

ARGENTINA TRONG CÁC TRANH CHẤP ĐẦU TƯ TẠI ICSID: TRƯỜNG HỢP NGHIÊN CỨU VỀ SỰ THAY ĐỔI CHÍNH SÁCH TÀI CHÍNH VÀ THỰC THI PHÁN QUYẾT

LÊ THỊ ANH NGUYỆT

Khoa Luật Quốc tế, Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh
International Law Department, Hochiminh city University of Law

Email: ltanguyet@hcmulaw.edu.vn

VŨ HƯNG THẮNG

Vụ trưởng Vụ hợp tác quốc tế, Bộ Tài chính
Director of International Cooperation Department, Ministry of Finance

Email: vunuhuthang@mof.gov.vn

Tóm tắt

Trong bối cảnh hội nhập kinh tế quốc tế, cùng với các biện pháp bảo đảm cho nhà đầu tư nước ngoài không bị quốc hữu hóa tài sản và không bị phân biệt đối xử, Argentina đã đưa ra nhiều cam kết ưu đãi về chuyển đổi ngoại tệ và ưu đãi thuế quan. Tuy nhiên, trong giai đoạn khủng hoảng tài chính những năm 2000, Argentina không thể giữ vững lời hứa. Thay vào đó, Argentina thay đổi chính sách điều chỉnh thuế và thả nổi tỷ giá hối đoái. Việc thay đổi chính sách đầu tư này, một cách trực tiếp hoặc gián tiếp, đã làm ảnh hưởng đến lợi ích và sự kỳ vọng hợp pháp của hàng ngàn nhà đầu tư nước ngoài tại Argentina. Do đó, hàng loạt các vụ kiện đầu tư quốc tế đã được đệ trình lên ICSID. Kết quả là rất nhiều hội đồng trọng tài kết luận Argentina bồi thường hàng tỷ đô la cho nhà đầu tư nước ngoài. Trên thực tế, Argentina đã áp dụng nhiều biện pháp khác nhau để trì hoãn không thi hành phán quyết của trọng tài ICSID nhiều năm liền. Trong phạm vi bài viết này, chúng tôi phân tích những chính sách đầu tư tài chính mà Argentina đã thay đổi, những lập luận mà Argentina đã sử dụng để biện minh cho sự vi phạm của mình và đồng thời phân tích tình hợp pháp trong các yêu cầu mà Argentina yêu cầu nhà đầu tư thực hiện để phán quyết của hội đồng trọng tài ICSID đã ban hành.

Từ khóa: đầu tư, trọng tài đầu tư, khủng hoảng tài chính, tình cần thiết, thực thi

Abstract

In the context of international economic integration, along with measures to ensure that foreign investors are not expropriated nor discriminated, Argentina made several preferential commitments on financial incentives and tariff and foreign exchange. However, during the financial crisis of 2000, Argentina changed its tax adjustment policy and floated the exchange rate. This change of investment policy affected, directly or indirectly, the legitimate interests and expectations of thousands foreign investors in Argentina. Therefore, a series of international investments lawsuits have been submitted to the ICSID. As a result, many arbitrators concluded that Argentina had paid billions of dollars to foreign investors. In fact, Argentina took various measures to delay, for many years, the enforcement of ICSID arbitral awards. For this article, the authors analyzed the modified financial investment policy, the arguments that Argentina used to justify its breach, and, at the same time, reviewed the legality of Argentina's requirements for investors to implement the ICSID arbitration panel.

Keywords: investment, investment arbitration, financial crisis, necessity, enforcement

Ngày nhận bài: 25/5/2018

Ngày duyệt đăng: 01/8/2018

Trong bối cảnh hội nhập kinh tế quốc tế, cùng với các biện pháp bảo đảm cho nhà đầu tư nước ngoài không bị quốc hữu hóa tài sản và không bị phân biệt đối xử, Argentina đã đưa ra nhiều cam kết ưu đãi về chuyển đổi ngoại tệ, ưu đãi thuế quan. Tuy nhiên, trong giai đoạn khủng hoảng tài chính những năm 2000, Argentina không thể giữ vững các cam kết của mình. Thay vào đó, Argentina thay đổi chính sách điều chỉnh thuế và thả nổi tỷ giá hối đoái. Việc thay đổi chính sách đầu tư này, một cách trực tiếp hoặc gián tiếp, đã làm ảnh hưởng đến lợi ích và sự kỳ vọng hợp

pháp của hàng nghìn nhà đầu tư nước ngoài tại Argentina. Do đó, hàng loạt các vụ kiện đầu tư quốc tế đã được đệ trình lên Công ước quốc tế về Giải quyết tranh chấp giữa nhà đầu tư và quốc gia tiếp nhận đầu tư (ICSID). Kết quả là rất nhiều hội đồng trọng tài kết luận Argentina phải bồi thường hàng tỷ đô la cho nhà đầu tư nước ngoài. Trên thực tế, Argentina đã áp dụng nhiều biện pháp khác nhau để trì hoãn không thi hành phán quyết của trọng tài ICSID trong nhiều năm liền. Trong phạm vi bài viết, chúng tôi phân tích những chính sách đầu tư tài chính mà Argentina đã thay

đổi, những lập luận mà Argentina đã sử dụng để biện minh cho sự vi phạm của mình, đồng thời phân tích tính hợp pháp trong các nội dung mà Argentina yêu cầu nhà đầu tư thực hiện để thi hành phán quyết đã ban hành của Hội đồng Trọng tài ICSID.

