

MỘT SỐ VẤN ĐỀ PHÁP LÝ VỀ TRẢ ĐŨA CHÉO THEO HIỆP ĐỊNH TRIPS TRONG WTO

Đình Khương Duy - Lê Ngọc Khương**

Tóm tắt

Để đảm bảo hiệu quả của hệ thống giải quyết tranh chấp, WTO cho phép nước thắng kiện trong một vụ tranh chấp được trả đũa nước thua kiện nếu nước thua kiện không thực hiện phán quyết của cơ quan giải quyết tranh chấp. Trong đó, trả đũa chéo theo Hiệp định TRIPS là một biện pháp đặc biệt quan trọng. Trước hết, bài viết sẽ trình bày cơ sở pháp lý của biện pháp trả đũa chéo theo Hiệp định TRIPS trong WTO. Sau đó, bài viết sẽ chỉ ra một số đặc điểm của biện pháp này. Các phân tích này sẽ được minh họa bằng một số án lệ trong đó, bên thắng kiện được phép trả đũa chéo theo Hiệp định TRIPS.

Từ khóa: trả đũa chéo, giải quyết tranh chấp, TRIPS, WTO.

Đặt vấn đề

Từ khi Tổ chức Thương mại Thế giới (*World Trade Organization* – WTO) được thành lập, việc bên thua kiện trong các tranh chấp không thực thi phán quyết của cơ quan giải quyết tranh chấp (*Dispute Settlement Body* – DSB), cụ thể là của Ban Hội thẩm (*Panel*) và Cơ quan Phúc thẩm (*Appellate Body*), đã là một vấn đề gây nhiều quan ngại. Rõ

* Đình Khương Duy: Giảng viên Đại học Ngoại thương, Nghiên cứu sinh tiến sĩ chuyên ngành Luật và Kinh tế quốc tế tại Đại học Bocconi, Milan, Italy.

* Lê Ngọc Khương: Giảng viên Đại học Ngoại thương, Học viên cao học chương trình Thạc sĩ Luật và Kinh tế quốc tế tại Viện Thương mại Thế giới (WTI) Đại học Bern, Thụy Sĩ.

ràng, nếu bên thua kiện vì các lý do không chính đáng tìm cách từ chối thực thi phán quyết của DSB, chắc chắn tính hiệu quả của hệ thống giải quyết tranh chấp trong WTO sẽ giảm sút.

Về nguyên tắc, việc thực thi phán quyết của DSB phải căn cứ vào Thoả thuận của WTO về Giải quyết Tranh chấp (*Dispute Settlement Understanding* – DSU). Điều 22 DSU đưa ra một số biện pháp mà bên thắng kiện trong các tranh chấp có thể sử dụng để đảm bảo việc thực thi phán quyết của Ban Hội thẩm và Cơ quan Phúc thẩm. Một trong các biện pháp đó là đơn phương tạm hoãn thực hiện các nhượng bộ, hay còn gọi là trả đũa (*retaliation*). Các nhượng bộ bị tạm hoãn thực hiện có thể là (i) các cam kết cùng lĩnh vực theo hiệp định bị bên thua kiện vi phạm hoặc (ii) các cam kết khác lĩnh vực hoặc theo một hiệp định khác của WTO. Việc tạm hoãn thực hiện các nhượng bộ theo cách (ii) chính là trả đũa chéo (*cross retaliation*).

Lý do ban đầu được đưa ra để chứng minh tính cần thiết của biện pháp trả đũa chéo xuất phát từ phía Hoa Kỳ. Nước này cho rằng phải có một biện pháp đảm bảo thực thi như vậy để đối phó với hành vi vi phạm Hiệp định về Các khía cạnh liên quan đến Thương mại của Quyền sở hữu trí tuệ (*Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights* – TRIPS) của các nước đang phát triển. Do không có nhiều tài sản trí tuệ, việc trả đũa theo Hiệp định TRIPS hầu như sẽ không ảnh hưởng gì tới nền kinh tế của các nước này. Vì thế, việc trả đũa chéo theo các hiệp định khác của WTO, điển hình là Hiệp định chung về Thuế quan và Thương mại (*General Agreements on Tariffs and Trade* – GATT), sẽ có tác dụng rõ rệt hơn.

Tuy nhiên, thực tiễn lại hoàn toàn khác với dự định ban đầu này. Chưa có thí dụ nào về việc một nước đang phát triển không thực thi phán quyết của DSB trong tranh chấp liên quan tới Hiệp định TRIPS. Vì thế,

cũng chưa từng có trường hợp nào biện pháp trả đũa chéo được thực hiện nhằm đảm bảo sự tuân thủ hiệp định này. Ngược lại, chính các nước phát triển lại thường tìm cách trì hoãn việc thực thi phán quyết của DSB khi vi phạm các hiệp định khác.

Có hai lý do chính lý giải cho điều này. Thứ nhất, đối với một nước đang phát triển, việc tăng thuế hoặc các rào cản thương mại để trả đũa một nước phát triển theo hiệp định bị vi phạm (chủ yếu là GATT) có thể khiến nước này bị thiệt hại nhiều hơn đối phương. Thứ hai, do các nước phát triển có nhiều quyền sở hữu trí tuệ (SHTT) cần được bảo hộ, việc trả đũa chéo bằng cách ngưng thực hiện các cam kết theo Hiệp định TRIPS sẽ có ảnh hưởng nhất định tới các nước này và về cơ bản không gây tổn hại cho nước trả đũa.

Vì đây là một vấn đề nghiên cứu còn rất mới mẻ tại Việt Nam, nhóm tác giả mong muốn thông qua bài viết đem lại những kiến thức cập nhật và chuyên sâu cho giới học thuật cũng như cơ quan ban hành chính sách.

Cơ sở pháp lý của việc trả đũa chéo theo Hiệp định TRIPS

Điều 22 của DSU đưa ra một số lựa chọn mà bên thắng kiện trong một vụ tranh chấp có thể áp dụng tuần tự nếu bên thua kiện không tuân thủ phán quyết. Lựa chọn như nhất, quy định tại Điều 22.3(a), là tạm hoãn thi hành các nhượng bộ trong *cùng ngành* đã bị phát hiện ra vi phạm. Lựa chọn thứ hai, quy định tại Điều 22.3(b), là tạm hoãn thi hành các nhượng bộ *khác ngành* nhưng vẫn *cùng hiệp định bị vi phạm*. Chỉ khi việc áp dụng hai lựa chọn này không khả thi, lựa chọn thứ ba, tạm hoãn thi hành các nhượng bộ theo *hiệp định khác*, mới được phép áp dụng theo quy định tại Điều 22.3(c).

