

Ю. Базедов

профессор Гамбургского
Университета, директор
Института сравнительного
и международного частного
права Макса Планка, обладатель
степени LL.M Гарвардского
Университета (США), доктор
права

Свобода договоров в Европейском союзе

Свобода договоров является основополагающим принципом европейского частного права. Она безоговорочно признается одним из основных принципов права Европейского союза (ЕС). Тем не менее, признание свободы договоров в качестве одного из основных принципов права ЕС не находит адекватного отражения в европейском законодательстве в сфере регулирования частноправовых договорных отношений. Для регулирования в области договорного права характерна фрагментарность, многочисленность актов органов ЕС, которые зачастую носят разрозненный и выборочный характер. Этот конфликт может усугубиться после вступления в силу Хартии основных прав Европейского союза. В хартию включены не только некоторые аспекты свободы договоров, но и многочисленные антидискриминационные положения. При прямом применении в сфере частного права это может поставить под угрозу рыночную экономику как основу функционирования ЕС.

Ключевые слова: принцип свободы договоров и его различные аспекты; свобода договоров в практике европейских судов; чрезмерное регулирование и непоследовательность; Хартия основных прав Европейского союза; Единая рамочная система ссылок на европейское договорное право.

1. Введение

«*Les conventions legalement formees tiennent lieu de loi a ceux qui les ont faites*» — «правомерные договоры имеют силу закона для лиц, их заключивших». Кажется, что ни один кодекс в мире не выражает более точно или с большим либеральным пафосом связь между независимостью частного лица, свободой и обязательным исполнением договора, чем Кодекс Наполеона 1804 г.¹ Основы этих философских воззрений были заложены И. Кантом всего лишь двадцатью годами ранее в его работе «Основания метафизики нравов»². Еще за 10 лет до этого Адам Смит говорил, что «именно посредством договора, бартера и купли-продажи мы получаем

¹ Статья 1134 Гражданского кодекса Франции.

² *Kant I. Grundlegung zur Metaphysil der Sitten*. 2nd ed. (Riga, 1786, reprinted). Stuttgart, 1984. P. 103.

друг от друга основную часть необходимых нам взаимных услуг»³. Подкрепленный философскими концепциями и экономическими соображениями принцип свободы договоров постепенно, с начала XIX в., превратился в основополагающий постулат регулирования экономической деятельности европейских государств. Даже во времена существования социалистического лагеря в Европе принцип свободы договоров не утерял полностью своей значимости. После распада этого блока он снова был повсеместно признан в Восточной Европе, что наиболее наглядно демонстрирует ст. 421 нового Гражданского кодекса Российской Федерации: «гражданин и юридические лица свободны в заключении договора».

Итак, может показаться, что круг замкнулся и Европа вернулась к своим либеральным истокам XIX в. И все же представляется, что законодательство ЕС движется совсем в ином направлении. Независимо от того, идет ли речь о корпоративном или трудовом праве, правах потребителей или антидискриминационных актах, положения частного права ЕС содержат почти исключительно обязательные нормы и, следовательно, налагают ограничения на свободу договоров. Увеличивающийся с каждым годом слой многословных и мелочных регламентаций обволакивает частные сделки. Многие опасаются, не станет ли этот тяжелый покров удушающим средством для инициативы индивидуальных участников экономических отношений и порождаемых этой инициативой инноваций в социальной и хозяйственной сферах. Более того, возникает вопрос: продолжает ли действующая социальная модель — источник вдохновения для многих законодательных инициатив ЕС — основываться на принципе свободы договоров и стимулировании рыночной экономики.

Именно эти вопросы и будут обсуждаться в данной статье. Сначала остановимся на роли свободы договоров с точки зрения теории частного права (раздел 2). Затем будет дана оценка той роли, которую играет свобода договоров в законодательстве ЕС (раздел 3), а также и в его судебной практике (раздел 4). И наконец, сформулируем выводы относительно тенденций дальнейшего формирования механизма правового регулирования на уровне ЕС (раздел 5) и дадим оценку и прогноз развития европейского права в будущем (раздел 6).

2. Суть принципа свободы договоров

2.1. Свобода договоров и право- и дееспособность индивидов, конкуренция и регулирование

В немецкой правовой науке свобода договоров рассматривается как наиболее значительное проявление независимости личности и, следовательно, как гарантия индивидуальной свободы⁴. В позитивном праве это закреплено в п. 1 ст. 2 Конституции Германии⁵. В определенной степени свобода договора рассматривается так-

³ *Smith A.* An Inquiry into Nature and Causes of the Wealth of Nations (first published 1776). Chicago, 1976. P. 19.

⁴ См.: *Larenz K., Wolf M.* Allgemeiner Teil des Buergerlichen Rechts. 9th ed. Munich, 2004. P. 1; *Medicus D.* Schuldrecht I — Allgemeiner Teil. 16th ed. Munich, 2005. № 63; *Fikentscher W., Heinemann A.* Schuldrecht. 10th ed. Berlin, 2006. № 110.

⁵ Русский текст см.: Конституции государств Европейского союза. М., 1997. С. 181; см. также авторов в сноске ⁴.

же и как выражение ответственности индивида за ведение его собственных дел, что вытекает из провозглашенной в ст. 1 Конституции Германии «неприкосновенности достоинства человека»⁶. И все же, несмотря на нерушимость этой высочайшей конституционной ценности, будет сложно совместить свободу договоров (как производную от понятия человеческого достоинства) с теми многочисленными ограничениями, которое позитивное право накладывает на нее. Кроме того, подобное утверждение не соответствует и тому факту, что свобода договоров была основным принципом немецкого частного права задолго до возникновения современной Федеративной Республики Германии и ее Основного закона⁷. Наконец, было бы неверным приписывать позитивно-правовое закрепление принципа автономии личности и свободы договоров Конституции Германии, поскольку и в других европейских странах свобода договора также рассматривается как основополагающий принцип экономического регулирования. Например, Дж. Гестин (*J. Ghestin*) считает, что это восходит к временам Великой французской революции и провозглашения Декларации прав человека и гражданина⁸. В Англии свобода договора определяется как «разумный общественный идеал»; она играет значительную роль в любой национальной экономике и была основой экономической политики *laissez faire* в XIX в.⁹

Однако выведение концепции индивидуальной свободы из свободы договоров и автономии личности одновременно предполагает их ограниченность и слабость. Режим личной автономии приемлем в качестве инструмента распределения национальных экономических ресурсов только при относительном равенстве участников, что зачастую не соответствует фактическому положению вещей. Более типичной является ситуация, когда неравенство договаривающихся сторон в их возможности идти на уступки при заключении сделки увеличивается и становится явным именно в результате последствий, вытекающих из автономии личности. Для того чтобы предотвратить подобное положение, прежде всего необходима конкуренция, которая обладает уникальной способностью держать в рамках и укрощать желания участников экономических отношений¹⁰. В результате сочетания свободы договоров, автономии личности и ограничивающего воздействия конкуренции происходит оптимизация деловой активности и распределения ресурсов в интересах представителей бизнес-сообществ с различным экономическим потенциалом. Например, даже продавец, занимающий доминирующее положение на рынке розничной торговли пищевыми продуктами, не может навязывать свои условия покупателям в условиях конкуренции с другими ретейлерами на этом рынке, которые ограничивают его аппетиты. Следовательно, защитное влияние конкуренции расширяет сферу действия свободы договоров. Структурные принципы внутреннего европейского рынка, т.е. открытие рынков посредством обеспечения свободы

⁶ См.: *Larenz K., Wolf M.* Op. cit. P. 1; *Flume W.* Allgemeiner Teil des Buergerlichen Recht. 3^d ed. Berlin, 1979. P. 1, 6 et seq.

