



Original Article

The Expropriation Provision in the Investment Protection Agreement Between Vietnam and the European Union

Nguyen Tien Dat*, Nguyen Nhu Ha

Academy of Policy and Development, Nam An Khanh, Hoai Duc, Hanoi, Vietnam

Received 6 March 2023

Revised 21 August 2023; Accepted 15 December 2023

Abstract: Provisions on expropriation of investors' property rights are intended to protect foreign investors by establishing standards and conditions for acts of interference in property ownership of the receiving country. By international practice, this provision is indispensable in international investment agreements and becomes clearer through international investment case law. The Investment Protection Agreement between Vietnam and the European Union (EVIPA) is built to reflect the standard criteria for protecting investors' interests in case of expropriation of property but also creates specific commitments in accordance with Vietnamese law practice.

Keywords: Expropriation; investor; EVIPA.

* Corresponding author.

E-mail address: nguyendat.mdce@apd.edu.vn

<https://doi.org/10.25073/2588-1167/vnuls.4537>

Tước đoạt sở hữu tài sản nhà đầu tư trong Hiệp định Bảo hộ đầu tư giữa Việt Nam và Liên minh châu Âu

Nguyễn Tiến Đạt*, Nguyễn Như Hà

Học viện Chính sách và Phát triển, Nam An Khánh, Hoài Đức, Hà Nội, Việt Nam

Nhận ngày 6 tháng 3 năm 2023

Chỉnh sửa ngày 21 tháng 8 năm 2023; Chấp nhận đăng ngày 15 tháng 12 năm 2023

Tóm tắt: Điều khoản về tước đoạt quyền sở hữu tài sản của nhà đầu tư nhằm mục đích bảo vệ nhà đầu tư nước ngoài thông qua việc thiết lập các tiêu chuẩn, điều kiện đối với quốc gia tiếp nhận đầu tư trong thực hiện hành vi can thiệp sở hữu. Thực tiễn quốc tế cho thấy điều khoản này không thể thiếu trong các hiệp định đầu tư quốc tế, và trở nên rõ ràng hơn thông qua các án lệ. Hiệp định Bảo hộ đầu tư giữa Việt Nam và Liên minh châu Âu (EVIPA) được xây dựng phản ánh những tiêu chí chuẩn mực về đảm bảo quyền lợi nhà đầu tư trong trường hợp tước đoạt quyền sở hữu tài sản, nhưng cũng tạo ra các cam kết đặc thù phù hợp với thực tiễn pháp luật Việt Nam.

Từ khóa: Tước đoạt sở hữu tài sản, nhà đầu tư, EVIPA.

1. Đặt vấn đề

Trong đầu tư, tài sản đầu tư vừa là đối tượng, công cụ của nhà đầu tư nhưng cũng là mục tiêu, động lực tiến hành, gia tăng và mở rộng hoạt động. Bảo hộ tài sản nhà đầu tư trước các hành vi xâm phạm trong đó hành vi tước đoạt quyền sở hữu tài sản hợp pháp từ đó được coi như sự đảm bảo đầu tiên trong các bảo đảm đầu tư. Tước quyền sở hữu nói chung được hiểu là việc cơ quan quản lý nhà nước ở quốc gia tiếp nhận đầu tư (thông thường là cơ quan hành pháp) thực hiện trưng thu, tịch thu, truất hữu, quốc hữu hóa hoặc các hành vi làm suy giảm hoặc tước đoạt quyền sở hữu tài sản hoặc các quyền tài sản của nhà đầu tư nước ngoài và có bồi thường thỏa đáng để phục vụ cho mục đích công cộng [1]. Để bảo đảm tốt hơn dòng tiền đầu tư, điều khoản Tước đoạt sở hữu trở thành điều khoản bắt buộc, không thể thiếu đối với các hiệp định đầu tư thế hệ mới.

Hiệp định Bảo hộ đầu tư giữa Việt Nam và Liên minh châu Âu (EVIPA) ký ngày 30/6/2019,

được Nghị viện châu Âu phê chuẩn ngày 12/2/2020, Hội đồng châu Âu thông qua ngày 30/3/2020, Quốc hội Việt Nam phê chuẩn ngày 08/6/2020 và đang thực hiện phê chuẩn bởi Nghị viện 27 quốc gia thành viên Liên minh châu Âu (EU). EVIPA được nhìn nhận là kiểu mẫu trong Hiệp định đầu tư thế hệ mới. Trong đó, Điều 2.7 Chương 2 EVIPA quy định điều khoản Tước đoạt sở hữu tài sản của Nhà đầu tư (EVIPA sử dụng thuật ngữ “expropriation” được làm rõ ở Mục 2 bài viết này) cung cấp cơ sở pháp lý để nhà đầu tư Việt Nam và EU viện dẫn trong các tình huống quyền lợi tài sản đầu tư bị tước đoạt. Việc thực thi điều khoản này được hỗ trợ bởi Nghị quyết số 113/2020/QH14 ngày 18/6/2020 về công nhận và cho thi hành tại Việt Nam phán quyết của cơ quan giải quyết tranh chấp đầu tư theo Hiệp định Bảo hộ đầu tư giữa một bên là Việt Nam và một bên là Liên minh châu Âu và các nước thành viên Liên minh châu Âu đã được Quốc hội thông qua.

