

*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:
«Технические барьеры в торговле
в праве ВТО»

Москва, 11 сентября 2015 г.

Содержание

1. Введение
2. Сфера применения Соглашения о технических барьерах в торговле (ТБТ)
3. Материально-правовые положения Соглашения о ТБТ
4. Институциональные и процессуальные положения Соглашения о ТБТ

Введение

- Со временем значение тарифов и количественных ограничений (как барьеров в торговле товарами) постепенно снизилось. В то время как члены ВТО продолжают сохранять бдительность и предпринимать усилия по дальнейшей либерализации касательно этих традиционных барьеров в торговле, регулятивные меры по торговле товарами бросают многосторонней торговой системе более значительный вызов,
- Эти регулятивные меры могут принимать форму технических барьеров в торговле (ТБТ) или санитарных и фитосанитарных мер (СФС). Общее: они выходят за пределы общих правил, применимых к нетарифным барьерам (содержатся в ГАТТ 1994 г.). Эти общие правила направлены на искоренение негативного влияния нетарифных мер на международную торговлю, прежде всего запрещая такие меры (это касается количественных ограничений) или обеспечивая их недискриминационное применение (это касается внутренних налоговых и регулятивных мер).
- Правила, применимые к ТБТ (установлены в Соглашении о ТБТ) и к СФС мерам (установлены в Соглашении о СФС мерах), идут дальше: они регулируют нетарифные барьеры в торговле также путем гармонизации регулирования. Соответствующие положения Соглашений о ТБТ и о СФС мерах призывают членов ВТО гармонизировать их национальные ТБТ и СФС меры со стандартами, установленными соответствующими международными органами.
- ТБТ присутствуют буквально везде в современном мире: ко внутренним и внешним характеристикам всех товаров и к способам их производства применяются определенные требования. Целями этих требований часто является защита жизни и здоровья людей, животных и растений, окружающей среды, прав потребителей, предотвращение незаконного поведения (напр., обмана), защита и поощрение многих других ценностей и интересов общества.
- Эти требования могут быть обязательными, установленными и контролируруемыми государством. Однако чаще их устанавливают национальные негосударственные органы по стандартизации. Эти требования не обязательны, но общеприняты в деловой среде данной страны. В обоих случаях эти технические требования могут быть прекрасным барьером для международной торговли, даже если они не применяются дискриминирующим образом. Дело в том, что различия в регулятивных требованиях в разных странах повышают стоимость производимого товара и усложняют доступ на рынок для экспортеров. Кроме того, процедуры, используемые для проверки того, соответствует ли товар некоторым обязательным или добровольным требованиям, могут препятствовать торговле. ТБТ могут быть средством скрытого протекционизма.
- По состоянию на 01.10.2015 г. ОРС ВТО счел в 6 спорах, что члены ВТО нарушили свои обязательства по Соглашению о ТБТ: ЕС – сардины (2002 г.), США – ароматизированные сигареты (2012 г.), США – тунец II (Мексика) (2012 г.) и США – COOL (2012 г.), ЕС – меры, запрещающие ввоз и продажу товаров из тюленей (Норвегия и Канада) (2013 г.).

Сфера применения Соглашения о ТБТ

- Меры, к которым применяется Соглашение о ТБТ:
 - Технические регламенты;
 - Стандарты;
 - Процедуры оценки соответствия.

⇒ Соглашение о ТБТ применяется к ограниченному числу мер (доклад АО, ЕС – асбест (2001 г.)).
- Определение каждой из этих мер дано в Приложении 1 к Соглашению о ТБТ:
 - Технический регламент – документ, в котором устанавливаются характеристики товара или связанные с ними процессы и методы производства, включая применимые административные положения, соблюдение которых является обязательным. Он может также включать или исключительно содержать требования к терминологии, обозначениям, упаковке, маркировке или этикетированию в той степени, в которой они применяются к товару, процессу или методу производства. Напр.: аккумуляторы должны быть способны к зарядке; вино должно продаваться в зелёных бутылках.
 - Стандарт – документ, принятый признанным органом, который содержит предназначенные для общего и многократного использования правила, руководства или характеристики применительно к товарам или связанным с ними процессами и методами производства, соблюдение которых не является обязательным. Он может также включать или исключительно содержать требования к терминологии, обозначениям, упаковке, маркировке и этикетированию в той степени, в которой они применяются к товару, процессу или методу производства.
 - ⇒ Стандарт – добровольно принимаемая норма, ее соблюдение не обязательно. Но: только товары, соответствующие стандартам, могут быть сертифицированы соотв. органом и/или иметь на себе соотв. знак или логотип. Однако часто производители не имеют иного выхода, кроме как соответствовать стандартам, иначе они вряд ли смогут продать свои товары.
 - ⇒ Различие между стандартами и техрегламентами не всегда очень четко.
 - ⇒ Правила, применимые к стандартам: ст. 4 и Приложение 3 к Соглашению о ТБТ. Приложение 3 включает в себя «Кодекс добросовестной практики применительно к разработке, принятию и применению стандартов».

Меры, к которым применяется Соглашение о ТБТ

- Определения «техрегламент» и «стандарт» ссылаются на «документ». Это может быть широкий ряд инструментов или различные меры (США – тунец II (Мексика) (2012 г.)).
- Процедура оценки соответствия - любая процедура, применяемая прямо или косвенно с целью определения того, выполняются ли соответствующие требования, содержащиеся в технических регламентах или стандартах. Примеры: проверка образцов (sampling), тестирование (testing), инспекции (inspection).
- Правила кас. ПОС: ст. 5 – 9 Соглашения о ТБТ.
- Соглашение о ТБТ применяется к тем техрегламентам, стандартам и ПОС, которые относятся к:
 - товарам и
 - процессам и методам производства.
- Включают ли процессы и методы производства также те процессы и методы пр-ва, которые не относятся к товарам (non-product-related processes and production methods, NPR-PPMs)? – Это те процессы и методы производства, которые не влияют на характеристики конечного товара, выведенного на рынок, напр.: запрет использовать неэкологичные источники энергии, детский труд при пр-ве товара.
- Переговоры по заключению Соглашения о ТБТ: следует ли включить техрегламенты, стандарты и ПОС, касающиеся NPR-PPMs, в сферу действия этого Соглашения? – Договаривающиеся стороны не смогли достигнуть согласия по этому вопросу, но по этому вопросу до сих пор ведутся дискуссии. Напр., это касается требований к этикеткам товаров. США – тунец II (Мексика) (2012 г.) и США – COOL (2012 г.).

