



Please purchase a personal license.

Hà Nội, ngày 07-11 tháng 11 năm 2016

Khóa đào tạo tại Đại học Luật Hà Nội

Giáo sư Julien CHAISSE

Tưóc quyền sở hữu

5 mục tiêu

Phân biệt tước quyền hợp pháp và tước quyền bất hợp pháp



Nhận biết các yếu tố giúp tòa trọng tài xác định sự lấy đi một phần có cấu thành sự tước quyền không



Phân biệt giữa các hành vi pháp lý không đủ để trở thành sự tước quyền và các hành vi pháp lý là tước quyền sở hữu phải bồi thường



Xem xét vai trò phù hợp của học thuyết “các kỳ vọng chính đáng” trong việc xác định xem có xảy ra tước quyền sở hữu không



Xem xét biện pháp bồi thường phù hợp trong trường hợp tước quyền hợp pháp mà không phải trường hợp tước quyền không hợp pháp

Tổng quát

Trong bài này, học viên sẽ tìm hiểu

- Ý nghĩa thuật ngữ “tước quyền sở hữu”
- Tước quyền sở hữu có thể là hợp pháp NẾU một số điều kiện nhất định được đáp ứng
- Tước quyền gián tiếp quan trọng hơn tước quyền trực tiếp
- Cách nhận biết tước quyền gián tiếp
- Một số ví dụ trong thực tiễn...

Vietnam-China 1993

ARTICLE 4

Neither Contracting State shall expropriate, nationalize or take similar measures (hereinafter referred to as "expropriation") against investments of investors of the other Contracting State in its territory, unless the following conditions are met:

in the public interest;

under domestic legal procedure;

without discrimination;

against compensation.

The compensation mentioned in Paragraph 1, (d) of this Article shall be equivalent to the value of the expropriated investments at the time when

expropriation is proclaimed, be convertible and freely transferable. The compensation shall be paid without unreasonable delay.

Investors of one Contracting State who suffer losses in respect of their investments in the territory of the other Contracting State owing to war, a national emergency, insurrection, riot or other similar events, shall be treated by the latter Contracting state, if it takes relevant measures, no less favourable than that accorded to investors of a third State.

Vietnam-Japan 2004

Article 9

1. Each Contracting Party shall accord to investments in its Area of investors of the other Contracting Party fair and equitable treatment and full and constant protection and security.

2. Neither Contracting Party shall expropriate or nationalize investments in its Area of investors of the other Contracting Party or take any measure tantamount to expropriation or nationalization (hereinafter referred to as "expropriation") except: (a) for a public purpose; (b) in a non-discriminatory manner; (c) upon payment of prompt, adequate and effective compensation; and (d) in accordance with due process of law.

3. Compensation shall be equivalent to the fair market value of the expropriated investments immediately before the expropriation occurred. The fair market value shall not reflect any change in value occurring because the expropriation had become publicly known earlier. The compensation shall be paid without delay and shall carry an appropriate interest, taking into account the length of time until the time of payment. It shall be effectively realizable and freely transferable and shall be freely convertible into the currency of the Contracting Party of the investors concerned, and into freely usable currencies as defined in the Articles of Agreement of the International Monetary Fund, at the market exchange rate prevailing on the date of expropriation.

4. Without prejudice to the provisions of Article 14, the investors affected shall have a right of access to the courts of justice or administrative tribunals or agencies of the Contracting Party making the expropriation for a prompt review of the investors' case and the amount of compensation in accordance with the principles set out in this Article.

Vietnam-Korea 2004

ARTICLE 5 Expropriation

(1) Investments of investors of either Contracting Party shall not be expropriated or subjected to measures having an effect equivalent to national expropriation (hereinafter referred to as "expropriation") in the territory of the other Contracting Party except for a public purpose, under due process of law, on a non-discriminatory basis and provided that it is accompanied by prompt, effective compensation. Such compensation shall amount to the market value of the investment expropriated immediately before the expropriatory action was taken, as determined by a competent authority of the Contracting Party, of public knowledge, whichever is earlier, shall include interest from the date of expropriation at the applicable commercial rate and shall be made without delay, be fully realizable and be freely transferable.

(2) An investor of one Contracting Party claiming that all or part of his investment has been expropriated shall have a right to prompt review, by a judicial or quasi-judicial independent authority of the other Contracting Party, of his or its case and the valuation of his or its investment in accordance with the principles set out in Paragraph (1) of this Article.

(3) Where one Contracting Party expropriates the assets of a company incorporated or constituted under its laws and regulations, and in which investors of the other Contracting Party own shares or other forms of participation, the provisions of paragraphs (1) and (2) of this Article shall apply.

EVFTA

Article 16 Expropriation

1. Neither Party shall directly or indirectly nationalise, expropriate or subject to measures having an effect equivalent to nationalisation or expropriation (hereinafter referred to as 'expropriation') the investments of investors of the other Party except:

- (a) for a public purpose;
- (b) under due process of law;
- (c) on a non-discriminatory basis; and
- (d) against payment of prompt, adequate and effective compensation.

For greater certainty, this paragraph shall be interpreted in accordance with Annex X on Expropriation.

2. Such compensation shall amount to the fair market value of the investment at the time immediately before the expropriation or the impending expropriation became public knowledge, whichever is earlier, plus interest at a reasonable rate established on a commercial basis, from the date of expropriation until the date of payment. Such compensation shall be

effectively realisable, freely transferable in accordance with Article 17 (Transfers) and made without delay.

3. Notwithstanding Paragraphs 1 and 2, in the case the Socialist Republic of Viet Nam is the expropriating Party, any measure of direct expropriation relating to land shall be: i) for a purpose in accordance with the applicable domestic legislation¹⁹ and ii) upon payment of compensation equivalent to the market value, while recognising the applicable domestic legislation

4. The issuance of compulsory licenses in relation to intellectual property rights, to the extent that such issuance is consistent with the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights in Annex 1C to the WTO Agreements ('TRIPS Agreement'), does not constitute expropriation for the purposes of paragraph 1) of this Article.

5. An affected investor shall have a right, under the law of the expropriating Party, to prompt review of its claim and of the valuation of its investment, by a judicial or other independent authority of that Party.

TPP

Article 9.8: Expropriation and Compensation¹⁶

1. No Party shall expropriate or nationalise a covered investment either directly or indirectly through measures equivalent to expropriation or nationalisation (expropriation), except:

- (a) for a public purpose;^{17, 18}
- (b) in a non-discriminatory manner;
- (c) on payment of prompt, adequate and effective compensation in accordance with paragraphs 2, 3 and 4; and
- (d) in accordance with due process of law.

2. Compensation shall:

- (a) be paid without delay;
- (b) be equivalent to the fair market value of the expropriated investment immediately before the expropriation took place (the date of expropriation);
- (c) not reflect any change in value occurring because the intended expropriation had become known earlier; and
- (d) be fully realisable and freely transferable.

3. If the fair market value is denominated in a freely usable currency, the compensation paid shall be no less than the fair market value on the date of expropriation, plus interest at a commercially reasonable rate for that currency, accrued from the date of expropriation until the date of payment.

4. If the fair market value is denominated in a currency that is not freely usable, the compensation paid, converted into the currency of payment at the market rate of exchange prevailing on the date of payment, shall be no less than:

- (a) the fair market value on the date of expropriation, converted into a freely usable currency at the market rate of exchange prevailing on that date; plus
- (b) interest, at a commercially reasonable rate for that freely usable currency, accrued from the date of expropriation until the date of payment.

5. This Article shall not apply to the issuance of compulsory licences granted

Đề cương

1

- Khái niệm tước quyền sở hữu

2

- Tước quyền hợp pháp

3

- Xác định sự tước quyền gián tiếp

4

- Các loại tước quyền gián tiếp

5

- Án lệ và tác động tới việc lập pháp

Tước quyền sở hữu

Tước quyền sở hữu
 (“expropriation” hoặc
 “wealth deprivation”)

- Bên tư nhân buộc phải giao nộp hoặc bị tịch thu tài sản của mình vì các mục đích của Nhà nước mà không được bồi thường hoặc được bồi thường không đáng kể

Tước quyền sở hữu
 có thể có hai hình
 thức

- Tước quyền trực tiếp
- Tước quyền gián tiếp

Tước quyền trực tiếp

Trong trường hợp đầu tư bị quốc hữu hóa hoặc bị tước quyền trực tiếp thông qua việc chuyển giao chính thức quyền sở hữu hoặc tịch thu toàn bộ tài sản vật chất



Ngoài thuật ngữ expropriation, các thuật ngữ khác như “dispossession”, “taking”, “deprivation” hay “privation” cũng được sử dụng



Luật quốc tế quy định rõ ràng việc tịch thu quyền sở hữu pháp lý về tài sản cấu thành sự tước quyền sở hữu phải bồi thường

Ví dụ: Mexico trong những năm 30

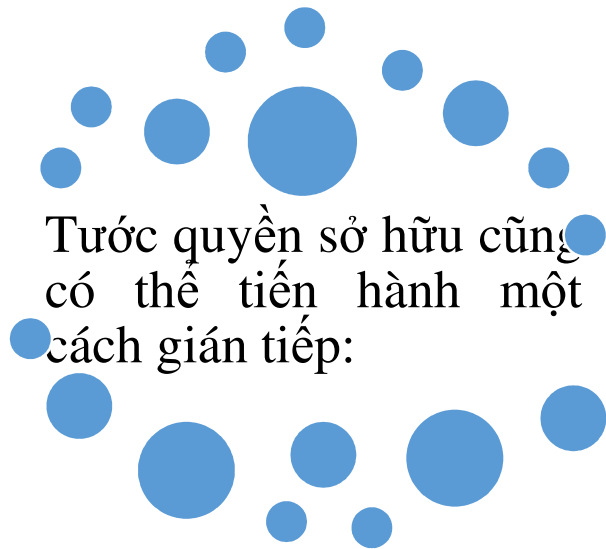
Năm 1935, tất cả các công ty kinh doanh trong ngành sản xuất dầu ở Mexico là các công ty nước ngoài.

- Việc sử dụng lao động trong các công ty này mang lại ít lợi ích cho người lao động do các công ty có thể ngăn chặn việc thành lập các liên đoàn lao động qua các phương thức cả hợp pháp và bất hợp pháp
- Sự căng thẳng chính trị

Tổng thống Mexico đã can thiệp vào thủ tục tố tụng bằng việc trưng thu ngành dầu khí và quốc hữu hóa ngành công nghiệp dầu mỏ

Điều này cho phép Mexico độc quyền trong thăm dò, sản xuất, tinh chế và phân phối dầu mỏ và khí đốt tự nhiên, và trong sản xuất cũng như bán các sản phẩm hóa dầu cơ bản

Tước quyền gián tiếp



Tước quyền sở hữu cũng có thể tiến hành một cách gián tiếp:

- (1) Thông qua việc nhà nước can thiệp vào việc sử dụng tài sản đó,
- (2) Can thiệp bằng cách cùng thụ hưởng các lợi ích từ tài sản đó (ngay cả khi tài sản không bị tịch thu và quyền sở hữu pháp lý không bị ảnh hưởng)

Các biện pháp có ảnh hưởng tương tự như tước quyền sở hữu hay quốc hữu hóa:

Thường được gọi là tước quyền “gián tiếp” (indirect), “dần dần” (creeping), “theo luật định” (de facto), hay các biện pháp “tương đương” với tước quyền

Tước quyền gián tiếp khó phát hiện hơn nhiều

Bảo hộ khởi tước quyền sở hữu trực tiếp và gián tiếp

- Bảo hộ dưới nhiều hình thức trong các hiệp định đầu tư quốc tế (IIA)
- Hầu hết các hiệp định mẫu và dự thảo đều có quy định về tước quyền sở hữu gián tiếp hoặc các biện pháp tương đương tước quyền sở hữu
- Các hiệp định đầu tư song phương (BIT) có các quy định chung và ngắn gọn về tước quyền sở hữu gián tiếp
 - Tập trung vào tác động của hành động của chính phủ và
 - Không phân biệt giữa các hành động quản lý phải bồi thường và không phải bồi thường

Ví dụ: Việt Nam-UK (2002)

- Điều 5 (1): **Tước quyền sở hữu**
- Đầu tư của công dân hay công ty của một Bên ký kết sẽ không bị quốc hữu hóa, tước quyền sở hữu hay là đối tượng của bất cứ biện pháp nào có tác động tương đương quốc hữu hóa hay tước quyền sở hữu (gọi là “tước quyền sở hữu - expropriation”) trong lãnh thổ của Bên ký kết kia trừ khi vì mục đích công liên quan đến nhu cầu trong nước của Bên đó trên cơ sở không phân biệt đối xử và phải được bồi thường nhanh chóng, hiệu quả và đầy đủ.

