

*Рачков Илья Витальевич,
доцент кафедры международного права МГИМО (У) МИД России,
кандидат юридических наук, магистр права (LL.M.),
партнер международной юридической фирмы «King & Spalding»*

Тема лекции:
«Общие исключения и
исключения по соображениям
безопасности»

Содержание

1. Введение
2. Общие исключения по ГАТТ-1994
3. Общие исключения по ГАТС
4. Исключения по соображениям безопасности по ГАТТ-1994 и по ГАТС

Введение

- Защита и поощрение здоровья, безопасности потребителей, окружающей среды, труда, экономического развития и национальная безопасность – основные задачи правительства любого государства;
- Часто либерализация торговли и вытекающие из нее дешевизна и лучшее качество товаров и услуг способствуют поощрению и защите этих и других общественных ценностей и интересов; благодаря торговле экологичные товары или сохраняющие жизнь лекарства (которые в ином случае были бы недоступны) становятся доступными для потребителей и пациентов соответственно;
- В более общем смысле торговля создает такой уровень экономической деятельности и благосостояния, который позволяет государствам эффективно защищать и поощрять общественные ценности и интересы, указанные выше;
- Однако для защиты и поощрения этих ценностей государства также принимают законы и меры, которые (вольно или невольно) представляют собой барьеры в торговле, не соответствующие правилам о недискриминации и доступе на рынок;
- Право ВТО признаёт, что либерализация торговли, доступ на рынок и правила о недискриминации могут вступать в конфликт с другими важными ценностями и интересами общества, поэтому право ВТО регулирует эти конфликты;
- См. § 39 «Отчёта Сазерлэнда» (2004 г.; англ.: ‘Sutherland Report’ - Report by the Consultative Board to the Director-General Supachai Panitchpakdi, The Future of the WTO: Addressing Institutional Challenges in the New Millenium): «Ни ВТО, ни ГАТТ никогда не были соглашениями о неограниченной свободной торговле. На самом деле, намерение обоих заключалось и остается в предоставлении структурированного и функционально эффективного способа «впрячь» приносимые свободной торговлей ценности в узду правил и принципов справедливости. При этом соглашениями предлагается защищенность и предсказуемость при доступе на рынки, преимуществами выхода на которые стремятся воспользоваться коммерсанты и инвесторы. Тем не менее, правила создают сдержки и противовесы, включая механизмы, которые отражают политические реалии, равно как и доктрину свободной торговли. Соглашение ВТО не то чтобы не допускает защиты рынков, оно лишь устанавливает некоторые строгие принципы, на основании которых правительства могут регулировать интересы особых групп»;
- В этой лекции рассматриваются: общие исключения по ГАТТ-1994; общие исключения по ГАТС; исключения по соображениям безопасности (ГАТТ-1994 и ГАТС).

Общие исключения по ГАТТ-1994

Ст. XX: ОБЩИЕ ИСКЛЮЧЕНИЯ

При условии, что такие меры не применяются таким образом, который мог бы стать средством произвольной или неоправданной дискриминации между странами, в которых преобладают одинаковые условия, или скрытым ограничением международной торговли, ничто в настоящем Соглашении не препятствует принятию или применению любой Договаривающейся Стороной мер:

- a) необходимых для защиты общественной морали;
- b) необходимых для защиты жизни или здоровья человека, животных и растений;
- c) (...)
- d) необходимых для обеспечения соответствия законам или правилам, не противоречащим положениям настоящего Соглашения, включая те, которые относятся к обеспечению соблюдения таможенного законодательства, правил о монополиях, действующих согласно п. 4 ст. II и ст. XVII, защите патентов, товарных знаков и авторских прав и предупреждению нечестной практики;
- e) относящихся к товарам, произведенным заключенными;
- f) принимаемых для охраны национальных сокровищ художественной, исторической или археологической ценности;
- g) относящихся к консервации истощаемых природных ресурсов, если подобные меры проводятся одновременно с ограничением внутреннего производства или потребления;
- h) (...)
- i) (...)
- j) (...).

Примечание: пункты c), h), i) и j) выше не приводятся, т.к. не играли большой роли к международной торговле и практике.

Основные особенности ст. XX ГАТТ-1994

- Природа и функции ст. XX – см. доклад третьей группы (далее – «ТГ»), US – Section 337 Tariff Act (1989 г.), п. 5.9: центральная фраза – «ничто в настоящем Соглашении не препятствует принятию или применению ... мер». Таким образом, п. d) ст. XX предусматривает ограниченное и поставленное под условие исключение из обязательств, установленных иными положениями. Поэтому третья группа пришла к выводу, что п. d) ст. XX применяется только к мерам, не соответствующим иным положениям ГАТТ; следовательно, применение раздела 337 Закона США о тарифах следует рассматривать прежде всего в свете ст. III:4. Если будут установлены какие-либо несоответствия со ст. III:4, третья группа должна будет проверить, могут ли они быть оправданы по ст. XX(d);
- Ст. XX ГАТТ-1994 действует и применяется Членом ВТО только в том случае, когда мера данного Члена ВТО была признана несоответствующей иным положениям ГАТТ-1994; в таком случае ст. XX будет применена для оправдания не соответствующей ГАТТ меры Члена ВТО;
- Исключения являются ограниченными, т.к. список в ст. XX исчерпывающий, и поставлены под условие, т.к. они допускаются, только если выполняются условия, указанные в ст. XX;
- Апелляционный орган (далее – «АО») не следует принципу «*singularia non sunt extendenda*» («исключения следует толковать узко»), см. доклады по делам US – Gasoline (1996 г.) и US – Shrimp (1998 г.) касательно п. (g) ст. XX, а следует подходу, в соответствии с которым обязательства Члена ВТО и исключения должны быть сбалансированы: «В контекст ст. XX(g) входят остальные положения *Генерального соглашения*, включая, в частности, ст. I, III и XI; и наоборот, в контекст ст. I, III и XI входят положения статьи XX. Соответственно, выражение «относящихся к сохранению исчерпаемых природных ресурсов» не должно толковаться расширительно до такой степени, при которой может возникнуть серьезное извращение целей и задач ст. III:4. Равным образом, положения статьи III:4 не могут быть истолкованы так широко, что будут лишены силы положения ст. XX(g) и воплощенных в ней политики и интересов. Отношение между активными обязательствами, изложенными, например, в ст. I, III и XI, и политикой и интересами, отраженными в «Общих исключениях», приведенных в ст. XX, получает смысл в рамках целого *Генерального соглашения*, а также его целей и задач, только при его толковании в каждом конкретном случае путем проведения тщательного анализа фактического и юридического контекста конкретного спора, при котором не должны игнорироваться формулировки, фактически использованные Участниками ВТО для выражения своих целей и намерений»;
- АО не толкует ограничительно исключения, перечисленные в ст. XX ГАТТ 1994 г., а пытается найти баланс между либерализацией торговли, доступом на рынок и недискриминацией, с одной стороны, и общественными ценностями и интересами, с другой □ Ст. XX нацелена на нахождение этого баланса;
- АО, Thailand – Cigarettes (Philippines) (2011 г.): Таиланд требовал, чтобы АО отклонил довод ТГ о том, что меры Таиланда не соответствуют ст. III:4 ГАТТ 1994 г. Дело в том, что АО заключил, что ТГ сделала в своём докладе неверный вывод относительно аргумента Таиланда по ст. XX(d). Однако АО отказался сделать это, т.к. анализ по ст. III:4 отличается от анализа по ст. XX(d) ГАТТ 1994 г.: «[д]ействительно, при исследовании конкретной меры может быть созвана комиссия для проведения анализа существенного обязательства и положительных оснований для защиты и их применения к такой мере. Также верно то, что для этого комиссии будет необходимо найти и задействовать «уравнительную линию» между существенным обязательством и исключением. Тем не менее, это не сделает проводимый комиссией анализ обязательства и исключения отдельным и обобщенным. Напротив, анализ того, нарушается ли обязательство вследствие принятия меры, в обязательном порядке предшествует «дальнейшей отдельной» оценке общей оправданности такой меры и не совпадает с такой оценкой».