Является ли мера техрегламентом?

- 6 споров, в которых рассматривался этот вопрос: ЕС – асбест (2001 г.); ЕС – сардины (2002 г.); ЕС – товарные знаки и географические обозначения (Австралия) (2005 г.); США – ароматизированные сигареты (2012 г.); США – COOL (2012 г.); США – тунец II (Мексика) (2012 г.).
- ЕС – асбест (2001 г.): общий запрет асбеста и асбестосодержащих товаров, но исключения, при которых асбестосодержащие товары могут быть разрешены.
- Третьейская группа: запрет сам по себе – это не техрегламент, а исключения из запрета – да.
- Апелляционный орган: подход ТГ (отделение запрета от исключений из него) – неверный. Является ли запрет в целом (с учетом исключений из него) техрегламентом? –
 - 1) Мера устанавливает характеристики товара; примеры характеристик – Приложение 1, п. 1 к Соглашению о ТБТ: требования к терминологии, обозначениям, упаковке, маркировке или этикетированию. Т.о., характеристики товара – не только его внутренние, но и внешние качества. АО: техрегламент может устанавливать только 1, несколько, много или все требования к товару.
 - 2) Техрегламент устанавливает такие характеристики товара (или относящихся к нему процессов и методов пр-ва), соответствие которым является обязательным. Эти хар-ки м.б. сформулировано позитивным или негативным образом (т.е. чему товар должен или, наоборот, не должен соответствовать).
 - 3) Техрегламент должен применяться к товару (или группе товаров), которые можно идентифицировать (*identifiable products*).

⇒ Мера Франции = технический регламент.

Является ли мера техрегламентом (2)?

- ЕС – сардины (2002 г.): регламент ЕС содержал ряд требований к продаже «пресервов из сардин», в т.ч. Требование о том, что товар, продаваемый под наименованием «пресервы из сардин» должен содержать только 1 вид сардин (лат. *Sardina pilchardus* Walbaum), но не другой (*Sardinops sagax*). АО: *Sardinops sagax* – товар, который можно идентифицировать; это следует из того, как исполнялся регламент ЕС: именно принудительное исполнение регламента привело к тому, что товары из *Sardinops sagax* нельзя обозначать на этикетке как «пресервы из сардин».
 - Требование о том, что можно именовать «пресервами из сардин», отвечает 2-ому элементу теста, поскольку также устанавливает обязательные хар-ки товара.
 - ЕС не спорил с тем, что их регламент обязателен к исполнению. Поэтому АО считал, что и 3-ий критерий теста (обязательность) выполнен.
- ⇒ Мера ЕС отн. того, что можно называть «пресервами из сардин», является техрегламентом.
- ЕС – товарные знаки и географические обозначения (Австралия) (2005 г.): требование ЕС указывать страну происхождения на этикетке = техрегламент. Проверка для регистрации географических наименований – не техрегламент, а процедура оценки соответствия (доклад третьей группы).
 - США – ароматизированные сигареты (2012 г.): запрет ввоза сигарет с запахом гвоздики (их ввозили в США в основном из Индонезии) и пр. ароматизированных сигарет, кроме сигарет с ментолом (их производили в США); США – COOL (2012 г.): розничные продавцы, продающие говядину и свинину, обязаны указывать страну происхождения на этикетках. В обоих спорах вопрос о том, являются ли меры США техрегламентом, не ставился под сомнение сторонами.

Является ли мера техрегламентом (3)?

- США – тунец II (Мексика) (2012 г.): товары из тунца должны сопровождаться этикеткой о том, выловлен ли тунец способом, безопасным для дельфинов. Является ли это требование техрегламентом?
- США: эта мера – не техрегламент, а стандарт. Третьейская группа с этим не согласилась: данная мера является техрегламентом.
- Апелляция США: США не спорили с тем, что их мера отвечает критериям 1 и 2 теста, но считали, что 3-ий критерий (обязательность меры) не выполняется, т.к. мера не является обязательной к исполнению. США считали, что эта мера обязательна лишь тогда, когда товар из тунца должен быть снабжен этикеткой, а это, в свою очередь, требуется далеко не всегда. США утверждали, что товары из тунца могут продаваться на рынке США как с этикеткой «выловлен безопасно для дельфинов», так и без неё, поэтому эта мера не является обязательной.
- Апелляционный орган: требование об этикетировании (т.е. положение, устанавливающее условия, которые д.б. выполнены, чтобы использовать определенную этикетку) может быть техрегламентом или стандартом. Тот факт, что требование об этикетировании не требует использовать определенные этикетки, чтобы поместить товар для продажи на рынке, не исключает того, что это требование об этикетировании является техрегламентом.
- АО: отвечать на вопрос, является ли рассматриваемая мера «стандартом» или «техрегламентом», следует в свете черт этой меры и обстоятельств конкретного дела. Такая оценка может включать в себя следующее:
 - 1) Заключается ли мера в законе или постановлении, принятом членом ВТО?
 - 2) Предписывает ли или запрещает ли мера определенное поведение?
 - 3) Устанавливает ли мера специфические требования, которые представляют собой единственное средство для решения определенного вопроса?
 - 4) Какова природа вопроса, решить который призвана эта мера?

=> АО признал меру США техрегламентом (и тем самым согласился с третьей группой).

