

**Ю.М. Юмашев**

*Заведующий кафедрой  
международного права  
факультета права  
Государственного  
университета —  
Высшей школы экономики,  
профессор, доктор  
юридических наук*

## Свобода движения товаров в ЕС (нетарифные ограничения)

Создание единого внутреннего рынка — одна из основных целей ЕС. Согласно ст. 14 (2) Римского договора о Европейском Сообществе, «внутренний рынок представляет собой пространство без внутренних границ, в котором, согласно положениям настоящего Договора, обеспечивается свободное движение товаров, лиц, услуг и капиталов». Среди всех перечисленных в данном определении «свобод» свобода движения товаров играет решающую, цементирующую роль, поскольку взаимная торговля между государствами — членами является основным показателем эффективности интеграционных процессов. Действительно, уже в переходный период (1950—1970-е гг.) она росла вдвое быстрее, чем торговля ЕС с третьими странами. В настоящее время доля взаимной торговли превышает 50% всего объема международной торговли Сообщества в целом. В результате Европейский Союз превратился в одного из наиболее мощных и конкурентоспособных участников глобальной системы мирохозяйственных связей.

Этому в немалой степени способствовал гибкий механизм регулирования свободы движения товаров, разработанный в ЕС в процессе развития интеграционных процессов. Регулированию свободы движения товаров в Римском договоре посвящены в первую очередь ст. 23—31 и 90 (помимо общей целевой ст. 3 (1a)). Статьи 23—25 и 90 принято называть «фискальными», так как они призваны устранять таможенные и налоговые барьеры взаимной торговле между государствами — членами<sup>1</sup>. Указанные статьи сыграли решающую роль на первых этапах становления таможенного союза и формирования механизма регулирования свободы движения товаров внутри Сообщества<sup>2</sup>.

В ст. 28—31 речь идет об устранении так называемых «нетарифных ограничений», которые составляют не меньшую (если не большую) угрозу для свободы дви-

---

<sup>1</sup> Статья 25 содержит абсолютный запрет на взимание таможенных пошлин и сборов, эквивалентных таможенным пошлинам, а ст. 90 запрещает дискриминационное и протекционистское косвенное налогообложение товаров государств — членов в их взаимной торговле.

<sup>2</sup> Становление Единого таможенного тарифа ЕС было завершено к 01.07.1968 г. (начал полностью применяться с 1969 г.). В 1987 г. он был трансформирован в «интегрированный тариф» ЕС на основе комбинированной товарной номенклатуры. С момента вступления в силу единого таможенного тарифа государства — члены лишились права самостоятельно устанавливать ввозные пошлины и сборы не только на товары из третьих стран, но и во взаимной торговле между собой. В начале 1990-х гг. таможенные правила, разработанные Советом ЕС, были обобщены в форме Таможенного кодекса, который в полном объеме начал действовать с 01.01.1994 г.

жения товаров, чем фискальные барьеры. Другими словами, в упрощенном виде правовой механизм регулирования свободы движения товаров можно охарактеризовать как состоящий из двух элементов: первый, призванный устранять таможенные барьеры на границах государств — членов; второй — нетарифные ограничения, создаваемые национальными законодательствами импортным товарам из других государств — членов в интересах повышения конкурентоспособности отечественной продукции.

Данная статья посвящена анализу «второго элемента» механизма регулирования свободы движения товаров, так как на данном этапе углубления интеграционных процессов в ЕС именно особенности национального законодательства государств — членов создают значительные трудности при формировании Сообществом единого внутреннего рынка товаров.

Решение проблем, связанных с устранением нетарифных барьеров<sup>3</sup>, предусмотрено в ст. 28—31 Римского договора о ЕС. В ст. 28 речь идет о запрете нетарифных ограничений при импорте из других государств — членов; в ст. 29 — при экспорте. Статья 30 трактует об исключениях из этих запретов. Статья 31 предусматривает «трансформацию государственных торговых монополий», которые играют существенную роль в торгово-экономических отношениях государств — членов.

Из этих четырех статей наибольшее практическое значение для реализации свободы движения товаров и для формирования единого внутреннего рынка ЕС имеет ст. 28 о «запрете количественных ограничений импорта и мер, эквивалентным количественным ограничениям»<sup>4</sup>. Римский договор не дает определения ни ключевых понятий, ни механизма реализации ст. 28. Эту задачу в данном случае (как и во всех остальных) выполняет Суд ЕС. Три его решения — «Dassonville» (1974), «Cassis de Dijon» (1979) и «Keck» (1993) — сыграли решающую роль в формировании правовой основы для устранения нетарифных ограничений свободе движения товаров<sup>5</sup>.

Количественные ограничения (КО) в смысле ст. 28 Суд ЕС определяет как «меры, ведущие к полному или частичному ограничению — в зависимости от обстоятельств — импорта, экспорта или транзита товаров во взаимной торговле между государствами — членами»<sup>6</sup>. Под это определение подпадают, например, меры по квотированию и контингентированию товаров. Общее определение «мер, эквивалентным количественным ограничениям» (МЭКО), Суд ЕС дал в решении по упомянутому делу «Dassonville» (8/74). Согласно этому решению, меры государств — членов, «...препятствующие прямо или косвенно, реально или потенциально торговле между государствами — членами, считаются мерами, последствия которых эквивалентны количественным ограничениям»<sup>7</sup>. В решении по этому делу Суд признал противоречащими ст. 28 Римского договора положения бельгийского законодательства, со-

<sup>3</sup> Статьи о тарифных и нетарифных ограничениях *взаимно* исключают друг друга. Так, препятствия взаимной торговле «фискального характера» не подпадают под действие запретов ст. 28. См.: 74/76 Ianelli v. Meroni (1977); C-34-38/01 Enirisorse SpA v. Ministero delle finanze (2003).

<sup>4</sup> О целевой установке ЕС на формирование «внутреннего рынка» см. ст. 3 (с) и 14 (2) Римского Договора о ЕС.

