

Понятие услуги в праве Европейского Союза

Самым быстро растущим элементом международной торговли является сектор услуг, который занимает примерно две трети мировой экономики и, соответственно, приобретает все большее и большее значение для экономического развития. Во времена создания Европейского Экономического Сообщества услуги играли далеко не ведущую роль, а сейчас на территории всего Европейского Союза они составляют от 60 до 70 % экономической деятельности государств-членов. В связи с увеличением значимости услуг возрастает необходимость совершенствования, повышения эффективности правового регулирования в данной области.

В рамках Европейского Союза непременно подразумевается одна из основных свобод внутреннего рынка – свобода предоставления услуг. Свободное движение услуг наряду со свободой движения лиц, товаров и капиталов является одной из четырех основных свобод Европейского Сообщества и закреплено в европейских актах с 1957 года.

Необходимым элементом правового регулирования свободы предоставления услуг, в частности, для определения сферы действия свободы, характера барьеров на пути ее реализации и способов их устранения является четкое и всеобъемлющее определение понятия «услуги». Основной целью данной статьи является раскрыть содержание понятия услуги в праве Европейского Союза и параллельно выявить некоторые особенности правового механизма регулирования услуг в Европейском Союзе. Для того чтобы выявить особенности правового регулирования услуг в Европейском Союзе необходимо, в частности, рассмотреть содержание данного понятия в других международных организациях, например, в такой международной универсальной организации как Всемирная торговая организация (далее ВТО).

Определение понятия услуги

В международных правовых актах, регулирующих торговлю услугами, термин «услуги» естественно определяется по-разному, что и составляет, в том числе, особенности регулирования услуг в той или иной международной экономической организации.

Однако в международной торговле услугами все же существует некое общее понимание такого явления как услуга. Раскрывая содержание понятия услуги нельзя забывать о ее экономической природе. Несмотря на правовой аспект данного исследования необходимо рассмотреть, как услуга определяется в экономической теории и других смежных науках. Наиболее распространенным является подход, в соответствии с которым определение услуги основано на противопоставлении товарам, что связано с принципиальными различиями между этими экономическими объектами. Следует привести несколько примеров такого рода определений или же точнее сказать характеристик, выявленных на основе подобного противопоставления.

Прежде всего, услугам, как правило, свойственно такое качество как неосвязаемость, невидимость, которое является одним из основных характеристик услуги. Такую особенность услуги очень образно выразил автор в журнале «Economist»: «услуги это то, что можно продать или купить, но нельзя уронить вам на ноги».¹ Следует отметить, что это определение достаточно широко цитируется в экономической литературе и очень образно отражает сущность услуги. Несколько абстрактное определение услуги дается в экономической теории: Услуга — то, что неосвязаемо (невидимо) и в обмен на что потребитель, фирма или правительство готовы

¹ Liberalising International Transactions in Services: A Handbook. N.Y. – Geneva, 1994. P.1.

предоставить что-либо ценное.² Немного другое определение дал Филипп Котлер, отождествляя понятия «сервис» и «услуга». С его точки зрения услуги это «любая деятельность, которую одна сторона может предложить другой; неосязаемое действие, не приводящее к владению чем-либо»; «Услуги - объекты продажи в виде действий, выгод или удовлетворений».³ Услуге можно приписать также такие характеристики как недвижимость, невозможность хранения, а товар, наоборот, движим и может подлежать хранению.⁴ Также качество услуги более изменчиво по сравнению с материально-вещественным товаром. Дж. Бэйтсон подчеркивал, что граница между товарами и услугами зависит от отношения к этому поставщиков товара и потребителей.⁵ Один и тот же объект может рассматриваться потребителем как материальным товаром, так и услугой. Услуга отличается от товара еще и тем, что предоставление (производство) услуги неотделимо от ее получения (потребления), тогда как производство и потребление товара совершенно два разных процесса и методы правового регулирования существенно отличаются. Следовательно существенным признаком услуги является то, что сам процесс оказания услуги включает и его результат, который в свою очередь не может рассматриваться отдельно от получателя услуги. Во многих случаях потребитель является объектом оказания услуги и (или) непосредственно участвует в процессе ее оказания; как правило, услуга имеет индивидуальный характер оказания и потребления, исполнитель услуги, как правило, не является собственником результата услуги. Следует сослаться на утверждение Е.В. Даниловой, что вышеперечисленные признаки, хоть и характерны для большинства услуг, но они все вместе применимы далеко не во всех случаях. В качестве примера Е.В. Данилова приводит консультационные и архитектурные услуги (а точнее их результат - аудиторское заключение и архитектурный проект соответственно, который является движимым), услуги парикмахера и театрального актера видимы; передача информации по системе телефонного автоответчика подтверждает то, что услуга может храниться; туроператор организует путешествие туриста задолго до того, как последний пользуется результатами этой услуги и т.д.⁶ В методическом пособии, составленном в рамках ЮНКТАД «Вопросы торговли услугами в переговорах о присоединении к ВТО» оговаривается, что услуги чаще всего невидимы и неосязаемы кроме отдельных случаев, когда услуги обретают вещественную форму, такую как, например, бухгалтерский отчет, доклад консультанта или распечатка компьютерной программы.⁷ Часто приобретение товаров сопровождается сопутствующими услугами, и почти каждое приобретение услуг сопровождается сопутствующими товарами. Однако все же следует относиться предельно осторожно к выявлению характеристик различных видов услуг, особенно если необходимо сформулировать общее определение для всех или большинства видов услуг или же выявить наиболее общие черты услуг. Тогда конечно нельзя игнорировать особенности отдельных услуг, но и чрезмерно увлекаться их описанием не следует, т.к. они могут оказаться как вполне обоснованными, так и излишними, малозначительными и даже спорными. Итак, в случае консультационных услуг и услуг архитектора необходимо обратить внимание на то, как тесно

² Макконел К.Р., Брю С.Л. Экономикс: принципы, проблемы и политика: В 2-х т. Т.2.: Пер. с 13-го англ. Изд. - М.: ИНФРА-М, 2001. - С - 34

³ Маркетинг-менеджмент. 11-е изд./Ф. Котлер. -СПб.: Питер, 2003.-С. 475.

⁴ Feketekuty G. International trade in services: An overview and blueprint fornegociations. Cambridge, 1988; Trebilcock, Howse. Op.cit. P. 217.

⁵ Bateson J. Managing services marketing. United States of America, 1995. С.8.

⁶ Данилова Е.В. ВТО: регулирование торговли услугами. - М.: ИКЦ «Академкнига», 2003. С. 9.

⁷ ЮНКТАД Вопросы торговли услугами в переговорах о присоединении к ВТО (методическое пособие). // UNCTAD Division on International Trade in Goods and Services, and Commodities Commercial Diplomacy Programme Geneva, November 2001. ЮНКТАД Отдел международной торговли товарами, услугами и сырьем . Программа Коммерческой Дипломатии Женева, ноябрь 2001 г. Issues of Trade in Services in the WTO Accession Negotiations (Methodical Aid) UNCTAD/DITC/TNCD/Misc.18

соприкасаются понятия услуги и товара, также как и в случае с аудиовизуальными услугами. Возникает вопрос: к какой категории – к товарам или услугам, относятся печатные издания и компьютерные диски, на которых закреплён результат услуг, ответ на которой будет дан ниже, при анализе статей Договора об учреждении Европейского Сообщества и связанной с ними практики Суда Европейских Сообществ.

