

Глобализованная свободная конкуренция: очерк о взаимосвязи между правом свободной торговли и правом конкуренции**

Целью исследования является изучение взаимосвязи между свободой торговли и правом конкуренции. Оказывается, что свобода используется вопреки нормам, которые на самом деле предназначены для ее регулирования. Таким образом, делается попытка показать, как свободная торговля может стать инструментом нарушения классического закона экономики правового государства (правовой экономики) в пользу экономической нормативности поведения. Анализируются различия в политических целях и правовых структурах свободной торговли и конкуренции, а также соответствующие им (и также различные) институциональные концепции этих расхождений. Анализируются законные (правовые) средства, необходимые для осуществления экономической политики, призванной защищать интересы нации (общие интересы), имеющиеся в распоряжении суверенного государства, хотя ни одно из этих правовых средств не приобрело конституционного уровня во Франции, например, с одной стороны. С другой стороны, рассматривается процесс правовой эволюции, связанный с ограничением суверенитета государств – членов Европейского союза (ЕС) и появлением исключительной компетенции ЕС, не позволяющей отдельным государствам использовать указанные средства эффективным образом. Защита общих интересов европейских стран не способствует в полной и желательной мере деятельности ВТО, которая не исправляет имеющихся искажений конкуренции, появляющихся в результате установления свободного перемещения товаров между экономическими зонами. Закон свободной торговли, вместо этого, скорее ограничивает дивергенцию на мировом рынке, оставаясь при этом законом только торговой политики. Таким образом некоторые страны стремятся получить конкурентное преимущество, снизив для компаний все юридические ограничения, которые могут влиять на их конкурентоспособность. Точно так же компании, которые часто получают выгоду от отсутствия согласованности между различными членами ВТО, не стесняются переводить свое промышленное производство или услуги в страны с наименее требовательным законодательством. Свободная торговля выступает противником правовой экономики. Если закон о конкуренции является правом цивилизованной либеральной экономики, то право свободной торговли является, скорее, правом финансового хищничества, и оно имеет тенденцию играть на путанице, которая может сохраняться между свободой и хищничеством. Свободная торговля является противником рынка. Эта беспощадная борьба финансистов за сокращение публичного экономического права государств путем финансового шантажа и пресечения любого проекта защиты европейского рынка ведет, по-видимому, к исчезновению на практике самой концепции рынка. Свобода противопоставляется регулированию, что возводится в идеологическую, квазирелигиозную догму: государство, даже демократическое, является экономическим злом, а рынок без веры или закона – добром. Эта динамика свободной торговли блокирует законы, структурирующие рынок, и в результате разрушают его.

Ключевые слова: публичное право; публичное экономическое право; европейское право; право конкуренции; свобода торговли; законодательство о конкуренции; законодательство о свободной торговле; рынок; глобализация; общий интерес; защита интересов потребителей; принцип справедливости; отсутствие дискриминации; равное обращение; пропорциональность; принцип правовой безопасности; правовая структура либерализма;

* Кристоф Леруа, доктор права, Университет Перпиньяна (Франция).

** Leroy Ch. La libre concurrence mondialisée: Essai sur les rapports entre le droit du libre échange et le droit de la concurrence. – URL: <http://chrisleroy.free.fr/>
Перевод с французского языка В. Д. Бурковой.

правовое государство; Европейский союз (ЕС); исключительная компетенция ЕС; Всемирная торговая организация (ВТО); иерархия норм; конституционное право транснациональных корпораций; конституционные ценности; суверенитет государства; ограничение суверенитета; правовые средства; рыночные правила; *pacta sunt servanda*; «рынок права».

Влияние никогда не оказывает вредного воздействия, кроме как на умы, восприимчивые к одомашниванию, или, говоря более корректно, на те, которые понимают слово «влияние» в смысле подражания [32].

Клод Дебюсси

Таможенная номенклатура во многом отражает всю поэзию нашей цивилизации¹. Это представление мира разделяется на двадцать один раздел, в которых содержатся почти 15 500 рубрик, классифицирующих миллионы объектов или веществ, производимых и продаваемых человечеством. Нужно ли видеть в этой маленькой галактике библейскую инвентаризацию новых верований? Чувство священного является, правда, иногда довольно запутанным. Если Вера и искусство были великими основателями Запада, то глобализация, не игнорируя их, придает им в своей таможенной номенклатуре конгруэнтную часть. Эта номенклатура, столь же светская, сколь и несовершенная, касается Книги в ее разделе X, озаглавленном *«Древесная масса и другие волокнистые целлюлозные материалы; бумага или картон для переработки (отходы и лом); бумаги и продукты из нее»*. Что касается предметов культуры, то они указаны в примечании, уточняющем – по забывчивости? – что они находятся в разделе XV, касающемся *«природного или культивированного жемчуга, драгоценных или полудрагоценных камней, драгоценных металлов, металлов, покрытых драгоценным металлом и изделий из них; авторских украшений; валюты»*. Музыка, однако, существует только в виде музыкальных инструментов или оптических носителей (например, цифровые универсальные диски DVD: таможенный код 8523 40 51)². Наконец, предметы искусства, коллекционные или антикварные, входят в XXI, и последний, раздел, который оказывается наименьшим. Произведения описываются в нем только на основании их носителей. К счастью, таможенная номенклатура или общее соглашение о торговле товарами ВТО – это не тоталитарное право современного мира. Производство духа, будучи нематериальным, ускользает от него... чтобы вскоре попасть в сети общего соглашения о торговле услугами или в сети соглашения об интеллектуальной собственности. Однако вы напрасно будете искать в торговле услугами то, что может исходить от веры... Но почему же так много международных инвесторов интересуются французской медициной, возмещаемой социальным страхованием, в то время как служба культа совершенно игнорируется этими же инвесторами, являющимися великими защитниками общего соглашения о торговле услугами? Искусство, со своей стороны, может быть услугой и может быть юридически защищено соглашением ТРИПС, но в этом случае мы читаем, что произведение Габриэля Форе, исполненное Жаном-Филиппом Коллардом, или произведение Шопена, исполненное Лиз де Ла Саль, считаются сыгранными в некоторой степени неопределенными, гораздо более современными, но все же юридически квалифицированными музыкантами...

¹ Новый вариант комбинированной таможенной номенклатуры (8 цифр) был опубликован в официальном Вестнике Европейского Союза в октябре 2010 года (Journal Officiel de l'Union Européenne (JOUE) n° L284 du 29 octobre 2010).

² Определенный ст. 28 Таможенного кодекса, вид тарифа является наименованием, присваиваемым товарам в Едином таможенном тарифе. Последний содержит около 15 500 классификационных рубрик.

Подлинная ирония заключается в том, что только вымысел чисто созерцательного существа ускользает от всех тех законов глобализации, которые определяют и нормализуют поведение человека в соответствии с техническими, экономическими и финансовыми критериями. Давайте попробуем отныне получить работу Старого Готье, христианскую стеклянную посуду или прищепку, не развязав кошелек. Действие почти невозможное. Вся наша повседневность неизбежно проходит через сито таможенной номенклатуры или соглашений ВТО, касающихся всех продуктов и услуг, продаваемых в условиях глобализованной экономической конкуренции. Внезапно раскрывается масштаб редуционистской катастрофы: прибыль, возведенная в ранг фундаменталистской религии, ipso facto требует нашего обращения, заставляя нас тратить деньги на «вещь», часто дублируемую миллионами экземпляров, или на какую-нибудь услугу, в которой часто мы не нуждаемся.

В еще недавние времена цивилизация управлялась и предопределялась другими образами. Говорили и верили, что у неба нет соперников. Искусство же требовало, чтобы произведение по-настоящему оригинальное имело лишь тогда право на существование, когда другие не заслуживали никакого с ним сравнения. Затем демократический дух овладел и этими сферами для защиты общих интересов и тем самым создал государственную службу, универсальный характер которой заключался в том, чтобы удовлетворить наибольшее количество граждан по минимальной цене. Секуляризируя общество, государственная служба часто работала успешно и почти неограниченно до тех пор, пока не взялась за искусство, которое, увы, подпало под влияние вкуса большинства. В то же время, благодаря государственной службе, частная инициатива нивелировала эти недостатки и – незначительное всегда тут, чтобы угрожать основному, – появилась мода, что привело к освобождению общества в целом благодаря спросу и предложению, свободным делать глобализованный выбор. Рынок, заставив соперничать человечество, обеспечил пришествие на землю этого наконец-то видимого Бога – денег, которые будут работать для большего блага потребителей. Что делать отныне с теми государствами, чьи нормы и законы проявляются всё больше и больше в качестве простых финансовых издержек в лучшем случае для устранения или, по крайней мере, интеграции со строгой учетной точки зрения? Честный человек скажет вам, что если в музыке никто не должен игнорировать Жана Себастьяна Баха и его хорошо аранжированный клавир, то никто также не должен игнорировать в законах государство и его суверенное право. Тем не менее в довольно рискованное начинание, игнорируя многие уроки прошлого и пытаясь построить рынок предпочтений без суверенных государств, устремились люди, создавшие Европу и Всемирную торговую организацию. Свободный обмен выступает ключевым словом в борьбе с публичным правом экономики, и в настоящее время не видно, за исключением, возможно, близкого краха некоторых государств, где лежат пределы этой неумолимой финансовой логики, которая перестраивает мир по воле некоторых великих финансистов.

Давайте же договоримся, что исследование глубокого значения, которое может иметь право, не может быть сведено к его позитивистской юридической механике, даже если мы вернем его в историческую перспективу. Публичное право конкуренции, как и все другие виды права, заслуживает регулярного изменения в соответствии с экономическими и нормативными полномочиями, которые влияют на само его качество права, которое должно набрасывать точную правовую сеть на экономические реалии территории [43]. Целью этого исследования является изучение взаимосвязи между свободой торговли и правом конкуренции и доказывание, что свобода используется вопреки нормам, которые на самом деле предназначены для ее организации. И именно таким образом мы попытаемся продемон-

стрировать, как свободная торговля может стать инструментом нарушения классического закона правовой базы экономики в пользу экономической нормативности поведения [46].

I / Различия в политических целях и правовых структурах свободной торговли и конкуренции

A / Различия в задачах политики

Закон о конкуренции и законодательство о свободной торговле не имеют одинаковых целей. Если в основе закона о конкуренции лежит равенство, применяемое к экономическому либерализму, чтобы сохранить нечто вроде равновесия в конкуренции между различными субъектами экономики [39], то в качестве основной цели свободной торговли в первую очередь должно быть поставлено развитие мировых экономических обменов, каковы бы ни были – за исключением особых обстоятельств – последствия, которые оно может иметь для законов и внутренней экономики государства или таможенного союза³. Общей чертой конкурентного права и свободной торговли, конечно же, является экономическая конкуренция. Таким образом, цены в либеральной экономике формируются в соответствии со спросом, предложением и определяются свободной игрой конкуренции⁴. В более точной и доктринальной форме рынок можно было бы определить в его нынешнем значении как место соперничества между спросом и предложением, которое претендует на беспристрастную демонстрацию воли всех заинтересованных сторон и постоянное отражение данных экономических, социальных и политических факторов, которые создают для какого-либо объекта или услуги определенную стоимость на данный момент [48]. Обе эти отрасли права рассматривают как законный тот экономический ущерб, который предприятие может причинить конкуренту, отняв у него долю рынка. Более того, политические деятели и умелые сбиватели цен играют на этом сходстве, чтобы навязывать свободную торговлю. Разве мяч не для всех круглый? Этот аргумент в играх с мячом подчеркивает своеобразное равенство в конкуренции, оказавшись в царстве закона о конкуренции, свободной торговли, или того и другого. Это сокращение конкуренции в играх не ново. Разве Паскаль в своих «Мыслях» уже не сказал нам: *«Мужчины заняты преследованием мяча и зайца: это удовольствие даже для королей»?* [54]. Однако закон о конкуренции и законодательство о свободной торговле глубоко расходятся. Их расхождение проявляется, главным образом, в ходе ознакомления с политическими задачами, закрепленными за этими двумя отраслями правами экономической конкуренции. В случае законодательства о конкуренции государство стремится противодействовать сговорам, некоторым видам концентраций и злоупотреблениям доминирующими положениями для защиты интересов потребителей. В этом смысле закон о конкуренции, по-видимому, подкрепляется идеей общего интереса. Это необходимо, некоторым образом, для поддержания баланса в конкуренции. Так, некий вид принципа справедливости регулирует это право, целью которого является содействие конкуренции, которая должна *in fine* осуществляться в интересах потребителей. Следует иметь в виду, что государственная концепция законодательства о конкуренции в течение длительного времени сопровождалась идеей защиты компаний от конкурентов из третьих стран. Но эта защита также не была систематической, логика этого закона о конкуренции заключалась в поиске оптимального экономического баланса поощрения конкуренции с целью поощрения инноваций и относительно низких цен. Предел этой логики конкурентного законодательства в отношении экономики

³ По крайней мере, применение этого закона трактовалось таким образом в последние годы.