⁷ См.: *Heck P.* Grundriss des Schuldrecht. Tuebingen, 1929. P. 2 subs.3, p. 5.

⁸ См.: *Ghestin J., Courbeaux G., Farre-Magnan M.* Traite de droit civil — Introduction generale. 4th ed. Paris, 1994. P. 134 et seq.

⁹ См.: *Beaton J.* Anson's Law of Contract. 27th ed. Oxford, 1998. P. 4.

¹⁰ См.: *Mestmaeker E.-J.* Ueber die normative Kraft privatrechtlicher Vertraege // Juristenzeitung. 1964. № 441.

движения и конкуренции, недвусмысленно предполагают именно такое понимание свободы договоров. Поскольку она выполняет регулирующую функцию упорядочения экономической жизни, то представляет собой нечто большее, чем индивидуальное право, и ее можно охарактеризовать как инструмент конкурентного порядка либерального (рыночного) типа экономики (*ordoliberal*).

Конкуренция, однако, сталкивается с ограничениями из-за несовершенства рыночных отношений, вызванного деятельностью естественных монополий, например, в электроэнергетической и газовой отраслях; влиянием внешних факторов; производством общественных услуг; асимметрией в мотивациях сторон или их доступа к информации, что нередко наблюдается в некоторых договорных аспектах потребительского рынка. Эти несовершенства структуры рынка препятствуют в конечном счете оптимальному распределению экономических ресурсов и соответствующему росту эффективности хозяйственной деятельности. В той мере, поскольку необходимо исправлять несовершенство рынка, государственное вмешательство, ограничивающее свободу договора, может быть оправданным¹¹. Соответственно, государственное регулирование должно быть сосредоточено только на тех аспектах коммерческих сделок, которые отражают подобные несовершенства рынка. В тех случаях, когда на каком-то конкретном рынке конкуренция цен работает, но условия договоров вскрывают недостатки рыночных механизмов, регулирование должно ограничиваться лишь сферой условий договоров, например, посредством принятия законодательных актов, защищающих одну сторону от несправедливых стандартных условий типовых договоров, навязываемых другой стороной.

Эти основные соображения позволяют рассматривать понятия автономии личности и свободы договоров в контексте рыночной экономики, основной движущей силой которой является конкуренция. Такой целостный подход взаимосвязанности обоих элементов означает, что оценка ограничений автономии личности не может быть чисто механической. Скорее, каждый конкретный случай требует тщательного и комплексного рассмотрения, поскольку в ряде ситуаций преимущества свободы договоров могут быть реализованы в интересах всего общества лишь посредством государственного регулирования.

2.2. Различные аспекты принципа свободы договоров

Свобода договора включает несколько аспектов процесса обмена товарами и услугами.

Свобода заключения договоров. Свобода договоров начинается с первоначально-го решения сторон, желают ли они предоставить свои товары или услуги другой стороне, а не использовать их исключительно в собственных целях («свобода предложения»); либо в качестве пользователей товаров или услуг желают ли они удовлетворить свои потребности (в этих товарах или услугах) путем приобретения их на рынке или путем собственного производства («свобода спроса»). Ограничение свободы спроса можно обнаружить, например, если государство налагает требование государственных гарантий или если действительность договора зависит от его удостоверения нотариусом. В каждом из этих случаев в результате действия закона

¹¹ См.: *Basedow J. Economic Regulation in Market Economies // Economic Regulation and Competition / Eds. J. Basedow et al. The Hague, 2002.*

создается спрос на услуги страховщиков или нотариусов. Вмешательство в свободу поставок встречается значительно реже. В целом частные лица могут заниматься какой-то деятельностью или производить товар для удовлетворения собственных потребностей без всякого риска быть принужденными к тому, чтобы предлагать свои товары или услуги третьим лицам. Например, правовое регулирование деятельности железных дорог проводит различие между частными и государственными железными дорогами. Обязательство обеспечить равный и недискриминационный для всех доступ к железнодорожному сообщению в основном распространяется только на государственные железные дороги¹². В исключительных случаях свобода поставок может быть ограничена жизненно важными системами. К ним относятся системы инфраструктуры, доступ к которым и использование которых должны быть обеспечены с тем, чтобы одни фирмы могли конкурировать с доминирующим на этом рынке собственником средств инфраструктуры или подконтрольными ему компаниями¹³.

Свобода выбора партнера по договору. Когда поставщик или пользователь решает выйти на рынок, он может свободно определять, с кем будет заключать договор. Однако свобода выбора партнера по договору ограничена многочисленными антидискриминационными регламентами ЕС и, соответственно, правом государств-членов¹⁴.

Свобода классификации и содержания. Основным интересом для правовой науки в том, что касается свободы договоров, традиционно представлял вопрос о свободе классификации и содержания. Первая относится к положениям национальных гражданских кодексов, касающимся определенных классов или типов договоров, таких как купля-продажа, дарение или заем. Вторая касается соответствия условий договора правовому регулированию, предусмотренному законодательством для конкретных типов договоров. По договорному праву — в отличие от права собственности или семейного права — стороны не ограничены в отношении требований или типов договоров, перечисленных в законе. Они могут разработать дополнительную классификацию договоров, определяемых как «безымянные» договоры или договоры особого рода. Они создают эффективную правовую среду для новых видов сделок, которые постоянно возникают в условиях изменяющихся динамичных рынков¹⁵. Более того, что касается содержания, то здесь стороны абсолютно свободны приходить к согласованному решению относительно цен, качества, условий своих действий и, таким образом, реагировать на конкретный и меняющийся спрос на рынке.

Свобода формы. Основным принципом признания здесь является обязательный характер согласия сторон. Действие договора не зависит от выбора той или иной формы договора. Тем не менее, в определенных областях существует ряд исключений из этого правила, например требование нотариального удостоверения для сде-

¹² Cf. P. 14 (1) (4) Allgemeines Eisenbahngesetz (AEG), 27.12.1993 (изменен 8.11.2007) // BGBl. I. 2566.

¹³ Cf. P. 19 (4) № 4 (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkung (GWB) — обязательство обеспечивать доступ к рынку обеспечивается заключением соглашения).

¹⁴ См. также: Basedow J. Der Grundsatz der Nichtdiskriminierung im europäischem Privatrecht // Zeitschrift fuer Europäisches Privatrecht. 2008. № 230.

¹⁵ См.: Medicus D. Op. cit. P. 66; Huck P. Op. cit. P. 6.

лок с недвижимостью, содержащееся в §313 ГГУ. Кроме того, в некоторых правовых системах действует требование объективных показателей, устанавливающих, что обязательства были приняты сторонами с условием встречного удовлетворения, что характерно для систем общего права¹⁶.

Свобода модификаций договора. Также в период действия договора стороны вольны поступать с ним по своему усмотрению. В любое время они могут переписать договор или внести в него изменения. Таким образом, свобода договора выходит за рамки простого предписания будущих действий, но включает в себя еще и возможность реагировать на развитие рынка или иные меняющиеся обстоятельства.

Подводя итог сказанному, можно сказать, что свобода договора является важным источником право- и дееспособности индивида. Она признается национальными правовыми системами государств-членов ЕС не только по существу, но и в отношении ее различных аспектов. Именно она явилась отправным моментом создания ЕС. А теперь возникает вопрос, который является предметом дальнейшей дискуссии: воплощаются ли на практике эти принципы (и в какой степени) в праве ЕС.

