

Рука руку моет: можно ли коррупции признавать торговым барьером со стороны государства?

Владимир Трофимчук*

В статье рассмотрена тенденция к расширению охвата понятия «торговый барьер» в международном торговом праве и включению в него положений по борьбе с коррупцией. В настоящее время в соглашениях о свободной торговле так называемого третьего поколения появляются положения, предусматривающие ряд обязательств государств — участников таких соглашений по борьбе с коррупцией в разрезе их обязательств по международному торговому праву. Идеи вдохновители включения таких положений в охват соглашений о свободной торговле продвигают тезис о взаимосвязанности уровня коррупции в том или ином государстве и реальной возможности осуществлять в нём торговые функции и инвестиции. Таким образом проводится тезис о том, что коррупция может считаться торговым барьером, установленным от имени государственной власти, что логичным образом ставит вопрос о возникновении у такого государства международно-правовой ответственности с точки зрения международного торгового права. В статье проведён анализ действующего стандарта международного регулирования против коррупции, права Всемирной торговой организации, приведены экономические данные, свидетельствующие о неоднозначности влияния коррупции в том или ином государстве на его положение в международной торговле и недостаточности экономических факторов, обосновывающих придание коррупции характеристик торгового барьера. Феномен коррупции проанализирован как с точки зрения общей характеристики торгового барьера (которая подразумевает наличие негативного влияния на торговлю и публичного характера действия либо бездействия), так и с точки зрения действующего стандарта регулирования борьбы с коррупцией на международном уровне, который основан на принципе *de minimis* (через обязательство государств криминализовать минимальный набор деяний, считающихся коррупционными; при этом ответственность государств за коррупционные нарушения отдельных лиц не предусмотрена). Проанализированы нормы по регулированию коррупции в торговых соглашениях «третьего поколения» (TPP, USMCA), сделан вывод об экстерриториальном воздействии норм американского закона о борьбе с коррупцией на содержание соответствующих положений в торговых соглашениях. В целом автор придерживается мнения, что тенденция по придаче коррупции статуса торгового барьера сохранится, но не приобретёт универсальный уровень ввиду иного действующего стандарта регулирования, сложившегося в международном публичном праве, и неоднозначности правовых последствий такого шага.

→ *Коррупция; соглашения о свободной торговле; международное торговое право; торговый барьер; право ВТО*

DOI: 10.21128/2226-2059-2020-3-118-137

1. Введение

Экономический рост последних десятилетий сопровождался резким снижением так называемых тарифных барьеров — классиче-

ских заградительных таможенных пошлин и усложнённых систем таможенного администрирования, делавших поставку товаров и услуг на зарубежные рынки затруднительной. С созданием Всемирной торговой организации (далее — ВТО) в 1994 году и сопутствующим ему существенным снижением тарифной защиты¹, а также с последующим распро-

* Трофимчук Владимир Дмитриевич — магистр права (Кембриджский университет), помощник по международным вопросам заместителя министра транспорта Российской Федерации, практикующий юрист-международник. Ранее — советник Департамента торговой политики Евразийской экономической комиссии, Москва, Россия (e-mail: vladimir.trofimchuk1992@gmail.com).

¹ См.: Ossa R. A “New Trade” Theory of GATT/WTO Negotiation // Journal of Political Economy. Vol. 119. 2011. No. 1. P. 122–152.

странением режимов свободной торговли² (предусматривающих обнуление таможенных пошлин по подавляющему списку торгуемых товаров) проблема тарифных барьеров осталась лишь применительно к ограниченному кругу товаров в зависимости от особенностей того или иного рынка.

В этих условиях экономисты и юристы стали обращать больше внимания на другой тип экономических ограничений — нетарифные барьеры, которые с помощью методов административного воздействия могут существенно ограничить или запретить экспорт тех или иных товаров. Несмотря на отсутствие подробной классификации нетарифных барьеров, их можно определить от обратного: в категорию нетарифных барьеров попадают все барьеры, которые нельзя отнести к категории тарифных³.

Одна из последних тенденций в международной торговле — квалификация коррупции в качестве торгового барьера⁴. Индекс восприятия коррупции (*далее* — Индекс), составляемый организацией Transparency International, является одним из важных индикаторов внеэкономического характера, который учитывается при принятии решений об инвестировании или развитии торговых связей с той или иной страной. Всемирный банк считает, что коррупция является существенным барьером на пути к реализации цели снижения уровня бедности в мире к 2030 году⁵. Негативное влияние коррупции на воплощение в жизнь Целей устойчивого развития ООН⁶ подчёркивается в официальных заявлениях Организации⁷.

В последнее время делаются попытки перевести эту тенденцию в правовую плоскость, а именно — не только характеризовать коррупцию как торговый барьер, но и предусмотреть меры ответственности за установление соответствующего барьера.

В статье предпринята попытка проанализировать существующие регуляторные тенденции по определению коррупции в качестве торгового барьера, систематизировать имеющуюся международную практику по этому вопросу для оценки целесообразности и обоснованности включения антикоррупционных положений в сферу современного международного торгового права, а также исследовать возможный вектор развития этой тенденции.

2. Понятие торгового барьера в международном торговом праве: классический подход

С учётом особой роли ВТО в формировании правил международной торговли, практически всеобъемлющего членства в Организации (в ВТО по состоянию на текущий момент 164 члена и 23 наблюдателя, 22 государства находятся в стадии обсуждения условий присоединения)⁸, а также с учётом происхождения большинства двусторонних и многосторонних торговых соглашений из права ВТО⁹ (соглашения о свободной торговле, таможенные союзы, соглашения о преференциальной торговле, соглашения об экономической интеграции и другие) именно право ВТО и его производные будут рассматриваться как меж-

² См.: Bagwell K., Bown C., Staiger R. Is the WTO Passé? // Journal of Economic Literature. Vol. 54. 2016. No. 4. P. 1125–1231.

³ См.: Carrère C., De Melo J. Non-Tariff Measures: What Do We Know, What Might Be Done? // Journal of Economic Integration. Vol. 26. 2011. No. 1. P. 169–196.

⁴ См.: Thomason R. Trade Deals Increasingly Taking Corruption into Account. 2019. 1 July. URL: <https://mlexmarketinsight.com/insights-center/editors-picks/anti-bribery-and-corruption/cross-jurisdiction/trade-deals-increasingly-taking-corruption-into-account> (дата обращения: 09.09.2020).

⁵ См.: Combating Corruption // The World Bank. URL: <https://www.worldbank.org/en/topic/governance/brief/anti-corruption> (дата обращения: 09.09.2020).

⁶ См.: Resolution adopted by the General Assembly on 25 September 2015. Document no. A/RES/70/1. URL: https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/general-assembly/docs/globalcompact/A_RES_70_1_E.pdf (дата обращения: 09.09.2020).

⁷ См.: Combating Corruption to Achieve the Sustainable Development Goals. URL: <https://www.unodc.org/unodc/en/press/>

[releases/2017/November/combating-corruption-to-achieve-the-sustainable-development-goals.html](https://www.unodc.org/unodc/en/press/releases/2017/November/combating-corruption-to-achieve-the-sustainable-development-goals.html) (дата обращения: 09.09.2020).

⁸ См.: Understanding the WTO: The Organization. URL: https://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/org6_e.htm (дата обращения: 09.09.2020).

⁹ Автор отмечает, что термин «право ВТО» является спорным. Например, Питер ван ден Бош определяет право ВТО как «ключевой элемент международного экономического права» (англ.: *the core of international economic law*). Вместе с тем для удобства и целей настоящей статьи автор сознательно принял решение использовать именно этот термин ввиду его гибкости. Подробнее о спорах относительно наполнения термина «право ВТО» см.: Салия М. П. Понятие «права ВТО»: дискуссия продолжается // Актуальные проблемы российского права. 2018. № 7 (92). С. 199–208. Также о наполнении термина «право ВТО» см.: Van den Bossche P. Economic Globalisation and the Law of the WTO // The Law and Policy of the World Trade Organization: Text, Cases and Materials / ed. by P. Van den Bossche. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. P. 1–75.

дународное торговое право в рамках настоящего исследования.

Генеральное соглашение о тарифах и торговле 1947 года (*далее* — ГАТТ)¹⁰, последовавшее за ним Марракешское соглашение о создании Всемирной торговой организации 1994 года (*далее* — Соглашение ВТО)¹¹ и приложения к нему не ввели в международное право понятие «торговый барьер», хотя активно к нему апеллируют. Так, в преамбуле ГАТТ указано, что стороны заключили соглашение, «желая... достичь взаимовыгодных договорённостей между собой, нацеленных на существенное сокращение тарифов и иных барьеров в торговле и на устранение дискриминационных практик в международной торговле»¹². Аналогичная формулировка использована и в преамбуле к Соглашению ВТО¹³. Из текста преамбулы видно, что договаривающиеся стороны отдельно выделяют три категории «проблемных вопросов», на решение которых направлены их усилия: тарифы, иные барьеры в торговле, дискриминационные практики. При этом к тарифам и иным барьерам в торговле применяется термин «существенное сокращение» (англ.: *substantial reduction*), предполагающий, что они не могут быть полностью устранены, а к дискриминационным практикам применяется слово «устранение» (англ.: *elimination*). Разница в используемых терминах означает, что некоторые барьеры всё же могут сохранять своё действие, а вот дискриминационные практики должны быть устранены.

В дальнейшем в текстах ГАТТ-1947, ГАТТ-1994 и Соглашения ВТО слово «барьер» не встречается. Широко распространена иная терминология: «тариф»¹⁴ как прямо выделенный тип торгового ограничения; «ограничение»¹⁵ применительно к количественным ограничениям и запретам; «мера»¹⁶ как общий термин, касающийся целого спектра

возможных действий/бездействий, которые могут подпадать под сферу применения указанных соглашений.

Термин «барьер» более распространён в контексте регулирования торговли услугами: так, в Генеральном соглашении о торговле услугами (*далее* — ГАТС)¹⁷ он упоминается дважды. Первый раз — в контексте соглашений об экономической интеграции¹⁸ (так в терминологии ГАТС называются соглашения о свободной торговле услугами): такие соглашения не могут «повышать общий уровень барьеров в торговле услугами» по сравнению с уровнем, существовавшим до заключения такого соглашения. Второй пример — статья 6 «Внутреннее регулирование»¹⁹: Совет по торговле услугами ВТО должен разработать специальные «дисциплины» для того, чтобы «меры, относящиеся к квалификационным требованиям и процедурам, технические стандарты и требования по лицензированию не создавали необоснованных барьеров в торговле услугами».

