

ĐẠI HỌC QUỐC GIA THÀNH PHỐ HỒ CHÍ MINH  
KHOA KINH TẾ

PGS-TS NGUYỄN VĂN LUYỆN  
TS LÊ THỊ BÍCH THỌ  
TS DƯƠNG ANH SƠN

giáo trình

# LUẬT HỢP ĐỒNG THƯƠNG MẠI QUỐC TẾ



NHÀ XUẤT BẢN  
ĐẠI HỌC QUỐC GIA TP HỒ CHÍ MINH

**ĐẠI HỌC QUỐC GIA THÀNH PHỐ HỒ CHÍ MINH  
KHOA KINH TẾ  
& &**

**PGS-TS NGUYỄN VĂN LUYỆN - TS LÊ THỊ BÍCH THỌ  
TS ĐƯƠNG ANH SƠN**

**GIÁO TRÌNH**

**LUẬT HỢP ĐỒNG THƯƠNG MẠI  
QUỐC TẾ**

**NHÀ XUẤT BẢN ĐẠI HỌC QUỐC GIA  
TP HỒ CHÍ MINH - 2005**

LỜI NÓI ĐẦU

Tự do hóa thương mại là xu thế tất yếu và ngày càng có sự tác động lớn đến hoạt động của các doanh nghiệp Việt Nam, đặc biệt là trong lĩnh vực ký kết và thực hiện hợp đồng thương mại quốc tế. Các doanh nghiệp Việt Nam có được sự chủ động trong việc ký kết và thực hiện các loại hợp đồng thương mại quốc tế hay không còn phụ thuộc vào sự hiểu biết, nắm bắt các quy định của pháp luật thương mại quốc tế cũng như các tập quán thương mại quốc tế của từng doanh nghiệp. Thực tiễn cho thấy, sự hiểu biết luật pháp quốc tế của các doanh nghiệp Việt Nam còn rất hạn chế.

Để góp phần nâng cao sự hiểu biết về pháp luật thương mại quốc tế trong lĩnh vực ký kết và thực hiện hợp đồng, chúng tôi biên soạn cuốn "Luật hợp đồng thương mại quốc tế". Cuốn sách được biên soạn dựa trên cơ sở cuốn "Hợp đồng thương mại quốc tế" có những sửa đổi, bổ sung đáng kể. Để biên soạn cuốn sách này chúng tôi đã sử dụng nhiều tài liệu được xuất bản ở các quốc gia khác nhau. Đặc biệt trong cuốn sách này chúng tôi có sự phân tích, so sánh các quy định pháp luật của các nước khác nhau trong lĩnh vực hợp đồng.

*Cuốn sách được chia thành hai phần:*

*Phản ứng nhất: Những vấn đề chung của hợp đồng thương mại quốc tế (từ chương 1 đến chương 5). Trong phản ứng này chúng tôi đề cập đến những vấn đề chung của hợp đồng thương mại quốc tế như: khai nhiệm, ký kết, thực hiện, giải quyết tranh chấp...*

**Phần thứ hai: Các hợp đồng thương mại quốc tế thông dụng** (từ chương 6 đến chương 10). Trong phần này chúng tôi phân tích, so sánh các quy định của pháp luật của các nước khác nhau về một số hợp đồng được sử dụng phổ biến trong thương mại quốc tế.

*Tham gia biên soạn cuốn sách có các tác giả:*

- PGS-TS Nguyễn Văn Luyện. *Chương 5*
  - TS Dương Anh Sơn                   *Chương 1, 2, 3, 6, 7, 8, 9, 10*
  - TS Lê Thị Bích Thảo               *Chương 4*

*Cuốn sách có thể được sử dụng với tư cách là tài liệu tham khảo cho sinh viên khi nghiên cứu những vấn đề liên quan đến hợp đồng thương mại, có thể được sử dụng với tư cách là giáo trình của môn học Luật hợp đồng thương mại quốc tế. Ngoài ra cuốn sách còn có thể có ích cho các doanh nghiệp, các chuyên gia trong lĩnh thương mại quốc tế.*

*Mặc dù đã hết sức cố gắng, tuy nhiên cuốn sách không thể tránh khỏi những hạn chế. Chúng tôi rất mong nhận được sự đóng góp chân tình của người đọc, đặc biệt là của các đồng nghiệp để cuốn sách có chất lượng hơn về mặt khoa học, thiết thực hơn cho thực tiễn.*

**Tập thể tác giả**

**PHẦN THỨ NHẤT**

**NHỮNG VẤN ĐỀ CHUNG VỀ HỢP ĐỒNG  
THƯƠNG MẠI QUỐC TẾ**

**CHƯƠNG I**

**KHÁI QUÁT HỢP ĐỒNG THƯƠNG MẠI QUỐC TẾ**

**I. KHÁI NIỆM**

**1.1. Khái niệm hợp đồng thương mại quốc tế**

Tự do hóa thương mại trở thành xu thế của thời đại, mục đích của nó là phai bỏ mọi rào cản để hoạt động thương mại giữa các quốc gia được thuận lợi hơn. Hoạt động thương mại quốc tế được thực hiện trong nhiều lĩnh vực khác nhau như thương mại hàng hoá, thương mại dịch vụ, thương mại liên quan đến quyền sở hữu trí tuệ, thương mại trong lĩnh vực đầu tư... Hoạt động này đòi hỏi phải sử dụng các công cụ pháp lý điều chỉnh khác nhau, đó là những hợp đồng thương mại quốc tế: Hợp đồng mua bán hàng hoá, hợp đồng cung cấp các loại dịch vụ, các loại hợp đồng liên quan đến quyền sở hữu trí tuệ, hợp đồng vận chuyển hàng hoá...

Khi hệ thống hóa các văn bản pháp lý về thương mại quốc tế, các tổ chức thương mại quốc tế thường chú ý đến việc hệ thống hóa các văn bản pháp lý trong lĩnh vực mua bán hàng hóa quốc tế vì vai trò quan trọng của nó. Có một thông lệ chung, theo đó nhiều khái niệm, thuật ngữ được sử dụng trong hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế cũng được sử dụng trong các loại hợp đồng thương mại quốc tế khác. Cụ thể là khái niệm hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế cũng được sử dụng để xây dựng khái niệm các loại hợp đồng thương mại quốc tế khác. Không những thế, các văn bản pháp lý mang tính quốc tế điều chỉnh các loại hợp đồng thương mại quốc tế khác nhau cũng được xây dựng trên cơ sở các văn bản điều chỉnh hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế.

Các loại hợp đồng thương mại quốc tế khác nhau có nội dung không giống nhau. Theo nguyên tắc, hợp đồng thương mại quốc tế có nội dung tương tự với hợp đồng thương mại nội địa cùng loại. Ví dụ, hợp đồng thuê tài chính quốc tế có nội dung tương tự với nội dung của hợp đồng thuê tài chính trong nước; hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế có nội dung tương tự hợp đồng mua bán hàng hóa theo quy định của Luật Thương mại hay Bộ luật Dân sự... Mặc dù có nội dung khác nhau nhưng tất cả các hợp đồng thương mại

quốc tế đều có một dấu hiệu chung - dấu hiệu quốc tế, hay nói cách khác là hợp đồng thương mại có yếu tố nước ngoài.

Có thể nói rằng, việc làm rõ khái niệm "hợp đồng thương mại quốc tế" có ý nghĩa pháp lý và thực tiễn hết sức quan trọng bởi nó gắn liền với việc xác định luật nào được áp dụng để điều chỉnh quan hệ của các bên trong hợp đồng. Nếu hợp đồng là hợp đồng thương mại thông thường (hợp đồng nội địa) thì sẽ được pháp luật trong nước điều chỉnh. Nếu là hợp đồng thương mại quốc tế thì nó sẽ được điều chỉnh bằng pháp luật thương mại quốc tế: có thể là pháp luật của các quốc gia khác nhau, các điều ước quốc tế liên quan và trong nhiều trường hợp liên quan đến cả tập quán thương mại quốc tế, nên cần thiết phải lựa chọn luật nào trong số đó để áp dụng cho hợp đồng. Không những thế mà trong một số trường hợp còn cho phép xác định được pháp luật của quốc gia nào được sử dụng để điều chỉnh quyền và nghĩa vụ của các bên trong hợp đồng<sup>1</sup>. Vì vậy hết sức cần thiết phải có một khái niệm chung rõ ràng về hợp đồng thương mại quốc tế, hay nói cách khác là phải có cách xác định tương đối thống nhất tính quốc tế của hợp đồng thương mại quốc tế.

