

THỎA THUẬN TRỌNG TÀI TRONG TRỌNG TÀI ĐẦU TƯ QUỐC TẾ: KINH NGHIỆM TỪ VỤ RECOFI KIẾN VIỆT NAM

LÊ THỊ ANH NGUYỆT

Khoa Luật Quốc tế, Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh
International law Department, Hochiminh city University of Law
Email: ltanguyet@hcmulaw.edu.vn

Tóm tắt

Nhằm thu hút đầu tư nước ngoài, nhiều quốc gia đã xác lập hoặc chấp nhận thỏa thuận trọng tài trong các điều ước quốc tế để trao thẩm quyền giải quyết tranh chấp đầu tư lên trọng tài đầu tư quốc tế ISDS. Điều này tạo cơ hội cho nhà đầu tư nước ngoài bảo vệ lợi ích kinh tế khi khoản đầu tư của mình bị quốc gia tiếp nhận đầu tư xâm hại, đồng thời để lại cho các quốc gia tiếp nhận đầu tư nhiều thách thức trong việc hoạch định pháp luật, chính sách trong nước. Trong bối cảnh các nhà đầu tư nước ngoài đã, đang và sẽ làm dụng cơ chế trọng tài đầu tư quốc tế bằng cách “tự chuyển hóa” các vi phạm hợp đồng thành các vi phạm điều ước để khởi kiện ra trọng tài ISDS, thỏa thuận trọng tài ngày càng trở nên quan trọng. Để góp phần nhận diện rủi ro, ngăn ngừa tranh chấp và bảo vệ uy tín, tài chính cho các bên tranh chấp, bài viết cung cấp thông tin tổng quan về thỏa thuận trọng tài trong trọng tài đầu tư quốc tế và phân tích vụ Recofi kiện Việt Nam để khẳng định tầm quan trọng của thỏa thuận trọng tài.

Từ khóa: đầu tư, thỏa thuận trọng tài, trọng tài đầu tư quốc tế, Tòa án đầu tư quốc tế ICS
Abstract

With the aim of FDI attraction, countries have committed in many international treaties about the arbitration agreement upon which establishing the jurisdiction for ISDS arbitration. This plays the significant role for the foreign investors to protect their investment abroad from being impaired by hosting countries. In turn, it also leaves many challenges for the hosting country in term of the right to regulate its economy. In the crisis of ISDS, among others, foreign investors have abused the jurisdiction of ISDS arbitration by “self-transforming” contractual claims to treaty ones. Therefore, the examination on investment arbitration clause has been of essence. In order to recognize the risks, prevent investment disputes and thereby protect the reputation, financial sources for disputing parties, the paper will firstly gather the theory and practice of investment arbitration clause and, secondly, explore Recofi v. Vietnam case for better understanding the significance of arbitration clause.

Keywords: investment, arbitration agreement, ISDS, investor – States dispute settlement, ICS, Investment Court System

Ngày nhận bài: 17/8/2019

Ngày duyệt đăng: 10/01/2020

1. Tổng quan về thỏa thuận trọng tài trong trọng tài đầu tư quốc tế 1.1. Tranh chấp đầu tư quốc tế và trọng tài đầu tư quốc tế

Để khuyến khích nhà đầu tư nước ngoài đem tài sản hữu hình và vô hình vào lãnh thổ của mình để đầu tư, thông thường các quốc gia trên thế giới đều cam kết trong các điều ước quốc tế và trong pháp luật của mình

về chính sách ưu đãi đầu tư và bảo đảm đầu tư. Tuy nhiên, hoạt động đầu tư này thường tiềm ẩn nhiều rủi ro cho các bên và cũng thường phát sinh tranh chấp. Do đó, các quốc gia tiếp nhận đầu tư chấp nhận cho nhà đầu tư nước ngoài khỏi kiện quốc gia tiếp nhận đầu tư lên Tòa án quốc gia hoặc trọng tài đầu tư quốc tế, nếu hai bên tranh chấp không thể giải quyết được bằng thương lượng hoặc hòa giải. Trong đó, trọng tài đầu tư quốc tế thường được sử dụng để giải quyết tranh chấp đầu tư quốc tế khá phổ biến và mang tính cách mạng nhất¹ bởi vì phương thức trọng tài này khắc phục được những nhược điểm của phương thức giải quyết tranh chấp đầu tư bằng con đường hành chính, tư pháp của quốc gia tiếp nhận đầu tư. Một trong những ưu điểm của phương thức giải quyết tranh chấp bằng trọng tài là hạn chế được các trường hợp thẩm phán của Tòa án quốc gia áp dụng pháp luật của quốc gia mình, thiên vị, không khách quan đối với nhà đầu tư nước ngoài.² Trên thực tế, số lượng các tranh chấp đầu tư quốc tế được giải quyết theo trọng tài là 942 vụ.³ Trong các vụ kiện này, nhà đầu tư nước ngoài thường đệ trình tranh chấp lên các tổ chức như trọng tài thường trực PCA⁴, trọng tài thường trực được thành lập trên cơ sở Công ước ICSID⁵ về giải quyết tranh chấp giữa quốc gia tiếp nhận đầu tư và công dân của quốc gia ký kết khác hoặc theo Phụ lục bổ sung của Công ước ICSID (gọi tắt là trọng tài ICSID), hoặc trọng tài vụ việc được thành lập căn cứ vào Quy tắc tố tụng trọng tài UNCITRAL (gọi là trọng tài UNCITRAL).

