

Kilka refleksji na temat sprawy *Stany Zjednoczone – środki wyrównawcze na niektóre produkty z Chin (DS437)* w Światowej Organizacji Handlu

Bartosz Ziemblicki

dr, adiunkt w Katedrze Prawa Gospodarczego, Uniwersytet Ekonomiczny we Wrocławiu
<https://orcid.org/0000-0002-5814-5689>, e-mail: bartosz.ziemblicki@ue.wroc.pl

Wstęp

25 marca 2012 roku Chiny zainicjowały procedurę rozstrzygnięcia sporu ze Stanami Zjednoczonymi w ramach Światowej Organizacji Handlu (World Trade Organisation, WTO), dotyczącego celów wyrównawczych na niektóre produkty z Chin. Sprawa zakończyła się ostatecznie dekadę później, bo 26 stycznia 2022 r., wydaniem przez arbitra orzeczenia, w którym uznał on, że Chiny mogą wystąpić do Organu Rozstrzygania Sporów o upoważnienie do zawieszenia koncesji lub innych zobowiązań na poziomie nieprzekraczającym 645 121 mln USD rocznie. Ta wielowątkowa sprawa może być oceniana z wielu perspektyw i jest istotna z co najmniej kilku powodów. Po pierwsze, Organ Odwoławczy zakwestionował – wydawać by się mogło – utrwalone w niej kryteria oceny, czy dane przedsiębiorstwo można uznać za organ publiczny, co ma nierzadko kluczowe znaczenie dla stwierdzenia ewentualnego naruszenia przepisów WTO o subsydiach. Po drugie, sprawa ta stała się jednym z powodów (a zdaniem niektórych – pretekstów) zablokowania przez Stany Zjednoczone wyboru na następną kadencję pochodzącego z Korei Południowej członka Organu Odwoławczego, paraliżując w ten sposób ów organ. Po trzecie wreszcie,

sprawę tę można postrzegać jako przykład zgodnego z prawem, ale niestety przestającego sposobu radzenia sobie przez największe potęgi gospodarcze świata z naruszeniami prawa handlowego przez innych uczestników obrotu międzynarodowego, bowiem obecnie mogą zdecydować się raczej na wejście na ścieżkę wojny handlowej. Celem niniejszej publikacji jest pokazanie wielowątkowości i wielopłaszczyznowego znaczenia sprawy DS437. Mam nadzieję, że stanowić będzie ona przyczynek do dalszych pogłębionych badań nad poruszonymi w niej zagadnieniami.

1. Przebieg sprawy

25 maja 2012 roku Chiny na podstawie art. 4 ust. 4 Porozumienia o rozstrzygnięciu sporów (Dispute Settlement Understanding, DSU) w związku z art. XXIII ust. 1 Układu Ogólnego w sprawie Taryf Celnych i Handlu z 1994 r. (General Agreement on Tariffs and Trade 1994, GATT 1994) oraz art. 30 Porozumienia w sprawie subsydiów i środków wyrównawczych (Agreement on Subsidies and Countervailing Measures, SCM) wszczęły procedurę rozstrzygnięcia sporów na forum WTO poprzez wniesienie żądania przeprowadzenia konsultacji. Chiny zarzuciły Stanom Zjednoczonym, że środki stosowane przez Departament Handlu Stanów Zjednoczonych (United States Department of Commerce, USDOC), ograniczające w latach 2007–2012 import z Chin głównie produktów metalowych, naruszają szereg przepisów WTO, takich jak art. VI GATT 1994, art. 1, 2, 10, 11, 12, 14, i 32 SCM oraz art. 15 Protokołu akcesji Chińskiej Republiki Ludowej do WTO¹. W szczególności Chiny kwestionowały legalność wprowadzenia przez USDOC „wzruszalnego domniemania”, że jeśli rząd jest większościowym udziałowcem w przedsiębiorstwie, to przedsiębiorstwo to jest „podmiotem publicznym” w rozumieniu art. 1 ust. 1 Porozumienia SCM, chyba że strona jest w stanie wykazać, że większościowa własność rządowa nie skutkuje kontrolą przedsiębiorstwa². Sprawie tej nadano w systemie rozstrzygnięcia sporów WTO numer DS437, a jej skrócona nazwa to *Stany Zjednoczone – środki wyrównawcze*.

Ponieważ konsultacje nie przyniosły rezultatu, Chiny zażądały powołania panelu we wrześniu 2012 roku. Blisko dwa lata później panel sporządził swój raport. Uznał w nim część zarzutów Chin za zasadne, w szczególności ten dotyczący wzruszalnego domniemania, że jeśli rząd jest większościowym udziałowcem, to

¹ *United States – Countervailing Duty Measures on Certain Products from China, Request for Consultations by China*, WT/DS437/1, G/L/988, G/SCM/D90/1, 30 May 2012, <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=Q:/G/SCM/D90-1.pdf&Open=True> (data dostępu: 26.12.2022 r.).

² *Ibidem*.

mamy do czynienia z podmiotem publicznym. Chiny złożyły jednak odwołanie w zakresie, w jakim panel nie zgodził się z pozostałymi zarzutami. Również Stany Zjednoczone złożyły odwołanie. Organ Odwoławczy wydał swój raport w grudniu 2014 roku. Zgodził się w nim z zarzutami Chin i w tym zakresie zmienił raport panelu³. Oba raporty zostały zatwierdzone przez Organ Rozstrzygania Sporów 16 stycznia 2015 r.

