

Vi phạm các điều khoản tiêu chuẩn đối xử và bảo hộ của IIA trong tranh chấp ISDS giữa chính phủ nhận đầu tư với nhà đầu tư nước ngoài - trường hợp Ecuador

Lê Hà Trang

Học viện Ngân hàng

Ngày nhận: 07/11/2020

Ngày nhận bản sửa: 05/12/2020

Ngày duyệt đăng: 21/12/2020

Các tranh chấp đầu tư quốc tế giữa quốc gia nhận đầu tư và chủ đầu tư nước ngoài đang ngày càng lan rộng, có tính chất phức tạp và được quan tâm đặc biệt trong những năm gần đây. Lý do phổ biến dẫn tới những tranh chấp này đến từ việc vi phạm những điều khoản về tiêu chuẩn đối xử và bảo hộ mà quốc gia đã ký kết trong Hiệp định Đầu tư quốc tế (International Investment Agreement- IIA). Bài viết này tập trung làm rõ mối liên hệ trong những tranh chấp ISDS (Investor-State Dispute Settlement) giữa chủ đầu tư nước ngoài và quốc gia nhận đầu tư với các điều khoản này. Thông qua phương pháp tổng hợp và phân tích, bài viết cung cấp bức tranh về thực trạng vi phạm các điều khoản về tiêu chuẩn đối xử và bảo hộ IIA trong các tranh chấp giữa chính phủ nhận đầu tư và nhà đầu tư nước ngoài trên thế giới hiện nay. Ngoài ra, bài viết đi sâu phân tích một tranh chấp cụ thể trong thực tế nhằm

The breaches of IIA standards of treatment and protection provisions in Investor-State dispute settlement- Case study in Ecuador

Abstract: International Investor-State disputes have become widespread, complicated and of particular concern in recent years. The most common reason for these disputes comes from the breaches of standards of treatment and protection provisions that the country has signed in the international investment agreements (IIA). This article focuses on clarifying the relationship between Investor-State dispute settlement (ISDS) and these provisions in IIA until 2019. Through the synthesis and analysis method, the article provides an overview of the current situation of breaching IIA standards of treatment and protection provisions in foreign investor-state disputes in the world today. Moreover, the article also uses a case study method to analyze a practical dispute to illustrate in more detail about these breaches. The article concludes that the most violated IIA provisions are fair and equitable treatment (FET) and expropriation. Host countries should be cautious about commitment and enforcement in their IIAs to minimize legal and financial exposures.

Keywords: IIA provisions, ISDS dispute, foreign investor, international investment

Trang Ha Le

Email: tranglh@hvn.edu.vn

Banking Academy of Vietnam

minh họa chi tiết hơn về hiện tượng vi phạm này. Từ đó rút ra những điều khoản IIA có mức độ vi phạm cao nhất là “đối xử công bằng và thỏa đáng” (FET) và tước quyền bất hợp pháp. Các quốc gia nhận đầu tư nên thận trọng trong vấn đề cam kết và thực thi cam kết của mình trong IIA để hạn chế những rủi ro pháp lý và tài chính không mong muốn.

Từ khóa: điều khoản IIA, tranh chấp ISDS, nhà đầu tư nước ngoài, đầu tư quốc tế.

1. Đặt vấn đề

Các tranh chấp đầu tư quốc tế đang ngày càng lan rộng, có tính chất phức tạp và được quan tâm đặc biệt trong những năm gần đây. Trên thực tế, mâu thuẫn giữa nhà đầu tư và chính phủ sở tại thường phát sinh do việc vi phạm những cam kết đối xử và bảo hộ trong Hiệp định Đầu tư Quốc tế (International Investment Agreement - IIA). Cơ chế giải quyết tranh chấp giữa nhà đầu tư nước ngoài và quốc gia nhận đầu tư (Investor - State Dispute Settlement - ISDS) đã ra đời như một giải pháp hữu hiệu nhằm đẩy mạnh hoạt động đầu tư, bảo vệ quyền lợi của các nhà đầu tư nước ngoài, đồng thời hạn chế căng thẳng ngoại giao, leo thang xung đột ở cấp quốc gia. Trong bối cảnh các mối quan hệ kinh tế quốc tế ngày càng đa dạng và đan xen lẫn nhau, nhiều nghiên cứu trên thế giới đã quan tâm đến vấn đề vi phạm những tiêu chuẩn đối xử và bảo hộ đầu tư trong các tranh chấp theo cơ chế ISDS (sau đây gọi tắt là tranh chấp ISDS).

Việt Nam ngày càng hội nhập sâu vào các liên kết kinh tế khu vực và thế giới, đồng nghĩa với những mối lo ngại về rủi ro pháp lý trong tranh chấp đầu tư quốc tế ngày càng gia tăng. Thông qua phương pháp tổng hợp, phân tích số liệu và nghiên cứu trường hợp, mục tiêu của bài viết này nhằm: (1) nghiên cứu tổng quan về mối liên hệ giữa những tranh chấp ISDS và các điều khoản về tiêu chuẩn đối xử và bảo hộ trong IIA; (2) liên hệ thực trạng tranh chấp ISDS trên thế

giới; và (3) phân tích một tranh chấp ISDS trong thực tế để làm rõ tình trạng vi phạm các tiêu chuẩn đối xử và bảo hộ đầu tư.

2. Mối liên hệ giữa tranh chấp ISDS và các điều khoản về tiêu chuẩn đối xử và bảo hộ trong IIA

2.1. Sơ lược về ISDS

Hiệp định Đầu tư Quốc tế (IIA) là một loại thỏa thuận giữa các quốc gia đề cập đến nhiều vấn đề liên quan đến đầu tư quốc tế và điều chỉnh hoạt động đầu tư quốc tế (Vũ Chí Lộc, 2012). IIA thường được áp dụng đối với hoạt động đầu tư trên lãnh thổ của một quốc gia do các nhà đầu tư của quốc gia khác tiến hành, thường nhằm mục đích bảo hộ, thúc đẩy và tự do hóa các khoản đầu tư đó. Các nhóm điều khoản chính trong IIA bao gồm: các định nghĩa và phạm vi áp dụng, các tiêu chuẩn đối xử và bảo hộ, và điều khoản về giải quyết tranh chấp.