Сфера применения ст. XX (1)

- Одни исключения разрешают отклонения от всех обязательств по ГАТТ и ГАТС, а другие – только от конкретных обязательств; ст. XX разрешает отклонения от всех обязательств (при определенных условиях) □ Сфера применения ст. XX широка;
 - Оправдывает ли ст. XX несоблюдение членом ВТО обязательств, предусмотренных другими соглашениями ВТО (кроме ГАТТ)? □
- 1) China – Publications & Audiovisual Products (2010 г.): Китай ссылаясь на ст. XX(a) в оправдание своих мер, которые ТГ сочла несовместимыми с обязательствами Китая по его Протоколу о присоединении. Китай сослался на п. 5.1 Протокола: «Без ущерба для права Китая регулировать торговлю способом, совместимым с Соглашением ВТО (...)»; АО: Китай вправе полагаться на вводную фразу п. 5.1 Протокола о присоединении; поэтому в данном случае ст. XX ГАТТ-1994 может оправдать меры, не соответствующие Протоколу Китая о присоединении, т.е. не совместимые с иными соглашениями ВТО, чем ГАТТ-1994. См. также: Платонов Н.В. О решении ВТО по спору об ограничении Китаем прав торговли аудиовизуальной продукцией // Российский внешнеэкономический вестник. 2010. № 3. С. 3 – 11;
 - 2) China – Raw Materials (2012 г.): Китай ссылаясь на ст. XX(g) ГАТТ-1994 в оправдание своих экспортных пошлин, не соответствовавших п. 11.3 его Протокола о присоединении (Китай обязан отменить экспортные пошлины, если только они не указаны прямо в приложении 6 к Протоколу). В приложении 6 указаны 84 товара. Примечание к Приложению 6: «максимальные ставки не будут превышены». ТГ и АО: Китай не вправе оправдывать экспортные пошлины, не указанные в Приложении 6, статьёй XX ГАТТ-1994, т.к. в п. 11.6 Протокола нет такого же положения, как в п. 5.1 Протокола («без ущерба для права Китая регулировать торговлю способом, совместимым с Соглашением ВТО»). Подробнее см.: Смбатян А.С., Тымма С.В. Редкоземельные металлы как повод задуматься о нормативной ценности правовых позиций Органа по разрешению споров ВТО // Международное правосудие. 2015. № 1. С. 102 – 117.

Сфера применения ст. XX (2)

- 3) В некоторых случаях члены ВТО включили ссылки на общие исключения по ст. XX ГАТТ 1994 г. в текст других соглашений ВТО, например, ст. 3 ТРИМС: «Все исключения, предусмотренные ГАТТ 1994, применяются соответствующим образом к положениям настоящего Соглашения»;
- 4) Какие виды мер могут быть оправданы по ст. XX ГАТТ? □ ТГ, US – Shrimp (1998 г.): те меры, которые подрывают многостороннюю торговую систему ВТО, не могут быть оправданы. АО с этим не согласился: меры, требующие, чтобы страны-экспортёры соблюдали определенные правила, предписанные государствами-импортёрами, - типичные меры, которые могут быть оправданы по ст. XX. Они не исключены априори из сферы действия ст. XX:

«Обусловливание доступа на внутренний рынок Участника соблюдением или принятием Участником-экспортером политики, односторонне предписанной Участником-импортером, может, до определенной степени, являться общим аспектом мер, подпадающих под то или иное исключение, предусмотренное в пунктах (a)–(j) статьи XX. Пункты (a)–(j) содержат меры, признанные *исключениями из существенных обязательств*, установленных в ГАТТ 1994, поскольку было признано, что воплощенная в таких мерах внутренняя политика носит важный и правомочный характер. Не нужно думать, что требование страны-импортера о соблюдении и принятии странами-экспортерами определенной политики (хотя оно, в принципе, предусмотрено тем или иным исключением) делает меру заведомо невозможной для обоснования согласно статье XX. При таком толковании большинство, если не все особые исключения согласно статье XX становятся бесполезными – результат, не совместимый с принципами толкования, которые мы обязаны применять» (АО, доклад, US – Shrimp (1998), § 121);

- Можно ли оправдать по ст. XX меры, которые защищают общественную ценность или интерес вне территориальной юрисдикции члена ВТО, принимающего эту меру? □ ЕС – Tariff Preferences (2004 г.), АО: политика, отраженная в Договоренностях о наркотиках, не предназначена для защиты жизни или здоровья в ЕС, поэтому эта Договоренность не является мерой для защиты жизни или здоровья людей по ст. XX ГАТТ 1994 г.

Двойной тест по ст. XX ГАТТ 1994 г.

- Ст. XX ГАТТ-1994 устанавливает двойной тест для определения того, может ли мера, противоречащая положениям ГАТТ-1994, быть оправдана;
- US – Gasoline (1996 г.), US – Shrimp (1998 г.), АО: один (или несколько) из пунктов (a) – (j) ст. XX ГАТТ 1994 г. + «шапка» (франц.: *chapeau*), т.е. сама мера и то, как она применяется.
- US – Gasoline (1996 г.): «Чтобы обосновывающая защита в соответствии со статьей XX могла охватить соответствующую меру, такая мера должна не только подпадать под то или иное конкретное исключение (пункты (a)–(j)), предусмотренное статьей XX, но также удовлетворять требованиям, установленным вводными положениями статьи XX. Иными словами, анализ носит двухэтапный характер: во-первых, предварительное обоснование, выполняемое путем установления характеристик меры согласно статье XX(g); во-вторых, дальнейшая оценка той же меры в соответствии с вводными положениями статьи XX» □ Таким образом, чтобы не соответствующая ГАТТ мера была оправдана по ст. XX, она должна соответствовать: 1) условиям одного из перечисленных в п. (a) – (j) ст. XX ГАТТ исключений; и 2) требованиям вводных положений («шапки») ст. XX ГАТТ-1994;
- US – Shrimp (1998 г.): чтобы определить, может ли мера быть оправдана в соответствии со ст. XX ГАТТ-1994, сначала необходимо определить, попадает ли она под одно из исключений, перечисленных в п. (a) – (j), и, если да, то отвечает ли ее применение условиям вводных положений ст. XX;
- Различие между элементами двойного теста □ Brazil – Retreaded Tyres (2007 г.): «[При проведении анализа согласно статье XX(b)] Комиссия *не* будет ... изучать ... характер реализации меры на практике, включая любые внешние по отношению к самой мере элементы, которые могут повлиять на ее способность выполнять свою функцию, ... или рассматривать ситуации, при которых запрет не действует ... Однако, эти элементы будут иметь значение на дальнейших этапах проводимой Комиссией оценки, особенно при применении вводных положений статьи XX, когда внимание будет сосредоточено как раз на характере применения меры» (US – Shrimp (1998 г.));
- До сих пор только 1 раз (US – Shrimp (21.5 - Malaysia) (2001 г.)) члену ВТО удалось доказать, что мера, несовместимая с ГАТТ, тем не менее может быть оправдана по ст. XX ГАТТ-1994;
- Однако многие меры членов ВТО, признанные противоречащими ГАТТ, но направленные на защиту и поощрение общественных ценностей, были затем изменены (а не отменены) в соответствии с рекомендациями ОРС и впоследствии не оспаривались другими членами ВТО;
- Также члены ВТО часто принимают меры по защите и поощрению общественных ценностей, которые явно противоречат ГАТТ, но тем не менее не оспариваются в ОРС другими членами ВТО;
- Таким образом, тот факт, что члены ВТО имели ограниченный успех, ссылаясь на ст. XX, не означает, что ст. XX играет лишь маргинальную роль в разрешении членам ВТО принимать или сохранять не соответствующие ГАТТ меры, направленные на защиту или поощрение общественных ценностей.

