

**CHỦ ĐỘNG ỨNG PHÓ VỚI TRANH CHẤP GIỮA
NHÀ ĐẦU TƯ NƯỚC NGOÀI VÀ NHÀ NƯỚC TIẾP NHẬN
ĐẦU TƯ: MỘT SỐ LƯU Ý CHO VIỆT NAM**

Vũ Kim Ngân¹

Trường Đại học Ngoại thương, Hà Nội, Việt Nam

Ngày nhận: 22/02/2021; Ngày hoàn thành phản biện: 04/05/2021; Ngày duyệt đăng: 10/05/2021

Tóm tắt: Cơ chế giải quyết tranh chấp đầu tư quốc tế giữa nhà đầu tư và nhà nước (Investor-State Dispute Settlement – ISDS) cho phép nhà đầu tư nước ngoài được quyền khởi kiện nước tiếp nhận đầu tư. Bên cạnh tốn kém về thời gian, công sức và chi phí theo đuổi vụ kiện, tranh chấp đầu tư có khả năng gây tổn hại đến uy tín của quốc gia cũng như mối quan hệ với nhà đầu tư nước ngoài. Vì vậy, việc ứng phó với tranh chấp đầu tư quốc tế có ý nghĩa quan trọng, đặc biệt với những quốc gia tiếp nhận nhiều đầu tư nước ngoài và ngày càng có xu hướng gia tăng như Việt Nam. Bài viết này trình bày tổng quan về tình hình tranh chấp đầu tư quốc tế của Việt Nam, phân tích những điểm cần lưu ý và từ đó đưa ra một số khuyến nghị để Việt Nam chủ động ứng phó với tranh chấp đầu tư quốc tế khi bị khởi kiện.

Từ khóa: ISDS, Đầu tư quốc tế, Tranh chấp đầu tư, Ngăn ngừa tranh chấp ISDS, Ứng phó tranh chấp ISDS

**MANAGING INVESTMENT DISPUTES BETWEEN FOREIGN
INVESTORS AND THE HOST STATE: THE CASE OF VIETNAM**

Abstract: The Investor-State Dispute Settlement (ISDS) mechanism grants foreign investors the right to sue host states. In addition to the fact that participating in an investment arbitration is costly and time-consuming, being sued by an investor may negatively affect the host state's reputation as well as its relationship with the foreign investors. Hence, it remains important to manage investment disputes, especially for a country that receives a large and increasing volume of foreign investment like Vietnam. This study provides an overview of investment disputes of Vietnam and an analysis on several key points in ISDS mechanism that Vietnam should pay attention to, thereby suggesting some recommendations for the country to actively manage investment disputes when they arise.

Keywords: ISDS, International investment, Investment dispute, Preventing ISDS dispute, Managing ISDS dispute

¹ Tác giả liên hệ, Email: nganvk@ftu.edu.vn

1. Đặt vấn đề

Cơ chế giải quyết tranh chấp đầu tư quốc tế giữa nhà đầu tư nước ngoài và nước tiếp nhận đầu tư (Investor-State Dispute Settlement - ISDS) cho phép nhà đầu tư nước ngoài được quyền khởi kiện nhà nước sở tại nơi hoạt động đầu tư của họ diễn ra. Mục tiêu căn bản của việc xây dựng ISDS là tạo ra một cơ chế giải quyết tranh chấp dành cho nhà đầu tư để bảo vệ quyền lợi của mình trong trường hợp nhà nước tiếp nhận đầu tư vi phạm quy định về bảo hộ đầu tư đã ký kết. Như vậy, nhà nước tiếp nhận đầu tư thường sẽ là bên bị kiện trong các tranh chấp này và cơ chế ISDS được xem là độc lập với thủ tục tố tụng tại toà án địa phương của nước sở tại. Về cơ bản, cơ chế ISDS được hình thành trên cơ sở các điều ước quốc tế về bảo hộ đầu tư được ký kết giữa quốc gia của nhà đầu tư (home state) và nước tiếp nhận đầu tư nước ngoài (host state) dưới dạng Hiệp định Đầu tư song phương (Bilateral Investment Treaty - BIT); Hiệp định Bảo hộ đầu tư, ví dụ như Hiệp định Bảo hộ đầu tư Việt Nam - Liên minh Châu Âu (The European - Viet Nam Investment Protection Agreement - EVIPA); nội dung về bảo hộ đầu tư và giải quyết tranh chấp trong khuôn khổ của Hiệp định Thương mại tự do (Free Trade Agreement - FTA) thế hệ mới, ví dụ Chương 9 của Hiệp định Đối tác Toàn diện và Tiên bộ Xuyên Thái Bình Dương (The Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership - CPTPP); hoặc trên cơ sở hợp đồng, thoả thuận giữa chính phủ nước tiếp nhận đầu tư với nhà đầu tư nước ngoài, trong đó quy định rõ cơ quan giải quyết tranh chấp là trọng tài quốc tế hoặc cơ quan tài phán khác có thẩm quyền.

Đối với nước tiếp nhận đầu tư, một mặt, các thoả thuận này có tác động tích cực và tạo thuận lợi đáng kể trong việc thu hút các nguồn lực đa dạng, dồi dào từ nước ngoài cho các dự án hợp tác đầu tư trong nước, góp phần quan trọng trong công cuộc kiến thiết và phát triển kinh tế tại nước tiếp nhận đầu tư (Bayhaqi & Mann, 2019; Lê, 2020). Nhưng mặt khác, việc chấp nhận áp dụng cơ chế ISDS khiến cho nhà nước tiếp nhận đầu tư phải đối mặt với khả năng bị thể nhân hoặc pháp nhân nước ngoài khởi kiện, chấp nhận rằng nhà nước sẽ có quyền và nghĩa vụ bình đẳng với thể nhân và pháp nhân nước ngoài đó trong tranh chấp (Nguyễn, 2020; Nguyễn, 2012). Ngoài vấn đề tốn kém về thời gian, công sức, chi phí theo đuổi vụ kiện, việc bị kiện còn có thể làm tổn hại uy tín của quốc gia, nhất là khi phán quyết đưa ra không có lợi cho nước tiếp nhận đầu tư hoặc số tiền phải bồi thường có giá trị lớn (UNCTAD, 2018; Thế, 2019). Theo thống kê của Hội nghị Liên hợp quốc về Thương mại và Phát triển (UNCTAD), trong các vụ tranh chấp với kết quả có lợi cho nhà đầu tư, nước tiếp nhận đầu tư phải bồi thường ở mức trung bình là khoảng 504 triệu USD. Cụ thể, 3 vụ kiện liên quan đến công ty Yukos được phán quyết với tổng mức bồi thường lên tới 50 tỷ USD (UNCTAD, 2018). Ngoài ra, các vụ kiện cũng sẽ tác động tiêu cực đến mối quan hệ giữa nhà đầu tư nước ngoài và nước tiếp nhận đầu tư, đến hình ảnh môi trường đầu tư của nước sở tại. Vì vậy, đối với nước tiếp nhận đầu tư như Việt Nam, vấn đề chủ động ứng phó với tranh chấp đầu tư quốc tế, cụ thể thông

