

**FCTC**РАМОЧНАЯ КОНВЕНЦИЯ ВОЗ
ПО БОРЬБЕ ПРОТИВ ТАБАКА

Конференция Сторон

**Межправительственный орган по переговорам
в отношении Протокола о незаконной торговле
табачными изделиями**

Третья сессия

Женева, Швейцария, 28 июня - 5 июля 2009 г.

Пункт 4 предварительной повестки дня

FCTC/COP/INB-IT/3/INF.DOC./4

7 мая 2009 г.

Пересмотренный текст Председателя для протокола о незаконной торговле табачными изделиями и общее обсуждение

Экспертное рассмотрение возможного запрета продаж табачных изделий через Интернет

Записка Секретариата

1. На своей второй сессии (20-25 октября 2008 г., Женева) Межправительственный орган по переговорам предложил Председателю и Секретариату Конвенции организовать экспертное рассмотрение ряда элементов текста Председателя.
2. В ответ на это предложение Секретариат Конвенции в консультации с Председателем определил экспертов в соответствующих областях для составления технических документов. Все документы экспертов подверглись широкому коллегиальному обсуждению, в том числе в одном случае на совещании экспертов.
3. На своем совещании 5 февраля 2009 г. Президиум Межправительственного органа по переговорам рассмотрел прогресс, достигнутый в подготовке экспертных обзоров.
4. Экспертное рассмотрение юридических последствий возможного запрета продажи табачных изделий через Интернет (с обращением особого внимание на право международной торговли в соответствии с дискуссиями, состоявшимися на второй сессии Межправительственного органа по переговорам) содержится в Приложении 1. Для получения дополнительной информации Секретариат Конвенции поручил провести обзор субъектов, потенциально участвующих в продаже табачных изделий через Интернет (Приложение 2). Оба обзора настоящим представляются Межправительственному органу по переговорам для информации.

ПРИЛОЖЕНИЕ 1

**ЮРИДИЧЕСКИЕ ПОСЛЕДСТВИЯ ВОЗМОЖНОГО ЗАПРЕТА ПРОДАЖ
ТАБАЧНЫХ ИЗДЕЛИЙ ЧЕРЕЗ ИНТЕРНЕТ**

I. Введение

1. Цель запрета продажи табачных изделий через Интернет заключается в том, чтобы предотвратить как законные, так и незаконные продажи табачных изделий с помощью предложений в Интернете и оплаты через Интернет, который не имеет территориальных границ. Предполагается, что эти меры включают запрет на рекламу, предложения о продаже для потребителей, заказы потребителей и оплату всех табачных изделий. Предполагается также, что эти меры не коснутся продаж по обычным каналам. Кроме того, предполагается, что такой запрет будет наложен на все продажи, будь то зарубежные или внутренние и что режим в отношении стран-членов Всемирной торговой организации (ВТО) и стран, не являющихся членами ВТО, будет одинаковым. Настоящий обзор сосредоточен на электронной коммерции между розничными поставщиками и потребителями.

2. Законодательный запрет продаж табачных изделий через Интернет странами - членами ВТО будет особой правительственной мерой. Поскольку детали такой меры в настоящее время неизвестны, данная оценка неизбежно носит общий характер.

3. Эта мера потенциально может повлиять на Генеральное соглашение о тарифах и торговле (ГАТТ-94) и на Генеральное соглашение о торговле услугами (ГАТС). Эта мера не повлияет на Соглашение по сельскому хозяйству (ССХ), Соглашение по применению санитарных и фитосанитарных мер (СиФМ), Соглашение по техническим барьерам в торговле (ТБТ) и Соглашение по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности (ТРИПС). Члены ВТО, в частности те, которые не являются Сторонами Рамочной конвенции ВОЗ по борьбе против табака (РКБТ) могут оспорить эту меру согласно Пониманию правил и процедур урегулирования споров (ПППУС) ВТО независимо от того, являются ли они Сторонами Рамочной конвенции ВОЗ по борьбе против табака и будущего протокола.

4. В настоящем документе не рассматриваются возможные последствия региональных и двусторонних торговых соглашений или законов об Интернете и средствах коммуникаций, а также последствия с точки зрения права на свободу информации и других соответствующих прав человека.

5. Документ сосредоточен на последовательности статей ГАТТ-94 и ГАТС, которые были признаны подходящими для предлагаемого запрета продажи табачных изделий через Интернет. В документе освещается обязательство транспарентности согласно правилам ВТО и предполагаются варианты исключений согласно Статье IX:3 и 4 соглашения об учреждении ВТО.

II. Генеральное соглашение о тарифах и торговле (ГАТТ-94)

6. Запрещение торговли табачными изделиями через Интернет связано с ГАТТ-94 в той мере, в какой табачные изделия являются физическими товарами¹. Они являются сельскохозяйственными продуктами, подпадающими под действие Соглашения по гармонизированным системам описания и кодирования товаров².

7. Поэтому регулирование табачных изделий в связи с торговлей подпадает под действие ГАТТ-94 и связанных с ним документов. Запрет продажи табачных изделий через Интернет может повлиять на принципы недискриминации (Статьи I и III) и может представлять собой меру с последствиями, аналогичными последствиям количественных ограничений (Статья XI). Если эти принципы нарушаются, такие меры могут быть оправданными согласно общим исключениям (Статья XX).

