VẤN ĐỀ HỐI LỘ TRONG TRANH CHẤP ĐẦU TƯ QUỐC TẾ TỪ VỤ BSG RESOURCES KIỆN GUINEA VÀ BÀI HỌC KINH NGHIỆM CHO VIỆT NAM

ĐÀO KIM ANH *

Tóm tắt: *Cuộc chiến chống tham nhũng toàn cầu tác động không nhỏ tới hoạt động đầu tư. Số vụ tranh chấp đầu tư liên quan đến tham nhũng tăng nhanh và đặt ra nhiều thách thức với cả trọng tài và các bên trong tranh chấp. Bài viết phân tích cách tiếp cận của trọng tài đầu tư đối với vấn đề tham nhũng trong các tranh chấp giữa nhà đầu tư nước ngoài và nhà nước tiếp nhận đầu tư. Bài viết đi sâu phân tích vụ việc BSG Resources kiện Cộng hoà Guinea. Phán quyết trọng tài trong vụ việc này đánh dấu xu hướng tiếp cận của trọng tài đầu tư và làm rõ nhiều vấn đề quan trọng trong các tranh chấp dạng này. Bài học từ vụ tranh chấp cung cấp kinh nghiệm cho Việt Nam trong ứng phó và giải quyết các tranh chấp đầu tư quốc tế liên quan đến hành vi hối lộ tại trọng tài, qua đó giúp bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của quốc gia trước các khiếu kiện từ nhà đầu tư nước ngoài.*

Từ khoá: Tranh chấp đầu tư quốc tế; trọng tài đầu tư; tham nhũng; hối lộ

Nhận bài: 26/9/2024 Hoàn thành biên tập: 27/01/2025 Duyệt đăng: 27/01/2025

CORRUPTION IN INTERNATIONAL INVESTMENT DISPUTES: INSIGHTS FROM THE BSG RESOURCES V. REPUBLIC OF GUINEA CASE AND IMPLICATIONS FOR VIETNAM

Abstract: *The global fight against corruption has significantly impacted investment activities. The number of investment disputes related to corruption has rapidly increased, posing numerous challenges for both arbitrators and disputing parties. This article analyses the approach of investment arbitration toward corruption in disputes between foreign investors and host states by studying the case of BSG Resources v. Republic of Guinea. The arbitral ruling in this case marked an approach used in investment arbitration and clarified important but contentious issues in how investment arbitration addresses corruption. The lessons drawn from the dispute offer significant insights for Vietnam in effectively managing and addressing international investment disputes involving allegations of bribery before arbitral tribunals. These lessons are instrumental in strengthening Vietnam's capacity to safeguard its legitimate rights and interests in the face of claims brought by foreign investors.*

Từ khoá: Investor-State disputes; investment arbitration; corruption; bribery

Received: 26 September 2024; Editing completed: 27 January 2025; Accepted for publication: 27 January 2025

1. Đặt vấn đề

Tham nhũng là vấn nạn toàn cầu, ảnh hưởng sâu sắc đến hoạt động kinh tế quốc tế, bao gồm cả hoạt động đầu tư. Trước đây, tại nhiều quốc gia, đặc biệt là các nước đang và kém phát triển, hối lộ từng được xem như một phần chi phí tất yếu của hoạt động đầu tư nước ngoài[1]. Tuy nhiên, công cuộc chống tham nhũng trên quy mô toàn cầu đã tạo ra

*** Tiến sĩ, Trường Đại học Ngoại thương**
E-mail: anhdk@ftu.edu.vn

[1] Alejandro Posadas (2000), "Combating Corruption Under International Law", *Duke Journal of Comparative & International Law*, số 10, tr. 376.

những thay đổi căn bản như cải thiện môi trường đầu tư, tăng cường tính minh bạch và công bằng, đồng thời thúc đẩy xây dựng quy định pháp luật chặt chẽ hơn nhằm kiểm soát và xử lí nghiêm các hành vi hối lộ. Hiện nay, chính phủ các nước đang thực hiện những biện pháp ngày càng mạnh mẽ để phòng, chống tham nhũng cả ở phạm vi quốc gia và quốc tế.

Các biện pháp phòng, chống tham nhũng ảnh hưởng không nhỏ tới hoạt động đầu tư quốc tế. Thực tế, vấn đề tham nhũng được đưa ra ngày càng nhiều tại trọng tài đầu tư trong các tranh chấp giữa nhà đầu tư nước ngoài và nhà nước[2]. Các tranh chấp này thường liên quan tới việc nhà đầu tư bị nghi ngờ đã có hành vi hối lộ quan chức chính phủ để có được quyền thực hiện dự án đầu tư. Khi hầu hết các hiệp định đầu tư chưa có quy định về vấn đề tham nhũng, thực tiễn giải quyết tranh chấp đặt ra nhiều thách thức lớn đối với hội đồng trọng tài (HĐTT). Những vấn đề chính thường gây nhiều tranh cãi bao gồm tham nhũng và hối lộ nên được hiểu như thế nào, nghĩa vụ chứng minh ra sao và hậu quả pháp lí khi dự án đầu tư đạt được thông qua hối lộ là gì.

Bài viết phân tích các vấn đề này thông qua việc nghiên cứu thực tiễn xét xử tranh chấp đầu tư quốc tế liên quan tới tham nhũng. Bài viết đặc biệt đi sâu phân tích phán quyết trọng tài trong vụ BSG Resources (BSGR) kiện Cộng hoà Guinea[3] - phán quyết được đưa ra gần đây với nhiều điểm quan trọng đánh dấu xu hướng tiếp cận của trọng tài đầu tư đối với các tranh chấp dạng này. Từ đó, bài viết rút ra những kinh nghiệm cho Việt Nam - quốc gia đang thực hiện cuộc đấu tranh phòng, chống tham nhũng mạnh mẽ trên tất cả các lĩnh vực, trong đó có lĩnh vực đầu tư.

2. Giải quyết tranh chấp đầu tư liên quan tới tham nhũng - Thách thức ngày càng tăng đối với trọng tài đầu tư

Trọng tài đầu tư là cơ chế đặc thù được xây dựng và phát triển dựa trên các hiệp định đầu tư quốc tế (International Investment Agreement - IIA). Với mục đích bảo hộ và khuyến khích đầu tư quốc tế, các IIA trao cho nhà đầu tư nước ngoài quyền trực tiếp khởi kiện quốc gia tiếp nhận đầu tư ra HĐTT độc lập[4]. Sự phát triển mạnh mẽ của hình thức giải quyết tranh chấp đầu tư thông qua cơ chế trọng tài trong những năm qua cho thấy tranh chấp được đưa ra trọng tài ngày càng đa dạng, không chỉ giới hạn ở các vấn đề về bảo hộ đầu tư theo IIA, mà còn mở rộng sang nhiều lĩnh vực pháp lí khác nhau như pháp luật môi trường, nhân quyền và phòng, chống tham nhũng[5].

Cuộc chiến chống tham nhũng toàn cầu ảnh hưởng lớn tới hoạt động kinh tế quốc tế, trong đó có hoạt động đầu tư. Cuộc chiến

[2] Julien Chaisse (2023), "Tackling Corruption in Foreign Investment: Insights from Investment Arbitration Cases", *Law and Development Review*, số 16(2), tr. 270.

[3] Italaw (2022), *BSG Resources Limited and others v Republic of Guinea*, ICSID Case No.ARB/14/22, Award, https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw170322.pdf, truy cập 20/9/2024.

[4] M. Sornarajah (2017), *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge University Press, tr. 324 - 357.

[5] Dao Kim Anh (2023), "Use of Corruption Defense by Host State in Investor-State Arbitration", *VNU Journal of Science: Legal Studies*, số 39 (1), tr. 20.

này được khởi xướng bởi Hoa Kỳ[6] và ngày càng thu hút sự quan tâm của cộng đồng quốc tế, được đánh dấu bằng việc kí kết và thông qua các công ước chống tham nhũng[7]. Trong khuôn khổ Tổ chức hợp tác và phát triển kinh tế (Organisation for Economic Co-operation and Development - OECD), các quốc gia đã thông qua Công ước chống hối lộ các quan chức nước ngoài trong hoạt động kinh doanh quốc tế năm 1997 (Công ước chống hối lộ OECD)[8]. Tương tự, Liên Hợp Quốc cũng đã thông qua Công ước về chống tham nhũng (United Nations Convention against Corruption - UNCAC) vào năm 2003[9]. Bên cạnh các công ước quốc tế, nhiều quốc gia như Nhật Bản[10] và Vương quốc Anh[11] đã ban hành các đạo luật riêng về chống hối lộ ở nước ngoài. Đáng chú ý, không chỉ các nước phát triển, các quốc gia đang phát triển ở châu Á và châu Phi cũng thực hiện nhiều chiến dịch phòng, chống tham nhũng mạnh mẽ thông qua ban hành văn bản pháp luật và thực thi triệt để hơn[12].

