

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)¹

Данная публикация завершает анализ правового механизма регулирования нетарифных ограничений в свободе движения товаров в Европейском Союзе (ст. 28—31 Договора о ЕС) (ныне, после вступления в силу 1 декабря 2009 г. Лиссабонского договора об изменениях к Договору о Европейском Союзе и к Договору о Европейском Сообществе, ст. 34—37 Договора о функционировании Европейского Союза соответственно). Автор прослеживает эволюцию этого механизма в интересах государств-членов и влияние на его реализацию норм, регулирующих защиту основных прав и свобод человека.

Ключевые слова: устранение нетарифных ограничений экспорту; изъятия из запрета нетарифных ограничений на основании «общественного порядка и государственной безопасности», «общественной морали», «защиты здоровья и жизни людей и животных или сохранения растений», «защиты общенационального достояния», «прав интеллектуальной собственности»; принцип «исчерпанных прав»; трансформация «государственной коммерческой монополии»; основные права человека

Свобода движения товаров. Устранение нетарифных барьеров экспорту (ст. 29)

Статья 29 (как и ст. 28) представляет собой инструмент регулирования свободы движения товаров. Она **запрещает** количественные ограничения и меры, эквивалентные количественным ограничениям (МЭКО), и *имеет прямое действие*. Однако она касается экспорта, и ее применение не порождает серьезных трудностей, поскольку государства-члены, заинтересованные в расширении сбыта своих товаров за границу, отменили большинство своих экспортных ограничений. Основная проблема заключается в различиях национального регулирования экспортной торговли².

Принцип применения ст. 29 Суд ЕС сформулировал в конце 1970-х гг. в решении по делу 15/79 *Groenveld NV* о голландском законе, не разрешавшем местным

¹ Окончание. Начало см.: Право. Журнал Высшей школы экономики. 2009. № 3.

² В частности, имеются в виду дополнительные требования об улучшенном качестве экспортной продукции по сравнению с товарами, предназначенными для внутреннего рынка, и специальные инспекции, проводимые с этой целью.

производителям мясной продукции хранить конину на экспортных складах вместе с изделиями из других сортов мяса (чтобы избежать поставок в страны, где ее потребление было запрещено). Согласно решению Суда под **запрет ст. 29** подпадают те «национальные меры, основная цель или последствия которых направлены на ограничение структуры экспорта таким образом, чтобы путем установления различий в регулировании экспортной и внутренней торговли соответствующего государства-члена обеспечить особые преимущества его национальному производству или внутреннему рынку в ущерб производству или торговле других государств-членов»³. В соответствии с этим принципом ст. 29 **запрещает лишь прямо дискриминационные меры**, которые препятствуют равному доступу к рынку. Другими словами, ст. 29 запрещает лишь **различно** применяемые меры, т.е. дискриминирующие количественные ограничения и МЭКО. **Одинаково** применяемые меры и «способы продаж», даже если они прямо и существенно препятствуют доступу к рынку, считаются правомерными и не нарушают ст. 29.

Если различия в регулировании экспортной и внутренней торговли вызваны *объективными (по мнению Суда ЕС) причинами*, различное регулирование не считается дискриминационным⁴. Кроме того, применение дискриминационных мер (количественных ограничений и неодинаково применяемых МЭКО) в сфере действия ст. 29 может быть оправданно, если эти меры подпадают под изъятия ст. 30 и отвечают принципу пропорциональности.

Свобода движения товаров. Исключения из запретов нетарифных ограничений импорта и экспорта (ст. 30)

Ниже будет рассмотрен механизм и сфера действия ст. 30, позволяющей в ряде случаев оправдывать применение государствами-членами дискриминационных мер в отношении свободы движения товаров. Согласно ст. 30 «положения статей 28 и 29 не исключают запрещений или ограничений импорта, экспорта или транзита товаров, обоснованных соображениями:

- общественной морали;
- общественного порядка и государственной безопасности;
- защиты здоровья и жизни людей и животных или сохранения растений;
- защиты национальных сокровищ, имеющих художественную, историческую или археологическую ценность;
- защиты промышленной и торговой собственности.

Однако такие запрещения или ограничения не должны являться средством произвольной дискриминации или дискриминационного ограничения в торговле между государствами-членами».

³ Дело 15/79 Groenveld NV (1979). Суд счел нормы голландского закона одинаково применяемыми, а потому недискриминационными и не нарушающими ст. 29. В то же время был сформулировал указанный принцип запрета дискриминационного регулирования экспорта государствами-членами.

⁴ Дело 15/83 Denkavit (1984). Суд посчитал *объективным оправданием* задержки финансовых выплат экспортеру более длительную бюрократическую процедуру оформления экспортных документов по сравнению с оформлением документов, касающихся продаж на внутреннем рынке.

