

HIỆN TƯỢNG **TREATY SHOPPING**: THÁCH THỨC CHO CÁC QUỐC GIA TIẾP NHẬN ĐẦU TƯ

NGUYỄN THỊ KHÁNH*

Hiện tượng treaty shopping dù đã xuất hiện từ khá lâu, đã được nhiều luật gia trên thế giới nghiên cứu nhưng lại ít được quan tâm ở Việt Nam. Bài viết cung cấp bức tranh tổng quan về hiện tượng này với việc xây dựng định nghĩa, đưa ra các đặc điểm để nhận dạng hành vi treaty shopping và đánh giá những tác động của nó tới quốc gia tiếp nhận đầu tư. Từ đó, cảnh tỉnh các quốc gia cần có sự quan tâm đúng mực tới hiện tượng này để có tìm những biện pháp phù hợp nhằm phòng ngừa và đối phó với hành vi treaty shopping.

Từ khóa: Treaty shopping, đầu tư quốc tế.

Ngày nhận bài: 19/8/2021; Biên tập xong: 19/8/2021; Duyệt đăng: 19/8/2021

Although treaty shopping has appeared and been studied by many international jurists for a long time, it has received little attention in Vietnam. The article generalizes this phenomenon by building definition, giving characteristics to identify treaty shopping behavior and assessing its impacts on the invested countries, then warn them to pay due attention to this phenomenon to find appropriate measures to prevent and deal with it.

Keywords: Treaty shopping, international investment.

1. Đặt vấn đề

Hiện tượng treaty shopping mặc dù đã xuất hiện khá lâu trên trường quốc tế nhưng vẫn đang là một vấn đề gây nhiều tranh cãi trong giới học thuật. Bởi lẽ, treaty shopping không bị cấm trong các hiệp định đầu tư quốc tế¹ (International Investment Agreement, sau đây viết tắt là “IIA”) và đem lại lợi ích cho các nhà đầu tư (NĐT). Thông qua treaty shopping, các NĐT, đặc biệt các NĐT là các công ty đa quốc gia, có thể được hưởng ưu đãi từ các IIA giữa các quốc gia mà mình không có quốc tịch; hoặc được hưởng IIA ưu đãi hơn IIA giữa các quốc gia mà mình

có quốc tịch; hoặc trực tiếp khỏi kiện nước tiếp nhận đầu tư khi phát sinh tranh chấp. Tuy nhiên, ở chiều hướng ngược lại, treaty shopping tác động tiêu cực tới các quốc gia tiếp nhận đầu tư, đặc biệt là khi các NĐT lạm dụng treaty shopping trong giải quyết tranh chấp giữa NĐT và quốc gia tiếp nhận đầu tư. Dù được nhiều luật gia trên thế giới nghiên cứu nhưng dường như hiện tượng này chưa có được nhiều sự quan tâm tại Việt Nam. Bởi vậy, trong bài viết này, tác giả sẽ trả lời câu hỏi hiện tượng treaty shopping là gì, nó tác động tới các quốc gia tiếp nhận đầu tư, trong đó có Việt Nam, như thế nào?

2. Khái niệm treaty shopping

2.1. Định nghĩa Treaty shopping

Cho tới thời điểm hiện tại, chưa có bất kỳ một định nghĩa chính thức nào về “treaty shopping” được đưa ra trong luật đầu tư quốc tế, và về nguyên tắc, hiện tượng này cũng không bị cấm theo luật đầu tư quốc tế vì mục đích chính xác của IIA là để khuyến khích đầu tư. Trong khi đó, về mặt ngữ nghĩa, ngoài “treaty shopping”, có nhiều thuật ngữ trong tiếng Anh khác nhau được sử dụng để biểu thị hiện tượng này, như “nationality planning”² (lựa chọn quốc tịch),

¹ Hiệp định đầu tư quốc tế ở đây bao gồm cả các Hiệp định đầu tư song phương, đa phương và các chương đầu tư trong các Hiệp định thương mại tự do.

² Julien Chaisse (2015), *The Treaty Shopping Practice: Corporate Structuring and Restructuring to Gain Access to Investment Treaties and Arbitration*, 11 Hastings Bus. L.J. 225, tr. 225-306, https://repository.uchastings.edu/hastings_business_law_journal/vol11/iss2/1, truy cập ngày 07/07/2021.

³ Rudolf Dolzer and Christoph Schreuer (2012), *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, 2nd edn, tr. 52.

⁴ Johanna Puukka (2018), *Treaty shopping in international investment law: Setting limits on corporate restructuring to gain access to investment protection*, University of Helsinki – master’s thesis, tr. 17.

