

Правовые последствия решений Апелляционного органа в системе разрешения споров ВТО

Иоанна Гомула*

Система решения споров в ВТО основывается на двухуровневом судебном контроле. Стороны спора имеют возможность подать апелляцию на правовые и интерпретирующие решения, сформулированные в докладе третейской группы, перед постоянной судебной инстанцией – Апелляционным органом. На протяжении многих лет высший статус Апелляционного органа ВТО в иерархии этой системы никем фактически не оспаривался. Однако в результате ряда антидемпинговых споров ситуация поменялась. В ходе этих споров ряд третейских групп не согласился со сформулированным Апелляционным органом толкованием Антидемпингового соглашения и с его решением, согласно которому все виды «обнуления» (практики, применяемой в антидемпинговых определениях) несовместимы с принципами ВТО. Начиная со споров вокруг «обнуления», многие третейские группы ссылались на статью 11 Договоренности об урегулировании споров в ВТО, утверждая своё право и обязанность предлагать объективную оценку рассматриваемой ими ситуации, независимо от того, как ранее сходные вопросы оценивал Апелляционный орган. Хотя и кажется, что Апелляционный орган смог отстоять – по крайней мере на текущий момент – свой высший статус, попытки его оспорить не прекращаются. Подобные демарши вредят механизму разрешения споров в ВТО и отрицательно влияют на его эффективность. Поэтому признание некоторого прецедентного значения за докладами Апелляционного органа принципиально важно для безопасности и предсказуемости всей правовой системы ВТО.

→ *Всемирная торговая организация; разрешение споров; Апелляционный орган ВТО; иерархия судебных органов; прецедентное значение судебных решений; функции судебных органов; антидемпинговые определения*

DOI: 10.21128/2226-2059-2016-3-78-87

1. Введение

Система разрешения споров Всемирной торговой организации (*далее* – ВТО) действует уже более 20 лет. Её обширная практика включает (по состоянию на 1 января 2016 года) 300 докладов третейских групп и Апелляционного органа¹. Механизм разрешения споров ВТО основывается на двухуровневой

системе контроля, определяемой Договорённостью ВТО о правилах и процедурах, регулирующих разрешение споров (*далее* – Договорённость о разрешении споров, ДРС)², и администрируемой Органом по разрешению споров (*далее* – ОРС)³. Более ранняя система, развивавшаяся в соответствии со статьями XXII и XXIII Генерального соглашения по тарифам и торговле 1947 года (*далее* –

* Иоанна Гомула – кандидат юридических наук (Польская академия наук); научный сотрудник Центра международного права им. Г. Лаутерпахта, Кембриджский университет, Великобритания; член Нью-Йоркской коллегии адвокатов (e-mail: jg218@sam.ac.uk). Перевод с английского Дмитрия Владимировича Сичинавы.

¹ Сюда входят 121 доклад Апелляционного органа, опубликованные в рамках первоначальных процедур и процедур проверки соответствия. Процедура проверки соответствия инициируется в случае, когда имеет место несогласие с точки зрения соответствия определенному соглашению ВТО мер, принятых какой-либо стороной, чтобы выполнить рекомендацию или решения по первоначальной процедуре.

² Текст доступен по адресу: URL: https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/legal_e.htm (дата обращения: 09.02.2016). ДРС включено в Приложение 2 Марракешского соглашения об учреждении Всемирной торговой организации (соглашения о ВТО).

³ После принятия доклада Апелляционного органа его решения и рекомендации становятся решениями и рекомендациями ОРС. Однако ОРС нельзя рассматривать как судебный орган, это орган скорее административного или политического характера. См.: Sacerdoti G. The Dispute Settlement System of the WTO in Action: a Perspective on the First Ten Years // The WTO at Ten: The Contribution of the Dispute Settlement System / ed. by G. Sacerdoti, A. Yanovich, J. Bohanes. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. P.35–57, 51.

ГАТТ)⁴, основывалась на разрешении споров только в одной инстанции через третейские группы, создаваемые *ad hoc*. Поскольку создание третейских групп и принятие их докладов требовало *консенсуса* всех договаривающихся сторон (включая ответчика), сторона спора, перед которой стояла перспектива неблагоприятного решения, с большой вероятностью могла либо наложить вето на создание группы, либо, если такое решение было уже вынесено, наложить вето на принятие доклада группы. Таким образом, согласно ГАТТ 1947, существовало две категории докладов групп: принятые и непринятые⁵.

Хотя ДРС по-прежнему основывается на принципах разрешения споров, разработанных согласно ГАТТ 1947⁶, требование *консенсуса* для утверждения третейских групп и принятия докладов заменено принципом «обратного *консенсуса*». Согласно этому принципу, доклад группы или Апелляционного органа принимается, если только ОРС не примет консенсусное решение об *обратном*⁷. На практике этот принцип гарантирует автоматическое принятие всех докладов ВТО.

ДРС также установила жёсткие временные рамки для рассмотрения споров и, что ещё более важно, учредила Апелляционный орган — постоянную квазисудебную инстанцию, состоящую из семи членов, назначаемых на четырёхлетний срок. Апелляционный орган наделён полномочиями рассматривать апелляции, связанные с вопросами права и юридическим толкованием, сформулированными в докладе третейской группы. В этом качестве он может подтвердить, изменить или отменить юридические заключения и выводы третейской группы. Статья 17.1 ДРС предусматривает, что решения, принятые Апелляционным органом, должны «безоговорочно приниматься сторонами спора».

Однако Апелляционный орган не имеет полномочия разрабатывать юридические толкования, имеющие обязательную силу для всех членов ВТО. Это разъясняется статьёй IX:2 Соглашения о ВТО, которая предоставляет исключительные полномочия принимать такие толкования (именуемые «решениями по толкованию») Конференции министров и Генеральному совету. Решения принимаются большинством в три четверти членов.

