

KIỂM SOÁT TREATY SHOPPING: NHÌN TỪ CÁC ĐIỀU KHOẢN TRONG HIỆP ĐỊNH ĐẦU TƯ QUỐC TẾ

NGUYỄN THỊ KHÁNH* - NGUYỄN THỊ MINH TÂM**

Tóm tắt: Bài viết này nhằm xác định các điều khoản trong hiệp định đầu tư quốc tế (IIA) có thể tạo điều kiện cho nhà đầu tư (NĐT) thực hiện lựa chọn hiệp định (treaty shopping). Ngoài việc nghiên cứu các quy định của IIA, bài viết còn xem xét một số phán quyết điển hình có liên quan của trọng tài đầu tư quốc tế nhằm củng cố lập luận. Thông qua đó, bài viết đề xuất các giải pháp nhằm ngăn ngừa NĐT thực hiện treaty shopping để bảo vệ lợi ích quốc gia tiếp nhận đầu tư. Kết quả nghiên cứu cho thấy năm điều khoản trong IIA có thể tạo điều kiện cho NĐT thực hiện treaty shopping. Do đó, để giảm thiểu rủi ro từ hiện tượng này, các quốc gia cần rà soát lại các điều khoản trong các IIA đã ký kết, thay đổi cách quy định đối với các điều khoản đó trong các IIA sẽ ký kết trong tương lai nhằm hạn chế các vụ kiện không chính đáng.

Từ khóa: Treaty shopping; nhà đầu tư; hiệp định đầu tư quốc tế; tranh chấp đầu tư quốc tế; trọng tài đầu tư quốc tế

Ngày nhận bài: 26/3/2025; Biên tập xong: 14/4/2025; Duyệt đăng: 23/5/2025

CONTROLLING TREATY SHOPPING: A VIEWPOINT FROM INTERNATIONAL INVESTMENT AGREEMENTS

Abstract: This article aims to identify provisions in international investment agreements (IIAs) that may facilitate investors in engaging in treaty shopping. In addition to examining IIA provisions, the article also reviews several notable investment arbitration rulings to strengthen its arguments. Through this analysis, the article proposes solutions to prevent treaty shopping by investors, protecting the interests of host countries. The research findings indicate that five provisions in IIAs may encourage or enable investors to pursue treaty shopping. Therefore, to mitigate risks associated with this practice, countries should review the provisions in their existing IIAs and amend the wording of such provisions in future agreements to limit frivolous claims.

Keywords: Treaty shopping; investor; international investment agreements; international investment dispute; international investment arbitration

Received: Mar 26th, 2025; Editing completed: Apr 14th, 2025; Accepted for publication: May 23rd, 2025

Đặt vấn đề

Toàn cầu hóa đã mở ra cơ hội cho các quốc gia thu hút đầu tư nhằm thúc đẩy hoạt động kinh tế và tăng trưởng bền vững¹. Cơ chế đầu tư quốc tế được điều chỉnh bởi hàng nghìn IIA được ký kết giữa các quốc gia² đã tạo ra mạng lưới IIA phức tạp với những điều

khoản bảo hộ đầu tư rộng rãi được cho là nguyên nhân chính dẫn tới sự xuất hiện của hiện tượng treaty shopping³.

Treaty shopping có thể hiểu là hoạt động cấu trúc (hoặc tái cấu trúc) các khoản đầu tư để có quyền tiếp cận quyền tài phán quốc tế⁴.

¹ UNCTAD, *Series on International Investment Policies for Development: The Role of International Investment Agreements in Attracting Foreign Direct Investment to Developing Countries*, UNCTAD/DIAE/IA/2009/5, United Nations, New York and Geneva, 2009.

² Lee Eunjung, "Treaty Shopping in International Investment Arbitration: How Often Has It Occurred and How Has It Been Perceived by Tribunals?", *Working Paper Series*, No.15-167/2015.

*Email: Nt.khanh@vnu.edu.vn

Thạc sĩ, Giảng viên khoa Luật quốc tế - Trường Đại học Luật, Đại học Quốc gia Hà Nội

**Email: Ntmt21112003@gmail.com

Sinh viên Trường Đại học Luật - Đại học Quốc gia Hà Nội

³ Julien Chaisse, Shintaro Hamanaka, "The Investment version of the Asian Noodle Bowl: The Proliferation of international investment agreements", *ADB Working Paper Series on Regional Economic Integration*, No.128/2014.

⁴ Julien Chaisse, "The treaty shopping practice:

Mặc dù treaty shopping không bị cấm trong các IIA, nhưng nhiều nghiên cứu cho thấy nó có thể gây ra những tác động tiêu cực đối với các quốc gia tiếp nhận đầu tư như gia tăng tranh chấp đầu tư quốc tế⁵, tăng nguy cơ bị khởi kiện ra trọng tài quốc tế⁶, phá vỡ nguyên tắc có đi có lại⁷, gây ra gánh nặng tài chính⁸, và làm suy yếu khả năng quản lý chính sách của chính phủ quốc gia⁹.

Mặc dù đã có nhiều tài liệu nghiên cứu và các án lệ liên quan tới vấn đề này, nhưng việc xác định và phân tích các điều khoản cụ thể để đánh giá khả năng các IIA bị NĐT lợi dụng thực hiện treaty shopping vẫn chưa được thực hiện một cách đầy đủ. Bài viết sẽ trả lời câu hỏi những điều khoản nào trong các IIA tạo điều kiện cho hiện tượng treaty shopping? Trên cơ sở đó, đề xuất các biện pháp kiểm soát và giảm thiểu nguy cơ gia tăng hiện tượng này, nhằm bảo vệ lợi ích quốc gia và hạn chế tình trạng lạm dụng cơ chế bảo hộ đầu tư.

