

Правовое регулирование запрета гео-блокировки в целях создания единого цифрового рынка Европейского союза



Е.В. Постникова

Доцент, Департамент международного права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», кандидат юридических наук. Адрес: 101000, Российская Федерация, Москва, Мясницкая ул., 20. E-mail: epostnikova@hse.ru



Аннотация

В статье анализируется правовое регулирование Европейским союзом (ЕС) запрета необоснованной гео-блокировки и иных форм дискриминации на основании гражданства, места жительства или места учреждения как препятствий созданию единого цифрового рынка ЕС. Целью исследования является выявление его особенностей и тенденций. Используются как общенаучные, так и специально-юридические методы — историко-юридический, формально-юридический, сравнительно-правовой подход, метод юридического прогнозирования. ЕС сталкивается с новыми вызовами, влияющими на достижение его целей, среди которых — цифровизация. Для улучшения правового регулирования внутреннего рынка необходимо постоянное его эволюционирование путем распространения интеграции на различные сферы цифровой деятельности. Так, внутренний рынок ЕС стал включать единый цифровой рынок, одной из опор которого выступает доступ покупателей к товарам и услугам электронной торговли. В статье выявлены проблемы при реализации права конкуренции ЕС, одной из которых является гео-блокировка. Дано определение ключевых понятий исследуемой сферы правоотношений. Необоснованная гео-блокировка означает дискриминационную практику, препятствующую доступу и приобретению товаров или услуг через веб-сайты, базирующиеся в другом государстве-члене ЕС. Она является существенным препятствием реализации основных свобод и/или значительным нарушением конкуренции. Как результат последовательных действий институтов ЕС принят акт о сближении законодательств, имеющий прямое действие — Регламент N 2018/302 о противодействии необоснованной гео-блокировке и иным формам дискриминации покупателей. Суть Регламента сводится к запрету прямой и скрытой дискриминации покупателей в отношении: доступа к онлайн-интерфейсам электронной торговли, к товарам и услугам, условий оплаты, соглашений о пассивных продажах. Регламент предусматривает несколько оснований, по которым различное отношение продавцов к покупателям в зависимости от гражданства, места проживания и учреждения может быть оправдано. Действия институтов ЕС ведут к закреплению более жестких требований к продавцам товаров и поставщикам услуг в исследуемой сфере. Для полной реализации потенциала внутреннего рынка должны быть устранены препятствия, исходящие не только от государственных органов, но также и частных субъектов, примером которых и является необоснованная гео-блокировка.



Ключевые слова

Европейский союз, право Европейского союза, гео-блокировка, внутренний рынок Европейского союза, единый цифровой рынок, электронная торговля, свобода движения товаров, свобода оказания услуг, принцип недискриминации.

Для цитирования: Постникова Е.В. Правовое регулирование запрета гео-блокировки в целях создания единого цифрового рынка Европейского союза // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2020. № 3. С. 207–234.

УДК: 341

DOI: 10.17323/2072-8166.2020.3.207.234

Введение

Единый цифровой рынок является неотъемлемой частью внутреннего рынка Европейского Союза (далее — ЕС). Для полной реализации потенциала внутреннего рынка и единого цифрового рынка, в частности, абсолютно недостаточно устранить государственные препятствия. Ведь основные действующие субъекты рынка — частные лица (как физические, так и юридические), а, точнее, продавцы товаров и поставщики услуг. Они могут свести на нет меры, принимаемые на уровне государств-членов ЕС, направленные на повышение эффективности функционирования внутреннего рынка. Это подтверждают, в частности, приверженцы французской доктрины Ж.-Л. Клержер, А. Грюбер и П. Рамбо, отмечая, что устранение всех препятствий на пути реализации экономических свобод внутреннего рынка недостаточно для гарантированного функционирования последнего. [Clergerie J.-L., Gruber A., Rambaud P., 2016: 389–390]. Например, это возможно посредством «гео-блокировки»¹, выявлению особенностей и тенденций правового регулирования запрета которой посвящено данное исследование.

Достижение цели исследования потребовало решения целого ряда задач. Во-первых, следовало подтвердить соотношение понятий внутреннего рынка и единого цифрового рынка. Во-вторых, учитывая, что терминология права ЕС как уникального интеграционного объединения со сложной правовой природой не присуща внутригосударственному праву, тем более российскому, было целесообразно раскрыть содержание ключевых понятий права ЕС в сфере запрета гео-блокировки. В-третьих, было необходимо установить, любая ли гео-блокировка означает препятствие на пути реализации единого цифрового рынка и в целом внутреннего рынка ЕС, а также существуют ли

¹ Иначе — гео-блокирование (по аналогии с англоязычным термином geo-blocking) или же блокировка или блокирование по географическому признаку (по аналогии с франкоязычным термином le blocage géographique).

обстоятельства, при которых она может считаться оправданной (если существуют, то какие именно). В-четвертых, следовало охарактеризовать механизм правового регулирования в данной сфере, т.е. выяснить, предметом регулирования каких видов правовых актов ЕС является гео-блокировка и какие их характеристики могут повлиять на устранение такого препятствия на практике. Необходимо было также определить и оценить сферу действия данных правовых актов в целом и отдельных закрепленных в них норм, в частности, а также провести сравнительный анализ этих актов и с иными актами ЕС. В-пятых, стояла задача определить возможность оценки действенности данного правового регулирования. Кроме того, необходимо было оценить деятельность институтов ЕС в создании правовой базы, направленной на устранение препятствий на пути создания единого цифрового рынка как части внутреннего рынка на примере запрета гео-блокировки. Используются как общетеоретические методы — анализ и обобщение, так и специально-юридические методы — историко-юридический, формально-юридический, сравнительно-правовой подход, а также метод юридического прогнозирования. Понимание механизмов правового регулирования внутреннего рынка ЕС и, в частности, электронной торговли, имеет важное значение для России как члена активно развивающихся экономических интеграционных объединений.

1. Единый цифровой рынок как неотъемлемая часть внутреннего рынка Европейского союза

Внутренний рынок — одно из главных достижений европейской интеграции — является самым мощным направлением экономического роста на уровне ЕС. В последние десятилетия ЕС сталкивается с целой серией новых вызовов, ведущую роль в реагировании на которые играет внутренний рынок. Среди таких вызовов, помимо притока легальных и особенно нелегальных мигрантов, угроз безопасности гражданам ЕС (в том числе угрозы терроризма), изменения климата, экономических кризисов, следует назвать ускорение внедрения новых технологий. Интернет, в том числе мобильный, онлайн-платформы и многие другие цифровые изобретения радикально изменили жизнь и стали неотъемлемой ее частью. Как известно, для действенности правового регулирования той или иной сферы необходимо приводить его в соответствие с реалиями сегодняшнего дня (например, с техническим прогрессом). Так, например, единый цифровой рынок включен в политику внутреннего рынка ЕС для реагирования на подобные вызовы. В 2015 г. Комиссией принята Стратегия Единого цифрового рынка для Европы², в которой приводится

² Working document «A Digital Single Market Strategy for Europe — Analysis and Evidence». Accompanying document «A Digital Single Market Strategy for Europe». COM (2015) 192 final. Brussels, 06.5.2015.

определение единого цифрового рынка: «Рынок, в котором обеспечивается свободное передвижение товаров, людей, услуг и капитала и где физические и юридические лица могут беспрепятственно получать доступ и осуществлять онлайн-операции в условиях добросовестной конкуренции, а также с высоким уровнем защиты прав потребителей и персональных данных, независимо от их национальности или места жительства». В 2017 г. Комиссия опубликовала Среднесрочный обзор исполнения Стратегии³.

В отчете Комиссии о функционировании Единого рынка за 2019 г. отмечается, что инициатива «Единый цифровой рынок» является долгосрочной европейской стратегией цифровой трансформации⁴. Комиссия в очередной раз подчеркнула, что цифровизация способствует оптимизации функционирования единого рынка, например, объединяя покупателей и поставщиков в разных государствах-членах или делая доставку товаров и услуг через границу дешевле и быстрее. Это подтверждает очевидный факт, что единый цифровой рынок является неотъемлемой частью внутреннего рынка ЕС. Все преимущества внутреннего рынка не будут ощутимы без интегрированной цифровой экосистемы в рамках ЕС. Кстати, еще в Директиве N 2000/31 об электронной торговле⁵ ставилась цель содействовать должному функционированию внутреннего рынка путем обеспечения свободного движения услуг информационного общества между государствами-членами.

Однако, по данным Комиссии, остаются значительные расхождения между законодательствами государств-членов. Это существенно отражается на прогрессе в сфере цифровизации экономики, от которого, в свою очередь, зависит степень использования преимуществ внутреннего рынка ЕС. Очевидно, что имеет место недолжное соблюдение права ЕС, касающегося внутреннего рынка. Помимо ограничений свободы услуг, исходящих от государств, существует и те, которые создаются бизнес-операторами. В качестве примера приводятся именно территориальные ограничения предлагаемых услуг и товаров (в зависимости от места нахождения потенциального покупателя — *Е.П.*). Речь идет, в частности, о гео-блокировке.

