

CƠ CHẾ GIẢI QUYẾT TRANH CHẤP ĐẦU TƯ QUỐC TẾ TRONG CÁC HIỆP ĐỊNH THƯƠNG MẠI TỰ DO THỂ HỆ MỚI MÀ VIỆT NAM LÀ THÀNH VIÊN

Nguyễn Thị Anh Thơ*

* ThS, Khoa Pháp luật Thương mại quốc tế, Trường Đại học Luật Hà Nội.

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Tranh chấp, đầu tư, hiệp định thương mại tự do.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 26/09/2019

Biên tập : 01/10/2019

Duyệt bài : 04/10/2019

Tóm tắt:

Trong quá trình hợp tác quốc tế, hệ thống các quy phạm điều chỉnh loại hình tranh chấp đầu tư quốc tế đã luôn được thay đổi theo hướng giới hạn hoặc mở rộng nghĩa vụ của nước tiếp nhận đầu tư, tùy thuộc vào nhu cầu của các thành viên trong hiệp định. Hay theo hướng giới hạn giải quyết tranh chấp tại các cơ quan tài phán trong nước ở nước tiếp nhận đầu tư, hoặc trao quyền cho nhà đầu tư được khởi kiện ra trọng tài quốc tế. Riêng đối với các hiệp định thương mại tự do thế hệ mới mà Việt Nam là thành viên, cơ chế giải quyết tranh chấp giữa nhà đầu tư nước ngoài và Chính phủ nước tiếp nhận đầu tư (ISDS) giữ vị trí chủ đạo, được thiết kế theo mô hình truyền thống hay mô hình hiện đại.

Article Information:

Keywords: Disputes, investments, free trade agreements

Article History:

Received : 26 Sep. 2019

Edited : 01 Oct. 2019

Approved : 04 Oct. 2019

Abstract

In the course of international cooperation, the system of rules governing the international investment disputes has always been amended towards the limitation or expansion of the obligations of the recipient country, which is depended on the needs of the participating countries in the international investment agreement, or in the direction of limitation of the settlement of the disputes at domestic judicial authorities in the recipient country or granting the investors the right to initiate a lawsuit in international arbitration. Particularly, for the new-generation free trade agreements, to which Vietnam is a member, the investor-state dispute settlement (ISDS) holds the key role, which might be designed in either traditional modality or the modern one.

1. Khái niệm tranh chấp đầu tư quốc tế

Trong phán quyết năm 1924 về vụ tranh chấp Mavrommatis, Tòa án Thường trực Công lý quốc tế (tiền thân của Tòa án

Công lý quốc tế) đã định nghĩa tranh chấp như sau: "*tranh chấp là sự bất đồng về mặt pháp lý hay trên thực tế, sự xung đột về mặt quan điểm pháp lý hoặc lợi ích giữa hai hay*

hiều người trở lên¹”. Trong một phán quyết khác của Toà án Công lý quốc tế, “*tranh chấp được hiểu là một tình huống trong đó hai bên có các quan điểm đối lập liên quan tới câu hỏi về thực hiện hoặc không thực hiện một nghĩa vụ nào đó trong hiệp ước*”².

Từ điển Luật học Black định nghĩa: “*tranh chấp được hiểu là mâu thuẫn hay bất đồng về các yêu cầu hay quyền lợi giữa các bên; sự đòi hỏi về yêu cầu hay quyền lợi của một bên bị đáp lại bởi một yêu cầu hay lập luận trái ngược từ bên kia*”³.

Trong quá trình giải quyết tranh chấp, các Hội đồng trọng tài của Trung tâm giải quyết tranh chấp đầu tư quốc tế (International Center of Settlement Investment Dispute – ICSID) đã áp dụng khái niệm tranh chấp tương tự, thường dựa vào cách định nghĩa của Toà án Thường trực Công lý quốc tế và Toà án Công lý quốc tế⁴.

Thuật ngữ “Đầu tư quốc tế” được định nghĩa không đồng nhất trong các Hiệp định đầu tư quốc tế (International Investment Agreements – IIAs). Tùy theo mục tiêu các quốc gia thành viên theo đuổi mà trong hiệp ước về đầu tư, các thành viên có thể mở rộng hoặc thu hẹp phạm vi tiếp cận về khoản đầu

tư, hoặc quy định theo cách tiếp cận đóng hoặc mở. Khái niệm “đầu tư” được định nghĩa dựa vào tài sản nhà đầu tư bỏ ra,⁵ hoặc dựa trên hiện diện thương mại mà nhà đầu tư thiết lập trên lãnh thổ nước tiếp nhận đầu tư. Ngoài ra, một số hiệp định có thể đưa ra một số thuộc tính của khoản đầu tư, chẳng hạn như theo đúng cam kết về vốn hoặc nguồn vốn khác, đặc điểm về mức doanh thu hay lợi nhuận kỳ vọng hoặc khả năng chấp nhận rủi ro...⁶, thời hạn cố định⁷... hay trong quá trình giải quyết tranh chấp, trọng tài hoặc toà án cũng có thể giải thích các đặc điểm của khoản đầu tư để xem xét đối tượng của vụ việc có phải là “khoản đầu tư được điều chỉnh” bởi hiệp định hay không⁸.

Bên cạnh đó, trong các hợp đồng, thỏa thuận đầu tư được ký kết giữa nhà đầu tư nước ngoài và Chính phủ nước tiếp nhận đầu tư cũng có thể giải thích thuật ngữ “đầu tư” để áp dụng riêng cho hợp đồng, thỏa thuận đó.

Theo Quy chế Phối hợp trong giải quyết tranh chấp đầu tư quốc tế⁹, tranh chấp đầu tư quốc tế được hiểu “là tranh chấp phát sinh từ việc Nhà đầu tư nước ngoài kiện Chính phủ, Nhà nước Việt Nam hoặc

- 1 John Collier và Vaughan, Giải quyết tranh chấp trong Luật quốc tế, Nxb. Đại học Oxford, 1999, tr.10.
- 2 Giải thích Hiệp ước Hoà bình với Bulgaria, Hungary và Romania, Ý kiến tư vấn ngày 30/5/1950 (phiên đầu tiên), 1950 ICJ Rep. 65, at 74
- 3 Từ điển Luật học Black (Black’s Law Dictionary) năm 1991, tr. 327
- 4 Maffezini v. Spain, Quyết định về thẩm quyền ngày 25/01/2000, 40 ILM 1129, đoạn 93, 94 (2001); Tokios Tokelés v. Ukraine. Quyết định về thẩm quyền ngày 29/4/2004, đoạn 106, 107; Lucchetti v. Peru, Phán quyết ngày 7/02/2005, đoạn 48; Impregilo v. Pakistan, Quyết định về thẩm quyền ngày 22/4/2005, đoạn 302, 303, AES v. Argentina, Quyết định về thẩm quyền ngày 26/4/2005, đoạn 43; El Paso Energy Intl. Co. v. Argentina, Quyết định về thẩm quyền ngày 27/4/2006, đoạn 61; Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. v. Argentina, Quyết định về thẩm quyền ngày 16/5/2006, đoạn 29, M.C.I. v. Ecuador, Phán quyết ngày 3/7/2007, đoạn 63.
- 5 Cách tiếp cận này được áp dụng đối với một số hiệp định như: Hiệp định hợp tác toàn diện và tiến bộ xuyên Thái Bình Dương. Hiệp định này tiếp cận theo hướng gợi mở về các tài sản được coi là khoản đầu tư. Xem Mục A, Điều 9.1 Chương 9 – Đầu tư, Hiệp định đối tác kinh tế chiến lược xuyên Thái Bình Dương.
- 6 Mục A, Điều 9.1 Chương 9 – Đầu tư, Hiệp định đối tác kinh tế chiến lược xuyên Thái Bình Dương.
- 7 Điều 1.2 Chương 1 Hiệp định bảo hộ đầu tư Việt Nam Liên minh kinh Châu Âu.
- 8 Chẳng hạn trong Án lệ Salini et al v. Morocco, ICSID Case No. ARB/00/4, Decision on Jurisdiction, 152 (Jul 23, 2001), 42 I.L.M. 609 (2003). Hội đồng trọng tài đã sáng tạo ra một bài kiểm tra về các đặc điểm mà một khoản đầu tư phải đáp ứng, bao gồm: (1) đóng góp bằng tiền hoặc tài sản, (2) khoảng thời gian nhất định, (3) một yếu tố mang tính rủi ro, và (4) có đóng góp cho sự phát triển kinh tế của nước tiếp nhận đầu tư.
- 9 Quy chế này ban hành kèm theo Quyết định số 04/2014/QĐ-TTg ngày 14 tháng 01 năm 2014 của Thủ tướng Chính phủ.

cơ quan nhà nước, tổ chức được cơ quan nhà nước ủy quyền quản lý nhà nước dựa trên cơ sở:

a) Hiệp định khuyến khích và bảo hộ đầu tư hoặc hiệp định thương mại hoặc điều ước quốc tế khác có quy định về khuyến khích và bảo hộ đầu tư mà Việt Nam là thành viên (gọi chung là hiệp định bảo hộ đầu tư), trong đó có quy định về việc giải quyết tranh chấp giữa Nhà đầu tư nước ngoài và Chính phủ Việt Nam tại trọng tài quốc tế hay cơ quan tài phán nước ngoài có thẩm quyền; hoặc

b) Hợp đồng, thỏa thuận giữa Chính phủ Việt Nam hoặc cơ quan nhà nước Việt Nam và Nhà đầu tư nước ngoài, trong đó có quy định cơ quan giải quyết tranh chấp phát sinh từ hợp đồng, thỏa thuận này là trọng tài quốc tế hoặc cơ quan tài phán nước ngoài có thẩm quyền”.

