

GIẢI QUYẾT TRANH CHẤP GIỮA NHÀ ĐẦU TƯ VÀ NHÀ NƯỚC THEO CÁC HIỆP ĐỊNH ĐẦU TƯ QUỐC TẾ MÀ VIỆT NAM LÀ THÀNH VIÊN

Dặng Phương Lê¹

Tóm tắt: Phù hợp với xu hướng hội nhập kinh tế quốc tế ngày càng rộng mở, Việt Nam đang nỗ lực cải thiện môi trường kinh doanh để thu hút vốn đầu tư nước ngoài. Bên cạnh đó, với tư cách là nước tiếp nhận đầu tư, Việt Nam cũng đang phải đối mặt những tranh chấp phát sinh từ phía nhà đầu tư trên cơ sở các hiệp định đầu tư quốc tế (IIAs)². Theo pháp luật và tập quán đầu tư quốc tế, các cơ chế giải quyết tranh chấp giữa nhà đầu tư và Nhà nước (ISDS)³ cho phép các bên áp dụng linh hoạt những quy định về thẩm quyền, trình tự, thủ tục khác nhau để giải quyết tranh chấp theo các IIAs. Các hiệp định thương mại tự do (FTA)⁴ thế hệ mới đang dần hoàn thiện hơn các cơ chế này.

Từ khóa: Tranh chấp, nhà đầu tư và Nhà nước, đầu tư nước ngoài, ISDS, ICSID, IIA, FTA
Nhận bài: 15/02/2021; Hoàn thành biên tập: 15/03/2021; Duyệt đăng: 26/03/2021.

Abstract: In line with the increase in international economic integration, Vietnam is making efforts to improve the business environment to attract foreign investment. Besides, being the host state, Vietnam has been facing disputes with foreign investors arising from the signed international investment (IIA). Under international investment laws and practices, ISDS mechanism(s) enables the concerning parties to flexibly apply various authorities and procedures to resolve the dispute in accordance with IIAs. The new generation FTAs have been gradually improving these mechanisms.

Keywords: Dispute, Investor and Host State, foreign investment, ISDS, ICSID, IIA, FTA
Date of receipt: 15/02/2021; Date of revision: 15/03/2021; Date of approval: 26/03/2021.

Dẫn nhập

Trong bối cảnh toàn cầu hóa hiện nay, tiến trình hội nhập kinh tế quốc tế đang diễn ra sôi động và thúc đẩy các hoạt động thương mại, đầu tư giữa các quốc gia ngày càng mạnh mẽ. Các nước đang phát triển, trong đó có Việt Nam, đã và đang nỗ lực đàm phán, ký kết các hiệp định đầu tư quốc tế cùng với những cam kết đãi ngộ và bảo hộ đầu tư nhằm thu hút nguồn vốn đầu tư từ nước ngoài.

Thực tế là, ở bất kỳ quốc gia nào có sự tiếp nhận đầu tư, các nhà đầu tư bên cạnh thể hiện sự hợp tác trong quan hệ đầu tư quốc tế, còn có mục đích cạnh tranh thu được lợi nhuận tối đa cho mình. Họ luôn có yêu cầu được bảo đảm về mặt pháp lý cho khoản đầu tư của họ và trước những rủi ro tiềm ẩn. Trong khi đó, ở những quốc gia có môi trường đầu tư chưa được cải thiện, hệ thống pháp luật chưa đồng bộ và minh

bạch, dẫn đến không tránh khỏi phát sinh những tranh chấp từ phía nhà đầu tư. Những cam kết bảo hộ đầu tư cùng việc từ bỏ quyền miễn trừ quốc gia trong các hiệp định đầu tư quốc tế (IIA) đã tạo cơ sở pháp lý cho cho nhà đầu tư nước ngoài khởi kiện đối với Nhà nước khi họ cho rằng khoản đầu tư và quyền lợi của họ không được bảo hộ thỏa đáng theo các cam kết trong điều ước quốc tế liên quan. Những cam kết từ phía chính phủ nước tiếp nhận đầu tư thường là đối xử công bằng, bình đẳng, không tước quyền sở hữu đối với tài sản của nhà đầu tư...

Một tranh chấp đầu tư có thể phát sinh từ vi phạm cam kết bảo hộ đầu tư của nước tiếp nhận đầu tư hay bởi sự can thiệp hoặc sự không can trọng của nước đó dựa theo quy định của pháp luật hiện hành, hoặc theo IIA đã ký kết⁵. Pháp luật Việt Nam cũng đưa ra định nghĩa về tranh chấp đầu tư quốc tế, là tranh chấp phát sinh từ

¹ Thạc Sĩ, Công ty Luật TNHH RHTLaw Việt Nam.