1. Tổng quan tình hình cải cách và tranh chấp đầu tư quốc tế của Argentina

Trong những năm đầu thập niên 1980, nền kinh tế của Argentina đối mặt với tình trạng lạm phát phi mã và khủng hoảng tài chính nghiêm trọng.¹ Để giải quyết tình hình này, trong những năm 1990, Argentina đã ban hành cũng như sửa đổi một số luật và văn bản hướng dẫn thi hành nhằm thúc đẩy quá trình tư nhân hóa, cổ phần hóa các doanh nghiệp nhà nước trong các ngành công nghiệp dịch vụ phục vụ công cộng.

Đầu tiên, Luật Cải cách nhà nước cho phép thực hiện tư nhân hóa, cổ phần hóa các doanh nghiệp nhà nước lớn. Argentina cũng ban hành Nghị định 1189/92 để hướng dẫn thực hiện chương trình cổ phần hóa.² Kế đến, Argentina thông qua Luật Chuyển đổi ngoại tệ quy định tỷ giá hối đoái cố định giữa 01 đồng peso tương đương với 01 đồng đô la Mỹ. Bên cạnh đó, Argentina ban hành Luật Gas năm 1992 và các văn bản hướng dẫn thi hành khác. Theo đó, các văn bản pháp luật này cho phép Argentina thành lập Cơ quan công cộng của Argentina về giám sát ngành công nghiệp vận chuyển và phân phối gas tự nhiên (ENARGAS) để giám sát ngành công nghiệp vận chuyển, phân phối gas tự nhiên và thu thuế vận chuyển, phân phối. Mức thuế này được tính bằng đồng đô la và được đổi sang đồng peso tại thời điểm thanh toán. Mức thuế này được tính tối đa trong vòng 5 năm và sẽ điều chỉnh định kỳ (nửa năm 1 lần) phù

hợp với các chỉ số của thị trường thế giới, như chỉ số giá cả của nhà sản xuất Hoa Kỳ PPI.³

Đồng thời, nhằm khẳng định sự quyết tâm thu hút đầu tư nước ngoài, Argentina đã đẩy mạnh đàm phán và ký kết Hiệp định song phương về khuyến khích và bảo hộ đầu tư (BIT) với rất nhiều quốc gia trên thế giới (ngay từ những năm 1990, Argentina đã ký kết hơn 50 Hiệp định khuyến khích và bảo hộ đầu tư BIT).⁴ Theo đó, Chính phủ Argentina cam kết nhiều chương trình ưu đãi thuế và tài chính. Đặc biệt, Argentina cũng cam kết không quốc hữu hóa tài sản của nhà đầu tư nước ngoài và bảo đảm đầu tư cho các nhà đầu tư nước ngoài không bị phân biệt đối xử. Nhìn chung, các chính sách trên bước đầu góp phần tích cực trong việc tái thiết khối kinh tế nhà nước trong lĩnh vực dịch vụ công cộng, kiểm soát lạm phát, từ đó giúp Argentina thoát khỏi tình trạng thâm hụt ngân sách từ việc in tiền.⁵ Tuy nhiên, chính sách cải cách này lại rơi vào khủng hoảng bởi tình trạng nợ xấu của Chính phủ Argentina ngày càng tăng - hệ quả từ việc vay nợ nước ngoài để hoàn thuế cho nhà đầu tư nước ngoài theo các cam kết trong BITs ở giai đoạn 1990. Đặc biệt, hạn chế này làm xấu hơn tình trạng khủng hoảng leo thang. Và đây là lý do Argentina phải ban hành Luật Khẩn cấp năm 2002.

Về mặt nội dung, Luật Khẩn cấp năm 2002 yêu cầu hệ thống tính thuế trong các hợp đồng cung cấp dịch vụ công cộng phải được tính bằng đồng peso nhưng không phải tỷ giá 01 peso tương đương với 01 đô la Mỹ như trong Luật Chuyển đổi ngoại tệ năm 1992 mà tỷ giá được tính theo tỷ lệ 1,4 đồng peso tương đương với 01 đô la Mỹ. Sau đó, Chính phủ Argentina thực hiện luôn chính sách thả nổi tỷ giá hối đoái (các học giả gọi đây là giai đoạn Argentina peso hóa các giao dịch thương mại). Quan trọng nhất là, Luật Khẩn cấp năm 2002 đã xóa bỏ cơ chế điều chỉnh thuế một năm hai lần như trong Luật Gas năm

¹ Paolo Di Rosa, "The recent wave of arbitrations against Argentina under bilateral investment treaties: Background and principal legal issues", *University of Miami Inter-American law review*, 2004, Vol. 36.1, tr. 44.

² Guiller Aguilar Alvarez và Micheal Reisman, *The reasons requirement in international investment arbitration - Critical case studies*, Martinus Nijhoff Publishers, 2008, tr. 120.

³ Xem thêm *LG&E v. Argentina*, ICSID số ARB/02/1.

⁴ Paolo Di Rosa, *ltdđ*, tr. 45.

⁵ Paolo Di Rosa, *ltdđ*, tr. 45.