В своём прямом значении термин «барьер» фигурирует лишь применительно к техническим барьерам в торговле²⁰ (англ.: *technical barriers to trade*), которые касаются вопросов технического регулирования, оценки соответствия, стандартизации. В целом можно сказать, что в праве ВТО непосредственно «барьеры» выражены через максимально вариативную терминологию, и юридический смысл отдельных барьеров можно выделить только с помощью контекстного толкования той или иной нормы.

Таким образом, сегодняшнее международное торговое право исходит из широкого понимания того, какое действие либо бездействие может послужить триггером для норм, запрещающих либо ограничивающих применение торговых барьеров. В практике Органа по разрешению споров ВТО (*далее* — ОРС ВТО) используется расширительное толкование даже, казалось бы, в случае ограниченного набора вариантов. Например, перечисленные виды мер, подлежащих публикации, в

¹⁰ The text of the General Agreement on Tariffs and Trade (GATT 1947). URL: https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/gatt47.pdf (дата обращения: 09.09.2020).

¹¹ The Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization. URL: https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/04-wto_e.htm (дата обращения: 09.09.2020).

¹² The General Agreement on Tariffs and Trade. (GATT 1947). Preamble.

¹³ См.: Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization. Preamble.

¹⁴ Например, статьи II, XIII ГАТТ.

¹⁵ Например, статьи V, VII, VIII, X—XII ГАТТ.

¹⁶ Например, статьи III, X ГАТТ.

¹⁷ General Agreement on Trade in Services. URL: https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/26-gats_01_e.htm (дата обращения: 09.09.2020).

¹⁸ Ibid. Article V.

¹⁹ Ibid. Article VI.

²⁰ См.: Agreement on Technical Barriers to Trade. URL: https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/17-tbt_e.htm (дата обращения: 09.09.2020).

пункте 1 статьи X ГАТТ в соответствии с практикой ОРС ВТО не ограничивает возможность для иных мер подпадать под требования пункта 1 статьи X ГАТТ²¹.

De facto под торговым барьером автор предлагает понимать любую меру публичного характера (как в форме действия, так и бездействия), оказывающую негативное влияние на течение торговли. Такое понимание даёт нам возможность говорить о том, что далеко не все возможные барьеры охвачены действующим стандартом ВТО, но мы можем выделить ключевые особенности торгового барьера: он, во-первых, должен оказывать негативное влияние на торговлю, а во-вторых, быть мерой публичного характера общего применения (по аналогии с мерами, которые могут быть оспорены в ОРС ВТО). Действия частных лиц не могут рассматриваться как торговый барьер или мера в контексте международного торгового права²². В качестве критерия публичности меры установлен тест «достаточного государственного вмешательства», однако вывод о выполнении этого теста приходится делать в каждом отдельном случае, поскольку критерий «достаточности» сам по себе довольно вариативен²³.

Подобное понимание торгового барьера в большей степени через его сущность, нежели через правовую форму, даёт возможность для дополнительных толкований и для создания новых элементов международного торгового права. Эти элементы проникают в торговлю по мере того, как усложняются и развиваются международные экономические связи. Это видно и на примере структуры самой ВТО и повестки этой организации. Так, в Дохийской министерской декларации ВТО 2001 года в переговорную повестку включены такие вопросы, как взаимосвязь торговли и защиты окружающей среды, конкуренция, электронная торговля, трансфер технологий и другие вопросы, косвенно оказывающие существенное влияние на условия торговли товарами и

услугами²⁴. Понятие торгового барьера не даёт нам возможность использовать критерий глубины негативного влияния как ориентир.

Существенное переосмысление понятия «торговый барьер» происходит в контексте распространения соглашений о свободной торговле (*далее* — ССТ), которые затрагивают новые сферы помимо классического подхода по охвату регулируемых мер (то есть основанного на действующих соглашениях ВТО). Например, недавно заключённое соглашение между США, Мексикой и Канадой (*далее* — USMCA) устанавливает требования по минимальному размеру оплаты труда на автомобильных заводах в государствах — участниках соглашения, если продукция этих заводов претендует на беспошлинный оборот в рамках USMCA. Это так называемый вклад стоимости труда (англ.: *Labor Value Content*)²⁵. Во Всеобъемлющем и прогрессивном соглашении о Транстихоокеанском партнёрстве (*далее* — СРТПП, пришедшем на смену Транстихоокеанскому партнёрству (*далее* — ТРП), содержатся юридически обязательные гарантии прав трудящихся в государствах — участниках соглашения²⁶, а также требования по охране окружающей среды²⁷. Нарушение этих правил может повлечь инициирование дела в соответствии с механизмом разрешения споров СРТПП²⁸ и, как следствие, спровоцировать прямые ограничения выгод, получаемых от соглашения страной, нарушившей соответствующие обязательства.

С учётом вышеизложенного в современном международном торговом праве понятие «торговый барьер» определяется через квалификационные критерии, такие как публично-правовой характер и негативное влияние на торговлю.

²¹ Panel Report, *EC — IT Products*, WT/DS375/R, WT/DS376/R and WT/DS377/R. Adopted 21 September 2010. § 7.1026–7.1027.

²² Об этом ясно свидетельствует практика ОРС ВТО, в частности: Panel Report, *Japan — Measures Affecting Consumer Photographic Film and Paper (Japan — Film)*, WT/DS44/R. Adopted 22 April 1998. § 10.52.
См.: Ibid. § 10.56.

²³ См.: Ibid. § 10.55–10.56.

²⁴ См.: World Trade Organization (WTO) — Doha Ministerial 2001: Ministerial Declaration // International Legal Materials. Vol. 41. 2002. No. 3. P. 746–754.

²⁵ См.: Appendix Provisions Related to the Product-Specific Rules of Origin USMCA. Article 7. URL: <https://ustr.gov/sites/default/files/files/agreements/FTA/USMCA/Text/04-Rules-of-Origin.pdf> (дата обращения: 09.09.2020).

²⁶ См.: Consolidated TPP Text — Chapter 19 — Labour. URL: <https://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/tpp-ptp/text-texte/19.aspx?lang=eng> (дата обращения: 09.09.2020).

²⁷ См.: Consolidated TPP Text — Chapter 20 — Environment. <https://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/tpp-ptp/text-texte/20.aspx?lang=eng> (дата обращения: 09.09.2020).

²⁸ См.: Ibid. Article 19.15; Article 20.23.

3. Коррупция: международно-правовой контекст

Прежде чем ответить на вопрос, может ли коррупция быть торговым барьером в соответствии с международным торговым правом, нужно понять место антикоррупционного регулирования в общем международно-правовом контексте.

Венская конвенция о праве международных договоров 1969 года в статье 50 определяет подкуп представителя государства как основание недействительности согласия государства, представитель которого был подкуплен, на обязательность заключённого договора²⁹.

Интересно, что в английском тексте Конвенции использовано слово «corruption», а в русском переводе — «подкуп». При этом оба текста являются в равной степени аутентичными³⁰.

На международном уровне вопросы определения коррупции и борьбы с ней поднимаются в Конвенции ООН против коррупции 2003 года (*далее* — Конвенция)³¹, участниками которой выступают 186 стран (подписало 140 стран), в том числе Российская Федерация. Конвенция вводит единый стандарт регулирования вопросов борьбы с коррупцией, который должен быть интегрирован в национальное право государств-участников. Положения Конвенции носят обязательный характер для государств-участников.

Конвенция, несмотря на широкое употребление термина «коррупция» (в том числе и в названии), не определяет его. Вместо этого Конвенция очерчивает круг лиц, к которым применяются её положения (через введение терминов «публичное должностное лицо», «иностранное публичное должностное лицо», «должностное лицо публичной международной организации»), обеспечивает криминализацию определённых действий с коррупционной составляющей (подкуп публичных должностных лиц, хищение имущества публичным должностным лицом, злоупотребление служебным положением, злоупотребление влия-

нием, незаконное обогащение, подкуп, хищение имущества в частном секторе).

Подобный подход в Конвенции свидетельствует о том, что вместо попытки определить коррупцию международное право скорее отталкивается от криминализации определённого перечня действий. Это выражение принципа *de minimis*: Конвенция лишь задаёт минимальный стандарт регулирования вопроса противодействия коррупции, оставляя государствам-участникам возможность применения расширенного количества санкций и криминализации большего числа деяний (пункт 2 статьи 65 Конвенции).

В качестве основного субъекта фигурирует «публичное должностное лицо», которое согласно Конвенции означает:

«i) любое назначаемое или избираемое лицо, занимающее какую-либо должность в законодательном, исполнительном, административном или судебном органе государства-участника на постоянной или временной основе, за плату или без оплаты труда, независимо от уровня должности этого лица;

ii) любое другое лицо, выполняющее какую-либо публичную функцию, в том числе для публичного ведомства или публичного предприятия, или предоставляющее какую-либо публичную услугу, как это определяется во внутреннем законодательстве государства-участника и как это применяется в соответствующей области правового регулирования этого государства-участника;

iii) любое другое лицо, определяемое в качестве “публичного должностного лица” во внутреннем законодательстве государства-участника. Тем не менее для целей принятия некоторых конкретных мер, предусмотренных главой II настоящей Конвенции, “публичное должностное лицо” может означать любое лицо, выполняющее какую-либо публичную функцию или предоставляющее какую-либо публичную услугу, как это определяется во внутреннем законодательстве государства-участника и как это применяется в соответствующей области правового регулирования этого государства-участника» (пункт «а» статьи 2 Конвенции).

Исходя из определения, ключевым признаком публичного должностного лица является право или возможность осуществлять некие действия от имени государства (то есть публичный характер действий). Криминали-

²⁹ Венская конвенция о праве международных договоров 1969 года. URL: https://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/law_treaties.shtml (дата обращения: 09.09.2020).

³⁰ См.: Там же. Статья 85.

³¹ URL: https://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/corruption.shtml (дата обращения: 09.09.2020).

зированные Конвенцией деяния связаны с осуществлением именно публичных функций (например, злоупотребление влиянием в корыстных целях) (статья 18 Конвенции).

В контексте борьбы с отмыванием денег и финансированием терроризма (которая, несомненно, сопряжена с темой борьбы с коррупцией) также рассматривается критерий возможности лица осуществлять действия публичного характера. Так, Глоссарий ФАТФ (Группы разработки финансовых мер борьбы с отмыванием денег) вводит понятие «политически значимого лица» и определяет его следующим образом: «Внутренние политически значимые лица — это лица, которые наделены либо были наделены значительными публичными функциями, например главы государства или правительства, высокопоставленные политики, высокопоставленные члены правительства, представители судейского корпуса либо военные, высокопоставленные руководители компаний в государственной собственности, важные политические партийные функционеры»³².

Данное определение используется в контексте применения рекомендаций ФАТФ по борьбе с отмыванием денег и финансированием терроризма к «деловым отношениям с политически значимыми лицами»³³. При этом в Глоссарии ФАТФ отмечено, что термин «политически значимые лица» не должен охватывать лиц среднего звена и более низкого звена в аналогичных категориях, то есть на простых государственных служащих, судей, военных или сотрудников государственных компаний он не распространяется³⁴.

