

# Pháp luật & phát triển



TIÊU ĐỀ CHỦ ĐIỂM:

- HOÀN THIỆN PHÁP LUẬT HƯỚNG TỚI HIỆU QUẢ BẢO VỆ MÔI TRƯỜNG
- DOANH NGHIỆP TRONG THỜI ĐẠI HỘI NHẬP KINH TẾ

Improving law toward more effective Environment Protection

Businesses in Era of International Integration

**HỘI ĐỒNG BIÊN TẬP**

- GS. TS. Lê Hồng Hạnh
- Nhà báo Phạm Nguyên Bàng
- GS. TS. Lê Minh Tâm
- PGS. TS. Phạm Duy Nghĩa
- PGS. TS. Nguyễn Đình Hựu
- PGS. TS. Nguyễn Thị Ánh Vân
- PGS. TS. Vũ Thu Hạnh
- TS. Đào Ngọc Tuấn
- TS. Trần Thị Hồng Thúy
- TS. Nguyễn Thị Nhung
- TS. Nguyễn Toàn Thắng
- TS. Tô Văn Hòa
- ThS. Trần Hoài Văn

- Tổng Biên tập:  
GS. TS. Lê Hồng Hạnh

- Phó Tổng Biên tập:  
Nhà báo Phạm Nguyên Bàng

Trình bày:  
Hoàng Lân

- Tòa soạn:  
Tầng 2, Tòa tháp Ngôi sao  
Đường Dương Đình Nghệ  
Yên Hòa - Cầu Giấy  
Hà Nội - Việt Nam  
ĐT: (844) 7303 1122  
Fax: (844) 6263 4960  
Email:  
tapchiphapluat@gmail.com  
Website:  
phapluatphattrien.vn

- Giấy phép số  
1938/QĐ-BTTTT  
Ngày 22/10/2012  
Giấy phép bổ sung số 325/  
GP-BTTTT  
• In tại Công ty Cổ phần In  
và Thương mại PRIMA.  
Địa chỉ: 35 ngõ 93 Hoàng  
Quốc Việt, Cầu Giấy, Hà Nội.  
Giá: 55.000 đồng



**TÂM NHÌN - CHÍNH SÁCH**

(4) ODA vượt trần 300.000 tỉ đồng, bộ ngành nào chịu trách nhiệm  
THẢO PHƯƠNG

(5) Mặt trái mạng xã hội & Trách nhiệm người dân  
HÀ-TUÂN

**THỰC TIỄN PHÁP LUẬT VÀ TƯ PHÁP**

(7-8) Các công cụ nghiên cứu thương mại quốc tế  
THANH HẢI

(9) Cứu một di tích lịch sử - văn hóa - tâm linh nghìn tuổi 9  
PHẠM MAI PHƯƠNG

(10-11) Đề nghị tòa án trả hồ sơ vụ cán bộ dọa giết hiệu trưởng  
SÁU NGHE

(12) Để xây tai nạn chết người, không thể "hòa cả làng"  
PHƯƠNG VINH

(13-14) Lạ lùng phiên tòa bảo vệ quyết định sai luật  
THANH THÚY

(15-16) Mất chỗ đứng ngay trong nhà mình do thiếu cảnh giác  
KIM OANH

(17-18) Một vụ tham nhũng đang bị đim  
BA NGỌC

(19-20) "Phiên tòa của nhà Hiệu trưởng" (!)  
VÕ MINH CHÂU

(21-22) Từ thực tế vụ án hành chính- Đối thoại, đối chất quan trọng hàng đầu  
PHƯƠNG MINH

**SỰ KIỆN VÀ PHÁP LUẬT QUỐC TẾ**

(23) Hội nghị thượng đỉnh Nga - Mỹ: Viên gạch nền tảng  
THÀNH AN

(24-25) Thương mại thế giới đi về đâu?  
ĐĂNG AN

**NGHIÊN CỨU - LÝ LUẬN**

(26-31) Độc quyền nhà nước ở EU - Một số bài học kinh nghiệm cho Việt Nam  
NGUYỄN LAN ANH

(32-39) Phương thức khởi kiện và vấn đề đại diện trong thực hiện quyền đòi bồi thường thiệt hại do ô nhiễm môi trường  
LÊ VĂN HỢP

(40- 44) Quyền tiếp cận thông tin điều tra, áp dụng biện pháp phòng vệ thương mại của doanh nghiệp theo pháp luật Việt Nam  
MAI XUÂN HỢI

(45-53) Chuyển đổi giới tính - Những khía cạnh xã hội và pháp lý  
NGUYỄN PHƯƠNG LAN

(54-59) Trách nhiệm pháp lý và xã hội của doanh nghiệp đối với bảo vệ môi trường  
LÊ KIM NGUYỆT

(60-67) Giải quyết tranh chấp từ các hợp đồng hợp tác công tư bằng trọng tài đầu tư quốc tế -kinh nghiệm cho Việt Nam  
LÊ THỊ ÁNH NGUYỆT & VŨ NHỮ THẮNG

(68-74) Công ty luật hợp danh trách nhiệm hữu hạn - một hình thức tổ chức kinh doanh mới của luật sư  
ĐỒNG THÁI QUANG

(75-80) Áp dụng điều khoản bảo hộ trong giải quyết tranh chấp hợp đồng đầu tư giữa nhà đầu tư nước ngoài và quốc gia nhận đầu tư  
NGUYỄN THỊ HỒNG TRINH & BÙI THỊ QUỲNH TRANG

(81-88) Ủy ban cạnh tranh quốc gia theo quy định luật cạnh tranh năm 2018: bình luận và một số đề xuất hoàn thiện  
DƯƠNG THÙY DUNG

