

NHỮNG KHÍA CẠNH PHÁP LÝ VỀ THỰC THI CỦA VIỆT NAM ĐỐI VỚI CAM KẾT ĐẦU TƯ TRONG HIỆP ĐỊNH ĐỐI TÁC TOÀN DIỆN VÀ TIỀN BỘ XUYỀN THÁI BÌNH DƯƠNG (CPTPP)

*TS. Nguyễn Toàn Thắng⁴⁵
TS. Nguyễn Thị Hồng Yến⁴⁶
Trường Đại học Luật Hà Nội*

Mở đầu

Trong những thập niên cuối thế kỷ 20, nhằm giải quyết những bất đồng trong quá trình hội nhập đa phương, các thỏa thuận về tự do thương mại đã được hình thành với xu hướng gia tăng mạnh mẽ tại các châu lục khác nhau trên thế giới. Cũng ở giai đoạn này, một số thành quả đạt được trong việc thúc đẩy hợp tác tự do thương mại liên quốc gia được ghi nhận qua một số điều ước quốc tế đánh dấu mốc lịch sử phát triển của quá trình hội nhập đa phương, chẳng hạn như Hiệp định GATT và các cam kết về tự do thương mại trong khuôn khổ của WTO⁴⁷. Tuy nhiên, cho tới những năm đầu của thế kỷ 21, các quốc gia nhận thấy rằng để thúc đẩy tự do hóa thương mại nhanh hơn cũng như mức độ cam kết cao hơn và sâu rộng hơn, thì việc đàm phán, tiến tới ký kết và gia nhập các “siêu” thỏa thuận về tự do thương mại là thực sự cần thiết. Trong bối cảnh đó, Hiệp định CPTPP – tiền thân là Hiệp định đối tác xuyên Thái Bình Dương (TPP) được xem là một trong những thỏa thuận lịch sử như thế. CPTPP trong thực tế có xu hướng mở rộng tới các quốc gia và các vùng lãnh thổ thuế quan và được xem xét để mở rộng số lượng thành viên gia nhập vào đầu năm 2019. Các quốc gia khác như Cô-lôm-bi-a, Hàn Quốc, Đài Loan, Thái Lan và Vương quốc Anh cũng đã bày tỏ ý định gia nhập CPTPP. Khi đó, những quốc gia thành viên có ý định gia nhập sẽ phải

⁴⁵ Phó Viện trưởng Viện Luật So Sánh

⁴⁶ Trưởng bộ môn Công pháp quốc tế

⁴⁷ Shujiro Urata, “The Trans-Pacific-Partnership: Origin, Evolution, Special Features and Economic Implications” (2018) 35(1) Journal of Southeast Asian Economies 22, trang 22 – 23.

chấp nhận những điều khoản của CPTPP và tiến hành đàm phán các cam kết về tự do hóa thương mại của mình tương tự như khi gia nhập WTO⁴⁸.

1. Các cam kết về đầu tư trong Hiệp định CPTPP

Cam kết về đầu tư trong khuôn khổ CPTPP được quy định tại Chương 9 của Hiệp định gồm 30 Điều và 12 Phụ lục của Chương được đánh ký hiệu từ A đến L. Nội dung chính của Chương này bao gồm các định nghĩa pháp lý của một số nội hàm liên quan, các quy định pháp lý về đầu tư, bảo hộ đầu tư, giải quyết tranh chấp giữa Nhà nước và nhà đầu tư, cũng như luật áp dụng. Ngoài ra, Tại Chương này, CPTPP cũng đã thiết lập những tiêu chuẩn bảo hộ ở mức độ cao đối với các nhà đầu tư trong khi vẫn đảm bảo duy trì chủ quyền của quốc gia sở tại (quốc gia tiếp nhận đầu tư) trong việc thiết lập các quy định pháp luật để đạt được các mục tiêu duy trì các chính sách xã hội. Cụ thể:⁴⁹

- Đầu tư của một bên (investors of another Party): bao gồm Chính phủ, công dân, doanh nghiệp của một bên trong hiệp định chuẩn bị thực hiện, đang thực hiện, đã thực hiện trên lãnh thổ của bên khác.

- Hoạt động đầu tư theo CPTPP (covered investment): được hiểu là đầu tư của một bên trong CPTPP trên lãnh thổ của một bên khác, kể từ ngày có hiệu lực của CPTPP hoặc được thành lập, mua lại hay mở rộng sau đó.

- Các hoạt động đầu tư để đảm bảo thực hiện nghĩa vụ thực thi, nghĩa vụ đối với môi trường, với sức khỏe và mục tiêu quản lý.

So với TPP trước đây, các quy định điều chỉnh hoạt động đầu tư quy định tại Chương 9 của CPTPP về cơ bản không thay đổi, chỉ có một số điều khoản bị đình chỉ thực hiện và áp dụng do tác động từ việc rút khỏi TPP của Hoa Kỳ⁵⁰.

⁴⁸ "How a Trans-Pacific Trade Deal Got Made Without Trump" (*Startfor Analysis*, 03/2018) <<https://www.forbes.com/sites/stratfor/2018/03/08/how-a-trans-pacific-trade-deal-got-made-without-trump/#7d20725b75d7>> ; Jeffrey J. Schott, "The TPP after Trump" (*GlobalAsia*, 22/06/2018) <https://www.globalasia.org/v13no2/cover/the-tpa-after-trump_jeffrey-j-schott>.

⁴⁹ ThS. Nguyễn Quốc Trí, "Nguyên tắc đối xử với nhà đầu tư tại Hiệp định đối tác toàn diện và tiến bộ xuyên Thái Bình Dương" (*Tạp chí dân chủ và pháp luật*, 30/10/2018) <<http://tcdcp.l.moj.gov.vn/qt/tintuc/Pages/xay-dung-phap-luat.aspx?ItemID=473>>.