* Tác giả liên hệ.

Địa chỉ email: nguyendat.mdce@apd.edu.vn

<https://doi.org/10.25073/2588-1167/vnuls.4537>

2. Một số vấn đề lý luận về tước đoạt quyền sở hữu của nhà đầu tư

2.1. Khái niệm

Tước đoạt tài sản (tiếng Anh: expropriation hoặc taking of property), hoặc một số nghiên cứu sử dụng thuật ngữ thay thế là trút hữu tài sản [2]. Khái niệm này được đề cập lần đầu trong nghiên cứu của GS. Louis B. Sohn và Richard Baxter dựa trên nội dung Công ước về Trách nhiệm pháp lý quốc tế của các quốc gia đối với những thiệt hại gây ra cho người nước ngoài¹, trong đó: Tước đoạt tài sản được hiểu là hành vi hạn chế, loại bỏ quyền sở hữu của nhà đầu tư với tài sản mình sở hữu. Luật Đầu tư năm 2020 của Việt Nam và các Hiệp định khuyến khích và bảo hộ đầu tư mà Việt Nam hiện là thành viên, thuật ngữ được sử dụng là quốc hữu hóa (tiếng Anh là: nationalization). Hai khái niệm này là khác nhau bởi quốc hữu hóa tài sản nhà đầu tư là việc nhà nước tước đoạt tài sản của nhà đầu tư nước ngoài/trong nước với mục đích chuyển tài sản thuộc sở hữu tư sang sở hữu nhà nước.

Trước tiên, cần thống nhất rằng thông lệ quốc tế cho phép một quốc gia được thực thi chủ quyền kinh tế trên lãnh thổ của mình, được áp dụng các biện pháp hành chính để điều phối tài sản quốc gia, tài nguyên trên lãnh thổ, trong đó có áp dụng các hình thức khác nhau như: trưng thu, tịch thu, trút hữu, quốc hữu hóa tài sản của cá nhân, tổ chức vì mục đích quốc gia. Theo Hội nghị Liên Hợp quốc về Thương mại và Phát triển (UNCTAD), lịch sử giải phóng các dân tộc thuộc địa là cơ sở đầu tiên để xây dựng quyền này của quốc gia tiếp nhận đầu tư, theo đó các quốc gia mới giành độc lập luôn mong muốn giành quyền kiểm soát các giá trị kinh tế do các quốc gia thực dân xây dựng lên trước đó trên lãnh thổ của mình. Quan điểm này tiếp tục được củng cố và

áp dụng rộng rãi trên cơ sở quyền tự quyết về kinh tế theo Nghị quyết 626 (VII) ngày 21/12/1952 của Đại hội đồng Liên hợp quốc về chủ quyền vĩnh viễn của các quốc gia đối với tài nguyên thiên nhiên và Hiến chương Liên hợp quốc về các Quyền và nghĩa vụ kinh tế của các quốc gia (1974)². Điều này cũng được phản ánh đầy đủ thông qua một số án lệ như: Án lệ Texaco v. Libyan Arab Republic năm 1977 [3]; Án lệ Amoco v. Iran năm 1987 [4].

So với trước kia, Luật đầu tư quốc tế hiện nay đã mở rộng tương đối nội hàm hành vi này, cụ thể tước đoạt quyền sở hữu là hành vi can thiệp của quốc gia tiếp nhận đầu tư một cách trực tiếp hoặc gián tiếp tới quyền sở hữu của nhà đầu tư với tài sản. Thay vì “đánh đồng” với quốc hữu hóa, trút hữu tài sản bởi sự giống nhau về hệ quả tước bỏ quyền tài sản, thì tước đoạt tài sản còn mở rộng tới hành vi làm suy giảm quyền sở hữu của nhà đầu tư.

Thực tiễn tranh chấp cho thấy hành vi này có thể biểu hiện dưới nhiều dạng thức hành vi khác nhau, đơn cử: tước đoạt khả năng sử dụng và hưởng thụ giá trị kinh tế của khoản đầu tư (Phán quyết Tecmed v. Mexico 2003 [5]); hành vi làm mất hoàn toàn lợi ích có được từ tài sản (Phán quyết CME v. Czech Republic 2003 [6]); tước đoạt lợi ích và việc sử dụng về mặt kinh tế các quyền theo hợp đồng (Phán quyết Santa Elena v. Costa Rica 2000 [7]); tác động đến các quyền về tài sản trở nên vô nghĩa, hoặc gây ra các ảnh hưởng tước quyền sở hữu tương tự (Phán quyết Starrett Housing v. Iran 1974 [8]).

