



KHÓA ĐÀO TẠO KHUYẾN KHÍCH VÀ BẢO HỘ ĐẦU TƯ NƯỚC NGOÀI THEO HIỆP ĐỊNH THƯƠNG MẠI TỰ DO VIỆT NAM - EU

Hà Nội, ngày 19-20 tháng 10 năm 2016



Giáo sư Jurgen Kurtz
Trưởng Khoa Nghiên cứu Luật Kinh tế Quốc tế

**Khuyến khích và bảo hộ đầu tư
nước ngoài theo Hiệp định
thương mại tự do Việt Nam - EU**



- Tại sao các quốc gia đều tìm cách thu hút đầu tư nước ngoài?
 - Lợi ích:
 - Công việc
 - Doanh thu (từ thuế)
 - Sự cải tiến sáng tạo (cạnh tranh)
 - Các hiệu ứng tích cực (đặc biệt đối với các nước đang phát triển):
 - Công nghệ
 - Kỹ năng quản lý
 - Tiếp cận các thị trường quốc tế (các chuỗi cung ứng)



- Tuy nhiên, lợi ích (và chi phí) phụ thuộc vào hình thức đầu tư nước ngoài
- Có 3 cách phân loại hình thức đầu tư nước ngoài
 - (a) Theo mức độ kiểm soát
 - (b) Theo hình thức thâm nhập
 - (c) Theo động cơ



- Mức độ kiểm soát:
 - Đầu tư trực tiếp nước ngoài (FDI):
 - Nhà đầu tư nước ngoài nắm giữ quyền quản lý kiểm soát đối với sự đầu tư tại nước nhận đầu tư
 - Đầu tư lâu dài và ổn định (ví dụ về khủng hoảng tài chính châu Á năm 1997)
 - Đầu tư gián tiếp nước ngoài (FPI):
 - Nắm giữ tỷ lệ nhỏ vốn chủ sở hữu hoặc các công cụ nợ
 - Dễ thay đổi và dễ đảo ngược ngắn hạn hơn
 - Lợi ích phụ thuộc vào cách hoạt động của hệ thống luật định (đặc biệt là trong lĩnh vực tài chính)



- Hình thức thâm nhập của FDI:
 - “Đầu tư mới” (Greenfield):
 - Đầu tư mới tạo việc làm
 - Mua lại và sáp nhập (M&A):
 - Nhà đầu tư nước ngoài mua lại công ty đang hoạt động trong nước
 - Có thể gây ra thất nghiệp (tạm thời)



- Động cơ:
 - FDI tìm kiếm tài nguyên
 - Khoáng sản và các tài nguyên thiên nhiên khác
 - FDI tìm kiếm thị trường
 - Nhà đầu tư nước ngoài tìm cách bán hàng hóa hoặc dịch vụ tại nước nhận đầu tư
 - Gia tăng cạnh tranh (thay thế doanh nghiệp trong nước)
 - FDI tìm kiếm hiệu quả
 - Chuỗi giá trị toàn cầu
 - Hiệu ứng tích cực đối với các nước đang phát triển
 - Tự do hóa dịch vụ thường là điều kiện chủ chốt



- Các rào cản:
 - Rào cản pháp lý
 - Các hạn chế qua biên giới và các hạn chế khác
 - Rủi ro chính trị:
 - Sự bất ổn (chiếm đoạt đầu tư)
 - Sự thù địch



- Đối với nước xuất khẩu vốn:
 - Gỡ bỏ rào cản và bảo vệ nhà đầu tư khỏi các rủi ro chính trị
- Đối với nước nhập khẩu vốn:
 - Thu hút và duy trì đầu tư nước ngoài
 - Tạo điều kiện và tăng cường chuyển đổi trong nước thành nền kinh tế thị trường



- Hiệp định đầu tư phải cân bằng giữa
 - Tự do hóa/bảo hộ đầu tư
 - Tính ổn định và khả năng dự đoán được cho nhà đầu tư nước ngoài
 - Quy định vì cộng đồng:
 - Bảo vệ người tiêu dùng
 - Bảo vệ môi trường
 - Các mục tiêu về sức khỏe



