

LALIVE



The Swiss Federal Tribunal's decision
in *Recofi v Vietnam*: a Case Study

Ho Chi Minh City Bar Association, CPD Training on
"Effective skills for settlement of commercial and
investment disputes by international arbitration in view
of an ICC Court Member and an international
arbitration Lawyer in Switzerland"

Nhu-Hoang Tran Thang

Ho Chi Minh City, 12 August 2017

LALIVE

The *Recofi v Vietnam* case in a nutshell

- An arbitration based on the Vietnam-France Bilateral Investment Treaty of 1992 (the arbitration agreement)
- Between French company Recofi SA and the Government of Vietnam (the parties)
- Concerning contracts for the sale of goods (food and other basic commodities) by Recofi to both private and State owned entities in Vietnam (the (alleged) investement)
- Conducted under the UNCITRAL Arbitration Rules (the procedural rules applicable to the arbitration proceedings)
- With seat in Geneva, Switzerland (the seat or «place» of the arbitration)
- Which led to setting-aside proceedings in Switzerland in accordance with the Swiss Federal Act on Private International Law (the «lex arbitrii» or procedural rules applicable to the setting-aside proceedings)

2

What is a Bilateral Investment Treaty (BIT)?

- An international treaty between two Sovereign States

*An agreement made between two countries containing reciprocal undertakings for the promotion and **protection of private investments made by nationals of the signatories in each other's territories**. These agreements establish the terms and conditions under which nationals of one country invest in the other, including their rights and protections (practical law).*

- A type of International Investment Agreement (IIA)
- IIAs can be multilateral (ASEAN, NAFTA, Energy Charter Treaty, Vietnam-EU Free Trade Agreement) or bilateral (some 3,000 BITs in the world today)
- Vietnam is a party to 50 BITs in force today

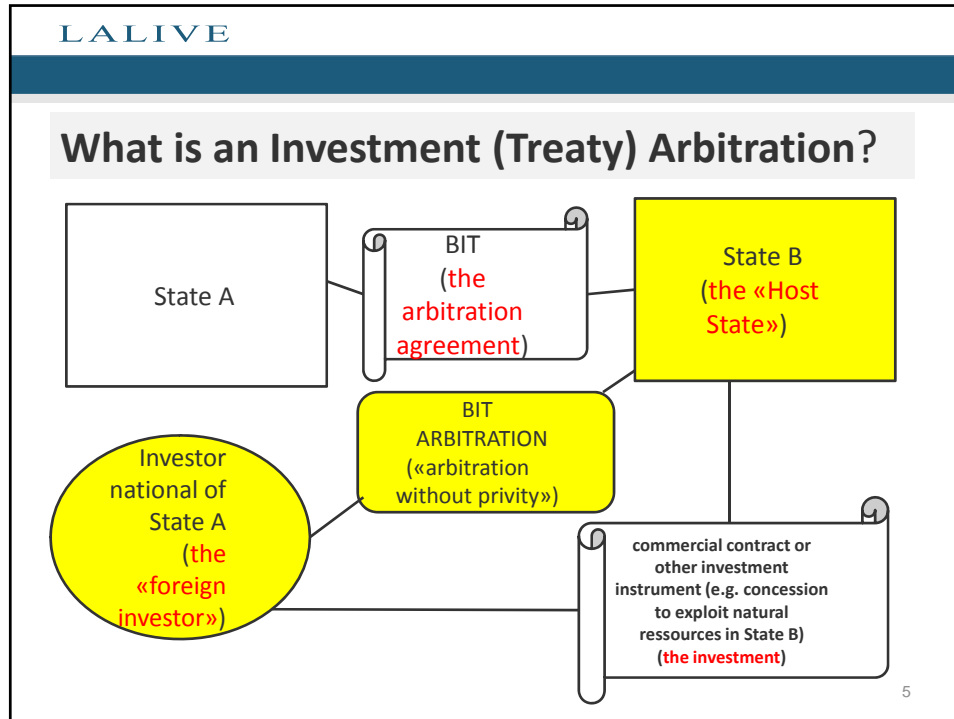
3

Common Features of BITs

BITs provide protection against illegal nationalization and/or expropriation of foreign assets and other actions by a signatory of the BIT that may undermine the ownership or economic interest of a national of the other signatory. As BITs are negotiated agreements between the two State parties, their terms vary. However, they generally include the following rights and protections:

- National treatment
- Most-favoured-nation treatment
- Fair and equitable treatment
- Compensation in the event of expropriation
- **Dispute resolution: one of the main protections under a BIT is that it allows foreign investors to sue States directly by submitting claims for breach of the BIT to arbitration rather than to local courts**

4



LALIVE

The arbitration agreement in the Vietnam-France BIT

Article 8

1. Any dispute concerning the investments between one contracting Party and a national or company of the other contracting Party shall be, if possible, settled amicably between the two Parties concerned.
2. If the dispute has not been settled within a period of six months from the date on which the matter was raised by either contracting party, it may be submitted in writing to arbitration at the request of either contracting Party. The dispute shall be settled definitively in accordance with the Arbitration Rules of the United Nations Commission on International Trade Law ("UNCITRAL"), as adopted by the General Assembly of the United Nations in its Resolution N° 31-98 of December 15, 1976.

After both contracting Parties shall have become Parties to the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States, concluded in Washington on March 18, 1965, the International Centre for the Settlement of Investment Disputes (ICSID) will supersede the procedure defined at the preceding paragraph for the settlement of disputes through arbitration between one of the contracting Parties and a national or a company of the other contracting Party.

6

What is an «investment» under a BIT?

- Contracting States negotiate carefully the definitions of key terms in a BIT (investment, investor, national, etc)
- Since the goal and purpose of two States signing BITs is generally to foster flows of direct investment in each other's territory, they most often contain broad definitions of an «investment»
- **Vietnam-France BIT definition (Article 1(1)):**