<sup>5</sup> Решения Суда ЕС по делу 8/74 от 11.07.1974. См.: Dassonville — 120/78 от 20.02.1979; Cassis de Dijon — C-267 и 268 /91 от 24.11.1993 — Keck & Mithouard.

<sup>6</sup> Решение Суда ЕС по делу 2/73 «Geddo» (1973). П. 7.

<sup>7</sup> Дело 8/74 (п. 5). Под термином «мера» в смысле применения ст. 28 понималось государственное регулирование торговли и маркетинга, а не производства.

гласно которым экспортер должен представить таможенным властям Бельгии сертификат происхождения товара страны — производителя<sup>8</sup>.

Приведенная формулировка из решения Суда ЕС получила в литературе название «**формула Дассонвилль**». Она была общепризнанна и получила широкое применение в дальнейшей практике Суда, который далее разъяснял и уточнял понятия этой формулы и их содержание. В частности, Суд ЕС подчеркивал, что ст. 28 имеет **вертикальное прямое действие**, т.е. применяется к широкой категории государственных и квази-государственных органов, а к отношениям между индивидами (в широком смысле) не применяется (так называемое горизонтальное действие). Государство — член несет ответственность за действия своих граждан, нарушающих ст. 28, в лице его государственных и квази-государственных органов<sup>9</sup>. Термин «государственные меры», запрещенные ст. 28, включает не только действие, но и «бездействие» государств — членов, чреватое созданием препятствий взаимной торговле между ними<sup>10</sup>.

Интерес представляет и трактовка Судом ЕС таких понятий «формулы Дассонвилль», как «реально или потенциально», «прямо или косвенно» препятствующие взаимной торговле меры. Если «реально» нарушающие ст. 28 меры (а их большинство) не требуют специальных пояснений, то «потенциальным» отрицательным воздействием на свободу движения товаров могут обладать даже такие государственные меры, которые касаются лишь незначительной части национального рынка<sup>11</sup>.

Что же касается мер, «прямо или косвенно» препятствующих взаимной торговле, то их ныне толкуют как синоним «прямой или косвенной дискриминации импортных товаров», что подпадает под запрет ст. 28. Под «прямой дискриминацией» товаров из других государств — членов (или находящихся в свободном обращении в ЕС) понимают национальные законодательные меры, применяемые различным образом к отечественным и импортным товарам (с целью предоставить более благоприятный режим регулирования первым или лишить импортные товары конкурентных преимуществ). Примерами могут служить инспекции импортных товаров, если они влекут за собой задержки в транспортировке и дополнительные расходы; требование получать лицензии только для импортных товаров; запрет рекламы

<sup>8</sup> В деле речь шла о французской фирме-посреднике «Dassonville et fils», представившей бельгийским таможенным властям все необходимые французские документы. Фирма утверждала, что получение сертификата происхождения непосредственно от английского производителя связано для нее со значительными техническими трудностями и дополнительными финансовыми расходами. Это создает препятствия взаимной торговле между государствами — членами и нарушает ст. 28 Римского договора о ЕС. Суд согласился с доводами фирмы и признал, что бельгийское законодательство благоприятствовало прямым закупкам виски у английских производителей в ущерб торговле через посредников из других государств — членов, хотя товар там находится на законных основаниях и в свободном обращении.

<sup>9</sup> Под государственными и квази-государственными органами имеются в виду не только органы центральной власти, но и административно-территориальные образования и организации, которые государство наделяет властными полномочиями регулировать ту или иную сферу деятельности. За принимаемые ими акты центральное правительство также несет ответственность.

<sup>10</sup> Под «бездействием» государства — члена имеют в виду «... явное и систематическое нежелание принимать должные меры для пресечения действий, включая и действия индивидов, которые чреваты угрозой свободе движения товаров». См.: C-265/95 Spanish strawberries (1997). В данном случае ст. 28 применяется в сочетании со ст. 10 Римского договора о ЕС (об обязанности государств — членов содействовать выполнению задач Сообщества)

<sup>11</sup> См.: C-67/97 *Bluhme* (1998). Речь шла о мерах Дании, затрагивавших лишь 0,3% территории этой страны.

импортных товаров в отсутствие подобного запрета для отечественных<sup>12</sup>. Все такие меры Суд ЕС рассматривает как проявление прямой дискриминации и причисляет их к МЭКО.

Косвенная или скрытая дискриминация имеет место, когда национальные законодательные меры, при применении которых формально юридически не делается различий между импортными и отечественными товарами, но фактически создаются дополнительные препятствия для свободной реализации первых на местном рынке, увеличивая, кроме прочего, дополнительные расходы импортера. Правовая суть «скрытой дискриминации» заключается в том, что отечественный производитель должен отвечать только требованиям собственного законодателя, а производитель импортных товаров (или их экспортер) обязан следовать предписаниям законодателей обеих стран. Экономическая суть — в увеличении финансового бремени иностранного производителя или экспортера при продвижении своих товаров на иностранном рынке (как следствие — лишение конкурентных преимуществ). Так что формально одинаково применяемые меры могут служить серьезным препятствием свободе движения товаров.

Как правило, большинство случаев «скрытой дискриминации» относится к мерам, одинаково применяемым к товару, независимо от того, является он отечественным или импортным. Это касается требований, предъявляемых к содержанию товара, его компонентам, упаковке (переупаковке), наименованию и т.д. Например, бельгийцы требовали упаковывать маргарин в форме куба, чтобы покупатель не спутал его со сливочным маслом; французы запрещали ввоз в страну импортных сыров под названием «Эдамский», если содержание жира в них было менее 40%. Это закрывало доступ на французский рынок, в частности, немецким сырам с тем же названием, хотя последние были законно произведены и законно продавались в своей стране, но содержание жира в них не превышало 34%. Итальянцы требовали называть шоколад, содержащий растительные масла, «заменителем шоколада»<sup>13</sup>.