- Quy định về tước quyền sở hữu như thế này không phân biệt tước quyền sở hữu với quốc hữu hóa.
- Cũng không xác định hay lập ra các tiêu chí để xác định các biện pháp có tác động tương đương tước quyền sở hữu hay quốc hữu hóa.
- Một trong các khía cạnh nhiều tranh cãi là sự thiếu rõ ràng về mức độ can thiệp vào quyền sở hữu để một hành động bị coi là tước quyền sở hữu gián tiếp hay không

Bảo hộ khởi tước quyền sở hữu gián tiếp

- Ví dụ, các điều ước quốc tế mà Pháp tham gia đề cập đến “các biện pháp tước quyền sở hữu hoặc quốc hữu hóa hoặc bất cứ biện pháp nào khác có *ảnh hưởng trực tiếp hoặc gián tiếp tước quyền sở hữu*”.
- Các điều ước quốc tế UK tham gia thể hiện rằng tước quyền sở hữu cũng bao gồm các biện pháp “có *ảnh hưởng tương đương* với quốc hữu hóa hoặc tước quyền sở hữu”.
- Các điều ước quốc tế khác, ví dụ một số điều ước Thụy Điển tham gia, đề cập tới “bất kỳ biện pháp trực tiếp hoặc *gián tiếp*” hoặc “bất kỳ biện pháp nào khác có *cùng bản chất hoặc cùng ảnh hưởng như thế đối với các khoản đầu tư*”.

Tước quyền sở hữu

- Lời văn trong các IIA của Trung Quốc thường hạn chế
 - Giá trị thấp đối với các nhà đầu tư trực tiếp nước ngoài (OFDI)
- Thường đề cập đến tước quyền sở hữu hay quốc hữu hóa, “hoặc biện pháp tương tự”, mà không rõ tước quyền trực tiếp hay gián tiếp hay các biện pháp tương đương về mặt tác động như tước quyền.
 - Các biện pháp “tương đương” hoặc “tương tự” tước quyền không bao gồm các biện pháp dẫn tới tước quyền gián tiếp (khác biệt giữa bản chất với tác động)

Trung Quốc – Chile BIT

(1994)

Điều 4

- (1) Không Bên ký kết nào được tước quyền sở hữu, quốc hữu hóa hay **có các biện pháp tương tự** đối với đầu tư của các nhà đầu tư [...], trừ khi các điều kiện sau được đáp ứng:
- (a) Vì mục tiêu công hay lợi ích quốc gia;
 - (b) Theo quy trình pháp lý trong nước;
 - (c) Không phân biệt đối xử;
 - (d) Có bồi thường.
-

Phạm vi của nghĩa vụ

- Mỗi quan hệ giữa hành động bị coi là chiếm đoạt và định nghĩa đầu tư là then chốt
- Định nghĩa đầu tư càng rộng thì mức độ quan trọng của điều khoản trước quyền sở hữu càng lớn

Tước quyền hợp đồng

- Tước đoạt không giới hạn ở tài sản hữu hình
- Tất cả các hoạt động kinh doanh gắn với tài sản vật chất của nhà đầu tư đều được coi là “đầu tư”, kể cả quyền hợp đồng
 - Vụ việc Tokios Tokelés với Ukraine, ICSID số ARB/02/18 (Quyết định tài phán, 29/4/2004) đoạn 92-93
- Nhiều quyết định đầu tư kèm theo và được bảo hộ bằng các thảo thuận đầu tư cụ thể với nhà nước nhận đầu tư
 - Thường bao gồm các vấn đề như thuế, quy định hải quan, quyền và nghĩa vụ bán với mức giá nhất định cho nhà nước nhận đầu tư, hoặc các vấn đề về giá
- IIA quy định hợp đồng là “đầu tư”
- Quy định về tước quyền sở hữu đề cập đến “đầu tư”
- Do đó, hợp đồng được bảo hộ khỏi tước quyền sở hữu
 - Hạn chế: Việc nhà nước phải hành động (với vai trò thực thi thẩm quyền công cộng/ chính phủ) trong trường hợp không thanh toán hóa đơn không đủ cấu thành hành vi vi phạm hợp đồng

Đề cương

1

- Khái niệm tước quyền sở hữu

2

- Tước quyền hợp pháp

3

- Xác định sự tước quyền gián tiếp

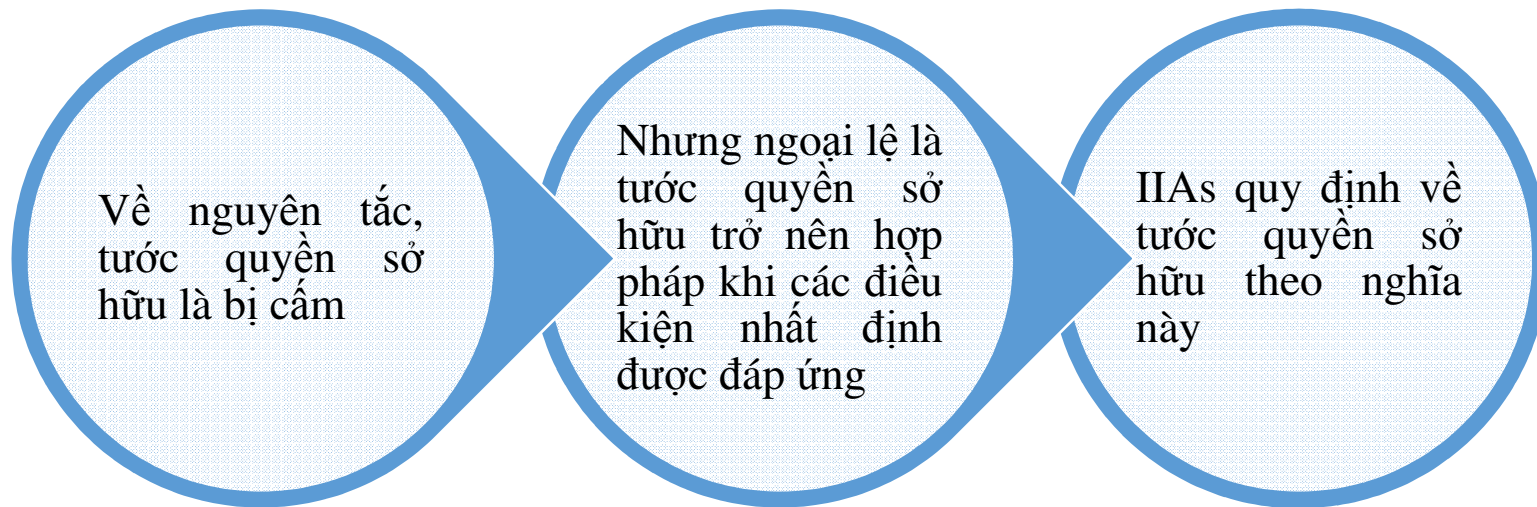
4

- Các loại tước quyền gián tiếp

5

- Án lệ và tác động tới việc lập pháp

Điều kiện để tước quyền sở hữu là hợp pháp



- Tước quyền sở hữu là không hợp pháp
- Nhưng trở nên hợp pháp nếu các điều kiện bảo vệ FDI nhất định được đáp ứng

Điều kiện: Bối cảnh lịch sử

Tóm tắt lịch sử luật quốc tế

Trật tự kinh tế thế giới mới (NIEO)

Trong những năm 60/70, một số nước (chủ yếu là các nước xuất khẩu vốn) lập luận rằng theo luật tập quán quốc tế, nhà nước được phép tước quyền sở hữu của nhà đầu tư nước ngoài với điều kiện biện pháp tước quyền đáp ứng một số điều kiện.

Các nước đang phát triển phủ nhận các điều kiện đó có trong luật tập quán quốc tế

Vì vậy, các nước xuất khẩu vốn chuyển sang sử dụng IIAs để quy định cụ thể về việc bảo vệ đầu tư chống lại sự tước quyền bất hợp pháp...

Hầu hết các hiệp định đều có 4 yêu cầu nội dung

Giữa các BITs vẫn còn có các khác biệt

Các khác biệt chủ yếu là về:

- Nội dung khái niệm pháp trình chính đáng
- Mức độ cụ thể vấn đề bồi thường được giải quyết

Các điều kiện để sự tước quyền sở hữu trở nên hợp pháp là gì?

Vì mục đích cộng đồng

- Nhu cầu cộng đồng và thiện ý thực sự
- Trong thực tiễn thì các Quốc gia được trao cho phạm vi xác định hai khái niệm này khá rộng
- Vụ việc Công ty tài chính quốc tế Amoco với Iran

Không phân biệt đối xử

- Theo luật tập quán quốc tế, sự tước quyền chỉ đơn thuần dựa trên cơ sở rằng công dân nước ngoài thuộc một nhóm chủng tộc, tôn giáo, văn hóa, dân tộc hay quốc tịch cụ thể nào đó là không được phép.
- Hoàn cảnh quá cụ thể

Pháp trình chính đáng

- Một số yêu cầu pháp lý cơ bản, ví dụ như thông báo trước thỏa đáng, xét xử công bằng, bồi thẩm đoàn công bằng và không thiên vị.
- Quy trình pháp lý phải trao cho nhà đầu tư bị ảnh hưởng một cơ hội thích đáng trong khoảng thời gian hợp lý để yêu cầu hưởng các quyền lợi chính đáng của mình và để các yêu cầu này được tiếp nhận. Vụ việc ADV với Argentina

Bồi thường

- IIAs thường xử lý 4 vấn đề
 - Tiêu chuẩn bồi thường và phương pháp xác định giá trị
 - Ngày xác định bồi thường
 - Khả năng chuyển đổi và chuyển tiền
 - Thanh toán tiền lãi

Xác định thiệt hại

- Các cuộc tranh luận lịch sử về công thức tính bồi thường:
 - Công thức vỏ tàu (Hull formula): nhanh chóng, thích đáng và hiệu quả
 - Công bằng, đúng đắn, thích đáng...
- Đây là vấn đề đã qua? Có lẽ, nhưng xác định thiệt hại luôn luôn là một vấn đề phức tạp....
- PCIJ: Nhà máy Chorzów (Đức và Phần Lan 1928)
 - *“...một hành động bất hợp pháp...phải bồi thường càng nhiều càng tốt để loại bỏ hết hậu quả của hành động bất hợp pháp và làm với tất cả khả năng để tái thiết lập trạng thái đã tồn tại nếu hành động đó không xảy ra”*
 - PICJ phân biệt giữa tước quyền bất hợp pháp trong đó yêu cầu tổng bồi thường cho nguyên trạng (bao gồm cả lợi nhuận bị mất) và tước quyền tài sản hợp pháp yêu cầu bồi thường công bằng và thích đáng ngang bằng với giá trị của tài sản tại thời điểm mất quyền sở hữu.
- Liệu đây có phải là điều hảo huyền?

