

THỰC TIỄN SỬ DỤNG THỦ TỤC TRỌNG TÀI THEO ĐIỀU 22.6 THỎA THUẬN VỀ GIẢI QUYẾT TRANH CHẤP CỦA TỔ CHỨC THƯƠNG MẠI THẾ GIỚI VÀ KHUYẾN NGHỊ ĐỐI VỚI VIỆT NAM

Nguyễn Ngọc Hà*
Nguyễn Hữu Hoàng Phúc**

Tóm tắt: Trọng tài được thành lập theo quy định tại Điều 22.6 Thỏa thuận về Giải quyết tranh chấp của Tổ chức Thương mại thế giới có thẩm quyền xác định mức độ của biện pháp trả đũa do nguyên đơn yêu cầu khi bị đơn không thi hành các khuyến nghị trong báo cáo của Ban hội thẩm/Cơ quan phúc thẩm đã được thông qua. Bài viết sẽ tập trung làm rõ các vấn đề pháp lý liên quan đến thủ tục và nội dung của trọng tài theo Điều 22.6 thông qua phân tích quy định này và thực tiễn áp dụng, qua đó, rút ra các khuyến nghị đối với Việt Nam.

Abstract: Arbitration established in accordance with Article 22.6 of World Trade Organization's Dispute Settlement Understanding enjoys competence to determine the level of suspension requested by the claimant in case where the defendant fails to carry out recommendations found by the Panel or Appellate Body. The article focuses on clarifying legal aspects of arbitration procedure and competence under Article 22.6 through analysis and practical application, thereby, makes certain proposals for Viet Nam.

Cơ chế giải quyết tranh chấp được xây dựng thông qua Thỏa thuận về các quy tắc và thủ tục điều chỉnh việc giải quyết tranh chấp (Understanding on rules and procedures governing the settlement of disputes - DSU) được xem là một trong những thành công nổi bật nhất của Tổ chức Thương mại thế giới (World Trade Organization - WTO). Theo cơ chế này, sau khi Cơ quan Giải quyết tranh chấp (The WTO Dispute Settlement Body - DSB) thông qua báo cáo của Ban hội thẩm/Cơ quan phúc thẩm, nếu có khuyến nghị về việc Thành viên bị kiện (bị đơn) có nghĩa vụ phải thực hiện biện pháp bị khiếu kiện phù

hợp với hiệp định có liên quan của WTO được đưa ra thì Thành viên đó sẽ có một khoảng thời gian hợp lý để thực thi¹. Tuy nhiên, khi bị đơn không thực thi tốt nghĩa vụ đó, Thành viên thắng kiện (nguyên đơn) sẽ có một số lựa chọn, trong đó có thể yêu cầu DSB cho phép tạm hoãn thi hành nhượng bộ theo Điều 22 DSU (áp dụng biện pháp trả đũa). Trên cơ sở nguyên tắc đồng thuận nghịch, yêu cầu về việc áp dụng biện pháp trả đũa sẽ được DSB thông qua². Mức độ của biện pháp trả đũa sẽ do Thành viên thắng kiện đề xuất. Nếu các bên tranh chấp có bất đồng về mức độ trả đũa thì cơ chế trọng tài theo Điều 22.6 DSU (sau đây gọi

* TS., Khoa Luật, Trường Đại học Ngoại thương.

** Sinh viên K41 Luật Quốc tế, Học viện Ngoại giao.

¹ Xem Điều 21.1 của DSU.

² Điều 22.6 câu đầu tiên của DSU.

tất là trọng tài Điều 22.6) sẽ được sử dụng³.

Trong thực tiễn, thủ tục trọng tài Điều 22.6 đã được sử dụng 17 lần, chủ yếu trong giai đoạn từ năm 1999 đến năm 2009. Trong giai đoạn 2010 – 2014, thủ tục này không được sử dụng trong bất kỳ vụ tranh chấp nào. Từ năm 2015 đến nay, trọng tài Điều 22.6 mới được áp dụng trở lại trong bốn vụ tranh chấp⁴. Nhìn chung, số vụ việc mà ở đó trọng tài Điều 22.6 được viện dẫn có xu hướng giảm dần qua thời gian, bởi lẽ các quốc gia thường đàm phán, tìm kiếm những giải pháp đồng thuận để giải quyết vấn đề thay vì tiến hành trả đũa. Việc sử dụng thủ tục này, dù không nhiều, cũng đã dẫn đến những kết quả có lợi cho nguyên đơn vì họ được áp dụng biện pháp trả đũa để bù đắp những thiệt hại mà mình phải gánh chịu vì biện pháp bị khiếu kiện của bị đơn.

Trong thời gian qua Việt Nam đã tham gia ngày càng tích cực vào cơ chế giải quyết tranh chấp của WTO. Bên cạnh việc xuất hiện trong các vụ tranh chấp với tư cách bên thứ ba⁵, Việt Nam đã khởi kiện 5 vụ tranh chấp, trong đó có 3 vụ tranh chấp mà Ban hội thẩm/Cơ quan phúc thẩm đã đưa ra

những kết luận có lợi cho Việt Nam. Dù trong 3 vụ tranh chấp đó, thủ tục trọng tài Điều 22.6 chưa được sử dụng vì Việt Nam và phía bị đơn đã thiện chí để giải quyết tốt vụ tranh chấp ở giai đoạn thi hành các báo cáo. Tuy nhiên, cùng với việc các vụ kiện mà Việt Nam khởi xướng tại WTO ngày càng tăng, có thể trong tương lai, Việt Nam sẽ cần phải viện dẫn đến thủ tục này khi bị đơn không tự nguyện thi hành các khuyến nghị của Ban hội thẩm/Cơ quan phúc thẩm. Do đó, bài viết này sẽ tập trung phân tích một số vấn đề pháp lý xuất phát từ quy định của Điều 22.6 và thực tiễn áp dụng Điều 22.6, từ đó rút ra một số khuyến nghị đối với Việt Nam.

