



Please purchase a personal license.

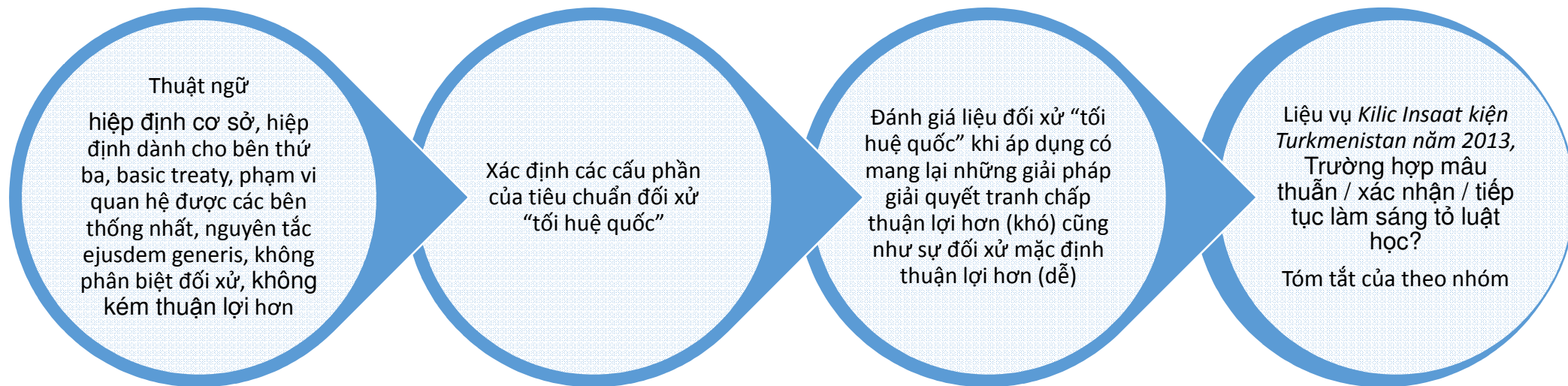
Hà Nội, ngày 07-11 tháng 11 năm 2016

Khóa đào tạo tại Trường ĐH Luật Hà Nội

Giáo sư Julien CHAISSE

**Đối xử tối huệ quốc
(MFN)**

Mục tiêu



Hiệp định Việt Nam – Trung Quốc năm 1993

ARTICLE 3

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

The treatment and protection referred to in Paragraph 1 of this Article shall not be less favorable than that accorded to investments and activities made with such investments of investors of a third State.

The treatment and protection as mentioned in Paragraph 1 and 2 of this Article shall not include any preferential treatment accorded by the other Contracting State to investments of investors of a third State based on a free trade union, free trade zone, economic union, agreement relating to avoidance of double taxation or for facilitating frontier trade.

Hiệp định Việt Nam – Nhật Bản năm 2004

2. 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 investors of any third country and to their investments with respect to investment activities.

Hiệp định Việt Nam – Hàn Quốc năm 2004

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 4 Most Favoured Nation Treatment

Each Party shall accord to investors of the other Party and to their investments as regards the establishment of an enterprise in its territory, treatment no less favourable than the treatment it accords, in like situations, to investors and their investments under free trade agreements the former Party is negotiating on [17 July 2015].

Each Party shall accord to investors of the other Party and to their investments as regards their operation in its territory, treatment no less favourable than the treatment it accords, in like situations, to investors and investments of any non-Party.

Paragraphs 1 and 2 shall not apply to the following sectors:
Communication services, except for Postal services (CPC...) and Telecommunication services (CPC...);
Cultural, Sports and Recreational services;
Fishery and aquaculture;
Forestry and hunting;
Mining, including oil and gas.

Paragraph 2 shall not be construed to oblige a Party to extend to the investors of the other Party or their investments the benefit of any treatment granted pursuant to any bilateral, regional and/or international agreements that entered into force before the entry into force of this Agreement.

Paragraphs 1 and 2 shall not be construed to oblige a Party to extend to the investors of the other Party or their investments the benefit of:

- (a) any treatment granted as part of a process of economic integration, which includes commitments to abolish substantially all barriers to investment among the parties to such a process, together with the approximation of legislation of the parties on a broad range of matters within the purview of this Agreement¹⁴;
- (b) any treatment resulting from any international agreement for the avoidance of double taxation or other international agreement or arrangement relating wholly or mainly to taxation;
- (c) any treatment resulting from measures providing for the recognition of qualifications, licences or prudential measures in accordance with Article VII

TPP

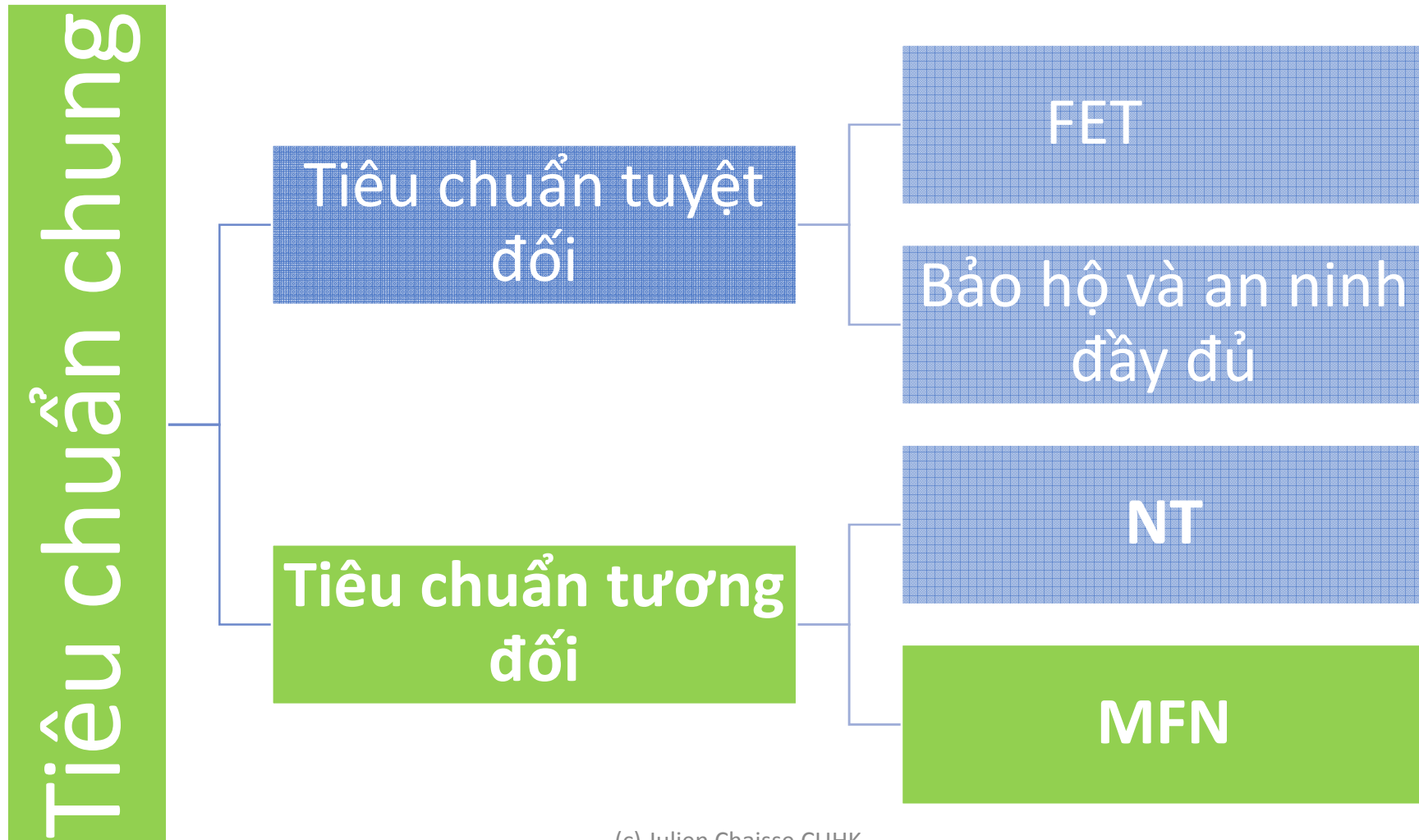
Article 9.5: Most-Favoured-Nation Treatment

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

3. For greater certainty, the treatment referred to in this Article does not encompass international dispute resolution procedures or mechanisms, such as those included in Section B (Investor-State Dispute Settlement).

'Tiêu chuẩn bao hộ trong đầu tư'



Vận dụng các điều khoản MFN vào những quy định về giải quyết tranh chấp trở thành một trong những chủ đề được đưa ra tranh luận sôi nổi nhất trong luật đầu tư những năm gần đây

- “Tác động của quy định MFN nói chung đã được tranh luận nhiều và các tòa đưa ra **những câu trả lời ngày càng phức tạp** cho câu hỏi cơ bản liệu quy định MFN có thể được sử dụng để khắc phục những khiếm khuyết về thẩm quyền hay không.
- Câu hỏi này rất quan trọng có **khả năng làm thay đổi bản chất của xét xử trọng tài theo hiệp định đầu tư quốc tế từ một cơ chế quan hệ song phương thành hệ thống đa phương gắn với thẩm quyền xét xử trọng tài mang tính bắt buộc**. Trong hàng loạt các câu trả lời cho câu hỏi này và nhiều phần trong mỗi câu trả lời, không nên quên rằng, về cơ bản, vấn đề liên quan ở đây là **việc vận dụng diễn giải hiệp định, và kết quả của việc vận dụng này vốn đã cụ thể hóa nội dung diễn giả của hiệp định**”.
 - Vụ PCA năm 2012, Công ty Dịch vụ giám định và kiểm soát ICS (Anh) kiện CH Argentine (Vụ PCA số 2010 9), ngày 10/2/2015, trích đoạn 275

Đề cương bài trình bày

1

- Những nội dung cơ bản của MFN

2

- Áp dụng MFN vào các quy định cơ bản

3

- Áp dụng MFN vào quy định về tổ tụng

4

- Tác động của án lệ tới việc làm luật gần đây

Các nội dung cơ bản của MFN



Ý tưởng về MFN

Định nghĩa



Thực tế hiệp định

Soạn thảo



Giải quyết các tình huống khác nhau

Diễn giải

Định nghĩa về nghĩa vụ đối xử MFN

- Lịch sử lâu đời (thế kỷ 11/12) và sử dụng rộng rãi
 - Anh và lục địa châu Âu trong thương mại
 - Không nghi ngờ gì về tính hợp pháp của cơ chế MFN
- Các quốc gia đàm phán điều khoản MFN thực hiện **một cách có chủ ý và thận trọng**, và **thể hiện rõ ràng nhất có thể** phạm vi và giới hạn của cam kết MFN
- Mục đích của một điều khoản MFN luôn **nhằm gia tăng bảo hộ và trao cho vị thế thuận lợi hơn**
 - Tất nhiên, trừ khi một quốc gia mong muốn đàm phán lại các hiệp định hiện hành hoặc thiết lập các ngoại lệ cụ thể cho những lợi ích được trao theo một hiệp định mới

Định nghĩa về nghĩa vụ đối xử MFN

- Ủy ban Luật pháp quốc tế (ILC)
 - Nhằm làm rõ phạm vi và ảnh hưởng của điều khoản (MFN) với tư cách là một tổ chức pháp luật khi xét đến mọi khía cạnh áp dụng thực tế của quy định này
 - Trong mọi khía cạnh của việc khiếu nại vì lợi ích công (PIL) (không chỉ thương mại)
- Kết quả là “Dự thảo các điều về điều khoản tối huệ quốc” năm 1978
 - Không bao giờ chuyển thành Công ước về MFN
 - Vẫn đánh giá toàn diện “dự thảo các điều” về khái niệm và thực tế
- Không có MFN theo luật pháp thông lệ quốc tế
 - Như NT, MFN chỉ là một quy định đơn giản nhưng quan trọng trong hiệp định
- Đối tượng hưởng lợi MFN sẽ hưởng đối xử, theo **phạm vi quan hệ được các bên thống nhất**, không kém thuận lợi hơn mức độ mà nước trao MFN dành cho các bên thứ ba trong **phạm vi quan hệ** như nhau
- Về cốt lõi, điều khoản MFN cho phép một nhà đầu tư khiếu nại theo một hiệp định (phạm vi quan hệ) căn cứ vào quy định thuận lợi hơn trong một hiệp định khác do nước nhận đầu tư ký.

Định nghĩa MFN

- **Càng nhiều nhà đầu tư nước ngoài từ các nước khác nhau có vai trò tại nước nhận đầu tư, thì các tiêu chuẩn MFN càng trở nên quan trọng**
- Tiêu chuẩn MFN cũng là một trong những công cụ quan trọng mà các quốc gia nhỏ hơn đang phát triển có thể tận dụng để hưởng lợi từ năng lực mạnh mẽ hơn của các nước thứ ba
 - Nếu Hoa Kỳ đối xử tốt hơn với Singapore, thì đối xử này phải mở rộng ra cho cả Lào

không kém thuận lợi hơn

- Các điều khoản MFN không yêu cầu đối xử từ phía bên hưởng lợi nếu sự đối xử đó đã giống hoặc chính xác bằng với sự đối xử dành cho các bên thứ ba
- Đối xử có thể khác nhau giữa nước hưởng MFN với nước thứ ba chừng nào đối xử của nước hưởng MFN thuận lợi bằng đối xử dành cho nước thứ ba hoặc, trong trường hợp đầu tư, nhà đầu tư và khoản đầu tư tương ứng

Không phải tất cả các BITs đề cập tới phạm vi MFN theo cách như nhau

Nhóm đầu tiên không hề đề cập đến vấn đề này (rất ít)

- Ấn Độ-Singapore
- IIA duy nhất không có MFN

Hầu hết đều có MFN, nhưng chỉ giới hạn phạm vi ở các khoản đầu tư đã được thành lập (tiếp nhận)

- Đa đa số
- Xem tuần 3: BRICS, cách tiếp cận của châu Âu...

Các IIAs quy định MFN cho nhà đầu tư trong cả giai đoạn trước và sau thành lập

- Chủ yếu là các IIAs Bắc Mỹ + Nhật Bản, Singapore
- Xem tuần 3: trước thành lập

Việc tiếp nhận

Theo luật pháp trong nước

Thành lập

Kế hoạch thông báo, đăng ký, các cơ chế phê duyệt, cơ chế sàng lọc... theo quy định của luật pháp nước nhận đầu tư

(c) Julien Chaisse CUHK

Định nghĩa MFN

Mục đích và cơ chế của một điều khoản MFN, ít nhất từ cách tiếp cận khái niệm, phải đơn giản và rõ ràng

- Mục đích của một điều khoản MFN là
 - *“luôn thiết lập và duy trì sự bình đẳng cơ bản mà không phân biệt đối xử giữa tất cả các nước liên quan.”*

Quyền của công dân Hợp chủng quốc Hoa Kỳ tại Morocco (France kiện Hoa Kỳ), năm 1952 I. C. J. 176, 192 (27/8).