Việt Nam: Vụ việc Formosa Hà Tĩnh



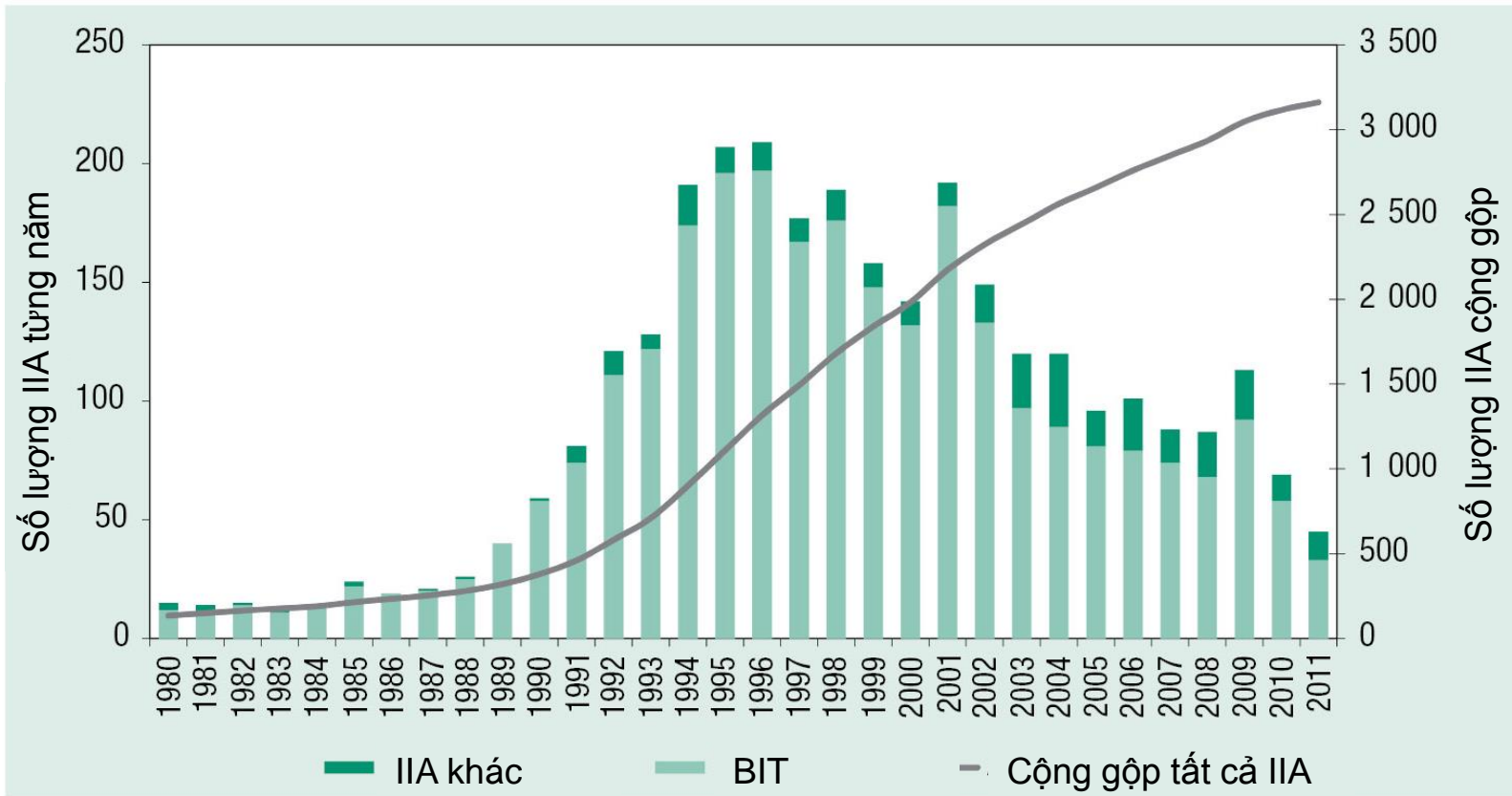


- Các loại hiệp định:
 - Hiệp định đầu tư song phương (BIT)
 - Chương đầu tư trong các Hiệp định thương mại tự do (FTA)
 - Hiệp định khu vực:
 - Hiệp định đầu tư toàn diện ASEAN 2009
 - Chương 11 Hiệp định thương mại tự do Bắc Mỹ
 - Hiệp định về ngành cụ thể: Hiệp ước hiến chương năng lượng
 - Hiệp định đa phương: WTO
 - Hiệp định chung về thương mại dịch vụ
 - Hiệp định về các khía cạnh liên quan tới thương mại của quyền sở hữu trí tuệ
 - Hiệp định về các biện pháp đầu tư liên quan đến thương mại

