

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

Đào Kim Anh*
Trịnh Quang Hưng**

Tóm tắt

Một trong những điểm đặc trưng của pháp luật đầu tư quốc tế là sự tồn tại của cơ chế giải quyết tranh chấp (GQTC) giữa nhà đầu tư nước ngoài và Nhà nước trong các hiệp định đầu tư (IIA), theo đó nhà đầu tư có quyền trực tiếp khởi kiện Nhà nước ra trọng tài quốc tế. Cơ chế này được coi là một sáng kiến quan trọng thúc đẩy sự phát triển của pháp luật đầu tư, tuy nhiên, ngày càng có nhiều lo ngại về việc nhà đầu tư có thể lạm dụng cơ chế GQTC gây bất lợi cho Nhà nước. Một vấn đề gây nhiều quan ngại về việc lạm dụng cơ chế GQTC bởi nhà đầu tư là hiện tượng *treaty shopping* – một kỹ thuật được nhà đầu tư sử dụng để đạt được quốc tịch mong muốn nhằm có quyền khởi kiện Nhà nước theo một IIA có lợi. Bài viết phân tích những ảnh hưởng của *treaty shopping* và quan điểm của cơ quan xét xử về vấn đề này thông qua nghiên cứu vụ tranh chấp điển hình giữa Philip Morris và Chính phủ Úc. Trên cơ sở đó, bài viết đưa ra một số kinh nghiệm cho Chính phủ Việt Nam trong quá trình GQTC cũng như đàm phán và ký kết IIA.

Từ khóa: *treaty shopping*, tranh chấp đầu tư quốc tế, lạm dụng quyền bởi nhà đầu tư, tranh chấp giữa Philip Morris và Chính phủ Úc.

Abstract

One typical feature of international investment law is the existence of the investor-state dispute settlement (ISDS) under international investment agreements (IIAs), whereby investors has the right to directly initiate a claim against the State before international arbitration. This mechanism is considered an important contributor to the development of investment law, however, there has been growing concern over investors's abuse of ISDS mechanism. One head-aching issue about investors's abuse of ISDS is *treaty shopping* - a technique used by investors to access ISDS mechanism under a targeted IIA. This article analyzes the effects of *treaty shopping* and arbitrations' viewpoint towards this issue through the landmark case between Philip Morris and Australia. Accordingly, the article gives some experience to the Vietnamese Government in dealing with ISDS process as well as negotiating and signing IIAs.

Keywords: *treaty shopping*, investor-state dispute, abuse of rights by investors, Philip Morris v. Australia dispute.

1. Đặt vấn đề

Hiện nay, hoạt động đầu tư quốc tế đang phát triển mạnh mẽ và trở thành một trong những động lực chính đối với sự phát triển kinh tế toàn cầu. Trong bối cảnh đó, các tranh chấp đầu tư cũng gia tăng nhanh chóng và ngày càng phức tạp, đặc biệt là các tranh chấp phát sinh giữa nhà đầu tư nước ngoài (“NĐTNN”) và Nhà nước tiếp nhận đầu tư. Với mục đích đảm bảo

* Khoa Luật, Trường Đại học Ngoại thương

** Trường Đại học Ngoại thương, Email: hungtq@ftu.edu.vn

quyền lợi hợp pháp cho NĐTNN và khuyến khích hoạt động đầu tư quốc tế, từ những năm 1960, pháp luật đầu tư quốc tế đã hình thành cơ chế cho phép NĐTNN trực tiếp khởi kiện Nhà nước ra trọng tài quốc tế. Mặc dù cơ chế này được đánh giá cao về tính độc lập và hiệu quả, thực tế áp dụng cho thấy cơ chế này bộc lộ những “lỗ hổng” và có nguy cơ bị lạm dụng bởi nhà đầu tư.

Một vấn đề gây nhiều tranh cãi trong thời gian gần đây liên quan tới việc lạm dụng cơ chế giải quyết tranh chấp (GQTC) là hiện tượng *treaty shopping*. Đây là một kỹ thuật được nhà đầu tư thực hiện thông qua việc cố tình thành lập doanh nghiệp hoặc thay đổi cơ cấu sở hữu nhằm đạt được quốc tịch mong muốn để sau đó có thể khởi kiện Nhà nước theo một hiệp định đầu tư quốc tế (IIA)¹ có lợi cho nhà đầu tư. *Treaty shopping* được thực hiện ngày càng nhiều và trở thành một vấn đề “nóng” trong nhiều vụ tranh chấp đầu tư. Như vậy, câu hỏi đặt ra là *treaty shopping* có phải là hành vi hợp pháp hay không? Trong thực tiễn tranh chấp, cơ quan xét xử giải quyết vấn đề này như thế nào? Quan trọng hơn, đối với một quốc gia đang phát triển như Việt Nam, làm thế nào để có thể phòng tránh nguy cơ bị nhà đầu tư khởi kiện thông qua kỹ thuật *treaty shopping* trong khi vẫn đảm bảo chính sách thu hút đầu tư nước ngoài? Bài viết dưới đây sẽ trả lời các câu hỏi trên thông qua việc nghiên cứu thực tiễn xét xử tranh chấp đầu tư quốc tế liên quan tới *treaty shopping*, đặc biệt đi sâu phân tích vụ tranh chấp giữa Philip Morris và Chính phủ Úc – một trong những tranh chấp điển hình về vấn đề này.

2. Hiện tượng *treaty shopping* trong giải quyết tranh chấp đầu tư quốc tế

2.1. Khái niệm và cách thức thực hiện *treaty shopping*

Trong quy định pháp luật đầu tư không tồn tại một định nghĩa chính thức về *treaty shopping*. Tuy nhiên từ thực tiễn đầu tư, *treaty shopping* có thể được hiểu là việc nhà đầu tư cơ cấu (hoặc tái cơ cấu) hoạt động đầu tư nhằm đạt được sự bảo hộ theo một IIA mà nhà đầu tư mong muốn (Julien Chaisse, 2015). Nhà đầu tư thường thực hiện *treaty shopping* trong trường hợp (i) chưa có IIA giữa quốc gia của nhà đầu tư với nước tiếp nhận đầu tư; hoặc (ii) mặc dù đã có IIA giữa hai quốc gia nhưng quy định trong IIA này đối với nhà đầu tư lại kém ưu đãi hơn so với một IIA khác (Eunjung Lee, 2015).

Mục đích nhà đầu tư hướng tới khi thực hiện *treaty shopping* là sự bảo hộ theo một IIA nhất định. Sở dĩ có sự “shopping” giữa các hiệp định đầu tư là do trong lĩnh vực đầu tư quốc tế chưa hình thành một hệ thống các hiệp định đa phương thống nhất như các quy định của Tổ chức thương mại thế giới (WTO) trong lĩnh vực thương mại quốc tế (Eunjung Lee, 2015). Vì vậy, hoạt động đầu tư quốc tế được điều chỉnh bởi hàng ngàn IIA với mức độ và phạm vi bảo hộ khác nhau. Vì IIA chứa đựng các cam kết đưa ra trên cơ sở có đi có lại giữa các quốc gia, phạm vi bảo hộ của IIA chỉ dành cho nhà đầu tư của các bên ký kết. Tiêu chí để quyết định một nhà đầu tư có được bảo hộ theo IIA thường là dựa vào quốc tịch của nhà đầu tư. Với nhà đầu tư là thể nhân, việc xác định quốc tịch của nhà đầu tư thường dẫn chiếu đến luật quốc gia của các bên ký kết. Với nhà đầu tư là pháp nhân, các IIA thường chỉ bảo hộ các pháp nhân thành lập phù hợp luật pháp của các bên ký kết. Trong bối cảnh pháp luật quốc gia ngày càng thông thoáng tạo điều kiện để dòng vốn đầu tư tự do dịch chuyển, nhà đầu tư không gặp nhiều khó khăn để đạt được một quốc tịch mong muốn (Julien Chaisse, 2015).

Trong thực tiễn đầu tư, nhà đầu tư có thể đạt được quốc tịch “mong muốn” theo một trong hai cách sau đây:

¹Trong bài viết này, thuật ngữ Hiệp định đầu tư quốc tế (International Investment Agreements - IIA) được dùng để chỉ các hiệp định quốc tế có quy định về đầu tư, bao gồm các hiệp định khuyến khích và bảo hộ đầu tư (BIT), các hiệp định thương mại tự do có nội dung về đầu tư,...

