

Антуан Ориген*

ПОДЧИНЕНИЕ ПУБЛИЧНЫХ ВЛАСТЕЙ КОНКУРЕНТНОМУ ПРАВУ

Термин «подчинение» как нельзя лучше характеризует то, каким образом во Франции рассматриваются отношения между конкурентным правом и публичными властями. Конкурентное право как совокупность правил, исходящих от права Европейского Союза и от внутреннего права, направленных на поддержание публичного экономического порядка посредством противодействия некоторым практикам (сговорам, злоупотреблению доминирующим положением), ведет к ограничению использования арсенала публичной власти, которое может нарушить функционирование рынка. Такого рода действия имеют особую природу, связанную со спецификой публичных властей, которую мы можем определить как любую организацию, исполняющую какую-либо деятельность публичной службы, и в целях ее обеспечения располагающую средствами, выходящими за рамки общего права.

Несомненно, конкурентное право рассматривается публичными властями как существенное ограничение¹. Такого не должно быть в правовом государстве, потому как в этом случае публичные коллективы должны соблюдать правила, которые они сами же и выпустили. Подчинение, о котором идет речь, было бы не чем иным, как логическим ослаблением правового государства в экономической сфере.

Как в свете сказанного понять то, что во Франции проблематика отношений между публичными властями и конкурентным правом зачастую сводится к противоположным утверждениям? Можно предложить этому два основных объяснения. Первое вытекает из места, занимаемого понятием общего интереса, превосходящего частные интересы, в том числе экономические, тесно связанные в капитали-

стическом укладе с погоней за выгодой. Общий интерес в том виде, в каком он понимается в нашем юридическом галликанизме, — это волюнтаризм. Такое восприятие помогает легитимировать вмешательство государственной суперструктуры, превосходящей частные интересы. Поскольку арсенал публичной власти не может привлекаться иначе, как в целях общего интереса, против нее не могут выдвигаться нормы права, первоочередной функцией которых является регулирование частных отношений. Иными словами, признание того, что позиция публичных властей выходит за обычные рамки, означает, что к публично-правовым сущностям должно быть априори исключено применение конкурентного права.

Другое обоснование выводится из либеральной концепции государственного вмешательства. В отличие от общего мнения, классики, в первом ряду которых значится и Адам Смит, никогда не сбрасывали со счетов государственное вмешательство в целях регулирования экономики. Но они принципиально (нужно делать акцент именно на этом слове) отвергали то, что публичная власть может обратиться в экономического актора, вмешивающегося в рынок. Из этого подхода следует, что нужно четко разграничивать деятельность публичной власти и экономическую деятельность. Отсюда напрашивается простой вывод: будучи отличными друг от друга, публичная и экономическая сферы должны регулироваться исключаящими друг друга правилами.

В конечном счете, принимаем ли мы интервенционистское видение или классическую точку зрения, конкурентное право представляется совершенно чуждым по отношению к публичным властям. Так что же тогда делать с тем, что вновь видим их подчиненными кон-

¹ См. нашу работу: *Prérogatives de puissance publique et droit de la concurrence*. LGDJ, 2009. 560 p.

курентному праву? И снова объяснения нужно искать в двух доктринах, о которых говорилось ранее. Французские публичные власти, придерживаясь широкой трактовки общего интереса, неизменно оправдывали увеличение государственного вмешательства в рынок и на рынке и содействовали тому, чтобы лица публичного права брали на себя ответственность за целые секторы экономики, будь то на местном или национальном уровне. Этот экспансионизм «дотошного, следующего правилам, предусмотрительного и ласкового» государства, прочувствованный Токвилем², нашел воплощение в том, что публичный сектор стал непосредственно конкурировать с частным. Основываясь на французской концепции общего интереса и публичной службы, такого рода экономическое вмешательство на рынке зачастую облекалось в форму монополий, которые представляют собой отрицание конкуренции.

Такое положение дел не могло не противоречить не только либеральным, но и ордолиберальным подходам, которые в какой-то мере ретранслируются европейским строительством. С точки зрения либералов в строгом смысле этого слова вмешательство публичной власти на рынке может быть допущено лишь при условии, если оно имеет место в условиях, одинаковых для остальных экономических акторов. Из разделения деятельности органа публичной власти и экономической деятельности вытекает, что, если лица публичного права претендуют на какую-то роль в экономике, они должны соблюдать при этом общее для всех право. Любые исключения из общих правил возможны лишь в той мере, в какой предоставление благ не может быть надлежащим образом обеспечено частным сектором. Что касается ордолибералов, то в их представлении государственное вмешательство в экономику должно соответствовать весьма точно определенным условиям. Не вдаваясь в подробности сути этой доктрины, появившейся при весьма специфических обстоятельствах, нужно иметь в виду, что, по их мнению, публичное вмешательство в экономику, будь то в рынок посредством регламентации товарообмена или на рынок с помощью осуществления какой-либо

промышленной или коммерческой деятельности, способно привести к нарушению рыночного равновесия³. Оно заключается в риске искажения рыночных механизмов в частных или чуждых общему интересу целях, тогда как наибольшая опасность дерегулирования состоит в появлении длительной монополии. По сути, он увековечивает появление частной власти (*puissance privée*) или вскрывает пристрастность публичной власти, которая также может покровительствовать частным интересам.

Ничто более не противоречит французскому подходу к роли публичной власти в экономике как то, о чем кратко говорилось выше. Слово «подчинение» достаточно хорошо отражает ситуацию взаимоотношений между конкурентным правом и публичными властями во Франции. Без влияния Европейского Союза Франция вряд ли бы вооружилась продуманным и институционализированным конкурентным правом. Впрочем, с течением времени эта французская сдержанность в отношении конкуренции и ее права нигде не исчезла. Помимо политических выступлений, некоторые регулирующие акты и порой недостаточный контроль со стороны административного судьи за вмешательством в рынок и на рынке оставляют ощущение незавершенности. Будучи запоздалым, подчинение публичных властей конкурентному праву остается несовершенным.