(89-97) Developmental state or a developmental government?  
NGUYỄN QUỐC SỬU

# GIẢI QUYẾT TRANH CHẤP TỪ CÁC HỢP ĐỒNG HỢP TÁC CÔNG TƯ BẰNG TRỌNG TÀI ĐẦU TƯ QUỐC TẾ - KINH NGHIỆM CHO VIỆT NAM

TS. LÊ THỊ ÁNH NGUYỆT\*  
TS. VŨ NHỮ THẮNG\*\*

## Nhập đề

Việc ký kết và thực hiện các hợp đồng hợp tác công tư (hợp đồng PPP) giữa nhà nước và nhà đầu tư nước ngoài có vai trò đặc biệt quan trọng đối với các quốc gia đang phát triển trong việc thu hút đầu tư nước ngoài để nâng cao chất lượng các ngành dịch vụ công cộng. Về bản chất, các dự án này nhằm phục vụ lợi ích công cộng, thời gian thực hiện dài trong khi đó bản thân quốc gia lại không đủ tiềm lực tài chính, thậm chí năng lực chuyên môn để triển khai. Trong một số trường hợp, nhà đầu tư nước ngoài có thể khởi kiện các quốc gia này ra trọng tài đầu tư quốc tế nếu trong quá trình thực hiện hợp đồng phát sinh tranh chấp. Trong thực tiễn, việc giải quyết tranh chấp này có thể gây khó khăn nhất định cho các quốc gia bởi vì lý do mà họ thực hiện một biện pháp nào đó hoặc không thực hiện một nghĩa vụ nào đó theo hợp đồng PPP lại xuất phát từ lợi ích công cộng. Hiện đang tồn tại câu hỏi liệu quốc gia có thể viện dẫn quyền miễn trừ tư pháp để từ chối thẩm quyền giải quyết tranh chấp của hội đồng trọng tài quốc tế hay không và trong trường hợp phải theo đuổi các vụ kiện, quốc gia có được quyền viện dẫn đến lợi ích công cộng để yêu cầu

minh bạch vụ kiện và/hoặc sử dụng ngoại lệ để biện minh cho sự vi phạm của mình hay không. Bài viết này phân tích tổng quan về hợp đồng PPP, thực tiễn trọng tài đầu tư quốc tế giải quyết các tranh chấp liên quan đến hợp đồng PPP, vai trò và ý nghĩa của trọng tài đầu tư quốc tế trong việc giải quyết tranh chấp hợp đồng PPP bài học kinh nghiệm cho Việt Nam.

**Từ khóa:** *hợp đồng hợp tác công tư (PPP), nhà đầu tư nước ngoài, quốc gia, trọng tài đầu tư quốc tế, minh bạch, lợi ích công cộng.*

## I. Tổng quan về hợp đồng hợp tác công tư (PPP)

Hợp đồng hợp tác công tư (hợp đồng PPP) được thừa nhận là một trong những công cụ phổ biến để các quốc gia, nhất là các quốc gia đang phát triển, thu hút nguồn lực tài chính từ các thành phần kinh tế tư nhân để đầu tư các lĩnh vực dịch vụ công cộng vô cùng thiết yếu đối với đời sống của người dân nhưng khó triển khai vì thời gian thực hiện lâu dài, yêu cầu vốn đầu tư ban đầu lớn trong bối cảnh tài chính và năng lực chuyên môn của quốc gia bị hạn chế. (Patricia O. Sulser, 2018). Hợp đồng PPP đã xuất hiện gần 50 năm trước gồm có

5 mô hình phổ biến sau: mô hình nhượng quyền khai thác; mô hình thiết kế - xây dựng - tài trợ - vận hành (DBFO); mô hình xây dựng - vận hành - chuyển giao (BOT); mô hình xây dựng chuyển giao vận hành (BTO); mô hình xây dựng sở hữu - vận hành (BOO) (Bianca Keer & Paul C. Van Fenema, 2018). Thông thường các hợp đồng PPP này thường được ký kết trong các lĩnh vực như cơ sở hạ tầng, giao thông vận tải, điện, nước, rác thải, y tế, giáo dục, nông nghiệp. (Patricia O. Sulser, 2018).

Về thuật ngữ, “công” trong các hợp đồng PPP được giải thích là cơ quan nhà nước ở trung ương hoặc địa phương. Trong một số trường hợp, “công” còn được hiểu là các doanh nghiệp nhà nước thực hiện chức năng quản lý nhà nước. (Bianca Keer & Paul C. Van Fenema, 2018) Trong khi đó, “tư” được hiểu khá đa dạng, bao gồm cả tư nhân trong nước và tư nhân nước ngoài. (Bianca Keer & Paul C. Van Fenema, 2018) Trong trường hợp tư nhân là các đối tác nước ngoài và lúc này hợp đồng PPP trở thành công cụ để thu hút đầu tư nước ngoài. (Ziwei Zhang, 2017). Từ đó, các quốc gia thường ban hành pháp luật đầu tư nước ngoài để nhận diện và điều chỉnh các hành vi của

các nhà đầu tư nước ngoài trong các hợp đồng PPP. Chẳng hạn như Trung Quốc, vào năm 1986, đã mời gọi nhà đầu tư nước ngoài tham gia vào các chương trình xây dựng cơ sở hạ tầng (như dự án nhà máy điện Foshan ở Quảng Đông, nhà máy điện Shenzhen Shajiao). Các nước kém phát triển cũng thu hút đầu tư nước ngoài thông qua các hợp đồng PPP nhưng muộn hơn. Ví dụ như, Lào vào những năm 2010s đối với 17 dự án điện hydro (bao gồm cả dự án Sinhohydro Nam Ou 1-7), có tổng giá trị đầu tư lên đến 8 tỷ đô la Mỹ; Nepal đối với 14 dự án cơ sở hạ tầng tổng vốn đầu tư lên đến 1,6 tỷ đô la Mỹ ( trong đó, Kathmandu - Kulekhani Hetauda có trị giá 350 triệu đô la Mỹ); Zambia với 04 dự án điện năng với tổng vốn đầu tư lên đến 2,7 tỷ đô la Mỹ (gồm dự án Maamba sản xuất điện đốt than); Armenia đối với các dự án điện năng trị giá 250 triệu đô la Mỹ; Uganda dự án năng lượng mặt trời, trị giá hơn 30 triệu đô la Mỹ, Jamaica thu hút được 9 dự án PPP trong lĩnh vực năng lượng và vận tải với tổng vốn lên đến 1,2 tỷ đô la Mỹ. (UNCTAD, 2017, World Investment Report).

Trên thực tế, về kết quả sử dụng PPP thu hút đầu tư nước ngoài, một số nước khá thành công như Chile (MPI, 2018), Trung Quốc trong lĩnh vực xây dựng hạ tầng nhưng Mexico thì thất bại nghiêm trọng khi triển khai PPP đối với hệ thống thu phí đường bộ trong những năm 1990 đến nỗi gây ra khủng hoảng tiền tệ. (Klein, 2015) Nhìn chung, việc điều chỉnh pháp luật đối với các hợp đồng PPP này khá khác biệt giữa các nước khác nhau. Ví dụ như, một số quốc gia có ban

hành pháp luật riêng điều chỉnh phần ký kết, thực hiện và giải quyết tranh chấp các hợp đồng PPP. Tiêu biểu là, Phillippines cũng ban hành luật BOT 1990, 1994; Hàn Quốc năm 1998 ban hành Đạo luật về sự tham gia của tư nhân trong cơ sở hạ tầng (gọi tắt là đạo luật PPP); (Mai Thị Kim Oanh, 2017) Chile ban hành Luật nhượng quyền năm 2010, Argentina ban hành luật PPP. Tuy nhiên, đối với một số quốc gia khác như Trung Quốc, Anh dù thành công trong việc thu hút và thực hiện các hợp đồng PPP mà chưa hề ban hành pháp luật chuyên biệt về PPP (MPI, 2018), mà thực tế được điều chỉnh thông qua các chế định chung về hợp đồng hay mua sắm công và đấu thầu. (Ziwei Zhang, 2017).

