

BẢO VỆ KÌ VỌNG CHÍNH ĐÁNG CỦA NHÀ ĐẦU TƯ TRONG PHÁP LUẬT ĐẦU TƯ QUỐC TẾ VÀ MỘT SỐ LƯU Ý CHO VIỆT NAM

ĐÀO KIM ANH *

Tóm tắt: Bài viết phân tích cơ sở hình thành của học thuyết về kì vọng chính đáng của nhà đầu tư trong pháp luật đầu tư quốc tế và thực tiễn áp dụng học thuyết này trong giải quyết tranh chấp giữa nhà đầu tư nước ngoài và nhà nước tiếp nhận đầu tư; đưa ra một số lưu ý cho Việt Nam trong việc kí kết và thực hiện các hiệp định đầu tư; ngăn ngừa và hạn chế rủi ro phát sinh tranh chấp do hành vi phá vỡ kì vọng của nhà đầu tư.

Từ khóa: Đầu tư quốc tế; nhà đầu tư; kì vọng chính đáng; pháp luật; Việt Nam.

Nhận bài: 23/02/2018

Hoàn thành biên tập: 08/6/2018

Duyệt đăng: 14/6/2018

PROTECTION OF INVESTOR'S LEGITIMATE EXPECTATIONS UNDER INTERNATIONAL INVESTMENT LAW AND SOME NOTES FOR VIETNAM

Abstract: The paper analyses the foundation of the doctrine of investor's legitimate expectations under international investment law and the practice of applying this doctrine in foreign investor-state dispute settlement. The paper also offers some notes for Vietnam on concluding and implementing investment agreements as well as preventing and minimising the risks of disputes arising from the breach of investor's legitimate expectations.

Key words: International investment; investor; legitimate expectation; law; Vietnam.

Received: Feb 23rd, 2018; Editing completed: Jun 8th, 2018; Accepted for publication: Jun 14th, 2018.

1. Sự ra đời của học thuyết về kì vọng chính đáng của nhà đầu tư trong pháp luật đầu tư quốc tế

Học thuyết về kì vọng chính đáng của nhà đầu tư bắt nguồn từ pháp luật của Anh và đã được viện dẫn trong các tranh chấp đầu tư quốc tế khoảng gần 20 năm trở lại đây.⁽¹⁾ Vụ tranh chấp giữa Công ti Tecmed

và Mexico (vụ Tecmed)⁽²⁾ là một trong những tranh chấp đầu tiên mà trọng tài xem xét tới những kì vọng cơ bản của nhà đầu tư, cho rằng các kì vọng này cần được bảo vệ trong một số trường hợp. Ý tưởng của trọng tài trong vụ Tecmed được bình luận trong một số tranh chấp sau đó, tuy nhiên phải tới vụ tranh chấp giữa công ti International Thunderbird Gaming Corporation và Mexico

* Giảng viên, Trường đại học ngoại thương

E-mail: anhdk@ftu.edu.vn

(1). Zeinab Asquari, "Investor's Legitimate Expectations and the Interests of the Host State in Foreign Investment", *Asian Economic and Financial Review*. 4(12)/2014, 1906 - 1918, 1906.

(2). *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States*, International Centre for Settlement of Investment Disputes, Case No. ARB(AF)/10/2, Award, 2003.

(vụ Thunderbind)⁽³⁾ thì thuật ngữ “kỳ vọng chính đáng của nhà đầu tư” mới chính thức được sử dụng bởi trọng tài đầu tư.⁽⁴⁾ Nhìn chung, học thuyết này cho rằng nếu chính phủ nước tiếp nhận đầu tư thông qua các hành vi, cam kết hoặc tuyên bố đã tạo kỳ vọng chính đáng cho nhà đầu tư, mà dựa vào đó, nhà đầu tư đã ra quyết định đầu tư thì những kỳ vọng đó cần được bảo vệ. Để thu hút vốn đầu tư nước ngoài, các quốc gia thường đưa ra những lời hứa hẹn hấp dẫn đối với nhà đầu tư, tuy nhiên, không phải lúc nào những hứa hẹn này cũng được thực hiện. Điều này gây rủi ro lớn cho hoạt động đầu tư, nhất là với các dự án lâu dài và đòi hỏi chi phí ban đầu lớn. Chính vì vậy, ý tưởng về kỳ vọng chính đáng của nhà đầu tư được đưa ra nhằm bảo vệ nhà đầu tư nước ngoài trước những thay đổi đột ngột và bất thường về chính sách, pháp luật hoặc các hành vi thiếu nhất quán của chính phủ nước tiếp nhận đầu tư.⁽⁵⁾

Trong thực tiễn giải quyết tranh chấp giữa nhà đầu tư nước ngoài và nhà nước (Investor-State Dispute Settlement – ISDS), nghĩa vụ của nhà nước tiếp nhận đầu tư phải tôn trọng kỳ vọng chính đáng của nhà đầu tư được chấp nhận rộng rãi là một phần quan trọng của nguyên tắc đối xử công bằng và thoả đáng (Fair and Equitable Treatment –

FET).⁽⁶⁾ Tuy nhiên, điều thú vị là mặc dù được viện dẫn khá nhiều trong ISDS, kỳ vọng chính đáng của nhà đầu tư lại gần như không được đề cập trong các hiệp định đầu tư (IIA),⁽⁷⁾ đặc biệt là các IIA thế hệ cũ.⁽⁸⁾ Ví dụ như trong vụ tranh chấp giữa Saluka Investments BV (Hà Lan) và Cộng hoà Séc (vụ Saluka), mặc dù BIT giữa Hà Lan và Cộng hoà Séc chỉ quy định chung là “mỗi bên kí kết sẽ đảm bảo sự đối xử công bằng và thoả đáng đối với khoản đầu tư của nhà đầu tư của bên kí kết còn lại” nhưng hội đồng trọng tài đã diễn giải điều khoản này, yêu cầu Cộng hoà Séc “có nghĩa vụ đối xử với khoản đầu tư của nhà đầu tư nước ngoài theo hướng không phá vỡ những kỳ vọng hợp lý và chính đáng của nhà đầu tư”.⁽⁹⁾ Trước xu hướng các trọng tài áp dụng học thuyết này ngày càng nhiều trong ISDS, gần đây một số ít IIA đã đề cập kỳ vọng chính đáng của nhà đầu tư, chủ yếu là các IIA liên quan tới Hoa Kỳ và Canada.⁽¹⁰⁾ Ví dụ, theo Hiệp định kinh tế và thương mại toàn diện giữa

(3). *International Thunderbird Gaming Corporation v the United Mexican States*, UNCITRAL, Award, 2006.

(4). Nikhil Teggi, “Legitimate Expectations in Investment Arbitration: At The End of Its Lifecycle”, *Indian Journal of Arbitration Law*, 5(1)/2016, 64 - 80, p. 70.

(5). Zeinab Asquari, *ltd*, 1906 - 7.

(6). Nikhil Teggi, *ltd*, p. 64.

(7). Trong 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 song phương (BIT), các hiệp định thương mại tự do có nội dung về đầu tư...

(8). Zeinab Asquari, *ltd*, 1906 - 1918, 1907.

(9). Khoản 1 Điều 3 BIT Hà Lan - Cộng hoà Séc (1991) bản tiếng Anh tại: <https://www.italaw.com/sites/default/files/laws/italaw6080%283%29.pdf>, truy cập ngày 03/02/2018.

(10). Xem BIT mẫu của Hoa Kỳ năm 2012 (Phụ lục B(4)(a)(ii)), BIT mẫu của Canada năm 2004 (Phụ lục B.13(1)(c)).

