



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

Đối xử quốc gia (NT)

Mục tiêu

Xác định các cấu phần của nguyên tắc đối xử quốc gia

Hiểu tầm quan trọng của việc xác định đối tượng so sánh

Đánh giá tầm quan trọng của yêu cầu rằng các đối tượng so sánh phải “ở trong tình huống tương tự”

Xem xét tính phù hợp của pháp luật WTO trong bối cảnh về đầu tư

Article 2

- Không có NT!

1. Each Contracting Party shall in its Area accord to investors of the other Contracting Party and to their investments treatment no less favorable than the treatment it accords in like circumstances to its own investors and their investments with respect to the establishment, acquisition, expansion, operation, management, maintenance, use, enjoyment, and sale or other disposal of investments (hereinafter referred to as "investment activities").

- Cũng không có NT trong Việt Nam-Singapore 1992

ARTICLE 3
Investment Treatment

(1) Each Contracting Party shall in its territory accord to investments and returns of investors of the other Contracting Party treatment no less favourable than that which it accords to investments and returns of its own investors or to investments and returns of investors of any third State, whichever is more favourable to investors.

(2) Each Contracting Party shall in its territory accord to investors of the other Contracting Party, as regards management, maintenance, use, enjoyment or disposal of their investments, treatment no less favourable than that which it accords to its own investors or to the investors of any third State, whichever is more favourable to investors.

(3) Notwithstanding paragraphs (1) and (2) of this Article, the Government of the Socialist Republic of Vietnam may maintain in force those measures, provided they are consistent with Vietnamese law at the date on which this Agreement was signed and, at the same time, set out in the Annex to this Agreement, as exceptions to the grant of treatment no less favourable than that accorded to its own investors. Those exceptions shall be removed from the Annex automatically as soon as the Vietnamese law which provided for those exceptions is amended or repealed, enabling such a removal. The Government of the Socialist Republic of Vietnam shall notify the Government of the Republic of Korea of any amendment or repeal in writing.

(4) The provisions of paragraphs (1) and (2) of this Article shall not be construed as to oblige one Contracting Party to extend to the investors of the other Contracting Party the benefit of any treatment, preference or privilege resulting from an international agreement or arrangement relating wholly or mainly to taxation.

(5) The treatment referred to in paragraphs (1) and (2) of this Article shall not include privileges that either Contracting Party accords to investors of third States on a basis of its present or future membership of, or association with a customs or economic union, a common market or a free trade area or similar international agreement.

EVFTA

Article 3 National Treatment

the sectors inscribed in the schedule of specific commitments in Annexes [...] (lists of commitments on liberalisation of investments of both Parties) and subject to any conditions or qualifications set out therein, each Party shall accord to investors of the other Party and to their investments, with respect to establishment in its territory, treatment no less favourable than that accorded, in like situations, to its own investors and to their investments.

Each Party shall accord, to investors of the other Party referred to in Article 13.1. (i) [(Section 2- Investment Protection, Art. Scope] and to their investments referred to in Article 13.1 (ii) [(Section 2- Investment Protection, Art. Scope)], with respect to the operation of the investments, treatment no less favourable than that accorded in like situations to its own investors and to their investments.

Notwithstanding paragraph 2, and subject to the Annex X (Annex on National Treatment) in the case of Viet Nam, a Party may adopt or maintain any measure with respect to the establishment, management, conduct, maintenance, use, enjoyment and sale or other disposal of investments referred to Article 13.1. (ii) [(Section 2- Investment Protection, Art. Scope)] that is not inconsistent with the commitments inscribed in Annexes [...] (lists of commitments on liberalisation of investments of both Parties), where such measure is:

- a) a measure that is adopted on or before the entry into force of this Agreement;
- b) a measure referred to in sub-paragraph (a) that is being continued, replaced or amended after the entry into force of this Agreement, provided the measure is no less favourable than the measure as it existed prior to its continuation, replacement or amendment; or
- c) a measure not falling within sub-paragraph (a) or (b), provided it is not applied in a way that causes loss or damage¹³ to, investments made in the territory of the Party before the entry into force of such measure.

TPP

Article 9.4: National Treatment¹⁴

1. Each Party shall accord to investors of another Party treatment no less favourable than that it accords, in like circumstances, to its own investors with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments in its territory.

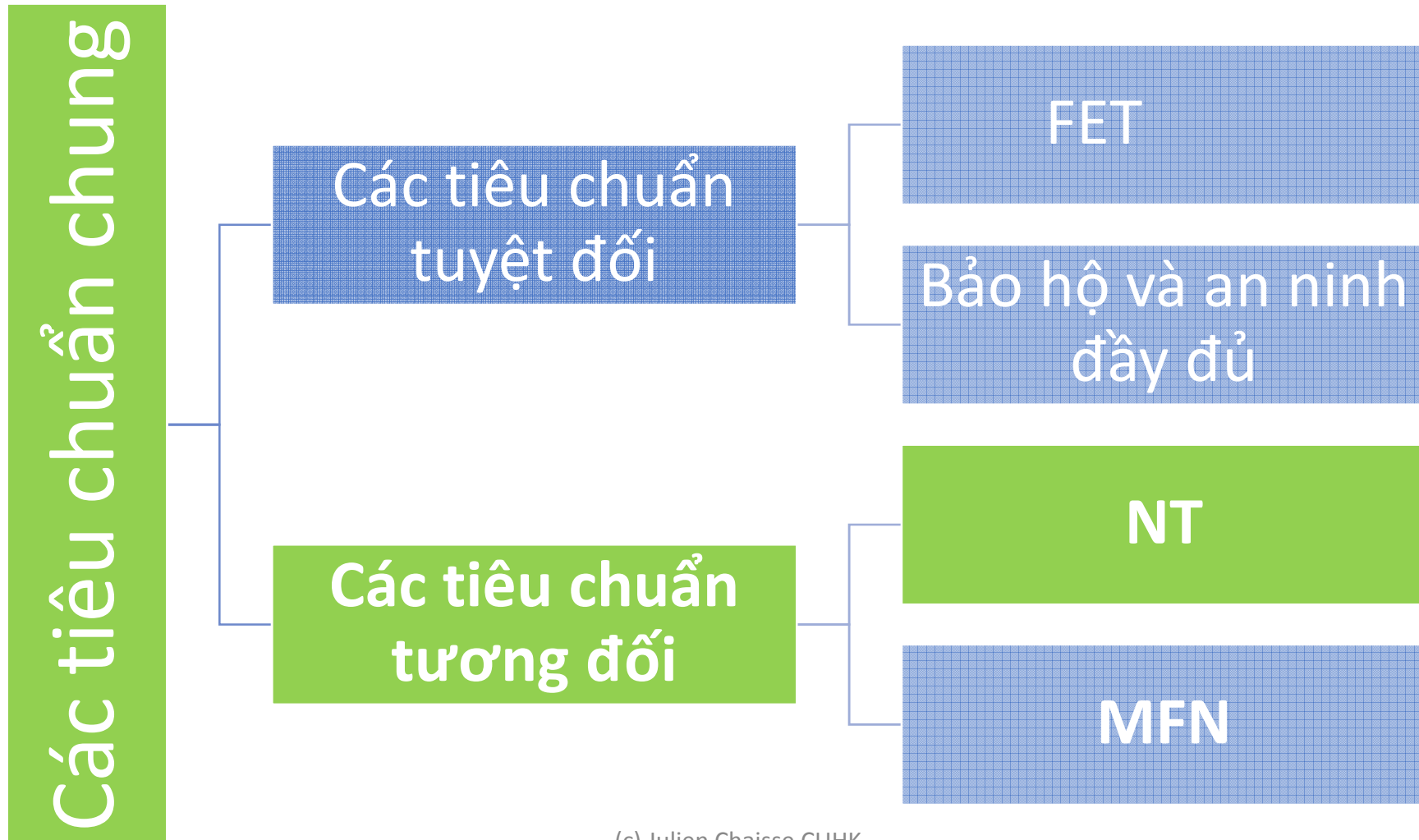
2. Each Party shall accord to covered investments treatment no less favourable than that it accords, in like circumstances, to investments of its own investors with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments.

3. For greater certainty, the treatment to be accorded by a Party pursuant to paragraphs 1 and 2 means, with respect to a regional level of government, treatment no less favourable than the most favourable treatment accorded in like circumstances, by that regional level of government to investors or investments of investors, of the Party of which it forms a part.

‘Các tiêu chuẩn bảo hộ đầu tư’

- IIAs quy định các nghĩa vụ đối xử mà các bên phải dành cho đầu tư/nhà đầu tư
 - **Các tiêu chuẩn tuyệt đối và tương đối**
- **“Tiêu chuẩn đối xử tương đối”**
 - Là sự đối xử bắt buộc phải dành cho đầu tư bằng cách tham chiếu đến sự đối xử dành cho đầu tư khác
- **“Tiêu chuẩn đối xử tuyệt đối”** được gọi như vậy bởi tiêu chuẩn này **không phụ thuộc** vào sự đối xử dành cho đầu tư khác
 - Không tham chiếu đến sự đối xử dành cho đầu tư khác

‘Các tiêu chuẩn bảo hộ đầu tư’



Đề cương

1

- Phạm vi của Đối xử quốc gia

2

- Việc áp dụng tiêu chuẩn ("kiểm tra không phân biệt đối xử")

3

- Ngoại trừ và bảo lưu đối với Đối xử quốc gia

4

- Sự khác biệt giữa WTO và IIA về NT

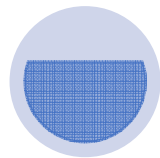
5

- Tác động của án lệ đối với thiết lập quy tắc (Mô hình của Hoa Kỳ 2012)

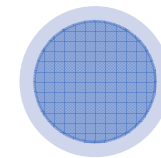
Phạm vi đối xử quốc gia



Ý nghĩa của “đối xử quốc gia”



Phạm vi nội dung

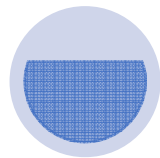


Phạm vi hình thức

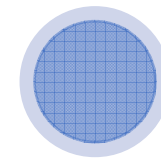
Phạm vi đối xử quốc gia



Ý nghĩa của “đối xử quốc gia”



Phạm vi nội dung



Phạm vi hình thức

“Không cần phải định nghĩa về đối xử quốc gia bởi thuật ngữ này được các luật sư quốc tế sử dụng rất phổ biến.”

- Theo Phán quyết của UNICITRAL/NAFTA vụ Grand River Enterprises Six Nations, Ltd, và các công ty khác với Hợp chủng quốc Hoa Kỳ, công bố ngày 12 tháng 11 năm 2011), đoạn 32

Nghĩa pháp lý

- Quy định điển hình của điều khoản này là nhà đầu tư nước ngoài được đối xử không kém thuận lợi hơn đối xử của nước chủ nhà dành cho nhà đầu tư của mình
- Hiệp định Việt Nam-Hàn Quốc là ví dụ điển hình

Việt Nam-Hàn Quốc (2004)

Điều 3:1 :

- Mỗi Bên ký kết trong phạm vi lãnh thổ của mình phải dành cho đầu tư và lợi tức cho nhà đầu tư của Bên ký kết kia đối xử không kém thuận lợi hơn đối xử dành cho đầu tư và lợi tức của nhà đầu tư của mình [...]

Đối xử quốc gia (Điều 1102 NAFTA)

“không kém thuận lợi hơn đối xử dành cho nhà đầu tư và đầu tư của mình, trong các tình huống tương tự, về các phương diện như thành lập, thu nhận, hoạt động và chuyển nhượng đầu tư.”

BIT Việt Nam-Hàn Quốc Điều 3:1

“... đối xử không kém thuận lợi hơn đối xử dành cho đầu tư và lợi tức của nhà đầu tư của mình ...”

Nghĩa pháp lý

- Trong các thập kỷ trong quá khứ, lời văn của điều khoản này cơ bản duy trì không thay đổi.
 - Điều này cũng đúng đối với thực tiễn ở các nước châu Âu.
 - IIA của Hoa Kỳ quy định rằng điều khoản này sẽ áp dụng trong “các tình huống tương tự”
 - Trung Quốc đã vận dụng các điều khoản thể hệ kế tiếp về NT
- Ngôn ngữ đối xử “không kém phần ưu đãi” tương tự các điều khoản NT khác, chẳng hạn
 - Điều 1202 (dịch vụ) và 1405(1) và (2) (dịch vụ tài chính) NAFTA
 - Điều III:4 GATT 1994 và Điều XVII GATS

“Sự đối xử” là gì?

