

CƠ CHẾ GIẢI QUYẾT TRANH CHẤP GIỮA CHÍNH PHỦ VÀ NHÀ ĐẦU TƯ NƯỚC NGOÀI TRONG CPTPP VÀ EVIPA

NGUYỄN THỊ NHUNG *

NGUYỄN THỊ ANH THƠ **

Tóm tắt: Bài viết phân tích đặc điểm khác biệt nổi bật của cơ chế giải quyết tranh chấp đầu tư giữa chính phủ và nhà đầu tư (ISDS) trong Hiệp định Bảo hộ đầu tư giữa Việt Nam - Liên minh châu Âu (EVIPA) và Hiệp định Đối tác toàn diện và tiến bộ xuyên Thái Bình Dương (CPTPP), đồng thời đưa ra những bình luận về nguyên do của sự khác biệt trong lựa chọn cơ chế ISDS trong các Hiệp định CPTPP và EVIPA. Từ đó, bài viết đề xuất giải pháp để thực thi hiệu quả các cam kết về ISDS của Việt Nam.

Từ khóa: Chính phủ nước tiếp nhận đầu tư; CPTPP; EVIPA; nhà đầu tư nước ngoài; tranh chấp đầu tư

Nhận bài: 14/5/2020

Hoàn thành biên tập: 19/02/2021

Duyệt đăng: 22/02/2021

STATE-INVESTOR DISPUTE SETTLEMENT MECHANISM IN CPTPP AND EVIPA

Abstract: This paper analyzes the outstanding differences between the state-investor dispute settlement (ISDS) mechanism in the Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership (CPTPP) and that in the Investment Protection Agreement between Vietnam - the European Union (EVIPA), and figures out the reasons for these differences. From these points, the paper proposes solutions to effectively implement Vietnam's ISDS commitments.

Keywords: Host state; CPTPP; EVIPA; foreign investor; investment dispute

Received: May 14th, 2020; Editing completed: Feb 19th, 2021; Accepted for publication: Feb 22nd, 2021

1. Một số điểm khác biệt trong cơ chế giải quyết tranh chấp đầu tư giữa chính phủ và nhà đầu tư nước ngoài trong Hiệp định Đối tác toàn diện và tiến bộ xuyên Thái Bình Dương và Hiệp định Bảo hộ đầu tư giữa Việt Nam - Liên minh châu Âu

Cơ chế giải quyết tranh chấp đầu tư giữa chính phủ và nhà đầu tư (ISDS) nên được thiết kế như thế nào trong các hiệp định đầu

tư đang trở thành đề tài gây tranh luận. Mặc dù còn những quan ngại và quan điểm trái chiều, ISDS vẫn đang tồn tại và phát triển. Gần đây nhất, Việt Nam cam kết về cơ chế này trong Hiệp định Bảo hộ đầu tư giữa Việt Nam - Liên minh châu Âu (EVIPA) và Hiệp định Đối tác toàn diện và tiến bộ xuyên Thái Bình Dương (CPTPP). Được kí kết gần như cùng thời điểm nhưng ISDS trong hai hiệp định này lại được thiết kế theo hướng khác biệt. Trong khi ISDS trong CPTPP theo mô hình truyền thống thì ISDS trong EVIPA có những điểm tiến bộ nhất

* Thạc sĩ, Vụ Pháp luật quốc tế, Bộ Tư Pháp

E-mail: nhungnt@moj.gov.vn

** Thạc sĩ, Trường Đại học Luật Hà Nội

E-mail: thona@hlu.edu.vn

hiện nay, với hội đồng xét xử thường trực và cơ chế thực thi phán quyết, vấn đề bên thứ ba tài trợ cho vụ kiện, đặt cọc tố tụng và minh bạch thông tin... - những vấn đề hiện vẫn còn đang được thảo luận tại các diễn đàn đa phương trong khuôn khổ các nhóm công tác của Liên Hợp quốc hoặc Ngân hàng Thế giới. Trong mục này, bài viết sẽ phân tích các điểm khác biệt kể trên.

1.1. Thiết chế trọng tài thường trực và hội đồng tài phán phúc thẩm

Mặc dù đều được đàm phán song song nhưng khi tiếp cận hai hiệp định, người đọc có thể dễ nhận thấy lời văn của Hiệp định CPTPP phản ánh cách tiếp cận dè dặt hơn của các quốc gia thành viên CPTPP đối với các vấn đề cải tổ cơ chế giải quyết tranh chấp đầu tư giữa chính phủ và nhà đầu tư nước ngoài (ISDS).⁽¹⁾ Điều này được lí giải vì CPTPP là hiệp định đa phương, với sự tham gia của 11 quốc gia thành viên, trong đó có những quốc gia khá dè dặt với ISDS như Australia.⁽²⁾ ISDS trong CPTPP, về cơ bản, được thiết kế theo những tiêu chí của thiết chế truyền thống thường thấy trong các hiệp định khuyến khích và bảo hộ đầu tư cũng như trong một số hiệp định thương mại

tự do có quy định chương về đầu tư. Theo đó, các bên tranh chấp có quyền tự chủ rất lớn trong việc chỉ định trọng tài viên⁽³⁾ theo cơ chế trọng tài vụ việc.⁽⁴⁾ Tuy nhiên, bên cạnh ưu điểm về đảm bảo tính chủ động cho các bên, việc chỉ định trọng tài trong tranh chấp đầu tư cũng đã nhận được khá nhiều chỉ trích khởi nguồn từ chính những bất cập nội tại trong quá trình vận hành của ISDS thời gian qua. Một số học giả đã nghi ngại về cơ chế trọng tài hoạt động mang tính chất linh hoạt theo từng vụ việc trong bối cảnh thiếu vắng các quy định về cơ chế hoạt động, trình độ, năng lực và các quy tắc đạo đức của trọng tài viên; hệ quả có thể dẫn đến việc không đạt được tính ổn định, khách quan và hiệu quả trong hoạt động xét xử của trọng tài.⁽⁵⁾ Từ thực tiễn xét xử, mặc dù các bên được tự chỉ định trọng tài nhưng phần lớn sự lựa chọn của các bên tranh chấp đều quy tụ về một nhóm trọng tài nhất định⁽⁶⁾ và phần lớn các trọng tài viên đó đều tới từ các nước phát triển Âu-Mỹ.⁽⁷⁾ Rõ ràng, các trọng tài có kinh nghiệm xét xử tới từ các nước phát triển sẽ có thể khiến một số quốc gia quan ngại về

(1). Proposals for Amendment of the ICSID rules, ICSID p. 37, https://icsid.worldbank.org/en/Documents/WP_3_VOLUME_1_ENGLISH.pdf, truy cập 08/5/2020.

(2). Chapter 2: Yêu cầu về đạo luật thương mại và đầu tư nước ngoài (Bảo vệ lợi ích công cộng) 2014, Báo cáo của Ủy ban ngoại giao, quốc phòng và thương mại Nghị viện Australia, Đoạn 2.6, https://www.aph.gov.au/Parliamentary_Business/Committees/Senate/Foreign_Affairs_Defence_and_Trade/Trade_and_Foreign_Investment_Protecting_the_Public_Interest_Bill_2014/Report/c02., truy cập 20/3/2020.

(3). Christopher F. Dugan et al, *Investor-State Arbitration*, Oxford University Press, New York, 2011, p. 84.

