

САНКЦИИ В ВТО: СПЕЦИФИКА И ПРАКТИКА ПРИМЕНЕНИЯ

А.С. Исполинов,

кандидат юридических наук, доцент, заведующий кафедрой международного права юридического факультета МГУ им. М.В. Ломоносова

Введение

При обсуждении вопроса о вступлении России в ВТО среди различных аргументов в пользу такого шага упоминалось в том числе и то, что такое вступление предоставит России доступ к Органу по рассмотрению споров (далее — ОРС) ВТО для того, чтобы обжаловать меры, предпринятые другими государствами и ущемляющие интересы российских компаний. Этот подход уже начал реализовываться на практике в виде обращения России в ОРС ВТО для оспаривания невыгодных для России положений Третьего Энергетического Пакета ЕС¹. Однако нужно отметить, что пока за рамками обсуждения как на уровне экспертов, так и практиков остается проблема принуждения к исполнению уже принятого решения ОРС в том случае, если проигравшее государство по каким-либо причинам отказывается его исполнить². В этой связи особый интерес представляет изучение не только правовой основы для таких принудительных мер, но и уже имеющиеся решения ОРС о применении таких мер к государствам-нарушителям. При этом заметной особенностью правил ВТО, регулирующих применение санкций, является то, что значительная их часть была сформулирована в решениях арбитражей (о которых пойдет речь ниже). В этих решениях арбитры, рассматривавшие вопросы об эквивалентности запрошенных санкций, фактически устраняли недочеты и пробелы текстов соглашений ВТО (в первую очередь Договоренности о разрешении споров — далее Договоренность), регулирующих вопросы их применения. Автор в рамках данной статьи исследует становление механизма санкций в рамках ВТО, практику применений таких санкций США, Европейским Союзом и другими странами, а также сегодняшние возможности России использовать эти меры на уровне ВТО особенно с учетом создания и развития Таможенного Союза. В конце статьи автор приходит к выводу, что на сегодняшний день как в практическом, так и теоретическом плане возможность и готовность России использовать эти санкции остается на недостаточном уровне, что не может не сказываться негативным образом на самой идее обращения в ОРС для эффективного отстаивания интересов России.

1. Правовые основы механизма санкций в ГАТТ-ВТО

Ключевой особенностью санкций в ГАТТ до создания ВТО было требование консенсуса как для утверждения доклада рабочих групп, создаваемых для разрешения спора, так и для принятия ответных мер к государству-ответчику в случае неисполнения им вынесенного против него решения. Причем для достижения консенсуса требовалось, в том числе согласие, и самого государства-нарушителя, что на практике делало достижение желаемого результата практически нереальным. Отсюда неудивительным кажется тот факт, что за всю историю ГАТТ был всего один случай, когда такое право на введение

¹ Russian Federation — Measures on the Importation of Live Pigs, Pork and Other Pig Products from the European Union, 8 April 2014, доступно на сайте <http://www.wto.org>

² Практически единственным исключением является статья Я.С. Кожеурова «Международная ответственность за нарушения «права ВТО»: соотношение с общим международным правом» // Актуальные проблемы российского права. № 10 (35) 2013. С. 1334—1340.

санкций в рамках ГАТТ получили Нидерланды в отношении США³, правда так его и не использовав. Еще в одном случае запрошенное Европейскими Сообществами разрешение применить санкции против США по делу US-Superfund так и не было получено из-за отказа самих США проголосовать за это решение⁴.

Такая ситуация явно не устраивала государства (в первую очередь США), которые для защиты своих интересов стали все чаще прибегать к односторонним мерам, не обращаясь в ГАТТ за соответствующим разрешением. Это, в свою очередь, порождало массу проблем, среди которых не последнее место занимали вопросы правомерности и соразмерности таких односторонних ответных мер. Именно поэтому вопрос о порядке применения санкций стал одним из ключевых при обсуждении реформы системы рассмотрения споров в ходе Уругвайского раунда.

Создание ВТО принесло немало принципиальных новшеств, среди которых было и урегулирование в рамках Договоренности вопроса об ответных мерах в случае неисполнения решения ОРС. Разработчиками Договоренности была предложена достаточно оригинальная конструкция, которая не предусматривала какое-либо возмещение ущерба, вызванного применением государством-нарушителем оспоренной меры, то есть санкции по определению не могли носить ретроспективный характер. Сама же конструкция ответных мер отличалась следующими основными элементами:

- санкции в отношении государств-нарушителей воспринимаются лишь как крайняя мера, к которой может прибегать только государство-заявитель в виде приостановления с его стороны уступок или других обязательств в рамках соглашения ВТО;
- эти меры должны носить временный характер до исполнения государством-нарушителем решения ОРС;
- эти меры должны быть эквивалентными нарушению, причем как сам уровень эквивалентности, так и форма предполагаемых санкций должны сначала предлагаться самим государством-заявителем, но в случае несогласия с этим со стороны государства-нарушителя (что и происходит во всех случаях, эти параметры должны быть установлены с помощью создаваемого для этих целей арбитража (ст. 22.6 и 22.7 Договоренности);
- в принципе допускается прибегать к санкциям в виде приостановления уступок или других обязательств в рамках другого соглашения ВТО (cross-retaliation). Но это разрешается лишь в случае, если приостановление уступок или других обязательств в других секторах в рамках того же соглашения является невозможным или неэффективным, а обстоятельства дела достаточно серьезны. (ст. 22.3 (с) Договоренности);
- после установления уровня эквивалентности и формы санкций государство-заявитель должно получить разрешение ОРС ВТО на их применение. ОРС ВТО может в принципе и не дать такое согласие, но для этого необходим консенсус всех государств — членов ВТО, включая государство-заявителя, что на практике представляется нереальным. С учетом этого согласие ОРС на применение санкций является квази-автоматическим, что разительно отличает санкционный механизм в ВТО от ГАТТ.