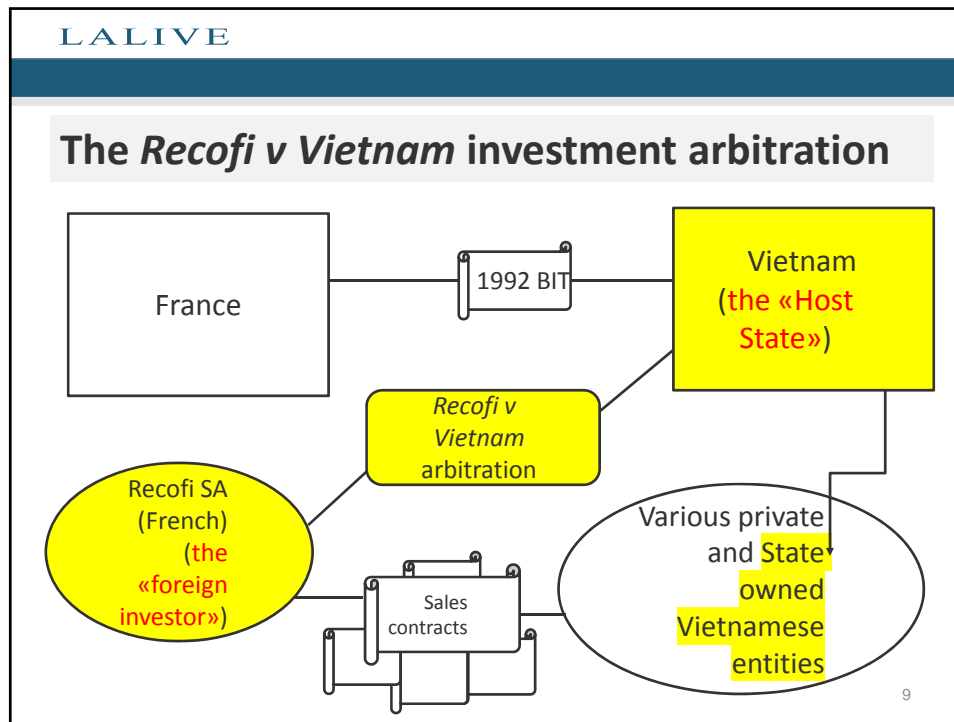
The term "investment" means every kind of assets, such as goods, rights and interests of whatever nature, and in particular though not exclusively followed by a non exhaustive list of examples of assets such as movable and immovable property, shares, bonds, IP rights etc]

7

The definition of an «investment» under investment treaty arbitration «case law»

- No binding precedent in arbitration but heavy influence on the development of international investment law, including the definition of an investment
- Washington Convention of 1965 creating the International Centre for the Settlement of Investment Disputes (ICSID), signed by 161 States: contains a reference to «investment» which led many ICSID arbitral tribunals to interpret the notion
- The definition of investment is «one of the most unsettled issues in investment arbitration» (Swiss Federal Tribunal's decision in *Recofi v Vietnam*)
- However, general criteria have emerged from the decisions of arbitral tribunals:
 1. A substantial commitment or contribution from the investor
 2. A significant assumption of risk from the investor
 3. A significant duration of the Investment
 4. A contribution to the development of the Host State's economy

8



LALIVE

The Arbitral Tribunal's Award of 2015 (not public)

- On 28 September 2015, the Arbitral Tribunal (Bernard Hanotiau (Belgian, President), Stanimir Alexandrov (Bulgarian, appointed by Recofi) and Christopher J. Thomas (Canadian, appointed by the Government of Vietnam)) render an award declining their jurisdiction to decide the dispute
- The Award is not public but was summarized by the Swiss Federal Tribunal when it examined Recofi's application for annulment
- The UNCITRAL Arbitral Tribunal decided that the sales contracts did not constitute an investment
- According to Art. 8 of the BIT, foreign investors can only start a UNCITRAL arbitration regarding investments they have made in the Host State's territory
- Therefore, no investment according to the Vietnam-France BIT = no jurisdiction of the UNCITRAL Arbitral Tribunal

10

LALIVE

The «investment» according to the Arbitral Tribunal (1)

The Arbitral Tribunal departed from ICSID case law as it was a UNCITRAL arbitration and focused on the meaning of investment as defined in Art. 1 of the Vietnam-French BIT

3.2.2 of the Swiss Federal Tribunal's Decision No 4A_626_2015:

The definition of 'investment' is one of the most controversial issues in investment arbitration and myriads of arbitral tribunals applying ICSID, UNCITRAL Rules or Rules of other arbitration institutions have attempted to delimitate its contours. However, there is no need to enter this debate here. Instead, the tribunal will first define the term "investment" as it reads in the BIT, without regard to other BITs. Second, there is no rule according to which arbitral Tribunals must follow previous decisions of other arbitral Tribunals on the same subject matter, as these decisions do constitute binding precedents. Third, as the case at hand is decided pursuant to the UNCITRAL Rules of Arbitration, the criteria specific to ICSID arbitration will not be considered.

11

LALIVE

The «investment» according to the Arbitral Tribunal (2)

The Arbitral Tribunal interpreted Article 1(1) of the BIT and the long non exhaustive list of examples of assets covered by the BIT as a whole and determined that the assets falling within the scope of the BITs are those invested by a foreign investor in the **territory** of Vietnam

3.2.2 of the Swiss Federal Tribunal's Decision No 4A_626_2015:

*The arbitral Tribunal thus considers that according to the terms of the Treaty interpreted in good faith and according to their ordinary meaning, a valid investment must fulfil the following three cumulative criteria: first, the existence of **assets** as defined by Art. 1(1)(a)-(e) of the BIT or of similar nature; second, the assets have to be **invested in the territory or in the maritime areas of the Contracting party**; lastly, the investment has to be made in conformity with the host State's laws.*

12

LALIVE

The «investment» according to the Arbitral Tribunal (3)

The Arbitral Tribunal analyzed the facts at hand and concluded that the sales contracts relied on by Recofi did not meet the definition of the BIT

3.2.3 of Decision No 4A_626_2015, the Tribunal found that:

- Despite Recofi's allegations that the sales contracts were part of a food programme set up by the Vietnamese Government, there was **no evidence of any transfer of know-how, training, capital or technology between France and Vietnam**
- Recofi's presence on the Vietnamese territory through its representative office in HCMC was very limited and only performed administrative activities that could not qualify as an investment
- *"To sum up, most of the activities of [Recofi] – especially those allegedly contributing to the economic development of Vietnam – have been carried out **outside of the Vietnamese territory**"*

13

LALIVE

The «investment» according to the Arbitral Tribunal (4)

The Arbitral Tribunal concluded by rejecting its jurisdiction over Recofi's claim against Vietnam

3.2.4 of Decision No 4A_626_2015:

*Based on these findings, the Tribunal considers that [Recofi] did not participate in any food program in Vietnam and failed to prove that any such program ever existed. It also considers that there was **no transfer of know-how, capital or technology to Vietnam**. Moreover, the alleged presence of [Recofi] on the **Vietnamese territory** was very limited and only consisted in administrative support for activities carried out of the Vietnamese territory.*

*As the definition given by the arbitral Tribunal to "investment" based on Art. 1(1) of the BIT requires the investment of assets on the territory or maritime areas of the host State, it follows that [Recofi] **did not make an investment in Vietnam**.*

*Consequently, the Tribunal has **no jurisdiction** to hear the claim.*

14

Setting-aside proceedings in Switzerland: importance of the arbitration seat and *lex arbitrii*

