

CAM KẾT WTO CỦA VIỆT NAM VỀ GIÁ TRỊ THÔNG THƯỜNG THAY THẾ TRONG ĐIỀU TRA CHỐNG BÁN PHÁ GIÁ

NGÔ TRỌNG QUÂN *

Tóm tắt: Nghị định thư gia nhập Tổ chức Thương mại thế giới (WTO) của Việt Nam ghi nhận cam kết về địa vị nền kinh tế phi thị trường trong điều tra chống bán phá giá và chống trợ cấp sẽ hết hiệu lực vào ngày 31/12/2018. Tuy nhiên, một số quốc gia thành viên WTO khác tiếp tục coi Việt Nam là nền kinh tế phi thị trường và tính toán giá trị thông thường thông qua quốc gia thay thế. Bài viết phân tích nguyên tắc xác định giá trị thông thường trong pháp luật WTO và ảnh hưởng của việc hết hiệu lực điều khoản nền kinh tế phi thị trường đến cách xác định giá trị thông thường thay thế với Việt Nam. Nghiên cứu cho thấy việc hết hiệu lực của điều khoản này không tự động chuyển đổi Việt Nam thành một nền kinh tế thị trường và các nước thành viên WTO vẫn còn cơ sở pháp lý theo Hiệp định chung về Thuế quan và thương mại năm 1994 và Hiệp định Chống bán phá giá, đặc biệt là quy định về giao dịch trong điều kiện thương mại thông thường (in the ordinary course of trade) và điều kiện thị trường đặc biệt (particular market situation) để tiếp tục cách xác định giá trị thông thường thay thế sau ngày 31/12/2018.

Từ khóa: Kinh tế phi thị trường; điều tra chống bán phá giá; giá trị thông thường, quốc gia thay thế

Nhận bài: 27/9/2020

Hoàn thành biên tập: 01/3/2021

Duyệt đăng: 10/3/2021

WTO COMMITMENTS OF VIETNAM ON SURROGATE NORMAL VALUE IN ANTI-DUMPING INVESTIGATIONS

Abstract: The Protocol of Accession of Vietnam into the WTO states that the commitment on non-market economy status (NME) in anti-dumping and anti-subsidy investigations will expire on 31 December 2018. However, other WTO members continue to list Vietnam among non-market economies and calculate normal value based on the surrogate country data. This paper analyzes the principles of determining normal value in WTO laws and the effects of the NME commitment expiration on calculation of surrogate normal value for Vietnam. It reveals that the expiration of this provision would not automatically drive Vietnam into a market economy and other WTO members have sufficient legal grounds under the General Agreement on Tariffs and Trade 1994 and the Anti-dumping Agreement, particularly the concept of ordinary course of trade and particular market situation, to continue the surrogate normal value methodology even after 31st December, 2018.

Keywords: Non-market economy; anti-dumping investigation; normal value; surrogate country

Received: Sept 27th, 2020; Editing completed: Mar 1st, 2021; Accepted for publication: Mar 10th, 2021

* Thạc sĩ, Trường Đại học Luật Hà Nội
E-mail: ngotrongquan@hlu.edu.vn

P pháp luật về chống bán phá giá của Tổ chức Thương mại thế giới (WTO) và

các nước thành viên, đặc biệt là Hoa Kỳ và Liên minh châu Âu (EU), đều có quy định, một cách trực tiếp hoặc gián tiếp, về cách tính toán giá trị thông thường của hàng hoá nhập khẩu từ các nước thành viên có nền kinh tế phi thị trường. Thực tế, các hiệp định của WTO không giải thích thuật ngữ nền kinh tế phi thị trường mà chỉ đưa ra ngoại lệ cho phép áp dụng một cách tính toán giá trị thông thường (Normal Value - NV) không dựa trên giá hoặc chi phí nội địa ở nước xuất khẩu nếu nước đó có nền kinh tế được kiểm soát bởi nhà nước. Hoa Kỳ và EU đã xây dựng các tiêu chí cụ thể để xếp loại một nền kinh tế phi thị trường (Non-Market Economy - NME) trong pháp luật nội địa về chống bán phá giá của mình.⁽¹⁾ Do giá bán hàng hoá trên thị trường nội địa không phản ánh đúng quy luật cung cầu trên thị trường và không phải căn cứ đáng tin cậy để đem ra so sánh với giá xuất khẩu nên các nước NME sẽ phải chịu cách tính NV thay thế. Theo đó, cơ quan điều tra của nước nhập khẩu sẽ tự tính toán NV bằng cách tổng hợp dữ liệu về chi phí sản xuất của một quốc gia thay thế được cho là có trình độ phát triển kinh tế tương đồng và có cùng ngành công nghiệp sản xuất

hàng hoá đang bị điều tra. Phương pháp này được cho là nguyên nhân gây ra mức thuế chống bán phá giá cao hơn so với trường hợp sử dụng dữ liệu nội địa của nước xuất khẩu.⁽²⁾

Trong quá trình đàm phán gia nhập WTO, trước sức ép từ các nước thành viên khác, Việt Nam đã chấp nhận địa vị nền kinh tế phi thị trường trong các cuộc điều tra chống bán phá giá. Cam kết của Việt Nam và Trung Quốc về phương pháp xác định NV giống hệt nhau về cách diễn đạt, chỉ khác nhau về thời hạn áp dụng.⁽³⁾ Nghị định thư gia nhập WTO của Việt Nam ghi nhận cam kết này trong thời hạn 12 năm và kết thúc vào ngày 31/12/2018.⁽⁴⁾ Hai lí do chính dẫn đến việc Việt Nam chấp nhận cách tính toán NV thay thế đối với NME được cho là: *thứ nhất*, tại thời điểm kết thúc đàm phán gia nhập, Việt Nam vẫn nằm trong danh sách NME của cả Hoa Kỳ và EU; *thứ hai*, Trung Quốc - nền kinh tế tương đồng với Việt Nam cũng đã cam kết như vậy khi gia nhập WTO.⁽⁵⁾ Trung Quốc trở thành thành viên chính thức của WTO năm 2001 và chấp nhận bị coi là NME cho mục đích điều tra

(1). Section 771(18), U.S Tariff Act of 1930; Article 1 Council Regulation (EC) No. 905/98 of 27 April 1998, Article 2 Council Regulation (EC) No. 1225/2009 of 30 November 2009. Các văn bản pháp luật này của EU hiện đã được thay thế bằng Regulation (EU) 2017/2321 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2017, theo đó, EU mô tả những nước NME là những nước có tình trạng bóp méo thị trường đáng kể (significant distortions) do sự can thiệp của nhà nước (government intervention).

(2). US Congressional Research Service, *China's Status as a Nonmarket Economy (NME)*, 2019, <https://fas.org/sgp/crs/row/IF10385.pdf>, truy cập 03/12/2020.

(3). Đoạn 255 Báo cáo của Ban công tác về việc Việt Nam gia nhập WTO và Đoạn 15 Nghị định thư gia nhập WTO của Trung Quốc.

(4). Nghị định thư gia nhập WTO của Việt Nam, Phần I, Điều 2; Báo cáo của Ban công tác về việc Việt Nam gia nhập WTO, đoạn 255.

