

# GIẢI QUYẾT TRANH CHẤP PHÁT SINH TỪ HỢP ĐỒNG ĐẦU TƯ QUỐC TẾ

TRẦN THĂNG LONG

Khoa Ngoại ngữ pháp lý, Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh  
Faculty of Legal Languages, Hochiminh city University of Law  
Email: trlong@hcmulaw.edu.vn

## Tóm tắt

Hợp đồng đầu tư quốc tế là những hợp đồng do nhà đầu tư nước ngoài ký kết với quốc gia tiếp nhận đầu tư, cho phép nhà đầu tư tham gia vào một số lĩnh vực quan trọng và nhạy cảm của nền kinh tế thông thường do nhà nước kiểm soát (ví dụ như khai thác dầu khí, khoáng sản, xây dựng cơ sở hạ tầng...). Các tranh chấp phát sinh từ hợp đồng đầu tư quốc tế thường được giải quyết bởi các cơ quan tài phán của quốc gia tiếp nhận đầu tư và trên cơ sở áp dụng pháp luật quốc gia. Điều này dẫn đến sự phức tạp trong việc giải quyết tranh chấp cũng như sự không an tâm cho các nhà đầu tư khi ký kết hợp đồng với Nhà nước. Bài viết nghiên cứu về khái niệm và đặc điểm của các tranh chấp phát sinh từ các hợp đồng đầu tư, cơ chế giải quyết tranh chấp đầu tư và vấn đề luật áp dụng. Từ đó bài viết đưa ra một số kinh nghiệm cho Việt Nam.

**Từ khóa:** hợp đồng đầu tư, tranh chấp đầu tư, luật đầu tư quốc tế, điều khoản bao trùm, cơ chế giải quyết tranh chấp.

## Abstract

International investment contracts are those concluded by foreign investors with the host country, providing them opportunities to participate in some important and sensitive sectors of the economy that are often maintained by state control (e.g. oil and gas exploitation, minerals, infrastructure construction...). Disputes arising from international investment contract are normally resolved under national jurisdiction and based on the application of the laws of the host country. This leads to the complexity of dispute resolution as well as the concerns of investors when engaging in contracts with the host state. This article studies the concept and characteristics of the disputes arising from the international investment contracts, dispute resolution mechanisms and the applicable law issue, then provides some experience for Vietnam.

**Keywords:** investment contract, investment disputes, international investment law, umbrella clause, settlement of dispute mechanism

Ngày nhận bài: 27/3/2020

Ngày duyệt đăng: 20/5/2020

## 1. Tổng quan về hợp đồng đầu tư quốc tế

### 1.1. Khái niệm và đặc điểm

Các hợp đồng đầu tư quốc tế (*investment contracts*), cũng có thể được gọi là các “thỏa thuận đầu tư” (*investment agreements*) hoặc “thỏa thuận đầu tư giữa nhà đầu tư và nhà nước” (*investor-state agreements*), hoặc hợp đồng đầu tư với nhà nước (*state contracts*).<sup>1</sup> Đây là các khái niệm chủ những hợp đồng được

<sup>1</sup> Paolo Di Rosa, “Dispute Resolution Clauses in Investment Contracts/Investor-State Agreements: Practical Considerations”, trong *Occasional Policy Papers Series on the Least Developed Countries, Legal Assistance to Make Foreign Investment Work Better for Sustainable Development in the Least Developed Countries*, 2017, tr. 37, <https://www.arnoldporter.com/-/media/files/perspectives/publications/2017/09/dispute-resolution-clauses-in-investment-contracts-investor-state-agreements-practical-considerations.pdf>, truy cập ngày 20/01/2020.

ký kết bởi các nhà đầu tư nước ngoài và quốc gia tiếp nhận đầu tư, thông qua các cơ quan nhà nước hoặc cũng có thể với một doanh nghiệp nhà nước được nhà nước ủy quyền ký kết các hợp đồng như vậy. Theo UNCTAD, hợp đồng đầu tư quốc tế là “hợp đồng được ký kết giữa một chính phủ hoặc một thực thể của chính phủ với một quốc gia nước ngoài hoặc một pháp nhân mang quốc tịch nước ngoài”.<sup>2</sup>

Mục đích của các hợp đồng này là thiết lập các quyền và nghĩa vụ của các bên liên quan đến việc thực hiện một dự án đầu tư tại quốc gia sở tại. Các hợp đồng đầu tư quốc tế thông thường được ký kết đối với những dự án dài hạn và liên quan đến những lĩnh vực đầu tư đặc thù, có giá trị đầu tư cao cũng như có nhiều rủi ro như xây dựng cơ sở hạ tầng, năng lượng, giao thông và viễn thông.<sup>3</sup> Theo Nguyễn Minh Hằng, loại hợp đồng này chủ yếu được ký kết liên quan đến việc đầu tư xây dựng, kinh doanh, chuyển giao các công trình kết cấu hạ tầng.<sup>4</sup> Các hợp đồng đầu tư thường được ký kết dưới nhiều hình thức, bao gồm các hợp đồng tồ nhượng (*concession*), hợp đồng liên doanh (*joint venture*), hợp đồng chia sẻ sản xuất (*production-sharing*), hợp đồng li-xăng...<sup>5</sup> Các hợp đồng đầu tư thường sẽ được ký trước khi dự án đầu tư được thực hiện, tuy nhiên, chúng cũng có thể được ký sau khi dự án có liên quan đã bắt đầu hoặc khi có những thay đổi cụ thể về các điều kiện liên quan đến dự án (chẳng hạn khi nhà đầu tư bổ sung, mua lại hoặc trong trường hợp tư nhân hóa). Trong hầu hết các trường hợp, hợp đồng đầu tư là kết quả của quá trình đàm phán giữa nhà đầu tư và Nhà nước, tuy nhiên, một số loại hợp đồng lại được ký kết thông qua những thủ tục đặc biệt, chẳng hạn như thông qua đấu thầu công khai, hoặc thông qua sự cấp phép hoặc chỉ định các thỏa thuận nhượng quyền.<sup>6</sup>