1. Các điều khoản xác định khả năng IIA bị thực hiện treaty shopping

1.1. Điều khoản định nghĩa nhà đầu tư được IIA bảo hộ

Các IIA luôn có điều khoản định nghĩa NĐT được bảo hộ bởi IIA đó, và hầu hết sử dụng quốc tịch là cơ sở để xác định NĐT¹⁰. Do

đó, quốc tịch chính là chìa khóa của NĐT để thâm nhập được vào một IIA hướng tới sự bảo hộ đầu tư¹¹. Tuy nhiên, các IIA thường đưa ra định nghĩa NĐT khá rộng, xác định quốc tịch của NĐT bằng các tiêu chí khác nhau như nơi thành lập, trụ sở hay nơi kiểm soát.

Tiêu chí nơi thành lập là tiêu chí có nguy cơ thực hiện treaty shopping cao nhất¹². Ưu điểm của tiêu chí này là dễ xác định và cố định, không phụ thuộc vào việc thay đổi trụ sở đăng ký hoặc địa điểm hoạt động chính của công ty. Tuy nhiên, nhược điểm của nó là tạo ra một liên kết rất mỏng với quốc gia tiếp nhận đầu tư, thậm chí chỉ mang tính hình thức¹³. Khi đó, công ty chỉ cần thành lập hoặc đăng ký tại một quốc gia ký kết là đã đủ điều kiện hưởng quyền bảo hộ mà không cần chứng minh hoạt động kinh doanh thực tế.

Một số IIA khác yêu cầu các tiêu chí chặt chẽ hơn như trụ sở/ nơi hoạt động, hoạt động kinh tế thực sự¹⁴. Trụ sở của pháp nhân là nơi tổ chức quản lý, điều hành hoạt động thực sự của pháp nhân, nơi có các trung tâm quản lý của pháp nhân¹⁵. Tiêu chí này ngăn chặn các công ty ảo chỉ tồn tại trên giấy mà không có hoạt động thực tế, nhưng lại có nhược điểm là không cố định hoàn toàn vì các công ty có thể chuyển trụ sở sang một tiểu bang khác, cũng như từ quốc gia này sang quốc gia khác¹⁶.

Cuối cùng là tiêu chí kiểm soát giúp xác định ai thực sự sở hữu/ kiểm soát khoản đầu tư, giúp các quốc gia có thể từ chối bảo hộ đối

Corporate structuring and restructuring to gain access to investment treaties and arbitration", *Hasstings Business Law Journal*, Vol 11:2/2015, tr. 228.

⁵ Đào Kim Anh, Trịnh Quang Hưng, "Hiện tượng Treaty shopping trong giải quyết tranh chấp đầu tư quốc tế: Phân tích vụ việc Philip Morris kiện chính phủ Úc và liên hệ với Việt Nam", *Tạp chí Kinh tế đối ngoại*, số 03 (92)/2017, tr. 57-72.

⁶ Nguyễn Thị Khánh, "Hiện tượng treaty shopping: Thách thức cho các quốc gia tiếp nhận đầu tư", *Tạp chí Khoa học Kiểm sát*, số 4(50)/2021, tr. 59.

⁷ Johanna Puukka (2018), *Treaty shopping in international investment law: Setting Limits on Corporate Restructuring to Gain Access to Investment Protection*, Master's thesis, University of Helsinki Faculty of Law, p. 26.

⁸ Diana Rosert, IISD (2014), *The Stakes are high: A review of the financial costs of investment treaty arbitration*.

⁹ Nguyễn Thị Khánh, *tlđđ*, tr. 60.

¹⁰ UNCTAD (2011), "Scope and Definition", *UNCTAD Series on Issues in International Investments II*, UNCTAD/DIAE/

IA/2010/2, United Nations Publication, Switzerland, p. 5.

¹¹ M. Skinner, C.A. Miles, S. Luttrell, "Access and advantage in investor-state arbitration: The law and practice of treaty shopping", *Journal of World energy law & business*, No. 3 (3)/2010, Oxford University Press, p. 270.

¹² Ví dụ: Điều 1(2)b BIT Sri Lanka - Việt Nam (2009), ngày ký kết: 22/10/2009, ngày có hiệu lực: 06/02/2016.

¹³ Suzy H. Nikièma, IISD (2012), *Bonnes Pratiques: Définition de l'investisseur, l'Institut international du développement durable*.

¹⁴ Điều 1(2)b BIT Thổ Nhĩ Kỳ - Việt Nam (2014), ngày ký kết: 15/01/2014, ngày có hiệu lực: 19/06/2017.

¹⁵ Ngô Quốc Chiến, "Hiện tượng trục lợi các quy định về bảo hộ đầu tư thông qua kỹ thuật treaty shopping", *Tạp chí Nhà nước và Pháp luật*, số 10/2017, tr. 47.

¹⁶ Suzy, *tlđđ*, tr. 9; Ngô Quốc Chiến, *tlđđ*, tr. 47.

với các công ty mà thực chất được sở hữu và điều hành bởi công dân nước mình¹⁷. Tiêu chí này vừa khuyến khích đầu tư từ NĐT các quốc gia khác, vừa đảm bảo vẫn thuộc kiểm soát của công dân hai quốc gia ký kết. Dù NĐT không sở hữu trực tiếp tài sản hay có trụ sở tại quốc gia đó, mà chỉ có quyền kiểm soát gián tiếp nhưng vẫn có thể được hưởng bảo hộ từ Hiệp định về thúc đẩy và bảo hộ đầu tư (BIT). Tiêu chí này cũng có nhược điểm là khó có thể xác định cổ đông thực sự của một công ty, đặc biệt là khi cấu trúc cổ đông của công ty phức tạp, có sự tham gia của nhiều NĐT trung gian và công ty mẹ¹⁸.