(4). Điều 9.22, Chương 9 CPTPP (Lựa chọn trọng tài). Xem toàn văn Hiệp định tại: http://cptpp.moit.gov.vn/?page=overview&category_id=368aeb47-ffbe-4324-bc57-2ecabf61b78a, truy cập 08/5/2020.

(5). Eric De Brabandere, *Investment treaty arbitration as public international law: Procedural aspects and implication*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014, p. 80 - 6.

(6). Xem thêm: Investment Policy Hub, Arbitrators and annulment committee members, <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement>, truy cập 08/5/2020.

(7). Eric De Brabandere, sđd, p. 80 - 6.

việc các trọng tài viên này có thể không có đầy đủ kiến thức về pháp luật cũng như sự am hiểu cần thiết về bối cảnh kinh tế-xã hội của các nước đang phát triển.⁽⁸⁾ Cơ chế ISDS truyền thống trong CPTPP vì thế có thể cũng khiến các nước tiếp nhận đầu tư lo ngại về việc trọng tài sẽ đưa ra phán quyết thiếu khách quan.

Khác biệt với cơ chế trọng tài trong CPTPP, EVIPA đã mang lại một mô hình ISDS mới với ý tưởng đề xuất của Liên minh châu Âu (EU). Mô hình này cũng được thấy trong các hiệp định đầu tư của EU với các đối tác như Canada, Singapore và Việt Nam. Khởi nguồn từ một chương trong Hiệp định thương mại tự do Việt Nam-EU (EVFTA), cơ chế giải quyết tranh chấp đầu tư đã được tách ra thành hiệp định mới - EVIPA.⁽⁹⁾ Theo quy định của Hiệp định này, một hội đồng trọng tài thường trực sẽ được thành lập, bao gồm 9 thành viên trọng tài, 3 thành viên từ Việt Nam, 3 thành viên EU và 3 thành viên không mang quốc tịch, không cư trú tại lãnh

thổ của hai bên kí kết.⁽¹⁰⁾ Điểm đặc biệt nữa phải kể đến đó là EVIPA quy định về cơ chế hai cấp xét xử, bao gồm hội đồng tài phán (sơ thẩm) và hội đồng tài phán phúc thẩm. Các thành viên của hai hội đồng tài phán này sẽ đảm nhiệm vai trò như các thẩm phán trong nhiệm kỳ 04 năm và có thể được tái bổ nhiệm 01 lần.⁽¹¹⁾ Với mục tiêu đảm bảo các thành viên của hội đồng tài phán đều có thể vào cuộc, tránh trường hợp một thành viên được lựa chọn lặp lại nhiều lần, trong khi thành viên khác không được lựa chọn, EVIPA đã quy định rõ ràng về việc: “*Chủ tịch của Hội đồng tài phán được quyền bổ nhiệm các thành viên cho đơn vị xét xử thuộc hội đồng tài phán để tiến hành luân phiên xét xử các vụ kiện và đảm bảo thành phần tham gia vào các hội đồng xét xử này phải được lựa chọn một cách ngẫu nhiên và không được biết trước nhằm tạo cơ hội công bằng cho tất cả các thành viên có thể tham gia*”.⁽¹²⁾ Hơn nữa, để đảm bảo tính độc lập, khách quan, không bị ràng buộc về lợi ích đối với các bên trong tranh chấp, EVIPA đã quy định mỗi thành viên hội đồng trọng tài sẽ nhận mức lương cố định hàng tháng trong suốt nhiệm kỳ (monthly retainer fee) và nhận phí cho từng vụ việc. Ý tưởng của quy định này là đảm bảo thành viên hội đồng trọng tài sẽ phục vụ toàn thời gian và không được làm các công việc khác. Theo mô hình truyền thống, khi trọng tài được các bên lựa chọn có

(8). Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS) Note by the Secretariat, United Nations Commission on International Trade Law Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform) Thirty-sixth session Vienna, 29 October - 2 November 2018, p. 3, http://www.uncitral.org/pdf/english/workinggroups/wg_3/WGIII-36thsession/149_main_paper_truy_cập_08/5/2020._7_September_DRAFT.pdf, truy cập 30/12/2020.

(9). Phán quyết của ECJ cho thấy tất cả những nội dung liên quan đến pháp lý, thể chế, giải quyết tranh chấp và bảo hộ đầu tư sẽ thuộc thẩm quyền phê chuẩn của tất cả các nước thành viên EU. The Opinion of the European Court of Justice on the EU-Singapore Trade Agreement and the Division of Competences in Trade Policy, https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2017/september/tradoc_156035.pdf, truy cập 08/5/2020.

(10). Điều 3.38.6 EVIPA. Xem toàn văn Hiệp định tại: <https://trungtamwto.vn/chuyen-de/8445-van-kien-hiep-dinh-evfta-evipa-va-cac-tom-tat-tung-chuong>, truy cập 12/01/2021.

(11). Điều 3.38 EVIPA.

(12). Điều 3.38.7 EVIPA.

thể tạo ra những nghi ngại về việc trọng tài bị ảnh hưởng về mặt lợi ích từ chính bên chỉ định mình. Bởi vậy, một số quan điểm cho rằng, việc duy trì một thiết chế tài phán độc lập sẽ khiến các bên tranh chấp không thể can thiệp trực tiếp vào quá trình thành lập hội đồng xét xử từng vụ việc cụ thể, từ đó giúp đảm bảo quyền được xét xử công bằng và bình đẳng giữa các bên tranh chấp.

Bên cạnh đó, EVIPA đã đột phá trong việc quy định về một hội đồng tài phán phúc thẩm, hơn nữa còn mở rộng thẩm quyền cho hội đồng này trong việc xem xét lại các phán quyết tạm thời của hội đồng tài phán thông qua thủ tục kháng cáo.⁽¹³⁾ Mặc dù được cho rằng kế thừa ý tưởng về cơ chế xét xử hai cấp giống mô hình cơ quan giải quyết tranh chấp của WTO nhưng hội đồng tài phán phúc thẩm của EVIPA có thẩm quyền xem xét lại cả phán quyết sơ thẩm, trong khi đó, cơ quan phúc thẩm của WTO chỉ giới hạn thẩm quyền trong việc xem xét lại cơ sở pháp lý và vấn đề giải thích pháp luật của Ban hội thẩm.⁽¹⁴⁾ Ngoài ra, một thiết chế trọng tài ISDS khác được quy định trong Công ước Washington năm 1965 về giải quyết tranh chấp đầu tư cũng đề cập thủ tục huỷ phán quyết bởi trọng tài; tuy nhiên, khác biệt với thẩm quyền hạn chế trong thủ tục huỷ bỏ phán quyết trọng tài⁽¹⁵⁾ và xem

xét lại phán quyết.⁽¹⁶⁾ Hội đồng tài phán phúc thẩm trong EVIPA có thể thay đổi hoặc đảo ngược phán quyết tạm thời nếu thấy rằng sự thay đổi đó là cần thiết và phù hợp.⁽¹⁷⁾

Mô hình này chưa được thử nghiệm trên thực tế nên tính hiệu quả vẫn là một dấu hỏi. Để xây dựng mô hình này, EU đã trải qua nhiều cuộc thảo luận liên quan tới những bất cập của cơ chế ISDS truyền thống. Hiện nay, trong khi các quốc gia vẫn đang có những ý kiến đa chiều về sự cần thiết của ISDS⁽¹⁸⁾ thì EU đã hiện thực hoá được ý tưởng của mình trong các hiệp định với Việt Nam (EVIPA), Canada (CETA) và Singapore (FTA EU-Singapore) với kì vọng cơ chế mới này sẽ giải quyết được những vấn đề đang tồn tại trong cơ chế ISDS hiện nay như tính minh bạch và việc gia tăng chi phí, tốn kém thời gian do sự thiếu thống nhất và dự đoán của các phán quyết trọng tài; chi phí phát sinh từ việc nghiên cứu, thời gian và phương thức xác định để bổ nhiệm trọng tài phù hợp; chi phí thuê luật sư.⁽¹⁹⁾ Tuy nhiên, đối với Việt Nam, mô hình này cũng sẽ là thách thức

(13). Điều 3.39 EVIPA.