qua ngăn ngừa và ứng phó với tranh chấp này khi xảy ra là yêu cầu quan trọng nhằm hạn chế tối đa việc nhà nước phải theo kiện và chịu các tác động tiêu cực từ vụ kiện đó. Trong nội dung tiếp theo của bài viết, tác giả trình bày tổng quan về tình hình giải quyết các tranh chấp đầu tư quốc tế của Việt Nam, phân tích những điểm cần lưu ý và đưa ra một số khuyến nghị để Việt Nam chủ động ứng phó với tranh chấp đầu tư quốc tế.

2. Tổng quan về tranh chấp đầu tư quốc tế giữa nhà đầu tư nước ngoài và Việt Nam

Theo thống kê của UNCTAD, Chính phủ và cơ quan nhà nước có thẩm quyền của Việt Nam đã có 8 lần là bị đơn trong các vụ tranh chấp do các nhà đầu tư nước ngoài khởi kiện, trong đó thắng 3 vụ, một vụ hoà giải với nhà đầu tư, một vụ đã chấm dứt, một vụ phán quyết có lợi cho nhà đầu tư và vẫn còn 2 vụ đang trong quá trình giải quyết (xem Bảng 1) (UNCTAD, 2020). Tùy từng nội dung tranh chấp, thời gian giải quyết trung bình là khoảng 2-3 năm và có thể lên tới 5 năm với vụ việc phức tạp hơn. Các vấn đề tranh chấp rất đa dạng và dựa trên cam kết về tiêu chuẩn bảo hộ đầu tư được dẫn chiếu từ các BIT mà Việt Nam đã ký kết trước đây, cụ thể như tiêu chuẩn đối xử công bằng và thoả đáng (Fair and Equitable Treatment - FET), tiêu chuẩn đối xử tối thiểu với nhà đầu tư hoặc vấn đề bồi thường khi quốc hữu hoá trực tiếp hoặc gián tiếp.

Bảng 1. Tổng hợp tranh chấp đầu tư quốc tế ISDS mà Việt Nam là một bên tranh chấp

STT	Năm khởi kiện	Tên tranh chấp	Tóm tắt nội dung khởi kiện	Tiến trình/ Kết quả GQTC	Cơ sở pháp lý
1	2018	Shin Dong Baig v. Viet Nam	Nguyên nhân khởi kiện liên quan đến việc đầu tư dự án bất động sản của nguyên đơn tại Việt Nam.	Đang tiến hành Quy tắc tố tụng theo Cơ chế phụ trợ của Trung tâm giải quyết tranh chấp đầu tư quốc tế (ICSID Additional Facility) tại Trung tâm ICSID	BIT Việt Nam - Hàn Quốc 1993
2	20	ConocoPhillips and Perenco v. Viet Nam	Tập đoàn dầu khí ConocoPhillips và Perenco khởi kiện để ngăn Việt Nam thu thuế 179 triệu USD đối với thương vụ Conoco (nguyên đơn thứ nhất) bán lại các công ty con ở Việt Nam cho Perenco (nguyên đơn thứ 2).	Đang tiến hành; Quy tắc tố tụng của Ủy ban Liên hợp quốc về Luật Thương mại quốc tế (UNCITRAL)	BIT Việt Nam - Vương Quốc Anh 2002
3	2014	Cockrell v. Viet Nam		Đã chấm dứt	

Bảng 1. Tổng hợp tranh chấp đầu tư quốc tế ISDS mà Việt Nam là một bên tranh chấp
(tiếp theo)

STT	Năm khởi kiện	Tên tranh chấp	Tóm tắt nội dung khởi kiện	Tiến trình/ Kết quả GQTC	Cơ sở pháp lý
4	2014	Trinh and Binh Chau v. Viet Nam (II)	Nguyên đơn khởi kiện Chính phủ Việt Nam vi phạm các tiêu chuẩn bảo hộ đầu tư: đối xử công bằng và thoả đáng/ tiêu chuẩn đối xử tối thiểu và vấn đề quốc hữu hoá trực tiếp.	Phán quyết có lợi cho nhà đầu tư (10/04/2019); Quy tắc tố tụng UNCITRAL; Toà Trọng tài thường trực (PCA)	BIT Việt Nam - Hà Lan 1994
5	2013	RECOFI v. Viet Nam	Nguyên đơn kiện yêu cầu Chính phủ Việt Nam thanh toán nốt các khoản tiền liên quan đến việc RECOFI tham gia vào chương trình trợ giúp lương thực và nhu yếu phẩm, khi Việt Nam phải đối mặt với tình trạng thiếu lương thực năm 1987.	Phán quyết có lợi cho Chính phủ Việt Nam (28/09/2015); Quy tắc tố tụng UNCITRAL; Toà Trọng tài thường trực (PCA)	BIT Việt Nam - Pháp 1992
6	2011	Dialasie v. Viet Nam	Khiếu kiện xuất phát từ việc Chính phủ Việt Nam đóng cửa phòng khám thận tại Thành phố Hồ Chí Minh thuộc sở hữu của công ty con của nguyên đơn.	Phán quyết có lợi cho Chính phủ Việt Nam (17/11/2014); Quy tắc tố tụng UNCITRAL; Toà Trọng tài thường trực (PCA)	BIT Việt Nam - Pháp 1992
7	2010	McKenzie v. Viet Nam	Nguyên đơn khởi kiện việc Chính phủ Việt Nam, cụ thể là cơ quan chức năng tỉnh Bình Thuận đã không chuyển giao một số quyền sử dụng đất cho công ty con của nguyên đơn để thực hiện dự án du lịch, nghỉ dưỡng cao cấp ven biển.	Phán quyết có lợi cho Chính phủ Việt Nam (11/12/2013); Hội đồng trọng tài bác đơn kiện của nguyên đơn, buộc nguyên đơn chi trả toàn bộ chi phí mà Việt Nam phải trả khi tham gia vụ kiện.	Hiệp định thương mại song phương Việt Nam - Hoa Kỳ (BTA) 2000
8	2004	Trinh and Binh Chau v. Viet Nam (I)	Nguyên đơn khởi kiện Chính phủ Việt Nam tịch thu bất hợp pháp tài sản và bất động sản khác của nguyên đơn mà không bồi thường, gồm cả việc kết án hình sự ông Trịnh Vĩnh Bình.	Hai bên hoà giải	BIT Việt Nam - Hà Lan 1994