Về các lựa chọn trả đũa quy định trong DSU, cần lưu ý rằng các hiệp định đa phương của WTO được chia thành ba nhóm tương đương

Nghiên cứu Quốc tế số 3 (106)

với ba phần trong Phụ lục 1 của Hiệp định thành lập Tổ chức Thương mại Thế giới (hay Hiệp định Marrakesh). Phụ lục 1A gồm Hiệp định GATT và các hiệp định đa phương khác về thương mại hàng hóa, Phụ lục 1B gồm Hiệp định chung về Thương mại dịch vụ (*General Agreement on Trade in Services – GATS*) và Phụ lục 1C là Hiệp định TRIPS. Theo Điều 22.3(f) DSU, khái niệm lĩnh vực trong các lựa chọn trả đũa không giống nhau giữa các hiệp định. Đối với Hiệp định GATT và các hiệp định khác thuộc Phụ lục 1A, tất cả hàng hóa đều thuộc cùng một lĩnh vực. Đối với Hiệp định GATS, mỗi ngành chính được thể hiện trong “Bảng phân loại các ngành dịch vụ” sẽ được coi là một lĩnh vực. Còn đối với Hiệp định TRIPS, các loại quyền SHTT thuộc Mục 1-7 của Phần II Hiệp định này (bản quyền và các quyền liên quan, nhãn hiệu, chỉ dẫn địa lý,...) sẽ là các lĩnh vực khác nhau.

Có thể lấy một số thí dụ về việc trả đũa cùng lĩnh vực theo Điều 22.3(a) như sau: nếu hành vi vi phạm pháp luật WTO xảy ra trong lĩnh vực sáng chế thì biện pháp trả đũa phải liên quan tới sáng chế; nếu hành vi vi phạm pháp luật WTO xảy ra trong lĩnh vực dịch vụ phân phối thì biện pháp trả đũa cũng phải liên quan tới dịch vụ phân phối. Tuy nhiên, khi áp dụng Điều 22.3(a), một chính sách thuế đối với mặt hàng ô tô không tuân thủ pháp luật WTO có thể bị trả đũa bằng việc tăng thuế lên nông sản hay hàng dệt may vì tất cả hàng hóa đều được coi là cùng lĩnh vực. Cũng chính vì tất cả hàng hóa đều được coi là cùng lĩnh vực, việc trả đũa khác lĩnh vực nhưng cùng một hiệp định theo Điều 22.3(b) DSU sẽ không thể áp dụng với Hiệp định GATT. Tuy nhiên, lựa chọn này có thể được áp dụng trong Hiệp định GATS và TRIPS. Chẳng hạn, một vi phạm trong ngành dịch vụ phân phối có thể bị trả đũa trong ngành dịch vụ môi trường; hay một vi phạm liên quan tới sáng chế có thể bị trả đũa trong lĩnh vực nhãn hiệu. Tiếp đó, nếu như bên thắng kiện cho rằng việc trả đũa theo quy định tại Điều 22.3(a) và 22.3(b) là không thực tế và

không hiệu quả, căn cứ vào Điều 22.3(c), biện pháp trả đũa theo một hiệp định khác có thể được áp dụng. Mục tiêu của việc sắp xếp thứ tự này là nhằm hạn chế việc trả đũa ở những lĩnh vực không liên quan, đồng thời vẫn cho phép điều đó khi thật sự cần thiết.

Như vậy, có một vấn đề pháp lý quan trọng đặt ra liên quan tới điều kiện để áp dụng biện pháp trả đũa chéo. Điều 22.3(d) DSU đưa ra các yếu tố mà bên muốn trả đũa chéo phải xem xét đến nếu muốn viện dẫn Điều 22.3(c):

i. thương mại trong lĩnh vực hoặc theo hiệp định mà Ban Hội thẩm hoặc Cơ quan Phúc thẩm đã xác định là có vi phạm hoặc làm triệt tiêu hoặc gây phương hại và tầm quan trọng của lĩnh vực thương mại này đối với bên đó;

ii. các yếu tố kinh tế lớn hơn liên quan đến việc làm triệt tiêu hoặc gây phương hại và những hậu quả kinh tế lớn hơn của việc tạm hoãn thi hành các nhượng bộ hoặc những nghĩa vụ khác”.

Thực chất, nội dung của các điều khoản này chỉ là những quy định có tính hiển nhiên và không đưa ra chỉ dẫn cụ thể nào cho bên muốn trả đũa chéo hoặc cho Ban Hội thẩm khi xem xét ra quyết định cho phép trả đũa chéo. Bởi lẽ, nếu một ngành thương mại không quan trọng hoặc hành vi vi phạm không gây ra hệ lụy kinh tế nghiêm trọng, một nước ngay từ đầu đã không đưa tranh chấp ra xét xử tại WTO chứ chưa nói tới việc trả đũa chéo. Việc tạm hoãn thực hiện các nhượng bộ trong cùng lĩnh vực sẽ phi thực tế nếu không tồn tại thương mại hai chiều trong cùng lĩnh vực. Sự phụ thuộc chặt chẽ vào các hàng hóa nhập khẩu khác từ nước thua kiện cũng khiến cho việc trả đũa trong cùng một hiệp định nhưng ở ngành khác trở nên khó khăn trong nhiều trường hợp.

Chưa kể về mặt kinh tế, việc bên thắng kiện trả đũa trong cùng lĩnh vực hoặc trong một lĩnh vực liên quan thường không hiệu quả vì sẽ gây

tổn hại cho chính người sản xuất và tiêu dùng của nước này. Thí dụ, nếu các doanh nghiệp Nigieria phụ thuộc vào máy móc nhập khẩu từ Nhật Bản để sản xuất sản phẩm, khi đó việc trả đũa bằng cách tăng thuế đối với máy móc của Nhật Bản sẽ khiến chi phí sản xuất gia tăng. Theo thuyết lợi thế so sánh, việc tăng thuế luôn có hại đối với nước tăng thuế ngay cả trong ngắn hạn. Thậm chí, nếu các nhà sản xuất nội địa được lợi trong ngắn hạn do tăng thuế, người tiêu dùng sẽ phải hứng chịu các chi phí tăng lên do giá cả hàng hóa nhập khẩu tăng và giá cả hàng hóa nội địa cũng có xu hướng tăng bởi áp lực cạnh tranh với hàng hóa nhập khẩu giảm.

