

NHỮNG NGUYÊN TẮC CƠ BẢN TRONG HIỆP ĐỊNH CHUNG VỀ THƯƠNG MẠI DỊCH VỤ (GATS)

ĐÀO THỊ THU HẰNG*

Tóm tắt

Mặc dù thuật ngữ “nguyên tắc cơ bản của GATS” được nhắc đến trong nhiều giáo trình, tài liệu học tập nhưng việc đưa ra một khái niệm đầy đủ về nó cho đến nay vẫn chưa được thực hiện. Bài viết nghiên cứu các nguyên tắc cơ bản của GATS, cũng như mối liên hệ giữa chúng.

Từ khóa: nguyên tắc cơ bản của Hiệp định chung về thương mại dịch vụ, nguyên tắc cơ bản của GATS, mối liên hệ giữa các nguyên tắc cơ bản

Abstract

Although the term “basic principles of GATS is mentioned in many textbooks and study materials, the introduction of a full concept of it to date has not yet been made. The paper studies the basic principles of the GATS as well as the relationship between them.

Keywords: basic principles of the General Agreement on Trade in Services, the fundamental principles of GATS, relationship between fundamental principles

Ngày nhận bài: 17/7/2017

Ngày duyệt đăng bài: 10/9/2017

1. Các tiêu chí để xác định nguyên tắc cơ bản của GATS

GATS là một trong những công cụ để điều tiết thương mại dịch vụ giữa các quốc gia nhằm mục tiêu khiến thương mại dịch vụ ngày càng tự do, công bằng. Các nguyên tắc cơ bản của GATS đã được tạo lập để thực hiện sứ mệnh này.

Thuật ngữ “nguyên tắc” nói chung có nguồn gốc từ tiếng latin là “principium” được hiểu là: (1) là luận điểm cơ bản, luận điểm gốc của học thuyết nào đó; (2) là niềm tin, quan điểm đối sự vật và chính niềm tin, quan điểm ấy xác định quy tắc hành vi;¹ hoặc “điều cơ bản định ra, nhất thiết phải tuân theo trong một loạt việc làm.”²

Theo chúng tôi, có thể nói, nguyên tắc cơ bản của GATS là những quy tắc mang tính nền tảng, chủ đạo trong GATS nhằm thực hiện mục tiêu thương mại dịch vụ ngày càng tự do, công bằng và buộc mọi Thành viên của GATS phải tuân thủ, trừ trường hợp ngoại lệ.

Có nhiều quan điểm khác nhau về số lượng và tên gọi nguyên tắc trong GATS. Chẳng hạn như: nguyên tắc không phân biệt đối xử, nguyên tắc tiếp cận thị trường, nguyên tắc cạnh tranh công

bằng, nguyên tắc áp dụng những hành động khẩn cấp trong trường hợp cần thiết, nguyên tắc ưu đãi dành cho các nước đang phát triển và chậm phát triển³ hoặc có tác giả cho rằng nguyên tắc pháp lý cơ bản của WTO điều chỉnh thương mại dịch vụ bao gồm 9 nguyên tắc.⁴ Tuy nhiên, qua nghiên cứu chúng tôi, một nguyên tắc được xem là cơ bản trong GATS phải thỏa mãn những tiêu chí sau:

- Phải được ghi nhận trong GATS và là một phần cốt lõi của GATS. Nội dung của một số nguyên tắc cơ bản thể hiện ngay cả trong lời nói đầu của GATS như “... mở rộng thương mại dịch vụ trong điều kiện minh bạch...”; “mong muốn đạt được tự do hóa thương mại dịch vụ ở mức ngày càng cao... trên cơ sở cùng có lợi và đảm bảo cân bằng chung về quyền và nghĩa vụ...”. Ngoài ra, chúng còn được thiết kế trong những điều khoản riêng như nguyên tắc minh bạch (Điều III GATS), nguyên tắc đối ngộ quốc gia (Điều XVII GATS)... Nguyên tắc cơ bản là phần cốt lõi của GATS, chính vì vậy nó mang tính quy phạm. Do đó, việc vi phạm nguyên tắc cơ bản mà không

³ Hồ Văn Tinh, “Thương mại dịch vụ - Một số vấn đề lý luận và thực tiễn”, *Tạp chí Cộng sản*, số 108, 2006, tr. 23.

⁴ Nguyễn Thị Mơ (chủ biên), *Lựa chọn bước đi và giải pháp để Việt Nam mở cửa về dịch vụ thương mại*, Nxb. Lý luận chính trị, 2005, tr. 52-70.

* ThS, NCS. Trường ĐH Luật TP. Hồ Chí Minh.

¹ Nguyễn Văn Sáu, “Mối quan hệ giữa nguyên tắc tổ chức quyền lực”, *Tạp chí Nghiên cứu lập pháp*, số 11, 2005, tr. 6.

² Hoàng Phê, *Từ điển Tiếng Việt*, Nxb. Đà Nẵng, 1997, tr. 672.

nằm trong trường hợp được miễn trừ thì chắc chắn là vi phạm nghĩa vụ của GATS và có thể phải chịu trách nhiệm pháp lý quốc tế.

- Phải là công cụ mà qua đó mục tiêu của GATS đạt được. Thông qua công cụ các nguyên tắc cơ bản này, các quốc gia phải “ứng xử” phù hợp với yêu cầu của GATS. Do vậy, mục tiêu của GATS thông qua việc thực thi chúng mà trở thành hiện thực.

