

## Ý kiến bổ sung về Dự thảo Luật Khoáng sản số 2.2 (17.11.09)

### **Sự tuân thủ của Dự thảo Luật Khoáng sản sửa đổi đối với các nghĩa vụ do Tổ chức Thương mại Thế giới (WTO) quy định (1/2010)**

*Jennifer Cook Clark, J.D., LL.M*  
*Chuyên gia Tư vấn Pháp luật Khoáng sản*  
*Diễn đàn Doanh nghiệp Việt Nam*

#### **I. Giới thiệu**

Một trong những nhận xét về **Dự thảo Luật Khoáng sản số 2.2 (DTLKS 2.2)** là các hạn chế hoặc lệnh cấm xuất khẩu khoáng sản của Chính phủ quy định tại Điều 6(4) của DTLKS 2.2 có thể mâu thuẫn với các nghĩa vụ do Tổ chức Thương mại Thế giới (WTO) quy định. Ngoài ra một số điều khoản của DTLKS 2.2 có thể mâu thuẫn với các quy định trong Thỏa thuận Các Biện pháp Đầu tư liên quan đến Thương mại (TRIMs) của WTO.

Chúng tôi xin cung cấp các thông tin bổ sung liên quan đến các nghĩa vụ/quy định chính thức của WTO nếu có sự mâu thuẫn giữa DTLKS 2.2 với các nghĩa vụ/quy định này trong phần thảo luận ngắn gọn dưới đây.

#### **II. Thảo luận**

Thỏa thuận TRIMs của WTO nhằm “tự do hóa thương mại và thúc đẩy đầu tư giữa các quốc gia nhằm thúc đẩy tăng trưởng kinh tế của các đối tác thương mại, đặc biệt là ở các nước thành viên đang phát triển, trong khi vẫn đảm bảo cạnh tranh tự do”. Thỏa thuận đặc biệt nhằm vào các biện pháp đầu tư liên quan đến thương mại hàng hóa. Thỏa thuận nhắc lại hai nhiệm vụ trọng tâm được nêu trong Thỏa thuận chung về Thuế quan và Thương mại (GATT) 1994 của các nước thành viên là cung cấp các quy chế “đối xử quốc gia” và cấm đưa ra các hạn chế trong thương mại liên quan đến các biện pháp đầu tư.

TRIMs được xây dựng tại Vòng đàm phán Uruguay của WTO và có hiệu lực từ ngày 1/1/1995. TRIMs đề cập đến các biện pháp đầu tư, bao gồm cơ chế pháp lý liên quan đến thương mại, bao gồm cơ chế pháp lý kiểm soát đầu tư sản xuất ra các sản phẩm (chẳng hạn các hàng hóa khoáng sản và các sản phẩm chế biến sâu) để mua bán trao đổi trên phạm vi toàn cầu.

“TRIMs” không được định nghĩa chặt chẽ trong Thỏa thuận, tuy nhiên, Thỏa thuận quy định rõ việc cấm áp dụng các biện pháp trong đầu tư vi phạm điều khoản “đối xử quốc gia” nêu tại Điều III của GATT (các biện pháp dẫn đến sự phân biệt đối xử đối với các doanh nghiệp nước ngoài so với các doanh nghiệp trong nước) hoặc “các hạn chế về số lượng” quy định tại Điều XI của GATT chẳng hạn như các hạn chế về nhập khẩu và xuất khẩu. TRIMs liệt kê trong phần Phụ lục các quy định cấm, đặc biệt là cấm “các yêu cầu nội dung địa phương” – chẳng hạn như khi chính phủ yêu cầu một doanh nghiệp sử dụng hoặc mua các sản phẩm nội địa.

#### **A. Các hạn chế xuất khẩu**

Điều 6(4) của DTLKS 2.2 quy định:

Nhà nước sẽ hạn chế xuất khẩu khoáng sản dưới dạng nguyên liệu thô hoặc tinh quặng. Chính phủ sẽ ban hành danh mục, các yêu cầu và các tiêu chí của khoáng sản được phép xuất khẩu và các danh mục khoáng sản bị hạn chế hoặc tạm thời cấm xuất khẩu ở từng thời điểm. (Phần in nghiêng là nội dung mới trong DTLKS 2.2).