На практике, несмотря на статью IX:2, Апелляционный орган на протяжении многих лет рассматривался как неоспоримая авторитетная инстанция интерпретации и развития правовой системы ВТО. Эту ситуацию изменил ряд антидемпинговых споров⁸, связанных с неоднозначной процедурой так называемого «обнуления», применяемой некоторыми членами ВТО (в частности, США) во внутренних антидемпинговых определениях. США продолжали применять эту практику, несмотря на многочисленные решения Апелляционного органа о её несовместимости с Соглашением о применении статьи VI ГАТТ 1994 года (*далее* — Антидемпинговое соглашение)⁹. В ходе последующих споров некоторые третейские группы заявили о собственном праве интерпретации этой практики, противоречащей разработанной Апелляционным органом в более ранних делах. Апелляционный орган последовательно признавал недействительными решения этих групп. Проблема обострилась из-за существования особого стандарта рассмотрения антидемпинговых споров, предусмотренного статьёй 17.6 Антидемпингового соглашения ВТО. Это положение требует от третейских групп (а также, косвенно, и от Апелляционного органа) проявлять внимание к определениям относительно вопросов факта и права антидемпинговых служб национального уровня¹⁰.

⁴ Соглашение ГАТТ 1947 утратило силу и заменено соглашением ГАТТ 1994 (куда входят все положения предыдущего).

⁵ Список докладов, принятых согласно ГАТТ 1947, см.: URL: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/gt47ds_e.htm (дата обращения: 16.07.2016); список принятых и непринятых докладов согласно ГАТТ 1947 см.: URL: <http://www.worldtradelaw.net/databases/gattpanels.php> (дата обращения: 16.07.2016).

⁶ См., например, статью 3.1 ДРС, которая требует, чтобы члены следовали принципам разрешения споров в соответствии с ГАТТ 1947, и статью XVI:1 Соглашения о ВТО, требующую, чтобы ВТО «руководствовалась решениями, процедурами и обычной практикой, которым следовали Договаривающиеся стороны ГАТТ 1947 и органы, созданные в рамках ГАТТ 1947».

⁷ См. статьи 16.4 и 17.14 ДРС.

⁸ Следует отметить, что большинство споров, рассматриваемых ВТО, — это антидемпинговые споры и другие споры о торговых временных мерах (споры относительно субсидий, споры о специальных защитных мерах). По состоянию на 16 июля 2016 года, из общего количества более чем в 500 жалоб 113 касались Антидемпингового соглашения, см.: URL: <http://www.worldtradelaw.net/databases/agreementcount.php> (дата обращения: 16.07.2016).

⁹ Антидемпинговое соглашение включено в приложение 1А к Соглашению о ВТО.

¹⁰ Статья 17.6 Антидемпингового соглашения предусматривает особый стандарт контроля за определениями национальных антидемпинговых органов: «...третейская группа толкует опре-

В данной статье мы обсудим вопрос прецедентного действия решений Апелляционного органа в свете вышеуказанной противоречивой ситуации.

2. ВТО: ранние годы

Во времена ГАТТ 1947 правовое действие более ранних докладов третейских групп никогда не было заметной проблемой. Последующие группы иногда ссылались на более ранние доклады, иногда особо подчёркивая, что они не считают себя связанными более ранними решениями¹¹. Однако в последние годы ГАТТ 1947 и особенно в свете новых решений, предусмотренных ДРС, оказалось необходимым разъяснить правовые последствия докладов третейских групп ГАТТ¹². Например, в 1994 году Дж. Джексон предложил пять альтернативных категорий правовых последствий принятого доклада третейской группы — от простого рекомендательного эффекта до «последующей практики» в смысле статьи 31 Венской конвенции о праве между-

народных договоров¹³. Эта проблема развилась в одном из первых споров в рамках ВТО, в споре *Япония — Налоги на алкогольные напитки*¹⁴. В этом деле третейская группа сочла, что принятые доклады третейских групп ГАТТ 1947 составляли «последующую практику» в смысле статьи 31.3(b) Венской конвенции о праве международных договоров, рассматривая их как «иные решения» в смысле статьи 1(b)(iv) ГАТТ 1994¹⁵. Апелляционный орган не согласился с интерпретацией группы. Он признал, что принятые доклады ГАТТ представляют собой «важную часть *acquis* в рамках ГАТТ» и часто рассматривались последующими группами, вызывая «обоснованные ожидания» членов ВТО, и что, таким образом, их следует принимать во внимание, если они релевантны для спора. Однако он подчеркнул, что такие доклады не имеют обязательной силы, кроме как для разрешения конкретного спора между сторонами¹⁶. Он сравнил их статус с решениями Международного Суда ООН, отметив, что

делённые положения Соглашения в соответствии с обычными правилами толкования международного публичного права. Если третейская группа констатирует, что некоторое положение Соглашения допускает более чем одно разрешённое толкование, то она делает вывод о том, что принятая компетентными органами мера соответствует Соглашению, если она основана на одном из таких разрешённых толкований». Это положение несколько раз использовалось США и некоторыми третейскими группами как аргумент в пользу того, что некоторые типы обнуления являются «разрешённым толкованием» Антидемпингового соглашения, на что Апелляционный орган отвечал, что его толкование является единственным разрешённым.

¹¹ Обзор практики третейских групп ГАТТ см., например: *Petersmann E. U. International Trade Law and the GATT/WTO Dispute Settlement System 1948–1996: An Introduction // International Trade Law and the GATT/WTO Dispute Settlement System / ed. by E. U. Petersmann. Dordrecht : Kluwer Law International, 1997. P. 5–122, 81–85; Chua A. The Precedential Effect of WTO Panel and Appellate Body Reports // Leiden Yearbook of International Law. Vol. 11. 1998. No. 1. P. 45–61; Bhala R. The Myth About Stare Decisis and International Trade Law (Part One of a Trilogy) // American University International Law Review. Vol. 14. 1999. No. 4. P. 845–956.*

¹² Комментируя ДРС, Дж. Х. Джексон отметил: «Новое ДРС не содержит ничего, что вело бы к мысли о том, что правовые последствия доклада третейской группы в общем виде в чём-то отличаются от практики в рамках ГАТТ. Отсюда следует, что у доклада группы по-прежнему нет ни последствий принципа *stare decisis* (стоять на решённом), ни эффекта какой бы то ни было «окончательной интерпретации» (особенно с учётом того, что существует альтернативная процедура окончательной интерпретации). Тем не менее доклад группы остаётся релевантным (*persuasive*) и, вероятно, входит в «практику» сторон в соответствии с Соглашением» (*Jackson J. H. The World Trading System. Law and Policy of International Economic Relations. 2nd ed. Cambridge, MA : The MIT Press, 1997. P. 126*).

