

TRANH CHẤP GIỮA NHÀ ĐẦU TƯ NƯỚC NGOÀI VÀ NHÀ NƯỚC TRONG LĨNH VỰC NĂNG LƯỢNG TÁI TẠO VÀ KINH NGHIỆM CHO VIỆT NAM

ĐÀO KIM ANH, TRINH THỊ THU THẢO

Khoa Luật, Trường Đại học Ngoại thương

Faculty of Law, Foreign Trade University

Email: anhdk@ftu.edu.vn; thaottt.work@gmail.com

Tóm tắt

Năng lượng tái tạo (NLTT) được xem là xu hướng tất yếu của ngành năng lượng trên thế giới hiện nay. Thực tiễn cho thấy quá trình ban hành và thực hiện các chính sách chuyển dịch năng lượng và phát triển NLTT nếu thiếu nhất quán và thận trọng có thể làm gia tăng nguy cơ xảy ra tranh chấp giữa nhà đầu tư nước ngoài và quốc gia tiếp nhận đầu tư. Bài viết sẽ tập trung vào việc phân tích một số tranh chấp đầu tư quốc tế điển hình trong lĩnh vực NLTT, từ đó rút ra những lưu ý cho Việt Nam trong quá trình phát triển và chuyển đổi năng lượng, phù hợp với xu hướng chung toàn cầu.

Từ khóa: tranh chấp giữa nhà đầu tư nước ngoài và nhà nước, trọng tài đầu tư quốc tế, năng lượng tái tạo, chuyển đổi năng lượng

Abstract

Renewable energy is increasingly seen as an inevitable trend in the global energy sector today. Practical experience has demonstrated that inconsistent or poorly executed policies regarding transition strategies and renewable energy development can negatively impact certain groups of investors. Such changes in energy transition policies have heightened the risk of disputes between foreign investors and host states in various countries, including Vietnam. This article focuses on analyzing several investment disputes in the field of renewable energy and based on that, draws experiences for Vietnam in its energy development and transition process, aligning with the global trend.

Keywords: investor-state dispute settlement, investment arbitration, renewable energy, energy transition

DOI: <https://doi.org/10.70236/tckhplvn.264>

Ngày nhận bài: 18/09/2024

Ngày duyệt đăng: 05/02/2025

Theo Liên hiệp quốc, năng lượng tái tạo (NLTT) là nguồn năng lượng sạch, liên tục và vô hạn từ tự nhiên, trái ngược với năng lượng hóa thạch vốn hữu hạn và gây ô nhiễm.¹ Các nguồn NLTT chủ yếu hiện nay gồm năng lượng mặt trời, gió, địa nhiệt, thủy điện, sinh khối và đại dương. Đến năm 2050, NLTT có thể chiếm 90% sản lượng điện toàn cầu và đầu tư vào lĩnh vực này cần tăng gấp ba lần để đạt mục tiêu phát thải ròng bằng 0.² Trước triển vọng đó, nhiều quốc gia, trong đó có Việt Nam, đang ban hành chính sách, pháp luật nhằm thúc đẩy đầu tư nước ngoài (ĐTNN) vào lĩnh

1 United Nations (UN), "What is renewable energy?", <https://www.un.org/en/climatechange/what-is-renewable-energy>, truy cập ngày 15/8/2024.

2 UN, "Fast facts on renewable energy", https://www.un.org/sites/un2.un.org/files/fast_facts_-_renewable_energy_oct_2022.pdf, truy cập ngày 12/8/2024.

vực NLTT. Tuy nhiên, quá trình ban hành, thực hiện và thay đổi chính sách này, trên thực tế, gây nhiều khó khăn cho NĐT, đặc biệt là các NĐT nước ngoài và làm gia tăng nguy cơ tranh chấp với Nhà nước tiếp nhận đầu tư.³ Những tranh chấp này nếu không được xử lý hiệu quả có thể gây thiệt hại tài chính, cản trở phát triển NLTT và ảnh hưởng tiêu cực tới hình ảnh quốc gia.

Chính vì vậy, bài viết phân tích các tranh chấp đầu tư giữa NĐT nước ngoài và nhà nước trong lĩnh vực NLTT nhằm nhận diện các rủi ro tiềm ẩn và xu hướng gia tăng tranh chấp gần đây. Tiếp đó, thông qua một số vụ việc tiêu biểu, bài viết làm rõ các vấn đề pháp lý thường gặp và cách tiếp cận của Hội đồng trọng tài (HĐTT). Trên cơ sở đó, bài viết đề xuất một số khuyến nghị nhằm giúp Việt Nam ngăn ngừa tranh chấp và bảo vệ lợi ích quốc gia trong các vụ kiện đầu tư liên quan đến NLTT.

1. Rủi ro phát sinh tranh chấp giữa nhà đầu tư nước ngoài và nhà nước trong lĩnh vực năng lượng tái tạo

Chuyển đổi năng lượng hiệu quả là yếu tố then chốt để đạt mục tiêu phát triển bền vững và ứng phó biến đổi khí hậu, đặc biệt ở các nước đang phát triển. Nghị định thư Kyoto và Hiệp định Paris về chống biến đổi khí hậu khuyến khích các quốc gia thu hút vốn ĐTNN vào các dự án NLTT. Tuy nhiên, lĩnh vực này tiềm ẩn nhiều rủi ro, đặc biệt là các rủi ro chính trị (như thay đổi chính sách đột ngột, thiết kế chính sách và quy định, thiết kế thị trường) thường dẫn đến tranh chấp giữa nhà nước và nhà đầu tư.⁴ Nguyên nhân là do các NĐT trong lĩnh vực NLTT thường phụ thuộc vào các chương trình hỗ trợ như biểu giá ưu đãi (*feed-in tariff*, FIT) và dễ bị tổn thương khi chính sách thay đổi.⁵ Theo báo cáo của Ngân hàng thế giới, phần lớn tranh chấp đầu tư trong lĩnh vực NLTT liên quan đến việc cắt giảm hoặc loại bỏ chương trình FIT tại nhiều quốc gia.⁶ Theo thống kê của UNCTAD và Ngân hàng Thế giới năm 2022,⁷ nguyên nhân chủ yếu gây ra tranh chấp ISDS trong lĩnh vực năng lượng là do những thay đổi pháp luật bất lợi từ phía chính phủ, chiếm tới 67% tổng số vụ

3 Kyle Tienhaara, Rachel Thrasher, B. Alexander Simmons & Kevin P. Gallagher, “Investor-state dispute settlement: Obstructing a just energy transition”, *Climate Policy*, Vol. 23(9), 2022, tr. 1198.