Câu trả lời ngắn nhất cho câu hỏi quy định này có được cho phép theo các nghĩa vụ trong WTO hay không là các hạn chế xuất khẩu không được phép áp dụng theo quy định tại Điều XI(1) của Thỏa thuận chung về Thương mại và Thuế quan 1994 (GATT 1994) và có rất ít các ngoại lệ (không có ngoại lệ nào là phù hợp Điều XI(1) hoặc Điều XX(g) (yêu cầu hạn chế tiêu thụ trong nước)). Hơn nữa, Báo cáo của Nhóm Công tác về sự gia nhập WTO của Việt Nam số WT/ACC/VNM/48 ngày 27/10/2006 (“Báo cáo Nhóm Công tác”) bao gồm các cam kết chính thức của Chính phủ Việt Nam với WTO. Như nêu tại các đoạn 267-269, hạn chế xuất khẩu nguyên vật liệu thô sẽ không được áp dụng sau năm 2010. Cụ thể, Báo cáo đã nêu rõ:

*268. Đề nghị sửa đổi các quy định của Điều 5.4 Luật Sửa đổi và Bổ sung một số điều của Luật Khoáng sản (Luật số 46/2005/QH11) theo đó Nhà nước có thể hạn chế xuất khẩu nguyên vật liệu thô và tinh quặng và đưa ra danh mục các khoáng sản áp dụng quy định của Điều này, đại diện của Việt Nam nói rằng, theo Luật Khoáng sản, các khoáng sản không đạt yêu cầu về chất lượng và điều kiện quy định tại Thông tư số 04 ngày 02/08/2005 của Bộ Công nghiệp sẽ không được phép xuất khẩu trong giai đoạn 2005-2010. Các điều kiện này nhằm ngăn ngừa khai thác bất hợp pháp và sau đó là xuất khẩu khoáng sản bất hợp pháp.*

*269. Đại diện của Việt Nam khẳng định rằng, kể từ khi gia nhập, các hạn chế xuất khẩu còn lại và các biện pháp quản lý sẽ được áp dụng trên cơ sở hoàn toàn phù hợp với các quy định của WTO. Nhóm Công tác đã ghi nhận cam kết này.*

Theo đó, Chính phủ Việt Nam đã cam kết với WTO rằng sẽ không áp dụng hạn chế xuất khẩu khoáng sản đặc biệt là sau năm 2010 như đã nêu trên. Do Dự thảo Luật Khoáng sản sẽ không được thông qua trước năm 2010 nên vấn đề đặt ra là Luật có đưa ra các hạn chế xuất khẩu trong tương lai hay không.

Ngoài ra, trả lời các câu hỏi của các thành viên WTO về việc tạm treo các hợp đồng xuất khẩu khoáng sản chưa qua chế biến, đại diện của Việt Nam nêu rõ rằng việc treo chỉ là tạm thời vì phải xem xét lại các quy định về an toàn và rằng các doanh nghiệp đã ký các hợp đồng xuất khẩu khoáng sản hợp pháp được phép tiếp tục xuất khẩu. Theo đoạn 267 của Báo cáo Nhóm công tác.

Hơn nữa, các hạn chế xuất khẩu khoáng sản đang là một chủ đề rất “nóng” trong thương mại quốc tế và cụ thể là thu hút sự quan tâm của các nước thành viên WTO. Mỹ và Liên minh Châu Âu đã đề nghị WTO giải quyết một tranh luận thương mại là lệnh hạn chế xuất khẩu các khoáng sản (bô-xit, than cốc, thiếc, kẽm, đất hiếm, ăng-ti-moan, silicon, tungsten, fluor spar, ma-giê..) của Trung Quốc có vi phạm các nghĩa vụ trong WTO hay không. Trung Quốc đã khẳng định rằng lệnh hạn chế xuất khẩu các loại khoáng sản này xuất phát từ nhiều lý do bao gồm các lý do về môi trường. Chính vì vậy, việc áp dụng các biện pháp thương mại về hạn chế xuất khẩu khoáng sản sẽ được ngành khoáng sản và thương mại quốc tế rà soát hết sức kỹ lưỡng.

Ngoài ra, cần lưu ý thêm một số vấn đề về TRIMs. Tại Điều 2 và Phụ lục (2) của TRIMs cũng cấm đưa ra các hạn chế về xuất khẩu trong các biện pháp đầu tư liên quan đến thương mại trên nền tảng Điều XI của GATT và Báo cáo Nhóm công tác WTO về sự gia nhập của Việt Nam.

DTLKS 2.2 quy định lĩnh vực liên quan đến thương mại của đầu tư thông qua quy định chính phủ “sẽ hạn chế xuất khẩu khoáng sản dưới dạng nguyên liệu thô hoặc tinh quặng” tại Điều 6(4). Như đã lưu ý ở phần trên, quy định này cần được xem xét lại trên cơ sở Điều XI của GATT 1994 và Báo cáo Nhóm công tác.