Практика ФАТФ показывает, что для отдельных ситуаций важен не только факт наличия «публичных функций», но и высокий статус лица с такими функциями. Это сделано для того, чтобы ограничить возможность применения санкций за совершение того или иного действия или бездействие в зависимости от реальной возможности субъекта контролировать себя, нести ответственность за преднамеренность деяния. Риск, ассоцииро-

ванный с занимаемой должностью, у данных лиц выше, чем у обычных лиц, наделённых полномочиями от лица государства.

Обратим внимание, что подкуп выделен в Конвенции как отдельный вид коррупционного деяния. Злоупотребление влиянием и служебным положением также выделено в отдельные статьи. Таким образом, налицо несоответствие объёма терминов «подкуп» (англ.: *corruption*) в понимании русского текста Венской конвенции 1969 года и «подкуп» в понимании Конвенции. Это ещё одно свидетельство того, что в международном праве нет чётко очерченного контура юридического наполнения термина «коррупция».

Отсутствие определения коррупции и возможность для государств широко толковать пределы её криминализации в совокупности с пониманием взаимосвязи коррупции с глобальными процессами (на что дана прямая ссылка в пункте 4 преамбулы к Конвенции) позволяет говорить о том, что международное право сохраняет существенные возможности для регулирования вопросов коррупции в междисциплинарном ключе.

Важно отметить, что Конвенция рассматривает коррупцию применительно к действиям или бездействию определённых лиц, индивидов, обладающих рядом заданных характеристик (должность, предоставление публичных услуг, осуществление публичной функции). Таким образом, Конвенция обязывает государства-участников криминализировать именно индивидуальные деяния и не ставит знака равенства между действиями или бездействием публичных должностных лиц, совершёнными с присутствием коррупционного элемента, и действиями или бездействием публичного органа или организации, к которым такое должностное лицо относится. Налицо разница подходов в сравнении с правом ВТО, поскольку ВТО предполагает, что торговая мера принимается публичным органом или лицом *ex officio*, а элемент индивидуального деяния в международном торговом праве отсутствует.

Среди иных значимых международно-правовых документов по вопросу борьбы с коррупцией стоит выделить Конвенцию о борьбе с подкупом иностранных публичных должностных лиц в международных деловых операциях Организации экономического сотрудничества и развития 1997 года (*далее* — Кон-

³² Glossary of the FATF Recommendations: N—R. URL: <https://www.fatf-gafi.org/glossary/п-г/> (дата обращения: 09.09.2020).

³³ FATF Guidance. Politically Exposed Persons (Recommendations 12 and 22). URL: <https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/Guidance-PEP-Rec12-22.pdf> (дата обращения: 09.09.2020).

³⁴ Glossary of the FATF Recommendations: N—R.

венция ОЭСР). Конвенция ОЭСР нацелена на борьбу с коррупцией при заключении коммерческих договоров между представителями разных государств³⁵. Мониторинг реализации Конвенции ОЭСР проводится специализированной Рабочей группой по борьбе со взяточничеством, которая анализирует выполнение требований Конвенции ОЭСР *de jure* (то есть обязательство по криминализации коррупционных деяний) и *de facto* (то есть вопрос реального правоприменения на национальном уровне). Однако Конвенция ОЭСР не предусматривает санкций за невыполнение установленных в ней обязательств.

4. Коррупция и международная торговля — вместе или врозь?

В последнее время антикоррупционная повестка играет всё большую роль в контексте устойчивого развития, выделения международной финансовой помощи, проблематики развивающихся государств³⁶. Вместе с тем ответ на вопрос, какую роль на самом деле играет коррупция в международных экономических процессах и может ли она быть предметом регулирования международного торгового права, не столь очевиден.

Учёные-экономисты в основном определяют коррупцию через соотношение доступной экономической ренты (например, от продажи природных ресурсов или деятельности на внутреннем рынке) и уровня конкуренции в экономике. Так утверждается позитивная корреляция между уровнем коррупции и уровнем протекционизма: чем выше протекционизм, тем больше коррупции (соответственно, чем меньше торговых барьеров и выше конкуренция, тем ниже уровень коррупции)³⁷. Таким образом, делается вывод о том, что противодействие коррупции должно осуществляться путём повышения уровня конкуренции на рынке, что в свою очередь под-

разумевает снижение и устранение торговых барьеров³⁸.

Для оценки уровня коррупции широко используются данные Индекса восприятия коррупции (*далее* — Индекс), показатели Всемирного банка по критериям качества управления. Кроме того, изучается возможная взаимосвязь между Индексом и общими макроэкономическими показателями той или иной страны³⁹ (см. табл. 1).

Таблица 1

Показатели Индекса восприятия коррупции и ВВП за 2019 год для 10 крупнейших экономик мира и российской экономики

№	Страна	ВВП в 2019 году (в млн долларов США) ⁴⁰	Место в Индексе восприятия коррупции ⁴¹
1	США	21 427 700	23
2	Китай	14 342 903	80
3	Япония	45 081 770	20
4	Германия	3 845 630	9
5	Индия	2 875 142	80
6	Великобритания	2 827 113	12
7	Франция	2 715 518	23
8	Италия	1 839 758	51
9	Бразилия	1 839 758	106
10	Канада	1 736 426	12
11	Россия	1 699 877	137

Видно, что из крупнейших мировых экономик в 2019 году только Канада вошла в десятку стран с самым низким Индексом. Вместе с тем статистика, учитывающая размер ВВП на душу населения, показывает достаточно прямую взаимосвязь между уровнем восприятия коррупции и величиной ВВП на душу населения — такой вывод был сделан практически для всех европейских стран⁴². Отдельные авторы отмечают, что взаимосвя-

³⁵ См.: Суханов В. А., Дулова И. Е. Правовые аспекты деятельности международных организаций по противодействию коррупции // Московский журнал международного права. 2017. № 2 (106). С. 128–135.

³⁶ См.: Harrison E. Corruption // Development in Practice. Vol. 17. 2007. No. 4/5. P. 672–678.

³⁷ См.: Ades A., Di Tella R. Rents, Competition, and Corruption // The American Economic Review. Vol. 89. 1999. No. 4. P. 982–993.

³⁸ См.: Bliss C., Di Tella R. Does Competition Kill Corruption? // Journal of Political Economy. Vol. 105. 1997. No. 5. P. 1001–1023.

³⁹ См.: Lučić D., Radišić M., Dobromirov D. Causality between Corruption and the Level of GDP // Economic Research = Ekonomska Istraživanja. Vol. 29. 2016. No. 1. P. 360–379.

⁴⁰ Gross Domestic Product 2019. URL: <https://databank.worldbank.org/data/download/GDP.pdf> (дата обращения: 09.09.2020).

⁴¹ Corruption Perceptions Index 2019. URL: <https://www.transparency.org/ru/cpi/2019/results/table> (дата обращения: 09.09.2020).

⁴² См.: Christos P., Eleni K., Dimitrios K., Zacharias D., Athanasios A., Panagiotis L. Corruption Perception Index (CPI), as an Index of Economic Growth for European Countries // Theoretical Economics Letters. Vol. 8. 2018. P. 524–537.

висимость между уровнем ВВП и уровнем коррупции в стране проявляется сильнее всего в среднесрочном периоде — от 6 до 10 лет⁴³.

Некоторые учёные утверждают, что существует негативная взаимосвязь между поступлением прямых иностранных инвестиций и коррумпированностью страны-реципиента: чем выше уровень коррупции, тем ниже инвестиционный поток, поступающий в страну⁴⁴. Однако этот вывод скорее характеризует ситуацию для «развитых» экономик. Так, инвестиционная привлекательность стран, не входящих в ОЭСР, во многом зависит от других макроэкономических факторов (например, от стоимости труда). В целом некоторыми исследователями был сделан вывод о снижении важности коррупционного фактора при принятии решений об инвестировании⁴⁵.

Для проводимого анализа важен следующий вывод — нет абсолютно достоверных данных о том, что высокий уровень коррупции в государстве оказывает существенное влияние на развитие экономики и условия торговли. При этом отдельные учёные даже утверждают, что выгоды от коррупции при определённых обстоятельствах могут превышать издержки⁴⁶. В этих условиях возникает вопрос о целесообразности включения «антикоррупционной повестки» в сферу международного торгового права.

Несмотря на различные эмпирические данные экономистов, показатели коррумпированности рынка часто используются при определении целесообразности ведения деловой активности и принятия экономических решений. Так, рейтинговые агентства Standard & Poog's, Moody's и Fitch используют данные об уровне коррупции при определении суверенного инвестиционного рейтинга⁴⁷. Данные по коррупции используются органа-

ми государственной власти различных стран при составлении рекомендаций о ведении деловой активности за рубежом и целесообразности инвестирования в зарубежные рынки. Например, Государственный департамент США в своём Заявлении об инвестиционном климате в России указывает, что «российская судебная система сохраняет свою прогосударственную ориентацию, таким образом оставляя инвесторам мало шансов для обращения к правовым методам в спорах с правительством», а также что «высокий уровень коррупции среди государственных чиновников усугубляет правовые риски». Отдельная часть заявления посвящена обзору состояния коррупции в России, даны рекомендации американским компаниям о необходимости соблюдения при ведении деловой активности всех антикоррупционных требований как в США, так и в России⁴⁸. В ежегодном докладе об оценке зарубежных барьеров в торговле за 2019 год Офис торгового представителя США подчёркивает, что коррупция является существенным барьером в торговле, и отдельно выделяет обзор ситуации с коррупцией для каждой из стран или регионов, перечисленных в докладе⁴⁹.

Тема регулирования коррупции на международном уровне подвергается существенно-му влиянию правовых систем отдельных государств, прежде всего США (так называемая экстерриториальность права). Здесь важна практика применения Закона о зарубежных коррупционных практиках (англ.: *Foreign Corrupt Practices Act, FCPA*) 1977 года. FCPA запрещает американским компаниям давать взятки зарубежным должностным лицам для получения какого-либо содействия в бизнесе. Кроме того, FCPA применяется и к зарубежным компаниям/должностным лицам, которые совершали коррупционные действия либо на территории США, либо во взаимосвязи с США (англ.: *domestic concerns*) — например, в долларах США или на рынке ценных бумаг с американской юрисдикцией⁵⁰.

⁴³ См.: *Lučić D., Radišić M., Dobromirov D.* Op. cit.

⁴⁴ Например, см.: *Voyer P., Beamish P.* The Effect of Corruption on Japanese Foreign Direct Investment // *Journal of Business Ethics*. Vol. 50. 2004. No. 3. P.211—224.

