

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

Đặng Phương Lệ¹

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 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, 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 những tranh chấp phát sinh 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 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 cần 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 sỹ luật, Luật sư thành viên, Trưởng Chi nhánh 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 bất 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 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 với một số đối tác⁹. Theo thống 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 thẩm quyền, trình tự, 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* (hay 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, 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 Thực Quyền, *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-quyet-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) Tổ 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").

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 (Phần 2 – Tiếp theo Tạp chí Nghệ luật số 3 năm 2021)

Đặng Phương Lệ¹

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 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: 26/05/2021.

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: 26/05/2021.

4.2. ISDS theo UNCITRAL⁵

Phần nhiều các hiệp định đầu tư quốc tế lựa chọn phương thức ISDS theo Quy tắc trọng tài UNCITRAL - trọng tài theo vụ việc (*ad hoc*). Nếu hiệp định đầu tư không quy định hoặc không áp dụng được hiệp định nào, các bên vẫn có thể thỏa thuận bằng văn bản để lựa chọn áp dụng quy tắc trọng tài UNCITRAL trước hoặc sau khi phát sinh tranh chấp. Phán quyết trọng tài UNCITRAL là chung thẩm và có thể được công nhận cho thi hành theo Công ước New

York 1958 tại các nước thành viên của Công ước.

Trình tự, thủ tục tố tụng: Quy tắc trọng tài UNCITRAL quy định các bước tố tụng bao gồm: (i) Nguyên đơn gửi thông báo ý định khởi kiện cho Bị đơn⁶; (ii) Bị đơn trả lời thông báo khởi kiện cho Nguyên đơn trong vòng 30 ngày⁷; (iii) Trong trường hợp hai bên đã có thỏa thuận trước về trọng tài, tiến tới thành lập Hội đồng trọng tài theo điều kiện đã thỏa thuận, trong trường hợp không có thỏa thuận trước về

¹ Thạc sỹ luật, Luật sư thành viên, Trưởng Chi Nhánh 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 Ủy ban Liên hiệp quốc về Luật thương mại quốc tế do Đại hội đồng Liên hiệp quốc thành lập ngày 17/12/1966 (The United Nations Commission on International Trade Law - UNCITRAL).

⁶ Điều 3 Quy tắc trọng tài UNCITRAL.

⁷ Điều 4 Quy tắc trọng tài UNCITRAL.

trọng tài thì hai bên vẫn có thể thành lập Hội đồng trọng tài theo thỏa thuận hoặc áp dụng phương pháp lựa chọn vắng mặt⁸; (iv) Hội đồng trọng tài sẽ đưa ra thời gian biểu cho quy trình xét xử⁹.

Trường hợp tách riêng việc xem xét thẩm quyền của Hội đồng trọng tài (Bifurcation), sẽ thực hiện riêng quy trình xem xét thẩm quyền trước. Trường hợp Hội đồng trọng tài từ chối thẩm quyền thì sẽ kết thúc vụ việc. Ngược lại, nếu Hội đồng trọng tài có thẩm quyền thì sẽ thực hiện các bước xét xử tiếp theo (merits stage).

Trường hợp không phản đối thẩm quyền của trọng tài hoặc trọng tài có thẩm quyền, sẽ thực hiện tiếp các bước xét xử, bao gồm: (i) yêu cầu tài liệu; (ii) nộp các văn kiện; (iii) phiên điều trần¹⁰; (iv) đệ trình sau phiên điều trần; (v) phán quyết¹¹; (vi) kết thúc quy trình tố tụng¹²; (vii) sửa chữa, bổ sung, giải thích, hủy bỏ phán quyết¹³; và (viii) công nhận và thi hành Phán quyết/Quyết định của trọng tài.

Năm 2011 xảy ra vụ kiện *Dialasie v. Viet Nam* liên quan đến việc Chính phủ Việt Nam đóng cửa phòng khám thận tại Thành phố Hồ Chí Minh thuộc sở hữu của nhà đầu tư quốc tịch Pháp. Nhà đầu tư khởi kiện trên cơ sở BIT Việt Nam – Pháp năm 1992 và được giải quyết tại tòa trọng tài thường trực (Permanent Court of Arbitration – PCA) thành lập theo Quy tắc tố tụng trọng tài UNCITRAL, với yêu cầu bồi thường là 47 triệu USD. Kết quả là Chính phủ Việt Nam thắng kiện bằng phán quyết trọng tài ngày 17/11/2014.