- Tòa trong vụ Siemens cho rằng:
 - *“mục đích của điều khoản MFN là loại bỏ tác động của các quy định được đàm phán đặc biệt trừ khi có ngoại lệ.”*

Siemens A. G. Kiện Argentina (Vụ ICSID Case số ARB/02/8), đoạn 106

Soạn thảo MFN

- Vì vậy, đối xử MFN có nghĩa là khoản đầu tư của một bên tham gia hiệp định được bên kia đối xử **không kém thuận lợi hơn so với đối xử mà bên này dành cho khoản đầu tư hoặc nhà đầu tư của bất kỳ nước thứ ba nào khác**
 - Từ quan điểm kinh tế:
 - Tiêu chuẩn MFN đảm bảo rằng các khoản đầu tư nhận được **sự đối xử tốt nhất** mà mỗi bên tham gia hiệp định đã dành cho các khoản đầu tư của bất kỳ nước thứ ba nào khác
 - Tiêu chuẩn MFN lập ra **sân chơi bình đẳng giữa mọi nhà đầu tư nước ngoài**
- Xem BIT giữa HK-Thái Lan
 - Điều. 3:1 yêu cầu mỗi nước phải đối xử với các khoản đầu tư của công dân nước kia theo cách thức
 - “không kém thuận lợi hơn đối với với các khoản đầu tư và lợi nhuận của nhà đầu tư của [...] **bất kỳ bên thứ ba nào.**”

Soạn thảo MFN

- “Mỗi bên tham gia hiệp định phải dành cho nhà đầu tư của nhau đối xử không kém thuận lợi hơn đối xử mà nước này, trong các trường hợp tương tự, dành cho nhà đầu tư của bất kỳ bên nào tham gia hiệp định hoặc không tham gia hiệp định, liên quan đến việc thành lập, mua lại, mở rộng, quản lý, điều hành, hoạt động, bán hoặc định đoạt đầu tư khác.”
 - Điều. 1103.1
 - Điều. 1103(2) nhắc lại công thức này ngoại trừ rằng nó chỉ áp dụng đối với “các khoản đầu tư của nhà đầu tư”

Điều khoản MFN có thể có điều kiện hoặc hạn chế

- Ngoại lệ MFN điển hình trong các IIAs ví dụ như từ MFN đối xử thuận lợi được mở rộng ra cho các nước thứ ba phát sinh từ việc tham gia vào các hiệp ước liên minh hải quan và thuế
- Nếu có giới hạn, nước hưởng MFN không thể đòi thuận lợi ngoài phạm vi nêu trong điều khoản
 - Nhà đầu tư HK không có quyền đòi đối xử thuận lợi theo TPP trong tương lai
 - Tương tự BIT giữa HK-Thái Lan quy định giới hạn ngăn cản nhà đầu tư HK được đòi hưởng ASEAN CIA 2012

Hồng Kông SAR – Úc (năm 1993) Điều 7

“Quy định trong Hiệp định này về dành sự đối xử không kém thuận lợi hơn đối xử dành cho các nhà đầu tư của bất cứ nước nào khác, sẽ không được hiểu là bắt buộc bên tham gia hiệp định này phải dành cho nhà đầu tư của bên kia mọi sự đối xử thuận lợi hoặc đặc quyền có được từ:

- (a) bất kỳ liên minh hải quan, kinh tế, khu vực thương mại tự do hoặc hiệp định hội nhập kinh tế khu vực nào mà bên này là thành viên; hoặc
- (b) bất kỳ hiệp định hoặc thỏa thuận quốc tế nào liên quan hoàn toàn hoặc chủ yếu về thuế.”

- Các IIAs theo nguyên mẫu hầu hết đều yêu cầu một bên tham gia hiệp định “phải dành sự đối xử không kém thuận lợi hơn đối xử mà bên này, trong các trường hợp tương tự, dành cho nhà đầu tư của nước thứ ba cũng như khoản đầu tư của họ”.
- Ngoài ra, có thể phân biệt được một số cách tiếp cận khác nhau về từ ngữ và cấu trúc.

- Cách tiếp cận đầu tiên nhằm
 - Nêu rõ các giai đoạn và thời kỳ của một khoản đầu tư theo đó đối xử MFN được áp dụng, bao gồm cả giai đoạn trước thành lập,
 - Và đề cập đối xử của nhà đầu tư và khoản đầu tư ở các đoạn riêng.
- Khi có NAFTA, công thức này đã được áp dụng cho một số IIAs, bao gồm hiệp định giữa Úc- Hoa – Chilê, Canada-Peru, Iceland– Mexico và Hoa Kỳ-Uruguay.

Điều 1103 trong NAFTA (năm 1994) quy định rằng
 “1. Mỗi bên tham gia hiệp định phải dành cho nhà đầu tư của bên kia đối xử không kém thuận lợi hơn đối xử mà nước này, trong các trường hợp tương tự, dành cho nhà đầu tư của bất kỳ bên nào tham gia hiệp định hoặc không tham gia hiệp định, liên quan đến việc **thành lập, mua lại, mở rộng, quản lý, điều hành, hoạt động, bán hoặc định đoạt đầu tư khác.**

2. Mỗi bên phải dành cho khoản đầu tư của nhà đầu tư của bên kia đối xử không kém thuận lợi hơn đối xử mà nước này, trong các trường hợp tương tự, dành cho khoản đầu tư của nhà đầu tư của bất kỳ bên nào tham gia hiệp định hoặc không tham gia hiệp định, liên quan đến việc **thành lập, mua lại, mở rộng, quản lý, điều hành, hoạt động, bán hoặc định đoạt đầu tư khác.**”
 (nhấn mạnh thêm)

- Cách tiếp cận thứ hai gồm một công thức tương tự với phạm vi hẹp hơn ở giai đoạn sau thành lập.

Hiệp định đối tác kinh tế gần gũi Thái Lan - New Zealand - năm 2005

Điều 9.8(2)

“Mỗi bên tham gia hiệp định phải dành cho nhà đầu tư và khoản đầu tư của bên kia đối xử không kém thuận lợi hơn đối xử mà nước này, trong các trường hợp tương tự, dành cho nhà đầu tư và khoản đầu tư của bên không tham gia hiệp định đối với các biện pháp xúc tiến và bảo hộ đầu tư được thông qua và áp dụng bởi một bên liên quan đến những quy định (nếu có) cần phải đáp ứng để nhà đầu tư và khoản đầu tư được hưởng lợi của một hiệp định đầu tư.”

- Cách tiếp cận thứ ba, được Nhật Bản áp dụng trong các BITs và PTIAs của mình, không liệt kê các giai đoạn đầu tư được hưởng đối xử MFN.
 - Cách tiếp cận ngắn gọn nhất
 - Vì thuật ngữ “hoạt động đầu tư” rất rộng, dường như bao gồm cả giai đoạn thâm nhập thị trường lẫn giai đoạn vận hành một khoản đầu tư.
- EPA giữa Nhật Bản-Philippines
EPA, IPPA giữa Nhật Bản-Hàn Quốc
và EPA giữa Nhật Bản-Malaysia
EPA.

Điều 76 của hiệp định giữa Nhật Bản-Malaysia

“Mỗi nước phải dành cho nhà đầu tư của nước kia và khoản đầu tư của họ đối xử không kém hơn đối xử mà nước này, trong các tình huống tương tự, dành cho nhà đầu tư của nước thứ ba và khoản đầu tư của họ, liên quan đến hoạt động đầu tư.”

Điều 90 của EPA giữa Nhật Bản - Philippines

“*Mỗi bên tham gia hiệp định phải dành cho nhà đầu tư của bên kia và khoản đầu tư của họ đối xử không kém thuận lợi hơn đối xử mà nước này, trong các tình huống tương tự, đối xử dành cho nhà đầu tư của bên không tham gia hiệp định và khoản đầu tư của họ, liên quan đến hoạt động đầu tư.*”

- Cách tiếp cận thứ tư liên quan đến kết hợp đối xử MFN với các tiêu chuẩn đối xử chung khác
- Ví dụ, điều 3 của IPPA Việt Nam-Malaysia **kết hợp MFN với đối xử công bằng và thỏa đáng cũng như bồi thường thiệt hại**

Điều 3 của Hiệp định IPP giữa Việt Nam-Malaysia
“(1) Khoản đầu tư do nhà đầu tư đến từ một bên tham gia hiệp định thực hiện trong lãnh thổ của bên kia phải nhận được đối xử công bằng và thỏa đáng, và không kém thuận lợi hơn đối xử dành cho khoản đầu tư của nhà đầu tư đến từ nước thứ ba.

(2) Nhà đầu tư của một bên tham gia hiệp định có khoản đầu tư trong lãnh thổ của bên kia bị thiệt hại do chiến tranh hoặc xung đột vũ khí khác, hoặc do tình trạng khẩn cấp quốc gia, nổi loạn, bạo loạn hoặc bạo động trên lãnh thổ của nước kia sẽ nhận được đối xử của nước này liên quan đến bồi thường, bồi hoàn, đền bù hoặc giải pháp khác không kém thuận lợi hơn sự đối xử mà bên này dành cho nhà đầu tư của bất kỳ nước thứ ba nào.”

- Cách thức thứ năm, sử dụng trọng IPPA giữa HK-Thái Lan, nhằm kết hợp đối xử công bằng và thỏa đáng với đối xử MFN trong một điều khoản về khoản đầu tư
- có một điều khoản riêng áp dụng 2 tiêu chuẩn cho nhà đầu tư
- Nhưng hạn chế áp dụng cho giai đoạn sau thành lập.

Điều 3 về Đối xử với khoản đầu tư trong Hiệp định SAR giữa Thái Lan-HK

(1) Khoản đầu tư của nhà đầu tư của một bên tham gia hiệp định vào khu vực của bên kia cũng như lợi nhuận thu được từ khoản đầu tư đó, sẽ được đối xử công bằng và thỏa đáng và không kém thuận lợi hơn đối xử dành cho khoản đầu tư và lợi nhuận của nhà đầu tư của bên kia, liên quan đến việc quản lý, bảo trì, sử dụng, hưởng hoặc chuyển nhượng khoản đầu tư; đối xử công bằng và thỏa đáng và không kém thuận lợi hơn đối xử mà bên này dành cho nhà đầu tư của mình và của bất kỳ bên thứ ba nào.

- Cách cuối cùng là không có nội dung về đối xử MFN
- Thay vì đảm bảo đối xử tương tự đối xử dành cho bên thứ ba, các bên tham gia hiệp định thống nhất áp dụng cách “nỗ lực tốt nhất”.

Điều 15 trong FTA Singapore-Úc

Quy định rằng một bên tham gia hiệp định “sẽ xem xét tích cực đề nghị của bên kia để kết hợp vào đây” đối xử không kém thuận lợi hơn đối xử dành cho một bên thứ ba hoặc do tự do hóa đơn phương.”

Đối xử tối huệ quốc

- Hầu hết các BITs giữa Trung Quốc và nước ngoài đều có đặc trưng ngôn ngữ rộng để các bên có nghĩa vụ phải dành đối xử MFN cho nhà đầu tư của bên kia liên quan đến “khoản đầu tư và các hoạt động gắn” với khoản đầu tư đó
 - Như thể hiện trong BIT giữa TQ-Myanmar năm 2001
- Trong khi thuật ngữ “hoạt động gắn” với khoản đầu tư rõ ràng bao gồm mọi vấn đề liên quan đến quản lý, vận hành và sử dụng khoản đầu tư, thì thuật ngữ này lại không làm rõ liệu điều này có ảnh hưởng tới khả năng thành lập của nhà đầu tư tại nước nhận đầu tư hay không.

Điều 3.3 của Hiệp định BIT giữa TQ-Myanmar (năm 2001)

Không bên tham gia hiệp định nào được được đối xử với khoản đầu tư và hoạt động gắn liền với khoản đầu tư đó của nhà đầu tư đến từ bên kia kém thuận lợi hơn đối xử dành cho khoản đầu tư và hoạt động gắn liền của nhà đầu tư đến từ bất kỳ nước thứ ba nào.

Đối xử tối huệ quốc

- Chỉ vào hiệp định do TQ ký rõ ràng mở rộng phạm vi của nghĩa vụ MFN ra cho quyền thành lập
- Đó là trường hợp của BITs với Hàn Quốc và Phần Lan cũng như hiệp định với Thổ Nhĩ Kỳ ký năm 1990
- Theo nghĩa vụ MFN, các nhà đầu tư ra nước ngoài của TQ có thể đòi quyền thành lập ở những quốc gia mà nước này đã ký các BITs khác có quy định quyền này

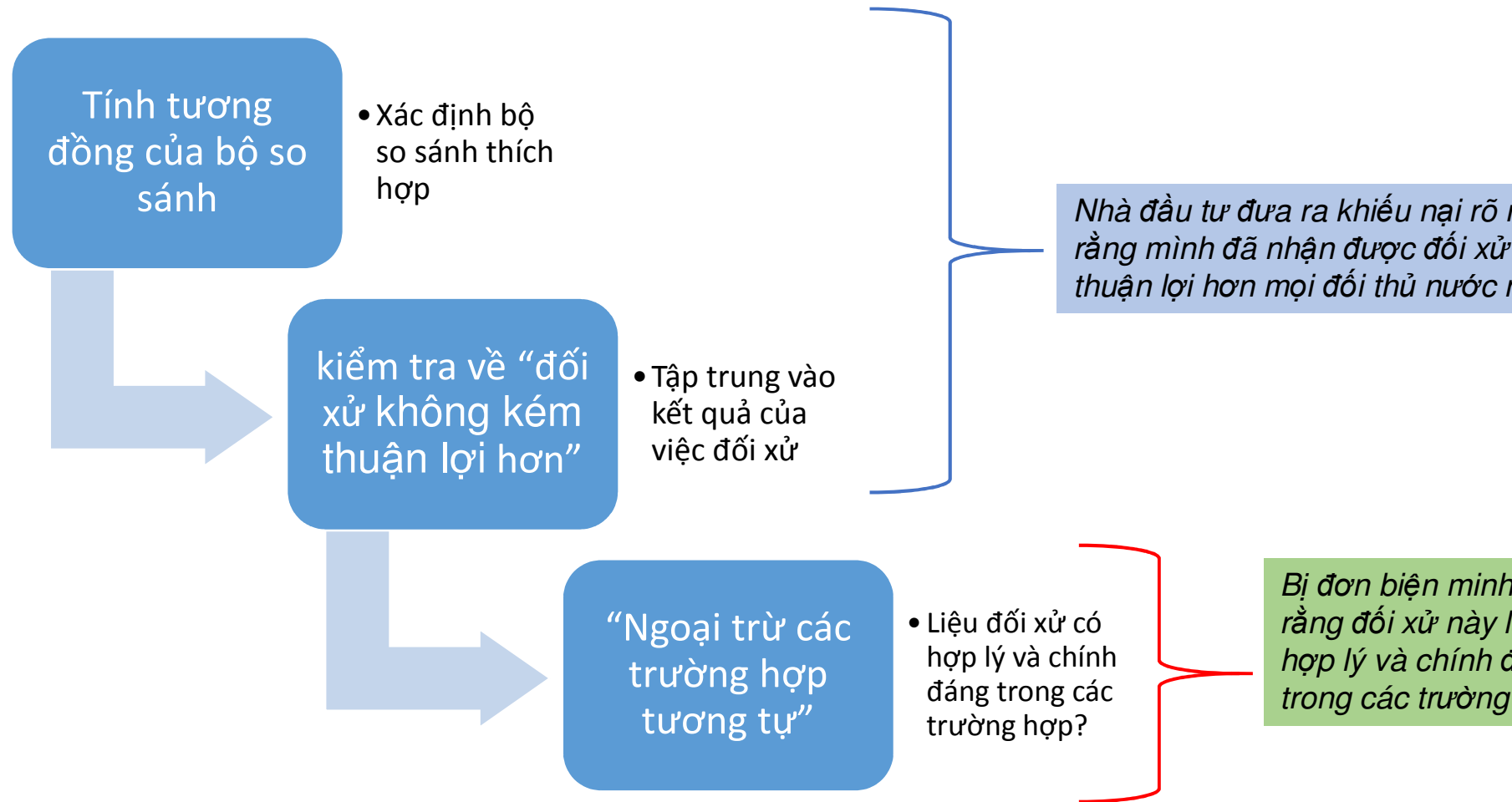
Điều 5.1 Hiệp định PTA giữa TQ-ASEAN (Năm 2009)

Một bên ký kết hiệp định phải dành cho khoản đầu tư của nhà đầu tư đến từ bên kia đối xử không kém thuận lợi hơn đối xử mà bên này dành cho nhà đầu tư của bất kỳ nước thứ ba nào, liên quan đến việc thành lập, mua lại, vận hành, quản lý, bảo dưỡng, sử dụng, hưởng, mua hoặc chuyển nhượng khoản đầu tư.

