



Please purchase a personal license.

Hà Nội, ngày 07-11 tháng 11 năm 2016

Khóa đào tạo tại ĐH Luật Hà Nội

G.S. Julien CHAISSE

Ngoại trừ

Article (...)
General exceptions

1. Subject to the requirement that such measures are not applied in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination between countries where like conditions prevail, or a disguised restriction on establishment or cross-border supply of services, nothing in this Title shall be construed to prevent the adoption or enforcement by any Party of measures:
 - (a) necessary to protect public security or public morals or to maintain public order;

Page 89 of 90

- (b) necessary to protect human, animal or plant life or health;
- (c) relating to the conservation of exhaustible natural resources if such measures are applied in conjunction with restrictions on domestic investors or on the domestic supply or consumption of services;
- (d) necessary for the protection of national treasures of artistic, historic or archaeological value;
- (e) necessary to secure compliance with laws or regulations which are not inconsistent with the provisions of this Title including those relating to:
 - (i) the prevention of deceptive and fraudulent practices or to deal with the effects of a default on contracts;
 - (ii) the protection of the privacy of individuals in relation to the processing and dissemination of personal data and the protection of confidentiality of individual records and accounts;
 - (iii) safety;
- (f) inconsistent with Articles 4 paragraph 1 and (...) paragraph 1 on National Treatment, provided that the difference in treatment is aimed at ensuring the effective or equitable imposition or collection of direct taxes in respect of economic activities, investors or services suppliers of the other Party²⁴.

Thế nào là một ngoại trừ?

- Nói chung, ngoại trừ miễn cho các Bên khởi tất cả (hay một số) nghĩa vụ trong hiệp định
 - Nếu ngoại trừ quá rộng thì sẽ trở thành quy tắc
 - Nếu quá nhiều ngoại trừ trong hiệp định thì không cần phải có hiệp định nữa
 - Vì thế, ngoại trừ luôn bị hạn chế về phạm vi được diễn giải ở mức độ hẹp
- Dữ liệu tiền lệ cho việc phân tích tương đối ít ỏi
 - Thậm chí các lý do an ninh cũng thường được sử dụng để làm cơ sở biện giải cho việc không tuân thủ các nghĩa vụ của hiệp định
 - Việc biện giải hiếm khi phải chịu sự soi xét pháp lý trong khuôn khổ các hiệp định đầu tư quốc tế (IIA)

Đề cương

1

- Quy tắc luật thông lệ quốc tế

2

- Các ngoại trừ không phân biệt đối xử

3

- Các ngoại trừ an ninh

4

- Các ngoại trừ chung

Luật thông lệ quốc tế

- Trong trường hợp không có ngoại trừ nào trong hiệp định thì nước nhận đầu tư cũng có thể biện giải biện pháp của mình theo luật thông lệ quốc tế.
 - Những quy tắc này vẫn áp dụng trong trường hợp hiệp định không có quy định về an ninh quốc gia.
- Điều quan trọng là xác định được mức độ được phép ngoại trừ theo luật thông lệ quốc tế.
- Hoặc nói cách khác là: **việc biện giải theo luật thông lệ quốc tế có ý nghĩa pháp lý tương đương với quy định rõ ràng về ngoại trừ trong hiệp định hay không?**

Luật thông lệ quốc tế

Luật thông lệ quốc tế cho phép nhà nước có linh hoạt pháp lý trong một số tình huống đặc biệt

Cụ thể như bất khả kháng, tình cảnh hiểm nghèo và trường hợp cần thiết

Mỗi loại tình huống sẽ cho phép Nhà nước miễn trách nhiệm quốc tế.

- **Bất khả kháng** khi “thiên tai” ngoài tầm kiểm soát của Nhà nước và khiến Nhà nước không thể hoàn thành nghĩa vụ của mình.
- **Tình cảnh hiểm nghèo** khi Nhà nước không còn cách nào để cứu người hơn là vi phạm quy định pháp lý.
- **Trường hợp cần thiết phát sinh khi Nhà nước không còn phương tiện nào khác để đảm bảo lợi ích cốt lõi mà không ảnh hưởng đến lợi ích cốt lõi của một Nhà nước khác.**

Thông lệ bảo vệ trường hợp cần thiết

- Thông lệ bảo vệ trường hợp cần thiết chỉ được áp dụng với giới hạn hẹp.
- Theo Ủy ban Luật quốc tế (ILC)
 - (a) hành động phải “cách duy nhất mà Nhà nước có thể bảo vệ lợi ích cốt lõi khỏi hậu quả thảm khốc và không thể tránh khỏi”,
 - (b) và quan trọng là hành động này “không ảnh hưởng nghiêm trọng đến lợi ích cốt lõi” của một Nhà nước khác
- Lưu ý: *Đe dọa* tới an ninh quốc gia được quy định tại Điều 25 Dự thảo các điều khoản về trách nhiệm của Nhà nước đối với các hành động sai quốc tế
 - Đã được thông qua bởi ILC tại phiên họp thứ 53 của tổ chức này (năm 2001)

Điều 25

Trường hợp cần thiết

1. Trường hợp cần thiết sẽ không được phép vận dụng bởi một Nhà nước để làm lý do cho việc miễn trách cho bản chất sai của một hành động không phù hợp với nghĩa vụ quốc tế của Nhà nước đó, trừ khi hành động:

- (a) là cách thức duy nhất để Nhà nước bảo vệ lợi ích cốt lõi của mình khỏi hậu quả thảm khốc và không thể tránh khỏi; và
- (b) không ảnh hưởng nghiêm trọng đến lợi ích cốt lõi của một hoặc nhiều Nhà nước khác hoặc cộng đồng quốc tế nói chung.

2. Trong bất kỳ trường hợp nào, trường hợp cần thiết không được phép vận dụng bởi một Nhà nước làm lý do miễn trách cho bản chất sai nếu:

- (a) Nghĩa vụ quốc tế liên quan đã loại trừ khả năng vận dụng sự cần thiết; hoặc
- (b) Nhà nước đã góp phần tạo ra trường hợp cần thiết.

Thông lệ bảo vệ trường hợp cần thiết

- ICJ xác nhận hạn chế của trường hợp cần thiết trong vụ *Gabcikovo-Nagymaros Project* (1997)
 - Tiền lệ khẳng định bảo vệ trường hợp cần thiết không được áp dụng bởi Hungary có các biện pháp khác để giải quyết.
 - Một hành động chỉ được coi là bảo vệ trường hợp cần thiết nếu là biện pháp duy nhất đảm bảo lợi ích cốt lõi của Nhà nước.
- Một trường hợp khác của cách tiếp cận này trong WTO
 - Ví dụ khi việc cấm nhập khẩu thuốc lá có phải là trường hợp cần thiết để bảo vệ sức khỏe con người hay không
 - Ban hội thẩm GATT kết luận rằng hành động chỉ có thể biện giải nếu là “*phương thức ít hạn chế nhất*” để đạt được mục tiêu chính sách chính đáng.