¹³ Данный автор считает, что имеет место «сочетание» эффекта международного обязательства, без прецедентных последствий, и «последующей практики» в смысле Венской конвенции. См.: *Jackson J. H. The Legal Meaning of a GATT Dispute Settlement Report: Some Reflections // Towards More Effective Supervision by International Organizations: Essays in Honour of Henry G. Schermers / ed. by N. Blokker, S. Muller. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 1994. P. 149–164, 157. Другой автор рассматривает решения третейских групп ГАТТ как часть некой «доктрины ГАТТ» (см.: *Nichols P. M. GATT Doctrine // Virginia Journal of International Law. Vol. 36. 1996. No. 2. P. 379–466, 382–385*), а Чуа склоняется к тому, чтобы считать их «последующей практикой» (*Chua A. Op. cit. P. 61*).*

¹⁴ *Japan — Taxes on Alcoholic Beverages (WT/DS8, WT/DS10, WT/DS11)*, reports of the Appellate Body and the panel adopted on 1 November 1996 (*далее — Japan — Alcoholic Beverages*), DSR 1996:1.

¹⁵ *Japan — Alcoholic Beverages*, Panel Report, § 6.10.

¹⁶ Помимо прочего, Апелляционный орган высказал сомнения в том, что «Договаривающиеся стороны, решив принять доклад третейской группы, имели в виду, что их решение составит окончательную интерпретацию общих положений ГАТТ 1947»; это противоречило бы статье IX:2 Соглашения о ВТО. Апелляционный орган также подчеркнул, что характер и юридический статус докладов ГАТТ после вступления в силу Соглашения о ВТО не изменился. См.: *Japan — Alcoholic Beverages*, Appellate Body Report, DSR 1996:1, p. 107–108. С точки зрения Палметера и Мавройдиса, Апелляционный орган отверг понимание правовых последствий докладов как «окончательной интерпретации» из опасения, что это «привнесло бы в ВТО жёсткое понятие *stare decisis*, если даже не фактическую негласную поправку в основополагающие документы организации» (*Palmeter D., Mavroidis P. Dispute Settlement in the World Trade Organization. 2nd ed. Cambridge : Cambridge University Press, 2004. P. 53*). См. также: *Cottier Th., Oesch M. WTO Law, Precedents and Legal Change // Turku Law Journal. Vol. 3. 2001. No. 1. P. 57–73*.

ограниченная обязательная сила решений Международного Суда не помешала этому Суду (как и его предшественнику) выработать «целый ряд прецедентов, в которых легко заметить серьёзную опору на значимость предыдущих решений»¹⁷. Апелляционный орган тем не менее согласился с выводом группы, согласно которому непринятые доклады третейских групп не имеют статуса в системе ГАТТ/ВТО, хотя представленная в них аргументация может быть «полезным руководством» в последующих спорах¹⁸.

В другом, более позднем докладе Апелляционный орган разъяснил, что доклады третейских групп согласно ГАТТ 1947 являются «решениями» в смысле статьи XVI:1 Соглашения о ВТО¹⁹, то есть документами, имеющими для членов ВТО статус руководящего положения, а не решения, имеющего обязательную силу²⁰.

Хотя дело *Япония — Алкогольные напитки* затрагивало правовые последствия докладов третейских групп согласно ГАТТ 1947, его последствия практически наверняка распространялись и на доклады третейских групп ВТО. Апелляционный орган не рассматривал статус собственных докладов на протяжении многих лет. Время от времени третейские группы ВТО излагали своё понимание докладов Апелляционного органа, обычно для того, чтобы отойти от аргументации Апелляционного органа²¹.

Вопрос о прецедентных последствиях докладов Апелляционного органа вновь встал спустя два года в деле *США — Креветки*²², важного экологического спора, связанного с ограничениями на импорт креветок, введённых США с целью защиты морских черепах. США, как сторона-ответчик, защищали введённую меру, ссылаясь на исключение, связанное с защитой окружающей среды, в статье XX(g) ГАТТ 1994. Двумя годами раньше в деле *США — Бензин*²³ Апелляционный орган установил процедуру двухуровневого анализа оправданности меры в соответствии с положением об общих исключениях статьи XX. По результатам этого анализа, третейская группа должна была сначала определить, является ли мера временно оправданной согласно одному из подпунктов статьи XX и, во-вторых, применена ли эта мера в соответствии с критерием вводной части (так называемой «*chapeau*») статьи XX. Третейская группа игнорировала схему анализа, предложенную Апелляционным органом. Она отметила, что «поскольку условия, содержащиеся во вступительном положении, применимы к любому пункту статьи XX, представляется *одинаково уместным* начать с анализа вступительной части статьи XX»²⁴. Третейская группа «опиралась» на аргументацию, предложенную в неприятом докладе группы в рамках ГАТТ 1947, датированном 1990 годом, затрагивавшую сходные ограничения, наложенные (также США) на импорт тунца с целью защиты дельфинов²⁵. Она также подтвердила решение более ранней группы: подобная мера недопустима в ВТО, поскольку ставит под сомнение многосторонний принцип торговли.

¹⁷ *Japan — Alcoholic Beverages*, Appellate Body Report, DSR 1996:I, p. 107, fn. 30. Вопрос прецедентных последствий международных правовых решений не ограничивается ВТО; см., например: *Martha R. S. J. Precedent in World Trade Law // The Netherlands International Law Review*. 1997. No. 3. P. 346—377; *Shahabuddeen M. Precedent in the World Court*. Cambridge: Cambridge University Press, 1996.

¹⁸ *Japan — Alcoholic Beverages*, Appellate Body Report, DSR 1996:I, p. 108.