⁴⁵ См.: *Egger P., Winner H.* How Corruption Influences Foreign Direct Investment: A Panel Data Study // *Economic Development and Cultural Change*. Vol. 54. 2006. No. 2. P.459—486.

⁴⁶ См.: *Houston D.* Can Corruption Ever Improve an Economy? // *Cato Journal*. Vol. 27. 2007. No. 3. P.325—342.

⁴⁷ См.: *Pantizza U.* The Use of Corruption Indicators in Sovereign Ratings. Washington, D.C.: Inter-American Development Bank, 2017. URL: <https://publications.iadb.org/publications/english/document/The-Use-of-Corruption-Indicators-in-Sovereign-Ratings.pdf> (дата обращения: 09.09.2020).

⁴⁸ См.: 2019 Investment Climate Statements: Russia. URL: <https://www.state.gov/reports/2019-investment-climate-statements/russia/> (дата обращения: 09.09.2020).

⁴⁹ См.: 2019 National Trade Estimate Report on Foreign Trade Barriers. URL: https://ustr.gov/sites/default/files/2019_National_Trade_Estimate_Report.pdf (дата обращения: 09.09.2020).

⁵⁰ См.: FSAP. A Resource Guide to the US Foreign Corrupt Practices Act. URL: <https://www.justice.gov/sites/default/files/>

Если посмотреть на список самых больших штрафов в истории FCPA за взяточничество за рубежом, то можно увидеть, что FCPA широко применяется по отношению к компаниям неамериканской юрисдикции (см. табл. 2). Интересно отметить, что в списке присутствуют восемь компаний из государств с достаточно высоким Индексом (Швеция, Германия, Нидерланды, Франция, США, Израиль).

Таблица 2

Перечень самых крупных штрафов за дачу взятки за рубежом при применении FCPA⁵¹

Наименование компании	Сумма штрафа (в долларах США)	Страна юрисдикции	Год штрафа
Petrobras	1,78 млрд	Бразилия	2018
Telefonaktiebolaget LM Ericsson	1,06 млрд	Швеция	2019
Telia Company AB	965 млн	Швеция	2017
MTS	850 млн	Россия	2019
Siemens	800 млн	Германия	2008
VimpelCom	795 млн	Нидерланды	2016
Alstom	772 млн	Франция	2014
Société Générale S.A.	585 млн	Франция	2018
KBR/Halliburton	579 млн	США	2009
Teva Pharmaceutical	519 млн	Израиль	2016

Охват экстерриториальности FCPA ставится под вопрос и американскими юристами, и американскими судами. В деле *United States v. Hoskins*⁵² правительство США пыталось доказать, что некоторые из ответчиков участвовали в схеме по даче взяток официальным лицам в Индонезии для того, чтобы их работодатель — французская глобальная компания «Алстрем» — получила многомиллионный контракт от правительства Индонезии. Эта деятельность, по утверждению правительства США, велась через американскую «дочку» французской компании⁵³.

Суд, опровергая доводы правительства США, установил, что FCPA применяется лишь к ограниченному числу лиц (прямо указанных в Законе) и что если положения FCPA не могут быть применены к ответчику как к основному лицу (англ.: *principal*), то они не могут быть применены к нему и на основании «тайного намерения нарушить закон или соучастия» (англ.: *accomplice and conspired to violate*)⁵⁴. Это дело могло стать существенным ограничением принципа экстерриториальности FCPA: регулятор должен доказать нарушение со стороны ответчика на территории США, вместо того чтобы применять нормы американского права в контексте «умозаключений».

Однако в 2019 году американский суд прямо отказался применять логику, ранее изложенную в деле *United States v. Hoskins* при рассмотрении жалобы украинского бизнесмена Дмитрия Фирташа⁵⁵. Юристы отмечают, что дополнительные толкования в свете *United States v. Hoskins* не избавляют зарубежные компании от риска подпасть под действие экстерриториального права США⁵⁶.

С учётом большого влияния финансового рынка США на международную торговлю многие международные компании рискуют подпасть под санкции американских регуляторов за нарушение FCPA⁵⁷. Пример FCPA показывает, что вопросы установления антикоррупционных правил и санкций за их неисполнение выходят за рамки национального права и серьёзным образом затрагивают права международной торговли, в условиях которых работают ключевые глобальные компании. В этой связи важно рассмотреть, каким образом на этот тренд реагирует международное торговое право.

⁵⁴ См.: United States Court of Appeals for the Second Circuit. *United States v. Hoskins*.

⁵⁵ См.: United States District Court Northern District of Illinois Eastern Division. *United States v. Firtash*. 392 F. Supp. 3d 872 (N.D. Ill. 2019). URL: <https://casetext.com/case/united-states-v-firtash> (дата обращения: 09.09.2020).

⁵⁶ См.: The Uncertain Extraterritorial Reach of the FCPA. URL: <https://www.linklaters.com/en/insights/blogs/businesscrime-links/2019/july/the-uncertain-extraterritorial-reach-of-the-fcpa> (дата обращения: 09.09.2020).

⁵⁷ Примечателен пример российской IT-компании «Яндекс», которая, разместив свои акции на американской бирже NASDAQ, автоматически подпала под юрисдикцию FCPA и формирует годовой отчёт по правилам Американской комиссии по ценным бумагам и биржам (SEC). URL: https://cache-mskmar10.cdn.yandex.net/download.cdn.yandex.net/company/annual_2018.pdf (дата обращения: 09.09.2020).

[criminal-fraud/legacy/2015/01/16/guide.pdf](https://www.fcpa.com/criminal-fraud/legacy/2015/01/16/guide.pdf) (дата обращения: 09.09.2020).

⁵¹ URL: <https://fcgablog.com/2020/02/03/airbus-shatters-the-fcpa-top-ten/> (дата обращения: 09.09.2020).

⁵² United States Court of Appeals for the Second Circuit. *United States v. Hoskins*. No. 16-1010-cr (2d Cir. Aug. 24, 2018). URL: <https://casetext.com/case/united-states-v-hoskins-47> (дата обращения: 09.09.2020).

⁵³ См.: Second Circuit Rejects DOJ's Efforts to Broaden FCPA's Extraterritorial Reach Through Conspiracy or Other Accomplice Liability. URL: <https://www.linklaters.com/en/insights/publications/2018/august/second-circuit-rejects-doj-efforts-to-broaden-fcpas> (дата обращения: 09.09.2020).

5. Борьба с коррупцией и международное торговое право

Право ВТО практически не содержит отдельных норм, регулирующих вопросы коррупции. Единственное исключение — Пересмотренное соглашение о государственных закупках (англ.: *Revised Government Procurement Agreement, GPA*). GPA регулирует равные условия доступа на рынок государственных закупок с применением принципа наибольшего благоприятствования для всех участников соглашения. Так, в преамбуле GPA сказано, что стороны «признают важность прозрачных мер по государственным закупкам, проведения закупочных процедур в прозрачной и беспристрастной форме и избегания конфликта интересов и коррупционных практик в соответствии с применяемыми международными правилами, такими как Конвенция ООН против коррупции»⁵⁸. Эта мысль раскрывается в пункте 4 статьи IV «Общие принципы» в части принципа недискриминации: «Закупочное учреждение должно проводить закупки, урегулированные Соглашением, в прозрачной и беспристрастной форме таким образом, что эта форма: а) соответствует настоящему Соглашению, используя такие методы как открытые тендеры, выборные тендеры и закрытые тендеры; б) избегает конфликта интересов; в) предотвращает коррупционные практики».

Таким образом, GPA вводит обязательство для участников Соглашения по предотвращению коррупционных практик при проведении процедур государственных закупок. Учитывая обязательный характер нормы, факт её нарушения может стать предметом разбирательства в ОРС ВТО и, как следствие, могут быть применены соответствующие санкции за нарушение обязательств в рамках ВТО. Однако основное ограничение, установленное этой нормой, заключается в характере GPA — этот документ не входит в перечень обязательных к присоединению в рамках ВТО, поэтому его действие распространяется лишь на ограниченный круг участников (на настоящий момент 48 членов ВТО являются

также участниками GPA⁵⁹). Этот факт не позволяет говорить об универсальности требований GPA по предотвращению коррупционных практик даже в рамках действующего правового режима ВТО. Стоит также отметить отсутствие практики разрешения споров по данной теме⁶⁰.

Вместе с тем установление понятных и прозрачных правил международной торговли, стандартов транспарентности принятия правовых решений по торговым вопросам ведёт к уменьшению коррупционных рисков в урегулированных правом ВТО сферах⁶¹. Однако можно сказать, что подобный позитивный эффект ожидается от принятия любого существенного обобщения правил поведения на международном уровне.

Отметим, что право ВТО построено на том, что договаривающиеся стороны — члены Организации принимают на себя публично-правовые обязательства по сокращению и устранению торговых барьеров, которые устанавливаются на государственном уровне и являются мерами общего применения. Статья X ГАТТ ссылается на «законы, подзаконные акты, судебные решения и административные постановления общего применения, введённые в действие какой-либо договаривающейся стороной» при установлении правил публикации, администрирования и обжалования таких решений. Использование терминологии «договаривающиеся стороны» по тексту соглашений ВТО применительно к тем или иным действиям в международной торговле подчёркивает следующее: ВТО исходит из понимания того, что только публичная власть или органы, наделённые публичной властью, могут рассматриваться как субъекты действия. При этом нужно отметить, что действия частных лиц, которые могут быть приняты за действия государства, также считаются мерами в понимании права ВТО⁶².

⁵⁹ См.: Agreement on Government Procurement, Parties, Observers and Accessions. URL: https://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/memobs_e.htm (дата обращения: 09.09.2020).

⁶⁰ См.: The WTO Analytical Index: Guide to WTO Law and Practice, Amended Agreement on Government Procurement. 2012. URL: https://www.wto.org/english/res_e/publications_e/ai17_e/gpa2012_e.htm (дата обращения: 09.09.2020).

⁶¹ См.: The WTO can... encourage good governance. URL: https://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/10thi_e/10thi05_e.htm (дата обращения: 09.09.2020).

⁶² См.: Panel Report, *Japan — Film*, WT/DS44/R. Adopted 22 April 1998. § 10.376.

⁵⁸ Пересмотренное Соглашение о государственных закупках ВТО. URL: https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/rev-gpr-94_01_e.htm (дата обращения: 09.09.2020).