Bên cạnh các hiệp định đầu tư, các hợp đồng đầu tư thường được các quốc gia ký kết nhằm mục đích thúc đẩy đầu tư trực tiếp nước ngoài. Điểm khác nhau căn bản giữa hai loại này đó là các hợp đồng đầu tư được điều chỉnh bằng pháp luật quốc gia (pháp luật của quốc gia tiếp nhận đầu tư), trong khi đó các hiệp định đầu tư quốc tế lại được điều chỉnh chủ yếu bằng luật quốc tế. Thêm vào đó, các bên trong hợp đồng đầu tư là những nhà đầu tư thực hiện các hoạt động đầu tư ở quốc gia sở tại thông qua việc ký kết các hợp đồng với cơ quan nhà nước có thẩm quyền của quốc gia này. Trái lại, các bên trong hiệp định đầu tư quốc tế là những quốc gia mà công dân của

<sup>2</sup> UNCTAD, *Series on Issues in International Investment Agreements, State Contracts*, 2004, tr. 13.

<sup>3</sup> UNCTAD, *Series on Issues in International Investment Agreements, State Contracts*, 2004, tr. 16.

<sup>4</sup> Nguyễn Minh Hằng, *Giáo trình Pháp luật Kinh doanh quốc tế*, NXB, Đại học Quốc gia, Hà Nội, (2010), trang 410.

<sup>5</sup> Evert-Jan Quak, “The Impact of State-Investor Contracts on Development”, *Institute of Development Studies*, tr. 3-4, <https://www.ids.ac.uk/download.php?file=wp-coment/uploads/2018/12/The-Impact-of-State-Investor-Contracts-on-Development.pdf>, truy cập ngày 20/01/2020.

<sup>6</sup> Paolo Di Ross, *idđ* số 3, tr. 37.

họ là những nhà đầu tư tại quốc gia tiếp nhận đầu tư và trên cơ sở đó nhận được sự bảo hộ theo các quy định của hiệp định đầu tư nói trên. Chính vì vậy, các nhà đầu tư có thể thụ hưởng các quyền và sự bảo hộ tốt hơn từ hiệp định đầu tư.

Như vậy, hợp đồng đầu tư quốc tế có bản chất của một hợp đồng bồi yếu tố “thỏa thuận” nhằm ấn định, thay đổi, chấm dứt quyền và nghĩa vụ của các bên trong quan hệ với nhằm đạt được những lợi ích nhất định khi tiến hành một dự án đầu tư cụ thể. Do đó, hợp đồng đầu tư quốc tế cũng có đầy đủ những yếu tố đặc thù như mọi hợp đồng khác. Bên cạnh đó, hợp đồng đầu tư quốc tế cũng có những đặc thù riêng như: (i) các bên ký kết hợp đồng là nhà đầu tư nước ngoài và quốc gia tiếp nhận đầu tư thông qua hành vi của các cơ quan, tổ chức đại diện có thẩm quyền;<sup>7</sup> (ii) nội dung hợp đồng liên quan đến những vấn đề quan trọng trở thành mối quan tâm của xã hội, bao gồm việc đầu tư vào các nền tảng thiết yếu của quốc gia như cơ sở hạ tầng, thúc đẩy phát triển kinh tế hoặc những ngành dịch vụ đặc biệt, như: hợp đồng cho vay, hợp đồng lao động, hoặc những dự án cơ sở hạ tầng lớn như xây dựng đường cao tốc, cảng biển hoặc đập thủy điện...; (iii) thời hạn hợp đồng thường kéo dài nhiều năm; và (iv) đây là loại hợp đồng mang yếu tố rủi ro không mong muốn cho các bên, đặc biệt là phía nhà đầu tư.<sup>8</sup> Ngoài ra, hợp đồng đầu tư quốc tế là dạng hợp đồng tương đối phức tạp xét về khía cạnh luật áp dụng khi mà pháp luật quốc gia (pháp luật của quốc gia tiếp nhận đầu tư) và pháp luật quốc tế (các nguyên tắc đối xử đối với nhà đầu tư nước ngoài) cũng có thể áp dụng.

Có thể nói, hợp đồng đầu tư quốc tế được coi là một “văn bản pháp lý” nhằm bảo hộ đầu tư nước ngoài. Quốc gia tiếp nhận đầu tư thường đề cập đến bản chất “công” của loại hợp đồng này, thậm chí coi hợp đồng đầu tư quốc tế là “hợp đồng nhà nước”, “hợp đồng phi thương mại”, một dạng hợp đồng “đặc biệt”, trong đó một bên của hợp đồng - chính phủ - có quyền miễn trừ tư pháp.<sup>9</sup> Tuy nhiên, quan điểm này cũng dần thay đổi do sự gia tăng của hoạt động đầu tư quốc tế trong bối cảnh toàn cầu hóa và nhu cầu thu hút đầu tư nước ngoài.

Pháp luật Việt Nam hiện không có định nghĩa về hợp đồng đầu tư quốc tế. Hợp đồng này được coi là một dạng hợp đồng hợp tác công tư được ký giữa nhà nhà nước và nhà đầu tư và phổ biến là hợp đồng “xây dựng – kinh doanh – chuyển giao” (BOT), chủ yếu trong lĩnh vực đầu tư xây dựng, kinh

<sup>7</sup> Bao gồm các cơ quan nhà nước cấp trung ương (các bộ, cơ quan ngang bộ), cơ quan nhà nước cấp địa phương (chính quyền cấp tỉnh, cấp bang, ...), doanh nghiệp nhà nước (theo quy định của pháp luật quốc gia).

<sup>8</sup> Trường Đại học Luật Hà Nội, *Giáo trình Luật Đầu tư quốc tế*, tr. 649 – 650. <http://hlu.edu.vn/Images/Post/files/Khoa%20PLTMQT/GT%20L%C4%80TQT%20SONG%20NGU-2017.pdf>, truy cập ngày 20/01/2020.