Về nội dung, các thỏa thuận trọng tài này xác lập thẩm quyền của trọng tài liên quan đến ba nhóm tranh chấp chính sau đây. Thứ nhất, do quốc gia tiếp nhận đầu tư đã thay đổi pháp luật, chính sách ưu đãi đầu tư liên quan đến thuế nhập khẩu nguyên vật liệu của nhà đầu tư nước ngoài, thuế thu nhập doanh nghiệp, vay vốn với lãi suất ưu đãi, giao cấp đất để thực hiện dự án đầu tư (vụ kiện *JKX v. Ukraina* do Ukraina tăng thuế sản xuất gas có ưu đãi từ 28% lên 55).⁶ Thứ hai, do quốc gia tiếp nhận đầu tư ban hành mới pháp luật để bảo vệ chính sách công cộng, tính mạng và sức khỏe của con người theo hướng bất lợi cho nhà đầu tư nước ngoài (*Phillip Morris v. Uruguay*,⁷ *Phillip Morris v. Út*⁸ do nguyên đơn cho rằng luật đóng

¹ David Cionetti, "How informed is sovereign consent to Investor - State Arbitration", 30 *Maryland Journal of International Law*, 2015, tr. 111

² Christopher F. Dugan, Don Wallace, Noah D. Rubbins & Borzu Sabahi, *Investor - State Arbitration*, Oxford University press, 2008, tr. 22.

³ <https://investmentpolicyhubold.unctad.org/ISDS/FilterByCountry>, truy cập ngày 27/3/2019.

⁴ PCA (Permanent Court of Arbitration) Tòa trọng tài thường trực, <https://pca-cpa.org/en/home/>, truy cập ngày 27/3/2019

⁵ ICSID (Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States) Công ước về Giải quyết tranh chấp đầu tư giữa các Quốc gia và nhà đầu tư của các Quốc gia khác.

⁶ <https://www.itlaw.com/cases/3153> và <https://www.jkx.co.uk/~media/Files/J/JKX/press-release/2015/PR-16-02-15.pdf>, truy cập ngày 13/7/2019

⁷ <https://www.itlaw.com/cases/460>, truy cập ngày 13/7/2019.

⁸ <https://www.itlaw.com/cases/851>, truy cập ngày 13/7/2019.

gợi tron thuộc lá của các quốc gia này gây thiệt hại đến khoản đầu tư của nguyên đơn tại các quốc gia này). Thứ ba, do nhà đầu tư nước ngoài vi phạm nghĩa vụ của mình theo pháp luật của quốc gia tiếp nhận đầu tư (*Metaclad v. Mexico*,⁹ *Mc Kenzie v. Việt Nam*¹⁰ klứ Mexico và Việt Nam cho rằng các nhà đầu tư nước ngoài không tuân thủ pháp luật về môi trường và cũng không thực hiện dự án đầu tư đúng tiến độ).

1.2. Việc xác lập thỏa thuận trọng tài thông qua điều ước quốc tế (trọng tài đầu tư quốc tế)¹¹

Về bản chất, vì mang đặc điểm của trọng tài nói chung, các hội đồng trọng tài đầu tư quốc tế không có thẩm quyền đương nhiên. Thay vào đó, trọng tài chỉ có thẩm quyền khi các bên có thỏa thuận trọng tài. Tuy nhiên, nếu so sánh với thỏa thuận trọng tài trong trọng tài thương mại quốc tế, thỏa thuận trọng tài trong trọng tài đầu tư quốc tế được yêu cầu khó khăn và chặt chẽ hơn.¹² Cụ thể, thỏa thuận trọng tài của trọng tài đầu tư quốc tế chỉ có thể được xác lập trước khi tranh chấp xảy ra. Điều này không giống với sự linh hoạt dành cho thỏa thuận trọng tài trong thương mại quốc tế – có thể xác lập trước, trong và sau khi tranh chấp phát sinh.¹³ Theo chúng tôi, việc không cho phép thỏa thuận trọng tài đầu tư quốc tế được xác lập trong hoặc sau khi tranh chấp phát sinh là cần thiết bởi nguyên đơn có quyền khởi kiện là nhà đầu tư nước ngoài – chủ thể không có chủ quyền, không có lãnh thổ, không có quân đội, không có cảnh sát hỗ trợ và trong một số trường hợp thường được xem là bên yếu thế hơn so với bị đơn – chủ thể có chủ quyền quốc gia, có lãnh thổ, quân đội và cảnh sát bảo vệ. Đặc biệt, khi hội đồng trọng tài được thành lập bao gồm các trọng tài viên tư nhân,¹⁴ hội đồng trọng tài đầu tư quốc tế này được quyền phán xét về tính hợp pháp của pháp luật, chính sách và hành động của quốc gia tiếp nhận đầu tư so với các cam kết pháp lý quốc tế mà quốc gia đó đã cam kết. Trong khi đó, về bản chất, các quy định pháp luật và chính sách này thông thường tác động sâu rộng hơn đến đời sống chính trị, kinh tế, xã hội của quốc gia này.¹⁵ Việc khởi kiện quốc gia tiếp nhận đầu tư lên trọng tài đầu tư quốc tế

⁹ <https://www.itlaw.com/cases/671>, truy cập ngày 13/7/2019.

¹⁰ <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/cases/382/mckenzie-v-viet-nam>, truy cập ngày 13/7/2019

¹¹ Jeswald W. Salacuse, *The three laws of international investment: National, Contractual, and International Frameworks for Foreign Capital*, Oxford university press, 2013.

¹² Stephen Schill, "The 6th Path: Reforming Investment Law from Within, in Reshaping the Investor-State Dispute Settlement System: Journeys for the 21st Century", in J. E. Kalicka & A. Joubin - Bret (ed.), *Reshaping the Investor-State Dispute Settlement System Journeys for the 21st Century*. Brill Publisher, 2015, tr. 621 - 633.