Tại Việt Nam, chính sách về hợp tác công tư lần đầu tiên được nhắc đến trong Đại hội VI với tên gọi “Nhà nước và nhân dân cùng làm” nhưng phải đến Đại hội VIII mới chính thức sử dụng thuật ngữ “xã hội hóa” và được cụ thể hóa rải rác thông qua một số văn bản cơ bản như: Quyết định số 71/2010/QĐ-Ttg ngày 9/11/2010 Thủ tướng chính phủ ban hành Quy chế thí điểm đầu tư theo hình thức đối tác công tư; Nghị quyết 13/NQ-TW ngày 16/1/2012 “*thu hút mạnh các thành phần kinh tế, kể cả nhà đầu tư nước ngoài tham gia đầu tư phát triển kết cấu hạ tầng, .. mở rộng hình thức Nhà nước và nhân dân cùng làm.*”; Luật đầu tư công ngày 19/6/2014; Luật đấu thầu ngày 26/11/2013; Nghị định số 30/2015/NĐ-CP hướng dẫn một số điều của Luật Đấu thầu; Nghị quyết của Quốc hội số 26/2016-QH14 “*bổ trí phần vốn ngân sách nhà nước*

*và tăng cường huy động các nguồn vốn đầu tư cơ sở hạ tầng theo hình thức đối tác công tư PPP*”. Gần đây nhất, Chính phủ ban hành Nghị định 63/2018/NĐ-CP ngày 4/5/2018 có hiệu lực thi hành kể từ ngày 19/6/2018 thay thế cho Nghị định 15/2015 ngày 14/2/2015.

Về khái niệm hợp đồng PPP, Việt Nam gọi tên là hợp đồng dự án và liệt kê 09 loại hợp đồng khác nhau, bao gồm hợp đồng Xây dựng - Kinh doanh - Chuyển giao (BOT); Hợp đồng Xây dựng - Chuyển giao - Kinh doanh (BTO); Hợp đồng Xây dựng - Chuyển giao (BT); Hợp đồng Xây dựng - Sở hữu - Kinh doanh (BOO); và một số hợp đồng khác. (Nghị định 63/2018) Qua thời gian định nghĩa này có chút thay đổi về các loại dự án được phép liên kết công tư PPP như công nghệ cao mà các cơ quan nhà nước Việt Nam xác lập. Tuy nhiên, Việt Nam không giải thích cụ thể thế nào là cơ quan nhà nước và doanh nghiệp nhà nước (DNNN) có phải là cơ quan nhà nước hay không. Điều này sẽ gây một số khó khăn nhất định bởi vì trong thực tiễn giải quyết tranh chấp của trọng tài đầu tư quốc tế cơ quan nhà nước được xác định có phạm vi khá rộng bao gồm các doanh nghiệp nhà nước, không phân biệt tỷ lệ cổ phần hay tỷ lệ vốn góp của các doanh nghiệp này, và thậm chí một số doanh nghiệp tư nhân nếu các doanh nghiệp này được nhà nước trao quyền thực hiện chức năng quản lý nhà nước. Ngay cả khi DNNN hoạt động hoàn toàn mang tính thương mại, có tư cách pháp nhân độc lập so với Chính phủ (ví dụ sau khi cổ phần hóa), nhưng nếu doanh nghiệp hoạt động theo định hướng

\*Phó chủ nhiệm Khoa Luật, Đại học Công nghệ thành phố Hồ Chí Minh

1. Xem toàn văn “Arbitration Agreement dated 3 October, 1996 between the Government of the State of Eritrea and the Government of the Republic of Yemen”. Nguồn: [http://pca-cpa.org/showpage.asp?pag\\_id=1029](http://pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1029).

2. Nguyên văn: “effective occupation”.

3. Nguyên văn: “original, historic, or traditional Yemen title”.

4. Nguyên văn: “the principle of natural or geographical unity”.



của Chính phủ và thực hiện các nhiệm vụ phi thương mại thì chính sách của doanh nghiệp đó có thể bị coi tương đương với quy định của Chính phủ. (UBKT QH, (2014). Trong trường hợp này, DNNN cũng sẽ được xem là cơ quan Nhà nước.

Đánh giá tổng quan cho thấy các quy định hiện hành của Việt Nam đã dần xích lại gần hơn với chuẩn mực quốc tế. Chẳng hạn như, Điều 67 Nghị định 63/2018/NĐ-CP ghi nhận sự tự do thỏa thuận của các bên thông qua việc cho phép trọng tài giải quyết tranh chấp phát sinh giữa các bên và Điều 41 yêu cầu công khai nội dung hợp đồng sau khi hợp đồng có hiệu lực. Tuy nhiên, tính đến thời điểm hiện nay Việt Nam vẫn chưa giải thích cụ thể về trọng tài có thẩm quyền có phải là trọng tài quốc tế ICSID, trọng tài theo phụ lục bổ sung IC-SID, trọng tài UNCITRAL, Tòa Trọng tài Phòng Thương mại Quốc tế (ICC Court of Arbitration), hay chỉ là trọng tài được thành lập theo pháp luật nước ngoài như Trung tâm Trọng tài Quốc tế Hồng Kông (HKIAC), Trung tâm Trọng tài Quốc tế Singapore (SIAC) hay Ủy ban Trọng tài Kinh tế và Thương mại Trung Quốc (CIETAC). Bên cạnh đó, nghĩa vụ công khai hợp đồng PPP, Việt Nam chỉ mới có 02 hợp đồng PPP có hiệu lực trước ngày 19/6/2018, nhưng ký kết với các bên Việt Nam và các bên này tự nguyện công khai chứ không phải hợp đồng công khai theo yêu cầu của Nghị định 63/2018. Ngoài ra, bên tư nhân của hai hợp đồng này đều là 2 nhà đầu tư Việt Nam; cụ thể về (1) hạng mục cải tạo, nâng cấp bến phà Giải và đường dẫn hai

bến phà ở Hải Dương theo hình thức BOT và (2) đường dẫn nối cầu Hàn với quốc lộ 37 ở Hải Dương theo hình thức BT (Nguyệt Minh, 2018)