(14). Điều 17.6 Thỏa thuận về quy tắc và thủ tục điều chỉnh việc giải quyết tranh chấp của WTO. Xem toàn văn Thỏa thuận tại: <https://thuvienphapluat.vn/van-ban/Thu-tuc-To-tung/Thoa-thuan-248-WTO-VB-ghi-nhan-cac-quy-tac-va-thu-tuc-dieu-chinh-viec-giai-quet-tranh-chap-dan-su-14989.aspx>, truy cập 12/01/2021.

(15). Điều 51 Công ước ICSID.

(16). Điều 52 Công ước ICSID đã quy định về việc xem xét lại phán quyết, tuy nhiên các căn cứ chỉ dừng ở giới hạn thủ tục và xung đột lợi ích mà không giải quyết các vấn đề nội dung.

(17). Điều 3.54 EVIPA.

(18). Các diễn đàn về cải tổ ISDS đã và đang được diễn ra tại UNCITRAL và ICSID. Xem thêm: https://uncitral.un.org/en/library/online_resources/investor-state_dispute, truy cập 08/5/2020, <https://icsid.worldbank.org/en/amendments/Pages/About/about.aspx>, truy cập 08/5/2020; Lorraine de Germiny, Nhu-Hoang Tran Thang and Duong Ba Trinh, “The EU-Vietnam Investment Protection Agreement Dispute Settlement Mechanism in Perspective”, *European Investment Law and Arbitration Review Online*, Vol 4 (1) 2019.

(19). Lorraine de Germiny, Nhu-Hoang Tran Thang and Duong Ba Trinh, tldd.

không nhỏ. Trong đối trọng với EU, Việt Nam chủ yếu là nước tiếp nhận đầu tư - đối tượng bị khởi kiện. Việc bổ nhiệm thành viên mang quốc tịch Việt Nam vào thiết chế thường trực đòi hỏi phải nghiên cứu cẩn trọng. Theo EVIPA, thành viên của thiết chế này phải có kinh nghiệm không được liên quan tới chính phủ của các bên trong tranh chấp, bởi vậy, có thể nói nhân sự tiềm năng sẽ có thể được lựa chọn từ phía các luật sư hoặc trọng tài đã có kinh nghiệm trong xét xử.⁽²⁰⁾ Như đã nói, các trọng tài đầu tư có nhiều kinh nghiệm thực tiễn hiện nay chủ yếu tới từ các nước phương Tây, đa phần từ châu Âu. Do đó, lựa chọn nhân sự người Việt cho một cơ chế giải quyết tranh chấp mới cũng sẽ là bước đi lớn và nhiều rủi ro.

1.2. Sự kiểm soát của các bên trong việc giải thích các thuật ngữ trong hiệp định

Vấn đề giải thích thuật ngữ pháp lý trong hiệp định đầu tư quốc tế đóng vai trò chính yếu trong quá trình xét xử của trọng tài. Tuy nhiên, trong cơ chế trọng tài đầu tư quốc tế, giá trị pháp lý của án lệ trọng tài mang tính không ràng buộc, vì vậy thuật ngữ pháp lý có thể được hiểu không đồng nhất, dẫn tới việc các phán quyết khác nhau về cùng một căn cứ pháp lý. Một số học giả cũng chỉ trích vấn đề này, như Fauchald cho rằng, các trọng tài đầu tư quốc tế thường giải thích thuật ngữ theo hướng tranh chấp (dispute - oriented) hơn là tư duy theo hướng của người xây

dựng pháp luật (legislator - oriented).⁽²¹⁾ Cùng quan điểm đó, Sornarajah đã chỉ trích việc trọng tài thường giải thích các thuật ngữ pháp lý theo hướng đi xa hơn so với ý nghĩa thực sự trong các cam kết của các quốc gia.⁽²²⁾ Bởi vậy, để giải quyết vấn đề trên, trong một số hiệp định, vấn đề giải thích hiệp định đã được quy định thành một điều khoản rõ ràng, tuy nhiên cách tiếp cận cũng khá khác biệt.

Trong CPTPP, về cơ chế ISDS, Hiệp định quy định thẩm quyền giải thích các thuật ngữ trong hiệp định thuộc về Ủy ban Đối tác xuyên Thái Bình Dương.⁽²³⁾ Ủy ban này sẽ đệ trình quyết định giải thích bằng văn bản trong vòng 90 ngày kể từ ngày nhận được yêu cầu của trọng tài và quyết định này có giá trị pháp lý ràng buộc; ngoài thời hạn 90 ngày, nếu Ủy ban không ban hành quyết định, thẩm quyền này sẽ thuộc về trọng tài.⁽²⁴⁾ Như vậy, các bên trong Hiệp định đã kiểm soát việc giải thích thuật ngữ thông qua một ủy ban thay vì trao thẩm quyền hoàn toàn cho trọng tài. Tuy nhiên, trong lời văn của Hiệp định không nói về việc quyết định này có được áp dụng thống nhất trong các phiên xét xử tiếp theo hay không.

EVIPA đưa ra quy định chi tiết hơn về việc giải thích thuật ngữ. Vì trong khuôn khổ

(20). Nguyễn Thị Lan Hương và Lê Trần Quốc Công, “Cơ chế giải quyết tranh chấp đầu tư trong khuôn khổ Hiệp định tự do thương mại-đầu tư Việt Nam-EU - Một số vấn đề cần lưu ý”, *Tạp chí Khoa học pháp lý*, số 08(129)/2019, tr. 95 - 107.

(21). Ole Kristian Fauchald, “The Legal Reasoning of ICISID Tribunals - An Empirical Analysis”, *European Journal of International Law* 19, no.2 (2008) p. 34.

(22). M. Sornarajah, “A Coming Crisis: Expansionary Trends in Investment Treaty Arbitration”, *Appeals Mechanism in International Investment Dispute*, ed, Sauvant, Karl P and Michael Chiswick-Patterson, Oxford University Press, New York, 2008, p. 55 - 73.

(23). Điều 9.26 và Điều 27 CPTPP.

(24). Điều 9.26 CPTTP.

Hiệp định này đã có cơ quan giải quyết tranh chấp thường trực với thành viên là đại diện của các bên trong Hiệp định, không phải là trọng tài vụ việc nên trong những tình huống thông thường, không cần tới vai trò của một uỷ ban mà hội đồng xét xử thường trực sẽ đảm nhiệm. Thay vào đó EVIPA quy định về cách thức và nguồn luật áp dụng khi giải thích các thuật ngữ trong Hiệp định. Theo đó, trong quá trình xét xử, hội đồng xét xử sơ thẩm và phúc thẩm sẽ tham khảo các nguyên tắc của luật quốc tế và xem xét bất kỳ pháp luật trong nước có liên quan của các bên tranh chấp. Trong trường hợp viện dẫn pháp luật trong nước của một bên tranh chấp, các hội đồng này sẽ bị ràng buộc bởi cách thức giải thích pháp luật của toà hoặc cơ quan có thẩm quyền giải thích nguồn luật trong nước này.⁽²⁵⁾ Theo quy định này, EVIPA coi trọng vai trò của án lệ của các cơ quan tài phán trong nước khi áp dụng để giải thích luật giới hạn trong trường hợp viện dẫn tới luật nội địa.