<sup>9</sup> Trường Đại học Luật Hà Nội, *idđ* số 10, tr. 650

doanh cơ sở hạ tầng. Thay vào đó, khoản 8 Điều 3 Luật Đầu tư 2014 có định nghĩa “hợp đồng đầu tư theo hình thức đối tác công tư” là là hợp đồng được ký kết giữa cơ quan nhà nước có thẩm quyền và nhà đầu tư, doanh nghiệp dự án để thực hiện dự án đầu tư theo hình thức đối tác công tư. Ngoài ra, hợp đồng đầu tư quốc tế tại Việt Nam có thể được hiểu dưới dạng các hợp đồng nhượng quyền trong việc thăm dò, khai thác tài nguyên.<sup>10</sup>

### 1.2. Các nghĩa vụ của quốc gia liên quan đến hợp đồng đầu tư quốc tế

Mặc dù các hợp đồng đầu tư được điều chỉnh chủ yếu bởi pháp luật quốc gia của nhà nước tiếp nhận đầu tư, do tính chất quan trọng của nó cũng như sự liên hệ với các cam kết về bảo hộ đầu tư mà quốc gia tiếp nhận đầu tư thể hiện trong các hiệp định đầu tư và trong các văn bản pháp luật về đầu tư (chẳng hạn luật đầu tư...), quốc gia tiếp nhận đầu tư cũng bị ràng buộc bởi những nghĩa vụ bảo hộ đầu tư tương tự như đối với các nhà đầu tư thực hiện dự án đầu tư theo hiệp định. Chẳng hạn, các nghĩa vụ đặt ra đối với các nhà đầu tư theo hợp đồng được thể hiện dưới dạng nghĩa vụ hỗ trợ và thúc đẩy các dự án đầu tư thông qua việc cấp giấy phép hoặc đảm bảo việc cấp giấy phép của các cơ quan nhà nước liên quan ở địa phương. Quốc gia tiếp nhận đầu tư cũng có nghĩa vụ phải đối xử một cách thiện chí hoặc với nỗ lực cao nhất nhằm đảm bảo cho nhà đầu tư đạt được những mục đích của hợp đồng và sự thành công của dự án đầu tư.<sup>11</sup>

Trong một số trường hợp, quốc gia tiếp nhận đầu tư đưa ra các cam kết dưới dạng điều khoản “bình ổn” (*stabilization clause*) nhằm đảm bảo rằng các nhà đầu tư sẽ không bị áp dụng những sự thay đổi về khung pháp lý cho hoạt động đầu tư trong tương lai.<sup>12</sup> Những điều khoản này có thể chia thành: (i) “điều khoản đóng băng” (*freezing clause*), theo đó các quy định pháp luật sẽ được ấn định đối với các điều khoản của dự án đầu tư, như vậy, các nhà đầu tư sẽ được loại trừ khỏi việc áp dụng các thay đổi trong quy định pháp luật tương ứng; (ii) điều khoản “cân bằng kinh tế” (*economic equilibrium clause*), theo đó sự thay đổi pháp luật được áp dụng cho nhà đầu tư, tuy nhiên, quốc gia tiếp nhận đầu tư đồng ý sẽ bồi thường cho nhà đầu tư về những hậu quả tiêu cực mà nhà đầu tư này phải gánh chịu do kết quả của những thay đổi đó; (iii) điều khoản “nước đôi” (*hybrid clause*) bao gồm sự kết hợp của cả hai điều khoản trước.<sup>13</sup> Những điều khoản bình ổn này sẽ thu hút các nhà đầu tư bởi lẽ nó sẽ giúp làm giảm thiểu những rủi ro cho nhà đầu tư, làm rõ ràng hơn luật chơi về đầu tư và cho phép nhà đầu

<sup>10</sup> Chẳng hạn, khoản 5 Điều 3 Luật Đầu tư năm 2018 (văn bản hợp nhất số 51/VBHN-VPQH) định nghĩa “Hợp đồng đầu tư” là văn bản ký kết giữa Tập đoàn đầu tư Việt Nam với tổ chức, cá nhân để tiến hành hoạt động đầu tư.”

<sup>11</sup> Paolo Di Rosa, *idid* số 3, tr. 38.

<sup>12</sup> Dolzer R. & Schreuer C. *Principles of International Investment Law*, 2<sup>nd</sup> ed., 2015, Oxford University Press, tr. 83-85.

<sup>13</sup> Evert-Jan Quak, *idid*, số 6, tr. 5

tư thích nghi tốt hơn với những thay đổi có thể xuất hiện trong quá trình thực hiện hợp đồng.

Trong một số trường hợp, các hợp đồng đầu tư có thể kèm theo các nghĩa vụ pháp lý cũng thường gặp trong các hiệp định đầu tư. Những nghĩa vụ này bao gồm việc quốc gia tiếp nhận đầu tư áp dụng những “tiêu chuẩn” đối xử được thiết lập chủ yếu nhằm bảo vệ nhà đầu tư trước các hành vi không công bằng, độc đoán, vô lý hay phân biệt đối xử từ phía quốc gia tiếp nhận đầu tư. Những tiêu chuẩn này có thể bao gồm một hoặc các loại sau đây:<sup>14</sup>

(i) Đối xử công bằng và bình đẳng, theo đó quốc gia sở tại không được tiến hành các biện pháp đối xử độc đoán, vô lý hoặc lạm dụng nhằm cản trở hoặc làm phương hại đến sự kỳ vọng chính đáng (*legitimate expectations*) của nhà đầu tư liên quan đến dự án đầu tư của họ. Ngoài ra nguyên tắc này cũng yêu cầu quốc gia sở tại phải đảm bảo cho nhà đầu tư tiếp cận công lý và thụ hưởng quy trình thích đáng trong việc tiếp cận và sử dụng pháp luật tại quốc gia sở tại. Nguyên tắc này trong pháp luật đầu tư quốc tế là một tiêu chuẩn bảo hộ tuyệt đối (*absolute standard of protection*), có nghĩa rằng việc áp dụng chúng sẽ không phụ thuộc vào sự đối xử mà quốc gia sở tại áp dụng cho các quốc gia thứ ba hoặc đối với chính công dân của mình.