(5). Nguyen, Son, Tra S. Nguyen, Lam Thanh Le, *Non-Market Economy (NME) in Viet Nam's WTO Accession Commitments*, Hanoi: ADETEF Vietnam, 2007, tr. 24.

chống bán phá giá trong thời hạn 15 năm đến cuối năm 2016.⁽⁶⁾

Cho đến nay, Việt Nam (và trước đó là cả Trung Quốc) đều đã qua thời hạn cam kết nhưng vẫn tiếp tục bị Hoa Kỳ và EU coi là NME cho mục đích điều tra chống bán phá giá.⁽⁷⁾ Ngày 12/12/2016, chỉ một ngày sau khi kết thúc thời hạn 15 năm cam kết NME, Trung Quốc đã yêu cầu tham vấn với Hoa Kỳ và EU trước WTO để phản đối cách xác định NV từ một nước thay thế mà các nước này đang áp dụng.⁽⁸⁾ Vấn đề hết hiệu lực của điều khoản NME và tính hợp pháp của phương pháp xác định NV thay thế so với pháp luật WTO thu hút sự chú ý và được tranh luận nhiều trong thời gian gần đây.⁽⁹⁾ Vậy, sau ngày 31/12/2018, điều khoản NME trong Nghị định thư gia nhập WTO của Việt Nam còn hiệu lực áp dụng hay không? Nói cách khác, các nước thành viên WTO có đủ

căn cứ pháp lý để xác định NV dựa trên dữ liệu từ nước thứ ba thay thế đối với hàng xuất khẩu từ Việt Nam trong các vụ điều tra chống bán phá giá nữa hay không?⁽¹⁰⁾

1. Nguyên tắc xác định giá trị thông thường trong các hiệp định của Tổ chức Thương mại thế giới

Các nguyên tắc về xác định NV của hàng hoá nằm trong hai hiệp định của WTO là Hiệp định chung về thuế quan và thương mại (GATT) năm 1994 và Hiệp định về chống bán phá giá (ADA) năm 1994. Theo quy định của hai hiệp định này, hàng hoá bị coi là bán phá giá nếu như giá xuất khẩu sang một quốc gia khác thấp hơn giá trị thông thường của hàng hoá tương tự tại nước xuất khẩu. Như vậy, để xác định hành vi bán phá giá, cơ quan điều tra nhất thiết phải thu thập được dữ liệu về cả giá xuất khẩu và giá trị thông thường của hàng hoá.

1.1. Hiệp định chung về thuế quan và thương mại năm 1994

Trong GATT 1994, các quy tắc xác định NV được cụ thể hoá ở Điều VI.1 và Điều khoản bổ sung thứ hai cho Điều VI.1. Điều VI.1 quy định về ba cách thức để xác định NV của hàng hoá bao gồm: 1) Mức giá có thể so sánh được trong điều kiện thương

(6). Điều 15 Nghị định thư gia nhập WTO của Trung Quốc.

(7). Xem danh sách các nước NME theo phân loại của Bộ Thương mại Hoa Kỳ tại: <https://www.trade.gov/nme-countries-list>, các nước NME theo phân loại của EU tại Regulation (EU) 2016/1036 of the European Parliament and of the Council of 8 June 2016.

(8). WTO, *United States - Measures Related to Price Comparison Methodologies* (DS515); WTO, *European Union - Measures Related to Price Comparison Methodologies* (DS516).

(9). Xem thêm chú thích 7 trong Andrei Suse: "Old Wine in a New Bottle: The EU's Response to the Expiry of Section 15(a)(ii) of China's WTO Protocol of Accession", *J Int Economic Law* 20, no. 4 (December 1, 2017): tr. 951 - 977; Barbara BARONE, *One Year to Go: The Debate over China's Market Economy Status (MES) Heats up* (Belgium, 2015), <https://www.eesc.europa.eu/resources/docs/one-year-to-go.pdf>, truy cập 03/02/2021.

(10). Phạm vi bài viết này không rà soát tính hợp pháp của pháp luật chống bán phá của Hoa Kỳ và EU đối với pháp luật WTO mà chỉ xác định các căn cứ pháp lý trong hệ thống pháp luật WTO (ở đây hiểu theo nghĩa rộng là toàn bộ các điều ước và văn kiện gia nhập của các nước thành viên chứa đựng cam kết mang tính ràng buộc pháp lý) về việc cho phép hay không cho phép tiếp tục sử dụng giá trị thông thường thay thế khi điều khoản NME trong Nghị định thư được cho là hết hiệu lực.

mại thông thường của hàng hoá tương tự được tiêu thụ tại thị trường nước xuất khẩu; 2) Mức giá cao nhất có thể so sánh được của hàng hoá tương tự được xuất khẩu sang bất kì nước thứ ba nào trong điều kiện thương mại thông thường; 3) Chi phí sản xuất của hàng hoá tại quốc gia xuất xứ cộng với một khoản chi phí bán hàng và lợi nhuận hợp lý. Như vậy, Điều VI.1 GATT chính thức ghi nhận hai cách tính NV không phải từ giá bán tại thị trường nội địa của nước xuất khẩu trong trường hợp không tồn tại thị trường tiêu thụ tại nước này hoặc nếu có thì những giao dịch mua bán này không đáp ứng tiêu chí trong điều kiện thương mại thông thường.

Điều khoản bổ sung thứ hai cho Điều VI.1 được nhiều học giả cho là cơ sở pháp lý của việc sử dụng NV thay thế trong trường hợp hàng hoá nhập khẩu từ các nước NME.⁽¹¹⁾ Điều khoản này quy định như sau: *“Thừa nhận rằng trong trường hợp nhập khẩu từ một nước mà thương mại hoàn toàn mang tính chất độc quyền hay hầu như độc quyền và toàn bộ giá trong nước do nhà nước định đoạt, việc xác định tính so sánh của giá cả nhằm mục đích nêu tại khoản đầu tiên có thể có những khó khăn đặc biệt và trong những trường hợp đó, các bên kí kết là bên*

nhập khẩu có thể thấy cần tính đến khả năng rằng việc so sánh chính xác với giá cả trong nước của nước đó không phải lúc nào cũng thích đáng”.⁽¹²⁾

Cơ quan phúc thẩm của WTO đã mô tả điều khoản này như một ngoại lệ để tính toán NV và tạo ra cơ sở pháp lý cho việc sử dụng dữ liệu thay thế đối với các nước NME trong điều tra chống bán phá giá.⁽¹³⁾ Tuy nhiên, cơ quan này cũng thừa nhận rằng điều khoản này nhắc đến một nhóm các nước NME nhất định mà ở đó nhà nước độc quyền hoàn toàn về thương mại và áp đặt tất cả giá cả trong nước, do đó, sẽ không áp dụng được với các hình thức NME ít cực đoan hơn và không đáp ứng được cả hai tiêu chí trên.⁽¹⁴⁾

Như vậy, khi nước xuất khẩu bị điều tra bán phá giá là một nền kinh tế phi thị trường, nơi toàn bộ giá cả do nhà nước định đoạt và hoạt động thương mại hoàn toàn mang tính độc quyền, cơ quan điều tra của nước nhập khẩu có thể không cần sử dụng giá cả nội địa của nước xuất khẩu để tính NV theo quy định tại Điều VI.1.b. Mức giá hay chi phí sản xuất của những nước này không tuân theo quy luật của thị trường và do đó không phải là căn cứ đáng tin cậy để đưa ra so sánh với giá xuất khẩu. Trong thực tiễn điều tra chống bán phá giá, các nước nhập khẩu như

(11). Trần Việt Dũng, “Thực trạng áp dụng quy chế nền kinh tế phi thị trường đối với Việt Nam trong thủ tục chống bán phá giá”, *Tạp chí Nhà nước và Pháp luật*, số 10/2009, tr. 30; Lưu Hương Ly, “Địa vị nền kinh tế phi thị trường và tác động đối với doanh nghiệp Việt Nam trong các cuộc điều tra chống bán phá giá”, *Tạp chí Nghiên cứu lập pháp*, số 2/2007, tr. 20.