ISDS là một điều khoản trong IIA trao cho nhà đầu tư nước ngoài quyền khởi kiện giải quyết tranh chấp đối với chính phủ nhận đầu tư theo luật quốc tế và bằng trọng tài quốc tế. ISDS bắt đầu xuất hiện trong các IIA vào cuối những năm 1960 (lần đầu tiên trong Hiệp định giữa Chad - Italy năm 1969), tuy nhiên phải đến những năm 1990, nội dung của điều khoản này mới được chuẩn hóa và dần được áp dụng rộng rãi (UNCATD, 2014; Nguyễn Thị Anh Thơ, 2019).

Trong giai đoạn trước 1990, khi ISDS chưa

được áp dụng phổ biến, nhà đầu tư nước ngoài có hai con đường để theo đuổi nếu xảy ra tranh chấp với chính phủ nước nhận đầu tư. Một là, giải quyết tranh chấp tại tòa án hay cơ quan có thẩm quyền của nước tiếp nhận đầu tư. Cơ chế giải quyết tranh chấp như vậy thường bị đánh giá là thiếu khách quan, đưa tới nhiều phán quyết có lợi cho nước sở tại và làm nảy sinh thêm nhiều bất đồng giữa hai bên tranh chấp, do không được phân xử bằng một cơ quan tư pháp hoàn toàn độc lập với chính phủ nhận đầu tư và hệ thống pháp luật của nước tiếp nhận đầu tư có thể chưa đủ hoàn thiện (Nguyễn Thị Anh Thơ, 2019). Thứ hai, nếu hình thức giải quyết tại tòa án nước nhận đầu tư không hiệu quả, hy vọng còn lại của nhà đầu tư nước ngoài là thuyết phục chính phủ nước mình tán thành khiếu kiện (tức là thực hiện hình thức bảo vệ ngoại giao). Tuy nhiên, cách thức này chỉ có thể được áp dụng cho những nhà đầu tư có vị thế và ảnh hưởng lớn đối với chính phủ quê nhà, các nhà đầu tư nhỏ với các vụ tranh chấp quy mô nhỏ và trung bình rất khó tìm được sự ủng hộ ở cấp độ quốc gia. Thêm vào đó, các tập đoàn đa quốc gia với nhiều công ty con có quốc tịch pháp lý khác nhau thì việc xác định chính xác quốc tịch của nhà đầu tư vì mục đích thiết lập quyền bảo vệ ngoại giao lại càng trở nên phức tạp (UNCTAD, 2014). Cơ chế ISDS ra đời cung cấp thêm một lựa chọn giải quyết tranh chấp mới cho nhà đầu tư nước ngoài với một số ưu điểm chính sau đây: Thứ nhất, cơ chế này đảm bảo những khiếu nại của nhà đầu tư nước ngoài đối với nước tiếp nhận đầu tư được xét xử tại tòa án có trình độ và trung lập; Thứ hai, ISDS giúp phi chính trị hóa tranh chấp thông qua việc mâu thuẫn được giải quyết bằng con đường pháp lý mà không cần sự can thiệp từ phía Chính phủ của nhà đầu tư. Ngoài ra, thủ tục ISDS có thể nhanh hơn thủ tục tại tòa án địa phương tại một số quốc gia

(UNCTAD, 2017). Tuy nhiên, cơ chế ISDS làm dấy lên một số nghi ngại về các rủi ro pháp lý và tài chính mà quốc gia nhận đầu tư phải đối mặt. Bên cạnh đó, ISDS cũng có thể trao cho các nhà đầu tư nước ngoài những đặc quyền lớn hơn so với các nhà đầu tư trong nước, tạo ra các điều kiện cạnh tranh không bình đẳng.

Mặt khác, giải quyết tranh chấp theo phương thức trọng tài quốc tế cũng có một số nhược điểm như chi phí đắt đỏ và có xu hướng nâng cao vị thế thương lượng của nhà đầu tư nước ngoài (UNCTAD, 2017).

2.2. Các điều khoản về tiêu chuẩn đối xử và bảo hộ trong IIA và mối liên hệ với tranh chấp ISDS

Các điều khoản mang tính bảo hộ và tự do hóa đầu tư trong IIA thường là căn cứ để nhà đầu tư khởi kiện chính phủ nhận đầu tư theo cơ chế ISDS khi có mâu thuẫn phát sinh. Theo Diễn đàn Thương mại và Phát triển Liên Hiệp quốc (United Nations Conference on Trade and Development-UNCTAD), tiêu chuẩn đối xử và bảo hộ trong IIA bao gồm 13 điều khoản (Bảng 1). Bài viết sẽ tập trung phân tích 8 điều khoản được đánh giá là cơ bản và thường xuyên trở thành căn cứ cho các tranh chấp ISDS.

(1) Đối xử quốc gia (NT): Nghĩa vụ NT yêu cầu quốc gia nhận đầu tư đối xử với nhà đầu tư/ khoản đầu tư nước ngoài không kém thuận lợi hơn so với nhà đầu tư/ khoản đầu tư trong nước. Mục tiêu của điều khoản này là đảm bảo mức độ cạnh tranh bình đẳng giữa các nhà đầu tư nước ngoài và trong nước bằng cách ngăn chặn sự phân biệt đối xử trên cơ sở quốc tịch của nhà đầu tư.

(2) Đối xử tối huệ quốc (MFN): Nghĩa vụ MFN yêu cầu quốc gia nhận đầu tư đối xử với nhà đầu tư/ khoản đầu tư nước ngoài không kém thuận lợi hơn so với nhà đầu tư/ khoản đầu tư của bất kỳ nước thứ ba nào.

