



Original Article

Investor-State Dispute Settlement in the Context of the Implementation of New Generation Free trade Agreements and the Challenges for Vietnam

Phan Thi Thanh Thuy*

VNU University of Law, 144 Xuan Thuy, Cau Giay, Hanoi, Vietnam

Received 12 November 2022

Revised 20 November 2022; Accepted 15 December 2022

Abstract: The requirement to settle international investment disputes arising from the new generation free trade agreements that Vietnam is a member of has been causing great pressure on the Vietnamese Government, authorities, and the system of national jurisdictions. This article will focus on analyzing and clarifying the main mechanisms of investor-state dispute settlement (ISDS) that have been applied in these free trade agreements and the legal and practical challenges the Government has been facing. As a result of the research findings, the article will make suggestions on solutions to improve the law and the institutions involved in ISDS in Vietnam.

Keywords: ISDS, foreign investor, arbitration, UNCITRAL, ICSID.

* Corresponding author.

E-mail address: thuyptt@vnu.edu.vn

<https://doi.org/10.25073/2588-1167/vnuls.4514>

Giải quyết tranh chấp đầu tư quốc tế trong bối cảnh thực thi các hiệp định thương mại tự do thế hệ mới và những thách thức đặt ra cho Việt Nam

Phan Thị Thanh Thủy*

Trường Đại học Luật, Đại học Quốc gia Hà Nội, 144 Xuân Thủy, Cầu Giấy, Hà Nội, Việt Nam

Nhận ngày 12 tháng 11 năm 2022

Chỉnh sửa ngày 20 tháng 11 năm 2022; Chấp nhận đăng ngày 15 tháng 12 năm 2022

Tóm tắt: Việc giải quyết các tranh chấp đầu tư quốc tế (TCĐTQT) phát sinh từ các hiệp định tự do thương mại thế hệ mới mà Việt Nam đang tham gia đang tạo nên một sức ép to lớn đối với Chính phủ Việt Nam, các cơ quan nhà nước có thẩm quyền cũng như hệ thống các cơ quan tài phán quốc gia. Bài viết này tập trung vào phân tích và làm rõ những phương thức giải quyết TCĐTQT chủ yếu đã và đang áp dụng trong các hiệp định tự do thương mại thế hệ mới và các thách thức pháp lý và thực tế mà Chính phủ Việt Nam đang đối mặt. Từ đó, bài báo đưa ra các gợi ý về giải pháp hoàn thiện pháp luật và các thiết chế tham gia vào giải quyết tranh chấp đầu tư quốc tế ở Việt Nam.

Từ khóa: Giải quyết tranh chấp đầu tư quốc tế, nhà đầu tư nước ngoài, trọng tài, UNCITRAL, ICSID.

1. Giới thiệu

Tranh chấp đầu tư quốc tế là tranh chấp phát sinh từ việc nhà đầu tư nước ngoài (NĐTNN) kiện Chính phủ sở tại hoặc các cơ quan nhà nước, chính quyền địa phương được ủy quyền có liên quan đến việc thực hiện các cam kết về khuyến khích và bảo hộ đầu tư trong các hiệp định thương mại quốc tế hoặc trong các hợp đồng đã ký kết.

Như một xu hướng tất yếu của hội nhập kinh tế quốc tế, càng tham gia nhiều các hiệp định tự do thương mại, Việt Nam càng phải đối diện với nguy cơ gia tăng về TCĐTQT. Đặc biệt, khác với những hiệp định tự do thương mại truyền thống đã ký, khi ký kết và tham gia các hiệp định tự do thương mại thế hệ mới, Việt Nam không chỉ phải thực thi những cam kết mở rộng, vượt ra khỏi phạm vi các giao dịch thương mại truyền thống, mà còn phải đối mặt với những cơ chế xử lý tranh

chấp quốc tế đa dạng và phức tạp, vượt ra khỏi quyền tài phán quốc gia. Những vụ TCĐTQT trong đó Việt Nam là bị đơn thường gây ra một sức ép lớn như thời gian kiện tụng kéo dài, gánh chịu chi phí lớn nếu thua kiện. Đặc biệt là những tranh chấp này có thể gây ra những ấn tượng bất lợi về môi trường đầu tư của Việt Nam như sự thiếu minh bạch, tính kém ổn định trong chính sách, pháp luật đầu tư, sự thiếu tôn trọng cam kết của chính quyền địa phương. Chưa kể, các vụ kiện này còn có thể tạo ra tiền lệ xấu, thu hút những nhà đầu tư không lương thiện tìm cách trục lợi từ hành vi kiện tụng [1].

Bài viết này tập trung vào phân tích và làm rõ những phương thức giải quyết TCĐTQT chủ yếu đã và đang áp dụng trong các hiệp định tự do thương mại thế hệ mới và các thách thức pháp lý và thực tế mà Chính phủ Việt Nam đang đối mặt.

Bài viết sử dụng phương pháp nghiên cứu truyền thống của luật học đó là phân tích, tổng

* Tác giả liên hệ.

Địa chỉ email: thuyptt@vnu.edu.vn

<https://doi.org/10.25073/2588-1167/vnuls.4514>

hợp, so sánh và phân loại các mối quan hệ pháp luật để làm rõ các vấn đề pháp lý nêu ra.

2. Khái quát về tranh chấp đầu tư quốc tế

2.1. Khái niệm tranh chấp đầu tư quốc tế

Theo thông lệ quốc tế, TCĐTQT bao gồm 03 loại: i) Tranh chấp liên quan đến hoạt động đầu tư giữa nhà nước nơi tiếp nhận đầu tư và nhà đầu tư từ quốc gia khác (bao gồm cá nhân và pháp nhân) phát sinh trên cơ sở Điều ước quốc tế về đầu tư; ii) Tranh chấp giữa nhà đầu tư nước ngoài với cơ quan nhà nước cụ thể liên quan đến hoạt động đầu tư phát sinh trên cơ sở hợp đồng, thỏa thuận hay luật quốc gia của nước tiếp nhận đầu tư và iii) Tranh chấp giữa các quốc gia liên quan đến giải thích, thực hiện các Điều ước quốc tế về đầu tư [2].