- Phải được các quốc gia Thành viên thừa nhận. Mặt khác, nguyên tắc cơ bản và quy tắc trong GATS cũng được hiểu khác nhau. Ngay trong lời nói đầu của GATS “Các thành viên mong muốn thiết lập một khuôn khổ đa biên cho những nguyên tắc và quy tắc của thương mại dịch vụ” đã thể hiện điều này. Quy tắc trong từ điển tiếng Việt được định nghĩa là những điều quy định mọi người phải tuân theo trong một hoạt động chung nào đó.⁵ Nếu quy phạm pháp luật được xem là những quy tắc xử sự do Nhà nước một quốc gia ban hành hoặc thừa nhận bắt buộc mọi chủ thể phải tuân theo thì quy tắc trong GATS phải được xem như một loại quy phạm pháp luật quốc tế do các quốc gia cùng thỏa thuận thừa nhận và bắt buộc mọi Thành viên phải tuân theo. Sự khác nhau cơ bản giữa nguyên tắc cơ bản và quy tắc trong GATS là ở mức độ khái quát hóa của chúng. Chẳng hạn, nguyên tắc minh bạch có thể bao gồm những quy tắc như: (i) công bố công khai và kịp thời cho các quốc gia đối tác và thương nhân của họ mọi biện pháp, sách sách thương mại; (ii) thông báo kịp thời cho WTO mỗi khi có thay đổi trong chính sách thương mại của mình....⁶ Như vậy, nguyên tắc cơ bản của GATS có phạm vi bao phủ rộng hơn, giữ vai trò quan trọng hơn, còn quy tắc mang tính chi tiết cụ thể hơn và nó có thể là một phần của nguyên tắc cơ bản.

Nguyên tắc cơ bản của GATS và nghĩa vụ của Thành viên theo GATS cũng là những khái niệm có nội hàm khác nhau. Thật vậy, ngay tên Phần II của GATS cũng đã thể hiện “các nghĩa vụ và nguyên tắc chung”. Trong giáo trình giảng dạy

luật chính thức cũng đã đề cập mối quan hệ giữa chúng: “*nguyên tắc minh bạch được quy định như một nghĩa vụ bắt buộc đối với các thành viên của hệ thống thương mại.*”⁷

Từ những tiêu chí đã phân tích trên, chúng tôi cho rằng có năm nguyên tắc cơ bản trong GATS, gồm: (i) nguyên tắc tiếp cận thị trường; (ii) nguyên tắc đối đãi tối huệ quốc; (iii) nguyên tắc đối đãi quốc gia, (iv) nguyên tắc minh bạch và (v) nguyên tắc liên quan đến quy tắc trong nước.

2. Nội dung của các nguyên tắc cơ bản trong GATS

2.1. Nguyên tắc tiếp cận thị trường

Nguyên tắc tiếp cận thị trường yêu cầu mỗi Thành viên phải dành cho dịch vụ hoặc người cung cấp dịch vụ của các Thành viên khác sự đối đãi không kém thuận lợi hơn sự đối đãi theo những điều kiện, điều khoản và hạn chế đã được thỏa thuận và quy định tại Danh mục cam kết cụ thể.⁸ Trong những lĩnh vực đã cam kết mở cửa thị trường, các Thành viên không được duy trì hoặc ban hành những biện pháp sau đây, dù là ở quy mô vùng hoặc trên toàn lãnh thổ, trừ trường hợp có quy định khác trong Danh mục cam kết:⁹

- Hạn chế số lượng nhà cung cấp dịch vụ dù dưới hình thức hạn ngạch theo số lượng, độc quyền, toàn quyền cung cấp dịch vụ hoặc yêu cầu đáp ứng nhu cầu kinh tế;

- Hạn chế tổng trị giá các giao dịch về dịch vụ hoặc tài sản dưới hình thức hạn ngạch theo số lượng, hoặc yêu cầu phải đáp ứng nhu cầu kinh tế;

- Hạn chế tổng số các hoạt động dịch vụ hoặc tổng số lượng dịch vụ đầu ra tính theo số lượng đơn vị dưới hình thức hạn ngạch hoặc yêu cầu về nhu cầu kinh tế;

- Hạn chế về tổng số thể nhân có thể được tuyển dụng trong một lĩnh vực dịch vụ cụ thể hoặc một nhà cung cấp dịch vụ được phép tuyển dụng cần thiết hoặc trực tiếp liên quan tới việc cung cấp một dịch vụ cụ thể dưới hình thức hạn ngạch hoặc yêu cầu về nhu cầu kinh tế;

- Các biện pháp hạn chế hoặc yêu cầu các hình thức pháp nhân cụ thể hoặc liên doanh thông qua

⁵ Hoàng Phê, *Từ điển Tiếng Việt*, Nxb Đà Nẵng, 1997, tr. 813

⁶ Trường ĐH Luật TP. Hồ Chí Minh (Trần Việt Dũng chủ biên), *Giáo trình Luật Thương mại quốc tế Phần 1*, Nxb Hồng Đức, 2014, tr. 141.

⁷ Trường ĐH Luật TP. Hồ Chí Minh (Trần Việt Dũng chủ biên), *Tlđđ*, tr. 140.

⁸ Xem Điều XVI: 1 GATS.

⁹ Xem Điều XVI:2 GATS

đó người cung cấp dịch vụ có thể cung cấp dịch vụ;
- Hạn chế về tỷ lệ vốn góp của bên nước ngoài bằng quy định tỷ lệ phần trăm tối đa cổ phần của bên nước ngoài hoặc tổng trị giá đầu tư nước ngoài tính đơn hoặc tính gộp.

Theo hướng dẫn của WTO và thực tiễn giải quyết tranh chấp trong khuôn khổ GATS¹⁰ chỉ những biện pháp được áp dụng nằm trong 6 hạn chế này đồng thời không phù hợp với Biểu cam kết của Thành viên mới bị xem là vi phạm nguyên tắc tiếp cận thị trường.

2.2. Nguyên tắc đãi ngộ tối huệ quốc

Được ghi nhận tại Điều II GATS, nguyên tắc đãi ngộ tối huệ quốc yêu cầu đối với bất kỳ biện pháp nào thuộc phạm vi điều chỉnh của GATS, mỗi Thành viên phải ngay lập tức và không điều kiện dành cho dịch vụ, nhà cung cấp dịch vụ của bất kỳ Thành viên nào khác sự đối xử không kém thuận lợi hơn sự đối xử mà Thành viên đó dành cho dịch vụ và các nhà cung cấp dịch vụ tương tự của bất kỳ nước nào khác.