Do đó, có thể nói về mặt pháp lý, DSU chưa làm rõ điều kiện cũng như cách thức trả đũa chéo để đảm bảo thực thi phán quyết của DSB. Với các tiêu chí mà Điều 22 DSU đặt ra, dường như việc trả đũa chéo là tất yếu vì việc đáp ứng các điều kiện là hiển nhiên và hiệu quả vượt trội của biện pháp trả đũa chéo khá rõ ràng. Chính vì thế, tính chất của trả đũa chéo nói chung và trả đũa chéo theo Hiệp định TRIPS nói riêng cần được phân tích sâu hơn và làm sáng tỏ thông qua hệ thống án lệ của WTO.

Đặc điểm của biện pháp trả đũa chéo theo Hiệp định TRIPS

Là biện pháp đảm bảo thực thi phán quyết hiệu quả

Biện pháp trả đũa chéo theo Hiệp định TRIPS gắn liền với vấn đề bảo hộ quyền SHTT. Quyền SHTT và bảo hộ quyền SHTT có tính chất lãnh thổ. Nếu một phát minh được cấp bằng sáng chế tại Hoa Kỳ, nó sẽ được bảo hộ trong lãnh thổ Hoa Kỳ. Song phát minh này sẽ không nhận được sự bảo hộ tại các nước khác trừ khi được cấp bằng sáng chế tại các nước đó.

Một trong số những mục tiêu của Hiệp định TRIPS là buộc các thành viên WTO xây dựng hệ thống đăng ký và cấp bằng sáng chế cho các phát minh. Tuy vậy, chuẩn mực để cấp bằng sáng chế thường không

thống nhất giữa các quốc gia. Một sáng chế được cấp bằng theo luật của Hoa Kỳ có thể không đủ điều kiện theo luật của Nhật Bản. Hiệp định TRIPS chỉ quy định các chuẩn mực tối thiểu và không thể đem lại sự hài hòa, thống nhất về pháp luật giữa các nước thành viên WTO. Nguyên nhân thứ nhất là nhiều khái niệm trong Hiệp định TRIPS đòi hỏi việc định nghĩa chi tiết hơn trong luật quốc gia. Do đó, các thành viên WTO rất tự chủ trong việc diễn giải và tuân thủ các chuẩn mực tối thiểu này. Nguyên nhân thứ hai là Hiệp định TRIPS cho phép các thành viên WTO áp dụng mức độ bảo hộ quyền SHTT cao hơn mức tối thiểu của Hiệp định TRIPS.

Tuy bản quyền không được bảo hộ dựa trên một hệ thống đăng ký như phát minh nhưng việc bảo hộ bản quyền cũng có tính lãnh thổ. Hiệp định TRIPS và Công ước Berne 1886 đòi hỏi các thành viên công nhận quyền tác giả của các tác phẩm văn học, nghệ thuật được xuất bản tại bất cứ nước thành viên nào của các điều ước quốc tế này. Tuy nhiên, tính lãnh thổ của việc bảo hộ bản quyền thể hiện ở chỗ bản quyền được công nhận và thực thi một cách khác biệt ở mỗi quốc gia. Chưa kể, vẫn có những ngoại lệ hoặc giới hạn đối với việc bảo hộ bản quyền trong luật pháp của các nước thành viên.

Mặc dù bảo hộ quyền SHTT có tính lãnh thổ, trong thực tế tính lãnh thổ này không thể đảm bảo rằng sự vi phạm hay tạm dừng bảo hộ tại một quốc gia sẽ chỉ ảnh hưởng tới sản phẩm trí tuệ trong lãnh thổ quốc gia đó. Trong bối cảnh hiện nay, khi việc trao đổi thông tin và sản phẩm qua mạng đã trở nên vô cùng phổ biến, một hành vi vi phạm quyền SHTT trên mạng có thể phát sinh ở một quốc gia nhưng dẫn đến những sự vi phạm ở các quốc gia khác. Chẳng hạn, nếu Hoa Kỳ ngưng bảo hộ bản quyền của một cuốn tiểu thuyết được xuất bản tại Hà Lan, khi đó tác phẩm này sẽ được cung cấp trên mạng miễn phí và người sử dụng internet tại Việt Nam có thể dễ dàng tải về cuốn tiểu thuyết này. Như vậy

Nghiên cứu Quốc tế số 3 (106)

hậu quả của hành vi vi phạm đã không chỉ giới hạn trong phạm vi lãnh thổ Hoa Kỳ mà còn mở rộng sang các quốc gia khác.

Việc tạm dừng bảo hộ một sáng chế tại một nước thành viên WTO cũng có thể cho phép nước này giảm chi phí sản xuất và nhờ đó sản xuất được các sản phẩm rẻ hơn. Khi các sản phẩm rẻ hơn này được xuất khẩu, chúng sẽ cạnh tranh trực tiếp với các sản phẩm được sản xuất tại nước có sáng chế (nước bị trả đũa) và các nước khác nơi sáng chế đó được bảo hộ. Điều này có thể xảy ra khi nước nhập khẩu: (i) không bảo hộ sáng chế này nên không phân biệt giữa các sản phẩm vi phạm hay không vi phạm quyền SHTT đó; hoặc (ii) có bảo hộ sáng chế này nhưng vẫn cho phép nhập khẩu song song các sản phẩm có xuất xứ tại các nước không bảo hộ nó.

Đây là một điểm khác biệt so với biện pháp yêu cầu bồi thường hoặc trả đũa thông qua tăng thuế. Khi một nước nhỏ tăng thuế để trả đũa một nước lớn, hiệu quả chắc chắn sẽ rất thấp nếu kim ngạch xuất khẩu của nước lớn sang nước nhỏ chiếm tỷ trọng không đáng kể trong cơ cấu xuất khẩu của nước lớn. Ngay cả khi tỷ trọng này cao hơn, việc tăng thuế hoặc bồi thường cũng sẽ giới hạn trong các bên có tranh chấp và ảnh hưởng của nó có thể lường trước được. Ngược lại, hệ lụy kinh tế mà bên thua kiện phải gánh chịu khi bị trả đũa chéo theo Hiệp định TRIPS sẽ không chỉ giới hạn trong lãnh thổ của bên thắng kiện.