Комиссия начала изучение природы, возможных причин и влияния территориальных ограничений предложения услуг и планирует обнародовать его результаты в 2020 г. Государства-члены обязаны обеспечить, чтобы ни

³ Communication from the Commission on the Mid-Term Review on the implementation of the Digital Single Market Strategy. A Connected Digital Single Market for All. Brussels, 10.05.2017. COM (2017) 228 final.

⁴ Working document «Single Market Performance Report 2019». Accompanying document Communication from the Commission «Annual Sustainable Growth Strategy 2020». Brussels, 17.12.2019. COM (2019) 650 final.

⁵ 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') // OJL 178, 17.07.2000, pp. 1–16.

законодательные акты, ни производители товаров, ни поставщики услуг не создавали неоправданных и непропорциональных препятствий, мешающих должному функционированию внутреннего рынка ЕС, которое является общей ответственностью Союза и его членов. Это подтверждает значимость реформ на национальном уровне для оптимизации работы внутреннего рынка ЕС. Естественно, без мер, принимаемых государствами-членами, должное функционирование внутреннего рынка невозможно. Таким образом, только совместными усилиями ЕС и его членов возможно достижение целей, поставленных в учредительных договорах ЕС. При этом на национальном уровне должны быть устранены препятствия, исходящие не только от государственных органов, но также и частных субъектов.

2. Стратегия Единого цифрового рынка

Безусловно, трансграничная электронная торговля обладает большим потенциалом, вносящим существенный вклад в интеграционные процессы в рамках внутреннего рынка ЕС. ЕС — один из наиболее крупных рынков электронной торговли. За последнее десятилетие роль электронной торговли в экономике ЕС возросла, что увеличило необходимость совершенствования ее правового регулирования.

С 2015 г. Комиссия реализует Стратегию Единого цифрового рынка Европы, направленную на устранение препятствий в рамках единого цифрового (электронного) рынка, лишаящих граждан ЕС пользоваться преимуществами выбора товаров и услуг, а предприятия в Интернет-сфере — возможности в полной мере участвовать в развитии сектора цифровых технологий. Стратегия предусматривает действия для создания Единого цифрового рынка в рамках трех опор, одна из которых связана с обеспечением доступа потребителей и бизнес-структур к товарам и услугам электронной торговли в рамках всего ЕС. Частью Стратегии явилось проведенное Комиссией исследование электронной торговли товарами потребления и цифровым контентом. Окончательный отчет с результатами был опубликован в 2017 г.⁶

Правовым основанием исследования было выполнение ст. 17 Регламента N 1/2003 о применении правил конкуренции, закрепленных в ст. 81 и 82 Договора⁷ («Исследования различных секторов экономики и типов соглашений»)⁸. Исследование сектора электронной торговли охватило наи-

⁶ Report from the Commission. Final report on the E-commerce Sector Inquiry. COM (2017) 229 final. Brussels, 10.05.2017. SWD (2017) 154 final.

⁷ Ныне ст. 101 и 102 ДФЕС.

⁸ Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty // OJL 1, 04.01.2003, p. 1.

более продаваемые товары⁹. Комиссия констатировала ряд проблем реализации права конкуренции ЕС, одной из которых является «гео-блокировка». Гео-блокировка была признана одним из препятствий создания Единого цифрового рынка ЕС. В этом контексте правильнее говорить именно о необоснованной гео-блокировке. Цели гео-блокировки могут быть различными, как правомерными, так и нет. Например, в качестве целей могут выступать: исполнение законодательства государства-члена; следование положениям соглашений об авторских правах; получение прибыли или покрытие дополнительных расходов от более высоких цен для покупателей из других государств. Также возможно ограничение доступа к определенному контенту, который считается неактуальным для интернет-пользователей из других государств-членов.

Необоснованная гео-блокировка означает дискриминационную практику, препятствующую потребителям получать доступ и приобретать товары или услуги через веб-сайты, базирующиеся в другом члене ЕС. Она может выражаться как в блокировании доступа потенциального покупателя к веб-сайту, отказе в регистрации, так и в трудностях с регистрацией или автоматическом перенаправлении на веб-сайты, ориентированные на другие государства-члены. Также возможна и ситуация, когда продавец элементарно отказывается оказывать услугу или доставлять товары через границу или принимать трансграничные платежи.

Почему понадобился запрет «гео-блокировки»? Процент лиц, пытающихся сделать покупки в Интернете и приобретающих товары и услуги (за исключением цифрового контента: электронные книги, приложения, видео, музыка, онлайн-игры и др.) в другом государстве-члене ЕС в 2019 г. составил 37%¹⁰, в 2018 — 36% в сравнении с 26% в 2013 г.¹¹ (иногда речь шла только о 15%¹²). По данным Евробарометра, часть опрошенных интернет-пользователей, которые предпринимали попытку приобрести товары и услуги через Интернет в другом государстве-члене ЕС, столкнулась с рядом проблем. Это и дополнительные сборы из-за места, где был произведен платеж (или из-за

⁹ Одежду и обувь; бытовую технику; компьютерные игры и программное обеспечение; игрушки и изделия для ухода за детьми; медиа (книги, компакт-диски, DVD-диски и диски Blu-ray); косметику и продукты здравоохранения; товары для дома и сада.

¹⁰ Special Eurobarometer 503. Report. Attitudes towards the impact of digitisation on daily lives. 2019. Publication March 2020. Available at: <https://ec.europa.eu/commfrontoffice/publicopinion/index.cfm/survey/getsurveydetail/instruments/special/surveyky/2228> (дата обращения: 12.03.2020)

¹¹ E-commerce statistics for individuals. Eurostat. Data extracted in December 2018. Available at: http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/E-commerce_statistics_for_individuals (дата обращения: 01.11.2019)

¹² Geo-blocking: unlocking e-commerce in the EU / European Council. Council of the European Union. Available at: <http://www.consilium.europa.eu/en/policies/geo-blocking/> (дата обращения: 10.04.2018)

способа оплаты), и отсутствие доставки в их государство. Также среди проблем были названы: отсутствие доступа к веб-сайту или перенаправление на другую версию веб-сайта без согласия пользователей; невозможность зарегистрироваться с их адресом или данными; изменение условий продажи как только они зарегистрировались, или отклонение их платежа в зависимости от места оплаты или способа оплаты. В 2019 г. в 22 государствах-членах ЕС большинство Интернет-пользователей не пытались что-то купить при помощи Интернета. Среди причин назывались и следующие: беспокойство, связанное с защитой прав потребителей при споре с иностранным продавцом, а также с наличием послепродажных услуг в их государстве, неудачная попытка в прошлом завершить онлайн-покупку.

Если сравнивать число лиц, делающих покупки в Интернете вне зависимости от места учреждения и фактического нахождения магазина или поставщика услуг, и число делающих покупки в Интернете в других государствах-членах ЕС в 2019 г., то очевидно, что не все гладко с трансграничной электронной торговлей. Именно «гео-блокировка» выступает одной из причин такой практики. В одном из исследований, проведенных Комиссией, выявлено, что только 37% веб-сайтов в действительности позволяли потребителям из других государств ЕС при заполнении электронной формы для покупки товаров достичь последнего этапа, предшествующего вводу данных банковской карты¹³. Самый высокий процент блокировки был в секторе электрических бытовых приборов — 86%¹⁴.

Итак, запрет необоснованной гео-блокировки является составной частью реализации как Стратегии Единого цифрового рынка, так и, естественно, Стратегии Единого рынка. Иными словами, речь идет об устранении препятствий в сфере электронной торговли, которые заключаются в дискриминации потребителей на основании гражданства, места постоянного проживания или места учреждения.

Говоря о необоснованной гео-блокировке как о препятствии на пути функционирования внутреннего рынка, нельзя обойти стороной и вопросы соблюдения права конкуренции ЕС. Так, с одной стороны, меры по гео-блокировке, основанные на односторонних решениях предприятий, не занимающих доминирующего положения, не подпадают под сферу действия ст. 101 ДФЕС. Большая часть данных мер в сфере торговли потребительскими товарами вводится односторонними решениями розничных продавцов, которые не хотят продавать за пределами своего государства. Однако 11% розничных продавцов ссылаются на закрепленные в договоре ограничения в

¹³ Geo-blocking in the EU. European Commission. Available at: <https://www.consilium.europa.eu/en/infographics/geo-blocking/> (дата обращения: 01.11.2019)

¹⁴ Final report on the E-commerce Sector Inquiry. COM (2017) 229 final.

отношении трансграничных продаж, по крайней мере, в одной из категории товаров¹⁵. Некоторые из подобных мер способны инициировать проблемы в области права конкуренции.