Những biện pháp được xem xét trong nguyên tắc đãi ngộ tối huệ quốc rất rộng, không chỉ liên quan đến những dịch vụ đã cam kết mà cả những dịch vụ một Thành viên chưa cam kết; không chỉ những biện pháp điều chỉnh thương mại dịch vụ mà cả những biện pháp ảnh hưởng đến thương mại dịch vụ; không chỉ những biện pháp của cơ quan công quyền mà cả biện pháp của tổ chức được ủy quyền thực hiện chức năng của chính phủ ở tất cả các cấp chính quyền.¹¹

2.3. Nguyên tắc đãi ngộ quốc gia

Nguyên tắc đãi ngộ quốc gia cũng được quy định tại Điều XVI Nhằm đảm bảo rằng dịch vụ, nhà cung cấp dịch vụ của Thành viên khác có các điều kiện cạnh tranh bình đẳng với dịch vụ, nhà cung cấp dịch vụ trong nước. Nguyên tắc đãi ngộ quốc gia yêu cầu mỗi Thành viên, liên quan tới tất cả các biện pháp có tác động đến việc cung cấp dịch vụ, phải dành cho dịch vụ và người cung cấp dịch vụ của bất kỳ Thành viên nào khác sự đối

xử không kém thuận lợi hơn sự đối xử mà Thành viên đó dành cho dịch vụ và nhà cung cấp dịch vụ của mình, trừ các điều kiện và tiêu chuẩn được quy định trong Biểu cam kết của mình.

Sự đối xử tương tự hoặc khác biệt về hình thức được coi là kém thuận lợi hơn nếu nó làm thay đổi điều kiện cạnh tranh có lợi cho dịch vụ hay nhà cung cấp dịch vụ của Thành viên đó so với dịch vụ hoặc nhà cung cấp dịch vụ tương tự của bất kỳ Thành viên nào khác.¹² Các biện pháp được xem xét trong nguyên tắc đãi ngộ quốc gia chỉ bao gồm những biện pháp áp dụng đối với những lĩnh vực dịch vụ đã cam kết.

2.4. Nguyên tắc minh bạch

Nguyên tắc minh bạch được ghi nhận tại Điều III, nhằm giúp các đối tác thương mại hiểu rõ về quy tắc và cơ chế thương mại của nhau. Nguyên tắc này yêu cầu Thành viên phải:

- Công bố mọi biện pháp có liên quan hoặc tác động đến việc thi hành GATS trước khi các biện pháp đó có hiệu lực thi hành kể cả những Hiệp định quốc tế có liên quan hoặc tác động đến thương mại dịch vụ mà các Thành viên tham gia.
- Thông báo cho Hội đồng thương mại dịch vụ về các văn bản pháp luật mới hoặc bất kỳ sửa đổi nào trong các luật, quy định hoặc hướng dẫn hành chính có tác động cơ bản đến thương mại dịch vụ thuộc các cam kết cụ thể theo GATS ít nhất mỗi năm một lần.

- Thành lập một hoặc nhiều điểm cung cấp thông tin để trả lời tất cả các yêu cầu của bất kỳ một Thành viên nào khác về những thông tin cụ thể liên quan đến các biện pháp có liên quan hoặc tác động đến thương mại dịch vụ.¹³

2.5. Nguyên tắc liên quan đến các quy tắc trong nước

Tên gọi “nguyên tắc liên quan đến các quy tắc trong nước” lần đầu tiên được GS.TS Nguyễn Thị Mơ sử dụng ở Việt Nam trong cuốn chuyên khảo *Lựa chọn bước đi và giải pháp để Việt Nam mở cửa về dịch vụ thương mại của mình*.¹⁴ Sau đó, giáo trình *Pháp luật thương mại quốc tế* của Trường ĐH Ngoại thương cũng đã dùng thuật ngữ này trong việc giảng dạy luật thương mại

¹⁰ WTO, S/L/92, ngày 28/3/2001, Hội đồng thương mại dịch vụ, *Hướng dẫn về lập Danh mục cam kết cụ thể theo Hiệp định GATS*, đoạn 8; và WT/DS413/R ngày 16/7/2012, Báo cáo Ban Hội thẩm vụ *China – Certain measures affecting electronic payment services*, đoạn 7.633.

¹¹ Vũ Nhữ Thăng, *Từ do hoá thương mại dịch vụ trong WTO: Luật và thông lệ*, Nxb. Hà Nội, 2007, tr. 75.

¹² Xem Điều XVII GATS.

¹³ Điều III GATS

¹⁴ Nguyễn Thị Mơ (chủ biên), *Thds*, tr. 63.

quốc tế.¹⁵ Do bản chất của dịch vụ là vô hình với các phương thức cung cấp đa dạng cho nên việc điều chỉnh dòng thương mại dịch vụ giữa các quốc gia phụ thuộc rất nhiều vào Nhà nước. Một trong những công cụ quan trọng, phổ biến và không thể thiếu để Nhà nước quản lý điều tiết thương mại dịch vụ là những quy tắc, quy định pháp luật trong nước. Một số chuyên gia pháp lý quốc tế đã chỉ ra rằng, các quy tắc, quy định trong nước là rào cản pháp lý lớn nhất đối với việc tự do hóa thương mại dịch vụ giữa các quốc gia.¹⁶ Do vậy, để dòng thương mại dịch vụ có thể tự do lưu chuyển thì cần phải thiết lập nguyên tắc điều chỉnh các quy tắc pháp luật trong nước của các Thành viên WTO. Thật vậy, GATS đã quy định nguyên tắc liên quan đến các quy tắc trong nước tại Điều VI của mình.

