенцией об охране промышленной собственности и Мадридским соглашением о санкциях за ложные и неправильные обозначения происхождения изделий 1891 г.¹, наряду с товарными знаками охраняются такие товарные обозначения, которые содержат указание на то, откуда товар произошел (добыт или произведен), т.е. на местность, район или страну – *indications*. В Па-

¹ Madrid Agreement for the Repression of False or Deceptive Indications of Source on Goods of April 14, 1891 // http://www.wipo.int/treaties/en/ip/madrid/trtdocs_wo032.html

рижской конвенции этот объект упомянут только один раз в ст. 1(2), и к нему имеют отношение еще лишь две статьи: 9 и 10. Этими обозначениями маркируются как непосредственно товары (изделия), так и их упаковка, этикетки, сопровождающая товар документация.

Законодательство ряда стран (Франция и др.) называет два таких обозначения: и *указание происхождения товаров* (indication of source, indications de provenance), и *наименование места происхождения товаров* (appellation of origine, des appellations d'origines). В последние годы в законодательных документах и международных договорах все больше применяется термин «географические указания» (geographical indications), который включает в себя указание происхождения и наименование места происхождения товара¹. Таким термином оперирует и Соглашение ТРИПС в ст. 22 и 23, именуя им оба указанных выше обозначения. В литературе и практике их рассматривают как близкие, но неоднородные понятия; помимо этого, не все национальные законодательства устанавливают охрану обоих этих обозначений.

Указание происхождения товаров – это любое географическое наименование, т.е. название населенного пункта, местности, страны, или иное обозначение, создающее у потребителя ассоциации с конкретным географическим объектом (например, изображение Эйфелевой башни неизбежно будет ассоциироваться с Францией либо Парижем, а пирамиды – с Египтом). Обозначение может также указывать на способ изготовления изделия, использованное для этого сырье и т.п. Задача всех этих обозначений – показать, что данный товар (или услуга) произведен в данной стране или в группе стран, в конкретном районе или ином определенном месте². Именно этим и ограничивается указание происхождения товара, не сообщая о каких-либо свойствах товара. Примером такого обозначения является указание на страну («*Made in USA*» или «*Product of India*», «*Produkt*

¹ См.: Горленко С.А. Товарный знак и наименование места происхождения товара: сходство и различия // Патенты и лицензии. – 2003. – № 12.

² См.: Боденхаузен Г. Парижская конвенция по охране промышленной собственности: Комментарий. – М., 1977. – С. 33.

Polski», «*Product of China & Sri Lanka*»), которое может быть выражено также словосочетанием (например, «шотландское виски», «колумбийский кофе»).

Наименование места происхождения товара представляет собой *разновидность указания происхождения товара* – это географическое название страны или ее местности (например, населенного пункта), служащее для обозначения произведенного в этой местности товара, свойства и особенности которого в существенной степени определяются указанной географической средой, в том числе естественными (природными) и человеческими (социальными) факторами. К таким факторам относятся, например, климат, почва, растительность, влияющая на свойства различных изделий пищевой промышленности (вино, табачные изделия, сыры и т. д.), а также трудовые навыки и производственные секреты, передаваемые из поколения в поколение в местах традиционного промысла, специализированного на изготовлении определенных изделий (например, богемское стекло, голландские тюльпаны).

Следовательно, главные различия между указанием происхождения товара и наименованием места происхождения товара состоят в том, что первое определяет только страну и используется для любого вида товаров, а второе – для определенного товара, качества и свойства которого обусловлены факторами, действующими в данной местности. Помимо этого, указание происхождения товара может и не вызывать представлений о его качестве, а наименование места происхождения всегда информирует о специфических достоинствах товара. Отметим также, что многие из обозначений, сопровождающих товары, первоначально могли быть признаны наименованиями мест происхождения, но из-за пассивности пользователей, не обеспечивших им надлежащую правовую охрану, и многократного применения изготовителями из разных географических объектов они постепенно превратились в видовые обозначения, утратив способность к отождествлению товара в сознании потребителя с местом его действительного происхождения (как, например, жигулевское пиво и др.)¹.

¹ См.: Горленко С.А. Цит. соч.

Как отмечалось выше, различительной способностью обладают товарные знаки (знаки обслуживания), призванные помогать потребителю отличать одни товары (услуги) от других. Ту же функцию выполняют и указания происхождения товара, и наименования места происхождения товара, однако между этими средствами индивидуализации товаров (услуг) имеются существенные отличия. Так, например, для создания товарного знака никаких особых условий не требуется: он создается по воле разработчика и во многом зависит от его фантазии, тогда как наименование места происхождения товара возникает под воздействием природных условий и/или людских факторов в результате широкого длительного использования географического наименования. Товарный знак вместе с тем это такое обозначение, которое позволяет различать однородные товары разных производителей без привязки к месту их нахождения, тогда как наименование места происхождения товара всегда указывает на определенный географический объект и неотделимо от него. Имеется и ряд других отличий¹.

Обозначение происхождения товаров охраняется в большинстве государств, прежде всего в странах – участницах Парижской конвенции, предусматривающей такую охрану, имеет значение Лиссабонское соглашение о защите указаний места происхождения изделий и их международной регистрации от 31 октября 1958 г.² и др.

На уровне ЕС осознание необходимости гармонизации и унификации в сфере правовой охраны географических указаний и наименований мест происхождения товаров явилось следствием серьезных различий в практике стран – участниц ЕС в этом вопросе. Так был принят ныне недействующий Регламент Совета ЕС 2081/92 от 14 июля 1992 г., касающийся охраны географических указаний и наименований мест происхождения

¹ Подробнее см. *Горленко С.А.* Цит. соч.

² Lisbon Agreement for the Protection of Appellations of Origin and their International Registration of October 1, 1958 // http://www.wipo.int/lisbon/en/legal_texts/lisbon_agreement.htm

сельскохозяйственных и пищевых продуктов¹. Его положения в 2006 г. заменил собой Регламент 510/2006 г. от 20 марта 2006 г. о географических указаниях и обозначениях мест происхождения сельскохозяйственной продукции и пищевых продуктов (далее – Регламент о происхождении пищевых товаров)². Он фактически отменил ранее действовавший принцип взаимности при регистрации и защите географических указаний и наименований мест происхождения сельскохозяйственных продуктов и продуктов питания³.

Действуют также акты об имплементации положений названного Регламента, например, Регламент Комиссии № 417/2008 от 8 мая 2008 г., вносящий изменения в Приложения I и II к Регламенту Совета (ЕС) № 510/2006 по географическим указаниям и обозначениям места происхождения сельскохозяйственной продукции и пищевых продуктов⁴ и др.

Согласно Регламенту о происхождении пищевых товаров правовой охране подлежат географические указания и наименования мест происхождения сельскохозяйственных *продуктов, предназначенных для человеческого питания*, которые закрепляются в приложении I Договора о ЕС, и *пищевых продуктов*, предусмотренных в приложении I Регламента о географи-

¹ Council Regulation (EEC) No 2081/92 of 14 July 1992 on the protection of geographical indications and designations of origin for agricultural products and foodstuffs. // OJ L 208, 24/07/1992. Подробнее о нем см., например: *Абдуллин А.И.* Цит. соч. – С. 49-52.

² Council Regulation (EC) No 510/2006 of 20 March 2006 on the protection of geographical indications and designations of origin for agricultural products and foodstuffs // OJ L 93/12 of 31.3.2006.

³ См.: *Беликова Е.А.* Тенденции использования интеллектуальной собственности в международной торговле. КОРИНФ (РФ) // Еженедельник внешнеэкономической информации. 20/9/2006 // <http://www.iissi.ru/privatedata/inform.method.result.1.htm>

⁴ Commission Regulation (EC) No 1216/2007 of 18 October 2007 laying down detailed rules for the implementation of Council Regulation (EC) No 509/2006 on agricultural products and foodstuffs as traditional specialities guaranteed // OJ L 275/3 of 19.10.2007; Commission Regulation (EC) No 417/2008 of 8 May 2008 amending Annexes I and II to Council Regulation (EC) No 510/2006 on the protection of geographical indications and designations of origin for agricultural products and foodstuffs // OJ L 125/27 of 9.5.2008.

ческих указаниях и наименованиях мест происхождения (пиво, напитки на основе экстрактов из трав, хлебобулочные, кондитерские изделия, мучные изделия, натуральные каучуки и резины, горчица, паста), а также *сельскохозяйственных продуктов*, предусмотренных в приложении II Регламента о географических указаниях и наименованиях мест происхождения (сено, животные масла, пробка, удобрения животного происхождения, цветы и декоративные растения, шерсть, прутья для плетения, лен – ст. 1). При этом положения Регламента о географических указаниях и наименованиях мест происхождения не затрагивают ни продукцию виноделия (за исключением винного уксуса), ни спиртосодержащую алкогольную продукцию. Это положение применяется без ущерба положениям Регламента Совета (ЕС) № 1493/1999 от 17 мая 1999 г. об организации рынка винной продукции¹.

Регламент определяет две категории: «*наименование места происхождения*» (designation of origin) и «*географическое указание*» (geographical indication – ст. 2).

Так, *наименование места происхождения* означает название региона, определенного места или, в исключительных случаях, страны, которое служит обозначению сельскохозяйственного или пищевого *продукта*:

- происходящего из этого региона, определенного места или страны;
- качество и характеристики которого в основном или исключительно являются следствием географической природной среды с ее природными и человеческими ресурсами;
- производство, переработка и обработка которого имеют место на определенной географической территории.

Географическое указание означает наименование региона, определенного места или, в исключительных случаях, страны, которое описывает сельскохозяйственный или пищевой продукт:

- происходящий из этого региона, определенного места или страны;

¹ OJ L 179, 14.7.1999, p. 1.

- создающий определенное качество, репутацию или иную характеристику, которая может быть привязана к этому географическому происхождению;
- производство и/или переработка (обработка) которого имеет место на определенной географической территории.

При этом традиционные и нетрадиционные географические наименования, отграничивающие сельскохозяйственный или пищевой продукт от сходных, при условии, что они отвечают вышеприведенным требованиям, также подлежат охране как наименования места происхождения или географические указания. Между тем, часть географических наименований (geographical designations) надлежит квалифицировать в качестве наименований места происхождения, когда сырье для таких продуктов происходит из географической территории, большей по размеру, чем территория производства этого продукта, при условии, что: ограничена территория производства сырья; существуют особые условия для производства такого сырья, подтвержденные проведенными проверками.

Регламент ввел процедуру *регистрации наименований*. Для того чтобы стать охраняемым наименованием места происхождения (охраняемым географическим указанием), сельскохозяйственный или пищевой продукт должны отвечать определенным типовым условиям (спецификации – product specification), которые включают, в частности: наименование продукта с указанием места его происхождения или с географическим указанием; описание продукта, в том числе сырья для его изготовления, и основные физические, химические, микробиологические, органолептические характеристики продукта; наименование соответствующей географической территории, другие детали, например, подтверждения связи особых свойств и качеств продукта, его иных характеристик и окружающей географической среды и т.д. (ст. 4).

Подать заявку о регистрации вправе только *группа лиц* (group). «Группы лиц» – это ассоциации производителей, в некоторых случаях – производств, осуществляющих переработку сельскохозяйственного или пищевого продукта (независимо от их организационно-правовой формы и состава). Любые иные

заинтересованные лица смогут входить в состав группы в такой трактовке. В некоторых случаях группой лиц могут признаваться физические и юридические лица (это должен быть единственный производитель на рассматриваемой географической территории на момент подачи заявки). Если речь идет о регистрации наименования (в том числе традиционного) трансграничного характера, несколько групп лиц могут подать общую заявку. Заявка должна быть составлена в виде единого документа и содержать имя и адрес группы лиц, а также спецификацию продукта (ст. 5).

Не могут быть зарегистрированы в качестве наименований места происхождения и географических указаний, во-первых, наименования, ставшие родовыми (generic names). Такими считается наименование сельскохозяйственного или пищевого продукта, которое, хотя и относится к месту или региону, где этот сельскохозяйственный или пищевой продукт был изначально произведен или пущен в оборот, но стало общим наименованием (common name) сельскохозяйственного или пищевого продукта на территории Сообщества. Для принятия соответствующего решения учитываются: ситуация в стране – участнице ЕС и на территории потребления, а также соответствующие национальные законы и нормы Сообщества. Во-вторых, не подлежат регистрации наименования места происхождения и географические указания, конфликтующие с наименованиями селекционных достижений в сфере растениеводства и животноводства, если они могут выразиться во введении потребителей в заблуждение в отношении истинного происхождения продукта.

Наименования, которые полностью или частично омонимичны наименованиям, уже зарегистрированным согласно положениям настоящего Регламента, надлежит регистрировать с должным вниманием к местным и традиционным обычаям и фактической угрозе смещения их в сознании потребителей (ст. 3).

Когда регистрационная заявка касается географической территории той или иной страны – участницы ЕС, она направляется в соответствующую страну – участницу ЕС¹, где прово-

¹ Заявка на регистрацию в странах – участницах ЕС обычно подается в патентное ведомство, в некоторых странах в другие органы государст-

дится *формальная экспертиза* заявки. Страны-участницы инициируют процедуру представления возражений (national objection procedure), целью которой является обеспечение публикации заявки и предоставление разумного срока, в течение которого физические и юридические лица, имеющие законный интерес и учрежденные или имеющие место жительства на соответствующих территориях, вправе подавать возражения на заявку. Страна-участница решает об относимости возражений в свете критериев, которым должна отвечать заявка согласно ст. 7(3) Регламента. В случае принятия решения о соответствии заявки требованиям Регламента документы направляются в Комиссию ЕС для принятия окончательного решения. В противном случае заявка отклоняется (ст. 5). Комиссии надлежит удостовериться, что все предъявляемые Регламентом требования к заявкам, выполнены. Комиссия ежемесячно публикует поступающие на рассмотрение заявки и дату их поступления. В случае принятия положительного решения единый документ заявки и ссылка на более раннюю публикацию, сделанную в стране-участнице, публикуются в Официальном бюллетене ЕС (ст. 6). В течение 6 месяцев с момента этой публикации любое государство ЕС или третья страна, а также любое физическое или юридическое лицо, имеющее законный интерес, кроме лиц, испрашивающих регистрацию в стране – участнице ЕС или третьей стране, вправе представить возражения на предполагаемую регистрацию в Комиссию, которая проверяет, являются ли возражения относимыми. Если Комиссия признает возражения, не являющимися относимыми, она регистрирует наименование, о чем делается публикация в Официальном бюллетене ЕС. В противном случае проводятся консультации заинтересованных сторон. Если в течение 6 месяцев стороны достигают приемлемого соглашения, процедура проводится далее в указанном выше порядке, если соглашение не достигнуто, заявка возвращается на национальный уровень, и процедура начинается снова согласно ст. 5 и 7 Регламента (ст. 7).

Наименование, зарегистрированное согласно положениям Регламента, может использовать любой бизнесмен, торгующий

венного управления (например, в Италии – в Министерство сельского хозяйства и лесов).

соответствующим сельскохозяйственным и пищевым продуктом согласно спецификации (ст. 8), поскольку регистрация географического указания и наименования места происхождения сельскохозяйственных и пищевых продуктов закрепляет *совокупность правомочий*, вытекающих из такой регистрации, но не устанавливает для зарегистрировавшего их лица исключительного права: пользоваться наименованием может любой другой заинтересованный предприниматель, если он производит данный продукт в данной местности и он обладает свойствами, обусловленными факторами, характерными для данной местности.

Однако зарегистрированные географические указания и наименования мест происхождения сельскохозяйственных и пищевых продуктов охраняются против осуществления следующих действий:

- прямого или косвенного использования в коммерческих целях зарегистрированного обозначения в отношении продуктов, не охватываемых регистрацией (не указанных в спецификации), в той мере, в какой эти продукты сопоставимы (сравнимы – comparable) с зарегистрированными под данным обозначением продуктами, либо в той мере, в какой такое использование позволяет использовать репутацию охраняемого обозначения;
- присвоения, имитации, повторения, даже если указано истинное происхождение продукта или если охраняемое обозначение переведено или сопровождается выражением типа «вид», «тип», «метод», «как произведенный в», «имитация» ('style', 'type', 'method', 'as produced in', 'imitation') или иным сходными выражениями;
- иных ложных или вводящих в заблуждение указаний относительно происхождения, свойств или основных качеств продукта, сообщаемых на внутренней или внешней стороне упаковки, в рекламе или в прилагаемых к соответствующему продукту документах, а равно упаковка в контейнеры, нацеленная на то, чтобы создать ложное впечатление о происхождении продукта;

- совершения любых иных действий, способных ввести потребителей в заблуждение относительно истинного происхождения продукта (ст. 13).