Nguồn: Investment Policy Hub – UNCTAD (2020)

Dễ nhận thấy là cơ sở pháp lý của các tranh chấp đầu tư quốc tế của Việt Nam đều dựa trên điều ước quốc tế, cụ thể là các BIT và Hiệp định thương mại Việt Nam - Hoa Kỳ năm 2000 (The U.S. – Vietnam Bilateral Trade Agreement - BTA), chứ không phải dưới dạng hợp đồng đầu tư giữa nhà đầu tư nước ngoài và nước tiếp nhận đầu tư. Các hiệp định đầu tư song phương được dẫn chiếu để khởi kiện Việt Nam được xem là nhóm hiệp định đầu tư quốc tế thế hệ thứ hai, trong đó duy trì tiêu chuẩn đối xử với nhà đầu tư nước ngoài nhìn chung ở mức cao hơn so với BIT thế hệ đầu tiên (giai đoạn 1959-1990) (UNCTAD, 2020). Về cơ quan và thủ tục giải quyết tranh chấp, phần lớn các vụ kiện trước đây đều được giải quyết theo thủ tục của UNCITRAL và tại Toà Trọng tài thường trực - PCA. Tuy vậy, vụ kiện gần đây nhất do nhà đầu tư Hàn Quốc khởi kiện lại được đưa ra ICSID và đây cũng là vụ kiện đầu tiên tại ICSID mà Việt Nam là bị đơn. Do Việt Nam chưa là thành viên của ICSID, việc giải quyết tranh chấp được tiến hành trên cơ sở Quy tắc tổ tụng theo Cơ chế phụ trợ (ICSID Additional Facility) của Trung tâm này. Mỗi quy trình, thủ tục giải quyết sẽ có những điểm khác biệt căn bản đòi hỏi Việt Nam phải có sự điều chỉnh và ứng phó phù hợp khi bị kiện (UNCTAD, 2021). Trong tương lai, với việc tiếp tục ký kết các thoả thuận về bảo hộ đầu tư khác nhau cho phép nhà đầu tư sử dụng cơ chế ISDS, Việt Nam sẽ cần phải nghiên cứu cụ thể từng nhóm quy định để có sự chuẩn bị kỹ lưỡng cả về nhân lực và vật lực, nhất là đối với cơ chế giải quyết theo Toà Đầu tư trong EVIPA.

Về nguyên nhân của các vụ tranh chấp đầu tư quốc tế, Báo cáo nghiên cứu trong khuôn khổ của Dự án UNDP UK 2019-2020 nhận định xu hướng nhà đầu tư nước ngoài khởi kiện Chính phủ, cơ quan nhà nước của Việt Nam đang có dấu hiệu gia tăng, với nguyên nhân phát sinh tranh chấp đến từ cả hai phía là nhà đầu tư nước ngoài và "chủ nhà" Việt Nam (UNDP, 2020). Nguyên nhân từ phía Chính phủ, cơ quan nhà nước của Việt Nam có thể kể đến như (i) Việc thiếu chặt chẽ khi ký kết hợp đồng, thoả thuận đầu tư, đưa ra cam kết hấp dẫn để thu hút nhà đầu tư nhưng không lường trước được hậu quả; (ii) Chưa đánh giá đúng năng lực của nhà đầu tư, hay chưa tạo được sự thống nhất với nhà đầu tư để giải quyết vụ việc trên cơ sở thiện chí; và (iii) Việc các cơ quan có thẩm quyền áp dụng luật không thống nhất cũng thường là nguyên nhân nhà đầu tư khởi kiện (UNDP, 2020; Bạch & Lại, 2020). Ngoài ra, Chính phủ và cơ quan có thẩm quyền của Việt Nam vẫn còn bị động khi bị kiện, thiếu sự phối hợp nhịp nhàng, hiệu quả giữa các bộ, ngành, cơ quan liên quan và không có một đội ngũ chuyên trách để ứng phó khi phải theo kiện (Đỗ, 2020). Đối với nhà đầu tư, bất cứ sự thay đổi nào trong chính sách, pháp luật của Việt Nam có ảnh hưởng đến hoạt động hoặc giá trị khoản đầu tư đều có thể là cơ sở để họ khiếu nại hoặc khởi kiện. Để chủ động ứng phó với những tranh chấp đầu tư quốc tế như vậy, Việt Nam cần xây dựng chính sách mang tính toàn diện để vừa khắc phục những tồn tại, yếu kém đồng thời có cơ chế ứng phó kịp thời và tích cực nhằm mang lại giải pháp có lợi cho mình.

3. Những lưu ý đối với Việt Nam trong giải quyết tranh chấp giữa nhà đầu tư nước ngoài và nhà nước tiếp nhận đầu tư

Trên cơ sở nội dung các BIT, IPA và FTA có điều khoản về ISDS mà Việt Nam đã ký kết, các lưu ý quan trọng dưới đây sẽ góp phần định hướng cho chiến lược chủ động ứng phó, cụ thể là ngăn ngừa và ứng phó với tranh chấp đầu tư quốc tế của Việt Nam.