Конкретные исключения по ст. XX

- US – Gasoline (1996 г.), АО: «При перечислении различных категорий правительственных актов, законов и предписаний, которые Участники ВТО могут внедрить или ввести в действие в целях отделить правомочную государственную политику или интересы вне сферы либерализации торговли, в статье XX использована различная терминология для различных категорий мер: «необходимые» – в пунктах (a), (b) и (d); «существенные» – в пункте (j); «связанные с» – в пунктах (c), (e) и (g); «для защиты» – в пункте (f); «во исполнение» – в пункте (h); и «касающиеся» – в пункте (i).

Не представляется обоснованным предполагать, что Участники ВТО намерены требовать для каждой категории той же самой степени связи или взаимоотношения между оцениваемой мерой и государственным интересом или политикой, которую Участник стремится вести или претворять в жизнь»;

- Таким образом, пункты ст. XX содержат различные требования к отношению между рассматриваемой мерой и общественной ценностью, защищаемой/поощряемой такой мерой. Некоторые меры должны быть «необходимыми» (например, для защиты жизни или здоровья человека, животных и растений), а для других мер достаточно, чтобы они «относились» к ценностям (например, к консервации истощаемых природных ресурсов).

Меры по защите жизни или здоровья

человека, животных и растений (ст. XX(b)) (1)

- Мера, противоречащая положениям ГАТТ, оправдывается ст. XX(b) ГАТТ, если 1) целью меры является защита жизни или здоровья человека, животных и растений; и 2) мера необходима для достижения данной цели;
- Первый тест – довольно лёгкий: целью меры должна быть защита жизни или здоровья человека, животных и растений. Например, в практике ОРС ВТО: сокращение курения сигарет, выбросов в атмосферу, рисков от накопления вышедших из употребления шин;
- Brazil – Retreaded Tyres (2007 г.): Бразилия смогла обосновать, что накопление вышедших из употребления шин создает риск повышения заболеваемости теми заболеваниями, которые переносят москиты (например, жёлтая лихорадка), однако сама по себе защита окружающей среды не является оправданием, если она не подразумевает также защиту жизни или здоровья человека, животных и растений;
- China – Raw Materials (2012 г.): ТГ пришла к выводу, что Китай не смог доказать, что введенные им экспортные ограничения «были частью комплексной программы, поддерживаемой с целью снижения загрязнения», и поэтому у ТГ возникли серьезные сомнения относительно того, что они были направлены на защиту жизни или здоровья человека, животных или растений;
- Второй тест: мера должна быть необходимой для достижения этой цели. Толкование и применение требования «необходимости» эволюционировало с течением времени. Первый кейс, когда АО дал определение понятию «необходимость»: Korea – Various Measures on Beef (2011 г.), но этот случай касался ст. XX(d), а не ст. XX(b). Впервые АО применил этот же подход к ст. XX(b) в деле Brazil – Retreaded Tyres (2007 г.): «[Ч]тобы определить, является ли мера «необходимой» в понимании статьи XX(b) ГАТТ 1994, комиссия должна рассмотреть имеющие значение факторы, в частности, важность рассматриваемых интересов или ценностей, степень вклада в достижение установленных мерой целей и масштаб накладываемых на торговлю ограничений. Если предварительным заключением при проведении такого анализа будет признание необходимости соответствующей меры, этот результат должен быть подтвержден путем сравнения меры с возможными альтернативами, которые могут ограничивать торговлю в меньшей степени, обеспечивая при этом эквивалентный вклад в достижение цели. Такое сравнение должно быть проведено с учетом важности рассматриваемых интересов или ценностей. Именно путем такой процедуры комиссия определяет необходимость применения меры»;
- ЕС – Asbestos (2001 г.), АО: введенный Францией запрет импорта цемента с асбестом противоречил ст. III:4 ГАТТ-1994, поэтому рассуждения третьей группы по ст. XX(b) были чисто теоретическими. Тем не менее, в этом деле АО обратился к некоторым вопросам, возникшим при определении того, можно ли оправдать меру, не соответствующую ГАТТ, по ст. XX(b). АО сделал 4 вывода:
 - 1) Чем важнее то общественное благо (например, жизнь и здоровье человека), которое защищает рассматриваемая мера, и чем более тот вклад, который эта мера вносит в защиту и поощрение этого блага, тем проще считать эту меру «необходимой». Правда, в том деле АО не упомянул третий фактор процесса взвешивания и поиска баланса (который был применен в деле Brazil – Retreaded Tyres (2007 г.) и после него), чтобы определить, является ли мера «необходимой»: ограничительное влияние меры на международную торговлю. В деле Brazil – Retreaded Tyres (2007 г.) АО постановил: чем более мера ограничивает международную торговлю, тем сложнее считать эту меру необходимой;
 - 2) Есть ли менее ограничивающие альтернативы у меры? – В деле ЕС – Asbestos (2001 г.) Канада уверяла АО, что ТГ ошиблась, считая, что контролируемое использование асбеста и товаров из него не является разумной альтернативой запрету импорта этих товаров. АО: необходимо проверить, насколько просто/сложно использовать эту альтернативу на практике. Также: помогает ли альтернатива достичь цели, которую ставит перед собой мера? – Очевидно, что нет (в случае с асбестом).

Меры по защите жизни или здоровья

человека, животных и растений (ст. XX(b)) (2)

- 3) Члены ВТО сами определяют уровень защиты здоровья или окружающей среды, который они считают требуемым; другие члены ВТО не вправе оспаривать избранный уровень защиты; они могут только пытаться обосновать, что рассматриваемая мера не является необходимой для достижения такого уровня защиты;
 - 4) «Ответственные и представительные правительства могут в духе доброй воли основывать свои действия на том, что в определенное время может являться отличным мнением, исходящим от профессионального и уважаемого источника. При обосновании меры согласно статье XX(b) ГАТТ 1994 Член ВТО также может полагаться в духе доброй воли на научные источники, которые в тот момент могут выражать отличное, но профессиональное и уважаемое мнение. При установлении политики в области здравоохранения Член ВТО не обязан автоматически следовать тому, что в определенный момент может представлять собой мнение научного большинства. Таким образом, не требуется, чтобы комиссия в обязательном порядке приняла решение согласно статье XX(b) ГАТТ 1994 на основании «превосходящего» веса подтверждающих данных»;
- Brazil – Retreaded Tyres (2007 г.), АО: мера вносит вклад в достижение цели, когда есть подлинная связь (как между целями и средствами) между преследуемой целью и рассматриваемой мерой; этот вклад должен быть существенным, т.е. либо уже привести к значительным изменениям, либо быть в состоянии привести к таковым;
 - Кто должен доказать наличие разумной альтернативы? – Член ВТО, обратившийся с жалобой;
 - China – Raw Materials (2012 г.):
 - (1) являлась ли защита здоровья и окружающей среды целью ограничений экспорта?
 - (2) внесли ли эти ограничения (или способны ли они были на это) существенный вклад в достижение этой цели?
 - (3) каково влияние этих ограничений на международную торговлю?
 - (4) имелись ли меры, соответствовавшие праву ВТО, или менее ограничивающие международную торговлю альтернативы?
 - Результат: ТГ сочла, что Китай не доказал, что его экспортные ограничения «необходимы» (в смысле ст. XX(b)); Китай не подал апелляцию на этот вывод ТГ.

