

Решение арбитра в деле *US – Tuna II (Mexico)* о допустимых пределах ответных мер в праве ВТО: итог споров?

Алексей Петренко*

Более 25 лет Мексика предпринимает попытки обжаловать правила маркировки товаров и сопутствующих запретов, действующих в отношении ввоза и продажи консервированного тунца в США. В решении от 25 апреля 2017 года арбитр определил уровень уступок, в размере которых Мексика получила право приостановить свои обязательства перед США во Всемирной торговой организации. 22 мая 2017 года Орган по разрешению споров ВТО одобрил принятие ответных мер. Таким образом, долгая история торговых споров о ловле тунца может скоро завершиться, поскольку это решение может побудить США привести обжалуемую меру в соответствие с правом этой организации. Автор статьи ставит перед собой задачу дать обзор решения от 25 апреля 2017 года вместе с его кратким анализом в общем контексте истории торговых споров о ловле тунца в рамках ГАТТ-1947 и ВТО. В основной части статьи будет изложена мотивировочная часть решения от 25 апреля 2017 года. В завершение будет дан анализ этого решения, где автор делает два основных вывода. С одной стороны, само решение нельзя назвать новым по сравнению с другими спорами, рассмотренными по той же процедуре. С другой стороны, оно стало интересной иллюстрацией к так называемой *sequencing problem*, заставляющей рассмотреть эту проблему несколько иначе, чем в её классическом значении.

→ *Всемирная торговая организация; тунец; решение арбитра по статье 22.6 Договора о разрешении споров; аннулирование или сокращение выгод; sequencing problem; предварительные возражения*

DOI: 10.21128/2226-2059-2017-4-3-17

1. Введение

25 апреля 2017 года вышло решение арбитра в деле *US – Tuna II* в рамках процедуры, предусмотренной статьёй 22.6 Договора о разрешении споров Всемирной торговой организации (*далее – ДРС ВТО*)¹. На этой стадии рассмотрения спора задачей ар-

битра было установить правомерный уровень уступок, соответствующий праву Всемирной торговой организации, в размере которых заявитель – Мексика – имеет право приостановить свои обязательства в этой организации в отношении США. Данное право у неё возникло в результате того, что третейские группы и Апелляционный орган ВТО ранее признали обжалуемую меру США не соответствующей праву этой организации, а затем в ходе отдельной процедуры установили, что ответчик не смог успешно привести внутреннее законодательство в соответствие с

* Петренко Алексей Владимирович – докторант Гёттингенского университета (Georg-August-Universität Göttingen), Гёттинген, Германия; эксперт Центра экспертизы по вопросам ВТО (e-mail: alex.petrenko39@gmail.com).

¹ Decision by the Arbitrator, *United States – Measures Concerning the Importation, Marketing and Sale of Tuna and Tuna Products*, Recourse to Article 22.6 of the DSU by the United States – Decision by the Arbitrator, WT/DS381/ARB, circulated 25 April 2017; WTO, *Understanding of Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes* 1994, Mar-

rakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Annex 2. The Legal Texts: the Results of the Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations 354 (1999), 1869 U.N.T.S. 401, 33 I.L.M. 1226 (1994).

рекомендациями Органа по разрешению споров ВТО (*далее* — ОРС). Апрельское решение — это последнее на данный момент решение в более чем 25-летней истории о том, как благородное желание спасти дельфинов столкнулось с реалиями мировой торговли².

Спор между США и Мексикой по поводу тунца уже давно стал классическим примером, на котором удобно пояснять отдельные ключевые характеристики права Всемирной торговой организации. Привлекательность этого дела для изучения объясняется наглядностью его основных фактов. В центре спора лежат особенности ловли тунца. Несмотря на то что косяки этой рыбы постоянно перемещаются в океане с большой скоростью, их месторасположение легко определить по плавающим рядом дельфинам, которых заметно по их прыжкам из воды. Замеченного таким образом тунца ловят кошельковым неводом, в который неизбежно попадают и дельфины. Запутавшись в сетях, дельфины в конечном счёте погибают вместе с тунцом. Желая защитить этих животных, а заодно и повысить потребительскую осведомлённость о методах производства потребляемого товара, США ввели строгие правила: теперь производитель продуктов из тунца только в ограниченных случаях вправе указать на банке с такой рыбой маркировку о том, что ни один дельфин не пострадал при ловле тунца (*dolphin-safe*). Эти государственные меры и стали предметом спора, который привёл стороны в конечном счёте к рассмотрению допустимых пределов ответных мер Мексики на нарушение права ВТО со стороны США.

Предпосылки разбирательства по данному вопросу стали появляться в 1990 году, когда США впервые ввели ограничения на ловлю тунца, которым больше всего подвергся рыболовный флот Мексики. Первые доклады, изданные ещё во время действия Генерального соглашения по тарифам и торговле 1947 года (*далее* — ГАТТ-1947), стали вехой в развитии торгового права. Они помогли правовому режиму ГАТТ/ВТО сделать первый заметный шаг к расширению торгового правового дискурса посредством включения в него в качестве полноправного элемента широкого круга общественных благ, в том числе имеющих значение и за пределами од-

ного государства. Недаром одним из ключевых вопросов в этих ранних докладах стало определение пределов полномочий стран по принятию мер защиты окружающей среды, действие которых выходило бы за пределы юрисдикции одной страны.

Правовая история рассмотрения спора о тунце между Мексикой и США в рамках Генерального соглашения, а затем и в ВТО важна для комплексного понимания содержания и общего значения решения арбитра от 25 апреля 2017 года в деле *US — Tuna II*. По этой причине данная статья начнётся с обзора предыдущих решений. Отдельное внимание будет уделено последнему докладу Апелляционного органа ВТО, который вместе с решением третейской группы по тому же вопросу стал необходимой предпосылкой для принятия рассматриваемого решения. Обзор завершится кратким анализом последнего на данный момент решения в деле *US — Tuna II*.

2. Предыдущие торговые споры, связанные с *US — Tuna II*

2.1. *US — Tuna/Dolphin I*

5 ноября 1990 года Мексика потребовала провести консультации с участием США в отношении их правил ловли тунца и последующей его продажи на своей территории. По мнению заявителя, этот правовой режим не соответствовал требованиям ГАТТ-1947. Основное возмущение Мексики вызвали положения двух законодательных актов США: Закона о защите морских млекопитающих 1972 года и Закона об информировании потребителей о защите дельфинов 1990 года. В соответствии с первым устанавливался общий запрет на «забор» морских млекопитающих, то есть жестокое обращение, охота, захват и убийство соответствующих животных на территории под суверенитетом США или судами под их флагом.

Рыболовный флот Мексики добывает тунца в основном в восточном районе тропической части Тихого океана. Установленный США правовой режим включал в себя запрет на ввоз тунца из этого района, если страна-импортер не стремилась свести смертность дельфинов при ловле тунца к минимуму с помощью правил, схожих с действующими в США. Такого рода стремление можно было

² На середину октября 2017 года.

обосновать обязательным применением иных методов ловли тунца или документальным подтверждением того, что количество убитых дельфинов не превышает то же число этих животных, погибших при ловле флотом США. Поскольку Мексика не могла предоставить такого рода доказательств, начиная с 1990 года США накладывали серию эмбарго на ввоз мексиканского желтопёрого тунца и продуктов из него.