Важным прецедентом в отношении правовой взаимосвязи вопросов торговли и противодействия коррупции выступает дело *Columbia — Textiles (DS461)*. В этом деле Колумбия пыталась доказать, что введённый ею дополнительный таможенный тариф на некоторые предметы одежды *inter alia* был обоснован необходимостью борьбы с отмыванием денег, незаконной торговлей и целями защиты общественной морали. Отмечалось, что принятые меры были необходимы для должного применения соответствующей статьи Уголовного кодекса Колумбии. По мнению Колумбии, эти факторы обосновывали принятую меру как легальную через применение статьи XX ГАТТ «Общие исключения», которая разрешает в определённых случаях вводить торговые ограничения. Апелляционный орган ВТО подтвердил, что введение подобных торговых ограничений действительно может быть обосновано указанными Колумбией целями, но в данном конкретном случае такого обоснования было недостаточно для правового оправдания необходимости применения введённых ограничений⁶³.

Таким образом, в деле *Columbia — Textiles (DS461)* сделан вывод, что праву ВТО могут соответствовать меры, вводящие дополнительные ограничения в торговле, исходя из необходимости защиты «общественной морали» (англ.: *public morals*) (пункт «а» статьи XX ГАТТ) или обеспечения внутреннего правоприменения, если оно не противоречит правилам ГАТТ (пункт «d» статьи XX ГАТТ). Ключевой правовой тест в этом случае — обоснованность, то есть уровень взаимосвязи между применённой мерой и государственными интересами, в целях которых данная мера принята⁶⁴. Хотя в деле *Columbia — Textiles (DS461)* упоминаются меры, направленные на борьбу с отмыванием денег, теоретически в эту категорию могут попасть и иные торговые ограничения, направленные на борьбу с коррупцией.

Если отталкиваться от Конвенции ООН, то коррупционная составляющая может присутствовать лишь в действиях отдельных должностных лиц, которые исходят из целей

личной выгоды. Такого же понимания придерживается, например, ФСПА. Даже если должностное лицо оказывает сильное влияние на осуществление государством своих публичных функций (например, таможенный инспектор при проверке таможенных документов), сложно представить, что отдельные коррупционные действия могут рассматриваться как государственная воля, прямое выполнение публичных функций. Напротив, нарушения антикоррупционных норм, совершённые таким лицом, идут вразрез с самой сутью государственной службы⁶⁵.

Однако могут существовать ситуации, когда уровень коррупции в государстве таков, что нормальное функционирование государственных органов становится невозможным либо принятие решений без коррупционной составляющей становится нереалистичным. Как уже было сказано, право ВТО в текущем формате не предусматривает прямых юридических последствий для такой ситуации. Ситуации, аналогичные делу *Columbia — Textiles (DS461)*, возможны скорее в тех случаях, когда само государство, в котором принимаются меры по борьбе с коррупцией, вводит внешние торговые ограничения, чтобы повлиять на внутреннюю ситуацию (как произошло с Колумбией). Этот пример не свидетельствует о возможности введения торговых ограничений против третьего государства на основании того, что в таком третьем государстве не соблюдаются некие антикоррупционные требования. Однако если коррупция приобретает фактически «государственный уровень» либо если государство не имплементировало в своё законодательство соответствующие нормы, можно ли говорить о том, что государство, поощряя (либо закрывая глаза на) коррупцию, создаёт таким образом торговый барьер? Ответ на этот вопрос зависит от того, приобретает ли коррупция при таких условиях публично-правовой статус.

Нормы Конвенции не имеют прямого действия: государства — участники Конвенции

⁶³ См.: Appellate Body Report, *Colombia — Measures Relating to the Importation of Textiles, Apparel and Footwear*. WT/DS461/AB/R. Adopted on 22 June 2016.

⁶⁴ См.: Appellate Body Report, *US — Gasoline*. WT/DS2/9. Adopted on 20 May 1996. P. 17.

⁶⁵ Например, статья 15 Федерального закона «О государственной гражданской службе» обязывает государственного гражданского служащего Российской Федерации соблюдать законы Российской Федерации, к которым относится Федеральный закон «О противодействии коррупции». См.: Федеральный закон от 27 июля 2004 года № 79-ФЗ «О государственной гражданской службе Российской Федерации» (в ред. от 31 июля 2020 года) // Собрание законодательства Российской Федерации. 2004. № 31. Ст. 3215.

берут на себя обязательство предусмотреть криминализацию действий, предписанных Конвенцией (ранее упомянутый стандарт *de minimis*)⁶⁶. После соответствующего отражения в национальном праве антикоррупционные стандарты Конвенции начинают применяться к субъектам в соответствии с уголовным и уголовно-процессуальным правом каждой отдельной страны. Таким образом, в свете Конвенции государство может нести международно-правовую ответственность только за невыполнение требования о криминализации конвенционного антикоррупционного стандарта либо за неверную интеграцию требований Конвенции в национальное право, но не за применение или неприменение антикоррупционных санкций к отдельным лицам. Последнее остаётся на усмотрение самого государства. Последствия несоблюдения публично-правового обязательства, взятого на себя в соответствии с Конвенцией, также ограничены: Конвенцией не предусмотрены санкции международно-правового характера против государства, которое не смогло должным образом выполнить обязательства по ней (статья 66). В случае возникновения спора между государствами-участниками относительно толкования или применения Конвенции он должен быть урегулирован путём переговоров либо, если переговоры не привели к результату, передан в Международный Суд ООН. При этом в норме о юрисдикции суда может быть сделана оговорка. Очевидно, что, принимая во внимание прямое действие Конвенции, Международный Суд ООН в качестве меры реагирования может лишь обязать государство-участника выполнить те или иные положения Конвенции, то есть имплементировать их в своё законодательство, а не применить санкции прямого действия⁶⁷.

⁶⁶ Статья 65.1 Конвенции ООН против коррупции гласит: «Каждое Государство-участник принимает, в соответствии с основополагающими принципами своего внутреннего законодательства, необходимые меры, включая законодательные и административные меры, для обеспечения осуществления своих обязательств согласно настоящей Конвенции».

⁶⁷ Впрочем, такая возможность теоретически присутствует, если к исполнению решения Международного Суда ООН принуждают через механизм Совета Безопасности ООН (статья 94.2 Устава ООН). URL: <https://www.un.org/en/sections/un-charter/un-charter-full-text/> (дата обращения: 09.09.2020). Однако в том же деле *Nicaragua v. U.S.* Никарагуа не удалось добиться принятия санкции Совета Безопасности в связи с правом вето США. Подробнее о проблемах, связанных с возможностями Совета Безопасности ООН обеспечивать испол-

Своеобразие права ВТО заключается в том, что против договаривающейся стороны — члена ВТО могут быть применены ответные меры экономического характера в случае несоблюдения обязательств, принятых ею в рамках ВТО, если такие меры авторизованы по итогам рассмотрения спора ОРС ВТО⁶⁸. Такая система имеет своё логичное обоснование: несоблюдение обязательств в рамках ВТО влечёт установление торговых барьеров, которые, в свою очередь, сказываются на финансово-экономическом состоянии экспортёров и торговом балансе заинтересованных договаривающихся сторон. И хотя в праве ВТО приоритет отдаётся устранению нарушений в качестве основного способа соблюдения обязательств⁶⁹, в случае, если такое выполнение обязательств невозможно или не происходит, применяется принцип возмещения ущерба в виде приостановления выгод, предоставленных в рамках ВТО⁷⁰.

Указанная система контроля соблюдения взятых на себя международно-правовых обязательств в сфере торговли отражена в основных на праве ВТО торговых соглашениях (преференциальные торговые соглашения, соглашения о свободной торговле)⁷¹. Аналогичная система контроля, например, встречается во всех соглашениях о свободной торговле Европейского Союза с третьими странами, в большинстве соглашений о свободной торговле, заключённых США, в соглашении МЕРКОСУР и многих других.

В ССТ первого и второго поколения⁷² правила разрешения споров и, соответственно,

нение решений Международного Суда ООН, см.: *Amuda-Kannike A., Abila S. A Critical Examination of the Enforcement of ICJ Decisions through the Organs of the United Nations // Journal of Law and Criminal Justice. Vol. 6. 2018 No. 1. P.21–46. URL: http://jlcjnet.com/journals/jlcj/Vol_6_No_1_June_2018/3.pdf (дата обращения: 09.09.2020).*

⁶⁸ См.: Understanding on Rules and Procedure Governing the Settlement of Disputes. Article 22. URL: https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/28-dsu_e.htm (дата обращения: 09.09.2020).

⁶⁹ См.: Ibid. Article 19.1.

⁷⁰ См.: Ibid. Article 22.

⁷¹ Право на заключение таких соглашений, а также создание таможенных союзов прямо предусмотрено статьёй XXIV ГАТТ.

⁷² Автор использует этот термин для обозначения соглашений о свободной торговле, структура которых основана на структуре соглашений ВТО. Соглашения о свободной торговле регулируют вопросы электронной торговли, экологии, трудовых стандартов и иных элементов типа «ВТО+», но не являются строгими обязательствами (то есть не могут быть оспорены в рамках систем разрешения споров по ССТ) и относятся ко второму поколению соглашений о свободной торговле. Соглашения, в

возможность применения экономических санкций существенно ограничены. В третьем поколении ССТ механизмы разрешения споров распространяются практически на все элементы регулирования, в том числе на так называемые элементы ВТО+ — нормы, регулирующие правоотношения, не являющиеся предметом соглашений ВТО. Элементы «ВТО+» чаще всего не имеют прямо связанного с торговлей характера, скорее это условия, которые оказывают существенное влияние на условия ведения торговли. К таким условиям можно отнести вопросы правового регулирования, функционирования системы защиты интересов малых и средних предприятий, экологическое регулирование, трудовые стандарты⁷³.

В ССТ третьего поколения присутствует существенный блок по регулированию вопросов противодействия коррупции и добропорядочности официальных лиц. Рассмотрим эти положения более подробно.

К примеру, в статье 7 «Меры против коррупции» Всеобъемлющего соглашения о торговом партнёрстве между Японией и Республикой Индия от 2011 года предусмотрено, что «каждая сторона, в соответствии со своим законодательством, обязуется принять необходимые меры для предотвращения и борьбы с коррупцией своих публичных должностных лиц по вопросам, охваченным в настоящем Соглашении»⁷⁴. Очевидно, что приведённая норма носит мягкий характер: сделаны ссыл-

ки на соответствие принимаемых мер законодательству сторон, не предусмотрено критериев, по которым можно оценить объём и сферу действия ожидаемых к принятию мер. Вместе с тем обязательство, пусть и столь гибкое, не изъято из охвата действия системы разрешения споров между Японией и Индией по соглашению⁷⁵.