Quy định về không phân biệt đối xử: NT/MFN

- Nghĩa vụ đối xử MFN về khái niệm khác với nghĩa vụ NT chỉ trong duy nhất một vấn đề then chốt:
 - Trong khi cơ sở để so sánh NT là giữa trong nước với nước ngoài, thì cơ sở để so sánh đối xử MFN là giữa nước ngoài với nước ngoài.
 - Nói một cách khác, đối với NT, người ta so sánh đối xử dành cho nhà đầu tư nước ngoài với đối xử dành cho nhà đầu tư trong nước
 - Trong khi đó, theo tiêu chuẩn MFN, người ta so sánh đối xử mà một nhà đầu tư nước ngoài nhận được với đối xử dành cho một nhà đầu tư nước ngoài khác theo từng trường hợp cá nhân.
- Nếu không, tiêu chuẩn đối xử MFN nhìn chung giống tiêu chuẩn NT
 - Cả hai nghĩa đều yêu cầu so sánh đối xử dành cho nhà đầu tư hoặc khoản đầu tư nước ngoài với đối xử dành cho bên thứ ba (dù là trong nước hay nước ngoài)
 - Cả hai đều có mục đích nhằm đảm bảo duy trì các điều kiện cạnh tranh một cách công bằng và thỏa đáng

Kiểm tra về không phân biệt đối xử: NT và MFN!



Nguyên tắc *Ejusdem generis*

- Nguyên tắc *Ejusdem generis* là một khía cạnh của nguyên tắc *Noscitur a sociis*.
 - Câu châm ngôn Latinh *Noscitur a sociis* chiêm nghiệm rằng một thuật ngữ luật định được công nhận bởi các từ ngữ liên quan
 - Từ *sociis* trong tiếng Latin có nghĩa là “xã hội”
 - Vì thế, các từ ngữ chung được chiếu vào bằng những từ ngữ cụ thể, từ ngữ chung không thể hiểu riêng lẻ. Màu sắc và nội dung từ được rút ra từ bối cảnh sử dụng từ đó
- Theo nguyên tắc này, MFN “chỉ thu hút các quyền cùng loại hoặc hàng, hoặc thuộc cùng một lớp, như những quyền mà MFN liên quan hướng tới. Chuyên đề hay loại chuyên đề cũng phải tương tự nhau”
 - Ngài Gerald Fitzmaurice (năm 1986) Luật pháp và tổ tụng của ICJ

- MFN về đầu tư không áp dụng đối với các hiệp định dẫn đường...
- Hay hiệp định thương mại
- Tuy nhiên, MFN có thể áp dụng với những cam kết WTO cụ thể liên quan đến đầu tư (Mode 3)...

- Phạm vi của nghĩa vụ MFN trong mọi trường hợp cụ thể sẽ được xác định bằng ngôn ngữ cụ thể của điều khoản MFN được xem xét
 - Phụ thuộc vào những quy tắc chung về diễn giải điều ước quốc tế
 - Điều 31 & 32 của VCLT là điểm khởi đầu để diễn giải
- Các điều khoản MFN (nhưng các quy định khác trong hiệp định) phải được diễn giải và áp dụng một cách thống nhất với ý định của các bên tham gia ký kết một hiệp định cụ thể

ICJ

- VCLT làm rõ rằng quy tắc chung để xác định ý định của bên tham gia chính là **nghĩa thông thường** của các thuật ngữ sử dụng trong hiệp định, được diễn giải theo bối cảnh và đối tượng và mục đích của các thuật ngữ này
- Tuy nhiên, một giải pháp nữa là có thể trông cậy vào các phương tiện diễn giải bổ sung (như văn bản gắn liền với việc đàm phán, ký kết và phê chuẩn) hiệp định
 - Để khẳng định việc giải thích hoặc xác định nghĩa khi áp dụng quy tắc chung đưa tới kết quả không rõ ràng, mơ hồ, hoặc vô lý hay không phù hợp

Ý định của các bên trong trường hợp này “được thể hiện thông qua từ ngữ của hiệp định cụ thể lần mô hình hiệp ước chung nổi lên khi xem xét các hiệp ước của Morocco với [các nước khác nhau] trong giai đoạn từ năm 1631 tới năm 1892.”

Quyền công dân của Hợp chủng quốc Hoa Kỳ tại Morocco (France kiện Hoa Kỳ), năm 1952 I. C. J. 176, 192 (27/8) đoạn 191-192

Áp dụng MFN “kép” về bản chất

- Việc áp dụng MFN phụ thuộc vào “sự tương tác của hai nhóm các quy định trong hiệp định”
 - Hiệp định thứ nhất gọi là “hiệp ước cơ bản” có điều khoản MFN (như thiết lập quyền được hưởng đối xử MFN)
 - “hiệp định của bên thứ ba” xác định “mức độ thuận lợi” mà bên hưởng lợi điều khoản này có thể nhận được
 - Không phải lúc nào một hiệp ước mà thậm chí hành động đơn phương cũng có thể cấu thành nên hành động của bên thứ ba
 - “Thực tế duy nhất của đối xử thuận lợi là đủ để đưa vào vận hành điều khoản này” (Dự thảo Bình luận các điều khoản 5(6))

MFN có thể được coi một tiềm năng lớn, theo 2 yếu tố quan trọng

- Không phải tất cả các MFN đều cho phép diễn giải rộng
- Không phải tất cả quy định trong hiệp ước của bên thứ ba đều thuận lợi hơn
- Tác động của MFN có thể lớn nhưng sự thận trọng có xu hướng kìm chế tác động này

Giải thưởng Maffezini (năm 2000): Cuộc cách mạng hay ảo ảnh?

- (Năm 1989) Ông Maffezini thành lập ở TBN một liên doanh sản xuất hóa chất
 - (Năm 1992) việc xây dựng nhà máy hóa chất bị ngừng lại do khủng hoảng tài chính của công ty
 - khiếu nại chống lại TBN: thông tin sai về chi phí của dự án, mức thực tế cao hơn nhiều so với ước tính ban đầu
- Vấn đề MFN
 - Dựa vào BIT giữa TBN-Argentina, theo đó, điều khoản giải quyết tranh chấp đối với những tranh chấp về đầu tư quy định giai đoạn 6 tháng đàm phán trước khi tranh chấp có thể đệ trình lên tòa án có thẩm quyền của nước nhận đầu tư, và sau 18 tháng nếu không giải quyết được tranh chấp, sẽ đưa lên trọng tài quốc tế.
 - Bên nguyên viện dẫn tiêu chuẩn MFN của BIT giữa TBN-Argentina
 - *“trong mọi vấn đề thuộc quy định của Hiệp định này, đối xử này không được kém thuận lợi hơn đối xử mà mỗi bên dành cho khoản đầu tư của nhà đầu tư của nước thứ ba thực hiện trong lãnh thổ của mình.”*
- Bên nguyên tìm cách để được hưởng quy chế giải quyết tranh chấp thuận lợi hơn trong **BIT giữa TBN-Chilê**
 - Tức là có thể đưa vụ việc lên **trọng tài quốc tế (chỉ) sau giai đoạn 6 tháng đàm phán.**

Giải thưởng Maffezini (năm 2000): Cuộc cách mạng hay ảo ảnh?

- Điều khoản MFN quy định đối xử thuận lợi hơn đối với “mọi vấn đề” thuộc hiệp định, nên Tòa cho rằng:
 - “tòa xét thấy có lý do hợp lý để kết luận rằng các thỏa thuận giải quyết tranh chấp ngày nay liên quan chặt chẽ tới bảo hộ nhà đầu tư nước ngoài... nếu hiệp định của bên thứ ba có quy định về giải quyết tranh chấp thuận lợi hơn khi bảo hộ quyền lợi của nhà đầu tư so với quy định trong hiệp định cơ sở, thì quy định này có thể được mở rộng cho bên thụ hưởng của điều khoản tối huệ quốc ...” (đoạn. 52-56).

Áp dụng MFN: ca phẫu thuật khó

Hai bộ các quy định trong hiệp định

Phải xác định liệu hiệp ước cơ bản đã thiết lập mối liên kết pháp lý thích hợp giữa hiệp ước và những lợi ích mở rộng cho bên thứ ba

Đây là một **vận hành phức tạp**

- Phức tạp hơn nó tưởng
- Trọng tâm của IIL



Nhiều công cụ

Sự đa dạng trong soạn thảo

Các ngoại lệ

Nguyên tắc Ejusdem generis

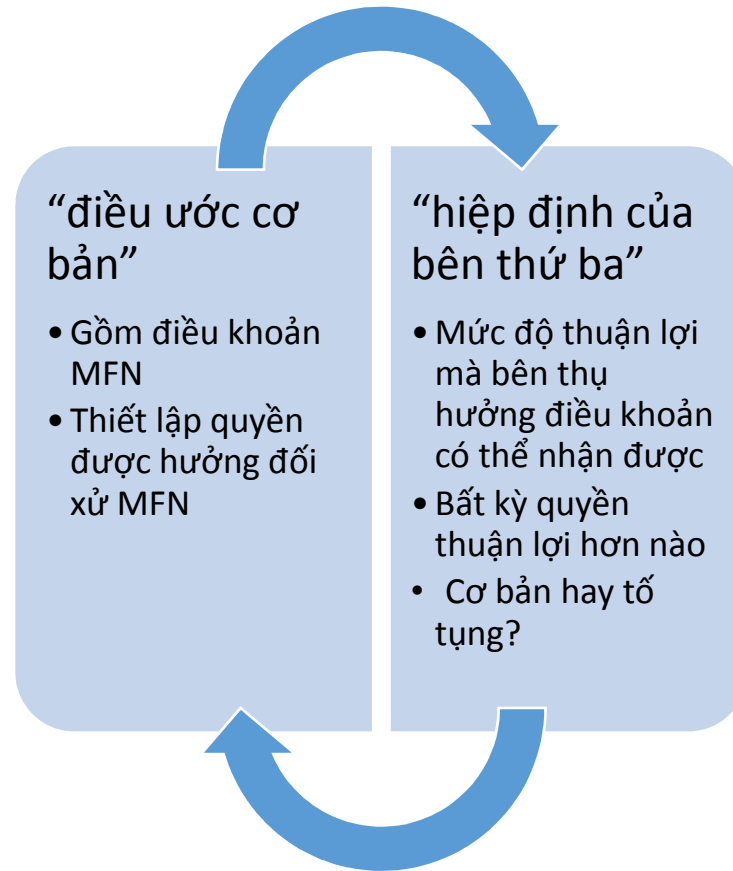
Ý định của các bên

Nghĩa thông thường

Phương tiện bổ sung

Và bất kỳ công cụ mới nào mà trọng tài có thể xét dựng/ phát hiện ra...

Áp dụng MFN phụ thuộc vào “sự tương tác của hai nhóm các quy định trong hiệp định”



Áp dụng MFN phụ thuộc vào “sự tương tác của hai nhóm các quy định trong hiệp định”

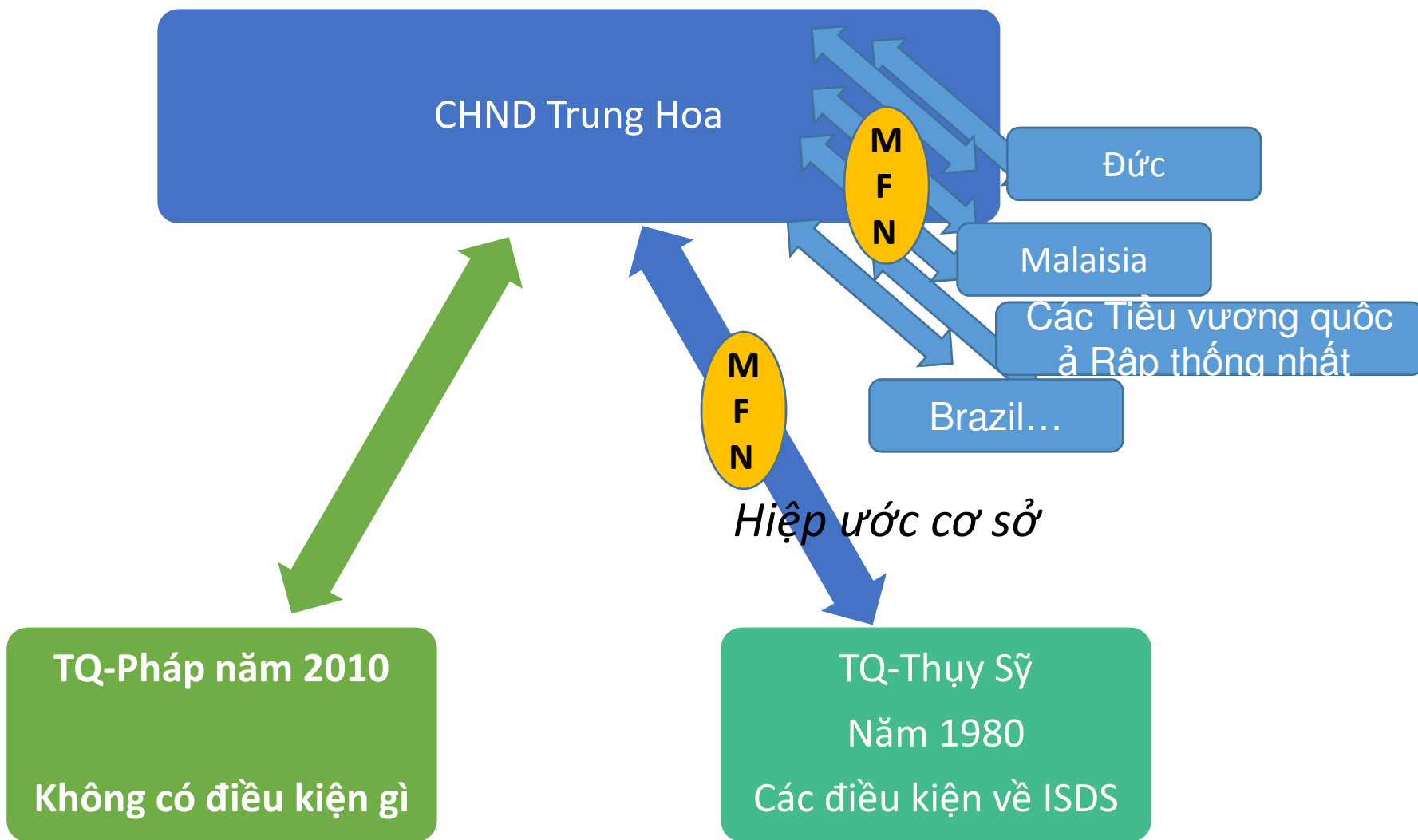
TQ-Canada

- Có điều khoản MFN
- Thiết lập quyền được hưởng đối xử MFN

Canada-Brazil

- Mức độ thuận lợi mà bên thụ hưởng điều khoản này có thể nhận được
- Bất kỳ quyền thuận lợi hơn nào
- Cơ bản hay tổ tụng?