⁵⁰ Ví dụ: Điều 9.1 Định nghĩa "thỏa thuận đầu tư" và "ủy quyền đầu tư"; Điều 9.19.1- a (i) B và C; (b) (i) B và C, và điều khoản đi kèm; Điều 9.19.2; Điều 9.19.3 (b) cụm từ "ủy quyền đầu tư hoặc thỏa thuận đầu tư";

Các chủ thể thực hiện nghĩa vụ tại Chương 9 của CPTPP được quy định là các cơ quan, chính quyền cấp trung ương, địa phương của bên là thành viên Hiệp định; tổ chức gồm doanh nghiệp nhà nước hay tổ chức bất kỳ, cá nhân mà thực thi quyền hạn do Chính phủ cấp trung ương, địa phương ủy quyền⁵¹.

Các nhà đầu tư theo quy định của CPTPP được hưởng các ưu đãi đối xử theo các nguyên tắc: đối xử quốc gia, đối xử tối huệ quốc, đối xử theo tiêu chuẩn tối thiểu và đối xử trong trường hợp xung đột vũ trang hoặc bạo loạn dân sự cùng với các cơ chế bảo hộ đầu tư như cơ chế về trưng dụng tài sản đầu tư của nhà đầu tư nước ngoài và bồi thường, một số điều kiện về thực hiện đầu tư, cơ chế chuyển lợi nhuận của nhà đầu tư, và cơ chế giải quyết tranh chấp giữa nhà đầu tư nước ngoài và quốc gia sở tại (quốc gia tiếp nhận đầu tư)⁵². Trong đó:

- *Đối xử quốc gia*: Nguyên tắc đối xử quốc gia được quy định tại Điều 9.4, Nguyên tắc này yêu cầu các quốc gia không được đối xử với nhà đầu tư đến từ một thành viên của CPTPP kém thuận lợi hơn so với nhà đầu tư trong nước. Như vậy, về nguyên tắc, quốc gia sở tại có nghĩa vụ đối xử với nhà đầu tư nước ngoài một cách ngang bằng hoặc thuận lợi hơn so với nhà đầu tư trong nước.

- *Đối xử tối huệ quốc*: Nguyên tắc này được quy định tại Điều 9.5 của CPTPP. Theo đó, quốc gia sở tại dành cho nhà đầu tư của một quốc gia khác những thuận lợi, ưu đãi đã, đang hoặc sẽ dành cho nhà đầu tư đến từ một quốc gia thứ ba trong những hoàn cảnh tương tự. Nguyên tắc tối huệ quốc thể hiện mối quan hệ giữa các cá nhân và pháp nhân nước ngoài với nhau trên lãnh thổ quốc gia sở tại. Nội dung cơ bản của nguyên tắc tối huệ quốc thể hiện ở hai

Điều 9.22.5. Điều 9.25.2; Phụ lục 9-L. Tham khảo <<https://www.mfat.govt.nz/en/trade/free-trade-agreements/free-trade-agreements-concluded-but-not-in-force/cptpp/tpp-and-cptpp-the-differences-explained/>>.

⁵¹ ThS. Nguyễn Quốc Trí, “Nguyên tắc đối xử với nhà đầu tư tại Hiệp định đối tác toàn diện và tiến bộ xuyên Thái Bình Dương” (*Tạp chí dân chủ và pháp luật*, 30/10/2018) <<http://tcdclpl.moj.gov.vn/qt/tintuc/Pages/xay-dung-phap-luat.aspx?ItemID=473>>.

⁵² ThS. Nguyễn Quốc Trí, “Nguyên tắc đối xử với nhà đầu tư tại Hiệp định đối tác toàn diện và tiến bộ xuyên Thái Bình Dương” (*Tạp chí dân chủ và pháp luật*, 30/10/2018) <<http://tcdclpl.moj.gov.vn/qt/tintuc/Pages/xay-dung-phap-luat.aspx?ItemID=473>>; “What does CPTPP mean for investment” <<http://international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/cptpp-ptpgp/sectors-secteurs/investment-investissement.aspx?lang=eng>>.

khía cạnh sau: (i) công dân nước ngoài được quốc gia sở tại dành cho sự đối xử đặc biệt, bao gồm các quyền và ưu đãi; (ii) sự đối xử nói trên sẽ không kém thuận lợi hơn đối xử mà nước sở tại dành cho công dân của một nước thứ ba. Như vậy, nguyên tắc tối huệ quốc đưa lại các điều kiện và cơ hội như nhau cho công dân và pháp nhân nước ngoài khi tiến hành các hoạt động kinh tế, thương mại trên lãnh thổ của nước sở tại.

- *Đối xử theo tiêu chuẩn tối thiểu*: Theo quy định tại Điều 9.6, nguyên tắc đối xử theo tiêu chuẩn tối thiểu được hiểu là quốc gia thành viên của CPTPP có nghĩa vụ đảm bảo đối xử tối thiểu phù hợp với luật tập quán quốc tế đảm bảo nhà đầu tư nước ngoài được đối xử công bằng, thỏa đáng và bảo hộ an toàn đầy đủ ở mức độ tối thiểu phù hợp với luật tập quán quốc tế. Trong thực tiễn thực hiện tự do hóa thương mại và đầu tư xuyên quốc gia, cơ chế đảm bảo đối xử theo tiêu chuẩn tối thiểu đã được các quốc gia ghi nhận trong những thỏa thuận tự do thương mại, đầu tư quốc tế thế hệ trước như tại Điều 11(2) của Hiến chương Havana của Tổ chức Thương mại quốc tế, Điều 1105(1) của Hiệp định Thương mại tự do Bắc Mỹ (NAFTA), Điều 10 của Hiệp ước Hiến chương năng lượng (Energy Charter Treaty)... Tiêu chuẩn đối xử tối thiểu quốc tế được thiết lập nhằm quy định mức độ tối thiểu bảo hộ áp dụng đối với nhà đầu tư nước ngoài, mà tiêu chuẩn đối xử của quốc gia sở tại (quốc gia tiếp nhận đầu tư) không được thấp hơn mức tối thiểu này⁵³.