Następnie Chiny wniosły o określenie rozsądnego okresu czasu na zaprzestanie przez Stany Zjednoczone naruszeń prawa WTO w trybie art. 21 ust. 3 lit. c DSU, to jest poprzez wiążący arbitraż. 9 października 2015 roku arbiter określił ten czas jako 14 miesięcy i 16 dni, to jest do 1 kwietnia 2016 r. Po upływie tego terminu, to jest 13 maja 2016 r., Chiny zażądały konsultacji w trybie art. 21 ust. 5 DSU w związku z rzekomym niewykonaniem zaleceń przez Stany Zjednoczone, a następnie w lipcu – utworzenia panelu. Panel wydał swój raport w marcu 2018 r. Obie strony ponownie złożyły odwołania. Organ Odwoławczy wydał swój raport w lipcu 2019 r. W październiku 2019 roku na podstawie art. 22 ust. 2 DSU Chiny wniosły o upoważnienie przez Organ Rozstrzygania Sporów do zawieszenia koncesji lub innych zobowiązań w handlu ze Stanami Zjednoczonymi o wartości 2,4 mld USD rocznie. W związku ze sprzeciwem Stanów Zjednoczonych sprawa trafiła do arbitrażu zgodnie z art. 22 ust. 6 DSU. Raport arbitrażowy został wydany 26 stycznia 2022 roku, określając wysokość upoważnienia na kwotę 645 121 milionów UDS rocznie⁴. W ten sposób po 10 latach postępowań (i 15 lat od początku naruszeń w tej sprawie zasad handlu międzynarodowego) Chiny zdołały wyegzekwować przestrzeganie prawa WTO przez Stany Zjednoczone. A raczej zdołały uzyskać legalną możliwość kompensowania sobie tych naruszeń, wprowadzając własne środki handlowe. Należy podkreślić, że możliwość kompensowania odnosi skutki jedynie na przyszłość – poniesione straty są nie do odzyskania.

Orzeczenie (a właściwie formalnie raporty) w sprawie DS437 stanowią niewątpliwie istotne zwycięstwo Chin w sporze handlowym ze Stanami Zjednoczonymi. Jednak sprawa ta jest ważna także z kilku innych powodów. Po pierwsze, stanowi istotny wkład w dyskusję nad statusem podmiotów publicznych w szeroko pojętym międzynarodowym prawie gospodarczym. Po drugie, jest to powód (lub pretekst) dla Stanów Zjednoczonych, aby zablokować reelekcję jednego z członków Organu Odwoławczego WTO. Po trzecie, można ją poczytywać za wyraz słabnącej roli WTO w rozstrzyganiu sporów handlowych między mocarstwami z uwagi na nieefektywność postępowania. Wszystkie te aspekty zostały szerzej omówione niżej.

³ *Dispute Settlement, DS437: United States – Countervailing Duty Measures on Certain Products from China*, https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds437_e.htm (data dostępu: 26.12.2022 r.).

⁴ *Ibidem*.

2. Podmioty publiczne w rozumieniu prawa WTO

Klasyfikacja spółki jako podmiotu publicznego bądź prywatnego jest kluczowa w kilku obszarach szeroko pojętego prawa międzynarodowego gospodarczego. Chodzi mianowicie o prawo międzynarodowe finansowe (zwane w tym aspekcie także prawem międzynarodowym rozwoju), prawo międzynarodowe inwestycyjne i prawo międzynarodowe handlowe⁵. W pierwszym przypadku chodzi o działalność publicznych banków międzynarodowych (takich jak Międzypamerykański Bank Rozwoju czy Międzynarodowy Bank Odbudowy i Rozwoju), które udzielają pożyczek rządowi państw, ale także podmiotom prywatnym. Klasyfikacja danego podmiotu jako publicznego lub prywatnego determinuje procedurę przyznawania środków. W przypadku prawa międzynarodowego inwestycyjnego status podmiotu decyduje o jurysdykcji sądów arbitrażowych w ramach organizacji ICSID (International Center for Settlement of Investment Disputes)⁶. Skarżącym może być wyłącznie podmiot prywatny, zaś skarga może dotyczyć działań jedynie podmiotu publicznego. Wreszcie w przypadku prawa międzynarodowego handlowego kwestia ta przesądza o tym, czy stosowane środki można uznać za subsydia. Należy podkreślić, że jest to zagadnienie kluczowe dla Chin, które często są większościowym właścicielem największych spółek w tym państwie.

W prawie międzynarodowym gospodarczym istnieją dwa główne konkurujące kryteria służące odróżnieniu podmiotów publicznych od prywatnych. Pierwsze dotyczy pełnionej funkcji (odnosi się do konkretnego zachowania/działania podmiotu), a drugie odnosi się do własności (podmiotu jako takiego)⁷. Do czasu przedstawienia raportu Organu Odwoławczego WTO w sprawie DS437 *Stany Zjednoczone – środki wyrównawcze* wydawało się, że w prawie międzynarodowym gospodarczym stanowisko w kwestii kryterium decydującego o publicznym lub prywatnym charakterze danego podmiotu jest w miarę jednolite. Traktaty ustanawiające publiczne banki międzynarodowe hołdują kryterium pełnionej w danym przypadku funkcji⁸. Podobnie jest w prawie międzynarodowym inwestycyjnym⁹,

⁵ Szerzej B. Gu, Ch. Xu, *Treatment Standards of State-Owned Enterprises as Public Entities: A Clash or Convergence across International Economic Laws*, Hong Kong Law Journal 2020, vol. 50, part 3, s. 1026 i n.

⁶ Konkretnie chodzi o art. 25 ust. 1 porozumienia ICSID (Konwencji z dnia 18 marca 1965 r. o rozstrzyganiu sporów inwestycyjnych między państwami a obywatelami innych państw, sporządzonej w Waszyngtonie).