1. Nội dung cơ bản của Điều 22.6 DSU

Điều 22.6 của DSU quy định: “*Khi các tình huống mô tả tại khoản 2 xảy ra, theo yêu cầu, DSB phải cho phép tạm hoãn thi hành các nhượng bộ hoặc những nghĩa vụ khác trong vòng 30 ngày kể từ ngày thời hạn hợp lý kết thúc, trừ khi DSB có quyết định trên cơ sở đồng thuận từ chối yêu cầu đó. Tuy nhiên, nếu Thành viên có liên quan phản đối mức độ tạm hoãn được đề xuất, hoặc khiếu nại rằng những nguyên tắc và thủ tục nêu tại khoản 3 chưa được tuân thủ khi bên nguyên đơn yêu cầu cho phép tạm hoãn nhượng bộ hoặc những nghĩa vụ khác theo khoản 3(b) hoặc (c), thì vấn đề này phải được đưa ra trọng tài. Việc phân xử bằng trọng tài như vậy phải do Ban hội thẩm ban đầu tiến hành, nếu các thành viên chấp nhận, hoặc do một trọng tài viên được Tổng Giám đốc chỉ định và việc xét xử của trọng tài phải được hoàn tất trong vòng 60 ngày sau ngày thời hạn hợp lý kết thúc. Nhượng bộ hoặc những nghĩa vụ khác*

³ John Adwet Raghav & Arya Tripathy, “Place of Arbitration in WTO Dispute Settlement Mechanism”, *International Journal of Trade in Services*, 2011, vol. 42, n^o. 1, tr. 119 – 128.

⁴ Danh sách các vụ tranh chấp mà ở đó thủ tục trọng tài Điều 22.6 diễn ra có thể xem tại: https://www.wto.org/english/res_e/publications_e/ai17_e/dsu_art22_jur.pdf, truy cập ngày 10/08/2019. Vụ tranh chấp gần đây nhất mà trọng tài Điều 22.6 được thành lập là theo yêu cầu của Hàn Quốc vào ngày 09/08/2019 trong vụ *United States – Anti-dumping Measures on Certain Oil Country Tubular Goods from Korea* (WT/DS488).

⁵ Danh sách các vụ tranh chấp mà ở đó Việt Nam tham gia có thể xem tại: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_by_country_e.htm, truy cập ngày 10/08/2019.

không bị tạm hoãn trong quá trình xét xử của trọng tài”.

Với quy định này, có thể thấy, trọng tài Điều 22.6 là một cơ chế được áp dụng trong giai đoạn thực thi các báo cáo của Ban hội thẩm hay Cơ quan phúc thẩm đã được thông qua. Nếu sau một khoảng thời gian hợp lý để thực thi những khuyến nghị trong các báo cáo đó đã hết mà Thành viên bị đơn vẫn không thực hiện khuyến nghị hoặc có thực hiện mà biện pháp mới vẫn bị coi là vi phạm quy định của WTO, thì nguyên đơn có quyền viện dẫn đến các thủ tục được quy định tại Điều 22 DSU, trong đó có biện pháp trả đũa. DSU luôn nhấn mạnh rằng trả đũa chỉ là biện pháp tạm thời và phải là biện pháp cuối cùng khi một bên không thực hiện khuyến nghị hay phán quyết của DSB⁶.

Có thể thấy, quy định của Điều 22.6 khá đơn giản. Một loạt các câu hỏi pháp lý sẽ đặt ra nếu quy định này được viện dẫn, như yêu cầu thành lập trọng tài, thẩm quyền cụ thể của trọng tài, lựa chọn trọng tài viên, nghĩa vụ chứng minh... hay xác định mức độ trả đũa hợp lý đều không được làm rõ. Các câu hỏi này chỉ được trả lời bằng thực tiễn các vụ việc khi trọng tài theo Điều 22.6 được thành lập và đưa ra phán quyết cũng như được làm rõ bằng các phân tích ở phần dưới đây.

2. Các vấn đề thủ tục và nội dung cần lưu ý từ thực tiễn sử dụng trọng tài Điều 22.6 DSU

2.1. Các vấn đề về thủ tục

Thực tiễn sử dụng cơ chế trọng tài theo Điều 22.6 DSU làm phát sinh một số vấn đề về thủ tục mà các Thành viên WTO cần đặc biệt lưu ý. Đó là:

Thứ nhất, về yêu cầu thành lập trọng tài

Yêu cầu thành lập trọng tài Điều 22.6 DSU cần đáp ứng những điều kiện nhất định. Trọng tài, trong vụ *EC – Chuối III*⁷, chỉ ra rằng yêu cầu thành lập trọng tài Điều 22.6 phải đáp ứng một số tiêu chuẩn về mặt nội dung như: i) Phải đưa ra một mức độ tạm hoãn cụ thể, nghĩa là mức độ trả đũa cần tương đương với việc vô hiệu hóa và suy giảm lợi ích do biện pháp bị coi là vi phạm quy định của WTO gây ra theo Điều 22.4 và ii) Phải chỉ rõ hiệp định và (các) lĩnh vực theo đó nhượng bộ hoặc các nghĩa vụ khác sẽ bị tạm hoãn theo Điều 22.3⁸. Nói cách khác, nguyên đơn, trong yêu cầu thành lập trọng tài theo Điều 22.6 phải chỉ rõ mức độ của biện pháp trả đũa cũng như tính chất của biện pháp trả đũa (trả đũa cùng lĩnh vực, trả đũa chéo lĩnh vực hay trả đũa chéo hiệp định). Đây là các thông tin cần thiết để trọng tài xác định rõ thẩm quyền của mình, cũng như có thể có được những đánh giá bước đầu các công việc mà trọng tài sẽ phải tiến hành trong quá trình thụ lý vụ việc.

Thứ hai, về thẩm quyền của trọng tài

Trên cơ sở quy định của Điều 22.6, có thể thấy trọng tài có thẩm quyền để giải quyết ba vấn đề: i) Xác định mức độ trả đũa có tương ứng với mức độ vô hiệu hóa hay suy giảm hay không; ii) Xác định trả đũa có được cho phép theo các hiệp định liên quan

⁷ *European Communities – Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas – Recourse to Arbitration by the European Communities under Article 22.6 of the DSU – Decision by the Arbitrator*, 24/03/2000 WT/DS27/ARB/ECU, đoạn 20.