Представляется целесообразным предварить более детальное рассмотрение ст. 30 замечаниями, позволяющими очертить в общем плане сферу ее применения. Список изъятий, перечисленных в ст. 30 (предл. 1), носит *исчерпывающий характер*, в отличие от «императивных требований», введенных «формулой Cassis de Dijon»⁵. Эти изъятия могут служить оправданием применения прежде всего дискриминационных мер государств-членов, препятствующих их взаимной торговле и нарушающих ст. 28 и 29. В то же время применение ст. 30 ограничено двумя условиями: содержащиеся в ней изъятия подлежат **узкому толкованию** и не могут служить **коммерческим целям**. Кроме того, национальные меры, подпадающие под оправдательное действие изъятий из ст. 30, должны отвечать **принципу пропорциональности**⁶. Наконец, изъятия из ст. 30 действуют в той мере, поскольку не разработаны акты вторичного права ЕС, призванные гармонизировать право государств-членов и защищать их интересы более эффективно на уровне Сообщества, чем на национальном уровне. В отсутствие таких гармонизирующих мер государства-члены могут обращаться к изъятиям ст. 30. В сочетании с предл. 2 ст. 30 изъятия, перечисленные в предл. 1 ст. 30, могут быть оправданы, если они **не служат** средством *преднамеренной* дискриминации или *скрытых* ограничений торговли между государствами-членами.

Все перечисленные положения очерчивают в общих чертах сферу действия ст. 30. Основную роль в раскрытии правового содержания изъятий, перечисленных в ст. 30 (1), играет (как и во всех подобных случаях) *практика Суда ЕС*.

Понятия «общественный порядок» и «государственная безопасность» включают прежде всего защиту целостности высших правовых принципов, призванных стоять на страже существующего общественного строя и служить правовой основой для отстаивания высших государственных интересов, обеспечивать эффективное функционирование органов исполнительной и законодательной власти⁷. Термин «государственная (национальная) безопасность» толкуется Судом ЕС как «внутренняя и внешняя безопасность». Выражение «поддержание общественного порядка» относится не только к действиям государства, предпринимаемым им в связи с этим, но и к *бездействию*.

Классическим примером мер по защите *государственной безопасности* служит решение Суда ЕС по делу 72/83 *Campus Oil (1984)*. В своем решении Суд оправдал Закон Ирландии, целиком зависящей от ввоза нефти и нефтепродуктов из-за рубежа. Закон предписывал частным импортерам покупать определенную долю этих товаров у государственных нефтеперерабатывающих предприятий по фиксированным ценам с целью частично компенсировать издержки последних. Суд аргументировал правомерность действий Ирландии тем, что перерывы в поставках нефти и нефтепродуктов чреваты опасностью самому существованию страны и ее государственной безопасности. Суд не придал значения экономическим аспектам

⁵ Текст ст. 30 не менялся с момента вступления в силу Римского договора о ЕС в 1958 г. С тех пор Сообщество расширило свою компетенцию на сферу культуры, потребление, окружающую среду и т.д. Это заставило Суд ЕС разработать «императивные требования», которые не носят исчерпывающего характера и могут служить оправданием некоторых типов МЭКО.

⁶ Бремя доказательства соответствия норм национального законодательства изъятиям из ст. 30 возложено на государства-члены.

⁷ Следует подчеркнуть, что эти понятия — *автономные понятия права ЕС*, и их нельзя отождествлять с идентично звучащими понятиями государств-членов. См.: *Barnard C. The Substantive Law of the EU*. Oxford, 2004. P. 66—67; *Haratsch A. et al. Europarecht*. Tuebingen, 2006. S. 306.

Закона, подчеркнув, что «обеспечение минимальных стратегических запасов нефтепродуктов во все времена выходили за рамки чисто экономических интересов» (п. 65 решения).

Показательным для понимания Судом ЕС выражения «поддержание общественного порядка» в том, что касается «бездействия государства», является дело C—265/95 *Commission v. France* (1997). В данном случае французские фермеры активно препятствовали ввозу в страну сельскохозяйственных продуктов из других государств-членов. Французское правительство знало об этом и не только не предпринимало никаких мер для пресечения беспорядков, но и не наказало виновных. Комиссия обвинила Францию в нарушении ст. 28 и 10 об обязательстве государств-членов предпринимать надлежащие меры для содействия выполнению задач Сообщества. Суд поддержал Комиссию, так как французское правительство не смогло доказать, что было не в состоянии предотвратить всеми имеющимися средствами нарушение общественного порядка и внутренней безопасности в результате протестов населения⁸.

Под «общественной моралью» понимают, как правило, господствующие в данное время и в данном обществе представления о правилах общежития. Эти представления могут быть разными в разных странах и меняться с течением времени. В одном из своих первых решений по данному вопросу Суд ЕС признал, что «государства-члены компетентны сами определять на своей территории содержание понятия **общественной морали** и форм ее проявления в соответствии с национальными законами»⁹.

Однако в решении по другому аналогичному делу Суд признал легитимным ввоз в Англию из Германии надувных кукол, которые могли использоваться в сексуальных целях. Он посчитал недостаточной ссылку англичан на нарушение «*общественной морали*», поскольку в этой стране производство и сбыт аналогичной продукции не были запрещены законодательно и не были приняты меры уголовного порядка или «другие эффективные меры с целью не допустить распространения этой продукции на своей территории»¹⁰.

Таким образом, понятие «*общественная мораль*» в смысле права ЕС характеризуется, во-первых, значительным усмотрением государств-членов в вопросах определения его содержания. Во-вторых, ссылка на «*общественную мораль*» подпадает под действие изъятий ст. 30 (1) лишь в том случае, если в стране-импортере **нет производства соответствующей аморальной продукции и действуют законы, прямо запрещающие ее изготовление и сбыт.**

Ссылка на «*защиту здоровья и жизни людей и животных или сохранения растений*» наиболее часто используется государствами-членами для оправдания запретов, нарушающих свободу движения товаров. Это изъятие также подлежит усмотрению государств-членов, которые в отсутствие гармонизирующих актов вторичного пра-

⁸ Суд специально подчеркнул, что государства-члены обладают исключительной компетенцией поддерживать общественный порядок и обеспечивать безопасность на своей территории, равно как и определять, какие меры им следует предпринимать для эффективного устранения препятствий импорту из других государств-членов.