² Hiệp định đầu tư quốc tế (International Investment Agreement - IIA).

³ Giải quyết tranh chấp giữa nhà đầu tư và nhà nước (Investor-State Dispute Settlement - ISDS).

⁴ Hiệp định thương mại tự do (Free Trade Agreement – FTA).

⁵ Hanoi Law University, *Textbook on International Investment*, Youth Publishing House, 2017.



việc nhà đầu tư nước ngoài kiện Chính phủ, Nhà nước Việt Nam hoặc cơ quan nhà nước dựa trên cơ sở các (i) hiệp định đầu tư mà Việt Nam là thành viên hoặc (ii) hợp đồng, thỏa thuận giữa Chính phủ Việt Nam và nhà đầu tư nước ngoài⁶.

Cơ chế giải quyết tranh chấp giữa nhà đầu tư và Nhà nước (ISDS) ra đời đã đáp ứng mong muốn của nhà đầu tư khi có nhu cầu giải quyết đồng, tranh chấp giữa nhà đầu tư và Nhà nước liên quan đến hoạt động đầu tư. Nhà đầu tư là cá nhân hoặc pháp nhân đến từ quốc gia thành viên của IIA mà nước tiếp nhận đầu tư là tham gia ký kết. Các cơ chế ISDS này được thiết lập chủ yếu trong các hiệp định song phương về khuyến khích và bảo hộ đầu tư (BITs)⁷, IIAs, FTAs có chương về đầu tư, hay trong một số thỏa thuận đầu tư quốc tế nhằm giải quyết tranh chấp giữa nhà đầu tư nước ngoài và nước tiếp nhận đầu tư.

Đối với Việt Nam, tính từ khi bắt đầu mở cửa tiếp nhận nguồn vốn đầu tư trực tiếp nước ngoài vào năm 1987, Việt Nam đã ký kết và tham gia các hiệp định đầu tư quốc tế với nhiều quốc gia trên thế giới và khu vực, bao gồm 67 BITs, 13 FTAs và đang đàm phán tham gia một số FTAs khác có quy định về bảo hộ đầu tư⁸. Hầu hết các hiệp định bảo hộ đầu tư và các FTA thế hệ mới mà Việt Nam là thành viên đã có quy định về cơ chế ISDS bao gồm, Hiệp định đối tác kinh tế chiến lược xuyên Thái Bình Dương (CPTPP), Hiệp định đầu tư toàn diện ASEAN trong khuôn khổ cộng đồng kinh tế ASEAN (ACIA), Hiệp định bảo hộ đầu tư Việt Nam - EU

(EVIPA) được tách ra từ Hiệp định thương mại song phương Việt Nam - Liên minh Châu Âu (EVFTA), Hiệp định thương mại tự do giữa Việt Nam và liên minh kinh tế Á - Âu (EAEU), Hiệp định thương mại tự do Việt Nam - Hàn Quốc (VKFPA), và một số hiệp định giữa ASEAN và một số đối tác⁹. Theo thông kê sơ bộ của Bộ Tư pháp, tính đến tháng 9 năm 2019, có 10 vụ tranh chấp nhà đầu tư nước ngoài và Nhà nước tại trọng tài quốc tế, trong năm 2019 có 22 vụ nhà đầu tư thông báo ý định khởi kiện, 19 vụ việc khác đang được giải quyết tại các cơ quan tố tụng Việt Nam và 129 vụ việc khác đang được giải quyết tại các cơ quan nhà nước có thẩm quyền¹⁰.

Trong bài viết này, tác giả tập trung phân tích những nội dung về giải quyết tranh chấp giữa nhà đầu tư và nhà nước theo các hiệp định đầu tư quốc tế mà Việt Nam là thành viên.

1. ISDS thông qua tham vấn, thương lượng

Tham vấn, thương lượng giữa nhà đầu tư nước ngoài và nhà nước thường là phương thức được ưu tiên lựa chọn trong các hiệp định về đầu tư. Tham vấn, thương lượng trong ISDS là việc nhà đầu tư và nhà nước tiến hành trao đổi, thỏa thuận với nhau để hóa giải những bất đồng trong mối quan hệ đầu tư quốc tế, hướng đến kết quả thỏa mãn các lợi ích khác nhau của hai bên bằng con đường ngoại giao, hữu nghị.