- «Sự đối xử» không phải là một khái niệm pháp lý mà chỉ mang ý nghĩa rất thông thường
 - Cách nước nhận đầu tư đối xử với nhà đầu tư nước ngoài
 - Điều kiện tiếp cận tòa án địa phương
 - Điều kiện tiếp cận thông tin hay các biểu mẫu hành chính;
 - Luật/quy định về thuế
 - Đối xử bằng quản trị...
- Gần như là không có giới hạn về đối xử

“Đối xử trong nước” tốt nhất

- Khi đàm phán với một nước có hệ thống chính quyền liên bang, một tình huống có thể phát sinh khi một đơn vị địa phương phân biệt đối xử giữa các đơn vị địa phương khác của cùng một nước.
- Điều quan trọng là đảm bảo rằng Đối xử quốc gia áp dụng ở cấp độ vùng, với đối xử không kém ưu đãi so với đối xử tốt nhất trong tình huống tương tự bởi đơn vị địa phương đó dành cho đầu tư hoặc nhà đầu tư của Bên này

Cách tiếp cận ‘chọn cho’

- Để giải quyết vấn đề đối xử không nhất quán với nghĩa vụ NT, một số BIT đưa ra một danh mục minh họa.
- Ví dụ BIT Trung Quốc–Germany 2003 quy định tại Nghị định thư:
 - “Đối xử sau đây, **cụ thể**, được coi là “đối xử không kém ưu đãi” theo nghĩa của Điều 3: đối xử không bình đẳng trong trường hợp có hạn chế về mua nguyên vật liệu thô hoặc nguyên vật liệu bổ trợ, năng lượng, nhiên liệu hoặc phương tiện sản xuất hoặc vận hành thuộc bất kỳ loại nào cũng như các biện pháp khác có cùng tác động.”
- Một danh mục tương tự cũng được áp dụng trong Biên bản ghi nhớ của BIT Trung Quốc–Nhật Bản 1988

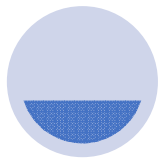
Cách tiếp cận “chọn cho”

- Cách tiếp cận “chọn cho” cho phép các Bên ký kết được loại trừ trường hợp một hoặc nhiều biện pháp cụ thể bị coi là vi phạm nguyên tắc NT.
 - Cách tiếp cận này khiến nghĩa vụ NT trở nên “hữu hình” hơn và đem lại cho nó nội dung cụ thể hơn.
 - Tuy nhiên, danh mục không thể bao quát hết được.
- Không có phán quyết trọng tài nào xem xét đến quy định NT trong IIA của Trung Quốc
 - Tuy nhiên, không nghi ngờ là việc áp dụng trong các khiếu nại trong tương lai sẽ nhất quán với tập tục pháp lý hiện hành

Nghĩa kinh tế và chính trị

- Lịch sử, nghĩa và tác động
 - Về mặt lịch sử, sự phân biệt đối xử là một đặc tính của chủ quyền
 - Các hiệp định kinh tế đã phá bỏ đặc tính này
 - Tác động kinh tế là tạo ra một sân chơi bình đẳng giữa nhà đầu tư trong nước và nước ngoài ở một thị trường tương ứng
- NT là sự xâm phạm chủ quyền của nhà nước

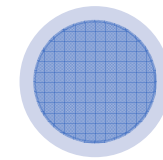
Phạm vi đối xử quốc gia



Ý nghĩa của “đối xử quốc gia”



Phạm vi nội dung



Phạm vi hình thức

Không phải tất cả BIT đều giải quyết vấn đề phạm vi NT theo cách thức như nhau

Nhóm thứ nhất không hề giải quyết vấn đề này (số ít)

- Một số của Ấn Độ
- Việt Nam-Trung Quốc hoặc Việt Nam-SG

Đa số có Đối xử quốc gia, nhưng hạn chế ở đầu tư đã thành lập (chấp nhận)

- Phần lớn
- Cách tiếp cận của BRICS, châu Âu...

Các IIA có NT cho nhà đầu tư cả ở giai đoạn trước và sau thành lập

- Cơ bản là các IIA Bắc Mỹ + Nhật Bản, Singapore
- Cho giai đoạn tiền thành lập

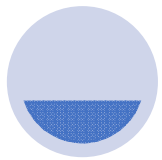
Chấp nhận

Tùy thuộc luật trong nước

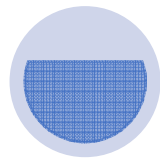
Thành lập

Một số chương trình thông báo, đăng ký, phê duyệt, rà soát đầu tư ... theo luật của nước chủ nhà

Phạm vi đối xử quốc gia



Ý nghĩa của “đối
xử quốc gia”



Phạm vi nội dung



Phạm vi hình
thức

Áp dụng các tiêu chuẩn "trên bề mặt" và "trên thực tế"

- Hầu hết các hiệp định không giới hạn cụ thể phạm vi Đối xử quốc gia trong kiểm tra "trên bề mặt".
 - Vì thế tiêu chuẩn này sẽ áp dụng đối với cả phân biệt đối xử "trên bề mặt" và "trên thực tế".
- Cách tiếp cận này có thể có ảnh hưởng tích cực đến việc củng cố kỷ luật trong việc áp dụng luật trong nước
- Tuy nhiên, điều quan trọng là phải kiểm tra thực tế quản lý và luật hiện hành về tác động phân biệt đối xử "trên thực tế" đối với đầu tư nước ngoài.

Án lệ đã có sự phân biệt về khái niệm

- Đối với việc áp dụng tiêu chuẩn NT, không quan trọng là:
 - Sự khác biệt về đối xử quy định trong luật hay quy định (hoặc chính sách đầu tư) của nước chủ nhà: phân biệt đối xử *trên bề mặt*
 - Hay là hệ quả của một biện pháp dường như không phân biệt đối xử trên bề mặt nhưng trên thực tế là có sự khác biệt về đối xử: phân biệt đối xử *trên thực tế*
- 1) Phạm vi NT rộng, có bao trùm nhiều biện pháp
- 2) Chế độ trên bề mặt và trên thực tế cần chi tiết

Vi phạm trên bề mặt

- Trên bề mặt (Đơn giản): Vụ Occidental với Ecuador 2004
- Năm 2001, Ecuador ban hành “các nghị quyết” từ chối **hoàn thuế VAT cho** Occidental của Hoa Kỳ (trong lĩnh vực dầu khí)
- BIT giữa Ecuador-USA 1997
- Theo NT, Ecuador có phải hoàn thuế VAT cho FDI hay không? Có
- Ecuador đã vi phạm nghĩa vụ NT vì nhiều công ty tham gia xuất khẩu vẫn được hưởng hoàn thuế VAT

Vi phạm NT trên thực tế

- Marvin Roy Feldman Karpas (CEMSA) với Mexico (Abbr Marvin Feldman với Mexico) (NAFTA/ICSID) CASE No. ARB(AF)/99/1 16/12/2002
- Phân biệt đối xử trên thực tế là sự đối xử khác biệt của Mexico
 - Đối với nhà đầu tư nước ngoài (USA-CEMSA) — là nhà phân phối không sản xuất thuốc lá do Hoa Kỳ đầu tư, bị từ chối hoàn thuế đặc biệt đối với việc sản xuất
 - Nhà đầu tư này bị từ chối vì không có hóa đơn do nhà cung cấp phát hành ghi rõ số tiền thuế
 - Cơ quan chức trách Mexico quyết định không cấp hóa đơn này cho người nước ngoài
 - So sánh với đối xử của Mexico cho các công ty của Mexico: nhà phân phối không sản xuất luôn được hưởng hoàn thuế đặc biệt đối với việc sản xuất
- Lưu ý: Không có hóa đơn làm phát sinh vấn đề bằng chứng
 - Đây là gánh nặng đối với nhà đầu tư và rất khó chứng minh
 - Rất ít vụ việc phân biệt đối xử trên thực tế

Marvin Roy Feldman Karpa (CEMSA) với Mexico (Abbr Marvin Feldman với Mexico) (NAFTA/ICSID) CASE No. ARB(AF)/99/1 16/12/2002

- Marvin Feldman là một công dân Hoa Kỳ đã khiếu nại Mexico thay mặt CEMSA theo quy chế bổ sung của ICSID.
 - Thông báo khẳng định rằng CEMSA – một công ty thương mại nước ngoài có đăng ký và là nhà xuất khẩu thuốc lá từ Mexico kể từ năm 1990 đã bị từ chối lợi ích của một luật cho phép hoàn thuế cho nhà xuất khẩu.
 - Feldman khiếu nại việc trưng thu theo Điều 1110 NAFTA do sự từ chối của Mexico
 - (1) trong việc thực hiện quyết định của Tòa tối cao Mexico năm 1993 ưu đãi cho CEMSA về việc hoàn thuế đã nộp,
 - (2) trong việc hoàn thuế đối với thuốc lá mà CEMSA đã xuất khẩu năm 1997.
 - CEMSA khiếu nại thiệt hại khoảng US\$40 triệu
- Tòa trọng tài ra một phán quyết bác bỏ khiếu nại trưng thu của nhà đầu tư (xem tuần 4) *nhưng ủng hộ khiếu nại vi phạm nghĩa vụ NT*

Marvin Roy Feldman Karpa (CEMSA) với Mexico (Abbr Marvin Feldman với Mexico)
(NAFTA/ICSID) CASE No. ARB(AF)/99/1 16/12/2002

- Bằng chứng thực tế hạn chế được cung cấp cho tòa trọng tài cho thấy rằng CEMSA đã bị đối xử kém ưu đãi hơn các nhà phân phối/xuất khẩu trong nước, cấu thành phân biệt đối xử *trên thực tế* bởi SHCP, trái với nghĩa vụ của Mexico theo Điều 1102.
- Các nhà xuất khẩu xi gà duy nhất được xác nhận trước tòa trọng tài là CEMSA (sở hữu bởi công dân Mỹ Feldman) và thành viên trong tập đoàn Poblano của Mexico (Mercados I và Mercados II).
- Theo bằng chứng hiện có CEMSA đã bị từ chối hoàn thuế cho giai đoạn 11-12/1997 và sau đó là giai đoạn 1998-2000; SHCP cũng yêu cầu CEMSA phải hoàn trả các khoản hoàn thuế đã thực hiện từ 6/1996-9/1997.
- Vì thế, CEMSA đã bị từ chối hoàn thuế cho giai đoạn mà các thành viên trong tập đoàn Poblano được hoàn thuế (đoạn 173).

Marvin Roy Feldman Karpa (CEMSA) với Mexico (Abbr Marvin Feldman với Mexico) (NAFTA/ICSID) CASE No. ARB(AF)/99/1 16/12/2002

- Ngoài ra, tòa trọng tài xác định rằng CEMSA đã bị từ chối đăng ký là công ty thương mại xuất khẩu, trong khi 3 thành viên thương mại xuất khẩu xì gà khác (bao gồm tập đoàn Poblano) đã được đăng ký một cách nhanh chóng. (đoạn 175)
- Thừa nhận mức độ hạn chế của bằng chứng về sự phân biệt đối xử, kết luận của đa số tòa trọng tài trước hết dựa vào kết luận rằng gánh nặng bằng chứng được chuyển từ bên nguyên sang bên bị (mà sau đó bên bị đã không đáp ứng nghĩa vụ vụ này) và thứ hai, một kết luận 2 điểm mà bên bị không phản đối được một cách hiệu quả:
 - a. Không có nhà xuất khẩu thương mại xì gà nào (kể cả bên nguyên, các thành viên của tập đoàn Poblano hay bên nào khác) có thể đủ điều kiện hợp pháp để được hưởng hoàn thuế IEPS vì theo thông tin của vụ việc này không có các hóa đơn cần thiết xác định rõ mức thuế.
 - b. Bên nguyên đã bị từ chối hoàn thuế vào thời điểm có ít nhất 3 công ty khác ở tình huống tương tự nghĩa là đều là công ty thương mại và xuất khẩu mà trong đó rõ ràng có 2 thành viên của tập đoàn Poblano được hưởng hoàn thuế (đoạn 176)

Marvin Roy Feldman Karpa (CEMSA) với Mexico (Abbr Marvin Feldman với Mexico)
(NAFTA/ICSID) CASE No. ARB(AF)/99/1 16/12/2002

- Trái lại, một thành viên của tòa trọng tài tin rằng bằng chứng không đủ để chứng minh sự phân biệt đối xử (xem ý kiến phản đối).
- Cho dù tòa trọng tài ghi nhận rằng Điều 1102 không yêu cầu sự vi phạm nghĩa vụ Đối xử quốc gia phải chứng minh mối liên hệ với quốc tịch của nhà đầu tư, tòa xác định rằng trong vụ việc này có mối liên hệ giữa sự phân biệt đối xử và tình trạng pháp lý của bên nguyên là nhà đầu tư nước ngoài (đoạn 182).

Định nghĩa

- Bất kể hiệp định nào (HK, Trung Quốc, Hoa Kỳ hay châu Âu)
- Sự vi phạm phải dựa vào **một hình thức phân biệt đối xử nhất định** mà trong đó nhà đầu tư nước ngoài bị phân biệt đối xử do **quốc tịch của mình**
- Thực tế BIT cho thấy sự tương đồng về quy định này
 - Liệu điều này có nghĩa rằng tiêu chuẩn NT sẽ dễ áp dụng hơn các tiêu chuẩn khác? KHÔNG!
- Ý tưởng chủ đạo: việc áp dụng điều khoản này phải dựa trên thực tế, gồm 2 nội dung
 - **Tiêu chuẩn NT củng cố lại các định nghĩa trừu tượng**
 - **Không có cách tiếp cận nhanh nào đối với việc diễn giải điều khoản này**



Đề cương

1

- Phạm vi của Đối xử quốc gia

2

- Việc áp dụng tiêu chuẩn ("kiểm tra không phân biệt đối xử")