Hiệp định đầu tư song phương (BIT):

- BIT đầu tiên: Đức-Pakistan 1959
- Những năm 1960-1970: Chỉ có một số ít các BITs
- Cuối những năm 1980 trở về sau:
 - Số lượng BIT gia tăng theo cấp số nhân
 - Điển hình là các hiệp định giữa các nước phát triển với các nước đang phát triển
 - Điểm khác biệt:
 - Các BIT của Hoa Kỳ: Tự do hóa (mở cửa thị trường) cộng với bảo hộ đầu tư
 - Các BIT của châu Âu: Chỉ bảo hộ đầu tư
 - Tranh chấp giữa Nhà nước – nhà đầu tư: giải quyết bằng trọng tài

Xu hướng các hiệp định đầu tư song phương (BIT) và các “hiệp định đầu tư quốc tế (IIA) khác” giai đoạn 1980-2011



Nguồn: UNCTAD



- Chuyển hướng sang bao phủ cả hai vấn đề:
 - Tự do hóa đầu tư (mở cửa thị trường)
 - Đầu tư quốc gia giai đoạn trước thành lập
 - Ví dụ Điều 3(3), Hiệp định đầu tư toàn diện ASEAN 2009
 - Các bảo lưu
 - Bảo hộ đầu tư: Giai đoạn sau thành lập
- Cân bằng:
 - Đưa vào các ngoại lệ (theo mô hình WTO)
 - Ví dụ Điều 17, Hiệp định đầu tư toàn diện ASEAN 2009
- Duy trì cơ chế trọng tài giải quyết tranh chấp giữa Nhà nước – nhà đầu tư?



- 3 công cụ:
 - Hiệp định chung về thương mại dịch vụ:
 - Phương thức 3 (Hiện diện thương mại)
 - Mở cửa thị trường: Theo phương pháp chọn cho, không phải phương pháp chọn bỏ
 - Hiệp định TRIMS:
 - Các yêu cầu về hoạt động
 - Hiệp định TRIPS:
 - Quyền SHTT
- Các ngoại lệ
- Giải quyết tranh chấp: Tranh chấp giữa Nhà nước – Nhà nước



- Phạm vi điều chỉnh:
 - Định nghĩa “đầu tư”
 - Định nghĩa mở nhưng liệt kê rõ ràng các “đặc điểm của khoản đầu tư”
 - So sánh với phán quyết vụ *Romak S.A (Thụy Sĩ) và Uzbekistan*:
 - » Hợp đồng giao hàng lúa mì - không có đầu tư vì quyền phát sinh từ giao dịch thương mại một lần
 - Đặc biệt, mở rộng ra ngoài FDI, bao gồm:
 - Các công cụ nợ và đầu tư gián tiếp
 - Tài sản trí tuệ



- Định nghĩa “nhà đầu tư”:
 - “Pháp nhân”
 - Xem xét giả thuyết sau: Một công dân Việt Nam thành lập một công ty tại Đức, chuyển giao một số tài sản cho công ty đó và công ty này đầu tư vào Việt Nam. Công dân Việt Nam luôn nắm quyền kiểm soát công ty đó. Vậy công ty Đức này có phải là một “nhà đầu tư” Đức tại Việt Nam hay không?
 - *Xem phán quyết vụ Philip Morris Asia Ltd và Australia*



- Ngoại lệ:
 - Điều 1(2) bao gồm:
 - Dịch vụ nghe nhìn
 - Dịch vụ khai thác cảng hàng không
- Mở cửa thị trường: Điều 2
 - Việt Nam có nghĩa vụ mở cửa thị trường cho các nhà đầu tư từ EU trong tất cả các lĩnh vực/biện pháp nêu tại “danh mục các cam kết tự do hóa đầu tư” của mình
 - So sánh giữa “phương pháp chọn” cho và “phương pháp chọn bỏ” của ASEAN