ЗАПОЗДАЛОЕ ПОДЧИНЕНИЕ

Если ограничения конкретного права были недавно как-то относительно легко распространены на частных экономических акторов, то того же нельзя сказать о публичных властях, которые долгое время стояли в стороне от рыночной дисциплины. Конкурентное право не могло выдвигаться против них при осуществлении публично-правовых прерогатив. Однако идея о том, что осуществление публично-правовых прерогатив исключает применение конкурентного права, подвергалась широкой критике, потому что, в частности, издание регламентирующих актов может иметь значительное влияние на нормальное функционирование рын-

² *Tocqueville A. de. De la Démocratie en Amérique (II). Gallimard-Nrf, 1992. Vol. II. P. 837. (Coll. «De La Pléiade»).*

³ См., в частности, описание ордолиберализма и его роли в европейском строительстве: Dehay É. *La justification ordo-libérale de l'indépendance des banques centrales // Revue française d'économie. 1995. Vol. 10/1. Pp. 27–53.*

ка. Запоздалое подчинение публичных властей конкурентному праву объясняется тем, что оно долгое время находилось в зачаточном состоянии, а применение этих правил к публичной власти часто заканчивалось провалом.

А. Конкурентное право, которое долгое время находилось в зачаточном состоянии

Несмотря на некоторую регламентацию и попытки независимого регулирования конкуренции, Франция, по сравнению с США или Германией, не может похвастаться настоящей юридической традицией в сфере конкурентного права⁴. У истоков глубокой эволюции экономического права, закрепившей свободу цен и конкуренции, стояли европейское строительство и приход к власти правых сил в 1986 г.⁵

Франция всегда занимала неопределенную позицию в отношении конкурентного права. В первую очередь это происходит от смешения феномена конкуренции и конкурентного права. Слишком часто конкурентное право мыслилось как совокупность «неолиберальных» (это выражение с точки зрения политической философии и в особенности экономической доктрины не совсем точно) правил, которые благоприятствуют частным интересам в ущерб интересу общему. Такое видение является ложным, но оно нашло во французской истории мощных ретрансляторов, объясняющих неспособность государства вооружиться настоящим конкурентным правом. В эпоху Старого режима в экономическом плане абсолютная монархия воплощалась в сильном экономическом волюнтаризме короля, который достиг крайней степени при Людовике XIV, чей финансовый контролер Кольбер дал свое имя экономической политике, характеризующейся публичным вмешательством в экономические процессы посредством национальных предприятий, пользующихся безусловными монополиями. Французская революция лишь частично поставила под сомнение этот экономический абсолютизм. Если падение Старого режима и ознаменовалось взлетом либеральных идей

благодаря упразднению корпораций и закреплению свободы торговой и промышленной деятельности⁶, то в реальности государственный интервенционизм не только остался прежним, но и пустил вглубь корни благодаря наполеоновским реформам.

С течением веков государственный капитализм стал основополагающим условием функционирования экономики, в особенности в послевоенные годы. Жестокость двух войн была такой, что зачастую частная инициатива оказывалась бессильной. Государство должно было залатать дыры, без чего не могли быть обеспечены элементарные потребности населения. Необходимость быстрого восстановления экономического роста после кризиса 1930-х гг. путем проведения кейнсианской политики имело решающее значение для утверждения роли государства и муниципального социализма (на местном уровне)⁷. Национализации, монопольное использование таких коллективных благ, как вода или электричество, помощь предприятиям в рамках промышленной политики или регулирование цен — примеры экономики, основанной на интервенционизме, выходящем за рамки общего права.

Обычно такое масштабное участие публичных властей планируется на короткий срок. Даже если и встать на точку зрения Кейнса или других авторов, вмешательство публичных властей в экономику может быть обусловлено лишь изъятиями частного сектора, в особенности в кризисный период. Сохранение такой интервенционистской политики создает риски ограничения частной инициативы, сохранения неоправданных монополий и увеличения размера долга. Ничего такого не было во Франции. В действительности из-за эффекта домино кризисы и войны XX в. были лишь предлогом для сохранения кольберистской традиции, даже когда миновали те обстоятельства, которые лежали в основе ее реализации. Такая преемственность объясняет насыщенность индустриальной политики государства, которая не могла не привести к отказу от модели национальной экономики, основанной на свободной

⁴ См.: *Combe É.* *Économie et politique de la concurrence.* Dalloz, 2005. Pp. 3 et s.

⁵ См.: ст. 101 и посл. ДФЕС и ст. L. 410-1 и посл. Коммерческого кодекса.

⁶ См.: ст. 7 Декрета от 2 и 17 марта 1791 г.

⁷ В числе актов, закрепивших муниципальный социализм, обычно приводятся декреты-законы Пуанкаре от 5 ноября и 28 декабря 1932 г. и правовые позиции Государственного совета в постановлении от 30 мая 1930 г. *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers*, Rec. p. 583.

конкуренции. Выбрав эту политику, Франция на долгое время отстранилась от разработки комплексного свода правовых норм для защиты рыночной экономики.