¹³ Điều 5 Luật Trọng tài thương mại Việt Nam năm 2010

¹⁴ Theo một số học giả còn được gọi là luật sư của các tập đoàn kinh tế, luật sư nhóm kín. Xem: Ashley R. Riveira, "Rethinking International Investment Disputes: A Proposal for Investment Court and Tenured Judges", Chapter 5, trong Ian A. Laird, Borzu Sabahi, Frédéric G. Sourgens, Todd J. Weiler, *Investment Treaty Arbitration and International Law*, Juris, Vol. 6, 2013, p. 93.

¹⁵ David Cionetti, *ibid.*, tr. 112

nhều lần đã bị phê phán đã làm ảnh hưởng đến quyền lập pháp - quyền cơ bản của quốc gia có chủ quyền.¹⁶

Trên thực tế, việc xác định thỏa thuận trọng tài thông qua điều ước quốc tế thường căn cứ vào ba phương thức sau đây.

Thứ nhất, quốc gia tiếp nhận đầu tư và quốc gia mà nhà đầu tư mang quốc tịch đều ghi nhận sự đồng ý của mình về việc đưa tranh chấp đầu tư lên trọng tài quốc tế trong các hiệp định khuyến khích và bảo hộ đầu tư (bilateral investment treaty - BIT). Ví dụ như, BIT giữa Hà Lan và Việt Nam năm 1994;¹⁷ Hiệp định thương mại song phương Việt Nam - Hoa Kỳ năm 2000¹⁸; BIT giữa Việt Nam và Hàn Quốc năm 1993.¹⁹ Đây chính là thỏa thuận trọng tài để xác lập thẩm quyền cho trọng tài quốc tế trong các vụ kiện *Trình Vinh Bình v. Việt Nam* (trọng tài ICC theo Quy tắc tố tụng của UNCITRAL), *Mc Kenzi v. Việt Nam* (trọng tài PCA theo Quy tắc tố tụng của UNCITRAL), *Shin Dong Baig v. Việt Nam* (trọng tài ICSID theo Phụ lục bổ sung công ước ICSID).

Thứ hai, sự đồng ý này có thể được xem như là đã hình thành trong trường hợp quốc gia tiếp nhận đầu tư và quốc gia mà nhà đầu tư nước ngoài mang quốc tịch trở thành thành viên của một điều ước quốc tế đa phương có chứa đựng các điều khoản về đầu tư (gọi tắt là TIPS²⁰). Ví dụ, Đức và Thụy Điển gia nhập vào Hiệp ước ECT năm 1994 và căn cứ vào Điều 26²¹ để xác lập thẩm quyền cho hội đồng trọng tài ICSID theo Quy tắc tố tụng của Công ước ICSID trong vụ kiện *Vattenfal v. Đức*.²² Tương tự, Hoa Kỳ và Mexico căn cứ vào Hiệp định thương mại tự do Bắc Mỹ NAFTA²³ để

¹⁶ David M. Howard, "Creating Consistency through a World Investment Court", *Fordham International Law Journal*, Vol. 41(1), tr. 18.

¹⁷ Điều 9 BIT Hà Lan - Việt Nam năm 1994: "Tranh chấp giữa Quốc gia ký kết và công dân của quốc gia ký kết khác liên quan đến khoản đầu tư... (2) sẽ được giải quyết bởi hội đồng trọng tài mang tính vụ việc được bổ nhiệm theo sự thỏa thuận đặc biệt hoặc được thành lập theo Quy tắc tố tụng trọng tài UNCITRAL, hoặc (3) trong trường hợp cả hai bên trở thành thành viên của Công ước ICSID sẽ, theo yêu cầu của quốc gia có liên quan, được đề trình lên trung tâm trọng tài ICSID để giải quyết theo thủ tục tố tụng trọng tài".

¹⁸ Điều 4 BTA Hoa Kỳ - Việt Nam năm 2000: "công dân hoặc công ty của một bên ký kết được quyền khởi kiện ra trọng tài ICSID nếu cả hai là thành viên của Công ước ICSID; hoặc ra trọng tài ICSID theo Quy tắc bổ sung của Công ước ICSID hoặc trọng tài được thành lập phù hợp với trọng tài UNCITRAL... sau 90 ngày kể từ ngày tranh chấp phát sinh nếu không đề trình lên tòa án quốc gia của Quốc gia".

¹⁹ Điều 8 BIT Hàn Quốc - Việt Nam năm 1993: "bất kỳ tranh chấp giữa Quốc gia tiếp nhận đầu tư và nhà đầu tư của quốc gia ký kết khác... nếu không được giải quyết bằng thương lượng trong vòng 6 tháng kể từ ngày phát sinh tranh chấp, thì phải đề trình lên trọng tài ICSID trong trường hợp Việt Nam trở thành thành viên của Công ước ICSID bởi nhà đầu tư của quốc gia ký kết khác".

²⁰ TIPS (Treaties with Investment Provisions) các điều ước quốc tế có chứa đựng các điều khoản có liên quan đến đầu tư.

²¹ Tính đến 10/2018, có tổng số 121 vụ kiện đã được đề trình theo Hiệp định ECT. Xem thêm <https://energycharter.org/what-we-do/dispute-settlement/all-investment-dispute-settlement-cases/>, truy cập ngày 1/3/2019.

²² <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/country/78/germany>, truy cập ngày 13/7/2019.