2.2. Phân loại hành vi

Theo UNCTAD (2000), tước đoạt tài sản được phân loại thành nhiều nhóm hành vi khác nhau như: Quốc hữu hóa toàn nền kinh tế; Quốc

¹ Dự thảo cuối Công ước về Trách nhiệm nhà nước đối với các hành vi trái pháp luật quốc tế do Ủy ban pháp luật quốc tế (International Law Commission - ILC) đệ trình và thông qua, thành Phụ lục Nghị quyết 56/83 ngày 12/12/2001 của Đại hội đồng Liên Hợp quốc, dù chưa có quốc gia nào là thành viên nhưng thực tế đã được dẫn chiếu, lập luận trong một số phán quyết của trọng tài

quốc tế, nhất là các vụ việc giải quyết tranh chấp giữa nhà nước và nhà đầu tư nước ngoài.

² Văn kiện này cùng Nghị quyết về Trật tự kinh tế quốc tế mới thông qua tại Phiên họp đặc biệt lần thứ 6 Đại hội đồng (Nghị quyết 3201 (S-VI) - 1974) thống nhất quan điểm rằng các vụ việc bồi thường tước đoạt sở hữu phải được giải quyết tại tòa án quốc gia.

hữu hóa trong những ngành kinh tế trọng điểm; Nhà nước thu hồi đất quy mô lớn; Thu hồi tài sản đặc thù; Tước đoạt dần dần tài sản; Thu hồi tài sản theo luật [9]. Các nghiên cứu của UNCTAD và các nghiên cứu trong nước khác đều thống nhất rằng Tước đoạt tài sản được phân thành 02 nhóm gồm: Tước đoạt sở hữu trực tiếp và Tước đoạt sở hữu gián tiếp.

Trước hết, nhóm hành vi Tước đoạt sở hữu trực tiếp (direct expropriation): khoản đầu tư bị quốc hữu hóa hoặc sung công trực tiếp thông qua tước đoạt quyền sở hữu của nhà đầu tư, có thể biểu hiện dưới các hành vi như: quốc hữu hóa, trưng thu được thể hiện dưới hình thức chuyển giao chính thức quyền sở hữu; chiếm hữu hoặc phá hủy công khai tài sản từ nhà đầu tư sang cho cơ quan nhà nước có thẩm quyền của quốc gia tiếp nhận đầu tư. Thực tiễn cho thấy hành vi này dễ nhận diện và được làm rõ nội hàm trong các phán quyết chung thẩm vụ *Generation Ukraine v. Ukraine 2003* [10], *Burlington Resources v. Ecuador 2012* [11].

Hành vi tước đoạt trực tiếp được xác định khi hành vi thỏa mãn 03 điều kiện: i) Tước đoạt hoàn toàn khoản đầu tư của nhà đầu tư; ii) Hành vi tước đoạt kéo dài; iii) Hành vi tước đoạt không có cơ sở pháp lý để thực hiện thuyết Quyền trị an [1]. Trong đó, thuyết Quyền trị an là một khái niệm lý luận hình thành từ thời kỳ đầu của châu Mỹ thuộc địa, cho phép hạn chế quyền tư nhân trong trường hợp cần thiết vì lợi ích chung, là cơ sở để chính quyền bang của Hoa Kỳ ban hành các luật liên quan tới quy hoạch, sử dụng đất, phòng cháy chữa cháy, đánh bạc, phân biệt đối xử, đậu xe,...

Thứ hai, nhóm hành vi Tước đoạt sở hữu gián tiếp (indirect expropriation): gồm một hay nhiều biện pháp tương đương/tương tự với quốc hữu hóa hay tước quyền sở hữu (a measure or measures having effect equivalent/similar to nationalization or expropriation); biện pháp đến mức như tước đoạt khoản đầu tư (a measure tantamount to nationalization or expropriation). Các hành vi này có thể không liên quan tới tước sở hữu công khai nhưng có tác động ảnh hưởng tới quyền hưởng thụ tài sản của nhà đầu tư, có thể gồm các hành vi như: tước sở hữu theo điều

tiết của nhà nước (regulatory expropriation); tước sở hữu dần dần (creeping expropriation); tước sở hữu từng phần (partial expropriation).