⁷ B. Gu, Ch. Xu, *op.cit.* s. 1026–1027. Choć są też autorzy, którzy wyróżniają więcej kryteriów, zob. np. W. Zheng, *Untangling the Market and the State*, Emory Law Journal 2017, vol. 67, no. 2.

⁸ B. Gu, Ch. Xu, *op.cit.*, 1030–1033.

⁹ *Ibidem*, 1033–1041.

w którym podejście to nazywane jest „testem Brochesa” od nazwiska pierwszego sekretarza generalnego ICSID Arona Brochesa. Stwierdził on, że w dzisiejszym świecie rozróżnienie na podmioty prywatne i publiczne na podstawie źródła pochodzenia kapitału nie ma sensu. Istotne jest, czy dany podmiot wykonuje funkcje publiczne¹⁰. Test ten zastosowany został w sprawie CSOB w 1999 roku¹¹, a także w sprawie BUCG w 2017 roku¹². Notabene druga z tych spraw dotyczyła właśnie spółki, której większościami akcjonariuszem były Chiny. Zaprezentowane podejście stosowane jest także przez inne sądy arbitrażowe rozstrzygające spory inwestycyjne¹³.

Z punktu widzenia pewności prawa orzecznictwo najgorzej prezentuje się w prawie międzynarodowym handlowym. W literaturze podnosi się, że prawo WTO zawiera jedynie bardzo skromne regulacje tej kwestii, skutkując dodatkowymi postanowieniami w regionalnych porozumieniach o wolnym handlu¹⁴. Mający zastosowanie w omawianej sprawie art. 1 ust. 1 SCM reguluje działanie „rządu lub organu publicznego”, ale także „podmiotu prywatnego”, któremu rząd powierza lub nakazuje wykonanie swojej funkcji. W dwóch sprawach dotyczących chińskich spółek należących do państwa (DS379 i właśnie DS437)¹⁵ Organ Odwoławczy przedstawił dwa różne podejścia do omawianej kwestii. W pierwszej z nich uznał, że istotna jest pełniona w danej chwili funkcja¹⁶. Natomiast w drugiej istotnie osłabił to podejście (choć dopiero na etapie raportu w trybie art. 21.5 DSU), wskazując między innymi, że „jeśli ustalono, że dany podmiot jest organem publicznym, wówczas można przypisać *wszelkie działania* tego podmiotu danemu Państwu

¹⁰ *Beijing Urban Construction Group Co Ltd v Republic of Yemen*, ICSID Case No ARB/14/30, *Decision on Jurisdiction* (31 May 2017) (BUCG), par. 33, cytując Arona Brochesa. Na podobnym stanowisku stoi także m.in. L.C. Backer, *Sovereign Investing in Times of Crisis: Global Regulation of Sovereign Wealth Funds, State-Owned Enterprises, and the Chinese Experience*, *Transnational Law and Contemporary Problems* 2010, vol. 19, s. 144.

¹¹ *Ceskoslovenska Obchodni Banka, AS v The Slovak Republic*, ICSID Case No ARB/97/4, *Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction* (24 May 1999), par. 16–17, przypis 4.

¹² Zob. przypis 10.

¹³ Np. przez Cairo Regional Centre for International Commercial Arbitration w sprawie *Mohamed Abdulmohsen Al-Kharafi & Sons Co. v Libya and others*, *Final Arbitral Award*, wyrok z dnia 22 marca 2013 r., s. 263, cytując G.B. Borna.

¹⁴ Szerzej Y. Xiaoyan, *State-Owned Enterprises: A Real Challenge to the World Trade Organization*, *Journal of WTO and China* 2018, vol. 8(1), s. 8 i n. oraz 25 i n. Istotne znaczenie mają tu art. XVII GATT, art. VIII GATS i art. 1 SCM oraz niektóre przepisy protokołów akcesyjnych.

¹⁵ W tym czasie toczyło się w WTO więcej sporów między Chinami i Stanami Zjednoczonymi dotyczącymi środków wyrównawczych. Zob. Y. Wei, *Internationalizing Domestic Disputes? Transnational Public-Private Partnership in WTO Litigation*, *Denver Journal of International Law and Policy* 2019, vol. 47, no. 2, s. 178.

¹⁶ Raport Organu Odwoławczego w sprawie DS 379 z dnia 11 marca 2011 r., par. 318.

członkowskiemu¹⁷. Dalej twierdził podobnie, nieco parafrazując, że jeśli ustalono, że dany podmiot jest organem publicznym państwa członkowskiego, to jego postępowanie można bezpośrednio przypisać temu państwu¹⁸. Ogólnie w raporcie tym Organ skupił się nie tylko na funkcji podmiotu, ale też częściowo na samym podmiocie. Wskazał także w odniesieniu do kryterium statusu podmiotu prywatnego wykonującego funkcje rządowe, że „własność rządowa podmiotu, choć nie jest decydującym kryterium, może służyć, w połączeniu z innymi elementami jako dowód” publicznego statusu¹⁹. Nie zgodził się z argumentem Chin, że organ publiczny to taki, który posiada kompetencje do regulowania, kontrolowania, nadzorowania lub ograniczania postępowania innych osób, bowiem prowadziłoby to do zrównania go z „agencją rządową”²⁰. Warto zwrócić uwagę, że zanim przeważało kryterium funkcji, dawniej w WTO hołdowano zasadzie, że o statusie podmiotu publicznego decyduje kryterium własności. Tak wynika ze sprawy DS273, zakończonej półtorej dekady wcześniej niż omawiany spór²¹. Stanowisko to wydawało się wówczas na tyle oczywiste, że żadna ze stron (Korea i Wspólnoty Europejskie) nie złożyły odwołań i postępowanie zakończyło się na etapie raportu panelu. Nie wiadomo zatem, jakie byłoby w tamtym czasie stanowisko Organu Odwoławczego.