С другой стороны, блокирующие меры, основанные на соглашениях или согласованной практике между отдельными предприятиями, могут подпадать под действие ст. 101 ДФЕС. Например, это было в решении Суда ЕС по объединенному делу C-403/08 и C-429/08 «Football Association Premier League Ltd»¹⁶. В отчете Комиссии о функционировании Единого рынка за 2019 г. также подчеркивается, что ею был принят ряд решений в области права конкуренции, осуждающих практику гео-блокирования со стороны компаний. Гео-блокировка иногда также сочетается с практикой поддержания цены перепродажи¹⁷, которая, в частности, ориентирована на интернет-магазины, продающие товары в Интернете по более низким ценам, чем те, которые планируют производители для конкретного государства-члена. Комиссия оштрафовала ряд компаний за такие антиконкурентные соглашения. В этих случаях практика поддержания цены перепродажи приводила к повышению цен для потребителей широкого спектра потребительских электронных товаров.

3. Регламент 2018/302 о противодействии необоснованной гео-блокировке и иным формам дискриминации потребителей

В мае 2016 г. Комиссия обнародовала проект Регламента, касающегося запрета гео-блокировки¹⁸. Разработчики проекта преследовали цель, которая заключалась в обеспечении более гарантированного доступа покупателей к товарам и услугам путем запрещения как прямой, так и скрытой дискриминации, посредством которой продавцы искусственно сегментируют рынок в зависимости от места жительства потребителя.

Предложение о принятии Регламента было основано на норме ст. 114 ДФЕС, которая наделяет ЕС полномочиями принимать меры к сближению законодательных и административных положений государств-членов, если

¹⁵ Final report on the E-commerce Sector Inquiry. COM (2017) 229 final.

¹⁶ Joined Cases C-403/08 and C-429/08 Football Association Premier League Ltd, 4 October 2011 // OJC 347, 26.11.2011, p. 2–3.

¹⁷ Англ. — resale price maintenance (RPM).

¹⁸ Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on addressing geo-blocking and other forms of discrimination based on customers' nationality, place of residence or place of establishment within the internal market and amending Regulation (EC) No 2006/2004 and Directive 2009/22/EC, Brussels, 25.5.2016. COM (2016) 289 final 2016/0152 (COD).

эти меры направлены на устранение существенных препятствий реализации основных свобод или значительных нарушений конкуренции. Данное толкование нормы п. 1 ст. 114 ДФЕС дано на основании анализа как самой нормы, так и практики Суда ЕС¹⁹. Эта норма выступает основой принятия актов сближения законодательств государств-членов, касающихся функционирования внутреннего рынка. Термин «меры» говорит о возможности принятия и других актов помимо директив, например, регламентов и решений (в отличие от ст. 115 ДФЕС, на основании которой могут быть приняты только директивы).

Итак, в целях борьбы с необоснованной гео-блокировкой было предложено принять именно такой вид законодательного акта ЕС, как регламент. Это также подтверждает значимость и необходимость правового регулирования в этой сфере, поскольку, в отличие от директивы, регламент имеет прямое действие (ст. 288 ДФЕС). Из прямого действия регламента вытекает, во-первых, что он применяется непосредственно органами государств-членов и не требуется принимать какой-либо правовой акт на национальном уровне для его включения в законодательство, а, во-вторых, что физические и юридические лица вправе ссылаться на его нормы для защиты своих прав. Однако если все же какой-либо акт на национальном уровне будет принят, то он не будет признан недействительным, если, конечно, он не препятствует прямому действию регламента [Craig P., de Búrca G., 1998: 177–178].

Регламент N 2018/302 о противодействии необоснованной гео-блокировке и иным формам дискриминации покупателей в зависимости от гражданства, места постоянного проживания и учреждения (далее — Регламент)²⁰ был принят 28.02.2018. Регламент вступил в силу на 20-й день после опубликования²¹ и начал применяться через 9 месяцев после опубликования, т.е. с 03.12. 2018.

Цель Регламента — содействовать надлежащему функционированию внутреннего рынка. Данное содействие в том числе предполагает дальнейшее прояснение некоторых ситуаций, когда различное правовое регулирование не может быть оправдано в соответствии с п. 2 ст. 20 Директивы N 2006/123 об услугах на внутреннем рынке²². Однако в норме не указаны обстоятельства,

¹⁹ Case C-376/98 Tobacco Advertising I [2000] ECR I-08419.; Case C-380/03 Tobacco Advertising II [2006] ECR I-11573; Case C-210/03 Swedish Match [2004] ECR I-11893; Case C-66/04 Smoke flavourings [2005] I-10553.; Case C-217/04 ENISA [2006] ECR I-03771.

²⁰ Regulation (EU) 2018/302 of the European Parliament and of the Council of 28 February 2018 on addressing unjustified geo-blocking and other forms of discrimination based on customers' nationality, place of residence or place of establishment within the internal market and amending Regulations (EC) No 2006/2004 and (EU) 2017/2394 and Directive 2009/22/EC // OJL 60I, 02.03.2018, pp. 1–15.

²¹ Дата опубликования — 02.03.2018.

²² Directive 2006/123/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 on services in the internal market // OJL 376, 27.12.2006, p. 36–68.

при которых возможно различное правовое регулирование. По данному пункту государства-члены должны обеспечить, чтобы общие условия доступа к услуге, предложенные общественности поставщиком услуг, не содержали дискриминационных условий из-за гражданства или места жительства получателя, без ущерба возможности обеспечения различий в условиях доступа, когда эти условия прямо обоснованы объективными критериями. Ими могут быть дополнительные расходы, связанные с расстоянием или техническими характеристиками услуги, или различные рыночные условия — сезонные колебания спроса, различные периоды отпусков в государствах-членах и цены, взимаемые разными конкурентами, или дополнительные риски, связанные с требованиями законодательства, отличными от требований законодательства государства-члена учреждения. Но этих примеров в Директиве нет.

Странно, что Регламент отсылает к такому неопределенному положению Директивы, а не воспроизводит его или уточняет. Это больше способствовало бы правовой определенности и в конечном итоге эффективности применения Регламента. Видимо, составители Регламента хотели подчеркнуть несовершенство этой нормы Директивы и восполнить пробел регулирования, поскольку еще в предложении о принятии Регламента отмечалась неопределенность «объективных критериев» п. 2. ст. 20 Директивы N 2206/123, из-за которой покупатели по-прежнему сталкивались с отказами в продаже и другими условиями при покупке товаров или услуг через границу. В предложении также подчеркивалось: продавцы и покупатели должны иметь больше ясности в ситуациях, когда различия в обращении по месту жительства не оправданы. Конечно, в последующих нормах Регламента описываются ситуации, в которых различные условия, основанные на гражданстве, месте проживания или месте учреждения, не могут быть оправданы в соответствии с п. 2 ст. 20 Директивы N 2006/123. Поскольку Регламент противоречит положениям Директивы, он должен иметь преимущественную силу согласно принципам *lex posterior derogat priori* и *lex specialis derogat generali*.

Кроме того, неоправданная гео-блокировка и другие формы дискриминации по признаку гражданства, места жительства или места учреждения также могут возникнуть в результате выходящих за рамки этой Директивы действий продавцов, зарегистрированных в третьих странах. И если сравнивать п. ст. 1 Регламента и п. 2 ст. 20 Директивы, то первый все равно сформулирован более четко, поскольку раскрывает понятие дискриминационных мер как меры и прямой, и скрытой дискриминации. Это немаловажно, учитывая порой противоречивую практику Суда ЕС в отношении содержания дискриминационных мер.

Сфера действия Регламента, как и иные положения права ЕС, касающиеся свобод внутреннего рынка, не распространяется на «чисто внутренние ситуации», т.е. обязательно наличие трансграничных отношений.

Регламент не будет применяться: 1) в ущерб правовому регулированию налогообложения и сотрудничеству судов по гражданским делам; 2) в сфере авторских и смежных прав, в частности, к услугам по предоставлению доступа и по использованию объектов, защищаемых авторским правом или по продаже таковых в нематериальной форме. Речь идет, к примеру, о каналах музыкальных услуг²³, об электронных книгах, онлайн-играх и программном обеспечении²⁴.

Кроме того, из сферы действия Регламента, как и Директивы N 2006/123, исключен целый ряд услуг (например, услуги общественного значения неэкономического характера, финансовые, транспортные, аудиовизуальные услуги, социальные услуги, оказываемые государством или под его контролем, услуги, связанные с осуществлением государственной власти).

Но прежде чем переходить к непосредственно содержанию прав и обязанностей, предусмотренных Регламентом, необходимо дать определение ключевым терминам. Отметим, что в Регламенте определения гео-блокировки нет. Под «потребителем»²⁵ понимается любое физическое лицо, чьи соответствующие действия никак не связаны с его торговой, предпринимательской, ремесленной или профессиональной деятельностью (п. 12 ст. 2 Регламента).