4 Yulia S. Selivanova, “Changes in renewables support policy and investment protection under the energy charter treaty: Analysis of jurisprudence and outlook for the current arbitration cases”, *ICSID Review: Foreign Investment Law Journal*, Vol. 33(2), 2018, tr. 434.

5 Kyla Tienhaara and Christian Downie, “Risky business? The energy charter treaty, renewable energy, and investor-state disputes”, in *Global Governance: A Review of Multilateralism and International Organizations*, Brill, Nijhoff, Vol. 24(3), 2018, tr. 451-471, <https://doi.org/10.1163/19426720-02403009>

6 World Bank, “Enabling Foreign Direct Investment in the Renewable Energy Sector: Reducing Regulatory Risks and Preventing Investor-State Conflicts”, tr. 24-26, <https://documents1.worldbank.org/curated/en/099701404112329298/pdf/IDU0c75e7e5c03eef04e9808a010465c21da0408.pdf>, truy cập ngày 21/06/2025.

7 World Bank–Energy Charter Secretariat analysis, 2022, https://www.energycharter.org/media/news/article/the-energy-investment-risk-assessment-2022/?tx_news_pi1%5Bcontroller%5D=News&tx_news_pi1%5Baction%5D=detail&cHash=5aa3537f75af68e9232cd2e50a37aa57, truy cập ngày 21/06/2025.

việc. Về kết quả giải quyết tranh chấp, 53% số vụ kiện nghiêng phần thắng về phía nhà đầu tư, trong khi 40% có kết quả thuận lợi cho nhà nước; 5% vụ việc có dữ liệu không xác định và 2% không tiếp tục được theo đuổi. Đáng chú ý, Hiệp ước Hiến chương Năng lượng (Energy Charter Treaty) là cơ sở pháp lý được viện dẫn nhiều nhất trong các vụ kiện ISDS về năng lượng, với 72 vụ, vượt xa so với các hiệp định đầu tư quốc tế khác.

Theo Hội nghị Liên hợp quốc về thương mại và phát triển (*United Nations Conference On Trade And Development, UNCTAD*),⁸ trong hơn một thập kỷ qua đã có hơn 80 tranh chấp đầu tư trong lĩnh vực NLTT được đưa ra trọng tài, chủ yếu liên quan đến điện mặt trời, và một phần nhỏ liên quan đến điện gió và thủy điện. Tây Ban Nha là quốc gia bị kiện nhiều nhất, sau đó là Cộng hòa Ý và Cộng hòa Séc. Khoảng một nửa số vụ kiện vẫn đang được giải quyết, trong số các vụ đã có phán quyết thì 53% phán quyết nghiêng về phía nhà đầu tư và 40% nghiêng về phía nhà nước. Đáng chú ý, hơn 90% các vụ kiện về NLTT gần đây được khởi xướng dựa trên cùng một hiệp định là Hiệp ước Hiến chương năng lượng (*Energy Charter Treaty, ECT*) năm 1994 (72 vụ).

Những số liệu trên cho thấy NLTT đang trở thành một lĩnh vực tiềm ẩn nhiều rủi ro phát sinh tranh chấp giữa NĐT nước ngoài và nhà nước. Số lượng tranh chấp đầu tư trong lĩnh vực này có xu hướng gia tăng với tính chất phức tạp, gây ra nhiều khó khăn cho các bên, đặc biệt là các quốc gia trong quá trình chuyển đổi năng lượng. Phần tiếp theo sẽ phân tích một số tranh chấp điển hình, qua đó làm rõ hơn nguyên nhân phát sinh tranh chấp và những nội dung quan trọng cần lưu ý trong quá trình giải quyết các nhóm tranh chấp này.

2. Phân tích một số tranh chấp điển hình trong lĩnh vực năng lượng tái tạo

2.1. Tranh chấp giữa công ty ESPF và Chính phủ Ý

2.1.1. Tóm tắt vụ tranh chấp

Ngày 04/7/2017, nguyên đơn bao gồm ESPF – một công ty thành lập tại Đức và các công ty liên kết đã khởi kiện Cộng hòa Ý lên Trung tâm Quốc tế về giải quyết tranh chấp đầu tư quốc tế (*International Centre for Settlement of Investment Disputes, ICSID*) trên cơ sở ECT.⁹ Tranh chấp phát sinh từ các biện pháp được Ý thực hiện kể từ năm 1998 nhằm khuyến khích đầu tư vào ngành năng lượng mặt trời. Cụ thể, chính phủ Ý đã ban hành Nghị định số 79 ưu tiên tiếp cận các nhà máy NLTT và yêu cầu các nhà máy này ký hợp đồng với một công ty nhà nước về quản lý NLTT. Đồng thời, Ý cũng thông qua năm chương trình khuyến khích năng lượng điện sản xuất

8 UNTAD, “IIA Issue Note – Treaty-Based Investor-State Dispute Settlement Cases and Climate Action”, https://unctad.org/system/files/official-document/diaepcbinf2022d7_en.pdf, truy cập ngày 22/8/2024.

9 *ESPF and others v Italy*, ICSID Case No. ARB/16/5, Award, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw11827.pdf>, truy cập ngày 5/8/2024.

từ năng lượng mặt trời (*Conto Energia*), từ Conto I đến Conto V nhằm đưa ra biểu giá FIT đối với nguồn điện, được duy trì trong một thời gian cố định. Tuy nhiên, đến năm 2014, Ý đã giảm biểu giá khuyến khích theo quy định trong các chương trình ưu đãi thông qua Nghị định *Spalmaincentivi* – đây là biện pháp chính bị phản đối trong khiếu kiện của nguyên đơn. Nguyên đơn cáo buộc bị đơn đã giảm đáng kể mức thuế ưu đãi cố định và giá đảm bảo tối thiểu được đưa ra trong các chương trình ưu đãi trước đây – vốn là cơ sở quan trọng để nguyên đơn quyết định đầu tư vào Ý, do đó đã vi phạm Điều 10.1 ECT và luật pháp quốc tế.