Vi phạm các điều khoản tiêu chuẩn đối xử và bảo hộ của IIA trong tranh chấp ISDS giữa chính phủ nhận đầu tư với nhà đầu tư nước ngoài - trường hợp Ecuador

Bảng 1. Các tiêu chuẩn đối xử và bảo hộ trong IIA

STT	Standards of Treatment and Protection	Các tiêu chuẩn đối xử và bảo hộ
1	National Treatment (NT)	Đối xử quốc gia
2	Most- Favoured- Nation Treatment (MFN)	Đối xử tối huệ quốc
3	Fair and Equitable Treatment (FET)	Đối xử công bằng và thỏa đáng
4	Full Protection and Security (FPS)	Bảo vệ và bảo hộ đầy đủ
5	Expropriation	Tước quyền sở hữu
6	Compensation for Losses Due to Armed Conflict or Civil Strife	Bồi thường thiệt hại do xung đột vũ trang hoặc xung đột dân sự
7	Freedom of Transfers	Tự do chuyển tiền
8	Transparency	Tính minh bạch
9	Performance Requirements (PR)	Yêu cầu về hoạt động
10	Umbrella Clause	Điều khoản bao trùm
11	Entry and Sojourn	Thâm nhập và thành lập
12	Nationality of Senior Management	Quốc tịch của quản lý cấp cao
13	Subrogation	Thế quyền

Nguồn: APEC & UNCTAD (2012)

Mục tiêu của điều khoản này là đảm bảo mức độ cạnh tranh bình đẳng giữa các nhà đầu tư nước ngoài bằng cách ngăn chặn sự phân biệt đối xử trên cơ sở quốc tịch của nhà đầu tư.

(3) Đối xử công bằng và thỏa đáng (FET): Nghĩa vụ FET là một tiêu chuẩn tuyệt đối, yêu cầu quốc gia nhận đầu tư đảm bảo một tiêu chuẩn đối xử tối thiểu nhất định, không yêu cầu so sánh với sự đối xử dành cho nhà đầu tư trong nước hoặc của nước thứ ba. Nội dung cũng như cách diễn giải của nghĩa vụ này có thể khác nhau và phụ thuộc vào công thức được các Bên thông qua khi ký kết IIA, ví dụ như tuân thủ theo luật/ tập quán quốc tế; cụ thể hóa các hình thức vi phạm; hoặc không đưa ra tiêu chuẩn rõ ràng nào.

(4) Bảo vệ và bảo hộ đầy đủ (FPS): Nghĩa vụ FPS đòi hỏi quốc gia nhận đầu tư phải thi hành tất cả các biện pháp thích hợp để bảo vệ các khoản đầu tư nước ngoài khỏi các hành vi bất lợi từ phía cơ quan Nhà nước và các bên tư nhân. Tương tự FET, FPS cũng là một tiêu chuẩn tuyệt đối và không yêu cầu

so sánh với mức độ bảo hộ dành cho nhà đầu tư trong nước hoặc của nước thứ ba.

(5) Tước quyền sở hữu: Điều khoản này quy định các hình thức tước quyền sở hữu nằm trong phạm vi bảo hộ của hiệp định. Chính phủ sở tại có thể tước đoạt quyền sở hữu khoản đầu tư nước ngoài dưới hai hình thức: tước đoạt trực tiếp và tước đoạt gián tiếp. Tước đoạt trực tiếp liên quan đến việc chuyển đổi quyền sở hữu bắt buộc hoặc trưng thu hoàn toàn các giá trị tài sản của nhà đầu tư. Tước đoạt gián tiếp liên quan đến các biện pháp mà Chính phủ sở tại sử dụng có hiệu lực tương đương với việc tước đoạt trực tiếp. Tước đoạt gián tiếp làm giảm giá trị tài sản hoặc làm cho quyền sở hữu tài sản trở nên vô dụng, mặc dù nhà đầu tư vẫn giữ quyền sở hữu tài sản.

Trên thực tế, việc xác định một hành vi tước quyền trực tiếp rất đơn giản nhưng việc xác định hiện tượng tước đoạt gián tiếp thường khó khăn và phức tạp hơn do trong nhiều trường hợp, khó có thể phân biệt giữa tước quyền gián tiếp và những biện pháp điều

chính hợp pháp không yêu cầu bồi thường. Do đó, các IIA sử dụng các phương thức khác nhau để diễn giải về hình thức tước đoạt gián tiếp.

Cam kết chống lại việc tước quyền mà không có bồi thường được coi là một bảo đảm thiết yếu cho các nhà đầu tư nước ngoài, vì vậy số lượng lớn IIA hiện nay bao gồm một điều liên quan đến Tước quyền sở hữu (Hình 1).

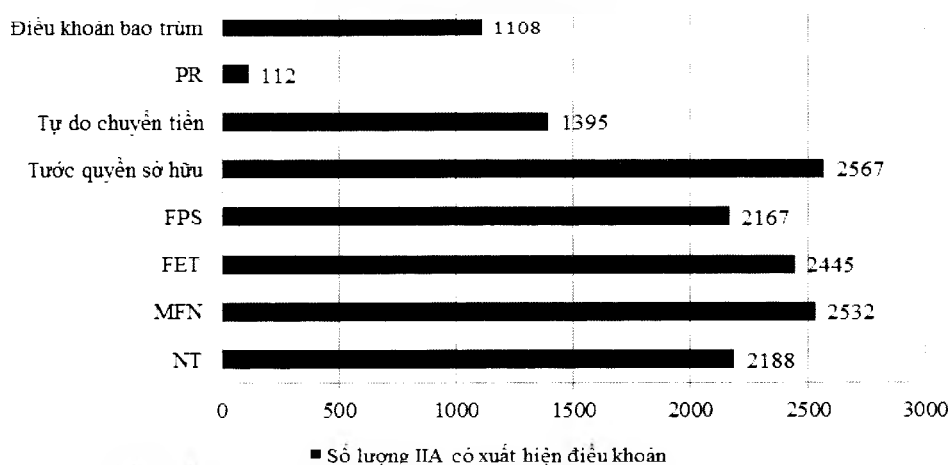
(6) Tự do chuyển tiền: Điều khoản “Tự do chuyển tiền” yêu cầu chính phủ sở tại cho phép nhà đầu tư nước ngoài chuyển vốn và lợi nhuận vào và ra khỏi lãnh thổ quốc gia. Điều khoản này có ý nghĩa đặc biệt quan trọng đối với các nhà đầu tư nước ngoài vì việc chuyển tiền và lợi nhuận kịp thời là một yếu tố quan trọng tác động đến hiệu quả của dự án đầu tư. Ngược lại, dưới góc độ của nước tiếp nhận đầu tư, tự do hóa hoàn toàn các dòng tiền, đặc biệt là các dòng vốn ra, có thể gây ra các bất ổn và rủi ro đối với thị trường tài chính nội địa. Vì vậy, điều khoản “Tự do chuyển tiền” đôi khi vẫn đưa vào một số ngoại lệ linh hoạt để hỗ trợ khả năng điều hành chính sách tiền tệ và tài chính của nước sở tại.