Wprawdzie Chiny sprawę wygrały, jednak stanowisko Organu Odwoławczego stanowi dla nich niepokojący prognostyk na przyszłość. Przedstawiony pogląd odbiega bowiem od dotychczasowej praktyki, ale również ważnego źródła prawa zwyczajowego, którego wyrazem jest doniosły dokument, a mianowicie „Odpowiedzialność państw za czyny niezgodne z prawem międzynarodowym”²². Chodzi o jego art. 5, który stanowi, że: „Zachowanie osoby lub podmiotu, który nie jest organem państwa zgodnie z art. 4, ale który jest upoważniony przez prawo tego państwa do wykonywania elementów władzy państwowej uważa się za akt państwa na mocy prawa międzynarodowego, pod warunkiem że dana osoba lub podmiot działa w szczególności w tym charakterze w tym przypadku”. Zdaniem Bina Gu i Chengjina Xu ten aspekt orzeczenia w sprawie DS437 ma motywy polityczne, bowiem nie jest to przypadek, że omówione w niniejszej publikacji odstępstwo od dotychczas obowiązujących standardów ma miejsce wtedy, gdy Chiny wyrastają na gospodarczą

¹⁷ Raport Organu Odwoławczego w sprawie DS 437 z dnia 16 lipca 2019 r., par. 5.100.

¹⁸ *Ibidem*, par. 5.103.

¹⁹ *Ibidem*, par. 5.97.

²⁰ W. Zheng, *Trade Law's Responses to the Rise of China*, Berkeley Journal of International Law 2016, vol. 34(2), s. 142.

²¹ Y. Xiaoyan, *op.cit.*, s. 13–14.

²² Tekst przyjęty przez Komisję Prawa Międzynarodowego w 2001 roku i przedłożony Zgromadzeniu Ogólnemu jako część raportu z sesji A/56/10. Dokument zawierający również komentarz dostępny jest na stronie https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf (data dostępu: 30.12.2022 r.).

potęgę²³. Należy przy tym mieć na uwadze, że powyższe podejście może rzutować na wykładnię także w innych typach sporów w WTO, mających kluczowe znaczenie dla Chin. Klasyfikacja podmiotu jako prywatnego lub publicznego dotyczy wszakże stosowania nie tylko Porozumienia SCM, ale także między innymi Porozumienia antydumpingowego²⁴ oraz Porozumienia o zakupach rządowych²⁵, na których podstawie dochodzi do sporów, w których Chiny są stroną.

3. Blokada wyboru sędziego Organu Odwoławczego przez Stany Zjednoczone

W maju 2016 roku na spotkaniu Organu Rozstrzygania Sporów WTO Stany Zjednoczone oświadczyły, że blokują wybór Seunga Wha Changa z Korei Południowej na drugą kadencję jako członka Organu Odwoławczego²⁶. Zgodnie z art. 17 DSU Organ Odwoławczy ma charakter stały i jest powoływany przez Organ Rozstrzygania Sporów. Składa się z siedmiu osób, z których trzy rozpatrują daną sprawę. Kadencja członków Organu Odwoławczego trwa 4 lata, przy czym każda osoba może być ponownie powołana jeden raz. W praktyce ponowny wybór jest działaniem wręcz rutynowym²⁷. Co ciekawe, inaczej niż w większości sądów międzynarodowych, w WTO nie obowiązuje zasada, że w orzekaniu nie bierze udziału osoba będąca obywatelem państwa, które jest stroną postępowania²⁸.

Jako powód swojego działania Stany Zjednoczone wskazały na rzekome przekroczenia przez Changa uprawnień w prowadzonych sprawach. Podniesiono, że jego służba nie odzwierciedlała roli przypisanej do członków Organu Odwoławczego WTO w porozumieniach WTO. Stany Zjednoczone wymieniły cztery sprawy, w których ich zdaniem taka sytuacja miała miejsce, zapewniając jednocześnie, że motywacją dla ich działania nie są niekorzystne względem nich rozstrzygnięcia

²³ B. Gu, Ch. Xu, *op.cit.*, s. 1053.

²⁴ Zob. np. J. de Kok, *The Future of EU Trade Defence Investigations against Imports from China*, Journal of International Economic Law 2016, vol. 19, s. 541.

²⁵ Zob. np. Wang Ping, *Coverage of the WTO's Agreement on Government Procurement: Challenges of Integrating China and Other Countries with a Large State Sector into the Global Trading System*, Journal of International Economic Law 2007, vol. 10(4), s. 895; Wang Ping, *China's Accession to the WTO Government Procurement Agreement – Challenges and the Way Forward*, Journal of International Economic Law 2009, vol. 12(3), 671.

²⁶ *Statement by the United States at the Meeting of the WTO Dispute Settlement Body*, Geneva, May 23, 2016, https://www.wto.org/english/news_e/news16_e/us_statment_dsbmay16_e.pdf (data dostępu: 8.06.2022 r.).

²⁷ *United States Blocks Reappointment of WTO Appellate Body Member*, American Journal of International Law 110, July 2016, no. 3, s. 574.

²⁸ *United States Blocks Reappointment...*, s. 579.

w niektórych z tych postępowań²⁹. Chodzi mianowicie o spory: DS453 (*Argentyna – usługi finansowe*), DS430 (*Indie – produkty rolne*), DS437 (*Stany Zjednoczone – środki wyrównawcze*) i DS449 (*Stany Zjednoczone – środki wyrównawcze i antydumpingowe*). W pierwszej z nich Stany Zjednoczone nie były stroną, ale jedną z trzynastu tak zwanych stron trzecich (*third parties*). Druga sprawa toczyła się na wniosek Stanów Zjednoczonych, a pozostałe dwie przeciwko nim.