Sau khi xem xét các bằng chứng liên quan và lập luận của các Bên, Hội đồng trọng tài (HĐTT) kết luận bị đơn đã vi phạm nghĩa vụ đối xử công bằng và thỏa đáng (*fair and equitable treatment*, FET) theo Điều 10.1 ECT, cụ thể là vi phạm kỳ vọng chính đáng của NĐT dựa trên chế độ *Conto Energia*.¹⁰ Tranh chấp này đặt ra câu hỏi quan trọng về việc khi nào thì một chính sách, biện pháp NLTT có thể tạo ra kỳ vọng chính đáng cho NĐT. Phần tiếp theo sẽ phân tích kỹ hơn giải thích của HĐTT về vấn đề này.

2.1.2. Kỳ vọng chính đáng của nhà đầu tư phát sinh từ các chính sách, biện pháp khuyến khích năng lượng tái tạo

Nguyên đơn nêu ba tình huống mà một chính sách về NLTT của chính phủ có thể tạo ra kỳ vọng chính đáng cho NĐT nước ngoài: (i) khi NĐT nhận được cam kết hoặc bảo đảm rõ ràng từ một cơ quan chính phủ; (ii) khi NĐT nhận được các cam kết hoặc bảo đảm ngầm hiểu mà họ đã dựa vào khi đầu tư và (iii) ngay cả khi không có cam kết, các tình huống khác liên quan tới khoản đầu tư cũng có thể tạo kỳ vọng chính đáng. Nguyên đơn cho rằng chính phủ Ý đã đưa ra hứa hẹn rõ ràng về sự ổn định của biểu giá ưu đãi điện mặt trời thông qua Nghị định và các chương trình *Conto Energia*. Nội dung các điều khoản này đủ rõ ràng và không cần thêm xác nhận nào khác. Ngoài ra, các tuyên bố công khai của chính phủ cũng củng cố cam kết này.¹¹

Ngược lại, bị đơn cho rằng không có bất kỳ cam kết hay quy định nào đảm bảo sự ổn định chính sách trong chương trình *Conto Energia*. Chính phủ Ý không cam kết “đóng băng” khung pháp lý và các điều khoản trong chương trình *Conto Energia* chỉ là các quy định chung nên không thể tạo ra kỳ vọng cho NĐT. Bị đơn không đưa ra bất kỳ cam kết hay hứa hẹn cụ thể nào với nguyên đơn, không có bất kỳ cuộc thảo luận nào giữa nguyên đơn và cơ quan chức năng của Ý liên quan đến các khoản đầu tư của nguyên đơn. Điều duy nhất liên quan là quy định ưu đãi từ các chương trình *Conto Energia* trong thời gian 20 năm. Tuy nhiên, đây không phải là một “lời hứa” đối với các NĐT mà chỉ là một quy định pháp luật trong hệ thống pháp luật

10 Như trên, tr. 252.

11 Như trên, tr. 131.

của Ý và chính phủ có quyền thay đổi phù hợp với hoàn cảnh. Bên cạnh đó, thiệt hại của nguyên đơn một phần là do việc thẩm định pháp lý không đầy đủ khiến NĐT không lường trước rủi ro kinh tế - xã hội tại nước tiếp nhận đầu tư, do đó không có cơ sở hình thành kỳ vọng chính đáng.

Về vấn đề này, HĐTT cho rằng điểm quan trọng là liệu Nhà nước, thông qua các tuyên bố hoặc hành vi, có góp phần tạo ra kỳ vọng cho NĐT. Theo HĐTT, biểu giá FIT trong các chương trình *Conto Energia* đã tạo ra kỳ vọng chính đáng cho các NĐT nước ngoài và sẽ không công bằng khi bị đơn quy định về mức giá FIT có thời hạn áp dụng 20 năm, nhưng sau đó lại giảm giá FIT sau khi các khoản đầu tư của NĐT đã đáp ứng đầy đủ yêu cầu để áp dụng mức giá ưu đãi này.¹² Nguyên đơn cũng đã tiến hành thẩm định “đầy đủ và cần thiết” trước khi đầu tư tại Ý. Một cam kết sẽ được coi là cụ thể nếu nhằm tạo ra sự đảm bảo rõ ràng về tính ổn định chính sách. Việc lập lại cùng một cam kết trong nhiều tuyên bố chung khác nhau từ phía Nhà nước củng cố tính cụ thể đó. Trong vụ này, các chương trình *Conto Energia* từ I đến V đáp ứng tính cụ thể cần thiết, được lập đi lập lại và chứa đựng đầy đủ các yếu tố để phát sinh kỳ vọng chính đáng cho các NĐT. HĐTT cũng khẳng định: nhà nước có quyền thay đổi luật để phù hợp với tình hình kinh tế - xã hội, nhất là trong lĩnh vực NLTT vốn nhiều biến động. Tuy nhiên, nếu không cân nhắc đầy đủ kỳ vọng chính đáng của NĐT, nhà nước vẫn có thể chịu trách nhiệm pháp lý quốc tế.

Kỳ vọng chính đáng của NĐTNN là một trong những vấn đề thường gây tranh cãi trong các tranh chấp đầu tư quốc tế liên quan tới NLTT.¹³ Phán quyết trọng tài trong vụ này đưa ra bài học quan trọng cho các quốc gia khi ban hành và điều chỉnh chính sách NLTT, nhằm tránh phá vỡ kỳ vọng chính đáng của NĐTNN. *Thứ nhất*, theo HĐTT, kỳ vọng này có thể hình thành khi nhà nước đưa ra các cam kết cụ thể, đặc biệt nếu các cam kết được lập lại nhất quán trong nhiều tuyên bố chính thức.¹⁴ Trường hợp của Ý là ví dụ điển hình, khi các chương trình *Conto Energia* từ I đến V liên tục khẳng định mức giá ưu đãi FIT, qua đó tạo ra sự đảm bảo rõ ràng cho nhà đầu tư. *Thứ hai*, HĐTT cũng cho rằng, một nhà nước có quyền thay đổi chính sách, biện pháp NLTT để thực hiện các mục tiêu an ninh, xã hội và đây là quyền lực đương nhiên.¹⁵ Tuy nhiên, quyền lực này cần được thực hiện trong giới hạn để bảo vệ quyền lợi của NĐT, để tránh phát sinh trách nhiệm pháp lý quốc tế của nhà nước. *Thứ ba*, HĐTT

12 Như trên, tr. 194, đoạn 508.

13 Chen Yu, “Disentangling legal stability from legitimate expectations: Towards greater deference to regulatory changes in renewable energy transition policies in investment arbitration”, *World Trade Review*, Vol. 24(1), 2025, tr. 102; Jack Biggs, “The scope of investors’ legitimate expectations under the FET standard in the European renewable energy cases”, *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, Vol. 36(1), 2021, tr. 100.

