



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

Tiêu chuẩn đối xử công bằng và thỏa đáng

Việt Nam-Trung Quốc 1993

Việt Nam-Nhật Bản 2004

Việt Nam-Hàn Quốc 2004

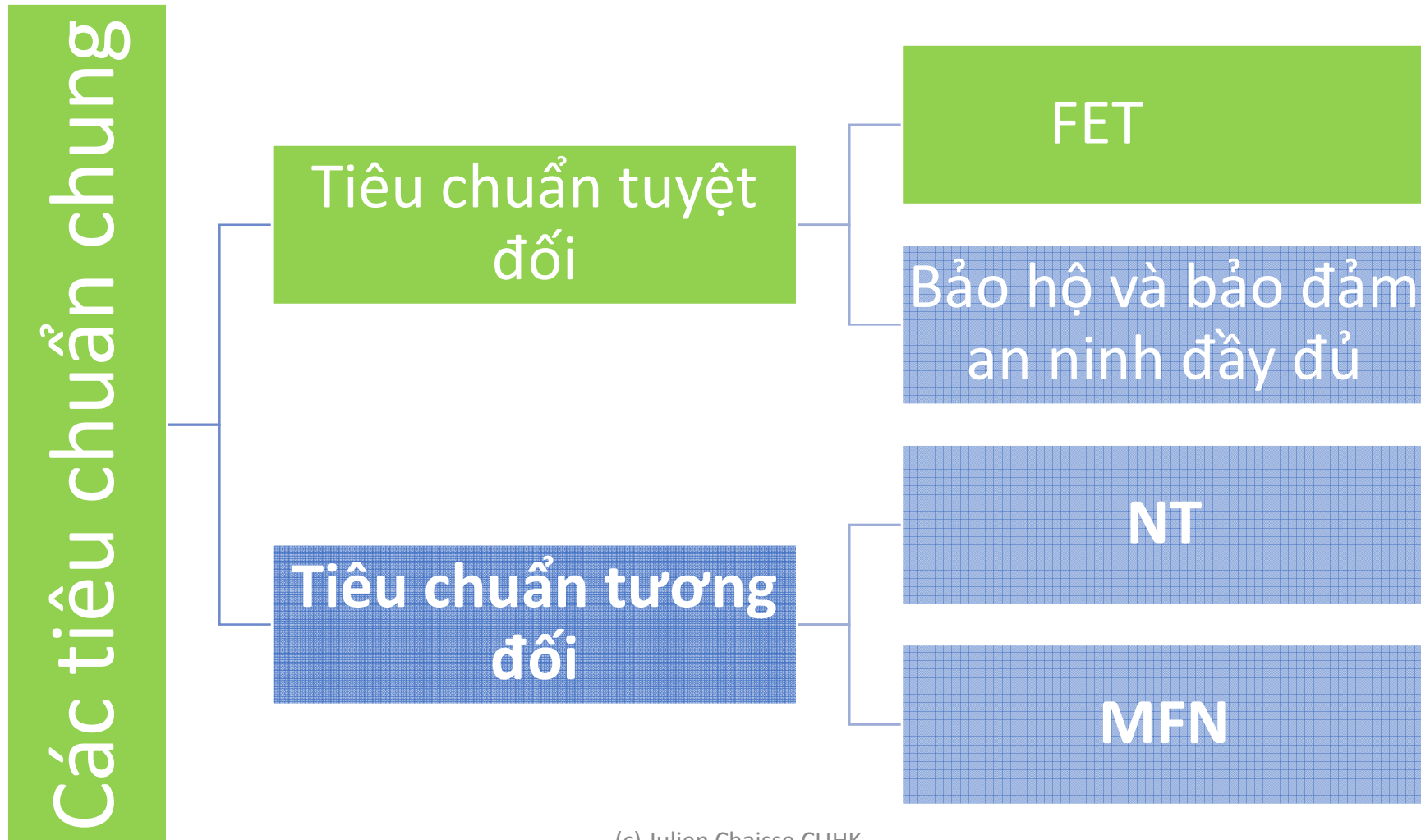
ARTICLE 3

Investments and activities associated with investments of investors of
r Contracting State shall be accorded fair and equitable treatment and
enjoy protection in the territory of the other Contracting State.

N/A

(2) Investments of investors of either Contracting Party shall at all times be a
fair and equitable treatment and shall enjoy full protection and security in the terr
the other Contracting Party.

'Tiêu chuẩn bảo hộ đầu tư'



Tiêu chuẩn tuyệt đối là gì?

- Tiêu chuẩn tuyệt đối (hoặc không phụ thuộc) quy định rằng việc đối xử phải được thực hiện như **nội dung quy chuẩn của nó**
 - Tuy nhiên, nghĩa chính xác phải căn cứ theo tình huống vận dụng cụ thể
 - Đối lập về mặt khái niệm (và thực tế) với các tiêu chuẩn “tương đối” (NT/MFN) mà việc đối xử sẽ căn cứ vào đối xử dành cho đầu tư khác ở tình huống tương tự
 - Về mặt logic, tiêu chuẩn tuyệt đối **không nhất thiết** phải đáp ứng bằng cách đối xử với nhà đầu tư **như** đối xử của nhà nước nhận đầu tư với công dân của mình hoặc với các nhà đầu tư nước ngoài khác.

Đề cương

1

- Giới thiệu

2

- Khái niệm đối xử công bằng và thỏa đáng

3

- Nguồn của tiêu chuẩn: “Tiêu chuẩn đối xử tối thiểu” là theo luật thông lệ quốc tế hay tiêu chuẩn tự đặt ra?

4

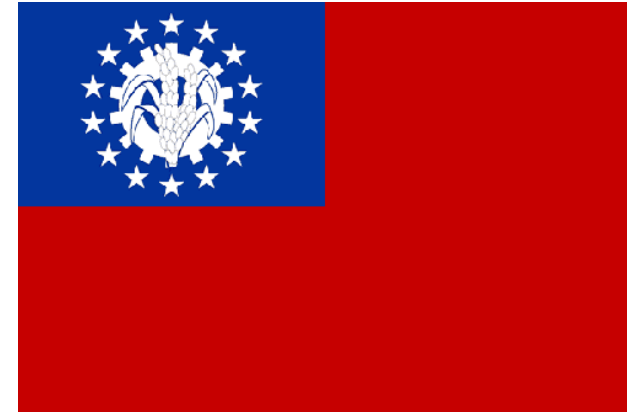
- Nội dung quy chuẩn của FET (các phán quyết)

5

- Thiết lập quy tắc

Một số người gọi FET là “Ánh sáng cho việc trưng thu”

FET với MFN - NT



Burma (Myanmar)

Chỉ lấy làm ví dụ thôi...

Hình dung một nước có rất ít BIT (hoặc có BIT nhưng không có MFN)
Giả sử nước này có mức độ bảo hộ kém đối với nhà đầu tư trong nước

Kể cả có được bảo hộ bằng nghĩa vụ NT/MFN thì mức độ bảo hộ cũng không đủ vì Nhà nước nhận đầu tư cũng chỉ bảo hộ công dân của mình và nhà đầu tư ở mức độ thấp!

Trong bất kỳ tình huống nào, FET có thể bị vi phạm nếu nhà đầu tư nước ngoài được đối xử ngang bằng với nhà đầu tư trong nước!

Nhà đầu tư có thể bị đối xử bất công và không bình đẳng kể cả khi không thể chứng minh được rằng nhà đầu tư của nước khác được hưởng đối xử tốt hơn (nghĩa là không thể hiện thực lợi ích từ MFN)

Trong các trường hợp đó, FET giúp đảm bảo ít nhất có được mức độ bảo hộ tối thiểu trên phương diện công bằng và thỏa đáng cho nhà đầu tư

FET và Trưng thu gián tiếp

- Khái niệm trưng thu gián tiếp dường như liên quan chặt chẽ đến FET
 - Cả hai đều thiếu rõ ràng
 - Có thể xem xét trên cơ sở không phân biệt đối xử và quy trình công bằng
 - Nhưng trên tất cả, vấn đề quan trọng nhất cho cả hai khái niệm là kỳ vọng chính đáng
- **Tuy nhiên, hai khái niệm này không tương đồng**
- Phạm vi của trưng thu hẹp hơn
 - Xem tuần 4
 - **Phán quyết về trưng thu (chi) có 3 tiêu chí** : 1) mức độ can thiệp vào quyền tài sản, 2) bản chất của biện pháp của chính phủ; 3) sự can thiệp của biện pháp với kỳ vọng hợp lý về đầu tư
- Vi phạm FET dễ chứng minh hơn, có thể vi phạm FET mà không phải là trưng thu gián tiếp

“Phải nhớ rằng ranh giới phân biệt giữa sự vi phạm tiêu chuẩn đối xử công bằng và thỏa đáng với trưng thu gián tiếp rất nhỏ, đặc biệt nếu việc vi phạm tiêu chuẩn ở phạm vi rộng và kéo dài.”
Sempra Energy đoạn 301

Sự gia tăng của FET

Điều 1 “mỗi Bên ở mọi thời điểm phải đảm bảo FET đối với tài sản của công dân của các Bên khác.”

Xuất hiện trong Hiến chương Havana 1948

Điều 11(2)(a)(i) Hiến chương yêu cầu đàm phán các hiệp định quốc tế “để đảm bảo đối xử công bằng và thỏa đáng cho doanh nghiệp, kỹ năng, vốn, nghệ thuật và công nghệ của một Bên đầu tư sang Bên khác”

Điều I(1) was worded identically as Abs

Dự thảo Công ước về Đầu tư nước ngoài (1959) (còn gọi là Công ước Abs-Shawcross)

Công ước OECD về Bảo hộ tài sản nước ngoài 1967

Thụy Sĩ bắt đầu chương trình BIT vào năm 1961
• Bao gồm FET

Hoa Kỳ bắt đầu chương trình của mình vào năm 1977
• Mọi BIT của Hoa Kỳ đều có FET

Năm 2016, phần lớn đều quy định đầu được bảo hộ phải đối xử FET

Sự gia tăng FET trong các hiệp định của Ấn Độ

- Ấn Độ có một chương trình IIA khổng lồ
 - BIT đầu tiên năm **1994** với Anh
 - Kể từ đó, Ấn Độ đã ký IIA với 90 nước
 - 75 BIT (9 chưa có hiệu lực)
 - 15 hiệp định đối tác kinh tế toàn diện với Hàn Quốc, Malaysia, Mauritius, Japan, Hoa Kỳ, ... và EU
- 88 / 90 IIA của Ấn Độ có nguyên tắc FET.
- Chỉ có IIA giữa Ấn Độ-Turkey và Ấn Độ-Singapore không có FET



Sự gia tăng FET trong các hiệp định của Ấn Độ

- Tuy nhiên IIA giữa Ấn Độ-Turkey có MFN
 - Điều đó giúp bất kỳ nhà đầu tư Turkey nào cũng có thể tham chiếu đến FET từ một IIA nào khác của Ấn Độ...

- Đặc biệt là nhà đầu tư của Singapore không được ưu đãi này
- Không có MFN trong IIA giữa Ấn Độ-Singapore



- Sau vụ *Enron*, Ấn Độ quyết định không có FET trong IIA với Singapore
 - Phá sản vào tháng 2/12/2001
 - Trước khi các công ty hàng đầu thế giới về dầu khí thiên nhiên, truyền thông, giấy và bột giấy với tổng doanh thu gần \$101 tỷ trong năm 2000
 - Một trong các vụ việc phá sản phức tạp nhất trong lịch sử Hoa Kỳ

Các nhận xét cơ bản về FET

Điều 3(2) BIT Ấn Độ

“Đầu tư và lợi tức của nhà đầu tư của mỗi Bên ký kết tại *mọi thời điểm* sẽ được hưởng FET trong lãnh thổ của Bên ký kết kia.”

Không đề cập FEIT là gì và khi nào việc đối xử dành cho đầu tư nước ngoài không công bằng và thỏa đáng.

- 1) Tùy thuộc vào trọng tài quyết định nghĩa của FET trong trường hợp tranh chấp.
- 2) Diễn giải theo bối cảnh (Điều 31 VCLT).
- 3) Một số chỉ dấu để xác định bối cảnh là:
 - 3a) Tiêu đề điều khoản có quy định FET
 - 3b) Các điều khoản lân cận...
 - 3c) Lưu ý đến vấn đề bảo hộ đầu tư.

Đòi hỏi phải đối xử FET “tại mọi thời điểm”

Nâng cao tầm quan trọng của việc đảm bảo đầu tư nước ngoài được đối xử công bằng và thỏa đáng.

FET là một quy định độc lập

FET không kết hợp với bảo hộ và an ninh đầu tư hoặc với NT và / hoặc M

Đề cương

1

- Giới thiệu

2

- Khái niệm đối xử công bằng và thỏa đáng

3

- Nguồn của tiêu chuẩn: “Tiêu chuẩn đối xử tối thiểu” là theo luật thông lệ quốc tế hay tiêu chuẩn tự đặt ra?

4

- Nội dung quy chuẩn của FET (các phán quyết)

5

- Thiết lập quy tắc

Đối xử công bằng và thỏa đáng là một tiêu chuẩn tuyệt đối

- FET là tiêu chuẩn linh hoạt, co giãn, **với nội dung quy chuẩn có thể mở rộng để hàm chứa các yếu tố mới**
- Vì sự linh hoạt này, FET là tiêu chuẩn hiệp định thường được viện dẫn nhiều nhất trong ISA, xuất hiện gần như trong tất cả các khiếu nại!
- Trên thực tế, tiêu chuẩn này được sử dụng ngày càng nhiều với ý nghĩa là một cách thức dự phòng và linh hoạt hơn để bảo hộ nhà đầu tư trong các trường hợp khó chứng minh được việc trưng thu đầu tư gián tiếp, vì tiêu chí đặt ra khá cao

Sự trở trêu của luật: Việc thiếu chi tiết là ưu điểm hơn là nhược điểm...

- Như G.S. Prosper Weil đã viết vào năm 2000:
 - “Tiêu chuẩn “đối xử công bằng và thỏa đáng” chắc chắn là không kém hiệu quả so với tiêu chuẩn “quy trình luật pháp thích đáng” và theo thực tiễn trong tương lai, các phán quyết và bình luận sẽ mang lại nội hàm cho tiêu chuẩn này.”