Áp dụng MFN phụ thuộc vào “sự tương tác của hai nhóm các quy định trong hiệp định”... trong bất kỳ các IIAs



Diễn giải MFN

- Nhiều phán quyết trọng tài
- Quyết định không giống nhau
- Tùy thuộc vào sự phân tích chuyên sâu của các học giả
- **Mỗi điều khoản MFN là một thế giới trong đó, điều này đòi hỏi việc diễn giải phải được bám sát vào hiệp định cụ thể để xác định được phạm vi áp dụng**

Diễn giải MFN

- The nguyên đơn cho thấy rằng có các điều khoản BIT khác quy định đối xử thuận lợi hơn.
- Phương pháp của Tòa:
 - Trước hết diễn giải MFN trong hiệp định tương ứng
 - Tiếp theo, phân tích các phán quyết phù hợp nhất về vấn đề này và “án lệ trọng tài”
- Trách nhiệm của tòa: phân tích
 - Từ ngữ cụ thể của mỗi quy định của hiệp định theo quy tắc xác định trong luật quốc tế,
 - Và **xác định chính xác nhất có thể ý định của các bên**

Đề cương bài trình bày

1

- Những nội dung cơ bản của MFN

2

- Áp dụng MFN vào các quy định cơ bản

3

- Áp dụng MFN vào quy định về tổ tụng

4

- Tác động của án lệ tới việc làm luật gần đây

Áp dụng MFN vào các quy định cơ bản

- Việc đảm bảo các quyền cơ quan thông qua MFN khá thành công
 - Loại quyền cơ bản nào có thể nhập khẩu?
 - Mọi quy định có bản trong các IIAs?
- MFN có quyền lực nhưng không thể áp dụng vào mọi quy định trong các IIAs
- Bên hưởng điều khoản MFN không cần phải thể hiện rằng nhà đầu tư/ khoản đầu tư của bên thứ ba, trên thực tế, đã viện dẫn lợi ích trong hiệp định của bên thứ ba
 - Chỉ sự tồn tại hiệp định của bên thứ ba là đủ

Các tương tác trong MFN

Mỗi điều khoản MFN là một thể giới trong

Có thể

- Sau khi nhận đầu tư
- Đối xử cơ bản
- Đối xử bình đẳng và thỏa đáng
- Đối xử quốc gia
- Điều khoản về tước quyền sở hữu
- Tiêu chuẩn các công cụ thực thi

Không thể

- Khái niệm về nhà đầu tư
- Khái niệm về khoản đầu tư

Đối xử cơ bản sau khi tiếp nhận đầu tư

- Công ty MTD Equity kiện Chilê năm 2004
 - Nhà đầu tư được cơ quan quản lý đầu tư của Chilê cấp phép đầu tư
 - Tuy nhiên bị từ chối cấp giấy phép quy hoạch để triển khai khoản đầu tư về phát triển bất động sản
- Sử dụng điều khoản MFN trong hiệp định cơ sở (giữa Chilê-Malaysia) để lập luận rằng quy định cơ bản thuận lợi hơn trong BIT giữa Chilê-Croatia phải được áp dụng
- kiểm tra về không phân biệt đối xử
 - Tính tương đồng của bộ so sánh
 - Đối xử ít thuận lợi hơn

Đối xử cơ bản sau khi tiếp nhận đầu tư

Khiếu nại dựa trên BIT với Croatia thông qua điều khoản MFN trong BIT

Tòa xem xét “cơ sở pháp lý của **khiếu nại có giá trị dựa trên phạm vi rộng của điều khoản MFN trong BIT**, như đã thảo luận.” đoạn 204

“Điều khoản này buộc quốc gia, một khi đã duyệt khoản đầu tư, phải cấp phép cần thiết nhà đầu tư, **theo luật và quy định của nước** 198

Kiểm tra tính tương đồng và kém thuận lợi hơn
xong

Lưu ý rằng: Mặc dù, MFN được áp dụng, Chilê vẫn không phạm nghĩa vụ đó:

*“Ở khía cạnh là việc áp dụng cấp phép phải đáp ứng c
định của luật, nên theo BIT và Điều 3(2) của BIT với C
nhà đầu tư phải được cấp phép. Mặt khác, quy định này
cho phép nhà đầu tư thay đổi khuôn khổ quy định của n
họ đầu tư vào. Tất cả những gì một nhà đầu tư cho thể k
là luật được áp dụng.” Đoạn 205*

Hiệp định cơ sở

- Điều 3(1) Chilê-Malaysia năm 1995
- “Khoản đầu tư do nhà đầu tư của một trong hai bên tham gia ký kết hiệp định thực hiện trong lãnh thổ của bên kia sẽ được nhận đối xử công bằng và thỏa đáng, và không kém thuận lợi hơn đối xử dành cho khoản đầu tư của bất kỳ nước thứ ba nào.”

Hiệp định của bên thứ ba

- Điều 3(2) Croatia-Chilê năm 1996
- “Khi một bên tham gia ký kết hiệp định tiếp nhận một khoản đầu tư trong lãnh thổ của mình, bên này phải cấp phép cần thiết theo luật và quy định của nước mình.”

MTD Equity kiện Chile Vụ ICSID số ARB/01/7 phán quyết ngày 25/5/2004

Đối xử cơ bản sau khi tiếp nhận đầu tư

- Ghi chú
- Mặc dù chấp nhận rằng điều khoản MFN có thể cho phép quy định này trong BIT giữa Croatia-Chilê được áp dụng, Tòa vẫn phân biệt giữa quyền của Nguyên đơn được yêu cầu cấp phép áp dụng theo luật trong nước, và yêu cầu thay đổi bản thân khuôn khổ quy định này.
- Điều khoản MFN không áp dụng đối với yêu cầu sau.
- Với việc Nguyên đơn trên thực tế đang đề nghị thay đổi khuôn khổ quy định áp dụng với khoản đầu tư của họ, nhà nước Bị đơn không vi phạm BIT khi từ chối thay đổi pháp luật của mình.
- Kết luận chính xét trên quan điểm MFN là quy định này có thể giúp nhập khẩu sự đối xử thuận lợi hơn đối với giai đoạn sau khi tiếp nhận đầu tư.

MFN và Đối xử công bằng và thỏa đáng (FET)

- Trong vụ Pope Talbot năm 2001, Tòa án chỉ rằng MFN có thể áp dụng với FET
 - Canada phân bổ hạn ngạch xuất khẩu gỗ mềm của các nhà xuất khẩu tại một số tỉnh.
 - Tác động của việc này là hạn chế số lượng gỗ mà nguyên đơn có thể xuất khẩu.
- NAFTA 1105 (FET) + 1103 (MFN)
- Talbot tuyên bố **khả năng “nhập khẩu” nói chung quy định đối xử công bằng và thỏa đáng vào một BIT khác**

117. In addition to the context, object and purpose of NAFTA, there is a practical reason for adopting the additive interpretation to Article 1105. As noted, a contrary view of that provision would provide to NAFTA investors a more limited right to object to laws, regulation and administration than accorded to host country investors and investments as well as to those from countries that have concluded BITs with a NAFTA party. This state of affairs would surely run afoul of Articles 1102 and 1103, which give every NAFTA investor a right to investment the right to national and most favoured nation treatment. NAFTA investors and investments that would be denied access to the fairness element of Article 1105 would be untrammelled by the “egregious” conduct threshold that Canada would apply. A claim onto Article 1105 would simply turn to Articles 1102 and 1103 for relief.

Liệu một điều khoản NT thuận lợi hơn có thể được nhập khẩu thông qua MFN?

The fifth approach, the full post-admission NT approach, is located in only one BIT, the China–Seychelles BIT of 2006. Unconditional full post-admission NT is provided in this treaty without any reservation.¹⁰⁷ The NT clause applies only after the establishment of an investment, given that it includes a standard admission clause requiring investments to be admitted ‘in accordance with its legislations’.¹⁰⁸ Given China’s reluctance to grant full post-establishment NT in its BIT practice, and its attempt to preserve a limited right to discriminate between domestic and foreign investors, it is doubtful whether China’s acceptance of such an unqualified NT in the Seychelles BIT was a wise move. This is especially true because the broad NT obligation of this treaty could be invoked by non-Seychelles investors by way of the MFN clause, which appears in all of the Chinese BITs.¹⁰⁹ China, nevertheless, can continue to avoid this kind of risk in a treaty claim, at least temporarily, considering the China–Seychelles BIT has not yet entered into force.

Có,
the
cụ
MFN
qua

Đọc: Wenhua Shan, Norah Gallagher và Sheng Zhang (năm 2012) Đối xử quốc gia đối với đầu tư nước ngoài ở TQ: Bối cảnh thay đổi, Từ ICSID Review, trang 13 (Blackboard tuần 5)

Liệu, thông qua nội dung điều khoản MFN, nguyên đơn có thể có quyền dựa vào nghĩa vụ của bị đơn để hành động một cách công bằng và thỏa đáng như nêu trong các BITs khác?

- “Tòa kết luận rằng, theo BIT, tiêu chuẩn công bằng và thỏa đáng trong đối xử phải được diễn giải theo cách thuận lợi nhất để đáp ứng mục tiêu của BIT nhằm bảo hộ đầu tư và tạo diện kiện thuận lợi cho khoản đầu tư. Tòa xét thấy, để đưa vào thành một nội dung về bảo hộ trong BIT, những quy định tại Điều 3(1) của BIT Đan Mạch và Điều 3(3) và (4) của BIT Croatia BIT phải phù hợp với mục đích này. Tòa án còn bị thuyết phục thêm về kết luận này bởi thực tế là những loại trừ trong các điều khoản MFN liên quan xử lý thuế và hợp tác khu vực, vấn đề vốn xa lạ với BIT nhưng do bản chất chung của điều khoản MFN, các Bên ký kết vẫn xem xét thận trọng khi loại trừ. **Ngược lại, các vấn đề khác có thể được hiểu là một phần của đối xử công bằng và thỏa đáng của nhà đầu tư sẽ được quy định trong điều khoản.**”

**Tòa Công bằng
Khả năng áp dụng MFN
nhập hầu một nghĩa vụ**

MFN và Đối xử công bằng và thỏa đáng (FET)

(2) MFN trong hiệp định cơ sở giữa Pakistan-Thổ Nhĩ Kỳ

bên phải dành cho những khoản đầu tư này, một khi đã thành lập, sự đối xử không thuận lợi hơn đối xử, trong trường hợp tương tự, dành cho các khoản đầu tư của nhà đầu tư nước mình hoặc khoản đầu tư của nhà đầu tư của bất kỳ quốc gia thứ ba nào, bất kể đối xử nào là thuận lợi nhất.”

Điều II (2) không có quy định về đối xử công bằng và thỏa đáng

Không thể tranh cãi rằng "hiệp định đầu tư" giữa Pakistan đã ký với Pháp, Hà Lan, Trung Quốc, Anh, Úc và Thụy Sĩ có một điều khoản đối xử công bằng và thỏa đáng rõ ràng" đoạn 231

“Theo những trường hợp này và nhằm mục đích đánh giá thẩm quyền xét xử, Tòa hiến pháp xét thấy Pakistan phải đối xử với các khoản đầu tư của công dân Thổ Nhĩ Kỳ “một cách công bằng và thỏa đáng.” đoạn 232

MFN và Đối xử công bằng và thỏa đáng (FET)

- Bayindir kiện Pakistan (năm 2005) nhận thấy FET có thể hiểu ra thành hiệp định cơ sở, BIT giữa Pakistan-Thổ Nhĩ Kỳ mặc dù không có điều khoản FET ở đó.
 - Vì từ ngữ của điều khoản MFN + mọi BIT của Pakistan khác kết hợp với FET!
 - Vì Lời nói đầu cũng đề cập tới tiêu chuẩn công bằng và thỏa đáng
- Tòa kết luận rằng “rõ ràng Pakistan phải đối xử với các khoản đầu tư của công dân Thổ Nhĩ Kỳ một cách công bằng và thỏa đáng”.
- Đó phải là hiệp định giữa Pakistan-Thụy Sĩ trên cơ sở là hiệp định này ra đời sau về mặt thời gian
 - *Ghi chú là: cần lưu ý đây là một quyết định về thẩm quyền xét xử và kết luận chỉ là phát hiện hiển nhiên*

Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi AS kiện CH Hồi giáo Pakistan, Vụ ICSID Case số ARB/03/29, Quyền định về thẩm quyền xét xử ngày 14/11/2005, đoạn 227-235.

MFN và Đối xử công bằng và thỏa đáng (FET)

- Liệu khả năng áp dụng đương nhiên nghĩa vụ FET có thể khẳng định được theo đệ trình của các bên về thực chất hay không?

Thực tế là các nước tham gia hiệp định rõ ràng đã dự tính tầm quan trọng của FET trong lời nói đầu. “Thực sự, mặc dù không thiết lập một nghĩa vụ thực hiện, lời nói đầu phù hợp với diễn giải về điều khoản MFN trong bối cảnh và theo đối tượng và mục đích của hiệp định căn cứ Điều 31(1) của VCLT.” đoạn 155

Nghĩa thông thường của từ ngữ sử dụng trong Điều II(2) cùng với những hạn chế quy định tại Điều II(4) cho thấy các bên tham gia hiệp định không có ý định loại bỏ tầm quan trọng của tiêu chuẩn thuận lợi cơ bản của việc đối xử dành cho nhà đầu tư của nước thứ ba. Nội dung này được minh chứng bởi khẳng định trong lời nói đầu về FET.” đoạn 157

“nguyên tắc ejusdem generis không phù hợp ở đây
“đôi khi bị coi là rào cản cho việc thực hiện điều khoản MFN liên quan đến quyền tố tụng không được áp dụng ở đây và từ ngữ của hiệp định đã rõ ràng.” đoạn 159

Quy định FET theo đó Nguyên đơn tham chiếu cụ thể hơn tới thời điểm trước khi có điều khoản MFN trong hiệp định. “provision to which the Claimant more specifically referred pre-dates the MFN clause in the Treaty. “bản thân thời gian có vẻ không cản trở việc nhập khẩu một nghĩa vụ FET từ một BIT khác mà Bị đơn đã ký kết.” đoạn 160

FET được nhập khẩu: Hiệp định Anh-Pakistan được ký trước hiệp định cơ sở hoặc hiệp định Thụy Sĩ-Pakistan sau này
“theo cả thời điểm ký hiệp định và tính tương đồng với Điều II(2) của BIT Pakistan-Anh, Điều 4 của BIT Pakistan-Thụy Sĩ có thể được sử dụng làm tiêu chuẩn áp dụng FET trong vụ việc hiện tại.” đoạn 167

MFN và Đối xử công bằng và thỏa đáng (FET)

- Ngược lại trong vụ NAFTA của ADF kiện Hoa Kỳ USA, bên nguyên tìm cách hưởng lợi từ quy định đối xử công bằng và thỏa đáng được cho là rộng hơn trong các BIT của Hoa Kỳ với Albania và Estonia để tránh sự diễn giải hạn chế hơn về quy định đối xử công bằng và thỏa đáng trong NAFTA (Điều 1105) của Ủy ban Thương mại tự do của NAFTA (FTC) năm 2001, vốn đánh đồng tiêu chuẩn này với tiêu chuẩn của luật pháp thông lệ quốc tế.
- Tòa phản đối khiếu nại của nhà đầu tư vì “khiếu nại giả định tính hiệu lực về nội dung theo các điều khoản liên quan trong các hiệp định với Albania và Estonia”.
 - Theo quan điểm này, nhà đầu tư không dẫn chiếu được “sự tồn tại của những tiêu chuẩn độc lập này” hoặc thậm chí giả sử có tồn tại về giả thuyết, thì “các biện pháp của Hoa Kỳ đã mang đặc điểm phù hợp là vi phạm những tiêu chuẩn đó rồi”.
 - Cần lưu ý rằng có một loạt các vụ kiện đang diễn ra và thông báo ý định kiện trong NAFTA, theo đó bên nguyên cũng nêu ra những lập luận tương tự.
- Mục đích nhằm hạ thấp ngưỡng áp dụng của Điều 1105 bằng cách chỉ sang các BITs của bên thứ ba mà Hoa Kỳ và Canada đã ký, cũng có những quy định đối xử công bằng và thỏa đáng “độc lập”. Tuy nhiên, không ai hy vọng lập luận này thắng thế.
- Lập luận dựa trên các phiên bản cũ BITs của Hoa Kỳ và Canada.
 - Trên thực tế, mô hình BITs của Hoa Kỳ và Canada hiện nay phù hợp với cách diễn giải tiêu chuẩn đối xử công bằng và thỏa đáng của FTC trong năm 2001.

Quy định MFN có thể mang lại các điều khoản về tước quyền sở hữu khác

- Mặc dù không được Tòa thừa nhận rõ, trong vụ CME kiện CH Séc trước đây, trọng tài bỏ ngỏ khả năng có thể nhập khẩu vào vụ kiện những tiêu chuẩn bồi thường thuận lợi hơn của một lập luận về MFN.

Tòa ghi nhận rằng theo quy định MFN của BIT, tiêu chuẩn “giá trị thị trường thỏa đáng” có thể được viện dẫn từ BITs của Séc với các nước khác, ví dụ BIT giữa Séc với Hoa Kỳ.

Cho phép điều khoản MFN nhập khẩu biện pháp thuận lợi hơn khi xác định “giá trị thỏa đáng” trong một vụ việc bồi thường khi tước quyền sở hữu

Tòa diễn giải cụm từ “bồi thường công bằng” trong điều khoản tước quyền sở hữu tại BIT giữa Séc-Hà Lan có nghĩa tương đương với tiêu chí “giá trị thị trường thỏa đáng” sử dụng trong BIT giữa Séc-Hoa Kỳ

Quy định MFN có thể mang lại các điều khoản về tước quyền sở hữu khác

- Trong thảo luận ngắn về quy định MFN, Tòa chấp nhận quy định này sẽ vận dụng nhằm nhập khẩu vào xét xét trọng tài các quy định về tước quyền sở hữu thuận lợi hơn có thể có trong các hiệp định khác mà Hungary đã ký với các nước khác ngoài Anh.

