

ISDS NHIỀU HƠN MỘT VỤ KIỆN

Những Điều Cần Cân Nhắc về giải quyết tranh chấp | Trước Và Trong Khi Đầu Tư

ISDS trong các Hiệp định bảo hộ đầu tư - Góc nhìn bảo vệ đầu tư

Tuan A. PHUNG, Esq.

Managing Partner | **VCI LEGAL**

Secretary General Vice-Chairman | **VAFI Vietnam**

Certified Mediator | **CEDR – VMC**



Copyright ©2014 | VCI Legal. All right reserved. This presentation and its contents are copyrighted under applicable Vietnamese and international laws. Contents of this Professional Profile, in whole or in part, could not be used without the authorization of the author in writing. Any unauthorized use is subject to be penalized under applicable laws and regulations

VIETNAM CORPORATE LAW FIRM OF THE YEAR

LOCAL INSIGHTS MEET INTERNATIONAL EXPERTISE

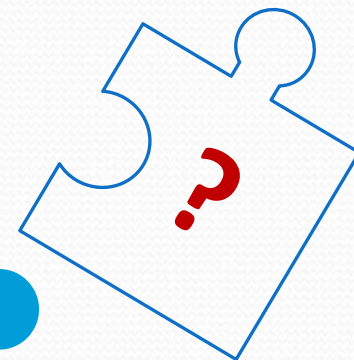
Góc Nhìn quốc nội hội ngộ chuyên môn quốc tế

VCI Legal là công ty luật kinh doanh cung cấp dịch vụ “Luật sự nội bộ”, chuyên sâu trong lĩnh vực kinh doanh đầu tư với một số hoạt động chính:

- Doanh nghiệp, M&A & Chứng khoán
- Đầu tư và tái cơ cấu
- Tài chính, ngân hàng và thị trường vốn
- Bảo hiểm
- Bất động sản & Xây dựng
- Xăng dầu, Khai khoáng & Năng lượng
- Cơ sở hạ tầng, vận tải & Logistics
- Chính sách thương mại & Cạnh tranh
- Thuế & Chuyển giá
- Lao động, Quản lý nhân sự & Compliance
- Các phương thức giải quyết tranh chấp: Hoà giải, trọng tài



GIAI ĐOẠN XEM XÉT ĐẦU TƯ



Đầu tư

Vấn đề Bảo hộ Đầu tư?



CƠ CHẾ BẢO HỘ ĐẦU TƯ

dành cho các nhà đầu tư trong nhiều Hiệp định Bảo hộ Đầu tư (IPAs) khác nhau có thể dễ dàng bị bỏ qua

– theo IPAs nhà đầu tư nước ngoài có quyền sử dụng các cơ quan tài phán quốc tế để giải quyết các tranh chấp về đầu tư, cụ thể là **cơ chế**

ISDS



Copyright ©2014 | VCI Legal. All right reserved. This presentation and its contents are copyrighted under applicable Vietnamese and international laws. Contents of this Professional Profile, in whole or in part, could not be used without the authorization of the author in writing. Any unauthorized use is subject to be penalized under applicable laws and regulations

VIETNAM CORPORATE LAW FIRM OF THE YEAR

Giai Đoạn Trước Đầu Tư | LỰA CHỌN QUỐC TỊCH

- Việt Nam đã ký kết 67 Hiệp định đầu tư song phương (BITs) và 25 Hiệp định bao gồm các điều khoản bảo hộ đầu tư (TIP-IPAs).
- **Mỗi IPA đưa ra một mức độ bảo hộ đầu tư khác nhau.**
- Nhà đầu tư, đặc biệt là các công ty đa quốc gia, **có thể lựa chọn quốc tịch đầu tư của họ tại Việt Nam** (ví dụ: công ty đa quốc gia của Hoa Kỳ sử dụng công ty con tại Nhật Bản hoặc Pháp để đầu tư vào Việt Nam).
- Các nhà đầu tư nên xem xét các điều khoản và điều kiện của IPA để **lựa chọn quốc tịch có lợi nhất để đầu tư vào Việt Nam.**