Thông lệ bảo vệ trường hợp cần thiết trong kiện đầu tư

Trường hợp cần thiết phải đáp ứng cả 4 điều kiện sau

- Là cách duy nhất để Nhà nước bảo vệ lợi ích cốt lõi khỏi hậu quả thảm khốc và không thể tránh khỏi
- Hành động không ảnh hưởng nghiêm trọng đến lợi ích cốt lõi của một hoặc nhiều Nhà nước khác hoặc cộng đồng quốc tế nói chung
- Nghĩa vụ quốc tế liên quan không loại trừ khả năng vận dụng trường hợp cần thiết
- Nhà nước không góp phần tạo ra trường hợp cần thiết

Vận dụng

- Các vụ liên quan đến Argentina: *CMS, Enron, Sempra, LG & E*
- Miễn trừ trách nhiệm của Nhà nước trong trường hợp vi phạm hiệp định
- Vi phạm hiệp định là yêu cầu để vận dụng trường hợp cần thiết
- Không vi phạm nếu đã có ngoại trừ trong hiệp định áp dụng

Tóm lược luật thông lệ quốc tế

- Luật thông lệ quốc tế biện giải cho Nhà nước khi vi phạm nghĩa vụ trong hiệp định đầu tư quốc tế, kể cả khi hiệp định không quy định rõ.
- Vì thế, các bên tham gia hiệp định sẽ không phải chịu trách nhiệm đối với vi phạm hiệp định nếu có các biện pháp nhằm bảo vệ lợi ích quốc gia hoặc lợi ích cốt lõi theo luật thông lệ quốc tế.
- Vì thế, các Nhà nước có 2 lớp biện giải khi áp dụng ngoại trừ an ninh quốc gia:
 - Luật thông lệ quốc tế và luật hiệp định quốc tế (nếu có).
- Sự khác biệt quan trọng giữa 2 cách tiếp cận này là
 - luật thông lệ quốc tế miễn trách cho Nhà nước sau khi đã vi phạm nghĩa vụ pháp lý cụ thể
 - trong khi ngoại trừ an ninh quốc gia trong hiệp định đầu tư quốc tế ngăn chặn sự vi phạm hiệp định ngay từ đầu.

Đề cương

1

- Quy tắc luật thông lệ quốc tế

2

- Các ngoại trừ không phân biệt đối xử

3

- Các ngoại trừ an ninh

4

- Các ngoại trừ chung

Ngoại trừ đối xử quốc gia (NT)

Là các ngoại trừ nghĩa vụ đối xử quốc gia (xem tuần 5)



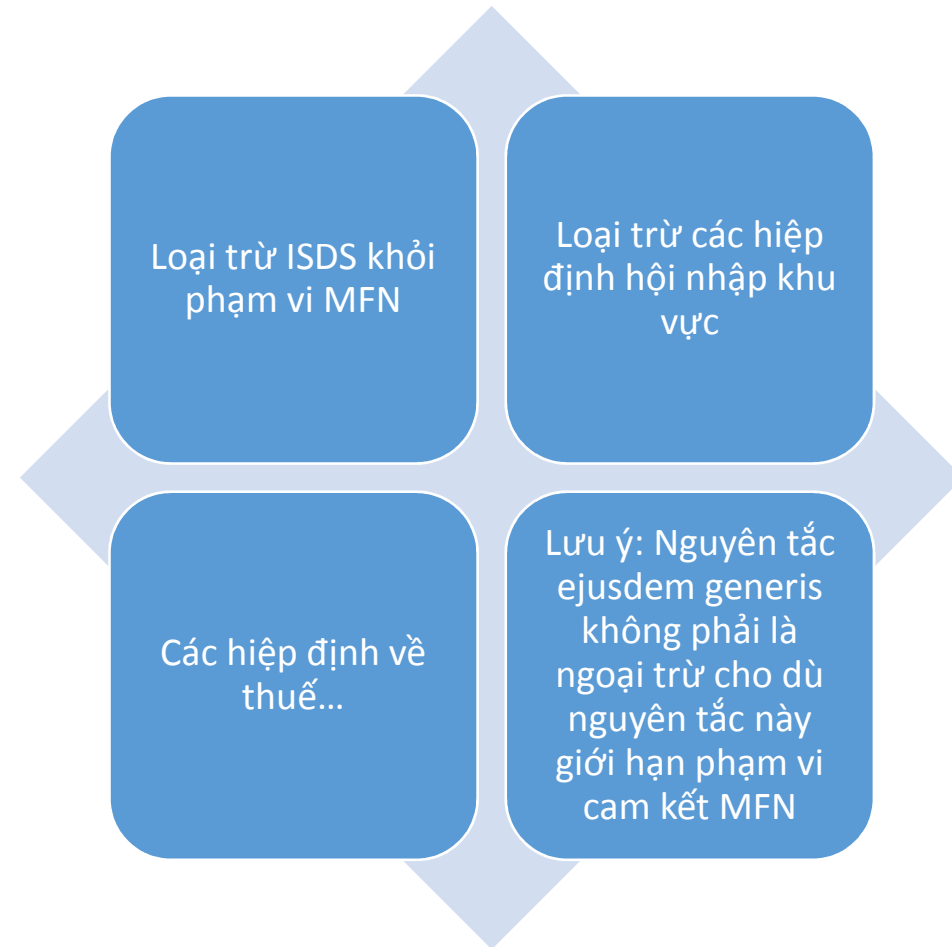
Các ngoại trừ chung

Ngoại trừ theo chủ đề cụ thể

Ngoại trừ theo nước cụ thể

Ngoại trừ đối xử tối huệ quốc (MFN)

Nhiều loại
ngoại trừ MFN
(xem tuần 6)



Đề cương

1

- Quy tắc của luật thông lệ quốc tế

2

- Các ngoại trừ không phân biệt đối xử

3

- Các ngoại trừ an ninh

4

- Các ngoại trừ chung

Sơ đồ ngoại trừ an ninh quốc gia

Khái niệm an ninh quốc gia



Phạm vi an ninh quốc gia

- Bảo vệ các ngành chiến lược
- Khủng hoảng kinh tế



Thực tiễn hiệp định

- Thuật ngữ “lợi ích an ninh cốt lõi”, và các thuật ngữ liên quan được sử dụng trong các hiệp định đầu tư quốc tế
- Các điều kiện
- Các ngoại trừ liên quan đến an ninh trong các điều khoản cụ thể của các hiệp định đầu tư quốc tế
- Không áp dụng ngoại trừ liên quan đến an ninh với các điều khoản hiệp định cụ thể



Tiền lệ

Sơ đồ ngoại trừ an ninh quốc gia

Khái niệm an ninh quốc gia

Phạm vi an ninh quốc gia

- Bảo vệ các ngành chiến lược
- Khủng hoảng kinh tế

Thực tiễn hiệp định

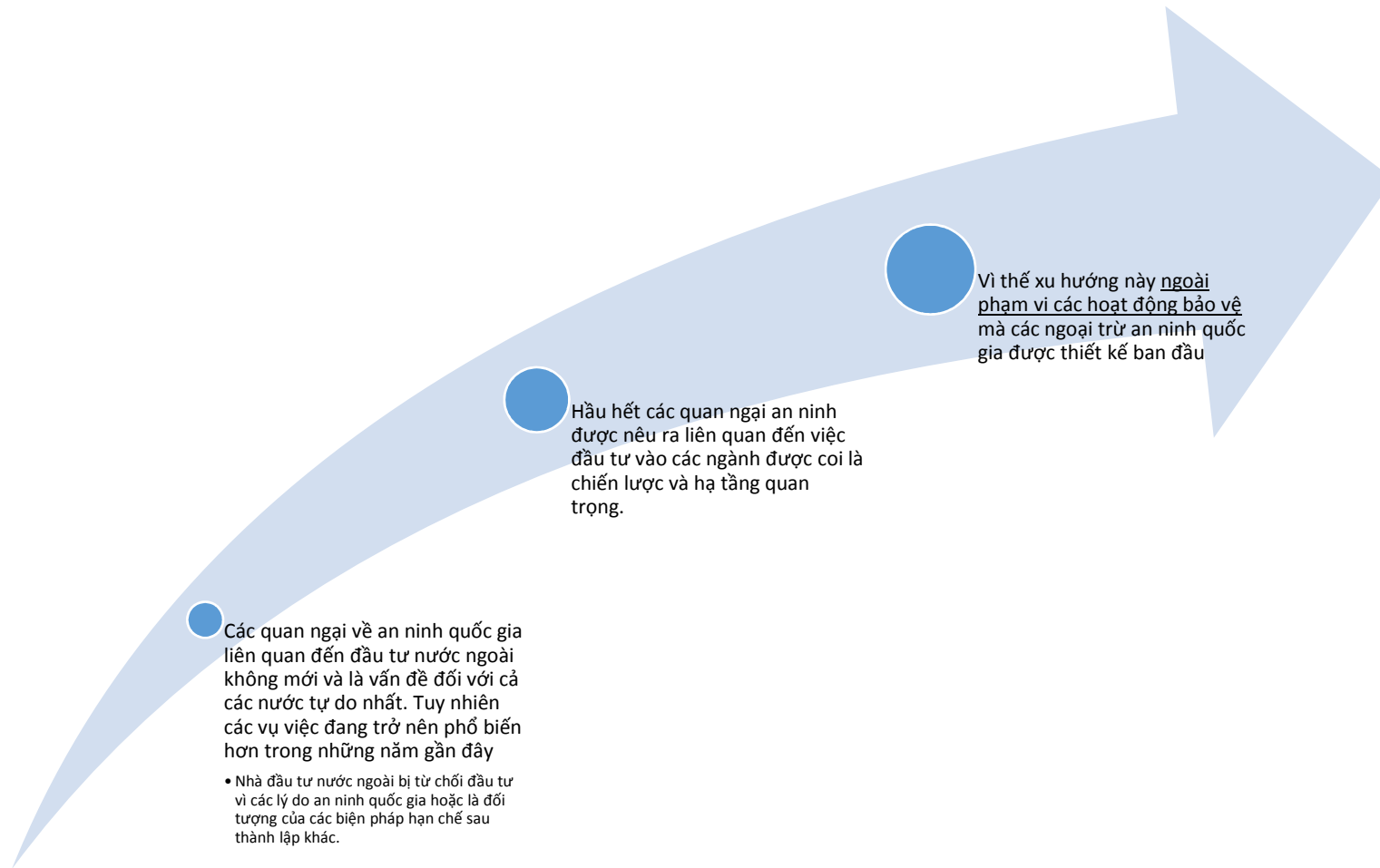
- Thuật ngữ “lợi ích an ninh cốt lõi”, và các thuật ngữ liên quan được sử dụng trong các hiệp định đầu tư quốc tế
- Các điều kiện
- Các ngoại trừ liên quan đến an ninh trong các điều khoản cụ thể của các hiệp định đầu tư quốc tế
- Không áp dụng ngoại trừ liên quan đến an ninh với các điều khoản hiệp định cụ thể