Trong một số giáo trình Tư pháp quốc tế và Luật Thương mại quốc tế cũng như trong một số bài viết được đăng trong các tạp chí khoa học pháp lý được xuất bản ở Việt Nam chưa có một khái niệm thống nhất về hợp đồng thương mại quốc tế hay nói chính xác hơn là chưa có một cách xác định thống nhất tính quốc tế của hợp đồng thương mại quốc tế mà chỉ nêu lên một số khái niệm hay một số cách xác định yếu tố quốc tế của loại hợp đồng này<sup>2</sup>.

Một trong những cách xác định yếu tố quốc tế của hợp đồng thương mại quốc tế là dựa trên dấu hiệu quốc tịch của thương nhân. Ví dụ theo quy định của Điểm 1 Khoản 1 Điều 81 Luật Thương mại Việt Nam 1997<sup>3</sup>, hợp đồng mua bán hàng hóa với thương nhân nước ngoài là hợp đồng mua bán hàng hóa được ký kết giữa một bên là thương nhân Việt Nam với một bên là thương nhân nước ngoài. Chủ thể bên nước ngoài trong hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế là thương nhân và tư cách pháp lý của họ được xác định căn cứ theo pháp luật của nước mà thương nhân đó mang quốc tịch. Qua khái niệm trên có thể thấy rằng, quy định này của Luật Thương mại 1997 xác định tính quốc

<sup>1</sup> Xem: Tạp chí *Khoa học pháp lý*, số 6/2004

<sup>2</sup> Xem: Giáo trình *Tư pháp quốc tế*, NXB Đại học Quốc gia Hà Nội, năm 2000, tr. 199-200; Giáo trình *Tư pháp quốc tế*, NXB Công an Nhân dân, Hà Nội, 2001, Tr. 141-142; Giáo trình *Luật Thương mại quốc tế*, Trường Đại học Kinh tế Quốc dân, 1999, tr. 69-102.

<sup>3</sup> Luật Thương mại Việt Nam 2005 không có quy định liên quan đến việc xác định tính quốc tế của hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế.

tế của Hợp đồng thương mại quốc tế dựa trên dấu hiệu quốc tịch<sup>4</sup> của thương nhân.

Tuy nhiên, trong thực tế việc xác định hợp đồng thương mại quốc tế dựa trên cơ sở dấu hiệu quốc tịch của thương nhân, theo cách nhìn nhận của chúng tôi, sẽ gặp một số trở ngại sau:

*Thứ nhất*, trong Luật Quốc tịch của nước ta không có một điều nào nói về “quốc tịch của pháp nhân”. Mặt khác, trên thế giới không có pháp luật của nước nào quy định quốc tịch của pháp nhân mà chỉ quy định pháp nhân thuộc quốc gia nào hay nói cách khác là “Tính quốc gia” của pháp nhân<sup>5</sup>.

*Thứ hai*, trong hoạt động thương mại quốc tế, vấn đề xác định “tính quốc gia” (quốc tịch - nếu theo cách sử dụng thông thường trong khoa học pháp lý Việt Nam) của pháp nhân, tức là xác định pháp nhân thuộc chủ thể của quốc gia nào là một vấn đề hết sức phức tạp, bởi vì pháp luật quốc gia của hầu hết các nước trên thế giới có các quy định khác nhau đối với chủ thể của các quốc gia khác nhau như đối với mức thuế nhập khẩu. Ngoài ra, quy định về “tính quốc gia” của pháp nhân được coi là một mắt xích quan trọng của các quy phạm xung đột trong tư pháp quốc tế, những quy phạm xung đột này chỉ rõ luật áp dụng để đánh giá năng lực pháp luật của pháp nhân. Có ba cách xác định “tính quốc gia” của pháp nhân:

1- *Thuyết nơi đăng ký* (Anh, Khoa Kỳ, các quốc gia thuộc Liên Xô cũ), theo cách này “tính quốc gia” được xác định theo nơi đăng ký của pháp nhân.

2- *Thuyết địa điểm thường trú* của pháp nhân, theo cách này, “tính quốc gia” của pháp nhân được xác định theo địa chỉ thường trú của pháp nhân - thường là nơi thường trú của cơ quan điều hành. Địa chỉ thường trú của pháp

---

<sup>4</sup> Một số tác giả khác cho rằng, quy định của Điều 81 Luật thương mại 1997 phù hợp với quy định của Điều 1 Công ước Viên 1980 về hợp đồng mua bán hàng hoá quốc tế. Xem: Phạm Duy Nghĩa, *Luật kinh tế*, NXB Đại học Quốc gia Hà Nội, 2003, tr. 467.

<sup>5</sup> Một vấn đề phức tạp được đặt ra khi xác định tính quốc tế của hợp đồng thương mại quốc tế dựa trên dấu hiệu quốc tịch của thương nhân là việc xác định quốc tịch của pháp nhân. Có thể áp dụng chế định quốc tịch cho pháp nhân hay không? Trong Luật Quốc tịch của Việt Nam không có quy định nào về quốc tịch của pháp nhân. Trong tiếng Anh thuật ngữ “nationality” có nghĩa là quốc tịch khi nói đến mối quan hệ của công dân với quốc gia của mình và khi nói đến việc tàu biển mang cờ của quốc gia nào thì có quốc tịch của quốc gia đó. Tiếng Nga sử dụng thuật ngữ “гражданство” để chỉ quốc tịch, còn thuật ngữ “национальность” được sử dụng để chỉ mối liên hệ giữa pháp nhân với nhà nước.

nhân không phải là nơi mà pháp nhân đăng ký thành lập mà là nơi có cơ quan quản lý thực tế của pháp nhân.

3- Cách thứ ba gọi là “thuyết giám sát”, theo cách này, “tinh quốc gia” của pháp nhân được xác định dựa trên cơ sở vốn của chủ thể thuộc quốc gia nào ảnh hưởng đến việc giám sát hoạt động của pháp nhân<sup>6</sup>.

Như vậy, có thể thấy rằng việc xác định tinh quốc tế của Hợp đồng thương mại quốc tế dựa trên dấu hiệu quốc tịch trên thực tế là việc hoàn toàn không dễ dàng và trong một số trường hợp sẽ gây khó khăn trong việc xác định luật áp dụng cho hợp đồng. Ví dụ, công ty A được đăng ký thành lập trên lãnh thổ của Pháp nhưng lại có hoạt động thương mại thường xuyên trên lãnh thổ của Anh, như vậy theo pháp luật Pháp, công ty A có “Quốc tịch” của Anh, còn theo Pháp luật của Anh thì công ty A lại có “Quốc tịch” của Pháp. Công ty A ký kết hợp đồng bán hàng cho một công ty B ở Việt Nam và xuất phát từ quy phạm xung đột, luật áp dụng cho hợp đồng là luật của quốc gia mà người bán có “quốc tịch”. Vậy, trong trường hợp này, luật của quốc gia nào sẽ được áp dụng, luật của Pháp hay luật của Anh, nếu xác định yếu tố quốc tế của Hợp đồng thương mại quốc tế dựa trên dấu hiệu “quốc tịch” của thương nhân. Rõ ràng, trong trường hợp này chúng ta khó có thể xác định luật áp dụng cho hợp đồng khi không có sự thoả thuận của các bên về luật áp dụng.

Khác với quy định của Luật Thương mại Việt Nam 1997, Pháp luật của nhiều nước cũng như các văn bản pháp lý của quốc tế điều chỉnh các loại hợp đồng thương mại quốc tế xác định tinh quốc tế của Hợp đồng thương mại quốc tế dựa trên cơ sở dấu hiệu lãnh thổ, hay nói chính xác hơn là địa điểm hoạt động thương mại (*Place of Business*) của thương nhân. Khoa học pháp lý cũng như pháp luật của của nhiều nước hiện nay cũng ủng hộ quan điểm này, theo đó Hợp đồng thương mại quốc tế là hợp đồng thương mại được ký kết bởi các bên có trụ sở thương mại nằm trên lãnh thổ của các quốc gia khác nhau<sup>7</sup>.

Lần đầu tiên tiêu chí trụ sở thương mại được sử dụng để xác định hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế được quy định trong luật thống nhất về mua bán hàng hóa quốc tế và luật thống nhất về ký kết hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế năm 1964 (Công ước La Haye năm 1964).

<sup>6</sup> Trong đại chiến thế giới lần thứ hai nhiều quốc gia cấm các công ty của mình hợp tác với các công ty của quốc gia thù địch. Xem: *Luật thương mại quốc tế*, Minsk, 2000, tr. 73-74.

<sup>7</sup> Xem: Luns L. A. *Mua bán quốc tế - Những vấn đề xung đột*, Matxcova, 1972, tr. 14; Boguslavsky M. M., *Tư pháp quốc tế*, Matxcova, 1992, tr. 188-195; Dmitrieva G. K., *Tư pháp quốc tế*, Matxcova, 2000, tr. 341-342.