Nguyên tắc liên quan đến các quy tắc trong nước sự cân bằng nhạy cảm giữa tự do hóa thương mại dịch vụ và việc thực hiện chủ quyền quốc gia của mỗi thành viên WTO.¹⁷ Nếu như nguyên tắc tiếp cận thị trường và đãi ngộ quốc gia tập trung vào nội dung của các quy định cụ thể của pháp luật trong nước thì nguyên tắc liên quan đến quy tắc trong nước điều chỉnh tập trung hơn vào việc áp dụng và thực thi các quy định.¹⁸ Nguyên tắc liên quan đến các quy tắc trong nước được ghi nhận tại Điều VI. Theo đó, nguyên tắc này yêu cầu các Thành viên phải:

a. *Đảm bảo rằng tất cả các biện pháp áp dụng chung tác động đến thương mại dịch vụ được quản lý một cách hợp lý, khách quan và bình đẳng.*¹⁹

b. *Duy trì hoặc thành lập các tòa án tư pháp, trọng tài hoặc tòa án hành chính hoặc thủ tục để xem xét nhanh chóng và đưa ra các biện pháp khắc phục đối với các quyết định hành chính có*

*tác động đến thương mại dịch vụ theo yêu cầu của nhà cung cấp dịch vụ chịu tác động.*²⁰

c. *Thông báo cho người nộp đơn về quyết định của mình trong khoảng thời gian hợp lý sau khi nhận được đơn xin cấp phép được coi là đầy đủ theo quy định của pháp luật trong nước. Nếu người nộp đơn có yêu cầu, cơ quan có thẩm quyền của Thành viên đó sẽ phải cung cấp không chậm trễ thông tin về hiện trạng của đơn xin phép.*²¹

d. *Không được tạo ra những trở ngại không cần thiết cho thương mại dịch vụ thông qua các biện pháp liên quan tới yêu cầu chuyên môn, thủ tục, tiêu chuẩn kỹ thuật và yêu cầu cấp phép. Phạm vi áp dụng của quy tắc này chỉ áp dụng cho các biện pháp liên quan đến năm nhóm sau: (i) yêu cầu chuyên môn; (ii) thủ tục chuyên môn; (iii) tiêu chuẩn kỹ thuật; (iv) yêu cầu cấp phép; (v) thủ tục cấp phép. Các biện pháp trong quy tắc này không thuộc đối tượng phải đưa vào Biểu cam kết của các nước Thành viên. Điều đó, có nghĩa là đó là những biện pháp có thể không vi phạm nguyên tắc tiếp cận thị trường và đãi ngộ quốc gia. Cho đến nay thì WTO mới xây dựng xong nội dung về các yêu cầu chuyên môn, cấp phép và tiêu chuẩn kỹ thuật, thủ tục cấp phép trong lĩnh vực kế toán.*

e. *Không được áp dụng các yêu cầu về cấp phép và chuyên môn và các tiêu chuẩn kỹ thuật trong lĩnh vực có cam kết cụ thể làm vô hiệu hoặc giảm bớt mức cam kết đó theo cách thức: (i) không phù hợp với các tiêu chí như: khách quan, minh bạch, năng lực và khả năng cung cấp dịch vụ, không phiền hà hơn mức cần thiết để đảm bảo chất lượng dịch vụ, không trở thành hạn chế về cung cấp dịch vụ; (ii) tại thời điểm cam kết cụ thể trong các lĩnh vực đó được đưa ra, các Thành viên đã không có ý định áp dụng các biện pháp này. Mặc dù được thiết kế đặt trong phần chung nhưng những yêu cầu về cấp phép, chuyên môn và tiêu chuẩn kỹ thuật trong quy tắc này chỉ áp dụng cho những dịch vụ nằm trong Biểu cam kết.*

¹⁵ Trường ĐH Ngoại thương, *Giáo trình Pháp luật thương mại quốc tế*, Nxb. Lao động, 2011.

¹⁶ Umur Turksen, Ruth Holder, "Contemporary problems with GATS and internet Gambling", *Journal of World Trade* 49, No 3/2015 (457 – 494).

¹⁷ Panagiotis Delimatsis, "Due Process and 'Good' Regulation Embedded in the GATS – Disciplining Regulatory Behaviour in Services through Article VI of the GATS", *Journal of International Economic Law*, No 10(1)/2006 (13-50).

¹⁸ Trường Đại học Luật Hà Nội (Surya P.Subedi Dphil chủ biên), *Giáo trình Luật Thương mại quốc tế*, Nxb Công an nhân dân, 2012, tr. 677

¹⁹ Vũ Như Thăng, *Tự do hoá thương mại dịch vụ trong WTO: Luật và thông lệ*, Nxb. Hà Nội, 2007, tr. 105.

²⁰ Trường Đại học Luật Hà Nội (Surya P.Subedi Dphil chủ biên), *Trên đây*, tr. 677.

²¹ WTO, WT/DS285/R ngày 10/10/2004 Báo cáo Ban hội thẩm vụ *United State – Gambling and betting*, đoạn 6.432

f. Phải quy định những thủ tục phù hợp để kiểm tra năng lực chuyên môn của người cung cấp dịch vụ chuyên nghiệp của các Thành viên khác trong những lĩnh vực có các cam kết cụ thể liên quan đến dịch vụ nghề nghiệp. Tương tự, quy tắc này cũng chỉ áp dụng cho những dịch vụ trong Biểu cam kết và đáp ứng được tiêu chuẩn phù hợp.²²

Như vậy, khi xem xét một biện pháp có ảnh hưởng tiêu cực đến dịch vụ, nhà cung cấp dịch vụ của Thành viên khác, thì biện pháp đó phải được kiểm tra qua năm nguyên tắc cơ bản trên để kết luận được việc áp dụng biện pháp đó có hay không vi phạm nghĩa vụ cơ bản của GATS. Tuy nhiên cho thấy, tất cả những biện pháp bị tranh chấp được đưa ra đều do vi phạm ít nhất một hoặc nhiều nguyên tắc cơ bản của GATS.

3. Mối liên hệ giữa các nguyên tắc cơ bản trong GATS

Tinh thần của GATS được thể hiện qua các nguyên tắc cơ bản trong GATS. Các nguyên tắc không tồn tại và áp dụng độc lập, đơn thuần mà chúng luôn hỗ trợ, bổ sung thậm chí xung đột với nhau. Để hiểu và áp dụng đúng các nguyên tắc cơ bản của GATS, chúng ta cần phải làm rõ mối liên hệ giữa các nguyên tắc đó.