Theo thống kê, tính đến thời điểm hiện nay, số lượng các dự án PPP được phê duyệt và đang triển khai hoạt động là 377 dự án. (Vietnam PPP, 2018). Chẳng hạn như, cao tốc Hà Nội - Hải Phòng (chủ đầu tư Việt Nam và đang tính đến phương án chuyển nhượng một phần dự án cho các nhà đầu tư Nhật Bản, Ấn Độ, Mỹ, Úc); nhà máy cung cấp nước Thủ Đức 3 (chủ đầu tư Việt Nam thông qua hợp đồng đầu tư - sở hữu - vận hành BOO), cao tốc Bắc - Nam (chủ đầu tư Việt Nam), đường sắt đô thị số 3 tại Hà Nội và nâng cấp sân vận động Hàng Đẫy (có liên kết với tập đoàn Bouygues của Pháp theo hình thức BOT); cảng biển quốc tế Lạch Huyện, Hải Phòng (vốn đối ứng của chính phủ Việt Nam và vốn vay ODA Nhật Bản theo hình thức hợp đồng, Cái Mép - Thị Vải; sân bay Long Thành, giao thông thủy ở các tỉnh đồng bằng sông Cửu Long kết nối với Campuchia và cảng Cái Mép. (HN, 2018).

Theo nhận xét của chủ tịch Diễn đàn kinh tế thế giới trong buổi gặp mặt với Thủ tướng Nguyễn Xuân Phúc, Việt Nam vẫn là đất nước rất tiềm năng vì thực trạng hạ tầng Việt Nam còn rất thấp và WEF mong muốn tăng cường hợp tác với Việt Nam (Đức Tuấn, 2017). Tuy nhiên, FDI thực tế chưa đáp ứng được kỳ vọng và các văn bản pháp luật hiện hành đã, đang phát sinh nhiều vướng mắc như thiếu cơ chế phân chia rủi ro; thiếu sự tham gia của cộng đồng dân cư - người sử

dụng các dịch vụ công cộng và cơ sở phòng ngừa can thiệp mang tính hành chính từ phía Việt Nam trong quá trình ký kết và thực hiện hợp đồng (MPI, 2018). Do đó, Chính phủ và Bộ kế hoạch đầu tư đang nghiên cứu trình Quốc hội thông qua Luật đầu tư theo hình thức đối tác công tư.

**II. Một số tranh chấp thực tiễn liên quan đến hợp đồng hợp tác công tư**

Trong quá trình thực hiện hợp đồng PPP, tranh chấp là điều không thể tránh khỏi vì, như đã phân tích, thời gian của các hợp đồng này tương đối dài, sự thành công của hợp đồng phụ thuộc vào nhiều yếu tố chính trị, kinh tế, nguồn lực xã hội. Lợi ích cuối cùng của các hợp đồng PPP là người dân và người dân chính là bộ phận thực hiện hợp đồng thông qua việc trả tiền thuế khi sử dụng hàng hóa, dịch vụ là sản phẩm của các hợp đồng PPP. Khi tranh chấp xảy ra, pháp luật của các nước và hợp đồng có ghi nhận việc giải quyết tranh chấp bằng thương lượng, hòa giải, tòa án hay trọng tài (bao gồm cả trọng tài thương mại trong nước, hay trọng tài thương mại quốc tế, trọng tài đầu tư quốc tế).

**2.1 Tiêu chí chung để xác lập thẩm quyền theo Công ước IC-SID**

Trọng tài đầu tư quốc tế ICSID không giới hạn thẩm quyền của mình đối với các hợp đồng PPP. Thay vào đó, để một tranh chấp thuộc thẩm quyền giải quyết của trọng tài ICSID, hội đồng trọng tài cụ thể sẽ trả lời một số câu hỏi pháp lý được yêu cầu tại Điều 25 Công ước ICSID như sau:

**Thứ nhất**, hợp đồng PPP có phải

là khoản đầu tư theo Điều 25 Công ước ICSID hay không? Hội đồng trọng tài thường khẳng định Điều 25 ICSID có sử dụng thuật ngữ đầu tư nhưng không định nghĩa rõ ràng về thuật ngữ này; “không có nỗ lực nào được thực hiện để định nghĩa khoảng đầu tư mà các bên đã đồng ý ... và ... từ trước đến giờ các bên cũng chưa kiện ra ICSID về nghĩa của khoản đầu tư theo Điều 25” (Christoph H. Schreuer và những người khác, 2009). Từ năm 2001 đến nay, để giải thích một nghĩa vụ nào đó, một vấn đề tranh chấp nào đó có phải là đầu tư, các hội đồng trọng tài có thể viện dẫn đến một số tiêu chí được sử dụng trong vụ kiện *Salini v. Morocco*. Cụ thể như sau: (1) **phải có sự đóng góp tài chính** (bí quyết kỹ thuật, trang thiết bị và nhân sự, tiền vay để trả lương cho nhân công, tiền vay để thực hiện hợp đồng); (2) **phải được thực hiện trong một khoản thời gian nhất định** (trong vòng 36 tháng); (3) **giao dịch có rủi ro** (rủi ro kết thúc hợp đồng trước hạn, rủi ro bị yêu cầu thay đổi các hạng mục làm ảnh hưởng đến giá cả các hạng mục đã cố định từ trước; rủi ro tăng chi phí dành cho nhân công do luật của Morocco thay đổi; rủi ro phát sinh từ các sự kiện bất khả kháng và rủi ro khi không được bồi thường trong trường hợp tăng hoặc giảm hạng mục công trình không vượt quá 20% trị giá của hợp đồng; rủi ro chênh lệch giá) và (4) **có sự đóng góp vào sự phát triển kinh tế của quốc gia tiếp nhận đầu tư** (Salini cũng đã sử dụng công nghệ tiên tiến của mình để hỗ trợ quốc gia tiếp nhận đầu tư hoàn thành công việc). (Salini v. Morocco IC-SID ARB/00/4).

Mặc dù còn nhiều tranh cãi liên quan đến việc các tiêu chí Salini đã không phù hợp với thực tiễn đầu tư và giải quyết tranh chấp đầu tư bởi vì đầu tư hiện nay không chỉ là việc đầu tư được thực hiện từ quốc gia phát triển sang quốc gia đang phát triển để phát triển kinh tế của quốc gia đang phát triển. Thay vào đó, hoạt động đầu tư còn được thực hiện giữa các quốc gia phát triển với nhau (như Thụy Điển vào Đức trong vụ kiện *Vattenfal v. Germany*). Tuy nhiên liên quan đến hợp đồng PPP, các hội đồng trọng tài thường thống nhất kết luận hợp đồng PPP là khoản đầu tư theo cách giải thích này. (*Biwater v. Tanzania*, 2008).