14 Như trên, tr. 199, đoạn 520.

15 Như trên, tr. 158, đoạn 418.

nhấn mạnh vai trò của việc NĐT thực hiện thẩm định pháp lý trước khi tiến hành đầu tư, đặc biệt với các dự án NLTT – lĩnh vực thường có sự thay đổi về khung pháp lý. Nếu nhà đầu tư đã thẩm định đầy đủ và kỳ vọng được hình thành trên cơ sở hợp lý, họ có quyền yêu cầu được bảo vệ khi chính sách thay đổi.¹⁶

2.2. Tranh chấp giữa JSW Solar GmbH & Co. KG và Chính phủ Séc

2.2.1. Tóm tắt vụ tranh chấp

JSW Solar GmbH & Co. KG, một công ty của Đức đầu tư vào ba nhà máy điện năng lượng mặt trời ở Cộng hòa Séc trong giai đoạn 2009–2010. Tranh chấp phát sinh khi Cộng hòa Séc áp thuế năng lượng mặt trời nhằm để hạn chế “lợi nhuận bất ngờ” mà các công ty trong lĩnh vực này nhận được do Séc buộc giảm giá các tấm pin mặt trời. Nguyên đơn cho rằng khoản thuế này là không lường trước được và không có cơ sở nào để nhận định rằng họ đã nhận được “lợi nhuận bất ngờ” nêu trên. JSW Solar đã khởi kiện Cộng hòa Séc lên Tòa Trọng tài thường trực (*Permanent Court of Arbitration*, PCA) trên cơ sở Hiệp định Đầu tư song phương (*bilateral investment treaty*, BIT) giữa Séc và Đức.¹⁷

HĐTT kết luận rằng bị đơn không vi phạm các nghĩa vụ theo BIT, bao gồm nghĩa vụ FET, nghĩa vụ bảo vệ và an ninh đầy đủ (*full protection and security*, FPS) cũng như điều khoản bao trùm (*umbrella clause*). Trong vụ này, một trong những vấn đề gây tranh cãi giữa các bên liên quan tới điều khoản bao trùm. Điều khoản bao trùm trong BIT thường quy định rằng nhà nước phải tuân thủ, tôn trọng các nghĩa vụ, cam kết liên quan đến các khoản đầu tư dù có thể chúng không tồn tại trong các BIT mà có thể trong các hợp đồng, các cam kết mà nhà nước ký kết với NĐT sau này.¹⁸ Điều khoản này cho phép nâng các khiếu kiện theo hợp đồng hoặc theo pháp luật nội địa thành khiếu kiện theo hiệp định đầu tư.¹⁹ Điều khoản bao trùm được viện dẫn trong nhiều tranh chấp đầu tư liên quan tới NLTT và có ảnh hưởng lớn đối với việc xác định phạm vi nghĩa vụ và trách nhiệm của Nhà nước, không chỉ phát sinh từ các hiệp định đầu tư mà có thể từ các cam kết khác có liên quan tới dự án. Vì vậy, phần tiếp theo sẽ phân tích sâu hơn phán quyết của HĐTT về vấn đề này.

2.2.2. Diễn giải và áp dụng điều khoản bao trùm

16 Gargi Choudhari, “Tracing political determinants of FET standard and due diligence of investors in investor-state dispute settlement”, *Indian Journal of Integrated Research in Law*, Vol. III, Issue IV, 2023.

17 *JSW Solar GmbH & Co. KG v Czech*, PCA Case No. 2014-03, Final Award, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9498.pdf>, truy cập ngày 6/8/2024.

18 Ursula Kriebaum, Christoph Schreuer, Rudolf Dolzer, *Principles of international investment law*, 3rd ed., Oxford University Press, 2022, tr. 493.

19 Aceris Law LLC International Arbitration Information, International Arbitration, <https://www.international-arbitration-attorney.com/vi/umbrella-clauses-in-investment-arbitration/>, truy cập ngày 7/9/2024.

Trong vụ này, BIT giữa Séc và Đức năm 1990 quy định về điều khoản bao trùm tại Điều 7.2 như sau: “Mỗi nước ký kết sẽ thực hiện bất kỳ nghĩa vụ nào khác mà nước đó có thể đã ký kết liên quan đến đầu tư của các NĐT từ các nước ký kết tương ứng khác trên lãnh thổ của mình”.

Theo nguyên đơn, Điều 7.2 của BIT giữa Séc và Đức năm 1990 nên được hiểu rằng Séc phải tuân thủ các nghĩa vụ hợp đồng và pháp luật của mình liên quan đến các khoản đầu tư của nguyên đơn trong lĩnh vực năng lượng mặt trời. Bằng cách bãi bỏ và phá vỡ các bảo đảm được đưa ra trong Đạo luật 180 (một đạo luật nội địa), Séc đã vi phạm Điều này. Về phía mình, bị đơn cho rằng Điều 7.2 này chỉ áp dụng cho một nghĩa vụ cụ thể đối với NĐT hoặc liên quan đến một khoản đầu tư riêng lẻ, và không áp dụng với một đạo luật chung.²⁰

Về vấn đề này, trước hết, HĐTT giải thích như sau: Điều 7.2 của BIT đặt ra nghĩa vụ đối với mỗi Bên ký kết trong việc thực hiện các “nghĩa vụ khác” liên quan đến các khoản đầu tư. Để Điều 7.2 có hiệu lực thì trước hết, phải tồn tại một nghĩa vụ giữa nhà nước và NĐT theo luật Cộng hòa Séc, đồng thời, nghĩa vụ đó đã bị vi phạm bởi các hành vi của Nhà nước. Do đó, nguyên đơn cần chứng minh rằng họ là chủ thể có quyền yêu cầu thực hiện một “cam kết” nhất định liên quan đến khoản đầu tư.²¹