⁴ Ст. L410-2 Торгового кодекса. За исключением случаев, когда закон предусматривает иное, цены на товары... свободно определяются конкуренцией.

можно было также предсказать, когда чрезмерная конкуренция стала разрушать экономическую структуру. В этом случае была оказана поддержка испытывающим трудности предприятиям, с целью сохранения рабочих мест, которые должны были увеличивать количество потребителей с покупательной способностью, что может обеспечить хороший экономический рост. Таким образом, общий интерес может выступить регулятором законодательства о конкуренции. Воздерживаясь от систематического и механистического применения закона о конкуренции, который может быть разрушительным для экономической структуры, общий интерес представляется нам в этом случае как возможность для политиков, для демократии вновь взять в свои руки и своевременно регулировать рынок и его выходящие из строя механизмы. Если это становится отныне невозможным со стороны внутреннего законодательства по причине главенства европейского права и если европейские власти использовали первоначально право конкуренции довольно бессистемно, чтобы сформировать единый и однородный рынок, то необходимо отметить существенную эволюцию взглядов на конкурентное право в двух постановлениях Суда Европейского Сообщества от 5 октября 1995 года *Centro Servizi Spediporto (C-96/94)* и от 1 октября 1998 года *Autotrasporti Librandi (C38/97)*, которые полагают, что в случае затруднительного положения экономического сектора можно ввести обязательный минимум для защиты общих интересов экономического сектора, где рыночные механизмы терпят неудачу [47]. Общий интерес представляется нам в этом случае стандартом измерения, контроля и разума [61]. Поэтому общий интерес рассматривается как понимание публичного права в сфере экономики, поскольку сама суть либерализма стремится к оптимальному экономическому балансу, воплощая в духе законов реализацию равных возможностей [29; 31] и принципа правовой безопасности, который нам кажется базовым в правовой структуре либерализма [3]. Обратимся теперь к свободной торговле, которая имеет другую логику. Свободная торговля, введенная ВТО, так же направлена на поощрение экономической конкуренции, как и законодательство о конкуренции, но ВТО ставит в качестве главной цели в своей нормативной иерархии свободное перемещение товаров между разными государствами-членами. Она почти не заботится о равенстве или равновесии, на поддержание которых направлен закон о конкуренции. Следует отметить, что нет глобального закона о конкуренции. Признание взаимодействия между международной торговлей и конкурентной политикой относится, однако, к 1927 году [36], т. е. оно произошло за двадцать лет до переговоров о Генеральном соглашении о тарифах и торговле. Оно было подтверждено в главе V Гаванской хартии от 22 марта 1948 года, которая даже предусматривала принятие международных правил конкуренции. В результате провала этой Хартии ГСТТ никогда не создавало никаких стандартов конкуренции, как и ВТО [52]. Таким образом, логикой законодательства ВТО является, прежде всего, поиск другого представления об общем и постепенном снижении таможенных тарифов с целью развития мировой торговли⁵. Таким образом, экономический закон ВТО можно рассматривать как право либерализма с намерением отменить все протекционистские меры, которые препятствуют международной торговле. Политический инструмент Соединенных Штатов Америки и Европы в период «холодной войны», используемый для координации либераль-

⁵ Общее и постепенное снижение таможенных пошлин: ст. XXVIII-бис Генерального соглашения тем не менее признает, что «таможенные пошлины часто являются серьезными препятствиями для торговли» и предлагает договаривающимся сторонам действовать «на основе обоюдности и взаимной выгоды» в отношении общего и постепенного сокращения таможенных пошлин путем переговоров. В рамках действия положения о наиболее благоприятствуемой нации уступки, которые были заключены между двумя или более договаривающимися сторонами на переговорах по тарифам, расширяются – в форме, которая может меняться, с возможностью компенсации – до всей совокупности договаривающихся сторон.

ных стратегий для более успешной борьбы против СССР и его стран-сателлитов, ГСТТ стал ВТО и с крахом коммунистических режимов сумел распространить свои экономические практики почти на всю планету⁶. Следовательно, данная стратегия свободной торговли может стандартизировать экономическое законодательство большинства стран. Внимательно читая законодательство ВТО и наблюдая за его применением на практике в течение последних пятнадцати лет, нельзя испытывать большое удовлетворение, когда сравниваются политические идеи, которые, как утверждается, являются основой и эволюцией финансовых, промышленных и коммерческих отношений между различными странами-членами. Таким образом, общее мнение о ВТО может быть очень различным в свете политического ракурса рассмотрения его законодательства и практики. Юридический арсенал ВТО имеет в качестве политической амбиции снижение протекционистских барьеров между различными странами на основе теории сравнительных преимуществ. Таким образом, каждая страна, разрабатывающая свою экономическую специализацию, должна была бы извлекать выгоду, выйдя на мировой рынок для своей торговли, используя при этом лучшие цены и самые передовые технологии для импорта, необходимого для своего экономического развития. В этом смысле ВТО выступает в какой-то степени защитником глобализованных общих экономических интересов. Если, однако, эта точка равновесия была достигнута в какой-то момент развития торговых отношений между разными странами мира, то, как нам кажется, логика власти сильно дестабилизировала это гармоничное экономическое развитие в том виде, в каком оно провозглашалось ВТО еще в начале текущего десятилетия.

Если Европа смогла дать новое измерение конкуренции, концентрации предприятий путем создания правовой основы для экономики, то глобализация продолжила эту динамику, притом предварительно не обеспечив четкой правовой базы для мировой торговли. Однако мы имеем дело с Европой, как и с глобализацией, действуя в тех же правовых рамках международного права, что и Договор. Но их политические цели и юридические средства сильно различаются.

Что касается государств-членов, а также европейских властей, считали ли они, что строительство Европы является делом, окончательной перспективой которого выступает создание федеративного государства? В этом смысле передача полномочий, предоставленных Европе ее государствами-членами, имеет тенденцию предоставлять ей универсальную юрисдикцию на основе иерархически-пирамидального юридического строительства, основанного на доктрине правового государства. Так, с самого начала государства-члены стремились создать федеративное государство, построенное по своему образу и подобию. Конечно, в основном для строительства Европы использовался экономический ключ, в ущерб, возможно, поиску культурной или религиозной идентичности, но право всегда было основой экономического строительства. Дело обстоит не совсем так с договором ВТО. Последний, не имея государственных амбиций (хотя сторонники теории заговора скажут, что это всего лишь акт, вытекающий из американской конституции...), он существенно реализовал право, которое оставляет доминирующее место за свободой переговоров, причем право рассматривается как не должное препятствовать свободе посредников. Контрактualизация отношений, основанных на рыночной экономике, преобладающая над государственным либерализмом, основанным на регулируемом рынке, предназначенном для удовлетворения общих интересов, влечет за собой глубокую дивергенцию перспектив. К этой разнице в природе добавилась специализация ВТО в единственной экономической области, которая может быть противопоставлена практически универсальной

⁶ В ВТО насчитывается более полутора десятка государств. Еще примерно три десятка государств имеют статус наблюдателя. Россия стала членом ВТО в 2012 году.

компетенции европейского законодателя. И здесь тоже защита частной инициативы от любых попыток регулирования имеет иную логику, нежели защита общих интересов. Поскольку свобода имеет приоритет над законом, ВТО теперь нам представляется областью экономической и финансовой свободы, в которой развиваются экономические нормы поведения. Иерархия норм уже не та, которую Кельзен очень разумно описал, рассматривая функционирование государственного права, а также экономическую и финансовую иерархию предприятий и государств в одной и той же классификации. Можно было бы даже предусмотреть конституционное право транснациональных корпораций... Каким бы шокирующим это ни казалось, эта иерархизация мира является неоспоримой фактической реальностью. Таким образом, Министерская конференция, которая является высшим принимающим решения органом ВТО, может сколько угодно устанавливать юридически, что за каждым государством-членом закреплен один голос, но реальность власти, вытекающая из практики международных переговоров, выявляет силу, которая пытается влиять на рынок практически за рамками любого публичного права. Свобода фиксировать цену и технический стандарт, предоставляемый финансовой властью посредством рынка, является ограничением власти государства как хранителя цивилизационного выбора. Но в то же время эти критические замечания должны быть сильно смягчены легитимностью, которую эта экономическая нормативность находит в рыночной демократии. Каждый потребитель, таким образом, осуществляет свой акт покупки в качестве права голоса, узаконивающего глобализацию [46]. Однако причины такого разделения и международной специализации труда, разрешенные соглашениями ВТО, к которым государства свободно присоединились, хорошо известны: сокращение стоимости рабочей силы, поиск экономии за счет масштаба, преимущества, предоставляемые государствами инвесторам, налоговые льготы. Это чисто финансовое видение свободы могло даже показаться губительным для нее в глазах промышленников, в том смысле, что глобализация подтвердила бы позиции, приобретенные крупными фирмами, которые, глобализируя свой рынок или картелизируя его, добились бы ограниченного доступа на рынки для новых участников. Глобализация выступает таким образом, как это демонстрируется несколько чрезмерным образом сторонниками альтернативного мира и иными антиглобалистами, в качестве межкорпоративной и ни в коей мере не соответствующей целям развития и экономического прогресса, зафиксированных между тем в европейских договорах или соглашениях ВТО. Какими бы странными ни казались эти различия между конкурентным правом и свободной торговлей для западных юристов, воспитанных в духе уважения правового государства и поиска правовой безопасности, сделаем еще раз акцент на легитимности, которую мировая торговля нашла среди потребителей, легитимности, черпаемой в почти одних и тех же терминах среди подавляющего большинства представителей правящего класса государств всего мира.

Б / Различные институциональные концепции этих политических расхождений

Чтобы хорошо понять институциональную ситуацию и общую согласованность правовой структуры современного экономического права, необходимо обратиться к концепциям политиков об отношениях государства с экономикой, к изучению используемых средств, прежде чем европейское строительство и многосторонность ГСТТ, а затем и ВТО должны были ограничить – естественно, при согласии тех же политиков, – данные средства вмешательства.