“Tòa theo quan điểm là một nhà đầu tư có thể chỉ dựa vào các quyền đề ra trong hiệp định cơ sở, nghĩa là BIT theo đó nước của nhà đầu tư và nước nhận đầu tư là các bên tham gia trực tiếp, nhưng không hơn mức đó. Câu hỏi là liệu quyền và lợi ích tìm kiếm theo điều khoản MFN được bao gồm trong phạm vi xử lý trọng tài của hiệp định cơ sở chưa. Trong vụ việc đơn cử đây, phạm vi xét xử trọng tài của hiệp định cơ sở là việc tước quyền sở hữu bao gồm cả các vấn đề thực tế và pháp luật trong đó. Do đó, nguyên đơn có quyền dựa vào các quy định MFN trong BIT, nhưng chỉ trong chừng mực của những quy định liên quan đến tước quyền sở hữu.” đoạn 74

MFN và “phương tiện thực thi”

Tòa cho rằng việc trì hoãn của tòa Ấn Độ vi phạm nghĩa vụ của Ấn Độ phải cung cấp cho White Industries một “phương tiện thực thi” để khiếu nại và thực thi các quyền.”

- Điều này mặc dù thực tế là BIT giữa Ấn Độ-Uc không đề cập hay bao gồm một nghĩa vụ như vậy đối với nước nhận đầu tư.
- Tòa ủng hộ nhận định rằng White Industries có thể mượn quy định về “phương tiện thực thi” hiện có trong BIT giữa Ấn Độ-Cô-oét bằng cách dựa vào quy định MFN trong BIT giữa Ấn Độ-Uc.

Tòa bác bỏ phản đối của Ấn Độ cho rằng việc mượn này sẽ “lật đổ về cơ bản cán cân đã được thương lượng cẩn thận của BIT.” (đoạn 11.2.1)

- Tòa cho rằng cán cân này có thể bị lật đổ chỉ khi quy định MFN được sử dụng để vay mượn một quy định về giải quyết tranh chấp có lợi từ một BIT khác. (đoạn 11.2.2)
- Tòa cho rằng việc vay mượn quy định cơ bản có lợi từ một hiệp định của bên thứ ba không làm lật đổ cán cân được thương lượng của BIT, mà còn đạt được kết quả dự định nhờ sự kết hợp điều khoản MFN. (đoạn 11.2.3 và 11.2.4)

Cần lưu ý rằng quy định MFN trong BIT giữa Ấn Độ-Uc công nhận một số ngoại lệ, như không mở rộng bất kỳ đối xử, thuận lợi hoặc đặc quyền nào phát sinh từ a) liên minh hải quan, liên minh kinh tế hoặc hiệp định thương mại tự do; b) quy định của hiệp định tránh đánh thuế trùng; và c) mọi quy định liên quan toàn bộ hoặc chủ yếu tới thuế. BIT cũng có một ngoại lệ chung đối với toàn bộ hiệp định, cũng như với quy định MFN, là nước nhận đầu tư có thể đi chệch khỏi nghĩa vụ BIT để áp dụng các biện pháp cần thiết nhằm bảo vệ lợi ích an ninh thiết yếu của mình hoặc ngăn ngừa bệnh dịch hoặc sâu rầy.

Điều 4(5) của BIT giữa Ấn Độ-Cô-oét quy định rằng “mỗi bên tham gia ký hiệp định phải... cung cấp phương tiện thực thi để khiếu nại và thực thi quyền liên quan đến đầu tư...’.

Điều 4(2) của BIT giữa Ấn Độ-Uc quy định MFN theo đó, “một bên tham gia ký kết hiệp định phải luôn đối xử với khoản đầu tư trong lãnh thổ của mình trên cơ sở không kém thuận lợi hơn đối xử dành cho khoản đầu tư hoặc đầu tư của bất kỳ nước thứ ba nào’.

***Luật sư sáng tạo có thể dựa vào một số đặc thù
của hiệp định BIT tương ứng...***

Liệu việc thiếu vắng một quy định trong hiệp định của bên thứ ba có thể là cơ sở để loại bỏ quy định nêu trong hiệp định cơ sở không?” “MFN ảo”

- Việc thiếu vắng một quy định trong hiệp định thứ ba không thể là cơ sở để loại bỏ quy định nêu trong hiệp định cơ sở.
 - Trong vụ CMS kiện Argentina, nguyên đơn tìm cách tránh áp dụng điều khoản “ngoại lệ trong trường hợp khẩn cấp” nêu trong hiệp định cơ sở giữa Hoa Kỳ và Argentina.
- Tòa không bị thuyết phục và kết luận rằng:
 - “đã có những điều khoản thuộc loại điều XI được hình dung trong các hiệp định đó, đối xử thuận lợi hơn với nhà đầu tư, lập luận về vận hành MFN có thể đã được nêu. Tuy nhiên, sự thiếu vắng quy định này trong các hiệp định khác không cho vay sự hỗ trợ cho lập luận này, vốn trong mọi trường hợp đều thua theo **quy tắc ejusdem generis, như lập luận đúng đắn của Bị đơn.**” (đoạn 377)
 - *Tức là khi từ ngữ chung bị giới hạn, nghĩa của từ ngữ chung được sử dụng giới hạn bởi ngụ ý theo nghĩa của từ ngữ bị giới hạn.*

MFN không thể dùng nhập khẩu một định nghĩa “đầu tư” thuận lợi hơn

- Nguyên đơn viện dẫn định nghĩa dường như rộng hơn về đầu tư nêu trong một hiệp định khác mà CH Dominica đã ký Hiệp định thương mại tự do Trung Mỹ (CAFTA).
 - Cụ thể, Societe Generale lập luận rằng quy định MFN trong BIT giữa Pháp- CH Dominica phải cho phép công ty Pháp được hưởng định nghĩa về khoản đầu tư thuận lợi hơn trong CAFTA.
- Bị đơn lập luận rằng tòa không có thẩm quyền xét xử khi thiếu khoản đầu tư đủ điều kiện theo BIT giữa Pháp và CH Dominica.
- Tuy nhiên, tòa bác bỏ nỗ lực này, cho rằng điều khoản MFN chỉ mở rộng cho “đối xử” dành cho khoản đầu tư, chứ không cho định nghĩa về bản thân khoản đầu tư.
- Tòa cũng chấp nhận quan điểm của Chính phủ DR cho rằng **một điều khoản ngoại trừ trong BIT ngăn cản điều khoản MFN đạt tới hiệp định thương mại tự do như CAFTA.**

CAFTA, trong số các đặc điểm khác, còn bao gồm “kỳ vọng lợi nhuận” đoạn 40

“Mỗi hiệp định xác định cái gì được là một khoản đầu tư được bảo hộ. ai có quyền được hưởng bảo hộ đó. các định nghĩa có thể thay đổi theo hiệp định, Trong trường hợp này, viện dẫn tới nội dung văn bản cụ thể của điều khoản MFN là không cần thiết vì nó chỉ áp dụng với đối xử cho khoản đầu tư theo định nghĩa mà không áp dụng cho định nghĩa “bản thân khoản đầu tư”.

Société Generale kiện CH Dominica, vụ LCAI số UN 7927, phán quyết phần đối bước đầu đối với thẩm quyền xét xử, đoạn 40-43

MFN không thể dùng nhập khẩu một định nghĩa “nhà đầu tư” thuận lợi hơn

- Mục đích điều khoản MFN “là mở rộng phạm vi bảo hộ cơ bản đối với các khoản đầu tư đủ tư cách của nhà đầu tư đủ tư cách; **điều khoản này không thể áp dụng một cách hợp pháp để mở rộng định nghĩa của bản thân nhà đầu tư hay khoản đầu tư**”

MFN không thể có hiệu lực hồi tố

- Vụ TECMED kiện Mexico (năm 2003) “...các vấn đề liên quan tới hiệu lực áp dụng quá hạn của Hiệp định... Do ý nghĩa và tầm quan trọng của các vấn đề này, nên đi vào **các vấn đề cốt lõi** mà **các bên chắc chắn đã đàm phán cụ thể**. Đây là những yếu tố quyết định cho việc công nhận Hiệp định.”
- Tương tự trong vụ *MCI kiện Ecuador*, tòa được yêu cầu sửa đổi thời gian áp dụng của BIT cơ bản để bao gồm các những diễn biến xảy ra trước khi hiệp định có hiệu lực, ở đây à BIT giữa Ecuador-Argentina.
 - Tòa cho phép Bị đơn được bác bỏ các điểm chính trong khiếu nại (chủ yếu dựa vào quyết định của *Tecmed*) về khả năng không được phép hồi tố của BIT; không có đánh giá nào thêm nữa.
- **Cả *Tecmed* và *MCI* thực ra đề cập tới vấn đề về phạm vi thời gian. Vẫn còn chưa rõ quy định cơ bản nào khác có thể coi là “vấn đề cốt lõi”**

Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. kiện Mexico (Vụ ICSID số ARB(AF)/00/2), phán quyết ngày 29/5/2003, đoạn 69.

M.C.I. Power Group L.C. và New Turbine, Inc. kiện CH Ecuador, Vụ ICSID số ARB/03/6, phán quyết 31/7/2007, đoạn 118-128

MFN không thể có hiệu lực hồi tố

- Nguyên đơn đề cập tới “đối xử tối huệ quốc quy định tại Điều 8(1) của Hiệp định nhằm cho phép **áp dụng hồi tố nhằm đối xử thuận lợi hơn** đối với vấn đề dành cho nhà đầu tư Áo theo hiệp định song phương về bảo hộ đầu tư giữa Hoa Kỳ và Áo ngày 29/6/1998. Tòa trọng tài sẽ không xem xét chi tiết quy định của hiệp định này có phù hợp với nguyên tắc này không, vì vấn đề liên quan đến việc áp dụng quá hạn hiệp định, gần nhiều hơn tới khía cạnh thời gian áp dụng các quy định cơ bản thay vì vấn đề tố tụng hay thẩm quyền xét xử, do ý nghĩa và tầm quan trọng của quy định, mà đi thẳng vào cốt lõi vấn đề phải được các bên tham gia ký kết hiệp định đàm phán cụ thể. Đây là những yếu tố quyết định việc các bên chấp nhận hiệp định, vì chúng gắn trực tiếp với việc xác định quy chế bảo hộ cơ bản áp dụng đối với nhà đầu tư nước ngoài, và nhất là theo bối cảnh pháp luật chung (ở trong nước và quốc tế) mà cơ chế này vận hành, cũng như việc tiếp cận của nhà đầu tư nước ngoài tới những quy định cơ bản của quy chế. Việc áp dụng quy định vì thế không thể bị nguyên tắc nêu trong điều khoản tối huệ quốc làm giảm hiệu lực

Điều 18 VCLT “nghĩa vụ không được làm hỏng đối tượng và mục đích của một hiệp định trước khi nó có hiệu lực”

Điều 18 phát sinh ra nguyên tắc chung của luật pháp quốc tế dựa trên đức tin nguyên tắc thể hiện

Điều 18 vì thế mang tính độc lập, và không tạo ra ngoại lệ đối với nguyên tắc không áp dụng hồi tố các hiệp định

- Nguyên đơn lập luận rằng thẩm quyền xét xử có thể thu hút được dựa trên điều khoản tối huệ quốc nêu tại Điều 8 của Hiệp định ASEAN 1998, được hiểu kết hợp với hiệp định đầu tư song phương 1998 giữa Myanmar và Philippines.
- YCO khiếu nại quyền xét xử theo Hiệp định Khung 1998 bằng cách viện dẫn MFN (Điều 8), trích dẫn đối xử thuận lợi hơn với nhà đầu tư theo BIT giữa Philippines-Myanmar BIT.
 - Tòa bác bỏ thẩm quyền xét xử dựa trên căn cứ này, ghi chú rằng Nguyên đơn đã không viện dẫn điều khoản tối huệ quốc khi bắt đầu quy trình các thủ tục tố tụng trọng tài.
 - Tòa không đồng tình vì hiệp định này quy định **một phương thức giải quyết tranh chấp khác** và **một cơ quan bổ nhiệm khác**
 - Tòa cũng nhận định thêm rằng trong mọi trường hợp, không có chỉ định rằng sẽ có xét xử trọng tài theo bất kỳ BIT nào mà Myanmar ký kết trên thực tế
 - Vì thế Tòa kết luận rằng không cần phải xem xét thẩm quyền xét xử theo Hiệp định khung 1998

MFN có thể mở rộng việc bảo hộ một hiệp định đầu tư theo thời điểm, sự vật, con người hay địa điểm?

- Cả khái niệm về nhà đầu tư và khoản đầu tư được xác định bởi hiệp định cơ sở, tức là hiệp định có điều khoản MFN.
 - Chính hiệp định cơ sở này cũng xác định mức độ lợi ích dành cho nơi khác có thể được bên hưởng điều khoản MFN của hiệp định viện dẫn.
- Vì những lý do về quy tắc-cấu trúc và logic vận hành, một điều khoản MFN do đó không thể áp dụng để xác định lại ai là đối tượng thụ hưởng điều khoản MFN.
 - Theo đó, lập luận này hiện áp dụng trong vụ Hicee, và trước đó trong một số phán quyết khác (**Tecmed kiện Mexico, đoạn 69, Societe Generale kiện CH Dominica, đoạn 40-41, và cũng được hiểu đúng trong vụ Yaung Chi OO Trading kiện Myanmar, đoạn 83**), là chuẩn

Tóm lại

- Nhiều vấn đề tất nhiên căn cứ vào từ ngữ chính xác trong điều khoản MFN mà bạn đang xử lý, nhưng nhìn chung các điều khoản MFN trong các hiệp định đầu tư đều mở rộng đối xử thuận lợi hơn cho cả nhà đầu tư lẫn khoản đầu tư.
- MFN không thể mở rộng bảo hộ của một hiệp định đầu tư theo thời điểm sự vật, con người hay địa điểm
 - Việc mở rộng bảo hộ của một hiệp định đầu tư theo thời điểm, sự vật, con người và vị trí, nằm ngoài phạm vi áp dụng của hầu hết các điều khoản MFN trong các hiệp định đầu tư.
- Mọi quyền cơ bản khác có thể được nhập khẩu qua một MFN rộng