Cựu Chủ tịch tòa án hành chính của WB (1989–1993)

Hiện là thành viên Tòa án trọng tài thường trực (PCA) quốc tế

G.S. ĐH Luật II Paris

Prosper Weil (2000) The State, the Foreign Investor, and International Law: The No Longer Stormy Relationship of a “Ménage a Trois”, 15 ICSID Rev.

FET “là một tiêu chuẩn không quá rõ ràng và chi tiết”

- 1 -

“Tòa án thấy rằng Bị đơn đã đúng khi lập luận rằng đối xử công bằng và thỏa đáng là một tiêu chuẩn không quá rõ ràng và chi tiết.”



- 2 -

“Là bởi vì bản thân luật pháp quốc tế cũng không quá rõ ràng và chi tiết về đối xử dành cho công dân, thương nhân và nhà đầu tư nước ngoài.”



- 3 -

“Điều này là bởi vì tiêu chuẩn tiến hóa dần qua nhiều thế kỷ.”



- 4 -

“Luật thông lệ quốc tế, các hiệp định hữu nghị, thương mại, hàng hải và gần đây là các hiệp định đầu tư song phương đã đóng góp cho sự phát triển này.”

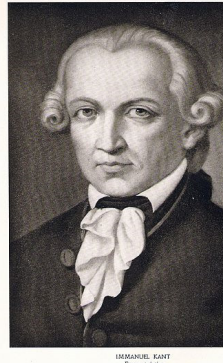
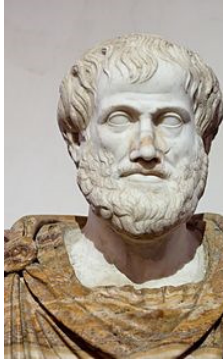
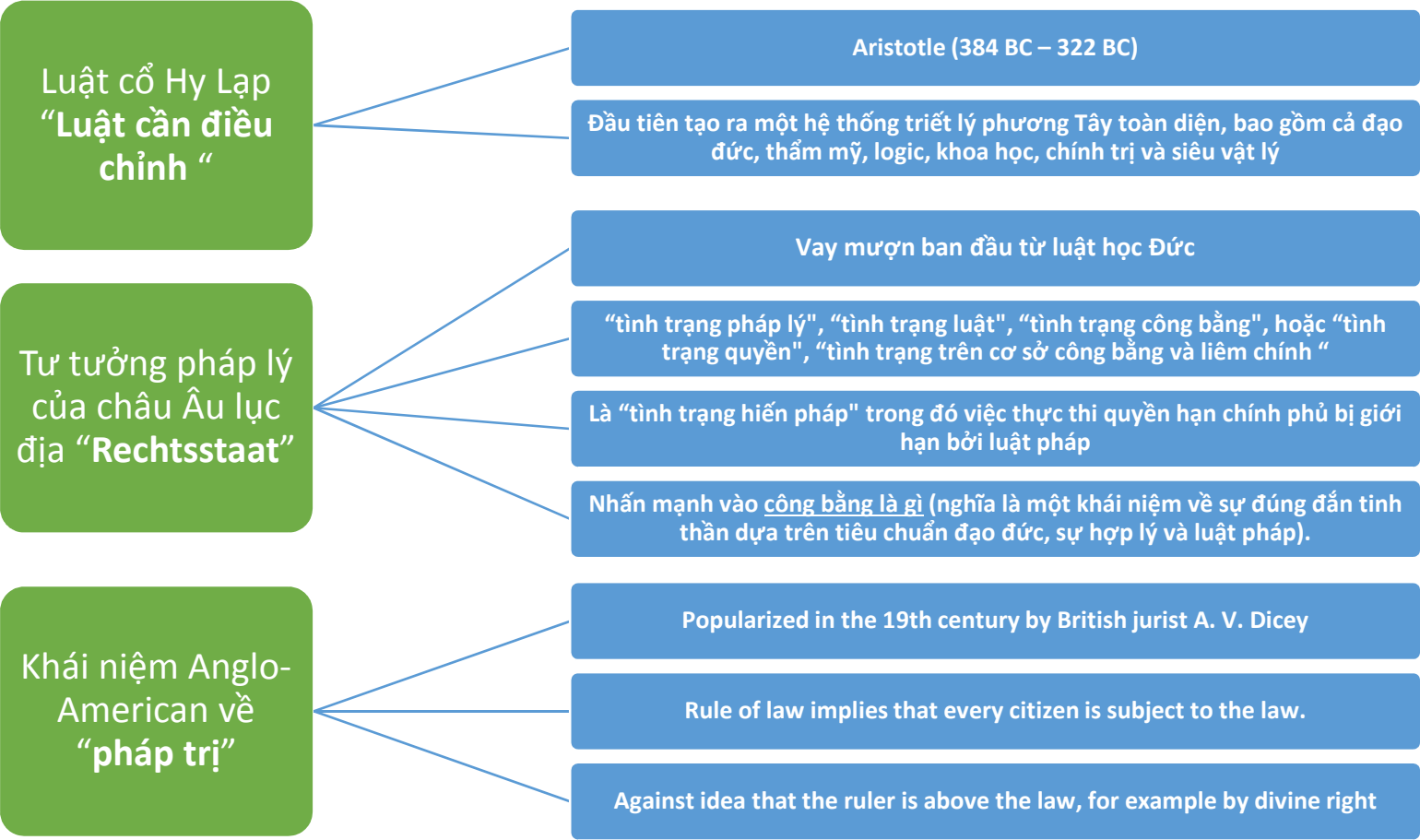
Sempra Energy International v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/16, September 28, 2007, para 296

Nội hàm của FET là gì?

- Các phiên tòa trên thực tế tránh đưa ra các thuyết lớn về nghĩa của tiêu chuẩn FET.
 - Thông thường nhất, bất cứ thảo luận lý thuyết nào đều giới hạn ở một danh sách các ví dụ về loại hình hành vi vi phạm tiêu chuẩn này.
- Ví dụ như phán quyết vụ *Waste Management và Mexico*, trong đó tòa án phân xử rằng có vi phạm FET bởi hành vi:
 - “tùy tiện, không công bằng, phân biệt đối xử và có thành kiến đối với bên nguyên về dân tộc, chủng tộc, hoặc không đáp ứng quy trình thích đáng dẫn đến hậu quả là vi phạm quyền tài sản—là trường hợp vi phạm lẽ công bằng tự nhiên trong quy trình pháp lý hoặc sự thiếu minh bạch hoàn toàn trong quy trình hành chính. Việc áp dụng tiêu chuẩn này cho thấy sự vi phạm trong hành vi của nhà nước nhận đầu tư mà bên nguyên có thể dựa vào một cách hợp lý.”

Nguồn gốc và ảnh hưởng

Nguồn gốc và ảnh hưởng?



Khía cạnh thủ tục của FET

- Cách thức nhà nước áp dụng luật cho vụ việc cụ thể.
 - Chủ yếu được điều chỉnh bằng nguyên tắc quy trình thích đáng.
- Quy trình thích đáng nói chung đòi hỏi bên chịu sự tác động của quyền lực cưỡng chế phải được nhận thông báo về ý định vận dụng và cơ hội phản đối việc vận dụng này trước tòa án không thiên vị.
 - Quy trình thích đáng có thể làm phát sinh các yêu cầu khác chẳng hạn như quyền có đại diện pháp lý
- Luật thông lệ quốc tế đòi hỏi nhà đầu tư nước ngoài phải được hưởng quy trình thích đáng trước tòa án hoặc cơ quan hành chính địa phương.
 - Nếu không đảm bảo yêu cầu này thì sẽ bị coi là không công bằng
 - Không công bằng—tức là việc không đảm bảo quy trình thích đáng—Tức là vi phạm tiêu chuẩn FET.

Khía cạnh thực chất của FET

Hợp lý

...sao “một chính phủ
t pháp chứ không
ai chính phủ của con
trời”? Là nhằm tránh
ên vị...

...ng một chính phủ của
n người, cá nhân sẽ
thuộc vào sự thương
của nhà cầm quyền.

...ng một chính phủ
t pháp, **nhà cầm
quyền bị ràng buộc bởi
t pháp**, nên họ không
thực hiện quyền lực
t cách thiên vị.

...chế, về bản chất pháp
đòi hỏi sự hợp lý.
u này đảm bảo tránh
ợc một chính quyền
ên vị.

Nhất quán

- Luật theo định nghĩa là **sự khái quát hóa**
- Luật quy định rằng trong các loại tình huống cụ thể, một số người có một số quyền nhất định.

- Nghĩa là trong tất cả các tình huống cùng loại thì sẽ có hệ quả pháp lý như nhau. Vụ việc giống nhau sẽ được đối xử như nhau.

Không phân biệt đối xử

- Hệ quả pháp lý sẽ phát sinh cho các cá nhân bất kể nhận dạng riêng biệt.

Minh bạch

- Cuối cùng, để luật được thực thi thì nó phải được biết đến.

Nội hàm của luật đ
trưng bởi tính hợp

Luật có cấu trúc là
nhất quán và không
phân biệt đối xử

Luật vận hành bởi s
minh bạch.

Tổng kết về khái niệm FET

- Các phán quyết trọng tài diễn giải tiêu chuẩn FET đã tính đến các nguyên tắc thực chất và thủ tục
 - Tiêu chuẩn FET trong các BIT được diễn giải là phải dành cho đầu tư được bảo hộ hoặc nhà đầu tư đối xử
 - Hợp lý, nhất quán, không phân biệt đối xử, minh bạch và theo quy trình thích đáng
 - Những nguyên tắc này giải thích hầu như tất cả các phán quyết về tiêu chuẩn FET.
- BIT về cơ bản là công cụ để áp dụng các giới hạn pháp lý đối với đối xử của nhà nước nhận đầu tư dành cho đầu tư được bảo hộ và nhà đầu tư.

Cốt lõi của một BIT là một phần trong chủ quyền đối với các giới hạn pháp lý của hiệp định.

Đề cương

1

- Giới thiệu

2

- Khái niệm đối xử công bằng và thỏa đáng

3

- Nguồn của tiêu chuẩn: “Tiêu chuẩn đối xử tối thiểu” là theo luật thông lệ quốc tế hay tiêu chuẩn tự đặt ra?

4

- Nội dung quy chuẩn của FET (các phán quyết)

5

- Thiết lập quy tắc

NAFTA 1105

- “Điều 1105: Tiêu chuẩn đối xử tối thiểu
 - 1. Mỗi Bên phải dành cho đầu tư của nhà đầu tư của Bên khác đối xử **phù hợp với luật quốc tế**, bao gồm đối xử công bằng và thỏa đáng và bảo hộ và bảo đảm an ninh đầy đủ.”

Đọc tham chiếu tới “Tiêu chuẩn đối xử tối thiểu” ở tiêu đề: tham chiếu rõ ràng tới luật thông lệ quốc tế

Bao gồm tiêu chuẩn đối xử công bằng và thỏa đáng trong phần tham chiếu tới luật quốc tế : “luật quốc tế, bao gồm FET”

2 ý này chỉ ra rằng **FET là một phần của luật quốc tế, cụ thể là các quy tắc của luật quốc tế về tiêu chuẩn đối xử tối thiểu**

Các cách tiếp cận trong việc diễn giải FET Luật thông lệ quốc tế HAY Tiêu chuẩn tự đặt ra?

- Vấn đề này thu hút sự quan tâm cao thông qua việc diễn giải của phiên tòa NAFTA (2000) về FET theo Điều 1105(1) NAFTA:
 - Talbot 2001: “ngôn ngữ và ý định rõ ràng trong các hiệp định đầu tư song phương giúp diễn giải thích đáng các tiêu chuẩn tùy ý (nghĩa là thêm vào). Cách hiểu ngược lại sẽ làm đảo lộn ngôn ngữ của BIT.”
 - “Việc tuân thủ các yếu tố về sự công bằng phải khẳng định là không bị giới hạn bởi bất cứ ngưỡng nào có thể áp dụng đối với việc đánh giá các biện pháp theo tiêu chuẩn luật quốc tế tối thiểu”
- Phiên tòa NAFTA **không cho rằng tiêu chuẩn FET trong Điều 1105(1) bị hạn chế** theo luật thông lệ quốc tế!!

Pope Talbot v. Canada (Pope Talbot), Award, 10 April 2001, para 105-118, also earlier S. D. Myers v. Government of Canada (S.D. Myers), Partial Award, 12 November 2000, 264

Các cách tiếp cận trong việc diễn giải FET Luật thông lệ quốc tế HAY Tiêu chuẩn tự đặt ra?

- Phản hồi lại các diễn giải này, Ủy ban Thương mại tự do NAFTA (FTC) đã ra một thông cáo diễn giải (cách diễn giải ràng buộc 2001) như sau
 - Khái niệm 'FET' “không đòi hỏi đối xử thêm hoặc ngoài yêu cầu của luật thông lệ quốc tế về tiêu chuẩn tối thiểu với nước ngoài trong Điều 1105(1) NAFTA
- Các phiên tòa NAFTA sau đó chấp nhận diễn giải của FTC
- Kể từ đó, khái niệm FET (trong NAFTA 1105) tương đương với tiêu chuẩn tối thiểu về đối xử theo luật thông lệ quốc tế (không hơn)

Các Hiệp định đầu tư quốc tế khác thì sao?

- Ý định của nhiều hiệp định là “trong trường hợp không có quy định rõ ràng theo hướng ngược lại, tiêu chuẩn đối xử công bằng và thỏa đáng trong BITS là một khái niệm tự đặt ra”
- FET nếu không có tham chiếu tới luật thông lệ quốc tế sẽ được coi là FET ở mức độ cao hơn NAFTA (hoặc tương đương)

Christoph Schreuer (2005) Fair and Equitable Treatment in Arbitral Practice, Journal of World Investment and Trade, p. 364

Các cách tiếp cận trong việc diễn giải FET Luật thông lệ quốc tế HAY Tiêu chuẩn tự đặt ra?