²³ NAFTA (North American Free Trade Agreement between Canada, the United States and Mexico) Hiệp định thương mại tự do Bắc Mỹ giữa Canada, Hoa Kỳ và Mexico, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2412/download>, truy cập ngày 13/7/2019.

xác lập thẩm quyền của hội đồng trọng tài ICSID theo Quy tắc bổ sung của Công ước ICSID trong vụ kiện *Metaclad v. Mexico*.²⁴

Thứ ba, các quốc gia trên thế giới phê chuẩn để trở thành thành viên của chính Công ước ICSID. Đây là phương thức phổ biến, tuy nhiên, cần lưu ý rằng việc trở thành thành viên của Công ước ICSID không đương nhiên xác lập thẩm quyền cho hội đồng trọng tài ICSID bởi vì lời nói đầu của Công ước ICSID khẳng định nếu đơn thuần chỉ phê chuẩn, chấp nhận hoặc đồng ý thông qua Công ước không có nghĩa là các bên được quyền đệ trình tranh chấp cụ thể lên trọng tài ICSID. Thay vào đó, sự đồng ý phải được thể hiện bằng văn bản gửi đến Trung tâm trọng tài ICSID.²⁵ Trong nhiều trường hợp văn bản đó có thể là BIT được ký kết giữa quốc gia tiếp nhận đầu tư và quốc gia mà nhà đầu tư mang quốc tịch.

Do đó, trên thực tế, chưa có vụ kiện nào mà các bên đồng ý thỏa thuận đưa tranh chấp đầu tư quốc tế ra trọng tài ISDS trong khi và/ hoặc sau khi tranh chấp phát sinh. Điều này đã để lại một hệ quả nghiêm trọng hơn. Trên thực tế, do không có thỏa thuận trọng tài được xác lập trước khi tranh chấp phát sinh nên nhà đầu tư nước ngoài đã cố tình “xuyên tạc” thẩm quyền của hội đồng trọng tài. Chẳng hạn như hành vi của Recofi khu chuyển hướng các tranh chấp về nghĩa vụ thanh toán trong hợp đồng mua bán hàng hóa (khấu nại về vi phạm hợp đồng) thành tranh chấp đầu tư (khấu nại về vi phạm điều ước quốc tế) để khởi kiện Chính phủ Việt Nam lên trọng tài PCA được thành lập theo Quy tắc tố tụng trọng tài UNCITRAL trong vụ kiện *Recofi v. Việt Nam* căn cứ vào thỏa thuận trọng tài tại Điều 8 BIT Pháp - Việt Nam năm 1992. Tương tự, Phillip Morris đã cố tình tái cấu trúc doanh nghiệp Phillip Morris được thành lập tại Úc chuyển sang có quốc tịch của Hong Kong bởi vì BIT giữa Hồng Kông - Úc có thỏa thuận trọng tài, theo đó nguyên đơn dành quyền khởi kiện Úc ra trọng tài PCA theo Quy tắc tố tụng trọng tài UNCITRAL trong vụ kiện *Phillip Morris v. Úc*.

Nhìn chung, thỏa thuận trọng tài trong trọng tài thương mại quốc tế để giải quyết tranh chấp giữa các bên tư nhân hoặc nếu có sự tham gia của cơ quan nhà nước thì cơ quan nhà nước cũng được đối xử như bên tư nhân trong việc thực hiện quyền và nghĩa vụ. Lúc này, mục đích của các bên tranh chấp trong tranh chấp thương mại chỉ là để tìm kiếm lợi nhuận, không liên quan đến chức năng quản lý nhà nước và/ hoặc bảo vệ lợi ích công cộng, tính mạng sức khỏe của người dân như quốc gia tiếp nhận đầu tư trong trọng tài ISDS. Do đó, sự ảnh hưởng và thậm chí sai phạm, nếu có, của hội đồng trọng tài thương mại quốc tế do không có hoặc vượt quá thẩm quyền chỉ có thể ảnh hưởng đến hai bên tranh chấp, chứ không ảnh hưởng đến cộng đồng. Chính vì đặc điểm này, nên trọng tài thương mại quốc tế có

²⁴ <https://www.italaw.com/cases/671>, truy cập ngày 13/7/2019.

²⁵ *Conoco Phillip v. Venezuela*, đoạn 219, phán quyết về thẩm quyền và nội dung, ngày 3/9/2013

thể hưởng được quy chế bảo mật cao hơn.²⁶ Nếu các bên tranh chấp thương mại không có nhu cầu công khai nội dung phán quyết của hội đồng trọng tài thì các bên tranh chấp cũng không phải chịu áp lực của bất kỳ cơ quan đơn vị nào để công khai phán quyết trọng tài. Trong khi đó, như đã phân tích ở trên, biện pháp tranh chấp trong trọng tài đầu tư quốc tế ISDS thường liên quan đến lợi ích công cộng, nên các quốc gia tiếp nhận đầu tư đã, đang và sẽ chịu nhiều áp lực bởi vì cho dù các bên tranh chấp muốn tránh đư luận²⁷ từ cộng đồng quốc tế, cộng đồng xã hội tại chính quốc gia mình nên thường muốn phán quyết trọng tài đầu tư quốc tế được bảo mật nhằm bảo vệ được uy tín của mình trong hoạt động kinh doanh, đầu tư quốc tế.

1.3 Vai trò của thỏa thuận trọng tài trong bối cảnh khủng hoảng của trọng tài đầu tư quốc tế

Trong bối cảnh hiện nay, có nhiều quan điểm phê phán kịch liệt về hiệu quả hoạt động của trọng tài đầu tư quốc tế. Chẳng hạn như, khả năng xung đột về lợi ích của trọng tài viên với nhiều vai trò khác nhau trong các tranh chấp đầu tư;²⁸ sự lạm dụng khởi kiện lên nhiều diễn đàn giải quyết tranh chấp khác nhau để tìm kiếm và trục lợi từ bồi thường thiệt hại²⁹ và sự hạn chế trong việc khắc phục các sai sót của trọng tài từ cơ chế xét xử 1 cấp.³⁰ Trong khi đó, trong trường hợp bị kết luận có vi phạm nghĩa vụ pháp lý quốc tế, quốc gia tiếp nhận đầu tư không có cơ hội kháng cáo mà phải bồi thường thiệt hại một số tiền lớn hàng chục, hàng trăm triệu, thậm chí hàng tỷ đô la Mỹ. Chính vì điều này, các quốc gia càng ngày càng dè dặt và miễn cưỡng cam kết đưa thỏa thuận trọng tài đầu tư quốc tế vào các điều ước quốc tế thương mại (Hoa Kỳ,³¹ New Zealand³²). Đặc biệt, có nhiều quốc gia tuyên bố chấm dứt các BIT (Ecuador,³³ Indonesia³⁴) và thậm chí tuyên bố rút khỏi tư cách thành viên của Công ước ICSID (Ecuador 2008, Bolivia 2009³⁵) để vô hiệu hóa các thỏa thuận trọng tài đã được ghi nhận trong các điều ước quốc tế này.

