

ÁP DỤNG QUY ĐỊNH TRƯỜNG HỢP NGOẠI LỆ VỀ MÔI TRƯỜNG TRONG PHÁP LUẬT ĐẦU TƯ QUỐC TẾ VÀ MỘT SỐ SO SÁNH VỚI THỰC TIỄN VIỆT NAM

Trần Thăng Long*

* TS. Phó Trưởng khoa Ngoại ngữ Pháp lý, Trường Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh

Thông tin bài viết:

Từ khóa: trường hợp ngoại lệ, hiệp ước đầu tư, sung công, môi trường, luật đầu tư quốc

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 17/09/2018

Biên tập : 02/12/2018

Duyệt bài : 07/12/2018

Article Information:

Keywords: exceptions, investment treaty, expropriation, environment, international investment law.

Article History:

Received : 17 Sep. 2018

Edited : 02 Dec. 2018

Approved : 07 Dec. 2018

Tóm tắt:

Hiện nay, các hiệp định đầu tư thường có quy định về trường hợp ngoại lệ, trong đó tạo cơ sở pháp lý cho quốc gia tiếp nhận đầu tư thực hiện các biện pháp can thiệp dẫn đến việc tước quyền sở hữu của nhà đầu tư. Điều quan trọng là, một khi các biện pháp tước hữu được thực hiện trên cơ sở các ngoại lệ về môi trường, các quốc gia cần cân nhắc và chuẩn bị kỹ lưỡng về cơ sở pháp lý, cơ sở khoa học và các luận cứ cho hành vi của mình và lưu ý đến vấn đề bồi thường một cách hợp lý và thỏa đáng cho các nhà đầu tư.

Abstract

Currently, investment treaties often retain the provisions on exception cases, which provide the legal ground for the host country to implement interventions to the deprivation of investor ownership. It is important that, once deprivation measures are taken on the basis of environmental exceptions, the host countries should carefully consider and prepare the legal grounds, scientific justifications and arguments for their behavior and attention to the issue of compensation reasonable and satisfactory for the investors.

1. Ngoại lệ về môi trường trong luật đầu tư quốc tế

1.1. Khái quát chung

Luật đầu tư quốc tế có những ngoại lệ cho việc áp dụng và tuân thủ các cam kết quốc tế của các quốc gia tiếp nhận đầu tư. Mục đích chung của các ngoại lệ là tạo ra

công cụ cân bằng giữa yêu cầu của bảo hộ đầu tư nước ngoài và bảo vệ các giá trị hoặc các mục tiêu khác, do đó chúng là cơ sở để các quốc gia liên quan tiến hành các hành động đối với nhà đầu tư, ví dụ như nhằm bảo vệ sức khỏe con người, môi trường¹. Về cơ bản, các ngoại lệ trong luật đầu tư quốc

1 Đại học Luật Hà Nội (2017), Giáo trình Luật Đầu tư quốc tế, Nxb. Thanh Niên, Hà Nội, tr. 611.

tế bao gồm: các ngoại lệ chung, các ngoại lệ cụ thể nêu ra trong các hiệp định đầu tư và những ngoại lệ riêng cho từng quốc gia. Trong đó, các ngoại lệ chung thường gắn với việc thực thi các nguyên tắc về bảo hộ đầu tư, về cơ bản tương tự như Điều XX của GATT² và Điều XIV của GATS trong khuôn khổ WTO.

Các ngoại lệ về môi trường thường có thể hiểu là những ngoại lệ mà trong đó, lý do về môi trường là cơ sở của việc áp dụng các biện pháp, bao gồm việc bảo vệ, gìn giữ và ngăn ngừa những nguy cơ tác động tiêu cực đến môi trường. Hiện nay, các hiệp định đầu tư có quy định về trường hợp ngoại lệ này, thể hiện dưới dạng “sự cần thiết để bảo vệ sức khỏe của con người, động thực vật” và “liên quan đến việc bảo tồn các tài nguyên có thể bị cạn kiệt của quốc gia”. Các ngoại lệ về môi trường là cơ sở của việc tiến hành biện pháp truat hữu và cũng là tiêu chí để đánh giá tính “hợp pháp” của biện pháp truat hữu mà quốc gia tiếp nhận đầu tư đã thực hiện. Các ngoại lệ này chính là những ngoại lệ chung của các hiệp định đầu tư và là một các cơ sở dẫn đến việc áp dụng các biện pháp truat hữu dựa trên lý do về môi trường. Nhìn chung bao gồm các dạng: (i) lý do bảo vệ môi trường là cơ sở dẫn đến việc truat hữu, thông thường là truat hữu gián tiếp; (ii) biện pháp truat hữu được thực hiện dựa trên cơ sở của những vi phạm pháp luật của nhà đầu tư về vấn đề bảo vệ môi trường, trong đó bao gồm việc phòng tránh các thảm họa môi trường hoặc sau khi xử lý các sự cố nghiêm

trọng về môi trường.

