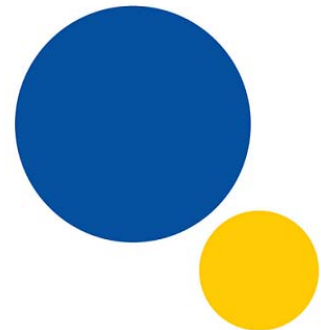




Khuyến nghị phương án đàm phán

Chương Đầu tư và Giải quyết tranh chấp
Hiệp định Đối tác Xuyên Thái Bình Dương (TPP)



Đàm phán Đối tác Xuyên Thái Bình Dương (TPP) là một đàm phán thương mại tự do nhiều bên, với mục tiêu thiết lập một khu vực thương mại tự do chung cho các nước đối tác trong khu vực châu Á Thái Bình Dương. Cho đến nay đã có 9 nước tham gia vào đàm phán TPP trong đó có Việt Nam. Với tham vọng thiết lập một Hiệp định khu vực chất lượng cao của thế kỷ 21, TPP có phạm vi điều chỉnh rất rộng, trong đó vấn đề đầu tư và giải quyết tranh chấp là một trong những nội dung quan trọng hiện đang được đưa ra đàm phán. Nghiên cứu dưới đây¹ là quan điểm của Phòng Thương mại và Công nghiệp Việt Nam (VCCI) nhân danh cộng đồng doanh nghiệp về phương án đàm phán phù hợp với lợi ích của doanh nghiệp và Nhà nước VN trong vấn đề này

¹ Khuyến nghị này được thực hiện với sự hỗ trợ tài chính của Liên minh châu Âu. Quan điểm trong Nghiên cứu này là của các tác giả và do đó không thể hiện quan điểm chính thức của Liên minh châu Âu hay Bộ Công Thương.



1. Quan điểm chung

(i) Liên quan đến cơ sở của việc xem xét xây dựng phương án về vấn đề đầu tư trong TPP

Để xây dựng phương án trao đổi Chương đầu tư và giải quyết tranh chấp trong TPP nên sử dụng mẫu Hiệp định Đầu tư Song phương của Hoa Kỳ (BIT Model bản năm 2004) để làm căn cứ đàm phán cụ thể về vấn đề này bởi:

- Hoa Kỳ là đối tác lớn nhất và suy đoán cũng là đối tác sẽ có ảnh hưởng nhiều đến việc hình thành các điều khoản (đặc biệt là các nhóm cam kết horizontal commitments);
- Hiệp định hợp tác kinh tế chiến lược Xuyên Thái Bình Dương - P4 (tiền thân của TPP) không có chương riêng về đầu tư mà mới chỉ đặt mục tiêu về việc đàm phán tiếp theo để xây dựng nội dung này;
- Trong những FTAs Hoa Kỳ mới ký kết gần đây với một số nước (ví dụ FTA với Colombia ký năm 2006 hay FTA với Hàn Quốc ký năm 2007), Chương về Đầu tư đều chủ yếu dựa trên các nội dung của BIT Model 2004.

Tuy nhiên, với thực tế là BIT Model là thỏa thuận mẫu cho đầu tư song phương (và do đó khả năng gây áp lực của Hoa Kỳ lớn hơn), trong đàm phán TPP (một đàm phán đa phương với ít nhất là 9 đối tác tính tới hiện tại), dưới sức ép chung của nhiều đối tác khác trong TPP, rất có thể Hoa Kỳ sẽ phải nhượng bộ nhiều hơn đối với từng điều khoản cụ thể sẽ lớn hơn.

Vì vậy, việc xây dựng phương án đàm phán của Việt Nam liên quan đến vấn đề đầu tư một mặt nên tham khảo đầy đủ:

- Model BIT 2004 (đặc biệt về cấu trúc và cách tiếp cận);
- Các FTAs mà Hoa Kỳ mới ký kết gần đây (đặc biệt về những điểm khác biệt trong các FTAs này với Model BIT 2004);
- Vẫn tính đến những khả năng có thể đàm phán sửa đổi các điều khoản cơ sở này ở mức tương đối phù hợp với những quan tâm riêng của Việt Nam.