Trong tình huống này, nguyên đơn đã không thể xác định được bất kỳ nghĩa vụ liên quan nào xuất phát từ phía Cộng hòa Séc có liên quan đến khoản đầu tư của họ. Do đó, điều kiện đầu tiên không thỏa mãn và không thể cấu thành hành vi vi phạm điều khoản bao trùm theo Điều 7.2 BIT. HĐTT khẳng định rằng, Đạo luật 180/2005 không áp đặt bất kỳ nghĩa vụ nào đối với Cộng hòa Séc để thiết lập hoặc duy trì mức giá FIT. Nghĩa vụ của nhà nước theo Điều 7.2 chỉ tồn tại khi điều khoản theo luật phải hướng tới các khoản đầu tư và NĐT năng lượng mặt trời cụ thể. Tuy nhiên, thực tế Đạo luật 180 là đạo luật chung, không hướng tới JSW và khoản đầu tư năng lượng mặt trời cụ thể của họ. Vì vậy, HĐTT đã bác bỏ khiếu nại của JSW về việc vi phạm điều khoản bao trùm theo BIT.²²

Phán quyết trọng tài trong vụ này góp phần làm rõ việc áp dụng điều khoản bao trùm – một điều khoản thường được viện dẫn trong tranh chấp đầu tư liên quan tới NLTT. Trong lĩnh vực NLTT, điều khoản bao trùm là một trong những điều khoản quan trọng, giúp bảo vệ các NĐT trong trường hợp tồn tại các cam kết, hành vi đơn phương từ phía nhà nước gây tổn hại đến các khoản đầu tư của các NĐT nhưng không thuộc phạm vi điều chỉnh của BIT. Tuy nhiên, điều khoản cũng có thể bị NĐT lạm dụng để khởi kiện theo BIT dù các biện pháp, chính sách NLTT của nhà nước

20 JSW Solar GmbH & Co. KG v Czech, tldđ, tr. 96.

21 Như trên, tr. 97.

22 Như trên, tr. 96–105.

không có sự liên quan và không thể dẫn chiếu đến hành vi vi phạm BIT.²³ Trong tranh chấp này, JSW cho rằng việc phá vỡ các bảo đảm ở một quy định trong luật nội địa về thuế đối với nhà máy sản xuất NLTT của Séc đã vi phạm điều khoản bao trùm trong BIT giữa Đức và Séc. Tuy nhiên, HĐTT đã khẳng định rằng, Cộng hòa Séc không vi phạm điều khoản bao trùm vì JSW không thể chứng minh được sự tồn tại của hành vi vi phạm nghĩa vụ theo luật nội địa của Séc. Đây là một điểm quan trọng, đảm bảo việc áp dụng điều khoản bao trùm duy trì sự cân bằng giữa bảo vệ NĐT với việc bảo vệ quyền và lợi ích chính đáng của nhà nước trong việc ban hành và thay đổi chính sách, pháp luật quốc gia.

2.3. Tranh chấp giữa Mesa Power Group LLC và Chính phủ Canada

2.3.1. Tóm tắt vụ tranh chấp

Năm 2004, chính phủ Canada thành lập Cơ quan Điện lực Ontario (*Ontario Power Authority*, OPA) để quản lý kế hoạch dài hạn, mua sắm nguồn điện mới và thúc đẩy đa dạng hóa nguồn cung năng lượng với trọng tâm là NLTT. Năm 2009, Chính quyền Ontario đã triển khai Chương trình FIT nhằm khuyến khích sản xuất và tiêu thụ NLTT tại địa phương này thông qua việc cung cấp các hợp đồng mua bán điện với giá đảm bảo. Một số lượng lớn các NĐT nước ngoài đã nộp đơn đăng ký Chương trình và một hệ thống xử lý được chính phủ triển khai để đánh giá và xếp hạng các đơn này.

Mesa Power Group LLC, một công ty trong lĩnh vực năng lượng điện gió, đã nộp sáu đơn đăng ký vào Chương trình FIT, tất cả đều nằm trong vùng Bruce của Ontario. Dù các đơn của Mesa đáp ứng nhiều tiêu chí của chương trình FIT nhưng lại không nhận được bất kỳ hợp đồng nào trong ba vòng xét duyệt, chủ yếu vì công suất truyền tải của đường dây trong tỉnh không đủ.

Trong khi đó, năm 2010, Chính quyền Ontario ký thỏa thuận đầu tư trị giá 7 tỷ đô la Canada với một công ty liên doanh của NĐT Hàn Quốc, ”), cho phép đối tác này ưu tiên truy cập 2.500 MW công suất truyền tải – phần lớn được dành riêng cho dự án của liên doanh. Nguyên đơn cho rằng thỏa thuận này tạo ra sự cạnh tranh không công bằng và dẫn đến việc họ không nhận được bất cứ một hợp đồng nào trong Chương trình FIT và đã nộp đơn khởi kiện chính phủ Canada tới PCA trên cơ sở Chương 11 (Đầu tư) trong Hiệp định Thương mại tự do Bắc Mỹ (*North American Free Trade Agreement*, NAFTA).²⁴ Một trong những khiếu kiện chính của nguyên đơn là bị đơn đã vi phạm nguyên tắc đối xử tối huệ quốc (*most “favored” nation*, MFN) theo Điều 1103 trong NAFTA. Cụ thể là bị đơn đã dành cho NĐT của Hàn Quốc sự ưu đãi hơn so với nguyên đơn, thể hiện qua quyền tiếp cận

23 Bradford Gentry & Jennifer Ronkumbr, “International investment agreements and investments in renewable energy”, *From Barriers to Opportunities: Renewable Energy Issues in Law and Policy*, 2007, tr. 45.

24 *Mesa Power Group LLC v Canada*, UNCITRAL, PCA Case No. 2012-17, Award, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7240.pdf>, truy cập ngày 6/8/2024.

đường dây truyền tải và được nhận các hợp đồng đầu tư năng lượng mặt trời theo Chương trình FIT. Về phía mình, bị đơn cho rằng Chương trình FIT do OPA thực hiện là một chương trình mua sắm Chính phủ, do đó thuộc trường hợp ngoại lệ của nghĩa vụ MFN theo Điều 1108 của NAFTA. Tranh chấp này đặt ra câu hỏi liệu các chương trình trong lĩnh vực NLTT như FTI có được xem là hoạt động mua sắm chính phủ để được miễn áp dụng nghĩa vụ MFN hay không. Phần tiếp theo sẽ phân tích quan điểm của HĐTT về vấn đề này.