- *Đối xử trong trường hợp xung đột vũ trang hoặc bạo loạn dân sự*: Điều 9.7 của CPTPP quy định nguyên tắc đối xử đầu tư của quốc gia sở tại (quốc gia tiếp nhận đầu tư) khi có xung đột vũ trang hoặc bạo loạn dân sự tại quốc gia đó. Theo đó, các thành viên của CPTPP cam kết sẽ thực hiện các biện pháp bảo hộ không trái với nguyên tắc đối xử quốc gia và đối xử tối huệ quốc đối với các quyết định hoặc biện pháp liên quan đến việc khắc phục, bồi thường thiệt hại cho các nhà đầu tư nước ngoài. Tuy nhiên, nguyên tắc này ít

⁵³ Roland Klager, *Fair and Equitable Treatment in International Investment Law* (1st edition, Cambridge University Press, 2013), trang 48.

hiều có khả năng không được vận dụng trên thực tế, vì 11 quốc gia thành viên hầu hết là những quốc gia có an ninh chính trị cao⁵⁴.

- *Trung dụng tài sản và bồi thường*: Điều 9.9 của CPTPP đề cập tới cơ chế bảo hộ đối với các khoản đầu tư, tài sản liên quan đến hoạt động đầu tư của nhà đầu tư nước ngoài được bảo đảm không bị quốc gia sở tại (quốc gia tiếp nhận đầu tư) trưng dụng hoặc quốc hữu hóa, ngoại trừ trong một số trường hợp ngoại lệ cụ thể như phục vụ cho các hoạt động vì lợi ích công cộng; không phân biệt đối xử; phải thực hiện bồi thường...

- *Điều kiện về thực hiện đầu tư*: Điều 9.10 của CPTPP quy định các điều kiện được quy định không áp dụng đối với việc thực hiện các hoạt động đầu tư của nhà đầu tư nước ngoài nhằm mục đích bảo hộ có lợi cho các ngành kinh tế trong nước, chẳng hạn như các điều kiện yêu cầu nhà đầu tư nước ngoài phải đáp ứng như thực hiện phải xuất khẩu số lượng hàng hóa, sử dụng dịch vụ nội địa được cung cấp tại quốc gia sở tại theo một tỷ lệ nhất định; phải đảm bảo tỷ lệ nội địa hóa nhất định trong hoạt động đầu tư; hoặc chuyển giao công nghệ cho quốc gia sở tại.

- *Cơ chế về chuyển vốn và lợi nhuận*: Theo quy định tại Điều 9.9 của CPTPP, nhà đầu tư có thể tự do chuyển vốn và lợi nhuận liên quan đến đầu tư của nhà đầu tư nước ngoài vào và ra khỏi quốc gia sở tại. Tuy nhiên, cơ chế ưu đãi này không phải là tuyệt đối và bị giới hạn trong một số trường hợp ngoại lệ, chẳng hạn như phá sản, mất khả năng thanh toán để nhằm mục đích bảo vệ các quyền lợi của các chủ nợ; khi hành vi chuyển vốn và lợi nhuận có dấu hiệu là hành vi tội phạm hình sự; nhằm mục đích đảm bảo các nghĩa vụ về báo cáo tài chính của nhà đầu tư đối với cơ quan có thẩm quyền; hoặc nhằm mục đích đảm bảo tuân thủ các yêu cầu, quyết định của cơ quan nhà nước có thẩm quyền về hành chính hoặc cơ quan tư pháp.

- *Cơ chế giải quyết tranh chấp*: Cơ chế giải quyết tranh chấp giữa Chính phủ và nhà đầu tư nước ngoài (ISDS) không phải là một nội dung mới trong các Hiệp định về khuyến khích và bảo hộ đầu tư. Nhìn chung, ISDS được quy

⁵⁴ ThS. Nguyễn Quốc Trí, "Nguyên tắc đối xử với nhà đầu tư tại Hiệp định đối tác toàn diện và tiến bộ xuyên Thái Bình Dương" (Tập chí dân chủ và pháp luật, 30/10/2018) <<http://tcdcl.moj.gov.vn/qt/tintuc/Pages/xay-dung-phap-luat.aspx?ItemID=473>>.

định khác nhau trong các hiệp định thương mại, nhưng có điểm chung là những quy định cơ bản về chủ thể, điều kiện khởi kiện, trình tự, thủ tục khởi kiện tương đối chặt chẽ. Tuy nhiên, CPTPP có cách tiếp cận tương đối mở về ISDS như cơ chế đi kiện thông thoáng, dễ dàng hơn, không đòi hỏi các bước tham vấn bắt buộc trước đó, không yêu cầu phải có chấp thuận bằng văn bản về việc kiện từ phía cơ quan nhà nước bị kiện, chuẩn áp dụng để xử lý vụ việc có thủ tục tổ tụng thuận lợi hơn cho việc đi kiện của nhà đầu tư nước ngoài. So với TPP, phạm vi của cơ chế giải quyết tranh chấp của ISDS đã được quy định hẹp hơn trong CPTPP và đảm bảo chủ quyền của quốc gia sở tại (quốc gia tiếp nhận đầu tư) trong việc thiết lập các quy định, chính sách đảm bảo lợi ích công cộng. Hay nói theo cách khác, CPTPP vẫn bảo lưu ISDS nhưng giảm bớt phạm vi cho phép nhà đầu tư nước ngoài sử dụng cơ chế này để kiện Chính phủ nước sở tại. Trong khuôn khổ CPTPP, cơ chế ISDS chỉ có thể được sử dụng khi có tranh chấp về các điều khoản đầu tư, các ưu đãi đầu tư được ghi nhận tại CPTPP⁵⁵.