Đề cương bài trình bày

1

- Những nội dung cơ bản của MFN

2

- Áp dụng MFN vào các quy định cơ bản

3

- Áp dụng MFN vào quy định về tổ tụng

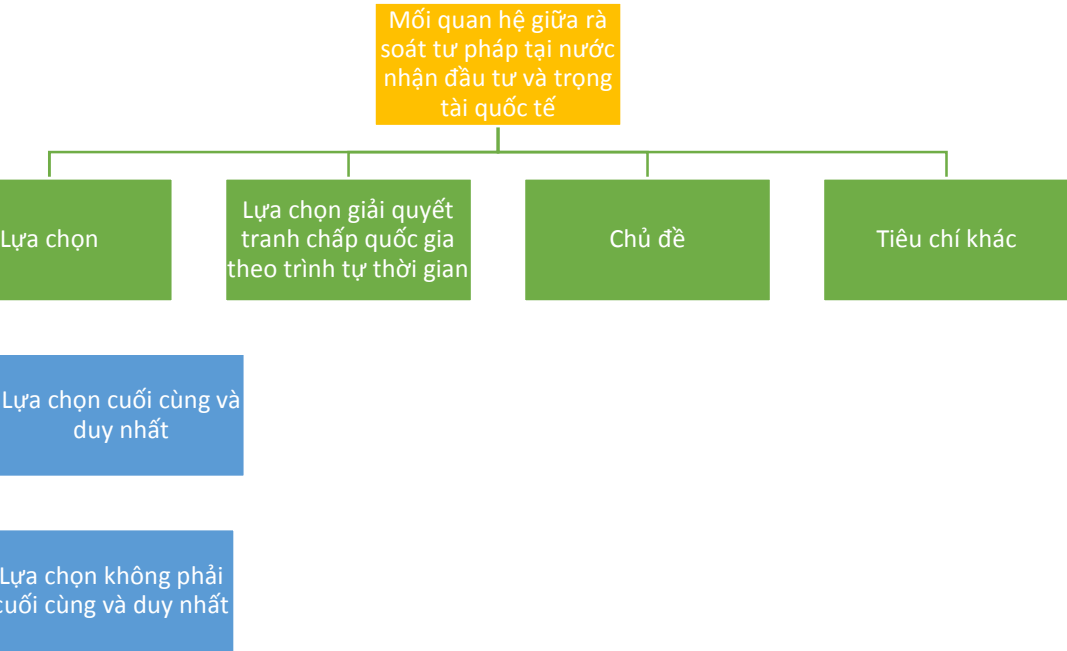
4

- Tác động của án lệ tới việc làm luật gần đây

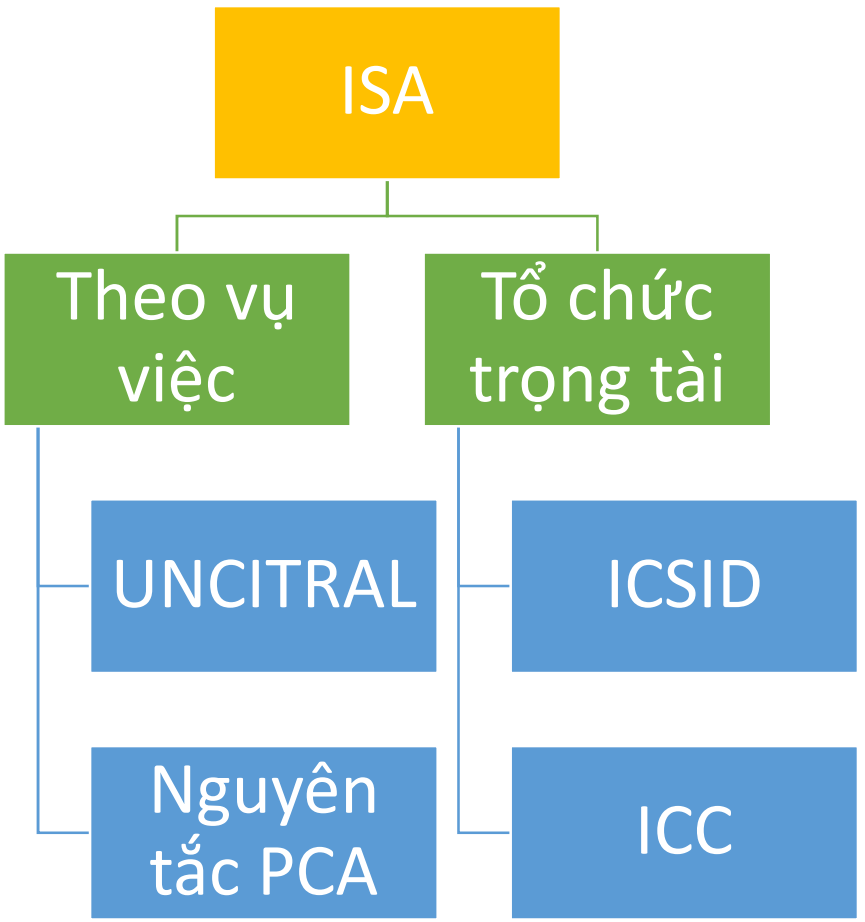
Áp dụng MFN vào quy định về tố tụng

- Việc đảm bảo quyền tố tụng thông qua MFN vẫn còn đang tranh cãi
 - Có thể có nhiều khác biệt lớn giữa các hiệp định đầu tư như quyền, điều kiện và hình thức sẵn có

Mối quan hệ giữa rà soát tư pháp tại nước nhận đầu tư và trọng tài quốc tế (tuần 2)



Lựa chọn địa điểm (xem tuần 2)



- Câu hỏi sau cùng là liệu một nhà đầu tư có thể dựa vào một điều khoản MFN là câu hỏi cần diễn giải và hướng vào ý định của các bên tham gia ký kết hiệp định cơ sở
- Đôi khi ý định rõ ràng (loại ra hoặc đưa vào)
- Trong nhiều IIAs, ý định của các bên muốn đưa vào hay loại ra ISA trong phạm vi MFN có thể là một vấn đề cần diễn giải

Loại
ISDS ra
khỏi
phạm
vi MFN

NAFTA

Đưa
ISDS
vào

**BIT mô hình
Anh**

Không
rõ

Mexico-Anh...

Hiệp định Azerbaijan-Anh năm 1996

ARTICLE 3

National Treatment and Most-favoured-nation Provisions

- (1) Neither Contracting Party shall in its territory subject investments or returns of nationals or companies of the other Contracting Party to treatment less favourable than that which it accords to investments or returns of its own nationals or companies or to investments or returns of nationals or companies of any third State.
- (2) Neither Contracting Party shall in its territory subject nationals or companies of the other Contracting Party, as regards their management, maintenance, use, enjoyment or disposal of their investments, to treatment less favourable than that which it accords to its own nationals or companies or to nationals or companies of any third State.
- (3) For the avoidance of doubt it is confirmed that the treatment provided for in paragraphs (1) and (2) above shall apply to the provisions of Articles 1 to 11 of this Agreement.

Cũng trong Điều 3(3) của [BIT mô hình Anh](#)

Albania-UK 1995

ARTICLE 3

National Treatment and Most-favoured-nation Provisions

- (1) Neither Contracting Party shall in its territory subject investments or returns of nationals or companies of the other Contracting Party to treatment less favourable than that which it accords to investments or returns of its own nationals or companies or to investments or returns of nationals or companies of any third State.
- (2) Neither Contracting Party shall in its territory subject nationals or companies of the other Contracting Party, as regards the management, maintenance, use, enjoyment or disposal of their investments, to treatment less favourable than that which it accords to its own nationals or companies or to nationals or companies of any third State.
- (3) For the avoidance of doubt it is confirmed that the treatment provided for in paragraphs (1) and (2) above shall apply to the provisions of Articles 1 to 11 of this Agreement.

Điều 1103(2) của NAFTA

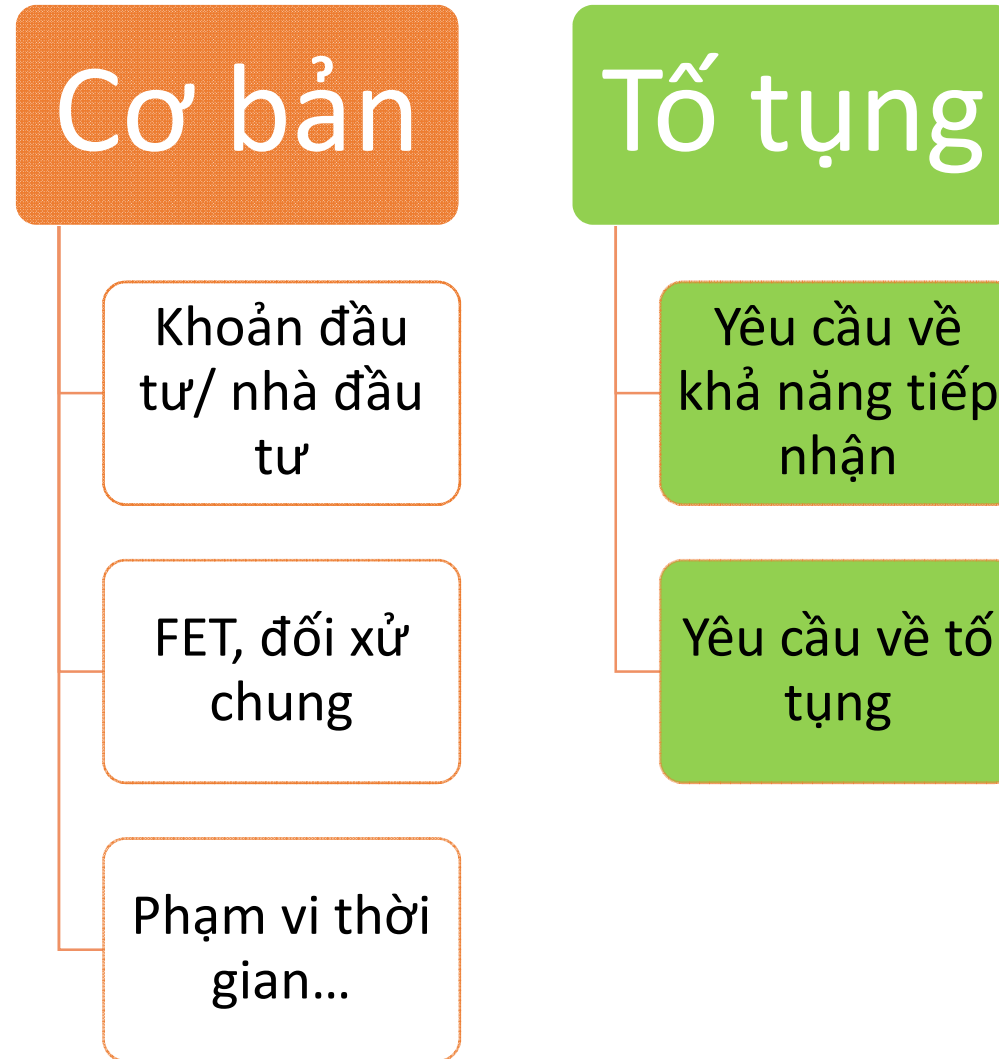
- ‘Mỗi bên phải dành cho khoản đầu tư của bên kia đối xử không kém thuận lợi hơn đối xử, trong những trường hợp tương tự, dành cho khoản đầu tư của nhà đầu tư của bất kỳ bên nào khác tham gia hoặc không tham gia hiệp định *liên quan đến việc thành lập, mua lại, quản lý, thực hiện, vận hành và bán hoặc chuyển nhượng khoản đầu tư.*’ (nhấn mạnh thêm).

Giải quyết tranh chấp không đ
cập ở đây và do đó bị loại ra
khỏi phạm vi của điều khoản
MFN

- Điều 3 trong BIT của Đức quy định:
- **(1)** ‘Không nước nào tham gia ký hiệp định được phép đối xử với khoản đầu tư trong lãnh thổ của mình thuộc sở hữu hoặc kiểm soát của nhà đầu tư của nước kia kém thuận lợi hơn đối xử mà nước này dành cho khoản đầu tư... của nhà đầu tư của bất kỳ nước thứ ba nào.
- **(2)** Không nước nào tham gia ký hiệp định được phép đối xử với nhà đầu tư của nước kia liên quan đến khoản đầu tư trong lãnh thổ của nước này kém thuận lợi hơn đối xử dành cho nhà đầu tư của bất kỳ nước thứ ba nào.’

Vấn đề thường nảy sinh vì phần lớn các hiệp định đầu tư như ví dụ trong Điều 3 BIT mô hình Đức, mặc dù quy định rộng, vẫn hoàn toàn câm lặng trước câu hỏi về khả năng áp dụng cơ chế giải quyết tranh chấp và cũng không làm rõ ý định của các bên tham gia về vấn đề này

Mỗi điều khoản MFN là một thế giới trong đó



MFN và giải quyết tranh chấp

- Hầu hết tranh cãi xoay quanh việc áp dụng MFN vào quyền tố tụng
- Tiêu chuẩn MFN cũng gây tranh cãi khi xảy ra vụ *Maffezini kiện Tây Ban Nha*.
 - Liệu điều khoản MFN trong một BIT chỉ áp dụng với nghĩa vụ cơ bản **hoặc còn áp dụng cả với quy trình giải quyết tranh chấp**
 - **Xem vụ *Maffezini kiện Tây Ban Nha***

Salini

- Điều 9 trong BIT giữa Ý và Jordan đề cập tới “mọi tranh chấp”.
 - “Trong trường hợp nhà đầu tư và một pháp nhân của các bên tham gia ký kết hiệp định đã quy định ra một Hiệp định đầu tư, thủ tục nêu trong hiệp định này sẽ được áp dụng”.
- Quyết định của Tòa trong vụ *Salini* có 2 hiệu ứng:
 - Một là, xác định tranh chấp này, trên thực tế, là tranh chấp về hợp đồng giữa các bên, nghĩa là tranh chấp này không phát sinh từ việc vi phạm hiệp định.
 - Hai là, Tòa kết luận rằng hiệp định đã thiết lập cụ thể khả năng áp dụng một quy trình khác để giải quyết tranh chấp tại Điều 9(2), và đó là quy trình phải áp dụng.
 - Căn cứ sau không rõ lắm, và vụ việc trên thực tế được quyết định dựa trên lý lẽ đầu tiên.
- Các tình huống này tạo nên những khác biệt quan trọng

Plama kiện Bulgaria

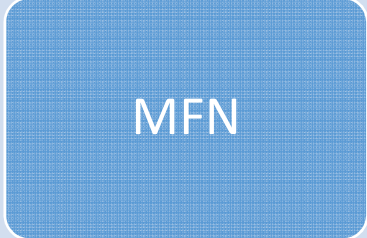
- Nguyên đơn lập luận rằng điều khoản MFN tại Điều 3 của BIT tương ứng phải được diễn giải để cho phép Nguyên đơn trước tiên bỏ qua hai giai đoạn sơ bộ để giải quyết tranh chấp, sau đó thay thế quy trình tố tụng trọng tài (trọng tài đặc biệt theo vụ việc theo nguyên tắc trọng tài của UNCITRAL) bằng trọng tài ICSID.
- Tòa từ chối cho phép sử dụng điều khoản MFN để áp dụng một quy trình giải quyết tranh chấp mới hoàn toàn thay cho “tòa trọng tài quốc tế đặc biệt”. Với quyết định này, có thể khẳng định rằng tòa trọng tài trong vụ *Plama thực sự xét tới những khẳng định* nêu trong đoạn 63 của phán quyết trong vụ Maffezini.

Plama kiện Bulgaria

- Tiếp theo lập luận tương tự, Tòa này kết luận rằng Tòa có thể không cho phép diễn giải điều khoản MFN của BIT để gạt bỏ những từ ngữ cụ thể hơn tại Điều 8(3).
- Vì những lý do trên, Tòa không chấp nhận lập luận của Nguyên đơn về diễn giải điều khoản MFN trong BIT (Điều 3).
- Tòa thấy rằng Điều 3 không thể diễn giải nhằm mở rộng thẩm quyền xét xử của Trung tâm hoặc làm cơ sở cho một nguồn độc lập thay cho thẩm quyền của Tòa.

Bản đồ diễn giải MFN

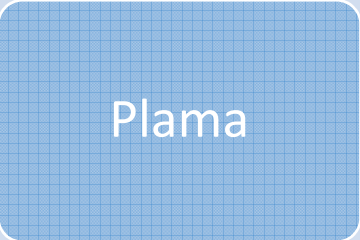
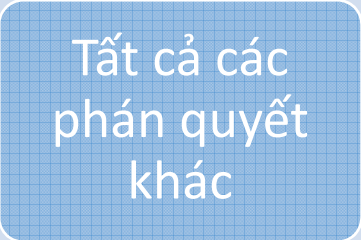
Trong mọi IIAs



Giới hạn về phạm vi?



Phán quyết quan trọng



MFN và tiêu chuẩn tổ tụng của các IIAs khác



MFN và tiêu chuẩn tổ tụng của các IIAs khác



Hai loại vụ việc có thể phân biệt

Yêu cầu về khả năng tiếp nhận

Khả năng gạt bỏ một yêu cầu tố tụng tạo thành một điều kiện tiên quyết cho việc nộp đơn khiếu nại lên trọng tài.

Điều này đã dẫn đến một loạt các vụ kiện chống lại Argentina, một số BIT của nước này định thời gian đợi bắt buộc là 18 tháng để khiếu nại lên tòa trong nước.

Vụ đầu tiên là Maffezini kiện Tây Ban Nha, trong đó điều khoản MFN được nhà đầu tư Argentina sử dụng để chống lại Tây Ban Nha, nhưng phần còn lại lại đưa Argentina thành Bị đơn.

Điều khoản MFN được viện dẫn để né tránh quy định về biện pháp khắc phục trong nước cơ sở một số BITs của Argentina có yêu cầu này trong khi các hiệp định khác không

Yêu cầu về tố tụng

Những nỗ lực để mở rộng ngưỡng tài phán ra ngoài phạm vi quy định cụ thể trong hiệp định cơ sở để bao gồm các vấn đề hoặc tranh chấp mà hiệp định cơ sở chưa lường trước hoặc thậm chí ngăn cản.