Обеспечение соответствия законам / правилам (ст. XX(d)) (1)

- Korea – Various Measures on Beef (2001 г.): двухуровневый тест:
 - 1) Мера должна быть сформулирована так, чтобы быть способной обеспечить соответствие законам / правилам, которые сами по себе не противоречат ГАТТ-1994;
 - 2) Мера должна быть необходимой для обеспечения такого соответствия;
 - ⇒ Член ВТО, который ссылается на ст. XX(d) в оправдание своих мер, должен доказать оба аспекта: «[п]олагаем, что в контексте статьи XX(d) область значений понятия «необходимые» не ограничивается лишь «незаменимыми», «абсолютно необходимыми» или «неизбежными». Меры, которые незаменимы, абсолютно необходимы или неизбежны для обеспечения соблюдения, несомненно, удовлетворяют требованиям статьи XX(d). Но в рамки данного исключения могут подпадать и другие меры. По нашему мнению, понятие «необходимые», как оно использовано в статье XX(d), указывает на целый ряд степеней необходимости. На одном конце спектра находится понятие «необходимые» в значении «незаменимые»; на другом его конце «необходимые» означает «вносящие вклад». Мы считаем, что «необходимые» меры расположены в данном спектре значительно ближе к полюсу «незаменимые», чем к противоположному ему полюсу просто «вносящих вклад»»;
- US – Gasoline (1996 г.), АО: «сохранение дискриминации между импортированным и произведенным в стране бензином в нарушение статьи III:4 в соответствии с методами установления базового уровня не «обеспечивало соответствия» системе базовых уровней. Данные методы не являлись механизмом обеспечения. Они были лишь правилами для определения отдельных базовых уровней. Будучи таковыми, они не являлись мерами, являющимися предметом статьи XX(d)»;
- EC – Trademarks & Geographical Indications (2005 г.): ТГ: регламент Совета ЕС № 2081/92 от 14 июля 1992 г. (о защите географических наименований и обозначений происхождения) не соответствует ГАТТ, поэтому меры ЕС по обеспечению соответствия этому регламенту не охватываются ст. XX(d) ГАТТ;
- Mexico – Taxes on Soft Drinks (2006 г.): Мексика считала, что ее меры были необходимы для обеспечения исполнения США их обязательств по НАФТА (которое не противоречит ГАТТ-1994); ТГ: слова «обеспечить соответствие» в ст. XX(d) не относятся к мерам, принятым членом ВТО для того, чтобы заставить другого члена ВТО соблюдать его обязательства по договору вне системы ВТО. АО: слова «законы или правила» не охватывают международные договоры. Даже если МП является частью национального права данного члена ВТО, эти слова не относятся к международным обязательствам другого члена ВТО. ТГ: налоги вряд ли могут обеспечить соответствие (принцип «заплати – лети»). АО с этим не согласился.

Обеспечение соответствия законам / правилам (ст. XX(d)) (2)

- Необходимость: Korea – Various Measures on Beef (2011 г.):

«Нам представляется, что при оценке меры, заявленной в качестве необходимой для обеспечения соблюдения требований согласующегося с ВТО закона или предписания, в соответствующих случаях при толковании может быть учтена сравнительная важность общих интересов или ценностей, которые должны защитить закон или предписание, соблюдение которых обеспечивается. Чем более жизненно важны такие общие интересы или ценности, тем проще может быть принята в качестве «необходимой» мера, разработанная как инструмент обеспечения.

У меры обеспечения имеются и другие аспекты, которые должны быть проанализированы при определении ее «необходимости». Одним из них является степень, в которой мера способствует осуществлению преследуемой цели, т.е., обеспечения соблюдения данного закона или предписания. Чем выше такой вклад, тем легче может быть мера признана «необходимой». Еще одним аспектом является степень, в которой мера, направленная на обеспечение соблюдения, имеет ограничительное воздействие на международную торговлю, т.е., если речь идет о мерах, нарушающих статью III:4, ограничительное воздействие на ввозимые товары. Мера с относительно малым воздействием на ввозимую продукцию может быть признана «необходимой» более легко, чем мера, имеющая более интенсивное или широкое ограничительное действие».

«В итоге ответ на вопрос, может ли быть «необходимой» (в смысле ст. XX(d)) та мера, которая не является «незаменимой», включает в любом случае процесс взвешивания ряда факторов и нахождения баланса между ними; эти факторы включают прежде всего тот вклад, который мера, направленная на соответствие, вносит в принудительное исполнение рассматриваемого закона или правила, важность общих интересов или ценностей, защищаемых этим законом или правилом, и сопряженное с этим влияние закона или правила на импорт или экспорт».

Обеспечение соответствия законам / правилам (ст. XX(d)) (3)

- В целом, оценка того, является ли мера «необходимой», как этого требует второй элемент теста в соответствии со ст. XX(d) ГАТТ-1994, включает в себя, в любом случае, оценку следующих факторов:
 1. Относительная важность общих интересов или ценностей, охраняемых законом или правилом, соблюдение которого должно быть обеспечено;
 2. Степень, в которой мера способствует обеспечению соблюдения соответствующего закона или правила;
 3. Степень, в которой соблюдение меры оказывает ограничивающий эффект на международную торговлю;
- Такой подход к критерию необходимости был применен ТГ в следующих делах: Canada – Wheat Exports and Grain Imports (2004 г.), Dominican Republic – Import and Sale of Cigarettes (2005 г.), EC – Trademarks and Geographical Indications (2005 г.), US – Shrimp (Thailand) (2008 г.) и Colombia – Ports of Entry (2009 г.).

Сохранение исчерпаемых ресурсов (ст. XX(g))

- Тройной тест □ Критерии:
 1. Мера относится к «сохранению исчерпаемых природных ресурсов»;
 2. Мера «относится к» сохранению исчерпаемых природных ресурсов;
 3. Мера «принимается в сочетании с» ограничением внутреннего производства или потребления;
- Критерий 1:
 - US – Shrimp (1998 г.): АО применил широкое, «эволюционное» толкование концепции «исчерпаемых природных ресурсов»; заявители жалобы считали, что ст. XX(g) касается только минеральных или «неживых» ресурсов, так как живые ресурсы являются возобновимыми и по определению не могут быть исчерпаемыми; АО не согласился с таким подходом и указал, что понятия «исчерпаемые» природные ресурсы и «возобновимые» природные ресурсы не являются взаимоисключающими; живые ресурсы также «конечны», как нефть, железная руда или иные неживые ресурсы □ Исчерпаемыми по смыслу ст. XX(g) ГАТТ-1994 могут быть как живые, так и неживые (минеральные) природные ресурсы;
- Критерий 2:
 - US – Shrimp (1998 г.): «По своему общему намерению и структуре ... раздел 609 не является простым всеобщим запретом на ввоз креветок, наложенным без учета последствий (или их отсутствия) в результате использования способа промысла, приводящего к случайному улову и гибели морских черепах. Если обратиться к заложенному в рассматриваемой мере намерению, представляется, что раздел 609, с учетом рекомендаций по его применению, не является непропорционально широким по своему охвату по сравнению с поставленной перед данной политикой целью защиты и сохранения поголовья морских черепах. *В принципе, меры являются обоснованно отвечающими поставленным целям.* Очевидно, что связь средств и целей между положениями раздела 609 и правомочной политикой сохранения исчезающего и фактически находящегося под угрозой вымирания вида является прямой и реальной»;
 - China – Raw Materials (2012 г.): «чтобы попасть в сферу действия ст. XX(g), мера должна «относиться к сохранению исчерпаемых природных ресурсов». Термин «относится к» определяется как «имеет некоторую связь с, связанный с». Апелляционный орган пришел к выводу, что для того, чтобы мера относилась к сохранению по смыслу ст. XX(g), должно быть «близкое и реальное отношение результата со средствами»;
- Критерий 3:
 - Критерий беспристрастности наложения ограничений на импортируемые и отечественные товары; ст. XX(g) не требует того, чтобы в отношении импортируемых и отечественных товаров применялся идентичный режим; она требует того, чтобы этот режим был беспристрастным и справедливым;
 - US – Gasoline (1996); US – Shrimp (1998); China – Raw Materials (2012).