- Việc vận dụng diễn giải cổ điển đối với luật thông lệ quốc tế về đối xử với đầu tư nước ngoài ở vụ Neer với Mexico (1926)
- Vấn đề là liệu việc nhà chức trách Mexico không nắm bắt được và không trừng phạt những kẻ giết công dân Hoa Kỳ có đủ được coi là “sự bê trễ trách nhiệm quốc tế” hay không.
- Ủy ban phân xử cuối cùng xác định rằng là không.
- Có nghĩa là gì? Năm 1926, luật thông lệ quốc tế đòi hỏi phải có “sự vi phạm trắng trợn, với ý đồ xấu ...” để khẳng định sự vi phạm
- Đây là đòi hỏi rất cao cho việc khẳng định vi phạm luật quốc tế trong vụ Neer
- Đòi hỏi cao như vậy đồng nghĩa với việc bảo hộ nước ngoài rất yếu! chỉ trong các vụ việc cực đoan
- Bài kiểm tra Neer hàm ý rằng bảo hộ nhà đầu tư nước ngoài rất yếu theo luật thông lệ quốc tế!

“Bài kiểm tra NEER”

Cao ủy viên phân xử vụ việc giữa Mexico và Hoa Kỳ chỉ ra rằng:

“việc đối xử với người nước ngoài bị coi là bê trễ trách nhiệm quốc tế khi phát sinh sự vi phạm trắng trợn, với ý đồ xấu, bê trễ trách nhiệm một cách cố ý, hoặc thiếu trách nhiệm cai trị dưới chuẩn quốc tế mà bất kỳ một người nào có lý trí và không thiên vị đều có thể nhận ra”.

Xu hướng phát triển hướng tới tiêu chuẩn bảo hộ cao hơn đối với sự can thiệp của Nhà nước

ELSI (ICJ, Hoa Kỳ với Italy) 1989).

- Vụ việc liên quan đến yêu cầu tạm thời của Thị trường Palermo đối với một nhà máy công nghiệp thuộc về một công ty của Italy sở hữu bởi các cổ đông Hoa Kỳ. ICJ phải áp dụng một điều khoản hiệp định **cấm đối xử tùy tiện hoặc phân biệt đối xử**
 - Khái niệm FET tự thân không phải là vấn đề mà là sự tùy tiện trong FET...
- Trong vụ này, ICJ không cho rằng Italy đã vi phạm. Tuy nhiên, vụ này cho thấy sự thay đổi so với bài kiểm tra Neer

ICJ nêu:

“Sự tùy tiện không hẳn là điều gì đó đi ngược lại *tinh thần pháp trị hay luật lệ* [. . .]. Đó là sự cố ý coi thường quy trình luật pháp thích đáng, một hành động gây ra cú sốc hay ít nhất gây bất ngờ về mặt pháp luật.

“Cách diễn giải này bỏ đi yêu cầu là một người lý trí và không thiên vị đều có thể nhận ra và cho phép quan sát viên không cần thiết phải chứng minh rằng có sự vi phạm trắng trợn mà chỉ cần nhận ra rằng có sự bất ngờ bởi hành động của chính phủ. Và tất nhiên là việc thay thế thuật ngữ trung tính “hành động của chính phủ” với khái niệm “quy trình thích đáng” khiến cho cách diễn giải linh hoạt và thích ứng hơn với các tiêu chuẩn ngày càng phát triển và cao hơn để đánh giá tác động của hành động của chính phủ đối với người dân và doanh nghiệp.”

Pope Talbot v. Canada, Award in Respect of Damages, 31 May 2002 I.L.M. 1347, 2002.

Electronica Sicula S.p.A. (Eisl) (Hoa Kỳ of America v. Italy), I.C.J. Reports 1989, p. 15

Các cách tiếp cận trong việc diễn giải FET Đối xử công bằng và thỏa đáng và luật thông lệ quốc tế

- Theo cách tiếp cận này, phiên tòa vụ *Mondev với Hoa Kỳ* (2002) đã từ bỏ tiêu chuẩn của vụ *Neer*
 - *Mondev* khẳng định rằng “nội hàm của tiêu chuẩn tối thiểu ngày nay không thể chỉ giới hạn ở nội dung của luật thông lệ quốc tế như đã thừa nhận tại phán quyết trọng tài vào những năm 1920.”

Luật thông lệ quốc tế / Đối xử với người nước ngoài

“Bài kiểm tra NEER” 1926

“việc đối xử với người nước ngoài bị coi là bê trễ trách nhiệm quốc tế khi phát sinh sự vi phạm trắng trợn, với ý đồ xấu, bê trễ trách nhiệm một cách cố ý, hoặc thiếu trách nhiệm cai trị dưới chuẩn quốc tế **mà bất kỳ một người nào có lý trí và không thiên vị đều có thể nhận ra**”.

Vụ Elsi – ICJ 1989

“Sự tùy tiện không hẳn là điều gì đó đi ngược lại tinh thần pháp trị hay luật lệ [. . .]. Đó là sự cố ý coi thường quy trình luật pháp thích đáng, một hành động gây ra cú sốc hay ít nhất gây bất ngờ về mặt pháp luật.

>> Không yêu cầu là **một người có lý trí và không thiên vị đều có thể nhận ra**

Vụ Pope and Talbot (2001)

+

Vụ Mondev v. U.S. (2002)

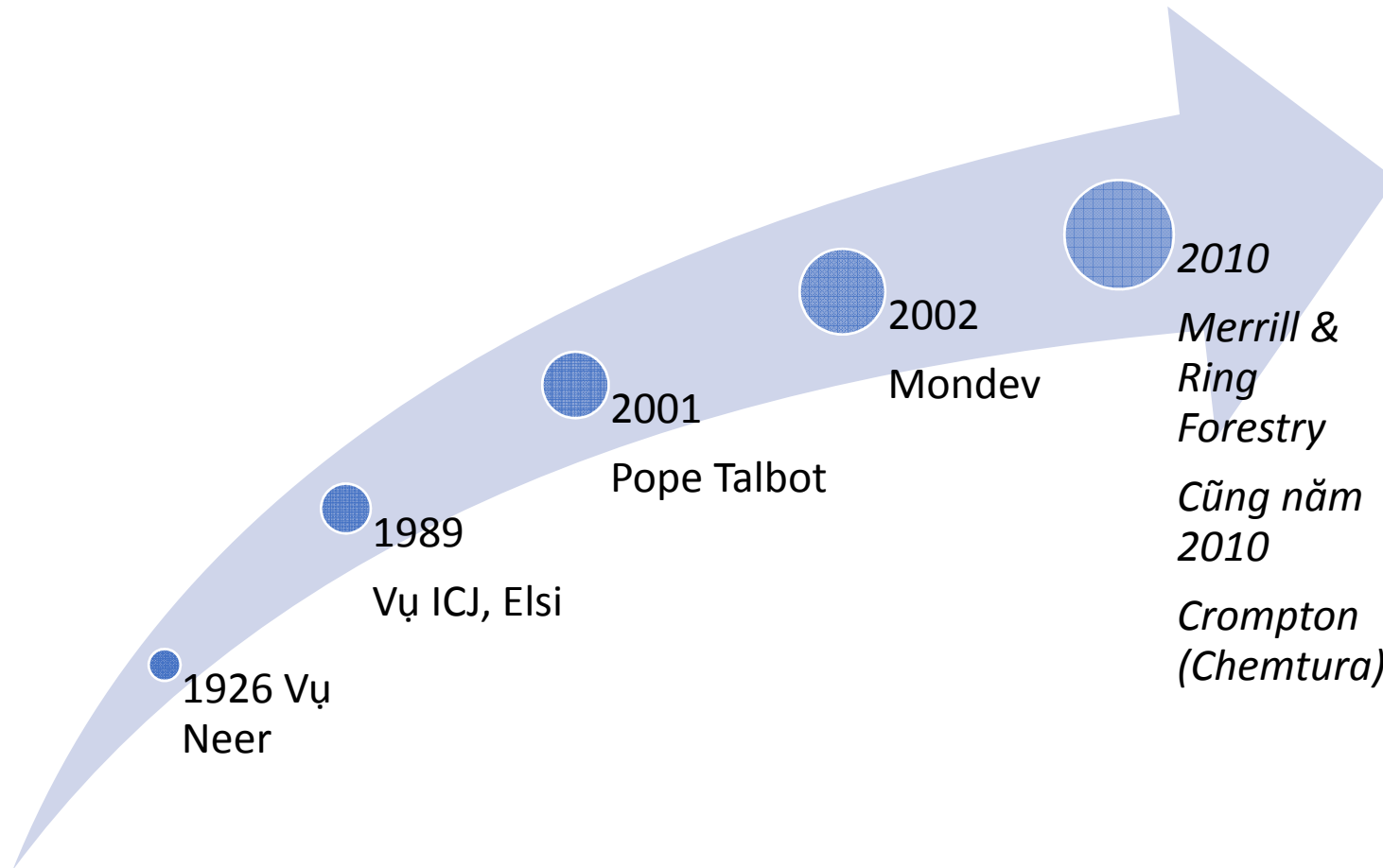
>> **Bảo hộ nhà đầu tư ở mức độ cao hơn đối với ứng xử của nhà nước**

- “Để kết luận, Tòa thấy rằng tiêu chuẩn đối xử tối thiểu đã được áp dụng đối với nhà đầu tư theo luật thông lệ quốc tế và rằng trừ các trường hợp về an toàn và quy trình thích đáng, **tiêu chuẩn tối thiểu ngày nay cao hơn so với vụ Neer** và các trường hợp kế tiếp. Cụ thể là tiêu chuẩn này đã cho phép đối xử công bằng và thỏa đáng đối với nhà đầu tư nước ngoài **trong khuôn khổ hợp lý.**”

Merrill & Ring Forestry L. P. v. Government of Canada, UNCITRAL, ICSID Administrated, Award, 31 March 2010, para 213

Luật thông lệ quốc tế

Đối xử với nước ngoài: Gia tăng bảo hộ nhà đầu tư đối với hành động của nhà nước



Thì sao?

- Thực chất thì FET đề cập hay không đề cập đến tiêu chuẩn tối thiểu có đem lại sự khác biệt không?
- Ngoài Schreuer, nhiều nhà bình luận đã bần khoản về vấn đề này
- Kể từ năm 2006 các phiên tòa đều đặt ra câu hỏi liệu có sự khác biệt đáng kể về tính chất này hay không

Saluka và CH Séc năm 2006

- “Bất kể bản chất của tranh chấp giữa các bên là gì thì **sự khác biệt giữa tiêu chuẩn theo Điều 3.1 và tiêu chuẩn thông lệ tối thiểu**, khi áp dụng cho vụ việc cụ thể, **có thể về hình thức hơn là thực tế**. Ấn lệ cho thấy các cách thức thể hiện khác nhau về ngưỡng liên quan, một phân tích sâu có thể chứng tỏ rằng các cách thức này có thể giải thích bởi tình huống và thực tế của vụ việc áp dụng tiêu chuẩn.”
- Vi phạm đầu tiên: Tháng 3 2006
- Ở đây rõ ràng có sự khác biệt về lời văn và tư tưởng giữa tiêu chuẩn tự chủ và CIL
- Tuy nhiên, khi áp dụng thì có sự tương đồng vì có kết quả tương tự
- **Nhiều vi phạm kế tiếp**

Azurix và Argentina (2006)

- “Câu hỏi đặt ra là đối xử công bằng và thỏa đáng có bổ sung cho yêu cầu đối xử tối thiểu theo luật quốc tế hay không, là một câu hỏi về thực chất đối xử công bằng và thỏa đáng và, **bất kể về phía lập luận nào thì câu trả lời về mặt thực chất là như nhau**”

- Vi phạm lần thứ 2: Tháng 7 2006
- Lần này có phán quyết của ICSID

Azurix Corp. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/12, July 14, 2006, para 364

Biwater và Tanzania (2008)

- “Trên cơ sở đó, Tòa án trọng tài cũng chấp nhận, giống như nhiều tòa án trọng tài và bình luận trước đó, rằng nội dung thực tế của tiêu chuẩn đối xử công bằng và thỏa đáng trong hiệp định không khác biệt đáng kể với nội dung của tiêu chuẩn đối xử tối thiểu trong luật thông lệ quốc tế”.

*Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania,
ICSID Case No. ARB/05/22, July 24, 2008*

Duke Energy với Ecuador (2008)...

• “Tòa án nhất trí với tuyên bố này và với kết luận rằng các tiêu chuẩn này về cơ bản là như nhau”

Duke Energy Electroquil Partners and Electroquil S.A. v. Republic of Ecuador. (ICSID Case No. ARB/04/19), August 18, 2008

Tóm lại

- Việc chấp nhận bản chất phát triển của tiêu chuẩn tối thiểu để bổ sung các yếu tố mới qua hơn 2700 BIT như chỉ ra trong vụ Mondev và các phiên tòa khác có thể là phương hướng hội tụ giữa hình thức biểu đạt truyền thống của FET với ý nghĩa là tiêu chuẩn tối thiểu và các yếu tố mới được mang lại trong hiện tại bởi các tòa án trọng tài
- Như chỉ ra bởi phiên tòa Sempra:
 - “Luật quốc tế tự thân không quá rõ ràng hay chi tiết từ khía cạnh đối xử với công dân, thương nhân và nhà đầu tư nước ngoài. Điều này là vì các tiêu chuẩn liên quan **đã tiến hóa dần qua hàng thế kỷ**. Luật thông lệ quốc tế, các hiệp định hữu nghị, thương mại, hàng hải và gần đây là các hiệp định đầu tư song phương **đã đóng góp cho sự phát triển này.**”

• Án lệ này là phương hướng hội tụ giữa hình thức biểu đạt truyền thống của FET với ý nghĩa là tiêu chuẩn tối thiểu và các yếu tố mới được mang lại trong hiện tại bởi các tòa án trọng tài

Ngày nay tranh luận về FET tự thân và tiêu chuẩn tối thiểu không còn nữa:

- Các thuật ngữ này khác nhau về mặt khái niệm (khác nguồn, khác cách xây dựng...)
- Nhưng việc vận dụng và tác động của chúng như nhau

Đề cương

1

- Giới thiệu

2

- Khái niệm đối xử công bằng và thỏa đáng

3

- Nguồn của tiêu chuẩn: “Tiêu chuẩn đối xử tối thiểu” là theo luật thông lệ quốc tế hay tiêu chuẩn tự đặt ra?