(ii) Liên quan đến quan điểm tiếp cận của Việt Nam

Trong quá trình xây dựng Luật Đầu tư 2005 trước đây cũng như cách tiếp cận thực tế hiện nay của Việt Nam đối với vấn đề đầu tư nước ngoài nói chung, có thể thấy xu thế chủ đạo là:

- Tạo môi trường đầu tư bình đẳng (trong khuôn khổ các cam kết mở cửa cụ thể), thuận lợi và an toàn cho nhà đầu tư nước ngoài;
- Tiếp nhận đầu tư nước ngoài có chọn lọc dần dần, chỉ hoan nghênh các đầu tư mang lại lợi ích thực sự và lâu dài cho nền kinh tế cũng như gắn với mục tiêu phát triển bền vững;
- Hướng tới những chuẩn đầu tư cao hơn cả về trách nhiệm của Nhà nước lẫn nhà đầu tư.

Vì vậy, mặc dù đàm phán về đầu tư theo BIT Model 2004 sẽ là một thách thức mới đối với Việt Nam (bởi mức độ cam kết cũng như các vấn đề được đề cập, trong đó có vấn đề giải quyết tranh chấp giữa nhà đầu tư và Nhà nước, rộng và chi tiết hơn rất nhiều so với các cam kết về đầu tư mà Việt Nam đã ký cho đến thời điểm hiện tại, kể cả BTA), chúng ta trên thực tế cũng đã đang đi theo hướng này, vì vậy có thể có quan điểm mạnh dạn hơn trong đàm phán về vấn đề liên quan.

Mặc dù vậy, với thực tế là Việt Nam hầu như sẽ áp dụng các quy định về đầu tư (cũng như giải quyết tranh chấp về đầu tư) từ góc độ của nước nhận đầu tư (và bị đơn trong các tranh chấp liên quan), chúng ta cũng cần đứng từ vị trí này để đánh giá các quy định chi tiết trong từng điều khoản một cách phù hợp.



2. Các ý kiến cụ thể

2.1. Về các vấn đề đầu tư nói chung

(i) Định nghĩa “đầu tư”

Định nghĩa về “đầu tư” trong BIT Model được áp dụng (toàn bộ) vào các FTAs mà Hoa Kỳ ký kết gần đây. Điều này cho thấy khả năng rất lớn là Hoa Kỳ sẽ áp dụng định nghĩa này trong TPP.

Nhìn tổng thể, đây là định nghĩa chi tiết và đầy đủ. Tuy nhiên, đối với Việt Nam, việc tiếp nhận định nghĩa này cần thận trọng bởi định nghĩa này dường như rộng hơn cách tiếp cận hiện nay trong Luật Đầu tư 2005 (ví dụ hình thức của “đầu tư” bao gồm cả li-xăng, cho phép, chấp thuận, và các quyền tương tự...) và vì vậy:

- Đối tượng áp dụng của các điều khoản trong Chương đầu tư sẽ rộng hơn rất nhiều chứ không dừng lại ở các hình thức đầu tư trực tiếp và gián tiếp như liệt kê tại Luật đầu tư 2005 (đặc biệt là các điều khoản về chuẩn đối xử tối thiểu, tịch thu, bồi thường, chuyển lãi và vấn đề giải quyết tranh chấp);
- Có thể phải điều chỉnh pháp luật nội địa cho phù hợp (ít nhất là đối với trường hợp nhà đầu tư đến từ các nước đối tác TPP) hoặc có quy định về áp dụng trực tiếp đối với các điều khoản TPP liên quan;
- Cơ quan quản lý về đầu tư nước ngoài cũng như xử lý các vấn đề liên quan đến đầu tư nước ngoài sẽ phải làm quen với định nghĩa mới về đầu tư để mở rộng lĩnh vực hoạt động cũng như trách nhiệm liên quan tương ứng;
- Các chủ thể có thể sử dụng thủ tục giải quyết tranh chấp đầu tư giữa Nhà nước và nhà đầu tư sẽ mở rộng hơn (và điều này có thể khiến Nhà nước phải đối mặt với nhiều hơn các vụ tranh chấp liên quan).