Vụ kiện *Tokios Tokelés v. Ukraine*¹⁹ cho thấy hệ quả của việc chỉ quy định một tiêu chí nơi thành lập. Hội đồng trọng tài đã xem xét Điều 1(2)(a) BIT Lithuania - Ukraine²⁰, do *Tokios* thành lập tại Lithuania nên Ukraine không thể loại trừ *Tokios* khỏi phạm vi bảo hộ, dù công ty có mối liên hệ kinh tế chặt chẽ với Ukraine. Vì vậy, Trọng tài chỉ căn cứ theo quy định trong BIT và từ chối yêu cầu xác định quốc tịch cổ đông kiểm soát của bị đơn.

Do đó, để hạn chế treaty shopping, các IIA nên kết hợp cả ba tiêu chí thay vì chỉ áp dụng một tiêu chí riêng lẻ. Các công ty phải thỏa mãn đồng thời nhiều tiêu chí thì mới có thể viện dẫn quốc tịch của một quốc gia ký kết²¹.

1.2. Điều khoản xác định khoản đầu tư được bảo hộ

Điều khoản định nghĩa “đầu tư” là cơ sở để xác định phạm vi đối tượng được hưởng cơ chế bảo hộ của IIA. Các IIA thế hệ cũ thường định nghĩa “đầu tư” rất rộng, bao gồm cả tài

sản vô hình, hữu hình, khoản đầu tư trực tiếp và gián tiếp, không yêu cầu NĐT từ quốc gia ký kết phải trực tiếp sở hữu hoặc kiểm soát phần lớn khoản đầu tư ở nước tiếp nhận. Nhiều BIT chỉ yêu cầu NĐT có quyền sở hữu tài sản mà không cần chứng minh đóng góp kinh tế. Thậm chí, một khoản đầu tư có thể được bảo hộ bởi nhiều IIA khác nhau²². Điều đó gây khó khăn trong việc xác định khoản đầu tư có thực sự là đầu tư nước ngoài không và thuộc phạm vi bảo hộ của IIA nào, nhất là với một số tập đoàn đa quốc gia có mạng lưới chi nhánh phức tạp.

Dù các IIA này định nghĩa rộng nhằm thu hút đầu tư, nhưng nó cũng có thể làm xuất hiện những giao dịch kinh tế ngoài dự tính, khiến quốc gia phải chịu các khoản nợ bất ngờ²³. Phạm vi bảo hộ quá rộng sẽ dẫn đến hệ quả làm gia tăng trách nhiệm của quốc gia tiếp nhận đầu tư, kể cả với những giao dịch tài chính không có tác động thực tế đến nền kinh tế.

Tiêu biểu cho các điều khoản định nghĩa “đầu tư” rộng rãi là vụ *Saluka Investments B.V. v. Czech Republic*²⁴. Điều 1(a) BIT Hà Lan - Séc&Slovakia²⁵ quy định về “đầu tư” bao gồm “tất cả mọi loại tài sản được đầu tư trực tiếp hoặc thông qua NĐT của một nước thứ ba”. Vì *Saluka* nắm giữ cổ phần trong ngân hàng IPB, nên khoản đầu tư được công nhận theo BIT bởi Hội đồng trọng tài chỉ xem xét *Saluka (Hà Lan)* có sở hữu tài sản hợp pháp tại Cộng hòa Séc hay không.

¹⁷ Điều 1.3 BIT Pháp - Việt Nam (1992), ngày ký kết: 26/05/1992, ngày có hiệu lực: 10/08/1994.

¹⁸ Suzy, tldd, tr.9; Ngô Quốc Chiến, tldd, tr.47.

¹⁹ *Tokios Tokelés v. Ukraine*, Case no. ARB/01/18, award 26 Jul 2007, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0866.pdf>, truy cập ngày 12/2/2025.

²⁰ Hiệp định về thúc đẩy và bảo hộ đầu tư giữa Ukraine và Lithuania (BIT Lithuania – Ukraine), ký ngày 08/02/1994, có hiệu lực 06/03/1995.

²¹ Ngô Quốc Chiến, tldd, tr. 49.

²² UNCTAD (2021), *International investment agreements and their implications for tax measures: What tax policymakers need to know, A guide based on UNCTAD's Investment Policy Framework for Sustainable Development*, UNCTAD/DIAE/PCB/INF/2021/3, United Nations, tr. 10-11.

²³ UNCTAD (2021), tldd.

²⁴ *Saluka Investments BV v. Czech Republic*, UNCITRAL, Partial Award (2006), <https://pcacases.com/web/sendAttach/880>, truy cập ngày 14/2/2025, tr. 42-46, 50.

²⁵ Agreement on Encouragement and Reciprocal Protection of Investments between the Kingdom of the Netherlands and the Czech and Slovak Federal Republic, ký kết ngày 29/04/1991, có hiệu lực ngày 01/10/1992.

1.3. Điều khoản giải quyết tranh chấp đầu tư (ISDS)

Cơ chế giải quyết tranh chấp giữa NĐT và Nhà nước (ISDS) là một đặc điểm riêng biệt của IIA cho phép các NĐT khởi kiện quốc gia sở tại. Các IIA thường quy định tranh chấp có thể được giải quyết thông qua thương lượng và hòa giải trước khi kiện, nếu thương lượng thất bại, NĐT có thể đưa tranh chấp ra một cơ quan trọng tài²⁶. Theo phần lớn các điều khoản ISDS, các NĐT không bắt buộc phải khởi kiện tòa án trong nước mà có thể khởi kiện trực tiếp ra trọng tài quốc tế²⁷, như BIT Thái Lan - Việt Nam²⁸. Theo UNCTAD (2021), khoảng 95% IIA cho phép NĐT khởi kiện Nhà nước trước trọng tài quốc tế mà không cần sự đồng ý bổ sung²⁹, chỉ cần thông báo trước³⁰.