3.1. Nguyên tắc tiếp cận thị trường và nguyên tắc đãi ngộ quốc gia

Mặc dù GATS đặt tên hai nguyên tắc này cho hai điều luật riêng biệt nhưng mỗi nguyên tắc này có chức năng ra sao trong GATS còn là điều khó hiểu.²³ Tuy vậy, dựa trên những quy định của GATS hai nguyên tắc có mối liên hệ tác động với nhau. Thứ nhất, sự tác động thể hiện ngay trong GATS. Theo đó, Điều XX:1 cho thấy nội dung tiếp cận thị trường có điều khoản, giới hạn và điều kiện, còn nội dung đãi ngộ quốc gia có điều kiện và tiêu chuẩn. Theo cách hiểu thoạt tiên thì, những biện pháp trong tiếp cận thị trường sẽ áp dụng ở giai đoạn (khoảng thời gian) mà dịch vụ, nhà cung cấp dịch vụ nước ngoài chưa thể tiếp cận được (hay chưa có mặt) ở thị trường trong nước, còn những biện pháp trong đãi ngộ quốc gia sẽ áp dụng cho giai đoạn mà dịch vụ, nhà cung cấp dịch vụ nước

ngoài đã tồn tại trong lãnh thổ nước Thành viên. Tuy nhiên, Điều XX:2 của GATS cũng quy định rằng các biện pháp mà một Thành viên muốn duy trì thì không phù hợp với cả Điều XVI và XVII sẽ được ghi vào cột Hạn chế tiếp cận thị trường. Do đó, mặc dù không ghi giới hạn nào vào cột Đãi ngộ quốc gia, nhưng có thể một biện pháp mang tính phân biệt đối xử không phù hợp với nguyên tắc đãi ngộ quốc gia được ghi trong cột Hạn chế tiếp cận thị trường. Mặt khác, một biện pháp có thể nằm trong phần cam kết nền, không được ghi nhận trong cột Hạn chế tiếp cận thị trường cũng như cột Đãi ngộ quốc gia, có thể có hiệu lực ràng buộc nghĩa vụ đối với nguyên tắc tiếp cận thị trường hoặc nguyên tắc đãi ngộ quốc gia của một Thành viên. Chẳng hạn như quy định về đầu tư nước ngoài hoặc chuyển nhượng đất đai.

Thứ hai, sự tác động thể hiện trong Biểu cam kết cụ thể do nội dung nhập ở hai cột hạn chế tiếp cận thị trường và đối xử quốc gia theo ba trường hợp: (i) *Unbound – None* (Chưa cam kết – Không hạn chế); *None – Unbound* (Không hạn chế – Chưa cam kết); và (iii) *Unbound – Unbound* (Chưa cam kết – Chưa cam kết) hoặc *None – None* (Không hạn chế – Không hạn chế).

(i) *Unbound – None* (Chưa cam kết – Không hạn chế): tức cột Hạn chế tiếp cận thị trường của một dịch vụ/các dịch vụ cụ thể ghi “Unbound”, còn cột Đãi ngộ quốc gia ghi “None”. Theo hướng dẫn của Hội đồng Thương mại dịch vụ thì bất kể những gì được ghi trong cột hạn chế tiếp cận thị trường, mục “không hạn chế - None” trong cột đãi ngộ quốc gia sẽ có nghĩa là nghĩa vụ đối xử quốc gia bị ràng buộc cho toàn bộ Phương thức; không giới hạn ở những gì có thể bị ràng buộc trong một cam kết tiếp cận thị trường với những hạn chế.²⁴ Do đó, nếu một Thành viên cam kết theo Điều XVI trong một ngành mà ở đó sự hiện diện thương mại chỉ giới hạn đối với quan hệ đối tác, thì mục “None” hoặc bất kỳ mục nào khác trong cột Đãi ngộ quốc gia sẽ đề cập đến toàn bộ Phương thức (3) chứ không chỉ đối với quan hệ đối tác.” Tuy nhiên, thực tiễn giải quyết tranh chấp, Ban hội thẩm vụ *Trung*

²² Điều VI:5 GATS.

²³ Rudolf Adlung, Peter Morrison, Martin Roy and Weiwei Zhang, “Fogin GATS commitments – why WTO Members should care”, *World Trade Review* 12(1)/2013 (1–27)

²⁴ WTO, WT/SL/92, ngày 28/3/2001, Hội đồng Thương mại dịch vụ, *Hướng dẫn lập Biểu cam kết cụ thể theo Hiệp định GATS*, đoạn 43.

*Quốc – Những biện pháp ảnh hưởng đến dịch vụ thanh toán điện tử*²⁵ cho rằng “Bằng cách ghi “chưa cam kết” vào cột Hạn chế tiếp cận thị trường, Trung Quốc có quyền duy trì bất kỳ biện pháp nào trong sáu loại thuộc Điều XVI:2, bất kể nội dung của nó trong cột Đãi ngộ quốc gia. Tuy nhiên, giải thích này cũng có ý nghĩa cho từ “Không hạn chế” trong cột Đãi ngộ quốc gia. Do ghi “None”, Trung Quốc phải dành sự đãi ngộ quốc gia đối với bất kỳ biện pháp nào được đề cập mà không nằm trong nội dung Điều XVI:2. Do vậy, cam kết đãi ngộ quốc gia của Trung Quốc có thể được áp dụng nếu Trung Quốc cho phép thực tế cung cấp dịch vụ từ lãnh thổ của các Thành viên WTO khác vào thị trường của mình mặc dù không cam kết tiếp cận thị trường.”²⁶