Прочие пункты ст. XX

- П. (a) – защита общественной морали: US – Tuna (Mexico) (1991 г.; Австралия – третье лицо: мера США может быть оправдана по ст. XX(a) ГАТТ-1947 как направленная против негуманного обращения с животными); US – Malt Beverages (1992 г.), но ни в одном из этих случаев ТГ не изучала применимость данного пункта;
- China – Publications & Audiovisual Products (2010 г.): ТГ впервые толковала и применила ст. XX(a) ГАТТ-1994;
- Для того, чтобы мера, не соответствующая ГАТТ, была оправдана по ст. XX(a), мера должна: 1) быть создана для защиты общественной морали; и 2) необходимой для достижения этой цели;
- Что такое «общественная мораль»? □ См. US – Gambling (2005 г.): стандарты правильного и неправильного поведения, которым следует сообщество или государство (или от их имени); однако меры Китая не были «необходимыми» для защиты общественной морали (США предложили альтернативу: правительство Китая (а не отобранные им компании) будет предварительно просматривать содержание публикаций и аудиовизуальных произведений);
- Хотя ст. XX(a) была лишь однажды использована в споре в ОРС ВТО, члены ВТО часто используют «общественную мораль» как основание для ограничений международной торговли, например, Бангладеш: хоррор-комиксы, обценная и подрывная литература, географические карты и глобусы, не соответствующие официально утвержденным в Бангладеш; Саудовская Аравия: запрет на импорт Корана, алкогольных напитков и любых ядов, игорного оборудования, свинины и продукции из нее, собак (кроме охотничьих, сторожевых или поводырей для слепых), мумифицированных животных, продуктов питания, в производстве которых используется кровь животных;
- П. (e) – товары, произведенные заключенными: нет никаких кейсов. Охватывает ли это товары, произведенные с использованием рабского труда или в условиях, противоречащих основным трудовым стандартам (эволюционное толкование)? Например, 4 жителей Калифорнии подали иск против Nestlé: эта компания якобы производит кошачий корм «Fancy Feast» из рыбы, поставляемой партнером из Таиланда, закупающим ее у местных рыбаков, на которых предположительно работают рабы. (Представитель Nestlé опроверг использование рабского труда в цепочке поставок компании). Источник: «Ведомости», 30.08.2015 г.;
- П. (f) – меры для охраны национальных сокровищ художественной, исторической или археологической ценности: нет никаких кейсов. Нет критерия «необходимости». Эволюционное толкование: культурные ценности, находящиеся под угрозой исчезновения (например, распродажа культурных ценностей Ирака и Сирии ИГИДом)?

«Шапка» ст. XX ГАТТ 1994 г. (1)

- «При условии, что такие меры не применяются таким образом, который мог бы стать средством произвольной или неоправданной дискриминации между странами, в которых преобладают одинаковые условия, или скрытым ограничением международной торговли (...)»;
- Объект и цель «шапки»:
- US – Gasoline (1996 г.): «Прямо выраженные условия вводных положений направлены не столько на рассматриваемую меру или ее конкретное содержание так таковое, но и на способ ее применения ... Вводные положения базируются на том принципе, что хотя содержащимися в статье XX исключениями можно воспользоваться как юридическим правом, они не должны применяться таким образом, который подрывает или отменяет юридические обязательства, имеющиеся у субъекта права на основании материальных норм *Генерального соглашения*. Если такие исключения не будут использованы неправомерным или противоправным образом, иными словами, меры, подпадающие под отдельные исключения, должны применяться обоснованно, с надлежащим соблюдением как юридических обязанностей стороны, требующей применения исключения, так и юридических прав остальных затронутых сторон»;
- US – Shrimp (1998 г.): «[П]олагаем, что в ней воплощено признание Участниками ВТО необходимости поддерживать баланс прав и обязательств между правом Участника воспользоваться тем или иным исключением, предусмотренным в пунктах (a)–(j) статьи XX, с одной стороны, и материальными правами других Участников, предусмотренными ГАТТ 1994, с другой. Осуществление одним из Участников своего права на исключение, например, согласно статье XX(g), в случае его неправомерного и противоправного использования в соответствующей мере подорвет и сведет на нет предусмотренные соглашением материальные права других Участников, например, содержащиеся в статье XI:1. Подобным образом, поскольку содержащиеся в статье XX исключения предусмотрены уже самим соглашением ГАТТ 1994, учитывая правомерный характер воплощенной в нем политики и интересов, право воспользоваться одним из исключений не должно становиться иллюзорным».

«Шапка» ст. XX ГАТТ 1994 г. (2)

- US – Shrimp (1998 г.): «По нашему мнению, в формулировке вводных положений четко установлено, что каждое из исключений в пунктах (a)–(j) статьи XX является *ограниченным и условным* исключением из материальных обязательств, предусмотренных иными положениями ГАТТ 1994, т.е. доступность исключения в итоге зависит от соблюдения применяющим ее Участником требований вводных положений»;
- Таким образом, объект и цель «шапки» – избежать того, чтобы временно оправданные меры применялись таким образом, что это будет представлять собой злоупотребление исключениями по ст. XX или их неправильное употребление □ АО: нужно найти баланс между правом члена ВТО ссылаться на исключения по ст. XX и материальными правами других членов ВТО по ГАТТ-1994;
- АО: «шапка» - это выражение принципа добросовестности, который регулирует то, как государства пользуются своими правами: «При одном из применений этого общего принципа, широко известного как доктрина *злоупотребления правом (abus de droit)*, запрещается злоупотребление правами государства и предписывается, что если при заявлении права «ущемляется область действия установленного соглашением обязательства, то [такое право] должно быть осуществлено *в духе доброй воли*, т.е. обоснованно» □ Таким образом, злоупотребление Членом ВТО своим собственным установленным соглашением правом приводит к нарушению установленных соглашением прав других Членов ВТО, а также к нарушению установленных соглашением обязательств поступающего указанным образом Члена ВТО» (US – Shrimp (1998 г.));
- «Следовательно, задача толкования и применения вводных положений является по существу тонкой задачей определения и проведения линии равновесия между правом Члена ВТО воспользоваться исключением согласно статье XX и правами других Членов ВТО согласно различным материальным положениям (например, статье XI) ГАТТ 1994, чтобы ни одно из конкурирующих прав не отменяло другое и не нарушало, не упраздняло и не ослабляло баланса прав и обязательств, созданного Членами ВТО в рамках Соглашения. Положение линии равновесия, как указано в вводных положениях, не является фиксированным и неизменным – линия перемещается вместе с изменением вида и формы рассматриваемых мер и переменой фактов, составляющих конкретные случаи» (US – Shrimp (1998 г.)).