Tuy nhiên, trong những vấn đề nghiêm trọng phát sinh liên quan tới cách giải thích thuật ngữ, uỷ ban chung sẽ có thẩm quyền giải thích và cách giải thích đó sẽ ràng buộc hội đồng xét xử sơ thẩm và phúc thẩm. Vì là các hội đồng thường trực nên việc áp dụng thuật ngữ và cách thức giải thích thuật ngữ sẽ đảm bảo tính thống nhất hơn.

1.3. Thủ tục tố tụng

Trong CPTPP, hai thủ tục tham vấn và thương lượng được tích hợp vào trong cùng một điều khoản,⁽²⁶⁾ trong khi đó EVIPA lại

tách biệt hai phương thức này thành hai giai đoạn, theo đó khởi đầu bằng các biện pháp hoà giải, bao gồm thương lượng hoặc hoà giải, nếu không thể giải quyết được, hai bên tranh chấp sẽ chuyển sang giai đoạn tham vấn. Trong quy định về tham vấn, EVIPA nói rõ, các bên chỉ được tham vấn trong thời hiệu khởi kiện⁽²⁷⁾ - vấn đề được bỏ ngỏ trong CPTPP. Có lẽ vì các bên tranh chấp trong EVIPA phải trải qua quy trình thương lượng-tham vấn-tổ tụng trước cơ quan tài phán nên khoảng thời gian cho việc giải quyết thông qua tham vấn được rút ngắn xuống 90 ngày,⁽²⁸⁾ thay vì 6 tháng theo CPTPP.⁽²⁹⁾ Thông thường, với địa vị bên khởi kiện, nguyên đơn sẽ mong muốn khoảng thời gian này ngắn nhất có thể; trong khi đó, bị đơn trong tâm thế bị động sẽ muốn khoảng thời gian này được kéo dài để chuẩn bị nguồn nhân lực tham gia vào tranh chấp, cũng như tập hợp hồ sơ vụ việc. Trong một số tranh chấp đầu tư quốc tế, bên nguyên đã viện dẫn nguyên tắc tối huệ quốc (MFN) để được sử dụng quy định trong một hiệp định đầu tư khác, nhằm rút ngắn khoảng thời gian chờ khởi kiện.⁽³⁰⁾

Sau khoảng thời gian trên, theo CPTPP, nguyên đơn có quyền gửi yêu cầu thành lập hội đồng trọng tài, nếu hội đồng trọng tài không được thành lập trong vòng 75 ngày, một trong các bên tranh chấp có thể yêu cầu

(25). Điều 3.42 EVIPA.

(26). Điều 9.18 Chương 9 CPTPP.

(27). Điều 3.30.2. EVIPA.

(28). Điều 3.32 EVIPA.

(29). Điều 9.19 CPTPP.

(30). *Emilio Augstin Mafezzini v Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/97/7, Quyết định về thẩm quyền ngày 25/01/2000 thảo luận về việc áp dụng vụ Mafezzini và phát triển án lệ liên quan tới nguyên tắc MFN và thủ tục giải quyết tranh chấp.

Tổng thư kí ICSID chỉ định trọng tài.⁽³¹⁾ Điểm đáng lưu ý là CPTPP cho các bên quyền đưa ra bình luận đối với phán quyết về thẩm quyền ban đầu của hội đồng trọng tài trong vòng 60 ngày từ thời điểm hội đồng trọng tài gửi dự thảo phán quyết cho các bên và hội đồng trọng tài sẽ đưa ra phán quyết chính thức về thẩm quyền trong vòng 45 ngày từ thời điểm kết thúc 60 ngày nêu trên.⁽³²⁾ Khác với EVIPA, CPTPP không đưa ra thời gian biểu cho việc ban hành phán quyết của hội đồng trọng tài.

Phán quyết của hội đồng trọng tài trong CPTPP có giá trị chung thẩm nhưng trong EVIPA, các bên có thể kháng cáo phán quyết của hội đồng xét xử, theo đó EVIPA đã quy định thời hạn xét xử cụ thể, chặt chẽ tại cả hai cấp xét xử. Hội đồng xét xử sẽ ban hành phán quyết tạm thời trong vòng 18 tháng kể từ ngày nộp hồ sơ khiếu kiện và thời hạn giải quyết khiếu nại dựa trên yêu cầu của bên tranh chấp sẽ không vượt quá 06 tháng.⁽³³⁾ Như vậy, thời hạn thủ tục tố tụng trước hội đồng xét xử của EVIPA tối đa là 02 năm và không cho phép bất cứ sự trì hoãn nào đối với quá trình tố tụng.⁽³⁴⁾

1.4. Về minh bạch thông tin

Có thể nhận thấy, đặc điểm truyền thống của trọng tài thương mại và trọng tài ISDS là tính bảo mật khá cao đối với nội dung tranh chấp. Điều 48.5 Quy tắc ICSID quy định,

(31). Điều 9.22.3 CPTTP.

(32). Điều 9.23.10 CPTTP.

(33). Điều 3.53 EVIPA quy định nếu có bất cứ lí do gì dẫn đến sự trì hoãn, hội đồng tài phán sẽ thông báo lí do về việc trì hoãn này.

(34). Ủy ban châu Âu, "Trade picture with Vietnam", 01 August 2016, <http://ec.europa.eu/trade/policy/countries-and-regions/countries/vietnam/>, truy cập 08/5/2020.

phán quyết chỉ được công khai với công chúng khi có sự đồng ý của các bên. Ủy ban thương mại quốc tế của Liên hợp quốc (UNCITRAL) đã ban hành Bản cập nhật mới nhất của Bộ quy tắc trọng tài UNCITRAL và Bộ quy tắc UNCITRAL về tính minh bạch trong giải quyết tranh chấp bằng trọng tài giữa nhà đầu tư và nước tiếp nhận đầu tư năm 2014 (Bộ quy tắc minh bạch). Mặc dù vậy, quá trình minh bạch hoá cơ chế trọng tài vẫn gặp phải nhiều khó khăn do các bên thường lựa chọn không công khai phán quyết và tài liệu tố tụng. Theo tinh thần đó, có thể nhận thấy bước tiến khá nhanh trong quy định về minh bạch hoá của CPTPP và EVIPA.