2.3. Điều kiện cần tuân thủ

Pháp luật đầu tư quốc tế hiện ghi nhận 04 điều kiện để quốc gia áp dụng tước đoạt sở hữu tài sản nhà đầu tư, quy định trong điều khoản tước tài sản của các hiệp định đầu tư quốc tế (International Investment Agreements - IIAs) đồng thời được đề cập làm rõ nội hàm trong các phán quyết trọng tài quốc tế. Các điều kiện này bao gồm:

Thứ nhất, vì mục đích công cộng (for a public purpose): có căn cốt từ pháp luật dân sự, mục đích này ghi nhận trong các hiệp định khuyến khích và bảo hộ đầu tư ký kết giữa các quốc gia và vùng lãnh thổ theo cụm “public purpose” hoặc trong các IIAs dưới cụm tương đương như: “public benefit”, đơn cử các hiệp định khuyến khích bảo hộ đầu tư song phương giữa: Đức - Pakistan & Trung Quốc - Peru (public interest); Canada - Colombia (public order and social interest); Hongkong, Trung Quốc - Thái Lan (internal needs); Malaysia - Uruguay (legal ends); Chile - Philippines (national interest); Peru - Singapore (public necessity). Mục đích công cộng được giải thích nội hàm trong các phán quyết tranh chấp đầu tư quốc tế như: Phán quyết ADC v. Hungary 2003 [12]; Phán quyết BP v. Lybia 1973 [13].

Thứ hai, không phân biệt đối xử (in a non discriminatory manner): điều kiện này được hiểu là không tạo ra sự khác biệt trong áp dụng hành vi tước đoạt sở hữu giữa các nhà đầu tư không phân biệt quốc tịch trong cùng một điều kiện và hoàn cảnh. Nội dung nguyên tắc được phản ánh qua: Phán quyết GAMI Investments v. Mexico 2004 [14].

Thứ ba, được thực hiện theo đúng trình tự pháp luật (in accordance with due process of law): các IIAs dưới cụm từ “under due process of law”; “legal provisions”; “legal procedure”; “domestic laws of general application”, theo đó, quốc gia tiếp nhận đầu tư có nghĩa vụ xây dựng

và hoàn thiện cơ sở pháp luật nội địa về trình tự tố tụng.

Thứ tư, có bồi thường (against the payment of compensation): Điều 1 Các điều khoản về trách nhiệm quốc tế của quốc gia đối với hành vi sai phạm quốc tế năm 2001 (Articles on International Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts - ARSIWA) quy định rằng “Mỗi hành vi sai phạm quốc tế của một Quốc gia đều làm phát sinh trách nhiệm quốc tế đối với Quốc gia đó”. Hình thức khắc phục hậu quả có thể bao gồm một hoặc kết hợp của khôi phục nguyên trạng (restitution), bồi thường thiệt hại (compensation) và trách nhiệm phi vật chất (satisfaction). Quyền yêu cầu quốc gia sai phạm phải chịu trách nhiệm quốc tế được quy định ở Điều 42-48 ARSIWA. Quyền yêu cầu này chỉ thuộc về quốc gia bị thiệt hại do hành vi sai phạm, và trong một số trường hợp ngoại lệ thuộc về những quốc gia khác.

2.4. Nghĩa vụ bồi thường

Trong quá trình thực hiện hành vi tước đoạt sở hữu, quốc gia tiếp nhận đầu tư bị ràng buộc bởi Học thuyết Calvo do lịch sử để lại, theo đó, nhà đầu tư nước ngoài không được hưởng các quyền và đặc quyền khác với quyền mà quốc gia sở tại dành cho công dân của mình³. Nghĩa là, trong bối cảnh tước đoạt tài sản được đề cập trong các thỏa thuận quốc tế về bảo hộ đầu tư, nhà đầu tư buộc phải đưa tranh chấp ra cơ quan có thẩm quyền của nước sở tại và từ chối khả năng trung cầu bảo hộ ngoại giao với tranh chấp đầu tư. Tuy nhiên, bằng việc ra đời cơ chế giải quyết tranh chấp đầu tư bằng trọng tài quốc tế, cho phép khả năng đòi bồi thường theo cơ chế quốc tế.

Về nghĩa vụ bồi thường, tiêu chuẩn bồi thường hành vi tước đoạt tài sản hợp pháp cũng

được hình thành gồm: Nhanh chóng, đầy đủ và hiệu quả (prompt, adequate and effective) dựa trên giá trị thị trường (fair market value) hoặc giá trị thực sự (genuine value). Công thức/học thuyết bồi thường Hull được hình thành trên cơ sở Đạo luật Hull năm 1938 của Hoa Kỳ để bảo vệ quyền lợi nhà đầu tư trong tình huống Mexico quốc hữu hóa công ty dầu khí nước ngoài. Cụ thể, công thức ấn định nguyên tắc bồi thường cho nhà đầu tư nước ngoài trong trường hợp bị tước đoạt sở hữu⁴.

Thứ nhất, tiêu chuẩn bồi thường dành cho tước đoạt sở hữu hợp pháp và bất hợp pháp là khác nhau. Trường hợp phát sinh hành vi tước đoạt sở hữu bất hợp pháp, quốc gia tiếp nhận đầu tư phải khắc phục hết hậu quả từ hành vi sai trái của mình và thiết lập lại tình trạng của nhà đầu tư như ban đầu.