⁸ *EC Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones) – Recourse to Arbitration by the European Communities under Article 22.6 of the DSU – Decision by the Arbitrator*, 12 July 1999, WT/DS26/ARB, đoạn 16.

⁶ Điều 3.7 DSU.

hay không; iii) Xác định trả đũa có tuân theo các thủ tục của Điều 22.3 DSU hay không. Trong vụ *EC – Chuối III*, trọng tài đã khẳng định rõ điều này, theo đó, “*thẩm quyền của trọng tài bao gồm quyền xác định: (i) Mức độ tạm hoãn nhượng bộ hoặc các nghĩa vụ khác được yêu cầu tương đương với mức độ vô hiệu hóa hoặc suy giảm; và (ii) Liệu các nguyên tắc hoặc các thủ tục liên quan đến việc tạm hoãn nhượng bộ hoặc các nghĩa vụ khác trong các lĩnh vực và/hoặc hiệp định theo Điều 22.3 của DSU đã được tuân thủ*”⁹. Một điểm cần lưu ý là, ngoài ba vấn đề này, trọng tài không có thẩm quyền để xem xét các vấn đề khác, kể cả câu hỏi về bản chất của việc tạm hoãn thi hành nhượng bộ¹⁰.

Tuy nhiên, với việc xác định mức độ tạm hoãn thi hành nhượng bộ, khi trọng tài xác định mức độ trả đũa do nguyên đơn yêu cầu là không tương ứng với mức độ vô hiệu hóa hoặc suy giảm thiệt hại thực tế, trọng tài có thể đề xuất mức độ tạm hoãn mới cho tương ứng với mức độ thiệt hại¹¹. Các phân tích ở phần 2.2 sẽ cho thấy rõ điều này.

Liên quan đến thẩm quyền xem xét sự tuân thủ các quy định của Điều 22.3 DSU, Điều 22.6 nêu rõ trọng tài sẽ xem xét liệu “*nguyên tắc và thủ tục nêu tại khoản 3 [Điều 22.3] chưa được tuân thủ khi nguyên đơn yêu cầu cho phép tạm hoãn nhượng bộ hoặc những nghĩa vụ khác theo khoản 3(b) hoặc (c)*” hay chưa. Từ quy định đó, câu hỏi đặt ra là trọng tài có thẩm quyền xem xét việc tuân thủ các nguyên tắc theo khoản 3(a) không? Hoa Kỳ đã nêu vấn đề này ra trong vụ tranh chấp *EC – Chuối III*. Hoa Kỳ

lập luận rằng, trọng tài không thể xem xét các nguyên tắc và thủ tục nêu tại Điều 22.3 trong thủ tục trọng tài vì Hoa Kỳ đã yêu cầu cho phép trả đũa chỉ theo điểm a của Điều 22.3 DSU. Nói cách khác, theo quan điểm của Hoa Kỳ, trọng tài chỉ có thể làm như vậy nếu Hoa Kỳ đã yêu cầu cho phép tạm hoãn thi hành nhượng bộ theo các điểm b hoặc c của Điều 22.3 DSU¹². Trọng tài đã không đồng ý quan điểm của Hoa Kỳ và cho rằng, khi Điều 22.3 được áp dụng, thẩm quyền của trọng tài để xem xét việc tuân thủ các nguyên tắc và thủ tục tại điểm b và c hàm ý rằng trọng tài có thẩm quyền xem xét liệu những yêu cầu tạm hoãn thi hành nhượng bộ theo điểm a có được tuân thủ đầy đủ hay một phần theo các điểm b và c hay không¹³. Đây là nhận định quan trọng, tạo nên thẩm quyền của trọng tài để xem xét cả các yêu cầu của điểm a trong mối liên hệ với điểm b và c của Điều 22.3.

Thứ ba, về lựa chọn trọng tài viên

Theo Điều 22.6 DSU, trọng tài sẽ được thực hiện bởi Ban hội thẩm ban đầu, nếu các thành viên Ban hội thẩm ban đầu chấp nhận, hoặc bởi một trọng tài viên được Tổng Giám đốc chỉ định. Tính đến ngày 31/07/2019, phần lớn vụ việc đã được chuyển tới Ban hội thẩm ban đầu, trừ vụ *Hoa Kỳ - Đạo luật 1916 (EC)*¹⁴ (Điều 22.6 –

¹² *European Communities – Regime for the importation, sale and distribution of bananas – Recourse to arbitration by the European Communities under Article 22.6 of the DSU*, Decision by the Arbitrators, WT/DS27/ARB, 9 April 1999, đoạn 3.1.

¹³ *Tlđđ*, WT/DS27/ARB/ECU, đoạn 45, 46.

¹⁴ *United States – Anti-dumping Act of 1916* (WT/DS136).

⁹ *Tlđđ*, WT/DS27/ARB/ECU, đoạn 11.

¹⁰ Điều 22.7 DSU.

¹¹ *Tlđđ*, WT/DS26/ARB, đoạn 12.

Hoa Kỳ) và *Hoa Kỳ - Cá ngừ II (Mexico)*¹⁵ (Điều 22.6 – Hoa Kỳ). Trong hai trường hợp này, Chủ tịch Ban hội thẩm ban đầu đã chết, nên các bên yêu cầu Tổng giám đốc WTO chỉ định trọng tài viên thay thế¹⁶. Hai trọng tài viên khác vẫn là thành viên của Ban hội thẩm ban đầu. Như vậy, về cơ bản, các bên sẽ không gặp khó khăn khi chỉ định trọng tài viên cho thủ tục trọng tài Điều 22.6. Đây là một điểm thuận lợi cho các bên khi sử dụng thủ tục này.