(ii) Đối xử tối huệ quốc, theo đó quốc gia sở tại không được phân biệt đối xử với nhà đầu tư nước ngoài trên cơ sở so sánh với nhà đầu tư là công dân của một quốc gia thứ ba tại quốc gia sở tại.

(iii) Đối xử quốc gia, theo đó quốc gia sở tại phải dành cho nhà đầu tư nước ngoài sự đối xử không kém thuận lợi hơn so với sự đối xử mà quốc gia này dành cho công dân của mình.

## 2. Tranh chấp và giải quyết tranh chấp hợp đồng đầu tư quốc tế

### 2.1. Tranh chấp hợp đồng đầu tư quốc tế

Tranh chấp đầu tư quốc tế nhìn chung được hiểu là tranh chấp phát sinh trong lĩnh vực đầu tư quốc tế. Tranh chấp đầu tư quốc tế chủ yếu là các tranh chấp giữa quốc gia tiếp nhận đầu tư và nhà đầu tư nước ngoài (ISDS). Theo nghĩa rộng của khái niệm “đầu tư nước ngoài” thì hoạt động đầu tư có thể bao gồm đầu tư dưới hình thức hợp đồng đầu tư, theo đó một nhà đầu tư nước ngoài có thể thực hiện dự án đầu tư bằng việc ký kết các hợp đồng đầu tư với quốc gia tiếp nhận đầu tư, thông qua các cơ quan nhà nước đại diện ký kết hợp đồng, hoặc có thể là một doanh nghiệp nhà nước được nhà nước ủy quyền để ký kết hợp đồng này. Nếu tranh chấp phát sinh từ việc ký kết và thực hiện hợp đồng thì đây được coi là tranh chấp hợp đồng đầu tư quốc tế.

Như vậy, tranh chấp hợp đồng đầu tư quốc tế có thể được hiểu như sau:

<sup>14</sup> Paolo Di Rosa, *ibid.*, số 3, tr. 38.

*Thứ nhất*, đây là những tranh chấp giữa một bên là nhà đầu tư nước ngoài và bên kia là các chủ thể ký kết đại diện cho quốc gia tiếp nhận đầu tư (ví dụ cơ quan nhà nước hoặc các doanh nghiệp nhà nước được ủy quyền). Khác với tranh chấp quốc tế về đầu tư (giữa quốc gia tiếp nhận đầu tư và nhà đầu tư), đây là một loại tranh chấp hợp đồng có yếu tố quốc tế bởi có sự tham gia của một bên là nhà đầu tư là công dân, pháp nhân mang quốc tịch nước ngoài và cơ sở phát sinh tranh chấp chính là hợp đồng được ký kết giữa các bên, bất luận tên gọi hay hình thức của hợp đồng này. Các tranh chấp về hợp đồng đầu tư cũng có những điểm chung với các tranh chấp hợp đồng trong thương mại quốc tế ở chỗ đối tượng của hợp đồng là khoản đầu tư có yếu tố xuyên biên giới, thể hiện ở việc chuyển dịch nguồn vốn và lợi ích thu được giữa các quốc gia với nhau.

*Thứ hai*, nội dung của tranh chấp là những vấn đề phát sinh trong hoạt động ký kết và thực thi hợp đồng đầu tư quốc tế, xoay quanh việc thực hiện các quyền và nghĩa vụ của các bên trong quá trình thực hiện các dự án đầu tư tại quốc gia tiếp nhận đầu tư trên cơ sở hợp đồng này.

*Thứ ba*, khác với những tranh chấp đầu tư giữa quốc gia tiếp nhận đầu tư và nhà đầu tư nước ngoài, do bản chất là tranh chấp hợp đồng, các tranh chấp hợp đồng đầu tư quốc tế được giải quyết trên cơ sở áp dụng pháp luật quốc gia (pháp luật của quốc gia tiếp nhận đầu tư), mặc dù pháp luật quốc tế (các hiệp định đầu tư quốc tế (IIAs) và tập quán quốc tế về đầu tư...) <sup>15</sup> cũng có thể áp dụng cho việc giải quyết tranh chấp phát sinh từ các hợp đồng này.

*Thứ tư*, cơ sở phát sinh tranh chấp là việc một hoặc là các bên vi phạm hợp đồng, được hiểu là việc không thực hiện hoặc thực hiện không đầy đủ các nghĩa vụ trong hợp đồng. Trong trường hợp này, vi phạm có thể xuất phát từ hành vi của phía quốc gia tiếp nhận đầu tư, hoặc từ phía bên ký kết nước ngoài (nhà đầu tư nước ngoài).

Mặc dù vậy, tranh chấp hợp đồng đầu tư quốc tế có những đặc thù so với các tranh chấp hợp đồng thương mại quốc tế hoặc những tranh chấp dân sự có yếu tố nước ngoài khác. Cụ thể:

*Thứ nhất*, dự án đầu tư có sự liên hệ đến hoạt động đầu tư quốc tế nói chung, ít nhiều có sự liên hệ giữa các chủ thể trong hợp đồng (nhà đầu tư, quốc gia tiếp nhận đầu tư) với các hiệp định đầu tư quốc tế, đặc biệt liên quan đến nghĩa vụ bảo hộ đầu tư và đối xử với nhà đầu tư.