¹⁹ См. список докладов, принятых согласно ГАТТ 1947. URL: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/egt47ds_e.htm (дата обращения: 16.07.2016); а также список принятых и неприятых докладов согласно ГАТТ 1947. URL: <http://www.worldtradelaw.net/databases/gattpanels.php> (дата обращения: 16.07.2016).

²⁰ *United States — Tax Treatment for “Foreign Sales Corporations” (FSC)* (WT/DS108), reports of the Appellate Body and the panel adopted on 20 March 2000, Appellate Body Report, § 115.

²¹ Как заметила одна третейская группа, «таким образом, можно прийти к выводу, что третейские группы не *связаны* предыдущими решениями групп либо Апелляционного органа, даже если предмет дела тот же самый. Рассматривая [данный] спор WT/DS79, мы не находимся под обязательной законной силой решения третейской группы по [более раннему] спору WT/DS50 с изменениями согласно докладу Апелляционного органа...» (*India — Patent Protection for Pharmaceutical and Agri-*

cultural Chemical Products (WT/DS79), panel report adopted on 22 September 1998, Panel Report, § 7.30; курсив оригинала).

²² *United States — Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products* (WT/DS58), reports of the Appellate Body and the panel adopted on 6 November 1998 (*далее — US — Shrimp*). Этот спор продолжился в процессах проверки соответствия согласно статье 21.5 ДРС и вылился в ряд дальнейших докладов: *United States — Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products. Recourse to Article 21.5* (WT/DS58/RW), reports of the Appellate Body and the panel adopted on 21 November 2001 (*далее — US — Shrimp 21.5*).

²³ *United States — Standards for Reformulated and Conventional Gasoline* (WT/DS2, WT/DS4), reports of the Appellate Body and the panel adopted on 20 May 1996.

²⁴ *US — Shrimp*, Panel Report, § 7.27 (курсив мой. — И.Г.).

²⁵ Третейская группа признала различие между юридическим статусом принятых и неприятых докладов, но сочла, что доклад ГАТТ «релевантен для данного дела и содержит полезное руководство» (*US — Shrimp*, Panel Report, fn. 652).

После подачи апелляции Апелляционный орган подверг критике доклад третьей группы как «ущербный». Он указал, что её выводы «почти естественно вытекают из того факта, что группа проигнорировала последовательность шагов, принципиальную для осуществления такого анализа» и предложенную Апелляционным органом в деле *США — Бензин*²⁶. Таким образом, не ссылаясь прямо на статус своих докладов, Апелляционный орган заявил об их прецедентном характере. Тремя годами позже та же третья группа рассматривала изменённую меру в ходе процедуры проверки соответствия (сопоставимости) согласно статье 21.5 ДРС. На сей раз группа с готовностью последовала за интерпретацией Апелляционного органа, предложенной в первоначальном разбирательстве, что встретило его одобрение: «Группа не ошиблась. Группа правомерно использовала наши решения»²⁷.

На протяжении последующих шести лет после доклада по делу *США — Креветки* третья группа, как правило, с готовностью следовала за более ранней аргументацией, предложенной Апелляционным органом. Оказалось, что система, при которой Апелляционный орган занимает высшую позицию в иерархии органов разрешения споров ВТО, функционирует стабильно. В докладе, подготовленном в 2004 году, Апелляционный орган, рассматривая вопрос о том, должны ли третья группа следовать за более ранними его решениями, твёрдо заявил: «Действительно, следование решениям Апелляционного органа в более ранних спорах не только уместно, но и ожидается от третьих групп, особенно в случаях, когда рассматриваются те же вопросы»²⁸.

3. Дела об отмене

Но уже в 2004 году появились некоторые предвестники надвигающейся бури. В вышеупомянутом споре США оспорили решение группы, согласно которому Бюллетень US Sunset Policy Bulletin (документ, устанавли-

вающий политику правительства по рассмотрению антидемпинговых дел в связи с окончанием мер) представляет собой «меру» с точки зрения процедуры разрешения споров в ВТО. Группа опиралась на аргументацию Апелляционного органа в одном из предыдущих докладов²⁹, из которого можно было бы логически сделать такой вывод. В ходе апелляции США утверждали, что группа ошиблась, поскольку ранее Апелляционный орган оставил вопрос открытым и что тем самым Бюллетень не подлежит контролю со стороны ВТО. В конечном счёте, к неудовольствию США, Апелляционный орган счёл, что Бюллетень всё же действительно представляет собою «меру».

Приблизительно в то же время в другом антидемпинговом споре *США — Пиломатериалы V*³⁰ США просили Апелляционный орган не «заимствовать полностью решения и аргументацию»³¹ из более раннего решения Апелляционного органа по делу *ЕС — Постельное бельё*³².

Спор *ЕС — Постельное бельё* был первым в серии дел (в остальных ответчиком были США), ставивших под вопрос практику «отмены» при вычислении демпинговой маржи для установления антидемпинговых мер³³. Эта практика, эксплицитно не регулируемая Антидемпинговым соглашением ВТО, состояла, в сущности, в приравнивании к «нулю» отрицательной маржи, возникающей в случае, когда нормальная стоимость превышала экспортную цену (иными словами, имела место «нулевая» демпинговая маржа).

²⁹ *United States — Sunset Review of Anti-Dumping Duties on Corrosion-Resistant Carbon Steel Flat Products from Japan* (WT/DS244), reports of the Appellate Body and the panel adopted on 9 January 2004.

³⁰ *United States — Final Dumping Determination on Softwood Lumber from Canada* (WT/DS264), reports of the Appellate Body and the panel adopted on 31 August 2004 (далее — *US — Softwood Lumber V*).

³¹ *Ibid.*, Appellate Body Report, § 109.

³² *European Communities — Anti-Dumping Duties on Imports of Cotton-Type Bed Linen from India* (WT/DS141), reports of the Appellate Body and the panel adopted on 12 March 2001 (далее — *EC — Bed Linen*).

³³ О подоплёке дел ВТО об отмене см.: *Gomula J. Precedential Effect of WTO Decisions: Note on the Zeroing Cases // The Global Community: Yearbook of International Law and Jurisprudence. Vol. 1. 2008. P.295–317. См. также: David F. The Role of Precedent in the WTO — New Horizons: Maastricht Faculty of Law Working Paper No.2009-12. URL: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1666169 (дата обращения: 16.07.2016).*

²⁶ *US — Shrimp*, Appellate Body Report, § 117.