(12). Xem thêm lịch sử soạn thảo điều khoản bổ sung này tại GATT Analytical Index, https://www.wto.org/english/res_e/publications_e/ai17_e/gatt1994_art6_gatt47.pdf, tr. 228, truy cập 03/12/2020.

(13). WTO, *US - Anti-Dumping and Countervailing Duties (China)*, Appellate Body Report, đoạn 569.

(14). WTO, *EC - Fasteners*, Appellate Body Report, chú thích 460 cho đoạn 285.

Hoa Kỳ hay EU sẽ sử dụng dữ liệu về chi phí sản xuất từ một nước thứ ba thay thế (surrogate/analogous country) để tính toán lại NV nhằm đảm bảo khả năng so sánh giá một cách phù hợp (price comparability).

1.2. Hiệp định về chống bán phá giá năm 1994

Tương tự như GATT 1994, ADA đưa ra ba cách xác định NV tại Điều 2.1 và 2.2 nhưng chi tiết hoá về điều kiện áp dụng.

Thứ nhất, NV là giá có thể so sánh được của sản phẩm tương tự tiêu thụ tại thị trường nước xuất khẩu trong điều kiện thương mại thông thường. Một số trường hợp không được coi là điều kiện thương mại thông thường như các giao dịch bán hàng hoá thấp hơn chi phí sản xuất trong một thời gian dài với khối lượng đáng kể⁽¹⁵⁾ hay giao dịch giữa các công ty có liên quan (affiliated parties).⁽¹⁶⁾ Cơ quan phúc thẩm của WTO cho rằng Hiệp định ADA yêu cầu các nước thành viên WTO phải loại bỏ các giao dịch không thực hiện trong điều kiện thương mại thông thường để đảm bảo NV không bị bóp méo.⁽¹⁷⁾

Thứ hai, NV có thể là giá xuất khẩu sản phẩm tương tự sang thị trường nước thứ ba với điều kiện mang tính đại diện hoặc giá trị tự tính toán từ chi phí sản xuất tại nước xuất khẩu, chi phí bán hàng và lợi nhuận. Quy tắc xác định NV này được áp dụng khi:

- 1) không tồn tại giao dịch bán hàng hoá tương tự trong điều kiện thương mại thông

- thường tại nước xuất khẩu; 2) tồn tại điều kiện thị trường đặc biệt (Particular Market Situation - PMS); 3) khối lượng hàng bán ra tại nước xuất khẩu quá nhỏ (tức dưới 5% khối lượng hàng bán sang nước điều tra chống bán phá giá).

Liên quan đến điều kiện thị trường đặc biệt, Hiệp định ADA không giải thích thêm hoặc đưa ra tiêu chí để xác định tình huống này. Ít nhất là thuật ngữ điều kiện thị trường đặc biệt không bao gồm hai tình huống còn lại nêu trên trong Điều 2.2 ADA. Học giả Weihuan Zhou cho rằng một số quốc gia thành viên WTO như Australia, EU hay Hoa Kỳ đã bắt đầu sử dụng ngoại lệ về PMS, đặc biệt đối với Trung Quốc vì lý do sự can thiệp của chính phủ vào hoạt động kinh tế, để biện minh cho việc họ tính toán NV bằng dữ liệu thay thế từ một nước thứ ba.⁽¹⁸⁾

Liên quan đến trường hợp NV tự tính toán, cơ quan phúc thẩm của WTO nhận định rằng Điều 2.2 ADA (và cả Điều VI.1.b(ii) của GATT 1994) không hạn chế nguồn thông tin được sử dụng để xác định chi phí sản xuất phải là dữ liệu từ trong nước xuất khẩu. Cơ quan điều tra có quyền dùng các dữ liệu từ nước ngoài rồi sau đó điều chỉnh, với điều kiện dữ liệu đó phản ánh được đúng chi phí sản xuất trong nước xuất

(15). Điều 2.2.1 ADA.

(16). WTO, *US - Hot-Rolled Steel*, Appellate Body Report, đoạn 147.

(17). WTO, *US - Hot-Rolled Steel*, Appellate Body Report, đoạn 140.

(18). Xem thêm phân tích của học giả Weihuan Zhou về cách hiểu điều kiện thị trường đặc biệt và vận dụng trong pháp luật chống bán phá giá của các nước thành viên WTO tại Weihuan Zhou, "The Issue of 'Particular Market Situation' Under WTO Anti-Dumping Law", in *Non-Market Economies in the Global Trading System: The Special Case of China* (Springer, 2018), <https://doi.org/10.1007/978-981-13-1331-8>, truy cập 02/12/2020.

khẩu.⁽¹⁹⁾ Như vậy, cách giải thích của AB cho thấy bản thân Điều 2.2 ADA đã cho phép tình huống nước nhập khẩu bỏ qua các thông số về giá cả ở nước xuất khẩu để tự tính toán NV bằng dữ liệu từ nước thứ ba.

2. Nguyên tắc xác định giá trị thông thường trong Báo cáo của Ban công tác về việc Việt Nam gia nhập Tổ chức Thương mại thế giới

Bên cạnh các quy tắc xác định NV trong GATT 1994 và ADA 1994, trong quá trình gia nhập WTO, Việt Nam đã chấp nhận địa vị nền kinh tế phi thị trường cho mục tiêu điều tra chống bán phá giá và chống trợ cấp. Cam kết này ảnh hưởng trực tiếp đến cách các nước thành viên WTO khác xác định NV của hàng hoá Việt Nam bị điều tra.⁽²⁰⁾ Các nước thành viên khác của WTO cho rằng nền kinh tế Việt Nam đang trong quá trình chuyển đổi thành một nền kinh tế thị trường đầy đủ và do đó việc sử dụng chi phí và giá cả trong nước ở Việt Nam khi điều tra chống bán phá giá có thể không thích hợp.⁽²¹⁾ Báo cáo của Ban công tác về việc Việt Nam gia nhập WTO ghi nhận cụ thể cách xác định NV tại đoạn 255 như sau:

“255. Đại diện của Việt Nam xác nhận rằng ngay sau khi gia nhập WTO, Điều VI của GATT 1994, Hiệp định Thực hiện Điều

VI của GATT 1994 (Hiệp định Chống bán phá giá) và Hiệp định về Trợ cấp và các biện pháp chống trợ cấp (SCM) sẽ được áp dụng trong các vụ kiện liên quan đến xuất khẩu hàng hoá từ Việt Nam sang một thành viên WTO phù hợp với các điểm sau:

(a) Khi tiến hành so sánh giá theo Điều VI của GATT 1994 và Hiệp định Chống bán phá giá, thành viên WTO là nước nhập khẩu phải sử dụng hoặc là giá hoặc chi phí ở Việt Nam đối với ngành hàng đang được điều tra hoặc là một phương pháp không dựa trên sự so sánh chặt chẽ với chi phí hoặc giá cả ở Việt Nam. Quy tắc để lựa chọn phương pháp phù hợp là:

(i) Nếu các nhà sản xuất trong diện điều tra có thể chỉ ra rõ ràng rằng các điều kiện của nền kinh tế thị trường đang tồn tại trong ngành sản xuất mặt hàng tương tự liên quan đến sản xuất và bán mặt hàng đó, nước nhập khẩu là thành viên WTO khi xác định tương quan giá cả phải sử dụng giá và chi phí ở Việt Nam cho ngành sản xuất trong diện điều tra.