Так, например, вышеуказанный Закон Испании № 3/1991 о недобросовестной конкуренции от 10 января 1991 г. в качестве акта недобросовестной конкуренции запрещает *недобросовестное использование репутации третьих лиц* (ст. 12), которое имеет место, когда субъект правонарушения – участник рыночных отношений (имитатор) в результате ненадлежащего пользования преимуществами, связываемыми с репутацией другого (добросовестного) участника рынка в сфере промышленной, торговой или иной профессиональной деятельности (подлинного носителя деловой репутации), извлекает выгоду лично для себя или для третьих лиц. В частности, признается недобросовестным использование третьими лицами без согласия лица, зарегистрировавшего их наименований мест происхождения товаров, являющихся ложными и сопровождаемых указаниями, приближенными по значению к истинным местам происхождения товара, либо словами типа «*модель, система, тип, класс*» и иными, сходными по смыслу с приведенными.

Что касается соотношения товарных знаков и наименований места происхождения и географических указаний, то если наименования зарегистрированы согласно положениям настоящего Регламента, обращение за регистрацией товарного знака, создающее одну из описанных выше ситуаций нарушения правомочий, вытекающих из такой регистрации согласно статье 13 Регламента, при этом также относимое к одному классу продуктов влечет отказ в регистрации товарного знака, если обращение имеет место после даты обращения в Комиссию за регистрацией наименования. Товарный знак, зарегистрированный в нарушение этого предписания, недействителен (ст. 14).

Еще один способ индивидуализации товаров разных производителей, действующий на уровне ЕС, состоит в возможности признать тот или иной пищевой или сельскохозяйственный продукт *традиционным фирменным продуктом*. Такую возможность дают положения Регламента 509/2006 от 20 марта 2006 г. о сельскохозяйственной продукции и пищевым продуктам как традиционным фирменным продуктам (далее – Регла-

мент о традиционных фирменных продуктах)¹. Он распространяет свои положения на *продукты, предназначенные для человеческого питания*, которые закрепляются в приложении I Договора о ЕС, и *пищевые продукты*, предусмотренные в приложении I Регламента о традиционных фирменных продуктах (пиво, шоколад и изделия из какао-бобов, хлебобулочные, кондитерские изделия, мучные изделия, паста, приправы, супы и бульоны, прохладительные напитки, изготовленные из экстрактов трав, мороженое и сорбеты – ст. 1).

Традиционным фирменным продуктом признается традиционный сельскохозяйственный или пищевой продукт, признаваемый в Сообществе за свои *особые свойства* (specific character) и зарегистрированный согласно положениям настоящего Регламента. *Особые свойства* предполагают наличие свойства или набора свойств, позволяющих четко отличать сельскохозяйственный или пищевой продукт от сходных продуктов того же вида. Такие свойства могут касаться внутренних свойств продукта, таких как физические, химические, микробиологические, органолептические свойства, а также способа производства продукта или особых условий, необходимых для его производства (ст. 2).

Регистрацию традиционных фирменных продуктов производит Комиссия ЕС в двух разных реестрах, различаемых в зависимости от того, сохраняется ли наименование зарегистрированного продукта за производителем, имеющим спецификацию на данный продукт (ст. 3).

Для того чтобы стать *охраняемым традиционным фирменным продуктом*, сельскохозяйственный или пищевой продукт должен производиться с использованием традиционного сырья либо характеризоваться традиционным составом (композицией) или способом производства (переработки), отражающим традиционный тип производства (переработки). Регистрация не предоставляется в случае, когда речь идет о продукте, особые свойства которого приобретены исключительно благо-

¹ Council Regulation (EC) No 509/2006 of 20 March 2006 on agricultural products and foodstuffs as traditional specialities guaranteed // OJ L 93/1 of 31.3.2006.

даря месту его происхождения (provenance), в том числе географическому (geographic origin – ст. 5).

Только группа лиц может обратиться за регистрацией такого продукта. Порядок регистрации аналогичен рассмотренному выше и действующему на наднациональном уровне в отношении наименований места происхождения и географических указаний (ст. 7-9). Предоставляется охрана от практики, способной ввести потребителя в заблуждение, а также ненадлежащего или вводящего в заблуждение использования словосочетания «традиционный фирменный продукт» (ст. 17).

Глава 4

ГАРМОНИЗАЦИЯ И УНИФИКАЦИЯ В ЕС ПОЛОЖЕНИЙ ОБ ОХРАНЕ ПРАВ НА ТОПОЛОГИИ ИНТЕГРАЛЬНЫХ МИКРОСХЕМ

К числу объектов интеллектуальной собственности, которые пользуются правовой охраной вне рамок авторского права и смежных с ним прав и патентного права и законодательства о средствах индивидуализации в ЕС, ставших предметом гармонизации, относятся топологии интегральных микросхем и селекционные достижения в сфере растениеводства (новые сорта растений). Остановимся на первых подробнее.

Интегральные микросхемы имеют большое значение в микроэлектронике: они выполняют функции электронной схемы и посредством нее аналоговый сигнал преобразуется в цифровой. Интегральная микросхема представляет микроэлектронное изделие, изготовленное из минералов (кремний, германий), в которых перестраивают решетку кристалла. Элементы интегральной микросхемы определенным образом связаны между собой, образуя несколько слоев, – электрических (электронных) схем, соединяющих отдельные элементы сложными связями, которые идут как по горизонтали, так и по вертикали. Именно расположение этих элементов интегральной микросхемы в пространстве, связь между ними, представляющая собой объемную

электронную схему, геометрический рисунок которой именуется, и представляет собой *топологию* интегральной микросхемы¹.

Такие результаты умственной деятельности не могут охраняться ни в режиме патентного права, ни в режиме авторского права. Охрана предоставляется специальными законами, предусматривающими особый правовой режим.

Впервые правовая охрана топологиям интегральных микросхем была предоставлена в США, которые в 1984 г. приняли Закон об охране полупроводниковой интегральной микросхемы. Позднее, в 1985 г., аналогичный Закон был принят в Японии². В 1989 г. в Вашингтоне под эгидой ВОИС состоялась дипломатическая конференция, на которой был разработан Вашингтонский договор об интеллектуальной собственности в отношении интегральных микросхем (совершен 26 мая 1989 г., не вступил в силу)³.

Основу правового регулирования на уровне ЕС составляют положения Директивы Совета 87/54/ЕЕС от 16 декабря 1986 г. о правовой охране топологий полупроводниковых изделий (интегральных микросхем)⁴. Директива закрепляет трактовку понятия «интегральная микросхема», «топология интегральной микросхемы», «коммерческое использование топологии интегральной микросхемы». Так, под *топологией интегральной микросхемы* понимается серия взаимосвязанных изображений, каким-либо образом зафиксированных или закодированных, отражающих трехмерную структуру слоев, из которых состоит полупроводниковое изделие; причем в этой серии

¹ См., например: *Гаврилов Э.П., Данилина Е.А.* Топологии интегральных микросхем: особенности охраны // Патенты и лицензии. – 2005. – № 7.

² См.: *Еременко В.И., Подшибихин Л.И.* Комментарий к Закону Российской Федерации «О правовой охране топологий интегральных микросхем» // Комментарий к законодательству об охране интеллектуальной собственности / Под общ. ред. В.И. Еременко. – М.: Фонд «Правовая культура», 1997.

³ Treaty on Intellectual Property in Respect of Integrated Circuits (Done at Washington, D.C., on May 26, 1989) // http://www.wipo.int/treaties/en/ip/washington/trtdocs_wo011.html

⁴ Council Directive 87/54/EEC of 16 December 1986 on the legal protection of topographies of semiconductor products // OJ L 24 of 27.01.1987.

каждое изображение отражает рисунок или часть рисунка поверхности полупроводникового изделия на любой стадии его изготовления.

В Директиве отмечается, что топологии интегральной микросхемы предоставляется правовая охрана при условии, что она является результатом умственной (интеллектуальной) деятельности ее разработчика (*creator's own intellectual effort* – т.е. является оригинальной) и не стала общеизвестной в полупроводниковой промышленности (*are not commonplace in the semiconductor industry*). Если топология состоит из элементов, общеизвестных в полупроводниковой промышленности, ей предоставляется охрана лишь в случае, когда совокупность таких элементов в целом не является общеизвестной.

Что касается лиц, чье право охраняется положениями этой Директивы, то это – ее автор – физическое лицо, творческим трудом которого создана топология интегральной микросхемы и которое может быть гражданином одной из стран – участниц ЕС либо иметь в одной из стран – участниц ЕС постоянное место жительства.

Страны-участницы также могут самостоятельно определять, кто считается создателем микросхемы, если она создается в ходе выполнения работником его трудовой функции, либо работы по договору, иному, чем трудовой договор.

В этом формате с 1992 г. посредством издания решений Совета ЕС произошло признание исключительных имущественных прав на топологии интегральных микросхем граждан США, Канады, а позже – выходцев из стран – участниц Всемирной торговой организации (ВТО) и о. Мэн¹.

¹ См.: Council Decision 93/16/EEC of 21 December 1992 on the extension of the legal protection of topographies of semiconductor products to persons from the United States of America and certain territories // OJ L 11 of 19.01.1993; Council Decision 94/700/EC of 24 October 1994 on the extension of the legal protection of topographies of semiconductor products to persons from Canada // OJ L 284 of 01.11.1994; Council Decision 94/824/EC of 22 December 1994 on the extension of the legal protection of topographies of semiconductor products to persons from a Member of the World Trade Organization // OJ L 349 of 31.12.1994 и др.

При соблюдении ряда условий охрана предоставляется также юридическим лицам, которым принадлежит право первого коммерческого использования топологии интегральной микросхемы, при условии, что топология не находилась ранее в коммерческом использовании, и только этому юридическому лицу управомоченное на распоряжение топологией лицо разрешило ее коммерческое использование на территории Сообщества. Директива также закрепила порядок передачи охраняемого права на топологию иным лицам.

Страны– участницы ЕС в своем национальном законодательстве могут предусмотреть, что топология интегральной микросхемы не предоставляет либо перестает предоставлять исключительные имущественные права своему обладателю, если заявка на регистрацию топологии интегральной микросхемы не была подана в установленные сроки в уполномоченный компетентный орган в течение двух лет с момента ее первого коммерческого использования.

Страны – участницы ЕС также вправе потребовать, чтобы материал, идентифицирующий или представляющий топологию, либо определенная совокупность таких материалов были депонированы в уполномоченном компетентном органе, как и заявление, относящееся к дате первого использования в коммерческих целях, в случае, если она предшествует дате депонирования заявки о регистрации. Исключение составляют случаи, когда депонирование материалов невозможно ввиду того, что они представляют собой торговый секрет (trade secret).

Права, возникающие у вышеназванных субъектов, носят исключительный характер. Они включают в себя право разрешать или запрещать воспроизведение охраняемых топологий интегральных микросхем и право разрешать или запрещать коммерческое использование либо импорт топологий интегральных микросхем (полупроводниковых изделий, изготовленных с использованием топологий интегральных микросхем) в этих целях. При этом право разрешать или запрещать воспроизведение не включает в себя воспроизведение с целью анализа, оценки или изучения (исследования) концепций, процессов, систем или техник, воплощенных с топологиях (или самих топологий). Одновременно без ущерба вышеуказанным положе-

ниям страны – участницы ЕС могут разрешать воспроизведение топологии интегральной микросхемы в личных целях без извлечения прибыли.

Что касается момента возникновения прав на топологию интегральной микросхемы и срока их охраны, то *если регистрация является обязательным условием* получения исключительных прав, то такие права возникают на дату, на которую топология интегральной микросхемы впервые была коммерчески использована где-либо в мире; либо на дату, на которую была подана заявка на регистрацию в надлежащей форме, в зависимости от того, какая из дат наступит первой. *Если регистрация не является обязательным условием* получения исключительных прав, то такие права возникают с момента первого коммерческого использования топологии где-либо в мире либо с момента, когда она впервые зафиксирована или кодирована.

Исключительные права на топологию интегральной микросхемы прекращаются через 10 лет после окончания календарного года, в котором топология была впервые использована в коммерческих целях. В случае, когда регистрация является обязательным условием получения исключительных прав, 10-летний срок начинает течь с момента окончания календарного года, в котором была подана заявка на регистрацию, либо с момента окончания календарного года, в котором топология была впервые использована в коммерческих целях, в зависимости от того, какая из дат наступит первой.

Раздел 11

НОРМЫ ПРАВА ЕВРОПЕЙСКОГО СОЮЗА О ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ ПРЕДПРИНИМАТЕЛЕЙ ЗА ЭКОЛОГИЧЕСКИЙ УЩЕРБ

Система правовых норм об ответственности предпринимателей за причинение вреда окружающей среде, закрепленная в документах ЕС, весьма обширна и разнообразна.

Важнейшее место в этой системе занимает Договор об учреждении Европейского экономического сообщества (ЕЭС) от 25 марта 1957 года, который включает ряд положений, определяющих экологическую политику ЕС. Так, вышеназванный документ в статьях 2, 3 и 174 закрепил следующие цели в области природопользования и охраны окружающей среды: защита и охрана окружающей среды, улучшение ее качества, защита здоровья человека, рациональное использование природных ресурсов, международное сотрудничество в преодолении региональных и глобальных экологических проблем. Поставленные экологические цели находятся в соответствии с политическими целями, установленными в 2000 г. Советом Европы в резолюции, согласно которой экономическое развитие до 2010 г. включает в себя также и принятие во внимание экологических потребностей.

Принципы общеевропейской политики в области охраны окружающей среды, закрепленные в статье 174 Договора об учреждении ЕЭС, позволяют принимать государствам-членам конкретные меры по защите окружающей среды. Эти меры могут носить как превентивный характер, так и устанавливать от-

ветственность конкретных лиц за причинение вреда окружающей среде.

Превентивный принцип был добавлен в Договор об учреждении ЕЭС в 1987 г., а в 1993 г. – принцип предосторожности, которые содержательно сложно отделить друг от друга. Принцип предосторожности означает возможность принятия мер при непосредственности наличия и объема угрозы состоянию окружающей среды. Закрепление данного принципа вызвано ограниченностью знаний об антропогенном воздействии на окружающую среду, поэтому прогнозирование воздействия на окружающую среду хозяйственной деятельности носит весьма приблизительный характер. Это не означает, что не следует принимать никаких мер по минимизации негативного воздействия на окружающую среду, наоборот, велико значение, например, таких инструментов, как нормирование. Главная проблема – в недостаточности знаний и научных возможностей по прогнозированию, определению так называемого кумулятивного эффекта загрязнения. Поэтому основная идея данного положения – недопущение тех негативных воздействий от предпринимательской деятельности и в том числе тех, которые недостаточно изучены, включая также и выбросы в окружающую среду неисследованных веществ.

Принцип «загрязнитель платит» означает возложение обязанности по возмещению вреда окружающей среде непосредственно на причинителя такого вреда. Данный принцип закреплен в различных актах вторичного права Сообщества¹, однако на практике возникли существенные проблемы с его применением.

В Договоре об учреждении ЕЭС закреплены общие меры по защите окружающей среды: доступ к информации об окружающей среде, оценка воздействия на окружающую среду и экологический аудит, ответственность за экологический вред, которые были далее конкретизированы и включены в акты ЕС. Этот договор не содержит никаких предписаний, которые госу-

¹ См., например: Директива ЕС 2004/35/ EG Европейского парламента и Совета от 21 апреля 2004 г. о юридической ответственности за нанесенный вред окружающей среде для предотвращения и компенсации ущерба (Директива об ответственности за вред, нанесенный окружающей среде) // ABL L 143 от 21 апреля 2004 г. – С. 56.

дарства – члены ЕС должны были непосредственно перенести или применять в своем внутреннем праве. Данные предписания носят общий характер, и отдельные участники торгового оборота не могут ссылаться на них.

Вторичное право в области природопользования и охраны окружающей среды государств – членов ЕС должно соответствовать основам экологической политики ЕС, закрепленным в соответствующих документах. При этом государства-члены могут выбирать формы и средства для достижения поставленных целей. Соответственно государства обязаны ввести предписания директив в национальное законодательство, и непосредственно применять предписания преобразованных директив, а в дальнейшем также решений и постановлений. Преобразование директив необходимо для обеспечения фактического и правового применения директив в целях конкретизации их положений и предоставления реализации прав и исполнения обязанностей конкретными субъектами. Так, интегрирование директив в правовую систему государств – членов ЕС является обязательным и достоверным (в ряде случаев требуется буквально «дословное» перенесение предписаний европейского права).

При этом нормы государств-членов могут выходить за договорные рамки, но при условии обязательного уведомления Европейской Комиссии. Таким образом, государства – члены ЕС могут принимать более строгие меры при регулировании вопросов, связанных с охраной окружающей среды, если последние будут продиктованы защитой жизни и здоровья людей, окружающей среды, включая животных и растения. Европейская Комиссия принимает решение об одобрении или отклонении таких мер.