2. Phương thức thực hiện các cam kết quốc tế của Việt Nam theo quy định của pháp luật quốc tế và pháp luật quốc gia

Điều 26 Công ước Viên năm 1969 về Luật Điều ước quốc tế quy định: *“Mọi điều ước đã có hiệu lực đều ràng buộc các bên tham gia điều ước và phải được các bên thi hành với thiện ý”*. Điều này có nghĩa rằng, các quốc gia khi đã ký và phê chuẩn điều ước quốc tế có nghĩa vụ thực hiện tự nguyện và có thiện chí, trung thực và đầy đủ cam kết của mình, đồng thời không được viện dẫn đến các quy định khác biệt của pháp luật trong nước để từ chối thực hiện các nghĩa vụ quốc tế⁵⁶. Như vậy, thực hiện một cách đầy đủ và trung thực các cam kết được xác định là nghĩa vụ bắt buộc của các quốc gia thành viên. Thực tiễn thực hiện điều ước quốc tế của các quốc gia cho thấy, hiện nay có hai phương thức thực hiện điều ước quốc tế phổ biến đó là áp dụng

⁵⁵GS. TSKH. Nguyễn Mai, *“CPTPP với đầu tư trực tiếp nước ngoài”* (Tạp chí tài chính, 02/05/2018) <<http://tapchitaichinh.vn/nguyen-cuu-trao-doi/cptpp-voi-dau-tu-truc-tiep-nuoc-ngoai-140450.html>>; <<https://www.mfat.govt.nz/en/trade/free-trade-agreements/free-trade-agreements-concluded-but-not-in-force/cptpp/tpp-and-cptpp-the-differences-explained/>>.

⁵⁶ Xem thêm Điều 27 Công ước Viên 1969 về Luật Điều ước quốc tế

trực tiếp hoặc thông qua con đường nội luật hóa (hay còn gọi là áp dụng gián tiếp pháp luật), trong đó:

Áp dụng trực tiếp có thể hiểu khái quát là việc áp dụng toàn bộ hoặc một phần nội dung của ước quốc tế thông qua một quyết định chấp thuận của cơ quan nhà nước có thẩm quyền, tức là các quốc gia chỉ bằng một văn bản pháp luật thừa nhận việc thi hành tất cả nội dung của điều ước mà mình tham gia sẽ được áp dụng trên phạm vi lãnh thổ mà không cần sửa đổi hay ban hành các văn bản pháp luật quốc gia chuyên biệt. Điều này đồng nghĩa với việc, mọi tổ chức, cá nhân là đối tượng điều chỉnh của điều ước quốc tế đó đều có nghĩa vụ thi hành các nội dung áp dụng trực tiếp của điều ước; đồng thời công dân của quốc gia đó hoàn toàn có thể viện dẫn các quy định của điều ước đó trước Tòa để bảo vệ các quyền và lợi ích chính đáng của mình khi các quyền và lợi ích đó bị xâm hại⁵⁷.

Nội luật hóa hay *chuyển hóa điều ước* là việc cơ quan nhà nước có thẩm quyền của quốc gia thành viên ban hành các văn bản quy phạm pháp luật mới chứa đựng các nội dung, tinh thần của các điều ước quốc tế mà quốc gia là thành viên hoặc sửa đổi, bổ sung đưa các quy định của điều ước vào trong hệ thống pháp luật quốc gia. Nhìn chung, đây là phương thức thực hiện khá phổ biến ở các quốc gia trên thế giới vì nó vừa đảm bảo sự thống nhất, ổn định và đặc thù của pháp luật quốc gia vừa đảm bảo được nguyên tắc tôn trọng chủ quyền của quốc gia trong quá trình thực hiện các cam kết quốc tế nói chung.

Theo quy định của pháp luật quốc gia, Việt Nam chấp nhận cả hai phương thức áp dụng điều ước quốc tế nói trên⁵⁸. Tuy nhiên, trên thực tế, hầu hết các điều ước quốc tế mà Việt Nam là thành viên đều được thực hiện trên lãnh thổ Việt Nam thông qua con đường nội luật hóa.

⁵⁷ Xem thêm: *Textbook on International Law*, Maxtin Dixon, Oxford University, 2012.

⁵⁸ Khoản 2 Điều 6 Luật điều ước quốc tế năm 2016 quy định: "Căn cứ vào yêu cầu, nội dung và tính chất của điều ước quốc tế, Quốc hội, Chủ tịch nước và Chính phủ khi quyết định chấp nhận sự ràng buộc của điều ước quốc tế đồng thời quyết định áp dụng trực tiếp toàn bộ hoặc một phần điều ước quốc tế đó đối với đối với các cơ quan, tổ chức, cá nhân trong trường hợp quy định của điều ước đã đủ rõ, chi tiết để thực hiện; quyết định hoặc kiến nghị sửa đổi, bổ sung, bãi bỏ hoặc ban hành văn bản quy phạm pháp luật để thực hiện điều ước quốc tế đó".

Quay trở lại với vấn đề thực thi các cam kết về đầu tư trong CPTPP, không thể phủ nhận một điều rằng, khi CPTPP có hiệu lực, nó sẽ tạo thuận lợi cho hoạt động đầu tư qua biên giới, do vậy khi Hiệp định có hiệu lực thì Việt Nam có điều kiện tốt hơn để thu hút FDI từ các nước thành viên khác vì thương mại gắn liền với đầu tư, nhất là với các nước mà Việt Nam chưa có thỏa thuận FTA như Canada, Mexico. Mặt khác, đây cũng là cơ hội để doanh nghiệp Việt Nam nhất là các tập đoàn kinh tế lớn tìm kiếm thị trường đầu tư tại các nước thành viên khác. Tuy nhiên, việc tham gia CPTPP cũng đặt ra những vấn đề cho Việt Nam trong việc thực thi các cam kết của mình, việc đánh giá mức độ tương thích giữa hệ thống pháp luật Việt Nam với các cam kết trong CPTPP là rất cần thiết nhằm tạo những điều kiện thuận lợi hơn cho Việt Nam trong việc tận tâm thực thi các nghĩa vụ thành viên.

