

QUY ĐỊNH CỦA CPTPP VỀ CƠ CHẾ GIẢI QUYẾT TRANH CHẤP GIỮA NHÀ ĐẦU TƯ NƯỚC NGOÀI VÀ NHÀ NƯỚC TIẾP NHẬN ĐẦU TƯ

NGUYỄN BÁ BÌNH *

NGUYỄN MAI LINH **

Tóm tắt: Hiệp định Đối tác toàn diện và tiến bộ xuyên Thái Bình Dương là hiệp định thương mại tự do thế hệ mới quan trọng và có sức ảnh hưởng lớn trên thế giới. Về lĩnh vực đầu tư, CPTPP và Hiệp định Bảo hộ đầu tư giữa Việt Nam và Liên minh châu Âu (EVIPA) là hai hiệp định được Việt Nam ký kết trong thời gian gần đây với những cam kết rất cao so với các hiệp định đã ký khác. Cơ chế giải quyết tranh chấp giữa nhà đầu tư nước ngoài và nhà nước tiếp nhận đầu tư (ISDS) là nội dung rất được quan tâm khi xem xét vấn đề đầu tư nước ngoài trong các hiệp định thương mại tự do và hiệp định đầu tư, trong đó CPTPP cũng không phải là ngoại lệ. Bài viết này phân tích các nội dung cơ bản của cơ chế ISDS trong CPTPP, bao gồm các bên tranh chấp, phạm vi giải quyết tranh chấp, nhất là về các phương thức và thủ tục giải quyết tranh chấp, trong đó có sự so sánh với cơ chế ISDS của EVIPA.

Từ khóa: CPTPP; ISDS; tham vấn; trọng tài

Nhận bài: 24/02/2019

Hoàn thành biên tập: 24/4/2020

Duyệt đăng: 13/5/2020

MECHANISM FOR INVESTOR-STATE DISPUTE SETTLEMENT UNDER THE CPTPP

Abstract: The Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership (CPTPP) is a new-generation free trade agreement of significant importance, which greatly impacts the world. In terms of investment, Viet Nam has recently concluded the two agreements, namely the CPTPP and the EU-Vietnam Investment Protection Agreement (EVIPA), which include very high commitments compared to those of the other concluded agreements. When examining the issue of foreign investment in free trade agreements and investment agreements, the mechanism for investor-state dispute settlement (ISDS) is an issue of great interest and the case of the CPTPP is not exceptional. The paper offers an analysis of the main issues of the ISDS mechanism under the CPTPP, including parties to the dispute, the scope of dispute settlement, and especially, the methods and procedures for dispute settlement in which the comparison with those under the EVIPA is made.

Keywords: CPTPP; ISDS; consultation; arbitration

Received: Feb 24th, 2019; Editing completed: Apr 24th, 2020; Accepted for publication: May 13th, 2020

Trải qua giai đoạn bế tắc khá dài, tưởng không còn hi vọng cho việc hình thành một hiệp định thương mại tự do thế hệ mới

có sức ảnh hưởng lớn nhất trong khu vực châu Á - Thái Bình Dương khi Mỹ đột ngột rút khỏi Hiệp định Đối tác xuyên Thái Bình Dương (The Trans-Pacific Partnership - TPP), Hiệp định Đối tác toàn diện và tiến bộ xuyên Thái Bình Dương (Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific

* Phó giáo sư, tiến sĩ, Trường Đại học Luật Hà Nội,
E-mail: nguyennabinh@hotmail.com

** Thạc sĩ, Trường Đại học Luật Hà Nội,
E-mail: mailinhnguyen110@gmail.com

Partnership - CPTPP) đã được kí ngày 08/3/2018⁽¹⁾ tại Santiago, Chile trên cơ sở kế thừa TPP. CPTPP bắt đầu có hiệu lực từ 30/12/2018 và có hiệu lực với Việt Nam từ ngày 14/01/2019. Một trong những nội dung quan trọng, được quan tâm bởi nhiều quốc gia thành viên là cơ chế giải quyết tranh chấp giữa nhà đầu tư nước ngoài và nhà nước tiếp nhận đầu tư (Investor - State Dispute Settlement - ISDS). Để làm rõ hơn cơ chế ISDS của CPTPP, bài viết đề cập khái quát về các bên tranh chấp và phạm vi giải quyết tranh chấp trước khi tập trung làm rõ phương thức và thủ tục giải quyết tranh chấp trong hiệp định này.