Недискриминация (Статьи I и III)

8. Система международной торговли основана на двух конституционных принципах, которые являются выражением или вариациями принципа равного режима или недискриминации - принципа "наиболее благоприятствуемой нации", который обеспечивает, что страны-члены предоставляют такой же режим импортированным или экспортированным товарам из других стран-членов, как и "аналогичному товару" из других стран-членов ВТО³; и принципа "национального режима", который обеспечивает не менее благоприятный режим для импортированных товаров, чем для отечественных товаров⁴.

9. Применение запрета продажи табачных изделий через Интернет по своему характеру ограничено предложениями с территории любого члена, в том числе и внутри стран-членов. Было бы трудным рассматривать систему, которая разрешает продажи через Интернет потребителям из одних источников и не разрешает из других. Любая дифференциация подорвет цель этой меры. В действительности запрет будет эффективным только в том случае, если будут включены внутренние и иностранные

¹ Табачные изделия рассматривались в рамках системы ГАТТ и ВТО урегулирования споров в следующих случаях: *Таиланд - Ограничения на импорт сигарет и внутренние налоги на сигареты*, WT/DS10/R-37S/200; *Доминиканская Республика - Меры, влияющие на импорт сигарет*, WT/DS300 и DS302.; *Перу - Налоги на сигареты* (WT/DS227).

² <http://www.foreign-trade.com/reference/hscodex.cfm> (последний доступ 31 января 2009 г.)

³ Принцип "наиболее благоприятствуемой нации", содержащийся в Статье I:1 ГАТТ-94, требует, чтобы меры, влияющие на импорт или экспорт товаров применялись единообразно ко всем "аналогичным" товарам из всех стран-членов. Следовательно, страна-член ВТО не может устанавливать иной режим для импортированных или экспортированных товаров из какой-либо страны, чем режим для "аналогичных" импортированных или экспортированных товаров из другой страны-члена ВТО в отношении мер, которые либо облегчают, либо ограничивают торговлю.

⁴ Принцип "национального режима" требует от стран - членов ВТО устанавливать для импортируемых товаров режим не менее благоприятный, чем для "аналогичных" отечественных товаров, особенно в отношении внутреннего налогообложения и внутренних правил, с тем чтобы избежать защиты отечественного производства. Статья III:4 ГАТТ-94 применяется к иному регулированию, чем налогообложение, и устанавливает, что страны-члены не должны принимать законы или правила, влияющие на внутренние продажи, которые предоставляют менее благоприятный режим, чем режим, предоставляемый "аналогичным" товарам национального происхождения.

источники в конкретном регионе мира. Для операций по продаже через Интернет из-за границы и внутри стран-членов не предполагается никакой неравный или менее благоприятный режим между различными операторами Интернета. Поэтому полный запрет продаж через Интернет не повлияет на обязательства стран-членов ВТО в соответствии с принципами "наиболее благоприятствуемой нации" и "национального режима". Запрет на все продажи табачных изделий через Интернет, влияющий на отечественные и иностранные товары, а также на поставщиков, не будет противоречить Статье III ГАТТ-94¹.

10. Однако, если сравнивать продажи через Интернет с обычными каналами коммерции и продажи, разрешение обычной продажи взрослым, но запрещение продажи через Интернет в целом будет представлять собой потенциальную дискриминацию между аналогичными товарами. Эта ситуация не повлияет на принцип "наиболее благоприятствуемой нации", так как режим для всех иностранных товаров будет одинаковым; однако она может повлиять на принцип "национального режима", так как можно утверждать, что режим для иностранных товаров является менее благоприятным, чем для отечественных, что будет противоречить Статье III:4 ГАТТ-94.

11. Мера, запрещающая продажи табачных изделий через Интернет, вероятно, будет считаться влияющей на внутренние продажи, предложения о продаже и покупку таких товаров, так как она уменьшает средства, с помощью которых могут продаваться товары в стране, и, возможно, приведет к уменьшению количества проданных товаров.

12. Поэтому важным моментом является вопрос о том, создаст ли запрет иностранных операций через Интернет неблагоприятное положение по сравнению с обычными внутренними операциями по продаже аналогичных товаров. Положения ГАТТ-94 относятся к режиму только для товаров, а не для производителей или агентов по продаже. Поскольку компании, специализирующейся на собственно продаже табачных изделий, не предоставляется равный режим согласно ГАТТ-94, невозможно утверждать, что режим для обычных компаний, продающих табак, и для компаний, продающих табак через Интернет, не является одинаковым. Режим для поставщиков услуг, устанавливаемый в соответствии с ГАТС, обсуждается ниже.

13. В той мере, в какой оригинальные иностранные товары могут быть предложены на менее благоприятных условиях через обычные каналы (магазины и другие пункты продажи), иностранным товарам не должен предоставляться менее благоприятный режим, чем отечественным товарам, продаваемым через такие же каналы торговли. Если иностранные товары продаются в основном через Интернет, а не через обычные каналы, может возникнуть дискриминация. В отношении фирменных и оригинальных товаров это маловероятно. Табачные компании продают свои изделия через многочисленные пункты продажи, не ограничиваясь продажей через Интернет. Запрет

¹ Как это было решено в 1990 г. группой экспертов ГАТТ по Таиланду в связи с законодательством Таиланда в отношении сигарет. См.: Доклад экспертной группы, *Таиланд - Ограничения на импорт сигарет и внутренние налоги на сигареты*, WT/DS10/R-37S/200, принятый 7 ноября 1990 г.

не повлияет на конкуренцию между различными товарами, так как все они могут продаваться через обычные каналы торговли.