Vì vậy trong đàm phán, nếu có thể Việt Nam nên hạn chế những hình thức đầu tư đi quá xa so với cách hiểu thông thường tại Việt Nam để tránh những xáo trộn lớn trong thực thi cũng như trong nghĩa vụ liên quan của Nhà nước.



(ii) Phạm vi và giới hạn áp dụng các điều khoản cam kết về đầu tư (Điều 2.2)

Theo BIT Model thì các nghĩa vụ của Nhà nước (đặc biệt liên quan đến vấn đề giải quyết tranh chấp) về đầu tư sẽ mở rộng ra cả các đối tượng không được xem là Nhà nước theo cách hiểu thông thường (ví dụ doanh nghiệp Nhà nước hay bất kỳ tổ chức/cá nhân nào thực hiện các quyền hành chính, lập quy hay các quyền khác mà Nhà nước trao cho họ hay các đơn vị chính trị trong Nhà nước đó).

Về vấn đề này, cần lưu ý rằng:

- Việc mở rộng khái niệm “Nhà nước/Chính phủ” trong trường hợp này sẽ khiến trách nhiệm của Nhà nước nặng nề hơn (đặc biệt trong các trường hợp sự việc tranh chấp gây ra bởi doanh nghiệp Nhà nước hay các tổ chức chính trị xã hội, và Nhà nước phải chịu trách nhiệm vật chất liên quan);
- Trong FTA của Hoa Kỳ với Colombia và Hàn Quốc điều khoản này được sửa đổi tương đối nhiều theo hướng thu hẹp phạm vi các đối tượng này (bằng cách bổ sung thêm các quy định về hành vi, về loại hoạt động của các đối tượng này) – điều này cho thấy các nước này cũng đã có quan ngại lớn về vấn đề này và Hoa Kỳ đã phải lùi bước về vấn đề liên quan.

Vì vậy, Cơ quan đàm phán cần lưu ý xem xét kinh nghiệm từ các FTA nói trên và có quan điểm đàm phán cứng rắn trong vấn đề này nhằm giới hạn các đối tượng được xem là “Nhà nước” (đặc biệt lưu ý lập luận về việc các Doanh nghiệp Nhà nước ở Việt Nam hiện đã hoạt động với tư cách pháp nhân độc lập theo pháp luật hiện hành).

Cũng liên quan đến phạm vi áp dụng của Chương đầu tư, các FTAs của Hoa Kỳ với Colombia và Hàn Quốc đều bổ sung thêm một Điều về “*Relation to other Chapters*” trong đó giới hạn và xác định cụ thể phạm vi của các nghĩa vụ trong Chương về đầu tư so với các Chương khác trong toàn bộ Hiệp định. Đây là một cách tiếp cận đáng lưu ý mà Việt Nam cần tham khảo đầy đủ nhằm giới

hạn các trách nhiệm (về cơ bản là tương đối lớn) của Nhà nước trong Chương đầu tư ở chỉ các vấn đề về đầu tư.

(iii) Các Điều về đối xử quốc gia (NT), đối xử tối huệ quốc (MFN), chuẩn đối xử tối thiểu, Trung mua-trung dụng và bồi thường, Chuyển vốn-tài sản ra nước ngoài, Các Thủ tục đặc biệt và yêu cầu thông tin (Điều 3-7, 15)

Nội dung các điều khoản này về cơ bản phù hợp với xu hướng chung cũng như những nguyên tắc cơ bản về bảo hộ đầu tư trong Luật Đầu tư 2005. Ngoài ra việc thực thi các điều khoản này cũng cho phép chúng ta cải thiện hơn nữa môi trường đầu tư (nhìn từ góc độ đối xử của Nhà nước đối với nhà đầu tư) và là một hình thức bảo đảm trong mắt các nhà đầu tư đến từ các nước TPP. Vì vậy nhìn chung là có thể chấp nhận được.