Trong bối cảnh đó, số vụ tranh chấp giữa nhà đầu tư nước ngoài và nhà nước tại trọng tài quốc tế có liên quan tới tham nhũng ngày càng gia tăng[13]. Phần lớn các tranh chấp này phát sinh từ các dự án đầu tư có hành vi hối lộ, sau đó phải chịu các chế tài của quốc gia sở tại như bị rút giấy phép hoặc thậm chí nhà đầu tư phải đối mặt với các cáo buộc hình sự. Trước tình huống này, nhiều nhà đầu tư nước ngoài đã sử dụng trọng tài quốc tế khởi kiện nhà nước để mong được hưởng sự bảo hộ theo các hiệp định đầu tư[14].

Các tranh chấp này đặt ra nhiều thách thức đối với trọng tài đầu tư.

Thứ nhất, việc xác định hành vi tham nhũng không hề đơn giản. Thực tế, chưa có định nghĩa thống nhất về "tham nhũng" và "hối lộ" trong pháp luật quốc tế[15]. Điều 15

[6] Quốc hội Mỹ thông qua Đạo luật về Tham nhũng (Foreign Corrupt Practices Act - FCPA) cấm các hành vi hối lộ quan chức nước ngoài vào năm 1977.

[7] Andrew T. Bulovsky (2019), "Promised Unfulfilled: How Investment Arbitration Tribunals Mishandle Corruption Claims and Undermine International Development", *Michigan Law Review*, số 118, tr. 126.

[8] Tính tới tháng 8/2024, Công ước chống hối lộ của OECD đã có 46 quốc gia tham gia kí kết. Xem thêm: OECD (2025), *Fighting foreign bribery*, https://www.oecd.org/en/topics/fighting-foreign-bribery.html truy cập 13/01/2025.

[9] UNCAC áp dụng cho 186 quốc gia, yêu cầu các quốc gia kí kết ban hành luật trong nước để chống hối lộ. Xem tại https://www.unodc.org/unodc/en/treaties/CAC/ truy cập 06/9/2024.

[10] Daiske Yoshida & Junyeon Park (2019), "Japan", *Bribery & Corruption*, Global Legal Group, tr. 132 - 134.

[11] Julia Lippman (2013), "Business Without Bribery: Analyzing the Future of Enforcement for the UK Bribery Act", *Public Contract Law Journal*, số 42, tr. 650.

[12] Carlos F Concepción (2017), "Combating Corruption and Fraud from an International Arbitration Perspective", *Dispute Resolution International*, số 11 (1), tr. 33 - 36.

[13] Florian Haugeneder (2009), "Corruption in Investor - State Arbitration", *The Journal of World Investment & Trade*, số 10(3), tr. 324.

[14] Ví dụ vụ việc Metal-Tech Ltd v The Republic of Uzbekistan, Italaw (2013), *Metal-Tech Ltd v The Republic of Uzbekistan, ICSID Case No ARB/10/3, Award*; https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3012.pdf, truy cập 20/9/2024; Vladislav Kim and others v Republic of Uzbekistan, *ICSID* Italaw (2017), *Vladislav Kim and others v Republic of Uzbekistan, Case No. ARB/13/6, Decision on Jurisdiction*, https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8549.pdf, truy cập 20/9/2024.

[15] Assad Bishara (2019), "The Standard of Proof for Corruption in International Arbitration", *Manchester*

đến Điều 22 UNCAC không đưa ra khái niệm cụ thể nào về tham nhũng mà chỉ liệt kê các hành vi được coi là tham nhũng như tham ô, chiếm đoạt sử dụng tài sản sai mục đích, nhận hối lộ, lợi dụng ảnh hưởng để trục lợi... Khoản 1 Điều 1 Công ước chống hối lộ của OECD cũng không đưa ra định nghĩa về hành vi hối lộ, thay vào đó, yêu cầu các nước thành viên đưa vào tội danh hình sự đối với hành vi *"cố ý đề nghị, hứa hẹn hoặc đưa ra bất kì lợi ích phi pháp về tài chính hoặc lợi ích khác, trực tiếp hoặc thông qua trung gian, cho công chức, viên chức nước ngoài"*.

Việc thiếu định nghĩa thống nhất về "tham nhũng" và "hối lộ" gây nhiều khó khăn cho HĐTT. Trên thực tế, HĐTT thường tránh đưa ra định nghĩa cụ thể, thay vào đó, HĐTT xác định việc có hay không hành vi hối lộ trên cơ sở xem xét từng trường hợp cụ thể [16]. Ví dụ, trong vụ việc World Duty Free kiện Kenya, đại diện nhà đầu tư đã gặp Tổng thống Kenya tại dinh thự và mang theo vali tiền mặt tương đương 500.000 USD theo yêu cầu của Tổng thống. Nhà đầu tư gọi đây là "khoản đóng góp cá nhân cho các mục đích công cộng" và lập luận rằng họ đã đưa tiền với niềm tin rằng việc này là hợp pháp và phù hợp với thói quen kinh doanh tại Kenya. Tuy nhiên, HĐTT không đồng ý với lập luận của nhà đầu tư về khoản tiền này và tuyên bố rằng khoản thanh toán mà đại diện nhà đầu tư đã đưa cho Tổng thống Kenya là khoản hối lộ[17]. Trong tranh chấp giữa Niko Resources và Bangladesh, các bên tranh luận về việc liệu các lợi ích mà nhà đầu tư cung cấp cho cho Bộ trưởng Bộ Năng lượng và tài nguyên khoáng sản của Bangladesh có được coi là khoản hối lộ hay không. Các lợi ích này bao gồm 1) một chiếc Toyota LandCruiser, ban đầu được yêu cầu bởi Công ti Khai thác và sản xuất Dầu khí Bangladesh - công ti nhà nước, theo hợp đồng liên doanh với Niko nhưng sau đó, theo chỉ thị của chính công ti này, được giao đến nhà của Bộ trưởng; 2) chi phí đi lại và các chi phí khác để Bộ trưởng tham dự hội nghị dầu khí ở Calgary như khách mời của Niko Canada. HĐTT xác định các lợi ích này là các khoản hối lộ[18].

Thứ hai, HĐTT có cách tiếp cận chưa thống nhất khi xử lí các tranh chấp phát sinh từ dự án đầu tư đạt được thông qua hối lộ[19]. Trong một số trường hợp, HĐTT cho rằng mình không có thẩm quyền giải quyết các tranh chấp này do không đáp ứng điều kiện thẩm quyền về đối tượng tranh chấp. Ví dụ, trong vụ Metal-Tech kiện Uzbekistan, HĐTT

Journal of International Economic Law, số 16 (3), tr. 442.

[16] Julien Chaisse (2023), "Tackling Corruption in Foreign Investment: Insights from Investment Arbitration Cases", *Law and Development Review,* số 16(2), tr. 254.

[17] Italaw (2006), *World Duty Free v Kenya, ICSID Case No. Arb/00/7, Award (4 October 2006),* https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw15005.pdf, truy cập 20/9/2024, đoạn 130-136.

[18] Italaw (2013), *Niko Resources Ltd v Bangladesh Petroleum Exploration & Production Company Limited and Bangladesh Oil Gas and Mineral Corporation, ICSID Case No ARB/10/18, Decision on Jurisdiction,* https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/180447.pdf, truy cập 19/9/2024, đoạn 384 - 385, 428.

[19] Despina Christofi (2021), "The Relationship between Allegations of Economic Crimes in Foreign Investments and the Adjudicative Power of Investor-State Tribunals", *ICSID Review*, số 36 (1), tr. 130.

cho rằng nguyên đơn đã hối lộ cho quan chức chính phủ để có được dự án đầu tư và điều này vi phạm pháp luật Uzbekistan. Do đó, dự án đầu tư không đủ điều kiện bảo hộ theo IIA, cụ thể là hợp pháp theo pháp luật nước tiếp nhận đầu tư và tranh chấp không thuộc thẩm quyền của HĐTT[20].