(7) Yêu cầu về hoạt động (PR): PR là các yêu cầu do nước sở tại áp đặt lên các nhà đầu tư để theo đuổi các mục tiêu chính sách kinh tế nhất định, ví dụ: yêu cầu về tỷ lệ nội địa hóa, yêu cầu về chuyển giao công nghệ, yêu cầu về thuê hoặc đào tạo nhân công... Những yêu cầu này làm hạn chế các lựa chọn kinh tế và quyền quản lý của chủ đầu tư nước ngoài, và do đó có thể ảnh hưởng tiêu cực đến hiệu quả kinh doanh. Điều khoản hạn chế PR trong IIA buộc chính phủ nhận đầu tư phải tuân theo các quy tắc trong việc sử dụng PR với mục tiêu cho phép các khoản đầu tư được tiến hành một cách hiệu quả nhất về kinh tế.

Thông thường, điều khoản PR có thể tham chiếu theo những nghĩa vụ được ghi trong Hiệp định Tổ chức Thương mại Thế giới (WTO) về Các biện pháp đầu tư liên quan đến thương mại (Agreement on Trade - Related Investment Measures - TRIMs), hoặc đưa ra một danh sách các PR bị cấm vượt ra ngoài các quy tắc TRIMs.

Hiện nay, hầu hết các quốc gia, đặc biệt là các quốc gia đang phát triển, khi thu hút đầu tư trực tiếp nước ngoài đều đặt ra những mục tiêu kinh tế nhất định, như thúc đẩy chuyển

Hình 1. Tần suất xuất hiện của các điều khoản liên quan đến tiêu chuẩn đối xử và bảo hộ trong IIA



(*) Trong tổng số 2.576 IIA được rà soát

Nguồn: Tác giả tổng hợp từ IIA Navigator, truy cập ngày 21/10/2020

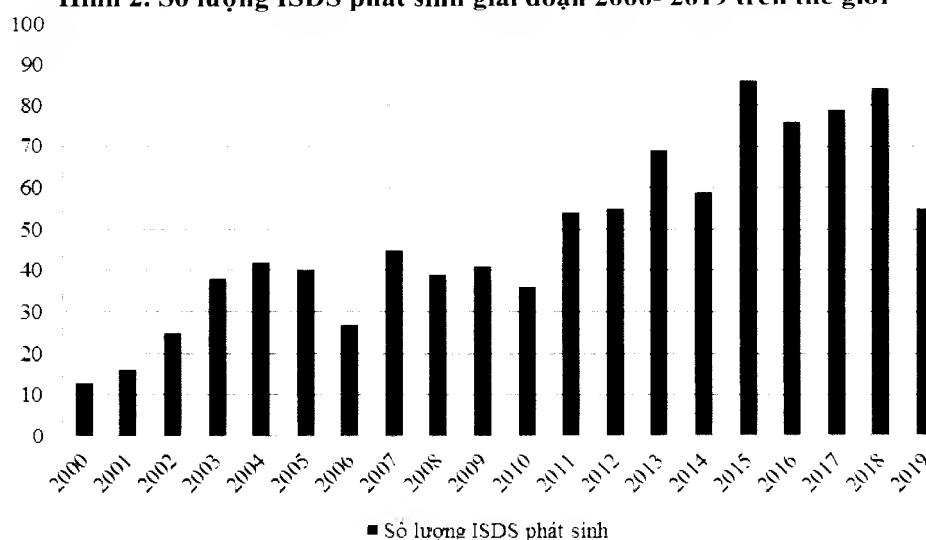
giao công nghệ, cải thiện các khu vực sản xuất trong nước và giải quyết nguồn lực lao động; nên chính phủ sở tại thường không sẵn sàng đưa ra những điều khoản hạn chế PR một cách rõ ràng. Trong tổng số 2.576 IIA được rà soát tính đến hết năm 2019, PR vẫn là một trong những điều khoản có tần suất xuất hiện ít nhất so với các điều khoản bảo hộ truyền thống (Hình 1).

(8) Điều khoản bao trùm: Điều khoản này yêu cầu Chính phủ sở tại tuân thủ mọi nghĩa vụ/ cam kết đã thừa nhận đối với các khoản đầu tư nước ngoài trên lãnh thổ quốc gia (ví dụ: hợp đồng đầu tư). Tùy thuộc vào cách diễn giải, Điều khoản bao trùm có thể cung cấp phạm vi bảo hộ rộng hơn cho các nhà đầu tư, ngoài các quy tắc và tiêu chuẩn đối xử đã được quy định cụ thể trong hiệp định. Các hợp đồng và cam kết khác được thực hiện giữa quốc gia nhận đầu tư và nhà đầu tư nước ngoài sẽ nằm trong sự điều chỉnh điều khoản này. Do sự tồn tại của Điều khoản bao trùm, một cam kết dù không được cụ thể hóa trong IIA nhưng có xuất hiện trong hợp đồng đầu tư, vẫn có thể trở thành căn cứ cho một tranh chấp ISDS.