3. Принцип свободы договоров в европейском праве

3.1. Свобода договоров в первичном праве Европейского союза

Непосредственно как таковой принцип свободы договоров не упоминается в Договоре о ЕС. Тем не менее, смысл многих положений Римского договора становится ясным только при допущении того, что свобода договора гарантируется. Например, согласно §2 ст. 81 Договора о Европейском сообществе (ныне ст. 101(2) Договора о функционировании Европейского союза (ДФЕС)) договоры, ограничивающие конкуренцию, считаются ничтожными. При режимах, в экономической системе которых правовые отношения между компаниями эффективны только в результате планирования со стороны государства или благоприятного отношения со стороны властей, нормы, подобные ст. 81(2), оказываются ненужными. То же самое относится и к свободам движения; эти свободы исключают такое правовое регулирование в государствах-членах ЕС, которое ограничивало бы торговлю между ними на едином европейском внутреннем рынке.

В связи с этим некоторые специалисты делают вывод, что свобода договора, которую частное право рассматривает как относящуюся и к материальному праву, и к коллизионному, имеет своим источником «Конституцию Сообщества»¹⁷. Подобный вывод, однако, совсем не обязателен. По мнению Суда ЕС, ограничивающее действие национальных законов, регулирующих договорные отношения (например, условие предварительного обнародования договора в законодательстве Германии), является «слишком косвенным и неопределенным для того, чтобы сделать вывод о его способности препятствовать торговле между государствами-

¹⁶ См.: Цвайгерт К., Кетц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. Т. 2. М., 1998. С. 91.

¹⁷ P.von Wilmsky. Der internationale Verbrauchervertrag im EG-Binnenmarkt // ZEuP. 1995. № 735; см. также О. Remien и (несколько в более мягкой форме): Leistner M. Richtiger Vertrag und lauterer Wettbewerb. Tuebingen? 2007. P. 347.

членами»¹⁸. Поэтому, хотя и можно считать, что цели создания внутреннего рынка ЕС легче достичь посредством обеспечения свободы договора, невозможно установить необходимый объем такой свободы лишь исходя из свобод движения. Без независимых наднациональных гарантий режима регулирования, включающего автономию личности, Договор о ЕС будет основываться, как следствие, на частном праве государств-членов и закрепленных в нем национальных концепциях свободы договоров¹⁹.

Лиссабонский договор провозглашает Хартию основных прав Европейского союза обязательным элементом права ЕС²⁰. Вследствие этого, хартия приобретает статус учредительных договоров и, таким образом, будет частью первичного права ЕС. Но и в этом документе свобода договоров специально не упоминается. Общее право на свободу, согласно ст. 6 хартии, относится к принципу свободы личности, т.е. к свободе физического передвижения, но не к свободе в смысле осуществления коммерческой деятельности²¹. Однако отдельные аспекты свободы договоров защищены в последующих статьях хартии. Это относится к праву вступать в брачные отношения согласно ст. 9, к праву собраний согласно ст. 12 и к праву на трудовую деятельность согласно ст. 15. Право заниматься торгово-экономической деятельностью, давно признанное в качестве общего принципа права ЕС, включает в себя право свободного выбора делового партнера по сделкам²². Для свободы договоров ст. 16 хартии о свободе предпринимательства приобретает особую важность, поскольку в ней признается «свобода заниматься коммерческой деятельностью в соответствии с правом Евросоюза, национальным законодательством и устоявшейся практикой»²³. Наконец, право собственности, согласно ст. 17, гарантирует каждому право пользоваться, распоряжаться и завещать свою собственность. Соответственно, всегда, когда предмет договора относится к сфере защищаемых законом интересов собственника, этот договор может регулировать пользование или распоряжение собственностью в смысле ст. 17.

В итоге можно заключить, что, хотя свобода договоров прямо не упоминается в первичном праве ЕС, она, тем не менее, в значительной мере им гарантируется. Действительно, ни один договор не может быть заключен таким образом, чтобы он полностью лишился гарантий, предусмотренных первичным правом ЕС. Все же возможные ограничения достаточно обширны. Например, согласно ст. 17 пользование собственностью «может регулироваться законом в той мере, поскольку это отвечает интересам общества», а свобода заниматься предпринимательской деятельностью, согласно ст. 16, фактически признается только «в соответствии с законодательством Союза, национальными законами и устоявшейся практикой».

¹⁸ ECJ. 1993. 13 Oct. (Case C-93/92 CMC Motorradcenter, ECR I-5009, para.12).

¹⁹ См.: *Rittner F.* Die wirtschaftsrechtliche Ordnung der EG und das Privatrecht // JZ. 1990. P. 838 at 841; см. также: *Immenga U.* Thesen zur Privatrechtsangleichung // Europaeische Zeitschrift fuer Wirtschaftsrech. 1993. P. 169.

²⁰ Статья 6 (1) Лиссабонского договора от 13 декабря 2007 г. // O.J. 2007. С 306/1, 13; O.J. 2007. С-303/1.

²¹ См.: *Bernsdorf N.* Kommentar zur Charta der Grundrechte der Europaeischen Union. Baden-Baden, 2003. Art. 6. № 11.

²² ECJ. 1991. 10 Jul. (Joined Cases C-90 and 90/91 Jean Neu, ECR I-3617, para.13).

²³ *Remien O.* Europaeisches Privatrecht als Verfassungsfrage // Europarecht. 2005. P. 699 at 716.

3.2. Принцип свободы договоров во вторичном праве Европейского союза

Вторичное право ЕС — в том, что касается договоров частноправового характера, — в основном имеет обязательный характер. Подавляющее большинство положений, ограничивающих свободу договоров, редко содержит явно выраженное разрешение сторонам самим урегулировать в договоре конкретный вопрос. Тем не менее, подобное положение предусматривается, например, в регламентах о введении евро²⁴ и в отдельных положениях Директивы Европейского экономического сообщества «О координации прав государств-членов Европейского экономического сообщества по вопросу о независимых торговых агентах»²⁵. Кроме того, ст. 4 директивы о купле-продаже потребительских товаров не рассматривает право конечных продавцов требовать возмещения (убытков) от поставщиков как обязательное к исполнению²⁶. Все регламенты о групповых изъятиях в конкурентном праве ЕС относятся к исключениям из запретов ст. 101(1) ДФЕС (ex. 81 (1) Договора о ЕС). Они предусматривают возможность при определенных условиях заключать запрещенные данной статьей договоры²⁷. Также признаются и некоторые доктрины международного частного права, касающиеся свободы договоров, когда речь идет об автономии воли сторон²⁸, пророгационных соглашениях и других видах договорной подсудности²⁹. Однако большинство обязательных правовых инструментов не делают никакой отсылки к свободе договоров. Лишь в преамбуле можно обнаружить разрозненные замечания, что тот или иной правовой инструмент представляет собой исключение из принципа свободы³⁰ или что целью его применения является запрещение злоупотреблять свободой договоров³¹.

Таким образом, беглый обзор вторичного права ЕС ставит в тупик. Положительное признание свободы договоров и соответствующая отсылка к индивидуальной ответственности граждан и компаний парадоксальным образом сочетаются с предупреждениями об опасностях, которые свобода договоров с собой несет. Обращение к самой свободе договоров имеет случайный характер. Тем не менее, отсылки к ней стали более повсеместными и заставляют нас согласиться с оценкой

²⁴ Cf. Art. 3 sent. 2 of Council Regulation (EC) № 1103/97 of 17 June 1997 on certain provisions relating to the introduction of Euro // O.J. 1997. L. 162/1.