Trái với cách tiếp cận của cơ chế trọng tài, nơi mà nguyên vọng giữ bí mật tranh chấp của các bên, đặc biệt là chính phủ nước bị kiện được tuyệt đối tôn trọng, nguyên tắc minh bạch được phản ánh rõ nét trong các thủ tục tố tụng của hệ thống toà án đầu tư quốc tế trong Hiệp định CPTPP và EVIPA. Điều 9.24 Hiệp định CPTPP quy định về minh bạch đối với thủ tục trọng tài, theo đó công chúng được tiếp cận: thông báo ý định khởi kiện và thông báo trọng tài, các bản đệ trình và tài liệu của các bên, phán quyết và các lệnh về thủ tục của hội đồng trọng tài, trừ thông tin mật. Thông tin mật sẽ có thể được biên tập lại trước khi công bố. Tương tự, Điều 3.46 EVIPA đã đặt ra trách nhiệm bắt buộc cho các bên tranh chấp tiến hành tố tụng minh bạch thông qua việc tuân thủ và mở rộng các bộ quy tắc minh bạch. Theo đó, gần như toàn bộ tài liệu trong quá trình tố tụng cũng như các tài liệu để tham vấn, thông báo ý định nộp đơn khởi kiện, thông báo yêu cầu bổ nhiệm thành viên của hội

đồng tài phán; văn bản đệ trình bởi các bên, biên bản các phiên xét xử; các lệnh, quyết định và phán quyết của hội đồng tài phán phải được công bố công khai. Điều 9.24.2 Hiệp định CPTPP quy định phiên xét xử trọng tài là công khai. Tương tự, Điều 3.8.4 Hiệp định EVIPA quy định phiên xét xử sẽ diễn ra công khai, trừ một số trường hợp ngoại lệ.

Có thể nhận thấy CPTPP và EVIPA có cách tiếp cận khá tương đồng đối với vấn đề minh bạch hoá trong quá trình tố tụng.

1.5. Về thi hành phán quyết

Vấn đề thi hành phán quyết trọng tài quốc tế hoặc trọng tài nước ngoài luôn là chủ đề nhận được nhiều quan tâm. Hiệu quả của phương thức giải quyết tranh chấp bằng trọng tài hay tại các thiết chế tài phán quốc tế phụ thuộc lớn vào tính khả thi của việc thi hành phán quyết. Trong tranh chấp đầu tư quốc tế giữa các bên chủ thể không đồng đều về địa vị pháp lý (chính phủ nước tiếp nhận đầu tư và nhà đầu tư nước ngoài), vấn đề chính phủ nước tiếp nhận đầu tư thực thi phán quyết của các cơ quan tài phán quốc tế càng cần được quy định cụ thể hơn trong các hiệp định.

Hiệp định CPTPP quy định phán quyết của hội đồng trọng tài chỉ có hiệu lực ràng buộc với các bên tranh chấp và theo các trường hợp cụ thể. Để thi hành phán quyết, các bên có thể yêu cầu công nhận và cho thi hành phán quyết theo Công ước ICSID, Công ước về việc công nhận và thực thi các phán quyết toà án nước ngoài ký kết vào ngày 10/6/1958 (gọi tắt là Công ước New York) hoặc Công ước liên châu Mỹ cho dù có hay không việc thực hiện thủ tục yêu cầu thực thi phán quyết của quốc gia mà nhà đầu

tư mang quốc tịch.⁽³⁵⁾ Như vậy, có thể nhận thấy, phán quyết ISDS theo CPTPP vẫn là phán quyết trọng tài nước ngoài và để thực thi tại Việt Nam phải tuân thủ quy trình thủ tục về công nhận và cho thi hành phán quyết. Theo EVIPA, các trường hợp không công nhận phán quyết của hội đồng tài phán đã được quy định cụ thể, bao gồm cả trường hợp kháng cáo.⁽³⁶⁾ Trong trường hợp thông thường, phán quyết phải có hiệu lực và được thực thi như phán quyết của toà án trong nước. Việt Nam có khoảng thời gian chuyển đổi là 5 năm, trong thời gian này, việc công nhận và cho thi hành phán quyết của hội đồng tài phán được thực hiện theo Công ước New York.

Theo quy định của EVIPA, mỗi bên sẽ công nhận phán quyết chung thẩm của cơ quan giải quyết tranh chấp theo Hiệp định này (sau đây gọi là “phán quyết theo EVIPA”) là ràng buộc và cho thi hành nghĩa vụ về tài chính trên lãnh thổ của mình tương tự như phán quyết chung thẩm của toà án của bên đó.⁽³⁷⁾ Công ước ICSID quy định, việc thi hành phán quyết theo EVIPA được thực hiện theo quy định về thi hành phán quyết đang có hiệu lực tại quốc gia nơi phán quyết được thi hành.⁽³⁸⁾

Có thể nhận thấy, EVIPA có mức cam kết cao nhất về thực thi phán quyết. Quy định nêu trên đặt ra thách thức cho hệ thống pháp luật Việt Nam. Cụ thể, Phần 7 Bộ luật

(35). Điều 9.29 CPTPP.

(36). Điều 3.57 EVIPA.

(37). Khoản 2 Điều 3.57 EVIPA.

(38). Điều 3.57.3. Công ước ICSID. Xem toàn văn Công ước tại: <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/documents/ICSID%20Convention%20English.pdf>, truy cập 12/01/2021.

Tổ tụng dân sự năm 2015 về công nhận và cho thi hành phán quyết của trọng tài nước ngoài không áp dụng đối với việc công nhận và cho thi hành phán quyết theo EVIPA. Điều 1 Luật Thi hành án dân sự sửa đổi năm 2014 cũng không điều chỉnh việc thi hành phán quyết theo EVIPA. Hiện nay, Quốc hội Việt Nam đã thông qua Nghị quyết về công nhận và cho thi hành tại Việt Nam phán quyết của cơ quan giải quyết tranh chấp đầu tư theo Hiệp định EVIPA. Do vậy, Toà án tối cao Việt Nam cần sớm ban hành hướng dẫn để cho thi hành phán quyết theo EVIPA.

1.6. Về hạn chế khiếu kiện

Nhằm hạn chế việc lạm dụng các quy định về giải quyết tranh chấp, hạn chế việc các bên tranh chấp lựa chọn cơ chế tài phán hoặc khiếu kiện một vấn đề pháp lí nhiều lần, các Hiệp định CPTPP và EVIPA đều đề cập quy định về hạn chế khiếu kiện.

Hiệp định CPTPP quy định một số trường hợp hạn chế khiếu kiện, chẳng hạn, ngay tại phần định nghĩa nguyên đơn, Hiệp định quy định không cho phép nhà đầu tư khởi kiện quốc gia mà mình mang quốc tịch.⁽³⁹⁾ Bên cạnh đó, về từ chối lợi ích,⁽⁴⁰⁾ Hiệp định CPTPP quy định, một bên có thể từ chối lợi ích của Chương đầu tư dành cho doanh nghiệp của bên khác và nhà đầu tư của họ trong hai trường hợp: 1) Doanh nghiệp và nhà đầu tư được sở hữu hoặc kiểm soát bởi tổ chức, cá nhân không phải là bên kí kết hiệp định hoặc bên từ chối bảo hộ; 2) Doanh nghiệp và nhà đầu tư không có hoạt động kinh doanh đáng kể trên lãnh thổ

của bất kì bên nào khác ngoài bên từ chối bảo hộ. Hiệp định CPTPP quy định thời hiệu khởi kiện là 3.5 năm kể từ ngày nguyên đơn biết hoặc cần phải biết về vi phạm bị cáo buộc.⁽⁴¹⁾ Ngoài ra, Hiệp định cũng quy định việc hạn chế khiếu kiện theo Hiệp định đối với bất kì quyền khởi kiện hoặc tiếp tục vụ kiện tại toà án hoặc trọng tài hành chính theo pháp luật của mỗi bên hoặc theo bất kì thủ tục giải quyết tranh chấp nào khác.⁽⁴²⁾