2. Санкции с точки зрения международного права и вопросы терминологии

Говоря о международно-правовых аспектах санкций в ВТО, нужно начать с того, что сами Соглашения ВТО не используют термин «санкции». В Договоренности содержится лишь несколько тяжеловесных фраз об «одностороннем приостановлении государством-заявителем уступок или других обязательств» в рамках соглашений ВТО. В Соглашении о субсидиях и компенсационных мерах, в рамках которого применяются специальные правила для рассмотрения споров, имеющие приоритет над нормами Договорен-

³ US — Suspension of Obligations (Working Party Report, Netherlands Action under Article XXIII:2 to Suspend Obligations to the United States, L/61, adopted 8 November 1952, BISD 1 S/62).

⁴ United States — Taxes on Petroleum and Related Substances, adopted June 17, 1987, 34 th Supp. BISD 136 (1988).

ности, применяется термин «ответные меры». Рассматривая санкции в ВТО с точки зрения права международной ответственности, хотелось бы отметить, что это те самые контрмеры, которым посвящены ст. 49—54 Проекта статей об ответственности государств⁵. По смыслу этих статей контрмеры должны приниматься для того, чтобы принудить какое-либо государство устранить нарушение международного права, а сами контрмеры должны быть пропорциональны нарушению. О таком виде контрмер, который применяется в ВТО, говорится в п. 2 ст. 60 Венской Конвенции о праве международных договоров 1969 г. (приостановление договора полностью или частично в ответ на нарушение договора другой стороной).

Несмотря на то, что по общему правилу государства, совершившие международно-правовое правонарушение, должны полностью возместить причиненный ущерб, особенности санкций в рамках ВТО (в первую очередь как раз отсутствие обязанности возместить ущерб, причиненный применением успешно оспоренной в ОРС мерой) также можно объяснить тем, что с точки зрения Проекта статей об ответственности, режим санкций в ВТО есть ничто иное как *Lex specialis*, о чем говорится в ст. 55 Проекта.

Нужно также отметить, что на сегодняшний день в литературе и в практике ВТО уже устоялись и активно применяются термины «санкции» и «репрессалии» (*retaliatory measures*)⁶.

3. Практика применения государствами санкций в рамках ВТО

С момента создания ВТО в 1995 г и по 1 мая 2014 г. государствами было подано в ВТО 475 жалоб⁷. Исследователи при этом отмечают очень высокий уровень добровольного исполнения государствами вынесенных ОРС решений. Только в 10 делах были запрошено применение санкций в отношении государства-нарушителя, и только в 4 случаях санкции были действительно применены. С одной стороны, это может свидетельствовать о высокой степени эффективности системы разрешения споров в рамках ВТО в целом и о лояльности государств к принятым в рамках этой системы решениям. Однако, по мнению автора, у этих цифр может быть и иное объяснение, о чем пойдет речь ниже.

Опыт использования санкций в рамках ВТО имеют США, ЕС, Канада, Мексика, Япония, которых можно отнести к узкому клубу стран, которые известны своей активной и жесткой позицией при рассмотрении торговых споров. Бразилия, Эквадор и Антигуа в разное время получали разрешение на применение санкций, но по разным причинам к ним решили не прибегать. Эти страны запрашивали ответные санкции в виде отказа предоставлять внутреннюю правовую защиту объектам интеллектуальной собственности из страны-нарушителя, как того требуют соглашения ГАТС и ТРИПС (Эквадор в 1999 г. в отношении ЕС в деле *EC-bananas*⁸, Антигуа в отношении США в деле *US-Gambling*⁹ и Бразилия в отношении США в деле *US-Upland Cotton*¹⁰).

Практика США

США без колебаний использовали санкции в тех случаях, когда получали на это разрешение ОРС, а именно в делах *EC-bananas* и *EC-Hormones*¹¹. В обоих случаях санкции применялись в виде 100% импортных пошлин на товары, ввозимые из ЕС. Показатель-

⁵ Draft articles on Responsibility of States for internationally wrongful acts adopted by the International Law Commission at its fifty-third session (2001) Official Records of the General Assembly, Fifty-sixth session, Supplement No. 10 (A/56/10), chp.IV. E.1).

⁶ S. Charnovitz «Rethinking WTO Trade Sanctions» // «The WTO and international trade law/dispute settlement» / ed. by Petros C. Mavroidis and Alan O. Sykes, P. 8—10.

⁷ WTO Current status of disputes, доступно на: http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_current_status_e.htm

⁸ European Communities — Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas WT/DS27/AB/R September 9, 1997.

⁹ United States — Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services WT/DS285/AB/R 7 April 2005.

¹⁰ United States — Subsidies on Upland Cotton, WT/DS267/AB/R, March 3, 2005.

¹¹ EC Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones), WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB, R, 13 February 1998.

ны и засуживают отдельного пояснения списки товаров, в отношении которых были введены санкции в обоих случаях. В деле EC-bananas в этот список вошли сумки Luis Vuitton (Франция), сыр Пекорино (Италия), кашемировые свитеры и банные принадлежности (Великобритания), аккумуляторные батареи, футляры для очков, а также машины для приготовления кофе¹². В деле EC-Hormones пошлины были введены в отношении деликатесов из Франции, Италии, Германии и Италии (включая сыр Рокфор, дижонская горчица, датская ветчина, сырой трюфель, шоколад, соки, джемы). Списки интересны тем, что очень хорошо характеризуют факторы, которыми руководствовались США при отборе товаров, которые должны попасть под санкции¹³. В первую очередь, США брали в расчет влияние европейских производителей этих товаров, их лоббистские возможности. Кроме этого, целенаправленно выбирались страны ЕС, чьи производители товаров должны были пострадать от санкций. Всегда выбирались страны ЕС, наиболее активно выступавшие за принятие мер, которые затем были оспорены США в ОРС (что по замыслу США должно было восприниматься как мера наказания). Также США оценивали влияние страны—производителя товаров при принятии решений на уровне ЕС. Так, продукты из Дании были быстро исключены ввиду незначительного веса Дании в ЕС. Дополнительным фактором являлась также необходимость нанести наименьший вред американским потребителям, то есть выбираемые товары либо не должны быть товарами широкого потребления, либо они могут быть без особых проблем заменены товарами из других стран.