TIÊU CHÍ LỰA CHỌN IPA

Lựa chọn căn cứ mức độ bảo hộ của IPA với nhà đầu tư / hoạt động đầu tư

Tốt	Không tốt
<u>Định nghĩa rộng</u> về nhà đầu tư/hoạt động đầu tư được bảo hộ	<u>Định nghĩa hẹp</u> về nhà đầu tư/hoạt động đầu tư được bảo hộ
<u>Không có</u> điều khoản “ngã ba đường” (fork-in-the-road)	<u>Có</u> điều khoản “ngã ba đường” (ngăn chặn việc khởi kiện song song)
Thời hiệu <u>dài hoặc không có</u> thời hiệu	Thời hiệu <u>ngắn</u>
Điều kiện để khởi kiện ISDS <u>dễ đáp ứng</u>	Điều kiện để khởi kiện ISDS <u>khó đáp ứng</u>
<u>Nhiều cơ sở</u> khởi kiện ISDS	<u>Ít cơ sở</u> khởi kiện ISDS

Định nghĩa về Nhà đầu tư/ Hoạt động đầu tư được bảo hộ

> Định nghĩa rộng:

*“đầu tư có nghĩa là **mọi loại** tài sản” (US-VN BTA, Điều 1.1)*

*“được sở hữu hoặc kiểm soát **trực tiếp** hoặc **gián tiếp** bởi các công dân hoặc công ty” (US-VN BTA, Điều 1.1)*

*“công ty có nghĩa là bất kỳ pháp nhân nào (...) hoạt động **vì hoặc không vì mục tiêu lợi nhuận**, sở hữu hoặc kiểm soát bởi nhà nước hoặc tư nhân” (US-VN BTA, Điều 1.2)*

> Định Nghĩa hẹp:

*“có những **đặc điểm của một hoạt động đầu tư**, bao gồm những đặc điểm như **cam kết về vốn** hoặc nguồn lực khác, **kỳ vọng về sinh lời và lợi nhuận**, hoặc **chấp nhận rủi ro** (CPTPP, Chương 9, Điều 1)*

THỜI HIỆU & PHẠM VI BẢO HỘ

Phạm vi

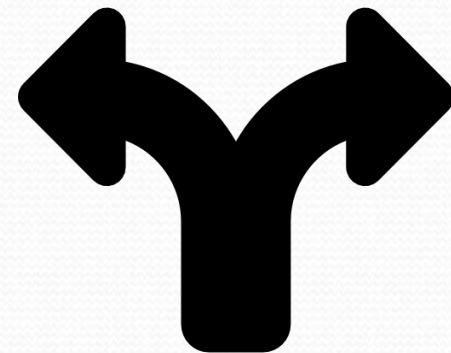


Thời hiệu: Một số IPA mà Việt Nam tham gia quy định không được khởi kiện tại trọng tài quốc tế khi quá thời hiệu nhất định

- e.g. Hiệp định Đầu tư Toàn diện ASEAN : **03 năm** kể từ khi nhà đầu tư lần đầu tiên biết hoặc buộc phải biết về việc vi phạm/ tổn thất hoặc thiệt hại.

Điều khoản "ngã ba đường" (Fork-in-the-Road)

- Nhà đầu tư khởi kiện phải lựa chọn giữa **cơ chế ISDS hoặc Tòa án của quốc gia sở tại**/cách giải quyết khác quy định trong các cơ chế theo hợp đồng
- Ngăn chặn các thủ tục song song → nếu một vấn đề đã được giải quyết bởi Tòa án của quốc gia sở tại, thì **không thể** khởi kiện ISDS