(ii) Nước nhập khẩu là thành viên WTO có thể sử dụng một phương pháp không dựa trên sự so sánh chặt chẽ với giá cả và chi phí ở Việt Nam nếu các nhà sản xuất trong diện điều tra không thể chỉ ra rõ ràng rằng các điều kiện của nền kinh tế thị trường đang tồn tại trong ngành sản xuất mặt hàng tương tự liên quan đến sản xuất và bán mặt hàng đó.

[...]

(d) Một khi Việt Nam khẳng định được rằng nền kinh tế nước mình là kinh tế thị trường chiếu theo luật quốc gia của nước

(19). WTO, *EU - Biodiesel (Argentina)*, Appellate Body Report, đoạn 6.70.

(20). Cam kết về NME nằm ở đoạn 255 trong Báo cáo của Ban công tác về việc Việt Nam gia nhập WTO. Đoạn này được đưa vào nội dung của Nghị định thư gia nhập WTO của Việt Nam (ở Điều 2) và trở thành một phần của Hiệp định thành lập WTO.

(21). Báo cáo của Ban công tác về việc Việt Nam gia nhập WTO, đoạn 254.

nhập khẩu là thành viên WTO, các quy định tại tiểu mục (a) sẽ hết hiệu lực với điều kiện luật quốc gia của nước thành viên có quy định các tiêu chí về kinh tế thị trường tại thời điểm gia nhập. Trong mọi trường hợp, các quy định trong tiểu mục (a) (ii) sẽ hết hiệu lực vào ngày 31/12/2018. Ngoài ra, nếu Việt Nam khẳng định được rằng các điều kiện của kinh tế thị trường đã tồn tại tại một ngành cụ thể chiếu theo luật quốc gia của nước nhập khẩu là thành viên WTO, các quy định trong tiểu mục (a) liên quan tới kinh tế phi thị trường sẽ không còn được áp dụng cho ngành đó”.

Điều khoản trên cho thấy trong trường hợp hàng hóa xuất khẩu của Việt Nam bị điều tra chống bán phá giá ở các nước thành viên khác, hai cam kết của Việt Nam về việc tính toán NV là:

Thứ nhất, về nguồn dữ liệu để tính toán NV, cơ quan điều tra của nước nhập khẩu được quyền lựa chọn sử dụng chi phí và giá cả tại Việt Nam hoặc tại quốc gia khác theo nguyên tắc: 1) nếu nhà sản xuất bị điều tra chứng minh được họ hoạt động trong các điều kiện kinh tế thị trường thì cơ quan điều tra buộc phải lấy dữ liệu NV từ Việt Nam; 2) nếu nhà sản xuất không chứng minh được điều đó thì cơ quan điều tra có thể lấy dữ liệu NV từ quốc gia khác.

Thứ hai, về thời hạn có hiệu lực của cam kết trên, nếu Việt Nam chứng minh được mình là nền kinh tế thị trường theo pháp luật nội địa của các nước thành viên WTO thì cam kết tại đoạn (a) sẽ không còn áp dụng với toàn bộ các nhà sản xuất của Việt Nam.

Ngược lại, nếu Việt Nam chỉ chứng minh được điều kiện kinh tế thị trường trong một ngành sản xuất cụ thể thì cam kết tại đoạn (a) chỉ hết hiệu lực với ngành sản xuất đó (tức vẫn tiếp tục áp dụng với các ngành sản xuất khác).

Vấn đề gây tranh cãi trong cách hiểu cam kết này nằm ở câu thứ hai của đoạn (d) theo đó Việt Nam cam kết trong mọi trường hợp thì cách tính NV ở đoạn (a)(ii) sẽ hết hiệu lực vào ngày 31/12/2018.⁽²²⁾ Như vậy, mặc dù sau ngày 31/12/2018, Việt Nam có chứng minh được điều kiện kinh tế thị trường (cho toàn bộ quốc gia hay cho một ngành sản xuất) hay không thì quy định cho phép không so sánh với dữ liệu NV từ trong nước sẽ chấm dứt. Nói cách khác, có thể hiểu rằng, kể từ năm 2019, đoạn 255 trên đây không còn là cơ sở pháp lý để các nước thành viên WTO áp dụng cách tính NV thay thế từ một nước thứ ba với Việt Nam. Tuy nhiên, đoạn (d) chỉ đề cập việc sau ngày 31/12/2018 thì đoạn (a)(ii) sẽ hết hiệu lực,

(22). Cam kết của Việt Nam giống hoàn toàn về cấu trúc và nội dung với cam kết của Trung Quốc trong Nghị định thư gia nhập WTO của nước này, chỉ khác về thời điểm hết hiệu lực của đoạn (a)(ii) với Trung Quốc là 15 năm sau ngày gia nhập, tức ngày 11/12/2016. Việc hết hiệu lực của điều khoản này đã gây ra cuộc tranh luận học thuật về vấn đề các nước thành viên WTO khác có được phép tiếp tục áp dụng cách tính NV từ một nước thay thế hay phải sử dụng dữ liệu từ trong nước Trung Quốc. Xem thêm: Michael Flynn, “China: A Market Economy”, *Geo. J. Int’l L.* 48 (2016-2017): 297; André Washington, “Not So Fast, China: Non-Market Economy Status is Not Necessary for the ‘Surrogate Country’ Method”, *Chicago Journal of International Law* 19, no. 1 (August 1, 2018), <https://chicagounbound.uchicago.edu/cjil/vol19/iss1/>, truy cập 02/12/2020.

không đề cập đoạn (a)(i) và phần mở đầu (chapeau) của đoạn (a). Câu hỏi đặt ra ở đây là những điều khoản còn lại này có thể giải thích theo hướng tiếp tục cho phép các nước khác tính toán NV thay thế với Việt Nam hay không?

3. Vấn đề hết hiệu lực của điều khoản nền kinh tế phi thị trường và ảnh hưởng đến cách xác định giá trị thông thường thay thế với Việt Nam

Do sự tương đồng trong nội dung cam kết của Trung Quốc và Việt Nam về vấn đề NME, bài viết này sẽ tiếp tục phân tích hai luồng quan điểm trái chiều và thực tiễn tranh chấp của Trung Quốc trong WTO về hiệu lực của điều khoản NME để làm cơ sở rút ra những nhận định và khuyến nghị cho trường hợp của Việt Nam. Tại Điều 15 Nghị định thư gia nhập WTO của Trung Quốc, nước này cũng đưa ra cam kết về hai vấn đề là nguồn dữ liệu tính toán NV và thời hạn hiệu lực của các phương pháp tính đó.⁽²³⁾ Vấn đề là quy định tại đoạn (d) sẽ dẫn tới hết hiệu lực toàn phần hay một phần của đoạn (a)? Nếu chỉ hết hiệu lực một phần của đoạn (a) thì phần mở đầu và đoạn (a)(i) vẫn còn hiệu lực và nhà sản xuất Trung Quốc phải chứng minh điều kiện kinh tế thị trường để được sử dụng giá cả nội địa. Nếu là hết hiệu lực toàn phần của đoạn (a) thì không còn căn cứ pháp lý trong Nghị định thư để các nước thành viên WTO khác bỏ qua giá cả nội địa của Trung Quốc trong quá trình điều tra.

(23). China's Protocol of Accession, https://www.wto.org/english/thewto_e/acc_e/completeacc_e.htm#chn, truy cập 02/12/2020.