В то же время Регламент (п. 13 ст. 2) содержит понятие «заказчик» или «покупатель» (потенциальный. — *Е. П.*) или «клиент» (далее «покупатель»)²⁶. Это понятие означает потребителя, который может являться как гражданином одного из государств-членов ЕС, или постоянным жителем одного из государств-членов, так и предприятием, учрежденным на территории одного из государств-членов. При этом такой потребитель получает услугу или приобретает товар, или пытается это сделать в рамках ЕС с единственной целью ее/его конечного потребления.

«Продавец» или «торговец», или «субъект экономической деятельности»²⁷ (далее — «продавец») определен как любое физическое или юридическое лицо (частное или государственное), которое ведет торговую, промышленную, ремесленную деятельность или деятельность в сфере либеральных профессий, как самостоятельно, так и при посредничестве другого лица (п. 18 ст. 2 Регламента).

Термин «онлайн-интерфейс» раскрывается как любое программное обеспечение, включая веб-сайт в целом или определенный его раздел, а также приложения, в частности, мобильные (п. 16 ст. 2 Регламента). Такое про-

²³ Англ. яз. — music streaming services.

²⁴ Однако эти виды услуг будут предметом дальнейшего исследования Комиссии.

²⁵ Англ. — «consumer», фр. — «consommateur»

²⁶ Англ. — «customer», фр. — «client»

²⁷ Англ. — «trader», фр. — «professionnel».

граммное обеспечение должно использоваться или самим продавцом, или от его имени и служить для обеспечения доступа потребителей к его товарам и услугам для совершения сделок с последними.

3.1. Запрет дискриминации покупателей на основании гражданства, места постоянного жительства и места учреждения

Сутью Регламента, его краеугольным камнем является запрет дискриминации покупателей на основании гражданства, места постоянного жительства и места учреждения в отношении: доступа к онлайн-интерфейсам (например, веб-сайтам) электронной торговли; доступа к товарам и услугам; условий оплаты; соглашений о пассивных продажах.

Речь идет о запрете дискриминационной практики, как правило, при формулировании общих условий и иных требований, устанавливаемых и применяемых продавцом или от его имени, в качестве предварительного условия получения доступа к рассматриваемым товарам или услугам. Среди общих условий доступа — цена, условия оплаты и доставки. Подобные условия доводятся до сведения потенциальных покупателей с помощью различных средств, таких как веб-сайты, рекламные объявления, преддоговорная или договорная документация. Продавец и покупатель могут согласовать иные условия, которые, естественно, общими уже не являются и исключаются из сферы применения Регламента.

3.1.1. Доступ к онлайн-интерфейсам

Регламент включает положения, касающиеся доступа к онлайн-интерфейсам (точнее, гарантий доступа). В ст. 3 закреплен запрет продавцу по причинам, связанным с гражданством, постоянным местом жительства или местом учреждения покупателя:

при помощи технических или иных средств блокировать или ограничивать доступ последнего к онлайн-интерфейсам (например, сайтам, мобильным приложениям). Цель такого запрета: обеспечить посредством полного и равного доступа покупателей к онлайн-интерфейсам расширение возможностей потенциальных покупателей получать доступ к информации, касающейся продажи товаров и услуг на внутреннем рынке, а также повышение прозрачности (например, в отношении цен). Среди технических мер предотвращения или ограничения доступа к онлайн-интерфейсам — различные технологии, применяемые для определения физического местоположения покупателя, включая отслеживание с помощью IP-адреса или координат, полученных с помощью глобальной навигационной спутниковой системы. Покупателям из других государств-членов должна быть обеспечена возмож-

ность без затруднений, которых нет у покупателей из государства продавца, воспользоваться онлайн-интерфейсом последнего. Это должно учитываться продавцом, в частности, при разработке онлайн-интерфейса. Необходимо подчеркнуть, что данный запрет нельзя толковать как обязанность продавца заключать сделки с покупателями;

перенаправлять его на другую версию онлайн-интерфейса (например, сайт), нежели на которую он первоначально хотел попасть. Технически такая автоматическая переадресация возможна на основании местоположения покупателя, выбранного им языка или иной характеристики, которая позволяет его выделить как лица иного гражданства, места постоянного проживания или места учреждения.

Исключением из этого запрета является ситуация, когда покупатель явно выразил согласие на переадресацию. Если однажды покупатель дал явно выраженное согласие, в том числе путем выражения предпочтения, относящегося к личной учетной записи, то оно действительно для всех его последующих посещений. Продавец соответственно не обязан требовать согласия каждый раз, когда покупатель посещает один и тот же онлайн-интерфейс. Регламент предусматривает обязанность продавца даже в случае явно выраженного согласия покупателя на его перенаправление, например, на другой сайт, обеспечить доступ и на сайт, на который первоначально и хотел зайти последний.

Например, ирландский покупатель хочет зайти на итальянский сайт электронного магазина. Нарушением положений Регламента будет ситуация, когда при желании зайти на итальянский сайт покупатель будет переадресован на ирландский сайт²⁸. Так, часто продавцы располагают несколькими версиями онлайн-интерфейсов, предназначенных для покупателей из разных государств-членов. В Регламенте такая практика не запрещается в принципе, но при этом все версии онлайн-интерфейса должны всегда быть доступны любому покупателю (вне зависимости от его гражданства, места проживания или учреждения). Однако покупатель вправе в любой момент отозвать данное им когда-либо согласие. В таком случае автоматической переадресации быть не должно.

Однако запрет на блокировку, ограничение доступа к интерфейсам, а также на переадресацию не применяется, если подобные действия необходимы для соблюдения требований, предъявляемых к сфере деятельности продавца, закрепленных в праве ЕС или законодательстве государства-члена. В таких ситуациях возможны блокировка или ограничение доступа, или без явного

²⁸ 10 Key Features of the Geo-blocking Regulation / European Commission. Available at : <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/10-key-features-geo-blocking-regulation> (дата обращения: 11.04.2018)

согласия покупателя перенаправление на альтернативную версию онлайн-интерфейса по причинам, связанным с гражданством, местом проживания или местом учреждения последнего. В частности, согласно требованиям законодательства какого-то государства-члена (которое продавец обязан соблюдать), может ограничиваться доступ покупателей к товарам или услугам, например, путем запрета показа определенного контента в определенных государствах-членах.

Закрепленный в Регламенте запрет на блокировку, ограничение доступа и автоматическую переадресацию не следует толковать в ущерб свободе выражения мнения, а также свободе и плюрализму средств массовой информации, включая свободу прессы. Данные свободы гарантируются в таком акте первичного права ЕС, как Хартия Европейского союза об основных правах²⁹ (ст. 11) [Кашкин С.Ю., 2001]. Встает интересный и многоаспектный вопрос: соотношение реализации свобод внутреннего рынка и принципа уважения прав человека [Энтин Л.М., 2012]. С одной стороны, соблюдение прав человека способствует функционированию внутреннего рынка, с другой — защита прав человека может выступать в качестве основания правомерного ограничения экономических свобод внутреннего рынка. Так, в решении Суда ЕС по делу *C-112/00 Schmidberger*³⁰ подчеркнуто, что «основные права ... должны уважаться, как Сообществом, так и государствами-членами. Защита этих прав представляет собой правомерный интерес, который в принципе служит оправданием ограничению обязательств по праву ЕС, даже тех из них, которые касаются основных свобод Сообщества, гарантированных Римским договором, в частности, обязательств по обеспечению свободы движения товаров» (п. 74 Решения). Как подчеркивает А.С. Исполинов, Суд ЕС впервые в этом решении сделал вывод о своем понимании соотношения прав человека и свобод внутреннего рынка [Исполинов А.С., 2012: 42].

Одни основания правомерного ограничения свобод внутреннего рынка закреплены в ДФЕС³¹, а другие были разработаны в практике Суда ЕС. Последние называются императивными требованиями общего интереса. Ю.М. Юмашев считает, что «основные права и свободы граждан» можно отнести к «императивным требованиям» [Юмашев Ю.М., 2015: 116]. Такого же мнения придерживаются и зарубежные ученые [Dony M., 2008: 351]. Среди таких требований, в частности, есть и защита свободы мнения. Однако из практики Суда также вытекает, что права человека, например, свободы выражения мнения и собраний и объединений, могут быть ограничены в общественных интересах при условии закрепления таких исключений в законодательстве,

²⁹ Charter of Fundamental Rights of the European Union // OJ C 202, 7.6.2016, pp. 389–405.

³⁰ C-112/00 Schmidberger [2003] ECR I-05659.

³¹ См., например, статьи, в которых закреплены исключения из свобод движения товаров, работников, учреждения и оказания услуг (ст. 36, 45, 51).

соблюдения принципа пропорциональности и если они не искажают самую суть гарантированных основных прав граждан³². То есть некоторые права человека наравне со свободами внутреннего рынка не являются абсолютными.