Tiền lệ

Khái niệm "an ninh quốc gia"

- Nhà nước dần đưa vào các ngoại trừ an ninh trong các hiệp định đầu tư quốc tế
- Dịch chuyển từ luật thông lệ quốc tế sang hiệp định (hiệp định hóa)
- Về mặt khái niệm, Nhà nước đã tạo ra một cơ chế pháp lý theo hiệp định để phân bổ rủi ro giữa nhà nước và nhà đầu tư trong các tình huống bất thường
 - Cơ chế này khác biệt nhưng tồn tại đồng thời với các hình thức bảo vệ theo luật thông lệ quốc tế

Xu hướng về an ninh quốc gia



Từ các ngành chiến lược tới khủng hoảng kinh tế

Ngoài vấn đề ngành chiến lược thì quan ngại an ninh quốc gia trong các năm gần đây được nêu liên quan đến khủng hoảng kinh tế.

Đây là trường hợp cụ thể đã diễn ra trong cuộc khủng hoảng ở Argentina vào giai đoạn đầu của thế kỷ này.

- Để đối phó với khủng hoảng, Chính phủ Argentina đã có nhiều biện pháp hạn chế hoạt động của nhà đầu tư nước ngoài, chẳng hạn như các hạn chế về chuyển khoản.

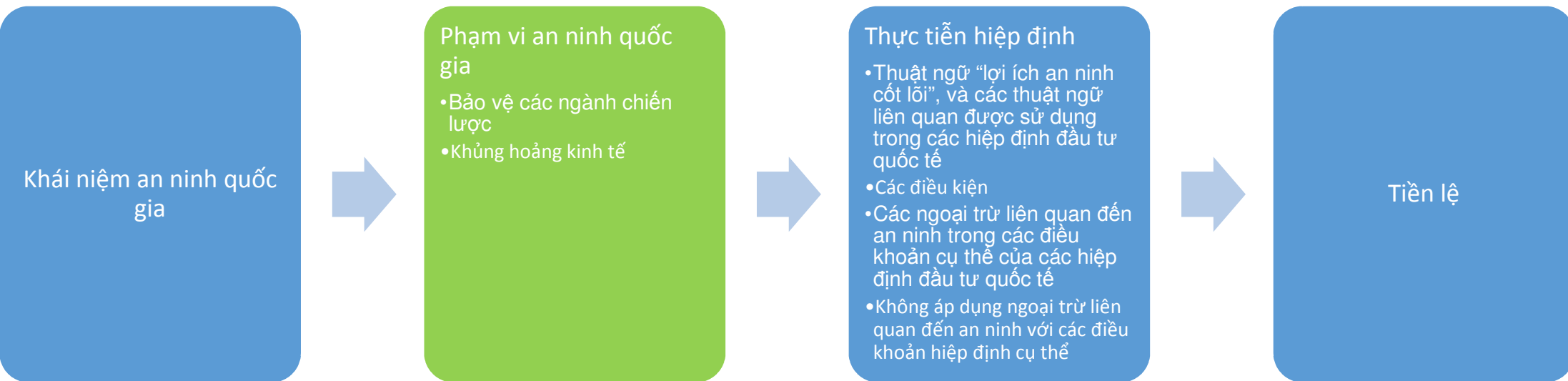
Vì thế, các biện pháp này ảnh hưởng đến cả các nhà đầu tư đã lập đầu tư ở trong nước;

- Trong khi các hạn chế đầu tư để bảo vệ các ngành chiến lược thường chỉ ảnh hưởng đến sự tham gia đầu tư của các nhà đầu tư nước ngoài.

Argentina lập luận rằng các biện pháp này là cần thiết để bảo vệ lợi ích an ninh nội địa trong bối cảnh hỗn loạn trong nước và căng thẳng xã hội kéo dài

Khủng hoảng kinh tế nghiêm trọng có thể tác động bất cứ quốc gia nào: Vì thế vấn đề này không chỉ hạn chế ở tình huống diễn ra ở Argentina!

Sơ đồ ngoại trừ an ninh quốc gia



Thông lệ ở các nước tiếp nhận đầu tư

Ngoại trừ an ninh quan trọng đối với các nước phát triển cũng như đang phát triển.

- Các nước phát triển chủ yếu dẫn chiếu đến ngoại trừ an ninh quốc gia liên quan đến các vụ mua các ngành chiến lược bởi nhà đầu tư nước ngoài.
- Các nước đang phát triển thì thường lại cần đến ngoại trừ này trong các giai đoạn khủng hoảng kinh tế.

Bảo vệ các ngành chiến lược

- Quan ngại an ninh quốc gia liên quan đến việc nước ngoài kiểm soát các lĩnh vực và các ngành trong nước được nước nhận đầu tư coi là có tầm quan trọng chiến lược.
- Nhiều trường hợp công ty nước ngoài bị từ chối hoặc là đối tượng bị hạn chế bởi họ định đầu tư vào các ngành quan trọng chiến lược. Đây là xu hướng phổ biến ngày nay so với các trường hợp bị từ chối vì lý do an ninh quốc gia theo nghĩa hẹp.
- Trong hầu hết các trường hợp, những biện pháp đặt ra khiến cho nhà đầu tư nước ngoài khó hoạt động.
 - Các biện pháp bao gồm hạn chế mới về sở hữu nước ngoài, quốc hữu hóa ngành dầu khí và các ngành nhạy cảm khác, đàm phán lại các ưu đãi với nhà đầu tư nước ngoài, và lập danh sách các ngành đầu tư trực tiếp nước ngoài bị hạn chế.