- Cách 1: nhà đầu tư đạt được quốc tịch mong muốn thông qua thành lập một pháp nhân “danh nghĩa” tại một bên ký kết IIA. Ví dụ, một nhà đầu tư Brazil dự định đầu tư vào Việt Nam nhưng giữa Việt Nam và Brazil chưa ký kết IIA. Xét thấy IIA giữa Việt Nam và Hà Lan có nhiều quy định có lợi cho nhà đầu tư, nhà đầu tư Brazil có thể thành một công ty tại Hà Lan, sau đó đầu tư vào Việt Nam với danh nghĩa công ty này. Công ty tại Hà Lan chỉ là một pháp nhân danh nghĩa và không có hoạt động kinh doanh thực sự. Khi đó, công ty ở Hà Lan, mặc dù chịu sự kiểm soát của nhà đầu tư Brazil, vẫn được hưởng các quyền lợi dành cho nhà đầu tư theo IIA giữa Việt Nam và Hà Lan.² Nói cách khác, thông qua công ty tại Hà Lan, nhà đầu tư Brazil đã gián tiếp đạt được sự bảo hộ theo IIA mong muốn. Khi áp dụng cách thức này, quốc gia “mục tiêu” mà nhà đầu tư lựa chọn để thành lập doanh nghiệp thường là các quốc gia có chính sách ưu đãi cho việc mở công ty, thủ tục đơn giản, chi phí thấp, và tích cực tham gia ký kết IIA với nhiều quốc gia khác trên thế giới.

- Cách 2: nhà đầu tư chuyển nhượng vốn đầu tư để đạt được sự bảo hộ theo IIA. Xem xét ví dụ nhà đầu tư Brazil đầu tư vào Việt Nam nêu trên, tuy nhiên, khi bắt đầu dự án ở Việt Nam, nhà đầu tư chưa quan tâm tới sự bảo hộ theo IIA. Chỉ tới khi phát sinh mâu thuẫn với Chính phủ Việt Nam, nhà đầu tư mới thấy rằng khoản đầu tư của mình không có được sự bảo hộ pháp lý cần thiết. Khi đó, nhà đầu tư Brazil chuyển nhượng khoản đầu tư tại Việt Nam cho một nhà đầu tư khác ở Hà Lan để khoản đầu tư được bảo hộ theo IIA giữa Việt Nam và Hà Lan. Việc chuyển nhượng vốn đầu tư như trên diễn ra ngày càng phổ biến. Đặc biệt hiện nay, với sự hình thành các tập đoàn đa quốc gia có mạng lưới công ty con rộng lớn, việc thay đổi quốc tịch thông qua chuyển nhượng vốn giữa các công ty con khá đơn giản và không làm thay đổi quyền kiểm soát cuối cùng đối với khoản đầu tư.

Kỹ thuật *treaty shopping* không chỉ được thực hiện bởi nhà đầu tư của một nước thứ ba (không phải là thành viên của IIA) mà còn có thể được sử dụng bởi chính nhà đầu tư trong nước. Ví dụ, một nhà đầu tư Việt Nam có thể thành lập doanh nghiệp tại Singapore và sau đó dùng doanh nghiệp này để đầu tư trở lại vào Việt Nam. Nếu phát sinh tranh chấp, căn cứ IIA giữa Singapore và Việt Nam, nhà đầu tư này (thông qua doanh nghiệp tại Singapore) có thể khởi kiện Chính phủ Việt Nam ra trọng tài quốc tế - quyền mà một nhà đầu tư trong nước không thể có được.

2.2. Tác động của *treaty shopping* trong giải quyết tranh chấp đầu tư quốc tế

Về nguyên tắc, việc lựa chọn thành lập doanh nghiệp tại những quốc gia có môi trường pháp lý thuận lợi và cung cấp sự bảo hộ tốt hơn là quyền lợi hợp pháp của nhà đầu tư (Utku Topcan, 2014). Tuy nhiên, hiện tượng *treaty shopping* phát sinh trong tranh chấp đầu tư quốc tế lại có thể gây ra những vấn đề nghiêm trọng. Một điểm khác biệt quan trọng giữa hiệp định đầu tư và các hiệp định thông thường là sự tồn tại của điều khoản GQTC giữa nhà đầu tư nước ngoài và Nhà nước tiếp nhận đầu tư trong một số IIA. Điều khoản này cho phép nhà đầu tư, mặc dù không phải là một bên tham gia ký kết IIA, có quyền trực tiếp khởi kiện Nhà nước ra trọng tài quốc tế khi có hành vi vi phạm IIA. Đây có thể coi là một “đặc quyền” mà một bên ký kết dành cho nhà đầu tư của bên ký kết khác trong IIA.

Tuy nhiên, bằng kỹ thuật *treaty shopping*, nhà đầu tư của quốc gia thứ ba không phải là thành viên của IIA cũng có thể tiếp cận “đặc quyền” này. Điều này có nghĩa là, Chính phủ của một bên ký kết có thể phải đối mặt với những vụ tranh chấp nằm ngoài dự định của quốc gia này khi tham gia IIA. Sự gia tăng nhanh chóng của *treaty shopping* không chỉ gây bất lợi cho quốc gia tiếp nhận đầu tư mà đặt ra thách thức lớn đối với cơ chế GQTC đầu tư quốc tế.

² Việt Nam và Hà Lan đã ký kết BIT ngày 10/03/1994.

Đối với nước tiếp nhận đầu tư, những bất lợi của *treaty shopping* thể hiện ở một số khía cạnh sau đây. Thứ nhất, hậu quả của *treaty shopping* là sự mở rộng phạm vi cam kết của nhà nước trong một IIA theo hướng không dự đoán trước được và vượt quá phạm vi dự định ban đầu. Dưới tác động của *treaty shopping*, tính tự chủ trong việc ban hành chính sách của một quốc gia có thể bị thu hẹp vì nguy cơ bị khiếu kiện không chỉ đến từ nhà đầu tư của các nước đã ký kết IIA mà còn có thể tới từ nhà đầu tư của các nước khác (Utku Topcan, 2014). Thứ hai, *treaty shopping* vi phạm nguyên tắc có đi có lại – một nguyên tắc cơ bản trong đàm phán và ký kết IIA. Do hiện tượng *treaty shopping*, nước tiếp nhận đầu tư phải thực hiện cam kết bảo hộ đối với nhà đầu tư của một quốc gia thứ ba trong khi quốc gia của nhà đầu tư không có bất cứ nghĩa vụ nào theo IIA (Utku Topcan, 2014). Thứ ba, *treaty shopping* có thể khiến Chính phủ nước tiếp nhận đầu tư phải đối mặt với các khiếu kiện từ nhà đầu tư mà ban đầu không có quyền khởi kiện theo IIA. Điều này đặc biệt bất lợi đối với Chính phủ khi một nhà đầu tư trong nước cũng có thể thông qua một công ty “ảo” thành lập ở nước ngoài để khởi kiện chính nhà nước mình. Trong khi chi phí để tham gia một vụ tranh chấp đầu tư quốc tế (bao gồm chi phí pháp lý, phí luật sư,...) có thể lên tới hàng triệu USD,³ các quốc gia khi bị khởi kiện, dù thắng hay thua kiện, vẫn phải chịu gánh nặng chi phí nặng nề.

Ngoài ra, hiện tượng *treaty shopping* cũng gây tác động tiêu cực đối với sự phát triển của cơ chế GQTC đầu tư quốc tế. Một cơ chế GQTC hiệu quả phải đảm bảo sự cân bằng lợi ích giữa các chủ thể và tính có thể dự đoán được. Tuy nhiên, *treaty shopping* có thể gây mất cân bằng giữa lợi ích của nhà đầu tư và Nhà nước thông qua việc cung cấp cho nhà đầu tư một công cụ để lạm dụng cơ chế GQTC gây bất lợi cho Nhà nước (Julien Chaisse, 2015). Trên thực tế, quyền khởi kiện mà nhà đầu tư có được thông qua việc thay đổi quốc tịch có thể được dùng để tạo áp lực đối với Chính phủ khi ban hành các biện pháp gây bất lợi cho nhà đầu tư. Ngoài ra, hiện tượng này cũng đe dọa tính dự đoán trước trong pháp luật đầu tư quốc tế bởi quốc gia tiếp nhận đầu tư với tư cách là một chủ thể trong quan hệ pháp luật đầu tư không biết trước được (i) nghĩa vụ mà họ cam kết trong IIA có thể được mở rộng tới đâu và (ii) họ có thể bị khởi kiện bởi những đối tượng nào nếu vi phạm các nghĩa vụ này.