3

- Ngoại trừ và bảo lưu đối với Đối xử quốc gia

4

- Sự khác biệt giữa WTO và IIA về NT

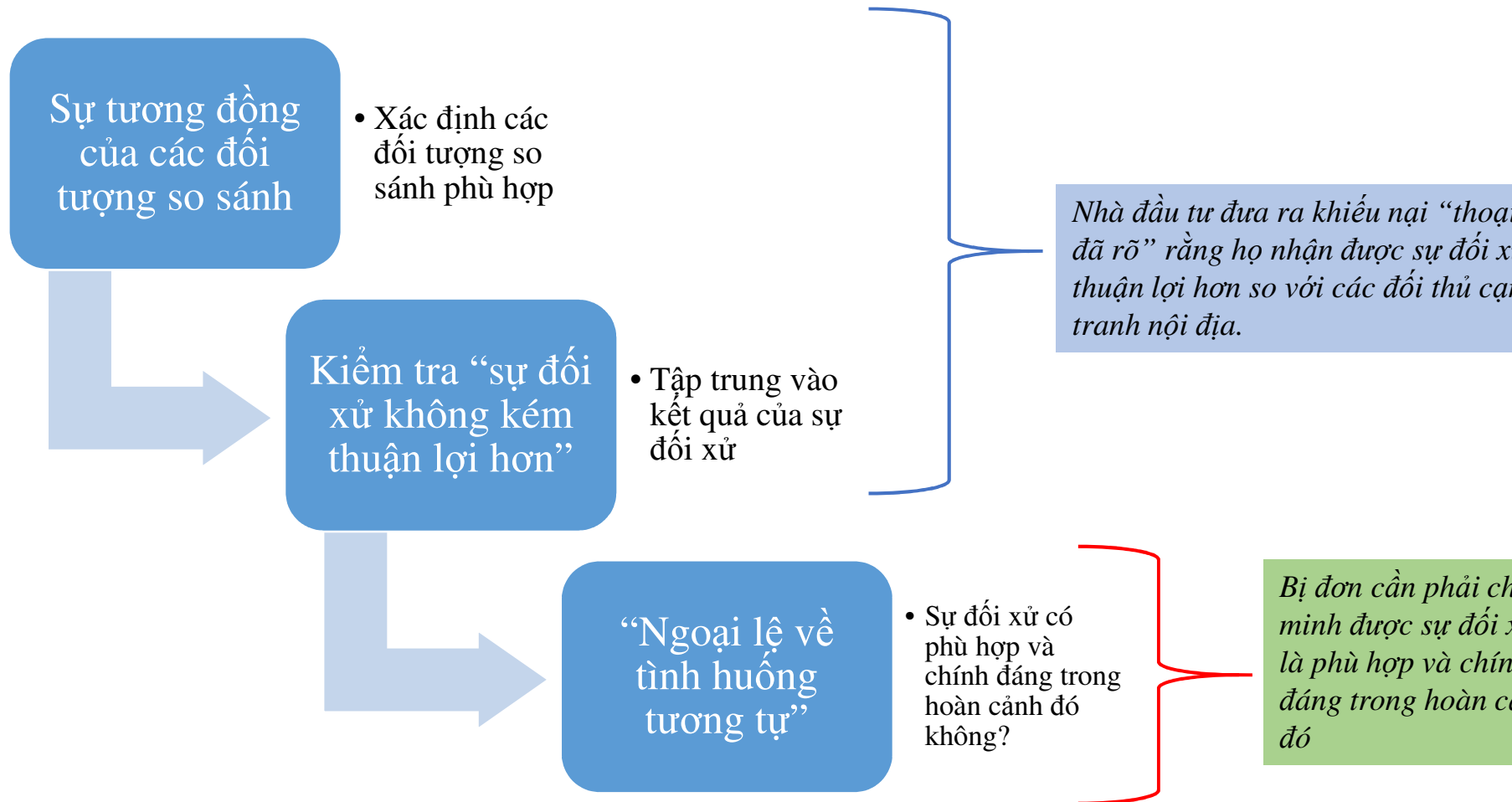
5

- Tác động của án lệ đối với thiết lập quy tắc (Mô hình của Hoa Kỳ 2012)

Kiểm tra sự không phân biệt đối xử

- Tòa án vụ *Pope & Talbot* năm 2001 đã trình bày một phân tích rất rõ ràng và thuyết phục về việc áp dụng nguyên tắc NT, **mà cho tới nay mọi ban hội thẩm NAFTA** đều (ngầm) áp dụng.
 - Xem Phán quyết cuối cùng vụ *Pope & Talbot* năm 2011, đoạn 31-81, đặc biệt là đoạn 78.
- Phân tích này được chia thành ba yếu tố cơ bản, trở thành án lệ cho “kiểm tra sự không phân biệt đối xử”

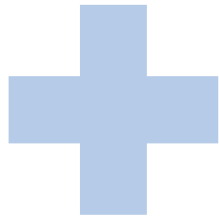
Kiểm tra sự không phân biệt đối xử



Các vấn đề xác định của nguyên đơn

Đầu tiên, cần phải xác định xem nhà đầu tư nước ngoài và nhà đầu tư trong nước có được đặt trong cùng một bối cảnh so sánh không

(Hay nói cách khác theo thuật ngữ trong IIAs của Hoa Kỳ, là “tình huống tương tự” hay “tình huống tương tự”)



Thứ hai, phải xác định được liệu sự đối xử dành cho nhà đầu tư nước ngoài có ít nhất cũng thuận lợi như sự đối xử dành cho nhà đầu tư trong nước không.

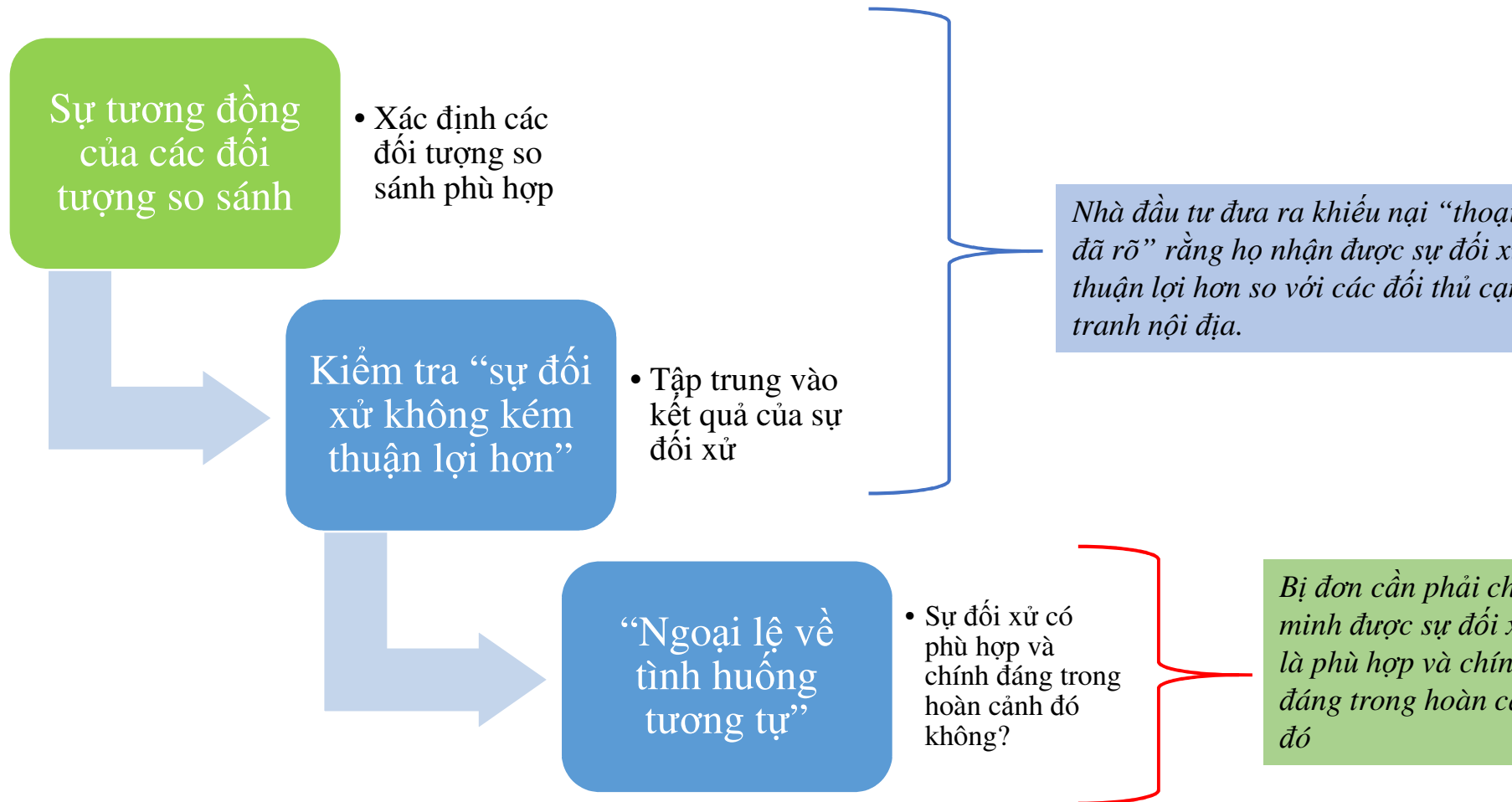


“Thoạt nhìn đã rõ” là vi phạm nguyên tắc NT

Đằng sau hai câu hỏi đầu tiên có vẻ đơn giản này về điều khoản NT là các vấn đề phức tạp chỉ trả lời được bằng án lệ

- Nước chủ nhà có thể sử dụng chính sách nào để biện minh cho sự phân biệt đối xử giữa nhà đầu tư nước ngoài và nhà đầu tư trong nước?
- Có phải sự vi phạm nguyên tắc này chỉ xảy ra trên cơ sở các khác biệt về quốc tịch? Ý nghĩa của sự khác biệt không phải khác biệt về quốc tịch nhưng không thể biện minh được trên cơ sở lý luận khác là gì?
- Khi so sánh nhà đầu tư nước ngoài với nhà đầu tư trong nước, có cần phải xác định nhà đầu tư trong nước nào là tiến hành hoạt động kinh doanh tương tự không, hay cứ so sánh với nhà đầu tư mà không cùng loại hình kinh doanh cũng là đủ?
- Trong bối cảnh này, có cần phải phân biệt giữa phân biệt đối xử theo luật định và phân biệt đối xử trên thực tế không?

Kiểm tra sự không phân biệt đối xử



Xác định đối tượng so sánh phù hợp

- Trường hợp sự đối xử được xét chỉ có trong một ngành cụ thể nhất định, đương nhiên các đối tượng so sánh sẽ là các nhà đầu tư hoạt động thuộc ngành đó (chứ không phải là mọi nhà đầu tư trên lãnh thổ nước nhận đầu tư).
- Cơ sở cho so sánh là dựa trên **sự tương đồng của các đối tượng so sánh**
 - Tòa án vụ Pope & Talbot kết luận một cách logic rằng “bước đầu tiên là phải so sánh sự đối xử dành cho khoản đầu tư nước ngoài được bảo vệ theo Điều 1102(2) với khoản đầu tư trong nước trong cùng một loại hình hoạt động kinh doanh hay lĩnh vực kinh tế...”.
 - *Tuyên bố của OECD về Đối xử quốc gia đối với các doanh nghiệp do nước ngoài kiểm soát* năm 1993 cũng đưa ra cơ sở để thiết lập bước đầu tiên này:
 - Mexico là một thành viên của OECD và bị ràng buộc bởi các tuyên bố chính thức
 - “Xét thuật ngữ “tình huống tương tự”, sự so sánh giữa các doanh nghiệp do nước ngoài kiểm soát thành lập tại một nước thành viên với các doanh nghiệp trong nước tại nước thành viên đó chỉ hợp lệ khi các doanh nghiệp này **hoạt động trong cùng một lĩnh vực**”

Xác định đối tượng so sánh phù hợp

- Có thể nhận thấy bước đầu tiên này ở trong các lập luận đi đến quyết định của mọi phiên tòa NAFTA khác cho dù không phải lúc nào chúng cũng trình bày rõ ràng về bước này.
 - Ví dụ, trong vụ Feldman, Tòa bắt đầu bằng cách xác định rằng “**tập hợp các nhà đầu tư và khoản đầu tư áp dụng cho so sánh**” bao gồm các doanh nghiệp tham gia hoạt động mua và bán lại thuốc lá...
 - Chứ không phải là một tập hợp lớn hơn bao gồm cả các nhà sản xuất, bởi các bên tranh chấp đã thỏa thuận về sự so sánh
- Biện pháp được xét trong vụ Feldman là biện pháp hoàn thuế xuất khẩu
 - *Xem Phán quyết vụ Feldman, đoạn 171-172.*