Предоставление услуги неотделимо от ее получения и включает ее результат. Например, в экономической теории есть такое определение услуг «услуги - товары, которые могут производиться, передаваться и потребляться одновременно».

Именно на основе этих особенностей услуги сформировалось мнение, что «в подавляющем большинстве случаев время и место предоставления услуг нераздельны, то есть одновременное присутствие продавца и покупателя услуг является обязательным».⁸ Однако данное утверждение (в отношении места предоставления услуги) кажется весьма сомнительным, т.к. подразумевается не просто одномоментный акт передачи (предоставления) услуги, а чтобы при этом поставщик и получатель услуги находились в одном государстве. Но представляется, что выделение в качестве одной из ключевых особенностей торговли услугами того факта, что услуги чаще всего предоставляются в рамках одного государства в отличие от трансграничной торговли товарами, не совсем удачно. Рассматриваемое утверждение объясняется тем, что способы торговли услугами и товарами различны ввиду их физических характеристик и что если при продаже товара за границу он должен физически переместиться из одной страны в другую, то при экспорте услуг лишь отдельные их виды пересекают границу. Такое обоснование представляется неубедительным и безосновательным, хотя бы ввиду существования трансграничных услуг (когда поставщик и получатель услуг не пересекают границу, а находятся в разных государствах-членах). Конечно, их можно рассматривать как исключение из правила, но в этом отсутствует всякий смысл. Логичнее и последовательнее было бы сказать, что при международной торговле товарами товар в обязательном порядке пересекает границу, тогда как существует несколько способов международной торговли услугами, большая часть которых не предусматривает пересечения услугами границы.

Отличительной чертой услуг по отношению к товарам является и различие методов, используемых правительствами для защиты внутренних рынков услуг и национальных экономических операторов, от методов защиты товарных рынков и производителей товаров. С учетом того, что товары в международной торговле перемещаются через национальные границы, отрасли промышленности, производящие товары, защищаются преимущественно таможенными тарифами, тогда как неосязаемый характер услуг, а также специфические способы их экспорта делают невозможной защиту национальных рынков услуг при помощи пограничных мер.

Не считая подхода определения услуги, основанного на противопоставлении услуги и товара, существует подход, в основе которого лежит критерий «изменения». Приверженцем данного подхода является Т.П. Хилл, который дает следующее определение термину «услуга»: «Услуга может быть определена как изменение в условиях лица или товара, принадлежащего какой-либо экономической единице, которое является результатом деятельности какой-либо другой экономической единицы с предварительного согласия первого лица или экономической

⁸ ЮНКТАД Вопросы торговли услугами в переговорах о присоединении к ВТО (методическое пособие). // UNCTAD Division on International Trade in Goods and Services, and Commodities Commercial Diplomacy Programme Geneva, November 2001. ЮНКТАД Отдел международной торговли товарами, услугами и сырьем. Программа Коммерческой Дипломатии Женева, ноябрь 2001 г. Issues of Trade in Services in the WTO Accession Negotiations (Methodical Aid) UNCTAD/DITC/TNCD/Misc.18

единицы».⁹ В отличие от вышеприведенных характеристик услуги, в определении, сформулированном Т.П. Хиллом, допускается возможность разграничить в пространстве и во времени процесс оказания услуги и его результат. Итак, это определение представляет собой достаточно сложную конструкцию, которая при этом не отличается ясностью и не может служить всеобъемлющим определением услуги. Е.В. Данилова считает недостатками этого определения, например, то, что услуги, связанные с обеспечением безопасности и профилактикой заболеваний имеют целью не изменение, а именно недопущение таковых, трудно установить связь между оказанием страховых услуг и их изменением в условиях потребителя, т.е. договор заключен, а страховой случай может и не наступить; это определение не применимо в случае поддержания общественного порядка и национальной безопасности, т.к. не требуется взаимного согласия поставщика и получателя услуги.¹⁰

Некоторые исследователи (например, К. Гренроос и Дж. Бэйтсон) полагают, что описание свойств услуги более продуктивно, чем попытки вывести определение и это представляется достаточно оправданным, т.к. позволит уловить особенности большего числа услуг. Следует подчеркнуть необходимость оговорок ("как правило", "во многих случаях", "могут быть" и т.п.) при описании специфических свойств услуг ввиду их многообразия.

Услуга предоставляется на основе договора, в соответствии с которым стороны берут на себя обязательство осуществить или не осуществлять те или иные действия, предоставить ту или иную согласованную услугу, и «в этом случае далеко не всегда имеет место переход прав собственности на «вещь», как, например, при заключении договора страхования или перевозки».¹¹ Другими словами, вследствие того, что сами услуги обладают своими специфическими характеристиками и достаточно существенно отличаются от товаров, договор, на основе которого осуществляется поставка услуг, имеет свои особенности. Следует отметить, что в качестве предмета договора выступает оказание соответствующей услуги и что такой договор является более сложным, чем договор купли-продажи товаров. Это объясняется большим разнообразием услуг и, следовательно, особенностями их предоставления.

Итак, понятие «услуга» трактуется по-разному: как вид деятельности, как ее результат и как определенная выгода. Ввиду большого разнообразия услуг практически невозможно сформулировать единое для всех видов услуг определение. Большинство определений, верно отмечая отдельные свойства услуг, не дают обобщенного понятия этого термина.

Естественно не существует и единого научного определения "международной торговли услугами", несмотря на то, что ввиду все возрастающего значения данной сферы деятельности, подобное определение становится все более и более необходимым.

Многие определения понятия «услуга» настолько неопределенны, расплывчаты, а порой даже спорны, в том числе, ввиду большого разнообразия видов услуг, что ни одно из них не может быть полностью воспроизведено в каком-либо международно-правовом акте, а могут служить лишь теоретическим ориентиром для разработки новых определений, которые нашли бы применение в практике. Так что интересно выяснить, какие же подходы к определению понятия услуги нашли отражение в международных договорах на региональном и универсальном уровне. Что касается регионального уровня, то здесь наиболее разработанным правовым механизмом регулирования услуг обладает Европейский Союз.

Услуги в праве Европейского Союза

⁹ Hill T.P. On goods and services // Review of Income and Wealth. V.23. (December 1977). P. 315-338.

¹⁰ Данилова Е.В. ВТО: регулирование торговли услугами. - М.: ИКЦ «Академкнига», 2003. С. 10.

¹¹ Д.Карро, П.Жюйар. Международное экономическое право. Научный редактор В.М. Шумилов. - Москва. «Международные отношения». 2002. С. 263.

Система источников права Европейского Союза включает источники первичного права, источники вторичного права¹² и источники прецедентного права, поэтому ни акты первичного, ни акты вторичного права не предоставляют детального регулирования сферы услуг, оставляя множество пробелов и спорных вопросов, которые восполняются практикой Суда Европейских Сообществ.