1. Các bên tranh chấp và phạm vi giải quyết tranh chấp

Các bên tranh chấp

Nguyên đơn theo cơ chế ISDS của CPTPP là nhà đầu tư của một bên thành viên Hiệp định có tranh chấp đầu tư với bên thành viên CPTPP khác. Nhà đầu tư bao gồm doanh nghiệp,⁽²⁾ chi nhánh doanh nghiệp

hoặc công dân của một bên thành viên CPTPP chuẩn bị thực hiện, đang thực hiện hoặc đã đầu tư tại lãnh thổ của bên thành viên đối tác.⁽³⁾ Nhà đầu tư CPTPP có quyền khởi kiện nhân danh mình hoặc nhân danh doanh nghiệp của bị đơn mà nhà đầu tư sở hữu hoặc kiểm soát trực tiếp hoặc gián tiếp.⁽⁴⁾ Quy định này đặt ra sự lo ngại về việc có thể tạo thành “kế hở” cho một số nhà đầu tư nước ngoài ở những nước không phải là thành viên CPTPP “cấu kết” với một số doanh nghiệp ở các nước thành viên CPTPP để khởi kiện các quốc gia thành viên khác.⁽⁵⁾ Đối với nhà đầu tư nước ngoài là cá nhân mà chỉ thường trú tại một bên thành viên và có quốc tịch của bên thành viên khác, thể nhân đó không được trình khiếu kiện ra trọng tài đối với Bên mà thể nhân mang quốc tịch.⁽⁶⁾ Mục đích của quy định này nhằm ngăn chặn một vụ kiện từ nhà đầu tư là cá nhân có cùng quốc tịch với chính phủ nước tiếp nhận đầu tư. Như vậy, nhà đầu tư trong nước không thể sử dụng cơ chế ISDS của

(1). Hiệp định này được hình thành trên cơ sở kế thừa hầu hết các điều khoản của Hiệp định Đối tác xuyên Thái Bình Dương (TPP), với 11 nước thành viên là Australia, Brunei, Canada, Chile, Nhật Bản, Malaysia, Mexico, New Zealand, Peru, Singapore và Việt Nam. TPP được kí ngày 04/02/2016 nhưng sau khi Hoa Kỳ rút khỏi Hiệp định thì 11 nước thành viên còn lại của TPP đã đàm phán và kí kết CPTPP.

(2). Theo Điều 1.3 Chương 1 CPTPP: “Doanh nghiệp nghĩa là bất kì pháp nhân nào được thành lập hoặc được tổ chức theo các luật hiện hành, dù có lợi nhuận hay phi lợi nhuận, và dù là doanh nghiệp do tư nhân hay do chính phủ sở hữu hoặc điều hành, bao gồm công ty cổ phần, công ty tín thác, công ty hợp danh, doanh nghiệp tư nhân, công ty liên doanh, hiệp hội, hoặc tổ chức tương tự”. Liên quan trực tiếp tới

doanh nghiệp với tư cách là nguyên đơn trong cơ chế ISDS, theo Điều 9.1 Chương 9 CPTPP: “Doanh nghiệp của một bên là doanh nghiệp được thành lập hoặc tổ chức theo pháp luật của một bên, hoặc chi nhánh trên lãnh thổ một bên và thực hiện hoạt động kinh doanh tại đó”.

(3). Điều 9.1 Chương 9 CPTPP.

(4). Điều 9.19 Chương 9 CPTPP.

(5). Lori Wallach and Ben Beachy, “Analysis of Leaked Trans-Pacific Partnership Investment Text”, *Public Citizen’s Global Trade Watch*, tr. 4, <https://www.citizen.org/article/public-interest-analysis-of-leaked-trans-pacific-partnership-tpp-investment-text/>, truy cập 04/4/2020.

(6). Điều 9.1 Chương 9 CPTPP.

CPTPP trong giải quyết tranh chấp với Nhà nước mình. Bị đơn theo cơ chế ISDS của CPTPP là một thành viên CPTPP và là một bên của một tranh chấp nhất định. Như vậy, quy định về nguyên đơn và bị đơn trong CPTPP cơ bản tương tự như trong Hiệp định Bảo hộ đầu tư giữa Việt Nam và Liên minh châu Âu (The EU-Vietnam Investment Protection Agreement - EVIPA).⁽⁷⁾

Phạm vi giải quyết tranh chấp

Theo CPTPP, cơ chế ISDS được áp dụng đối với tranh chấp liên quan tới việc nguyên đơn cho rằng bị đơn vi phạm: 1) nghĩa vụ đã cam kết tại Mục A Chương 9 CPTPP, 2) cấp phép đầu tư, 3) hợp đồng đầu tư giữa nhà đầu tư nước ngoài và bên thành viên tiếp nhận đầu tư.⁽⁸⁾ Đây là quy định kế thừa TPP nhưng CPTPP đã tạm hoãn áp dụng cơ chế ISDS đối với các tranh chấp liên quan tới cấp phép đầu tư và hợp đồng đầu tư. Với việc tạm hoãn này thì phạm vi giải quyết tranh chấp của CPTPP đã bị thu hẹp gần giống với các hiệp định đầu tư truyền thống cũng như EVIPA. Tuy vậy, trên thực tế vấn đề cấp phép đầu tư và hợp đồng đầu tư chủ yếu liên quan tới lĩnh vực dầu khí và khai khoáng. Thêm vào đó, vấn đề cấp phép đầu tư và hợp đồng đầu tư chỉ là một phần nhỏ trong các vấn đề liên quan tới đầu tư.⁽⁹⁾ Cũng