Theo Điều 1 của Công ước La Haye năm 1964 thì hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế được ký kết giữa các bên có trụ sở thương mại nằm trên lãnh thổ của các quốc gia khác nhau trong trường hợp nếu có thêm một trong các điều kiện phụ như sau:

1- Hợp đồng liên quan đến vật mà trong thời gian ký kết hợp đồng vật đó được chuyên chở hoặc phải được chuyên chở từ lãnh thổ của quốc gia này đến lãnh thổ của quốc gia khác;

2- Khi mà những hành vi thể hiện sự chào hàng và chấp nhận chào hàng được thực hiện trên lãnh thổ của các quốc gia khác nhau;

3- Khi việc giao hàng phải được thực hiện trên lãnh thổ của quốc gia khác không phải là nơi thực hiện những hành vi chào hàng hoặc hành vi chấp nhận chào hàng.

Như vậy, theo quy định của Công ước La Haye 1964 một hợp đồng được coi là hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế chỉ khi nó thỏa mãn hai điều kiện sau:

*Thứ nhất*, trụ sở thương mại của các bên ký kết hợp đồng phải nằm trên lãnh thổ của các quốc gia khác nhau, đây được coi là yếu tố lãnh thổ;

*Thứ hai*, nó phải thỏa mãn một trong ba yếu tố phụ được nói ở trên.

Mặc dù được thông qua và đã có hiệu lực, tuy nhiên Công ước La Haye năm 1964 không được áp dụng một cách rộng rãi cũng như không gây được ảnh hưởng đáng kể trong thực tiễn ký kết và thực hiện hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế. Theo nhận xét của nhiều chuyên gia pháp lý<sup>8</sup>, sở dĩ có tình trạng như vậy bởi vì nguyên nhân sau:

- Thứ nhất, Công ước La Haye 1964 được soạn thảo bởi đại diện của các quốc gia phát triển phương Tây, không có sự tham gia của đại diện của các quốc gia đang phát triển, cũng như đại diện của các nước Đông Âu vì vậy nhiều quy định của công ước không tính đến quyền lợi của họ;

- Thứ hai, Công ước La Haye năm 1964 có cấu trúc bên trong hết sức phức tạp, gây nhiều khó khăn trong việc áp dụng;

- Thứ ba, các tiêu chuẩn chủ quan và khách quan được sử dụng khi xác định tính quốc tế của hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế chồng chéo và không có ý nghĩa thực tế. Ví dụ, người bán có địa điểm kinh doanh trên lãnh thổ của Việt Nam giao hàng cho người mua có địa điểm kinh doanh trên lãnh thổ của Thái Lan theo hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế, khi hàng hóa đã

<sup>8</sup> Xem: Dmitrieva G. K, sđd, tr. 341-342.

nằm trên lãnh thổ Thái Lan nhưng vì một lý do nào đó người mua từ chối nhận hàng và khi đó người bán bán số hàng này cho người khác có địa điểm kinh doanh cũng trên lãnh thổ Thái Lan. Như vậy tất cả các hoạt động liên quan đến việc mua bán lần thứ hai đều diễn ra trên lãnh thổ của Thái Lan: hàng hóa đã nằm tại Thái Lan - không thỏa mãn điều kiện phụ thứ nhất; chào hàng và chấp nhận chào hàng cũng như việc giao hàng được thực hiện ngay trên lãnh thổ của Thái Lan - không thỏa mãn điều kiện phụ thứ hai và thứ ba. Như vậy theo quy định của Điều 1 Công ước La Haye 1964 thì hợp đồng này không thể được coi là hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế và vì vậy không thể áp dụng các quy định của luật thương mại quốc tế mà cụ thể là không thể áp dụng ngay chính Công ước La Haye 1964 để điều chỉnh nó.

Công ước New York 1974 về thời hiệu tố tụng trong hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế, Công ước Viên 1980 về hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế, Công ước La Haye 1986 về luật áp dụng cho hợp đồng mua bán quốc tế được xây dựng trong phạm vi UNCITRAL, Công ước Geneva 1983 về đại diện trong mua bán quốc tế, các Công ước Ottawa năm 1988 về thuê tài chính quốc tế (Financial Leasing) và về bao thanh toán quốc tế (Factoring)<sup>9</sup> chỉ sử dụng một tiêu chuẩn duy nhất là địa điểm trụ sở thương mại của các bên để xác định tính quốc tế của Hợp đồng thương mại quốc tế. Tất cả các công ước nói trên quy định rằng, hợp đồng thương mại quốc tế là hợp đồng được ký kết giữa các bên có trụ sở thương mại nằm trên lãnh thổ của các quốc gia khác nhau nếu như các quốc gia này tham gia công ước, hay luật của quốc gia tham gia công ước được áp dụng phù hợp với những quy phạm của luật tư pháp quốc tế.

Việc xây dựng khái niệm hợp đồng thương mại quốc tế dựa trên yếu tố lãnh thổ cho phép xác định yếu tố quốc tế của hợp đồng trở nên đơn giản hơn. Tuy nhiên việc xác định tính quốc tế của hợp đồng thương mại quốc tế dựa trên dấu hiệu lãnh thổ sẽ gặp khó khăn trong trường hợp, khi các bên có nhiều trụ sở thương mại. Để giải quyết vấn đề này những người soạn thảo công ước đã có sự dự liệu trước. Điều 10 Công ước Viên 1980 quy định, trong trường hợp nếu một trong các bên hay tất cả các bên có nhiều hơn một trụ sở thương mại thì cần phải chú ý đến trụ sở nào có mối liên hệ mật thiết với hợp đồng và với việc thực hiện hợp đồng xuất phát từ những hoàn cảnh mà các bên đã biết trước và đã có dự liệu trước khi hay trong thời điểm ký kết hợp

<sup>9</sup> Thực ra đối tượng của hợp đồng bao thanh toán theo quy định của Quy chế về hoạt động bao thanh toán của các tổ chức tín dụng chỉ chỉ có khoản phải thu, trong khi đó đối tượng của hợp đồng Factoring theo quy định của Công ước quốc tế về Factoring không những khoản phải thu mà còn các loại dịch vụ khác mà ngân hàng hay tổ chức tín dụng khác có thể cung cấp cho người bán.

đồng, còn nếu các bên không có trụ sở thương mại thì cần phải xác định địa điểm thường trú của họ.

Hiện nay đã có nhiều quốc gia tham gia Công ước Viên 1980 về mua bán hàng hóa quốc tế, vì vậy có thể nói rằng pháp luật của hầu hết các quốc gia trên thế giới xác định tính quốc tế của hợp đồng thương mại quốc tế dựa trên dấu hiệu lãnh thổ của các bên ký kết hợp đồng. Chúng tôi cho rằng, việc xác định trụ sở thương mại của thương nhân là một việc đơn giản hơn nhiều so với xác định "tính quốc gia" (quốc tịch) của họ trong nhiều trường hợp như đã được nói đến ở trên.

Cũng cần phải nói thêm rằng, một số tác giả còn xác định tính quốc tế của hợp đồng thương mại quốc tế, cụ thể là hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế dựa trên dấu hiệu đồng tiền thanh toán<sup>16</sup>. Tôi cho rằng, đồng tiền thanh toán là ngoại tệ của một trong các bên chỉ có thể là đặc điểm của hợp đồng thương mại quốc tế mà thôi.

Như vậy có thể đưa ra khái niệm chung cho tất cả các Hợp đồng thương mại quốc tế như sau:

*Hợp đồng thương mại quốc tế là hợp đồng được ký kết giữa các thương nhân có trụ sở thương mại (địa điểm kinh doanh) nằm trên lãnh thổ của các quốc gia khác nhau.*

## 1.2 Chủ thể của hợp đồng thương mại quốc tế

Trên thực tế thì pháp luật thương mại quốc tế không có sự điều chỉnh đặc biệt nào đối với chủ thể của Hợp đồng thương mại quốc tế. Điều này được giải thích bởi chủ thể của hoạt động này (pháp nhân và cá nhân - thương nhân) có được quyền ký kết Hợp đồng thương mại quốc tế phù hợp với pháp luật quốc gia áp dụng đối với các chủ thể đó. Theo quy định của pháp luật Việt Nam, Hợp đồng thương mại quốc tế được coi là hợp pháp khi chủ thể của hợp đồng hợp pháp, tức là có năng lực pháp luật và người ký kết có năng lực hành vi và thẩm quyền ký kết hợp đồng.

Chủ thể bên nước ngoài là thương nhân và tư cách pháp lý của họ được xác định căn cứ theo pháp luật của nước mà thương nhân đó mang quốc tịch.

Chủ thể bên Việt Nam phải là thương nhân được phép hoạt động thương mại trực tiếp với nước ngoài.