Во всех приведенных примерах и во множестве других, которыми изобилует практика Суда ЕС, речь шла о «требованиях к товару» как таковому (т.е. к его содержанию, весу, форме, упаковке). Все эти требования, хотя они применялись одинаково к отечественным и импортным товарам, были признаны мерами «скрытой дискриминации», причислены Судом ЕС к МЭПО и нарушающими ст. 28. Сказанное свидетельствует о стремлении Суда ЕС (и Европейской Комиссии) стимулировать деловые круги государств — членов развивать стратегию маркетинга в общеевропейском масштабе. При этом всегда подчеркивалось, что даже если дополнительные расходы, вызванные «скрытой дискриминацией», в конечном счете перекладываются на потребителей, изначальная суть подобных требований — препятствовать экспортерам из других государств — членов продавать свои товары на рынках страны-импортера и тем самым усиливать конкурентоспособность отечественных.

Особый случай «дискриминации» импортных товаров связан с фиксацией государством цен на определенные виды товаров. Суд ЕС особенно часто сталкивался

<sup>12</sup> К подобным мерам можно отнести и так называемую «канализацию торговли», когда власти дают разрешение лишь одному импортеру закупать продукцию из другого государства — члена, или специальный орган занимается отбором фирм-поставщиков для закупок по объявляемым тендерам и т.д. Подробнее см., напр.: Barnard C. *The Substantive Law of the EU*. Oxford, 2004. P. 95 ff.

<sup>13</sup> См.: 261/81 — Rau (1982); 286/86 Deserbais (1988); C-488/98 Guimont (2000); C-14/00 Commission v. Italy (2003). «Требования к товару» — не единственный вид «скрытой дискриминации». К ней Суд ЕС относит в том числе ограничения рекламы и других форм стимулирования взаимной торговли.

с данной проблемой в 1970—1980-х гг. Он признал, что фиксация цен на одном определенном уровне для отечественных и импортных товаров, строго говоря, не является МЭКО. Однако сконцентрировав свое внимание на *последствиях* такой фиксации, Суд отметил: они могут стать мерами, эквивалентными количественным ограничениям, если, например, национальные власти зафиксировали цены или размер прибыли на таком низком уровне, что это будет благоприятствовать отечественным товарам в ущерб импортным (как из-за невозможности продавать их с прибылью, так и из-за лишения их конкурентных преимуществ, связанных с более низкими издержками)<sup>14</sup>.

Действие ст. 28 распространяется и на так называемый «параллельный импорт» и «реимпорт». «Параллельный импорт» имеет место, когда посредник закупает у патентодержателя его товар в одном государстве — члене и продает его в другом государстве — члене наряду с непосредственным производителем данного товара в этом другом государстве по лицензии патентодержателя. Под «реимпортом» понимают операцию, когда товар, произведенный в одном государстве — члене, экспортируется в другое государство — член, а затем вновь импортируется в страну происхождения. Подобные сделки особенно распространены при торговле, в частности, медицинскими товарами (главным образом лечебными препаратами), поскольку цены на них в разных государствах — членах регулируются по-разному и, как следствие, приносят участникам большие прибыли<sup>15</sup>.

Поскольку ст. 28 запрещает препятствовать трансграничной торговле между государствами — членами как на уровне оптовых, так и розничных продаж, а также дискриминацию иностранных товаров, то и «параллельный импорт» и «реимпорт» согласно устоявшейся практике Суда ЕС не могут быть в принципе ограничены, и им нельзя воспрепятствовать без объективных оправданий. Считается, что «параллельный импорт» стимулирует конкуренцию между соответствующими товарами и способствует выравниванию и установлению наиболее низких цен на них на всей территории Европейского Союза. В конечном счете «параллельный импорт» действует в интересах потребителей<sup>16</sup>. В вопросах «реимпорта» также возникали

<sup>14</sup> В деле 65/75 — *Tasca* Суд ЕС признал одинаковую фиксацию цен на отечественную и импортную продукцию МЭКО, поскольку уровень этих цен был столь низок, что позволял продавать импортные товары только с убытками. Решения Суда ЕС о фиксации цен подвергались критике в доктрине. Отмечались противоречивость в аргументации Суда, отсутствие ясности в вопросах выявления дискриминации при фиксации цен: имела ли место дискриминация с точки зрения права, была ли она фактической или связана с доступом к рынку. Проблема фиксации цен показывает, насколько тонкой может быть грань между дискриминационными и недискриминационными мерами. См.: Woods L. *Free movements of goods & services within the European Community*. Aldershot, 2004. P. 60-61.

<sup>15</sup> По мнению Суда ЕС разница в ценах на фармацевтическом рынке возникает из-за действующих в государствах — членах различных правил фиксации максимальных цен, различий в норме прибыли оптовых фармацевтических фирм и аптек, различий в национальных законодательствах, регулирующих максимальные суммы выплат по медицинским страховкам. См., напр.: C- 427,429,436/93 — *Bristol Myers Squibb v. Paranova* (1996).

<sup>16</sup> Нельзя сказать, что «параллельный импорт» не встречает преград. Так, французские и испанские оптовики, воспользовавшись тем, что в Англии цены на лекарственный препарат «Адалат» фирмы «Байер» на 40% выше, чем в их странах, скупали его у производителя и поставляли в Англию. Это привело к резкому снижению доходов дочерней компании «Байера» в Соединенном Королевстве. В ответ немецкий концерн существенно снизил поставки «Аделата» французским и испанским конкурентам и добился вытеснения их с английского рынка. Концерн выиграл дело у Комиссии, которая полагала, что «Байер», сокращая поставки конкурентам, ограничивал «параллельный импорт» и тем самым препятствовал торговле между государствами — членами. Суд первой инстанции не согласился с Комиссией. Он усмотрел в действиях концерна лишь изменение его торговой политики. См.: T-41/96 — *Bayer (Adalat)* (2000).