Zarzut Stanów Zjednoczonych, dotyczący omawianej w niniejszej publikacji sprawy DS437, odnosił się do naruszenia zasady kontrydiktoryjności. Ich zdaniem Organ Odwoławczy oddalił odwołanie strony, po czym jednak zmienił orzeczenie wydane przez panel na podstawie argumentu i podejścia całkowicie wykreowanego przez tenże Organ, wychodząc zatem poza zakres żądania strony. W ocenie Stanów Zjednoczonych raport Organu Odwoławczego sugeruje, że jego pogląd na rozstrzygnięcie sporów znacznie odbiega od standardów określonych w DSU i odzwierciedlonych w wielu wcześniejszych raportach³⁰. Nie wskazały jednak, o które konkretnie fragmenty raportu chodzi. Na marginesie warto wspomnieć, że nie był to pierwszy przypadek blokowania przez Stany Zjednoczone wyboru członka Organu Odwoławczego WTO. W 2011 roku zablokowana została kandydatura Jennifer Hillman, a w 2014 roku Jamesa Gathiiego. Sprawa Changa różni się jednak od poprzednich tym, że dotyczyła osoby niebędącej obywatelem Stanów Zjednoczonych³¹.

Stanowisko Stanów Zjednoczonych spotkało się z ostrą krytyką ze strony zarówno innych (byłych i ówczesnych) członków Organu Odwoławczego, jak i państw. Pozostali członkowie Organu Odwoławczego w liście do przewodniczącego Organu Rozstrzygnięcia Sporów potępiło stanowisko Stanów Zjednoczonych³². Podobnie uczyniło trzynastu żyjących jeszcze emerytowanych członków Organu Odwoławczego, w tym mający obywatelstwo amerykańskie³³. Również Korea Południowa i piętnastu innych członków WTO złożyło wspólne oświadczenie potępiające stanowisko Stanów Zjednoczonych wobec Changa³⁴. Główne zarzuty pod adresem Stanów Zjednoczonych dotyczyły przypisywania indywidualnej odpowiedzialności jednemu z kilku członków organu o charakterze kolegialnym oraz – a może raczej przede wszystkim – ingerowanie w niezależność i niezawisłość sędziowską. Na ten pierwszy zarzut Stany Zjednoczone odpowiedziały, że indywidualne stanowisko Changa wynika z pytań, które zadawał w czasie rozprawy³⁵, a ponadto że sam fakt,

²⁹ *Statement by the United States...*, s. 3–5.

³⁰ *Statement by the United States...*, s. 4.

³¹ *United States Blocks Reappointment...*, s. 576.

³² *Ibidem*, s. 577–578.

³³ *Ibidem*.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ *Statement by the United States...*, s. 5.

iż inni członkowie mieli podobne poglądy, nie zwalnia z odpowiedzialności samego Changa. Podkreśliły też, że reelekcja członków Organu Odwoławczego zgodnie z przepisami nie jest automatyczna, więc sprzeciwu w tej kwestii nie można uznać za ingerencję w niezależność lub niezawisłość sędziowską³⁶. Pozostały więc przy swoim stanowisku. Stanowisko to spotkało się z bardzo ostrą krytyką także ze strony amerykańskich ekspertów³⁷.

Jeszcze w roku 2019 w Organie Odwoławczym nadal zasiadały trzy osoby, a więc organ ten był w stanie rozstrzygać odwołania od decyzji paneli. Jednak kolejne blokady wyboru członków Organu Odwoławczego doprowadziły do tego, że w chwili obecnej w organie tym nie zasiada już nikt. Kadencja ostatniego członka wygasła 30 listopada 2020 roku³⁸. Ostatni raz organ miał pełen skład siedmiu osób w czerwcu 2017 roku. Ten niezwykle poważny problem dla międzynarodowego prawa handlowego został szybko dostrzeżony przez przedstawicieli doktryny, którzy wskazali liczne możliwe rozwiązania i scenariusze dalszych losów systemu rozstrzygania sporów³⁹. Większość z nich już okazała się nietrafiona, a impas orzeczniczy trwa nadal, znacznie osłabiając międzynarodowy system handlowy, zwłaszcza że dotychczas odwołania miały miejsce w ponad 2/3 przypadków decyzji paneli⁴⁰.

4. Zmierzch rozstrzygania sporów potęg gospodarczych na forum WTO

Spór pomiędzy Stanami Zjednoczonymi i Chinami w niniejszej sprawie został rozstrzygnięty zgodnie z zasadami międzynarodowego prawa handlowego w ramach przeznaczonego do tego systemu rozstrzygania sporów WTO. Jednak należy zauważyć, że trwało to całą dekadę, podczas której Stany Zjednoczone uzyskiwały bezprawne korzyści w związku ze stosowanymi przez siebie środkami handlowymi, zanim arbiter zezwolił Chinom na stosowanie środków wyrównawczych na kwotę 645 121 milionów USD rocznie. Co więcej, samo rozstrzygnięcie sporu w dwóch instancjach trwało niewiele ponad 2 i pół roku, a więc już wtedy obie strony wiedziały, że jedna z nich działa z naruszeniem prawa – pozostały czas

³⁶ *Statement by the United States...*, s. 6–7.

³⁷ Np. S. Charnovitz, *How WTO Dispute Settlement Succumbed to the Trump Administration*, GWU Law School Public Law Research Paper 2019, no. 73.

³⁸ Appellate Body Members, oficjalna strona WTO: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/ab_members_descrp_e.htm (data dostępu: 8.05.2023 r.).