Theo quy định của Điều 8 Nghị Định 57/1998/NĐ-CP ngày 31/7/1998 được sửa đổi bởi Nghị Định 44/2001/ NĐ-CP ngày 2/8/2001, thương nhân

<sup>16</sup> Xem: Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, số /2004

được phép xuất khẩu tất cả các loại hàng hoá không phụ thuộc ngành nghề, ngành hàng được ghi trong chứng nhận đăng ký kinh doanh trừ hàng hoá nằm trong danh mục các loại hàng hoá cấm xuất khẩu, được nhập khẩu hàng hoá theo ngành nghề, ngành hàng được ghi trong chứng nhận đăng ký kinh doanh. Trước khi tiến hành hoạt động xuất, nhập khẩu, chủ thể kinh doanh phải đăng ký mã số kinh doanh xuất, nhập khẩu tại cục hải quan tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương.

Việc Nhà nước Việt Nam công nhận năng lực pháp luật của pháp nhân và chủ thể nhân nước ngoài là điều kiện cần thiết để những chủ thể nói trên có khả năng thực hiện những giao dịch thương mại với các thương nhân của chúng ta, cũng như cho việc tiến hành hoạt động thương mại trên lãnh thổ của Việt Nam. Tuy nhiên trong thực tiễn ký kết và thực hiện hợp đồng thương mại quốc tế, việc xác định năng lực pháp luật của các bên nước ngoài trong hợp đồng được ký kết giữa họ với doanh nghiệp Việt Nam chúng ta trong nhiều trường hợp là điều hoàn toàn không dễ dàng. Điều này có thể giải thích bởi việc, trong thực tiễn ở Việt Nam chúng ta có rất nhiều cái gọi là công ty ma, doanh nghiệp được thành lập để nhập một lô hàng nào đó, sau đó thì không thể tìm thấy chúng. Chính vì vậy để tránh rủi ro, trong hợp đồng thương mại quốc tế các doanh nghiệp của Việt Nam chúng ta nên chọn phương thức than toán phù hợp. Ví dụ, nên chọn phương thức thanh toán bằng tín dụng chứng từ trong các hợp đồng xuất khẩu hàng hoá, còn khi nhập khẩu nên chọn điều kiện giao hàng FOB.

### **1.3 Đối tượng của hợp đồng thương mại quốc tế**

Sự phát triển của thương mại quốc tế đã mở rộng các loại đối tượng của nó. Nếu như trong thời kỳ mà hoạt động thương mại quốc tế mới hình thành thì nó chỉ có một đối tượng duy nhất đó là hàng hóa hữu hình (hàng hóa có khối lượng, chất lượng, thể tích và loại hàng hóa đặc biệt là tiền), thì vào cuối thế kỷ 19 đối tượng của hoạt động thương mại quốc tế được mở rộng bao gồm cả hàng hóa vô hình. Trước hết là quyền tài sản, mà cụ thể là các quyền đặc biệt đối với kết quả của hoạt động trí tuệ, đối với công việc và dịch vụ cũng như các quyền liên quan đến các loại giấy tờ có giá trị như tài sản.

Mặc dù vậy, trước đây cũng như hiện nay, trong hoạt động thương mại quốc tế, mua bán hàng hóa vẫn là loại giao dịch phổ biến nhất, được ký kết với số lượng nhiều nhất, có giá trị lớn nhất.

Về mặt nguyên tắc, đối tượng của hoạt động thương mại quốc tế giống với đối tượng của hoạt động thương mại được pháp luật Việt Nam quy định vì giao dịch thương mại quốc tế theo bản chất là một loại giao dịch thương mại. Tuy nhiên có một số đối tượng của hợp đồng thương mại không được coi là

đối tượng của hợp đồng thương mại quốc tế theo quy định của pháp luật Việt Nam. Việc loại bỏ một đối tượng nào đó ra khỏi hoạt động thương mại quốc tế có nghĩa là các doanh nghiệp Việt Nam không được phép ký kết hợp đồng thương mại quốc tế liên quan đến những đối tượng đó. Ví dụ, theo Quyết định số 46/2001/QĐ-TTg ngày 4-4-2001 của Thủ tướng Chính phủ về quản lý xuất nhập khẩu hàng hóa thời kỳ 2001-2005 thì gỗ tròn, gỗ xẻ, củi, than làm từ gỗ rừng tự nhiên không thể là đối tượng của xuất khẩu, một số hàng tiêu dùng đã qua sử dụng, phương tiện vận tải tay lái nghịch, một số vật tư, phương tiện đã qua sử dụng không thể là đối tượng của nhập khẩu<sup>11</sup>.

Như vậy đối tượng của Hợp đồng thương mại quốc tế bao gồm: mua bán hàng hóa vật hữu hình; mua bán, chuyển giao kết quả của sở hữu công nghiệp, thông tin; thực hiện công việc; cung cấp dịch vụ thương mại không bị Pháp luật Việt Nam cấm.

#### **1.4 Hình thức của hợp đồng thương mại quốc tế**

Hợp đồng có hiệu lực khi nó được các bên ký kết theo hình thức do luật định. Pháp luật của nhiều nước cho phép các bên được tự do trong việc lựa chọn hình thức của hợp đồng ngoại trừ một số trường hợp pháp luật bắt buộc phải tuân thủ theo hình thức nhất định. Sự không tuân thủ hình thức của hợp đồng không phải là căn cứ để tranh cãi về hiệu lực của hợp đồng, nếu như luật không trực tiếp quy định những hậu quả khác của việc không tuân thủ hình thức do luật định. Theo quy định của khoản 4 Điều 81 Luật Thương mại 1997 thì hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế phải được ký kết bằng văn bản, còn trong Luật Thương mại 2005 quy định này không được tìm thấy. Tuy nhiên có thể nói rằng hợp đồng thương mại nói chung và hợp đồng thương mại quốc tế nói riêng, trong mọi trường hợp, phải được ký kết bằng văn bản.

Sự tuân thủ hình thức của hợp đồng được luật quy định (chủ yếu là hình thức văn bản) được chế ước trước hết bằng một số chế tài nhất định trong trường hợp không tuân thủ quy định này: Hình thức với nguy cơ hợp đồng không có hiệu lực; hình thức với mục đích là chứng cứ; hình thức để đạt được kết quả nhất định của hành vi pháp lý. Nguyên tắc tự do lựa chọn hình thức của hợp đồng cũng được áp dụng trong hợp đồng thương mại quốc tế. Ví dụ, Bộ luật Dân sự của Pháp khi quy định hình thức văn bản bắt buộc với mục đích là bằng chứng trong trường hợp giá trị của hợp đồng lớn hơn phạm vi luật định và quy định này không áp dụng đối với hợp đồng thương mại.

Sự dễ dãi đối với hình thức của hợp đồng thương mại quốc tế được quy định bởi sự cùng tồn tại các quy phạm pháp luật xung đột, mà các quy phạm

<sup>11</sup> Xem: Phụ lục số 1, Quyết định số 46/2001 QĐ-TTg ngày 4-4-2001

này cho phép hợp đồng được tuân thủ theo quy định của luật áp dụng hoặc của pháp luật nơi hợp đồng được ký kết. Điều 11 Công ước Viên 1980 quy định rằng, hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế không nhất thiết phải được ký hay xác nhận bằng văn bản, sự tồn tại của hợp đồng có thể được chứng minh bằng bất kỳ cách nào, trong đó có cả lời khai của người làm chứng. Tuy nhiên Điều 12 của Công ước lại quy định rằng, những quy định của Điều 11 Công ước không được áp dụng trong trường hợp nếu một trong các bên có trụ sở thương mại nằm trên lãnh thổ của quốc gia không tham gia Điều 96 của Công ước tức là hợp đồng phải được ký kết bằng văn bản nếu pháp luật của quốc gia này quy định. Yêu cầu này là vô điều kiện và các bên không được khước từ và thay đổi nó trong hợp đồng. Nếu hợp đồng bắt buộc phải được ký bằng văn bản thì mọi thay đổi, bổ sung của nó cũng phải được lập thành văn bản.

### 1.5 Phân loại hợp đồng thương mại quốc tế

Hoạt động thương mại quốc tế được thực hiện bằng nhiều loại hợp đồng khác nhau, không một ai có thể nói chính xác được rằng có các loại hợp đồng cụ thể nào. Ngay cả trong Luật Thương mại 1997, Luật Thương mại 2005 và trong Pháp lệnh trọng tài thương mại ngày 25 tháng 2 năm 2003 của Ủy ban Thường vụ Quốc hội cũng không có quy định rõ các loại hợp đồng thương mại. Không riêng gì pháp luật của Việt Nam chúng ta mà ngay cả pháp luật của tất cả các nước cũng vậy. Tuy nhiên có thể nói rằng hợp đồng thương mại quốc tế là tất cả các hợp đồng thương mại được sử dụng trong hoạt động thương mại quốc tế và không trái với pháp luật Việt Nam, chúng có thể được quy định hay không được quy định trong pháp luật của Việt Nam.