Доминирование англосаксонских государств во все более либерализующейся мировой торговле и начало европейского строительства, отмеченное ростом немецкого влияния, вынудили Францию принять правила защиты рынка. Последние долгое время оставались ограниченными и казались мало к чему обязывающими публичные власти. Первые шаги конкурентного права растянулись на несколько десятилетий из-за отсутствия комплексного законодательства, порицающего антиконкурентные практики. Казалось, что лишь один судья обладал функцией по итогам судебных споров порицать экономические практики, которые рассматриваются как злоупотребления в гражданском и уголовном праве⁸. Попытки изменения законодательства были скромными и направлены только на регулирование отношений между частными лицами со слабыми уголовно-правовыми санкциями⁹. Два ордонанса от 30 июня 1945 г., регулировавшие во Франции экономические отношения до 1986 г., предусматривали ограничение цен. И если следовавшие друг за другом реформы со временем позволили провести либерализацию в некоторых отраслях, законодатель упорно отказывался от окончательного утверждения конкурентного права, оставляя на усмотрение административных органов вмешательство в отношении рынка. Административный судья старался ограничивать государственный интервенционизм в начале XX в., обусловив его уважением свободы коммерческой и промышленной деятельности¹⁰. Однако попытка эта оказалась тщетной, и Государственный совет мог лишь принять к сведению всевозрастающий интервенционизм публичных властей, символизируемый муниципальным социализмом¹¹. Пришлось дожидаться 9 августа 1953 г., когда был принят закон, предусматривающий административное наказание за сговоры, создание Технической комиссии по сговорам. Злоупотребление доминирующим положением стало объектом правового регулирования лишь с 1963 г., оно также

было отнесено к ведению Технической комиссии по сговорам и злоупотреблению доминирующим положением. В 1977 г. к ним добавились полномочия по контролю за концентрациями, и Техническая комиссия стала Комиссией по делам конкуренции.

Несмотря на эти разрозненные правила, все еще не была объявлена свобода цен, министр экономики и финансов сохранял последнее слово в утверждении всех исключений по каждой категории антиконкурентных практик. За исключением технических аспектов все регулирование ограничивалось взаимоотношениями между предприятиями. Его применение к публичной власти было исключено, поскольку вмешательство оправдывалось со ссылками на общий интерес. Будучи частноправовым по своей сути, конкурентное право до 1986 г. не закрепляло собственно публичного экономического порядка, распространяющегося как на частных, так и на публичных лиц.

Продвижение европейской конструкции экономической системы, менее зависящей от действий государства, привело к изменению этого видения. Рынок занимает главенствующее место в удовлетворении интересов всех граждан, поэтому избыточное вмешательство публичной власти может повлечь за собой экономические последствия. Это означает, что конкурентное право должно распространяться на действия не только предприятий, но и публичных органов. Так и обстоит дело, когда публичные власти выступают в качестве рыночных акторов и при этом вмешиваются в рынок при осуществлении регулятивной функции.

Ордонанс от 1 декабря 1986 г., кодифицированный в Книге IV Коммерческого кодекса, впервые установил связь между преследованием антиконкурентных практик, правилами концентрации и продвижением публичного экономического порядка, основанного на свободе цен и конкуренции. Тем не менее этот шаг вперед под европейским влиянием подвергся многочисленным исключениям, которые не давали признать конкурентное право той поры по-настоящему зрелым. Помимо порой ограниченных полномочий Совета по конкуренции, ставшего Верховным органом по конкуренции

⁸ Ст. 1382 и 1384 Гражданского кодекса; быв. ст. 419 Уголовного кодекса.

⁹ См.: Закон от 3 декабря 1926 г.

¹⁰ CE, 29 mars 1901, Casanova, Rec. p. 333.

¹¹ CE, 29 mars 1901, Casanova, Rec. p. 333.

в 2008 г., в частности в сфере концентрации предприятий, помощь, предназначаемая для предприятий частного сектора, по-прежнему была слабо ограничена внутренним правом, а публичные предприятия пользовались многочисленными преимуществами, оспаривание которых в суде зачастую было пустым делом. Конечно, лица публичного права, как казалось, частично подпадали под действие конкурентного права. Но если действие ордонанса прочно закрепилось применительно к лицам публичного права, действующим в качестве экономических акторов, то в нем ничего не говорилось об их неэкономической, в частности нормативной, деятельности, которая могла сильно воспрепятствовать свободе конкуренции. Эта ситуация, широко критикуемая доктриной, начала сдвигаться с места только в 1997 г.

В. Выдвижение доводов против публичной власти, долгое время обреченное на провал

В принципе, к деятельности публичной власти конкурентное право применяться не должно. Как было сказано нами во вступительной части, конкурентное право, будучи правом экономической деятельности, не может распространяться на чуждые экономике виды деятельности. Принятие законов, издание регламентов или принятие актов по управлению публичной службой или публичной собственностью (*domaine public*) не относятся к экономической деятельности, а потому к ним не должно применяться конкурентное право. Суд справедливости ЕС закрепил это либеральное видение в известном деле *Eurocontrol* от 1993 г.¹²

Однако в постановлении от 16 ноября 1977 г. Суд справедливости ЕС запретил государствам-членам «принимать меры, позволяющие предприятиям освободиться от ограничений, предусмотренных договорами»¹³. Хотя они и не затрагивали положение предприятий, пользующихся преимуществами, предоставленными публичной властью, логика

Суда справедливости позволяла утверждать, что если деятельность публичной власти имела непосредственный или косвенный экономический эффект, то полезный эффект от конкурентных правил не должен обрекаться на провал.

Несмотря на такую ясную позицию, французский законодатель, судья по конфликтам и административный судья долгое время выступали против подчинения актов публичной власти конкурентному праву. В своем решении от 1989 г. Трибунал по конфликтам счел, что правила, определенные ордонансом 1986 г., «применяются к лицам публичной власти в той мере, в какой они занимаются производственной деятельностью, сбытовой деятельностью или обслуживанием населения. <...> Организация публичных служб, осуществленная муниципальным советом, не относится к такой деятельности»¹⁴.