(ii) *None – Unbound* (Không hạn chế - Chưa cam kết): Tức Thành viên cam kết không hạn chế tiếp cận thị trường nhưng không cam kết nghĩa vụ không phân biệt đối xử. Mặc dù từ lệ cam kết như trường hợp này ít nhưng thực tế không phải không có. Chẳng hạn, Mục 5: dịch vụ giáo dục trong Biểu cam kết cụ thể của Trung Quốc có quy định trường hợp này. Theo đó ở Phương thức (3) của những dịch vụ kể trên nhà cung cấp dịch vụ của Thành viên khác được tiếp cận thị trường dưới hình thức liên doanh trong đó phần vốn góp của nhà cung cấp nước ngoài chiếm đa số. Tuy nhiên, trong cột Hạn chế đối xử quốc gia Trung Quốc đã ghi “Unbound”.²⁷ Hoặc dịch vụ môi giới, đại lý bảo hiểm và hầu hết các dịch vụ tài chính của Hoa Kỳ cũng đều không hạn chế tiếp cận thị trường, nhưng không cam kết đối xử quốc gia ở Phương thức (2).²⁸ Như vậy, những biện pháp mang tính phân biệt đối xử trong Điều XVI:2 được áp dụng triệt để hay bị loại trừ bởi “Unbound” của Điều XVII vẫn cần phải chờ giải thích áp dụng Hiệp định GATS từ phía cơ quan xét xử của WTO.

²⁵ WTO, WT/DS413/R, Báo cáo Ban hội thẩm vụ *China – Certain measures affecting electronic payment services*, ngày 16/7/2012.

²⁶ WTO, WT/DS413/R ngày 16/7/2012, Báo cáo Ban Hội thẩm vụ *China – Certain measures affecting electronic payment services*, đoạn 7.668.

²⁷ WTO, GATS/SC/135, ngày 14/02/2002, *Biểu cam kết về Thương mại Dịch vụ của Trung Quốc*, Mục 5.

²⁸ WTO, GATS/SC/90, *Biểu cam kết về Thương mại Dịch vụ của Hoa Kỳ*, ngày 15/4/1994, tr. 60 – 64.

Trường hợp thứ ba được ghi nhận phổ biến trong Biểu cam kết của các Thành viên, có lẽ, bởi tính thống nhất, rõ ràng trong cách cư xử với nhà cung cấp dịch vụ nước ngoài và ít gây hiểu nhầm. Chẳng hạn trong dịch vụ vận chuyển hàng hóa (CPC 7222), Trung Quốc đều chưa cam kết tiếp cận thị trường và đãi ngộ quốc gia ở Phương thức (3).

Như vậy, nguyên tắc tiếp cận thị trường và đối xử quốc gia mặc dù được thiết kế ở hai cột hạn chế riêng biệt trong Biểu cam kết của từng Thành viên, nhưng chức năng của mỗi nguyên tắc còn mập mờ. Nguyên tắc tiếp cận thị trường điều chỉnh cả những biện pháp mang tính phân biệt đối xử giữa dịch vụ và nhà cung cấp dịch vụ trong nước và nước ngoài.²⁹ Bên cạnh đó, theo hướng dẫn của Hội đồng thương mại thị danh sách các hạn chế tiếp cận thị trường trong Điều XVI:2 không đầy đủ, mà còn cần tính đến “tất cả các biện pháp thuộc bất kỳ loại nào liệt kê ... Phải được lên kế hoạch, có hay không sự phân biệt đối xử theo Điều XVII nguyên tắc đối xử quốc gia.”³⁰ Song, chắc chắn rằng hai nguyên tắc này đã góp phần loại bỏ không ít các rào cản trong tự do hóa thương mại dịch vụ giữa các Thành viên.

3.2. Nguyên tắc đãi ngộ quốc gia và nguyên tắc đãi ngộ tối huệ quốc

Một biện pháp do một Thành viên áp dụng trên thực tế có thể vừa vi phạm nguyên tắc đãi ngộ quốc gia và vừa vi phạm nguyên tắc đãi ngộ tối huệ quốc. Thực vậy, trong vụ *Argentina – Những biện pháp liên quan đến thương mại hàng hóa và dịch vụ*,³¹ Panama đã cho rằng phương pháp định giá tính thuế dựa trên giá chuyển nhượng

²⁹ Điều XVI.2 (e) & (f).

³⁰ WTO, WT/BS/192, ngày 28/3/2001, Hội đồng Thương mại dịch vụ, *Hướng dẫn lập Biểu cam kết cụ thể theo Hiệp định GATS*, đoạn 11.

³¹ WTO, WT/DS453/AB/R, ngày 14/4/2016, Báo cáo của Cơ quan phúc thẩm, đoạn 7.1, và WT/DS453/R, ngày 30/10/2015, Báo cáo của Ban hội thẩm, vụ *Argentina – measures relating trade of goods and services (Argentina – những biện pháp liên quan đến thương mại hàng hóa và dịch vụ)*, đoạn 8.2c. Ban hội thẩm cho rằng những biện pháp mà Argentina áp dụng vi phạm Điều II GATS vì đã đối xử phân biệt giữa dịch vụ, nhà cung cấp dịch vụ của các nước có hợp tác thủ tục thuế quan và nước không có hợp tác, đồng thời những biện pháp này không vi phạm Điều XVII GATS. Tuy nhiên, Cơ quan phúc thẩm lại có kết luận ngược lại: các biện pháp trên của Argentina không vi phạm Điều II GATS do không chứng minh được “tính tương tự”, nhưng vi phạm Điều XVII GATS.

cho các giao dịch giữa người nộp thuế Argentina và người của các nước không có Hiệp định hợp tác về thuế quan để tính thuế lợi tức mà người nộp thuế Argentina phải trả vì phạm cả Điều II và Điều XVII của GATS. Kết quả là Ban hội thẩm và Cơ quan phúc thẩm đã có những kết luận trái ngược nhau về vấn đề này.³²

Tuy vậy, phạm vi tác động của một biện pháp theo nguyên tắc MFN rộng hơn, yêu cầu phải được đối xử tốt nhất đối với tất cả các ngành, dù là đối tượng cam kết hay không, đối với tất cả các dịch vụ, nhà cung cấp dịch vụ của Thành viên khác. Trong khi phạm vi biện pháp trong nguyên tắc đãi ngộ quốc gia yêu cầu mức độ tối thiểu và chỉ áp dụng đối với những ngành dịch vụ mà Thành viên đó cam kết.