Thứ nhất, cần khẳng định lại rằng cơ chế ISDS thường là cơ chế một chiều, trong đó nhà đầu tư được quyền khởi kiện nhà nước tiếp nhận đầu tư. Ví dụ như, Điều 3.27, mục B về Giải quyết tranh chấp giữa nhà đầu tư và các Bên (nước tiếp nhận đầu tư) của Hiệp định Bảo hộ đầu tư Liên minh Châu Âu (EU) – Việt Nam (EVIPA) nêu rõ phạm vi áp dụng là đối với các tranh chấp giữa nguyên đơn của một Bên và Bên kia (Việt Nam hoặc EU), trong đó ‘nguyên đơn của một Bên’ là nhà đầu tư nước ngoài, có thể khởi kiện do biện pháp của nhà nước tiếp nhận đầu tư gây thiệt hại cho chính nguyên đơn hoặc gây thiệt hại cho công ty thành lập trong nước nếu đơn kiện được nộp thay cho doanh nghiệp trong nước do nguyên đơn sở hữu hoặc quản lý (Điều 3.28(c), mục B, EVIPA). Các “biện pháp” ở đây được hiểu theo nghĩa rộng, bao gồm cả việc nước tiếp nhận đầu tư “hành động” hoặc “không hành động” mà gây ra thiệt hại cho nguyên đơn (Điều 3.27(1), mục B, EVIPA).

Về mặt bản chất, cơ chế ISDS được xem như công cụ để bảo đảm cho quyền lợi của nhà đầu tư nước ngoài trước những biến động chính trị, thay đổi chính sách, pháp luật gây bất lợi cho họ tại nước tiếp nhận đầu tư. Do đó, cơ chế này chỉ quy định quyền lợi mà không có bất kỳ ràng buộc nào đối với nhà đầu tư, còn nhà nước sở tại sẽ phải từ bỏ quyền miễn trừ quốc gia của mình, đồng ý tham gia hoặc đồng ý áp dụng cơ chế ISDS để trở thành một bên trong tranh chấp khi bị nhà đầu tư khởi kiện.

Có một thực tế là nhà đầu tư hoàn toàn có thể sử dụng cơ chế ISDS để gây sức ép lên nước tiếp nhận đầu tư ngay cả khi chính phủ các nước này chỉ đang nỗ lực bảo vệ người dân của họ thông qua các chính sách về môi trường, an ninh và các chính sách công cộng khác. Đối với nước tiếp nhận đầu tư, một mặt, cơ chế ISDS giúp thúc đẩy đầu tư nước ngoài nhờ tạo ra và củng cố niềm tin cho nhà đầu tư đối với những cam kết về các tiêu chuẩn bảo hộ đầu tư. Nhưng mặt khác, cũng chính vì vậy, ISDS có nhiều khả năng trở thành công cụ hạn chế nước chủ nhà trong việc điều chỉnh chính sách vì lợi ích công cộng, bởi các nhà đầu tư nước ngoài có xu hướng khởi kiện nhà nước tiếp nhận đầu tư bất cứ khi nào lợi nhuận hay giá trị khoản đầu tư của họ tại đây bị tổn hại. Trong một số trường hợp, nhà đầu tư còn có thể “lạm dụng” quy định bảo hộ đầu tư để khởi kiện nhà nước tiếp nhận đầu tư nhằm gây sức ép buộc nhà nước tạo thuận lợi cho hoạt động đầu tư của họ. Do đó, khi ký kết các hiệp định đầu tư song phương, nước tiếp nhận đầu tư cần cẩn trọng trong việc xem xét nội dung của các cam kết này để bảo đảm sự cân bằng giữa khả năng điều chỉnh

chính sách, pháp luật phục vụ lợi ích cộng đồng với mục tiêu bảo hộ nhà đầu tư của các bên đối tác trong BIT hoặc FTA (Ursula, 2014).

Thứ hai, cần lưu ý rằng các thoả thuận về bảo hộ đầu tư trong BIT hay FTA là tương đối đồng nhất về mặt cấu trúc nhưng có thể có những khác biệt căn bản về nội dung của cơ chế ISDS. Nói cách khác, mặc dù có nhiều điểm tương đồng, các BIT/FTA khác nhau vẫn có nhiều điểm khác biệt về nội dung điều chỉnh, từ quy định về khoản đầu tư, tiêu chuẩn đối xử với nhà đầu tư cho đến cơ chế giải quyết tranh chấp. Do đó, đối với mỗi tranh chấp phát sinh trên cơ sở BIT/FTA nào, cần nghiên cứu cụ thể quy trình, thủ tục giải quyết tranh chấp theo BIT/FTA đó. Quy tắc trọng tài sẽ không chỉ giới hạn ở quy tắc của Ủy ban Liên Hợp Quốc về Luật Thương mại quốc tế (UNCITRAL) hay Công ước về giải quyết tranh chấp đầu tư giữa các quốc gia và công dân của quốc gia khác của (Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States – ICSID Convention) mà còn có thể là bất kỳ quy tắc nào do các Bên thoả thuận trong BIT/FTA. Theo đó, các vấn đề về thành lập hội đồng trọng tài, lựa chọn trọng tài viên, thủ tục giải quyết tranh chấp hay luật áp dụng cũng sẽ tuân thủ quy tắc trọng tài đã được các Bên lựa chọn.