²⁵ Art. 6 and Art. 15, para 5 of the Council Directive 86/653/EEC of 18 Dec. 1986 on the coordination of the laws of the Member States relating to self-employed commercial agents // O.J. 1986. L. 382/17.

²⁶ Council Directive 1999/44/EEC of 25 May 1999 on certain aspects of the sale of consumer goods and associated guarantees // O.J. 1999. L. 171/12.

²⁷ См.: *Veelken W. Wettbewerbsrecht EG. Teil 1* / eds U. Immenga & E.-J. Mestmaecker. 4th ed. Munich, 2007. № 19.

²⁸ Council Regulation (EC) 864/2007 («Rome II») // O.J. 2007. L. 199/40; ст. 14 гласит: «Согласно принципу «автономии воли»... стороны сами могут решить вопрос о применимом праве».

²⁹ См.: Council Regulation (EC) 44/2001 // O.J. 2001. L. 12/1.

³⁰ См.: Council Directive 2004/113/EC // O.J. 2004. L. 373/37; п. 14 преамбулы: «В той мере насколько критерий пола не лежит в основе выбора партнера, данная Директива не должна ограничивать свободу индивида в выборе партнера по договору».

³¹ См.: Directive 2000/35/EC // O.J. 2000. L. 200/35; в преамбуле (п. 19) оправдывается императивное регулирование сделок между компаниями, когда имеет место злоупотребление принципом свободы договоров в ущерб интересам кредиторов, что директива запрещает.

Райнера Шульца, «что мы противопоставляем один из общих принципов европейского права принципу, действующему только в отношении индивидуально защищаемой сферы или конкретных сфер права ЕС»³².

Поэтому можно только сожалеть о том, что «принципы договорного права ЕС» (*Acquis Principles*) по существующему договорному праву ЕС, разработанные группой ученых-правоведов в последние несколько лет, не включают принцип свободы договоров. Лишь свобода формы нашла свое воплощение в ст. 1:303³³. Учитывая разрозненность отсылок к свободе договора, такое умолчание со стороны Группы по разработке Принципов усугубляет явную неопределенность при применении права. Чтобы завершить это рассмотрение, необходимо обратиться к практике европейских судов.

4. Свобода договоров в практике европейских судов

Хотя модель добросовестной конкуренции в Договоре о ЕС предполагает гарантию свободы договоров, в ранних решениях Суда ЕС нельзя найти ни одной отсылки к этому принципу. Он не упоминался Судом до конца 1970-х гг., лишь последующее десятилетие стало свидетелем использования этого принципа (и что характерно — в основном в описательном, но не в нормативном плане)³⁴. Только в 1990-х гг. на этот принцип стали ссылаться чаще, но даже тогда во многих случаях лишь описательно и с неясными последствиями. Например, судебные решения в области права конкуренции часто содержат разделы, в которых суды находят определяющие элементы ограничительной практики, устанавливаемой соглашениями вопреки свободе договоров³⁵. В этих решениях свобода договора как таковая никогда не упоминается и не определяется. Многие другие решения судов оставляют открытым вопрос, признается ли свобода договоров в качестве принципа права ЕС; в некоторых даже прямо говорится о «свободе договоров согласно принципу применимого права»³⁶.

Совсем недавно увеличилось количество судебных решений, в которых европейские суды формулируют путем толкования принципы, выводимые из нормативного понимания свободы договоров. Еще в 1992 г. суд первой инстанции отклонил попытку комиссии обязать компании, нарушившие запрет ст. 81 ЕС (ныне ст. 101 ДФЕС) на создание монополий, заключать договоры. В своем обосновании суд заявил, что «свобода договоров должна оставаться действующим принципом» и что существует масса других способов, препятствующих нарушению ст. 81 ЕС. Суд отметил, что другие последствия нарушения (такие как возможное обязательство заключить контракт) должны регулироваться национальным правом³⁷. В своем преюдициальном решении по трудовым спорам Суд ЕС ответил на вопрос, бу-

³² *Schulze R. Grundsätze des VCErtragsschlusses im Acquis communautaire // Zeitschrift fuer Gemeinschaftsrecht.* 2005. № 56.

³³ См.: Research Group on the Existing EC Private Law (Acquis Group). *Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles) — Contract I.* Munich, 2007.

³⁴ См., напр.: C-158/78(1979), п. 19–20, *Sukkerfabriken*.

³⁵ См., напр.: C-215,216/96 (1999), п. 45; T-24/90 (1992), п. 45; T- 213/95, T-18/96 (1997), п. 238.

³⁶ См.: C-421/05 (2007), п.24; C-125/05 (2006), п. 47.

³⁷ T-24/90 (1992), п. 50–52.

дет ли, согласно директиве № 77/187³⁸, лицо, которому переуступается право на ведение бизнеса (правопреемник) и которое не является стороной коллективного договора, связано этим договором, заключенным после передачи такого права и действующим в отношении лица, переуступающего данное право.

Суд ЕС высказался против подобного обязательства, мотивируя свой отказ тем, что договор характеризуется принципом свободного усмотрения сторон регулировать взаимные отношения; согласно этому принципу стороны, в частности, свободны брать обязательства в отношении друг друга. В соответствии с этим и в обстоятельствах, аналогичных рассматриваемым в данном деле, когда ответчик не является членом какого-либо союза предпринимателей и не связан каким-либо коллективным договором, права и обязанности, вытекающие из такого договора, как правило, на него не распространяются³⁹.

В своих недавних решениях по ряду соглашений в области налогового права Суд ЕС также ссылаясь на принцип свободы договоров и, таким образом, определил последствия действия налогового законодательства⁴⁰. Наконец, следует отметить заключение суда по изменению даты договора в связи с компенсациями за переработку цитрусовых. В своем анализе дела суд отметил: «Право сторон вносить изменения в заключенные ими договоры основывается на принципе свободы договоров и потому оно не может быть ограничено в отсутствие соответствующих норм права ЕС, ограничивающих это право. Отсюда следует, что если цель вносимых в договор изменений не противоречит целям действующих в связи с этим норм права ЕС и не влечет за собой риска мошенничества, то такое изменение не может рассматриваться как незаконное»⁴¹.

Еще более точно, чем Суд ЕС, в отношении принципа свободы договоров в праве ЕС высказались два генеральных адвоката. Например, Генеральный адвокат Гилход (Geelhoed) пишет: «Из принципа свободы договоров следует, что каждый гражданин свободен выбирать, с кем и на какой предмет он желает вступить в переговоры, а также до какого момента эти переговоры продолжать». Далее, ссылаясь на принципы UNIDROIT⁴², он подчеркивает право сторон — с признаваемыми ограничениями — прерывать переговоры⁴³. Генеральный адвокат Трстняк (Trstnjak), давая еще более всеобъемлющую формулировку, заявляет: «Правовой порядок ЕС и правопорядки государств-членов основываются на идее свободы и индивидуальной ответственности. Общим знаменателем здесь является то, что индивиды могут решать, как лучше отстаивать свои интересы, нуждающиеся в защите. Последствием такой защиты собственных прав является принцип регулирования как побочный процессуальный эффект материально-правового принципа автономии личности»⁴⁴.

³⁸ Council Directive 77/187/EEC // O.J. 1977. L. 61/26. Изменена Директивой Совета 98/50/EC // O.J. 1998. L.201/88.

³⁹ См.: C-499/04 (2006), п. 23.

⁴⁰ См.: C-437/04 (2007), п. 51.

⁴¹ См.: C-240/97 (1999), п. 99 и сл.

⁴² UNIDROIT principles of international commercial contracts, 2004, Rome, art. 2.1.15.