cần lưu ý là phạm vi tranh chấp phải liên quan tới khoản đầu tư của nhà đầu tư của một bên thành viên tồn tại trên lãnh thổ của bên thành viên là bị đơn kể từ ngày có hiệu lực của CPTPP đối với các bên thành viên này hoặc được thành lập, mua lại hay mở rộng sau đó.⁽¹⁰⁾ Các biện pháp mà bị đơn bị cho là vi phạm đối với nhà đầu tư có thể được ban hành hoặc thực hiện bởi: 1) cơ quan, chính quyền cấp trung ương, vùng hoặc địa phương của bên đó; 2) bất kỳ tổ chức, cá nhân nào, bao gồm doanh nghiệp nhà nước hoặc các tổ chức khác thi thực thi quyền hạn do chính phủ hoặc chính quyền cấp trung ương, vùng hay địa phương của bên đó uỷ nhiệm (có thể uỷ nhiệm thông qua hoạt động lập pháp hoặc lệnh của chính phủ, quyết định hoặc hoạt động khác chuyển giao hay uỷ nhiệm việc thực thi thẩm quyền của cơ quan quản lí.⁽¹¹⁾ Khác với nhiều hiệp định, cơ chế ISDS trong CPTPP áp dụng cho tất cả các giai đoạn thuộc “vòng đời” của hoạt động đầu tư, theo đó nhà đầu tư có thể kiện nhà nước tiếp nhận đầu tư về các thiệt hại ngay từ giai đoạn chuẩn bị đầu tư.⁽¹²⁾

2. Phương thức và thủ tục giải quyết tranh chấp

Giống như cơ chế ISDS ở các hiệp định khác, bên cạnh phương thức trọng tài, CPTPP khuyến khích các bên trước hết tự giải quyết

(7). EVIPA quy định cụ thể hơn về vấn đề xác định doanh nghiệp thế nào được coi là thuộc “sở hữu” hay “kiểm soát” của nhà đầu tư nước ngoài (xem Điều 1.2 Chương 1 EVIPA).

(8). Khoản 1 Điều 9.19 Chương 9 CPTPP.

(9). <http://asiantradecentre.org/talkingtrade//tpp11-unpacking-the-suspended-provisions>, truy cập 15/9/2019.

(10). Điều 9.1 Chương 9 CPTPP.

(11). Điều 9.3 Chương 9 CPTPP.

(12). <https://www.mfat.govt.nz/assets/CPTPP/CPTPP-Final-National-Interest-Analysis-8-March.pdf>, truy cập 15/9/2019.

CPTPP: Cam kết và thực thi

tranh chấp thông qua các phương thức thân thiện hơn như thương lượng, tham vấn, trung gian, hoà giải và môi giới. Tuy vậy, quy định về các phương thức thương lượng, tham vấn, trung gian, hoà giải và môi giới khá sơ sài, ngắn gọn trong duy nhất một điều luật, phần lớn nội dung quy định về cơ chế ISDS dành cho các quy định về phương thức trọng tài.

Theo CPTPP, các bên tranh chấp trước hết cần tự giải quyết tranh chấp đầu tư thông qua tham vấn và thương lượng. Việc tham vấn, thương lượng có thể được mở rộng ra bao hàm cả phương thức có sự tham gia của bên thứ ba, không mang tính bắt buộc như trung gian, hoà giải hay môi giới. Các phương thức này được gọi chung là các phương thức tham vấn (consultations). Tuy giống EVIPA về việc khuyến nghị cơ chế tự giải quyết giữa các bên trước khi kiện ra trọng tài nhưng trong CPTPP các phương thức này không được quy định một cách chi tiết. CPTPP chỉ quy định đối với các phương thức tham vấn thì nguyên đơn phải gửi cho bị đơn văn bản yêu cầu tham vấn, trong đó nêu tóm tắt các sự kiện có liên quan tới vấn đề tranh chấp.⁽¹³⁾ Giống như EVIPA, theo CPTPP, tham vấn là phương thức bắt buộc phải được thực hiện trước khi có thể giải quyết tranh chấp bằng phương thức trọng tài.⁽¹⁴⁾ Dù CPTPP không quy định rõ việc tham vấn cần phải được thực hiện trong thời hạn bao lâu nhưng với quy định về thời hạn trình khiếu kiện ra trọng tài tại khoản 1 Điều

9.19 và khoản 1 Điều 9.21 của Chương 9 CPTPP thì nếu muốn tranh chấp có thể được giải quyết bằng trọng tài khi tham vấn thất bại, việc tham vấn phải được tiến hành trong vòng 3 năm kể từ ngày nguyên đơn biết hoặc cần phải biết về vi phạm nhận thấy biện pháp do nước tiếp nhận đầu tư áp dụng là không phù hợp cam kết và gây ra thiệt hại cho nguyên đơn. Việc quy định tham vấn là yêu cầu bắt buộc trước khi khởi kiện ra trọng tài dù trên thực tế cho thấy ít tranh chấp được giải quyết ở giai đoạn này nhưng là cần thiết để giúp các quốc gia bị kiện có thời gian chuẩn bị tốt hơn cho việc tham gia vụ kiện.