Theo giải thích của Chính phủ Việt Nam trong Quyết định ngày 8/4/2020 về Ban hành Quy chế phối hợp giải quyết TCĐTQT: Tranh chấp đầu tư quốc tế là tranh chấp phát sinh từ việc nhà đầu tư nước ngoài kiện Chính phủ, Nhà nước Việt Nam hoặc cơ quan nhà nước, tổ chức được cơ quan nhà nước ủy quyền thực hiện chức năng quản lý nhà nước (cơ quan nhà nước) theo một trong các trường hợp sau:

a) Hiệp định khuyến khích và bảo hộ đầu tư hoặc hiệp định thương mại hoặc điều ước quốc tế khác có quy định về bảo hộ đầu tư mà Việt Nam là thành viên (sau đây gọi chung là hiệp định đầu tư), trong đó có quy định về việc giải quyết tranh chấp đầu tư quốc tế tại trọng tài quốc tế;

b) Hợp đồng, thỏa thuận giữa cơ quan nhà nước Việt Nam và nhà đầu tư nước ngoài, trong đó có quy định cơ quan giải quyết tranh chấp phát sinh từ hợp đồng, thỏa thuận này là trọng tài quốc tế (khoản 1, Điều 2).

Như vậy, theo Chính phủ Việt Nam, có hai yếu tố để nhận diện TCĐTQT là i) Tranh chấp xảy ra giữa nhà đầu tư nước ngoài với cơ quan nhà nước Việt Nam và ii) Có thỏa thuận về giải quyết bằng trọng tài quốc tế. Tính phù hợp của các yếu tố nhận diện này sẽ được bàn thêm ở phần sau của bài viết.

Bài viết này tập trung vào loại TCĐTQT thứ nhất, tức là các tranh chấp phát sinh giữa nhà đầu tư nước ngoài và Chính phủ Việt Nam có liên quan đến những hiệp định khuyến khích và bảo hộ đầu tư mà Chính phủ Việt Nam tham gia hoặc ký kết.

2.2. Các chủ thể của tranh chấp đầu tư quốc tế

a) Nhà đầu tư nước ngoài - người khởi kiện

Theo Ủy ban Liên Hợp quốc về Thương mại và Đầu tư (UNCTAD), thuật ngữ “nhà đầu tư nước ngoài” (NĐTNN) được hiểu và giải thích một cách rộng rãi là các cá nhân, tổ chức mang quốc tịch của một nước, tiến hành các hoạt động đầu tư trực tiếp hoặc gián tiếp ở một nước khác khi giữa các nước này có những cam kết về hợp tác đầu tư kinh doanh với nhau [3]. Trong TCĐTQT, NĐTNN được biết đến như là nguyên đơn - bên khởi kiện chính phủ nước sở tại.

Khoản 19 Điều 3 Luật Đầu tư 2020 có giải thích rằng “Nhà đầu tư nước ngoài là cá nhân có quốc tịch nước ngoài, tổ chức thành lập theo pháp luật nước ngoài thực hiện hoạt động đầu tư kinh doanh tại Việt Nam”. Khoản 2 Điều 3 Quyết định số 14/2020/QĐ-TTg cũng có giải thích tương tự là “Nhà đầu tư nước ngoài là tổ chức hoặc cá nhân đáp ứng các tiêu chí về nhà đầu tư nước ngoài theo hiệp định đầu tư liên quan mà Việt Nam là thành viên”. Như vậy, quan niệm về NĐTNN của Việt Nam tương đối phù hợp với thông lệ quốc tế.

b) Chính phủ nước sở tại - người bị kiện

Chính phủ bị kiện là thuật ngữ chung nhằm để chỉ cơ quan nhà nước được Chính phủ trao quyền ban hành, áp dụng các biện pháp hay được chính phủ ủy quyền ký kết các hợp đồng mà căn cứ vào đó NĐTNN khởi kiện vụ TCĐTQT.

Ở Việt Nam, các cơ quan nhà nước được Chính phủ ủy quyền ký kết thực hiện các hiệp định về bảo hộ đầu tư hoặc hợp đồng với NĐTNN thường là các Bộ, cơ quan ngang bộ quản lý ngành, lĩnh vực,... và Ủy ban nhân dân các tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương theo phân cấp quản lý nhà nước.

c) Cơ quan chủ trì

Cơ quan chủ trì là khái niệm để chỉ cơ quan đầu mối giải quyết vụ việc TCĐTQT cụ thể, đại diện cho Chính phủ Việt Nam, chịu trách nhiệm chính trong việc tham gia và giải quyết vụ kiện đầu tư quốc tế. Trước đây, trong Quyết định số 04/2014/QĐ-TTg ngày 14/01/2014 về việc ban hành quy chế phối hợp trong giải quyết tranh chấp đầu tư quốc tế, Bộ Tư pháp được Chính phủ phân công mặc nhiên là cơ quan chủ trì cho các vụ NĐTNN kiện Chính phủ Việt Nam liên quan đến các hiệp định khuyến khích và bảo hộ đầu tư [4]. Theo đó, Bộ Tư pháp phải đứng ra thay mặt cho các cơ quan nhà nước bị kiện để tham gia vụ kiện và giải trình theo yêu cầu của nguyên đơn và của cơ quan tài phán. Quy định này sớm bộc lộ tính bất hợp lý bởi lẽ các cơ quan nhà nước bị kiện dường như không phải chịu trách nhiệm về vụ kiện và có thể phó mặc cho Bộ Tư pháp đứng ra giải quyết tranh chấp.

Khắc phục sự bất hợp lý trên, Quyết định số 14/2020/QĐ-TTg ngày 8/4/2020 Ban hành Quy chế phối hợp giải quyết tranh chấp đầu tư quốc tế [5], thay thế cho Quyết định số 04/2014/QĐ-TTg, trong đó xác định rõ ràng rằng cơ quan chủ trì là cơ quan có biện pháp bị kiện hoặc đe dọa bị kiện. Theo giải thích của khoản 1 Điều 5 Quyết định số 14/2020/QĐ-TTg, cơ quan chủ trì có thể là bộ, cơ quan ngang bộ, cơ quan thuộc Chính phủ hoặc Ủy ban nhân dân tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương (Ủy ban nhân dân cấp tỉnh) trong trường hợp tranh chấp quốc tế liên quan đến các hiệp định bảo hộ đầu tư.