Tuy nhiên các quy định tại các điều khoản này chi tiết hơn hoặc có điểm khác biệt nhỏ so các điều khoản tương tự (nhưng mang tính tuyên bố) trong Luật Đầu tư. Ví dụ Điều 6 Luật Đầu tư quy định việc bồi thường khi trưng dụng tài sản của nhà đầu tư được thực hiện “*theo giá thị trường tại thời điểm công bố việc trưng mua, trưng dụng*” trong khi BIT Model Điều 6.2 lại quy định việc bồi thường “*phải tương ứng với giá thị trường của khoản đầu tư bị trưng mua, trưng dụng tại thời điểm liền trước thời điểm tiến hành trưng mua, trưng dụng và... không phản ánh những thay đổi về giá trị phát sinh do thông tin về việc trưng mua, trưng dụng đã bị tiết lộ sớm hơn*”.... Vì vậy việc chấp nhận những điều khoản này đồng nghĩa với việc phải tính đến phương án sửa đổi pháp luật liên quan cho phù hợp (hoặc áp dụng trực tiếp cam kết liên quan).

(iv) Các Điều về Các điều kiện thực hiện đầu tư, Ban quản trị/Giám đốc, Công bố các văn bản Luật và các Quyết định liên quan đến đầu tư, Minh bạch (Điều 8-11)

Nội dung các điều khoản này về cơ bản phù hợp với các nghĩa vụ của Việt Nam trong WTO và các quy định của pháp luật Việt Nam (đã điều chỉnh theo các cam kết trước đây).



Vì vậy Việt Nam có thể chấp nhận các cam kết này (tuy nhiên vẫn kèm theo các lưu ý về việc sửa đổi pháp luật Việt Nam để bổ sung các quy định chi tiết hoặc áp dụng trực tiếp các điều khoản này).

(v) Các Điều về Đầu tư và Môi trường, Đầu tư và Lao động, Không vô hiệu hóa (Điều 12,13,16) và các Điều từ 18-22

Đây là các Điều khoản có thể có trùng lặp với các Chương khác trong TPP (vì BIT Model được soạn với suy đoán rằng đây là Hiệp định về đầu tư độc lập, không phải là một bộ phận của một FTA). Trong các FTA mà Hoa Kỳ ký kết gần đây cũng không có các Điều này.

Vì vậy Việt Nam cần loại các Điều này trong quá trình xây dựng phương án đàm phán liên quan.

2.2. Về vấn đề giải quyết tranh chấp đầu tư giữa Nhà nước và nhà đầu tư

Về cơ chế giải quyết tranh chấp loại này, Luật Đầu tư 2005 có quy định tại Điều 12.4 “*Tranh chấp giữa nhà đầu tư nước ngoài với cơ quan quản lý nhà nước Việt Nam liên quan đến hoạt động đầu tư trên lãnh thổ Việt Nam được giải quyết thông qua Trọng tài hoặc Tòa án Việt Nam, trừ trường hợp có thỏa thuận khác trong hợp đồng được ký giữa đại diện cơ quan nhà nước có thẩm quyền với nhà đầu tư nước ngoài hoặc trong điều ước quốc tế mà Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam là thành viên.*”. Các văn bản thực thi Luật Đầu tư không có hướng dẫn gì thêm về vấn đề này.