Như vậy, mặc dù việc thay đổi quốc tịch để đạt được sự bảo hộ pháp lý tốt hơn là quyền lợi hợp pháp của nhà đầu tư, điều này nếu bị lạm dụng có thể gây ra các tác động không mong muốn, đi ngược lại với mục đích ban đầu của các bên ký kết IIA. Vấn đề đặt ra là làm sao để xác định ranh giới giữa hành vi *treaty shopping* hợp pháp và một hành vi lạm dụng trong một tranh chấp cụ thể. Câu hỏi này sẽ được nghiên cứu tại phần tiếp theo của bài viết.

3. Vấn đề *treaty shopping* trong tranh chấp giữa Philip Morris và Chính phủ Úc⁴

3.1. Tóm tắt vụ tranh chấp

Ngày 21/11/2011, công ty Philip Morris Asia Limited thành lập tại Hồng Kông (sau đây gọi tắt là PM Hồng Kông) thông báo đơn khởi kiện chính phủ Úc ra trọng tài quốc tế theo Hiệp định khuyến khích và bảo hộ đầu tư giữa Hồng Kông và Úc năm 1993 (BIT Hồng Kông – Úc). Biện pháp gây tranh chấp là Luật thuốc lá đơn giản (Tobacco Plain Packaging Act – gọi tắt là Luật TPP) do chính phủ Úc ban hành năm 2011, theo đó quy định bao bì thuốc lá phải được sản xuất theo tiêu chuẩn và thiết kế chung. Trên bao bì thuốc lá không được in logo, nhãn hiệu

³ Trung bình, các chi phí mà mỗi bên phải chịu trong một vụ tranh chấp đầu tư giải quyết bằng trọng tài quốc tế bao gồm chi phí pháp lý (chiếm khoảng 82% tổng chi phí) và chi phí trọng tài là hơn 8 triệu USD (UNCTAD 2014, tr. 28).

⁴ *Philip Morris Asia Limited v the Commonwealth of Australia*, PCA Case No. 2012-12, Award on Jurisdiction and Admissibility 17 December 2015 (https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7303_0.pdf) truy cập ngày 20/06/2017.

của công ty thuốc lá mà chỉ được in tên nhà sản xuất và tên sản phẩm theo chuẩn phong chữ chung cùng với các hình ảnh cảnh báo tác hại của hút thuốc với sức khỏe.

Nguyên đơn cho rằng Luật TPP ngăn cản việc sử dụng quyền sở hữu trí tuệ đối với các sản phẩm và bao bì thuốc lá của nguyên đơn, biến nguyên đơn từ một nhà sản xuất sản phẩm có thương hiệu trở thành một nhà sản xuất hàng hóa đại trà và gây thiệt hại nghiêm trọng tới giá trị khoản đầu tư của nguyên đơn tại Úc. Do đó, với việc ban hành Luật TPP, Chính phủ Úc đã vi phạm các nghĩa vụ theo BIT Hồng Kông – Úc, cụ thể là vi phạm (a) nghĩa vụ bồi thường khi tước đoạt quyền sở hữu (Điều 6); và (b) nghĩa vụ đối xử công bằng, thỏa đáng và bảo vệ đầy đủ đối với nhà đầu tư (Điều 2(2)).

Trong vụ *Philip Morris Asia Limited v the Commonwealth of Australia* (sau đây gọi tắt là vụ *Philip Morris*), nguyên đơn đã có dấu hiệu sử dụng kỹ thuật *treaty shopping* để tiếp cận sự bảo hộ theo BIT Hồng Kông – Úc. Cụ thể, Philip Morris (PM) là một tập đoàn sản xuất thuốc lá đa quốc gia có công ty mẹ là Philip Morris International Inc. đóng trụ sở tại Mỹ. Tại Úc, Philip Morris thành lập hai công ty là Philip Morris Australia Ltd. (PM Australia) và Philip Morris Limited (PML), trong đó PM Australia sở hữu 100% vốn của PML. Trước năm 2011, PM Australia thuộc sở hữu 100% của Philip Morris Brands Sàrl – một công ty thành lập tại Thụy Sĩ (sau đây gọi tắt là PM Thụy Sĩ). Năm 2011, toàn bộ vốn của PM Australia được chuyển nhượng từ PM Thụy Sĩ cho PM Hồng Kông chính là nguyên đơn trong vụ tranh chấp. Như vậy, các tình tiết cho thấy PM đã thực hiện tái cơ cấu vốn đầu tư giữa các công ty con trong cùng tập đoàn để có thể khởi kiện chính phủ Úc theo BIT Hồng Kông – Úc.

Vấn đề đặt ra là tại sao PM lại lựa chọn khởi kiện thông qua PM Hồng Kông thay vì PM Thụy Sĩ hoặc công ty mẹ ở Mỹ. Thứ nhất, giữa Thụy Sĩ và Úc chưa ký kết IIA, do đó PM Thụy Sĩ không thể khởi kiện Chính phủ Úc ra trọng tài quốc tế. Thứ hai, mặc dù Úc và Mỹ đã ký kết Hiệp định thương mại tự do năm 2004 (AUSFTA) trong đó có một chương về bảo hộ đầu tư, các quy định trong AUSFTA có nhiều điểm bất lợi đối với PM. Một là AUSFTA không có cơ chế cho phép nhà đầu tư được trực tiếp khởi kiện Nhà nước tiếp nhận đầu tư ra trọng tài quốc tế. Hai là AUSFTA đưa ra một số ngoại lệ về nghĩa vụ bồi thường của nhà nước khi có hành vi tước đoạt quyền sở hữu của nhà đầu tư, trong đó có ngoại lệ đối với quyền sở hữu trí tuệ (Điều 11.7 Khoản 5). Như vậy, sự bảo hộ theo AUSFTA không phải là một lựa chọn hấp dẫn trong trường hợp của PM. Trong khi đó, BIT Hồng Kông – Úc là một IIA thế hệ cũ với quy định ít chặt chẽ hơn, giúp nguyên đơn có được lợi thế trong tranh chấp. Ví dụ, Điều 5 BIT Hồng Kông – Úc đảm bảo nhà đầu tư của một Bên ký kết có quyền khởi kiện Bên ký kết khác ra trọng tài quốc tế. Bên cạnh đó, Điều 6 quy định nghĩa vụ của Nhà nước khi thực hiện tước đoạt quyền sở hữu đối với tài sản của nhà đầu tư và không loại trừ các quyền sở hữu trí tuệ. Những phân tích đã phần nào giải thích tại sao khi shopping giữa các hiệp định, PM lại lựa chọn khởi kiện theo BIT Hồng Kông – Úc.

Đối mặt với thông báo khởi kiện của PM, Chính phủ Úc đã phản đối thẩm quyền của trọng tài ngay ở giai đoạn xét xử đầu tiên. Các lập luận mà bị đơn đưa ra xoay quanh vấn đề *treaty shopping* bao gồm:

(a) *Phản đối thẩm quyền về thời gian.*

Bị đơn cho rằng khiếu kiện của nguyên đơn không thuộc phạm vi áp dụng của BIT Hồng Kông – Úc vì khiếu kiện này liên quan tới một tranh chấp đã phát sinh trước khi nguyên đơn nhận chuyển nhượng vốn của PM Australia. Thực tế, các bên đã có mâu thuẫn và bất đồng liên quan tới quy định của Luật TPP từ khi Úc bắt đầu công bố dự thảo đạo luật này vào năm 2010, tức là trước khi có sự thay đổi cơ cấu vốn trong tập đoàn PM. Vì BIT Hồng Kông – Úc không

có quy định áp dụng hồi tố, nguyên đơn không thể viện dẫn BIT này để khởi kiện một tranh chấp đã phát sinh trước đó.

(b) Phản đối thẩm quyền do nguyên đơn đã có hành vi lạm dụng quyền.