Среди учредительных договоров, являющихся источниками первичного права, следует особо отметить Римский договор об учреждении Европейского Экономического Сообщества 1957 года¹³, который включает целую главу, посвященную услугам. Этот Договор был первым международным соглашением, которое предусматривало либерализацию торговли услугами так же, как и торговли товарами.

Определение понятия услуги. Отличительные признаки услуги

Прежде чем выявить и охарактеризовать отличительные признаки услуги по смыслу Договора следует подчеркнуть, что положения главы, касающиеся услуг (а также учреждения), не применяются, в том, что касается соответствующего государства-члена, к деятельности, которая связана, хотя бы и временно, с осуществлением публичной власти. Данное требование закреплено в абзаце 1 статьи 45 (при учете положений статьи 55) Договора. Примером из судебной практики служит дело C-283/99 *Commission des Communautés européennes contre République Italienne*¹⁴. Следует подчеркнуть, что несомненно определять, что может относиться к осуществлению публичной власти – это не компетенция одного из всех государств-членов.¹⁵ Так что же включается в понятие «публичной власти»? Суд лишь в отдельных случаях указывал, что не является таковой.

Суд Европейских Сообществ на основе буквального смысла цели абзаца 1 статьи 45 исходит из того, что деятельность, которая связана с осуществлением публичной власти, во всех случаях представляет собой отделимую часть соответствующей профессиональной деятельности, и общее ограничение допуска к профессии, выходящее за рамки публичной части деятельности, запрещается. Совсем иная ситуация, когда осуществление публичной власти составляет суть профессиональной деятельности. Необходимо обратить внимание на то, что если деятельность может выполняться и не только с целями осуществления публичной власти, то подобный вид деятельности не может исключаться из сферы применения статьи 49 Договора (и статьи 43), что

¹² Недавно, 13 декабря 2007 года, было подписано Лиссабонское соглашение, которое вносит изменения в Договор о Европейском Союзе и Договор, учреждающий Европейское Сообщество. Следует подчеркнуть, что практически никаких изменений в главу, посвященную услугам, данное соглашение не вносит, не считая изменения процесса принятия решений Советом, нумерации статей и того, что, как и во всем договоре, подлежит замене слово Европейское Сообщество на Европейский Союз. Соглашение должно быть ратифицировано всеми без исключения государствами-членами и предполагалось, что оно вступит в силу 1 января 2009 года. Но в Ирландии по результатам референдума Соглашение ратифицировано не было. Однако ратификация другими государствами-членами продолжается и Совет ЕС вернется к обсуждению сложившейся ситуации в октябре 2008 года.

К источникам вторичного права относятся, в частности, Программа по устранению ограничений свободе предоставления услуг, J.O. 1962, p.32 ff.; Директива 73/148 Об отмене ограничений на передвижение и проживание внутри Сообщества граждан государств-членов для целей учреждения и предоставления услуг, Директива 89/48 об общей системе признания дипломов о высшем образовании с минимальным сроком обучения профессии три года, Директива 96/71, касающаяся направления работников в рамках предоставления услуг и другие. Отдельно следует назвать Директиву Парламента и Совета 2006/123 об услугах на внутреннем рынке, которая еще в силу не вступила (*Directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur.* // *Journal officiel* n° L 376 du 27/12/2006 p. 0036 – 0068).

¹³ Маастрихтским договором были внесены дополнения в Римский договор. Европейское Экономическое Сообщество было переименовано в Европейское Сообщество, что нашло отражение и в названии самого Договора – Договор об учреждении Европейского Сообщества.

¹⁴ C-283/99 *Commission des Communautés européennes contre République Italienne*, I-4363, 2001.

¹⁵ Манфред Даусес. Настольная книга по экономическому праву Европейского Союза. Т.1 (Полутом 2). М. Издательство БЕК, 2003. – 11 Д.1.

следует из цели и смысла статьи 45. Отметим также, что согласно абзацу 2 статьи 45 положения Договора, касающиеся услуг и учреждения, могут не применяться к определенным видам деятельности, если будет принято соответствующее решение.¹⁶

Итак, Договор об учреждении Европейского Сообщества¹⁷ (далее Договор) дает комплексное определение понятия услуги, что объясняется двумя причинами. Во-первых, в 1957 году с принятием Договора об учреждении Европейского Экономического Сообщества, услуги не играли экономически важной роли, как сегодня. Во-вторых, в Договоре свобода предоставления услуг имеет второстепенный характер по сравнению с другими экономическими свободами. В Римском Договоре понятие услуги имеет более широкое значение, чем то, которое обычно использовалось в экономической политике, где это понятие охватило в основном сферу обслуживания. В праве Сообщества слово «услуги» используется в качестве частного термина, и, хотя его смысл, в основном, совпадает с общепринятым, в пограничных сферах он подчиняется специфическим правилам.¹⁸

В абзаце 1 статьи 49 Договора говорится, что «В рамках нижеизложенных положений, запрещены ограничения на свободное предоставление услуг внутри Сообщества гражданами государств-членов, учрежденных в государстве-члене Сообщества, ином, чем то, в котором учрежден получатель услуг».¹⁹ Т.е. поставщик и получатель услуг должны быть учреждены в разных государствах-членах. Из данной статьи следует такой существенный признак услуги как трансграничный характер. Суд Европейских Сообществ в решении по делу C-52/79, говоря о сфере действия статьи 49 Договора, подчеркнул, что положения Договора, касающиеся свободы предоставления услуг, не могут применяться к деятельности, чьи неотъемлемые элементы ограничены территорией одного государства-члена. Но не следует ограничиваться положениями статьи 49 при описании трансграничного характера предоставления услуги. Так, в решении по другому делу Суд признал действие положений Договора, касающихся предоставления услуг, когда поставщик и получатель услуг учреждены в одном государстве-члене.²⁰ Подобное решение было принято, потому что получатель услуг переместился на территорию другого государства-члена, чтобы там обосноваться, до окончания самого процесса предоставления услуги. А в делах Coditel C-62/72 и Bond van Adverteerders C-352/85 требование абзаца 1 статьи 49 Договора на счет того, чтобы поставщик обосновался в государстве-члене Сообщества, ином, чем то, в котором

¹⁶ В Договоре об учреждении Европейского Сообщества закреплено, что подобное решение принимается Советом квалифицированным большинством по предложению Комиссии. Однако следует отметить, что в Лиссабонском соглашении данное решение принимается Европейским Парламентом и Советом.

¹⁷ Положения Договора, регулирующие свободу предоставления услуг, как и другие основные свободы имеют прямое действие вертикального характера.

¹⁸ Дейвис Гарет. Право внутреннего рынка Европейского Союза: Учеб. Пособие: Пер. с англ. – К.: Знания-Прес, 2004. С. 160.