Với quy định như trên, pháp luật Việt Nam đã mở ra (và thực tế là đã chấp nhận) khả năng giải quyết tranh chấp bằng các phương thức khác ngoài việc giải quyết tại Tòa án và trọng tài. Và vì vậy việc chúng ta có đàm phán như thế nào trong TPP cũng không làm ảnh hưởng đến pháp luật trong nước. Vấn đề quan trọng còn lại là mức cam kết nào trong TPP thì thích hợp với lợi ích và khả năng thực thi của Việt Nam (mà cụ thể là của Nhà nước Việt Nam).

Các Điều từ 23-36 BIT Model đặt ra một loạt các thủ tục tố tụng chi tiết nhằm giải quyết các tranh chấp giữa Nhà nước và nhà đầu tư theo cơ chế Trọng tài. Nhìn tổng quan thì:

(i) Về giá trị pháp lý

Nếu được các đối tác TPP chấp thuận, các thủ tục này được hiểu là các nguyên tắc bắt buộc tuân thủ với các nước và ưu tiên áp dụng so với các thủ tục tố tụng theo quy định của các thiết chế Trọng tài liên quan (ICSID, Cơ chế Phụ trợ ICSID...) trong trường hợp có mâu thuẫn. Như vậy mặc dù vốn được xem là cơ chế giải quyết tranh chấp linh hoạt về thủ tục, nếu ký kết các điều khoản như thế này trong TPP, cơ chế Trọng tài sẽ tương đối “cứng” đối với các đối tác TPP trong đó có Việt Nam;

Việt Nam cần chú ý điều này để có sự xem xét cân trọng đối với từng điều khoản chi tiết khi đàm phán.

(ii) Về điều kiện sử dụng

Theo Điều 24-26 BIT Model thì điều kiện để sử dụng Trọng tài theo cơ chế nêu trong BIT Model sẽ bao gồm 03 nhóm:

- *Nhóm điều kiện về đồng thuận ý chí*: mặc dù các Nhà nước được xem là “chấp nhận trước” với các thủ tục Trọng tài được liệt kê (Điều 25.1) nhưng đối với từng tranh chấp cụ thể vẫn đòi hỏi phải có thỏa thuận chấp nhận bằng văn bản của cả hai bên (cơ quan Nhà nước và nhà đầu tư) (Điều 25.2).

Điều kiện đúp về “đồng thuận ý chí” này được xem là tương đối “an toàn” đối với Nhà nước khi ký kết TPP bởi nó cho phép Nhà nước được cân nhắc đối với mỗi vụ việc cụ thể. Tuy nhiên, điều này không có nghĩa là chúng ta có thể ký kết TPP (chấp thuận chung) mà không có thiện chí sử dụng thực sự các cơ chế giải quyết tranh chấp liên quan (thông qua chấp thuận với từng vụ việc cụ thể).

Việc giải quyết tranh chấp giữa Nhà nước và nhà đầu tư thông qua các cơ chế trọng tài như ICSID, Cơ chế Phụ trợ ICSID... đang dần trở thành phổ biến.

Đây cũng là xu hướng ứng xử chung của các nước, thể hiện thái độ tích cực, khách quan và trách nhiệm của nước nhận đầu tư với nhà đầu tư nước ngoài. Bản thân Việt Nam cũng đang đi theo xu hướng này thông qua việc xem xét đề gia nhập Công ước ICSID. Trong BTA ký với Hoa Kỳ, Việt Nam cũng đã từng chấp nhận điều kiện này.

Vì vậy đây là những điều kiện có thể chấp nhận được đối với Việt Nam.

- *Nhóm điều kiện về loại tranh chấp*: Điều 24 liệt kê 03 nhóm tranh chấp có thể được giải quyết theo các Cơ chế trọng tài liên quan, áp dụng cho 02 hình thức (nhà đầu tư kiện nhân danh mình, và nhà đầu tư kiện nhân danh một chủ thể khác mà nhà đầu tư kiểm soát trực tiếp hoặc gián tiếp).