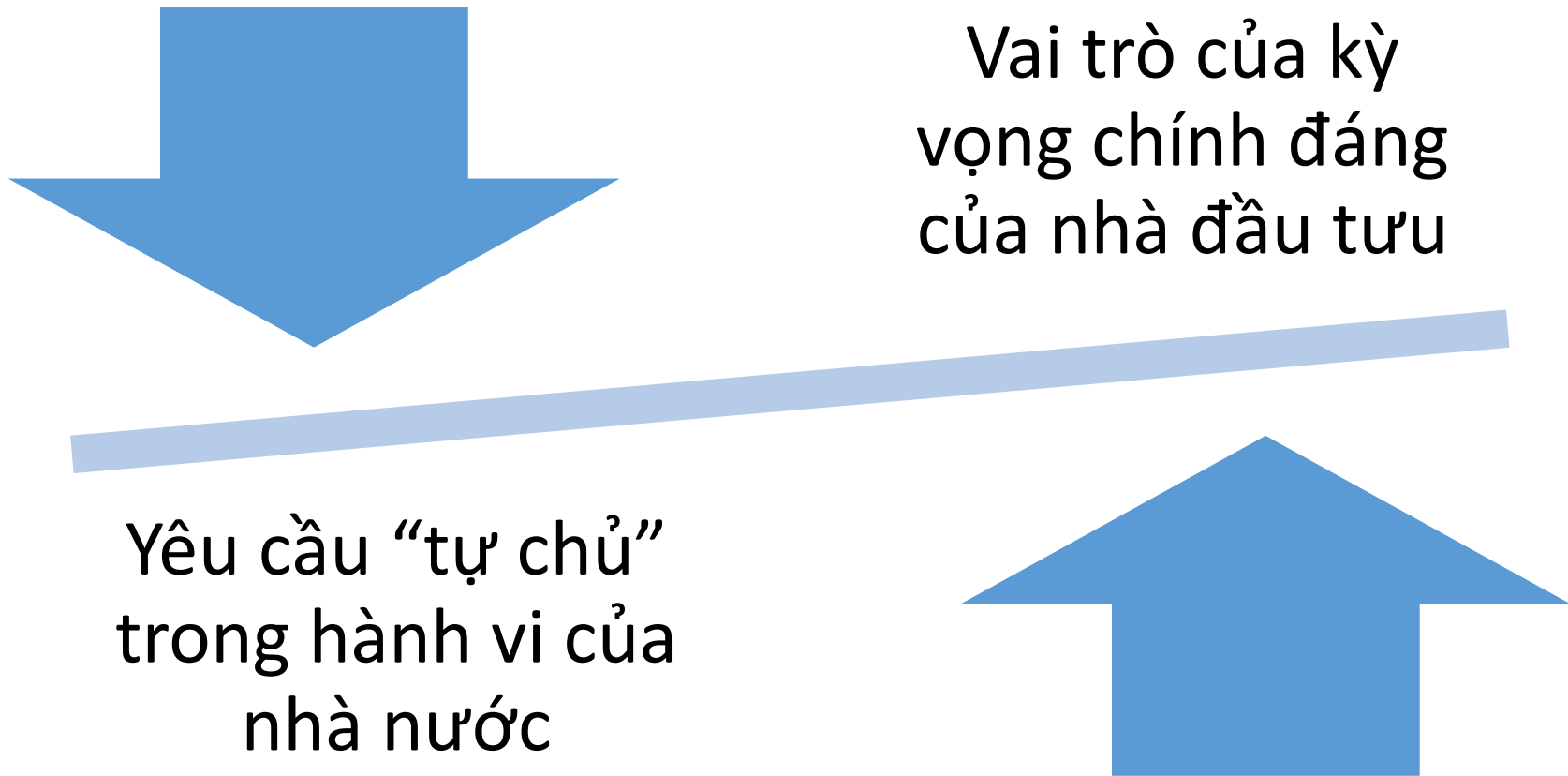
4

- Nội dung quy chuẩn của FET (các phán quyết)

5

- Thiết lập quy tắc

Án lệ FET đáng kể: Kalicki & Medeiros chia các vụ việc thành 2 nhóm



Schreuer / Dolzer chia thành 4 nhóm và nhiều phân nhóm

Áp dụng cụ thể tiêu chuẩn FET

```
graph TD; A[Áp dụng cụ thể tiêu chuẩn FET] --> B[Minh bạch hóa và bảo hộ kỳ vọng chính đáng của nhà đầu tư]; A --> C[Không bị cưỡng ép và chiếm đoạt]; A --> D[Quy trình và thủ tục thích đáng]; A --> E[Ý định tốt];
```

Minh bạch hóa và bảo hộ kỳ vọng chính đáng của nhà đầu tư

Không bị cưỡng ép và chiếm đoạt

Quy trình và thủ tục thích đáng

Ý định tốt

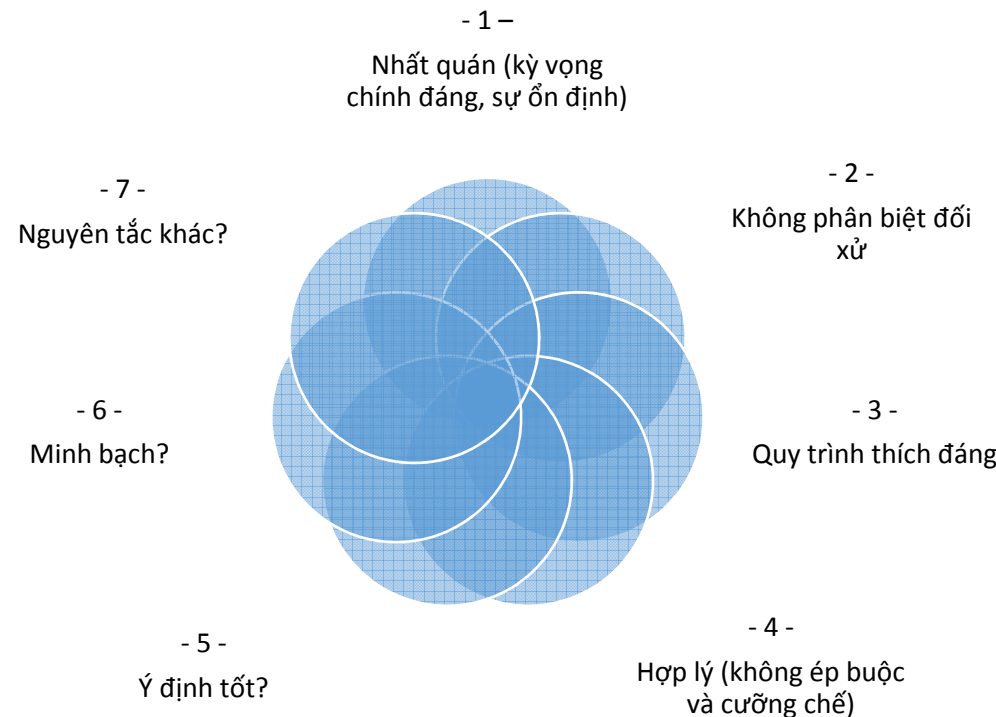
Schreuer (2005) FET, Journal of World Investment and Trade (xem Tuần 7)

Similar to Dolzer/Schreuer (2012) Principles of Investment law, Textbook OUP

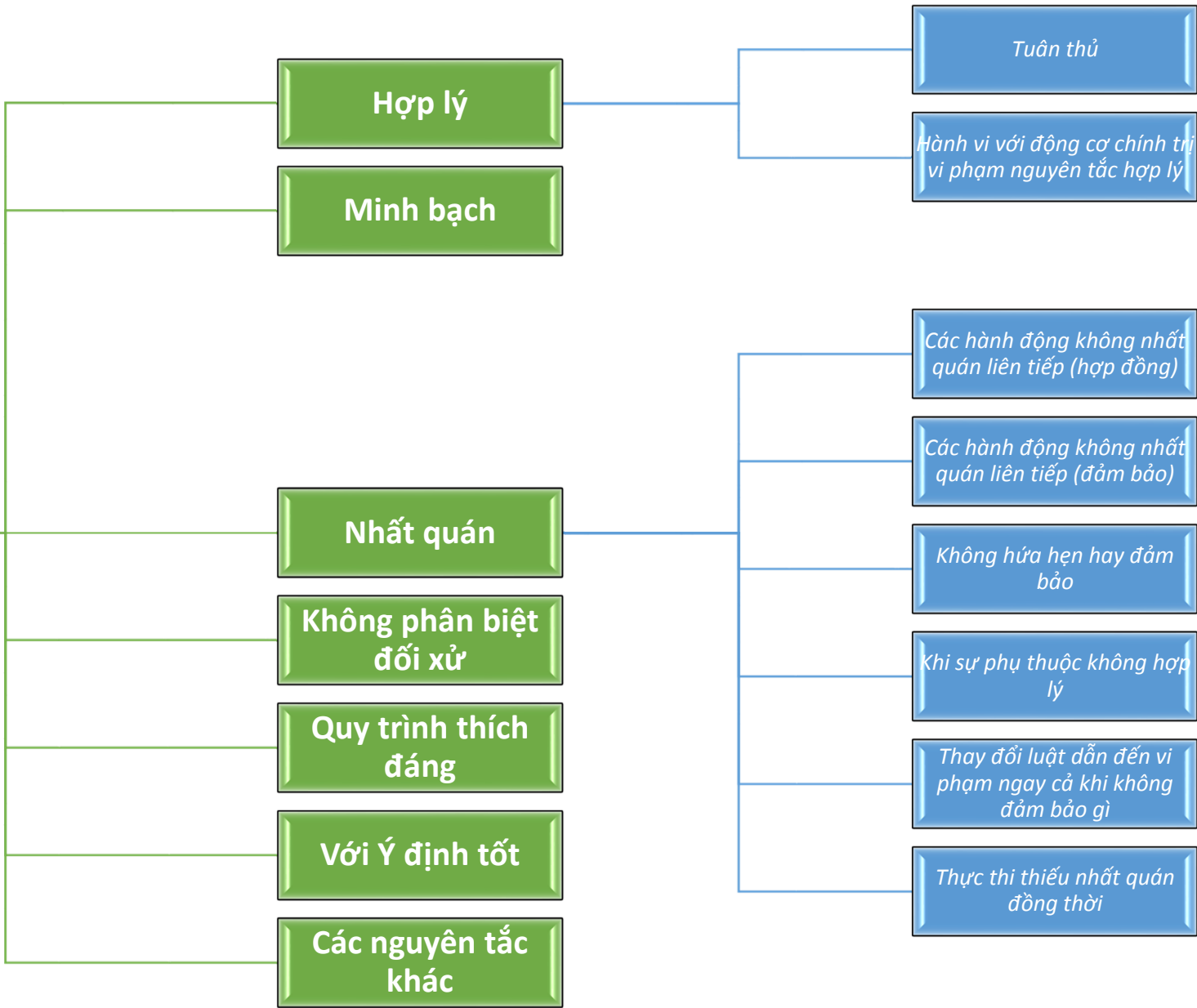
Từ các nguyên tắc chung tới thực tế

- Bằng cách xem xét **tình huống** mà nhà nước vi phạm hoặc không vi phạm tiêu chuẩn thì có thể xác định **nội dung phán quyết cụ thể** theo 5 nguyên tắc.
- Lưu ý: **nhiều phán quyết theo nhiều hơn 1 nguyên tắc.**
 - Quả thực vi phạm tiêu chuẩn FET đôi khi có hành vi vi phạm **nhiều nguyên tắc cùng một lúc.**

Nội dung quy chuẩn của FET



Nội dung quy chuẩn của FET



Nhất quán

- Tiêu chuẩn FET từng được diễn giải bởi các phiên tòa là cung cấp một sự bảo đảm cho đầu tư thuộc phạm vi bảo đảm.
 - FET yêu cầu nhà nước nhận đầu tư phải hành động theo cách thức nhất quán.
- Các phiên tòa đã làm rõ tiêu chuẩn này không đặt ra nghĩa vụ chung đối với nhà nước nhận đầu tư là phải luôn luôn hành động nhất quán theo thời gian.
 - Nhà nước nhận đầu tư nói chung có quyền tùy ý thay đổi chính sách.
 - Tuy nhiên, vi phạm nếu nhà nước nhận đầu tư đã cam kết sẽ hành động theo một cách thức nhất định hay đã bảo đảm cho nhà đầu tư (hoặc đầu tư).
- Có nghĩa là, nguyên tắc nhất quán (hay bảo đảm) bảo hộ cho nhà đầu tư hay đầu tư thuộc phạm vi bảo hộ về “**kỳ vọng chính đáng**” dựa trên lời hứa hay bảo đảm này.