*Thứ hai*, việc áp dụng quy định pháp luật đối với hợp đồng cần có sự lưu ý đến việc tính chất đặc thù của loại hợp đồng này ở tính chất "công" của nó mà không phải hoàn toàn là hợp đồng có tính chất "tư" như các hợp đồng thương mại, kinh doanh quốc tế thuần túy. Chính vì vậy, khi các quốc

<sup>15</sup> Chẳng hạn như các tập quán về đối xử công bằng, thỏa đáng hay tiêu chuẩn tối thiểu với nhà đầu tư nước ngoài, nghĩa vụ tôn trọng các cam kết quốc tế.

gia cho rằng những lĩnh vực đầu tư thông qua hợp đồng đầu tư là những hợp đồng ký kết trong các lĩnh vực đặc biệt hoặc quan trọng đối với quốc gia, họ có thể dẫn đến những hành vi “can thiệp” hoặc “tác động”, dẫn đến việc chấm dứt thực hiện hợp đồng dưới lý do “lợi ích công cộng”.<sup>16</sup> Điều này đặt ra vấn đề cơ sở của việc đơn phương thay đổi hoặc chấm dứt hợp đồng.

*Thứ ba*, một bên trong hợp đồng là chủ thể đặc thù là nhà nước, cho dù hợp đồng luôn được ký kết bởi một cơ quan nhà nước hoặc đại diện được nhà nước ủy quyền. Trong khi đó, dù là một bên trong quan hệ hợp đồng, bên còn lại cũng được xem là một “nhà đầu tư” theo nghĩa chung nhất của khái niệm “đầu tư” quốc tế và có hành vi thực hiện các hoạt động kinh doanh thông qua việc giao kết hợp đồng. Theo khoản 5 Điều 3 Luật Đầu tư 2014 thì đầu tư kinh doanh là “việc nhà đầu tư bỏ vốn đầu tư để thực hiện hoạt động kinh doanh thông qua việc ... đầu tư theo hình thức hợp đồng hoặc thực hiện dự án đầu tư”.

*Thứ tư*, khác với các hợp đồng thương mại quốc tế khi mà luật áp dụng có thể là luật do các bên lựa chọn hoặc luật của quốc gia thứ ba có liên hệ đến việc thực hiện hợp đồng, luật áp dụng trong hợp đồng đầu tư quốc tế thường được quy định là luật của quốc gia sở tại. Do đó, trong trường hợp phát sinh tranh chấp, các khiếu nại vi phạm sẽ được điều chỉnh bằng quy định của pháp luật quốc gia.

Về chủ thể có hành vi dẫn đến tranh chấp, sự vi phạm nghĩa vụ hợp đồng là cơ sở dẫn đến tranh chấp trong hợp đồng đầu tư quốc tế có thể xuất phát từ hành vi của quốc gia sở tại hoặc từ hành vi của các nhà đầu tư trong việc thực hiện các điều khoản của hợp đồng.

*Thứ nhất*, hành vi của quốc gia đối vi phạm nghĩa vụ của hợp đồng đầu tư quốc tế có thể xuất phát từ hai trường hợp: (i) Nhà nước không thực hiện nghĩa vụ đã cam kết với nhà đầu tư trong hợp đồng; hoặc (ii) do việc không tuân thủ nghĩa vụ đảm bảo đầu tư cho phía nhà đầu tư nước ngoài (bên còn lại của hợp đồng đầu tư). Các hành vi dẫn đến tranh chấp có thể dưới dạng hành động hoặc không hành động.

Đồng thời, cũng khác với các tranh chấp thương mại, dân sự quốc tế, hành vi vi phạm của quốc gia có thể xuất phát từ việc không tuân thủ những nghĩa vụ của quốc gia theo các hiệp định đầu tư song phương (BITs), hoặc các nghĩa vụ về bảo hộ và xúc tiến đầu tư trong khuôn khổ các hiệp định thương mại tự do (FTAs). Trường hợp này, như đã phân tích, là kết quả của việc áp dụng điều khoản bao trùm. Hiện nay, khuynh hướng chung của các hiệp định về đầu tư quốc tế, bao gồm các BITs và FTAs, là ghi nhận về điều khoản bao trùm (*umbrella clause*), theo đó ấn định nghĩa vụ của quốc gia thành

<sup>16</sup> Lưu ý rằng, lý do nhằm phục vụ cho “lợi ích công cộng” cũng là một trong những cơ sở để xem xét vấn đề trái hời hợp pháp trong pháp luật đầu tư quốc tế.

viên điều ước tuân thủ các nghĩa vụ mà quốc gia này đã cam kết đối với nhà đầu tư hoặc là khoản đầu tư, trong đó những cam kết này có thể mở rộng đến các cam kết trong hợp đồng đầu tư quốc tế.

*Thứ hai*, hành vi của nhà đầu tư là nguyên nhân dẫn đến tranh chấp. Trong trường hợp này, các hành vi như không thực hiện hợp đồng hoặc không thực hiện đầy đủ hợp đồng có tính chất như các vi phạm hợp đồng trong các dạng hợp đồng kinh doanh, thương mại quốc tế thông thường.

*Về vấn đề dẫn đến tranh chấp*. Các tranh chấp liên quan đến hợp đồng đầu tư quốc tế có thể khá đa dạng, chủ yếu bao gồm các tranh chấp liên quan đến tài sản, tranh chấp phát sinh do sự can thiệp vào quyền hợp đồng như việc thay đổi, chấm dứt hợp đồng đầu tư đang thực hiện, tranh chấp phát sinh do thay đổi hoàn cảnh, tranh chấp hợp đồng liên quan đến các cáo buộc tham nhũng, tranh chấp phát sinh do tác động đến môi trường, tranh chấp liên quan đến vi phạm môi trường, hoặc các tranh chấp liên quan đến vấn đề nhân quyền, ...<sup>17</sup>