²⁶ Lê Thị Ánh Nguyệt, "Nguyên tắc bảo mật trong trọng tài đầu tư quốc tế và bình luận về sự bảo mật trong các tranh chấp đầu tư của Việt Nam", *Tạp chí Khoa học pháp lý*, số 7/2019.

²⁷ Nigel Blackaby, Constanntine Partasides, et al., Redfern and Hunter, *International Arbitration*, Oxford University Press, 2009, tái bản lần thứ 6, bản dịch của IFC và VIAC, 2015, tr. 179.

²⁸ Thomas Buergental, "The Proliferation of Disputes, Disputes settlement procedures and respect for the Rule of Law", in Gaukrodger, D. and K. Gordon, "Investor-State Dispute Settlement: A Scoping Paper for the Investment Policy Community", *OECD Working Papers on International Investment*, OECD Publishing, 2012/03, tr. 50, http://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2012_3.pdf, truy cập ngày 13/7/2019.

²⁹ Gaukrodger, D. and K. Gordon, *ltd*, tr. 44.

³⁰ Stephen M. Schewebel, *The outlook for the continued vitality, or lack thereof, of investor-state arbitration*, Arbitration International, 2016, tr. 3.

³¹ <https://www.nortonrosefulbright.com/en/knowledge/publications/91d41adf/major-changes-for-investor-state-dispute-settlement-in-new-united-states-mexico-canada-agreement>, truy cập ngày 13/7/2019.

³² <https://www.nzta.govt.nz/assets/CPTPP/New-Zealand-Viet-Nam-ISDS.pdf>, truy cập ngày 27/3/2019

³³ UNCTAD, IIA's Issues Note, *Denounce of the ICSID Convention and BITs: Impact on Investor-State Claims*, tháng 12/2010, tr. 1.

³⁴ UNCTAD, *ltd*, tr. 1

³⁵ https://unctad.org/en/Docs/webdia1210106_en.pdf, truy cập ngày 13/7/2019.

Quan trọng nhất, ở cấp độ đa phương, nhằm góp phần chia sẻ thông tin liên quan đến việc xác lập thỏa thuận trọng tài và các tranh chấp có liên quan đến các điều khoản này, nhiều tổ chức quốc tế cùng đã, đang đưa ra nhiều đề xuất cải cách tăng cường sự minh bạch, công khai (UNCITRAL³⁶ hay ICSID cũng dự thảo quy tắc tố tụng trọng tài mới).³⁷ Bên cạnh đó, các quốc gia cũng giới hạn tác động của thỏa thuận trọng tài đầu tư quốc tế bằng cách thay thế trọng tài đầu tư quốc tế trong các BIT thành cam kết tòa án đầu tư thường trực đa phương³⁸ để “đối phó” với các khiếu kiện tràn lan của nhà đầu tư nước ngoài³⁹ do tồn tại quá nhiều thỏa thuận trọng tài. Tiên phong phải kể đến là Liên minh châu Âu đã đề xuất mô hình tòa án đầu tư quốc tế với 2 cấp xét xử ICS.

Trong bối cảnh đó, Việt Nam đã từng ký kết nhiều điều ước quốc tế, theo đó, cam kết nhiều thỏa thuận trọng tài với các đối tác. Tiêu biểu như BIT với Hà Lan, Hàn Quốc, Hiệp định thương mại Việt Nam - Hoa Kỳ.⁴⁰ Đặc biệt, gần đây, mặc dù trình độ phát triển khá thấp nhưng Việt Nam lại khá năng động khi chấp nhận ký kết các điều ước quốc tế thế hệ mới chứa đựng cả những thỏa thuận trọng tài quan trọng như Hiệp định thương mại tự do Việt Nam - Liên minh châu Âu về bảo hộ đầu tư EVIPA,⁴¹ Hiệp định CPTPP.⁴² Nhìn chung, sự thông thoáng này là một trong những nguyên nhân của việc Việt Nam bị khá nhiều nhà đầu tư nước ngoài khởi kiện. Theo thống kê của UNCTAD, Việt Nam bị khởi kiện 8 vụ.⁴³

2. Vụ *Recofi* kiện Việt Nam:⁴⁴ Tranh chấp thương mại và tranh chấp đầu tư quốc tế

2.1. Tổng quan về vụ kiện

Nguyên đơn *Recofi* là doanh nghiệp được thành lập tại Pháp, theo pháp luật của Pháp. Nguyên đơn giải thích, từ những năm 1986 đến những năm 1998, khu Việt Nam còn đối mặt với trừng phạt kinh tế của Hoa Kỳ thì nguyên đơn đã đồng hành với Chính phủ Việt Nam để vượt qua giai đoạn khủng hoảng kinh tế và lương thực. Nguyên đơn và Chính phủ Việt Nam

³⁶ <https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/rules-on-transparency/Rules-on-Transparency-E.pdf>, truy cập ngày 13/7/2019.