Trong khi tinh thần chung của Hiệp định, cũng như cơ chế giải quyết tranh chấp đầu tư trong EVIPA nhằm bảo vệ quyền của các nhà đầu tư hai bên, Hiệp định cũng quy định biện pháp để hạn chế việc lạm dụng quy định về giải quyết tranh chấp. Cụ thể, Hiệp định nghiêm cấm việc lựa chọn các cơ chế tài phán cùng một lúc, hạn chế khởi kiện song song giữa toà trong nước và trọng tài quốc tế,⁽⁴³⁾ cũng như cơ chế sàng lọc các khiếu kiện để từ chối tiếp nhận những đơn kiện không có căn cứ.⁽⁴⁴⁾ Nguyên tắc bên thua kiện sẽ phải gánh chịu chi phí tố tụng cũng được ghi nhận.⁽⁴⁵⁾ Bên cạnh đó, thời hiệu cho việc nộp yêu cầu tham vấn kể từ ngày nguyên đơn biết hoặc cần phải biết về vi phạm bị cáo buộc là 3 năm và 2 năm kể từ ngày nguyên đơn từ bỏ khiếu kiện tại toà án trong nước và trong mọi trường hợp không muộn hơn 7 năm từ ngày nguyên đơn biết hoặc cần phải biết về vi phạm bị cáo buộc.⁽⁴⁶⁾ Ngoài ra, EVIPA quy định về chống

(39). Điều 9.1 CPTPP.

(40). Điều 9.15 CPTPP.

(41). Điều 9.21 CPTPP.

(42). Điều 9.21 CPTPP.

(43). Điều 3.34 EVIPA.

(44). Điều 3.45 EVIPA.

(45). Điều 3.34 EVIPA.

(46). Điều 3.30 EVIPA.

gian lận: “Cơ quan giải quyết tranh chấp sẽ từ chối thẩm quyền trong trường hợp tranh chấp đã phát sinh hoặc có thể dự đoán trên cơ sở có xác suất cao tại thời điểm nguyên đơn có được quyền sở hữu hoặc kiểm soát khoản đầu tư thuộc phạm vi của tranh chấp đó và cơ quan giải quyết tranh chấp quyết định, trên cơ sở tình tiết thực tế của trường hợp đó, rằng nguyên đơn đã mua quyền sở hữu và kiểm soát khoản đầu tư đó nhằm mục đích chính là khởi kiện theo Mục này.”⁽⁴⁷⁾ Khả năng từ chối thẩm quyền trong trường hợp đó không ảnh hưởng đến các phán đối về thẩm quyền khác có thể xem xét bởi cơ quan giải quyết tranh chấp”.

1.7. Về bên thứ ba tài trợ cho vụ kiện và đặt cọc chi phí tố tụng

Một số vấn đề rất mới trong các diễn đàn cải tổ ISDS như bên thứ ba tài trợ cho vụ kiện, đảm bảo chi phí tố tụng, hạn chế khiếu kiện... lần đầu tiên được EU và Việt Nam cam kết trong EVIPA.

Khái niệm bên thứ ba tài trợ cho vụ kiện lần đầu tiên được chính thức quy định trong Điều 3.37 EVIPA, theo đó: Trong trường hợp có hỗ trợ tài chính từ bên thứ ba, bên tranh chấp thụ hưởng phải thông báo cho bên tranh chấp kia và cho cơ quan xét xử hoặc nếu chưa có cơ quan xét xử thì phải thông báo cho chủ tịch hội đồng tài phán về sự tồn tại và tính chất của thỏa thuận tài trợ, tên và địa chỉ của bên thứ ba tài trợ. Việc thông báo này phải được gửi vào thời điểm nộp hồ sơ khiếu kiện hoặc trong trường hợp thỏa thuận tài trợ đã được ký kết hoặc việc trợ cấp hoặc hỗ trợ được thực hiện sau thời điểm nộp hồ

sơ khiếu kiện thì việc thông báo đó phải được gửi ngay khi ký kết thỏa thuận hoặc ngay khi thực hiện việc trợ cấp hoặc hỗ trợ đó. Trong quá trình thực hiện quy định tại Điều 3.48 (Biện pháp bảo đảm đối với chi phí), hội đồng tài phán phải xét đến trường hợp có bên thứ ba tài trợ. Khi ban hành quyết định về chi phí tiến hành thủ tục tố tụng theo quy định tại Điều 3.53 (Phán quyết tạm thời), hội đồng tài phán phải xét xem liệu các tiêu chí quy định tại các khoản 1 và 2 đã được đảm bảo. Để rõ ràng hơn, theo đề nghị, cơ quan giải quyết tranh chấp có thể yêu cầu nguyên đơn nộp tiền bảo đảm cho toàn bộ hoặc một phần của chi phí nếu có căn cứ hợp lý để tin rằng nguyên đơn có nguy cơ không thể tuân thủ quyết định về phí trong trường hợp phán quyết chống lại nguyên đơn.⁽⁴⁸⁾

Trường hợp tiền bảo đảm cho chi phí không được nộp đầy đủ trong vòng 30 ngày kể từ ngày cơ quan giải quyết tranh chấp yêu cầu hoặc trong khoảng thời gian do cơ quan giải quyết tranh chấp đặt ra, cơ quan giải quyết tranh chấp sẽ thông báo cho các bên tranh chấp. Cơ quan giải quyết tranh chấp có thể ban hành quyết định tạm đình chỉ hoặc chấm dứt các thủ tục tố tụng.

1.8. Về cơ chế giải quyết tranh chấp ngoài tố tụng

Hiệp định CPTPP không có quy định riêng về việc sử dụng các thiết chế ngoài tố tụng cho giải quyết tranh chấp giữa Chính phủ và nhà đầu tư tại Chương 9. Trong khi đó, Tiểu mục 2 EVIPA đã quy định cụ thể về các cơ chế giải quyết tranh chấp ngoài tài phán. Theo đó, Điều 3.31 Tiểu mục 2 EVIPA

(47). Điều 3.43 EVIPA.

(48). Điều 3.48 EVIPA.

quy định chi tiết về các nguyên tắc cơ bản, cách thức thành lập và vận hành cũng như thời hạn giải quyết nhằm nâng cao vai trò và hiệu quả của cơ chế giải quyết tranh chấp thay thế ngoài tài phán.⁽⁴⁹⁾

2. Một số bình luận và kiến nghị đối với Việt Nam trong quá trình thực thi các Hiệp định CPTPP và EVIPA

2.1. Một số bình luận về vấn đề lựa chọn cơ chế ISDS trong các Hiệp định CPTPP và EVIPA

Thứ nhất, cam kết bảo hộ đầu tư được quy định trong các hiệp định đầu tư quốc tế (IIAs) có sự chia sẻ mô hình mang tính chuẩn mực quốc tế của hầu hết IIAs được ký kết giữa các quốc gia không phân biệt trình độ phát triển về kinh tế và lập pháp. Bên cạnh đó, cách thức mà IIAs đưa ra để giải quyết xung đột lợi ích giữa nhà đầu tư nước ngoài và chính phủ nước chủ nhà - cơ chế giải quyết tranh chấp ISDS tạo nét đặc thù cho IIAs so với các cam kết quốc tế khác.⁽⁵⁰⁾ Từ những năm 1960, hầu hết IIAs đều có các điều khoản về giải quyết tranh chấp giữa nhà đầu tư nước ngoài và chính phủ nước chủ

nhà theo một cơ chế đặt biệt.⁽⁵¹⁾ Theo đó, cơ chế này hạn chế sự can thiệp của quyền lực ngoại giao của các quốc gia vào việc giải quyết tranh chấp đầu tư thông qua việc cho phép nhà đầu tư nước ngoài trực tiếp kiện chính phủ các quốc gia mà họ đến đầu tư nếu chính phủ nước này vi phạm IIAs⁽⁵²⁾ được ký với chính phủ của họ. Như vậy, chính phủ các nước tham gia IIAs luôn đóng vai trò là bị đơn trong tranh chấp đầu tư và phải đối mặt với nguy cơ bị khởi kiện bởi nhà đầu tư khi quyền lợi của họ theo IIAs bị xâm phạm.