¹⁹ Необходимо заметить, что большое число ограничений, существующих на рынке услуг, создаются не государственными, а частными субъектами, например, такими как профессиональные организации, которые определяют, кто именно может предоставлять конкретные услуги; коллективными соглашениями между работодателями и торговыми союзами, определяющими условия предоставления услуг; кодексами поведения между поставщиками услуг. Однако положения статьи 49 Договора применяются к ограничениям, которые были установлены субъектом, ответственным за коллективное регулирование (European Union law. Text and materials. Damian Chalmers, Christos Hadjiemmanuil, Giorgio Monti, Adam Tomkins. Cambridge University Press. 2006. P. 747.). Адресатами содержащегося в статье 49 Договора запрета ограничений являются государства-члены, все государственные подразделения, общины, публично-правовые образования и учреждения, акты предприятий под залогом, а также находящиеся под государственным контролем и действующие по государственным указаниям. Частная управленческая деятельность публичного характера также должна соизмеряться с основными свободами. Основным свободам подчинены и профессиональные организации, если посредством дисциплинарных полномочий они могут влиять на соблюдение профессиональных правил. Как утверждает М.Даусес, акты частных лиц не подпадают под действие основных свобод. (Манфред Даусес. Настольная книга по экономическому праву Европейского Союза. Т.1 (Полутом 2). М. Издательство БЕК, 2003. – 7 Д.1.).

²⁰ Case Debauve 15/78, Société Générale Alsacienne de Banaue SA v. Koestler, 1978, ECR 1971.

обосновалось лицо, которому предоставляются услуги, также не было соблюдено, но при этом там присутствовал межгосударственный элемент (речь шла о кабельном телевидении). В решении по делу *Luisi and Carbone* Суд признал, что для применения статьи 49 Договора не обязательно, чтобы поставка услуг осуществлялась через границу, а может полностью иметь место в рамках одного государства-члена. Итак, трансграничный характер услуга может приобрести как в случае, когда предоставляется с территории одного государства-члена на территорию другого государства-члена, так и когда поставщик или получатель услуги перемещаются на территорию другого государства-члена и услуга предоставляется в рамках одного государства. В связи с этим необходимо упомянуть о способах предоставления услуг.

Определение термина «услуги» содержится в статье 50 Договора (абзац 1):

«Услуги должны считаться «услугами» в значении настоящего Договора там, где они обычно предоставляются за вознаграждение постольку, поскольку они не подпадают под действие положений о свободе движения товаров, капиталов или лиц». Из данной статьи следует, что предоставление услуг по смыслу Договора должно осуществляться в рамках экономической деятельности, и что услуги отнесены к остаточной категории по отношению к другим основным свободам. Рассмотрим эти существенные признаки услуг подробнее.

Именно в этой статье заложен принцип, в соответствии с которым Договор применяется исключительно к экономическим видам деятельности, т.е. осуществляемым не обязательно в целях получения выгоды, а обязательно на возмездной основе на рыночных условиях. Подобное требование положений Договора имело целью исключить бесплатные услуги из сферы действия Договора. Содержание экономического характера деятельности непосредственно не раскрывается в Договоре, однако нельзя забывать о роли судебной практики. Суд Европейских Сообществ определяет вознаграждение в смысле статьи 50 Договора как плата за оказанные услуги, которая обычно закрепляется в договоре поставщика услуги и ее получателя. Так, например, в решении по делу *Humbel*²¹ Суд уточнил, что основная характеристика вознаграждения за предоставление услуг основывается на том факте, что обычно поставщик и получатель услуг договариваются об экономическом возмещении за предоставление услуг, что является недостаточным, если речь идет о сфере образования, финансируемой из государственного бюджета, а не за счет учеников или их родителей. Государственное образование не является услугой, т.к. государство выполняет свои обязанности по отношению к своим гражданам в социальной, культурной и образовательной сферах. Традиционно общественные услуги исключаются из числа тех, на которые распространяется действие положений об услугах. Услуги здравоохранения, образования и другие общественные блага, как правило, предоставляются не за деньги.

Иными словами встает вопрос о разграничении неэкономической и экономической деятельности в значении Договора. Однако в последнее время это становится сделать все сложнее в силу того факта, что услуги, предоставляемые в государственных учреждениях, стали гораздо ближе к коммерческим. Университетское образование является хорошим примером этого. В деле *C-109/92 "Wirth"*²² Суд подчеркнул, что чтобы образовательные услуги подпадали под действие положений Договора, они должны предоставляться в учреждениях, которые финансируются главным образом из частных средств. Их цель состоит в предложении услуг за вознаграждение. Итак, когда финансирование какой-либо деятельности по предоставлению услуг производится из государственного бюджета, то подобные услуги не считаются услугами в смысле Договора, но

²¹ C.J.C.E. 27 septembre 1988, *Humbel*, 263/86, Rec. 1988, 5365.

²² Guide to the case law of the European Court of Justice on Articles 49 et seq. EC Treaty/ Freedom to provide services. European Commission. 1/1/2001. P. 21. Case C-109/92 *Wirth*, 1993, ECR I-6447.

если государство оказывает услуги, носящие экономический характер, т.е. производится полная оплата услуг, то подобные услуги подпадают по действие статьи 49 Договора.

Если рассматривать услуги в сфере здравоохранения, можно сослаться на решение Суда по делу C-158/96 "Kohll"²³, в котором стоматологическая работа, выполняемая ортодонтом вне больничной системы за плату, была признана услугой. Исходя из решения Суда по делу C-157/99 "Smits Peerbooms" можно сделать вывод, что, больничное лечение является экономической услугой, поскольку оно предоставлялось за вознаграждение, хоть оно и поступает не непосредственно от пациента, а скорее, от третьего лица, в данном случае — от страховой компании пациента. Итак, Судом в очередной раз было выявлено, что "специфический характер" медицинских услуг не исключает их из числа тех, на которые распространяется действие положений статьи 49. В деле C-352/85 *Bond van Advrteerders*²⁴ Суд постановил, однако, что статья 50 Договора не требует оплаты услуги непосредственно ее получателем. В связи с этим необходимо отметить, что спортивная деятельность и в особенности участие высокопоставленных спортсменов в международных соревнованиях, могут быть тесно связаны с услугами, подпадающими под действие статьи 49 Договора, даже если некоторые из этих услуг не оплачены их потребителями.

В смысле Договора понятие услуги охватывает любую экономическую деятельность, в рамках которой основным элементом является обязательство произвести, а не передать какое-либо благо, даже если последнее будет необходимо для осуществления предоставления услуги.²⁵

Можно ли относить "неморальные" виды деятельности к услугам в смысле Договора? В качестве примера можно привести решение Суда по делу C-159/90 "Grogan", в котором Суд воспользовался анализируемой нормой Договора и исключил из сферы его действия услуги, при предоставлении которых отсутствовала прямая экономическая связь между поставщиком и получателем услуги. Вкратце изложим суть дела:

Различные ирландские студенческие группы составляли и распространяли брошюры, включающие информацию о доступности законных аборт в Великобритании и о медицинских учреждениях, которые их практикуют. Сообщество по защите прав нерожденных детей заявило, что распространение подобной информации нарушает запрет на аборты, действующий в Ирландии. В свою защиту глава студенческой группы заявил, что он распространяет информацию о доступности услуги и поэтому судебный иск против него составляет препятствие в реализации свободы предоставления услуг. Рассматривая данное дело, Суд ЕС оставил в стороне вопрос морали и признал, что если законодательством какого-либо государства-члена ЕС разрешен аборт, то он признается услугой по смыслу статьи 50 Договора. Однако было замечено, что право Сообществ не применяется к распространению информации о медицинских учреждениях, практикующих аборт, расположенных в другом государстве-члене, т.е. Великобритании, т.к. информации в данном случае не распространялась на территории этого государства, на территории Ирландии. Суд пришел к выводу, что информация является проявлением свободы передавать и получать информацию и свободы слова, которые не зависят от экономической деятельности медицинских учреждений в другом государстве-члене. Следует также отметить заявление Суда, что "Суд не должен заменять своей оценкой оценку законодательной власти в тех

²³ Guide to the case law of the European Court of Justice on Articles 49 et seq. EC Treaty/ Freedom to provide services. European Commission. 1/1/2001. P. 18. Case C-158/96 Kohll, 1998, ECR I-1931.