1.1. Điều kiện áp dụng các ngoại lệ về môi trường

Trong các hiệp định đầu tư quốc tế, các ngoại lệ về môi trường nhìn chung được mô phỏng theo Điều XX của GATT. Vì vậy, chúng sẽ được giải thích dựa trên cơ sở các giải thích của GATT. Nói cách khác, căn cứ để giải thích tính phù hợp của các biện pháp áp dụng dựa trên lý do về môi trường sẽ được giải thích theo đúng cách giải thích của Điều XX của GATT và đã được làm rõ qua một số vụ kiện tại WTO³.

Thực tiễn phân xử tranh chấp của WTO cho thấy, để một biện pháp rơi vào phạm vi của đoạn (b) Điều XX, là một biện pháp “cần thiết để bảo vệ cuộc sống hoặc tình trạng sức khỏe con người, động vật hoặc thực vật”. Trong khi đó, để rơi vào phạm vi của đoạn (g) Điều XX, một biện pháp phải “liên quan đến việc bảo tồn tài nguyên thiên nhiên có thể cạn kiệt”. Thuật ngữ “liên quan đến” được định nghĩa là “có liên quan đến, được kết nối với”. Tuy nhiên, giữa đoạn (b) và (g) có những sự khác nhau. Đoạn (b) của Điều XX cho phép các quốc gia có thể có những hoạt động hạn chế “cần thiết” nhằm mục đích bảo vệ sức khỏe con người và động thực vật trong khi ở đoạn (g) thì quy định này lại được áp dụng ở một tiêu chuẩn thấp hơn, đó là chỉ cần “liên quan” đến việc bảo vệ nguồn tài nguyên thiên nhiên có thể bị cạn kiệt và biện pháp này phải được áp dụng song song với các biện pháp hạn chế sản xuất và tiêu dùng trong nước.

2 GATT - General Agreement on Tariffs and Trade: Hiệp ước chung về thuế quan và mậu dịch.

3 Xem vụ EC - Các biện pháp ảnh hưởng tới sản phẩm chứa a-mi-ăng và a-mi-ăng, WT/DS135/AB/R 443; Vụ Trung Quốc - Các biện pháp liên quan đến xuất khẩu các nguyên liệu thô, 355, WT/DS394/AB/R, WT/DS395/AB/R, WT/DS398/AB/R (ngày 30/1/2012); Vụ Hoa Kỳ - Các tiêu chuẩn đối với xăng dầu thường và xăng dầu tái chế, 22 WT/DS2/AB/R (ngày 29/4/1996; Vụ Thái Lan - Hạn chế nhập khẩu và áp thuế nội địa với thuốc lá, DS10/R-37S200 (ngày 05/10/1990).

Để đảm bảo rằng các biện pháp môi trường này không được áp dụng tùy tiện và không được sử dụng như một biện pháp bảo hộ trá hình, đoạn mở đầu của Điều XX có quy định 3 điều kiện để một thành viên có thể xem xét để áp dụng các biện pháp này: *Một là*, không tạo ra công cụ phân biệt đối xử tùy tiện; *Hai là*, không tạo ra sự phân biệt đối xử một cách vô lý; *Ba là*, không tạo ra một sự hạn chế trá hình đối với thương mại.

Như vậy các ngoại lệ tại Điều XX nói chung và tại đoạn (b) và (g) nói riêng là những ngoại lệ đối với các nghĩa vụ của một quốc gia thành viên. Tuy nhiên, các ngoại lệ này phải được thực hiện kèm theo những nghĩa vụ và điều kiện nhất định. Chính vì lý do đó, khi một quốc gia muốn áp dụng những ngoại lệ liên quan đến môi trường này họ phải chứng minh được rằng biện pháp mà mình áp dụng có được đề cập đến trong đoạn (b) và (g) hay không và có thỏa mãn những quy định của đoạn mở đầu của Điều XX hay không.