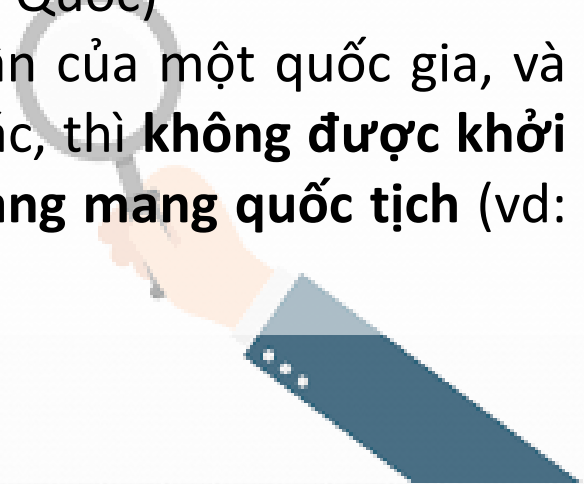
Các điều kiện khởi kiện ISDS

Các điều kiện thường gặp:

- **Thông báo** về ý định khởi kiện phải được gửi đến nhà nước bị kiện
- Một thời hạn nhất định (thường là **03-06 tháng**) đã trôi qua sau khi tiến hành **thương lượng và tham vấn tiền trọng tài**
- Phải **từ bỏ quyền khởi kiện** tại cơ quan tài phán ở nước sở tại (vd: Điều 3.34, EVIPA)

Các điều kiện bổ sung :

- Tranh chấp phải liên quan đến **số tiền bồi thường hoặc bị quốc hữu hóa** (vd: Điều 8.3, BIT Việt Nam – Trung Quốc)
- Nếu nhà đầu tư cá nhân là thường trú nhân của một quốc gia, và đồng thời là công dân của một quốc gia khác, thì **không được khởi kiện trọng tài đối với quốc gia mà mình đang mang quốc tịch** (vd: Điều 9.1, CPTPP)



Các cơ sở khởi kiện ISDS

số lượng quyền và phạm vi được bảo hộ của nhà đầu tư được quy định khác nhau tùy theo IPA: Ví dụ:

- BTA Hoa Kỳ-VN có quy định về **nghĩa vụ đối xử quốc gia (Điều 2)**, nhưng BIT Malaysia-VN không có; và
- Nghĩa vụ đối xử **công bằng và bình đẳng** theo CPTPP quy định rõ về sự từ chối công lý, trong khi BIT Hàn Quốc-Việt Nam không có quy định rõ về nội dung này*

Các cơ sở khởi kiện ISDS và giới hạn của mỗi cơ sở
➔ này là khác nhau trong từng IPA

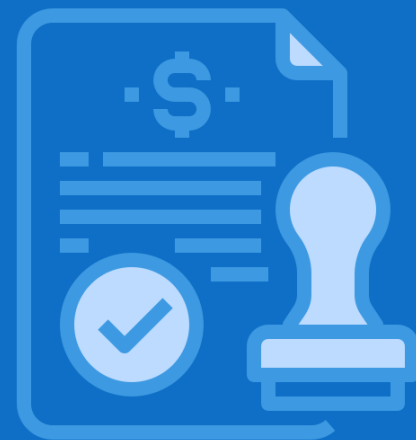
IPA của Việt Nam với một số nền kinh tế lớn

	Định nghĩa rộng về NĐT/HĐĐT	Không có điều khoản "ngã ba đường"	Không quy định thời hiệu
BTA VN-Hoa Kỳ	✓	✗	✓
BIT VN-VQ Anh	✓	✓	✓
BIT VN-Pháp	✓	✓	✓
BIT VN-Nhật Bản	✓	✗	✓
BIT VN-Hàn Quốc	✓	✗	3 năm
BIT VN-Trung Quốc	✓	✗	✓
EVIPA	✗	✗	Lên đến 7 năm
CPTPP	✗	✗	3.5 năm
ACIA	✗	✗	3 năm

TÍNH HỢP PHÁP TRONG GIAI ĐOẠN ĐẦU TƯ

Lưu ý

- Các IPAs thường có yêu cầu về tính hợp pháp của hoạt động đầu tư (*“theo quy định của pháp luật”*)
- → hoạt động đầu tư bất hợp pháp sẽ không được bảo hộ
- TUY NHIÊN, hành vi nào được xem là bất hợp pháp và mức độ nghiêm trọng được xem xét thường không rõ ràng