Một ví dụ về các vấn đề Thỏa thuận TRIMs liên quan các hạn chế xuất khẩu khoáng sản của một nước thành viên gần đây đã được WTO ghi nhận. Liên minh Châu Âu (EU) và Mỹ (US) đã yêu cầu sự giải thích rõ ràng (thông qua Ủy ban WTO về các Biện pháp Đầu tư liên quan đến Thương mại) của Indonesia về Luật Khai thác Than và Khoáng sản 2009 của nước này. (*Tham khảo* Trao đổi thông tin của Cộng đồng Châu Âu và Mỹ về một số Luật của Indonesia và Dự thảo các Quy định thực hiện trong Khai thác Than và Khoáng sản, G/TRIMs/W/70 ngày 9/10/2009). Phản ứng này của EU và Mỹ cần được các nước thành viên WTO khác trong đó có Việt Nam giám sát để được hướng dẫn các hạn chế xuất khẩu khoáng sản nào là được phép hoặc không được phép.

Đoàn đại biểu của EU và Mỹ đã yêu cầu sự giải thích rõ ràng về việc chủ sở hữu hợp pháp các giấy phép khai thác tại Indonesia có thể xuất khẩu các khoáng sản chưa qua xử lý hoặc tinh chế bất chấp các hạn chế được nêu trong Luật Khai thác 2009 của Indonesia hay không. Các điều khoản nêu trên bao gồm:

1. Chủ sở hữu IUP và IUPK (giấy phép khai thác) “phải làm gia tăng giá trị của các nguồn tài nguyên khoáng sản và/hoặc than trong quá trình khai thác, xử lý, tinh chế và sử dụng các khoáng sản và than”. Điều 102;
2. “Chủ sở hữu IUP và chủ sở hữu IUPK khi tiến hành sản xuất phải thực hiện xử lý và tinh luyện các sản phẩm khai thác trong phạm vi quốc gia”. Điều 103.1;
3. Các quy định thực hiện dự thảo cấm các chủ giấy phép khai thác được xuất khẩu khoáng sản khi chưa qua xử lý và tinh luyện tại địa phương và yêu cầu chủ sở hữu giấy phép phải đáp ứng đủ nhu cầu trong nước về khoáng sản hoặc than trước khi được phép xuất khẩu các sản phẩm này. “Các quy định dự thảo nhằm thực hiện các Điều 5(1) và 5(2) với điều kiện “Chính phủ (...) có thể quy định các chính sách ưu tiên sử dụng khoáng sản và/hoặc than cho các lợi ích trong nước” và “lợi ích quốc gia ... có thể được thực hiện thông qua kiểm soát sản xuất và xuất khẩu.”

Mặc dù các quy định này không hoàn toàn giống như quy định trong DTLKS 2.2 nhưng có những yếu tố tương tự đặc biệt nếu DTLKS 2.2 được hiểu theo TRIMs cùng với đặc trưng có điều kiện của đầu tư nước ngoài trong ngành khoáng sản theo Luật Đầu tư và Luật Doanh nghiệp. Ngoài ra các quy định tại các Điều 7, 9, 17, 36(2) (b), 38, 39, 50 của DTLKS 2.2 cũng có thể được luận giải để củng cố Điều 6(4) về hạn chế xuất khẩu các nguyên vật liệu đã qua xử lý nhằm tạo điều kiện cho các ngành công nghiệp trong nước theo các Quy hoạch Tổng thể trong tương lai. Trong Chương VI của DTLKS 2.2, Chính phủ yêu cầu phải lập Quy hoạch Tổng thể bao gồm yêu cầu xác định các nhu cầu khoáng sản trực tiếp và trong tương lai như nêu tại Điều 36(b) (2) bên cạnh các nhu cầu khác.

Thuật ngữ “nhu cầu khoáng sản” không được định nghĩa trong Dự thảo nhưng có thể được các nước thành viên khác hiểu tương tự như Luật Khai thác Khoáng sản và Than 2009 của Indonesia, có nghĩa là Chính phủ có ý định xác định nhu cầu khoáng sản quốc gia là gì và điều chỉnh các giới hạn xuất khẩu để đáp ứng nhu cầu tiêu thụ quốc gia và “tiềm năng phát triển khoa học công nghệ liên quan đến khoáng sản như nêu tại Điều 36(b) (2). Do đó, việc các quy định nêu trên được hiểu như thế nào một cách riêng rẽ cũng như tổng thể và chúng có nhất quán với TRIMs hay không cần được xem xét kỹ hơn.