Thứ tư, về nghĩa vụ chứng minh

Nghĩa vụ chứng minh (burden of proof) trong thủ tục trọng tài theo Điều 22.6 tuân theo nguyên tắc chung về xác định trách nhiệm chứng minh mà Cơ quan phúc thẩm đã đưa ra trước đó. Nguyên tắc chung về nghĩa vụ chứng minh là bất cứ bên nào (dù là nguyên đơn hay bị đơn) khi đưa ra một khẳng định thì người đó có trách nhiệm phải chứng minh. Nếu một bên đưa ra thêm bằng chứng đủ để khẳng định rằng giả định của mình là đúng thì nghĩa vụ chứng minh sẽ chuyển cho bên còn lại để cung cấp bằng chứng bác bỏ giả định đó¹⁷. Trong trọng tài theo Điều 22.6, khi nguyên đơn đề xuất

mức trả đũa, nguyên đơn có nghĩa vụ phải chứng minh về mức trả đũa đó. Sau đó, nếu bị đơn không đồng ý về mức trả đũa mà nguyên đơn đưa ra, bị đơn có trách nhiệm phải chứng minh lý do không đồng ý của mình. Nói cách khác, nghĩa vụ chứng minh đầu tiên trong trọng tài theo Điều 22.6 thuộc về nguyên đơn, sau đó, bị đơn có quyền cung cấp các bằng chứng để bác bỏ. Trong vụ *EC – Hoóc-môn*, trọng tài cũng đã làm rõ nguyên tắc này bằng nhận định, theo đó, “một bên tranh chấp cho rằng một Thành viên đã hành động không tương thích với các quy tắc của WTO thì chịu trách nhiệm chứng minh sự không tương thích đó... EC phản đối sự phù hợp của đề xuất mà Hoa Kỳ đưa ra so với quy định WTO. Do đó, EC phải chứng minh rằng đề xuất của Hoa Kỳ là không nhất quán với quy định tại Điều 22.4...”¹⁸.

Thứ năm, về thời gian diễn ra thủ tục trọng tài theo Điều 22.6 DSU

Theo Điều 22.6, việc xét xử của trọng tài phải được hoàn tất trong vòng 60 ngày sau ngày thời hạn hợp lý kết thúc. Trong quá trình thủ tục trọng tài đang diễn ra, nguyên đơn chưa có quyền áp dụng biện pháp trả đũa¹⁹. Tuy nhiên, nếu các bên, trước tiên, đàm phán về bồi thường theo Điều 22.2 thì thủ tục phải hoàn thành trong vòng 20 ngày sau ngày thời hạn hợp lý kết thúc, sau đó mới áp dụng biện pháp trả đũa, vậy thì trọng tài chỉ còn 40 ngày để xem xét vấn đề và ra quyết định. Đây có thể xem là một khoảng thời gian khá ngắn. Trên thực tế, trong hầu hết các vụ tranh chấp, trọng tài đều vượt quá thời gian ra quyết định theo Điều 22.6. Thời gian dài nhất lên đến 1440 ngày (vụ *Hoa Kỳ*

¹⁵ *United States - Measures Concerning the Importation, Marketing and Sale of Tuna and Tuna Products* (WT/DS381).

¹⁶ *United State – Anti-dumping Act of 1916 – Recourse by the European Communities to Article 22.6 of the DSU - Constitution of the Arbitrator – Note by Secretariat*, WT/DS136/17, 19 February 2002, ghi chú 1; *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 – Constitution of the Arbitrator – Note by Secretariat*, WT/DS381/34, 3 May 2016, đoạn 3.

¹⁷ *United States - Measures Affecting Imports of Woven Wool Shirts and Blouses from India – Report of the Appellate Body*, 25 April 1997, WT/DS33/AB/R, tr.14.

¹⁸ *Tlđđ*, WT/DS26/ARB, đoạn 9.

¹⁹ Điều 22.6 DSU.

- Sản phẩm bông vùng cao I và II), và ngắn nhất là 60 ngày (vụ EC – Hoóc-môn)²⁰. Nói cách khác, dù các thời hạn đã được đặt ra, cơ chế giải quyết tranh chấp của WTO vẫn nghiêng về phía đảm bảo chất lượng của các báo cáo/phán quyết hơn là giải quyết nhanh chóng vụ tranh chấp.

Thứ sáu, quyền của bên thứ ba trong thủ tục trọng tài theo Điều 22.6 DSU

Sự tham gia của các Thành viên WTO vào những vụ tranh chấp với tư cách bên thứ ba, bên cạnh nguyên đơn và bị đơn, đã được quy định khá rõ ràng cho các thủ tục tham vấn (Điều 4.11 DSU), Ban hội thẩm (Điều 10 DSU), Cơ quan phúc thẩm (Điều 17.4 DSU và Quy tắc 24 thủ tục làm việc của Cơ quan phúc thẩm)²¹. Đối với thủ tục trọng tài Điều 22.6, DSU không quy định về việc tham gia của bên thứ ba. Do đó, trên thực tế, trong một số trường hợp, một số Thành viên WTO đã gửi tới trọng tài yêu cầu cho phép họ được xuất hiện trong thủ tục này với tư cách bên thứ ba. Có thể kể đến yêu cầu của Ecuador trong vụ EC – Chuối III, của Hoa Kỳ và Canada trong vụ EC – Hoóc-môn, của Australia trong vụ Brazil – Máy bay²², của Mexico và Canada

trong vụ Hoa Kỳ - COOL²³. Đối với các yêu cầu này, về cơ bản, trọng tài thành lập theo Điều 22.6 đều khẳng định, do DSU không có quy định về việc tham gia của bên thứ ba vào thủ tục này nên họ có quyền quyết định cho một Thành viên tham gia với tư cách bên thứ ba hay không. Trong bốn thủ tục nêu trên, trọng tài chỉ đồng ý với các yêu cầu của Hoa Kỳ và Canada trong vụ EC – Hoóc-môn và của Mexico, Canada trong vụ Hoa Kỳ - COOL với lý do cơ bản là, các yêu cầu đều được đưa ra trong các vụ việc mà nguyên đơn cùng khởi kiện bị đơn về một biện pháp, nên khi trọng tài theo Điều 22.6 được thành lập để xem xét việc trả đũa trong một vụ, nguyên đơn còn lại, nếu không được tham gia với tư cách bên thứ ba có thể sẽ bị ảnh hưởng đến quyền lợi của nguyên đơn đó²⁴. Khi được cho phép tham gia với tư cách bên thứ ba, các quyền mà các bên thứ ba này được hưởng cũng khá rộng, bao gồm: i) Tham gia vào các phiên họp của trọng tài; ii) Trình bày quan điểm vào cuối mỗi phiên họp và iii) Nhận một bản sao các văn kiện đệ trình viết của các bên²⁵.