3. Đánh giá mức độ tương thích giữa các cam kết về đầu tư trong CPTPP với pháp luật Việt Nam

3.1. Các nguyên tắc đối xử trong đầu tư

Trong Hiệp định CPTPP, Việt Nam cam kết thực hiện một số nguyên tắc cơ bản trong đầu tư, tập trung vào các nguyên tắc về mở cửa thị trường, tôn trọng quyền của nhà đầu tư nước ngoài (như nguyên tắc đối xử quốc gia, nguyên tắc đối xử tối huệ quốc...) và các nguyên tắc bảo hộ đầu tư (như nguyên tắc “chuẩn đối xử tối thiểu”, nguyên tắc bảo đảm chuyên vốn và tài sản...).

- Nguyên tắc đối xử quốc gia (NT – National Treatment)

Theo nguyên tắc này, Việt Nam phải đối xử với các nhà đầu tư và dự án đầu tư đến từ các nước CPTPP không kém thuận lợi hơn đối xử với các nhà đầu tư và dự án đầu tư nội địa liên quan đến thành lập, mua lại, mở rộng, điều hành, triển khai, vận hành, kinh doanh hoặc các hình thức chuyển nhượng dự án đầu tư thực hiện trên lãnh thổ Việt Nam.

Về cơ bản, Việt Nam ban hành Luật đầu tư và Luật Doanh nghiệp áp dụng chung đối với các nhà đầu tư trong nước và nước ngoài, đảm bảo đối xử bình đẳng giữa các nhà đầu tư. Tuy nhiên, trong Luật Đầu tư năm 2014, vẫn

có những quy định khác biệt đối với nhà đầu tư nước ngoài, đặc biệt liên quan đến hình thức và thủ tục đầu tư⁵⁹. Mặc dù có những quy định khác biệt, cần lưu ý cam kết của Việt Nam trong lĩnh vực thương mại dịch vụ, theo đó, Việt Nam không có nghĩa vụ áp dụng nguyên tắc đối xử quốc gia cho tất cả các ngành dịch vụ. Với hai Phụ lục bảo lưu về các biện pháp không tương thích, Việt Nam có thể đối xử khác biệt với các nhà đầu tư trong các ngành thuộc danh mục bảo lưu⁶⁰. Ngoài ra, nguyên tắc này cũng đặt ra cho Việt Nam sự cân nhắc về chính sách thu hút đầu tư trong tương lai: dành sự đối xử thuận lợi hơn cho nhà đầu tư nước ngoài khi muốn tăng cường thu hút đầu tư hoặc cải cách thể chế, pháp luật để tạo thuận lợi cho các nhà đầu tư trong nước lên ngang mức mà các nhà đầu tư CPTPP được hưởng.

- Nguyên tắc đối xử tối huệ quốc (MFN – Most Favoured Nation)

Nguyên tắc này đòi hỏi Việt Nam phải đối xử với các nhà đầu tư và dự án đầu tư đến từ một quốc gia thành viên của CPTPP không kém thuận lợi hơn so với các nhà đầu tư và dự án đầu tư đến từ bất kỳ một quốc gia nào khác. Nguyên tắc này được áp dụng cho giai đoạn trước và sau khi thành lập đầu tư cũng như các hoạt động đầu tư, bao gồm việc thành lập, mua lại, mở rộng, điều hành, triển khai, vận hành, kinh doanh hoặc các hình thức chuyển nhượng dự án đầu tư khác⁶¹.

Việt Nam áp dụng nguyên tắc tối huệ quốc trong những trường hợp sau: (i) Pháp luật Việt Nam có quy định về áp dụng đối xử tối huệ quốc; (ii) Điều ước quốc tế mà Việt Nam ký kết hoặc gia nhập có quy định áp dụng đối xử tối huệ quốc; (iii) Quốc gia hoặc vùng lãnh thổ trên thực tế đã áp dụng đối xử tối huệ quốc đối với Việt Nam và (iv) Các trường hợp khác do Chính phủ

⁵⁹ Ví dụ, các điều 22-37 Luật Đầu tư 2014.

⁶⁰ Xem Phụ lục I và II của Việt Nam. Đối với rà soát chi tiết mức độ tương thích của Pháp luật Việt Nam với các quy định của WTO, EVFTA và TPP, xem VCCI, *Rà soát Pháp luật Việt Nam với các cam kết WTO, Hiệp định thương mại tự do Việt Nam – EU và Hiệp định Đối tác xuyên Thái Bình Dương về mở cửa Dịch vụ cho đầu tư nước ngoài*, Hà Nội, Nxb. Công thương, 2017.

⁶¹ Điều 9.5, khoản 1, 2 CPTPP.

quyết định⁶². Về cơ bản, nội dung quy định về tối huệ quốc trong hệ thống pháp luật Việt Nam tương thích với quy định của CPTPP⁶³.

- Nguyên tắc về các “yêu cầu về hoạt động đầu tư” (*Performance Requirements*)

Theo nguyên tắc về các “yêu cầu về hoạt động đầu tư”, Việt Nam không được quy định các điều kiện, yêu cầu bắt buộc liên quan đến việc vận hành khoản đầu tư của nhà đầu tư nước ngoài tại Việt Nam, từ đó dẫn đến việc hạn chế đầu tư trên thực tế⁶⁴. Trong Luật Đầu tư năm 2014, các vấn đề liên quan đến “yêu cầu về hoạt động đầu tư” được quy định tại một số điều khoản như điều 10 (Bảo đảm hoạt động đầu tư kinh doanh), điều 15 (Hình thức và đối tượng áp dụng ưu đãi đầu tư), điều 16 (Hình thức và đối tượng áp dụng ưu đãi đầu tư). Nhìn chung, pháp luật Việt Nam quy định tương đối cụ thể, chi tiết những trường hợp không bắt buộc nhà đầu tư thực hiện yêu cầu về hoạt động đầu tư; những quy định này áp dụng chung cho các lĩnh vực chứ không chỉ giới hạn trong các lĩnh vực cam kết. Đối với các tiêu chí về ưu đãi đầu tư, Luật Đầu tư quy định tiêu chí theo địa bàn, lĩnh vực kinh doanh, quy mô lao động, quy mô vốn không thuộc các trường hợp cấm trong CPTPP. Tóm lại, pháp luật Việt Nam có quy định tương thích về vấn đề trên.