Cơ quan chủ trì có trách nhiệm chính và xuyên suốt trong giải quyết vụ kiện từ tiếp nhận xử lý thông tin, đề xuất những lộ trình, biện pháp giải quyết tranh chấp, tham gia phiên xét xử của trọng tài quốc tế cho đến tổ chức thực thi phán quyết của trọng tài (Điều 6 Quyết định số 14/2020/QĐ-TTg). Theo quyết định này, việc phân công cơ quan chủ trì về cơ bản phải đáp ứng nguyên tắc cơ bản i) Cơ quan bị kiện (cả trung ương và địa phương) sẽ đảm nhiệm vai trò là cơ quan chủ trì; ii) Bộ Tư pháp thực hiện vai trò là cơ quan đại diện pháp lý cho Chính phủ; iii) Chính phủ sẽ có cơ chế để phân công lại cơ quan

chủ trì trong các trường hợp đặc biệt như vụ kiện phức tạp với nhiều cơ quan bị kiện.

2.3. Các phương thức giải quyết tranh chấp đầu tư quốc tế

Theo Điều 14 của Luật Đầu tư 2020, việc giải quyết tranh chấp đầu tư quốc tế (ISDS) sử dụng các phương thức truyền thống bao gồm thương lượng, hòa giải, tòa án và trọng tài. Trường hợp tranh chấp không thương lượng, hòa giải được thì ưu tiên sử dụng tòa án và trọng tài trong nước để giải quyết tranh chấp, chỉ khi lựa chọn này không thành mới sử dụng trọng tài nước ngoài, trọng tài quốc tế hoặc trọng tài thành lập theo thỏa thuận.

3. Phương thức giải quyết tranh chấp đầu tư quốc tế bằng trọng tài

Trọng tài được coi là phương thức giải quyết tranh chấp đầu tư quốc tế (ISDS) phổ biến nhất hiện nay. Các thiết chế trọng tài thông dụng áp dụng trong ISDS bao gồm trọng tài thường trực (Regular Arbitration) và trọng tài vụ việc (Ad-hoc Arbitration).

Trọng tài thường trực (trọng tài quy chế) thường được quy định tại các điều ước quốc tế về đầu tư hoặc được các bên thỏa thuận lựa chọn trong TCĐTQT bao gồm các trung tâm trọng tài quốc tế lớn, hoạt động thường xuyên và có bộ quy tắc hoạt động riêng như: Trung tâm Trọng tài về Giải quyết Tranh chấp Đầu tư (ICSID) thuộc Ngân hàng Thế giới (World Bank), Quy tắc trọng tài của Ủy ban Liên Hợp quốc về Thương mại Quốc tế (UNCITRAL), Tòa Trọng tài Thường trực La hay (PCA), Tòa trọng tài thuộc Phòng thương mại Quốc tế (ICC-ICA), hoặc một số trung tâm trọng tài quốc tế tại các quốc gia như Trung tâm Trọng tài Quốc tế Việt Nam (VIAC), Trung tâm Trọng tài Quốc tế Singapore (SIAC), Trung tâm Trọng tài Quốc tế Hong Kong (HKIAC),... Cho tới nay, Việt Nam chưa áp dụng Luật mẫu về trọng tài UNCITRAL [6] và không phải là thành viên của ICSID [7], nên các ràng

buộc về giải quyết tranh chấp của hai thiết chế trọng tài này không áp dụng với Việt Nam.

Trọng tài vụ việc là hình thức trọng tài được tiến hành bởi hội đồng trọng tài được các bên thành lập cho việc giải quyết tranh chấp và tự giải thể khi giải quyết xong tranh chấp đó. Khác với trọng tài quy chế, trọng tài Ad-hoc không có trung tâm trọng tài thường trực cung cấp các dịch vụ hay hạ tầng và cũng không tồn tại sẵn một danh sách trọng tài viên như trọng tài quy chế. Việc giám sát hoạt động tổ tụng trọng tài sẽ do chính hội đồng trọng tài đảm nhiệm (chủ tịch hội đồng trọng tài sẽ chịu trách nhiệm giám sát, điều hành tổ tụng trọng tài) hoặc hội đồng trọng tài và các bên trong tranh chấp sẽ quyết định lựa chọn một trung tâm trọng tài (như ICC, SIAC, VIAC hoặc ICSID) để điều phối và giám sát việc tiến hành tổ tụng trọng tài. Khi sử dụng trọng tài Ad-hoc, các bên trong tranh chấp có thể thỏa thuận sử dụng bất kỳ quy tắc tổ tụng trọng tài nào có sẵn, tự thỏa thuận về một quy tắc trọng tài khác (việc này không thường xuyên diễn ra) hoặc thỏa thuận để hội đồng trọng tài quyết định thủ tục tổ tụng trọng tài, với điều kiện các quy trình tổ tụng trọng tài không trái với các quy định tương ứng trong Điều ước quốc tế về đầu tư có liên quan. Quy tắc tổ tụng trọng tài được sử dụng nhiều nhất trong trọng tài Ad-hoc là quy tắc trọng tài UNCITRAL và quy tắc trọng tài ICSID của Ngân hàng Thế giới.