Năm 2013, trong vụ *RECOFI v. Viet Nam*,

tranh chấp phát sinh giữa nhà đầu tư quốc tịch Pháp và Chính phủ Việt Nam liên quan đến yêu cầu thanh toán các khoản chưa thanh toán cho RECOFI khi công ty này tham gia vào chương trình trợ giúp lương thực của Nhà nước từ năm 1987 trong thời kỳ Việt Nam thiếu lương thực. Vụ kiện cũng dựa trên cơ sở BIT Việt Nam - Pháp năm 1992, được giải quyết tại PCA thành lập theo Quy tắc tố tụng trọng tài UNCITRAL, với yêu cầu bồi thường của nguyên đơn là 66 triệu USD. Kết quả là Chính phủ Việt Nam thắng kiện bằng phán quyết trọng tài ngày 28/9/2015¹⁴. Tuy nhiên, phán quyết trọng tài này bị hủy bởi Tòa án Thụy Sĩ với lý do không đúng thẩm quyền. Cụ thể là, Tòa án Thụy Sĩ cho rằng RECOFI không được coi là có hoạt động đầu tư tại Việt Nam nên không thể áp dụng quy định về giải quyết tranh chấp trong BIT giữa Việt Nam và Pháp¹⁵.

Có thể nói, ngoài các cơ chế trọng tài ICSID và UNCITRAL nêu trên, các IIAs và FTAs còn mở ra cho các bên trong tranh chấp lựa chọn hội đồng trọng tài ad-hoc khác hoặc bất kỳ hội đồng trọng tài thường trực theo sự thỏa thuận bởi các bên. Kể từ năm 2017 đến nay, UNCITRAL đã chính thức cân nhắc cải cách đa phương về phương thức giải quyết tranh chấp ISDS. Các cuộc thảo luận diễn ra khi nhiều quốc gia và khu vực đang đánh giá lại chế độ ISDS hiện nay và tìm cách phát triển các cơ chế theo cách tiếp cận giải quyết tranh chấp mới, xem xét các phương án khác để ngăn ngừa xảy ra tranh chấp, đàm phán các loại hiệp

⁸ Điều 7.1 và 9.1 Quy tắc trọng tài UNCITRAL.

⁹ Điều 17.2 Quy tắc trọng tài UNCITRAL.

¹⁰ Điều 28 Quy tắc trọng tài UNCITRAL.

¹¹ Điều 33 Quy tắc trọng tài UNCITRAL.

¹² Điều 31 Quy tắc trọng tài UNCITRAL.

¹³ Điều 36-39 Quy tắc trọng tài UNCITRAL.

¹⁴ Xem chi tiết danh sách các vụ kiện trên website của UNCTAD tại <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/country/229/viet-nam/respondent>, truy cập ngày 28/02/2021.

¹⁵ *RECOFI v. Viet Nam*, <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/cases/554/recofi-v-viet-nam>, truy cập ngày 28/02/2021.

ước song phương và khu vực thay thế, đồng thời đàm phán lại hoặc chấm dứt các hiệp ước hiện có¹⁶.

4.3. ISDS tại Tòa trọng tài đầu tư theo EVIPA

Nhằm khắc phục những tồn tại trong các cơ chế ISDS hiện nay, Hiệp định bảo hộ đầu tư giữa Việt Nam và Liên minh Châu Âu (European Union Vietnam Investment Protection Agreement - EVIPA) đã thiết lập cơ chế ISDS với việc thành lập **Tòa trọng tài đầu tư** theo cơ chế thường trực. Tòa trọng tài đầu tư này được nhiều quốc gia ủng hộ nhằm thay thế cho hình thức trọng tài vụ việc thường được quy định tại các BITs và FTAs trước đây. Tòa trọng tài đầu tư trong EVIPA có thể được xem như một *mô hình hỗn hợp* giữa Tòa án và trọng tài.

Theo EVIPA, các quốc gia thành viên sẽ thành lập một hệ thống hội đồng tài phán cố định gồm hai cấp xét xử: Hội đồng tài phán sơ thẩm (*tribunal*) và Hội đồng tài phán phúc thẩm (*appeal tribunal*). Các thành viên của hai Hội đồng tài phán này sẽ đảm nhiệm vai trò như các thẩm phán trong nhiệm kỳ 04 năm và có thể được tái bổ nhiệm 01 lần; 05 trên tổng số 09 thành viên được bổ nhiệm từ thời điểm Hiệp định có hiệu lực sẽ có nhiệm kỳ 06 năm¹⁷.