Hoạt động đầu tư bất hợp pháp - Thực tiễn ISDS

- **Vi phạm ít nghiêm trọng** thì không loại trừ nhà đầu tư khỏi ISDS (*Kim & Ors v. Uzbekistan*)
- **Vi phạm nghiêm trọng**: “Nếu nhà đầu tư hành động trái pháp luật, quốc gia sở tại có thể yêu cầu nhà đầu tư sửa đổi hành vi và áp dụng các biện pháp xử lý theo pháp luật của nước sở tại đó” (*Yukos v Russia*)
- Tập trung vào yếu tố bất hợp pháp trong giai đoạn **"thực hiện"** (making) việc đầu tư thay vì các hoạt động sau đó (*Copper Mesa v Ecuador*)
- Quốc gia bị kiện không thể nêu lý do vi phạm ở giai đoạn "thực hiện" đầu tư, nếu đã **không phản đối vi phạm đó** (*Aven v. Costa Rica*)

Cách khắc phục tính bất hợp pháp của hoạt động đầu tư

- Sự bất hợp pháp nghiêm trọng trong quá trình "thực hiện" đầu tư sẽ ngăn cản NĐT khởi kiện ISDS
- NĐT nên **đợi một khoảng thời gian nhất định** trước khi khởi kiện ISDS (nếu đã có vi phạm nghiêm trọng) **nhằm chứng minh sự không phản đối của quốc gia sở tại**
- Một giải pháp quan trọng nữa là phải **sửa chữa hành vi vi phạm** (và đợi thêm một khoảng thời gian), nếu NĐT quyết định khởi kiện ISDS.

Thương Lượng & Hòa Giải ISDS

thu hút, giữ chân và mở rộng đầu tư



Tranh Chấp Đầu Tư -Khảo Sát Nguyên Nhân

- > 25% nhà đầu tư trong Khảo sát Rủi ro Chính trị MIGA-EIU của Ngân hàng Thế giới chỉ ra rằng:
 1. rủi ro chính trị khiến họ rút các hoạt động đầu tư hiện có hoặc hủy bỏ các dự án đã lên kế hoạch.
 - rủi ro chính trị mà NĐT quan tâm: không phải khủng bố/chiến tranh mà là **hành động của Chính phủ**: thay đổi pháp luật bất lợi, vi phạm hợp đồng hoặc hạn chế chuyển lợi nhuận và chuyển đổi tiền tệ
 2. hành động của chính phủ tạo ra cản trở cho các nhà đầu tư tiềm năng mới.
- Giảm thiểu rủi ro ở giai đoạn ban đầu là rất quan trọng không chỉ để **thu hút, giữ chân và mở rộng đầu tư** mà còn để **ngăn ngừa các tranh chấp** tiềm năng giữa nhà đầu tư và nhà nước gây tổn kém.

CÁC HÀNH VI KHIẾN CÁC QUỐC GIA MẤT FDI...