⁹ 34/79 *Henn & Darby* (1979), п. 16.

¹⁰ C—112/85 *Connegate* (1986), п. 15.

ва ЕС сами компетентны определять уровень защиты здоровья граждан и состояния флоры и фауны своей страны¹¹.

В том, что касается *жизни и здоровья людей*, наибольшей симпатией Суда ЕС пользуются ссылки на национальную систему здравоохранения. Суд даже признал монополию государства на розничную торговлю медикаментами как **«средство защиты государством здоровья нации»**¹². При этом частные импортеры обязаны представить доказательство, что ввозимые ими товары не представляют серьезной опасности для жизни и здоровья населения. В свете сказанного о здравоохранении как факторе, оправдывающем национальные запреты импорта и нарушение ст. 28, показательное решение Суда ЕС по делу C—322/01 **Doc. Morris (2003)**. Суд, применив дифференцирующий критерий, признал, с одной стороны, *неправомерным* и нарушающим ст. 28 запрет Германии на импорт из Голландии в рамках электронной торговли лекарств в свободной продаже. С другой стороны, Суд согласился с доводами Германии о защите здоровья людей и признал *правомерным* запрет подобного импорта лекарств, отпускаемых по рецепту врача. Соответственно, запрет электронной торговли лекарствами по рецептам подпадает под изъятия ст. 30 (1) и не рассматривается как препятствие свободе движения товаров¹³.

Решения Суда ЕС по вопросам *здоровья и жизни животных или сохранения растений»* не очень многочисленны¹⁴. Но они выявили новую проблему — *«охрану окружающей среды»*, поскольку экология не предусмотрена в числе изъятий ст. 30 (1). Однако в то же время ст. 6 Римского договора о ЕС предписывает включать природоохранные аспекты в «определение и осуществление направлений политики и деятельности Сообщества» (ныне — ст. 11 Договора о функционировании Европейского Союза).

Практика Суда ЕС здесь довольно противоречива. Она колебалась между оправданием национальных экологических мер, нарушающих ст. 28 ссылкой на *«императивные требования»*, и расширенным толкованием понятия «здравоохранение», которое, по мнению Суда, включает и защиту окружающей среды¹⁵. Таким образом, национальные меры по защите окружающей среды при регулировании

¹¹ В данном вопросе Суд ЕС придает исключительно важное значение научным исследованиям. И если их результаты носят неопределенный характер, государства-члены могут самостоятельно принимать защитные меры, не дожидаясь, пока будет доказана серьезность опасности жизни и здоровью людей, животных и растений. C—192/01 *Commission v. Denmark* (2003), п. 4.

¹² C—60/90 *Monteil* (1991). Однако в ряде случаев Суд ограничивал усмотрение государства *«принципом взаимного признания»*. C—120/95 *Decker* (1998), п. 42 ff.

¹³ Суд ЕС признал, что сам факт выписывания врачом рецепта на лекарственный препарат свидетельствует о его *повышенной опасности* для здоровья людей, которые его принимают, поскольку тем самым на них возлагается, помимо прочего, *ответственность*, связанная как с проверкой действительности и правильности врачебного предписания, так и с приемом этого препарата.

¹⁴ Например, C—67/97 *Bluhme* (1998). В этом деле Суд оправдал запрет Дании на ввоз новых видов пчел на один из островов Королевства ради защиты и сохранения популяции обитающего там редкого вида пчел.

¹⁵ C—379/98 *Preussen Elektra* (2001). Здесь Суд оправдал ограничительное действие немецкого закона об электроснабжении, подпадающего под изъятие ст. 30 (1) «защита здоровья и жизни людей и животных или сохранения растений», включив в это понятие и защиту окружающей среды. В данном случае Суду удалось решить дело, но не проблему. Прямая дискриминация в *Preussen Elektra* налицо, поэтому применение ст. 30 очевидно. Но в исчерпывающем списке изъятий этой статьи нет экологии, а *«императивные требования»* применяются только к скрытой дискриминации. Так что проблема повисла в воздухе.

свободы движения товаров стали не только элементом *«императивных требований»*, но и изъятий ст. 30 (1)¹⁶.

Проблема *«защиты национальных сокровищ, имеющих художественную, историческую или археологическую ценность»*, также не лишена своих особенностей¹⁷. В последнее время она приобрела особую остроту в связи со стремительным развитием международной торговли предметами искусства. Римский договор не дает определение этого понятия. В самой ст. 30 отсутствует даже упоминание о культурном разнообразии и как бы презюмируется, что речь должна идти о защите *«высокого искусства»*. Само Сообщество предпочитает говорить о культуре с позиций ст. 151(2) (ныне — ст. 167 Договора о функционировании Европейского Союза), направленной на *«поощрение сотрудничества между государствами-членами»* в области культуры, включая сохранение и защиту культурного достояния (и наследия) Европы¹⁸. Фактически все государства-члены приняли законы, запрещающие вывоз за границу национальных культурных ценностей, или ввели систему превентивного контроля и выдачи предварительных разрешений для лиц, занимающихся торговлей в этой сфере.

