

VAI TRÒ THIẾT CHẾ PHỨC THẨM ĐẢM BẢO TÍNH NHẤT QUÁN VÀ DỄ DỰ ĐOÁN TRONG GIẢI THÍCH, ÁP DỤNG PHÁP LUẬT WTO

TRINH HẢI YẾN *

NGUYỄN THỦY NGUYÊN **

PHẠM THANH TÙNG ***

Tóm tắt: Cơ quan phúc thẩm (Appellate Body - AB) là cấp xét xử phúc thẩm của quy trình giải quyết hai cấp xét xử của WTO. Với thẩm quyền xem xét lại, giữ nguyên, sửa đổi hoặc hủy bỏ (reverse) các ý kiến và kết luận của Ban hội thẩm trong các báo cáo bị kháng cáo, Cơ quan phúc thẩm đóng vai trò quan trọng trong việc đảm bảo sự nhất quán và dễ dự đoán khi giải thích, áp dụng pháp luật WTO. Nhìn chung, hiệu quả xét xử của Cơ quan này được đánh giá cao, song vẫn có những chỉ trích về thời gian giải quyết tranh chấp kéo dài quá hạn hay phán quyết vượt thẩm quyền. Hoa Kỳ trong nhiều năm đã ngăn chặn việc bổ nhiệm và tái bổ nhiệm thành viên Cơ quan phúc thẩm, dẫn tới việc thiếu thành viên thực hiện quy trình phúc thẩm vào cuối năm 2019. Điều này dẫn đến hậu quả Cơ quan phúc thẩm buộc phải tạm dừng hoạt động cho đến nay. Đây là một thách thức cho sự ổn định, tính dễ dự đoán và hiệu quả giải quyết tranh chấp trong hệ thống thương mại đa phương. Bài viết làm rõ vai trò của Cơ quan phúc thẩm cũng như những thách thức và giải pháp hiện nay nhằm đảm bảo sự nhất quán khi giải thích và áp dụng pháp luật của WTO.

Từ khoá: WTO; áp dụng pháp luật; giải thích; thiết chế phúc thẩm

Nhận bài: 27/9/2020

Hoàn thành biên tập: 01/3/2021

Duyệt đăng: 10/3/2021

THE ROLE OF THE APPELLATE MECHANISM IN ENSURING THE CONSISTENCY AND PREDICTABILITY OF THE WTO LAW

Abstract: Appellate Body (AB) is the backbone of the WTO's two-tier dispute settlement process. With the authority to review, uphold, modify or reverse the Panel's report, AB plays an important role in ensuring the consistency and predictability of the WTO law. Although the AB has been highly regarded for its efficiency, it is still subject to criticisms about its undue prolongation of dispute settlement or default judgment in excess of jurisdiction. The United States for years has blocked appointments and reappointments of the AB's members, leading to its paralysis by the end of 2019. This situation posed a great challenge for the multilateral trade system in terms of the stability and predictability of the WTO legal system as well as an effective dispute resolution for the multilateral trading system. This paper focuses on analyzing the role of the AB and current challenges, and propose possible solutions to ensure consistency in the interpretation and application of WTO law.

Keywords: WTO; law application; interpretation; Appellate Body

Received: Sept 27th, 2020; Editing completed: Mar 1st, 2021; Accepted for publication: Mar 10th, 2021

* Tiến sĩ, Học viện Ngoại giao Việt Nam, e-mail: trinhhaiyen@dav.edu.vn

** Học viện Ngoại giao Việt Nam, e-mail: nguyennnt-lqt43clc@dav.edu.vn

*** Thạc sĩ, Học viện Ngoại giao Việt Nam, e-mail: tungpham@dav.edu.vn

Kể từ khi thành lập năm 1995, cơ chế giải quyết tranh chấp của WTO quy định tại Thỏa thuận về quy tắc và thủ tục điều chỉnh giải quyết tranh chấp (Understanding on rules and procedures governing the settlement of disputes - DSU) đã được các nước thành viên tích cực sử dụng. Tính đến nay, tổng số vụ tranh chấp được đưa ra giải quyết trong khuôn khổ WTO đã lên tới 596 với 350 vụ đã giải quyết xong.⁽¹⁾ Là thành viên của WTO từ ngày 11/01/2007, Việt Nam cũng tích cực bảo vệ quyền lợi của mình theo cơ chế này thông qua việc nộp đơn khởi kiện các đối tác thương mại trong 05 vụ kiện và tham gia với tư cách là bên thứ ba trong 33 vụ kiện khác.⁽²⁾

Cơ quan phúc thẩm (Appellate Body - AB) là trụ cột cốt lõi của quy trình giải quyết theo hai cấp của WTO với thẩm quyền xem xét lại, giữ nguyên, sửa đổi hoặc hủy bỏ (reverse) các ý kiến và kết luận của Ban hội thẩm trong các báo cáo bị kháng cáo của Ban hội thẩm.⁽³⁾ Nhìn chung, hiệu quả xét xử của Cơ quan này được đánh giá cao, song vẫn có những chỉ trích về thời gian giải quyết tranh chấp kéo dài quá hạn hay phán quyết vượt thẩm quyền.⁽⁴⁾ Hoa Kỳ nhiều năm

đã ngăn chặn việc bổ nhiệm thành viên mới thay thế của Cơ quan phúc thẩm, dẫn tới việc thiếu thành viên để có thể thực hiện thủ tục phúc thẩm vào cuối năm 2019.⁽⁵⁾ Điều này dẫn đến hậu quả Cơ quan phúc thẩm buộc phải tạm dừng hoạt động cho đến nay. Đây là một thách thức cho sự ổn định, tính dễ dự đoán và hiệu quả giải quyết tranh chấp trong hệ thống thương mại đa phương. Bài viết này làm rõ vai trò của AB cũng như những thách thức và giải pháp hiện nay nhằm đảm bảo sự nhất quán khi giải thích và áp dụng pháp luật của WTO.

1. Sự ra đời và phát triển của thiết chế phúc thẩm của WTO

Trước khi WTO ra đời, thương mại đa phương được điều chỉnh theo Hiệp định chung về thuế quan và thương mại 1947 (General Agreement on Tariffs and Trade - GATT).⁽⁶⁾ Thời kỳ này, cơ chế giải quyết tranh chấp còn khá đơn giản với cơ chế giải

the Meeting Held on November 14, 2008, WT/DSB/M/258, para. 30; DSB Meeting Minutes (November 14, 2008) WT/DSB/M/258, para. 26; Dispute Settlement Body, Minutes of the Meeting Held on January 19, 2010, WT/DSB/M/278, paras. 83 - 84.

(5). WTO Annual report 2020, Dispute settlement, tr. 119: ngày 10/12/2019, khi thẩm phán người Hoa Kỳ Thomas Graham và thẩm phán Ấn Độ Ujal Singh Bhatia kết thúc nhiệm kỳ của mình, Cơ quan phúc thẩm WTO chính thức không còn đủ thành viên để tiếp tục các hoạt động của mình khi chỉ còn thẩm phán Hong Zhao người Trung Quốc đương nhiệm tới tháng 11/2020.

(6). Hiệp định chung về Thuế quan và thương mại, kí ngày 30/10/1947, có hiệu lực tạm thời từ ngày 01/01/1948 và hết hiệu lực ngày 01/01/1996, bị thay thế bởi Hiệp định chung về Thuế quan và thương mại 1994 của WTO.