**Thứ hai**, về chủ thể ký kết hợp đồng. Nhà đầu tư là một bên ký kết của hợp đồng PPP có quốc tịch của quốc gia là thành viên của Công ước ICSID hay không? Thực tiễn xác định quốc tịch của nhà đầu tư thường khá phức tạp bởi vì nhà đầu tư có thể là cá nhân nước ngoài hoặc pháp nhân nước ngoài. Tiêu chí quốc tịch được xác lập khác nhau tùy thuộc chủ thể đó là cá nhân, hay pháp nhân. Nếu là cá nhân nước ngoài, các hội đồng trọng tài căn cứ vào pháp luật của nước nơi cá nhân sinh ra, hoặc nơi cư trú hoặc nơi có mối quan hệ gắn bó mật thiết nhất. Đối với cá nhân, nhà đầu tư phải không thuộc vào các trường hợp (1) không quốc tịch; hoặc (2) công dân của quốc gia tiếp nhận đầu tư. (Christoph H. Schreuer và những người khác, 2009) Đối với trường hợp nhà đầu tư có 02 quốc tịch hoặc nhiều hơn 02 quốc tịch (đồng thời có quốc tịch của quốc gia tiếp nhận đầu tư và quốc tịch của nước khác cũng là thành viên

công ước ICSID), hội đồng trọng tài thường xét mối liên hệ giữa nhà đầu tư và quốc gia tiếp nhận đầu tư mà nhà đầu tư đó có quốc tịch kép. (Christoph H. Schreuer và những người khác, 2009). Chẳng hạn như trong vụ kiện *Champion Trading v. Egypt*, hội đồng trọng tài từ chối thụ lý giải quyết bởi vì nhà đầu tư có hai quốc tịch: (1) quốc tịch Ý (theo nơi cư trú hữu hiệu) và (2) có quốc tịch Ai Cập (quốc gia tiếp nhận đầu tư) bởi vì nhà đầu tư được thừa hưởng quốc tịch của cha (công dân Ai Cập). Đặc biệt tại thời điểm cấp phép đầu tư, các nhà đầu tư xin được hưởng quy chế của công dân Ai Cập để được cấp phép đầu tư. (*Champion Trading v. Egypt*, 2003). Về vấn đề hai quốc tịch này, Việt Nam trong các quan hệ hợp đồng PPP chưa thực sự rắc rối bởi vì đa phần chúng ta chưa thu hút đầu tư nước ngoài của Việt kiều vào thực hiện các hợp đồng này. Tuy nhiên cũng cần phải rà soát lại chính sách thu hút đầu tư nước ngoài của Việt Nam đối với Việt kiều để tránh trường hợp Việt kiều đầu tư và khởi kiện chính phủ Việt Nam tương tự như trường hợp *Trinh Vinh Binh v. Vietnam*.

Trong trường hợp nhà đầu tư nước ngoài là pháp nhân, hội đồng trọng tài sẽ căn cứ vào pháp luật của quốc gia nơi pháp nhân đó nơi đăng ký thành lập hoặc nơi hoạt động chính hoặc nơi có bộ máy quản lý chính. Các bên liên kết trong hợp đồng không có tư cách pháp nhân theo một hệ thống pháp luật của nước nào đó thì không được quyền khởi kiện theo tiêu chí pháp nhân của quốc gia nước ngoài là thành viên của ICSID. (Christoph H. Schreuer và những người

5. Nguyễn Văn: "The Rea Sea and Gulf of Aden Pilot". Đoạn 2, phán quyết của PCA về tranh chấp phân định biển và chủ quyền lãnh thổ giữa Yemen và Eritrea giai đoạn 1, xem tại <https://pccases.com/web/view/81>

7. Xem toàn văn "Arbitration Agreement dated 3 October, 1996 between the Government of the State of Eritrea and the Government of the Republic of Yemen". Nguồn: [http://pca-cpa.org/showpage.asp?pag\\_id=1029](http://pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1029).

khác, 2009)

**Thứ ba**, quốc gia ký kết hợp đồng PPP có phải là quốc gia thành viên của ICSID hay không? Việc xác định một quốc gia nào đó có phải là thành viên của công ước ICSID trên thực tiễn không gây khó khăn bởi vì hội đồng trọng tài có thể yêu cầu Ban thư ký cung cấp danh sách các quốc gia thành viên của Công ước. Nếu các bên khởi kiện theo Phụ lục bổ sung thì thẩm quyền giải quyết tranh chấp có thể mở rộng hơn, chỉ cần một trong hai bên có quốc tịch của thành viên công ước ICSID. Cần lưu ý rằng trên thực tế, chủ thể nhân danh quốc gia bị kiện không có nghĩa là cơ quan nhà nước (bộ, ngành), ở trung ương hay địa phương của quốc gia tiếp nhận đầu tư. Mà chủ thể này còn mở rộng cho các chủ thể khác, ví dụ như doanh nghiệp có vốn thuộc sở hữu nhà nước, hoặc có sự kiểm soát của nhà nước và thực hiện chức năng quản lý nhà nước (theo Điều 7 Quy tắc về trách nhiệm quốc gia đối với các hành vi sai trái của mình ILC 2001). Và, đặc biệt, nhân danh nhà nước của quốc gia tiếp nhận đầu tư còn được xác lập trong trường hợp các cơ quan tư nhân được nhà nước giao quyền lực nhà nước, thực hiện chức năng quản lý nhà nước (Điều 8 ILC 2001).

**Thứ tư**, có sự đồng ý bằng văn bản của hai bên tranh chấp. Sự đồng ý này được ghi nhận trong các hợp đồng PPP; trong pháp luật quốc gia quốc gia tiếp nhận đầu tư hoặc trong điều ước quốc tế mà quốc gia tiếp nhận đầu tư và quốc gia mà nhà đầu tư mang quốc tịch đã ký kết.