²⁷ *US — Shrimp 21.5*, Appellate Body Report, § 109.

²⁸ *United States — Sunset Reviews of Anti-Dumping Measures on Oil Country Tubular Goods from Argentina* (WT/DS268), reports of the Appellate Body and the panel adopted on 17 December 2004, Appellate Body Report, § 188.

Это обычно приводило к вычислению более высокой общей демпинговой маржи, чем если бы вместо «нуля» использовалось отрицательное значение³⁴. Обнуление может применяться в рамках разных методологий и на разных стадиях антидемпинговой процедуры, например «модельное» и «простое» обнуление в исходном антидемпинговом расследовании, а также периодический пересмотр, пересмотр в связи со сменой перевозчика и пересмотр в связи с окончанием антидемпинговых мер³⁵.

Упомянутое дело *США — Пиломатериалы V* касалось обнуления в рамках методологии, известной как «сравнение средневзвешенной нормальной стоимости со средневзвешенными ценами»; эта практика почти идентична той, которая использовалась в деле *ЕС — Постельное бельё* и которая была сочтена (как третейской группой, так и Апелляционным органом) нарушением требования «справедливого сравнения» согласно статье 2.4.2 Антидемпингового соглашения.

Несмотря на запрос США, желавших, чтобы Апелляционный орган изменил свою аргументацию в деле *ЕС — Постельное бельё*, тот всё равно решил опираться на неё в споре *США — Пиломатериалы V*, «как на уместную». Он вновь сослался на правовые последствия принятых решений, как указано в деле *Япония — Алкогольные напитки*, и упомянул принцип, согласно которому система разрешения споров является «центральным элементом, обеспечивающим безопасность и предсказуемость многосторонней торговой системы», согласно формулировке статьи 3.2 ДРС³⁶. Однако Апелляционный орган ограничил свои выводы только одним конкретным типом обнуления и не рассмат-

ривал данную практику в целом, что, вероятно, можно считать его ошибкой³⁷.

На протяжении нескольких последующих лет имел место ещё ряд споров вокруг обнуления, касающихся различных других аспектов и методологий этой практики, которую США продолжали применять. В каждом из этих дел Апелляционный орган утверждал, что вариации практики несовместимы с Антидемпинговыми соглашениями. Все противоречащие этому решению третейских групп отменялись.

Наиболее серьёзное столкновение имело место в деле *США — Обнуление (Япония)*³⁸. По данному делу третейская группа опубликовала промежуточный доклад незадолго до появления доклада Апелляционного органа в параллельном деле об обнулении *США — Обнуление (ЕС)*³⁹. Доклад Апелляционного органа опирался на оценку демпинга при помощи понятия «продукта как целого» в отличие от индивидуальных сделок (линия аргументации, принятая третейской группой). Однако, несмотря на настойчивость Японии, группа отказалась изменять промежуточный доклад и учитывать интерпретацию Апелляционного органа. Таким образом, группа признала «важные системные соображения в пользу того, чтобы следовать принятым докладам третейской группы и Апелляционного органа»⁴⁰ с целью обеспечить безопасность и предсказуемость многосторонней торговой системы. Однако она подчеркнула свою обязанность привести эти соображения в соответствие с собственными обязательствами согласно ДРС. В частности, группа сослалась на статью 11 ДРС, требующую от третейской

³⁴ Описание обнуления и его различных категорий см., например: *ЕС — Bed Linen*, Appellate Body Report, § 47; *US — Softwood Lumber V*, Appellate Body Report, § 63–65.

³⁵ См. обсуждение Апелляционным органом «исторических предпосылок» обнуления: *United States — Final Anti-Dumping Measures on Stainless Steel from Mexico* (WT/DS344), reports of the Appellate Body and the panel adopted on 20 May 2008 (далее — *US — Stainless Steel (Mexico)*), Appellate Body Report, § 128–132.

³⁶ Апелляционный орган в одном из примечаний к своему решению заметил, что ни одна из сторон не утверждала, что «аргументация и решения Апелляционного органа не должны приниматься во внимание в данном деле», подчеркнув, что в противном случае его выводы могли бы быть другими. См.: *US — Softwood Lumber V*, Appellate Body Report, § 112 and fn. 175.

³⁷ Как разъяснил Апелляционный орган, претензии Канады ограничены соответствием праву ВТО обнуления только в рамках методологии «сравнение средневзвешенной стоимости со средневзвешенной стоимостью», и, «таким образом, в данной апелляции мы не должны и не пытаемся решить вопрос о том, может или не может применяться обнуление при иных методологиях, предписанных в статье 2.4.2» (*US — Softwood Lumber V*, Appellate Body Report, § 63).

³⁸ *United States — Measures Relating to Zeroing and Sunset Reviews* (WT/DS322), reports of the Appellate Body and the panel adopted on 23 January 2007 (далее — *US — Zeroing (Japan)*).

³⁹ *United States — Laws, Regulations and Methodology for Calculating Dumping Margins* (WT/DS294), reports of the Appellate Body and the panel adopted on 9 May 2006 (далее — *US — Zeroing (EC)*). Третейская группа сочла, что Апелляционный орган не смог рассмотреть «контекстные аргументы, показывающие, что термины “демпинг” и “демпинговая маржа” не могут без изменения отсылать к продукту в целом» (Panel Report, § 6.54).

⁴⁰ *US — Zeroing (Japan)*, Panel Report, § 7.99.

группы «объективно оценить вопрос, поставленный перед ней, включая объективную оценку фактических обстоятельств дела, применимость соответствующих охваченных соглашений в соответствии со статьёй 3.2 ДРС»⁴¹. Группа отказалась использовать аргументацию Апелляционного органа, назвав её «ущербной»⁴² и несовместимой с «последовательной интерпретацией» статьи 2.4.2⁴³.