Словом, все свидетельствует о том, что в данном вопросе приоритет имеет усмотрение государств-членов. Косвенным подтверждением тому может служить и отсутствие практики Суда ЕС по этому виду изъятий ст. 30.

«Защита прав интеллектуальной собственности» (ПИС) стала настоящим вызовом Сообществу. С одной стороны, интеллектуальная собственность стимулирует технический прогресс и инновации, с другой — из-за территориальной ограниченности применения прав, из нее вытекающих, она служит препятствием свободе движения товаров. На долю Суда ЕС выпала трудная задача найти устойчивое равновесие, благодаря которому сохранялись бы основные черты прав интеллектуальной собственности и в то же время не нарушалась бы свобода движения товаров.

Права интеллектуальной собственности относятся к категории абсолютных неимущественных прав. К их общим чертам можно отнести территориальную ограниченность применения и исключительность (*ius excludenti*). Однако существуют различные виды прав интеллектуальной собственности, среди которых наиболее значимые — патенты, товарные знаки, торговые марки, авторские права, промышленный дизайн. Каждый из этих видов имеет свою специфику. Поэтому многообразии видов прав интеллектуальной собственности, специфика каждого из них, учитывая общий для всех исключительный характер и территориальную ограниченность применения, несли в себе серьезную угрозу «парцелизации» сферы действия прав интеллектуальной собственности по национальным границам и, как следствие этого, формированию единого внутреннего рынка. Именно в задачу Суда ЕС входило примирить интересы владельцев прав интеллектуальной собственности с интересами интеграции рынков государств-членов.

¹⁶ Выше упоминалось, что доктрина приняла «соломоново решение»: «экология» включена в изъятия ст. 30 в виде исключения. На этом основании нельзя делать вывод об идентичности *«императивных требований»* и ст. 30 (1).

¹⁷ Представляется, что русский перевод *«национальные сокровища»* не совсем точно передает смысл текста оригинала — *tresors nationaux* (фр.), *national treasures* (англ.), *nationales Kulturgut* (нем). Скорее следовало бы перевести это выражение как *«общенациональное достояние»* или *«национальное (художественное, культурное) наследие»* — в зависимости от языка оригинала.

¹⁸ У самого Сообщества здесь вспомогательная, стимулирующая роль. Акты вторичного права приняты в развитие ст. 151 и не меняют его статуса.

Практика Суда ЕС по каждому виду прав интеллектуальной собственности довольно обширна. Однако для целей данной работы нам достаточно рассмотреть основные принципы, разработанные Судом для регулирования данной сферы.

Прежде всего Суд делает различие между «*специфическим содержанием (сутью)*» прав интеллектуальной собственности и «*использованием*» этих прав¹⁹. «*Специфическое содержание (суть)*» прав интеллектуальной собственности различается в зависимости от видов (типов) интеллектуальной собственности²⁰. Его основная особенность заключается в наделении обладателя ПИС (или какого-либо другого лица с его согласия) *первым* пустить в обращение и продавать свой товар в качестве «*монополиста*», равно как и защищать в суде свое «*монопольное право*» от посягательств на него других лиц²¹.

Однако после того, как товар начал продаваться в рамках «европейского экономического пространства» (ЕЭП включает государства — члены ЕС, Норвегию, Исландию, Лихтенштейн), обладатель ПИС стал считаться **исчерпавшим свои права в интересах формирования единого внутреннего рынка** государств-членов.

Принцип исчерпанных прав Суд ЕС сформулировал в решении по делу C—10/89 HAG II (1990) (п. 12): «**Обладатель прав промышленной собственности, защищаемых законодательством государств-членов, не может использовать это законодательство, чтобы помешать импорту или продаже товара, который стал на законных основаниях продаваться в других государствах-членах самим обладателем**

¹⁹ Впервые это принципиальное различие Суд провел в своем раннем решении, касавшемся правил конкуренции, — 56-58/64 *Consten & Grundig (1966)*. Этот же принцип различия Суд проводит в решении по делу «КЕК» между положениями национальных законов, регулирующих «*требования к самому товару*», с одной стороны, и «*определенными способами продаж*», с другой. В отношении ПИС Суд ЕС сформулировал это различие в решении по делу 78/80 *Deutsche Grammophon (1971)*. В нем Суд констатировал, что Римский договор **не затрагивает существования** национальных ПИС, регулируемых законодательством государств-членов. Однако *использование* этих прав подпадает под запреты Договора. Статья 30 делает изъятия в связи с этим в пользу только тех прав, которые выражают «*специфическое содержание (суть)*» каждого из видов прав интеллектуальной собственности.