*Read Textbook Dolzer/Scheuer, pp. 145-149
and 152-154*

Lý thuyết của G.S. Thomas W. Wälde về "kỳ vọng chính đáng"

"Kỳ vọng chính đáng" không được diễn đạt rõ ràng trong Điều 1105 hay trong các hiệp định đầu tư khác có FET, nhưng được coi là một phần trong nguyên tắc "ý định tốt" là nguyên tắc hướng dẫn (cũng là nguyên tắc chung của luật quốc tế) cho việc vận dụng FET

Các xác định "kỳ vọng" của nhà đầu tư là không đủ mà kỳ vọng đó phải góp phần đáng kể trong việc nhà đầu tư sẵn sàng chịu rủi ro góp vốn và công sức, tức là "chính đáng" nghĩa là phải được tạo ra bởi các cán bộ chính phủ theo một cách thức chính thức, phải có thẩm quyền (hoặc ít nhất là đáng tin cậy, có thẩm quyền) cho các hành động tạo niềm tin, thủ tục phát hành thư đảm bảo phải chính đáng và phải "hợp lý" để nhà đầu tư dựa vào

"Kỳ vọng chính đáng" đã trở thành một cách thức ưa chuộng của các phiên tòa để bảo hộ cho bên nguyên trong các tình huống kiểm tra "chiếm đoạt quản lý" quá khó, quá phức tạp để chứng minh hoặc quá dễ bị tấn công về việc dựa vào một biện pháp theo đánh giá chủ quan

Bình đẳng giữa các cá nhân và không thiên vị – nghĩa là không phân biệt đối xử – đóng một vai trò trong việc đánh giá kỳ vọng chính đáng

Kỳ vọng chính đáng không được coi là một đảm bảo chắc chắn rằng chính sách của chính phủ sẽ không thay đổi

1949-2008

G.S. & Jean-Monnet Chủ tịch
Trung tâm chính sách và luật
Năng lượng, Dầu khí và Khai
khoáng (CEPMLP)
Dundee - Scotland

Nguyên cố vấn Liên hợp quốc về
luật dầu khí và khai khoáng

Cautious note on “kỳ vọng chính đáng” theory

- “Kỳ vọng chính đáng” đề cập đến kỳ vọng tạo ra bởi lời hứa hoặc đảm bảo của nhà nước nhận đầu tư
- “Kỳ vọng chính đáng” không bao quát hết ý nghĩa của tiêu chuẩn FET vì tiêu chuẩn này bao gồm cả các nguyên tắc khác ngoài việc đảm bảo kỳ vọng.
 - Nếu “kỳ vọng chính đáng” nhằm khái quát toàn bộ tiêu chuẩn FET thì đây là không phải là nội dung đầy đủ của tiêu chuẩn
 - Vì sao? Vì không trả lời được câu hỏi là khi nào kỳ vọng chính đáng tồn tại trong các tình huống không có hứa hẹn hay đảm bảo (vụ MTD và Chile hoặc vụ PSEG với Turkey và nhiều vụ khác)
 - Thuật ngữ này chỉ là một “nhãn hiệu”: một khi một tòa án đã kết luận rằng hành vi của nhà nước nhận đầu tư vi phạm tiêu chuẩn thì tòa án chỉ cần tuyên bố rằng nhà đầu tư đã có kỳ vọng chính đáng là hành vi đó đáng lẽ đã không xảy ra.
- Tuy nhiên, cách tiếp cận này che mờ cơ sở của phán quyết (và có khả năng sẽ không tồn tại lâu)
 - Thuyết kỳ vọng chính đáng tốt nhất nên hiểu theo cách tham chiếu đến tình huống *“nguyên tắc nhất quán bị vi phạm do hành vi của nhà nước nhận đầu tư không nhất quán với các cam kết và hứa hẹn trước đó cho nhà đầu tư”*, hơn là một chủ thuyết đầy đủ về tiêu chuẩn FET.

Nhất quán



Thay đổi luật dẫn đến vi phạm kể cả khi không đưa ra bảo đảm

- Nhà nước nhận đầu tư có quyền thay đổi luật nếu không có cam kết.
- Tuy nhiên, trong một số trường hợp sự thay đổi luật có thể vi phạm tiêu chuẩn FET kể cả khi không hứa hẹn hay bảo đảm.
- Trong vụ *PSEG với Thổ Nhĩ Kỳ*, Tòa kết luận rằng Thổ Nhĩ Kỳ đã vi phạm tiêu chuẩn FET khi lạm dụng quyền lực của mình.
 - Sự can thiệp cụ thể bao gồm nhiều hành động có cả sự thay đổi quan điểm của Nhà nước nhận đầu tư.
 - Thổ Nhĩ Kỳ đã yêu cầu đàm phán lại thỏa thuận và mở lại vấn đề đã được giải quyết.
 - Các cơ quan hành chính đã lơ đi các quyền theo luật.
 - Tòa kết luận có sự vi phạm được mô tả là một sự thay đổi luật “ghê gớm”.
- Phán quyết nêu gián tiếp rằng **nhà đầu tư có quyền dựa vào sự ổn định hợp lý của luật pháp**.
 - Nhà nước tiếp nhận đầu tư có thể thay đổi chính sách qua thời gian, nhưng sự thay đổi “ghê gớm” vi phạm nguyên tắc nhất quán hay bảo đảm.

Các hành động thiếu nhất quán liên tục: Hợp đồng

Read Textbook Dolzer/Scheuer, pp. 152-153

- Vụ việc vi phạm rõ ràng nhất: nhà nước nhận đầu tư có hợp đồng với nhà đầu tư hoặc đầu tư và sau đó hủy bỏ hợp đồng.
- Trong vụ *Occidental với Ecuador*, bên khiếu nại giao kết hợp đồng với doanh nghiệp nhà nước để thực hiện việc thăm dò và khai thác dầu.
 - Bên khiếu nại định kỳ đề nghị và nhận được hoàn thuế giá trị gia tăng mà công ty đã nộp.
 - Tuy nhiên 2 năm sau Ecuador đột ngột từ chối hoàn thuế trên cơ sở là khoản hoàn thuế đã được tính đến trong công thức tham gia trong hợp đồng.
 - **Do thay đổi chính sách thuế mà bên khiếu nại có lý do chính đáng để dựa vào trong quá trình đàm phán hợp đồng**, Ecuador đã không đảm bảo sự ổn định cho bên khiếu nại.
 - Thay vào đó, tác động của sự thay đổi về chính sách thuế của Ecuador là thay đổi điều kiện hợp đồng với bên khiếu nại.
- Tòa kết luận rằng Ecuador đã vi phạm tiêu chuẩn FET vì
 - “sự ổn định của khuôn khổ pháp lý và kinh doanh là . . . một yếu tố thiết yếu của FET.”

Việc thực thi thiếu nhất quán đồng thời

- Nguyên tắc nhất quán có thể bị vi phạm không chỉ bởi sự thay đổi luật theo thời gian mà cả **bởi việc thực thi thiếu nhất quán đồng thời**.
- Vụ *MTD Equity với Chi lê* theo HĐ đầu tư song phương giữa Malaysia với Chi lê. Chi lê đã mời một công ty của Malaysia đầu tư xây dựng một khu cộng đồng.
 - Tuy nhiên sau đó công ty của Malaysia biết rằng việc xây dựng khu này sẽ vi phạm quy hoạch địa phương, do đó không thể tiếp tục việc đầu tư.
- Tòa kết luận rằng
 - *“việc phê duyệt đầu tư bởi [Ủy ban Đầu tư nước ngoài của Chi lê] đối với dự án đi ngược lại chính sách đô thị của Chính phủ là vi phạm nghĩa vụ đối xử với nhà đầu tư một cách công bằng và thỏa đáng.”*
- Tòa giải thích rằng Chi lê có
 - *“nghĩa vụ hành động ăn khớp với nhau và áp dụng chính sách một cách nhất quán.”*
- Chi lê đã áp dụng hai chính sách thiếu nhất quán đồng thời là
 - *(1) khuyến khích đầu tư ở cấp độ quốc gia (2) nhưng đồng thời lại cấm ở cấp độ địa phương!*

MTD Equity Sdn. Bhd. v. Republic of Chile, ICSID Case No. ARB/ 01/7, Award, (May 25, 2004)
165-166

Khi sự phụ thuộc không hợp lý

- Một số trường hợp nhà nước tiếp nhận đầu tư đưa ra bảo đảm nhưng sự phụ thuộc của nhà đầu tư hay hoạt động đầu tư vào bảo đảm này không hợp lý.
- Ví dụ, trong vụ *International Thunderbird với Mexico*, bên khiếu nại nêu rằng chính phủ đã hành động thiếu nhất quán khi thực thi luật chống cá cược đối với hoạt động kinh doanh của bên này bất kể việc đã đưa ra ý kiến pháp lý rằng hoạt động này là hợp pháp.
- Tuy nhiên Tòa thấy rằng ý kiến của chính phủ là trên cơ sở thông tin không đúng do bên khiếu nại cung cấp về bản chất của các trò chơi mà bên này kinh doanh.
 - Vì thế, bên khiếu nại không thể dựa vào ý kiến pháp lý của chính phủ

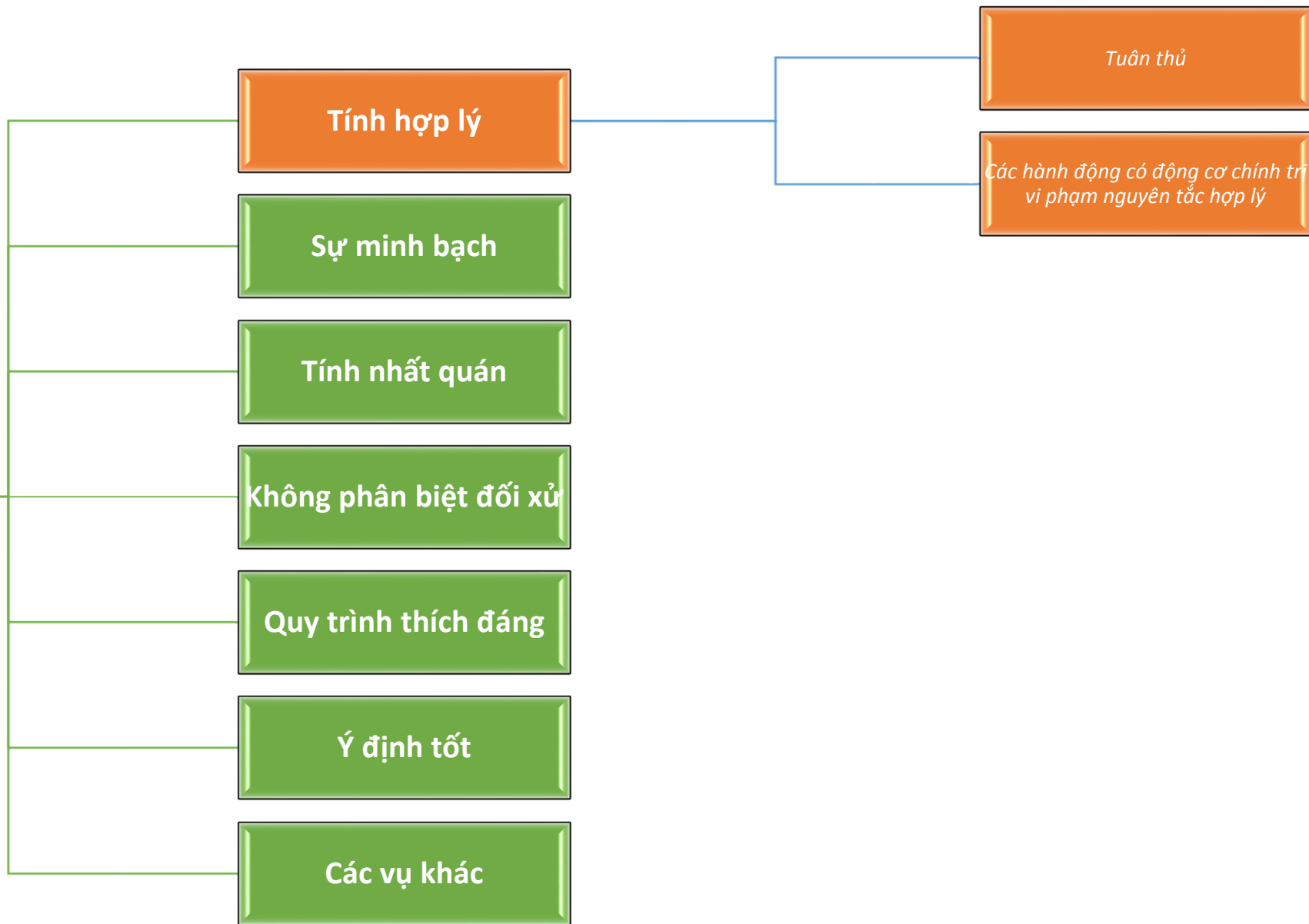
Int'l Thunderbird Gaming Corp. v. United Mexican States, Award (NAFTA Arb. Trib. Jan. 26, 2006), 148

...Từ thực tiễn ... đến lý thuyết “Cốt lõi của sự nhất quán”

- Sự nhất quán cho phép thay đổi chính sách miễn là sự thay đổi này không đi ngược lại những cam kết hay bảo đảm của chính phủ mà nhà đầu tư hay hoạt động đầu tư phụ thuộc vào một cách hợp lý.
- Sự nhất quán cũng ngăn cấm việc thực thi thiếu nhất quán đồng thời có thể tạo ra sự thay đổi liên tục trong một thời gian ngắn.
- Sự nhất quán có thể bổ sung cho nguyên tắc về tính hợp lý.
 - Thậm chí một sự thay đổi hợp lý trong chính sách cũng bị ngăn cấm nếu nhà đầu tư có cơ sở hợp lý để dựa vào lời hứa hay bảo đảm rằng sẽ không có sự thay đổi này.



Nội dung quy chuẩn của FET



Tính hợp lý

- *Cụ thể tiêu chuẩn này đòi hỏi đối xử công bằng và thỏa đáng đối với nhà đầu tư nước ngoài **trong phạm vi của tính hợp lý.***

- Tính hợp lý đòi hỏi hành động của nhà nước tiếp nhận đầu tư phải gắn kết một cách hợp lý với mục tiêu chính sách chính đáng.
 - Tiêu chuẩn này có thể được đáp ứng kể cả trong trường hợp biện pháp của nhà nước tiếp nhận đầu tư không được thực thi một cách đầy đủ hoặc không đáp ứng được chính sách đề ra.
- Tuy nhiên, nguyên tắc này bị coi là vi phạm khi biện pháp không được xây dựng nhằm đáp ứng mục tiêu chính đáng của của nhà nước tiếp nhận đầu tư.
 - Vi phạm điển hình là khi hành vi của nhà nước tiếp nhận đầu tư có động cơ chính trị, chẳng hạn như khi nhà nước gây tổn hại cho nhà đầu tư vì các hoạt động hợp pháp nhưng không được dân chúng ủng hộ.

I & Ring Forestry L. P. v. Government of Canada, UNCITRAL, ICSID Administrated, Award, 31 2010, para 213

Các hành động có động cơ chính trị vi phạm nguyên tắc hợp lý

- Vụ *Eureko với Phần Lan* theo Hiệp định đầu tư song phương giữa Hà Lan với Phần Lan, bên khiếu nại có 30% cổ phần trong công ty bảo hiểm thuộc sở hữu nhà nước đang được tư nhân hóa mà Phần Lan đã cam kết sẽ bán nốt cổ phần còn lại để bên khiếu nại mua và đạt mức cổ phần kiểm soát.
- Tuy nhiên quá trình tư nhân hóa đã gây tranh cãi và Phần Lan quyết định không tiếp tục hoàn tất việc tư nhân hóa.
- Tòa xác định rằng Phần Lan đã vi phạm tiêu chuẩn FET khi từ chối tôn trọng cam kết với “các lý do tùy tiện liên quan đến tình hình chính trị của Phần Lan và các nguyên nhân quốc gia có bản chất phân biệt đối xử.”