2.3.2. *Xác định Chương trình FIT có thuộc ngoại lệ về mua sắm chính phủ quy định trong hiệp định đầu tư*

Theo Điều 1108.7.a NAFTA, các quy định về đối xử quốc gia (NT), tối huệ quốc (MFN) và một số nghĩa vụ khác không áp dụng cho các hoạt động mua sắm của chính phủ hoặc doanh nghiệp nhà nước. HĐTT cho rằng để xác định Chương trình FIT có thuộc ngoại lệ này không, cần xét hai điểm: (i) đây có phải là hoạt động “mua sắm”, và (ii) có phải là mua sắm của chính phủ hoặc doanh nghiệp nhà nước không.²⁵

Đầu tiên, Điều 1108 NAFTA không đưa ra định nghĩa “mua sắm” nên nguyên đơn cho rằng nên áp dụng khái niệm “mua sắm” trong Điều 1001.5 (Chương 10) để đảm bảo việc áp dụng thống nhất trong toàn bộ Hiệp định. Theo Điều 1001.5, “mua sắm” chỉ áp dụng cho trường hợp chính phủ mua hàng hóa, dịch vụ để phục vụ cho nhu cầu trực tiếp của mình chứ không phải để bán lại cho người dân như Chương trình FIT.²⁶ Tuy nhiên, HĐTT không đồng tình, cho rằng mỗi chương trong NAFTA có bối cảnh riêng, và khái niệm “mua sắm” trong Chương 11 nên được hiểu rộng hơn – bao gồm cả việc chính phủ mua điện từ NLTT để cung cấp cho dân, người dân trả phí thông qua thuế. HĐTT cũng nhấn mạnh rằng “mua sắm” trong ngữ cảnh của NAFTA và các hiệp định thương mại quốc tế có ý nghĩa phức tạp hơn so với cách hiểu thông thường vì mua sắm chính phủ thường liên quan đến các quy trình đấu thầu và các thủ tục nhằm đảm bảo tính minh bạch, công bằng và hiệu quả trong việc sử dụng nguồn lực công.²⁷

Về chủ thể thực hiện, nguyên đơn cho rằng chương trình FIT do tỉnh Ontario triển khai nên không thuộc chương trình mua sắm của ““Bên ký kết” (tức là các quốc gia) theo NAFTA. Tuy nhiên, HĐTT khẳng định rằng “Bên ký kết” trong NAFTA bao gồm cả chính quyền liên bang và địa phương, và không có lý do để loại trừ tỉnh bang khỏi phạm vi Điều 1108.7.a.²⁸

Tóm lại, HĐTT xác định chương trình FIT là một hình thức mua sắm chính phủ theo Điều 1108.7.a NAFTA, thuộc ngoại lệ của nguyên

25 *Mesa Power Group LLC v Canada, tldđ*, tr. 89.

26 *Như trên*, tr. 87.

27 *Như trên*, tr. 90-105.

28 *Như trên*, tr. 107.

tắc MFN. Do đó, nguyên đơn không thể yêu cầu được hưởng sự đối xử ưu đãi tương đương với các nhà đầu tư khác.²⁹ Tranh chấp này cho thấy rõ vai trò của điều khoản ngoại lệ về mua sắm chính phủ trong các chương trình hỗ trợ NLTT như FIT – công cụ tạo biểu giá ưu đãi nhằm khuyến khích đầu tư và nâng cao sức cạnh tranh của NLTT so với năng lượng truyền thống. Nhiều hiệp định đầu tư quốc tế cũng quy định ngoại lệ này, cho phép chính phủ linh hoạt thực hiện chính sách hỗ trợ mà không vi phạm nghĩa vụ đối xử công bằng – một nội dung cốt lõi trong các hiệp định đầu tư.

3. Một số lưu ý cho Việt Nam để phòng ngừa và giải quyết hiệu quả các tranh chấp với nhà đầu tư nước ngoài trong lĩnh vực năng lượng tái tạo

NLTT, với vai trò là nguồn năng lượng sạch, dồi dào, phù hợp với định hướng phát triển bền vững, đang phát triển mạnh tại nhiều quốc gia, trong đó có Việt Nam.³⁰ Tuy nhiên, nhu cầu vốn đầu tư cho lĩnh vực này tại Việt Nam vẫn rất lớn, ước tính cần khoảng 10 tỷ USD đầu tư cho các dự án NLTT để đáp ứng nhu cầu năng lượng đến năm 2030.³¹ Năm thu hút ĐTNN trong lĩnh vực NLTT, Việt Nam đã ban hành nhiều chính sách khuyến khích đầu tư, trong đó có Chiến lược phát triển NLTT đến năm 2030, tầm nhìn 2050, đặt mục tiêu tăng sản lượng điện từ NLTT lên 186 tỷ kWh vào năm 2030 và 452 tỷ kWh vào năm 2050.³² Nhờ đẩy mạnh chuyển đổi năng lượng, Việt Nam đã trở thành một trong những quốc gia thu hút lượng vốn đầu tư NLTT lớn trên thế giới. Tổng vốn FDI vào NLTT tăng mạnh từ 100,27 tỷ USD năm 2013 lên 447,45 tỷ USD năm 2021,³³ phản ánh sự quan tâm ngày càng lớn của các NĐTNNs đối với lĩnh vực này.

Tuy phát triển mạnh mẽ, quá trình phát triển NLTT ở Việt Nam gặp nhiều thách thức và tiềm ẩn nhiều rủi ro.³⁴ Một trong các rủi ro đó là nguy cơ phát sinh tranh chấp phát sinh không chỉ giữa các nhà đầu tư mà còn giữa

29 Như trên, tr. 94.

30 Nguyen Trung Thanh, Nguyen Thanh Tung, Hoang Viet Ngu, Clevo Wilson, Shunsuke Managi, “Energy transition, poverty and inequality in Vietnam”, *Energy Policy*, Vol. 132, 2019, tr. 537.