Quy định về việc sử dụng các phương thức giải quyết tranh chấp thân thiện nói trên trước khi kiện ra trọng tài của CPTPP cũng phù hợp với nhận định của gần như tất cả quốc gia gửi cho Nhóm công tác thứ III của Ủy ban luật thương mại quốc tế của Liên hợp quốc (the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) Working Group III) về cải cách ISDS. Theo đó, các phương thức như thương lượng, tham vấn, trung gian, hoà giải và môi giới được cho là nên tăng cường sử dụng để làm giảm chi phí tiền bạc và thời gian giải quyết tranh chấp.⁽¹⁵⁾ Tuy vậy, để vận dụng hiệu

(15). United Nations Commission on International Trade Law Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform), *Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS): Dispute prevention and mitigation - Means of alternative dispute resolution*, New York, 30 March - 3 April 2020, tr. 9, <https://undocs.org/en/A/CN.9/WG.III/WP.190>, truy cập 04/4/2020.

(13). Khoản 2 Điều 9.18 Chương 9 CPTPP.

(14). Khoản 1 Điều 9.18 Chương 9 CPTPP.

quả các phương thức này, Việt Nam cần minh thị hơn trong pháp luật nội địa về thẩm quyền, trách nhiệm, quy trình áp dụng từng phương thức thân thiện này chứ không dừng lại ở những quy định còn sơ sài, chung chung như tại Quyết định số 04/2014/QĐ-TTg ngày 14/01/2014 của Thủ tướng Chính phủ ban hành Quy chế phối hợp trong giải quyết tranh chấp đầu tư quốc tế.

Trọng tài là phương thức giải quyết tranh chấp chính và là bước thứ hai trong cơ chế ISDS của CPTPP. Trọng tài giải quyết tranh chấp đầu tư quốc tế trong cơ chế ISDS đang là phương thức được áp dụng ngày càng nhiều bởi các nhà đầu tư nước ngoài. Trọng tài trong CPTPP hoạt động song song, độc lập với hệ thống tư pháp trong nước, vì thế, các nhà đầu tư có thể sử dụng cơ chế ISDS mà không cần phải lệ thuộc vào pháp luật của quốc gia tiếp nhận đầu tư, không nhất thiết phải kiện ra tòa án hay trọng tài ở quốc gia tiếp nhận đầu tư và việc khởi kiện của nhà đầu tư cũng không cần sự tham gia hoặc cho phép của quốc gia của nhà đầu tư.⁽¹⁶⁾

Về điều kiện khởi kiện, qua các quy định của CPTPP có thể thấy nhà đầu tư có quyền khởi kiện quốc gia tiếp nhận đầu tư ra trọng tài nếu đáp ứng sáu điều kiện sau:

1) Tranh chấp không được giải quyết thành công bằng tham vấn trong vòng 6 tháng kể từ ngày bị đơn nhận được yêu cầu tham vấn bằng văn bản như quy định tại Điều 9.18.2 CPTPP;⁽¹⁷⁾

2) Tranh chấp còn trong thời hạn 3 năm 6 tháng kể từ ngày nguyên đơn biết hoặc cần biết về vi phạm của bị đơn.⁽¹⁸⁾

3) Nguyên đơn đã gửi cho bị đơn thông báo về ý định khởi kiện⁽¹⁹⁾ bằng văn bản trước ngày khởi kiện ít nhất 90 ngày;⁽²⁰⁾

4) Bị đơn vi phạm các nghĩa vụ theo mục A Chương 9 CPTPP;⁽²¹⁾

5) Nguyên đơn bị tổn thất hoặc thiệt hại do hoặc phát sinh từ sự vi phạm nghĩa vụ của bị đơn theo Mục A Chương 9 CPTPP;⁽²²⁾

6) Nguyên đơn gửi cho hội đồng trọng tài văn bản đồng ý đưa tranh chấp ra giải quyết bằng trọng tài theo thủ tục quy định tại CPTPP kèm theo văn bản khước từ quyền khởi kiện hoặc tiếp tục vụ kiện tại tòa án hoặc cơ quan tài phán khác theo pháp luật của một bên thành viên hoặc bất kỳ thủ tục giải quyết tranh chấp nào khác.⁽²³⁾

Điều kiện thứ sáu của CPTPP nói trên tương tự với quy định ở một số hiệp định, như Hiệp định Thương mại và Kinh tế toàn diện EU - Canada (The Comprehensive

(18). Khoản 1 Điều 9.21 CPTPP.

(19). Thông báo phải nêu rõ: 1) tên và địa chỉ của nguyên đơn và tên, địa chỉ và nơi thành lập doanh nghiệp nếu khiếu kiện được trình nhân danh doanh nghiệp; 2) với từng khiếu kiện cần ghi rõ điều khoản của Hiệp định bị cáo buộc vi phạm và bất kỳ điều khoản liên quan khác; 3) Cơ sở pháp lý và thực tế của từng khiếu kiện; và 4) các biện pháp khắc phục và ước tính mức thiệt hại yêu cầu bồi thường.

(20). Khoản 3 Điều 9.19 Chương 9 CPTPP.

(21). Khoản 1 Điều 9.19 Chương 9 và Điều 2 CPTPP.