Quy chế này đã giới hạn phạm vi điều chỉnh đối với các chủ thể trong tranh chấp, cụ thể là tranh chấp đầu tư giữa nhà đầu tư và Chính phủ nước tiếp nhận đầu tư, đồng thời cũng chỉ rõ cơ sở pháp lý phát sinh quyền và nghĩa vụ của các dự trên hai nguồn chính, đó là Hiệp định bảo hộ đầu tư và hợp đồng, thỏa thuận giữa nhà đầu tư và Chính phủ.

Từ đây, có thể hiểu, tranh chấp đầu tư quốc tế là những mâu thuẫn hay bất đồng về quyền và nghĩa vụ giữa các bên trong quan hệ đầu tư quốc tế, phát sinh từ các hiệp định có liên quan tới đầu tư quốc tế, hiệp định bảo hộ đầu tư hoặc hợp đồng, thỏa thuận đầu tư. Ở đây, các bên tranh chấp có thể là các quốc gia thành viên ký kết điều ước quốc tế có liên quan/quy định về đầu tư; hoặc tranh chấp giữa các bên trong hợp đồng hay thỏa thuận được ký kết giữa nhà đầu tư nước ngoài và Chính phủ nước tiếp nhận đầu tư; hoặc tranh chấp giữa nhà đầu tư nước ngoài với Chính phủ nước tiếp nhận đầu tư theo

Hiệp định ký kết giữa nước chủ nhà đầu tư và chính phủ nước tiếp nhận đầu tư, và các tranh chấp có liên quan tới các quan hệ đầu tư khác.

Trong phạm vi bài viết này, chúng tôi tiếp cận tranh chấp đầu tư quốc tế giới hạn trong phạm vi các hiệp định thương mại tự do thế hệ mới, không mở rộng nghiên cứu tranh chấp giữa các bên trong hợp đồng, thỏa thuận đầu tư.

2. Khái niệm hiệp định thương mại tự do thế hệ mới

Hiệp định thương mại tự do (FTA) là thỏa thuận quốc tế trong đó thuế quan và các rào cản phi thuế quan giữa các nước thành viên dần dần được xóa bỏ nhưng không áp dụng một chính sách thuế quan chung với các nước ngoài khu vực. Đây là cách tiếp cận FTA theo quan điểm truyền thống.

Thuật ngữ “hiệp định tự do thế hệ mới” là thuật ngữ được sử dụng phổ biến hiện nay. Khác với hiệp định thương mại tự do truyền thống chỉ tập trung vào cắt giảm thuế quan và rào cản phi thuế quan trong thương mại hàng hoá¹⁰, hiệp định thương mại tự do thế hệ mới còn mang những đặc trưng sau:

Thứ nhất, FTAs thế hệ mới không chỉ giới hạn trong lĩnh vực hàng hoá, dịch vụ mà còn mở rộng phạm vi điều chỉnh đối với: đầu tư, cạnh tranh, mua sắm công, thương mại điện tử. Phần lớn các FTAs này cũng bao gồm các nguyên tắc tự do hoá đầu tư và bảo hộ nhà đầu tư thông qua việc quy định về cơ chế giải quyết tranh chấp giữa nhà đầu tư nước ngoài và chính phủ nước tiếp nhận đầu tư (ISDS)¹¹.

Thứ hai, một số FTAs thế hệ mới còn bao gồm các nội dung vốn được coi là phi thương mại, như lao động, môi trường, phát triển bền vững và quản trị tốt.

10 European Parliament, Benefits of EU international trade agreements, [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRJE/2017/603269/EPRS_BRJ\(2017\)603269_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRJE/2017/603269/EPRS_BRJ(2017)603269_EN.pdf), truy cập lần cuối ngày 15/9/2019.

11 Madelaine Moore and Christoph Scherrer, Madelaine Moore and Christoph Scherrer, <http://library.fes.de/pdf-files/buc-ros/singapur/13446.pdf>, truy cập lần cuối ngày 15/9/2019.

Thứ ba, các nội dung vốn có trong các FTAs trước đây được quy định chi tiết và mở rộng các biện pháp được điều chỉnh hơn như thương mại hàng hoá, bảo vệ sức khoẻ con người và động thực vật.

Nếu tiếp cận từ góc độ các hiệp định về đầu tư, Giáo sư Khoa Luật, Trường Đại học Hồng Kông, Julien Chaisse đã chia các hiệp định đầu tư, một hệ thống hiệp định quốc tế, làm ba thể hệ¹²:

Thể hệ thứ nhất, các hiệp định đầu tư song phương (Bilateral Investment Treaty -BIT), chủ yếu tập trung vào bảo hộ nhà đầu tư, thông qua duy trì một số biện pháp bảo lưu về các biện pháp bảo đảm đối với hoạt động đầu tư nước ngoài, như là nguyên tắc đối xử quốc gia, các biện pháp chống lại việc tráo trối hữu bất hợp pháp và quy định về việc áp dụng cơ chế trọng tài quốc tế.

Thể hệ thứ hai, phần lớn các BITs cũng như các quy định về đầu tư được chuyển hoá vào trong các FTAs, từ đó quy định các nghĩa vụ về mặt nội dung nhiều hơn và rộng hơn liên quan tới việc đối xử với hoạt động đầu tư nước ngoài. Nguyên tắc đối xử quốc gia áp dụng sau khi nhà đầu tư thiết lập hiện diện, mặc dù vẫn bảo lưu trong một số trường hợp – và không hạn chế đáng kể nghĩa vụ của nhà đầu tư trong việc khiếu nại các biện pháp của nước tiếp nhận đầu tư ra trọng tài quốc tế.

Thể hệ thứ ba, các hiệp định về đầu tư duy trì các tiêu chuẩn cao về bảo hộ các hoạt động đầu tư được công nhận trong các hiệp định thể hệ hai, trong khi mở ra những cơ hội đầu tư mới tại thị trường nước ngoài thông

qua nguyên tắc đối xử quốc gia áp dụng đối với quyền gia nhập thị trường – nội dung mở rộng phạm vi điều chỉnh của nguyên tắc này. Ngoài ra, các hiệp định đầu tư hiện đại còn được soạn thảo theo định hướng phát triển bền vững, tăng cường hoặc dỡ bỏ cơ chế ISDS¹³.

Ở đây, các hiệp định thương mại tự do thể hệ mới bao gồm các quy định về cơ chế giải quyết tranh chấp đầu tư, tác giả sẽ tiếp cận theo hướng các hiệp định đầu tư thể hệ hai và thể hệ ba trong các FTAs. Theo đó, hiện nay một số FTAs thể hệ mới bao gồm các quy định về cơ chế giải quyết tranh chấp đầu tư mà Việt Nam là thành viên bao gồm (nhưng không giới hạn): 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, Hiệp định thương mại tự do giữa ASEAN và một số đối tác¹⁴, Hiệp định thương mại tự do giữa Việt Nam và các đối tác Hiệp định bảo hộ đầu tư (EVIPA) (được tách ra từ Hiệp định thương mại song phương Việt Nam – Liên minh châu Âu – EVFTA), Hiệp định Thương mại Tự do Việt Nam - Hàn Quốc, Hiệp định Thương mại tự do giữa Việt Nam và Liên minh Kinh tế Á-Âu.

3. Các loại tranh chấp đầu tư quốc tế

3.1. Tranh chấp đầu tư quốc tế giữa nhà nước (chính phủ) – nhà nước (chính phủ) (State – State Investment Dispute Settlement)

Giải quyết tranh chấp về đầu tư quốc tế giữa quốc gia và quốc gia đã ra đời trước

12 Julien Chaisse, Chương 1 Tổng quan về Đầu tư quốc tế và Luật đầu tư quốc tế, Giáo trình Luật đầu tư quốc tế, Nxb. Tư pháp, tr. 34-35.

13 UNTACD, Recent Developments in the International Investment Regime, https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcbtrf2018d1_en.pdf, tr.1, truy cập lần cuối ngày 15/9/2019.

14 Hiệp định thương mại tự do ASEAN - Ấn Độ, Hiệp định về đầu tư giữa ASEAN Hàn Quốc, Hiệp định đầu tư giữa ASEAN và Hongkong, 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

cơ quan nhà nước, tổ chức được cơ quan nhà nước ủy quyền quản lý nhà nước dựa trên cơ sở:

a) Hiệp định khuyến khích và bảo hộ đầu tư hoặc hiệp định thương mại hoặc điều ước quốc tế khác có quy định về khuyến khích và bảo hộ đầu tư mà Việt Nam là thành viên (gọi chung là hiệp định bảo hộ đầu tư), trong đó có quy định về việc giải quyết tranh chấp giữa Nhà đầu tư nước ngoài và Chính phủ Việt Nam tại trọng tài quốc tế hay cơ quan tài phán nước ngoài có thẩm quyền; hoặc

b) Hợp đồng, thỏa thuận giữa Chính phủ Việt Nam hoặc cơ quan nhà nước Việt Nam và Nhà đầu tư nước ngoài, trong đó có quy định cơ quan giải quyết tranh chấp phát sinh từ hợp đồng, thỏa thuận này là trọng tài quốc tế hoặc cơ quan tài phán nước ngoài có thẩm quyền”.