Phương pháp định giá

- Vụ việc kinh điển: Công ty Starret Housing Corp. và Iran (Iran-U.S. khởi kiện). Giá trị thị trường hợp lý được định nghĩa là
 - “...giá mà một người mua sẵn sàng trả cho người bán trong hoàn cảnh mỗi bên đều có đủ thông tin, mỗi bên đều muốn tối đa lợi ích tài chính của mình, và không bên nào bị cưỡng chế, ép buộc, người sẵn sàng mua trở thành người kinh doanh hợp lý.”
- Các phương pháp khác nhau để tính toán giá trị thị trường hợp lý
 - Phân tích dòng tiền chiết khấu
 - Doanh nghiệp hoạt động liên tục (kiểm tra lịch sử hoạt động và đánh giá dựa trên ước tính lợi nhuận tương lai phụ thuộc vào phân tích dòng tiền chiết khấu).
 - DFC là thuật ngữ tương đối mới trong giới trọng tài. Không thể được sử dụng khi doanh nghiệp không hoạt động trong một thời gian dài để có được một bản dữ liệu về tình hình hoạt động hoặc doanh nghiệp đó không tạo ra lợi nhuận, tòa trọng tài thấy rằng các khoản thu nhập tương lai không thể được sử dụng để xác định doanh nghiệp hoạt động liên tục hay có giá trị thị trường hợp lý, cách tiếp cận này có thể dẫn đến đầu cơ. Vụ tranh chấp giữa Vivendi II và Argentina, Vụ tranh chấp giữa Trung Đông và Ai Cập
 - Giá trị ròng trên sổ sách, giá trị thay thế hoặc giá trị thanh lý
 - Đầu tư thực tế (Vụ tranh chấp giữa Metalclad và Mexico, Vụ Wena và Ai Cập, Vụ Sedelmayer và Nga)

Tóm tắt lại

- Nước X tước quyền sở hữu trực tiếp một công ty nước ngoài nhưng:
 - Trên cơ sở không phân biệt đối xử (cho mục đích công ...),
 - Theo luật về tước quyền sở hữu của Nhà nước (hợp pháp/ có tiến trình),
 - Có bồi thường
 - Bồi thường không chậm trễ bằng đồng tiền tự do chuyển đổi, chuyển nhượng
- Đây là sự tước quyền sở hữu nhưng phù hợp với IIA. **CHẤM HẾT.**
- ... Tuy nhiên nếu một điều kiện không được thỏa mãn hoặc nếu không thỏa thuận được về mức bồi thường hoặc nếu tước quyền sở hữu là gián tiếp = khiếu kiện

Đề cương

1

- Khái niệm tước quyền sở hữu

2

- Tước quyền hợp pháp

3

- Xác định tước quyền sở hữu gián tiếp

4

- Các loại tước quyền sở hữu gián tiếp

5

- Án lệ và tác động tới việc lập pháp

Một dòng tuyệt vời để mô tả tước quyền sở hữu là gì

Phán quyết vụ Quasar de Valores SICAV S.A. với Nga, vụ việc SCC (024/2007), 20/7/2012, đoạn 45.

- “Tước quyền gián tiếp, tất nhiên, không biểu lộ ra ngoài”. Nó chỉ có thể suy đoán từ hành vi, qua quan sát ý tưởng, việc thực hiện và kết quả hành vi, thậm chí ý định tước quyền không biểu lộ ở bất cứ bước nào”

Tước quyền sở hữu gián tiếp (hay trưng thu)

- Xác định tước quyền sở hữu là việc đơn giản
 - Tước đoạt quyền sở hữu tài sản FDI bởi nước chủ nhà
 - Vấn đề chỉ liên quan đến bồi thường (tước quyền sở hữu hợp pháp và bất hợp pháp)
- Tước quyền sở hữu gián tiếp có cùng cơ chế nhưng phức tạp hơn trong việc xác định
 - Một khi được xác định thì có thể áp các điều kiện giống như tước quyền sở hữu trực tiếp
 - Nhưng rất khó xác định được tước quyền sở hữu gián tiếp
- Phạm vi nghĩa vụ cũng vậy: đối tượng bị tước quyền sở hữu là đầu tư không chỉ là tài sản hữu hình...
 - Quyền sở hữu trí tuệ (IPRs), trái phiếu chính phủ hoặc bất cứ tài sản vô hình nào.

Tước quyền sở hữu gián tiếp (hay trưng thu)

- Các biện pháp thuế, môi trường có tính chất cưỡng đoạt...
- IIA có khuynh hướng thiếu định nghĩa rõ ràng hoặc lên danh sách các tiêu chí thực tế cho việc tước quyền sở hữu gián tiếp
- Các biện pháp tương đương với tước quyền sở hữu:
 - Ảnh hưởng tiêu cực đến thừa kế?
 - Mất quyền về tài sản?

Án lệ về tước quyền gián tiếp: tổng quan các loại biện pháp

Tranh chấp giữa Wena với Ai Cập

- Tịch thu hai khách sạn của Wena, sau đó sở hữu bất hợp pháp trong gần 1 năm. Trong khoảng thời gian đó Ai Cập đã dỡ bỏ đồ đạc và nội thất của hai khách sạn này.

Tranh chấp giữa Goetz với Burundi

- Thu hồi giấy chứng nhận «khu vực tự do»

Tranh chấp giữa Metalclad với Mexico

- Ban hành nghị định về sinh thái cấm hoạt động kinh tế

Tranh chấp giữa Tecmed với Mexico

- Không gia hạn giấy phép bãi chôn lấp rác thải nguy hại của công ty con của nhà đầu tư (hệ quả là các hoạt động kinh tế và thương mại tại bãi chôn lấp đã bị phá hủy)

Tranh chấp giữa Middle East Cement Shipping and Handling với Ai Cập

- Hủy bỏ giấy phép nhập khẩu và lưu trữ xi măng rời cho 10 năm, tịch thu và bán đấu giá một con tàu

Tranh chấp giữa CME với Cộng hòa Séc

- Chủ đầu tư bị tước đoạt thỏa thuận kinh doanh mà theo đó chủ đầu tư có quyền sử dụng độc quyền giấy phép phát sóng.

Tranh chấp giữa Eureko với Ba Lan

- Nhà đầu tư bị tước bỏ các quyền lợi theo hợp đồng được mua lại cổ phiếu kiểm soát trong một công ty bảo hiểm.

Các tiêu chí xác định xem liệu có tước quyền gián tiếp hay không

IIA không quy định rõ làm thế nào xác định sự tước quyền gián tiếp (không có phương pháp hay tiêu chí nào)

Có các mâu thuẫn trong cách các tòa trọng tài phân xử:

- Các quy định không được bồi thường là hợp pháp ảnh hưởng đến giá trị kinh tế của các khoản đầu tư nước ngoài
- và sự tước quyền gián tiếp cần phải có bồi thường

Nhưng, nhìn chung, luật học đã xác định được 3 tiêu chí:

- 1) Mức độ can thiệp vào quyền tài sản,
- 2) Tính chất các biện pháp của chính phủ
- 3) Mức độ gây trở ngại của biện pháp đó đối với các kỳ vọng chính đáng và hậu thuẫn cho đầu tư

Các tiêu chí xác định xem liệu có tước quyền gián tiếp hay không

Tước quyền gián tiếp?

- 1 -
Mức độ can thiệp vào quyền tài sản

- 2 -
Tính chất các biện pháp của chính phủ

- 3 -
Mức độ gây trở ngại đối với các kỳ vọng chính đáng và hậu thuẫn cho đầu tư

- a -
Có ảnh hưởng kinh tế nghiêm trọng

- b -
Thời hạn can thiệp

- c -
Ảnh hưởng kinh tế là tiêu chí duy nhất (chủ ý)

Các tiêu chí xác định xem liệu có tước quyền gián tiếp hay không

Tước quyền gián tiếp?

- 1 -
Mức độ can thiệp vào quyền tài sản

- 2 -
Tính chất các biện pháp của chính phủ

- 3 -
Mức độ gây trở ngại đối với các kỳ vọng chính đáng và hậu thuẫn cho đầu tư

- a -
Có ảnh hưởng kinh tế nghiêm trọng

- b -
Thời hạn can thiệp

- c -
ảnh hưởng kinh tế là tiêu chí duy nhất (chủ ý)

Các tiêu chí xác định xem liệu có tước quyền gián tiếp hay không

Tước quyền gián tiếp?

- 1 -
Mức độ can thiệp vào quyền tài sản

- 2 -
Tính chất các biện pháp của chính phủ

- 3 -
Mức độ gây trở ngại đối với các kỳ vọng chính đáng và hậu thuẫn cho đầu tư

- a -
Có ảnh hưởng kinh tế nghiêm trọng

- b -
Thời hạn can thiệp

- c -
ảnh hưởng kinh tế là tiêu chí duy nhất (chủ ý)

Tranh chấp giữa PSEG Global Inc. với Thổ Nhĩ Kỳ

Do nhu cầu dùng điện tại Thổ Nhĩ Kỳ tăng cao vào năm 1980, quốc gia này đã quyết định tự do hóa ngành điện và khuyến khích nhà đầu tư tham gia vào lĩnh vực này.

Với ý tưởng này, Thổ Nhĩ Kỳ đã cho thông qua luật cho phép công ty tư nhân thiết lập các cơ sở truyền phát điện và bán điện cho Nhà nước.

Chính phủ cũng đưa ra một số ưu đãi, trong đó có Bảo lãnh Ngân khố và các thỏa thuận bán điện dài hạn.

Năm 1994, PSEG, một công ty của Mỹ đã đăng ký và được cho phép tiến hành nghiên cứu tính khả thi của việc xây dựng một nhà máy nhiệt điện than và mỏ than liên kế tại tỉnh Konya của Thổ Nhĩ Kỳ.

Về sau PSEG đã ký một Hợp đồng thực hiện và một Hợp đồng nhượng quyền với Thổ Nhĩ Kỳ.

Sau đó, tranh chấp phát sinh giữa các bên về việc Hợp đồng nhượng quyền có thỏa thuận cuối cùng về các điều khoản thương mại chính hay không, và các điều khoản đó là gì.

Tranh chấp giữa PSEG Global Inc. với Thổ Nhĩ Kỳ

Trong khi đó, khuôn khổ pháp lý lại có thay đổi khi Luật số 4628 được ban hành vào tháng 3 năm 2001, mà theo đó loại bỏ khả năng xin Bảo lãnh Ngân khố cho dự án của nguyên đơn (điều khoản tương ứng trong Luật này đã bị bãi bỏ bởi tòa trọng tài Tối cao Thổ Nhĩ Kỳ vào tháng 3 năm 2002)



Theo nguyên đơn, xem xét kết hợp mọi sự kiện này cho thấy Thổ Nhĩ Kỳ có chủ ý phá hủy đầu tư của nguyên đơn



Mặc dù PSEG chưa bao giờ bắt đầu xây dựng mỏ than và nhà máy điện theo đề xuất, công ty này cũng đã phải tiêu đến hàng triệu đô la cho nghiên cứu tính khả thi ban đầu vào cuối những năm 90, các nghiên cứu sau đó và các cuộc vòng đàm phán với cơ quan chính phủ.

Tranh chấp được đưa lên ICSID giải quyết theo BIT Thổ Nhĩ Kỳ - Hoa Kỳ

Tòa trọng tài nhận thấy rằng Thổ Nhĩ Kỳ đã vi phạm nguyên tắc đối xử công bằng và thỏa đáng (tuần 8) nhưng bác bỏ mọi khiếu nại khác.

Tuy nhiên, những giải thích của Tòa về việc xác định tước quyền gián tiếp là vô cùng quan trọng.

Tranh chấp giữa PSEG Global Inc. với Thổ Nhĩ Kỳ

Phán quyết năm 2007 về vụ việc này nói rằng, để tước quyền gián tiếp xảy ra, “phải có hình thức nào đó tước quyền kiểm soát đầu tư, quản lý hoạt động hàng ngày của công ty, can thiệp điều hành, cản trở phân phối cô tức, can thiệp vào việc bổ nhiệm cán bộ và quản lý của nhà đầu tư hoặc tước đoạt một phần hoặc toàn bộ tài sản hoặc quyền kiểm soát tài sản của công ty.”