Bảo vệ các ngành chiến lược

- Một trong các vụ việc đầu tiên thu hút sự chú ý liên quan đến Tập đoàn khai thác dầu ngoài khơi của Trung Quốc (CNOOC)
- Công ty dầu khí thuộc sở hữu của nhà nước này đề nghị mua Unocal - một trong 9 công ty dầu khí lớn nhất ở Hoa Kỳ năm 2005.
- Đề xuất mua này đã gây ra quan ngại về an ninh quốc gia, cạnh tranh không công bằng và rủi ro tiết lộ công nghệ.
- Sau khi có can thiệp của Quốc hội Hoa Kỳ
 - **CNOOC rút đề xuất**
 - Và Unocal cuối cùng sáp nhập với Tập đoàn Chevron của Hoa Kỳ



Bảo vệ các ngành chiến lược

- Quan ngại an ninh đối với đầu tư nước ngoài cũng xuất hiện ở một số thị trường đang lên.
 - Ví dụ như Trung Quốc cũng có các bước kiểm soát việc nước ngoài mua một số doanh nghiệp chiến lược trong nước
- Quan ngại an ninh quốc gia cũng xuất hiện đối với một số ngành thông thường không được xem là có khả năng gây ra rủi ro an ninh.
 - Ví dụ như quan ngại an ninh của Chính phủ Ấn Độ khi ngăn cản chào bán một cảng công ten nơ ở Mumbai cho Hutchison Whampoa của Hồng Kông vào tháng 11 2005



Tỷ phú Li Ka-shing

Bảo vệ các ngành chiến lược

- Tháng 3 2006, Quốc hội Hoa Kỳ ngăn cản việc bán công ty Peninsular and Oriental (P&O) của Anh trị giá 6,8 tỷ USD cho Dubai Ports World.
 - Thương vụ dự kiến này sẽ chuyển giao 6 cảng của Hoa Kỳ (bao gồm các cảng ở New York và Philadelphia) cho DPW



Bảo vệ các ngành chiến lược

- Chính phủ Tây Ban Nha đã thành công trong việc ngăn cản công ty E.ON của Đức mua doanh nghiệp cung ứng năng lượng Endesa năm 2005.
- Chính phủ Pháp từ chối việc bán Suez cho công ty ENEL của Ý.
 - Thông qua việc xúc tiến sáp nhập giữa Gaz de France và Suez
 - Và tạo ra một “doanh nghiệp quốc gia hàng đầu”.



Enterprise Value	€1.0bn
Equity stake:	9%



Ngoại trừ này có hữu ích hay không? Vụ GDF-Suez

- Công ty Universal Suez Canal được thành lập năm 1858 nhằm xây dựng kênh đào Suez (Ai Cập)
- Năm 2010, GDF SUEZ mua 70% cổ phần của Britain's International, tạo ra một công ty tiện ích lớn độc lập lớn nhất thế giới.
 - GDF SUEZ tuyên bố mua 30% còn lại vào tháng 4 2012 và thương vụ hoàn tất vào tháng 7 2012
- Sau đó GDF SUEZ và CNOON đã ký hợp đồng vận chuyển 2,6 triệu tấn khí hóa lỏng (LNG)
 - GDF SUEZ sẽ bán cho CNOOC khoảng 2,6 triệu tấn LNG từ năm 2013 trong suốt 4 năm kế tiếp (bắt đầu 2013)
- GDF SUEZ thuê 236.000 người trên khắp thế giới, bao gồm 1.200 nghiên cứu viên, chuyên gia ở 9 trung tâm nghiên cứu và phát triển (R&D) với doanh thu 84,5 tỷ Euro

Tóm lược về các ngành chiến lược

- Thuật ngữ sử dụng để chỉ các hoạt động này có thể khác nhau – chẳng hạn có thể gọi là “hạ tầng chiến lược”, “các ngành thiết yếu” hay “doanh nghiệp hàng đầu quốc gia”
- Tuy nhiên, mục tiêu thì luôn tương tự:
 - Để ngăn cản nước ngoài đầu tư vào các ngành được coi là quan trọng đối với xã hội
 - Hoặc (trong trường hợp nước ngoài đã đầu tư) có quyền chấm dứt đầu tư hoặc tạo ra các hạn chế khác

Khủng hoảng kinh tế

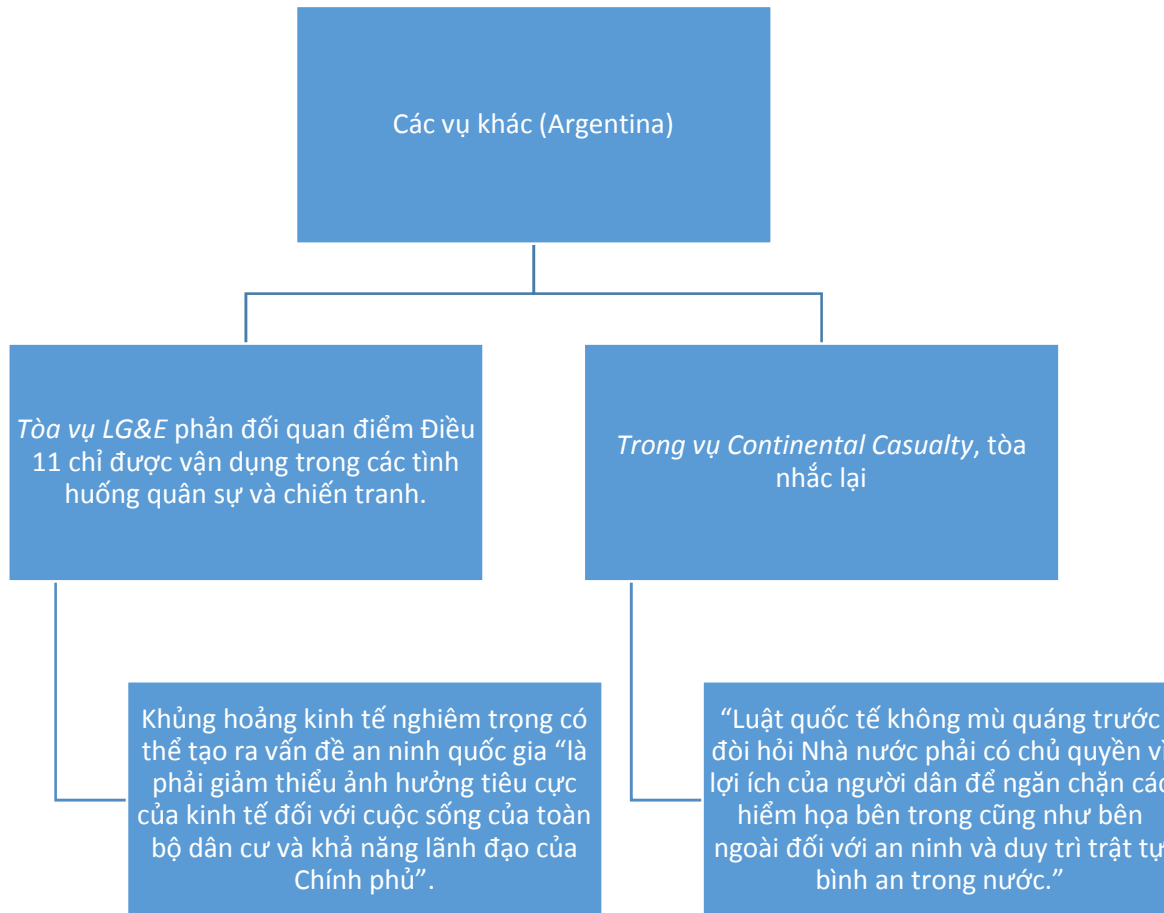
- Nhiều tranh cãi đã nổ ra liên quan đến câu hỏi liệu khủng hoảng kinh tế ở Argentina có phải là mối đe dọa đến an ninh quốc gia của nước này không
- Và liệu điều này có phải là lý do chính đáng để đối phó với khiếu nại của nhà đầu tư rằng Argentina đã vi phạm nghĩa vụ của mình
 - An ninh quốc gia Điều 11 HĐ Hoa Kỳ-Argentina
- **Tất cả các tòa đều nhất trí với quan điểm là:**
 - Điều 11 bao gồm cả các tình huống kinh tế khẩn cấp
 - Điều 11 không chỉ gắn với các mối đe dọa về chính trị và quân sự.