Biện pháp tham vấn, thương lượng thường được thực hiện trong một khoảng thời gian tầm từ 03 đến 06 tháng kể từ khi phát sinh bất đồng

⁶ Khoản 1 Điều 2 Quyết định số 14/2020/QĐ-TTg ngày 08/4/2020 của Thủ tướng Chính phủ ban hành Quy chế phối hợp giải quyết tranh chấp đầu tư quốc tế.

⁷ Hiệp định song phương về bảo hộ đầu tư (Bilateral Investment Treaty - BIT).

⁸ Bảng tổng hợp các BIT của Việt Nam, International Investment Agreements Navigator, UNCTAD, <https://investmentpolicy.unctad.org/country-navigator/237/viet-nam>, truy cập ngày 28/02/2021; Bảng tổng hợp các FTA của Việt Nam, <http://trungtamwto.vn/thong-ke/12065-tong-hop-cac-fta-cua-viet-nam-tinh-den-thang-112018>, truy cập ngày 28/02/2021.

⁹ Hiệp định thương mại tự do ASEAN - Ấn Độ (AIFTA), Hiệp định về đầu tư giữa ASEAN Hàn Quốc (AKFTA), Hiệp định đầu tư giữa ASEAN và Hongkong (AHKFTA), Hiệp định thương mại tự do ASEAN - Australia/New Zealand (AANZFTA), Hiệp định về đầu tư trong khuôn khổ hiệp định khung về hợp tác kinh tế toàn diện ASEAN - Trung Quốc (ACFTA), Hiệp định đối tác kinh tế Việt Nam - Nhật Bản (VJEPA).

¹⁰ Các vụ tranh chấp giữa nhà nước và nhà đầu tư nước ngoài tăng lên đáng kể, Báo xây dựng, <https://baoxaydung.com.vn/cac-vu-tranh-chap-giua-nha-nuoc-va-nha-dau-tu-nuoc-ngoai-tang-len-dang-ke-270372.html>, truy cập ngày 28/02/2021.

hoặc tranh chấp. Nếu kết thúc thời gian đó mà hai bên chưa giải quyết được tranh chấp thì có thể đưa tranh chấp ra giải quyết tại trọng tài quốc tế hoặc cơ quan tài phán có thẩm quyền theo quy định tại các hiệp định đầu tư. BIT giữa Việt Nam và Nhật Bản quy định: “*Bất kỳ tranh chấp nào, trong chừng mực có thể, sẽ được giải quyết thông qua hòa giải bằng cách thương lượng giữa các bên tranh chấp đầu tư*”. Tương tự, BIT giữa Việt Nam và Hàn Quốc cũng quy định: “*Các tranh chấp, nếu có thể, sẽ được giải quyết bằng cách thương lượng hoặc tham vấn*”.

Vụ *McKenzie v. Viet Nam* (còn gọi là vụ *South Fork*)¹¹, là tranh chấp giữa ông Michael McKenzie, nhà đầu tư quốc tịch Hoa Kỳ, với Chính phủ Việt Nam liên quan đến dự án xây dựng khu du lịch nghỉ dưỡng South Fork tại tỉnh Bình Thuận. Việt Nam đã tích cực thực hiện tham vấn/thương lượng thông qua các buổi gặp gỡ, trao đổi và giải thích với nhà đầu tư về các quyền và nghĩa vụ của nhà đầu tư và công ty theo quy định của pháp luật. Tuy nhiên, việc tham vấn thương lượng đã không có kết quả. Sau đó, nhà đầu tư đã căn cứ BTA Việt Nam - Hoa Kỳ năm 2000 để kiện Chính phủ Việt Nam theo cơ chế UNCITRAL. Kết quả là Chính phủ Việt Nam đã thắng kiện do nhà đầu tư bị bác đơn khởi kiện và do khoản đầu tư không được bảo hộ theo BTA¹².

2. ISDS thông qua trung gian hòa giải

Nếu như trong thương lượng, tham vấn, các bên tự mình đàm phán để giải quyết tranh chấp và không có sự can thiệp của bên thứ ba thì phương thức trung gian/hòa giải luôn có sự xuất hiện của bên thứ ba. Cụ thể, bên thứ ba sẽ tìm hiểu về vấn đề của tranh chấp và từ đó đề xuất giải pháp cho các bên, giúp các bên vượt qua các rào cản để đạt tới điểm tương đồng và thỏa hiệp.

