

LIÊN HỆ TIÊU CHUẨN "ĐỐI XỬ CÔNG BẰNG VÀ THỎA ĐÁNG" VỚI MỤC TIÊU BẢO VỆ MÔI TRƯỜNG TRONG HIỆP ĐỊNH ĐỐI TÁC TOÀN DIỆN VÀ TIẾN BỘ XUYÊN THÁI BÌNH DƯƠNG - MỘT SỐ ĐỀ XUẤT CHO VIỆT NAM

NGUYỄN THỊ LAN HUƠNG

Khoa Luật Quốc tế, Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh
International Law Department, Ho Chi Minh City University of Law
Email: ntlhuong@hcmulaw.edu.vn

Tóm tắt

Trong thế kỷ 21, vấn đề phát triển bền vững đang ngày càng nhận được sự quan tâm từ các quốc gia thể hiện trong quá trình đàm phán các hiệp định thương mại tự do (FTA) song phương và đa phương thế hệ mới. Mặt khác, thực tiễn giải quyết tranh chấp đầu tư giữa nhà đầu tư và nước tiếp nhận đầu tư cho thấy sự thay đổi chính sách về môi trường của quốc gia có thể dẫn đến khả năng bị cáo buộc vi phạm tiêu chuẩn đối xử công bằng và thỏa đáng (FET). Là quốc gia tiếp nhận đầu tư đang phát triển, Việt Nam đã đàm phán ký kết một số FTA trong đó có sự điều chỉnh đáng kể điều khoản FET cũng như tích hợp thêm vấn đề bảo vệ môi trường vào nội dung hiệp định như Hiệp định Đối tác toàn diện và tiến bộ xuyên Thái Bình Dương (CPTPP) và Hiệp định Tự do thương mại Liên minh châu Âu - Việt Nam (EVFTA). Bài viết này phân tích cách quy định về tiêu chuẩn FET và mối liên hệ với vấn đề môi trường và phát triển bền vững trong Hiệp định CPTPP mà Việt Nam tham gia, trên cơ sở đó đưa ra một số đề xuất cụ thể từ góc độ thực thi Hiệp định.

Từ khóa: CPTPP, tiêu chuẩn đối xử công bằng và thỏa đáng, tiêu chuẩn đối xử tối thiểu, hiệp định thương mại tự do thế hệ mới, phát triển bền vững, bảo vệ môi trường

Abstract

In the 21st century, sustainable development is getting more attention from countries, this is expressed in "new-generation" free trade agreement (FTAs) negotiation. At the same time, the practice of resolving investment disputes between investors and host States shows that a change in the country's environmental policy may violate the commitment of fair and equitable treatment (FET) included in bilateral investment treaties. As a developing country, Vietnam has concluded a number of FTAs which include a significant adjustment of the FET provisions as well as combine the emphasis on environmental protection and sustainable development into agreements such as CPTPP and EVFTA. This paper analyzes how CPTPP regulates FET standards and the link to environmental issues in the Agreement. On that basis, specific proposals are made for Vietnam regarding the use of State's sovereign right to regulate public interests, including environmental protection.

Keywords: CPTPP, fair and equitable treatment, minimum standard of treatment, new generation free trade agreements, sustainable development, environmental protection

Ngày nhận bài: 18/3/2019

Ngày duyệt đăng: 15/6/2019

Trong thời gian qua, việc nâng cao tiêu chuẩn bảo vệ môi trường và sự tiến bộ trong quản lý phát triển bền vững và sinh thái, cùng với việc xảy ra nhiều sự cố môi trường liên quan đến hoạt động đầu tư đã thúc đẩy các chính phủ điều chỉnh các chính sách pháp lý trong nước cho phù hợp với yêu cầu của xã hội. Chính trong bối cảnh này, các quốc gia có thể rơi vào tình thế “tiến thoái lưỡng nan” bởi cùng lúc đó, các quốc gia này cũng chịu sự ràng buộc pháp lý trong việc bảo hộ khoản đầu tư nước ngoài được ghi nhận trong các hiệp định đầu tư đã ký kết. Thực tiễn giải quyết tranh chấp cho thấy nhiều tranh chấp giữa quốc gia tiếp nhận đầu tư và nhà đầu tư nước ngoài phát sinh với lý do khung pháp lý mà nhà đầu tư kỳ vọng đã không còn được đảm bảo vì việc theo đuổi các lợi ích phi thương mại của quốc gia tiếp nhận đầu tư.¹

Sự hài hòa giữa mục tiêu thu hút vốn đầu tư nước ngoài trực tiếp (*foreign direct investment, FDI*), thông qua việc bảo vệ khoản đầu tư, và việc bảo vệ môi trường từ lâu đã là một trong những vấn đề được quan tâm trong pháp luật môi trường quốc tế, pháp luật đầu tư quốc tế, chủ yếu là trong các FTA cũng như các hiệp định đầu tư song phương (*bilateral investment treaty, BIT*), quốc tế (*international investment agreement, IIA*), và trong quá trình giải quyết tranh chấp phát sinh giữa nhà đầu tư nước ngoài và nước tiếp nhận đầu tư. Để giải quyết vấn đề này, hiện nay, các quốc gia bước đầu điều chỉnh nội dung của hiệp định đầu tư nhằm vừa đảm bảo nghĩa vụ bảo hộ đầu tư vừa đảm bảo cơ sở để quốc gia vẫn có đủ không gian thực hiện quyền chủ quyền của mình về vấn đề môi trường. Điển hình là việc điều chỉnh lời nói đầu của các hiệp định này, cũng như đưa vào hiệp định ngoại lệ chung và ngoại lệ riêng về môi trường,² trách nhiệm xã hội của doanh nghiệp³ và sự đổi mới cách quy định những tiêu chuẩn bảo hộ đầu tư cốt lõi trong hiệp định đầu tư ví dụ như tiêu chuẩn đối xử tối huệ quốc (*Most favored nation treatment, MFN*), tiêu chuẩn đối xử công bằng và thỏa đáng (*FET*), và các quy định về điều kiện trút hữu. Đây vốn được xem là những điều kiện bảo hộ khoản đầu tư đóng vai trò trụ cột và được tìm thấy trong hầu hết các BIT và IIA. Trong số đó, tiêu chuẩn FET gây ra khá nhiều tranh cãi trong cộng đồng nghiên cứu. Điều này xuất phát từ bản chất tiêu chuẩn FET vốn có phạm vi giải thích khá

¹ Saveno Di Benedetto, *International Investment Law and The Environment*, Elgar International Investment Law, 2015, tr. 4.