(1). WTO, *Cơ chế giải quyết tranh chấp*, https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_e.htm, truy cập 15/8/2020.

(2). Xem thông tin cụ thể về các vụ kiện mà Việt Nam tham gia tại website của WTO: https://www.wto.org/english/thewto_e/countries_e/vietnam_e.htm, truy cập 15/8/2020.

(3). Điều 17.1 DSU.

(4). USTR Issues Report on the WTO Appellate Body, 2/2020; Dispute Settlement Body, Minutes of

quyết tranh chấp một cấp duy nhất là Ban hội thẩm (Panel). Sau một thời gian vận hành, cơ chế giải quyết tranh chấp này đã bộc lộ một số nhược điểm như: 1) thành viên Ban hội thẩm thiếu tính đại diện; 2) các thành viên GATT e ngại, chưa thực sự tin tưởng với cơ chế này.⁽⁷⁾ Ngoài ra, GATT hoàn toàn vẫn chưa có quy định về xét xử phúc thẩm.

Thiết chế phúc thẩm trong cơ chế giải quyết tranh chấp WTO ra đời song song với GATT năm 1994. Cơ chế này mang tính đặc thù so với các thiết chế giải quyết tranh chấp quốc tế khác. Có hai lí do cho sự ra đời của thiết chế phúc thẩm WTO. *Thứ nhất*, việc thiếu vắng cấp xét xử phúc thẩm đã đặt ra những vấn đề về sự thiếu nhất quán, khó dự đoán trong những giải thích, áp dụng quy định của Hiệp định này trong báo cáo của các Ban hội thẩm thành lập theo từng vụ

kiện. Bởi Ban hội thẩm WTO là cơ chế giải quyết tranh chấp vụ việc, không có thành viên cố định. Chính vì vậy, mỗi phiên xét xử có thể đưa ra những quan điểm khác nhau về cùng một vấn đề. Điều này đặt ra yêu cầu cần phải có một thiết chế giải quyết tranh chấp cố định bao gồm các thành viên thường trực có thể đưa ra những phán quyết nhất quán và dễ dự đoán khi áp dụng pháp luật WTO. *Thứ hai*, một thiết chế phúc thẩm trở nên vô cùng cần thiết khi có quy định mới về việc thông qua bằng đồng thuận nghịch các báo cáo của Ban hội thẩm. Đây là thủ tục giúp một bản báo cáo của Ban hội thẩm (nếu không bị kháng cáo) và của AB sẽ được thông qua khi có một quốc gia thành viên đồng ý thông qua bản báo cáo đó.⁽⁸⁾ Nói cách khác, các bản báo cáo của Ban hội thẩm (nếu không bị kháng cáo) và của AB hầu như đều được tự động thông qua, đảm bảo kết quả của quy trình giải quyết tranh chấp có hiệu lực.⁽⁹⁾ Tuy nhiên, các bên đàm phán đã bày tỏ sự quan ngại về khả năng mất kiểm soát đối với việc thông qua các báo cáo của Ban hội thẩm.⁽¹⁰⁾ Do vậy, đã có nhiều đề xuất,

(7). Các thành viên GATT chưa thực sự tin tưởng vì các lí do sau: 1) nhóm nước này chưa có đội ngũ chuyên gia pháp lí có đủ kinh nghiệm và chuyên môn để tham gia xử lí các tranh chấp thương mại quốc tế, cũng như chưa đủ tiềm lực tài chính để thuê các chuyên gia có kinh nghiệm; 2) các nước đang phát triển còn phụ thuộc vào thị trường và các nguồn hỗ trợ tài chính từ các nước phát triển, vì vậy họ vẫn ưu tiên chủ trương xử lí song phương và có thể sẵn sàng nhượng bộ; 3) nhóm nước đang phát triển cho rằng cho dù họ thắng kiện và có thể áp dụng các biện pháp trả đũa thương mại một cách hợp pháp thì cũng không đem lại hiệu quả mà còn có thể gây ra những tác động tiêu cực đối với đất nước họ nói chung; 4) tuy tham gia GATT từ những vòng đàm phán nhưng các nước đang phát triển vẫn có tâm lí lưỡng lự tham gia vào quá trình hội nhập kinh tế toàn cầu và đa số cho rằng cơ chế giải quyết tranh chấp của GATT là công cụ để các nước lớn hơn, có kinh tế mạnh hơn sử dụng để ép buộc họ mở cửa thị trường.

(8). VCCI, *Các cơ quan giải quyết tranh chấp*, <http://trungtamwto.vn/chuyen-de/175-cac-co-quan-giai-quyet-tranh-chap?fbclid=IwAR3Z4IPjYWfhx1Hy9U9Ncs2Ay9M4Nulcwro9O68lGGbux144PTP-DmuCoyE>, truy cập 11/7/2020.

(9). J. Jackson, *Rule Implementation and Dispute Resolution*, in *The World Trading System: Law and Policy of International Economic Relations*, MIT Press, Massachusetts, 1997, tr. 125.

(10). Peter Van den Bossche, *From Afterthought to Centerpiece: The WTO Appellate Body and its Rise to Prominence in the World Trading System*, Maastricht Faculty of Law Working Paper, Maastricht, 2005, tr. 6.

thảo luận về cơ chế xem xét lại việc xét xử của Ban hội thẩm.⁽¹¹⁾

Trong Vòng đàm phán Uruguay, hai thành viên là Hoa Kỳ và Cộng đồng châu Âu (EC)⁽¹²⁾ đã đưa ra một số bản báo cáo của Ban hội thẩm mà họ và các quốc gia khác cho rằng là “*những sai sót pháp lý nghiêm trọng*”.⁽¹³⁾ Do đó, các bên đàm phán đã đề xuất cơ chế xem xét phúc thẩm các bản báo cáo của Ban hội thẩm như là một biện pháp ngăn chặn. Cộng đồng châu Âu đã đề xuất tạo ra thiết chế phúc thẩm cho các bên thấy rằng phán quyết của Ban hội thẩm “*sai sót hoặc chưa hoàn thiện*”.⁽¹⁴⁾ Hoa Kỳ ủng hộ việc xem xét phúc thẩm đối

với “*các trường hợp đặc biệt khi một trong các bên tranh chấp nghi vấn về cách giải thích pháp lý trong báo cáo của Ban hội thẩm*”.⁽¹⁵⁾ Canada cho rằng cơ chế xem xét phúc thẩm là cách để khắc phục “*những phán quyết sai sót cơ bản*”.⁽¹⁶⁾

WTO là tổ chức thương mại quốc tế với 164 thành viên,⁽¹⁷⁾ với các hiệp định ràng buộc tất cả các thành viên tham gia tổ chức,⁽¹⁸⁾ mỗi giải thích, áp dụng pháp luật đưa ra bởi cơ quan giải quyết tranh chấp sẽ gây ảnh hưởng trực tiếp tới các thành viên. Vì vậy, nếu không có một thiết chế phúc thẩm xem xét lại báo cáo của Ban hội thẩm, tính nhất quán trong giải thích và áp dụng pháp luật WTO sẽ không được đảm bảo. Đồng thời, với cơ chế đồng thuận nghịch, dường như các báo cáo của Ban hội thẩm sẽ được tự động thông qua. Như vậy, nếu không có thiết chế phúc thẩm, trong trường hợp báo cáo có sai sót về giải thích và áp dụng pháp luật, sẽ không có cơ quan nào giải quyết vấn đề này. Điều này dẫn đến việc các thành viên sẽ áp dụng sai hoặc tranh cãi về cách áp dụng các quy định pháp luật WTO. Từ đó, dẫn đến sự thiếu nhất quán và không có tính dự báo trước trong giải thích, áp dụng pháp luật WTO.