(22). Khoản 1 Điều 9.19 Chương 9 CPTPP và Điều 2 CPTPP.

(23). Khoản 2 Điều 9.21 Chương 9 CPTPP.

(16). Khoản 1 Điều 9.19 Chương 9 CPTPP.

(17). Khoản 1 Điều 9.19 Chương 9 CPTPP.

CPTPP: Cam kết và thực thi

Economic and Trade Agreement - CETA)⁽²⁴⁾ và EVIPA.⁽²⁵⁾ Giới hạn lựa chọn cơ quan giải quyết tranh chấp như vậy nhằm hướng tới việc loại bỏ các thủ tục tố tụng song song, qua đó tránh lãng phí chi phí tranh tụng và sự bất đồng trong các phán quyết. Riêng 4 quốc gia Chile, Peru, Mexico và Việt Nam đã hạn chế hơn nữa việc nhà đầu tư kiện ra trọng tài theo cơ chế ISDS của CPTPP bằng cách đưa thêm hạn chế đối với điều kiện khởi kiện thứ sáu của CPTPP. Theo đó, nếu nhà đầu tư nước ngoài đã khiếu kiện ra cơ quan tài phán hành chính (administrative tribunal) hoặc khởi kiện ra toà án của 4 quốc gia này thì lựa chọn đó là cuối cùng và duy nhất, nhà đầu tư không được trình khiếu kiện ra trọng tài theo cơ chế ISDS của CPTPP nữa.⁽²⁶⁾

Về thủ tục tố tụng trọng tài, CPTPP không đưa ra quy trình tố tụng trọng tài riêng biệt để giải quyết tranh chấp giữa nhà đầu tư và chính phủ nước tiếp nhận đầu tư mà đã sử dụng các thủ tục tố tụng trọng tài thông dụng, uy tín trong giải quyết tranh chấp đầu tư quốc tế hoặc thủ tục tố tụng khác do các bên thỏa thuận. Cụ thể, CPTPP cho phép các bên tranh chấp có thể lựa chọn giải quyết tranh chấp bằng trọng tài theo một trong bốn thủ tục trọng tài đó là:⁽²⁷⁾

1) Công ước về Giải quyết tranh chấp đầu tư giữa quốc gia và công dân quốc gia

khác (Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States - ICSID);⁽²⁸⁾

2) Quy tắc phụ trợ ICSID;⁽²⁹⁾

3) Quy tắc trọng tài UNCITRAL;

4) Thiết chế trọng tài hoặc quy tắc trọng tài khác nếu nguyên đơn và bị đơn đồng ý.

Các quy tắc được lựa chọn trên sẽ có hiệu lực điều chỉnh quy trình tố tụng trọng tài đối với tranh chấp giữa các bên, trừ những nội dung được sửa đổi bởi CPTPP.⁽³⁰⁾

Quy định về việc lựa chọn các quy tắc trọng tài như trên tương tự như trong EVIPA và tạo ra sự linh hoạt cao cho nguyên đơn. Điểm khác biệt lớn giữa CPTPP và EVIPA khi quy định về vấn đề này là do EVIPA có mô hình toà trọng tài thường trực và có hai cấp xét xử sơ thẩm và phúc thẩm nên thiết chế trọng tài giải quyết tranh chấp đầu tư là của EVIPA chứ không phải là thiết chế của ICSID hay các thiết chế khác như trong CPTPP. EVIPA cũng cho phép các bên lựa chọn bốn thủ tục như trên.⁽³¹⁾ Cũng vì CPTPP không có mô hình toà trọng tài thường trực, nên để phù hợp với thẩm quyền của ICSID, CPTPP quy định rõ chỉ sử dụng được quy tắc của ICSID nếu cả bị đơn và quốc gia của nguyên đơn đều là thành viên của Công ước ICSID và chỉ sử dụng được Quy tắc phụ trợ ICSID nếu Bị đơn hoặc quốc gia của

(24). Điều 8.24 CETA.

(25). Điều 3.34 Chương 3 EVIPA.

(26). Phụ lục 9-J Chương 9 CPTPP.

(27). Khoản 4 Điều 9.19 Chương 9 CPTPP.

(28). Nếu cả bị đơn và quốc gia của nguyên đơn đều là thành viên của Công ước ICSID.

(29). Bị đơn hoặc quốc gia của nguyên đơn là thành viên của Công ước ICSID.

(30). Khoản 6 Điều 9.19 Chương 9 CPTPP.

(31). Khoản 2 Điều 3.33 Chương 3 EVIPA.