Критическую роль в обоих случаях сыграла осознанная публичность в обсуждении финального списка в обоих делах. С одной стороны, это было нацелено на создание чувства неуверенности и неопределенности у европейских производителей для того, чтобы они оказали давление на свои правительства и убедили его выполнить решение ОРС. С другой стороны, гласность позволила учесть мнение различных групп потребителей, а также американских компаний, зависящих от импорта из ЕС.

Сокрушительный эффект имело внедрение на законодательном уровне так называемого механизма карусели в применении санкций (обновление санкционного списка товаров каждые 6 месяцев)¹⁴. Хотя этот механизм в итоге так ни разу не был использован, само его существование до сих пор расценивается представителями США как весьма эффективное средство в их арсенале мер для принуждения к исполнению решения ОРС¹⁵.

Практика ЕС

Европейский Союз всегда рассматривал возможность использовать санкции в ВТО как средство принудить к исполнению решения ОРС. Крайне показателен опыт ЕС в деле FSC (Foreign Sales Corporations), в котором ЕС получил право применить к США санкции на рекордную в истории ВТО сумму 4 миллиарда долларов в год¹⁶. Так же как и США, ЕС устроил публичное обсуждение списка тех американских товаров, на которые планировалось введение повышенных пошлин. Но в отличие от США, ЕС намеревался применить более гибкий подход, когда вместо применения сразу 100% импортных пошлин на выбранные товары (пусть, избранный США) был выбран вариант посте-

¹² «U. S. Trade Representative Announces the Lifting of Sanctions on European Products as EU Opens Market to U.S. Banana Distributors», доступно на: http://www.ustr.gov/archive/Document_Library/Press_Releases/2001/July/US_Trade_Representative_Announces_the_Lifting_of_Sanctions_on_European_Products_as_EU_Opens_Market_to_US_Banana_Distributors.html

¹³ S. Andersen, J. Blanchet «The United States' experience and practice in suspending WTO obligations» // «The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement» P. 235—243.

¹⁴ R. Ford «The Beef Hormone Dispute and Carousel Sanctions: A Roundabout Way of Forcing Compliance with World Trade Organization Decisions» // Brooklyn Journal of international law 202 vol. 27 P. 568.

¹⁵ «U. S. Will Use 'Carousel' Law as 'Leverage' to Open Foreign Markets, USTR Zoellick Says» // Bureau of National Affairs, Inc. International Trade Reporter. May 31, 2001.

¹⁶ WTO, United States — Tax Treatment for «Foreign Sales Corporations Recourse to Arbitration by the United States under Article 22.6 of the DSU and Article 4.11 [...]» — Decision of the Arbitrator WT/DS108/ARB 30 August 2002.

пенного повышения пошлин на американские товары — при введении санкций пошлина должна вырасти сразу на 5%, а затем на 1% за каждый месяц неисполнения США решения ОРС и вплоть до достижения уровня в 17%¹⁷. Выбор товаров был сделан весьма осознанно и с учетом политического фактора. Проиригнорировав те товары из США, производители которых выигрывали от применения оспоренной в ОРС меры, ЕС вместо этого сосредоточился на политически влиятельных экспортерах товаров из тех американских штатов, поддержка которых была критичной для президентской компании Буша-младшего в 2004 г.

Результат оказался предельно впечатляющий. США не стали дожидаться уже объявленного дня начала применения санкций и поспешили исполнить решение ОРС. Соответствующий закон был проведен через Конгресс и подписан Президентом США в рекордно короткие сроки.

Можно сказать, что основным уроком применения ЕС санкций в рамках ВТО состоит именно в использовании «умных» санкций». Для Европейского Союза лучший адресат санкций это те экспортёры, чей бизнес только находится под угрозой санкций либо только начинает ощущать негативный эффект от санкций. В этом случае эти экспортеры будут гораздо более настойчивы, требуя от своего правительства исполнить решение ОРС, нежели те экспортеры, которые из-за введения запретительных пошлин оказались полностью выброшенными из рынка.

4. Эквивалентность запрашиваемых санкций в рамках ВТО: определение и проблемы

В ст. 22.4 Договоренности говорится, что «уровень приостановления уступок или других обязательств, разрешенный ОРС, должен соответствовать уровню аннулирования или сокращения выгод» (возникший у государства — заявителя жалобы вследствие принятия государством-нарушителем оспоренной меры, — прим. А.И.). В свою очередь, в ст. 4.10 Соглашения о субсидиях и компенсационных мерах применительно к запрещенным субсидиям используется термин «соответствующие ответные меры», а в ст. 7.9 этого же соглашения говорится о принятии ответных мер, «соразмерных» со степенью и характером установленных неблагоприятных последствий специфических (адресных) субсидий.

Как уже указывалось выше, на практике государства-нарушители всегда не соглашались с уровнем санкций, предлагаемым государством-заявителем и вопрос о размере санкций передавался на рассмотрение специально создаваемого для этих целей арбитража (как правило, из числа членов третьей группы, которая и рассматривала основной спор). Уже имеющиеся решения об эквивалентности санкций показывают, что во всех случаях арбитраж не соглашался с первоначальными расчётами государства-заявителя и в итоге снижал (иногда самым радикальным образом) сумму разрешаемых санкций.