14. Если табачные изделия могут продаваться через обычные пункты продажи без дискриминации в отношении их происхождения, то запрет на продажу через Интернет, по нашему мнению, будет соответствовать требованиям Статьи III:4. Оценка будет зависеть от контекста этой меры и отдельного случая. Случаи, в которых запрет существенно ограничивает операции в отношении конкретных марок, могут представлять собой нарушение Статьи III:4. Однако полный запрет на незаконные поддельные изделия не будет нарушением, так как запрещена их продажа.

Количественные ограничения на торговлю (Статья XI)

15. Статья XI ГАТТ-94 запрещает не только формальные и четко выраженные количественные ограничения, но и другие меры, имеющие аналогичное действие. В отношении того, будет ли запрет продажи через Интернет представлять собой такую меру, можно сказать, что он будет представлять собой ограничение на ввоз и вывоз, так как он будет препятствовать отдельным людям продавать и заказывать товары, а также использовать конкурирующие предложения и запросы из-за границы. Поскольку ГАТТ-94 в Статье III:4 охватывает также условия продажи, эту меру можно также считать ограничением, несовместимым со Статьей XI. В связи с тем, что экспертные группы ВТО и Апелляционный орган ВТО не анализируют количественные потоки торговли, а малозначительные аргументы не допускаются, достаточно продемонстрировать, что запрет потенциально воспрепятствует поступлению на рынок товаров, охваченных Генеральным соглашением.

16. Поскольку применение Статей XI и III является взаимоисключающим¹, анализ будет сосредоточен на Статье XI. Поэтому логично предположить что запрет будет несовместим со Статьей XI и, следовательно, будет зависеть от обоснования в соответствии с общими исключения по Статье XX.

Применение общих исключений (Статья XX)

17. Цель Генерального соглашения и права ВТО состоит в повышении жизненного уровня и обеспечении полной занятости, что соответствует целям устойчивого развития². Право ВТО не препятствует странам-членам преследовать другие законные цели, и исключения, содержащиеся в Статье XX, определяют критерии и условия, при которых какая-либо конкретная мера, несовместимая с другими положениями Соглашения, может быть оправданной и применяться.

18. Как представляется, запрет продаж через Интернет имеет двоякую цель. Во-первых, он делает невозможным для несовершеннолетних использование Интернета для приобретения табака и содействует ограничению доступа несовершеннолетних к

¹ Panel Report, *United States – Restrictions on Imports of Tuna*, GATT 1994, DS21/R-39S/155, пункт 5.9.

² Постепенная либерализация международной торговли и торговых правил является главным средством достижения целей, изложенных в преамбуле.

обычным пунктам продажи, например, запрету продажи табака и алкогольных напитков лицам, не достигшим определенного возраста. Эта цель связана с охраной общественного здоровья. Во-вторых, запрет ограничит незаконную торговлю и фальсификацию таких табачных изделий, как сигареты, которые являются одними из самых распространенных из незаконно продаваемых товаров. Эта мера защитит права интеллектуальной собственности, в частности, фирменные товары от незаконной торговли и подделки. Таким образом, введение запрета защитит жизнь и здоровье людей и права на фирменные наименования. Согласно Статье XX ГАТТ-94, обе причины для запрета должны быть обоснованы необходимостью.

(a) Защита жизни и здоровья людей

19. Запрет продаж через Интернет на основе РКБТ безусловно оправдан защитой жизни и здоровья людей. Воздействие курения на жизнь и здоровье хорошо известно и признано в практике решения споров в ВТО¹. Существует доказанная связь² между продажей табачных изделий через Интернет (либо происхождением внутри страны, которая налагает запрет, либо за ее пределы) и увеличением числа курильщиков с последующим увеличением проблем здоровья и числа случаев смерти.

(b) Применение таможенного законодательства и защита прав интеллектуальной собственности

20. Статья XX (d) разрешает странам-членам принимать меры, которые, в частности, поддерживают применение таможенных правил и защиту прав интеллектуальной собственности при условии, что сами законы, поддержанные такими мерами, не являются несовместимыми с правом ВТО. Как применение пограничных мер, так и защита прав интеллектуальной собственности согласуются с политикой, требуемой ТРИПС. Кроме того, страны-члены могут ссылаться на фискальные причины, хотя это прямо и не указано в Статье XX (d), так как эта мера служит также для борьбы с уклонением от налогов. Необходимо показать достаточную связь запрета продаж через Интернет и борьбы с фальсификацией, незаконной торговлей или уклонением от налогов с поддержанием более высоких цен и последующим сокращением потребления табака и проблем здоровья.

(c) Необходимость

21. Главная проблема в связи с запретом продаж табачных изделий через Интернет заключается в решении вопроса о том, является ли запрет, который применяется к конкретным формам распределения и не применяется к другим, необходимой и менее ограничивающей торговлю мерой защиты несовершеннолетних от начала курения. Поскольку эта мера не исключает доступ с помощью других средств, могут быть

¹ Доклад экспертной группы, Таиланд - Ограничения на импорт сигарет и внутренние налоги на сигареты, WT/DS10/R-37S/200.

² Appellate Body Report, *United States – Shrimp*, paragraph 133.

высказаны возражения на том основании, что она не отвечает необходимости с точки зрения права ВТО.