## 2.2. Cơ chế giải quyết tranh chấp hợp đồng đầu tư quốc tế

Trong các hiệp định đầu tư quốc tế, việc giải quyết tranh chấp liên quan đến đầu tư thường được quy định cụ thể trong hiệp định và cơ chế giải quyết bằng trọng tài thường được chọn lựa hơn là giải quyết tại các tòa án quốc gia, nhà đầu tư theo hiệp định có thể khởi kiện trực tiếp quốc gia tiếp nhận đầu tư ra các cơ chế trọng tài này. Đối với các hợp đồng đầu tư quốc tế, việc giải quyết tranh chấp bằng phương thức nào còn tùy thuộc vào sự thỏa thuận trong hợp đồng cũng như pháp luật của quốc gia tiếp nhận đầu tư. Trong khi các quốc gia và các doanh nghiệp nhà nước thường muốn tranh chấp sẽ được giải quyết tại các tòa án của quốc gia mình, xuất phát từ việc thỏa thuận giữa họ với nhà đầu tư có bản chất của một "hợp đồng", các nhà đầu tư lại mong muốn tranh chấp sẽ được giải quyết tại một trọng tài quốc tế. Điều này là bởi cơ chế trọng tài quốc tế có thể đem lại sự tin cậy cho các nhà đầu tư vì các lý do như tính trung lập và khách quan, ít bị chi phối bởi tác động của các tòa án quốc gia, tính linh hoạt, khả năng chọn lựa trọng tài viên, việc giữ bí mật cho các bên và phán quyết trọng tài là chung thẩm và có hiệu lực thi hành ngay và cuối cùng là khả năng kiểm soát thủ tục trọng tài.<sup>18</sup>

Các hợp đồng đầu tư quốc tế có thể bao gồm điều khoản về giải quyết tranh chấp, nhìn chung chúng thường quy định việc giải quyết tranh chấp sẽ được thực hiện bởi các tòa án của quốc gia tiếp nhận đầu tư, hoặc bởi một cơ quan trọng tài quốc tế. Trong một số trường hợp, hợp đồng đầu tư có thể quy định việc giải quyết tranh chấp sẽ được thực hiện theo một cơ chế nhiều tầng, trong đó cơ chế giải quyết dựa trên sự đàm phán, thương lượng, trung

<sup>17</sup> Xem thêm Trường Đại học Luật Hà Nội, *ltdđ* số 9, tr. 669

<sup>18</sup> Xem thêm Zivkovic, Velimur, *ltdđ*, số 2, tr. 11-12.



gian, hòa giải sẽ được tiến hành trước, trong trường hợp những biện pháp này không có kết quả thì sẽ giải quyết bằng cơ chế tài phán, bao gồm tòa án quốc gia, trọng tài của quốc gia tiếp nhận đầu tư hoặc trọng tài quốc tế.

Nhìn chung, hợp đồng đầu tư quốc tế trong trường hợp phát sinh tranh chấp sẽ được giải quyết bằng một trong các phương thức giải quyết sau:

*Giải quyết bằng cơ chế quốc gia:* Trong trường hợp này, tranh chấp liên quan đến hợp đồng đầu tư sẽ được giải quyết bằng thương lượng, hòa giải. Trong trường hợp không thương lượng, hòa giải được thì sẽ được giải quyết bằng trọng tài hoặc tòa án ở quốc gia sở tại. Các hợp đồng đầu tư có thể quy định rõ việc giải quyết tranh chấp sẽ do tòa án quốc gia giải quyết. Chẳng hạn, trong vụ trọng vụ *SGS kiện Paraguay*,<sup>19</sup> hợp đồng giữa SGS với chính phủ nước này có quy định “*Bất kỳ mâu thuẫn, tranh chấp hay khiếu kiện nào phát sinh từ hay có liên quan đến Hợp đồng này, vi phạm, chấm dứt hoặc vô hiệu, phải được giải quyết tại Tòa án của thành phố Asunción theo pháp luật của Paraguay*”. Tương tự, trong vụ *SGS kiện Philippines*,<sup>20</sup> hợp đồng giữa SGS và chính phủ Philippines quy định rõ “*Mọi khiếu kiện về tranh chấp liên quan đến các nghĩa vụ của một bên của Hợp đồng này phải được đệ trình lên Tòa địa phương Makati hoặc Manila*”.

Thêm nữa, mặc dù là tranh chấp phát sinh từ hợp đồng, việc nhà đầu tư có thể kiện phía đối tác của mình trong hợp đồng (cơ quan nhà nước hoặc doanh nghiệp nhà nước được ủy quyền ký kết hợp đồng) ra trước cơ quan tòa án của quốc gia mà nhà đầu tư mang quốc tịch hầu như không xảy ra, bởi lẽ vấn đề này thường bị loại trừ bởi việc viện dẫn quyền miễn trừ tư pháp của quốc gia. Điều này cũng khác với việc nhà đầu tư kiện chính phủ quốc gia tiếp nhận đầu tư khi cơ sở pháp lý để viện dẫn việc khởi kiện là hiệp định đầu tư, theo đó quốc gia tiếp nhận đầu tư đã chấp nhận khả năng nhà đầu tư kiện mình trước cơ quan trọng tài quốc tế, đồng thời theo luật quốc tế thì nhà đầu tư có thể kiện chính phủ vì những hành vi của cơ quan nhà nước ở quốc gia tiếp nhận đầu tư. Ngoài ra, trong trường hợp tòa án của quốc gia là cơ quan giải quyết tranh chấp, gần như chắc chắn, tòa án quốc gia sở tại sẽ áp dụng pháp luật của quốc gia mình để giải quyết tranh chấp hoặc việc áp dụng pháp luật quốc gia sẽ được thể hiện rõ trong hợp đồng.

*Giải quyết bằng cơ chế quốc tế:* Trong trường hợp này, tranh chấp phát sinh từ hợp đồng đầu tư sẽ được giải quyết bằng cơ chế trọng tài nước ngoài (các thiết chế trọng tài tại quốc gia của nhà đầu tư theo hợp đồng hay tại một quốc gia khác) hoặc trọng tài quốc tế (ví dụ như Tòa trọng tài thường trực – PCA). Việc giải quyết theo cơ chế quốc tế này có thể được thiết lập theo quy tắc: (i) tòa án và trọng tài của quốc gia sở tại sẽ là các thiết chế ưu tiên giải quyết tranh chấp; (ii) các bên có thể chọn lựa các hình thức tòa án quốc gia hoặc trọng tài nước ngoài, trọng tài quốc tế hoặc trọng tài do các

<sup>19</sup> *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. The Republic of Paraguay*, ICSID Case No. ARB/07/29.