Ключевой вехой в развитии антикоррупционных положений в ССТ стало так и не вступившее в силу (в связи с выходом США)⁷⁶ ТРП. Вопросы коррупции посвящена глава 26 «Транспарентность и меры против коррупции». В целом правила ТРП по борьбе с коррупцией можно обобщить следующим образом⁷⁷. Во-первых, стороны ТРП должны принять либо оставить в силе законы, которые криминализируют следующие действия, если они оказывают воздействие на международную торговлю и инвестиции и если они совершены на международном уровне каким-либо лицом, подсудным одной из сторон ТРП:

— обещание, предложение либо предоставление публичному должностному лицу, прямо или косвенно, не положенной ему выгоды с той целью, чтобы публичное должностное лицо совершило какое-либо действие либо не совершало его при выполнении своих официальных обязанностей;

— требование либо принятие публичным должностным лицом не положенной выгоды с той целью, чтобы публичное должностное лицо совершило какое-либо действие либо не совершало его при выполнении своих официальных обязанностей;

— аналогичные требования в отношении иностранных публичных должностных лиц либо должностных лиц международных организаций;

— оказание содействия либо сокрытие для совершения указанных выше действий.

Во-вторых, стороны должны принять законы, гарантирующие сохранение официальных записей, финансовой отчётности, бухгалтерских и аудиторских документов с целью

которых элементы «ВТО+» являются строгими юридическими обязательствами, можно отнести к третьему поколению ССТ. Европейский Союз, например, обозначает «ССТ нового поколения» как соглашения, регулирующие не только вопросы снижения тарифов и торговли товарами, но и торговлю услугами, государственные закупки и другие элементы. В целом ЕС характеризует все свои ССТ, заключённые после 2006 года, как соглашения нового поколения. По мнению автора, такое разделение не отражает основного нюанса, а именно — строгого характера норм «ВТО+» в соглашениях последнего времени, поэтому разделение на три поколения выглядит более логичным. Подробнее о позиции ЕС см.: Report from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on Implementation of Free Trade Agreements 1 January 2018 – 31 December 2018. URL: <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2019/EN/COM-2019-455-F1-EN-MAIN-PART-1.PDF> (дата обращения: 09.09.2020).

⁷³ Подробнее о структуре современных соглашений о свободной торговле см.: *Garcia F. Consent and Trade: Trading Freely in a Global Market*. Cambridge : Cambridge University Press, 2018.

⁷⁴ Comprehensive Economic Partnership Agreement between Japan and the Republic of India. Article 7. URL: https://www.mofa.go.jp/region/asia-paci/india/epa201102/pdfs/jicepa_ba_e.pdf (дата обращения: 09.09.2020).

⁷⁵ См.: Ibid. Article 133.

⁷⁶ См.: Письмо Офиса торгового представителя США Министерству иностранных дел и торговли Новой Зеландии о выходе из TPP. URL: <https://ustr.gov/sites/default/files/files/Press/Releases/1-30-17%20USTR%20Letter%20to%20TPP%20Depository.pdf> (дата обращения: 09.09.2020).

⁷⁷ См.: Chapter 26. Transparency and Anti-Corruption. URL: <https://ustr.gov/sites/default/files/TPP-Final-Text-Transparency-and-Anti-corruption.pdf> (дата обращения: 09.09.2020).

недопущения коррупционных действий при помощи таких документов. В-третьих, ТРП предусматривает более мягкое по сравнению с указанными выше требование (употреблена формулировка «стороны стремятся», англ.: *the Parties shall endeavor*) по принятию мер и правил, регулирующих процедуру отбора публичных должностных лиц, прозрачность их работы, процедуры декларирования доходов и иной деятельности публичных должностных лиц, принятие кодексов поведения должностных лиц.

ТРП устанавливает прямую обязанность для государств-членов по обеспечению эффективного применения антикоррупционных норм с целью содействия торговле и инвестициям. При этом в ТРП подчёркивается, что каждое государство вправе самостоятельно решать, каким образом обеспечивать соблюдение этих правил в соответствии со своими законами и особенностями правового регулирования⁷⁸.

Отдельно ТРП гарантирует соблюдение всех прав и обязательств сторон, вытекающих из следующих международно-правовых актов по борьбе с коррупцией: Конвенции ООН против коррупции, Конвенции ООН по борьбе с транснациональной организованной преступностью 2000 года, Конвенции о противодействии подкупу иностранных публичных лиц при проведении международных деловых сделок 1997 года, Межамериканской конвенции против коррупции 1996 года. Для ссылки на указанные антикоррупционные акты авторы ТРП выбрали особую правовую конструкцию: ничто в настоящем Соглашении не оказывает влияния на права и обязанности Сторон, происходящих из (англ.: *nothing in this Agreement shall affect the rights and obligations of the Parties under*)⁷⁹. Такая формулировка, с учётом правил толкования международных договоров согласно статье 31 Венской конвенции 1969 года, означает, что права и обязанности по международно-правовым документам против коррупции существуют как отдельная правовая система, а обязательства в рамках ТРП — это нормы *sui generis*, применяемые именно в контексте данного соглашения и его предмета. Соответственно, поскольку содержащиеся в ТРП нормы анти-

коррупционного характера имеют «особый статус», то и ответственность за их нарушение также может отличаться от той ответственности, которая наступила бы в случае нарушения иных антикоррупционных норм международного публичного права.

В пользу такой трактовки говорит сам текст ТРП: пункт 1 статьи 26.12 распространяет сферу действия механизма разрешения споров по соглашению на упомянутые антикоррупционные правила⁸⁰. При этом установлены следующие ограничения применения механизма разрешения споров:

- оспариваемая мера должна противоречить антикоррупционным положениям ТРП (англ.: *to be inconsistent*);

- либо сторона-ответчик должна каким-либо иным образом не исполнить свои антикоррупционные обязательства в рамках ТРП;

- несоответствие либо неисполнение обязательств должно иметь характер, оказывающий влияние на торговлю и инвестиции между сторонами;

- предметом спора не могут быть нормы в части применения антикоррупционного законодательства (именно в этой части ТРП предоставляет государствам-участникам определённый уровень дискреции).

Применимость механизма разрешения споров к антикоррупционным положениям означает, что за нарушения соответствующих обязательств, при несоблюдении проигравшей стороной спора решения Панели Арбитров, выигравшая сторона может приостановить выгоды от соглашения ТРП «в эквивалентном размере». С учётом того, что антикоррупционные положения ТРП не относятся к положениям, оказывающим прямой экономический эффект (как, например, положения об обнулении пошлин на импорт товаров или упрощении доступа на рынок услуг), определить в таком случае «эквивалентный размер» приостановления выгод представляется крайне затруднительным. На этот случай в ТРП предусмотрена возможность приостановления выгод в другой сфере, если приостановление в соответствующей нарушению сфере представляется непрактичным или неэффективным⁸¹.

⁸⁰ См.: Ibid. Article 26.12.1.

⁸¹ См.: Chapter 8. Dispute Settlement. Article 28.20. URL: <https://ustr.gov/sites/default/files/TPP-Final-Text-Dispute-Settlement.pdf> (дата обращения: 09.09.2020).

⁷⁸ См.: Chapter 26. Transparency and Anti-Corruption. Article 26.9.

⁷⁹ См.: Ibid. Article 26.11.

Таким образом, ТРП напрямую вводит возможность экономической ответственности (например, в форме приостановления тарифных уступок) за нарушение обязательств по борьбе с коррупцией. При этом важно отметить, что ТРП всё-таки ограничивает возможность применения экономических санкций. Во-первых, сами формулировки ТРП во многом аналогичны требованиям Конвенции ООН в части криминализации определённых деяний. Во-вторых, должен присутствовать факт прямого нарушения обязательства для возможности инициировать спор в антикоррупционной части. В-третьих, при определении уровня ответственности установлено требование разумности и «учёта широкого экономического контекста»⁸².

Таким образом, вопрос определения ответственности Конвенция ООН и ТРП решают в схожей манере: ответственность по введению в национальное законодательство требований международных договоров лежит на стороне соглашения (государстве) как субъекте международного права. Ответственность по международному договору не может наступить за нарушение, совершённое отдельным лицом, даже при выполнении публичных функций. Разница заключается в том, что за нарушение соответствующих положений ТРП может быть применена ответственность в виде приостановления выгод торгово-экономического характера, а за нарушение Конвенции ООН — нет.

Важно отметить, что требования к качеству правоприменения выведены ТРП из-под действия механизма разрешения споров. Это означает, что нельзя обвинить государство в нарушении положений ТРП, если, например, сохраняется низкая статистика по раскрытию и предотвращению уголовно наказуемых деяний, которые были криминализованы согласно ТРП, или присутствует значительное количество индивидуальных коррупционных нарушений со стороны должностных лиц. Для ТРП важен сам юридический факт имплементации ответственности за коррупционные действия в право государств — участников ТРП.

Наследник ТРП — Всеобъемлющее и прогрессивное соглашение о Транстихоокеанском партнёрстве (СРТРП) — полностью инкорпорировал антикоррупционные поло-

жения ТРП⁸³; сторонами нового соглашения стали Канада, Австралия, Бруней, Чили, Япония, Малайзия, Мексика, Новая Зеландия, Перу, Сингапур и Вьетнам.

Ещё одно крупное торговое соглашение, которое вводит ответственность за нарушение антикоррупционных положений, — USMCA, недавно заключённое соглашение между Мексикой, США и Канадой. Положения главы 27 USMCA во многом вдохновлены ТРП и повторяют его структуру. USMCA содержит схожий перечень деяний, которые должны быть криминализованы в праве государств — участников соглашения. Кроме того, вводятся требования о введении особых административных правил, таких как принятие кодексов поведения должностных лиц, особых процедур отбора, определение конфликта интересов и другие. Интересно, что, в отличие от ТРП, обязательства по применению административных правил сформулированы как «жёсткая норма» — через формулу «Стороны обязуются принять или оставить в силе» (англ.: *the Parties shall adopt or maintain*)⁸⁴.

Как и ТРП, USMCA распространяет действие механизма разрешения споров на антикоррупционные обязательства сторон, но вводит сходные ограничения по сфере применения. Кроме того, как и в ТРП, право инициировать спор не распространяется на требования по правоприменению. Так, должно присутствовать прямое нарушение требований USMCA в совокупности с воздействием такого нарушения на «торговлю и инвестиции»⁸⁵.

Интересен пример Соглашения Котону (англ.: *Cotonou Agreement*)⁸⁶ — рамочного договора между ЕС и 79 странами Африки, Карибского бассейна и Океании. Соглашение не является ССТ, это скорее документ политического содержания, устанавливающий основы политического и экономического взаи-

⁸³ См.: Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership. Article 1. URL: <https://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/cptpp-ptpgrp/text-texte/cptpp-ptpgrp.aspx?lang=eng> (дата обращения: 09.09.2020).

⁸⁴ См.: United States-Mexico-Canada Agreement. Articles 27.3.1, 27.3.2, 27.3.6, 27.4.2. URL: https://ustr.gov/sites/default/files/files/agreements/FTA/USMCA/Text/27_Anticorruption.pdf (дата обращения: 09.09.2020).