Как можно было ожидать, при апелляции в отношении доклада третьей группы по делу *США — Обнуление (Япония)* Апелляционный орган отменил неоднозначные заключения группы. Апелляционный орган представил подробный анализ обнуления в контексте общих правил статьи VI ГАТТ 1994 и положений Антидемпингового соглашения ВТО; в предыдущих докладах такой анализ отсутствовал. Он настаивал на том, что понятия «демпинг» и «демпинговая маржа» могут означать только «продукт в целом» и не могут существовать на уровне индивидуальной сделки.

Но уже было поздно: к этому моменту системе был нанесён ущерб. Последующие третейские группы по обнулению сделали ставку на подчёркивание своей обязанности независимой интерпретации и право на оценку корректности аргументации Апелляционного органа⁴⁴. Другое серьёзное столкновение произошло по делу *США — Нержавеющая сталь (Мексика)*⁴⁵. В этом деле третейская группа отвергла все претензии Мексики в связи с одной из категорий обнуления (про-

стое обнуление при периодическом пересмотре), ранее объявленной Апелляционным органом несовместимой с ВТО. Третейская группа решила последовать за аргументацией, разработанной докладом третейской группы по этому уже рассмотренному делу, игнорируя интерпретацию Апелляционного органа. Более того, она заявила, что ожидания, согласно которому третейские группы будут учитывать интерпретацию, разработанную в предыдущих принятых докладах, не поддерживается ДРС и что это всего лишь ожидания Апелляционного органа⁴⁶. Третейская группа подчеркнула, что «сохранение последовательной линии судебной практики не отменяет задачи судебной группы обеспечить объективное рассмотрение обстоятельств дела посредством интерпретации релевантных положений договора в соответствии с общепринятыми правилами публичного международного права». Группа сочла, что «ей ничего не остаётся, кроме как с уважением не согласиться с линией аргументации, разработанной Апелляционным органом в связи с соответствием правилам ВТО простого обнуления при периодическом пересмотре», и что «она полагает необходимым отойти от подхода Апелляционного органа»⁴⁷.

В апелляции Мексика заявила, что третейская группа нарушила статью 11 ДРС, поскольку, «делая заявления и выводы, идентичные уже отменённым Апелляционным органом в прошлых спорах, она не обеспечила ОРС поддержки в осуществлении ответственности согласно ДРС и охваченным соглашениям»⁴⁸. Обратившись к этому вопросу, Апелляционный орган подтвердил, что принятые доклады имеют обязательную силу только для участников данного дела. При этом он подчеркнул: «Это, однако, не означает, что последующие третейские группы могут с легкостью игнорировать правовые интерпретации и *ratio decidendi*, содержащиеся в предыдущих докладах Апелляционного органа, принятых ОРС»⁴⁹. Апелляционный орган разъяснил, что члены ВТО

⁴¹ *US — Zeroing (Japan)*, Panel Report, § 7.99, fn. 733.

⁴² *Ibid.*, § 7.100–7.102.

⁴³ *Ibid.*, § 7.113. Интересно отметить, что одним из членов третейской группы в споре *США — Обнуление (Япония)* был Давид Унтерхальтер, который позже (26 сентября 2006 года) стал членом Апелляционного органа и участвовал в пересмотре апелляции в деле *США — Нержавеющая сталь (Мексика)*. В этом качестве Унтерхальтер составил мнение, в котором присоединился к мнению большинства и призвал завершить спор об обнулении. Здесь, помимо прочего, он заявил: «Апелляционный орган существует для разъяснения значения охваченных соглашений. Он определённым образом высказывался по вопросам обнуления» (*US — Stainless Steel (Mexico)*, Appellate Body Report, § 363). Таким образом, член третейской группы, критиковавший аргументацию Апелляционного органа как «ущербную» и «непоследовательную», впоследствии принял её, уже в качестве члена Апелляционного органа.

⁴⁴ См., например, *United States — Anti-Dumping Measure on Shrimp from Ecuador (WT/DS335)*, report of the panel adopted on 20 February 2007, Panel Report, § 41; *United States — Measures Relating to Shrimp from Thailand (WT/DS343)*, reports of the Appellate Body and the panel adopted on 1 August 2008, Panel Report, § 7.32.

⁴⁵ См. сноски 35.

⁴⁶ «Хотя ДРС и не требует от третейских групп ВТО следовать за принятыми докладами третейских групп или Апелляционного органа, Апелляционный орган *de facto* ожидает этого в той мере, в какой совпадают затронутые правовые вопросы» (*US — Stainless Steel (Mexico)*, Panel Report, § 7.105).

⁴⁷ *Ibid.*, § 7.105–7.106.

⁴⁸ *US — Stainless Steel (Mexico)*, Appellate Body Report, § 145.

⁴⁹ *Ibid.*, § 158.

придают значение аргументации предшествующих докладов и часто используют их для поддержки правовых аргументов в делах по разрешению споров, и, таким образом, «правовая интерпретация, заключённая в принятых докладах третейских групп и Апелляционного органа, становится неотъемлемой частью *acquis* системы разрешения споров ВТО. Обеспечение «безопасности и предсказуемости» системы разрешения споров, предусмотренное статьёй 3.2 ДРС, подразумевает, что при отсутствии убедительных причин арбитражный орган будет рассматривать тот же самый правовой вопрос тем же самым образом в каждом последующем деле»⁵⁰.

В процитированном заявлении Апелляционный орган сослался равноправно на «принятые доклады третейских групп и Апелляционного органа». Однако далее он указал, что в иерархической структуре, установленной ДРС, третейские группы и Апелляционный орган играют разные роли. Прежде всего, «создание членами ВТО Апелляционного органа для контроля над правовыми интерпретациями, разрабатываемыми третейскими группами, показывает, что члены ВТО признают важность последовательности и стабильности в интерпретации своих прав и обязательств согласно охваченным соглашениям». Он предупредил, что отказ третейской группы следовать за ранее принятыми докладами Апелляционного органа, рассматривающими те же вопросы, ставит под сомнение развитие «последовательной и предсказуемой судебной практики, разъясняющей права и обязанности членов ВТО в рамках охваченных соглашений, как это предусмотрено ДРС». Апелляционный орган также подчеркнул, что релевантность разъяснения, содержащегося в принятых докладах Апелляционного органа, не ограничивается применением конкретного положения по данному делу⁵¹.