²⁴ Guide to the case law of the European Court of Justice on Articles 49 et seq. EC Treaty/ Freedom to provide services. European Commission. 1/1/2001. P. 22. Case C-352/85, 1988 Bond van Advrteerders, ECR 2085.

²⁵ Traité instituant la CEE. Commentaire article par article. Sous la direction de Vlad Constantinesco, Robert Covar, Jean-Paul Jacqué, Denys Simon. Economica. Paris. 1992. (Комментарий к статье 60. O.Loÿ.) P.323.

государствах-членах, где деятельность, о которой идет речь, практикуется на законных основаниях". Данное судебное решение подверглось массовой критике в силу того, что было признано отсутствие прямой экономической связи между распространителем информации и поставщиком услуг (медицинские учреждения). Вполне вероятно, если бы эти медицинские учреждения заплатили хоть сколько-то ирландским студентам, решение Суда могло быть совсем иным. Однако косвенная экономическая связь все же присутствовала, т.к. на основании информации распространенной студентами в Ирландии, женщины платили за услуги медицинских учреждений в Великобритании. Таким образом, это достаточно спорное решение, особенно если учесть, что в решении по делу Bond²⁶, Суд признал несущественным, если услуги не оплачиваются непосредственно получателем услуг. Вернемся к делу Grogan. Генеральный адвокат придерживался иного подхода, нежели Суд, но пришел к тому же решению. Он посчитал, что ирландский запрет абортс представлял собой недискриминационное препятствие трансграничной торговле услугами, нарушающее статью 49 Договора, но которое может быть оправдано из соображений защиты публичного порядка (статья 46 Договора).

Итак, согласно абзацу 1 статьи 50 для того, чтобы услуги были таковыми в понимании Договора, они должны предоставляться за вознаграждение. Из вышесказанного следует, что понятие вознаграждения толкуется очень широко. Оно не обязательно должно передаваться непосредственно получателем услуг, но должно быть реальным и эффективным. Также добавим, что вознаграждение может иметь место и без передачи денег, но должна быть возможность его исчисления в денежном выражении²⁷.

Помимо возмездного характера услуг из данной статьи следует, что услуги считаются услугами постольку, поскольку они не подпадают под действие положений о свободе движения товаров, капиталов или лиц.²⁸ Несмотря на это Суд подчеркивал, что не должно быть никакой иерархии между положениями Договора, касающимися различных экономических свобод.

В Договоре услуги рассматриваются как остаточная категория по отношению к другим объектам основных свобод, поэтому для более полной характеристики такого понятия как услуга, необходимо выявить признаки, которые отличают услугу от других объектов свободного перемещения. В частности, это позволит разграничить сферу действия свободы предоставления услуг от свобод движения товаров, лиц и капиталов. В некоторых отдельных случаях определить, о чем идет речь: об услуге или товаре или учреждении или иной категории, бывает далеко непросто.

Квалификация действия по передаче товара или предоставления услуги не всегда является очевидной. В частности, определить *границу между свободой предоставления услуг и свободой движения товаров* бывает непросто в силу того, что в Договоре отсутствует определение товара. Основные положения, касающиеся свободы движения товаром заключены в статьях 28-30 Договора.

Следует обратиться к практике Суда Европейских Сообществ. В решении по делу C-7/68 Commission v Italy²⁹ товары были определены как предметы, которые имеют денежное выражение и которые могут быть объектом коммерческой сделки. Из практики Суда также вытекает, что товары должны быть материальными предметами. При этом электричество было классифицировано как товар, т.к. оно причислено в качестве такового в национальном праве и в номенклатуре

²⁶ C-352-85 Bond, 1988, ECR 2085.

²⁷ C-324/82 Commission v. Belgium, 1984, ECR 186.

²⁸ На данное положение Договора Суд ссылается, в частности, в решениях: C-159/90 Grogan, C-286/82 и 26/83 Luisi & Carbone, C-55/94 Gebhard v. Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano, 1995, ECR I-4165.

²⁹ C-7/68 Commission v Italy, 1968, ECR 428.

Единого таможенного тарифа.³⁰ Итак, в праве ЕС под товарами понимают любые движимые материальные предметы и изделия, которые обладают денежной стоимостью и являются объектом трансграничного торгово-экономического обмена и как следствие включены в номенклатуру Единого таможенного тарифа ЕС.

Суд пришел к выводу, что если источником ценности договора является услуга, то не имеет значения, что происходит передача товара для упрощения предоставления этой услуги, и будет применяться статья 49 Договора.³¹ Предметом для рассмотрения Судом явился также вопрос: использование видеокассет (материального носителя кинематографического произведения) подлежит регулированию норм, посвященных свободному движению товаров или услуг. По более раннему делу Суд признал телепоказ фильмов услугой в смысле Договора.³² А что касается производства видеокассет, то Суд счел, что данный вид деятельности не является услугой, т.к. предоставление производителем подобного продукта ведет непосредственно к созданию материального объекта.³³

В решении по делу *Sacchi*³⁴ Суд придерживался позиции, что передача телевизионного сигнала и реклама входят в понятие услуги, в то время как свобода движения товаров охватывает видео- и аудиокассеты. Итак, из практики Суда вытекает, что телевещание подпадает под действие положений, регулирующих свободу предоставления услуг, а торговля видеокассетами, аудиозаписями, фильмами – положений, регулирующих свободу движения товаров. Предоставление услуги должно носить совершенно нематериальный характер; если оно связано с товаром, то будет необходимо определять связи между товаром и услугой. Так, фильм будет рассматриваться как товар, если он перемещается независимо от его использования; если, наоборот, фильм передается при помощи вещательных организаций за пределы границ государства, то будут применяться правила предоставления услуг.

Суд склоняется относить техническое обслуживание приборов к сфере действия положений о свободе движения товаров. Однако ситуация меняется, если услуга носит экономически самостоятельный характер. Среди решений Суда, касающихся сферы телевидения и кинематографии, заслуживает внимания также решение, в котором приобретение лицензии при лизинге показа кинопродукции было признано услугой по смыслу Договора.³⁵ Необходимо также разграничивать сферы действия положений, регулирующих услуги и товары, в области электроэнергетики. Так, электричество было квалифицировано в качестве товара, а вот, что касается предоставления трансграничной сети для пользования, то здесь уже, по общему правилу, действуют нормы об услугах.