Về nhóm điều kiện quan trọng này, Cơ quan đàm phán có lẽ cần lưu ý những vấn đề sau đây:

+ Về điều kiện liên quan đến đối tượng tranh chấp: Các khái niệm về “đầu tư” và các nghĩa vụ trong BIT Model là tương đối rộng (xem góp ý ở phần trên). Do đó các đối tượng có thể khiếu kiện theo các Cơ chế này sẽ mở rộng ra nhiều;

Cũng xin lưu ý thêm là so với đối tượng có thể khiếu kiện nêu tại Điều 24.1(a) thì BTA mà Việt Nam đã ký với Hoa Kỳ có 01 loại trừ liên quan đến các tranh chấp về thuế. Đây có thể là một loại trừ rất đáng tham khảo.

+ Về điều kiện liên quan đến chủ thể tranh chấp:

Hình thức nhà đầu tư kiện nhân danh một doanh nghiệp nội địa của nước nhận đầu tư mà họ sở hữu hoặc kiểm soát trực tiếp hoặc gián tiếp là hình thức rất mới, rộng (bởi nó cho phép mở rộng phạm vi các chủ thể có thể khiếu kiện ra nhiều lần – đặc biệt trong hoàn cảnh đầu tư gián tiếp của nhà đầu tư nước ngoài đang gia tăng). Nếu chấp nhận hình thức khởi kiện (tạm cho là “gián tiếp”) này thì số lượng các vụ tranh chấp có thể khởi kiện sẽ tăng lên đáng kể. Trong khi đó Việt Nam thậm chí còn chưa quen với hình thức kiện “trực tiếp” (nhà đầu tư nhân danh chính mình để đi kiện). Vì vậy nếu có thể thì Cơ quan đàm phán nên



cân nhắc đề nghị bỏ hoặc giảm bớt phạm vi của các loại tranh chấp có thể khiếu kiện theo các Cơ chế trọng tài nêu tại Điều 24.1(b)².

Ngoài ra, cần lưu ý rằng khái niệm “Bị đơn” trong khuôn khổ BIT Model được hiểu (rất) rộng, bao gồm không chỉ Nhà nước mà còn cả các đơn vị khác, và do đó khiến trách nhiệm của Nhà nước tăng lên rất nhiều. Vì vậy trong quá trình đàm phán có thể cần phải lưu ý giới hạn phạm vi này (xem góp ý phần trên).

- *Nhóm điều kiện về thời hạn:*

BIT Model nêu một loạt các điều kiện về thời hạn như: chỉ được khởi kiện sau 6 tháng kể từ ngày phát sinh sự kiện gây tranh chấp (Điều 24.3), không được khởi kiện sau 3 năm kể từ ngày nhận biết về hành vi vi phạm hoặc thiệt hại (Điều 26.1)...

Những thời hạn này về cơ bản là hợp lý, cho phép các bên có thời gian để tự mình sửa chữa vi phạm hoặc tiến hành các biện pháp khác để hòa giải và giải quyết tranh chấp một cách êm thấm. Vì vậy Việt Nam có thể chấp nhận được phương án này hoặc một phương án khác trong đó thời hạn 6 tháng được kéo dài hơn.

- *Nhóm điều kiện khác:*

Ngoài các điều kiện nêu trên BIT Model còn nêu nhiều điều kiện về thủ tục khác (ví dụ phải tiến hành thử các biện pháp hòa giải hoặc các biện pháp không ràng buộc khác (Điều 23); phải chấp nhận từ bỏ quyền khởi kiện hoặc tiếp tục các vụ kiện về vấn đề tương tự theo các thủ tục giải quyết tranh chấp tại nước đầu tư (Điều 26); phải thông báo về đơn kiện cho nước nhận đầu tư trong thời hạn 90 ngày với các nội dung cụ thể (Điều 24)...).

Những điều kiện này nhằm đảm bảo tính minh bạch cũng như giảm bớt khả năng lạm dụng các hình thức giải quyết tranh chấp của nhà đầu tư theo hướng

² Tuy nhiên các FTA mà Hoa Kỳ ký kết với Colombia và Hàn Quốc đã không bỏ quy định này.



có lợi cho Bị đơn là nước nhận đầu tư. Vì vậy về cơ bản là có thể chấp nhận được.