3.1. Các xu hướng giải thích hiệu lực của điều khoản nền kinh tế phi thị trường

- Xu hướng 1: Điều khoản NME không hết hiệu lực toàn bộ sau năm 2016 và các nước thành viên có thể tiếp tục cách tính NV thay thế đối với Trung Quốc.

Một số học giả cho rằng quy định về việc hết hiệu lực của điều khoản NME ở đoạn (d) không có nghĩa là tất cả các đoạn của Điều 15 cũng sẽ hết hiệu lực theo và Trung Quốc mặc nhiên được coi là nền kinh tế thị trường cho mục đích điều tra chống bán phá giá sau năm 2016.

Bernard Connor nhấn mạnh rằng câu thứ nhất và thứ ba của đoạn (d) vẫn yêu cầu Trung Quốc phải chứng minh về điều kiện kinh tế thị trường đối với cả quốc gia hoặc với một ngành sản xuất nhất định thì toàn bộ đoạn (a) mới hết hiệu lực và không còn căn cứ pháp lý để áp dụng NV thay thế nữa.⁽²⁴⁾ Bản thân phần mở đầu của đoạn (a) cho phép cách tính toán NV thay thế nên phương pháp này có thể tiếp tục, kể cả sau năm 2016.

Akhil Raina dẫn quan điểm cho rằng: vì đoạn (d) của Điều 15 dẫn chiếu một lần đến đoạn (a)(ii) và hai lần đến cả đoạn (a) nói chung nên đây là cách diễn đạt có chủ đích phân biệt. Theo nguyên tắc diễn giải điều ước quốc tế một cách hiệu quả (effective treaty interpretation), việc đoạn (a)(ii) bị hết hiệu lực không ảnh hưởng đến các đoạn còn lại, chúng vẫn phải có ý nghĩa và hiệu lực

(24). O'Connor Bernard, "Market-Economy Status for China is Not Automatic", *VoxEU.org*, 27-11, 2011, <https://voxeu.org/article/china-market-economy>, truy cập 03/12/2020.

đầy đủ. Trung Quốc phải tự chứng minh điều kiện kinh tế thị trường để thoát khỏi cách tính NV thay thế của các nước khác.⁽²⁵⁾

Như vậy, Trung Quốc sẽ tiếp tục chịu phương pháp tính toán NV từ dữ liệu bên ngoài cho đến khi chính phủ nước này hoặc các nhà sản xuất tự chứng minh được các điều kiện kinh tế thị trường bởi lời văn của đoạn 15(d) yêu cầu điều đó.⁽²⁶⁾ Nếu việc đoạn (a)(ii) hết hiệu lực dẫn đến Trung Quốc mặc nhiên trở thành nền kinh tế thị trường thì yêu cầu ở đoạn (d) về việc chứng minh điều kiện kinh tế thị trường không còn ý nghĩa, trong khi đoạn này không hết hiệu lực sau năm 2016.

- Xu hướng 2: Điều khoản NME hết hiệu lực sau năm 2016 và các nước thành viên không được tiếp tục cách tính NV thay thế đối với Trung Quốc

Một số quan điểm khác cho rằng Trung Quốc phải được coi là nền kinh tế thị trường sau khi đoạn (a)(ii) hết hiệu lực vì không còn cơ sở pháp lý nào trong Nghị định thư gia

nhập để cho phép các nước khác bỏ qua giá cả và chi phí nội địa của Trung Quốc.

Tietje và Nowrot nhận thấy chỉ có hai căn cứ pháp lý cho sự tồn tại của cách tính toán NV thay thế là Đoạn bổ sung thứ hai cho Điều VI.1 GATT 1994 và Nghị định thư gia nhập WTO. Mặc dù thừa nhận rằng việc hết hiệu lực của đoạn (a)(ii) không mặc nhiên dẫn đến việc trao cho Trung Quốc địa vị nền kinh tế thị trường nhưng điều đó tạo ra một tình huống mà các nước thành viên WTO khác không còn được phép sử dụng dữ liệu thay thế dựa trên căn cứ pháp lý là Nghị định thư này nữa. Như vậy, sau năm 2016, các quy định tại Điều VI GATT 1994 và ADA 1994 sẽ là khuôn khổ pháp lý áp dụng đối với hàng hoá Trung Quốc trong quá trình điều tra.⁽²⁷⁾ Hai quy định tại đoạn bổ sung thứ hai của Điều VI.1 GATT về nhà nước độc quyền thương mại và áp đặt giá cả không thể phù hợp với trường hợp của Trung Quốc.

Một học giả khác là Andrei Suse cho rằng việc tiếp tục dùng NV thay thế với Trung Quốc sau khi đoạn (a)(ii) hết hiệu lực là không phù hợp.⁽²⁸⁾ Thứ nhất, nếu đoạn (a)(ii) hết hiệu lực mà phần mở đầu đoạn (a) và đoạn (a)(i) gộp lại vẫn có thể hiểu thành cho phép lấy dữ liệu NV từ bên ngoài Trung Quốc thì có nghĩa là việc hết hiệu lực và

(25). Akhil Raina, "China and Non-Market Economy Treatment: A Tale of Two Interpretations", <https://www.linklaters.com/en/insights/blogs/tradelinks/china-and-non-market-economy-treatment-a-tale-of-two-interpretations>, truy cập 03/12/2020.

(26). Flynn, "China", tr. 305; Aegis Europe, "The Proper Legal Interpretation of China's WTO Accession Protocol", <https://static1.squarespace.com/static/5537b2f8e4b0e49a1e30c01c/t/568f7c28a128e65d0d3e16fe/1452244009701/The+proper+legal+interpretation+of+China%E2%80%99s+WTO+Accession+Protocol.pdf>, truy cập ngày 03/12/2020; Alan H. Price, Timothy C. Brightbill, and D. Scott Nance, "China Can Still Be Treated As A Nonmarket Economy After 2016" https://www.wiley.law/media/publication/159_China-Can-Still-Be-Treated-As-A-Nonmarket-Economy-After-2016.pdf, truy cập 03/12/2020.

(27). Christian Tietje and Karsten Nowrot, "Myth or Reality? China's Market Economy Status under WTO Anti-Dumping Law after 2016", *Policy Papers on Transnational Economic Law*, 2011, tr. 7, <http://telc.jura.uni-halle.de/sites/default/files/telc/PolicyPaper34.pdf>, truy cập 03/12/2020.

(28). Suse, "Old Wine in a New Bottle", tr. 8.

đoạn (d) không có ý nghĩa gì cả. Hay nói cách khác là không thể phân biệt được hệ quả pháp lý của việc hết hiệu lực đoạn (a)(ii) khác gì với chưa hết hiệu lực.⁽²⁹⁾ Thứ hai, khi xem xét đến bối cảnh đàm phán gia nhập và đoạn 151 trong Báo cáo của Ban công tác về việc gia nhập WTO của Trung Quốc,⁽³⁰⁾ có thể hiểu rằng đoạn (a)(ii) là căn cứ pháp lý duy nhất để áp dụng NV thay thế và do đó khi đoạn này hết hiệu lực thì không thể tiếp tục dựa vào Nghị định thư để coi Trung Quốc là NME nữa.