К кому применяется Соглашение о ТБТ?

- Соглашение адресовано в основном центральным правительственным органам.
- Однако оно прямо направлено на то, чтобы применяться к другим органам, вовлеченным в подготовку, принятие и применение техрегламентов, стандартов и/или ПОС: местные правительственные и неправительственные органы.
- Местные ПО: правительство, кроме центрального правительства (например, штаты, провинции, земли, кантоны, муниципалитеты и т.д.), его министерства или ведомства или любой орган, подчиненный такому правительству в отношении деятельности, о которой идет речь (п. 7 Приложения 1).
- Неправительственный орган – орган, кроме центрального правительственного органа или местного правительственного органа, включая неправительственный орган, который имеет законное право вводить технический регламент (п. 8 Приложения 1). Напр., Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), American National Standards Institute (ANSI), European Committee for Standardization (CEN).
- Ст. 3 (кас. техрегламентов), Приложение 3.В (кас. Стандартов) и ст. 7 и 8 (кас. ПОС): члены ВТО принимают такие доступные им разумные меры, обеспечивающие, чтобы местные и неправительственные органы соблюдали Соглашения о ТБТ, и обязаны воздерживаться от принятия таких мер, которые бы поощряли действия местн. и неправит. Органов, не соответствующие Соглашению о ТБТ.
- Эти обязательства могут быть особенно важными в свете возрастающего влияния стандартов, разработанных частным сектором, на международную торговлю, т.е. стандартов, разработанных неправительственными организациями (напр., Forest Stewardship Council, FSC) или коммерческими предприятиями (напр., Tesco, кот. предписывает минимальные стандарты труда своим поставщикам из Китая, Индии и Бангладеш). Но: являются ли эти неправительственные организации, а тем более коммерческие предприятия теми «неправительственными органами», о которых говорится в Соглашении о ТБТ?

Действие Соглашения о ТБТ во времени

- ЕС – сардины (2002 г.): применяется ли Соглашение о ТБТ к техническим регламентам, которые уже действовали к 01.01.1995 г. – дате вступления в силу Соглашения о ТБТ?
- Для ответа на этот вопрос третейская группа обратилась к ст. 28 Венской конвенции о праве международных договоров 1969 г.: «Если иное намерение не явствует из договора или не установлено иным образом, то положения договора не обязательны для участника договора в отношении любого действия или факта, которые имели место до даты вступления договора в силу для указанного участника, или в отношении любой ситуации, которая перестала существовать до этой даты.»
- Третейская группа и Апелляционный орган: хотя регламент ЕС, который был предметом спора, был принят до 01.01.1995 г., он всё ещё действовал к 01.01.1995 г., поэтому его нельзя рассматривать как «ситуацию, которая перестала существовать до этой даты».
- Поэтому можно заключить, что Соглашение о ТБТ применяется к техническим регламентам, которые, хотя и были приняты до 1995 г., всё ещё продолжают действовать.

Соотношение с др. соглашениями

- Каково соотношение Соглашения о ТБТ с иными соглашениями о торговле товарами: Соглашением о СФС мерах, Соглашением о правительственных закупках и ГАТТ 1994 г.?
- Всё зависит от типа меры. Соглашение о ТБТ применяется к техрегламентам, стандартам и процедурам оценки соответствия (ПОС), определение которым дано в Приложении 1.
- Однако сфера применения Соглашения о ТБТ была ограничена в пользу 2 соглашений: Соглашения о СФС мерах и Соглашения о правительственных закупках. Если применяются эти соглашения, то не применяется Соглашение о ТБТ. Однако в некоторых случаях сложно провести границу.
- Ст. 1.4 Соглашения о ТБТ: спецификации, подготавливаемые правительственными органами, не подпадают под действие положений настоящего Соглашения; к ним применяется Соглашение по правительственным закупкам в соответствии с его сферой применения. Проблема: не все члены ВТО участвуют в Соглашении о ПЗ (напр., Россия не участвует).
- Ст. 1.5 Соглашения о ТБТ: Положения настоящего Соглашения не применяются к санитарным и фитосанитарным мерам, как они определены в приложении А Соглашения по применению СФС мер. Как определить СФС меру? – Через ее назначение / цель.
- ЕС – гормоны (1998 г.): США и Канада считали, что меры ЕС не соответствуют Соглашению о ТБТ. Однако ТГ сочла, сославшись на ст. 1.5 Соглашения о ТБТ, что меры ЕС – это СФС меры, а к ним Соглашение о ТБТ не применяется.
- Но см. дело ЕС – одобрение и маркетинг биотехнологических товаров (2006 г.): одна и та же мера может преследовать несколько целей, одна из которых подпадает под определение СФС меры, а другая – нет. Т.о., если мера подпадает под определение «технического регламента», то – в той мере, в какой эта мера применяется не с СФС целью, - она подпадает под действие Соглашения о ТБТ.
- Напротив, ГАТТ 1994 г. и Соглашение о ТБТ не исключают взаимно друг друга. ЕС – асбест (2001 г.) доклад ТГ: ТБТ – более специальный межд. договор, поэтому сначала меру нужно оценивать через его призму. Однако даже если ТГ придет к выводу, что мера соответствует Соглашению о ТБТ, ТГ должна проверить меру на соответствие ГАТТ 1994 г. В отличие от Соглашения о СФС мерах, Соглашение о ТБТ не содержит презумпции соответствия ГАТТ 1994 г., если технический барьер был сочтен не противоречащим Соглашению о ТБТ.
- В целом соотношение между ГАТТ 1994 г. и другими многосторонними соглашениями о торговле товарами (включая Соглашение о ТБТ) – см. Общее примечание о толковании к Приложению 1А Соглашения ВТО: в случае противоречия между положениями ГАТТ 1994 г. и многостороннего соглашения последние имеют приоритет.