²⁰ Потому это понятие называют еще *функцией* ПИС. Разнообразие и зависимость специфики содержания прав интеллектуальной собственности от ее видов можно проиллюстрировать на следующих примерах. Так, специфику *патента* согласно практике Суда ЕС составляют: а) **исключительное** право патентодержателя использовать свое изобретение для промышленного производства; б) право **первым** размещать эти товары на рынке для их последующей продажи (самостоятельно или путем предоставления лицензии третьим лицам); в) право **защищать** патент от нарушения. Специфическое содержание *торговой марки (знака)* включает не только право первого размещения на рынке товаров с данной торговой маркой (как в ситуации с патентом), но и защиту статуса и репутации торговой марки, равно как и гарантии ее происхождения и качества. Специфика *авторских прав* отличается от других ПИС тем, что включает и **моральные права**. Как показывает практика Суда ЕС, сфера применения *принципа исчерпанных прав* ограничена в этой сфере лишь правом *контроля за сбытом* (перепродажей, экспортом, импортом). Применение этого принципа не распространяется на право проката, публичных выступлений и показов, когда *специфика содержания* авторского права позволяет его владельцу **контролировать** любое и каждое его использование с целью получения авторского вознаграждения. Большую роль играют также *сроки действия прав интеллектуальной собственности и степень гармонизации* законодательства государств-членов, регулирующего различные виды этих прав.

²¹ Вот как несколько высокопарно Суд ЕС констатировал экономическую суть содержания ПИС в решении по делу 187/80 *Merck I (1980)*: «Право **первым** разместить товар на рынке дает возможность изобретателю **монополично** использовать свой продукт, чтобы вознаградить себя за **креативное интеллектуальное усилие**...».

этого права, кем-либо *с его согласия, или лицом, экономически или юридически от него зависящим*»²².

Территориальная ограниченность сферы действия **принципа исчерпанных прав** только ЕЭП поставила Суд ЕС перед решением проблемы так называемой **«международной исчерпаемости прав интеллектуальной собственности»** и параллельного импорта из третьих стран. В решениях по двум «ведущим» делам в этой сфере С—355/96 *Silhouette* (1998) и С—414-416/99 *Davidoff* (2001) Суд ЕС встал на сторону обладателей прав интеллектуальной собственности (на торговые марки) из государств-членов. В первом случае Суд сослался на прямой запрет австрийской фирмы «*Silhouette*» на импорт в Австрию своей продукции из третьих стран. Во втором случае Суд *не нашел* оснований для применения **принципа исчерпанных прав** ввиду отсутствия *«подразумеваемого согласия»* фирмы «*Davidoff*» на сбыт собственных товаров экспортерам из третьих стран²³. В одном из своих последних решений, касающихся авторского права (С—479/04 *Laserdisken* (2006)), Суд ЕС вновь подтвердил свою предыдущую практику об ограниченности действия **принципа исчерпанных прав** границами ЕЭП. Суд подчеркнул, что государства-члены (в данном случае Польша) *не могут* предусматривать в своих законодательствах «никаких иных принципов исчерпаемости, кроме как **принципа исчерпанных прав ЕС**» (п. 24). Другими словами, Суд ЕС отверг концепцию *«международной исчерпаемости прав»*.

Высказывался Суд и по поводу незаконного использования схожих торговых марок, которые могут ввести в заблуждение потребителей. Однако в подобных случаях Суд ЕС опирался не на изъятия ст. 30, а на *«императивные требования»* формулы **«Cassis de Dijon»**, поскольку речь идет в первую очередь о защите прав потребителей.

Таким образом, в том, что касается применения изъятий ст. 30 к правам интеллектуальной собственности, Суд ЕС рассматривал это понятие в двух аспектах: *«специфическое содержание (суть)»* различных видов ПИС и их *«использования»*. На этой основе Суд сформулировал **принцип исчерпанных прав** в интересах формирования единого внутреннего рынка. Этот принцип действует только на территории государств — членов ЕС и стран, входящих в ЕЭП. *Ключевым критерием применения* этого принципа является *«продажа на законных основаниях товара самим обладателем прав интеллектуальной собственности, кем-либо с его согласия, или лицом, экономически или юридически от него зависящим»*. Без согласия правообладателя на продажу своего товара третьими лицами **принцип исчерпанных прав** не действует.

Практика Суда ЕС показывает: в первые годы предпочтение отдавалось **принципу исчерпанных прав** и стимулированию параллельного импорта в интересах создания единого внутреннего рынка. Последующие решения «*Silhouette*» и «*Davidoff*» свидетельствуют о наметившейся тенденции благоприятствовать реализации прав интеллектуальной собственности их владельцами в ущерб правам потребителей.

²² Под *экономической зависимостью* Суд ЕС понимает продажу товара лицом, получившим лицензию на его сбыт от правообладателя, продажу материнской и дочерней компаниями одного концерна или продажу эксклюзивным дистрибьютором. С—9/93 — *Ideal Standard* (1994).

²³ Оба решения вызвали неоднозначную реакцию в доктрине ЕС. Не всем показалась убедительной аргументация Суда, тем более что во втором случае английский судья принял диаметрально противоположное решение. Подробный анализ обоих решений см., напр.: *Barnard C. Op. cit.* P. 172—173.

Насколько устойчива эта тенденция в условиях глобализации и расширения Европейского Союза, говорить пока рано.