«Шапка» ст. XX ГАТТ 1994 г. (3)

- Что такое «произвольная или неоправданная дискриминация»? □ Эта дискриминация отличается от того смысла, который в этот термин вкладывают другие положения ГАТТ-1994 (напр., ст. I и III); US – Shrimp (1998 г.): 3 элемента: 1) результат меры – дискриминация; 2) дискриминация должна быть произвольной или неоправданной по своей природе; 3) дискриминация между странами с одинаковыми условиями: «Вполне допустимо, чтобы правительство, принимая и реализуя внутреннюю политику, приняло единый стандарт, применимый ко всем гражданам по всей стране. Однако, в международных торговых отношениях недопустимо, чтобы один Член ВТО применял экономическое эмбарго для того, чтобы, пытаясь достичь той или иной цели политики, *требовать* от других Членов принятия по существу такой же всеобъемлющей программы по регулированию, как и та, которая действует на его территории, *без* учета различных условий, которые могут иметь место на территории соответствующих других Членов. Мы считаем, что дискриминация возникает не только когда страны, где действуют одинаковые условия, рассматриваются различным образом, но и когда применение той или иной меры не позволяет задаться вопросом об уместности данной программы по регулированию в условиях, действующих в соответствующих странах-экспортерах»;
- US – Shrimp (1998 г.): применение рассматриваемой меры – «произвольная дискриминация»: «При применении раздела 609 накладывается единое, жесткое и негибкое требование, согласно которому страны, подающие заявку на сертификацию, <...> должны принять всеобъемлющую программу по регулированию, по существу такую же, как и принятая в США, без постановки вопроса об уместности такой программы в условиях, действующих в странах-экспортерах. Кроме того, отсутствует или имеется мало гибкости при вынесении официальными лицами заключения о сертификации в соответствии с этими положениями. По нашему мнению, такая жесткость и отсутствие гибкости также являются «необоснованной дискриминацией» в понимании вводных положений»;
- Во исполнение рекомендаций ОРС ВТО США изменили свое законодательство. Малайзия оспаривала эти изменения (по ст. 21.5 ДРС). Однако группа по рассмотрению соответствия пришла к выводу, что новая мера США оправдана по ст. XX и поэтому соответствует праву ВТО;
- Резюме: применение временно оправданной меры будет считаться «произвольной или неоправданной дискриминацией», если объяснение этой дискриминации, возникающей при применении такой меры, не доказывает связи с целью этой меры или даже противоречит этой цели. Вопрос, является ли дискриминация произвольной или неоправданной, зависит от причины или объяснения (англ.: rationale) дискриминации, а не от воздействия дискриминации (Brazil – Retreaded Tyres (2007 г.)), как сочла ТГ. Объяснение дискриминации следует оценивать в свете вклада дискриминации в достижение законной цели, которая считается временным оправданием для введения рассматриваемой меры.

Скрытое ограничение международной торговли

- US – Gasoline (1996 г.): ««Произвольная дискриминация», «неоправданная дискриминация» и «скрытое ограничение» в международной торговле могут, соответственно, рассматриваться в одном ряду – эти понятия придают значение одно другому. Для нас очевидно, что «скрытое ограничение» включает в себя скрытую *дискриминацию* в международной торговле. Также очевидно, что в международной торговле понятие «скрытое ограничение» *не* исчерпывается *тайным или необъявленным* ограничением или дискриминацией. Полагаем, что «скрытое ограничение», независимо от остального охвата данного понятия, может быть надлежащим образом истолковано как содержащее ограничения, являющиеся необоснованной или несправедливой дискриминацией в международной торговле, под прикрытием меры, формально подпадающей под условия исключения, предусмотренного статьей XX»;
- US – Gasoline (1996 г.): «Соображения, которые должны учитываться при принятии решения о том, является ли применение той или иной меры «необоснованной или несправедливой дискриминацией», также могут учитываться и при определении наличия «скрытого ограничения» в международной торговле. Основополагающий тезис можно найти в поставленных целях и задачах избежать злоупотребления и незаконного использования предусмотренных статьей XX исключений из материальных положений»;
- EC – Asbestos (2001 г.): «Ограничение, которое формально соответствует требованиям ст. XX(b), является злоупотреблением, если такое соответствие требованиям на самом деле является лишь средством, чтобы скрыть преследуемую цель – ограничение торговли. Однако, как АО признал в деле Япония – Алкогольные напитки, может оказаться, что цель меры не так уж просто доказать. Тем не менее, мы отмечаем, что в том же деле АО указал, что применение рассматриваемой меры в качестве защиты, как правило, можно установить по тому, как сконструирована эта мера».

Какова свобода действий государств?

- US – Gasoline (1996 г.) и US – Shrimp (1998 г.): АО решил, что рассматриваемые меры временно оправданы по ст. XX(g), но их применение не соответствует требованиям «шапки» (т.к. представляет собой произвольную или неоправданную дискриминацию);
- US – Shrimp (1998 г.): «Делая данные заключения, мы хотели бы сделать акцент на том, что в настоящей апелляции нами решено *не* было. Нами *не* было решено, что защита и сохранение окружающей среды не имеет значения для Членов ВТО. Безусловно, имеет. Нами *не* было решено, что суверенные нации – Члены ВТО не вправе принимать эффективные меры по защите находящихся под угрозой вымирания видов, таких как морские черепахи. Безусловно, они вправе и должны делать это. И нами *не* было решено, то суверенные государства не должны предпринимать совместных действий в рамках двусторонних, групповых или многосторонних соглашений, как в составе ВТО, так и в составе иных международных организаций, для защиты находящихся под угрозой вымирания видов или принятия иных мер по защите окружающей среды. Безусловно, они должны делать это.
В настоящей апелляции нами *было* решено только лишь следующее: несмотря на то, что являющаяся предметом настоящей апелляции мера, принятая США, служит целям охраны окружающей среды, которые признаются правомочными согласно пункту (g) статьи XX ГАТТ 1994, способ, которым данная мера была реализована Соединенными Штатами, является необоснованной и несправедливой дискриминацией между Членами ВТО, в нарушение требований вводных положений статьи XX <...> Как подчеркивалось в деле *Соединенные Штаты – Топливо*, Члены ВТО вправе принимать свою собственную политику по защите окружающей среды при условии, что при этом они соблюдают свои обязательства и права других Членов по *Соглашению об учреждении ВТО*»;
- Общественность негативно восприняла эти доклады АО. Предвидя это, АО добавил в свои доклады по обоим делам мысль о том, каковы рамки свободы государств в сфере защиты окружающей среды;
- China – Raw Materials (2012 г.): «[В]озможность заключения международных соглашений – таких как Соглашение о ВТО – может служить примером квинтэссенции осуществления странами своих суверенных прав. Присоединяясь к ВТО, Китай получил существенные торговые и институциональные выгоды, в том числе касающиеся его природных ресурсов. Кроме того, он обязался соблюдать права и обязательства по ВТО.
Осуществляя суверенные права на свои природные ресурсы и соблюдая при этом требования статьи XX(g), которые он обязался соблюдать, Китай получает эффективный способ для своего дальнейшего социального и экономического развития».