⁴³ См.: C-334/00 (2002), п. 55; Opinion of Advocate-General Geelhoed.

⁴⁴ Opinion of Advocate General Trstnjak, C-331/05 (2007), п. 93.

Если собрать воедино все высказывания Суда ЕС, становится ясно, что они подтверждают принцип свободы договоров более весомо, чем просто в общем или описательном смысле. Хотя Суд ЕС до сих пор не включил принцип свободы договоров в число общих принципов права ЕС, его отдельные проявления неоспоримо присутствуют в различных решениях⁴⁵. Например, можно найти подтверждение свободы подписания договора в решении суда первой инстанции по делу Атомек⁴⁶. В связи с делом Жана Не (Jean Neu) Суд ЕС не только признал право свободно выбирать делового партнера как вытекающее из права заниматься коммерческой деятельностью, но и пошел еще дальше, наделив его особым статусом первичного права ЕС⁴⁷. Свобода определять содержание договора также нашла свое отражение в различных решениях⁴⁸. Наконец, в связи с изменением даты заключения договоров в сельскохозяйственном секторе Суд ЕС также выразил свою явную приверженность свободе внесения изменений в договор⁴⁹.

Следовательно, свобода договоров всесторонне признается в решениях Суда ЕС. Необходимо отметить, что почти все заявления суда в связи с этим появились лишь в последнее время. Можно только строить предположения относительно того, в чем кроется причина этого. Возможно, европейские суды стали осознавать, что акцентирование внимания на принципах частного права важно в свете все возрастающего числа споров в частноправовой сфере. Более частые ссылки в актах вторичного права ЕС на принцип свободы договоров можно, однако, исключить в качестве возможной причины. Наоборот, императивные нормы вторичного права играют все более возрастающую и значимую роль в законодательстве ЕС.

5. Тенденции в сфере регулирования договорного права в Европейском союзе

5.1. Чрезмерное регулирование и непоследовательность

Те выводы, которые были сделаны (в частности, касающиеся признания принципа свободы договоров в качестве общего принципа права ЕС), резко отличаются от развития статутного договорного права ЕС. В середине 1980-х гг. Сообщество начало вводить в законодательные акты инструменты договорного права. Частично эти правовые инструменты касаются отдельных вопросов в конкретных областях (например, обязательства предоставлять информацию в связи со страхованием жизни⁵⁰, ответственности перед третьей стороной при автостраховании⁵¹ или прав пассажиров на воздушном⁵² или железнодорожном⁵³ транспорте). Многие из

⁴⁵ В качестве дополнительных источников информации см.: *Laumann D.T.* Der privatrechtliche Vertragsschluss in der Rechtssprechung des Europaeischen Gerichtshofs. Frankfurt am Main, 2005. P. 68.

⁴⁶ См. сноску ³⁷.

⁴⁷ См. сноску ²².

⁴⁸ См. сноску ³⁹.

⁴⁹ См. сноску ⁴¹.

⁵⁰ Art. 36, Dir. 2002/83 // O.J. 2002. L.345/1.

⁵¹ Council Dir. 72/166/EEC // O.J. 1972. L.103/1.

⁵² Regulation (EC) 261/2004, отменяющий Регламент 295/91 // O.J. 2004. L. 46/1; Council Regulation 2027/97 // O.J. 1997. L.285/1 (изменен Regulation (EC) 889/2002 // O.J. L.140/2).

⁵³ Regulation (EC) 1371/2007 // O.J. 2007. L.315/14.

них применимы и к договорам в сфере потребления в целом⁵⁴. Лишь некоторые относятся к коммерческим договорам⁵⁵.

Общей чертой всех этих правовых инструментов ЕС является то, что проблемы договорного права упоминаются от случая к случаю и изолированно от остального содержания. Применяемые положения (такие как те, что относятся к обязательству предоставлять информацию или праву прекращать действие договора) зачастую не согласуются между собой. Они также не способны выполнить задачу всестороннего регулирования конкретного вида договоров или возникающих в связи с ним побочных проблем. Скорее, они воспринимаются как правовое решение конкретных и частных проблем договорных отношений, которые одновременно регулируются соответствующими нормами национального договорного права. Таким образом, с одной стороны, они должны рассматриваться с точки зрения права ЕС, т.е. в их связи с соответствующей внутренней политикой Евросоюза (в той или иной сфере) и соответствующими положениями учредительных договоров. Однако в то же время эти положения приобретают свое значение и действенность только при условии их включения в национальные законодательства государств-членов. Это связано с риском того, что правовая гармонизация, проводимая ЕС, может быть в конечном итоге нарушена.

Поэтому неудивительно, что следствием европейской правовой политики регулирования разрозненных проблем в отрыве от остального правового контекста являются императивные решения. Более того, чтобы эти решения оставались неизменными после их включения в национальные системы договорного права и таким образом поддерживали свою европейскую идентичность, они зачастую должны оговаривать многочисленные частные уточнения. Как следствие, из-за формализованности и отрыва от точного содержания правовые инструменты ЕС, относящиеся к договорному праву, часто создают впечатление чрезмерной зарегулированности.

Тем не менее, это первое впечатление не должно стать решающим при их оценке. Во-первых, сложность и дифференцирование в правовом регулировании являются побочными продуктами современного общества. К. Цвайгерт отметил это еще три десятилетия назад, когда Европейское экономическое сообщество еще и не обратилось к частному праву, а поток специальных законов в этой области, повсеместно раскритикованных уже в то время, исходил исключительно из национальных законодательств⁵⁶. Во-вторых, динамизм рынков привел не только к удивительному разнообразию форм деловой активности. Чрезвычайно остро был поставлен вопрос об ограничениях свободы договоров, о которых говорилось выше. На это национальные законодательства ответили принятием специальных законов — и опять задолго до того, как на этот путь вступил ЕС. В качестве еще одного — и последнего — примера следует рассмотреть всеобъемлющую реформу обязательственного права Германии 2002 г. Хотя при этом была учтена критика,

⁵⁴ Директивы, касающиеся общих потребительских контрактов, перечислены в приложении к Директиве 98/27/ЕС // O.J. 1998. L. 166/51.

⁵⁵ См.: Council Dir. 86/653/eec // O.J. 1986. L. 382/17; Dir.2000/35 EC // O.J. 2000. L. 200/35; Dir. 2002/47 // O.J. 2002. L. 16843.

⁵⁶ См.: *Zweigert K. Die rechtsstaatliche Dimension von Gesetzgebung und Judikatur / Verhandlungen des 51 Deutschen Juristentages. Vol. II. Muenchen, 1976. K 1, 6 et seq.*

что единое правовое пространство дробится более чем на 200 правовых источников, основанных на законе (*statutory sources*), реформа не устранила недостатков, связанных со специализированными детализированными нормами. Наоборот, как заявил бывший Министр юстиции Германии Юрген Шмуде, в этих нормах можно ясно увидеть потребность в регулировании, отвечающем требованиям современного индустриального общества, которое давно вышло за рамки социальной модели, отраженной в ГГУ⁵⁷. Он, однако, заметил, что очень важно, чтобы такие нормы были возвращены в лоно общих гражданских кодексов, служащих основой для разработки принципов обязательственного права.