- Nguyên tắc Chuẩn đối xử tối thiểu (*Minimum standard of treatment – MST*)

Theo quy định tại điều 9.6 của CPTPP, chuẩn đối xử tối thiểu là chuẩn quốc tế, do đó sẽ đặt gánh nặng lớn hơn cho Việt Nam trong quan hệ với các nhà đầu tư nước ngoài. Trong việc thực hiện “chuẩn đối xử tối thiểu”, các quy định liên quan đến đối xử công bằng, thỏa đáng và bảo hộ đầy đủ, an toàn thường xuyên được nhắc tới và được các nhà đầu tư sử dụng trong giải quyết tranh chấp. Về điểm này, pháp luật Việt Nam chưa có những quy định cụ thể,

⁶² Xem điều 6 Pháp lệnh của Ủy ban thường vụ Quốc hội số 41/2002/PL-UBTVQH10 ngày 25/5/2002 về đối xử tối huệ quốc và đối xử quốc gia trong thương mại quốc tế.

⁶³ Điều 3 Pháp lệnh của Ủy ban thường vụ Quốc hội số 41/2002/PL-UBTVQH10 ngày 25/5/2002 về đối xử tối huệ quốc và đối xử quốc gia trong thương mại quốc tế quy định: “*Đối xử tối huệ quốc trong đầu tư*” là đối xử không kém thuận lợi hơn đối xử mà Việt Nam dành cho đầu tư và nhà đầu tư của một nước so với đầu tư và nhà đầu tư của nước thứ ba trong những điều kiện tương tự (khoản 3).

⁶⁴ Điều 9.9 của CPTPP liệt kê chi tiết các loại yêu cầu bị cấm áp dụng.

trực tiếp điều chỉnh mà nằm rải rác trong nhiều văn bản quy phạm pháp luật, đặc biệt là các văn bản pháp luật về tố tụng⁶⁵. Vì vậy, trong quá trình thực thi CPTPP, cần có thêm những nghiên cứu chuyên sâu và rà soát pháp luật để có những bổ sung, sửa đổi pháp luật phù hợp.

- Nguyên tắc bảo vệ tài sản của nhà đầu tư trước các biện pháp trưng thu, cưỡng chế hoặc trong trường hợp xung đột vũ trang, bạo loạn dân sự

Pháp luật Việt Nam có những quy định cụ thể về bảo đảm quyền sở hữu tài sản của nhà đầu tư, theo đó tài sản hợp pháp của nhà đầu tư không bị quốc hữu hóa hoặc bị tịch thu bằng biện pháp hành chính. Trong trường hợp Nhà nước trưng mua, trưng dụng tài sản vì lý do quốc phòng, an ninh hoặc vì lợi ích quốc gia, tình trạng khẩn cấp, phòng, chống thiên tai thì nhà đầu tư được thanh toán, bồi thường theo quy định của pháp luật về trưng mua, trưng dụng tài sản⁶⁶.

Giá trị bồi thường được xác định trên cơ sở giá phổ biến vào thời điểm trưng dụng, trưng mua tài sản tại thị trường của nước nhận đầu tư. Trong một số trường hợp, pháp luật Việt Nam còn quy định theo hướng có lợi hơn cho nhà đầu tư so với quy định của CPTPP⁶⁷. Tuy nhiên, Luật Trưng mua, trưng dụng tài sản chưa có sự phân biệt giữa hình thức trưng mua, trưng thu tài sản trực tiếp và gián tiếp. Theo quy định tại điều 2 Luật Trưng mua, trưng dụng tài sản, “*Trưng mua tài sản* là việc Nhà nước mua tài sản của tổ chức (không bao gồm cơ quan nhà nước, đơn vị sự nghiệp công lập, đơn vị vũ trang nhân dân), cá nhân, hộ gia đình thông qua quyết định hành chính trong trường hợp thật cần thiết vì lý do quốc phòng, an ninh và vì lợi ích quốc gia” (Khoản 1); “*Trưng dụng tài sản* là việc Nhà nước sử dụng có thời hạn tài sản của tổ chức, cá nhân, hộ gia đình, cộng đồng dân cư thông qua quyết định hành chính trong trường hợp thật cần thiết vì lý do quốc phòng, an ninh và vì lợi ích quốc gia”. Với quy định trên, khái niệm trưng mua, trưng dụng tài sản nghiêng về

⁶⁵ Xem Bộ luật tố tụng dân sự, Bộ luật tố tụng hình sự, Luật khiếu nại tố cáo....

⁶⁶ Điều 9 Luật Đầu tư năm 2014.

⁶⁷ Xem Luật Doanh nghiệp 2014 (điều 5); Luật Trưng mua, trưng dụng tài sản (điều 1-5, 18).

áp dụng đối với hình thức trực tiếp, chưa hoàn toàn tương thích với quy định của CPTPP.