* Thạc sĩ, Giảng viên khoa Pháp luật quốc tế - Trường Đại học Kiểm sát Hà Nội

“corporate restructuring”⁴ (tái cơ cấu công ty), hay “treaty abuse”⁵ (lạm dụng hiệp ước). Các thuật ngữ này được sử dụng với hàm ý tích cực hoặc tiêu cực, tùy thuộc vào người sử dụng⁶. Tuy nhiên, riêng thuật ngữ “treaty shopping” thường được sử dụng với nghĩa tiêu cực nhiều hơn là nghĩa tích cực, xuất phát từ thực tiễn áp dụng luật thuế quốc tế⁷.

Cho dù là sử dụng thuật ngữ nào thì về mặt bản chất, các NĐT đều phải cố gắng có được quốc tịch của quốc gia nào đó để được một IIA bảo hộ bởi quốc tịch được coi là điều kiện để quyết định một NĐT có được IIA bảo hộ hay không⁸. Để xác lập quốc tịch ở những quốc gia có IIA bảo hộ mà NĐT đang nhắm tới, NĐT có thể thực hiện nhiều giao dịch pháp lý khác nhau nhằm tạo ra đa quốc tịch hoặc quốc tịch kép, thông qua cơ cấu hoặc tái cơ cấu công ty và/hoặc viện dẫn một khoản đầu tư hợp lệ...⁹

⁵ George Kahale III, *The new Dutch sandwich: The issue of treaty abuse*, Columbia FDI Perspectives, No 48 (10/10/2011), http://ccsi.columbia.edu/files/2014/01/FDI_48.pdf, truy cập ngày 08/09/2021.

⁶ Thông thường, thuật ngữ ‘treaty planning’ hay ‘nationality planning’ được sử dụng với hàm ý là hành vi có thể chấp nhận được, ‘treaty abuse’ là hành vi không thể chấp nhận được. Xem thêm Jorun Baumgartner (2016), *Treaty shopping in International investment law*, Oxford University Press, United Kingdom, tr. 7.

⁷ Các công ty mẹ thành lập các công ty con ở các quốc gia hoặc vùng lãnh thổ được coi là ‘thiên đường thuế’ (‘tax haven’) với mục đích duy nhất là lợi dụng các hiệp định thuế quốc tế để tránh bị đánh thuế hoặc để được hưởng mức thuế có lợi hơn. Xem thêm Johanna Puukka (2018), tr. 17.

⁸ Đào Kim Anh, Trịnh Quang Hưng (2017), *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*, Tạp chí Kinh tế đối ngoại, số 92 (03/2017), tr. 57-72.

⁹ Jorun Baumgartner (2016), *ltd*, tr. 12.

¹⁰ Về nguyên tắc, chỉ các NĐT đầu tư nước ngoài mới được quyền trực tiếp khởi kiện quốc gia tiếp nhận đầu tư. NĐT trong nước không có được quyền này. Xem thêm Nikiema Suzy H. (2012), *Best practices: Definition of investor*, International Institution for Sustainable Development, tr. 4, https://www.iisd.org/system/files/publications/best_practices_definition_of_investor.pdf truy cập ngày 11/07/2021.

Bên cạnh đó, có thể nói một cách ngắn gọn, động cơ của treaty shopping là tối đa hóa sự bảo hộ pháp lý của các IIA đang có hiệu lực. Treaty shopping hướng tới mục đích tiếp cận với các IIA mà đáng ra NĐT không được bảo hộ hoặc lựa chọn một IIA với những quy định về bảo hộ đầu tư có lợi hơn. Thậm chí, NĐT trong nước có thể sử dụng treaty shopping để có thể trực tiếp khởi kiện quốc gia của mình ra trước trọng tài đầu tư quốc tế.¹⁰

Từ những phân tích trên, có thể hiểu *treaty shopping* là hành vi lựa chọn quốc tịch của các nhà đầu tư (thông qua các giao dịch pháp lý khác nhau) nhằm tối đa hóa sự bảo hộ đầu tư của các IIA với khả năng khởi kiện trực tiếp quốc gia tiếp nhận đầu tư trước trọng tài quốc tế.

2.2. Đặc điểm của treaty shopping

2.2.1. Chủ thể thực hiện treaty shopping

Chủ thể thực hiện treaty shopping là NĐT (investor) được định nghĩa trong các IIA. NĐT có thể là thể nhân hoặc pháp nhân. Tuy nhiên, thực tiễn cho thấy, treaty shopping chủ yếu được thực hiện bởi pháp nhân, dù rằng không loại trừ trường hợp thể nhân cũng thay đổi quốc tịch hoặc xác lập quốc tịch kép (hoặc đa quốc tịch) để có được sự bảo hộ của các hiệp định đầu tư khác nhau. Bởi lẽ, thể nhân thường khó có đa quốc tịch do sự hạn chế của luật quốc tế và nhiều quốc gia áp dụng nguyên tắc một quốc tịch. Do đó, thể nhân thường khó tiến hành treaty shopping. Tuy nhiên, hạn chế này chỉ là tương đối, bởi thực tế là các thể nhân với tư cách là NĐT thường tiến hành đầu tư thông qua các pháp nhân (công ty trung gian); trong đó, NĐT là người kiểm soát khoản đầu tư hạ nguồn.