трудности, связанные с выявлением фиктивности сделок и фиксации цен<sup>17</sup>. Суд ЕС вынужден был разработать критерий, согласно которому «реимпорт» считается правомерным с точки зрения ст. 28, если товар экспортируется оптовыми фирмами, а «реимпортируется» в страну происхождения на уровне розничной торговли<sup>18</sup>.

Рассмотренные вопросы касаются дискриминации и препятствий трансграничной торговле между государствами — членами и импортных товаров. Но подпадает ли под запреты ст. 28 дискриминация отечественных товаров со стороны национального законодателя? Это явление называется «обратная дискриминация». На нее действие ст. 28 не распространяется, поскольку речь в подобных ситуациях идет о чисто внутренних ситуациях<sup>19</sup>. Суд неоднократно в своих решениях подтверждал правомерность «обратной дискриминации» и мотивировал это тем, что она «стимулирует национального законодателя, не затрагивая импортных товаров, принимать юридические меры для улучшения качества отечественных товаров с целью сделать их более привлекательными для потребителя»<sup>20</sup>. Другими словами, хотя национальные производители вынуждены нести бремя дополнительных расходов в результате действий собственных правительств, это должно побуждать их добиваться конкурентных преимуществ путем улучшения качества своих товаров.

Правовой механизм «формулы Дассонвилль» с ее общим и широко толкуемым запретом «прямо или косвенно, фактически или потенциально» препятствовать взаимной торговле между государствами — членами был призван максимально быстро создать необходимую правовую инфраструктуру для нормального функционирования общего рынка товаров на всей территории Сообщества. Суд ЕС в своей первоначальной практике, основываясь на этой формуле, стал довольно широко толковать ст. 28 и устранять все мыслимые препоны национальных законодательств на пути свободы движения товаров. В результате «формулу Дассонвилль», благодаря ее «всеобъемности» («гуттаперчивости») стали называть «безразмерной». Действительно, ее положения были сформулированы в столь общей форме, что не учитывали национальные особенности торгового и предпринимательского законодательства государств — членов. Их энергичная «защитная реакция» не заставила себя ждать.

В 1979 г. Суд ЕС принимает решение (я бы назвал его ключевым) по делу *Cassis de Dijon* (120/78), в котором формулирует общие принципы регулирования не только свободы движения товаров, но и других свобод и одновременно идет на уступки государствам — членам. В этом деле немецкие власти отказали в продаже на терри-

<sup>17</sup> См., напр.: C-229/83 *Leclerc v. Au ble vert* (1985). Здесь речь шла о французском законе, предписывающем продавать «реимпортированные» книги по цене издателя. Суд признал закон МЭКО.

<sup>18</sup> Например, когда голландские аптеки продают в Германию медикаменты, которые были экспортированы в Голландию оптовыми немецкими фирмами. См.: Haratsch A. et al. *Europarecht*. Tuebingen, 2006. S.295.

<sup>19</sup> Здесь прямая параллель со ст. 90, которая не запрещает облагать отечественные товары более высокими налогами и сборами, чем импортные. В то же время запрет ст. 25 распространяется на взимание таможенных пошлин между административно-территориальными единицами одного государства (например, Франция и ее заморские территории). Все это — явные свидетельства стремления Сообщества обеспечить правовую инфраструктуру для формирования единого внутреннего рынка.

<sup>20</sup> См.: C-237/82 *Jongeneel Kaas BV* (1984); C-98/86 *Mathot* (1987). В этом деле Суд признал, что бельгийское законодательство не нарушает ст. 28, требуя указывать на упаковке полную спецификацию масла лишь отечественных производителей и не требуя того же от производителей из других государств — членов. Из более поздней практики см.: C-9/99 *Echirrolles Distribution* (2000).

тории Германии французского черносморodinного ликера из-за содержания в нем 15—20% спирта, а не 32%, как это предписывалось местным законодательством. Суд ЕС принял сторону Франции и разработал правовой механизм свободы движения товаров, который зиждется на трех основных критериях:

- критерий (принцип) «взаимного признания» («эквивалентности») и критерий «страны происхождения товара»;
- критерий «императивных требований»;
- критерий пропорциональности.

Согласно первому критерию «взаимного признания» и страны происхождения товаров» (часто эти критерии рассматривают как синонимы), значение которого для создания единого внутреннего рынка на всей территории ЕС трудно переоценить, «...в отсутствие гармонизирующего вторичного законодательства ЕС товары, законным образом производимые и продаваемые (сбываемые) в одном государстве — члене (в данном случае во Франции) могут, в принципе, беспрепятственно продаваться в другом государстве — члене (в данном случае в Германии) без дальнейших ограничений». Другими словами, Германия должна признавать французские стандарты эквивалентными своим собственным. Одним из преимуществ критерия «взаимного признания» была замена «двойственного регулирования» товара (законодательствами страны экспортера и импортера) законодательством одного государства — члена, т.е. страны происхождения товара. Этот критерий в целом позволяет сохранить разнообразие национальных норм и не требует чрезмерной гармонизации. Правда, отмечались и теневые стороны этого критерия: импортер вынужден в ряде случаев принимать более низкие стандарты качества страны-экспортера<sup>21</sup>. Тем не менее, по мнению Комиссии ЕС, «критерий взаимного признания» стал существенным шагом вперед на пути ускорения интеграционных процессов. Он создал новые возможности и для потребителей (получать свободный доступ к новым товарам), и для предпринимателей из других государств — членов (продавать свою продукцию на более широком рынке).

Устанавливая второй критерий — «императивные требования», — Суд ЕС в определенной степени ограничивал действие «взаимного признания» и шел навстречу национальным особенностям законодательств государств — членов. Этот критерий дополнял изъятия, перечисленные в ст.30 (1). Причем, в отличие от изъятий ст. 30 (1), изъятия согласно «императивным требованиям» не носят исчерпывающего характера<sup>22</sup>. Тем самым Суд хочет подчеркнуть динамичную природу интеграционных процессов.