Так, в деле EC- bananas США запрашивали санкции в размере 520 млн, разрешено на 191,4 млн (п. 7.8 решения арбитров¹⁸). В деле EC-Hormones те же США запрашивали санкции в размере 202 млн в год, получили на 116.8 млн долларов¹⁹. Бразилия в деле о хлопковых субсидиях (US-cotton) запрашивала санкции в размере 3 млрд долларов в год, в итоге получила разрешение на 147, 3 млн в год фиксированной суммы²⁰. В уже упомянутом деле об онлайн казино Антигуа при запрошенном размере санкций

¹⁷ L. Ehring «The European Community's experience and practice in suspending WTO obligations» // «The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement» ed. C. Bown, J. Pauwelin, Cambridge University Press, 2010.

¹⁸ European Communities — Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas — Recourse to Arbitration by the European Communities under Article 22.6 of the DSU, Decision by the Arbitrators (WT/DS27/ARB), dated 9 April 1999.

¹⁹ European Communities — Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones) — Original Complaint by the United States — Recourse to Arbitration Decision by the Arbitrators WT/DS26/ARB n. 83.

²⁰ United States — Subsidies on Upland Cotton — Recourse to Arbitration by the United States under Article 22.6 of the DSU and Article 4.11 of the SCM Agreement — Decision by the Arbitrator WT/DS267/ARB/1, WT/DS267/ARB/2 p.4.1.

3 млрд 443 млн долларов ежегодно (п. 1.5 решения) получила разрешение лишь на 21 миллион долларов²¹.

Рассматривая вопросы эквивалентности и столкнувшись с тем, что большинство положений ст. 22.6 Договорённости не являются достаточно четкими, арбитры были вынуждены прибегнуть к телеологическому толкованию соответствующих положений, стараясь установить для себя, что же является основной целью наложения санкций в рамках ВТО, и исходить в своих построениях именно из этого. Таким образом, вопрос о цели применения санкций оказался далеко не праздным и имевшим не только теоретическое, но и непосредственное практическое применение. Арбитры в своих рассуждениях исходили из того, что запрашиваемые санкции в любом случае не должны восприниматься как мера наказания, указывая буквально следующее: «Эта цель (поддержание баланса уступок и обязательств) не означает, что ОРС должен разрешать приостановление уступок и обязательств сверх того, что будет эквивалентно уровню аннулирования или сокращения выгод. По нашему мнению, ничто в ст. 22.1 Договорённости... не может быть понято как оправдание контрмер, которые носят характер наказания»²².

Метод расчетов, использованный арбитрами практически во всех случаях применения санкций, можно условно назвать «око за око, зуб за зуб», или, как выразился один из исследователей, «lex talionis»²³. Под этим понималось, что заявитель должен был получить право на причинение такого же вреда, какой был нанесен ему мерой, успешно оспоренной в ОРС ВТО.

Впервые этот метод был использован в указанном решении арбитров об эквивалентности санкций по делу ЕС-bananas и затем применялся во всех остальных решениях арбитров об эквивалентности²⁴. В рамках этого метода сначала устанавливался вред, нанесенный оспоренной мерой государству-заявителю. Для расчета вреда использовалось сравнение двух ситуаций — одна при наличии оспоренной мерой, другая ситуация своего рода идеальная, подразумевающая, что этой меры как бы не было (counterfactuals). После этого таким же образом оцениваются запрошенные санкции на предмет размера вреда, который они могут нанести государству-ответчику. Очень важной деталью является то, что расчеты основываются на предположении, что оспоренная мера и запрашиваемые санкции полностью блокируют торговлю в затронутом сегменте. Итоговый размер разрешенных санкций не должен быть больше установленного размера вреда, причиненного оспоренной мерой.

Другим оказался выбранный арбитрами метод расчетов эквивалентности санкций в делах по Соглашению о субсидиях и компенсационных мерах. В деле Brazil-aircraft²⁵ арбитры, невзирая на возражения Бразилии, применили метод расчетов, основанный не на размере нанесенного вреда, а на размере субсидии. Бразилия, требовавшая разрешить применить санкции в размере 3,36 млрд долларов США в год за отказ Канады отменить экспортное субсидирование производимых в Канаде самолетов, получила в итоге право на санкции в размере 247,8 млн. В свою очередь, Канада в деле Canada — aircraft²⁶ успешно оспорила субсидирование Бразилией продаж бразильских самолетов и получила право на применение санкций на 344,2 млн канадских долларов в год вместо

²¹ United States — Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services — Recourse to Arbitration by the United States under Article 22.6 [...]SU — Decision by the Arbitrator 21/12/2007.

²² Decision by the Arbitrators, EC — Bananas III (US) (Art. 22.6 — EC), at para. 6.3. See also Decision by the Arbitrators, Brazil — Aircraft (Art. 22.6 — Brazil), at para. 3.55 Decision by the Arbitrators, EC — Hormones (US) (Art. 22.6 — EC), at para. 40; Decision by the Arbitrators, US — 1916 Act (Art. 22.6 — US), at paras 5.5—5.8.

²³ A. Mitchell «Proportionality and Remedies in WTO Disputes» // European Journal of International law, 17 (2006), 1008.

²⁴ Подробный анализ и критика рассуждений и выводов арбитров в деле EC-bananas см. H. Spamann «The Myth of "Rebalancing" Retaliation in WTO Dispute Settlement Practice» // Journal of international economic law, vol. 9 31—79 (2006).