Материально-правовые положения

- Положения, схожие с ГАТТ 1994 г.:
 - Режим наиболее благоприятствуемой нации (РНБ);
 - национальный режим;
 - Обязанность воздерживаться от создания необоснованных препятствий в международной торговле.
- ЕС – асбест (2001 г.), доклад АО: намерение авторов Соглашения о ТБТ было преследовать цели ГАТТ 1994 г., но через специальный правовой режим: специальные и дополнительные обязательства (сверх тех, которые установлены в ГАТТ 1994 г.).
- РНБ + нац. режим – ст. 2.1 Соглашения о ТБТ: «Члены обеспечивают применительно к техническим регламентам, чтобы товарам, импортируемым с территории любого члена, предоставлялся режим не менее благоприятный, чем тот, который предоставляется подобным товарам национального происхождения и подобным товарам, происходящим из любой другой страны.»
- Это же обяз-во применяется к стандартам и ПОС (Приложение 3.D к Соглашению о ТБТ и ст. 5.1.1 Соглашения о ТБТ).
- Обяз-во предоставить нац. режим: США – ароматизированные сигареты (2012 г.); США – COOL (2012 г.); США – тунец II (Мексика) (2012 г.). Во всех 3 делах ТГ / АО пришли к выводу, что США нарушили обяз-во предоставить нац. режим, а в одном деле (тунец) – также и РНБ.
- США – ароматизированные сигареты (2012 г.), доклад АО: 3 условия: мера является техрегламентом; импортируемые и внутренние товары подобны; обращение с импортируемыми товарами – менее благоприятное, чем с внутренними. США – тунец II (Мексика) (2012 г.): 3-ий элемент теста – другой: сравнивать нужно импортируемые товары из одних стран с импортируемыми товарами из других стран.
- Соглашение о ТБТ не содержит положения вроде ст. XX ГАТТ 1994 г. (общие исключения), которая могла бы оправдать меры, не соответствующие РНБ или нац. режиму.

Какие товары являются «подобными»?

- Обяз-во по ст. 2.1 Соглашения о ТБТ применяется только к «подобным» товарам. Напр., являются ли автомобиль типа «SUV» (sports utility vehicle) и семейный а/м, апельсиновый и томатный соки, лэптоп и настольный РС, свинина и говядина, виски и брэнды «подобными»?
- По ст. III ГАТТ определяющим фактором является характер и объем конкурентного соотношения между товарами.
- США – ароматизированные сигареты (2012 г.), доклад ТГ: определяющий фактор – цель и задачи техрегламента, а не конкурентное соотношение между товарами. Однако АО не согласился с ТГ: определение «подобности» товаров по ст. 2.1 Соглашения о ТБТ совпадает с тестом по ст. III:4 ГАТТ 1994 г. (т.е. конкурентное соотношение между товарами).
- В своей апелляции США не оспаривали мнение ТГ по таким критериям «подобности» товаров, как «физические характеристики» и «таможенная классификация», но не согласились с выводами ТГ относительно «конечного использования» и «вкусов и привычек потребителей». ТГ и АО: сигареты, ароматизированные гвоздикой, являются «подобными» (по смыслу ст. 2.1 Соглашения о ТБТ) сигаретам с ментолом.
- АО: при определении «подобности» товаров ТГ не ограничена теми товарами, на которые заявитель указал как на аналогичные.

Что такое «не менее благоприятное обращение»?

- Факт того, что мера отличает одни «подобные» товары от других, само по себе не достаточен, чтобы прийти к выводу, что мера не соответствует ст. 2.1 Соглашения о ТБТ.
- Для того, чтобы заключить, что мера не соответствует ст. 2.1 Соглашения о ТБТ, ТГ должна изучить: обращается ли гос-во-ответчик с импортными подобными товарами менее благоприятно, чем с произведенными в этом государстве или с импортируемыми из третьих стран.
- Есть много дел, в которых был рассмотрен термин «не менее благоприятное обращение» по смыслу ст. III:4 ГАТТ 1994 г. Основной критерий: меняет ли мера условия конкуренции между «подобными» товарами в ущерб импортируемому товарам? Запрещена как дискриминация де юре, так и де факто.
- Ту же логику АО применил в деле США – ароматизированные сигареты (2012 г.). Однако в отличие от ст. III:4 ГАТТ, для ст. 2.1 Соглашения о ТБТ не достаточно «ущерба» (*detrimental impact*): нужно еще проверить, проистекает ли ущерб исключительно из законного регулятивного различия между товарами (если да, то такой ТБТ не нарушает Соглашения о ТБТ), а не из дискриминации группы импортируемых товаров. Для этого ТГ должна внимательно изучить конкретные обстоятельства дела, т.к. архитектуру, действие, применение рассматриваемого техрегламента и, в частности, не дискриминирует ли техрегламент импортные товары.
- Между оспариваемым ТБТ и ущербом для возможности импортных товаров конкурировать должна быть подлинная связь.
- США – COOL (2012 г.): от производителей и переработчиков мяса требовалось указывать гораздо больше информации, чем на этикетке, которая попадала вместе с товаром к конечному потребителю. АО счел эту меру США произвольной, а бремя, наложенное на производителей и переработчиков мяса, неоправданным.