Trong một số trường hợp khác, khi IIA không quy định minh thị về điều kiện khoản đầu tư phải hợp pháp, HĐTT vẫn xác định rằng họ có thẩm quyền giải quyết tranh chấp ngay cả khi khoản đầu tư có được nhờ hành vi hối lộ. Tuy nhiên, hành vi hối lộ có thể ảnh hưởng tới điều kiện chấp nhận đơn kiện của nhà đầu tư (admissibility). Ví dụ, trong vụ việc World Duty Free kiện Kenya, trọng tài cho rằng hành vi hối lộ của nguyên đơn không chỉ vi phạm pháp luật của cả Kenya và Anh (quốc gia của nhà đầu tư) mà còn vi phạm trật tự công quốc tế (transnational public policy). Do đó, mọi khiếu kiện phát sinh từ hợp đồng đầu tư có được do hối lộ không thể được thụ lí. Lí giải điều này, HĐTT cho rằng ngay cả khi họ có thẩm quyền giải quyết tranh chấp thì cũng không nên thực hiện quyền này nếu điều đó trái với các nguyên tắc của trật tự công quốc tế[21].

Thứ ba, nghĩa vụ chứng minh đối với hành vi hối lộ cũng là vấn đề gây tranh cãi. Trong nhiều vụ tranh chấp, trọng tài thừa nhận rằng rất khó để chứng minh hành vi đưa và nhận hối lộ[22]. Trọng tài đầu tư là cơ quan xét xử "tư" nên không được hỗ trợ bởi các cơ quan điều tra như toà án. Ngoài ra, việc xác định ngưỡng tiêu chuẩn chứng minh (standard of proof) cũng không hề dễ dàng. Ví dụ, trong vụ việc Siag kiện Ai Cập, HĐTT cho rằng ngưỡng tiêu chuẩn chứng minh đối với hành vi tham nhũng phải cao hơn ngưỡng "cân đối giữa các khả năng" (balance of probabilities) áp dụng trong các tranh chấp thương mại thông thường nhưng lại thấp hơn mức "vượt qua nghi ngờ hợp lí" (beyond reasonable doubt) được áp dụng trong tố tụng hình sự. Cuối cùng, hội đồng quyết định áp dụng mức "chứng cứ rõ ràng và thuyết phục" (clear and convincing evidence), cho rằng đây là mức độ ở giữa, phù hợp với tính nghiêm trọng của hành vi hối lộ[23]. Trong một số tranh chấp khác, HĐTT không đưa ra ngưỡng tiêu chuẩn rõ ràng. Trong vụ Tokios Tokeles kiện Ukraine, trọng tài cho rằng không thể đưa ra tiêu chuẩn chung về nghĩa vụ chứng minh đối với hành vi tham nhũng. Các cáo buộc càng nghiêm trọng và nhắm vào quan chức cấp cao trong chính phủ thì càng cần chứng cứ đầy đủ và rõ ràng[24].

Thứ tư, quốc gia bị đơn có phải chịu trách nhiệm khi để các quan chức chính phủ nhận hối lộ hay không? Nhiều học giả cho rằng hối lộ và tham nhũng là hai mặt song

[20] Italaw (2013), tlđd, truy cập 21/9/2024, đoạn 290 và 389.

[21] *World Duty Free v Kenya*, tlđd, đoạn 186-190.

[22] Ví dụ vụ việc Italaw (2009), *EDF Limited v Romania, ICSID Case No. ARB/05/13, Award, đoạn 221*, https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0267.pdf, truy cập 22/9/2024,

[23] Italaw (2009), *Siag v Egypt, ICSID Case No. ARB/05/15, Award, đoạn 326*, https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0786_0.pdf, truy cập 22/9/2024.

[24] Italaw (2007), *Tokios Tokelés v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/02/18, Award*, tr. 85, https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0866.pdf, truy cập 22/9/2024.

song, do đó sẽ thiếu công bằng nếu chỉ nhà đầu tư phải chịu thiệt hại[25]. Trong nhiều tranh chấp, chính các quan chức cao cấp trong chính phủ nước sở tại, thậm chí tổng thống đương nhiệm như trong vụ việc World Duty Free kiện Kenya là bên đòi hỏi khoản hối lộ từ nhà đầu tư. Trong trường hợp đó, nhà nước bị đơn có phải chịu trách nhiệm hoặc hậu quả bất lợi gì không? Thực tiễn xét xử cho thấy trọng tài thường tránh né vấn đề này. Trong vụ Metal-Tech khởi kiện Uzbekistan, trọng tài thừa nhận sự bất cân xứng trong phán quyết của mình vì rất nghiêm khắc với nguyên đơn (nhà đầu tư đưa hối lộ) trong khi lại không xem xét tới trách nhiệm của bị đơn (nhà nước có quan chức nhận hối lộ). Tuy nhiên, HĐTT giải thích rằng phán quyết này *"không phải để trừng phạt một bên với chi phí của bên kia, mà là để đảm bảo nguyên tắc pháp quyền, điều đó đòi hỏi toà án hoặc hội đồng trọng tài không thể hỗ trợ bên đã tham gia vào hành vi tham nhũng"*[26].

Như vậy, vấn đề tham nhũng xuất hiện ngày càng nhiều trong các tranh chấp đầu tư quốc tế. Trong khi các quy định trong IIA hầu như chưa đề cập tới vấn đề này, việc giải quyết các tranh chấp đầu tư liên quan tới tham nhũng đặt ra nhiều thách thức đối với trọng tài đầu tư. Phần tiếp theo sẽ phân tích vụ tranh chấp giữa BSGR và Cộng hoà Guinea - tranh chấp đầu tư phát sinh liên quan trực tiếp tới các hành vi hối lộ của nhà đầu tư, đánh dấu những điểm quan trọng trong cách tiếp cận của HĐTT khi giải quyết nhóm tranh chấp đặc thù này.

3. Phân tích phán quyết trọng tài trong vụ BSG Resources kiện Cộng hoà Guinea

3.1. Tóm tắt vụ tranh chấp BSG Resources kiện Cộng hoà Guinea

Tranh chấp này liên quan tới các quyền và giấy phép khai thác mỏ tại vùng Simandou phía đông nam Cộng hoà Guinea. Từ năm 2008, BSGR, doanh nghiệp của Guernsey, đã thông qua các công ti con của mình tại Guinea giành được quyền khai thác quặng sắt trong dự án đầu tư tại Simandou. Để thực hiện dự án này, nhà đầu tư và Chính phủ Guinea đã kí kết các thỏa thuận, trong đó có Thỏa thuận cơ bản về Khai thác khoáng sản vào ngày 16/12/2009 (Thỏa thuận Base). Tuy nhiên, từ năm 2011, trong nỗ lực phòng, chống tham nhũng, Guinea đã ban hành đạo luật về khai thác khoáng sản mới và thực hiện điều tra, rà soát trên phạm vi toàn quốc các dự án và giấy phép khai thác mỏ. Kết quả của một số cuộc điều tra cho thấy BSGR có hành vi liên quan tới hối lộ quan chức để đạt được giấy phép khai thác, do đó Chính phủ Guinea quyết định chấm dứt và thu hồi toàn bộ giấy phép và quyền khai thác quặng của BSGR vào tháng 4/2014.

BSGR phản đối các biện pháp này, cho rằng đây là những biện pháp phân biệt đối xử và tước đoạt quyền sở hữu trái pháp luật của nhà đầu tư. Tháng 8/2014, BSGR và các công ti con khởi kiện Cộng hoà Guinea ra Trung tâm Quốc tế giải quyết tranh chấp về đầu tư (International Centre for Settlement of Investment Disputes - ICSID). Nguyên đơn cho rằng Guinea đã vi phạm nghĩa vụ và

[25] Isuru C. Devendra (2019), "State Responsibility for Corruption in International Investment Arbitration", *Journal of International Dispute Settlement*, số 10, tr. 286 - 287.

[26] Italaw (2013), tlđd, đoạn 388 - 389, truy cập 14/01/2025.

cam kết với nhà đầu tư, bao gồm các nghĩa vụ theo Thỏa thuận Base, theo pháp luật Guinea và các nguyên tắc pháp luật quốc tế. Nguyên đơn yêu cầu bị đơn tôn trọng Thỏa thuận Base, cho phép BSGR và các công ti con tiếp tục được khai thác quặng tại vùng Simandou và bồi thường các thiệt hại phát sinh cho nguyên đơn. Ngược lại, bị đơn cho rằng yêu cầu của nguyên đơn không có cơ sở vì quyền khai thác quặng của nguyên đơn có được do các hành vi hối lộ. Tại thời điểm bắt đầu dự án, nguyên đơn thông qua vợ của Tổng thống Guinea và các bên trung gian tiếp cận và đưa hối lộ cho các quan chức cấp cao trong Chính phủ để có được dự án này.