Если на уровне ЕС было принято положение, содержащее общеевропейскую меру, а государство-член хочет ввести более суровую меру по защите окружающей среды, то это возможно только при условии обоснования необходимости введения такой меры (в частности, последнее может быть необходимо исходя из специфических отношений в стране). Такие меры проверяются Комиссией на предмет отсутствия дискриминационных ограничений в области торговли между государствами-членами, которые запрещены Договором об образовании ЕС.

Статья 176 вышеназванного договора не имеет своей целью для защиты окружающей среды создавать препятствия для торговли. Поэтому и возникает необходимость проверки соответствия предписаний государств – членов ЕС статье 176 Договора об образовании ЕС.

Директива ЕС 2004/35 «Об экологической ответственности для предотвращения и санации экологического вреда» понимает под экологическим вредом вред, наносимый охраняемым видам животных и растений и среде их обитания; вред водам, повлекший воздействие на их химическое состояние и экологический потенциал; а также загрязнение почвы, повлекшее причинение вреда жизни и здоровью¹.

В соответствии с абз.1 статьи 3 Директивы ее положения применяются в случаях причинения экологического вреда в результате осуществления видов деятельности, перечисленных в Приложении к Директиве, и в случаях непосредственной опасности причинения экологического вреда в связи с осуществлением этой деятельности. К таким видам деятельности относятся, например, производство, применение, хранение, переработка, выпуск в окружающую среду средств защиты растений, в смысле абз. 1 статьи 2 Директивы 91/41/EWG от 15.07.91.

Если причинитель при осуществлении иных видов деятельности действовал преднамеренно или небрежно, в результате чего был причинен вред охраняемым видам или местам их естественного обитания или была создана угроза причинения такого вреда, то он также несет ответственность. Таким образом, вышеназванная Директива установила принцип безвиновной ответственности.

Под субъектом ответственности – «эксплуататором» понимается любое физическое или юридическое лицо, производящее или управляющее деятельностью (работой), а также лица, обладающее экономической властью над техническим производством такой деятельности. Субъектами ответственности могут быть собственники данных объектов, органы руководства и кредиторы.

¹ См.: White Paper on Environmental Liability. COM (2000) 66 final. Brussel, /2.2000 // <http://eur-lex.europa.eu/>

Директива закрепляет обязанность «эксплуататоров» осуществлять превентивные меры по предупреждению вреда окружающей среде.

Если же вред уже причинен, то причинитель обязан проинформировать компетентные органы о случившемся и возместить расходы, которые включают затраты на восстановление окружающей среды (проведение различного характера очистных мероприятий), а также затраты на мероприятия по предотвращению дальнейшего нанесения и распространения вредных последствий.

Причинитель вреда окружающей среде обязан принять меры по компенсации причиненного вреда, и в отношении этих мер в Приложении II к данной Директиве содержится большое количество деталей по проведению санаций. Такие меры устанавливаются компетентным органом по предложению ответственного лица и такой орган вправе сам провести санацию, а затем взыскать ее стоимость с причинителя. Санация может быть первичной (с целью «вернуть» природные ресурсы, подвергшиеся экологическому ущербу в исходное состояние); дополнительной (если мероприятий первичной санации оказалось недостаточно) и выравнивающей, которая включает в себя мероприятия по улучшению вод или мест естественного обитания охраняемых видов.

Основанием для освобождения от ответственности является доказательство того, что ущерб возник в результате разрешенной деятельности; третьим лицом, или в соответствии с указанием компетентного органа; а также если результатами исследований не будет подтверждено нанесение ущерба во время вредоносной деятельности (отсутствие причинной связи между деятельностью и причинены ущербом). Страны – члены ЕС могут предусмотреть не предписанное Директивой обязательство выплаты страховки и разделение суммы возмещения между несколькими причинителям в случае их множественности.

Директива закрепляет особый порядок привлечения причинителя вреда к ответственности. Частный собственник не может требовать возмещения вреда от своего имени, а может действовать только через государственные органы, перед кото-

рыми и будет нести ответственность причинитель вреда. Такой порядок действует в отношении лиц, согласно Приложению к данной Директиве, осуществляющих опасные виды деятельности, ответственность которых наступает независимо от вины. Случаям ответственности за наступление экологического вреда нескольких причинителей посвящена статья 9 Директивы, которая по вопросам распределения между ними расходов на санацию содержит отсылку к внутреннему законодательству стран ЕС.

При решении вопроса об ответственности за причинение экологического вреда требует уточнения используемый термин «окружающая среда». Данное понятие включает в себя все природные объекты и ресурсы: водные объекты, леса, дикий животный мир, землю, недра, воздух.

Вместе с тем, к области охраны окружающей среды также отнесены и меры по защите от различных видов негативного воздействия природных объектов и природных ресурсов, использование полезных ископаемых, управление водными ресурсами, введение экологических налогов (ст. 175 Договора об образовании ЕС).

В качестве примера возможности установления санкций государствами-членами за нарушение предпринимателями требований права ЕС можно привести Директиву 2003/87, устанавливающую систему торговли сертификатами на выбросы парниковых газов¹. Для того что бы добиться уменьшения выбросов, ЕС ввело торговлю квотами для выбросов парниковых газов². На территории Европейского Союза около 10 000 предприятий, являющихся источниками 45% всех выбросов углекислого газа (основной парниковый газ). При этом такие предприятия могут продавать *квоты*, если они инвестируют в разработ-

¹ Решение 2002/358 от 20 апреля 2002 г. о принятии Киотского протокола к рамочному соглашению Объединенных Наций о климатических изменениях от имени ЕС и общее исполнение вытекающих из него обязательств) // ABL L 130 от 15 мая 2002 г. – С. 1.

² Директива 2003/87 Европейского парламента и Совета от 13 октября 2003 г. о системе торговли сертификатами на эмиссию газов, создающих парниковый эффект в обществе (Директива о торговле эмиссионными сертификатами) // ABL L 275 от 25 октября 2003 г. – С. 32.

ку технологий уменьшения таких выбросов. Поэтому основная проблема при продаже сертификатов – справедливое их распределение среди предприятий-загрязнителей. Большая часть сертификатов распределяется бесплатно, а распределение их среди конкретных участников рынка определяется внутригосударственными правилами стран – членов ЕС. Статья 16 Директивы обязывает государства – члены ЕС устанавливать ответственность за нарушение предписаний по реализации Директивы. Если организация не может сдать в определенный период достаточное количество сертификатов на выбросы, государства – члены ЕС обязаны назначить санкции, устанавливающие ответственность за превышение выбросов.

Большое значение для обеспечения экологического правопорядка в ЕС имеет деятельность Европейской Комиссии.

В 2000 г. Европейская Комиссия подготовила специальный документ по экологической ответственности: White Paper on Environmental Liability – Белая книга об экологической ответственности¹, основные идеи которой затем были реализованы в Директиве об экологической ответственности.

Задача данного документа заключалась в определении важнейшего подхода к правовой концепции экологической ответственности – решении вопроса о том, кто должен нести бремя ответственности за загрязнение окружающей среды и расходы по ее восстановлению; должна ли тяжесть этих расходов быть возложена на общество, т.е. налогоплательщиков, или их должен нести причинитель вреда в тех случаях, когда он может быть установлен. Белая книга также рассматривает вопросы ответственности за загрязнение земель и ущерб биоразнообразию.

Возложение ответственности на загрязнителя – причинителя вреда окружающей среде возможно при наличии следующих условий:

- установление виновных в причинении вреда;
- наличие ущерба окружающей среде и возможность его количественного определения;
- наличие причинной связи между нанесением ущерба окружающей среде и поведением загрязнителя.

¹ White Paper on Environmental Liability / COM (2000) 66 final. Brussel, 2.2000.

Особая проблема возникает в тех случаях, когда загрязнитель не может быть установлен, в частности, когда речь идет о рассеянном загрязнении, например, выхлопными газами автомобильного транспорта¹. В данном случае установить источник загрязнения возможно, но невозможно определить конкретного причинителя вреда, вследствие чего невозможно привлечь к ответственности конкретного загрязнителя за причинение вреда окружающей среде.

В европейском праве данная проблема получила следующее решение – речь идет о минимизации вредного воздействия на окружающую среду из рассеянных источников загрязнения. Так, Пятая программа экологических действий зафиксировала цель снижения уровня выбросов в атмосферный воздух окиси углерода в 2000 г. на 35% по сравнению с 1985 г. и этот показатель был уже достигнут к 1995 г. Также данная программа установила снижение выбросов уровней окиси азота и свинца, которые снижались не так быстро за счет увеличения количества транспорта. Одновременно Европейская Комиссия подготовила соглашение с Ассоциацией европейских автомобилестроителей, цель задачи этого соглашения – решение проблем, относящихся к выхлопам автотранспорта, качеству и составу топлива, разработка новых технологий контроля над выхлопами на основе рентабельности. И такое соглашение было заключено с 11 производителями автомобилей, вводимых в эксплуатацию в 2008 г. и потребляющих 140 г топлива на километр поступательного движения, далее планируется снижение этого показателя².

Необходимо отметить, что сфера действия данного документа ограничилась только двумя видами ущерба: загрязнением земель и уменьшением биоразнообразия. Тому есть несколько причин.

Первое. Загрязнение земель ведет к загрязнению подземных и поверхностных водных объектов, вредные вещества поглощаются растениями и, соответственно, угрожают жизни и здоровью человека. Был составлен перечень загрязненных зе-

¹ См.: *Вылегжанина Е.Е.* Новые тенденции в развитии института ответственности в европейском экологическом праве // *Международное право. – International law.* – 2002. – № 2 (10). – С. 158-174.

² См.: *Kraemer L.* Umweltrecht. Textsammlung. – Baden-Baden, 1998.

мель, порядка 300 000 тыс. участков. Европейское агентство по охране окружающей среды сделало приблизительный расчет затрат на восстановление земель и выяснилось, что в ряде стран эти суммы достигают от 55 до 100 млрд. евро. При этом необходимо учитывать, что расходы на возмещение вреда, причиненного прошлой хозяйственной деятельностью, в случаях, когда невозможно определить реального загрязнителя, лягут на налогоплательщиков

Второе. Отмечалось, что сокращение биоразнообразия является необратимым процессом и приобрело катастрофические масштабы. В ЕС была создана экозащитная система «Натура-2000», предназначенная для наблюдения за поддержанием естественных мест обитания диких представителей флоры и фауны. Система в настоящее время охватывает примерно 10% от всей территории ЕС. В этом же документе были закреплены общие критерии определения размера причиненного ущерба – по затратам на восстановление. Если определить такие затраты невозможно, то размер возмещаемого ущерба устанавливается в фиксированной денежной сумме.

Под ущербом биоразнообразию понимается ущерб ареалам представителей дикой флоры и фауны.

Наиболее сложный вопрос при определении размера ущерба биоразнообразию связан с его экономической оценкой, поскольку последняя зависит от того, подлежит ли объект восстановлению или таковое невозможно.

В первом случае размер ущерба складывается из стоимости восстановительных работ, а во втором – из оценки конкретного природного компонента, точнее – стоимости его замены на равнозначный.

Белая книга отражает международную и национальную тенденцию современного правового регулирования экологической ответственности лиц, осуществляющих опасную деятельность – все более широкое применение безвиновной ответственности. Институт безвиновной ответственности позволяет возлагать ответственность на причинителя вреда без обязанности доказывать его вину, – достаточно наличия вреда и факта действия (бездействия), последствием которого является ущерб. Специальные законы, устанавливающие строгую ответствен-

ность за причинение вред окружающей среде, есть во многих странах-участниках ЕС: Австрии, Швейцарии, Франции. Германии. Нельзя не отметить, что не все зарубежные юристы единодушно поддерживают принятие таких специальных законов, отмечая, что расширение видов деятельности, представляющих опасность для окружающих, появление «новых источников повышенной опасности, требует внесения изменений в действующее законодательство, что требует определенных финансовых затрат¹.

В настоящее время не все государства-члены приняли законодательные акты, направленные на развитие института ответственности за экологические правонарушения, и это ведет к тому, что принцип «загрязнитель платит» действует не на всей территории ЕС, и в силу этого он теряет свою эффективность. Кроме того, возникает возможность воспользоваться существующими пробелами в национальном законодательстве и избежать ответственности за ущерб окружающей среде, что, в свою очередь, влечет проблему возмещения вреда окружающей среде, причиненного прошлой хозяйственной деятельностью.

Экологические программы разрабатываются в ЕС с начала 70-х гг. прошлого века. На сегодняшний день в ЕС существует шесть природоохранных программ действия. С 1993 г. программы принимаются совместными решениями Европейского парламента и Совета и содержат обязывающие положения. Программы действий определяют приоритетные задачи в области охраны окружающей среды, содержат меры по их достижению и устанавливают сроки для реализации этих мер и, безусловно, обеспечивают единую экологическую политику стран – членов ЕС. На основе вышеназванных шести программ действий по окружающей среде были подготовлены нормативные акты ЕС по охране окружающей среды.

В Первой программе действий по окружающей среде, принятой в 1973 г.², были сформулированы основные принципы

¹ См.: Цвайгерт К., Кетц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: Т. 2. / Пер. с нем. – М.: Международные отношения, 2000. – С. 444.

² 1st Environmental Action Programme 1973-1976 //OJ C 112, 20.12.73 // <http://ec.europa.eu/environment/archives/env-act5/envirpr.htm>

экологической политики: предупреждение загрязнения или иного негативного воздействия; необходимость учета экологических требований при планировании и принятии решений; запрет природопользования, приводящего к нарушению экологического баланса; возложение на загрязнителя расходов по предотвращению и ликвидации экологически вредных последствий. Данные принципы были конкретизированы во Второй программе действий по окружающей среде¹. Именно в соответствии с этими принципами в ЕС осуществляется законодательная деятельность. В Третьей программе действий по окружающей среде (1983 г.)² был смещен акцент с контроля за загрязнением окружающей среды в сторону предупреждения экологического вреда, и в соответствии с этим принципом промышленные предприятия должны были расширить масштаб природоохранных мер, в том числе и при планировании деятельности.

Пятая программа³ ознаменовала отход от традиционной концепции защиты окружающей среды и положила начало новому видению решения экологических проблем. Концептуальной основой этой программы является идея о том, что экологические проблемы – истощение природных ресурсов, загрязнение природных объектов – являются следствием неправильного управления. Реальная проблема – это существующие в обществе модели потребления и поведения, а деградация окружающей среды служит их следствием. В программе признается, что существующие механизмы регулирования охраны окружающей среды и использования природных ресурсов являются неэффективными, и необходимо разрабатывать новые правовые и экономические инструменты, регулирующие эти отношения, обеспечивающие синтез интересов производителей и потребителей в целях рационального использования природных ресурсов и уменьшения загрязнения окружающей среды.

Основная задача данного документа заключается в решении вопроса о том, кто должен нести ответственность за причи-

¹ 2nd Environmental Action Programme 1977-1981 // OJ C 139, 13.6.77.

² 3rd Environmental Action Programme 1982-1986 // OJ C 46, 17.2.83.

³ 5th Environmental Action Programme 1993-2000 // OJ C 138, 17.5.93 // <http://ec.europa.eu/environment/archives/actionpr.htm>

нение ущерба окружающей среде, на кого лягут финансовые затраты по ее восстановлению: на налогоплательщиков или на причинителя вреда. И как приоритетный принцип ответственности был закреплен принцип «загрязнитель платит». Однако применение этого принципа по отношению к «прошлому» экологическому вреду не всегда представляется возможным. Так, определив загрязненные земельные участки в пределах стран Европейского сообщества, были выделены значительные суммы на восстановление состояния этих земель, и при этом многие страны – участницы приняли национальные законы об ответственности за ущерб окружающей среде, вследствие чего расходы по возмещению прошлого экологического вреда лягут на налогоплательщиков, поскольку реальных загрязнителей установить сложно.

Пятая программа уделила много внимания вопросам изменения климата. Она определила углекислый газ (энергетика и транспорт, промышленность), окись азота, хлористый фторуглерод (промышленность), метан как главные факторы, ответственные за изменение климата. Европейское сообщество намерено сократить выбросы от уровня 1990 г. этих газов на 8% к 2008 г. Вместе с тем, ЕС свернуло и закрыло программу научного исследования, посвященного изучению климата, поскольку обозначила ее как проблему концентрации в воздухе выше-названных веществ. В Пятой программе экологических действий впервые была изложена концепция, согласно которой загрязнение окружающей среды, истощение природных ресурсов и другие экологические проблемы обусловлены прежде всего недостатками управления, последствиями соотношения интересов производителей и потребителей с возможностями окружающей среды. Именно эти обстоятельства объясняют недостаточную эффективность существующих механизмов регулирования охраны окружающей среды, необходимость совершенствования существующих и разработки новых правовых инструментов, ведущее место среди которых должен занять институт ответственности

Шестая программа экологических действий «Окружающая среда 2010: наше будущее, наш выбор»¹ определила, что одним из приоритетов экологической политики государств – членов ЕС должно стать совершенствование экологического законодательства и обеспечение его соблюдения. Именно экологическое законодательство выступает важным инструментом в решении проблем охраны окружающей среды. К странам – нарушителям экологического законодательства, не выполняющим свои обязательства по охране окружающей среды, Европейская Комиссия будет применять соответствующие санкции.