Ví dụ, các vụ việc có yêu cầu giải quyết khiếu nại về hợp đồng, và mở rộng thẩm quyền ra ngoài các vấn đề về tước quyền sở hữu.

Các nước tham gia là Jordan, Liên bang Nga và một số nước Trung và Đông Âu, có hiệp định về ISDS hạn chế, chỉ áp dụng với khiếu nại về việc tước quyền sở hữu, nhưng có được ký gần đây quy định một phạm vi rộng hơn các tranh chấp thường thấy có các truyền thống.

Một vấn đề tương tự cũng phát sinh theo BIT giữa Trung Quốc-Peru.

Yêu cầu về khả năng tiếp nhận

- Yêu cầu về biện pháp khắc phục trong nước tại BIT của Argentina nêu ra bị bỏ qua trên cơ sở điều khoản MFN trong những phán quyết sau: Maffezini, Siemens, Camuzzi, Gas Natural, Suez, National Grid và AWG Group.
- Thậm chí trước những từ ngữ khác nhau, các tòa vẫn kết luận như nhau: thời gian đợi 18 tháng bị bỏ qua và thẩm quyền xét xử được chấp nhận.
- Giải quyết tranh chấp liên quan chặt chẽ tới bảo hộ nhà đầu tư nước ngoài (Maffezini, Suez, AWG Group, National Grid):
 - “việc tiếp cận các cơ chế [tổ tụng] này là một phần của việc bảo hộ nêu trong hiệp định” (Siemens, đoạn 102),
 - Việc tiếp cận trọng tài quốc tế tạo ra một phần các yếu tố bảo hộ của nước nhận đầu tư dành cho nhà đầu tư nước ngoài hoặc tạo ra “một yếu tố vô cùng quan trọng – trên thực tế có lẽ là yếu tố quan trọng nhất” trong các BITs (Gas Natural, đoạn 29).
- Trên hết, cần lưu ý rằng trong các hiệp định gần đây, Argentina đã bãi bỏ yêu cầu này.
- .

Các giới hạn được vụ Maffezzini đặt ra

- Tòa trong vụ *Maffezzini* đã đặt ra các giới hạn về phạm vi sử dụng điều khoản MFN trong những vấn đề tố tụng.
- Trước hết, hiệp định của bên thứ ba và hiệp định cơ sở có chủ đề như nhau, trong đó cả hai hiệp định phải liên quan đến bảo hộ đầu tư nước ngoài.
- Hai là, một số giới hạn về chính sách công, do các bên tham gia hiệp định áp dụng, phải được giám sát. Do vậy, nếu một bên tham gia ký kết hiệp định ra điều kiện để đồng ý xét xử trọng tài sau khi đã sử dụng hết các biện pháp khắc phục địa phương được Công ước ICSID cho phép, thì yêu cầu này không được phép bỏ qua.
- Ngoài ra, nếu các bên đã đưa quy định rõ ràng trong thỏa thuận giải quyết tranh chấp của mình, đưa ra lựa chọn giữa đệ trình lên tòa trong nước hay trọng tài quốc tế, thì điều này cũng không được phép bỏ qua.
- Bên cạnh đó, bất kỳ lựa chọn cụ thể nào về hình thức trọng tài không được phép bị can thiệp, hoặc tương tự như vậy đối với việc lựa chọn một hệ thống tổ chức trọng tài cụ thể, như NAFTA hay các thỏa thuận tương tự.
- Những giới hạn khác cũng có thể được xác định bởi các bên tham gia trong tương lai và Tòa, và phải phân biệt giữa “việc mở rộng hợp pháp quyền lợi thông qua phương tiện vận dụng điều khoản, mặt khác, việc gây ảo tưởng về hiệp định mang tính gây rối sẽ phá hủy các mục tiêu chính sách của những quy định cụ thể trong hiệp định cơ sở.

MFN và tiêu chuẩn tổ tụng của các IIAs khác



Hai loại vụ việc có thể phân biệt

Yêu cầu về khả năng tiếp nhận

Khả năng gạt bỏ một yêu cầu tố tụng tạo thành một điều kiện tiên quyết cho việc nộp đơn khiếu nại lên trọng tài.

Điều này đã dẫn đến một loạt các vụ kiện chống lại Argentina, một số BIT của nước này định thời gian đợi bắt buộc là 18 tháng để khiếu nại lên tòa trong nước.

Vụ đầu tiên là Maffezini kiện Tây Ban Nha, trong đó điều khoản MFN được nhà đầu tư Argentina sử dụng để chống lại Tây Ban Nha, nhưng phần còn lại lại đưa Argentina thành Bị đơn.

Điều khoản MFN được viện dẫn để né tránh quy định về biện pháp khắc phục trong nước cơ sở một số BITs của Argentina có yêu cầu này trong khi các hiệp định khác không

Yêu cầu về tố tụng

Những nỗ lực để mở rộng ngưỡng tài phán ra ngoài phạm vi quy định cụ thể trong hiệp định cơ sở để bao gồm các vấn đề hoặc tranh chấp mà hiệp định cơ sở chưa lường trước hoặc thậm chí ngăn cản.

Ví dụ, các vụ việc có yêu cầu giải quyết khiếu nại về hợp đồng, và mở rộng thẩm quyền ra ngoài các vấn đề về tước quyền sở hữu.

Các nước tham gia là Jordan, Liên bang Nga và một số nước Trung và Đông Âu, có hiệp định về ISDS hạn chế, chỉ áp dụng với khiếu nại về việc tước quyền sở hữu, nhưng đã được ký gần đây quy định một phạm vi rộng hơn các tranh chấp thường thấy có các truyền thống.

Một vấn đề tương tự cũng phát sinh theo BIT giữa Trung Quốc-Peru.

Yêu cầu về tố tụng

- Loại vụ việc thứ hai đã bác bỏ cách tiếp cận của Maffezini dựa trên lập luận rằng điều khoản MFN không thể được sử dụng để phá vỡ các nền tảng pháp lý của BIT.
 - Các vụ theo cách tiếp cận này gồm: *Salini*, *Plama Telenor* và *Berschader*
- Việc hình thành thẩm quyền xét xử thông qua sự kết hợp bằng tham chiếu, đi ngược lại ý định rõ ràng của các bên, theo cách hiểu từ bối cảnh đàm phán BIT, là không thể chấp nhận được
- Tòa đặc biệt nghi ngờ lập luận cho là các bên có thể có ý định rằng điều khoản MFN sẽ thay đổi quy trình tố tụng, trừ khi ý định này được phản rõ ràng trong các quy định về tố tụng liên quan tại BIT cơ sở.

Ví dụ, trong phán quyết vụ *Salini*, tòa nhận định rằng điều khoản MFN không bao gồm bất cứ quy định nào mở rộng phạm vi áp dụng của điều khoản sang giải quyết tranh chấp.

Lưu ý rằng:

“...nguyên đơn đã không trình lên bất cứ tài liệu nào có thể khẳng định ý định chung của các bên là sẽ áp dụng điều khoản MFN để giải quyết tranh chấp. Ngược lại, ý định hiện tại tại Điều 9(2) của BIT là loại khỏi thẩm quyền xét xử ICSID các tranh chấp về hợp đồng giữa nhà đầu tư và pháp nhân của nước tham gia để những tranh chấp này được giải quyết theo thủ tục quy định trong các hiệp định đầu tư. Cuối cùng, Nguyên đơn không trích dẫn được tiền lệ nào xảy ra ở Jordan hay Ý để củng cố khiếu nại của mình”.

Yêu cầu về tổ tụng vụ Plama 2005

- Vụ *Plama* Bulgaria tóm tắt các ý kiến phản đối như sau:
- *“Trước hết, không có bằng chứng rõ ràng, do đó, một quy định MFN không thể tạo nền tảng cho thẩm quyền phán quyết khi không tồn tại trong hiệp định cơ sở. Hai là, chủ đề của quy định MFN trong BIT giữa Bungary-Síp không bao gồm giải quyết tranh chấp. Ba là, thậm chí nêu giải quyết tranh chấp thuộc phạm vi của nội dung đối xử mà BIT này dự đoán được, Nguyên đơn không thể dẫn chiếu đối xử MFN để gạt bỏ những cân nhắc chính sách cơ bản được phản ánh trong các quy định của BIT”.*
- Tòa không chấp nhận lập luận của Nguyên đơn rằng trong các vụ việc tiếp theo khi đã quyết định rõ ràng. Ví dụ, đối tượng và mục đích của BIT là nhằm tạo ra điều kiện thuận lợi và khuyến khích đầu tư giữa hai bên đã hình thành cơ sở để hiểu rộng điều khoản MFN; đó là một điều khoản MFN với những ngoại lệ cụ thể phải được hiểu bao gồm mọi vấn đề khác; hoặc nếu thiếu ngôn ngữ chính xác, thì quy định về giải quyết tranh chấp phải được xem đã bao gồm trong đó.
- Tòa cũng xét tới thực tế là Bungary từng đàm phán các BITs hạn chế trong chế độ cộng sản, và các cuộc đàm phán giữa Bungary với Síp để sửa đổi BIT năm 1998 bị thất bại.

Yêu cầu về tổ tụng vụ Plama 2005

- Tòa căn cứ chủ yếu vào nguyên tắc đã được thiết lập, tại cả luật trong nước và quốc tế, rằng một hiệp định để phân xử phải “rõ ràng”; do đó nảy sinh nghi ngờ về ý định rõ ràng của các bên là liệu hiệp định để phân xử này có phải đạt được bằng cách kết hợp theo tham chiếu không. Cũng cần nhấn mạnh tới nhu cầu kiểm tra khách quan về đối xử kém thuận lợi hơn.
- “Ngoài ra, nghi ngờ tính phù hợp của điều khoản MFN trong một BIT liên quan đến việc kết hợp các quy định về giải quyết tranh chấp của các hiệp định khác càng làm khó khăn khi kiểm tra khách quan vấn đề gì mang tính thuận lợi hơn. Nguyên đơn lập luận rằng rõ ràng nhà đầu tư được thuận lợi hơn khi lựa chọn các cơ chế giải quyết tranh chấp, và toàn bộ tranh chấp được giải quyết bằng trọng tài như quy định trong BIT giữa Bungary-Phần Lan, thay vì giới hạn xử lý ở cấp trọng tài theo vụ việc chỉ xác định lượng bồi thường đối với tước quyền sở hữu. Tòa nghiêng về đồng ý với Nguyên đơn rằng trong vụ việc cụ thể này, một lựa chọn vẫn tốt hơn là không có lựa chọn. Nhưng nếu một BIT quy định giải quyết bằng trọng tài UNCITRAL còn BIT khác lại quy định áp dụng ICSID? Thì quy định nào thuận lợi hơn?”

Yêu cầu về tổ tụng vụ Plama 2005

- Tòa giải thích rằng việc gây ảo tưởng về hiệp định không thể là ý định hợp lý của các bên:
- *“...Khi ký kết một hiệp định đầu tư song phương hay đa phương có các quy định về giải quyết tranh chấp cụ thể, các nước không thể dự kiến sẽ để lại những quy định đó để trong tương lai thay thế (phần nào) bằng những quy định giải quyết tranh chấp khác thông qua quá trình vận dụng quy định MFN, trừ khi các nước nhất trí rõ ràng về vấn đề này... Tòa hiến này không thấy được cách thức hài hòa hóa các quy định giải quyết tranh chấp có thể đạt được bằng cách dựa vào quy định MFN này. Thay vào đó, “giỏ đối xử” và “việc tự thích nghi của một quy định MFN” liên quan đến quy định giải quyết tranh chấp (như cáo buộc của Nguyên đơn) có tác dụng là một nhà đầu tư có thể lựa chọn những quy định giữa nhiều BITs khác nhau. Nếu điều này xảy ra, nước nhận đầu tư vốn chưa hề nhất trí cụ thể về vấn đề này, có thể phải đối mặt với một số lượng lớn các hoán đổi về quy định giải quyết tranh chấp trong các BIT khác nhau mà nước này đã ký kết. Tình trạng hỗn loạn này – thực sự gây phản tác dụng cho việc hài hòa hóa – không thể được coi là ý định của các bên tham gia.”*

Yêu cầu về tổ tụng vụ Plama 2005

- Sau khi xem xét các vụ việc liên quan trước đó (có bình luận của cả *Maffezini* và *Siemens*) tòa quyết định một “cách tiêu cực” như sau:
- “...một quy định MFN trong một hiệp định cơ sở không được kết hợp bằng cách tham chiếu tới quy định giải quyết tranh chấp trong toàn bộ hoặc một phần nội dung quy định tại một hiệp định khác, trừ khi quy định MFN trong hiệp định cơ sở này chắc chắn rằng các bên tham gia ký kết hiệp định đều có ý định kết hợp với những quy định này.”
them”.

Yêu cầu về tổ tụng vụ Hàng không Áo năm 2009

- Trong vụ Hàng không Áo năm 2009, Tòa cân nhắc liệu Tòa có thẩm quyền phán xét đối với những Slovakia hay không
- BIT chỉ quy định xét xử trọng tài đối với những tranh chấp vượt quá số tiền hoặc điều kiện thanh toán bồi thường khi tước quyền sở hữu; BIT quy định rõ về tranh chấp trên nguyên tắc tước quyền sở hữu được quyết định bởi cơ quan có thẩm quyền của nước nhận đầu tư.
- Đa số trọng tài của tòa phản đối nỗ lực của Nguyên đơn muốn nhập khẩu vào BIT này sự đồng ý ở phạm vi rộng hơn của Slovakia đối với xét xử trọng tài quy định trong các hiệp ước ký với các nước thứ ba, theo điều khoản tối huệ quốc (MFN). **Mặc dù điều khoản MFN này rõ ràng không loại trừ việc tiếp cận các quy định giải quyết tranh chấp trong các BITs khác, thực tế là các bên đã nhất trí rằng việc tiếp cận trọng tài nên được giới hạn có nghĩa là điều khoản MFN cần được diễn giải để loại trừ việc tiếp cận rộng rãi với xét xử trọng tài.**
- Trong một quan điểm bất đồng, trọng tài viên còn lại (Judge Brower) không đồng tình với kết luận của đa số về cách diễn giải điều khoản MFN.
 - Quan điểm của ông là điều khoản MFN mở rộng thẩm quyền xét xử của tòa bằng cách đưa vào vào BIT việc đồng ý ở phạm vi rộng hơn với xét xử trọng tài của Slovakia trước nhà đầu tư Đan Mạch theo BIT giữa Đan Mạch-Slovakia.
 - Lý do chính của kết luận này là điều khoản MFN trong BIT trường hợp này có những ngoại lệ rõ ràng về đối xử thuận lợi hơn, và không có căn cứ để ngụ ý trường hợp ngoại lệ hơn nữa từ các quy định khác trong BIT.
- Sự khác nhau về quan điểm giữa đa số trọng tài và trọng tài bất đồng ý kiến cho thấy không có sự chắc chắn xung quanh các diễn giải các điều khoản MFN.