Để thực hiện treaty shopping, thể nhân hoặc pháp nhân phải đáp ứng đủ các tiêu chí để trở thành NĐT theo quy định của các IIA. Có thể nói, quốc tịch chính là chìa khóa của cả thể nhân và pháp nhân để thâm nhập được vào một IIA hướng tới sự bảo hộ đầu tư¹¹ bởi hầu hết các hiệp định đầu tư sử dụng quốc

¹¹ M. Skinner, C.A. Miles, S. Luttrell (2010), *Access and advantage in investor-state arbitration: The law and practice of treaty shopping*, Journal of World energy law & business, vol3. No.3, Oxford University Press, tr. 270.

tịch là cơ sở để xác định NĐT¹². Tuy nhiên, các IIA thường đưa ra định nghĩa NĐT khá rộng, đặc biệt quốc tịch của NĐT pháp nhân được xác định bằng các tiêu chí khác nhau, như nơi thành lập, trụ sở, hay nơi kiểm soát...¹³ Điều này tạo điều kiện cho các NĐT có được quốc tịch cần thiết, từ đó thực hiện hành vi treaty shopping một cách dễ dàng.

2.2.2. Đối tượng của treaty shopping

Đối tượng của treaty shopping là khoản đầu tư (investment) – tài sản được IIA bảo vệ¹⁴. Tương tự như NĐT, khoản đầu tư muốn được bảo hộ cũng phải được định nghĩa trong IIA. Việc xác định khoản đầu tư nào được IIA bảo hộ cũng phức tạp bởi có nhiều cách định nghĩa khoản đầu tư khác nhau được đưa ra trong các IIA khác nhau.

Nếu như khi xác định NĐT được bảo hộ, các IIA thường dựa trên cơ sở là quốc tịch thì phần lớn các hiệp định đầu tư dựa trên tài sản để định nghĩa đầu tư¹⁵. Tuy nhiên, các loại tài sản tồn tại dưới nhiều hình thức khác nhau và ngày càng gia tăng theo thời gian, khiến cho “đầu tư” trở thành một thuật ngữ mở và mơ hồ. Bên cạnh đó, một số IIA định nghĩa đầu tư rất rộng, cho phép bảo hộ đối với cả những khoản đầu tư trực tiếp và đầu tư gián tiếp. Trong trường hợp NĐT là một tập đoàn với cấu trúc phức tạp, việc bảo hộ cả đầu tư trực tiếp và gián tiếp có thể dẫn tới nhiều chủ thể có quyền khởi kiện quốc gia tiếp nhận đầu tư (thông qua việc lập ra các

công ty danh nghĩa)¹⁶.

2.2.3. Mục đích của treaty shopping

Mục đích của treaty shopping là tối đa hóa sự bảo hộ pháp lý của các IIA đang có hiệu lực, cụ thể:

- NĐT tìm kiếm sự bảo hộ mà đáng ra không có được từ các hiệp định. Ví dụ, NĐT của quốc gia A (không có IIA với quốc gia B) có thể được bảo hộ bởi IIA giữa quốc gia B và C bằng cách xác lập quốc tịch tại quốc gia C thông qua cơ cấu khoản đầu tư;

- NĐT tìm cách hưởng lợi từ những nội dung bảo hộ riêng biệt có lợi hơn trong các hiệp định. Ví dụ, NĐT của quốc gia A (có IIA với quốc gia B) có thể cấu trúc khoản đầu tư để xác lập quốc tịch của quốc gia C để nhận được sự bảo hộ của IIA giữa quốc gia B và C vì IIA này có nhiều điều khoản có lợi hơn cho NĐT;

- NĐT tìm kiếm lợi ích từ quy định về thủ tục hoặc quy định khác trong các điều khoản về giải quyết tranh chấp của một hiệp định cụ thể. Thậm chí, NĐT trong nước có thể cơ cấu khoản đầu tư của mình để xác lập quốc tịch của quốc gia B đã kí IIA với quốc gia mình để có thể khởi kiện chính quốc gia của mình ra trọng tài quốc tế.

2.2.4. Cách thức thực hiện treaty shopping

Để thực hiện treaty shopping, các NĐT thường tìm cách tạo quốc tịch kép hoặc đa quốc tịch để được coi là NĐT được một IIA bảo hộ. Cơ cấu hoặc tái cơ cấu công ty là cách thức chính để công ty có đa quốc tịch và từ đó NĐT được bảo hộ bởi những hiệp định đầu tư có lợi hơn. Thực tế cho thấy, NĐT có thể có được quốc tịch mong muốn theo một trong hai cách cơ bản sau:

- NĐT thành lập một pháp nhân “danh nghĩa” tại quốc gia mà mình đang muốn có quốc tịch. Cách thức này được sử dụng rộng rãi trên thực tế bởi các NĐT và không hiếm gặp trên thực tế, thể hiện qua nhiều vụ việc điển hình, như *Tidewater v Venezuela*¹⁷

¹² UNCTAD (2011), *Scope and Definition*, UNCTAD Series on Issues in International Investments II, UNCTAD/DIAE/IA/2010/2, United Nations Publication, Switzerland, tr. 5.