Bị đơn phản đối quyền khởi kiện của nguyên đơn vì cho rằng đây là hành vi lạm dụng quyền. Học thuyết về hành vi lạm dụng quyền đã được vận dụng phổ biến trong thực tiễn xét xử tại các tòa án quốc gia cũng như các cơ quan GQTC quốc tế như tòa án công lý quốc tế, cơ quan GQTC của WTO và các hội đồng trọng tài đầu tư. Học thuyết này về cơ bản cho rằng: (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 và (ii) việc thực thi quyền trái với nguyên tắc trên là một hành vi lạm dụng quyền trái pháp luật. Vận dụng học thuyết này, bị đơn cho rằng nguyên đơn đã lạm dụng quyền khởi kiện của nhà đầu tư theo BIT vì nguyên đơn nhận chuyển nhượng vốn đầu tư không vì mục đích thương mại mà chỉ nhằm khởi kiện bị đơn ra trọng tài quốc tế. Hành vi của nguyên đơn vi phạm nguyên tắc thiện chí và trái với mục đích ban đầu của BIT là khuyến khích và bảo hộ hoạt động đầu tư thực chất (*Philip Morris Asia Limited v the Commonwealth of Australia* [2015], tr.118-119).

3.2. Phán quyết của trọng tài về vấn đề treaty shopping

3.2.1. Nguyên đơn có đáp ứng thẩm quyền về thời gian?

Theo hội đồng trọng tài, để có thể khởi kiện theo IIA, nguyên đơn phải thực hiện hoạt động đầu tư trước khi xảy ra hành vi vi phạm IIA. Khi xem xét thẩm quyền về thời gian, có hai thời điểm quan trọng cần xác định là thời điểm phát sinh hành vi gây tranh chấp và thời điểm nguyên đơn thực hiện đầu tư (thông qua việc nhận chuyển nhượng vốn).

Về thời điểm phát sinh hành vi gây tranh chấp, trọng tài cho rằng mặc dù giữa các bên có thể đã có bất đồng trong một thời gian dài, những bất đồng này chỉ thực sự trở thành tranh chấp khi Chính phủ thực hiện một biện pháp gây ảnh hưởng tới quyền lợi của nhà đầu tư. Do đó, thời điểm phát sinh hành vi gây tranh chấp trong vụ này là thời điểm Luật TPP chính thức được ban hành – ngày 21/11/2011.

Về thời điểm thay đổi cơ cấu vốn, việc chuyển nhượng vốn được quyết định trong nội bộ tập đoàn PM vào ngày 3/9/2010 và hoàn thành các thủ tục đăng ký với cơ quan có thẩm quyền của Úc vào ngày 23/2/2011. Cả hai thời điểm này đều trước khi ban hành Luật TPP.

Do đó, hội đồng trọng tài kết luận rằng điều kiện thẩm quyền về thời gian được thỏa mãn (*Philip Morris Asia Limited v the Commonwealth of Australia* [2015], tr.165-166).

3.2.2. Hành vi của nguyên đơn có tạo thành một hành vi lạm dụng quyền?

Theo hội đồng trọng tài, học thuyết hành vi lạm dụng quyền đã được chấp nhận rộng rãi bởi các trọng tài đầu tư và cần được xem xét độc lập với vấn đề thẩm quyền về thời gian. Do đó, ngay cả khi nguyên đơn nhận chuyển nhượng vốn trước khi có tranh chấp thì vẫn có thể có hành vi lạm dụng quyền nếu (i) tại thời điểm nhận chuyển nhượng vốn, nguyên đơn có thể nhìn thấy một tranh chấp cụ thể với Nhà nước sẽ phát sinh và (ii) nguyên đơn nhận chuyển nhượng vốn nhằm mục đích khởi kiện khi phát sinh tranh chấp.

Câu hỏi đầu tiên đặt ra với hội đồng trọng tài là nguyên đơn có thể thấy trước khả năng phát sinh tranh chấp với bị đơn về Luật TPP hay không. Để đáp ứng điều kiện này, khả năng xảy ra tranh chấp phải phải là rất cao, không phải là chỉ là một nguy cơ. Các sự việc chính dẫn tới tranh chấp có thể tóm tắt theo Bảng dưới đây.

Hộp 1. Tóm tắt các sự kiện trong vụ Philip Morris

- Tháng 8/2009: Chính phủ Úc đưa ra dự thảo Luật về biện pháp quản lý bao bì thuốc lá.

- **Tháng 10/2009:** PM gửi văn bản tới Bộ trưởng Bộ Y tế Úc phản đối dự thảo Luật trên.
 - **Tháng 4/2010:** Chính phủ Úc công bố kế hoạch ban hành Luật quản lý bao bì thuốc lá.
 - **Tháng 9/2010:** PM thông qua kế hoạch chuyển nhượng vốn.
 - **Tháng 11-12/2010:** Chính phủ Úc lấy ý kiến doanh nghiệp thuốc lá về các quy định của Luật TPP.
 - **Tháng 2/2011:** PM hoàn thành thủ tục chuyển nhượng vốn.
 - **Ngày 21/11/2011:** Quốc hội Úc thông qua Luật TPP. Trong cùng ngày hôm đó, PM thông báo khởi kiện Chính phủ Úc ra trọng tài quốc tế.
- Nguồn: tác giả tự tổng hợp dựa trên phán quyết trọng tài.*

Căn cứ tình tiết vụ án, trọng tài cho rằng tại thời điểm tháng 4/2010, khi Chính phủ Úc công bố kế hoạch ban hành Luật TPP, nguyên đơn gần như chắc chắn rằng một đạo luật như TPP sẽ được ban hành, vấn đề chưa rõ chỉ là khi nào đạo luật này được thông qua và quy định chi tiết như thế nào. Thông thường, thủ tục để ban hành một đạo luật có thể mất hàng năm, tuy nhiên điều này không ảnh hưởng tới khả năng dự đoán trước về sự ra đời của luật. Thực tế, nguyên đơn cũng đã nhiều lần gửi thư cho cơ quan của Chính phủ Úc để phản đối Luật TPP và đề cập tới khả năng sẽ khởi kiện Luật này. Do đó, trọng tài kết luận rằng tại thời điểm quyết định thay đổi cơ cấu vốn, nguyên đơn đã có thể thấy trước một tranh chấp với Chính phủ Úc liên quan tới Luật TPP sẽ phát sinh (*Philip Morris Asia Limited v the Commonwealth of Australia* [2015], tr.176).

Tiếp theo, trọng tài cần xem xét liệu nguyên đơn thực hiện thay đổi cơ cấu vốn có nhằm mục đích khởi kiện Chính phủ Úc khi tranh chấp phát sinh không. Trọng tài khẳng định rằng: (i) việc thay đổi cơ cấu có thể được thực hiện với nhiều mục đích và (ii) việc nhà đầu tư có được quyền khởi kiện theo BIT sau khi thay đổi cơ cấu chưa đủ để tạo thành một hành vi lạm dụng nếu việc thay đổi cơ cấu được thúc đẩy bởi các mục đích khác, không phải là mục đích khởi kiện. Tuy nhiên, trong tài liệu do các bên cung cấp có một số email nội bộ của nguyên đơn cho thấy dấu hiệu của việc tìm kiếm tư vấn pháp lý về khả năng khởi kiện Úc theo BIT Hong Kông – Úc trong quá trình thay đổi cơ cấu. Nguyên đơn cũng không phủ nhận việc tìm kiếm sự bảo hộ theo BIT là một lý do để thực hiện thay đổi cơ cấu, nhưng đó không phải là lý do chính. Mặc dù vậy, nguyên đơn không đưa ra được bằng chứng thuyết phục trọng tài về các lý do kinh tế khác như lý do về thuế, hợp lý hóa quản trị doanh nghiệp, tối ưu hóa dòng tiền,... Ngược lại, bị đơn đã đưa ra báo cáo phân tích của chuyên gia kinh tế dựa trên các báo cáo tài chính của tập đoàn PM để chứng minh việc thay đổi cơ cấu vốn không mang lại lợi ích kinh tế trong tập đoàn (*Philip Morris Asia Limited v the Commonwealth of Australia* [2015], tr.184).

Căn cứ các phân tích trên, trọng tài kết luận lý do chính, nếu không phải là lý do duy nhất, nguyên đơn thực hiện thay đổi cơ cấu là để khởi kiện theo BIT. Vì hai tiêu chí tạo thành hành vi lạm dụng quyền đã được thỏa mãn, trọng tài từ chối thẩm quyền xem xét đơn kiện của nguyên đơn (*Philip Morris Asia Limited v the Commonwealth of Australia* [2015], tr.184-185).