Canada và Liên minh châu Âu (CETA), cơ quan giải quyết tranh chấp khi áp dụng nghĩa vụ đối xử công bằng và thỏa đáng có thể xem xét liệu kì vọng chính đáng của nhà đầu tư có bị vi phạm bởi một bên kí kết.⁽¹¹⁾ Ngược lại, một số IIA loại bỏ mối liên hệ giữa kì vọng của nhà đầu tư và nguyên tắc FET, ví dụ Điều 6 về FET trong BIT giữa Chile và Hồng Kông năm 2006 quy định: “4. Để rõ ràng, trong trường hợp đơn thuần là một bên có hành vi hoặc không thực hiện một hành động có thể trái với kì vọng của nhà đầu tư không tạo thành một sự vi phạm Điều này, ngay cả khi dẫn tới thiệt hại hoặc tổn thất cho khoản đầu tư được bảo hộ”.⁽¹²⁾

Sự thiếu vắng các quy định minh thị về kì vọng chính đáng của nhà đầu tư đặt ra câu hỏi: Các hội đồng trọng tài đã dựa trên cơ sở nào để áp dụng học thuyết này trong quá trình xét xử? Một số trọng tài lí giải việc bảo vệ kì vọng chính đáng của nhà đầu tư dựa trên nguyên tắc trung thực và thiện chí (good faith) tồn tại trong tập quán quốc tế. Trong vụ Tecmed, trọng tài khẳng định điều khoản FET là sự thể hiện rõ ràng của nguyên tắc trung thực và thiện chí trong IIA. Vì vậy, để thực hiện FET một cách trung thực và thiện chí, bên kí kết không được gây ảnh hưởng tiêu cực tới những kì vọng cơ bản mà bên đó

đã tạo ra cho nhà đầu tư tại thời điểm thực hiện đầu tư.⁽¹³⁾ Ngoài ra, bảo vệ kì vọng chính đáng của một bên trong tranh chấp cũng được coi là nguyên tắc pháp luật chung được thừa nhận trong cả luật quốc gia và luật quốc tế.⁽¹⁴⁾ Nghiên cứu so sánh luật học cho thấy, khái niệm kì vọng chính đáng tồn tại trong pháp luật nhiều quốc gia trên thế giới bao gồm cả các nước trong hệ thống common law và civil law.⁽¹⁵⁾ Khái niệm này cũng có nhiều nét tương đồng với nguyên tắc Vertrauensschutz trong pháp luật Đức (tạm dịch là bảo vệ niềm tin) và khái niệm “confidence légitime” trong pháp luật Pháp. Quyền được bảo vệ kì vọng chính đáng của một chủ thể, đặc biệt trong quan hệ pháp luật hành chính cũng được thừa nhận từ lâu trong hệ thống án lệ của Anh và các nước bị ảnh hưởng bởi luật Anh như Úc, Canada, New Zealand.⁽¹⁶⁾ Hơn nữa, khiếu kiện về vi phạm kì vọng chính đáng được viện dẫn trong hầu hết các tranh chấp liên quan tới FET, từ đó hình thành một tập hợp án lệ

(13). *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States*, tldd, đoạn 154.

(14). Elizabeth Snodgrass, “Protecting Investors’ Legitimate Expectations - Recognizing and Delimiting a General Principle”, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 21(1)/2016, 1 - 58. Xem thêm: *Total S.A. v. The Argentine Republic*, *ICSID Case No* (2013), *ARB/04/01*, Award.

(15). Michele Potestà, “Legitimate Expectations in Investment Treaty Law: Understanding the Roots and the Limits of a Controversial Concept”, *ICSID Review*, 28(1), 2013, 91.

(16). Michele Potestà, tldd, 92. Xem thêm: *R v. North and East Devon Health Authority, ex parte Coughlan* [2001] QB 213 (CA) (U.K.), *R (Bhatt Murphy) v. Independent Assessor* [2008] EWCA Civ.755 (U.K.).

(11). Khoản 4 Điều 8.10 CETA, xem tại: <http://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/ceta-aecg/text-texte/08.aspx?lang=eng>, truy cập ngày 03/02/2018.

(12). Khoản 4 Điều 6 BIT Chile – HongKong (2006), bản tiếng Anh tại <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/5413>, truy cập ngày 03/02/2018.

phong phú xoay quanh vấn đề này. Tập hợp án lệ này phong phú tới mức các hội đồng trọng tài trong một số tranh chấp sau này thường chỉ dẫn chiếu những án lệ trước đó và “mặc nhiên” thừa nhận nghĩa vụ tôn trọng kì vọng chính đáng của nhà đầu tư là một phần của tiêu chuẩn FET.⁽¹⁷⁾

Như vậy, nghĩa vụ tôn trọng kì vọng chính đáng của nhà đầu tư không bắt nguồn từ quy định minh thị trong IIA mà chủ yếu hình thành từ các nguồn luật bổ trợ, được diễn giải và chấp nhận bởi các hội đồng trọng tài trong thực tiễn xét xử. Chính sự thiếu vắng của các quy định minh thị trong các IIA đã dẫn tới nhiều tranh luận xung quanh việc áp dụng học thuyết này. Một mặt, học thuyết này hướng tới bảo vệ quyền lợi chính đáng nhà đầu tư trước những hành vi tùy tiện của Chính phủ, từ đó đảm bảo công bằng và công lí cho nhà đầu tư - vốn được coi là bên yếu thế hơn trong quan hệ với nhà nước tiếp nhận đầu tư. Tuy nhiên, nếu được diễn giải quá rộng, quy định này có thể tạo ra sự bảo hộ quá mức cần thiết cho nhà đầu tư, đồng thời ảnh hưởng tới quyền tự chủ quốc gia trong việc ban hành và thực thi chính sách và pháp luật. Vì vậy, câu hỏi đặt ra là trong thực tiễn xét xử hội đồng trọng tài đã diễn giải quy định này như thế nào: Khi nào thì kì vọng của nhà đầu tư được coi là chính đáng? Nhà nước tiếp nhận đầu tư phải dành cho kì vọng của nhà đầu tư sự bảo vệ ở mức độ nào? Quy định này có ngăn cản nhà nước trong việc ban hành và thay đổi chính

sách, pháp luật? Các câu hỏi này sẽ được phân tích trong phần tiếp theo của bài viết.

2. Kì vọng chính đáng của nhà đầu tư và thực tiễn xét xử

Thực tiễn xét xử cho thấy, các hội đồng trọng tài không đưa ra khái niệm thế nào là kì vọng chính đáng nhưng đã đặt ra các điều kiện, tiêu chí cần xem xét khi đánh giá một kì vọng của nhà đầu tư. Các điều kiện được phân lớn hội đồng trọng tài đưa ra để một kì vọng của nhà đầu tư được bảo hộ bao gồm: 1) kì vọng đó được tạo ra bởi chính phủ nước tiếp nhận đầu tư; 2) kì vọng đó phải hợp lí và hợp pháp; và 3) kì vọng đó là một yếu tố thúc đẩy nhà đầu tư ra quyết định đầu tư.⁽¹⁸⁾

2.1. Kì vọng của nhà đầu tư phải được tạo bởi chính phủ nước tiếp nhận đầu tư

Nhà nước tiếp nhận đầu tư chỉ bị ràng buộc trách nhiệm đối với những kì vọng của nhà đầu tư được tạo ra bởi các hành vi của nhà nước đó. Đây là điều kiện tiên quyết để kì vọng của nhà đầu tư có thể được bảo vệ. Tuy nhiên, hành vi của nhà nước là khái niệm rất rộng nên cần làm rõ những hành vi nào có thể bị coi là dẫn tới kì vọng cho nhà đầu tư. Liệu một phát ngôn của nguyên thủ quốc gia trong một cuộc họp, một công văn của chính quyền địa phương hay một tuyên bố chung về chính sách khuyến khích đầu tư nước ngoài trong các sự kiện chính trị có thể ràng buộc trách nhiệm của nhà nước? Thực tiễn xét xử cho thấy kì vọng của nhà đầu tư

(17). Michele Potestà, *ltd*, 90.