Quy chế này đã giới hạn phạm vi điều chỉnh đối với các chủ thể trong tranh chấp, cụ thể là tranh chấp đầu tư giữa nhà đầu tư và Chính phủ nước tiếp nhận đầu tư, đồng thời cũng chỉ rõ cơ sở pháp lý phát sinh quyền và nghĩa vụ của các dự trên hai nguồn chính, đó là Hiệp định bảo hộ đầu tư và hợp đồng, thỏa thuận giữa nhà đầu tư và Chính phủ.

Từ đây, có thể hiểu, tranh chấp đầu tư quốc tế là những mâu thuẫn hay bất đồng về quyền và nghĩa vụ giữa các bên trong quan hệ đầu tư quốc tế, phát sinh từ các hiệp định có liên quan tới đầu tư quốc tế, hiệp định bảo hộ đầu tư hoặc hợp đồng, thỏa thuận đầu tư. Ở đây, các bên tranh chấp có thể là các quốc gia thành viên ký kết điều ước quốc tế có liên quan/quy định về đầu tư; hoặc tranh chấp giữa các bên trong hợp đồng hay thỏa thuận được ký kết giữa nhà đầu tư nước ngoài và Chính phủ nước tiếp nhận đầu tư; hoặc tranh chấp giữa nhà đầu tư nước ngoài với Chính phủ nước tiếp nhận đầu tư theo

Hiệp định ký kết giữa nước chủ nhà đầu tư và chính phủ nước tiếp nhận đầu tư, và các tranh chấp có liên quan tới các quan hệ đầu tư khác.

Trong phạm vi bài viết này, chúng tôi tiếp cận tranh chấp đầu tư quốc tế giới hạn trong phạm vi các hiệp định thương mại tự do thế hệ mới, không mở rộng nghiên cứu tranh chấp giữa các bên trong hợp đồng, thỏa thuận đầu tư.

2. Khái niệm hiệp định thương mại tự do thế hệ mới

Hiệp định thương mại tự do (FTA) là thỏa thuận quốc tế trong đó thuế quan và các rào cản phi thuế quan giữa các nước thành viên dần được xóa bỏ nhưng không áp dụng một chính sách thuế quan chung với các nước ngoài khu vực. Đây là cách tiếp cận FTA theo quan điểm truyền thống.

Thuật ngữ “hiệp định tự do thế hệ mới” là thuật ngữ được sử dụng phổ biến hiện nay. Khác với hiệp định thương mại tự do truyền thống chỉ tập trung vào cắt giảm thuế quan và rào cản phi thuế quan trong thương mại hàng hoá¹⁰, hiệp định thương mại tự do thế hệ mới còn mang những đặc trưng sau:

Thứ nhất, FTAs thế hệ mới không chỉ giới hạn trong lĩnh vực hàng hoá, dịch vụ mà còn mở rộng phạm vi điều chỉnh đối với: đầu tư, cạnh tranh, mua sắm công, thương mại điện tử. Phần lớn các FTAs này cũng bao gồm các nguyên tắc tự do hoá đầu tư và bảo hộ nhà đầu tư thông qua việc quy định về cơ chế giải quyết tranh chấp giữa nhà đầu tư nước ngoài và chính phủ nước tiếp nhận đầu tư (ISDS)¹¹.

Thứ hai, một số FTAs thế hệ mới còn bao gồm các nội dung vốn được coi là phi thương mại, như lao động, môi trường, phát triển bền vững và quản trị tốt.

10 European Parliament, Benefits of EU international trade agreements, [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2017/603269/EPRS_BRI\(2017\)603269_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2017/603269/EPRS_BRI(2017)603269_EN.pdf), truy cập lần cuối ngày 15/9/2019.

11 Madelaine Moore and Christoph Scherrer, Madelaine Moore and Christoph Scherrer, <http://library.fes.de/pdf-files/buecos/singapur/13446.pdf>, truy cập lần cuối ngày 15/9/2019.

Thứ ba, các nội dung vốn có trong các FTAs trước đây được quy định chi tiết và mở rộng các biện pháp được điều chỉnh hơn như thương mại hàng hoá, bảo vệ sức khoẻ con người và động thực vật.

Nếu tiếp cận từ góc độ các hiệp định về đầu tư, Giáo sư Khoa Luật, Trường Đại học Hồng Kông, Julien Chaisse đã chia các hiệp định đầu tư, một hệ thống hiệp định quốc tế, làm ba thể hệ¹²:

Thể hệ thứ nhất, các hiệp định đầu tư song phương (Bilateral Investment Treaty -BIT), chủ yếu tập trung vào bảo hộ nhà đầu tư, thông qua duy trì một số biện pháp bảo lưu về các biện pháp bảo đảm đối với hoạt động đầu tư nước ngoài, như là nguyên tắc đối xử quốc gia, các biện pháp chống lại việc tước hữu bất hợp pháp và quy định về việc áp dụng cơ chế trọng tài quốc tế.

Thể hệ thứ hai, phần lớn các BITs cũng như các quy định về đầu tư được chuyển hoá vào trong các FTAs, từ đó quy định các nghĩa vụ về mặt nội dung nhiều hơn và rộng hơn liên quan tới việc đối xử với hoạt động đầu tư nước ngoài. Nguyên tắc đối xử quốc gia áp dụng sau khi nhà đầu tư thiết lập hiện diện, mặc dù vẫn bảo lưu trong một số trường hợp – và không hạn chế đáng kể nghĩa vụ của nhà đầu tư trong việc khiếu nại các biện pháp của nước tiếp nhận đầu tư ra trọng tài quốc tế.

Thể hệ thứ ba, các hiệp định về đầu tư duy trì các tiêu chuẩn cao về bảo hộ các hoạt động đầu tư được công nhận trong các hiệp định thể hệ hai, trong khi mở ra những cơ hội đầu tư mới tại thị trường nước ngoài thông

qua nguyên tắc đối xử quốc gia áp dụng đối với quyền gia nhập thị trường – nội dung mở rộng phạm vi điều chỉnh của nguyên tắc này. Ngoài ra, các hiệp định đầu tư hiện đại còn được soạn thảo theo định hướng phát triển bền vững, tăng cường hoặc dỡ bỏ cơ chế ISDS¹³.

Ở đây, các hiệp định thương mại tự do thể hệ mới bao gồm các quy định về cơ chế giải quyết tranh chấp đầu tư, tác giả sẽ tiếp cận theo hướng các hiệp định đầu tư thể hệ hai và thể hệ ba trong các FTAs. Theo đó, hiện nay một số FTAs thể hệ mới bao gồm các quy định về cơ chế giải quyết tranh chấp đầu tư mà Việt Nam là thành viên bao gồm (nhưng không giới hạn): 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, Hiệp định thương mại tự do giữa ASEAN và một số đối tác¹⁴, Hiệp định thương mại tự do giữa Việt Nam và các đối tác Hiệp định bảo hộ đầu tư (EVIPA) (được tách ra từ Hiệp định thương mại song phương Việt Nam – Liên minh châu Âu – EVFTA), Hiệp định Thương mại Tự do Việt Nam - Hàn Quốc, Hiệp định Thương mại tự do giữa Việt Nam và Liên minh Kinh tế Á-Âu.

3. Các loại tranh chấp đầu tư quốc tế

3.1. Tranh chấp đầu tư quốc tế giữa nhà nước (chính phủ) – nhà nước (chính phủ) (State – State Investment Dispute Settlement)

Giải quyết tranh chấp về đầu tư quốc tế giữa quốc gia và quốc gia đã ra đời trước

12 Julien Chaisse, Chương 1 Tổng quan về Đầu tư quốc tế và Luật đầu tư quốc tế, Giáo trình Luật đầu tư quốc tế, Nxb. Tư pháp, tr. 34-35.

13 UNTACD, Recent Developments in the International Investment Regime, https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcbinf2018d1_en.pdf, tr.1, truy cập lần cuối ngày 15/9/2019

14 Hiệp định thương mại tự do ASEAN - Ấn Độ, Hiệp định về đầu tư giữa ASEAN Hàn Quốc, Hiệp định đầu tư giữa ASEAN và Hongkong, 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.

cơ chế giải quyết tranh chấp đầu tư giữa nhà đầu tư nước ngoài và chính phủ nước tiếp nhận đầu tư (ISDS) bằng trọng tài, là một quy phạm trong hiệp ước hữu nghị, thương mại và hàng hải (Friendship, Commerce and Navigation – FCN) và một số các hiệp định đầu tư khác¹⁵. Tuy nhiên, trên thực tế, số lượng tranh chấp đầu tư giữa quốc gia với quốc gia lại khá hạn chế, nhưng cơ chế này vẫn tiếp tục được duy trì trong nhiều hiệp định thương mại tự do và hiệp định đối tác kinh tế¹⁶. Trên thực tế, các quốc gia vẫn tiếp tục ký kết các điều ước với các quy định về cơ chế trọng tài ISDS, tuy nhiên một số quốc gia đã quyết định loại bỏ cơ chế này trong các hiệp định và chỉ giữ lại cơ chế giải quyết tranh chấp giữa chính phủ và chính phủ¹⁷.