²⁵ Brazil — Export Financing Programme for Aircraft — Recourse to Arbitration by Brazil under Article 22.6 of the DSU and Article 4.11 of the SCM Agreement — Decision by the Arbitrators 28/08/2000 WT/DS46/ARB.

²⁶ Canada — Export Credits and Loan Guarantees for Regional Aircraft — Recourse by Canada to Article 22.6 of the DSU and Article 4.11 of the SCM Agreement — Decision by the Arbitrator 17/02/2003 WT/DS222/ARB.

запрошенных 700 миллионов (п. 4.1 решения). В итоге стороны предпочли договориться без применения санкций и без изменения своих программ субсидирования.

Применение этого метода расчетов понесенного вреда в случае субсидий привело арбитров в итоге к самому большому размеру санкций за всю историю ВТО — более 4 млрд долларов в год. Именно на эту сумму ЕС получил право ввести санкции против США по уже упомянутому выше делу FSC. Цифра была взята из расчета всех экспортных субсидий в мировом масштабе, предоставленных США в рамках оспоренной меры, а не только в отношении экспорта из США в ЕС. Получалось, что в этом деле ЕС как бы накладывает санкции от имени всех государств — членов ВТО. Некорректность и несправедливость такого подхода была тут же подмечена исследователями²⁷, ведь в случае появления аналогичного требования от другого государства оно также может получить разрешение на такой же размер санкций, что может привести к удвоению размера вреда, причиняемого санкциями. Очевидно, что такой подход не только не является эквивалентным понесенному ущербу, как того требуют соглашения ВТО, но и несет ярко выраженный элемент наказания. Надо отдать должное арбитрам, которые уже в следующем деле, касающемся санкций за применение запрещенных субсидий, постарались исправить этот недочет. В деле US-cotton Бразилия, как в свое время и ЕС, просила разрешить ей ввести санкции против США из расчета общемирового годового объема хлопковых субсидий США. Однако в итоге арбитры разрешили применение санкций лишь в том объеме, в котором эти субсидии коснулись именно Бразилии. При этом за основу была взята доля Бразилии на мировом рынке, где была применена оспоренная субсидия.

Крайне непростым казался вопрос о расчете эквивалентности санкций в виде временного прекращения уступок по другим соглашениям (например TRIPS). Здесь арбитры столкнулись с очевидными сложностями при выборе модели для сравнения эквивалентности, понимая, что контролировать и управлять процессом временного прекращения уступок по этим соглашениям будет делом гораздо более затруднительным, нежели использование запретительных пошлин на ввозимые товары. Ведь по смыслу соответствующих статей Договоренности такие санкции должны быть незамедлительно сняты, как только государство-нарушитель решит все же исполнить решение ОРС.

Впервые в практике ВТО право на такие санкции в размере 201 млн долларов получил Эквадор в отношении ЕС ввиду недостаточного объема импорта из ЕС²⁸. В своем запросе на применение таких мер Эквадор представил детальное описание того, каким именно образом планируется приостановить уступки в сфере интеллектуальной собственности. Надо отметить, что Эквадор никогда не намеревался полностью снять правовую защиту с объектов интеллектуальной собственности, принадлежащих европейским компаниям, или разрешить бесконтрольное копирование таких объектов. Вместо этого предполагалось введение системы, при которой эквадорские компании обращались бы в правительство за разрешением приостановить правовую защиту в отношении того или иного объекта интеллектуальной собственности.

В случае с Антигуа речь шла также о введении санкций, связанных с TRIPS, то есть о приостановлении защиты прав на авторские права, товарные знаки и патенты. При этом правительство Антигуа не предоставило никаких пояснений и никакого плана в отношении того, каким именно образом оно планирует эти санкции применять, а арбитры не настояли на представлении таких материалов. При таких обстоятельствах вынесенное в пользу Антигуа решение арбитров подверглось жесткой критике, после которой стала казаться вполне здоровой идея о введении апелляционного обжалования решений арбитров об эквивалентности санкций (сейчас такой возможности не предусмотрено)²⁹.

²⁷ T. Sebastian 2. T. Sebastian «World Trade Organization Remedies and the Assessment of Proportionality: Equivalence and Appropriateness» / Harvard International Law Journal / Vol. 48 № 2, summer 2007 t P. 361.

²⁸ European Communities — Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas — Recourse to Arbitration by the European Communities under Article 22.6 [...] — Decision by the Arbitrators, WT/DS27/ARB/ECU 24 March 2000 п. 170.

²⁹ H. Spamann. Указ. соч. С. 77.

Оценивая практику решения арбитрами вопросов об эквивалентности, исследователи отмечают, что самой слабой стороной расчета эквивалентности вводимых санкций является то, что Договоренность не содержит каких-либо указаний о том, как выбирать идеальные ситуации и какими они должны быть. В этой ситуации все расчеты причиненного вреда от применения оспоренной меры в той или иной степени страдают от значительного уровня субъективизма, и, несмотря на внешнее подобие нейтральности, конечный результат в итоге зависит от субъективных предположений арбитров в каждом деле и от сделанного ими выбора³⁰. Тем не менее автор склоняется к тому, чтобы согласиться с мнением ряда исследователей, утверждающих, что субъективизм арбитров является на самом деле второстепенным вопросом при расчете эквивалентности. Как отмечает Р. Худек, «главное не сам факт эквивалентности, а наличие некоего заслуживающего доверия механизма, который мог бы определять эквивалентность политически приемлемым (для государств — сторон спора, — прим. А.И.) образом»³¹. Таким образом, фактически государства принимают любые расчеты арбитров и следуют им, не желая раскручивать губительную спираль контрмер в ответ на санкции.