Условия применения критерия «императивных требований»:

- отсутствие гармонизации, поскольку принятые в этой сфере акты вторичного права ЕС лишают государства — члены законодательной компетенции;
- «императивные требования» действуют только в отношении одинаково применяемых мер, отрицательными последствиями которых может стать «скрытая дискриминация»<sup>23</sup>;
- государства — члены могут использовать «императивные требования» при условии, что проводимая ими политика не преследует чисто экономические цели.

<sup>21</sup> В литературе по праву ЕС это явление получило название «race to the bottom» (скатывание вниз).

<sup>22</sup> В последнее время в качестве синонима понятия «императивные требования» используют термин «императивные основания всеобщего интереса (блага)».

<sup>23</sup> Не следует забывать, что ст. 30 формально действует только в отношении прямо дискриминационных мер.

Среди «императивных требований» на данный момент называют прежде всего:

- добросовестность торговли;
- эффективность налогового контроля;
- защиту прав потребителей и социальное обеспечение;
- здравоохранение;
- защиту окружающей среды;
- защиту условий труда на рабочем месте;
- защиту региональной культурной среды;
- защиту многообразия средств массовой информации;
- защиту основных прав человека.

«Императивные требования» называют «неписаными оправданиями», и Суд ЕС использует этот критерий для выявления скрытой дискриминации, особенно часто в отношении защиты прав потребителей. При этом Суд ЕС придерживается концепции «просвещенного, осмотрительного потребителя», способного разобраться в качественных характеристиках покупаемого товара<sup>24</sup>.

В связи с возрастанием роли охраны окружающей среды Суд ЕС прибегает к этому критерию и в данной сфере, поскольку экология отсутствует в исчерпывающем списке изъятий ст. 30 Договора о ЕС<sup>25</sup>.

«Императивные требования», как впрочем, и вся сфера экономического регулирования, подлежат принципу пропорциональности, т.е. национальные меры должны соответствовать цели, на достижение которой они направлены. Фактически суть принципа заключается в том, чтобы при применении мер добиться оптимальной сбалансированности между целями, которые данная конкретная мера преследует, и возможными ее отрицательными последствиями для свободы движения товаров. Как правило, выявление пропорциональности меры возлагается на национальные суды. Но Суд ЕС разработал два критерия, которыми они призваны руководствоваться при выполнении этой задачи — «критерий уместности» и «критерий необходимости» меры. В первом случае национальный суд должен оценить адекватность данной меры с точки зрения всех лиц, интересы которых она затрагивает. Во втором — определить, мог ли законодатель принять более мягкую меру в отношении ее отрицательных последствий для взаимной торговли между государствами — членами.

---

<sup>24</sup> Таким образом, право ЕС, стремясь повысить потребительскую культуру граждан государств — членов, не разрешает национальным законодателям защищать не информированного покупателя, как того требовала Германия. Правда, если существует большой риск, что потребитель будет введен в заблуждение по причинам языковых, культурных и социальных различий, то возможно применение «императивных требований». См.: C-313/94 *Filli Graffone SNC* (1996). Однако подобные случаи редки.

<sup>25</sup> Примером может служить решение Суда ЕС по делу C-379/98 *Preussen Elektra AG* (2001). Здесь Суд оправдал прямо дискриминационные положения немецкого закона о снабжении электроэнергией потребителей из возобновляемых источников ссылкой на «императивные требования» защиты окружающей среды, поскольку экология не перечислена среди оправдательных оснований ст. 30 Римского договора. Суд подчеркнул, что при современном состоянии регулирования электроэнергетической сферы на уровне Сообщества положения данного немецкого закона не нарушают ст. 28. Это решение породило споры в доктрине, так как оно стирает грань между прямой и скрытой дискриминацией. Согласно господствующей ныне точке зрения, дело 379/98 считается исключением. «Императивные требования» во всех других сферах, кроме окружающей среды, продолжают оставаться оправданием в отношении «мер, одинаково применяемых к отечественным и импортным товарам». См.: Pach E., Knauff M. *Fallhandbuch Europäisches Wirtschaftsrecht*. Stuttgart, 2008. S. 47.



Применение этих критериев позволяет национальным судам проверять не только законность, но и в определенной степени «дух» отечественных законодательных и административных мер. Однако многое зависит от того, насколько точно суды следуют этим критериям<sup>26</sup>. Простейшим примером применения принципа пропорциональности, связанного со свободой движения товаров, может служить предпочтение, отдаваемое сведениям на этикетках товаров, национальным мерам, которые предписывают делать различную упаковку для различных товаров (например, масла и маргарина). По мнению Суда ЕС (и Сообщества в целом), мера, направленная на раскрытие данных о товаре на этикетках, в наименьшей степени может служить препятствием взаимной торговле государств — членом между собой, так как расширяет возможности информированного выбора потребителя в большей мере, чем выбор, ограниченный вмешательством государства<sup>27</sup>.

Решение Суда ЕС по делу *Cassis de Dijon* явилось первым шагом на пути ограничения слишком широко толкуемой «формулы Дассонвилль». Действительно, «принцип взаимного признания» увеличил возможности и потребителей, и производителей свободно продавать и получать товары различных государств — членом на всей территории Сообщества, став альтернативой чрезмерной гармонизации. Еще более важно то, что этот принцип в сочетании с «императивными требованиями» создал децентрализованный механизм регулирования свободы движения товаров, учитывавший правовые, социальные и культурные особенности государств — членом. Кроме того, «императивные требования» служили инструментом, препятствующим использованию государствами — членами «критерия взаимного признания» для продвижения своих товаров более низкого качества на рынки соседей (*race to the bottom*).