Обяз-во не создавать препятствия торговле

- Ст. 2.2 Соглашения о ТБТ (1-ое предложение): «Члены обеспечивают, чтобы технические регламенты не разрабатывались, не принимались или не применялись таким образом, чтобы создавать или приводить к созданию излишних препятствий в международной торговле.»
- Ст. 5.1.2 Соглашения о ТБТ: процедуры оценки соответствия не разрабатываются, не принимаются и не применяются таким образом, чтобы создавать или приводить к созданию излишних препятствий для международной торговли. Это означает, *inter alia*, что процедуры оценки соответствия не являются более строгими и не применяются более строго, чем это необходимо для получения импортирующим членом достаточной уверенности в том, что товары соответствуют применяемым техническим регламентам или стандартам, с учетом рисков, которые возникали бы вследствие их несоответствия
- Приложение 3.Е: Орган по стандартизации обеспечивает, чтобы стандарты не разрабатывались, не принимались или не применялись таким образом, чтобы создавать или приводить к созданию излишних препятствий в международной торговле.
- Ст. 2.2 Соглашения о ТБТ (2-ое предложение): «С этой целью технические регламенты не оказывают на торговлю более ограничивающее воздействие, чем это необходимо для достижения законных целей, с учетом рисков, которые возникали бы, когда такие цели не достигаются.»
- АО: 1-ое и 2-ое предложение ст. 2.2 отражают понятие необходимости (доклад по делу США – тунец II (Мексика) (2012 г.)).
- Ст. 2.2 Соглашения о ТБТ (3-ье предложение): «Таковыми законными целями являются, *inter alia*: требования национальной безопасности; предотвращение обманной практики; защита здоровья или безопасности людей, жизни или здоровья животных или растений, или охрана окружающей среды.»
- Ст. 2.2 Соглашения о ТБТ (4-ое предложение): «При оценке подобных рисков учитываются такие факторы как, *inter alia*, имеющаяся научная и техническая информация, соответствующая технология или предполагаемое конечное использование товаров.»
- Т.о., тест таков: ограничивает ли ТБТ торговлю? Преследует ли ТБТ правомерную цель? Не ограничивает ли ТБТ межд. торговлю в большей степени, чем это необходимо для достижения этой цели?
- До сих пор ни один член ВТО не был признан нарушившим ст. 2.2 Соглашения о ТБТ.

Ограничивает ли ТБТ торговлю?

- США – тунец II (Мексика) (2012 г.): «ограничивающий торговлю» = имеющий ограничительное воздействие на торговлю.
- Сам по себе факт того, что ТБТ ограничивает торговлю, не делает этот ТБТ не соответствующим ст. 2.2 Соглашения о ТБТ.
- Ссылка в 1-ом предложении ст. 2.2 Соглашения о ТБТ на «излишние препятствия в международной торговле» означает, что некоторые препятствия все-таки разрешены.
- Из текста ст. 2.2 также следует, что меры, которые не ограничивают торговлю, не могут противоречить статье 2.2, т.к. мера, которая не ограничивает торговлю, не может ограничивать торговлю больше, чем это необходимо.
- Вряд ли в ВТО будет много споров, в которых предметом будет ограничительный характер ТБТ как таковой. Скорее можно ожидать споров между членами ВТО относительно степени ограничения торговли.
- Эта степень важна как для анализа относительного влияния ТБТ на торговлю, так и для сравнительного анализа (т.е. для 3-его элемента теста по ст. 2.2 Соглашения о ТБТ).

Законная цель

- 2-ой элемент теста на соответствие статье 2.2 Соглашения ТБТ: достигает ли рассматриваемая мера правомерной цели (англ.: *legitimate objective*)?
- Из этого основного вопроса вытекает несколько промежуточных:
 - Как установить цель, которую преследует мера?
 - Какие цели являются законными (по смыслу ст. 2.2 Соглашения о ТБТ)?
 - При каких условиях можно считать, что мера «достигает» законную цель?
 - Как установить, достигает ли мера законную цель, - если достигает – в какой степени?
- Как установить цель, которую преследует мера? - США – тунец II (Мексика) (2012 г.), доклад АО: третья группа не связана доводами, которые приводит гос-во – ответчик (к такому же выводу АО пришел, применяя ранее ст. XIV ГАТС). ТГ может принять характеристику, которую дает своим мерам член ВТО, как отправную точку, но должна независимо и объективно оценить цели, которые нам самом деле преследует этот член ВТО. Для этого ТГ может обратиться к текстам законов, законодательной истории меры и другим доказательствам структуры и действия меры.
- Какие цели являются законными? - США – тунец II (Мексика) (2012 г.), доклад АО: словарное значение термина «законный» – правомерный, оправданный или должный (*lawful, justifiable or proper*). Ст. 2.2 Соглашения о ТБТ перечисляет законные цели: требования национальной безопасности; предотвращение обманной практики; защита здоровья или безопасности людей, жизни или здоровья животных или растений, или охрана окружающей среды. Однако этот список не исчерпывающий (см. слова *inter alia* в ст. 2.2 Соглашения о ТБТ). США – тунец II (Мексика) (2012 г.), доклад АО: цели, прямо перечисленные в ст. 2.2, являются иллюстрацией и мерилем для оценки того, являются ли законными прочие цели, не перечисленные в ст. 2.2. Цели могут вытекать также из преамбулы Соглашения о ТБТ, абзацы 6 и 7, и из положений др. соглашений ВТО. США – COOL (2012 г.), доклад АО: предоставление потребителям инфо о происхождении товара – законная цель, т.к. это перекликается с целью «предотвращение обманной практики» и цель «информирование потребителей» можно найти в ст. IX ГАТТ 1994 г. Именно истец должен доказать, что цель меры не является законной, а не ответчик должен доказать, что цель законна.
- Что такое «достигает» (законную цель)? - США – тунец II (Мексика) (2012 г.), доклад АО: «полностью предоставляет то, ради чего это задумано». Если прочитать слово «достигать» вне контекста, то создается впечатление, что должен быть полностью достигнут определенный результат. АО: важно не это, а тот вклад, который мера вносит в достижение цели (даже если цель еще не достигнута).
- Достигает ли мера законную цель? - США – тунец II (Мексика) (2012 г.), доклад АО: степень достижения преследуемой цели (т.е. степень вклада в достижение цели) можно распознать по архитектуре, структуре и действию техрегламента и по доказательствам применения меры. Как и в случаях со ст. XX ГАТТ 1994 г. и ст. XIV ГАТС, в случае со ст. 2.2 Соглашения о ТБТ ТГ должна оценить вклад в ту цель, которая достигается в действительности данной мерой (а не цель, которую член ВТО намеревался достичь).