Построенная на идее суверенитета, государственная политика рассматривалась в качестве имеющей решающий контроль над экономическими проблемами в пределах своей территориальной юрисдикции. Любое заимствование из кольбер-

тизма, а эта политика была как интервенционистской, в том смысле, что государственные органы чувствовали ответственность за определение и осуществление промышленной политики страны, так и протекционистской, когда шла речь о защите национальных производителей [55]. Таким образом, суверенное государство имело законные средства, необходимые для осуществления экономической политики, призванной защищать интересы нации [45]. Среди этих средств можно выделить в соответствии с перечнем Превера:

- обязательство использовать официальный язык, т. е. французский язык, в контрактах, а также в технических и коммерческих документах;
- монополию на привилегию выпуска денег, позволяющую проводить самостоятельную денежно-кредитную политику [51];
- конституционную защиту прав собственности;
- конституционную защиту свободы предпринимательства и законодательную базу для свободы торговли и производства;
- право финансовых связей с зарубежными странами, позволяющее контролировать финансовые потоки, которые могут нанести ущерб национальной экономике⁷;
- установление таможенного тарифа, предусматривающего целенаправленную охрану экономики, а также строгое применение закона о таможенном контроле⁸;
- организацию и функционирование финансовых рынков через государственную службу при государственной монополии⁹;
- предоставление разрешения на международные прямые инвестиции¹⁰;
- режим лицензирования передач технологий, который дополняет защиту, предоставляемую патентами;
- право национализировать предприятия и предоставлять им исключительные права¹¹;
- преференции государству в отношении покупки материалов или услуг за счет государственных закупок¹²;

⁷ Закон № 66-1008 от 28 декабря 1966 года отменил, в основном, и, в частности, декрет № 67-78 от 27 января 1967 года, отмененный 30 декабря 1989 года указом 89-938 ; во Франции с 1939-го по 1967 год вводился контроль обмена валюты: никакая валюта не могла быть продана или куплена без посредничества с Фондом стабилизации Биржи. В 1967 году был осуществлен принцип свободного обмена, но к 1968 году контроль обмена был восстановлен на временной основе. Таким образом, Франция испытала квази-постоянный контроль обмена с 1939-го до середины 1980-х годов, за исключением 1967–1968 годов. Эти меры были смягчены с 1984 года, и декрет 1968 года о восстановлении валютного контроля был отменен в 1989 году. В странах Европейского сообщества свободное движение капитала вступает в силу с 1 июля 1990 года.

⁸ См.: [19].

⁹ Государственная служба фондовых бирж была частично оспорена Законом № 88-70 от 22/01/1988, опубликованным в Journal Officiel от 23/01/1988, а затем распущена по закону от 2 июля 1996 года.

¹⁰ Статья L151-3. Требуют предварительного разрешения министра экономики иностранные инвестиции в свою деятельность во Франции, которые, хотя бы и временно, участвуют в осуществлении публичной власти или относятся к одной из следующих областей : а) деятельности, которая может нарушить публичный порядок, общественную безопасность или интересы национальной обороны; б) исследованиям, производству или сбыту оружия, боеприпасов, пороха и взрывчатых веществ.

¹¹ Национализация всегда возможна в силу п. 9 Декларации 1946 года: любое имущество, любое предприятие, эксплуатация которого приобрела характеристики национальной государственной службы либо фактической монополии, должны стать коллективной собственностью. Однако это положение по-прежнему ограничено в его интересах по причине подчинения государственных органов законам о конкуренции (ст. L410-1 Торгового кодекса).

¹² Предоставление невозможно после принятия ст. 53 Постановления 1986 года с момента вступления в силу европейского законодательства, регулирующего государственные закупки, и после вступления в силу Соглашения ВТО о государственных закупках.

- помощь, оказываемую предприятиям, испытывающим трудности, или разработка промышленного проекта, представляющего национальный интерес¹³;
- налоговые стимулы для продвижения национальной экономической структуры;
- промышленную политику, направленную на обеспечение национальной независимости во всех экономически стратегических секторах;
- политику экономического планирования¹⁴;
- закон о конкуренции, который может регулировать свободу цен.

Следует отметить, что из всех этих правовых средств практически ни одно не приобрело конституционной ценности, за исключением валюты, французского языка, национализации и, конечно, налогообложения. Что касается валюты, то Конституционный совет в своем Решении № 1992-308 от 9 апреля 1992 года постановил, что институт единой валюты требует пересмотра Конституции. Что касается французского языка, то он приобрел конституционную ценность на основании конституционного закона от 15 июня 1992 года, в котором был установлен принцип, согласно которому «языком Республики является французский язык». Но решение Конституционного совета № 94-345 DC от 29 июля 1994 года серьезно ограничило амбиции закона от 4 августа 1994 года, которые были приняты в применении ст. 2 Конституции. Что касается национализации, то ст. 17 Декларации прав человека и гражданина 1789 года¹⁵ и п. 9 Декларации 1946 года позволяют государству осуществлять национализации. Однако эти положения по-прежнему ограничены в их интересах путем подчинения государственных органов законодательству о конкуренции в соответствии со ст. 106 Договора о функционировании Европейского союза¹⁶. Наконец, в отношении помощи путем налогообложения, если она находит конституционную защиту в ст. 14 ДГПЧ (сбор налога должен быть предметом закона, предварительно принятого Парламентом), что подтверждается ст. 34 Конституции 1958 года, которая закрепляет за парламентом общую компетенцию в налоговых вопросах, следует признать, что налоговые льготы обычно подпадают под действие ст. 107 и последующих договоров о функционировании Европейского союза¹⁷.

¹³ Статья 107 Договора о функционировании Европейского союза (бывшая ст. 87 ТИК) Кроме отступлений, предусмотренных в Договорах, несовместима с внутренним рынком в той мере, в какой она влияет на торговлю между государствами-членами, помощь, предоставляемая государствами-членами или посредством государственных ресурсов в любой форме, которые искажают или угрожают исказить конкуренцию, поощряя некоторые обязательства или некоторые производства.

¹⁴ Подготовленный в 1992 году согласительными комитетами проект 11-го плана, первоначально планировавшийся на период 1993–1997 годов, не будет принят правительством в результате парламентских выборов в марте 1993 года, который предпочитает включить выбор своей экономической политики в совокупность пятилетних законов.

¹⁵ «Поскольку собственность является неприкосновенным и священным правом, никто не может быть лишен ее, если это явно не требуется юридически установленной общественной необходимостью, и при условии справедливого и предварительного возмещения».

¹⁶ Статья 106 (бывшая ст. 86 ТИК): 1. Государства-члены в отношении государственных предприятий и предприятий, которым они предоставляют особые или исключительные права, не должны принимать и не должны поддерживать никаких мер, противоречащих нормам договоров, в частности тем, которые предусмотрены ст. 18 и 101–109 включительно. 2. Обязательства, на которые возложена деятельность служб общего экономического интереса или имеющая характер фискальной монополии, подчиняются правилам договоров, в частности правилам конкуренции, в той мере, в которой применение этих правил не вызывает неспособность выполнить закон или фактически конкретную заданную им задачу. Развитие торговли не должно затрагиваться в той степени, которая противоречит интересам Союза.

¹⁷ Статья 107 Договора о функционировании Европейского союза (бывшая ст. 87 ТИК) Кроме отступлений, предусмотренных в Договорах, несовместима с внутренним рынком в той мере, в какой она влияет на торговлю между государствами-членами, помощь, предоставляемая государствами-членами, или посредством государственных ресурсов в любой форме, которые искажают

Этот список в духе Превера не является исчерпывающим, и если средства воздействия и могли быть гетерогенными, то они позволяли маневрировать в экономике подобно маневрирующему кораблю, по словам Жана Батиста Кольбера. Указанные ранее законные средства были отменены с отменой законов, регулирующих их функционирование, и позволяли Правительству определять и проводить государственную политику [51]. Кроме того, эти элементы права, упомянутые выше, можно рассматривать как имеющие конституционную, если не надконституционную, ценность. Если учесть, что уравнение $2 + 2 = 4$ имеет надконституционную ценность, то следует учитывать, что положения, позволяющие государству регулировать экономическую власть, являются единственными для него и так же имеют надконституционную ценность. Единственным ограничением для этого рассуждения является то, что народу разрешено отказаться от своей идентичности, как и от государства, которое, используя юридические средства, является хранителем цивилизации. Следовательно, если невозможно считать надконституционной ценностью публично-экономическое право, то это право должно, по крайней мере, иметь конституционную ценность, с тем чтобы производная конституционная власть полностью осознавала свой выбор в день, когда она решается на пересмотр конституции, чтобы отказаться от суверенного контроля над экономикой. Следует заметить, что неудача Европы, безусловно, происходит из отсутствия воли для приобретения тех юридических полномочий, которые необходимы для защиты ее экономики. Ее неспособность защищать европейский рынок сделала его почти полностью прозрачным для глобализации в рамках соглашений ВТО. Добиться, чтобы рыночные правила сами не поддавались стихии рыночных сил, – такова одна из основных задач государства и либерального права [49]. Европа, которая, правда, не является государством, должна была хотя бы попытаться избежать этой ловушки. Однако, увы, она потерпела в этом фиаско.

Чтобы лучше понять современные проблемы, давайте изучим более подробно правовую систему, и само содержание закона о свободной торговле, и право внутренней и европейской конкуренции.

Хотя законодательство о конкуренции формально не представлено в соглашениях ВТО, то же самое справедливо в отношении права свободной торговли в Договоре о Европейском союзе и функционирования Европейского союза. Но что подразумевается, на самом деле, под конкурентным правом и правом свободной торговли? Внутренние и европейские законы о конкуренции относительно схожи по своему духу. Иерархизированные и, таким образом, структурированные вокруг одних и тех же концепций, они направлены на борьбу с картелями, злоупотреблением господствующим положением и концентрациями. Внутреннее право соблюдает и дополняет европейское право. Их конвергентная эволюция также привела их в ходе судебной деятельности к тому, чтобы подчинить государственные органы конкурентному праву в их деятельности по производству, распределению и услугам. Таким образом, европейское конкурентное право представляется как

или угрожают исказить конкуренцию, поощряя некоторые обязательства или некоторые производства ; Только парламент уполномочен в соответствии с законом о финансах или обычным законом изменять или отменять налог, устанавливая правила, регулирующие базу налогообложения, расчет и сбор. Тем не менее Конституционный совет укрепил налоговые полномочия Законодателя, который не может оставаться «за пределами» предоставленных ему конституционных полномочий. Он также не может делегировать или отказываться от своих прерогатив. Также примечательно, что существует форма разделения налогов с Европейским союзом, часть ресурсов которого является исключительной компетенцией Сообщества (таможенные пошлины, обязательные сборы в сельскохозяйственном секторе), которые представляют собой отступление от традиционной власти национальных парламентов по предоставлению налога и установлению налогового законодательства (Конст. совет, 30 декабря 1977 года).

структурированное и однородное целое для всех стран – членов Европейского союза.

С научной точки зрения свободная торговля – это международная торговая система, основанная на отсутствии таможенных и нетаможенных барьеров для перемещения товаров и услуг. В строгом смысле понятие обычно не распространяется на движение рабочей силы или капитала. Право на свободную торговлю между Союзом и третьими государствами в какой-то степени подразумевается в европейских договорах и сосуществует с законодательством о конкуренции, которое с ним формально идентифицируется. Таким образом, свободная торговля поддерживается комплексом нескольких статей. Особо следует отметить ст. 21 Договора о Европейском союзе, которая поощряет постепенное устранение барьеров для мировой торговли¹⁸. Затем следует ст. 28, касающаяся принятия Единого таможенного тарифа по отношению к третьим странам¹⁹, которая действительно относится к исключительной компетенции Союза, предусмотренной в ст. 3 Договора о функционировании Европейского союза²⁰. Статья 206 предполагает посредством данного таможенного союза защищать общие интересы, способствовать гармоничному развитию мировой торговли, постепенной отмене ограничений в международной торговле и в прямых иностранных инвестициях, а также сокращению таможенных и иных барьеров. Наконец, в качестве логического следствия любой практикуемой свободной торговли, ст. 63 того же Договора предусматривает, что все ограничения на движение капитала и платежи между государствами-членами и между государствами-членами и третьими странами запрещены. Для Франции ст. L151-1 Денежно-кредитного и финансового кодекса также предусматривает, что финансовые отношения между Францией и зарубежными странами являются свободными.