<sup>20</sup> *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines*, ICSID Case No. ARB/02/6.

bên thỏa thuận thành lập; (iii) nếu trong hợp đồng có thỏa thuận khác thì sẽ giải quyết theo thỏa thuận đó. Chẳng hạn, khoản 4 Điều 14 Luật Đầu tư 2014 quy định “*Tranh chấp giữa nhà đầu tư nước ngoài với cơ quan nhà nước có thẩm quyền liên quan đến hoạt động đầu tư kinh doanh trên lãnh thổ Việt Nam được giải quyết thông qua Trọng tài Việt Nam hoặc Tòa án Việt Nam, trừ trường hợp có thỏa thuận khác theo hợp đồng hoặc điều ước quốc tế mà Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam là thành viên có quy định khác*”.

Trong trường hợp tranh chấp được giải quyết bằng trọng tài quốc tế, các bên có thể thỏa thuận trong hợp đồng về việc giải quyết bằng trọng tài quy chế (giải quyết vụ tranh chấp tại trung tâm trọng tài thường trực, chẳng hạn như tại Trung tâm Trọng tài thương mại quốc tế - ICC), hoặc có thể giải quyết bằng trọng tài làm thời (ad hoc) do các bên thỏa thuận thành lập. Trong trường hợp này, các vụ tranh chấp nói trên được coi là những tranh chấp về thương mại quốc tế. Mặc dù vậy, các bên trong hợp đồng đầu tư cũng có thể xem khoản đầu tư theo hợp đồng là đối tượng tranh chấp có thể được giải quyết tại trọng tài đầu tư quốc tế (*international investment arbitration*), chẳng hạn như Trung tâm Quốc tế về giải quyết tranh chấp đầu tư.

### **2.3. Vấn đề luật áp dụng trong giải quyết tranh chấp hợp đồng đầu tư quốc tế**

Về nguyên tắc, hợp đồng sẽ là căn cứ xác định luật áp dụng cho việc giải quyết tranh chấp phát sinh từ hợp đồng. Với tính chất của một hợp đồng có yếu tố nước ngoài, vấn đề luật áp dụng cho hợp đồng đầu tư quốc tế cũng phức tạp như các hợp đồng trong kinh doanh, thương mại quốc tế. Do tính đặc thù của loại hợp đồng này mà có các trường hợp xảy ra như sau:

*Trường hợp thứ nhất*, hợp đồng xác định rõ luật áp dụng là luật của quốc gia sở tại (quốc gia tiếp nhận đầu tư). Điều này là khá phổ biến trong thực tiễn vì ít có khả năng luật nước ngoài được chọn lựa vì lý do chủ quyền quốc gia. Trong trường hợp này, sự vi phạm các điều khoản của hợp đồng được coi là cơ sở dẫn đến tranh chấp được xác định theo luật thực định của quốc gia sở tại và cơ quan giải quyết tranh chấp sẽ áp dụng các quy định pháp luật này để giải quyết tranh chấp. Điều đó cũng có nghĩa những quy định của các hiệp định đầu tư quốc tế sẽ khó có khả năng được áp dụng để giải quyết tranh chấp phát sinh từ hợp đồng này. Chẳng hạn, trong trường hợp hợp đồng đầu tư xây dựng sân bay quốc tế tại Việt Nam theo phương thức BOT giữa nhà đầu tư của CHLB Đức và chính phủ Việt Nam thông qua đại diện là Bộ Giao thông vận tải, giá sử hợp đồng này có thỏa thuận chọn luật Việt Nam để giải quyết tranh chấp, nếu có sự vi phạm hợp đồng thì luật áp dụng cho việc xác định hành vi vi phạm, giải thích các điều khoản và các biện pháp chế tài tương ứng là quy định pháp luật thực định của Việt Nam chứ không thể dẫn chiếu đến Hiệp định khuyến khích và bảo hộ đầu tư giữa Việt Nam và CHLB Đức năm 1993.

*Trông hợp thứ hai* dẫn đến việc thay đổi luật áp dụng là việc áp dụng điều khoản bao trùm. Điều khoản này là cơ sở giúp dẫn chiếu đến các hiệp định đầu tư quốc tế, cho phép mở rộng các quy định của hiệp định đầu tư đến các hợp đồng đầu tư và có thể làm thay đổi bản chất của tranh chấp từ chỗ là tranh chấp hợp đồng thành tranh chấp liên quan đến việc vi phạm các nghĩa vụ xác định theo hiệp định đầu tư quốc tế.<sup>21</sup> Vấn đề là, để có thể áp dụng điều khoản này thì hiệp định đầu tư tương ứng phải quy định về điều khoản cũng như nội dung của điều khoản một cách minh thị và rõ ràng.

*Trông hợp thứ ba*, nếu hợp đồng đầu tư xác định luật áp dụng là hiệp định đầu tư quốc tế thì hiệp định đó sẽ được áp dụng. Chẳng hạn, Hội đồng trọng tài trong vụ *SGS kiện Paraguay* đã khẳng định: “[...] Luật áp dụng cho khiếu kiện của Nguyên đơn là BIT, bao gồm Điều 11 của BIT và điều khoản giải quyết tranh chấp giữa nhà đầu tư-quốc gia tiếp nhận đầu tư tại Điều 9 của BIT. Điều 11 yêu cầu Bị đơn phải tuân thủ các cam kết của mình đối với nhà đầu tư của Thụy Sĩ. “Cam kết” ở đây chính là Hợp đồng [...]”.<sup>22</sup>

*Trông hợp thứ tư*, nếu hợp đồng không xác định rõ luật áp dụng cho việc giải quyết là luật nào thì việc chọn luật sẽ tùy thuộc vào thỏa thuận sau đó của các bên hoặc do sự lựa chọn của cơ quan giải quyết tranh chấp nếu các bên không có thỏa thuận hoặc không chọn lựa được luật áp dụng theo nguyên tắc về giải quyết tranh chấp hợp đồng kinh doanh, thương mại quốc tế.