Это решение, бросавшее вызов всей юридической и экономической логике, было почти единодушно раскритиковано доктриной. Тем не менее позиция тогдашнего правительственного комиссара Бернара Стирна, казалось, позволяла надеяться на большее. Государственный советник уже тогда признал, что акты, лежащие в основе деятельности государства, могут оказывать значительное воздействие на рынок¹⁵. Несмотря на неопределенность решения Трибунала, многие ждали лишь повода для судебного спора, чтобы сопоставить с конкурентным правом прямое или косвенное влияние на рынок при принятии актов органов публичной власти. Однако в 1993 г. Государственный совет полностью исключил контроль за актами органов публичной власти с точки зрения конкурентного права¹⁶. Эта позиция продержалась до 1996 г. В решении по другому делу Высокий суд распространил на акт публичной власти европейское конкурентное право¹⁷. Наконец, спустя год конкурентное право было распространено на акты управления публичной службой¹⁸. В последние годы можно было заметить некоторый прогресс со стороны административного судьи,

¹² CJCE, 19 janvier 1994, SAT Fluggesellschaft, aff. C-364/92, Rec. p. I-43.

¹³ CJCE, 16 novembre 1977, Inno c/ Atab, Rec. p. II-2115.

¹⁴ T. confl., 18 octobre 1999, Préfet de la région Île-de-France c/ Cour d'appel de Paris, Rec. p. 469.

¹⁵ См.: Stirn B., Concl. sur T. confl., 6 juin 1989, Préfet de la région Île-de-France c/ CA de Paris et SAEDE, RFDA 1989, p. 466.

¹⁶ CE, 23 juillet 1993, Compagnie générale des eaux, Rec. p. 226.

¹⁷ CE, 8 novembre 1996, FFSA, Rec. p. 441.

¹⁸ CE, 3 novembre 1997, Société Million et Marais, Rec. p. 392.

который, не делая каких-либо различий, выдвинул конкурентное право против любых прерогатив публичной власти, в том числе в тех случаях, когда было сложно однозначно оценить их экономическую цель.

Отныне вклад административной юстиции позволяет составить такую картину¹⁹.

Первое различие, о котором уже говорилось, заключается в выделении трех видов вмешательства публичных властей:

- 1) в качестве экономических агентов («на рынке»)²⁰;
- 2) посредством надзора за конкуренцией или организации рынка («в рынок»)²¹;
- 3) посредством осуществления классических прерогатив публичной власти («вне рынка» в той мере, в какой использование средств, выходящих за общее право, частично или полностью не связано с защитой конкуренции).

В третьем случае нужно с большим основанием утверждать о противопоставлении в той мере, в какой действие публичных властей не является само по себе антиконкурентным и имеет слабую связь с рынком. Лишь последствия делают их содействующими антиконкурентным практикам, наказываемым конкурентным правом. Можно выделить две различные ситуации:

- 1) конкурентное право жестко ограничивает использование публичных прерогатив, которые хотя и направлены не только в отношении рынка, могут привести к изменению конкурентных правил игры и влиять на положение предприятий. Поэтому особенно распространены правила о конкуренции в контексте публичного заказа²², когда орган по управлению публичной собственностью предоставляет право на размещение предприятий на публичной собственности²³; когда организации, на которую возложена публичная служба, предоставляются исключительные права²⁴;
- 2) конкурентное право не оказывает сильного влияния на прерогативы публичной власти в случае, когда их предмет лишь частично является экономическим. Речь здесь идет о тех из них, которые осуществляются для удовлетворения требований, представляющих общий интерес, не имеющих какой-либо связи с рынком и лишь косвенно влияющих на конкуренцию. Так обстоят дела с общим административным надзором²⁵, управлением публичной собственностью без экономического предмета²⁶, социальное регулирование²⁷. Соответственно, правила конкуренции препятствуют осуществлению указанных прерогатив лишь постольку, по-

¹⁹ Следующие далее тезисы по большей части воспроизводят анализ, представленный в нашей статье «*L'impact du droit de la concurrence sur la délimitation des prérogatives de puissance publique. Aperçu de droit administratif français*» (REDC. 2010. P. 657).

²⁰ Одно лишь исполнение задач публичной службы может оправдать использование определенных преимуществ на рынке, если они не вызывают вопросов, например компенсирование публичных служб (CJCE, 24 juillet 2003, Altmark Trans, aff. C-280/00, Rec. p. I-7747) и даже исключительные права (CE, 27 juillet 2001, CAMIF, Rec. p. 402; CE, 16 juin 2004, Mutuelle générale des services publics, AJDA, 2004, p. 1504. См. также, чтобы понять разницу в анализе: CJCE, 27 avril 1994, Commune d'Almelo, aff. C-393/92, Rec. p. I-1477; CJCE, 19 mai 1993, Paul Corbeau, aff. C-320/91, Rec. p. I-2533).

²¹ Надзор за конкуренцией или регулируемые секторами; решения публичных органов, направленные на изменение структуры рынка (монополии, государственная помощь).

²² CE, 1997, Million et Marais, préc. ; CAA Bordeaux, 23 mai 2006, Association Fouras Environnement Ecologie ; TA Bastia, 6 février 2003, SARL Autocars Mariani c/ Département de la Haute-Corse, AJDA, 2003, p. 738.

²³ CE, 26 mars 1999, Société Hertz et Société EDA, Rec. p. 95. Voir aussi CE, 30 juin 2004, Département de la Vendée, Rec. p. 277 ; CE, 23 mai 2012, RATP c/ Société 20 minutes France, DA 2012, comm. 89.

²⁴ 27 juillet 2001, CAMIF, préc.; 30 avril 2003, Union nationale des industries de carrières et matériaux de construction, Rec. p. 192 ; 24 septembre 2003, CAMIF, № 240604 ; 26 janvier 2007, Syndicat professionnel de la géomatique, Revue juridique de l'économie publique, 2007, p. 265.

²⁵ Avis CE, 22 novembre 2000, Société L&P Publicité SARL, Rec. p. 525 ; CAA Nantes, 15 juillet 2011, Commune de Vitre, AJDA, 2011, p. 2374.