31 UNCTAD, “World Investment Report 2023: Investing in Sustainable Energy for all”, <https://unctad.org/publication/world-investment-report-2023>, truy cập ngày 25/8/2024.

32 Quyết định số 2068/QĐ-TTg của Thủ tướng chính phủ phê duyệt Chiến lược phát triển năng lượng tái tạo của Việt Nam đến năm 2030, tầm nhìn đến năm 2050 của Thủ tướng chính phủ ngày 25/11/2015, Điều 1.

33 International Renewable Energy Agency (IRENA), “Enabling foreign direct investment in the renewable energy sector in 2013 – 2022”, https://www.irena.org/-/media/Files/IRENA/Agency/Publication/2024/Jul/IRENA_Renewable_Energy_Statistics, truy cập ngày 12/8/2024.

34 Tran Viet Dung, “Legal and policy framework for renewable energy and energy efficiency development in Vietnam”, *Vietnam Journal of Legal Sciences*, Vol. 1(1), 2019, tr. 44-45, <https://doi.org/10.2478/vjls-2020-0002>

nhà đầu tư và nhà nước – đặc biệt liên quan đến thay đổi chính sách, pháp luật.³⁵ Các vụ tranh chấp đầu tư quốc tế được phân tích ở phần 3 cho thấy tính chất phức tạp và đa dạng của loại tranh chấp này về chủ thể, căn cứ khởi kiện và cơ quan giải quyết. Trong bối cảnh lĩnh vực NLTT tại Việt Nam đang tăng trưởng nhanh, nhiều chuyên gia cho rằng nguy cơ phát sinh tranh chấp đầu tư là rất lớn.³⁶ Do đó, việc nghiên cứu kinh nghiệm quốc tế trong xử lý tranh chấp NLTT là cần thiết, giúp Việt Nam chủ động xây dựng giải pháp phòng ngừa và ứng phó hiệu quả. Từ các vụ việc đã phân tích, có thể rút ra một số bài học quan trọng cho Việt Nam trong quản lý đầu tư và giải quyết tranh chấp trong lĩnh vực NLTT.

Thứ nhất, chính phủ cần thận trọng trong quá trình ban hành các chính sách, biện pháp NLTT đối với các dự án đầu tư, nhất là có liên quan tới NĐT nước ngoài. Như đã phân tích trong vụ tranh chấp giữa ESPF và chính phủ Ý, quốc gia này đã nhiều lần nhắc lại các cam kết với NĐT nước ngoài về biểu giá ưu đãi FIT. Hậu quả là làm phát sinh kỳ vọng chính đáng cho các NĐT và khi chính phủ cần thay đổi chính sách thì lại vi phạm nguyên tắc FET theo BIT. Từ đó có thể thấy khi không thể lường trước được diễn biến trong ngành NLTT, Chính phủ Việt Nam phải thật thận trọng trong quá trình ban hành và thay đổi các chính sách về NLTT để phù hợp với bối cảnh kinh tế – xã hội của đất nước. Mặc dù quyền ban hành và thay đổi chính sách, pháp luật nội địa là quyền đương nhiên của Nhà nước, việc thực hiện các quyền này cũng cần tôn trọng tới các kỳ vọng chính đáng của NĐT, đặc biệt nếu các kỳ vọng này được tạo ra do chính cam kết hoặc đảm bảo trước đó của Nhà nước.

Thứ hai, pháp luật Việt Nam cần có quy định rõ ràng hơn về nghĩa vụ thẩm định của NĐT trước khi tiến hành đầu tư vào NLTT. Việc thực hiện thẩm định trước khi đầu tư là một trong những yếu tố cần thiết để NĐT có thể bảo vệ được kỳ vọng chính đáng của mình theo tiêu chuẩn FET, đặc biệt là trong lĩnh vực NLTT – một lĩnh vực tiềm ẩn nhiều rủi ro. Trong một số trường hợp, thẩm định này mở rộng đến nghĩa vụ của NĐT trong việc đánh giá các rủi ro có thể liên quan đến tình hình kinh tế và bối cảnh chính trị xã hội của quốc gia tiếp nhận đầu tư.³⁷ Điển hình như trong tranh chấp giữa ESPF và chính phủ Ý, nguyên đơn đã tiến hành thẩm định khung pháp lý ở Ý rõ ràng, cụ thể, chi tiết và HĐTĐ đã công nhận đây là một trong những

35 Chau Viet Bac, “Dispute resolution in energy projects in Vietnamese context – Observation from VIAC”, Hội thảo: *Quản lý rủi ro pháp lý và tranh chấp trong các dự án năng lượng trọng điểm – hướng tới mục tiêu năng lượng bền vững tại Việt Nam*, VIAC, 2023.

36 Kazuhide Ohya, “Renewable energy disputes in Vietnam”, Hội thảo: *Quản lý rủi ro pháp lý và tranh chấp trong các dự án năng lượng trọng điểm – hướng tới mục tiêu năng lượng bền vững tại Việt Nam*, VIAC, 2023.

37 Yulia Levashova, “Prevention of ISDS disputes: From early resolution to limited access”, *Handbook of International Investment Law and Policy*, Springer Singapore, 2021, tr. 625-645.

yếu tố giúp nguyên đơn bảo vệ tốt kỳ vọng chính đáng của mình. Do đó, Việt Nam có thể xem xét bổ sung làm rõ các quy định về thẩm định pháp lý như là một thủ tục trước khi tiến hành đầu tư của các NĐT NLTT, từ đó tăng cường trách nhiệm từ phía NĐT, thậm chí có thể ngăn ngừa rủi ro về tranh chấp ngay từ đầu.