(18). Patrick Dumberry, “The Protection of Investors’ Legitimate Expectations and the Fair and Equitable Treatment Standard under NAFTA Article 1105”, *Journal of International Arbitration*, 1/2014, 47 - 74, p. 71.

có thể được hình thành từ: 1) các cam kết của nhà nước trong hợp đồng; 2) các tuyên bố, hứa hẹn hoặc hành vi đơn phương của nhà nước và 3) khung pháp lý chung của nước tiếp nhận đầu tư.⁽¹⁹⁾

Đầu tiên, các cam kết của nhà nước trong hợp đồng được coi là sự đảm bảo pháp lý rõ ràng nhất mà một nhà đầu tư tìm kiếm, do đó những kì vọng tạo ra từ các cam kết này được hưởng mức bảo vệ cao hơn so với hai nhóm còn lại.⁽²⁰⁾ Một ví dụ về hành vi phá vỡ kì vọng của nhà đầu tư sinh ra từ hợp đồng là tranh chấp giữa Công ti MTD và Chile (vụ MTD).⁽²¹⁾ Trong vụ này, MTD là một nhà đầu tư từ Malaysia có dự án đầu tư xây dựng một khu đô thị hiện đại tại tỉnh Pirque, Chile. Để đầu tư vào Chile, MTD đã xin chấp thuận của Ủy ban đầu tư nước ngoài Chile (Foreign Investment Council – FIC) và kí với FIC một hợp đồng đầu tư nước ngoài theo mẫu của FIC. Sau đó, MTD thành lập Công ti liên doanh EPSA, trong đó MTD góp 51% vốn bằng tiền mặt và ông Fontaine (công dân Chile) góp 49% bằng diện tích đất để xây dựng khu đô thị. Tuy nhiên, dự án này đã bị Bộ phát triển nhà ở và đô thị (MINVU) từ chối cấp phép do không phù hợp với quy hoạch chung của vùng Pirque. MTD cho rằng, khi chấp nhận kí kết hợp đồng đầu tư nước ngoài với MTD, trong đó

có nêu rõ địa điểm xây dựng và quy mô dự án, FIC đã tạo ra kì vọng cho MTD rằng dự án của MTD sẽ thực hiện được. Việc từ chối cấp phép xây dựng cho dự án sau đó đã phá vỡ kì vọng chính đáng của MTD, do đó Chile đã vi phạm nguyên tắc FET theo BIT giữa Chile và Malaysia. Ngược lại, Chile lập luận rằng, theo pháp luật của Chile, FIC không có thẩm quyền về cấp phép xây dựng và việc FIC kí hợp đồng với MTD chỉ thể hiện sự chấp thuận cho phép vốn đầu tư vào Chile, mà không đảm bảo thêm bất cứ giấy phép nào khác. Hội đồng trọng tài trong vụ này kết luận rằng dù FIC và MINVU là hai cơ quan khác nhau song với MTD, hai cơ quan này thuộc một thể thống nhất là Chính phủ Chile. Liên quan tới cùng một dự án, một mặt Chính phủ Chile đã kí hợp đồng đầu tư với MTD, mặt khác lại từ chối cấp các giấy phép liên quan để triển khai dự án, điều này đã vi phạm tới kì vọng chính đáng của MTD và là một hành vi không công bằng và thoả đáng.⁽²²⁾ Khi xem xét các kì vọng của nhà đầu tư xuất phát từ cam kết trong hợp đồng, các hội đồng trọng tài cũng lưu ý sự khác biệt giữa kì vọng được bảo vệ theo hợp đồng và kì vọng được bảo vệ theo IIA. Các cam kết trong hợp đồng tạo ra kì vọng cho nhà đầu tư nhưng không phải tất cả các kì vọng đó đều được bảo hộ theo IIA. Theo trọng tài trong vụ Parkerings v Lithuania, một hành vi vi phạm hợp đồng đơn thuần (phá vỡ kì vọng của một bên trong hợp đồng)

(19). Michele Potestà, *lđđ*, 100.

(20). Michele Potestà, *lđđ*, 101. Xem thêm: *Continental Casualty Company v Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/03/9, Award (5 September 2008), đoạn 261.

(21). *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile*(2004), International Centre for Settlement of Investment Disputes, Award.

(22). *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile*(2004), *lđđ*, đoạn 163 - 166.

nên được xử lý theo các chế tài trong hợp đồng thay vì viện dẫn tiêu chuẩn FET trong IIA.⁽²³⁾ Lập luận này là hợp lý vì nếu không, học thuyết bảo vệ kì vọng chính đáng sẽ khiến điều khoản FET có giá trị như điều khoản bao trùm (umbrella clause),⁽²⁴⁾ theo đó tự động mở rộng phạm vi áp dụng của IIA bao gồm cả các nghĩa vụ theo hợp đồng giữa nhà đầu tư nước ngoài và nhà nước tiếp nhận.

Nhóm hành vi thứ hai có thể tạo ra kì vọng đối với nhà đầu tư là những tuyên bố, hứa hẹn hoặc các hành vi đơn phương của nhà nước. Khác với các cam kết trong hợp đồng, nhóm hành vi thứ hai chỉ được đưa ra một cách đơn phương với hình thức đa dạng (có thể chính thức hoặc không chính thức dưới dạng bằng văn bản, lời nói hoặc hành vi).⁽²⁵⁾ Những tuyên bố hoặc hành vi này không chỉ được thực hiện bởi các cơ quan Chính phủ mà còn có thể xuất phát từ các quan chức, chính trị gia và cơ quan chính quyền địa phương.⁽²⁶⁾ Để giới hạn phạm vi

áp dụng đối với nhóm hành vi này, các hội đồng trọng tài thường yêu cầu các tuyên bố hoặc hứa hẹn của nhà nước phải có mức độ rõ ràng và cụ thể nhất định. Theo trọng tài trong vụ *El Paso v Argentine Republic* (vụ *El Paso*), một tuyên bố rõ ràng và cụ thể trước hết phải hướng tới một nhà đầu tư nhất định. Trong vụ này, nguyên đơn cho rằng kì vọng của mình phát sinh từ các tuyên bố chung của Tổng thống Argentina và Bộ trưởng Bộ kinh tế trước Quốc hội nước này về khả năng chắc chắn thực thi Luật điện lực. Phán quyết trọng tài đã chỉ rõ, trong hoàn cảnh này, một tuyên bố của Tổng thống sẽ được mọi người hiểu là các phát ngôn chính trị đưa ra với đông đảo dân chúng. Những tuyên bố này, mặc dù có thể là một yếu tố thúc đẩy quyết định đầu tư của nhà đầu tư nhưng không tạo thành những cam kết cụ thể cho nhà đầu tư và không làm phát sinh nghĩa vụ của nhà nước.⁽²⁷⁾ Ngoài ra, các cam kết, tuyên bố của nhà nước phải có nội dung cụ thể. Trong vụ *White Industries v India*, nguyên đơn đã viện dẫn những đảm bảo mà các quan chức Ấn Độ đã đưa ra với giám đốc của nguyên đơn rằng nhà đầu tư có thể an tâm khi đầu tư vào Ấn Độ và hệ thống pháp luật Ấn Độ, về mặt nguyên tắc và định hướng, cũng tương tự như hệ thống pháp

(23). *Parkerings - Compagniet AS v Lithuania*, ICSID Case No ARB/05/8, Award (11/09/2011), đoạn 292.