Ngoài ra, tranh chấp giữa nhà nước với nhà nước liên quan tới chính sách thương mại của một bên theo các cam kết quốc tế chẳng hạn như tranh chấp giữa các thành viên/quốc gia thành viên của Tổ chức Thương mại thế giới (WTO) được giải quyết theo cơ chế giải quyết tranh chấp của Tổ chức thương mại thế giới (WTO)¹⁸, hoặc các tranh chấp giữa chính phủ với chính phủ trước Tòa án công lý quốc tế (ICJ). Cơ chế giải quyết tranh chấp trong khuôn khổ các tổ chức quốc tế này có thể tạo sự bình đẳng giữa các quốc

gia trong tranh chấp. Tuy nhiên, tất cả các tranh chấp đều có thể trở nên chính trị hoá ở một mức độ nào đó, bao gồm cả cơ chế ISDS. Chẳng hạn, một số quốc gia của nhà đầu tư mang quốc tịch gây áp lực từ phía sau lên chính phủ nước tiếp nhận đầu tư trước hoặc trong suốt quá trình tranh chấp diễn ra. Một số quốc gia của nhà đầu tư cũng can thiệp cả vào giai đoạn thực thi phán quyết¹⁹. Vì vậy, thay vì những tranh chấp đơn thuần về đầu tư, trong nhiều trường hợp, những tranh chấp này còn ảnh hưởng bởi nhiều yếu tố như chính trị, kinh tế thậm chí là quân sự.

Trong tranh chấp giữa nhà nước với nhà nước, mục đích chủ yếu liên quan tới chính sách thương mại của một bên theo các cam kết quốc tế. Đơn cử như tranh chấp liên quan tới hiệp định TRIMs trong WTO chủ yếu liên quan tới các biện pháp hạn chế và bóp méo thương mại²⁰. Mục tiêu của nhà nước trong vụ tranh chấp này không nhằm mục đích yêu cầu bồi thường thiệt hại mà nhằm mục đích chính là buộc nhà nước hay chính phủ khác có biện pháp vi phạm phải chấm dứt hành vi vi phạm.

3.2. Tranh chấp giữa nhà đầu tư nước ngoài và Chính phủ nước tiếp nhận đầu tư (Investor – State Dispute Settlement – ISDS)

- 15 Xem Mục D Chương 14 (Investment) và Chương 31 (Dispute Settlement Procedures) trong USMCA; Điều 48 Chương IV (Investment) and Chương IX (Dispute Settlement) trong EFTA–Singapore FTA (2002); Điều 13 (Dispute Between Parties) và Điều 14 (Investment Disputes between a Party and an Investor) Hiệp định đầu tư trong khuôn khổ Hiệp định khung về Hợp tác kinh tế toàn diện giữa ASEAN và Trung Quốc (2009).
- 16 Nathalie Bernasconi-Osterwalder, State–State Dispute Settlement in Investment Treaties, the International Institute for Sustainable Development Best Practice Series (2014).
- 17 Một số các chương về đầu tư trong hiệp định thương mại và đầu tư toàn diện đã không còn bóng dáng của các điều khoản về cơ chế trọng tài ISDS, thay vào đó lại xuất hiện hoặc duy trì các điều khoản giải quyết tranh chấp giữa chính phủ - chính phủ, ví dụ như Hiệp định thương mại tự do Australia – Malaysia, Hiệp định đối tác kinh tế Nhật Bản – Philippines...
- 18 Tranh chấp giữa các thành viên WTO về các biện pháp đầu tư liên quan đến thương mại được điều chỉnh bởi Hiệp định về các biện pháp đầu tư có liên quan đến thương mại (Agreement on Trade-Related Investment Measures – TRIMs).
- 19 Chẳng hạn trong hai phán quyết giữa nhà đầu tư Hoa Kỳ và Chính phủ Argentina, đã dẫn tới việc Hoa Kỳ dỡ bỏ ưu đãi thương mại cho Argentina để bù đắp lại tổn thất trong các phán quyết của trọng tài đầu tư. Xem thêm Palmer, D. (2012, Mar. 26). Obama says to suspend trade benefits for Argentina. Reuters, <http://www.reuters.com/article/2012/03/26/us-usa-argentina-trade-idUSBRE82P0QX20120326>, truy cập lần cuối ngày 15/9/2019.
- 20 Xem https://www.wto.org/english/tratop_e/invest_e/trims_e.htm, truy cập lần cuối ngày 12/9/2019.

Trước khi hệ thống ISDS ra đời vào giữa thế kỷ 20, tranh chấp giữa nhà đầu tư và Chính phủ nước tiếp nhận đầu tư không thể giải quyết trực tiếp bằng cơ chế đối thoại giữa nhà đầu tư và Chính phủ; thủ tục tố tụng tại toà án trong nước cũng không giúp các nhà đầu tư, Chính phủ của nước nhà đầu tư trong một vài vụ việc phải can thiệp thông qua biện pháp bảo vệ ngoại giao hoặc sử dụng áp lực quân sự²¹. Từ thực tiễn đó, ISDS có thể được xem là một bước tiến đáng kể về mặt thể chế, giúp giảm bớt căng thẳng quốc tế và áp lực quân sự²².

Cơ chế ISDS trong hàng nghìn các IAs và các văn bản pháp lý quốc tế khác đều mang ba đặc tính cơ bản như sau²³:

Thứ nhất, cơ sở pháp lý của ISDS phức tạp và đa dạng, trong khi các cơ chế giải quyết tranh chấp khác đều dựa trên các mô hình hiệp ước nhất định. Cơ sở pháp lý của ISDS trong các điều khoản giải quyết tranh chấp tại 3000 điều ước về đầu tư, trong các công ước quốc tế (Công ước ICSID và Công ước New York) và các quy tắc trọng tài. Phần lớn các Hiệp định đầu tư song phương đều quy định về ISDS và gần đây các tranh chấp ISDS cũng được khởi kiện dựa trên các BITs này.

Thứ hai, ISDS cho phép các bên tư nhân được khởi kiện chính phủ (chủ thể thường được hưởng quyền miễn trừ tư pháp) và có thể yêu cầu bồi thường một khoản tiền lớn²⁴.

Thứ ba, các thủ tục được áp dụng trong tố tụng trọng tài ISDS thường dựa trên cơ chế trọng tài thương mại²⁵.

3.3. Tranh chấp giữa thương nhân và thương nhân trong thương mại quốc tế nhưng là khởi nguồn của tranh chấp đầu tư quốc tế

Tranh chấp giữa thương nhân và thương nhân trong quan hệ thương mại quốc tế có thể làm phát sinh các tranh chấp thuộc các nhóm khác. Chẳng hạn như nhà đầu tư nước ngoài khởi kiện do Chính phủ nước tiếp nhận đầu tư đưa ra những quyết định, hoặc phán quyết của cơ quan tư pháp gây bất lợi cho nhà đầu tư²⁶.

4. Cơ chế giải quyết tranh chấp đầu tư quốc tế trong các hiệp định đầu tư quốc tế nói chung và trong các hiệp định thương mại tự do thế hệ mới mà Việt Nam là thành viên

4.1. Các cơ chế giải quyết tranh chấp đầu tư quốc tế giữa quốc gia - quốc gia

Điều khoản về giải quyết tranh chấp

- 21 Xem thêm O. Thomas Johnson and Jonathan Gimblett, "From Gunboats to BITs. The Evolution of Modern International Investment Law," Yearbook on International Investment Law and Policy (December 2011); Andrew Paul Newcombe and Luis Paradell, Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment. Under "Historical Development of Investment Treaty Law" (2009), p. 9; Barnali Choudhury, Recapturing Public Power: Is Investment Arbitration's Engagement of the Public Interest Contributing to the Democratic Deficit? Vanderbilt Journal of Transnational Law (2008), p. 780, available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1070701>.
- 22 See Won-Mog Choi, "The present and future of the investor-state dispute settlement paradigm", Journal of Economic Law 10(3), pp. 725-747.
- 23 David Gaukrodger and Kathryn Gordon, Investor-State Dispute Settlement: A Scoping Paper for Investment Policy Community, http://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2012_3.pdf, truy cập lần cuối ngày 12/9/2019.
- 24 Cơ chế giải quyết tranh chấp giữa quốc gia - quốc gia trong khuôn khổ WTO không giúp bên thắng kiện nhận được khoản bồi thường thiệt hại, mà biện pháp khắc phục chỉ là rút lại các biện pháp không phù hợp với quy định của WTO.
- 25 ISDS áp dụng các hệ thống khác nhau dựa trên hiệp ước đầu tư và quy tắc trọng tài, nhưng thường dựa trên cơ chế trọng tài vụ việc, áp dụng các quy tắc trọng tài của ICC, UNCITRAL, hoặc quy định về công nhận và cho thi hành phán quyết của trọng tài tại Công ước New York 1958.
- 26 Chẳng hạn trong vụ tranh chấp giữa nhà đầu tư Bệnh viện quốc tế bản và lợi thiện DialAsia (Pháp) với Chính phủ Việt Nam. Xem thêm TS. Nguyễn Thanh Tú, Chương 5, Giáo trình Giải quyết tranh chấp thương mại quốc tế, Nxb. Tư pháp, tr.178-179.

dầu tư giữa quốc gia - quốc gia trong các hiệp ước có liên quan đến đầu tư điều chỉnh các tranh chấp liên quan đến việc giải thích và áp dụng hiệp ước. Điều khoản này có thể tồn tại độc lập hoặc song hành với các điều khoản về giải quyết tranh chấp đầu tư giữa nhà đầu tư và chính phủ nước tiếp nhận đầu tư²⁷. Tranh chấp đầu tư giữa quốc gia với quốc gia có thể được giải quyết bằng phương thức trọng tài, cơ chế tư pháp, hoặc cơ chế tương tự tư pháp.

