

QUYỀN PHẢN TỔ CỦA NHÀ NƯỚC TIẾP NHẬN ĐẦU TƯ – NHỮNG VẤN ĐỀ PHÁP LÝ VÀ THỰC TIỄN ĐẶT RA CHO VIỆT NAM

VŨ KIM NGÂN

Khoa Luật, Trường Đại học Ngoại thương

Faculty of Law, Foreign Trade University

Email: nganvk@ftu.edu.vn

TRẦN MINH KHÁNH

K59 Luật Thương mại quốc tế, Trường Đại học Ngoại thương

K59 International Trade Law, Foreign Trade University

Email: michelletran181@gmail.com

Tóm tắt

Các Hiệp định đầu tư quốc tế (*international investment agreements, IIAs*) hiếm khi có quy định rõ ràng cho phép nhà nước khởi kiện nhà đầu tư khi vi phạm các nghĩa vụ. Từ đó, quyền phản tố xuất hiện như một công cụ để nhà nước có thể kiện lại nhà đầu tư, làm cân bằng hơn quyền lợi giữa nhà nước và nhà đầu tư. Bài viết này nghiên cứu các vấn đề pháp lý về quyền phản tố trong các IIA và thực tiễn áp dụng, từ đó đưa ra một số kiến nghị cho Việt Nam trong việc vận dụng quyền phản tố đối với những IIA mà Việt Nam đã, đang và sẽ ký kết.

Từ khóa: quyền phản tố, tranh chấp đầu tư quốc tế, hiệp định đầu tư quốc tế

Abstract

International investment agreements (IIAs) rarely have explicit provisions allowing the state to sue investors for breaches of these obligations. Consequently, counterclaims have emerged as a tool for states to bring claims against investors, thus balancing the rights between the state and the investor. This article examines the legal and practical issues regarding counterclaims in IIAs, thereby offering recommendations for Vietnam on utilizing the application of counterclaims in the IIAs that Vietnam already signed and may sign in the future.

Keywords: counterclaim, foreign investment dispute, international investment agreements

DOI: <https://doi.org/10.70236/tckhplvn.204>

Ngày nhận bài: 26/08/2024

Ngày duyệt đăng: 13/11/2024

Quyền phản tố là quyền được trao cho bị đơn để đưa ra yêu cầu đối với nguyên đơn, khởi kiện ngược lại nguyên đơn, thay vì chỉ bác bỏ yêu cầu khởi kiện của nguyên đơn. Trong tranh chấp đầu tư quốc tế dựa trên Hiệp định đầu tư quốc tế (*international investment agreements, IIAs*), quyền phản tố thường được hiểu là quyền của nhà nước tiếp nhận đầu tư, vì nhà đầu tư thường là bên nguyên đơn. Việc cho phép nhà nước có quyền phản tố sẽ giúp tạo sự cân bằng đáng kể trong mối quan hệ giữa nhà nước và nhà đầu tư.¹ Khi áp dụng quyền phản tố, nhà đầu tư trở thành bị đơn, nhà nước trở thành nguyên đơn, cả hai bên tranh chấp đều có quyền bảo vệ lợi ích của mình.² Việc áp dụng quyền phản tố sẽ giúp cho nhà nước chỉ cần theo đuổi vụ kiện

1 Andrea K. Bjorklund, “The Role of Counterclaims in Rebalancing Investment Law”, *Lewis & Clark Law School*, 2012, tr. 3, <https://law.lclark.edu/live/files/14086-lcb172art4bjorklundpdf>, truy cập ngày 19/05/2024.

2 CCSI, “Reform option: Counterclaims”, *Columbia Center on Sustainable Investment*, 2019, <https://ccsi.columbia.edu/sites/default/files/content/docs/short%20note%20-%20counterclaims.pdf>, truy cập ngày 28/08/2024.

trong một quy trình tố tụng duy nhất tại trọng tài quốc tế, thay vì phải khởi kiện nhà đầu tư trong một vụ kiện mới theo quy trình tố tụng trong nước. Ngoài ra, việc công nhận rộng rãi quyền phản tố của nhà nước sẽ giảm thiểu khả năng nhà nước bị kiện bởi nhà đầu tư.

Theo Nhóm Công tác III của Ủy ban Liên hợp quốc về Luật Thương mại quốc tế (*United Nations Commission on International Trade Law, UNCITRAL*), việc tạo cơ chế thuận lợi hơn cho nhà nước đưa ra yêu cầu phản tố là một khía cạnh quan trọng nhằm đảm bảo sự cân bằng phù hợp giữa các nhà nước là bị đơn và các nhà đầu tư là nguyên đơn cũng như để thúc đẩy hiệu quả về thủ tục, sự công bằng và quy định của pháp luật.³ Nhóm Công tác III của UNCITRAL đưa ra đề xuất tăng cường khuôn khổ để các quốc gia có thể đưa ra các phản tố một cách hiệu quả hơn, bao gồm việc sửa đổi các IIA hiện có để quy định rõ ràng về quyền phản tố, đảm bảo rằng nhà nước có thể buộc nhà đầu tư chịu trách nhiệm cho các vi phạm pháp luật nội địa, như nghĩa vụ về môi trường hoặc nhân quyền.⁴ Tuy vậy, việc áp dụng quyền phản tố vẫn còn nhiều hạn chế do quy định về quyền này trong nhiều IIA chưa rõ ràng và thực tiễn giải quyết tranh chấp cho thấy chưa có một quy chuẩn chung để chấp nhận yêu cầu phản tố của nhà nước.

1. Quyền phản tố trong các hiệp định đầu tư quốc tế

Điều khoản trọng tài hoặc giải quyết tranh chấp trong IIA là cơ sở pháp lý để xác định thẩm quyền của Hội đồng trọng tài đối với quyền phản tố của nhà nước.⁵ Theo số liệu của UNCTAD, hiện có khoảng 208 IIA đề cập yêu cầu phản tố, chiếm 6,3% trong tổng số 3297 IIA,⁶ nhưng có rất ít IIA quy định rõ ràng về trường hợp nào nhà nước được sử dụng quyền phản tố.

Hầu hết các IIA đề cập yêu cầu phản tố là những IIA thế hệ mới, xuất hiện sau khi có hiệp định đầu tư song phương (*bilateral investment treaty, BIT*) mẫu Mỹ - Canada năm 2004. Trong giai đoạn từ khi BIT đầu tiên giữa Đức - Pakistan được ký kết năm 1959 cho đến trước những năm 2000s, các IIA hầu hết đều được soạn thảo với mục đích thúc đẩy đầu tư và bảo vệ quyền lợi cho nhà đầu tư khi thực hiện đầu tư vào các nhà nước khác. Các IIA này

3 UNCITRAL, *Report of Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform) on the work of its thirty-fourth session—Part II*, UN Doc A/CN.9/930/Add.1/Rev.1, 2017, đoạn. 5, <https://uncitral.un.org/en/multilateralpermanentinvestmentcourt>, truy cập ngày 17/05/2024.

