

SỰ PHÁT TRIỂN CỦA TIÊU CHUẨN ĐỐI XỬ CÔNG BẰNG VÀ THỎA ĐÁNG TRONG HIỆP ĐỊNH THƯƠNG MẠI TỰ DO THẾ HỆ MỚI

NGUYỄN XUÂN MỸ HIỀN

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

Tóm tắt

Bài viết phân tích khái niệm, đặc điểm, mục đích cũng xu hướng phát triển của tiêu chuẩn đối xử công bằng và thỏa đáng trong các hiệp định thương mại tự do thế hệ mới, cụ thể là Hiệp định Đối tác toàn diện và tiến bộ xuyên Thái Bình Dương.

Từ khóa: tiêu chuẩn đối xử công bằng và thỏa đáng, hiệp định thương mại tự do thế hệ mới, phát triển bền vững, CPTPP

Abstract

This article analyses the definition, characteristics, the purpose and the evolution of FET standard in new generation FTAs, in particular in the Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership.

Keywords: fair and equitable treatment, new generation free trade agreements, sustainable development, CPTPP

Ngày nhận bài: 15/4/2019

Ngày duyệt đăng: 10/6/2019

Hiện nay, trong thực tiễn đàm phán và thực thi các hiệp định đầu tư quốc tế (*international investment agreement, IIA*), các quốc gia đều phải đối mặt với những thách thức phát sinh từ mâu thuẫn giữa yêu cầu bảo vệ quyền lợi của nhà đầu tư nước ngoài và mục tiêu phát triển bền vững. Để giải quyết vấn đề này, nhiều quốc gia đã nỗ lực đàm phán các FTA thế hệ mới với sự điều chỉnh về một số nội dung: lời nói đầu của các hiệp định, bổ sung ngoại lệ chung và quy định riêng về môi trường,¹ trách nhiệm xã hội của doanh nghiệp² và những tiêu chuẩn bảo hộ đầu tư cốt lõi trong hiệp định đầu tư. Ví dụ như tiêu chuẩn đối xử công bằng và thỏa đáng (*fair and equitable treatment, FET*) và các quy định về điều kiện trút hữu trực tiếp, gián tiếp. Trong đó, FET thường được đề cập như là “điều khoản bao trùm tất cả” (*catch-all provision*) vì thực tế là nhà đầu tư nước ngoài có thể viện dẫn điều khoản này cả trong trường hợp nhà đầu tư không thành công trong việc chứng minh sự vi phạm các điều khoản còn lại trong IIA như trút hữu hoặc nguyên tắc phân biệt đối xử. Đồng thời, với một số lượng lớn ghi nhận tiêu chuẩn

¹ Ví dụ, CPTPP có Chương 20 để điều chỉnh riêng về vấn đề môi trường

² Điều 9.17 CPTPP.

FET không xác định (*unqualified FET*)³ hoặc chỉ ghi nhận tiêu chuẩn FET theo luật quốc tế⁴ hay tiêu chuẩn đối xử tối thiểu (*minimum standard treatment, MST*),⁵ FET đã được các cơ quan giải quyết tranh chấp giải thích theo những xu hướng khác nhau, tùy theo từng tình tiết vụ kiện và cách ghi nhận trong Hiệp định.⁶ Điều này dẫn đến sự thiếu thống nhất về khái niệm FET và gây ra rườ rói khó dự đoán trước được kết quả giải quyết tranh chấp của Hội đồng trọng tài (HĐTT) khi giải thích điều khoản trên.

1. Khái quát về tiêu chuẩn đối xử công bằng và thỏa đáng trong các hiệp định đầu tư quốc tế

FET là cam kết của quốc gia tiếp nhận đầu tư sẽ đối xử với khoản đầu tư của nhà đầu tư nước ngoài một cách công bằng và thỏa đáng.⁷ Đây là tiêu chuẩn mang tính độc lập, có nội hàm riêng, khách quan, không cần so sánh đối với sự đối xử dành cho khoản đầu tư của nhà đầu tư từ quốc gia thứ ba và nhà đầu tư trong nước.⁸

Ban đầu, tiêu chuẩn FET được hình thành với mục đích khác phục những lỗ hổng pháp lý mà các điều khoản khác của hiệp định đầu tư chưa điều chỉnh nhằm đạt được mức độ bảo hộ mà nhà đầu tư mong đợi. Hoa Kỳ - quốc gia chủ yếu đầu tư ra nước ngoài - là quốc gia đề xuất và tiên phong ghi nhận các điều khoản về tiêu chuẩn FET vào các Hiệp ước hữu nghị, thương mại và hàng hải (*Friendship, Commerce and Navigation Treaties, FCN*)⁹ do nước này ký kết với mục đích bảo đảm sự an toàn tuyệt đối cho doanh nghiệp của Hoa Kỳ khi đầu tư tại nước ngoài.¹⁰ Ngoài ra, theo quan điểm của học giả nổi tiếng Detlev Vagts:

³ Điều 3.1 BIT Argentina - Việt Nam năm 1996, Điều 2.1 BIT Austria - Việt Nam năm 1995, Điều 2.2 BIT Belarus - Việt Nam năm 1992, Điều 2.1 BIT Bulgaria - Việt Nam năm 1996, Điều 3.1 BIT China - Việt Nam năm 1992.

⁴ Điều 3 BIT BLEU (*Belgium-Luxembourg Economic Union*) - Việt Nam năm 1991, Điều 3.1 BIT Tây Ban Nha - Việt Nam năm 2006.

⁵ Điều 1105 Hiệp định thương mại tự do Bắc Mỹ (*North American Free Trade Agreement, NAFTA*)

⁶ Thẩm phán Tòa Tối cao Potter Stewart đã từng cho rằng tiêu chuẩn FET được xem là tiêu chí: "Tôi biết nó là gì khi tôi thấy nó" (*I know it when I see it*) (*Jacobellis v. Ohio*, 1964)

⁷ Krsta Nadakavukaren Schefer, *International Investment Law - Text, Cases and Materials*, Edward Elgar Publishing, 2016, tr. 327.