3. Thực trạng vi phạm các điều khoản tiêu chuẩn đối xử và bảo hộ của IIA trong các tranh chấp ISDS trên thế giới

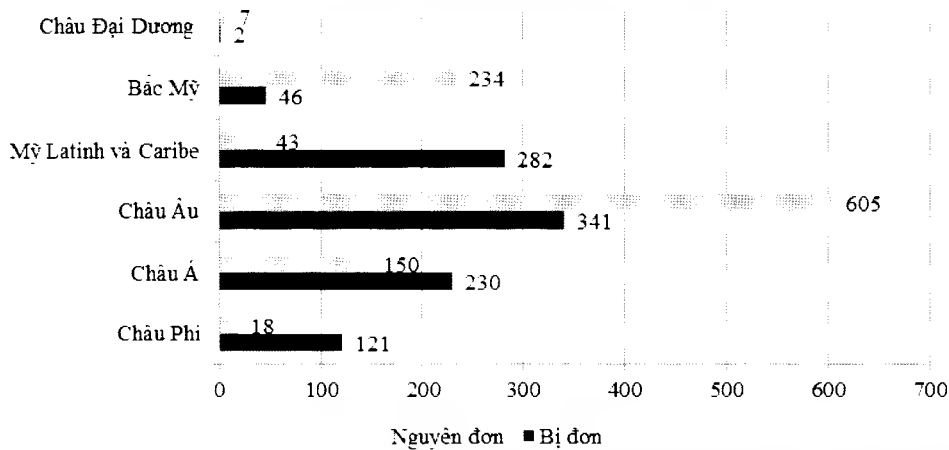
Theo Cơ sở dữ liệu Trung tâm chính sách đầu tư UNCTAD (truy cập ngày 21/10/2020), thế giới hiện có 3.291 IIA đã được ký kết (2.902 hiệp định đầu tư song phương - Bilateral Investment Treaties BIT và 389 hiệp định có điều khoản đầu tư - Treaties with Investment Provisions TIP), trong đó 2.662 hiệp định đã đi vào hiệu lực. Số lượng IIA lớn cũng thể hiện sự hợp tác tự do hóa ngày càng lớn trong hoạt động đầu tư quốc tế, nhưng mặt khác cũng tạo điều kiện cho các mâu thuẫn dễ nảy sinh giữa chính phủ và nhà đầu tư và nhà đầu tư cũng có xu hướng sử dụng nhiều hơn quyền kiện chính phủ ra trọng tài quốc tế. Tính đến hết năm 2019, có 1.023 vụ tranh chấp ISDS, trong đó 343 vụ vẫn đang tiếp diễn. Giai đoạn 2015 - 2018, các tranh chấp ISDS có xu hướng lan rộng với trung bình 80 vụ kiện mỗi năm, nhưng số vụ kiện lại có dấu hiệu giảm mạnh vào năm 2019 với 55 vụ kiện mới khởi xướng (Hình 2). Theo UNCTAD (2020), vì một số vụ kiện có thể được giữ bí mật, số lượng

Hình 2. Số lượng ISDS phát sinh giai đoạn 2000- 2019 trên thế giới



Nguồn: Tác giả tổng hợp từ IDS Navigator; truy cập ngày 21/10/2020

Hình 3. Số lượng ISDS phân chia theo quốc tịch của nguyên đơn và bị đơn, tính đến năm 2019



Nguồn: Tổng hợp từ IDS Navigator, truy cập ngày 21/10/2020

IDS Navigator thống kê tất cả các vụ kiện ISDS từ khi cơ chế này ra đời

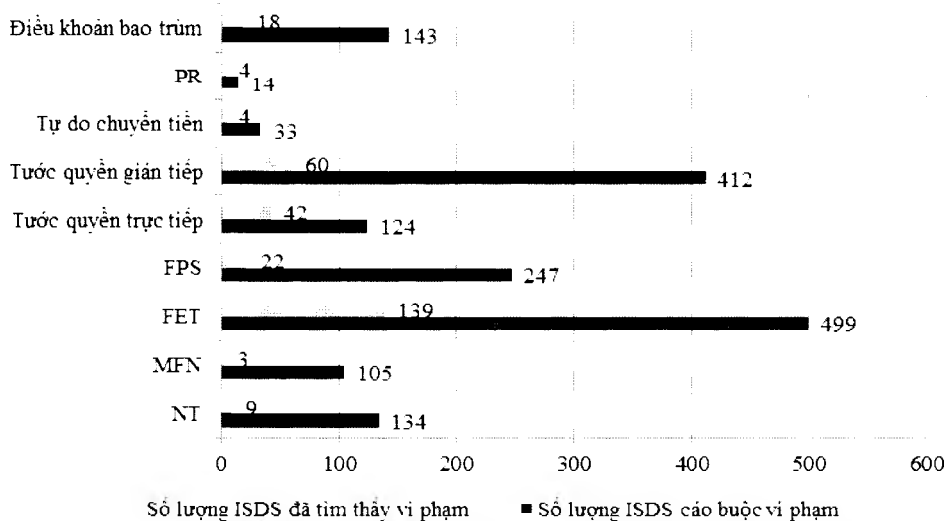
tranh chấp thực tế được đệ trình trong năm 2019 và các năm trước có thể sẽ cao hơn. Cho đến nay (tính từ thời điểm ra đời ISDS), 120 quốc gia và vùng kinh tế đã xuất hiện ít nhất một vụ kiện ISDS.

Quốc tịch của nguyên đơn trong các khiếu kiện ISDS chủ yếu đến từ Châu Âu và Bắc Mỹ (Hình 3) do đây cũng là hai khu vực có nhiều nhà đầu tư ra nước ngoài nhất. Trong

khi đó, hầu hết các quốc gia tại những khu vực còn lại như Châu Á, Châu Phi, Mỹ Latinh và Caribe đều là những bị đơn thường xuyên của các cáo buộc ISDS.