4 Anna de Luca, Crina Baltag, “Counterclaims in Investment Arbitration: Reflections on UNCITRAL WG III Reform”, *Wolters Kluwer*, 2021, <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2021/11/05/counterclaims-in-investment-arbitration-reflections-on-uncitral-wg-iii-reform/>, truy cập ngày 22/05/2024.

5 Arnaud de Nanteuil, “Counterclaims in Investment Arbitration: Old Questions, New Answers?”, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, Vol. 17(2), 2018, tr. 377, <https://doi.org/10.1163/15718034-12341385>; Tran Thi Thuan Giang, and Vo Tan Huy, “Approaches to the Investor-State Dispute Settlement Mechanism Under the Regional Comprehensive Economic Partnership”, *Vietnamese Journal of Legal Sciences*, Sciendo, Vol. 11(2), 2024, <https://doi.org/10.2478/vjls-2024-0015>.

6 UNCTAD, “International Investment Agreements Navigator”, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>, truy cập ngày 22/05/2024.

đa số quy định nhà đầu tư có quyền khởi kiện nhà nước và không có chiều ngược lại, càng không quy định nghĩa vụ của nhà đầu tư đối với nhà nước.⁷ Sự mất cân bằng này gây ra áp lực lên nhà nước bởi họ phải thực hiện nhiều nghĩa vụ với nhà đầu tư nhưng lại đứng trước nguy cơ bị khởi kiện bất kỳ lúc nào. Nhận thấy sự mất cân bằng này, một số IIA quy định rõ ràng hoặc có nhắc đến quyền phản tố của nhà nước, với ý chí trao cho nhà nước quyền được bảo vệ lợi ích của mình khi tham gia vào mối quan hệ với nhà đầu tư.

Một trong số ít các IIA trao quyền rõ ràng cho nhà nước để khẳng định yêu cầu phản tố là Hiệp định Đầu tư của Thị trường chung Đông và Nam Phi (*Investment Agreement For the COMESA Common Investment Area*, Hiệp định COMESA) năm 2007. Điều 28(9) về Giải quyết tranh chấp giữa nhà đầu tư – nhà nước của hiệp định COMESA cho phép Nhà nước đưa ra yêu cầu phản tố khi cho khi nhà đầu tư không hoàn thành nghĩa vụ của mình theo Hiệp định này, bao gồm cả nghĩa vụ tuân thủ tất cả các biện pháp trong nước áp dụng hoặc rằng nhà đầu tư không thực hiện tất cả các bước hợp lý để giảm thiểu thiệt hại có thể xảy ra. So sánh với các IIA khác, Hiệp định COMESA được xem là có sự cân bằng đáng kể trong việc quy định nghĩa vụ của nhà đầu tư, bên cạnh nghĩa vụ “truyền thống” của nhà nước. Trên cơ sở yêu cầu của nhà nước, Hội đồng trọng tài được thành lập theo Hiệp định COMESA sẽ có quyền xem xét và giải quyết các nội dung phản tố mà nhà nước đưa ra.

Phần lớn các IIA còn lại không quy định rõ ràng về quyền phản tố hoặc các trường hợp nhà nước có thể áp dụng quyền phản tố. Tuy vậy, trong nhiều tình huống, nhà nước vẫn có khả năng áp dụng quyền phản tố. *Thứ nhất*, các IIA có thể quy định quyền phản tố theo cách loại trừ, ví dụ BIT Uruguay-Mỹ 2005 Điều 28(7) quy định bị đơn không thể đưa ra yêu cầu phản tố với lý do nguyên đơn đã nhận hoặc sẽ nhận bảo hiểm hoặc bảo lãnh từ một bên thứ ba. Theo W Ben Hamida, BIT này ngầm định cho phép bị đơn có thể đưa ra yêu cầu phản tố trên cơ sở khác, không thuộc những trường hợp đã được loại trừ tại Điều 28(7).⁸ *Thứ hai*, IIA có thể đặt ra điều kiện đối với yêu cầu phản tố, ví dụ BIT Hungary – United Arab Emirates 2021 Điều 15(3) quy định “đối với yêu cầu phản tố, hội đồng trọng tài chỉ có thể đưa ra phán quyết một cách riêng biệt hoặc kết hợp về: (i) các thiệt hại về tiền hoặc, nếu có thể, hoàn lại tài sản; (ii) mọi chi phí tố tụng trọng tài và phí luật sư và (iii) quy tắc trọng tài áp dụng”.

Mặt khác, ngay cả đối với những IIA không đề cập quyền phản tố, khi có yêu cầu phản tố từ phía nhà nước, Hội đồng trọng tài vẫn có thể xác định

7 Ví dụ các BIT: BIT Germany – Pakistan 1959, BIT Switzerland – Tunisia 1961, BIT Côte d'Ivoire – Sweden 1965, BIT Philippines – United Kingdom 1980, BIT France – Israel 1983, v.v.

8 Walid Ben Hamida, “L'arbitrage Etat-investisseur cherche son équilibre perdu : Dans quelle mesure l'Etat peut introduire des demandes reconventionnelles contre l'investisseur privé?”, *International Law FORUM du droit international*, Vol. 7(4), 2005, tr. 261, 270.

thẩm quyền dựa vào định nghĩa phạm vi tranh chấp được quy định tại điều khoản giải quyết tranh chấp của IIA đó.⁹ Một số IIA gọi mở khả năng áp dụng quyền phản tố bằng cách quy định phạm vi tranh chấp là bất kỳ tranh chấp nào giữa nhà nước và nhà đầu tư liên quan đến khoản đầu tư của nhà đầu tư trên lãnh thổ của Nhà nước, ví dụ như Điều 8(1) của BIT Morocco – Slovakia năm 2007 quy định phạm vi tranh chấp là bất kỳ tranh chấp nào giữa một Bên ký kết và một nhà đầu tư của Bên ký kết khác liên quan đến một khoản đầu tư. Điều khoản này có thể được hiểu là yêu cầu phản tố của Nhà nước thuộc thẩm quyền của Hội đồng trọng tài miễn là liên quan tới khoản đầu tư.

Tuy vậy, trong một số IIA khác, đặc biệt là các BIT của Hoa Kỳ có quy định cụ thể hơn về phạm vi tranh chấp, Hội đồng trọng tài gặp khó khăn hơn trong việc xác định thẩm quyền đối với quyền phản tố. Ví dụ, tại BIT Uruguay – Hoa Kỳ năm 2005, Điều 24(1) quy định nguyên đơn có thể đệ đơn khiếu kiện lên trọng tài rằng bị đơn đã vi phạm: nghĩa vụ theo Điều 3 đến Điều 10 của BIT, giấy phép đầu tư hoặc thỏa thuận đầu tư; và nguyên đơn đã phải gánh chịu tổn thất hoặc thiệt hại do hoặc phát sinh từ vi phạm đó. Do BIT này quy định nguyên đơn là nhà đầu tư và bị đơn là nhà nước,¹⁰ nên có thể hiểu phạm vi tranh chấp chỉ giới hạn ở nghĩa vụ của nhà nước. Trong trường hợp này, trọng tài khó có thể xác định thẩm quyền đối với các yêu cầu phản tố từ phía nhà nước do phạm vi xét xử chỉ giới hạn trong những gì IIA đã quy định.¹¹ Hầu hết các IIA còn lại dường như cũng hạn chế khả năng áp dụng quyền phản tố khi chỉ quy định phạm vi tranh chấp dựa trên (i) nghĩa vụ của nhà nước hoặc (ii) nghĩa vụ của các bên dựa trên IIA nhưng IIA lại không quy định nghĩa vụ của nhà đầu tư.