Trong thực tiễn, căn cứ vào đối tượng của hoạt động thương mại quốc tế có thể tạm phân chia hợp đồng thương mại quốc tế thành bốn nhóm cơ bản sau đây:

- *Thứ nhất*, Hợp đồng thương mại quốc tế liên quan đến mua bán, trao đổi hàng hoá. Loại này là loại hợp đồng chủ yếu trong hoạt động thương mại quốc tế, bao gồm:

+ Hợp đồng mua bán hàng hóa;

+ Hợp đồng trao đổi hàng hóa, ví dụ, thương nhân Việt Nam có thể đổi gạo lấy phân bón, đổi gạo lấy sắt thép với thương nhân của Liên bang Nga...;

+ Mua bán thông qua đấu thầu, đấu giá.

Trong hệ thống các hợp đồng thương mại quốc tế thì có thể nói rằng, hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế chiếm vị trí trung tâm. Có một lúc nào đó mua bán hàng hóa quốc tế là hình thức giao dịch thương mại duy nhất giữa các quốc gia và hiện nay hình thức này vẫn là hình thức giao dịch chủ yếu,

phổ biến được sử dụng rộng rãi nhất trong thương mại quốc tế, ví dụ khối lượng thương mại hàng hóa chỉ của các thành viên WTO năm 1996 là 6.000 tỷ Dollar Hoa Kỳ<sup>12</sup>, vì vậy số lượng hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế được ký kết nhiều nhất.

Ngoài ra, các loại Hợp đồng thương mại quốc tế khác hoặc là trực tiếp gắn liền với hoạt động mua bán (như hợp đồng vận chuyển hàng hóa; bảo hiểm hàng hóa; thanh toán...) hoặc là một loại hình của hoạt động mua bán (như hợp đồng chuyển giao công nghệ; hợp đồng cung cấp dịch vụ; hợp đồng đặc quyền thương mại) hoặc là trong một mức độ nào đó có những yếu tố của hợp đồng mua bán.

Chính vì có vai trò quan trọng như vậy nên hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế được nhiều quốc gia và nhiều tổ chức thương mại quốc tế dành cho một sự chú ý, quan tâm đặc biệt khi tiến hành hoạt động hệ thống hóa, pháp điển hóa các quy phạm trong luật thương mại quốc tế, kết quả là các quy phạm dùng để điều chỉnh hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế cũng được áp dụng dưới hình thức tương tự hóa pháp luật để điều chỉnh các loại hợp đồng thương mại quốc tế khác. Vì vậy trong các văn bản pháp lý của Luật Thương mại quốc tế xây dựng khái niệm hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế được coi là cơ sở để xây dựng các khái niệm của các hợp đồng thương mại quốc tế khác nói chung.

- *Thứ hai*, các loại hợp đồng liên quan đến hoạt động cung cấp các loại dịch vụ khác nhau (hợp đồng trong lĩnh vực thương mại dịch vụ). Lĩnh vực thương mại dịch vụ ở Việt Nam chúng ta hiện nay phát triển còn ở mức độ hết sức khiêm tốn, điều này cũng có thể thấy được qua việc Luật Thương mại 2005 quy định các hành vi thương mại liên quan đến việc cung cấp các loại dịch vụ khác nhau. Trong hoạt động thương mại quốc tế có những loại hình dịch vụ có ý nghĩa hết sức quan trọng trong việc thúc đẩy sản xuất và tiêu thụ hàng hóa cũng như phát triển kinh doanh thương mại nói chung nhưng chưa được Pháp luật Việt Nam điều chỉnh, ví dụ, các loại hình dịch vụ tài chính<sup>13</sup>. Tuy nhiên cùng với sự hội nhập kinh tế quốc tế và nhất là Hiệp định Thương mại Việt Nam - Hoa Kỳ từng bước có hiệu lực và sau khi Việt Nam gia nhập WTO loại hình dịch vụ này sẽ không thể thiếu được trong hoạt động thương mại của nước ta.

Trong thương mại quốc tế, hợp đồng liên quan đến thương mại dịch vụ có các loại cơ bản như sau:

<sup>12</sup> . Xem: Tổ chức thương mại thế giới, NXB Chính trị quốc gia, Hà Nội, 2000, tr.8.

<sup>13</sup> Các ngân hàng của Việt Nam hiện nay chỉ mới làm quen với việc cung cấp các loại sản phẩm này.

- + Hợp đồng vận tải hàng hoá;
- + Hợp đồng bảo hiểm;
- + Hợp đồng gia công sản phẩm;
- + Hợp đồng thuê tài chính;
- + Hợp đồng bao thanh toán;
- + Bảo lãnh ngân hàng...

- **Thứ ba**, các loại hợp đồng thương mại quốc tế liên quan đến việc tổ chức kinh doanh ở nước ngoài. Hoạt động thương mại quốc tế là lĩnh vực tương đối mới không những chỉ với Việt Nam mà còn trong thương mại quốc tế. Hoạt động thương mại này liên quan một cách hữu cơ với pháp luật về bảo hộ sở hữu trí tuệ, pháp luật chống cạnh tranh.

Loại hợp đồng này chủ yếu có các loại sau:

- + Hợp đồng đại diện thương mại;
- + Hợp đồng chuyển giao công nghệ (Li-xăng);
- + Hợp đồng nhượng quyền thương mại (Franchising).

- **Thứ tư**, các hợp đồng thương mại quốc tế trong lĩnh vực tổ chức kinh doanh ở nước ngoài. Ví dụ, hợp đồng đại diện thương mại.

Trong hoạt động thương mại quốc tế nói chung và trong hoạt động thương mại ở nước ta nói riêng, có một số loại hợp đồng liên quan đến cả thương mại hàng hoá, cả thương mại dịch vụ và cả thương mại liên quan đến sở hữu trí tuệ, ví dụ, hợp đồng độc quyền phân phối (Solo-distribution Agreement).

### **1.6 Đặc điểm của hợp đồng thương mại quốc tế**

So với hợp đồng thương mại trong nước, hợp đồng thương mại quốc tế có một số đặc điểm quan trọng. Trong khoa học pháp lý có nhiều ý kiến khác nhau về vấn đề này. Một số tác giả cho rằng, Hợp đồng thương mại quốc tế có 4 đặc điểm quan trọng<sup>14</sup>, một số tác giả khác lại cho rằng, Hợp đồng thương mại quốc tế có không phải 4 mà là 9 đặc điểm quan trọng<sup>15</sup>. Từ sự phân tích nói trên, theo quan điểm của chúng tôi, Hợp đồng thương mại quốc tế có những đặc điểm cơ bản sau đây:

1- *Luật điều chỉnh*: Việc tru sở thương mại của các bên trong Hợp đồng thương mại quốc tế nằm trên lãnh thổ của các quốc gia khác nhau không chỉ có nghĩa các bên nằm trên lãnh thổ của các nước khác nhau mà còn có nghĩa

---

<sup>14</sup> Xem: Nguyễn Ngọc Lâm, Đề cương tập bài giảng môn học “Tư pháp quốc tế”, Trường Đại học Luật Thành phố Hồ Chí Minh, 1998, tr. 168-172.

<sup>15</sup> Xem: Dmitrieva G. K., Tư pháp quốc tế, Matxcova, 2000, tr. 342-343.

là các bên thuộc các hệ thống pháp luật khác nhau. Chính vì lý do này mà không có pháp luật của một quốc gia nào có giá trị áp dụng bắt buộc đối với các bên trong hợp đồng, mà luật áp dụng cho hợp đồng là luật nào là hoàn toàn do sự lựa chọn của các bên. Không những thế hợp đồng thương mại quốc tế được điều chỉnh không những bằng luật quốc gia mà còn được điều chỉnh bởi: điều ước quốc tế; các tập quán thương mại quốc tế tuỳ thuộc vào sự lựa chọn của các bên.

2- *Giá cả và phương thức thanh toán*: Trong hoạt động thương mại quốc tế, khả năng được thanh toán trong nhiều trường hợp gặp nhiều khó khăn, phức tạp vì người bán hàng, cung cấp dịch vụ không phải bao giờ cũng có đầy đủ thông tin về người mua, người hưởng dịch vụ cũng như thủ tục thanh toán theo luật pháp quốc gia người mua, người hưởng dịch vụ. Vì vậy, khi ký kết Hợp đồng thương mại quốc tế cần thiết phải đưa vào hợp đồng những điều kiện thanh toán đã được nghiên cứu và soạn thảo kỹ, ngoài ra người bán phải cố gắng đưa vào hợp đồng điều kiện bảo đảm thanh toán mà tốt nhất là của ngân hàng tại quốc gia người bán.