⁸⁵ См.: United States-Mexico-Canada Agreement. Article 27.8.

⁸⁶ Соглашение Котону прекращает своё действие в феврале 2020 года, в настоящее время ведутся переговоры о возможности его замены.

⁸² Chapter 8. Dispute Settlement. Article 28.20.4.c.iii.

модействия между ЕС и странами охваченных регионов. Соглашение, помимо норм о сотрудничестве в борьбе с коррупцией⁸⁷, содержит специальный механизм консультаций и специальных мер в отношении коррупции⁸⁸. В соответствии с этим соглашением в случаях, когда ЕС предоставляет существенную финансовую поддержку по экономическим и политическим программам другому государству — участнику Соглашения Котону, в серьёзных коррупционных случаях стороны должны провести консультации на этот счёт. Если в ходе консультаций сторонам не удалось прийти к взаимоприемлемому решению, то должны быть приняты меры по немедленному устранению сложившейся ситуации. Соглашением установлено требование пропорциональности принимаемых мер серьёзности ситуации, и при выборе меры нужно в первую очередь принимать те, что оказывают наименьший негативный эффект на применение Соглашения. Приостановление действия Соглашения — это мера крайнего характера.

Таким образом, Соглашение Котону *de facto* даёт ЕС право применить односторонние ответные меры против государства, в котором серьёзные коррупционные нарушения произошли со стороны индивидуального лица, а не самого государства как субъекта международного права. Соглашение не даёт толкования «серьёзности» ситуации и не содержит определения коррупции, что существенно затрудняет возможность его толкования и применения на практике⁸⁹.

Механизм статьи 97 Соглашения Котону был задействован против Либерии в 2002 году, когда ЕС поставил дальнейшее финансирование национальной индикативной программы Либерии в зависимость от принятия правительством этого государства мер по улучшению политической ситуации, качества управления (англ.: *good governance*) и проведению свободных выборов⁹⁰. Интересно,

что принятые ЕС меры основывались не только на «антикоррупционной» статье 97 Соглашения Котону, но и на нормах по борьбе с нарушениями прав человека, поэтому довольно сложно чётко определить, какие именно ответные меры были приняты исходя из критериев статьи 97 Соглашения⁹¹.

6. *Terra incognita* международного права, или Чего ждать в будущем?

Как видно из приведённого выше анализа, международное торговое право и международное публичное право по борьбе с коррупцией в настоящее время имеют некоторые точки пересечения. Прежде всего, это общие принципы, применяемые для определения сферы коррупции и минимального стандарта по определению коррупционных деяний. В этом контексте важную роль играет Конвенция ООН, положения которой стали основой для дальнейших норм в TPP, CPTPP и USMCA. Можно выделить следующие принципы, общие как для международного публичного права по борьбе с коррупцией, так и для новых трендов в международном торговом праве.

Во-первых, на международно-правовом уровне устанавливаются обязательства по фиксации определённого набора правовых гарантий и стандартов по борьбе с коррупцией на уровне национального права, за нарушение которых наступает международно-правовая ответственность. Во-вторых, ответственность наступает за нарушение государством как субъектом международного права своих обязательств по соблюдению антикоррупционного стандарта *de minimis*. В-третьих, ответственность не наступает в случаях неверного применения антикоррупционных норм или при наличии индивидуальных коррупционных нарушений как со стороны представителей власти, так и со стороны частного сектора.

При этом очевидна тенденция распространения возможности торгово-экономических

⁸⁷ См.: Article 33.2 of the Cotonou Agreement. URL: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:22000A1215\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:22000A1215(01)) (дата обращения: 09.09.2020).

⁸⁸ См.: Article 97 of the Cotonou Agreement.

⁸⁹ См.: Kingah S. The Revised Cotonou Agreement between the European Community and the African, Caribbean and Pacific States: Innovations on Security, Political Dialogue, Transparency, Money and Social Responsibility // *Journal of African Law*. Vol. 50. 2006. No. 1. P. 59–71.

⁹⁰ См.: 2002/274/EC: Council Decision of 25 March 2002 Concluding Consultations with Liberia under Articles 96 and 97 of

the ACP-EC Partnership Agreement. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?uri=CELEX:32002D0274> (дата обращения: 09.09.2020).

⁹¹ См.: Broberg M. Much Ado about Nothing? On the European Union's Fight against Corruption in Developing Countries under Articles 9(3) and 97 of the Cotonou Agreement. Copenhagen : Danish Institute for International Studies, 2010.

ограничений за нарушения антикоррупционных стандартов в современных ССТ третьего поколения. Стоит ожидать появления ещё большего количества подобных договоров с участием «развитых» стран (США, ЕС, Сингапур, Австралии и других), в которых будут присутствовать нормы, схожие с СРТПР или USMCA. Широкое определение торгового барьера в международном торговом праве, ССТ и национальной практике (например, разделение Офисом торгового представителя США торговых барьеров на 11 категорий, включая взяточничество и коррупцию⁹²) даёт большое пространство для дальнейших толкований коррупции через призму международной торговли.

По мнению некоторых сторонников регулирования вопросов противодействия коррупции через торговые соглашения, такие соглашения могут оказать положительное влияние на борьбу с коррупцией двумя путями:

— через повышение прямой конкуренции в связи с устранением тарифных барьеров и, как следствие, снижение возможностей местных компаний лоббировать свои интересы через регулирование;

— через улучшение деловой среды с помощью введения норм транспарентности законодательства, то есть путём снижения нетарифных барьеров, которые используют местные компании в своих интересах⁹³.

Вместе с тем в настоящее время нет прямых доказательств того, что вступление в силу ССТ, в том числе второго и третьего поколения, привело к снижению уровня коррупции как в государствах-участниках, так и на международном уровне. Напротив, динамика Индекса показывает, что в большинстве стран за последние годы изменения в сфере борьбы с коррупцией либо не происходят, либо минимальны⁹⁴. При этом сложно оценить, какую роль в указанных процессах играет международное торговое право.

С учётом неочевидной взаимосвязи между экономическими параметрами и уровнем коррупции (что было рассмотрено в начале статьи) на первый план в вопросе включения антикоррупционных норм в сферу международного торгового права выходит политический аспект. Некоторым международным игрокам с появлением нового «стандарта» ССТ в виде СРТПР⁹⁵ и USMCA больше не приходится обосновывать включение тех или иных норм реальными экономическими и политическими аргументами.

Исследователи отмечают, что глава 27 USMCA, как и глава 26 TPP, во многом использует терминологию американского FCPA⁹⁶. Это говорит о том, что с помощью ключевого механизма развития международного торгового права — ССТ — эффективно распространяются принципы и правила американского антикоррупционного стандарта. Введение правовой ответственности государства и возможность применения экономических ограничений за нарушения соответствующих требований, основанных на принципах национального права отдельных государств, также становятся элементами всё более острой в международном праве проблемы экстерриториального применения национального права отдельных стран⁹⁷.

Будучи руководителем юридического блока переговоров по заключению соглашений о свободной торговле Евразийского экономического союза (*далее* — ЕАЭС), автор лично столкнулся с ситуацией, когда вопрос включения в соглашение положений о противодействии коррупции поднимался на высоком политическом уровне при недостаточной правовой аргументации. Речь идёт о недавно подписанном соглашении о свободной торговле между ЕАЭС и его государствами-членами с одной стороны и Республикой Сингапур — с

⁹² См.: 2019 National Trade Estimate Report on Foreign Trade Barriers. URL: https://ustr.gov/sites/default/files/2019_National_Trade_Estimate_Report.pdf (дата обращения: 09.09.2020).

⁹³ См.: Anti-Corruption Provisions in EU Free Trade and Investment Agreements: Delivering on Clean Trade. URL: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/603867/EXPO_STU\(2018\)603867_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/603867/EXPO_STU(2018)603867_EN.pdf) (дата обращения: 09.09.2020).

⁹⁴ См.: CPI 2019 Global Highlights // Transparency International. 2020. 24 January. URL: https://www.transparency.org/news/feature/cpi_2019_global_highlights (дата обращения: 09.09.2020).

⁹⁵ О возможном существенном влиянии СРТПР на дальнейшую практику торговых соглашений в АТР см.: *Damuri Y.* How Might the Trans-Pacific Partnership Affect the Game? // Potential Benefits of an Australia-EU Free Trade Agreement: Key Issues and Options / ed. by J. Drake-Brockman, P. Messerlin. Adelaide : University of Adelaide Press, 2018. P. 75–94.

⁹⁶ См.: *Griffin C., Mojica R., Bohn M.* Takeaways from the Anti-Corruption Chapter of the USMCA // The FCPA Blog. 2019. 9 January. URL: <https://icpablog.com/2019/01/09/takeaways-from-the-anti-corruption-chapter-of-the-usmca/> (дата обращения: 09.09.2020).

⁹⁷ Подробнее о развитии концепции экстерриториальной юрисдикции см.: *Shaw M.* International Law. Cambridge : Cambridge University Press, 2017. P. 483–522.

другой. Со стороны сингапурских партнёров довольно долго сохранялось требование о включении в соглашение положений, представлявших собой практически дословную копию описываемых выше положений ТРП. Основным аргументом партнёров было то, что, по их словам, «коррупция оказывает серьёзное влияние на торговлю, поэтому эти вопросы нужно регулировать в торговых соглашениях». *De facto* речь шла о сохранении «стандарта» переговоров по торговым соглашениям, заданного СРТРП, что уже вошло в сингапурскую политическую директиву. В итоговой версии соглашения данные предложения своего отражения не нашли⁹⁸.

Вместе с тем позиционирование научным сообществом и экспертами соглашений с антикоррупционными нормами как передовых, как нового «стандарта» искусственным образом создаёт доказательную базу для сторонников расширения понятия «торговый барьер». В дополнение к этому дискредитация ВТО как универсальной площадки по выработке правил международной торговли, отсутствие положительного движения по переговорам в рамках ВТО (например, по Дохийскому раунду), фактическая блокировка работы Апелляционного органа ВТО⁹⁹ дают козыри в руки сторонникам включения новых видов торговых барьеров в сферу международного торгового права, в том числе в части противодействия коррупции.

Как видно, примеров реального применения антикоррупционных положений в разрезе международного торгового права, по сути, нет. ССТ третьего типа слишком «молоды», чтобы нарастить правоприменительную базу, антикоррупционные правила ГРА никогда не становились предметом рассмотрения спора в ОРС ВТО, а выполнение высокого юридического теста «необходимости», как в деле

Columbia — Textiles, для обоснования торговых ограничений целями борьбы с коррупцией представляется затруднительной задачей.