Особое внимание в ЕС уделяется правовой охране окружающей среды от отходов производства и потребления.

Озабоченность ЕС проблемой распоряжения отходов возникла после инцидента, произошедшего в 1982 г., когда 40 бочек, содержащих высокотоксичные вещества, были с согласия итальянских властей, но вопреки Директиве 78/319 вывезены из страны, а затем исчезли. Многие государства были обеспокоены тем, что отходы могли быть тайно размещены на их территории. Позже они были обнаружены во Франции, в хранилище, владельца которого не удалось установить, затем отходы были вывезены в Швейцарию и уничтожены. Вышеназванная Директива предписывала, что отходы подлежат переработке и уничтожению на территории того государства Сообщества, где они произведены, а их экспорт допускается лишь в исключительных случаях. Государства – члены ЕС вправе запрещать вывоз отходов в другие государства-члены, а равно ввоз подлежащих уничтожению отходов из других государств-членов.

Рамочная Директива 75/442 определила в качестве приоритетной цели управления задачу предотвращения возникновения отходов, а только затем уже их использование и уничтожение; были установлены общие правила по транспортировке и утилизации отходов². Директива запрещает несанкционирован-

¹ 6th Environmental Action Programme 2001-2010 // <http://ec.europa.eu/environment/newprg/index.htm>

² Директива 75/442 /EWG Европейского Совета от 15 июня 1975 г. об отходах (Рамочная директива об отходах) // ABL L 194 от 25 июля 1975 г. – С. 47.

ное уничтожение отходов и обязывает государства – члены ЕС составлять и выполнять планы управления отходами.

Из соображений защиты окружающей среды Европейский суд признал введение залоговой системы для производства упаковок. Обязанность возврата залога за упаковочный материал (жестяные банки) не считается более помехой для торговли и не признается противоречащей праву ЕС¹.

В области контроля за производством, хранением, переработкой и утилизацией отходов следует отметить ряд важных директив ЕС.

1. Директива ЕС об опасных веществах (76/464/ЕЕС) устанавливает механизм устранения или снижения выбросов опасных веществ промышленными предприятиями, а также содержит список 1 и 2 групп и видов опасных веществ, внесение в окружающую среду которых требует предварительного разрешения от уполномоченных органов².

2. Директива ЕС 75/442/ЕЕС с поправками, внесенными Общей директивой 91/156/ЕЕС, определяет систему сбора, транспортировки и уничтожения отходов. Она требует поощрять предприятия к переработке отходов, включая их утилизацию и использование в качестве источников энергии. Где это технически и экономически невозможно – отходы промышленных предприятий должны быть захоронены методом, не приводящим к воздействию на окружающую среду³.

3. Директива ЕС о полигонах для захоронения отходов (1999/31/ЕС) определяет стандарты для функционирования полигонов. Так, предусматривается организация и мониторинг мест хранения отходов, возможность размещения на полигонах тех или иных видов отходов, установлены предварительная очистка, ограничения по размещению органических, опасных и бытовых отходов, минимальные технические требования, кото-

¹ Решение EuGH im sog. «Piandflaschen-Urteil», EuGH. Rs C-302/86/NNwZ /1989. 849. А также решение EuGH Rs C-463/91, Rs C-309/02.

² Директива 76/464/ЕВГ Европейского Совета от 4 мая 1976 г., касающаяся загрязнения вследствие выброса опасных веществ в общественные воды (Директива о водах) // ABL L 129 от 18 мая 1976 г. – С. 23.

³ Директива 75/442/ ЕВГ Европейского Совета об отходах (Рамочная директива об отходах) // ABL L 194 от 25 июля 1975 г. – С. 47.

рые должны отражаться в разрешениях, выдаваемых организациям, эксплуатирующим полигоны¹. Существующие захоронения, не соответствующие требованиям данной Директивы, подлежат приведению в соответствие с ее предписаниями.

4. Директива 2000/76 устанавливает предельные уровни выбросов в атмосферный воздух для мусоросжигательных предприятий независимо от вида перерабатываемых отходов². Она установила достаточно жесткие требования в части сжигания сельскохозяйственных отходов, которое допускается только на небольших и средних по размеру предприятиях.

5. Директива 2000/53 запрещает использование установленных ею перечня тяжелых металлов при производстве автомобилей, и предусматривает обязанность повторного использования материалов, полученных при переработке отслуживших свое автомобилей. Государства – члены ЕС должны внедрить систему обратного приема автомобилей, дающую возможность владельцу сдать автомобиль без затрат, а затем, с помощью различных способов переработки отходов, содействовать дальнейшему использованию материалов, полученных при утилизации автомобилей³.

В экологической политике ЕС наряду с ответственностью за причинение экологического вреда внимание все более акцентируется на принятии мер по его предупреждению. Придается большое значение таким организационно-правовым мерам, как экологическое нормирование, лицензирование, экологическая экспертиза, государственный экологический контроль, экологический аудит, ОВОЗ⁴, экологическая сертификация.

¹ Директива 1999/31/EG Европейского Совета от 26 апреля 1999 г. о полигоне для складирования отходов (Директива о складировании) // ABL L 182 от 16 июля 1999. – С. 1.

² Директива 2000/76 Европейского парламента и Совета от 4 декабря 2000 г. о сжигании отходов (Директива о сжигании отходов) // ABL L 332 от 28 декабря 2000 г. – С. 91.

³ Директива 2000/53/EG // ABL L 2000. L 269. – S. 34.

⁴ ОВОЗ, или оценка на окружающую среду, – процедура проверки соответствия планируемой хозяйственной деятельности требованиям экологического законодательства.

В 1982 г. была принята Директива 88/609, положения которой касались предприятий, производящих или перерабатывающих опасные химические вещества, перечисленные в приложении к Директиве¹. Предприятия были обязаны предоставлять отчет об используемых опасных химических веществах, принимаемых мерах безопасности, оценке рисков возникновения несчастных случаев, планы действий на случай возникновения аварий или иных чрезвычайных ситуаций. Возникновение чрезвычайной ситуации обязывает лицо, эксплуатирующее предприятие, извещать компетентный орган о причинах возникновения такой ситуации, а также о принятых мерах.

В 1993 г., в начале для промышленных предприятий, а затем и для других организаций, была введена добровольная процедура – экологический аудит (сокращенно именуемая EMAS)². Введение этой процедуры обязывает организации соблюдать предписания по улучшению своего экологического поведения, а аудит позволяет проверять соблюдение таких процедур.

EMAS-система конкурирует с похожей системой международной организации стандартизации (нормирования) ISO-14001. Данная система является менее требовательной с точки зрения соответствия существующим эколого-правовым нормам и не требует отчетности о состоянии окружающей среды. В большинстве государств – членов ЕС количество организаций, принимающих участие в системе ISO-14001, значительно больше, чем в EMAS-System, вероятно, потому, что преимущества требовательной и дорогой EMAS-System непосредственно не раскрываются³.

¹ Директива 88/609/EWG Европейского Совета от 24 ноября 1988 г. об ограничении вредных выбросов крупных топливных установок в воздушную среду (Директива о крупных топливных установках) // ABL L339 от 7 декабря 1988 г. – С. 1.

² EMAS, или Environmental Management and Audit Scheme, – система участия предприятий в экологическом аудите, распоряжением Европейского Парламента № 761/2001 от 19 марта 2009 г.

³ См.: *Кремер М., Винтер Г.* Экологическое право Европейского Союза / Отв. ред. д.ю.н., проф. О.Л. Дубовик. – М., 2007. – С. 69.

Директива Европейского Сообщества «Оценка воздействия на окружающую среду» (EIA)¹ 85/337/ЕЕС охватывает все новые проекты, которые могут каким-то образом повлиять на состояние окружающей среды, а при необходимости может быть применена также и к действующим объектам².

Процедура EIA дает возможность оценить возможные негативные последствия деятельности для окружающей среды и поэтому она осуществляется до выдачи разрешения на осуществление деятельности или реализации проекта. Директива подробно регламентирует процедуру проведения экспертизы, в частности, устанавливает обязанность разработчика проекта предоставить в уполномоченный орган отчет об экологическом воздействии на окружающую среду. Результаты оценки и анализа информации в ходе экспертизы должны приниматься во внимание при совершенствовании правового регулирования экологических отношений, в частности, в области снижения количества возникновения чрезвычайных ситуаций на промышленных предприятиях. В приложении к Директиве дается перечень проектов, по которым проведение экспертизы является обязательным. К ним относятся: строительство автобанов, скоростных магистралей, аэропортов, нефтеперерабатывающих станций, сооружений по переработке и хранению ядерных отходов. Такие проекты подлежат обязательной экспертизе с учетом их масштабов и расположения. Помимо проектов конкретных видов хозяйственной деятельности, в соответствии с дополнениями, внесенными в 2001 г. в эту Директиву, объектами экспертизы также являются экологические планы и программы в следующих сферах: сельское, водное и лесное хозяйство, рыболовство, энергетика, утилизация отходов и иные значимые

¹ EIA – Environmental Impact Assessment, т.е. оценка, даваемая возможному воздействию на окружающую среду реализацией запланированного промышленного проекта.

² Директива 85/337/ЕЕС Европейского Совета от 27 июня 1985 г. о контроле над экологическими последствиями хозяйственной деятельности предприятий при определенных общественных и частных проектах (Директива о контроле над экологическими последствиями хозяйственной деятельности предприятий) // ABL L 175 от 5 июля 1985 г. – С. 40.

планы в охраняемых зонах в рамках региональной политики ЕС.

Директива не устанавливает мер ответственности в случае, если экспертиза не была проведена, конкретные меры к нарушителям должны быть определены национальным законодательством государств – членов ЕС, исходя из установленных общеевропейским правом принципов действенности и соразмерности.

В ЕС существует несколько видов лицензирования. Для примера можно привести следующие виды лицензируемой деятельности: поставка пестицидов, выпуск генно-модифицированной продукции, импорт и экспорт озоноразрушающих веществ, выбросы в окружающую среду, влияющие на ее качество и т.д.

В соответствии с Директивой Совета «О единой системе предотвращения загрязнения воздуха» (96/61ЕС от 24 сентября 1996 г.) все страны – участницы должны принять меры к тому, чтобы ни один новый хозяйственный объект не вводился в действие без получения соответствующего разрешения¹.

Основная задача данного документа – обеспечение предотвращения загрязнения и осуществление контроля за загрязнением от определенных видов деятельности промышленных предприятий, перечень которых дан в приложении. В Директиве указаны меры по предотвращению или сокращению выбросов в атмосферу, сбросов в водные объекты и загрязнение земель. Основная обязанность государств – членов ЕС заключается в обеспечении работы предприятий таким образом, чтобы принимались все необходимые меры по предотвращению загрязнения окружающей среды. Указанные в приложении к Директиве предприятия должны получить разрешение на использование и осуществление выбросов в атмосферу, воду и почву. Местные органы, выдающие такие разрешения, должны ориентироваться на лучшие из имеющихся технологий. Страны –

¹ Директива 96/61ЕС Совета от 24 сентября 1996 г. об интегрированном избегании и снижении загрязнения окружающей среды (Директива о снижении ЗОС) // ABL L257 от 10 октября 1996 г. – С. 26.

участницы ЕС могут устанавливать общие для одинаковых видов предприятий условия выдачи разрешений.

В заявлении на разрешение осуществления испрашиваемого вида хозяйственной деятельности должно содержаться описание промышленного объекта, используемого сырья и энергии, источники выбросов и сбросов, а также общая характеристика предполагаемых технологий предотвращения негативного воздействия на окружающую среду, в частности, меры по предотвращению или переработке отходов. Кроме того, требуется предоставление информации о мерах по предупреждению и ликвидации аварий. Все выдаваемые лицензии должны соответствовать этим требованиям. Если осуществление проекта планируется несколькими государствами, то обязательно должна быть достигнута договоренность о защите атмосферного воздуха, водных объектов и земли. В решении обязательно устанавливаются предельно допустимые нормы выбросов и сбросов с указанием их характера, а также способность перенесения вредных веществ из одной природной среды в другую.

Исходя из технических характеристик объекта, его местоположения и конкретных природных условий в разрешениях могут устанавливаться особые меры в целях защиты земель и подземных вод, а также обращения с отходами. Во всех случаях лицензия должна содержать положения о минимизации трансграничного загрязнения.

В лицензии устанавливаются конкретные методики проведения и частота взятия проб и проведения замеров, процедуры оценки результатов, а также обязательство предоставлять соответствующим государственным органам требуемые данные по осуществляемой деятельности. Национальное законодательство стран ЕС может содержать требования о включении иных положений в лицензии при условии соблюдения основных требований Директивы.

В случаях, когда на предприятиях технически невозможна безотходная деятельность, уничтожение отходов должно осуществляться без ущерба для окружающей среды. Предприятия обязаны также использовать энергоресурсы рационально и эффективно, принимать меры по предотвращению аварий. При закрытии предприятий необходимо принимать меры, с тем что-

бы не допустить загрязнения окружающей среды и обеспечить восстановление земель.

В целях предотвращения загрязнения окружающей среды в Директиве в качестве важнейших методов рассматривается мониторинг состояния окружающей среды и периодическая отчетность о состоянии окружающей среды. В соответствии с Директивой государства-члены должны докладывать о выбросах около 80 вредных веществ более чем 20 000 предприятий. Комиссия публикует эти данные в форме европейского списка выбросов, так что каждый проживающий на соответствующей территории может узнать о вредных выбросах расположенных там предприятий

Вышеназванная Директива закрепляет обязательство стран – участниц ЕС доводить до населения информацию о планируемой хозяйственной деятельности или о существенных изменениях в работе хозяйственных объектов. Окончательное решение и данные мониторинга подлежат обязательному опубликованию. Кроме того, каждые три года Комиссией должны публиковаться сведения об основных выбросах, сбросах и их источниках.

Вероятность, что планируемый объект окажет существенное негативное воздействие на окружающую среду другого государства, позволяет последнему требовать предоставления информации, которая содержится в лицензии.

Право на обращение в Европейский Суд Правосудия (ЕСП) предоставлено государствам-членам ЕС и европейским институтам, частные же лица имеют ограниченный доступ к ЕСП для защиты нарушенных прав, в том числе и на благоприятную окружающую среду.

Так, гражданину – жителю атолла Муруроа Европейский суд отказал в обжаловании французских испытаний атомной бомбы, поскольку это одинаковым образом затрагивало всех жителей атолла¹. Для правомерного обжалования в соответствии с требованиями Европейского Суда Правосудия необходимо доказать, что затронуты и ущемлены права конкретного лица (непосредственно и индивидуально). Вместе с тем, Директи-

¹ EuGH. Rs T-219/95R (Danielsson) Sig 1995, II-3051.

ва 2003/4/ЕС предусмотрела возможность подачи жалоб общественными объединениями в рамках Директивы по контролю за экологическими последствиями хозяйственной деятельности и Директивы по интегрированному предупреждению и понижению загрязнения окружающей среды. Общественные объединения имеют право на обращение в суд в случае установления нарушений предписаний Сообщества по контролю за экологическими последствиями хозяйственной деятельности или нарушением стандартов. Кроме того, общественные объединения имеют право обжаловать нарушения со стороны органов ЕС по реагированию на вред окружающей среде.

Раздел 12

ЕВРОПЕЙСКИЙ СУД ПРАВОСУДИЯ

§ 1. Общая характеристика Европейского Суда Правосудия

Европейский суд правосудия (European Court of Justice – далее – ЕСП), именуемый также Судом Правосудия Европейских сообществ (Court of Justice of the European Communities), или просто Судом, олицетворяет судебную власть в ЕС. Он, как и другие институты ЕС, – Европейский парламент, Европейский совет, Совет, Европейская комиссия, Европейский центральный банк и Счетная палата (п. 1 ст. 13 Консолидированной версии Договора о Европейском Союзе¹), входит в образуемый ими институциональный механизм (institutional framework), который призван продвигать ценности Союза, действовать достижению целей, ради которых создан Союз, служить интересам Союза, его граждан и стран – участниц ЕС и обеспечивать слаженность, эффективность и преемственность политик и действия других элементов названного механизма.