Nhìn chung, các quy định về quyền phản tố trong IIA còn hạn chế cả về số lượng và nội dung, tồn tại những khó khăn để yêu cầu phản tố được xem xét bởi Hội đồng trọng tài như: (i) thiếu thẩm quyền trọng tài quy định trong IIA hoặc (ii) không quy định nghĩa vụ của nhà đầu tư hoặc phạm vi khởi kiện chỉ thuộc nghĩa vụ của nhà nước. Điều này dẫn đến sự không nhất quán trong việc giải quyết các tranh chấp liên quan đến yêu cầu phản tố của nhà nước trong các vụ kiện đầu tư quốc tế. Một vài tranh chấp điển hình trong số đó sẽ được phân tích ngay sau đây.

2. Thực tiễn giải quyết tranh chấp đầu tư quốc tế về quyền phản tố

Đến năm 2021, chỉ có hai vụ tranh chấp trong đó nhà nước áp dụng thành công yêu cầu phản tố trên tổng số 25 vụ tranh chấp liên quan đến quyền

⁹ Arnaud de Nanteuil, *ltd*, tr. 378.

¹⁰ BIT Uruguay – The United States of America 2005 Article 1: “Claimant” means an investor of a Party that is a party to an investment dispute with the other Party; “Respondent” means the Party that is a party to an investment dispute.

¹¹ Andrea K. Bjorklund, *ltd*. Trong vụ tranh chấp Aven v. Costa Rica, Hội đồng trọng tài đưa ra quan điểm khác: Dù nguyên đơn được định nghĩa là nhà đầu tư, Hội đồng trọng tài vẫn chấp nhận quyền phản tố của Nhà nước.

phản tố,¹² đó là vụ *Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador* (Burlington) và vụ *Perenco Ecuador Ltd. v. Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petróleos del Ecuador* (Perenco).¹³ Năm 2022 ghi nhận thêm một vụ tranh chấp có yêu cầu phản tố thành công là *Gardabani Holdings B.V. and Silk Road Holdings B.V. v. Georgia* (Gardabani). Điểm chung của cả ba tranh chấp này là các IIA đều quy định phạm vi tranh chấp rộng nhưng không quy định về quyền phản tố. Mặc dù vậy, Hội đồng trọng tài vẫn cần xem xét nội dung phản tố trên cơ sở yêu cầu của nhà nước.

Ngoài ra, phần viết dưới đây sẽ phân tích trường hợp đặc biệt khi IIA quy định phạm vi tranh chấp rộng nhưng yêu cầu phản tố vẫn không được chấp nhận trong vụ tranh chấp *Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic* (Saluka) và tranh chấp *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic* (Urbaser). Đối với các IIA khác có quy định phạm vi tranh chấp hẹp hơn hoặc không quy định nghĩa vụ của nhà đầu tư, Hội đồng trọng tài lại có những cách thức khác nhau để lập luận về vấn đề thẩm quyền đối với quyền phản tố của nhà nước.

2.1. Đối với các hiệp định đầu tư quốc tế quy định phạm vi tranh chấp rộng

Tranh chấp gần đây của ICSID là *Gardabani Holdings B.V. and Silk Road Holdings B.V. v. Georgia*, dựa trên BIT Hà Lan – Georgia 1998, được Hội đồng trọng tài ban hành phán quyết về yêu cầu phản tố vào ngày 27/10/2022. Điều khoản trọng tài của BIT này quy định phạm vi tranh chấp là “bất kỳ tranh chấp pháp lý nào phát sinh giữa Bên Ký Kết đó và một công dân của Bên Ký Kết kia liên quan đến một khoản đầu tư của công dân đó tại lãnh thổ của Bên Ký Kết kia”. Georgia đã nộp đơn phản tố chống lại các nguyên đơn, yêu cầu nguyên đơn trả 50% khoản trợ cấp đầu tư mục tiêu (*target investment allowance*, TIA) mà công ty của nguyên đơn đã tích lũy được từ năm 2013 đến năm 2015.¹⁴

Khi xem xét về thẩm quyền đối với yêu cầu phản tố của Georgia, Hội đồng trọng tài đã nhận định rằng họ có thẩm quyền đối với yêu cầu phản tố¹⁵ dựa trên việc điều khoản trọng tài đã đưa ra một phạm vi đủ rộng là “bất kỳ tranh chấp pháp lý nào [...] liên quan đến khoản đầu tư”. Trước tiên, Hội đồng trọng tài xem xét xem có sự thỏa thuận từ các bên về phạm vi và cơ chế giải quyết tranh chấp hay không. Hội đồng trọng tài đã xác định rằng các bên đã đồng ý đưa tranh chấp liên quan đến BIT sẽ được giải quyết theo cơ chế được quy định trong BIT, tức là Hội đồng trọng tài có thẩm quyền đối với

12 Anna de Luca, Crina Baltag, *tlđđ*.

13 Xinchao Liu, “International Law Based ISDS Counterclaim”, *The Archimedes’ Fulcrum towards a New NIEO*, 2022, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4548086>.

14 *Gardabani Holdings B.V. và Silk Road Holdings B.V. v. Georgia*, ICSID Case No. ARB/17/29, Award, 27/20/2022, đoạn 6, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw171096.pdf>, truy cập ngày 16/05/2024.

15 Như trên, đoạn 736.

các yêu cầu của Georgia. Thứ hai, Hội đồng trọng tài đã xác định rằng yêu cầu phản tố của Georgia phát sinh trực tiếp từ vấn đề pháp lý của tranh chấp và Hội đồng có thẩm quyền giải quyết yêu cầu này. Trong phán quyết cuối cùng, Chính phủ Georgia có quyền nhận 50% TIA,¹⁶ một kết quả hết sức thành công cho Georgia khi áp dụng yêu cầu phản tố.