22. Мера будет отвечать необходимости согласно Статье XX (b), если она имеет в основном следующие характеристики: (i) она преследует конкретную цель, направленную на обеспечение определенного уровня защиты здоровья; (ii) эта мера эффективно содействует достижению поставленной цели; (iii) она является наименее ограничивающей торговлю из существующих мер; и (iv) не существует других менее ограничительных мер для достижений той же цели¹. Кроме того, следует отметить, что экспертная группа ВТО может запросить техническое заключение ВОЗ, чтобы принять во внимание ее связанные со здоровьем аргументы, в частности, в отношении последствий употребления и потребления сигарет.²

23. Рассматриваемая мера отвечает первому требованию о наличии конкретной цели для обеспечения определенного уровня защиты здоровья, так как ее цель состоит в сокращении потребления табака и связанных с табаком случаев смерти и болезней, особенно среди молодых людей, которые являются частыми пользователями Интернета и легко подвергаются его влиянию (ГАТТ-94, Статья XX (b)). Другая цель состоит в борьбе с незаконной торговлей и уклонением от налогов, а также в усилении таможенного законодательства и защите прав интеллектуальной собственности (Статья XX (d)).

24. Важным моментом является решение вопроса о том, является ли запрет наименее ограничительной для торговли мерой в отсутствие реальной альтернативы, которая достигла бы ту же цель менее интрузивно. Можно было бы сказать, что полный запрет продаж через Интернет был бы чрезмерным и следует искать менее интрузивные меры, чтобы предотвратить приобретение несовершеннолетними через Интернет, например, технические меры (код доступа) или ограничения на оплату через Интернет (кредитные карточки). Необходимо продемонстрировать, что такие ограничения практически не осуществимы, так как невозможно проконтролировать доступ несовершеннолетних к счетам и паролям, зарезервированным для взрослых. Необходимо также показать, что

¹ В деле "*Brazil – Retreated Tyres*" Апелляционный орган обосновал анализ необходимости на двух принципах: члены ВТО имеют право определять уровень защиты, который они считают соответствующим в конкретном контексте, чтобы установить: (i) является ли мера важной для защиты здоровья, и (ii) вклад этой меры в достижение ее цели (существует ли "истинная связь целей и средств между преследуемой целью и рассматриваемой мерой"). Апелляционный орган признал, что "вклад этой меры должен быть взвешен по отношению к ограничению ею торговли, учитывая важность интересов или ценностей, которые лежат в основе преследуемой ею цели". См.: *Brazil – Retreated Tyres*, WT/DS332 пункт 210. Подобный вывод был сделан Апелляционным органом в отношении Европейских сообществ - *Measures Affecting Asbestos and Products Containing Asbestos*, WT/DS134/R/AB пункт 168.

² В докладе экспертной группы *Thailand – Restrictions on Importation of and Internal Taxes on Cigarettes* (WT/DS10/R-37S/200), принятом 7 ноября 1990 г., экспертная группа признала, что, даже если мера не согласуется со Статьей III:4, "такое несоответствие должно считаться неизбежным и поэтому необходимым в смысле Статьи XX (b), поскольку есть риск того, что дополнительные рекламные права могут стимулировать спрос на сигареты". В этом случае экспертная группа запросила техническое заключение ВОЗ и учла воздействие на здоровье употребления и потребления сигарет, указав следующее: "Экспертная группа приняла к сведению мнение, выраженное ВОЗ в отношении того, что спрос на сигареты, в частности первоначальный спрос на сигареты со стороны молодежи, подвергается влиянию рекламы сигарет и что запрет рекламы может соответствующим образом сократить такой спрос" (там же, п. 78).

запрет, ограниченный несовершеннолетними, является неподходящим и подрывает общую цель этой меры. Подобно этому, потребуются подтверждение того, что запрет является эффективным против фальсификации и незаконной торговли табачными изделиями.

25. Далее, необходимо показать, что менее интрузивные меры для защиты несовершеннолетних от потребления табака и защиты законной торговли отсутствуют. Предъявителю претензии необходимо будет продемонстрировать менее интрузивные варианты, которые достигли бы ту же цель, что и определенная мера¹. Необходимо также продемонстрировать, что запрет на рекламу и предоставление информации и просвещение, с одной стороны, и проверки на границах, проверки в почтовых службах и другие средства, имеющиеся у таможен и полиции, с другой, не могут достичь цели в равной степени эффективно.

26. В рамках соответствующего права ВТО цель запрета должна состоять, в первую очередь, в предотвращении начала курения несовершеннолетними и в предотвращении обхода ими ограничений, налагаемых обычными каналами торговли. Без запрета продаж через Интернет эти ограничения легко обойти.

(d) *Вступительная часть*

27. Запрет продаж через Интернет должен удовлетворять требованию вступительной части Статьи XX. Поскольку эта мера по определению будет применяться *erga omnes*, она не будет создавать произвольную или неоправданную дискриминацию. Она будет применяться в равной мере ко всем табачным изделиям независимо от происхождения; следовательно, она не будет дискриминировать иностранные товары или иностранных производителей и будет применяться ко всем странам. Применение мер не будет отличаться в зависимости от страны продавца, так как применение - за исключением международной судебной помощи - ограничено отечественными продавцами и потребителями.

28. Может быть поднят вопрос относительно того, не будет ли запрет, удовлетворяющий всем другим условиям Статьи XX, скрытым ограничением торговли. Такое предположение подразумевает, что главной целью меры является защита обычных внутренних предприятий торговли. Это мнение следует рассматривать с точки зрения как мотивации, так и последствий. Нетрудно показать, что эта мера преследует законные политические цели. С точки зрения последствий необходимо продемонстрировать, что запрет существенно не увеличит товарооборот и продажи в обычных торговых предприятиях. Если бы это произошло, эффективность запрета была бы поставлена под сомнение, так как следовало бы предположить, что несовершеннолетние имеют альтернативные способы доступа к табаку. Было бы целесообразно получить фактические свидетельства для этого утверждения.