Trong năm 2019, phần lớn các trường hợp khởi kiện mới (80%) được đưa ra nhằm vào các nước đang phát triển và các nền kinh tế đang chuyển đổi. Bên khởi xướng các vụ kiện chủ yếu xuất phát từ các nhà đầu tư đến

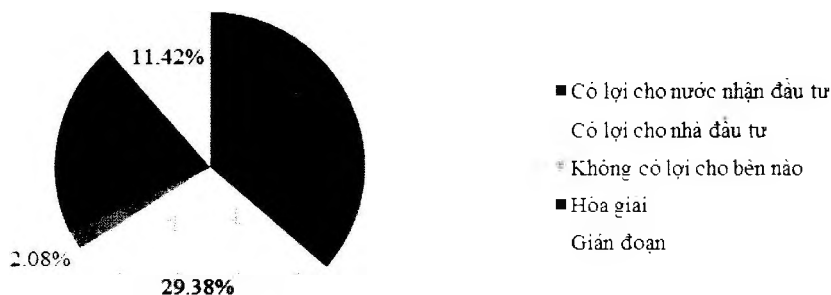
Hình 4. Các vi phạm tiêu chuẩn đối xử và bảo hộ trong tranh chấp ISDS, tính đến năm 2019



Nguồn: Tác giả tổng hợp từ IDS Navigator, truy cập ngày 21/10/2020

IDS Navigator thống kê tất cả các vụ kiện ISDS từ khi cơ chế này ra đời

Hình 5.
Các phán quyết trong tranh chấp ISDS tính đến năm 2019
Số lượng phán quyết



Nguồn: Tác giả tổng hợp từ IDS Navigator; truy cập ngày 21/10/2020
IDS Navigator thống kê tất cả các vụ kiện ISDS từ khi cơ chế này ra đời

từ các nước phát triển (chiếm khoảng 70% trong số 55 trường hợp đã được thống kê bởi UNCTAD vào năm 2019). Số lượng vụ kiện nhiều nhất đến từ các nhà đầu tư của Anh và Hoa Kỳ, với bảy vụ kiện đến từ mỗi quốc gia trong năm 2019 (UNCTAD, 2020).

Về thực trạng vi phạm các tiêu chuẩn đối xử và bảo hộ, FET là một điều khoản phổ biến trong hầu hết các IIA. Do tính mơ hồ và phạm vi áp dụng rộng mà FET cũng chính là điều khoản thường xuyên có mặt nhất trong các cáo buộc ISDS trên thế giới, với 499 tranh chấp lấy căn cứ từ vi phạm điều khoản này (Hình 4). Ngoài FET, các điều khoản liên quan đến tước quyền sở hữu và FPS cũng có tần suất xuất hiện đáng kể trong các tranh chấp đầu tư quốc tế. Các điều khoản NT, MFN, PR và tự do chuyển tiền cho dù cũng trở thành căn cứ cho nhiều cáo buộc vi phạm IIA nhưng thực tế ít khi những vi phạm này thực sự được tìm thấy. Trong các vụ kiện đã có kết luận chính thức, 36,50% phán quyết có lợi cho quốc gia nhận đầu tư và 29,38% phán quyết có lợi cho nhà đầu tư, hầu hết số còn lại là các phán quyết hủy bỏ tranh chấp hoặc hòa giải (Hình 5).

Trong trường hợp thua kiện thì thiệt hại cho chính phủ sở tại thường rất nặng nề. Theo UNCTAD (2018), trong các phán

quyết ủng hộ nhà đầu tư, quốc gia nhận đầu tư thường phải bồi thường trung bình là 504 triệu USD cho một vụ kiện ISDS. Ba vụ kiện liên quan đến công ty Yukos (do Hulley Enterprises, Veteran Petroleum và Yukos Universal khởi kiện Liên bang Nga vào năm 2005) có tổng mức bồi thường cao nhất lịch

sử lên đến 50 tỷ USD (UNCTAD, 2018, tr.95). Cho dù tỷ lệ phán quyết nghiêng về phía quốc gia sở tại nhiều hơn nhưng ngay cả trong trường hợp thắng kiện, chính phủ bị đơn thường gặp khó khăn trong việc đòi những khoản chi trả phí pháp lý từ bên thua kiện. Nếu nhà đầu tư nước ngoài từ chối hoặc không tự nguyện thanh toán, các quốc gia sở tại sẽ mất thêm chi phí và nguồn lực để giải quyết các bất đồng. Ngoài ra một số vụ kiện thực tế cho thấy, ngay cả khi một quốc gia bị đơn nhận được phán quyết có lợi trong các vụ kiện thì vẫn có thể phải trả các chi phí cho trọng tài.

Tính đến hết năm 2019, Việt Nam đã là bị đơn trong 8 vụ kiện ISDS, trong đó 3 vụ được xử có lợi cho Việt Nam, một vụ với phán quyết có lợi cho nhà đầu tư, một vụ được giải quyết thông qua hòa giải, một vụ đã bị hủy bỏ và 2 vụ vẫn đang tiếp diễn (IDS Navigator truy cập ngày 21/10/2020).

4. Phân tích trường hợp tranh chấp ISDS giữa Tập đoàn khai thác Copper Mesa và Cộng hòa Ecuador năm 2011

Bài viết lựa chọn phân tích vụ tranh chấp ISDS thực tế giữa tập đoàn khai thác Copper Mesa và Cộng hòa Ecuador để tìm

hiều về tình trạng vi phạm các tiêu chuẩn đối xử và bảo hộ đầu tư hiện nay.

4.1. Tóm tắt các sự kiện chính

Năm 2005, Copper Mesa, một Tập đoàn khai thác của Canada đã mua lại quyền khai thác mỏ đồng tại Junín, và thông qua công ty con tại Ecuador mua lại hai khu mỏ lân cận là Chaucha và Telimbela. Kể từ đó, Copper Mesa đã thực hiện một loạt các khoản chi liên quan đến dự án khai thác như: tiến hành một báo cáo địa chất, mua một vùng đất lân cận và diện tích đất bề mặt tại và xung quanh các khu vực mỏ, chuẩn bị và đệ trình một nghiên cứu về tác động môi trường cho giai đoạn thăm dò, thuê một đội ngũ nhân viên của Ecuador và cam kết cung cấp nguồn lực cho các dịch vụ xã hội và phát triển cộng đồng.

Vào tháng 4 năm 2008, Hội đồng lập hiến của Ecuador đã thông qua Pháp lệnh Khai khoáng, tuyên bố rằng các khoáng sản được khai thác phải phù hợp với lợi ích quốc gia và cấp quyền cho việc chấm dứt quyền khai thác mà không cần bồi thường kinh tế đối với những khu vực mỏ không đáp ứng yêu cầu của Pháp lệnh.