Ngoài ra, liên quan đến vấn đề này, trong đàm phán, Việt Nam nên xem xét bổ sung một khoản vào Điều 26 trong đó quy định nhà đầu tư không có quyền khiếu kiện ra trọng tài nếu đã sử dụng các hình thức giải quyết tranh chấp khác tại nước nhận đầu tư (như cách mà Colombia đã đạt được trong FTA với Hoa Kỳ; đây cũng là quy định tại BTA mà Việt Nam ký với Hoa Kỳ trước đây).

(iii) Về thủ tục lựa chọn trọng tài viên (Điều 27)

Các thủ tục liên quan đến việc lựa chọn trọng tài viên phù hợp với thông lệ quốc tế và lợi ích của các bên liên quan. Vì vậy các quy định trong BIT Model là có thể chấp nhận được.

Tuy nhiên, có thể tham khảo thêm FTA giữa Hoa Kỳ với Hàn Quốc trong đó có quy định bổ sung vào Điều 27.3 theo đó Tổng Thư ký ICSID “không được chỉ định một Chủ tịch Hội đồng trọng tài có quốc tịch của một trong hai bên trừ khi các bên đồng ý như vậy” nhằm đảm bảo tính khách quan cho việc giải quyết tranh chấp (Quy định này dù đã được nhắc đến trong Điều 33.4 của BIT Model nhưng chỉ áp dụng riêng với trường hợp hợp nhất các vụ việc nên chưa thể hiện hết ý này).

(iv) Về thủ tục tố tụng trọng tài (Điều 28-33)

Các thủ tục tố tụng chi tiết nêu trong Điều 28 về cơ bản là khách quan, minh bạch, đảm bảo quyền và lợi ích của các bên trong tranh chấp và tạo điều kiện để việc giải quyết tranh chấp có thể được tiến hành nhanh chóng, hiệu quả. Vì vậy, Việt Nam có thể chấp nhận các thủ tục này.

Tuy nhiên, việc xem Nhà nước như là một bên (bị đơn) bình đẳng với nguyên đơn (nhà đầu tư) trong tranh chấp đầu tư giải quyết theo cơ chế trọng tài này là



tương đối mới mẻ, và do đó tạo nên nhiều thách thức với Việt Nam³. Vì vậy nếu chấp thuận các điều khoản này trong BIT Model, chúng ta cần có sự chuẩn bị tốt về năng lực cũng như cơ chế để sẵn sàng cho những khả năng kiện có thể xảy ra trong tương lai.

Liên quan đến các thủ tục này, tham khảo FTAs mà Hoa Kỳ đã ký với Hàn Quốc, Colombia cho thấy một số vấn đề mà Việt Nam có thể học tập để thương lượng điều chỉnh nhằm đảm bảo tốt hơn lợi ích của phía Việt Nam:

- *Liên quan đến địa điểm trọng tài:* FTA Hoa Kỳ - Hàn Quốc có điều khoản bổ sung quy tắc lựa chọn địa điểm trọng tài theo hướng thuận tiện hơn cho tranh chấp (mà chủ yếu là theo hướng chọn nước đầu tư để tiến hành giải quyết tranh chấp);
- *Liên quan đến ngôn ngữ trọng tài:* FTA Hoa Kỳ - Hàn Quốc có điều khoản quy định Tiếng Anh và Tiếng Hàn Quốc là ngôn ngữ trọng tài đồng thời và bắt buộc;
- *Liên quan đến quyền trình bày (nói) của Nhà nước không phải bên tranh chấp:* FTA Hoa Kỳ - Hàn Quốc có thêm quy định về nghĩa vụ cung cấp lập luận bằng văn bản cho các lập luận nói trước đó;
- *Liên quan đến quyền trình lập luận của các chủ thể độc lập (amicus curae):* FTA Hoa Kỳ - Hàn Quốc có quy định chi tiết về các nội dung bắt buộc trong các lập luận này; đây là quy định hữu ích xét từ góc độ hạn chế các lập luận không liên quan của các chủ thể này;
- *Liên quan đến việc xử lý khiếu nại về thẩm quyền của trọng tài (competence of competence):* FTA Hoa Kỳ - Colombia có nêu một số ví dụ cụ thể về loại khiếu nại này nhằm làm rõ thêm và từ đó cũng hạn chế những cách hiểu đi quá xa.