Các IIA thế hệ cũ đều xác định phạm vi tranh chấp có thể áp dụng ISDS khá rộng và linh hoạt: Bất kỳ tranh chấp nào liên quan đến đầu tư, tranh chấp phát sinh từ các văn bản được liệt kê cụ thể, tranh chấp chỉ liên quan đến vi phạm IIA, phản tố của Nhà nước³¹. Bên cạnh đó, cơ chế còn bảo vệ quyền lợi của NĐT trước các hành vi vi phạm các nghĩa vụ bảo hộ đầu tư như quốc hữu hóa, thu hồi tài sản mà không bồi thường, phân biệt đối xử, thay đổi chính sách gây thiệt hại thực tế nghiêm trọng cho NĐT. Chính phủ có thể bị kiện khi ban hành chính sách vì lợi ích công cộng, nếu thua kiện có thể bồi thường hàng triệu USD gây ảnh hưởng đến ngân sách nhà nước³².

²⁶ Ví dụ: Điều 8 BIT Lithuania - Ukraine (1994), ngày ký kết: 08/02/1994, ngày có hiệu lực: 06/03/1995.

²⁷ UNCTAD (2021), tldd, tr. 40.

²⁸ Điều 10 Hiệp định đầu tư khuyến khích và bảo hộ đầu tư Thái Lan - Việt Nam (BIT Thailand - Vietnam 1991), Ngày ký kết: 30/10/1991, Ngày có hiệu lực: 07/02/1992.

²⁹ Các NĐT chỉ cần khởi kiện theo đúng cơ chế ISDS đã quy định trong IIA, mà không cần xin lại sự đồng ý của các quốc gia tiếp nhận, do đã có sự "đồng ý" trước khi ký kết.

³⁰ UNCTAD (2021), tldd, tr. 40.

³¹ UNCTAD (2021), tldd, tr. 40.

³² Diana Rosert, IISD, tldd.

1.4. Quy định về chống lạm dụng quyền (Abuse of Rights)

Quy định chống lạm dụng quyền nhằm ngăn chặn các NĐT sử dụng IIA phi chính đáng, không phù hợp với mục đích ban đầu của IIA. Đây có thể được coi là sự cụ thể hóa hoặc áp dụng nguyên tắc thiện chí³³. Quy định này xuất phát từ học thuyết về hành vi lạm dụng quyền: i) Khi một bên có quyền theo quy định pháp luật thì bên đó cũng có nghĩa vụ thực thi quyền đó một cách hợp lý, thiện chí, không trái với mục đích ban đầu của việc trao quyền; ii) Việc thực thi quyền trái với nguyên tắc trên là một hành vi lạm dụng quyền trái pháp luật³⁴.

Việc xác định hành vi lạm dụng quyền phụ thuộc vào thời điểm phát sinh tranh chấp, khả năng thấy trước tranh chấp, mục đích của NĐT khi thực hiện³⁵. Ví dụ, vụ *Philip Morris v Australia*³⁶, *Philip Morris* tái cấu trúc công ty vào năm 2011 để kiện Úc theo BIT Hongkong - Úc. Trọng tài kết luận tại thời điểm thay đổi cơ cấu vốn, *Philip Morris* có thể thấy trước tranh chấp với chính phủ Úc liên quan tới Luật Bao bì thuốc lá đơn giản (Tobacco Plain Packaging Act), nên bị coi là lạm dụng quyền khởi kiện và bác đơn kiện. Học thuyết vẫn đang gây tranh cãi và không phải lúc nào cũng được chấp nhận, nhất là khi không được quy định rõ. Bên cạnh đó, việc chứng minh lạm dụng quyền rất khó và chỉ những trường hợp đặc biệt nghiêm trọng mới được xem xét. Do đó, quyền đó phải được quy định hợp lệ và thực hiện theo đúng mục đích ban đầu³⁷.

³³ Tania Voon (eds), Andrew Mitchell and James Munro (2015) "Good Faith in Parallel Trade and Investment Disputes", *Good Faith and International Economic Law*, Oxford University Press, UK, p. 14.

³⁴ Đào Kim Anh, Trịnh Quang Hưng, tldd, tr. 6.

³⁵ Đào Kim Anh, Trịnh Quang Hưng, tldd, tr. 11.

³⁶ *Philip Morris Asia Limited v the Commonwealth of Australia* (2015), UNCITRAL, PCA Case No.2012-12 <https://www.italaw.com/cases/851>, truy cập ngày 14/02/2025.

³⁷ Leila Razavi Toussi, Seyed Jamal Seyfi, Mohsen Mohebi, "Abuse of Process in Investment Arbitrations", *Public Law Studies Quarterly*, The University of Tehran

Hiện tại, nhiều IIA thiếu quy định về chống lạm dụng quyền, đặc biệt là các IIA thế hệ cũ. Tuy nhiên, các IIA thế hệ mới đã có các điều khoản nêu rõ NĐT không có quyền khởi kiện nếu khoản đầu tư thực hiện tạo thành một hành vi lạm dụng quyền tố tụng, ví dụ như Điều 1 Phần 3 EVFTA³⁸.