¹ Доклад Апелляционного органа Бразилия - восстановленные шины, *Retreated Tyres*, WT/DS332 пункт 156.

III. Генеральное соглашение по торговле услугами (ГАТС)

29. Продажа товаров, услуг или цифровых продуктов через Интернет является неотъемлемой частью "электронной коммерции", которая охватывает производство, распределение, маркетинг, продажу или поставку товаров и услуг с помощью электронных средств¹. В Рабочей программе ВТО не содержится никакого обязательного решения в отношении применимости правил ВТО, касающихся электронной поставки услуг. В целом признано, что этот вопрос относится к сфере действия ГАТС, так как он применяется ко всем услугам, независимо от средств их поставки, а также к услугам, поставленным через электронные дистрибьюторские сети, включая оптовую или розничную продажу товаров. ГАТС применяется ко всем услугам, за исключением услуг, "потребляемых органами государственной власти для собственных нужд"², и услуг некоторых четко исключенных секторов, в частности, услуг линейного судоходства и воздушного транспорта.

30. Практика решения споров в ВТО подтвердила, что ГАТС является технически нейтральным в том смысле, что оно не содержит никаких положений, которые проводят различия между различными техническими средствами, с помощью которых могут быть предоставлены услуги³.

Сфера действия ГАТС

31. Это соглашение применяется ко всем мерам, принимаемым членами ВТО, которые влияют на торговлю услугами (Статья I:1 ГАТС)⁴. Поэтому, если запрет должен быть наложен регулируемыми органами членом ВТО, то он будет квалифицирован как мера, принятая членом. В этой же статье определяется "поставка услуги" для включения производства, распределения, маркетинга, продажи и доставки услуг.

32. Согласно Статье XVIII ГАТС, принятые членами меры, влияющие на торговлю услугами, включают меры в отношении приобретения, оплаты или использования услуги. Не ясно, применяется ли ГАТС к продаже услуг или же оно ограничено собственно услугами. В электронной торговле трудно провести между ними различие, так как продажа товаров через Интернет считается формой дистрибьюторских услуг в ее собственных правах, характеризуемой такими чертами и способами, которые подчеркивают бизнес-модель и акт продажи независимо от объекта продажи. Таким

¹ Этот термин используется исключительно для целей Рабочей программы ВТО.

² Услуги, предоставленные на некоммерческой основе и не в порядке конкуренции с другими поставщиками, такие как услуги систем социального обеспечения и других общественных служб, таких как здравоохранение или образование, которые оказываются на нерыночных условиях.

³ ГАТС без колебаний был применен к электронной торговле в случае *United States – Gambling case*, который подтвердил его применение к электронному трансграничному предоставлению услуг. См. Panel Report, *United States – Measures Affecting the Cross-border Supply of Gambling and Betting Services* (далее упоминается как случай "Соединенные Штаты - гэмблинг") WT/DS285/R, as of 10 November 2004.

⁴ ГАТС определяет "меру" как любую меру, принятую членом, будь то в виде закона, положения, правила, процедуры, решения, административного действия, или в любой другой форме. (Статья XXVIII (b)).

образом, мы можем сделать вывод, что потенциальный запрет продажи табачных изделий будет квалифицирован как мера, влияющая на торговлю услугами.

33. Продажа табачных изделий с помощью дистанционных средств коммуникаций (в частности, подключений к Интернету, телекоммуникаций, почтовых служб или служб доставки) в соответствии со Статьей I:2 (а) ГАТС представляет собой "вид 1" поставки или "трансграничную" поставку услуг. Однако, поскольку особенно трудно провести различие между поставкой вида 1 (трансграничная поставка) и поставкой вида 2 (потребление за границей), можно утверждать, что продажи через Интернет также представляют собой поставку вида 2¹. Международные электронные продажи табака в основном соответствуют видам 1 и 2, не исключая вид 3 (коммерческое присутствие) и вид 4 (присутствие физических лиц).

34. На основе Классификационного перечня секторов услуг продажи табака через Интернет попадают в сектор дистрибьюторских услуг, имеющий четыре подсектора.² Если требуемый Протоколом запрет будет ограничен продажами табачных изделий через Интернет только розничными торговцами (а не оптовыми), запрет повлияет на подсектор розничных услуг. Поэтому возможное нарушение ГАТС вызовет обеспокоенность главным образом тех членов, которые имеют обязательства по виду 1 в подсекторе розничных услуг, в отношении того, следует ли предоставить полный доступ на рынок (отметив "Нет" в соответствующей колонке своего перечня) или наложить определенные ограничения, но не ограничивать полностью доступ на рынок. Некоторые имеющие обязательства члены определили сферу розничных услуг, охваченных их обязательством, таким образом, чтобы исключить некоторые важные или контролируемые товары, тогда как другие этого не сделали. Если последние страны-члены запретят продажи табачных изделий через Интернет, они рискуют нарушить конкретные обязательства по ГАТС, в частности обязательство о рыночном доступе. Согласно Статье XVI ГАТС, в секторах с обязательствами рыночного доступа членам не разрешается сохранять перечисленные в них количественные ограничения, если только в их перечне не указано обратное³.