Thứ hai, ISDS được thiết kế để bảo vệ lợi ích của nhà đầu tư, tuy nhiên cũng tạo ra thách thức cho chính phủ các nước, đặc biệt là quốc gia đang và kém phát triển. Dễ nhận thấy, ở những quốc gia này, nền lập pháp chưa hoàn thiện và đang trong giai đoạn điều chỉnh để biến họ trở thành đối tượng bị khiếu kiện liên quan đến thực thi và giải quyết tranh chấp đầu tư theo các IIAs.⁽⁵³⁾ Ví dụ trong trường hợp của Việt Nam, chúng ta đã quy định trong pháp luật quốc gia về việc thay đổi pháp luật không làm ảnh hưởng xấu đến ưu đãi đầu tư hiện có của nhà đầu tư. Đây là ví dụ điển hình cho thấy việc cải cách pháp luật trong nước kéo theo sự thay đổi nhanh chóng của quy định pháp luật có thể bị xem xét dưới góc độ vi phạm cam kết đầu tư theo IIAs. Bên cạnh đó, hành vi vi phạm IIAs của chính quyền địa phương đã trở thành thách thức chủ yếu trong việc thực thi nghĩa vụ cam kết của quốc gia đang phát triển theo IIAs.⁽⁵⁴⁾ Đây cũng là nguyên nhân

(49). Surya P. Subedi, *International Investment Law - Reconciling Policy and Principle* (3ed), Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2016, p. 269.

(50). Roberto Echandi, "Investor - state dispute Prevention Mechanisms: why are they so important for Developing countries and for the healthy evolution of the International Investment Regime?", trong: Roberto Echandi, *Toward a new approach to address investor - state conflict: develop a new conceptual framework for dispute prevention*, working paper 2011/46/ tháng 8/2011 của NCCR Trade Regulation, Trung tâm về cạnh tranh trong nghiên cứu của Thụy Sĩ, p. 49, http://www.wti.org/fileadmin/user_upload/nccr-trade.ch/wp2/publications/wp%202011%2046_Echandi.pdf, truy cập 08/5/2020.

(51). Roberto Echandi, tldđ, tr. 49.

(52). Roberto Echandi, tldđ, tr. 50.

(53). Roberto Echandi, tldđ, tr. 51.

(54). Roberto Echandi, tldđ, tr. 51.

dẫn đến hàng loạt vụ kiện về đầu tư được khởi xướng bởi nhà đầu tư nước ngoài trong thời gian qua. Đối với Việt Nam đa số tranh chấp này phát sinh từ địa phương.

Thứ ba, các quốc gia đang phát triển đều đang “loay hoay” tìm kiếm mô hình hiệu quả cho việc phòng ngừa và giải quyết tranh chấp, đặc biệt khi các quốc gia này phải đối phó với những vướng mắc về: tổ chức bộ máy của cơ quan giải quyết tranh chấp, nguồn nhân lực và tài chính cho việc giải quyết tranh chấp đang ảnh hưởng lớn đến khả năng tự bảo vệ của họ trong tranh chấp đầu tư quốc tế. Trong bối cảnh đó, một trong những mô hình mà các quốc gia này, trong đó có Việt Nam theo đuổi đó là kí kết và gia nhập các hiệp định thương mại tự do, hiệp định khuyến khích và bảo hộ đầu tư. Những cải tổ đối với cơ chế ISDS trong CPTPP và EVIPA có thể là ví dụ cho nỗ lực nêu trên.

Thứ tư, qua so sánh CPTPP và EVIPA có thể nhận thấy, mô hình ISDS trong hai Hiệp định này có sự khác biệt. CPTPP duy trì cơ chế ISDS theo vụ việc, truyền thống và kế thừa hầu hết đặc điểm của ISDS truyền thống cùng một số cải tiến nhỏ về minh bạch hoá và hạn chế khiếu kiện cho các trường hợp hai quốc tịch, trường hợp “công ti giấy”... Trong khi đó, EVIPA thiết kế mô hình ISDS đặc biệt chưa từng tồn tại và chưa được vận hành trên thực tiễn. Có thể nhận thấy, trong khi các quốc gia đang tranh cãi gay gắt về việc cải tổ ISDS, thiết lập mô hình toà đầu tư đa phương trên các diễn đàn UNCITRAL, ICSID... EU trong một thời gian dài đã có các cuộc thảo luận nội bộ và nêu quan ngại về cơ chế ISDS, theo đó hệ thống trọng tài theo từng vụ việc hiện nay

trong ISDS là nguyên nhân chính dẫn tới bất cập trong vấn đề tính thống nhất và tính có thể dự báo của phán quyết. EU cũng cho rằng, các trọng tài vụ việc có các hoạt động khác nhau (ví dụ vừa tư vấn vừa xét xử) tạo ra định kiến khá lớn từ thực tiễn và các lợi ích chuyên môn, điều này có thể ảnh hưởng đến kết quả vụ việc. Bên cạnh đó, hệ thống trọng tài theo từng vụ việc cũng làm giới hạn khả năng xem xét lại về tính đúng đắn và thống nhất của phán quyết.

Trong khuôn khổ Công ước Washington năm 1965 về giải quyết tranh chấp đầu tư quốc tế (ICSID), quy định về việc xem xét lại phán quyết đã được thiết kế để tạo cơ hội cho các bên tranh chấp trong trường hợp nhất định có thể yêu cầu huỷ phán quyết của trọng tài,⁽⁵⁵⁾ tuy nhiên các căn cứ chỉ dừng ở giới hạn thủ tục và xung đột lợi ích mà chưa chạm tới vấn đề nội dung. Những hạn chế khác của hệ thống ISDS hiện nay chính là sự thiếu minh bạch và việc gia tăng chi phí. Do vậy, thiết chế ISDS mà EU đàm phán với Canada trong CETA, Singapore trong FTA EU - Singapore và Việt Nam trong EVIPA là bước hiện thực hoá các ý tưởng của EU đề xuất cải tổ ISDS trên các diễn đàn đa phương, ví dụ như tại Nhóm công tác số III, UNCITRAL.⁽⁵⁶⁾ Một số vấn đề mới trong các diễn đàn cải tổ ISDS như bên thứ ba tài trợ cho vụ kiện, đảm bảo chi phí tố tụng, hạn chế khiếu kiện... lần đầu tiên được EU và

(55). Điều 51 và 52 Công ước ICSID.

(56). Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS), Submission from the European Union and its Member States date 24 January 2019, <https://undocs.org/en/A/CN.9/WG.III/WP.159/Add.1>, truy cập 08/5/2020.