Ví dụ, tòa vụ *CMS* kết luận rằng:

“không có nội dung nào trong luật thông lệ quốc tế hay đối tượng và mục tiêu của hiệp định tự thân loại trừ khủng hoảng kinh tế lớn khỏi phạm vi của Điều 11.”

Thêm vào đó, “nếu khái niệm lợi ích an ninh thiết yếu bị hạn chế ở các quan ngại an ninh quốc gia và chính trị trước mắt, có bản chất quốc tế và loại trừ các lợi ích khác, chẳng hạn như các tình huống kinh tế lớn khẩn cấp thì sẽ tạo ra cách hiểu thiếu cân bằng đối với Điều 11.”

Khi nền tảng kinh tế của một Nhà nước bị đe dọa thì mức độ nghiêm trọng có thể tương đương với một cuộc xâm lược quân sự



Dù sử dụng các hình thức biểu đạt khác nhau, các tòa đi đến kết luận giống nhau



Thuật ngữ “lợi ích an ninh thiết yếu” về nguyên tắc bao gồm cả các cuộc khủng hoảng kinh tế lớn.

Tuy nhiên,... mức độ nghiêm trọng là gì?

- Mặc dù kết luận như vậy, các tòa có sự khác biệt trong đánh giá về mức độ nghiêm trọng của cuộc khủng hoảng kinh tế của Argentina.
 - Trong khi tòa vụ *CMS* khẳng định rằng “cuộc khủng hoảng Argentina nghiêm trọng nhưng không dẫn đến sự sụp đổ toàn bộ kinh tế và xã hội”,
- *Tòa vụ LG&E* kết luận
 - “Từ 1 tháng 12 2001 đến 26 tháng 4 2003, Argentina ở trong giai đoạn khủng hoảng cần có các biện pháp để duy trì trật tự công cộng và bảo vệ lợi ích an ninh thiết yếu”.
- *Tòa vụ Continental Casualty* không xác định giai đoạn khủng hoảng,
 - Và kết luận rằng việc vận dụng điều khoản an ninh quốc gia “không đòi hỏi tình huống phải tạm ngừng mọi đảm bảo theo hiến pháp và quyền tự do cơ bản”

Khủng hoảng kinh tế: Tóm lược

- Nếu hiệp định đầu tư quốc tế có ngoại trừ an ninh quốc gia, các nước có thể tương đối an tâm trong trường hợp khủng hoảng kinh tế
 - Là điều khoản này về nguyên tắc sẽ được áp dụng
- Tuy nhiên, các nước sẽ không chắc về **mức độ nghiêm trọng của cuộc khủng hoảng** phải đạt tới để vận dụng ngoại trừ an ninh quốc gia.

Sơ đồ ngoại trừ an ninh quốc gia

Khái niệm an ninh quốc gia

Phạm vi an ninh quốc gia

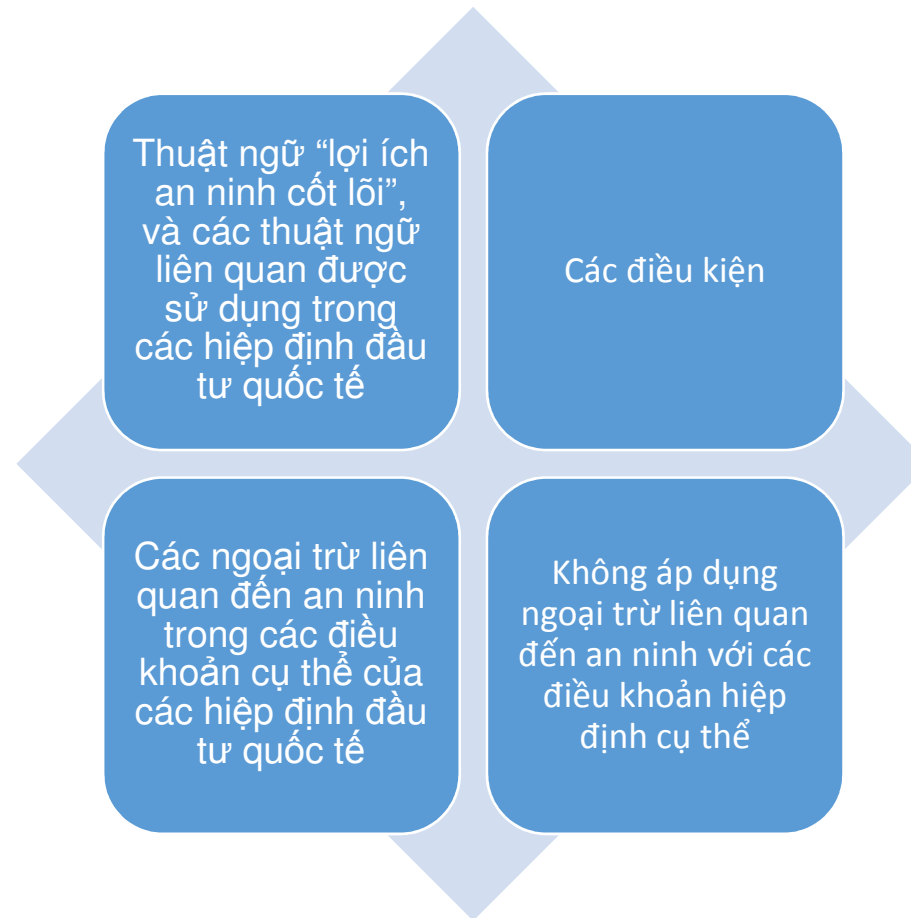
- Bảo vệ các ngành chiến lược
- Khủng hoảng kinh tế

Thực tiễn hiệp định

- Thuật ngữ “lợi ích an ninh cốt lõi”, và các thuật ngữ liên quan được sử dụng trong các hiệp định đầu tư quốc tế
- Các điều kiện
- Các ngoại trừ liên quan đến an ninh trong các điều khoản cụ thể của các hiệp định đầu tư quốc tế
- Không áp dụng ngoại trừ liên quan đến an ninh với các điều khoản hiệp định cụ thể

Tiền lệ

Thực tiễn hiệp định



Thực tiễn hiệp định

- Chỉ có một số ít các hiệp định đầu tư quốc tế có ngoại trừ an ninh quốc gia
 - Ngoại trừ này thường thấy ở các hiệp định điều chỉnh sự tham gia của đầu tư nước ngoài hơn là các hiệp định có điều khoản xét duyệt đầu tư (admission clause)
 - Ngoại trừ “an ninh quốc gia” chỉ có ở 12 % các hiệp định đầu tư song phương (BIT)
 - Nhưng phần lớn các hiệp định thương mại tự do gần đây (FTA) với điều khoản về đầu tư có ngoại trừ an ninh quốc gia.
- Vì sao? Quan ngại an ninh quốc gia liên quan đến đầu tư nước ngoài chủ yếu phát sinh do vấn đề xét duyệt đầu tư (admission)

Các ngoại trừ an ninh quốc gia điển hình

- Hầu hết các hiệp định đầu tư quốc tế có ngoại trừ an ninh đều sử dụng thuật ngữ “lợi ích an ninh thiết yếu” hoặc “an ninh quốc gia” để mô tả tình huống có thể vận dụng ngoại trừ

Hiệp định thương mại ưu đãi giữa Ấn Độ và Singapore (2005) Điều 6.12 (Các ngoại trừ an ninh)

1. Không gì trong Chương này được hiểu là:

- Buộc một Bên phải cung cấp thông tin mà việc tiết lộ này có thể đi ngược lại lợi ích an ninh thiết yếu; hoặc
- Ngăn cản một Bên có hành động mà Bên này cho là cần thiết nhằm bảo vệ lợi ích an ninh thiết yếu...

Hiệp định đầu tư song phương Hungary- Nga (1995) 2 đề cập đến (trong số các tình huống khủng hoảng “an ninh quốc gia”

Xúc tiến và bảo hộ có đi có lại đối với đầu tư

3. “Hiệp định này không ngăn cản việc một Bên vận dụng các biện pháp cần thiết để duy trì phòng vệ, an ninh quốc gia và trật tự công cộng, bảo vệ môi trường, đạo đức và sức khỏe công cộng.”