Соответствующим образом следует оценивать и современную правовую ситуацию на общеевропейском уровне. Помимо небольшого числа исключений, не следует критиковать ни вторжение европейского законодательства в сферу действия свободы договоров, ни чрезмерную детализацию, которая характерна для его природы. Последний аспект является на самом деле очень важным, учитывая тот факт, что в настоящий момент возможности судебной системы ЕС принимать решения в гражданско-правовой сфере крайне ограничены. До тех пор пока такая система существует, единообразное применение права ЕС должно обеспечиваться децентрализованно судами государств-членов. Это, в свою очередь, вызывает необходимость особого, детально разработанного подхода к подготовке соответствующих общеевропейских правовых норм. Там, где отсутствует подобная тщательная детализация, ЕС прибегает к введению широко формулируемых запретов, как это было в случае с директивой по несправедливым условиям потребительских договоров⁵⁸, и единообразного применения государствами-членами соответствующих европейских норм вряд ли можно ожидать. Более того, представляется, что Суд ЕС не желает давать разъяснений в подобных случаях⁵⁹.

Наоборот, следует весьма критически отнестись к отсутствию взаимосвязи многих правовых инструментов, относящихся к договорному праву, равно как и к отсутствию отсылок к общим принципам. В то время как специальные акты национальных законодательств ориентируются на устоявшуюся в течение веков терминологию и структуру своих гражданских кодексов, у ЕС нет аналогичной отсылочной базы рамочного характера, касающейся основополагающих терминов и принципов.

5.2. Вмешательство в сферу свободы договора

Фрагментарное законодательство ЕС в области договорного права объясняется политическими соображениями, суть которых заключается в том, что правовое регулирование является адекватным средством борьбы с конкретными недостатками, имеющими место в экономике. С этой точки зрения представляется, что в основном лишь обязывающие нормы считаются целесообразными для целей регулирования на уровне ЕС. Эти нормы могут интерпретироваться и критиковаться как посягательство на различные проявления свободы договоров.

⁵⁷ Bundesminister der Justiz (Hrsg.), Gutachten und Vorschlaege zur Ueberarbeitung des Schuldrechts. Vol. I. Koeln, 1981.

⁵⁸ Council Dir. 93/13/EEC // O.J. 1993. L. 95/29; см. статью 3, соответствующую §307 ГГУ.

⁵⁹ См.: C-237/02 (2004), п. 19-22. См. по данному вопросу: *Basedow J. Der Europaeische Gerichtshof und Klauselrichtlinie 93/13: Der verweigerte Dialog / Festschrift fuer Guenter Hirsch*. Hrsg. G. Mueller et.al. Muenchen, 2008. P. 51 et seq.

Таким образом, в праве ЕС можно обнаружить вмешательство в свободу заключения договора, в частности в свободу предложения. В соответствии со ст. 82 ЕС (ныне ст. 102 ДФЕС) была признана «доктрина основных систем инфраструктуры», которая требует от доминирующих на рынке компаний не препятствовать конкурентам в их доступе к пользованию основными системами инфраструктуры⁶⁰. Кроме того, можно столкнуться и с вмешательством в свободу спроса. Прежде всего это касается обязательства по страхованию ответственности⁶¹. Эти вмешательства, однако, вполне адекватны и не выходят за те рамки, которые были ранее признаны многими государствами-членами. Но мы не найдем вмешательства в свободу изменения договоров во вторичном праве ЕС. Фактически, эта свобода специально оговаривается в ст. 3(2) Регламента о праве, подлежащем применению к договорным обязательствам (Рим I); там говорится, что выбор права может быть согласован в любое время⁶².

Также редко вторичное право ЕС вторгается в область свободы формы договора. Хотя письменная форма договора часто предписывается трудовым законодательством и законодательством о защите прав потребителей⁶³, обычно это касается лишь передачи определенной информации и только в исключительных случаях относится к оферте и ее акцепту сторонами договора. Речь идет о включении в договор положений о достоверности информации и беспрепятственном доступе к ней, являющихся неотъемлемой частью как самого договора, так и его исполнения.

Удостоверение аутентичности договаривающихся сторон или уведомление их о содержании договора редко становится ключевым моментом; это имеет место лишь в договорах о потребительском кредите⁶⁴ или договорах о тайм-шере, затрагивающих вопросы недвижимости⁶⁵. Здесь письменная форма договора отвечает конкретным потребностям сторон, решивших заключить подобный договор. И наоборот, принцип свободы формы специально защищается в отношении дополнительных соглашений между банками⁶⁶.

⁶⁰ См.: С-241, 242/91 (1995), п. 46 et seq.; С-7/97 (1998), п. 39 et seq.

⁶¹ См., напр., ст. 7 Регламента Совета № 2407/92 от 23.07.1992 о лицензировании авиаперевозчиков (О.Ж. 1992. L. 240/1) и дополняющий его Регламент № 785/2004 о требованиях к страхованию, предъявляемых к авиаперевозчикам и владельцам авиакомпаний (О.Ж. 2004. L. 138/1); о страховании автоответственности см. ст. 3 Директивы № 72/166 ЕЭС (О.Ж. 1972. L. 103/1); о юристах, практикующих в государстве-члене, ином, чем то, в котором была получена квалификация, см. ст. 6(3) Директивы № 98/5 (О.Ж. 1998. L. 77/36); о страховании посредников см. ст. 4(3) Директивы № 2002/92 (О.Ж. 2003. L. 9/3).

⁶² См. ст. 3, п. 2 Регламента № 593/2008 о праве, применяемом к договорным обязательствам (Rome I) (О.Ж. 2008. L. 177/6).

⁶³ См., напр., ст. 4 Директивы № 85/577 о защите прав потребителей по контрактам, заключенным вне коммерческих контор (О.Ж. 1985. L. 372/31); ст. 4(1) Директивы № 90/314 (о «пакетном» туризме) (О.Ж. 1990. L. 158/59); ст. 3(1) Директивы № 94/47 о таймшере (О.Ж. 1994. L. 280/83); ст. 3 Директивы № 97/5 о трансграничных кредитных операциях (О.Ж. 1997. L. 43/25); Директива Совета № 91/533 об обязательствах работодателя информировать работников об условиях, применимых к договору или к отношениям занятости (О.Ж. 1991. L. 288/32); согласно ст. 6 директивы форма трудового соглашения регулируется национальным правом государств-членов.

⁶⁴ См. ст. 4(1) Директивы № 87/102 о сближении законов и административно-правовых актов государств-членов в сфере потребительских кредитов // О.Ж. 1987. L. 42/48.

⁶⁵ См. ст. 4 Директивы № 94/47.

⁶⁶ Статья 3 Директивы 2002/47.

Ограничения, касающиеся свободы содержания (договора), особенно многочисленны, в первую очередь в трудовых и потребительских договорах. Тем не менее, степень и частота вмешательств в сфере трудового права едва ли выходят за рамки практики, сложившейся в национальных законодательствах на протяжении многих десятилетий. Только в отношении некоторых аспектов потребительских договоров ЕС выступил с новаторской инициативой — в отличие, например, от Германии.

Перед регулированием многократно ставилась задача в обязательном порядке предоставлять достоверную информацию потребителю и гарантировать ему право аннулировать или пересмотреть договор, в результате чего его обязательное действие может в некоторых случаях откладываться на значительный срок. Обязательство предоставлять информацию до заключения договора направлено на то, чтобы стимулировать рациональное поведение потребителя во время заключения договора и оградить его от неоправданных ожиданий и разочарований⁶⁷. Предоставление права разрывать и пересматривать договор преследует различные цели. Главным образом оно направлено на минимизацию последствий таких ситуаций, когда договор заключается под влиянием момента и в отсутствие необходимой информации⁶⁸. Следовательно, нормы европейского права защиты потребителя призваны обеспечить его более достоверной информацией на момент заключения договора и тем самым повысить безопасность и эффективность договорного процесса.