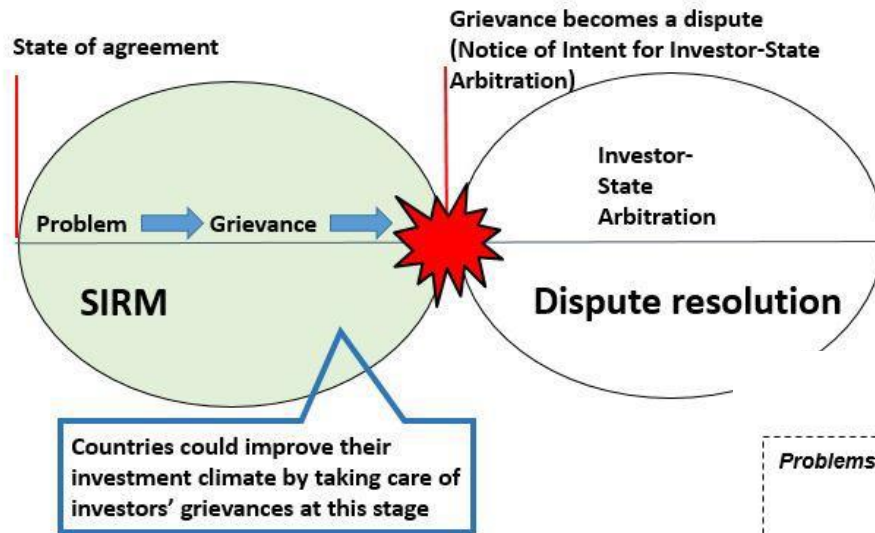
Rủi ro chính trị bắt nguồn từ hành vi của chính phủ	Các cam kết bảo hộ đầu tư tại các IPAs
1. Quốc hữu hóa	1. Quốc hữu hóa
2. Vi phạm hợp đồng	2. Điều khoản bao trùm (Umbrella Clauses)/Quốc hữu hóa
3. Chuyển lợi nhuận và khả năng chuyển đổi tiền tệ	3. Chuyển lợi nhuận
4. Thay đổi pháp luật đột ngột/bất lợi	4. Nguyên tắc tiêu chuẩn đối xử tối thiểu Nguyên tắc đối xử công bằng và bình đẳng Nguyên tắc đối xử quốc gia
4.1. Hành động mâu thuẫn của Chính phủ	
4.2. Thiếu minh bạch	
4.3. Phân biệt đối xử	
4.4. Lạm quyền <ul style="list-style-type: none"> Lạm dụng thẩm quyền trong việc giải thích luật và quy định Sách nhiễu có mục tiêu được ngụy trang dưới dạng các quy định Thiếu tương xứng 	