- Phán quyết vụ việc PSEG năm 2007 đã trích dẫn phán quyết vụ việc Pope&Talbot trước đó (NAFTA 2000)
- Tòa trọng tài khẳng định rằng mặc dù Chính phủ Thổ Nhĩ Kỳ có sai sót liên quan đến phương thức bàn giao vật chất, việc này cũng không bị coi là dẫn đến tước quyền theo luật định.

Về bản chất, phán quyết vụ việc này giữa PSEG và Thổ Nhĩ Kỳ cho rằng trong khi tước quyền gián tiếp có thể mang nhiều hình thức, phải có hình thức nào đó tước quyền kiểm soát đầu tư của nhà đầu tư mà theo phán quyết này thì đây là **hình thức can thiệp cao nhất.**

Các vụ việc tranh chấp về sau

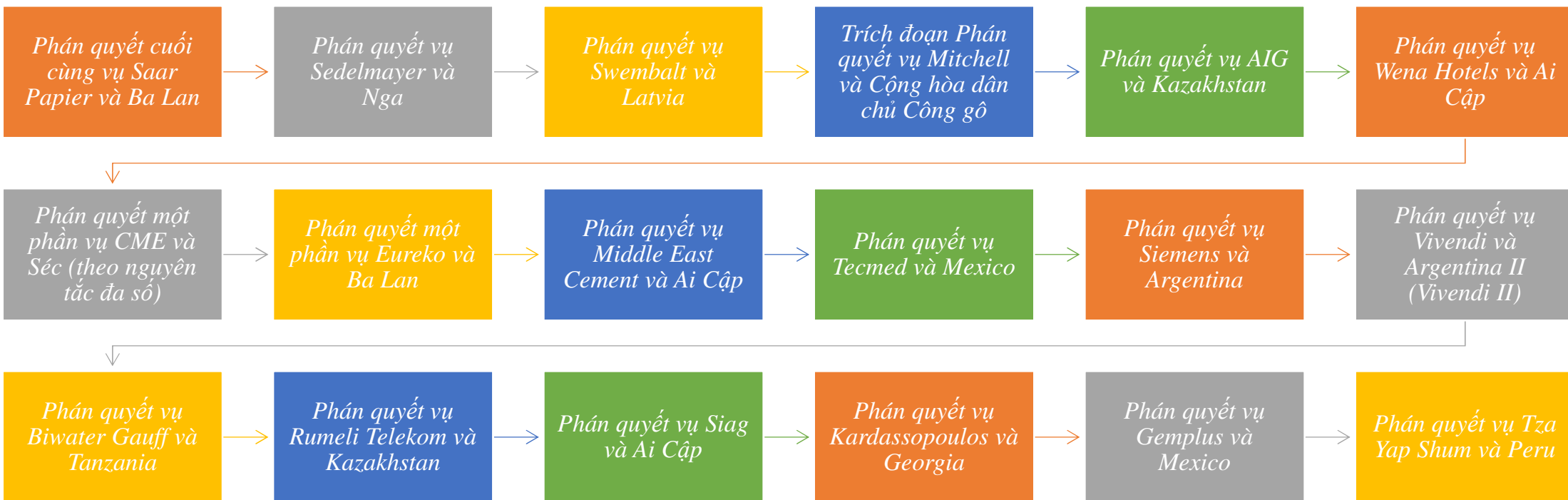
Phán quyết vụ việc giữa Bosh và Ukraine cho rằng để khẳng định có sự tước quyền sở hữu, nguyên đơn phải chứng minh được rằng **hành vi của cơ quan Nhà nước phải có ảnh hưởng như sự can thiệp**

Phán quyết vụ việc giữa nhận xét rằng tước quyền gián tiếp ngụ ý rằng Nhà nước **can thiệp đáng kể** vào quyền của nhà đầu tư

- Sự can thiệp đó phải khiến cho các quyền của nguyên đơn theo hợp đồng được xét **bị tước đoạt đáng kể**.
- *Nguồn: Phán quyết ICSID số ARB/08/11 vụ việc giữa Bosh International, Inc. và B&P, LTD Foreign Investments Enterprise với Ukraine, công bố ngày 25 tháng 10 năm 2012, đoạn 218*

- Sự can thiệp đó **phải là đáng kể, ngay cả khi chưa kết thúc, theo nghĩa là tước đoạt khả năng hưởng lợi từ tài sản liên quan của nhà đầu tư**
- *Nguồn: Phán quyết UNCITRAL vụ Les Laboratoires Servier, S.A.S., Biofarma, S.A.S., Arts et Techniques du Progres S.A.S. và Cộng hòa Ba Lan, công bố ngày 14 tháng 2 năm 2012, đoạn 576*

Các phán quyết khác...



Từ thực tiễn vụ việc cho đến lý thuyết

Hầu hết các phán quyết quốc tế đều coi mức độ nghiêm trọng ảnh hưởng kinh tế gây ra bởi hành động của chính phủ là một yếu tố quan trọng

Sự can thiệp phải là đáng kể thì mới cấu thành sự tước quyền

Một vài tòa quốc tế cho rằng một quy định có thể cấu thành sự tước quyền sở hữu khi quy định đó làm suy yếu đáng kể các quyền kinh tế của nhà đầu tư

- Tòa thường từ chối yêu cầu bồi thường khi về cơ bản hành động của chính phủ không loại bỏ toàn bộ hay phần lớn giá trị kinh tế của tài sản.

- Sự can thiệp đáng kể lấy đi các quyền sở hữu cơ bản của nhà đầu tư nước ngoài
- Sự can thiệp đáng kể ảnh hưởng tiêu cực đến đầu tư trong một khoảng thời gian đủ dài

- Là các quyền sở hữu, sử dụng, hưởng lợi hoặc quản lý kinh doanh, bằng cách làm cho các quyền này trở nên vô dụng
- Trái lại, các hạn chế đơn thuần về quyền tài sản không cấu thành sự tước quyền

Các tiêu chí xác định xem liệu có tước quyền gián tiếp hay không

Tước quyền gián tiếp?

- 1 -
Mức độ can thiệp vào quyền tài sản

- 2 -
Tính chất các biện pháp của chính phủ

- 3 -
Mức độ gây trở ngại đối với các kỳ vọng chính đáng và hậu thuẫn cho đầu tư

- a -
Có ảnh hưởng kinh tế nghiêm trọng

- b -
Thời hạn can thiệp

- c -
Ảnh hưởng kinh tế là tiêu chí duy nhất (chủ ý)

Lâu dài hay tạm thời?

Trong vụ tranh chấp giữa S.D. Myers và Canada (2002), tòa trọng tài NAFTA chấp nhận rằng:

- “trong một số bối cảnh và hoàn cảnh, sẽ là hợp lý khi xem việc này là tước quyền sở hữu dù chỉ lấy đi một phần hay tạm thời”.
- Tuy nhiên, tòa cũng kết luận rằng hành vi của Canada “chỉ diễn ra trong một khoảng thời gian” (chỉ 18 tháng).
- Trong hoàn cảnh này, “một cơ hội đã bị gây cản trở” nhưng không coi là tước quyền sở hữu gián tiếp.

Trong vụ tranh chấp giữa In Wena và Ai Cập, tòa trọng tài nhận thấy rằng việc tịch thu khách sạn của một nhà đầu tư mà đã hoạt động trong gần một năm không phải là “tạm thời” nhưng chung quy lại vẫn là tước quyền sở hữu

- Wena Hotels Ltd. và Cộng hòa Ả Rập Ai Cập, Vụ việc ICSID Số ARB/98/4, ngày 8/12/2000, đoạn 99

Lâu dài và khoảng thời gian khá ngắn

Phán quyết chung thẩm vụ Achmea và Cộng hòa Slovakia I chỉ ra có một sự khác biệt quan trọng giữa

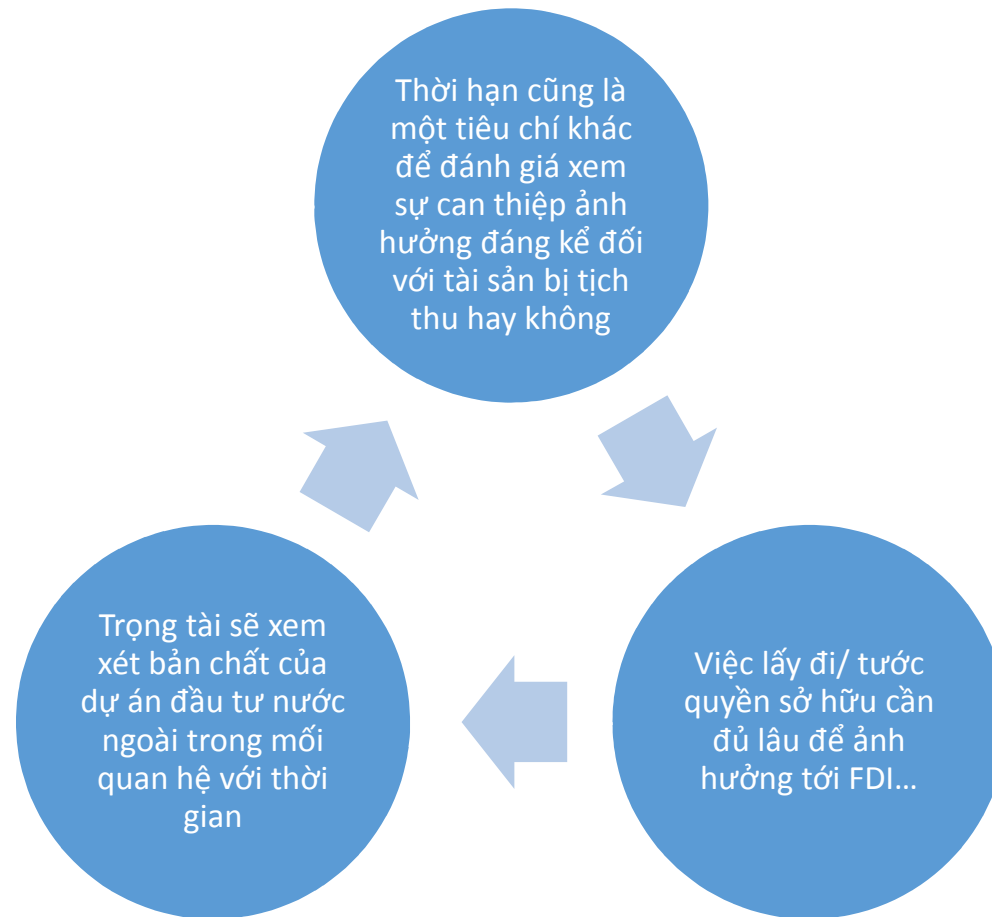
- (i) sự tước quyền sở hữu ngay từ đầu đã có ý là một khoảng thời gian ngắn (hoặc tương đối ngắn),
- (ii) sự tước quyền sở hữu mà dự định tại thời điểm áp dụng là vĩnh viễn nhưng trên thực tế là khoảng thời gian ngắn

Loại 1 thường không coi là tước quyền sở hữu

- Mặc dù chung quy lại là sự can thiệp vào quyền của chủ sở hữu tài sản, vi phạm các quyền bảo hộ khác, ví dụ về bảo vệ khỏi phân biệt đối xử hoặc đối xử không công bằng và thỏa đáng
- Tước đoạt quyền sở hữu gián tiếp khó chứng minh hơn nhiều so với FET hay NT

Achmea B.V. (trước kia là Eureka B.V.) và Slovak Republic [I], Vụ việc PCA Case Số 2008-13, Phán quyết chung thẩm, 7 tháng 12 2012 tại trang 289-293

Từ thực tế vụ việc đến lý thuyết



Các tiêu chí xác định xem liệu có tước quyền gián tiếp hay không

Tước quyền gián tiếp?