Свое происхождение он ведет от трех наднациональных судебных органов, учрежденных в 1950 г. для каждого из трех Европейских сообществ: Европейского объединения угля и ста-

¹ Consolidated versions of the Treaty on European Union and the Treaty on the functioning of the European Union (OJ C115, 9.5.2008) // <http://eur-lex.europa.eu/> Консолидированная версия содержит текст Договора о ЕС (Treaty on European Union) и Договора о функционировании ЕС (Treaty on the Functioning of the European Union), приложений и протоколов в редакции с учетом изменений, последовавших за принятием текста Лиссабонского договора (Treaty of Lisbon), подписанного 13 декабря 2007 г.

ли, Европейского экономического сообщества и Европейского объединения по атомной энергии. Задачей названных судов являлось обеспечение соблюдения в Сообществах положений, закрепленных договорами об их создании, а также единообразного толкования и применения этих положений.

В 1958 г. на основе этих судов был организован единый суд, призванный обслуживать все три европейских объединения, получивших впоследствии название ЕС. В этой связи отмечалось, что новый орган действовал до определенного времени в качестве суда первой (и последней) инстанции, контролируя соблюдение норм права Сообществ, и, в случаях необходимости, – толкования и применения его отдельных положений¹, причем толкование юридических правил Сообществ не могло зависеть от содержания и смысла каких-либо норм национального права любой из стран-участниц².

В специальной литературе отмечается³, что Суд ЕС выполняет разнообразные функции, выступая в роли конституционного, административного, гражданского суда, суда по трудовым спорам и т.д., а его решения, имеющие силу прецедента, входят в число источников ЕС – так называемого «вторичного права».

Отсюда разнообразна и правотворческая роль ЕСП: она осуществляется не только при рассмотрении дел, но и в ходе реализации контрольных функций, а также преюдициальной компетенции. При этом специфика судебного нормотворчества состоит в том, что оно осуществляется в процессе правоприменения⁴.

В состав Суда входят *судьи* (judges) – по одному судье от каждой страны-участницы, таким образом, все 27 стран –

¹ См.: *Rideau Joel*. Droit institutionnel de l'Union et des Communautés Européennes. 2nde ed. P.: L. C. D. J., 1996. – P. 136.

² Ibid. – P. 143.

³ См., например: *Энтин М.Л.* Суд Европейских Сообществ: Правовые формы обеспечения западноевропейской интеграции. – М., 1987.

⁴ См.: *Муромцев Г.И.* Источники права ЕС // Право Европейского Союза: правовое регулирование торгового оборота: Учеб. пособие / Под ред. В.В. Безбаха, А.Я. Капустина, В.К. Пучинского. – М.: ЗЕРЦАЛО, 2000. – С. 53.

участниц ЕС имеют своего представителя в Суде, и *генеральные адвокаты* (advocates-general) в количестве 8 членов, роль последних состоит в предоставлении обоснованного мнения (reasoned opinion) по делам, находящимся на рассмотрении Суда. Им надлежит делать это публично и беспристрастно. Для целей повышения эффективности работы судьи почти никогда не заседают полным составом, но чаще – «Большой палатой» ('Grand Chamber') в составе 13 судей или коллегиями по 5 или 3 судей. И судьи, и генеральные адвокаты – это лица, чья беспристрастность не подлежит сомнению (beyond doubt). Они также должны соответствовать требованиям, устанавливаемым статьями 253 и 254 Договора о функционировании ЕС (п. 2 ст. 19 Договора о ЕС), и должны обладать квалификацией или быть компетентны для целей назначения и отправления высоких судебных должностей в странах, назначивших их. Они назначаются в ЕСП по соглашению правительств стран-участниц на 6-летний срок и могут быть переизбраны¹.

Долгое время Суд европейских сообществ являлся единственным судебным институтом европейских объединений. Количество поступающих на рассмотрение дел было небольшим, и он оперативно справлялся с их разрешением. Однако постепенно ситуация изменилась. Так, если за весь 1957 г. Суд вынес 4 решения, 10 лет спустя – 24, а в 1977 г. число вынесенных решений достигло 100, а в 1987 г. – 208. Возрастание нагрузки потребовало соответствующих реформ: на основании поправок, внесенных в учредительные договоры в 1986 г., был создан второй судебный орган Сообщества – Трибунал первой инстанции (Суд первой инстанции по терминологии англоязычных ученых и практиков)², в юрисдикцию которого перешли дела по жалобам физических и юридических лиц на действия (бездействия) институтов и органов ЕС, а также служебные споры –

¹ См.: *Безбах В.В., Пучинский В.К.* Европейский суд правосудия // *Право Европейского Союза: правовое регулирование торгового оборота: Учеб. пособие* / Под ред. В.В. Безбаха, А.Я. Капустина, В.К. Пучинского. – М.: ЗЕРЦАЛО, 2000. – С. 205, 206; *The Court of Justice* // http://europa.eu/institutions/inst/justice/index_en.htm

² Его решения, в отличие от решений ЕСП, источником права не являются. – См.: *Муромцев Г.И.* Цит. соч. – С. 53.

споры, возникающие в связи с прохождением гражданской службы Европейских сообществ¹.

Согласно положениям ст. 19 Договора о ЕС, ЕСП (The Court of Justice of the European Union) состоит из Суда Правосудия (the Court of Justice), Общего суда (the General Court) и специализированных судов (specialised courts). Ему надлежит обеспечивать состояние, при котором при толковании и применении учредительных договоров (the Treaties) соблюдается право Сообществ. Страны-участницы должны предусматривать такие меры, которые будут достаточными для обеспечения эффективной правовой защиты в сферах правового регулирования, отнесенных к компетенции Союза. Согласно положениям учредительных договоров ЕС, ЕСП правомочен: 1) рассматривать и разрешать дела, представленные на его рассмотрение страной – участницей ЕС, институтом ЕС, физическим или юридическим лицом; 2) по обращениям судов или трибуналов стран-участниц выносить предварительные постановления (preliminary rulings) относительно толкования положений права ЕС либо действительности актов, принимаемых институтами ЕС; 3) рассматривать и разрешать иные дела, отнесенные к его компетенции положениями учредительных договоров ЕС (п. 3 ст. 19).

Иными словами, ЕСП выполняет роль окончательного арбитра в вопросах применения правовых актов, регламентирующих экономическую и политическую интеграцию Западной Европы конца XX в. Так, Суд осуществляет проверку и надзор за тем, каким образом осуществляется толкование и применение законодательства ЕС всеми странами-участницами интеграционного объединения, с тем чтобы закон был одинаков (equal) для всех. ЕСП следит, в частности, за тем, чтобы национальные суды не выносили разнонаправленных решений по однородным, одинаковым вопросам и вправе объявлять недействительными (to invalidate) национальные нормативные акты государств-членов, если они противоречат актам ЕС.

¹ См.: Право Европейского Союза: Учеб. пособие / С.Ю. Кашкин [и др.]; отв. ред. С.Ю. Кашкин. – М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2008. – С. 101, 102.

ЕСП также осуществляет проверку и надзор за тем, соблюдают ли страны-участницы и институты ЕС то, что предписывает правопорядок и право ЕС. В этом формате ЕСП компетентен разрешать споры между странами-участницами, институтами ЕС, юридическими и физическими лицами. Наиболее распространены в практике дела, связанные со спорами между странами – участницами ЕС по вопросам торговли, антимонополистического и экологического регулирования.

ЕСП осуществляет также надзор за актами, принимаемыми исполнительными учреждениями ЕС, – *Комиссией*, которой надлежит содействовать проведению в жизнь общих интересов Союза и предпринимать для этого соответствующие инициативы под контролем ЕСП (п. 1 ст. 17 Договора о ЕС) и *Советом*. ЕСП не вправе, однако, касаться вопросов общей внешней политики и политики в сфере обеспечения безопасности, подлежащим особым правилам регулирования и процедурам, которые принимаются единогласно Европейским советом и Советом, если иное не предусмотрено учредительными договорами. Исключение составляют его правомочия в сфере осуществления мониторинга их соответствия положениям статьи 40 Договора о ЕС и проверки законности некоторых решений в соответствии с положениями п. 2 статьи 275 Договора о функционировании ЕС (п. 1 ст. 24 Договора о ЕС)¹.

Кроме того, Суд рассматривает споры между частными лицами по поводу возмещения убытков, наступивших в результате действий со стороны учреждений ЕС, а также занимается закреплением принципов права, общих для всех стран – участниц ЕС, источником которых сам Суд признает конституционные традиции государств – членов ЕС, Европейскую конвенцию прав человека и другие международно-правовые акты².

¹ Система судебного надзора, предусматривавшаяся ст. 173 и 175 Римского договора, построена по моделям французского права. Так, ст. 173 позволяла ЕСП оценивать нормотворческую деятельность названных учреждений в плане проверки действительности издаваемых актов, а ст. 175 упреждала ЕСП устанавливать, не уклоняются ли органы ЕС от нормотворческой деятельности в случаях, когда они обязаны ее осуществлять.

² Муромцев Г.И. Цит. соч. – С. 47.

В общем виде можно заключить, что в зависимости от поданных в ЕСП исков можно выделить два вида судебных решений этого суда:

– *решения по так называемым прямым искам*, которые предъявляются непосредственно в ЕСП;

– *решения по искам*, предъявляемым в национальных судах, по которым в Суд поступает просьба *о рассмотрении дела в преюдициальном порядке*¹.

В первом случае судебная процедура ясна: иск представлен в ЕСП и решение по нему также выносится там же; во втором случае процедура иная – ЕСП не выносит в полном смысле решение по делу, решение выносит национальный суд, учитывая соответствующие положения права ЕС, истолкованные ЕСП. Процессуальные действия производятся не с целью рассмотрения спора между сторонами; ЕСП видит свою задачу в оказании помощи национальному суду, т.е. стороны спора не могут взять на себя инициативу по обращению в ЕСП, – и это действие выполняет национальный суд, направляя на рассмотрение в Суд ЕС специфические вопросы. Таким образом, «происходящее в Суде ЕС – только фрагмент слушания в национальном суде»². Примерно половина дел, которые рассматриваются в Суде ЕС, – это дела из прямых исков.

ЕСП, как один из органов судебной власти ЕС, действует на основании Статута Суда 2001 г.³, выступающего основным источником нормативных предписаний, закрепляющих внутреннюю организацию и порядок функционирования судебной

¹ К преюдиции, т.е. обязательности решения одного суда для другого суда, ведет последовательное применение презумпции истинности приговора или решения суда. Придание преюдициальной силы фактам, установленным приговором или решением суда, влияет на доказывание по другим делам, где эти факты фигурируют как уже доказанные.

² Хартли Т. Основы права Европейского Сообщества. – М., 1998. – С. 77.

³ Statute of the Court of Justice // <http://www.jusline.net>

На русском языке см.: Протокол об Уставе Суда Европейского экономического сообщества // Право Европейского Союза: правовое регулирование торгового оборота: Учеб. пособие / Под ред. В.В. Безбаха, А.Я. Капустина, В.К. Пучинского. – М.: ЗЕРЦАЛО, 2000. – С. 381-389.

власти ЕС. Его нормы распространяются также и на Трибунал первой инстанции.

Действующий Статут Суда включает в себя пять разделов¹: раздел I «Статус судей и генеральных адвокатов» (ст. 2-8); раздел II «Организация» (ст. 9-18); раздел III «Процедура» (ст. 19-46); раздел IV «Трибунал первой инстанции Европейских сообществ» (ст. 47-62); раздел V «Заключительные положения» (ст. 63-64)².

§ 2. Принципы, закрепляемые Европейским Судом Правосудия в области правового регулирования отношений в сфере гражданского и торгового оборота

Значение принципов, закрепляемых ЕСП в сфере регулирования отношений, возникающих в связи с предпринимательской деятельностью, требует некоторых предварительных замечаний. Суть их сводится к тому, что функционирование Суда, как и всех учреждений Сообщества, должно отвечать общим принципам права, обладающим верховенством по отношению к актам, издаваемым органами Сообщества (*droit communautaire derive*)³. Так, принципы, общие для всех правовых систем, подлежат применению и в рамках права Сообщества.

В частности, ЕСП основывал и основывает свои решения на таких идеях, как добросовестность (*bona fides*)⁴, юридическая защищенность (*le principe de la securite juridique*)⁵, осуществление права на самооборону (*le principe du respect de droits de defense*)⁶.

¹ Ст. 1 имеет вводный характер и не входит ни в один из разделов.

² Подробнее о становлении и развитии Европейского суда правосудия см.: *The origins and development of the Court of Justice as an institution, part-1, part-2* // <http://www.justice.eu/the-origins-and-development-of-the-court-of-justice-as-an-institution-part-1-and-part-2/>

³ См.: *Dictionnaire juridique des Communautés europeennes*. P.: PUF, 1993. P. 858.

⁴ См., например, решение по делу *SNUPAT v. H. A. CECA* [Case 42/59].

⁵ См., например, решение по делу *Neumann v. Frankfurt Main* [Case 17/67].

⁶ См., например, решение по делу *Commission v. Italie* [Case 7/69].

В то же время право Европейского Союза не распространяет на интегрированное экономическое пространство некоторые начала международного публичного права, не учитывающие специфики созданного в рамках ЕС правопорядка (*ordre juridique communautaire*). В частности, в ряде решений Суд отринул такие идеи, как «*le droit de se faire justice a soi-meme*»¹, взаимность (*le principe de reciprocite*)², эстоппель (*le principe de l'utilisation de l'estoppel*)³.

Деятельность ЕСП позволила систематизировать и обеспечить единое толкование ряда принципов, заложенных в договорах, составляющих основу Европейского Союза. В их числе обычно указывают: принцип свободного обращения товаров в рамках Сообщества (*le principe de libre circulation de marchandises*)⁴, принцип солидарности между государствами-членами [ЕС] (*principe de solidarite entre les Etats membres*)⁵, принцип предпочтения интересов Сообщества (*le principe de preference communautaire*)⁶ и др.

На фоне таких общих начал развивалась деятельность ЕСП по закреплению принципов, вытекающих из права Сообщества и обязательных не только для органов Сообщества, но также и для стран-участниц, а в некоторых случаях и для частных лиц. Их относят к сфере так называемой «коммунитарной юриспруденции», «юриспруденции Сообщества» (*la jurisprudence communautaire*). Это довольно многочисленная группа принципов, среди которых можно выделить следующие:

1) право свободного осуществления экономической деятельности (*Eridiana v. Ministre de l'Agriculture et des Forets* [Case 230/78]);

2) неприкосновенность права собственности с учетом ограничивающих ее правовых положений (*Liselotte Hauer v. Land Rhein-land-Pfalz* [Case 44/79]);

¹ См.: *Commission v. Luxembourg & Belgique* [Cases 90/63, 91/63].

² См.: *Commission v. Italie* [Case 52/75].

³ См.: *Boizard v. Commission* [Cases 63/79, 64/79].

⁴ См.: CJCE, arret du 1er juillet 1969. Цит. по: *Rideau Joel*. Op. cit. – P. 145.

⁵ См.: *Commission v. Italie* [Case 39/72]. Ibid.

⁶ См.: CJCE, arret du 13 mars 1968, *Beus v. Hauptzollamt Munich* [Case 5/67]. Ibid. P. 154.

3) учет состояния крайней необходимости при оценке экономического поведения (*Valsabbi v. Commission* [Cases 154/79, 205/78, 226-228/78, 263-264/78, 31/79, 39/79, 83/79, 85/79]);

4) допустимость уступки прав (*Birra Wurrer et a. v. Conseil* [Cases 256/80, 257/80, 265/80, 267/80, 5/81, 51/81, 282/82]);

5) пропорциональность, вытекающая из положений п. 3 статьи 3В Договора об образовании Европейского Союза, в соответствии с которыми органы ЕС или страны-участницы при достижении своих целей не должны выходить за рамки, уместные и необходимые для такого достижения (*Case Sagulo*, 8/77; *ADM Oelmiillen v. Balm* [Case C-339/92]; *Antonio Crispoltoni v. Fattoria autonoma Tabacchi Giuseppe Natale et Donatab Sri* [Cases C-133/93, C-300/93, C-362/93]).

Европейский суд в ходе закрепления названных и иных принципиальных положений, призванных служить основой регулирования взаимоотношений между предпринимателями и органами Сообщества, отказывается признавать такие общие положения, которые позволяли бы национальным органам под предлогом устранения несправедливости уклоняться от применения норм права Сообщества. Такой подход отражен и в имеющейся практике Суда (*Balkan v. Hauptzollamt Berlin-Packhof* [Case 118/76]).

С другой стороны, общие принципы справедливости применяются Судом при обосновании собственных решений, как это имело место в деле о взыскании возмещения за причиненный ущерб (*Costacurta v. Commission* [Case 31/75]). Имеются в практике Суда и иные примеры отказа от некоторых иных общих правовых положений, в частности, от принципа, не допускающего свидетельствования против самого себя. Этот принцип не признается Судом в качестве общего для права Сообщества, если его применение служит выгоде юридического лица, либо способно нарушить нормальную организацию экономических отношений, особенно в сфере конкуренции (*Orkem v. Commission* [Case 374/87]). Так, ЕСП выступает важным органом Сообщества, эффективно содействующим реализации концепции «европейского права», отражающей федералистские и

наднациональные теории европейской интеграции,¹ а равно усиление унификации национального права стран – участниц Европейского Союза.