5. Критика режима санкций в ВТО и предложения о его реформе

Систему санкций в ВТО начали критиковать практически с момента первого применения санкций. Так, известный исследователь ВТО С. Чарновиц еще в 2002 г. эмоционально сетовал на то, что «Всемирная Организация Здравоохранения не разрешает одной стране распылять вирусы на территории другой, Всемирная Организация по интеллектуальной собственности не борется с пиратством с помощью пиратства. В этом отношении использование ВТО торговых ограничений для целей развития торговли является ничем иным как дикостью»³².

Среди недавних оценок, с учетом уже более позднего опыта, можно привести обобщающее мнение, прямо указывающее на «врожденную несправедливость» торговых санкций в ВТО³³. Это, по мнению исследователей, проявляется в том, что, де-факто приватизируя санкции и тем самым передавая возмездие в руки выигравшей стороны, ВТО лишает себя верховенства права и вместо этого вводит правило джунглей в международную политику. Во-вторых, санкции обычно означают повышение тарифных и нетарифных барьеров, ограничивающих тем самым доступ на рынок товаров из проигравшего государства, что является возвратом в эпоху меркантилизма (активного национального протекционизма). В-третьих, санкции в ВТО созданы для обеспечения исполнения решений ОРС в основном путём угроз, хотя такие угрозы могут просто не сработать в том случае, если политические потери от исполнения такого решения будут слишком высоки³⁴.

Говоря более конкретно о недостатках существующей системы санкций в ВТО, исследователи указывают на следующее.

Во-первых, санкции не всегда приводят к достижению желаемого результата. Так, ЕС так и не пошел на отмену своего запрета на импорт говядины, выращенной с использованием гормонов роста, даже после того, как США и Канада (страны, обратившиеся с жалобой в ВТО) получили разрешение применить повышенные пошлины на товары, происходящие из стран — членов ЕС. Торговая война была закончена подписанием специального соглашения в 2012 г, в рамках которого ЕС сохранял свой запрет в обмен на повышение для США и Канады квоты на ввоз в ЕС высококачествен-

³⁰ T. Sebastian. Указ соч. С. 352, 357.

³¹ R. Hudec «Broadening the Scope of Remedies in WTO Dispute Settlement» // «Improving WTO dispute settlement procedures: issues and lessons from other international courts and tribunals» Friedl Weiss ed., 2000 P. 390.

³² S. Charnovitz «Should the Teeth be Pulled?: An Analysis of WTO Sanctions» // Political economy of international trade law: essays in honor of Robert Hudec p. 457, 478 (Daniel L. M. Kennedy & James D. Southwick eds., 2002).

³³ K. Anderson «Peculiarities of retaliation in WTO dispute settlement» // World Trade Review (2002), 1: 2, P. 123—134.

³⁴ S. Cho «The nature of remedies in international trade law» // University of Pittsburgh Law Review Vol. 65:763.

ной говядины³⁵. Антигуа так и решилась вводить санкции против США, на которые уже было получено разрешение ОРС. Во многом это было связано с тем, то вводить в стране с населением в 90 тыс. человек санкции в виде снятия внутренней защиты на объекты интеллектуальной собственности, принадлежащие американским компаниям, выглядело бы весьма карикатурно. Это лишь усилило бы крепнувшее мнение о том, что конечной целью для Антигуа в этом деле было получение солидных отступных от США. При этом исследователи отмечают растущее количество случаев, когда государства выбирают открытое неисполнение решений ОРС, даже под угрозой применения санкций³⁶.

Во-вторых, государства научились использовать особенности процедуры рассмотрения споров в ВТО для того, чтобы максимально оттянуть момент введения санкций, и только после этого идут на отмену введенной им меры. На практике предельные сроки рассмотрения дел в ОРС, которые были установлены в Договоренности и которые до сих пор приводятся как одно из достоинств нынешней системы рассмотрения споров в ВТО (по сравнению, например, с ГАТТ), давно уже не соблюдаются ни третейскими группами, ни Апелляционным органом. Уже сейчас средний срок рассмотрения дела (включая рассмотрение вопросов об исполнении решения ОРС и об эквивалентности санкций) составляет 3—4 года. Своего рода рекорд был поставлен при рассмотрении дела US-Cotton, где с момента образования третейской группы и до разрешения Бразилии применить санкции прошло 6,5 лет³⁷. В такой ситуации государства зачастую оказываются перед крайне серьезным искушением использовать указанные недостатки системы санкций в собственных целях. Принимая во внимание значительные сроки рассмотрения споров в ОРС ВТО и отсутствие ретроспективных санкций, государствам уже нет необходимости прибегать к специальным защитным мерам, порядок применения которых достаточно сложен и регулируется соответствующим соглашением³⁸. Достаточно лишь запастись некоторой долей цинизма и принять любую необходимую меру, прекрасно понимая при этом, что эта мера идет в разрез с предписаниями ВТО. Затем после длительного рассмотрения спора в ОРС ВТО эту меру можно спокойно отменить, не дожидаясь применения санкций и не неся при этом никакой ответственности за ее многолетнее применение. Как отметил в свое время Президент США Дж. Буш-мл, отменяя оспоренную в ОРС ВТО специальную защитную меру по поддержке сталелитейной отрасли³⁹, «сталелитейная промышленность самым разумным способом использовала 21 месяц передышки (срок, в течение которого рассматривался спор в отношении этой меры в третейской группе, а затем в Апелляционном органе, — прим. А.И.) ... Эти меры уже достигли своих целей, самое время их отменить»⁴⁰.