Общие исключения по ГАТС (ст. XIV) (1)

При условии, что такие меры не будут применяться способом, который создает средства произвольной или неоправданной дискриминации между странами, где преобладают схожие условия, или скрытые ограничения для торговли услугами, ничто в настоящем Соглашении не понимается как препятствие любому Члену принимать или применять меры:

- a) необходимые для защиты общественной морали или поддержания общественного порядка;
- b) необходимые для защиты жизни или здоровья людей, животных или растений;
- c) необходимые для соблюдения законов или правил, которые соответствуют положениям настоящего Соглашения, включая имеющих отношение к:
 - i) предотвращению вводящей в заблуждение и недобросовестной практики или последствий несоблюдения контрактов в области услуг;
 - ii) защите от вмешательства в частную жизнь отдельных лиц при обработке и распространении сведений личного характера и защите конфиденциальности сведений о личной жизни и счетов;
 - iii) безопасности;
- d) Несовместимые со ст. XVII, при условии, что различие в режиме продиктовано стремлением обеспечить справедливое или эффективное обложение прямыми налогами или их взимание в отношении услуг или поставщиков услуг других Членов;
- e) несовместимые со ст. II, при условии, что различие в отношении режима является результатом соглашения об избежании двойного налогообложения или положений об избежании двойного налогообложения в каком-либо другом международном соглашении или в рамках договоренности, которыми связан Член.

Общие исключения по ГАТС (ст. XIV) (2)

- Отличия от ст. XX ГАТТ: в ГАТТ явно не упоминаются такие основания, как поддержание общественного порядка, защите от вмешательства в частную жизнь, безопасности, справедливое или эффективное обложение налогами;
- Тем не менее, в силу похожей архитектуры и основных концепций ст. XX ГАТТ и практика ОРС по ней создали основу для толкования ст. XIV ГАТС (что отметил АО в первом же деле, касавшемся ст. XIV ГАТС – US – Gambling (2005 г.));
- US – Gambling (2005 г.): «Статья XIV ГАТС закрепляет общие исключения из обязательств по Соглашению таким же образом, как это делает статья XX ГАТТ-1994. Оба этих положения подтверждают право Членов преследовать цели, указанные в пунктах этих положений, даже если тем самым Члены будут действовать не в соответствии со своими обязательствами, закрепленными в иных положениях соответствующих соглашений, при условии что все требования, указанные в них, удовлетворены. В обоих положениях используются одинаковые формулировки, особенно термин «необходимые» и требования, изложенные во вводной части статьи. Соответственно, как и третья группа, мы считаем предшествующие решения по статье XX ГАТТ-1994 имеющими значение для анализа статьи XIV ГАТС».

Двойной тест по ст. XIV ГАТС

- Как и ст. XX ГАТТ-1994, ст. XIV ГАТС также предусматривает двухуровневый тест для ответа на вопрос, оправдана ли мера, которая в ином случае противоречила бы обязательствам по ГАТС;
- Следовательно, для того чтобы определить, может ли мера (в сфере услуг) быть оправдана по ст. XIV ГАТС, нужно проверить: 1) можно ли временно оправдать эту меру одним из пунктов а) – е) этой статьи? и 2) соответствует ли применение этой меры «шапке» ст. XIV ГАТС?
- До сих пор в практике ОРС ВТО ссылки государства на ст. XIV ГАТС встречались лишь однажды – в деле US – Gambling (2005 г.), но безуспешно (для США);
- Споры, рассмотренные в ОРС ВТО, касались исключений только по пунктам (а) и (с) ст. XIV ГАТС;
- Ст. XIV(а) ГАТС предусматривает двойной тест: 1) были ли защита общественной морали или поддержание общественного порядка целью политики, в рамках которой введена мера? 2) является ли эта мера необходимой для достижения этой цели?
- Антигуа и Барбуда (далее – «АиБ») оспаривали соответствие ГАТС ряда законов – федеральных и штатов США. Эти законы запрещали удаленное предоставление услуг по участию в азартных играх и пари (в том числе по Интернету). США защищались ссылкой на то, что их меры служили защите общественной морали и поддержанию общественного порядка □ АО: концепции общественной морали и общественного порядка могут варьироваться во времени и пространстве, в зависимости от ряда факторов, включая преобладающие социальные, культурные, этические и религиозные ценности. Таким образом, АО применил ту же логику, что и в делах по ст. XX ГАТТ. АО также обратился к Shorter Oxford English Dictionary для определения понятий «общественная мораль» и «общественный порядок»;
- Сноска к ст. XIV(а) ГАТС: «Исключения по соображениям общественного порядка могут быть применены только в тех случаях, когда складывается реальная и достаточно серьезная угроза в отношении одного из коренных интересов общества»;
- Концепции «общественной морали» и «общественного порядка» могут пересекаться (ТГ). АО не изменил этого вывода;
- США: участие в азартных играх через Интернет способствует организованной преступности, отмыванию доходов, нажитых преступным путем, и мошенничеству, представляет собой риск для детей и риск для здоровья (из-за пристрастия к азартным играм). ТГ согласилась с тем, что законы, принятые в США, защищают общественную мораль и общественный порядок.
- Однако законы США не прошли тест «необходимости»: ТГ и АО применили ту же логику, что и в тесте необходимости по ст. XX(a) и (b) ГАТТ 1994 г.

Тест необходимости по ст. XIV(a) ГАТС

- Необходимо оценить следующие факторы:
 - 1) Важность интересов или ценностей, которые оспариваемая мера призвана защитить (АО: если ценность / интерес считается важным (-ой), мера скорее будет признана необходимой);
 - 2) Та степень, в которой эта мера способствует достижению цели, которую она преследует, по заявлению государства (АО: чем больше эта степень, тем более вероятно, что мера необходима);
 - 3) Влияние меры на международную торговлю (АО: если у меры относительно слабое влияние на торговлю, тем более вероятно, что мера необходима. Также нужно проверить, есть ли альтернатива у этой меры, совместимая с правом ВТО);
- США отвергли предложение Антигуа и Барбуды провести дву- или многосторонние консультации по этому вопросу. ТГ: меры США не являлись необходимыми, т.к. не отвечали критерию № 3. АО не согласился с тем, что консультации сами по себе были альтернативой, т.к. неясно, чем они закончатся. Бремя доказывания альтернативы лежит на истце. АиБ не доказали наличие альтернативы. Следовательно, меры США были необходимы.

Ст. XIV(c) ГАТС

- 3 широких примера законов / правил, которые соответствуют положениям ГАТС и при этом имеют отношение к:
 - i) предотвращению вводящей в заблуждение и недобросовестной практики или последствий несоблюдения контрактов в области услуг;
 - ii) защите от вмешательства в частную жизнь отдельных лиц при обработке и распространении сведений личного характера и защите конфиденциальности сведений о личной жизни и счетов;
 - iii) безопасности.
- АО: этот список – неисчерпывающий (US – Gambling (2005 г.));
- 3 критерия: 1) цель; то есть мера должна быть предназначена для того, чтобы обеспечить соблюдение национальных законов или правил; 2) эти законы или правила должны соответствовать Соглашению ВТО (то есть не только ГАТС); 3) мера должна быть необходимой для обеспечения соблюдения национальных законов или правил;
- Для толкования первых 2 элементов ТГ обратилась к решениям по делам по ст. XX(d) ГАТТ-1994;
- Критерий необходимости – такой же анализ, как по ст. XIV(a) ГАТС. В этой части ТГ допустила такую же ошибку, как и при анализе с точки зрения ст. XIV(a) ГАТС. АО исправил эту ошибку.