- 1 -
Mức độ can thiệp vào quyền tài sản

- 2 -
Tính chất các biện pháp của chính phủ

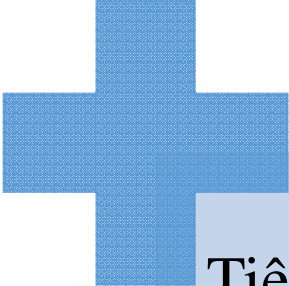
- 3 -
Mức độ gây trở ngại đối với các kỳ vọng chính đáng và hậu thuẫn cho đầu tư

- a -
Có ảnh hưởng kinh tế nghiêm trọng

- b -
Thời hạn can thiệp


- c -
Ảnh hưởng kinh tế là tiêu chí duy nhất (chủ ý)

‘Học thuyết hậu quả duy nhất’



Tiêu chí ảnh hưởng kinh tế nghiêm trọng và/hoặc thời hạn can thiệp thường được tòa trọng tài áp dụng.

- Chúng cũng được các giáo sư đại học và nhà ngoại giao chấp nhận



Tiêu chí thứ ba gây tranh cãi hơn cả:

- Hậu quả của sự can thiệp có phải là tiêu chí liên quan duy nhất không (‘học thuyết hậu quả duy nhất’)
- Hay mục đích và bối cảnh của biện pháp áp dụng cũng có ảnh hưởng đến xác định có sự tước quyền sở hữu hay không.

‘Học thuyết hậu quả duy nhất’

- Thực tế, câu trả lời phụ thuộc rất lớn vào lời văn hiệp định
 - Tại sao?
- “Hiệp định đề cập đến các biện pháp có ảnh hưởng tương tự như sự tước quyền sở hữu; Hiệp định không đề cập đến mục đích chủ ý nhằm tước quyền sở hữu của Nhà nước”
 - Xem phán quyết vụ Siemens và Argentina năm 2007, đoạn 270
 - Xem văn bản giải thích. Ý kiến này cũng được củng cố bởi luật tập quán quốc tế (Xem khiếu nại của Iran)
- Cảnh báo
 - Cách diễn đạt câu từ cụ thể trong điều khoản cụ thể của hiệp định có thể ảnh hưởng đến kết luận
 - Đặc biệt là các hiệp định mới có quy định rõ ràng về điều khoản tước quyền sở hữu

‘Học thuyết hậu quả duy nhất’

Phán quyết vụ Rumeli Telekom và Kazakhstan có lưu ý rằng Điều III trong BIT áp dụng không đề cập đến chủ ý hay mục đích của cơ quan Nhà nước và các bên đồng ý rằng mục đích của Nhà nước là có liên quan, nhưng không quyết định đối với câu hỏi về việc có sự tước quyền sở hữu hay không

Phán quyết ICSID số ARB/05/16, vụ việc Rumeli Telekom A.S. và Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. với Cộng hòa Kazakhstan, công bố ngày 29 tháng 7 năm 2008, đoạn 700

Phán quyết vụ Inmaris và Ukraine Excerpts nhận định rằng động cơ hay chủ đích không phù hợp là một điều kiện tiên quyết để xác định sự tước quyền sở hữu

Phán quyết ICSID số ARB/08/8, vụ việc Inmaris Perestroika Sailing Maritime Services GmbH và các công ty khác với Ukraine, công bố ngày 1 tháng 3 năm 2012, trích đoạn số 304

Tác động kinh tế là tiêu chí quan trọng

- Trong vụ *Metalclad* (2000), việc xây dựng một bãi chôn lấp rác thải nguy hại tại địa phương đã bị gây cản trở bởi một số biện pháp liên quan của Mexico.
- Metalclad khiếu nại rằng **một nghị định về sinh thái được ban hành sau khi bên này khiếu nại**
- Tòa trọng tài kết luận có vi phạm điều khoản 1110 của NAFTA
- Tòa trọng tài quyết định để xác định có tước quyền sở hữu gián tiếp hay không sẽ “không quyết định hay xem xét động cơ, hay có ý định áp dụng Nghị định về sinh thái”
 - **Ảnh hưởng tiêu cực về kinh tế** mang tính quyết định (xem >
 - Ý định là không phù hợp

“Tước quyền sở hữu theo NAFTA bao gồm cả

sự can thiệp đột ngột vào việc sử dụng tài sản,

có ảnh hưởng tước đoạt đối với chủ sở hữu trong việc sử dụng lợi ích kinh tế kỳ vọng hợp lý từ tài sản

mà không cần thiết phải thể hiện rõ ràng lợi ích cho nước chủ nhà”.]

- Trong vụ *Compañía del Desarrollo de Santa Elena với Costa Rica* (2000), ban bồi thẩm tuyên bố rằng mục đích môi trường không ảnh hưởng đến vấn đề bồi thường.
 - Trong trường hợp này, nguyên đơn (Công ty Santa Elena) được thành lập với mục đích chính là mua Santa Elena – khu đất chạy dài 30 km ở bờ biển Costa Rica – với ý định xây dựng một khu nghỉ dưỡng.
 - Vào năm 1978, Costa Rica ban hành quyết định trưng thu Santa Elena với lý do tuyên bố đó là khu bảo tồn.
- Tòa trọng tài chỉ ra rằng việc tước quyền sở hữu phải bồi thường có thể xảy ra do các biện pháp của nhà nước tước đoạt “khả năng tiếp cận tới các nguồn lợi và giá trị sử dụng kinh tế đối với tài sản” của chủ sở hữu hoặc “khiến quyền tài sản về thực tế vô giá trị”..

“Trong khi việc tước quyền sở hữu vì các lý do môi trường có thể coi là mục tiêu công cộng và do đó là chính đáng thì thực tế là tài sản bị tước đoạt bởi lý do này không ảnh hưởng đến bản chất hoặc biện pháp bồi thường cho việc tước đoạt tài sản”...

“**Các biện pháp môi trường tước đoạt tài sản** – bất kể tính chất lợi ích như thế nào cho xã hội nói chung – theo khía cạnh này thì tương tự mọi biện pháp tước đoạt khác mà một nhà nước có thể thực hiện để đạt được mục tiêu chính sách của mình: khi tài sản bị tước đoạt, cho dù vì mục tiêu môi trường, trong nước hay quốc tế thì nhà nước vẫn có nghĩa vụ bồi thường”.

Các tiêu chí xác định xem liệu có tước quyền gián tiếp hay không

Tước quyền gián tiếp?

- 1 -
Mức độ can thiệp vào quyền tài sản

- 2 -
Tính chất các biện pháp của chính phủ

- 3 -
Mức độ gây trở ngại đối với các kỳ vọng chính đáng và hậu thuẫn cho đầu tư

- a -
Có ảnh hưởng kinh tế nghiêm trọng

- b -
Thời hạn can thiệp

- c -
Ảnh hưởng kinh tế là tiêu chí duy nhất (chủ ý)

Tính chất các biện pháp của chính phủ

Tiêu chí ‘tính chất các biện pháp của chính phủ’ có thể thay thế cho tiêu chí về ‘mức độ can thiệp vào quyền tài sản’

Vì vậy tiêu chí ‘tính chất các biện pháp của chính phủ’ không mâu thuẫn với ‘học thuyết hậu quả duy nhất’

- Một hiệp định đầu tư quốc tế nhất định đều sẽ có quy định về một trong hai tiêu chí này
- Vì vậy mà tòa trọng tài có thể áp dụng một trong hai tiêu chí này

Tiêu chí ‘tính chất các biện pháp của chính phủ’ cụ thể hơn và phụ thuộc vào lời văn hiệp định cụ thể

- Một số IIA quy định về cơ chế tước đoạt tài sản rõ ràng hơn và không chỉ đề cập đến ảnh hưởng kinh tế của hành vi của chính phủ mà còn đề cập đến cả mục đích bảo vệ các mục tiêu phúc lợi xã hội chính đáng.

Hiệp định mẫu cho đầu tư song phương của Hoa Kỳ năm 2012

Điều 6(1)

- Không bên nào được phép trực tiếp hoặc quốc hữu hóa đầu tư thuộc phạm vi bảo vệ của Hiệp định này một cách trực tiếp hay gián tiếp thông qua các biện pháp tương tự trực tiếp hoặc quốc hữu hóa (gọi chung là “trực quyền sở hữu”)

Phụ lục B, Điều 4(b)

- “Ngoại trừ các trường hợp hiếm có, các hành vi pháp lý không phân biệt đối xử của một Bên được thiết kế và áp dụng nhằm bảo vệ các mục tiêu phúc lợi xã hội chính đáng như sức khỏe cộng đồng, an toàn cộng đồng và bảo vệ môi trường không cấu thành trực quyền gián tiếp”

Tiêu chí số 2

Tính chất biện pháp của chính phủ

- Một yếu tố rất quan trọng để xét biện pháp của chính phủ thuộc diện tước quyền sở hữu hay không là
 - Biện pháp có đề cập đến quyền của Nhà nước trong việc thúc đẩy “mục tiêu xã hội” được thừa nhận hay “phúc lợi chung” qua quản lý hay không.
- Sự tồn tại của các chính sách thừa nhận chung về sức khỏe, an toàn, đạo đức và phúc lợi xã hội thường dẫn đến kết luận là không có “tước đoạt tài sản”
 - **Các biện pháp không phân biệt đối xử** liên quan đến chống độc quyền, bảo vệ người tiêu dùng, an ninh, bảo vệ môi trường, quy hoạch đất
 - ... là các hành vi tước đoạt không phải bồi thường vì chúng được coi là thiết yếu cho sự vận hành của nhà nước

Tiêu chí số 2

Tính chất biện pháp của chính phủ

- Trong bối cảnh **NAFTA**, trong vụ *S.D. Myers*, tòa trọng tài kết luận rằng lời văn
 - “tương ứng với tước quyền sở hữu” tại Điều 1110(1) được hiểu là “tương đương với tước quyền sở hữu”
- Và bổ sung:
 - “cả hai cụm từ đều đòi hỏi tòa trọng tài xem xét **thực chất** vấn đề đã diễn ra chứ không phải chỉ **hình thức**.”
 - Phải xem xét lợi ích thật sự liên quan và **mục tiêu và hậu quả** của biện pháp của chính phủ”.

Tiêu chí số 2

Tính chất biện pháp của chính phủ

- Trong vụ *TECMED với Mexico*, nhà đầu tư đã khiếu nại Mexico về việc không gia hạn giấy phép xử lý chất thải nguy hại và bảo hộ quy định tại BIT giữa Tây Ban Nha và Mexico và đây là một hành vi tước quyền sở hữu.
- Để xác định liệu hành vi của Mexico có đặc trưng là tước quyền sở hữu hay không, tòa trọng tài đã xem xét
 - “liệu hành vi hay biện pháp này có tương ứng với lợi ích công cộng giả định cần bảo vệ và việc bảo hộ pháp lý đáng lẽ cần phải có cho đầu tư, tính đến tầm quan trọng của tác động với vai trò thiết yếu trong việc xác định tính tương ứng”.
- Tòa bổ sung : “phải có mối quan hệ hợp lý giữa tính tương ứng giữa mức độ hậu quả đối với nhà đầu tư nước ngoài và mục tiêu cần đạt được bằng biện pháp này”.

- Vụ Feldman với Mexico

“...chính phủ phải được tự do hành động vì lợi ích công cộng rộng lớn hơn thông qua việc bảo vệ môi trường, các chế độ thuế mới hay sửa đổi, việc cấp hay rút lại trợ cấp của chính phủ, tăng hay giảm thuế quan, áp đặt các hạn chế vùng và tương tự. Việc quản lý hợp lý của chính phủ thuộc loại này không thể đạt được nếu một doanh nghiệp bị ảnh hưởng có thể yêu cầu bồi thường và có thể nói chắc rằng luật thông lệ quốc tế thừa nhận điều này.”