В этой ситуации вполне можно предположить, что приведенные в начале статьи высокие цифры популярности обращений в ОРС и не менее высокие цифры исполнения принятых ОРС решений говорят не столько об эффективной системе рассмотрения споров, сколько о том, что государства полностью научились использовать специфику системы санкций в ВТО в своих целях. Поэтому далеко не случайным кажется тот

³⁵ Win-win ending to the «hormone beef trade war», пресс-релиз Европарламента, доступно на http://www.europarl.europa.eu/news/en/news-room/content/20120314_IPR40752/html/Win-win-ending-to-the-hormone-beef-trade-war

³⁶ G. Horlick, J. Coleman «The compliance problem of the WTO» // Arizona Journal of International and Comparative Law, vol. Vol. 24, No. 1 2007 P. 142.

³⁷ Третейская группа была сформирована 19 мая 2003 г., ОРС утвердил решение арбитров о применении санкций 19 ноября 2009 г.

³⁸ R. Brewster «The Remedy Gap: Institutional Design, Retaliation, and Trade Law Enforcement» // The George Washington Law Review Vol. 80 2011 P. 125.

³⁹ United States — Definitive Safeguard Measures on Imports of Certain Steel Products WT/DS248/AB/R; WT/DS249/AB/R; WT/DS251/AB/R; WT/DS252/AB/R; WT/DS253/AB/R; WT/DS254/AB/R; WT/DS258/AB/R; WT/DS259/AB/R 10 November 2003.

⁴⁰ President's Statement on Steel Proclamation, December 4, 2003 <http://georgewebush-whitehouse.archives.gov/news/releases/2003/12/20031204-5.html>

факт, что на практике еще ни разу не был задействован механизм рассмотрения торговых споров по существу в специально создаваемом по согласию спорящих сторон арбитраже (ст. 25 Договора предусматривает создание такого арбитража «для ускоренного рассмотрения спора», при этом его решения должны быть окончательными). В результате страдает репутация и эффективность ОРС, с одной стороны, а государства начали раздумывать о применении санкций вне системы ВТО (о чем пойдет речь чуть ниже).

В-третьих, применение санкций в виде повышенных импортных пошлин может наносить вред экономике того государства, которое их и применяет (по меткому выражению М. Бронкерса, это государство «тем самым стреляет себе в ногу»)⁴¹.

Нет недостатка и в различных предложениях по улучшению режима санкций в ВТО. Внимания заслуживает предложение о введении обеспечительных мер, которые могли бы вводиться третьей группой по инициативе государства-заявителя в момент принятия жалобы к рассмотрению⁴². Эти обеспечительные меры могут быть в форме временного отказа государства-ответчика от введенной им меры, которая стала предметом разбирательства в ОРС ВТО. Если же государство-ответчик не выполнит предписание в виде обеспечительных мер, то заявитель имеет право применить санкции, не дожидаясь вынесения решения по существу.

У. Дэйви, бывший в середине 1990-х гг. руководителем правового департамента ВТО, предлагает реформировать систему принуждения к исполнению решения ОРС за счет следующих нововведений: (а) введение штрафов или обязанности возместить ущерб вместо отказа от предоставления уступок; (б) переход к некоторой ретроактивности для того, чтобы обеспечить исполнение в разумные сроки, и (в) введение механизма постепенного увеличения санкций по мере того, как государство отказывается исполнять решение ОРС⁴³.

Достаточно распространена идея о введении обязанности выплаты компенсации выигравшей стороне. М. Бронкерс, один из наиболее видных и последовательных адвокатов этой идеи, предлагает в качестве образца для реформирования системы санкций в ВТО взять опыт Европейского Союза, где Суд ЕС весьма активно использует свое право накладывать на государство-нарушителя одновременно и штраф, и пени за каждый день существующего нарушения⁴⁴.

Тем не менее нужно отметить, что идея о введении компенсации подвергается обоснованной критике со стороны защитников существующей системы санкций⁴⁵. И самое главное состоит в том, что на сегодняшний день введение компенсации в рамках ВТО, равно как и другие предложения по реформе системы санкций в ВТО, смотрятся мало-реальными в силу того, что все они требуют согласия государств на внесение соответствующих изменений в текст Договора.

С другой стороны, многие авторы позитивно оценивают существующий режим санкций в ВТО, указывая, что отсутствие обязанности возмещать ущерб и упущенную выгоду являются весьма серьезным стимулом для государств передавать свои споры в ОРС для уточнения каких-либо положений соглашений ВТО. Парадоксальным кажется мнение Дж. Транчмана, указывающего на то, что государства, вводя именно такую систему санкций, вполне осознанно решили оставить себе пространство для маневра при исполнении решений ОРС. Как он пишет, «это (система санкций в ВТО — прим. А.И.) не является апологией плохой проработанности, непоследовательности или других про-

⁴¹ M. Bronckers, F. Baetens «Reconsidering Financial Remedies in the WTO» // Journal of International Economic Law, 2013, 16 (2), P. 299.

⁴² R. Brewster. Op.cit. P.150—156.

⁴³ W. Davey «Implementation in WTO Dispute Settlement: An Introduction to the Problems and Possible Solutions» // RIETI Discussion Paper Series 05-E-013 March 2005 доступно на: http://www.rieti.go.jp/jp/publications/dp/05_e013.pdf

⁴⁴ M. Bronckers, F. Baetens. Op.cit. P. 296—297.

⁴⁵ J. Nzeli «The case against reforming the WTO enforcement mechanism» // University of Illinois Law Review, 2008, No 1. P. 319—379.

блем Договоренности. Это реалистическое признание того, что право и политика должны мирно сосуществовать, и что нирвана абсолютной исполнимости (решений ОРС — прим. А.И.) является химерой»⁴⁶.