(11). A.V.Ganesan, ‘*The Appellate Body in its formative years*’, in Gabrielle Marceau (ed), *A History of Law and Lawyers in the GATT/WTO*, tr. 523 - 524: Có hai nguồn ý kiến khác nhau về việc thành lập một cơ chế giải quyết tranh chấp mới trong WTO. Một bên cho rằng cần phải ngăn chặn các hành động đơn phương. Họ muốn thiết lập một hệ thống trong đó bất kì hành động trừng phạt thương mại nào được thực hiện bởi một thành viên sẽ phải có sự cho phép trước của đa phương. Một luồng ý kiến khác mà đứng đầu là Hoa Kỳ, cho rằng nếu hành động đơn phương theo luật của quốc gia đó bị hạn chế và trước khi uỷ quyền đa phương được thiết lập, toàn bộ hệ thống giải quyết tranh chấp, bao gồm cả các điều khoản thực thi, phải được thực hiện nhanh chóng, đầy đủ và hiệu quả để giải quyết các mối quan tâm của họ.

(12). Hoa Kỳ cho rằng một số báo của Ban hội thẩm về chống bán phá giá và các biện pháp đối kháng là một thiếu sót về mặt pháp lý. Đối với Cộng đồng châu Âu thì báo cáo của Ban hội thẩm trong vụ EC - Airbus là một sai sót pháp lý nghiêm trọng.

(13). Kuijper, *The New WTO Dispute Settlement System: The Impact on the European Community*, Journal of World Trade 6, 1995, tr. 52.

(14). T. Stewart, *1990 Proposal by the EC, The GATT Uruguay Round: A Negotiating History (1986 - 1992) số II*, tr.2767. Nxb. Kluwer Law and Taxation, 1993.

(15). *Bản đệ trình của Hoa Kỳ ngày 6/4/1990*, https://www.wto.org/gatt_docs/English/SULPDF/92100061.pdf, tr. 5, truy cập 18/5/2020.

(16). *Bản đệ trình của Canada ngày 18/4/1990*, <https://docs.wto.org/gattdocs/q/UR/GNGNG13/W41.PDF>, tr. 4, truy cập 18/5/2020.

(17). WTO, Members and Observers, số liệu cập nhật vào 29/7/2016, https://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/org6_e.htm, truy cập 06/9/2020.

(18). Điều 2.2 Hiệp định Marrakesh.

Với kết quả của Vòng đàm phán Uruguay, cơ chế giải quyết tranh chấp WTO đã ra đời vào ngày 01/01/1995, bổ sung cấp xét xử phúc thẩm quy định tại DSU, Phụ lục 2 của Hiệp định Marrakesh. Đây là lần đầu tiên một cơ chế tài phán giải quyết tranh chấp quốc tế có cấp xét xử phúc thẩm xem xét lại phán quyết bị kháng cáo, nhằm đảm bảo quyền lợi các bên tranh chấp cũng như hạn chế tối đa các sai sót khi áp dụng, giải thích pháp luật. Theo Điều 17.1 DSU, Cơ quan phúc thẩm là cơ quan thường trực của Cơ quan giải quyết tranh chấp (Dispute Settlement Body - DSB), có chức năng xem xét các kháng cáo về báo cáo của Ban hội thẩm. Theo đó, Cơ quan phúc thẩm có thể giữ nguyên, sửa đổi hoặc huỷ bỏ (reverse) các ý kiến và kết luận của Ban hội thẩm.

Khi nhất trí thành lập Cơ quan phúc thẩm thường trực để hỗ trợ các bên tranh chấp xem xét phúc thẩm báo cáo của Ban hội thẩm, các bên đàm phán đảm bảo rằng cơ chế thông qua bán tự động các báo cáo của Ban hội thẩm - sự đổi mới lớn nhất - sẽ không gây ra tác động tiêu cực không mong muốn, ví dụ như sự thông qua báo cáo sai sót của Ban hội thẩm. Ngoài ra, ý tưởng tạo ra Cơ quan phúc thẩm cũng giúp các nước thua kiện có cơ hội yêu cầu xem xét lại báo cáo của Ban hội thẩm.⁽¹⁹⁾ Đây là hai vai trò chính yếu, quan trọng của Cơ quan phúc thẩm WTO.

(19). G. Marceau, *A History of Law and Lawyers in the GATT/WTO*, Nxb. Cambridge, 2015, tr. 447.

2. Thực tiễn xét xử của Cơ quan phúc thẩm WTO trong đảm bảo tính nhất quán, dễ dự đoán trong giải thích và áp dụng pháp luật của WTO

Có ba nguyên tắc được coi là kim chỉ nam trong giải quyết tranh chấp WTO: tạo sự ổn định và dễ dự đoán cho hệ thống thương mại đa phương, làm rõ các quy định đã ban hành và đưa ra các giải pháp tích cực để giải quyết tranh chấp. Các phán quyết của AB đã tuân thủ cả ba nguyên tắc đó, đặc biệt là tạo ra tính nhất quán, dễ dự đoán trong giải thích và áp dụng pháp luật WTO.

Các báo cáo của AB có vai trò quan trọng trong việc giải thích các quy định pháp luật WTO. Các hiệp định WTO tồn tại những quy định chưa rõ ràng, vì vậy có thể đưa ra các cách giải thích khác nhau. *“Người ta không thể quên rằng những người viết các hiệp định WTO chủ yếu là các nhà ngoại giao. Điều quan trọng trong ngoại giao là diễn đạt được sử dụng để phục vụ cho đa số mọi người để có thể tiếp cận các hiệp định. Do đó, các hiệp định WTO có các điều khoản không phải lúc nào cũng là ví dụ tốt nhất về tính nghiêm ngặt và chính xác dành cho các luật sư”*.⁽²⁰⁾

(20). Luis Olavo Baptista, “A Country Boy Goes to Geneva”, in Gabrielle Marceau (ed), *A History of Law and Lawyers in the GATT/WTO: The Development of the Rule of Law in the Multilateral Trading System*, Cambridge University Press, 2015, tr. 559, 566. Nguyên văn tiếng Anh: *“One cannot forget that the people who wrote the WTO agreements were predominantly diplomats. It is of the essence of diplomacy that expressions are used that cater to a large number of people so that agreements can be reached. Consequently, the WTO agreements contain*