Thứ bảy, giá trị của phán quyết trọng tài

Khi xem xét các vấn đề thuộc thẩm quyền của mình, trọng tài sẽ tiến hành kết luận về mức độ trả đũa hoặc sự tuân thủ theo các trình tự thủ tục theo Điều 22.3. Quyết định của trọng tài theo Điều 22.6 là

²⁰ World Trade Organization, *WTO Analytical Index: Dispute Settlement Understanding, Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes Article 22*, xem tại: https://www.wto.org/english/res_e/publications_e/ai_17_e/dsu_art22_jur.pdf, truy cập ngày 10/08/2019.

²¹ Xem thêm: Ngọc Hà Nguyễn, *L'intervention des tierces parties dans le règlement des différends à l'OMC*, L'Harmattan, Paris, 2016, tr. 578.

²² Brazil – Export Financing Programme for Aircraft – Recourse to Arbitration by Brazil under Article 22.6 of the DSU and Article 4.11 of the SCM Agreement, Decision by the Arbitrator, WT/DS46/ARB, 28/08/2000.

²³ United States – Certain Country of Origin Labelling (COOL) Requirements – Recourse to article 22.6 of the DSU by the United States, Decision by the Arbitrator, WT/DS384/ARB, WT/DS386/ARB, 07/12/2015.

²⁴ *Tlđđ*, WT/DS26/ARB, WT/DS48/ARB, đoạn 7; *Tlđđ*, WT/DS384/ARB, WT/DS386/ARB, đoạn 2.20-2.23.

²⁵ *Tlđđ*, WT/DS26/ARB, WT/DS48/ARB, đoạn 7; *Tlđđ*, WT/DS384/ARB, WT/DS386/ARB, đoạn 2.20-2.23.

chung thẩm và các bên không được kháng cáo. Quyết định của trọng tài phải được chuyển ngay lập tức tới DSB và DSB có quyền không thông qua theo nguyên tắc đồng thuận nghịch²⁶. Việc trả đũa chỉ dừng lại khi bên vi phạm tuân thủ đúng khuyến nghị hay phán quyết hoặc các bên đạt được những giải pháp đồng thuận²⁷.

Thứ tám, mối quan hệ giữa thủ tục trọng tài thành lập theo Điều 22.6 với thủ tục Ban hội thẩm theo Điều 21.5

Khi xem xét đến thủ tục trọng tài theo Điều 22.6, các Thành viên WTO có nhiều tranh cãi liên quan đến trình tự áp dụng giữa thủ tục này và thủ tục Ban hội thẩm theo Điều 21.5 - Ban hội thẩm về tuân thủ (vấn đề “thứ tự thủ tục” - “sequencing”). Trên thực tế, các bên đã tìm cách đạt được những thỏa thuận để giải quyết khúc mắc này. Trong nhiều vụ tranh chấp, các bên đồng ý rằng sẽ bắt đầu thủ tục của Điều 21.5 và Điều 22 đồng thời, sau đó tạm dừng thủ tục trả đũa theo Điều 22 cho đến khi hoàn thành thủ tục tại Điều 21.5. Nếu Ban hội thẩm tuân thủ quyết định rằng biện pháp thực hiện mới chưa tuân thủ khuyến nghị hay phán quyết thì mới tiếp tục thủ tục theo Điều 22 (ví dụ vụ *Australia – Cá hồi*²⁸). Có nhiều vụ tranh chấp lại được các bên thỏa thuận rằng thủ tục theo Điều 21.5 sẽ được bắt đầu trước thủ tục trả đũa của Điều 22 (ví dụ vụ *Canada – Máy bay*²⁹). Có thể thấy rằng, vấn đề “sequencing” chỉ được giải

quyết thông qua thỏa thuận giữa các bên trong từng vụ việc cụ thể mà không có những quy định rõ ràng. Đây cũng là một trong những vấn đề đã được đàm phán và chưa có kết quả cuối cùng tại Vòng Doha³⁰.

2.2. Một số vấn đề về nội dung

Có thể thấy thực tiễn sử dụng trọng tài theo Điều 22.6 đã góp phần làm rõ nhiều vấn đề về mặt thủ tục mà bản thân nội dung Điều 22.6 chưa giải quyết. Bên cạnh đó, có hai vấn đề về nội dung cũng được các trọng tài giải thích thông qua các quyết định của mình. Cụ thể:

Thứ nhất, liên quan tới xác định mức độ trả đũa

Theo Điều 22.4 DSU, mức độ trả đũa phải tương tự với mức độ thiệt hại mà nguyên đơn phải gánh chịu. Thông thường, trọng tài sẽ xác định mức độ trả đũa theo các bước sau: i) Tính toán mức độ thiệt hại; ii) Tính toán mức độ trả đũa theo những biện pháp do nguyên đơn đề xuất; iii) Cân bằng hai yếu tố này để đưa ra phán quyết cuối cùng³¹. Trong nhiều vụ tranh chấp, sau khi xác định được mức độ thiệt hại thì trọng tài thường kết luận là mức độ tạm hoãn sẽ tương tự với mức độ thiệt hại đã được xác định đó³². Để tính toán, trọng tài đã sử dụng

²⁶ Điều 22.7 DSU.

²⁷ Điều 22.8 DSU.

²⁸ *Australia – Measures affecting importation of salmon*, Article 25.1 Panel Report, WT/DS18/RW, 18 February 2000.

²⁹ Oleksandr Kozlov, *Enforcing compliance with WTO dispute settlement rulings*, Unpublished Master's Thesis, Ghent University, 2017, tr. 19.

³⁰ Dispute Settlement Body (Special session), *Report by the Chairman, Ambassador Ronald Saborío Soto, to the Trade Negotiations Committee*, TN/DS/25, 21 April 2011.

³¹ Ye Siyu, *The Legal Analysis of the Cross-Retaliation Under the WTO Framework*, Unpublished Master's Thesis, Ghent University, Belgium, 2013, tr. 15-16.