В те периоды времени, когда не было торгового эмбарго на ввоз этого вида тунца, производители Мексики были затронуты действием Закона об информировании потребителей о защите дельфинов, регулирующим маркировку соответствующей продукции. Как следует из этого закона, производители консервов из тунца не имели права указывать на банках с консервами недостоверную информацию о том, что при ловле этой рыбы не пострадали дельфины. Это правило действовало автоматически в двух случаях: при ловле тунца кошельковым методом без выполнения определённых условий в восточном районе тропической части Тихого океана, а также при ловле этой рыбы дрейфтерными сетями.

Мексика заявила, что запрет на импорт тунца представляет собой запрещённое количественное ограничение на ввоз по смыслу статьи XI:1 Генерального соглашения. Далее она отметила, что применение особых правил для восточно-тихоокеанских тропиков нарушает статью XIII ГАТТ-1947, которая запрещает дискриминационным образом вводить количественные ограничения на ввоз. Отдельно был поднят вопрос о нарушении США национального режима, закреплённого в статье III Генерального соглашения. По мнению ответчика, даже если вышеуказанные положения ГАТТ-1947 и были действительно нарушены, то действия США были оправданы в соответствии с общими исключениями по статье XX ГАТТ-1947, так как принятые меры подпадают под подпункты (b) и (g) указанной статьи — защита жизни или здоровья животных и сохранение истощаемых природных ресурсов.

Третьей группой дана правовую оценку следующим основным вопросам, которые в том или ином виде позже перетекали из одного спора о тунце в другой. В отношении стадии установления нарушения особую роль играло определение того, касается ли спор

мер, непосредственно регулирующих продажу продуктов из тунца как таковых, или мер, определяющих доступ товаров в зависимости от методов их производства. В этом ключе третьей группой не согласилась с попыткой США увести спор от рассмотрения количественных ограничений в иную правовую плоскость, указав, что торговое эмбарго должно регулироваться статьёй III:4 ГАТТ-1947 и пояснительным замечанием к ней.

После установления нарушения по статье XI:1 ГАТТ-1947 третьей группой пояснено, подпадает ли запрет на ввоз тунца из Мексики под одно из исключений по смыслу статьи XX того же договора. В частности, США посчитали, что правовой режим по защите дельфинов соответствует одной из законных целей по статье XX ГАТТ-1947, которых разрешено добиваться участникам этой организации с сопутствующим эффектом ограничения международной торговли. Третьей группой прямо отмечено в своём докладе, что «её задача была ограничена рассмотрением спора “в свете применимых положений ГАТТ” и поэтому перед ней не стоял вопрос об оценке политики США и Мексики по сохранению биоресурсов как таковых»³. Несмотря на нежелание давать правовую оценку этому сложному вопросу, третьей группой всё же не смогла уйти от анализа статьи XX ГАТТ-1947. В конечном счёте в центре спора оказалась неясность относительно того, вправе ли государство принимать законодательство для достижения одной из легитимных целей, предусмотренных в общих исключениях ГАТТ-1947, которое в своём действии выходило бы за пределы его юрисдикции. Третьей группой предупреждено, чем опасно признание права стран на принятие правил, действие которых выходит за пределы их юрисдикции. По её мнению, «Генеральное соглашение в таком случае перестало бы быть многосторонним образующим звеном для торговли между всеми договаривающимися сторонами, ведь оно стало бы обеспечивать правовую защищённость только в отношении торговли среди ограниченного числа стран-участников со схожими внутренними правилами торговли»⁴. В конечном счёте третьей-

³ GATT Panel Report, United States – Restrictions on Imports of Tuna, DS21/R, 3 September 1991, unadopted, BISD 39S/155. § 6.1.

⁴ Ibid. § 5.27.

ская группа отказала США в защите по статье XX ГАТТ-1947.

Третьей группой издана доклад по делу *US – Tuna/Dolphin I* 3 декабря 1991 года⁵. Особенности рассмотрения споров в рамках ГАТТ-1947 привели к тому, что США удалось заблокировать принятие этого решения. По этой причине выводы и анализ третьей группы в данном решении не имеют правового значения в более широком контексте права ВТО.

2.2. *US – Tuna/Dolphin II*

Благодаря особенностям принятия докладов в рамках ГАТТ-1947 у договаривающихся сторон была возможность возвращаться к одному и тому же спору несколько раз. Причины для этого могли быть разными, среди которых не последнюю роль мог играть стратегический взгляд на ведение торговых споров. Так, пусть решение и не принято, его содержание может стать путеводной нитью для тех, кому предстоит принимать решение в последующих делах. В контексте *US – Tuna/Dolphin I* такой нитью могли бы стать выводы третьей группы о том, что общие исключения в статье XX ГАТТ-1947 не распространяются на меры, направленные на защиту окружающей среды, которые в своём действии выходили бы за пределы юрисдикции принимающего их государства. В конечном счёте такие выводы могли бы ограничить схожие благородные устремления других стран по её охране. Отчасти в этом можно усмотреть причины подачи 14 июля 1992 года второй жалобы на тот же правовой режим США со стороны Европейских сообществ и Нидерландов.

Результат спора *US – Tuna/Dolphin II* несущественно отличается от предыдущего доклада: по мнению новой третьей группы, обязательные правила США в отношении защиты дельфинов при ловле тунца нарушают Генеральное соглашение. Однако в отношении некоторых вопросов правовое обоснование было иным. В частности, было признано, что государственные меры с экстерриториальным действием подпадают под сферу охвата статьи XX ГАТТ-1947. Более

того, этот доклад — одно из первых решений в рамках ГАТТ/ВТО, которое содержит указание на концепцию устойчивого развития как на одну из важнейших легитимных целей, признаваемых странами — участниками Генерального соглашения⁶.

Несмотря на иное обоснование доклада, он также не был принят. В ходе предварительных обсуждений США заверили другие стороны, что ещё не прошло достаточно времени с издания первого доклада, чтобы они успели досконально изучить предыдущий доклад в деле *US – Tuna/Dolphin I*.

Таким образом, вышедший 16 июня 1994 года доклад в деле *US – Tuna/Dolphin II*⁸ не смог поставить точку в торговом споре в отношении ввоза и правил маркировки тунца в США. Через полгода вступило в силу Соглашение ВТО (1 января 1995 года) и возможные торговые противоречия теперь следовало рассматривать в рамках механизмов этой организации.

2.3. *US – Shrimp* как дело по мотивам споров о тунце

Создание Всемирной торговой организации открыло новые возможности для либерализации международной торговли. Наряду с этим страны всё чаще стали обращаться к внутреннему законодательству как к инструменту по продвижению идей защиты окружающей среды за пределами своей территории посредством принятия мер, схожих с теми, что стали предметом спора в делах *US – Tuna/Dolphin I* и *US – Tuna/Dolphin II*. Но с созданием ВТО проблемы остались прежними: неясно, как найти баланс между искренним желанием спасти природу от пагубного воздействия человечества и необходимостью выполнять международно-правовые обязательства в сфере торговли.