⁸ Phạm Hải Yến, *Giáo trình Luật Đầu tư quốc tế*, Học viện Ngoại giao, Nxb. Chính trị quốc gia - Sự thật, 2017, tr. 111.

⁹ Điều 1, phần 1 Hiệp định FCN giữa Đức và Hoa Kỳ, năm 1954: "*Mỗi bên phải luôn đối xử công bằng và thỏa đáng với công dân và công ty của bên ký kết còn lại cũng tài sản và lợi ích của họ*".

¹⁰ Theo quan điểm của hai học giả Rudolf Dolzer và Christoph Schreuer, thực chất, những yếu tố của FET có sự chồng chéo với nguyên tắc thiện chí theo nghĩa rộng và liên quan đến hai học thuyết pháp lý chính: *venire contra factum proprium* (không ai được có hành động mâu thuẫn với hành vi trước đây của chính mình nếu bên còn lại đã dựa vào đó để thực hiện hành động của mình) và *estoppel* (học thuyết pháp lý không cho phép một người được quyền phủ nhận sự thật về điều mà trước đây người này đã tuyên bố hoặc về những sự kiện mà người này cho là có thật). Rudolf Dolzer và Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, 2012, tr. 132.

"tiêu chuẩn FET bảo vệ nhà đầu tư khỏi những hành vi, hoặc việc không thực hiện hành vi của quốc gia tiếp nhận đầu tư khiến cho khoản đầu tư không phát sinh lợi nhuận".¹¹ Do đó, tiêu chuẩn FET hướng đến bảo vệ nhà đầu tư nước ngoài trước những hành vi bất công của quốc gia tiếp nhận đầu tư, như là sự thu hồi hay hủy tùy tiện các giấy phép, sự áp dụng các hình thức chế tài bất công hay tạo ra những rào cản để phá vỡ các hoạt động kinh doanh.¹²

Tiêu chuẩn FET đã xuất hiện trong nhiều văn kiện quốc tế, trong đó, có những văn bản mang tính hướng dẫn, khuyến nghị.¹³ Bên cạnh đó, tiêu chuẩn FET cũng được ghi nhận tại nhiều hiệp định đa phương hiện đang có hiệu lực và có giá trị ràng buộc như Điều 11 Hiệp định Đầu tư toàn diện ASEAN (*ASEAN comprehensive investment agreement*, ACIA), Điều 9.6 CPTPP. Tuy nhiên, các hiệp định trên lại chưa đưa ra giải thích thế nào là "công bằng", "thỏa đáng" (hay "hợp lý"). Do đó, hiện nay, khái niệm của tiêu chuẩn này vẫn là vấn đề đang được tranh cãi. Trong thực tiễn giải quyết tranh chấp, mỗi HĐTT sẽ dựa vào học thuyết, quan điểm riêng và tình tiết đặc thù của từng vụ việc để đưa ra kết luận về sự vi phạm điều khoản FET của biện pháp nhà nước.

2. Xu hướng ghi nhận tiêu chuẩn đối xử công bằng và thỏa đáng và thực tiễn áp dụng trong các hiệp định đầu tư quốc tế truyền thống

2.1. Phạm vi áp dụng của tiêu chuẩn đối xử công bằng và thỏa đáng

Theo học giả Dolzer and Schreuer¹⁴ và học giả Stephan Schill¹⁵ tổng hợp từ thực tiễn giải quyết tranh chấp ISDS, phạm vi xem xét sự vi phạm FET trong các hiệp định đầu tư bao gồm: (a) sự bảo vệ kỳ vọng và chính đáng của nhà đầu tư và yêu cầu về tính ổn định, dự đoán trước và tính ổn định của khung pháp lý; (b) cấm sự phân biệt đối xử độc đoán,

¹¹ Detlev Vagts, "Coercion and Foreign Investment Rearrangements", *The American Journal of International Law*, 1978, tr. 17.

¹² Azemoosh Bazrafkan, Alexia Herwig, "Reinterpreting the Fair and Equitable Treatment Provision in International Investment Agreements as a New and More Legitimate Way to Manage Risks", *European Journal of Risk Regulation*, 2016, tr. 441

¹³ Ví dụ như Điều 11.2 Hiến chương Havana 1948, Điều 1 Bản thảo Hiệp định Abs - Hsawcross về đầu tư nước ngoài 1959, Điều 1 Bản thảo của Hiệp định về bảo vệ tài sản nước ngoài 1967 - Tổ chức hợp tác và phát triển kinh tế (OECD), Bản thảo của Đạo luật về hành vi của Liên hợp quốc đối với các công ty đa quốc gia (United Nations Code of Conduct on Transnational Corporations), Hướng dẫn về sự đối xử với khoản đầu tư của nhà đầu tư nước ngoài do Ủy ban phát triển của Ban điều hành Quỹ tiền tệ thế giới và Ngân hàng Thế giới.

¹⁴ Rudolf Dolzer and Christoph Schreuer, *idđ*, 2012, tr. 145.