С правовой точки зрения разница между товаром и услугой достаточно важна, т.к. процессы либерализации этих двух видов продуктов существенно отличаются друг от друга.

Товар представляет собой обезличенный сгусток экономической деятельности, который не связан с личностью его создателя и существует самостоятельно. Поэтому в принципе расстояния не имеют качественного значения для товара: транспортировка лишь несколько увеличивает его цену. Услуга же является предметом непосредственного общения между производителем и потребителем и вне этого отношения не имеет самостоятельного существования. В отличие от товара, она не может складироваться и храниться, так как услуга потребляется в момент ее

³⁰ C-67/97 *Bluhme*, 1998, ECR I-8033.

³¹ C-55/93 *van Schaik*, 1994, ECR I-4837; C-71/02 *Karner*, 2004, ECR I-3025.

³² C-62/79 *Coditel*, 1980, 88. ECR 881.

³³ C.J.C.E. C-60 et 61/84, *Cinétèque*, 1985, ECR 2605.

³⁴ C-155/73 *Sacchi*, 1975, ECR 409.

³⁵ Манфред Даусес. Настольная книга по экономическому праву Европейского Союза. Т.1 (Полутом 2). М. Издательство БЕК, 2003. – 10,11 Д.И.

производства. Услуга, в отличие от материального, осязаемого товара, с трудом поддается пограничному таможенному контролю, и такое стандартное средство регулирования, как тариф, является, как правило, неприменимым. Распространено мнение, что легче всего отличить от услуг товары по той причине, что услуги — абстрактны, товары же обладают физическим присутствием. Так, в качестве примера приводятся электронные книги, которые, согласно этой точки зрения, являются услугой.³⁶ Услуга непосредственно связана с личностью производителя, и ее судьба на рынке зависит от юридического статуса, социального и экономического положения, культуры и местонахождения лица, оказывающего услугу. Огромное влияние на качество услуги оказывает степень ее соответствия языковой и культурной среде, в которой живет и действует потребитель услуги. Следовательно, услуги хуже поддаются интернационализации, чем товары. Интеграция рынков услуг осложняется еще и тем, что они много чаще, чем товары, являются предметом регулирования со стороны национальных государств, что диктуется либо соображениями национальной безопасности, либо заботой о защите прав потребителя. Как подчеркивает И.И. Дюмулен, международная торговля услугами более тесно, чем международная торговля товарами, связана с движением прямых инвестиций и возможностью создания контролируемых иностранным капиталом предприятий и учреждений, предоставляющих услуги на чужой территории. Поэтому взаимозависимость предоставления услуг с движением капитала выше, чем в международной сфере торговли товарами.

Теперь рассмотрим, каким образом происходит разграничение сфер действия положений, регулирующих свободу предоставления услуг и *свободу движения капиталов*. Если движение капитала служи, к примеру, оплатой, способствующей предоставлению услуги, то будет применяться статья 49 Договора. В деле *Commission v France*³⁷ Комиссия подала иск против Франции, т.к. согласно французскому законодательству лица, получающие выгоду от страхования жизни или инвестиционных контрактов предпочитали платить фиксированную сумму, чем подоходный налог. Подобный выбор был предоставлен лишь тем, кто заключил страховые или инвестиционные договоры с компаниями, учрежденными или имеющие подразделения во Франции. Суд решил, что речь идет об услугах, потому что хоть в деле имелись ограничения свободы движения капитала, которые выражались в том, что лица, проживающие во Франции находились в заранее проигрышной ситуации, если заключали соответствующие договоры с компаниями, учрежденными в другом государстве-члене, капитал использовался в качестве платежа за услугу (страхования жизни или инвестирования).

Отличить услуги от учреждения сложнее. Сложности при разграничении данных свобод возникают, прежде всего, когда поставщик услуг направляется в другое государство ЕС по месту нахождения получателя услуг или же когда получатель услуг направляется по месту расположения поставщика.

Когда гражданин одного государства ЕС посещает другое государство ЕС с целью предоставления услуг, то он является поставщиком услуг. Когда же он там обосновывается и остается в течение длительного времени, то, даже если он все еще предоставляет услуги, он является учрежденным и подпадает под действие статьи 43, а не статьи 49, так как под действие главы 3 Договора подпадает деятельность лица по предоставлению услуг, осуществляемая на временной основе, что вытекает из абзаца 3 статьи 50 Договора: Предоставляющее услуги лицо может, в этой связи, временно осуществлять свою деятельность в том государстве, где эти услуги

³⁶ Дейвис Гарет. Право внутреннего рынка Европейского Союза: Учеб. Пособие: Пер. с англ. — К.: Знания-Прес, 2004. С. 160.

³⁷ C-334/02 *Commission v France*, 2004, ECR I-2229.

предоставляются, на тех же условиях, которые установлены в его собственном государстве, если это не нарушает положений главы, касающейся права на жительство и экономическую деятельность (а с вступлением в силу Лиссабонского соглашения - право на жительство и экономическую деятельность будет заменена на право учреждения). Таким образом, статья 50 содержит критерий продолжительности деятельности, но при этом решение о том, что считать временной деятельностью, может быть принято только с учетом конкретно оказываемых услуг. Итак, основной отличительный признак услуги состоит в том, является ли присутствие в стране пребывания временным или постоянным. Однако немаловажное значение могут иметь и другие факторы, в частности, наличие офиса или персонала, хотя значение этих факторов обычно не является решающим. Из практики Суда Европейских Сообществ следует, что поставщик услуг может иметь инфраструктуру в государстве, в котором он регулярно предоставляет услуги. В каждом конкретном деле это вопрос факта. Например, применяется статья 50 Договора, даже если поставщик воспользовался правом учреждения для оказания долгосрочных услуг. Однако другие нормы будут применяться, если учреждение создается даже кратковременно для заключения сделок.

Итак, услугу характеризует временный характер экономической деятельности. Временный характер предоставления услуг определяется в зависимости от его длительности, регулярности, периодичности и продолжительности (дело C-55/94 Gebhard). Цель этих положений в первую очередь состоит в том, чтобы наделить лицо, предоставляющее услуги, правом продолжать осуществлять свою деятельность в другом государстве-члене без какой-либо дискриминации по национальному признаку. В деле C-55/94 "Gebhard" Суд пришел к следующему выводу: "Таким образом, понятие учреждения в том понимании, в каком оно используется в Договоре, является очень широким, позволяя гражданину государства — члена Сообщества участвовать — постоянно или продолжительное время — в экономической жизни государства-члена, иного, чем государство его происхождения, и получать от этого доход, способствуя тем самым экономическому и социальному взаимопроникновению в сфере деятельности самостоятельных работников в рамках Сообщества. ...временный характер деятельности, о которой идет речь, должен определяться в свете не только продолжительности предоставления услуги, но и ее регулярности, периодичности и непрерывности. Отметим, что на счет того, насколько значимо разграничение свободы предоставления услуг и свободы учреждения, существуют разные, порой даже противоречащие точки зрения. Согласно одной из них различие между услугой и учреждением очень редко имеет существенное значение; основные принципы, регламентирующие вопросы услуг и учреждений, одинаковы, что следует как из формулировки статей, так и из прецедентного права. Таким образом, результат дела обычно не будет меняться в зависимости от того, какая статья применена, и Суд ЕС очень часто рассматривает их как параллельные, не обязательно проводя между ними различие.² Однако различие, согласно данной точке зрения, может быть важным, когда само учреждение необходимо, например, когда правила профессиональной ассоциации требуют наличия учреждения на национальной территории. Суд ЕС не питает особых симпатий к такого рода правилам, так что они должны быть хорошо обоснованы, и в любом случае правила об учреждении в явной форме предполагают наличие вторичного учреждения. Свобода предоставления услуг отличается от учреждения в тех случаях, когда не имеет место такое обеспечение деятельности, как у учрежденного в этом государстве лица, а просто предоставление услуги иной, чем те действия, которые осуществляют работники с целью получить заработную

² Дейвис Гарет. Право внутреннего рынка Европейского Союза: Учеб. Пособие: Пер. с англ. – К.: Знания-Прес, 2004. С. 162.