§ 3. Право на обращение в ЕСП

Первоначально положения статьи 173 Римского договора ограничили круг лиц, которые вправе предъявлять иски в ЕСП. Это были: страны-участницы, Совет, Комиссия, а при определенных обстоятельствах – частные лица. Страны – участницы ЕС, Совет и Комиссия считались «привилегированными заявителями исков» (*privileged applicants*). Только они были прямо упомянуты в п. 1 статьи 173 Римского договора в качестве имеющих право начинать дела в ЕСП; Парламенту такое право не было предоставлено, хотя он и мог вступить в уже возникший процесс (*allowed to intervene*). Однако в деле *Parliament v. Council (Chernobyl)* (Case C-70/88) ЕСП пришел к выводу, что Парламент должен обладать ограниченными правами на предъявление исков в случаях, когда речь идет о защите его собственных полномочий.

При разработке и принятии Договора об образовании ЕС произошло изменение прежней редакции статьи 173 Римского договора: страны – участницы ЕС, Совет и Комиссия приобрели право предъявлять иски «в связи с отсутствием компетенции (*incompetence*), нарушением существенного процедурного требования» (*vice de forme*), нарушением Договора о ЕС (*violation de la loi*) или «в связи со злоупотреблением властью» (*detournement de pouvoir*). Право на предъявление исков «с целью защиты своих интересов (прерогатив)» также приобрели Счетная Палата и Европейский центральный банк².

¹ См.: Костин А.А., Яфаев А.И. Организационно-правовой механизм Европейского экономического сообщества // Гражданское, торговое и семейное право капиталистических стран. Законодательство о компаниях, монополиях и конкуренции / Под ред. В.К. Пучинского, М.И. Кулагина. – М.: Изд-во УДН, 1987. – С. 227.

² См.: Родионова Ю.М. Компетенция Европейского Суда Правосудия // Сравнительное право и проблемы частноправового регулирования: Материалы научной конференции кафедры гражданского и трудового права

Что касается частных лиц – физических и юридических, то они вправе предъявлять иски лишь в случаях, когда обжалуемое ими решение адресовано непосредственно к ним (акт применения права) либо когда регламент (нормативный акт) или решение, адресованное иным лицам, прямо или косвенно затрагивают их интересы.

Большинство исковых заявлений, обжалующих в ЕСП решения органов ЕС ввиду нарушения интересов частных лиц, связано с конкурентным регулированием. Трудности ответа на вопрос, подлежит ли рассмотрению заявление частного лица или нет, возникают преимущественно, когда объектом спора выступает акт, адресованный не заявителю, а иному лицу. Суд руководствуется в таких случаях двумя критериями:

а) критерием надлежащей формы;

б) критерием прямой и личной заинтересованности заявителя.

Критерий надлежащей формы (the measure being equivalent to a decision) означает, что решение или регламент, сформулированные «надлежащим образом» (true regulation), обжалованию не подлежат. Фактически речь идет о разграничении таких актов:

а) на нормативные акты, действие которых распространяется на неопределенный круг субъектов, и б) акты применения права, касающиеся только конкретного лица или группы лиц (disguised regulation), которые можно обжаловать.

Недопустимость оспаривания частными лицами нормативных актов органов ЕС («true regulations») сформулирована ЕСП в решении по делу *Calpack* (Case 789/89). Примером признания регламента в качестве акта применения права («disguised regulation») служит дело *International Fruit NV v. Commission* (No. 17 (Cases 41, 42, 43, 44/1970)). Следует отметить известную условность данного критерия, поскольку практике известны документы с так называемыми «гибридными» свойствами, т.е. объединяющие элементы и нормативного акта, и акта примене-

ния права. Это было раскрыто судом в некоторых делах (*Japanese Ball Bearings Cases* [Cases 113, 118, 119, 120, 121/77])¹.

Критерий прямой и личной заинтересованности заявителя (the measure being of direct and individual concern to the applicant) имеет место в случаях, когда:

а) правовое положение истца определено непосредственно в тексте обжалуемого акта без последующей имплементации в соответствующей стране-участнице (прямая заинтересованность – *direct concern*);

б) обжалуемый акт не упоминает заявителя, но затрагивает его точно так же, как если бы он был адресован непосредственно ему лично или в составе иных субъектов (личная заинтересованность – *individual concern*).

Установить наличие прямой заинтересованности в конкретной обстановке не всегда просто. Так, большинство предпринимателей-импортеров не считались в контексте положений статьи 173 Римского договора непосредственно затрагиваемыми актами, регламентирующими импортные сделки. Однако в начале 1980-х гг. ЕСП своим постановлением определил, что акты, предусматривающие антидемпинговые меры, способны повлиять на интересы импортеров (*Extramet Industry S. A. v. Council* [Case C-358/81]).

В настоящее время, как указывалось выше, согласно положениям учредительных договоров ЕС, ЕСП правомочен рассматривать и разрешать дела, представленные на его рассмотрение страной – участницей ЕС, институтами ЕС (Union's institutions), физическим или юридическим лицом (п. 3 ст. 19 Договора о ЕС).

Следует отметить, что к числу *институтов* ЕС относятся согласно положениям п. 1 статьи 13 Договора о ЕС, Европейский парламент, Европейский совет, Совет, Европейская комиссия, Европейский центральный банк и Счетная палата. В этой связи указывается, что *институты* образуют центр, ядро организационного механизма ЕС. Остальные его элементы обозначаются в праве ЕС термином «орган». Органы ЕС часто носят

¹ См.: *Kent P. Law of the European Union*, 2nd ed. – Glasgow: Pitman Publishing, 1996. – P. 70.

вспомогательный и/или консультативный характер; многие органы учреждены институтами Союза, состоят при них или являются их структурными подразделениями – это, например, Омбудсман ЕС, Европейский инвестиционный банк и Европейский центральный банк и др. Поэтому в учредительных договорах можно встретить выражение «институты и органы»¹. Главным отличительным признаком института как особого органа Союза является наличие у него властных полномочий, права самостоятельно (или совместно с другими институтами) принимать решения, имеющие юридически обязательную силу для стран-участниц, граждан и юридических лиц².

Для иллюстрации подходов ЕСП и его выводов по поставленным проблемам целесообразно привести некоторые дела из его практики. Так, например, в одном из рассмотренных дел торговое товарищество, занимающееся импортом зерновых, обратилось к правительству Германии с просьбой о предоставлении лицензии на ввоз зерна из Франции в Германию. Германское правительство в лицензии отказало, затем Комиссия ЕС своим решением подтвердила правомерность отказа. Возник вопрос, можно ли обжаловать в ЕСП решение Комиссии. Суд нашел, что обстоятельства дела отвечают критерию личной заинтересованности заявителя, поскольку отказ затрагивает только его самого (*Toepfer KG v. Commission* [Cases 106, 107/63]).

В другом деле компания, специализирующаяся на крупных импортных закупках цитрусовых плодов, направила германскому правительству просьбу об уменьшении таможенных импортных сборов, но получила отказ со ссылкой на адресованное Германии решение Комиссии ЕС, запрещающее снижать таможенные сборы на цитрусовые, ввозимые из-за пределов Сообщества. Компания обратилась в ЕСП. Суд нашел, что у заявителя нет права на иск (*locus standi*), поскольку решение Комиссии касается любых импортеров. Заявителю надлежало доказать, что отказ адресован только ему лично в силу причин,

¹ См.: Право Европейского Союза: Учебник для вузов / Под ред. С.Ю. Кашкина. – М.: Юристъ, 2002. – С. 227-229.

² См.: Четвериков А.О. Основные органы Европейского Союза (конституционно-правовой аспект): Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – М., 1999 // http://www.eulaw.edu.ru/documents/avtoref/tchetverikov.htm#_edn5#_edn5

относящихся исключительно к нему одному, а не вследствие лишь его принадлежности к потенциальным импортерам данного товара (*Plaumann & Co. v. Commission* [Case 25/62]).

Еще пример – дело *Spijker Kwasten NV v. Commission* (Case 231/82). Заявитель обратился к голландскому правительству за лицензией на ввоз китайских щеток. Вскоре после этого обращения Комиссия разрешила правительству Голландии запрещать ввоз таких щеток, что послужило мотивом для отказа в ходатайстве. Отклоняя жалобу на отказ, ЕСП констатировал: решение Комиссии не имело в виду исключительно личность и интересы заявителя.

Но есть постановления ЕСП несколько иного содержания. Так, торговое товарищество, производящее на экспорт хлопковую пряжу, обжаловало в Суде адресованное французскому правительству решение Комиссии, позволяющее облагать импортными таможенными сборами греческую хлопковую пряжу. Позиция ЕСП была следующей: хотя решение распространялось на неопределенный круг лиц, т.е. имело статус нормативного акта, оно, тем не менее, нарушало личные интересы предпринимателей, которые являлись участниками подлежащих исполнению договоров, заключенных до принятия решения (*AE Piraiki-Patriki v. Commission* [Case 11/82]).

Есть также постановления Суда, констатирующие наличие индивидуальных интересов применительно к тем регламентам (true regulation), которые были приняты в момент, когда упоминаемые в них товары уже находились в пути следования (*Sofrimport v. Commission* [Case C-152/88]).

В конечном счете, общий обзор многолетней практики ЕСП по делам, где заявителями выступали частные лица, позволяет обнаружить наличие тенденции к сокращению возможностей возбуждения такого рода процессов путем ограничительного толкования категории индивидуальных интересов, затрагиваемых различными актами органов ЕС.

В п. 3 статьи 173 Римского договора срок *исковой давности* по делам о признании недействительными актов органов Сообщества был определен в два месяца, это положение не изменилось и по сей день. Течение этого срока начинается: (1) с момента опубликования акта, либо (2) уведомления о нем зая-

вителя, либо, при отсутствии такого уведомления, (3) когда о принятии акта стало известно заявителю (например, Европейская комиссия разрешает слияние двух компаний, а третья компания-конкурент, узнав о решении Комиссии, оспаривает его в судебном порядке).

Применительно к первому случаю, поскольку статья 191 Римского договора требовала публикации всех регламентов, то срок исковой давности по требованиям о признании их недействительными отсчитывался с даты опубликования. Для директив и решений срок начинал течь с даты уведомления о них.

Продление двухмесячного срока давности допускалось лишь в случаях, когда подлежит учету удаленность резиденции заявителя от места нахождения Суда (для Англии, например, такое продление не может превышать 10 дней)¹.

В Римском договоре предусматривался случай, когда иски о признании недействительными актов органов Сообщества могут предъявляться и по истечении установленного для них срока давности. Речь шла об актах, недействительность которых подлежит установлению по мотивам их незаконности (*exception d'illegalite*). Такие иски предъявлялись в порядке статьи 184 Римского договора. Она закрепляла возможность предъявления иска «любой стороной», если речь шла о нормативных актах (регламентах), принятых Советом или Комиссией, и дело возбуждалось по основаниям, указанным в п. 1 статьи 173, с тем чтобы просить Суд о признании таких актов не подлежащими применению. Отметим в этой связи, что хотя в статье 184 в качестве обжалуемых актов упоминались только регламенты, логика подхода, закрепленного в статье 173 и отдающего содержание предпочтение перед формой, предполагает допустимость обжалования и иных актов. Этой логике, по всей видимости, следовал и Суд в деле *Simmenthal SpA v. Commission* (Case 92/78). Речь в нем шла об общем приглашении к участию в тендере, которое послужило основанием адресованного итальянскому правительству решения, в котором заявитель был непо-

¹ Практике ЕСП известен случай, когда дело было принято к рассмотрению по истечении установленного давностного срока: *Commission v. French Republic* (Cases 6, 11/69). – См.: *Kent P. Law of the European Union*, 2nd ed. – Glasgow: Pitman Publishing, 1996. – P. 71.

средственно заинтересован, – Суд отменил решение по основаниям ст. 184.

Необходимо подчеркнуть в этой связи, что незаконность акта сама по себе не может служить самостоятельным основанием для предъявления иска; ссылка на нее возможна лишь в ходе рассмотрения дела, уже принятого Судом к производству. Именно такое процессуальное понимание ссылки на незаконность зафиксировано в решении Суда по делу *Wohrmann v. Commission* (Cases 31, 33/62).

Возражения посредством ссылки на незаконность в порядке статьи 184 могли исходить как от заявителя, так и от ответчика при условии наличия прямой юридической связи между актом, затрагивающим заявителя, и мерами, рассматриваемыми в судебном заседании.

Что касается *locus standi*, то, как уже отмечалось, право на иск признавалось в статье 184 за «любой стороной». Некоторые исследователи выражали в этой связи сомнения в том, распространяется ли подобная формула на учреждения Сообщества¹. Этот вопрос поднимался в ряде дел, в частности, в *Italy v. Council and Commission* (Case 32/65) и *Commission v. Belgium* (Case 156/77).

§ 4. Рассмотрение в ЕСП исков против стран – участниц ЕС о невыполнении принятых на себя обязательств (иски по обеспечению принудительного исполнения)

Как указывалось выше, как правило, правомочие привлекать страны-участницы к ответственности перед ЕСП реализует Европейская комиссия (ст. 226 Договора о ЕС). Также с таким иском может обратиться и страна – участница ЕС, если считает, что имеет место нарушение обязательств со стороны какого-либо из участников учредительных договоров Европейского Союза. Такое положение вещей позволяет говорить о наличии в ЕС важного средства контроля за соблюдением договоров о создании ЕС.

¹ См.: *Kent P.* Op. cit. – P. 76.

Перед подачей иска в ЕСП необходимо соблюсти специальную предварительную процедуру, в рамках которой после того, как страна-участница разъяснила свою позицию, Комиссия представляет свое заключение. Если страна-участница отказывается принять необходимые меры в соответствии с данным заключением, Комиссия или другая страна – участница ЕС подает иск в ЕСП¹.

В качестве примеров данного вида прямых исков могут служить следующие два дела, рассмотренные Судом ЕС. Так, обстоятельства дела C-172/98 «Комиссия ЕС против Королевства Бельгии»² таковы. П. 1 статьи 6 Договора о ЕС запрещает любую дискриминацию, основанную на национальной принадлежности. Согласно статье 1 закона Бельгии от 25 октября 1919 г. и статье 26 закона Бельгии от 27 июня 1921 г. для образования в Бельгии юридического лица в форме ассоциации необходимо наличие определенного количества ее членов, являющихся бельгийскими гражданами. Поскольку данное положение противоречит статье 6 Договора о ЕС решением Суда ЕС от 29 июня 1999 г., Бельгия признана не выполнившей свои обязательства по приведению национального законодательства в соответствие с законодательством ЕС.

В деле C-416/97 «Комиссия ЕС против Итальянской республики»³ Комиссия ЕС предъявила иск Итальянской республике, которая не выполнила своих обязательств по приведению в соответствующие сроки своего национального законодательства в соответствие с Директивой Совета ЕС № 93/119 от 21 декабря 1993 г. по защите животных и Директивой Комиссии ЕС № 74/63 от 22 апреля 1994 г., дополняющей Директиву Совета ЕС № 74/63 по использованию продуктов и заменителей в питании животных. Решением Суда ЕС от 21 января 1999 г. Ита-

¹ Подробнее об этом см., например: Право Европейского Союза: Учеб. пособие / С.Ю. Кашкин [и др.]; отв. ред. С.Ю. Кашкин. – М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2008. – С. 105, 106.

² Aff. C-172/98. Les activités de la Cour de Justice et du Tribunal de 1^{er} instance des Communautés Européennes. – Luxembourg. – № 18/99. – P. 8-9. Это и следующее решение цит. по: Родионова Ю.М. Цит. соч.

³ Aff. C-416/97. Les activités de la Cour de Justice et du Tribunal de 1^{er} instance des Communautés Européennes. – Luxembourg. – № 11/99. – P. 4-6.

лия обязана привести свое национальное законодательство в соответствие с указанными директивами.

§ 5. Рассмотрение в ЕСП исков об аннулировании актов органов и институтов ЕС

В п. 1 статьи 173 Римского договора (а ныне – в ст. 230 Договора о ЕС) полномочия ЕСП в отношении проверки издаваемых органами Сообщества актов указывалось, что Суду подведомственно рассмотрение всех актов Совета и Комиссии, за исключением рекомендаций и мнений. Принятие дела к рассмотрению производится по иску страны-участницы, Совета или Комиссии, физических и юридических лиц, Счетной палаты и ЕЦБ. Договор об образовании ЕС внес в компетенцию ЕСП ряд важных изменений. Одно из таких изменений затронуло статью 173 Римского договора. Оно было основано на ранее принятом решении ЕСП по делу *Partie Ecologiste «Les Verts» v. European Parliament (Case 294/83)*¹. Суть изменения состоит в том, что статья 173 Римского договора ныне служит для ЕСП основанием принятия к проверке, как отмечалось выше, также и актов, изданных Европейским парламентом и Советом совместно, а равно актов Европейского парламента, действие которых затрагивает третьих лиц.