5 thuật ngữ khác được sử dụng

“trật tự công cộng” làm điều kiện để vận dụng ngoại trừ an ninh

Nghĩa của khái niệm “trật tự công cộng” là đối tượng diễn giải

Hiệp định đầu tư song phương giữa Bỉ-Luxembourg và Guatemala (2005)

Tình huống khẩn cấp

Một số hiệp định đầu tư song phương đề cập đến “tình huống đặc biệt khẩn cấp” làm cơ sở để vận dụng ngoại trừ

India-Ai Cập

Đạo đức công cộng

Mở rộng đáng kể phạm vi của điều khoản an ninh bởi điều này còn tùy thuộc vào truyền thống văn hóa, tôn giáo có sự khác biệt lớn giữa các nước vực

Ai Cập-Hoa Kỳ

Hòa bình và/hoặc an ninh quốc tế

Một số hiệp định đầu tư quốc tế có danh sách các nghĩa vụ về hòa bình và an ninh quốc tế để làm cơ sở vận dụng ngoại trừ. Quy định này cho phép vận dụng ngoại trừ an ninh quốc gia trong trường hợp có xung đột quốc tế khi họ có nghĩa vụ duy trì hoặc khôi phục an ninh, thậm chí khi không trực tiếp đe dọa an ninh quốc gia của các bên. Vì thế quy định này cũng mở rộng phạm vi ngoại trừ an ninh

Hoa Kỳ-Uruguay

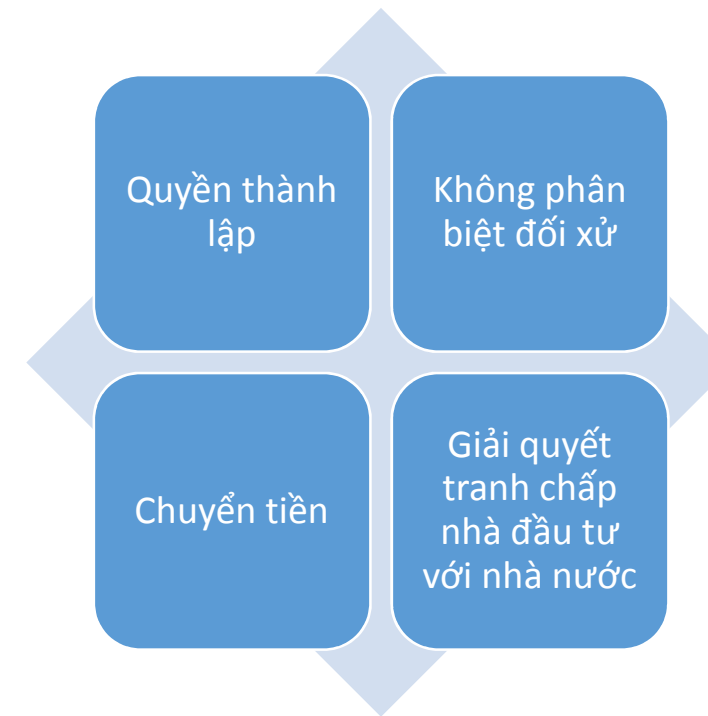
Các biện pháp liên quan đến sản xuất, thương mại, phát triển các loại vũ khí và vật liệu phòng vệ khác

Một số hiệp định đầu tư quốc tế bao gồm cả ngoại trừ cụ thể liên quan đến sản xuất, thương mại, phát triển các loại vũ khí và vật liệu phòng vệ khác

EU-Ai Cập 2001

Các ngoại trừ liên quan đến an ninh trong các điều khoản cụ thể của các hiệp định đầu tư quốc tế

- Các ngoại trừ an ninh quốc gia không luôn luôn miễn trách cho các Bên khỏi nghĩa vụ theo các hiệp định đầu tư quốc tế
- Đôi khi ngoại trừ chỉ áp dụng đối với các điều khoản cụ thể của hiệp định hơn là toàn bộ hiệp định
- Trong trường hợp này, ngoại trừ không phải là một điều khoản của hiệp định mà chỉ là một điểm trong quy định liên quan



Không áp dụng ngoại trừ liên quan đến an ninh với các điều khoản hiệp định cụ thể

- Giảm bớt mức độ ngoại trừ...
 - Tốt ;-)
- Các hiệp định đầu tư quốc tế loại bỏ một số nội dung khỏi phạm vi áp dụng của ngoại trừ “an ninh quốc gia”.
 - Hạn chế quyền của các Bên trong việc vận dụng ngoại trừ an ninh.
 - Về nguyên tắc cho phép vận dụng ngoại trừ, nhưng khả năng này bị hạn chế ở các khía cạnh cụ thể trong bảo hộ đầu tư.

Không áp dụng ngoại trừ liên quan đến an ninh với các điều khoản hiệp định cụ thể

- *1. Bất kể các quy định khác trong Hiệp định này ngoài quy định của Điều 10 [bồi thường], mỗi Bên có thể: (a) có biện pháp mà bên này cho là cần thiết để bảo vệ lợi ích an ninh thiết yếu của mình ...*
- Hiệp định đầu tư song phương giữa Nhật Bản và Việt Nam (2003)
- Loại trừ điều khoản bồi thường đối với tổn thất khởi phạm vi áp dụng của ngoại trừ an ninh

Không áp dụng ngoại trừ liên quan đến an ninh với các điều khoản hiệp định cụ thể

- Một số đạt được với kỹ thuật khác nhau như Hiệp định giữa Bỉ và Luxembourg.
- Lợi ích quốc gia hay an ninh là cơ sở để trưng thu hoặc quốc hữu hóa đầu tư nước ngoài.
- Lợi ích an ninh vì thế tương đương với mục tiêu công

Hiệp định đầu tư song phương giữa Azerbaijan-Belgium-Luxembourg (2004)

Điều 4

Loại bỏ và hạn chế sở hữu

- “*Mỗi Bên cam kết sẽ không ban hành một biện pháp trưng thu hoặc quốc hữu hóa hoặc biện pháp có cùng tác động trực tiếp hay gián tiếp tước bỏ sở hữu của nhà đầu tư của Bên khác đối với đầu tư trong lãnh thổ của mình.*”
- **Nếu vì lý do mục tiêu công cộng, an ninh hay lợi ích quốc gia đòi hỏi miễn trừ khỏi quy định tại đoạn 1, các điều kiện sau đây phải được thỏa mãn:**
- *Biện pháp phải được ban hành theo quy trình luật thích đáng;*
- *Biện pháp không được phân biệt đối xử hay đi ngược lại bất kỳ cam kết cụ thể nào;*
- *Biện pháp phải đi cùng với việc bồi thường đầy đủ và hiệu quả”*

Sơ đồ ngoại trừ an ninh quốc gia

Khái niệm an ninh quốc gia



Phạm vi an ninh quốc gia

- Bảo vệ các ngành chiến lược
- Khủng hoảng kinh tế



Thực tiễn hiệp định

- Thuật ngữ “lợi ích an ninh cốt lõi”, và các thuật ngữ liên quan được sử dụng trong các hiệp định đầu tư quốc tế
- Các điều kiện
- Các ngoại trừ liên quan đến an ninh trong các điều khoản cụ thể của các hiệp định đầu tư quốc tế
- Không áp dụng ngoại trừ liên quan đến an ninh với các điều khoản hiệp định cụ thể



Tiền lệ

Tiền lệ an ninh quốc gia về ... Argentina

- Chỉ một số rất ít Tiền lệ phán quyết trọng tài theo công ước ICSID liên quan đến điều khoản an ninh quốc gia trong các hiệp định đầu tư song phương.
 - Như đã đề cập, 5 phán quyết được ban hành trong các năm gần đây và tất cả đều liên quan đến khiếu nại đối với Argentina bởi các công ty của Hoa Kỳ do các biện pháp mà Chính phủ Argentina đưa ra để đối phó với cuộc khủng hoảng kinh tế giai đoạn 2001–2002
- Các bên khiếu nại đều lập luận rằng các biện pháp này đã gây tổn hại cho đầu tư của họ trong các lĩnh vực dầu khí, bảo hiểm ở Argentina và vi phạm hiệp định đầu tư song phương giữa Hoa Kỳ và Argentina.
 - Nhiều phán quyết khác dự kiến trong tương lai gần liên quan đến các câu hỏi về bối cảnh của cuộc khủng hoảng này