Оценивая в целом правовой механизм, разработанный Судом ЕС для применения изъятий ст. 30, хотелось бы отметить его «многослойность» и сложность. Все изъятия носят исчерпывающий характер и подлежат узкому толкованию, не направлены на достижение коммерческих целей и согласно ст. 30 (2) считаются правомерными, если не служат «средством преднамеренной дискриминации и(или) скрытых ограничений торговли между государствами-членами». Однако бросается в глаза существенная роль усмотрения государства в их реализации. Это касается практически всех сфер изъятий, перечисленных в ст. 30. Действительно, ЕС не предпринимает энергичных усилий по гармонизации национальных законодательств в этой области, а лишь стремится ввести усмотрение государства в определенные рамки. Так, понятие «общественного порядка» Суд трактует уже, чем государства-члены; усмотрения государства в области здравоохранения, защиты фауны и флоры ограничены лишь принципом пропорциональности и *взаимного признания*. Изъятия, касающиеся культуры, до сих пор остаются вне поля зрения Суда. В сфере интеллектуальной собственности прослеживается тенденция отступления от основной цели формирования единого внутреннего рынка в пользу территориально ограниченных интересов обладателей прав различных видов интеллектуальной собственности.

Свобода движения товаров. Коммерческая монополия (ст. 31)

Статья 31 Римского договора — последняя из посвященных регулированию свободы движения товаров. В ней речь идет о трансформировании государственной коммерческой монополии государств-членов с целью устранения препятствий их взаимной торговле, вызываемых деятельностью этих монополий²⁴.

Монополия имеет место, когда лишь один участник рынка поставляет товар или контролирует рынок. *Государственная монополия* — когда таким участником является государство. Это хорошо иллюстрирует решение Суда ЕС по делу 347/88 Commission c. Hellenic Rep. (1990). Согласно этому решению государство, которое располагает исключительными правами на импорт и правом удовлетворять 2/3 потребностей внутреннего рынка в этом товаре, получает возможность *существенно* влиять на импорт из других государств-членов. Потому такие права представляют собой *государственную монополию* в смысле ст. 31 (1). Под это понятие подпадают любые *частно- и публично-правовые структуры*, которым государство *передает исключительные права, и тем самым, действуя через эти структуры, может юридически или фактически, прямо или косвенно контролировать* экспортно-импортную

²⁴ Государственные монополии в период создания ЕС играли существенную роль в народном хозяйстве государств-членов и представляли серьезную опасность для нормального функционирования «общего рынка». Согласно решению Суда ЕС по делу C—189/95 Franzen (1997) ст. 31 (с точки зрения сформулированных в ней положений и места в системе норм Договора о ЕС) призвана обеспечивать свободное движение товаров в общем рынке путем устранения количественных ограничений и МЭКО в торговле между государствами-членами, а также создавать «нормальные условия конкуренции» между их экономикками, если соответствующий товар подлежит монополии коммерческого характера одного из них (п. 37).

торговлю между государствами-членами, управлять ею или оказывать на нее существенное влияние.

В статье 31 речь идет, однако, о государственных монополиях *коммерческого характера*. Это означает, что ст. 31 применяется к предприятиям или структурам, которые являются государственными или контролируются государством при осуществлении торговли товарами между государствами-членами. Предприятия, занимающиеся услугами и не имеющие дело с товарами, под действие ст. 31 не попадают²⁵. Однако если государственные монополии услуг оказывают *косвенное* влияние на товарную торговлю между государствами-членами, то такие монополии будут считаться нарушившими принципы свободы движения товаров и подлежат применению ст. 31²⁶.

«*Трансформирование*» государственной коммерческой (торговой) монополии не означает полную отмену государственного предпринимательства. Это противоречило бы ст. 295 Римского договора (ныне ст. 345 Договора о функционировании Договора о Европейском Союзе), согласно которой его действие не распространяется на системы собственности государств-членов. Цель ст. 31 — лишь *устранить отрицательные последствия* монопольных прав на товарную торговлю между государствами-членами.

Эта статья после переходного периода обладает **прямым действием** и создает права у граждан ЕС, которые национальные суды и компетентные административные органы государств-членов обязаны защищать²⁷. Устранение отрицательных последствий для взаимной торговли между государствами-членами и прямое действие ст. 31 призваны обеспечить товарам, произведенным в ЕС и находящимся там в свободном обращении, свободный доступ к рынкам государств-членов, а потребителям — равные возможности покупки этих товаров на всей территории Европейского Союза.

Суд ЕС толкует термин «**трансформация**» довольно широко и включает в него не только отмену дискриминации (т.е. количественных ограничений и МЭКО), но и *фискальных обременений, относящихся к монополии*²⁸. В решении по делу 4/81 *Hauptzollamt Flensburg (1981) (п. 5) Суд подчеркнул, что налог на импортную продукцию* правомерен, если отечественные монопольные товары облагаются идентичным налогом. Налог на импортную продукцию, цель которого — обеспечить конкурентоспособность монопольных товаров, — незаконен²⁹. В то же время не запрещаются (как и в отношении всех свобод ЕС) *обратная дискриминация* и продажа национальными производителями своей продукции государственному монополисту по более высоким ценам.

²⁵ Например, Итальянское агентство по радио и телевидению РАИ—155/73 Sacchi (1974).

²⁶ См.: 271/81 Bearn (1983); 30/87 Bodson (1988); C—17/94 Gervais (1995).

²⁷ 33/76 REWE ZENTRALE I (1976), п. 24.

²⁸ Широкое толкование ст. 31 Суд ЕС подтвердил в решении по делу 91/75 Miritz (1976), п. 8: «Применение ст. 31 не ограничивается монопольной экспортно-импортной торговлей, но включает все меры, которые связаны с монополией и отрицательно влияют на торговлю между государствами-членами определенными товарами, независимо от того, являются они монопольными или нет».