(24). Điều khoản bao trùm được đưa ra trong một số IIA thường quy định một bên kí kết có nghĩa vụ tuân thủ tất cả các cam kết cụ thể với nhà đầu tư nước ngoài. Theo luật quốc tế, trừ trường hợp có thoả thuận khác, những cam kết giữa nhà nước và tư nhân do một hệ thống nội luật điều chỉnh và không thuộc phạm vi điều chỉnh của luật quốc tế. Vì vậy, điều khoản bao trùm đưa ra nhằm mục đích đưa tất cả các cam kết của nước tiếp nhận đầu tư với nhà đầu tư nước ngoài vào trong phạm vi bảo hộ của IIA.

(25). *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States*, ttdđ, đoạn 160; *Nagel v Czech Republic* (2003), SCC Case 49/2002, đoạn 158 - 164.

(26). *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile* (2004), International Centre for

Settlement of Investment Disputes; *Metalclad Corporation v the United Mexican States* (2000), International Centre for Settlement of Investment Disputes (Additional Facility).

(27). *El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic* (2011), ICSID Case No. ARB/03/15, đoạn 395 - 396.

luật Úc. Tuy nhiên, trọng tài cho rằng nhà đầu tư không thể hình thành kì vọng dựa trên các tuyên bố với nội dung chung chung như vậy.⁽²⁸⁾ Trong khi đó, trong vụ *Metalclad Corporation v the United Mexican States* (vụ *Metalclad*), nhà đầu tư đã được đảm bảo nhiều lần bởi các quan chức chính phủ về việc cấp các loại giấy phép cần thiết cho dự án xây dựng khu xử lí rác thải. Hội đồng trọng tài cho rằng, *Metalclad* có quyền dựa vào những hứa hẹn cụ thể và lặp đi lặp lại của quan chức nhà nước để tin rằng việc tiếp tục xây dựng dự án là khả thi. Vì vậy, việc một cơ quan địa phương từ chối cấp phép cho dự án sau đó đã tạo thành hành vi vi phạm nghĩa vụ của nhà nước theo Hiệp định thương mại tự do Bắc Mỹ (NAFTA).⁽²⁹⁾

Trong một số tranh chấp, nhà đầu tư cũng yêu cầu được bảo vệ kì vọng tạo ra từ hệ thống pháp luật của nước tiếp nhận đầu tư tại thời điểm đầu tư. Lập luận thường được nhà đầu tư đưa ra là kì vọng của họ dựa trên các quy định pháp luật có hiệu lực tại thời điểm quyết định đầu tư, tuy nhiên, sau đó nhà nước đã thay đổi các quy định này gây phá vỡ kì vọng của nhà đầu tư.⁽³⁰⁾ Tuy nhiên, việc bảo vệ kì vọng của nhà đầu tư trong trường hợp này có thể gây cản trở quyền tự chủ của một nhà nước trong việc ban hành và thay đổi pháp luật. Vì vậy, đây

là vấn đề gây bất đồng quan điểm giữa các hội đồng trọng tài.

Một mặt, một số hội đồng trọng tài diễn giải nguyên tắc FET cho rằng FET không chỉ yêu cầu nhà nước tôn trọng kì vọng chính đáng của nhà đầu tư mà còn có nghĩa vụ đảm bảo một môi trường pháp lí ổn định và minh bạch - đây là mục đích được nhắc tới trong lời nói đầu của phần lớn các IIA. Sự tồn tại đồng thời của hai nghĩa vụ này cho phép nhà đầu tư có quyền kì vọng vào sự ổn định của hệ thống pháp luật tại thời điểm quyết định đầu tư.⁽³¹⁾ Ví dụ trong vụ *CMS*, trọng tài kết luận rằng, sự ổn định của môi trường pháp lí là thành phần không thể thiếu của tiêu chuẩn FET. Bằng việc thay đổi hoàn toàn môi trường pháp lí so với thời điểm đầu tư, Argentina đã vi phạm điều khoản FET theo IIA giữa Hoa Kỳ và Argentina.⁽³²⁾

Mặt khác, một số trọng tài có cách tiếp cận hạn chế hơn khi cho rằng, kì vọng của nhà đầu tư nếu chỉ đơn thuần dựa trên hệ thống pháp luật của nước tiếp nhận đầu tư tại thời điểm đầu tư thì không được bảo hộ. Theo cách tiếp cận này, trọng tài cho rằng các quy định trong IIA, dù có tuyên bố hướng tới một môi trường đầu tư ổn định cũng không được đưa ra nhằm mục đích ngăn cản quyền ban hành và thay đổi pháp luật - quyền tự chủ tối cao của nhà nước.

(28). *White Industries Australia Limited v. The Republic of India*, UNCITRAL, Final Award, 2011, đoạn 10.3.17.

(29). *Metalclad Corporation v. the United Mexican States* (2000), International Centre for Settlement of Investment Disputes (Additional Facility), Award, đoạn 89 - 101.

(30). Michele Potestà, *tlđđ*, p. 110.

(31). Xem vụ *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina* (2005) (vụ *CMS*), ICSID Case No. ARB/01/8; *Enron v Argentine Republic* (2007), ICSID Case No. ARB/01/3.

(32). *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina* (2005), ICSID Case No. ARB/01/8, *tlđđ*, đoạn 266 - 284.

Bản chất của pháp luật là phải thay đổi để giải quyết các vấn đề xã hội mới phát sinh, vì vậy việc điều chỉnh quy định pháp luật cho phù hợp với các điều kiện của môi trường mới vừa là quyền nhưng cũng là nghĩa vụ của nhà nước. Ngoài ra, một cách hợp lý, không nhà đầu tư nào có thể trông đợi rằng các quy định pháp luật tại thời điểm đầu tư sẽ duy trì không đổi theo thời gian, trừ khi họ nhận được những cam kết cụ thể của chính phủ, ví dụ dưới dạng điều khoản “ổn định pháp luật” trong hợp đồng đầu tư.⁽³³⁾ Trong vụ *Parkerings*, trọng tài cũng nhấn mạnh rằng, một nhà đầu tư thông thường phải lường trước được sự thay đổi của môi trường đầu tư kinh doanh, trong đó có môi trường pháp lý và có biện pháp cấu trúc khoản đầu tư để thích ứng với những thay đổi tiềm tàng.⁽³⁴⁾

Tóm lại, để vận dụng học thuyết về kì vọng chính đáng, nhà đầu tư phải chỉ ra được cơ sở tạo thành kì vọng của nhà đầu tư, có thể từ các cam kết trong hợp đồng với nhà nước tiếp nhận đầu tư; các đảm bảo, tuyên bố đơn phương của nhà nước hoặc các quy định pháp luật có hiệu lực tại thời điểm quyết định đầu tư. Các phân tích đã cho thấy kì vọng dựa trên các cơ sở khác nhau được hưởng mức độ bảo hộ không giống nhau. Trong khi các kì vọng phát sinh từ hợp đồng có xu hướng được thừa nhận và bảo vệ, hội

đồng trọng tài thường đặt ra các tiêu chuẩn và điều kiện chặt chẽ hơn để giới hạn phạm vi bảo hộ đối với những kì vọng dựa trên hai nhóm còn lại.⁽³⁵⁾

2.2. Kì vọng hợp lý và hợp pháp

Yêu cầu thứ hai mà các hội đồng trọng tài đặt ra là kì vọng của nhà đầu tư phải hợp lý và chính đáng.