² Ví dụ, Hiệp định Đối tác toàn diện và tiến bộ xuyên Thái Bình Dương ghi nhận một chương điều chỉnh riêng về vấn đề môi trường, hoặc Hiệp định Tự do thương mại giữa Liên minh châu Âu và Việt Nam cũng bao gồm một chương quy định về “Thương mại và phát triển bền vững”. Điều vốn không được ghi nhận trong các hiệp định tự do thương mại - đầu tư truyền thống

³ Điều 9.17 CPTPP

rộng bởi tiêu chuẩn này được thiết kế nhằm tạo ra cơ sở ngăn chặn các hành vi (của nước tiếp nhận đầu tư) không phù hợp với mục tiêu của BIT vốn không được quy định trong các tiêu chuẩn cụ thể khác.⁴ Trên thực tế, điều khoản này có thể được viện dẫn kết hợp với nhiều nghĩa vụ bảo hộ đầu tư quan trọng khác như MFN, tiêu chuẩn đối xử quốc gia (*National Treatment, NT*) trong khi nội hàm của tiêu chuẩn này lại không được xác định rõ ràng, cụ thể, hoặc được ghi nhận khác nhau giữa các hiệp định đầu tư. Điều này dẫn đến khả năng tiêu chuẩn FET được giải thích khác nhau trong từng tranh chấp cụ thể và do đó hạn chế khả năng dự đoán trước kết quả giải quyết tranh chấp đầu tư trên thực tế vốn có ý nghĩa quan trọng đối với các chủ thể liên quan.

Mặt khác, do bối cảnh lịch sử, phần lớn các BIT trước đây không đề cập mối quan tâm đối với lợi ích công cộng hoặc vấn đề phát triển bền vững, do đó, thực tế là một số hội đồng trọng tài đã giải thích điều khoản này theo hướng thiếu linh động,⁵ gây hạn chế đối với việc thực hiện quyền ban hành các quy định cũng như chính sách về môi trường của quốc gia. Nhằm làm rõ khái niệm của tiêu chuẩn FET trên cơ sở hướng đến một số mối quan tâm về lợi ích công cộng, Khung chính sách quốc tế cho sự phát triển bền vững (*International Policy Framework for Sustainable Development - IFFSD*)⁶ đề xuất năm cách thức mà các quốc gia có thể thiết kế khái niệm FET giúp ghi nhận sự quan tâm về lợi ích công cộng. Một trong những sự lựa chọn đó là: FET liên kết với tiêu chuẩn đối xử tối thiểu (*minimum standard of treatment - MST*).⁷ Trong phạm vi bài viết này tác giả sẽ phân tích cách quy định điều khoản FET trong Hiệp định Đối tác toàn diện và tiến bộ xuyên Thái Bình Dương vừa có hiệu lực đối với Việt Nam và đánh giá tác động của điều khoản trên đối với khả năng ban hành, điều chỉnh chính sách môi trường của Chính phủ Việt Nam trong tương lai.

⁴ Xem Ying Zhu, "Fair and Equitable Treatment of Foreign Investors in an Era of Sustainable Development", 58 *Nat. Resources J.* 319, 2018, tr. 325

⁵ Ví dụ như các vụ *Methanex Corporation v. United States of America*, *AES Summit Generation Ltd. v. The Republic of Hungary*, ICSID No. ARB/01/04, *CMS Gas Transmission Company v. The Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/01/8)

⁶ Khung chính sách quốc tế cho sự phát triển bền vững hoạch định chính sách, thảo luận và đàm phán những điều kiện cụ thể của các hiệp định đầu tư. Tuy không có giá trị ràng buộc về mặt pháp lý hay yêu cầu phải có sự cam kết tự nguyện từ các quốc gia, văn bản này đóng vai trò hướng dẫn quan trọng cho việc nghiên cứu của các cơ quan nhà nước, các học giả, đặc biệt trong bối cảnh gia tăng các hiệp định đầu tư với chính sách đầu tư thế hệ mới, trong đó nêu biểu là mục tiêu phát triển bền vững. https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcb2015d5_en.pdf, truy cập ngày 13/3/2019.

⁷ Yulia Levashova, "Fair and equitable treatment and the protection of the environment. Recent trends in Investment treaties and Investment cases", trong Yulia Levashova, Tineke Lambooy Ige Dekker chủ biên, *Bridging the gap between International Investment Law and the Environment*, Eleven International Publishing, 2016, tr. 57.

1. Tiêu chuẩn “đối xử công bằng và thỏa đáng” trong pháp luật đầu tư quốc tế

1.1. Tiêu chuẩn “đối xử công bằng và thỏa đáng” trong pháp luật đầu tư quốc tế

Tiêu chuẩn FET ngày càng đóng vai trò quan trọng trong các IIA bởi quy định này giúp lấp đầy các khoảng trống còn bỏ ngỏ nếu có và giúp hỗ trợ cho việc giải thích các điều khoản cụ thể trong các hiệp định này.⁸ Thuật ngữ “đối xử công bằng và thỏa đáng”, dù được ghi nhận trong các IIA dưới dạng “*fair and equitable treatment*”, “*just and equitable treatment*” hay “*equitable treatment*”, về cơ bản đặt ra cùng một mức độ bảo hộ nhà đầu tư. Quy định này đòi hỏi quốc gia tiếp nhận đầu tư phải dành sự đối xử công bằng đối với nhà đầu tư nước ngoài. Phần lớn các hiệp định đầu tư song phương và đa phương ngày nay đều ghi nhận điều khoản FET.⁹ Tuy nhiên, dù cùng được ghi nhận trong rất nhiều hiệp định nhưng các văn bản này lại sử dụng các cách quy định khác nhau về tiêu chuẩn FET. Trong thực tiễn giải quyết tranh chấp, các hội đồng trọng tài thường dựa vào các học thuyết cụ thể, quan điểm và tình tiết đặc thù của từng vụ việc để đưa ra kết luận về việc biện pháp của nhà nước có vi phạm điều khoản FET hay không. Bên cạnh đó, do khó có thể đưa ra một khái niệm cụ thể và thống nhất cho tiêu chuẩn này, các hội đồng trọng tài chủ yếu xác định loại tiêu chuẩn FET trong mỗi vụ việc là dạng điều khoản nào hay mức độ ra sao.¹⁰

Về cách ghi nhận điều khoản trong các hiệp định đầu tư, tài liệu của UNCTAD¹¹ đã tổng hợp bốn dạng quy định thường thấy như sau:

- (i) Chỉ đơn thuần ghi nhận FET và không giải thích gì thêm;¹²
- (ii) Tiêu chuẩn FET liên kết với luật quốc tế;¹³

⁸ Xem UNCTAD, *International Investment Agreements: Key issues*, Vol 1, 2004, tr. 92.