²⁶ CAA Bordeaux du 30 décembre 2008, SARL CRAM, n° 06BX01765.

²⁷ CE, 30 avril 2003, Syndicat professionnel des exploitants indépendants des réseaux d'eau et d'assainissement, Rec. p. 189 ; CE, 21 mai 2008, Société nouvelle de remorquage du Havre, № 29115.

сколькx это приводит к непропорциональному нарушению конкурентного положения на рынке ввиду автоматического появления антиконкурентной практики.

За 20 лет применения конкурентного права к органам публичной власти сложилось впечатление, что Франция наконец-то восприняла нормы, соблюдение которых способствует общему интересу. Однако сила французской политической и юридической традиции требует внести значительные уточнения в эту точку зрения.

НЕСОВЕРШЕННОЕ ПОДЧИНЕНИЕ

Подчинение публичных организаций конкурентному праву, будучи реальным, остается несовершенным в двух отношениях. Первое касается законодательной и регламентирующей базы. Несмотря на целый свод правил, образуемых Коммерческим кодексом (ст. L. 420-1 и последующие статьи), по-прежнему существует большое число актов, содержащих исключения из открытия некоторых рынков для конкуренции, которая по определению должна там присутствовать. Второй недостаток можно найти на уровне деятельности административного судьи, чьи экономические умозаключения порой излишне лаконичны.

А. Регулирование, в котором все еще остаются пробелы. Хотя позитивное конкурентное право Франции во многих отношениях закончено, в многочисленных актах присутствуют исключения. Прежде чем более подробно вдаваться в детали, необходимо сделать предварительное замечание по существу.

По своей сути конкурентное право не выступает против того, чтобы наказание за антиконкурентные практики менялось в зависимости от выполнения ряда некоторых условий. Как любая другая отрасль права, в этом своде правил предусматриваются исключения при наличии других заслуживающих внимания соображений общего интереса или, например, из-за кризисной ситуации. Комиссия и Суд Европейского Союза уже давным-давно утвердили диалектический подход, основанный на изложении принципа и изучении условий,

оправдывающих исключения или смягчение последствий буквального следования конкурентному праву. Например, рассматривая дело о монополии, оспариваемой потенциальным конкурентом, Суд справедливости сначала выявляет признаки монополии и антиконкурентных рисков, которые она влечет (сама по себе монополия не является антиконкурентной практикой), и затем — мотивы, оправдывающие ее существование²⁸. Та же самая логика применяется и к сговорам. Комиссия более или менее жестко реагирует на подобную практику в зависимости от обстоятельств дела. Применительно к конкретным спорам органы по конкуренции обязаны учитывать кризисную ситуацию в соответствующем экономическом секторе для снижения базового размера штрафов, касающихся сговоров, на основании «смягчающих обстоятельств»²⁹. Эти послабления систематически рассматриваются с позиции пропорциональности для того, чтобы не дать возможности бенефициару получить из такой ситуации преимущества на рынке. В праве Европейского Союза эта ситуация весьма проста: в той мере, в какой возникают вопросы о положении предприятия на рынке, оно анализируется, экономически квалифицируется в зависимости от подхода к прочтению конкурентного права, чтобы далее, в известных случаях, воспользоваться корректировочным или исключительным режимом. Важное последствие этого заключается в том, что ни один из рынков не может воспользоваться исключением априори из применения конкурентного права без выявления характеристик состояния такого рынка.

Итак, во Франции законодательная и исполнительная власти сохранили сильную защиту, благоприятствующую некоторым экономическим акторам, хотя, по правде говоря, сложно найти для этой привилегии вразумительное обоснование. Открытие для конкуренции экономических секторов зачастую является весьма частичным, тогда как иные и вовсе по-прежнему работают в режиме монополии.

Публичные власти в силу политических и экономических причин оказались особенно робкими в открытии для конкуренции многих секторов. Не будем излагать здесь под-

²⁸ CJCE, 23 avril 1991, Höfner et Elser, aff. C-41/90, Rec. p. I-1979 ; Corbeau, préc.

²⁹ Déc. Comm. CE № 98/247/CECA, 21 janvier 1998, Extra d'alliage ; déc. Comm. CE № 2003/382, 8 décembre 1999, Tubes d'acier sans soudure.

робности истории открытия для конкуренции сетевых отраслей промышленности, которая свидетельствует о реальной медлительности Европейского Союза при призыве к порядку и осуждению Франции. Ограничимся лишь одним примером, который наглядно демонстрирует чрезмерную, уже ставшую легендарной, осторожность наших публичных властей при распространении конкурентного права на секторы, обладающие символическим значением.

Речь пойдет об открытии для конкуренции железнодорожных перевозок и о последнем эпизоде, который связан с ним, — о принятии проекта закона от 16 октября 2013 г. о железнодорожной реформе³⁰.

С 1997 г. регулирование отрасли было организовано публичными властями следующим образом: управление путями было возложено на «Железные дороги Франции» (RFF), а осуществление пассажирских железнодорожных перевозок обеспечивалось «Национальным обществом железнодорожных путей» (SNCF). Учитывая европейские требования в этой области, разделение этих видов деятельности закончилось провалом. Очень быстро стали раздаваться голоса, обвиняющие в фиаско железнодорожного регулирования во Франции модель, продвигаемую Европейским Союзом. Однако внимательное изучение подготовительной работы тогдашнего Правительства по разделению управления и эксплуатации железнодорожных путей показывает, что в действительности это была ложная цель, в частности из-за того, что RFF сильно зависела от SNCF в ресурсном плане. Фактически это публичное предприятие сохранило за собой контроль над всем отраслевым регулированием. Запоздалое создание органа по регулированию железных дорог — подтверждение сказанному. Вопреки тому, о чем сегодня вещают пу-