³⁹ J. Pauwelyn, *WTO Dispute Settlement Post 2019: What to Expect?*, *Journal of International Economic Law* 2019, vol. 22, s. 297 i n.; H. Gao, *Finding a Rule-Based Solution to the Appellate Body Crisis: Looking Beyond the Multiparty Interim Appeal Arbitration Arrangement*, *Journal of International Economic Law* 2021, vol. 24, s. 539 i n.

⁴⁰ J. Pauwelyn, *op. cit.*, s. 319.

potrzebny był na wdrożenie egzekucji orzeczenia. W ciągu tej dekady, a zwłaszcza pod jej koniec, stosunki handlowe Stanów Zjednoczonych i Chin bardzo się pogorszyły i pomiędzy stronami wybuchła tak zwana „wojna handlowa”. Przejawia się ona tym, że te dwie potęgi gospodarcze jednostronnie nakładają cła lub inne środki na towary z drugiego państwa, nie licząc się z porozumieniami WTO ani nie odwołując się do systemu rozstrzygania sporów tej organizacji⁴¹. Jest to oczywiście walka o gospodarczą dominację na świecie i stanowi konsekwencję olbrzymiego rozwoju Chin w ostatnich dekadach (znaczny wzrost produktu krajowego brutto, obrotów handlowych i wejście w przemysł wysokich technologii)⁴².

Dogłębne i kompleksowe wyjaśnienie przyczyn i przebiegu wojny handlowej między Stanami Zjednoczonymi i Chinami wykracza oczywiście poza zakres niniejszej analizy⁴³. Warto jednak zwrócić uwagę na pewne aspekty szerszego kontekstu omawianej tu sprawy. Pierwotnie Stany Zjednoczone bardzo aktywnie wspierały akcesję Chin do Światowej Organizacji Handlu⁴⁴. Jednak członkostwo największej gospodarki Azji przyniosło nie tylko spodziewane korzyści, ale także straty, zaś rozwój Chin nie poszedł w oczekiwanym (demokratycznym) kierunku. Za główne powody, dla których Stany Zjednoczone rozpoczęły wojnę handlową, przyjmuje się: a) ciągłe nadwyżki handlowe Chin, b) pozyskiwanie przez Chiny zagranicznych technologii w sposób niezgodny (zdaniem Amerykanów) z prawem oraz c) rzekome próby ze strony Chin osłabienia pozycji Stanów Zjednoczonych na arenie międzynarodowej⁴⁵. Reakcja Stanów Zjednoczonych poszła w trzech kierunkach: 1) nałożenia dodatkowych тариф na produkty z Chin (działanie niezgodne z prawem WTO), 2) zainicjowania postępowania w WTO oraz 3) zmian w prawie krajowym, skierowanych przeciwko chińskim inwestycjom

⁴¹ Szerzej na ten temat m.in. F. Huang'an, L. Xiaofu, *New Changes in the Sino-US Trade War and China's Legal Response*, Journal of WTO and China 2021, vol. 11, issue 2, s. 109 i n. Zob. także J. Ya Qin, *WTO Reform: Multilateral Control over Unilateral Retaliation – Lessons from the US-China Trade War*, Trade, Law and Development 2020, vol. 12, issue 2, s. 458.

⁴² *Ibidem*, s. 118 i n.

⁴³ Na ten temat istnieje bardzo obszerna literatura. Zob. np. Ch.P. Bown, *U.S.-China Trade Conflicts and the Future of the WTO*, Fletcher Forum of World Affairs 2009, vol. 33(1), s. 27–48; D. Chow, *China's Coming Trade War with the United States*, UMKC Law Review 2012, vol. 81, no. 2, s. 257–276; J. Ya Qin, *Forced Technology Transfer and the US-China Trade War: Implications for International Economic Law*, Journal of International Economic Law 2019, vol. 22, s. 743–762; T.A. Adekola, *US-China Trade War and the WTO Dispute Settlement Mechanism*, Journal of International Trade Law and Policy 2019, vol. 18(3), s. 125–135; N. Hur, *Historical and Strategic Concern Over the US-China Trade War: Will They Be within the WTO*, Journal of East Asia and International Law 2018, vol. 11(2), s. 393–412.

⁴⁴ J. Ya Qin, *WTO Reform...*, s. 460.

⁴⁵ T. Liu, W.Th. Woo, *Understanding the U.S.-China Trade War*, China Economic Journal 2018, vol. 11, issue 3, s. 319.

bezpośrednim⁴⁶. Chiny odpowiedziały własnym taryfami celnymi oraz również postępowaniem w WTO⁴⁷. Oczywiście wskazane wyżej jednostronnie nałożone środki taryfowe lub pozataryfowe są w sposób oczywisty sprzeczne z art. 23 DSU.

Pomiędzy Stanami Zjednoczonymi i Chinami doszło do licznych sporów gospodarczych, z których część przyniosła skutek w postaci spraw prowadzonych w ramach systemu rozstrzygania sporów (DSU WTO), a inne doprowadziły do wojny handlowej toczącej się *de facto* poza tą organizacją. Przejawia się ona jednak także w innych handlowych kontekstach. Jednym z takich przykładów jest wprowadzenie przez Stany Zjednoczone do porozumienia o wolnym handlu z Meksykiem i Kanadą⁴⁸ klauzuli tak zwanej trującej tabletki (*poison pill*)⁴⁹ zakazującej *de facto* zawierania podobnych umów handlowych z Chinami⁵⁰. Wprawdzie 15 stycznia 2020 roku Stany Zjednoczone podpisały także umowę handlową z Chinami (tak zwany Phase One agreement⁵¹), jednak niemożliwe do zrealizowania wymagane od Chin kwoty zamówień szybko sprawiły, że Chiny nie były w stanie się z niej wywiązać⁵². Zresztą sam fakt wprowadzenia minimalnych kwot zakupów przez przedsiębiorstwa z jednego państwa w innym państwie stoi w sprzeczności z ideą wolnego i zliberalizowanego handlu, a do tego zmusza Chiny do stosowania zakupów przez spółki kontrolowane przez rząd, co samo w sobie może okazać się sprzeczne z prawem WTO, a dokładnie art. XVII GATT⁵³.