⁹ Ví dụ như Bản thảo Hiệp định về bảo hộ tài sản nước ngoài thực hiện bởi OECD 1967 và gần đây là Hiệp định Đối tác toàn diện và tiến bộ xuyên Thái Bình Dương (CPTPP hay TPP-11) (Điều 9) và Hiệp định đầu tư toàn diện ASEAN-ACIA (Điều 11). Xem thêm về nguồn gốc điều khoản FET trong Ying Zhu, *ltdđ*, chú thích 4, tr. 323.

¹⁰ Saveno Di Benedetto, *ltdđ*, chú thích 1, tr.103.

¹¹ Xem UNCTAD, *UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II*, 2004, tr. 17-18

¹² Điển hình là các hiệp định đầu tư được ký kết giữa Hà Lan - Thụy Điển hay Hiệp định giữa Thụy Sĩ - Đức. Đối với những BIT truyền thống, khi chỉ đề cập đến nghĩa vụ FET mà không giải thích gì thêm, hội đồng trọng tài thường giải thích tiêu chuẩn theo hướng: “tự thân” (*autonomous*) theo tập quán quốc tế. Xem OECD, Working Papers on International Investment. Addressing the balance of interests in Investment treaties, *The limitation of FET provisions to MST under customary International Law*, 2017, tr. 18.

¹³ Một số lượng lớn các IIA được ký kết bởi quốc gia đang phát triển có ghi nhận điều khoản FET có liên kết với luật quốc tế. Theo đó, điều khoản này được giải thích theo hướng yêu cầu sự xem xét cả các nguồn của luật quốc tế để xác định hành vi của quốc gia có vi phạm tiêu chuẩn FET hay không. Thực tế, đối với trường hợp quy định FET theo cấu trúc này, luật quốc tế thường đưa ra tiêu chuẩn bảo hộ tối thiểu mà nếu bị vi phạm, nhà đầu tư có thể khởi kiện quốc gia tiếp nhận đầu tư. Xem Jason Haynes, “The Evolving Nature of the Fair and Equitable Treatment Standard: Challenging Its Increasing Pervasiveness in Light of Developing Countries’ Concerns - The Case for Regulatory Rebalancing”, *The Journal of World Investment & Trade*, 2013, tr.123

(iii) Tiêu chuẩn FET liên kết với tiêu chuẩn đối xử tối thiểu đối với người nước ngoài theo tập quán quốc tế (TQQT);¹⁴

(iv) Tiêu chuẩn FET kèm theo nội dung bổ sung;¹⁵

Vì bài viết này tập trung nghiên cứu Hiệp định CPTPP và Hiệp định này ghi nhận rõ FET trong khuôn khổ Hiệp định thuộc trường hợp (iii), nên tác giả sẽ chỉ phân tích cách ghi nhận FET liên kết với tiêu chuẩn đối xử tối thiểu theo TQQT (từ đây viết tắt là FET-MST). Trên thực tế, điều khoản FET được xây dựng theo hướng liên kết với TQQT- MST¹⁶ trong các IIA hiện đại (ví dụ như Hiệp định mẫu của Hoa Kỳ năm 2004 và 2012) thực chất là sự học tập kinh nghiệm từ điều khoản FET trong Hiệp định Thương mại tự do Bắc Mỹ (NAFTA). Cụ thể, khoản 1 Điều 1105 NAFTA quy định về tiêu chuẩn đối xử tối thiểu như sau: “mỗi bên sẽ dành cho các khoản đầu tư của các nhà đầu tư của bên còn lại sự đối xử phù hợp với luật quốc tế, bao gồm sự đối xử công bằng và thỏa đáng và sự bảo vệ an ninh đầy đủ” (full protection and security). Tuy nhiên, do một số hội đồng trọng tài đầu tư giải thích thiếu chính xác điều khoản này, các bên ký kết NAFTA thống nhất với ghi chú giải thích do Ủy ban Thương mại tự do (Free Trade Commission)¹⁷ soạn thảo năm 2001 như sau: Điều 1105(1) NAFTA quy định: tiêu chuẩn tối thiểu của luật TQQT cũng sẽ là tiêu chuẩn tối thiểu áp dụng cho các khoản đầu tư của một bên ký kết khác; khái niệm “đối xử công bằng và thỏa đáng” và “bảo vệ đầy đủ và an ninh” không yêu cầu một sự đối xử nhiều hơn hoặc vượt quá tiêu chuẩn tối thiểu mà luật TQQT đòi hỏi về đối xử đối với người nước ngoài; và việc xem xét liệu có sự vi phạm đối với một điều khoản khác của NAFTA, hoặc của một thỏa thuận quốc tế riêng biệt, sẽ không tạo nên một sự vi phạm đối với Điều 1105(1) NAFTA.

1.2. Thực tiễn giải thích quy định “đối xử công bằng và thỏa đáng” liên kết với “tiêu chuẩn đối xử tối thiểu” trong các kết luận giải quyết tranh chấp đầu tư

Mặc dù chế độ MST đối với người nước ngoài không phải là chủ đề mới trong lĩnh vực công pháp quốc tế, nhưng đến nay, nội dung

¹⁴ Một số IIA bổ sung cụm từ “phù hợp với luật quốc tế”, “được quy định trong luật quốc tế”, “theo các nguyên tắc của luật quốc tế”. Phần bổ sung này hàm ý nêu chuẩn FET được xem xét theo luật tập quán quốc tế.