Nguyên đơn là thành viên của Công ước ICSID. CPTPP cũng tôn trọng sự thoả thuận và sự định đoạt của các bên khi cho phép họ được lựa chọn thiết chế trọng tài bất kì khác mà hai bên đồng ý.⁽³²⁾

Theo CPTPP, trừ khi các bên tranh chấp có thoả thuận khác, hội đồng trọng tài gồm có 3 trọng tài, mỗi trọng tài do mỗi bên tranh chấp chỉ định và trọng tài thứ ba là chủ tọa sẽ do các bên tranh chấp thống nhất chỉ định. Nếu trọng tài không được thành lập trong vòng 75 ngày sau ngày khiếu kiện được trình ra trọng tài thì tổng thư kí, theo yêu cầu của một bên tranh chấp, sẽ chỉ định các trọng tài chưa được chỉ định.⁽³³⁾ Dù việc xét xử, dù ở cấp sơ thẩm hay phúc thẩm, của EVIPA cũng với hội đồng gồm 3 trọng tài, quy định về trọng tài viên trong EVIPA có nhiều khác biệt so với CPTPP xuất phát từ mô hình toà trọng tài thường trực. Đối với EVIPA, danh sách nguồn trọng tài sẽ được chỉ định từ đầu bởi Ủy ban Thương mại (cơ quan bao gồm đại diện của Việt Nam và EU) với 9 trọng tài của Toà Trọng tài cấp sơ thẩm, 6 trọng tài ở Toà Trọng tài cấp phúc thẩm. Các danh sách này có thể được Ủy ban Thương mại quyết định tăng hoặc giảm với điều kiện tổng số thành viên trong mỗi danh sách luôn là bội số của 3. Như vậy, đối với EVIPA thì nguồn trọng tài viên đã được lựa chọn từ đầu bởi các bên thành viên. Việc quyết định chọn trọng tài cho từng hội đồng xét xử sẽ do chủ tịch toà trọng tài từng cấp (sơ thẩm hay phúc

thẩm) chỉ định. Theo đó, đối với EVIPA, nhà đầu tư không có quyền lựa chọn trọng tài viên như trong CPTPP.⁽³⁴⁾ Phương thức lựa chọn trọng tài viên trong EVIPA được cho là nhằm đảm bảo tính chuyên môn, khách quan và nhất quán trong xét xử.

Theo cơ chế ISDS của CPTPP, nếu hai hay nhiều khiếu kiện được trình đệ lập ra trọng tài mà các khiếu kiện đó có cùng vấn đề về pháp luật hoặc thực tế và phát sinh từ cùng sự kiện hoặc tình huống thì bất kì bên tranh chấp nào cũng có thể yêu cầu hợp nhất các vụ kiện phù hợp với thoả thuận của tất cả các bên tranh chấp.⁽³⁵⁾ Quy định này giúp giảm chi phí cho các bên cũng như giúp tạo sự nhất quán trong xét xử các vụ việc có mối liên hệ chặt chẽ nhau về vấn đề pháp luật hoặc thực tế. Về luật áp dụng cho việc giải quyết nội dung tranh chấp, tương tự như quy định của EVIPA, trọng tài trong cơ chế ISDS của CPTPP sẽ áp dụng các quy định của CPTPP và các nguyên tắc của luật quốc tế để quyết định về vấn đề tranh chấp.⁽³⁶⁾ CPTPP cũng đã có những quy định nhằm hạn chế tình trạng nhà đầu tư lạm dụng việc kiện ISDS để gây sức ép đối với nhà nước tiếp nhận đầu tư như: 1) trọng tài sẽ quyết định nhanh đối với phản đối về việc trọng tài không có thẩm quyền hay khiếu kiện hoàn toàn không có giá trị pháp lí và có thể ra phán quyết dừng vụ việc và yêu cầu nguyên đơn

(32). Khoản 4 Điều 9.19 Chương 9 CPTPP.

(33). Điều 9.22 Chương 9 CPTPP.

(34). Khoản Điều 3.38 và Điều 3.39 Chương 3 EVIPA.

(35). Điều 9.28 Chương 9 CPTPP.

(36). Điều 9.25 Chương 9 CPTPP.

CPTPP: Cam kết và thực thi

trả các chi phí và phí luật sư cho bị đơn;⁽³⁷⁾

2) Nếu nguyên đơn khiếu kiện về giai đoạn chuẩn bị đầu tư, nếu nguyên đơn thắng kiện, khoản bồi thường mà bị đơn phải trả chỉ giới hạn ở các thiệt hại mà nguyên đơn chứng minh được là mình phải gánh chịu trong việc chuẩn bị đầu tư và với điều kiện nguyên đơn chứng minh được rằng vi phạm của bị đơn là nguyên nhân cơ bản của thiệt hại.⁽³⁸⁾

Khi đưa ra phán quyết cuối cùng, Hội đồng trọng tài có thể ban hành phán quyết đối với toàn bộ vụ kiện hoặc đối với từng vấn đề riêng lẻ của vụ kiện như: a) tiền bồi thường thiệt hại và lãi phát sinh; b) hoàn trả lại tài sản.⁽³⁹⁾ Trọng tài cũng có thể ra phán quyết đối với các chi phí và phí luật sư mà các bên tranh chấp phải chịu trong quá trình thực hiện thủ tục tố tụng trọng tài.⁽⁴⁰⁾ Ngoài ra, trọng tài cũng không được phép đưa ra các phán quyết buộc bồi thường thiệt hại nhằm mục đích trừng phạt. Phán quyết cuối cùng của trọng tài có giá trị chung thẩm và không phát sinh bất kỳ thủ tục nào để xem xét nội dung phán quyết trọng tài. Đây cũng là đặc điểm của mô hình trọng tài truyền thống. Khác với CPTPP, mô hình tòa trọng tài thường trực trong EVIPA cho phép phán quyết trọng tài cấp sơ thẩm có thể bị kháng cáo và xem xét lại ở cấp phúc thẩm.⁽⁴¹⁾

Một điểm được đánh giá là khá ưu việt

(37). Điều 9.23 Chương 9 CPTPP.