- Các nguyên tắc tương đối:
 - Đối xử quốc gia (Điều 3)
 - Yêu cầu Việt Nam phải dành cho “nhà đầu tư” EU và “khoản đầu tư” của họ sự đối xử không kém thuận lợi hơn sự đối xử dành cho nhà đầu tư của mình và khoản đầu tư của họ trong “điều kiện hoàn cảnh tương tự”.
 - Đối xử tối huệ quốc (Điều 4)
 - Yêu cầu Việt Nam phải dành cho “nhà đầu tư” EU và “khoản đầu tư” của họ sự đối xử không kém thuận lợi hơn sự đối xử dành cho nhà đầu tư của bất kỳ Bên thứ ba nào và khoản đầu tư của họ.
 - Các ngoại lệ
- Các yêu cầu hoạt động (Điều 6):
 - Đưa vào các yêu cầu về hàm lượng nội địa và chuyển giao công nghệ



- Trong các hiệp định cũ (đặc biệt là các BIT), đổi xử công bằng và bình đẳng được định nghĩa rất rộng.
- *Xem phán quyết vụ Tecmed và Mexico:*
 - Giấy phép khai thác bãi chôn lấp rác thải nguy hại
 - Sau khi cộng đồng phản đối, giấy phép không được gia hạn mà không có cảnh báo trước về việc này
 - “Nhà đầu tư nước ngoài kỳ vọng nước nhận đầu tư hành xử một cách nhất quán, rõ ràng và hoàn toàn minh bạch”
 - Học thuyết kỳ vọng chính đáng



- Đối xử công bằng và bình đẳng theo EVFTA: Điều 14(2) – danh sách “đóng” các trường hợp vi phạm:
 - Từ chối xét xử vụ việc
 - Vi phạm nghiêm trọng quy trình tố tụng
 - Phân biệt đối xử có mục tiêu dựa trên các căn cứ sai nghiêm trọng
 - Đối xử lạm dụng như cưỡng ép, lạm dụng quyền hoặc các hành động tương tự



- Học thuyết kỳ vọng chính đáng như thế nào?
 - Hiện tại chỉ có quy định đơn thuần về khả năng xem xét vi phạm (Điều 14(6))
- Các cam kết theo hợp đồng và thực thi quyền hạn của cơ quan chính phủ (Điều 14(5))



- Tưóc quyền sở hữu (Điều 16):
 - Yêu cầu sự tưóc quyền sở hữu phải đáp ứng 4 điều kiện, trong đó có bồi thường nhanh chóng, thỏa đáng và hiệu quả
 - Điều chỉnh cả tưóc quyền sở hữu “trực tiếp” và “gián tiếp”
 - Phụ lục về Tưóc quyền sở hữu – hướng dẫn hiểu về tưóc quyền sở hữu gián tiếp giống như là sử dụng biện pháp thuế hay áp dụng quy định chung có ảnh hưởng tiêu cực đến giá trị khoản đầu tư nước ngoài



- Chuyển tiền (Điều 17):
 - Trao cho nhà đầu tư nước ngoài quyền tự do chuyển các khoản tiền liên quan đến đầu tư vào và ra khỏi Việt Nam
 - Quy định này có làm giảm khả năng xử lý các dòng vốn ra đột ngột và ồ ạt và các vấn đề về cán cân thanh toán khác của Việt Nam không?



- Ngoại lệ chung (Chương VII):
 - Theo mô hình Điều XIV của GATS/Điều XX của GATT
 - Cho phép các mục tiêu luật định bao gồm:
 - Quy định về môi trường và sức khỏe cộng đồng
 - E.g. Xử lý vấn đề Formosa Hà Tĩnh
 - Các hạn chế đối với việc “thiết kế” pháp luật để đáp ứng các mục tiêu đó:
 - “Tính cần thiết”
 - “Tính liên quan”