Tuy chưa thể kết luận rằng việc trả đũa chéo theo Hiệp định TRIPS nên được khuyến khích áp dụng, nếu xét trên góc độ biện pháp giúp tăng cường sự tuân thủ các phán quyết của DSB thì hiệu quả của biện pháp này rất rõ rệt.

Là biện pháp khó kiểm soát và đo lường

Nhìn từ góc độ khác, tác động lan tỏa của việc tạm hoãn thực hiện các nhượng bộ về SHTT cũng khiến cho việc trả đũa chéo có thể đi quá

xa mục đích của việc trả đũa. Hệ thống bảo hộ quyền SHTT trên thế giới về bản chất rất dễ bị tổn thương. Việc tạm dừng thực hiện cam kết bảo hộ quyền SHTT của một nước thành viên WTO có thể ảnh hưởng nghiêm trọng tới việc bảo hộ quyền SHTT tại các nước thành viên khác. Do đó, biện pháp trả đũa chéo theo Hiệp định TRIPS sẽ dẫn tới những hậu quả ngoài tầm kiểm soát cho bên bị trả đũa.

Lưu ý rằng việc trả đũa không phải là mục tiêu cuối cùng mà chỉ là một biện pháp để đảm bảo việc thực thi phán quyết của DSB. Do đó, nếu việc trả đũa gây tổn hại quá mức cần thiết cho nước vi phạm, nó cũng sẽ làm tổn hại tới hệ thống giải quyết tranh chấp vốn tôn trọng nguyên tắc tương xứng giữa vi phạm và chế tài. Điều 22.4 của DSU quy định rằng mức độ tạm ngừng thực hiện nghĩa vụ được DSB cho phép phải tương đương với mức độ thiệt hại. Chính ở đây, tính khó kiểm soát của việc ngưng thực hiện các cam kết về quyền SHTT sẽ trở thành một nhược điểm, bởi lẽ không giống như thương mại hàng hóa, một khi các quyền SHTT bị xâm phạm, với khả năng lan tỏa của nó như đã phân tích ở phần 3.1, thiệt hại cho bên bị trả đũa có thể sẽ lớn hơn rất nhiều so với thiệt hại ban đầu của bên trả đũa.

Điều đáng nói là, khi trả đũa chéo theo Hiệp định TRIPS, việc tính toán hợp lý giá trị được phép trả đũa theo Hiệp định TRIPS sao cho giá trị đó thể hiện chính xác tổn thất, thiệt hại của bên thắng kiện là việc cực kỳ khó khăn. Vấn đề mấu chốt ở đây liên quan tới việc xác định giá trị của sản phẩm trí tuệ. Trong giải quyết tranh chấp, trước khi tiến hành trả đũa, các tổn thất đối với tất cả đối tượng của thương mại đều cần được định giá bằng tiền. Dù là hàng hóa, dịch vụ hay sản phẩm trí tuệ, về nguyên tắc, giá trị của chúng đều có thể được ước tính ra một khoản tài chính. Đây là cách thức công bằng nhất để xử lý vấn đề, tuy nhiên việc định giá này không hoàn toàn khả thi dưới góc độ thực tế. Các sản phẩm trí tuệ đều hàm chứa

Nghiên cứu Quốc tế số 3 (106)

tri thức và dù có liên quan tới lợi ích kinh tế thì từ trước đến nay, tri thức vẫn là đối tượng rất khó lượng hóa dưới dạng vật chất.

Do giá trị của các tài sản trí tuệ rất khó để tính toán, người ta thường ước lượng giá trị vật chất của các yếu tố liên quan chẳng hạn như phí cấp phép nộp cho một tổ chức thu phí bản quyền. Khi biết được các loại tiền bản quyền và phí giấy phép liên quan tới bản quyền, việc tính toán giá trị của việc tạm ngừng bảo hộ các quyền SHTT liên quan tới bản quyền có thể được thực hiện bằng cách cộng gộp các loại phí này. Tất cả các vụ tranh chấp về trả đũa chéo đều đưa bản quyền vào danh sách các lĩnh vực có thể trả đũa chéo là vì tính chất có thể tính toán được của nó. Mặc khác, bản quyền là mục tiêu trả đũa phổ biến hơn sáng chế, bởi đối với một doanh nghiệp mới gia nhập thị trường, việc bắt chước các sản phẩm có bản quyền sẽ tiết kiệm chi phí hơn các sản phẩm được đăng ký bằng sáng chế. Lý do là việc bắt chước các sản phẩm bản quyền không đòi hỏi phải có cơ sở kỹ thuật công nghiệp.

Là biện pháp có khả năng vi phạm các thỏa thuận về đầu tư

Việc ngừng bảo hộ quyền SHTT có nguy cơ trở thành một hành vi vi phạm chương đầu tư của các hiệp định thương mại tự do và nhất là các hiệp định đầu tư song phương (*Bilateral Investment Treaty - BIT*). Chẳng hạn, Thái Lan được WTO cho phép trả đũa chéo Chilê theo Hiệp định TRIPS, nhưng giữa Thái Lan và Chilê lại có BIT, khi đó hành vi trả đũa chéo này có thể dẫn tới vi phạm BIT. Nguyên nhân là việc ngưng thực hiện các cam kết về quyền SHTT thực chất đã biến tài sản trí tuệ thành sản phẩm công cộng, do đó nó có tác động tương tự như việc quốc hữu hóa tài sản của nhà đầu tư. Các quy định về quốc hữu hóa hoặc tịch thu tài sản trong các BIT là cơ sở để các nhà đầu tư khởi kiện các nhà nước ra tòa án hoặc trọng tài quốc tế.