Các học giả ủng hộ quan điểm hết hiệu lực của điều khoản NME thường dẫn chiếu đến bình luận của cơ quan phúc thẩm WTO trong vụ việc EC - Fasteners về hiệu lực của Điều 15.⁽³¹⁾ Cơ quan này cho rằng:

“Đoạn 15(d) trong Nghị định thư gia nhập của Trung Quốc quy định rằng các nội dung của đoạn 15(a) sẽ hết hiệu lực sau 15 năm kể từ sau ngày Trung Quốc gia

nhập (tức ngày 11/12/2016). [...] Nói cách khác, đoạn 15(a) chứa đựng các quy tắc đặc biệt để xác định giá trị thông thường trong điều tra chống bán phá giá liên quan đến Trung Quốc. Đoạn 15(d) ngược lại quy định rằng các quy tắc đặc biệt này sẽ hết hiệu lực vào năm 2016 và đặt ra những điều kiện nhất định để dẫn tới việc hết hiệu lực sớm của những quy tắc đặc biệt này trước năm 2016”.⁽³²⁾

Mặc dù tranh chấp EC-Fasteners không liên quan đến vấn đề hết hiệu lực của điều khoản NME nhưng bình luận trên của cơ quan phúc thẩm lại nhấn mạnh rằng toàn bộ đoạn 15(a) sẽ hết hiệu lực, chứ không chỉ riêng đoạn 15(a)(ii). Quan điểm này cũng vấp phải sự phản đối vì đánh đồng giữa đoạn 15(a)(ii) với các phần còn lại của đoạn 15(a), vốn còn nguyên hiệu lực sau năm 2016.⁽³³⁾

Như vậy, việc hết hiệu lực của đoạn (a)(ii) có nghĩa rằng không còn cơ sở pháp lý nào trong Nghị định thư gia nhập của Trung Quốc để nước này bị đối xử như một NME trong điều tra chống bán phá giá nữa.⁽³⁴⁾

(29). Rao Weijia, “China’s Market Economy Status Under WTO Antidumping Law after 2016”, *Tsinghua China Law Review* 5, (2013), tr. 164.

(30). Đoạn 151 Báo cáo của Ban công tác về việc gia nhập WTO của Trung Quốc ghi nhận sự quan ngại của phía Trung Quốc về việc trong quá khứ, Trung Quốc đã bị coi là nền kinh tế phi thị trường trong quá trình điều tra mà không được tuân thủ các yêu cầu về thủ tục tố tụng đầy đủ và minh bạch, do đó yêu cầu các nước thành viên WTO phải thực hiện sáu yêu cầu về thủ tục khi áp dụng Điều 15(a)(ii). Xem thêm: Report of the Working Party, https://www.wto.org/english/thewto_e/acc_e/a1_chine_e.htm, truy cập 03/12/2020.

(31). Thomas J. Prusa and Edwin Vermulst, “United States - Definitive Anti-Dumping and Countervailing Duties on Certain Products from China: Passing the Buck on Pass-Through”, *World Trade Review*, 12, no. 2 (2013), tr. 214.

(32). WTO, *EC - Fasteners*, Appellate Body Report, đoạn 289.

(33). Alan H. Price, Timothy C. Brightbill, and D. Scott Nance, “China Can Still Be Treated As A Nonmarket Economy After 2016”; Tietje and Nowrot, *Myth or Reality? China’s Market Economy Status under WTO Anti-Dumping Law after 2016*, tr. 8.

(34). Stepanie Noel, “Why the European Union Must Dump So-Called Non-Market Economy Methodologies and Adjustments in Its Anti-Dumping Investigations”, *Global Trade & Cust. J.* 11 (2016): tr. 299. Xem thêm phản biện của Henry Gao đối với quan điểm của Bernard O’Connor về việc Trung Quốc sẽ tiếp tục bị đối xử như một NME sau năm 2016. Henry Gao, “If You Don’t Believe in the 2012 Myth, Do You

3.2. Tranh chấp trong WTO về hiệu lực của điều khoản nền kinh tế phi thị trường

Ngay sau khi thời hạn 11/12/2016 kết thúc, Trung Quốc đã yêu cầu tham vấn trong WTO với Hoa Kỳ và EU liên quan đến việc các thành viên này tiếp tục sử dụng dữ liệu thay thế từ nước thứ ba để tính NV trong các vụ việc điều tra chống bán phá giá từ Trung Quốc. Do hai tranh chấp này đều chưa đi đến giai đoạn xét xử ban hội thẩm, phần này sẽ tóm tắt lập luận pháp lý của phía nguyên đơn Trung Quốc và bị đơn Hoa Kỳ và EU về vấn đề hết hiệu lực của điều khoản NME trong Nghị định thư.

- Về phía nguyên đơn, trong tranh chấp với EU và Hoa Kỳ, Trung Quốc cho rằng: *Thứ nhất*, khi đoạn 15(a)(ii) trong Nghị định thư gia nhập hết hiệu lực thì các quy tắc khác của WTO sẽ áp dụng đối với việc xác định NV. Sau ngày 11/12/2016 thì đoạn 15(a)(ii) không còn là cơ sở pháp lý để các nước thành viên bỏ qua giá cả nội địa ở Trung Quốc khi xác định NV. *Thứ hai*, Điều 2.1 và 2.2 của Hiệp định ADA và Điều VI.1 của GATT 1994 không cho phép việc xác định NV trên cơ sở giá cả hoặc chi phí từ một nước thứ ba, mà phải là trên cơ sở giá cả nội địa hoặc chi phí sản xuất ở trong nước xuất xứ. *Thứ ba*, ngoại lệ duy nhất cho cách tính NV này nằm ở Điều khoản bổ sung thứ hai cho Điều VI.1 của GATT 1994 nhưng

EU và Hoa Kỳ lại không vận dụng hai điều kiện được đưa ra ở điều khoản này.⁽³⁵⁾

- Về phía bị đơn, trong tranh chấp DS516, EU cho rằng phiên bản Điều 15 mới sau ngày 11/12/2016 vẫn khẳng định Điều VI của GATT 1994 (bao gồm cả Đoạn bổ sung) và các điều khoản liên quan của Hiệp định ADA sẽ tiếp tục áp dụng và điều đó có nghĩa rằng nếu không tồn tại điều kiện kinh tế thị trường trong ngành sản xuất bị điều tra (có thể vì điều kiện thị trường đặc biệt hoặc những khó khăn đặc biệt khác) thì cơ quan điều tra vẫn có quyền từ chối áp dụng giá cả và chi phí nội địa của Trung Quốc và áp dụng dữ liệu thay thế từ nước thứ ba, có điều chỉnh nếu cần thiết.⁽³⁶⁾ Ngoài ra, EU phủ nhận quan điểm của Trung Quốc cho rằng toàn bộ đoạn 15(a) hết hiệu lực vào 11/12/2016 vì những người đàm phán không thể chắc chắn rằng sau 15 năm nữa Trung Quốc có hoàn thành công cuộc chuyển đổi nền kinh tế hay không.⁽³⁷⁾ Đoạn 15(a)(ii) hết hiệu lực sẽ chỉ dẫn tới thay đổi nghĩa vụ chứng minh vì sau thời hạn 11/12/2016, các nhà xuất khẩu của Trung Quốc không có nghĩa vụ chứng minh điều kiện kinh tế thị trường nữa.⁽³⁸⁾

Believe in the 2016 Myth?", *International Economic Law and Policy Blog*, <https://ielp.worldtradelaw.net/2011/11/if-you-dont-believe-in-the-2012-myth-do-you-believe-in-the-2016-myth.html>, truy cập 03/12/2020.

(35). WTO, *European Union - Measures Related to Price Comparison Methodologies (DS516)*, Request for Consultation by China, đoạn 4-9; và WTO, *United States - Measures Related to Price Comparison Methodologies (DS515)*, Request for Consultation by China, tr. 3.