6. Россия и санкции ВТО

При обсуждении вопроса о вступлении России в ВТО активно использовался довод, что теперь РФ будет доступен ОРС для обжалования мер, предпринимаемых против российских производителей. Не оспаривая и даже всецело поддерживая этот тезис, можно все-таки задаться вопросом, а что будет после того, как Россия выиграет процесс в ВТО по оспариванию Третьего Энергопакета ЕС, а полученное с таким трудом решение ОРС повиснет в воздухе по причине того, что ЕС просто откажется его исполнять? Все, что остается в этом случае, это решиться на применение санкций, при этом понимая, что в рамках существующего режима санкций в ВТО понесенный ущерб (того же Газпрома) уже не возместить.

И здесь нужно отметить, что Россию можно отнести к числу немногих стран, для которых использование санкций в ВТО может теоретически оказаться эффективным. У России есть очень большой плюс, а именно наличие емкого и высоко конкурентного внутреннего рынка. Терять этот рынок не захочет ни один из европейских производителей. Однако возможность применения санкций в виде одностороннего повышения Россией импортных пошлин на товары из ЕС наталкивается на весьма серьезное ограничение. Надо учитывать, что по большинству товарных позиций введение пошлин является ныне прерогативой органов Таможенного Союза. То есть односторонне ввести запретительные пошлины России не удастся. Однако даже если Россия сумеет уговорить своих партнеров по Таможенному Союзу пойти на такое увеличение пошлин в отношении выбранных товаров, непонятно, как это будет выглядеть в арбитраже ОРС ВТО, когда будет оцениваться эквивалентность запрашиваемых санкций. Ведь по факту пошлины будут введены на импорт во все страны Таможенного Союза, а не только в Россию. Ситуация осложняется тем, что партнеры России по Таможенному Союзу пока еще не стали членами ВТО и находятся на разных стадиях переговорного процесса о вступлении.

Особняком стоит вопрос о введении санкций в отношении России. Наши торговые контрагенты не тешат себя иллюзиями и понимают, что Россия также может включиться в ту циничную игру со вводом противоречащих ВТО мер и последующей их отменой, которую так любят ЕС и США и о которой говорилось чуть выше. В этом отношении стоит отметить, что, как минимум, Европейский Союз, понимая всю специфику рассмотрения споров в ВТО, готовит для России отдельный ответ. Комиссия ЕС уже вышла с предложением о разработке специального документа, регулирующего применение торговых санкций со стороны ЕС по отношению к третьим странам⁴⁷. В рамках этого документа предусматривается достаточно быстрое наложение односторонних торговых санкций в случае применения третьими странами региональных защитных мер, которые затрагивают интересы ЕС. Причем ЕС собирается вводить эти санкции без обращения в ВТО, вполне справедливо полагая, что ждать 4—5 лет не имеет смысла. Крайне интересна и о многом говорит в этом отношении следующая цитата из комментария к этому проекту, данного известной западной юридической фирмой в обзоре для своих клиентов:

«Россия может в ответ обратиться в ОРС, оспаривая уровень и форму ответных мер, принятых ЕС, но даже в случае положительного для нее исхода решение ОРС не будет иметь ретроспективного характера. Поэтому на практике ответные меры ЕС могут оставаться в силе до тех пор, пока применяются защитные меры Таможенного Союза, затрагивающие интересы ЕС»⁴⁸.

⁴⁶ J. Tranchtmann «Bananas, direct effect and compliance» // *European Journal of international law*, 1999, vol. 10 no.4 P. 678.

⁴⁷ Proposal for new enforcement framework for international trade rules, Reference: MEMO/12/1006, 18/12/2012 http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-12-1006_en.htm

⁴⁸ «The European Commission proposes far-reaching changes to the EU's trade enforcement framework» // *Salans newsletter*, доступно на: <http://www.alleuropa.ru/filesserver/2013/75/EU-New-Enforcement-ENG.pdf>

В качестве вывода можно сказать следующее. Существующая система санкций в ВТО в принципе дает России большие преимущества в их применении в силу емкого внутреннего рынка с большим объемом импорта. Именно поэтому для России было бы нецелесообразным настаивать на реформе этого механизма в духе указанных выше предложений. В то же время возможности применения санкций со стороны РФ в виде повышенных импортных пошлин ограничены участием России в Таможенном Союзе

Без решения этого вопроса Россия оказывается явно недостаточно готовой использовать тот арсенал средств принуждения, который уже есть в ВТО. В этой ситуации заявления об использовании всех доступных средств ВТО для защиты российских компаний могут оказаться неподкрепленными реальным принуждением. ■

Ключевые слова

ОРС ВТО, санкции, арбитраж, эквивалентность

Список литературы

1. H. Spamann «The Myth of “Rebalancing” Retaliation in WTO Dispute Settlement Practice» // Journal of international economic law, vol. 9. 2006. P. 31—79.
2. T. Sebastian «World Trade Organization Remedies and the Assessment of Proportionality: Equivalence and Appropriateness» / Harvard International Law Journal / Vol. 48 № 2, summer 2007. P. 337—382.
3. R. Brewster «The Remedy Gap: Institutional Design, Retaliation, and Trade Law Enforcement» // The George Washington Law Review. Vol. 80. 2011. P. 102—158.
4. G. Horlick, J. Coleman «The compliance problem of the WTO» // Arizona Journal of International and Comparative Law. Vol. 24, № 1 2007. P. 141—147.
5. S. Cho «The nature of remedies in international trade law» // University of Pittsburgh Law Review Vol. 65. P. 763—809.
6. J. Tranchtman «Bananas, direct effect and compliance» // European Journal of international law, 1999, vol. 10. № 4. P. 655—678.
7. M. Bronckers, F. Baetens «Reconsidering financial remedies in WTO dispute settlement» // Journal of International Economic Law 16 (2), P. 281—311.
8. A. Mitchell «Proportionality and Remedies in WTO Disputes» // European Journal of International law, 17 (2006), P. 985—1008.
9. The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement // ed. C. Bown, J. Pauwelin, Cambridge University Press, 2010.