Таким образом, если продавец вынужден во исполнение права ЕС или законодательства государства-члена блокировать, ограничивать доступ или переадресовывать на другой интерфейс, то он обязан дать потенциальному покупателю четкое объяснение, состоящее в освещении причин необходимости блокировки или ограничения доступа, а также переадресации для соблюдения правовых норм. Подобное объяснение должно быть сделано на языке онлайн-интерфейса, к которому покупатель первоначально стремился получить доступ.

3.1.2. Доступ к товарам и услугам

Регламент также закрепляет гарантии на доступ к товарам и услугам. В соответствии со ст. 4 Регламента продавец не вправе применять для доступа к товарам и услугам общие условия, которые различаются в зависимости от гражданства, места постоянного жительства и места учреждения покупателя в следующих трех случаях.

Во-первых, когда покупатель приобретает товары у продавца и заказывает доставку по адресу, расположенному в государстве-члене, в которое продавец осуществляет доставку, или договаривается с продавцом о месте хранения товара в государстве-члене, в котором продавец оказывает такую услугу (опцию) согласно общим условиям продажи. Применительно к этому случаю поясним, что покупатель должен иметь возможность приобрести товары на тех же условиях, включая цену и условия, связанные с доставкой товара, что и аналогичные покупатели, которые постоянно проживают или учреждены в государстве-члене, в которое доставляются или хранятся товары. Это может означать, что покупатели из других государств-членов смогут забрать товары в этом или в другом государстве-члене, в которое торговец доставляет или организует своими собственными средствами трансграничную доставку товаров. Например, французский покупатель намерен приобрести холодильник на бельгийском сайте. Если по общим условиям продажи товар не доставляется во Францию, покупатель имеет право и должен самостоятельно вывезти приобретенный товар из магазина или склада продавца.

Во-вторых, если покупатель получает электронные услуги. К числу таких услуг, в частности, относятся: использование облака, хранилищ данных, по-

³² См. Case C-368/95 Familiapress [1997] ECR I-3689, n. 26; Case C-60/00 Carpenter [2002] ECR I-6279, n. 42; Case C-62/90 Commission/Allemagne [1992] ECR I-2575, n. 23; Case 112/00 Schmidberger, n. 80.

исковых систем и интернет-каталогов, а также хостинг веб-сайтов и предоставление брендмауэров. Имеется в виду такой способ предоставления услуг, когда ни поставщик, ни получатель не пересекают границ государств-членов³³. Например, если польский покупатель захочет получить услуги хостинга, предоставляемые испанской компанией, то он должен будет получить доступ к этой услуге без дополнительной платы по сравнению с испанскими потребителями. При этом речь не идет об услугах, суть которых сводится к предоставлению доступа к произведениям, защищаемых авторским правом, или иным защищаемым объектам и к их использованию, включая продажу таких произведений или объектов в нематериальной форме.

В-третьих, если покупатель получает услуги (которые не оказывают в электронной форме) на территории одного из государств-членов, в котором продавец осуществляет деятельность. Продавцу не нужно регистрироваться для НДС в другом государстве-члене или организовывать трансграничную доставку товаров. Речь идет о таком способе оказания услуг, при котором поставщик не пересекает границы государств-членов в отличие от получателя услуг. Следует подчеркнуть, что непосредственно в ДФЕС такой способ не предусмотрен. Пробел восполнен практикой Суда ЕС³⁴. В числе подобных услуг может быть аренда автомобилей или размещение в гостиницах. Примером может являться ситуация, когда семья из Италии посещает музей в Германии и вправе получить семейную скидку при покупке билетов так же, как и семья из Германии. В связи с этим примером можно вспомнить о решении Суда ЕС *C-45/93 Commission v. Spain*, в котором было констатирована прямая дискриминация. Согласно законодательству Испании, ее граждане, а также граждане других государств-членов ЕС и иностранные граждане в возрасте до 21 года, постоянно проживающие в Испании, имели право на бесплатное посещение музеев. Следовательно, иные лица не имели такого права. Суд пришел к выводу, что испанский закон нарушает как ст. 12 Договора об учреждении Европейского Сообщества (ныне ст. 18 ДФЕС), так и ст. 49 (ныне ст. 56 ДФЕС).

В трех указанных случаях не может подлежать объективному оправданию различное отношение к покупателям в зависимости от их гражданства, места жительства или учреждения за счет применения общих условий доступа, включая отказы в продаже товаров или услуг. Следовательно, такие дискриминационные меры запрещаются и покупатели должны иметь право в соответствии с условиями, изложенными в Регламенте, совершать сделки на тех же условиях, что и местные покупатели, и иметь полный и равный доступ к любым товарам или услугам.

³³ Case C-384/93 *Alpine Investments* [1995] ECR I-1141.

³⁴ См., например: *Joined cases 286/82 and 26/83 Luisi & Carbone* [1984] ECR 377.

Однако запрет дискриминации покупателей никак не влияет на право продавцов предлагать товары или услуги в различных государствах-членах или определенным группам покупателей посредством целевых предложений и различных общих условий доступа, в том числе посредством настройки онлайн-интерфейсов на определенное государство³⁵. Естественно, продавцы должны соблюдать принцип недискриминации. При этом не будет считаться дискриминацией исключение применения общих условий доступа в зависимости, например, от членства в определенной ассоциации или от взносов, сделанных продавцу.

В Регламенте также оговаривается, что соблюдение запрета, изложенного в ст. 4, не означает, что продавец обязан соблюдать национальные правовые требования в отношении внедоговорных обязательств, касающиеся соответствующих товаров и услуг государства-члена покупателя, или информировать последнего о таких требованиях. В силу положений права ЕС, применимых к договорным обязательствам и юрисдикции, изложенных в регламентах N 593/2008³⁶ (Рим I) и N 1215/2012 (Брюссель I bis)³⁷, когда продавец не осуществляет деятельность в государствах-членах потребителя или не руководит там деятельностью, соблюдение Регламента N 2018/302 не влечет за собой никаких дополнительных расходов для продавца, связанных с юрисдикцией или различиями в действующем законодательстве [Ерпылева Н.Ю., Клевченкова М.Н., 2013]; [Виноградов А.А., 2011].

Так же, как и в отношении доступа к онлайн-интерфейсам, запрет дискриминации покупателей при доступе к товарам и услугам не распространяется на случаи, когда специальные положения права ЕС или законодательства государств-членов в соответствии с правом ЕС запрещают продавцам продавать товары и предоставлять услуги некоторым покупателям или покупателям, находящимся на определенных территориях (например, запрет продавать алкоголь лицам, постоянно не проживающим в данном государстве). Если законодательство государств-членов в соответствии с правом ЕС предписывает продавцам устанавливать цены на книги специально для покупателей, находящихся на определенных территориях, то это тоже не считается нарушением положений Регламента. Данное положение закреплено в Регламенте.

Важно, что положения Регламента о запрете дискриминации при обеспечении доступа к товарам и услугам не распространяются на отношения

³⁵ Англ. — setting-up of country-specific online interfaces.

³⁶ Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I) // OJL 177, 04.07.2008, pp. 6–16.

³⁷ Regulation (EU) No 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters // OJL 351, 20.12.2012, pp. 1–32.

продавца и покупателя уже после совершения купли-продажи товара или предоставления услуги.

Нельзя не упомянуть Директиву N 2019/882 о доступности товаров и услуг³⁸. Государства должны будут следовать ей с 28.06.2025. В Директиве перечисляются товары и услуги, доступность которых охватывается ее сферой действия — например, это услуги, обеспечивающие доступ к аудиовизуальным медиа услугам; услуги электронной торговли; веб-сайты и электронные билеты в сфере транспортных услуг. Директива включает Приложения, в которых данные требования раскрываются и приводятся их примеры. Отметим, что сфера действия данной Директивы узка.

3.1.3. Условия оплаты товаров и услуг

Что касается положений Регламента, которые закрепляют принцип недискриминации по отношению к условиям оплаты товаров и услуг, то они имеют широкую сферу действия. Ими запрещена дискриминация не только в зависимости от гражданства, места постоянного проживания или места учреждения покупателя, но также в зависимости от места нахождения платежного счета, места учреждения поставщика платежных услуг или места выпуска платежного инструмента в рамках ЕС. Запрет распространяется: 1) если оплата производится в электронной форме посредством кредитного перевода, прямого дебета или использования средства платежа, основанного на банковской карте в рамках одного и того же платежного бренда и категории оплаты; 2) когда соблюдены требования идентификации в соответствии с Директивой N 2015/2366 о платежных услугах на внутреннем рынке³⁹; 3) когда оплата производится в валюте, которая принимается продавцом. В Регламенте закрепляются и гарантии прав продавцов⁴⁰. Например, по обоснованным объективным причинам продавец может задержать поставку товаров или предоставление услуг, пока не получит подтверждения о должной их оплате.