²⁹ См.: 90/82 Commission c. France (1983) (п. 27). В деле речь идет о госмонополии на розничные цены на местные табачные изделия.

Интерес представляет также вопрос *ограничений применения ст. 31* и ее соотношение с другими статьями Римского договора. В качестве таких *ограничений* Суд ЕС признал, во-первых, *деятельность предприятий коммунальных услуг*³⁰, во-вторых, *принцип разумности*³¹. Суд ЕС также признал, что сфера применения изъятий ст. 30 *не распространяется* на ст. 31.

Наконец следует отметить, что ст. 31 *может* применяться к статьям, регулирующим конкуренцию, — к ст. 81 и особенно к ст. 82 (ныне ст. 101 и 102 Договора о функционировании Европейского Союза), запрещающей злоупотребление доминирующим положением. Однако в отношении упомянутых в п. 3 ст. 31 сельскохозяйственных продуктов *примат* имеют «*аграрные статьи*» Римского договора.

Статья 31 сыграла значительную роль в устранении препятствий свободе движения товаров. Практически все государства-члены отменили или трансформировали свои основные монополии (правда, не без сопротивления). Однако вступление в ЕС новых 12 членов делает применение данной статьи актуальной, особенно в отношении восточноевропейских и прибалтийских стран.

Свобода движения товаров и основные права и свободы человека

Рассмотрение механизма регулирования свободы движения товаров было бы неполным без сравнительного анализа влияния *основных прав и свобод человека* на его функционирование.

Ведущим прецедентом здесь служит решение Суда ЕС по делу **C—112/00 Schmidberger (2003)**. В этом деле австрийские экологи перекрыли на 30 часов международную автомобильную магистраль с Италией (в знак протеста против загрязнения окружающей среды и с целью привлечь внимание общественности к угрозе здоровью людей из-за возрастающей интенсивности трейлерных грузоперевозок между государствами-членами). «Зеленые» мотивировали свои действия, опираясь на основные права человека, в частности на *свободу собраний и мнений*. Немецкая транспортная компания «Шмидбергер» обратилась в суд г. Инсбрука с иском о возмещении убытков в связи с невозможностью использовать автотрассу для трансгра-

³⁰ В отношении монополистов в сфере коммунальных услуг интересны три дела по снабжению населения электроэнергией — C—157, 158, 159/94 Commission v. Netherlands, Italy, France (1997). Суд признал нарушение ст. 31 (так как электроэнергия — это товар в смысле ст. 23—25 (ныне — ст. 28—30 Договора о функционировании Европейского Союза), а не услуга), но согласился с ответчиками, что нет нарушения Договора, поскольку исключительное право национальных монополий на экспорт и импорт электроэнергии (а в отношении Франции — и газа) защищено ст. 86 (2) (ex. 92 (2)) Римского договора (*lex specialis derogat legi generali*) (ныне — ст. 106 (2) Договора о функционировании Европейского Союза). Далее Суд пояснил, что сфера действия ст. 86 (2) шире ст. 31 и имеет примат в том, что касается всех монополий коммунальных услуг, снабжающих население электричеством, газом и занимающихся водоснабжением. Позднее в Амстердамский договор, видимо, с учетом этих решений, была внесена ст. 16 (ныне — ст. 14 Договора о функционировании Европейского Союза), согласно которой Сообщество и государства-члены должны максимально способствовать предприятиям коммунальных услуг («службам общего экономического значения») эффективно выполнять возложенную на них функцию по обслуживанию населения.

³¹ В уже упомянутом деле C—189/95 Franzen (1997) Суд посчитал действия шведского монополиста по розничной продаже алкогольной продукции, сократившего число торговых точек, правомерными на основе принципа разумности, поскольку такие меры служат важным государственным интересам по борьбе с алкоголизмом.

ничных перевозок. Истец ссылаясь на нарушение австрийскими экологами ст. 28 Римского договора. Инсбрукский суд в рамках преюдициальной процедуры обратился за разъяснениями в Суд ЕС, поскольку австрийское правительство *разрешило* акцию защитников окружающей среды, посчитав их обращение к основным правам человека *оправдательным мотивом*. Суд ЕС *согласился* с ответчиком и признал *правомерным бездействие австрийских властей*, «поскольку 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)³².

В данном деле Суд ЕС встал на сторону граждан и оправдал *бездействие* австрийского правительства, т.е. признал, что приоритетное значение свободы мнений и собраний служит *оправданием* для *ограничения свободы движения товаров*. Судя по всему, «*основные права и свободы граждан*» можно отнести к «императивным требованиям», расширяющим усмотрение государства. Только в их компетенции поддерживать общественный порядок и обеспечивать внутреннюю безопасность. Именно они должны решать вопрос о балансе конкурирующих интересов — свободы движения товаров и основных прав граждан на «свободу выражения мнений и свободу собраний». В то же время реализация основных прав и свобод граждан не носит абсолютного характера и может быть ограничена «императивами высшего государственного интереса» при условии, что принимаемые в этой связи меры *не противоречат принципу пропорциональности и не искажают самую суть гарантированных основных прав граждан*³³.

Кроме того, неясной остается и иерархия конкретных прав человека при применении их Судом ЕС. Поэтому в случае конфликта между фундаментальными правами человека и основными свободами ЕС существенную роль, по-видимому, будут играть принцип пропорциональности, обстоятельства, цели и подоплека каждого конкретного случая, оценка которых с правовой и фактической точек зрения позволит наиболее эффективно защитить гарантированные права граждан.