1.5. Điều khoản từ chối lợi ích (*Denial of benefit*)

Điều khoản từ chối lợi ích cho phép loại trừ bảo hộ đối với các NĐT tuy thỏa mãn các tiêu chí của NĐT nhưng thực chất lại không có sự liên hệ kinh tế với quốc gia tiếp nhận đầu tư³⁹. Không có sự liên hệ kinh tế thể hiện qua hai tiêu chí: (1) *Không có hoạt động kinh doanh đáng kể tại nước nơi thành lập*, (2) *Bị kiểm soát bởi NĐT từ quốc gia thứ ba hoặc của quốc gia tiếp nhận đầu tư*⁴⁰. Điều khoản này thường cho phép từ chối bảo hộ nếu có dấu hiệu vi phạm hai tiêu chí trên⁴¹ hoặc cho đến khi đáp ứng một số điều kiện quan trọng⁴².

Tương tự như điều khoản chống lạm dụng quyền, hầu hết các IIA thiếu điều khoản từ chối lợi ích khi không định nghĩa về “*hoạt động kinh doanh đáng kể*” mà thường ngụ ý đó là các hoạt động vượt xa hoạt động kinh doanh tối thiểu như nộp thuế hoặc hợp cổ đông⁴³. Trong vụ *Pac Rim v El Salvador*, Hội đồng trọng tài xác định dấu hiệu của

hoạt động này là một hội đồng quản trị, biên bản họp, sự hiện diện thực tế liên tục, tài khoản ngân hàng và nắm giữ cổ phần trong các công ty con một cách tích cực⁴⁴. Tuy nhiên, tại Điều 8.2 EVFTA⁴⁵ lại giải thích hoạt động đó là có mối liên kết hiệu quả, liên tục với nền kinh tế quốc gia thành viên. Bên cạnh đó, khái niệm “*sở hữu*” và “*kiểm soát*” thường chỉ được đề cập như điều kiện áp dụng từ chối lợi ích mà không định nghĩa cụ thể trong hầu hết các IIA⁴⁶. Trọng tài thường coi việc nắm giữ phần lớn cổ phần và quyền biểu quyết là kiểm soát thực sự; một số trường hợp có thể kết hợp với một số tiêu chí khác để đánh giá⁴⁷.

Ngoài ra, còn có một số BIT quy định từ chối đối với các NĐT thuộc các quốc gia thứ ba mà quốc gia tiếp nhận đầu tư đang “*không duy trì quan hệ ngoại giao*” với quốc gia không phải là thành viên. Quy định này thường xuất hiện trong các IIA mà Hoa Kỳ ký kết, như Điều 12 Luật Mẫu BIT Hoa Kỳ (1994)⁴⁸.

Khi không có điều khoản từ chối lợi ích, NĐT có thể dễ dàng tạo công ty ảo tại một quốc gia có IIA thuận lợi mà không cần có hoạt động kinh tế thực tế tại đó, như: *Tidewater v Venezuela*, *Lao Holdings NV v Lao Peoples Democratic Republic*⁴⁹. Trên thực tế, nhiều IIA hiện đại đã bổ sung điều khoản từ chối lợi ích để nhằm hạn chế tình trạng này, như Điều 9.15 CPTPP⁵⁰ cũng đưa ra điều khoản quy định từ chối lợi ích với doanh nghiệp của Bên ký kết kia.

Press, Vol. 53/2023, tr. 267-286.

³⁸ Hiệp định thương mại tự do Việt Nam – EU (EVFTA), ngày ký kết: 30/06/2019, ngày có hiệu lực: 01/08/2020.

³⁹ Trần Thăng Long, “Điều khoản “từ chối lợi ích” trong các hiệp định đầu tư quốc tế”, *Tạp chí Khoa học pháp lý, Trường Đại học Luật Thành phố Hồ Chí Minh*, số 5 (135)/2020, tr. 69.

⁴⁰ Ngô Quốc Chiến, t.lđd, tr. 49.

⁴¹ Ví dụ: Điều 17.1 Hiến chương năng lượng (The International Energy Charter Consolidated Energy Charter Treaty with Related Documents 2016) ký kết vào tháng 12/1994, có hiệu lực ngày 19/04/1998.

⁴² Ví dụ: Điều 13 BIT Slovakia - Việt Nam 2009, ngày ký kết: 17/12/2009, ngày có hiệu lực: 18/08/2011.

⁴³ German Branch of the International Law Association (ILA) (2011), *The Determination of the Nationality of Investors under Investment Protection Treaties*, School of Law Martin Luther University Halle-Wittenberg.

⁴⁴ Nguyễn Thị Khánh, “Xác định quốc tịch của NĐT là pháp nhân trong luật đầu tư quốc tế và thực tiễn xét xử của trọng tài quốc tế - Một vài lưu ý cho các NĐT”, *Tạp chí Khoa học Kiểm sát*, số 05/2022, tr. 48.

⁴⁵ Hiệp định thương mại tự do Việt Nam – EU (EVFTA), ngày ký kết: 30/06/2019, ngày có hiệu lực: 01/08/2020.

⁴⁶ Trần Thăng Long, t.lđd, tr. 73.

⁴⁷ Nguyễn Thị Khánh, t.lđd, tr. 49.

⁴⁸ The U.S. 1994 Model BIT.

⁴⁹ Nguyễn Thị Khánh, t.lđd, tr. 57-58.

⁵⁰ Hiệp định Đối tác Toàn diện và Tiên bộ xuyên Thái Bình Dương (CPTPP), ngày ký kết: 08/03/2018, ngày có hiệu lực: 30/12/2018.