- Nguyên tắc đảm bảo việc chuyển vốn và tài sản tự do (Transfer)

Pháp luật Việt Nam không quy định về nguyên tắc chuyển tài sản ra nước ngoài mà chỉ quy định các trường hợp được phép chuyển. Điều 11 của Luật Đầu tư 2014 quy định “*Sau khi thực hiện đầy đủ nghĩa vụ tài chính đối với Nhà nước Việt Nam theo quy định của pháp luật, nhà đầu tư nước ngoài được chuyển ra nước ngoài các tài sản sau đây: 1. Vốn đầu tư, các khoản thanh lý đầu tư; 2. Thu nhập từ hoạt động đầu tư kinh doanh; 3. Tiền và tài sản khác thuộc sở hữu hợp pháp của nhà đầu tư*”. So với quy định trên, điều 9.8 của CPTPP quy định cụ thể và chi tiết hơn, theo đó nhà đầu tư được quyền chuyển nhượng trong và ngoài lãnh thổ của nước nhận đầu tư các loại tài sản, bao gồm: “(a) *vốn góp đầu tư; (b) lợi nhuận, cổ tức, lãi, lợi nhuận thu được từ việc bán khoản đầu tư, tiền bản quyền tác giả, phí quản lý, phí hỗ trợ kỹ thuật và các loại phí khác; (c) doanh thu từ việc bán toàn bộ hoặc một phần dự án đầu tư được bảo đảm hoặc doanh thu từ việc thanh lý một phần hay toàn bộ dự án đầu tư được bảo đảm; (d) các khoản thanh toán theo hợp đồng, kể cả hợp đồng vay vốn; (e) các khoản thanh toán theo quy định của Điều 9.6bis (Nguyên tắc đối xử trong trường hợp phát sinh các vụ xung đột vũ trang hoặc xung đột dân sự) và Điều 9.7 (Thu hồi và bồi thường); và(f) các khoản thanh toán phát sinh ngoài tranh chấp*”. So sánh về hình thức thể hiện, dường như điều 11 của Luật Đầu tư có phạm vi áp dụng hẹp hơn so với điều 9.8 của CPTPP. Tuy nhiên, để có thể kết luận về thực tiễn áp dụng, cần làm rõ nội hàm khái niệm “*Thu nhập từ hoạt động đầu tư kinh doanh*”. Những thu nhập trên có bao gồm doanh thu và các khoản thanh toán quy định tại điều 9.8 của CPTPP hay không? Điều 1 của Luật Đầu tư quy định “*Luật này quy định về hoạt động đầu tư kinh doanh tại Việt Nam và hoạt động đầu tư kinh doanh từ Việt Nam ra nước ngoài*”. Như vậy, những thu nhập từ hoạt động đầu tư kinh doanh có phạm vi áp dụng tương đối rộng; cần có quy định, giải thích cụ thể hơn để làm rõ khái niệm, đảm bảo sự tương thích, đồng bộ với quy định tại điều 9.8 của CPTPP.

Như vậy, kết quả rà soát cho thấy các nguyên tắc cơ bản như NT, MFN, chuẩn đối xử tối thiểu (MST) đã có sự tương thích. Tuy nhiên, trong một số văn bản quy phạm pháp luật chuyên ngành, vẫn còn những quy định có thể trở thành rào cản không nhỏ cho các hoạt động đầu tư.⁶⁸

3.2. Cơ chế giải quyết tranh chấp về đầu tư

Cơ chế ISDS tồn tại song song với cơ chế giải quyết tranh chấp đầu tư nội địa, không áp dụng cho nhà đầu tư trong nước, do đó không ảnh hưởng đến cơ chế giải quyết tranh chấp đầu tư nội địa. Tuy nhiên, pháp luật về đầu tư của Việt Nam hiện chưa có quy định cụ thể về cơ chế này. Tuy nhiên, Khoản 4, điều 14 của Luật Đầu tư 2014 quy định “*Tranh chấp giữa nhà đầu tư nước ngoài với cơ quan nhà nước có thẩm quyền liên quan đến hoạt động đầu tư kinh doanh trên lãnh thổ Việt Nam được giải quyết thông qua Trọng tài Việt Nam hoặc Tòa án Việt Nam, trừ trường hợp có thỏa thuận khác theo hợp đồng hoặc điều ước quốc tế mà Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam là thành viên có quy định khác*”. Như vậy, Luật Đầu tư dẫn chiếu đến quy định của CPTPP khi xảy ra tranh chấp giữa nhà đầu tư nước ngoài và Chính phủ Việt Nam.

Một điểm đáng lưu ý là cơ chế ISDS cho phép sử dụng thiết chế trọng tài theo quy định của Công ước ICSID trong trường hợp nguyên đơn và bị đơn đều là thành viên của ICSID⁶⁹. Việt Nam chưa là thành viên của ICSID nhưng điều này góp phần đặt ra cho Việt Nam sự cân nhắc tham gia và trở thành thành viên của ICSID.

Kết luận

Nhìn tổng thể, Pháp luật Việt Nam đã có những quy định tương thích với quy định của CPTPP liên quan đến hoạt động đầu tư. Điều này có thể được lý giải bởi nhiều nguyên nhân, trong đó phải kể đến một số vấn đề sau:

⁶⁸ ví dụ: đối với cơ sở giáo dục có vốn FDI, Nghị 73/2012/NĐ-CP quy định “*Đối với cơ sở hoạt động từ 20 năm trở lên phải có kế hoạch xây dựng cơ sở vật chất và phải được UBND tỉnh đồng ý về việc giao đất, cho thuê đất để đầu tư xây dựng.*”.

⁶⁹ Điều 9.18, khoản 4 CPTPP.

Thứ nhất, Hiệp định CPTPP có tiền thân là Hiệp định TPP. Trước và trong quá trình đàm phán ký Hiệp định CPTPP, Việt Nam đã là thành viên của nhiều hiệp định thương mại tự do, trong đó đáng lưu ý nhất cam kết của Việt Nam về đầu tư trong khuôn khổ WTO. Những quy định của WTO trong lĩnh vực đầu tư có tính phổ cập, bao trùm và cũng đồng thời là nền tảng để các quốc gia đàm phán ký Hiệp định CPTPP.