Tóm lại, theo thực tiễn của GATT 1947 và WTO, việc giải thích và áp dụng đúng Điều XX GATT phải được thực hiện bằng một cuộc kiểm tra gồm ba bước⁴: *Thứ nhất*, xác định xem chính sách theo đuổi của thành viên với việc áp dụng các biện pháp được đề cập đến có rơi vào phạm vi của các chính sách và động cơ liệt kê ở các đoạn từ (a) đến (j) hay không; *thứ hai*, tùy thuộc vào từng đoạn cụ thể từ (a) đến (j) nêu trên, xác định xem liệu biện pháp đó phải là ‘cần thiết’ hoặc ‘liên quan đến’ việc theo đuổi chính sách hay không; *thứ ba*, biện pháp này

cần phải được áp dụng phù hợp với đoạn mở đầu của Điều XX hay không.

1.3. Trách nhiệm bồi thường

Như trên đã phân tích, nguyên tắc trách nhiệm đền bù của bên gây ô nhiễm là nguyên tắc nền tảng của luật quốc tế về môi trường. Tuy nhiên, trong luật đầu tư quốc tế, nguyên tắc này chưa nhận được sự ủng hộ cần thiết để trở thành cơ sở pháp lý loại trừ trách nhiệm của nhà nước⁵. Về cơ bản, hầu hết các Hiệp định đầu tư song phương (BITs) đều bảo vệ nhà đầu tư khỏi việc bị truất hữu gián tiếp và các biện pháp có tác động tương đương và rất ít trường hợp quy định tình huống mà nhà nước không phải bồi thường khi áp dụng các biện pháp này.

Theo Dự thảo Công ước Havard về trách nhiệm quốc tế của nhà nước với thiệt hại của người nước ngoài thì việc tịch thu tài sản do ban hành chính sách nhằm đảm bảo trật tự công, đạo đức hoặc sức khỏe cộng đồng thì không phải bồi thường. Theo Julien Chaisse, tập quán quốc tế cho phép nhà nước có linh hoạt pháp lý trong một số tình huống đặc biệt và trong trường hợp không có ngoại trừ nào trong hiệp định thì nước nhận đầu tư cũng có thể biện giải biện pháp của mình theo thông lệ quốc tế. Những quy tắc này vẫn áp dụng trong trường hợp hiệp định không có quy định về an ninh quốc gia. Điều quan trọng là xác định được mức độ được phép ngoại trừ theo thông lệ quốc tế. Các trường hợp này gồm trường hợp bất khả kháng, tình cảnh hiểm nghèo và trường hợp cần thiết⁶.

4 Xinjie Luan & Julien Chaisse (2011), ‘Preliminary Comments on the WTO Seals Products Dispute: Traditional Hunting, Public Morals and Technical Barriers to Trade’, 22 Colo. J. Int'l envtl. l. & pol'y 79 (2011), dẫn trong Đại học Luật Hà Nội (2017), tldd, tr. 618.

5 Xem Rahim Moloo, Justin Jacino (2011), ‘Environmental and Health Regulation: Assessing Liability under Investment Treaties’, Berkeley Journal of International Law, Volume 29(1).

6 Julien Chaisse, bài giảng tại khóa đào tạo nâng cao về Luật đầu tư quốc tế và giải quyết tranh chấp giữa nhà đầu tư nước ngoài và chính phủ nước tiếp nhận đầu tư, Hà Nội, ngày 07-11/11/2016.

2. Thực tiễn áp dụng

Thực tiễn giải quyết tranh chấp về đầu tư quốc tế cho thấy, hầu hết các trường hợp tranh chấp giữa nhà đầu tư và quốc gia tiếp nhận đầu tư là có liên quan đến biện pháp truat hữu, tuy nhiên, chủ yếu là các biện pháp truat hữu gián tiếp. Trong hai thập kỷ vừa qua, các tranh chấp phát sinh giữa nhà đầu tư và nhà nước liên quan đến chính sách môi trường được xem xét ở các cơ quan trọng tài đầu tư quốc tế cho thấy, các biện pháp bị kiện liên quan đến khá nhiều lĩnh vực môi trường như chất thải nguy hại, đa dạng sinh học, ô nhiễm nước, không khí⁷.