3.3. Nguyên tắc đãi ngộ quốc gia và nguyên tắc liên quan tới các quy tắc trong nước

Dường như nguyên tắc liên quan đến các quy tắc trong nước được thiết kế để ngăn cản những biện pháp không thuộc phạm vi của nguyên tắc đãi ngộ tối huệ quốc, tiếp cận thị trường và đối xử quốc gia ảnh hưởng đến dòng chảy tự do của thương mại dịch vụ. Nội dung của nguyên tắc liên quan đến quy tắc trong nước chủ yếu tập trung vào khía cạnh thủ tục. Tuy nhiên, để phân biệt phạm vi điều chỉnh của nguyên tắc này với nguyên tắc đối xử quốc gia cần làm rõ: những biện pháp yêu cầu trình độ chuyên môn, tiêu chuẩn kỹ thuật, cấp phép được điều chỉnh trong Điều VI có mang tính phân biệt đối xử giữa dịch vụ, nhà cung cấp dịch vụ trong nước và nước ngoài hay không. Điều VI đã chưa quy định rõ điều này. Cho đến nay, thực tiễn xét xử tranh chấp của WTO cũng chưa đề cập vấn đề này. Tuy nhiên, tham chiếu cách giải thích của Hội đồng thương mại dịch vụ thì Điều VI chỉ áp dụng cho những biện pháp không thuộc phạm vi điều chỉnh của Điều XVII³³ trước.

3.4. Nguyên tắc tiếp cận thị trường và nguyên tắc liên quan tới các quy tắc trong nước

Nguyên tắc liên quan tới quy tắc trong nước

³² WTO, WT/SL/92, ngày 28/3/2001, Hội đồng Thương mại dịch vụ, *Hướng dẫn lập Biểu cam kết cụ thể theo Hiệp định GATS*, đoạn 8.

³³ WTO, WT/SL/64 ngày 17/12/1998, Hội đồng Thương mại dịch vụ, *Những nguyên tắc liên quan đến luật trong nước về lĩnh vực kế toán*, đoạn 2.

điều chỉnh chủ yếu các vấn đề về thủ tục.³⁴ Bên cạnh đó, điều luật này còn quy định cho phép Hội đồng Thương mại dịch vụ được phát triển những nguyên tắc về chuyên môn trong những lĩnh vực dịch vụ nhất định. Thực tế, Hội đồng này đã ban hành nguyên tắc trong lĩnh vực kế toán năm 1998;³⁵ Điều VI:5 yêu cầu Thành viên không được áp dụng các biện pháp về cấp phép, chuyên môn và tiêu chuẩn kỹ thuật hóa làm vô hiệu hoặc giảm bớt mức cam kết ở những lĩnh vực dịch vụ chưa được Hội đồng thương mại dịch vụ ban hành nguyên tắc thống nhất; Điều VI:6 yêu cầu mỗi Thành viên phải quy định thủ tục phù hợp để kiểm tra trình độ chuyên môn.

Phạm vi của Điều XVI và Điều VI dễ bị chồng lấn. Chẳng hạn, quy định về điều kiện để được cấp phép có thể vừa thuộc phạm vi của Điều XVI và Điều VI. Thực tế trong vụ *Hoa Kỳ - Đánh bạc và cá cược*,³⁶ Ban hội thẩm cũng đã đề cập mối quan hệ giữa Điều XVI và Điều VI. Mặc dù, chưa chỉ rõ sự phân biệt phạm vi điều chỉnh của hai điều luật này nhưng Ban hội thẩm cũng đã cho rằng *hai điều luật độc lập*. Mặt khác, trong lĩnh vực kế toán – lĩnh vực Hội đồng dịch vụ đã ban hành nguyên tắc liên quan đến quy định trong nước thì Quyết định này đã khẳng định rõ rằng các biện pháp thuộc Điều XVI hoặc XVII không thuộc phạm vi của những quy tắc liên quan đến pháp luật trong nước trong lĩnh vực kế toán thuộc Điều VI:4.³⁷ Do vậy, mối liên hệ giữa hai điều luật này vẫn còn tiếp tục phải nghiên cứu để làm sáng tỏ.

³⁴ Thật vậy, Điều VI:1 đặt ra yêu cầu *quản lý* các biện pháp; Điều VI:2 đặt ra yêu cầu *xem xét lại* quyết định hành chính tác động đến thương mại dịch vụ theo yêu cầu của nhà cung cấp dịch vụ chịu tác động; Điều VI:3 yêu cầu phải thông báo về thủ tục cho người nộp đơn trong khoảng thời gian hợp lý; Điều VI:4 đặt ra yêu cầu cấp phép, tiêu chuẩn kỹ thuật và yêu cầu chuyên môn không được tạo ra trở ngại không cần thiết cho thương mại dịch vụ.

³⁵ WTO, WT/SL/64 ngày 17/12/1998, Hội đồng Thương mại dịch vụ, *Những nguyên tắc liên quan đến luật trong nước về lĩnh vực kế toán*.

³⁶ WTO, WT/DS285/R ngày 10/10/2004, Báo cáo Ban Hội thẩm vụ *US - Gambling and Betting services*, đoạn 6305.

³⁷ WTO, S/WPS/W/21, Working Party on Professional Services, Báo cáo tác chuyên môn của Hội đồng Thương mại dịch vụ, *Những nguyên tắc liên quan đến luật trong nước về lĩnh vực kế toán*, đoạn 2.