1991. Cuối cùng, Argentina ban hành Nghị định Corralito quy định về vấn đề hạn chế rút tiền, chuyển tiền ra nước ngoài. Hệ quả là, các nhà đầu tư nước ngoài ở Argentina mất quyền tính thuế theo đồng đô la Mỹ nhưng được quy trả bằng đồng peso với tỷ giá tại thời điểm đóng thuế. Các nhà đầu tư nước ngoài cũng không được điều chỉnh định kỳ theo Chỉ số giá cả của các nhà sản xuất Hoa Kỳ như trước đây. Chính vì vậy, các nhà đầu tư nước ngoài cáo buộc Chính phủ Argentina vi phạm các cam kết đã đưa ra trước đó. Trên cơ sở sự vi phạm này, nhiều nhà đầu tư nước ngoài đã khởi kiện lên ICSID và Ủy ban Liên hợp quốc về Luật thương mại quốc tế (UNCITRAL).

Tính đến thời điểm hiện nay, sau 17 năm kể từ ngày gửi đơn xin gia nhập ICSID (ngày 21/5/1991) và sau 14 năm kể từ ngày ICSID chính thức có hiệu lực với Argentina (ngày 18/11/1994)⁶ các nhà đầu tư nước ngoài đã khởi kiện 54 vụ kiện chống lại Argentina lên ICSID (trong đó có 14 vụ kiện đang diễn ra và 40 vụ kiện đã hoàn tất).⁷ Với số lượng các vụ kiện nhiều như thế này, Argentina trở thành thành viên bị kiện nhiều nhất trong tổng số 162 thành viên của ICSID⁸ (54/ 683 vụ kiện).⁹

2. Nội dung chính các vụ kiện đầu tư quốc tế chống lại Argentina tại ICSID

Cần phải thừa nhận rằng rất nhiều phán quyết Hội đồng Trọng tài kết luận Argentina đã vi phạm nghĩa vụ mà Argentina đã cam kết trước đó. Chẳng hạn như, Argentina bị kết luận vi phạm nguyên tắc không quốc hữu hóa gián tiếp tài sản của nhà đầu tư (*Vivendi v. Argentina*); làm ảnh hưởng tiêu cực đến

sự kỳ vọng hợp pháp của nhà đầu tư nước ngoài, vi phạm nguyên tắc công bằng và bình đẳng (*Fair and Equitable Treatment - FET*) (*Azurix v. Argentina*).¹⁰

Trong vụ kiện *LG&E*, Hội đồng Trọng tài nhấn mạnh Argentina đã xác lập những nội dung mới khi yêu cầu tính thuế bằng peso; không điều chỉnh 06 tháng/ lần theo tỷ giá PPI; bắt buộc các nhà đầu tư nước ngoài phải đàm phán lại các điều khoản trong giấy phép đầu tư. Hội đồng trọng tài khẳng định các yêu cầu mới này làm ảnh hưởng đến tỷ lệ thu hồi vốn và lợi nhuận của các nhà đầu tư Hoa Kỳ. Tuy nhiên, Argentina không bồi thường cho các nhà đầu tư nước ngoài.¹¹ Hội đồng Trọng tài cũng thừa nhận một trong những nội dung cơ bản của nguyên tắc FET đó là sự ổn định môi trường pháp lý và môi trường kinh doanh, minh bạch và công bằng, nhằm tăng cường, thu hút đầu tư nước ngoài. Nhà đầu tư nước ngoài kỳ vọng quốc gia tiếp nhận đầu tư hành động nhất quán, rõ ràng và hoàn toàn minh bạch, để nhà đầu tư biết trước bất kỳ và tất cả các quy định pháp luật điều chỉnh hoạt động đầu tư của họ, cũng như mục đích của các chính sách và thực tiễn hành chính có liên quan, để họ có thể lên kế hoạch cho hoạt động kinh doanh và tuân thủ các quy định đó.¹² Do đó, Hội đồng Trọng tài khẳng định sự thay đổi hay bãi bỏ các cam kết cũ được xác lập trong Luật Gas năm 1991, Luật Chuyển đổi ngoại tệ năm 1992 là sự vi phạm tính ổn định và tính có khả năng dự đoán mà Argentina có nghĩa vụ phải tuân thủ theo nguyên tắc FET.¹³

Tuy nhiên, Argentina cho rằng giai đoạn từ 1/12/2001 đến 26/4/2003 là giai đoạn khủng hoảng kinh tế trầm trọng buộc Chính phủ Argentina phải xử lý khẩn cấp. Một trong những biểu hiện khủng hoảng có thể kể đến

⁶ Database of ICSID Member States, <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/about/Database-of-Member-States.aspx>, truy cập ngày 8/5/2018.

⁷ Database of ICSID Member States, <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/AdvancedSearch.aspx>, truy cập ngày 8/5/2018.

⁸ Database of ICSID Member States, <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/about/Database-of-Member-States.aspx>, truy cập ngày 8/5/2018.

⁹ Database of ICSID Member States, <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/AdvancedSearch.aspx>, truy cập ngày 8/5/2018.

¹⁰ Moshe Hirsch, "Explaining Compliance and Non-compliance with ICSID award – The Argentina case studies and a multiple theoretic approach", *Journal of International Economic Law*, 2016, 19, tr. 692.

¹¹ Đoạn 124, Phán quyết về trách nhiệm, *LG&E v. Argentina*, ICSID số ARB/02/1.

¹² Đoạn 127-129, Phán quyết về trách nhiệm, *LG&E v. Argentina*, ICSID số ARB/02/1.