Что касается «принципа пропорциональности», то вопросы соответствия национальных мер этому принципу компетентны решать суды государств — членом, а Суд ЕС выполняет контролирующую функцию, руководствуясь соображениями политической целесообразности. Так что в решении Суда ЕС по делу *Cassis de Dijon* наметилась явная тенденция не сужать бесконечно рамки национального регулирования, а идти навстречу государствам — членам.

Следующий шаг в этом направлении был сделан в начале 1990-х гг. в решении Суда ЕС по делу *Keck & Mithouard*<sup>28</sup>. Оно еще больше ограничило сферу действия «формулы Дассонвилль». Предприниматели Кек и Митуар, являясь руководителями ряда французских торговых центров, стали перепродавать продовольственные товары по ценам ниже закупочных, стремясь получить прибыль не за счет цены, а за счет наращивания объемов торговли. Во Франции убыточная торговля была запрещена законом<sup>29</sup>. Против предпринимателей было возбуждено уголовное дело. В свою защиту они сослались на противоречие французских законов ст. 28, поскольку

<sup>26</sup> Теоретически это касается национальных судов. На практике решающую роль играет контроль со стороны Суда ЕС. Но он не всегда последователен в своих действиях и часто демонстрирует прагматический подход в вопросах пропорциональности, не желая вмешиваться в законодательный выбор государств — членом.

<sup>27</sup> Подробнее см.: Barnard C. *Op. cit.* P. 115 ff. Здесь, однако, могут возникнуть языковые трудности. Но в любом случае национальный закон не должен запрещать использование других языков на этикетках, хорошо понимаемых потребителем, равно как и должен обеспечивать потребителю возможность быть информированным из других источников. См.: C-366/98 Geffroy (2000).

<sup>28</sup> См.: C-267-268 / 91 — *Keck & Mithouard* (1993).

<sup>29</sup> Кстати, в этом вопросе французский законодатель следовал принципам средневекового канонического права. См., напр.: Муромцев С. *Рецепция римского права на Западе*. М., 1886. С. 52.

ку их применение ведет к сокращению объемов продаж во Франции импортных товаров из других государств — членов и ограничивает выбор методов торговли. Суд ЕС не согласился с этой аргументацией и, предвзяв свое решение, заявил: «Учитывая усилившуюся тенденцию предпринимателей обращаться к ст. 28 Римского договора, как к средству оспаривать любую норму национальных законов, ограничивающих их свободу предпринимательства даже в тех случаях, когда целью этих норм не является регулирование торговли товарами между государствами — членами, Суд полагает, что настало время пересмотреть свою сложившуюся практику и разъяснить свою позицию...». Опираясь на столь решительное собственное заявление, Суд констатировал, что положения законов, подобных оспариваемому, не являются МЭКО в смысле ст. 28, не служат препятствием взаимной торговле государств — членов и соответствуют праву ЕС. Далее Суд сформулировал следующие положения, которыми отныне надлежало руководствоваться государствам — членам при осуществлении свободы движения товаров.

Прежде всего, Суд провел различие между национальными законами, устанавливающими требования к товарам, как таковым (к их производству, внешнему виду, упаковке, этикеткам, их форме, весу, качеству, составу ингредиентов), и законами, регулирующими «способы и методы продаж (торговли)». Другими словами, нормы законов, регулирующие материальную суть товаров, представляют собой препятствие свободе движения товаров, даже если они одинаково применяются к отечественным и импортным товарам. Они подпадают под запреты ст. 28, за исключением случаев, когда их применение может быть объективно оправдано целями, достижение которых диктуется государственными интересами, имеющими примат над принципом свободы движения товаров<sup>30</sup>.

Нормы национальных законов, регулирующие «способы (и методы) продаж» (в отличие от предыдущей практики, как специально подчеркнул Суд ЕС) не подпадают под действие «безразмерной» «формулы Дассонвилль» и в отличие от количественных ограничений, различно и одинаково применяемых МЭКО, не являются препятствием, «прямым или косвенным, реальным или потенциальным», торговле между государствами — членами и не нарушают ст. 28, если выполняются следующие условия:

- эти нормы национальных законов, регулирующие внутреннюю торговлю, применяются ко всем участникам делового оборота на территории данного государства — члена;
- действия и последствия этих норм юридически и фактически одинаковы для отечественных и импортных товаров из других государств — членов (т.е. не являются дискриминационными);
- поскольку эти два условия выполнены, то применение таких норм к продаже (маркетингу) товаров из других государств — членов не должно служить препятствием доступу этих товаров на рынок государства — члена импортера, или «... по крайней мере, не должно ограничивать этот доступ в большей мере, чем отечественным товарам». (Это решение принято называть «формулой КЕК»).

Подытоживая сказанное о решении Суда ЕС по делу «Кек и Митуар», отметим, что различие следует делать между двумя группами одинаково применяемых мер (правил) регулирования (внутренней) торговли. К первой группе Суд причислил меры, регулирующие содержание и основные характеристики самого товара, как такового (его размер, вес, упаковка, форма, состав, этикетка). Эти меры пред-

<sup>30</sup> Т.е. на них распространяются изъятия ст. 30 Римского договора.

ставляют собой МЭКО и подпадают под запреты ст. 28. Их применение возможно лишь в тех случаях, если они подпадают под изъятия ст. 30 или их легитимность оправдана с точки зрения «императивных требований» при одинаковом применении (юридически и фактически) к отечественным и импортным товарам из других государств — членов. Кроме того, они должны отвечать принципу пропорциональности.

Ко второй группе Суд отнес меры, регулирующие способы продаж. Эти меры не нарушают права ЕС и не являются МЭКО в смысле ст. 28, если

- действуют в отношении всех участников рынка данного государства — члена;
- одинаково регулируют юридически и фактически сбыт отечественных и импортных товаров (из стран ЕС);
- не препятствуют доступу к отечественному рынку товаров, ввезенных из других государств — членов, пусть даже в ущерб объему импорта в торговле между ними.