Cần phải nhắc lại rằng, nếu việc tước đoạt trực tiếp phục vụ mục đích công cộng, ví dụ bảo vệ môi trường, được thực hiện một cách không phân biệt đối xử và phù hợp với quy trình pháp luật, quốc gia tiến hành trả tiền bồi thường nhanh chóng, đầy đủ, hiệu quả và việc tước đoạt sẽ được coi là hợp pháp.

** Chấm dứt dự án đầu tư nhằm ngăn ngừa nguy cơ gây ô nhiễm môi trường*

Về biện pháp này, vụ Metalclad và Mexico⁸ được xem là một trong những vụ việc tiêu biểu. Trong vụ việc này, chính quyền địa phương tại tiểu bang San Luis Potos, Mexico đã từ chối cho phép nhà máy của Metalclad, một công ty của Hoa Kỳ hiện đang quản lý một cơ sở xử lý chất thải nguy hại tại Mexico triển khai xây dựng dự án và hoạt động, dựa trên những bằng chứng cho rằng có khả năng chất thải được xử lý tại nhà máy sẽ làm ô nhiễm nguồn nước địa phương. Đồng thời, cơ sở để chấm dứt dự án này là do có các cuộc biểu tình công khai liên tục

phản đối hoạt động của công ty này. Sau đó, tiểu bang này cũng đã thông qua một Nghị quyết sinh thái. Nghị quyết tuyên bố một khu vực bảo tồn tự nhiên (bao gồm cả bãi rác) để bảo vệ các loài xương rồng quý hiếm. Quan điểm của phía Mexico là việc chấm dứt các hoạt động của Metalclad dựa trên mục đích công cộng, cụ thể là việc bảo vệ môi trường trước nguy cơ gây ô nhiễm do hoạt động của dự án chôn lấp chất thải nói trên.

Metalclad sau đó đã khởi kiện chính phủ Mexico, đòi bồi thường số tiền lên đến 90 triệu USD để bù đắp thiệt hại phát sinh. Công ty này cáo buộc chính quyền Mexico đã vi phạm một loạt các nguyên tắc về bảo hộ đầu tư và việc truat hữu mang tính phân biệt đối xử và được tiến hành không đúng thủ tục. Một Tòa án theo cơ chế bổ sung của ICSID đã thụ lý vụ việc và sau đó đưa ra phán quyết ủng hộ nhà đầu tư. Phía Mexico đã yêu cầu xem xét phán quyết này tại một Tòa án ở Canada. Tòa này hủy bỏ một phần của phán quyết nhưng vẫn yêu cầu Mexico phải bồi thường cho nhà đầu tư.

** Từ chối gia hạn giấy phép thực hiện dự án*

Biện pháp này được minh họa thông qua vụ Tecmed và Mexico. Technicas Medioambientales Tecmed S.A. (bên nguyên đơn) là một công ty Tây Ban Nha và là công ty mẹ của Technicas medioambientales Mexico, S.A. de C.V. (Tecmed), sở hữu 99% cổ phần của Tecmed, một công ty được thành lập theo luật pháp Mexico. Tecmed lại nắm giữ hơn 99% cổ phần của Cytrar, S.A. de C.V. (Cytrar) cũng là một công ty Mexico.

7 Nathalie Bernasconi-Osterwalder và Lise Johnson (2011), International Investment Law and Sustainable Development – Key cases from 2000 - 2010, International Institute for Sustainable Development.

8 Metalclad Corp. v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, Award (Metalclad Award), 30 August 2000, <https://www.italaw.com/cases/671>

Cytrar đã được cấp phép nhằm thực hiện dự án chôn lấp chất thải công nghiệp nguy hại (bãi rác) tại khu đô thị của Hermosillo, nằm ở bang Sonora, Mexico bởi cơ quan chính phủ Mexico là INE vào năm 1996. Đến năm 1998, INE ban hành nghị quyết từ chối gia hạn giấy phép và thay vào đó tìm cách để Cytrar đóng bãi rác. Lý do mà INE nêu ra là do sự thay đổi chính quyền của thành phố Hermosillo. Tecmed cho rằng việc không gia hạn giấy phép cấu thành việc chiếm đoạt tài sản, và do đó đã khởi kiện đòi bồi thường thiệt hại vật chất và danh tiếng cũng như lợi ích liên quan đến thiệt hại vào thời điểm INE từ chối đơn xin gia hạn.