На уровне соглашений ВТО свободная торговля также не имеет выраженного юридического определения. Это вытекает из всех положений, формирующих основные принципы, принятые в большинстве соглашений. Так, положение о наиболее благоприятствуемой нации²¹, положение о национальном обращении²², за-

¹⁸ Консолидированные версии Договора о Европейском Союзе. Общие положения о внешней деятельности Союза ст. 21 2. Союз определяет и осуществляет общую политику и деятельность и должен работать для обеспечения высокого уровня сотрудничества во всех областях международных отношений, чтобы: е) поощрять интеграцию всех стран в мировую экономику, в том числе путем постепенного устранения барьеров в международной торговле.

¹⁹ Свободное перемещение товаров: ст. 28.1. Союз состоит из таможенного союза, охватывающего всю торговлю товарами и предусматривающего запрет на таможенные пошлины на импорт и экспорт, а также всех сборов подобного типа между государствами-членами, и принятие Единого таможенного тарифа в их отношениях с третьими странами. 2. Положения ст. 30 и гл. 3 настоящего раздела применяются к товарам, производимым в государствах-членах, и к продукции, поступающей из третьих стран, находящихся в свободном обращении в государствах-членах.

²⁰ Статья 3-1. Союз обладает исключительной компетенцией в следующих областях: а) таможенном союзе; б) установлении правил конкуренции, необходимых для функционирования внутреннего рынка; в) денежно-кредитной политике для государств-членов, валютой которых является евро; г) сохранении биологических ресурсов моря в рамках общей политики в области рыболовства; д) общей торговой политике. 2. Союз также обладает исключительной компетенцией для заключения международного соглашения, если такое заключение предусмотрено в законодательном акте Союза или необходимо для того, чтобы он мог осуществлять свою внутреннюю компетенцию, или в той мере, в какой это может повлиять на общие правила или изменить их сферу действия.

²¹ Положение о наиболее благоприятствуемой нации (или режим наибольшего благоприятствования) – статья о том, что торговые выгоды, предоставляемые подписавшей стране, должны распространяться на другие страны, подписавшие ее, – является краеугольным камнем общего соглашения и системы ГСТТ-ВТО.

²² Статья о национальном обращении: в соответствии со ст. 3 Генерального соглашения договаривающиеся стороны обязаны применять ко всем товарам, ввозимым с территории других договаривающихся сторон, национальный режим в сфере налогообложения и внутреннего регламента [23].

прешение количественных ограничений²³ и определение таможенной стоимости²⁴ являются всеми теми мерами, которые в связи с продолжающимся применением пункта о понижении общих и прогрессивных тарифов и создали тот юридический эффект, который называется свободной торговлей, синтез всех положений ВТО²⁵. Все эти положения максимизируют комплекс мер, запрещающих дискриминацию, которую могли бы попытаться навязать государства своим внутренним законодательством в пользу своих национальных предприятий. Аналогичным образом антидемпинговое соглашение, соглашение о технических барьерах в торговле или положения о сдерживании субсидий также были бы эффективными в борьбе с недобросовестной практикой конкуренции. Сторонники свободной торговли, хотя и признают, что в соглашениях ВТО нет структурированного законодательства о конкуренции, как это мы имеем в национальном или европейском законодательстве, тем не менее указывают, что существует нечто вроде филигранны во всех соглашениях ВТО, неявно проявляющей закон о конкуренции в различных действующих нормативных актах. Таким образом, хотя положения вышеупомянутых соглашений ВТО действуют иначе, нежели государственные или европейские законы о конкуренции, вышеупомянутые положения соглашений ВТО будут иметь аналогичное классическому законодательству о конкуренции действие или будут дополнять его на мировом уровне. Следовательно, во всех соглашениях ВТО будет подразумеваться законодательство о конкуренции. Если быть точным, наложенные или совокупные юридические последствия всех соглашений ВТО тем или иным образом будут соответствовать более традиционной правовой системе внутреннего и европейского законодательства о конкуренции. Например, свободную торговлю в ВТО следует сравнивать со свободным перемещением товаров в соответствии с европейским правом, нежели с законодательством о конкуренции той же Европы. Таким образом, стираются различия в «духе законов», которые воодушевляют эти два различных правовых порядка, участвующих в великой глобализации. Однако это сходство между европейским правом и законодательством ВТО обманчиво. Действительно, хотя Европа состоит из государств, которые по-прежнему имеют определенное разнообразие с точки зрения их различных действующих правовых систем, европейское законодательство достаточно глубоко гармонизировало различные законодательства, касающиеся промышленности и торговли. Исходя из этого, свободное перемещение товаров, услуг, людей, а также капиталов действует на территории с относительной однородностью в различных законодательствах, влияющих на конкурентоспособность предприятий. Во многих государствах-членах существуют нормативные акты внутреннего или европейского права, налагающие социальные и экологические ограничения на компании. Таким образом, закон о свободе передвижения и конкуренции действует в относительно однородных экономиках в отношении затрат, налагаемых на предприятия по всем законодательным актам. Однако это не относится к законодательству ВТО. Закон и действия ВТО остаются ограниченными только областью

²³ Статья XI, § 1 Общего соглашения запрещает в целом и абсолютно навязывание договаривающимися сторонами количественных (или условных) ограничений. Сфера применения, изложенная в ст. 11 §1, является широкой, поскольку она применяется одновременно к ограничениям на импорт и ограничениям на экспорт.

²⁴ Стоимость пошлины на импортируемые товары должна основываться на фактической стоимости импортируемого товара, к которому применяется пошлина, или аналогичного товара и не должна основываться на стоимости отечественной продукции или на стоимости произвольной или фиктивной.

²⁵ Статья XXVIII-бис Общего соглашения тем не менее признает, что «таможенные пошлины часто представляют собой серьезные барьеры для торговли» и предлагает договаривающимся сторонам на базе «взаимовыгодных соглашений» пойти на общее и прогрессивное сокращение таможенных тарифов путем переговоров.

торговой политики. Поэтому свободная торговля игнорирует разнообразие законов, которые непосредственно не влияют на экономику, но налагают при этом очень высокие издержки на компании. Поэтому, хотя европейское пространство стремится сблизить законодательство посредством процесса гармонизации и унификации, государства за пределами Европы и их компании стремятся использовать эти расхождения в законодательствах, поскольку они являются источником значительной прибыли.

II / Очень сложные иерархизация и сближение стандартов с точки зрения целей защиты общих европейских экономических интересов

A / Ограничения и передача суверенитета в экономическом праве

Позитивистскую юридическую механику, которая позволяет сделать совместимыми конкурентное право и закон свободной торговли, интересно изучать как с точки зрения иерархии норм, так и с точки зрения самого содержания этих двух видов права. Прежде всего следует отметить, что они подпадают под две разные правовые системы. Один – закон конкуренции – входит в конституционно интегрированный внутренний и европейский правопорядок. Другой – право на свободную торговлю – регулируется договорным правом, а точнее – Договором Всемирной торговой организации, участниками которого являются Франция и вся Европа.

Что касается иерархии норм, мы должны начать с суверенных государств, которые свободно согласились на ограничение их суверенитета в интересах как европейского строительства, так и Всемирной торговой организации. Для Франции, не углубляясь во всю правовую эволюцию ее присоединения к различным европейским договорам, мы возьмем для нашего исследования пересмотр Конституции в результате подписания Маастрихтского договора и принятия конгрессом Лиссабонского договора. Эти ограничения суверенитета для Франции черпают свою конституционность из ст. 88-1 Конституции 1958 года, которая гласит: *«Республика участвует в Европейском союзе, состоящем из государств, которые свободно выбрали совместное осуществление определенных полномочий в соответствии с Договором о Европейском союзе и Договором о функционировании Европейского союза, в том виде, в каком они следуют из Договора, подписанного в Лиссабоне 13 декабря 2007 года»*. Следует отметить, что включение в конституцию такого положения по согласованию с Конституционным советом закрепило существование правового порядка Сообщества, интегрированного во внутренний правовой порядок и отличающегося от международного правового порядка²⁶.

Теперь, что касается ВТО, то присоединение Франции к Договору в качестве члена бывшего ГСТТ относится к закону о ратификации от 27 декабря 1994 года²⁷. В соответствии со ст. 55 Конституции 1958 года²⁸ и п. 14 Декларации 1946 года²⁹ французское государство, которое присоединилось к многостороннему договору ВТО, признает тем самым верховенство этого Международного договора над законом при условии взаимности в том, что касается соблюдения нормативных актов другими договаривающимися сторонами. Следовательно, существует своего рода неясная разница между европейским законодательством о конкуренции и законодательством ВТО о свободной торговле, касающаяся их стабильности.

²⁶ Решение Конституционного совета № 2004-505 от 19 декабря 2004 года о Договоре о создании Европейской конституции.

²⁷ Закон № 94-1137 от 27 декабря 1994 года, разрешающий ратификацию Соглашения об учреждении Всемирной торговой организации.

²⁸ Статья 55 Конституции 1958 года: Договоры или соглашения, которые были должным образом ратифицированы или одобрены, должны, как только они публикуются, иметь верховенство над законами, при условии применения другой стороной каждого договора или соглашения.

²⁹ Статья 14 Декларации 1946 года: Французская Республика, верная своим традициям, соблюдает нормы международного публичного права.

Один, закон о конкуренции, является частью комплексного правопорядка и налагается как квазигосударственное право, хотя всегда следует иметь в виду, что государство-член может рассмотреть вопрос о его выходе из Европейского союза в соответствии со ст. 50 Договора о Европейском союзе³⁰. Другое – право на свободную торговлю – подпадает под действие ст. 55 Конституции и поэтому полностью подчиняется условию взаимности в отношении применения этого международного экономического закона. Но ситуация усложняется, когда оказывается, что присоединение Франции к многостороннему договору ВТО сочетается с ее присоединением также к Европейскому договору, в котором также содержатся положения о присоединении Европы к ВТО. Следовательно, существует треугольное силовое отношение. Франция присоединяется к ВТО, к европейским договорам, и Европа также является членом ВТО. Таким образом, существуют 28 членов Европейской ВТО, которые, конечно же, создают очень сложную сеть торговых переговоров (можно также добавить органы G8, G20 и МВФ, в рамках которых происходят на нерегулярной основе переговоры, связанные с международной торговлей, но давайте ограничимся рамками нашего исследования...) Также не будем заблуждаться: эта сеть полномочий, хотя и упрощена Лиссабонским договором, безусловно, не имеет авторитета единой и последовательной в своих действиях инстанции, каким обладает федеративное государство. Соединенные Штаты Америки, проводя свою внешнеторговую политику, не ведут предварительных переговоров с федеративными штатами, тогда как государства-члены часто выражают очень сильные и противоречивые требования, прежде чем Европа может выразить единодушное мнение. Кроме того, Лиссабонский договор предоставил Европейскому парламенту право одобрять соглашения, подписанные между Союзом и третьими странами (ст. 218 ДФЕС). То, что может показаться выигрышем с демократической точки зрения, также может рассматриваться как препятствие для эффективности международных переговоров [35]. Действительно, демократическая прозрачность может нанести ущерб в контексте ВТО, где правилом является непрозрачность в отношении кулуарных обсуждений и взаимных уступок, предоставляемых государствами.

Рассматриваемое под другим углом зрения, на сей раз с точки зрения суверенитета, эта цепная реакция присоединения государств-членов к ВТО и Европы к ВТО подразумевает очень сильные юридические ограничения суверенитета для государств-членов. Действительно, ст. 3 Договора о функционировании Европейского союза предусматривает исключительную компетенцию Союза в таких областях, как Таможенный союз и общая коммерческая политика³¹. Таким образом, если государства-члены координируют свои позиции в Брюсселе и Женеве, то только Европейская комиссия выступает от имени Союза и его членов почти на всех заседаниях ВТО. Это ограничение суверенитета для государств-членов дополнительно уточняется в ст. 2 Договора о функционировании Европейского сою-

³⁰ Статья 50 ДЕС: Любое государство-член может принять решение в соответствии со своими конституционными правилами выйти из Союза (...). Чем и воспользовалась Великобритания в итоге референдума 2016 года по вопросу о выходе Великобритании из Европейского союза.