Thứ ba, Việt Nam cần chú ý về việc quy định và áp dụng điều khoản bao trùm trong các hiệp định đầu tư. Như phân tích ở trong vụ *JSW Solar kiện Séc*, nguyên đơn đã viện dẫn điều khoản bao trùm trong BIT để khiếu kiện một hành vi được cho là vi phạm luật nội địa của chính phủ Séc. Mặc dù HĐTT xác định Séc không vi phạm điều khoản bao trùm, HĐTT không bác bỏ khả năng một hành vi vi phạm luật nội địa có thể tạo thành hành vi vi phạm BIT theo điều khoản này. Đây là một điểm Việt Nam cần chú ý và là một rủi ro lớn từ điều khoản bao trùm mà Việt Nam cần chú ý loại bỏ khi ký kết các hiệp định đầu tư. Ngoài ra, thực tế, không chỉ hành vi vi phạm luật nội địa, các hành vi vi phạm điều khoản bao trùm có thể xuất phát từ các nghĩa vụ trong hợp đồng mà nhà nước ký kết với các NĐT nước ngoài trong quá trình thực hiện và triển khai các dự án NLTT. Vì thế, khi ký kết và đàm phán cũng như thực hiện các hợp đồng NLTT với các NĐT nước ngoài, Việt Nam luôn phải cân nhắc khi thỏa thuận nội dung hợp đồng, cần chú ý tuân thủ các nghĩa vụ trong quá trình thực thi để đảm bảo không vi phạm các nghĩa vụ hợp đồng. Hợp đồng cũng có thể có những điều khoản loại trừ, hoặc điều khoản về thẩm quyền giải quyết tranh chấp riêng biệt để hạn chế khả năng NĐT có thể viện dẫn điều khoản bao trùm để đưa tranh chấp hợp đồng ra giải quyết theo cơ chế trọng tài đầu tư theo BIT.

Thứ tư, Chính phủ Việt Nam nên tìm hiểu về các trường hợp ngoại lệ, ví dụ như ngoại lệ về mua sắm Chính phủ, để có thể đưa ra các lập luận tự bảo vệ trước khiếu kiện của NĐT liên quan tới chương trình mua điện từ NLTT. Ví dụ, trong vụ *Mesa Power LLC kiện Canada*, Canada đã giải thích và áp dụng khá linh hoạt điều khoản ngoại lệ về mua sắm chính phủ, từ đó bác bỏ được các khiếu kiện của NĐT. Trong tình huống này, cách diễn giải “mua sắm chính phủ” theo hướng rộng và linh hoạt khi áp dụng trong lĩnh vực NLTT (chính phủ mua điện và người dân trả thuế), thay vì cách hiểu hẹp thông thường (chính phủ mua về để sử dụng trực tiếp) đã giúp Canada chứng minh được tính hợp pháp trong các chính sách của mình. Việc tìm hiểu các điều khoản ngoại lệ trong BIT là cực kỳ cần thiết để Nhà nước có thể vận dụng hiệu quả, đảm bảo sự linh hoạt cần thiết và bảo vệ quyền lợi chính đáng khi phát sinh tranh chấp với NĐT nước ngoài liên quan tới các chính sách và biện pháp chuyển đổi NLTT. ●

Tài liệu tham khảo

- [1] *ESPF and others v Italy*, ICSID Case No. ARB/16/5, Award, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw11827.pdf>, accessed on 5/8/2024
- [2] *JSW Solar GmbH & Co. KG v Czech*, PCA Case No. 2014-03, Final Award, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9498.pdf>, accessed 6/8/2024
- [3] *Mesa Power Group LLC v Canada*, UNCITRAL, PCA Case No. 2012-17, Award, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7240.pdf>, accessed on 6/8/2024
- [4] Chau Viet Bac, “Dispute resolution in enery projects in Vietnamese context – Observation from VIAC”, *Hội thảo: Quản lý rủi ro pháp lý và tranh chấp trong các dự án năng lượng trọng điểm - hướng tới mục tiêu năng lượng bền vững tại Việt Nam*, VIAC, 2023 [trans: Conference on *Legal risk management and dispute resolution in major energy projects – Towards sustainable energy goals in Vietnam*, VIAC, 2023]
- [5] Jack Biggs, “The scope of investors’ legitimate expectations under the FET standard in the European renewable energy cases”, *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, Vol. 36(1), 2021
- [6] Gargi Choudhari, “Tracing political determinants of FET standard and due diligence of investors in investor-state dispute settlement”, *Indian Journal of Integrated Research in Law*, Vol. III, Issue IV, 2023
- [7] Tran Viet Dung, “Legal and policy framework for renewable energy and energy efficiency development in Vietnam”, *Vietnam Journal of Legal Sciences*, Vol. 1(1), 2019, <https://doi.org/10.2478/vjls-2020-0002>
- [8] Bradford Gentry & Jennifer Ronkumbr, “International investment agreements and investments in renewable energy”, *From Barriers to Opportunities: Renewable Energy Issues in Law and Policy*, 2007
- [9] Ursula Kriebaum, Christoph Schreuer, Rudolf Dolzer, *Principles of international investment law*, 3rd ed., Oxford University Press, 2022
- [10] Yulia Levashova, “Prevention of ISDS disputes: From early resolution to limited access”, *Handbook of International Investment Law and Policy*, Springer Singapore, 2021
- [11] Kazuhide Ohya, “Renewable energy disputes in Vietnam”, *Hội thảo: Quản lý rủi ro pháp lý và tranh chấp trong các dự án năng lượng trọng điểm - hướng tới mục tiêu năng lượng bền vững tại Việt Nam*, VIAC, 2023 [trans: Conference on *Legal risk management and dispute resolution in major energy projects – Towards sustainable energy goals in Vietnam*, VIAC, 2023]
- [12] Yulia S. Selivanova, “Changes in renewables support policy and investment protection under the energy charter treaty: Analysis of jurisprudence and outlook for the current arbitration cases”, *ICSID Review: Foreign Investment Law Journal*, Vol. 33(2), 2018
- [13] Kyle Tienhaara, Rachel Thrasher, B. Alexander Simmons & Kevin P. Gallagher, “Investor-state dispute settlement: Obstructing a just energy transition”, *Climate Policy*, Vol. 23(9), 2022
- [14] Kyla Tienhaara and Christian Downie, “Risky business? The energy charter treaty, renewable energy, and investor-state disputes”, in *Global Governance: A Review of Multilateralism and International Organizations*, Brill, Nijhoff, Vol. 24(3), 2018, <https://doi.org/10.1163/19426720-02403009>
- [15] Nguyen Trung Thanh, Nguyen Thanh Tung, Hoang Viet Ngu, Clevo Wilson, Shunsuke Managi, “Energy transition, poverty and inequality in Vietnam”, *Energy Policy*, Vol. 132, 2019
- [16] Chen Yu, “Disentangling legal stability from legitimate expectations: Towards greater deference to regulatory changes in renewable energy transition policies in investment arbitration”, *World Trade Review*, Vol. 24(1), 2025