- No seat stipulated in Art. 8 of the Vietnam-France BIT (the arbitration agreement)
- UNCITRAL Arbitration Rules, Art. 18:
 1. *If the parties have not previously agreed on the place of arbitration, the place of arbitration shall be determined by the arbitral tribunal having regard to the circumstances of the case. The award shall be deemed to have been made at the place of arbitration.*
 2. *The arbitral tribunal may meet at any location it considers appropriate for deliberations. Unless otherwise agreed by the parties, the arbitral tribunal may also meet at any location it considers appropriate for any other purpose, including hearings.*
- Recofi and the Government of Vietnam disagreed on the place of arbitration; The Arbitral Tribunal compromised for seat in Geneva, Switzerland and Hearing in Singapore

15

Switzerland and Singapore as seats of arbitration compared (1)

| | Switzerland | Singapore |
|---|--|---|
| Neutrality? | <p>Long-standing reputation of neutrality to resolve disputes between non Swiss Parties</p> <p>No application of EU public policy</p> <p>Geneva is one of the five most preferred and widely used seats globally</p> | <p>Perceived as a neutral forum to resolve international disputes between non-Singaporean parties, steadfast support of the legislature and judiciary promoted a fast evolution over the last decades</p> <p>Singapore is one of the five most preferred and widely used seats globally</p> |
| arbitration-friendly legislative framework? | <p>YES</p> <p>Chapter 12, Arts. 176 to 194 of the Federal Statute on Private International Law Act (PILA) of 1987 (currently under 2017 revision)</p> | <p>YES</p> <p>Singapore International Arbitration Act (Cap 143A), 2012 revision (IAA), incorporating the UNCITRAL Model Law except for its chapter VIII on recognition and enforcement</p> |
| Ratification of New York Convention 1958? | <p>YES</p> <p>(entry into force: 30 August 1965)</p> | <p>YES</p> <p>(entry into force: 19 November 1986)</p> |

16

LALIVE

Switzerland and Singapore as seats of arbitration compared (2)

| | Switzerland | Singapore |
|---|---|--|
| Availability of court assistance? | YES Arts. 179, 180, 183, 184 and 185 PILA | YES Sections 9A(2), 12A and 13 IAA; Arts. 11 and 27 UNCITRAL Model Law, by reference at Section 3(1) IAA |
| Finality of award – only limited remedies against arbitral awards | only five limited grounds for challenging an award listed at Art. 190(2) PILA | only 8 limited grounds upon which the award may be challenged, 6 being the ones enumerated at Art. 34 UNCITRAL Model Law, applicable by reference at Section 3(1) IAA |
| Legal costs of arbitration | Legal costs of arbitration in Geneva are similar to those in Paris | Legal costs of arbitration in Singapore are likely to be higher than in Paris or Geneva (Ch. Newmark, “Controlling Time and Costs in Arbitration” in The Leading Arbitrators Guide to International Arbitration, 2008) |

17

LALIVE

Switzerland and Singapore as seats of arbitration compared (3)

| | Switzerland | Singapore |
|---|--|--|
| Proven track record of the State as host of international arbitration | Switzerland has the strongest tradition as a host to international arbitration and is praised as <i>“unquestionably one of the most arbitration-friendly jurisdictions, based both on Swiss legislation and the Swiss courts’ unfailing support to international arbitration”</i> (Prof. Emmanuel Gaillard, University of Paris, Shearman & Sterling, August 2006) | Singapore, by both its recent legislative amendments (2012) and the case law of its Supreme Court, provides clear evidence of Singapore’s compliance with accepted principles of international arbitration. The legislative and judicial philosophy towards international arbitration in Singapore can be described as resolutely non-interventionist and progressively pro-arbitration |

18

Swiss Private International Law Act («PILA») 1987

- All recourses directly before the Swiss Federal Tribunal (Art. 191 PILA)
- Annulment (or «challenge» or «setting-aside» proceedings) conducted according to the procedural rules of the Federal Law on the Federal Tribunal («LTF»)
- 30 days to challenge the award (Art. 100 LTF)
- Art. 192(2) PILA sets out the 5 grounds for annulment
 - a. *where the sole arbitrator has been improperly appointed or where the arbitral tribunal has been improperly constituted;*
 - b. *where the arbitral tribunal has wrongly accepted or denied jurisdiction;*
 - c. *where the arbitral tribunal has ruled beyond the claims submitted to it, or failed to decide one of the claims;*
 - d. *where the principle of equal treatment of the parties or their right to be heard in an adversary procedure has not been observed;*
 - e. *where the award is incompatible with public policy*

19

The setting-aside proceedings in Switzerland (public) Swiss Federal Tribunal Case No 4A/616/2015

- On 5 November 2015, Recofi applies for annulment of the Arbitral Tribunal's award before the Swiss Federal Tribunal
- Basis for challenge of the award: Art. 190(2)(b) PILA («*where the arbitral tribunal has wrongly accepted or denied jurisdiction*») and Art. 190(2)(d) (not discussed today)
- Swiss Federal Tribunal very restrictive and successful challenges are rare (about 7% chances of success)
- Swiss Federal Tribunal does not review the assessment of the facts by the arbitrators, only the law
- Swiss Federal Tribunal shows great deference to arbitrators' decisions in particular in their review of investment arbitration awards (as compared to the decisions of commercial arbitrators)

20

The «investment» according to the Swiss Federal Tribunal (1)

The Swiss Federal Tribunal started by summarizing Recofi's arguments under Art. 190(2)(b)

3.3 of Decision No 4A_626_2015:

In its submissions, [Recofi] argues that the Tribunal incorrectly decided that it lacked jurisdiction. It claims that the arbitrators disregarded the broad meaning of investment and that instead of imposing requirements that were absent of this provision, such as imposing a strong territorial nexus, the transfer of technology, capital and know-how, the arbitrators should have interpreted Art. 1(1) of the BIT broadly in line with the general approach in other BITs, practice of the parties in relation to other States and prior case law.

21

The «investment» according to the Swiss Federal Tribunal (2)

The Swiss Federal Tribunal showed great deference for the approach taken by the Arbitral Tribunal

3.4.1 of Decision No 4A_626_2015:

To date, the notion of investment in BITs and multilateral treaties for the protection and promotion of investment has no objective and unanimously accepted definition [...] by focusing on the text of the BIT instead of relying on arbitral awards rendered on the basis of other international agreement, the arbitral Tribunal adopted the right approach when defining the term investment in the context of this treaty [...]

Furthermore, as the term investment as per Art. 1(1) of the BIT was defined by three arbitrators the experience in the field and the international reputation of whom both Parties recognize, the Federal Tribunal will not depart from the unanimous interpretation of the term given by leading experts in the field.