Cho đến nay, nhãn hiệu là tài sản trí tuệ duy nhất từng dẫn tới tranh chấp trong phạm vi BIT. Tranh chấp này sinh từ việc hãng thuốc lá Philip Morris (Hong Kông) không đồng tình với chính sách bắt buộc đóng gói bao thuốc lá trơn của Ôxtrâyliya và Urugoay và đã khởi kiện chính phủ các nước này theo các hiệp định về đầu tư có liên quan. Cụ thể, Philip Morris cho rằng việc phải đóng gói sản phẩm bằng bao bì trơn đã vô hiệu hóa việc sử dụng nhãn hiệu, bao gồm logo và các yếu tố nhận diện thương hiệu trên bao bì. Nói cách khác, quy định này khiến Philip Morris không thể sử dụng và khai thác lợi ích từ nhãn hiệu của chính họ. Tháng 12/2015, Tòa án Trọng tài thường trực tại Hà Lan đã từ chối thụ lý vụ kiện giữa hãng thuốc lá Philip Morris và chính phủ Ôxtrâyliya với lý do không có quyền tài phán. Đây được xem là thắng lợi của Ôxtrâyliya trong việc bảo vệ sức khỏe cộng đồng. Tuy nhiên, Philip Morris cho rằng quyết định của Tòa án chỉ liên quan tới vấn đề thủ tục, còn câu hỏi bản chất về việc liệu chính sách của Ôxtrâyliya có vi phạm BIT giữa Hong Kông và Ôxtrâyliya không vẫn chưa được trả lời.¹

Trường hợp trên đây về cơ bản không giống với biện pháp trả đũa chéo theo Hiệp định TRIPS, tuy nhiên cũng gợi ý về một tình huống mà trả đũa chéo theo TRIPS có thể dẫn đến vi phạm BIT. Giả sử Ôxtrâyliya ngừng bảo hộ một hoặc một số nhãn hiệu của nhà đầu tư Hong Kông sau khi được WTO cho phép trả đũa chéo Hong Kông theo Hiệp định TRIPS trong lĩnh vực nhãn hiệu, khi đó việc các nhãn hiệu này bị lợi dụng, sao chép sẽ không còn là một hành vi trái pháp luật nữa, bởi chúng đã ngưng được bảo hộ. Các nhãn hiệu là tài sản trí tuệ vốn được coi là một khoản đầu tư, nay vô hình chung trở thành một "hàng hóa công cộng" trong khuôn khổ thực thi trả đũa chéo. Điều đó đồng nghĩa với việc, khi trả đũa

¹ Xem thêm thông tin về vụ tranh chấp này tại:
<http://www.theguardian.com/australia-news/2015/dec/18/australia-wins-international-legal-battle-with-philip-morris-over-plain-packaging>

Nghiên cứu Quốc tế số 3 (106)

chéo theo Hiệp định TRIPS, các doanh nghiệp và người tiêu dùng của nước trà dừa có thể hưởng lợi trực tiếp từ việc đình chỉ bảo hộ các sản phẩm trí tuệ của nước bị trà dừa. Trong khi ở vụ việc này, quy định về bảo hộ được áp dụng chung cho tất cả các hãng thuốc lá trong và ngoài Ôxtrâyliia, về mặt pháp lý không doanh nghiệp sản xuất thuốc lá nào được phép sử dụng nhãn hiệu của họ tại Ôxtrâyliia. Do đó không xảy ra hiện tượng doanh nghiệp và người tiêu dùng Ôxtrâyliia hưởng lợi từ việc xâm phạm quyền sở hữu trí tuệ của doanh nghiệp thuốc lá nước ngoài.

Cho đến nay chưa có tiền lệ về việc biện pháp trả dừa hoặc trả dừa chéo theo Hiệp định TRIPS có thể dẫn tới vi phạm các BIT nhưng không có nghĩa điều đó không thể xảy ra. Do đó, khi một nước có các cam kết liên quan tới tài sản trí tuệ trong các BIT, cần cân nhắc nguy cơ vi phạm các thỏa thuận này khi dự tính trả dừa chéo theo Hiệp định TRIPS trong khuôn khổ WTO.

Một số trường hợp trả dừa chéo theo Hiệp định TRIPS điển hình

Cho đến nay, có ba vụ tranh chấp mà trong đó, trọng tài viên đã cho phép bên thắng kiện trả dừa chéo theo Hiệp định TRIPS sau khi bên thua kiện không tuân thủ phán quyết. Đó là các vụ tranh chấp *Cộng đồng kinh tế Châu Âu (EC) - Cơ chế nhập khẩu, kinh doanh và phân phối sản phẩm chuối*;² *Hoa Kỳ - Các biện pháp ảnh hưởng tới dịch vụ cung cấp sản phẩm đánh bạc xuyên biên giới*³ và *Hoa Kỳ - Trợ cấp cho sản phẩm bông*

² DS27: Tên rút gọn: *EC - Chuối III (EC - Banana III)*; nguyên đơn: Êcuado, Goatemala, Ôndurát, Mêhicô, Hoa Kỳ; báo cáo Hội thẩm: ngày 22/05/1997; báo cáo Phúc thẩm: ngày 09/09/1997.

³ DS285: Tên rút gọn: *Hoa Kỳ - Đánh bạc (US - Gambling)*; nguyên đơn: Ăngtigoa và Bắcbadót; báo cáo Hội thẩm: ngày 10/11/2004; báo cáo Phúc thẩm: ngày 07/04/2005.

vùng cao.⁴ Sau đây bài viết sẽ trình bày các điểm nổi bật về trả đũa chéo trong các vụ tranh chấp này.

Vụ tranh chấp EC - Chuối III và những tác động của trả đũa chéo tới các Hiệp ước khác và thị trường của các nước thứ ba

EC - Chuối III là vụ tranh chấp đầu tiên đề cập tới và cho phép trả đũa chéo trong khuôn khổ Hiệp định TRIPS, trong đó Ecuador đã chứng minh được vai trò quan trọng của chuối đối với nền kinh tế, đồng thời chỉ ra EC đã không tuân thủ phán quyết của DSB. Tuy nhiên, Ecuador chưa từng thực hiện việc trả đũa chéo. Thay vào đó, nước này đã dùng khả năng trả đũa làm đòn bẩy để đàm phán với EC về khoản nợ nước ngoài của mình trong một thỏa thuận chung.