«Не более ограничивающее, чем необходимо»

- 3-ий элемент теста на соответствие ст. 2.2 Соглашения о ТБТ: технический регламент не должен оказывать на торговлю более ограничивающее воздействие, чем это необходимо для достижения законных целей, с учетом рисков, которые возникали бы, когда такие цели не достигаются.
- Оценивается не необходимость самой меры, а то, насколько необходимо ограничивающее воздействие этой меры.
- США – тунец II (Мексика) (2012 г.), доклад АО: ТГ должна начать с рассмотрения факторов, которые включают в себя: степень вклада меры в достижение законной цели; ограничивающее торговлю воздействие этой меры; природу рисков в данном случае и тяжесть последствий, которые могут наступить, если не будет достигнута цель, которую преследует член ВТО при помощи данной меры. – Это т.н. «анализ соотношения» факторов, приведенных выше.
- Однако АО тут же добавил, что в большинстве случаев необходимо сравнить меру, которую оспаривает член ВТО, и возможные альтернативные меры. – Это т.н. сравнительный анализ. Его элементы:
 - Является ли предлагаемая альтернативная мера менее ограничивающей торговлю?
 - Внесет ли альтернативная мера такой же вклад, как и оспариваемая, в достижение законной цели (с учетом рисков, которые возникали бы, когда такая цель не достигается)?
 - Имеется ли такая альтернативная мера в разумном распоряжении члена ВТО?
- АО: сравнительный анализ похож на взвешивание и нахождение баланса для установления «необходимости» в контексте ст. XX ГАТТ 1994 г. и ст. XIV ГАТС.
- Риски, возникающие из-за недостижения цели «предотвращение обманной практики», менее серьезные, чем риски от недостижения цели «защита здоровья людей». Для оценки рисков учитываются (среди прочего): имеющаяся научная и техническая информация, соответствующая технология или предполагаемое конечное использование товаров.
- Ст. 2.3 Соглашения о ТБТ: «Технические регламенты не должны оставаться в силе, если обстоятельств или причин, вызвавших их принятие, больше не существует, или если изменившиеся обстоятельства или причины позволяют использовать способы, оказывающие менее ограничивающее воздействие на торговлю.» => члены ВТО должны постоянно следить за тем, чтобы их техрегламенты не создавали бóльшие ограничения в торговле, чем это необходимо для достижения законных целей.

Обяз-во основывать ТБТ на межд. стандартах

- Гармонизация национальных техрегламентов, стандартов и процедур оценки соответствия путем создания/использования межд. стандартов сильно облегчает ведение межд. торговли.
- Такая гармонизация уменьшает ограничивающее межд. торговлю влияние ТБТ, минимизируя различия в требованиях разных членов ВТО, которым должны соответствовать в различных странах.
- Ст. 2.4 Соглашения о ТБТ: «В том случае, если возникает потребность в технических регламентах, и существуют соответствующие международные стандарты или завершается их разработка, члены используют их или их соответствующие разделы в качестве основы для своих технических регламентов (...).»
- Ст. 2.4 Соглашения о ТБТ: « (...) за исключением случаев, когда подобные международные стандарты или их соответствующие разделы были бы неэффективными или неподходящими средствами для достижения поставленных законных целей, например, вследствие существенных климатических или географических факторов или существенных технических проблем.»
- Такое же или похожее обязательство для стандартов и ПОС: Приложение 3.F и ст. 5.4 Соглашения о ТБТ.
- Ст. 2.4: 3-ступенчатый тест:
 - Существует ли «соответствующий международный стандарт»?
 - Если да: использует ли данный член ВТО этот стандарт как основу для своего техрегламента?
 - Является ли данный межд. стандарт эффективным и подходящим средством для достижения поставленных законных целей?
- До сих пор только в 1 случае ОРС ВТО пришел к выводу, что член ВТО нарушил свои обязательство по ст. 2.4: ЕС – сардины (2002 г.).
- Вопрос «Существует ли «соответствующий международный стандарт?» порождает ряд промежуточных вопросов:
 - Когда стандарт является «международным»? - США – тунец II (Мексика) (2012 г.), доклад АО: см. хар-ки органа, одобрявшего стандарт. Объект стандарта не влияет на то, является ли стандарт международным.
 - Что такое «международный орган по стандартизации»? – «Орган» – более широкая концепция, чем «организация». Т.о., органы могут быть, а могут и не быть межд. орг-циями. Членство в органе д.б. открыто на недискриминационной основе для всех органов как минимум всех членов ВТО. Если есть какая-то дискриминация (де юре или де факто) членов ВТО по сравнению с др. членами ВТО кас. участия в органах по стандартизации, то такие органы не м.б. «международными». Этот орган д.б. открыт на любой стадии развития стандартов. Если членство основано на приглашении, то такой орган считается открытым, если приглашение следует автоматически за выражением желания гос-вом присоединиться к органу. Орган также должен вести признанную деятельность в области стандартизации.
 - Когда межд. стандарт является «соответствующим» (англ.: *relevant*)? – ЕС – сардины (2002): и «Кодекс Стан 94» (создан Комиссией Codex Alimentarius), и техрегламент ЕС касались того же товара – *Sardina pilchardus*. Оба документа содержали похожие требования к товару: этикетка, представление на рынке, среда для упаковки. Вывод ТГ: «Кодекс Стан 94» является «соответствующим» межд. стандартом для техрегламента ЕС.
 - Как должен быть принят межд. стандарт? – ЕС – сардины (2002): консенсус (на чем настаивал ЕС) не обязателен.