¹³ Ví dụ Hiệp định đầu tư song phương giữa Hà Lan và Burundi sử dụng duy nhất một tiêu chí để xác định NĐT pháp nhân là nơi thành lập (Điều 1.b); Hiệp định đầu tư song phương giữa Bangladesh và Đức sử dụng dấu hiệu trụ sở để xác định NĐT được bảo hộ (Điều 8.4.a); Hiệp định đầu tư song phương giữa Burkina Faso và Chad quy định NĐT được bảo hộ là “pháp nhân được thành lập theo pháp luật của bất kỳ quốc gia nào, được kiểm soát, một cách trực tiếp hoặc gián tiếp, bởi công dân của một bên ký kết...” (Điều 1.2).

¹⁴ UNCTAD (2011), *tlđđ*, tr. 6.

¹⁵ UNCTAD (2011), *tlđđ*, tr.5.

¹⁶ UNCTAD (2011), *tlđđ*, tr.12-13.

¹⁷ *Tidewater Inc, Tidewater Investment SRL, Tidewater Caribe, CA, Twenty Grand Offshore, LLC, Point Marine, LLC, Twenty Grand Marine Service, LLC, Jackson Marine, LLC and Zapata Gulf Marine Operators, LLC v Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No ARB/10/5, Decision*

và *Lao Holdings NV v Lao Peoples Democratic Republic*¹⁸,... Khi áp dụng cách thức này, quốc gia “mục tiêu” mà NĐT lựa chọn để thành lập pháp nhân danh nghĩa 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 giới¹⁹;

- NĐT chuyển nhượng khoản đầu tư của mình cho một công ty đang hoạt động mà được coi là có quốc tịch theo quy định của IIA mà NĐT đang nhắm tới. Cách thức này còn được biết đến với tên gọi là “chuyển quyền khởi kiện” (“transfer of claims”)²⁰ hay “phương thức phoenix” (“phoenix option”)²¹. Dù với tên gọi nào, về cơ bản, cách thứ hai này được NĐT sử dụng khi đã phát sinh tranh chấp với quốc gia tiếp nhận đầu tư và NĐT cảm thấy rằng họ không nhận được sự bảo hộ pháp lý do quốc tịch của mình. Trên thực tế, NĐT chuyển quyền khởi kiện của mình cho một NĐT khác với cơ hội chiến thắng cao hơn trước quốc gia tiếp nhận đầu tư bởi sự bảo hộ của BIT chỉ dành cho NĐT có quốc tịch²².

Thực tế cho thấy, cách chuyển quyền khởi kiện được các NĐT áp dụng ít hơn so với cách đầu tiên²³ do cách thức này tiềm ẩn nhiều rủi ro hơn. Tuy nhiên, ngày càng có nhiều những vụ việc ISDS được khởi động bởi các NĐT theo cách thức này, ví dụ *Phoenix Action Ltd v Czech Republic*²⁴, *Philip Morris Asia Limited v the*

*Commonwealth of Australia*²⁵, hay *Mihaly v Sri Lanka*²⁶, hoặc *Loewen Group and Raymond Loewen v United States*²⁷. Thực tiễn này phát triển đến mức hình thành khái niệm “buôn bán quyền khởi kiện BIT” (“trafficking in BIT claims”).²⁸

2.2.5. Thời điểm thực hiện treaty shopping

Treaty shopping có thể được thực hiện vào thời điểm trước hoặc sau khi phát sinh tranh chấp giữa NĐT và quốc gia tiếp nhận đầu tư, bao gồm:

Treaty shopping tiền tranh chấp (pre-dispute treaty shopping) được thực hiện khi NĐT chưa xảy ra tranh chấp với quốc gia tiếp nhận đầu tư. NĐT cơ cấu khoản đầu tư của mình để được bảo hộ bởi một BIT có lợi hơn trong suốt quá trình đầu tư hoặc thậm chí trước khi bắt đầu tiến hành đầu tư ở quốc gia tiếp nhận đầu tư. Thực tiễn cho thấy, khi thực hiện treaty shopping tiền tranh chấp, NĐT sẽ chiếm ưu thế hơn nếu có tranh chấp với quốc gia tiếp nhận đầu tư, như trong vụ *Tidewater Investment and Tidewater Caribe v Venezuela*²⁹;

Treaty shopping hậu tranh chấp (post-dispute treaty shopping) được NĐT thực hiện sau khi tiến hành hoạt động đầu tư và khi tranh chấp đã phát sinh. Khi đó, NĐT cố gắng có được quốc tịch cần thiết để được bảo hộ bởi một BIT có điều khoản cho phép NĐT khởi kiện quốc gia tiếp nhận đầu tư trước trọng tài quốc tế

on Jurisdiction (8 February 2013) đoạn 184, http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C961/DC2972_En.pdf truy cập ngày 12/07/2021.