Ví dụ: việc xác định “sản phẩm tương tự” khi giải quyết một vụ việc cụ thể thường gây khó khăn cho các quốc gia thành viên WTO. Trong vụ Japan - Alcoholic Beverages II, Cơ quan phúc thẩm đưa ra ý kiến về việc xác định “sản phẩm tương tự” như sau: *“Tính ‘tương tự’ như đàn accordion kéo ra và thu lại ở các nơi khác nhau của Hiệp định WTO áp dụng. Bề rộng của đàn ở một nơi bất kì đó phải xác định bởi quy định cụ thể mà từ ‘tương tự’ được sử dụng cũng như là bối cảnh và các sự kiện chiếm ưu thế của vụ việc mà quy định đó có thể được áp dụng”*. Cách giải thích về sản phẩm tương tự trong các án lệ của WTO đều xác định căn cứ vào tình tiết cụ thể của các vụ kiện thực tế. Cụ thể các báo cáo này sử dụng các tiêu chí: 1) tính chất vật lý của sản phẩm; 2) công dụng cuối cùng; 3) thị hiếu và thói quen của người tiêu dùng; 4) phân loại thuế quan của sản phẩm (Cơ quan phúc thẩm nhấn mạnh đây là bảng phân loại thuế quan thống nhất và có sự khác biệt giữa bảng thuế quan này với biểu cam kết nhân nhượng thuế quan do các thành viên xác lập). Dựa trên những giải thích của Cơ quan phúc thẩm trong vụ Japan - Alcoholic Beverages II, bốn tiêu chí nêu trên nhằm xác định “sản phẩm tương tự” đã được áp dụng trong các vụ việc tiếp theo.⁽²¹⁾ Có thể thấy, những giải thích của Cơ quan phúc thẩm đã cung cấp cách thức áp dụng và giải

thích pháp luật WTO để từ đó, bên cạnh các quốc gia thành viên có thể áp dụng, thực thi các quy định một chính xác hơn thì cũng là cơ sở, nguồn tham khảo đáng tin cậy cho các báo cáo tiếp theo của DSB.

Ngoài ra, mặc dù hệ thống án lệ chưa được công nhận một cách chính thức trong việc áp dụng và giải thích pháp luật WTO nhưng các báo cáo của AB có đề cập các báo cáo của Ban hội thẩm và của chính AB trước đó. Ví dụ như trong vụ EC - Seal products, AB đã trích dẫn 67 kết luận của Ban hội thẩm cũng như của AB trước đó để giải thích các quy định của WTO. Joost Pauwelyn chỉ ra 35,4% các phán quyết của AB có chỉ dẫn tới các quyết định trước đó và Ban hội thẩm thường xử lý theo các giải thích của AB, với rất ít ngoại lệ⁽²²⁾ và chính các bên trong tranh chấp cũng thường trích dẫn các phán quyết của AB làm cơ sở cho các lập luận và lập luận phản biện của họ, kể cả trong các bản đệ trình và các phiên tranh tụng. Các vấn đề được giải quyết và hình thành thông qua các báo cáo của AB đã thúc đẩy tính ổn định và dễ dự đoán không chỉ hệ thống thương mại đa phương mà còn là áp dụng pháp luật WTO, đặc biệt là trong giải quyết tranh chấp. Các quyết định đó sẽ là chỉ dẫn cho Ban hội thẩm và các bên trong tranh chấp trong tương lai.

provisions that are not always the best example of lawyerly rigour and accuracy”.

(21). Các vụ việc áp dụng các tiêu chí sản phẩm tương tự sau đó như EC - Asbestos; US - Shrimp.

(22). Joost Pauwelyn, “Minority Rules: Precedent and Participation before the WTO Appellate Body”, trong Joanna Jemielniak, Laura Nielson, Henrik Palmer Olsen (eds.), *Judicial Authority in International Economic Law*, Cambridge University Press, 2016, tr. 141.

Việc viện dẫn các báo cáo của Cơ quan phúc thẩm để giải thích, áp dụng pháp luật WTO trong giải quyết các vụ kiện tương tự tiếp theo diễn ra khá phổ biến, từ đó đảm bảo tính nhất quán trong việc giải thích và áp dụng pháp luật WTO.

Có thể xem xét nghĩa vụ chứng minh như một minh chứng cho luận điểm trên. Không có bất kì quy định nào trong các Hiệp định WTO (kể cả DSU) giải quyết vấn đề: bị đơn hay nguyên đơn sẽ có nghĩa vụ chứng minh trong quá trình giải quyết tranh chấp. Kể từ vụ việc đầu tiên đưa ra vấn đề về nghĩa vụ chứng minh, US - Wool Shirts and Blouses, AB đã dần phát triển quy tắc về nghĩa vụ chứng minh tạo thành hướng dẫn cho Ban hội thẩm để giải quyết các tranh chấp. AB cho rằng các tiêu chuẩn về bằng chứng được chấp nhận ở hầu hết các cơ chế tài phán và trách nhiệm chứng minh thuộc về các bên, dù khiếu nại hay bào chữa.⁽²³⁾ Quy tắc này đã được AB giải thích rõ hơn trong vụ kiện Japan - Agricultural products. Trong vụ kiện này, Hoa Kỳ, bên nguyên đơn, đã trình lên những lập luận và bằng chứng hợp pháp để chứng minh Nhật Bản đã vi phạm Điều 5.6, Hiệp định Áp dụng các biện pháp kiểm dịch động thực vật (Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures - SPS). Hoa Kỳ cho rằng có những

biện pháp thay thế có tính khả thi cũng như ít hà khắc với thương mại hơn những biện pháp mà Nhật Bản yêu cầu. Ban hội thẩm không chấp thuận những lập luận của Hoa Kỳ nhưng vẫn kết luận Nhật Bản vi phạm Điều 5.6 Hiệp định SPS từ ý kiến của các chuyên gia. AB cho Ban hội thẩm không thể đưa ra và chứng minh khiếu nại cho bên nguyên đơn - đây là sự áp dụng sai nghĩa vụ chứng minh vì bên nguyên đơn đã không thiết lập một trường hợp sơ bộ về vi phạm Điều 5.6 Hiệp định SPS.⁽²⁴⁾ Hơn nữa, trong vụ kiện EC - Hormones, AB còn làm rõ hơn nguyên tắc này. Cụ thể, trong Điều 11, DSU đưa yêu cầu “đánh giá khách quan các tình tiết của vụ việc”, trừ các tiêu chuẩn cụ thể của việc xem xét lại trong Điều 17.6 Hiệp định Chống bán phá giá.⁽²⁵⁾ Đúng hơn, tiêu chuẩn là liệu Ban hội thẩm có tiến hành đánh giá “khách quan về các sự kiện” hay không.⁽²⁶⁾ Khi đánh giá liệu một Ban hội thẩm đã đưa ra “đánh giá khách quan về các

(23). United States - Shirts and Blouses, Report of the Appellate Body, WTO doc. WT/DS33/AB/R, adopted May 23, 1997, at 14. Nguyên văn tiếng Anh: “The burden of proof rests upon the party, whether complaining or defending, who asserts the affirmative of a particular claim of defence”.

(24). Japan - Agricultural Products, Report of the Appellate Body, WTO doc. WT/DS76/AB/R, adopted Mar. 19, 1999, para 129.

(25). Argentina - Safeguard Measures on Imports of Footwear, Report of the Appellate Body, WTO doc. WT/DS121/AB/R, adopted Jan.12, 2000, paras.118, 120 (applying the Article 11 standard of review to disputes under the Agreement on Safeguards); United States - Imposition of Countervailing Duties on Certain Hot-Rolled Lead and Bismuth Carbon Steel Products Originating in the United Kingdom [hereinafter United States -- Leaded Bars], WTO doc. WT/DS138/AB/R, adopted June 7, 2000, paras. 44 - 51 (applying the Article 11 standard of review to disputes under Part V of the Agreement on Subsidies and Countervailing Measures).