Право ЕС позволяет продавцам свободно выбирать, какое средство платежа они примут. Следуя положениям Регламента N 2015/751 об обменных комиссиях для карточных платежных операций⁴¹ и Директивы N 2015/2366,

³⁸ Directive (EU) 2019/882 of the European Parliament and of the Council of 17 April 2019 on the accessibility requirements for products and services // OJL 151, 07.06.2019, p. 70–115.

³⁹ Directive (EU) 2015/2366 of the European Parliament and of the Council of 25 November 2015 on payment services in the internal market, amending Directives 2002/65/EC, 2009/110/EC and 2013/36/EU and Regulation (EU) No 1093/2010, and repealing Directive 2007/64/EC // OJL 337, 23.12.2015, pp. 35–127.

⁴⁰ См. также п. 3 ст. 5 Регламента.

⁴¹ Regulation (EU) 2015/751 of the European Parliament and of the Council of 29 April 2015 on interchange fees for card-based payment transactions // OJL 123, 19.05.2015, p. 1.

продавцы, принимая оплату картой определенного бренда и категории, не обязаны принимать карты этой же категории от других брендов платежных инструментов или другие категории карт того же бренда. Например, продавцы, принимающие дебетовые карты определенного бренда, не обязаны принимать кредитные карты того же бренда. Но после выбора продавцом бренда и категории платежного инструмента ему запрещено дискриминировать покупателей по причинам, связанным с гражданством, местом проживания или местом учреждения, например, отказом от определенных сделок или применением иных условий оплаты в отношении этих сделок.

3.1.4. Соглашения в отношении пассивных продаж

Регламент включает ряд норм, касающихся соглашений о пассивной продаже, в которых проводится разграничение с точки зрения правового режима между активными и пассивными продажами. Ограничения пассивных продаж обычно рассматриваются как нарушения права конкуренции в отличие от ограничений активных продаж, которые являющихся обычной практикой и проистекающих из свободы торговли.

По общему правилу при противоречии положений Регламента и права конкуренции ЕС большую силу будут иметь первые. Согласно ст. 6 Регламента N 2018/302 «без ущерба положениям Регламента N 330/2010 о применении статьи 101 (3) ДФЕС к категориям вертикальных соглашений и согласованной практике»⁴² и статье 101 ДФЕС, Регламент не будет применяться к соглашениям, ограничивающим активные или пассивные продажи по смыслу Регламента N 330/2010 или соглашениям, которые касаются сделок вне сферы действия запретов, предусмотренных ст. 3–5 данного Регламента». Приведенная формулировка громоздка, запутана и сложна для восприятия. Встает сразу несколько вопросов. Во-первых, каково содержание ст. 101 ДФЕС и Регламента N 330/2010? Во-вторых, по общему правилу все ли соглашения, ограничивающие активные продажи, исключаются из сферы действия Регламента? В-третьих, Регламент не будет применяться к соглашениям, ограничивающим активные и пассивные продажи или только пассивные продажи при наличии указанного исключения? В-четвертых, в каких случаях Регламент все же будет применяться? Таким образом, необходимо внести четкость в содержание данной статьи.

В соответствии с п. 1 ст. 101 ДФЕС запрещаются как не совместимые с внутренним рынком любые соглашения между предприятиями⁴³, любые

⁴² Commission Regulation (EU) No 330/2010 of 20 April 2010 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of vertical agreements and concerted practices // OJL 102, 23.04.2010, pp. 1–7.

⁴³ В своей практике Суд ЕС раскрыл понятие «предприятие» в смысле правил конкуренции. См., например: Case 170/83 Hydrotherm [1984] ECR 2999; Case C-41/90 Höfner, [1991] ECR 1979.

решения объединений предприятий и любые виды согласованной практики, которые способны затрагивать торговлю между государствами-членами и имеют целью или результатом создание препятствий для конкуренции в рамках внутреннего рынка, ее ограничение или искажение. Подобные соглашения или решения являются автоматически недействительными (п. 2 ст. 101 ДФЕС). Данная норма о недействительности имеет обратную силу, что подтверждено Судом ЕС⁴⁴. В п. 3 ст. 101 ДФЕС закреплены исключения из п. 1 этой же статьи. Так, могут быть признаны правомерными соглашения или категории соглашений между предприятиями, решения или категории решений объединений предприятий или согласованная практика или категории такой практики, отвечающие одновременно двум условиям: «положительному» и «отрицательному».

«Положительное» условие заключается в содействии улучшению производства или распределения продукции либо развитию технического или экономического прогресса при сохранении для потребителей справедливой доли вытекающей из них прибыли. «Отрицательное» условие обязывает, с одной стороны, не налагать на заинтересованные предприятия ограничения, не являющиеся необходимыми для достижения вышеописанных целей, а с другой — не оставлять предприятиям возможности исключать конкуренцию в отношении существенной доли соответствующей продукции. Соответствие всем четырем условиям является одновременно необходимым и достаточным, как отмечается в практике Суда ЕС, например, в решении по делу N 42/84 *Remia*⁴⁵.

Анализируя запрет ограничений, необходимость в которых отсутствует, целесообразно сослаться на высказывание Ю.М. Юмашева: «Суд ЕС обычно рассматривает защитные территориальные оговорки, препятствующие параллельному импорту и тем самым создающие искусственную множественность «закрытых национальных рынков» [Юмашев Ю.М., 2015: 307]. До вступления в силу Регламента N 1/2003 о применении правил конкуренции, закрепленных в ст. 81 и 82 ДФЕС⁴⁶, только Комиссия была вправе предоставить индивидуальные исключения в порядке процедуры уведомления. Согласно Регламенту N 1/2003, соглашения, решения и ограничительная практика, о которых идет речь в п. 1 ст. 81 Договора⁴⁷ (ныне ст. 101 ДФЕС) и которые не соответствуют условиям п. 3 ст. 81 (ныне ст. 101 ДФЕС) запрещаются без предварительного решения по данному вопросу. Те соглашения,

⁴⁴ См.: Case 48/72 SA Brasserie de Haecht v Wilkin-Janssen, [1973] ECR 0077.

⁴⁵ Case 42/84 Remia [1985] ECR 2545.

⁴⁶ Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16.11. 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty // OJL 1, 04.01.2003, pp. 1–25.

⁴⁷ Договора об учреждении Европейского сообщества.

решения и ограничительная практика, которые соответствуют условиям, закрепленным в п. 3 данной статьи, разрешаются опять-таки без предварительного решения по данному вопросу. Как подчеркивает Ш. Бутаеб, Регламент N 1/2003 положил конец монополии Комиссии, что привело к децентрализации [Boutayeb С., 2017: 306]. С тех пор антимонопольные власти государств-членов наделены правом оценивания с точки зрения условий ст. 101 ДФЕС. Анализ данной статьи ДФЕС подтверждает такую характерную особенность права конкуренции ЕС, как сохранение и стимулирование разумного равновесия между конкуренцией и ограничением деятельности отдельных предприятий.

Регламент N 330/2010 о применении ст. 101 (3) ДФЕС к категориям вертикальных соглашений и согласованной практики закрепляет положение о том, что п. 1 ст. 101 ДФЕС не применяется к вертикальным соглашениям в той мере, в какой они содержат вертикальные ограничения. Пункт 1 ст. 101 ДФЕС не применим к вертикальным соглашениям, отвечающим условиям, закрепленным в п. 3 ст. 101 ДФЕС. В Регламенте N 330/2010 описываются рамки применения данного положения. Категория соглашений, которые могут рассматриваться как обычно удовлетворяющие условиям, изложенным в п. 3 ст. 101 ДФЕС, включает вертикальные соглашения о покупке или продаже товаров или услуг, когда такие соглашения заключаются между неконкурентными предприятиями, между некоторыми конкурентами или определенными объединениями розничных продавцов товаров⁴⁸. Это также вертикальные соглашения, содержащие второстепенные положения о передаче или использовании прав интеллектуальной собственности⁴⁹. Термин «вертикальные соглашения» должен включать соответствующие виды согласованной практики. При индивидуальной оценке соглашений в соответствии со ст. 101 (1) Договора необходимо учитывать несколько факторов, в частности, структуру рынка со стороны предложения и покупки⁵⁰.

В Регламенте N 330/2010 перечисляются цели, преследуемые вертикальными соглашениями прямо или косвенно, изолированно или в сочетании с другими факторами, на которые могут повлиять стороны. Если вертикальные соглашения имеют такие цели, то они не подпадают под данное исключение из п. 1 ст. 101 ДФЕС и, следовательно, на них распространяется запрет, закрепленный в п. 1 ст. 101 ДФЕС⁵¹. Назовем две из таких целей.

Во-первых, это ограничение территории или ограничение клиентуры, в рамках которой покупатель, являющийся стороной в соглашении, может

⁴⁸ См. п. 4 ст. 2 Регламента N 330/2010.

⁴⁹ См. п. 3 ст. 2 Регламента N 330/2010.

⁵⁰ См. п. 2 ст. 2 Регламента N 330/2010.

⁵¹ См. ст. 4 Регламента N 330/2010.