³² Farzan Sabet, Kai Kan, dan Thibault Fresquet, *Retaliation under the WTO system: When does Nullification or Impairment Begin?*, https://www.tradelab.org/images/tradelab/pdf/clinics/2016/Retaliation_under_the_WTO_system_When_does_Nullification_or_Impairment_Begin.pdf, truy cập ngày 10/08/2019, tr. 14.

biện pháp phản thực tế (*counterfactual method*), theo đó, trọng tài sẽ đưa ra tình huống giả định rằng không có biện pháp vi phạm hoặc bên vi phạm đã tuân thủ các khuyến nghị và phán quyết. Cụ thể, bước đầu tiên mà các trọng tài thực hiện là lựa chọn một tình huống phản thực tế phù hợp nhất với bối cảnh vụ tranh chấp và tiến hành so sánh tình hình thực tế (có sự hiện diện của biện pháp bị coi là vi phạm) và tình huống giả định (không có biện pháp bị coi là vi phạm). Tiếp theo, các trọng tài sẽ định lượng mức độ lợi ích bị vô hiệu hóa hoặc suy giảm bằng cách kiểm tra tác động thương mại trực tiếp (*direct trade-effects*) nhằm xác định “các dòng thương mại bị ngăn chặn, tức là giao dịch bị mất hoặc doanh thu không nhận được do biện pháp của bị đơn”³³. Từ đó, trọng tài sẽ xác định được mức độ thiệt hại mà bên nguyên đơn phải chịu. Cách tính này đã được áp dụng trong nhiều vụ tranh chấp như *EC – Hoóc-môn*, *Hoa Kỳ – Dịch vụ cờ bạc*, *Hoa Kỳ – FSC*³⁴, *Hoa Kỳ – Đạo luật Đền bù* (*Luật Byrd sửa đổi*)...³⁵.

Một câu hỏi được đặt ra là trong quá trình xác định mức độ trả đũa, thời điểm bắt đầu tính mức độ thiệt hại là từ khi nào. Câu trả lời được các trọng tài đưa ra không hoàn toàn giống nhau. Trọng tài trong vụ *EC – Hoóc-môn* cho rằng, cần phải tính kể từ ngày mà thời hạn hợp lý dành cho việc thi hành khuyến nghị của bị đơn kết thúc³⁶. Trong khi đó, trọng tài trong vụ *Hoa Kỳ – Mục 110(5) Luật Bản quyền* lại cho rằng,

cần tính từ ngày vụ tranh chấp được đưa ra trọng tài³⁷. Việc xác định thời điểm bắt đầu tính mức độ thiệt hại khác nhau có thể dẫn đến mức độ trả đũa cũng sẽ khác nhau, từ đó, ảnh hưởng đến lợi ích thực tế của nguyên đơn. Ngoài ra, điều này cũng cho thấy, mức độ trả đũa, trong mọi trường hợp, sẽ không tương xứng với toàn bộ thiệt hại mà nguyên đơn phải gánh chịu do biện pháp bị khiếu kiện của bị đơn, vì mức độ thiệt hại không được tính từ thời điểm biện pháp bị khiếu kiện được áp dụng trong thực tế. Nói cách khác, việc mức độ trả đũa chỉ tương xứng với một phần thiệt hại của nguyên đơn cho thấy điểm đặc trưng của chế độ trách nhiệm pháp lý quốc tế trong khuôn khổ của WTO so với chế độ trách nhiệm pháp lý quốc tế trong công pháp quốc tế nói chung. Điểm đặc trưng thể hiện ở việc chế độ pháp lý quốc tế trong khuôn khổ WTO không hướng tới đền bù toàn bộ thiệt hại do hành vi vi phạm gây ra. Ngược lại, chế độ này hướng tới làm cho biện pháp bị vi phạm trở nên tương thích với các quy định của WTO. Nếu có trả đũa, việc áp dụng biện pháp trả đũa cũng chỉ tương xứng với một phần thiệt hại và cũng chỉ mang tính chất tạm thời³⁸.

Thực tế từ 17 vụ việc mà ở đó trọng tài Điều 22.6 được viện dẫn cho thấy mức độ trả đũa mà trọng tài cho phép áp dụng thường thấp hơn so với mức mà nguyên đơn đề xuất.

³³ *United States - Section 110(5) of the US Copyright Act - Recourse to Arbitration under Article 25 of the DSU - Award of the Arbitrator*, 9 November 2001, WT/DS160/ARB, đoạn 4.20-4.25.

³⁴ Về chủ đề này, xem thêm: Holger Spamann, “The Myth of Rebalancing Retaliation in WTO Dispute Settlement Practice”, *Journal of International Economic Law*, 2006, vol. 1, n° 1, tr. 31-80; Peter-Tobias Stoll, “WTO Dispute Settlement: The Implementation Stage”, *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 1999, vol. 3, tr. 407-438.

³³ Ye Siyu, *lđđ*, tr. 16.

³⁴ *United States – Tax Treatment for Foreign Sales Corporations* (WT/DS108).

³⁵ Xem thêm: Farzan Sabet, Kai Kan, dan Thibault Fresquet, *lđđ*, tr. 13.

³⁶ *Tlđđ*, WT/DS26/ARB, đoạn 38.

Khoảng cách lớn nhất giữa mức độ trả đũa được đề xuất bởi nguyên đơn và được trọng tài quyết định được thể hiện trong vụ tranh chấp *Hoa Kỳ - Dịch vụ cờ bạc*. Theo đó, mức độ trả đũa mà Antigua và Barbuda đề xuất là 3,443 tỷ USD (hàng năm)³⁹ trong khi trọng tài quyết định mức độ trả đũa chỉ là 21 triệu USD (hàng năm)⁴⁰. Trong tổng số 15 vụ tranh chấp, chỉ có một vụ duy nhất trọng tài quyết định mức độ trả đũa bằng mức độ mà nguyên đơn đưa ra, đó là vụ *Hoa Kỳ - FSC*⁴¹, với mức trả đũa là 4,043 tỷ USD (hàng năm)⁴².