Прочие пункты ст. XIV ГАТС

- Пункт (b): меры должны быть «необходимыми»; пункты (d) и (e) – такого требования нет.
- Анализ по пункту (b) будет, скорее всего, таким же, как и по пунктам (a) и (c);
- Пункты (d) и (e) – узкая сфера применения (обязательство по национальному режиму и по РНБ, ст. XVII и II ГАТС соответственно);
- Сноска к пункту (d): неисчерпывающий список с примерами мер, которые члены ВТО вправе принимать или принудительно исполнять в сфере прямого налогообложения;
- В ст. XIV ГАТС нет пункта, аналогичного ст. XX(g) ГАТТ 1994 г. (сохранение исчерпаемых природных ресурсов). Поскольку меры, необходимые для защиты окружающей среды, как правило, имеют целью защиту жизни или здоровья человека, животных или растений, не очевидно, что есть потребность предусматривать больше, чем сказано в ст. XIV(b) ГАТС (1993 Uruguay Round Decision on Trade in Services and the Environment). Однако это же решение требует от Комитета по торговле и окружающей среде (англ.: Committee on Trade and Environment) изучить и доложить, требуется ли какое-либо изменение в ст. XIV, чтобы учесть отношения между торговлей услугами и окружающей средой, включая устойчивое развитие. Никакого изменения ст. XIV ГАТС за этим не последовало.

«Шапка» ст. XIV ГАТС

- Требование «шапки»: меры не должны применяться способом, который создает (1) произвольную или неоправданную дискриминацию между странами, где преобладают схожие условия, или (2) скрытые ограничения для торговли услугами;
- Поскольку текст «шапки» ст. XIV ГАТС очень похож на текст «шапки» ст. XX ГАТТ 1994 г., для толкования и применения «шапки» ст. XIV ГАТС можно извлечь много уроков из практики по ст. XX ГАТТ (US – Gambling (2005 г.));
- Отсутствие единообразия в практике США приводит к выводу, что меры США, которые оспаривали АиБ, применяются именно способом, который создает произвольную или неоправданную дискриминацию между странами, где преобладают схожие условия, и/или скрытые ограничения для торговли услугами. Например, США не преследовали некоторых национальных провайдеров удаленных услуг по участию в азартных играх, а межштатный закон США о конных скачках (англ.: Interstate Horseracing Act) был неоднозначен, что касается разрешения некоторых видов удаленных пари на результаты конных скачек в США;
- АО: все 3 оспариваемых закона США не создают сами по себе дискриминацию между провайдерами услуг из США и иностранными, а доказательства отсутствия принудительного исполнения этих законов в самих США неубедительны. Однако АО согласился с ТГ в части оценки межштатного закона США о конных скачках.

Исключения по соображениям безопасности в ГАТТ-1994 и в ГАТС (1)

Статья XXI ГАТТ 1994 г. ИСКЛЮЧЕНИЯ ПО СООБРАЖЕНИЯМ БЕЗОПАСНОСТИ	Статья XIVbis ГАТС ИСКЛЮЧЕНИЯ ПО СООБРАЖЕНИЯМ БЕЗОПАСНОСТИ
Ничто в настоящем Соглашении не должно быть истолковано	1. Ничто в настоящем Соглашении не должно истолковываться как:
a) как требование к какой-либо Договаривающейся Стороне предоставлять какую-либо информацию, раскрытие которой она считает противоречащим существенным интересам ее безопасности, или	a) требование к любому члену предоставлять какую-либо информацию, раскрытие которой он рассматривает как противоречащее важнейшим интересам его безопасности; или
b) как препятствующее любой Договаривающейся Стороне предпринимать такие действия, которые она считает необходимыми для защиты существенных интересов своей безопасности:	b) препятствие для любого члена предпринимать любые действия, которые он считает необходимыми для защиты важнейших интересов его безопасности:
i. в отношении расщепляемых материалов или материалов, из которых они производятся;	i) относящиеся к поставке услуг, осуществляемых прямо или косвенно с целью снабжения военного учреждения;
ii. в отношении торговли оружием, боеприпасами и военными материалами, а также торговли другими товарами и материалами, которая осуществляется, прямо или косвенно, для целей снабжения вооруженных сил;	ii) относящиеся к расщепляющимся или термоядерным материалам или к материалам, из которых они получены;
iii. если они принимаются в военное время или в других чрезвычайных обстоятельствах в международных отношениях, или	iii) принятые во время войны или в других чрезвычайных обстоятельствах в международных отношениях; или
c) как препятствующее любой Договаривающейся Стороне предпринимать любые действия во исполнение ее обязательств по Уставу ООН для сохранения мира во всем мире и международной безопасности.	c) препятствие для любого члена предпринимать любые действия для выполнения его обязательств в соответствии с Уставом ООН в целях сохранения международной безопасности и мира.
	2. Совет по торговле услугами информируется о мерах, принятых согласно пунктам 1(b) и 1(c), и об их прекращении в наиболее полной возможной степени.

Исключения по соображениям безопасности в ГАТТ-1994 и в ГАТС (2)

- В отличие от ст. XX ГАТТ-1994 Члены ГАТТ / члены ВТО ссылались на ст. XXI ГАТТ-1994 в практике разрешения споров в ВТО лишь несколько раз: US – Export Restrictions (Czechoslovakia) (1949 г.); Аргентина – ЕС (1982 г.): эмбарго на аргентинские товары из-за агрессии на Фолклендских о-вах; US – Sugar Quota (1984 г.) и Nicaraguan Trade (1986 г.); US – Cuban Liberty and Democratic Solidarity Act (Helms-Burton Act) (1996 г.);
- Тем не менее, государства часто ссылаются на ст. XXI ГАТТ-1994, вводя ограничения в торговле товарами;
- В международных отношениях национальная безопасность традиционно превалирует над выгодами от торговли. Это происходит в 3 ситуациях:
 - Защита «стратегической» отрасли национальной экономики;
 - Торговые санкции как инструмент внешней политики по отношению к государствам, которые нарушают международное право или проводят политику, которая считается неприемлемой или нежелательной;
 - Запрет экспорта оружия и прочих товаров военного / двойного назначения в страны, с которыми у них недружественные отношения;
- Случай применения ст. XXI(a) ГАТТ – США, 1949 г.: «США считают противным своим интересам безопасности – и интересам безопасности других дружественных стран – раскрывать наименования товаров, которые США считают стратегическими»;
- Ст. XXI(b) ГАТТ: вправе ли ТГ или АО проверить применение членом ВТО исключения по ст. XXI(b) ГАТТ, учитывая, что она дает членам ВТО широкую свободу усмотрения? □ Да! У ТГ и АО должно быть право проверить хотя бы то, насколько разумны объяснения, которые даст член ВТО, ссылающийся на эту норму в обоснование своих мер, а также нет ли здесь злоупотребления правом. Правда, в ст. XXI ГАТТ нет «шапки» (как в ст. XX), которая прямо препятствовала бы злоупотреблению правом;
- В остальном см. статью: Рачков И.В. Экономические санкции с точки зрения права ГАТТ/ВТО // Международное правосудие. 2014. № 3. С. 91 – 113;
- Ст. XIVbis ГАТС: текст практически идентичен ст. XXI ГАТТ. Время от времени члены ВТО принимают одно- или многосторонние меры, затрагивающие межд. торговлю услугами с другими членами ВТО, как средство защиты нац. или межд. безопасности. Члены ВТО могут пытаться оправдать такие меры ссылками на ст. XIVbis ГАТС. Однако до сих пор ст. XIVbis ГАТС не применялась при рассмотрении споров в ОРС ВТО. Как и со ст. XXI (особенно ее п. (b)) ГАТТ, у ст. XIVbis ГАТС (особенно у ее абз. 2) также есть проблема с судебным контролем.

Спасибо за Ваше внимание!



**Илья Витальевич Рачков,
кандидат юридических наук,
магистр права (LL.M.), адвокат,
доцент кафедры международного
права
международно-правового факультета
МГИМО(У) МИД России
irachkov@kslaw.com
+7 909 992 76 25 (моб.)**