продавать товары или предоставлять услуги без ущерба для ограничения в отношении места его учреждения. Однако здесь есть исключение: ограничение своих активных продаж территорией или клиентурой, которую поставщик зарезервировал исключительно для себя или которую он выделил другому покупателю, когда это ограничение не ограничивает продажи, совершаемые клиентами покупателя. Проанализировав это исключение и исключения из другого исключения, можно резюмировать, что запрет, предусмотренный п. 1 ст. 101 ДФЕС, не распространяется в отношении вертикальных соглашений, цель которых описана в предыдущем предложении. Они совместимы с внутренним рынком, и разрешается заключать вертикальные соглашения при соблюдении следующих условий: 1) если они имеют целью ограничение своих активных продаж территорией или клиентурой, которую поставщик зарезервировал исключительно для себя или которую он выделил другому покупателю, когда это ограничение не ограничивает продажи, совершаемые клиентами покупателя; 2) если они способны затрагивать торговлю между государствами-членами и имеют также целью или результатом создание препятствий для конкуренции в рамках внутреннего рынка, ее ограничение или искажение.

Во-вторых, это ограничение активных или пассивных продаж конечным пользователям участниками системы избирательного распределения, действующим на уровне розничной торговли. В рамках системы избирательного распределения ни активные, ни пассивные продажи конечным пользователям не могут быть ограничены. При этом сохраняется возможность запретить участнику системы работать вне несанкционированного места учреждения. Из этого следует вывод, что п. 1 ст. 101 ДФЕС применяется к вертикальным соглашениям, целью которых выступает ограничение активных и пассивных продаж розничными продавцами конечным покупателям. Они несовместимы с внутренним рынком и запрещаются, если способны затрагивать торговлю между государствами-членами и имеют целью или результатом создание препятствий для конкуренции в рамках внутреннего рынка, ее ограничение или искажение. В рамках исследования запрета необоснованной гео-блокировки особенно интересно именно это условие, поскольку ограничение активных продаж по смыслу Регламента N 330/2010 исключается из сферы действия Регламента N 2018/302, а ограничение пассивных продаж, наоборот, в него включается.

Итак, права продавцов по ограничению активных продаж исключаются из сферы действия Регламента N 2018/302, т.е. им не запрещаются. Что касается пассивных продаж, то по общему правилу действие Регламента на них распространяется, если они подпадают под запреты ст. 3–5 Регламента N 2018/302, которые касаются запрета дискриминации покупателей в отношении доступа к онлайн-интерфейсам электронной торговли, доступа к

товарам и услугам и условий оплаты. Но есть и исключение: на ограничительные действия продавцов в отношении пассивных продаж не будет распространяться запрет на необоснованную гео-блокировку и иные формы дискриминации, только когда речь идет об исключениях из сферы применения ст. 3–5 Регламента.

Так, Регламент не будет применяться к ограничению пассивных продаж, которые заключаются в блокировке доступа или ограничении доступа, или перенаправление на другой онлайн-интерфейс, если подобные меры необходимы для соблюдения распространяемого на деятельность продавца требования, закрепленного в праве ЕС или законодательстве членов во исполнение права ЕС; следовательно, такие пассивные продажи разрешены. Соглашения, по которым продавцы обязаны не участвовать в пассивных продажах с некоторыми покупателями или даже их группами на определенных территориях, как правило, считаются ограничивающими конкуренцию и, как правило, не могут быть освобождены от запрета, закрепленного в п. 1 ст. 101 ДФЕС. Однако, когда применяется исключение из ст. 101 ДФЕС или когда договорные ограничения не охватываются этой статьей, есть риск, что они могут быть использованы для обхода положений Регламента.

Если положения соглашений обязывают продавцов в сфере пассивных продаж нарушать запреты ст. 3–5 Регламента, то они автоматически становятся недействительными. Например, положение соглашения будет автоматически аннулировано, если оно закрепляет ограничения, которые не позволяют продавцу удовлетворять запросы отдельных⁵² покупателей о продаже товаров в связи с их гражданством, местом проживания или местом учреждения. При этом покупатель не просит доставить товар за пределы выделенной соглашением территории продавца.

Таким образом, Регламент закрепляет запрет необоснованной гео-блокировки и иных форм дискриминации покупателей в зависимости от гражданства, места постоянного жительства и места учреждения в отношении соглашений о пассивных продажах, на которые распространяется сфера действия запретов ограничений доступа к онлайн-интерфейсам электронной торговли и доступа к товарам и услугам, а также условий оплаты.

3.2. Механизм контроля за соблюдением Регламента

Государство-член должно назначить орган или органы, которые будут нести ответственность за выполнение положений Регламента. Кроме того, они должны разработать правила, предусматривающие применяемые при нарушении Регламента меры и обеспечить их применение. Государства-чле-

⁵² Англ. — unsolicited requests.

ны обязаны назначить один или несколько органов, предназначенных для практической поддержки потребителей при споре с продавцами, связанном с применением Регламента.

Через два года после вступления в силу данного Регламента, начиная с 23.03.2020, каждые пять лет Комиссия должна направлять отчет Европарламенту, Совету и Экономическому и социальному комитету с оценкой влияния Регламента на внутренний рынок ЕС и трансграничную электронную торговлю. Такой отчет может быть сопровождается предложением о внесении изменений в Регламент, учитывающих изменения правового регулирования, а также экономического развития. В марте 2020 г. Комиссия опубликовала сообщение «Выявление и устранение препятствий на Едином рынке», в котором, в частности, была констатирована положительная динамика в сфере электронной торговли в связи с вступлением в силу Регламента⁵³. Однако это не означает, что все препятствия, связанные с трансграничными продажами, исчезли. Так, администраторы 1/5 веб-сайтов не соблюдали Регламент в части, позволяющей потребителям совершать покупки с веб-сайтов, не осуществляющих доставку в страну их проживания, при условии, что они могут доставить его по адресу в стране, обслуживаемой продавцом⁵⁴; трансграничный доступ к аудиовизуальному контенту часто не работает (примерно в половине случаев), в основном именно из-за гео-блокировки⁵⁵.

Заключение

Институты ЕС принимали и продолжают принимать комплекс мер, направленных на оптимизацию функционирования внутреннего рынка ЕС, в том числе единого цифрового рынка. В свою очередь, последний включает трансграничную электронную торговлю, которая обладает большим потенциалом с точки зрения развития интеграционных процессов. Одним из препятствий доступа покупателей к товарам и услугам электронной торговли выступает необоснованная гео-блокировка. Она служит и препятствием развитию внутреннего рынка ЕС, что подчеркивает важность ее запрета. Регламент разрабатывался также с целью восполнения пробелов в праве ЕС, в частности, созданных неопределенностью некоторых норм (например, Ди-

⁵³ Communication from the Commission «Identifying and addressing barriers to the Single Market». Brussels, 10.3.2020. COM (2020) 93 final.

⁵⁴ Consumer Protection Cooperation Network sweep. European Commission. Press release. 31.01.2020. Available at: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_20_156 (дата обращения: 14.04.2020)

⁵⁵ Flash Eurobarometer study on Intra-EU communications. European Commission. 13.05.2019. Available at: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/flash-eurobarometer-study-intra-eu-communications> (дата обращения: 14.04.2020)

рективы N 2006/123), что ведет к закреплению более жестких требований, предъявляемых к продавцам товаров и поставщикам услуг. Конечно, Регламент имеет ограниченную предметную сферу действия, в основном совпадающую со сферой действия Директивы N 2006/123. В нем закрепляется запрет дискриминации покупателей на основании гражданства, места постоянного жительства и места учреждения в отношении: доступа к онлайн-интерфейсам электронной торговли; доступа к товарам и услугам; условий оплаты; соглашений о пассивных продажах. Но неодинаковое отношение продавцов к покупателям может быть оправдано на основании положения Регламента. Например, если подобные действия необходимы для выполнения требований, предъявляемых к сфере деятельности продавца, закрепленных в праве ЕС или законодательстве его члена ЕС. Тогда гео-блокировка не будет рассматриваться как препятствие реализации свобод внутреннего рынка. Так, гео-блокировка как препятствие представляет собой дискриминационную практику, которая препятствует потребителям иметь доступ и приобретать товары или услуги через веб-сайты, базирующиеся в другом государстве-члене ЕС. На уровне как ЕС, так и государств-членов должны предприниматься активные действия, обеспечивающие должное функционирование единого цифрового рынка, как неотъемлемой части внутреннего рынка ЕС. На национальном уровне должны быть устранены препятствия, исходящие не только от государственных органов, но и от частных субъектов.

Приведем отрывок из обзора Комиссии: «Нет ничего неизбежного в отношении воздействия цифровых технологий. Они будут продолжать изменять наше общество и экономику, но то, как они это делают, во многом зависит от того, как граждане ЕС, предприятия и государственные органы решают использовать их и как мы формируем правовую основу этих технологий»⁵⁶.