Phân loại

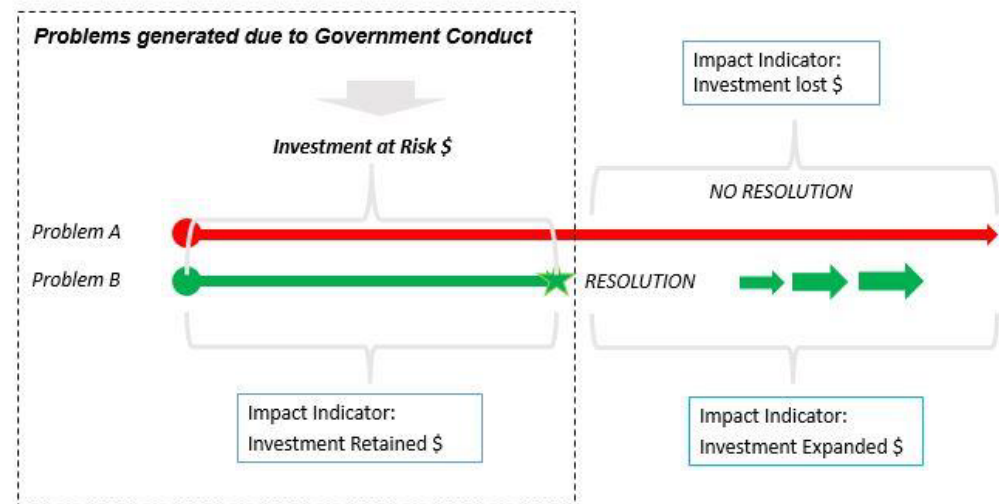
Ví dụ

1. Quốc hữu hóa	<ul style="list-style-type: none"> Chính phủ tịch thu đất và giao cho các nhà đầu tư khác. Cơ quan chính phủ từ chối gia hạn giấy phép truyền thông.
2. Vi phạm hợp đồng	<ul style="list-style-type: none"> Chính phủ không tuân thủ các nghĩa vụ hợp đồng về việc thanh toán Cơ quan Quốc gia về Sở hữu Nhà nước đơn phương chấm dứt thỏa thuận.
3. Hạn chế khả năng chuyển lợi nhuận/chuyển đổi tiền tệ	<ul style="list-style-type: none"> Chính phủ có luật quy định chỉ gửi tiền vào ngân hàng quốc gia.
4. Thay đổi quy định đột ngột	
4.1. Hành động mâu thuẫn của Chính phủ	<ul style="list-style-type: none"> Sở Kiến trúc hủy bỏ hiệu lực một phần giấy phép xây dựng của thị trường & phạt các nhà đầu tư. Bộ Tài chính từ chối ưu đãi thuế theo Luật Đầu Tư - không có căn cứ trong luật thuế.
4.2. Thiếu minh bạch	<ul style="list-style-type: none"> Chính phủ yêu cầu nhà đầu tư phải trả tiền cho dịch vụ kỹ thuật của cơ quan thanh tra Việc xây dựng bị hạn chế do đất thuộc khu vực giao thông mà chủ sở hữu không hề hay biết.
4.3. Phân biệt đối xử với NĐT nước ngoài	<ul style="list-style-type: none"> Chính phủ vận hành quy trình đấu thầu tùy tiện → ngăn cản các nhà đầu tư nước ngoài tham gia đấu thầu trên thực tế .
4.4. Lạm quyền	
<ul style="list-style-type: none"> Không tương xứng 	<ul style="list-style-type: none"> Quy định mới trong lĩnh vực truyền thông làm tăng chi phí từ 3,9% lên 14,4%.
<ul style="list-style-type: none"> Lạm dụng quyền hạn 	<ul style="list-style-type: none"> Bộ Tài chính đình chỉ giấy phép và đột kích văn phòng của NĐT căn cứ trên tố cáo nặc danh. Chính quyền địa phương hạn chế vận chuyển dầu do tác hại đến môi trường và cộng đồng.
<ul style="list-style-type: none"> Sách nhiễu có mục tiêu được ngụy trang dưới dạng các quy định 	<ul style="list-style-type: none"> sửa đổi Luật thuế địa phương và làm tăng các khoản thuế bổ sung cho các NĐT trong lĩnh vực di động → vi phạm các quy định của Liên minh Truyền thông Điện tử Quốc tế.
<ul style="list-style-type: none"> Giải thích sai luật và quy định làm ảnh hưởng đến nhà đầu tư 	<ul style="list-style-type: none"> Bộ Tài Chính quyết định đánh thuế thu nhập 128,2 triệu USD trái với giấy phép cho miễn thuế.

SIRM mô hình World Bank



SIRM Tracking Tool: What Gets Measured, Gets Done



SIRM Cảnh báo sớm – Thương lượng & Hòa Giải

Cơ chế Giải Quyết Tranh Chấp đầu tư có hệ thống (SIRM) - mỗi quốc gia có mô hình riêng với một số yếu tố chung:

- Trao quyền cho Cơ quan chủ trì:
 - Cơ quan chuyên môn được chỉ định với thẩm quyền phối hợp với các cơ quan khác.
- Cơ chế cảnh báo sớm & Công cụ theo dõi:
 - xác định các vấn đề tranh chấp ngay khi chúng phát sinh &
 - cho phép Cơ quan chủ trì phản ứng, giám sát trạng thái của một vấn đề, rủi ro đầu tư và
 - đầu tư được giữ lại / mở rộng thông qua giải pháp của nó

Cảnh báo sớm – Thương lượng & Hòa Giải -1

- **Problem Solving Methods:**
 - Lead Agency is empowered to use different problem-solving methods to find solution with involved agencies.
 - Methods: *exchanges of information, consultation to peer pressure to legal advisory opinions.*
- **Political Decision Making:** when Lead Agency doesn't have the political clout to discipline peer agency
 - problem is elevated to higher political levels (e.g. President/Prime Minister).
 - Once a higher-level decision is taken Lead Agency monitors and tracks resolution & impact on investment.



MORE QUESTIONS?



Tuan A. PHUNG, Esq.

Managing Partner

Website: www.vci-legal.com

Email: tuanphung@vci-legal.com

Cell: (84) 908 168 275

Tel.: (84) 38 8272 029 Fax: (84) 38 8 234 43

Ho Chi Minh City:

Suite P.42OT06, 42/F, Park 7,
Vinhomes Central Park,
Binh Thanh District, Ward 22
Ho Chi Minh City, Vietnam

Hanoi

9/F, ACB Building
10 Phan Chu Trinh Street
Hoan Kiem District, Hanoi,
Vietnam