HĐTT được thành lập ngày 05/02/2015 và sau hơn bảy năm với nhiều phiên xét xử, phán quyết cuối cùng được đưa ra vào ngày 18/5/2022. Trong phán quyết này, sau khi xem xét kĩ lưỡng các bằng chứng, HĐTT kết luận rằng BSGR đã thực hiện hành vi hối lộ để có được các quyền và giấy phép khai thác mỏ. Do đó, HĐTT bác bỏ toàn bộ các khiếu kiện của BSGR do không đáp ứng điều kiện có thể chấp nhận đơn kiện (inadmissibility). Trọng tài khẳng định các khoản đầu tư có được thông qua hối lộ không được bảo hộ theo pháp luật đầu tư quốc tế.

Phán quyết của HĐTT đã củng cố nguyên tắc quan trọng của pháp luật quốc tế về chống hối lộ, đó là hành vi hối lộ vi phạm các nguyên tắc cơ bản của trật tự công quốc tế (international public policy) và cần được ngăn chặn triệt để. Hơn thế, để đi tới kết luận này, HĐTT đã giải thích một số điểm quan trọng như khái niệm về hành vi hối lộ, cách xử lí đối với tranh chấp phát sinh từ khoản đầu tư có được do hối lộ, nghĩa vụ chứng minh và cách phân bổ chi phí cho các bên. Phân tích sau đây sẽ góp phần làm sáng tỏ nhiều câu hỏi còn bỏ ngỏ trong các tranh chấp đầu tư liên quan tới tham nhũng.

3.2. Dự án đầu tư có được do hối lộ: Không làm mất thẩm quyền nhưng ảnh hưởng đến điều kiện có thể chấp nhận đơn kiện

Trước hết, HĐTT cho rằng việc dự án đầu tư có được do hối lộ không ảnh hưởng tới thẩm quyền xét xử của HĐTT. Hội đồng khẳng định mình có thẩm quyền xem xét tranh chấp này căn cứ theo thỏa thuận cơ bản (Base Agreement) giữa các bên và Luật Đầu tư của Guinea[27]. Tuy nhiên, hành vi hối lộ (nếu có) sẽ ảnh hưởng tới điều kiện có thể chấp nhận đơn kiện của nguyên đơn (admissibility)[28].

Sự khác biệt giữa thẩm quyền và điều kiện có thể chấp nhận đơn kiện đã được công nhận rộng rãi trong thực tiễn giải quyết tranh chấp đầu tư quốc tế[29]. Vấn đề thẩm quyền giải đáp câu hỏi liệu HĐTT có được các bên trao quyền xét xử tranh chấp hay không. Trong khi đó, khi xem xét về điều kiện có thể chấp nhận đơn kiện, HĐTT trả lời câu hỏi: dù HĐTT có thẩm quyền, việc xem xét đơn kiện có phù hợp hay không?[30] Nói cách

[27] Italaw (2022), tlđd, đoạn 340, truy cập 14/01/2025.

[28] Italaw (2022), tlđd, đoạn 1085, truy cập 14/01/2025.

[29] Hanno Wehland (2017), "Jurisdiction and Admissibility in Proceedings under the ICSID Convention and the ICSID Additional Facility Rules", *ICSID Convention after 50 Years: Unsettled Issues*, Kluwer Law International, tr. 232.

[30] Sự phân biệt này bắt nguồn từ các phán quyết của Tòa án Công lí quốc tế (International Court of Justice) trong các vụ tranh chấp mà các bên đưa ra phản đối sơ bộ theo hai loại: phản đối thẩm quyền (preliminary objection to jurisdiction) và phản đối về điều kiện có thể chấp nhận đơn kiện (preliminary

khác, để xác định điều kiện có thể chấp nhận đơn kiện, cần đánh giá tính hợp lệ của yêu cầu khởi kiện hoặc các thủ tục mà nguyên đơn phải tuân thủ trước khi vụ việc được xem xét[31]. Chẳng hạn, IIA có thể quy định rằng nhà đầu tư phải sử dụng hết các biện pháp giải quyết tranh chấp tại cơ quan có thẩm quyền trong nước của nước tiếp nhận đầu tư (exhaust local remedies) trước khi khởi kiện ra trọng tài quốc tế. Nếu nhà đầu tư vi phạm quy định này mà khởi kiện trực tiếp ra trọng tài, dù nội dung tranh chấp thuộc thẩm quyền của trọng tài theo hiệp định, yêu cầu khởi kiện vẫn có thể bị bác bỏ vì không đáp ứng điều kiện có thể chấp nhận đơn kiện[32].

Trong vụ việc BSGR kiện Guinea, việc khoản đầu tư có được do hành vi hối lộ là nguyên nhân khiến đơn kiện của nguyên đơn không được xem xét. HĐTT cho rằng chống tham nhũng là nguyên tắc then chốt của trật tự công (trong cả pháp luật quốc gia và quốc tế). Vì vậy, khi khiếu kiện phát sinh từ khoản đầu tư có được do hối lộ thì khiếu kiện này không đủ điều kiện để xem xét.

Cách tiếp cận này khác với cách tiếp cận của một số HĐTT trước đây, HĐTT trước đây, thường từ chối thẩm quyền khi dự án đầu tư có liên quan hối lộ vì cho rằng đó là khoản đầu tư bất hợp pháp và không được bảo hộ[33]. Một số học giả cho rằng việc trọng tài từ chối các khiếu kiện do dự án đầu tư có dấu hiệu hối lộ ngay ở giai đoạn xem xét thẩm quyền là chưa phù hợp vì đã để mất "cơ hội" xem xét tranh chấp kĩ càng hơn về mặt nội dung[34]. Trong vụ này, HĐTT đã áp dụng cách tiếp cận của trọng tài trong vụ World Duty Free, dựa vào sự vi phạm trật tự công để từ chối thụ lí các tranh chấp đầu tư khi nhà đầu tư có hành vi hối lộ. Thay vì từ chối tranh chấp ngay từ giai đoạn thẩm quyền, HĐTT đã cho các bên cơ hội để đi sâu hơn vào nội dung tranh chấp. Một mặt,

objection to admissibility). Trong vụ tranh chấp liên quan đến việc áp dụng Công ước chống Diệt chủng giữa Croatia và Serbia, Tòa ICJ đã làm rõ sự khác biệt giữa hai loại phản đối này như sau: *"Nếu phản đối liên quan đến thẩm quyền, phản đối này xuất phát từ nguyên tắc thẩm quyền của tòa dựa trên sự đồng ý của các bên, và quốc gia phản đối cho rằng họ không chấp nhận thẩm quyền giải quyết tranh chấp của tòa. Phản đối sơ bộ về điều kiện thụ lí bao hàm nhiều vấn đề đa dạng hơn [...] Về cơ bản, loại phản đối này lập luận rằng ngay cả khi tòa có thẩm quyền, vẫn có những lí do pháp lí để tòa từ chối xét xử vụ tranh chấp, hoặc thường gặp hơn là từ chối xem xét khiếu kiện cụ thể trong vụ tranh chấp".*
International Court of Justice (2008), *Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v Serbia),* https://www.icj-cij.org/files/case-related/118/118-20081118-JUD-01-00-EN.pdf, truy cập 14/01/2025, đoạn 120.

[31] Vụ việc Waste Management kiện Mexico nhấn mạnh sự khác biệt giữa thẩm quyền và điều kiện có thể chấp nhận đơn kiện như sau: *"Thẩm quyền là quyền của hội đồng trong việc giải quyết tranh chấp, còn điều kiện có thể chấp nhận đơn kiện đề cập tới việc liệu bản thân yêu cầu khởi kiện có khiếm khuyết hay không - liệu yêu cầu đó có phù hợp để được trọng tài xem xét hay không".*
Italaw (2000), *Waste Management, Inc v United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/98/2,* https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0894.pdf, truy cập 14/01/2015, đoạn 58.

[32] Hanno Wehland, tlđd, tr. 234.

[33] Ví dụ vụ *Inceysa v El Salvador,* ICSID Case No. ARB/02/26, Award, https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0424_0.pdf, truy cập 22/9/2024, đoạn 335-337.