Вмешательство права ЕС в разработку договорных прав и обязательств является, в отличие от вышесказанного, не столь распространенным и касается лишь небольшой части договоров, в частности договоров таймшера о недвижимости⁶⁹ и купли-продажи потребительских товаров⁷⁰. Пересмотр несправедливых условий в порядке апелляции потребительских договоров, фактически предусмотренный для всех видов договоров европейским законодателем, был предотвращен Судом ЕС⁷¹.

Итак, вмешательство Сообщества в свободу договаривающихся сторон определять содержание договора вряд ли можно критиковать за его чрезмерность, скорее, за несколько избирательный подход и непоследовательность.

5.3. Вмешательство в свободу выбора партнера по договору

Ограничения свободы выбора партнера по договору, включенные в новые антидискриминационные директивы, весьма спорны с точки зрения правовой политики. Статья 141 Договора о ЕС (ныне ст. 157 ДФЕС) запрещает дискриминацию по половому признаку и «обеспечивает соблюдение принципа равной оплаты для мужчин и женщин за равный или равноценный труд». Государства-члены с большим количеством работающих женщин были, таким образом, лишены конкурентного преимущества, которое могло бы возникнуть при более низком уровне зарплат работающих женщин. Из этого ограничения Суд ЕС вывел индивидуальное право, имеющее прямое действие не только в отношении государства-члена

⁶⁷ См.: *Lurger B. Vertragliche Solidaritaet. Baden-Baden, 1998. S. 14, 32, 100.*

⁶⁸ См.: Там же. S. 72, 44 и 100.

⁶⁹ См. особые положения о нарушении договора в Директиве 94/47/ЕС.

⁷⁰ См. Директиву 1999/44/ЕЕС.

⁷¹ См. сноску ⁶¹.

(прямое вертикальное действие), но и партнера по договору (прямое горизонтальное действие)⁷². С тех пор ЕС реализует принцип запрета дискриминации по половому признаку в отношении большинства норм трудового права⁷³.

Амстердамский договор в ст. 13 (ныне ст. 19 ДФЕС) заложил основу принятия Сообществом мер, направленных на борьбу с дискриминацией, не ограничиваясь лишь рамками трудового права и дискриминацией по половому признаку, но еще и по расовому, этническому, религиозному и возрастному, а также и по причине убеждений, инвалидности, сексуальной ориентации. На этой основе Сообщество в дальнейшем приняло еще три директивы, две из которых выходят за рамки трудового права и распространяются на поставку товаров и предоставление услуг, т.е. на значительную часть всех гражданско-правовых договоров.

Целью двух директив является, с одной стороны, обеспечение реализации принципа равных возможностей и равенства в вопросах занятости и доступа к профессии мужчин и женщин⁷⁴. С другой стороны, обеспечивается запрет дискриминации по расовому и этническому признакам⁷⁵. Более того, возвращаясь к сфере трудовых отношений, следует помнить о так называемой рамочной директиве, призванной бороться с дискриминацией в области занятости и профессиональной деятельности по признаку вероисповедания, убеждений, физической неполноценности, возраста или сексуальной ориентации⁷⁶. В настоящее время на различных стадиях разработки находятся другие правовые инструменты, направленные на ликвидацию дискриминации.

Хартия основных прав ЕС стала носить обязывающий характер после вступления в силу Лиссабонского договора⁷⁷. Сфера действия ее положений, запрещающих дискриминацию, существенно расширилась. Они могут прямо применяться судами согласно ст. 21 (1) хартии: «Запрещается любая дискриминация, в частности, по признаку пола, расы, цвета кожи, этнической принадлежности или социального происхождения, генетических черт, языка, религии или политических или иных других убеждений, принадлежности к национальным меньшинствам, имущественного положения, рождения, инвалидности, возраста или сексуальной ориентации».

Практика Суда ЕС по вопросам дискриминации, учитывая характер хартии, предполагает возможность именно такого прямого применения ст. 21. В частности, следует помнить, что в деле Мэнголда Суд ЕС, опираясь на положения рамочной директивы № 2000/78, но приписал, однако, прямое действие запрета дискриминации по признаку возраста в отношениях между работодателями и наемными работниками общему принципу права ЕС, как первичному праву. Сама директива в этом деле не применялась⁷⁸. Резюмируя сказанное на эту тему в доктрине⁷⁹, можно

⁷² См. решение по делу 43/75(1976), п. 21–24.

⁷³ Council Directive 2006/54/EC // O.J. 2006. L. 204/23.

⁷⁴ Council Directive 2004/113/EC // O.J. 2004. L. 373/37.

⁷⁵ Council Directive 2000/43/EC // O.J. 2000. L. 180/22.

⁷⁶ Council Directive 2000/78/EC // O.J. 2000. L. 303/16.

⁷⁷ См. сноску ²⁰.

⁷⁸ См.: С-144/04 (2005), п. 74, 77. В деле речь шла о прямом горизонтальном действии директивы 2000/78 (*Примеч. пер.*)

⁷⁹ См.: *Basedow J. Der Grundsatz der Nichtdiskriminierung im europaischen Privatrecht // ZEuP. 2008. № 230.*

с уверенностью утверждать, что прямое действие столь широко формулируемого принципа запрета дискриминации имеет место прежде всего в области публично-го, но никак не частного права. Также следует помнить, что согласно ст. 51 хартии основных прав ее положения адресуются институтам ЕС и государствам-членам, но лишь в тех случаях, когда последние применяют право ЕС. Эти положения явно не являются выражением общих правовых принципов, применяемых независимо от их включения в национальное законодательство государств-членов.

Неуместность выведения прямого горизонтального действия (т.е. в частном праве) из норм о запрете дискриминации подчеркивается в ст. 21 хартии основных прав, запрещающей, в частности, дискриминацию по признаку имущественного положения. Рыночная экономика, определяемая согласно п. 3 ст. 3 (ДФЕС) в качестве цели ЕС, относит предоставление товаров и услуг по ценам, определяемым рыночным соотношением спроса и предложения. В этом процессе готовность каждого участника рынка платить определенную цену не только играет важную роль, но еще и в значительной степени зависит от его личных средств. Положение, запрещающее дискриминацию по признаку имущественного положения, в сфере частного права в условиях рыночной экономики неизбежно будет препятствовать конкурентному ценообразованию. Конфликт между ст. 21 хартии и договорными целями рыночной экономики здесь абсолютно очевиден.

Этот конфликт совсем не упоминается в пояснении к хартии и явно не был преднамеренным⁸⁰. Разрешение данного конфликта не должно заключаться в немедленном признании прямого горизонтального действия ст. 21 хартии о запрете дискриминации. Такой подход мог бы стимулировать реализацию целей конкурентного порядка (*ordoliberal*), закрепленных в учредительных договорах ЕС. Там, где в условиях рыночной экономики индивидам так или иначе ограничивается доступ к товарам или услугам, добросовестная конкуренция должна сыграть основную роль путем восстановления режима равенства и наказания виновных в дискриминации. В основном это осуществляется посредством предоставления потребителям больших возможностей выбора, поскольку механизмы конкуренции создают благоприятные условия для того, чтобы более широкий круг поставщиков мог обслуживать дискриминируемых покупателей. Опыт показывает, что это не пустые слова. Хотя для этого может потребоваться некоторое время, в выигрыше окажется все общество в целом. Но этого не произойдет, если государственное регулирование будет обязывать предоставлять равные возможности каждому⁸¹.