¹⁵ Stephan Schill, "Fair and equitable treatment under investment treaties as an Embodiment of the Rule of Law", *IllJ Working Paper 2006/6 (Global Administrative Law Series)*, 2006, tr. 11.

phí lý; (c) yêu cầu áp dụng trình tự thủ tục hành chính và pháp lý hợp lý; (d) yêu cầu về tính hợp lý và cân bằng hợp lý.¹⁶

a. *Sự bảo vệ kỳ vọng chính đáng của nhà đầu tư và yêu cầu về tính ổn định, dự đoán trước và tính ổn định của khung pháp lý*

Bảo đảm kỳ vọng chính đáng của nhà đầu tư nước ngoài bắt nguồn từ học thuyết *venire contra factum proprium* (không ai được có hành động mâu thuẫn với hành vi trước đây của chính mình nếu bên còn lại đã dựa vào đó để thực hiện hành động của mình) và *estoppel* - những học thuyết nền tảng hình thành FET. Điều khoản này được xây dựng để bảo đảm sự tôn trọng các cam kết mà nhà nước đã đưa ra. Các cam kết này sẽ phát sinh trách nhiệm pháp lý nếu nhà đầu tư dựa vào đó để tiến hành đầu tư vào quốc gia sở tại. Mặc dù một nhà đầu tư có thể có rất nhiều kỳ vọng dựa trên thực tế và hành động của quốc gia tiếp nhận đầu tư, nhưng không phải mọi kỳ vọng đều chính đáng theo luật quốc tế. Chỉ có những kỳ vọng chính đáng mới được bảo vệ theo FET và có thể dẫn đến trách nhiệm pháp lý của nhà nước.¹⁷

Tuy nhiên, có một số quan điểm cho rằng không nên xem xét kỳ vọng chính đáng khi xác định hành vi vi phạm FET. Điển hình, học giả Martins Papaniskis lập luận: về lý thuyết, khái niệm kỳ vọng chính đáng được xem là một phần của FET hay được xem là khái niệm hữu ích khi xác định hành vi vi phạm các tiêu chuẩn FET. Tuy nhiên, trên thực tế, vì khái niệm kỳ vọng chính đáng mang tính mơ hồ, thiếu đi tiêu chuẩn nội dung cốt lõi, nên sẽ xóa đi giới hạn điều chỉnh của FET một cách trực tiếp hay làm giảm tiêu chuẩn xem xét sự vi phạm của những yếu tố khác của điều khoản FET.¹⁸ Đồng thời, học giả Muthucumaraswamy Somarajah cũng đã đưa ra ý kiến phê bình chủ yếu về kỳ vọng chính đáng là: sự linh hoạt của tiêu chí này có thể dẫn đến bao trùm quá nhiều trường hợp.¹⁹

b. *Trình tự thủ tục hợp lý*

Nếu những biện pháp được tiến hành không đúng theo trình tự hợp lý có thể dẫn đến rất nhiều tranh chấp. Do đó, khi phân tích FET, một số HĐTT có xu hướng xem xét nghĩa vụ không từ chối công lý

¹⁶ Kenneth J Vandevelde, "A Unified Theory of Fair and Equitable Treatment", *New York University Journal of International Law and Politics*, 2010, tr. 104 và 106.

¹⁷ Patrick Dumberry, "The Protection of Investors' Legitimate Expectations and the Fair and Equitable Treatment Standard under NAFTA Article 1105", *Journal of International Arbitration*, 2014, tr. 49.

¹⁸ Martins Papaniskis, "The Case for Removing the Fair and Equitable Treatment Standard from NAFTA", *Carol Bonnet Publisher*, tr. 8.

¹⁹ Muthucumaraswamy Somarajah, *The international law on foreign investment*, Cambridge University Press, 2010, tr. 355.

trong thủ tục hình sự, dân sự, thủ tục hành chính cần tuân thủ nguyên tắc trình tự hợp lý.²⁰ Đây được xem là một phần của tập quán quốc tế. Trong vụ kiện *Waste Management v. Mexico* có xem xét đến nhiều yếu tố, trong đó có nghĩa vụ từ chối công lý. HĐTT đã kết luận một biện pháp “vi phạm trình tự hợp lý dẫn tới hậu quả xâm phạm đến quyền tư pháp - như là việc giải quyết tranh chấp tại Tòa án thiếu công bằng hay quy trình thủ tục hành chính thiếu minh bạch sẽ dẫn tới sự vi phạm FET.”²¹ Hội đồng trọng tài vụ kiện *ADC v. Cộng hòa Hungary* cũng lập luận quy trình thủ tục hợp lý yêu cầu “một số cơ chế pháp lý cơ bản, như thông báo trước hợp lý, phiên điều trần công bằng, xét xử không thiên vị và vô tư đối với nhà đầu tư nước ngoài”.²² Tương tự, theo phán quyết của vụ *Genin v. Estonia*: “những vấn đề thủ tục thiếu thiện chí, không tôn trọng nguyên tắc trình tự thủ tục hợp lý hay thiếu sót trong hành động một cách nghiêm trọng sẽ dẫn đến hậu quả vi phạm FET”.²³

c. Cấm phân biệt đối xử độc đoán, phi lý

Trong vụ *CMS v. Argentina*, HĐTT đã xem xét tiêu chuẩn bảo hộ với 2 thành tố: sự đối xử độc đoán và phân biệt đối xử khi xem xét hành vi vi phạm FET. Tương tự, HĐTT trong vụ *Waste Management v. Mexico* cho rằng FET- MST sẽ bị vi phạm bởi hành vi của nhà nước nếu hành vi đó độc đoán, bất công, không hợp lý hay cá biệt, phân biệt đối xử và ảnh hưởng đến trình tự thủ tục hợp lý, gây thiệt hại đến khoản đầu tư của nhà đầu tư nước ngoài.²⁴

Nhìn chung, việc mở rộng trong cách giải thích tiêu chuẩn FET đã tạo điều kiện cho việc bảo hộ hiệu quả hơn khoản đầu tư của nhà đầu tư nước ngoài, nhưng cũng đem lại những rủi ro pháp lý đáng kể. Điển hình là việc HĐTT đưa ra một danh sách các nghĩa vụ²⁵ mà quốc gia tiếp nhận đầu tư phải tuân thủ sẽ tạo nên gánh nặng cho quốc gia tiếp nhận đầu tư, đặc biệt là quốc gia đang phát triển.

²⁰ Surya P. Subedi, *International Investment Law - Reconciling Policy and Principle*, Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2008, tr. 67

²¹ *Waste Management v. Mexico*, ICSID Case No ARB(AF)/00/3 (NAFTA). Award, 30 April 2004, 43 ILM 967 (2004), đoạn 130.