бличные власти, провал институциональной схемы 1997–2009 гг. вызван отнюдь не только допуском конкуренции в этот сектор, которая к тому же была введена лишь частично и не затрагивала пассажирские перевозки. Такое положение дел показывает неспособность государства выработать даже схему развития настоящей конкуренции пассажирских перевозок по примеру Германии или Соединенного Королевства. Помимо прочего, просчеты Франции подверглись осуждению Судом справедливости ЕС 18 апреля 2013 г.³¹ Октябрьский проект 2013 г. не вывел Францию из ошибочного положения. Сейчас предусматривается создание Публичного железнодорожного центра, состоящего из двух публичных учреждений промышленного и коммерческого характера (Управляющая компания единой инфраструктуры, которой были переданы задачи RFF, Дирекции по железнодорожной циркуляции и SNCF-Infra; и SNCF, отвечающего за обеспечение пассажирских перевозок); и другого «материнского» публичного учреждения промышленного и коммерческого характера, контролирующего оба предыдущих. Верховный орган по конкуренции в своем заключении от 4 октября 2013 г., раскритиковав проект, призывал к усилению регуляторных полномочий Органа по регулированию железнодорожной деятельности и созданию более беспристрастных условий при открытии для конкуренции³². Уже в 2011 г. в своем тематическом исследовании к ежегодному отчету за 2011 г. Верховный орган по конкуренции обратил внимание на важность более решительной конкурентной политики в этой области³³. Настаивая на обратном, Правительство жаловалось на скованность его действий европейскими институтами и открытием сектора для конкуренции. Так, в пояснительной записке к законопроекту

³⁰ Случай энергетического сектора также красноречив. Пинг-понг между Правительством и Государственным советом по поводу тарифов на электричество также демонстрирует сложности, с которыми сталкиваются французские публичные органы при следовании требованиям свободного рынка, которые они сами же и утвердили, когда принимали акты по либерализации цен на электричество (см.: Lafaille F. *Annulation par le Conseil d'État de l'arrêté du 13 août 2009 relatif aux tarifs réglementés de vente de l'électricité*. AJDA, 2013. P. 126 ; et dernièrement CE, 11 avril 2014, ANODE, № 365219).

³¹ Commission européenne c/ République Française, aff. C-625/10 (нарушение европейских предписаний об открытии для конкуренции национальных путей железнодорожных сообщений для пассажирских перевозок).

³² Avis № 13-A-14, relatif au projet de loi portant réforme ferroviaire.

³³ Autorité de la concurrence, Concurrence et transports de voyageurs, Étude thématique, Rapport annuel 2011, pp. 51 et s.

указывалось, что «достижение цели либерализации железнодорожных пассажирских перевозок, идея которой отстаивается Европейской комиссией в ее недавней законодательной инициативе, содержит риск... дестабилизации отрасли». На самом деле ослабление отрасли не имеет ничего общего с распространением на нее конкуренции и ее права, а является результатом посредственного управления со стороны руководящих органов или синдикатов. Как верно подметил наш коллега Давид Боско, публичные власти сделали «два шага назад» в отношении требований европейского конкурентного права³⁴.

Французская нормативная небрежность не ограничивается сектором железнодорожных пассажирских перевозок. Публичные власти продолжают защищать другие направления транспортной экономической деятельности, например такси. Обосновываемое в первую очередь защитой целостности публичной собственности, создание монополии в пользу такси вытекает из выдачи административной лицензии на осуществление деятельности исходя из количественных квот. На протяжении многих лет это разрешение стало предметом коммерции, поскольку до 1995 г. без каких-либо правовых оснований право на обращение с заявлением к административным органам включалось в цену ее передачи преемнику. Такой правовой режим представлял серьезные трудности в Париже, где предложение лицензий всегда было недостаточно для удовлетворения спроса. Осознавая это, некоторые предприятия хотели потеснить монопольный режим, осуществляя деятельность по предварительному бронированию туристического автомобиля с водителем. Не без участия влиятельного лобби такси, правительство на основании Коммерческого кодекса утвердило проект декрета

о бронировании туристического автомобиля с водителем. Верховный орган по конкуренции в своем заключении от 16 декабря 2013 г.³⁵ выступил против позиции исполнительной власти, напомнив о необходимости углубленного анализа контекста по примеру того, что она выполняла в 2005 и 2009 гг. Проигнорировав содержательный и здравый анализ Верховного органа по конкуренции, 27 декабря 2013 г. Правительство издало декрет, не внося в проект каких-либо изменений. Оспоренное перед административным судьей в порядке срочной процедуры, действие Декрета было приостановлено³⁶. Государственный совет занял позицию регулятора по конкуренции, констатируя, что условия осуществления деятельности по бронированию туристических автомобилей с водителем являлись чересчур строгими для развития их деятельности на рынке с сильной конкуренцией³⁷. После этого эпизода были обнародованы различные рабочие доклады, чтобы сгладить конфликт между профессиональными участниками рынка. Так нужно ли было столько телодвижений и юридических баталий, чтобы получить в итоге скромные в общем-то предложения, которые и так уже предлагались другими давным-давно?³⁸

Можно привести в качестве примеров и другие правовые режимы, предусматривающие законодательные или иные исключения из конкурентного права: монополия нотариусов, вопрос о которой регулярно ставился Европейским Союзом³⁹; монополия фармацевтов, советы которых, как все знают, носят чисто коммерческий характер, что никоим образом не объясняет исключительный режим для фармацевтической продукции. Запрет допускается только в той мере, в какой выявляется имеющая превосходящее значение цель общего интереса — гарантирование надежного и каче-

³⁴ На ту же нехватку решительных действий уже указывали Орган по конкуренции и Орган по железнодорожному регулированию по поводу декрета от 20 января 2012 г. о пассажирских станциях и другой обслуживающей инфраструктуре железных дорог.