⁶ GATT Panel Report, United States – Restrictions on Imports of Tuna, DS29/R, 16 June 1994, unadopted. § 5.42; *Schrijver N. The Evolution of Sustainable Development in International Law: Inception, Meaning and Status // Collected Course of the Hague Academy of International Law. Vol. 329. 2008. P. 217–412, 320.*

⁷ Mexico etc versus US: 'tuna-dolphin'. URL: https://www.wto.org/english/tratop_e/envir_e/edis04_e.htm (дата обращения: 24.10.2017).

⁸ GATT Panel Report, United States – Restrictions on Imports of Tuna, DS29/R, 16 June 1994, unadopted. Более подробно о решении см.: *Смбатян А. С. Международные торговые споры в ГАТТ/ВТО: избранные решения (1952–2005 годы). М. : Волтерс Клувер, 2006. С. 77–98.*

⁵ GATT Panel Report, United States – Restrictions on Imports of Tuna, DS21/R, 3 September 1991, unadopted, BISD 39S/155.

Удивительно, но общий шаблон обоих споров *US – Tuna/Dolphin* был повторён практически точь-в-точь в следующем деле. 8 октября 1996 года Индия, Малайзия, Пакистан и Таиланд подали запрос на проведение консультаций с США. Предметом запроса стало эмбарго на ввоз креветок, наложенное на товары из этих стран. Причиной данного запрета стало то, что ловля креветок судами этих стран не соответствовала требованиям США в отношении защиты морских черепах.

Как и в случае с тунцом и дельфинами, при ловле креветок в сети часто попадают и морские черепахи. Чтобы уменьшить смертность этих животных, США обязали суда под своим флагом использовать при ловле устройство, помогающее отделять креветки от крупных объектов, включая морских черепах. США поставили перед собой цель посредством переговоров добиться того, чтобы другие страны также уменьшили лов креветок, при котором гибли бы морские черепахи. Давление на другие страны осуществлялось через наложение запрета на ввоз креветок в США, если при их ловле гибли морские черепахи. Эмбарго можно было избежать, если страны могли подтвердить использование их флотом методов, схожих с применяемыми США, и при сравнимом уровне смертности морских черепах.

Решение в споре *US – Shrimp* ожидало повторило общие очертания предыдущих докладов в отношении запрета на ввоз тунца. Однако третейская группа, а затем и Апелляционный орган учли развитие торгового права, отражённое в Соглашении ВТО. Благодаря отсылке преамбулы указанного Соглашения к концепции устойчивого развития, Апелляционный орган был более открыт к широкому толкованию полномочий участников Всемирной торговой организации по принятию мер по защите окружающей среды и сохранению природных ресурсов, чем это было, например, в споре *US – Tuna/Dolphin*⁹.

По мнению третейской группы и Апелляционного органа, запрет на ввоз креветок противоречит общему запрету количественных ограничений по статье XI ГАТТ-1994. Мера США по защите морских черепах была

в итоге признана актом «произвольной или неоправданной дискриминации между странами» по смыслу статьи XX ГАТТ и поэтому не была оправдана. Это подтверждается тем, что США оказывали давление на другие страны с расчётом на то, что они изменят свои внутренние правила. Заявленные цели по спасению животных было трудно согласовать с тем, что в противоречие с внутренним законодательством ответчик не вёл с заявителями переговоры по заключению соглашений в этой сфере, в то время как с другими странами такие соглашения по защите морских черепах при ловле креветок были заключены.

В отличие от предыдущих решений по делу о тунце, доклады в деле *US – Shrimp* были приняты ОРС и тем самым имеют правовое значение в рамках Всемирной торговой организации. То же самое касается и докладов по смыслу статьи 21.5 ДРС, в которых третейская группа и Апелляционный орган проверили, привели ли США свою меру в соответствие с рекомендацией ОРС ВТО, полученной по итогам первых решений. Причиной принятия всех этих докладов явилось отличие системы разрешения споров в ВТО от той, что существовала в рамках ГАТТ-1947. Доклады по спорам в ВТО считаются принятыми ОРС этой организации во время их рассмотрения, если решение об ином не будет принято консенсусом. В отсутствие согласия выигравшей страны доклад третейской группы или Апелляционного органа нельзя отклонить.

2.4. *US – Tuna II (Мексика)*

В 2008 году Мексика решила вернуться к проблеме с ограничением доступа своего товара из тунца на территорию США, решив рассмотреть её на этот раз в рамках Всемирной торговой организации. Новый спор опирался в целом на ту же фактическую базу, что и в спорах *US – Tuna/Dolphin I* и *US – Tuna/Dolphin II*. США заявляли, что своими ограничениями они хотят защитить популяции дельфинов от истребления, а производители продуктов тунца из Мексики терпели убытки из-за ограничений в доступе на рынок ответчика.

В то же время правовой фокус этого дела изменился. Если раньше в центре спора было определение правомерности запрета США на ввоз продуктов тунца, то теперь речь шла

⁹ Schrijver N. Op. cit. P.321–322. См.: Appellate Body Report, *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, WT/DS58/AB/R, adopted 6 November 1998, DSR 1998: VII, 2755. § 153.

о принципах маркировки консервов с тунцом. В отношении этих принципов логика США была простой. Улучшенная информированность потребителей о методах ловли тунца должна привести к тому, что они начнут различать товар с этикеткой (*dolphin-safe*) и товар без неё. Наличие такой маркировки должно было означать, что при ловле тунца вред дельфинам не причинялся. Таким образом, с учётом общих настроений в обществе по защите животных потребители будут делать выбор в пользу товара с этой маркировкой. В конечном счёте это всё приведёт к тому, что производители тунца будут стремиться использовать те методы его ловли, при которых страдания дельфинов сведены к минимуму.

В этом отношении законодательство США предусматривает различные правила предоставления производителям тунца права на эту маркировку. Эти правила различаются между собой в своей строгости в зависимости от того, в какой именно области Мирового океана происходит забор рыбы с сопутствующим ущербом дельфинам и какими методами и устройствами пользуется рыболовный флот. К этим факторам ещё добавляется то, насколько тесным является сожительство между популяциями дельфинов и косяками тунца, а также уровень смертности или вреда дельфинам в этой локации при рассматриваемом способе ловли тунца. Изменённая позже мера также предусматривала различного рода гарантии, посредством которых можно было удостовериться в выполнении требуемых условий, как, например, отдельного подтверждения со стороны капитана того, что ущерб дельфинам не превышает допустимый.

Этот поворот в фактах дела вывел на первый план то, что рассмотренные ограничения касаются не товара как такового, а методов его производства. В ГАТТ-1947 не было достаточных правовых инструментов, чтобы отдельно урегулировать такие случаи и тем самым более эффективно решать проблемы, связанные с особенностями государственных правил в этой сфере. С созданием ВТО на помощь пришло Соглашение по техническим барьерам в торговле (*далее* — Соглашение по ТБТ), предусматривающее особые правила для правовой оценки законодательства, посредством которого страны — члены Всемирной торговой организации регулируют *производство* продукта.

Всё это привело к тому, что Мексика усмотрела в правовом режиме США в отношении маркировки продукции из тунца нарушение как ГАТТ-1994 (статья I:1, статья III:4), так и Соглашения по ТБТ (статьи 2.1, 2.2 и 2.4). Важно отметить, что Соглашение по ТБТ исходит из тех же принципов, которые включены в Генеральное соглашение 1994 года в отношении торговли товарами. Вне зависимости от того, о какого рода ограничениях может идти речь, они должны следовать принципу недискриминации. Наряду с этим есть исключения, которые хотя и иначе определены в Соглашении по ТБТ, но также следуют схожей логике общих исключений по статье XX Генерального соглашения.