35. Кроме того, в соответствии с принципом технической нейтральности, где бы страна-член не имела обязательства по полному рыночному доступу, запрещение любого средства поставки будет представлять ограничение рыночного доступа для каждого вида поставки. Запрет продажи через Интернет, независимо от возможности

¹ См. Доклад о ходе работы, принятый Советом по торговле услугами 19 июля 1999 г., касающийся Рабочей программы по электронной торговле; имеется по адресу: <http://docsonline.wto.org/DDFDocuments/t/S/L/74.DOC> (последний доступ 24 января 2009 г.).

² В классификационном перечне секторов услуг (MTN.GNS/W/120), составленном во время Уругвайского раунда и в значительной степени основанном на Временном классификаторе основного продукта Организации Объединенных Наций, дистрибьюторский сектор определен как четыре вида основных услуг: комиссионерские услуги, услуги оптовой торговли, розничные услуги и франчайзинговые услуги.

³ Хотя рассматриваемая мера не относится к упомянутым в этой Статье, как группа экспертов, так и Апелляционный орган в случае *Соединенные Штаты - гэмблинг* признали, что полное запрещение игорных услуг через Интернет может считаться количественным ограничением, то есть оно имеет то же действие, что и "нулевая квота". См. Panel Report *United States - Gambling*, paragraph 6.332.

осуществлять поставки услуги с помощью других средств, будет нарушением Статьи XVI для страны-члена, которая взяла на себя обязательство по полному рыночному доступу в соответствующем секторе услуг¹.

36. Невыполнение национального договорного обязательства, если предположить, что запрет применяется как к внутренним, так и зарубежным поставкам, по-видимому, не будет проблемой. Тем не менее, возможность нарушения *де факто* существует, в зависимости от того, какой режим применяется к внутренним поставщикам, в частности к тем, которые осуществляют продажу с помощью обычных средств, не требующих близкого физического расположения между потребителями и поставщиками (например, с помощью телекоммуникационных средств или почтовых служб или служб доставки).

Применение Общих исключений (Статья XIV)

37. Если будет признано, что запрет, применяемый членом ВТО, нарушает рыночный доступ (или национальное договорное обязательство) в рамках ГАТС, оно может быть оправдано общими исключениями, предусмотренными в Статье XIV.

(a) Защита здоровья людей

38. Мотивация является аналогичной ГАТТ-94 и может использоваться для оправдания конкретных ограничений в отношении взятых обязательств.

(b) Обеспечение соответствия внутреннему законодательству

39. Обоснование Статьи XIV (с) является сходным с обоснованием Статьи XX (d) ГАТТ-94, но отличается детализацией. Это положение четко не упоминает защиту прав интеллектуальной собственности, но учитывает необходимость предотвращения вводящих в заблуждение и обманных видов практики и взимание или сбор налогов. В это положение не включен подробный перечень, что позволяет использовать дополнительные мотивы.

(c) Необходимость

40. Метод оценки необходимости в основном является тем же, что и для ГАТТ-94. В отношении услуг группы экспертов и Апелляционный орган изучают и сравнивают ряд факторов, чтобы установить, существуют ли или в разумной степени имеется согласующаяся с ВТО или менее противоречащая ВТО альтернативная мера.²

¹ Panel Report *United States – Gambling*, paragraphs 6.286 и 6.287.

² В случае *Соединенные Штаты - гэмблинг* было установлено, что два неисключительных фактора подходят к большинству случаев для решения вопроса о том, отвечает ли мера критерию необходимости: (а) вклад этой меры в достижение преследуемой ею цели и (б) ограничительное воздействие этой меры на международную торговлю. См. Appellate Body Report, *United States – Gambling*, пункты 306–311.

(d) *Вступительная часть*

41. Соответствует ли мера требованиям вступительной части Статьи XIV, определяется в основном таким же образом, как и Статье XX ГАТТ-94. Цель определения соответствия этим требованиям состоит в том, чтобы изучить способ, с помощью которого применяется мера, и тем самым предотвратить злоупотребление исключениями, изложенными в Статье XIV. В недостаточной практике решения споров в ВТО по этому вопросу применяется так называемый стандарт "соответствия". Таким образом, ограничения на поставку услуг должны применяться согласованным образом для отечественных и зарубежных поставщиков услуг, чтобы удовлетворить требованиям вступительной части Статьи XIV¹.

IV. Транспарентность

42. Запрет на продажи через Интернет должен также отвечать критерию транспарентности Статьи X ГАТТ-94, Статьи III ГАТС и Статьи 63 ТРИПС. В Статье X:1, в частности, упоминается требование о быстрой публикации ограничений, которые повлияют на продажу товаров. Поэтому информация о внутреннем запрете продаж через Интернет должна быть надлежащим образом опубликована. Соглашение не предписывает конкретной формы или формы законодательной меры и оставляет этот вопрос на решение в соответствии с конституционными требованиями страны-члена.

V. Временное освобождение от обязательства

43. Согласно Статье IX: 3 и 4 соглашения об учреждении ВТО, страны-члены могут временно освобождаться от обязательства по соглашениям ВТО. Тем самым предусмотрена возможность обеспечения правовых гарантий и решения возможных проблем.