Cũng giống như cơ chế giải quyết tranh luận xuất khẩu khoáng sản của Trung Quốc đã được WTO tiếp nhận, các vấn đề về TRIMs đối với Luật khai thác Khoáng sản và Than của Indonesia cần được nhìn nhận theo hướng giải pháp cuối cùng phải cung cấp các hướng dẫn hữu ích cho tất cả các nước thành viên. Cũng cần dự trù rằng các vấn đề này cũng có thể phát sinh trong quá trình tham vấn liên bộ về DTLKS 2.2 của Bộ Công Thương và Bộ Kế hoạch Đầu tư.

Các hạn chế xuất khẩu khoáng sản sẽ không được duy trì theo quy định tại Điều XI(1) của GATT ngoại trừ một số rất ít các trường hợp không được nêu trong bài này. Hơn nữa, các cam kết của Chính phủ Việt Nam khi gia nhập WTO thể hiện rõ là từ bỏ hạn chế xuất khẩu sau năm 2010. Chính vì vậy, đề nghị Bộ TNMT xem xét kỹ hơn nội dung Điều 6(4) của DTLKS 2.2. Chúng tôi cũng đề nghị Bộ TNMT tham khảo việc WTO giải quyết tranh luận về hạn chế xuất khẩu giữa Mỹ, Liên minh Châu Âu và Trung Quốc vì quyết định giải quyết tranh luận (và các khiếu nại sau đó) có thể cung cấp các hướng dẫn hữu ích.

## **B. Các yêu cầu thực hiện**

### **1. Các yêu cầu nội dung địa phương**

Một quy định trọng tâm của WTO (các Điều khoản III(4) của GATT 1964 và Điều 2 của TRIMs) là “đối xử quốc gia” – có nghĩa là thương mại hàng hóa và các biện pháp đầu tư liên quan đến thương mại với các nước thành viên sẽ có các điều khoản không ít ưu tiên hơn so với các điều khoản áp dụng cho các công ty trong nước. Một trong các khu vực chính áp dụng nguyên tắc “đối xử quốc gia” trong tự do hóa thương mại là cấm đưa ra các yêu cầu “nội dung địa phương”. Các yêu cầu nội dung địa phương thường được nhìn nhận như là các điều kiện của đầu tư. Nhiều nhà phân tích cũng mô tả yêu cầu tuyển dụng lao động địa phương như là một điều kiện đầu tư tương tự như một yêu cầu “nội dung địa phương”.

Điều 9(2) của DTLKS 2.2 quy định rằng: “các tổ chức và cá nhân được cấp phép khoáng sản (...) sẽ ưu tiên tuyển dụng lao động địa phương trong khai thác và chế biến khoáng sản và các dịch vụ liên quan”. Vì quy định này yêu cầu nhà đầu tư phải ưu tiên lao động địa phương nên được xem như là một yêu cầu nội dung địa phương và đã vi phạm nguyên tắc “đối xử quốc gia” của GATT/TRIMs. Tuy nhiên, trên thực tế phần lớn các công ty khai thác tiêu chuẩn quốc tế làm việc theo các “thông lệ quốc tế” đều có xu hướng tuyển dụng càng nhiều lao động địa phương càng tốt và cũng thường cung cấp các cơ hội đào tạo và thăng tiến nghề nghiệp.

Do đó, các quy định tại Điều 9(2) của DTLKS 2.2 yêu cầu dành ưu tiên cho lao động địa phương cần được điều chỉnh lại thành tự nguyện thay cho một yêu cầu bắt buộc, hoặc, có thể bỏ yêu cầu này. Các vấn đề tương tự cũng có thể áp dụng đối với yêu cầu “kết nối các nhu cầu khai thác, chế biến khoáng sản và phát triển cơ sở hạ tầng...phù hợp với

các đề xuất dự án đã được phê duyệt...” Xét về khía cạnh cơ sở hạ tầng, nếu yêu cầu không liên quan trực tiếp đến những gì cần thiết cho đầu tư thì đây cũng có thể coi là một yêu cầu “nội dung địa phương” không được phép. Tóm lại, khi một điều khoản về đầu tư có thể được luận giải là một yêu cầu “địa phương cụ thể” mà bản thân dự án đầu tư không yêu cầu, thì điều khoản này có thể bị coi là các vấn đề “nội dung địa phương” và “đãi xử quốc gia” theo TRIMs.