Thứ hai, về tính chất của biện pháp trả đũa

Điều 22.3 DSU quy định tính chất của biện pháp trả đũa; theo đó khi tiến hành trả đũa, nguyên đơn trước tiên phải thực hiện trả đũa trong cùng lĩnh vực với vi phạm⁴³. Tuy nhiên, nếu nguyên đơn thấy rằng biện pháp trả đũa cùng lĩnh vực là không thực tế hay không hiệu quả thì có thể tiến hành trả đũa đối với lĩnh vực khác trên cơ sở cùng một hiệp định (trả đũa chéo lĩnh vực)⁴⁴. Cuối cùng, nếu việc tạm hoãn này cũng

không thực tế hoặc không hiệu quả và xảy ra những tình huống nghiêm trọng thì nguyên đơn có thể tiến hành trả đũa theo một hiệp định liên quan khác (trả đũa chéo hiệp định)⁴⁵.

Đối với trả đũa chéo hiệp định, biện pháp này trao cho nguyên đơn cơ hội thực hiện việc trả đũa đối với những lĩnh vực thương mại quan trọng đối với bên vi phạm⁴⁶. Để cho phép thực hiện việc trả đũa chéo hiệp định, trọng tài theo Điều 22.6 phải quyết định xem nguyên đơn có tuân thủ các yêu cầu sau hay không: (i) Việc trả đũa cùng lĩnh vực không thực tế hoặc không hiệu quả; (ii) Việc trả đũa chéo chỉ được thực hiện trong những hoàn cảnh “*ng nghiêm trọng*”; (iii) Tuân thủ các yếu tố khác được xác định trong Điều 22.3.d DSU⁴⁷. Đối với yêu cầu đầu tiên, Điều 22.3 quy định nguyên đơn có toàn quyền xác định biện pháp trả đũa cùng lĩnh vực là “*không thực tế*” hoặc “*không hiệu quả*”. Tuy nhiên, dù đó là quyền của nguyên đơn, trọng tài vẫn có thẩm quyền để quyết định xem liệu nguyên đơn có xem xét những sự kiện cần thiết một cách khách quan hay không và liệu bối cảnh đó, nguyên đơn có thể đưa ra kết luận hợp lý⁴⁸ để có thể trả đũa chéo lĩnh vực hay trả đũa chéo hiệp định. Đồng thời, trọng tài cũng khẳng định gánh nặng bằng chứng sẽ thuộc về bên bị đơn để chứng minh rằng tạm hoãn trong cùng một lĩnh vực hay cùng một hiệp định là thực tế và hiệu quả nhằm phản bác lại kết luận của bên

³⁹ *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 - Decision by the Arbitrator*, (21 December 2007) WT/DS285/ARB [I.5].

⁴⁰ *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 - Decision by the Arbitrator*, (21 December 2007) WT/DS285/ARB [VI.1].

⁴¹ *United States - Tax Treatment for "Foreign Sales Corporations"* (WT/DS108).

⁴² *United States - Tax Treatment for "Foreign Sales Corporations" - Recourse to Arbitration by the United States under Article 22.6 of the DSU - Decision by the Arbitrator*, (30 August 2002) WT/DS108/ARB, đoạn A.34.

⁴³ Điều 22.3(a) DSU.

⁴⁴ Điều 22.3(b) DSU.

⁴⁵ Điều 22.3(c) DSU.

⁴⁶ Peter Tobias Stoll and Arthur Steinmann, “WTO Dispute Settlement: The implementation stage”, In Jochen A. Frowein, Rüdiger Wolfrum and Christiane E. Philipp (eds.), *Max Planck Yearbook of United Nations Law* 3, 1999, tr. 422.

⁴⁷ Ye Siyu, *lđđđ*, p.17.

⁴⁸ *lđđđ*, WT/DS27/ARB/ECU, đoạn 20.

nguyên đơn⁴⁹. Đối với yêu cầu thứ hai về các trường hợp nghiêm trọng, do DSU không quy định rõ ràng về cách xác định tính nghiêm trọng, nên các trọng tài đã giải thích thuật ngữ này dựa trên các chỉ dẫn theo ngữ cảnh được quy định tại Điều 22.3.d, ví dụ như trong vụ *EC – Chuối III*⁵⁰ và *Hoa Kỳ – Dịch vụ cờ bạc*⁵¹.

Đối với yêu cầu cuối cùng của Điều 22.3.d, cần xác định rõ hai yếu tố: (i) Cân nhắc thương mại trong lĩnh vực có vi phạm và tầm quan trọng của nó đối với nguyên đơn và (ii) Những nhân tố kinh tế lớn hơn liên quan đến việc triệt tiêu hoặc gây phương hại và những hậu quả kinh tế lớn hơn của trả đũa. Trọng tài trong vụ *EC – Chuối III* cho rằng, Điều 22.3.d.i chỉ liên quan đến nguyên đơn (tức là bên chịu thiệt hại), còn Điều 22.3.d.ii lại liên quan đến cả hai bên nguyên đơn và bị đơn⁵². Trên thực tế, các trọng tài không có xu hướng phân tích sâu về yêu cầu này và chỉ đơn giản kết luận rằng, nguyên đơn đã hoặc chưa xem xét các yếu tố đó và do đó điều kiện theo Điều 22.3(d) có được đáp ứng hay không⁵³.

3. Khuyến nghị đối với Việt Nam

Tính đến thời điểm hiện nay, Việt Nam đã đưa năm vụ tranh chấp ra WTO. Ba vụ tranh chấp đã được giải quyết hoàn toàn là *Hoa Kỳ – Tôm*⁵⁴, *Hoa Kỳ – Tôm II*⁵⁵ và

*Indonesia – Sản phẩm sắt hoặc thép*⁵⁶. Trong ba vụ tranh chấp này, Việt Nam và Hoa Kỳ đã đạt được giải pháp đồng thuận vào 18/07/2016 đối với hai vụ tranh chấp đầu tiên; Indonesia, sau đó, cũng đã bãi bỏ biện pháp bị vi phạm. Nói cách khác, tính đến thời điểm hiện tại, Việt Nam chưa phải sử dụng đến cơ chế trả đũa, do đó, chưa phải vận dụng đến các quy định về trọng tài theo Điều 22.6. Tuy nhiên, khi các vụ tranh chấp dần trở nên phức tạp hơn, Việt Nam cần phải chuẩn bị đầy đủ cho những tình huống mà ở đó, thành viên WTO bị Việt Nam khởi kiện không thực thi khuyến nghị hay phán quyết, dẫn đến việc Việt Nam phải viện dẫn đến Điều 22.6 như một công cụ để bảo vệ các lợi ích thương mại chính đáng của mình. Để có thể áp dụng thành công, Việt Nam cần lưu ý những vấn đề sau đây:

Thứ nhất, cần hiểu và nắm rõ các vấn đề về thủ tục và nội dung của việc giải quyết tranh chấp bằng trọng tài theo Điều 22.6 của DSU. Như đã trình bày ở trên, Điều 22.6 DSU quy định khá đơn giản, nhưng các vấn đề thủ tục và nội dung liên quan đến thủ tục này chỉ được làm rõ thông qua các vụ tranh chấp được giải quyết trong khuôn khổ của DSB. Do đó, để đảm bảo vận dụng thành công thủ tục trả đũa nói chung và thủ tục yêu cầu thành lập trọng tài để xác định mức độ trả đũa nói riêng, Việt Nam cần nghiên cứu kỹ, đầy đủ toàn bộ các phán quyết trọng tài theo Điều 22.6 đã được đưa ra. Đây sẽ là yếu tố quan trọng giúp Việt Nam có thể đạt được kết quả có lợi, bảo vệ quyền và lợi ích chính đáng đã bị ảnh hưởng bởi biện pháp thương mại nước ngoài.

(Xem tiếp trang 60)

⁴⁹ *Tlđđ*, WT/DS27/ARB/ECU, đoạn 78.

⁵⁰ *Tlđđ*, WT/DS27/ARB/ECU, đoạn 80.

⁵¹ *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 - Decision by the Arbitrator*, 22/12/2007, WT/DS285/ARB, đoạn IV.107.

⁵² *Tlđđ*, WT/DS27/ARB/ECU, đoạn 85-86.

⁵³ Ye Siyu, *tlđđ*, tr.19.

⁵⁴ *United States - Anti-Dumping Measures on Certain Shrimp from Viet Nam* (WT/DS404).

⁵⁵ *United States - Anti-Dumping Measures on Certain Shrimp from Viet Nam* (WT/DS429).

⁵⁶ *Indonesia - Safeguard on Certain Iron or Steel Products* (WT/DS496).

cách bình đẳng, đặc biệt trong quan hệ với cơ quan công quyền. Vì vậy, việc có luật sư bào chữa, trợ giúp pháp lý đối với người bị buộc tội cần phải là một quy tắc bắt buộc chung trong tất cả các vụ án hình sự mà không nên có sự hạn chế giới hạn khung hình phạt 20 năm tù trở lên như pháp luật hiện nay⁷⁰. Đồng thời, cũng cần phải xem xét kỹ lưỡng quy định giá trị pháp lý của lời

khai và biên bản hỏi cung của nghi phạm khi không có sự tham dự của luật sư, nhằm hạn chế trường hợp ép cung, mớm cung. Ngoài ra, quyền tiếp cận thân chủ của luật sư cũng cần được bảo đảm hơn trên thực tế; việc giám sát của cơ quan có thẩm quyền trong quá trình tiếp cận luật sư cũng cần bảo đảm sự riêng tư của các cuộc gặp gỡ này⁷¹.

⁷⁰ Đỗ Ngọc Thịnh, *Vai trò của luật sư, người bị buộc tội trong việc bảo đảm xét xử công bằng*, tham luận Hội thảo quốc tế ngày 5-6/9/2019 tại Hà Nội.

⁷¹ Như trên.

(Tiếp theo trang 46 – Thực tiễn sử dụng thủ tục trọng tài...)

Thứ hai, Việt Nam cần tiếp tục củng cố đội ngũ chuyên gia pháp lý có kiến thức vững chắc không chỉ về giải quyết tranh chấp tại giai đoạn Ban hội thẩm và Cơ quan phúc thẩm, mà còn tại giai đoạn trọng tài thành lập theo Điều 22.6. Do chưa từng sử dụng cơ chế trọng tài theo Điều 22.6, Việt Nam có thể học tập kinh nghiệm từ những quốc gia đang phát triển như Brazil hay Mexico. Đồng thời, thủ tục trọng tài không chỉ liên quan đến các vấn đề pháp lý, mà còn liên quan đến cả vấn đề kinh tế, nên đội ngũ chuyên gia pháp lý cần có sự phối hợp với những chuyên gia kinh tế để đánh giá tác động của biện pháp vi phạm và ước tính mức độ trả đũa hợp lý.

Thứ ba, về vấn đề kinh phí, biện pháp trả đũa được xem là biện pháp tạm thời và được áp dụng cuối cùng nếu một bên không tuân thủ khuyến nghị và phán quyết của DSB. Như vậy, việc kéo dài vụ tranh chấp đến tận giai đoạn sử dụng trọng tài theo Điều 22.6 sẽ tốn khá nhiều kinh phí. Việt Nam nên có khoản ngân sách dự phòng

dành cho việc theo đuổi các vụ giải quyết tranh chấp và có chính sách huy động nguồn tài chính đóng góp từ các hiệp hội hay các doanh nghiệp, từ đó, nâng cao khả năng theo đuổi tới cùng một vụ kiện để bảo vệ quyền lợi của Việt Nam và của các chủ thể tư liên quan.

Như vậy, trả đũa là một cơ chế nhằm mục đích đảm bảo sự tuân thủ của các Thành viên WTO đối với các khuyến nghị đã được DSB thông qua. Có thể nhận thấy rằng, trả đũa là hành động sẽ tác động rất nhiều đến lợi ích kinh tế của các Thành viên bị áp dụng. Do vậy, một mức độ trả đũa hợp lý, cân bằng với thiệt hại phải gánh chịu cũng như sự tuân thủ đúng các trình tự, thủ tục theo quy định của DSU là rất cần thiết. Đối với Việt Nam, các phân tích nêu trên về thành lập theo Điều 22.6 sẽ giúp ích cho Việt Nam khi phải viện dẫn đến điều khoản này nhằm bảo vệ các quyền và lợi ích hợp pháp bị ảnh hưởng của mình trong tương lai.