4. Giải quyết tranh chấp đầu tư quốc tế trong các hiệp định tự do thương mại thế hệ mới Việt Nam tham gia

4.1. Khái quát về hiệp định tự do thương mại thế hệ mới

Thuật ngữ “Hiệp định thương mại tự do thế hệ mới” (New Generation Free Trade Agreements) được sử dụng để chỉ các FTA với những cam kết sâu rộng và toàn diện, vượt lên những cam kết về tự do thương mại hàng hóa và dịch vụ thuần túy như các “FTA truyền thống”. Các hiệp định tự do thương mại thế hệ mới có mức độ cam kết sâu nhất; có cơ chế thực thi chặt

chẽ và hơn thế, các hiệp định này còn đòi hỏi các đối tác cam kết cả những vấn đề thuộc các lĩnh vực được coi là “phi truyền thống”, bao gồm: bảo vệ người lao động, bảo vệ môi trường, bình đẳng giữa doanh nghiệp nhà nước và tư nhân, tự do tiếp cận các gói thầu mua sắm chính phủ, minh bạch hóa chính sách pháp luật. Theo các nhà nghiên cứu, các hiệp định tự do thương mại thế hệ mới, một mặt được coi là các cam kết cụ thể thúc đẩy các đối tác hướng về phát triển bền vững và thương mại công bằng giữa các quốc gia tham gia ký kết. Mặt khác cũng làm phát sinh lo ngại rằng chủ quyền quốc gia của đối tác kém phát triển hơn có thể bị chi phối trong mỗi hợp tác thương mại đặc biệt này. Chẳng hạn, các bên có thể thỏa thuận áp dụng những cơ chế ISDS vượt ra khỏi quyền tài phán của quốc gia sở tại [8].

Các Hiệp định tự do thương mại thế hệ mới này không chỉ thúc đẩy giao thương giữa các quốc gia hiệu quả hơn theo những tiêu chuẩn mới, mà còn tạo nên áp lực cải cách khu vực công, các chính sách pháp luật ở các quốc gia thành viên. Tham gia các hiệp định này, Việt Nam có thể tận dụng chính các ràng buộc đã thỏa thuận để cải cách thể chế hành chính, tư pháp, đổi mới chính sách pháp luật và tăng cường bảo vệ quyền con người, quyền công dân [9]. Tuy vậy, các hiệp định này cũng đang tạo ra những sức ép không nhỏ đối với yêu cầu cải cách các thiết chế giải quyết TCĐTQT ở Việt Nam khi nhà đầu tư có thể và bỏ qua quyền tài phán quốc gia của nước chủ nhà và khởi kiện Chính phủ Việt Nam ra tòa trọng tài quốc tế hoặc một tổ chức tài phán tương tự [10].

4.2. Cơ chế giải quyết tranh chấp tranh chấp đầu tư quốc tế ở các hiệp định tự do thương mại thế hệ mới

4.2.1. Hiệp định đối tác tiến bộ xuyên Thái Bình Dương

Hiệp định đối tác tiến bộ xuyên Thái Bình Dương (Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership - CPTPP) có 11 thành viên bao gồm Việt Nam, là hiệp định thương mại thế hệ mới đa phương đầu

tiên mà Việt Nam tham gia [11]. Hiệp định không thành lập cơ quan tài phán riêng mà sử dụng hệ thống cơ quan giải quyết TCĐTQT hiện hành như: Tòa trọng tài thường trực La Hay (PCA), Phòng Thương mại quốc tế Paris (ICC),... Cơ chế giải quyết TCĐTQT trong khuôn khổ CPTPP được quy định cụ thể tại Chương 9 về Đầu tư. Cơ chế giải quyết tranh chấp đầu tư của CPTPP khá giống với cơ chế ISDS tại các Hiệp định đầu tư song phương (BITs). Các bên trong tranh chấp có thể lựa chọn một trong các quy tắc trọng tài sau:

a) Công ước năm 1965 về giải quyết tranh chấp về đầu tư giữa các quốc gia và công dân của các quốc gia khác nhau (ICSID) và quy tắc về thủ tục tố tụng trọng tài của ICSID. Trường hợp này chỉ áp dụng khi cả bị đơn và quốc gia của nguyên đơn là thành viên của công ước ICSID. Như vậy sẽ không áp dụng với tranh chấp giữa nhà đầu tư nước ngoài và Chính phủ Việt Nam.

b) Cơ chế phụ trợ ICSID trong trường hợp bị đơn hoặc quốc gia của nguyên đơn là thành viên của công ước ICSID.

c) Quy tắc trọng tài UNCITRAL.

d) Thiết chế hoặc quy tắc trọng tài khác được các bên đồng ý lựa chọn.

Tuy nhiên, CPTPP cũng quy định một số ngoại lệ mang lại những thuận lợi nhất định, áp dụng cho một số thành viên, bao gồm Việt Nam. Đó là trong trường hợp các quốc gia tham gia CPTPP trước đó đã có thỏa thuận BITs thì khi giải quyết tranh chấp đầu tư, các nhà đầu tư có thể áp dụng cơ chế khác. Chẳng hạn: Thỏa thuận giữa Việt Nam và New Zealand hạn chế một số quyền tự do của NĐTNN khi khởi kiện ra trọng tài. Nếu cả hai chính phủ đều đồng ý không áp dụng cơ chế giải quyết tranh chấp theo Mục B Chương 9, nhà đầu tư đến từ hai nước này có thể sử dụng cơ chế giải quyết tranh chấp khác theo luật quốc gia hoặc theo các điều ước quốc tế khác mà hai nước ký kết để giải quyết tranh chấp. Tuy nhiên nếu NĐTNN lựa chọn tòa án quốc gia sơ tại là cơ quan tài phán sẽ mất quyền khởi kiện tại

trọng tài quốc tế. Các ngoại lệ từ các quốc gia thành viên đã ký kết BITs với nhau sẽ giúp cho các quốc gia này củng cố mối quan hệ sẵn có trong cơ chế của CPTPP [12].

4.2.2. Hiệp định tự do thương mại EU - Việt Nam

Hiệp định tự do thương mại Việt Nam - EU (European-Vietnam Free Trade Agreement - EVFTA) là một FTA thế hệ mới giữa Việt Nam và 27 nước hành viên EU. EVFTA, cùng với CPTPP, là hai FTA có phạm vi cam kết rộng và mức độ cam kết cao nhất của Việt Nam từ trước tới nay [13].