¹⁸ *Lao Holdings NV v The Lao People's Democratic Republic*, ICSID Case No ARB(AF)12/6, *Decision on Jurisdiction* (21 February 2014), <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3108.pdf>, truy cập ngày 12/07/2021.

¹⁹ Đào Kim Anh, Trịnh Quang Hưng (2017), tldđ, tr. 57-72.

²⁰ Jorun Baumgartner (2016), tldđ, tr. 14-15.

²¹ Xuất phát từ vụ kiện *Phoenix Action Ltd v Czech Republic*, xem thêm M. Skinner, C.A. Miles, S. Luttrell (2010), tr. 269.

²² Nikiema Suzy H. (2012), tldđ, tr.4.

²³ Jorun Baumgartner (2016), tldđ, tr. 14-15.

²⁴ *Phoenix Action Ltd v The Czech Republic*, ICSID Case No ARB/06/5, *Award* (15 April 2009), <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0668.pdf>, truy cập ngày 14/07/2021.

²⁵ *Philip Morris Asia Limited v the Commonwealth of Australia*, UNCITRAL, PCA case no. 2012-12, *Award on Jurisdiction and Admissibility* 17 December 2015, available at https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7303_0.pdf, truy cập ngày 13/07/2021.

²⁶ *Mihaly International Corporation v Democratic Socialist Republic of Sri Lanka*, ICSID Case No. ARB/00/2, *Award* (15 March 2002), <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0532.pdf>, truy cập ngày 13/07/2021.

²⁷ *Loewen Group Inc and Raymond Loewen v United States of America*, ICSID Case No. ARB(AF)/98/3, *Award* (26 June 2003), <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0470.pdf>, truy cập ngày 13/07/2021.

²⁸ M. Skinner, C.A. Miles, S. Luttrell (2010), tldđ, tr. 269.

²⁹ *Tidewater Investment SRL and Tidewater Caribe CA v Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No ARB/10/5, *Decision on Jurisdiction* (8 February 2013).

và/hoặc cho phép NĐT có cơ hội chiến thắng cao hơn trước quốc gia tiếp nhận đầu tư.

So với treaty shopping tiền tranh chấp, treaty shopping hậu tranh chấp dường như đem lại cơ hội được bảo hộ bởi IIA mong manh hơn cho các NĐT, như trong vụ *Phoenix Action Ltd v Czech Republic*³⁰.

3. Tác động của treaty shopping đối với quốc gia tiếp nhận đầu tư

Mặc dù không được coi là một hành vi vi phạm pháp luật quốc tế cũng như không bị cấm trong các IIA nhưng treaty shopping tác động tiêu cực đến quốc gia tiếp nhận đầu tư. Cụ thể:

Thứ nhất, phạm vi bảo hộ của IIA bị mở rộng theo hướng không dự đoán được trước và vượt quá sự đồng thuận (consent) của các quốc gia thành viên IIA do NĐT của quốc gia thứ ba không phải là thành viên IIA cũng có thể tiếp cận với những ưu đãi về đầu tư mà các quốc gia thành viên dành cho NĐT của mình³¹. Có thể nói, treaty shopping làm giảm đi tính chắc chắn của pháp luật (legal certainty) khi bản thân quốc gia ký kết IIA cũng không lường trước được một cách chính xác phạm vi cam kết của mình trong các điều ước đó³².

Thứ hai, nguyên tắc có đi có lại chỉ áp dụng giữa các bên liên quan bị phá vỡ khi mà quốc gia tiếp nhận đầu tư phải thực hiện cam kết bảo hộ đối với NĐT của một quốc gia thứ ba trong khi quốc gia đó không có bất kỳ nghĩa vụ nào theo IIA³³. Nói một cách khác, quốc gia thành viên IIA phải tiến hành bảo hộ đối với NĐT của quốc gia thứ ba, trong khi quốc gia thứ ba không có nghĩa vụ bảo hộ đối với NĐT của một trong các quốc gia thành viên IIA đó. Nguyên tắc có đi có lại còn bị ảnh hưởng trong trường hợp một vụ tranh chấp trong nước bị quốc tế hóa³⁴ khi NĐT trong nước cố tình co

cấu lại khoản đầu tư để được quyền khởi kiện trực tiếp Chính phủ của mình trước trọng tài quốc tế. Nguyên tắc có đi có lại trong trường hợp này được hiểu là quốc gia tiếp nhận đầu tư phải nhận được một lợi ích nào đó (chính là khoản đầu tư nước ngoài vào quốc gia mình) khi đánh đổi quyền miễn trừ tư pháp để bị xét xử trước trọng tài quốc tế. Trong khi đó, về mặt bản chất, khoản đầu tư này vốn là khoản đầu tư trong nước, tranh chấp xảy ra hoàn toàn là tranh chấp nội bộ, quốc gia tiếp nhận đầu tư không nhận lại được bất kỳ lợi ích nào cho sự đánh đổi của mình.