Основаниями иска признаются, как отмечалось выше, *превышение компетенции, нарушение имеющих существенное значение процессуальных положений, ненадлежащее использование полномочий*.² В случае удовлетворения иска ЕСП объявляет оспариваемый акт ничтожным с момента его издания, хотя некоторые его последствия могут остаться в силе (ст. 231 Договора о ЕС).

Современная компетенция ЕСП в области проверки актов, принимаемых органами ЕС, основана на концепции, согласно

¹ *Diego Lopez Garrido. Codigo de la Comunidad Europea. – Т. 1. – Madrid: Eurojuris, 1992.*

² В п. 2 ст. 173 указывалось, что при определенных обстоятельствах любое физическое или юридическое лицо вправе оспорить указанные решения в ЕСП в пределах процессуальных сроков, установленных п. 3 ст. 173.

которой проверки не ограничиваются лишь постановлениями, именуемыми регламентами, директивами и решениями. Содержание постановлений Суд считает важнее формы их выражения, и он неоднократно подтверждал, что допускает принятие к рассмотрению любых предписываемых органами ЕС действий, порождающих правовые последствия. Так, в числе рассматривавшихся были такие акты, как «материалы для обсуждения»¹, коммюнике, письма². С другой стороны, имеются и такие постановления Суда, которые указывают на неподведомственность ему некоторых материалов, в частности, мнений³, протоколов разногласий⁴, предварительных замечаний⁵. Рассмотрим каждое из вышеуказанных оснований иска подробнее.

Превышение компетенции в качестве основания обжалования акта Сообщества не требует особых комментариев. Органы ЕС вправе принимать лишь такие акты, на которые они уполномочены своим статусом. В англоязычной литературе характеристика этого основания обычно исчерпывается аналогией с применяемой в сфере материального права в странах *common law* доктриной *ultra vires* (буквально: «за пределами полномочий»). В практике ЕСП такое основание послужило поводом для дела, в котором один институт (орган) Сообщества (Комиссия) предъявил иск другому институту (органу – Совету), в связи с тем, что Совет принял участие в выработке соглашения по вопросам дорожного транспорта. В иске было отказано, поскольку согласно статье 228 Римского договора Комиссия вправе вести переговоры, касающиеся заключения международных договоров, а Совет вправе заключать их⁶.

¹ Discussions of guidelines before the signing of the ERTA (См. Решение по делу *Commission v. Council (Re ERTA)* (Case 22/70).

² «A communication in the form of a registered letter from the Commission issued under the competition rules (stating that the company was no longer immune from fines) *Re: Noordwijk's Cement Accord*» (Cases 8, 9, 10, 11/66). Цит. по: *Kent P. Op. cit.* – P. 68.

³ A reasoned opinion under Article 169 – *Pigmeat* (Case 7/61).

⁴ A letter from the Commission to an undertaking under Regulation 17 containing a statement of objections – *IBM v. Commission* (Case 60/81).

⁵ Preliminary observations by the Commission in a competition investigation – *Automec v. Commission* (Case T-64/89).

⁶ См.: (ERTA decision [Case 22/70]).

Ненадлежащее использование полномочий позволяет искать в ЕСП аннулирования актов, принимаемых органами Сообщества. Речь идет именно о ненадлежащем, а не о незаконном поведении соответствующего института (органа).

Нарушение *имеющих существенное значение процессуальных положений* связано с тем, что разрабатываемые органами Сообщества меры должны находить выражение в актах, принятых в установленном порядке. Процедуры устанавливаются нормами Римского договора, либо в директивах и регламентах. Большое значение имеют положения, нашедшие закрепление еще в статье 190 Римского договора обязывающие Комиссию указывать *причины и основания* своих решений.

В практике ЕСП накоплено немало примеров рассмотрения исков, возбуждаемых по данному основанию. Так, еще в начале 1960-х гг. у правительства Западной Германии возникли претензии к Комиссии, поскольку его ходатайство о разрешении импорта из-за пределов Сообщества вина для потребления на внутреннем рынке не получило полной поддержки со ссылкой на то, что «по имеющимся сведениям» соответствующие типы вин производятся в странах Общего рынка. Суд, рассмотрев германские претензии, нашел решение Комиссии не подкрепленным достаточно конкретными аргументами, и отменил его. Суд разъяснил, что достаточно конкретным является такое обоснование решения Комиссии, которое перечисляет все вопросы правового и фактического характера, подлежащие учету, и которое позволяет сторонам защищать свои права: Суду – осуществлять надзорную функцию, государствам-членам и заинтересованным частным лицам из числа их граждан – получать необходимую информацию¹.

В другом деле, где истцом выступала Комиссия, а ответчиком – Совет, выдвигалось требование аннулировать регламенты Совета, принятые в связи с системой тарифов, установленных для развивающихся стран (General System of Preferences). ЕСП оставил иск без удовлетворения, указав на

¹ См. решение по делу *Germany v. Commission (Re Tariff Quotas on Wine)* [Case 24/62].

отсутствие ссылок на нарушение Советом имеющих существенное значение процессуальных положений¹.

Примечательно, что Суд не находит оснований для удовлетворения исков в случаях, когда отступление от установленного процессуального порядка при принятии Комиссией какого-либо акта не влияет на результат применения такого акта², а также если отступление от установленного порядка незначительно. Сама же оценка значительности или незначительности отступления нередко связана с определенными трудностями.

Так, в некоторых случаях Римский договор предписывал компетентным органам Сообщества принимать акты лишь после предварительной консультации с Европейским парламентом, и отсутствие такой консультации служит Суду основанием для отмены акта именно по мотиву его принятия с существенным нарушением процедуры³. В некоторых же случаях отсутствие необходимой предварительной консультации, напротив, расценивалось Судом как недостаточное правовое обоснование акта. Так, в «деле о двуокиси титана» (*Re Titanium Dioxide*)⁴ Совет для обоснования мер по гармонизации норм о хранении отходов, содержащих двуокись титана, сослался на статью 130 Римского договора, предписывающую единогласное голосование, вместо ссылки на статью 100 а, допускающей принятие решения о сотрудничестве квалифицированным большинством голосов. Суд посчитал, что единственной правовой базой принятия актов о гармонизации могла быть только статья 130, лишь она позволяла Европейскому парламенту оказывать влияние на принятие решений по вопросам окружающей среды. После корректировок в Договоре о ЕС мероприятия природоохранного значения требуют применения процедуры примирения в случае возникновения разногласий, а также допускают наложение вето.

¹ См. решение по делу *Commission v. Council* [Case 45/86].

² *Distillers Co. Ltd. v. Commission* [Case 30/78].

³ См., например, *Roquette Freres SA v. Council* [Case 138/79], *Maizena GmbH v. Council* [Case 139/79].

⁴ *Commission v. Council [Re Titanium Dioxide]*, Case 139/79].

Проиллюстрируем сказанное также решением по делу № С-22/96 «Европейский парламент против Совета ЕС»¹. В этом деле Европейский парламент предъявил в Суде ЕС иск об аннулировании Решения Совета ЕС № 95/486/ЕС от 06.11.95 г. Статья 2 данного Решения ограничивала содействие ЕС в некоторых проектах в области информационного взаимодействия между административными органами ЕС. Парламент ЕС при поддержке Комиссии ЕС указал на некоторые противоречия данного решения Совета ЕС предложениям Комиссии в области создания трансъевропейских сетей, предусмотренных статьями 129 «b» и 129 «с» Договора о ЕС. Кроме того, при принятии данного решения Советом ЕС не были выполнены условия статьи 235 Договора о ЕС: принятие Советом ЕС надлежащих мер возможно по предложению Комиссии ЕС и после консультации с Европарламентом на основе единогласия. Суд ЕС 28 мая 1998 г. вынес решение об аннулировании данного решения Совета ЕС и проведении мероприятий в отношении изменения ситуации, сложившейся в результате применения этого решения.

Справедливости ради, отметим, что избрание ненадлежащего правового основания для того или иного акта не имеет однозначной оценки среди правоведов ЕС. У тех, кто считает его безусловным нарушением имеющих существенное значение процессуальных положений, есть немало противников².

§ 6. Рассмотрение в ЕСП исков о признании бездействующими институтов или компетентных органов ЕС

К рассмотренному выше основанию примыкает, хотя и не совпадает с ним, другое нарушение Римского договора, а именно – *несовершение действий* по реализации обязанностей соответствующего института (органа) Сообщества. Последствия здесь иные: речь идет об обращении к Суду не с требованием о

¹ Aff. C-22/96. Les activités de la Cour de Justice et du Tribunal de 1-er instance des Communautés Européennes. – Luxembourg. – X° 4/98. – P. 10-15. Цит. по: Родионова Ю.М. Цит. соч.

² Подробнее см.: Kent P. Op. cit. – P. 73.

признании акта недействительным, а с требованием о констатации бездействия органа Сообщества. Например, в деле *Parliament v. Council (Case 13/83)* Европейский парламент обратился в ЕСП с иском к Совету о понуждении осуществлять единую транспортную политику. Иск был удовлетворен частично; Суд отказал в той части искового требования, в которой обязательные, по мнению истца, действия ответчика были сформулированы слишком неконкретно, чтобы можно было понудить к их исполнению¹. Прекращение состояния бездействия описывается ЕСП в одном из его решений².

Наряду с привилегированными заявителями, как и при подаче исков об аннулировании, право на иск имеется у Счетной палаты и ЕЦБ в целях защиты их интересов (прерогатив) и у лиц частного права, которые могут обжаловать лишь такие упущения со стороны учреждений Сообщества, которые выразились в непринятии актов, предназначенных лично им; в число таких актов не входят рекомендации и мнения³.

Одна из важных позиций, занятых к настоящему моменту в этом плане ЕСП, состоит в том, что если заявитель добивался признания своего права на требование, удовлетворение которого приведет к решению института (органа) Сообщества, адресованному третьему лицу, то он признавался в этом случае обладающим прямой и личной заинтересованностью, о которой говорилось выше, в таком решении согласно предписаниям упоминавшейся выше статьи 173 (ныне – ст. 343 Договора о ЕС)⁴.

Предъявление иска в порядке статьи 175 Римского договора возможно только после предварительного обращения к соответствующему органу с прошением предпринять надлежащие шаги, предложить ему исполнить необходимое действие. По получении такого прошения орган располагает двумя месяцами на то, чтобы его удовлетворить либо определить иную позицию по затронутому в прошении вопросу. Если орган никак

¹ *Kent P. Op. cit.* – P. 74.

² См.: *Lutticke GmbH v. Commission* [Case 48/65].

³ См.: Право Европейского Союза: правовое регулирование торгового оборота: Учеб. пособие / Под ред. В.В. Безбаха, А.Я. Капустина, В.К. Пучинского. – М.: ЗЕРЦАЛО, 2000. – С. 214.

⁴ *Timex Corporation v. Council and Commission* [Case 264/82].

не реагирует, заявитель вправе в пределах двухмесячного срока давности предъявить иск в ЕСП.

Если орган Сообщества по получении прошения выразил свою позицию по поставленному вопросу, но не принял просимых мер, заявитель не вправе предъявить иск в порядке указанной статьи снова.

Если Суд или Трибунал признают бездействие института или ЕЦБ противоречащим Договору о ЕС, то он констатирует нарушение. В таком случае ответчик должен принять необходимые меры для исполнения судебного решения, т.е. издать регламент или иной правовой акт в рамках Сообщества (кроме рекомендаций и заключений).

§ 7. Рассмотрение в ЕСП требований частных лиц о возмещении ущерба, причиненного действиями институтов (органов) Сообщества (иски из договорной и внедоговорной ответственности)

Разграничение ответственности Сообщества на договорную и внедоговорную было проведено в статье 215 Римского договора. Следствием такого разграничения являлось то, что регулирование *договорной ответственности* было отнесено к сфере национального права, следовательно, и связанные с ними споры подлежали рассмотрению в национальных судах¹. Согласно нынешней редакции Договора о ЕС (ст. 238) иски о договорной ответственности Сообщества это иски, которые предъявляются в случае нарушения со стороны ЕС обязательств по контрактам, заключаемым Сообществом с юридическими и физическими лицами (например, договоры о выполнении ремонтных или иных подрядных работ в офисах институтов, о поставке компьютерной техники для офисов институтов Сообщества и др.). Однако необходимым условием для рассмотрения Судом или Трибуналом споров из контрактов ЕС служит наличие в них арбитражной оговорки – условия о том, что воз-

¹ Право Европейского Союза: правовое регулирование торгового оборота: Учеб. пособие / Под ред. В.В. Безбаха, А.Я. Капустина, В.К. Пучинского. – М.: ЗЕРЦАЛО, 2000. – С. 215.

возможные разногласия между сторонами подлежат разрешению именно судами ЕС¹. Если иск подается к Сообществу, ответчиком выступает Еврокомиссия.

Что касается *внедоговорной ответственности*, то, согласно п. 2 статьи 215 (ныне – ст. 235 Договора о ЕС), эта область входит в сферу подведомственности ЕСП. Речь, однако, идет не о любых внедоговорных обязательствах вообще, а лишь об ответственности за ущерб, причиненный действиями институтов (органов) Сообщества (*faute de service*) и их служащих в ходе исполнения ими своих должностных обязанностей (*faute de personne*).

Право на предъявление иска о возмещении такого ущерба по кругу субъектов никак не ограничивается – такой иск может подать любое лицо в пределах 5-летнего срока исковой давности. Течение срока, согласно ст. 43 Устава ЕСП, начинается с момента совершения действия, порождающего ответственность.

Ответственность органов Сообщества наступает при наличии: (а) вреда, причиненного истцу; (б) факта совершения неправомерных действий (бездействия) учреждения (органа) Сообщества или его должностного лица; (в) причинно-следственной связи между вредом и действием (бездействием).

Неправомерные действия либо бездействие институтов (органов) или их должностных лиц, порождающие обязанность возмещения причиненного ими вреда, принято делить на три разновидности.

К первой относятся административные ошибки (*failures of administration*), в частности, предоставление неправильных сведений. В практике ЕСП известен случай, когда иск о возмещении был предъявлен заявителями из числа бывших служащих одного из учреждений Сообщества, которые ушли в отставку, положившись на неправильное сообщение о размере полагающейся им пенсии; Суд удовлетворил иск на основании положений п. 2 статьи 215².

¹ Право Европейского Союза: Учеб. пособие / С.Ю. Кашкин [и др.]; отв. ред. С.Ю. Кашкин. – М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2008. – С. 108.

² См. решение по делу *Richiez-Paris v. Commission* [Case 19/69].

Вторую разновидность действий (бездействий) составляет проявление небрежности сотрудниками учреждения Сообщества при исполнении своих обязанностей. На практике основные трудности связаны здесь с установлением факта исполнения должностных обязанностей. В деле *Sayag* (Case 5/68) один из работавших в Евроатоме инженеров совершил дорожно-транспортное происшествие по пути на работу, куда он направлялся на собственном автомобиле. При рассмотрении дела о возмещении убытков ЕСП отклонил обращенный к Евроатому иск на том основании, что использование частного автомобиля может считаться исполнением должностных обязанностей лишь в исключительных обстоятельствах, например, в случае серьезной аварии на производстве.

Третья разновидность неправомερных действий или бездействия институтов (органов) Сообщества или их должностных лиц связывается с изданием незаконных актов, породивших неблагоприятные правовые последствия, либо с уклонением от принятия актов, когда это входит в обязанность соответствующего органа. Большинство исков о возмещении вреда, предъявляемых в ЕСП, связаны с третьей разновидностью неправомερных действий (бездействия).

Наиболее полно позиция Суда в отношении таких исков выражена в деле *Aktien-Zuckerfabrik-Schoppenstedt v. Council* (Case 5/71). Эта позиция часто цитируется под наименованием «Шоппенштедтской формулы» (Schoppenstedt formula). По существу, речь идет о закреплении набора обязательных требований, которым должны соответствовать обстоятельства дела, чтобы оно могло быть принято к производству ЕСП на предмет возмещения внедоговорного вреда. «Шоппенштедтская формула» закрепляет три таких требования.

Во-первых, она охватывает только нормативные акты (регламенты), а не акты применения права (например, решения), причем только те, которые касаются экономической деятельности в Сообществе.

Во-вторых, обжалуемый акт или действие института (органа) Сообщества либо его должностного лица должны представлять собой противоправное действие, т.е. содержать в себе нарушение нормы, регламентирующей деятельность соответст-

вующего органа и нацеленной на защиту интересов частных лиц.