Ngày 26/6/2018, hai bên đã đồng ý chính thức tách các quy định về bảo hộ đầu tư và giải quyết tranh chấp đầu tư thành một hiệp định mới, có tên gọi là Hiệp định bảo hộ đầu tư Việt Nam - EU. Hiệp định EVIPA sẽ thay thế 21 hiệp định khuyến khích và bảo hộ đầu tư song phương hiện hành giữa Việt Nam và các nước thành viên EU. Hiệp định có 4 chương, 92 điều và 13 phụ lục. Mặc dù EVFTA đã có hiệu lực kể từ 1/8/2020 nhưng EVIPA vẫn đang chờ các nước thành viên EU thông qua. Điều đặc biệt nhất là EVIPA sẽ cho phép thành lập một cơ quan thường trực (Tạm gọi là Tòa Đầu tư) để giải quyết tranh chấp đầu tư giữa các thành viên. Về cơ bản trong khuôn khổ EVIPA, có thể áp dụng một trong ba phương thức giải quyết tranh chấp sau:

a) Phương thức giải quyết tranh chấp thông qua Tòa Đầu tư

Tổ chức và hoạt động của Tòa Đầu tư - Cơ quan thường trực giải quyết tranh chấp đầu tư được quy định tại chương 3 của EVIPA, bao gồm hai cấp là cấp sơ thẩm và cấp phúc thẩm. Cấp sơ thẩm có 9 thành viên trong đó 03 thành viên mang quốc tịch các quốc gia thuộc EU, 03 thành viên mang quốc tịch Việt Nam và 03 thành viên còn lại mang quốc tịch nước khác (Điều 3.38). Cấp phúc thẩm có 06 thành viên trong đó 02 thành viên mang quốc tịch các quốc gia thuộc EU, 02 thành viên mang quốc tịch Việt Nam và 02 thành viên còn lại mang quốc tịch nước khác. Hội đồng phúc thẩm có thể thay đổi hoặc đảo

ngược quyết định của Hội đồng sơ thẩm nếu thấy có căn cứ pháp lý (Điều 3.39) [13].

b) Phương thức giải quyết tranh chấp thông qua hòa giải

Các bên tranh chấp được khuyến khích thỏa thuận sử dụng hòa giải để giải quyết tranh chấp trước hoặc sau khi tranh chấp xảy ra. Các bên có thể tìm hòa giải viên theo thỏa thuận hoặc yêu cầu Tòa Đầu tư chỉ định hòa giải viên trong số các thành viên của Tòa Đầu tư. Tuy nhiên cơ chế này ít khi được sử dụng như một cơ chế độc lập vì nó có phần trùng lặp, đã được bao hàm như một giai đoạn bắt buộc của các cơ chế giải quyết tranh chấp khác như Tòa đầu tư hay Trọng tài.

c) Phương thức giải quyết thông qua trọng tài

EVIPA không đưa ra các quy định về cơ chế trọng tài riêng nội khối để áp dụng cho tranh chấp giữa NĐTNN và Chính phủ sở tại, mà chỉ quy định về quy tắc ứng xử của trọng tài viên ở Phụ lục 8. Về tổ tụng, EVIPA quy định nếu các bên thỏa thuận yêu cầu Tòa Đầu tư giải quyết theo phương thức trọng tài thì áp dụng Quy chế phụ trợ của ICSID hoặc của Quy tắc trọng tài của UNCITRAL. Để thực thi EVIPA, Việt Nam sẽ sớm phải tham gia hai quy chế trọng tài quốc tế cơ bản trên mới thích ứng và linh hoạt được trong cách thức giải quyết TCDTQT [14].

5. Cách thức Việt Nam ứng phó với các tranh chấp đầu tư quốc tế

Trong bối cảnh Việt Nam chủ động thiết lập, thúc đẩy, mở rộng quan hệ giao thương, thu hút thêm vốn đầu tư nước ngoài, Chính phủ cũng phải đối mặt với nhiều tranh chấp không mong muốn với nhà đầu tư nước ngoài. Theo số liệu gần nhất từ Bộ Tư pháp, tính đến tháng 9/2019, có 10 vụ tranh chấp giữa nhà đầu tư nước ngoài và Chính phủ tại trọng tài quốc tế, 22 vụ nhà đầu tư thông báo ý định khởi kiện trong năm 2019, 19 vụ việc khác đang được giải quyết tại các cơ quan tố tụng Việt Nam và 129 vụ việc khác đang được giải quyết [15]. Các tranh chấp này đang gây ra sự tổn kém về nguồn lực về thời gian, tài chính và công sức cho ngân sách nhà nước. Và đặc biệt là có thể gây hiệu ứng lan truyền thông

tin bất lợi về môi trường đầu tư kinh doanh ở Việt Nam trong cộng đồng các nhà đầu tư quốc tế. Trước tình hình này, Bộ Chính trị đã ban hành Nghị quyết số 50-NQ/TW ngày 20/8/2019 về định hướng hoàn thiện thể chế, chính sách, nâng cao chất lượng, hiệu quả hợp tác đầu tư nước ngoài đến năm 2030, trong đó có nhận định về những hạn chế của đầu tư nước ngoài tại Việt Nam: “việc thu hút, quản lý và hoạt động đầu tư nước ngoài vẫn còn những tồn tại, hạn chế và phát sinh những vấn đề mới,... Cơ chế và năng lực xử lý tranh chấp hiệu lực, hiệu quả chưa cao”.