Thứ nhất, kì vọng của nhà đầu tư phải hợp pháp và trung thực. Điều này được nhấn mạnh bởi phán quyết trọng tài trong vụ *Thunderbird*. Trong vụ việc này, nguyên đơn đã đầu tư thành lập Công ti giải trí EDM tại Mexico để vận hành các trung tâm vui chơi giải trí có máy chơi game trúng thưởng. Trước khi thực hiện đầu tư, *Thunderbird*, thông qua luật sư của mình, đã gửi văn bản xin ý kiến tới SEGOB (cơ quan Chính phủ Mexico) và nhận được thư trả lời đồng ý về tính hợp pháp của các máy chơi game trúng thưởng mà Công ti này dự định lắp đặt. Tuy nhiên sau đó, cơ quan chức năng của Mexico đã buộc các trung tâm vui chơi của EDM phải đóng cửa và tịch thu máy móc vì cho rằng mô hình này là hoạt động cá cược trá hình - hành vi bị cấm theo pháp luật Mexico. Nguyên đơn lập luận rằng, thư trả lời của SEGOB đã tạo ra kì vọng chính đáng về tính hợp pháp của hoạt động đầu tư, do đó việc đóng cửa các cơ sở của EDM đã phá vỡ kì vọng chính đáng của nguyên đơn. Trọng tài cho rằng, trong vụ này, kì vọng của nguyên đơn là không chính đáng vì khi xin ý kiến của SEGOB, nguyên đơn đã cung cấp thông

(33). Xem vụ *Parkerings-Compagniet AS v Republic of Lithuania*, tldđ, *Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic* (2006), tldđ.

(34). *Parkerings-Compagniet AS v Republic of Lithuania*, tldđ, đoạn 333.

(35). Michele Potestà, tldđ, p. 110.

không tin đầy đủ và chính xác. Cụ thể, trong văn bản của mình, nguyên đơn mô tả các máy trò chơi chỉ đơn thuần là các thiết bị giải trí mà người chơi ghi điểm hoàn toàn dựa trên kỹ năng và khả năng của mình, không liên quan tới yếu tố cơ hội, may mắn hay cá cược. Tuy nhiên, trên thực tế, các máy trò chơi có chạy một thuật toán ngẫu nhiên, do đó khả năng chiến thắng không chỉ dựa vào kỹ năng của người chơi. Ngoài ra, người chơi phải nhét tiền vào máy để chơi và điểm số thu được có thể đổi thành tiền. Những thông tin này đã không được nguyên đơn cung cấp cho SEGOB. Vì thư trả lời của SEGOB căn cứ trên các thông tin không trung thực và đầy đủ do nguyên đơn cung cấp nên nguyên đơn không thể dựa vào thư trả lời để hình thành một kì vọng chính đáng.⁽³⁶⁾

Thứ hai, kì vọng hợp lí của nhà đầu tư phải tính tới các đặc điểm khác nhau trong môi trường đầu tư của nước sở tại. Kì vọng của một nhà đầu tư khi đầu tư vào một nước phát triển cao không thể giống với kì vọng khi đầu tư vào một quốc gia đang phát triển (đặc biệt về khía cạnh minh bạch chính sách và ổn định pháp luật). Trong vụ Duke Energy v Ecuador, trọng tài nhận định rằng: “Việc đánh giá sự hợp lí hay chính đáng [của kì vọng của nhà đầu tư] phải xem xét toàn bộ hoàn cảnh, bao gồm không chỉ các tình tiết liên quan tới hoạt động đầu tư mà còn cả các điều kiện chính trị, kinh tế-xã hội, văn hoá, lịch sử đặc trưng tại quốc gia tiếp

nhận đầu tư”.⁽³⁷⁾ Tương tự, trong vụ Toto v. Lebanon, hội đồng trọng tài cho rằng, sau cuộc nội chiến ở Lebanon, với nỗ lực tái cấu trúc của Chính phủ trong điều kiện gặp khó khăn lớn về kinh tế, kì vọng của nhà đầu tư rằng thuế xuất nhập khẩu sẽ giữ nguyên không đổi là thiếu cơ sở hợp lí.⁽³⁸⁾

Thứ ba, để đánh giá tính hợp lí trong kì vọng của nhà đầu tư thì cần xem xét nhà đầu tư đã hành động với sự cẩn trọng thích đáng (due diligence) hay chưa. Trong vụ MTD, trọng tài cho rằng, mặc dù Chile đã vi phạm kì vọng chính đáng của nhà đầu tư vì cách hành xử không thống nhất giữa các cơ quan nhà nước trong quá trình phê duyệt dự án, nguyên đơn cũng có nghĩa vụ phải đánh giá về tính khả thi của dự án một cách cẩn trọng và độc lập. Nếu nguyên đơn thực hiện sự cẩn trọng hợp lí trong việc nghiên cứu quy định pháp luật Chile tại thời điểm đầu tư thì nguyên đơn sẽ có thể biết rằng khu đất mà nguyên đơn lựa chọn không thể được cấp phép xây dựng khu đô thị. Vì vậy, trọng tài quyết định giảm 50% số tiền bồi thường mà nguyên đơn đáng nhẽ được hưởng.⁽³⁹⁾

2.3. Nhà đầu tư ra quyết định đầu tư dựa vào kì vọng đã được tạo ra

Để một kì vọng chính đáng được bảo vệ,

(37). *Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil S.A v. Republic of Ecuador* (2008), International Centre for Settlement of Investment Disputes, Award, đoạn 340.

(38). *Toto Costruzioni Generali S.p.A. v. The Republic of Lebanon* (2012), ICSID Case No. ARB/07/12, Award, đoạn 245.

(39). *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile*, tldđ, đoạn 168 - 178, 242 - 246.

(36). *International Thunderbird Gaming Corporation v the United Mexican States* (2006), tldđ, đoạn 145 - 156.

kỳ vọng đó phải là một yếu tố thúc đẩy nhà đầu tư ra quyết định đầu tư. Trong vụ *Waste Management, Inc. v. United Mexican States*, khi áp dụng tiêu chuẩn đối xử công bằng và thỏa đáng, trọng tài cho rằng cần phải xem xét liệu các tuyên bố trước đó của bị đơn có phải là một yếu tố mà dựa vào đó nguyên đơn đã ra quyết định đầu tư hay không.⁽⁴⁰⁾

Tương tự, trong vụ *Thunderbird*, một trong các nguyên nhân thất bại của nguyên đơn là do không thuyết phục được trọng tài về việc nguyên đơn đã quyết định đầu tư dựa trên kỳ vọng tạo ra từ thư trả lời của SEGOB. Trọng tài cho rằng: “*Không thể chối cãi rằng Thunderbird khi lựa chọn đầu tư vào các hoạt động giải trí tại Mexico đã biết rằng hoạt động cá cược bị cấm theo luật Mexico. Thunderbird cũng biết rằng một công ti vận hành các máy trò chơi tương tự (Guardia) đã gặp phải sự phản đối của SEGOB. Vì vậy, Thunderbird phải nhận biết được nguy cơ bị đóng cửa của các cơ sở vui chơi [...]*”.⁽⁴¹⁾

Ngoài ra, trọng tài cũng nhận thấy rằng, *Thunderbird* đã thực hiện một số công việc để lắp đặt và vận hành các máy trò chơi từ trước khi có thư trả lời của SEGOB vào ngày 15/8/2000. Cụ thể, trước đó, Công ti EDM đã được thành lập và Hợp đồng chia sẻ doanh thu đã được ký kết. Công ti EDM cũng