(26). European Community - Hormones, supra note 12, para 117.

sự kiện” của vụ việc theo Điều 11 của DSU hay không, Cơ quan phúc thẩm đã tuyên bố trong vụ EC - Hormone rằng “có tình bỏ qua hoặc từ chối xem xét bằng chứng” hoặc “có ý bóp méo hoặc trình bày sai bằng chứng” được trình bày cho Ban hội thẩm là không phù hợp với trách nhiệm và nghĩa vụ của Ban hội thẩm là đưa ra đánh giá khách quan về sự kiện”.⁽²⁷⁾ Tuy nhiên, Cơ quan phúc thẩm đã cẩn thận nhấn mạnh rằng việc “coi thường”, “bóp méo” và “trình bày sai” bằng chứng, theo ý nghĩa thông thường trong các quy trình xét xử và bán tư pháp, không chỉ hàm ý là một sai sót trong phán quyết đối với đánh giá bằng chứng mà còn là một sai sót nghiêm trọng đặt ra câu hỏi về thiện chí của Ban hội thẩm”.⁽²⁸⁾ Hơn thế nữa, việc áp dụng nguyên tắc này trong các hiệp định khác nhau đã được phát triển trong các vụ việc sau đó. Mặc dù Cơ quan phúc thẩm đã tuyên bố rằng các ban hội thẩm có quyền quyết định “đáng kể” trong việc kiểm tra và xem xét bằng chứng, họ không “bắt buộc phải cung cấp cho các bằng chứng thực tế về các bên có cùng ý nghĩa và trọng lượng như các bên”. Như trong vụ kiện Korea - Dairy Safeguards, Cơ

quan phúc thẩm nhấn mạnh rằng “Ban hội thẩm có nhiệm vụ kiểm tra và xem xét tất cả các bằng chứng trước đó, [...] và để đánh giá mức độ liên quan và lực thử nghiệm của từng phần của chúng”.⁽²⁹⁾ Còn trong vụ Canada - Automotive Industry, Cơ quan phúc thẩm không viện đến Điều 11 của DSU một cách rõ ràng, đã đảo ngược một số phát hiện của Ban hội thẩm do không xác định và đánh giá đầy đủ các sự kiện liên quan.⁽³⁰⁾

Có thể thấy, việc Cơ quan phúc thẩm đưa ra những nguyên tắc rõ ràng, mang tính hệ thống như vậy phục vụ hai mục đích quan trọng. Một là AB đã góp phần làm cho quá trình giải quyết tranh chấp, đặc biệt là giai đoạn sơ thẩm của Ban hội thẩm trở nên mạch lạc, nhất quán và đáng tin cậy. Hai là AB đã làm ra những hướng dẫn có giá trị lớn, không chỉ cho Ban hội thẩm mà còn cho các thành viên WTO và cố vấn pháp lý của họ trong việc tham gia và sử dụng hệ thống giải quyết tranh chấp. Thực tế chứng minh, trong các vụ kiện có tính chất tương tự, các báo cáo của Cơ quan phúc thẩm sau này đã trích dẫn với sự nhất trí hoặc có bổ sung dựa trên báo cáo Cơ quan phúc thẩm trước. Như vậy, tính nhất quán và dễ dự đoán của quá trình giải quyết tranh chấp đã được tăng

(27). European Community - Hormones, supra note 12, para. 133. Nguyên văn tiếng Anh: “The duty to make an objective assesment of the facts is, among over things, an obligation to consider the evidence presented to a panel and to make factual findings on the basis of that evidence. The deliberate disregard of, or refusal to consider, the evidence submitted to a panel is incompatible with a panel's duty to make an objective assesment of the facts”.

(28). European Community - Hormones, supra note 12, para 133.

(29). Korea - Dairy Safeguards, Report of the Appellate Body, WTO doc. WT/DS98/AB/R, adopted Jan. 12, 2000, para 137.

(30). Canada-Automotive Industry, Report of the Appellate Body, WTO docs. WT/DS139/AB/R/WT/DS142/ AB/R, adopted June 19, 2000, paras 171, 173, 181.

cường khi Cơ quan phúc thẩm đã đưa ra, giải thích và áp dụng các nguyên tắc trong các hiệp định khác nhau.⁽³¹⁾

3. Một số thách thức trong thực tiễn xét xử của Cơ quan phúc thẩm WTO

Như đã trình bày ở trên, AB đóng vai trò quan trọng trong việc đảm bảo tính nhất quán, dễ dự đoán khi giải thích và áp dụng pháp luật WTO. Tuy nhiên, AB đang gặp một số thách thức dẫn tới sự phản đối và ngăn cản bầu thẩm phán khiến cơ quan này phải tạm ngừng hoạt động. Điều này đã ảnh hưởng đáng kể tới vai trò của AB trong cơ chế giải quyết tranh chấp WTO. Tiêu biểu phải kể đến những thách thức sau: 1) thách thức về thủ tục; 2) thách thức về nội dung.

3.1. Thách thức về thủ tục

Một số thách thức trong hoạt động của AB mang tính thủ tục như: (i) Sử dụng các thẩm phán đã hết nhiệm kỳ; (ii) và thời gian xét xử kéo dài.

Thứ nhất, thực tiễn cho thấy một số thành viên của Cơ quan phúc thẩm đã đưa ra quyết định về các vụ kháng cáo sau khi hết nhiệm kỳ bốn năm mà không có ủy quyền rõ ràng từ DSB, cụ thể là các báo cáo của cơ quan phúc thẩm có chữ ký của thẩm phán sau khi hết hạn nhiệm kỳ vào ngày 30/6/2017. Sự việc ông Ricardo Ramirez Hernandez sau khi hết hạn nhiệm kỳ vào ngày 30/6/2017 và ông Hyun Chon Kim từ chức vào 01/8/2017 nhưng cả hai vẫn tham gia xét xử tại phiên phúc thẩm trong vụ EU

- Fatty axit (DS442).⁽³²⁾ Mặc dù một phiên phúc thẩm yêu cầu có ba thành viên Cơ quan phúc thẩm xem xét, tuy nhiên có thể thấy ông Hyun Chon Kim và Ricardo Ramirez Hernandez đã không còn là thành viên của Cơ quan này nữa khi báo cáo về vụ việc này được ban hành vào ngày 05/9/2017⁽³³⁾ và trong báo cáo cũng không hề đề cập vấn đề này.⁽³⁴⁾

Trong vụ kiện kể trên, việc ông Hyun Chon Kim từ chức vào ngày 01/8/2017 là trường hợp đặc biệt và không thể lường trước⁽³⁵⁾ khi ngày 04/8/2017, ông Kim được bổ nhiệm làm Bộ trưởng Bộ Thương mại Hàn Quốc. Điều 17.3 DSU quy định thành viên Cơ quan phúc thẩm “không được gắn kết với chính phủ nào”, chính vì vậy, mặc dù quy định tại Điều 14.2 Thủ tục làm việc xét xử phúc thẩm quy định việc từ chức sẽ có hiệu lực sau 90 ngày kể từ ngày có thông báo, trừ khi DSB có quyết định khác.⁽³⁶⁾

(32). Phát biểu của Hoa Kỳ vào ngày 31/8/2017 tại cuộc họp DSB, https://geneva.usmission.gov/wp-content/uploads/sites/290/Aug31.DSB_Stmt_as-delivered.fin_public.pdf, tr 6, 7, truy cập 27/2/2020. Lưu ý: Mặc dù Hoa Kỳ là bên thứ ba trong vụ việc này nhưng Hoa Kỳ có quyền lên tiếng sau khi báo cáo của Cơ quan phúc thẩm đã được thông qua.