Nhiều BITs trước những năm 1969 đã quy định về cơ chế trọng tài đầu tư²⁸. Tuy tương đồng về mặt cấu trúc²⁹, nhưng gần đây, thủ tục trọng tài này có nhiều khác biệt so với thủ tục trọng tài ISDS. Ví dụ, thông thường, trọng tài ISDS hoạt động theo nguyên tắc bí mật, nhưng do những vấn đề chính sách công quan trọng liên quan trong nhiều vụ kiện, và những ý kiến kháng nghị và chi phí vụ kiện, nên nguyên tắc minh bạch đã được thiết kế và đưa trong Luật mẫu của UNCITRAL, và một số các chương về đầu tư trong các Hiệp định thương mại tự do³⁰.

Nhìn chung, trong các FTA thế hệ mới mà Việt Nam là thành viên, cơ chế giải quyết tranh chấp giữa chính phủ và chính phủ hầu như không được quy định cụ thể, nếu có cũng chỉ được đề cập tới trong một điều khoản của Hiệp định và dẫn chiếu tới Hiệp định khác³¹.

4.2. Cơ chế giải quyết tranh chấp giữa nhà đầu tư nước ngoài và Chính phủ nước tiếp nhận đầu tư (Investor – State Dispute Settlement – ISDS)

4.2.1. Giải quyết tranh chấp đầu tư quốc tế thông qua các phương thức tham vấn và thương lượng

Phương thức giải quyết tranh chấp này thường được quy định trong các Hiệp định thương mại tự do thế hệ mới mà Việt Nam là thành viên. Mặc dù ít tranh chấp được giải quyết trong giai đoạn này, nhưng đây cũng là giai đoạn giúp cho nước tiếp nhận đầu tư có thời gian để chuẩn bị cho các thủ tục tố tụng trong giai đoạn sau.

4.2.2. Giải quyết tranh chấp đầu tư quốc tế tại tòa án hay cơ quan có thẩm quyền của nước tiếp nhận đầu tư

Vấn đề lạm dụng biện pháp bảo hộ ngoại giao và áp lực quân sự từ các quốc gia của nhà đầu tư,³² đã dẫn tới việc các quốc gia tiếp nhận đầu tư thể hiện quan điểm đó là người nước ngoài không được quyền cao hơn so với công dân của nước tiếp nhận đầu tư³³. Quan điểm trên được ghi nhận trong Học thuyết Calvo, theo đó các tranh chấp đầu tư quốc tế phải được giải quyết tại tòa án hay cơ quan có thẩm quyền của nước tiếp nhận đầu tư³⁴. Một số hiệp định hiện

27 Ví dụ Điều 13 (tranh chấp giữa các bên ký kết) và Điều 14 (tranh chấp giữa nhà đầu tư và quốc gia thành viên) trong Hiệp định đầu tư thuộc Hiệp định khung về Hợp tác kinh tế toàn diện giữa ASEAN và Trung Quốc.

28 Chẳng hạn, trong BIT giữa Đức-Liberia (1961) đã quy định về cơ chế giải quyết trọng tài tại Điều 11 của Hiệp định này: (1) Tranh chấp liên quan tới việc giải thích hoặc áp dụng Hiệp ước hiện tại, nếu có thể, được giải quyết bởi Chính phủ của hai quốc gia ký kết, (2) Nếu một tranh chấp không thể được giải quyết, tranh chấp này sẽ được đề trình lên hội đồng trọng tài.

29 Có thể áp dụng Quy tắc trọng tài mẫu của Ủy ban thương mại quốc tế của Liên hợp quốc, và quy trình bộ nhiệm cũng khá tương đồng khi các bên trong tranh chấp có quyền chỉ định trọng tài.

30 Hiệp định đối tác kinh tế chiến lược xuyên Thái Bình Dương.

31 Chẳng hạn Hiệp định đầu tư trong khuôn khổ Hiệp định khung về hợp tác kinh tế toàn diện giữa ASEAN và Trung Quốc chỉ đề cập tới cơ chế giải quyết tranh chấp về đầu tư giữa các thành viên trong duy nhất một điều khoản – Điều 13, theo đó dẫn chiếu tới các điều khoản trong Hiệp định về cơ chế giải quyết tranh chấp trong khuôn khổ Hiệp định khung về hợp tác kinh tế toàn diện giữa ASEAN và Trung Quốc.

32 Ibrahim F. I. Shihata, *Towards a Greater Depoliticization of Investment Disputes*, 1 ICSID REVIEW 1, 1 (1986).

33 Andreas F. Lowenfeld, *International Economic 315* (Oxford University Press 2003).

34 Manuel R. Garcia-Mora, *The Calvo Clause in Latin American Constitutions and International Law*, 33 MARQ. L. REV. 205, 206 (1949).

nay vẫn duy trì các quy định về phương thức này³⁵. Bên cạnh đó, một số hiệp định đầu tư để thúc đẩy cơ chế này và hạn chế khiếu nại nhiều lần cùng một vấn đề đã quy định trường hợp nhà đầu tư đã lựa chọn một cơ chế giải quyết tranh chấp thì mặc nhiên từ bỏ quyền sử dụng các cơ chế giải quyết tranh chấp khác³⁶. Tuy nhiên, phương thức này cũng tồn tại khá nhiều vấn đề có thể gọi tên như tạo ra sự không công bằng giữa các bên trong tranh chấp, hệ thống tư pháp và pháp luật của nước tiếp nhận đầu tư không đủ năng lực và chưa hoàn thiện. Một số hiệp định khác lại cho phép sau khi đã khởi kiện tại toà án có thẩm quyền trong nước, nhà đầu tư vẫn có thể đệ trình đơn kiện theo cơ chế giải quyết tranh chấp quốc tế miễn là nhà đầu tư đã rút đơn kiện tại toà án trong nước trước khi có phán quyết cuối cùng³⁷. Quy định này có thể dẫn tới hiện tượng nhà đầu tư khởi kiện nhiều lần, gây khó khăn về thời gian, tài chính và thủ tục theo kiện cho chính phủ nước tiếp nhận đầu tư. Hiện nay, các Hiệp định thương mại tự do thế hệ mới mà Việt Nam là thành viên có xu hướng không bao gồm phương thức này³⁸ cũng như quy định các điều khoản tránh khởi kiện hai lần về một vấn đề pháp lý.

4.2.3. Giải quyết tranh chấp đầu tư quốc tế bằng trọng tài quốc tế

Các điều khoản về trọng tài ISDS đã được đưa vào trong IIAs từ những năm 1960, lần đầu tiên trong Hiệp định giữa Chad

– Italy năm 1969. Tuy nhiên, chỉ những năm gần đây, việc sử dụng cơ chế trọng tài ISDS mới được phổ biến rộng rãi. Vào năm 1987, tranh chấp giữa nhà đầu tư nước ngoài và Chính phủ nước tiếp nhận đầu tư dựa trên BIT và được xét xử bởi Trung tâm giải quyết tranh chấp đầu tư của Ngân hàng thế giới³⁹. Tuy nhiên, kể từ cuối những năm 1990, số lượng tranh chấp ISDS tăng nhanh đáng kể. Đến thời điểm năm 2018, số lượng tranh chấp đã tăng lên đến con số 942 tranh chấp⁴⁰. Khoảng 80% các tranh chấp trong khuôn khổ hiệp định đầu tư song phương, 20% tranh chấp dựa trên các hiệp ước bao gồm các điều khoản về đầu tư (TIPs)⁴¹.

Việt Nam chủ động tham gia vào các vòng đàm phán FTA với các đối tác chiến lược trên thế giới với kỳ vọng đóng vai trò quan trọng trong việc thúc đẩy hoạt động thương mại quốc tế cũng như phát triển các quy tắc thương mại trong nước. Cơ chế giải quyết tranh chấp cũng là một vấn đề nóng cốt được lưu tâm khi Việt Nam tham gia đàm phán các hiệp định này. Trong các FTA thế hệ mới mà Việt Nam là thành viên đều quy định các điều khoản về cơ chế trọng tài ISDS. Nhìn từ bối cảnh của luật quốc tế, trọng tài ISDS có thể được coi là một trong nhiều bước tiến trong việc áp dụng các cơ chế tài phán quốc tế, thủ tục tương tự tư pháp, cơ chế giám sát việc thi hành⁴². Những thiết chế trọng tài trong các Hiệp ước về đầu tư quốc tế khác với cơ quan tư pháp quốc tế thường trực. Hầu hết các FTA mà Việt Nam

35 Khoản 1 Điều 33 Hiệp định đầu tư toàn diện ASEAN (ACIA); Điều a Khoản 4 Điều 14 Hiệp định đầu tư trong khuôn khổ Hiệp định khung ASEAN – Trung Quốc.