Tương tự, trong vụ *Perenco*, Điều 9 của BIT Pháp – Ecuador năm 1994 cũng đưa ra phạm vi tranh chấp ở *bất kỳ* tranh chấp nào liên quan đến khoản đầu tư. Hội đồng trọng tài đã chấp nhận yêu cầu phản tố của Ecuador nhưng không đưa ra lập luận cụ thể về vấn đề thẩm quyền. Điều này có thể do BIT Pháp – Ecuador đã giới hạn phạm vi tranh chấp đủ rộng.¹⁷

Tranh chấp *Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador*, BIT Ecuador – US 1993, được Hội đồng trọng tài ICSID ban hành phán quyết vào ngày 07/02/2017. Trong vụ tranh chấp này, Ecuador đưa ra phản tố yêu cầu bồi thường thiệt hại từ Burlington liên quan đến các tổn thất về môi trường và cơ sở hạ tầng trên các mỏ dầu. BIT Ecuador – US Điều 6 quy định phạm vi tranh chấp rộng, ngoài ra các bên tranh chấp đã ký kết thêm một thỏa thuận trong quá trình tố tụng để trao quyền tài phán cho trọng tài ICSID đối với các yêu cầu phản tố, do đó Hội đồng trọng tài không cần xem xét câu hỏi về thẩm quyền đối với các yêu cầu phản tố này.¹⁸ Trong thỏa thuận, các bên tuyên bố rằng trọng tài là “cơ quan thích hợp để đưa ra phán quyết cuối cùng về các yêu cầu phản tố phát sinh từ các khoản đầu tư của Burlington Resources và các công ty liên kết [...] nhằm đảm bảo hiệu quả tư pháp tối đa và sự nhất quán.”¹⁹ Sau khi xem xét luật áp dụng và các quy định hợp đồng, cả hai yêu cầu phản tố của Ecuador đều được chấp nhận và Hội đồng trọng tài đã đưa ra phán quyết Burlington phải trả cho Ecuador khoản bồi thường tương ứng.

Mặt khác, có trường hợp mặc dù BIT quy định phạm vi tranh chấp rộng nhưng yêu cầu phản tố lại không được chấp nhận. Tiêu biểu là tranh chấp *Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic* được giải quyết tại trọng tài UNCITRAL, phát sinh trên cơ sở BIT Séc – Hà Lan 1991. Phán quyết về yêu cầu phản tố được đưa ra vào năm 2004. Năm 1998, tập đoàn tài chính Nomura của Nhật Bản đã ký hợp đồng với Quỹ Tài sản quốc gia Séc (NPF) để mua cổ phần của Ngân hàng IBP. Sau đó, cổ phần này được chuyển cho công ty con ở Hà Lan, Saluka Investment B.V. Tranh chấp

16 Như trên, đoạn 403.

17 Molly Anning, “The Admissibility of Environmental Counterclaims in Investment Arbitration”, *Victoria University of Wellington Legal Research Paper*, Student/Alumni Paper No. 29, 2019, tr. 21, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3485251>.

18 *Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador*(1), ICSID Case No. ARB/08/5, Award, 7/02/2017, đoạn 8, https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8208_0.pdf, truy cập ngày 17/05/2024.

19 Như trên, tr. 60.

nảy sinh khi Cộng hòa Séc áp dụng các biện pháp tái cơ cấu ngân hàng và buộc IBP phải bán tài sản. Nhà đầu tư đã đưa vụ việc ra trọng tài theo Quy tắc UNCITRAL năm 1976, cho rằng các biện pháp của Séc vi phạm BIT giữa Séc và Hà Lan. Cộng hòa Séc đã đưa ra hai yêu cầu phản tố cho rằng nguyên đơn đã vi phạm Thỏa thuận Mua cổ phần (*share purchase agreement*, SPA),²⁰ cũng như vi phạm pháp luật Séc liên quan đến khoản đầu tư này.²¹ Khi xét yêu cầu phản tố của Séc liên quan đến vi phạm SPA, Hội đồng trọng tài nhận thấy rằng trong SPA đã có điều khoản trọng tài riêng theo quy tắc UNCITRAL, yêu cầu giải quyết tranh chấp bằng trọng tài riêng. Vì điều khoản trọng tài trong BIT yêu cầu Hội đồng trọng tài phải xem xét các thỏa thuận đặc biệt liên quan đến đầu tư, nên không thể bỏ qua điều khoản trọng tài bắt buộc trong SPA,²² tức là Hội đồng trọng tài được thành lập dựa trên BIT không có thẩm quyền giải quyết vấn đề tranh chấp phát sinh từ SPA. Do đó, Hội đồng trọng tài kết luận rằng họ không có thẩm quyền đối với các yêu cầu phản tố dựa trên SPA do Séc đưa ra.²³

Đối với yêu cầu phản tố rằng nguyên đơn vi phạm pháp luật Séc, Hội đồng trọng tài đã dẫn chiếu tới các phán quyết trọng tài trước đó về yêu cầu phản tố, chủ yếu là các phán quyết của trọng tài ICSID vì họ chưa tìm ra được có trường hợp tương tự về yêu cầu phản tố được giải quyết bởi trọng tài UNCITRAL.²⁴ Trọng tài ICSID đã dẫn chiếu tới các phán quyết trọng tài trước đó để giải thích điều kiện về tính liên kết là hai yêu cầu phải có “mối quan hệ không thể tách rời”²⁵ và “phụ thuộc lẫn nhau”,²⁶ tức là yêu cầu phản tố phải liên quan chặt chẽ với yêu cầu khởi kiện chính và cả hai yêu cầu đều phải được giải quyết trong cùng một thủ tục, không thể tách riêng thành hai vụ tranh chấp khác nhau. Trong tranh chấp này, yêu cầu khởi kiện của nguyên đơn dựa trên pháp luật quốc tế theo BIT, yêu cầu phản tố của nhà nước dựa trên pháp luật nội địa của Séc liên quan đến thỏa thuận SPA,²⁷ nên yêu cầu phản tố của nhà nước có thể được giải quyết theo thủ tục của pháp luật Séc, không phải thông qua cơ chế trọng tài dựa trên IIA.²⁸ Trên cơ sở hai yêu cầu không có “mối quan hệ không thể tách rời” như đã phân tích, Hội đồng trọng tài xác định không có thẩm quyền với yêu cầu này.²⁹

20 *Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic*, UNCITRAL, Decision on Jurisdiction over the Czech Republic's Counterclaim, 2004, đoạn 48, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0739.pdf>, truy cập ngày 17/05/2024.

21 *Như trên*, tr. 59.

22 *Như trên*, tr. 54.

23 *Như trên*, tr. 56–58.

24 *Như trên*, tr. 64.

25 *Như trên*, tr. 66; *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH and others v. United Republic of Cameroon and Société Camerounaise des Engrais*, ICSID Case No. ARB/81/2.

26 *Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic*, *ltd*, đoạn 65.

27 *Như trên*, tr. 79.

28 *Như trên*.

29 *Như trên*.