3.5. Nguyên tắc minh bạch và các nguyên tắc cơ bản khác

Nguyên tắc minh bạch mặc dù được quy định tại Điều III, tuy nhiên nó có thể được thể hiện cả ở trong Điều VI của GATS. Nguyên tắc minh bạch về cơ bản yêu cầu các biện pháp liên quan hoặc tác động đến thương mại dịch vụ phải rõ ràng, công khai và có thể dự đoán được. Như vậy, có thể nói yêu cầu này phải được thực hiện khi áp dụng mọi nguyên tắc cơ bản. Chẳng hạn, việc mở cửa thị trường nếu không quy định diễn giải rõ ràng thì không thể thực hiện tốt được.³⁸ ●

Tài liệu tham khảo

- [1] WTO, WT/DS453/AB/R, Báo cáo của Cơ quan phúc thẩm vụ Argentina – measures relating trade of goods and services (Argentina – Các biện pháp liên quan đến thương mại hàng hoá và dịch vụ), ngày 14/4/2016.
- [2] WTO, WT/DS453/R, Báo cáo của Ban hội thẩm vụ Argentina – measures relating trade of goods and services (Argentina – Các biện pháp liên quan đến thương mại hàng hoá và dịch vụ), ngày 30/10/2015.
- [3] WTO, WT/DS413/R, Báo cáo Ban Hội thẩm vụ China – Certain measures affecting electronic payment services (Trung Quốc – những biện pháp ảnh hưởng đến dịch vụ thanh toán điện tử), ngày 16/7/2012.
- [4] WTO, WT/DS285/R, Báo cáo Ban hội thẩm vụ United State – Gambling and betting (Hoa Kỳ – Đánh bạc và cá cược), ngày 10/10/2004.
- [5] WTO, GATS/SC/135, Schedule of Chinese commitments in GATS – Biểu cam kết về Thương mại Dịch vụ của Trung Quốc, ngày 14/02/2002.
- [6] WTO, S/L/92, Hội đồng thương mại dịch vụ, Guidelines for the Scheduling of Specific Commitments Under the General Agreement on Trade in Services – Hướng dẫn về lập Danh mục cam kết cụ thể theo Hiệp định GATS – ngày 28/3/2001.
- [7] WTO, WT/S/L/63, Hội đồng Thương mại dịch vụ, Disciplines on Domestic Regulation in the Accountancy Sector – Những nguyên tắc liên quan đến luật trong nước về lĩnh vực kế toán, ngày 14/12/1998.
- [8] WTO, GATS/SC/90, Schedule of US commitments in GATS – Biểu cam kết về Thương mại Dịch vụ của Hoa Kỳ, ngày 15/4/1994.
- [9] Peter Van den Bossche, *The Law and policy of the world Trade Organization – Text, Cases and Materials*, Cambridge University Press, 2008

³⁸ WTO, WT/DS413/R, Báo cáo Ban Hội thẩm vụ China – Certain measures affecting electronic payment services, ngày 16/7/2012.

- [10] Panagiotis Delimatsis, “Due Process and ‘Good’ Regulation Embedded in the GATS – Disciplining Regulatory Behaviour in Services through Article VI of the GATS”, *Journal of International Economic Law*, No 10(1)/2006 (13-50)
- [11] Nguyễn Thị Mơ (chủ biên), *Lựa chọn bước đi và giải pháp để Việt Nam mở cửa về dịch vụ thương mại*, Nxb. Lý luận chính trị, 2005 [trans: Nguyen Thi Mo (editor), *Select a step and solutions for Vietnam to open the trade in services*, the Publishing House of political Theory, 2005]
- [12] Hoàng Phê, *Từ điển Tiếng Việt*, NXB Đà Nẵng, 1997 [trans: Hoang Phe, *Vietnamese Dictionary*, Da Nang Publishing House, 1997]
- [13] Mai Hồng Quý, Trần Việt Dũng, *Luật thương mại quốc tế*, Nxb. ĐH quốc gia TP. Hồ Chí Minh, 2004 [trans: editors: Mai Hong Quy, Tran Viet Dung, *International trade law*, Viet Nam National University Ho Chi Minh City publisher, 2004]
- [14] Hồ Văn Tinh, “Thương mại dịch vụ – Một số vấn đề lý luận và thực tiễn”, *Tạp chí Cộng sản*, 2006, số 108, [trans: Ho Van Tinh, *Trade in services – Theory and Practice*, *Communist Review*, No 108/2006]
- [15] Nguyễn Văn Sáu, “Mối quan hệ giữa nguyên tắc tổ chức quyền lực”, *Tạp chí Nghiên cứu lập pháp*, 2005, N.11 [trans: Nguyen Van Sau, “The relationship between organizational principle of power”, *Legal Sciences Journal*, 2016, 11].
- [16] Vũ Như Thăng (chủ biên), *Tự do hóa thương mại dịch vụ trong WTO: Luật và thông lệ*, Nxb. Hà Nội, 2007 [trans: Vu Nhu Thang (editor), *Liberalization of trade in services in the WTO: Laws and customs*, Ha Noi City Publisher, 2007]
- [17] Trường ĐH Luật Hà Nội (Surya P.Subedi Dphil chủ biên), *Giáo trình Luật Thương mại quốc tế*, Nxb. Công an nhân dân, 2012 [trans: Ha Noi Law University (editor: Surya P.Subedi Dphil, *Textbook International trade and business law*, The people’s public security publishing house, 2012]
- [18] Trường ĐH Luật TP Hồ Chí Minh (Trần Việt Dũng chủ biên), *Giáo trình Luật Thương mại quốc tế Phần 1*, Nxb Hồng Đức, 2014 [trans: Ho Chi Minh City University of Law (editor: Tran Viet Dung, *Textbook Law on international*, Hong Duc publisher, 2014]
- [19] Trường ĐH Ngoại thương (Nguyễn Thị Mơ, chủ biên), *Giáo trình pháp luật thương mại quốc tế*, Nxb. Lao động, 2011 [trans: Foreign Trade University (editor: Nguyen Thi Mo), *Textbook International trade law*, Lao Dong Publishing House, 2011]
- [20] Unmut Turksen, Ruth Holder, “Contemporary problems with GATS and internet Gambling”, *Journal of World Trade* 49, No 3/2015.