плату.³ Однако существует мнение, что разграничение предоставления услуг и учреждения является значимым на практике, даже если доводы Суда в некоторых его решениях могли поставить его под сомнение.⁴ Свобода предоставления услуг уступает свободе учреждения подразделений (филиалов), только если рассматриваемые услуги оказываются через постоянное учреждение или самим предприятием. Естественно, когда поставщик услуг осуществляет свою деятельность полностью или преимущественно на территории другого государства-члена ЕС, то действуют положения Договора о свободе учреждения.

Следует также рассмотреть свободу движения услуг вместе со *свободой движения лиц* по той причине, что они имеют много общего. Положения, касающиеся свободного движения услуг, могут внешне напоминать положения о свободе движения лиц, особенно те, которые говорят о свободе местожительства и экономической деятельности. Общим знаменателем правового регулирования обеих свобод является то, что они направлены на уравнивание в каждом государстве-члене условий жизни и труда своих граждан и граждан других государств-членов. Но между свободой движения лиц и свободой движения услуг имеется существенное различие. Существует критерий, по которому можно разграничить свободу движения услуг и свободу движения трудящихся. Он заключается в отсутствии в государстве, куда предоставляется услуга, отношений подчинения между поставщиком и получателем услуг. Если свобода движения лиц означает постоянное проживание и занятие экономической деятельностью на территории другого государства-члена, то свобода движения услуг подразумевает только такую приносящую вознаграждение деятельность, которая временно осуществляется на территории другого государства-члена. Поэтому для свободы движения услуг характерно ограничение во времени. Итак, можно сделать вывод, что отличие свободы предоставления услуг, как от свободы учреждения, так и свободы движения лиц заключается во временном факторе.

Однако признак ограниченности во времени не является определяющим для понятия услуги, если, конечно, речь не идет о разграничении свободы предоставления услуг от свободы учреждения. Так, применительно к договорам страхования, лицензирования свобода оказания услуг касается длящихся обязательственных отношений.

Наглядным примером к абзацу 1 статьи 50 Договора является практика Суда, связанная с туристической деятельностью. Итак, в решении по делу C-198/95 SETTG³⁸ было подчеркнуто, что деятельность туристического гида может регулироваться разными нормами в зависимости от того, само ли туристическое агентство принимает на работу гидов или же пользуется услугами самостоятельных гидов. В решении по более позднему делу (C-198/89 Commission v Greece³⁹, 1991) Суд постановил, что услуги предоставляемые гидом туристическому агентству являются услугами, предоставляемыми за вознаграждение в понимании статьи 60 (ныне 50) Договора. Услуги, предоставляемые туристической компанией туристам, а также самостоятельным гидом туристической компании подпадают под действие статьи 50 Договора, если их предоставление ограничено во времени и не подпадают под действие положений, регулирующих свободу движения товаров, капиталов и лиц (C-198/89 Tourist Guides Greece, C-180/89 Tourist Guides Italy, C-154/89 Tourist Guides France⁴⁰).

В соответствии со статьей 50 Договора «услуги», в частности, включают в себя: а) деятельность промышленного характера; б) деятельность коммерческого характера; с)

³ Droit européen. Jean-Claude Gautron. 9^e édition. Dalloz. 1999. P. 208.

⁴ Revue Internationale de Droit Economique. Numéro spécial: Mondialisation et droit économique. 2002/2-3. P. 265.

³⁸ C-198/95 SETTG, 1997, ECR I-3091.

³⁹ C-198/89 Commission v Greece, 1991, ECR I-727.

⁴⁰ C-180/89 Tourist Guides Italy, 1991, ECR I-709, C-154/89 Tourist Guides France, 1991, ECR I-659.

деятельность ремесленников; d) деятельность лиц свободных профессий». Однако это всего лишь сферы деятельности, в рамках которых могут предоставляться услуги. Данный список не является исчерпывающим, и уж тем более ни о каком перечне услуг здесь речи не идет. Обычно разделяют эти виды деятельности: с одной стороны, деятельность промышленного характера, деятельность коммерческого характера и деятельность ремесленников, а с другой - деятельность лиц свободных профессий. Осуществление первых трех видов деятельности путем предоставления услуг не составляет особых проблем, если речь не идет о некоторых видах услуг, например, финансовых услуг, услуг в области транспорта и т.д. Порядок предоставления транспортных услуг устанавливался в связи с определением общей транспортной политики Сообществ и свободное предоставление услуг в области транспорта регулируется положениями раздела Договора, посвященного транспорту (статьи 70-100). Согласно пункту 2 статьи 51 Договора либерализация банковских и страховых услуг, связанных с движением капиталов, должна была осуществляться в соответствии с прогрессирующей либерализацией движения капиталов. Это положение вполне естественно, так как либерализация таких услуг невозможна без соответствующей либерализации передвижения капитала. В связи с этим следует подчеркнуть, что для успешной либерализации услуг необходимо также параллельное развитие и других основных свобод Европейского Союза. Что же касается деятельности лиц свободных профессий, то отметим, что особую актуальность приобретает проблема признания дипломов, образования, квалификации. В данной области отношений действуют директивы, которые упрощают деятельность, связанную с предоставлением услуг.

Необходимо также иметь в виду, что по мере развития сектора услуг и экономики в целом, появляются новые виды услуг, на которые распространяют свое действие положения Договора. Это становится возможным благодаря тому, что Договор не содержит исчерпывающего перечня услуг, а относит услуги к остаточной категории и упоминает лишь о некоторых сферах деятельности, в рамках которых могут предоставляться услуги.

Итак, из статей 49 и 50 Договора следует, что услуга должна иметь трансграничный характер, быть предоставленной за вознаграждение, а также не подпадать под действие положений Договора, регулирующих свободы движения товаров, лиц и капиталов. Следует также назвать и такую существенную черту услуги, как ограниченность во времени, которая является ключевой при разграничении свободы предоставления услуг от свободы движения лиц, а также свободы учреждения.

Для того, чтобы раскрыть содержание понятия услуги в праве Европейского Союза, представляется необходимым помимо непосредственно самого понятия услуги выяснить, каким требованиям должны отвечать поставщик и получатель услуг, чтобы на них распространялось действие Договора ЕС, а также, какие выделяются способы предоставления (поставки) услуг.