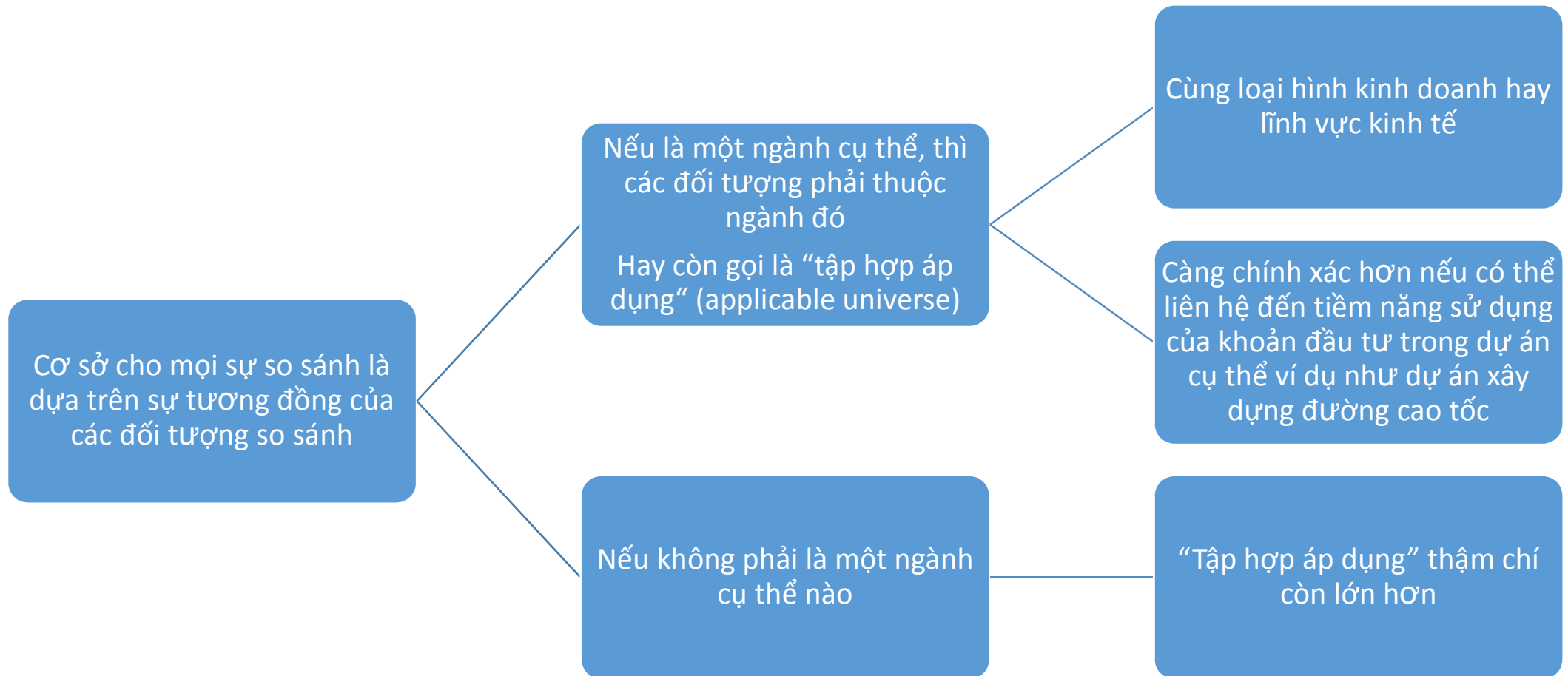
Xác định đối tượng so sánh phù hợp

- Các ví dụ khác
- Tòa trọng tài vụ *ADF* xác định rằng điểm so sánh theo Điều 1102(2) là giữa các sản phẩm thép của nhà đầu tư (là một nhà chế tạo thép) với các sản phẩm thép của các nhà đầu tư trong nước, *để sử dụng cho một dự án cao tốc*.
- Thông qua hàm ý cần thiết, tòa trọng tài tập trung so sánh vào các công ty hoạt động trong lĩnh vực chế tạo thép làm **“tổng thể” các nhà đầu tư so sánh** theo Điều 1102(1).
 - Phán quyết của ADF, tại 155.

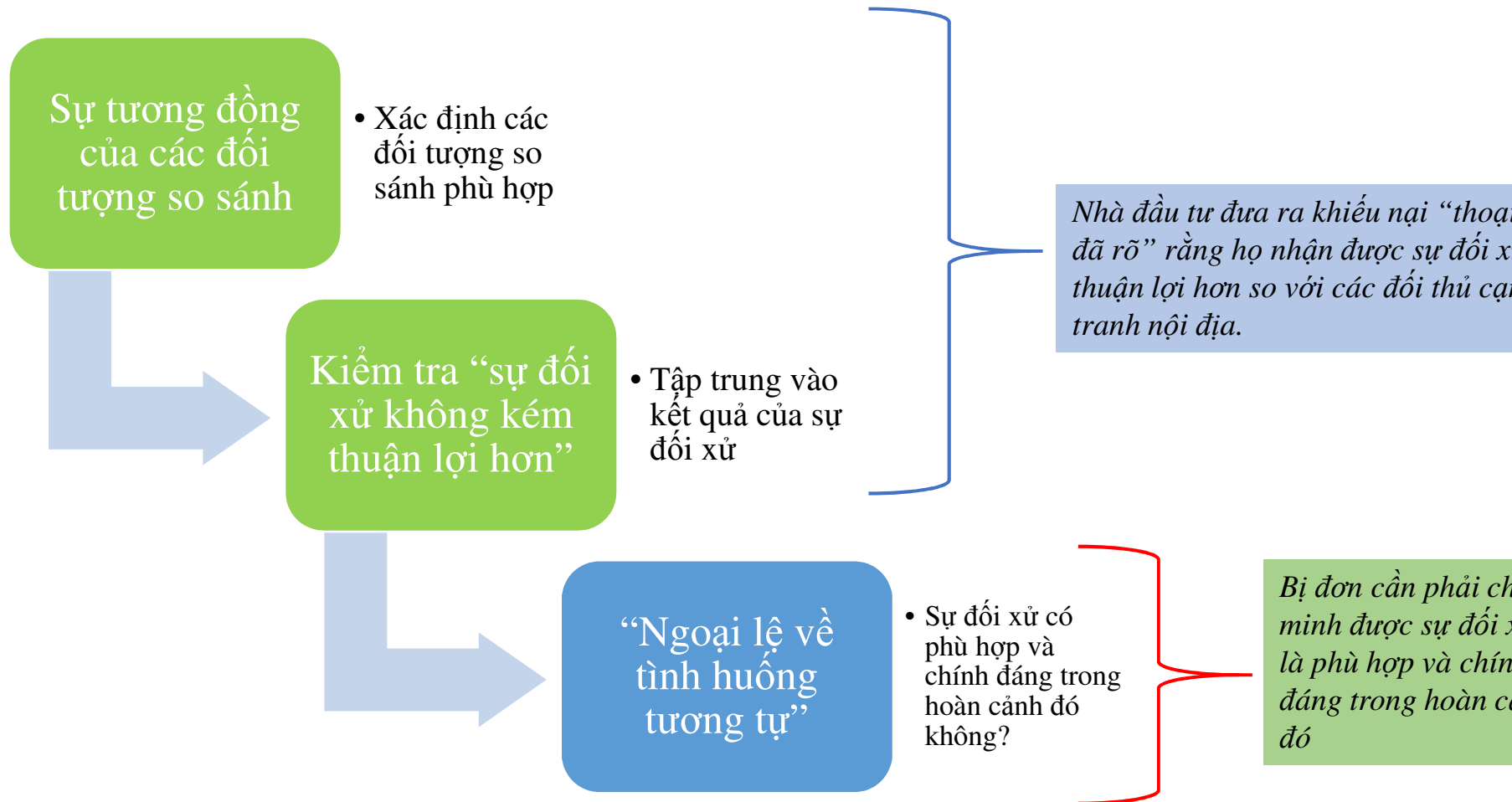
Một ví dụ có thể chất vấn?

- Occidental Exploration & Prod. Co. với CH Ecuador, LCIA Case. No. UN 3467 (Phán quyết cuối cùng) (1/7/2004)
- Bên nguyên lập luận rằng Ecuador đã vi phạm nghĩa vụ Đối xử quốc gia trên cơ sở là các công ty tham gia xuất khẩu các sản phẩm khác (ví dụ hoa, khoáng chất, thủy sản) vẫn được hưởng hoàn thuế VAT
- Bên nguyên cũng khẳng định nghĩa của cụm từ “trong các tình huống tương tự” không đề cập đến các ngành hay công ty cùng lĩnh vực, chẳng hạn như các nhà sản xuất dầu, mà **là so sánh với các công ty cùng tham gia xuất khẩu** kể cả khi các công ty này hoạt động trong các lĩnh vực khác” (đoạn 170)
- “Quan điểm của Tòa trọng tài là trong bối cảnh cụ thể này, khiếu nại của bên nguyên là đúng và lập luận của bên nguyên là thuyết phục”. (đoạn 173)
- **Logic không thỏa mãn và thiếu chi tiết**
- Tại sao không phải là phân tích xuyên ngành? Dường như mức độ tổn thất của Occidental khiến tòa trọng tài nhấn mạnh việc bảo hộ cần thiết cho nhà đầu tư khi có tác động tiêu cực mà một phân tích xuyên ngành chặt chẽ có thể chỉ ra...

Tổng kết về xác định đối tượng so sánh



Kiểm tra sự không phân biệt đối xử



Kiểm tra “sự đối xử không kém thuận lợi hơn”

- Nhà đầu tư và khoản đầu tư của họ được hưởng mức độ đối xử tốt nhất dành cho **bất kỳ** nhà đầu tư hay khoản đầu tư trong nước khác hoạt động trong tình huống tương tự.
 - Lưu ý: Điều này cũng đúng với sự đối xử dành cho nhà đầu tư và khoản đầu tư nước ngoài khác theo nguyên tắc MFN
- So sánh không giới hạn ở việc chỉ đánh giá xem liệu sự đối xử nhận được có tương tự về cơ bản không.
 - **Mà tập trung vào kết quả của sự đối xử nhận được**
- Tòa án vụ Myers đã nhận định:
 - “Ý định là quan trọng, nhưng ý định bảo hộ không phải luôn luôn tự quyết định được. Sự tồn tại ý định thiện vị công dân trong nước so với công dân nước ngoài sẽ không phát sinh vi phạm Điều 1102 nếu biện pháp được xem xét không gây ra ảnh hưởng bất lợi nào đối với nguyên đơn là công dân nước ngoài. Thuật ngữ “sự đối xử” gợi ý rằng phải có ảnh hưởng trên thực tế thì mới dẫn đến vi phạm Điều 1102, chứ không chỉ đơn thuần là động cơ hay ý định là đã vi phạm Chương 11.”
 - *Xem Phán quyết vụ Myers, đoạn 254*

Kiểm tra “sự đối xử không kém thuận lợi hơn”

- Vì vậy kiểm tra “sự đối xử không kém thuận lợi hơn” **không phải là so sánh toàn bộ sự đối xử nhận được** theo các nhóm nhà đầu tư hay khoản đầu tư trong nước hay nước ngoài.
- Mà cụ thể là về sự trải nghiệm của nguyên đơn.
 - Việc mọi nhà đầu tư nước ngoài khác nhận được sự đối xử trên thực tế là giống với sự đối xử dành cho mọi nhà đầu tư trong nước không phải điều quan trọng
 - Việc có các nhà đầu tư trong nước khác cũng chỉ nhận được sự đối xử kém thuận lợi hơn không phải điều quan trọng.
- So sánh ở đây là so sánh giữa sự đối xử nguyên đơn nhận được với sự đối xử tốt nhất mà một nhà đầu tư trong nước hoạt động trong cùng điều kiện hoàn cảnh tương tự nhận được.



- Như tòa trọng tài vụ *Pope & Talbot* ghi nhận (để phản hồi lại lập luận của Canada rằng một nhà đầu tư không thể khiếu nại về việc không được hưởng đối xử tốt nhất mà một hoặc nhiều đối thủ cạnh tranh trong nước được nhận):
 - “Canada đã gợi ý rằng không có lý do nào giải thích tại sao các bên tham gia NAFTA áp dụng cách tiếp cận này hay cũng như không có bằng chứng nào về ý định sẽ làm như vậy và tòa trọng tài cũng thấy vậy. Tòa trọng tài tin rằng ngôn ngữ của Điều 1102(3) đơn giản là nhằm làm rõ rằng nghĩa vụ của nhà nước hay địa phương là dành đối xử tốt nhất cho đầu tư của nhà đầu tư nước ngoài như nhà đầu tư của mình. Vì thế, như đã ghi nhận, việc đối xử của nhà nước và địa phương theo Điều 1102(3) là yêu cầu đối với các bên tham gia NAFTA theo các Điều 1102(1) and (2), rằng việc diễn giải củng cố kết luận rằng, giống như nhà nước và địa phương, chính quyền quốc gia bị coi là không tuân thủ NAFTA nếu đối xử với đầu tư nước ngoài kém ưu đãi hơn mức độ ưu đãi dành cho đầu tư trong nước ...
 - Tòa trọng tài kết luận rằng “không kém ưu đãi” nghĩa là tương đương, không phải là hơn hay kém so với mức độ ưu đãi tốt nhất dành cho đối thủ cạnh tranh”
 - *Phán quyết cuối cùng của vụ Pope & Talbot* các đoạn 41 & 42.

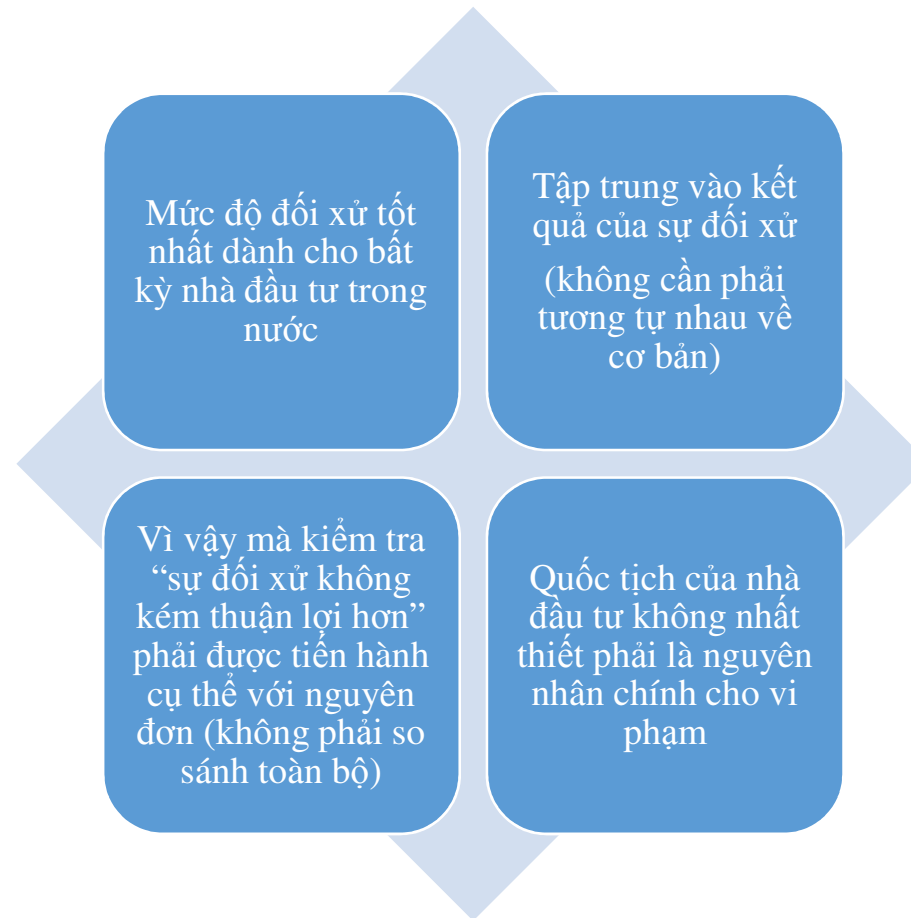
Quốc tịch của nhà đầu tư không phải là nguyên nhân của việc vi phạm NT

- **Không nhất thiết** phải chứng minh rằng lý do của sự khác biệt trong đối xử dành cho nhà đầu tư hay đầu tư là do quốc tịch (nghĩa là không phải nhà đầu tư trong nước).
- Như tòa trọng tài vụ *Feldman* đã giải thích
 - “Rõ ràng rằng khái niệm Đối xử quốc gia đã được đưa vào NAFTA và các hiệp định tương tự được thiết kế nhằm tránh phân biệt đối xử trên cơ sở quốc tịch, hoặc “vì lý do quốc tịch” ... Tuy nhiên, điều này không tự thân là bằng chứng, như bên bị đã lập luận rằng sự vi phạm Đối xử quốc gia phải thể hiện *rõ ràng là* do quốc tịch của nhà đầu tư. Điều 1102 không có quy định nào như vậy. Thay vào đó Điều 1102 cho thấy chỉ cần chứng minh việc đối xử kém ưu đãi hơn cho nhà đầu tư nước ngoài so với nhà đầu tư trong nước trong các tình huống tương tự”
 - *Phán quyết Feldman*, đoạn 181.