При этом указанная ситуация — запутанный клубок обязательств по ГАТТ-1994 и Соглашению по ТБТ, в которой третейским группам и Апелляционному органу пришлось разбираться сначала в ходе основного рассмотрения спора, а затем, поскольку было определено, что США нарушили свои обязательства по праву ВТО, процедуры по смыслу статьи 21.5 Договорённости о разрешении споров. В соответствии с этой процедурой снова следует проверка обжалуемой меры после того, как страна-ответчик внесла в неё поправки и посчитала, что тем самым привела меру в соответствие с рекомендацией ОРС ВТО. В конечном счёте было установлено, что изменённая мера по-прежнему противоречит праву Всемирной торговой организации.

Принятые в этом деле доклады¹⁰ имеют системное значение для понимания действия Соглашения по ТБТ и установления пределов государственного регулирования в этой сфере и поэтому требуют отдельного исследования. Важность детального изучения этих докладов (особенно принятых по статье 21.5 Договорённости о разрешении споров) подчёркивается активным их обсуждением со сто-

¹⁰ Panel Report, *United States — Measures Concerning the Importation, Marketing and Sale of Tuna and Tuna Products*, WT/DS381/R, adopted 13 June 2012, as modified by Appellate Body Report WT/DS381/AB/R; Appellate Body Report, *United States — Measures Concerning the Importation, Marketing and Sale of Tuna and Tuna Products*, WT/DS381/AB/R, adopted 13 June 2012; Panel Report, *United States — Measures Concerning the Importation, Marketing and Sale of Tuna and Tuna Products*, WT/DS381/RW, adopted 3 December 2015; Appellate Body Report, *United States — Measures Concerning the Importation, Marketing and Sale of Tuna and Tuna Products*, WT/DS381/AB/RW, adopted 3 December 2015.

роны экспертов в этой области права. Один из них категорично считает, что принятый Апелляционным органом тест по определению правомерности меры в рамках Соглашения по ТБТ не выдерживает строгой критики¹¹. Такое мнение подкрепляется теми соображениями, что Соглашение по ТБТ, судя по всему, не добавляет к анализу правовых проблем ничего значительно нового по сравнению с ГАТТ-1994. В этом ключе отрадна попытка сохранить значимость Соглашения по ТБТ, которую можно заметить в высказывании отдельных авторов о возможности слияния правового действия обоих соглашений (*homogenization*)¹².

Кроме того, доклады по итогам рассмотрения спора по смыслу статьи 21.5 Договорённости о рассмотрении споров обнажили особую трудность верного определения пределов государственного регулирования. Так, в ходе обсуждения последнего решения Апелляционного органа в деле по статье 21.5 ДРС США отметили: «[т]ретьейские группы и Апелляционный орган не должны делать из их представления об “идеальной” мере врага всех других возможных хороших мер»¹³.

Указанные доклады открыли путь к разбирательству по смыслу статьи 22.6 ДРС ВТО. Эта процедура — отдельная стадия рассмотрения спора. Но её трудно отделить от предшествующих ей, так как предыдущие решения содержат фактическую базу для решения арбитра. Вместе с тем они более подробно объясняют, каким образом обжалуемая мера искажает свободу международной торговли, которая обеспечивается правом ВТО. Эти подробные пояснения далее предстают важной предпосылкой для понимания решения арбитра, ведь оно во многом содержит скорее экономический, нежели юридический

анализ того же дела. Всё это верно и в отношении спора *US – Tuna II*.

Что касается предыдущих споров в отношении ловли тунца (*US – Tuna/Dolphin I*, *US – Tuna/Dolphin II*) и дела по их мотивам (*US – Shrimp*), они добавляют дополнительный объём всей истории с торговым спором о тунце между США и Мексикой. С точки зрения фактов, в споре в отношении тунца заметен перенос фокуса с различного рода запретов ввоза этого продукта в США на правовой режим маркировки соответствующих товаров. Наряду с этим создание ВТО предоставило дополнительные правовые инструменты для реагирования на более широкий спектр ограничений в международной торговле, эффективность которых ещё только предстояло проверить на практике.

3. Решение арбитра в *US – Tuna II (Mexico)*

3 декабря 2015 года ОРС ВТО одобрил доклады третьей группы и Апелляционного органа в деле *US – Tuna II (Mexico)* (*Article 21.5 – Mexico*). Было признано, что обновлённый правовой режим США в отношении маркировки продуктов из тунца нарушает статью 2.1 Соглашения по ТБТ, а также статью I:1 и статью III:4 ГАТТ-1994. Теперь у заявителя в этом споре появилось право подать запрос на приостановку своих уступок по отношению к США в размере, в каком действия ответчика аннулировали или сократили выгоды Мексики вследствие нарушения права Всемирной торговой организации.

Воспользовавшись этим правом, 10 марта 2016 года Мексика подала запрос на одобрение приостановления своих уступок в размере 472,3 миллионов долларов в год¹⁴. США не согласились с этой суммой, и вопрос был передан на рассмотрение в арбитраж по смыслу статьи 22.6 Договорённости о разрешении споров. В качестве арбитра выступили двое членов первоначальной третьей группы и новый председатель.

3.1. Процессуальные вопросы

Торговые споры всегда отличает то, что в них фактические обстоятельства зачастую являются конфиденциальными данными, раскры-

¹¹ *Mavroidis P.C.* Driftn' too far from shore – Why the test for compliance with the TBT Agreement developed by the WTO Appellate Body is wrong, and what should the AB have done instead // *World Trade Review*. Vol. 12. 2013. No. 3. P.509–531.

¹² *Houston-McMillan J.* A Critical Analysis of the Legitimate Regulatory Distinction Test as Conceived in US-Glove Cigarettes, US-Tuna II and US-COOL. URL: <http://www.sielnet.org/resources/Houston-McMillan%20-%20winner.pdf> (дата обращения: 24.10.2017). P.19–20.

¹³ Statement by the United States at the Meeting of the WTO Dispute Settlement Body, December 3, 2015. URL: https://geneva.usmission.gov/wp-content/uploads/2015/12/Dec3.DSB_Stmt_as-delivered.Public.pdf (дата обращения: 24.10.2017). P.5.

¹⁴ Здесь и далее — доллары США.

тия которых не желает ни одна из сторон. При этом их рассмотрение исключительно важно, особенно когда конечный результат заключается в подсчёте «убытков», а не только в определении нарушенных прав, как это происходит на более ранних стадиях рассмотрения споров во Всемирной торговой организации.

По этой причине как США, так и Мексика пожелали дополнить стандартные процедуры работы новыми правилами, чтобы лучше обеспечить защиту конфиденциальной коммерческой информации. Дополненные правила включили в себя условия отнесения доказательств к этой категории информации; принципы выделения её среди прочих заявлений и доказательств сторон, а также ограничения по доступу к ней.