Mặc dù không xảy ra việc trả đũa chéo, một số vấn đề đáng chú ý đã nảy sinh trong quá trình giải quyết tranh chấp. Đầu tiên là mối quan hệ giữa việc trả đũa chéo theo TRIPS và việc thực hiện các nghĩa vụ về quyền SHTT được quy định trong các thỏa thuận quốc tế khác. Trước khi Hiệp định TRIPS được ký kết và chính thức có hiệu lực vào năm 1995 đã tồn tại Công ước Berne và Công ước Paris quy định về bảo vệ bản quyền và bằng sáng chế, nhãn hiệu. Một phần của Công ước Berne và Công ước Paris đã được đưa vào hiệp định TRIPS, tuy nhiên, hai công ước này thuộc thẩm quyền của Tổ chức Sở hữu trí tuệ Thế giới (*World Intellectual Property Organization - WIPO*) chứ không phải WTO. Cần lưu ý rằng, Hiệp định TRIPS chỉ đề ra các tiêu chuẩn tối thiểu cơ bản áp dụng cho bản quyền, nhãn hiệu và sáng chế xây dựng từ hai công ước nói trên. Chính vì vậy, việc định chỉ thực hiện các nghĩa vụ theo Hiệp định TRIPS có thể đồng nghĩa với định chỉ thực hiện nghĩa vụ tương tự được quy định trong Công ước Berne và Công ước Paris.

⁴ DS267: Tên rút gọn: Hoa Kỳ - Bông vùng cao (US - Upland Cotton); nguyên đơn: Braxin; báo cáo Hội thẩm: ngày 08/09/2004; báo cáo Phúc thẩm: ngày 03/03/2005.

Nghiên cứu Quốc tế số 3 (106)

Ban Hội thẩm đã nhấn mạnh họ không có thẩm quyền đình chỉ việc thực hiện bất cứ nghĩa vụ nào nằm ngoài phạm vi các hiệp định của WTO và khi trả đũa chéo theo Hiệp định TRIPS, mọi vi phạm nếu có đối với các Công ước của WIPO sẽ thuộc trách nhiệm của Ecuador và các bên tham gia các Công ước này. Trên thực tế, vấn đề không đơn giản như vậy, nhất là khi sự chồng chéo giữa Hiệp định TRIPS với các Công ước của WIPO khá phức tạp, được thể hiện qua hai khía cạnh sau.

Thứ nhất, hầu hết các thành viên của WTO cũng là thành viên của WIPO. Những nước đó đã đồng thuận ký Hiệp định TRIPS sau khi tham gia Công ước Berne và Công ước Paris. Như vậy có nghĩa, các nước này đã chấp nhận tuân thủ mọi phán quyết trong khuôn khổ các tranh chấp về Hiệp định TRIPS có liên quan tới hai công ước nói trên. Vì vậy, dù việc trả đũa chéo trong Hiệp định TRIPS có dẫn tới vi phạm Công ước Berne hay Công ước Paris, nhiều khả năng nước bị vi phạm sẽ không có căn cứ để khiếu kiện thành công lên Tòa án Công lý Quốc tế (*International Court of Justice* - ICJ).⁵

Thứ hai, do có cùng đối tượng điều chỉnh là các quyền SHTT, một quốc gia hầu như không thể vừa đình chỉ thực hiện nghĩa vụ theo TRIPS, vừa vẫn tiếp tục thực hiện nghĩa vụ theo các Công ước của WIPO vì điều này sẽ vô hiệu hóa việc trả đũa chéo theo luật WTO.

Bên cạnh mối quan hệ giữa TRIPS và các điều ước khác, như đã đề cập phía trên, việc trả đũa chéo tuy chỉ được áp dụng trong lãnh thổ nước trả đũa nhưng lại có khả năng tác động đến thị trường của nước thứ ba. Sự tác động này phụ thuộc vào loại hình SHTT được nhập khẩu. Nếu SHTT là một phần không thể tách rời của một mặt hàng, một nước có thể áp dụng các biện pháp tại cửa khẩu để ngăn chặn mặt hàng đó xâm nhập

⁵ Abbott, Frederick M., *Cross-Retaliation in TRIPS: Options for Developing Countries*, International Centre for Trade and Sustainable Development, No.8, 2009, p.14-15.

thị trường. Tuy nhiên, tài sản trí tuệ không chỉ hiện hữu bên trong các hàng hóa hữu hình mà còn ở dạng có thể được tải xuống từ trên mạng internet. Sẽ càng khó khăn hơn khi mà một tác phẩm được bảo hộ bản quyền không hiện hữu dưới hai loại hình nói trên, mà ở dạng số hóa, người dùng có thể chỉ xem hoặc lưu truyền trên internet. Như vậy, người dùng ở các nước khác bên ngoài biên giới nước trả đũa có thể truy cập các tác phẩm này và hành vi đó lại không nhất thiết chịu sự kiểm soát của nước trả đũa.

Một vấn đề phức tạp hơn đó là có một số yếu tố của các sản phẩm có bản quyền, đặc biệt khi chúng liên quan tới môi trường số hóa, vốn được bảo vệ bởi các hiệp định sau TRIPS. Hiệp ước của WIPO về Quyền tác giả năm 1996 (*WIPO Copyright Treaty - WCT*) quy định việc bảo vệ các sản phẩm số hóa, bao gồm việc trao đổi các sản phẩm có bản quyền trên mạng internet, các cơ chế bảo vệ mang tính kỹ thuật và các hệ thống quản lý tác quyền. Nước trả đũa có thể không có nghĩa vụ bảo vệ các sản phẩm này nếu nó không phải là một thành viên của WCT. Tuy nhiên, nếu nước tiếp nhận các sản phẩm này là một thành viên của WCT, hành vi vi phạm của nước trả đũa rất có thể ảnh hưởng đến việc nước tiếp nhận thực thi WCT. Điều này không chỉ là lý thuyết mà trên thực tế có thể phát sinh, thí dụ trong vụ tranh chấp *Hoa Kỳ - Đánh bạc* dưới đây, khi Ăngtigoa đề xuất trả đũa chéo bằng cách khởi chạy một trang web bán các nội dung có bản quyền mà không trả phí cho các tác giả Hoa Kỳ.

Vụ tranh chấp Hoa Kỳ - Đánh bạc và vấn đề một nước nhỏ đang phát triển thực thi phán quyết

Trong vụ việc gần đây nhất, vào tháng 1/2013, Ăngtigoa đã đề xuất và được cho phép trả đũa chéo Hoa Kỳ theo Hiệp định TRIPS sau khi nước này không thực hiện các phán quyết của Cơ quan Phúc thẩm.