(38). Điều 9.29 Chương 9 CPTPP.

(39). Khoản 1 Điều 9.29 Chương 9 CPTPP.

(40). Khoản 3 Điều 9.29 Chương 9 CPTPP.

(41). Điều 3.54 EVIPA.

của CPTPP khi quy định về giải quyết ISDS bằng trọng tài là quy định về minh bạch thủ tục trọng tài. Khác với nhiều hiệp định đầu tư Việt Nam đã kí kết hoặc tham gia không quy định hoặc quy định không tường minh về vấn đề này, CPTPP, sau này là EVIPA, đã quy định rõ vấn đề này.⁽⁴²⁾ Theo CPTPP, bị đơn phải ngay lập tức chuyển cho các nước không tranh chấp và công bố công khai các tài liệu sau (trừ các thông tin mật):

- 1) Thông báo ý định khởi kiện;
- 2) Thông báo trọng tài;
- 3) Cáo buộc, biện hộ, ý kiến, bản tóm tắt của một bên tranh chấp trình ra trọng tài và bất kỳ văn bản đệ trình nào;
- 4) Biên bản hoặc bản ghi lại các trao đổi tại phiên tòa của trọng tài (nếu có); và
- 5) Lệnh, phán quyết và quyết định của trọng tài.

CPTPP cũng quy định phiên xét xử trọng tài là phiên tòa công khai. Trường hợp các bên tranh chấp dự định sử dụng thông tin cần phải được bảo mật thì phải thông báo trước cho hội đồng trọng tài để hội đồng trọng tài có thể quyết định xử kín phần liên quan đến thông tin cần bảo mật đó. Tranh chấp ISDS không phải là tranh chấp giữa hai bên tư nhân mà có sự tham gia của một bên là quốc gia và liên quan tới biện pháp do quốc gia đó áp dụng đối với nguyên đơn. Trong khi đó, công chúng cần có quyền được biết tính đúng đắn của các hoạt động của quốc gia về các biện pháp tác động đến nhà đầu tư nhưng liên quan tới lợi ích công cũng như việc bồi

(42). Điều 9.24 Chương 9 CPTPP.

thường (nếu có) từ tiền ngân sách của quốc gia cho nhà đầu tư. Minh bạch hoá trọng tài không chỉ tạo điều kiện chính đáng cho người dân giám sát nhà nước mà còn giúp các quốc gia, cả quốc gia tranh chấp lẫn các quốc gia không tranh chấp, hoàn thiện và nâng cao hiệu quả cơ chế thu hút đầu tư nước ngoài. Những quy định này cũng được cho là sẽ góp phần bảo đảm tính liên chính của cơ chế ISDS.⁽⁴³⁾ Những quy định rõ ràng về minh bạch hoá thông tin của CPTPP là phù hợp với xu thế chung, thể hiện khá rõ trong Hiệp định Thương mại tự do Bắc Mỹ (NAFTA), Quy tắc trọng tài ICSID hay Quy tắc trọng tài UNCITRAL. Đặc biệt, năm 2014, UNCITRAL đã ban hành Công ước về Sự minh bạch trong trọng tài ISDS dựa trên Hiệp định (the 2014 United Nations Convention on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration (the “Mauritius Convention”)), có hiệu lực từ năm 2017)⁽⁴⁴⁾ nhằm tăng cường hơn nữa tính minh bạch của trọng tài ISDS. Hiện một số quốc gia thành viên CPTPP, như Australia và Canada, đã tham gia Công ước này.⁽⁴⁵⁾

Đặc biệt là cơ chế ISDS cho phép các quốc gia thành viên kí kết thỏa thuận trực tiếp với nhau để loại trừ cơ chế ISDS, hạn chế phạm vi áp dụng phương thức trọng tài của cơ chế này nếu thấy e ngại. Chẳng hạn

(43). <https://www.mfat.govt.nz/assets/CPTPP/CPTPP-Final-National-Interest-Analysis-8-March.pdf>, truy cập 15/9/2019.

(44). <https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/conventions/transparency>, truy cập 04/4/2020.

(45). <https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/conventions/transparency/status>, truy cập 04/4/2020.