В-третьих, противоправность обжалуемого акта или действия должна быть достаточно серьезной. В практике ЕСПЧ есть решения, в которых прямо подчеркивается, что ответственность за действия органов Сообщества или их должностных лиц наступает лишь в том случае, когда они *грубо* выходят из рамок своих полномочий¹.

Названные требования существенно ограничивают число дел, которые могут успешно возбуждаться в ЕСПЧ против институтов (органов) Сообщества и их должностных лиц. Суд вполне отдает себе отчет в ограничительном подходе, избранном им в этом вопросе, и разъясняет свою позицию достаточно просто: применение названных требований ставится в зависимость от поведения ответчиков, а также последствий, наступивших в результате их противоправных действий.

Именно эти два обстоятельства были подчеркнуты Судом в деле *Mulder v. Commission and Council*². В этом деле заявитель настаивал на применении к нему положений принятого Советом регламента об исключении из-под обложения налогом некоторых молочных продуктов. Должностные лица компетентного органа Сообщества объяснили свой отказ исключить обложение налогом произведенных истцом продуктов тем, что положения регламента предусматривали исключение из-под обложения налогом с учетом данных продажи соответствующих продуктов в предыдущем году. Поскольку в предыдущем году такие продукты не продавались вообще, то не было и данных об их продаже, поэтому, по мнению чиновников, не было и оснований применить к заявителю соответствующие положения регламента. В данном случае ответчики допустили достаточно серьезное нарушение, однако Суд принял во внимание то обстоятельство, что органы Сообщества позднее изменили правила обложения подобных товаров налогом таким образом, что

¹ См.: Решение по делу *Bayerische HNL Vermehrungsbetriebe GmbH & Co. KG v. Council and Commission* [Cases 83, 94/76; 4, 15 40/77].

² Cases C-104/89; C-37/90.

для истца не последовало никакого ущерба – и в иске было отказано¹.

Условия возложения обязанности возмещения ущерба, причиненного лицам частного права органами Сообщества или их должностными лицами, включают в себя также наличие *причинно-следственной связи* между действиями институтов (органов) и наступившим вредом. Причинно-следственная связь понимается с позиций *теории ближайшей причины* – ущерб должен быть прямым следствием неправомерного поведения органа Сообщества. В общем праве такое понимание обозначается обычно понятием «недопустимости чрезмерной отдаленности ущерба» (the damages must not be too remote). В деле *P. Dumortier Fils SA v. Council*² речь шла о возвращении удержанных средств и возмещении убытков, вызванных падением цен, в связи с принятием регламента, противоречащего общим нормам права Сообщества. Суд предписал вернуть незаконно удержанные средства, но отказал в возмещении убытков, поскольку они возникли для истца не как непосредственный результат неправомерно принятого регламента.

Существующая в торговом праве западных стран доктрина об отказе возмещения ущерба в части, которая могла быть предупреждена разумными действиями самого заявителя (доктрина *contributory negligence*), Европейским судом обычно не учитывается. Однако его практика знает случаи трактовки поведения истца с позиций доктрины поведения разумно предусмотрительного предпринимателя. В этих случаях Суд исходит из того, что заявитель обязан стремиться к уменьшению своих убытков (*Raznoimport v. Commission* [Case 120/83]). В уже упоминавшемся решении по делу *Mulder v. Commission and Council* Суд удовлетворил требование о возмещении ущерба, но уменьшил просимое возмещение на сумму дохода, который заявители могли извлечь из альтернативной коммерческой деятельности, которой они могли заниматься в период вынужденной остановки производства своего продукта для продажи в ЕС.

¹ Kent P. Op. cit. – P. 81.

² Cases 64, 113/76; 239/78; 27, 28, 445/79.

Кроме того, Суд находит недопустимым удовлетворение требования заявителя о взыскании ущерба в той части, которая могла быть им переложена на своих клиентов (*Interquell Stark-Chemie GmbH v. Commission* [Cases 261/78, 262/78]).

Размер ущерба, подлежащего возмещению, зависит от того, поддавался ли он предвидению, и определяется методами, с помощью которых его можно рассчитать с достаточной точностью. Бремя доказывания лежит на заявителе. Речь при этом идет лишь о действительном ущербе (actual damages). Упущенная выгода возмещается лишь постольку, поскольку она специфически и неразрывно связана с обстоятельствами дела. Так, когда истец вынужден был расторгнуть уже заключенные контракты в связи с неправомерно принятым актом Сообщества, то специфическая связь была признана имеющей место (*Kampffmeyer v. Commission* [Cases 5, 7, 13-24/66]).

Выплата возмещения производится в национальной валюте заявителя (истца) по курсу, действовавшему на день принятия судебного решения по основаниям, указанным в п. 2 ст. 215 Римского договора. С этого же дня начинается начисление процентов на сумму возмещения (*P. Dumortier Fils SA v. Council* [Cases 64, 113/76; 239/78; 27, 28, 445/79]).

Во всех случаях Суд указывает основу исчисления суммы возмещения и предписывает сторонам установить сумму посредством взаимного соглашения в пределах срока, отведенного для этого Судом. При недостижении соглашения каждая из сторон обязана представить Суду собственное обоснование размера компенсации.

§ 8. Рассмотрение в ЕСП дел преюдициального производства

Вторую группу дел, по которым ЕСП выносит судебные решения, как отмечалось выше, составляют *дела преюдициального производства* (ст. 234 Договора о ЕС)¹. Преюдициальный

¹ См.: *Cahill D.* European law, litigation and the ECJ. Oxford University press, 2004 // www.law.umkc.edu/irelandclassmaterials/2007materials/Ch...ntheEUCourts.doc

контроль имеет большое значение, поскольку затрагивает вопросы взаимодействия права ЕС и национальных правовых систем стран-участниц. В этой связи отмечается, что правовая система Сообщества может считаться эффективной только в том случае, если ее нормы способны действовать в рамках национальных правовых систем, предоставлять права частным лицам и возлагать на них обязанности¹. Именно благодаря полномочиям рассматривать дела в преюдициальном порядке Суд ЕС проводит теорию прямого действия и концепцию верховенства права Сообщества по отношению к национальному праву². Именно преюдициальная юрисдикция ЕСП послужила основой для полноценной реализации им своей основной функции в правовой системе ЕС: «обеспечивать соблюдение права при толковании и применении настоящего Договора [о ЕС]» (ст. 164), а также для формирования прецедентного права Сообщества³.

Правом на обращение в Суд Европейских сообществ с преюдициальным запросом в настоящее время обладают судебные и внесудебные (например, органы административной юстиции) органы стран-участниц. Интересно, что названная статья устанавливает одновременно и право, и обязанность стран-участниц обращаться в ЕСП за соответствующими разъяснениями. Так, право возникает при необходимости получения такого разъяснения для принятия собственного решения по делу. Обязанность – в том случае, когда какой-либо из вопросов возникает в судебной инстанции страны-участницы и решение его согласно национальному законодательству не подлежит обжалованию (так бывает при рассмотрении дел в Кассационном суде или Верховном суде той или иной страны-участницы ЕС).

На практике встречаются три основных вида преюдициальных запросов:

– *запросы о толковании*, цель – получить от ЕСП разъяснение смысла тех или иных положений учредительного договора или законодательства ЕС;

¹ См.: Родионова Ю.М. Цит. соч. – С. 189, 190.

² См.: Хартли Т. Цит. соч. – С. 70.

³ Четвериков А.О. Цит. соч.

– *запросы о действительности правовых актов ЕС*, направляемые в ЕСП в тех случаях, когда национальный суд приходит к выводу о возможном противоречии правового акта ЕС его учредительному договору. Такой запрос приостанавливает рассмотрение дела. В результате рассмотрения оспариваемый акт (его отдельные положения) может быть объявлен недействительным на всей территории всего ЕС;

– *запросы о соответствии внутригосударственных актов праву Сообщества* подаются в случаях, когда при рассмотрении дел в национальных судах обнаруживается возможное противоречие между правовым регулированием на внутригосударственном уровне и на уровне ЕС. Если национальный суд констатирует такое несоответствие, он обязан руководствоваться источниками и нормами ЕС в соответствии с принципом верховенства права Европейского Союза. Если же он сомневается, то может приостановить дело и обратиться с запросом в ЕСП.

Таким образом, изложенное позволяет заключить, что своей деятельностью ЕСП в значительной мере способствовал сохранению и укреплению правопорядка в Сообществах; выступал и выступает как важнейший гарант функционирования Сообществ в заданном режиме, их стабильности и устойчивости¹.

¹ См.: *Топорнин Б.Н.* Европейские Сообщества. Право и институты // Динамика развития. – М.: ИГП РАН, 1992. – С. 134.

ПОСЛЕСЛОВИЕ

В Европейском союзе происходит динамичный процесс формирования массива частно-правовых норм, призванных стать со временем основой единообразного регулирования широкого круга отношений имущественного оборота, средством сближения национальных правовых систем. По существу, речь идет не столько об облегчении трансграничной торговли, сколько о создании основанной на единых принципах общесоюзной системы частного права.

В одном учебном пособии трудно отразить все элементы такого процесса. Многие его составляющие требуют специального исследования, другие нуждаются в обобщении итогов вызываемых ими дискуссий.

Весьма интересны, например, предпринимаемые в ЕС усилия по выработке европейского гражданского кодекса (ЕГК).

Как известно, правовая традиция стран континентальной Европы складывалась в рамках взгляда на гражданские кодексы, во всяком случае, в годы их принятия, как на всеобъемлющий акт консолидации гражданского законодательства. Развиваемая в настоящее время в Европейском Союзе идея ЕГК предполагает гораздо более узкую трактовку его содержания. Речь идет о концепции, которую еще предстоит разработать до уровня, обеспечивающего ее общее признание, поскольку единство мнений во взглядах на то, каким быть ЕГК, выглядит пока лишь перспективой, возможно, и не очень далекой. Сомнения можно считать отсутствующими лишь касательно его необходимости как такового. Прочие аспекты выступают пока поводом для дискуссий. Существует, например, точка зрения, согласно которой ЕГК призван служить источником норм (возможно, временным), направленных на решение вопросов транс-

граничного характера. Она вызвана опасением «угрозы» замены национальных гражданских кодификаций единой кодификацией в рамках ЕС. Противники такой точки зрения настаивают на стабильном кодексе для всего ЕС, указывая на то, что «прошли времена, когда можно было проводить логическое разграничение между «внутренними» и «внешними» вопросами в странах ЕС». Они подчеркивают, что ее практическое воплощение приведет к появлению двух параллельно сосуществующих гражданско-правовых структур – одной общесоюзной в лице ЕГК, другой – национальной, в лице национальных гражданских кодексов и систем частного права¹. Комплекс вопросов по их разграничению способен, по их мнению, породить проблемы, не меньшие, чем те, которые обусловили потребность в ЕГК как таковом.

В европейской правовой литературе высказывались предположения о том, что в Европе могут получить применение американские модели такой интеграции². У подобных предположений имеются определенные основания. США – это федеративное государство с вертикальным и горизонтальным разделением власти, ЕС – это автономный правовой порядок, так же придерживающийся вертикального и горизонтального разделения власти. И США, и ЕС построены на интеграционных началах, распространяющих свое действие на экономическую, валютную, политическую и правовую интеграцию, пределы которой, однако, определены соответствующими основополагающими документами. Как договоры, лежащие в основе ЕС, так и Конституция США содержат положения, направленные на защиту интересов субъектов (стран-участниц либо штатов). И в том и в другом случае признается ценность местных особенностей (*local diversity*) – в США это закреплено в Десятой поправке к

¹ См.: *Christian von Bar*. The Study Group on a European Civil Code // European Parliament. Directorate General for Research. Working Paper. The Private Law System in the EU: Discrimination on the Ground of Nationality and the Need for a European Civil Code, 1999. – P. 133 и сл.

² См.: *Sjef van Erp*. European Union Case Law as a Source of European Private Law: A Comparison with American Federal Common Law. Consultative report for the Netherlands Comparative Law Association, 2001.

Конституции, а для ЕС это вытекает из принципа subsidiarity.

Помимо кодификационных вопросов в ЕС обсуждаются и отчасти решаются и важные институциональные проблемы гармонизации частного права. Одной из них выступает проблема гармонизации деликтного права.

Национальные правовые порядки европейских стран существенно различаются в деликтно-правовой сфере. До недавнего времени не предпринималось попыток осуществить системную гармонизацию всего деликтного права в странах ЕС. Для исправления сложившегося положения группа специалистов в области деликтного права начала работу по исследованию фундаментальных вопросов, от решения которых зависит создание в перспективе единого для европейских стран деликтного права. Характерно, что разработчики не усматривают пока своей задачи в том, чтобы сформулировать принципы деликтного права как некую совокупность положений, формально консолидируемых каким-либо актом, подобным, например, проекту европейского гражданского кодекса¹.

Среди важнейших условий возникновения деликтной ответственности (наличие вреда, вины причинителя, причинно-следственной связи и др.) особое внимание уделяется изучению вопроса о критериях квалификации поведения деликвента как неправомерного, закрепляемых в национальном законодательстве европейских стран.

Ожидают унифицирующего решения и некоторые иные вопросы, в частности, о природе интереса, защищаемого деликтным правом, о частичном совмещении сфер договорной и деликтной ответственности. С начала 1990-х гг. в ЕС работает над выработкой основных положений о деликтной ответственности Европейская группа по деликтному праву (известная также как «группа Тилбурга»). В 2005 г. опубликованы подготовленные ею «Принципы европейского деликтного права»²,

¹ Helmut Koziol (ed.). *Unification of Tort Law: Wrongfulness*. – Law Press China, 2010.

² *Principles Of European Tort Law*. – См. текст Принципов на сайте в Интернете по адресу: <http://www.egtl.org/principles/text.htm> Группа тесно

призванные выполнить для деликтного права ту же роль, которую в формировании договорного права ЕС играют сейчас «Принципы европейского договорного права».

Особенно большие сложности возникают в сфере наследственного права. В ноябре 2000 г. Комиссия и Совет ЕС постановили распространить принцип взаимного признания и исполнения решений по гражданским и торговым делам в странах ЕС на наследственные отношения¹. Через непродолжительное время выяснилось, что принять такое постановление оказалось намного легче, чем воплотить его в жизнь. Различия в наследственном праве стран – участниц ЕС настолько значительны и многочисленны, что в случаях, когда имущество наследодателя находилось в нескольких странах, приходилось применять нормы нескольких национальных систем права для передачи входившего в одну и ту же наследственную массу имущества.

Под эгидой ЕС в Брюсселе в 2004 г. состоялась конференция, посвященная сравнительно-правовому исследованию действующих в странах ЕС коллизионных норм о наследовании. В 2005 г. Комиссия ЕС опубликовала Зеленую книгу, посвященную вопросам гармонизации наследственного права в странах – членах ЕС. В ней сосредоточено внимание на специальном правовом акте, который бы указывал способы определения права, подлежащего применению при рассмотрении наследственных споров. Интересны и содержащиеся в ней предложения по введению европейских свидетельств о наследовании (*European certificates of inheritance*), а также по выработке единого для ЕС порядка регистрации завещаний. Комиссия ЕС ожидает, что национальные законодатели при ответах на вопросы, поднятые в Зеленой книге, определят, следует ли позволять наследодателям либо их предполагаемым правопреемникам определять применимое право.

Ведутся поиски решений и других вопросов в этой сфере, в частности, об обязательной доле, о передаче завещателями своего имущества в доверительную собственность, о правах на-

сотрудничает с другим исследовательским центром – Европейским центром деликтного и страхового права.

¹ См. ОJ C. 12, 25/1/2001.

следников, зависящих от действительности заключенного ими брака, признания отцовства и др.

В пополнении списка учебных изданий по гражданскому и торговому праву Европейского Союза специальными публикациями, освещающими эти и смежные с ними вопросы авторы видят цель своей дальнейшей работы.

**ГРАЖДАНСКОЕ
И ТОРГОВОЕ ПРАВО
ЕВРОПЕЙСКОГО СОЮЗА**
(ОСНОВНЫЕ ИНСТИТУТЫ)

Учебное пособие

Под общей редакцией:
профессора, доктора юридических наук *В.В. Безбаха*
кандидата юридических наук, доцента *В.Ф. Поньки*
кандидата юридических наук *К.М. Беликовой*

Редактор *Ж.В. Медведева*
Технический редактор *Л.А. Горovenko*
Компьютерная верстка *М.Н. Заикина*
Дизайн обложки *М.В. Шатихина*

Подписано в печать 30.04.10 г. Формат 60×90/16. Печать офсетная.
Усл. печ. л. 33,5. Тираж 500 экз. Заказ 1265

Российский университет дружбы народов
115419, ГСП-1, г. Москва, ул. Орджоникидзе, д. 3

Типография РУДН
115419, ГСП-1, г. Москва, ул. Орджоникидзе, д. 3, тел. 952-04-41