Một tranh chấp tiêu biểu khác về quyền phản tố là trường hợp nhà nước phản tố lại nhà đầu tư vì cho rằng nhà đầu tư đã vi phạm quyền con người trong vụ *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic*, giải quyết tại trọng tài ICSID và phán quyết được đưa ra vào năm 2016. Tranh chấp trong vụ Urbaser phát sinh từ cuộc khủng hoảng tài chính của Argentina. Urbaser là một nhà đầu tư đến từ Tây Ban Nha chịu trách nhiệm cung cấp dịch vụ nước và xử lý nước thải. Các biện pháp khẩn cấp của Argentina đưa ra đã gây ra tổn thất tài chính cho nhà thầu, dẫn đến tình trạng phá sản. Urbaser đã khởi kiện Argentina ra trọng tài. Đáp lại, Argentina đã đệ đơn yêu cầu phản tố, cáo buộc rằng việc nhà thầu không đầu tư đủ mức cần thiết cho các dịch vụ cung cấp đã dẫn đến vi phạm quyền con người về nước.³⁰

Trọng tài trong vụ việc này lần đầu tiên tiếp nhận yêu cầu phản tố dựa trên quyền con người. Hội đồng trọng tài đã xác định rằng họ có thẩm quyền đối với yêu cầu phản tố của Argentina. Thứ nhất, điều khoản giải quyết tranh chấp trong BIT Tây Ban Nha–Argentina, Điều X(1) quy định: “...các tranh chấp phát sinh giữa một Bên và một nhà đầu tư của Bên kia liên quan đến các khoản đầu tư theo nghĩa vụ của Hiệp định này...” Hội đồng trọng tài cho rằng điều khoản này hoàn toàn trung lập về quyền đưa ra yêu cầu khởi kiện giữa các bên, tức là trao quyền khởi kiện cho cả nhà nước và nhà đầu tư.³¹ Hội đồng trọng tài cũng cho rằng khi cả hai bên đều có quyền đưa ra yêu cầu, sẽ không công bằng nếu bên đưa ra yêu cầu khởi kiện trước có thể ngăn cản bên còn lại đưa ra yêu cầu phản tố ngược lại.³² Thứ hai, Hội đồng trọng tài bác bỏ lập luận của nguyên đơn rằng họ không đồng ý với yêu cầu phản tố của bị đơn. Ngược lại, Hội đồng trọng tài thấy rằng sự đồng ý của các nguyên đơn dựa trên Điều X của BIT bao gồm bất kỳ tranh chấp nào liên quan đến khoản đầu tư và do đó không chỉ giới hạn ở các yêu cầu của nguyên đơn.³³

Tuy có thẩm quyền xem xét yêu cầu phản tố, Hội đồng trọng tài không thể chứng minh rằng các công ty nước ngoài, trong trường hợp này là nhà đầu tư, có nghĩa vụ pháp lý trực tiếp theo luật quốc tế hoặc BIT để đảm bảo quyền về nước sạch của con người.³⁴ Cuối cùng, Hội đồng trọng tài bác bỏ yêu cầu phản tố do Argentina đưa ra liên quan đến quyền con người về việc tiếp cận nước uống và vệ sinh.³⁵

2.2. Đối với các hiệp định đầu tư quốc tế quy định phạm vi tranh chấp hẹp hơn

Đối với các IIA quy định phạm vi tranh chấp ở (i) nghĩa vụ của nhà

30 Stefanie Schacherer, “Urbaser v. Argentina”, *International Investment Law and Sustainable Development: Key cases from the 2010s*, IISD, 2018, tr. 26.

31 *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/26, Award, 2016, đoạn 1143.

32 Như trên, tr. 1144.

33 Như trên, tr. 1146.

34 Như trên, tr. 1212.

35 Như trên, tr. 1234.

nước, hoặc (ii) nghĩa vụ của các bên dựa trên IIA nhưng IIA lại không quy định nghĩa vụ của nhà đầu tư, Hội đồng trọng tài trên thực tiễn đã có hai hướng xử lý khác nhau.

Trong số rất nhiều trường hợp yêu cầu phản tố bị bác bỏ vì lý do phạm vi hẹp, hai vụ tranh chấp *Spyridon Roussalis v. Romania* (Spyridon) và *Oxus Gold v. The Republic of Uzbekistan* (Oxus Gold) có điểm chung là các điều khoản BIT chỉ giới hạn phạm vi tranh chấp ở nghĩa vụ của nhà nước, nên trọng tài đã bác bỏ các yêu cầu phản tố với lý do không đủ thẩm quyền.³⁶

Một số Hội đồng trọng tài lại có cách giải thích khác, ví dụ trong vụ *Hamester v. Republic of Ghana*, Hội đồng trọng tài lập luận rằng, bằng việc đồng ý với thẩm quyền của Hội đồng trọng tài ICSID, các bên đã đồng ý với việc áp dụng các quy tắc của ICSID, bao gồm cả việc công nhận các yêu cầu phản tố.³⁷ Phán quyết trong vụ *Hamester v. Ghana* được ban hành bởi Hội đồng trọng tài ICSID vào năm 2010 liên quan đến các yêu cầu về vi phạm thỏa thuận liên doanh cũng như vi phạm nghĩa vụ theo BIT Đức-Ghana 1995. Nguyên đơn là một liên doanh chế biến và buôn bán hạt ca cao giữa một nhà đầu tư Đức và công ty Ghana Cocoa Board (GCB) của Ghana. Bị đơn – Nhà nước Ghana đã đưa ra một yêu cầu phản tố lên Hội đồng trọng tài, yêu cầu Hamester phải trả cho nhà nước các khoản bồi thường, tổn thất tinh thần hoặc các tổn thất khác, mà nhà nước và công ty GCB đã phải chịu do hành vi của Hamester.

Hội đồng trọng tài trong trường hợp này đã dựa vào Điều 46 của Công ước ICSID để xác định thẩm quyền đối với yêu cầu phản tố, theo đó, Hội đồng trọng tài sẽ quyết định bất kỳ yêu cầu phản tố nào phát sinh trực tiếp từ nội dung tranh chấp, với điều kiện các yêu cầu này nằm trong phạm vi đồng ý của các bên và thuộc thẩm quyền của Trung tâm.³⁸ Về lý thuyết, nhà nước có thể đệ trình yêu cầu phản tố chống lại một nhà đầu tư theo BIT.³⁹ Yêu cầu phản tố của Ghana thuộc thẩm quyền xem xét của Hội đồng trọng tài dựa trên Công ước ICSID, nhưng kết quả là yêu cầu vẫn bị bác bỏ vì lý do về nội dung.⁴⁰ Hội đồng trọng tài lập luận rằng, yêu cầu phản tố dựa trên hành vi gian lận và vi phạm nghĩa vụ ủy thác của Hamester liên quan đến việc ký kết và thực hiện theo một thỏa thuận liên doanh. Ghana không phải là một bên của thỏa thuận liên doanh và GCB không phải là một cơ quan của nhà nước Ghana. Các hành vi mà Ghana chủ yếu khiếu nại liên quan đến các tổn

36 *Oxus Gold plc v. Republic of Uzbekistan*, UNCITRAL, Award, 17/12/2015, đoạn 948, https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7238_2.pdf, truy cập ngày 22/05/2024; *Spyridon Roussalis v. Romania*, ICSID Case No. ARB/06/1, Award, 07/12/2011, đoạn 869, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0723.pdf>, truy cập ngày 22/05/2024.

37 *Gustav F W Hamester GmbH & Co KG c. Ghana*, ICSID Case No. ARB/07/24, 18/06/2010, đoạn 353–354.