«Используют в качестве основы»

- Ст. 2.4 Соглашения о ТБТ: члены ВТО используют соответствующие международные стандарты (или их соответствующие разделы) в качестве основы для своих технических регламентов.
- Что значит «в качестве основы»? – См. доклады по делам о применении ст. 3.2 Соглашения о СФС мерах.
- ЕС – сардины (2002 г.), доклад ТГ: требование «использовать в качестве основы» налагает обяз-во «использовать или применять» межд. стандарт как основную составную часть или фундаментальный принцип для целей принятия техрегламента.
- ЕС – сардины (2002 г.), доклад АО: этот вывод ТГ означает, что нужно проанализировать, есть ли противоречие между «Кодексом Стан 94» и техрегламентом ЕС. Последний противоречит первому. => ЕС нарушил ст. 2.4 Соглашения о ТБТ.
- Что такое «неэффективные или неподходящие средства» (для достижения поставленных законных целей)? – 2 промежуточных вопроса:
 - Преследует ли член ВТО своим техрегламентом законную цель? – Такая же логика, как и для ст. 2. Соглашения о ТБТ (кас. определения целей, преследуемых техрегламентом, и концепции «законной цели»).
 - Как следует оценивать «неэффективность или неподходящий характер» межд. стандарта? – ЕС – сардины (2002 г.), доклад ТГ: различие между неэффективностью и неподходящим характером межд. стандарта: эффективность делает упор на результате используемого средства, а «подходящий характер» – на природе этого средства. Иными словами: если результат (цель) может быть достигнут, то межд. стандарт является эффективным. Межд. стандарт является «подходящим», если с его помощью можно добиться цели. США – COOL (2012 г.): ТГ сочла, что «Кодекс Стан 1-1985» не может достичь цели «информирование потребителей о странах, в которых животное родилось, выросло и было забито, т.к. этот стандарт присваивает происхождение мяса той стране, где скот был забит (или подвергся иной существенной переработке). Поэтому ТГ сочла, что этот Кодекс не является ни «эффективным», ни «подходящим», чтобы достичь законной цели рассматриваемого техрегламента. Ст. 12.2 Соглашения о ТБТ: особые правила для развивающихся стран.
 - На ком лежит бремя доказывания этого характера? - ЕС – сардины (2002 г.), доклад АО: заявитель должен доказать, что межд. стандарт является эффективным и подходящим для достижения законной цели.
- Ст. 2.5 (2-ая фраза) Соглашения о ТБТ: когда техрегламент разрабатывается, принимается или применяется для достижения одной из законных целей, прямо указанных в ст. 2.2, и соответствует международным стандартам в данной области, то предполагается, что он не создает излишних препятствий для международной торговли.

Прочие материально-правовые вопросы

- Эквивалентность и взаимное признание;
 - Требования к товару (с т.зр. его исполнения);
 - Прозрачность и уведомления;
 - Специальное и дифференцированное обращение с развивающимися странами.
1. Эквивалентность и взаимное признание:
 - ст. 2.7 Соглашения о ТБТ: «Члены благожелательно рассматривают возможность принятия в качестве эквивалентных технических регламентов других членов, даже если такие регламенты отличаются от их собственных, при условии, что они удостоверятся, что эти регламенты адекватно обеспечивают достижения целей, их собственных регламентов.»
 - Что касается ПОС – см. ст. 6.1 Соглашения о ТБТ: члены ВТО по возможности обеспечивают, чтобы результаты процедур оценки соответствия в других членах ВТО признавались, даже когда подобные процедуры отличаются от их собственных (при условии, что данные процедуры обеспечивают такую же уверенность в соответствии применяемым техническим регламентам или стандартам, как и их собственные процедуры).
 2. Требования к товару (с т.зр. его исполнения):
 - ст. 2.8 Соглашения о ТБТ: «Когда это возможно, члены принимают технические регламенты, основанные, прежде всего на требованиях к характеристикам товара, а не на требованиях к его конструкции или описанию.»
 - Что касается стандартов – см. ст. 3.1 Соглашения о ТБТ: похожее обяз-во.
 - Как правило, требования к исполнению товара имеют менее предписывающий характер, чем характеристики товара.
 3. Прозрачность и уведомления: бывают случаи, когда либо нет соответствующего межд. стандарта, либо разрабатываемый техрегламент противоречит соответствующему межд. стандарту и может иметь существенное влияние на торговлю других членов ВТО. Для таких случаев ст. 2.9 Соглашения о ТБТ предусматривает детальные положения о прозрачности и уведомлениях: в Секретариат ВТО, заблаговременно до, когда изменения еще могут быть сделаны, а комментарии учтены. В исключительных случаях (нац. безопасность, здоровье людей, защита окружающей среды) член ВТО может не соблюдать требования ст. 2.9 о консультациях и уведомлениях, но все равно несет опр. обяз-ва по уведомлению и консультациям после принятия техрегламента. Ст. 2.11: все принятые техрегламенты должны незамедлительно публиковаться (либо иным способом делаться доступными), чтобы дать возможность заинтересованным сторонам в других членах ВТО ознакомиться с ними. Ст. 2.12: за исключением неотложных обстоятельств, указанных в ст. 2.10, члены ВТО предусматривают разумный период времени между опубликованием техрегламентов и их вступлением в силу, чтобы дать время (≥ 6 месяцев) товаропроизводителям в экспортирующих членах (особенно в развивающихся) адаптировать их товары или методы производства к требованиям импортирующего члена. США – ароматизированные сигареты (2012 г.): срок составил всего 3 месяца. АО: США нарушили ст. 2.12 Соглашения о ТБТ. Похожее положения для стандартов и ПОС. Дополнительное требование для стандартов: публиковать рабочую программу и результаты ее выполнения не реже 1 раза в 6 месяцев (Приложение 3.J). Ст. 10 Соглашения о ТБТ: инфоцентры. ВТО ведет публично доступную базу данных с инфо, предоставленной всеми членами ВТО отн. техрегламентов, стандартов и ПОС.