³⁷ <https://icsid.worldbank.org/en/amendments>, truy cập ngày 13/7/2019.

³⁸ <http://www.trungtamwto.vn/chuyen-de/8445-van-kien-hiep-dinh-evfta-evipa-va-cac-tom-tat-tung-chuong>, truy cập ngày 13/7/2019

³⁹ David M. Howard, *ltd*, tr 18

⁴⁰ <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/229/viet-nam?type=bis>, truy cập ngày 13/7/2019.

⁴¹ Hiện nay, Hiệp định này chờ phê chuẩn bởi Nghị viện châu Âu và Quốc hội của các nước thành viên Liên minh châu Âu. <https://congthuong.vn/ky-ket-evfta-va-evipa-buoc-di-dau-nen-tien-den-phe-chuan-121990.html> truy cập ngày 13/7/2019.

⁴² <http://cptpp.nicet.gov.vn/>, truy cập ngày 13/7/2019

⁴³ <http://cptpp.moit.gov.vn/>, truy cập ngày 13/7/2019.

⁴⁴ Tóm tắt phán quyết của Tòa án Thụy Sĩ, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7631.pdf>, truy cập ngày 13/7/2019.

đã ký kết nhiều hợp đồng cung cấp và trao đổi hàng hóa với các doanh nghiệp nhà nước Việt Nam và trên cơ sở đó đầu tư vào Việt Nam. Cụ thể: Nguyên đơn cung cấp thực phẩm (bột mì, sữa bột, bơ, đậu...), các nhu yếu phẩm như (phân bón, xi măng, thép tấm...) và các trang thiết bị sản xuất lương thực, thực phẩm để đổi lấy các sản phẩm của Việt Nam nhập khẩu vào Pháp hoặc bù trừ các hợp đồng cung cấp thực phẩm và nhu yếu phẩm (gạo, cà phê, đậu nành, sắn, tôm, cá...). Đến ngày 10/7/1991, nguyên đơn đã mở Văn phòng đại diện tại TP. Hồ Chí Minh, Việt Nam.

Trong quá trình thực hiện hợp đồng, nguyên đơn khẳng định Việt Nam đã vi phạm nghĩa vụ thanh toán đối với nguyên đơn. Đây là sự vi phạm nghĩa vụ hợp đồng có giá trị kinh tế và chính giá trị kinh tế này làm phát sinh khoản đầu tư được thực hiện trong lãnh thổ Việt Nam chịu sự điều chỉnh của BIT giữa Pháp và Việt Nam năm 1992. Do đó, nguyên đơn cho rằng đây là sự vi phạm nghĩa vụ của Việt Nam theo BIT này và ngày 19/7/2013, nguyên đơn khởi kiện Việt Nam ra trọng tài PCA theo Quy tắc tố tụng của UNCITRAL căn cứ vào Điều 8 của BIT Việt Nam - Pháp cho phép nguyên đơn khởi kiện Việt Nam khi khoản đầu tư của nguyên đơn tại lãnh thổ Việt Nam bị thiệt hại. Trên cơ sở đó, nguyên đơn yêu cầu Việt Nam bồi thường thiệt hại 66 triệu đô la Mỹ cho nguyên đơn.⁴⁵

Tuy nhiên, Việt Nam phản đối thẩm quyền của hội đồng trọng tài bởi vì Việt Nam cho rằng nguyên đơn không hề thực hiện khoản đầu tư nào ở Việt Nam. Sự vi phạm hợp đồng nếu có đối với nguyên đơn chỉ là các hợp đồng thương mại thuần túy (vi phạm hợp đồng) không thể chuyển thành vi phạm BIT (vi phạm điều ước) để khởi kiện lên trọng tài PCA và áp dụng BIT để phán xét về sự vi phạm, nếu có, của Việt Nam.

2.2 Phán quyết của hội đồng trọng tài⁴⁶

Theo hội đồng trọng tài, hội đồng trọng tài phân chia thành 02 giai đoạn: giai đoạn xác định thẩm quyền và giai đoạn giải quyết nội dung tranh chấp.

Thứ nhất, khi xác định thẩm quyền, hội đồng trọng tài khẳng định nhiệm vụ của hội đồng trọng tài là phải xác định có thỏa thuận trọng tài có hiệu lực trong vụ kiện này theo Điều 1.1 BIT "*khoản đầu tư là khoản tiền của công ty, nghĩa vụ của công ty, khiếu nại và quyền có giá trị kinh tế... khoản đầu tư hiện diện trong lãnh thổ Việt Nam*" và Điều 8 Hiệp định BIT Việt Nam - Pháp hay không? Về vấn đề này, có nhiều thông tin bảo mật, không được công khai bởi vì nguyên đơn đã lựa chọn Quy tắc tố tụng của trọng tài thương mại UNCITRAL, nhưng chúng tôi có thể căn cứ vào các thông tin được nêu trong phán quyết của Tòa án Thụy Sĩ để khẳng định rằng các bên tranh chấp đã có thỏa thuận trọng tài. Tuy nhiên, trọng tài kết luận trọng tài không

⁴⁵ <https://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS/Details/554>, truy cập ngày 27/2/2019.