38 Như trên.

39 Như trên.

40 Như trên, đoạn 356.

thất mà GCB cho là đã phải chịu – không phải nhà nước. Vì, như đã nêu, GCB không phải là một Bên trong thỏa thuận trọng tài và cũng không phải là một cơ quan của nhà nước, Hội đồng trọng tài không có thẩm quyền đối với các yêu cầu liên quan đến các tổn thất mà GCB cho là phát sinh từ thỏa thuận liên doanh.⁴¹

Trong vụ *Goetz v. Burundi*, Hội đồng trọng tài cũng đưa ra lập luận tương tự như vậy để xác định yêu cầu phản tố thuộc thẩm quyền của Hội đồng trọng tài.⁴² Tuy nhiên, theo Arnaud de Nanteuil, quan điểm của Hội đồng trọng tài đã vô hiệu hóa một điều khoản chỉ giới hạn phạm vi thẩm quyền của họ ở các nghĩa vụ của nhà nước, do đó không hoàn toàn tôn trọng ý chí của các bên.⁴³ Một tranh chấp điển hình khác là vụ *Aven and Others v. Costa Rica*, trong đó Hội đồng trọng tài đã xác định rằng họ có thẩm quyền đối với yêu cầu phản tố của Costa Rica, mặc dù Hiệp định thương mại tự do Cộng hòa Dominica – Trung Mỹ (*Dominican Republic-Central America FTA, DR-CAFTA*) hầu hết quy định nghĩa vụ của nhà nước.⁴⁴ Vào đầu những năm 2000, nguyên đơn triển khai Dự án Las Olas tại Costa Rica. Sau khi nhận khiếu nại về thiệt hại môi trường, chính quyền đình chỉ dự án và truy tố Aven và Damjanac vì vi phạm luật môi trường. Năm 2014, nguyên đơn khởi kiện Costa Rica lên trọng tài UNCITRAL, cáo buộc vi phạm tiêu chuẩn công bằng và thỏa đáng (*Fair and equitable treatment, FET*) và tước đoạt tài sản trái pháp luật theo DR-CAFTA, yêu cầu bồi thường 69,1 triệu USD. Hội đồng trọng tài xác nhận thẩm quyền đối với phản tố của Costa Rica nhưng bác bỏ vì DR-CAFTA không quy định nghĩa vụ bắt buộc đối với nhà đầu tư.⁴⁵

Từ thực tiễn tranh chấp, dễ dàng nhận thấy (i) các IIA có quy định rộng về phạm vi tranh chấp sẽ tạo thuận lợi cho nhà nước trong việc vận dụng quyền phản tố, (ii) các BIT nói riêng và IIA nói chung nên có quy định về luật áp dụng trong giải quyết tranh chấp bao gồm cả luật nội địa của nước nhận đầu tư, và (iii) các bên tranh chấp nên ký kết một bản thỏa thuận bổ sung để tăng khả năng yêu cầu phản tố được chấp nhận.

3. Quyền phản tố trong các hiệp định đầu tư quốc tế Việt Nam đã ký kết và những vấn đề đặt ra

3.1. Nội dung quyền phản tố trong các hiệp định đầu tư quốc tế mà Việt Nam đã ký kết

Trong số 67 BIT và 28 TIPs mà Việt Nam đã ký kết,⁴⁶ chỉ có Hiệp định

41 *Gustav F W Hamster GmbH & Co KG c. Ghana*, ICSID Case No. ARB/07/24, 18/06/2010, đoạn 356.

42 *Antoine Goetz e.a. et SA Affinage des métaux c. Burundi*, ICSID Case No. ARB/01/2, 21/06/2012, đoạn 278.

43 Arnaud de Nanteuil, *tlđđ*, tr. 379.

44 *Aven v. Costa Rica*, đoạn 732.

45 *Như trên*, đoạn 743.

46 UNCTAD, “International Investment Agreements Navigator – Vietnam”, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/229/viet-nam>, truy cập ngày 22/05/2024.

Đối tác Toàn diện và Tiến bộ xuyên Thái Bình Dương (*Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership*, CPTPP) có quy định rõ ràng về quyền phản tố của nhà nước tại Điều 9.19.2 như sau: “[...]bị đơn có thể kiện ngược nguyên đơn liên quan đến cơ sở thực tế và pháp lý của khiếu kiện [...]”. Hiệp định CPTPP đã mở ra một hướng đi cho nhà nước trong việc áp dụng quyền phản tố khi bị nhà đầu tư kiện, trao thẩm quyền cho trọng tài xem xét yêu cầu phản tố. Tuy vậy, điều khoản về quyền phản tố này hiện đang được tạm hoãn.⁴⁷ Việt Nam cũng đã ký kết một số BIT tuy không quy định về quyền phản tố nhưng có gợi mở khả năng áp dụng quyền phản tố của nhà nước. Lấy ví dụ BIT Việt Nam – Singapore 1992, Điều 13(1) quy định phạm vi vấn đề tranh chấp rất rộng mở khi sử dụng cụm từ “bất kỳ tranh chấp nào”, tức là yêu cầu liên quan đến nghĩa vụ của nhà đầu tư cũng có thể thuộc thẩm quyền giải quyết của Hội đồng trọng tài. BIT này không giới hạn quyền khởi kiện chỉ thuộc về nhà đầu tư mà trao quyền khởi kiện cho cả hai bên tranh chấp, nên nhà nước sẽ có cơ hội đưa ra yêu cầu phản tố để bảo vệ quyền lợi của mình.

Đối với các BIT chỉ quy định phạm vi tranh chấp về nghĩa vụ của nhà nước, trọng tài khó xác định thẩm quyền với yêu cầu phản tố, trừ khi các bên chấp thuận áp dụng quy tắc ICSID. Nếu Việt Nam và nhà đầu tư ký thỏa thuận riêng trước hoặc sau khi tranh chấp phát sinh (như vụ *Burlington*), thẩm quyền đối với yêu cầu phản tố sẽ rõ ràng hơn. Hiện tại, Việt Nam chưa áp dụng quyền phản tố trong tranh chấp nào, nhưng gặp khó khăn tương tự các quốc gia khác do điều khoản giải quyết tranh chấp trong IIA thường đồng nhất. Theo Điều 14 Luật Đầu tư 2020, tranh chấp giữa nhà đầu tư nước ngoài và cơ quan nhà nước được giải quyết tại Trọng tài hoặc Tòa án Việt Nam, trừ khi có thỏa thuận khác. Tuy nhiên, với các IIA và hợp đồng đầu tư, theo khoản 1 Điều 6 Luật Điều ước quốc tế 2016, quy định điều ước quốc tế sẽ được ưu tiên áp dụng.