Wprawdzie w omawianym w niniejszej publikacji sporze zwyciężyły Chiny, to sprawa ta po raz kolejny obnażyła słabości instytucjonalne WTO, z powodu których konflikty handlowe między mocarstwami przenoszą się poza tę organizację. WTO od dawna krytykowana jest za to, że w przeciwieństwie do jej poprzedniczki (GATT), pod jej auspicjami nie udało się doprowadzić do końca choćby jednej

⁴⁶ J. Ya Qin, *WTO Reform...*, s. 462.

⁴⁷ *Ibidem*, s. 464.

⁴⁸ United States-Mexico-Canada Agreement (USMCA) weszła w życie 1 lipca 2020 r., zastępując porozumienie NAFTA.

⁴⁹ Zob. G. Lan, *The "Poison Pill" in the USMCA: The Erosion of WTO Principles and Its Implications under a US-China Trade War*, *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 2020, vol. 53, no. 4, s. 1265–1326.

⁵⁰ F. Huang'an, L. Xiaofu, *op. cit.*, s. 114 i n.

⁵¹ Phase One agreement pomiędzy Chinami i Stanami Zjednoczonymi z dnia 15 stycznia 2020 r. Na temat jej potencjału do rozwiązania jednej z głównych przyczyn wojny handlowej, a mianowicie sporów o ochronę własności intelektualnej, zob. C.S. Shang, W. Shen, *Beyond Trade War: Reevaluating Intellectual Property Bilateralism in the US-China Context*, *Journal of International Economic Law* 2021, vol. 24, s. 53–76.

⁵² Zob. np. Ch.P. Bown, *US-China phase one tracker: China's purchases of US goods*, Peterson Institute for International Economics, <https://www.piie.com/research/piie-charts/us-china-phase-one-tracker-chinas-purchases-us-goods> (data dostępu: 11.01.2023 r.).

⁵³ J. Ya Qin, *WTO Reform...*, s. 468–69.

rundy negocjacyjnej, mającej na celu globalne obniżenie taryf na świecie. Ale teraz krytyka ta obejmuje także rozwiązywanie sporów między państwami, co do niedawna wydawało się jej największym atutem. Jeśli WTO nie jest w stanie regulować współpracy handlowej państw, to nikt nie jest w stanie tego zrobić, co grozi pogłębiającym się chaosem i konfliktami. Zapobieganie wojnom handlowym niewątpliwie stanowi jedno z podstawowych zadań WTO⁵⁴, a w ostatnim czasie w sposób oczywisty Organizacja nie była w stanie mu sprostać. W efekcie sfrustrowane Chiny zmieniły swoje podejście do międzynarodowego prawa handlowego w reakcji na powrót Stanów Zjednoczonych do protekcyjnistycznej polityki handlowej rodem sprzed stu lat⁵⁵, określanej także niekiedy „nową zimną wojną”⁵⁶. W pierwszych 44 sporach przeciwko Chinom w systemie rozstrzygania sporów WTO ani razu nie doszło do etapu określania kwoty dozwolonych środków handlowych dla drugiej strony sporu z uwagi na niezastosowanie się przez Chiny do orzeczenia (raportu)⁵⁷. Świadczy to o silnych staraniach ze strony Chin, by stosować w dobrej wierze prawo WTO. A jednak w końcu także Chiny zdecydowały się na stosowanie nieautoryzowanych przez WTO (i oczywiście nielegalnych) jednostronnych środków taryfowych i pozataryfowych. Odpowiedź na pytanie, w jaki sposób należałoby zreformować prawo WTO, aby skutecznie zapobiec wojnom handlowym, wykracza poza ramy niniejszego artykułu. Niemniej praktyka ostatnich lat wskazuje, że Chiny mają już dość rozwiązywania sporów zgodnie z prawem WTO, co oznacza tolerowanie przez wiele lat stosowania nielegalnych środków handlowych przez Stany Zjednoczone. Po długim okresie przestrzegania zasad rozstrzygania sporów w WTO, zniechęcone nieskutecznością Organizacji, w końcu także one przeszły do radzenia sobie z takimi problemami na własną rękę, czyli poprzez wprowadzanie własnych środków handlowych niezgodnych z prawem WTO.

Podsumowanie

Prawnicy w ramach systemu rozstrzygania sporów WTO przez pierwsze blisko trzy dekady istnienia Organizacji mieli dużo pracy. Trafiało do nich jak dotąd

⁵⁴ *Ibidem*, s. 458. Niektórzy autorzy wskazują, jaką pozytywną rolę WTO może odgrywać w przeciwdziałaniu lub łagodzeniu skutków wojny handlowej, nawet jeśli nie korzystając ze skutecznego systemu rozstrzygania sporów. Zob. N. Lamp, *At the Vanishing Point of Law: Rebalancing, Non-Violation Claims, and the Role of the Multilateral Trade Regime in the Trade Wars*, *Journal of International Economic Law* 2019, vol. 22, s. 721–742.

⁵⁵ S.J. Evenett, *The Smoot–Hawley Fixation: Putting the Sino-US Trade War in Contemporary and Historical Perspective*, *Journal of International Economic Law* 2019, vol. 22, s. 535–555.

⁵⁶ Np. F. Huang'an, L. Xiaofu, *op. cit.*, s. 108.