[34] Andrew T. Bulvsky, tldd, tr. 128-129.

các bên có thể trình bày rõ hơn các luận điểm của mình, mặt khác, trọng tài cũng có thể để từ đó đánh giá chính xác và cụ thể hơn về các tình tiết liên quan.

3.3. Xác định hành vi hối lộ căn cứ trên cả pháp luật quốc gia và pháp luật quốc tế

Mặc dù các bên trong tranh chấp đồng ý rằng hối lộ là hành vi bị cấm theo pháp luật Guinea và pháp luật quốc tế nhưng điểm mấu chốt dẫn đến bất đồng là cách hiểu và xác định hành vi hối lộ.

Theo nguyên đơn, hành vi hối lộ cần được xác định theo pháp luật nước sở tại, cụ thể là Luật Hình sự Guinea[35]. Trong Luật Hình sự Guinea, hành vi hối lộ được định nghĩa khá hẹp và không bao gồm giao dịch chủ động nhằm mua bán sự ảnh hưởng (active trading of influence)[36]. Trong khi đó, những cáo buộc về hành vi hối lộ mà bị đơn đưa ra với nguyên đơn chủ yếu dựa trên các giao dịch giữa bên trung gian với một số cá nhân có ảnh hưởng trong chính quyền. Cụ thể, bị đơn cho rằng nguyên đơn đã thành lập công ti vỏ bọc, kí kết các hợp đồng tư vấn, hỗ trợ đầu tư với một số cá nhân - những người không có kiến thức hay kinh nghiệm chuyên môn nhưng có vị trí thân cận với Tổng thống hoặc có ảnh hưởng đối với quá trình cấp duyệt dự án khai thác mỏ trong Chính phủ. Thông qua các hợp đồng này, nguyên đơn đã cung cấp các lợi ích bất chính (tiền mặt, cổ phần hoặc các lợi ích khác) cho các cá nhân để được họ "hỗ trợ" có được các dự án và giấy phép[37]. Các giao dịch này, theo nguyên đơn, không phải là hành vi hối lộ căn cứ theo Luật Hình sự Guinea.

Theo bị đơn, hành vi hối lộ cần được xác định theo cả pháp luật quốc gia và pháp luật quốc tế[38]. Cách hiểu về hành vi tham nhũng theo nghĩa rộng, bao gồm cả các giao dịch mua bán sự ảnh hưởng được áp dụng trong các điều ước quốc tế về chống tham nhũng, trong đó có Công ước chống hối lộ của OECD, UNCAC và Nghị định thư về Chống tham nhũng của Cộng đồng Kinh tế các quốc gia Tây Phi (Economic Community of West African States - Nghị định thư ECOWAS) - Nghị định thư mà Guinea đã phê chuẩn từ năm 2002. Căn cứ theo các quy định này, các giao dịch mà BSGR thông qua bên trung gian thực hiện với các cá nhân, sử dụng sức ảnh hưởng của mình giúp BSGR có được các dự án đầu tư là hành vi hối lộ bị cấm[39].

Về vấn đề này, HĐTT ủng hộ phần lớn các lập luận của bị đơn. HĐTT khẳng định rằng, trong trường hợp các bên không thể thống nhất nguồn luật áp dụng, căn cứ theo Điều 42(1) Công ước ICSID, trọng tài có quyền áp dụng pháp luật của nước tiếp nhận

[35] Italaw (2022), tlđd, đoạn 454, 459, truy cập 14/01/2025.

[36] Giao dịch chủ động nhằm mua bán sự ảnh hưởng đề cập đến hành vi trong đó một người, thông qua hành động trực tiếp hoặc gián tiếp, chủ động hứa hẹn, đề xuất hoặc đưa ra lợi ích để công chức hay người khác sử dụng ảnh hưởng thực sự hay giả định của mình nhằm đạt được lợi ích không chính đáng từ cơ quan hành chính hoặc cơ quan công quyền cho người đưa ra hứa hẹn ban đầu (Xem thêm quy định về giao dịch mua bán sự ảnh hưởng tại Điều 18 Công ước của Liên hợp quốc về chống tham nhũng, Office on Drugs and Crimes, United Nations (2004), *United Nations Convention Against Corruption,* https://www.unodc.org/documents/brussels/UN_Convention_Against_Corruption.pdf, truy cập 15/01/2025).

[37] Italaw (2022), tlđd, đoạn 362-397, truy cập 14/01/2025.

[38] Italaw (2022), tlđd, đoạn 453, 458, truy cập 14/01/2025.

[39] Italaw (2022), tlđd, đoạn 468-470, truy cập 14/01/2025.

đầu tư và các nguyên tắc trong pháp luật quốc tế. Trước hết, HĐTT sẽ xem xét pháp luật nội địa của Guinea, sau đó là pháp luật quốc tế có liên quan. Nếu có sự khác biệt giữa hai nguồn luật này, HĐTT sẽ xác định nguồn luật nào được ưu tiên. Tuy nhiên, khi phân tích cả pháp luật Guinea và các điều ước quốc tế liên quan, trọng tài cho rằng cả hai nguồn luật này có cách tiếp cận tương tự nhau về phạm vi các hành vi hối lộ: các hành vi này có phạm vi rất rộng và bao gồm cả các giao dịch chủ động để mua bán sự ảnh hưởng. Pháp luật Guinea nên được hiểu là toàn bộ hệ thống pháp luật, không chỉ giới hạn ở các quy định về tham nhũng trong Luật Hình sự Guinea. Nếu các văn bản pháp luật trong nước chưa quy định về các giao dịch mua bán sự ảnh hưởng thì các giao dịch này cũng bị cấm theo các điều ước quốc tế về chống tham nhũng, đặc biệt là Nghị định thư ECOWAS mà Guinea đã phê chuẩn[40].

Có thể thấy, HĐTT đã có diễn giải khá hợp lí. Cách hiểu về hành vi hối lộ của HĐTT phù hợp với xu hướng của pháp luật phòng, chống tham nhũng hiện đại. Cách diễn giải này đảm bảo tính hiệu quả của pháp luật khi mà trong thực tiễn, hành vi hối lộ ngày càng được che giấu dưới nhiều vỏ bọc tinh vi hơn. Dù pháp luật nội địa của Guinea có thể chưa hoàn toàn "theo kịp" với cách tiếp cận hiện đại, HĐTT vẫn ghi nhận những nỗ lực của quốc gia này trong việc cải thiện hệ thống pháp luật và tích cực tham gia các điều ước quốc tế về phòng, chống tham nhũng. HĐTT cũng cho rằng, dù các quy định trong các điều ước quốc tế chưa được nội luật hóa, chúng vẫn có thể được áp dụng trực tiếp trong trường hợp này.

3.4. Cho phép chứng minh hành vi hối lộ dựa trên các "dấu hiệu cảnh báo"

Vấn đề tranh cãi tiếp theo liên quan tới nghĩa vụ chứng minh hành vi hối lộ. Mặc dù các bên nhất trí rằng bị đơn có nghĩa vụ chứng minh hành vi hối lộ của nguyên đơn, lập luận về ngưỡng tiêu chuẩn chứng minh lại khác nhau. Bị đơn cho rằng ngưỡng tiêu chuẩn chứng minh nên được áp dụng theo các nguyên tắc chung trong pháp luật quốc tế. Khi bị đơn đã đưa ra các chứng cứ đủ để thiết lập giả định (prima facie) có hành vi hối lộ thì nghĩa vụ chứng minh chuyển sang cho nguyên đơn, nguyên đơn phải bác bỏ giả định ban đầu[41].

Ngược lại, nguyên đơn cho rằng nghĩa vụ chứng minh đối với cáo buộc về hành vi hối lộ phải tuân theo luật Guinea, cụ thể, Luật Hình sự nước này quy định áp dụng nguyên tắc "vượt qua nghi ngờ hợp lí". Viện dẫn một số án lệ trọng tài đầu tư như vụ H&H Enterprises Investments kiện Ai Cập, nguyên đơn lập luận rằng hối lộ là cáo buộc rất nghiêm trọng nên cần áp dụng ngưỡng tiêu chuẩn chứng minh cao hơn[42].

Trong phán quyết của mình, đầu tiên, HĐTT khẳng định rằng chưa có nguyên tắc chung về nghĩa vụ chứng minh hành vi hối lộ trong thực tiễn xét xử của trọng tài đầu tư. Tranh chấp này là tranh chấp đầu tư giữa nhà đầu tư và nhà nước chứ không phải vụ án hình sự, các nguyên tắc và tiêu chuẩn quốc tế sẽ được áp dụng thay vì áp dụng Luật

[40] Italaw (2022), tlđd, đoạn 456-467, truy cập 14/01/2025.