Nghiên cứu Quốc tế số 3 (106)

Trước đó, trong báo cáo của Cơ quan Phúc thẩm năm 2005, một số luật của Hoa Kỳ đã bị kết luận vi phạm các cam kết theo Hiệp định GATS liên quan tới dịch vụ đánh bạc qua mạng internet. Cụ thể, Hoa Kỳ đã cấm các nhà cung cấp dịch vụ đánh bạc qua mạng internet ở nước ngoài tiếp cận thị trường nội địa, ảnh hưởng trực tiếp tới các nhà cung cấp dịch vụ này ở Ăngtigoa.

Để đi đến quyết định cho phép trả đũa chéo, trình tự xét xử theo DSU quy định phải trải qua ba giai đoạn. Trình tự này có thể trở thành rào cản, ngăn một nền kinh tế khó khăn tiếp tục theo kiện, đặc biệt khi nước này nhận thức được sự yếu thế của mình, không thể buộc nước vi phạm tuân thủ phán quyết. Năm 2005, phiên trọng tài đầu tiên diễn ra đã cho phép Ăngtigoa trả đũa chéo theo Hiệp định TRIPS vì trả đũa trong cùng ngành hoặc ngành tương tự không hiệu quả. Năm 2007, giá trị cho phép trả đũa chéo được tính toán không quá 21 triệu USD mỗi năm, mặc dù Ăngtigoa đã ước tính tổn thất hàng năm của nước này lớn hơn nhiều, khoảng 3,443 tỷ USD.

Hoa Kỳ đã yêu cầu chính phủ Ăngtigoa giám sát chặt chẽ quá trình thực hiện trả đũa chéo và giải trình chi tiết để đảm bảo không xảy ra hiện tượng lạm dụng. Tuy nhiên, Ban Hội thẩm đã không chấp nhận đòi hỏi này của Hoa Kỳ. Khi ra quyết định cho phép trả đũa chéo, Ban Hội thẩm không đưa ra bất cứ điều kiện nào về việc trả đũa chéo phải được thực thi ra sao. Điều 22.7 DSU quy định: *Trọng tài viên không được xem xét bản chất của các nhượng bộ hay các nghĩa vụ khác bị đình chỉ mà phải xem xét liệu mức độ đình chỉ có tương xứng với mức độ triệt tiêu hoặc gây phương hại.*

Tuy vậy, để việc trả đũa chéo theo Hiệp định TRIPS được thực hiện hiệu quả thì cần phải có một kế hoạch và trình tự chi tiết. Ban Hội thẩm trong vụ việc này đặc biệt lưu ý việc đình chỉ thực hiện các nghĩa

vụ theo Hiệp định TRIPS có thể rất phức tạp. Tại phiên họp của DSB vào tháng 4/2012, Antigua thông báo với DSB về việc Hoa Kỳ không tuân thủ các kết luận cuối cùng về vụ tranh chấp. Tuy nhiên, DSB đã không đưa ra bất cứ giải pháp nào cho tới tận tháng 1/2013 khi Antigua yêu cầu WTO cho phép nước này đình chỉ thực hiện cam kết về các quyền SHTT với Hoa Kỳ. Yêu cầu này đã được thông qua theo phán quyết của trọng tài viên. Việc sau một khoảng thời gian khá dài (từ 2005 đến 2013), Antigua mới đề xuất trả đũa chéo theo TRIPS có lẽ là do muốn cân nhắc kỹ tính khả thi cũng như tác động chính trị của việc đình chỉ thực hiện cam kết SHTT đối với Hoa Kỳ.

Sau hai năm thực hiện trả đũa chéo, vào cuối tháng 12/2015, trưởng Bộ Ngoại giao Antigua đã tuyên bố nước này sẵn sàng xem xét và chấp nhận đề xuất của Hoa Kỳ vào tháng 1/2016 để chấm dứt vụ tranh chấp đã kéo dài 13 năm này.⁶ Vụ việc có thể sớm đi đến hồi kết, tuy nhiên, thái độ thực hiện phán quyết của Hoa Kỳ khi thua kiện, chi phí, thời gian và mức độ hiệu quả của biện pháp trả đũa chéo đã đặt ra câu hỏi liệu hệ thống giải quyết tranh chấp của WTO có thực sự phát huy hiệu quả, nhất là với các nước nhỏ và đang phát triển hay không.

Hoa Kỳ - Trợ cấp cho sản phẩm bông vùng cao và sức ép mà một quốc gia đang phát triển có thể tạo ra

Trong vụ tranh chấp *Hoa Kỳ - Trợ cấp cho sản phẩm bông vùng cao*, Braxin đã đến rất gần với việc thực thi trả đũa chéo. Hoa Kỳ đã vi phạm Hiệp định về Trợ cấp và Các biện pháp đối kháng (*Agreement on Subsidies and Countervailing Measures - SCM*) dưới một số hình thức,

⁶ Xem thêm tại:

[http://antiguaobserver.com/antigua-sces-end-to-us-gaming-dispute/;](http://antiguaobserver.com/antigua-sces-end-to-us-gaming-dispute/)

<http://casinoconnectionac.com/issue/vol-13-no-3-march-2016/article/antigua-ready-to-settle-online-gambling-dispute-with-u-s>

Nghiên cứu Quốc tế số 3 (106)

bao gồm cả các biện pháp trợ cấp bị cấm. Sau khi bị kết luận vi phạm Hiệp định SCM, Hoa Kỳ không chỉ không gỡ bỏ các biện pháp trợ cấp này, ngược lại còn củng cố thêm bằng cách thông qua luật mới cho phép trợ cấp.

Braxin đã đề xuất và được cho phép trả đũa Hoa Kỳ theo Hiệp định TRIPS. Braxin ước tính thiệt hại là 1,037 tỷ USD mỗi năm dựa trên tổn thất về thu nhập và những tác động gây ra do hàng hóa Hoa Kỳ thay thế hàng hóa Braxin trên thị trường. Trọng tài viên cho rằng thiệt hại trong tình huống này chỉ là 147,3 triệu USD dựa trên tính toán thông qua thị phần bong bóng giới mà Braxin chiếm lĩnh. Phán quyết cuối cùng là Braxin có thể trả đũa chéo theo cả hai hiệp định GATS và TRIPS.