Thứ ba, vấn đề minh bạch hoá của quá trình giải quyết tranh chấp đầu tư sẽ ngày càng được chú trọng trong các BIT hoặc FTA thế hệ mới. Chính phủ Việt Nam đã nhiều lần là bị đơn của các vụ tranh chấp do nhà đầu tư nước ngoài khởi kiện. Tuy vậy, thông tin về tiến trình khởi kiện, giải quyết tranh chấp cũng như phán quyết của các vụ việc này thường được giữ bí mật do tuân thủ quy tắc tố tụng trọng tài. Ví dụ như, trong vụ ông Trịnh Vĩnh Bình kiện Chính phủ Việt Nam trên cơ sở Hiệp định Khuyến khích và Bảo hộ đầu tư giữa Việt Nam và Hà Lan, Bộ Tư pháp ra thông cáo ngày 12/04/2019 khẳng định Hội đồng Trọng tài được thành lập theo Quy tắc Trọng tài UNCITRAL đã ban hành phán quyết cho vụ tranh chấp; tuy nhiên, các bên có trách nhiệm giữ bí mật nội dung của phán quyết theo quy định của tố tụng trọng tài (Báo điện tử Chính phủ nước Cộng hoà xã hội chủ nghĩa Việt Nam, 2020). Tuy vậy, với việc tham gia vào FTA thế hệ mới như CPTPP và EVIPA (dù còn đang trong giai đoạn phê chuẩn bởi các nước thành viên EU), quy định về minh bạch trong thủ tục tố tụng đã có những thay đổi căn bản, phù hợp với xu hướng chung trong thời gian gần đây. Cụ thể, bị đơn (nhà nước tiếp nhận đầu tư) có nghĩa vụ công bố rộng rãi các tài liệu như thông báo ý định khởi kiện, thông báo trọng tài, bản cáo buộc, biện hộ, ý kiến phản biện trình ra hội đồng trọng tài, biên bản hoặc bản ghi phiên điều trần, quyết định, phán quyết của Hội đồng trọng tài, trừ các thông tin được xác định là thông tin bảo mật (Điều 9.24 CPTPP, Điều 3.46 EVIPA). Bên cạnh đó, các phiên toà cũng sẽ được tiến hành công khai để công chúng có thể tiếp cận, trừ một số trường hợp ngoại lệ (Điều 3.8(4) EVIPA). Đây được xem là bước tiến lớn, có thể nói là đi ngược lại với bản chất ‘xét xử kín’ của thủ tục trọng tài, góp phần đảm bảo quyền lợi cho người dân. Tuy vậy, cũng cần nhấn mạnh rằng việc minh bạch hoá quy trình, thủ tục, kết quả giải quyết tranh chấp có thể tác động theo hướng

tiêu cực đối với nhà nước tiếp nhận đầu tư, nhất là khi phán quyết không có lợi cho nhà nước. Ngoài ra, việc công khai quy trình, thủ tục giải quyết tranh chấp có thể “khuyến khích” những nhà đầu tư nước ngoài khác cùng đi kiện và/hoặc cùng gây sức ép lên nhà nước tiếp nhận đầu tư.

Thứ tư, sự xuất hiện của Toà Đầu tư bên cạnh cơ chế giải quyết tranh chấp bằng trọng tài thường thấy trong các BIT. Hiệp định EVIPA là hiệp định bảo hộ đầu tư giữa EU và Việt Nam và khi được các nước thành viên EU phê chuẩn, hiệp định này sẽ thay thế cho các hiệp định đầu tư song phương đã ký trước đây giữa Việt Nam với các thành viên riêng lẻ của EU. Hệ thống Toà Đầu tư theo EVIPA là cơ quan thường trực gồm hai cấp: cấp sơ thẩm tại Toà Sơ thẩm (Tribunal) và cấp phúc thẩm tại Toà Phúc thẩm (Appeal Tribunal) để giải quyết trong trường hợp có kháng cáo (Điều 3.39, EVIPA). Toà Sơ thẩm có 9 thành viên với 3 thành viên là công dân EU, 3 thành viên là công dân Việt Nam và 3 thành viên là công dân các nước thứ ba khác. Tương tự, Toà Phúc thẩm có 6 thành viên với 2 thành viên là công dân EU, 2 thành viên là công dân Việt Nam và 2 thành viên là công dân các nước thứ ba khác (Điều 3.35-3.39 EVIPA). Theo đó, các bên được quyền kháng cáo phán quyết tạm thời (provisional award) do Toà Sơ thẩm đưa ra và nếu có kháng cáo, Toà Phúc thẩm (Appeal Tribunal) sẽ thực hiện thủ tục xét xử phúc thẩm để đưa ra phán quyết cuối cùng (final award) ràng buộc với các bên tranh chấp (EVIPA, Điều 3.53-3.55).

Toà Đầu tư là một cơ chế mới để giải quyết tranh chấp giữa nhà đầu tư và nước tiếp nhận đầu tư, được đánh giá là có nhiều điểm ưu việt hơn cơ chế trọng tài đầu tư trước đây và nhất là ở cơ chế xét xử hai cấp. Dù vậy, khi EVIPA được phê chuẩn đầy đủ và có hiệu lực, khả năng vận dụng hiệu quả cơ chế này sẽ là thách thức không nhỏ với Việt Nam.

Thứ năm, theo CPTPP và EVIPA, thủ tục tham vấn, hoặc qua trung gian, hoà giải là bắt buộc như là những bước đầu tiên để giải quyết tranh chấp. Ví dụ, theo EVIPA, các Bên phải nỗ lực giải quyết tranh chấp đầu tư “bằng cách tiến hành tham vấn một cách thiện chí” trước khi khởi động thủ tục trọng tài (Điều 3.3, Tiểu mục 2, Mục A, Chương 3, EVIPA). Tương tự, Điều 9.18 của CPTPP nêu rõ, bên nguyên đơn và bị đơn “trước hết phải tìm cách giải quyết thông qua bàn bạc và thương lượng với nhau” trong trường hợp phát sinh tranh chấp đầu tư (Điều 9.18, Mục B, Chương 9, CPTPP). Do đó, ngay khi bị khiếu nại, Việt Nam nên tận dụng khoảng thời gian này để đạt được giải pháp với nhà đầu tư trên cơ sở thiện chí nhằm hạn chế tổn thất về nhân lực và vật lực trong quá trình theo kiện sau này.

Thứ sáu, việc thực thi phán quyết cần tuân thủ theo các quy tắc tổ tụng khác nhau tùy từng tranh chấp. Ví dụ, ICSID quy định phán quyết đưa ra theo Công ước sẽ ràng buộc và được thực thi như là phán quyết cuối cùng tại toà án quốc gia của nước thành viên (Điều 53-55 ICSID). Do Việt Nam chưa là thành viên của ICSID, việc thực thi phán quyết (nếu có) sẽ tuân thủ Công ước New York năm 1958 về Công nhận và cho