36 Khoản 1 Điều 33 Hiệp định đầu tư toàn diện ASEAN (ACIA)

37 Khoản 5 Điều 14 Hiệp định đầu tư trong khuôn khổ Hiệp định khung ASEAN – Trung Quốc.

38 Chẳng hạn như Hiệp định đối tác kinh tế chiến lược xuyên Thái Bình Dương

39 *Nhưng trên thực tế, tới tận năm 1990, hội đồng trọng tài đầu tư mới thực thi thẩm quyền xét xử vụ việc đầu tiên: Asian Agricultural Products Limited v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka (ICSID Case No. ARB/87/3), Award, June 27, 1990.*

40 <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement>, truy cập lần cuối ngày 15/9/2019.

41 https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaecpb2017d7_en.pdf, truy cập lần cuối ngày 15/9/2019.

42 Như cơ chế giải quyết tranh chấp đầu tư được ghi nhận trong Công ước Washington 1965, theo đó cơ chế thực thi phán quyết của trọng tài nước ngoài sẽ theo thủ tục thi hành phán quyết của Tòa án trong nước. Xem thêm Điều 54 Công ước ICSID.

là thành viên điều quy định về thẩm quyền chuyên biệt cho các cơ quan giải quyết tranh chấp để xử lý các vấn đề xung đột luật.⁴³

Bên cạnh đó, trong các hiệp định thương mại tự do thế hệ mới mà Việt Nam là thành viên, ngoài các quy định về nội dung, các hiệp định cũng thường quy định về cơ chế giải quyết tranh chấp bằng trọng tài theo Quy tắc của Ủy ban luật thương mại quốc tế của Liên hợp quốc (UNCITRAL), Công ước về giải quyết tranh chấp đầu tư giữa các quốc gia và công dân quốc gia khác (ICSID)⁴⁴, Phòng thương mại quốc tế (ICC), Phòng thương mại Stockholm (SCC)...

Cơ chế ISDS có thể làm giảm bớt động lực cho nước chủ nhà và cả cho nhà đầu tư trong việc tăng cường hiệu quả của cơ chế giải quyết tranh chấp trong nước và các thiết chế pháp luật⁴⁵. Nhờ có cơ chế này, nước tiếp nhận đầu tư có thể thu hút được nguồn vốn đầu tư mà không phải lo lắng về việc hoàn thiện thủ tục tư pháp và thể chế trong nước. Nhà đầu tư cũng sẽ giảm động lực gây sức ép đối với chính phủ thông qua cơ chế giải quyết tranh chấp trong nước vì đã sẵn có cơ chế ISDS. Vì vậy, ISDS có thể làm giảm bớt áp lực cải cách thủ tục giải quyết tranh chấp trong nước của nước tiếp nhận đầu tư.

4.3. Một số nội dung mới về cơ chế trọng tài ISDS trong các Hiệp định thương mại tự do thế hệ mới mà Việt Nam tham gia

(i) Cơ quan giải quyết tranh chấp thường trực (tribunal)

Cơ quan giải quyết tranh chấp thường trực được tổ chức khá tương đồng với mô hình cơ quan giải quyết tranh chấp của WTO⁴⁶. Theo EVIPA, Hội đồng xét xử sẽ bao gồm hai cơ quan: Hội đồng xét xử sơ thẩm và Hội đồng xét xử phúc thẩm. Hội đồng xét xử trong EVIPA có thể được xem như một mô hình hỗn hợp giữa toà án và trọng tài. Các hội đồng xét xử bao gồm các thành viên được bổ nhiệm theo nhiệm kỳ, nhưng lại đưa ra phán quyết (awards – thuật ngữ được sử dụng với ý nghĩ gắn liền với phán quyết của trọng tài theo Công ước ICSID và Công ước New York 1958). Đây được coi như một sự thay đổi lớn trong hệ thống giải quyết tranh chấp đầu tư.

Mỗi vụ tranh chấp sẽ được xét xử bởi một Hội đồng gồm ba thành viên⁴⁷, trong đó một thành viên là người mang quốc tịch của quốc gia thành viên EU, một thành viên khác là người mang quốc tịch Việt Nam và một thành viên còn lại là người mang quốc tịch của quốc gia thứ ba.

43 Conflict of law problems concerning FTAs and the WTO have drawn much academic interests. See generally Tim Graewert, *Conflicting Laws and Jurisdiction the Dispute Settlement Process of Regional Trade Agreements and the WTO*, 1(2) CONTEMP. ASIAARB J.287 (2008).

44 Trong tài ICSID bao gồm cả thiết chế trọng tài, các dịch vụ trọng tài liên quan và thủ tục tố tụng trọng tài.

45 Xem R. J. Daniels, "Defecting on Development. Bilateral Investment Treaties and the subversion of the Rule of Law in the Developing World", (draft paper) (2004) cited in Susan D. Franck "Foreign Direct Investment, Investment Treaty Arbitration and the Rule of Law". Footnote 143 page 366. *Global Business and Development Law Journal*. Volume 19, 2007. T. Ginsburg, "International Substitutes for Domestic Institutions: Bilateral Investment Treaties and Governance", *International Review of Law and Economics* 25(1): 107-123 (2005); A. Newcombe, "Sustainable Development and Investment Treaty Law", *Journal of World Investment & Trade*, Vol. 8, 2007 and J. P. Sasse, *An Economic Analysis of Bilateral Investment Treaties*, chapter 6.

46 Theo đó, Ban thư ký của WTO sẽ duy trì một danh sách các thành viên của Ban hội thẩm, trong trường hợp thành lập Ban hội thẩm, cơ quan giải quyết tranh chấp sẽ lựa chọn hội thẩm viên từ danh sách này.

47 Tuy nhiên, các bên có thể thỏa thuận về việc vụ kiện có thể được giải quyết bởi một thành viên duy nhất là người mang quốc tịch của quốc gia thứ ba mà do Chủ tịch hội đồng xét xử quyết định lựa chọn. Bên bị đơn phải thể hiện cần nhắc văn bản yêu cầu của bên nguyên đơn trên cơ sở thiện chí, đặc biệt trong trường hợp bên nguyên đơn là doanh nghiệp vừa và nhỏ hoặc khoản tiền bồi thường tổn thất hoặc thiệt hại có giá trị tương đối thấp. Văn bản yêu cầu phải được gửi cùng lúc với hồ sơ khiếu kiện theo quy định.

Theo Gaukrodger và Gordon (2012), trọng tài được các bên bổ nhiệm theo các mô hình trọng tài vụ việc trước đây sẽ có xu hướng sẽ thiên vị và làm việc vì lợi ích của các bên dễ thuận lợi hơn trong công việc của chính mình sau này⁴⁸. Việc bổ nhiệm thành viên và mô hình hội đồng xét xử thường trực giải quyết được vấn đề quan ngại về tính độc lập của trọng tài⁴⁹ sẽ giúp đảm bảo về chất lượng xét xử, kinh nghiệm, kiến thức và kỹ năng của trọng tài.

Tuy nhiên, một số học giả lại quan ngại về tính linh hoạt của mô hình hội đồng xét xử thường trực, hoặc việc chi định trọng tài đối với các tranh chấp. Tranh chấp đầu tư quốc tế có đặc thù đó là tranh chấp giữa nhà đầu tư và nước tiếp nhận đầu tư. Do đó, theo Ruth Marie Mosch⁵⁰ và August Reinisch⁵¹, quy định về hội đồng xét xử thường trực hoặc danh sách trọng tài này sẽ khiến cho các nhà đầu tư không có quyền chi định trọng tài, từ đó, có thể thấy các FTAs này thường có xu hướng bảo vệ quyền lợi của các quốc gia. Hơn nữa, tiêu chuẩn của trọng tài/thành viên hội đồng xét xử đó là phải có năng lực chuyên môn trong lĩnh vực công pháp quốc tế và sở hữu các bằng cấp, chứng chỉ chuyên môn để có thể đảm nhận các vị trí công việc tại các văn phòng tư pháp hoặc để trở thành những luật gia có năng lực chuyên môn được công nhận tại quốc gia của họ. Kinh nghiệm chuyên môn trong lĩnh vực luật đầu tư quốc tế, luật thương mại quốc tế và thủ tục giải

quyết các tranh chấp phát sinh liên quan đến các thỏa thuận đầu tư hoặc thương mại quốc tế chỉ là một ưu thế. Vì vậy, đây cũng có thể được coi là một điểm bất lợi của nhà đầu tư.