Một số luật nội địa được đề xuất của Braxin gây ra tranh cãi về việc liệu các luật này có thực sự cần thiết để thực thi hiệu quả trả đũa chéo. Các luật này cho phép đình chỉ bảo hộ một số quyền SHTT nhất định bao gồm cả các được phẩm được cấp bằng sáng chế. Điều này nhằm thẳng vào các bằng sáng chế trong lĩnh vực dược phẩm do Hoa Kỳ sở hữu. Sự đe dọa này đặc biệt hiệu quả vì tính nhạy cảm của lĩnh vực bằng sáng chế đối với Hoa Kỳ. Hơn nữa xét về tiềm năng kinh tế, Braxin hoàn toàn có khả năng thực hiện biện pháp trả đũa chéo đó. Chỉ vài tuần sau khi các trọng tài viên WTO cho phép trả đũa chéo theo một số quyền SHTT cụ thể, trong đó có bằng sáng chế, Hoa Kỳ đã nhanh chóng dàn xếp tranh chấp với Braxin bằng một giải pháp chung.

Như vậy, sự thỏa hiệp nhanh chóng này của Hoa Kỳ phần nào cho thấy tương quan giữa tiềm lực kinh tế (Braxin so với một nước rất nhỏ như Ăngtigoa) có ảnh hưởng lớn tới tốc độ giải quyết tranh chấp. Bên cạnh đó, mỗi đe dọa đối với các ngành công nghiệp gắn với bằng sáng chế dường như đóng vai trò chủ chốt trong việc gây sức ép buộc Hoa Kỳ tuân thủ phán quyết của DSB.

Kết luận

Tóm lại, có thể thấy trả đũa chéo theo Hiệp định TRIPS là một biện pháp rất hiệu quả để gây sức ép lên nước thua kiện nhằm buộc nước đó tuân thủ phán quyết của WTO. Nó đặc biệt có ý nghĩa trong các vụ kiện giữa các nước đang phát triển và các nước phát triển, khi mà việc trả đũa trong thương mại hàng hóa hay dịch vụ không mấy có ý nghĩa do sự chênh lệch về quy mô nền kinh tế. Trả đũa liên quan tới SHTT là một trong những công cụ mạnh nhất của các nước đang phát triển bởi lẽ đối với các nước phát triển có nhiều sản phẩm trí tuệ, việc quyền SHTT bị đình chỉ do trả đũa sẽ gây tổn thất vô cùng lớn.

Tuy nhiên, biện pháp này cũng có một số hạn chế nhất định. Bên cạnh trình tự thủ tục phức tạp, kéo dài, việc áp dụng biện pháp trả đũa chéo theo Hiệp định TRIPS có thể vượt khỏi tầm kiểm soát của bên trả đũa, gây phương hại quá mức cần thiết đối với bên bị trả đũa, trái với mục đích của việc giải quyết tranh chấp trong WTO. Ngoài ra, việc đình chỉ các nghĩa vụ theo Hiệp định TRIPS có thể dẫn tới các điều ước quốc tế khác về thương mại và đầu tư. Một số khía cạnh liên quan tới giao dịch điện tử cũng sẽ khiến việc áp dụng biện pháp này trở nên khó khăn hơn.

Trong thực tiễn giải quyết tranh chấp, không phải mọi trường hợp được cho phép trả đũa chéo theo Hiệp định TRIPS đều dẫn tới hành vi trả đũa trên thực tế. Tính ưu việt của biện pháp thể hiện ở chỗ, chỉ riêng khả năng trả đũa cũng có thể trở thành đòn bẩy để buộc bên thua kiện phải đàm phán các hướng giải quyết có lợi nhất cho hai bên. Tuy vậy, độ lớn của nền kinh tế vẫn ảnh hưởng tới hiệu quả của biện pháp này. Các nước nhỏ dù sao vẫn bị động hơn khi áp dụng biện pháp trả đũa chéo theo Hiệp định TRIPS. Điều đó cho thấy trả đũa chỉ giúp khắc phục phần nào hạn chế của hệ thống giải quyết tranh chấp trong WTO chứ chưa giải

Nghiên cứu Quốc tế số 3 (106)

quyết được tận gốc vấn đề. Song trong bối cảnh hiện nay, khi chưa có giải pháp thay thế nào để đảm bảo mọi phán quyết của WTO phải được thực thi, việc trả đũa chéo theo Hiệp định TRIPS vẫn là một lựa chọn mà các nước đang phát triển có thể cân nhắc.

TÀI LIỆU THAM KHẢO

1. Báo cáo Hội thẩm, EC - Cơ chế nhập khẩu, kinh doanh và phân phối sản phẩm chuối.
2. Báo cáo Hội thẩm, Hoa Kỳ - Trợ cấp cho sản phẩm bông vùng cao.
3. Báo cáo Hội thẩm, Hoa Kỳ - Các biện pháp ảnh hưởng tới dịch vụ cung cấp sản phẩm đánh bạc xuyên biên giới.
4. Báo cáo Phúc thẩm, EC - Cơ chế nhập khẩu, kinh doanh và phân phối sản phẩm chuối.
5. Báo cáo Phúc thẩm, Hoa Kỳ - Trợ cấp cho sản phẩm bông vùng cao.
6. Báo cáo Phúc thẩm, Hoa Kỳ - Các biện pháp ảnh hưởng tới dịch vụ cung cấp sản phẩm đánh bạc xuyên biên giới.
7. Hiệp định về Các khía cạnh liên quan đến Thương mại của Quyền sở hữu trí tuệ (*Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights – TRIPS*).
8. Thỏa thuận của WTO về Giải quyết Tranh chấp (*Dispute Settlement Understanding – DSU*).
9. Abbott, Frederick M., *Cross-Retaliation in TRIPS: Options for Developing Countries*, International Centre for Trade and Sustainable Development, No.8, 2009.
10. Frankel, S., "The TRIPS Agreement and Cross-retaliation", in Frankel, S. and Meredith Kolsky Lewis (eds), *Trade agreements at the crossroads*, Routledge, Oxford, 2013.
11. <http://antiguaobserver.com/antigua-sees-end-to-us-gaming-dispute/>
12. <http://casinoconnectionac.com/issue/vol-13-no-3-march2016/article/antigua-ready-to-settle-online-gambling-dispute-with-u-s>
13. <http://www.theguardian.com/australianews/2015/dec/18/australia-wins-international-legal-battle-with-philip-morris-over-plain-packaging>