¹³ Đoạn 132, Phán quyết về trách nhiệm, *LG&E v. Argentina*, ICSID số ARB/02/1.

nghư: tình trạng đình công hàng loạt, trên diện rộng; hoạt động sản xuất kinh doanh bị ngưng trệ; bất ổn về chính trị (thay đổi 05 Tổng thống trong vòng 1 tháng); hàng nghìn hợp đồng cung cấp dịch vụ công cộng có khả năng không thực hiện được; giá cả trong nước và giá trị tài sản trong nước sụt giảm; chỉ số rủi ro đạt mức cao nhất trên thế giới... Trong khi đó, Argentina không thể vay vốn từ thị trường vốn quốc tế, tỷ lệ thất nghiệp hầu như ở mức 25%. Thậm chí, một nửa dân số của Argentina sống dưới mức nghèo đói. Giá thuốc chữa bệnh tăng cao đến mức những người dân Argentina có thu nhập thấp hầu như không thể tiếp cận được.¹⁴ Chính vì vậy, Argentina cho rằng tác động của khủng hoảng kinh tế có ý nghĩa như là tác động của khủng hoảng quân sự và đều là bộ phận cấu thành nên "lợi ích an ninh cơ bản" theo Điều XI BIT. Argentina bị buộc phải đơn phương hành động, vì không còn cách nào khác ngoài hành động nhằm ngăn ngừa tình trạng giá trong ngành phân phối gas tăng cao - điều vô cùng tồi tệ đối với quốc gia phụ thuộc nghiêm trọng vào năng lượng gas tự nhiên như Argentina.¹⁵ Argentina đã ban bố tình trạng khẩn cấp và dùng lý do này để biện minh cho sự sai phạm của mình. Argentina căn cứ vào 2 cơ sở pháp lý để giải thích rằng Argentina được miễn trừ trách nhiệm của mình. Cụ thể:

Thứ nhất, Argentina cho rằng họ có quyền được áp dụng các biện pháp không tuân thủ trong điều kiện đặc biệt được ghi nhận trong BITs mà Argentina đã ký kết với các quốc gia mà nhà đầu tư tại Argentina mang quốc tịch (*Non-precluded measures NPM*). Tiêu biểu như, Điều XI BIT giữa Hoa Kỳ - Argentina quy định: "*BIT này không ngăn cản các bên áp dụng bất kỳ hoặc các biện pháp cần thiết để duy trì trật tự công cộng, hoàn thành nghĩa vụ của mình liên quan đến việc duy trì hoặc phục hồi hòa bình và an ninh quốc*

tế, hoặc bảo vệ lợi ích an ninh thiết yếu của chính quốc gia đó".

Thứ hai, Argentina có quyền áp dụng các biện pháp khắc phục trong trường hợp cần thiết - một quyền hình thành từ thực tiễn tập quán quốc tế (*necessity test*) được ghi nhận tại Điều 25 ILC 2001:

"*Sự cần thiết sẽ không được viện dẫn bởi một quốc gia với tư cách là cơ sở để loại trừ sự sai trái của hành vi không phù hợp với nghĩa vụ quốc tế của quốc gia đó trừ phi hành động đó: i. có phải là cách duy nhất để quốc gia đó bảo vệ lợi ích thiết yếu chống lại sự vi phạm nghiêm trọng và rõ ràng sắp xảy ra hay không; và ii. có gây ra thiệt hại nghiêm trọng đến lợi ích thiết yếu của quốc gia hoặc các quốc gia mà trong bất kỳ trường hợp nào, sự cần thiết sẽ không được viện dẫn bởi một quốc gia như là cơ sở để loại trừ sự sai trái của hành vi nếu nghĩa vụ pháp lý quốc tế đang tranh chấp loại trừ khả năng viện dẫn điều khoản về tính cấp thiết; hoặc quốc gia góp phần vào tình huống cấp thiết đó*".

Trong đó, cách duy nhất theo Điều 25.1 a được hiểu là sự biện minh sẽ được loại trừ nếu có phương pháp giải quyết vấn đề khác. Thậm chí phương pháp đó có thể đắt hơn hoặc không thuận tiện bằng và quốc gia sẽ không chịu trách nhiệm về các hành động của mình thực hiện để bảo vệ các lợi ích thiết yếu chống lại hoàn cảnh nguy hiểm nghiêm trọng và rõ ràng sắp xảy ra.¹⁶

Tuy nhiên, cần phải thừa nhận rằng rất ít khi Hội đồng trọng tài chấp nhận cho Argentina dùng khủng hoảng tài chính nghiêm trọng để biện minh cho sự vi phạm nghĩa vụ của Argentina bởi các Hội đồng trọng tài yêu cầu Argentina phải chứng minh rằng biện pháp mà Argentina thực hiện là biện pháp đối phó duy nhất trong hoàn cảnh khủng hoảng tài chính đó.¹⁷ Chẳng hạn, trong vụ kiện *Sempra v. Argentina*, Hội đồng Trọng tài thừa nhận "tình trạng khẩn cấp đang xảy ra nghiêm

¹⁴ Đoạn 219-220, Phán quyết về trách nhiệm, *LG&E v. Argentina*, ICSID số ARB/02/1.

¹⁵ Đoạn 238, Phán quyết về trách nhiệm, *LG&E v. Argentina*, ICSID số ARB/02/1.

¹⁶ *Sempra v. Argentina*, Đoạn 330, phán quyết.