²² *ADF Group Inc v. United States*, ICSID Case No ARB(AF)/00/1 (NAFTA), Award, 9 January 2003, đoạn 435.

²³ *Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc and A.S. Baltov v. The Republic of Estonia*, ICSID Case No ARB/99/2, 2001, đoạn 367.

²⁴ *Waste Management v. Mexico*, ICSID Case No ARB(AF)/00/3 (NAFTA). Award, 30 April 2004, 43 ILM 967 (2004), đoạn 98.

²⁵ Trong phán quyết của vụ kiện *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. Mexico*, ICSID Case No ARB (AF)/00/2 (Mexico-Spain BIT), Award, 29 May 2003, 43 ILM 133 (2004), tại đoạn 154 “Quốc gia tiếp nhận đầu tư phải “thực hiện theo hướng thống nhất, không mơ hồ và hoàn toàn minh bạch, mà không có bất kỳ sự độc đoán và thiên thủ nguyên tắc thiện chí”.

d. Cân bằng hợp lý

Cân bằng hợp lý là thành tố mới được thêm vào tiêu chuẩn FET trong thời gian gần đây.²⁶ Mục đích của tiêu chí này nhằm giải quyết những mối quan tâm về một yêu cầu khiếu kiện của nhà đầu tư liên quan đến việc vi phạm kỳ vọng chính đáng có thể dẫn đến khả năng HĐTT đưa ra các phán quyết ảnh hưởng nghiêm trọng đến kỳ vọng chính đáng của nhà nước khi thực thi các quyền lực pháp lý đặc biệt nhằm mục đích bảo vệ lợi ích công cộng. (BBT đề nghị tác giả đọc, chỉnh lại câu này cho rõ nghĩa) Điển hình là trong các vụ mà Argentina bị khiếu kiện vì áp dụng các biện pháp trong thời kỳ khủng hoảng kinh tế. Mặt khác, HĐTT trong vụ *EDF v Romania* cho rằng sự cân bằng sẽ bị phá vỡ khi một mình nhà đầu tư phải gánh chịu một tổn thất quá mức ("*individual and excessive burden*"),²⁷ trong khi hiệu quả bảo vệ lợi ích công cộng của biện pháp được thực hiện chỉ mang tính tạm thời, ngắn hạn.²⁸ Mặc dù khái niệm cân bằng hợp lý được xuất hiện trong nhiều phán quyết về tiêu chuẩn FET, hầu hết các phán quyết đều không đưa ra sự giải thích cho khái niệm trên. Thay vào đó, HĐTT thường áp dụng bài kiểm tra về tính cân bằng hợp lý như là công cụ hữu hiệu để xác định sự vi phạm tiêu chuẩn FET. Cụ thể là, bài kiểm tra đã xem xét hành động của quốc gia có vi phạm tiêu chuẩn FET, liên quan đến tính hợp lý và phù hợp trong biện pháp của nhà nước áp dụng với các bước sau:²⁹ (i) đánh giá tính chính đáng của mục tiêu mà biện pháp được thực hiện, (ii) đánh giá tính phù hợp của biện pháp; (iii) phân tích tính cần thiết của biện pháp và (iv) xét tính cân bằng về hậu quả và lợi ích của biện pháp mang lại.³⁰

2.2. Ngưỡng vi phạm tiêu chuẩn đối xử công bằng và thỏa đáng

Về thực tiễn áp dụng tiêu chuẩn FET tại các HĐTT, hiện nay, các phán quyết của HĐTT vẫn chưa có sự thống nhất trong quy định về ngưỡng vi phạm FET.³¹

²⁶ Anne Marie Martin, "Proportionality: An Addition to the International Centre for the Settlement of Investment Disputes' Fair and Equitable Treatment Standard", 37 B. C. *Int'l & Comp. L. Rev.* 58, 2014, tr. 63

²⁷ *EDF International S.A., SAUR International S.A. and León Participaciones Argentinas S.A. v. Romania*, ICSID Case No. ARB/05/13 (Argentina-Belgium and Luxembourg Economic Union BIT and Argentina-France BIT), Award, 8 October 2009 đoạn 29

²⁸ OECD, *Indirect Expropriation and the Right to Regulate in International Investment Law*, OECD Publishing, 2004, tr. 18.

²⁹ Rumana Islam, *Proportionality as a Tool for Balancing Competing Interest in Investment Disputes: Fair and Equitable Treatment (FET) Standard in Context*, 2013, tr. 124

³⁰ Barak A., *Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations*, Cambridge University Press, 2012, tr. 132 - 133.

³¹ Việc xác định giới hạn nghĩa vụ theo tiêu chuẩn FET sẽ giúp trả lời câu hỏi: một biện pháp Nhà nước phải nghiêm trọng đến mức nào thì sẽ vi phạm FET?

Học giả Ying Zhu³² đã tổng hợp 4 loại ngưỡng vi phạm:

- *Độc lập - thấp (Autonomous-Low)*

Vụ kiện *Tecmed v. Mexico*³³ và *Mtd v. Chile* là 2 đại diện điển hình của dạng ngưỡng vi phạm này. Theo HĐTT, Điều 4 của hiệp định đầu tư song phương (*bilateral investment treats*, BIT) Mexico - Tây Ban Nha 1995 chỉ ghi nhận việc giải thích tiêu chuẩn FET theo luật quốc tế, chứ không chỉ rõ tập quán quốc tế. Do đó, phạm vi xem xét của tiêu chuẩn FET là sự giải thích một cách tự động theo Điều 31.1 của Công ước Vienna, theo nghĩa đen hay theo luật quốc tế và nguyên tắc thiện chí. Ngoài ra, HĐTT cũng đã áp dụng ngưỡng vi phạm thấp khi xem xét hành vi vi phạm FET bằng cách đưa ra một danh sách các điều kiện yêu cầu về nghĩa vụ của các quốc gia tiếp nhận đầu tư. Sự giải thích này không chỉ phù hợp với nghĩa thông thường của tiêu chuẩn mà còn phù hợp với ý định ký kết BIT của các bên: “nhằm tăng cường và gia tăng an ninh, niềm tin của nhà đầu tư đầu tư tại các quốc gia thành viên, từ đó tối đa hóa việc sử dụng các nguồn kinh tế của mỗi bên ký kết bằng cách thúc đẩy sự đóng góp kinh tế của các tổ chức kinh tế”.³⁴ Đồng thời, HĐTT vụ *Mtd* cũng có cách tiếp cận tương tự. Trong vụ này, Chính phủ Chile đã từ chối phân khu đất dựa theo đề án phát triển nông thôn đã bị coi là vi phạm FET vì Điều 2.2 BIT Chile - Malaysia không đề cập luật quốc tế. Do đó, HĐTT đã ghi nhận rằng không có sự đề cập tập quán quốc tế trong Hiệp định. Vì thế, theo Công ước Vienna về điều ước quốc tế, đầu tiên, cần xem xét định nghĩa của FET theo từ điển *Concise Oxford* để xác định FET là “công bằng” (*just*), vô tư (*even-handed*), không thiên vị (*unbiased*) và chính đáng (*legitimate*).³⁵ Sau đó, HĐTT xem xét lời nói đầu của BIT để xác định mục tiêu của BIT là thúc đẩy và phát triển đầu tư. Theo đó, HĐTT cho rằng: theo BIT, FET được hiểu là “*sự đối xử công bằng, không thiên vị, hướng đến thúc đẩy đầu tư nước ngoài*”. Tuy nhiên, HĐTT cũng không giải thích lý do áp dụng ngưỡng vi phạm thấp. Thay vào đó, HĐTT vụ *Mtd* chỉ đơn thuần viện dẫn tiêu chuẩn FET trong vụ *Tecmed* để áp dụng cho tình tiết của vụ kiện.³⁶

- *Độc lập - cao (Autonomous - High)*

Đối với dạng này, HĐTT *Bivater v. Canada* và *Un glaube v. Costarica* đã giải thích tiêu chuẩn FET như là tiêu chuẩn độc lập. Trong vụ *Bivater*

³² Ying Zhu, *idid*, tr. 330.

³³ Vụ *Tecmed* liên quan tới việc từ chối cấp phép vận hành nhà máy xử lý rác thải độc hại tại Mexico.

³⁴ *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. Mexico*, ICSID Case No ARB (AF)/00/2 (Mexico-Spain BIT). Award, 29 May 2003, 43 ILM 133 (2004), đoạn 156.

³⁵ *MTD Equity Sdn. Bhd & MTD Chile S.A v. Chile*, ICSID Case No. ARB/01/7 (Chile-Malaysia BIT). Award, 25 May 2004, 44 ILM 91 (2005), đoạn 113

³⁶ *MTD Equity Sdn Bhd. & MTD Chile S.A. v. Chile, idid*, đoạn 167.

Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania,³⁷ HĐTT cho rằng điều khoản FET trong BIT đề cập thuật ngữ được nhiều người biết đến - MST trong tập quán quốc tế, cụ thể HĐTT đã lý giải ý định của các bên là thông qua tiêu chuẩn tự thân.³⁸ Mặc dù vậy, HĐTT lại không xem xét nghĩa thông thường và mục tiêu của Hiệp định để xác định ngưỡng vi phạm. Thay vào đó, HĐTT dựa trên thực tiễn xét xử. HĐTT đã tiếp cận hướng giải thích tiêu chuẩn FET bằng với MST thông qua viện dẫn 2 vụ kiện: *Waste Management v. Mexico* và *Thunderbird v. Mexico* để chứng minh ngưỡng vi phạm cao: “*sự tự do công lý nghiêm trọng hay rõ ràng có sự đối xử độc đoán dưới mức được chấp nhận theo các tiêu chuẩn quốc tế*”.³⁹ Ngoài ra, HĐTT còn áp đặt thêm các yếu tố liên quan đến nghĩa vụ nhà đầu tư nước ngoài để xem xét đánh giá tiêu chuẩn FET, bao gồm: “*nghĩa vụ của nhà đầu tư nước ngoài, cả về yêu cầu xét soát trước khi đầu tư cũng như xem xét đối với những hoạt động sau đó, sự giới hạn kỳ vọng chính đáng trong một số trường hợp cụ thể khi nhà đầu tư phải tự mình đánh giá rủi ro khi đầu tư vào một môi trường kinh doanh cụ thể, và những quyền và nghĩa vụ liên quan của các bên được đề cập theo Hiệp định*”.⁴⁰

- MST- Tiêu chuẩn Neer⁴¹ (MST- Neer)

Trong một số vụ kiện (đặc biệt là các vụ Hiệp định Mậu dịch tự do Bắc Mỹ - *North American Free Trade Agreement-NAFTA*) - những hiệp định ghi nhận rõ FET liên kết với MST trong tập quán quốc tế, một số HĐTT đã áp dụng giải thích tiêu chuẩn FET theo MST với tiêu chuẩn của vụ kiện Neer. Ví dụ: vụ *Glamis Gold Ltd v. Hoa Kỳ*,⁴² *Altamimi v. Oman*. Trong trường hợp này, HĐTT giữ quan điểm tiêu chuẩn MST: “*đã bị đóng băng... kể từ năm 1926... biện pháp áp dụng phải rất tồi tệ*” vì sự khó khăn trong việc chứng minh sự thay đổi về tập quán.⁴³

³⁷ Vụ *Biwater* liên quan đến hành vi hủy hợp đồng, nơi mà nhà đầu tư vận hành hệ thống nước và nước thải ở Tanzania.

³⁸ *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd v. Tanzania*, ICSID Case No ARB/05/22 (Tanzania-UK BIT), Award and Concurring and Dissenting Opinion, 24 July 2008, đoạn 591.

³⁹ *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd v. Tanzania*, *id.*, đoạn 597 - 598.