(33). WTO, *European Union - Anti-Dumping Measures on Imports of Certain Fatty Alcohols from Indonesia - Report of the Appellate Body*, WT/DS442, https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds442_e.htm, truy cập 27/02/2020.

(34). Phát biểu của Hoa Kỳ vào ngày 31/8/2017 tại cuộc họp DSB, tr. 9, https://geneva.usmission.gov/wp-content/uploads/sites/290/Aug31.DSB_Stmt_as-delivered.fin_public.pdf, truy cập 27/2/2020.

(35). Dispute Settlement Body, Minutes of meeting, held on 31/8/2017, WT/DSB/M/400, para 5.2.

(36). Working Procedures for Appellate Review, Rule

(31). A.V.Ganesan, ‘The Appellate Body in its formative years’, in Gabrielle Marceau (ed), *A History of Law and Lawyers in the GATT/WTO*, tr. 542.

Ngoài ra, ông Ricardo Ramirez Hernandez đã hết nhiệm kỳ thứ hai của mình vào 30/6/2017.

Về vấn đề này, tại Điều 15 Thủ tục làm việc xét xử phúc thẩm có quy định một người ngừng là thành viên Cơ quan phúc thẩm [...] có thể hoàn thành xét xử các vụ việc đang được người đó thụ lý khi là thành viên Cơ quan phúc thẩm.⁽³⁷⁾ Trong khi đó, vụ kiện EU - Fatty axit đã có yêu cầu kháng cáo từ tháng 2/2017⁽³⁸⁾ khi mà cả hai thẩm phán kể trên đều trong nhiệm kỳ của mình và đã thụ lý vụ kiện từ trước đó. Điều 15 Thủ tục làm việc xét xử phúc thẩm có thể được hiểu “người ngừng là thành viên Cơ quan phúc thẩm” có thể là thành viên hết nhiệm kỳ hoặc từ chức. Trên thực tế, việc áp dụng Điều 15 như thế nào là vấn đề gây tranh cãi. Ý kiến của các thành viên WTO liên quan tới báo cáo này của AB đều không đề cập vấn đề về nội dung của báo cáo mà chủ yếu đề cập vấn đề thẩm phán hết nhiệm kỳ nhưng

vẫn xét xử trong vụ kiện.⁽³⁹⁾ Có thể thấy, mặc dù còn tranh cãi về vấn đề thủ tục nhưng nội dung của báo cáo vẫn đảm bảo chất lượng.

Thứ hai, về quy định thời hạn tối đa giải quyết vụ kiện. Mặc dù giới hạn thời gian để tiến hành quy trình kháng cáo là 60 ngày hoặc 90 ngày đối với các kháng cáo phức tạp nhưng quy tắc này chỉ được tuân thủ một lần kể từ năm 2013. Ngoài ra, Cơ quan phúc thẩm có thể yêu cầu DSB gia hạn thêm thời gian nếu thấy cần thiết. Thực tế cho thấy, quy trình kháng cáo của Cơ quan Phúc thẩm thường diễn ra trong vòng khoảng 1 năm như EC - Large Civil Aircraft (DS316) từ 30/6/2010 tới 18/5/2011⁽⁴⁰⁾ và United States - Large Civil Aircraft - Second Complaint (DS353) từ 31/3/2011 đến 12/3/2012.⁽⁴¹⁾ Trong khi đó, Điều 17.5 DSU quy định rằng: “*Trong bất cứ trường hợp việc giải quyết cũng không được vượt quá 90 ngày*”. Điều này có nghĩa là Cơ quan phúc thẩm phải đưa ra kết luận trong vòng 90 ngày trong bất kỳ trường hợp nào.

14, WT/AB/WP/6 (16 August 2010). Nguyên văn tiếng Anh: “resignation shall take effect 90 days after the notification... unless the DSB decides otherwise”.

(37). Working Procedures for Appellate Review, Rule 15, WT/AB/WP/6 (16 August 2010). Nguyên văn tiếng Anh: “A person who ceases to be a Member of the Appellate Body may, with the authorization of the Appellate Body and upon notification to the DSB, complete the disposition of any appeal to which that person was assigned while a Member, and that person shall, for that purpose only, be deemed to continue to be a Member of the Appellate Body”.

(38). On 10 February 2017, Indonesia notified the DSB of its decision to appeal to the Appellate Body certain issues of law and legal interpretations in the panel report. On 15 February 2017, the European Union notified the DSB of its decision to cross-appeal.

(39). Dispute Settlement Body, Minutes of meeting, held on 31/8/2017, WT/DSB/M/400, part 5. Appellate Body matters.

(40). WTO, *European Communities and Certain member States - Measures Affecting Trade in Large Civil Aircraft Report of Appellate Body*, WT/DS316, https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds316_e.htm, truy cập 27/02/2020.

(41). WTO, *United States - Measures Affecting Trade in Large Civil Aircraft - Second Complaint - Report of Appellate Body*, WT/DS353, https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds353_e.htm, truy cập 27/02/2020.

Tương tự như thách thức về nhiệm kỳ thẩm phán AB, các quốc gia thành viên WTO cũng đưa ra những chỉ trích về việc AB vi phạm thời hạn 90 ngày cho một vụ kiện nhưng không chỉ trích về nội dung báo cáo.

Tổng hợp lại có thể thấy dù gặp những thách thức về thủ tục như vấn đề thẩm phán miễn nhiệm vẫn tham gia xét xử hoặc kéo dài thời hạn xem xét vụ kiện thì AB vẫn đảm bảo chất lượng trong quá trình xét xử, giải thích pháp luật. Từ đó, vai trò của AB trong việc đảm bảo tính nhất quán và dễ dự đoán khi áp dụng pháp luật WTO vẫn được duy trì.