Việc thanh toán liên quan mật thiết đến điều kiện ngoại tệ thanh toán. Vì vậy cần thiết phải đưa vào hợp đồng các quy định sau: Xác định ngoại tệ của hàng hóa, có nghĩa là ngoại tệ trong đó giá hàng, giá của dịch vụ được thể hiện (USD, EURO...). Ngoại tệ thanh toán có nghĩa là đồng tiền thanh toán (có thể giá hàng được thể hiện bằng USD, tuy nhiên thanh toán có thể bằng EURO phụ thuộc vào sự ổn định của tỷ giá và vào việc ngoại tệ nào được sử dụng thông dụng trong một số trường hợp nhất định); Điều kiện chuyển đổi từ ngoại tệ này đến ngoại tệ khác nếu ngoại tệ giá và ngoại tệ thanh toán không giống nhau; Những biện pháp ngăn chặn rủi ro do biến động tỷ giá.

3- *Thủ tục hải quan*: Một trong những đặc điểm của hợp đồng trong Hợp đồng thương mại quốc tế là hàng hóa, dịch vụ là đối tượng của hợp đồng được chuyên chở qua biên giới hai hay nhiều quốc gia. Để xuất hoặc nhập hàng hóa, dịch vụ cần thiết phải thực hiện một số thủ tục hải quan do luật của mỗi quốc gia quy định. Vì vậy trong nội dung của hợp đồng, nhiều trường hợp phải có điều kiện phân chia trách nhiệm của các bên trong việc thực hiện các thủ tục nói trên, cũng như thủ tục quá cảnh qua một nước thứ ba.

4- *Mối liên hệ mật thiết giữa một số loại hợp đồng thương mại quốc tế*: Việc thực hiện hợp đồng mua bán hàng hóa ngoại thương được đi kèm với việc ký kết một loạt hợp đồng: vận tải; bảo hiểm; vay tín dụng... Như vậy, một thương vụ được thực hiện với sự trợ giúp của một hệ thống các hợp đồng liên quan mật thiết với nhau. Mỗi hợp đồng có chủ thể, điều kiện, luật áp dụng riêng của mình. Tuy nhiên để đảm bảo thương vụ có hiệu quả cần phải có sự thống nhất, đồng bộ trong việc thực hiện các hợp đồng này.

*5- Quy định trường hợp bất khả kháng trong hợp đồng:* Trong quan hệ thương mại quốc tế có sự rủi ro đáng kể do không có khả năng thực hiện nghĩa vụ vì những sự kiện bất thường: đảo chính; xung đột vũ trang; thuế nhập khẩu, xuất khẩu tăng cao; nhà nước cấm chuyển ngoại tệ ra khỏi biên giới... Vì vậy việc đưa vào hợp đồng những quy định để điều chỉnh sự ảnh hưởng của các sự kiện nói trên đối với việc phân chia trách nhiệm của các bên do hoàn toàn không thực hiện hay không thực hiện một phần nghĩa vụ có ý nghĩa quan trọng đặc biệt.

*6- Giải quyết tranh chấp (thỏa thuận trọng tài):* Việc đưa vào hợp đồng thương mại quốc tế điều kiện quy định thủ tục giải quyết tranh chấp có thể phát sinh giữa các bên trong quá trình thực hiện hợp đồng (thỏa thuận trọng tài) không kém phần quan trọng. Thiếu điều kiện này sẽ làm cho việc giải quyết tranh chấp giữa các bên trở nên khó khăn, phức tạp hơn và nhiều lúc không thể giải quyết được.

Những đặc điểm nói trên cho thấy rằng căn cứ theo nội dung, hợp đồng thương mại quốc tế có nhiều điều khoản khác với hợp đồng thương mại nội địa thông thường. Tuy nhiên sự có mặt các điều khoản đặc thù trên trong hợp đồng không phải là những dấu hiệu để có thể xác định tính quốc tế của hợp đồng. Ngược lại, sự xuất hiện của yếu tố đặc thù trên được xuất hiện nhờ tính quốc tế của hợp đồng.

Vì vậy, một lần nữa có thể khẳng định rằng dấu hiệu trụ sở thương mại của các bên nằm trên lãnh thổ của các quốc gia khác nhau là điều kiện cần và đủ để xác định hợp đồng là hợp đồng thương mại quốc tế.

## II. CƠ SỞ PHÁP LÝ CỦA HỢP ĐỒNG THƯƠNG MẠI QUỐC TẾ

### 2.1 Điều ước quốc tế

Hiện nay trên thế giới có nhiều điều ước quốc tế điều chỉnh các loại hợp đồng thương mại khác nhau. Ví dụ, Công ước Viên 1980 điều chỉnh hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế; Công ước Ottawa 1988 điều chỉnh hợp đồng thuê tài chính và hợp đồng nhượng quyền yêu cầu thanh toán; Công ước Hamburg 1978 điều chỉnh hợp đồng vận tải biển...

Khi nói đến điều ước quốc tế, một trong những vấn đề vô cùng quan trọng đó là trong trường hợp nào điều ước quốc tế được áp dụng. Theo nguyên tắc chung, điều ước quốc tế được áp dụng trong hai trường hợp sau:

*Thứ nhất*, quốc gia của các chủ thể trong hợp đồng thương mại quốc tế ký kết hay tham gia điều ước quốc tế tương ứng. Theo nguyên tắc chung, trong trường hợp điều ước quốc tế mà nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam ký

kết hoặc tham gia có quy định khác với quy định của Bộ luật dân sự hay Luật Thương mại thì các bên trong hợp đồng áp dụng quy định của điều ước đó.

*Thứ hai*, mặc dù quốc gia của các chủ thể trong hợp đồng không tham gia ký kết hay phê chuẩn điều ước quốc tế, nhưng các bên thỏa thuận áp dụng điều ước quốc tế để điều chỉnh quan hệ của các bên theo hợp đồng. Trong trường hợp này việc áp dụng Điều ước quốc tế phải tuân thủ các nguyên tắc của việc áp dụng tập quán thương mại, điều này có nghĩa là nếu quy định nào đó của Điều ước trái với luật Việt Nam thì phải áp dụng quy định của pháp luật Việt Nam.

Ngoài ra, điều ước quốc tế cũng có thể được áp dụng trong trường hợp, nếu chỉ có quốc gia của một trong hai chủ thể tham gia điều ước quốc tế nhưng các chủ thể của hợp đồng thỏa thuận áp dụng luật của quốc gia này (Điều 1 (b) Công ước Viên 1980).

Vai trò của điều ước quốc tế thể hiện ở chỗ, nó là công cụ pháp lý hữu hiệu để giải quyết xung đột pháp luật và sự có mặt của điều ước quốc tế hạn chế việc áp dụng các quy phạm của pháp luật nước ngoài.

Trên thực tế, trong nhiều trường hợp, các quy định của điều ước quốc tế được áp dụng không thống nhất. Để có thể áp dụng một cách thống nhất các điều ước quốc tế cần phải có sự giải thích chung một cách thống nhất. Hiện nay ngoài Liên minh châu Âu, trên thế giới chưa có một tòa án hay cơ quan quốc tế nào được thành lập để giải quyết những tranh chấp phát sinh từ các quan hệ thương mại quốc tế giữa các thương nhân, vì vậy để các quy phạm của điều ước quốc tế về thương mại phát huy hết hiệu quả của mình thì việc áp dụng và giải thích chúng một cách thống nhất có ý nghĩa vô cùng quan trọng cả trên lý thuyết lẫn thực tiễn.

Để tránh những vấn đề trên, phải sử dụng những phương pháp khác nhau:

- Huấn luyện nghiệp vụ cho thẩm phán và các công chức khác của cơ quan nhà nước mà hoạt động của họ trực tiếp gắn liền với việc áp dụng các quy phạm của pháp luật thương mại quốc tế.

- Nhiều điều ước quốc tế có những điều khoản nói đến sự quan trọng việc giải thích thống nhất các điều ước này. Ví dụ: Điều 7 Công ước New -York 1974 về thời hiệu tố tụng trong hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế quy định, "khi giải thích và áp dụng những quy định của Công ước này cần phải chú ý đến tính chất quốc tế của nó và nhớ đến sự cần thiết phải áp dụng nó một cách thống nhất".

- Phổ biến những quyết định của tòa án thông qua trên cơ sở các quy định của các điều ước quốc tế trên lãnh thổ của các quốc gia khác là thành viên của điều ước quốc tế này.

- Cơ quan xét xử cao nhất của nhà nước làm sáng rõ những quy định của điều ước quốc tế...

## 2.2 Pháp luật quốc gia

Trong hợp đồng thương mại quốc tế, quyền và nghĩa vụ của các bên được điều chỉnh bởi Pháp luật quốc gia trong lĩnh vực dân sự<sup>16</sup>, thương mại. Ví dụ, Bộ Luật Dân sự, Luật Thương mại Việt Nam và một số văn bản pháp luật khác.