3.2. Thực tiễn giải quyết tranh chấp về đầu tư quốc tế của Việt Nam

Đến năm 2024, Việt Nam đã và đang tham gia vào 13 vụ tranh chấp đầu tư quốc tế với tư cách là bị đơn, trong đó có 6 vụ đang giải quyết, 3 vụ thắng, 1 vụ thua, 2 vụ hòa giải thành và 1 vụ đã chấm dứt.⁴⁸ Các vấn đề tranh chấp của Việt Nam xoay quanh FET, tiêu chuẩn đối xử tối thiểu với nhà đầu tư hoặc vấn đề bồi thường khi quốc hữu hóa trực tiếp hoặc gián tiếp, dựa trên cam kết trong các BIT mà Việt Nam đã ký kết trước đây.⁴⁹ Cơ sở pháp lý cho

47 WTO Center-VCCI, “Chapter 9: Investment”, *CPTPP*, tr. 20, <https://trungtamwto.vn/upload/files/noi-dung-hiep-dinh/9.-Investment-Chapter.pdf>, truy cập ngày 22/05/2024.

48 UNCTAD, “Investment Dispute Settlement Navigator – Vietnam”, <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/country/229/viet-nam/respondent>, truy cập ngày 16/05/2024.

49 Vũ Kim Ngân, “Chủ động ứng phó với tranh chấp giữa nhà đầu tư nước ngoài và nhà nước tiếp nhận đầu tư: Một số lưu ý cho Việt Nam”, *Tạp chí Quản lý và Kinh tế quốc tế*, số 138, 2021, tr. 126.

các vụ nhà đầu tư kiện Nhà nước Việt Nam đều dựa trên các IIA mà Việt Nam đã ký kết, trong đó có 8 vụ dựa trên các BIT, và 5 vụ dựa trên các Hiệp định thương mại tự do (*Free trade agreement*, FTA).

Nguyên nhân của các tranh chấp này thường xuất phát từ cả hai phía nhà nước và nhà đầu tư nước ngoài. Về phía nhà nước, có một số lý do chính làm nảy sinh tranh chấp đầu tư quốc tế. Trước hết, Việt Nam đã và đang trong quá trình hoàn thiện khung pháp luật nên một số quy định pháp luật còn thiếu đồng bộ, chưa rõ ràng, có thể gây ảnh hưởng đến quyền lợi của nhà đầu tư. Các quy định pháp luật liên quan đến đầu tư thường xuyên được sửa đổi và bổ sung, như việc thay đổi khoảng 300 loại giấy phép đầu tư ở Việt Nam, hay Luật Đầu tư nước ngoài năm 1987 được hình thành trong 9 tháng, nhưng đã trải qua hai lần sửa đổi trong vòng 5 năm, và trung bình cứ mỗi 4 năm lại có sự điều chỉnh hoặc thay đổi.⁵⁰ Bên cạnh đó, Việt Nam đưa ra những cam kết hấp dẫn để thu hút nhà đầu tư, sau đó lại không thể thực hiện được, dẫn đến hậu quả là các vụ tranh chấp trên cơ sở vi phạm nguyên tắc FET,⁵¹ và cho rằng nhà nước đã không đảm bảo những kỳ vọng hợp lý mà họ dựa vào để đưa ra quyết định đầu tư.⁵² Trước thực trạng này, Việt Nam có thể học hỏi cách áp dụng quyền phản tố giống như Ecuador đã thành công trong vụ *Burlington*, hoặc tham khảo vụ *Urbaser* để yêu cầu nhà đầu tư bồi thường cho những hành vi vi phạm của mình.

4. Một số kiến nghị cho Việt Nam nhằm tăng cường khả năng vận dụng quyền phản tố

Hiện nay, xu thế chung của đàm phán, ký kết các hiệp định đầu tư quốc tế là hướng tới sự cân bằng giữa quyền lợi của nhà nước và nhà đầu tư⁵³ thông qua những quy định về nghĩa vụ của nhà đầu tư phải tuân thủ pháp luật nước tiếp nhận đầu tư và quyền phản tố của nhà nước.⁵⁴ Việt Nam nên cân nhắc những lợi ích mà quyền phản tố mang lại, từ đó đưa ra chiến lược hợp lý để có cơ sở vận dụng quyền phản tố một cách hiệu quả.

Thứ nhất, đối với các IIA Việt Nam đã ký kết và không đề cập quyền

50 Lê Như Quỳnh, “Hoàn thiện hệ thống pháp luật nhằm thu hút vốn đầu tư trực tiếp nước ngoài vào Việt Nam”, *Tạp chí Tài chính*, số 2, 2022, <https://tapchitaichinh.vn/hoan-thien-he-thong-phap-luat-nham-thu-hut-von-dau-tu-truc-tiep-nuoc-ngoai-vao-viet-nam.html>, truy cập ngày 29/08/2024.

51 UNDP, *Báo cáo nghiên cứu nâng cao hiệu quả giải quyết tranh chấp tại Việt Nam*, Hà Nội, 2020.

52 Như trên.

53 Yulia Levashova, “Prevention of ISDS Disputes: From Early Resolution to Limited Access”, *Handbook of International Investment Law and Policy*, Springer, 2021, p. 638; European Commission, *Investment: objectives of the EU investment policy*, https://policy.trade.ec.europa.eu/help-exporters-and-importers/accessing-markets/investment_en, truy cập ngày 05/06/2024; Ngô Trọng Quân, Ngô Thảo Ngân, “Quy định về nghĩa vụ của nhà đầu tư nước ngoài trong các hiệp định đầu tư quốc tế”, *Tạp chí Khoa học xã Hội Việt Nam*, số 5, 2022, tr. 01.

54 Andrea K. Bjorklund, *ild*; Anthea Roberts, Zeineb Bouraoui, “UNCITRAL and ISDS Reforms: Concerns about Costs, Trans-parency, Third Party Funding and Counterclaims”, *The European Journal of International Law*, 2018, <https://www.ejiltalk.org/uncitral-and-isd-reforms-concerns-about-costs-transparency-third-party-funding-and-counterclaims/>, truy cập ngày 05/06/2024.

phản tố, Việt Nam nên nỗ lực đạt được thỏa thuận bổ sung với nhà đầu tư rằng trong trường hợp xảy ra tranh chấp, nếu quốc gia bị đơn có yêu cầu phản tố thì yêu cầu phản tố thuộc thẩm quyền giải quyết của Hội đồng trọng tài. Thỏa thuận bổ sung nói trên cũng có thể được vận dụng đối với các bên của Hiệp định CPTPP bởi hiện tại, quy định về quyền phản tố trong CPTPP đang bị tạm hoãn và chưa xác định về thời điểm có hiệu lực.