Tháng 10/2008, căn cứ theo Pháp lệnh Khai khoáng 2008, Bộ trưởng Bộ Khai khoáng Ecuador đã ra Nghị quyết chấm dứt các quyền khai thác mỏ tại Junín mà không cần bồi thường kinh tế, với lý do Copper Mesa đã không tiến hành quy trình trưng cầu dân ý tại địa phương về các tác động của việc khai thác tới môi trường. Copper Mesa đã làm đơn kháng cáo về quyết định trên nhưng không được chấp nhận với lập luận rằng việc tước quyền sử dụng đất tại Junín là một vấn đề hợp pháp thuộc phạm vi chính sách công.

Tháng 1 năm 2009, Ecuador tiếp tục ban hành Luật Khai khoáng mới, trong đó quy định rằng các khu vực khai thác và các dự án

khai thác mà Nhà nước Ecuador đã tiến hành nghiên cứu/ thăm dò địa chất, và nghiên cứu khả thi/tiền khả thi sẽ phải trả lại cho Nhà nước. Ngày 19/6/2009, cả ba dự án Junín, Chaucha và Telimbela của Copper Mesa đều được xác định là những dự án mà Nhà nước Ecuador đã tiến hành điều tra địa chất. Và theo Luật Khai khoáng mới, các dự án khai thác này sẽ phải trả lại cho Nhà nước.

Tháng 01/2011, Copper Mesa đã bắt đầu các thủ tục tố tụng trọng tài chống lại Chính phủ Ecuador theo Quy tắc Trọng tài UNCITRAL 1976 theo Điều XIII của Hiệp định đầu tư song phương (BIT) Canada-Ecuador (1996).

4.2. Các vi phạm tiêu chuẩn đối xử và bảo hộ

Copper Mesa cáo buộc rằng hành vi của Chính phủ Ecuador đã vi phạm một số điều khoản bảo hộ nhà đầu tư đã được cam kết trong Canada - Ecuador BIT (1996). Hội đồng trọng tài quốc tế đồng ý với hầu hết các cáo buộc này. Cụ thể:

Về việc tước quyền bất hợp pháp, Copper Mesa cho rằng Chính phủ Ecuador đã trực tiếp tước quyền khai thác Junín cũng như gián tiếp tước quyền sở hữu của tập đoàn đối với hai khu vực khai thác còn lại là Chaucha và Telimbela bằng cách tiết lộ tên của hai khu vực này trong danh sách những dự án mà Nhà nước đã tiến hành điều tra địa chất. Từ mùa thu năm 2008, Copper Mesa tuyên bố rằng họ đã theo đuổi việc bán lại hai khu mỏ này nhưng mỗi lần thử đều thất bại do những rủi ro xung quanh quyền phát triển các dự án khai thác của mình.

Hội đồng trọng tài quyết định rằng các Nghị quyết chấm dứt quyền khai thác mỏ không chỉ là các biện pháp điều chỉnh thông thường, được ban hành và thực thi theo cách tùy tiện và không có quy trình đúng hạn, không có bất kỳ sự đánh giá kịp thời nào của cơ quan tư pháp hoặc cơ quan

độc lập khác tại Ecuador, do đó việc tước quyền khai thác mỏ mà không có bất kỳ khoản bồi thường và thủ tục tố tụng nào đối với việc chiếm đoạt đó, là một hành vi tước quyền bất hợp pháp, đồng thời cũng vi phạm tiêu chuẩn FET. Tuy nhiên, cáo buộc liên quan đến hai khu vực khai thác còn lại là Chaucha và Telimbela bị bác bỏ do Copper Mesa không phải là chủ sở hữu trực tiếp của hai mỏ này và không có đủ bằng chứng cho thấy sự tác động Luật Khai khoáng 2009 tới giá trị của hai khu mỏ.

Về tiêu chuẩn FET, Copper Mesa cho rằng các khoản đầu tư của mình đã không được đối xử công bằng và thỏa đáng theo các nguyên tắc của luật pháp quốc tế. Cụ thể, không có căn cứ pháp lý nào để Chính phủ Ecuador tước quyền của Copper Mesa dựa trên lý do thiếu quy trình trưng cầu dân ý tại địa phương, khi mà bản thân Chính phủ cũng phải chịu một phần trách nhiệm về những thiếu sót này. Ngoài ra, Chính phủ Ecuador còn từ chối tất cả các kháng cáo sau đó từ Copper Mesa liên quan đến cả ba khu mỏ.

Về tiêu chuẩn FPS, Chính phủ Ecuador bị cáo buộc đã không thi hành các biện pháp cần thiết để đảm bảo an toàn cho các nhân viên Copper Mesa từ các cuộc biểu tình của người dân địa phương trong giai đoạn 2005- 2007, thêm vào đó còn đình chỉ mọi hoạt động của họ tại khu vực Junín.

Hội đồng trọng tài phán quyết rằng Chính

phủ Ecuador đã vi phạm các tiêu chuẩn FET và FPS vào tháng 9/2007. Vào thời điểm đó, thay vì hỗ trợ Copper Mesa hoàn thành các tham vấn và các yêu cầu khác trong nghiên cứu về tác động môi trường cho giai đoạn thăm dò, Chính phủ Ecuador lại sử dụng các lực lượng pháp lý để phong tỏa khu vực khai thác.

Về tiêu chuẩn NT, Copper Mesa cho rằng ENAMI (Empresa Nacional Minera del Ecuador), một công ty khai thác thuộc sở hữu nhà nước, đã được Chính phủ Ecuador đối xử thuận lợi hơn. Cụ thể, ENAMI đã được cấp quyền ưu tiên đối với các dự án khai thác theo Điều 20 trong phần Quy định chung của Luật Khai khoáng 2009 mà không có lý do cụ thể nào. Tuy nhiên, dựa trên bằng chứng hiện có, Hội đồng trọng tài không tìm thấy vi phạm rõ ràng do Quy định chung về Luật Khai khoáng năm 2009 thiết lập các quyền ưu đãi của ENAMI chỉ được ban hành vào ngày 04/11/2009. Thêm vào đó, các quyền ưu đãi của ENAMI, dựa trên vị thế là một công ty khai thác quốc gia thuộc sở hữu nhà nước chứ không phải do mang quốc tịch Ecuador.