¹⁷ William B. White, *The Argentina financial crisis: State liability under BITs and the Legitimacy of the ICSID system*, AJWH, 2008, 213, Vol 3:199.

trọng và rõ ràng tại Argentina nhưng không phải đến mức Chính phủ Argentina không thể kiểm soát được. Ngoài ra, Argentina có thể thực hiện một số giải pháp khác, chứ không nhất thiết phải sử dụng giải pháp mà Argentina đã, đang và sẽ sử dụng như trong Luật Khẩn cấp năm 2002".¹⁸

Ngoài ra, Hội đồng Trọng tài cũng đã từng kết luận rằng Argentina không thể được hưởng quyền miễn trừ trách nhiệm trong trường hợp khẩn cấp bởi vì Argentina có lỗi, đã góp phần vào việc gây ra tình trạng khủng hoảng kinh tế. Cụ thể, trong vụ kiện *El Paso Energy v. Argentina, Sempra v. Argentina*, Hội đồng Trọng tài kết luận Argentina không thể giải phóng khỏi nghĩa vụ bồi thường cho các nhà đầu tư bị thiệt hại bởi Argentina cũng đã góp phần gây ra tình trạng khẩn cấp.¹⁹

Tuy nhiên, trong một số trường hợp, Hội đồng Trọng tài cũng kết luận rằng tình trạng khủng hoảng tài chính có thể là cơ sở biện minh hữu hiệu cho việc Argentina vi phạm nghĩa vụ của mình bởi Hội đồng Trọng tài đã giảm nghĩa vụ chứng minh của Argentina từ biện pháp duy nhất xuống các biện pháp khách quan, từ đó cho phép Argentina được quyền chủ động lựa chọn biện pháp phù hợp. Tiêu biểu cho trường hợp này là vụ kiện *LG&E v. Argentina*. Theo đó, Hội đồng Trọng tài nhận định: "Điều XI BIT Hoa Kỳ - Argentina xác lập tình huống cần thiết như là cơ sở để loại trừ tính sai phạm của hành vi do quốc gia thực hiện. Do đó, quốc gia được miễn trừ trách nhiệm²⁰ và Argentina không phải chịu trách nhiệm đối với thiệt hại mà nhà đầu tư nước ngoài đã gánh chịu trong giai đoạn khẩn cấp từ 1/12/2001 đến 26/4/2003".²¹ Sau khi thời gian khủng hoảng kết thúc, Argentina phải phục hồi lại các chế độ ưu đãi và cam kết bảo đảm đầu tư như trước thời kỳ khủng hoảng xảy ra. Ngoài ra, Argentina phải bồi thường cho nhà đầu tư nước ngoài những

thiệt hại mà họ gánh chịu sau khi giai đoạn khủng hoảng kết thúc.²²

3. Tình hình thực hiện phán quyết

Argentina là thành viên của ICSID, Argentina sẽ chịu sự ràng buộc bởi các quy định của ICSID, bao gồm và không giới hạn bởi việc thực thi phán quyết. Cụ thể, về lý thuyết, Argentina có nghĩa vụ thực thi phán quyết của Hội đồng Trọng tài ICSID như là phán quyết cuối cùng của các phán quyết Tòa án trong nước đưa ra.²³ Tòa án trong nước không được quyền thực hiện bất kỳ biện pháp nào làm ảnh hưởng đến quyền tự quyết và tính đặc quyền này của Trọng tài ICSID.²⁴ Tuy nhiên, điều này không có nghĩa là bị đơn hoàn toàn bị bắt buộc phải thực thi ngay lập tức phán quyết của Hội đồng Trọng tài ICSID. Thay vào đó, thành viên ICSID được quyền yêu cầu ICSID thực hiện một số quy trình sau. Thứ nhất, giải thích phán quyết (không bao gồm việc rà soát hay xem xét lại phần nội dung của phán quyết và không ảnh hưởng đến tính có giá trị cuối cùng của phán quyết).²⁵ Thứ hai, yêu cầu sửa phán quyết "chỉ dựa trên cơ sở phát hiện ra một vài tình tiết có thể ảnh hưởng đến phán quyết với điều kiện là phán quyết đã được đưa ra mà tình tiết đó không biết không phải do lỗi tắc trách".²⁶ Thứ ba, yêu cầu hủy phán quyết trọng tài.²⁷

Nếu thành viên không yêu cầu thực hiện một và/ hoặc các quy trình trên thì thành viên phải tự nguyện thực hiện phán quyết. Trên thực tế, có thể có một số trường hợp việc thực hiện phán quyết sẽ khó khăn bởi vì các thành viên viện dẫn đến quyền miễn trừ đối với tài sản của quốc gia do quốc gia là chủ thể có chủ quyền để bảo vệ tài sản của quốc gia không phải bị áp dụng các biện pháp cưỡng

²² Đoạn 266, Phán quyết về trách nhiệm.

²³ Điều 53 ICSID.

²⁴ Martin Hunter and Javier Garcia Olmedo, "Enforcement/Execution of ICSID awards against reluctant states", *Journal Investment and Trade*, 2011, tr. 308.

²⁵ Điều 50 ICSID. Xem thêm Dohyun Kim, *id.*, tr. 243.

²⁶ Điều 51 ICSID. Xem thêm Dohyun Kim, *id.*, tr. 243.

²⁷ Điều 52 ICSID.

¹⁸ *Sempra v. Argentina*, Đoạn 351, phán quyết.

¹⁹ *Sempra v. Argentina*, Đoạn 351, phán quyết.

²⁰ *LG&E*, Phán quyết, đoạn 261.