⁴⁶ Tóm tắt phán quyết của tòa án Thụy Sĩ, <https://www.itlaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7631.pdf>, truy cập ngày 13/7/2019.

có thẩm quyền giải quyết bởi vì không đáp ứng được các điều kiện được nêu ra trong thỏa thuận trọng tài trong BIT này. Cụ thể, nguyên đơn không có khoản đầu tư tại Việt Nam theo các luận điểm sau: bởi vì việc thành lập Văn phòng đại diện thường trực tại TP. Hồ Chí Minh chỉ nhằm mục đích hỗ trợ các công tác hành chính, không thể được xem là khoản đầu tư. Đặc biệt, nguyên đơn không đầu tư tài sản vào Việt Nam thông qua việc thực hiện các công việc phân phối sản phẩm trong lãnh thổ Việt Nam, không tạo nên sự huấn luyện quan trọng về kỹ năng cho nhân viên của Việt Nam, hay chuyển giao công nghệ, bí quyết kỹ thuật sang cho phía Việt Nam. Đặc biệt, các hoạt động của nguyên đơn thực hiện đều diễn ra bên ngoài lãnh thổ Việt Nam. Nói tóm lại, hội đồng trọng tài kết luận không có hoạt động đầu tư của nguyên đơn vào Việt Nam mà vấn đề ở đây chỉ là việc Việt Nam không hoàn thành nghĩa vụ thanh toán theo hợp đồng mua bán mà thôi.⁴⁷

Thứ hai, ở giai đoạn giải quyết nội dung tranh chấp, bởi vì phán quyết về thẩm quyền đã từ chối thụ lý vụ kiện của nguyên đơn, nên hội đồng trọng tài không kết luận về nội dung tranh chấp.

Sau khi nhận được kết luận từ chối giải quyết tranh chấp của hội đồng trọng tài PCA, nguyên đơn không đồng ý bởi vì nguyên đơn cho rằng hội đồng trọng tài đã sai phạm khi khẳng định trọng tài không có thẩm quyền. Do đó, nguyên đơn nộp đơn yêu cầu hủy phán quyết trọng tài lên Tòa án liên bang Thụy Sĩ cho rằng phán quyết này vi phạm Đạo luật liên bang về Luật Tư pháp quốc tế của Thụy Sĩ ngày 18/12/1987.

2.3. Việc hủy phán quyết tại Tòa án Thụy Sĩ⁴⁸

Về nguyên tắc, phán quyết này của trọng tài PCA đối với Việt Nam sẽ được công nhận và thực thi thông qua tòa án quốc gia theo Công ước New York năm 1958 về công nhận và thi hành phán quyết của trọng tài nước ngoài. Trong trường hợp này, nguyên đơn không đồng ý với phán quyết từ chối thẩm quyền của hội đồng trọng tài PCA. Do đó, nguyên đơn đã khởi kiện ra Tòa án Thụy Sĩ yêu cầu tòa án này hủy phán quyết của trọng tài PCA.

Theo Tòa án Thụy Sĩ, Tòa án đồng ý với những lập luận do hội đồng trọng tài đưa ra và như vậy, Tòa án Thụy Sĩ khẳng định hội đồng trọng tài có đủ cơ sở để từ chối thẩm quyền bởi vì nguyên đơn không có thực hiện đầu tư tại Việt Nam. Điều đó có nghĩa là kháng cáo của Recofi yêu cầu hủy phán quyết trọng tài đã bị Tòa án Thụy Sĩ bác bỏ.⁴⁹

2.4. Nhận xét

Vụ kiện này được khởi kiện bởi Công ty Recofi có quốc tịch Pháp mà Pháp và Việt Nam có ký BIT có thỏa thuận trọng tài để doanh nghiệp Pháp

⁴⁷ Đoạn 3.4.4 của phán quyết của tòa án Thụy Sĩ về hủy phán quyết của trọng tài PCA

⁴⁸ <https://www.itlaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7631.pdf>, truy cập ngày 13/7/2019.

⁴⁹ Đoạn 4.3.3 phán quyết yêu cầu hủy phán quyết của hội đồng trọng tài. <https://www.itlaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10121.pdf>, truy cập ngày 27/3/2019.

được quyền khởi kiện Việt Nam lên trọng tài PCA. Tuy nhiên, thỏa thuận này chỉ xác lập thẩm quyền cho trọng tài PCA khi và chỉ khi các bên trong vụ kiện này đáp ứng một số điều kiện nhất định.

Thứ nhất, nguyên đơn thực sự có phải là công dân của Pháp, bên ký kết khác trong Hiệp định BIT hay không? Điều này, các bên không tranh chấp và nội dung vụ kiện cũng không được công khai theo quy tắc tố tụng trọng tài UNCITRAL. Do đó, chúng tôi cho rằng tiêu chí này đã thỏa mãn.

Thứ hai, nguyên đơn có thực hiện khoản đầu tư được định nghĩa tại Điều 1.1 BIT tại Việt Nam hay không? Theo đó, (i) các hợp đồng và các nghĩa vụ phát sinh từ hợp đồng có thể được xem là tài sản hình thành khoản đầu tư của nguyên đơn và (ii) tại Việt Nam. Điều này, theo phân tích tại mục 2.2 và 2.3, chúng ta thấy rõ ràng rằng điều khoản thỏa thuận trọng tài gắn liền với điều khoản định nghĩa về khoản đầu tư đã giúp cho Việt Nam thắng Recofi vì (i) hội đồng trọng tài từ chối giải quyết tranh chấp này do hội đồng trọng tài không có thẩm quyền và (ii) Tòa án Thụy Sĩ cũng đồng ý với kết luận của hội đồng trọng tài mà bác bỏ yêu cầu kháng cáo của nguyên đơn. Thỏa thuận trọng tài này được xây dựng khá hiệu quả vì xác lập tiêu chí về khoản đầu tư phải gắn liền với yếu tố lãnh thổ "*khốn đầu tư được xác lập trên lãnh thổ Việt Nam*", đã giúp ngăn không cho một tranh chấp thương mại thuần túy chuyển thành tranh chấp quốc tế để buộc Việt Nam, nếu bị kết luận có vi phạm, phải bồi thường cho Recofi số tiền có giá trị lớn hơn nhiều so với bồi thường thiệt hại theo cơ chế giải quyết tranh chấp bằng tòa án quốc gia hoặc trọng tài thương mại quốc tế khác.