(ii) *Hội đồng xét xử phúc thẩm (appeal tribunal)*

Việc thiếu vắng một cơ chế rà soát tư pháp đối với các quyết định của trọng tài đã trở thành những điểm gây tranh luận nhất của cơ chế ISDS truyền thống⁵². Khác với các FTAs trước đây mà Việt Nam là thành viên chi quy định về các thiết chế trọng tài thông thường gồm một cấp xét xử, EVIPA quy định một Hội đồng xét xử phúc thẩm thường trực được thành lập để giải quyết các kháng cáo đối với các quyết định của hội đồng xét xử. Nhưng cũng phải thừa nhận một thực tế là mô hình xét xử phúc thẩm này hoàn toàn mới không chỉ riêng đối với Việt Nam mà còn với các nước khác trên thế giới. Mô hình này được đưa vào trong một số hiệp định gần đây như Hiệp định thương mại song phương Canada – EU (CETA) hay Hiệp định đối tác đầu tư và thương mại xuyên Đại Tây Dương (TTIP), tuy nhiên chưa thực sự vận hành trên thực tế nên cũng chưa thể kiểm nghiệm được tính hiệu quả.

(iii) *Nguyên tắc minh bạch trong giải quyết tranh chấp (transparency)*

CPTPP, EVIPA và ACIA đều quy định về nguyên tắc minh bạch trong quá trình

48 Xem https://www.cdhowe.org/sites/default/files/attachments/research_papers/mixed/Commentary%20459.pdf, truy cập ngày 22 tháng 12 năm 2016.

49 Trong số 473 vụ kiện theo Công ước ICSD và Công ước về Quy tắc trọng tài phụ trợ, thì có tới 68 vụ việc trọng tài bị điều tra về tính độc lập của mình. Xem thêm <http://jids.oxfordjournals.org/content/7/3/628.abstract>, truy cập ngày 15 tháng 9 năm 2019.

50 Giám đốc Công ty luật Mosch Legal.

51 Giáo sư – Phó Trưởng Khoa Luật – Đại học Vienna

52 United Nations Conference on Trade and Development, World Investment Report 2015: Reforming International Investment Governance, New York, p. 150; it is generally suggested that an appeals mechanism would enhance credibility, legitimacy, coherence and foreseeability of the ISDS system, although it was also argued that an agreement-centric permanent court system risks increasing already existing discrepancies in awards, see R. W. Schwieder, TTIP and the Investment Court System, cit.

giải quyết tranh chấp, theo đó tất cả các tài liệu (được đệ trình bởi các bên, quyết định của hội đồng trọng tài) sẽ được công khai trên website Liên hợp quốc⁵³. Các phiên điều trần sẽ được thực hiện công khai cho các bên có liên quan có thể tham dự. Đây là một điểm khác biệt rõ nét với phương thức trọng tài thương mại tư thường theo nguyên tắc bí mật, cũng là một bước tiến mới theo xu hướng trong thập kỷ gần đây⁵⁴. Nguyên tắc này cũng được bắt gặp trong cơ chế giải quyết tranh chấp đầu tư quốc tế (ICSID), hay luật mẫu của UNCITRAL. Hiện nay, tất cả các vụ việc của ICSID đều công khai các thông tin cơ bản về các bên tranh chấp cũng như các kháng nghị, phần lớn các phán quyết của trọng tài ICSID đều được công bố trên trang chủ của ICSID cũng như các website⁵⁵.

(iv) *Phán quyết của hội đồng xét xử có giá trị pháp lý như phán quyết của toà án trong nước, không thể rà soát hoặc xem xét lại, hoặc hủy bỏ*

Phán quyết cuối cùng (bao gồm cả phán quyết của Hội đồng xét xử sơ thẩm và Hội đồng xét xử phúc thẩm) sẽ được các bên tuân thủ, không kháng cáo, rà soát, bãi bỏ, hủy bỏ hay bất kỳ biện pháp sửa đổi nào⁵⁶. Quy định này của EVIPA khác biệt so với Công ước ICSID và CPTPP. Công ước ICSID và CPTPP vẫn cho phép khả năng sửa đổi, hủy bỏ phán quyết⁵⁷. Hai bên cam kết công nhận và cho thi hành phán quyết cuối cùng trên lãnh thổ của mình như bản án của toà án quốc gia. Trường hợp của EVIPA,

Việt Nam được gia hạn 5 năm tính từ khi Hiệp định có hiệu lực hoặc thời gian dài hơn do Ủy ban thương mại quyết định, trong thời gian đó, nếu Việt Nam là bị đơn thì việc công nhận và cho thi hành phán quyết trọng tài sẽ tuân theo Công ước New York 1958⁵⁸. Điều này đồng nghĩa với việc, trong khoảng thời gian 5 năm này, Toà án của Việt Nam vẫn có thể xem xét huỷ phán quyết. EVIPA cũng quy định rõ là biện pháp bảo hộ ngoại giao không được phép áp dụng trừ trường hợp một bên không thực thi phán quyết cuối cùng của trọng tài⁵⁹. Quy định này cũng tương tự như Công ước ICSID và các cơ chế giải quyết tranh chấp đầu tư khác.

(v) *Quy định về bên thứ ba tài trợ trong vụ kiện (third party funding)*

Trong EVIPA, quy định minh bạch thông tin về bên thứ ba tài trợ trong vụ kiện được ghi nhận rõ tại Điều 3.37; đây cũng là quy định mới so với Công ước ICSID và UNCITRAL cũng như các hiệp định thương mại tự do khác mà Việt Nam là thành viên. Quy định này cũng nhằm bảo vệ quyền lợi cho bên nhà đầu tư, ghi nhận việc nhà đầu tư có thể nhận trợ giúp tài chính từ bên thứ ba; đồng thời cũng tăng tính minh bạch, công bằng cho thủ tục trọng tài.

(vi) *Quy định về đặt cọc đảm bảo cho vụ kiện (security for cost)*

Trong trường hợp nhà đầu tư không đủ năng lực tài chính để chi trả phí trọng tài khi thua kiện, ảnh hưởng tới nước tiếp nhận đầu tư. Quy tắc trọng tài UNCITRAL và Công ước ICSID không quy định về nghĩa vụ đảm

53 Điều 9.24 CPTPP, Điều 3.46 EVIPA, Điều 21 ACIA.

54 Xem thêm https://www.cigionline.org/sites/default/files/isa_paper_series_no.2.pdf, truy cập ngày 15 tháng 9 năm 2019.

55 Xem thêm "investment treaty arbitration law", online: <www.italaw.com/>, "investment claims", online: <<http://oxia.opulaw.com/>>, truy cập ngày 15 tháng 9 năm 2019.

56 Điều 3.57 EVIPA

57 Điều 51 và 51 Công ước ICSID, Khoản 9 Điều 9.29 CPTPP.

58 Điều 3.57 EVIPA

59 Điều 3.58 EVIPA

bảo chi phí cho một vụ kiện, tuy nhiên có công nhận và chấp nhận rằng các quyết định về đảm bảo chi phí sẽ thuộc phạm vi thẩm quyền chung của trọng tài. Để làm rõ hơn về vấn đề này, EVIPA đã quy định cụ thể hơn về nghĩa vụ của nguyên đơn (nhà đầu tư) về việc phải đảm bảo tất cả hoặc một phần chi phí nếu trong trường hợp phán quyết về chi phí không có lợi cho nguyên đơn; nếu không đảm bảo về vấn đề chi phí, Hội đồng xét xử có thể trì hoãn hoặc đình chỉ thủ tục tố tụng⁶⁰.

(vii) *Giới hạn cụ thể phạm vi quyền sử dụng trong tài quốc tế, giới hạn rõ ràng hơn về thời gian khởi kiện và nội dung được khởi kiện*

Trong các Hiệp định đầu tư thế hệ đầu, phạm vi áp dụng của hiệp định thường theo hướng mở, hay nói cách khác, thẩm quyền của trọng tài đầu tư quốc tế mở rộng với nhiều loại tranh chấp, không chỉ liên quan tới các nghĩa vụ trong hiệp định, mà có thể bao gồm cả tranh chấp trong các hợp đồng đầu tư giữa nhà đầu tư nước ngoài và chính phủ nước tiếp nhận đầu tư ký⁶¹. Trong các hiệp định đầu tư thế hệ mới, đơn cử như ACIA, EVIPA đã giới hạn cụ thể các điều kiện để nhà đầu tư có thể áp dụng phương thức trọng tài quốc tế khi dẫn chiếu tới điều khoản “bao trùm” trong hiệp định này⁶².

Hoặc trong EVIPA, hiệp định này cũng đã đưa ra một số ngoại lệ đối với nghĩa vụ đối xử tối huệ quốc,⁶³ nghĩa vụ đối xử quốc gia,⁶⁴ làm rõ khái niệm về bảo hộ công bằng và thoả đáng⁶⁵ hay trút hữu tài sản⁶⁶.

(viii) *Cơ chế ngăn ngừa tình trạng lạm dụng các hiệp định đầu tư (forum shopping/ treaty shopping)*

Với mục đích ngăn ngừa tình trạng nhà đầu tư chọn hiệp định đầu tư chỉ để khởi kiện nước nhận đầu tư, trong các hiệp định thương mại, hiệp định bảo hộ đầu tư thế hệ mới đã quy định chi tiết hơn cách thức xác định “nhà đầu tư” thuộc phạm vi điều chỉnh của hiệp định⁶⁷, bổ sung thêm các quy định về việc từ chối quyền của nhà đầu tư được ghi nhận trong hiệp định nếu nhà đầu tư không có mối liên hệ/không thuộc phạm vi điều chỉnh của hiệp định (denial of benefits provision)⁶⁸.