### Kết luận

Tranh chấp phát sinh từ hợp đồng đầu tư quốc tế cũng có bản chất là tranh chấp hợp đồng nói chung, do đó, về cơ bản, tranh chấp loại này có thể được giải quyết tại tòa án hoặc trọng tài của quốc gia sở tại. Tuy nhiên, việc giải quyết tại đâu tùy thuộc vào tương quan lực lượng trong quá trình đàm phán hợp đồng giữa quốc gia tiếp nhận đầu tư và nhà đầu tư. Trong trường hợp tòa án Việt Nam là cơ quan giải quyết tranh chấp thì việc giải quyết tranh chấp này sẽ được thực hiện trên cơ sở pháp luật Việt Nam. Việc lựa chọn tòa án quốc gia sở tại (Tòa án Việt Nam) để giải quyết tranh chấp sẽ góp phần giảm thiểu đáng kể chi phí cho việc giải quyết tranh chấp và đảm bảo việc thi hành phán quyết được thực thi có hiệu quả do không phải lo ngại vấn đề hủy phán quyết như đối với phán quyết của các trọng tài thương mại.

Trong trường hợp tranh chấp được giải quyết tại cơ quan trọng tài thì vấn đề quan trọng là việc chọn luật áp dụng. Như đã phân tích, phương pháp dùng trọng tài để giải quyết tranh chấp phát sinh từ hợp đồng đầu tư thường được phía nhà đầu tư nước ngoài chọn lựa do tính trung lập và sự tin tưởng vào phán quyết của các cơ quan này hơn là của tòa án quốc gia sở tại. Đây cũng là xu thế chung hiện nay, góp phần tăng sự thu hút đầu tư nước ngoài

<sup>21</sup> Nói cách khác, việc áp dụng điều khoản bao trùm dẫn đến việc khiếu kiện vi phạm hợp đồng ban đầu sẽ được thay thế bằng một khiếu kiện vi phạm hiệp định.

<sup>22</sup> Xem thêm *SGS v Paraguay*, Phán quyết của Hội đồng trọng tài, 10/2/2012, đoạn 110.

vào quốc gia sở tại. Như vậy, một khi các bên trong hợp đồng chọn lựa cơ quan trọng tài quốc tế để giải quyết, việc thỏa thuận chọn cơ quan trọng tài nào cũng cần lưu ý đến vấn đề chi phí trọng tài và các chi phí khác như chi phí đi lại, thuê luật sư... Do đó, việc giải quyết tại cơ quan trọng tài thương mại tại quốc gia, như trung tâm trọng tài quốc tế Việt Nam bên cạnh Phòng Thương mại và Công nghiệp Việt Nam là một lựa chọn tốt nhằm giảm thiểu chi phí giải quyết tranh chấp hợp đồng này.

Cuối cùng, để góp phần khắc phục những phức tạp do việc giải quyết tranh chấp phát sinh từ hợp đồng đầu tư quốc tế, thiết nghĩ cần có các quy định và giải thích, hướng dẫn cụ thể về loại hợp đồng này. Luật Đầu tư cần có giải thích đầy đủ, chi tiết về “hợp đồng đầu tư quốc tế” và có điều khoản quy định về nội dung của loại hợp đồng này cũng như vấn đề giải quyết tranh chấp phát sinh trong trường hợp các bên có sự vi phạm đối với các nghĩa vụ của hợp đồng, bao gồm cơ chế giải quyết tranh chấp và luật áp dụng. Quy định này của luật đầu tư cũng cần xác định rõ mối liên hệ giữa hợp đồng và nghĩa vụ thực thi theo các cam kết về bảo hộ đầu tư trên cơ sở áp dụng điều khoản bao trùm. ●

### Tài liệu tham khảo

- [1] SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines, ICSID Case No ARB/02/6
- [2] SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. The Republic of Paraguay, ICSID Case No. ARB/07/29.
- [3] Dolzer R. & Schreuer C., *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, 2nd ed., 2005
- [4] Evert-Jan Quak, “The Impact of State-Investor Contracts on Development”, *Institute of Development Studies*, <https://www.ids.ac.uk/download.php?file=wp-content/uploads/2018/12/The-Impact-of-State-Investor-Contracts-on-Development.pdf>, accessed on 20/01/2020
- [5] Nguyễn Minh Hằng, *Giáo trình Pháp luật Kinh doanh quốc tế*, Nxb. Đại học Quốc gia, Hà Nội, 2010. [trans: Nguyễn Minh Hằng, *Textbook on International Business Law*, National University Publishing House, 2010]
- [6] Paolo Di Rosa, “Dispute Resolution Clauses in Investment Contracts/Investor-State Agreements. Practical Considerations”, in *Occasional Policy Papers Series on the Least Developed Countries*, Legal Assistance to Make Foreign Investment Work Better for Sustainable Development in the Least Developed Countries, 2017, <https://www.arnoldporter.com/-/media/files/perspectives/publications/2017/09/dispute-resolution-clauses-in-investment-contracts-investor-state-agreements-practical-considerations.pdf>, accessed on 20/01/2020
- [7] Trường Đại học Luật Hà Nội, *Giáo trình Luật Đầu tư quốc tế*, 2017 [trans: Hà Nội Law University, *Textbook on International Investment Law*, 2017], <http://hlu.edu.vn/Images/Post/files/Khoa%20PLTMQT/GT%20L%C4%90TQT%20SONG%20NGU-2017.pdf>, accessed on 20/01/2020
- [8] UNCTAD, *Series on Issues in International Investment Agreements*, State Contracts 2004, [https://unctad.org/en/docs/iteit200411\\_en.pdf](https://unctad.org/en/docs/iteit200411_en.pdf), accessed on 20/01/2020
- [9] Zivkovic, Velimir, “Contractual Rights as Protected Investments in International Investment Law”, *Oxford Student Legal Studies Paper*, No. 08/2011, SSRN: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1929788>, accessed on 20/01/2020