⁴⁰ *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd v. Tanzania*, *id.*, đoạn 601.

⁴¹ Tranh chấp Neer xảy ra khi một công dân Hoa Kỳ bị giết hại ở Mexico và Hoa Kỳ kiện Mexico thay cho công dân của mình tại Ủy ban khiếu kiện Mexico - Hoa Kỳ. Hoa Kỳ cáo buộc chính quyền Mexico thiếu cẩn trọng trong điều tra, truy tố tội phạm và không bắt được những kẻ phạm tội. Ủy ban cho rằng cách đối xử với người nước ngoài của nước sở tại vi phạm luật quốc tế khi cách đối xử đó vi phạm một cách trắng trợn, ý đồ xấu hay cố ý xao lãng nghĩa vụ, hay là một thiếu sót trong hành động của Chính phủ đến mức mà ai có lý trí, công minh cũng nhận ra là thấp kém hơn nhiều yêu cầu mà tiêu chuẩn quốc tế đặt ra. Trong vụ này, đưa vào các bằng chứng mà chính quyền Mexico đưa ra về biện pháp mà nước này đã tiến hành điều tra, Ủy ban khiếu kiện Mexico-Hoa Kỳ kết luận Mexico không phải chịu trách nhiệm khi không bắt được những kẻ phạm tội. Phạm Hải Yến, *Giáo trình Luật Đầu tư quốc tế*, Nxb. Chính trị quốc gia - sự thật, tr. 114.

⁴² Trong vụ *Glamis Gold*, biện pháp pháp lý của Hoa Kỳ chống lại công ty khai khoáng vì những tác động tiêu cực mà dự án đã thực hiện đối với môi trường và văn hóa

⁴³ *Glamis Gold v. United States*, UNCITRAL Rules (NAFTA), Award, 8 June 2009, đoạn 604

- MST- Tiêu chuẩn phát triển từ tiêu chuẩn Neer (MST- Evolved Neer)

Khác với cách tiếp cận của *Glamis Gold Ltd* và *Altamini*, các HĐTT vụ *Chemtura v. Canada*, *Gold Reserve v. Venezuela*, and *Bilcon v. Canada* cho rằng tiêu chuẩn Neer đã có sự phát triển. Theo HĐTT vụ *Mondev v. Hoa Kỳ*, tiêu chuẩn Neer đã không còn phù hợp vì đó là tiêu chuẩn áp dụng với vấn đề an ninh của người nước ngoài. HĐTT vụ *Bilcon v. Canada*⁴⁴ lập luận rằng “Tiêu chuẩn MST quốc tế không bị giới hạn bởi hành vi thái quá của quốc gia tiếp nhận đầu tư. Tiêu chuẩn quốc tế tạm thời bao gồm nhiều biện pháp bảo hộ đáng kể hơn”.⁴⁵

Tóm lại, ngưỡng vi phạm MST tuy không cao đến mức thái quá, rời rạc, nhưng cũng không thấp như việc vi phạm một lỗi nhỏ, mà phụ thuộc cụ thể vào từng tình tiết vụ việc.⁴⁶

3. Xu hướng ghi nhận tiêu chuẩn đối xử công bằng và thỏa đáng trong các hiệp định thương mại tự do thế hệ mới

Sự mơ hồ của tiêu chuẩn FET trong hầu hết các IIA là nguyên nhân dẫn đến sự thiếu thống nhất của việc giải thích nội hàm điều khoản. Bởi lẽ, nếu điều khoản càng thiếu rõ ràng, thì nguy cơ giải thích theo hướng không thể lường trước được từ phía HĐTT sẽ cao hơn hay trái lại với ý định ban đầu của các bên ký kết. Do đó, mục tiêu chính của nhà đàm phán là phải làm rõ nguồn và nội dung của nghĩa vụ để hạn chế phạm vi giải thích điều khoản FET của HĐTT.⁴⁷ Hiện nay, xu hướng quy định IIA đã có sự đổi mới khi bổ sung các nội dung vào điều khoản FET. Đây là cách mà các bên ký kết áp dụng để làm rõ nội dung của nghĩa vụ FET làm cho việc thực thi điều khoản này trở nên dễ dự đoán hơn. Điều khoản càng rõ ràng, phạm vi và nội dung của FET càng minh thị.⁴⁸

Ngày 12/11/2018, Quốc hội Việt Nam đã biểu quyết thông qua Nghị quyết phê chuẩn CPTPP cùng các văn kiện liên quan và như vậy Việt Nam là nước thứ 07 thông qua Hiệp định này. CPTPP đã chính thức có hiệu lực kể từ sau ngày 30/12/2018 sau khi được phê chuẩn bởi quá bán tức 6 nước trở lên trong số 11 nước liên quan. CPTPP bao gồm 30 chương, bao trùm rất nhiều vấn đề, từ các vấn đề thương mại truyền thống (hàng hóa, dịch vụ, đầu tư...), đến các vấn đề thương mại chưa hoặc ít được đề cập trong các FTA (mua sắm công, thương mại điện tử, doanh nghiệp nhà nước...), và cả các vấn đề khác có liên quan đến thương

⁴⁴ Nhà đầu tư Hoa Kỳ Bilcon đã kiện biện pháp đánh giá môi trường của Canada vi phạm FET.

⁴⁵ *Clayton and Bilcon of Delaware Inc. v. Government of Canada* (PCA Case No. 2009-04), đoạn 433

⁴⁶ *Clayton and Bilcon of Delaware Inc. v. Government of Canada* (PCA Case No. 2009-04), đoạn 444

⁴⁷ UNITED NATIONS, Fair and Equitable Treatment, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II- A Sequel, 2012, tr. 104.