Phán quyết Chorzow Factory v. Poland 1928 [15] cho thấy một vướng mắc ở việc so sánh giữa tình huống thực và giả định nếu không xảy ra hành vi tước đoạt tài sản. Khái quát nguyên tắc khắc phục hậu quả:

i) Đối với tước đoạt hợp pháp: bồi thường thiệt hại (compensation) bằng đúng những gì đã chịu tại thời điểm tước đoạt và giới hạn ở chính giá trị của khoản đầu tư tại thời điểm đó.

ii) Đối với tước đoạt bất hợp pháp: khắc phục hậu quả (reparation) có thể cao hơn mức bồi thường thiệt hại, bao gồm cả doanh thu, lợi nhuận bị bỏ lỡ.

Mặc dù còn nhiều ý kiến trái chiều, nhưng nỗ lực pháp điển hóa nguyên tắc này đã được thể hiện tại dự thảo cuối cùng của Các điều khoản về trách nhiệm của quốc gia cho hành vi sai phạm quốc tế do Ủy ban Pháp luật quốc tế Liên hợp quốc (ILC) ban hành như phụ lục Nghị quyết số 56/83 ngày 12/12/2001 của Đại Hội đồng Liên Hợp quốc.

cường quốc. Học thuyết nêu quan điểm rằng các nhà đầu tư nước ngoài cần phải hoặc nên đưa tranh chấp của họ ra giải quyết tại tòa án của nước chủ nhà.

⁴ Công thức/Học thuyết Hull được nêu ra trong bức thư của cựu Bộ trưởng Ngoại giao Hoa Kỳ Cordell Hull gửi Chính phủ Mexico để yêu cầu Mexico tuân thủ các tiêu chuẩn pháp luật quốc tế trong việc thanh toán tiền bồi thường từ hành vi tước đoạt tài sản.

³ Học thuyết Calvo lấy tên nhà luật học Uruguay Carlos Calvo trong công trình nghiên cứu có tên: Derecho internacional teórico y práctico de Europa y América, Paris, 1868. Học thuyết Calvo nhấn mạnh tới chủ quyền tuyệt đối của quốc gia tiếp nhận đầu tư đối với tài sản của các nhà đầu tư trên lãnh thổ của quốc gia. Calvo giải thích học thuyết này là cần thiết nhằm ngăn chặn sự lạm dụng thẩm quyền giải quyết tranh chấp tại các nước yếu hơn bởi các

Thứ hai, để đảm bảo nguyên tắc khắc phục hậu quả cho nhà đầu tư khi giá trị tài sản đầu tư tăng lên sau hành vi tước đoạt thì thời điểm xác định giá trị tài sản được tính từ thời điểm ban hành phán quyết, thay vì thời điểm xảy ra tước đoạt.

Án lệ ADC v. Hungary 2003 [12] cho thấy vướng mắc ở việc xác định áp dụng điều khoản bồi thường trong hiệp định bảo hộ đầu tư song phương giữa 2 quốc gia hay áp dụng tiêu chuẩn bồi thường cho hành vi tước đoạt bất hợp pháp (đã có trong Án lệ Chorzow Factory [15]). Từ đó, đặt ra nguyên tắc xác định thời điểm tính giá trị của khoản đầu tư để bồi thường (valuation date) là thời điểm ban hành phán quyết (date of the Award).

Các án lệ có các giải thích tương đồng kể đến như:

+ Án lệ Siemens AG v. Argentina 2007⁵: khoản bồi thường được xác định bằng giá trị doanh nghiệp tại thời điểm bị tước đoạt; giá trị tăng thêm và thiệt hại phát sinh cho đến ngày ra phán quyết.

+ Án lệ El Paso v. Argentina 2011⁶: khoản bồi thường thiệt hại là giải pháp thay thế và phải tương đương với khôi phục nguyên trạng.

+ Án lệ Yukos v. Russia 2014⁷: nhà đầu tư phải được hưởng lợi từ những sự kiện làm gia tăng giá trị khoản đầu tư cho đến ngày phán quyết bởi họ có quyền được bồi thường thiệt hại, như là giải pháp thay thế cho quyền được khôi phục nguyên trạng tài sản đầu tư tại thời điểm đó.

+ Án lệ Quiborax v. Bolivia 2015⁸: phản đối nguyên tắc này và cho rằng việc chọn ngày phán quyết để đảm bảo quyền lợi cho nhà đầu tư là vi phạm nguyên tắc công bằng cho cả nhà đầu tư và quốc gia tiếp nhận đầu tư.

Thứ ba, giá trị thị trường (fair market value) được tính trên cơ sở cân nhắc mức độ sử dụng cao nhất và tốt nhất tài sản của nhà đầu tư (highest and best use). Án lệ Santa Elena v.

Costa Rica 2000 [7] đưa ra lập luận: giá trị thị trường của tài sản đầu tư được xác định bằng giá trị mà tại đó tài sản sẽ được chuyển giao từ một người bán tiềm năng sẵn sàng bán sang một người mua tiềm năng và sẵn sàng mua, trong một thị trường mở và không bị giới hạn, ép buộc.