Quyền quản lý (police)

- Lưu ý về “quyền giám sát” của nhà nước
- Chính phủ có quyền quản lý phúc lợi chung
 - Đây là những biện pháp quản lý chung
 - Có thể khác biệt giữa các quốc gia (theo định nghĩa của mỗi nước)

Quyền quản lý (police)

- Khái niệm việc thực hiện “quyền quản lý” của nhà nước không dẫn tới quyền bồi thường được thừa nhận rộng rãi theo luật quốc tế
 - Tòa trọng tài trong vụ *Lauder* đã nêu về sự can thiệp vào quyền tài sản rằng,
 - “...Các Bên tham gia Hiệp định [song phương] không chịu trách nhiệm cho tổn thất kinh tế là hậu quả của việc quản lý trong phạm vi quyền quản lý được thừa nhận của Nhà nước”.
 - Trong vụ *Tecmed S.A, với Mexico*, cho dù Tòa trọng tài xác định có tước quyền sở hữu, tòa cho rằng:
 - “nguyên tắc là việc thực thi chủ quyền của nhà nước trong khuôn khổ quyền quản lý của nhà nước có thể gây ra tổn thất kinh tế cho các đối tượng trong quyền quản lý của nhà nước mà **không cho phép họ được hưởng bồi thường là không tranh cãi**”.

Quyền quản lý (police)

- Học thuyết “quyền quản lý” không phải là một tiêu chí ngang bằng với các yếu tố khác
- Quyền quản lý là một **yếu tố kiểm soát tự động loại trừ một biện pháp khởi trách nhiệm bồi thường.**
- Vấn đề là định nghĩa của quyền quản lý và biện pháp nào sẽ thuộc quyền quản lý
 - Trách nhiệm cung cấp bằng chứng (đưa ra định nghĩa) thuộc về nhà nước
 - Quyền này không phải là vô hạn: việc bảo hộ quốc tế về quyền quản lý (theo định nghĩa quốc gia) phải cân bằng với nguyên tắc pháp trị (bao gồm cả việc bảo hộ nhà đầu tư trong BIT)

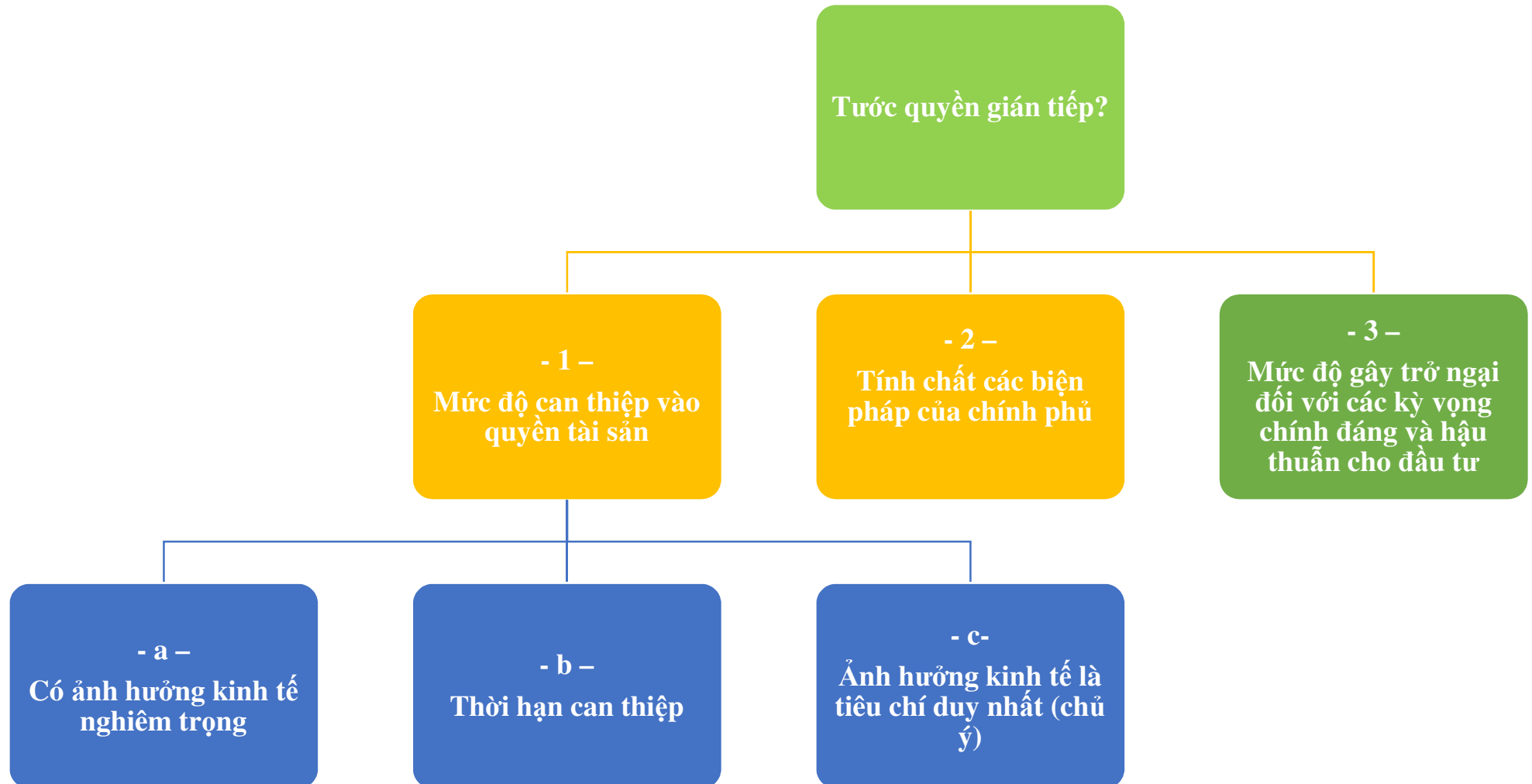
Quyền quản lý (police)

- Trong vụ ADC với Hungary, bên nguyên lập luận rằng đầu tư của bên này vào một dự án sân bay bị tước quyền sở hữu bởi các biện pháp làm mất đi của họ các quyền vận hành 2 sân ga hàng không và lợi ích từ các cơ hội kinh doanh liên quan:
 - “Tòa trọng tài không thể chấp nhận [...] rằng các hành động đi ngược lại lợi ích của bên nguyên chỉ là việc thực thi quyền theo luật quốc tế để quản lý các vấn đề kinh tế và pháp lý trong nước. [...] việc thực thi các quyền đó không phải là vô hạn và phải có các giới hạn. [...] nguyên tắc pháp trị, bao gồm cả các nghĩa vụ hiệp định cung cấp các giới hạn đó.”

Quyền quản lý (police)

- Vụ Servier với Poland cho thấy vì nhà nước có thể biện giải hành vi quản lý của mình, bên nguyên phải có trách nhiệm chứng minh hành vi này trái với việc thực thi chính đáng quyền quản lý
 - Tranh chấp giữa Les Laboratoires Servier, S.A.S., Biofarma, S.A.S., Arts et Techniques du Progres S.A.S. và Phần Lan, UNCITRAL, 14/2/2012 đoạn 582-584

Các tiêu chí xác định xem liệu có **trước** quyền gián tiếp hay không



Các 'kỳ vọng chính đáng'

- Theo Phán quyết vụ Tecmed kiện Mexico, kỳ vọng chính đáng của nhà đầu tư liên quan đến việc đánh giá liệu một biện pháp có tính chất tước đoạt hay không
 - Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2, Award, 29 May 2003 trang 122, 150
- Phán quyết vụ Azurix kiện Argentina, viện dẫn vụ Tecmed, thảo luận về các kỳ vọng chính đáng của nhà đầu tư liên quan đến việc chính quyền bị cáo buộc từ chối việc đảm bảo trước
 - Azurix Corp. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/12, Award, 14 July 2006 trang 316-321

Khái niệm hóa các kỳ vọng chính đáng

- Một phần của các nguyên tắc chung luật pháp quốc tế
 - Điều 38 Luật ICJ, phổ biến tại nhiều nước
- Kỳ vọng chính đáng đóng vai trò quan trọng trong FET (tuần 8) nhưng cũng đóng vai trò quan trọng trong việc tước đoạt tài sản gián tiếp
 - Nó là một nguyên tắc chung của thực tiễn luật pháp quốc tế (GPIL) vậy nên, theo định nghĩa nó là một nguyên tắc khá chung chung và mơ hồ
- kỳ vọng chính đáng có thể được tạo ra từ một số cam kết của nước chủ nhà (cụ thể hoặc chung chung)
 - Các đảm bảo cụ thể trong hợp đồng về việc không tăng thuế và tiền bản quyền là kỳ vọng chính đáng (vụ Revere Copper kiện OPIC)
 - Tuy nhiên, không phải bất kỳ thay đổi nào trong hệ thống pháp lý của nước chủ nhà gây ảnh hưởng tới tài sản nước ngoài cũng vi phạm kỳ vọng chính đáng (vụ Methanex kiện USA)

Ví dụ về các kỳ vọng chính đáng

- Trong vụ *Metalclad kiện Mexico*, nhà đầu tư đã hành xử dựa vào các bảo đảm rằng ông ta có thể được cấp đủ các giấy phép cần thiết. Tuy vậy, dự án đã bị thất bại vì hội đồng thành phố đã từ chối cấp giấy phép xây dựng.
 - Trong vụ *Metalclad kiện Mexico*, Tòa trọng tài đã có ý quyết định liệu các biện pháp của chính quyền Mexico có “hợp lý so với mục đích của họ, với việc tước đoạt các quyền lợi kinh tế và các kỳ vọng chính đáng của người bị tước đoạt các quyền đó”.
 - “Các biện pháp này, được thực hiện cùng với sự thể hiện của chính quyền liên bang Mexico mà Metalclad dựa vào, và sự thiếu vắng một cơ sở đúng thời điểm, có trật tự và có căn cứ cho việc từ chối giấy phép xây dựng địa phương của Hội đồng thành phố, cần thành sự tước đoạt gián tiếp.”
- Tòa trọng tài cho rằng “Nghị quyết” và tác động của nó cấu thành một sự tước đoạt.
- Vụ *Metalclad Mexico*, đoạn 107

Ví dụ về các kỳ vọng chính đáng

- Phán quyết vụ Metalclad kiện Mexico nhấn mạnh đến những bảo đảm không rõ ràng và lặp lại về phạm vi thẩm quyền cấp phép của chính quyền và nhà đầu tư đã xin cấp phép đầy đủ những giấy phép cần thiết

Tiêu chí số 3

Sự can thiệp bằng biện pháp đối với các kỳ vọng hợp lý xuất phát từ khoản đầu tư

- Trong vụ Azurix kiện Argentina
- Tòa trọng tài cho rằng các kỳ vọng “không cần phải dựa trên một hợp đồng mà có thể dựa trên các bảo đảm cụ thể hoặc ẩn ý, hoặc sự thể hiện của Chính quyền nước mà nhà đầu tư đã xem xét khi quyết định đầu tư”.
- Trang 318

Tiêu chí số 3

Sự can thiệp bằng biện pháp với các kỳ vọng hợp lý xuất phát từ khoản đầu tư

- Một tiêu chí khác được xác định là liệu biện pháp của chính phủ có ảnh hưởng đến các kỳ vọng chính đáng của nhà đầu tư.
- Trong các trường hợp này nhà đầu tư phải chứng minh rằng khoản đầu tư của mình đã dựa trên các điều kiện kinh doanh không bao gồm chế độ pháp lý đang bị khiếu nại.
- Khiếu kiện này phải hợp lý một cách khách quan và không chỉ dựa hoàn toàn trên các kỳ vọng chủ quan của nhà đầu tư.