22

The «investment» according to the Swiss Federal Tribunal (3)

The Swiss Federal Tribunal endorsed the legal analysis by the Arbitral Tribunal although it concludes that in any event, it is not within its competence to review the factual assessment made by the arbitrators

3.4.2-3.4.4 of Decision No 4A_626_2015:

[T]he arbitral Tribunal did not at all disregard [the principles of interpretation as per Art. 31 of the Vienna Convention on the Law of Treaties] when it interpreted Art.1(1) of the BIT as it did, ie with an emphasis on the principle of territoriality and excluding mere sale and exchange of goods agreements from this notion [...]

Moreover, the Tribunal's subsumption based on its correct interpretation of the disputed provision of the BIT is closely linked to the factual circumstances of the case. The Federal Tribunal is not competent to review these findings based on purely factual elements [...]

Therefore, the arbitral Tribunal rightly dismissed the case for lack of jurisdiction razione materiae.

The argument based on Art. 190(2)(b) PILA must therefore be rejected.

LALIVE



QUYẾT ĐỊNH CỦA HỘI ĐỒNG LIÊN BANG THỤY SỸ TRONG VỤ VIỆC GIỮA RECOFI VÀ VIỆT NAM

Đoàn luật sư Tp. Hồ Chí Minh

Lớp bồi dưỡng chuyên môn nghiệp vụ Luật sư - “Kỹ năng giải quyết tranh chấp thương mại - đầu tư bằng Trọng tài quốc tế dưới góc nhìn của thành viên Tòa trọng tài Quốc tế ICC và Luật sư trọng tài quốc tế của Thụy Sĩ”

Trần Thắng Như Hoàng

Thành phố Hồ Chí Minh, ngày 12 tháng 8 năm 2017

LALIVE

Tóm tắt vụ kiện giữa *Recofi* và *Việt Nam*

- Một vụ kiện trọng tài trên cơ sở Hiệp định Khuyến khích Bảo hộ Đầu tư 1992 giữa Việt Nam và Pháp (**thỏa thuận trọng tài**)
- Giữa Recofi, một công ty của Pháp, và Chính phủ Việt Nam (**các bên**)
- Liên quan đến hợp đồng mua bán hàng hóa (thực phẩm và các mặt hàng khác) giữa Recofi và các doanh nghiệp Nhà nước và tư nhân của Việt Nam (**hoạt động đầu tư bị cáo buộc**)
- Theo Quy tắc trọng tài UNCITRAL (**luật hình thức áp dụng cho vụ kiện trọng tài**)
- Địa điểm trọng tài ở Geneva, Thụy Sĩ (**địa điểm trọng tài hoặc “nơi giải quyết tranh chấp bằng trọng tài”**)
- Điều đó dẫn đến thủ tục hủy phán quyết trọng tài ở Thụy Sĩ theo Đạo luật Liên bang của Thụy Sĩ về Luật Tư pháp quốc tế (**nguyên tắc «lex arbitrii»- luật của nước nơi giải quyết tranh chấp bằng trọng tài hay nguyên tắc luật tố tụng điều chỉnh thủ tục hủy phán quyết**)

2

LALIVE

Hiệp định Khuyến khích Bảo hộ Đầu tư là gì (BIT)?

- Một hiệp định quốc tế giữa 02 Chính phủ:

*Một hiệp định giữa 02 quốc gia bao gồm các nghĩa vụ đối ứng trong việc khuyến khích và **bảo hộ đầu tư tư nhân của công dân nước ký kết đối trong lãnh thổ của nước kia**. Các hiệp định này thiết lập các điều khoản và điều kiện mà trên cơ sở đó công dân của nước này đầu tư vào lãnh thổ của nước kia, bao gồm cả các quyền lợi và bảo hộ của nhà đầu tư. (practical law).*

- Là một loại hiệp định quốc tế về đầu tư (IIA)
- IIAs có thể là hiệp định đa phương (ASEAN, NAFTA, Hiệp ước Hiến chương Năng lượng, Hiệp định thương mại tự do Việt Nam - EU) hoặc song phương (khoảng 3.000 BIT trên thế giới hiện nay)
- Việt Nam hiện nay là thành viên của 50 BITs có hiệu lực.

3

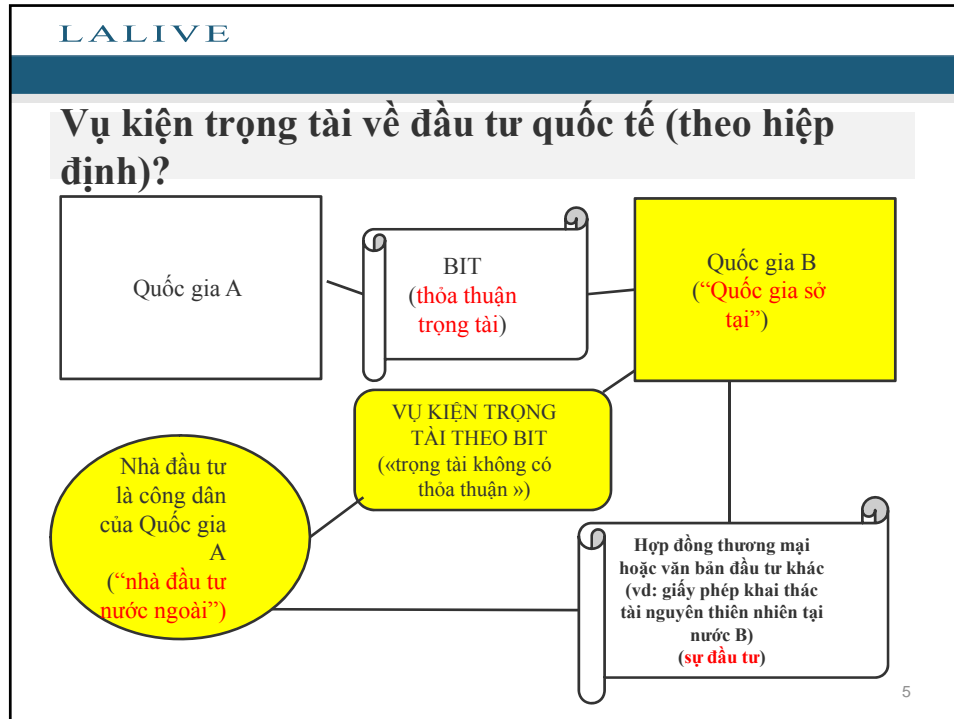
LALIVE

Đặc điểm chung của các BIT

BIT quy định các biện pháp bảo vệ chống lại sự quốc hữu hóa bất hợp pháp các tài sản nước ngoài và những hành động khác của một nước ký hiệp định mà có thể xâm hại đến quyền sở hữu hoặc các lợi ích kinh tế của công dân nước ký hiệp định kia. Vì BIT là một thỏa thuận trên cơ sở đàm phán giữa hai quốc gia, các điều khoản của BIT có thể thay đổi. Tuy nhiên, BIT nhìn chung bao gồm các quyền và biện pháp bảo hộ sau:

- Đối xử quốc gia
- Tối huệ quốc
- Đối xử công bằng
- Bồi thường trong trường hợp quốc hữu hóa
- **Giải quyết tranh chấp: một trong những biện pháp bảo hộ chính theo BIT là cho phép nhà đầu tư nước ngoài kiện trực tiếp chính phủ bằng cách khởi kiện các vi phạm đối với BIT đến một hội đồng trọng tài thay vì đến tòa án quốc gia.**

4



LALIVE

Thỏa thuận trọng tài trong BIT giữa Việt Nam và Pháp

Điều 8

- Mọi tranh chấp **đầu tư** giữa một Bên ký kết và một công dân hoặc một công ty của Bên ký kết còn lại phải cố gắng giải quyết bằng thương lượng và hòa giải giữa hai Bên liên quan.
- Nếu tranh chấp không giải quyết được trong thời hạn sáu tháng kể từ khi vụ tranh chấp được một trong hai Bên nêu ra, thì theo yêu cầu của một Bên, vụ tranh chấp sẽ được đưa ra **trọng tài**. Vụ tranh chấp sẽ được giải quyết **theo Quy tắc trọng tài** của Ủy ban Liên hiệp quốc về Luật thương mại quốc tế ("**UNCITRAL**"), được Đại hội đồng Liên hiệp quốc thông qua tại Nghị quyết số 31-98 ngày 15 tháng 12 năm 1976.

Khi các Bên ký kết tham gia Công ước về Giải quyết Tranh chấp đầu tư giữa các quốc gia và công dân của các quốc gia khác, ký tại Washington ngày 18 tháng 3 năm 1965, Trung tâm Quốc tế Giải quyết các Tranh chấp về Đầu tư (ICSID) sẽ thay thế cho thủ tục được nêu ở đoạn trên trong việc giải quyết bằng trọng tài các tranh chấp giữa một Bên ký kết với một công dân hoặc công ty của Bên ký kết còn lại.

6

Định nghĩa «Đầu tư» theo BIT?

- Các quốc gia ký kết đã thỏa thuận với nhau một cách cẩn trọng trong việc giải thích các từ ngữ quan trọng trong Hiệp định về Khuyến khích và Bảo hộ đầu tư (đầu tư, nhà đầu tư, công dân, v.v...)
- Vì mục tiêu và mục đích của hai Quốc gia ký kết Hiệp định về Khuyến khích và Bảo hộ đầu tư nói chung là để khuyến khích dòng vốn đầu tư trực tiếp trong các vùng lãnh thổ của nhau nên các Hiệp định này thường đưa ra định nghĩa về “đầu tư” rất rộng

Hiệp định giữa Cộng hòa Xã hội Chủ nghĩa Việt Nam và Cộng hòa Pháp về Khuyến khích và Bảo hộ đầu tư – Phần giải thích từ ngữ (Điều 1(1)):

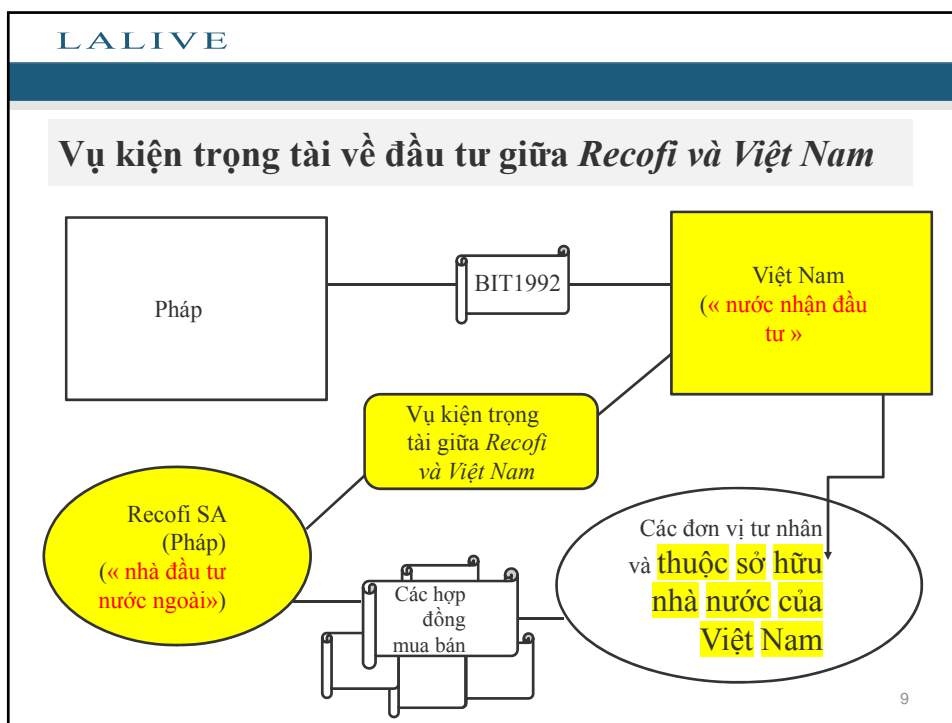
- *Thuật ngữ “đầu tư” chỉ tất cả các loại tài sản như hàng hóa, quyền và lợi ích với bất kỳ tính chất nào, cụ thể nhưng không loại trừ [Tiếp theo là một danh sách chưa đầy đủ các ví dụ về các tài sản như động sản, bất động sản, cổ phiếu, trái phiếu, quyền sở hữu trí tuệ, v.v...]*

7

Định nghĩa «đầu tư» trong các «án lệ» trọng tài đầu tư

- Trong trọng tài chưa có tiền lệ nào có giá trị ràng buộc có ảnh hưởng lớn đến sự phát triển của pháp luật đầu tư quốc tế, bao gồm định nghĩa về đầu tư
- Công ước Washington 1965 thành lập Trung tâm Quốc tế Giải quyết các Tranh chấp về Đầu tư (ICSID), được ký bởi 161 nước: có đề cập đến “đầu tư” khiến cho nhiều hội đồng trọng tài ICSID phải giải thích khái niệm này
- Định nghĩa về đầu tư là «một trong những vấn đề rắc rối nhất trong trọng tài đầu tư» (Quyết định của Hội đồng Trọng tài Liên Bang Thụy Sĩ trong vụ kiện giữa Recofi và Việt Nam)
- Tuy nhiên, tiêu chuẩn chung được nhìn nhận từ các quyết định của các hội đồng trọng tài như sau:
 1. Một cam kết quan trọng hoặc đóng góp của nhà đầu tư
 2. Một đánh giá quan trọng về rủi ro của nhà đầu tư
 3. Một khoảng thời gian đầu tư đáng kể
 4. Một đóng góp cho sự phát triển của nền kinh tế của nước nhận đầu tư