thi hành phán quyết của Trọng tài nước ngoài. Đối với phán quyết của Toà đầu tư EVIPA, cần lưu ý rằng, với các vụ kiện mà Việt Nam là bị đơn, các phán quyết vẫn sẽ được công nhận và cho thi hành theo Công ước New York năm 1958 trong vòng 5 năm kể từ khi EVIPA có hiệu lực hoặc một khoảng thời gian khác dài hơn do Uỷ ban thành lập theo Điều 4.1 của Hiệp định quyết định. Nói cách khác, bất kỳ phán quyết nào do Toà đầu tư đưa ra trong thời gian này với bị đơn Việt Nam sẽ được coi như phán quyết của Trọng tài nước ngoài, thủ tục công nhận và cho thi hành sẽ tuân thủ Bộ luật Tố tụng dân sự năm 2015 trên cơ sở phù hợp với Công ước New York 1958, tức là phán quyết có thể được xem xét lại. Sau thời hạn kể trên, phán quyết của Toà đầu tư được công nhận như bản án có hiệu lực pháp luật của Tòa án Việt Nam (Điều 3.57.3, 4, 7 EVIPA). Như vậy, quy định này cho phép khoảng thời gian chuyển đổi phù hợp để Tòa án Việt Nam vẫn có thẩm quyền xem xét tính có hiệu lực pháp luật của phán quyết theo Toà đầu tư EVIPA, trước khi việc công nhận và cho thi hành phán quyết này được thực hiện một cách tự động và bản án cuối cùng của EVIPA sẽ không bị xem xét lại theo bất kỳ thủ tục nào (Điều 3.57.1 EVIPA).

4. Khuyến nghị đối với Việt Nam nhằm chủ động ứng phó với tranh chấp đầu tư quốc tế

Việc chủ động ứng phó hay ngăn ngừa với tranh chấp đầu tư quốc tế là vấn đề quan trọng đối với Chính phủ và các cơ quan nhà nước của Việt Nam. Điều này đòi hỏi cần có chiến lược cụ thể và sự phối hợp hiệu quả giữa các bộ, ban, ngành, cơ quan, tổ chức có liên quan.

4.1 Khuyến nghị nhằm ngăn ngừa tranh chấp

Thứ nhất, Việt Nam cần tuân thủ cam kết đã ký về bảo hộ đầu tư, đảm bảo thực thi các tiêu chuẩn bảo hộ đối với nhà đầu tư nước ngoài trên cơ sở đúng thoả thuận đã cam kết và đúng quy trình, thủ tục, tránh việc đối xử không công bằng với nhà đầu tư nước ngoài. Để tạo thuận lợi cho việc thực thi, Việt Nam cần hoàn thiện các văn bản pháp luật có liên quan để thống nhất với các cam kết về bảo hộ đầu tư đã ký kết. Theo đó, việc thực thi còn cần tuân thủ đúng pháp luật Việt Nam và theo thẩm quyền đã phân cấp.

Thứ hai, đối với việc xem xét lại hoặc ký kết mới các BIT hay các chương về đầu tư trong FTA, cần rà soát nội dung nhằm đảm bảo cân bằng hơn giữa mục tiêu bảo hộ đầu tư của quốc gia nơi nhà đầu tư có quốc tịch (home-state) và khả năng điều chỉnh chính sách, pháp luật phục vụ lợi ích công cộng của nước tiếp nhận đầu tư (host-state) là Việt Nam. Các BIT, FTA có nội dung đầu tư gần đây (gồm cả CPTPP và EVIPA) đều có cách tiếp cận theo hướng “cân bằng” (balanced approach) này nhằm bảo vệ nhà nước nếu việc thay đổi chính sách, pháp luật là cần thiết để bảo đảm lợi ích của người dân. Bên cạnh đó, sự “cân bằng” còn được thể hiện ở việc gia tăng thêm nghĩa vụ cho nhà đầu tư, ví dụ trong vấn đề về bảo đảm nhân quyền, bảo đảm tiêu chuẩn cho người lao động ở nước sở tại. Ví dụ, CPTPP quy định rằng việc

nhà nước đưa ra biện pháp hay chính sách pháp luật nào đó khác với mong đợi của nhà đầu tư sẽ không bị coi là vi phạm ‘tiêu chuẩn đối xử tối thiểu’ ngay cả khi việc làm đó gây thiệt hại cho nhà đầu tư (Điều 9.6 CPTPP). Kháng định này nhằm tránh trường hợp nhà đầu tư khởi kiện nhà nước chỉ vì chính sách mới không đem lại lợi nhuận như kỳ vọng của nhà đầu tư. Đối với các FTA hay BIT khác, Việt Nam cần chủ động rà soát để đàm phán được các điều khoản tiếp cận theo hướng “cân bằng” nhằm hạn chế tối đa trường hợp nhà đầu tư khởi kiện.

Thứ ba, cần xây dựng chiến lược phòng ngừa trên cơ sở sự phối hợp của các Bộ (Bộ Kế hoạch Đầu tư, Bộ Tư pháp) và các uỷ ban nhân dân cấp tỉnh/thành phố là đơn vị thực hiện việc cấp giấy phép hoặc đăng ký đầu tư. Chiến lược này cần được hình thành ngay từ giai đoạn nhà đầu tư xin cấp phép/đăng ký để yêu cầu các cơ quan nhà nước có thẩm quyền cân trọng lựa chọn, đánh giá năng lực nhà đầu tư, minh bạch trong việc cấp phép và sau đó là thường xuyên giám sát việc triển khai dự án đầu tư, đồng thời thống nhất trong việc áp dụng các văn bản pháp luật để hạn chế tối đa trường hợp nhà đầu tư khởi kiện. Cần đặc biệt tránh trường hợp vì mục tiêu thu hút đầu tư nước ngoài mà đưa ra cam kết quá mức với nhà đầu tư và nhấn mạnh việc cân trọng trong việc lựa chọn nhà đầu tư đủ năng lực để thực hiện các dự án đầu tư.

Thứ tư, cần có kế hoạch xây dựng, bồi dưỡng và phát triển đội ngũ chuyên gia pháp lý, đội ngũ cán bộ tham gia giải quyết tranh chấp của Việt Nam. Cụ thể, cần nâng cao nhận thức về những rủi ro, tác động tiêu cực khi bị nhà đầu tư kiện, nâng cao năng lực trong việc xử lý các vấn đề pháp lý và tham gia vào giải quyết tranh chấp đầu tư của cán bộ các cơ quan nhà nước có liên quan, để từ đó họ có thái độ đúng đắn, có cách tiếp cận phù hợp nhằm ngăn ngừa và ứng phó khi xảy ra tranh chấp.