Апелляционный орган высказал «глубокую озабоченность» отходом третейской группы от «вполне определённой практики Апелляционного органа, разъясняющей интерпретацию тех же самых правовых вопросов» и указал на «серьёзные последствия для надлежащего функционирования системы разрешения споров в рамках ВТО». Однако

он решил не делать заявления в связи со статьёй 11 ДРС, поскольку, с его точки зрения, решение третейской группы было связано с «неверным пониманием рассматриваемых правовых проблем»⁵².

Как представляется, спор *США — Нержавеющая сталь (Мексика)* стало пиком полемики. В следующем деле *США — Продолжение обнуления*⁵³, в котором третейская группа признала, что предпочла бы использовать аргументацию, разработанную в докладе третейской группы по делу *США — Нержавеющая сталь (Мексика)*, а не в докладе Апелляционного органа, она в конечном счёте отказалась принимать выводы этой группы. Третейская группа благоразумно признала, что многочисленные цели ДРС лучше всего достичь путём быстрого разрешения спора, чему «содействует следование утверждённым решениям Апелляционного органа»⁵⁴. И тем не менее группа представила долгое объяснение того, что она считала своим долгом при осуществлении своих полномочий согласно статье 11 ДРС, указав, что «для группы важно иметь убедительные причины для *любого* решения, к которому она приходит, независимо от того, существуют ли принятые доклады и следует ли группа этим докладам»⁵⁵.

Приведённые выше комментарии заставили Европейские сообщества подать условную апелляцию, спрашивая, действительно ли третейская группа может ссылаться на «убедительные причины», отклоняясь от предшествующих решений Апелляционного органа по тому же самому вопросу правовой интерпретации. Апелляционный орган предпочёл не рассматривать данный вопрос, удовлетворившись тем, что группа в конечном счёте последовала его аргументации и тем самым, как кажется, «заняла своё место в иерархической структуре, предусмотренной ДРС»⁵⁶.

4. Заключительные замечания

В целом битва вокруг обнуления, закончившаяся решением США прекратить эту прак-

⁵² Ibid., § 162.

⁵³ *United States — Continued Existence and Application of Zeroing Methods* (WT/DS350), reports of the Appellate Body and the panel adopted on 19 February 2009 (*далее — US — Continued Zeroing*).

⁵⁴ Ibid., § 7.182.

⁵⁵ Ibid., § 7.179–7.180.

⁵⁶ *US — Continued Zeroing*, Appellate Body Report, § 365.

⁵⁰ *US — Stainless Steel (Mexico)*, Appellate Body Report, § 160.

⁵¹ Ibid., § 161.

тику, как кажется, имела ряд существенных последствий для системы разрешения споров в рамках ВТО. С точки зрения третейских групп, они, с одной стороны, подтвердили своё право делать независимую «объективную оценку фактических обстоятельств дела» согласно статье 11 ДРС. С другой стороны, группы признали, что их решения должны, как правило, следовать ранее принятым докладам Апелляционного органа. Причина проста: иначе их решения будут отменены. Однако третейские группы часто более чем неохотно признают особый статус докладов Апелляционного органа⁵⁷; вместо этого они предпочитают ссылаться на такие соображения, как требование быстрого разрешения спора.

Что касается членов ВТО, они получили поддержку, чтобы выступать против аргументации Апелляционного органа. Это происходит и до сих пор, хотя, к счастью, более тонким образом, а не тем, которым пользовались США в разгар споров об обнулении. Например, в одном недавнем споре⁵⁸ Китай сослался на статью 11 ДРС при рассмотрении дела в третейской группе, призвав группу «пересмотреть» спорный вопрос, связанный с его протоколом вступления в свете «новых аргументов». Эти «новые аргументы» представляли собой просто новую интерпретацию, связанную с правовыми последствиями статьи XII Соглашения о ВТО, устанавливающей общие правила вступления в ВТО. Третейская группа согласилась с запросом Китая о пересмотре, но не нашла «убедительных причин» отступить от более раннего решения Апелляционного органа; при апелляции Апелляционный орган подтвердил этот вывод⁵⁹.

Несомненно одно: Апелляционный орган не вышел из этой битвы победителем. Ему

пришлось постоянно утверждать свою позицию в системе разрешения споров ВТО, даже в очевидных случаях⁶⁰, несмотря на то что он является главным двигателем развития последовательной системы права ВТО⁶¹. И всё же ДРС содержит чёткие ориентиры относительно роли Апелляционного органа в механизме разрешения споров ВТО и специального статуса его решений. В частности, статья 17.14 ДРС совершенно ясно предусматривает, что доклад Апелляционного органа «принимается ОРС и безусловно признаётся сторонами спора». Подобных требований в связи с докладами третейских групп нет. Ситуация, подобная той, которая сложилась вокруг дел об обнулении, — с целым рядом *de facto* отмен третейскими группами предыдущих решений Апелляционного органа, с нежеланием одного из членов организации согласиться с определением на счёт совместимости одного типа меры с требованиями ВТО, — весьма опасна для системы. Чтобы система разрешения споров ВТО осталась эффективным механизмом, авторитет Апелляционного органа должен получать поддержку и пользоваться безоговорочным уважением со стороны всех членов организации.

Библиографическое описание:

Гомула Й. Правовые последствия решений Апелляционного органа в системе разрешения споров ВТО // Международное правосудие. 2016. № 3 (19). С. 78–87.

⁵⁷ Например, в другом деле об обнулении третейская группа заявила, что «в рамках системы разрешения споров в ВТО нет прецедентной системы и группы не связаны аргументацией Апелляционного органа». Но она согласилась с истцом в том, что принятые доклады создают законные ожидания и что решения, следующие за решениями Апелляционного органа, будут не только уместны, но и ожидаемы от третейских групп. См.: *United States – Use of Zeroing in Anti-Dumping Measures Involving Products from Korea* (WT/DS240), panel report adopted on 24 February 2011, Panel Report, § 7.31.

⁵⁸ *China – Measures Related to the Exportation of Rare Earths, Tungsten, and Molybdenum*, reports of the Appellate Body and the panel adopted on 29 August 2014.