3. Điều khoản tước đoạt sở hữu của nhà đầu tư trong EVIPA

Điều khoản Tước đoạt sở hữu tài sản của nhà đầu tư được ghi nhận tại Điều 2.7 Chương 2 EVIPA với cấu trúc gồm 06 khoản, trong đó: Khoản 1 đề cập khái niệm, điều kiện của hành vi; Khoản 2 đề cập nghĩa vụ bồi thường; Khoản 3 đề cập trường hợp Việt Nam đóng vai trò bên tước đoạt; Khoản 4 liên quan tới quyền sở hữu trí tuệ; Khoản 5 đề cập tới quyền khởi kiện đầu tư và Khoản 6 dẫn chiếu tới Phụ lục 4 hướng dẫn cụ thể về điều khoản.

Trước hết, đối với nội hàm hành vi tước đoạt sở hữu của nhà đầu tư trong EVIPA: Như đã đề cập, các hiệp định đầu tư quốc tế có xu hướng lựa chọn một trong 05 cách thức sau trong thể hiện định nghĩa hành vi tước đoạt sở hữu gồm: i) Định nghĩa tổng quát (xây dựng nội hàm đủ rộng để bao quát mọi hành vi phát sinh); ii) Định nghĩa hẹp (giới hạn trong phạm vi quốc hữu hóa, tịch thu); iii) Điều khoản giải thích (đưa ra các tiêu chí đánh giá liệu một hành vi có là tước đoạt sở hữu của nhà đầu tư); iv) Điều khoản riêng biệt (làm rõ phạm vi áp dụng điều khoản tước đoạt sở hữu) hoặc v) Kiểm soát quốc tế (thông qua dẫn chiếu tới việc xem xét hành vi dựa trên các công cụ pháp lý quốc tế). Có thể thấy, EVIPA lựa chọn phương thức định nghĩa hành vi theo định nghĩa giải thích - một xu hướng định nghĩa được đề cập trong các hiệp định đầu tư thế hệ mới. Trong đó, hành vi tước đoạt sở hữu trong EVIPA được khái quát hóa gồm các hành vi trực tiếp hoặc gián tiếp (*directly, or indirectl'*), và thỏa mãn 04 điều kiện gồm: a) Vì mục đích công; b) Đáp ứng trình tự

⁵ Siemens A.G. v. The Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/02/8).

⁶ El Paso Energy International Company v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/03/15).

⁷ Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation (PCA Case No. 2005-04/AA227).

⁸ Quiborax S.A., Non-Metallic Minerals S.A. v. Plurinational State of Bolivia (ICSID Case No. ARB/06/2).

luật định; c) Dựa trên nguyên tắc không phân biệt; d) Nghĩa vụ bồi thường nhanh chóng, đầy đủ và hiệu quả.

Như vậy, về cơ bản, điều khoản Tước đoạt sở hữu tài sản nhà đầu tư EVIPA đáp ứng các điều kiện theo thông lệ đối với hành vi tước đoạt sở hữu, đồng thời đề cập nguyên tắc bồi thường phù hợp Công thức Hull.

Thứ hai, về tiêu chuẩn bồi thường: Tiêu chuẩn bồi thường từ hành vi tước đoạt tài sản yêu cầu cần có sự nhất quán nhưng cũng linh hoạt trong quy định đối với các nhóm vấn đề cốt lõi gồm: Xác định giá trị bồi thường; Hạn chế thời gian thanh toán; Loại tiền sử dụng trong thanh toán và Khả năng chuyển tiền bồi thường khỏi quốc gia. Trong đó, việc xác định giá trị bồi thường phải dựa trên phương pháp giá thị trường (market value), về khả năng chuyển tiền bồi thường thông thường được đề cập trong điều khoản riêng về chuyển tiền trong các hiệp định. Các phán quyết về đầu tư cũng lưu tâm tới các giải thích theo hướng tạo ra sự linh hoạt trong thỏa thuận thanh toán liên quan tới đồng tiền và thời hạn. Vấn đề chuyển tiền bồi thường khỏi quốc gia căn cứ trên cơ sở thảo luận của hai quốc gia về bảo đảm chuyển tài sản ra nước ngoài.

Thực tế, khoản 2 Điều 2.7 EVIPA cũng đặt ra nghĩa vụ bồi thường theo phương pháp xác định giá trị bồi thường theo giá thị trường, đồng thời ghi nhận thời điểm xác định tại thời điểm ngay trước khi bị trưng dụng, hoặc trước khi nguy cơ bị trưng dụng trở nên công khai⁹. Về chuyển tiền, điều khoản này cũng dẫn chiếu tới nguyên tắc tự do chuyển tiền được đề cập tại Điều 2.8 EVIPA. Lãi suất bồi thường được quy định áp dụng theo lãi suất thương mại thông thường tính tới thời điểm thanh toán.