Thứ ba, treaty shopping làm gia tăng nguy cơ bị khởi kiện trước trọng tài đầu tư quốc tế của quốc gia tiếp nhận đầu tư. Bởi lẽ Chính phủ nước tiếp nhận đầu tư phải đối mặt với các khiếu kiện từ cả những NĐT mà ban đầu không có quyền khởi kiện theo IIA. Thậm chí, ngay cả các NĐT trong nước cũng có thể khởi kiện chính nhà nước mình như trong vụ *Tokios Tokelés v Ukraine*³⁵. Ngoài ra, các NĐT nước ngoài có thể viện dẫn nhiều IIA cho cùng một tranh chấp, do đó, quốc gia tiếp nhận đầu tư có thể phải đứng trước rất nhiều vụ kiện đối với cùng một khoản đầu tư và cùng một tranh chấp³⁶. Bất lợi này đã được chứng minh trên thực tế qua vụ *CME v Czech Republic* và *Lauder v Czech Republic*. Cộng hòa Séc đã phải đối mặt với hai vụ kiện do hai chủ thể khác nhau khởi xướng với cùng một tranh chấp³⁷. Như vậy, quốc gia tiếp nhận đầu tư có thể phải đối mặt với những vụ tranh chấp nằm ngoài dự

thesis – University of Amsterdam, tr. 35-36, <http://arno.uva.nl/document/621905> truy cập ngày 16/07/2021.

³⁵ *Tokios Tokelés v Ukraine, Case no. ARB/01/18*, award 26 Jul 2007, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0866.pdf>, truy cập ngày 21/07/2021.

³⁶ Ngô Quốc Chiến (2017), *Hiện tượng trục lợi các quy định về bảo hộ đầu tư thông qua kỹ thuật Treaty shopping*, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật số 10/2017, trang 43-55.

³⁷ N. Bernasconi-Osterwalder & L. Johnson (edited) (2011), *International investment law and sustainable development: Key cases from 2000-2010*, International Institute for Sustainable Development (IISD), tr. 33-41, https://www.iisd.org/system/files/publications/int_investment_law_and_sd_key_cases_2010.pdf, truy cập ngày 15/07/2021.

³⁰ *Phoenix Action Ltd v Czech Republic, ICSID Case No ARB/06/5, Award (15 April 2009)*.

³¹ Xem thêm Đào Kim Anh, Trịnh Quang Hưng (2017), *tlđđ*, tr. 57-72.

³² Nikiema Suzy H., (2012), *tlđđ*, tr.6.

³³ Utku Topcan (2014), *Abuse of the right to access ICSID arbitration*, ICSID review, no. 29/3, tr. 627-647.

³⁴ J. Primec, *Enemy of the state: is treaty shopping in contradiction with the rationale of investment law?*, Master

tính của IIA mà quốc gia đó kí kết.

Thứ tư, ngân sách của quốc gia tiếp nhận đầu tư đứng trước nguy cơ bị thâm hụt. Khi vướng vào các vụ kiện, dù thắng hay thua, quốc gia bị khởi kiện vẫn phải chịu gánh nặng chi phí nặng nề, nhất là khi quốc gia tiếp nhận đầu tư có nguy cơ phải đứng trước rất nhiều vụ kiện với cùng một khoản đầu tư và cùng một tranh chấp. Ngân sách quốc gia đứng trước nguy cơ bị thâm hụt bởi những khoản đền bù hoặc chi phí trọng tài và các khoản chi phí khác như phí cho cố vấn pháp lý, phí thuê chuyên gia, thậm chí phí sử dụng cơ sở vật chất của cơ quan trọng tài³⁸. Trung bình, các quốc gia bị thua kiện phải bồi thường cho NĐT khoảng 81,4 triệu USD³⁹, nhưng cũng có trường hợp lên tới 50 tỷ USD như trong vụ *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. Russian Federation*⁴⁰. Trong khi đó, khoản tiền này có thể được sử dụng cho mục tiêu phát triển bền vững mà Liên Hợp Quốc đưa ra⁴¹.