Thứ hai, đối với các IIA sẽ ký kết trong tương lai hoặc các IIA đã ký kết sẽ gia hạn (nếu có), Việt Nam nên nỗ lực đàm phán với đối tác để đưa ra một quy định đề cập trực tiếp quyền phản tố của nhà nước, ví dụ “Quốc gia bị đơn có quyền đưa ra mọi yêu cầu phản tố phát sinh từ khoản đầu tư là vấn đề tranh chấp của yêu cầu khởi kiện ban đầu.” Nếu không thể quy định trực tiếp về quyền phản tố, điều khoản giải quyết tranh chấp trong IIA cần đưa ra định nghĩa rộng về các tranh chấp thuộc thẩm quyền của Hội đồng trọng tài là “tất cả/mọi tranh chấp liên quan đến khoản đầu tư của nhà đầu tư trên lãnh thổ nước nhận đầu tư”. Bên cạnh đó, các IIA mới cũng nên đưa ra điều khoản về nghĩa vụ của nhà đầu tư, ví dụ: “Nhà đầu tư và các khoản đầu tư của một Bên Ký kết trên lãnh thổ của Bên Ký kết kia phải tuân thủ tất cả các luật và quy định hiện hành của Bên ký kết kia, phù hợp với các nghĩa vụ của nhà đầu tư trong Hiệp định hiện tại.”

Việt Nam có thể soạn thảo từng điều khoản như khuyến nghị nêu trên, hoặc có thể tham khảo điều khoản mẫu của Nhóm Công tác III của UNCITRAL, cụ thể là Điều 11 về quyền phản tố, cụ thể:

“1. Khi một yêu cầu được đưa ra [...] bị đơn có quyền đưa ra yêu cầu phản tố nếu:
(a) Yêu cầu phản tố liên quan trực tiếp đến nội dung yêu cầu khởi kiện ban đầu;
(b) Yêu cầu phản tố liên quan đến cơ sở pháp lý và thực tế của yêu cầu khởi kiện ban đầu; hoặc
(c) Bên nguyên đơn vi phạm các nghĩa vụ theo Thỏa thuận, luật quốc gia, hợp đồng đầu tư hoặc bất kỳ văn bản ràng buộc nào khác.

2. Để tránh nhầm lẫn, việc bị đơn đồng ý với yêu cầu khởi kiện của nguyên đơn phụ thuộc vào điều kiện rằng nguyên đơn phải đồng ý với bất kỳ yêu cầu phản tố nào theo quy định ở khoản 1.” ●

Tài liệu tham khảo

- [1] *Gardabani Holdings B.V. và Silk Road Holdings B.V. v. Georgia*, ICSID Case No. ARB/17/29, Award, 27/20/2022
- [2] *Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador*(1), ICSID Case No. ARB/08/5, Award, 7/02/2017
- [3] *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/26, Award, 2016
- [4] *Oxus Gold plc v. Republic of Uzbekistan*, UNCITRAL, Award, 17/12/2015
- [5] *Antoine Goetz e.a. et SA Affinage des métaux c. Burundi*, ICSID Case No. ARB/01/2, 21/06/2012

- [6] *Spyridon Roussalis v. Romania*, ICSID Case No. ARB/06/1, Award, 07/12/2011
- [7] *Gustav F W Hamester GmbH & Co KG c. Ghana*, ICSID Case No. ARB/07/24, 18/06/2010
- [8] *Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic*, UNCITRAL, Decision on Jurisdiction over the Czech Republic's Counterclaim, 2004
- [9] *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH and others v. United Republic of Cameroon and Société Camerounaise des Engrais*, ICSID Case No. ARB/81/2, 1981
- [10] Molly Anning, "The Admissibility of Environmental Counterclaims in Investment Arbitration", *Victoria University of Wellington Legal Research Paper*, Student/Alumni Paper No. 29, 2019, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3485251>
- [11] Andrea K. Bjorklund, "The Role of Counterclaims in Rebalancing Investment Law", *Lewis & Clark Law School*, 2012
- [12] CCSI, "Reform option: Counterclaims", *Columbia Center on Sustainable Investment*, 2019
- [13] Tran Thi Thuan Giang, and Vo Tan Huy, "Approaches to the Investor-State Dispute Settlement Mechanism Under the Regional Comprehensive Economic Partnership", *Vietnamese Journal of Legal Sciences*, Sciendo, Vol. 11(2), 2024. <https://doi.org/10.2478/vjls-2024-0015>
- [14] Xinchao Liu, "International Law Based ISDS Counterclaim", *The Archimedes' Fulcrum towards a New NIEO*, 2022, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4548086>
- [15] Anna de Luca, Crina Baltag, "Counterclaims in Investment Arbitration: Reflections on UNCITRAL WG III Reform", *Wolters Kluwer*, 2021
- [16] Arnaud de Nanteuil, "Counterclaims in Investment Arbitration: Old Questions, New Answers?", *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, Vol. 17(2), 2018, <https://doi.org/10.1163/15718034-12341385>
- [17] Vũ Kim Ngân, "Chủ động ứng phó với tranh chấp giữa nhà đầu tư nước ngoài và nhà nước tiếp nhận đầu tư: Một số lưu ý cho Việt Nam", *Tạp chí Quản lý và Kinh tế quốc tế*, số 138, 2021 [trans: Vu Kim Ngan, "Proactively Responding to Disputes Between Foreign Investors and Host States: Some Notes for Vietnam", *Journal of International Management and Economics*, No. 138, 2021]
- [18] Ngô Trọng Quân, Ngô Thảo Ngân, "Quy định về nghĩa vụ của nhà đầu tư nước ngoài trong các hiệp định đầu tư quốc tế", *Tạp chí Khoa học xã Hội Việt Nam*, số 5, 2022 [trans: Ngo Trong Quan, Ngo Thao Ngan, "Regulations on the Obligations of Foreign Investors in International Investment Agreements", *Vietnam Journal of Social Sciences*, No. 5, 2022]
- [19] Lê Nhu Quỳnh, "Hoàn thiện hệ thống pháp luật nhằm thu hút vốn đầu tư trực tiếp nước ngoài vào Việt Nam", *Tạp chí Tài chính*, số 2, 2022 [trans: Le Nhu Quynh, "Improving the legal system to attract foreign direct investment in Vietnam", *Finance Magazine*, No. 2, 2022]
- [20] Anthea Roberts, Zeineb Bouraoui, "UNCITRAL and ISDS Reforms: Concerns about Costs, Trans-parency, Third Party Funding and Counterclaims", *The European Journal of International Law*, 2018
- [21] Stefanie Schacherer, "Urbaser v. Argentina", *International Investment Law and Sustainable Development: Key cases from the 2010s*, IISD, 2018
- [22] UNDP, *Báo cáo nghiên cứu nâng cao hiệu quả giải quyết tranh chấp tại Việt Nam*, Hà Nội, 2020 [trans: UNDP, *Research Report on Improving the Effectiveness of Dispute Resolution in Vietnam*, Hanoi, 2020]
- [23] UNCITRAL, *Report of Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform) on the work of its thirty-fourth session—Part II*, UN Doc A/CN.9/930/Add.1/Rev.1, 2017
- [24] Walid Ben Hamida, "L'arbitrage Etat-investisseur cherche son équilibre perdu : Dans quelle mesure l'Etat peut introduire des demandes reconventionnelles contre l'investisseur privé?", *International Law FORUM du droit international*, Vol. 7(4), 2005
- [25] Yulia Levashova, "Prevention of ISDS Disputes: From Early Resolution to Limited Access", *Handbook of International Investment Law and Policy*, Springer, 2021