2. Xu hướng sửa đổi, bổ sung các điều khoản liên quan nhằm hạn chế treaty shopping

Để ứng phó với tình trạng treaty shopping trong luật đầu tư quốc tế, cần thiết phải thiết lập một khuôn khổ pháp lý chặt chẽ và toàn diện nhằm ngăn chặn hiệu quả hành vi lạm dụng này. Thông qua phân tích các IIA hiện hành, có thể thấy nhiều hiệp định quy định rất rộng về khái niệm “nhà đầu tư”, “khoản đầu tư”, cũng như phạm vi giải quyết tranh chấp, nhưng lại thiếu vắng các cơ chế kiểm soát, như điều khoản chống lạm dụng quyền (abuse of rights) hoặc điều khoản từ chối lợi ích (denial of benefits). Trước thực trạng đó, nhiều khuyến nghị đã được đưa ra nhằm thu hẹp các định nghĩa pháp lý trong IIA và bổ sung các điều khoản cần thiết nhằm hạn chế khả năng treaty shopping. Trên thực tế, một số IIA đã áp dụng cách tiếp cận chặt chẽ hơn, cho thấy hiệu quả trong việc hạn chế treaty shopping, có thể đã tạo ra xu hướng cải cách trong việc xây dựng các hiệp định thế hệ mới.

Thứ nhất, bổ sung các tiêu chí xác định quốc tịch của nhà đầu tư

Phần lớn các IIA được khảo sát đều quy định về cách xác định quốc tịch của NĐT một cách đơn giản đã tạo điều kiện thuận lợi cho các NĐT được bảo hộ dễ dàng hơn. Vụ *Alps Finance and Trade AG v. The Slovak Republic*⁵¹ cho thấy lợi ích của sự kết hợp này đối với quốc gia tiếp nhận đầu tư khi nguyên đơn không chứng minh được các hoạt động này xảy ra tại nơi mà nguyên đơn cho là trụ sở chính tại Thụy Sĩ nên không được coi là NĐT theo Điều 1(1)b BIT Thụy Sĩ - Cộng hòa Slovakia⁵².

Do đó, các IIA có thể bổ sung các quy định về tỷ lệ sở hữu tối thiểu (như yêu cầu

NĐT phải sở hữu ít nhất 50% cổ phần của doanh nghiệp để được bảo hộ) và yêu cầu quyền kiểm soát thực sự (NĐT phải có quyền ra quyết định quan trọng, như bổ nhiệm giám đốc hoặc điều hành hoạt động doanh nghiệp)⁵³. Đã có một số IIA mà Việt Nam là thành viên kết hợp hai tiêu chí này với nhau như BIT BLEU (Liên minh Kinh tế giữa Bỉ và Luxembourg) - Việt Nam⁵⁴, BIT Macedonia - Việt Nam⁵⁵ (kết hợp thêm yếu tố hoạt động kinh doanh đáng kể), BIT Pháp - Việt Nam⁵⁶ (kết hợp cả ba tiêu chí nơi thành lập, trụ sở chính và kiểm soát). Dù chưa có thực tiễn để kiểm nghiệm nhưng dưới góc nhìn pháp lý, với những quy định chặt chẽ hơn, kì vọng các IIA này sẽ khắc phục được những khuyết thiếu trong xác định quốc tịch của NĐT.

Thứ hai, thu hẹp định nghĩa “đầu tư”

Các IIA cần loại trừ một số khoản đầu tư khỏi phạm vi bảo hộ như đầu tư ngắn hạn và đầu cơ, quyền sở hữu trí tuệ không được bảo vệ theo luật trong nước. Một số IIA thế hệ mới đặt ra ngưỡng tối thiểu để xác định “đầu tư”⁵⁷, ví dụ như cổ phiếu hoặc quyền bầu cử dưới 10%⁵⁸.

Bên cạnh đó, cần đặt ra quy định chi bảo vệ các khoản đầu tư hợp pháp được thực hiện “theo luật và quy định của quốc gia tiếp nhận đầu tư”⁵⁹. Tiêu biểu cho cách thu hẹp này là Thỏa thuận Liên chính phủ (GA) giữa Liên minh Kinh tế Bỉ-Luxembourg và Malaysia⁶⁰,

⁵³ UNCTAD (2021), tldd.

⁵⁴ Điều 1(1)b BLEU (Belgium-Luxembourg Economic Union) - Viet Nam BIT (1991), ngày ký kết: 24/01/1991, ngày có hiệu lực: 11/06/1999.

⁵⁵ Ví dụ: Điều 1(2)b BIT Macedonia - Việt Nam (2014), ngày ký kết: 15/10/2014, ngày có hiệu lực: 11/01/2016.

⁵⁶ Ví dụ: Điều 1.3. BIT Pháp - Việt Nam (1992), ngày ký kết: 26/05/1992, ngày có hiệu lực: 10/08/1994.

⁵⁷ UNCTAD (2021), tldd.

⁵⁸ Điều 1.1 BIT Thổ Nhĩ Kỳ - Việt Nam (2014), ngày ký kết: 15/01/2014, ngày có hiệu lực: 19/06/2017.

⁵⁹ Ví dụ: Điều 1.2 BIT Belarus - Việt Nam (1992), ngày ký kết: 08/07/1992, ngày có hiệu lực: 24/11/1994.

⁶⁰ Agreement on encouragement and reciprocal protection of investments (Belgo-Luxembourg Economic Union and Malaysia), Signed at Kuala Lumpur on

⁵¹ Alps Finance and Trade AG v. The Slovak Republic, UNCITRAL, <https://www.italaw.com/cases/74>, truy cập ngày 13/3/2025.