Thứ năm, treaty shopping có thể làm suy giảm sự điều tiết/quản lý của Chính phủ liên quan đến lĩnh vực đầu tư. Điều này thể hiện qua việc Chính phủ gặp khó khăn trong việc ban hành quy định liên quan đến sức khỏe cộng đồng, an sinh xã hội và bảo vệ môi trường vì có thể ảnh hưởng tới quyền của

NĐT nước ngoài và do đó làm tăng nguy cơ bị khởi kiện⁴². Bên cạnh đó, nắm bắt được nỗi lo sợ của các quốc gia trước nguy cơ bị kiện, các NĐT có thể tiến hành các cuộc thương lượng không chính thức với các chính phủ nhằm mục đích dàn xếp các khoản thanh toán hoặc giảm bớt các biện pháp quản lý (dự kiến)⁴³. Trong năm 1994 và 2001, Canada đã phải dừng việc ban hành quy định về hạn chế thuế lá vì nguy cơ bị ngành công nghiệp thuốc lá khởi kiện theo chương 11 NAFTA⁴⁴. Mặc dù tác động này của treaty shopping còn đang gây tranh cãi và rất khó để có thể chứng minh được nhưng đây cũng là một trong số những khả năng có thể xảy ra⁴⁵, nhất là khi đã có những ví dụ thực tế chứng minh.

Bên cạnh những tác động cơ bản nêu trên, treaty shopping có thể gây ra những tác động tiêu cực khác đối với quốc gia tiếp nhận đầu tư. Một số ý kiến cho rằng treaty shopping làm nảy sinh tình trạng “cạnh tranh” của các hiệp định đầu tư, có thể làm thay đổi định hướng đàm phán hiệp ước của các quốc gia⁴⁶. Khi đó, các quốc gia phải đàm phán những hiệp định có các quy định về thủ tục và nội dung hấp dẫn hơn với các NĐT nhằm thu hút đầu tư nước ngoài. Ngoài ra, treaty shopping tác động tiêu cực tới sân chơi bình đẳng giữa NĐT nước ngoài và NĐT trong nước, nhất là đối với các NĐT vừa và nhỏ⁴⁷. Bởi lẽ, các NĐT lớn là các công ty đa quốc gia có thể dễ dàng tái cấu trúc công ty để có được quốc tịch của một quốc gia nhất định,

³⁸ Xem Điều 59, 60(1), 61(2) ICSID Convention and Administrative and Financial Provisions. Xem thêm D. Rosert (2014), *The Stakes are high: A review of the financial costs of investment treaty arbitration*, International Institute for Sustainable Development (IISD).

³⁹ Hodgson, M. (2014), *Investment treaty arbitration: How much does it cost? How long does it take?*, <http://www.allenoverly.com/publications/en-gb/Pages/Investment-Treaty-Arbitration-How-much-does-it-cost-How-long-does-it-take.aspx> truy cập ngày 30/06/2021.

⁴⁰ *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. Russian Federation*, UNCITRAL (PCA Case No. AA 227); *Veteran Petroleum Limited (Cyprus) v. Russian Federation*, UNCITRAL (PCA Case No. AA 228); *Hulley Enterprises Ltd. (Cyprus) v. Russian Federation*, UNCITRAL (PCA Case No. AA 226). The Final Awards of 18 July 2014 xem tại http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1599. Các bên khởi kiện là Hulley Enterprises được hưởng 39,97 tỷ USD, Veteran Petroleum được 8,2 tỷ USD và Yukos Universal được 1,85 tỷ USD, tổng cộng là 50 tỷ USD.

⁴¹ Xem thêm Jorun Baumgartner (2016), *tlđđ*, tr. 59-60.

⁴² J. Primec, *tlđđ*, tr. 34.

⁴³ Gallagher, K.P., & Shrestha E. (2011), *Investment treaty arbitration and developing countries: A re-appraisal*, Global Development and Environmental Institute, Working Paper No. 11-01, Xem tại <http://ase.tufts.edu/gdae/Pubs/wp/11-01TreatyArbitrationReappraisal.pdf>, tr.5.

⁴⁴ Kyle Tienhaara (2011), *Regulatory Chill and the Threat of Arbitration*, in Chester Brown and Kate Miles (eds), *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration*, Cambridge University Press, 606, 608.

⁴⁵ Jorun Baumgartner (2016), *tlđđ*, tr. 65.

⁴⁶ Gaukrodger, D. & K. Gordon (2012), *Investor-State Dispute Settlement: A Scoping Paper for the Investment Policy Community*, OECD Working Papers on International Investment, No. 2012/03, OECD Publishing, tr. 57.

⁴⁷ Jorun Baumgartner (2016), *tlđđ*, tr. 63-64.

và có đủ nguồn lực tài chính để chi trả cho những khoản phí tư vấn cấu trúc doanh nghiệp cũng như tham gia vào quá trình tố tụng tại trọng tài quốc tế. Trong khi đó, các công ty vừa và nhỏ dường như khó có thể thực hành treaty shopping do không có những lợi thế đó.