Như vậy, nếu cả bốn vấn đề pháp

lý trên được xác lập, thì trọng tài đầu tư quốc tế ICSID có thẩm quyền giải quyết tranh chấp. Các quốc gia bị kiện không thể từ chối thẩm quyền giải quyết tranh chấp của ICSID liên quan đến hợp đồng PPP khi cho rằng các hợp đồng PPP là các hợp đồng hành chính, được ký kết bởi chủ thể có chủ quyền, có quyền miễn trừ tư pháp. Hay nói cách khác, khi đã tham gia ký kết các hợp đồng PPP với các đối tác nước ngoài, quốc gia tiếp nhận đầu tư và/hoặc các chủ thể nhân danh quốc gia tiếp nhận đầu tư phải ý thức được việc mình có thể sẽ phải từ bỏ quyền miễn trừ tư pháp của mình; quyền có được từ chủ quyền quốc gia. Việc pháp luật trong nước của các quốc gia này từ chối thẩm quyền của ICSID không đồng nghĩa với việc trọng tài ICSID không có thẩm quyền giải quyết tranh chấp yêu cầu ICSID giải quyết tranh chấp của ICSID cũng chứng minh rằng pháp luật trong nước không phải là cơ sở biện minh cho sự không thực hiện nghĩa vụ pháp lý quốc tế xác lập trong BITs và/hoặc trong các hợp đồng PPP.

**2.2. Tranh chấp trong quá trình thực hiện các hợp đồng cung ứng nước sạch PPP**

Như đã phân tích ở trên, ngành công nghiệp sản xuất, cung cấp và phân phối nước sạch là một trong những ngành cần tiếp cận với tài chính của tư nhân, đặc biệt là tư nhân nước ngoài, để nâng cao chất lượng và đảm bảo tốt hơn quyền kinh tế, xã hội của con người. Và, đặc biệt, trên thực tế, nhiều quốc gia như Argentina, Tanzania, Phillipine

đã thông qua các doanh nghiệp nhà nước cấp phát nước sạch miễn phí cho người dân nhưng chất lượng nguồn nước không đảm bảo an toàn cho tính mạng sức khỏe của người dân. Do đó, các quốc gia này thực hiện nhiều biện pháp khác để cải cách nền kinh tế (như cổ phần hóa các doanh nghiệp nhà nước, hoặc mời gọi đầu tư nước ngoài đầu tư tài chính ban đầu và cho phép các nhà đầu tư thu tiền phí dịch vụ khi cung cấp nước cho người dân địa phương thông qua các hợp đồng hợp tác PPP). Và, các quốc gia này cũng đối mặt với nhiều vụ kiện liên quan đến việc thực hiện các hợp đồng PPP trước trọng tài đầu tư ICSID hoặc UNCITRAL.

Chẳng hạn như, trong vụ kiện *Biwater v. Tanzania*, tập hợp các nhà đầu tư gọi tắt là Biwater đã khởi kiện chính phủ Tanzania lên trọng tài ICSID bởi vì họ cho rằng họ đã đầu tư để thực hiện hợp đồng cung ứng nước sạch cho một số vùng lãnh thổ của Tanzania dưới hình thức PPP nhưng Tanzania đã quốc hữu hóa tài sản của Biwater khi chính quyền Tanzania đã kết thúc hợp đồng trước thời hạn, hủy bỏ chương trình ưu đãi thuế VAT công ty liên kết, trực xuất đại diện cấp cao của công ty BGT khỏi Tanzania, tịch thu tài sản của công ty liên kết và áp đặt cơ chế quản lý mới đối với công ty liên kết. Do đó, công ty Biwater đã khởi kiện trọng tài ICSID yêu cầu Tanzania bồi thường thiệt hại do đã quốc hữu hóa tài sản mà không bồi thường, vi phạm nguyên tắc công bằng và bình đẳng FET, vi phạm nguyên tắc đảm bảo đầy đủ và an ninh FPS cho nhà đầu tư theo Hiệp định khuyến

khích và bảo hộ đầu tư giữa Anh và Tanzania 1994. (Biwater kiện Tanzani, 2008, ICSID ARB/05/22, đoạn 398)

Trong vụ kiện này, hội đồng trọng tài nhấn mạnh hợp đồng mà Biwater thuê cơ sở hạ tầng của một doanh nghiệp nhà nước DA-WASA của Tanzania để đầu tư tài chính thêm và sửa chữa nhằm cung cấp nước sạch với chất lượng tốt hơn cho người dân Tanzania là hợp đồng PPP và là khoản đầu tư được phép bảo hộ theo Hiệp định khuyến khích và bảo hộ đầu tư BIT giữa Anh và Tanzania 1994 (Biwater kiện Tanzani, 2008, ICSID ARB/05/22, đoạn 480-492). Hội đồng trọng tài kết luận hành động của Tanzania là quốc hữu hóa tài sản của nhà đầu tư theo Điều 5 BIT *Quốc gia ký kết không được tước đoạt, quốc hữu hóa hoặc áp dụng các biện pháp có tác động tương đương với việc tước đoạt hoặc quốc hữu hóa.. trong lãnh thổ của Quốc gia ký kết khác trừ phi vì mục đích công cộng liên quan đến các nhu cầu trong nước của Quốc gia đó dựa trên nguyên tắc không phân biệt đối xử và bồi thường nhanh chóng, đầy đủ và hiệu quả...* vì xóa bỏ chương trình ưu đãi thuế VAT, phong tỏa nhà xưởng, áp dụng cơ chế quản lý mới mà không có sự bồi thường cho nhà đầu tư. (Biwater kiện Tanzani, 2008, ICSID ARB/05/22, đoạn 814)

Ngoài ra, hội đồng trọng tài cũng khẳng định Tanzania đã vi phạm nguyên tắc đối xử bình đẳng và công bằng FET theo Điều 2 BIT:

*Khoản đầu tư của công dân hay công ty của mỗi Quốc gia ký kết sẽ phải được hưởng chế độ công bằng và bình đẳng FET và được hưởng sự bảo vệ đầy đủ và an toàn FPS bất kỳ lúc nào trong lãnh thổ của quốc gia còn lại. Không Quốc gia*

*ký kết nào có quyền làm ảnh hưởng bằng các biện pháp không hợp lý hoặc phân biệt đối xử sự quản lý, điều hành, sử dụng, thụ hưởng hoặc định đoạt khoản đầu tư trong lãnh thổ của công dân hoặc công ty của Quốc gia ký kết khác. Mỗi Quốc gia ký kết có nghĩa vụ đảm bảo thực hiện bất kỳ nghĩa vụ nào mà họ đã cam kết liên quan đến khoản đầu tư của cá nhân hoặc công ty của Quốc gia ký kết khác.*

Lý do của sự vi phạm này chính là các biện pháp của Tanzania đã làm sụt giảm lợi ích kinh tế của khoản đầu tư của Biwater khi tuyên bố trước công chúng là hợp đồng PPP giữa hai bên đã chấm dứt hiệu lực mặc dù tại thời điểm tuyên bố hợp đồng vẫn đang còn hiệu lực. Điều này là ảnh hưởng đến sự kỳ vọng hợp pháp của nhà đầu tư nước ngoài – sự kỳ vọng chính quyền sẽ không bị tuyên bố công khai về việc hàng hóa và dịch vụ do nhà đầu tư cung cấp là kém chất lượng khi chưa có quyết định chính thức của cơ quan nhà nước có thẩm quyền của Tanzania đưa ra, làm giảm uy tín của nhà đầu tư nước ngoài.