³ Như đã đề cập, những cơ chế như thế này đã từng được đề cập trong BTA giữa Việt Nam và Hoa Kỳ năm 2001 nhưng việc áp dụng trên thực tế hầu như chưa có. Vì vậy đây vẫn có thể xem là một thách thức mới với Việt Nam.



Ngoài ra, *liên quan đến việc công khai các tài liệu, thủ tục tố tụng* đề cập tại Điều 29 BIT Model, tồn tại vấn đề sau cần lưu ý đặc biệt:

Điều 29 BIT Model quy định quyền tiếp cận của công chúng với tất cả những nội dung tố tụng (bao gồm tài liệu tố tụng và các thủ tục tố tụng) (trừ khi có những tài liệu bên tranh chấp không muốn công khai, và trong trường hợp này họ phải cung cấp phiên bản công khai của thông tin liên quan và phải chỉ định rõ theo quy trình riêng). Tuy nhiên, quy định này dường như không hợp lý bởi:

- Thông thường thì tranh chấp giải quyết bằng trọng tài có đặc điểm là bí mật/không công khai các tài liệu mà các bên cung cấp trong quá trình tố tụng (thậm chí cả phán quyết cũng chỉ công khai các lập luận cơ bản “*excerpts of legal reasoning of the Tribunal*”), các thủ tục (phiên họp giải quyết tranh chấp, điều trần...) cũng không công khai. Đây chính là một yếu tố làm nên đặc trưng và sức thu hút của trọng tài so với việc giải quyết tranh chấp tại Tòa án;
- Quy tắc trọng tài ICSID, vốn có uy tín và được sử dụng nhiều nhất trong việc giải quyết các tranh chấp loại này, cũng tuân thủ nguyên tắc không công khai;

Trên thực tế, việc thực thi quy tắc này có thể sẽ là một thách thức với đối với Việt Nam.

Vì vậy Cơ quan đàm phán nên xem xét đầy đủ với các lập luận cần thiết (ví dụ như nêu trên) và tìm đối tác TPP có cùng quan điểm để thương lượng và có những điều chỉnh thích hợp về vấn đề này.

(v) Về luật áp dụng (Điều 30)

Quy định luật áp dụng theo BIT Model (bao gồm TPP, pháp luật nội địa nước nhận đầu tư, pháp luật quốc tế liên quan) về cơ bản là phù hợp. Vì vậy Việt Nam có thể chấp nhận phương án này.



(vi) *Về phán quyết trọng tài*

Quy định về giá trị pháp lý và nội dung của phán quyết trọng tài về loại tranh chấp này về cơ bản là hợp lý. Tuy nhiên, một số điểm có thể không có lợi cho Việt Nam mà Cơ quan đàm phán nên nghiên cứu kỹ, bao gồm:

- Quy định tại Điều 34.2(c) về quyền tiếp tục khiếu kiện đòi bồi thường theo pháp luật nội địa (lý do: có thể Nhà nước phải bồi thường kép không?)
- Quy định về việc công khai phán quyết trọng tài (Điều 29.1(e)) (lý do: như đã nói ở phần liên trên).
- Trên đây là một số ý kiến về phương án đàm phán mà Việt Nam cần cân nhắc liên quan đến Chương đầu tư và giải quyết tranh chấp đầu tư trong khuôn khổ TPP từ góc độ lợi ích của cộng đồng doanh nghiệp Việt Nam.