Các quy phạm pháp luật quốc gia trong điều chỉnh hợp đồng thương mại quốc tế được chia thành hai nhóm:

*Thứ nhất*, các quy phạm bắt buộc, ví dụ, các quy phạm về chủ thể ký kết hợp đồng, hình thức của hợp đồng, đối tượng của hợp đồng... Các quy phạm loại này có hiệu lực pháp lý trong mọi trường hợp, không phụ thuộc vào việc luật áp dụng cho hợp đồng là luật của quốc gia nào, điều ước quốc tế hay tập quán thương mại quốc tế. Ví dụ, thương nhân Việt Nam ký kết hợp đồng thương mại với chủ thể nước ngoài, các bên thỏa thuận luật áp dụng cho hợp đồng là luật quốc gia của chủ thể nước ngoài, mặc dù luật quốc gia của chủ thể nước ngoài cho phép Hợp đồng thương mại quốc tế được ký kết trong mọi hình thức, kể cả bằng lời, tuy nhiên để hợp đồng được coi là có hiệu lực trên lãnh thổ của Việt Nam, hợp đồng bắt buộc phải được ký bằng văn bản theo quy định của pháp luật Việt Nam.

*Thứ hai*, các quy phạm nội dung, tức là các quy phạm quy định quyền và nghĩa vụ của các bên trong hợp đồng. Việc áp dụng các quy phạm này xuất phát từ:

- Sự thỏa thuận của các bên, ví dụ các bên thỏa thuận sẽ áp dụng Luật Thương mại Việt Nam để điều chỉnh hợp đồng;

- Xuất phát từ nguyên tắc xung đột pháp luật, ví dụ các bên không thỏa thuận luật áp dụng thì luật áp dụng sẽ là luật ở nơi hợp đồng được thực hiện hay luật có quan hệ mật thiết với hợp đồng...

---

<sup>16</sup>. Pháp luật của nhiều quốc gia không phân chia pháp luật dân sự và luật thương mại, ở những nước này các quy định điều chỉnh các loại hợp đồng đều được xây dựng trong bộ luật dân sự. Ví dụ: pháp luật của nhiều nước thuộc Liên Xô cũ.

**Việc áp dụng pháp luật nước ngoài trong hợp đồng thương mại quốc tế được quy định trong Bộ luật Dân sự và Luật Thương mại Việt Nam.**

Quy phạm xung đột của pháp luật của hầu hết các quốc gia cho phép các bên của Hợp đồng thương mại quốc tế được lựa chọn luật áp dụng cho hợp đồng. Có phải lúc nào cũng buộc phải áp dụng quy định của pháp luật Việt Nam để điều chỉnh hợp đồng thương mại quốc tế có sự tham gia của thương nhân Việt Nam? Câu trả lời là: Chỉ áp dụng quy định của pháp luật Việt Nam trong trường hợp: Thứ nhất, có sự thỏa thuận của các bên về việc áp dụng pháp luật của Việt Nam để điều chỉnh hợp đồng; thứ hai, nếu không có sự thỏa thuận của các bên thì xuất phát từ nội dung của hợp đồng, có thể hiểu là các bên có ý định lựa chọn pháp luật của Việt Nam.

Trong việc ký kết trong hợp đồng thương mại quốc tế, quyền lựa chọn luật áp dụng cho hợp đồng của các bên, theo nguyên tắc chung, thể tự do ý chí của các bên, tự do ý chí của các bên được coi như là khả năng của các bên tự thiết lập nội dung của hợp đồng và những điều kiện của nó và tất nhiên là trong khuôn khổ của pháp luật.

Tự do ý chí như là một phương thức lựa chọn pháp luật điều chỉnh trong Hợp đồng thương mại quốc tế được quy định trong tất cả các văn bản pháp luật thương mại quốc tế. Ví dụ, Công ước La Haye 1955 về luật áp dụng cho mua bán hàng hóa quốc tế; Công ước Rome 1980 về luật áp dụng đối với nghĩa vụ hợp đồng; Công ước La Haye về luật áp dụng đối với hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế 1986.

Như vậy có thể nói rằng, tự do ý chí của các bên của hợp đồng thương mại quốc tế có ý nghĩa quyết định trong việc lựa chọn pháp luật để điều chỉnh quyền và nghĩa vụ của các bên trong hợp đồng. Ví dụ, thương nhân Việt Nam ký kết hợp đồng mua bán hàng hóa với một thương nhân ở Đức, khi ký kết hợp đồng, các bên có thể thỏa thuận áp dụng pháp luật của Việt Nam hoặc pháp luật của Đức, hoặc thỏa thuận áp dụng Công ước Viên 1980 hay pháp luật của một quốc gia thứ ba nào khác có thể đáp ứng quyền lợi của cả hai bên.

Trong thực tiễn ký kết và thực hiện Hợp đồng thương mại quốc tế các bên có hai cách thể hiện ý chí khi chọn luật áp dụng:

- **Thể hiện ý chí trực tiếp:** Các bên có thể thỏa thuận một cách trực tiếp trong văn bản của hợp đồng về việc áp dụng luật pháp của một quốc gia cụ thể nào đó để điều chỉnh quyền và nghĩa vụ của họ. Các bên có thể thỏa thuận trong thời điểm ký kết hợp đồng hoặc giải quyết vấn đề này trong một văn bản thỏa thuận riêng. Ví dụ, trong hợp đồng có một điều khoản rõ ràng "hợp đồng này chịu sự điều chỉnh của pháp luật thương mại Việt Nam", hay

các bên thỏa thuận giao tranh chấp cho trọng tài giải quyết. Trường hợp này được gọi là thể hiện trực tiếp ý chí của các bên (*expressis verbis*).

- *Thể hiện ý chí một cách gián tiếp (ý chí ngầm)*: Trong thực tiễn ký kết Hợp đồng thương mại quốc tế không phải lúc nào các bên cũng lựa chọn luật áp dụng bằng cách thể hiện ý chí của mình một cách trực tiếp. Trong trường hợp đó pháp luật của nhiều nước và các điều ước quốc tế xem xét sự thể hiện ý chí ngầm của các bên, có nghĩa là khi xuất phát từ nội dung của hợp đồng và những điều kiện liên quan đến việc thực hiện hợp đồng từ đó mà các bên muốn đặt nghĩa vụ hợp đồng của mình dưới sự điều chỉnh của pháp luật của một quốc gia nào đó.

Tuy nhiên việc xác định luật áp dụng thông qua việc bằng cách xác định ý chí ngầm của các bên chỉ có thể trên cơ sở các điều khoản, hay nói cách khác là nội dung của hợp đồng. Ví dụ, Điều 2 Công ước La Haye 1955 quy định ý chí của các bên về luật áp dụng phải được thực hiện một cách trực tiếp hay xuất phát từ quy định của hợp đồng một cách cụ thể, Điều 7 Công ước La Haye 1986 quy định, thỏa thuận lựa chọn luật áp dụng phải được thể hiện rõ ràng hay xuất phát trực tiếp từ điều kiện của hợp đồng và cách xử sự của các bên được xem xét trong tổng thể. Ví dụ, hợp đồng mua bán hàng hóa được ký kết ở TP. Hồ Chí Minh còn trong văn bản của hợp đồng địa điểm thực hiện được quy định ở Thái Lan, trong hợp đồng cũng chỉ rõ tranh chấp phát sinh từ hợp đồng sẽ được giải quyết ở Thái Lan, các điều khoản khác viện dẫn đến Luật Thương mại của Thái Lan. Trong trường hợp này, mặc dù các bên không trực tiếp thỏa thuận sẽ áp dụng trực tiếp luật pháp Thái Lan trong việc thực hiện hợp đồng nhưng nội dung của hợp đồng cho thấy các bên có chủ định áp dụng pháp luật của Thái Lan, tức là đặt quyền và nghĩa vụ của mình dưới sự điều chỉnh của pháp luật Thái Lan.

Trong một vụ tranh chấp<sup>17</sup> mặc dù các bên không thỏa thuận luật áp dụng nhưng trong đơn kiện, nguyên đơn căn cứ vào Pháp lệnh Hợp đồng kinh tế Việt Nam để đưa ra các yêu cầu của mình, trong đơn kiện lại bị đơn không phản đối và cũng viện dẫn đến các quy định của Pháp lệnh hợp đồng kinh tế. Trong trường hợp này, có thể cho rằng các bên có sự thỏa thuận gián tiếp luật áp dụng cho hợp đồng là pháp luật Việt Nam.

Trong trường hợp các bên không thỏa thuận về luật áp dụng hay nếu xuất phát từ hợp đồng cũng không thể xác định rõ ràng rằng các bên không có chủ định đặt quyền và nghĩa vụ của mình dưới sự điều chỉnh của pháp luật quốc gia nào, thì xuất phát từ nguyên tắc xung đột có thể áp dụng: luật của

<sup>17</sup> Xem: Hoàng Ngọc Thiết, *Tranh chấp từ hợp đồng xuất nhập khẩu. Án lề trọng tài và kinh nghiệm*, NXB Chính trị Quốc gia, Hà Nội, 2002, tr. 34.

quốc gia nơi nghĩa vụ chủ yếu được thực hiện; luật của quốc gia nơi ký kết hợp đồng; luật có mối liên hệ mật thiết với hợp đồng.