Eureko B.V. v. Republic of Pol., UNCITRAL Arb., Partial Award (Aug. 19, 2005) para 233

(c) JULIEN CHAISSE CNFR

Các hành động có động cơ chính trị vi phạm nguyên tắc hợp lý

- Vụ *Vivendi với Argentina* theo Hiệp định BIT giữa Pháp và Argentina,
 - Bên khiếu nại có hoạt động đầu tư được ưu đãi nhằm vận hành một hệ thống phân phối nước được tư nhân hóa.
- Tòa kết luận rằng
 - Việc tăng giá nước mạnh và hiện tượng đổi màu nước tạm thời nhưng vô hại đã gây ra phản ứng của cộng đồng cư dân địa phương
 - Các quan chức địa phương đã tham gia một chiến dịch buộc nhà đầu tư phải chấp nhận các điều kiện mới,
 - chẳng hạn như khuyến khích khách hàng không thanh toán hóa đơn nước.
- Thêm vào đó, sau khi nhà đầu tư có ý định sẽ chấm dứt hợp đồng và đưa vụ việc ra trọng tài theo BIT, Argentina đã ban hành luật cấm nhà đầu tư có hành động khiếu nại tập thể hoặc thực hiện đòi nợ. Đây là các biện pháp mà tòa kết luận là
 - “hành động rõ ràng thực thi quyền lực quốc gia nhằm trừng phạt . . . [nhà đầu tư] không thể biện giải được.”
- Việc ban hành các biện pháp không biện giải được này đã vi phạm tiêu chuẩn FET.

Tôn trọng sự hợp lý

- Trong vụ *Continental Casualty v. Argentina*, Argentina đã thông qua một chính sách
 - Buộc các tài sản định giá bằng tiền USD sang peso với tỷ giá 1.4 / 1 USD,
 - Trái với tỷ giá quy định trước đó là 1 / 1,
 - Dẫn đến mức tăng danh nghĩa theo giá peso của tài sản,
 - Cho dù giá trị thực của tài sản trên thực tế là giảm.
- Tuy nhiên Argentina áp dụng thuế trên giá trị gia tăng của tài sản đối với mức gia tăng danh nghĩa.
- Tòa án kết luận rằng thuế này phù hợp với các nguyên tắc tính thuế chung và do đó không thiên vị và không vi phạm tiêu chuẩn FET.

Cont'l Cas. Co. v. Arg. Republic, ICSID Case No. ARB/03/9, Award (Sept. 5, 2008) 269-270

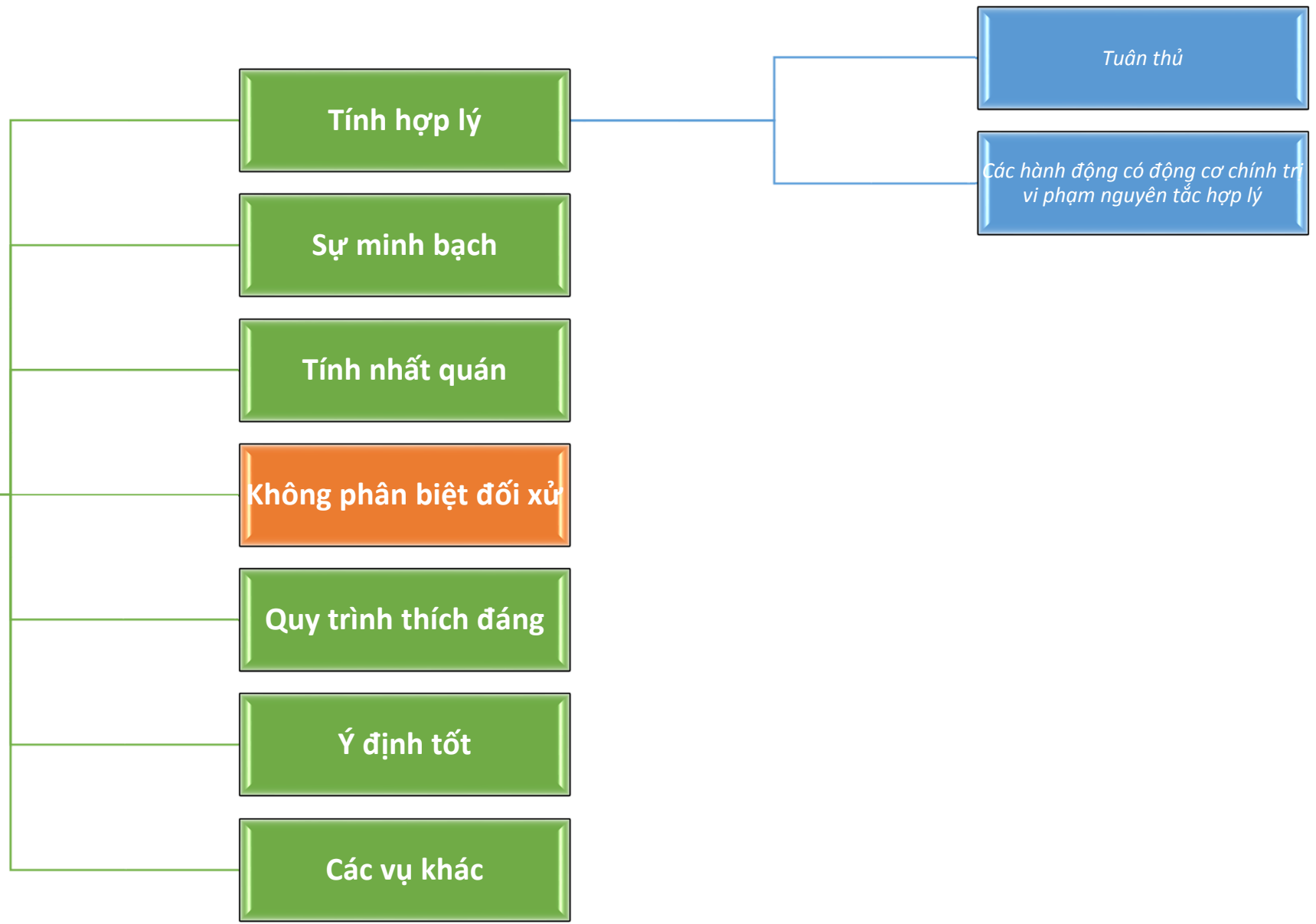
Từ thực tiễn đến lý thuyết

“Cốt lõi về tính hợp lý của FET”



- Việc vi phạm nguyên tắc hợp lý đã được xác định trong các vụ việc có hành vi với một động cơ nào đó đối với nhà đầu tư hoặc đầu tư nước ngoài (ép buộc, cưỡng chế...).
- Hành vi vi phạm thường được mô tả là trả đũa hay phân biệt đối xử.
- Cuối cùng, sự vi phạm chủ yếu là ở việc ban hành các biện pháp vì các lý do khác ngoài các mục tiêu chính sách công chính đáng, chẳng hạn như sở hữu nước ngoài đối với đầu tư.

Nội dung quy chuẩn của FET



Không phân biệt đối xử

- “Tiêu chuẩn “không phân biệt đối xử” đòi hỏi biện giải hợp lý về đối xử khác biệt đối với nhà đầu tư nước ngoài.”

Tiêu chuẩn FET chỉ cấm sự phân biệt đối xử bất hợp lý.

Saluka Investments BV (the Netherlands) v. CH Séc, UNCITRAL, Partial Award, 17 March 2006, para 460

Không phân biệt đối xử

- Ví dụ vụ *Saluka Investments v. CH Séc*, 4 ngân hàng chính ở CH Séc đang trong quá trình tư nhân hóa.
- Chính phủ Séc hỗ trợ cho $\frac{3}{4}$ ngân hàng này là các ngân hàng trong nwoocs nhưng không hỗ trợ cho ngân hàng còn lại được đầu tư bởi nhà đầu tư nước ngoài.
- Tòa án xác định không có cơ sở hợp lý cho sự phân biệt đối xử, vì thế vi phạm tiêu chuẩn FET

Saluka Invs. BV v. CH Séc, Partial Award (Perm. Ct. Arb. Mar. 17, 2006)

Không phân biệt đối xử

- Trong vụ *Loewen v. Hoa Kỳ*, một nhà đầu tư Canada bị kiện bởi một công ty Hoa Kỳ tại tòa án bang Mississippi.
 - Tòa án đã tham chiếu nhiều lần đến quốc tịch Canada của nhà đầu tư và ban bồi thẩm đã ra án phạt \$500,000,000 đối với nhà đầu tư.
- Tòa án xét thấy theo Điều 1105 NAFTA, Hoa Kỳ có trách nhiệm tổ chức phiên tòa công bằng, không “thành kiến về quốc tịch hay địa phương”
 - Tòa án thừa nhận nguyên tắc không phân biệt đối xử.
- Hơn thế, tòa án kết luận rằng việc xét xử
 - “không thích đáng và tùy tiện, không phù hợp với nguyên tắc tối thiểu theo luật quốc tế và FET.”
- Tuy nhiên, bên nguyên không khiếu nại phán quyết bất lợi này. Tòa án kết luận rằng BIT bảo hộ đầu tư và nhà đầu tư nước ngoài khỏi các hành vi sai trái bởi hệ thống tư pháp nói chung.
- Bên nguyên không có hệ thống tư pháp Hoa Kỳ cơ hội sửa chữa sai trái này ở việc xét xử và do đó không khiếu nại vi phạm hiệp định.

Loewen Group, Inc. v. Hoa Kỳ, ICSID Case No. ARB(AF)/98/3, Award (June 25, 2003) para 123, 137

Không phân biệt đối xử

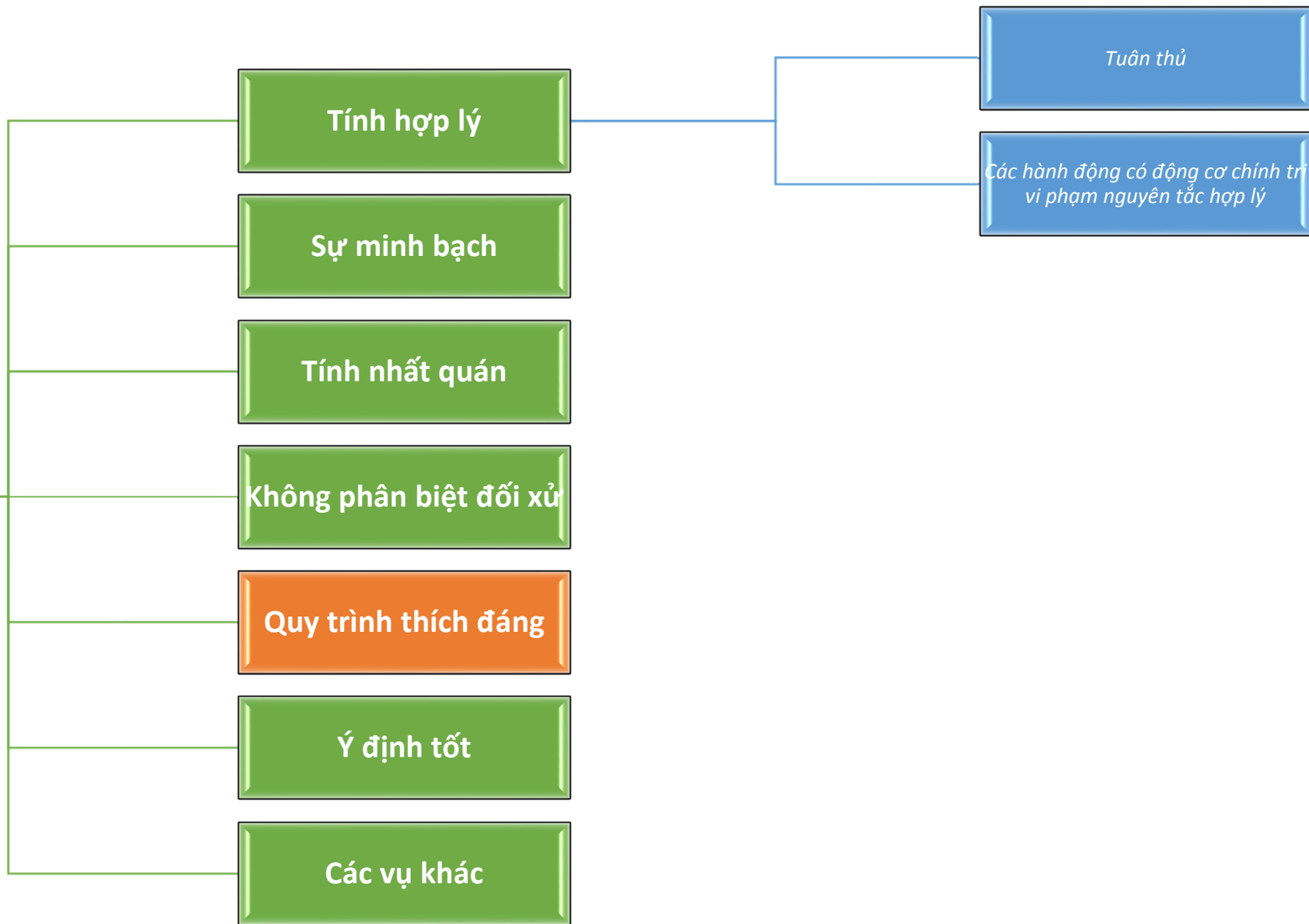
- Trong vụ *Methanex và Hoa Kỳ*, tòa án thấy rằng đối xử phân biệt đối với đầu tư nói chung không vi phạm Điều 1105 NAFTA về FET, cho dù phân biệt đối xử trên cơ sở thành kiến là sự vi phạm.
 - Vì thế, tòa án *Methanex* đã chất vấn FET có yêu cầu đối xử không phân biệt hay không và không bỏ qua khả năng này.
 - Để xác định tiêu chuẩn không bao gồm nguyên tắc không phân biệt đối xử đòi hỏi cách tiếp cận đặc biệt.
- Tòa án thấy rằng vì lệnh cấm của California đối với tertiary-butyl được áp dụng bình đẳng cho đầu tư nên không có sự phân biệt đối xử

...Từ thực tiễn... đến lý thuyết

“Cốt lõi không phân biệt đối xử của FET”

- Không phân biệt đối xử ngăn cấm việc phân biệt đối xử trừ khi vì mục tiêu chính sách công chính đáng.
- Điều này nghĩa là trong khi không phân biệt đối xử là một nguyên tắc FET theo các phiên tòa trọng tài, các phán quyết hiện nay không mở rộng nguyên tắc này ngoài nguyên tắc hợp lý.
- Thay vào đó, tầm quan trọng thực tế của nguyên tắc không phân biệt đối xử giới hạn ở chỗ quốc tịch không được coi là một cơ sở chính đáng cho hành vi của nhà nước tiếp nhận đầu tư.