3.2. Thách thức về nội dung phán quyết

Cơ quan phúc thẩm còn gặp phải các chỉ trích liên quan tới những phán quyết vượt thẩm quyền và ý kiến không cần thiết khác (obiter dicta) trong các báo cáo của mình. Phán quyết của Cơ quan phúc thẩm là cuối cùng và không được phép kháng cáo trừ khi có sự đồng thuận của DSB (chưa có bất kỳ ngoại lệ nào diễn ra nhờ có sự đồng thuận của DSB). Mục đích thành lập của Cơ quan phúc thẩm là rà soát, kiểm tra các quy định pháp lý được áp dụng chưa chính xác bởi Ban hội thẩm, không phải tạo ra quyền và nghĩa vụ mới cho các thành viên WTO (theo quy định tại Điều 3.2 và Điều 19.2 DSU). Tuy nhiên, trên thực tế, Cơ quan phúc thẩm còn bị các thành viên bao gồm cả Hoa Kỳ và các nước đang phát triển cho rằng đang tạo ra các quy tắc riêng của mình.⁽⁴²⁾ Cơ quan

phúc thẩm cũng đã giải quyết các vấn đề không được các bên nêu ra hoặc có ý kiến không cần thiết khác (obiter dicta)⁽⁴³⁾ thay vì giải quyết tranh chấp.⁽⁴⁴⁾

Ví dụ như vụ Argentina - Measures Relating to Trade in Goods and Services⁽⁴⁵⁾ (DS453), Cơ quan phúc thẩm huỷ bỏ (reverse) phán quyết của Ban hội thẩm về yếu tố “trùng tự” (likeness) và đưa ra ý kiến về cả những vấn đề bao gồm cả không phân biệt đối xử, các tình tiết giảm nhẹ (affirmative defense) và ngoại lệ (prudential exception) trong Hiệp định chung về thương mại dịch vụ (General Agreement on Trade in Services - GATS). Tuy nhiên, báo cáo của Cơ quan phúc thẩm lại chủ yếu giải thích về các quy định trong GATS mà không nhằm mục đích giải quyết tranh chấp. Chính vì vậy, khoảng 2/3 phân tích của Cơ quan phúc thẩm chỉ đơn thuần là các ý kiến tư vấn pháp lý.

Tác động của việc Cơ quan phúc thẩm đưa ra các phán quyết vượt thẩm quyền trở nên đáng lưu ý hơn bởi nguyên tắc stare decisis⁽⁴⁶⁾ một trong những nguyên tắc làm

(42). DSB, *biên bản họp ngày 03/4/2002*, WT/DSB/M121, đoạn 35.

(43). Phát biểu của Hoa Kỳ trong cuộc họp tại Cơ quan giải quyết tranh chấp WTO ngày 09/5/2016, 23/5/2016, 29/9/2017 và 14/10/2017.

(44). Quan điểm của Hoa Kỳ trong vụ DS453 Panama-Argentina Financial Services Reports, vụ DS430 giữa Hoa Kỳ và Ấn Độ về sản phẩm nông nghiệp và DS447/478 giữa Hoa Kỳ và Indonesia về việc nhập khẩu sản phẩm làm vườn và sản phẩm động vật.

(45). WTO, *DS453: Argentina - Measures Relating to Trade in Goods and Services*, https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds453_e.htm, truy cập 12/3/2020.

(46). Nguyên tắc tiền lệ phải được tuân thủ.

nên hệ thống án lệ của WTO.⁽⁴⁷⁾ Điều này khiến cho Ban hội thẩm đưa ra quyết định dựa trên quyết định trước đây của Cơ quan phúc thẩm về các vấn đề pháp lý tương tự.⁽⁴⁸⁾ Khi cả Ban hội thẩm và Cơ quan phúc thẩm đều đưa ra những phán quyết chứa nhiều nội dung “obiter dicta” sẽ làm cản trở mục tiêu giải quyết tranh chấp kịp thời (mục tiêu này được quy định tại Điều 3.3 DSU). Bên cạnh đó, việc này cũng gây ảnh hưởng xấu đến các tranh chấp trong tương lai, khi những ý kiến đó được coi là tiền lệ của Ban hội thẩm WTO.

Tuy nhiên, tại Điều 17.1 DSU quy định AB phải giải quyết các vấn đề được đưa ra bởi các bên trong xét xử phúc thẩm nhưng không hề có bất cứ quy định nào hạn chế AB không được xem xét các vấn đề nằm ngoài phạm vi các bên tranh chấp đưa ra. Ngoài ra, “obiter dicta” cũng có những lợi ích dành cho các quốc gia thành viên. Việc nhận biết sớm và có sự đánh giá sớm các vấn đề có thể hình thành tranh chấp trong tương lai sẽ giúp các quốc gia, đặc biệt là các quốc gia đang phát triển có khả năng hạn chế tranh chấp, hoặc nếu có, sẽ có sự chuẩn bị cho các lập luận của mình một

cách tiết kiệm cả về thời gian và kinh phí. Ngoài ra, các vấn đề pháp lý phức tạp được làm rõ và có thêm những chỉ dẫn sẽ giúp các luật sư đại diện cho các quốc gia đang phát triển chuẩn bị các lập luận của họ nhanh chóng hơn, điều này sẽ giảm bớt đi chi phí cho các quốc gia cần phải thuê những chuyên gia pháp lý. Có thể thấy “obiter dicta” đóng vai trò thiết thực đối với các quốc gia, đặc biệt là các quốc gia đang phát triển giải quyết được vấn đề thiếu chuyên gia pháp lý và nguồn lực tài chính⁽⁴⁹⁾ - hai vấn đề cốt yếu của các quốc gia đang phát triển trong giải quyết tranh chấp. Điều này cũng thể hiện rõ vai trò của AB đối với việc đảm bảo sự nhất quán và dễ dự đoán trong giải thích, áp dụng pháp luật WTO.

Qua những phân tích trên, có thể thấy Cơ quan phúc thẩm WTO đã đạt được những thành tựu nhất định như đảm bảo tính nhất quán trong việc giải thích và áp dụng pháp luật WTO, đảm bảo tính công bằng và trật tự thương mại quốc tế và thực hiện tốt vai trò phúc thẩm của mình. Mặc dù trong thời gian vừa qua, Cơ quan này đã gặp phải một số hạn chế mang tính thời điểm như vấn đề thành viên Cơ quan phúc thẩm hết nhiệm kỳ, thời hạn xét xử phúc thẩm và đưa ra các phán quyết vượt thẩm quyền. Tuy nhiên, có thể thấy những hạn chế trên chỉ mang tính tạm thời, không mang tính bản chất.

(47). Nguyên tắc “stare decisis” cho rằng một vấn đề pháp lý đã được giải quyết trong một vụ việc, việc giải thích tương tự có thể được áp dụng trong các vụ việc tương tự sau đó. Mặc dù nguyên tắc “stare decisis” không nằm trong quy định của DSU nhưng Ban hội thẩm và Cơ quan phúc thẩm vẫn áp dụng nguyên tắc này. Xem thêm: Báo cáo của Cơ quan phúc thẩm trong vụ US-Stainless Steel (Mexico), WT/DS344/AB/R, đoạn 156 đến đoạn 162.

(48). Báo cáo của Cơ quan phúc thẩm trong vụ US-Continued Zeroing, WT/DS350/AB/R, đoạn 365.

(49). Amrita Bahri, “Appellate Body Held Hostage”: Is Judicial Activism at Fair Trial?, *Forthcoming in Journal of World Trade* (53.2), 2019, tr. 13.

3.3. Một số giải pháp đang được đề xuất

Trong bối cảnh hoạt động của Cơ quan phúc thẩm bị bế tắc, có đề xuất về Thỏa thuận không kháng cáo (Non appeal pact - NAPs),⁽⁵⁰⁾ theo đó, các nước thành viên có thể đồng ý không kháng cáo đối với các báo cáo của Ban hội thẩm trong thời gian diễn ra cuộc khủng hoảng. Khi mà bên thắng kiện hay thua kiện trong một vụ tranh chấp chưa được xác định thì việc từ bỏ quyền kháng cáo có thể khả thi, nếu các bên tranh chấp đều cho rằng mình có cơ hội thắng kiện ở giai đoạn Ban hội thẩm. Tuy nhiên, giải pháp này sẽ tạo ra vấn đề mới cho cơ chế giải quyết tranh chấp WTO là không thể xem xét lại các bản báo cáo sai sót của Ban hội thẩm và có thể làm mất đi tính nhất quán về cách giải thích và áp dụng các vấn đề pháp lý trong các tranh chấp khác nhau.