³¹ Договор о Европейском Союзе и договор о функционировании Европейского Союза (Journal officiel n° C 115 du 09/05/2008 p. 0001–0388), статья 3, 1: Союз обладает исключительной компетенцией в следующих областях: а) Таможенном союзе; б) установлении правил конкуренции, необходимых для функционирования внутреннего рынка; в) денежно-кредитной политике для государств-членов, валютой которых является евро; г) сохранении биологических ресурсов моря в рамках общей политики в области рыболовства; д) общей торговой политике. 2. Союз также обладает исключительной компетенцией для заключения международного соглашения, если это соглашение предусмотрено в законодательном акте Союза или необходимо для осуществления его внутренней компетенции или в той мере, в какой это может повлиять на общие правила или изменить их сферу действия.

за, которая гласит, что если договоры предоставляют Союзу исключительную компетенцию в данной области, то только Союз может принимать законы и принимать юридически обязывающие акты, поскольку государства-члены не могут делать это самостоятельно, только если они не наделены полномочиями со стороны Союза или осуществляют действия от имени Союза (...). При таком положении дел следует рассматривать эти положения на фоне пересмотра, осуществленного Лиссабонским договором, касающегося замены правила квалифицированного большинства на европейском уровне на правило консенсуса в Совете. Как отметил Конституционный совет в своем решении 2007 года [34], вследствие этого изменения Франция лишилась какой-либо оппозиционной силы, как путем передачи полномочий на принятие решений Европейскому парламенту, что ограничивает национальный суверенитет, так и лишением Франции собственной инициативы. Поэтому был необходим пересмотр Конституции. В результате был принят Конституционный закон от 4 февраля 2008 года, вносящий изменения в заголовок XV Конституции, с тем чтобы разрешить ратификацию Лиссабонского договора³². Исходя из этого, суверенитет Франции и других европейских государств серьезно урезан и передается на европейский уровень в отношении общей торговой политики и Таможенного союза (см.: [40]).

Поскольку эта передача и это ограничение суверенитета были зафиксированы, остается определить степень интеграции Европы в ВТО. С этой точки зрения изучение Европейского договора, судебной практики Европейского суда и Органа по урегулированию споров ВТО не представляет большой трудности. Что касается Договора, то в ст. 3 Договора о Европейском союзе, в частности, предусматривается, что Союз будет способствовать строгому соблюдению и развитию международного права. Аналогичным образом, ст. 21 гласит, что действия Союза направлены на поощрение уважения международного права. С той же целью ст. 216 ДФЕС предусматривает, что соглашения, заключенные Союзом, являются обязательными для институтов Союза и государств-членов. Очень интересным правовым элементом является ст. 2, параграф 2 регламента (ЕС) № 3286/94 с поправками, внесенными регламентом Совета (ЕС) № 125/2008 от 12 февраля 2008 года³³, которое предусматривает в ст. 2, что «права Сообщества» – это права международной торговли, которые доступны ему в соответствии с правилами международной торговли. В этом контексте «правила международной торговли» в основном являются положениями, установленными ВТО и включенными в Приложения к Соглашению ВТО, но речь также может идти о правилах другого соглашения, стороной которого является Сообщество и которое регулирует торговлю между Сообществом и третьими странами». Здесь речь идет о двусторонних соглашениях, которые иногда могут быть более обязательными, чем правила ВТО. Впрочем, их называют «ВТО плюс». Таким образом, все представлялось бы элементарным, если бы в споре не были выявлены нюансы, которые должны быть приведены к очевидной правовой безопасности, которую, по-видимому, предлагают Договоры в первом прочтении. В решении Суда Европейского союза (большая палата) c-120/0 от 9 сентября 2008 года о взаимоотношениях между законодательством ВТО и законодательством Сообщества заявители полагались на прин-

³² Конституционный закон был принят на заседании парламента в Конгрессе и обнародован президентом Республики 4 февраля 2008 года. Он было опубликован в Journal Officiel от 5 февраля 2008 года.

³³ Регламент Совета (ЕС) № 3286/94 от 22 декабря 1994 года, установивший процедуры сообщества в сфере общей торговой политики в целях обеспечения осуществления Сообществом прав, предоставляемых ему правилами международной торговли, в частности теми, которые были приняты под эгидой Всемирной торговой организации (ВТО) (JO L 349, 31.12.1994, стр. 71) с поправками, внесенными Регламентом Совета (ЕС) № 125/2008 от 12 февраля 2008 года, Journal Officiel n° L 040 от 14/02/2008 стр. 0001–0002.

цип *pacta sunt servanda*, который, действительно, фигурирует среди норм права, которые должны соблюдаться институтами Сообщества как основополагающий принцип международного правопорядка [7]. Но Суд сохранил свою прежнюю позицию в этом деле, подтверждая, что принцип *pacta sunt servanda* не может быть использован против институтов-ответчиков, поскольку в соответствии с принятой судебной практикой соглашения ВТО в принципе не фигурируют, с учетом их природы и экономики, как один из стандартов, в соответствии с которыми судебная система Сообщества рассматривает законность действий учреждений Сообщества³⁴. По поводу более ранних случаев, касающихся соглашений ГСТТ, следует отметить, что и они были не более полезными для страны-истца³⁵. Дальнейшая трактовка решения от 9 сентября 2008 года проливает свет на эту позицию, что позволяет лучше ее обосновать и дает нам понять, что если соглашение о создании ВТО основано на принципах взаимности и обоюдной выгоды, то можно отметить, что некоторые третьи страны вводят определенную асимметрию обязательств. Именно таким образом, по мнению Суда, некоторые из наиболее важных торговых партнеров Сообщества не включают соглашения ВТО в качестве стандарта, в соответствии с которым их органы юрисдикции контролируют законность своих внутренних норм. Таким образом, рассмотрение законности действий учреждений Сообщества в отношении этих стандартов рискует привести к дисбалансу в применении правил ВТО, что, тем самым, лишает даже законодательные или исполнительные органы Сообщества поля для маневра, которыми пользуются торговые партнеры Сообщества³⁶. Поэтому только в том случае, если Сообщество намеревается реализовать конкретное обязательство, принятое в рамках ВТО, или в случае, когда акт Сообщества четко отсылает к конкретным положениям соглашений ВТО, Суд должен рассматривать вопрос о законности поведения институтов с точки зрения правил ВТО³⁷. Право ВТО, как и любая норма публичного международного права, если только судебная система Сообщества признает прямое действие некоторых положений Договора, для того, чтобы быть применимым, должно быть перенесено в национальное законодательство или законодательство Сообщества. Эти трудности в конечном итоге обусловлены тем, что в Соглашении ВТО нет ни одного положения, регулирующего его применение и его последствия в других правовых системах. Во внутреннем законодательстве решение Государственного совета от 9 июля 2007 года [30], хотя и несколько более раннее, не дало иного решения, ссылаясь на то, что оно исходит из практики Европейского суда, и в частности из его решения С- 377/02 от 1 марта 2005 года, Леон Ван Парис НВ, согласно которому соглашение ВТО о государственных закупках не является одним из стандартов, диктующих Суду позицию в вопросе о законности действий учреждений Сообщества; дело будет обстоять иначе, только если Сообщество намеревается осуществить какое-либо конкретное обязательство, принятое в рамках ВТО, или если какой-либо акт Сообщества прямо отсылает к конкретным положениям соглашений этой организации; что только ссылка на преамбулу Директивы 2004/17/ ЕС к Решению Совета от 22 декабря 1994 года, одобряющая Соглашение Всемирной торговой организации о государственных закупках, недостаточна для того, чтобы рассматривать это Соглашение как полезное против дей-

³⁴ Статус соглашений ВТО в правовой системе сообщества: до признания неприкосновенности [44; 1, р. 47; 53; 6; 10; 9].

³⁵ Суд отрицает любое прямое воздействие на ст. XI Соглашения, учитывая, что характер системы ГАТТ не позволяет ей создавать нормы права в интересах сторон, на которые они могли бы в дальнейшем сослаться в суде [27; 25].

³⁶ Уже упоминавшееся решение по делу Portugal/Conseil (пункты 42, 46).

³⁷ См. в отношении ГАТТ 1947 года решения [8; 5], а также в связи с соглашениями ВТО упомянутые выше решения [1, р. 49; 9, р. 53].

ствий Сообщества³⁸. Еще один важный вопрос – каков масштаб решений Совета по урегулированию споров ВТО в законодательстве Сообщества. По данным комиссии ВТО в 1974 году³⁹, соглашения ВТО не дают ответа на вопрос о применимости законодательства ВТО во внутреннем законодательстве. С другой стороны, Суд Европейского сообщества сообщает в своем решении 1999 года, что решения Органа разрешения споров напрямую не применимы к законодательству Сообщества. Это означает, что частные лица ни в коем случае не могут подать иск в европейские суды на основании решения Органа разрешения споров. Аналогичным образом, в вышеупомянутом решении Европейский суд исключил непосредственное влияние решений Органа разрешения споров, полагаясь на ст. 23 III Соглашения об урегулировании споров. Таким образом, если Орган разрешения споров позволил арбитражному суду в рамках ВТО выиграть в эффективности, он все же не является юрисдикцией международного экономического права, доступной для всех экономических агентов международного уровня. Напротив, система Сообщества предлагает гораздо более сильную систему защиты прав, чем система Органа разрешения споров. Поэтому можно полагать, что существует как бы стеклянный потолок в отношении признания европейскими судами правовых норм ВТО. Некоторые называют эту правовую ситуацию невидимой [20]. Дело в том, что эти нормы права, которые могут серьезно подорвать экономическое положение определенных предприятий, не могут, однако, служить опорой в Европейском суде. Это должно рассматриваться как поражение правового государства, явное нарушение правовой безопасности, европейской концепции легитимного доверия и невозможность отстаивать свое право на справедливое судебное разбирательство. По общему признанию, этот стеклянный потолок неприемлемым, поскольку государство может обратиться в Орган разрешения споров ВТО. В этом смысле ст. 4 Регламента (СЕ) № 3286/94 от 22 декабря 1994 года, пересмотренная в 2008 году [56], предусматривает, что любое предприятие в Сообществе или аналогичные, которые считают, что они испытали неблагоприятные торговые последствия в результате препятствий торговле, имеющих место на рынке третьей страны, могут подать жалобу в письменной форме. Однако следует отметить, что эта жалоба не будет обязательно приводить к жалобе, поданной Европой в Орган разрешения споров ВТО. Действительно, после рассмотрения и обсуждения в ст. 11 вышеупомянутого Положения предусматривается, что, когда из процедуры экспертизы следует, что в интересах Сообщества не требуется никаких действий, принимается решение о прекращении процедуры. Поэтому следует понимать, что рассмотрение европейских властей в основном связано с оценкой экономического веса предприятия или отрасли, подавшей жалобу.

Выявленная с точки зрения правил ВТО незаконность, которая может нанести серьезный ущерб европейским компаниям, вполне может не вызвать жалобу в Орган разрешения споров, если считается, что экономический вес рассматриваемого сектора не проблематичен на проводимых многосторонних переговорах. Следовательно, существует юридическая классификация фактов в соответствии с нелегализованной экономической иерархией европейских компаний, которые смогут или не смогут воспользоваться поддержкой европейских органов перед ВТО. Однако это решение – подать жалобу – будет приниматься только на основе экономического веса или влияния группы давления, которую представляют одна или несколько компаний заявителей. Поэтому мы находимся в ситуации возмож-

³⁸ Следовательно, и без необходимости направлять вопрос в Европейский суд для предварительного решения, заявление о том, что ст. 23 Директивы 2004/17 / ЕС не совместима с принципами и правилами соглашения государственных закупок во Всемирной торговой организации, должны быть отброшены.

³⁹ Раздел US-301-310 закона о торговле 1974 года.