Thứ ba, về trường hợp khi Việt Nam là bên trưng dụng đối với tài sản là đất đai: đây có thể coi là một trường hợp điều khoản đặc thù đối với thực tiễn Việt Nam khi pháp luật đất đai Việt Nam đề cập tới sở hữu toàn dân về tài nguyên đất, và quyền sử dụng của nhà đầu tư đối với các

trường hợp giao đất, cho thuê đất. Các tranh chấp đầu tư mà Việt Nam là một bên từ trước tới nay phần lớn liên quan tới hành vi tước đoạt tài sản là bất động sản của nhà đầu tư được bảo hộ theo các Hiệp định đầu tư song phương (BIT) giữa Việt Nam và các quốc gia. Bởi vậy, việc bổ sung điều khoản đặc thù tại khoản 3 Điều 2.7 EVIPA đề cập trực tiếp trường hợp Việt Nam trưng dụng trực tiếp đất đai phải đáp ứng yêu cầu: i) Vì mục đích phù hợp với pháp luật và quy định nội địa hiện hành; ii) Thanh toán tiền bồi thường tương đương giá thị trường, có sự thừa nhận của pháp luật và quy định nội địa hiện hành. Điều này đảm bảo cho Việt Nam vẫn bảo lưu được quyền thu hồi đất trong các trường hợp nhà đầu tư nước ngoài sử dụng đất kém hiệu quả hoặc vì mục đích công cộng đề cập trong Luật Đất đai.

Thứ tư, ngoại lệ trường hợp cấp li-xăng cường bức liên quan đến quyền sở hữu trí tuệ: khoản 4 Điều 2.7 EVIPA đề cập tới các trường hợp bắt buộc chuyển giao quyền sở hữu trí tuệ về các mục đích quốc gia trên cơ sở đáp ứng các nguyên tắc cơ bản của Hiệp định về các khía cạnh thương mại liên quan đến quyền sở hữu trí tuệ (TRIPS). Cam kết này thực tế phù hợp với nội dung các cam kết khi Việt Nam gia nhập WTO, đảm bảo cung cấp cho Việt Nam khả năng viện dẫn trong các trường hợp bắt buộc chuyển giao công nghệ vì mục đích công.

Thứ năm, quyền khiếu nại, khởi kiện tranh chấp đầu tư: Điều khoản này cho phép nhà đầu tư bị ảnh hưởng bởi hành vi trưng dụng có quyền yêu cầu cơ quan tư pháp hoặc cơ quan độc lập khác xem xét khiếu nại hoặc khởi kiện ra các cơ quan tài phán để đảm bảo quyền lợi của mình. Nội dung này thực tế được gia tăng giá trị thông qua cơ chế công nhận và thi hành phán quyết trọng tài nước ngoài trên cơ sở Công ước New York 1958 và Nghị quyết số 113/2020/QH14 ngày 18/6/2020 về công nhận và cho thi hành tại Việt Nam phán quyết của cơ quan giải quyết tranh chấp đầu tư theo EVIPA.

⁹ Bản dịch từ tiếng Anh: “at the time immediately before the expropriation or the impending expropriation became public knowledge”.

4. Nhận định xu hướng quy định trong điều khoản tước đoạt sở hữu của nhà đầu tư EVIPA

Trong các nghiên cứu của UNCTAD [16, tr. 335-338], xu hướng bảo hộ quyền lợi của nhà đầu tư thông qua soạn thảo điều khoản Tước đoạt sở hữu tài sản của Nhà đầu tư được ghi nhận bởi 03 xu hướng, cụ thể:

i) Mô hình bảo vệ nhà đầu tư: Hành vi tước đoạt quyền sở hữu được quy định ở phạm vi rộng, bao quát mọi loại tài sản và áp dụng cả tước đoạt trực tiếp và gián tiếp. Nguyên tắc bồi thường được quy định chặt chẽ đảm bảo công thức Hull. Mô hình này giúp hạn chế mức độ kiểm soát của quốc gia tiếp nhận đầu tư đối với hoạt động đầu tư, gia tăng xu hướng bảo hộ quyền lợi nhà đầu tư.

Bởi lợi ích mà mô hình này mang lại, các nhà đầu tư có xu hướng ‘ưa thích’ các thỏa thuận quốc tế có xu hướng xây dựng điều khoản tước đoạt tài sản theo mô hình này bởi họ được bảo vệ tối ưu bởi cơ chế giải quyết tranh chấp liên quốc gia, thay vì bị can thiệp bởi quốc gia tiếp nhận đầu tư.

ii) Mô hình tăng thẩm quyền của quốc gia tiếp nhận đầu tư: Thường được xây dựng với cấu trúc gồm một định nghĩa hẹp giới hạn hành vi tước đoạt quyền sở hữu trong phạm vi quốc hữu hóa, tịch thu tài sản, đồng thời đặt ra tiêu chuẩn bồi thường bình đẳng và tối thiểu hợp lý, cho phép quốc gia tiếp nhận đầu tư có quyền quyết định giá trị bồi thường tối thiểu và điều kiện thanh toán. Với mô hình này, nhà đầu tư không được hưởng các biện pháp bảo hộ nào ngoài các tiêu chuẩn bảo hộ trong luật pháp quốc tế thông thường.

iii) Mô hình trung gian: mô hình này được xây dựng theo hướng gia tăng tính chủ động về thực thi thẩm quyền của quốc gia tiếp nhận đầu tư đối với các trường hợp tước đoạt quyền sở hữu.