In Austrian Airlines kiện CH Slovak (UNCITRAL, ngày 20/10/2009)

Yêu cầu về tố tụng vụ *Impregilo* năm 2011

- Argentina chất vấn thẩm quyền xét xử của Tòa trọng tài dựa trên cơ sở nhà đầu tư nguyên đơn không chấp hành yêu cầu trong BIT (giữa Ý-Argentina) rằng nước này khởi kiện lên tòa trong nước trong thời gian 18 tháng trước khi tiến hành các thủ tục tố tụng tại trọng tài quốc tế (tức là tương tự như vụ Maffezini).
 - Nhà đầu tư phản bác lại rằng họ có thể tránh không thực hiện yêu cầu tiền tố tụng trọng tài theo điều khoản MFN trong hiệp định cơ sở tương ứng, qua đó họ có thể nhập khẩu điều khoản giải quyết tranh chấp thuận lợi hơn từ một hiệp định của bên thứ ba (mà ở đây là hiệp định giữa Argentina–Hoa Kỳ).
 - Lưu ý rằng BIT của bên thứ ba này có quy định rõ ràng, nghĩa là nhà đầu tư được tiếp cận trọng tài quốc tế chỉ khi tranh chấp không được trình lên tòa trong nước hoặc trước khi thống nhất được về quy trình giải quyết tranh chấp.
- Đa số trọng tài (gồm Thẩm phán Hans Danelius và Thẩm phán Charles N Brower) đều cho rằng Tòa có thẩm quyền xét xử đối với khiếu nại này thông qua vận dụng điều khoản MFN.
 - Đa số trọng tài của Tòa nhấn mạnh tới từ ngữ trong điều khoản MFN, quy định tại Điều 3 rằng đối xử MFN phải dành cho “khoản đầu tư..., tới thu nhập và hoạt động liên quan đến khoản đầu tư đó và mọi vấn đề khác theo quy định của Hiệp định”.
 - ‘Với bề rộng về ngôn ngữ’ và ‘số lượng lớn vụ việc’ liên quan đến các điều khoản MFN có từ ngữ giống nhau, đa số kết luận rằng điều khoản này có bao gồm quy định về giải quyết tranh chấp.
- Vì vậy đa số ủng hộ Maffezini và hậu đệ, và phân biệt Plama và các vụ việc khác không mở rộng điều khoản MFN sang giải quyết tranh chấp căn cứ vào từ ngữ hạn hẹp của những điều khoản được vận dụng trong các vụ việc đó

Yêu cầu về tổ tụng vụ *Hochtief AG* năm 2011

- Argentina chất vấn thẩm quyền xét xử của Tòa trọng tài dựa trên cơ sở nhà đầu tư nguyên đơn không chấp hành yêu cầu trong BIT (giữa Đức-Argentina) rằng nước này khởi kiện lên tòa trong nước trong thời gian 18 tháng trước khi tiến hành các thủ tục tổ tụng tại trọng tài quốc tế (tức là tương tự như vụ Maffezini).
- Nhà đầu tư phản bác lại rằng họ có thể tránh không thực hiện yêu cầu tiền tố tụng trọng tài theo điều khoản MFN trong hiệp định cơ sở tương ứng, qua đó họ có thể nhập khẩu điều khoản giải quyết tranh chấp thuận lợi hơn từ một hiệp định của bên thứ ba (mà ở đây là hiệp định giữa Argentina–Chilê).
- Đa số trọng tài cho rằng Tòa có thẩm quyền xét xử đối với khiếu nại này thông qua vận dụng điều khoản MFN, mặc dù không có từ “mọi vấn đề” trong điều khoản, chỉ đề cập tới ‘hoạt động liên quan đến khoản đầu tư.’
 - Một Nghị định thư về BIT liên quan giải thích rằng ‘hoạt động’ được hiểu bao gồm ‘việc quản lý, sử dụng, và hưởng thụ khoản đầu tư’.
 - Theo đa số, vì việc xử lý giải quyết tranh chấp là một khía cạnh của ‘quản lý’ khoản đầu tư, giải quyết tranh chấp thuộc phạm vi của điều khoản MFN.

Hochtief AG kiện CH Argentina, Vụ ICSID số ARB/07/31, Quyết định về thẩm quyền xét xử (ngày 24/10/2011) (Vaughan Lowe, Chủ tịch; Charles N Brower; J Christopher Thomas). Đoạn 59-75

3 bài học chung

- Phần lớn tòa trọng tài cho rằng điều khoản MFN có thể được sử dụng để đưa vào hiệp định cơ sở một thời gian chờ đợi ngắn hơn, như ví dụ tránh áp dụng thời gian chờ đợi 18 tháng hoặc áp dụng các điều kiện tiếp nhận ít nghiêm ngặt hơn.
- Phần lớn tòa trọng tài cho rằng tuy nhiên điều khoản MFN không thể được sử dụng để đưa vào những yêu cầu tố tụng ít nghiêm ngặt hơn hay rộng hơn, như mở rộng phạm vi quy định ISDS ra ngoài tranh chấp liên quan đến số tiền bồi thường trong trường hợp tước quyền sở hữu.
- Tuy nhiên, trong hầu hết các vụ việc, tòa trọng tài đặc biệt lưu ý tới từ ngữ của điều khoản đối xử MFN trong hiệp định cơ sở nhằm củng cố cho lập luận của mình.

Kết luận giữa bài

- Rõ ràng tinh thần của Maffezini (và các vụ tương tự) vẫn còn đang tranh cãi về việc liệu một điều khoản MFN có thể được sử dụng để khắc phục yêu cầu tố tụng trước đó trong quy định giải quyết tranh chấp của một BIT, đặc biệt khi cụm từ 'mọi vấn đề' được sử dụng trong điều khoản MFN này.
- Tuy nhiên, không có quyết định thống nhất và vẫn còn một số công kích (bất đồng ý kiến) dữ dội không chỉ của Stern mà cả J Christopher Thomas.

Liệu quyết định ICS 2012, cùng với các ý kiến bất đồng trong vụ *Impregilo và Hochtief (năm 2011)*, có thể hiện sự thay đổi lớn trong cách tiếp cận mà tòa trọng tài quốc tế áp dụng đối với vấn đề là đối xử MFN có áp dụng cho giải quyết tranh chấp không?

- Khi thanh tra ICS, Tòa đã nhất trí rằng điều khoản MFN trong BIT giữa Anh-Argentina không mở rộng ra cho giải quyết tranh chấp và không được sử dụng để vượt qua yêu cầu tiền tố tụng trong vòng 18 tháng, được coi là đặc điểm để đi đến thẩm quyền xét xử, chứ không phải khả năng tiếp nhận.
- Theo Tòa thanh tra ICS, mặc dù cửa chưa đóng lại hoàn toàn đối với việc áp dụng điều khoản MFN cho giải quyết tranh chấp, nhằm giúp nhà đầu tư vận dụng điều khoản theo cách này,
 - *‘điều khoản MFN phải tạo thành không chỉ đơn thuần một lệnh nghiêm cấm phân biệt đối xử giữa nhà đầu tư dựa trên nguồn gốc của họ: mà điều khoản MFN cũng phải tự nó thể hiện sự đồng tình của trọng tài tranh chấp đầu tư theo những nguyên tắc mà quy định MFN có thể thu hút từ các hiệp định so sánh khác.*

- Sau ICS 2012...
- Điều khoản MFN chỉ áp dụng đối với tổ tụng trong lãnh thổ Argentina
- *Ambiente Ufficio S.p.A. Kiện CH Argentina (Vụ ICSID số ARB/08/9)*
ngày 8/2/2013

Vụ Impregilo năm 2011 (Charles N Brower kiện Brigitte Stern?)

- Đa số trọng tài trọng vụ Impregilo (Thẩm phán Hans Danelius và Thẩm phán Charles N Brower) cho rằng Tòa có thẩm quyền đối với khiếu nại thông qua vận dụng điều khoản MFN.
- Đa số trọng tài của Tòa nhấn mạnh tới từ ngữ trong điều khoản MFN, quy định tại Điều 3 rằng đối xử MFN phải dành cho “khoản đầu tư..., tới thu nhập và hoạt động liên quan đến khoản đầu tư đó và mọi vấn đề khác theo quy định của Hiệp định”.
- ‘Với bề rộng về ngôn ngữ’ và ‘số lượng lớn vụ việc’ liên quan đến các điều khoản MFN có từ ngữ giống nhau, đa số kết luận rằng điều khoản này có bao gồm quy định về giải quyết tranh chấp.
- Vì vậy đa số ủng hộ Maffezini và hậu đệ, và phân biệt Plama và các vụ việc khác không mở rộng điều khoản MFN sang giải quyết tranh chấp căn cứ vào từ ngữ hạn hẹp của những điều khoản được vận dụng trong các vụ việc đó.
- Bất đồng ý kiến, Giáo sư Stern cực lực phản đối với cách tiếp cận của đa số và cách tiếp cận Maffezini nói chung...

Quan điểm của Giáo sư Stern

- Phân biệt đã được rút ra, *theo thuật ngữ pháp lý*, Distinction had to be drawn, in *legal terms*, giữa (i) đối xử cơ bản và (ii) đối xử về tố tụng, và điều khoản MFN chỉ áp dụng với nội dung thứ nhất.
 - Nói một cách khác, phân biệt đã xác định giữa ‘quyền’ (nội dung) và ‘điều kiện cơ bản để tiếp cận quyền’ (thủ tục).
 - Mặc dù điều khoản MFN có thể được dẫn chiếu để mở rộng quyền của nhà đầu tư theo một BIT, nó vẫn không thể thay đổi *điều kiện để được hưởng các quyền đó*
 - Ngoài ra, trong quan điểm của Giáo sư Stern, mọi điều kiện để được sự đồng ý của quốc gia là vấn đề thuộc về thẩm quyền.
- Theo đó, Giáo sư Stern bác bỏ việc áp dụng phân biệt giữa điều kiện thuộc về thẩm quyền xét xử và điều kiện về khả năng tiếp nhận.
 - Đối với bà, việc công nhận của đa số rằng điều khoản MFN có thể thay đổi các quy định về giải quyết tranh chấp đã làm giảm tầm quan trọng của sự đồng ý của nhà nước trong trọng tài quốc tế, và vì thế cho thấy ‘mối đe dọa lớn’.
- Giáo sư Stern cũng công khai chống lại việc áp dụng MFN vào các vấn đề tố tụng (khi các bên không nhất trí rõ ràng, xem các BITs của Anh)



Impregilo (n 1) Ý kiến đồng tình và phản đối, Giáo sư Brigitte Stern, đoạn

Quan điểm của Thẩm phán Charles N Brower



- Trong vụ Renta 4 SVSA và các công ty khác kiện Liên bang Nga, đa số trọng tài phản bác việc sử dụng MFN để mở rộng phạm vi ISDA của hiệp định cơ sở
 - Thẩm phán Brower, **không đồng tình**, cho rằng điều khoản MFN đã đủ rộng để mở thẩm quyền của Tòa theo hiệp định cơ sở.
- Vài tháng sau, Charles Brower **công bố một ý kiến bất đồng nữa về phán quyết đa số tương tự** trong vụ Hàng không Áo kiện CH Slovak.
- **Quan điểm của Thẩm phán Brower nghiêng về ủng hộ MFN có hiệu lực toàn bộ**

Tóm tắt các khiếu nại về MFN

HIỆU LỰC MONG MUỐN	VỤ VIỆC	KẾT QUẢ
Cho thời gian chờ đợi 18 tháng trước tòa trong nước	Maffezini kiện Spain, Siemens, Gas Natural, Camuzzi, Suez, National Grid, Wintershall kiện Argentina	Cho phép, trừ vụ Wintershall
Để trình các tranh chấp nằm ngoài ngưỡng thẩm quyền xét xử	Plama kiện Bulgaria, Salini kiện Jordan, Telenor Mobile kiện Hungary, RosInvestCo kiện Nga, Berschader kiện Nga, Renta 4S kiện Nga, Tza Yap Shum kiện Peru	Từ chối, trừ vụ RosInvestCo
Cho được hưởng nội dung cơ bản bổ sung	Bayindir kiện Pakistan, MTD Equity kiện Chile	Cho phép
Cho được hưởng các quy định tương tự được coi là "thuận lợi hơn"	AAPL kiện Sri Lanka, ADF kiện Hoa Kỳ	Từ chối
Cho thay đổi phạm vi áp dụng của BIT (theo thời điểm hoặc tính chất của sự việc)	Tecmed kiện Mexico, MCI kiện Ecuador, Société Générale kiện CH Dominica	Từ chối
Cho bỏ điều khoản ngoại trừ trường hợp khẩn cấp chung	CMS kiện Argentina	Từ chối
Cho thay đổi tiêu chuẩn bồi thường khi tước quyền sở hữu	CME kiện CH Séc	Cho phép
Cho so sánh đối xử giữa hai nhà đầu tư nước ngoài	Bayindir kiện Pakistan, Parkerings kiện Lit-va	Không thấy có vi phạm

Đề cương bài trình bày

1

- Những nội dung cơ bản của MFN

2

- Áp dụng MFN vào các quy định cơ bản

3

- Áp dụng MFN vào quy định về tố tụng

4

- Tác động của án lệ tới việc làm luật gần đây

Quá rộng, quá tề

- Cách tiếp cận tham chiếu tới “**mọi vấn đề**” hoặc “**mọi lĩnh vực**” nêu trong IIA
- **Điều 4 về Đối xử trong BIT giữa Argentina-TBN (năm 1991)**
 - 1. ...
 - 2. *Trong mọi vấn đề thuộc phạm vi Hiệp định này, đối xử này phải không được kém thuận lợi hơn đối xử mà mỗi bên dành cho các khoản đầu tư thực hiện trong lãnh thổ của mình bởi nhà đầu tư của nước thứ ba. [bản dịch không chính thức]*
- **Điều này không khuyến nghị áp dụng vì nó thiếu rõ ràng và mở rộng không gian cho loại diễn giải bành trướng.**
 - Đây là quy định của BIT giữa Argentina-TBN viện dẫn tại tòa trong vụ *Maffezini*

Các bài học quan trọng

- Với hiện trạng này, **việc soạn thảo cụ thể vượt ra ngoài để bao gồm thực tiễn điển hình là cần thiết nếu các nước mong muốn giữ được sự thống nhất của hiệp định hoặc đảm bảo một số yếu tố trong đó.**
 - Nếu bạn không muốn ISDS bị nhập khẩu từ một hiệp định BIT quốc gia khác (Maffezzini và vụ việc tương tự...)
 - Nếu bạn không muốn FET bị nhập khẩu từ một BIT quốc gia khác: Bayindir kiện Pakistan (năm 2007)
- Hãy nêu quy định trong BIT! Tốt hơn là xác định phạm vi áp dụng MFN
- Các thức thực hiện: có rất nhiều lựa chọn nổi lên trong 2 năm trở lại đây
 - EPA giữa Nhật Bản-Thụy Sĩ năm 2009
 - EPA EC-CARIFORUM năm 2008
 - Hiệp định đầu tư toàn diện năm 2009

Khuyến nghị về: các nguyên tắc cơ bản

- Duy trì những cam kết đã ký trong hiệp định cơ sở.
 - EPA giữa Nhật Bản-Thụy Sĩ năm 2009 thiết lập điều khoản MFN không áp dụng cho các hiệp định thứ ba quy định về tự do hóa đầu tư cơ bản;
 - Trong trường hợp diễn ra tự do hóa, thì điều khoản này sẽ được tham vấn để đưa vào hiệp định cơ sở

Điều 88

- 3. Nếu một bên dành đối xử thuận lợi hơn cho nhà đầu tư của một bên không tham gia hiệp định [... thông qua ký kết [... hiệp định agreement quy định **tự do hóa cơ bản** về đầu tư, thì bên đó không phải dành đối xử đó cho nhà đầu tư của bên kia cũng như khoản đầu tư của họ.
- Bất kỳ đối xử như vậy của một bên sẽ được **thông báo không chậm trễ cho bên kia** và bên này sẽ cố gắng để phù hợp với nhà đầu tư của bên kia...
- Bên này, theo đề nghị của bên kia, sẽ tiến hành **đàm phán** nhằm đưa vào hiệp định này đối xử không kém thuận lợi hơn đối xử theo hiệp định đã ký và hoặc sửa đổi này."

Kết luận

- Mục đích, chức năng và việc triển khai điều khoản MFN được minh chứng thông qua việc vận dụng các quy định cơ bản trong hiệp định.
 - Điều khoản MFN đã mang lại cho nhà đầu tư sự đối xử cơ bản thuận lợi hơn thông qua cho phép tiếp cận tiêu chuẩn đối xử bình đẳng và thỏa đáng, các định nghĩa ưu đãi hơn về “giá trị thỏa đáng”, và cấp phép tự do hơn để vận hành doanh nghiệp.
- Những quyết định này rút ra từ những kết quả thực tiễn nhằm mang lại cho nhà
- Việc gây ảo tưởng về hiệp định không nhất thiết luôn là một thực tế không mong muốn
 - Có thể tạo động lực cho một cách tiếp cận phổ quát và nhất quán hơn nhằm giải quyết các vấn đề khi phát sinh trong cộng đồng đầu tư quốc tế
 - Có thể khuyến khích việc đối xử tốt hơn với nhà đầu tư
 - Các nước có thể sẽ tự nguyện dành sự đối xử thuận lợi cho nhà đầu tư của bên thứ ba.
 - Điều này sau cùng sẽ dẫn tới giảm tố tụng, và giảm chi phí và thời gian tranh luận về quyền bảo hộ mà nguyên đơn được hưởng

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)