Tiền lệ an ninh quốc gia về ... Argentina

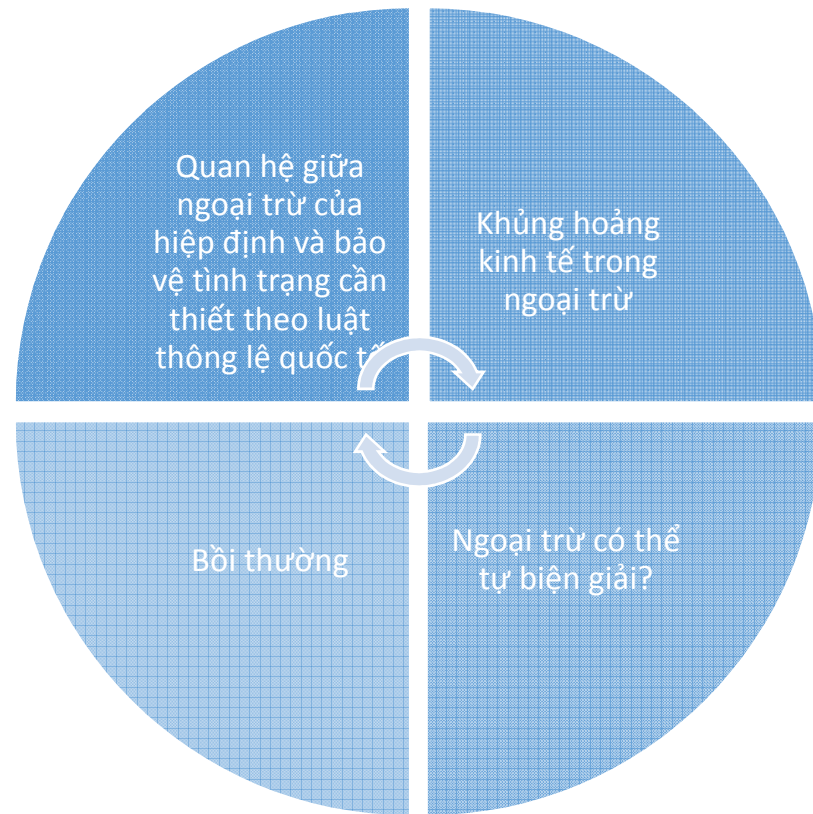
- Vấn đề chính của mọi tranh chấp là **liệu các biện pháp khẩn cấp của Argentina diễn ra vào thời điểm khủng hoảng kinh tế**
 - (1) có nằm trong phạm vi ngoại trừ an ninh quốc gia trong hiệp định hay không, hoặc
 - (2) có thể biện giải bởi luật thông lệ quốc tế về tình trạng cần thiết không.
- Chỉ trong 2 vụ tòa cho rằng các biện pháp này có thể biện giải được cho một giai đoạn cụ thể theo hiệp định với hệ quả là Argentina không phải chịu trách nhiệm đối với mất mát của bên khiếu nại trong thời gian đó
- Trái lại, các tòa khác không chấp nhận giải thích của Argentina và buộc nước này phải chịu trách nhiệm đền bù.
- Một tòa biểu đạt rằng có quan ngại là
 - *“bất kỳ Nhà nước nào cũng có thể vận dụng tình trạng cần thiết để miễn trách nghĩa vụ quốc tế. Điều này rõ ràng là đi ngược lại yêu cầu ổn định và đoán định được của luật pháp.”*

Tiền lệ an ninh quốc gia là về ... Điều XI

Điều XI Hiệp định giữa Argentina và Hoa Kỳ:

“Hiệp định này không ngăn cản việc một Bên ban hành các biện pháp cần thiết để duy trì trật tự công cộng, đáp ứng các nghĩa vụ của mình liên quan đến việc duy trì và khôi phục hòa bình quốc tế, hoặc bảo vệ lợi ích an ninh thiết yếu của mình”

4 vấn đề được giải quyết trong Tiền lệ



Tiền lệ

Quan hệ giữa ngoại trừ của hiệp định và bảo vệ tình trạng cần thiết theo luật thông lệ quốc tế

- *Tòa vụ LG&E* chủ yếu áp dụng Điều XI và đề cập đến Điều 2 của Dự thảo ILC chỉ với ý nghĩa là lập luận bổ sung và riêng biệt nhằm khẳng định kết luận của mình, không phải là “tái khẳng định thông lệ bảo vệ tình trạng cần thiết đã có trước đó”.
- *Tòa vụ Continental Casualty* nhấn mạnh sự khác biệt giữa ngoại trừ theo Điều XI BIT và yêu cầu kiểm tra để miễn trách hành động sai theo luật thông lệ quốc tế

Khủng hoảng kinh tế trong ngoại trừ

- Tất cả các tòa đều kết luận rằng khủng hoảng kinh tế có thể biện giải cho việc vận dụng ngoại trừ an ninh quốc gia.
- Tuy nhiên không thống nhất về mức độ nghiêm trọng cần thiết của cuộc khủng hoảng để vận dụng điều khoản này

Tiền lệ

Ngoại trừ tự biện giải?

- Áp dụng cách tiếp cận nguyên nghĩa, Tòa vụ *CMS* nhận định rằng khi Nhà nước muốn tạo ra cho mình quyền đơn phương xác định tính chính đáng của các biện pháp bất thường không phù hợp với nghĩa vụ theo hiệp định, họ làm như vậy một cách rõ ràng
- Tòa vụ *LG&E* trái lại kết luận trên cơ sở diễn giải hiệp định bởi các bên tại thời điểm ký kết
- Cuối cùng, Tòa vụ *Continental Casualty* kết luận dựa trên lời văn của điều khoản và cho rằng không có bằng chứng rằng bất kể lời văn như thế nào, Bên sẽ xem xét ngoại trừ trên tinh thần tự biện giải

Bồi thường

- Tòa vụ *LG&E* cho rằng cả điều 27 Dự thảo các điều ILC lẫn điều XI BIT đều không nêu cụ thể về việc bồi thường cho bên bị thiệt hại trong tình trạng cần thiết hay không.
- Tuy nhiên, theo kết luận rằng điều XI BIT miễn trách cho Argentina, Tòa vụ đã quyết định rằng tổn thất trong tình trạng cần thiết sẽ do nhà đầu tư tự gánh chịu

Đề cương

1

- Quy tắc của luật thông lệ quốc tế

2

- Các ngoại trừ không phân biệt đối xử

3

- Các ngoại trừ an ninh

4

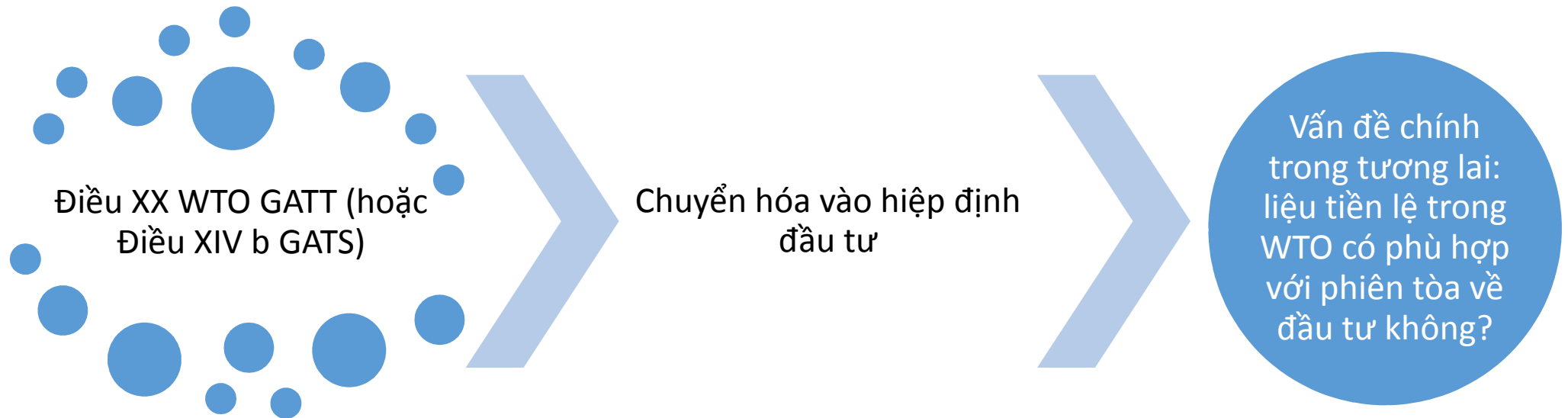
- Các ngoại trừ chung

Điều khoản “Các ngoại trừ chung” nổi tiếng trong Điều XX của GATT

Điều XX của GATT thừa nhận rằng:

- “Với điều kiện các biện pháp không được áp dụng theo cách thức tùy tiện hay phân biệt đối xử không có cơ sở giữa các nước có cùng điều kiện hoặc là hạn chế trá hình đối với thương mại quốc tế, không có quy định nào trong Hiệp định này [GATT] được hiểu là ngăn cản một Bên ban hành hoặc thực thi các biện pháp: ...
- (b) cần thiết để bảo vệ sức khỏe, tính mạng con người, động thực vật;...
-
- (g) Liên quan đến việc bảo tồn nguồn tài nguyên thiên nhiên có thể cạn kiệt nếu các biện pháp này được thực hiện hiệu quả với các hạn chế về sản xuất và tiêu dùng nội địa...”

Một tình huống phân tích khó khác?



Điều XX WTO GATT (hoặc
Điều XIV b GATS)

Chuyển hóa vào hiệp định
đầu tư

Vấn đề chính
trong tương lai:
liệu tiền lệ trong
WTO có phù hợp
với phiên tòa về
đầu tư không?

- Một số hiệp định đưa vào điều khoản của WTO về “các ngoại trừ chung”
- Một số hiệp định khác chỉ lấy ý tưởng từ điều khoản này

Một số hiệp định đầu tư quốc tế đưa vào điều khoản “Các ngoại trừ chung” của WTO

FTA giữa New Zealand và Trung Quốc 2008 quy định đầu tư nước ngoài tại Chương 11 và giải quyết các ngoại trừ ở Chương 17.

- Điều 200.1 về “Các ngoại trừ chung” đưa vào luật của WTO để điều chỉnh các vấn đề đầu tư như sau:
 - 1. Vì mục tiêu của Hiệp định này, Điều XX GATT 1994 và các ghi chú diễn giải và Điều XIV GATS (kể cả các ghi chú chân trang) được lồng ghép vào và là một phần của Hiệp định này, một cách tương ứng
 - 2. Các Bên hiểu rằng các biện pháp đề cập tại Điều XX(b) GATT 1994 và Điều XIV(b) GATS, được đưa vào Hiệp định này có thể bao gồm các biện pháp môi trường cần thiết để bảo vệ con người, động thực vật, và Điều XX(g) GATT 1994, được đưa vào Hiệp định này áp dụng đối với các biện pháp liên quan đến bảo tồn các nguồn tài nguyên thiên nhiên sống hoặc không sống, với điều kiện chúng không được áp dụng theo cách thức tùy tiện hoặc phân biệt đối xử không lý do chính đáng hoặc là hình thức hạn chế trá hình đối với thương mại hàng hóa, dịch vụ hoặc đầu tư.

Một cách tương ứng tức là

"[chỉ] những thay đổi cần thiết được thực hiện"

= người đọc cần lưu sự khác biệt giữa lời văn hiện tại và trước đó cho dù có sự tương đồng

Một số hiệp định đầu tư quốc tế đưa vào điều khoản “Các ngoại trừ chung” của WTO

- FTA giữa EFTA và Hồng Kông năm 2011
- Chương 4 điều chỉnh các vấn đề đầu tư và Điều 4.9 về “Các ngoại trừ” nêu:
 - “Quyền và nghĩa vụ của các Bên liên quan đến Các ngoại trừ chung và Các ngoại trừ an ninh sẽ được điều chỉnh theo Điều XIV và đoạn 1 Điều XIV *bis* của GATS, được đưa vào và trở thành một phần của Chương này với thay đổi thích hợp.

Một số hiệp định đầu tư quốc tế lấy ý tưởng từ điều khoản “Các ngoại trừ chung” của WTO

- Hiệp định đầu tư song phương giữa Singapore với Jordan (2004) Điều 18 nêu
 - “Với điều kiện các biện pháp không được áp dụng theo cách thức tùy tiện hay phân biệt đối xử không có cơ sở giữa các Bên có cùng điều kiện hoặc là hạn chế trả hình đối với đầu tư trong lãnh thổ của một Bên bởi nhà đầu tư của Bên kia, không có quy định nào trong Hiệp định này được hiểu là ngăn cản một Bên ban hành hoặc thực thi các biện pháp:
 - (a) cần thiết để bảo vệ đạo đức công cộng hoặc duy trì trật tự công cộng;
 - (b) cần thiết để bảo vệ sức khỏe, tính mạng con người, động thực vật;
 - (c) cần thiết để đảm bảo tuân thủ luật, quy định không trái với quy định trong Hiệp định này, kể cả các quy định liên quan tới:
 - (i) ngăn chặn các hành vi lừa đảo hoặc gian dối hoặc đối phó với hậu quả của việc gian dối vi phạm hợp đồng;
 - (ii) bảo vệ bí mật riêng tư của các cá nhân liên quan đến việc xử lý và truyền dữ liệu cá nhân và bảo vệ bí mật thông tin cá nhân và tài khoản;
 - (iii) an toàn;
 - (d) áp dụng nhằm bảo vệ tài sản quốc gia về nghệ thuật, lịch sử hay khảo cổ học;
 - (e) liên quan đến việc bảo tồn tài nguyên thiên nhiên cạn kiệt nếu các biện pháp này được thực hiện hiệu quả với các hạn chế về sản xuất và tiêu dùng trong nước.”

Nhận xét kết luận

- Các ngoại trừ hầu hết không bị phản đối trước tòa trọng tài
 - Không phân biệt đối xử, an ninh và các ngoại trừ chung
- So với các ngoại trừ an ninh quốc gia trong các hiệp định đầu tư quốc tế, luật thông lệ quốc tế về bảo vệ tình trạng cần thiết nhìn chung miễn trách cho Nhà nước ở mức độ hẹp hơn khỏi trách nhiệm quốc tế.
- Vì thế, luật thông lệ quốc tế không thay thế được cho ngoại trừ rõ ràng trong hiệp định.
 - Ví dụ, luật thông lệ quốc tế không rõ có thể biện giải cho việc bảo hộ các ngành chiến lược hay không.
 - Có thể lập luận rằng luật thông lệ về tình trạng cần thiết bao gồm cả khủng hoảng kinh tế dẫn đến bất ổn xã hội hoặc ảnh hưởng đến quyền con người của dân chúng.
- Vì thế, việc bảo vệ các ngành chiến lược chỉ có thể biện giải theo luật thông lệ quốc tế nếu diễn ra trong bối cảnh khủng hoảng kinh tế.

XIN CẢM ƠN

Liên hệ :

Ban quản lý Dự án EU-MUTRAP

Phòng 1203, Tầng 12, Khu Văn phòng, Tòa tháp Hà Nội,

49 Hai Bà Trưng, Hoàn Kiếm, Hà Nội

Tel: (84 - 4) 3937 8472

Fax: (84 - 4) 3937 8476

Email: mutrap@mutrap.org.vn

Website: www.mutrap.org.vn

(Tài liệu hội thảo được đăng trên trang Web này)