Trong vụ này, nhà đầu tư cho rằng chính quyền Mexico đã phân biệt đối xử và không thực hiện đối xử công bằng và bình đẳng cũng như đã thực hiện trút hữu tài sản của họ. Tòa Trọng tài giải quyết vụ việc đã lập luận theo hướng có lợi cho nhà đầu tư, kết luận rằng hành động từ chối gia hạn giấy phép đã tạo nên một sự trút hữu. Điều quan trọng là, các yếu tố thúc đẩy việc từ chối của INE chủ yếu là vì lý do chính trị và không phải môi trường, và mong muốn của cộng đồng là không quá lớn để dẫn đến khủng hoảng xã hội hay bất ổn công cộng, từ đó khó có thể cho rằng lợi ích công cộng bị ảnh hưởng là lớn hơn việc mất đi tài sản của phía Tecmed. Từ đó, Tòa Trọng tài kết luận rằng, nghị quyết của INE là không phù hợp, nghị quyết và hiệu lực của nó dẫn đến việc tước quyền vi phạm các hiệp định và luật pháp quốc tế⁹.

** Cấm thực hiện dự án vì lý do môi trường*

Vụ kiện S.D. Myers, Inc. v Canada¹⁰ là một ví dụ tiêu biểu. S.D. Myers, Inc. (“SDMI”) là một công ty Hoa Kỳ có đầu tư ở Canada với tên gọi là Myers Canada. Một trong các lĩnh vực kinh doanh chủ chốt của SDMI là xử lý Polychlorinated biphenyl (PCB). Đây là một chất nguy hại đến môi trường sử dụng chủ yếu trong các thiết bị điện. MYERS Canada được thành lập để thu gom chất thải PCB của Canada để xử lý bởi SDMI tại cơ sở ở Hoa Kỳ.

Năm 1980, Hoa Kỳ đóng cửa biên giới đối với chất thải PCB nhưng vào mùa thu 1995 Hoa Kỳ lại cấp phép cho SDMI trong 25 tháng để nhập khẩu chất thải PCB từ Canada. Ngay sau đó, Canada đã ra một lệnh cấm xuất khẩu PCB sang Hoa Kỳ do đó khiến SDMI và cơ sở đầu tư của bên này ở Canada không tiến hành được hoạt động dự kiến. SDMI đã khiếu nại theo Chương 11 NAFTA rằng lệnh cấm của Canada vi phạm nghĩa vụ NAFTA. Tòa Trọng tài kết luận rằng, lệnh cấm của Canada không phải vì lý do môi trường như Canada nêu. Trái lại, lệnh cấm này chủ yếu nhằm bảo hộ ngành xử lý chất thải PCB của Canada trong cuộc cạnh tranh với Hoa Kỳ và ưu đãi hơn cho doanh nghiệp của Canada so với doanh nghiệp nước ngoài. Tòa kết luận, SD Myers và cơ sở đầu tư của bên này tại Canada bị ngăn cản thực hiện hoạt động kinh doanh dự kiến. Đây là một bất lợi rõ ràng cho bên này so với các đối thủ cạnh tranh Canada. Vì thế Tòa Trọng tài đã kết luận rằng việc ban hành lệnh cấm là vi phạm Điều 1102.

** Xử phạt vi phạm về môi trường như một biện pháp trút hữu gián tiếp*

9 Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. (“Tecmed”) v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2, Award, 43 I.L.M. 133 (2004).