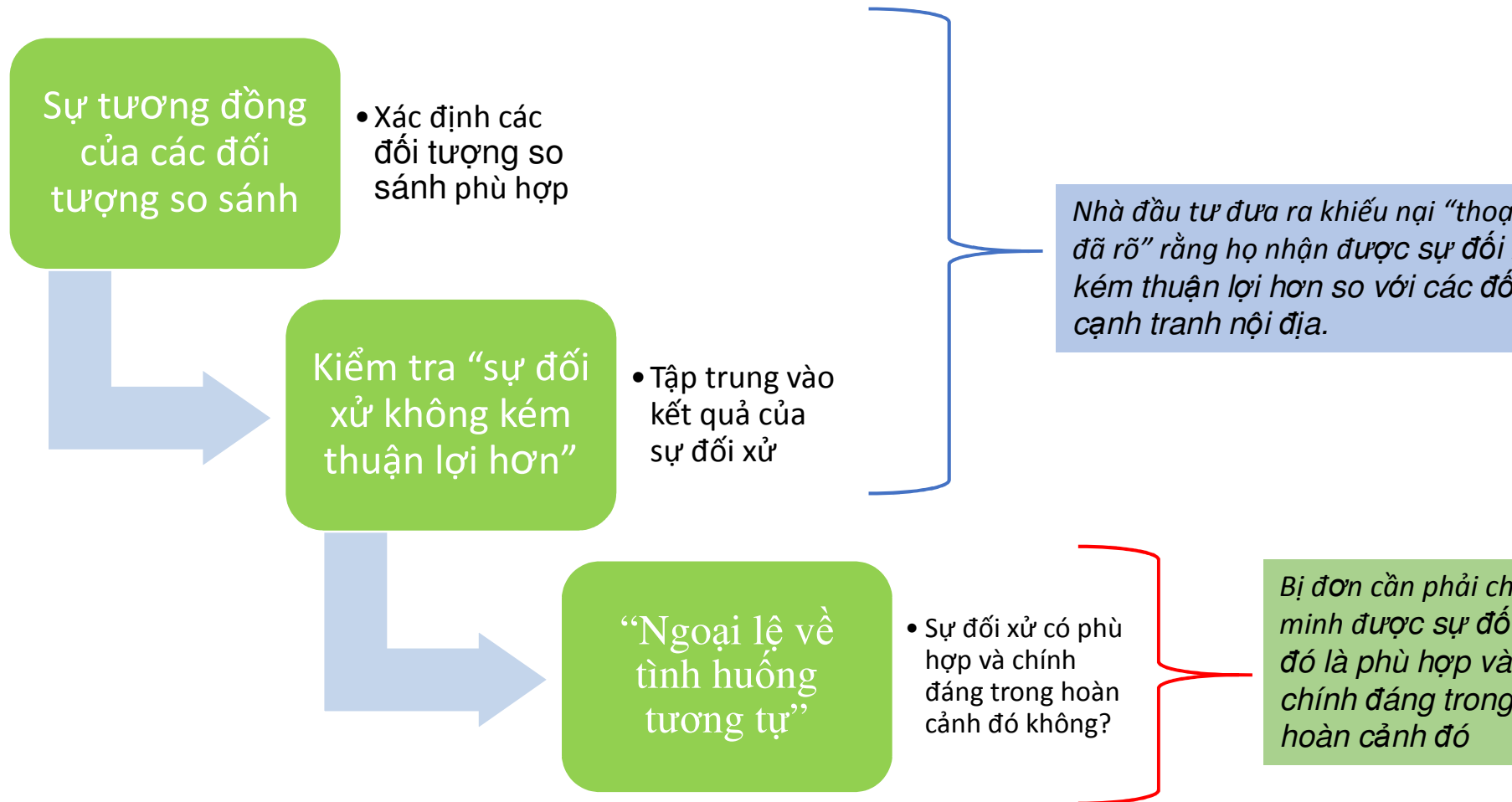
Đối xử không kém ưu đãi

- Trong vụ *S.D. Myers, Inc. v. Canada*, tòa trọng tài kết luận rằng cơ sở thích hợp cho việc so sánh – liên quan đến một biện pháp cấm xuất khẩu chất thải PCB từ Canada gây bất lợi cho nhà đầu tư vào các cơ sở tháo dỡ ở ngoài ngoài Canada – **giữa các đối thủ cạnh tranh giành thị phần trên thị trường phá hủy chất thải PCB của Canada.**
- Tòa trọng tài kết luận như vậy cho dù Canada phản bác rằng nhà đầu tư chỉ có thể so sánh với các công ty môi giới chất thải PCB vì nhà đầu tư không hoàn toàn phá hủy PCB ở Canada.
- Lập luận này bị phản đối do có bằng chứng mạnh cho thấy công ty trong nước về phá hủy PCB của Canada đã tích cực trong việc vận động hành lang Thủ tướng cho việc áp dụng lệnh cấm xuất khẩu và do đó đã ngăn chặn Myers tham gia thị trường Canada, chứ không phải các công ty môi giới chất thải nào khác (mà hầu hết đều hoan nghênh công việc tạo ra từ hoạt động cạnh tranh).
- *S.D. Myers, Inc. v. Canada*, Merits Award, NAFTA/UNCITRAL Tribunal, 13/11/2000, at 251.

Tổng kết về kiểm tra sự đối xử không kém thuận lợi hơn



Kiểm tra sự không phân biệt đối xử



Án lệ gần đây

- Một số phán quyết gần đây trong đó tòa trọng tài đã xem xét các tiêu chí **phạm vi và áp dụng** ‘trong các tình huống tương tự’.
 - Merrill & Ring Forestry LP và CP Canada, UNCITRAL, Award, đoạn 79–94 (31/3/2010);
 - Total SA và CH Argentine, ICSID Case No ARB/04/1, Decision on Liability, đoạn 210–17 (27/12/2010);
 - Grand River Enterprises Six Nations, Ltd, and others và Hoa Kỳ, UNCITRAL/NAFTA, Award, đoạn 158–71 (12/1/2011).

“tình huống tương tự”: trong hay ngoài?

- “tình huống tương tự” là yếu tố điển hình trong các Hiệp định đầu tư quốc tế (IIAs) của Hoa Kỳ
 - Các tòa án, đặc biệt là các phiên tòa NAFTA, sử dụng đặc điểm “ở trong tình huống tương tự” để xác định các nhà đầu tư phù hợp làm đối tượng so sánh và để có thể biện minh cho các biện pháp của Nhà nước.
 - Sự kiểm tra này ‘là một bài kiểm tra so sánh – theo đó **nguyên đơn được yêu cầu xác định đối tượng so sánh** (là công dân trong nước hay công dân nước ngoài nào khác) mà nhận được sự đối xử tốt hơn so với những gì nguyên đơn nhận được từ quốc gia là bị đơn’
- Hầu hết các IIAs của châu Âu và Trung Quốc đều có xu hướng không đưa yêu cầu về “tình huống tương tự” vào để kiểm tra về nguyên tắc NT
 - trừ BIT Trung Quốc – Mexico và BIT Trung Quốc – Colombia ký năm 2008.

“Tình huống tương tự”: ý kiến chê trách

- “khó mà hiểu được bản chất của hạn chế này trong bối cảnh đầu tư. **Một công ty đa quốc gia lớn với tư cách là một nhà đầu tư sẽ không bao giờ có ‘tình huống tương tự’** vì quy mô doanh nghiệp và tổ chức liên kết chiều dọc toàn cầu của mình”
 - M Sornarajah, Luật quốc tế về đầu tư (Phiên bản 2, Cambridge University Press 2004) trang 235

“Tình huống tương tự”: trong hay ngoài?

- Trường hợp không đề cập đến cụm từ này, việc diễn giải có thể trên cơ sở so sánh với **một tập hợp các nhà đầu tư trong nước có quy mô lớn hơn**
- Trường hợp có đề cập đến cụm từ này, so sánh sẽ được tiến hành đối với một tập hợp các nhà đầu tư trong nước có quy mô nhỏ hơn
 - Theo nghĩa này, đối xử quốc gia gắn với tình huống tương tự đặt ra ngưỡng cao hơn
 - Tức là sẽ khó hơn để chứng minh vi phạm nguyên tắc NT theo NAFTA hơn các IIA khác

“Ngoại lệ trên thực tế” trong phân tích tình huống tương tự

- Sau khi bên nguyên chứng minh một vi phạm “thoạt nhìn đã rõ” đối với nguyên tắc NT (hay MFN), phân tích chuyển sang câu hỏi về **liệu có thể giải thích hợp lý rằng sự đối xử khác biệt là chính đáng trong tình huống đó không**.
- Đối với Ban hội thẩm vụ Dịch vụ vận tải Hoa Kỳ, điểm thứ ba trong kiểm tra sự không phân biệt đối xử là **ngoại lệ trên thực tế** - tập trung vào cụm từ “đối xử trong tình huống tương tự”.
 - Giống như câu ngạn ngữ cổ về táo vào cam, Ban hội thẩm tuyên bố rằng chỉ có thể biện minh cho sự đối xử khác biệt khi đối tượng so sánh không xứng đáng được nhận sự đối xử tương tự
 - Tuy nhiên, Ban hội thẩm cũng lưu ý rằng phải hiểu **“ngoại lệ về tình huống tương tự” theo nghĩa hẹp** để không loại bỏ ý nghĩa thực sự của nghĩa vụ đối xử quốc gia

“ngoại lệ trên thực tế”

- 1) Vì vậy, một khi bên nguyên – nhà đầu tư đã đưa ra khiếu nại “thoạt nhìn đã rõ” rằng họ nhận được sự đối xử kém thuận lợi hơn bất kỳ đối thủ cạnh tranh trong nước hay nước ngoài nào (MFN)
- 2) Thì việc bên bị – Nhà nước biện minh sự đối xử đó là hợp lý và chính đáng trong hoàn cảnh cụ thể là phù hợp
- Cách tiếp cận này là phù hợp với các nguyên tắc chung của luật quốc tế và các nguyên tắc áp dụng đối với bằng chứng theo luật tập quán quốc tế.

“Ngoại lệ *trên thực tế*”

- Như hầu hết các trọng tài của tòa trọng tài trong vụ *Feldman* ghi nhận
 - “Về câu hỏi gánh nặng chứng minh, đa số thấy rằng tuyên bố sau của luật quốc tế là hữu ích theo Ban Bồi thẩm của WTO:
 - ... nhiều tòa trọng tài quốc tế, bao gồm cả Tòa án quốc tế nói chung và nhất quán chấp nhận và áp dụng quy tắc là bên khẳng định một điều là sự thật, bất kể là bên nguyên hay bên bị, sẽ có trách nhiệm cung cấp bằng chứng. Và nói chung chấp nhận là nghĩa vụ bằng chứng theo luật dân sự, luật chung, trên thực tế hầu hết các cơ chế tài phán, đều khẳng định nghĩa vụ bằng chứng là của bên, bất kể bên nguyên hay bên bị, có khẳng định về một khiếu nại hay phòng vệ. Nếu bên này có đủ bằng chứng để khẳng định một điều là đúng thì nghĩa vụ bằng chứng sẽ chuyển sang bên kia, và sẽ là *bên thua nếu không có đủ bằng chứng để chứng minh điều ngược lại*.
 - Ở đây, bên nguyên theo quan điểm của chúng tôi đã có một giả định và một vụ việc trên thực tế là bên nguyên bị đối xử khác và kém thuận lợi hơn một số nhà phân phối xi gà khác của Mexico và bên nguyên đã không cung cấp được bằng chứng chứng minh ngược lại giả định đó.”
 - *Phán quyết Feldman*, đoạn 177.