Библиография

Виноградов А.А. Договорное право ЕС — завтрашний день Евросоюза // Вестник МГИМО. 2011. N 5. С. 248–250.

Григорьев М.Н. Маркетинг. М.: Юрайт, 2011. 286 с.

Дмитриева Г.К. (ред.) Унификация и гармонизация в международном частном праве. М.: Норма, 2016. 208 с.

Ерпылева Н.Ю., Клевченкова М.Н. Унификация норм о международной судебной юрисдикции в международном процессуальном праве // Международное право и международные организации. 2013. N 3. С. 343–378.

Жуков И.В. Активные продажи как способ продвижения товаров // Проблемы экономики и менеджмента. 2015. N 2. С. 27–29.

⁵⁶ A Connected Digital Single Market for All. Brussels, 10.05.2017. COM (2017) 228 final.

Исполинов А.С. Поиск баланса между свободами внутреннего рынка и правами человека в судебной практике ЕС // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2012. N 6. С. 38–49.

Кашкин С.Ю. (отв. ред.) Интеграционное право в современном мире: сравнительно-правовое исследование. М.: Проспект, 2015. 416 с.

Кашкин С.Ю. Хартия Европейского Союза об основных правах: комментарии. М.: Юриспруденция, 2001. 208 с.

Моисеев А.А. Надгосударственность в современном международном праве. М.: Научная книга, 2007. 287 с.

Пилипенко А.Н. Франция: к цифровой демократии // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2019. N 4. С. 185–207.

Талапина Э.В. Цифровая трансформация во Франции: правовые новеллы // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2019. N 4. С. 164–184.

Энтин Л.М. Право Европейского Союза и правовое обеспечение защиты прав человека. М.: Норма, 2012. 960 с.

Юмашев Ю.М. Экономическое право Европейского Союза. М.: Норма, 2015. 382 с.

Ashton K. (2009) That 'Internet of Things' Thing. In the real world, things matter more than ideas. RFID Journal, 2009, 22 June.

Barnard C. The substantive law of the EU. The four freedoms. Oxford: University Press, 2007, 643 p.

Boutayeb C. Droit matériel de l'Union Européenne. Libertés de mouvement, espace de concurrence et secteur publique. Paris: Lextenso, 2017. 578 p.

Clergerie J.-L., Gruber A., Rambaud P. (2016) L'Union européenne. Paris: Dalloz, 1160 p.

Craig P., de Búrca G. EU Law. Text, cases and materials. Oxford: Oxford University Press, 1998. 1152 p.

Dony M. Droit de l'Union Européenne. Bruxelles: Université, 2010. 763 p.

Chalmers D., Davies G., Monti G. (ed.) European Union law. Cases and materials. Cambridge: University Press, 2010. 1011 p.

Patterson D., Södersten A. (ed.) (2016) A Companion to European Union Law and International Law. N.Y.: John Wiley, 2016, 616 p.

Tridimas T. Precedent and the Court of Justice: A jurisprudence of doubt? /Philosophical foundations of European Union law. Ed by J. Dickson, P. Eleftheriadis. Oxford: Oxford University Press, 2012, pp. 307–330.

Pravo. Zhurnal Vyshey Shkoly Ekonomiki. 2020. No 3

Legal Regulation Prohibition of geo-blocking to Create a Single Digital Market of the European Union



Elena Postnikova

Associate Professor, Department of General and Interdisciplinary Legal Studies, National Research University Higher School of Economics, Candidate of Juridical Sciences. Address: 20 Myasnitckaya Str., Moscow 101000, Russia. E-mail: epostnikova@hse.ru



Abstract

The article examines the legal regulation in the EU the ban on unjustified geo-blocking and other forms of discrimination due to citizenship, location or the place of establishment as the obstacles to create a single digital EU market. The aim of the research is to identify the special features and trends. The methods applied were both general and special legal methods, i.e. legal historical, formal legal, comparative methods, the method of legal forecasting. The EU faces new challenges influencing its achievement one of which is digitalization. To increase the efficiency of the legal regulation of the internal market the permanent evolution of is required by spreading the integration various areas of digitalization. Hence, the EU internal market started including a single digital market, one of the pillars of which is the access of the buyers to the goods and services of electronic trade. The commission declared a number of issues to implement the EU competition law one of which is geo-blocking. The article defines the key concepts of the legal relations under research. The unjustified geo-blocking is a discriminating practice impeding the access and acquisition of the goods and services via web-sites located in another EU member state. The geo-blocking is considered as a material obstacle to implement the fundamental freedoms and/or as a material violation of competition. The result of the consistent actions of the EU institutions was the act on harmonizing legislations — Rules N2018/302 on counteracting unjustified geo-blocking and other forms of discriminating buyers due to citizenship, permanent address and the place of office. The essence of the Rules is the ban on the direct and indirect discrimination of buyers against the access to online-interfaces of electronic trade, goods and services, conditions of payment, agreements on passive sales. The rules provide for several grounds under which the distinct attitude towards sellers due to citizenship, the place of residence and office may be justified. The actions of the EU institutions promote to fixing stricter requirements against sellers and providers. To fulfil the potential of the internal market the obstacles should be removed, in particular geo-blocking.



Keywords

European Union; European Union law; geo-blocking; internal market; single digital market; electronic commerce; freedom of movement of goods; freedom to provide services; principle of non-discrimination.

For citation: Postnikova E.V. (2020) Legal Regulation Prohibition of geo-blocking to Create a Single Digital Market of the European Union. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 3, pp. 207–234 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2020.3.207.234



References

Ashton K. (2009) That 'Internet of Things' Thing. In the real world, things matter more than ideas. *RFID Journal*, 22 June.

Barnard C. (2007) *The substantive law of the EU. The four freedoms*. Oxford University Press, 643 p.

Boutayeb C. (2017) *Droit matériel de l'Union Européenne. Libertés de mouvement, espace de concurrence et secteur publique*. Paris: Lextenso, 578 p.

Clergerie J.-L., Gruber A., Rambaud P. (2016) *L'Union européenne*. DALLOZ, 1160 p.

- Craig P., de Búrca G. (1998) *EU Law. Text, cases and materials*. Oxford: University Press, 1152 p.
- Chalmers D., Davies G. and Monti G.(eds.) (2010) *European Union law. Cases and materials*. Cambridge: University Press, 1011 p.
- Dony M. (2010) *Droit de l'Union Européenne. Troisième édition revue et augmentée*. Bruxelles: Université, 763 p.
- Dmitrieva G.K. (ed.) (2016) *Unification and harmonization in international private law*. Moscow: Norma, 208 p. (in Russian)
- Entin L.M. (2012) *EU law and the protection of human rights*. Moscow: Norma, 960 p. (in Russian)
- Erpylyova N.Yu., Klevchenkova M.N. (2013) Unifying the norms of international judicial jurisdiction in international procedural law. *International law and international organizations*, no 3, pp. 343–378 (in Russian)
- Grigoryev M.N. (2011) *Marketing*. Moscow: Yurait, 286 p. (in Russian)
- Ispolinov A.S. (2012) In search of the balance between the freedoms of the internal market and human rights in the EU judicial practice. *Zhurnal zarubezhnogo zakonodatelstva I sravnitel'nigo pravovedeniya*, no 6, pp. 38–49 (in Russian)
- Kashkin S.Yu. (ed.) (2015) *Integration law in the modern world: a comparative research*. Moscow: Prospekt, 416 p. (in Russian)
- Kashkin S.Yu. (2001) The EU Charter on the fundamental rights: commentaries. Moscow: Yurisprudentsiya, 208 p. (in Russian)
- Moiseev A.A. (2007) *Supranationalism in the modern international law*. Moscow: Nauchnaya kniga, 287 p. (in Russian)
- Patterson D., Södersten A. (ed.) (2016) *A Companion to European Union Law and International Law*. New York: Wiley, 616 p.
- Pilipenko A.N. (2019) France: towards digital democracy. *Pravo. Zhurnal Vyshey shkoly ekonomiki*, no 4, pp. 185–207 (in Russian)
- Talapina E.V. (2019) Digital transformation in France: new laws. *Pravo. Zhurnal Vyshey shkoly ekonomiki*, no 4, pp. 164–184 (in Russian)
- Tridimas T. (2012) Precedent and the Court of Justice: A jurisprudence of doubt? *Philosophical foundations of European Union law*. J. Dickson, P. Eleftheriadis (eds.). Oxford: University Press, pp. 307–330.
- Vinogradov A.A. (2011) EU Contract law — tomorrow of the EU. *Vestnik MGIMO*, no 5, pp. 248–250 (in Russian)
- Yumashev Yu. M. (2015) The economic law of the European Union. Moscow: Norma, 382 p. (in Russian)
- Zhukov I.V. (2015) Dynamic sales as a way of promoting goods. *Problemy ekonomiki I menedzhmenta*, no 2, pp. 27–29 (in Russian)