⁴⁸ UNITED NATIONS, *ibid*, tr 29.

mại (lao động, môi trường...).⁴⁹ Tại Chương 9 CPTPP đã ghi nhận vấn đề đầu tư nước ngoài với các tiêu chuẩn bảo hộ khoản đầu tư như: MFN, NT, FET, truat hữu. Trong đó, cách tiếp cận của Điều 9.6 CPTPP liên quan đến tiêu chuẩn FET có điểm tương đồng và trên cơ sở làm rõ những vấn đề trong tranh chấp liên quan đến việc giải thích Điều 1105 NAFTA. Điều khoản này đã nỗ lực xây dựng khái niệm tương đối rõ ràng về FET là “*nghĩa vụ không từ chối công lý trong các thủ tục tố tụng hình sự, dân sự, hoặc hành chính phù hợp với nguyên tắc về thủ tục trong các hệ thống pháp luật cơ bản trên thế giới*”. Như vậy, phạm vi các biện pháp vi phạm FET sẽ giới hạn trong các thủ tục tố tụng hình sự, dân sự, hành chính. Thêm vào đó, về ngưỡng vi phạm, tiêu chuẩn FET, điều khoản ghi nhận FET gắn liền với MST và xác định tiêu chuẩn FET ngang bằng với tiêu chuẩn *Neer*. Theo đó, hành vi vi phạm tiêu chuẩn FET phải tồi tệ và khiến người có lý trí phải sửng sốt. Do vậy, tiêu chuẩn cho hành vi vi phạm có thể xem xét theo cách giải thích của HĐTT trong vụ *Glamis v. Hoa Kỳ*: “*hành vi phải gây phần nộ, gây sốc, vi phạm tố tụng nghiêm trọng, độc đoán, không công bằng, hoàn toàn không tuân thủ trình tự pháp lý, phân biệt đối xử và hoàn toàn thiếu lý do hợp lý*”.⁵⁰ Tuy nhiên, Điều 9.16 CPTPP cũng ghi nhận sự thống nhất của các bên ký kết về tiêu chuẩn MST theo tập quán quốc tế cũng như cách thức để thiết lập tập quán quốc tế mới. Như vậy, điều khoản đã thừa nhận sự phát triển của tập quán quốc tế trong tương lai có thể cao hơn tiêu chuẩn *Neer* 1926 nếu nguyên đơn chứng minh được sự tồn tại của tập quán quốc tế mới. Ngoài ra, khoản 4 Điều 9.6 CPTPP cũng đã loại trừ khả năng nhà đầu tư nước ngoài đưa ra yêu cầu khiếu kiện dựa trên việc bị vi phạm kỳ vọng chính đáng và điều này có thể gây ra thiệt hại cho nhà đầu tư nước ngoài. Thêm vào đó, theo khoản 5 Điều 9.6 CPTPP, việc chính phủ quốc gia tiếp nhận đầu tư thay đổi chính sách trợ cấp như sửa đổi, giảm bớt, gia hạn, duy trì chính sách trên sẽ không bị xem là vi phạm FET kể cả trong trường hợp dẫn đến thiệt hại cho nhà đầu tư nước ngoài. Qua đó, có thể thấy, theo Điều 9.6 CPTPP, điểm đáng lưu ý là tiêu chuẩn FET sẽ không là rào cản để các quốc gia ký kết ban hành các biện pháp pháp lý cần thiết nhằm mục tiêu phát triển bền vững. Tuy nhiên, tiêu chuẩn trên lại ràng buộc nghĩa vụ tuân thủ trình tự thủ tục hợp lý ở ngưỡng vi phạm ngang với tiêu chuẩn MST. Như vậy, để hạn chế việc vi phạm tiêu chí này, quốc gia tiếp nhận đầu tư cần thực thi việc thúc đẩy, bảo vệ khoản đầu tư nước ngoài theo trình tự thủ tục pháp lý, ví dụ: tính công bằng trong việc ra quyết định, bảo vệ quyền được lắng nghe của nhà

⁴⁹ Trung tâm WTO và Hội nhập Phòng Thương mại và Công nghiệp Việt Nam, *Tóm tắt Văn kiện CPTPP*, tr. 2.

⁵⁰ *Glamis Gold v. United States*, UNCITRAL Rules (NAFTA), Award, 8 June 2009, đoạn 22

đầu tư và hạn chế sự trì hoãn thời gian thực hiện những thủ tục pháp lý.⁵¹ Bên cạnh đó, việc xem xét hành vi vi phạm FET cũng sẽ được căn cứ trên cơ sở mục tiêu, mục đích của Hiệp định, được thể hiện ở lời nói đầu văn bản này. Thông qua lời nói đầu, các bên ký kết Hiệp định ý thức rất rõ ràng trường kinh tế trong thế kỷ này không thể tách rời khỏi yêu cầu phát triển bền vững. Đặc điểm này rất khó tìm thấy trong các BITs truyền thống, đặc biệt là các BITs mà Việt Nam ký kết trước đây, vốn ưu tiên thu hút đầu tư hơn. Điều này cho thấy CPTPP thực sự phản ánh đúng yêu cầu và sự phát triển của thương mại trong thế kỷ 21 với những mối quan tâm toàn diện hơn so với các hiệp định trước đây.

Từ những phân tích trên, có thể thấy, hướng quy định về nội hàm tiêu chuẩn FET theo CPTPP, tuy mang lại lợi ích cho quốc gia tiếp nhận đầu tư trong việc thực thi các chính sách vì mục tiêu phát triển bền vững, nhưng mặt khác, lại hạn chế đáng kể cơ hội để nhà đầu tư CPTPP có được sự bảo đảm từ nhà nước tiếp nhận đầu tư về việc tạo môi trường pháp lý và kinh doanh ổn định và có thể dự đoán trước khung pháp lý. Mặt khác, suy cho cùng, mục đích ban đầu và quan trọng nhất của tiêu chuẩn FET là tiêu chuẩn thu hút đầu tư nước ngoài với bản chất lấp đầy những lỗ hổng pháp lý để giảm thiểu rủi ro trong kinh doanh đối với nhà đầu tư. Nếu đứng từ góc độ nhà đầu tư nước ngoài tiến hành các hoạt động đầu tư tại quốc gia khác, khoản đầu tư của nhà đầu tư có khả năng cao bị gây thiệt hại bởi những dạng hành vi đa dạng và mang tính trá hình từ quốc gia tiếp nhận đầu tư. Hơn nữa, việc loại trừ khả năng nhà đầu tư được quyền kỳ vọng chính đáng vào những lời hứa hay sự bảo đảm của nhà nước như tại khoản 5 Điều 9.6 NAFTA sẽ dẫn đến sự tùy tiện trong việc các cơ quan có thẩm quyền đưa ra cam kết thu hút đầu tư và sau đó không thực hiện cam kết của mình, gây thiệt hại cho khoản đầu tư của nhà đầu tư nước ngoài.