⁵⁷ J. Ya Qin, *WTO Reform...*, s. 501, przypis 194.

ponad 600 spraw i nawet jeżeli wiele z nich zakończyło się już na etapie konsultacji, to i tak jest to imponujący rezultat jak na sądownictwo międzynarodowe. Niektóre sprawy przeszły bez echa, inne zaś uważa się za istotne z uwagi na wkład w rozwój prawa międzynarodowego lub kontekst, w jakim zostały wydane. Uważam, że spór DS437 *Stany Zjednoczone – środki wyrównawcze* należy do tej drugiej kategorii.

Są po temu trzy powody. Pierwszy dotyczy merytorycznego rozstrzygnięcia, a pozostałe dwa – kontekstu tegoż rozstrzygnięcia i jego pozaprawnych implikacji. Jeśli chodzi o aspekt merytoryczny, to stanowisko zajęte przez Organ Odwoławczy w kwestii statusu podmiotów publicznych w kontekście subsydiów stanowi może nie rewolucję, ale odstępstwo od dominującej linii orzeczniczej. Organ ten zakwestionował bowiem utrwaloną wykładnię opartą jedynie na kryterium pełnionej w danym przypadku funkcji, skłaniając się ku uwzględnieniu także kryterium właścicielskiego. Należy w tym miejscu zaznaczyć, że ocena statusu danego podmiotu jako publicznego rzutuje na stosowanie kilku porozumień w ramach systemu WTO, ale także na inne obszary międzynarodowego prawa gospodarczego. Jednolite kryteria, a przez to przewidywalne wnioski z analizy są zatem zagadnieniem doniosłym, istotnym zwłaszcza dla Chin, gdzie udział państwa we własności dużych przedsiębiorstw jest znaczny. Druga kwestia to powołanie się na stanowisko koreańskiego członka Organu Odwoławczego w niniejszej sprawie przez Stany Zjednoczone, by uzasadnić zablokowanie jego reelekcji. Ostra reakcja innych członków WTO w tej sprawie wskazuje na podłoże polityczne całego zdarzenia. Jak już dzisiaj wiemy, był to jedynie początek konsekwentnej polityki tego państwa, która doprowadziła do skutecznego paraliżu Organu Odwoławczego, w którym obecnie nie zasiada już nikt. Wreszcie trzecią kwestią jest szerszy kontekst w postaci wojny handlowej pomiędzy Stanami Zjednoczonymi i Chinami. Długi czas oczekiwania na przywrócenie stanu zgodnego z prawem i związane z tym straty finansowe po stronie Chin przyniosły skutek w postaci zmiany podejścia władz tego państwa do międzynarodowego handlu. Zamiast zatem dalej prowadzić spory w ramach organizacji WTO, wzorem Stanów Zjednoczonych zmieniły one strategię i również zaczęły stosować jednostronne środki handlowe nieautoryzowane przez WTO. Sprawa DS437 jawi się tu jako smutny relikwyt przeszłości – przykład starego, nieskutecznego podejścia do ochrony własnych interesów gospodarczych na arenie międzynarodowej. Można uznać, że to „pyrrusowe zwycięstwo” stanowiło kolejny argument za kontynuacją wojny handlowej przeciwko Stanom Zjednoczonym. Wszystkie te trzy bardzo złożone wątki spłotyły się w jednej sprawie, czyniąc ją jedną z najważniejszych w najnowszej historii rozstrzygnięcia sporów w WTO.

Streszczenie

26 stycznia 2022 r. po dziesięciu latach zakończył się spór zainicjowany przez Chiny przeciwko Stanom Zjednoczonym w systemie rozstrzygania sporów WTO. Sprawa ta nie powinna zostać niezauważona, bowiem jest istotna z kilku powodów, które zostały omówione w niniejszej publikacji. Po pierwsze, Organ Odwoławczy zakwestionował w niej – wydawać by się mogło – utrwalone kryteria oceny, czy dane przedsiębiorstwo można uznać za organ publiczny, co ma nierzadko kluczowe znaczenie dla stwierdzenia ewentualnego naruszenia przepisów WTO o subsydiach. Po drugie, sprawa ta stała się jednym z powodów (a zdaniem niektórych – pretekstów) zablokowania przez Stany Zjednoczone wyboru na następną kadencję pochodzącego z Korei Południowej członka Organu Odwoławczego, paraliżując w ten sposób ów organ. Po trzecie wreszcie, sprawę tę można postrzegać jako przykład zgodnego z prawem, ale niestety przestarzałego sposobu radzenia sobie przez największe potęgi gospodarcze świata z naruszeniami po stronie innych uczestników międzynarodowego obrotu handlowego, bowiem obecnie mogą zdecydować się raczej na wejście na ścieżkę wojny handlowej.

Słowa kluczowe: WTO, Stany Zjednoczone, Chiny, rozstrzyganie sporów, wojna handlowa

Some reflections on the case United States – countervailing measures on certain products from China (DS437) in the World Trade Organization Abstract

On January 26, 2022, the dispute initiated by China against the United States in the WTO dispute settlement system ended after ten years. This matter should not go unnoticed, as it is important for several reasons, which are discussed in this publication. Firstly, the Appellate Body questioned the seemingly established criteria for assessing whether a given enterprise can be considered a public body, which is often of key importance for determining a possible violation of the WTO subsidy regulations. Secondly, this case became one of the reasons (or, according to some, pretexts) for the United States to block the re-election of a South Korean member of the Appellate Body, thus paralyzing that body. Thirdly, this case can be seen as an example of a lawful, but unfortunately outdated, way for the world's major economic powers to deal with infringements by other participants in international trade, as they may now rather choose to enter the path of a trade war.

Key words: WTO, US, China, dispute settlement, trade war