При этом подход Соглашения Котону, которое отходит от принципа регулирования антикоррупционных вопросов через государственно-субъектный подход и предполагает возможность санкции за ошибки в применении антикоррупционных норм, стоит принять во внимание как указание возможного вектора развития международного регулирования антикоррупционного вопроса в разрезе торгово-политических задач.

7. Заключение

Договаривающиеся стороны Соглашения ВТО чётко понимали взаимосвязь между условиями ведения торговли, охваченными правом ВТО, и достижением экономического благосостояния, повышением уровня жизни. Эта взаимосвязь напрямую отражена в преамбуле Соглашения ВТО¹⁰⁰. Со временем, несомненно, произошла переоценка сложившейся практики, возникли новые направления в сфере международного торгового права («Сингапурские вопросы», Дохийская декларация). Однако решения о включении той или иной темы в международно-правовую повестку ВТО неизменно основаны на принципе консенсуса¹⁰¹. В настоящее время мы видим, что такого консенсуса по включению в сферу международного торгового права вопросов противодействия коррупции не наблюдается.

С учётом недостаточности экономических доказательств взаимосвязи условий торговли и коррупции, нехватки практических данных об эффектах воздействия новых норм и условий, установленных ССТ третьего типа в отношении ситуации с коррупцией, не стоит ожидать, что антикоррупционная повестка будет включена в сферу международного торгового права на универсальном уровне. Однако пример СРТРП и USMCA, повышенное внимание к вопросам коррупции в национальной торговой политике различных стран, сильная взаимосвязь международного регулирования против коррупции и национально-го права отдельных стран позволяют сделать

⁹⁸ Ознакомиться с итоговым текстом Соглашения ЕАЭС с Сингапуром можно на сайте Евразийской экономической комиссии. URL: http://www.eurasiancommission.org/ru/act/trade/dotp/sogl_torg/Documents/%d0%a1%d0%b8%d0%bd%d0%b3%d0%b0%d0%b1%d1%83%d1%80/EAEU-Singapore%20FTA_Main%20Agreement.pdf (дата обращения: 09.09.2020).

⁹⁹ В связи с отказом США одобрить назначение новых членов Апелляционного органа после истечения предыдущего мандата в 2019 году. Подробнее см.: *Johnson K. How Trump May Finally Kill the WTO // Foreign Policy. 2019. 9 December.* URL: <https://foreignpolicy.com/2019/12/09/trump-may-kill-wto-finally-appellate-body-world-trade-organization/> (дата обращения: 09.09.2020).

¹⁰⁰ Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization. Preamble.

¹⁰¹ Ibid. Article IX.

предположение, что регулирование вопроса будет развиваться во вновь заключаемых торговых соглашениях, распространяться на региональные торговые блоки и через механизм регионализации и экстерриториальности принимать более универсальные формы.

Главный правовой вопрос заключается в том, останется ли антикоррупционное регулирование в рамках заданной международным правом модели *de minimis* — или в его сферу войдёт практическое применение норм на национальном уровне. При включении правоприменительного аспекта одновременно с выработкой стандартного понимания коррупции как торгового барьера может сложиться ситуация, когда публично-правовая ответственность за нарушение антикоррупционных норм международного торгового права будет наступать при нарушении со стороны частного лица. Видится, что это идёт вразрез с текущей практикой международного торгового права и права ВТО, в которых ответственность наступает за действия государства как субъекта публичного права. В любом случае эффективность подобных норм будет зависеть от их корректной юридической формулировки и возможности применения реальных санкций как меры ответственности за их нарушение.

Библиографическое описание:

Трофимчук В. Рука руку моет: можно ли коррупцию признавать торговым барьером со стороны государства? // *Международное правосудие*. 2020. № 3 (35). С. 118–137.

***Manus manum lavat:* can corruption be considered a state-imposed trade barrier?**

Vladimir Trofimchuk

LL.M. (University of Cambridge), Advisor on International Affairs to Deputy Minister of Transport of the Russian Federation, Former Counselor at the Trade Policy Department, Eurasian Economic Commission, Moscow, Russia (e-mail: vladimir.trofimchuk1992@gmail.com).

Abstract

The article examines a tendency to broaden the scope of the “trade barrier” definition in international trade law via inclusion of anti-corruption provisions. Currently free trade agreements of the third generation (meaning the Trans-Pacific Partnership Agreement and post-TPP treaties) tend to incorpo-

rate provisions entailing certain anti-corruption obligations for state parties of such free trade agreements within the framework of their international trade law responsibility. Supporters of such inclusions argue that corruption directly correlates with the level of investment and trade attractiveness of a state. Accordingly, corruption can be regarded as a trade barrier imposed by a state on its own behalf (“publicly”), which in turn raises the issue of the state’s responsibility for imposing such barriers. In order to examine this issue, the article examines the currently applied anti-corruption standard in international law, including the law of the World Trade Organization. The article refers to economic data and statistics which show the lack of direct correlation between corruption existing in a state and its positioning in terms of trade and investment attractiveness. The author believes that there is not sufficient economic data which would justify the inclusion of corruption into the scope of international trade law. The corruption phenomenon is also studied in terms of its falling within the definition of a traditional trade barrier. The author believes that a trade barrier is characterised by two key elements, specifically its negative impact on trade and its public nature, i.e., being imposed on behalf of a government. Corruption is hard to fit under either of the mentioned criteria. The article also provides an overview of the existing international law framework for anti-corruption, reflected by the *de minimis* principle. This principle means that states are obliged under international law to criminalize a certain amount of actions which are regarded as corruption, thus forming a benchmark for a possible stricter regulation by certain states; implementation and procedural matters staying within the national authority and are not governed by international law. It is notable that international law does not impose international responsibility on states for corrupt actions of particular officials — they are regarded as individual actions. Following this logic the article draws attention to anticorruption provisions in the third generation FTAs, such as the TPP and the USMCA, and compares such provisions with the existing national framework in the United States, which is argued to have directly influenced the logic of the FTAs concerned. Generally the article concludes that the inclusion of anticorruption provisions in the scope of international trade law is not supported either economically or legally (having recourse to the existing standard in international law) and, moreover, this tendency is not likely to become universally acceptable.

Keywords

corruption; free trade agreements; international trade law; trade barriers; WTO law; anticorruption law; USMCA.

Citation

Trofimchuk V. (2020) Ruka ruku moet: možno li korruptsiy priznavat torgovym bar'erom so storony gosudarstva? [*Manus manum lavat: can corruption be considered a state-imposed trade barrier?*]. *Mezhdunarodnoe pravosudie*, vol. 10, no. 3, pp. 118–137. (In Russian).

References

- Ades A., Di Tella R. (1999) Rents, Competition, and Corruption. *The American Economic Review*, vol. 89, no. 4, pp. 982–993.
- Amuda-Kannike A., Abila S. (2018) A Critical Examination of the Enforcement of ICJ Decisions through the Organs of the United Nations. *Journal of Law and Criminal Justice*, vol. 6, no. 1, pp. 21–46. Available at: http://jlcjnet.com/journals/jlcj/Vol_6_No_1_June_2018/3.pdf (accessed: 09.09.2020).
- Bagwell K., Bown C., Staiger R. (2016) Is the WTO Passé? *Journal of Economic Literature*, vol. 54, no. 4, pp. 1125–1231.
- Bliss C., Tella R. (1997) Does Competition Kill Corruption? *Journal of Political Economy*, vol. 105, no. 5, pp. 1001–1023.

- Broberg M. (2010) *Much Ado about Nothing? On the European Union's Fight against Corruption in Developing Countries under Articles 9(3) and 97 of the Cotonou Agreement*, Copenhagen: Danish Institute for International Studies.
- Carrère C., De Melo J. (2011) Non-Tariff Measures: What Do We Know, What Might Be Done? *Journal of Economic Integration*, vol. 26, no. 1, pp. 169–196.
- Christos P., Eleni K., Dimitrios K., Zacharias D., Athanasios A., Panagiotis L. (2018) Corruption Perception Index (CPI), as an Index of Economic Growth for European Countries. *Theoretical Economics Letters*, vol. 8, pp. 524–537.
- Damuri Y. (2018) How Might the Trans-Pacific Partnership Affect the Game? In: J. Drake-Brockman, P. Messerlin (eds.) *Potential Benefits of an Australia-EU Free Trade Agreement: Key Issues and Options*, Adelaide: University of Adelaide Press, pp. 75–94.
- Egger P., Winner H. (2006) How Corruption Influences Foreign Direct Investment: A Panel Data Study. *Economic Development and Cultural Change*, vol. 54, no. 2, pp. 459–486.
- Harrison E. (2007) Corruption. *Development in Practice*, vol. 17, no. 4/5, pp. 672–678.
- Houston D. (2007) Can Corruption Ever Improve an Economy? *Cato Journal*, vol. 27, no. 3, pp. 325–342.
- Kingah S. (2006) The Revised Cotonou Agreement between the European Community and the African, Caribbean and Pacific States: Innovations on Security, Political Dialogue, Transparency, Money and Social Responsibility. *Journal of African Law*, vol. 50, no. 1, pp. 59–71.
- Lučić D., Radišić M., Dobromirov D. (2016) Causality between Corruption and the Level of GDP. *Economic Research Ekonomiska Istraživanja*, vol. 29, no. 1, pp. 360–379.
- Ossa R. (2011) A “New Trade” Theory of GATT/WTO Negotiations. *Journal of Political Economy*, vol. 119, no. 1, pp. 122–152.
- Panizza U. (2017) *The Use of Corruption Indicators in Sovereign Ratings*, Washington, D.C.: Inter-American Development Bank. Available at: <https://publications.iadb.org/publications/english/document/The-Use-of-Corruption-Indicators-in-Sovereign-Ratings.pdf> (accessed: 09.09.2020).
- Saliya M. P. (2018) Ponyatie “prava WTO”: diskussiya prodolzhaetsya [The Concept of “WTO Law”: The Debate Continues]. *Aktual'nye problemy rossiyskogo prava*, vol. 92, no. 7, pp. 199–208. (In Russian).
- Shaw M. (2017) *International Law*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Sukhanov V. A., Dulova I. E. (2017) Pravovye aspekty deyatel'nosti mezhdunarodnykh organizatsiy po protivodeystviyu korruptsii [International Organizations against Corruption: A Legal Instrument in Anti-Corruption Fight]. *Moskovskiy zhurnal mezhdunarodnogo prava*, no. 2, pp. 128–135. (In Russian).
- Van den Bossche P. (2005) Economic Globalisation and the Law of the WTO. In: P. van den Bossche (ed.) *The Law and Policy of the World Trade Organization: Text, Cases and Materials*, Cambridge: Cambridge University Press, pp. 1–75.
- Voyer P., Beamish P. (2004) The Effect of Corruption on Japanese Foreign Direct Investment. *Journal of Business Ethics*, vol. 50, no. 3, pp. 211–224.