⁵² Hiệp định khuyến khích và bảo hộ đầu tư giữa Thụy Sĩ và Cộng hòa Slovakia (BIT Slovakia - Switzerland 1990), ngày ký kết: 05/10/1990, ngày có hiệu lực: 07/08/1991.

với hiệu quả được chứng minh qua vụ kiện “Philippe Gruslin v. Malaysia”⁶¹. Dựa theo Điều 1(3) của Thoả thuận, Hội đồng trọng tài từ chối quyền tài phán do khoản đầu tư chỉ là giao dịch cổ phiếu vào thị trường chứng khoán, không gắn với dự án được phê duyệt.

Ngoài ra, IIA có thể yêu cầu các khoản đầu tư phải có các đặc điểm cụ thể như cam kết về vốn, kỳ vọng lợi nhuận, thiết lập mối quan hệ kinh tế lâu dài, mang lại tác động phát triển tích cực cho quốc gia sở tại,... tùy theo nhu cầu và mong đợi của của các Bên ký kết⁶², ví dụ Điều 1(e) AHKIA⁶³.

Thứ ba, giới hạn phạm vi của ISDS

Có thể lựa chọn các biện pháp sau để giới hạn phạm vi của ISDS: Một là, liệt kê những vấn đề/ điều khoản mà ISDS áp dụng hoặc cấm việc sử dụng ISDS sau khi hết thời hiệu. Các bên tham gia IIA có thể chọn chỉ cho phép ISDS đối với các tranh chấp liên quan đến vi phạm IIA tương ứng⁶⁴. Hai là, đưa ra yêu cầu về tố tụng tại địa phương như một điều kiện quyết cho ISDS. Điều này tức là yêu cầu NĐT sử dụng hết các biện pháp khắc phục tại địa phương trước khi tiếp cận trọng tài quốc tế, hoặc cho phép tiếp cận trọng tài quốc tế nếu sau khi nộp đơn khiếu nại lên tòa án trong nước mà khiếu nại đó vẫn chưa được giải quyết thỏa đáng cho NĐT trong một thời hạn nhất định⁶⁵.

Thứ tư, bổ sung điều khoản chống lạm dụng (Abuse of Rights)

Học thuyết về chống lạm dụng quyền vẫn đang gây tranh cãi, song nó vẫn là một biện pháp hiệu quả để ngăn ngừa treaty shopping.

22/11/1979, No. 21154.

⁶¹ Philippe Gruslin v. Malaysia, ICSID Case No. ARB/99/3, <https://www.italaw.com/cases/515>, truy cập ngày 16/03/2025.

⁶² UNCTAD (2021), tldd.

⁶³ Hiệp định Đầu tư ASEAN Hồng Kông - Trung Quốc 2017 (AHKIA), ngày ký kết: 12/11/2017, ngày có hiệu lực: 17/06/2019.

⁶⁴ Điều 9.5 BIT Thổ Nhĩ Kỳ - Việt Nam (2014), ngày ký kết: 15/01/2014, ngày có hiệu lực: 19/06/2017.

⁶⁵ UNCTAD (2021), tldd, tr. 42.

Chính vì lẽ đó, cần có một điều khoản cụ thể được đưa vào IIA để tăng khả năng ngăn chặn hiện tượng treaty shopping. Ví dụ như Điều 17 Phần 3 EVFTA⁶⁶ đã quy định trao cho Hội đồng tài phán quyền từ chối giải quyết các tranh chấp. Quy định này có nhiều điểm tương đồng với cách diễn giải của Trọng tài trong vụ Philip Morris. Không chỉ ngăn ngừa treaty shopping hậu tranh chấp mà cả treaty shopping tiền tranh chấp nếu thỏa mãn hai yếu tố: (i) Khả năng phát sinh tranh chấp cao và (ii) Mục đích thay đổi quyền sở hữu dự án đầu tư là để khởi kiện⁶⁷.

Thứ năm, bổ sung điều khoản từ chối lợi ích (Denial of Benefits Clause)

Các IIA nên bổ sung quy định cho phép quốc gia tiếp nhận đầu tư từ chối bảo hộ đối với công ty vỏ bọc không có hoạt động kinh doanh thực tế tại quốc gia ký kết qua các tiêu chí như quy mô hoạt động, lực lượng lao động, báo cáo tài chính, mức độ tham gia kinh tế,... Ngoài ra, cần bổ sung các điều khoản từ chối bảo hộ đối với các pháp nhân do công dân nước thứ ba hoặc công dân của quốc gia tiếp nhận đầu tư sở hữu/ kiểm soát, cũng như các pháp nhân từ các quốc gia mà quốc gia tiếp nhận đầu tư không có quan hệ ngoại giao hoặc các quốc gia đang bị cấm vận kinh tế sở hữu/ kiểm soát⁶⁸. Việc này nhằm bảo vệ lợi ích chính trị, kinh tế, an ninh quốc gia. Để tăng cường tính hiệu quả, khi quy định này cần cho phép áp dụng ngay cả khi thủ tục trọng tài đã bắt đầu⁶⁹ giúp tăng cường khả năng ngăn chặn hành vi này của quốc gia tiếp nhận đầu tư⁷⁰.

Kết luận

Qua việc rà soát các IIA và một số phán quyết trọng tài đầu tư quốc tế, bài viết đã phát hiện và phân tích năm điều khoản xác

⁶⁶ Hiệp định thương mại tự do Việt Nam – EU (EVFTA), ngày ký kết: 30/06/2019, ngày có hiệu lực: 01/08/2020.

⁶⁷ Đào Kim Anh, Trịnh Quang Hưng, tldd, tr. 13.

⁶⁸ UNCTAD (2021), tldd, tr. 15

⁶⁹ UNCTAD (2021), tldd.

⁷⁰ Ví dụ: Điều 35 BIT Mẫu Ấn Độ (2015).