ности для судебного преследования, а не в случае его безусловности. Следует также отметить, что пока нет альтернативного пути по отношению к отказу в возбуждении дела со стороны европейских властей. Если существует в национальных судах вероятность того, что тяжущийся может действовать напрямую в случае отказа в возбуждении дела Прокурором Республики или независимыми административными властями, то это не относится к отказу в возбуждении дела со стороны комиссии, в которую был подан компанией иск по поводу нарушения правил ВТО. Отказ в возбуждении дела не может иметь место в случае непосредственного обращения тяжущегося в Орган разрешения споров при ВТО. Следует также понимать, что право на справедливое судебное разбирательство в этой ситуации, когда законодательство ВТО прямо не используется, несколько скомпрометировано. Если, однако, ст. 6 § 1 ЕСПЧ, как и ст. 47 Хартии основополагающих прав Европейского союза, может быть использована в Европейском суде для защиты от применения закона о конкуренции Сообщества, то почему это не будет справедливо для закона о свободной торговле в соглашениях ВТО?⁴⁰ Тем более, что эта невозможность (кроме случаев переноса) ссылаться на закон ВТО, отрицательно влияющий на судебный процесс перед Судом Европейского Сообщества, не уравнивается признанием учреждениями Сообщества их ответственности, даже если последние были осуждены Органом по разрешению споров при ВТО. В вышеупомянутом решении по FIAMM Суд отклоняет как ответственность за вину, так и ответственность без вины органов Европейского союза в контексте возмещения убытков в результате ответных мер, санкционированных ВТО [28]. Проблема заключается в том, что признание стандартов ВТО основано на классической парадигме публичного международного права, которой только государства и международные организации подчиняются полностью. Следствием этой парадигмы является поддержание механизмов, основанных на взаимности, в качестве основной или даже единственной эффективной санкции.

Однако эти относительные и нюансированные отношения права ВТО и европейского права должны считаться с европейским законодательством о конкуренции, которое может иметь международное влияние в той мере, в какой оно применимо к внеевропейским операциям, которые оказывают влияние на территорию Европы. Так, например, Суд Европейского Сообщества принял еще в 1972 году решение по ICI, которое доказывает нам, что антимонопольное законодательство обязательно для компаний, которые имеют свой юридический адрес вне сообщества, но действуют в нем через дочерние компании, не имеющие автономии. Комиссия может также подвергнуть санкциям виновных в злоупотреблении доминирующим положением в тех же случаях (см., с этой точки зрения, решение Суда Европейского Сообщества 21 февраля 1973 г. *Continental Can* [24]). Наконец, в случае слияния, дело *Mac Donnell Douglas-Boeing* показало, что эти компании согласились в процессе слияния подчиниться Европейскому праву конкуренции

⁴⁰ См. Решение Суда Европейского Сообщества от 8 июля 1999 года *Montecatini SpA* против Комиссии, в направлении решения от 17 декабря 1998 года *Baustahlgewebe GmbH* против Комиссии и 1 июля 2008 года, *Chronopost* и *La Poste / UFEX* и другие, С 341/06 P и С 342/06 P.: Теперь ясно, что судебная система Сообщества применяет автономную концепцию «уголовных дел» по смыслу ст. 6 Европейской конвенции о правах человека: «Следует также признать, что, учитывая характер рассматриваемых правонарушений, а также характер и тяжесть санкций, с ними связанных, к разбирательствам на предприятиях, могущих привести к наложению штрафов или периодических штрафных платежей, применяется принцип презумпции невиновности; Суд неоднократно приходил к мнению, что ст. 47 Хартии основополагающих прав Союза связана с принципом эффективной судебной защиты (Постановление от 13 марта 2007 года *Unibet*, С 432/05 Сб. стр. I-2271, п. 37; от 3 сентября 2008 года, *Kadi Al Barakaat International Foundation* против Совета и Комиссии, С 402/05 P и С 415/05 P, еще не опубликованные в Сборнике, п. 335, а также от 16 декабря 2008 года, *Masdar* (Великобритания) против Комиссии, С 47/07 P).

[33]. То же самое можно сказать о GIE, Honeywell и Microsoft в 2004 году [38]. С другой стороны, если говорить о борьбе с монополиями, то создается впечатление, исходя из некоторых решений Суда, что, хотя бы частично, соглашение должно действовать на территории Сообщества (см., с этой точки зрения решение Суда Европейского Сообщества по делу Ahlström от 27 сентября 1988 года [26]). Это обнажает пробел в европейском законодательстве о конкуренции, который не находит правовых средств его амортизации на уровне ВТО, поскольку не существует соответствующего законодательства о конкуренции, и поэтому не существует правовых антимонопольных соглашений. Помимо этих юридических дефектов, имеются также экономические соображения, связанные с таможенным законодательством. Поскольку Европа является таможенным союзом и определение таможенного тарифа теперь относится к исключительной европейской компетенции⁴¹, то отечественное и европейское законодательства о конкуренции в какой-то мере подвергаются нападкам по части их согласованности, даже в результате общего и постепенного снижения таможенных пошлин, что является одним из важнейших положений соглашений ВТО, закрепленных в Договоре о Европейском союзе. Статья 21 Договора гласит, что Союз определяет и проводит общую политику и действия, и должен работать для обеспечения высокого уровня сотрудничества во всех областях международных отношений, чтобы поощрять интеграцию всех стран в мировую экономику, в том числе путем постепенного устранения барьеров в международной торговле. Поскольку все торговые барьеры ВТО в настоящее время должны, по мнению ВТО, устраняться и трансформироваться, закрепляясь в форме таможенных тарифов, то барьерами для торговли и являются, прежде всего, таможенные тарифы, которые должны быть отменены, чтобы способствовать свободной торговле ВТО. Если устранение таможенных тарифов для продвижения мировой торговли поначалу может показаться очень похвальным, то такое восприятие должно, тем не менее, стать несколько более тонким, если мы внимательнее взглянем в гетерогенность правовых и экономических систем, находящихся в почти свободном общении. Так, государства, не уважающие прав человека и не имеющие экономик с очень высокими социальными издержками, не имеющие также никакого экологического законодательства, могут почти беспрепятственно экспортировать товары или услуги в страны, экономика которых несет финансовые издержки, вытекающие из их законов. Поскольку внутреннее и европейское конкурентное право стали экономически неэффективными в преодолении этих очень важных различий в стоимости производства продуктов или услуг, то конкуренция между третьими странами и Европейским союзом, квалифицируемая с этой единственно возможной, этической точки зрения, представляется совершенно несправедливой.

Б / Препятствия для сближения законодательств экономической конкуренции

Существует целый ряд препятствий для сближения права конкуренции и права свободной торговли. Закон о конкуренции вытекает из логики правового государства. Он является частью внутреннего и коммунитарного правопорядка, который распространяет на компании, действующие часто в одной и той же валютной зоне, все виды обязательств, вытекающих из нормативных актов, касающихся социального, экологического или фискального законодательства. Верно, что между различными правовыми системами государств-членов всё еще существуют диспропорции, которые могут налагать различные экономические и финансовые ог-

⁴¹ Статья 3 Договора о функционировании Европейского союза: 1. Союз обладает исключительной компетенцией в следующих областях: а) таможенный союз; и т. д. и ст. 31: Общие таможенные тарифные пошлины устанавливаются Советом по предложению Комиссии.

раничения на обязательства и тем самым искажать равенство возможностей, которое может существовать в конкуренции между предприятиями. В этом смысле закон о конкуренции и связанные с ним законы, влияющие на его силу, ограничивают конвергенцию в европейской правовой сети, чтобы создать однородный рынок. Закон о конкуренции интегрируется в блок внутренней и европейской законности и формирует юридически и финансово неразделимое целое. Эта юридическая архитектура единосущна с техникой государства, и то, что организует сочлененность целого, краеугольный камень здания в конечном итоге, – это понятие общего интереса [61, р. 36]. Верно, что европейские органы, которые сначала хотели, прежде всего, создать однородный европейский рынок, дали толкование договоров, особенно неблагоприятное для общих интересов государственных служб, в том виде, в каком они были задуманы государствами-членами. Эти государственные службы считались противоречащими внутреннему и европейскому законодательству о конкуренции. Впоследствии судьи Суда Европейского Сообщества в делах *Corbeau* и *Almelo* признали, что существует общий экономический интерес, несовместимый с простой рыночной логикой [4; 2]. Впоследствии, хотя и не признавая за государственной службой универсального предназначения, как смогла сделать Франция, власти создали в некоторых секторах службы общего экономического интереса (почта, транспорт, энергетика, телекоммуникации), которые теперь закреплены в ст. 14 Договора о функционировании Европейского союза⁴². Даже появилась вместе с Протоколом № 26 в качестве приложения к Лиссабонскому договору концепция службы, не имеющей общего экономического интереса. Она признана в основном законе, однако определения не имеет. В ее сфере и содержании имеется подраздел SIG, который входит в компетенцию Сообщества только для общих принципов договоров (прозрачность, отсутствие дискриминации, равное обращение, пропорциональность) и, следовательно, не подчиняется законам о конкуренции Сообщества и внутреннего рынка. Таким образом, ст. 2 Протокола № 26, прилагаемого к Лиссабонскому договору, предусматривает, что «положения договоров никоим образом не влияют на компетенцию государств-членов представлять, исполнять и организовывать неэкономические службы общего интереса». Но эта концептуальная согласованность и этот дух конвергенции, к сожалению, являются только внутренними для права европейских стран. Действительно, юридические усилия по регулированию экономической конкуренции не должны юридически изолировать законодательство о конкуренции от других законодательств, которые оказывают явное влияние на экономическую конкуренцию. Это касается социального права, экологического права, налогового законодательства или права интеллектуальной собственности, которые оказывают очень сильное воздействие на равные возможности и структуру экономических издержек, возложенных на различных конкурирующих экономических агентов. Таким образом, внутреннее и европейское конкурентное право применяются к компаниям, также подпадающим под требования законов об охране окружающей среды, налогообложении и социальном страховании, кото-

⁴² Статья 14 (бывшая ст. 16 ТЕС) Договора о функционировании Европейского союза: без ущерба для ст. 4 Договора о Европейском союзе и ст. 93, 106 и 107 настоящего Договора и учитывая роль служб общего экономического интереса в общих ценностях Союза, а также роль, которую они играют в содействии социальной и территориальной сплоченности в Союзе, Союз и его государства-члены, каждое в пределах своих соответствующих сфер компетенции и в пределах сферы действия договоров, следят за тем, чтобы эти службы функционировали на основе принципов и в условиях, в частности экономических и финансовых, которые позволяют им выполнять свои миссии. Европейский парламент и Совет, действуя посредством регламента и в соответствии с обычной законодательной процедурой, устанавливают принципы и определяют условия отправления и финансирования этих служб без ущерба для компетенции государств-членов в соответствии с договорами.