3.3. Một số bình luận về vụ tranh chấp

Thứ nhất, cách tiếp cận về *treaty shopping* của hội đồng trọng tài trong vụ này “hạn chế” hơn nhiều so với các vụ việc trước đây. Trước vụ *Philip Morris*, vấn đề *treaty shopping* đã được đưa ra trong khá nhiều tranh chấp đầu tư quốc tế,⁵ chủ yếu ở giai đoạn xem xét thẩm

⁵ Tranh chấp liên quan tới *treaty shopping* bắt đầu phát sinh từ năm 2000 và tăng nhanh trong giai đoạn 2010-2012 (Eunjung Lee, 2015, tr.12).

quyền của trọng tài. Tuy nhiên, quan điểm của các hội đồng trọng tài về *treaty shopping* có nhiều điểm không thống nhất, có thể chia thành hai luồng quan điểm chính như sau.

Luồng quan điểm thứ nhất theo hướng cho phép *treaty shopping* (Eunjung Lee, 2015). Ví dụ, trong vụ *Tokios Tokelos v. Ukraine*, [2004] giữa nhà đầu tư Lithuania và chính phủ Ukraine, bị đơn cho rằng nguyên đơn không có quyền khởi kiện theo IIA giữa Lithuania và Ukraine vì nguyên đơn là công ty thành lập tại Lithuania nhưng 99% vốn sở hữu thuộc công dân Ukraine. Tuy nhiên, hội đồng trọng tài từ chối “vén màn” công ty để xem xét chủ sở hữu thực sự của nguyên đơn vì theo quy định trong IIA, địa điểm thành lập là điều kiện duy nhất để một nhà đầu tư được bảo hộ. Hội đồng trọng tài có nghĩa vụ diễn giải quy định của IIA theo đúng ngôn ngữ trong IIA và không thể đặt ra thêm các tiêu chuẩn để giới hạn khái niệm “nhà đầu tư” trong IIA nhằm loại trừ các công ty danh nghĩa như nguyên đơn. Cách tiếp cận tương tự được áp dụng bởi trọng tài trong vụ *Yukos Universal Limited v. The Russian Federation* [2009] (trên cơ sở Hiệp ước Hiến chương Năng lượng - ECT). Điểm khác biệt trong vụ này là Điều 17 ECT có quy định về quyền từ chối lợi ích, theo đó một Bên ký kết bảo lưu quyền từ chối trao lợi ích của Hiệp ước cho nhà đầu tư của một Bên ký kết khác nếu nhà đầu tư đó bị sở hữu hoặc kiểm soát bởi công dân nước thứ ba hoặc công dân của chính Bên ký kết đó. Chính phủ Nga đã viện dẫn điều khoản này để phản đối quyền khởi kiện của nguyên đơn. Tuy nhiên, hội đồng trọng tài diễn giải rằng Điều 17 không tự động áp dụng để loại trừ nhà đầu tư thực hiện *treaty shopping*, nếu muốn loại trừ các nhà đầu tư này, quốc gia thành viên phải thực hiện quyền bảo lưu một cách rõ ràng, công khai và trước khi nhà đầu tư khởi kiện tại trọng tài. Vì bị đơn thực hiện quyền từ chối lợi ích sau khi vụ kiện đã được đưa ra trọng tài, trọng tài vẫn chấp nhận thẩm quyền đối với vụ tranh chấp.

Luồng quan điểm thứ hai theo hướng hạn chế *treaty shopping* (Eunjung Lee, 2015). Điển hình trong nhóm này là phán quyết trọng tài trong vụ *Phoenix Action Ltd v Czech Republic* [2009] (vụ *Phoenix*), vụ tranh chấp giữa công ty đăng ký thành lập tại Israel nhưng sở hữu 100% bởi công dân Czech và chính phủ Czech trên cơ sở IIA giữa Czech và Israel. Mặc dù ngôn ngữ trong IIA giữa Czech và Israel chỉ đưa ra tiêu chí nơi thành lập để xác định phạm vi bảo hộ nhà đầu tư, trọng tài cho rằng việc diễn giải IIA phải phù hợp với mục đích của IIA. Khi một bên tiến hành hoạt động đầu tư không phải vì mục đích thương mại mà chỉ nhằm tiếp cận trọng tài quốc tế thì đó không phải là hoạt động đầu tư “thực chất và thiện chí” mà IIA hướng tới bảo hộ, trên cơ sở đó, trọng tài đã từ chối thẩm quyền GQTC. Trong một số tranh chấp sau này, hội đồng trọng tài viện dẫn lập luận của trọng tài trong vụ *Phoenix*, có xu hướng chia *treaty shopping* thành hai nhóm là *treaty shopping* tiền tranh chấp (thay đổi cơ cấu đầu tư trước khi phát sinh tranh chấp) và *treaty shopping* hậu tranh chấp (thay đổi cơ cấu đầu tư sau khi phát sinh tranh chấp). Trong khi *treaty shopping* hậu tranh chấp bị coi là trái pháp luật, các trường hợp *treaty shopping* tiền tranh chấp thường được chấp nhận thẩm quyền.⁶

Tuy nhiên, khác với các tranh chấp trước đây, trong vụ *Philip Morris*, trọng tài đã từ chối thẩm quyền ngay cả trong trường hợp *treaty shopping* tiền tranh chấp. Trọng tài cũng đưa ra các tiêu chí để xác định khi nào thì hành vi *treaty shopping* tiền tranh chấp trở thành một hành vi lạm dụng quyền. Cách tiếp cận này là hợp lý vì khi có nguy cơ quyền lợi bị đe dọa, nhà đầu tư có thể thực hiện *treaty shopping* trước khi tranh chấp thực sự phát sinh. Trong trường hợp

⁶ Xem thêm vụ *Mobil Cerro Negro Holding, Ltd. (U.S.), Mobil Cerro Negro, Ltd. (Bahamian), Mobil Corporation (U.S.), Mobil Venezolana de Petróleos Holdings, Inc. (U.S.), Mobil Venezolana de Petróleos, Inc. (Bahamian), Venezuela Holdings, B.V. (Dutch) v. Republic of Venezuela* ICSID Case No. ARB/07/27, Decision on Jurisdiction dated 10/06/2010 (<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/07/27>) truy cập ngày 18/06/2017, vụ *Pac Rim Cayman LLC v. Republic of El Salvador*, ICSID Case No. ARB/09/12, Decision on Jurisdiction dated 02/08/2010 (<https://www.italaw.com/cases/783>) truy cập ngày 20/06/2017.

như vụ *Philip Morris*, khả năng phát sinh tranh chấp là rất cao và điều này hoàn toàn nằm trong tầm nhìn của nhà đầu tư. Ngoài ra, như trọng tài đã giải thích, nếu hành vi *treaty shopping* xảy ra sau khi phát sinh tranh chấp thì đã không đáp ứng điều kiện về thẩm quyền theo thời gian, do đó không cần xem xét vấn đề lạm dụng quyền. Vấn đề lạm dụng quyền do đó, cần được xem xét độc lập với vấn đề thẩm quyền theo thời gian. Do đó, vụ việc này đánh dấu một điểm khác biệt quan trọng, có thể coi là sự phát triển trong việc áp dụng học thuyết lạm dụng quyền để giải quyết vấn đề *treaty shopping* trong thực tiễn xét xử.