định khả năng thực hiện treaty shopping trong các IIA bao gồm: 1. Quy định quốc tịch NĐT lỏng lẻo; 2. Định nghĩa “đầu tư” rộng rãi; 3. Quy định về cơ chế ISDS linh hoạt; 4. Thiếu quy định chống lạm dụng; 5. Thiếu điều khoản từ chối lợi ích. Bài viết cũng nhấn mạnh tầm quan trọng của việc tăng cường rà soát IIA trước khi ký kết nhằm ngăn ngừa hiện tượng treaty shopping và bảo vệ lợi ích quốc gia, đảm bảo phù hợp với các chính sách phát triển kinh tế - xã hội, thu hút nguồn vốn đầu tư và không làm ảnh hưởng tới quyền lợi công. Nếu cần thiết, quốc gia cần chủ động đàm phán lại để sửa đổi hoặc ký kết các hiệp định mới với các điều khoản chặt chẽ hơn.

Treaty shopping là một hiện tượng phổ biến, đặc biệt trong các BIT thế hệ cũ. Dù một số IIA thế hệ mới mà Việt Nam đã ký kết đã có những điều khoản phòng ngừa hiện tượng này, nhưng vẫn chưa có công trình nào rà soát và đánh giá toàn diện hệ thống IIA mà Việt Nam là thành viên. Do đó, những nghiên cứu tiếp theo có thể tập trung vào việc phân tích chi tiết các IIA Việt Nam đã ký kết, đối chiếu với thông lệ quốc tế để đề xuất các giải pháp cụ thể nhằm hoàn thiện khung pháp lý, đảm bảo cân bằng giữa thu hút đầu tư và bảo vệ quyền lợi quốc gia./

TÀI LIỆU THAM KHẢO

- Đào Kim Anh, Trịnh Quang Hưng, “Hiện tượng Treaty shopping trong giải quyết tranh chấp đầu tư quốc tế: Phân tích vụ việc Philip Morris kiện chính phủ Úc và liên hệ với Việt Nam”, *Tạp chí Kinh tế đối ngoại*, số 03 (92)/2017, tr. 57-72;
- Ngô Quốc Chiến, “Hiện tượng trục lợi các quy định về bảo hộ đầu tư thông qua kỹ thuật treaty shopping”, *Tạp chí Nhà nước và Pháp luật*, số 10/2017;
- Julien Chaisse, “The treaty shopping practice: Corporate structuring and restructuring to gain access to investment treaties and arbitration”, *Hasstings Business Law Journal*, Vol 11:2/2015;
- Julien Chaisse and Shintaro Hamanaka, “The Investment version of the Asian Noodle Bowl: The Proliferation of international investment agreements”, *ADB Working Paper Series on Regional Economic Integration*, No. 128/2014;
- Diana Rosert, IISD (2014), *The Stakes are high: A review of the financial costs of investment treaty arbitration*;
- Lee Eunjung, “Treaty Shopping in International Investment Arbitration: How Often Has It Occurred and How Has It Been Perceived by Tribunals?”, *Working Paper Series*, No. 15-167/2015;
- German Branch of the International Law Association (ILA) (2011), *The Determination of the Nationality of Investors under Investment Protection Treaties*, School of Law Martin Luther University Halle-Wittenberg;
- Johanna Puukka (2018), *Treaty shopping in international investment law: Setting Limits on Corporate Restructuring to Gain Access to Investment Protection*, Master’s thesis, University of Helsinki Faculty of Law;
- Nguyễn Thị Khánh, “Hiện tượng treaty shopping: Thách thức cho các quốc gia tiếp nhận đầu tư”, *Tạp Chí Khoa học Kiểm sát*, số 4(50)/2021;
- Nguyễn Thị Khánh, “Xác định quốc tịch của NĐT là pháp nhân trong luật đầu tư quốc tế và thực tiễn xét xử của trọng tài quốc tế - Một vài lưu ý cho các NĐT”, *Tạp chí Khoa học Kiểm sát*, số 05/2022;
- Trần Thăng Long, “Điều khoản “từ chối lợi ích” trong các hiệp định đầu tư quốc tế”, *Tạp chí Khoa học pháp lý*, Trường Đại học Luật Thành phố Hồ Chí Minh, số 5(135)/2020;
- M. Skinner, C.A. Miles, S. Luttrell, “Access and advantage in investor-state arbitration: The law and practice of treaty shopping”, *Journal of World energy law & business*, No. 3 (3)/2010;
- Suzu H. Nikiema, IISD (2012), *Bonnes Pratiques: Définition de l’investisseur, l’Institut international du développement durable*;
- Leila Razavi Toussi, Seyed Jamal Seyfi, Mohsen Mohebi, “Abuse of Process in Investment Arbitrations”, *Public Law Studies Quarterly*, The University of Tehran Press, Vol. 53/2023, tr. 267-286;
- UNCTAD (2009), *Series on International Investment Policies for Development: The Role of International Investment Agreements in Attracting Foreign Direct Investment to Developing Countries*, UNCTAD/DIAE/IA/2009/5, United Nations, New York and Geneva;
- UNCTAD, *Scope and Definition*, UNCTAD Series on Issues in International Investments II, UNCTAD/DIAE/IA/2010/2, United Nations Publication, Switzerland, 2011;
- UNCTAD, *International investment agreements and their implications for tax measures: what tax policymakers need to know*, A guide based on UNCTAD’s Investment Policy Framework for Sustainable Development, UNCTAD/DIAE/PCB/INF/2021/3, United Nations, 2021;
- Tania Voon (eds), Andrew Mitchell and James Munro, “Good Faith in Parallel Trade and Investment Disputes”, *Good Faith and International Economic Law*, Oxford University Press, UK, 2015.