Такое единодушие отсутствовало при рассмотрении другого вопроса, тоже связанного с раскрытием конфиденциальной составляющей позиции сторон. По общему правилу, полные заявления сторон при рассмотрении споров в ВТО остаются неопубликованными, а заседания третейских групп или арбитров — закрытыми. США, наоборот, пожелали открыть слушания для публики, что могло бы повысить общественную осведомленность о проведении дел во Всемирной торговой организации и в конечном счёте помогло бы придать уверенность в объективности и профессионализме системы разрешения споров ВТО в глазах общественности. Мексика же пожелала оставить заседания закрытыми. Она отметила, что если их и можно открыть, то только в случае, если все стороны — участники спора согласятся с этим. В ответ на это США уточнили, что в таком случае они желают, чтобы только их заявления были предоставлены широкой публике. В этом аспекте они ссылались на статью 18.2 ДРС, которая позволяет странам публиковать свои заявления в индивидуальном порядке.

Арбитр отметил, что это первый случай запроса на частично открытое заседание. Несмотря на отсутствие применимой практики, он пришёл к выводу, что у него есть право разрешать проведение такого рода заседания. По его мнению, при одобрении такой процедуры нужно удостовериться, что будут соблюдаться принципы, в соответствии с которыми не будут нарушены основы должного рассмотрения спора. Кроме того, важно было

удостовериться, что не будет случайно раскрыта позиция сторон, не желающих предавать свои заявления огласке. В итоге арбитр открыл заседание посредством проведения видеотрансляции выступлений представителей США, доступ к которой был предоставлен в здании ВТО в Женеве. При этом передача изображения шла с задержкой, чтобы у сторон была при необходимости возможность откорректировать то, что передаётся публике.

3.2. Предварительные возражения

23 марта 2016 года спор был передан на рассмотрение арбитра на заседании ОРС ВТО. На той же встрече США уведомили стороны, что приняли поправки в законодательство в отношении правового режима ловли тунца и защиты дельфинов. Эти поправки заменили старую версию меры, введённой в 2013 году. По мнению США, именно эта версия правил и должна была лечь в основу решения арбитра в споре с Мексикой о размере приостанавливаемых уступок. Таким образом, арбитр должен был решить на стадии предварительных возражений, на основе какой меры (2013 года или 2016 года) должны были быть проведены расчёты для установления уровня аннулирования или сокращения выгод Мексики по праву Всемирной торговой организации.

По общему правилу, приостановление уступок Мексики должно быть в том объёме, в каком обжалуемая мера несёт в себе аннулирование или сокращение выгод этой страны, вытекающих из её членства в ВТО. США заявили, что определение этого уровня по уже не действующей мере будет означать, что приостановление уступок будет производиться по прошлым показателям. В конечном счёте размер убытков не будет соответствовать нынешнему уровню тех выгод, на которые Мексика могла бы рассчитывать в отсутствие новой меры. Именно в этом США усмотрели взаимосвязь статей 22.4 и 22.7 Договора о разрешении споров: размер неполученных выгод должен соответствовать той ситуации, что есть на момент принятия решения об одобрении действия заявителя по приостановлению уступок.

Мексика с этим не согласилась, посчитав, что такая смена основания для спора подменит мандат арбитра и в целом будет нежелан-

на для системы по разрешению споров ВТО. В частности, Мексика посчитала, что всеохватывающее толкование статьи 22 ДРС ведёт к иному выводу. Право страны на приостановление уступок вытекает из предыдущего решения, принятого ОРС ВТО, где установлено, что ответчик не привёл свою меру в соответствии с рекомендациями третьей группы или Апелляционного органа. Следовательно, арбитр должен рассматривать ту меру, которая была обжалована в последний раз и в отношении которой есть решение о её неправомерности.

В то время как статья 22.6 ДРС действительно не поясняет, о какой мере идёт речь, статья 22.2 того же соглашения даёт необходимый контекст для толкования своего содержания. В ней уточняется, что передаче дела на рассмотрение арбитра предшествует проверка того, соответствует ли праву Всемирной торговой организации новая версия обжалуемой меры. Такое видение подтверждается и практикой, которую США привели в поддержку своей позиции, но ни Мексика, ни арбитр не усмотрели в ней убедительных аргументов в поддержку позиции США. В частности, спор в *EC – Bananas III* на стадии проверки запрашиваемого уровня приостановления уступок действительно касался последней версии законодательства ответчика. Однако в том споре по сравнению с настоящим делом арбитр был поставлен в иное положение. На момент рассмотрения дела арбитром в *EC – Bananas III* не было решения о правомерности новой версии меры, поэтому он принял решение рассмотреть сначала правомерность обжалуемого законодательства и только потом перейти к определению уровня аннулирования или сокращения выгод заявителей. Отсутствие предшествующего решения по статье 21.5 Договора о разрешении споров (приведение обжалуемой меры в соответствии с рекомендацией ОРС ВТО) также явилось причиной, по которой арбитр не согласился с применением других дел, которые США привели в защиту своей позиции (*US – Upland Cotton, Brazil – Aircraft*).

Арбитр уделил отдельное внимание аргументам США, в соответствии с которыми рассмотрение старой меры означало бы, что приостановление уступок со стороны Мексики произойдёт ретроспективно и будет обла-

дать карательным характером. Арбитр отметил, что Мексика желает воспользоваться защитой своего права посредством подачи запроса о приостановлении уступок только начиная с даты окончания разумного срока, который был у США для приведения своей меры, введённой в 2013 году, в соответствие с правом Всемирной торговой организации. Таким образом, Мексика подала этот запрос через три года после окончания разумного срока для США. Однако такая поздняя подача соответствует соглашению между сторонами в этом споре о процессуальной последовательности стадий его рассмотрения. По этой причине трудно увидеть какое-либо злоупотребление со стороны Мексики, не говоря уже о том, что нет никаких свидетельств того, что она подала запрос с расчётом на получение решения арбитра с ретроспективным эффектом. О карательном характере тоже не может идти речь, так как одобренный арбитром уровень уступок для их приостановления Мексикой в отношении США не будет выше уровня аннулированных или сокращённых выгод, на которые она могла бы рассчитывать при отсутствии таких мер у США.

Таким образом, арбитр пришёл к выводу, что его решение должно основываться на версии законодательства США по защите дельфинов при ловле тунца, принятого в 2013 году.

3.3. Вопросы по существу дела: общее

Арбитр вывел простую формулу для определения уровня аннулирования или сокращения выгод для целей дальнейшего приостановления обязательств страны перед ответчиком. В соответствии с ней подсчитывается разница между тем, какие объёмы торговли существуют при действии обжалуемой меры, и тем, какими они могли бы быть в её отсутствие. Для этого арбитр должен рассмотреть гипотетический сценарий, при котором нет негативного вмешательства со стороны ответчика, и проверить, в каком объёме заявитель мог бы вести торговлю при таких условиях.

Гипотетический сценарий должен подчиняться двоякому правилу. С одной стороны, альтернативный вариант развития торговли должен быть правдоподобен, то есть основываться на том, что действительно могло бы быть. Он должен чётко отражать существо

спора и его особенности, как следует из *US – Gambling*¹⁵. С другой стороны, не требуется, чтобы этот сценарий был единственно возможным или наиболее вероятным. Относительная свобода выбора следует из того, что каждую удачно обжалованную меру можно привести в соответствие с правом Всемирной торговой организации разными способами, что, в свою очередь, означает и различное последующее влияние таких поправок на объёмы торговли.