Thứ năm, trong trường hợp có khiếu nại của nhà đầu tư, cơ quan có thẩm quyền cần phối hợp để giải quyết khiếu nại, tố cáo, vướng mắc của nhà đầu tư theo quy định tại Điều 9, Quyết định số 14/2020/QĐ-TTg, ngày 08/04/2020 của Thủ tướng Chính phủ về Ban hành quy chế phối hợp giải quyết tranh chấp đầu tư quốc tế (Thủ tướng Chính phủ, 2020). Cụ thể, cơ quan có thẩm quyền cần nỗ lực xác định vấn đề tranh chấp và nguyên nhân, tổ chức buổi gặp để thoả thuận trên cơ sở thiện chí với nhà đầu tư và phối hợp cùng các cơ quan liên quan, đồng thời dự đoán khả năng nhà đầu tư sẽ khởi kiện. Trong trường hợp không giải quyết được dứt điểm khiếu nại và tố cáo mà có khả năng phát sinh vụ tranh chấp đầu tư quốc tế, cần đề xuất giải pháp xử lý, tháo gỡ và báo cáo Thủ tướng Chính phủ theo Điều 10 của Quyết định 14/2020/QĐ-TTg (Thủ tướng Chính phủ, 2020).

4.2 Khuyến nghị để ứng phó khi bị khởi kiện

Trước hết, Chính phủ và các cơ quan nhà nước cần tạo sự chủ động trong việc ứng phó với các tranh chấp đầu tư quốc tế. Các cơ quan cần nắm rõ thông tin, phối

hợp chặt chẽ để giải quyết tranh chấp theo quy định tại Chương III của Quyết định 14/2020/QĐ-TTg về Quy chế phối hợp giải quyết đầu tư quốc tế, từ giai đoạn thương lượng, thu thập thông tin, chứng cứ, xây dựng chiến lược, cho đến khi nộp bản tự bảo vệ, bản kháng kiện cho hội đồng trọng tài quốc tế, tham gia phiên xử và cả vấn đề công nhận, cho thi hành phán quyết, quyết định của trọng tài quốc tế (Thủ tướng Chính phủ 2020). Ngoài ra, một số yêu cầu quan trọng còn bao gồm:

Thứ nhất, trong giai đoạn tiền tố tụng, cần chủ động tập hợp đầy đủ tài liệu, bằng chứng và ngay cả khi nhà đầu tư đã khởi kiện, tiếp tục tìm cách tháo gỡ khó khăn, vướng mắc của nhà đầu tư và chủ động xử lý các vi phạm (nếu có) từ phía cơ quan nhà nước.

Thứ hai, chuẩn bị nguồn lực, xây dựng và tìm kiếm chuyên gia, thuê luật sư để chủ động tham gia và tuân thủ các quy định trong tiến trình giải quyết tranh chấp, có thể là tại trọng tài quốc tế hoặc sau này là Toà đầu tư theo EVIPA. Cụ thể, cần xây dựng kế hoạch ngân sách, nghiên cứu phương án thuê các công ty luật sư uy tín trên thế giới để nghiên cứu, thu thập chứng cứ và xây dựng phương án tranh tụng phản bác lại các cáo buộc của nguyên đơn nhằm bảo vệ quyền lợi của Việt Nam.

Thứ ba, xác định rõ và nắm vững cơ chế giải quyết tranh chấp, quy tắc tố tụng, quy trình, thủ tục đối với từng vụ việc, đồng thời nỗ lực tận dụng giai đoạn tham vấn, hoặc sử dụng trung gian, hoà giải (tuỳ BIT/FTA) để có thể đạt được thoả thuận trên cơ sở thiện chí với nhà đầu tư. Trong trường hợp phải thi hành phán quyết, cần lưu ý thực hiện theo các quy tắc tố tụng khác nhau của từng tranh chấp cụ thể, trong đó có ngoại lệ tạm thời của Việt Nam theo EVIPA. Về cơ bản, phán quyết của vụ việc đầu tư quốc tế nhiều khả năng sẽ trải qua thủ tục công nhận và cho thi hành phán quyết của trọng tài nước ngoài trước khi được thi hành tại Việt Nam theo pháp luật về thi hành án dân sự (Nguyễn, 2018; Báo điện tử Đại biểu nhân dân, 2020).

Từ vụ việc Trịnh Vĩnh Bình I và II cho thấy, mặc dù hai bên đã đạt được thoả thuận hoà giải sau vụ kiện đầu tiên, nhưng nếu các yêu cầu cụ thể của thoả thuận hoà giải này không được giải quyết triệt để, nhà đầu tư vẫn có thể tiếp tục khởi kiện lần hai. Điều này không chỉ gây hậu quả tổn hại về uy tín môi trường đầu tư cho nước sở tại mà còn khiến nhà nước phải bồi thường số tiền lớn (theo số liệu của UNCTAD Investment Policy Hub, phán quyết trong vụ Trịnh Vĩnh Bình II là bồi thường 37,5 triệu USD cho nhà đầu tư) (UNCTAD, 2021).

Do đó, dù kết quả cuối cùng của tranh chấp như thế nào, Việt Nam cần chủ động thực hiện nghĩa vụ của mình, đồng thời thể hiện rõ sự thiện chí trong việc thực thi các thoả thuận, giải pháp đạt được thông qua đàm phán, tham vấn hoặc hoà giải, hay các nghĩa vụ trên cơ sở quyết định, phán quyết của hội đồng trọng tài. Điều này không chỉ giúp củng cố niềm tin của nhà đầu tư nước ngoài nói chung đối với Chính phủ, cơ quan có thẩm quyền và môi trường đầu tư tại Việt Nam, mà còn góp phần khẳng định uy tín của Việt Nam trên trường quốc tế. Ngoài ra, sau khi đã tuân

thủ phán quyết cho một vụ tranh chấp, công tác ngăn ngừa tranh chấp mới phát sinh cần được tiếp tục tiến hành theo những yêu cầu như tác giả đã trình bày trên đây.