Trình tự khởi kiện

Để bắt đầu quá trình khởi kiện tại Tòa trọng tài đầu tư, EVIPA quy định nhà đầu tư trước hết phải gửi yêu cầu tham vấn đến bên còn lại¹⁸. Yêu cầu tham vấn phải được gửi trong vòng 03 năm kể từ ngày nhà đầu tư biết hoặc phải biết

về hành vi vi phạm và thiệt hại đã xảy ra; hoặc trong vòng 02 năm kể từ ngày nhà đầu tư dừng việc khởi kiện tại các Hội đồng/Tòa án theo pháp luật quốc gia nhưng không quá 07 năm kể từ ngày nhà đầu tư biết hoặc phải biết về hành vi vi phạm và thiệt hại đã xảy ra¹⁹.

Nếu tranh chấp không được giải quyết trong vòng 90 ngày kể từ ngày gửi yêu cầu tham vấn, nhà đầu tư có quyền gửi thông báo về ý định khởi kiện đến bên kia²⁰. Chỉ khi tranh chấp vẫn không được giải quyết trong vòng 06 tháng kể từ ngày gửi yêu cầu tham vấn và ít nhất 03 tháng đã trôi qua kể từ ngày gửi thông báo về ý định khởi kiện, nhà đầu tư mới có quyền nộp đơn kiện đến tòa sơ thẩm²¹. Nếu nhà đầu tư không nộp đơn kiện trong vòng 18 tháng kể từ ngày có yêu cầu tham vấn, nhà đầu tư sẽ bị xem là đã rút lại vụ kiện và không có quyền nộp đơn kiện theo cơ chế này.

Trong vòng 90 ngày kể từ ngày nộp đơn kiện, chủ tịch Tòa sơ thẩm sẽ chỉ định hội đồng xét xử để giải quyết vụ kiện²². Hội đồng xét xử sơ thẩm sẽ ban hành phán quyết tạm thời trong vòng 18 tháng kể từ ngày nộp đơn kiện và các bên tranh chấp có quyền kháng cáo phán quyết này trong vòng 90 ngày kể từ ngày ban hành. Nếu không bị kháng cáo trong thời hạn quy định, phán quyết tạm thời sẽ trở thành phán quyết cuối cùng và chính thức có hiệu lực²³.

Phán quyết của Hội đồng xét xử

Một điểm đáng lưu ý đối với hiệu lực thi hành phán quyết của Tòa trọng tài đầu tư chính là các biện pháp mà Hội đồng xét xử đã tuyên

¹⁶International Institute for Sustainable Development, <https://www.iisd.org/project/uncitral-and-reform-investment-dispute-settlement>, truy cập ngày 28/02/2021.

¹⁷ TS. Trần Anh Tuấn và TS. Trịnh Hải Yến, (2019), *Pháp luật Việt Nam về đầu tư nước ngoài, giải quyết tranh chấp đầu tư quốc tế trong thời kỳ đổi mới*, Nxb Chính Trị Quốc gia sự thật, tr. 312.

¹⁸ Khoản 1 Điều 3.3 Hiệp định EVIPA.

¹⁹ Khoản 2 Điều 3.30 Hiệp định EVIPA.

²⁰ Khoản 1 Điều 3.32 Hiệp định EVIPA.

²¹ Khoản 1 Điều 3.33 Hiệp định EVIPA.

²² Khoản 7 Điều 3.38 Hiệp định EVIPA.

²³ Khoản 1 Điều 3.55 Hiệp định EVIPA.

có phần bị hạn chế. Cụ thể là, theo quy định của EVIPA, phán quyết của Tòa trọng tài đầu tư chỉ có tính chung thẩm đối với quốc gia vi phạm về các nghĩa vụ tài chính. Cụ thể là, nội dung nghĩa vụ tài chính phải thi hành chỉ gồm những nghĩa vụ liên quan đến thiệt hại về tiền và lãi suất áp dụng, chuyển giao tài sản hay bồi thường thiệt hại bằng tiền, lãi suất áp dụng thay cho việc chuyển giao tài sản²⁴. Điều này đồng nghĩa với việc Tòa trọng tài đầu tư sẽ không được tuyên bãi bỏ đối với các biện pháp có liên quan của quốc gia²⁵ để đảm bảo nguyên tắc cân bằng giữa bảo hộ đầu tư và tôn trọng thẩm quyền quản lý quốc gia của các cơ quan Nhà nước.