**III. Trọng tài đầu tư quốc tế: cơ chế hữu hiệu để giải quyết tranh chấp hợp đồng hợp tác công tư?**

Như trên đã phân tích, một số quốc gia giới hạn việc giải quyết tranh chấp liên quan đến các hợp đồng PPP bởi tòa án quốc gia. Tuy nhiên, trong bối cảnh hiện nay, khi mà số lượng các quốc gia cần tài chính để phát triển và nâng cao chất lượng các dịch vụ công cộng ngày càng nhiều hơn số lượng các đơn vị tư nhân, đặc biệt tư nhân nước ngoài, chấp thuận cung cấp tài chính bởi vì các dự án PPP thường cần vốn lớn, thời gian thu hồi vốn dài, nhiều rủi ro và tỷ lệ lợi nhuận thấp. Việc giải quyết tranh chấp hợp đồng PPP bởi các hội

đồng trọng tài quốc tế thường được đánh giá có lợi hơn cho nhà đầu tư nước ngoài bởi vì tranh chấp được đảm bảo giải quyết bởi hội đồng trọng tài khách quan hơn, nhà đầu tư nước ngoài sẽ không bị xét xử tòa án quốc gia thường có khuynh hướng bảo vệ bên Nhà nước của phía mình (SD Franck, 2005). Thậm chí đối với một số hợp đồng PPP liên quan đến các ngành công nghiệp có tiêu chuẩn kỹ thuật cao như sản xuất điện năng, dầu mỏ, tòa án của các quốc gia này cũng gặp khó khăn nhất định về tiêu chuẩn kỹ thuật, pháp luật và tập quán thương mại quốc tế có liên quan (OECD, 2005). Do đó, để tạo sự tin tưởng cho các nhà đầu tư, các quốc gia phải chấp nhận các yêu cầu của các đơn vị nước ngoài, bao gồm và không giới hạn bởi việc chấp nhận thẩm quyền giải quyết tranh chấp của trọng tài ICSID hay UNCITRAL đối với các tranh chấp liên quan đến hợp đồng PPP.

Như vậy, vấn đề đặt ra là quốc gia tiếp nhận đầu tư có lợi gì khi tranh chấp các hợp đồng PPP được giải quyết bởi trọng tài đầu tư quốc tế? Như trên đã phân tích, các quốc gia ký kết các hợp đồng PPP là các quốc gia cần nguồn lực tài chính từ các thành phần kinh tế tư nhân, như các nhà đầu tư nước ngoài, để thực hiện và nâng cấp chất lượng của các dịch vụ công cộng cần thiết nhưng các quốc gia này không có đủ tiềm lực tài chính hoặc năng lực chuyên môn kỹ thuật (tương tự trường hợp Argentina, Tanzania). Do đó, việc ghi nhận các điều khoản giải quyết tranh chấp xác lập thẩm quyền giải quyết tranh chấp liên quan đến hợp đồng PPP cho hội đồng trọng tài đầu tư quốc tế tự thân nó không phải là một sự thất bại bởi vì nó giúp cho quốc gia tiếp nhận đầu tư đạt được mục đích nhất định. Nếu

8. *Phân quyết của PCA về tranh chấp phân định biển và chủ quyền lãnh thổ giữa Yemen và Eritrea giai đoạn 2, xem tại <https://pcacases.com/web/view/81> <https://pcacases.com/web/sendAttach/518>*



các quốc gia tiếp nhận vốn từ hợp đồng PPP thực hiện hợp đồng minh bạch, thiện chí và thậm chí thậm trọng trong việc xây dựng, thực thi chính sách pháp luật thì nhà đầu tư nước ngoài muốn khởi kiện cũng khó có cơ hội thắng kiện. Trong khi đó, việc ghi nhận thẩm quyền của trọng tài góp phần tạo cảm giác an toàn cho nhà đầu tư nước ngoài cấp tài chính để thực hiện dự án, chứ thật sự có khi họ cũng không muốn khởi kiện để yêu cầu bồi thường vì bản thân người làm kinh tế họ vẫn muốn làm việc hòa bình với chính quyền của quốc gia tiếp nhận đầu tư và tìm kiếm lợi nhuận.

Quan trọng nhất, trong bối cảnh hội nhập kinh tế quốc tế, sự thiện chí, tự nguyện thực hiện các cam kết quốc tế có ý nghĩa vô cùng quan trọng không phải chỉ bởi vì đây là nguyên tắc cơ bản của luật quốc tế mà hơn thế nữa đây là điều kiện tiên quyết đảm bảo pháp quyền trong luật quốc tế nói chung và luật đầu tư quốc tế nói riêng. Các quốc gia không thể trông chờ vào cơ quan tài phán của mình để bao biện cho những việc làm sai trái của chính phủ hay của các chủ thể khác nhân danh chính phủ. Và, nếu do dự hiệu quả của hệ thống trọng tài đầu tư quốc tế vì sự thiếu minh bạch và không nhất quán trong thực tiễn giải quyết tranh chấp của trọng tài đầu tư quốc tế hiện nay thì các quốc gia vẫn có các cơ hội khác để hoàn thiện cơ chế này (chẳng hạn như cách của Cộng đồng Châu Âu đề xuất thành lập tòa đầu tư thường trực, cơ chế phúc thẩm, minh bạch thông tin). Như vậy, việc giải quyết tranh chấp liên quan đến các hợp đồng PPP bằng trọng tài đầu tư quốc tế có thể là giải pháp đem lại lợi ích cho cả hai bên tham gia ký kết hợp đồng PPP.