Первый вопрос, на который арбитр должен был дать ответ: какой характер имплементации рекомендации ОРС ВТО ляжет в основу итогового расчёта? Сначала Мексика предложила два варианта. Каждый из них исходил из того, что изменённый правовой режим в отношении маркировки тунца, выловленного с сопутствующими рисками для здоровья дельфинов, будет по-прежнему отличаться от правил по маркировке товара без такого риска для этих морских млекопитающих. Таким образом, право указывать на консервах *dolphin-safe* при таком сценарии было бы не у всех производителей товаров из тунца. В конечном счёте разница в правовом обращении оставалась бы, но она перестала бы быть запрещённой дискриминацией по смыслу права Всемирной торговой организации. США же предложили иной вариант — простую отмену обжалуемой меры, с которым Мексика в конечном счёте и согласилась, а арбитр подтвердил верность такого способа имплементации. Он подтвердил, что в таком случае точно не будет сомнений в правомерности законодательства после внесения в него данных изменений. Правильность этого подхода также подтверждается и практикой рассмотрения схожих споров.

Затем арбитр перешёл к выбору подходящего периода времени для определения объёмов торговли, которые были бы при отмене США своей меры ещё до окончания разумного срока для её приведения в соответствие с правом ВТО. Этот срок заканчивался в 2013 году. Стороны согласились, что в данном случае речь должна идти о времени после 2013 года. Однако они не смогли достиг-

нуть консенсуса в отношении того, данные какого полного календарного года должны быть взяты за основу. Так, Мексика посчитала, что им должен стать первый год, следующий за окончанием разумного срока для приведения меры в соответствие с правом Всемирной торговой организации, то есть 2014 год. США же посчитали, что им должен стать 2015 год, так как в его отношении есть более полная информация и он наиболее ярко отражает торговые реалии: в этом году замечен спад потребления продуктов из тунца. Арбитр согласился с Мексикой, потому что речь шла о кратковременных эффектах отмены обжалуемой меры, и не все заявления США подтвердились объективными данными.

3.4. Вопросы по существу дела: модели для анализа

3.4.1. Модель, предложенная Мексикой

Каждая из сторон в споре предложила свою модель для расчёта объёма торговли продуктами из тунца из Мексики в США, который был бы достигнут в отсутствие обжалуемой меры. Модель Мексики была основана на откорректированной модели частичного равновесия рынков консервированного тунца обоих государств с учётом анализа спроса и предложения в отношении этого товара в данных странах. Арбитр выделил три презумпции, на которых строилась эта модель и которые потребовали отдельного анализа для проверки её соответствия выделенным критериям для гипотетических ситуаций (правдоподобность и разумность).

Прежде всего, Мексика исходила из того, что снижение уровня поставок её желтопёрого тунца в США вызвано именно обжалуемой мерой. При этом уже на момент применения последней меры уровень потребления этого вида рыбы в США был низким. Спад уровня заинтересованности потребителей в тунце был замечен в конце 1980-х годов. По мнению США, виной тому стало изменение самой структуры потребительского спроса, в которой большую долю стали занимать продукты, при производстве которых не страдали животные и которые были более полезными для здоровья. Несмотря на вероятное влияние на снижение поставок тунца не одного, а многих факторов, данные показали,

¹⁵ Decision by the Arbitrator, *United States – Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services – Recourse to Arbitration by the United States under Article 22.6 of the DSU*, WT/DS285/ARB, 21 December 2007, DSR 2007:X, 4163. § 3.25–3.27.

что есть явная связь между принятием самой первой меры по защите дельфинов в 1990 году и резким снижением потребления желтопёрного тунца из Мексики. В итоге арбитр признал, что если и были другие факторы, то первоначальное законодательство в этой сфере было той самой причиной, по которой спрос на рассматриваемый продукт спал. Тем не менее арбитр не смог поддержать видение Мексики, что эти правила в итоге были равноценны запрету на ввоз тунца.

Вторая презумпция основывалась на том, что американские потребители предпочитают желтопёрый тунец в сравнении с другими видами этой рыбы, присутствующими на рынке США, и, следовательно, что розничные продавцы США не откажутся продавать мексиканский консервированный тунец после отмены меры. В отношении потребителей США заявили, что результатом действия обжалуемой меры явилась большая информированность покупателей о разных методах ловли тунца. В свою очередь, это означает, что потребители будут различать разные продукты из тунца. Как следствие, они в любом случае не будут отдавать предпочтение желтопёрому тунцу из Мексики. Обе страны представили недостаточно ясные доказательства, из которых арбитр сделал вывод, что потребители в США всё же не всегда осознают, что же означает та или иная маркировка на продукте. Отдельным предметом спора было определение того, является ли желтопёрый тунец из Мексики продуктом премиум-класса. Рассмотрев аргументы сторон, арбитр положительно ответил на этот вопрос.

Что касается позиции розничных продавцов, США представили информацию, в соответствии с которой ряд розничных сетей не был бы подходящим местом для продажи желтопёрого тунца из Мексики. Причиной стало то, что отдельные продавцы придерживаются политики защиты дельфинов. В частности, это подтверждается их соглашениями с некоммерческими организациями, а также соответствующими письменными заявлениями. Однако арбитр, следуя аргументации Мексики, не смог усмотреть в доказательствах США, что таких продавцов было бы подавляющее большинство. В итоге он признал, что при отмене обжалуемой меры спрос на продукт из Мексики присутствовал бы, причём достижению его значительного уров-

ня не препятствовал бы ряд розничных продавцов, не желающих продавать тунец, при ловле которого погибали бы дельфины.

Третья презумпция модели заключалась в идее, что в случае отмены обжалуемой меры у Мексики будет торговое преимущество по продаже продуктов из тунца. В рамках спора это означало, что данные по продажам, спросу и предложению других стран необязательно было учитывать, так как соответствующие значения слишком малы, чтобы повлиять на результаты расчёта. По мнению Мексики, её преимущество предопределено несколькими факторами, среди которых производственные возможности, особенности отрасли, географическая близость с США и беспопынный доступ на их территорию из-за членства в НАФТА. В то время как США отметили, что и многие другие страны подпадают под эти критерии, арбитр уделил особое внимание последнему, что и предопределило его согласие с позицией Мексики. Однако он не признал верным аргумент Мексики в отношении объёмов тунца для поставки в США. По мнению Мексики, она смогла бы импортировать весь произведённый тунец в США, а созданный таким образом в Мексике дефицит покрывался бы ввозом этого продукта из других стран. Арбитр не смог найти подтверждение этого аргумента.

В конечном счёте арбитр признал представленную Мексикой модель подходящей для расчётов за исключением отдельных моментов, в которых он не смог найти подтверждение презумпциям и утверждениям этой страны в заявлениях сторон.

3.4.2. Модель, предложенная США

Американская модель основывалась на ином подходе, включавшем в себя совершение пяти экономических операций. В начале следовало определить, какую долю рынка тунца в США занимали продукты из Мексики до принятия изначальной меры в 1990 году. Затем рассчитанная доля рынка должна была быть применена к тем объёмам импорта продуктов из тунца, что существовали в США в 2014 году. Таким образом определилось бы конкретное количество товаров из Мексики, которое могло бы быть в торговом обороте в США. В качестве следующего этапа этот объём следовало было умножить на среднюю

стоимость продуктов из тунца в США, при определении которой была бы вычтена стоимость мексиканских продуктов. Четвёртый пункт анализа — сведение полученной суммы с предпочтениями современных потребителей (в итоге должно было последовать уменьшение этой суммы). Завершающим элементом анализа предлагалось сделать вычет размера суммы, полученной таким образом на основе реальных объёмов импорта продукта Мексики в США. По итогам данных расчётов США пришли к выводу, что уровень уступок, на которые Мексика могла бы приостановить свои обязательства перед ними, колеблется между 8,5 миллиона и 21,9 миллиона долларов в год.