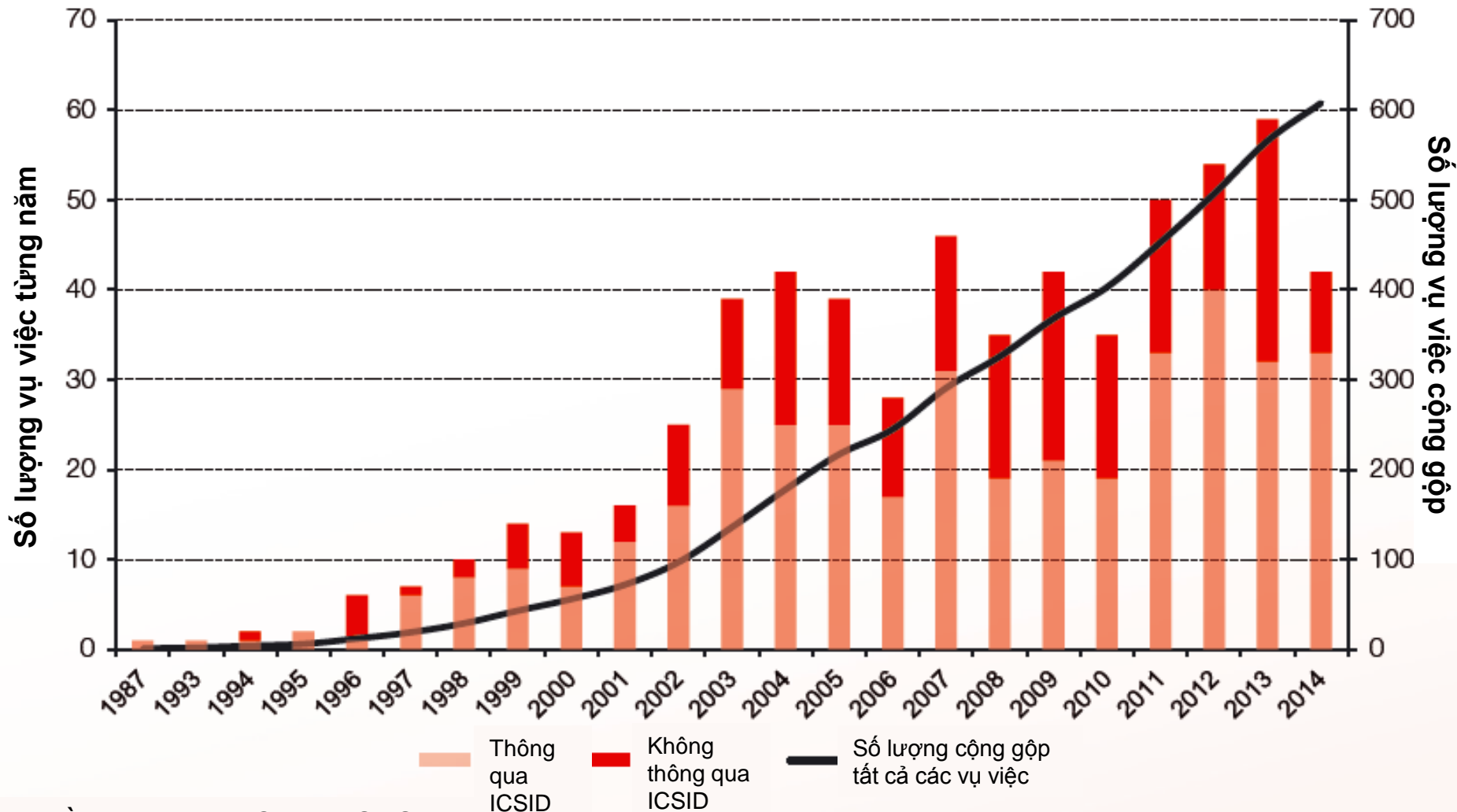
- Vị thế mặc định theo luật quốc tế
 - Giải quyết tranh chấp giữa Nhà nước – nhà nước
 - Luật tập quán quốc tế về bảo vệ ngoại giao:
 - Nước chủ đầu tư có thể (nhưng không nhất thiết phải) thay mặt cho công dân chịu thiệt hại bởi hành vi của nước nhận đầu tư hỗ trợ cho khiếu nại của họ
 - Điều kiện tiên quyết: đã sử dụng hết các biện pháp khắc phục trong nước



- Nhà đầu tư nước ngoài có thể trực tiếp kiện nước nhận đầu tư là một bên của hiệp định vì vi phạm nguyên tắc của hiệp định
- So sánh:
 - Trọng tài thương mại (theo hợp đồng)
 - Trọng tài tranh chấp Nhà nước – nhà đầu tư (theo hiệp định)
- Lưu ý:
 - Nhà đầu tư nước ngoài không phụ thuộc vào nước nhà của họ
 - Miễn trừ yêu cầu phải sử dụng hết các biện pháp khắc phục trong nước