8



LALIVE

Phán quyết của Hội đồng Trọng tài năm 2015 (không được công bố rộng rãi)

- Ngày 28 tháng 9 năm 2015, Hội đồng Trọng tài (gồm Bernard Hanotiau (Quốc tịch Bỉ, Chủ tịch Hội đồng Trọng tài), Stanimir Alexandrov (Quốc tịch Bun-ga-ri, do Recofi chỉ định) và Christopher J. Thomas (Quốc tịch Canada, do Chính phủ Việt Nam chỉ định)) đã ban hành phán quyết trọng tài từ chối thẩm quyền giải quyết vụ tranh chấp này
- Phán quyết không được công bố rộng rãi nhưng đã được Hội đồng trọng tài Liên bang Thụy Sĩ khái quát lại trong quá trình nghiên cứu đơn đề nghị tuyên vô hiệu của Recofi
- Hội đồng trọng tài Ủy ban Liên hiệp quốc về Luật thương mại quốc tế (UNCITRAL) đã quyết định các hợp đồng mua bán không cấu thành nên sự đầu tư
- Theo Điều 8 của Hiệp định về Khuyến khích và Bảo hộ Đầu tư, các nhà đầu tư nước ngoài chỉ đưa tranh chấp ra trọng tài UNCITRAL về các đầu tư mà họ đã thực hiện tại lãnh thổ của Nước nhận đầu tư
- Vì vậy, không có sự đầu tư nào theo Hiệp định giữa Cộng hòa Xã hội Chủ nghĩa Việt Nam và Cộng hòa Pháp về Khuyến khích và Bảo hộ Đầu tư = Hội đồng Trọng tài UNCITRAL không có thẩm quyền giải quyết vụ tranh chấp này

10

LALIVE

Định nghĩa «đầu tư» theo Hội đồng trọng tài (1)

Hội đồng trọng tài đã không căn cứ theo án lệ của ICSID vì đây là một vụ kiện trọng tài UNCITRAL và tập trung vào định nghĩa đầu tư theo Điều 1 của BIT giữa Việt Nam và Pháp.

Đoạn 3.2.2 Quyết định của Hội đồng trọng tài Liên Bang Thụy Sĩ số 4A_626_2015 :

Định nghĩa về “đầu tư” là một trọng những vấn đề rắc rối nhất trong trọng tài về đầu tư và rất nhiều hội đồng trọng tài áp dụng các Quy tắc trọng tài của ICSID, UNCITRAL hoặc các Quy tắc của các tổ chức trọng tài khác đã cố gắng giới hạn định nghĩa này. Tuy nhiên, không cần thiết phải bàn vấn đề này tại đây. Thay vì vậy, Hội đồng trọng tài trước tiên sẽ định nghĩa thuật ngữ “đầu tư” như được nêu tại BIT này mà không cần xem xét các định nghĩa về đầu tư tại các BIT khác. Thứ hai, các Quy tắc trọng tài không quy định các Hội đồng trọng tài phải tuân thủ theo các quyết định đã có trước đó của các Hội đồng trọng tài khác về cùng một vấn đề vì các quyết định này là các tiền lệ được áp dụng. Thứ ba, vì vụ kiện hiện tại được giải quyết theo Quy tắc trọng tài UNCITRAL nên các tiêu chuẩn riêng trong trọng tài ICSID sẽ không được xem xét.

11

LALIVE

Định nghĩa «đầu tư» theo Hội đồng trọng tài (2)

Hội đồng trọng tài đã giải thích Điều 1(1) của BIT và danh sách dài chưa đầy đủ các ví dụ về các loại tài sản bao hàm trong BIT trong một tổng thể và xác định các tài sản thuộc phạm vi quy định của BIT này là các tài sản được nhà đầu tư nước ngoài đầu tư **trên lãnh thổ** Việt Nam.

Đoạn 3.2.2 Quyết định của Hội đồng trọng tài Liên Bang Thụy Sĩ số 4A_626_2015 :

Như vậy, Hội đồng trọng tài xem xét rằng theo các thuật ngữ của Hiệp định này được giải thích một cách trung thực và theo nghĩa thông thường, một sự đầu tư có giá trị pháp lý phải đồng thời đạt ba tiêu chuẩn sau đây: thứ nhất, có các tài sản được định nghĩa tại Điều 1(1)(a)-(e) của BIT hoặc tương tự; thứ hai, các tài sản này phải được đầu tư trên lãnh thổ hoặc các vùng biển của Bên ký kết; cuối cùng, sự đầu tư phải được thực hiện theo quy định pháp luật của Nước nhận đầu tư.

12

LALIVE

Định nghĩa «đầu tư» theo Hội đồng trọng tài (3)

Hội đồng trọng tài đã phân tích các tình tiết có trong hồ sơ và kết luận các hợp đồng mua bán mà Recofi căn cứ theo đã không đáp ứng được định nghĩa trong BIT này.

Tại Đoạn 3.2.3 Quyết định số 4A_626_2015, Hội đồng trọng tài kết luận:

- Mặc dù Recofi cho rằng các hợp đồng mua bán là một phần của chương trình lương thực của Chính phủ Việt Nam **nhưng không có chứng cứ nào về việc chuyên giao bí quyết, đào tạo, vốn đầu tư hay công nghệ giữa Pháp và Việt Nam.**
- Sự có mặt của Recofi trên lãnh thổ Việt Nam thông qua văn phòng đại diện tại Thành phố Hồ Chí Minh rất giới hạn và chỉ thực hiện các hoạt động hành chính không thể đạt tiêu chuẩn là đầu tư.
- Tóm lại, hầu hết các hoạt động của [Recofi] - *đặc biệt những hoạt động được cho là đóng góp cho sự phát triển kinh tế của Việt Nam – đã được thực hiện bên ngoài lãnh thổ Việt Nam*¹³

LALIVE

Định nghĩa «đầu tư» theo Hội đồng trọng tài (4)

Hội đồng trọng tài đã kết luận phản đối thẩm quyền của Hội đồng trọng tài trong việc giải quyết đơn khởi kiện của Recofi đối với Việt Nam

Đoạn 3.2.4 Quyết định số 4A_626_2015:

Căn cứ theo các kết luận này, Hội đồng trọng tài xét rằng [Recofi] đã không tham gia bất kỳ chương trình lương thực nào tại Việt Nam và không chứng minh được đã từng có chương trình nào như vậy. Hội đồng trọng tài cũng xét rằng không có sự chuyên giao bí quyết, vốn đầu tư hay công nghệ cho Việt Nam. Ngoài ra, việc có mặt của [Recofi] được cho là **trên lãnh thổ Việt Nam** cũng rất giới hạn và chỉ gồm sự hỗ trợ về hành chính cho các hoạt động được thực hiện bên ngoài lãnh thổ Việt Nam.