Việt Nam cam kết trong EVIPA. Mặc dù được đàm phán song song, dễ nhận thấy lời văn CPTPP phản ánh cách tiếp cận dè dặt hơn của các quốc gia thành viên CPTPP đối với các vấn đề cải tổ ISDS.⁽⁵⁷⁾

2.2. Một số kiến nghị giúp Việt Nam thực thi hiệu quả cơ chế ISDS trong Hiệp định CPTPP và EVIPA

Để thực thi có hiệu quả cơ chế ISDS trong CPTPP và EVIPA, Việt Nam có thể không cần thiết xem xét sửa đổi pháp luật trong nước và áp dụng trực tiếp các thiết chế này. Tuy nhiên, để việc thực thi có hiệu quả, Việt Nam cần lưu ý một số vấn đề sau:

Thứ nhất, để bổ nhiệm các thành viên vào hội đồng tài phán và hội đồng tài phán phúc thẩm của EVIPA, pháp luật trong nước cần được hoàn thiện để xây dựng bộ tiêu chí đánh giá, tuyển chọn, cử nhân sự thích hợp đảm nhiệm vai trò quan trọng nói trên. Dễ nhận thấy các tiêu chí quy định trong EVIPA (ví dụ Điều 3.40 về đạo đức) chỉ là tiêu chí khung. Để lựa chọn và chỉ định các cá nhân thích hợp làm việc với tư cách là thành viên của hệ thống Toà án đầu tư quốc tế của EVIPA, Việt Nam cần sớm chuyển đổi các tiêu chí khung trong EVIPA thành các điều kiện, tiêu chuẩn cụ thể nhằm tạo thuận lợi cho việc lựa chọn và xây dựng thủ tục lựa chọn và bổ nhiệm.

Thứ hai, để đối phó với áp lực về thời hạn tố tụng, Việt Nam cần tiến hành rà soát toàn diện các quy định pháp luật hiện hành, trong đó có Quy chế phối hợp giải quyết tranh chấp đầu tư quốc tế ban hành kèm theo

Quyết định số 14/2020/QĐ-TTg ngày 08/4/2020 của Thủ tướng Chính phủ đã có những điều chỉnh Quyết định số 04/QĐ-TTg ngày 14/01/2014. Tuy nhiên, Quyết định số 14/2020/QĐ-TTg vẫn quy định về cơ chế phối hợp vốn chỉ được thiết kế để giải quyết tranh chấp cho trọng tài đầu tư quốc tế theo cơ chế vụ việc. Vì thế, đối với EVIPA, Việt Nam cần ban hành quy định cụ thể riêng biệt liên quan tới thiết chế tài phán thường trực.

Thứ ba, để đảm bảo thực hiện nghĩa vụ minh bạch hoá theo quy định của Hiệp định CPTPP và EVIPA, tránh nguy cơ Chính phủ Việt Nam bị các nhà đầu tư kiện theo hiệu ứng dây chuyền, Việt Nam cần nhanh chóng hoàn thiện khung pháp lý về đầu tư nước ngoài, tăng cường minh bạch hoá trong hoạt động quản lý nhà nước về đầu tư. Ngoài ra, Việt Nam cần tập trung nhiều hơn vào chiến lược phòng ngừa phát sinh tranh chấp thông qua giải pháp toàn diện, đồng bộ từ trung ương đến địa phương. Minh bạch hoá trong giai đoạn tố tụng có thể là vấn đề khá nhỏ và cần được đặt trong bức tranh tổng thể về thực thi cam kết đầu tư quốc tế.

Thứ tư, đối với các cơ chế giải quyết tranh chấp thay thế, Việt Nam cần tham khảo kinh nghiệm quốc tế, đào tạo bồi dưỡng chuyên gia và có các biện pháp thích hợp khác nhằm khuyến khích việc sử dụng các biện pháp như đàm phán và hoà giải trong giải quyết tranh chấp nói chung và giải quyết tranh chấp đầu tư quốc tế nói riêng.

Thứ năm, Việt Nam cần tham gia tích cực hơn vào các thảo luận sửa đổi ISDS trên diễn đàn quốc tế, trong đó có cuộc họp Nhóm công tác thứ III của UNCITRAL, bởi những thảo luận tại các cuộc họp này là kênh thông

(57). Proposals for Amendment of the ICSID Rules, ICSID p. 37, https://icsid.worldbank.org/en/Documents/WP_3_VOLUME_1_ENGLISH.pdf, truy cập 08/5/2020.

tin quý giá để chúng ta kiểm định các ý tưởng về “toà đầu tư” theo thiết chế trong EVIPA. Bên cạnh đó, phân tích của các chuyên gia, học giả hàng đầu trong lĩnh vực ISDS trên thế giới sẽ giúp Việt Nam có những lưu ý cần thiết khi thực thi cơ chế ISDS trong EVIPA và CPTPP, cũng như lưu ý các giải pháp điều chỉnh khi thấy cần thiết⁽⁵⁸⁾./.

TÀI LIỆU THAM KHẢO

1. Christopher F. Dugan et al, *Investor-State Arbitration*, Oxford University Press, New York, 2011.
2. Eric De Brabandere, *Investment treaty arbitration as public international law: Procedural aspects and implication*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014.
3. Justine Touzet (Savoie Arbitration) and Marine Vienot de Vaublanc (Fordham School of Law), *The Investor-State Dispute Settlement System: The Road To Overcoming Criticism*, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/08/06/the-investor-state-dispute-settlement-system-the-road-to-overcoming-criticism/>
4. Lorraine de Germiny, Nhu-Hoang Tran Thang and Duong Ba Trinh, “The EU-Vietnam Investment Protection Agreement Dispute Settlement Mechanism in Perspective”, *European Investment Law and Arbitration Review Online*, Vol4(1) 2019.
5. M.Sornarajah, “A Coming Crisis: Expansionary Trends in Investment Treaty Arbitration”, *Appeals Mechanism in International Investment Dispute*, ed, Sauvant, Karl P and Michael Chiswick-Patterson, Oxford University Press, New York, 2008.
6. Nguyễn Thị Lan Hương, Lê Trần Quốc Công, “Cơ chế giải quyết tranh chấp đầu tư trong khuôn khổ Hiệp định tự do thương mại- đầu tư Việt Nam- EU - Một số vấn đề cần lưu ý”, *Tạp chí Khoa học pháp lý*, số 08(129)2019.
7. Nguyễn Thị Nhung, “Cơ chế giải quyết tranh chấp giữa chính phủ và nhà đầu tư trong Hiệp định thương mại tự do và hiệp định bảo hộ đầu tư giữa Việt Nam - Liên minh châu Âu: Những điểm tiến bộ và thách thức khi thực thi”, *Tạp chí Khoa học pháp lý Việt Nam*, số 03(124)/2019.
8. Ole Kristian Fauchald, “The Legal Reasoning of ICISID Tribunals - An Empirical Analysis”, *European Journal of International Law*, 19, no.2 (2008).
9. Surya P. Subedi, *International Investment Law - Reconciling Policy and Principle* (3ed), Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2016.
10. Roberto Echandi, *Toward a new approach to address investor - state conflict: develop a new conceptual framework for dispute prevention*, working paper 2011/46/ tháng 8/2011 của NCCR Trade Regulation, Trung tâm về cạnh tranh trong nghiên cứu của Thụy Sĩ, tr. 49, http://www.wti.org/fileadmin/user_upload/nccr-trade.ch/wp2/publications/wp%202011%2046_Echandi.pdf

(58). Nguyễn Thị Nhung, “Cơ chế giải quyết tranh chấp giữa chính phủ và nhà đầu tư trong Hiệp định thương mại tự do và hiệp định bảo hộ đầu tư giữa Việt Nam - Liên minh châu Âu: Những điểm tiến bộ và thách thức khi thực thi”, *Tạp chí Khoa học pháp lý Việt Nam*, số 03(124)/2019, tr. 115.