10 S.D. Myers v. Government of Canada, UNCITRAL, 2002

Vụ công ty Newmont làm ô nhiễm Vịnh Buyat, Indonesia là một ví dụ điển hình. Vụ việc này tương tự như trường hợp vụ việc của Vedan và Formosa ở Việt Nam. Trong vụ kiện này, PT Newmont Minahasa Raya là một công ty con của tập đoàn khai thác mỏ Newmont đã tiến hành dự án khai thác mỏ vàng Mesel ở Bắc Sulawesi, Indonesia từ năm 1996 đến năm 2004. Dự án này sau đó chấm dứt hoạt động vì lý do đã khai thác hết quặng vàng ở đây. Newmont đã được phép đổ chất thải đá là phần đá được nghiền mịn sau khi tách và lấy ra vàng theo một đường ống dẫn dài 900 mét trên đáy biển ở độ sâu 82 mét tại vịnh Buyat Bay. Sau khi việc thải đổ được tiến hành đã gặp phải phản ứng quyết liệt từ các cộng đồng địa phương và các tổ chức phi chính phủ khi tuyên bố rằng các chất thải này đã làm gây ô nhiễm Vịnh Buyat đồng thời gây ra tác động bất lợi cho sức khỏe của các cư dân địa phương. Trên cơ sở của những phản ứng này, một số nghiên cứu được thực hiện dưới sự ủy quyền bởi cả Chính phủ Indonesia và Newmont. Kết quả là trong nước đã phát hiện có chất asenic và thủy ngân ở nồng độ cao. Đáng chú ý là, một nghiên cứu của Chính phủ Indonesia đã cho thấy chất thải từ mỏ vàng để lại hàm lượng asen và thủy ngân cao trong trầm tích trên đáy vịnh, sau đó chúng được thẩm thấu vào các sinh vật sống dưới tầng đáy là thức ăn cho các loài cá trong vùng biển này. Nghiên cứu này sau đó đã khuyến cáo người dân giảm tiêu thụ cá và nêu ra phương án di dời làng chài với 300 cư dân khỏi khu vực này.

Bộ Môi trường Indonesia đã tuyên bố rằng, Newmont đã không được phép đưa

ra môi trường lượng chất thải lớn như vậy. Đồng thời, Bộ khẳng định hành vi đổ chất thải ra biển của Newmont là đã vi phạm Quy định số 19/1994 của Chính phủ về Quản lý chất thải nguy hiểm và độc hại, cùng với hai quy định khác được ban hành năm 1999 (số 9 và số 85) của Indonesia. Kết quả là, vào ngày 9/3/2005, Bộ Môi trường đã đệ đơn kiện chống lại PT Newmont Minahasa Raya tại Tòa án Quận Nam Jakarta, đòi bồi thường thiệt hại với số tiền là 133,6 triệu USD nhằm để phục hồi môi trường ở Vịnh Buyat và việc di dời cư dân địa phương¹¹. Kèm theo đó là một yêu cầu khởi tố hình sự chống lại công ty và chủ tịch công ty này là Richard Ness vì lý do đã gây ô nhiễm Vịnh Buyat với mục đích nhằm ngăn chặn các công ty khác vi phạm luật môi trường quốc gia.

Sau đó, Tòa án Quận Nam Jakarta đã bác bỏ khiếu kiện dân sự của Bộ Môi trường chống lại Newmont. Cuối cùng, vào ngày 16/2/2006, Chính phủ Indonesia đã thỏa thuận với Newmont khoản tiền 30 triệu USD, sau đó hai bên đã ký kết một 'Thỏa thuận thiện chí'. Trong thỏa thuận này, Chính phủ Indonesia đồng ý rằng các điều tra khoa học sâu hơn về việc liệu các hoạt động của Newmont có gây ra bất kỳ tác động xấu nào đến môi trường ở vịnh Buyat hay không và liệu chúng có tác động tiêu cực tới sức khỏe ở người dân địa phương hay không sẽ được tiến hành bởi một Hội đồng gồm 6 nhà khoa học trong 10 năm. Đổi lại, Newmont đã đồng ý thành lập một quỹ từ thiện để giám sát việc phân bổ tiền hỗ trợ Hội đồng khoa học cũng như các dự án khác trong cộng đồng địa phương¹².

11 Cultural Survival, "Newmont to pay 30 million to end pollution suit", 16 February 2004, <<https://www.culturalsurvival.org/news/campaign-update-newmont-pay-30-million-end-pollution-suit>>.

12 "Buyat Bay: History and Status," Newmont Brochure, May 2006, <http://www.newmont.com>. Xem thêm "The Government of Indonesia and Newmont Announce Buyat Bay Agreement", 16 February, 2006, <<https://www.newmont.com/newsroom/newsroom-details/2006/The-Government-of-Indonesia-and-Newmont-Announce-Buyat-Bay-Agreement/default.aspx>>.