## **2. Bảo đảm thực hiện và Đóng góp quỹ (ví dụ, quỹ đảm bảo môi trường)**

Các bảo đảm thực hiện thông qua đóng góp các quỹ được quy định trong DTLKS 2.2 (tại Điều 30 và Điều 45). Quy định về vấn đề này cũng được phân tích trên cơ sở TRIMs tương tự như các vấn đề trên. Liệu các yêu cầu đóng góp quỹ như vậy có ảnh hưởng đến “đãi xử quốc gia” đối với nhà đầu tư hay không, hoặc các yêu cầu này ở mức độ nào đó có tạo ra các lệch lạc trong thương mại bằng việc áp dụng các hạn chế định lượng? Liệu vấn đề bảo đảm thực hiện được áp dụng có xâm phạm nguyên tắc “đãi xử quốc gia” hay không – hay nói cách khác có được áp dụng bình đẳng đối với cả doanh nghiệp đầu tư trong nước và nước ngoài hay không?

Xét về bề nổi thì quy định bảo đảm thực hiện trong DTLKS 2.2 dường như được áp dụng cho cả doanh nghiệp đầu tư trong nước lẫn doanh nghiệp đầu tư nước ngoài. Tuy nhiên trên thực tế, căn cứ vào các tình hình hoạt động khoáng sản đang diễn ra và mức độ của các vấn đề môi trường Việt Nam đã trải qua, thì các quy định về đóng góp quỹ bảo đảm thực hiện sẽ rất khó áp dụng một cách đồng nhất. Các quy định này sẽ được áp dụng một cách dễ dàng hơn nhiều đối với các nhà đầu tư mà phải có giấy chứng nhận đầu tư cùng với sự giám sát đầu tư khác mới hoạt động được. Rủi ro ở đây là các quy định này không được thực thi đầy đủ đối với các doanh nghiệp trong nước theo cách thức tương tự như với các doanh nghiệp đầu tư nước ngoài, và do đó nguyên tắc “đãi xử quốc gia” sẽ bị vi phạm.

Chính vì vậy, trong khi xét về bề nổi các quy định này dường như không mâu thuẫn với TRIMs, tuy nhiên vấn đề là khi thực hiện, các quy định này cần luôn được kiểm soát để xem các quy định này có được áp dụng đồng nhất đối với cả doanh nghiệp đầu tư trong nước và doanh nghiệp đầu tư nước ngoài hay không.

## **C. Báo cáo Nhóm Công tác**

Như đã đề cập ở phần trên, Báo cáo Nhóm Công tác cũng bao gồm các bình luận dựa trên TRIMs. Các bình luận này trước hết liên quan đến nội dung địa phương, các yêu cầu xuất khẩu (và cả các yêu cầu tỷ lệ xuất khẩu) và tự cân bằng tỷ giá hối đoái.

Báo cáo Nhóm Công tác bao gồm bình luận sau:

*“Đại diện của Việt Nam khẳng định rằng Việt Nam sẽ tuân thủ đầy đủ Thỏa thuận TRIMs khi gia nhập WTO. Nhóm Công tác đã ghi nhận cam kết này.”* (Đoạn 332 của Báo cáo Nhóm Công tác).

Các ngoại trừ duy nhất của cam kết này liên quan đến ngành công nghiệp dệt may và từng bước loại bỏ bao cấp của Chính phủ dựa trên hiệu quả xuất khẩu. Cả hai ngoại trừ này đều không liên quan đến lĩnh vực khoáng sản. Do vậy tính đến thời điểm gia nhập, bất cứ cơ chế pháp lý mới

hay sửa đổi nào về khoáng sản phải phù hợp hoàn toàn với Thỏa thuận TRIMs.

### **III. Kết luận**

Theo quy định của TRIMs, các nước thành viên bị cấm đưa ra các yêu cầu xuất khẩu dưới dạng “các yêu cầu về lượng” căn cứ theo Điều XI của GATT.

Các yêu cầu liên quan đến thực hiện cần đưa ra dựa trên TRIMs, đặc biệt là các yêu cầu “nội dung địa phương”. Một ví dụ về điều này là yêu cầu ưu tiên lao động địa phương. Đề nghị xem xét lại Điều 9(2) của DTLKS 2.2 để phù hợp hơn với các quy định của TRIMs.

Các bảo đảm thực hiện dưới dạng đóng góp quỹ, ví dụ quỹ phục hồi môi trường xét về bề nổi dường như không đi ngược lại các quy định của TRIMs. Tuy nhiên, nếu quá trình áp dụng bảo đảm thực hiện không đồng nhất - nhiều hơn đối với các tổ chức nước ngoài và ít hơn đối với các doanh nghiệp trong nước thì các quy định này có thể vi phạm TRIMs. Cần xem xét kỹ lưỡng hơn các quy định này dựa trên mức độ áp dụng thực tế và hiệu lực dự tính đối với các tổ chức đầu tư nước ngoài so với các tổ chức trong nước.