рые могут быть довольно строгими. Хотя взаимосвязь между законодательством о конкуренции и этими другими законодательствами, связанными с финансовым бременем, не всегда четко установлена, следует отметить, что отдельные государства, как и Европа в целом, налагают налоговые, социальные и экологические ограничения на компании, которые явно воздействуют на их конкурентоспособность. С учетом этого, европейские компании оказываются в значительной степени наказуемыми по сравнению с их конкурентами из третьих стран, которые не несут тех же ограничений, введенных во имя общих интересов. Поэтому ожидалось, что закон ВТО исправит эти искажения конкуренции, которые могут существовать в результате разрешения на свободное перемещение товаров между экономическими зонами, признав, что компенсационные таможенные пошлины нивелируют неравное бремя. Этого не случилось. Закон свободной торговли вместо этого, скорее, ограничивает дивергенцию на мировом рынке, оставаясь при этом законом только торговой политики. Таким образом наименее развитые страны стремятся получить конкурентное преимущество, снизив для компаний все юридические ограничения, которые могут влиять на их конкурентоспособность. Точно так же компании, которые часто получают выгоду от отсутствия согласованности между различными членами ВТО, не стесняются переводить свое промышленное производство или услуги в страны с наименее требовательным законодательством. Единственным препятствием на пути конвергенции, которой будет заниматься законодательство о свободной торговле, была бы попытка привести законодательство европейских государств в соответствие с законодательством стран, экономика которых была бы наименее юридизирована. Таким образом, можно предположить существование «рынка права» для всех корпоративных финансовых стратегий. Отсюда понятно, что «дух законов», который оживляет право на свободную торговлю, не есть дух правового государства в том смысле, что последнее строит правовую экономику, сувереном которой является. Свободная торговля выступает даже противником правовой экономики. Если закон о конкуренции является правом цивилизованной либеральной экономики, то право свободной торговли является правом финансового хищничества, и оно склонно играть на путанице, которая может сохраняться между свободой и хищничеством. Продолжая эту логику, можно даже утверждать, что свободная торговля является противником рынка. Эта беспощадная борьба финансистов за сокращение публичного экономического права государств путем финансового шантажа и пресечение любого проекта защиты европейского рынка не ведет ли к исчезновению на практике самой концепции рынка? Поэтому напоминание о правилах игры представляется необходимым: любая свобода предполагает юридическую конструкцию, т. е. концептуальное юридическое представительство различных экономических свобод, чтобы придать им смысл, совместимый с социальным договором, гарантом которого является государство. Признать это простое базовое правило – значит быть либеральным. Впрочем, что говорят нам так называемые либералы последние двадцать лет? Что нужно противопоставить свободу правилу: очевидно, идея может показаться подозрительной. Затем она была возведена в идеологическую, даже квазирелигиозную догму: государство, даже демократическое, является экономическим злом, а рынок без доверия или закона – добром... Предлагаемая динамика свободной торговли, как правило, блокирует, и даже приводит к регрессу законы, структурирующие рынок, и в результате разрушает его. Либеральный рынок заменяют фактические ситуации настоящей экономической войны.

Читая экономические исследования, можно обнаружить, что с самого зарождения экономической мысли никогда не формировалась такая коалиция представителей этой дисциплины [41]. Если история экономических теорий соткана из череды споров, часто пылких, а иногда и конфронтационных, о ценности, харак-

тере денег, формах конкуренции, предполагаемой роли капитала, пользы или опасности публичного вмешательства в ход дел, то сегодняшние дебаты расстилают перед нами скучную равнину [42]. Таким образом, неолиберальная вульгата сумела атаковать государства и их публичное экономическое право, чтобы успешнее поработить их в пользу финансовой глобализации. Доказательство таких научных квалификаций, данных в настоящей статье в отношении состояния мирового экономического права, можно найти в таможенной номенклатуре, упомянутой во введении. Цифры столь же выразительны, как и закон: почти 40 % промышленного импорта из Европейского союза осуществляется без таможенных тарифов, тогда как средний уровень таможенных тарифов для остальных 60 % составляет 3,5 %. Следовательно, существует мировая цена для каждого из продуктов, упомянутых в таможенной номенклатуре. Однако Франция, где обязательные сборы поглощают около 43,5 % ВВП⁴³, вступает в лобовую конкуренцию с Японией в производстве того же продукта, где обязательные сборы составляют всего 27,4 % от ВВП⁴⁴. Те же французские компании конкурируют и с Китаем, где налоги почти такие же большие, как во Франции, но заработная плата в среднем составляет 260 евро в месяц с минимальным € 62 (без социального обеспечения и выплаты пенсий). Конкурентное преимущество для представителей Запада посредством инноваций (патентные заявки) и производительности также сводится на нет. Развивающиеся страны внедряют инновации, а их заводы роботизируются. Либерализация услуг также согласуется с общей логикой соглашения о торговле услугами ВТО. Кроме того, необходимо учитывать, что услуги освобождены от таможенных пошлин. Еще одним ударом по законодательству о конкуренции стало появление финансово непрозрачных стран, которые предоставляют компаниям возможности избежать налогообложения развитых стран. Эти правовые и финансовые механизмы, описанные как *офшорные*, например, использующие методы трансфертного ценообразования, очевидно нарушают равенство компаний в экономической конкуренции и компрометируют правовое государство⁴⁵. Отмена нормативных актов, которые позволяли государственным органам осуществлять непосредственное вмешательство в экономическую сферу, не могла оставаться в силе. Действительно, демонтаж этой классической государственной власти на благо европейской интеграции и на благо соглашений ВТО должен был обрести политическую легитимность для утверждения нового публичного права. Взамен этих нормативных актов, которые делали экономику вопросом суверенитета, была предложена концепция регулирования. Регулирование станет набором методов для установления и поддержания оптимального экономического равновесия, требуемого рынком, который не способен вырабатывать этот баланс самостоятельно [37]. Это определение очень интересно, но юрист может сразу обнаружить в нем два серьезных недостатка для современного права. Первый – это сомнение, внушаемое малоизученным аспектом регулирования, применяемого к закону при

⁴³ Франция остается «чемпионом» обязательных сборов с обязательной ставкой корпоративного налога (ТРОЕ) в размере 17,9 % в 2009 году против среднеевропейского показателя в 12,6 %.

⁴⁴ Значения за 2005 год, задолго до финансового кризиса [18].

⁴⁵ Газета «Отголоски среды», 6 июля 2011 г.: «Компании САС 40 платят очень мало налогов на компании» и интервью Жилия Карреса, стр. 4; Трансфертное ценообразование: Согласно определению Организации экономического сотрудничества и развития (ОЭСР), трансфертные цены являются «ценами, по которым предприятие переводит материальные ценности, нематериальные активы или услуги ассоциированным предприятиям». Но с более прагматичной точки зрения трансфертные цены являются средством оптимизации взвешивания глобального налогового бремени посредством территориальной передачи доходов из одной страны в другую, учитывая фактическую процентную ставку каждой из них. За последние десять лет трансфертное ценообразование стало одной из серьезных проблем. Планы корректировки, связанные с этой проблематикой, возросли с 200 тыс. евро в 1996 году до 1,1 млрд евро в 2004 году. Мировая торговля внутри группы составляет более 60 % международной торговли.

нынешнем порядке его исполнения. Второй связан с моральными ценностями, которые сопряжены с правовыми нормами. Как регулирование придает справедливость правовым нормам, должно ли проводить политику? Необходимо вновь обратиться к происхождению регулирования. Первоначально и в контексте духа системы понятие регулирования появилось вместе с кибернетикой, робототехникой Норберта Винера. Но на самом деле, и задолго до появления роботизированной эры, гидравлика всех цивилизаций также стремилась регулировать жидкости. Но надо заметить, что регулирование оставалось в своей области, в области механизмов. Совсем не удивительно, что составители договоров по гидравлике однажды увидели, что их концептуальные инструменты используются для управления государством. Достаточно было только сослаться на греческую этимологию слова «гидравлика», чтобы измерить масштабы происходящей революции. Гидравлика исходит от Hydros (вода) и aulos (флейта), что подразумевает работу с помощью жидкости в канале... Вот что должно было вызвать реакцию большинства ортодоксальных демократов, а также специалистов по правам человека! Но нет, перенос народа в государство гидравлической жидкости не явилось в сознании юристов постыдным отступлением от конституции. Поскольку регулирование не занимало места в иерархии норм, оно могло использовать свою силу привлекательности и иррадиировать на всю правовую систему. Таким образом, сторонники регулирования могли, по крайней мере в своей выставленной напоказ идеологии, вызвать в начале подозрение в похвальных намерениях. Для устранения дефицита глубинной легитимности политического класса, идея создания регуляторов, т. е. независимых административных органов, состоящих из «мудрецов», наделенных бесспорным опытом, была идеей хорошей. Но регулирование остается чрезвычайно сложной концепцией для легализации [22], и в этом смысле она является союзником свободной торговли, поскольку она позволяет ей оправдывать дерегулирование экономики, сохраняя при этом идею о том, что правопорядок неформальный и доброжелательный продолжает осуществляться. В любом случае регулирование является явным доказательством кризиса, через который проходит общий интерес, кризис, который воспринимается как острый скептицизм по отношению к классическим методам государственного вмешательства (и поэтому, будучи идеологически дискредитированы, нормативные акты, позволяющие защищать общие интересы, были отменены без создания того же юридического арсенала на европейском уровне). Следует, однако, отметить, что либеральная идеология свободной торговли, основанная просто на дополнительном постулате административной деятельности, единственная задача которого – смягчить возможный кратковременный отказ от естественных экономических механизмов, начинает вызывать серьезные сомнения [17]. Даже Всемирный банк, долгое время выступавший за минимальное государство, в докладе за 1997 год подчеркнул важность роли государства, хотя оно по-прежнему считается только «регулятором» [58]. В результате этих дебатов мы видим, что общие интересы, защищаемые государством, кажутся нам неприемлемыми. Доказательством этому явилось доминирование государственного воздействия на экономику во имя общих интересов в период финансового кризиса 2008 года. Конечно, защита общих интересов традиционными средствами вмешательства государства не должна ограничиваться исключительными обстоятельствами. Наконец, следует отметить, что истинные специалисты в области регулирования с научно обоснованным подходом, т. е. специалисты по гидравлике в области машиностроения, наверняка посчитали бы совершенно недопустимой реальную практику законодательства, осуществляемую посредством регулирования [21].

Эти проблемы гармонизации и взаимодополняемости международного экономического права и европейского права, подразумевающие наличие проблем кон-

курентоспособности для европейских компаний, не оставили равнодушными европейских парламентариев. Действительно, в резолюции Европейского парламента от 24 апреля 2008 года, озаглавленной «*На пути к реформе Всемирной торговой организации*» [59], депутаты Европарламента подчеркивают, что ВТО является единственной глобальной организацией, уполномоченной разрабатывать регламенты, которая не входит в семью организаций системы Организации Объединенных Наций, и поэтому действия ВТО по-прежнему ограничены только областью торговой политики. Поэтому они призывают Комиссию поставить эту структурную проблему на первое место в повестке дня реформы ВТО. Те же члены требуют тщательного изучения вопроса о более эффективной интеграции проблем, не связанных с торговлей, в сферу применения правил ВТО, с тем чтобы позволить членам добиваться законных политических целей, сохраняя при этом доступ к рынку. Они подчеркивают в этом отношении, что усилия по принятию международных критериев должны быть решительно поддержаны Союзом и что развивающимся странам должна быть оказана необходимая помощь, с тем чтобы они могли удовлетворять этим критериям. Наконец, в интересах обеспечения согласованности между системой Организации Объединенных Наций и ВТО Европейский парламент считает, что наиболее амбициозной задачей для ВТО является обеспечение правилами торговли полного соблюдения законодательства в области прав человека, а также социальных и экологических критериев. В той же логике и в тот же день, 24 апреля 2008 года, Европейский парламент принял, 530 головами «за», 14 «против», при 9 воздержавшихся, резолюцию о соглашении о свободной торговле между ЕС и Советом сотрудничества стран Залива (ССЗ), представленную Комитетом по международной торговле. В этой резолюции парламент полагает, что торговое соглашение с ССЗ является полезным дополнением к многосторонней системе ВТО, при условии, что оно выходит далеко за рамки сокращения таможенных тарифов и учитывает критерии качества, связанные с торговлей, включая действующие положения о правах человека, социальные и экологические стандарты. Но давайте не будем упускать из виду, что самое главное для Европы – это коммерческий подход, который следует справедливо поощрять перед лицом конкуренции, в частности со стороны США и азиатских стран. Части текста, посвященные правам человека, социальным или экологическим стандартам, останутся мертвой буквой, если будет затронута экспортная конкурентоспособность европейских компаний.