“Ngoài trừ *trên thực tế*”

- Vụ *Feldman* liên quan đến một hình thái thực tế phân biệt đối xử đơn giản.
 - Nhà đầu tư bị từ chối hoàn thuế trong khi nhà đầu tư trong nước có đầu tư ở tình huống tương tự được hoàn thuế.
 - Nhà đầu tư bị kiểm toán toàn diện tại thời điểm nhà đầu tư trong nước cơ bản không bị kiểm tra như vậy.
- Trong khi Mexico thừa nhận rằng không một đối tượng so sánh nào đáng được nhận hoàn thuế như vậy theo luật trong nước áp dụng, thực tế là việc hoàn thuế đã diễn ra. Phần lớn trọng tài của tòa trọng tài theo đó đã kết luận rằng sự khác biệt về cách đối xử này là vi phạm *trên bề mặt* Điều 1102.
- Tòa cũng kết luận rằng Mexico đã không cung cấp được bằng chứng biện giải sự khác biệt về cách đối xử này.
 - Tòa vụ *Feldman* cũng kết luận rằng hoạt động kiểm toán cũng chỉ nhằm tới nhà đầu tư nước ngoài chứ không phải áp dụng đối với tất cả các doanh nghiệp trong ngành, cũng là vi phạm Điều 1102
- *Phán quyết Feldman*, đoạn 173-176.

S.D. Myers, Inc. với Canada, (NAFTA/UNCITRAL)

- S.D. Myers, Inc. (“SDMI”) là một công ty Hoa Kỳ có đầu tư ở Canada – MYERS Canada. Một trong các lĩnh vực kinh doanh chủ chốt của SDMI là xử lý Polychlorinated biphenyl (PCB). Đây là một chất nguy hại đến môi trường sử dụng chủ yếu trong các thiết bị điện. MYERS Canada được thành lập để thu gom chất thải PCB của Canada để xử lý bởi SDMI tại cơ sở ở Hoa Kỳ
- Năm 1980 Hoa Kỳ đóng cửa biên giới đối với chất thải PCB nhưng vào mùa thu 1995 Hoa Kỳ lại cấp phép cho SDMI trong 25 tháng để nhập khẩu chất thải PCB từ Canada. Ngay sau đó, Canada đã ra một lệnh cấm xuất khẩu PCB sang Hoa Kỳ (“Lệnh” hay “biện pháp”) do đó khiến SDMI và cơ sở đầu tư của bên này ở Canada không tiến hành được hoạt động dự kiến. Việc cấm này có hiệu lực khoảng 16 tháng (từ 11/1995-2/1997).

S.D. Myers, Inc. với Canada, (NAFTA/UNCITRAL)

- 2/1997, Canada bãi bỏ lệnh cấm và mở cửa trong 5 tháng.
 - Tuy nhiên, lần này lại đến lượt Hoa Kỳ cấm do quyết định của một tòa án Hoa Kỳ.
 - Kể từ đó, biên giới bị đóng cửa đối với các lô hàng PCB.
- SDMI khiếu nại theo Chương 11 NAFTA rằng lệnh cấm của Canada vi phạm nghĩa vụ NAFTA:
 - Điều 1102 – **Đối xử quốc gia. (thành công)**
 - Điều 1105 – Tiêu chuẩn đối xử tối thiểu. **(successful)**
 - Điều 1106 – Yêu cầu thực hiện. (bị bác)
 - Điều 1110 – Trưng thu. (bị bác)

S.D. Myers, Inc. với Canada, (NAFTA/UNCITRAL)

- Tòa trọng tài kết luận rằng lệnh cấm của Canada không phải vì lý do môi trường như Canada nêu
- Trái lại, lệnh cấm này **chủ yếu nhằm bảo hộ ngành xử lý chất thải PCB của Canada trong cạnh tranh với Hoa Kỳ và ưu đãi hơn cho doanh nghiệp của Canada so với doanh nghiệp nước ngoài.**
- SD Myers và cơ sở đầu tư của bên này tại Canada bị ngăn cản thực hiện hoạt động kinh doanh dự kiến. Đây là một bất lợi rõ ràng cho bên này so với các đối thủ cạnh tranh Canada
- Vì thế tòa trọng tài đã kết luận rằng việc ban hành lệnh cấm là vi phạm Điều 1102

“Ngoại trừ *trên thực tế*”

- Trong trường hợp biện pháp có tính chất quốc gia về phạm vi nhưng bản chất của hoạt động kinh doanh có tính chất địa phương hơn hoặc chỉ có hơn kém một vài đối thủ cạnh tranh có thể xác định được, thì việc so sánh có thể dựa trên một phân tích kinh tế ngành ở nơi hoạt động của nhà đầu tư. Nói cách khác là không cần thiết phải chứng tỏ rằng các bên so sánh trên thực tế cạnh tranh trực tiếp với nhau trong một khu vực cụ thể nào. Phân tích có thể được thực hiện ở cấp độ ngành.
- Như tòa trọng tài vụ *Myers* ghi nhận trong phán quyết của mình:
 - “Khái niệm “tình huống tương tự” đòi hỏi việc kiểm tra xem một nhà đầu tư nước ngoài khiếu nại về việc bị đối xử kém ưu đãi hơn trong cùng “một ngành” so với nhà đầu tư trong nước. Tòa trọng tài có quan điểm là từ “ngành” có ý nghĩa rộng và bao gồm khái niệm “ngành kinh tế” và “ngành kinh doanh”. Từ khía cạnh kinh doanh, rõ ràng là SDMI và Myers Canada ở “tình huống tương tự” với các doanh nghiệp Canada như Chem-Security và Cintec. Tất cả đều tham gia dịch vụ xử lý chất thải PCB...”
 - *Myers* Merits Award, đoạn 250-251.

“Ngoại trừ *trên thực tế*”

- Tòa trọng tài vụ *Pope & Talbot* đã tiến hành một phân tích về các biện pháp và biện giải cho việc áp dụng các biện pháp này trước khi cuối cùng kết luận rằng chúng là các biện pháp hợp lý trong bối cảnh kinh tế và chính trị thực tế đe dọa chung đến cả ngành tham gia của nhà đầu tư.
 - Biện pháp này là một chế độ hạn ngạch xuất khẩu phức tạp phân bổ hạn mức xuất khẩu gỗ – không phải trả phí gia tăng – dựa trên nhiều yếu tố như tình hình thực hiện ở các năm trước của nhà xuất khẩu.
 - Biện pháp này được áp dụng theo thỏa thuận giữa CP Canada và Hoa Kỳ cho phép dỡ bỏ thuế chống bán phá giá của Hoa Kỳ đối với các thành viên trong ngành (bao gồm cả nhà đầu tư).

“Ngoại trừ *trên thực tế*”

- Tòa trọng tài vụ *Pope & Talbot* cuối cùng xác định rằng nhà đầu tư bị đối xử kém ưu đãi hơn các đối tượng so sánh khác nhưng có lý do cho việc này.
 - Ví dụ, vì nhà đầu tư không phải trong quá trình mở rộng nhà máy tại thời điểm tương ứng nên không đủ điều kiện để nhận một phần hạn ngạch dành cho “các đối tượng mới gia nhập” theo chế độ này (thậm chí tác động của chính “đối tượng mới” dường như là sự điều chuyển hạn ngạch từ các nhà sản xuất ở vùng British Columbia sang vùng Quebec – nên gây bất lợi cho nhà đầu tư).

“Ngoại trừ *trên thực tế*”

- Trong mỗi vụ việc NAFTA có khiếu nại hình thức về phân biệt đối xử, tòa trọng tài sẽ quay sang yêu cầu bên bị phải giải trình hành động của mình, bất kể biện pháp có phân biệt đối xử về hình thức (như vụ *US - Trucking*) hay phân biệt đối xử là kết quả của việc áp dụng biện pháp (như trong các vụ *Feldman*, *Myers* and *Pope & Talbot*).
- Để đảm bảo các mục tiêu tự do hóa của NAFTA, **“ngoại trừ tình huống tương tự này” phải được diễn giải theo nghĩa hẹp.**
 - Và bất kỳ việc đánh giá nào trong bối cảnh pháp lý tổng thể của NAFTA, tính đến giải thích cho biện pháp rõ ràng là có tính phân biệt đối xử, phải bắt đầu với việc thừa nhận mục tiêu tại Điều 102(1): xúc tiến các điều kiện cho ***cạnh tranh công bằng*** và gia tăng đáng kể các cơ hội đầu tư trong khu vực NAFTA.

Tổng kết

- Các bài kiểm tra do các tòa đầu tư thực hiện đều có khác biệt về một số yếu tố quan trọng.
- Có thể thấy rõ nhất trong số đó là các phiên tòa có **các quan điểm khác nhau về phạm vi các khoản đầu tư trong nước** được so sánh
 - Ở một thái cực, tòa án vụ Occidental năm 2004 đã so sánh tất cả các nhà xuất khẩu trong và ngoài nước.
 - Ở thái cực khác, tòa án vụ Methanex năm 2005 lại chỉ so sánh các nhà xuất khẩu trong và ngoài nước giống nhau.
 - Đa số còn lại nằm giữa hai thái cực này, so sánh *các khoản đầu tư trong và ngoài nước thuộc cùng một loại hình kinh doanh hay lĩnh vực kinh tế dựa trên giả định rằng các khoản đầu tư đó làm tăng các mối lo ngại tương tự về chính sách công...*

Đề cương

1

- Phạm vi của Đối xử quốc gia

2

- Việc áp dụng tiêu chuẩn ("kiểm tra không phân biệt đối xử")

3

- Ngoại trừ và bảo lưu đối với Đối xử quốc gia

4

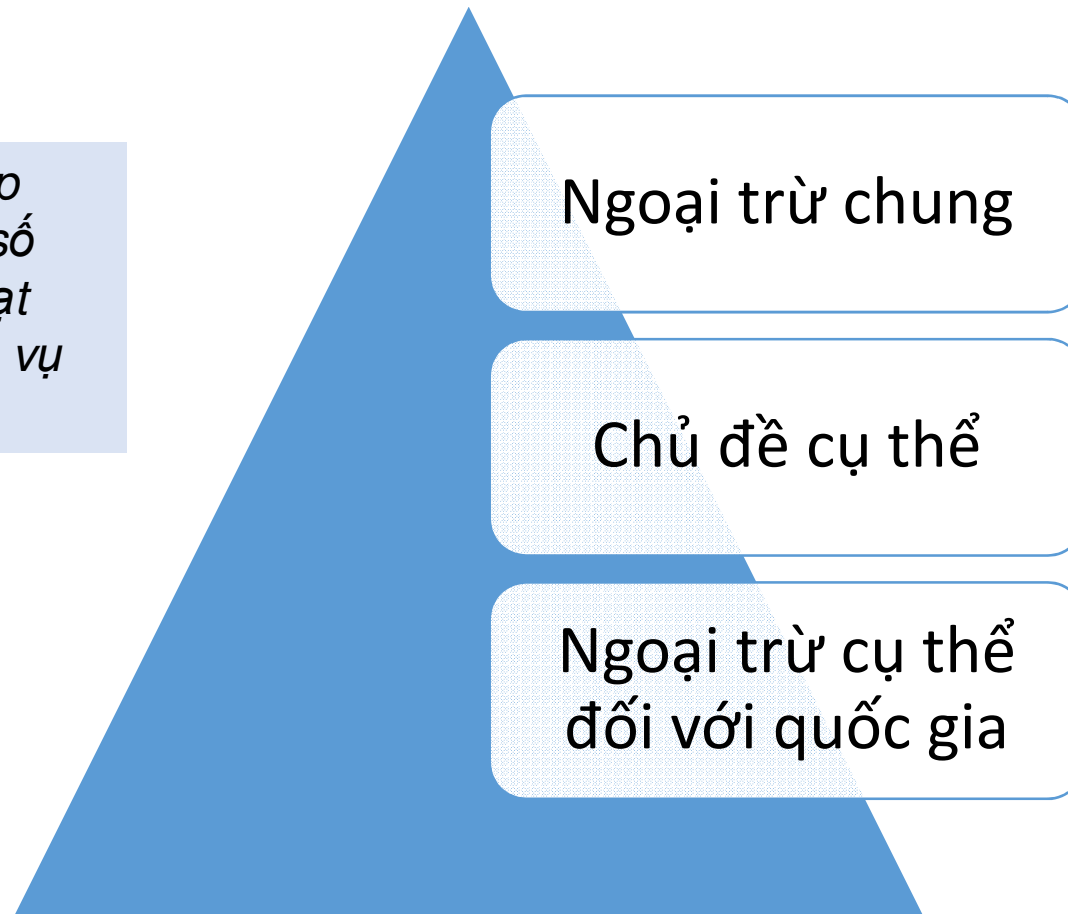
- Sự khác biệt giữa WTO và IIA về NT

5

- Tác động của án lệ đối với thiết lập quy tắc (Mô hình của Hoa Kỳ 2012)

Ngoại trừ: 3 kỹ thuật

Sử dụng ngoại trừ cho phép nước chủ nhà loại trừ một số loại hình doanh nghiệp, hoạt động hay ngành khỏi nghĩa vụ Đối xử quốc gia.