#### IV. Kết luận

Nhìn chung, kết quả thành công hay thất bại trong việc thực hiện các hợp đồng PPP không liên quan nhiều đến việc có quy định pháp luật chuyên biệt điều chỉnh hợp đồng PPP. Thay vào đó, kết quả này phụ thuộc rất lớn vào sự hỗ trợ quyết liệt, minh bạch và hiệu quả bởi cơ quan nhà nước các cấp có liên quan (Patricia O. Sulser, 2018). Trong khi đó, đánh giá sơ bộ các quy định pháp luật Việt Nam điều chỉnh hợp đồng PPP, chúng ta không quá khó để nhận ra sự thiếu rõ ràng và không tạo được động lực trong việc đề xuất các dự án PPP mới (JICA, 2013). Gần đây, sự cố một số BOT hạ tầng ở Việt Nam tạo nên làn sóng phản đối mạnh mẽ của cộng đồng, của đại bộ phận dân chúng như dự án BOT Cai Lậy, BOT Pháp Vân – Cầu Giẽ. Nếu chính phủ Việt Nam không thận trọng, có thể chúng ta sẽ bị nhiều nhà đầu tư nước ngoài khởi kiện ra trọng tài đầu tư quốc tế. Việc nghiên cứu các vụ kiện cụ thể trên cho phép chúng ta rút ra một số kinh nghiệm sau đây.

**Thứ nhất**, hội đồng trọng tài đầu tư quốc tế vẫn khẳng định hợp đồng PPP là khoản đầu tư được bảo vệ theo các Hiệp định BITs, trọng tài đầu tư có thẩm quyền thụ lý và thậm chí yêu cầu quốc gia tiếp nhận vốn qua hợp đồng này bồi thường cho nhà đầu tư nước ngoài nếu quốc gia vi phạm các cam kết đối với nhà đầu tư nước ngoài. Do đó, các hợp đồng PPP mà Việt Nam đã ký kết với đối tác nước ngoài đều có thể xác lập thẩm quyền giải quyết tranh chấp cho các hội đồng trọng tài quốc tế, mặc dù phần lớn các hợp đồng PPP được ký kết bởi các cơ quan nhà nước ở địa phương hoặc là các DNNN Việt Nam, chứ không phải chính phủ Việt Nam ký kết các hợp đồng đó. Chúng ta

không thể từ chối thẩm quyền của hội đồng trọng tài vì cho rằng pháp luật Việt Nam yêu cầu tranh chấp được giải quyết bởi tòa án Việt Nam. Như vậy, điều này gây nhiều thách thức cho chính phủ Việt Nam bởi vì số lượng các hợp đồng PPP mà bên Việt Nam ký kết là khá lớn.

**Thứ hai**, thực tiễn giải quyết tranh chấp đầu tư quốc tế, số lượng các khiếu nại về sự vi phạm điều khoản công bằng và bình đẳng đối với nhà đầu tư được viện dẫn khá phổ biến nhưng thực tiễn chưa hề có định nghĩa rõ ràng về nguyên tắc này và việc giải thích nguyên tắc này cũng còn nhiều khác biệt giữa các hội đồng trọng tài khác nhau. Một trong những hiệp định đầu tiên định nghĩa cụ thể nguyên tắc này đó là Hiệp định thương mại tự do Việt Nam – Liên minh Châu Âu EUVFTA (hiệp định vẫn chưa có hiệu lực). Do đó, nếu các nhà đầu tư nước ngoài không hài lòng và/hoặc cảm thấy sự kỳ vọng hợp pháp của họ vào chính phủ Việt Nam đã bị ảnh hưởng tiêu cực thì khả năng những nhà đầu tư này khởi kiện và thắng kiện càng cao hơn. Nói cách khác, khả năng chính phủ Việt Nam bị các hội đồng trọng tài yêu cầu bồi thường cũng gia tăng tương ứng. Điều này gây thách thức rất lớn cho chính phủ Việt Nam.

**Thứ ba**, thực tiễn cơ chế giải quyết tranh chấp đầu tư quốc tế hiện nay vẫn còn hạn chế việc minh bạch thông tin vụ kiện và thậm chí hạn chế tham gia của các bên thứ ba không tranh chấp. Do đó, đại bộ phận người dân sẽ không có cơ hội tham gia vào quy trình giải quyết tranh chấp. Trong khi đó, về bản chất, như trên đã phân tích, các hợp đồng PPP lại chủ yếu được xác lập trong các lĩnh vực, các ngành công nghiệp chi phối sâu sắc đến đời sống cộng đồng. Và, như vậy

trong trường hợp hội đồng trọng tài quyết định rằng quốc gia tiếp nhận đầu tư hay Việt Nam phải bồi thường một khoản tiền (thông thường là không lồ) thì đời sống xã hội, trật tự công cộng của quốc gia đó, của Việt Nam có thể bị gây xáo trộn và ảnh hưởng nghiêm trọng.

**Thứ tư**, Việt Nam là quốc gia đang phát triển, việc hoạch định chính sách và thậm chí thực hiện các cam kết thương mại đầu tư vẫn chưa được nhất quán, minh bạch và rất cần sự hỗ trợ pháp lý trong các vụ kiện đầu tư quốc tế. Trong khi đó, thực tiễn giải quyết tranh chấp của trọng tài đầu tư quốc tế không hề cho phép các quốc gia đang phát triển như Việt Nam được viện dẫn khác biệt so với thực tiễn giải quyết

tranh chấp chính sách thương mại của WTO – quyền được viện dẫn và được hưởng cơ chế khác biệt và đặc biệt dành cho các nước đang phát triển trong quy trình giải quyết tranh chấp.

**Thứ năm**, đối với hiện tượng một số nhà đầu tư nước ngoài mua lại cổ phần của doanh nghiệp Việt Nam đã ký kết BOT với phía chính phủ Việt Nam (đối tác Ấn Độ mua lại 70% cổ phần dự án BOT cao tốc Hải Phòng – Hà Nội; 02 nhà đầu tư Nhật Bản là Công ty đường cao tốc miền Trung NEXCO và công ty cổ phần đường cao tốc quốc tế Nhật Bản JEXWAY mua 20% cổ phần của liên danh FECON, Cottecons, Cienco của Việt Nam đối với dự án tuyến tránh thành phố Phú Lý, Hà

Nam), (tapchitaichinh.vn, 2018) chúng ta cũng cần phải nhìn nhận rằng nhà đầu tư nước ngoài vẫn được quyền khởi kiện ra trọng tài đầu tư quốc tế. Bởi vì trong thực tiễn giải quyết tranh chấp trọng tài đầu tư quốc tế, các nhà đầu tư có quốc tịch nước ngoài và các doanh nghiệp mà nhà đầu tư nước ngoài có vốn cổ phần hoàn toàn độc lập nhau về tư cách pháp lý. Hay nói cách khác, nhà đầu tư nước ngoài vẫn có quyền khởi kiện chính phủ Việt Nam và chính phủ Việt Nam không thể viện dẫn lý do đây là các doanh nghiệp của Việt Nam để yêu cầu hội đồng trọng tài đầu tư quốc tế từ chối thẩm quyền giải quyết tranh chấp.