Прямое применение ст. 21 хартии основных прав к частноправовым отношениям будет, наоборот, иметь своим последствием то, что многие общественные и корпоративные организации обнаружат, что их вынуждают предоставлять правовое обоснование, несовместимое с принципами свободного и либерального общества. Например, руководители специальных школ только для девочек будут вынуждены в таком случае предстать перед судом и обосновать свой отказ принимать в школу мальчиков. Молодежные организации политических партий должны будут пред-

⁸⁰ Explanations relating to the Charter of Fundamental rights // O.J. 2007. C-303/17.

⁸¹ См.: *Storrie M.E.* Freedom of contract: Mandatory and not Mandatory Rules in European Contract Law // *Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg, Journal of South –African Law.* 2008. P. 179 at 192–195, где цитируется вывод Эпштейна (Epstein) об отрицательных последствиях «законодательства равных возможностей».

ставлять оправдания, почему их члены теряют свой статус по достижении определенного возраста. Законность женских организаций будет поставлена под вопрос, так же как и предоставление особых пропусков пенсионерам для проезда на железнодорожном транспорте. Тем не менее, эти и многие другие социальные аспекты общественной жизни существуют или исчезают в процессе эволюции общественной мысли, которая лучше развивается в условиях рынка, чем в гражданских судах.

Вмешательство в свободу выбора партнера по договору уже достигло критического уровня в результате действующих норм права ЕС. Вступление в силу хартии основных прав, учитывая ее влияние на первичное право ЕС, только подольет масла в огонь ведущихся по этому поводу дискуссий.

6. Заключительные выводы

1. Свобода договора уже признана в качестве общего принципа права ЕС в результате его взаимодействия с провозглашенным в Договоре о ЕС открытым и функционирующим на основе добросовестной конкуренции рынком.

Предпосылкой для концепции свободы договора, как она понимается в праве ЕС, служат не только и не столько постулаты теории индивидуальных прав, сколько прежде всего доктрины порядков, т.е. взаимодействия либерального (рыночного), государственного и общественного порядков. Другими словами, автономия сторон и их свобода вступать в договорные отношения между собой отвечают интересам общества лишь при условии, что конкуренция ограничивает чрезмерное сосредоточение экономической мощи в руках немногих участников рынка. В тех случаях, когда недостатки рынка не дают возможности развиваться взаимодействию конкурирующих экономических сил, государство может на законных основаниях вмешиваться в сферу свободы договора.

2. Свобода договора включает в себя несколько отдельных различных свобод:

- свободу заключать договор, дающую право прежде всего выхода на рынок и формирующую спрос и предложение;
- свободу выбора партнера по договору;
- свободу содержания договора в том, что касается способа его исполнения, количества, цены и иных существенных условий;
- свободу формы договора, расширяющую возможности заключать обязывающие договоры посредством простого консенсуса;
- свободу изменения договора, включающую право сторон договора устанавливать срок его действия и решать, каким образом формулировать его положения.

За исключением свободы формы, которая никогда не ставилась под сомнение, в признании каждой из остальных вышеперечисленных свобод исключительно важную роль сыграла практика Суда ЕС.

3. Европейское законодательство по договорному праву характеризуется значительной нормотворческой детализацией, фрагментарностью и отсутствием взаимосвязи между множеством отдельных правовых инструментов. Это создает впечатление чрезмерной зарегулированности. В целом, тем не менее, такое восприятие — за исключением вмешательства в выбор партнера по договору — может быть оправдано только с одной формальной точки зрения: обилие многословных и не согласованных между собой положений ведет к противоречивым оценкам

основных целей и придает праву элемент спонтанности, а временами даже и произвола.

4. Устранение такой непоследовательности, о чем ученые-правоведы заговорили впервые еще два десятилетия назад, является важной задачей, стоящей перед европейским законодателем. Вслед за окончанием разработки Принципов европейского договорного права (PECL)⁸² Европейская комиссия с 2001 г. также присоединилась к этой работе⁸³. На основе Коммюнике 2004 г.⁸⁴ она объединила и скоординировала усилия уже действующих групп ученых-правоведов⁸⁵. Первые результаты их деятельности были представлены комиссии в конце 2007 г. Целью является разработка Единой рамочной системы ссылок на европейское договорное право» (Common Frame of Reference on European Contract Law), способной предоставлять судам ЕС твердые обоснования дальнейшей реализации договорного законодательства ЕС⁸⁶. В то же время комиссия начала работу, направленную на консолидацию директив в области потребительского договорного права⁸⁷. Соответственно, курс взят не только на пересмотр права в этой области, но и на поддержку будущего законодательства посредством разработки общих договорных условий и принципов.

Особо проблематичными являются вмешательство в свободу выбора партнера по договору, закрепленное в различных директивах о запрете дискриминации, которые начали действовать в 2000-е гг. Законодательные акты, принятые за это время, теперь значительно выходят за рамки своей первоначальной области применения, распространившись из сферы трудовых отношений на сферу предоставления товаров и услуг, т.е. на гражданско-правовые договоры в целом. Таким образом, эти нормы все в большей степени покушаются на традиционные основы автономии личности. Действие принципов, берущих начало в публичном праве, было необоснованно распространено на частноправовые отношения. Теперь эти принципы должны применяться там, где действующая модель конкуренции была бы вполне достаточной в качестве эффективного механизма регулирования.

Конфликт между антидискриминационными нормами с одной стороны и принципом рыночной экономики беспрепятственного выбора партнера по договору — с другой будет все более явным с вступлением в силу Хартии основных прав Европейского союза. В последней не только прописана свобода договора, но так-

⁸² См.: *Lando O., Beale H. Principles of European Contract Law. Parts I & II. The Hague, 2000; Principles of European Contract Law / O. Lando et al. Part III. The Hague, 2003.*

⁸³ См.: *Communication from the Commission on the European Contract Law, COM(2001), 398 final // O.J. 2001. C-255/1; Communication from the Commission to the European Parliament and the Council: A More Coherent European Contract Law — An Action Plan, COM(2003), 68 final of 12.02, 2003.*

⁸⁴ *Communication from The Commission to The European Parliament and The Council — European Contract Law and The Revision of The Acquis: the way forward, COM (2004), 651 final, 3–6 and 10 et seq.*

⁸⁵ См.: *Joint Network on European Private Law (CoPECL) // www.copecel.org.*

⁸⁶ О Единой рамочной системе ссылок на европейское договорное право см.: *ZEuP — Symposium 2006 // ZEuP. 2007. P. 109–223.*

⁸⁷ *Greenpaper: on the consumer acquis. COM(2006), 744 final of 08.02.2007, где используется идея горизонтальных инструментов; см. также: Tamm M. Das Gruenbuch der Kommission zum Verbraucher-Acquis und das Modell der Vollharmonisierung — eine kritische Analyse // Europaeische Zeitschrift fuer Wirtschaftsrecht. 2007. P. 756; Micklitz H.-W., Reich N. Europaeisches Verbraucherrecht — Quo Vadis? // Verbraucher und Recht. 2007. P. 121; Proposal for the Directive on Consumer rights, COM (2008), 614 of 08.02.2008.*

же и антидискриминационные положения, распространяющиеся на саму область применения договорного права. В результате этого необходимо будет внести ясность в их взаимоотношения на уровне первичного права ЕС. В связи с этим представляется целесообразным вернуться к истокам запрета дискриминации, опирающегося на *iustitia distributiva* (*принцип справедливого распределения благ*) публичного права. Применение принципа прямого вертикального действия в сфере частного права ставит под угрозу основы рыночной экономики ЕС, и его, следовательно, можно принимать во внимание лишь в крайних случаях.

Перевод:

Ю.М. Юмашев

профессор, заведующий кафедрой
международного права факультета права
Национального исследовательского университета
«Высшая школа экономики»,
доктор юридических наук