Резюме

Таким образом, за прошедшие полвека разработан довольно сложный механизм регулирования свободы движения товаров, цель которого — обеспечить эффективное функционирование единого внутреннего рынка.

³² В упоминавшемся деле C—265/95 *Commission v. France* (1997) французское правительство, оправдывая свое *бездействие* в отношении нарушения частными лицами (фермерами) ст. 28, также ссылаясь на права человека. Однако оно не смогло доказать, что было не в состоянии *предотвратить* всеми имеющимися у него средствами опасность нарушения общественного порядка и внутренней безопасности в результате протестов населения. Австрия же убедила Суд ЕС, что сделала все возможное для предотвращения выступлений граждан. Австрийские власти предприняли необходимые административные меры, чтобы уменьшить ущерб трансграничному автодвижению, указали обходные пути и даже предупредили соседние страны о готовящихся протестах. Поэтому Суд решил, что хотя Австрии не удалось предотвратить митинг «зеленых» на проезжей части автостреды, нарушения ст. 28 и 29 *не было*.

³³ Столь осторожно и витиевато Суд ЕС сформулировал возможность, так сказать, «защитной оговорки» свободы движения товаров. 112/00 *Schmidberger* (2003), п. 80.

Правовая основа механизма свободы движения товаров — ст. 3, 10, 14, 23—30, 31, 90 Римского договора о ЕС.

Правовая природа свободы движения товаров имеет прямое вертикальное приращение и действие.

Цель свободы движения товаров — способствовать правовыми средствами формированию единого внутреннего рынка ЕС путем устранения тарифных и нетарифных ограничений, прямой и скрытой дискриминации во взаимной торговле между государствами-членами.

Механизм реализации свободы движения товаров в настоящее время характеризуется тенденцией к расширению сферы усмотрения государств-членов в ущерб регулированию на уровне Сообщества, особенно в том, что касается нетарифных ограничений. Динамику развития этого процесса хорошо иллюстрируют три основополагающие решения Суда ЕС, сформировавшие механизм регулирования свободы движения товаров:

- *8/74 Dassonville (1974)* — так называемая «формула Дассонвилль», согласно которой все меры государств-членов, «прямо или косвенно, фактически или потенциально» препятствующие торговле между государствами-членами, рассматриваются как меры, «эквивалентные количественным ограничениям» (МЭКО), и запрещаются, поскольку противоречат ст. 28 Римского договора о ЕС. Столь широкая формулировка позволяла включать в число запретов практически все национальные меры по ограничению взаимной торговли государств-членов;

- *120/78 Cassis de Dijon (1979)* — «формула Кассис». В этой формуле наряду с принципом «взаимного признания» сформулированы так называемые «императивные требования», которые призваны оправдывать ограничительные меры государств-членов по регулированию их взаимной торговли. «Императивные требования» дополняют изъятия ст. 30 (1). В отличие от этих изъятий, которые касаются лишь *прямой* дискриминации и число их ограничено, «императивные требования» действуют в отношении *скрытой* дискриминации и число не носит исчерпывающего характера. Другими словами, они служат инструментом адаптации к регулированию новых сфер, подпадающих под действие свободы движения товаров. Например, охрана окружающей среды и защита фундаментальных прав человека;

- *C—267, 268/91 Keck & Mithouard (1993)* — «формула КЕК». В этом деле Суд ЕС пошел еще дальше навстречу государствам-членам, сформулировав оправдательный критерий для национальных ограничительных мер под названием «*определенные условия продаж*», который затем трансформировался в критерий «*доступа к рынку*». Фактически речь идет о контроле со стороны Сообщества лишь за равным доступом на рынок какого-либо государства-члена товаров из других государств-членов. После успешного попадания этих товаров на рынок соответствующего государства-члена нормы его законодательства, регулирующие маркетинг, не считаются неправомерными, если они действуют ограничительно или дискриминационно в отношении импортных товаров.

Еще одним свидетельством укрепления данной тенденции служит слабое развитие гармонизирующего вторичного законодательства ЕС в данной сфере, которое имеет примат над национальным правом.

Эта же тенденция наблюдается и в отношении изъятий из ст. 30, особенно касающихся интеллектуальной собственности. Здесь Суд ЕС также отходит от своей

первоначальной практики активного применения принципа **«исчерпанных прав» в интересах формирования единого внутреннего рынка** и становится на сторону обладателей прав интеллектуальной собственности, расширяя тем самым сферу территориально ограниченных национальных законов государств-членов.

В свете сказанного разработанные Судом ЕС принципы *«взаимного признания»*, *«страны происхождения»* и *«пропорциональности»* служат не столько для расширения сферы действия права Сообщества, сколько для установления ограничительных рамок применению национальных законов для регулирования свободы движения товаров.

Тем не менее в настоящих условиях тенденция к расширению сферы применения национального законодательства свидетельствует лишь о том, что созданы прочные правовые основы формирования единого внутреннего рынка, и Сообщество ищет пути оптимального взаимодействия правового регулирования государств-членов и ЕС для создания эффективного инструмента стимулирования свободы движения товаров.

Контактные данные автора: 637-29-34; 959-45-51