Số lượng tranh chấp giữa Nhà nước – nhà đầu tư giải quyết bằng trọng tài



Nguồn: dữ liệu UNCTAD, ISDS



- Các đặc điểm quan trọng của trọng tài?
 - Độc lập:
 - 3 trọng tài viên do các bên tranh chấp chọn ra:
 - Trọng tài viên có thể tiếp tục được chỉ định
 - “Làm hai việc chuyên môn cùng lúc” (vừa làm trọng tài viên vừa làm luật sư đại diện)
 - Hiệu quả (về thời gian):
 - Thời gian trung bình: 3 năm, 8 tháng



- Chi phí:
 - Chi phí các bên:
 - Chi phí trung bình của nguyên đơn: USD 4,437,000
 - Chi phí trung bình của bị đơn: USD 76,331,000
 - Chi phí phiên tòa:
 - Trung bình – USD 746,000
- Tính cuối cùng của phán quyết:
 - Không kháng cáo vì sai lầm về mặt luật pháp



- Tỷ lệ thành công:
 - Nguyên đơn thắng 41%
 - Bị đơn thắng 59%
 - Nhưng có “tảng băng chìm” – thương lượng/đàm phán
- Khoản tiền đòi bồi thường/được đền bù:
 - Tiền đòi bồi thường trung bình: USD 491,656,000
 - Tiền được đền bù trung bình: USD 76,331,000
- Phán quyết xét xử:
 - Tính nhất quán: Rất khác nhau (xét cùng một hiệp định)
 - Tính chặt chẽ dễ hiểu: Khó phán đoán được phương pháp giải thích



- EVFTA – 2 cấp độ giải quyết tranh chấp:
 - Cấp độ đầu tiên: Hệ thống tòa đầu tư (Điều 12)
 - 9 thành viên:
 - 3 công dân Việt Nam;
 - 3 công dân EU;
 - 3 công dân nước thứ ba
 - Hội đồng xét xử vụ việc gồm 3 thành viên:
 - Chủ tịch hội đồng là công dân nước thứ ba;
 - 1 công dân Việt Nam;
 - 1 công dân EU
 - Nhiệm kỳ: 4 năm, gia hạn 1 lần.



- Cấp độ thứ hai: Tòa phúc thẩm (Điều 13)
 - 6 thành viên:
 - 2 công dân Việt Nam;
 - 2 công dân EU;
 - 2 công dân nước thứ ba
 - Hội đồng xét xử vụ việc gồm 3 thành viên
 - Chủ tịch hội đồng là công dân nước thứ ba;
 - 1 công dân Việt Nam;
 - 1 công dân EU
 - Nhiệm kỳ: 4 năm, gia hạn 1 lần.



- Yêu cầu về năng lực (Điều 12(4); 13(7))
 - Phải có chuyên môn về công pháp quốc tế; và
 - Đạt tiêu chuẩn bổ nhiệm vào các chức vụ tư pháp cao nhất trong nước đó; hoặc
 - Là luật gia có uy tín đã được công nhận
 - Nhưng:
 - Chỉ là được khuyến khích khi có thêm chuyên môn về luật đầu tư quốc tế, luật thương mại quốc tế và giải quyết tranh chấp



- Thời gian và thời hạn:
 - Tòa Đầu tư phải ban hành phán quyết tạm thời trong vòng 18 tháng kể từ ngày nộp khiếu kiện (Điều 27(6))
 - Tòa Phúc thẩm phải ban hành quyết định trong vòng 180 ngày (6 tháng) kể từ ngày thông báo chính thức về kháng cáo (Điều 28(5))
- So sánh với WTO:
 - Báo cáo của Ban hội thẩm – 6 tháng (theo Thỏa thuận về các quy tắc và thủ tục điều chỉnh việc giải quyết tranh chấp DSU, Điều 12(8))
 - Báo cáo của Cơ quan Phúc thẩm – 60 ngày (theo Thỏa thuận về các quy tắc và thủ tục điều chỉnh việc giải quyết tranh chấp DSU, Điều 17(5))