²¹ *LG&E*, Phán quyết, đoạn 266.

chế thực hiện phán quyết.²⁸

Trong trường hợp Argentina, nước này đã có một số hành động không tích cực đến nỗi các học giả cho rằng cuộc trường chinh kiện tụng đầu tư chống lại Argentina sẽ luôn được nhắc đến trong lịch sử đầu tư quốc tế bởi đối với một số phán quyết bất lợi cho mình, Argentina luôn yêu cầu thành lập hội đồng hủy phán quyết. Nếu Ủy ban tạm thời hủy phán quyết của ICSID không chấp nhận hủy phán quyết trọng tài thì Argentina lại tiếp tục không thanh toán tiền bồi thường cho nhà đầu tư nước ngoài hoặc chậm thanh toán tiền bồi thường hoặc yêu cầu các chủ nợ là nhà đầu tư nước ngoài phải khởi kiện ra Tòa án trong nước của Argentina để công nhận và thi hành.²⁹

3.1. Yêu cầu khởi kiện ra Tòa án Argentina để được bồi thường

Vào năm 2006, Bộ trưởng Kinh tế Argentina phát biểu rằng *"Phán quyết giải quyết tranh chấp của hơn 30 Hội đồng Trọng tài chống lại Argentina đang được thụ lý sẽ là đối tượng rà soát của Tòa án trong nước tại Argentina nếu như các phán quyết này gây ảnh hưởng đến trật tự công cộng bởi vì chúng vi hiến, không hợp pháp hoặc không hợp lý"*.³⁰ Thật vậy, trong các vụ kiện sau đó từ những năm 2007 đến 2013, Argentina từ chối bồi thường và cho rằng các phán quyết của Hội đồng Trọng tài ICSID tuyên Argentina bồi thường sẽ phải tuân thủ các thủ tục công nhận, thi hành được thụ lý và giải quyết bởi Tòa án Argentina.³¹ Xét về hình thức, chúng ta có thể thấy yêu cầu nhà đầu tư nước ngoài thắng kiện phải khởi kiện ra

Tòa án của Argentina không được nêu tại Điều 50, 51, 52 ICSID. Nói cách khác, đây là một quy trình hoàn toàn mới không được nêu tại bất kỳ điều khoản nào của ICSID. Thậm chí cho đến thời điểm hiện nay, cũng chưa có bất kỳ quốc gia nào đưa ra yêu cầu tương tự đối với nhà đầu tư đã khởi kiện ra ICSID và được Hội đồng Trọng tài ICSID xử thắng kiện như Argentina.

Cần phải nói thêm rằng yêu cầu bên thắng kiện khởi kiện ra Tòa án trong nước là giai đoạn bắt buộc trong quy trình công nhận và cho thi hành phán quyết trọng tài theo các diễn đàn giải quyết tranh chấp đầu tư khác, chẳng hạn như UNCITRAL. Nói cách khác, UNCITRAL yêu cầu nhà đầu tư thắng kiện phải khởi kiện ra Tòa án trong nước của quốc gia (1) mình mang quốc tịch hoặc (2) quốc gia bị đơn hoặc (3) quốc gia thứ ba nơi mà quốc gia bị đơn thua kiện có tài sản được phán quyết của Trọng tài UNCITRAL được công nhận, thi hành và thậm chí bị hủy. Về thủ tục, công nhận và thi hành phán quyết của Trọng tài UNCITRAL dựa trên Điều 5 của Công ước New York năm 1958 về công nhận và thi hành phán quyết của trọng tài nước ngoài, nếu quốc gia đó là thành viên của Công ước New York hoặc dựa vào pháp luật quốc gia của nước có liên quan (ví dụ như luật trọng tài, luật dân sự hay luật tố tụng dân sự của nước nơi diễn ra hoạt động xét xử của Hội đồng Trọng tài hoặc pháp luật của nước nơi có tài sản).³² Trong khi đó, trong thực tiễn, rất nhiều học giả phê phán rằng cơ chế hủy phán quyết của Công ước New York và/hoặc trong pháp luật trong nước của các quốc gia đều rất mơ hồ, không rõ ràng nếu không nói là thường xuyên bị lạm dụng để không công nhận và thi hành phán quyết của Trọng tài UNCITRAL (cụ thể là tiêu chí *"trật tự công cộng"* hay *"trái với các nguyên tắc cơ bản của pháp luật nước nơi có phán quyết được công nhận và cho thi hành"*).

²⁸ Cecilia Minaverry, "International arbitration as a dispute resolution mechanism: The Argentine case in ICSID", *The New School*, <http://www.observatorylatinamerica.org/en/programs/pnk/334-international-arbitration-as-a-dispute-resolution-mechanism-the-argentine-case-in-icsid>, truy cập ngày 10/5/2018.

²⁹ Moshe Hirsch, *tlđđ*, tr. 681; Arturo C. Porzecanski, "The origin of Argentina's Litigation and Arbitration Saga, 2002-2016", *Fordham International law journal*, 2016, Vol. 40.1, tr. 50.

³⁰ Martin Hunter and Javier Garcia Olmedo, *tlđđ*, tr. 308.

³¹ *Continental Casualty Company v. Argentina*, ICSID ARB/03/(2009), đoạn 12.

³² Charalampos Giannakopoulos, "Reconceptualizing "Failure to State Reasons" as a ground for Annulment under Article 52(1)(e) of the ICSID Convention", *Journal of International Dispute Settlement*, 2017, 8, tr. 125.