¹⁵ Ví dụ như kèm theo nội dung liên quan đến từ chối xét xử, các biện pháp không hợp lý hoặc mang tính phân biệt đối xử, vi phạm các nghĩa vụ khác. Xem thêm UNCTAD, *idid*, chú thích 11, tr.17-18.

¹⁶ MST là một thuật ngữ của TQQT điều chỉnh sự đối xử với người nước ngoài bằng cách đưa ra tập hợp các nguyên tắc mà nhà nước phải tuân thủ khi đối xử với doanh nghiệp nước ngoài và tài sản của họ.

¹⁷ Ủy ban Thương mại tự do của NAFTA là cơ quan có thẩm quyền đưa ra các giải thích chính thức và ràng buộc cho một số quy định của NAFTA.

tiêu chuẩn MST đối với nhà đầu tư và tài sản của họ trong pháp luật đầu tư quốc tế vẫn chưa có sự phát triển đáng kể. Do sự mơ hồ, không rõ ràng trong các quy định về MST và FET tại các hiệp định đầu tư nên thực tiễn giải quyết tranh chấp đầu tư cũng tồn tại nhiều cách giải thích khác nhau. Một số hội đồng trọng tài xác định ngưỡng vi phạm khá cao, nhờ đó, nhà nước sẽ có một “không gian” nhất định để ban hành các chính sách, quyết định công cộng (*regulatory space*).¹⁸ Ngược lại một số hội đồng trọng tài khác lại đặt ra ngưỡng thấp khiến dễ dẫn đến phát sinh trách nhiệm pháp lý của nhà nước.¹⁹

Nhìn chung, hiện có hai xu hướng giải thích: (i) giải thích theo sự phát triển, tiến bộ của TQQT; (ii) cố gắng xây dựng một danh sách về những biện pháp vi phạm FET.

a) *Xu hướng 1: Giải thích theo sự phát triển, tiến bộ của tập quán quốc tế*

Liên quan đến xu hướng giải thích điều khoản FET theo sự phát triển của tập quán quốc tế - vốn là xu hướng thường được các trọng tài NAFTA vận dụng, phán quyết trong vụ *ADF Group Inc. v. Hoa Kỳ*, khác với tiêu chuẩn MST trong vụ kiện *Neer 1926*,²⁰ chỉ ra rằng: “TQQT không bị đóng khung theo thời gian và tiêu chuẩn MST có thể bị thay đổi”. Trong vụ *Glamis Gold Ltd v. Hoa Kỳ*, Hội đồng Trọng tài đã kết luận rằng “sự đổi xử thái quá được đề cập trong vụ *Neer* đã không còn được áp dụng trong thực tiễn hiện đại”. Hội đồng Trọng tài NAFTA gần đây trong vụ kiện *Bilcon v. Canada* cũng nhấn mạnh rằng: “Tiêu chuẩn MST ngày nay rộng hơn so với quyết định trong vụ kiện *Neer*, và những phán quyết có liên quan sau đó”. Đồng thời, cần nhận thấy rằng sự đổi xử bất công đòi hỏi xuất phát từ những nhân tố bên ngoài như điều kiện kinh tế hiện tại và những nhu cầu ngắn hạn của các nhà đầu tư. Mặc dù vậy, các hội đồng trọng tài NAFTA vẫn nhấn mạnh rằng dù TQQT đã có sự phát triển, nhưng ngưỡng xác định sự vi phạm FET vẫn còn cao. Điều này được nhấn mạnh trong tất cả các quyết định của NAFTA kể từ khi thông qua Ghi chú của FTC.

¹⁸ Ví dụ như các vụ: *Chemtura v. Canada* (2010) và *Apotex v. Hoa Kỳ* (2014).

¹⁹ Ví dụ như các vụ: *S. D. Myers, Inc. v. Canada*, *Metalclad Corporation v. The United Mexican States* (ICSID Case No. ARB(AF)/97/1).

²⁰ Tranh chấp *Neer* xảy ra khi một công dân Hoa Kỳ bị giết hại ở Mexico và Hoa Kỳ thay mặt cho công dân của mình kiện Mexico tại Ủy ban khiếu kiện Mexico - Hoa Kỳ. Hoa Kỳ cho rằng chính quyền Mexico thiếu cẩn trọng trong điều tra, truy tố tội phạm và không bắt được những kẻ phạm tội và do đó cáo buộc cách đối xử với người nước ngoài của nước sở tại vi phạm luật quốc tế bởi cách đối xử đó vi phạm một cách trắng trợn, với ý đồ xấu hay cố ý xao nhãng nghĩa vụ, hoặc cũng có thể xem là Chính phủ đã hành động thiếu sót đến mức mà ai có lý trí minh mẫn cũng nhận ra là thấp kém hơn nhiều yêu cầu mà tiêu chuẩn quốc tế đặt ra. Trong vụ này, dựa vào các bằng chứng mà chính quyền Mexico đưa ra về biện pháp mà nước này đã tiến hành điều tra, Ủy ban khiếu kiện Mexico - Hoa Kỳ kết luận Mexico không phải chịu trách nhiệm khi không bắt được những kẻ phạm tội. Xem Trịnh Hải Yến, *Giải trình Luật Đầu tư quốc tế*, Nxb. Chính trị quốc gia sự thật, 2017, tr. 114

Nhìn chung, nhiều phán quyết của Hội đồng Trọng tài NAFTA²¹ có đề cập sự mở rộng phạm vi điều chỉnh của TQQT trong tiêu chuẩn FET nhưng đối với các lĩnh vực liên quan đến lợi ích công cộng của nhà nước, xu hướng chung là các trọng tài đánh giá lợi ích công cộng cao hơn lợi ích của nhà đầu tư. Điều này được khẳng định trong kết luận của Hội đồng Trọng tài trong hai phán quyết gần đây: *Chemtura v. Canada* (2010) và *Apotex v. Hoa Kỳ* (2014) về vấn đề bảo vệ môi trường và sức khỏe công cộng. Cả hai Hội đồng Trọng tài đều đưa ra phán quyết ủng hộ nhà nước. Trong vụ *Chemtura v. Canada* (2010), một công ty hóa chất cáo buộc rằng việc Chính phủ Canada thiếu cân nhắc kỹ lưỡng, trì hoãn và từ chối cấp giấy phép đăng ký thuốc trừ sâu mang tên Lindane là vi phạm quy định FET trong Hiệp định NAFTA. Hội đồng Trọng tài cho rằng họ không có chức năng xem xét về mối nguy hại của các chất có trong thuốc trừ sâu (Lindane) mà quốc gia dựa vào đó để ban hành biện pháp, đặc biệt là khi một cơ quan chuyên trách tin rằng chất này gây nguy hại cho môi trường. Qua đó, có thể thấy rằng, xu hướng giải thích FET tại các hội đồng trọng tài cũng mở ra cơ hội cho các nhà nước được thực thi các chính sách bảo vệ lợi ích công cộng, đặc biệt là vấn đề về bảo vệ môi trường.