Cuối cùng, tổng số tiền bồi thường Chính phủ Ecuador phải trả cho Copper Mesa theo phán quyết trọng tài là 19,40 triệu USD. Hai bên sẽ chịu chi phí trọng tài như nhau (Amir & Truque, 2016). Tóm tắt toàn bộ tranh chấp được trình bày trong Bảng 2.

Bảng 2. Tóm tắt tranh chấp ISDS giữa Tập đoàn khai thác Copper Mesa và Cộng hòa Ecuador

Thông tin chính	Copper Mesa v. Ecuador (2011)
IIA được sử dụng làm căn cứ khởi kiện	Canada - Ecuador BIT (1996)
Các điều khoản bị cáo buộc vi phạm	FET, FPS, NT, Tước quyền trực tiếp, Tước quyền gián tiếp
Các điều khoản tìm thấy vi phạm	FET, FPS, Tước quyền trực tiếp, Tước quyền gián tiếp
Số tiền yêu cầu bồi thường	69,70 triệu USD
Số tiền bồi thường theo phán quyết trọng tài	19,40 triệu USD

Nguồn: IDS Navigator

5. Kết luận

Thông qua việc phân tích thực trạng tính đến năm 2019 và tìm hiểu tranh chấp thực tiễn giữa nhà đầu tư đến từ Canada và Chính phủ Ecuador, bài viết đưa tới kết luận rằng tình trạng vi phạm các nghĩa vụ đối xử và bảo hộ đầu tư vẫn đang khá phổ biến trong các tranh chấp ISDS trên thế giới. Những điều khoản có mức độ vi phạm cao nhất là FET và các hành vi tước quyền bất hợp pháp. Các điều khoản còn lại có mức độ vi phạm thấp hơn nhưng đều có xu hướng làm gia tăng nguy cơ rủi ro pháp lý của chính phủ nhận đầu tư. Báo cáo của UNCTAD (2020) cho thấy nguyên đơn trong các vụ tranh chấp ISDS chủ yếu là các nhà đầu tư tới từ nền kinh tế đã phát triển, trong khi bị đơn lại thường là chính phủ các quốc gia đang phát triển. Ngay cả trong trường hợp nhận được phán quyết có lợi thì chính phủ nhận đầu tư vẫn phải gánh chịu một số thiệt hại tài chính nhất định, và thiệt hại sẽ gia tăng đáng kể nếu các vi phạm được phát hiện. Với xu hướng những liên kết kinh tế

song phương và đa phương ngày càng gia tăng, các quốc gia, đặc biệt là quốc gia đang phát triển, nên thận trọng hơn trong vấn đề cam kết và thực thi cam kết của mình trong các IIA để hạn chế những rủi ro pháp lý và tài chính không mong muốn.

Bài viết sử dụng phương pháp nghiên cứu trường hợp để minh họa về một số tình huống vi phạm điều khoản về tiêu chuẩn đối xử và bảo hộ trong IIA thông qua vụ tranh chấp thực tế giữa tập đoàn khai thác Copper Mesa và Cộng hòa Ecuador. Vụ tranh chấp tuy tương đối điển hình, minh họa được những vi phạm thường xuyên gặp phải nhất, nhưng chưa thể bao trùm và đại diện cho tất cả tình huống vi phạm có thể xảy ra trong thực tế, mà mới chỉ cung cấp hình dung ban đầu về mối liên hệ giữa tranh chấp ISDS và các điều khoản bảo hộ trong IIA. Từ hạn chế nêu trên, tác giả hy vọng những nghiên cứu tiếp theo có thể theo hướng tổng hợp được các tranh chấp thực tế đại diện cho từng nhóm vi phạm hoặc giới hạn phạm vi nghiên cứu cho một khu vực địa lý hay nhóm quốc gia cụ thể ■

Tài liệu tham khảo

- Amir, I.M. & Truque, D.R. (2016), *Copper Mesa Mining Corporation Canada v The Republic of Ecuador - PCA Case 2012-02- Award- Redacted- 15 March 2016*, truy cập ngày 21/10/2020 từ <https://www.transnational-dispute-management.com/legal-and-regulatory-detail.asp?key=17123>
- APEC & UNCTAD (2012). *International Investment Agreements Negotiators Handbook: APEC/UNCTAD MODULES (IIA Handbook)*. Singapore: APEC Secretariat.
- Mobil Investments Inc. and Murphy Oil Corporation v. Government of Canada (2017), truy cập ngày 21/10/2020 từ <https://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/topics-domaines/dis-disp/mobil.aspx?lang=eng>
- Nguyễn Thị Anh Thơ (2019), "Cơ chế giải quyết tranh chấp đầu tư quốc tế trong các hiệp định thương mại tự do thế hệ mới mà Việt Nam là thành viên", *Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp*, số 21 (397), 18-31.
- UNCTAD (2014), *Investor-State Dispute Settlement, Series on Issues in International Investment Agreements II*. New York & Geneva: United Nations.
- UNCTAD (2017), *Improving Investment Dispute Settlement: Unctad Policy Tools*. New York & Geneva: United Nations.
- UNCTAD (2018), *World Investment Report 2018: Investment and New Industrial Policies*, New York & Geneva: United Nations.
- UNCTAD (2019), *World Investment Report 2019: Special Economic Zones*, New York & Geneva: United Nations.
- UNCTAD (2020), *World Investment Report 2020: International Production Beyond The Pandemic*, New York & Geneva: United Nations.
- UNCTAD, *IIA Navigator* truy cập ngày 21/10/2020 từ <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>
- UNCTAD, *IDS Navigator* truy cập ngày 21/10/2020 từ <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement>
- Vũ Chí Lộc (2012), *Giáo trình đầu tư quốc tế*, Hà Nội: NXB Đại học Quốc gia Hà Nội.