- Trong vụ Marvin Roy Feldman Karpa (CEMSA) kiện Mexico, Tòa trọng tài NAFTA ghi nhận rằng:
- “Các chính phủ, trong việc thực thi quyền lực quản lý của mình, thường xuyên thay đổi luật pháp và quy định quản lý của mình để đối phó với các thay đổi hoàn cảnh kinh tế hoặc các thay đổi về mặt chính trị, kinh tế hoặc xã hội.
- Các thay đổi này có thể khiến cho một số hoạt động suy giảm lợi nhuận hoặc không kinh tế để tiếp tục...”.

Tiêu chí số 3

Sự can thiệp bằng biện pháp đối với các kỳ vọng hợp lý xuất phát từ khoản đầu tư

- Trong vụ Thunderbird kiện Mexico, Tòa trọng tài đưa ra một định nghĩa chung về các kỳ vọng chính đáng
- “Sau khi xem xét các vụ kiện đầu tư và nguyên tắc thiện chí của luật pháp tập quán quốc tế, khái niệm ‘các kỳ vọng chính đáng’ liên quan đến, trong khuôn khổ NAFTA, tình huống khi hành vi của một bên ký kết tạo ra các kỳ vọng hợp lý và chính đáng từ phía nhà đầu tư (hoặc khoản đầu tư) để hành xử dựa trên hành vi đó, từ đó việc một bên ký kết NAFTA không thể thực hiện đúng theo các kỳ vọng đó có thể khiến nhà đầu tư (hoặc khoản đầu tư) chịu thiệt hại.”
 - Trang 147

Tóm tắt

1

- Khái niệm tước quyền sở hữu

2

- Việc tước quyền sở hữu hợp pháp

3

- Xác định sự tước quyền gián tiếp

4

- Các hình thức tước quyền gián tiếp

5

- Án lệ và tác động lên việc lập pháp

Việc tước đoạt gián tiếp có thể là “toàn diện” nhưng cũng có thể là...

Tước
đoạt dần
dần

- Thực hiện qua một chuỗi các hành động

Tước
đoạt một
phần

- Tước đoạt một số quyền cụ thể bất kể quyền kiểm soát toàn thể khoản đầu tư

Tước đoạt dần dần

- Một chính quyền có thể quyết định chia tách một biện pháp (cấu thành hành vi tước đoạt gián tiếp) thành một chuỗi các bước lũy tiến, mà khi được thực hiện cùng một lúc, có cùng hiệu ứng lên khoản đầu tư
- Đây là một cách tránh né biện pháp bảo vệ của IIAs
- Để đối phó, luật pháp chấp nhận rằng sự tước đoạt có thể diễn ra “ngay lập tức hoặc qua nhiều giai đoạn”
- Tước đoạt dần dần = tước đoạt thông qua một chuỗi các hành động

Tước đoạt dần dần

- Generation Ukraine kiện Chính phủ Ukraine
 - “Tước đoạt dần dần là một hình thức tước đoạt gián tiếp với tính chất rõ ràng về thời gian trong đó bao gồm tình huống mà một chuỗi hành vi của chính quyền **trong một khoảng thời gian** dẫn đến việc tước đoạt tài sản đó.” Đoạn 20.22
 - Cáo buộc về hành vi tước đoạt dần dần phải tiến hành trên cơ sở rằng khoản đầu tư đã từng tồn tại trong một thời điểm cụ thể và các hành vi sau đó của chính quyền đã xâm hại đến các quyền của nhà đầu tư đối với khoản đầu tư đó đến mức độ vi phạm các tiêu chuẩn quốc tế về bảo hộ chống tước đoạt tài sản. Có thể hình dung theo khái niệm một trường hợp tước đoạt dần dần trong đó quyền lợi của nhà đầu tư trong khoản đầu tư phát triển song song với việc thực hiện các hành vi đang bị khiếu nại. Nhưng để một cáo buộc như thế thành công, cần có sự phân tích kỹ càng và chính xác mà điều này đang bị thiếu vắng trong phần trình bày trước Tòa trọng tài.”
đoạn 20.26

Tước đoạt dần dần

- Vụ Siemens kiện Argentina
- Argentina đã thực hiện một chuỗi các biện pháp bất lợi, trong đó có cả các trì hoãn và đình chỉ các hoạt động tạo ra lợi nhuận của nhà đầu tư, tiến hành đàm phán lại không mấy hiệu quả và cuối cùng là hủy dự án
 - “Theo định nghĩa, tước đoạt dần dần là một quá trình, là các bước dẫn đến hệ quả của sự tước đoạt. Nếu quá trình này dừng lại trước khi đạt đến hệ quả đó, thì sự tước đoạt không diễn ra. Điều này không có nghĩa rằng không có hệ quả bất lợi nào đã xảy ra. Rõ ràng mỗi bước đều có 1 hệ quả bất lợi nhưng từng hệ quả này có thể không đủ quan trọng hoặc không được xem là 1 hành vi trái luật. Bước cuối cùng của tước đoạt dần dần cũng giống giọt nước làm tràn ly. Những giọt nước trước đó có thể không có hệ quả có thể nhận thấy được nhưng là một phần của quá trình dẫn đến việc tràn ly”
 - Đoạn 263.

Tước đoạt dần dần

- Trong vụ kiện Yukos nổi tiếng, hành xử của Nga đã cấu thành nên hành vi tước đoạt trái phép
 - “**tính tổng thể** của **các biện pháp** của bên bị đã được sắp xếp **theo một cách** để **tước** tài sản của Yukos khỏi quyền kiểm soát công ty và các cá nhân liên quan đến Yukos. Chúng cần được xem như các thành tố trong **chế độ đối xử cộng gộp** đối với Yukos với **ý định cụ thể** [...] chúng chỉ có thể được xem là **các bước có cùng mẫu số chung** để **hủy hoại Yukos** và **giành quyền kiểm soát tài sản của nó.**”
- SCC, Rosinvest CO UK Lts vs Russian Federation, SCC Arbitration V (079/2005) 12 September 2010, đoạn 621

Không chỉ là một đạo luật hay một quyết định hành chính mà là một chuỗi nhiều các biện pháp khác nhau

Nhằm để làm gì (mục đích)

Các biện pháp cộng gộp và hệ quả của chúng có tính tước đoạt

Phán quyết vụ Roussalis kiện Romania

- Phán quyết vụ Roussalis kiện Romania định rằng sự tước đoạt có thể diễn ra khi không có một hành vi đơn lẻ có tính quyết định để chiếm đoạt tài sản mà có thể xuất phát từ một chuỗi các hành vi và/hoặc việc không hành động mà, tổng hợp lại, dẫn đến việc tước đoạt quyền về tài sản; điều này thường được gọi là sự tước đoạt “dần dần” hoặc tước đoạt “có tính xây dựng”
 - Spyridon Roussalis v. Romania, ICSID Case No. ARB/06/1, Award, 1 December 2011 trang 329
- Phán quyết vụ Lee kiện Kyrgyzstan định rằng một chuỗi các hành động, trong đó bao gồm cả việc chiếm đoạt một phần đất được thuê của nguyên đơn, đình chỉ các dự án xây dựng của nguyên đơn, và việc đơn phương hủy các hợp đồng thuê đất trái quy định đã cấu thành sự tước đoạt dần dần theo quy định của Điều 9 Công ước Moscow về Bảo vệ các quyền của nhà đầu tư
 - Lee Jong Baek and Central Asian Development Corporation v. Kyrgyz Republic, Moscow Chamber of Commerce Case No. A-2013/08, Award, 13 November 2013 trang 230, 239

Tước đoạt một phần?

- Liệu có thể tước đoạt một số quyền nhất định của nhà đầu tư một cách riêng lẻ bất kể quyền kiểm soát đối với toàn bộ khoản đầu tư?
 - Trong tình huống này, các nhà đầu tư vẫn giữ quyền kiểm soát doanh nghiệp của mình nhưng dự án đầu tư bị mất đi tính khả thi. Dự án đầu tư nhìn chung là được tiếp tục nhưng các quyền đã bị tước đoạt.
- Nhiều phán quyết cho rằng là **KHÔNG** vì phải đáp ứng yêu cầu của “việc tước đoạt thực chất”
- Tuy vậy, trong một số trường hợp nhất định, nó đã được chấp nhận trong 2 tranh chấp sau
 - Vụ Middle East Cement kiện Ai Cập
 - Vụ Eureko kiện Ba Lan

Vụ Middle East Cement kiện Ai Cập

- Nhà đầu tư Hy Lạp xin được giấy phép nhập khẩu xi măng và đang điều hành một con thuyền
- Sau đó Ai Cập đã thực hiện các biện pháp ngăn cản nhà đầu tư thực thi giấy phép của mình và đã chiếm và đấu giá con thuyền
- Cáo buộc tước đoạt bao gồm giấy phép nhập khẩu và quyền sở hữu con thuyền nhưng còn nhiều hơn thế
 - Tòa trọng tài nhận thấy rằng giấy phép kia đã đủ để xem là một dự án đầu tư và các biện pháp của Ai Cập nhằm ngăn cản việc thực hiện quyền được trao bởi giấy phép cấu thành sự tước đoạt
 - Tòa trọng tài sau đó cũng cho rằng việc tước đoạt con thuyền như một khoản đầu tư cũng đã diễn ra
 - Các cáo buộc tước đoạt khác đã bị bác bỏ

Eureka kiện Ba Lan

- Nhà đầu tư đã mua cổ phần thiểu số trong công ty bảo hiểm tư nhân
- Thoả thuận có liên quan đã trao cho nhà đầu tư quyền mua thêm cổ phần, qua đó nắm giữ sự kiểm soát đa số trong công ty
- Nhà nước sau đó đã rút lại quyền mua thêm cổ phần.
- Khoản đầu tư ban đầu không bị ảnh hưởng
- Toà án thấy rằng quyền mua thêm cổ phần tạo thành “tài sản” và tài sản này có thể bị tước đoạt riêng rẽ
- Do đó, kể cả khi quyền kiểm soát đối với khoản đầu tư ban đầu không bị ảnh hưởng, thì việc lấy đi những quyền nhất định liên quan đến khoản đầu tư ban đầu có thể cấu thành việc tước đoạt tài sản

Những bài học rút ra từ án lệ

- Án lệ và tiêu chí của “việc tước đoạt gián tiếp” là kết quả của quá trình tố tụng
- Nhà nước đưa ra những luận điểm
 - Ảnh hưởng nghiêm trọng
 - Chủ ý
 - Tính chất của biện pháp
 - Quyền kiểm soát
- Nhà đầu tư ủng hộ
 - Sự can thiệp của các biện pháp đối với những kỳ vọng hợp lý xuất phát từ khoản đầu tư
 - Kinh tế là tiêu chí duy nhất
- Những sai lầm chiến lược xảy ra...
 - Đối với các nhà đầu tư: có thể dẫn tới tranh cãi về ảnh hưởng nghiêm trọng hoặc quyền kiểm soát
 - Đối với Nhà nước: ảnh hưởng đối với kỳ vọng hợp lý và hiệu quả của biện pháp

Sự phức tạp của việc tước đoạt gián tiếp

*Việc tước đoạt dần dần
sẽ dẫn tới việc gián tiếp
lấy đi một phần các
quyền theo hợp đồng..?*



Tóm tắt

1

- Khái niệm tước quyền sở hữu

2

- Việc tước quyền sở hữu hợp pháp

3

- Xác định sự tước quyền sở hữu gián tiếp

4

- Các hình thức tước quyền sở hữu gián tiếp

5

- Án lệ và tác động lên việc lập pháp

Án lệ và tác động lên việc lập pháp

- Các Hiệp định “Thế hệ mới” về việc Tước quyền sở hữu
 - Văn bản đã được đưa vào để làm rõ rằng những nghĩa vụ liên quan đến việc tước quyền sở hữu nhằm để phản ánh mức độ bảo hộ theo luật pháp tập quán quốc tế
 - Bên cạnh việc giải thích rõ, các hướng dẫn và tiêu chí đã được bổ sung thêm, để xác định xem có xảy ra việc tước quyền sở hữu trong một tình huống cụ thể hay không
- Các hiệp định đầu tư quốc tế (IIAs) đã phát triển như thế nào?