Việc sử dụng cơ chế trọng tài kháng cáo cũng đang là phương án giải quyết tình trạng khủng hoảng bổ nhiệm thành viên Cơ quan phúc thẩm được Liên minh châu Âu (EU) và Canada đề xuất áp dụng⁽⁵¹⁾ và nhiều chuyên gia ủng hộ.⁽⁵²⁾ Cụ thể, trong

(50). Steve Charnovitz, *The WTO Appellate Body Crisis: A Critique of the EU's Article 25 Proposal*, 02/6/2019, <https://ielp.worldtradelaw.net/2019/06/the-wto-appellate-body-crisis-a-critique-of-the-eus-article-25-proposal.html>, truy cập 10/9/2020.

(51). Quan điểm của Canada và EU, *Interim Appeal Arbitration Pursuant to Article 25 of the DSU*, http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2019/july/tradoc_158273.pdf, truy cập 03/03/2020.

(52). Scott Andersen, Todd Friedbacher, Christian Lau, Nicolas Lockhart, Jan Yves Remy, Iain Sandford, *Using Arbitration under Article 25 of the DSU to ensure the availability of Appeals*, CTEI working

đệ trình của EU và Canada, theo thủ tục trọng tài kháng cáo (appeal arbitration procedure),⁽⁵³⁾ phiên kháng cáo sẽ được xem xét bởi ba thành viên đã hết nhiệm kỳ của Cơ quan phúc thẩm, làm việc như trọng tài viên theo Điều 25 của DSU. Như vậy, trọng tài kháng cáo giúp cho các bên tranh chấp có cơ chế xem xét lại báo cáo của Ban hội thẩm thông qua phương thức cho phép các thành viên tự do lựa chọn trọng tài và thủ tục, bao gồm cả việc sử dụng quy định của DSU.⁽⁵⁴⁾ Tuy nhiên, cách này đòi hỏi có sự thoả thuận của các bên trong từng tranh chấp, mang tính theo vụ việc. Hơn nữa, khi đó các bên phải từ bỏ Cơ quan phúc thẩm.⁽⁵⁵⁾ Do vậy, đây có thể coi là một giải pháp tạm thời trong giai đoạn Cơ quan phúc thẩm chưa hoạt động được.

Về lâu dài, với vai trò của một cơ chế

Papers, 2017; Jens Hillebrand Pohl, *Blueprint for a Plurilateral WTO Arbitration Agreement under Article 25 of the Dispute Settlement Understanding*, [https://www.maastrichtuniversity.nl/blog/2017/12/maintaining-trust-wto-adjudication-arbitration- %E2%8099%E2%8099](https://www.maastrichtuniversity.nl/blog/2017/12/maintaining-trust-wto-adjudication-arbitration-%E2%8099%E2%8099), truy cập 20/4/2020.

(53). Nguyên văn tiếng Anh: “*Appeal arbitration procedure*”.

(54). Cato Institute, *Saving the WTO's Appeals Process*, 2018, <https://www.cato.org/blog/saving-wtos-appeals-process>, truy cập 18/6/2020, theo đó: chủ tịch Cơ quan phúc thẩm James Bacchus đã có quan điểm cho rằng trọng tài theo Điều 25 đã mở ra cơ hội cho các thành viên tham gia vào cơ chế trọng tài như một phương thức giải quyết tranh chấp và cho phép thời gian lựa chọn trọng tài viên và quy trình xét xử bao gồm cả việc tạo ra một bản sao về các quy định hiện hành của DSU mà không có sự tham gia của Hoa Kỳ.

(55). Jennifer Hillman, *Three approaches to fixing the World Trade Organization's Appellate Body: the good, the bad and the ugly?*, Washington, 2017, tr. 8.

thường trực, đảm bảo sự nhất quán, tính dễ dự đoán của pháp luật WTO, cần nghiên cứu, đề xuất các giải pháp để khôi phục hoạt động của thiết chế phúc thẩm trong WTO.

Sau 25 năm hình thành và phát triển, Cơ quan phúc thẩm WTO đã thể hiện được vai trò của mình đó là hạn chế “báo cáo xấu” của Ban hội thẩm. Từ đó, Cơ quan phúc thẩm đã đạt được một số thành tựu, tiêu biểu phải kể đến là: đảm bảo tính nhất quán trong việc giải thích và áp dụng pháp luật WTO, đảm bảo tính công bằng và trật tự thương mại quốc tế và thực hiện tốt vai trò phúc thẩm của mình. Bên cạnh đó, Cơ quan này cũng vấp phải những thách thức nhất định như vấn đề thành viên Cơ quan phúc thẩm hết nhiệm kì, thời hạn xét xử phúc thẩm và đưa ra các phán quyết vượt thẩm quyền. Những hạn chế này đã khiến WTO rơi vào cuộc khủng hoảng mà tác động trực tiếp đến từ việc Hoa Kỳ sử dụng quyền phủ quyết ngăn chặn việc bổ nhiệm thành viên Cơ quan phúc thẩm. Mặc dù AB đang trong trạng thái tê liệt nhưng không thể phủ nhận được vai trò của Cơ quan này đối với việc đảm bảo sự nhất quán và dễ dự đoán trong giải thích, áp dụng pháp luật WTO./.

TÀI LIỆU THAM KHẢO

1. Amrita Bahri, “*Appellate Body Held Hostage: Is Judicial Activism at Fair Trial?*”, Nxb. Journal of World Trade (53.2), 2019.
2. Luis Olavo Baptista, “*A Country Boy Goes to Geneva*”, in Gabrielle Marceau (ed), *A History of Law and Lawyers in the GATT/WTO: The Development of the Rule of Law in the Multilateral Trading System*, Nxb. Cambridge University Press, (2015).
3. Peter Van den Bossche, *From Afterthought to Centerpiece: The WTO Appellate Body and its Rise to Prominence in the World Trading System*, Maastricht Faculty of Law Working Paper, Maastricht, (2005).
4. A.V.Ganesan, “*The Appellate Body in its formative years*”, in Gabrielle Marceau (ed), *A History of Law and Lawyers in the GATT/WTO*, Nxb. Cambridge University Press, (2015).
5. J. Jackson, *Rule Implementation and Dispute Resolution*, in *The World Trading System: Law and Policy of International Economic Relations*, Nxb. MIT Press, Massachusetts, (1997).
6. Kuijper, *The New WTO Dispute Settlement System: The Impact on the European Community*, Journal of World Trade 6, (1995).
7. Joost Pauwelyn, ‘Minority Rules: Precedent and Participation before the WTO Appellate Body’, in Joanna Jemielniak, Laura Nielson, Henrik Palmer Olsen (eds.), *Judicial Authority in International Economic Law*, Nxb. Cambridge University Press, (2016).
8. T. Stewart, *1990 Proposal by the EC, The GATT Uruguay Round: A Negotiating History (1986-1992)*, số II, Nxb. Kluwer Law and Taxation, (1993).