Thực hiện chỉ đạo của Bộ Chính trị, ngày 27/4/2020 Chính phủ đã ban hành Nghị quyết số 58/NQ-CP để ban hành Chương trình hành động của Chính phủ thực hiện Nghị quyết số 50-NQ/TW của Bộ Chính trị. Trong đó, một trong những hoạt động quan trọng để nâng cao hiệu quả đầu tư nước ngoài ở Việt Nam, giảm thiểu những hiệu ứng không mong muốn của đầu tư nước ngoài là ban hành hành các nghị định hướng dẫn thi hành luật đầu tư trong đó bổ sung nội dung về cơ chế phòng ngừa và chủ động, kịp thời giải quyết vướng mắc, khiếu nại, khiếu kiện của nhà đầu tư, hạn chế tranh chấp đầu tư và nâng cao trách nhiệm của cơ quan quản lý nhà nước. Theo đó, Bộ Tư pháp chủ trì, phối hợp các bộ, ngành rà soát, kiến nghị cấp có thẩm quyền sửa đổi, bổ sung, hoàn thiện các quy định nâng cao chất lượng, hiệu quả các thiết chế phòng ngừa, giải quyết tranh chấp và thực thi phán quyết giải quyết tranh chấp. Chính phủ cũng yêu cầu giải quyết triệt để các nguyên nhân phát sinh tranh chấp: “Các bộ, ngành và địa phương: Thực hiện nghiêm pháp luật về đầu tư và pháp luật khác có liên quan đối với hoạt động đầu tư nước ngoài, chủ động phòng tránh không để phát sinh khiếu kiện, tranh chấp quốc tế. Xử lý nghiêm tình trạng thực hiện thể chế, chính sách thiếu thống nhất giữa trung ương và địa phương, giữa các địa phương. Nghiêm cấm việc cấp, điều chỉnh, quản lý, đàm phán dự án đầu tư nước ngoài, ban hành quy định ưu đãi, hỗ trợ đầu tư,... trái thẩm quyền, trái quy định pháp luật”.

Trong thời gian này, Thủ tướng chính phủ cũng ban hành Quyết định số 14/2020/QĐ-TTg ngày 8/4/2020 về Quy chế phối hợp giải quyết

tranh chấp đầu tư quốc tế, thay thế cho Quyết định số 4/2014 /QĐ-TTg đã không còn phù hợp như đã phân tích ở trên.

Để đưa Nghị quyết 50-NQ/TW và Nghị quyết số 58/NQ-CP vào thực thi, ngày 10/7/2020 Thủ tướng Chính phủ đã ban hành Chỉ thị số 27/CT-TTg về tăng cường công tác quản lý nhà nước về đầu tư và phòng ngừa việc phát sinh các vụ việc TCĐTQT. Chỉ thị đã chỉ ra một cách thẳng thắn rằng công tác phòng ngừa TCĐTQT tại Việt Nam hiện vẫn chưa được chú trọng đúng mức, cụ thể như: i) Nhận thức của các cơ quan nhà nước, chính quyền địa phương các cấp về tầm quan trọng của công tác này chưa tương xứng; ii) Chưa có cơ chế phối hợp trong phòng ngừa TCĐTQT; iii) Hiểu biết của đội ngũ cán bộ, công chức làm công tác quản lý nhà nước đối với các cam kết quốc tế về đầu tư và đề xuất, đàm phán các dự án đầu tư của Việt Nam còn hạn chế; iv) Nhiều địa phương còn chưa chú trọng công tác lựa chọn, sàng lọc nhà đầu tư. Để phòng ngừa TCĐTQT, Thủ tướng yêu cầu các Bộ Kế hoạch và Đầu tư, Bộ Tư pháp cùng chủ trì và phối hợp với các bộ, ngành và địa phương nỗ lực ngăn chặn các nguyên nhân dẫn đến TCĐTQT và giải quyết sớm các tranh chấp này bằng các hoạt động: i) Sàng lọc, lựa chọn NĐTNN, nghiên cứu xây dựng cơ chế phối hợp giữa các bộ, các địa phương về cảnh báo sớm nguy cơ tranh chấp, ii) Đào tạo đội ngũ chuyên gia pháp lý có đủ năng lực tư vấn cho Chính phủ và tham gia giải quyết tranh chấp; hàng năm có tổng kết đánh giá và chia sẻ thông tin, kinh nghiệm thực tiễn giải quyết tranh chấp quốc tế, bồi dưỡng pháp luật cho cán bộ làm thực tiễn iii) Đánh giá xu hướng đầu tư quốc tế và sự phát triển của pháp luật đầu tư quốc tế, pháp luật giải quyết tranh chấp quốc tế để đưa ra các khuyến nghị với các cơ quan hữu quan và iv) Thường xuyên rà soát các hiệp định thương mại, các hợp đồng đầu tư, các cam kết để phát hiện kịp thời các yếu tố bất lợi và sớm có biện pháp khắc phục [16].

Đặc biệt, Chỉ thị là văn bản pháp luật đầu tiên đề cập đến trách nhiệm của những cá nhân, cơ quan quản lý nhà nước trong việc không thực thi nghiêm túc chức năng, nhiệm vụ, để

xảy ra tranh chấp: “Trong quá trình thực hiện, các cơ quan, tổ chức, cá nhân có hành vi vi phạm pháp luật trong quá trình quản lý nhà nước về đầu tư làm phát sinh TCĐTQT chịu trách nhiệm trước Chính phủ và Thủ tướng Chính phủ về các thiệt hại phát sinh cho ngân sách nhà nước và ảnh hưởng đến môi trường đầu tư kinh doanh của Việt Nam. Đồng thời, thực hiện nghiêm các quy định pháp luật về việc xử lý các cơ quan, tổ chức, cá nhân có vi phạm dẫn đến khiếu kiện gây thiệt hại ngân sách nhà nước theo Luật Trách nhiệm bồi thường của Nhà nước và các quy định pháp luật khác có liên quan” (khoản b, Điều 3, Chỉ thị số 27/CT-TTg).

6. Đánh giá về các thách thức pháp lý và thực tế đối với Chính phủ Việt Nam trong giải quyết tranh chấp đầu tư quốc tế và các gợi ý về giải pháp

6.1. Các thách thức về pháp lý và gợi ý giải pháp khắc phục

Trong bối cảnh TCĐTQT gia tăng, hệ thống các quy định pháp luật về giải quyết TCĐTQT của Việt Nam đang bộc lộ những hạn chế sau:

a) Hệ thống quy phạm pháp luật về giải quyết TCĐTQT hiện hành còn tính phân tán, thiếu thống nhất, hiệu lực pháp lý không ổn định. Có thể thấy Luật Đầu tư chỉ quy định những vấn đề mang tính nguyên tắc chung, không có giá trị áp dụng trực tiếp. Các quy định về giải quyết TCĐTQT tản mạn trong ba văn bản pháp quy có hiệu lực không cao, cùng được ban hành năm 2020 bao gồm Nghị quyết số 58/NQ-CP, Quyết định số 14/2020/QĐ-TTg và Chỉ thị số 27/CT-TTg, điều này cho thấy sự thiếu vắng một văn bản quy phạm pháp luật có hiệu lực cao hơn và tính thống nhất để điều chỉnh những vấn đề liên quan đến giải quyết TCĐTQT.