Thủ tục hòa giải có thể được tiến hành trong quá trình giải quyết tranh chấp, nhưng phải trước khi cơ quan tài phán theo cơ chế ISDS ra phán quyết về vụ việc. Hòa giải có tính chất tự nguyện, do các bên tự thực hiện thông qua trung gian hòa giải hoặc hòa giải trước cơ quan tài phán theo thủ tục của cơ quan tài phán đó. Phương thức này sẽ giúp không gây tổn hại đến mối quan hệ giữa hai bên cũng như tránh phải tốn thời gian, tiền bạc vào các biện pháp xét xử có tính đối kháng.

Do tính chất riêng tư và bảo mật của cơ chế trung gian/hòa giải, hiện không có nhiều thông tin về các vụ việc giải quyết bằng cơ chế này. Theo thống kê từ trung tâm giải quyết tranh chấp đầu tư quốc tế (ICSID)¹³, chỉ có 13 vụ việc được giải quyết thông qua hòa giải tại trung tâm này, trong đó 09 vụ việc đã có kết quả, và 04 vụ việc vẫn đang trong quá trình giải quyết¹⁴.

3. ISDS tại cơ quan tài phán trong nước

Đa số các BITs mà Việt Nam đã ký kết có quy định về việc xử lý tranh chấp đầu tư quốc tế tại tòa án có thẩm quyền của Việt Nam. Bên cạnh đó, cũng có nhiều BIT quy định cơ quan tài phán trong nước được hiểu là các tòa án Việt Nam hoặc trọng tài Việt Nam, ví dụ như, Trung tâm trọng tài quốc tế Việt Nam bên cạnh Phòng Thương mại và công nghiệp Việt Nam (VIAC) hoặc cơ quan hành chính Việt Nam. Điển hình là BIT Việt Nam – Italia quy định một trong các biện pháp giải quyết tranh chấp tại Tòa án có thẩm quyền của quốc gia ký kết; BIT Việt Nam – Ấn Độ hay BIT Việt Nam – Australia cho phép tranh chấp có thể giải quyết tại cơ quan tư pháp hoặc hành chính có thẩm quyền của một bên ký kết, theo pháp luật của nước tiếp nhận đầu tư. Từ đó có thể hiểu khi Việt Nam là quốc gia tiếp nhận đầu tư thì việc giải

¹¹ *McKenzie v. Viet Nam*, <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/cases/382/mckenzie-v-viet-nam>, truy cập ngày 28/02/2021.

¹² Thục Quyên, *Phối hợp hiệu quả trong giải quyết tranh chấp đầu tư quốc tế*, Báo pháp luật, 2016, <https://baophapluat.vn/kinh-te/phoi-hop-hieu-qua-trong-giai-quet-tranh-chap-dau-tu-quoc-te-308313.html>, truy cập ngày 28/02/2021.

¹³ ICSID là Trung tâm giải quyết tranh chấp đầu tư quốc tế của Ngân hàng thế giới, được thành lập theo Công ước về giải quyết tranh chấp đầu tư giữa các quốc gia và các công dân quốc gia khác năm 1965 (“Công ước ICSID”).

¹⁴ Xem chi tiết bảng tra cứu của ICSID tại <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/AdvancedSearch.aspx>, truy cập ngày 28/02/2021.



quyết tranh chấp sẽ tuân theo pháp luật tố tụng trong nước của Việt Nam.

4. ISDS tại trọng tài quốc tế

Trọng tài là một phương thức giải quyết tranh chấp ngoài tòa án. Nhà đầu tư nước ngoài và Nhà nước sẽ đưa tranh chấp về đầu tư ra trọng tài ('trọng tài viên', 'người phân xử' hoặc 'hội đồng trọng tài') và đồng ý ràng buộc bởi quyết định trọng tài ('phán quyết'). Bên thứ ba (trọng tài) đánh giá các bằng chứng trong vụ án và đưa ra quyết định pháp lý bắt buộc đối cả hai bên và được thi hành tại tòa án.

Việc lựa chọn trọng tài quốc tế cho ISDS được quy định bởi các hiệp định đầu tư quốc tế mà Việt Nam là thành viên rất đa dạng. Theo đó, đa số các hiệp định cho phép các bên trong tranh chấp lựa chọn.