[41] Italaw (2022), tlđd, đoạn 487, truy cập 14/01/2025.

[42] Italaw (2022), tlđd, đoạn 493, truy cập 14/01/2025.

Hình sự Guinea. Tiếp theo, thay vì đưa ra tiêu chuẩn cố định về ngưỡng chứng minh, HĐTT chấp nhận rằng hành vi hối lộ có thể được chứng minh thông qua các chứng cứ gián tiếp (circumstantial evidence). HĐTT giải thích rằng cách tiếp cận này là phù hợp vì việc chứng minh hành vi hối lộ vốn đã khó khăn. Quan điểm này cũng đã được áp dụng bởi một số trọng tài trước đây, ví dụ trong vụ Methanex kiện Hoa Kỳ, HĐTT nhận định rằng "chứng cứ gián tiếp đủ để suy ra" sự tồn tại của hành vi hối lộ[43]. Khi đánh giá các chứng cứ gián tiếp, HĐTT dựa vào các dấu hiệu cảnh báo (red flags), tức là những sự kiện không tự chứng minh được hành vi hối lộ nhưng báo hiệu sự tồn tại của hành vi này. Việc kết hợp của các sự kiện cùng bản chất hoặc nói cách khác, sự tích lũy các dấu hiệu cảnh báo có thể dẫn tới kết luận về hành vi hối lộ đã được thực hiện.

Áp dụng phương pháp này, sau khi đánh giá chứng cứ mà các bên cung cấp, HĐTT đã xác định một số dấu hiệu cảnh báo như sau. Một là, việc BSGR thanh toán (bằng tiền và quà tặng tương đương ít nhất 9,5 triệu đô la Mỹ) cho vợ của Tổng thống Guinea thông qua các giao dịch, hợp đồng với bên trung gian. Người này không có bất kì trình độ chuyên môn cụ thể nào và không cung cấp bất kì dịch vụ hữu hình nào cho nguyên đơn ngoài việc đảm bảo quyền khai thác mỏ thông qua các ảnh hưởng bất hợp pháp của mình trong chính phủ. Hai là, những nỗ lực của BSGR nhằm hủy hoặc làm giả chứng cứ cho thấy sự tham gia của công ti trong kế hoạch này. Ba là, việc thiếu minh bạch và thẩm tra kĩ lưỡng trong nghiệp vụ kế toán của BSGR, ví dụ như chấp nhận thanh toán các khoản "khẩn cấp" mà không có chứng từ, thanh toán phí "dịch vụ tư vấn" khi không có bằng chứng về dịch vụ nào được thực hiện[44].

Đánh giá tổng thể các dấu hiệu cảnh báo này, HĐTT kết luận rằng BSGR đã giành được quyền khai thác mỏ thông qua hành vi hối lộ. Do đó, HĐTT tuyên bố bác bỏ toàn bộ các yêu cầu khiếu kiện của BSGR.

Phán quyết này cho thấy HĐTT khá linh hoạt về nghĩa vụ chứng minh hành vi hối lộ. Việc chấp nhận hành vi hối lộ có thể được chứng minh thông qua các chứng cứ gián tiếp là phù hợp với thông lệ quốc tế vì hành vi hối lộ thường được thực hiện rất tinh vi và không dễ để thu thập chứng cứ trực tiếp. Trong một số tranh chấp trước đây, việc HĐTT đặt ra ngưỡng tiêu chuẩn chứng minh cao đã gây rất nhiều khó khăn cho bị đơn. Ví dụ, trong vụ tranh chấp giữa Lao Holdings - nhà đầu tư Hà Lan và Nhà nước Lào, khi bị nhà đầu tư khởi kiện vì hành vi đối xử không công bằng vi phạm IIA, Lào đã lập luận rằng nhà đầu tư đã hối lộ quan chức nhà nước trong quá trình thực hiện dự án. Tuy nhiên, lập luận này không thành công vì Lào không thể chứng minh hành vi hối lộ với chứng cứ rõ ràng và thuyết phục. HĐTT thừa nhận rằng: *"Có khả năng cao là nhà đầu tư đã hối lộ các quan chức chính phủ thông qua bên thứ ba nhằm ngăn chặn cuộc kiểm toán nhưng kết luận này chưa được chứng minh theo tiêu chuẩn cao hơn của chứng cứ rõ ràng và thuyết phục"*[45].

[43] Italaw (2022), tlđd, đoạn 493-495, truy cập 14/01/2025.

[44] Italaw (2022), tlđd, đoạn 1000, truy cập 14/01/2025.

[45] Italaw (2019), *Lao Holdings v Lao People's Democratic*

3.5. Phân bổ chi phí giữa các bên trong vụ kiện

Về phân bổ chi phí, Chính phủ Guinea yêu cầu nguyên đơn phải chịu toàn bộ chi phí trọng tài, đồng thời bồi thường cho bị đơn toàn bộ chi phí pháp lí và chi phí tố tụng, tổng cộng hơn 7,6 triệu đô la Mỹ (trong đó có khoản "phí thắng kiện" (success fee) trả cho luật sư lên tới 1,3 triệu đô la Mỹ). Nguyên đơn cho rằng bị đơn không có quyền đòi bồi thường "phí thắng kiện" vì đây là rủi ro mà bị đơn tự nguyện chấp nhận và không thể chuyển sang nguyên đơn. Khoản phí này cũng không phải là chi phí hợp lí theo Điều 28 Quy tắc trọng tài ICSID.

Khi giải quyết vấn đề này, HĐTT trước hết khẳng định mình có toàn quyền trong việc phân bổ chi phí, bao gồm cả chi phí trọng tài và chi phí pháp lí của các bên theo Điều 61(2) Công ước ICSID. Trong thực tiễn xét xử, các trọng tài thường thực hiện theo hai phương pháp: chia đều giữa các bên hoặc theo nguyên tắc "bên thua kiện chịu chi phí" (có thể áp dụng để phân bổ toàn bộ chi phí cho bên thua kiện hoặc phân bổ chi phí theo tỉ lệ mức độ thất bại). Trong trường hợp này, HĐTT ghi nhận rằng, các lập luận về thẩm quyền của nguyên đơn đã phần nào thành công, trong khi các yêu cầu của họ bị bác bỏ về mặt nội dung do dự án khai thác mỏ có được do hành vi hối lộ. HĐTT bác bỏ lập luận của nguyên đơn rằng bị đơn không có quyền đòi bồi thường phí thắng kiện vì hai lí do. Thứ nhất, đây là một phần trong thỏa thuận với luật sư của bị đơn, không phải là "phần thưởng". Thứ hai, đây là khoản chi phí hợp lí, đặc biệt khi xem xét đến tổng chi phí pháp lí gần như tương đương của cả hai bên (sau khi bị đơn đã tính cả phí thắng kiện). Do đó, áp dụng nguyên tắc "bên thua kiện chịu chi phí", HĐTT quyết định nguyên đơn phải chịu 80% chi phí trọng tài và bồi thường 80% chi phí pháp lí (bao gồm cả phí thắng kiện) cho bị đơn.

Cách phân bổ chi phí này phù hợp với xu hướng của trọng tài quốc tế trong việc phân bổ chi phí theo tỉ lệ dựa trên mức độ thành công hoặc thất bại của các bên. Việc yêu cầu nguyên đơn phải chịu phần lớn chi phí trọng tài, bồi thường cho bị đơn chi phí tố tụng, chi phí pháp lí (bao gồm cả phí thắng kiện cho luật sư) có thể được coi là "sự trừng phạt" đối với hành vi hối lộ của nguyên đơn.

4. Một số bài học kinh nghiệm cho Việt Nam trong giải quyết tranh chấp đầu tư quốc tế liên quan đến hành vi hối lộ

Trong khoảng mười năm trở lại đây, Đảng và Nhà nước Việt Nam đã ban hành nhiều chính sách và pháp luật về phòng, chống tham nhũng, trong đó nổi bật là Luật Phòng, chống tham nhũng năm 2018. Ngày 11/10/2023, Chính phủ cũng ban hành Nghị quyết số 168/NQ-CP về Chiến lược quốc gia về phòng, chống tham nhũng, tiêu cực đến năm 2030[46]. Đến nay, công tác đấu tranh phòng, chống tham nhũng, tiêu cực đã đạt được nhiều kết quả quan trọng, tạo ra những chuyển biến mạnh mẽ và hiệu quả, góp phần

Republic, ICSID Case No. ARB (AF)/12/6, Award, đoạn 139, https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10703.pdf, truy cập 14/01/2025.