Với những tác động nêu trên, các quốc gia cần có sự quan tâm đúng mực tới hiện tượng treaty shopping và có những biện pháp thích hợp nhằm ngăn ngừa và đối phó với hiện tượng này. Một trong những công việc mà các quốc gia nên thực hiện là nghiên cứu các vụ tranh chấp thực tế giữa NĐT và quốc gia tiếp nhận đầu tư được giải quyết bởi trọng tài đầu tư quốc tế bởi đây là hiện tượng còn đang tranh cãi và các hội đồng trọng tài đầu tư có cách tiếp cận khác nhau đối với hiện tượng này. Việc nghiên cứu các phán quyết của trọng tài có thể giúp các quốc gia nắm bắt được quan điểm của trọng tài để từ đó: (i) Đàm phán các IIA với những quy định về NĐT, khoản đầu tư được IIA bảo hộ và các điều khoản khác nhằm hạn chế sự lạm dụng hiệp ước của NĐT một cách rõ ràng, cụ thể và chặt chẽ; (ii) Rút ra những kinh nghiệm trong thu thập chứng cứ, lập luận khi bị khởi kiện; và (iii) Lựa chọn được trọng tài viên giải quyết tranh chấp phù hợp./.

TÀI LIỆU THAM KHẢO

1. D. Rosert (2014), *The Stakes are high: A review of the financial costs of investment treaty arbitration*, International Institute for Sustainable Development (IISD);
2. Đào Kim Anh, Trịnh Quang Hưng (2017), *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*, Tạp chí Kinh tế đối ngoại, số 92 (03/2017), tr. 57-72;
3. Gallagher, K.P., & Shrestha E. (2011), *Investment treaty arbitration and developing countries: A re-appraisal*, Global Development and Environmental Institute, Working Paper No. 11-01, Xem tại <http://ase.tufts.edu/gdae/Pubs/wp/11-01TreatyArbitrationReappraisal.pdf>;
4. Gaukrodger, D. & K. Gordon (2012), *Investor-State Dispute Settlement: A Scoping Paper for the Investment Policy Community*, OECD Working Paper on International Investment, No. 2012/03, OECD Publishing.
5. George Kahale III, *The new Dutch sandwich: The issue of treaty abuse*, Columbia FDI Perspectives, No 48 (10/10/2011);
6. Hodgson, M. (2014), *Investment treaty arbitration: How much does it cost? How long does it take?*, <http://www.allenoverly.com/publications/en-gb/Pages/Investment-Treaty-Arbitration-How-much-does-it-cost-How-long-does-it-take.aspx>;
7. J. Primec, *Enemy of the state: is treaty shopping in contradiction with the rationale of investment law?*, Master thesis – University of Amsterdam, tr. 35-36, <http://arno.uva.nl/document/621905>;
8. Johanna Puukka (2018), *Treaty shopping in international investment law: Setting limits on corporate restructuring to gain access to investment protection*, University of Helsinki – master's thesis;
9. Jorun Baumgartner (2016), *Treaty shopping in International investment law*, Oxford University Press, United Kingdom;
10. Julien Chaisse (2015), *The Treaty Shopping Practice: Corporate Structuring and Restructuring to Gain Access to Investment Treaties and Arbitration*, 11 Hastings Bus. L.J. 225, tr. 225-306;
11. Kyle Tienhaara (2011), *Regulatory Chill and the Threat of Arbitration*, in Chester Brown and Kate Miles (eds), *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration*, Cambridge University Press;
12. M. Skinner, C.A. Miles, S. Luttrell (2010), *Access and advantage in investor-state arbitration: The law and practice of treaty shopping*, Journal of World energy law & business, vol3. No.3, Oxford University Press;
13. N. Bernasconi-Osterwalder & L. Johnson (edited) (2011), *International investment law and sustainable development: Key cases from 2000-2010*, International Institute for Sustainable Development (IISD), https://www.iisd.org/system/files/publications/int_investment_law_and_sd_key_cases_2010.pdf;
14. Ngô Quốc Chiến (2017), *Hiện tượng trục lợi các quy định về bảo hộ đầu tư thông qua kỹ thuật Treaty shopping*, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật số 10/2017, trang 43-55;
15. Nikiema Suzy H. (2012), *Best practices: Definition of investor*, International Institution for Sustainable Development, https://www.iisd.org/system/files/publications/best_practices_definition_of_investor.pdf;
16. Rudolf Dolzer and Christoph Schreuer (2012), *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, 2nd edn;
17. UNCTAD (2011), *Scope and Definition*, UNCTAD Series on Issues in International Investments II, UNCTAD/DIAE/IA/2010/2, United Nations Publication, Switzerland;
18. Utku Topcan (2014), *Abuse of the right to access ICSID arbitration*, ICSID review, no. 29/3, tr. 627-647.