Thứ hai, trọng tài trong vụ *Philip Morris* đã đưa ra hai điều kiện (cần và đủ) để tạo thành một hành vi lạm dụng quyền của nhà đầu tư. Điều kiện cần là khả năng nhà đầu tư có thể nhìn thấy một tranh chấp cụ thể sẽ phát sinh tại thời điểm thay đổi cấu trúc. Vấn đề này được trọng tài phân tích khá chi tiết và thuyết phục. Tuy nhiên, điều kiện đủ là mục đích thay đổi cơ cấu lại khá mơ hồ và bỏ ngỏ nhiều điểm chưa rõ. Trước hết, mục đích là một phạm trù thuộc ý chí chủ quan, vậy làm sao để chứng minh được yếu tố này? Một quyết định kinh doanh đưa ra tại các thời điểm khác nhau bởi những nhà đầu tư khác nhau có thể vì mục đích khác nhau. Một quyết định có thể là có lợi về mặt kinh tế với nhà đầu tư này nhưng lại là bất lợi trong mắt nhà đầu tư khác. Rất tiếc là trọng tài chưa làm rõ điều kiện về mục đích nên được xem xét dựa vào ý chí chủ quan (xem xét mục đích thực sự của chính nhà đầu tư trong vụ tranh chấp - *subjective test*) hay dựa vào tiêu chí khách quan (xem xét mục đích của một nhà đầu tư thông thường trong điều kiện tương tự - *objective test*). Người viết ủng hộ cách đánh giá thứ hai vì rất khó để trọng tài xác định chính xác mục đích tái cơ cấu thực sự của nguyên đơn, nhất là khi hầu hết các tài liệu liên quan tới quá trình thay đổi cơ cấu lại do nguyên đơn cung cấp. Bên cạnh đó, nghĩa vụ của các bên trong việc chứng minh mục đích tái cơ cấu chưa được phân định rõ ràng. Bị đơn đã đề cập tới vấn đề này, viện dẫn những khó khăn của bị đơn trong việc chứng minh hành vi lạm dụng quyền của nguyên đơn do phần lớn tài liệu, chứng cứ liên quan tới việc tái cơ cấu đầu tư đều do nguyên đơn nắm giữ. Tuy nhiên, hội đồng trọng tài chưa làm rõ khi nào thì nghĩa vụ chứng minh hành vi lạm dụng quyền chuyển từ bị đơn sang nguyên đơn. Theo quan điểm của người viết, bị đơn – bên yêu cầu xem xét hành vi lạm dụng quyền có nghĩa vụ chứng minh tại thời điểm nguyên đơn thực hiện tái cơ cấu, nguyên đơn đã có thể nhìn thấy trước khả năng phát sinh tranh chấp. Nếu tiêu chí thứ nhất đã thỏa mãn, nguyên đơn nên bị suy đoán là thực hiện hành vi tái cơ cấu nhằm mục đích khởi kiện và có nghĩa vụ phải chứng minh điều ngược lại. Nguyên tắc suy đoán trên đảm bảo công bằng cho các bên vì phần lớn chứng cứ trong quá trình tái cơ cấu đầu tư đều thuộc sự kiểm soát của nguyên đơn.

Tóm lại, vụ *Philip Morris* đã đánh dấu sự thay đổi trong quan điểm của hội đồng trọng tài về vấn đề *treaty shopping*, phán quyết này có ý nghĩa quan trọng trong bối cảnh *treaty shopping* đang phát sinh ngày càng ra tăng và phức tạp như hiện nay. Tuy nhiên, phán quyết này còn một số điểm chưa rõ và có thể gây tranh cãi, do đó, các bên sẽ gặp khó khăn khi vận dụng để xây dựng lập luận cũng như dự đoán trước khả năng thắng kiện trong các tranh chấp tương lai.

4. Liên hệ với Việt Nam

4.1. Hiện tượng *treaty shopping* và thách thức đối với Việt Nam

Trong những năm gần đây, *treaty shopping* được sử dụng phổ biến và gây ra rủi ro lớn đối với các quốc gia, đặc biệt là các nước đang phát triển. Theo Eunjung Lee (2015), số lượng các tranh chấp đầu tư liên quan tới *treaty shopping* tăng nhanh chóng trong giai đoạn 2000-2012, chỉ tính riêng năm 2012 thì đã có tới 11 đơn kiện mà nhà đầu tư có dấu hiệu *treaty shopping*. Các đơn kiện này chủ yếu nhắm vào các nước đang phát triển (80% tranh chấp có bị đơn là các quốc gia đang phát triển).

Tranh chấp với NĐTNN đang trở thành vấn đề đau đầu đối với Chính phủ Việt Nam. Trong giai đoạn 2010-2013, Việt Nam đã phát đối mặt với 16 vụ kiện đầu tư quốc tế. Do đó, bên cạnh việc GQTC thì phòng ngừa tranh chấp đầu tư quốc tế được coi là một trong những yêu cầu cấp bách đối với Chính phủ hiện nay (Nguyễn Thị Hải Chi, 2014).

Mặc dù tới nay, trong số các tranh chấp được biết đến, Việt Nam chưa gặp phải vấn đề *treaty shopping* nhưng nguy cơ là rất lớn vì trong giai đoạn đầu thực hiện mở cửa kinh tế, Việt Nam đã ký kết rất nhiều IIA trong khi năng lực đàm phán của chúng ta còn chưa cao, dẫn tới nguy cơ bị NĐTNN lợi dụng. Chính vì thế, việc nghiên cứu ngăn chặn và đối phó *treaty shopping* là cần thiết trước khi Việt Nam trở thành mục tiêu của nhà đầu tư.

4.2. Một số kinh nghiệm phòng ngừa và đối phó với *treaty shopping*

4.2.1. Kinh nghiệm đối phó với *treaty shopping* khi đã phát sinh tranh chấp

Thứ nhất, khi phải đối mặt với một tranh chấp mà nhà đầu tư có dấu hiệu sử dụng *treaty shopping*, Chính phủ trước hết nên xem xét phương án phản đối thẩm quyền của trọng tài trước khi đi vào tranh luận nội dung tranh chấp. Thực tiễn xét xử cho thấy trong các vụ việc liên quan tới *treaty shopping*, quyền phản đối thẩm quyền của trọng tài thường được bị đơn vận dụng ngay từ giai đoạn đầu quá trình xét xử nhằm tiết kiệm chi phí và thời gian GQTC. Ngay cả khi trọng tài không chấp nhận yêu cầu của bị đơn thì bị đơn vẫn có thể tranh thủ thêm thời gian để chuẩn bị thêm hồ sơ, chứng cứ cho nội dung tranh chấp. Khoảng thời gian này rất quý giá vì Chính phủ - với vai trò bên bị kiện thường ở vào thế bị động hơn so với nhà đầu tư trong việc chuẩn bị chứng cứ và lập luận.

Thứ hai, để có thể phản đối thẩm quyền của trọng tài trong các vụ việc có dấu hiệu *treaty shopping*, bị đơn thường dựa trên một số lập luận sau đây.

Một là phản đối thẩm quyền về chủ thể. Khi thực hiện *treaty shopping*, mặc dù nguyên đơn là pháp nhân thành lập ở một quốc gia ký kết IIA nhưng bị sở hữu hoặc kiểm soát bởi nhà đầu tư tại nước thứ ba hoặc tại chính nước quốc gia bị đơn. Phạm vi bảo hộ của IIA do đó không áp dụng với các nhà đầu tư như nguyên đơn.⁷

Hai là phản đối thẩm quyền về đối tượng tranh chấp. Thông thường, theo IIA, hội đồng trọng tài chỉ có thẩm quyền giải quyết các tranh chấp phát sinh liên quan tới một hoạt động đầu tư cụ thể. Khi nguyên đơn thực hiện *treaty shopping* thì không có hoạt động đầu tư thực sự được tiến hành tại quốc gia mà nguyên đơn mang quốc tịch, do đó không đáp ứng điều kiện được bảo hộ theo IIA.⁸

Ba là phản đối thẩm quyền về thời gian. Nhà đầu tư thường thực hiện *treaty shopping* sau khi đã phát sinh những mâu thuẫn nhất định với Chính phủ nước tiếp nhận đầu tư. Trong trường hợp này, việc thay đổi quốc tịch có thể xảy ra sau khi đã phát sinh hành vi gây tranh chấp. Đây là một căn cứ để bác bỏ quyền khởi kiện của nhà đầu tư.⁹

Ngoài ra, học thuyết lạm dụng quyền cũng thường xuyên được sử dụng trong các lập luận của bị đơn. Mặc dù còn nhiều điểm chưa thống nhất trong quan điểm của các trọng tài, học thuyết này đang trở thành một công cụ hiệu quả để đối phó *treaty shopping*, đặc biệt với sự phát triển học thuyết này bởi trọng tài trong vụ *Philip Morris*.

Thứ ba, để thành công trong việc phản đối thẩm quyền của trọng tài, khó khăn đối với bị đơn là nghĩa vụ chứng minh nguyên đơn đã thực hiện hành vi *treaty shopping* không được phép. Như đã phân tích trong phần 3, nghĩa vụ chứng minh đối với bị đơn là một thách thức

⁷ Xem lập luận của bị đơn trong vụ *Tokios Tokeles v. Ukraine*, [2004].

⁸ Xem lập luận của bị đơn trong vụ *Phoenix Action Ltd v Czech Republic*, [2009].