đã thực hiện một số hoạt động kinh doanh như mở tài khoản ngân hàng, xin giấy phép sử dụng đất, ký hợp đồng thuê địa điểm đặt máy trò chơi, nhập khẩu các máy trò chơi, nộp hồ sơ xin thành lập địa điểm kinh doanh tại một số thành phố ở Mexico để vận hành các máy trò chơi. Chính vì vậy, trọng tài không đồng ý với lập luận rằng nguyên đơn đã dựa vào thư trả lời của SEGOB để ra quyết định đầu tư.⁽⁴²⁾

Như vậy, thực tiễn giải quyết tranh chấp đầu tư cho thấy, để đánh giá một kỳ vọng có phải là chính đáng và được bảo vệ hay không, hội đồng trọng tài thường xem xét ba điều kiện. Thứ nhất, phải có hành vi của chính phủ tạo ra kỳ vọng cho nhà đầu tư. Hành vi của chính phủ có thể dưới dạng các cam kết trong hợp đồng, một hành vi hoặc tuyên bố đơn phương hoặc một sự cam kết về ổn định pháp luật nói chung. Thứ hai, kỳ vọng của nhà đầu tư phải đảm bảo sự hợp lý và hợp pháp. Tính hợp lý không chỉ được đánh giá dựa trên các điều kiện, hoàn cảnh của nước tiếp nhận đầu tư mà chính nhà đầu tư cũng phải có nghĩa vụ hành xử một cách cân trọng hợp lý. Thứ ba, kỳ vọng đã được tạo ra phải góp phần vào việc ra quyết định thực hiện đầu tư. Mặc dù việc xem xét kỳ vọng chính đáng của nhà đầu tư phải được đánh giá dựa trên vụ việc cụ thể, các tiêu chí nêu trên được đưa ra và giải thích bởi các hội đồng trọng tài đã góp phần quan trọng trong việc vận dụng và phát triển học thuyết về “kỳ

(40). *Waste Management, Inc. v United Mexican States* (2004), International Centre for the Settlement of Investment Dispute (Additional Facility), Award 30 April 2004, đoạn 98.

(41). *International Thunderbird Gaming Corporation v. the United Mexican States*, *itld*, đoạn 164.

(42). *International Thunderbird Gaming Corporation v. the United Mexican States*, *itld*, đoạn 167.

vọng chính đáng của nhà đầu tư” trong pháp luật đầu tư quốc tế. Những diễn giải của các hội đồng trọng tài cũng giúp các quốc gia hiểu rõ hơn các điều khoản chung chung trong IIA và có cách thức đối xử với nhà đầu tư phù hợp.

3. Nghĩa vụ tôn trọng kì vọng chính đáng của nhà đầu tư: thách thức đối với Việt Nam và một số lưu ý

Trong số các IIA mà Việt Nam đã hoặc dự định kí kết, chỉ một số IIA gần đây có quy định minh thị về kì vọng chính đáng của nhà đầu tư. Ví dụ, trong văn bản Hiệp định thương mại tự do Việt Nam - EU (EVFTA),⁽⁴³⁾ điều khoản về FET (Điều 14) quy định:

“6. Khi áp dụng các điều khoản đối xử công bằng và thoả đáng nêu trên, hội đồng tài phán sẽ xét xem liệu một bên kí kết có đưa ra các đảm bảo cụ thể nhằm thúc đẩy nhà đầu tư thực hiện đầu tư [...], qua đó tạo nên sự kì vọng chính đáng cho nhà đầu tư đó và trên cơ sở đề xuất đó mà nhà đầu tư đã quyết định là thực hiện hoặc duy trì dự án đầu tư của mình nhưng sau đó thì bên kí kết đã không thực hiện đúng theo các đảm bảo của mình”.⁽⁴⁴⁾

Các điều kiện để một kì vọng của nhà đầu tư được xem xét theo EVFTA có nhiều

điểm tương đồng với các phán quyết trọng tài trong các tranh chấp đã có. Tuy nhiên, khoản 6 Điều 14 chỉ quy định về việc hội đồng trọng tài sẽ xem xét kì vọng chính đáng của nhà đầu tư trong một khiêu kiện về FET nhưng chưa rõ mức độ và phạm vi xem xét như thế nào? Nói cách khác, trong trường hợp có hành vi của nhà nước không phù hợp với kì vọng chính đáng của nhà đầu tư theo khoản 6 Điều 14, trọng tài có thể kết luận ngay là đã có hành vi vi phạm Điều 14 hay đó chỉ là một yếu tố để trọng tài xem xét và cần thêm các yếu tố khác mới cấu thành vi phạm? Theo quan điểm của tác giả, cách hiểu thứ hai có phần hợp lí hơn. Cách hiểu này về mặt logic phù hợp với quy định tại khoản 2 Điều 14 trong đó liệt kê các hành vi được xem là vi phạm FET, bao gồm:

- Hành vi từ chối công lí trong tố tụng;
- Hành vi vi phạm nghiêm trọng nguyên tắc đảm bảo trình tự thủ tục pháp lí trong pháp luật tố tụng và hành chính;
- Hành vi đối xử không công bằng một cách rõ ràng; hành vi phân biệt đối xử theo giới tính, sắc tộc, tín ngưỡng;
- Hành vi có tính chất xúc phạm; và
- Các hành vi khác do các bên kí kết đặt ra.

Nếu đọc khoản 6 trong mối liên hệ với các khoản khác trong cùng Điều 14 thì cách diễn giải hợp lí là: hành vi phá vỡ kì vọng chính đáng của nhà đầu tư chưa đủ để tạo thành một vi phạm FET mà cần có thêm một hoặc một số yếu tố khác, ví dụ hành vi đó là không công bằng, phân biệt đối xử hoặc có tính chất cưỡng ép... Nếu hiểu theo cách này,

(43). Việt Nam và EU đã hoàn tất đàm phán nội dung EVFTA, tuy nhiên hai bên chưa kí kết EVFTA. Văn bản được sử dụng trong tài liệu này là văn bản EVFTA được công bố ngày 01/02/2016 sau khi các bên đã tuyên bố chính thức kết thúc đàm phán, xem tại: <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1437>, truy cập ngày 03/02/2018.

(44). Khoản 6 Điều 14 Chương 2 Phần 8 - Thương mại điện tử, đầu tư và thương mại điện tử, EVFTA.

EVFTA đã giới hạn đáng kể phạm vi áp dụng của học thuyết về kì vọng chính đáng.

Bên cạnh EVFTA, Hiệp định đối tác xuyên Thái Bình Dương (TPP) đưa ra một cách tiếp cận khác đối với kì vọng chính đáng của nhà đầu tư. Theo Điều 9.6 về tiêu chuẩn đối xử tối thiểu trong TPP, trường hợp một bên đơn thuần có hành động (hoặc không hành động) trái với kì vọng của nhà đầu tư thì không bị coi là vi phạm Điều này, kể cả khi việc đó gây thiệt hại, tổn thất cho một dự án đầu tư được bảo hộ.⁽⁴⁵⁾ Quy định này được đưa ra nhằm hạn chế các khiếu kiện liên quan tới hành vi trái với kì vọng chính đáng của nhà đầu tư nhưng trọng tài sẽ diễn giải quy định này như thế nào còn là vấn đề bỏ ngỏ.