[46] Báo Điện tử Chính phủ (2023), *Chiến lược quốc gia phòng, chống tham nhũng, tiêu cực, Báo Điện tử Chính phủ,* https://baochinhphu.vn/chien-luoc-quoc-gia-phong-chong-tham-nhung-tieu-cuc-10223 1011185034868.htm truy cập 6/6/2024.

kiềm chế, ngăn chặn tình trạng tham nhũng, tiêu cực[47].

Cuộc đấu tranh phòng, chống tham nhũng đã thu hút sự vào cuộc của cả hệ thống chính trị, thể hiện qua số lượng vụ án được xử lí ngày càng nhiều trên hầu hết lĩnh vực và ở tất cả địa phương[48]. Trong lĩnh vực kinh tế, công cuộc phòng, chống tham nhũng tại Việt Nam đã phát hiện và xử lí nhiều vụ án liên quan tới các dự án đầu tư có quy mô lớn, số tiền tham nhũng lên tới hàng nghìn tỉ đồng[49]. Mặc dù các vụ án tham nhũng hiện nay chủ yếu liên quan đến các dự án đầu tư trong nước, không thể loại trừ khả năng trong tương lai, khi Việt Nam tiếp tục đẩy mạnh công cuộc chống tham nhũng, sẽ phát sinh các vụ việc liên quan đến nhà đầu tư nước ngoài.

Kinh nghiệm quốc tế cũng cho thấy rằng khi các quốc gia triển khai các biện pháp chống tham nhũng quyết liệt, rủi ro phát sinh tranh chấp đầu tư quốc tế với các nhà đầu tư nước ngoài bị ảnh hưởng là điều khó tránh khỏi[50]. Do đó, Chính phủ Việt Nam cần có sự chuẩn bị để tự bảo vệ trong những tình huống như vậy, đặc biệt, trong bối cảnh hiện nay khi số lượng và mức độ phức tạp của các tranh chấp đầu tư liên quan đến tham nhũng ngày càng tăng. Trong bối cảnh đó, việc nghiên cứu án lệ đầu tư có liên quan tới tham nhũng sẽ đưa ra những bài học kinh nghiệm quý báu cho Việt Nam.

Phán quyết trọng tài trong vụ BSGR khởi kiện Guinea là một trong các án lệ như vậy. Phán quyết này cho thấy nhiều điểm tiến bộ và phù hợp với xu hướng quốc tế trong pháp luật phòng, chống tham nhũng.

Thứ nhất, HĐTT trong vụ việc BSGR kiện Guinea khẳng định rằng khoản đầu tư có liên quan tới hành vi hối lộ là không thể chấp nhận được theo cả pháp luật quốc gia và quốc tế. Tuy nhiên, khác với một số phán quyết trước đây, HĐTT cho rằng khoản đầu tư được hình thành thông qua hành vi hối lộ không làm mất thẩm quyền giải quyết tranh chấp của HĐTT mà ảnh hưởng tới điều kiện có thể chấp nhận đơn kiện. Đây là điểm đáng chú ý để quốc gia bị đơn chủ động xây dựng phương án tự bảo vệ hiệu quả trong các tranh chấp tương tự với nhà đầu tư.

Cụ thể, trong các tranh chấp đầu tư liên quan đến hành vi hối lộ, quốc gia bị đơn nên đồng thời đưa ra lập luận phản đối thẩm quyền và phản đối về điều kiện có thể chấp nhận đơn kiện ngay từ đầu. Phản đối thẩm quyền thường dựa trên lập luận rằng khoản đầu tư có được nhờ hối lộ là bất hợp pháp,

[47] Lê Văn Cường, Mai Việt Bách (2024), *Tiếp tục đẩy mạnh và nâng cao hiệu quả công tác đấu tranh phòng, chống tham nhũng, tiêu cực,* https://www.tapchicongsan.org.vn/web/guest/nghien-cu/-/2018/919302/tiep-tuc-day-manh-va-nang-cao-hieu-qua-cong-tac-dau-tranh-phong%2C-chong-thamnhung%2C-tieu-cuc.aspx, truy cập 3/6/2024.

[48] Lê Văn Cường, Mai Việt Bách (2024), tlđd, truy cập 3/6/2024.

[49] Tòa án nhân dân Thành phố Hà Nội (2020), *Tham luận tại Hội nghị triển khai công tác tòa án nhân dân năm 2020,* https://www.toaan.gov.vn/webcenter/ShowProperty?nodeId=/UCMServer/TAND097540, truy cập 14/01/2025; Hà Cầm Phong (2019), "10 vụ án lớn về kinh tế, tham nhũng và các vụ án điển hình được đưa ra xét xử trong năm 2018", *Tạp chí Tòa án nhân dân điện tử,* https://tapchitoaan.vn/10-vu-an-lon-ve-kinh-te-tham-nhung-va-cac-vu-an-dien-hinh-duoc-dua-ra-xet-xu-trong-nam-2018, truy cập 14/01/2025.

[50] Jullien Chaisse, tlđd, tr. 270.

do đó, không đáp ứng định nghĩa khoản đầu tư được bảo hộ theo IIA. Tuy nhiên, do thực tiễn xét xử cho thấy lập luận này không phải lúc nào cũng được HĐTT chấp nhận, quốc gia bị đơn nên bổ sung thêm lập luận rằng hành vi hối lộ vi phạm các nguyên tắc cơ bản của trật tự công quốc tế, vì vậy đơn kiện liên quan không đủ điều kiện để được HĐTT xem xét, giống như cách HĐTT đã áp dụng trong vụ việc BSGR kiện Guinea. Việc đồng thời đưa ra cả hai lập luận ngay từ đầu sẽ giúp tăng khả năng bảo vệ quyền lợi cho quốc gia bị đơn và khả năng kết thúc sớm tranh chấp ở giai đoạn sơ bộ (preliminary phrase), tránh phải bước vào giai đoạn xét xử nội dung kéo dài và tốn kém chi phí.

Thứ hai, HĐTT cũng có cách diễn giải khá rộng về hành vi hối lộ dựa trên cả pháp luật nước tiếp nhận đầu tư và pháp luật quốc tế. Theo đó, hối lộ bao gồm cả giao dịch chủ động nhằm mua bán sự ảnh hưởng - tức là hành vi hứa hẹn, tặng cho trực tiếp hoặc gián tiếp các lợi ích không chỉ cho công chức mà còn cho bên khác, để bên đó sử dụng sự ảnh hưởng thực tế hoặc giả định của mình nhằm đạt được lợi ích không chính đáng từ cơ quan công quyền cho người cung cấp lợi ích ban đầu. Cách diễn giải này phù hợp với thực tiễn hiện nay khi việc hối lộ được che giấu dưới nhiều hình thức tinh vi và phức tạp. Điều này cũng đặt ra vấn đề hoàn thiện các quy định pháp luật trong nước để đảm bảo phù hợp với thông lệ quốc tế, tạo cơ sở tốt cho chính quốc gia khi phải chứng minh hành vi hối lộ của nhà đầu tư trước trọng tài quốc tế.

Hiện nay, pháp luật Việt Nam chưa có quy định cụ thể về giao dịch nhằm mua bán sự ảnh hưởng. Luật Phòng, chống tham nhũng năm 2018 liệt kê hành vi đưa và nhận hối lộ là một dạng tham nhũng, song không đưa ra định nghĩa cụ thể về hối lộ. Theo Bộ luật Hình sự năm 2015, Điều 364 quy định tội đưa hối lộ bao gồm việc trực tiếp hoặc thông qua trung gian đưa hoặc hứa hẹn sẽ đưa lợi ích cho người có chức vụ, quyền hạn hoặc cho bên thứ ba để người có chức vụ thực hiện hoặc không thực hiện một công việc vì lợi ích của người đưa hối lộ.[51] Tuy nhiên, điều này chưa làm rõ trường hợp đưa lợi ích cho những người không giữ chức vụ nhưng có tầm ảnh hưởng - như trong vụ BSGR kiện Guinea, khi Công ti BSGR kí hợp đồng với các cá nhân thân cận của Tổng thống Guinea - những người không giữ chức vụ nhưng có tầm ảnh hưởng nhất định - để họ sử dụng ảnh hưởng của mình tác động đến quá trình phê duyệt dự án.