³⁵ См.: заключение Верховного органа по конкуренции № 13-A-23 от 16 декабря 2013 г. на проект декрета о предварительном бронировании туристических автомобилей с водителем.

³⁶ CE, ord., 5 février 2014, SAS Allocab et autres, № 374524.

³⁷ Thévenoud T. Un taxi pour l'avenir, des emplois pour la France, Mission de concertation Taxis // VTC. Avril 2014. 87 p.

³⁸ См.: тезисы, представленные Органом по конкуренции в заключении № 13-A-23 от 16 декабря 2013 г. на проект декрета о предварительном бронировании туристических автомобилей с водителем, §§ 20 и далее.

³⁹ CJUE, 24 mai 2011, Belgique et autres (dont France) c/ Commission, aff. jtes. C-61/08 et C-52/08.

ственного обеспечения населения, в частности в отношении характера медикаментов, отпускаемых по рецепту⁴⁰.

Эти два примера как нельзя лучше иллюстрируют парадоксальное отношение публичных властей к конкурентному праву: осознавая всю его важность для обеспечения общего интереса в некоторых географических зонах, например на заморских территориях⁴¹, они отказываются признавать его позитивный потенциал для экономических секторов, чей опыт функционирования в условиях конкуренции, если она была бы реализована надлежащим образом, оказался бы позитивным. Во многих случаях судья демонстрирует ту же непоследовательность в своих временах лаконичных экономических умозаключениях.

В. Экономические умозаключения

Начиная с конца 1990-х гг. в доктрине широко освещались существенные успехи в области углубленного экономического анализа, достигнутые административным судьей в некоторых постановлениях⁴². Мы не ставим под сомнение это очевидное развитие, которое со временем помогло изменить образ административного судьи и его подход к составлению его решений⁴³. С другой стороны, мы хотели бы обратить здесь внимание, как и в случае с законодателем, на недостатки его анализа в некоторых судебных спорах.

Так, если административный судья оказывается особенно словоохотливым и всезнающим в спорах, связанных с экономическим надзором (в частности, в сфере контроля за решениями о разрешении концентраций, что ведет к применению таких сложных теорий, как теория «падающего предприятия»⁴⁴), то он гораздо более молчалив, когда речь заходит об обращении с другими прерогативами публичной власти.

Найдется много судебных решений, которым не хватает экономического анализа, чтобы исключить наличие автоматических или неавтоматических антиконкурентных практик. В настоящее время в связи со спорами по поводу публичной собственности видна недостаточная обоснованность выводов судьи. В качестве примера можно привести морское обслуживание острова Йе. Лаконично высказавшись, Государственный совет счел, что условия реализации обслуживания Управлением по водным переправам департамента Вандеи оправдывают то, что не имелось «чрезмерного нарушения свободы коммерческой и промышленной деятельности, правил конкуренции, а также равенства в обращении с судовладельцами»⁴⁵. Даже если не брать в расчет позицию, в конечном счете выбранную судьей, выражение «чрезмерное нарушение», предполагающее контроль пропорциональности, заслуживает более тщательного анализа экономического контекста. Помимо этого, Высокий суд не делает каких-либо различий между принципом свободы коммерческой и промышленной деятельности, правилами конкуренции и равенства между операторами. Подобное разнородное сочетание находится бок о бок с нехваткой неукоснительной точности.

После постановления 2004 г. восприятие конкурентного права в ситуации, когда оно противопоставлялось прерогативам публичных властей, предмет или последствия которых не были исключительно экономическими, не очень-то изменилось. Более того, административный орган, к которому прикреплены объекты публичной собственности, должен управлять ими в соответствии с их целевым назначением, а в случае, когда они выступают базой для производства продукции, сбытовой деятельности или обслуживания населения —

⁴⁰ CJUE, 5 décembre 2013, *Venturini e.a. c/ ASL Varese e.a.*, aff. jtes. C-159/12 à C-161/12. Запрет, предусмотренный итальянским законом, на продажу в аптеке медикаментов, отпускаемых по рецепту, был признан соответствующим праву Союза.

⁴¹ См.: Закон № 2012-1270 от 20 ноября 2012 г. «Об экономическом регулировании заморских территорий и о различных мерах, касающихся заморских территорий».

⁴² См. основополагающую статью: J.-F. CALMETTE, *L'évolution de la prise en compte de l'analyse économique par le juge administratif*, Dr. adm., juillet 2006 ; et notre thèse préc., pp. 319 et s.

⁴³ Voy. A. ANTOINE, D. FAIRGRIEVE, *Écrire les décisions de justice... Une comparaison franco-britannique*, RDP 2014, p. 759.

⁴⁴ CE, 6 février 2004, *Société Royal Philips Electronic et autres*, Rec. p. 29.

⁴⁵ CE, 30 juin 2004, *Département de la Vendée*, Rec. p. 277.

«с учетом различных правил, таких как принцип свободы коммерческой и промышленной деятельности или ордонанса от 1 декабря 1986 г.». В решении, вынесенном на совместном заседании нескольких подразделений (чьей значимость, однако, не стоит преувеличивать, несмотря на то, что его аргументация воспроизводилась другими административными юрисдикциями⁴⁶), Государственный совет⁴⁷ предоставил публичным органам широкую свободу маневра, исходя из классического видения управления публичной собственностью, стоящей в стороне от конкурентного соперничества. Хотя конкурентное право было упомянуто в числе правовых норм, которые надлежит учитывать публичному органу, его применение допускалось, лишь если заявители развивали содержательную аргументацию в пользу наличия антиконкурентных практик. Если же роль участников судебного процесса остается определяющей, то позиция судьи могла быть более открытой к духу решений судебных органов, последовавших после постановления EDA. В продолжение решения от 1999 г. административные юрисдикции соглашались признавать право на получение разрешения на публичную собственность, чтобы избежать исключения конкуренции ввиду монополии одного лица⁴⁸. К этому также можно добавить, что в деле RATP выводы судьи проникнуты восприятием публичной собственности как основной инфраструктуры для осуществления экономической деятельности⁴⁹. В самом деле, если эта точка зрения оставалась неизменной, юрисдикционному органу нужно было проверить, было ли осуществлено оптимальным способом распределение ресурсов и соблюдался ли при этом принцип равенства между конкурентами? Но опираясь исключительно на стороны дела в том, что касается демонстрации нарушения конкурентного права, Государственный совет потворствовал ограничению