Решение Суда было неоднозначно воспринято деловыми кругами ЕС и подверглось критике в доктрине как с юридической (в правовых системах государств — членов не было определения понятия «способы продаж»), так и с политической точки зрения. Многие полагают, что Суд ЕС пошел на слишком большие уступки государствам — членам в ущерб развитию интеграционных процессов<sup>31</sup>. Действительно, отсутствие четкого юридического понятия «определенные (так в решении Суда — *авт.*) способы продаж» привело к широкому толкованию этого термина, поскольку речь шла о всей сфере регулирования внутренней торговли, которая подлежит запрету дискриминации<sup>32</sup>. Смущало и то, что не всегда можно было выявить различие между мерами, касающимися регулирования самого товара, а потому являющимися МЭКО в смысле ст. 28, и мерами, регулирующими «определенные способы продаж».

Так, в решении по делу C-34-36/95 *Agostini* (1997), Суд ЕС признал нелегитимным запрет шведского закона на коммерческую телерекламу моющих средств, обращенную к детям до 12 лет и их родителям, поскольку эта реклама не отвечала понятию «определенных способов продаж» в смысле формулы «КЕК»<sup>33</sup>. А вот в положениях австрийского «закона о недобросовестной конкуренции», запрещавших печатать рекламные кроссворды в журналах, принадлежащих крупным медиаконцернам, в интересах сохранения многообразия прессы (по мнению правительства Австрии, это способствовало равному доступу конкурентов из других государств — членов на австрийский медиарынок), Суд не усмотрел «определенных способов продаж» в

<sup>31</sup> См., напр.: Halter U. *Europarecht*. Tuebingen, 2005. S. 656 ff.

<sup>32</sup> Разницу иллюстрирует следующий пример. Запрет продажи сигарет в автоматах, в которых их потенциально могли покупать дети, действует одинаково в отношении отечественных и импортных табачных изделий, имеет для тех и других одинаковые последствия (юридические и фактические), ограничивает объем сбыта, включая импорт. Но в то же время не ограничивает доступ к рынку. Этот механизм разработан «формулой КЕК» и потому не подпадает под действие запретов ст. 28. В то же время запрет курения в общественных местах, хотя и влечет те же последствия, не подпадает под действие «формулы КЕК», так как здесь речь не идет «об определенных способах продаж» на внутреннем рынке. Государствам — членам следует искать оправдания этому запрету, апеллируя к изъятиям ст. 30 или к «императивным требованиям».

<sup>33</sup> Этот запрет согласно решению «КЕК» одинаково применялся ко всем участникам рынка. Однако если его последствия были юридически одинаковы для отечественных и иностранных торговцев (предпринимателей), то фактически возлагали более тяжелое финансовое бремя на иностранных поставщиков, так как для них телевидение было единственным эффективным средством продвижения своих товаров на шведский рынок. Поэтому Швеция должна была защищать свой запрет на основе изъятий ст. 30 или «императивных требований».

смысле «КЕК». С его точки зрения, рекламные кроссворды в подобных журналах были частью их содержания, а потому положения австрийского закона относились к характеристикам товара и подпадали под запреты ст. 28, являясь МЭКО, так сказать *per se*, поскольку требовали «изменить содержание периодического издания»<sup>34</sup>. С этим решением контрастирует решение Суда ЕС по делу C-416/00 *Morellato v. Comune di Padova* (2003). Суд решил, что итальянский закон, запрещающий продажу хлеба, который требует дополнительной выпечки (если только розничный торговец его предварительно не переупаковал до продажи), не является мерой, изменяющей товар, но оказывает влияние на его продажу и потому может считаться «определенным способом продаж», не подпадающим под действие запретов ст. 28.

Приведенные примеры показывают, что Суду не удалось разработать четких критериев, позволяющих разграничивать с достаточной степенью определенности «меры, касающиеся товара, как такового», и «определенные способы продаж». Многое зависит от каждого конкретного случая и связанных с ним привходящих факторов.

Не было ясности и с оценкой норм национальных законов, регулирующих время и место внутренней торговли. Но именно время и место, наряду с разрешениями осуществлять внутреннюю торговлю, являются основными элементами определенных способов продаж. С одной стороны, запреты торговли в ночное время или продажи некоторых товаров вне строго указанных законодателем мест считались правомерными и подпадали под понятие «определенные способы продаж» в смысле «формулы КЕК». С другой стороны, знаменитое дело *Torfaen* (C-145/88) выявило недостатки в критериях и аргументации Суда ЕС. В этом деле истцу (владельцу магазина розничной торговли) с помощью статистических данных удалось доказать, что английский закон 1950 г. о запрете воскресной торговли отвечает всем параметрам лишь позднее сформулированных в «формуле КЕК» «определенных способов продаж». Этот закон нарушает ст. 28 Римского договора, поскольку, в частности, отрицательно влияет на взаимную торговлю государств — членов. Суд ЕС в результате признал, что в отсутствие регулирования Сообщества актами вторичного права государства — члены могли по своему усмотрению использовать и рассматривать собственные меры в качестве «императивных требований» для защиты своих национальных социальных и культурных особенностей. На усмотрение национальных судов было оставлено решение вопроса о соответствии этих мер принципу пропорциональности<sup>35</sup>. Это лишь усугубило неопределенность в данной сфере. Свидетельством может служить тот факт, что хотя позднее Суд ЕС признал закон 1950 г. отвечающим принципу пропорциональности, англичане заменили его на Закон о воскресной торговле 1994 г, в котором воскресная торговля была разрешена<sup>36</sup>.

«Формула КЕК» не решила полностью данную проблему. В своей последующей практике Суду ЕС также не удалось четко опосредствовать юридически понятие «определенные способы продаж». Более того, тщательный анализ национальных

<sup>34</sup> См.: C-368/95 *Familienpresse* (1997). К. Барнард приводит также следующую выдержку из решения Суда ЕС по делу C-390/99 *Canal Satelite Digital SL* (2002): «Требование в определенных случаях адаптировать соответствующий товар к действующему законодательству в государстве — члене, которое этот товар импортирует, не может рассматриваться, как «способ продажи» в смысле п. 16 решения «КЕК». *Barnard C. Op. cit.* P. 144. Сноска 95.