Ngoại trừ chung

- Dựa trên các lý do sức khỏe công cộng, trật tự, đạo đức và an ninh quốc gia.
- Hiệp định Trung Quốc-New Zealand 2008
 - Điều 200.1. *Vì mục tiêu của Hiệp định này, Điều XX của GATT 1994 và chú giải và Điều XIV của GATS (bao gồm cả các chú giải chân trang) được tích hợp vào Hiệp định này, theo cách thức phù hợp.*
- Nhiều hiệp định IIA đơn giản chỉ tích hợp các ngoại trừ của GATT/WTO!
- Một ví dụ khác về các tương tác thương mại/đầu tư
- Tuần 11 dành cho chế độ ngoại t này

Ngoại trừ chung

- Điều XX và các ngoại trừ chung không có tác động như nhau đối với các chế độ thương mại và đầu tư
- Trong tình huống “có thể giải thích được” để đối xử khác biệt với đầu tư dựa trên quốc tịch hay sở hữu là tương đối hiếm...
 - Một ví dụ là sự bùng phát của “bệnh gia cầm điên”
 - Nếu có thể giải thích về việc một nước cấm nhập khẩu từ nước khác bị ảnh hưởng bởi bệnh dịch theo luật thương mại quốc tế thì khó có thể hình dung ra giải thích nào hợp lý cho việc một nhà nước đối xử với đầu tư khác nhau trong tình huống này nếu chỉ dựa vào quốc tịch hay sở hữu.
- xem tuần 11

Theo chủ đề cụ thể

- Các ngoại trừ đối với chủ đề cụ thể khỏi nghĩa vụ NT, ví dụ
 - Sở hữu trí tuệ,
 - Đánh thuế trong các hiệp định thuế song phương,
 - Các biện pháp thận trọng trong dịch vụ tài chính
 - Hoặc các biện pháp tự vệ kinh tế vĩ mô tạm thời....
- Biện pháp thuế (ví dụ BIT giữa Hà Lan và Mongolia Điều 7 (b));
- Mua sắm công (NAFTA, Điều 1108.7 (b));
- Ưu đãi FDI (BIT giữa Jamaica và Anh, Điều 3)...

Các ngoại trừ cụ thể đối với từng nước

- Các Bên bảo lưu quyền đối xử khác biệt giữa nhà đầu tư trong nước và nước ngoài theo luật và quy định của mình – cụ thể là liên quan đến các ngành hoặc hoạt động – vì các lý do chính sách kinh tế quốc gia và xã hội.
- *Lưu ý: Các ngoại trừ cụ thể từng nước có thể trùng với các ngoại trừ theo chủ đề*

- Phương pháp phổ biến nhất để ngoại trừ là “chọn bỏ” trong nghĩa vụ Đối xử quốc gia
- Thông thường bằng cách có một phụ lục các bảo lưu ngành và hoạt động ngoài phạm vi của nghĩa vụ Đối xử quốc gia để cho phép phân biệt đối xử.
- Ví dụ: UDA-Grenada có bảo lưu về:
 - Vận tải hàng không, trợ cấp chính phủ, bảo hiểm chính phủ và các chương trình cho vay, sở hữu bất động sản, dụng đất và tài nguyên thiên nhiên.

Đề cương

1

- Phạm vi của Đối xử quốc gia

2

- Việc áp dụng tiêu chuẩn ("kiểm tra không phân biệt đối xử")

3

- Ngoại trừ và bảo lưu đối với Đối xử quốc gia

4

- Sự khác biệt giữa WTO và IIA về NT

5

- Tác động của án lệ đối với thiết lập quy tắc (Mô hình của Hoa Kỳ 2012)

Từ chối theo án lệ WTO

- Tranh cãi này là tâm điểm về định nghĩa tương tự
- Do đó, tôi có thể xem xét nó trong bước đầu của “kiểm tra phân biệt đối xử”
- Tuy nhiên, chúng ta biết rằng luật WTO không phù hợp lắm nên kiểm tra về tương tự chỉ phù hợp cho IIL
- Ở mức độ khái quát, việc từ chối theo luật WTO có một vài ý nghĩa vượt ngoài vấn đề tương tự...

Tình huống tương tự: WTO / IIL

- Qua nhiều năm, vấn đề tranh cãi nhất liên quan đến tầm quan trọng của bối cảnh chung pháp lý liên quan đến tính tương thích của luật WTO và tính chất “sản phẩm tương tự” để diễn giải BIT
 - Vụ việc WTO đầu 2000 và NT (xem G.S. Mercurio)
 - Các quyết định ban đầu NAFTA trong các vụ S.D. Myers, Pope & Talbot với Canada và Feldman với Mexico dường như tạo ra giả định rằng luật WTO có thể phù hợp để hướng dẫn cho các tòa trọng tài NAFTA.
- Năm 2004, xu hướng lại trở thành phản đối việc xem xét luật của WTO cho việc diễn giải và áp dụng BIT.
 - Điều này quan trọng vì luật của WTO đã phát triển theo một hướng cụ thể đòi hỏi một cách tiếp cận riêng mà trong đó chính phủ tạo ra sự khác biệt có nghĩa vụ đưa ra bằng chứng về tính chính đáng của chính sách của mình.
- Năm 2004, tòa trọng tài Occidental đã phản bác lập luận luật của WTO nên được áp dụng cho BIT giữa Ecuador-Hoa KỳA.
 - Tòa thấy rằng trong khi WTO tập trung vào “sản phẩm tương tự” thì BIT tập trung vào “tình huống tương tự” (theo nghĩa thông thường)
 - Thêm vào đó, các chính sách WTO liên quan đến hàng hóa thay thế và cạnh tranh không thể được đối xử như các chính sách của BIT liên quan đến “tình huống tương tự”.
- Xem vụ Occidental với Ecuador 2004

Luật của WTO về Đối xử quốc gia

- “Thuật ngữ “đối xử không kém thuận lợi” trong đoạn 4 yêu cầu cơ hội bình đẳng cho sản phẩm nhập khẩu liên quan đến việc áp dụng luật, quy định và yêu cầu ảnh hưởng đến việc bán hàng trong nước, cung cấp hàng để bán, mua, vận tải, phân phối hoặc sử dụng sản phẩm. Điều này rõ ràng đặt ra tiêu chuẩn tối thiểu với ý nghĩa là cơ sở ... cho mục tiêu của Điều III:2, giải quyết vấn đề thuế và các phí trong nước khác, để bảo vệ “kỳ vọng về mối quan hệ cạnh tranh giữa sản phẩm trong nước và nhập khẩu”
- *Hoa Kỳ – Mục 337 Đạo luật thuế quan 1930*, 36 (1989) B.I.S.D. 345 các đoạn từ 5.11-5.13.

Luật của WTO về Đối xử quốc gia

- “Mục tiêu rộng và thực thi của Điều III là tránh bảo hộ trong việc áp dụng thuế trong nước và các biện pháp quản lý... Nhằm mục tiêu này, Điều III ràng buộc các thành viên WTO phải cung cấp điều kiện cạnh tranh bình đẳng cho sản phẩm nhập khẩu so với sản phẩm trong nước... Hơn thế, “tác động thương mại” của sự khác biệt về thuế đối với sản phẩm trong nước và nhập khẩu được phản ánh ở lượng nhập khẩu là không quan trọng thậm chí không tồn tại; **Điều III bảo vệ kỳ vọng không chỉ về khối lượng thương mại cụ thể mà cả mối quan hệ cạnh tranh bình đẳng giữa sản phẩm trong nước và nhập khẩu.**”
- *Nhật Bản – Thuế đối với nước uống có cồn, WT/DS58/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, 4 October 1996 at 6. Xem: Hàn Quốc – Thuế đối với nước uống có cồn, WT/DS75/AB/R, WT/DS84/AB/R, 18/1/1999 đoạn 119.*

Luật của WTO về Đối xử quốc gia

- “Nghĩa vụ “đối xử không kém thuận lợi” tại Điều III:4 đã được diễn giải một cách nhất quán là yêu cầu phải đảm bảo cơ hội cạnh tranh bình đẳng giữa sản phẩm trong nước và sản phẩm nhập khẩu. Về khía cạnh này, vì mục tiêu nền tảng của Điều III là bảo vệ kỳ vọng về mối quan hệ cạnh tranh giữa sản phẩm trong nước và nhập khẩu, một biện pháp sẽ bị coi là không phù hợp với Điều III:4 vì tác động phân biệt đối xử đối với sản phẩm nhập khẩu. Yêu cầu của Điều III:4 là giải quyết “cơ hội cạnh tranh tương đối tạo ra bởi chính phủ trên thị trường, chứ không phải là sự lựa chọn thực tế của doanh nghiệp trên thị trường đó.”
- *Canada – Một số biện pháp ảnh hưởng đến ngành ô tô*, WT/DS139/R. WT/DS142/R, 31/1/2000, đoạn 10.78.

Luật của WTO về Đối xử quốc gia

- Bài học từ luật của WTO là rõ ràng
- Mục tiêu của Đối xử quốc gia (hoặc Đối xử tối huệ quốc) là bảo đảm cơ hội cạnh tranh cho các doanh nhân tìm kiếm sự bảo hộ so với các đối thủ cạnh tranh trong nước.
- **Luật WTO nhấn mạnh vào sự thay đổi điều kiện cạnh tranh (bài ‘kiểm tra cạnh tranh’)**

Tình huống tương tự

- Trong vụ Occidental với Ecuador Award (2004) **sự phản đối ban đầu đối với cơ chế pháp lý trước đó và được khẳng định ở các vụ sau**
- Methanex với USA (2005) ra phán quyết ngược lại với cơ sở này
 - “tình huống tương tự” trong bối cảnh đầu tư nước ngoài không thể xem là giống với khái niệm “hàng hóa tương tự”
 - Vì thế, **các quy định đầu tư của NAFTA phải được diễn giải theo cách thức độc lập, độc lập khỏi các cân nhắc về luật thương mại**
 - **Sự phân kỳ giữa các cơ chế thương mại và đầu tư**

Methanex Corp. với Hoa Kỳ (9/8/2005)

- Methanex là một nhà sản xuất methanol chính
 - Thành phần chủ chốt là methyl tertiary butyl ether (MTBE)
 - MTBE được sử dụng nhằm nâng hàm lượng ô xy và tăng chỉ số octane trong xăng không pha chì
- Bang California đã ban hành một lệnh năm 1999 cấm sử dụng MTBE vào cuối năm 2002
 - Ý định: Cấm là cần thiết vì phụ gia gây ô nhiễm nguồn nước uống nên do đó có rủi ro đáng kể đối với sức khỏe và an toàn của con người và môi trường...
 - Nhiều khiếu nại (luôn luôn như vậy): NT, trưng thu, FET...

Methanex Corp. với Hoa Kỳ (9/8/2005)

- Khía cạnh chính của phán quyết là cách tiếp cận cho kiểm tra “trong tình huống tương tự”
- Methanex đã tìm cách để tòa trọng tài thông qua một cách tiếp cận kinh tế rộng đối với yêu cầu này trên cơ sở lập luận rằng phân tích cạnh tranh kinh tế hoặc cách tiếp cận theo ngành của “sản phẩm tương tự” trong luật thương mại cần được áp dụng cho vụ việc này.
- Một cách tiếp cận theo ngành kinh tế rộng đã được áp dụng, ví dụ như trong Chương 11 của vụ *S.D. Myers với Canada*.
- Tòa trọng tài bác bỏ rõ ràng quan điểm phải vận dụng phân tích và cách tiếp cận theo luật thương mại, trên cơ sở sự khác biệt lớn về ngôn ngữ trong các quy định về thương mại và đầu tư.

Methanex Corp. với Hoa Kỳ (9/8/2005)

- Tòa trọng tài cũng nêu rõ quan điểm của mình là kiểm tra tình huống tương tự đòi hỏi việc tòa phải so sánh nhà đầu tư nước ngoài với các đối tượng so sánh gần gũi nhất trong lãnh thổ quốc gia.
- Trong vụ này, điều đó có nghĩa là Methanex, một nhà sản xuất methanol phải được so sánh với các nhà sản xuất khác ở Hoa Kỳ mà một số có tình huống tương tự như Methanex.
- Tòa trọng tài không chấp nhận rằng Methanex không nên được so sánh với các nhà sản xuất của tất cả hay một số phụ gia xăng khác trong khi tòa đang tìm kiếm đối tượng so sánh trực tiếp và chính xác nhất có thể.
- Tòa cũng tham chiếu cụ thể đến sự khác biệt chính đáng về đối xử với methanol và ethanol để làm yếu tố giải thích tại sao các nhà sản xuất ethanol không ở tình huống tương tự với các nhà sản xuất methanol
 - Điểm cụ thể này được thấy ở Phán quyết, Phần IV, Chương B, đoạn 28

Methanex Corp. với Hoa Kỳ (9/8/2005)

- Phán quyết này tiếp cận yêu cầu so sánh từ góc độ nhận thức hiển nhiên cơ bản nhất, thay vì tìm kiếm các lý do pháp lý phức tạp vượt quá mức độ so sánh cần thiết.
- Kết quả là tòa đã từ chối cách tiếp cận “tương tự” so sánh giữa sản phẩm tương tự trong luật thương mại và được thông qua ở một số vụ theo Chương 11 (S.D. Myers một lần nữa là ví dụ) và yêu cầu phải so sánh trực tiếp nhất một cách hợp lý trong mọi trường hợp.
- Điều này sẽ giảm phạm vi phải diễn giải và thay vào đó yêu cầu tập trung vào thực tế trong một quá trình so sánh.
- Đây là một hướng đi đáng được chào mừng.