своей способности выполнять экономический анализ. Принятый подход, хотя он и представляется нам устаревшим, объясняется тем, что судьи отказываются излишне стеснять публичные органы в управлении публичной собственностью. Приверженность ассимиляции, пусть неполной и меняющейся в зависимости от обстоятельств между публичной собственностью и основной инфраструктурой, обязывало бы публичную власть обращаться к специфическим процедурам, обеспечивающим баланс между справедливым распределением ресурсов и соблюдением целевого назначения публичной собственности. Для этого и предназначены как уведомительные, так и конкурсные процедуры, тогда как в решении по делу о стадионе «Жан Буэн» Государственный совет отказался распространять на управляющего публичной собственностью какие-либо процедурные ограничения⁵⁰, несмотря на ориентиры практики Суда справедливости ЕС.

Завершая начатую мысль, следует, наконец, отметить, что формулировки постановлений могут быть достаточно путаными. Случается, что судьи шагают с невиданной концептуальной смелостью, отваживаясь на увязывание конкурентного анализа со свободой коммерческой и индустриальной деятельности. В решении от 16 октября 2013 г.⁵¹ высшая административная юрисдикция решила контролировать возможность злоупотребления занимаемой на рынке позицией, компенсируемого в случае необходимости экономическим прогрессом, с позиции свободы коммерческой и промышленной деятельности, а не конкурентного права, нормы которого даже не упоминаются во вводной части. Эти примеры из судебной практики не единичны, тем более что административный судья уже доказал свою способность регулярно приводить конкурентную аргументацию вне контроля за прерогативами в сфере надзора за конкуренцией⁵².

⁴⁶ CAA Bordeaux, 27 novembre 2012, SARL Pétrin du papé, № 11BX03376.

⁴⁷ CE, 23 mai 2012, Régie autonome des transports parisiens, № 348909, AJDA, 2012, p. 1151.

⁴⁸ CAA Bordeaux, 27 novembre 2007, Carreras, № 06BX00462.

⁴⁹ См., в этом значении, заключение Совета по конкуренции № 04-A-19 от 21 октября 2004 г. о занятии публичной собственности для раздачи бесплатных газет.

⁵⁰ CE, 13 janvier 2010, Association Paris Jean Bouin, Rec. p. 472 ; CAA Versailles, 21 juillet 2011, Commune de Verrières-le-Buisson, AJDA, 2011 p. 2105.

⁵¹ CE, 16 octobre 2013, SA Électricité de Tahiti, № 365067.

⁵² CE, 30 avril 2003, Syndicat professionnel des exploitants indépendants des réseaux d'eau et d'assainissement, Rec. p. 189 ; CE, 29 juillet 2002, Société CEGEDIM, Rec. p. 280.

Из всего того, что было сказано, вытекает юридический импрессионизм, выражающий французское нежелание в полной мере следовать логике конкурентного права, которое зачастую подвергалось необоснованной критике и было жертвой смелых идейных сумбуров⁵³. Так, Арно Монтбур — министр по восстановлению производства, затем министр экономики⁵⁴ — мог позволить себе такие речи, которые вызывают удивление у любого специалиста по конкурентному праву: по его словам, «промышленная политика уже давно стала бранным словом; она ведь сводилась к конкуренции. Но конкуренция — это не политика, это отсутствие политики как таковой; мы применяем правила, но не делаем какого-либо выбора». С нашей точки зрения, эти слова, отражающие определенный французский настрой к конкуренции и ее праву, верны лишь отчасти и юридически неточны⁵⁵. Вопреки тому, что утверждается, Франция, страна кольбертизма, основательно проводила промышленную политику, которая стала ослабевать по мере развития деллокализации, в чем конкурентное право не виновато. Главным образом имеется в виду конкурентная политика, призванная сделать так, чтобы в Европейском Союзе в целом и во Франции в част-

ности, благодаря деятельности Верховного органа по конкуренции, применялись правила, призванные гарантировать всеобщее благополучие и конкурентоспособность предприятий. В таком правовом формате логика, направленная на обеспечение конкуренции, превалирует сама по себе отнюдь не всегда. Достаточно подумать об исключениях, предусмотренных конкурентным правом из его применения, чтобы оградить коллективный интерес, которому оно содействует. «Кризисное право» показало эту способность к адаптации, которой в равной мере проникнуто правовое регулирование оказания финансовой помощи (компенсирование публичных служб), концентраций (теория «падающего предприятия»), антиконкурентных практик (кризисный картель). Противопоставлять промышленную политику и государственный интервенционизм конкурентной политике и конкурентному праву — значит сводить все к манихейству и карикатуре. Многочисленные примеры из зарубежного опыта свидетельствуют о том, что вполне возможно эффективно сочетать достижения в промышленной сфере с соблюдением конкурентного права.

Перевод Максима Сорокина

⁵³ См. нашу статью «La France et la concurrence» (AJDA, 2014. P. 1412).

⁵⁴ В августе 2014 г. А. Монтбур был выведен из состава французского Правительства. — Прим. пер.

⁵⁵ См. другой критический анализ этой фразы: Bosco D. De la théodulisation du droit de la concurrence // Contrats Concurrence Consommation. 2014/5. Repère 5.