(36). WTO, DS516, *First Written Submission by the European Union* (14 November 2017), đoạn 108, 111.

(37). WTO, DS516, *First Written Submission by the European Union* (14 November 2017), đoạn 114-115.

(38). WTO, DS516, *First Written Submission by the European Union* (14 November 2017), đoạn 7, 110.

Cũng trong tranh chấp DS516, Hoa Kỳ với tư cách bên thứ ba đã nộp bản đề trình cho rằng việc hết hiệu lực của đoạn 15(a)(ii) không có nghĩa là các nước thành viên WTO khác không được quyền từ chối và thay thế dữ liệu nội địa cho mục đích so sánh giá. Quyền từ chối và áp dụng NV thay thế bắt nguồn từ chính Điều VI.1 và VI.2 của GATT 1994 và sự cần thiết phải đảm bảo khả năng so sánh được của giá cả và chi phí khi xác định NV (price comparability). Không có chỗ nào trong đoạn 15(d) quy định về thời điểm hết hiệu lực của các quy định trong GATT và ADA.⁽³⁹⁾

3.3. Một số lưu ý cho Việt Nam về hiệu lực của điều khoản nền kinh tế thị trường và việc áp dụng giá trị thông thường thay thế sau ngày 31/12/2018

Phân tích quan điểm của học giả (mục 3.1) và các bên tranh chấp (mục 3.2) ở trên cho thấy các quốc gia thành viên WTO có căn cứ pháp lý để tiếp tục cách tính toán NV không dựa trên chi phí và giá cả nội địa ở các nước đã đưa ra cam kết NME như Việt Nam và Trung Quốc.

Thứ nhất, báo cáo giải quyết tranh chấp duy nhất của WTO đến thời điểm hiện tại đề cập hiệu lực của điều khoản này là EC - Fasteners cho rằng toàn bộ đoạn 15(a) sẽ hết hiệu lực nhưng cách diễn giải này không phù hợp với lời văn của đoạn 15(d) trong Nghị định thư của Trung Quốc.⁽⁴⁰⁾ Tương tự như

vậy, đoạn 255(d) trong Báo cáo của Ban công tác về việc gia nhập WTO của Việt Nam cũng chỉ đề cập việc hết hiệu lực của đoạn 255(a)(ii) vào ngày 31/12/2018. Bản thân các điều khoản còn lại của đoạn 255(a) như phần mở đầu (chapeau) đã đề cập đến khả năng không cần so sánh với chi phí và giá cả nội địa ở nước xuất khẩu.

Thứ hai, dù là riêng đoạn 255(a)(ii) mất hiệu lực sau năm 2018 hay kể cả toàn bộ đoạn 255(a) mất hiệu lực như cách giải thích của cơ quan phúc thẩm ở trên thì điều đó không thể làm thay đổi hiệu lực và giá trị áp dụng của các quy tắc xác định NV nằm trong GATT 1994 và ADA. Nói cách khác, nếu không dùng Nghị định thư gia nhập của Việt Nam thì các nước thành viên WTO khác có thể viện dẫn căn cứ pháp lý trong GATT và ADA để biện minh cho việc tiếp tục lấy dữ liệu NV từ một nước thay thế với lý do sau đây:

- Kể cả khi Việt Nam chứng minh được đã trở thành nền kinh tế thị trường theo pháp luật quốc gia của các nước thành viên khác và đoạn 255(a) sẽ hết hiệu lực toàn phần, điều đó không có nghĩa là các nước thành viên này không có quyền xem xét đến khả năng so sánh được của giá trị thông thường (comparable price) được quy định ở Điều VI.1 GATT 1994, Điều 2.1, và 2.2 của ADA.

- Kể cả khi Điều khoản bổ sung thứ hai cho Điều VI.1 của GATT 1994 - căn cứ

(39). WTO, DS516, *Third-Party Submission by the United States of America* (21 November 2017), đoạn 146, 159.

(40). Hiệu lực của điều khoản NME không phải là vấn đề bất đồng giữa các bên trong tranh chấp này và đây đơn giản chỉ là bình luận phụ của AB (*obiter dicta*) và không nên vận dụng trong các tranh chấp liên quan đến vấn đề pháp lý khác. Xem thêm: WTO, DS516, *Third-Party Submission by the United States of America* (21 November 2017), đoạn 147; WTO, DS516, *First Written Submission by the European Union* (14 November 2017), đoạn 117.

pháp lí chính cho quy chế NME không thể áp dụng cho trường hợp Việt Nam vì lí do không đáp ứng được hai tiêu chí nhà nước độc quyền hoàn toàn về ngoại thương và áp đặt hoàn toàn về giá cả thì các quy định trong bản thân Điều VI GATT và Điều 2 của ADA vẫn cho phép cơ quan điều tra cân nhắc từ chối áp dụng chi phí và giá cả nội địa của Việt Nam. Các quy định này áp dụng chung cho tất cả các nước thành viên WTO chứ không chỉ riêng các nước NME. Cụ thể:

+ Điều VI.1 của GATT và Điều 2.2 của ADA cho phép quốc gia nhập khẩu được tự tính toán giá trị thông thường trên cơ sở ba yếu tố chi phí sản xuất, chi phí bán hàng và lợi nhuận. Trước đó, cơ quan phúc thẩm của WTO cũng khẳng định trong tranh chấp EU - Biodiesel (Argentina) là dữ liệu về chi phí sản xuất có thể lấy từ ngoài nước xuất xứ và điều chỉnh nếu cần thiết, miễn sao phản ánh được chi phí sản xuất tại nước xuất xứ.

+ Điều VI.1 của GATT và Điều 2 của ADA đều đề cập việc xác định NV phải dựa vào các giao dịch diễn ra “*trong điều kiện thương mại thông thường*”, tức là các mức giá do thị trường quyết định. Mức giá xuất hiện trong các điều kiện kinh tế phi thị trường có thể sẽ không đảm bảo tiêu chí này và bị từ chối.⁽⁴¹⁾

(41). Xem thêm tình huống của Ba Lan, Rumani và Hungari dù không có điều khoản NME trong Nghị định thư gia nhập GATT 1947 nhưng các báo cáo của Ban công tác vẫn nhận định có thể từ chối giá cả và chi phí không mang tính thị trường, dựa trên Điều VI GATT 1947, chứ không phải điều khoản bổ sung thứ hai cho Điều VI.1. Xem Washington, “Not So Fast, China”, tr. 288 - 289.