4.1. ISDS tại ICSID

ICSID là trọng tài quy chế được thiết lập trên cơ sở Công ước ICSID. Đây là một cơ chế hòa giải và trọng tài thường trực bên cạnh ngân hàng Thế Giới. ICSID có trụ sở tại Washington, là tổ chức trọng tài quốc tế hàng đầu về quản lý trọng tài đầu tư.

Thẩm quyền:

Có ba điều kiện để ICSID có thẩm quyền thụ lý vụ tranh chấp và áp dụng quy chế trọng tài để giải quyết: (i) tranh chấp đó phải phát sinh trực tiếp từ một hoạt động đầu tư; (ii) một bên tranh chấp phải là một quốc gia thành viên Công ước và bên kia là công dân của một quốc gia thành viên khác; (iii) các bên tranh chấp phải thể hiện sự chấp thuận bằng văn bản về việc đưa vụ việc ra giải quyết tại ICSID¹⁵.

Đối với điều kiện thứ hai, tuy Việt Nam chưa tham gia Công ước nhưng ICSID vẫn có ảnh hưởng nhất định đối với Việt Nam theo cơ chế phụ trợ. Vì vậy, vụ tranh chấp giữa nhà đầu tư từ quốc gia thành viên của Công ước và chính phủ Việt Nam có thể được giải quyết theo quy chế cơ chế phụ trợ¹⁶.

Quy trình, thủ tục¹⁷:

(i) Gửi yêu cầu trọng tài tới Tổng Thư ký của ICSID; (ii) Tổng Thư Ký xem xét thẩm quyền giải quyết tranh chấp của ICSID; (iii) Xác định số lượng và cách thức bổ nhiệm trọng tài; (iv) Bổ nhiệm thành viên hội đồng trọng tài; (v) Thành lập hội đồng trọng tài; (vi) Phiên họp đầu tiên; (vii) Tố tụng viết: thường bao gồm 2 vòng biện hộ. Trong đó, ở vòng thứ nhất, Nguyên đơn sẽ nộp bản biện hộ (Memorial) và sau đó, Bị đơn sẽ nộp bản phản biện lại (Counter Memorial). Sang vòng thứ hai, Nguyên đơn sẽ nộp một bản Hồi Đáp (Reply) và Bị đơn, theo đó, sẽ nộp một bản Phản biện lần 2 (Rejoinder); (viii) Phiên điều trần (Oral Hearing); (ix) Các thành viên của Hội đồng trọng tài thảo luận và cân nhắc các vấn đề sau mỗi buổi xét xử; (x) Ra phán quyết. Hội đồng trọng tài chỉ đưa ra một phán quyết duy nhất cho mỗi vụ tranh chấp, đó là quyết định cuối cùng và ràng buộc, có thể được công nhận và thi hành tại bất kỳ quốc gia thành viên nào của ICSID. Không có thủ tục phúc thẩm phán quyết, tuy nhiên có những biện pháp khắc phục hậu phán quyết theo Công ước ICSID; (xi) Công nhận và thực thi phán quyết và các biện pháp khắc phục hậu phán quyết; (xii) Riêng đối với cơ chế phụ trợ ICSID, việc công nhận và thi hành phán quyết sẽ áp dụng như Công ước ICSID. Do đó, Quy tắc trọng tài áp dụng cho các trường hợp cơ chế phụ trợ ICSID quy định rằng địa điểm trọng tài phải ở trong một quốc gia là thành viên của Công ước New York 1958¹⁸. Việc công nhận và thi hành phán quyết theo cơ chế phụ trợ ICSID được điều chỉnh bởi luật của nơi phân xử, bao gồm mọi điều ước hiện hành.

Các biện pháp khắc phục hậu phán quyết chỉ áp dụng với các phán quyết đưa ra theo Cơ chế phụ trợ ICSID. Các biện pháp này bao gồm: Giải thích phán quyết, sửa lỗi, quyết định bổ sung.

(Xem tiếp bài viết được đăng trên Tạp chí Nghề luật số 5/2021)

¹⁵ Điều 25.1 Công ước về giải quyết tranh chấp đầu tư giữa các quốc gia và các công dân quốc gia khác ("Công ước ICSID").

¹⁶ Điều 2 Cơ chế phụ trợ ICSID.

¹⁷ <https://icsid.worldbank.org/en/pages/process/overview.aspx>, truy cập ngày 28/02/2021.

¹⁸ Công Ước liên hợp quốc về công nhận và thi hành quyết định của Trọng tài nước ngoài ngày 10/6/1958 ("Công ước New York 1958").