Hiệp định thương mại tự do Công hoà Dominica – Trung Mỹ (CAFTA) 2009

CAFTA tiến xa và nỗ lực để khiến việc kiểm tra “việc tước đoạt gián tiếp” trở nên rõ ràng hơn

DR-CAFTA làm rõ tiêu chí của NAFTA theo 3 cách:

- (1) bằng cách kết hợp hai khái niệm “việc tước đoạt gián tiếp” và “những biện pháp tương đương với việc tước đoạt”;
- (2) bằng cách bổ sung những quy định về việc tước đoạt với một phụ lục cụ thể để liệt kê những tiêu chí của việc tước đoạt gián tiếp; và
- (3) bằng cách cho phép một cách rõ ràng những quy định không phân biệt đối xử của chính phủ

- *Việc xác định xem liệu một hành động hoặ một chuỗi các hành động của một Bên, tron một tình huống thực tế cụ thể, có tạo thành việc tước đoạt gián tiếp hay không, cần phải được điều tra trong từng trường hợp, và dựa vào thực tế, để xem xét, bên cạnh các yếu tố khác
 - (i) **tác động kinh tế của hành động của chính phủ**, mặc dù thực tế là một hành động hoặ một chuỗi các hành động của một Bên dù có ảnh hưởng tiêu cực đến giá trị kinh tế của khoản đầu tư, **chỉ riêng mình nó, không chứng minh rằng có xảy ra việc tước đoạt gián tiếp**
 - (ii) mức độ can thiệp của hành động của chính phủ đối với những kỳ vọng riêng biệt, hợp xuất phát từ đầu tư; và
 - (iii) tính chất của hành động của chính phủ
- Thêm vào đó, họ đề cập đến việc tước đoạt gián tiếp và quyền điều tiết:
 - **Ngoại trừ trong những tình huống hiếm gặp hành động pháp lý không phân biệt đối xử của một Bên, được thiết kế và áp dụng để bảo các mục tiêu phúc lợi công cộng hợp pháp, dụ như y tế công cộng, an toàn và môi trường không tạo thành việc tước đoạt gián tiếp.”**

Trung Quốc-Canada 2012

- Điều 10. 1. Khoản đầu tư có bảo hộ hoặc lợi nhuận của các nhà đầu tư của một trong các Bên ký kết sẽ không bị tước đoạt, quốc hữu hoá hoặc chịu các biện pháp có ảnh hưởng tương tự như việc tước đoạt tài sản hoặc việc quốc hữu hoá trong lãnh thổ của Bên ký kết (sau đây được gọi là “việc tước đoạt”), ngoại trừ (tước đoạt) vì mục đích công, theo đúng thủ tục trong nước, không phân biệt đối xử và có bồi thường (**Phụ lục B.10 áp dụng đối với địnạ này**). Việc bồi thường sẽ được tính theo giá thị trường của khoản đầu tư bị tước đoạt ngay trước khi xảy ra việc tước đoạt, hoặc trước khi khả năng về việc tước đoạt được thông báo rộng rãi, tùy thời điểm nào sớm hơn, phải bao gồm cả tiền lãi theo lãi suất thương mại thông thường tính tới ngày thanh toán, và phải được chuyển nhượng tự do, hiệu quả và không chậm trễ. Nhà đầu tư bị ảnh hưởng có quyền, theo luật của Bên ký kết tiến hành việc tước đoạt, được toà án hoặc người có thẩm quyền độc lập khác của Bên ký kết, xem xét vụ kiện của họ và khoản đầu tư của họ theo những tiêu chí nêu ở khoản này.
- Điều 10.2. Điều này không áp dụng đối với việc cấp những giấy phép bắt buộc liên quan tới quyền sở hữu trí tuệ, hoặc tới các biện pháp khác liên quan tới quyền sở hữu trí tuệ, trong chừng mực mà các biện pháp này phù hợp với các thoả thuận quốc tế liên quan tới quyền sở hữu trí tuệ mà các Bên ký kết là thành viên.

Canada-Trung Quốc Ghi chú 6 “Phụ lục B.10 áp dụng cho đoạn này”

Các bên ký kết đã xác nhận sự đồng thuận chung rằng:

- 1. Việc tước đoạt gián tiếp thông qua một biện pháp hoặc một chuỗi các biện pháp của một bên ký kết có hệ quả tương tự như việc tước đoạt trực tiếp mà không có sự chuyển nhượng chính thức quyền sở hữu hoặc sự chiếm đoạt công khai ngay lập tức.
- 2. Việc xác định liệu một biện pháp hoặc một chuỗi các biện pháp của một bên ký kết cấu thành sự tước đoạt gián tiếp cần dựa trên các dữ kiện cụ thể theo từng trường hợp và phải xét đến các thành tố sau:
 - (a) tác động kinh tế của biện pháp/chuỗi biện pháp, mặc dù chỉ riêng việc biện pháp/chuỗi biện pháp của một bên ký kết có hệ quả bất lợi đến giá trị kinh tế của một dự án đầu tư không đủ cấu thành một sự tước đoạt gián tiếp
 - (b) mức độ can thiệp của biện pháp/chuỗi biện pháp đối với các kỳ vọng rõ ràng, hợp lý, xuất phát từ khoản đầu tư; và
 - (c) tính chất của biện pháp/chuỗi biện pháp.
- 3. Trừ một số trường hợp hiếm gặp, ví dụ như khi một biện pháp/chuỗi biện pháp quá nghiêm trọng khi xét đến mục đích của chúng đến mức không thể được xem là đã được áp dụng một cách thiện chí, một biện pháp/chuỗi biện pháp không có tính phân biệt đối xử của một bên ký kết được thiết kế và áp dụng nhằm để bảo vệ mục đích công cộng của công dân một cách chính đáng, ví dụ như sức khỏe, an toàn và môi trường, không cấu thành sự tước đoạt gián tiếp.

Điều 16 Tước quyền sở hữu

- 1. Không Bên nào được trực tiếp hoặc gián tiếp quốc hữu hóa, tước quyền sở hữu hoặc các biện pháp có ảnh hưởng tương đương với quốc hữu hóa hoặc tước quyền sở hữu (sau đây gọi là 'tước quyền sở hữu') khoản đầu tư của nhà đầu tư của Bên kia, ngoại trừ:
 - (a) vì mục đích công;
 - (b) phù hợp với thủ tục luật định;
 - (c) trên cơ sở không phân biệt đối xử; và
 - (d) Bồi thường nhanh chóng, thỏa đáng và hiệu quả.
- Để rõ ràng hơn, khoản này được giải thích phù hợp với Phụ lục X về tước quyền sở hữu.
- 2. Việc bồi thường phải tính đến giá thị trường hợp lý của khoản đầu tư đó ngay tại thời điểm tước quyền sở hữu hoặc việc tước quyền sở hữu được công bố, tùy thuộc thời điểm nào đến trước, cùng với lãi theo tỷ giá hợp lý được đưa ra trên cơ sở thương mại kể từ ngày tước quyền sở hữu đến ngày thanh toán. Khoản bồi thường đó phải có tính hiệu quả, tự do chuyển đổi phù hợp với Điều 17 (Chuyển tiền) và được thực hiện không chậm trễ.
- 3. Mặc dù có khoản 1 và 2, trong trường hợp Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam là Bên tước quyền sở hữu, bất kỳ biện pháp tước quyền sở hữu trực tiếp liên quan đến đất sê: i) với mục đích phù hợp với luật trong nước hiện hành và ii) thanh toán bồi thường tương đương với giá thị trường đồng thời công nhận pháp luật trong nước hiện hành.
- 4. Việc cấp chứng chỉ bắt buộc liên quan đến quyền sở hữu trí tuệ trong điều kiện việc ban hành đó phù hợp với Hiệp định về các yếu tố liên quan đến thương mại của quyền sở hữu trí tuệ tại Phụ lục 1C của Hiệp định WTO ('Hiệp định TRIPS') không tạo nên tước quyền sở hữu theo các mục đích nêu tại khoản 1 Điều này.
- 5. Theo pháp luật của Bên tước quyền sở hữu, tòa án hoặc cơ quan có thẩm quyền độc lập khác của Bên tước quyền sở hữu có trách nhiệm xem xét khiếu nại của nhà đầu tư bị ảnh hưởng hoặc giá trị của khoản đầu tư của nhà đầu tư đó.

Kết luận

1) Việc tước đoạt (trực tiếp và gián tiếp) đòi hỏi sự bồi thường, dựa trên các quy định được đặt ra rõ ràng của pháp luật tập quán quốc tế.

- Tuy việc xác định hành vi tước đoạt trực tiếp tương đối rõ ràng và dễ dàng, việc xác định liệu một biện pháp có phải là tước đoạt gián tiếp hay không đòi hỏi các tòa trọng tài phải thực hiện việc xem xét cẩn thận từng vụ việc và suy xét kỹ từng câu chữ của hiệp định.

2) Ranh giới giữa khái niệm tước đoạt gián tiếp và các biện pháp quản lý không bồi hoàn của chính phủ thường không được nêu ra một cách có hệ thống

- Tuy vậy, theo nghĩa rộng, có các tiêu chí mà các tòa trọng tài đã sử dụng để phân biệt các khái niệm này: i) mức độ can thiệp vào quyền tài sản, ii) tính chất của các biện pháp của chính phủ, và iii) sự can thiệp của biện pháp này đối với các kỳ vọng hợp lý xuất phát từ việc đầu tư.

Kết luận

3) Các tòa trọng tài, thay vì tập trung hoàn toàn vào “hệ quả duy nhất” đối với chủ sở hữu, cũng thường xét đến mục đích và tỷ lệ của các biện pháp của chính phủ để xác định liệu việc bồi thường có hợp lý hay không.

- Vậy nên một số vụ việc đã được xác định dựa trên cơ sở công nhận rằng các chính phủ có quyền bảo vệ môi trường, sức khỏe và an toàn con người, tính thống nhất của thị trường và chính sách xã hội, thông qua các hành vi không phân biệt đối xử, cùng với các hành vi khác, mà không cần phải bồi thường cho việc tước đoạt có thể xảy ra các tài sản của nhà đầu tư nước ngoài
- Cho đến hiện tại chỉ có một số IIAs quy định rõ sự khác biệt này. Gần đây, một thể hệ mới các thỏa thuận đầu tư, bao gồm các chương về đầu tư của IIAs, đã đưa ra một số điều khoản cụ thể và tiêu chí để hỗ trợ việc xác định liệu có xảy ra hành vi tước đoạt gián tiếp cần phải bồi thường hay không.

4) Đồng thời, cần công nhận rằng danh sách các tiêu chí có thể xác định ngày nay từ thực tế các nước và luật học hiện tại là không đầy đủ và vẫn đang phát triển:

- Thật vậy, các IIAs mới đang được ký kết với tốc độ rất nhanh và số lượng các vụ việc được đưa ra trọng tài đang tăng nhanh.
- Việc xem xét theo từng vụ để đưa ra các giải pháp bổ sung là vẫn rất cần thiết...

XIN CẢM ƠN

Liên hệ :

Ban quản lý Dự án EU-MUTRAP

Phòng 1203, Tầng 12, Khu Văn phòng, Tòa tháp Hà Nội,

49 Hai Bà Trưng, Hoàn Kiếm, Hà Nội

Tel: (84 - 4) 3937 8472

Fax: (84 - 4) 3937 8476

Email: mutrap@mutrap.org.vn

Website: www.mutrap.org.vn

(Tài liệu hội thảo được đăng trên trang Web này)