New Zealand và Australia đã kí thỏa thuận riêng biệt trong đó thống nhất không áp dụng cơ chế kiện ISDS của CPTPP trong giải quyết tranh chấp đầu tư ISDS liên quan hai nước.⁽⁴⁶⁾ Việt Nam và New Zealand cũng có Thư song phương về cơ chế ISDS trong đó hai bên thống nhất sẽ không sử dụng cơ chế này trong giải quyết tranh chấp giữa nhà đầu tư và chính phủ của hai bên. Theo đó, tranh chấp trước hết được giải quyết bằng tham vấn và thương lượng. Nếu tranh chấp không được giải quyết bằng tham vấn và thương lượng trong vòng 6 tháng thì nhà đầu tư chỉ có thể yêu cầu giải quyết tranh chấp bằng trọng tài nếu có sự chấp thuận của Chính phủ nước tiếp nhận đầu tư.⁽⁴⁷⁾ Ngoài Australia và Việt Nam, New Zealand cũng có Thư song phương tương tự để loại trừ ISDS với Brunei, Malaysia và Peru.⁽⁴⁸⁾

Về thi hành phán quyết, CPTPP quy định phán quyết trọng tài chỉ có hiệu lực đối với các bên tranh chấp và theo các trường hợp cụ thể.⁽⁴⁹⁾ Mỗi bên tự tổ chức thực thi phán quyết trên lãnh thổ của mình. Một bên tranh chấp cũng có thể yêu cầu thi hành phán quyết trọng tài theo Công ước ICSID, Công ước New York hoặc Công ước liên châu Mỹ.

(46). <https://www.mfat.govt.nz/assets/CPTPP/CPTPP-Final-National-Interest-Analysis-8-March.pdf>, truy cập 15/9/2019.

(47). <https://www.mfat.govt.nz/assets/CPTPP/New-Zealand-Viet-Nam-ISDS.pdf>, truy cập 15/9/2019.

(48). <https://www.mfat.govt.nz/en/trade/free-trade-agreements/free-trade-agreements-in-force/cptpp/understanding-cptpp/investor-state-dispute-settlement/>, truy cập 15/9/2019.

(49). Điều 9.29 Chương 9 CPTPP.

3. Thay cho lời kết

CPTPP không tạo ra một xu thế mới, một mô hình mới về giải quyết tranh chấp ISDS như EVIPA.⁽⁵⁰⁾ Tuy nhiên, việc sử dụng mô hình tố tụng trọng tài truyền thống hoàn thiện hơn với nhiều linh hoạt có lẽ là lựa chọn phù hợp trong bối cảnh phát triển không đồng đều hiện nay của các thành viên CPTPP là 11 quốc gia phát triển và đang phát triển, nhất là cũng không có quốc gia thành viên CPTPP nào thể hiện sự ủng hộ đặc biệt đối với mô hình mới như của EVIPA. Việc áp dụng mô hình trọng tài như CPTPP cũng tạo điều kiện cho các bên tự do lựa chọn và thoả thuận, đảm bảo sự phù hợp cho mỗi tranh chấp cụ thể. Thực tiễn đàm phán về ISDS trong các FTAs (như Hiệp định Đối tác kinh tế toàn diện khu vực⁽⁵¹⁾) cũng cho thấy xu hướng phổ biến của các hiệp định (trừ các hiệp định gần đây của EU) là sử dụng các cơ chế trọng tài vốn có như ICSID hay UNCITRAL và tôn trọng sự thoả thuận của các bên tranh chấp./.

TÀI LIỆU THAM KHẢO

1. Hiệp định Bảo hộ đầu tư giữa Việt Nam và Liên minh châu Âu.
2. Hiệp định Đối tác toàn diện và tiến bộ xuyên Thái Bình Dương.
3. Hiệp định Thương mại và Kinh tế toàn diện EU - Canada.
4. Hiệp định Đối tác kinh tế toàn diện khu vực (Regional Comprehensive Economic Partnership - RCEP).
5. Quyết định số 04/2014/QĐ-TTg ngày 14/01/2014 của Thủ tướng Chính phủ ban hành Quy chế phối hợp trong giải quyết tranh chấp đầu tư quốc tế.
6. Lori Wallach and Ben Beachy, “Analysis of Leaked Trans-Pacific Partnership Investment Text”, *Public Citizen’s Global Trade Watch*, <https://www.citizen.org/article/public-interest-analysis-of-leaked-trans-pacific-partnership-tpp-investment-text/>
7. United Nations Commission on International Trade Law, Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform), *Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS): Dispute prevention and mitigation - Means of alternative dispute resolution*, New York, 30 March - 3 April 2020, <https://undocs.org/en/A/CN.9/WG.III/WP.190>
8. <http://asiantradecentre.org/talkingtrade//tp11-unpacking-the-suspended-provisions>
9. <https://www.mfat.govt.nz/assets/CPTPP/CPTPP-Final-National-Interest-Analysis-8-March.pdf>
10. <https://www.mfat.govt.nz/assets/CPTPP/New-Zealand-Viet-Nam-ISDS.pdf>
11. <https://www.mfat.govt.nz/en/trade/free-trade-agreements/free-trade-agreements-in-force/cptpp/understanding-cptpp/investor-state-dispute-settlement/>
12. <https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/conventions/transparency/>
13. <https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/conventions/transparency/status>

(50). EVIPA tạo ra thiết chế giải quyết tranh chấp ISDS mới bằng việc thành lập tòa trọng tài thường trực với 2 cấp xét xử sơ thẩm và phúc thẩm.

(51). Regional Comprehensive Economic Partnership (RCEP).