Ngoài ra, ngay cả khi IIA không có quy định minh thị về bảo vệ kì vọng chính đáng của nhà đầu tư thì Việt Nam cũng khó có thể “bỏ qua” nghĩa vụ này. Như đã phân tích trong phần 1, sự thiếu vắng quy định tường minh trong IIA không loại bỏ khả năng Chính phủ có thể bị khởi kiện do các hành vi phá vỡ kì vọng của nhà đầu tư. Thực tế, chính những quy định tương như chỉ mang tính chất tuyên bố trong IIA lại dẫn tới không ít tranh chấp và để lại nhiều bài học đắt giá cho các quốc gia trong giai đoạn đầu của quá trình thu hút đầu tư nước ngoài như Việt Nam. Thực tiễn giải quyết tranh chấp cho thấy các hành vi của nhà nước có thể tạo ra kì vọng cho nhà đầu tư có phạm vi rộng

và khá đa dạng. Nếu căn cứ vào các hành vi này thì rủi ro Nhà nước Việt Nam có thể bị nhà đầu tư khởi kiện do vi phạm kì vọng chính đáng của nhà đầu tư xuất phát chủ yếu từ các nguyên nhân sau đây:

Một là vi phạm kì vọng của nhà đầu tư phát sinh từ các hợp đồng đầu tư. Theo xu hướng hiện nay, việc hợp tác giữa nhà đầu tư và Chính phủ trong các dự án đầu tư ngày càng tăng, đặc biệt là trong lĩnh vực mua sắm chính phủ và cung cấp dịch vụ công. Để giải quyết vấn đề thiếu hụt vốn, Chính phủ Việt Nam cũng ngày càng quan tâm nhiều hơn đến việc thu hút vốn nước ngoài trong lĩnh vực đối tác công tư (PPP),⁽⁴⁶⁾ do đó số lượng các hợp đồng đầu tư giữa nhà đầu tư nước ngoài và cơ quan nhà nước dự kiến sẽ ngày càng tăng. Trong quan hệ hợp đồng, thông thường tranh chấp giữa các bên sẽ được giải quyết theo quy định của hợp đồng. Tuy nhiên, trong một số trường hợp, hội đồng cho rằng hợp đồng đầu tư giữa cơ quan nhà nước và nhà đầu tư có thể tạo ra kì vọng cho nhà đầu tư về khả năng được chấp thuận của dự án và do đó, quyết định từ chối cấp phép cho dự án của một cơ quan có thẩm quyền khác có thể gây phá vỡ kì vọng của nhà đầu tư. Trong trường hợp này, không nhất thiết có hành vi vi phạm hợp đồng nhưng nhà đầu tư có thể khiếu kiện theo cơ chế giải quyết tranh chấp của IIA.

(45). Điều 9.6 Hiệp định TPP, xem tại: <https://ustr.gov/sites/default/files/TPP-Final-Text-Investment.pdf>, truy cập ngày 03/02/2018.

(46). Nhân Hà, *Việt Nam đang thiếu hụt nguồn vốn đầu tư nước ngoài cho PPP*, <http://tapchitaichinh.vn/kinh-te-vi-mo/kinh-te-dau-tu/viet-nam-dang-thieu-hut-nguon-von-dau-tu-nuoc-ngoai-cho-ppp-127429.html>, truy cập ngày 8/2/2018.

Hai là rủi ro cũng xuất phát từ sự không thống nhất trong việc hướng dẫn và thực thi pháp luật đầu tư giữa chính quyền trung ương và chính quyền ở địa phương. Theo trọng tài trong vụ MTD, nhà đầu tư có quyền kì vọng vào sự nhất quán trong hành vi của nhà nước, dù đó là hành vi của cơ quan nhà nước ở các cấp khác nhau và có chức năng khác nhau.⁽⁴⁷⁾ Tại Việt Nam, sự chồng chéo về chức năng, nhiệm vụ của các cơ quan nhà nước là vấn đề lớn gây khó khăn cho doanh nghiệp. Liên quan tới chính sách ưu đãi, hỗ trợ đầu tư, bên cạnh các quy định chung của Luật đầu tư, mỗi tỉnh lại đưa ra các biện pháp ưu đãi và hỗ trợ đầu tư khác nhau để thu hút dự án đầu tư vào địa bàn tỉnh đó. Các cam kết, đảm bảo của cơ quan cấp tỉnh hay những lời mời, kêu gọi của các quan chức địa phương, trong một số trường hợp nhất định, có thể tạo ra kì vọng chính đáng cho nhà đầu tư và sau đó ràng buộc trách nhiệm của Nhà nước. Do đó, nếu các cơ quan địa phương không nắm được những tiêu chuẩn đối xử mà Nhà nước phải tôn trọng đối với nhà đầu tư nước ngoài thì khả năng phát sinh tranh chấp là rất cao. Thực tiễn cho thấy không ít tranh chấp Nhà nước Việt Nam gặp phải xuất phát từ mâu thuẫn giữa nhà đầu tư với chính quyền địa phương, ví dụ như vụ tranh chấp với nhà đầu tư McKenzie (Hoa Kỳ) xuất phát từ các mâu thuẫn với Ủy ban nhân dân tỉnh Bình Thuận trong việc cấp phép và giao quyền sử dụng đất.⁽⁴⁸⁾

(47). *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile*(2004), tldđ, đoạn 165, 166.

(48). H. Giang, *Trọng tài quốc tế bác bỏ toàn bộ yêu*

Ba là sự chồng chéo giữa các văn bản pháp luật và sự thay đổi thiếu nhất quán trong chính sách và pháp luật đầu tư. Quá trình thay đổi chính sách và pháp luật đầu tư trong khoảng 30 năm vừa qua tại Việt Nam cho thấy không ít những khiếm khuyết, trong đó có tình trạng thiếu nhất quán và thiếu minh bạch trong sự thay đổi chính sách, gây tâm lí bất ổn cho nhà đầu tư. Ví dụ như chủ trương cấm xuất khẩu gỗ tròn và gỗ xẻ vào cuối những năm 1990 dẫn tới hệ lụy là nhiều doanh nghiệp FDI bị phá sản.⁽⁴⁹⁾ Ngoài ra, dù các quy định pháp luật về đầu tư, kinh doanh đã có nhiều cải cách nhưng tình trạng chồng chéo quy định giữa các văn bản luật, thậm chí là việc văn bản dưới luật quy định mâu thuẫn với luật vẫn xảy ra. Trong những trường hợp này, nhà đầu tư có thể lập luận rằng, việc thay đổi hoặc ban hành mới các quy định pháp luật một cách thiếu nhất quán sẽ phá vỡ kì vọng chính đáng mà nhà đầu tư đã dựa vào khi ra quyết định đầu tư.

Trước những vấn đề thách thức nêu trên, để có thể hạn chế các rủi ro do các khiếu kiện của nhà đầu tư nước ngoài liên quan tới kì vọng chính đáng của nhà đầu tư, đồng thời hoàn thiện pháp luật đầu tư của Việt Nam

cầu khởi kiện Chính phủ Việt Nam, <http://moj.gov.vn/qr/tintuc/Pages/thong-tin-khac.aspx?ItemID=2058>, truy cập ngày 10/2/2018.