- Tòa Đầu tư: Luật áp dụng (Điều 16):
 - Các điều khoản của hiệp định
 - “Các quy định và nguyên tắc khác của luật quốc tế được áp dụng giữa các bên”
- Tuy nhiên luật trong nước (Điều 16(2)):
 - Chỉ liên quan tùy theo xem xét của Tòa về dữ kiện
 - Tòa bị ràng buộc bởi giải thích của các tòa án trong nước
- Giải thích:
 - Tòa phải áp dụng quy tắc tập quán về giải thích hiệp định (Điều 16(3))



- Tòa Phúc thẩm
 - Cơ sở kháng cáo (Điều 28(1)):
 - Sai lầm về mặt luật pháp;
 - Đánh giá các dữ kiện sai rõ ràng; hoặc
 - Điều 52 ICSID.



- Chỉ áp dụng các biện pháp bồi thường bằng tiền (Điều 27)
- Hạn chế khả năng được bồi thường lớn hơn thiệt hại (Điều 27(2))
- Không áp dụng khoản tiền bồi thường để trừng phạt (Art. 27(3))
- Chi phí kiện tụng mặc định:
 - Do bên thua kiện trả (Art. 27(4))



- Tính minh bạch:
 - Là xu hướng chung, đặc biệt trong các hiệp định ký kết bởi các nước phát triển chủ chốt
 - Mặc định: Áp dụng các quy tắc minh bạch của UNCITRAL (Điều 20)
 - Mối lo ngại?



- Tính chặt chẽ:
 - Khiếu kiện thiếu căn cứ:
 - “Mua bán hiệp ước” (Điều 17)
 - Phản đối sơ bộ (Điều 18)
 - Các khiếu nại không có cơ sở pháp lý (Điều 19)
 - Nguyên đơn không có khả năng chi trả chi phí:
 - Bảo đảm chi trả chi phí (Điều 22)
 - Tài trợ của bên thứ ba (Điều 11)
 - Khiếu cận song song/khiếu kiện chung:
 - Hợp nhất (Điều 33)



- Tính tin cậy và quy tắc hành xử:
 - Điều 14:
 - “Độc lập”
 - Tránh mâu thuẫn lợi ích trực tiếp hoặc gián tiếp
 - Không làm hai việc chuyên môn cùng lúc (vừa làm trọng tài viên vừa làm luật sư đại diện)!
 - Lưu ý:
 - Khi chuyển đổi phí duy trì thành lương định kỳ làm việc toàn thời gian, không được làm công việc khác (Điều 12(17); 13(17)): Đối với các học giả thì sao?



- Phụ lục II: Quy tắc ứng xử
 - Công bố thông tin trước khi bỏ nhiệm (Điều 3)
 - Nhiệm vụ của thành viên (Điều 4)
 - Đảm bảo tính độc lập (Điều 5)
- Phù hợp với WTO và DSU.



- Giám sát bởi các quốc gia thành viên:
 - Bên không tranh chấp có quyền tiếp cận thông tin và đệ trình các văn bản (Điều 25)
 - Tương tự với cơ chế bên thứ ba của WTO
 - Có quyền hạn (thông qua Ủy ban thương mại) thông qua các giải thích ràng buộc Tòa sơ thẩm (Tòa Đầu tư) và Tòa Phúc thẩm (Điều 16(4); Điều 34(2))
 - Theo mô hình Ủy ban thương mại tự do NAFTA
 - Khả năng sử dụng/lạm dụng?



- Mục tiêu dài hạn nhằm xây dựng một tòa đầu tư đa phương kết hợp với hoặc độc lập với cơ chế phúc thẩm đa phương (Điều 15)
 - Dấu hiệu chủ nghĩa thực dụng?
 - Có thể một số quốc gia sẽ sẵn sàng chuyển hướng sang tòa sơ thẩm thường trực hơn



THE UNIVERSITY OF

MELBOURNE

Liên hệ:

Ban quản lý Dự án EU-MUTRAP

**Phòng 1203, Tầng 12, Khu Văn phòng, Tòa tháp Hà Nội,
49 Hai Bà Trưng, Hoàn Kiếm, Hà Nội**

Tel: (84 - 4) 3937 8472

Fax: (84 - 4) 3937 8476

Email: mutrap@mutrap.org.vn

Website: www.mutrap.org.vn

(Tài liệu đào tạo được đăng trên trang Web này)