Như vậy, vì vụ kiện chỉ dừng lại giai đoạn thẩm quyền, chúng ta không thể kết luận rằng Việt Nam có vi phạm hay không vi phạm nghĩa vụ của mình và có phải bồi thường cho Recofi hay không. Bản chất đây là quan hệ hợp đồng mua bán thương mại thông thường, nếu Recofi muốn bồi thường thiệt hại liên quan từ hoặc phát sinh từ việc Việt Nam không thực hiện đầy đủ nghĩa vụ thanh toán. Do đó, Recofi nên chọn trọng tài thương mại quốc tế khác

Thỏa thuận trọng tài trong trọng tài đầu tư quốc tế vô cùng quan trọng bởi vì thỏa thuận này xác lập thẩm quyền cho các trọng tài viên - những người mang tư cách cá nhân của chính mình, không hoạt động dưới danh nghĩa của bất kỳ quốc gia nào nhưng lại có quyền phán xét về tính hợp pháp của quốc gia tiếp nhận đầu tư trong việc ban hành pháp luật, chính sách điều hành nền kinh tế của chính quốc gia đó căn cứ vào các cam kết pháp lý quốc tế mà quốc gia đã xác lập trong các điều ước quốc tế.

Ngoài ra, tầm quan trọng của thỏa thuận trọng tài trong đầu tư quốc tế còn thể hiện ở chỗ thỏa thuận trọng tài có hiệu lực quyết định mọi vấn đề có liên quan đến tố tụng trọng tài, phạm vi thẩm quyền của hội đồng trọng

tài và quan trọng nhất, đó là khả năng công nhận, thi hành phán quyết của hội đồng trọng tài trên thực tế. Nếu không có thỏa thuận trọng tài có hiệu lực thì trọng tài đầu tư quốc tế không có thẩm quyền giải quyết tranh chấp đầu tư. Trong bối cảnh nhiều nhà đầu tư nước ngoài lợi dụng trọng tài đầu tư quốc tế để tìm kiếm tiền bồi thường thiệt hại thông qua việc “tự chuyển hóa” các tranh chấp thương mại quốc tế thông thường thành các tranh chấp đầu tư quốc tế, chúng tôi cho rằng, trong bất kỳ trường hợp nào, các quốc gia và Việt Nam cần phải hết sức thận trọng khi cam kết xác lập thẩm quyền cho các hội đồng trọng tài đầu tư quốc tế, hạn chế tối đa các trường hợp ghi nhận các cam kết mơ hồ, không rõ ràng để có thể tạo cơ hội cho các hội đồng trọng tài giải thích rằng thỏa thuận trọng tài đầu tư quốc tế đã tồn tại và có hiệu lực. Hơn thế nữa, cũng cần phải nghiên cứu kỹ các án lệ của các hội đồng trọng tài đầu tư quốc tế ISDS để các quốc gia có thể khắc phục các thiếu sót trong quá trình đàm phán các điều ước quốc tế và có thêm kinh nghiệm để phản đối thẩm quyền của trọng tài này trong từng tranh chấp đầu tư cụ thể. Bên cạnh đó, các quốc gia tiếp nhận đầu tư nói chung và Việt Nam nói riêng cần phải xây dựng các thỏa thuận trọng tài ISDS theo hướng chúng không thể trở thành công cụ hạn chế quyền lập pháp của chính mình nhưng vẫn bảo vệ được lợi ích kinh tế của nhà đầu tư nước ngoài. Như vậy mới có thể góp phần nâng cao hiệu quả của việc giải quyết tranh chấp đầu tư quốc tế bằng trọng tài và bảo đảm sự phát triển bền vững của hoạt động đầu tư quốc tế. ●

Tài liệu tham khảo

- [1] Nigel Blackaby, Constantine Partasides, et al., Redfern and Hunter, *International Arbitration*, Oxford University Press, 2009, 6th Edition, translate of IFC và VIAC, 2015
- [2] David Cunotti, "How informed is sovereign consent to Investor - State Arbitration", 30 *Maryland Journal of International Law*, 2015
- [3] Christopher F Dugan, Don Wallace, Noah D Rubbus and Borzu Sabahu, *Investor - State Arbitration*, Oxford University press, 2008
- [4] Gaurkrodger, D. and K. Gordon, "Investor-State Dispute Settlement: A Scoping Paper for the Investment Policy Community", *OECD Working Papers on International Investment*, OECD Publishing, 2012/03
- [5] David M Howard, "Creating Consistency through a World Investment Court", *Fordham International Law Journal*, 2017, Vol 41(1)
- [6] J. E. Kabeck & A. Joubin - Bret (ed.), *Reshaping the Investor-State Dispute Settlement System Journeys for the 21st Century*, Brill Publisher, 2015
- [7] Ian A. Laird, Borzu Sabahu, Frédéric G. Sourgens, Todd J. Weiler, *Investment Treaty Arbitration and International Law*, Juris, Vol 6, 2013
- [8] Lê Thu Ánh Nguyệt, "Nguyên tắc bảo vệ trọng tài đầu tư quốc tế và bình luận về sự bảo vệ mặt trong các tranh chấp đầu tư của Việt Nam", *Tạp chí Khoa học pháp lý số 7/2019*
- [9] Jeswald W Salacuse, *The three laws of international investment. National, Contractual, and International Frameworks for Foreign Capital*, Oxford university press, 2013
- [10] Stephen M. Schewebel, *The outlook for the continued vitality, or lack thereof, of investor-state arbitration*, Arbitration International, 2016
- [11] UNCTAD, IIA's Issues Note, *Denouncement of the ICSID Convention and BITs: Impact on Investor - State Claims*, 2010