⁵⁹ *Ibid.*, Appellate Body Report, § 5.34.

⁶⁰ Например, недавно в споре о соответствии требованиям Апелляционный орган подчеркнул, что «членам ВТО, стремящимся привести свои непоследовательные меры в соответствие со своими обязательствами согласно охваченным соглашениям, уместно ориентироваться на аргументацию, сформулированную в принятых докладах Апелляционного органа и третейских групп. Действительно, это способствует безопасности и предсказуемости многосторонней торговой системы, а также быстрому разрешению споров» (*United States – Measures Concerning the Importation, Marketing and Sale of Tuna and Tuna Products. Recourse to Article 21.5 of the USD by Mexico* (WT/DS381), reports of the Appellate Body and the panel adopted on 3 December 2015, Appellate Body Report, § 7.156–157).

⁶¹ См., например, интересное исследование, связанное с анализом перекрёстных ссылок в отчётах Апелляционного органа: *Pauwelyn J. Minority Rules: Precedent and Participation Before the Appellate Body* (31 July 2014). URL: <http://ssrn.com/abstract=2474611> (дата обращения: 16.07.2016).

The legal effect of Appellate Body Rulings in the WTO dispute settlement system

Joanna Gomula

Ph.D. in Law (Polish Academy of Sciences), Fellow at Lauterpacht Centre for International Law, University of Cambridge, United Kingdom; Member of New York Bar (e-mail: jg218@cam.ac.uk).

Abstract

The WTO dispute settlement system is based on a two-tier review, where parties to a dispute have the possibility of appealing issues of law and interpretations developed in a panel report to a standing tribunal, the Appellate Body. The jurisprudence developed in this period is impressive, with 300 panel and Appellate Body reports adopted up to 2016 year-start. For many years, the Appellate Body's supreme position in the hierarchy of this system was largely unchallenged. This changed in recent years as a result of a series of anti-dumping disputes, in which a number of panels disagreed with the Appellate Body's interpretation of the Anti-Dumping Agreement and its findings that all categories of "zeroing" – a practice applied in anti-dumping determinations – were WTO-inconsistent. Since the "zeroing" disputes, many panels have invoked Article 11 of the WTO Dispute Settlement Understanding, asserting their right and duty to make an objective assessment of matters brought before them, independently of the Appellate Body's prior interpretation of similar issues. Although the Appellate Body seems to have defended, at least for the time being, its supreme position, attempts to undermine its authority are continuing. Such attempts are harmful to the WTO dispute settlement mechanism and adversely affect its efficiency. The recognition of some degree of precedential effect of Appellate Body reports is therefore vital for ensuring the security and predictability of the whole WTO legal system. To ensure the importance of the WTO dispute settlement system and its remaining as an efficient mechanism, the authority of the Appellate Body must be supported and unconditionally respected by all members.

Keywords

World Trade Organization; dispute settlement; WTO Appellate Body; hierarchy of judicial organs; precedential effect of judicial decisions; functions of judicial organs; anti-dumping determinations.

Citation

Gomula J. (2016) *Pravovye posledstviya resheniy Apellyatsionnogo organa v sisteme razresheniya sporov VTO* [The legal effect of Appellate Body

Rulings in the WTO dispute settlement system]. *Mezhdunarodnoe pravosudie*, no. 3. pp. 78–87. (In Russian).

References

- Bhala R. (1999) The Myth About Stare Decisis and International Trade Law (Part One of a Trilogy). *American University International Law Review*, vol. 14, no. 4, pp. 845–956.
- Chua A. (1998) The Precedential Effect of WTO Panel and Appellate Body Reports. *Leiden Yearbook of International Law*, vol. 11, pp. 45–61.
- Cottier T., Oesch M. (2001) WTO Law, Precedents and Legal Change. *Turku Law Journal*, vol. 3, no. 1, pp. 27–41.
- David F. (2009) *The Role of Precedent in the WTO – New Horizons*: Maastricht Faculty of Law Working Paper No. 2009-12. Available at: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1666169 (accessed 16.07.2016).
- Gomula J. (2008) Precedential Effect of WTO Decisions: Note on the *Zeroing Cases*. *The Global Community Yearbook of International Law and Jurisprudence*, vol. 1, pp. 295–318.
- Jackson J. H. (1997) *The World Trading System: Law and Policy of International Economic Relations*, 2nd ed., Cambridge, MA: The MIT Press.
- Jackson J. H. (1994) The Legal Meaning of a GATT Dispute Settlement Report: Some Reflections. In: Blokker N., Muller S. (eds.) *Towards More Effective Supervision by International Organizations: Essays in Honour of Henry G. Schermers*, vol. 1, Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, pp. 149–164.
- Martha R. S. J. (1997) Precedent in World Trade Law. *The Netherlands International Law Review*, vol. 44, no. 3., pp. 346–377.
- Nichols P. M. (1996) GATT Doctrine. *Virginia Journal of International Law*, vol. 36, no. 2, pp. 379–466.
- Palmeter D., Mavroidis P. (2004) *Dispute Settlement in the World Trade Organization*, 2nd ed., Cambridge: Cambridge University Press.
- Pauwelyn J. (2014) *Minority Rules: Precedent and Participation Before the Appellate Body (31 July 2014)*. Available at: <http://ssrn.com/abstract=2474611> (accessed 16.07.2016).
- Petersmann E. U. (1997) International Trade Law and the GATT/WTO Dispute Settlement System 1948–1996: An Introduction. In: Petersmann E. U. (ed.) (1997) *International Trade Law and the GATT/WTO Dispute Settlement System*, The Hague: Kluwer Law International, pp. 3–122.
- Sacerdoti G. (2006) The Dispute Settlement System of the WTO in Action: a Perspective on the First Ten Years. In: Sacerdoti G., Yanovich A., Bohanes J. (eds.) (2006) *The WTO at Ten: The Contribution of the Dispute Settlement System*. Cambridge: Cambridge University Press. pp. 35–57.
- Shahabuddeen M. (1996) *Precedent in the World Court*, Cambridge: Cambridge University Press.