Vì theo định nghĩa của Hội đồng trọng tài về “đầu tư” căn cứ theo Điều 1(1) của BIT này là đầu tư các tài sản trên lãnh thổ hoặc các vùng biển của Nước nhận đầu tư, [Recofi] đã không thực hiện đầu tư tại Việt Nam.

Kết luận, Hội đồng trọng tài không có thẩm quyền giải quyết vụ kiện này.

14

LALIVE

Thủ tục tố tụng hủy phán quyết tại Thụy Sĩ: tầm quan trọng của địa điểm giải quyết tranh chấp và luật điều chỉnh tố tụng trọng tài

- Điều 8 của BIT giữa Việt Nam và Pháp (thỏa thuận trọng tài) không có quy định về địa điểm trọng tài
- Điều 8 Quy tắc trọng tài UNCITRAL:
 1. *Nếu các bên không có thỏa thuận trước về địa điểm giải quyết tranh chấp* thì địa điểm giải quyết tranh chấp sẽ do hội đồng trọng tài quyết định và có xét đến các tình tiết của vụ án. Phán quyết trọng tài sẽ được xem là đã được lập tại địa điểm giải quyết tranh chấp.
 2. Hội đồng trọng tài có thể tiến hành phiên họp tại bất cứ địa điểm nào Hội đồng trọng tài xét thấy phù hợp để ra phán quyết. *Nếu các bên không có thỏa thuận khác, hội đồng trọng tài cũng có thể tiến hành phiên họp tại bất cứ địa điểm nào Hội đồng trọng tài xét thấy phù hợp cho bất kỳ mục đích khác bao gồm các phiên họp giải quyết tranh chấp.*
- Recofi và Chính phủ Việt Nam đã không thỏa thuận được về địa điểm giải quyết tranh chấp; Hội đồng trọng tài đã thỏa hiệp rằng địa điểm giải quyết tranh chấp là Gio-ne-vơ, Thụy Sĩ và địa điểm tổ chức phiên họp giải quyết tranh chấp là Singapore

15

LALIVE

So sánh địa điểm giải quyết tranh chấp tại Thụy Sĩ và Singapore(1)

| | Thụy Sĩ | Singapore |
|---|--|--|
| Tính trung lập? | <p>Uy tín bền vững về sự trung lập trong giải quyết các tranh chấp giữa các Bên không phải Thụy Sĩ</p> <p>Không áp dụng trật tự công của Liên minh Châu Âu</p> <p>Gio-ne-vơ là một trong năm địa điểm giải quyết tranh chấp được ưu tiên lựa chọn và phổ biến nhất trên thế giới</p> | <p>Được nhận định là một nơi trung lập để giải quyết các tranh chấp quốc tế giữa các bên không phải Singapore, có sự hỗ trợ vững chắc của cơ quan lập pháp và bộ máy tư pháp đã thúc đẩy sự phát triển nhanh chóng trong các thập kỷ qua</p> <p>Singapore là một trong năm địa điểm giải quyết tranh chấp được ưu tiên lựa chọn và phổ biến nhất trên thế giới</p> |
| Cơ chế pháp luật có thuận tiện cho giải quyết tranh chấp bằng trọng tài? | <p>CÓ</p> <p>Điều 176 đến 194 Chương 12, Hiến pháp Liên Bang về Đạo luật về Tư pháp Quốc tế (PILA) năm 1987 (nay là Bản sửa đổi năm 2017)</p> | <p>CÓ</p> <p>Luật trọng tài quốc tế Singapore (Chương 143A), Bản sửa đổi năm 2012 (IAA), tiếp thu Luật mẫu về Trọng tài Thương mại Quốc tế của Ủy ban Liên hiệp quốc về Luật thương mại quốc tế trừ Chương VIII về công nhận và thi hành</p> |
| Phê chuẩn Công ước Newyork 1958? | <p>CÓ</p> <p>(hiệu lực từ ngày: 30 tháng 8 năm 1965)</p> | <p>CÓ</p> <p>(hiệu lực từ ngày: 19 tháng 11 năm 1986)</p> |

LALIVE

So sánh địa điểm giải quyết tranh chấp tại Thụy Sĩ và Singapore(2)

| | Thụy Sĩ | Singapore |
|--|---|---|
| Sự hỗ trợ của tòa án | CÓ Các Điều. 179, 180, 183, 184 và 185 LTPQT | CÓ Mục 9A(2), 12A và 13 IAA; Các Điều. 11 và 27 Luật mẫu UNCITRAL, như tham khảo tại mục 3(1) IAA |
| Tính chung thẩm của phán quyết- cơ chế hủy phán quyết hạn chế | Chỉ có 5 căn cứ để yêu cầu hủy phán quyết được liệt kê tại Đ 190(2) LTPQT | Chỉ có 8 căn cứ yêu cầu hủy phán quyết, 6 căn cứ được nêu tại Đ 34 của Luật mẫu UNCITRAL, được áp dụng trên cơ sở tham khảo Mục 3(1) IAA |
| Chi phí pháp lý trọng tài | Chi phí pháp lý của trọng tài ở Geneva cũng tương tự như ở Paris | Chi phí pháp lý của trọng tài tại Singapore có vẻ cao hơn ở Paris hay Geneva (Ch. Newmark, “Kiểm soát thời gian và chi phí trọng tài” trong Những chỉ dẫn của các trọng tài viên hàng đầu về trọng tài quốc tế, 2008) |

LALIVE

So sánh địa điểm giải quyết tranh chấp tại Thụy Sĩ và Singapore (3)

| | Thụy Sĩ | Singapore |
|---|--|---|
| Chứng cứ chứng minh một nước là địa điểm giải quyết tranh chấp trọng tài quốc tế | Thụy Sĩ có truyền thống lâu đời là địa điểm giải quyết tranh chấp trọng tài quốc tế và được ca ngợi là một trong những quốc gia ủng hộ trọng tài nhất, dựa vào sự ủng hộ trọng tài quốc tế trong các văn bản pháp luật của Thụy Sĩ cũng như hành xử của tòa án Thụy Sĩ” (GS. Emmanuel Gaillard, Trường Đại học Paris, Shearman & Sterling, tháng 8 năm 2006) | Singapore, trong những thay đổi pháp luật gần đây (2012) và bản án của Tòa án Tối cao đã có minh chứng rõ ràng về việc chấp hành những quy tắc về trọng tài quốc tế đã được thừa nhận . Khoa học lập pháp và tư pháp liên quan đến trọng tài quốc tế của Singapore đều kiên quyết không can thiệp vào quá trình tố tụng trọng tài và đều rất hỗ trợ trọng tài. |