Như vậy, Argentina đã “tước bỏ” của nhà đầu tư thắng kiện Argentina cơ hội được hưởng quyền hợp pháp và rất tiên bộ được ghi nhận rõ ràng trong ICSID là “*phán quyết giải quyết tranh chấp có giá trị chung thẩm và có hiệu lực thi hành*”. Nói cách khác, yêu cầu khởi kiện ra Tòa án của Argentina để công nhận và thi hành phán quyết của Hội đồng Trọng tài ICSID đã vô hiệu hóa sự bảo vệ hợp pháp mà các phán quyết của ICSID lẽ ra được hưởng trước khả năng bị tư pháp hóa ở các quốc gia tiếp nhận đầu tư không thân thiện với trọng tài.³³

3.2. Yêu cầu thành lập Ủy ban hủy phán quyết giải quyết tranh chấp

Như đã phân tích, cho dù vì động cơ nào, có thể muốn kéo dài thời gian thực hiện phán quyết hoặc thậm chí muốn phá vỡ cam kết tự nguyện thực hiện pháp quyết giải quyết tranh chấp của Hội đồng Trọng tài ICSID, Argentina vẫn có quyền yêu cầu thành lập Ủy ban hủy phán quyết Trọng tài ICSID. Trong vụ kiện *CMS v. Argentina*,³⁴ Argentina từ chối bồi thường cho CMS số tiền bồi thường thiệt hại 133,2 triệu đô la Mỹ theo phán quyết trọng tài. Theo đó, Argentina yêu cầu hủy phán quyết trọng tài. Trong một số vụ kiện, mặc dù Ủy ban thừa nhận Hội đồng Trọng tài có một số sai sót về luật trong phán quyết trọng tài về tính cấp thiết nhưng Ủy ban đã không hủy phán quyết của vụ kiện này vì lỗi này không đủ thể hiện rằng Hội đồng Trọng tài CMS đã vượt quá thẩm quyền hoặc đã thiếu sót khi không đưa ra lý do để giải quyết tranh chấp. Tuy nhiên, trong một số vụ kiện khác, Argentina đã thành công khi yêu cầu Ủy ban này hủy một số phán quyết bất lợi cho Argentina (chẳng hạn như *Enron v. Argentina*,³⁵ *Sempra v. Argentina*³⁶).

³³ Dohyun Kim, *ltdđ*, tr. 243.

³⁴ Tuy nhiên, trong vụ kiện này, nhà đầu tư không khởi kiện ra tòa án Argentina mà CMS dành thời gian và chi phí để vận động hành lang, và chuyển phán quyết này cho công ty mua bán nợ. Xem thêm Dohyun Kim, *ltdđ*, tr. 243.

³⁵ *Enron v. Argentina*, ICSID ARB/01/3.

³⁶ *Sempra v. Argentina*, ICSID ARB/02/16, Quyết định hủy phán quyết, 29/06/2010.

3.3. Chủ động tuân thủ các phán quyết của ICSID từ năm 2013 đến nay

Bên cạnh đó, sự “lập dị” trong thực thi phán quyết của Argentina còn thể hiện ở chỗ Argentina lập ra một quỹ khoản hơn 48 triệu đôla để thanh toán cho các chủ nợ theo các phán quyết của Trọng tài ICSID (trong đó, Argentina yêu cầu mỗi chủ nợ sẽ phải bị giảm khoảng 25%). Tuy nhiên, đây thực tâm không phải là chủ ý của Argentina thực hiện thiện chí các phán quyết ICSID. Thay vào đó, đây chính là sự đối phó lại chính sách trả đũa thương mại của các đối tác thương mại lớn của Argentina. Chẳng hạn như, Hoa Kỳ đã rút những cam kết ưu đãi thuế quan từ chính sách ưu đãi thuế quan phổ cập (*General System of Preference* - GSP). Theo đó, thuế nhập khẩu đối với một số mặt hàng của Argentina nhập vào Hoa Kỳ sẽ không còn được miễn hoặc giảm thuế. Cần lưu ý đây là lần đầu tiên trong lịch sử áp dụng chính sách GSP, Hoa Kỳ rút ưu đãi thương mại đối với đối tác không thiện chí thực hiện các phán quyết trọng tài.³⁷ Bên cạnh đó, Anh và Hoa Kỳ tác động ngăn cản Ngân hàng thế giới cho Argentina vay tiền từ các ngân hàng phát triển Liên Mỹ.³⁸ Đặc biệt đây còn là cách mà Argentina nhằm xoa dịu hàng loạt chủ nợ khởi kiện ra Tòa án Hoa Kỳ gây giảm sút đầu tư quốc tế vào Argentina. Trên thực tế, đến cuối năm 2016, Argentina đã thương lượng được với các chủ nợ và chỉ chấp nhận mức bồi thường trọn gói (16,5 tỷ đôla).³⁹ Đây là kết quả khá khả quan trong cuộc trường chinh kiện tụng đầu tư quốc tế của Argentina.⁴⁰

Argentina cũng như bất kỳ quốc gia nào

³⁷ Roger Alford, “Using Trade Remedies to Enforce Arbitration Awards”, *Kluwer Arbitration Blog*, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2014/03/22/using-trade-remedies-to-enforce-arbitration-awards/>, truy cập ngày 10/5/2018.

³⁸ Justine Greening “UK will block IADB and World bank loans to Argentina because of financial ‘misconduct’”, *MercoPress*, <http://en.mercoPress.com/2013/02/14/uk-will-block-iadb-and-world-bank-loans-to-argentina-because-of-financial-misconduct>, truy cập ngày 10/5/2018.

³⁹ Cecilia Minaverry, *ltdđ*.