b) Xu hướng 2: Cố gắng xây dựng một danh sách các biện pháp vi phạm FET

Trong quá trình giải quyết tranh chấp, các hội đồng trọng tài cũng đã xác định tiêu chuẩn MST theo hướng liệt kê những biện pháp mà một quốc gia áp dụng có thể vi phạm FET. Vào năm 2004, Hội đồng Trọng tài vụ *Waste Management v. Mexico* đã xây dựng một danh sách những hành vi không được chấp nhận của nhà nước như sau:²² nghĩa vụ FET-MST bị vi phạm khi các hành vi của quốc gia gây hại cho nhà đầu tư nếu hành vi đó tùy tiện, không công bằng và được thực hiện theo cách thức phân biệt đối xử, phân biệt chủng tộc hay có thiếu sót trong quy trình, thủ tục, thiếu minh bạch và thiếu khách quan trong thủ tục hành chính.²³ Thêm nữa, khi áp dụng tiêu chuẩn này, cần chú ý đến kỳ vọng chính đáng của nhà đầu tư nước ngoài về một môi trường pháp lý và kinh doanh ổn định.

²¹ Ví dụ kết luận của Hội đồng Trọng tài trong các vụ *Metalclad Corp v. Mexico*, *SD Myers, Inc v. Canada*, *Pope & Talbot Inc v. Canada*

²² Phán quyết của vụ kiện được đưa ra trên cơ sở tham khảo phán quyết của các vụ *ADF Group Inc. v. Hoa Kỳ* (ICSID Case No. ARB (AF)/00/1), *Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. Hoa Kỳ* (ICSID Case No. ARB (AF)/98/3), *S.D. Myers, Inc. v. Canada* (<https://www.itlaw.com/cases/969>), *Moudev International Ltd. v. Hoa Kỳ* (ICSID Case No. ARB(AF)/99/2).

²³ Phán quyết của Hội đồng Trọng tài trong vụ *Waste Management v. Mexico* (ICSID Case No. ARB(AF)/00/3), đoạn 98.

Nhìn chung, vì tiêu chuẩn FET mang tính mơ hồ nên các hội đồng trọng tài được quyền thành lập, tập hợp các yêu cầu cần thiết để đạt được mục tiêu theo hiệp định trong từng tranh chấp cụ thể, ứng với từng mối quan tâm của mỗi nước. Thông thường, các yêu cầu này thường được chia thành bốn nhóm chính: (i) nghĩa vụ thận trọng và bảo vệ; (ii) trình tự thủ tục hợp lý bao gồm từ chối xét xử; (iii) không được đối xử độc đoán và phi lý; (iv) minh bạch - ổn định, bao gồm tôn trọng kỳ vọng chính đáng của nhà đầu tư.²⁴

2. Sự tích hợp vấn đề bảo vệ môi trường và mối liên hệ với tiêu chuẩn “đối xử công bằng và thỏa đáng” trong Hiệp định CPTPP

2.1. Vấn đề bảo vệ môi trường và tiêu chuẩn “đối xử công bằng và thỏa đáng” trong Hiệp định CPTPP

Nhìn chung, các BIT truyền thống chủ yếu được ký kết giữa quốc gia phát triển (nhằm bảo vệ nhà đầu tư nước mình và tài sản của họ khỏi các hành vi của nước tiếp nhận đầu tư) và quốc gia đang phát triển (nhằm thu hút đầu tư). Trong các BIT này, các quốc gia đồng ý áp dụng các tiêu chuẩn tối thiểu để bảo vệ nhà đầu tư nước ngoài. Các BIT truyền thống thường hiếm khi đề cập vấn đề phát triển bền vững hay bảo vệ môi trường. Cho đến một thập niên trở lại đây, một số quốc gia bắt đầu đưa các mối quan tâm về vấn đề phát triển bền vững như một trong những mục tiêu quan trọng vào các hiệp định đầu tư, thông qua việc đề cập vấn đề này ngay tại lời nói đầu hay trong các điều khoản của hiệp định. Sự phát triển này nhấn mạnh việc phải bảo đảm sự cân bằng giữa lợi ích kinh tế của nhà đầu tư với việc bảo vệ một số lợi ích phi kinh tế của xã hội, qua đó làm thay đổi quyền và nghĩa vụ của quốc gia và nhà đầu tư trong những trường hợp liên quan.²⁵

Đối với CPTPP, sau khi được phê chuẩn bởi quá bán trong số 11 nước liên quan, hiệp định này đã chính thức có hiệu lực kể từ sau ngày 30/12/2018. Với các cam kết hợp tác đầu tư sâu rộng hơn, nguy cơ các biện pháp mà nhà nước áp dụng bị kiện vi phạm FET bởi các nhà đầu tư là hiện hữu, nhất là trong bối cảnh yêu cầu bảo vệ môi trường ngày càng cấp bách hơn. Tuy nhiên, hiệp định này đã lồng ghép hiệu quả yêu cầu bảo hộ đầu tư với mục tiêu bảo vệ môi trường. Phần này xem xét các quy định liên quan trong hiệp định này.

²⁴ August Reinisch, *Standards of Investment protection*, Oxford University Press, 2008, tr. 111.

²⁵ Ví dụ, Hiệp định mẫu của Na-uy quy định minh thị tại lời nói đầu như sau: “... sự thúc đẩy đầu tư bền vững là vấn đề rất quan trọng cho sự phát triển thịnh vượng của các nền kinh tế quốc gia và toàn cầu cũng như để theo đuổi các mục tiêu quốc gia và toàn cầu để phát triển bền vững, và liên quan việc thúc đẩy các khoản đầu tư đó đòi hỏi nỗ lực hợp tác của các nhà đầu tư, quốc gia tiếp nhận đầu tư và quốc gia của nhà đầu tư (home state)”

Trước hết, Điều 9.6,²⁶ Chương 9 Hiệp định CPTPP ghi nhận về tiêu chuẩn đối xử tối thiểu như sau:

"1. Mỗi bên sẽ dành cho khoản đầu tư trong Hiệp định sự đối xử phù hợp với các nguyên tắc của tập quán quốc tế, bao gồm: đối xử công bằng và thỏa đáng và bảo vệ an ninh.