Kết quả phân tích Điều 2.7 EVIPA kể trên phản ánh quan điểm của Việt Nam khi đàm phán điều khoản này có xu hướng áp dụng *Mô hình trung gian* để đảm bảo tính chủ động đồng thời hài hòa lợi ích giữa quốc gia tiếp nhận đầu tư và

nhà đầu tư. Điều này thực tế phù hợp với xu hướng hài hòa các lợi ích giữa quốc gia tiếp nhận đầu tư và nhà đầu tư, không mang tính cục bộ nhưng cũng không tạo ra sự tự do thái quá cho hoạt động đầu tư quốc tế. Tuy nhiên, mô hình này lại đặt ra thách thức cho nhà đầu tư trong nhìn nhận quan điểm rõ ràng, nhất quán và minh bạch của Việt Nam trong hoạt động đầu tư quốc tế, đồng thời đòi hỏi cần những hướng dẫn chi tiết, đầy đủ và rõ ràng về các thiết chế quản lý nhà nước về đầu tư nhằm tránh các hệ quả tranh chấp đáng tiếc có thể xảy ra.

5. Kết luận

Cùng với sự xuất hiện của các hiệp định đầu tư thế hệ mới trong đó có EVIPA, nhận thức về lợi ích của đầu tư nước ngoài ngày càng tăng trong bối cảnh nhu cầu thu hút nguồn vốn nước ngoài để phát triển kinh tế tăng là cơ sở để các vụ việc tước đoạt quyền sở hữu của nhà đầu tư đã giảm đi đáng kể. Tuy nhiên, chức năng của các hiệp định đầu tư quốc tế là bảo vệ nhà đầu tư và các khoản đầu tư khỏi các hành vi vi phạm lợi ích chính đáng trong đó có hành vi tước đoạt sở hữu thì vẫn sẽ tiếp tục cần được quan tâm, thậm chí nghiên cứu sâu để tìm ra các tiêu chuẩn, chuẩn mực mới trong thảo luận, đàm phán và xây dựng pháp luật.

Tài liệu tham khảo

- [1] Trường Đại học Luật Hà Nội, Giáo trình Luật Đầu tư quốc tế song ngữ, NXB Thanh niên, 2017.
- [2] T. V. Dũng, Truất hữu, bảo đảm đầu tư và trách nhiệm bồi thường do truất hữu tài sản của nhà đầu tư nước ngoài, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp số 7 (287), tháng 4/2015.
- [3] Texaco Overseas Petroleum Company v. The Government of the Libyan Arab Republic (1977), Ad Hoc Award of 19/1/1977.
- [4] Amoco International Finance Group v. The Government of the Islamic Republic of Iran, the National Iranian Oil.
- [5] Técnicas Medioambientales Tecmed S. A. v. The United Mexican States. ICSID Case No. ARB(AF)/00/02. Award of 29 May 2003.

- [6] CME Czech Republic B.V. v. The Czech Republic, UNCITRAL, Final Award, 14 March 2003.
- [7] Compañía del Desarrollo de Santa Elena. S.A. v. The Republic of Costa Rica. ICSID Case No. ARB/96/1. Award of 17/2/2000.
- [8] Starrett Housing International, Inc., v. The Government of the Islamic Republic of Iran 1974.
- [9] UNCTAD, Taking of property, UNCTAD series on issues in international investment agreements, 2000.
- [10] Generation Ukraine Inc. v. Ukraine, ICSID No. ARB/00/9, *Phán quyết chung thẩm*, ngày 16/9/2003.
- [11] Burlington Resources Inc. v. Ecuador, ICSID No. ARB/08/5, *Quyết định về nghĩa vụ pháp lý*, ngày 14/12/2012, tr. 506.
- [12] ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited v. The Republic of Hungary. ICSID Case No. ARB/03/16.
- [13] BP Explorations Co. Ltd. v. The Government of the Libyan Arab Republic. Award of 10 October 1973. 53 ILR 297 (1979).
- [14] GAMI Investments v. United Mexican States. UNCITRAL Arbitration (NAFTA). Final Award of 15/11/2004.
- [15] The Factory at Chorzów. Germany v. Poland (Claim for Indemnity) (The Merits). Permanent Court of International Justice. Judgment of 13/9/1929.
- [16] Bộ Kế hoạch và Đầu tư, *Một số nội dung cơ bản của các hiệp định đầu tư quốc tế (Bộ sách nghiên cứu của Ủy ban Liên Hợp quốc về Thương mại và Phát triển UNCTAD)*, NXB Lao động, 2003.