Phản bác kiểm tra WTO

- Tòa trọng tài NAFTA cho rằng kiểm tra theo Điều 1102 là bài kiểm tra riêng biệt và khác biệt với bài kiểm tra theo Điều III(4) GATT, không nên bị nhầm lẫn giữa hai kiểm tra này.
- Tòa cũng thừa nhận việc không phải thay thế lẫn nhau giữa diễn tả trong các bối cảnh khác nhau và hiệp định bất kể sự tương đồng.
 - Vụ Methanex Corporation với Hoa Kỳ, UNCITRAL, Phán quyết cuối cùng của tòa trọng tài về quyền tài phán và tinh thần pháp lý, 3/8/2005, Phần IV, Chương B, 35 (“Trên thực tế, ý định của người soạn thảo là tạo ra các chế độ riêng biệt cho thương mại và đầu tư được nêu rõ tại định nghĩa đầu tư ở Điều 1139.”);
 - Vụ Cargill, Incorporated với Mexico, Vụ ICSID số ARB(AF)/05/2, Phán quyết, 18/9/2009, 193 (“Tòa chấp nhận rằng “tình huống tương tự” trong Điều 1102 phải được diễn giải theo thuật ngữ riêng của mình. Điều 1102 cũng yêu cầu đối xử không kém thuận lợi hơn phải được áp dụng khi nhà đầu tư nước ngoài và trong nước có “tình huống tương tự”. Điều này không đề cập đến “sản phẩm tương tự” và vì thế không thể tự động chuyển luật của GATT liên quan đến “sản phẩm tương tự” sang “tình huống tương tự” ở Điều 1102.”);
 - Vụ Merrill & Ring Forestry L. P. với Canada, UNCITRAL, do ICSID giải quyết, Phán quyết, 31/3/2010, 86 (“Tòa trọng tài ghi nhận việc không phải thay thế lẫn nhau giữa diễn tả trong các bối cảnh khác nhau và hiệp định bất kể sự tương đồng, cũng như trường hợp “sản phẩm tương tự” theo Điều III:4 GATT. Ban bồi thẩm WTO và các tòa án khác đã rất cẩn thận không diễn giải các thuật ngữ và khái niệm sử dụng trong các điều khoản khác nhau trong việc sử dụng các thuật ngữ tương đồng trong các bối cảnh khác. Sự cẩn trọng này là thích hợp liên quan đến lập luận của nhà đầu tư về xác định nghĩa của “trong tình huống tương tự” ở Điều 1102 với các Điều 1405 hoặc 1505.”)

Tổng kết việc chối bỏ bài kiểm tra WTO

- Mọi diễn giải chính của “trong tình huống tương tự” hoặc “trong trường hợp tương tự” của lời văn điều khoản NT trong các hiệp định đầu tư đều từ chối áp dụng luật thương mại về thay đổi điều kiện cạnh tranh
- “Bài kiểm tra cạnh tranh” của WTO không thắng được bài kiểm tra “bối cảnh quản lý” của IIL
 - (là bài kiểm tra tập trung vào xác định xem việc phân biệt đối xử bị nêu ra có dựa vào quốc tịch hay là một số lý do chính sách không).
- Xem ở trên

Từ chối bài kiểm tra WTO

- “Tóm lại, mọi diễn giải chính của “trong tình huống tương tự” hoặc “trong trường hợp tương tự” của lời văn điều khoản NT trong các hiệp định đầu tư đều từ chối áp dụng luật thương mại về thay đổi điều kiện cạnh tranh (‘bài kiểm tra cạnh tranh’) và thay vào đó ủng hộ bài kiểm tra tập trung vào xác định xem việc phân biệt đối xử bị nêu ra có dựa vào quốc tịch hay là một số lý do chính sách không (‘bài kiểm tra bội cảnh quản lý’). Bài kiểm tra do các tòa trọng tài đầu tư thực hiện khác biệt lẫn nhau ở một số yếu tố quan trọng. Rõ ràng nhất là việc các tòa trọng tài đã có quan điểm khác nhau về phạm vi đối tượng đầu tư trong nước được so sánh. Ở một thái cực, tòa vụ Occidental đã so sánh tất cả các nhà xuất khẩu trong nước và nước ngoài. Ở một thái cực khác, tòa vụ Methanex chỉ xác định các nhà xuất khẩu trong nước và nước ngoài giống nhau. Đa số các tòa khác thì có quan điểm ở giữa, so sánh *đầu tư trong nước và nước ngoài trong cùng lĩnh vực dựa trên giả định là đầu tư trong cùng ngành thì có cùng vấn đề chính sách công như nhau ...*
- *Merrill & Ring Forestry L. P. với Canada*, UNCITRAL, ICSID, Phán quyết, 31/3/2010, 75-76

Đề cương

1

- Phạm vi của Đối xử quốc gia

2

- Việc áp dụng tiêu chuẩn ("kiểm tra không phân biệt đối xử")

3

- Ngoại trừ và bảo lưu đối với Đối xử quốc gia

4

- Sự khác biệt giữa WTO và IIA về NT

5

- Tác động của án lệ đối với thiết lập quy tắc (Mô hình của Hoa Kỳ 2012)

Xem lại điều khoản NT?

- Những người phản đối hiệp định lo ngại rằng nguyên tắc không phân biệt đối xử NT trong các hiệp định đầu tư ‘bỏ việc diễn giải nguyên tắc cho các tòa trọng tài quốc tế mà có thể có những hậu quả tiêu cực cho luật pháp môi trường, sức khỏe và an toàn.
 - Nghĩa vụ NT trong BIT mẫu của Hoa Kỳ và các hiệp định đầu tư gần đây của Hoa Kỳ yêu cầu mỗi nước tham gia phải dành cho nhà đầu tư của nước khác và các khoản đầu tư thuộc diện điều chỉnh “đối xử không kém thuận lợi hơn đối xử trong tình huống tương tự dành cho nhà đầu tư và đầu tư của mình, liên quan đến việc thành lập, sở hữu, mở rộng, quản lý, điều khiển, vận hành và bán hoặc các hình thức định đoạt khác đối với đầu tư ở trong lãnh thổ của mình.’ BIT mẫu 2004 của Hoa Kỳ (n 17) Điều 3

Giới hạn rõ ràng nghĩa vụ NT cho các trường hợp các biện pháp quản lý được thực thi cho các mục đích rõ ràng là phân biệt đối xử?

- Những người chỉ trích lập luận rằng:
 - “Như trường hợp luật pháp của WTO cho thấy, nguyên tắc này có thể bị diễn giải bởi các tòa trọng tài là ngăn cản các hành động quản lý có thể dẫn tới phân biệt đối xử “trên thực tế”, thậm chí cả khi không có sự phân biệt đối xử về hình thức hay có ý định như vậy. Chẳng hạn nếu một hành động trung dung nhằm bảo vệ môi trường mà dẫn tới tác động khác nhau đối với nhà đầu tư cũng có thể coi là vi phạm nguyên tắc này.”
 - Public Interest Critique (n 16) 4.

Giới hạn rõ ràng nghĩa vụ NT cho các trường hợp các biện pháp quản lý được thực thi cho các mục đích rõ ràng là phân biệt đối xử?

- Để phản hồi lại quan ngại này, những người chỉ trích đề xuất phạm vi của điều khoản NT trong BIT mẫu của Hoa Kỳ giới hạn chỉ cho “các trường hợp mà một biện pháp quản lý được ban hành vì các mục đích phân biệt đối xử”. Ngoài việc loại trừ các trường hợp có tác động phân biệt đối xử mà không có ý định như vậy, đề xuất này sẽ loại bỏ cả các biện pháp được *ban hành* với mục đích trung dung nhưng lại được *áp dụng* với ý định phân biệt đối xử.

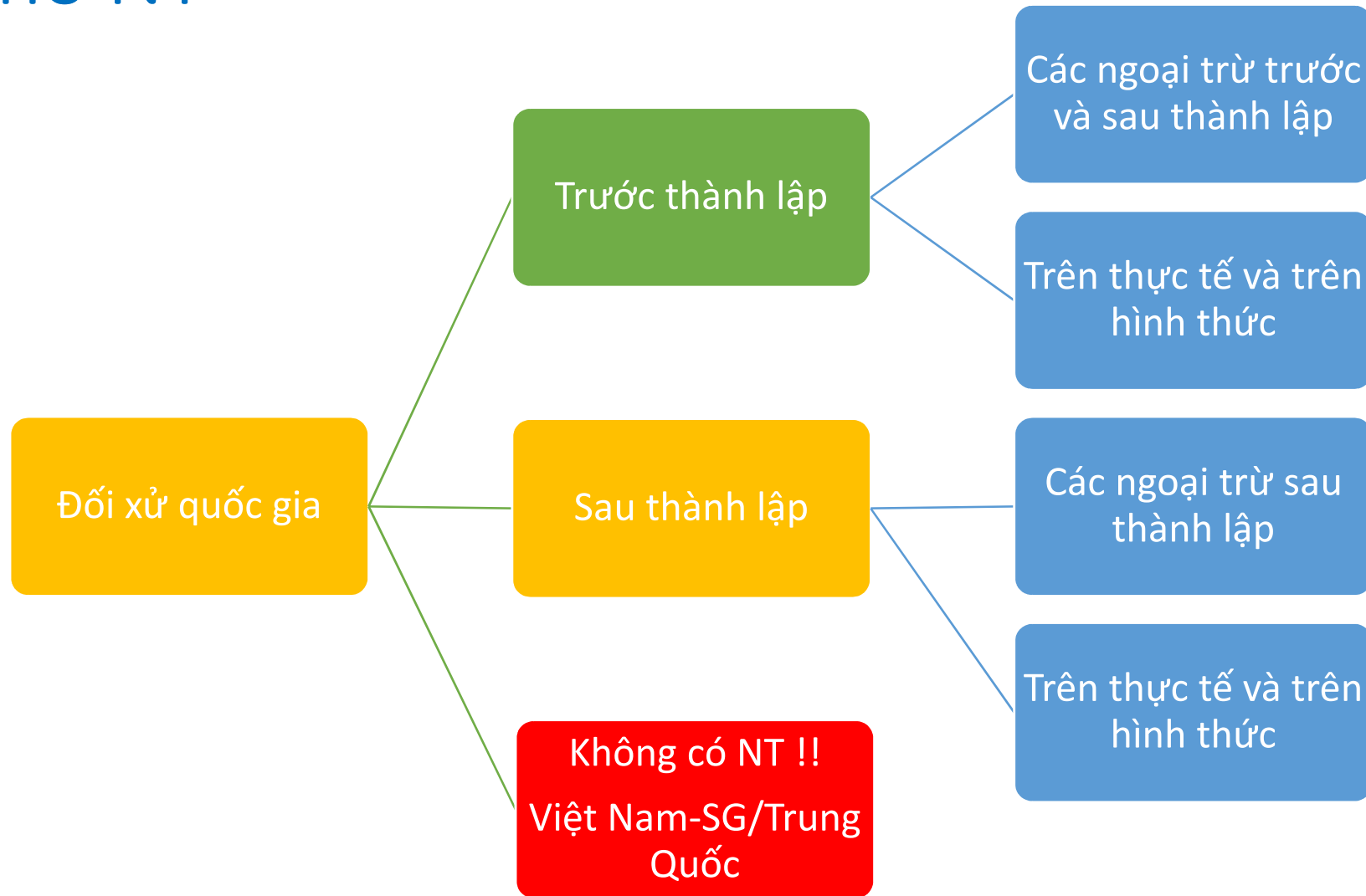
Giới hạn rõ ràng nghĩa vụ NT cho các trường hợp các biện pháp quản lý được thực thi cho các mục đích rõ ràng là phân biệt đối xử?

- Những người ủng hộ hiệp định phản hồi với một số lập luận khác:
 - (i) những người phản đối hiệp định cũng thừa nhận gián tiếp bằng việc lập luận rằng ngôn ngữ trong điều khoản NT ‘khiến nguyên tắc này mở rộng theo sự diễn giải ...’, tới nay chưa từng có tòa trọng tài nào diễn giải nguyên tắc này theo cách thức gây quan ngại cho những người chỉ trích;
 - (ii) các tòa trọng tài đầu tư thay vào đó đã thường xuyên diễn giải điều khoản NT của NAFTA và điều khoản MFN nhằm xác định các ý định rõ ràng hay hàm ý;
 - (iii) chính phủ nói chung không ngược khi nói rõ ràng các biện pháp thương mại và đầu tư được ban hành vì mục đích phân biệt đối xử do đó yêu cầu ghi rõ mục đích trên thực tế sẽ không sang tỏ được nghĩa vụ NT;
 - và (iv) hầu hết các biện pháp thương mại và đầu tư đều thuộc thẩm quyền của các cơ quan quản lý nên rủi ro phân biệt đối xử trên cơ sở quốc tịch là một vấn đề thường thấy do việc áp dụng không chính đáng một yêu cầu có hình thức trung dung.
- Chính phủ Hoa Kỳ không thay đổi nghĩa vụ NT trong BIT mẫu.

Kết luận

- Luật tập quán quốc tế không yêu cầu các quốc gia phải trao cho công dân nước ngoài sự đối xử quốc gia
 - Như vậy, các Quốc gia sẽ phải tự cân nhắc để cân bằng khi quyết định trao hay không trao sự đối xử quốc gia hay trao như thế nào
 - Nếu Trung Quốc áp dụng sử dụng nguyên tắc NT cho giai đoạn trước thành lập trong các BIT với EU hay Hoa Kỳ, việc thực thi điều khoản này sẽ khiến Trung Quốc phải rà soát lại toàn bộ cơ chế đầu tư nước ngoài của mình vì cơ chế này có định hướng chính sách công nghiệp và phê duyệt theo từng trường hợp một đối với FDI
- Tính chất của nguyên tắc NT đòi hỏi phải so sánh trên cơ sở từng trường hợp
- Nhà đầu tư, thương nhân và chính phủ phải chung sống với hệ thống kép về đối xử quốc gia
 - Có nên hợp nhất các quan niệm này không?
 - Theo quan điểm về pháp lý rõ ràng và khả năng dự đoán được, sẽ có ích khi rà soát các quan niệm này
- Cái gì có thể bị đối xử kém thuận lợi hơn?
 - Sự đối xử có thể thay đổi theo thời gian
 - Có thể đối xử khác biệt nhưng phải dành cho các cơ hội cạnh tranh bình đẳng.
- Không thể bù đắp sự đối xử với nhà đầu tư nước ngoài kém thuận lợi hơn trong một số khía cạnh với sự đối xử thuận lợi hơn trong các khía cạnh khác.

Dự thảo hiệp định: Các lựa chọn chính cho NT



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)