44. На практике предоставление временного освобождения от обязательства должно быть принято консенсусом. Первоначальный срок действия такого освобождения определяет Конференция Министров. Освобождения продолжительностью более года подлежат пересмотру, но могут быть продлены. Временные освобождения от обязательств формируют основу для исключений, которые могут продолжаться некоторое время. Такие освобождения сделаны, например, в отношении кимберлийских алмазов и осуществления принятой в Дохе Декларации об общественном здравоохранении. Временные освобождения от обязательств могут служить основой для внесения исправлений в договоры, как это было в случае пересмотра Статьи 31 (b) ТРИПС.

45. Вариант временного освобождения от обязательств имеется в том случае, если поиск урегулирования происходит на основе переговоров и координации за пределами официальной повестки дня многосторонних торговых переговоров. Он является подходящим, если правомерность запрета продаж табака остается противоречивой и

¹ Panel Report *United States – Gambling*, пункт 6.583.

должным образом не предпринято формальное урегулирование спора в соответствии с Пониманием правил и процедур урегулирования споров.

VI. Вывод

46. Осуществление имеющего обязательную юридическую силу запрета продаж потребителям табачных изделий через Интернет Стороной РКБТ в соответствии с обязательным протоколом можно сопоставить с обязательствами ВТО, предусматривающими соблюдение ряда условий. В частности, если внутренние меры применяются ко всем операциям по продаже через Интернет - как отечественным, так и зарубежным, то запрет совместим со Статьей I ГАТТ-94 и, возможно, Статьей III. Эта мера может быть оспорена по Статье XI как количественное ограничение для импорта и экспорта, но может быть оправдана в соответствии с общими исключениями по Статье XX (b) и (d). Она подпадает под действие ГАТС, если иные обязательства, чем режим наиболее благоприятствуемой нации и транспарентность, зависят от обязательств, взятых индивидуальными членами. Исключения применяются так же, как и в ГАТТ-94. Все меры, вводящие запрет, должны соответствовать требованиям ВТО в отношении транспарентности.

47. Анализ последствий юридически обязательного запрета продаж табачных изделий через Интернет с помощью внутренних мер Сторонами Протокола показывает важное значение надлежащей мотивации. Запрещение одних каналов коммерции, но не других, создаст проблемы в праве ВТО, которые можно преодолеть, только если будет показано, что запрет необходим для защиты несовершеннолетних от курения и обеспечения соблюдения ограничения, налагаемого на продажу табака несовершеннолетним в обычных пунктах продажи. Другой важной мотивацией является борьба с контрафакцией и уклонением от налогов.

48. При урегулировании споров экспертными группами и Апелляционным органом ВТО во внимание могут быть приняты также причины, связанные с общественным здравоохранением. Нельзя исключить возможность того, что запрет может привести к привлечению механизма урегулирования споров для членом ВТО, не являющихся Сторонами Протокола. Однако, этого можно избежать с помощью временного освобождения от обязательства в соответствии с правом ВТО.

ПРИЛОЖЕНИЕ 2

СУБЪЕКТЫ, ПОТЕНЦИАЛЬНО УЧАСТВУЮЩИЕ В ПРОДАЖАХ ТАБАЧНЫХ ИЗДЕЛИЙ ЧЕРЕЗ ИНТЕРНЕТ

1. В общих выражениях запрет на продажи табачных изделий через Интернет может использовать подход, изложенный в "Руководящих принципах осуществления Статьи 13 (Реклама, стимулирование продажи и спонсорство табака) Рамочной конвенции ВОЗ по борьбе против табака, принятых Конференцией Сторон РКБТ ВОЗ в ноябре 2008 года¹. В частности, запрет может быть составлен таким образом, чтобы он применялся к различным ответственным субъектам, которые различным образом участвуют в продаже табачных изделий через Интернет и которые могут подвергаться различным формам контроля.

2. В связи с запретом продажи табачных изделий через Интернет можно определить пять категорий ответственных субъектов. Четыре близко соответствуют категориям, содержащимся в Статье 13 Принципов, но пятая относится к другому виду и включает лиц, участвующих в оплате продаж табачных изделий через Интернет. На практике самыми эффективными категориями, на которых необходимо сосредоточиться, могут быть первая, вторая и пятая.

3. Первая категория может включать "все субъекты, предлагающие табачные изделия для продажи через Интернет", которым можно запретить участвовать в таких продажах. В эту категорию входит табачная промышленность и предприятия розничной торговли. В соответствии со Статьей 13 Принципов главная ответственность будет возложена на производителей табачных изделий, розничных торговцев и "их агентов и ассоциации"². Она включит также тех, кто публикует информационное содержание, и субъектов, которые отбирают информационное содержание для продажи через Интернет, прежде чем предоставить его пользователям Интернета.

4. Второй категорией могут быть "хост-системы информационного содержания", которые контролируют подключенные к Интернету компьютерные серверы, в которых хранится это содержание. Они включают субъекты, которые агрегируют содержание, составленное другими, но не отбирают его, прежде чем предоставить пользователям Интернета. Эта категория включит, например, сайты социальных сетей в Интернете. Хост-системы информационного содержания можно обязать лишать доступа или отключать доступ к содержанию, предлагающему табачные изделия для продажи через Интернет, после того как они получают уведомление о таком содержании³.

¹ Решение FCTC/COP3(12).

² Первый доклад Комитета А, п.53.

³ См., например, закон Австралии *Interactive Gambling Act 2001* (Cth), который предусматривает правонарушение в связи с положением об интерактивных игорных услугах. Он включает обязательство для хостов содержания закрывать доступ к услуге после получения ими уведомления.