Nội dung quy chuẩn của FET



Từ chối sự công bằng

- Cho dù nhiều tòa án đã thừa nhận việc từ chối sự công bằng vi phạm tiêu chuẩn FET, tới nay chưa từng có nguyên đơn nào thành công trong việc khiếu nại về việc từ chối sự công bằng theo BIT
- **CẢNH BÁO:** Điều quan trọng là tập trung vào thủ tục từ chối sự công bằng vì việc xem xét cả bản chất của sự công bằng sẽ khiến ban trọng tài phải suy đoán toàn bộ hành động của chính phủ liên bang, bang và địa phương dựa trên quan điểm riêng của ban trọng tài về bản chất của sự công bằng. Thậm chí việc thủ tục từ chối sự công bằng cũng cần có giới hạn.

Quy trình thích đáng

- Tiêu chuẩn FET cũng đòi hỏi quy trình thích đáng, vì thế có thể ngăn chặn việc từ chối sự công bằng.
 - Trong vụ *Middle East Cement với Ai Cập* theo BIT giữa Greece-Ai Cập , nước chủ nhà bắt giữ và đấu giá con tàu của bên nguyên mà không thông báo trước cho bên này.
 - Tòa trọng tài xác định rằng việc chiếm đoạt tài sản của bên nguyên không phù hợp với quy trình thích đáng và vì thế vi phạm tiêu chuẩn FET.

Middle East Cement Shipping & Handling Co. S.A. v. Arab Republic of Ai Cập, ICSID Case No. ARB/99/6, Award, (Apr. 12, 2002), 143

Read Textbook Dolzer/Scheuer, pp. 154-156

Từ chối sự công bằng

- Trong vụ *Loewen với Hoa Kỳ*, bên nguyên khiếu nại rằng tòa án bang ở Mississippi đã ngã theo ý kiến địa phương và bất công đối với bên nước ngoài.
- Tòa trọng tài bắt đầu bằng cách trích dẫn định nghĩa về sự thiên vị từ vụ *ELSI* cũng được trích trong vụ *Mondev*.

• “Thực tiễn của nhà nước, quyết định của tòa quốc tế hay ý kiến của các nhà bình luận đều không ủng hộ quan điểm rằng sự bất tín hay ý định xấu là một yếu tố thiết yếu trong việc đối xử không công bằng hoặc việc từ chối sự công bằng được coi là sự vi phạm công bằng quốc tế. Sự công bằng theo phương diện thiếu quy trình thích đáng dẫn đến kết quả vi phạm là đủ.”

Loewen Group, Inc. v. Hoa Kỳ, ICSID Case No. ARB(AF)/98/3, Award (June 25, 2003) para 253

Từ chối sự công bằng

- Tòa trọng tài kết luận rằng một quyết định vi phạm luật địa phương và phân biệt đối xử đối với bên nguyên nước ngoài bị coi là sự bất công.
- Tuy nhiên, khiếu nại này cuối cùng vẫn bị từ chối vì tòa trọng tài xác định rằng việc **từ chối sự công bằng chỉ tồn tại khi bên nguyên đã vận dụng mọi khả năng ở địa phương**, bao gồm cả việc kháng cáo mà bên nguyên đã không thực hiện.

Từ chối sự công bằng

Lưu ý rằng trong vụ *Bayindir MFN* đã cho phép bên nguyên tham chiếu đến FET từ một nước thứ ba. Đây là một nỗ lực tốt nhưng cuối cùng cũng không thành công...

- Trong vụ *Bayinder với Pakistan*, bên nguyên lập luận rằng bên này đã không được hưởng quy trình thích đáng trước tòa Pakistan
 - Trích dẫn một lá thư viết bởi **một quan chức chính phủ cho một người khác**
 - Lá thư dự đoán rằng Pakistan sẽ thắng trong vụ kiện giữa bên nguyên với cơ quan của chính phủ Pakistan về tính hợp hiến của việc chấm dứt hợp đồng.
 - **Tòa trọng tài đã bác bỏ lập luận này.**
- Bên nguyên cũng khiếu nại sự thiếu độc lập của cơ quan tư pháp Pakistan
 - Nhưng tòa trọng tài không thấy có bằng chứng về khiếu nại này

Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pak., ICSID Case No. ARB/03/29, Decision on Jurisdiction (Nov. 14, 2005) 252

Từ chối sự công bằng (về thủ tục hành chính)

- Trong vụ *International Thunderbird với Mexico* liên quan đến nguyên tắc nhất quán, bên nguyên khiếu nại rằng Mexico đã vi phạm Điều 1105 đòi hỏi đối xử theo luật quốc tế khi Mexico cho rằng bên nguyên đã vi phạm luật Mexico về kinh doanh bài bạc.
 - Tòa trọng tài xác định rằng quy trình hành chính để kết luận rằng hoạt động kinh doanh của bên nguyên là bất hợp pháp thực ra không thiên vị hay không đáp ứng yêu cầu về quy trình thích đáng.
 - Bên nguyên đã có cơ hội khiếu nại và quyết định đưa ra đã tham khảo đến cả thực tế và luật pháp.
 - Bên nguyên cũng đã có cơ hội kháng cáo tư pháp đối với quyết định hành chính cho dù đã rút kháng cáo.
 - Tòa án ghi nhận “yêu cầu quy trình hành chính thích đáng thấp hơn quy trình tư pháp.” Cho dù thủ tục hành chính có thể bị ảnh hưởng bởi một số điều kiện bất thường thì cũng không “tổn hại tới mức gây sốc cho nền tư pháp” và do đó vi phạm tiêu chuẩn tối thiểu.
- Vì thế không có việc từ chối sự công bằng

Từ thực tiễn ... tới lý thuyết

“Cốt lõi về quy trình thích đáng của FET”

- Quy trình thích đáng của FET được thừa nhận nhiều lần bởi các tòa trọng tài với ý nghĩa là một yếu tố trong tiêu chuẩn FET.
- Tuy nhiên cho tới nay các phán quyết có lợi cho bên nguyên theo nguyên tắc này chỉ khi nhà nước nhận đầu tư không thực hiện việc phúc tra tư pháp (chỉ vụ *Middle East Cement*)
- Hầu hết các khiếu nại theo nguyên tắc quy trình thích đáng đều đưa ra lý do từ chối sự công bằng, và **các khiếu nại này đều không thành công.**

Nội dung quy chuẩn của FET



Ý định tốt/ý định xấu trong lập luận là gì?

“KIỂM TRA NEER”

Cao ủy viên phân xử vụ việc giữa Mexico và Hoa Kỳ năm 1926 chỉ ra rằng:

“việc đối xử với người nước ngoài bị coi là bê trễ trách nhiệm quốc tế khi phát sinh sự vi phạm trắng trợn, với ý đồ xấu, bê trễ trách nhiệm một cách cố ý, hoặc thiếu trách nhiệm cai trị dưới chuẩn quốc tế mà bất kỳ một người nào có lý trí và không thiên vị đều có thể nhận ra”.

Ar. v. Mexico (Neer), Opinion, Hoa Kỳ-Mexico General Claims Commission, 15 October 1926, 21 AJ.I.L. 555, 1927.

Ý định xấu là một điều kiện ... vào năm 1926!

Diễn giải FET trong vụ *Mondev*, *ADF*, và *Loewen* không tách biệt “tiêu chuẩn quốc tế tối thiểu” với ý định xấu

Từ bỏ yêu cầu về ý định xấu (xem tuần 7)

Sự vi phạm tiêu chuẩn FET không đòi hỏi ý định xấu

Read Textbook Dolzer/Scheu
pp. 156-158

- Trong một số trường hợp, tòa trọng tài đã thảo luận khái niệm ý định tốt để xác định việc vi phạm FET.
- Ý định tốt có thể được xem như một yếu tố của nền pháp trị
 - Tuy nhiên hiếm khi khái niệm ý định tốt có giá trị tăng thêm cho nguyên tắc hợp lý hay các nguyên tắc khác gắn với tiêu chuẩn FET.
- Tòa trọng tài trong vụ *ADF Group với Hoa Kỳ* xác định rằng khái niệm ý định tốt “có rất ít giá trị” trong việc diễn giải tiêu chuẩn FET.
- Chưa từng có phán quyết nào thành công cho bên nguyên chỉ dựa vào nguyên tắc ý định tốt và **rõ ràng rằng việc vi phạm tiêu chuẩn FET không đòi hỏi phải có ý định xấu.**

Vi phạm tiêu chuẩn FET không đòi hỏi ý định xấu

- “Tòa trọng tài ghi nhận rằng **dường như có một sự nhất quán giữa các vụ việc là việc vi phạm nguyên tắc đối xử công bằng và thỏa đáng là không đòi hỏi ý định xấu từ phía nhà nước**”
 - *Vụ CMS Gas Transmission Company với CH Argentine, 280;*
 - *Vụ Azurix Corp với CH Argentine, 372 :*
 - *Mondev International Ltd với Hoa Kỳ,*
 - *Loewen với Hoa Kỳ,*
 - *Waste Management Inc. với Mexico,*
 - *TECMED với Mexico*

Duke Energy Electroquil Partners and Electroquil S.A. v. Republic of Ecuador. (ICSID Case No. ARB/04/19), July 21, 2008

Nội dung quy chuẩn của FET



Sự minh bạch

- Trong vụ *MTD Equity với Chile*, tòa trọng tài xác định rằng hành động không nhất quán của Chile vi phạm tiêu chuẩn FET.
- Đồng thời, tòa cũng xác định rằng việc thiếu minh bạch cũng vi phạm tiêu chuẩn này.
- Vào thời điểm Chile thu hút nhà đầu tư, bên này đã không cung cấp thông tin rằng dự án sẽ vi phạm luật địa phương.
 - Trên thực tế, nếu Chile tiết lộ tình huống này thì nhà đầu tư đã có thể có quyết định với thông tin đầy đủ về việc có đầu tư hay không với nhận thức rõ về rủi ro sẽ không được phê duyệt bởi chính quyền địa phương.
- Chile đã có thể tuân thủ BIT theo một trong 2 cách:
 - Có chính sách nhất quán
 - Hoặc thông tin về chính sách thiếu nhất quán của mình.
 - Chile đã không làm cả hai hành động này và do đó đã vi phạm tiêu chuẩn FET

MTD Equity Sdn. Bhd. v. Republic of Chile, ICSID Case No. ARB/01/7, Award, (May 25, 2004) para 163

Sự minh bạch: một tiêu chí trong quá trình hình thành

“Hành động không công bằng, thiên vị, phân biệt đối xử hoặc vi phạm quy trình thích đáng theo tòa trọng tài NAFTA là vi phạm nguyên tắc đối xử công bằng và thỏa đáng, kể cả khi không có ý định xấu về phía nhà nước. **Sự minh bạch được ghi nhận không gắn với khái niệm này**”

- “Yêu cầu sự minh bạch hiện tại có thể không phải là một phần của tiêu chuẩn luật thông lệ. **Tuy nhiên điều này đang tiến đến giai đoạn đó.** Tuy nhiên, hiện nay khó có thể biện giải sự phù hợp của một hệ thống quản lý”

Merrill & Ring Forestry L. P. v. Government of Canada, UNCITRAL, ICSID Administrated, Award, 31 March 2010, para 208 and 231

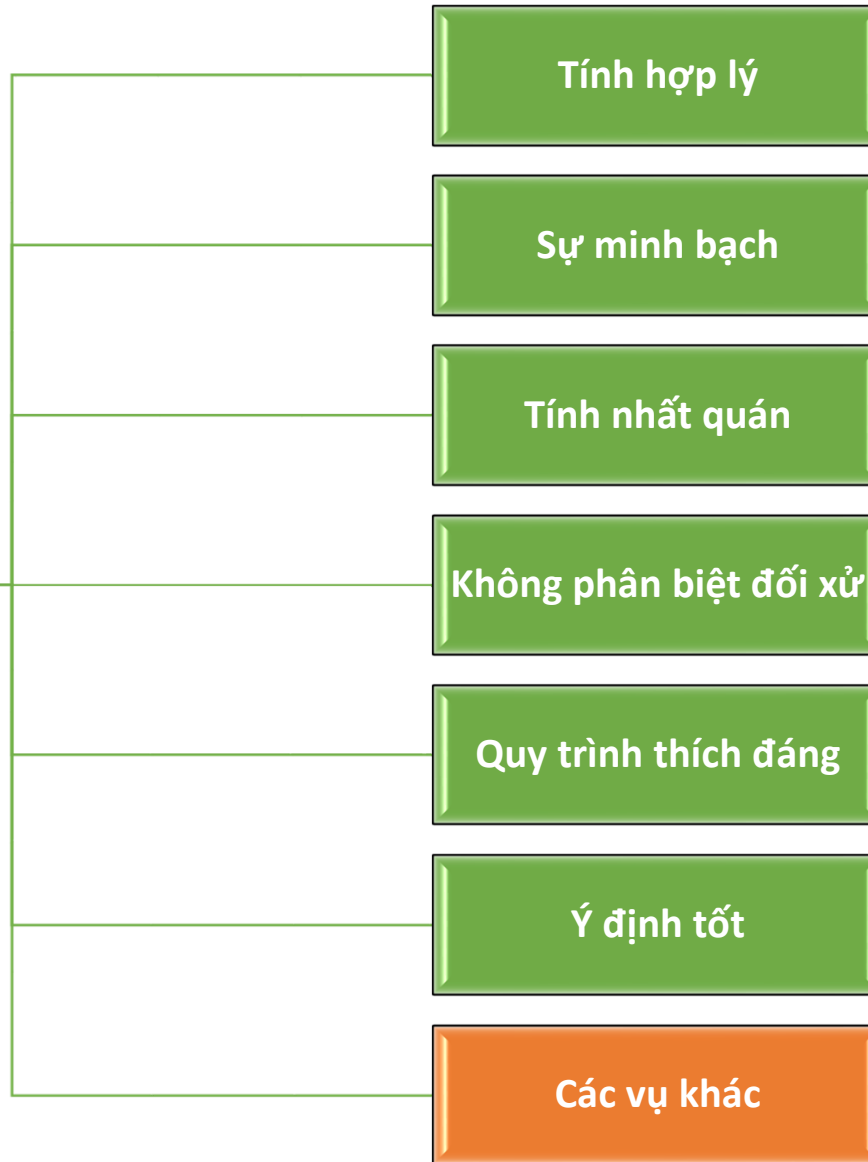
Từ thực tiễn ... tới lý thuyết

“Cốt lõi về sự minh bạch của FET”

- Sự minh bạch của FET được tham chiếu nhiều lần, nhưng vẫn chưa có một cách tiếp cận nhất quán cho nguyên tắc này.
- Nguyên tắc minh bạch về khái niệm khác với nguyên tắc hợp lý, không phân biệt đối xử và nhất quán, cho dù phạm vi chính xác của nguyên tắc này còn chưa rõ.
- Các phán quyết có lợi cho bên nguyên trong một số trường hợp nước chủ nhà không cung cấp các thông tin quan trọng cho nhà đầu tư trong quá trình đàm phán và thường trong các trường hợp thiếu minh bạch đi đôi với vi phạm các nguyên tắc khác.