** Nhận xét:*

Các vụ kiện nói trên là những vụ kiện tiêu biểu trong hoạt động đầu tư quốc tế và đều có liên quan đến việc áp dụng đến các ngoại lệ về môi trường. Các biện pháp mà chính phủ thực hiện nhìn chung đã đáp ứng các tiêu chí để cấu thành nên hành vi truat hữu tài sản của nhà đầu tư và do đó đều bị nhà đầu tư áp dụng các quy định từ các hiệp định đầu tư tương ứng để khởi kiện đòi bồi thường. Trong các vụ kiện này, các Tòa Trọng tài có khuynh hướng ủng hộ nhà đầu tư bằng việc đưa ra những kết luận có lợi cho nhà đầu tư. Tuy nhiên, điều này cũng xuất phát từ thực tế rằng các cơ sở pháp lý mà các chính phủ đưa ra chưa thuyết phục trọng tài về tính hợp lý, sự đảm bảo các quy tắc về truat hữu hợp pháp và tính khoa học của những bằng chứng đưa ra, chẳng hạn như lập luận về tính cần thiết khi thực hiện biện pháp vì mục đích đảm bảo lợi ích công cộng. Điều quan trọng là mặc dù các lý do về môi trường có thể được viện dẫn như là căn cứ để tiến hành các biện pháp truat hữu và ở góc độ nào đó, các căn cứ này đã cho thấy những biện pháp truat hữu là hợp pháp, việc bồi thường luôn được đặt ra. Điều này rõ ràng là một điểm mà các quốc gia tiếp nhận đầu tư không mong đợi và vì vậy sẽ phải rất cẩn trọng trong các quyết định liên quan đến khoản đầu tư của nhà đầu tư nước ngoài, ngay cả trong trường hợp có cơ sở về mối quan ngại môi trường.

3. Ngoại lệ về môi trường trong các hiệp định đầu tư của Việt Nam và một số bài học kinh nghiệm

3.1. Ngoại lệ về môi trường trong các hiệp định đầu tư của Việt Nam

Hiện nay Việt Nam đã tham gia gần 70 Hiệp định đầu tư song phương (BITs) và Hiệp định thương mại tự do có quy định về vấn đề đầu tư¹³. Các hiệp định này đều chứa đựng những nội dung cơ bản như bảo hộ đối với nhà đầu tư, các nguyên tắc bảo hộ đầu tư và các bảo đảm khác, cơ chế giải quyết tranh chấp và việc giải quyết những vấn đề liên quan¹⁴. Mặc dù vậy, các ngoại lệ liên quan đến môi trường trong các BITs của Việt Nam hầu như không tồn tại. Trong khi đó, các ngoại lệ này được thể hiện dưới dạng các ngoại lệ chung ở các hiệp định đầu tư giữa ASEAN và các đối tác. Nhìn chung, chúng có nội hàm và cách thể hiện tương tự Điều XX của GATT.

Chẳng hạn, Hiệp định đầu tư toàn diện ASEAN (ACIA) tại Điều 14 quy định điều kiện để tiến hành biện pháp truat hữu (trong Hiệp định được sử dụng dưới thuật ngữ “sung công” hoặc quốc hữu hóa trực tiếp hoặc các biện pháp tương tự, bao gồm: (a) phục vụ cho mục đích công cộng; (b) thực hiện mà không có phân biệt đối xử; (c) có bồi thường kịp thời, đầy đủ và hiệu quả; và (d) tuân thủ đúng quy trình của pháp luật. Điều 17 quy định về các ngoại lệ chung, cho phép các quốc gia thành viên áp dụng các biện pháp thích hợp, miễn là chúng không tạo thành phương tiện phân biệt đối xử tùy tiện hoặc vô lý giữa các nước thành viên hoặc nhà đầu tư của các nước thành viên nơi có điều kiện tương tự, hoặc hạn chế trách nhiệm đối với các nhà đầu tư của nước thành viên khác và các khoản đầu tư của họ. Trong đó, điểm (b) và điểm (f) có những tương đồng với các ngoại

13 Vũ Thị Châu Quỳnh, ‘Giới thiệu tổng quan về các hiệp định đầu tư quốc tế của Việt Nam’ tài liệu Hội thảo Phòng ngừa và giải quyết tranh chấp đầu tư quốc tế do Bộ Tư pháp và USAID tổ chức tháng 10/2015

14 Trịnh Hải Yến (2017), *tlđd*, tr. 240 - 241.