Nhằm giải thích rõ hơn, khoản 1 quy định tiêu chuẩn đối xử tối thiểu phù hợp với các nguyên tắc của tập quán quốc tế, bao gồm: đối xử công bằng và thỏa đáng và bảo vệ an ninh, bảo vệ môi trường ngày càng cấp bách hơn. Tuy nhiên, Hiệp định không yêu cầu đối xử ngoài phạm vi hoặc vượt quá sự đối xử theo yêu cầu của tiêu chuẩn đó, và không tạo thêm các quyền bổ sung. Nghĩa vụ tại khoản 1 quy định:

(a) "đối xử công bằng, thỏa đáng" bao gồm nghĩa vụ không từ chối xét xử trong các thủ tục tố tụng hình sự, dân sự, hoặc hành chính phù hợp với nguyên tắc về thủ tục trong các hệ thống pháp luật cơ bản trên thế giới; và

(b) ...

3. Việc xác định nếu có hành vi vi phạm điều khoản nào khác của Hiệp định này hoặc một Hiệp định quốc tế độc lập sẽ không được coi là cơ sở để xác định có vi phạm điều này.

4. Nhằm giải thích rõ hơn, sự kiện thuần túy về việc một Bên có hành động hoặc không hành động mà có thể trái với kỳ vọng chính đáng của nhà đầu tư sẽ không bị xem là cấu thành hành vi vi phạm Hiệp định này, kể cả trong trường hợp dẫn đến hậu quả thiệt hại cho một dự án đầu tư được bảo đảm nhất định.

5."

Có thể thấy, cách tiếp cận của Hiệp định CPTPP có điểm tương đồng với Điều 1105 NAFTA trong việc không đưa ra khái niệm rõ ràng về FET mà chỉ ghi nhận FET gắn liền với MST. Đồng thời, Điều 9.16 CPTPP cũng ghi nhận sự thống nhất của các bên ký kết về tiêu chuẩn MST theo TQQT cũng như cách thức để thiết lập TQQT mới.

Bên cạnh đó, như phân tích nội dung các phán quyết của các cơ quan giải quyết tranh chấp đầu tư ở trên, việc xem xét hành vi vi phạm FET cũng sẽ được căn cứ trên cơ sở mục tiêu, mục đích của Hiệp định, được thể hiện ở lời nói đầu văn bản này. Lời nói đầu Hiệp định CPTPP thể hiện mối quan tâm của các bên ký kết trong việc ưu tiên vấn đề bảo vệ môi trường một cách minh thị:

²⁶ Điều 9.6 (Tiêu chuẩn đối xử tối thiểu) được hiểu theo quy định của Phụ lục 9-A (Công pháp quyền thống quốc tế) Các bên xác nhận về cách hiểu về TQQT nói chung và cụ thể liên quan đến Điều 9.5 (MST) có kết quả từ tập quán chung và thống nhất của các quốc gia mà họ tuân thủ theo nghĩa vụ pháp lý TQQT MST- chế độ đối xử với người nước ngoài để đáp ứng mọi nguyên tắc TQQT bảo vệ các khoản đầu tư của người nước ngoài.

“Thiết lập Hiệp định khu vực toàn diện nhằm thúc đẩy hội nhập kinh tế nhằm tự do hoa thương mại và đầu tư, ... mang lại lợi ích cho người tiêu dùng, giảm nghèo và thúc đẩy phát triển bền vững (...)

Thừa nhận quyền của các Bên trong việc điều chỉnh và cố gắng đảm bảo sự linh hoạt của các Bên khi đặt ra các ưu tiên trong công tác xây dựng pháp luật và quy định quản lý, đảm bảo lợi ích công, và bảo vệ các mục tiêu phúc lợi công cộng hợp pháp, như y tế công cộng, an toàn, môi trường, bảo tồn nguồn tài nguyên thiên nhiên vô cơ và hữu cơ có thể bị cạn kiệt, sự toàn vẹn và sự ổn định của hệ thống tài chính và đạo đức xã hội; (...)

Thúc đẩy bảo vệ môi trường ở mức độ cao, kể cả thông qua việc thực thi có hiệu quả pháp luật về môi trường, và đẩy mạnh các mục tiêu phát triển bền vững, bao gồm cả thông qua các chính sách và thực tiễn thương mại và môi trường có tính tương hỗ...”

Cùng cần nhấn mạnh rằng, bên cạnh lời nói đầu, Chương 29, Mục A, Điều 29.1 Các ngoại lệ chung của Hiệp định cũng đề cập việc ưu tiên cho mục tiêu bảo vệ môi trường bên cạnh thúc đẩy thương mại. Qua đó, có thể thấy, các bên ký kết hiệp định ý thức rất rõ tăng trưởng kinh tế trong thế kỷ này không thể tách rời khỏi yêu cầu phát triển bền vững. Đặc điểm này rất khó tìm thấy trong các BIT truyền thống, đặc biệt là các BIT mà Việt Nam ký kết trước đây, vốn ưu tiên thu hút đầu tư hơn hết do bối cảnh lịch sử, quan hệ thương mại bất cân xứng cũng như điều kiện kinh tế hạn chế. Điều này cho thấy Hiệp định CPTPP thực sự phản ánh đúng yêu cầu và sự phát triển của thương mại trong thế kỷ 21 với những mối quan tâm sâu sắc, chặt chẽ và toàn diện hơn so với các hiệp định trước đây. Phần dưới đây sẽ đưa ra một số đánh giá về các quy định trên và ý nghĩa đối với Việt Nam.