Кто может выступать в качестве поставщика и получателя услуг

По общему правилу, поставщики услуг должны быть гражданами одного из государств-членов ЕС. Положения главы 3 Договора распространяются как на физических, так и юридических лиц. Условия предоставления гражданства определяются по законодательству каждого государства-члена. Если в отношении физических лиц использование термина «гражданство» является обычным, то в отношении юридических лиц использование данного термина может показаться не очень удачным. Но если сослаться на статью 48 Договора, согласно

которой компании или фирмы при определенных условиях⁴¹ приравниваются к физическим лицам, являющимся гражданами государств-членов, то тогда становится понятным, что для упрощения формулировки статьи 49 Договора, допустимо использовать термин «гражданин», подразумевая, что при этом действие данной статьи распространяется не только на физических, но и юридических лиц. В отношении исключительно юридических лиц в роли поставщиков услуг с точки зрения терминологии можно также говорить не о требовании гражданства, а о требовании принадлежности к Европейскому Союзу. На счет юридических лиц следует добавить, что они не должны быть некоммерческими организациями.

Поставщику услуг недостаточно просто иметь гражданство или быть учрежденным на территории одного из государств-членов, но он обязан также постоянно проживать или иметь эффективную и продолжительную экономическую связь с экономикой одного из государств-членов, т.е. осуществлять свою основную предпринимательскую деятельность. Статья 49 Договора не требует, чтобы поставщик услуг проживал в том же государстве-члене, гражданином которого он является (аналогично и с юридическими лицами). Вследствие этого возможна даже ситуация, когда поставщик услуги и получатель услуги являются гражданами одного и того же государства-члена. Т.е. поставщик услуг может иметь юридическую связь с одним государством-членом, а также экономическую связь с другим государством-членом. Но нельзя забывать, что неотъемлемым требованием к услуге по смыслу Договора является трансграничный характер. Так, в Договоре уточняется, что поставщик услуг должен обосноваться (постоянно проживать или осуществлять основную предпринимательскую деятельность) в государстве-члене ином, чем государство-член получателя услуг. Здесь может возникнуть вопрос о правовом статусе получателя услуг: должен ли он иметь гражданство государства-члена или достаточно просто там постоянно проживать?

Согласно статье 49 Договора положения, касающиеся свободы предоставления услуг, могут распространять свое действие и на выходцев из третьей страны, обосновавшихся в Сообществе и оказывающих услуги. Но для этого необходимо решение Совета по предложению Комиссии, а с вступлением в силу Лиссабонского соглашения - решение Европейского Парламента и Совета. В реальности это касается исключительно физических лиц. Юридическое лицо, созданное на территории государства-члена ЕС, выходцами (физическими или юридическими лицами) из третьего государства, должно рассматриваться как юридическое лицо этого государства-члена ЕС. На самом деле, при составлении Договора не был учтен критерий контроля для определения «национальности» юридического лица. Граждане третьей страны могут входить в персонал юридического лица, учрежденного на территории одного государства-члена ЕС, и предоставляющие услуги на территории другого государства-члена ЕС. Существует мнение, что сфера действия Договора не распространяется на выходцев из третьей страны, обосновавшихся на территории какого-либо государства-члена ЕС и выступающие в качестве получателей услуг.⁴² Однако существует и противоположная точка зрения, согласно которой получатель услуг, проживающий в одном из государств-членов, необязательно должен обладать гражданством одного из государств-членов ЕС.⁴³ М.А. Даусес объясняет это тем, что трансграничная природа

⁴¹ Компании или фирмы приравниваются к физическим лицам, являющимся гражданами государств-членов, если они учреждены в соответствии с законодательством какого-либо государства-члена и юридический адрес, центральная администрация и основная предпринимательская деятельность которых находятся внутри Европейского Союза.

⁴² *Traité instituant la CEE. Commentaire article par article.* Sous la direction de Vlad Constantinesco, Robert Covar, Jean-Paul Jacqué, Denys Simon. Economica. Paris. 1992. P. 319.

⁴³ *Droit communautaire. Droit institutionnel et droit matériel. Théorie, exercices et élément de méthodologie.* Manuels Larrier; Groupe de Boeck, 2008. P. 402.

услуги определяется критерием проживания, но при этом он подчеркивает, что в случае, когда получатель услуг направляется в государство-член по месту нахождения поставщика услуг требуется не только проживание получателя в государстве-члене, но и обладание им гражданства государства-члена, что закреплено в Директиве 73/148.⁴⁴ Аналогичное правило, согласно мнению М.А.Даусеса, действует и в отношении юридических лиц, выступающих в качестве получателей услуг, т.е. в принципе не требуется принадлежности к государству-члену, но при этом на территории Европейского Союза должен находиться филиал или иное подразделение, которое не отвечает требованиям абзаца 1 статьи 48 Договора. Но при пассивной форме предоставления услуг, юридические лица должны отвечать требованиям абзаца 1 статьи 48 Договора. Итак, если проанализировать текст статьи 49 Договора, то все же допускается наличие у получателя услуг гражданства третьего государства.

В качестве дополнения представляется интересным рассмотреть, как же раскрываются понятия «поставщика» и «получателя» услуг в Директиве по услугам на внутреннем рынке⁴⁵. Тем более, что в Директиве даются именно определения получателя и поставщика услуг в отличие от Договора об учреждении Европейского Сообщества, в котором содержание данных понятий следует самостоятельно выводить при анализе соответствующих статей. Так, в Директиве под поставщиком понимается любое физическое лицо, которое является гражданином одного из государств-членов или любое юридическое лицо, отвечающее требованиям статьи 48 Договора и учрежденное в одном из государств-членов, которые предоставляют или поставляют услуги. Получателем услуг считается любое физическое лицо, которое является гражданином одного из государств-членов или которое пользуется правами, предоставленными ему правовыми актами Сообщества; а также любое юридическое лицо, отвечающее требованиям статьи 48 Договора и учрежденное в одном из государств-членов, которые в профессиональных или иных целях пользуются или желают пользоваться услугами. При чем под учреждением понимается эффективное осуществление экономической деятельности поставщиком услуг, указанной в статье 43 Договора, неограниченное во времени и при использовании постоянной инфраструктуры, за счет которой реально осуществляется предоставление услуг. Таким образом, действие Директивы распространяется на услуги, предоставляемые поставщиками, которые учреждены лишь на территории одного из государств-членов.

Постникова Елена Владимировна
Аспирант кафедры Международного права
Государственного Университета – Высшая Школа Экономики

Манфред Даусес. Настольная книга по экономическому праву Европейского Союза. Т.1 (Полутом 2). М. Издательство БЕК, 2003. Д.І. 1113-116. С.33.

⁴⁴ Манфред Даусес. Настольная книга по экономическому праву Европейского Союза. Т.1 (Полутом 2). М. Издательство БЕК, 2003. Д.І. 1113-116. С.33.

⁴⁵ Directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur. // Journal officiel n° L 376 du 27/12/2006 p. 0036 - 0068