Thứ hai, để trở thành thành viên của WTO và sau một thời gian thực hiện cam kết trong khuôn khổ tổ chức trên, Pháp luật Việt Nam đã trải qua nhiều đợt rà soát, sửa đổi, hoàn thiện để đáp ứng các yêu cầu của WTO, đảm bảo sự tương thích giữa pháp luật trong nước và quy định của WTO. Trong lĩnh vực đầu tư, Pháp luật Việt Nam đã có sự thay đổi lớn với việc sửa đổi và thông qua Luật Đầu tư và Luật Doanh nghiệp năm 2014, có hiệu lực năm 2015. Điều đó lý giải tại sao Pháp luật Việt Nam có sự tương thích với các quy định của CPTPP.

Hiệp định CPTPP sẽ có hiệu lực trong thời gian tới sau khi đã có 06 quốc gia phê chuẩn. Trở thành thành viên của CPTPP, Việt Nam cần lưu ý về cách thức thực hiện cam kết quốc tế của Việt Nam. Theo quy định tại điều 6 của Luật Điều ước quốc tế năm 2016, Việt Nam có hai cách áp dụng điều ước quốc tế: áp dụng trực tiếp và thông qua nội luật hóa. Vì vậy, tồn tại hai luồng quan điểm chính về cách thức áp dụng điều ước quốc tế mà Việt Nam là thành viên.

Luồng quan điểm thứ nhất cho rằng, Luật Đầu tư, Luật Doanh nghiệp và nhiều đạo luật khác đều có quy định: *Trường hợp điều ước quốc tế mà Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam là thành viên có quy định khác với quy định của Luật này thì áp dụng theo quy định của điều ước quốc tế đó*⁷⁰; do đó nếu Pháp luật Việt Nam không quy định hoặc quy định không tương thích thì áp dụng quy định của điều ước quốc tế. Quan điểm này theo hướng áp dụng trực tiếp điều ước quốc tế và không đặt nặng vấn đề sửa đổi, bổ sung pháp luật trong nước.

⁷⁰ Ví dụ, khoản 3, điều 4 Luật Đầu tư năm 2014.

Luồng quan điểm thứ hai cho rằng điều ước quốc tế không đương nhiên áp dụng trực tiếp trong phạm vi lãnh thổ Việt Nam. Điều ước chỉ được áp dụng trực tiếp khi đủ rõ, không cần giải thích gì thêm và phải được cơ quan có thẩm quyền ra quyết định áp dụng trực tiếp⁷¹. Quan điểm này phù hợp với thực tiễn bởi các quy định trong điều ước quốc tế thường dừng lại ở mức độ khái quát; các cơ quan chức năng sẽ gặp khó khăn khi pháp luật trong nước không có quy định cụ thể, đặc biệt là cách thức, trình tự, thủ tục thực hiện. Nhóm tác giả có cùng quan điểm với cách tiếp cận này. Vì vậy, trong bối cảnh hội nhập quốc tế ngày càng sâu rộng, Việt Nam cần đặc biệt chú trọng đến rà soát, sửa đổi pháp luật để đảm bảo thực thi các cam kết quốc tế, trong đó có CPTPP, từ đó hoàn thiện môi trường đầu tư và kinh doanh.

Bên cạnh việc rà soát, hoàn thiện pháp luật về đầu tư, cần thiết nghiên cứu, cân nhắc tham gia các điều ước quốc tế được dẫn chiếu trong CPTPP, đặc biệt là công ước ICSID./.

Tài liệu tham khảo:

1. GS., TSKH. Nguyễn Mai, “CPTPP với đầu tư trực tiếp nước ngoài” (*Tạp chí tài chính*, 02/05/2018)
2. J. Roman Picherack, ‘The Expanding Scope of the Fair and Equitable Treatment Standard: Have Recent Tribunals Gone Too Far?’ (2008) 9 *The Journal of World Investment and Trade* 255, trang 257 - 258;
3. Jeffrey J. Schott, “The TPP after Trump” (*GlobalAsia*, 22/06/2018) <https://www.globalasia.org/v13no2/cover/the-tpp-after-trump_jeffrey-j-schott>.
4. Rober W. Schwieder, “*TTIP and the Investment Court System: a New (and Improved?) Paradigm for Investor-State Adjudication*” (2016) 55 *Columbia Journal of Transnational Law* 178, trang 184.
5. Roland Klager, *Fair and Equitable Treatment in International Investment Law* (1st edition, Cambridge University Press, 2013)
6. Shujiro Urata, “*The Trans-Pacific-Partnership: Origin, Evolution, Special Features and Economic Implications*” (2018) 35(1) *Journal of Southeast Asian Economies* 22

⁷¹ Khoản 2, điều 6 Luật Điều ước quốc tế năm 2016. Đến thời điểm hiện tại, trường hợp điển hình được Quốc hội quyết định áp dụng trực tiếp liên quan đến một số cam kết của Việt Nam trong WTO (Xem Nghị quyết số 71/2006/QH11 của Quốc hội phê chuẩn Nghị định thư gia nhập WTO).

7. Thomas J. Westcott, 'Recent Practice on Fair and Equitable Treatment' (2007) 8 *The Journal of World Investment and Trade* 409
8. ThS. Nguyễn Quốc Trí, "Nguyên tắc đối xử với nhà đầu tư tại Hiệp định đối tác toàn diện và tiến bộ xuyên Thái Bình Dương" (*Tạp chí dân chủ và pháp luật*, 30/10/2018) <<http://tcdcpl.moj.gov.vn/qt/tintuc/Pages/xay-dung-phap-luat.aspx?ItemID=473>>.
9. VCCI, *Rà soát Pháp luật Việt Nam với các cam kết WTO, Hiệp định thương mại tự do Việt Nam – EU và Hiệp định Đối tác xuyên thái bình dương về mở cửa Dịch vụ cho đầu tư nước ngoài*, Hà Nội, Nxb. Công thương, 2017.