В основном Мексика критиковала такой подход за лежащую в его основе допускаемую схожесть условий торговли между теми, что были в 2014 году, и теми, что были более чем 25 лет назад. По мнению Мексики, не только предпочтения покупателей, но и структура отрасли Мексики по ловле тунца на самом деле были иными. Кроме того, такая модель совершенно не учитывает членство Мексики в НАФТА, посредством чего были убраны ввозные пошлины и в целом был упрощён доступ мексиканских компаний на рынок США. Наряду с этим данные за 1987—1989 годы нельзя считать убедительными, поскольку в эти годы многие мексиканские компании брали на себя добровольные ограничения по импорту тунца в США. Эти аргументы позволили арбитру не принять модель США. Несмотря на это, ряд её положений должны быть учтены для правильного подсчёта: не все розничные продавцы будут готовы продавать продукты из тунца, выловленные флотом Мексики с сопутствующим ущербом популяциям дельфинов.

Арбитр отметил, что обе представленные модели имеют недостатки. В таком случае он вправе сделать расчёты на основе альтернативной модели. Однако доступные данные не позволили создать такую модель. И всё же вариант, разработанный Мексикой, имел больше шансов дать результат, близкий к уровню аннулирования или сокращения её выгод по праву Всемирной торговой организации из-за действий США. Поэтому в своих расчётах арбитр решил основываться на модели Мексики с отдельными поправками, где это требуется. Среди прочего, указанные поправки в расчёте касались также и спроса на

желтопёрого тунца из Мексики в США, в ходе чего ряд экономических параметров был изменён.

По итогам тщательного подсчёта арбитр постановил, что уровень уступок, на который Мексика имеет право приостановить свои обязательства перед США в ВТО, не должен превышать 163,23 миллиона долларов в год.

3.5. Краткие итоги дела

В ходе анализа изданного 25 апреля 2017 года решения арбитра необходимо учитывать, что большая часть его обоснования находится на стыке экономики и права. Вместе с тем зачастую можно наблюдать перевес в сторону экономических вопросов. С одной стороны, это может затруднить восприятие анализа доводов сторон, проделанного арбитром. С другой стороны, подобного рода споры являются наилучшей иллюстрацией идеи, что для умелого ведения торговых споров необходимо понимать, какого рода экономические концепции стоят за принятием того или иного решения.

Что касается деталей рассмотренного решения, трудно сказать, что оно привнесло что-либо новое с точки зрения правил рассмотрения споров по смыслу статьи 22.6 Договорённости о разрешении споров. Единственной новеллой может стать проведение частично открытого устного заседания со сторонами спора. И неприятным элементом, в казалося бы, хорошей новости для юристов всего мира стало то, что открытый доступ был предоставлен только тем, кто находился в Женеве на момент проведения слушаний.

Если же обратить внимание на решение в целом, то оно представляет собой интересный вариант следствия из так называемой *sequencing problem*. Под ней подразумевается исходящая из текста самой Договорённости о разрешении споров неопределённость, в какой последовательности надо рассматривать две стадии споров, которые логически следуют сразу за истечением разумного срока для приведения обжалуемой меры в соответствие с правом ВТО на основе рекомендации ОРС этой организации¹⁶. Одна из них

¹⁶ *Bossche P. V. D.* The Law and Policy of the World Trade Organization. Texts, Cases and Materials. New York : Cambridge University Press, 2005. P. 280. Первым делом, в котором стороны

включает в себя проверку правомерности новой версии обжалуемой меры (статья 21.5 ДРС). В ходе другой возможной стадии рассмотрения спора арбитр решает, в каком размере уступок страна-заявитель вправе приостановить свои обязательства перед государством, чья мера была признана противоречащей праву Всемирной торговой организации (статья 22.6 ДРС). При определении приоритета одной из этих стадий очевидны противоположные интересы сторон спора, поскольку от порядка рассмотрения вопросов зависит момент времени получения права на принятие ответных мер. Тем не менее участники спора обычно договариваются о желанной последовательности стадий путём заключения соглашения *ad hoc*¹⁷, как это и было в рассматриваемом споре в отношении меры 2013 года¹⁸.

Последнее решение по делу *US – Tuna II* поставило несколько иной вопрос: как поступить, если уже есть новая версия меры, а решение о неправомерности было принято только в отношении старого законодательства? Как и в случае с обычным подходом сторон к решению указанной выше проблемы, практика нашла свой ответ на этот вопрос. Им стал параллелизм рассмотрения споров.

Так, 22 мая 2017 года ОРС ВТО одобрил запрос Мексики на приостановление её уступок в отношении США в размере, установленном арбитром месяцем ранее. Неизвестно, как долго Мексика будет вправе ограничивать торговлю с США вразрез со своими обязательствами во Всемирной торговой организации. Очевидно, что изменение данной ситуации любыми способами находится в интересах США. По акцентам, расставленным ответчиком в его аргументации в этом деле, заметно желание США переключить спор с меры 2013 года на меру 2016 года. С этим связано и новое разбирательство в системе по разрешению споров ВТО, которое началось параллельно с рассмотрением дела по

статье 22.6 Договорённости о разрешении споров. Предметом новой тяжбы стала неясность, учли ли США путём поправок и принятия новой версии обжалуемой меры в 2016 году предыдущие рекомендации ОРС ВТО. Ожидаемый до конца года доклад станет своеобразной развилкой в общем споре. После него возможны две ситуации. Третьей группой может быть признана правомерность новой меры. И тогда Мексика потеряет право на принятие ответных мер. Противоположное решение приведёт к тому, что для правомерного принятия ответных мер Мексика должна будет снова пройти через процедуру рассмотрения спора по смыслу статьи 22.6 ДРС ВТО. Таким образом, несмотря на долгую историю спора, можно вполне ожидать, что это только лишь его новое начало¹⁹.

4. Заключение

Решение арбитра от 25 апреля 2017 года венчает на данный момент долгую череду попыток Мексики обжаловать ограничения по импорту и продаже консервированного тунца в США. Первой из них стало проведение консультаций между этими двумя странами в конце 1990 года в рамках Генерального соглашения по торговле и тарифам 1947 года, которые закончились обращением сторон к третьей группе для разрешения возникшего спора. Несмотря на то что ни этот спор, ни последующий не завершились принятием обязательного для выполнения решения, они внесли свой вклад в понимание действия общих исключений по статье XX Генерального соглашения, связанных с защитой окружающей среды. Важным явился переход от ограничительного толкования этих исключений к принятию ныне господствующей позиции, что они также применяются и к тем мерам, что в своём эффекте выходят за пределы юрисдикции принимающего их государства.

столкнулись с действием этой проблемы на практике, является *EC – Bananas III (DS27)*.