Pháp luật cần có quy định rõ ràng, cụ thể, nghiêm khắc về chế tài pháp lý đối với các cá nhân là người đứng đầu cơ quan, tổ chức, hoặc người chịu trách nhiệm triển khai hoạt động đầu tư do thiếu trách nhiệm hoặc vi phạm pháp luật

để xảy ra tranh chấp. Mặc dù Chỉ thị 27/CT-TTg cảnh báo cơ quan, cá nhân vi phạm pháp luật để xảy ra tranh chấp phải chịu trách nhiệm trước Chính phủ, trước pháp luật, song đây vẫn chỉ là những quy định có tính răn đe chung, chưa có giá trị áp dụng thi hành và phát huy tác dụng trên thực tế.

Để giải quyết tình trạng này, trước mắt cần ban hành một văn bản có hiệu lực cao hơn những văn bản hiện hành, có thể là một nghị định, để tập hợp một cách hệ thống các quy định về giải quyết TCĐTQT, từ cơ chế cảnh báo sớm để phát hiện và xử lý tranh chấp từ giai đoạn đầu đến phối hợp giải quyết và thực thi quyết định của cơ quan tài phán trong trường hợp tranh chấp là không tránh khỏi. Nghị định này cũng cần quy định hoặc dẫn chiếu đến các quy định về các chế tài xử lý đối với các hành vi vi phạm pháp luật về đầu tư dẫn đến tranh chấp.

Về lâu dài, Luật Đầu tư 2020 cũng cần sửa đổi bổ sung để phản ánh đầy đủ các nội dung này làm cho luật có giá trị áp dụng trực tiếp, không còn là “luật khung, luật ống” mang tính biểu tượng hơn là có giá trị áp dụng trên thực tiễn [17].

b) Các quy định pháp luật trong nước về giải quyết TCĐTQT thiếu sự tương thích cơ chế quốc tế phổ biến về ISDS. Cụ thể, vì chưa tham gia hai bộ quy tắc trọng tài quốc tế phổ biến nhất là Quy tắc trọng tài UNCITRAL và Quy tắc trọng tài ICSID nên không áp dụng được vào giải quyết các TCĐTQT mà Chính phủ Việt Nam là bị đơn. Điều này đã thu hẹp cơ hội được chủ động lựa chọn thiết chế trọng tài phù hợp nhất cho vụ việc của Việt Nam. Thêm vào đó, Luật Trọng tài thương mại 2010 có nhiều điểm không tương thích với Luật mẫu của UNCITRAL về trọng tài quốc tế năm 1985, nên cũng khó có thể áp dụng trong trường hợp NĐTNN sẵn sàng đồng ý chọn một thiết chế trọng tài Việt Nam để giải quyết tranh chấp.

Để theo kịp thông lệ quốc tế, Việt Nam nên nhanh chóng tham gia Quy tắc trọng tài ICSID, Quy tắc trọng tài UNCITRAL và Luật mẫu của UNCITRAL về trọng tài quốc tế và sửa đổi Luật Trọng tài Thương mại 2010 để theo kịp thông lệ quốc tế, đồng thời chủ động vận dụng các quy

chế này để giải quyết tranh chấp trong từng trường hợp.

6.2. Các thách thức thực tế và gợi ý giải pháp khắc phục

a) Năng lực quản lý hoạt động đầu tư nước ngoài của các địa phương tiếp nhận đầu tư nước ngoài còn hạn chế, do đó còn có những trường hợp không hiểu rõ các quy định của pháp luật đầu tư, giải thích sai hoặc đưa ra những cam kết vượt quá các quy định của pháp luật, chưa sàng lọc được các nhà đầu tư phù hợp với nhu cầu địa phương. Chưa kể còn có những trường hợp cố tình làm trái pháp luật để trục lợi cá nhân hay phục vụ lợi ích nhóm. Điều này khiến TCĐTQT gia tăng [18].

Năng lực của cá nhân, cơ quan chịu trách nhiệm quản lý đầu tư còn yếu kém, dẫn đến họ không nhận thức được các nguy cơ tranh chấp để có ý thức phòng ngừa, giải quyết xung đột ngay từ đầu.

Thực tế này cho thấy cần có kế hoạch đào tạo, bồi dưỡng định kỳ các kiến thức về chính sách và pháp luật đầu tư cho các cán bộ quản lý đầu tư nước ngoài ở địa phương, cũng như yêu cầu họ phải tham vấn pháp lý trước khi đưa ra các quyết định.

b) Giải quyết TCĐTQT tại trọng tài quốc tế hay Tòa Đầu tư trong khuôn khổ CPTPP hay EVIPA đều đòi hỏi đội ngũ luật sư, trọng tài viên, hòa giải viên có trình độ và kinh nghiệm tranh tụng quốc tế. Việc thuê những trọng tài viên, hòa giải viên và luật sư nước ngoài làm việc cho các tổ chức trọng tài, hòa giải Việt Nam, hay làm luật sư tranh tụng trong các vụ kiện mà Việt Nam là bị đơn đòi hỏi chi phí rất cao, nhưng hiệu quả chưa chắc đã được như mong muốn. Trong khi đó, năng lực thực tế của đội ngũ luật sư, trọng tài viên Việt Nam hiện nay khó đáp ứng yêu cầu tranh tụng quốc tế. Vì vậy Chính phủ phải có chiến lược lâu dài để lựa chọn và cử đi đào tạo bồi dưỡng đối với các luật sư, trọng tài viên, hòa giải viên Việt Nam chuyên về giải quyết TCĐTQT để bớt phụ thuộc vào thuê luật sư nước ngoài.