5. Kết luận

Việt Nam nêu rõ thông điệp đối với cộng đồng quốc tế là luôn chào đón và tạo điều kiện thuận lợi cho các nhà đầu tư nước ngoài tiến hành đầu tư, kinh doanh hợp pháp tại Việt Nam theo pháp luật trong nước và các điều ước quốc tế mà Việt Nam là thành viên. Trên thực tế, Việt Nam đã và đang nỗ lực hoàn thiện thể chế để bảo đảm các điều kiện bảo hộ nhà đầu tư theo đúng cam kết đã ký, tạo ra môi trường đầu tư thông thoáng và hấp dẫn cho nhà đầu tư. Tuy vậy, nhằm mục tiêu ngăn ngừa và ứng phó với các tranh chấp đầu tư quốc tế phát sinh, Việt Nam cần đảm bảo thực thi đúng cam kết và đúng quy trình, thủ tục, đồng thời đảm bảo cơ chế phối hợp hiệu quả giữa các cơ quan có liên quan, từ khâu sàng lọc nhà đầu tư, cấp giấy phép/đăng ký và giám sát hoạt động đầu tư/kinh doanh. Trong trường hợp có khiếu nại và/hoặc khiếu kiện, cần chủ động giải quyết theo đúng quy trình, thủ tục và trên cơ sở thiện chí.

Tài liệu tham khảo

- CPTPP. (2019), “Lời văn của Hiệp định Đối tác toàn diện và tiến bộ xuyên Thái Bình Dương (CPTPP)”, http://cptpp.moit.gov.vn/?page=overview&category_id=368aeb47-ffbe-4324-bc57-2ecabf61b78a, truy cập ngày 10/02/2021.
- Bayhaqi, A. & Mann, H. (2019), “ISDS as an instrument for investment promotion and facilitation”, *APEC Policy Support Unit Policy Brief No. 28*, October 2019.
- Bạch, Q.A. & Lai, T.V.A. (2020), “Giải quyết tranh chấp giữa nhà đầu tư và Nhà nước theo hiệp định khuyến khích và bảo hộ đầu tư và hiệp định thương mại tự do mà Việt Nam là thành viên”, *Kỷ yếu Hội thảo Khoa học “Giải quyết tranh chấp giữa nhà đầu tư và Nhà nước theo các hiệp định bảo hộ đầu tư và hiệp định thương mại tự do mà Việt Nam là thành viên”*, Viện Hàn lâm Khoa học Xã hội Việt Nam, tháng 10/2020.
- Báo điện tử Chính phủ nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam. (2020), “Bộ Tư pháp ra thông cáo về vụ kiện Trịnh Vĩnh Bình”, truy cập ngày 20/10/2020.
- Báo điện tử Đại biểu nhân dân. (2020), “Kỳ họp thứ Chín, Quốc hội khóa XIV: Thông qua Nghị quyết công nhận và cho thi hành tại Việt Nam phán quyết của cơ quan giải quyết tranh chấp đầu tư theo EVIPA”, <https://www.daibieunhandan.vn/thong-quanghi-quyet-cong-nhan-va-cho-thi-hanh-ta%CC%A3i-vie%CC%A3t-nam-phan-quyet-cua-co-quan-giai-quyet-tranh-chap-dau-tu-theo-evipa-fza4onp1nk-23172>, truy cập ngày 19/02/2021.
- Đỗ, V.S. (2020), “Phòng ngừa tranh chấp đầu tư quốc tế trong bối cảnh luật đầu tư mới và cam kết về đầu tư có tiêu chuẩn cao của Việt Nam”, *Chương trình tập huấn “Kiến thức, kỹ năng chuyên sâu về pháp luật quốc tế và giải quyết tranh chấp đầu tư quốc tế cho công dân, viên chức, các cơ quan nhà nước”*, Bộ Tư pháp, tháng 09/2020.
- EVIPA. (2019), “Giới thiệu chung về hiệp định EVFTA và IPA”, http://evfta.moit.gov.vn/?page=overview&category_id=fb203c7b-54d6-4af7-85ca-c51f227881dd, truy cập ngày 10/02/2021.

- Lê, H.T. (2020), “Chi phí và lợi ích từ các hiệp định đầu tư quốc tế - Tổng quan nghiên cứu và thực tiễn tại Việt Nam”, *Tạp chí Kinh tế đối ngoại*, Số 119, tr. 30 - 41.
- Nguyễn, L.G. (2020), “Nhu cầu giải quyết tranh chấp giữa nhà đầu tư và Nhà nước”, *Kỷ yếu Hội thảo Khoa học “Giải quyết tranh chấp giữa nhà đầu tư và Nhà nước theo các hiệp định bảo hộ đầu tư và hiệp định thương mại tự do mà Việt Nam là thành viên”*, Viện Hàn lâm Khoa học Xã hội Việt Nam, tháng 10/2020.
- Nguyễn, M.H. (2012), “Giải quyết tranh chấp giữa nhà đầu tư nước ngoài và Chính phủ nước tiếp nhận đầu tư – Một vài suy nghĩ đối với Việt Nam”, *Tạp chí Luật học*, Số 10, tr. 85 - 89.
- Nguyễn, P.L. (2018), “Cơ chế tài phán đầu tư trong EVFTA và sự chuẩn bị của Việt Nam”, *Tạp chí Kinh tế đối ngoại*, Số 102, tr. 96-103.
- Thế, K. (2019), “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 20/02/2021.
- Thủ tướng Chính phủ. (2020), Quyết định số 14/2020/QĐ-TTg ngày 08/04/2020, của Thủ tướng Chính phủ về Ban hành quy chế phối hợp giải quyết tranh chấp đầu tư quốc tế.
- UNDP. (2020), *Báo cáo nghiên cứu nâng cao hiệu quả giải quyết tranh chấp tại Việt Nam*, Hà Nội, 2020.
- UNCTAD. (2018), “Investor-State dispute settlement: review of developments in 2017”, https://unctad.org/system/files/official-document/diaepcbinf2018d2_en.pdf, truy cập ngày 20/02/2021.
- UNCTAD. (2020), “International investment agreements”, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>, truy cập ngày 19/02/2021.
- UNCTAD. (2021), “Investment policy hub: Viet Nam”, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/229/viet-nam>, truy cập ngày 26/05/2021.
- Ursula, K. (2014), “FET and expropriation in the (Invisible) EU model BIT”, *The Journal of World Investment and Trade*, No. 15, pp. 454 - 483.