⁴⁰ Arturo C. Porzecanski, *ltdđ*, tr. 51.

khác muốn thu hút đầu tư nước ngoài đã đưa ra các cam kết ưu đãi thuế quan, tài chính và chấp nhận bảo đảm tài sản nhà đầu tư nước ngoài vào Argentina không bị quốc hữu hóa. Ngoài ra, nhà đầu tư nước ngoài sẽ không bị phân biệt đối xử. Tuy nhiên, khi nền kinh tế lâm vào hoàn cảnh khó khăn, Argentina đã thay đổi chính sách toàn diện. Sự thay đổi chính sách này đã làm các nhà đầu tư sụt giảm lợi ích, mất đi sự kỳ vọng hợp lý trong hoạt động đầu tư. Mặc dù đã nỗ lực sử dụng nhiều biện pháp khác nhau để phục hồi lại niềm tin của nhà đầu tư và thậm chí mất rất nhiều tiền của cho phí trọng tài, thương lượng, bồi thường nhưng Argentina vẫn bị Hội đồng Trọng tài yêu cầu bồi thường thiệt hại cho các nhà đầu tư nước ngoài. Vì số tiền bồi thường quá lớn, đồng thời khả năng bị trả đũa thương mại tăng cao, Argentina đã trì hoãn khá lâu việc bồi thường. Sự chậm trễ, thiếu thiện chí này của Argentina đã bị cộng đồng thế giới phê phán rất nhiều.⁴¹

Theo các BIT hay trong tập quán luật quốc tế, quốc gia tiếp nhận đầu tư vẫn được quyền tự chủ nhất định trong việc hoạch định chính sách, nhất là trong trường hợp khẩn cấp, khủng hoảng tài chính, nhưng thực tế giải thích và vận dụng các trường hợp khẩn cấp này để biện minh cho sự vi phạm nghĩa vụ FET, nghĩa vụ không quốc hữu hóa, nghĩa vụ không phân biệt đối xử vẫn khó được chấp nhận. Khi Hội đồng Trọng tài kết luận quốc gia tiếp nhận đầu tư bồi thường thiệt hại cho nhà đầu tư nước ngoài bị thiệt hại về chính sách thì các quốc gia vẫn nên tự nguyện thiện chí thực hiện việc bồi thường. Các quốc gia không thể tự đặt ra quy luật riêng cho việc thực thi các cam kết cũng như các phán quyết quốc tế như trong trường hợp Argentina. Một khi quốc gia vẫn tiếp tục thực hiện theo cách của Argentina thì rõ ràng uy tín quốc gia trên thị trường đầu tư và tài chính trên thế giới sẽ bị sụt giảm nghiêm trọng, sẽ bị trả đũa thương mại mà vẫn phải chi những khoản tiền khổng lồ nhằm bồi thường cho nhà đầu tư nước ngoài bị thiệt hại về chính sách. ●

Tài liệu tham khảo

- [1] *Enron v. Argentina*, ICSID ARB/01/3
- [2] *LG&E v. Argentina*, ICSID số ARB/02/1
- [3] *Sempra v. Argentina*, ICSID ARB/02/16, Quyết định hủy phán quyết, 29/06/2010
- [4] Roger Alford, "Using Trade Remedies to Enforce Arbitration Awards", *Kluwer Arbitration Blog*, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2014/03/22/using-trade-remedies-to-enforce-arbitration-awards/>, truy cập ngày 10/5/2018
- [5] Guiller Aguilar Alvarez và Micheal Reisman, *The reasons requirement in international investment arbitration - Critical case studies*, Martinus Nijhoff Publishers, 2008
- [6] Charalampos Giannakopoulos, "Reconceptualizing "Failure to State Reasons" as a ground for Annulment under Article 52(1)(e) of the ICSID Convention", *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 8, 2017
- [7] Justine Greening, "UK will block IADB and World bank loans to Argentina because of financial 'misconduct'", *MercoPress* <http://en.mercopress.com/2013/02/14/uk-will-block-iadb-and-world-bank-loans-to-argentina-because-of-financial-misconduct>, truy cập ngày 10/5/2018
- [8] Moshe Hirsch, "Explaining Compliance and Non-compliance with ICSID award – The Argentina case studies and a multiple theoretic approach", *Journal of International Economic Law*, Vol. 19, 2016
- [9] Martin Hunter and Javier Garcia Olmedo, "Enforcement/Execution of ICSID awards against reluctant states", *Journal Investment and Trade*, 2011
- [10] Dohyun Kim, "The annulment committee's Role in Multiplying inconsistency in ICSID arbitration: The need to move away from an annulment - based system", 04/2011, *New York University law review*, 2011
- [11] Cecilia Minaverry, "International arbitration as a dispute resolution mechanism: The Argentine case in ICSID", *The New School*, <http://www.observatorylatinamerica.org/en/programs/pnk/334-international-arbitration-as-a-dispute-resolution-mechanism-the-argentine-case-in-icsid>, truy cập ngày 10/5/2018
- [12] Arturo C. Porzecanski, "The origin of Argentina's Litigation and Arbitration Saga, 2002-2016", *Fordham International law journal*, Vol. 40.1, 2016
- [13] Paolo Di Rosa, "The recent wave of arbitrations against Argentina under bilateral investment treaties: Background and principal legal issues", *University of Miami Inter-American law review*, Vol. 36.1, 2004
- [14] William B. White, "The Argentina financial crisis: State liability under BITs and the Legitimacy of the ICSID system", *AJWH*, Vol 3:199, 2008

⁴¹Arturo C. Porzecanski, *tiđđ*, tr. 50.