+ Điều 2.2 của ADA đề cập tình huống khi xuất hiện “*điều kiện thị trường đặc biệt*” không cho phép so sánh giá cả một cách phù hợp thì cơ quan điều tra của nước nhập khẩu có thể xác định NV không dựa trên giá và chi phí nội địa của nước xuất khẩu. Mặc dù khái niệm “*điều kiện thị trường đặc biệt*” đến nay chưa được giải thích đầy đủ trong văn kiện và án lệ của WTO, ban hội thẩm trong tranh chấp Australia - Anti-Dumping Measures on Paper cho rằng khái niệm này không loại trừ các biện pháp của chính phủ ảnh hưởng đến thị trường (governmental action).⁽⁴²⁾

Thứ ba, trong chừng mực các cam kết ở đoạn 255 (ngoại trừ đoạn 255(a)(ii)) vẫn còn hiệu lực sau ngày 31/12/2018, chính phủ và các nhà sản xuất Việt Nam cần lưu ý nghĩa vụ chứng minh của các bên như sau:

Theo Báo cáo của Ban công tác về việc Việt Nam gia nhập WTO, chính phủ hoặc các nhà sản xuất của Việt Nam bị điều tra có nghĩa vụ chứng minh một cách “*rõ ràng*” hoạt động sản xuất, bán hàng của mình thực hiện trong các điều kiện kinh tế thị trường nếu không muốn bị áp dụng NV thay thế. Nếu chứng minh được, nước nhập khẩu sẽ có nghĩa vụ phải sử dụng giá cả và chi phí nội địa của Việt Nam (đoạn 255(a)(i)). Căn cứ tham chiếu ở đây là cần phải chứng minh việc đáp ứng các tiêu chí về nền kinh tế thị trường trong pháp luật nội địa của nước thành viên nhập khẩu (đoạn 255(d)). Nếu không chứng

(42). WTO Analytical Index, *Antidumping Agreement* - Article 2, đoạn 43, https://www.wto.org/english/res_e/publications_e/ai17_e/anti_dumping_art2_jur.pdf, truy cập 03/12/2020.

minh được, nước nhập khẩu không thể tiếp tục dựa vào căn cứ pháp lý là Báo cáo của Ban công tác nhưng có quyền dựa vào GATT và ADA để tính toán NV thay thế.

Theo GATT và ADA, các nước thành viên nhập khẩu muốn sử dụng NV thay thế có nghĩa vụ chứng minh rằng tồn tại các tiêu chí nền kinh tế phi thị trường theo Đoạn bổ sung thứ hai cho Điều VI.1 GATT; hoặc các giao dịch không diễn ra trong điều kiện thương mại thông thường; hoặc điều kiện thị trường đặc biệt theo Điều 2.1 và 2.2 ADA. Nếu không chứng minh được, cơ quan điều tra nước nhập khẩu phải sử dụng NV từ nước xuất khẩu theo quy định của các hiệp định này. Nói cách khác, các nước thành viên xuất khẩu sẽ được hưởng cách tính NV với dữ liệu nội địa trừ khi nước nhập khẩu chứng minh được các trường hợp ngoại lệ ở GATT và ADA thoả mãn.

Như vậy, bản thân GATT hay ADA đã có quy định cho phép tính NV theo phương pháp thay thế dù nước xuất khẩu là NME hay không. Giá trị của điều khoản NME trong văn kiện gia nhập của một số quốc gia như Việt Nam hay Trung Quốc nằm ở chỗ chừng nào các nước này hoặc các nhà sản xuất nội địa không chứng minh được điều kiện kinh tế thị trường, các nước nhập khẩu có quyền áp dụng ngay một phương pháp tính NV thay thế. Nếu không có điều khoản NME, việc áp dụng phương pháp tính NV thay thế buộc phải tuân thủ quy định trong GATT hay ADA và theo đó nước nhập khẩu trở thành chủ thể chứng minh những điều kiện trong hai hiệp định đó, chứ không phải

nước xuất khẩu hay các nhà sản xuất nội địa của họ nữa./

TÀI LIỆU THAM KHẢO

1. Andrei Suse, “Old Wine in a New Bottle: The EU’s Response to the Expiry of Section 15(a)(ii) of China’s WTO Protocol of Accession”, *J Int Economic Law* 20, no. 4 (December 1, 2017): 951-77.
2. Akhil Raina, “China and Non-Market Economy Treatment: A Tale of Two Interpretations”, <https://www.linklaters.com/en/insights/blogs/tradelinks/china-and-non-market-economy-treatment-a-tale-of-two-interpretations>.
3. Aegis Europe, “The Proper Legal Interpretation of China’s WTO Accession Protocol”, <https://static1.squarespace.com/static/5537b2f8e4b0e49a1e30c01c/t/568f7c28a128e65d0d3e16fe/1452244009701/The+proper+legal+interpretation+of+China%E2%80%99s+WTO+Accession+Protocol.pdf>
4. Alan H. Price, Timothy C. Brightbill, and D. Scott Nance, “China Can Still Be Treated As A Nonmarket Economy After 2016”, https://www.wiley.law/media/publication/159_China-Can-Still-Be-Treated-As-A-Nonmarket-Economy-After-2016.pdf
5. André Washington, “Not So Fast, China: Non-Market Economy Status is Not Necessary for the ‘Surrogate Country’ Method”, *Chicago Journal of International Law* 19, no. 1 (August 1, 2018), <https://chicagounbound.uchicago.edu/cjil/vol19/iss1/8>.

6. Barbara BARONE, *One Year to Go: The Debate over China's Market Economy Status (MES) Heats up* (Belgium, 2015), <https://www.eesc.europa.eu/resources/docs/one-year-to-go.pdf>
7. Christian Tietje and Karsten Nowrot, *Myth or Reality? China's Market Economy Status under WTO Anti-Dumping Law after 2016*, Policy Papers on Transnational Economic Law, 2011, [http://telc.jura.uni-halle.de/sites/default/files/telc/Policy Paper34.pdf](http://telc.jura.uni-halle.de/sites/default/files/telc/Policy%20Paper34.pdf)
8. Henry Gao, "If You Don't Believe in the 2012 Myth, Do You Believe in the 2016 Myth?," *International Economic Law and Policy Blog*, <https://ielp.worldtradelaw.net/2011/11/if-you-dont-believe-in-the-2012-myth-do-you-believe-in-the-2016-myth.html>
9. Lưu Hương Ly, "Địa vị nền kinh tế phi thị trường và tác động đối với doanh nghiệp Việt Nam trong các cuộc điều tra chống bán phá giá", *Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp*, số 2/2007.
10. Michael Flynn, "China: A Market Economy", *Geo. J. Int'l L.* 48 (2016-2017): 297.
11. Nguyen, Son, Tra S. Nguyen, Lam Thanh Le. *Non-Market Economy (NME) in Viet Nam's WTO Accession Commitments*. Hanoi: ADETEF Vietnam, 2007.
12. O'Connor Bernard, "Market-Economy Status for China is Not Automatic", *VoxEU.org*, 27-11, 2011, <https://voxeu.org/article/china-market-economy>
13. Rao Weijia, "China's Market Economy Status Under WTO Antidumping Law after 2016", *Tsinghua China Law Review* 5 (2013).
14. Stephanie Noel, "Why the European Union Must Dump So-Called Non-Market Economy Methodologies and Adjustments in Its Anti-Dumping Investigations", *Global Trade & Cust. J.* 11 (2016).
15. Thomas J. Prusa and Edwin Vermulst, "United States - Definitive Anti-Dumping and Countervailing Duties on Certain Products from China: Passing the Buck on Pass-Through", *World Trade Review* 12, no. 2 (2013).
16. Trần Việt Dũng, "Thực trạng áp dụng quy chế nền kinh tế phi thị trường đối với Việt Nam trong thủ tục chống bán phá giá", *Tạp chí Nhà nước và Pháp luật*, số 10/2009.
17. US Congressional Research Service, *China's Status as a Nonmarket Economy (NME)*, 2019, <https://fas.org/sgp/crs/row/IF10385.pdf>
18. Weihuan Zhou, "The Issue of 'Particular Market Situation' Under WTO Anti-Dumping Law", in *Non-Market Economies in the Global Trading System: The Special Case of China* (Springer, 2018), <https://doi.org/10.1007/978-981-13-1331-8>
19. WTO Analytical Index, *Antidumping Agreement - Article 2*, https://www.wto.org/english/res_e/publications_e/ai17_e/anti_dumping_art2_jur.pdf