(49). Nguyễn Mai, *Quá trình thay đổi chính sách và luật pháp đầu tư trực tiếp nước ngoài*, Kì yếu Hội thảo: *Thách thức của việc thay đổi chính sách đối với nhà đầu tư nước ngoài tại Việt Nam*, Phòng thương mại và công nghiệp Việt Nam (VCCI) phối hợp với Cục đầu tư nước ngoài và Hiệp hội thương mại Hoa Kỳ tại Việt Nam tổ chức, Hà Nội, ngày 07/12/2017, tr. 2.

phù hợp với các tiêu chuẩn quốc tế, một số đề xuất sau nên được xem xét:

Trước hết, Việt Nam cần nghiên cứu quy định về kì vọng chính đáng của nhà đầu tư trong pháp luật đầu tư quốc tế, bao gồm các quy định trong IIA mà chúng ta đã hoặc dự định kí kết và các án lệ đầu tư quốc tế có liên quan. Nhờ đó, các cơ quan nhà nước có thể hiểu rõ nội dung và phạm vi áp dụng của nghĩa vụ này để tuân thủ và phòng ngừa rủi ro phát sinh tranh chấp. Ngoài ra, Nhà nước có thể bảo vệ quyền và lợi ích của mình trong các vụ tranh chấp với nhà đầu tư. Thực tiễn cho thấy, lập luận về kì vọng chính đáng xuất hiện trong hầu hết các tranh chấp FET và là một trong các cơ sở khởi kiện phổ biến trong ISDS. Chính vì thế, việc nghiên cứu các học thuyết về đầu tư nói chung và học thuyết về kì vọng chính đáng của nhà đầu tư nói riêng sẽ giúp Việt Nam chủ động hơn trong các vụ tranh chấp.

Thứ hai, trong quá trình đàm phán IIA, Chính phủ Việt Nam cũng nên nghiên cứu để bổ sung làm rõ hơn các điều khoản chung chung như FET. Tương tự cách tiếp cận trong các IIA thế hệ mới như trong EVFTA hoặc TPP, các bên kí kết nên giới hạn phạm vi áp dụng của học thuyết kì vọng chính đáng của nhà đầu tư thông qua các quy định ngoại lệ hoặc làm rõ khi nào thì kì vọng của nhà đầu tư có thể được bảo vệ, các yếu tố nào nguyên đơn phải chứng minh để kì vọng của nguyên đơn có thể được bảo vệ.

Thứ ba, các cơ quan nhà nước nên thường xuyên có sự trao đổi và tham vấn với các nhà đầu tư, thông qua đó đảm bảo thông tin công

khai, minh bạch, rõ ràng. Ngoài ra, để tránh tạo ra kì vọng cho nhà đầu tư, cơ quan nhà nước và các quan chức Chính phủ cần hết sức thận trọng trong các tuyên bố về chính sách thu hút và ưu đãi đầu tư, tránh đưa ra những tuyên bố “khó khả thi” hoặc các cam kết cụ thể, riêng biệt.

Thứ tư, quá trình ban hành và thay đổi quy định pháp luật cần đảm bảo sự nhất quán, ổn định và khả năng dự đoán trước. Đầu tiên phải khẳng định rằng, nghĩa vụ tôn trọng kì vọng chính đáng của nhà đầu tư không làm nhà nước tiếp nhận đầu tư mất đi quyền thay đổi pháp luật quốc gia. Khi đã thực hiện hoạt động đầu tư ra nước ngoài, nhà đầu tư phải chấp nhận sự điều chỉnh của pháp luật quốc gia tiếp nhận đầu tư và không thể kì vọng các quy định pháp luật tại thời điểm đầu tư sẽ duy trì không đổi trong toàn bộ thời gian của dự án. Tuy nhiên, vì môi trường lập pháp là một trong những yếu tố quan trọng có ảnh hưởng lớn tới các quyết định đầu tư nên những thay đổi chính sách, luật pháp cần có độ trễ nhất định về thời gian thi hành để doanh nghiệp có thể chủ động điều chỉnh chiến lược kinh doanh. Ngoài ra, hệ thống văn bản quy phạm pháp luật từ các văn bản luật và văn bản dưới luật như nghị định hay thông tư nên đồng bộ, nhất quán và cho phép một thời gian đủ dài tới khi có hiệu lực thi hành để doanh nghiệp tiếp cận đầy đủ thông tin và chuẩn bị các điều kiện cần thiết.⁽⁵⁰⁾

Tóm lại, kì vọng chính đáng của nhà đầu tư là khái niệm đã ra đời từ lâu nhưng cũng

(50). Nguyễn Mai, tldđ, tr. 6.

gây không ít tranh cãi trong pháp luật đầu tư quốc tế. Một số quan điểm cho rằng, rủi ro mà nhà nước gặp phải liên quan các hành vi trái với vọng chính đáng của nhà đầu tư chỉ phát sinh khi có tranh chấp với nhà đầu tư. Đúng là vấn đề về kì vọng chính đáng của nhà đầu tư chủ yếu được nêu lên trong các khiếu kiện của nhà đầu tư chống lại nhà nước tiếp nhận đầu tư. Tuy nhiên, nếu chỉ nhìn nhận ở góc độ này thì sẽ thấy quy định về kì vọng chính đáng của nhà đầu tư là một gánh nặng đối với các quốc gia và thậm chí là một “vũ khí” được tạo ra để bảo vệ nhà đầu tư trước các hành vi của nhà nước. Cách nhìn nhận có phần phiến diện này đã bỏ qua một thực tế là học thuyết về kì vọng chính đáng không phải là một “phát kiến” của pháp luật đầu tư quốc tế hay của các trọng tài đầu tư, mà đó là một nguyên tắc được thừa nhận từ lâu trong pháp luật quốc gia. Các quy định pháp luật về tôn trọng kì vọng chính đáng của các chủ thể tư, đặc biệt là các chủ thể kinh doanh, không chỉ bảo vệ họ trước nguy cơ bị đối xử bất công bởi cơ quan nhà nước mà còn tạo ra một cơ chế để kiểm soát cơ quan ban hành và thực thi pháp luật. Từ đó, các quy định này góp phần tích cực nâng cao năng lực quản lí và tuân thủ pháp luật của chính bộ máy nhà nước, đồng thời ngăn chặn tình trạng độc đoán và lạm dụng quyền lực của các cơ quan công quyền. Việc hiểu đúng nội hàm của khái niệm này không chỉ giúp Chính phủ Việt Nam thực hiện đúng nghĩa vụ trong các IIA, phòng tránh và ngăn ngừa rủi ro trong tranh chấp đầu tư quốc tế mà còn tạo ra động lực cho quá trình cải cách hành

chính và nâng cao tính cạnh tranh của môi trường đầu tư quốc gia./.

TÀI LIỆU THAM KHẢO

1. Elizabeth Snodgrass, “Protecting Investors’ Legitimate Expectations - Recognizing and Delimiting a General Principle”, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 21(1), 2016.
2. Nguyễn Mai, *Quá trình thay đổi chính sách và luật pháp đầu tư trực tiếp nước ngoài*, Kì yếu Hội thảo: Thách thức của việc thay đổi chính sách đối với nhà đầu tư nước ngoài tại Việt Nam, Phòng thương mại và công nghiệp Việt Nam (VCCI) phối hợp với Cục đầu tư nước ngoài và Hiệp hội thương mại Hoa Kỳ tại Việt Nam tổ chức, Hà Nội, ngày 07/12/2017.
3. Nikhil Teggi, “Legitimate Expectations in Investment Arbitration: At The End of Its Lifecycle”, *Indian Journal of Arbitration Law*, 5(1)/2016).
4. Michele Potestà, “Legitimate Expectations in Investment Treaty Law: Understanding the Roots and the Limits of a Controversial Concept”, *ICSID Review*, 28(1), 2013.
5. Patrick Dumberry, “The Protection of Investors’ Legitimate Expectations and the Fair and Equitable Treatment Standard under NAFTA Article 1105”, *Journal of International Arbitration*, 1/2014.
6. Zeinab Asquari, “Investor’s Legitimate Expectations and the Interests of the Host State in Foreign Investment”, *Asian Economic and Financial Review*, 4(12)/2014, 1906 - 1918, 1906.