(ix) *Cơ chế loại trừ nhanh các tranh chấp không có căn cứ (early or expeditious dismissal mechanism)*

Không phải mọi nhà đầu tư thực hiện các dự án đầu tư tại các quốc gia đều thiện chí. Trên thực tế, trong một số trường hợp nhà đầu tư lạm dụng các hiệp định đầu tư để khởi kiện làm ảnh hưởng tới danh tiếng, tiêu tốn thời gian và chi phí theo kiện của chính

60 Điều 3.48 EVIPA

61 Trong khoảng 2700 BITS thì khoảng 40% BITS bao gồm điều khoản bao trùm (umbrella clause) quy định về việc mở rộng thẩm quyền của trọng tài đầu tư quốc tế đối với cả tranh chấp hợp đồng giữa nhà đầu tư và nước tiếp nhận đầu tư. Xem Yannaca-Smaill, Katia, What about This “Umbrella Clause”?, in Yannaca-Smaill, Katia (ed). Arbitration under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues (Oxford University Press 2010) 483.

62 Khoản 6, Điều 2.5 EVIPA

63 Điều 2.4 EVIPA

64 Điều 2.3 EVIPA

65 Điều 2.5 EVIPA

66 Điều 2.7 EVIPA

67 Đặc biệt đối với nhà đầu tư là pháp nhân, không chỉ giới hạn đối với pháp nhân được thành lập trên lãnh thổ nước thành viên hiệp định, mà còn mở rộng quy định về việc pháp nhân đó thực sự có hoạt động kinh doanh trên lãnh thổ nước thành viên, ví dụ các quy định về nhà đầu tư trong Điều 9.1 CPTPP; hoặc quy định cụ thể về điều kiện thành lập, vận hành và quản lý, kiểm soát hoạt động của pháp nhân đó trên lãnh thổ nước thành viên, ví dụ trong Điều 1.2 EVIPA.

68 Điều 9.15 CPTPP, Điều 19 ACIA

phủ nước tiếp nhận đầu tư. Vì vậy, cơ chế rà soát và loại trừ các khiếu nại không có căn cứ hoặc lạm dụng tố tụng trọng tài, chẳng hạn: thủ tục tố tụng song song⁶⁹, khiếu nại đã được xét xử, hoặc lạm dụng các hiệp định đầu tư, hay đệ trình lại các khiếu nại sau khi nguyên đơn đã rút đơn khởi kiện trong giai đoạn xem xét của trọng tài về thẩm quyền trọng tài rất quan trọng⁷⁰. Theo quy định này, nhà đầu tư nước ngoài sẽ phải trung thực, thiện chí đệ trình tất cả các tài liệu về lịch sử tham gia vào tranh chấp.

(x) *Cơ chế ngăn chặn các thủ tục tố tụng chống chéo (concurring proceedings)*

Để hạn chế nhà đầu tư khởi kiện tại nhiều thiết chế giải quyết tranh chấp đồng thời đối với cùng một tranh chấp, các hiệp định đầu tư thế hệ mới đã quy định cụ thể về quyền khởi kiện của nhà đầu tư và việc trọng tài từ chối thẩm quyền trong trường hợp tranh chấp đó đã được xét xử tại toà án trong nước, cơ quan hành chính trong nước hoặc thiết chế khác⁷¹. Đây có thể được ghi nhận như một trong những quy định bảo vệ quyền của Chính phủ nước tiếp nhận đầu tư, không bị khởi kiện nhiều lần.

5. Thay cho lời kết

Tranh chấp đầu tư quốc tế, về bản chất luôn là một loại hình tranh chấp đặc biệt khi có sự tham gia của cả thực thể tư và thực thể công. Trong suốt chiều dài phát triển của hoạt động đầu tư quốc tế, hệ thống các quy phạm điều chỉnh loại hình tranh chấp này cũng đã luôn được thay đổi theo hướng giới hạn hoặc mở rộng nghĩa vụ của nước tiếp nhận đầu tư tùy thuộc vào nhu cầu của các thành viên trong hiệp định, hay theo hướng giới hạn giải quyết tranh chấp tại các cơ quan tài phán trong nước tại nước tiếp nhận đầu tư hoặc trao quyền cho nhà đầu tư được khởi kiện ra trọng tài quốc tế. Riêng đối với các hiệp định thương mại tự do thế hệ mới mà Việt Nam là thành viên, cơ chế ISDS giữ vị trí chủ đạo, được thiết kế theo mô hình truyền thống (như ACIA, CPTPP) hay mô hình hiện đại (EVFTA). Mặc dù còn có những ý kiến trái chiều về việc tiếp tục duy trì hay từ bỏ trọng tài ISDS trong các hiệp định thương mại tự do, chúng tôi cho rằng, trong tương lai gần, cơ chế này vẫn sẽ hiện diện như một phần của các Hiệp định thương mại tự do thế hệ mới mà Việt Nam tham gia ■

DANH MỤC TÀI LIỆU THAM KHẢO

VĂN BẢN PHÁP LUẬT

- 1 Công ước Washington 1965 về giải quyết tranh chấp đầu tư quốc tế - ICSID Convention;
- 2 Công ước New York 1958;
- 3 Hiệp định đầu tư toàn diện ASEAN (ACIA),
- 4 Hiệp định bảo hộ đầu tư giữa Việt Nam và Liên minh châu Âu - EVIPA;
- 5 Hiệp định đối tác kinh tế toàn diện và tiến bộ xuyên Thái Bình Dương - CPTPP;
- 6 Hiệp định khung về Hợp tác kinh tế toàn diện giữa ASEAN và Trung Quốc;
- 7 Hiệp định thương mại tự do Hoa Kỳ, México, Canada - USMCA;
- 8 Hiệp định thương mại tự do Australia - Malaysia;

69 Xem phần Cơ chế ngăn chặn thủ tục tố tụng chống chéo

70 Điều 3.34 EVIPA.

71 Phụ lục 12 EVIPA

- 9 Hiệp định đối tác kinh tế Nhật Bản – Philippines;
10. Hiệp định thương mại tự do ASEAN - Ấn Độ;
11. Hiệp định về đầu tư giữa ASEAN Hàn Quốc;
12. Hiệp định đầu tư giữa ASEAN và Hongkong;
13. Hiệp định Thương mại Tự do ASEAN - Australia/New Zealand (AANZFTA);
14. Hiệp định đầu tư song phương giữa Đức-Liberia;
15. Quy tắc trọng tài ICC, UNCITRAL;
16. Quyết định số 04/2014/QĐ-TTg ngày 14 tháng 01 năm 2014 của Thủ tướng Chính phủ về Quy chế phối hợp trong giải quyết tranh chấp đầu tư quốc tế;

SÁCH, TẠP CHÍ

1. Andreas F. Lowenfeld, *International Economic* 395 (Oxford University Press 2003);
2. Ibrahim F. I. Shihata, *Towards a Greater Depoliticization of Investment Disputes*, 1 ICSID REVIEW 1, 1 (1986);
- 3 John Collier và Vaughan, *Giải quyết tranh chấp trong Luật quốc tế*, Nxb. Đại học Oxford, 1999, tr.10;
- 4 Julien Chaisse, *Chương 1 Tổng quan về Đầu tư quốc tế và Luật đầu tư quốc tế*, Giáo trình Luật đầu tư quốc tế, Nxb. Tư pháp, tr. 34- 35;
- 5 Manuel R. Garcia-Mora, *The Calvo Clause in Latin American Constitutions and International Law*, 33 MARQ. L. REV. 205, 206 (1949);
6. Nathalie Bernasconi-Osterwalder, *State-State Dispute Settlement in Investment Treaties*, the International Institute for Sustainable Development Best Practice Series (2014);
7. See Won-Mog Choi, “The present and future of the investor-state dispute settlement paradigm”, *Journal of Economic Law* 10(3), pp. 725-747,
8. Trường Đại học Luật Hà Nội *Giáo trình Giải quyết tranh chấp thương mại quốc tế*, Nxb. Tư pháp, tr.178-179;
9. Từ điển Luật học Black (*Black’s Law Dictionary*);
10. Yannaca-Smail, Katia, *What about This “Umbrella Clause”?*, in Yannaca-Smail, Katia (ed), *Arbitration under International Investment Agreements. A Guide to the Key Issues* (Oxford University Press 2010) 483;

ÁN LỆ

1. Asian Agricultural Products Limited v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka;
- 2 AES v. Argentina;
3. E/ Paso Energy Intl. Co. v. Argentina;
- 4 Impregilo v Pakistan;
5. Integrales del Agua S.A. v. Argentina;
- 6 Lucchetti v. Peru;
- 7 M.C.I. v. Ecuador.
8. Maffezini v. Spain;
9. Salini et al v. Morocco;
10. Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and InterAguas Servicios;
11. Tokios Tokelés v. Ukraine.