Theo UNCAC, hành vi hối lộ công chức và giao dịch mua bán sự ảnh hưởng được tách biệt rõ. Trong khi đó, Điều 366, Bộ luật Hình sự Việt Nam quy định về tội lợi dụng ảnh hưởng đối với người có chức vụ, quyền hạn để trục lợi, nhưng quy định này chỉ áp dụng với bên nhận lợi ích, không áp dụng với bên đưa lợi ích. Ngoài ra, mặc dù Bộ luật Hình sự năm 2015 đã ghi nhận trách nhiệm hình sự của pháp nhân thương mại, phạm vi trách nhiệm này lại không bao gồm tội đưa hối lộ[52]. Do đó, các giao dịch mua bán sự

[51] Xem thêm Trần Thị Ngọc Kim (2021), "Tội đưa hối lộ theo Công ước chống tham nhũng và quy định của Bộ luật hình sự Việt Nam", *Tạp chí Khoa học Kiểm sát*, số 02-2021, tr. 64.

[52] Trần Thị Thanh Thủy (2024), "Đơn vị phạm tội hối lộ theo pháp luật hình sự Trung Quốc và một số

ảnh hưởng được thực hiện bởi doanh nghiệp nước ngoài, như trong vụ việc BSGR kiện Guinea, sẽ khó có thể bị coi là đưa hối lộ theo pháp luật Việt Nam.

Ngoài pháp luật quốc gia, HĐTT trong vụ tranh chấp trên cũng xem xét các quy định của điều ước quốc tế. Đây là điểm mà Việt Nam có thể tham khảo khi gặp phải các tranh chấp tương tự. Hiện nay, Việt Nam đã tham gia một số điều ước quốc tế về phòng, chống tham nhũng, đáng chú ý là UNCAC. Mặc dù một số nội dung của Công ước chưa được nội luật hóa đầy đủ[53], các quy định này vẫn có thể được viện dẫn trong các tranh chấp đầu tư quốc tế như cách Guinea đã viện dẫn UNCAC để xác định hành vi hối lộ trong vụ tranh chấp với BSGR.

Thứ ba, HĐTT chấp nhận hành vi hối lộ có thể được chứng minh thông qua các chứng cứ gián tiếp, các "dấu hiệu cảnh báo" - những sự kiện không trực tiếp chứng minh hành vi hối lộ nhưng cho thấy khả năng cao có sự tồn tại của hành vi này. Điều này cho phép HĐTT đánh giá toàn bộ các chứng cứ liên quan, đồng thời giảm nhẹ "gánh nặng" chứng minh cho quốc gia bị đơn. Trong vụ việc BSGR kiện Guinea, HĐTT xác định một số dấu hiệu cảnh báo quan trọng, bao gồm: các khoản thanh toán bất thường cho bên thứ ba không có năng lực thực tế, sự thiếu minh bạch trong nghiệp vụ tài chính của doanh nghiệp và nỗ lực làm giả hoặc hủy chứng cứ. Phán quyết của HĐTT cũng chỉ ra việc chứng minh hành vi hối lộ trong trọng tài đầu tư khác với việc chứng minh tội đưa hối lộ trong pháp luật hình sự. Trong tranh chấp tại trọng tài đầu tư, gánh nặng chứng minh được giảm nhẹ đáng kể cho phía nhà nước, cho phép chứng minh thông qua các dấu hiệu cảnh báo cho thấy khả năng xảy ra hành vi đưa hối lộ.

Cách tiếp cận linh hoạt của HĐTT trong vụ này do đó sẽ có lợi cho quốc gia bị đơn và có thể được viện dẫn trong các tranh chấp phát sinh trong tương lai. Đối với Việt Nam, việc vận dụng điều này sẽ rất hữu ích khi phải đối mặt với các tranh chấp đầu tư liên quan đến hành vi hối lộ, đặc biệt trong trường hợp không thể thu thập được chứng cứ trực tiếp.

Thứ tư, phán quyết này cũng xác nhận xu hướng của trọng tài quốc tế trong việc phân bổ chi phí theo tỉ lệ dựa trên mức độ thành công hoặc thất bại của các bên liên quan đến các vấn đề được nêu ra. Phán quyết này cho thấy sự "nghiêm khắc" của HĐTT đối với hành vi hối lộ, đây là sự cảnh báo rất lớn đối với các nhà đầu tư khi có ý định sử dụng cơ chế trọng tài đầu tư để "trục lợi" từ các khoản đầu tư bất hợp pháp. Khi chứng minh được khoản đầu tư có liên quan tới hối lộ, quốc gia bị đơn không chỉ thành công bác bỏ các khiếu kiện của nguyên đơn mà còn có thể đòi bồi thường các chi phí trọng tài và các chi phí pháp lí (vốn rất lớn) trong quá trình theo đuổi vụ kiện. Phán quyết này cũng đưa ra "cảnh báo" rõ ràng cho các nhà đầu tư nước ngoài: các khoản đầu tư liên quan tới tham nhũng sẽ không được bảo hộ (dù theo luật quốc gia hay luật quốc tế) và việc cố gắng tiếp cận cơ chế trọng tài quốc tế chỉ khiến họ bị thiệt hại nhiều hơn./.

kinh nghiệm tham khảo đối với Việt nam", *Trách nhiệm của pháp nhân trong bối cảnh hội nhập quốc tế*, Nxb. Tư pháp, Hà Nội, tr. 424.

[53] Trần Thị Ngọc Kim (2021), tlđd, tr. 64 - 65.

TÀI LIỆU THAM KHẢO

1. Alejandro Posadas (2000), "Combating Corruption Under International Law", *Duke Journal of Comparative & International Law,* số 10.
2. Andrew T. Bulovsky (2019), "Promised Unfulfilled: How Investment Arbitration Tribunals Mishandle Corruption Claims and Undermine International Development", *Michigan Law Review,* số 118.
3. Assad Bishara (2019), "The Standard of Proof for Corruption in International Arbitration", *Manchester Journal of International Economic Law,* số 16 (3).
4. Carlos F Concepción (2017), "Combating Corruption and Fraud from an International Arbitration Perspective", *Dispute Resolution International,* số 11 (1).
5. Daiske Yoshida & Junyeon Park (2019), "Japan", *Bribery & Corruption,* Global Legal Group, UK.
6. Dao Kim Anh (2023), "Use of Corruption Defense by Host State in Investor-State Arbitration", *VNU Journal of Science: Legal Studies,* số 39 (1).
7. Despina Christofi (2021), "The Relationship between Allegations of Economic Crimes in Foreign Investments and the Adjudicative Power of Investor-State Tribunals", *ICSID Review,* số 36 (1).
8. Florian Haugeneder (2009), "Corruption in Investor - State Arbitration", *The Journal of World Investment & Trade,* số 10(3).
9. Hanno Wehland (2017), "Jurisdiction and Admissibility in Proceedings under the ICSID Convention and the ICSID Additional Facility Rules", *ICSID Convention after 50 Years: Unsettled Issues, Kluwer Law International.*
10. Isuru C. Devendra (2019), "State Responsibility for Corruption in International Investment Arbitration", *Journal of International Dispute Settlement,* số 10.
11. Julia Lippman (2013), "Business Without Bribery: Analyzing the Future of Enforcement for the UK Bribery Act", *Public Contract Law Journal,* số 42.
12. Julien Chaisse (2023), "Tackling Corruption in Foreign Investment: Insights from Investment Arbitration Cases", *Law and Development Review,* số 16(2).
13. Lê Văn Cường, Mai Việt Bách (2024), *Tiếp tục đẩy mạnh và nâng cao hiệu quả công tác đấu tranh phòng, chống tham nhũng, tiêu cực,* https://www.tapchicongsan.org.vn/web/guest/nghien-cu/-/2018/919302/tiep-tuc-day-manh-va-nang-cao-hieu-qua-cong-tac-dau-tranh-phong%2C-chong-tham-nhung%2C-tieu-cuc.aspx
14. M. Sornarajah (2017), *The International Law on Foreign Investment,* Cambridge University Press, UK.
15. Trần Thị Ngọc Kim (2021), "Tội đưa hối lộ theo Công ước chống tham nhũng và quy định của Bộ luật hình sự Việt Nam", *Tạp chí Khoa học Kiểm sát,* số 02.
16. Trần Thị Thanh Thủy (2024), "Đơn vị phạm tội hối lộ theo pháp luật hình sự Trung Quốc và một số kinh nghiệm tham khảo đối với Việt nam", *Trách nhiệm của pháp nhân trong bối cảnh hội nhập quốc tế,* Nxb. Tư pháp, Hà Nội.