¹⁷ *Palmeter D.* The WTO Dispute Settlement System in the Next Ten Years // *The WTO at Ten: Governance, Dispute Settlement, and Developing Countries* / ed. by M. E. Janow, V. Donaldson, A. Yanovich. New York: Juris Publishing, 2008. P.845–854, 849.

¹⁸ *Understanding between the United States and Mexico regarding Procedures under Articles 21 and 22 of the DSU, United States – Measures Concerning the Importation, Marketing and Sale of Tuna and Tuna Products.* 7 August 2013. WT/DS381/19.

¹⁹ 26 октября 2017 года вышло решение третейских групп, в котором они признали правомерность обжалуемой меры США от 2016 года. URL: https://www.wto.org/english/news_e/news17_e/381rw2_e.htm (дата обращения: 30.10.2017). Анализ этого решения в общем контексте споров о ловле тунца станет предметом последующих публикаций. Однако понятно уже сейчас, что предполагаемая развилка общего спора нашла своё завершение в том варианте, при котором США выполнили требования третейских групп и Апелляционного органа ВТО, а Мексика тем самым автоматически лишилась права на ответные меры.

Создание Всемирной торговой организации через несколько лет предоставило Мексике иные возможности для борьбы с нежеланным для неё правовым режимом по ловле тунца и маркировке товаров из него. Эти дополнительные возможности включили в себя новое как с точки зрения материального (Соглашения по ТБТ), так и процессуального права (Договорённость о разрешении споров) системы по разрешению споров ВТО. В итоге Мексика, забывшая этот торговый спор на некоторое время, вернулась к нему в 2008 году, подав запрос о проведении консультаций с США. На этот раз в центре спора оказались условия маркировки товаров из тунца, зависящие от степени защиты дельфинов во время ловли указанной рыбы.

По результатам рассмотрения поданной жалобы сначала в рамках стандартной процедуры, затем разбирательства по смыслу статьи 21.5 Договорённости о разрешении споров у Мексики появилось право на приостановление своих обязательств перед США в ВТО. Рассмотренное решение арбитра в этом деле было призвано определить правомерность предложенного ей уровня этих обязательств, который должен был соответствовать уровню выгод, которые были аннулированы или сокращены из-за действия обжалуемой меры США. Речь идёт о временном приостановлении своих уступок исключительно для побуждения последних привести своё национальное законодательство в соответствие с правом Всемирной торговой организации.

После тщательного анализа зачастую экономических аргументов сторон арбитр определил, что денежный эквивалент этих уступок составляет 163,23 миллиона долларов в год. Эта сумма — нечто среднее между теми вариантами, что предлагали США и Мексика в этом споре. Позже ОРС ВТО дал разрешение ответчику на применение ответных мер в этом размере. Однако время применения права принятия такого рода мер у Мексики ограничено, так как скоро выходит доклад третейской группы в разбирательстве по смыслу статьи 21.5 Договорённости о разрешении споров. Третейская группа может решить, что обновлённая мера США, принятая в 2016 году, не противоречит больше праву Всемирной торговой организации. В противном же случае, судя по всему, нужно будет

заново определить уровень уступок для применения ответных мер на основе новой версии обжалуемой меры. В любом случае такая развилка даёт дополнительный материал для анализа так называемой *sequencing problem* с пониманием того, как её решают на практике. Так, стороны дела *US — Tuna II* обратились к параллельному рассмотрению возникших споров по статьям 21.5 и 22.6 Договорённости о разрешении споров.

В итоге маловероятно, что рассматриваемое решение завершит долгую историю по защите дельфинов при ловле тунца в контексте права ВТО. Но оно несомненно представляет собой очередной рубеж в данной истории торговых отношений в этой области между Мексикой и США.

Библиографическое описание:

Петренко А. Решение арбитра в *US — Tuna II (Mexico)* о допустимых пределах ответных мер в праве ВТО: итог споров? // Международное правосудие. 2017. № 4 (24). С. 3—17.

Arbitrator's decision in *US — Tuna II (Mexico)* to determine the level of concessions in WTO law: the final outcome?

Aleksey Petrenko

Doctoral Student, Georg-August-Universität Göttingen, Göttingen, Germany; Expert, WTO Expertise Center (e-mail: alex.petrenko39@gmail.com).

Abstract

For more than 25 years, Mexico has been challenging the rules of the United States as to how to properly label canned tuna products, as well as other trade barriers that coexist with the legal regime regulating the import and sales of this product. In its decision from 25 April 2017, the World Trade Organization's Arbitrator determined the level of concessions at which Mexico would be allowed to suspend its commitments to the United States under World Trade Organization law. Consequently, Mexico was entitled to suspend its concessions towards the United States in the respective amount. On 22 May 2017, the Dispute Settlement Body of the World Trade Organization authorized this suspension. Thus, Mexico's challenge may finally become successful if the Arbitrator's decision can induce the United States to bring its domestic law into compliance with World Trade Organization law. The author here provides an overview of the decision from 25 April 2017, along with a brief analysis in the context of the trade disputes surrounding tuna products. As a starting point, the author explores this context based on previous disputes regarding the United States' trade regime on tuna. Then, the article articulates how the Arbitrator came to its decision. As a result of this analysis, the author puts forward two main findings. Firstly, the decision itself does not revolutionize the procedure under Article 22.6 of the DSU.

However, it may provide for another dimension of the so-called *sequencing problem* that shed light on the issue from a different perspective.

Keywords

WTO; tuna; arbitration under Art. 22.6 of the DSU; nullification or impairment level of benefits; sequencing problem; preliminary objections.

Citation

Petrenko A. Reshenie arbitra v *US – Tuna II (Mexico)* o dopustimyykh predelakh otvetnykh mer v prave VTO: itog sporov? [Arbitrator's decision in *US – Tuna II (Mexico)* to determine the level of concessions in WTO law: the final outcome]. *Mezhdunarodnoe pravosudie*, 2017, no. 4, pp. 3–17. (In Russian).

References

Bossche P.V. d. (2005) *The Law and Policy of the World Trade Organization*, New York: Cambridge University Press.
Houston-McMillan J. (2015) *A Critical Analysis of the Legitimate Regulatory Distinction Test as Conceived in US-Glove Cigarettes, US-Tuna II and US-*

COOL. Available at: <http://www.sielnet.org/resources/Houston-McMillan%20-%20winner.pdf> (accessed: 24.10.2017).

Mavroidis P. C. (2013) Driftin' too far from shore – why the test for compliance with the TBT Agreement developed by the WTO Appellate Body is wrong, and what should the AB have done instead. *World Trade Review*, vol. 12, no. 1, pp. 509–531.

Palmeter D. (2008) The WTO Dispute Settlement System in the Next Ten Years. In: Janow M. E., Donaldson V., Yanovich A. (eds.) *The WTO at Ten: Governance, Dispute Settlement, and Developing Countries*, New York: Juris Publishing, pp. 845–854.

Schrijver N. (2008) The Evolution of Sustainable Development in International Law: Inception, Meaning and Status. *Collected Course of the Hague Academy of International Law*, vol. 329, pp. 217–412.

Smbatyan A. S. (2006) *Mezhdunarodnye torgovye spory v GATT/VTO: izbrannyye resheniya (1952–2005 gg.)* [International trade disputes in the GATT/ WTO: selected decisions (1952–2005)], Moscow: Wolters Kluwer. (In Russian).