<sup>35</sup> Следует отметить, что практика английских судов по данной проблеме была крайне противоречивой. *Coles J. Law of the European Union. London, 2005. P. 348 ff.*

<sup>36</sup> См.: *Barnard C. Op. cit.* P. 133.

мер показал, что сами «способы продаж» могут оказаться дискриминационными и нарушать ст. 28. Наглядным примером служит решение Суда ЕС по делу C-254/98 *Heimdienst* (2000). В этом деле австрийские законы позволяли розничным торговцам продавать пищевые продукты в автофургонах в каком-либо регионе, чтобы охватить как можно большее число потребителей. Однако разрешение давалось при условии наличия у торговцев постоянной торговой точки (магазина) в данном регионе. Суд ЕС квалифицировал эту меру как «определенный способ продаж», поскольку она отвечала территориальному критерию и одинаково применялась к иностранным и отечественным участникам торгового оборота с юридической точки зрения. Однако ее фактические последствия для иностранных участников рынка были более обременительны, чем для местных, так как они были вынуждены покупать магазин в данной местности. Это увеличивало их накладные расходы прежде, чем они начнут продавать свои товары непосредственно потребителям региона. Поскольку местные участники торгового оборота получали конкурентные преимущества по сравнению с иностранными, Суд ЕС признал данный австрийский закон дискриминационным, хотя и квалифицировал его отвечающим понятию «определенные способы продаж». Закон нарушал ст. 28 и требовал объективного оправдания путем обращения к ст. 30 или к «императивным требованиям».

Этот пример показывает, что с течением времени акцент в оценке критериев, сформулированных Судом ЕС в «формуле КЕК», сместились. Ныне решающую роль играет принцип доступа к рынку. Другими словами, только если нормы национального законодательства, которым подлежат «определенные способы продаж», не препятствуют доступу к рынку товаров из других государств — членов юридически и фактически, они полностью отвечают критериям «формулы КЕК» и исключаются из-под действия запретов ст. 28. Это имеет место, когда соответствующий товар лишь после успешного попадания на рынок государства — члена (импортера) подлежит действию его национальных норм о маркетинге. Практика Суда ЕС в этом плане обширна<sup>37</sup>. Как правило, она затрагивает нормы национальных законодательств, ограничивающих тем или иным образом продажи импортных товаров, уже поступивших на внутренний рынок, но не затрагивающих торговлю между государствами — членами. Это положение хорошо иллюстрирует пример итальянского законодательства, разрешавшего розничную продажу табачных изделий только тем торговым фирмам, которые получили специальное разрешение от соответствующего уполномоченного государственного органа<sup>38</sup>.

Таким образом, введя своим решением по делу «КЕК» понятие «определенные способы продаж», Суд ЕС признал, что в ряде случаев национальное регулирование не наносит в целом ущерба экономике в целом и широкому выбору потребителей в интегрированном рынке. Потому оно не подлежит запретам ст. 28. Если оценивать роль ст. 28, опираясь на практику Суда ЕС, то она предназначена скорее для либерализации трансграничной торговли между государствами — членами, нежели для стимулирования беспрепятственной торговли в самих государствах — членах.

<sup>37</sup> См., напр.: C-401, 402/92 *Voermans* (1994); C-391/92 *Infant milk* (1995). «Формула КЕК» распространялась и на рекламу, которую после решения по делу C-292/92 *Hunermund* (1993) стали рассматривать, как элемент «определенных способов продаж».

<sup>38</sup> См.: C-387/93 *Banchero* (1995). Согласно решению Суда ЕС по данному делу, нормы национального законодательства, подобного итальянскому, которые хотя и ограничивают число розничных торговцев табачными изделиями специальным разрешением, но при этом не препятствуют доступу на местный рынок изделий из других государств — членов или, по крайней мере, не делают его более затруднительным, чем для местных изделий, не подпадают под действие запретов ст. 28 (ex 30).

Фактически своим решением «КЕК» Суд ЕС попытался найти «золотую середину» между регулированием свободы движения товаров на уровне Сообщества и национальным регулированием государств — членов. Такой «золотой серединой» призван, по-видимому, служить критерий «доступа к рынку», который в отсутствие гармонизирующих актов вторичного права ЕС ограничивает сферу вмешательства Сообщества в национальное законодательство государств — членов.

Регулирующий механизм ст. 28 прошел длинный путь от «безразмерной» «формулы Дассонвилль» до существенных ограничений в пользу национального законодательства государств — членов в формуле «Cassis de Dijon» и особенно в «формуле КЕК». Широкая формулировка Суда ЕС в решении по делу «Dassonville», направленная на устранение любых препятствий трансграничной торговле между государствами — членами, частично уступила место более узкой — «устранение дискриминации». Появление таких критериев как «императивные требования» («Cassis de Dijon») и «определенные методы продаж» («Keck et Mithouard»), равно как и компетенция национальных судов в вопросах «пропорциональности», значительно увеличили сферу усмотрения государств — членов. При этом произошла дальнейшая дифференциация, в частности, «определенных способов продаж» на недискриминационные и дискриминационные. Это значительно сблизило нормы национальных законодательств государств — членов, касающихся «определенных способов продаж», с нормами, регулирующими требования к самим товарам. Разница лишь в том, что последние изначально считаются противоречащими ст. 28, а применение первых может быть оправдано их соответствием изъятиям ст. 30 или «императивным требованиям» (всеобщего блага) («Cassis de Dijon»). Недискриминационные «определенные способы продаж» должны отвечать критерию «свободного доступа к рынку», который стал основным юридическим инструментом стимулирования трансграничной торговли между государствами — членами в том, что касается устранения нетарифных барьеров импорту.