⁹ Xem lập luận của bị đơn trong vụ *Philip Morris Asia Limited v the Commonwealth of Australia*, [2015].

lớn vì phần lớn các chứng cứ liên quan tới quá trình và mục đích thực hiện *treaty shopping* thuộc quyền kiểm soát của nguyên đơn. Trong vụ *Philip Morris*, Chính phủ Úc đã thắng kiện nhờ cung cấp các văn bản trao đổi giữa cơ quan có thẩm quyền với nhà đầu tư ngay từ giai đoạn đầu của quá trình đưa ra dự thảo Luật TPP (hơn 2 năm trước khi phát sinh tranh chấp). Từ đó, Chính phủ Úc đã thuyết phục hội đồng trọng tài về việc PM đã dự đoán trước và chuẩn bị cho một tranh chấp sẽ phát sinh với Chính phủ Úc. Ngoài ra, khi các tài liệu về việc chuyển nhượng vốn chủ yếu là tài liệu nội bộ của nguyên đơn mà bị đơn khó có thể tiếp cận, bị đơn đã sử dụng các nguồn chứng đa dạng khác, bao gồm cả báo cáo phân tích của chuyên gia và báo cáo tài chính công bố công khai của nguyên đơn. Từ kinh nghiệm của Úc cho thấy để Chính phủ không rơi vào thế bị động trong tranh chấp thì cần sự phối hợp của các cơ quan nhà nước có liên quan, không chỉ trong giai đoạn giải quyết tranh chấp mà ngay từ giai đoạn lưu trữ hồ sơ và thu thập chứng cứ. Đối với Việt Nam, theo Quy chế phối hợp trong giải quyết tranh chấp đầu tư quốc tế, Bộ Tư pháp được giao là cơ quan chủ trì giải quyết tranh chấp đầu tư quốc tế khi nhà đầu tư khởi kiện Chính phủ theo IIA (Điều 5, Khoản 2), vì vậy, cơ quan này cần phát huy đóng vai trò đầu mối trong việc thu thập chứng cứ. Các cơ quan có liên quan (bao gồm cơ quan bị kiện và các cơ quan đã tiếp nhận ý kiến, khiếu nại và trao đổi với nhà đầu tư) cần lưu trữ đầy đủ các công văn, thư từ, trao đổi với nhà đầu tư và cung cấp cho Bộ Tư pháp khi cần thiết. Những trao đổi giữa các bên ngay từ khi mâu thuẫn chưa chính thức phát sinh thành tranh chấp là căn cứ quan trọng để chứng minh các yếu tố mà trọng tài thường xem xét liên quan tới *treaty shopping* bao gồm (i) thời điểm phát sinh tranh chấp, (ii) khả năng nhìn thấy trước tranh chấp của nhà đầu tư, và (iii) mục đích của nhà đầu tư khi thực hiện *treaty shopping*.

Thứ tư, để giành được lợi thế trong tranh chấp, việc nghiên cứu án lệ đặc biệt là các tranh chấp điển hình về *treaty shopping* như vụ *Philip Morris* là cần thiết. Mặc dù trọng tài không bị ràng buộc bởi các phán quyết trọng tài trước đó, để đảm bảo tính nhất quán và thống nhất trong diễn giải pháp luật, án lệ được coi là một nguồn quan trọng trong GQTC đầu tư quốc tế. Đối với Chính phủ, việc nghiên cứu án lệ không chỉ là cơ sở để xây dựng và lựa chọn phương án tranh tụng khả thi mà còn giúp Chính phủ xem xét lựa chọn trọng tài viên phù hợp, đặc biệt với một vấn đề còn nhiều tranh cãi như *treaty shopping*.

4.2.2. Kinh nghiệm trong rà soát, đàm phán IIA

Khi tranh chấp đã phát sinh, dù Nhà nước thành công trong việc phản đối thẩm quyền của trọng tài thì thiệt hại và chi phí phải bỏ ra cũng rất lớn. Trong vụ *Philip Morris*, việc xem xét thẩm quyền của trọng tài kéo dài hơn 4 năm đã gây ra khoản chi phí khổng lồ đối với Chính phủ Úc và cho tới thời điểm này, trọng tài vẫn chưa đưa ra phán quyết về vấn đề chi phí. Vì vậy, bên cạnh kinh nghiệm đối phó với tranh chấp phát sinh do *treaty shopping*, những giải pháp để ngăn ngừa các tranh chấp loại này là vô cùng cần thiết để tránh các chi phí không đáng có. Trong khi thực tiễn xét xử về *treaty shopping* cho thấy quan điểm của trọng tài còn nhiều điểm chưa thống nhất, một giải pháp cho các quốc gia là đưa vào IIA các quy định rõ ràng để ngăn ngừa hiện tượng này. Các quy định được thấy trong nhiều IIA thế hệ mới, bao gồm (i) nhóm quy định gián tiếp ngăn ngừa *treaty shopping* thông qua bổ sung các tiêu chí để xác định nhà đầu tư được bảo hộ và (ii) nhóm quy định trực tiếp ngăn ngừa *treaty shopping*.

- Các tiêu chí bổ sung để xác định “nhà đầu tư”

Trước hết, một số IIA bổ sung thêm các tiêu chí để giới hạn phạm vi “nhà đầu tư” được bảo hộ. Các IIA thế hệ cũ thường xác định phạm vi bảo hộ đối với nhà đầu tư là pháp nhân dựa vào nơi thành lập. Như đã phân tích, nếu chỉ dựa vào nơi thành lập, nhà đầu tư không gặp nhiều khó khăn để tiếp cận sự bảo hộ của IIA. Vì vậy, một số IIA quy định thêm một số tiêu chí khác để thu hẹp phạm vi nhà đầu tư được bảo hộ, ví dụ quy định nhà đầu tư của một bên ký

kết phải có trụ sở kinh doanh hoặc có hoạt động kinh doanh đáng kể tại bên ký kết đó. Xu hướng hiện nay là các IIA thường quy định kết hợp hai hoặc ba tiêu chí để xác định một nhà đầu tư được bảo hộ theo IIA. Ví dụ, theo quy định tại Hiệp định thương mại tự do Việt Nam – EU (EVFTA),¹⁰ pháp nhân của một Bên ký kết là pháp nhân được thành lập theo quy định pháp luật của Bên ký kết đó và tham gia vào các hoạt động kinh doanh đáng kể (substantive business operation) tại Bên ký kết đó.¹¹ Ngoài ra, EVFTA cũng giải thích “hoạt động kinh doanh đáng kể” được hiểu là có mối liên hệ kinh tế liên tục và hiệu quả giữa pháp nhân và quốc gia nơi pháp nhân thành lập.

- *Điều khoản từ chối lợi ích (denial of benefits)*

Các tiêu chí bổ sung có thể loại bỏ những pháp nhân danh nghĩa được thành lập chỉ nhằm mục đích đạt được quốc tịch mong muốn (*treaty shopping* theo cách 1), tuy nhiên không loại trừ được trường hợp *treaty shopping* thông qua chuyển nhượng vốn đầu tư. Ví dụ, trong vụ *Philip Morris*, PM Hồng Kông đáp ứng đầy đủ các tiêu chí cần thiết của một nhà đầu tư: thành lập tại Hồng Kông, có trụ sở kinh doanh và có hoạt động kinh doanh thực sự tại Hồng Kông trong một thời gian dài trước khi nhận chuyển nhượng vốn của PM Australia. Do đó, một phương pháp có thể phòng ngừa cả hai cách thực hiện *treaty shopping* là sử dụng “Điều khoản từ chối lợi ích” trong IIA. Thông qua điều khoản này, một Bên ký kết có thể bảo lưu quyền từ chối trao lợi ích của IIA cho các nhà đầu tư của Bên ký kết khác nhưng bị sở hữu hoặc kiểm soát bởi công dân nước thứ ba hoặc công dân của Bên đang từ chối lợi ích. Điều khoản này xuất hiện trong khá nhiều IIA, đặc biệt là các IIA có sự tham gia của Hoa Kỳ.¹² Ví dụ, Khoản 1, Điều 9.15, Hiệp định đối tác xuyên Thái Bình Dương (TPP) quy định:

“1. Bên tham gia Hiệp định có thể từ chối các lợi ích nêu trong Chương này [Chương về đầu tư] đối với nhà đầu tư là doanh nghiệp của Bên kia và các dự án đầu tư của nhà đầu tư đó thực hiện nếu doanh nghiệp này:

(a) được sở hữu hoặc kiểm soát bởi người thuộc Bên không tham gia Hiệp định hoặc của Bên khước từ lợi ích này; và

(b) không có hoạt động kinh doanh đáng kể trong lãnh thổ của Bên khác với Bên khước từ lợi ích đó.”