7. Kết luận

Kiểm soát và giải quyết TCĐTQT ở Việt Nam trong bối cảnh thực thi các hiệp định tự do thương mại thế hệ mới là một công việc phức tạp. Để thực hiện điều này một cách có hiệu quả đòi hỏi phải có sự cải tổ toàn diện và dứt khoát cả về nhận thức và hành động của các cơ quan hữu quan chịu trách nhiệm xây dựng, thực thi pháp luật và bộ máy tư pháp. Thay vì giải quyết các TCĐTQT một cách bị động, các cơ quan chức năng của Chính phủ cần phối hợp, chủ động phát hiện sớm các nguy cơ xảy ra tranh chấp thông qua các cơ chế rà soát, sàng lọc hoạt động ĐTNN ở các địa phương, chủ động cải tổ hệ thống pháp luật có liên quan đến giải quyết TCĐTQT để phù hợp với các tập quán, thông lệ quốc tế và đặc biệt quan trọng là có chiến lược, kế hoạch đào tạo đội ngũ chuyên gia pháp lý đủ trình độ để đại diện cho Chính phủ Việt Nam tham gia tranh tụng quốc tế một cách có hiệu quả.

Tài liệu tham khảo

- [1] Bộ Tư pháp, Báo cáo Thực trạng tranh chấp đầu tư quốc tế và giải quyết tranh chấp đầu tư quốc tế và giải quyết tranh chấp đầu tư quốc tế ở Việt Nam 2018.
- [2] USAid, Cẩm nang hướng dẫn phòng ngừa, giải quyết tranh chấp đầu tư quốc tế năm 2018.
- [3] UNTAD, Definitions and Sources, tr.245 https://unctad.org/system/files/official-document/wir2007p4_en.pdf (accessed on: August 20th, 2021).
- [4] Quyết định số 04/2014/QĐ-TTg ngày 14 tháng 01 năm 2014 của Thủ tướng Chính phủ ban hành Quy chế phối hợp trong giải quyết tranh chấp đầu tư quốc tế, <https://thuvienphapluat.vn/van-ban/Dau-tu/Quyết-dinh-04-2014-QĐ-TTg-Quy-che-phoi-hop-giai-quyet-tranh-chap-dau-tu-quoc-te-219115.aspx> (accessed on: October 20th, 2021).
- [5] Quyết định số 14/2020/QĐ-TTg ngày 8/4/2020 về Quy chế phối hợp giải quyết tranh chấp đầu tư quốc tế.
- [6] L. Anh, Sớm sửa đổi Luật Trọng tài Thương mại 2010: đáp ứng yêu cầu hội nhập và phát triển, <https://quochoi.vn/tintuc/pages/tin-hoat-dong-cua-quoc-hoi.aspx?ItemID=67942> (accessed on: August 30th, 2022).
- [7] ICSID, Database of ICSID Member States, <https://icsid.worldbank.org/about/member-states/database-of-member-states> (accessed on: October 30th, 2022).
- [8] I. N. Csongor, Free Trade, Public Interest and Reality: New Generation Free Trade Agreements and National Regulatory Sovereignty, trong sách Czech Yearbook of International Law, vol. IX, 2018, pp. 197-216.
- [9] N. T. Linh, Hiệp định thương mại tự do thế hệ mới và vấn đề cải cách thể chế kinh tế ở nước ta, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp số 21(277), tháng 11/2014, tr. 22-24.
- [10] Asia Business Consulting, The impact of new generation Free Trade Agreements on the Vietnam economy <https://www.asiabizconsult.com/images/pdf/The-impact-of-new-generation-Free-Trade-Agreements-on-the-Vietnam-economy.pdf> accessed on: October 20th, 2022).
- [11] WTO Center, Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership (CPTPP), <https://trungtamwto.vn/fta/175-cptpp-1> (accessed on: October 28th, 2021).
- [12] N. T. Lạng, Chuẩn bị thích nghi với cơ chế giải quyết tranh chấp thương mại nội khối <https://baochinhphu.vn/chuan-bi-thich-nghi-voi-co-che-giai-quyet-tranh-chap-thuong-mai-noi-khoi-102198284.htm> (accessed on: September 16th, 2021).
- [13] Trung tâm WTO, Văn kiện EVIPA, <https://trungtamwto.vn/chuyen-de/8445-van-kien-hiep-dinh-evfta-evipa-va-cac-tom-tat-tung-chuong> (accessed on: October 28th, 2021).
- [14] N. T. H. An, Tìm hiểu cơ chế giải quyết tranh chấp theo hiệp định bảo hộ đầu tư giữa Việt Nam và EU, Tạp chí Nhân lực Khoa học Xã hội, số 8/2020.
- [15] Trung tâm WTO, Giải quyết tranh chấp đầu tư quốc tế: Chủ động phòng ngừa - ngăn chặn sai sót, <https://trungtamwto.vn/hiep-dinh-khac/15946-giai-quyet-tranh-chap-dau-tu-quoc-te-chu-dong-phong-ngua-ngan-chan-sai-sot> (accessed on: May 1st, 2021).
- [16] Chỉ thị số: 27/CT-TTg về tăng cường công tác quản lý nhà nước về đầu tư và phòng ngừa việc phát sinh các vụ việc tranh chấp đầu tư quốc tế.
- [17] Báo Chính phủ, Chủ tịch Quốc hội Vương Đình Huệ: Hạn chế tối đa tình trạng 'luật khung, luật ống', <https://moha.gov.vn/kstthc/tintuc/chu-tich-quoc-hoi-vuong-dinh-hue-han-che-toi-da-tinh-trang-luat-khung-luat-ong-47346.html>. (accessed on: April 8th, 2021).
- [18] Bộ Tư pháp, Báo cáo Thực trạng tranh chấp đầu tư quốc tế và giải quyết tranh chấp đầu tư quốc tế và giải quyết tranh chấp đầu tư quốc tế ở Việt Nam 2020.