*Read Textbook Dolzer/Scheuer,
pp. 149-154*

Nội dung quy chuẩn của FET



Các vụ khác?

- Tất cả các phán quyết trong vòng 13 năm qua phù hợp với 1 trong 5 tiêu chí của FET
- Hơn 70 phán quyết về FET
- Rất tốt. Và BIT cũng không định nghĩa FET, án lệ (và giới học thuật) đã xác lập phân loại tốt
- Những điều chúng ta biết vào năm 2013 nhiều hơn các luật sư vào năm 2000

Tuy nhiên, một vụ kỳ lạ...

Xem tuần 9

- Trong vụ *Wena Hotels với Ai Cập 2000*, một vụ việc phát sinh theo BIT Anh-Ai Cập, tòa trọng tài kết luận rằng
 - Ai Cập biết về việc một số quan chức chính phủ đã chiếm quyền sở hữu các khách sạn của bên nguyên
 - Tuy nhiên Ai Cập đã không có hành động nào:
 - Ngăn cản việc chiếm đoạt,
 - Trao trả khách sạn nhanh chóng cho bên nguyên,
 - Hoặc có biện pháp trừng phạt đáng kể đối với những người chịu trách nhiệm đối với việc chiếm đoạt.
- Việc Ai Cập không quan tâm thích đáng đến việc bảo vệ đầu tư nước ngoài được coi là một ví dụ kinh điển về vi phạm nghĩa vụ bảo hộ và an toàn đầy đủ
 - Trên thực tế, tòa trọng tài bắt đầu thảo luận bằng cách ghi nhận rằng nhiệm vụ của tòa là giải quyết khiếu nại của bên nguyên về việc Ai Cập đã vi phạm nghĩa vụ.
- Tuy nhiên, tòa trọng tài kết luận rằng Ai Cập đã vi phạm **cả** nghĩa vụ FET và bảo hộ và an toàn đầy đủ
 - **Mà không thảo luận nội dung của từng tiêu chuẩn hay mối quan hệ giữa hai tiêu chuẩn này**
- Tòa trọng tài *dường như* đã kết luận rằng Ai Cập đã vi phạm nghĩa vụ bảo hộ và an toàn đầy đủ, là một quyết định dễ dàng tính đến các bằng chứng hiện có và việc hành động này cũng vi phạm FET
 - Nhưng không có chỉ dấu nào về việc FET đòi hỏi những gì
 - Nhưng không giải thích làm thế nào FET liên quan đến tiêu chuẩn bảo hộ và an toàn đầy đủ...

Đề cương

- 1 • Giới thiệu
- 2 • Khái niệm đối xử công bằng và thỏa đáng
- 3 • Nguồn của tiêu chuẩn: “Tiêu chuẩn đối xử tối thiểu” là theo luật thông lệ quốc tế hay tiêu chuẩn tự đặt ra?
- 4 • Nội dung quy chuẩn của FET (các phán quyết)
- 5 • Thiết lập quy tắc

Thực tiễn FET trong hiệp định gần đây

Thị trường chung Đông và Nam Phi COMESA

- Là tổ chức kinh tế khu vực lớn nhất ở Nam Phi, có 19 thành viên và dân số khoảng 390 người
- Điều 14 FET áp dụng cho các nhà đầu tư COMESA theo luật thông lệ quốc tế.
- Tuy nhiên, cũng quy định rằng một tiêu chuẩn quốc tế sẽ không áp dụng đối với tất cả các nước:
 - *Các bên “có các hệ thống hành chính, pháp lý và tư pháp khác nhau do các nước thành viên có mức độ phát triển khác nhau và có thể không đạt được các tiêu chuẩn đồng thời”. Đoạn 1 và 2 của Điều này không xác lập một tiêu chuẩn quốc tế trong bối cảnh này.”*

CCIA hướng các tòa án trọng tài tới việc tính đến trình độ phát triển của quốc gia khi diễn giải tiêu chuẩn FET thay vì tự xét đoán

Tuy nhiên, ai là người được trao trách nhiệm xác định “trình độ phát triển”?

Chính các trọng tài...

[p://www.comesa.int/](http://www.comesa.int/)

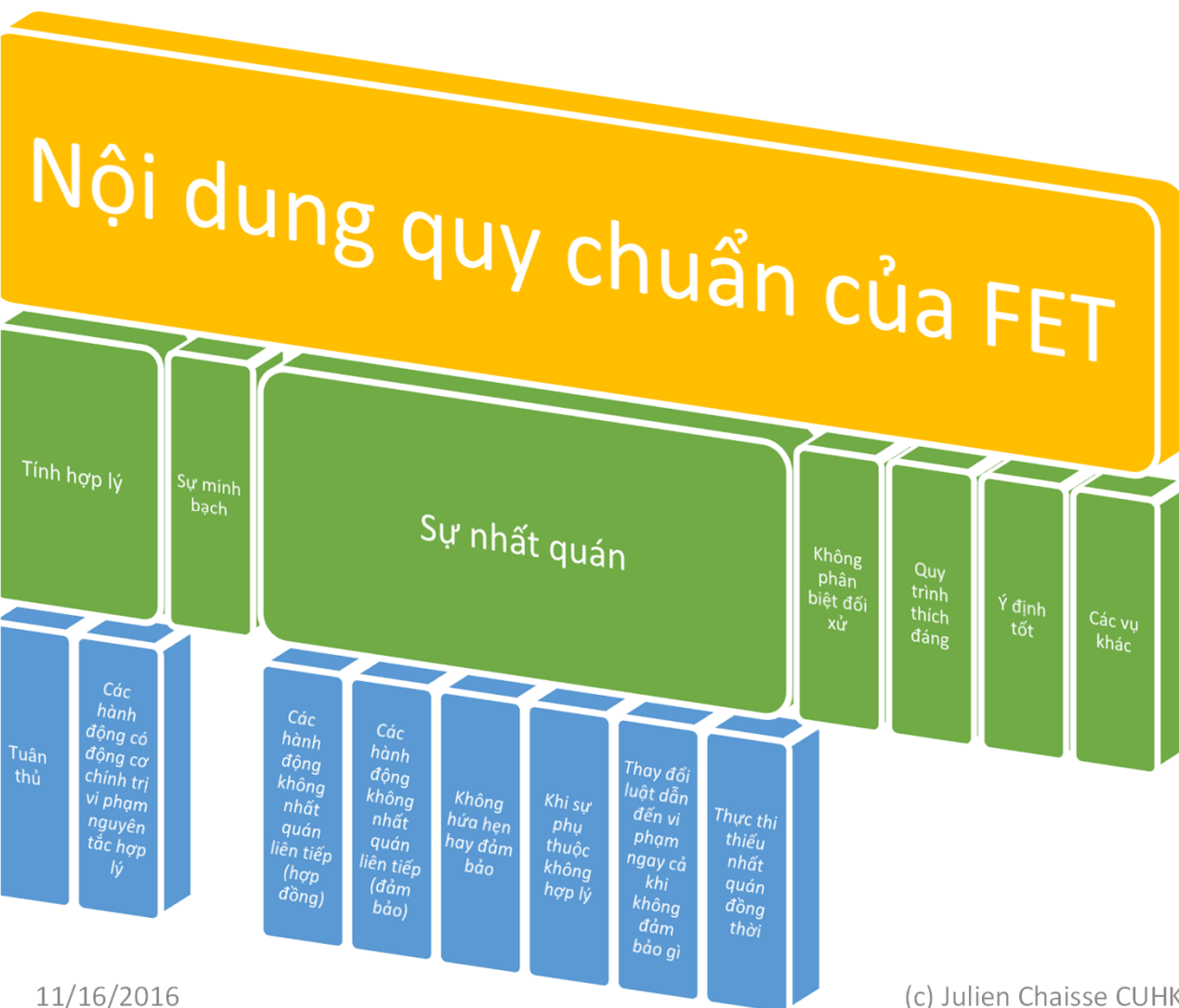
Thực tiễn hiệp định gần đây

- FET trong Điều 11 Hiệp định đầu tư toàn diện ASEAN (2012) một cách chi tiết
- Giới hạn FET ở việc từ chối sự công bằng (trong tòa án hay trong bối cảnh hành chính)
- Tất cả các yếu tố khác dường như bị loại trừ (sự minh bạch, ý định tốt, sự hợp lý, nhất quán...)

Điều 11 Đối xử với đầu tư

- 1. Mỗi nước thành viên phải đối xử với đầu tư thuộc phạm vi điều chỉnh của nhà đầu tư của bất kỳ thành viên nào khác đối xử công bằng và thỏa đáng và bảo hộ và an ninh đầy đủ.*
- 2. Nhằm làm rõ hơn: (a) đối xử công bằng và thỏa đáng đòi hỏi mỗi thành viên không được từ chối công bằng trong các thủ tục hành chính và pháp lý theo nguyên tắc quy trình thỏa đáng; và (b) Bảo hộ và an ninh đầy đủ yêu cầu mỗi nước thành viên phải có các biện pháp hợp lý cần thiết để đảm bảo bảo hộ và an ninh cho đầu tư thuộc diện điều chỉnh.*
- 3. Trường hợp xác định có vi phạm một điều khoản khác của Hiệp định này hoặc một thỏa thuận quốc tế riêng biệt không được coi là vi phạm Điều này.*

Nhận xét kết luận



Khái niệm FET và án lệ

Các phán quyết hiện tại mô tả FET theo hướng luật hiện hành

Một cách hiểu là đòi hỏi về tính hợp lý, minh bạch, sự nhất quán, không phân biệt đối xử và quy trình thích đáng.

Các phán quyết cung cấp thêm thông tin về thể chế về 5 nguyên tắc này bao gồm các phán quyết cạnh tranh về nội dung và thủ tục của FET

Nhận xét kết luận

- Tuy nhiên không phải lúc nào các phán quyết cũng xem xét các nguyên tắc này ở **mức độ đầy đủ nhất**.
 - Nguyên tắc nhất quán, trên thực tế, cho phép một *mức độ thiếu nhất quán nhất định* trong khi nguyên tắc không phân biệt đối xử cũng cho phép *một chút ít phân biệt đối xử*.
 - Nguyên tắc minh bạch hiếm khi được sử dụng làm cơ sở để ra phán quyết cho bên khiếu nại, *trừ khi kết hợp với một nguyên tắc khác*
 - Nguyên tắc quy trình thích đáng *tới nay cũng tỏ ra không quá quan trọng*.
- Án lệ cơ bản đã được phát triển kể từ năm 2003
 - Sự nhất quán và không phân biệt đối xử có khả năng sẽ được vận dụng đầy đủ trong khi tính minh bạch, quy trình thích đáng cũng sẽ có khả năng trở nên quan trọng hơn trong thập kỷ tới.

EVFTA

Article 14 Treatment of Investment

1. Each Party shall accord fair and equitable treatment and full protection and security to investments and investors of the other Party in its territory in accordance with paragraphs 2 to 7.
2. A Party breaches the obligation of fair and equitable treatment referenced in paragraph 1 where a measure or series of measures constitutes:
 - a. Denial of justice in criminal, civil or administrative proceedings; or
 - b. Fundamental breach of due process in judicial and administrative proceedings;
 - c. Manifest arbitrariness; or
 - d. Targeted discrimination on manifestly wrongful grounds, such as gender, race or religious belief; or
 - e. abusive treatment such as coercion, abuse of power or similar bad faith conduct. or
- f. A breach of any further elements of the fair and equitable treatment obligation adopted by the Parties in accordance with paragraph 3 of this Article.
3. Treatment not listed in paragraph 2 can also constitute a breach of fair and equitable treatment where the Parties have so agreed in accordance with the procedures provided in Article X.6 (Amendments).

TPP

Article 9.6: Minimum Standard of Treatment¹⁵

1. Each Party shall accord to covered investments treatment in accordance with applicable customary international law principles, including fair and equitable treatment and full protection and security.
2. For greater certainty, paragraph 1 prescribes the customary international law minimum standard of treatment of aliens as the standard of treatment to be afforded to covered investments. The concepts of “fair and equitable treatment” and “full protection and security” do not require treatment in addition to that which is required by that standard, and do not create additional substantive rights. The obligations in paragraph 1 to provide:
 - (a) “fair and equitable treatment” includes the obligation not to deny justice in criminal, civil or administrative adjudicatory proceedings in accordance with the principle of due process embodied in the principal legal systems of the world; and

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)