Специальное и дифференцированное обращение

- Преамбула Соглашения о ТБТ: «признавая вклад, который международная стандартизация может внести в передачу технологии из развитых в развивающиеся страны»; «признавая, что развивающиеся страны могут сталкиваться со специфическими трудностями при разработке и применении технических регламентов и стандартов и процедур оценки соответствия техническим регламентам и стандартам, и, желая содействовать им в этих усилиях».
- Ст. 12.1 Соглашения о ТБТ: Члены обеспечивают членам – развивающимся странам, являющимся участниками настоящего Соглашения, дифференцированный и более благоприятный режим путем выполнения следующих положений, а также путем выполнения соответствующих положений других статей настоящего Соглашения.
- Ст. 12.2 и 12.3 Соглашения о ТБТ: Члены ВТО обязаны учитывать особые потребности развивающихся стран в плане развития, а также их особые финансовые и торговые потребности при реализации Соглашения и при разработке / применении техрегламентов, стандартов и ПОС.
- Ст. 12.8 Соглашения о ТБТ: Комитет по ТБТ вправе предоставлять развивающимся странам по их запросу четко определенные, ограниченные по срокам полные или частичные освобождения от обязательств по Соглашению о ТБТ.
- Ст. 12.4 Соглашения о ТБТ: от членов ВТО – развивающихся стран не следует ожидать использования международных стандартов в качестве основы для их техрегламентов или стандартов (включая методы испытаний), которые не отвечают их потребностям развития, а также финансовым и торговым потребностям.
- Ст. 12.6: Члены принимают доступные им разумные меры, чтобы в случае запроса со стороны членов – развивающихся стран между органами по стандартизации изучали возможность применения и, если это осуществимо, разрабатывали между стандартами для товаров, представляющих особый интерес для членов – развивающихся стран.
- США – ароматизированные сигареты (2012 г.), США – COOL (2012 г.): развивающиеся страны (Индонезия и Мексика соотв.) считали, что США нарушили свое обяз-во по ст. 12.3 Соглашения о ТБТ, т.к. не учли особые потребности этих развивающихся стран в плане развития и их особые финансовые и торговые потребности при разработке / применении техрегламентов. ТГ в обоих случаях сослались на вывод ТГ в деле ЕС – одобрение и маркетинг биотехнологических товаров (2006 г.), которое касалось очень похожего положения – ст. 10.1 Соглашения о СФС мерах. США – COOL (2012 г.) и США – ароматизированные сигареты (2012 г.), доклады ТГ: Мексика / Индонезия (соответственно) не доказала, что США не «учли особые потребности» Мексики/Индонезии. США не обязаны согласовывать свой техрегламент с развивающимися странами.

Институциональные положения Соглашения о ТБТ

- Комитет по ТБТ – ст. 13 Соглашения о ТБТ: представители от каждого члена ВТО. Комитет избирает своего председателя и собирается по мере необходимости, но не реже 1 раза в год (напр., в 2012 г. провел 2 встречи). Задача Комитета: предоставить членам ВТО возможность провести консультации по любым вопросам, касающимся функционирования Соглашения о ТБТ или реализации его целей, а также выполняет такие обязанности, какие возлагаются на него по Соглашению о ТБТ или членами.
- Напр., Комитет по ТБТ работал как форум для обсуждения т.н. “specific trade concerns” («вопросов особой озабоченности в торговле») применительно к планируемым разными членами ВТО мерами, о которых эти члены уведомляли Комитет, или к применению существующих мер. Секретариат ВТО собирает инфо о текущем состоянии дел в «вопросах особой озабоченности в торговле», поднятых членами ВТО в рамках Комитета по ТБТ.
- Комитет по ТБТ готовит ежегодные обзоры имплементации и действия Соглашения по ТБТ. В конце каждого 3-летнего периода Комитет по ТБТ предпринимает глубокое изучение действия Соглашения о ТБТ; в это время Комитет по ТБТ может рекомендовать членам ВТО внести изменения в Соглашение о ТБТ, если сочтет их необходимыми, чтобы «обеспечить взаимную экономическую выгоду и баланс прав и обязанностей» (ст. 15.4 Соглашения о ТБТ).
- Хотя Комитет по ТБТ и не столь «плодовит», как Комитет по СФС мерам, он принял ряд важных решений и рекомендаций, напр., Решение 2000 г. о принципах разработки межд. стандартов, руководств и рекомендаций относительно ст. 2, 5 и Приложения 3 к Соглашению о ТБТ. США – Тунец II (Мексика) (2012 г.), доклад АО: это решение является «последующее соглашение между участниками относительно толкования договора или применения его положений» по смыслу ст. 31(3)(а) Венской конвенции о праве межд. договоров (1969 г.).
- Разрешение споров по Соглашению о ТБТ: Орган по разрешению споров, с соблюдением положений (*mutatis mutandis*) ст. XXII и XXIII ГАТТ 1994, которые были развиты и применены в Договоренности о разрешении споров (ст. 14.1 Соглашения о ТБТ). + несколько спец. / доп. правил (ст. 14.2 – 14.4. и Приложение 2 к Соглашению о ТБТ). Напр., по просьбе 1 из сторон спора ТГ может создавать техническую экспертную группу для оказания помощи в вопросах технического характера, требующих детального рассмотрения со стороны экспертов. Однако в деле ЕС – асбест (2001 г.) ТГ решила обратиться к экспертам на индивидуальной основе (т.е. не создавая группу из экспертов). Ст. 14.4: ТБТ, введенные региональными и местными органами власти и неправительственными органами, также могут быть оспорены в ОРС ВТО.
- Техническое содействие (ст. 11 Соглашения о ТБТ): члены ВТО по запросу консультируют других членов (особенно развивающиеся страны) по вопросам разработки техрегламентов. Прежде всего это касается создания органов или правовых рамок., регулирующих разработку техрегламентов, стандартов и ПОС. Запрашиваемый член ВТО должен помогать запрашивающему члену ВТО в выполнении техрегламентов запрашиваемого члена и в участии в работе межд. органов по стандартизации. При предоставлении консультаций и техсодействия по ст. 11 члены ВТО должны давать приоритет потребностям наименее развитых стран – членов ВТО.

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.)**