2.2. Đánh giá về quy định “đối xử công bằng và thỏa đáng” trong CPTPP và một số đề xuất cho Việt Nam

Đầu tiên, có thể thấy ngôn ngữ trong lời nói đầu của Hiệp định CPTPP có thể được diễn giải theo hướng nhấn mạnh mục tiêu bảo vệ môi trường trong chính sách bảo hộ đầu tư khi xem xét hành vi vi phạm FET. Từ đó, ngưỡng xác định vi phạm FET đã được phát triển cao hơn trong Hiệp định cũng như mang tính rõ ràng và cố định hướng tiếp cận hơn. Điều này sẽ khắc phục những khiếm khuyết trong các hiệp định trước đó có mô hình tương tự như Điều 1105 NAFTA. Ngôn ngữ trong Hiệp định thể hiện rõ ràng mục tiêu mà các bên ký kết muốn đảm bảo cùng sẽ giới hạn sự mở rộng nội hàm của FET quá mức so với ý định ban đầu của các bên ký kết tại cơ quan giải quyết tranh chấp. Do vậy, thực ra, quy định của Hiệp định này giúp Việt Nam cũng như các bên

ký kết khác của CPTPP giảm thiểu rủi ro khả năng bị kiện theo điều khoản FET khi theo đuổi các chính sách hướng đến bảo vệ môi trường. Mặc dù mọi dự đoán đưa ra ở thời điểm mà Hiệp định CPTPP mới bắt đầu có hiệu lực còn hơi sớm, tuy nhiên, trong quá trình thực thi Hiệp định này, nếu có sự thay đổi trong chính sách quản lý môi trường gây thiệt hại cho nhà đầu tư thì những ghi nhận về mục tiêu phát triển bền vững nói chung và mục tiêu bảo vệ môi trường nói riêng trong Hiệp định này nếu được vận dụng đúng cách sẽ tạo ra lá chắn hiệu quả bảo vệ nhà nước trước những khiếu kiện có liên quan của nhà đầu tư.

Ngoài ra, nhằm thực hiện các cam kết trong khuôn khổ Hiệp định CPTPP cũng như tận dụng được các cơ hội mà hiệp định này mang lại, bên cạnh việc điều chỉnh các quy định hiện hành hoặc ban hành mới các văn bản luật liên quan, các cơ quan quản lý có thẩm quyền của Việt Nam cần lưu ý đến cách thức ban hành, áp dụng các biện pháp quản lý nhằm mục tiêu bảo vệ môi trường cần đảm bảo các yêu cầu về tính minh bạch cũng như yêu cầu về trình tự thủ tục hợp lý. Cụ thể là trước khi điều chỉnh chính sách hoặc áp dụng các biện pháp có khả năng gây ảnh hưởng đến quyền hoặc lợi ích của nhà đầu tư nước ngoài, chính phủ cần đảm bảo cung cấp đầy đủ cơ chế để nhà đầu tư được thông tin đầy đủ về các vấn đề pháp lý cụ thể, được tạo cơ hội hợp lý để nhà đầu tư đóng góp ý kiến hoặc cùng trao đổi để tìm ra giải pháp phù hợp cho cả nhà nước lẫn nhà đầu tư. Bên cạnh đó, nhà đầu tư cũng cần được đảm bảo quyền khiếu nại đối với việc ban hành và áp dụng các quyết định gây bất lợi cho nhà đầu tư. Nếu có thể thực hiện việc quản lý hoạt động đầu tư và môi trường trên cơ sở các quy định thủ tục rõ ràng, minh bạch, không mang tính phân biệt đối xử,³⁷ nước tiếp nhận đầu tư vẫn có thể theo đuổi các mục tiêu môi trường chính đáng bởi thông thường các hội đồng trọng tài đặc biệt chú trọng đến các yêu cầu này khi đánh giá một quyết định cụ thể của nhà nước có vi phạm các nghĩa vụ bảo hộ đầu tư hay không. Trong điều kiện hiện tại, đây có thể vẫn là cách thức đối với chính phủ Việt Nam bởi hệ thống tòa án hay cơ quan bán tư pháp, cơ quan hành chính hoặc thủ tục tư pháp, bán tư pháp hoặc thủ tục hành chính trong nước vẫn còn được tổ chức kém hiệu quả hoặc còn nặng tính quan liêu, đặc biệt là trong việc rà soát hoặc điều chỉnh các quyết định hành chính trong lĩnh vực đầu tư. Thực hiện được các yêu cầu này không những giúp giảm thiểu khả năng bị khiếu kiện bởi nhà đầu tư nước ngoài gây bất lợi và tổn kém khi phải theo đuổi thủ tục

³⁷ Xem thêm Nguyễn Thị Lan Hương, "Một số tranh chấp liên quan đến mất hừa trong quản lý môi trường - Kinh nghiệm phòng ngừa giữa cho Việt Nam", trong Trần Việt Dũng - Nguyễn Thị Lan Hương (chủ biên), *Giải quyết tranh chấp đầu tư quốc tế: Một số vấn đề pháp lý và thực tiễn trong bối cảnh hội nhập*, Nxb. Đại học Quốc gia TP. Hồ Chí Minh, 2018, tr. 133.

GQTC đầu tư mà về lâu dài cũng giúp đạt được mức độ ổn định pháp lý đáng kể nhờ đó nâng cao uy tín của thị trường đầu tư trong nước.

Thêm nữa, tuy Hiệp định CPTPP đã phần nào đảm bảo được mục tiêu môi trường cho các biện pháp của chính phủ các nước thành viên trong tương lai, một số hiệp định đầu tư song phương mà Việt Nam tham gia ký kết vẫn đang còn hiệu lực²⁶⁸ và do đó vẫn có nguy cơ để các nhà đầu tư được bảo vệ bởi các hiệp định này sử dụng điều khoản FET để khởi kiện. Vì vậy, Chính phủ Việt Nam cần có chính sách vô hiệu hóa các hiệp định đã ký kết bị lỗi thời nhằm giảm thiểu rủi ro bị khởi kiện theo các hiệp định được ký kết giai đoạn trước. Nếu điều này là bất khả thi, đề xuất được trình bày ở phần dưới đây có thể là một giải pháp phù hợp trong điều kiện hiện tại.