Từ những vấn đề đã phân tích, cần lưu ý rằng, nhà đầu tư Việt Nam khi đầu tư trên lãnh thổ các thành viên CPTPP cần nghiên cứu kỹ về nội hàm của tiêu chuẩn FET. Trên cơ sở đó, khi đầu tư sang các nước thành viên, nhà đầu tư nước ngoài cần đánh giá rủi ro cẩn thận và yêu cầu sự bảo đảm cụ thể hơn như sự ghi nhận các điều khoản bình ổn trong hợp đồng. Mặc dù phạm vi của tiêu chuẩn FET khá hẹp: chỉ còn giới hạn trong tiêu chí trình tự hợp lý (*due process*) với ngưỡng áp dụng thấp theo tiêu chuẩn *Neer*, nhưng điều này cũng không loại trừ hoàn toàn khả năng Chính phủ Việt Nam bị khởi kiện bởi nhà đầu tư CPTPP trước cơ quan giải quyết tranh chấp, đặc biệt, trong bối cảnh

⁵¹ Juruanto James Losari, Michael Ewing-Chow, "Difficulties with Decentralization and Due Process", *The Journal of World Investment & Trade*, 2015, tr. 993

Luật Đầu tư năm 2014 đã phát sinh nhiều bất cập trong thực tiễn và đang trong quá trình sửa đổi.⁵² ●

Tài liệu tham khảo

- [1] *Clayton and Bilcon of Delaware Inc v. Government of Canada* (PCA Case No. 2009-04),
- [2] *Glamis Gold v. United States*, UNCITRAL Rules (NAFTA), Award, 8 June 2009
- [3] *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd v Tanzania*, ICSID Case No ARB/05/22 (Tanzania-UK BIT), Award and Concurring and Dissenting Opinion, 24 July 2008
- [4] *MTD Equity Sdn. Bhd. & MTD Chile S.A. v Chile*, ICSID Case No. ARB/01/7 (Chile-Malaysia BIT), Award, 25 May 2004, 44 ILM 91 (2005)
- [5] *Waste Management v. Mexico*, ICSID Case No ARB(AF)/00/3 (NAFTA), Award, 30 April 2004, 43 ILM 967 (2004).
- [6] *ADF Group Inc v United States*, ICSID Case No ARB(AF)/00/1 (NAFTA), Award, 9 January 2003
- [7] *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v Mexico*, ICSID Case No ARB (AF)/00/2 (Mexico-Spain BIT), Award, 29 May 2003, 43 ILM 133
- [8] *Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. and A.S. Baltov v. The Republic of Estonia*, ICSID Case No ARB/99/2, 2001
- [9] Azernooosh Bazařkan, Alexia Herwig, "Reinterpreting the Fair and Equitable Treatment Provision in International Investment Agreements as a New and More Legitimate Way to Manage Risks", *European Journal of Risk Regulation*, 2016
- [10] Rudolf Dolzer và Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, 2012
- [11] Patrick Dumberry, "The Protection of Investors' Legitimate Expectations and the Fair and Equitable Treatment Standard under NAFTA Article 1105", *Journal of International Arbitration*, 2014
- [12] Học viện Ngoại giao, *Giáo trình Luật Đầu tư quốc tế*, TS. Phạm Hải Yến, Nxb. Chính trị quốc gia - sự thật, 2017 [trans: Diplomatic Academy of Vietnam, *International Investment Law Textbook*, Ph.D. Phạm Hải Yến, National Politics – Truth Publishing House, 2017]
- [13] Junianto James Losari, Michael Ewing-Chow, "Difficulties with Decentralization and Due Process", *The Journal of World Investment & Trade*, 2015
- [14] Marnus Paparinskis, "The Case for Removing the Fair and Equitable Treatment Standard from NAFTA", *Carol Bonnet Publisher*
- [15] Krista Nadakavukaren Schefer, *International Investment Law - Text, Cases and Materials*, Edward Elgar Publishing, 2016
- [16] Stephen Schill, "Fair and equitable treatment under Investment treaties as an Embodiment of the Rule of Law", *IILJ Working Paper 2006/6 (Global Administrative Law Series)*, 2006
- [17] Muthucumaraswamy Sornarajah, *The international law on foreign investment*, Cambridge University Press, 2010
- [18] Surya P Subedi, *International Investment Law - Reconciling Policy and Principle*, Oxford and Portland, Oregon. Hart Publishing, 2008
- [19] UNITED NATIONS, Fair and Equitable Treatment, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II- A Sequel, 2012
- [20] Detlev Vagts, "Coercion and Foreign Investment Rearrangements", *The American Journal of International Law*, 1978
- [21] Kenneth J Vandevelde, "A Unified Theory of Fair and Equitable Treatment", *New York University Journal of International Law and Politics*, 2010
- [22] Ying Zhu, "Fair and Equitable Treatment of Foreign Investors in an Era of Sustainable Development", *National Resources Journal*, 2018

⁵² Xem: http://duthaonline.quochoi.vn/DuThao/Liss/DT_DUTHAO_LUAT/View_Detail.aspx?ItemID=524&TabIndex=2&TailieuID=1702, truy cập ngày 10/2/2019.