18

Luật Tư pháp Quốc tế của Thụy Sĩ («LTPQT») 1987

- Mọi yêu cầu xem xét phải được đưa ra trước Hội đồng Liên bang Thụy Sĩ (Đ. 191 LTPQT)
- Thủ tục hủy phán quyết được thực hiện theo quy định về thủ tục của Luật Liên bang dành cho Hội đồng Liên bang («LTF»)
- Thời hạn 30 ngày để yêu cầu hủy phán quyết (Đ. 100 LTF)
- Đ. 192(2) LTPQT quy định 5 căn cứ hủy bao gồm:
 - a. *Nếu trọng tài viên duy nhất được chỉ định hoặc hội đồng trọng tài được thành lập không phù hợp với quy định của pháp luật;*
 - b. *Nếu hội đồng trọng tài quyết định không chính xác trong việc chấp nhận hoặc từ chối thẩm quyền ;*
 - c. *Nếu hội đồng trọng tài ra quyết định vượt quá nội dung được yêu cầu giải quyết, hoặc không thể đưa ra quyết định đối với một trong các nội dung được yêu cầu;*
 - d. *Nếu nguyên tắc đối xử bình đẳng giữa các bên hoặc quyền được xét xử theo thủ tục tranh tụng không được tuân thủ;*
 - e. *Nếu phán quyết không tuân thủ trật tự công (public policy)*

19

Thủ tục hủy phán quyết của Thụy Sĩ (được công khai) - Vụ việc của Hội đồng Liên bang số 4A/616/2015

- Ngày 05/11/2015, Recofi nộp đơn lên Hội đồng Liên bang của Thụy Sĩ để yêu cầu hủy phán quyết của Hội đồng Trọng tài.
- Các căn cứ yêu cầu hủy phán quyết: Đ190(2)(b) của LTPQT («khi hội đồng trọng tài đã thừa nhận hoặc phủ nhận thẩm quyền một cách không chính xác») và Đ190(2)(d) (không thảo luận hôm nay)
- Hội đồng Liên bang Thụy Sĩ rất hạn chế trong việc chấp nhận hủy phán quyết (khoảng 7% được chấp nhận)
- Hội đồng Liên bang Thụy Sĩ không xem xét việc đánh giá nội dung vụ việc của các trọng tài viên mà chỉ xem xét các quy định pháp luật.
- Hội đồng Liên bang Thụy Sĩ rất tôn trọng quyết định của các trọng tài viên mà cụ thể là trong việc xem xét các phán quyết trọng tài đầu tư (khi so sánh với các quyết định của trọng tài thương mại)

20

LALIVE

“Đầu tư” theo phán quyết của Hội đồng Liên bang Thụy Sĩ (1)

Hội đồng Liên bang Thụy Sĩ bắt đầu bằng việc tóm tắt các quan điểm của Recofî theo Đ. 190(2)(b)

3.3 của Quyết định số 4A_626_2015:

Trong bản ý kiến của mình, [Recofî] cho rằng Hội đồng đã quyết định không đúng khi cho rằng mình không có thẩm quyền. Recofî cho rằng các trọng tài viên đã không xét đến nghĩa rộng của đầu tư, và thay vì áp dụng các yêu cầu không được nêu trong điều khoản này, như mối liên kết mạnh mẽ về lãnh thổ, sự chuyển giao về công nghệ, vốn, bí quyết kinh doanh, các trọng tài viên lý ra nên diễn giải Đ 1(1) của BIT theo một nghĩa rộng theo cách phù hợp với cách tiếp cận các BIT khác, các thực tiễn của các bên liên quan đến các quốc gia khác cũng như các án lệ trước đây.

21

LALIVE

“Đầu tư” theo phán quyết của Hội đồng Liên bang Thụy Sĩ (1)

Hội đồng Liên bang Thụy Sĩ tôn trọng cách tiếp cận của Hội đồng Trọng tài:

3.4.1 của Quyết định số 4A_626_2015:

Cho đến nay, quan điểm về đầu tư trong các Hiệp định song phương và đa phương về khuyến khích và bảo hộ đầu tư không hề có mâu thuẫn và khái niệm của nó được chấp nhận một cách thống nhất [...] bằng cách tập trung vào quy định của BIT thay vì dựa vào các phán quyết trọng tài được ban hành trên cơ sở các hiệp định quốc tế khác, Hội đồng trọng tài đã có hướng tiếp cận đúng đắn khi định nghĩa thuật ngữ “đầu tư” trên cơ sở ngữ cảnh của hiệp định này

Ngoài ra, vì điều khoản đầu tư theo Đ 1(1) của BIT được định nghĩa bởi ba trọng tài viên có kinh nghiệm và danh tiếng quốc tế mà các Bên đều công nhận, Hội đồng Liên bang sẽ không đi ngược lại sự giải thích thống nhất thuật ngữ được đưa ra bởi các chuyên gia hàng đầu trong lĩnh vực này.

22

“Đầu tư” theo phán quyết của Hội đồng Liên bang Thụy Sĩ (3)

Hội đồng Liên bang Thụy Sĩ đồng quan điểm với các phân tích pháp lý của Hội đồng trọng tài mặc dù Hội đồng Liên bang cũng kết luận rằng trong bất kỳ tình huống nào, Hội đồng Liên bang cũng không có thẩm quyền xem xét các đánh giá về tình tiết vụ việc của hội đồng trọng tài.

3.4.2-3.4.4 của Quyết định số 4A_626_2015:

▪ *Hội đồng trọng tài không hề bỏ qua các nguyên tắc trong việc diễn giải theo Đ31 của Công ước Vienna về Điều ước quốc tế khi giải thích Đ 1(1) của BIT, cụ thể Hội đồng trọng tài đã nhấn mạnh nguyên tắc lãnh thổ và bỏ qua những giao dịch mua bán và trao đổi hàng hóa thông thường khỏi sự giải thích này*

Ngoài ra, kết luận của Hội đồng trọng tài dựa trên cách diễn giải chính xác của họ đối với điều khoản gây tranh cãi của BIT đã có liên hệ rất chặt chẽ với các tình tiết khách quan của vụ việc. Hội đồng Liên bang không có thẩm quyền để xem xét lại những đánh giá hoàn toàn dựa trên các yếu tố thực tế này [...]

▪ *Chính vì vậy, Hội đồng Trọng tài đã đình chỉ vụ việc một cách đúng đắn trên cơ sở không có thẩm quyền giải quyết theo nguyên tắc *ratione materiae*.*

▪ *Vì thế, Luận điểm dựa trên Đ 190(2)(b) LTPQT phải được bác bỏ*