Ở góc độ xây dựng và quản lý chính sách phát triển kinh tế - xã hội của quốc gia, có thể thấy, phát triển bền vững được đề cập đến rất nhiều lần trong Hiệp định CPTPP cũng như trong các FTA thế hệ mới khác (ví dụ như EVFTA, Hiệp định Hợp tác kinh tế toàn diện khu vực (RCEP) hay Hiệp định TTIP (giữa Hoa Kỳ và EU), tuy nhiên ở Việt Nam vấn đề phát triển bền vững chủ yếu được đề cập đến trong các văn bản mang tính hướng dẫn hơn là quy định thực chất. Ví dụ như Quyết định số 432/QĐ-TTg của Thủ tướng Chính phủ phê duyệt chiến lược phát triển bền vững Việt Nam giai đoạn 2011-2020 hay Nghị quyết hội nghị lần thứ 8 Ban Chấp hành Trung ương khóa XII về chiến lược phát triển bền vững kinh tế biển Việt Nam đến năm 2030, tầm nhìn đến năm 2045. Vì vậy, trong bối cảnh vấn đề này ngày càng được quan tâm hơn cả ở phạm vi trong nước lẫn tại các diễn đàn kinh tế - thương mại khu vực và quốc tế, Chính phủ cần tận dụng sự thuận lợi của xu hướng chung này xúc tiến xây dựng các văn bản pháp lý mang tính định hướng cũng như đưa ra các yêu cầu cụ thể nhằm bảo đảm mục tiêu phát triển bền vững trong nước. Bên cạnh đó, Chính phủ cũng có thể đàm phán với các đối tác thương mại (đặc biệt là các đối tác thương mại trong các BIT đã ký kết trước đây không có điều khoản ưu tiên cho môi trường đã đề cập đến ở trên), ký kết các thỏa thuận tự nguyện nhấn mạnh mục tiêu phát triển bền vững. Hiệp định đối tác tự nguyện về Luật Quản lý rừng giữa Việt Nam và EU (hoàn tất đàm phán vào tháng 7 năm 2018) là một ví dụ. Các văn bản này có thể là cơ sở pháp lý hiệu quả giúp Nhà nước hạn chế bớt nguy cơ bị khởi kiện bởi nhà đầu tư nếu thực sự phải áp dụng một biện pháp như vậy trong tương lai gây thiệt hại cho các chủ thể này.

²⁶⁸ Ví dụ như BIT Việt Nam - Úc (1991), BIT Việt Nam - Nhật Bản (2004), BIT Việt Nam - Malaysia (1992) và BIT Việt Nam - Singapore (1992), [<https://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryBits/229#iialInnerMenu>, truy cập ngày 11/2/2019.

Nhìn chung, CPTPP cũng như các FTA thế hệ mới cùng thời đều đặt ra các tiêu chuẩn khá cao về loại bỏ rào cản với thương mại và đầu tư. Việc thực hiện các yêu cầu này ngoài mục tiêu mở cửa thị trường còn tạo động lực mạnh mẽ cho việc cải cách các quy định pháp luật để tạo môi trường kinh doanh thuận lợi, môi trường cạnh tranh bình đẳng cho các nhà sản xuất, nhà đầu tư trong nước và quốc tế. Thực tế cho thấy mức độ tự do hóa cao trong các hiệp định mới này vẫn được cân bằng đồng thời với các giá trị nâng cao như lao động, môi trường. Tham gia Hiệp định CPTPP mở ra thêm khả năng thu hút đầu tư, nhất là từ các đối tác kinh tế lớn trong liên kết này. Đây cũng là cơ hội tốt cho Việt Nam bởi đầu tư cũng là lĩnh vực được đánh giá sẽ có tác động trực tiếp và làm thay đổi đáng kể hiện trạng pháp luật và chính sách nội địa của Việt Nam. Tuy nhiên, từ cơ hội đến việc đạt được lợi ích thực sự đòi hỏi tinh thần chủ động cải cách thể chế, điều chỉnh hệ thống pháp luật, xây dựng chiến lược phát triển nhân lực và cơ sở hạ tầng phù hợp. Các công việc này tất nhiên đòi hỏi nhiều nỗ lực từ nhiều nguồn lực trong nước, dù vậy, từ kinh nghiệm gia nhập Tổ chức Thương mại thế giới, tác giả tin rằng việc thực hiện là hoàn toàn khả thi nếu Việt Nam chuẩn bị lộ trình điều chỉnh phù hợp. ●

Tài liệu tham khảo

- [1] Saverio Di Benedetto, *International Investment Law and The Environment*, Elgar International Investment Law, 2015
- [2] Trần Việt Dũng - Nguyễn Thị Lan Hương (chủ biên), *Giải quyết tranh chấp đầu tư quốc tế. Một số vấn đề pháp lý và thực tiễn trong bối cảnh hội nhập*, Nxb. Đại học Quốc gia TP. Hồ Chí Minh, 2018 [trans: Tran Viet Dung - Nguyen Thi Lan Huong (ed), *Settling international investment disputes - Some legal and practical issues in the context of integration*, City HCM. City National University. Ho Chi Minh, 2018]
- [3] Jason Haynes, "The Evolving Nature of the Fair and Equitable Treatment Standard: Challenging Its Increasing Pervasiveness in Light of Developing Countries' Concerns - The Case for Regulatory Rebalancing", *The Journal of World Investment & Trade*, 2013
- [4] Yulia Levashova, "Fair and equitable treatment and the protection of the environment: Recent trends in investment treaties and investment cases", in Yulia Levashova, Tineke Lambooy Ige Dekker (ed), *Bridging the gap between International Investment Law and the Environment*, Eleven International Publishing, 2016
- [5] OECD Working Papers on International Investment, Addressing the balance of interests in investment treaties, *The limitation of FET provisions to MST under customary international law*, 2017
- [6] August Reinsch, *Standards of Investment protection*, Oxford University Press, 2008
- [7] UNCTAD, *International Policy Framework for Sustainable Development*, 2015
- [8] UNCTAD, *Series on Issues in International Investment Agreements II*, 2004
- [9] UNCTAD, *International Investment Agreements: Key issues*, Volume I, 2004
- [10] Trịnh Hải Yến, *Giáo trình Luật Đầu tư quốc tế*, Học viện Ngoại giao, Nxb. Chính trị quốc gia sự thật, 2017 [trans. Trinh Hai Yen, *Textbook of international investment law*, National Political Publishing House of Truth, 2017]
- [11] Ying Zhu, "Fair and Equitable Treatment of Foreign Investors in an Era of Sustainable Development", *58 Nat. Resources J.* 319, 2018