Заключение

Настоящее исследование требует появления другого, где будет задан вопрос о пределах ограничений свободы рынка, которые могут быть введены государственными органами. Может ли рынок существовать как таковой без какой-либо суверенной государственной власти, организующей и обеспечивающей его функционирование? Возможно ли, чтобы публичная власть, «государство», существовала как таковая, если ей больше не удастся подчинять рынок своим полномочиям, чтобы избежать его излишеств?⁴⁶

Участники переговоров в ВТО, независимо от того, какие страны или экономические зоны они представляют, до сих пор всегда действовали, исходя из интересов, а не из рациональных соображений. Интересы требовали, чтобы Европа вступила в экономическую войну, чтобы не оставить мировой рынок Соединенным Штатам. Интересы потребовали, чтобы Китай присоединился к ВТО, поскольку он представляет собой новый рынок для западных стран и поскольку он становился недорогой мировой мастерской. Интересы требовали, чтобы теперь

⁴⁶ Или, скорее, тех явлений экономической войны, которые рынком уже не являются.

глобальная свобода в обращении капиталов могла помочь избежать налогов со стороны развитых стран. Разум, однако, указывает, что социальный договор государства, основанный на общем интересе, рассматривает все аспекты общества как неразделимое целое. Тот же разум требует, чтобы экономические свободы были юридически выстроены государствами, наделенными всеми атрибутами суверенитета. Европа утверждает, что ее очень большое многообразие, культурная и юридическая самобытность, возможно, смогут подчинить свои полномочия интересам экономики и финансов. Условия глобальной торговли могут подвергнуться ревизии. Для этого было бы достаточно ввести таможенные пошлины против стран, которые не соблюдают основополагающих прав, сформировавших Европу. Будет ли европейское федеральное государство защищено суверенитетом своего рынка?

Литература

1. Arrêt [de la Cour du 23 novembre 1999], Portugal/Conseil, [C-149/96, Rec. p. I-8395].
2. Arrêt Almélo du 27 avril 1994 de la Cour de justice des communautés européennes.
3. Arrêt CE 24 mars 2006 KPMG et Conseil d'Etat № 289687, lecture du vendredi 30 mars 2007.
4. Arrêt Corbeau du 13 mai 1993 de la Cour de justice des communautés européennes.
5. Arrêt de la Cour [du 7 mai 1991], Nakajima/Conseil, [C-69/89, Rec. p. I-2069], point 31.
6. Arrêt de la Cour du 12 mars 2002, Omega Air e.a., C-27/00 et C-122/00, Rec. p. I-2569, point 93.
7. Arrêt de la Cour du 16 juin 1998, Racke, C-162/96, Rec. p. I-3655, point 49.
8. Arrêt de la Cour du 22 juin 1989, Fediol/Commission, 70/87, Rec. p. 1781, points 19 à 22.
9. Arrêt de la Cour du 30 septembre 2003, Biret International/Conseil, C-93/02 P, Rec. p. I-10497, point 52.
10. Arrêt de la Cour du 9 janvier 2003, Petrotub et Republica, C-76/00 P, Rec. p. I-79, point 53.
11. Arrêt du 13 mars 2007, Unibet, C-432/05, Rec. p. I-2271, point 37.
12. Arrêt du 16 décembre 2008, Masdar (UK)/Commission, C-47/07 P.
13. Arrêt du 3 septembre 2008, Kadi et Al Barakaat International Foundation/Conseil et Commission, C-402/05 P et C-415/05 P, non encore publié au Recueil, point 335.
14. Arrêt CJCE du 8 juillet 1999, Montecatini SpA c. Commission.
15. Arrêt CJCE du 17 décembre 1998 Baustahlgewebe GmbH c. Commission.
16. Arrêt CJCE du 1er juillet 2008, Chronopost et La Poste/UFEX e.a., C-341/06 P et C-342/06 P.
17. Auby J. B., La globalisation, Le droit et l'Etat, Montchrestien, clefs politique, 2003, p. 98 et S.
18. Avis et rapport du Conseil Economique et social, Prélèvements obligatoires: compréhension, efficacité économique et justice sociale, Rapport présenté par M. Philippe Le Clézio. 2005. Mandature 2004-2009.
19. Berr C. J., Union douanière, Revue trimestrielle de droit européen, 2010, p. 389.
20. Bertrand A., Kalafatides L., OMC, le pouvoir invisible, Ed. Fayard, 2007.
21. Bleux J. M., Fanchon J. L., Génie mécanique automatismes industriels, ed. Nathan, 1996.
22. Calandri L., La notion de droit administratif français, LGDJ, janvier 2009.
23. Carreau D., Flory T., Juillard P., Droit international économique, 3^e édition, Editions LGDJ, 1990, p. 106 et 110.
24. CJCE 21 février 1973, Europemballage corporation et continental can company, 6/72, rec. p. 215.
25. CJCE 5 octobre 1994, Allemagne c/ Conseil.
26. CJCE Ahlström du 27 septembre 1988, 89/85, rec. p. 5193.
27. CJCE International Fruit Company du 12 décembre 1972.
28. CJUE, grande ch., 9 sept. 2008, affaires jointes C-120/06 P et C-121/06 P, FIAMM et FIAMM Technologies c/ Conseil et Commission, soutenus par l'Espagne et Giorgio Fedon & Figli SpA et Fedon America c/ Conseil et Commission, soutenus par l'Espagne.

29. Clamour G., *Intérêt général et concurrence. Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché* (2004), Prix de l'Académie française, Dalloz, coll. «Nouvelle Bibliothèque de Thèses», 2006, vol. 51.
30. Conseil d'État № 297711, lecture du 9 juillet 2007.
31. Conseil d'Etat, arrêt du № 228856 229824 lecture du vendredi 15 juin 2001.
32. Debussy C., *Correspondance*, François Lesure et Denis Herlin, Ed. Gallimard, 2005.
33. Décision du 30 juillet 1997, Europe, février 1998, n° 67, Obs. L. Idot.
34. Décision n° 2007-560 DC du 20 décembre 2007.
35. Delcourt Ch. *Relations extérieures de l'Union européenne*, Revue trimestrielle de droit européen, 2010, p. 745.
36. Depuis la Conférence économique internationale de Genève (SDN) du 4 au 23 mai 1927 (publication de la SDN n°1927.II.52 I et II).
37. du Maris B., *Droit public de la régulation économique*, Dalloz, Collection Amphi, 2004, p. 483 et s.
38. Dubouis L., Blumann C., *Droit matériel de l'Union européenne*, 3° édition, Montchrestien, p. 400.
39. Farjat G, *La notion de droit économique*, Archives de philosophie du droit, Ed. Sirey, 1992, tome 37, p. 27.
40. Garaud M. F., *Impostures politiques*, 2010, p. 51 et s.
41. Goldsmith E., Mander J., *Le procès de la mondialisation*, Fayard, 2001.
42. Gréau J. L., *La trahison des économistes*, Ed. Gallimard, sept. 2008,
43. Henry J.-P., *La fin du rêve Prométhéen? Le marché contre l'Etat*, R. D. P, 1991, p. 632.
44. Laget-Annamayer A. *Le statut des accords OMC dans l'ordre juridique communautaire : en attendant la consécration de l'invocabilité*, Revue trimestrielle de droit européen, 2006, p. 249.
45. Laubadère A., *Droit public économique*, cinquième Ed., 1983, p. 616 et s.
46. Leroy Ch., *De la normativité économique en démocratie de marché*, Mélanges offerts à Monsieur Le Professeur Jacques Dupichot, 2004.
47. Leroy Ch., *L'intérêt général comme régulateur des marchés*, Revue trimestrielle de droit européen janvier-mars 2001.
48. Leroy Ch., *Les rapports contemporains entre l'Etat et le marché*, Essai d'interprétation, La revue administrative, 1996.
49. Leroy Ch., *Pour un droit souverain du marché européen*. – URL: <http://chrisleroy.free.fr/droit-souverain.htm>.
50. *Les entreprises du CAC 40 paient très peu d'impôt sur les sociétés*, Journal Les échos du mercredi 6 juillet 2011.
51. *Les incidences constitutionnelles de la réforme accordant son indépendance à la Banque de France*, Les petites affiches, 18 juillet 1994, n°85, p. 5.
52. Ligneul N., *Le droit de la concurrence dans le cadre de l'OMC*. – <http://www.cedroma.usj.edu.lb/pdf/omc/Ligneul.pdf>
53. Ordonnance de la Cour du 2 mai 2001, OGT Frucht handelsgesellschaft, C-307/99, Rec. p. I-3159, point 24.
54. Pascal B., *Pensées*, 1670.
55. Pastré O., *La méthode Colbert ou Le patriotisme économique efficace*, Ed. Perrin, 2006.
56. Règlement (CE) no 125/2008 du Conseil du 12 février 2008.
57. Règlement (CE) No 3286/94 du Conseil du 22 décembre 1994 (Journal officiel L 349 du 31.12.1994, p. 71) modifié par le règlement (CE) n°125/2008 du Conseil du 12 février 2008, Journal officiel n° L 040 du 14/02/2008 p. 0001-0002.
58. Shiata I., *The changing rôle of de state and some related gouvernance issues*, Revue européenne de droit public, 1999, № 4, p. 1459.
59. *Sur la voie d'une réforme de l'Organisation mondiale du commerce : résolution du Parlement européen du 24 avril 2008 (2007/2184(INI))*.
60. *Traité sur l'Union européenne et du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne*: Journal officiel n° C 115 du 09/05/2008, p. 0001-0388.
61. Truchet D., *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat: retour aux sources et équilibre*, Conseil d'Etat, rapport public 1999.

Christophe Leroy,
Doctor of Law, University of Perpignan (France)

The Globalized Free Competition: Essay about Interrelation between the Right of Free Trade and the Right of the Competition

A research objective is studying of interrelation between freedom of trade and the right of the competition. It turns out that freedom is used contrary to norms which are actually intended for her regulation. Thus the attempt to show how free trade can become the instrument of violation of the classical law of economy of the constitutional state – rule of law (and corresponding legal economy) in favor of economic normativity of behaviour. Differences in political goals and legal structures of free trade and the competition and also corresponding to them (and also various) institutional concepts of these divergences are analyzed. The legal means necessary for implementation of the economic policy designed to protect the interests of the nation (public interests), available for the sovereign state though any of these legal means hasn't got the constitutional level in France, for example, on the one hand are analyzed. On the other hand, the process of legal evolution connected with restriction of sovereignty of member states of the European Union (EU) and emergence of the exclusive competence of the EU which isn't allowing the certain states to use the specified means in the effective way is considered. Protection of common interests of the European countries isn't promoted in a full and desirable measure by activity of the WTO which doesn't correct the available competition distortions which appear as a result of free movement of goods between economic zones. The law of free trade limits divergence in the world market, remaining at the same time the law only of trade policy. Thus, some countries seek to get competitive advantage, having reduced all legal restrictions which can influence their competitiveness for the companies. In the same way the companies which often receive benefit from lack of coherence between various members of the WTO don't hesitate to transfer the industrial production or services to the countries with the least exacting legislation. Free trade acts as the opponent of legal economy. If the law on the competition is the right of civilized liberal economy, the right of free trade is more likely the right of financial predatoriness, and it tends to play on confusion which can remain between freedom and predatoriness. Free trade is an opponent of the market. This ruthless fight of financiers on reduction of the public economic law of the states by financial blackmail and to suppression of any project of protection of the European market leads, apparently, to disappearance in practice of the concept of the market. Freedom is opposed to regulation that is built in ideological, quasireligious dogma: the state, even democratic, is the economic evil, and the market without belief and the law is good. This dynamics of free trade blocks the laws structuring the market and as a result destroy it.

Key words: public law; public economic law; European law; right of the competition; freedom of trade; legislation on the competition; legislation on free trade; market; globalization; public interest; protection of interests of consumers; principle of justice; discrimination prohibition; equal treatment; proportionality; principle of legal safety; legal structure of liberalism; constitutional state – rule of law; European Union (EU); exclusive competence of the EU; World Trade Organization (WTO); hierarchy of norms; constitutional right of multinational corporations; constitutional values; sovereignty of the state; sovereignty restriction; legal means; market rules; *pacta sunt servanda*; "right market".