Một số quan điểm cho rằng đây là phương pháp tiếp cận tốt nhất để ngăn ngừa *treaty shopping* (Ksenia Polonskaya, 2014). Tuy nhiên, việc áp dụng điều khoản từ chối lợi ích trong thực tiễn có một số hạn chế. Theo một số hội đồng trọng tài, điều khoản này không tự động được áp dụng để bảo vệ một Bên ký kết (*Yukos Universal Limited v the Russian Federation*, [2009]). Khi một Bên ký kết muốn viện dẫn điều khoản từ chối lợi ích đối với một nhà đầu tư thì Bên đó phải thông báo tới nhà đầu tư một cách rõ ràng và trước khi tranh chấp được đưa ra ra trọng tài. Sau khi nhà đầu tư đã khởi kiện ra trọng tài, việc Nhà nước từ chối trao lợi ích cho nhà đầu tư thường không được chấp nhận. Ngoài ra, việc đàm phán điều khoản này cũng không phải là dễ dàng đối với những quốc gia như Việt Nam, đặc biệt với các đối tác là (i) các quốc gia theo đuổi chính sách đầu tư thông thoáng (các nước này theo đuổi chính sách mở cửa với nhiều ưu đãi để trở thành “thiên đường” cho việc thành lập doanh nghiệp) hoặc (ii) các nước xuất khẩu vốn mong muốn đảm bảo sự bảo hộ tốt nhất nhà đầu tư của họ.

- *Điều khoản chống lạm dụng quyền và chống lách luật*

¹⁰ Việt Nam và EU đã hoàn tất đàm phán nội dung EVFTA, tuy nhiên chưa tiến hành ký kết.

¹¹ Chương 1, Phần 8 – Thương mại điện tử, đầu tư và thương mại điện tử.

¹² Điều khoản từ chối lợi ích được đưa vào Điều 17, mẫu Hiệp định đầu tư song phương (BIT) của Hoa Kỳ năm 2012.

Một cách tiếp cận khác trong IIA thế hệ mới là quy định về điều khoản chống lạm dụng quyền và chống lách luật. Hành vi lạm dụng quyền xuất phát từ một học thuyết pháp lý tồn tại từ lâu và gần đây được vận dụng bởi một số hội đồng trọng tài trong các vụ việc về *treaty shopping*. Tuy nhiên, thẩm quyền của trọng tài trong việc vận dụng học thuyết này để từ chối quyền khởi kiện của nhà đầu tư là vấn đề còn nhiều tranh cãi (Hervé Ascensio, 2014). Vì vậy, để tránh những bất đồng khi phát sinh tranh chấp, một số quốc gia đã đưa học thuyết này thành một quy định trong IIA. Ví dụ, Điều 1, Phần 3 về GQTC đầu tư trong EVFTA khẳng định nhà đầu tư không có quyền khởi kiện theo hiệp định nếu khoản đầu tư được thực hiện tạo thành một hành vi lạm dụng quyền tố tụng (*abuse of process*). Cụ thể hơn, Điều 17, Phần 3, EVFTA trao cho hội đồng tài phán quyền từ chối giải quyết các tranh chấp “*đã phát sinh, hoặc có thể dự báo được trên cơ sở nhận thấy khả năng phát sinh tranh chấp cao vào thời điểm bên nguyên đơn đã nhận quyền sở hữu hoặc quyền kiểm soát dự án đầu tư đang thuộc diện tranh chấp và, dựa trên bằng chứng của vụ việc, hội đồng tài phán xác định rằng bên nguyên đơn đã nhận quyền sở hữu hoặc kiểm soát dự án đầu tư chỉ nhằm phục vụ cho mục đích khiếu kiện đòi bồi thường theo quy định tại Mục này....*”. 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 kiện).

Không chỉ xem xét đưa quy định ngăn ngừa *treaty shopping* vào các IIA mới mà Việt Nam cũng cần rà soát và bổ sung quy định trong các IIA thế hệ cũ vì chính các IIA cũ mới là mục tiêu của các nhà đầu tư muốn thực hiện *treaty shopping*. Việc sửa đổi IIA cũ sẽ gặp nhiều khó khăn hơn, đòi hỏi nguồn lực lớn và sự hợp tác của quốc gia đối tác. Vì vậy, một phương pháp hiệu quả hơn là tích cực tham gia các IIA khu vực và đa phương để thay thế các IIA thế hệ cũ trước đây chủ yếu ký kết trên cơ sở đàm phán song phương.

Tóm lại, mặc dù về bản chất, hành vi *treaty shopping* không vi phạm pháp luật, kỹ thuật này đang có xu hướng bị lạm dụng bởi nhà đầu tư, gây nhiều bất lợi đối với Nhà nước tiếp nhận đầu tư. Vấn đề này được nêu lên ngày càng nhiều trong các tranh chấp đầu tư quốc tế, đặt ra thách thức lớn đối với các hội đồng trọng tài trong việc diễn giải và áp dụng pháp luật như thế nào để đảm bảo tính hiệu quả của cơ chế GQTC bằng trọng tài cũng như đảm bảo quyền và lợi ích hợp pháp của các bên liên quan. Trong vụ *Philip Morris* – một vụ việc điển hình về *treaty shopping*, hội đồng trọng tài trên cơ sở vận dụng các nguyên tắc pháp luật đầu tư quốc tế đã đưa ra hướng giải quyết khá thuyết phục và xác định ranh giới tương đối giữa hành vi *treaty shopping* được phép và một hành vi lạm dụng quyền bị cấm. Liên hệ với Việt Nam, với hơn 84 IIA đã ký kết (trong đó có 65 IIA đang có hiệu lực),¹³ rủi ro bị nhà đầu tư lợi dụng thông qua kỹ thuật *treaty shopping* là rất lớn. Chính vì vậy, nghiên cứu về *treaty shopping* và các án lệ liên quan là cần thiết để rút ra những kinh nghiệm quý báu trong giải quyết tranh chấp đầu tư. Ngoài ra, trong quá trình đàm phán và ký kết IIA của Việt Nam, các quy định ngăn ngừa *treaty shopping* nên được xem xét bổ sung để IIA không chỉ trở thành một công cụ thu hút đầu tư hiệu quả mà còn là một “lá chắn” phòng ngừa và hạn chế rủi ro./.

¹³ UNCTAD, 2017.

Danh mục tài liệu tham khảo

1. Quy chế phối hợp trong giải quyết tranh chấp đầu tư quốc tế, ban hành kèm theo Quyết định số 04/2014/QĐ-Ttg ngày 14 tháng 01 năm 2014 của Thủ tướng Chính phủ.
2. Eunjung Lee (2015), “Treaty shopping in international investment arbitration: how often has it occurred and how has it been perceived by tribunals?”, *Working paper series 2015*, London School of Economics and Political Science, số 15-167.
3. Hervé Ascensio (2014), “Abuse of Process in International Investment Arbitration”, *Chinese Journal of International Law*, số 13 (2014), tr.763-785.
4. Julien Chaisse (2015), “The treaty shopping practice: Corporate structuring and restructuring to gain access to investment treaties and arbitration”, *Hasstings Business Law Journal*, số 11:2, tr.225 – 305.
5. Pac Rim Cayman LLC v. Republic of El Salvador, *ICSID Case No. ARB/09/12*, Decision on Jurisdiction dated 02/08/2010 từ <https://www.italaw.com/cases/783>, truy cập ngày 20/06/2017.
6. Philip Morris Asia Limited v the Commonwealth of Australia (2015), *UNCITRAL*, PCA Case No.2012-12 từ <https://www.italaw.com/cases/851>, truy cập ngày 01/05/2017.
7. Phoenix Action Ltd v Czech Republic (2009), *ICSID Case No. ARB/06/05* từ <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0668.pdf>, truy cập ngày 04/05/2017.
8. Tokios Tokeles v. Ukraine (2004), *ICSID Case No. ARB/02/18*, Decision on Jurisdiction dated 29/04/2004 từ <https://www.italaw.com/cases/documents/1101>, truy cập ngày 04/05/2017.
9. UNCTAD (2014), *Investor – State Dispute Settlement: UNCTAD series on issues in international investment agreements II*, United Nations, New York and Geneva.
10. Utku Topcan (2014), “Abuse of the right to access ICSID arbitration”, *ICSID Review*, số 29, quyền 3 (2014), tr.627-647.
11. Yukos Universal Limited v. The Russian Federation (2009), *UNCITRAL*, PCA Case No. AA 227 từ <https://www.italaw.com/cases/1175>, truy cập ngày 04/05/2017.