5. Третьей категорией могут быть "навигационные системы информационного содержания", которые помогают установить местонахождение информационного содержания пользователям коммуникационных услуг, такие как поисковые системы Интернета. Навигационные системы информационного содержания можно обязать отключать доступ к содержанию, предлагающему табачные изделия для продажи через Интернет, после того как они получают уведомление о таком содержании.

6. Четвертой категорией могут быть "провайдеры доступа", которые предоставляют конечным пользователям доступ к коммуникационным услугам, такие как провайдеры услуг Интернета и компании мобильных телефонов. Провайдеров доступа можно обязать отключить доступ к содержанию, предлагающему табачные изделия для продажи через Интернет, после того как они получают уведомление о таком содержании.¹

7. Некоторые законы в отношении в значительной степени сходных областей, таких как игорные услуги через Интернет, не применяются к навигационным системам информационного содержания и провайдерам доступа. Возможно, это происходит из-за того, что такие законы создают систему для лицензирования субъектов с главной ответственностью за игорные услуги через Интернет, а не налагают полный запрет.² Такая политика может также происходить из убеждения, что навигационные системы информационного содержания и провайдеры доступа не имеют больших возможностей ограничить эту деятельность. Даже если это и было справедливо в прошлом, продолжающееся развитие методов геопозиционирования в связи с коммуникационными средствами Интернета означает, что эти субъекты вполне могут осуществлять некоторый контроль³. Поэтому, как в Статье 13 Принципов, обязательства можно наложить на навигационные системы информационного содержания и провайдеров доступа, но ограничить их "применением разумных усилий для лишения доступа с учетом того, что в действительности является технически возможным"⁴.

8. Пятой категорией могут быть "финансовые субъекты, участвующие в оплате продажи табачных изделий через Интернет". Их можно обязать не обрабатывать платежи по таким продажам и предпринимать проверки получателей платежа, чтобы убедиться в том, что они не участвуют в продаже табачных изделий через Интернет. Примеры применения такого подхода существуют, причем некоторые из них являются

¹ Закон Соединенных Штатов *Unlawful Internet Gambling Enforcement Act* (2006), 31 USC §5361–5367 обязывает провайдеров Интернет-услуг подчиняться мерам гражданского правопорядка и закрывать доступ к игорным веб-сайтам или веб-сайтам, содержащим гиперссылки на такие сайты (§5365). Закон Австралии *Interactive Gambling Act 2001* (Cth) также налагает на провайдеров доступа систему обязательств после уведомления.

² См., например, *Gambling Act 2005* (Соединенное Королевство).

³ Примеры геопозиционирования включают цифровые аудиовизуальные услуги по требованию, как, например, в Соединенном Королевстве служба по требованию BBC "iPlayer" and Channel Four's "4oD", которая предотвращает доступ к запросам, поступающим из-за пределов страны. См. <http://www.bbc.co.uk/iplayer/tv>, <http://www.channel4.com/4od>.

⁴ Первый доклад Комитета А, п. 59.

совместно регулируемые или саморегулируемые. Одним из них является Ассоциация систем межбанковских клирингов, которая представляет собой торговую ассоциацию Соединенного Королевства для учреждений, предоставляющих услуги по оплате¹. Она связана с фондом Internet Watch Foundation², предназначенным для предотвращения использования оплаты кредитными карточками изображений насилия над детьми в Интернете.³

9. Предполагается, что запрет будет применяться в равной мере к субъектам, расположенным на территории Стороны и за ее пределами. Таким образом, запрет будет ограничен, чтобы применяться к "внутренним", "исходящим" и "входящим" продажам через Интернет; он будет применяться к субъектам, расположенным на территории Стороны, деятельность которых имеется для пользователей на ее территории (внутренние продажи через Интернет), а также к субъектам, расположенным на ее территории, деятельность которых предназначена для пользователей за ее пределами (исходящие продажи через Интернет) и к субъектам, расположенным за пределами ее территории, деятельность которых имеется для пользователей на ее территории (входящие продажи через Интернет).

10. В некоторых других областях права, таких как диффамация, простое наличие на территории содержания в режиме онлайн является достаточным для судопроизводства, независимо от происхождения содержания⁴. Эквивалентные принципы могут быть применимы и к продажам табачных изделий через Интернет. Однако, если законодательство направлено на обеспечение охвата таких продаж происхождением из иностранной территории, возможно, следует указать, что операция является экстратерриториальной. Это сделано в связи с информационным содержанием Интернета в некотором законодательстве, касающемся игорного бизнеса⁵.

11. Хотя такими способами и можно установить юрисдикцию, довольно трудно заставить иностранные субъекты выполнять обязательства. Таким образом, следует использовать многочисленные стратегии контроля и подвергнуть контролю разнообразные ответственные субъекты, в том числе расположенные на территории Стороны. Применение мер контроля к разнообразным ответственным субъектам, изложенным выше, может привести к более эффективному запрету продаж табачных изделий через Интернет.

= = =

¹ См. <http://www.apacs.org.uk>.

² См. <http://www.iwf.org.uk>.

³ Другим примером является Федеральный закон Соединенных Штатов *Unlawful Internet Gambling Enforcement Act* (2006), 31 USC §5361–5367. Он требует, чтобы финансовые учреждения Соединенных Штатов соблюдали правила, касающиеся идентификации и блокирования платежей некоторым получателям (§5364).

⁴ См., например, *Dow Jones v Gutnick* (2002) 210 CLR 575 (Australian High Court).

⁵ См., например, *the Australian Interactive Gambling Act 2001* (Cth).