Quốc hội Việt Nam đã ban hành Nghị quyết số 113/2020/QH14 ngày 18 tháng 6 năm 2020 về công nhận và cho thi hành tại Việt Nam phán quyết của cơ quan giải quyết tranh chấp đầu tư theo Hiệp định EVIPA. Theo đó, phán quyết của Hội đồng xét xử được ban hành trong thời hạn 05 năm kể từ ngày Hiệp định có hiệu lực hoặc trong một thời gian dài hơn theo quyết định của Ủy ban²⁶. Nghĩa vụ thực thi phán quyết đối với Việt Nam sẽ có nội dung mang tính khác biệt, trong thời hạn 05 năm kể trên, việc công nhận và thi hành các phán quyết cuối cùng của Tòa trọng tài đầu tư mà Việt Nam là bị đơn sẽ áp dụng theo Công ước New York 1958.

Lời kết

Tựu chung, tranh chấp đầu tư quốc tế là xu hướng tất yếu trong hội nhập kinh tế quốc tế. Giải quyết tranh chấp đầu tư quốc tế là một vấn đề phức tạp không chỉ đối với các quốc gia nói chung mà còn đối với Việt Nam nói riêng. Các vụ việc xảy ra trên thực tế cho thấy, nhà đầu tư hoàn toàn có thể tận dụng cơ chế ISDS để khởi kiện hoặc gây sức ép đối với Nhà nước tiếp

nhận đầu tư, ngay cả khi các biện pháp mà Nhà nước sử dụng đối với nhà đầu tư vì lợi ích công cộng (như bảo vệ môi trường, vì sức khỏe cộng đồng hay bảo vệ quyền của người lao động). Khi gặp phải khiếu kiện từ phía nhà đầu tư, dù thắng hay thua cũng đều gây mất thời gian, chi phí đối với quốc gia tiếp nhận đầu tư, phần nào gây ảnh hưởng đến uy tín và cơ hội thu hút đầu tư nước ngoài.

Trong bối cảnh Việt Nam đang tích cực hội nhập kinh tế quốc tế và thu hút vốn FDI, các xung đột về quyền lợi dẫn đến tranh chấp xảy ra giữa nhà đầu tư với Chính phủ Việt Nam và các cơ quan nhà nước là điều không thể tránh khỏi. Tuy vậy, bên cạnh những lý do xuất phát từ phía nhà đầu tư như đề cập trên đây, còn có những nguyên nhân từ phía các cơ quan chính phủ. Trong đó, những tồn tại và bất cập trong công tác quản lý hoạt động đầu tư nước ngoài, vấn đề minh bạch hóa trong quá trình giải quyết tranh chấp đầu tư cũng như việc tuân thủ và thực thi các cam kết bảo hộ đầu tư cần được cải thiện. Đây chính là những vấn đề cần chú ý và khắc phục để ngăn ngừa các nguy cơ dẫn đến tranh chấp đầu tư quốc tế.

Chính vì vậy, song song với những chính sách mở cửa và chào đón các làn sóng đầu tư nước ngoài, Việt Nam sẽ cần nỗ lực hoàn thiện hơn khung pháp luật và thể chế để bảo đảm các nghĩa vụ bảo hộ đầu tư được thực hiện theo đúng cam kết. Bên cạnh đó, Chính phủ và các cơ quan hữu quan cần chủ động xây dựng chiến lược phòng ngừa và phương án ứng phó đối với tranh chấp đầu tư quốc tế. Việc nghiên cứu và nắm vững các quy định pháp luật quốc tế liên quan đến thẩm quyền, trình tự, thủ tục ISDS cũng trở nên cần thiết cho việc phòng ngừa, đặc biệt là ứng phó khi có tranh chấp xảy ra./.

²⁴ Công nhận phán quyết chung thẩm về nghĩa vụ tài chính tại Việt Nam theo EVIPA,

<http://tapchitaichinh.vn/nghien-cuu-trao-doi/cong-nhan-phan-quet-chung-tham-ve-nghia-vu-tai-chinh-tai-viet-nam-theo-evipa-324565.html>, truy cập ngày 28/02/2021.

²⁵ Điều 3.52 Hiệp định EVIPA.

²⁶ Theo Điều 4.1 Hiệp định EVIPA, “Các Bên theo đây thành lập một Ủy ban bao gồm đại diện của Liên minh.