- *Luật của quốc gia nơi nghĩa vụ chủ yếu được thực hiện:* Thông thường trong các trường hợp này xuất phát từ nguyên tắc xung đột sẽ áp dụng pháp luật quốc gia của bên mà nghĩa vụ của bên này cấu thành nội dung cơ bản của hợp đồng. Ví dụ, theo hợp đồng mua bán hàng hóa ngoại thương sẽ áp dụng luật của quốc gia người bán, theo hợp đồng vận chuyển hàng hóa sẽ áp dụng luật của quốc gia người vận chuyển. Theo nguyên tắc xung đột này pháp luật quốc gia của bên thực hiện nghĩa vụ mà nghĩa vụ này có ý nghĩa quyết định đối với nội dung của hợp đồng sẽ được áp dụng để điều chỉnh hợp đồng.

Ngoài ra, trong thực tiễn thương mại quốc tế, khi xem xét sự đặc thù của các loại hợp đồng thương mại quốc tế có thể sử dụng các quy tắc đặc biệt trong việc lựa chọn luật áp dụng:

*Thứ nhất*, đối với các hợp đồng về hợp tác trong sản xuất, gia công sản phẩm, thực hiện công việc, xây dựng cơ bản thì áp dụng pháp luật quốc gia nơi hoạt động được thực hiện (*Lex Loci Solutionis*);

*Thứ hai*, đối với hợp đồng thành lập, xây dựng nhà máy, xí nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài sẽ áp dụng pháp luật quốc gia, nơi nhà máy, xí nghiệp được thành lập;

*Thứ ba*, đối với các hợp đồng được ký kết trên cơ sở đấu giá, đấu thầu thì sẽ áp dụng pháp luật nơi đấu giá, đấu thầu diễn ra (*Lex-Loci Actus*).

- *Luật của quốc gia nơi ký kết hợp đồng:* Trước đây trong hợp đồng thương mại quốc tế luật quốc gia, nơi hợp đồng được ký kết, thường được áp dụng (*Lex Loci Contractus*), nhưng hiện nay nguyên tắc này ngày càng ít được áp dụng. Do sự phát triển của công nghệ thông tin, hợp đồng thương mại quốc tế thường được ký kết giữa các bên nằm trên lãnh thổ của các quốc gia khác nhau và như vậy việc xác định địa điểm ký kết hợp đồng là một vấn đề phức tạp. (Ví dụ, hợp đồng được ký kết bằng trao đổi thư điện tử).

- *Luật có mối liên hệ mật thiết với hợp đồng (hay luật đặc trưng cho hợp đồng):* Một nguyên tắc lựa chọn luật áp dụng mới được hình thành trong thực tiễn ký kết và thực hiện hợp đồng thương mại quốc tế đó là áp dụng luật của các quốc gia có mối liên hệ chặt chẽ với một hợp đồng cụ thể trong trường hợp không có sự thỏa thuận của các bên (*Proper Law of the Contract*).

Phương pháp lựa chọn luật áp dụng này được phát sinh từ pháp luật của Anh. Trong trường hợp các bên không trực tiếp mà cũng không gián tiếp lựa chọn luật áp dụng thì tòa án sẽ đưa ra cái gọi là ý chí giả định của các bên: Trong những tình huống, hoàn cảnh tương tự, những người có lý trí sẽ lựa

chọn luật của quốc gia nào để áp dụng đối với hợp đồng này? Xuất phát từ các tiêu chí công bằng, hợp lý, các thẩm phán của Anh khi nghiên cứu các tình tiết của vụ việc đã xác định luật đặc trưng cho hợp đồng này, tức là luật có quan hệ mật thiết với hợp đồng. Khi xác định luật áp dụng các thẩm phán không bị ràng buộc bởi các hệ thuộc cứng nhắc của quy phạm xung đột<sup>18</sup>. Điều 4 Công ước châu Âu về luật áp dụng cho hợp đồng thương mại quốc tế cũng quy định tương tự. Luật có mối liên hệ mật thiết với hợp đồng là luật, ví dụ, của quốc gia mà các bên có chung quốc tịch; luật nơi có bất động sản; luật của quốc gia mà các bên sử dụng ngôn ngữ của quốc gia này khi soạn thảo hợp đồng.

Mặc dù không có tính cụ thể và mang tính chủ quan, phương pháp xác định luật áp dụng này trong thời gian gần đây được áp dụng một cách rộng rãi và phổ biến trong thực tiễn trọng tài của các nước châu Âu lục địa. Phương pháp này được quy định trong luật về điều chỉnh Tư pháp quốc tế của Đức năm 1986; Luật Tư pháp quốc tế của Thụy Sỹ năm 1987; Công ước La Haye về luật áp dụng đối với hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế năm 1986; Công ước Rome về luật áp dụng đối với nghĩa vụ hợp đồng năm 1980...

Vấn đề quan trọng thứ hai liên quan đến việc xác định sự thể hiện ý chí của các bên trong việc lựa chọn luật áp dụng là phạm vi tự do ý chí được thể hiện. Phạm vi thể hiện tự do ý chí của các bên có thể được biểu hiện trong nhiều khía cạnh:

- *Thứ nhất, phạm vi không gian*. Các bên có thể lựa chọn luật bất kỳ của một quốc gia nào để điều chỉnh quyền và nghĩa vụ của họ phát sinh từ hợp đồng hay sự lựa chọn này bị hạn chế bởi pháp luật của một số quốc gia. Luật pháp của đa số các quốc gia cũng như các điều ước quốc tế không hạn chế phạm vi không gian của việc thể hiện tự do ý chí của các bên. Tuy nhiên, pháp luật của một số nước quy định các bên chỉ có thể lựa chọn luật của các quốc gia mà hợp đồng có mối liên hệ thực tế, ví dụ: Điều 1-105 Bộ luật Thương mại thống nhất Hoa Kỳ quy định các bên có thể áp dụng luật của quốc gia mà hợp đồng có mối liên hệ mật thiết, hợp lý để điều chỉnh hợp đồng;

- *Thứ hai, hạn chế liên quan đến nội dung của hợp đồng giữa các bên*

Theo nguyên tắc, sự lựa chọn luật áp dụng của các bên chỉ có thể đối với một số vấn đề liên quan quyền và nghĩa vụ của các bên, tức là liên quan đến nội dung của hợp đồng. Tuy nhiên nó không tồn tại một danh mục cụ thể chung cho tất cả các vấn đề được đề cập đến, đặc biệt là trong pháp luật

---

<sup>18</sup> Xem: Cheshir G. - Nort P., *Tư pháp quốc tế* (Bản dịch tiếng Nga), Matxcova, 1982, tr. 259-260.

quốc gia. Có thể nói danh mục các vấn đề được nêu trên một cách tương đối đầy đủ được quy định trong Công ước La Haye năm 1986 về luật áp dụng cho hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế. Điều 12 Công ước La Haye quy định, các bên có thể tự do lựa chọn luật áp dụng để: giải thích hợp đồng; quy định quyền và nghĩa vụ của các bên và việc thực hiện chúng; thời điểm chuyển rủi ro; tính hợp pháp và hiệu lực pháp lý của các điều khoản của hợp đồng về bảo vệ quyền sở hữu đối với hàng hóa; hậu quả của việc không thực hiện hợp đồng; phương thức thực hiện nghĩa vụ; thời hạn tố tụng... Còn Điều 5 của Công ước nói trên quy định các bên không thể áp dụng nguyên tắc tự do ý chí trong việc lựa chọn luật để điều chỉnh các vấn đề như: Năng lực hành vi và năng lực pháp luật của các bên, trong đó có cả thẩm quyền của người đại diện cho pháp nhân; việc chuyển giao quyền sở hữu; hậu quả của hợp đồng đối với người thứ ba; thỏa thuận về trọng tài; hình thức của hợp đồng. Về vấn đề này tôi cho rằng, pháp luật của Việt Nam đã thể hiện được sự tương thích với thông lệ quốc tế.

- Thứ ba, *hạn chế ý chí của các bên liên quan đến thoả thuận bảo lưu trật tự công cộng*. Luật được các bên lựa chọn sẽ không được áp dụng nếu việc áp dụng chúng sẽ dẫn đến sự vi phạm trật tự công cộng của nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam. Pháp luật quy định nguyên tắc áp dụng pháp luật nước ngoài và tập quán quốc tế, theo nguyên tắc, pháp luật nước ngoài chỉ được áp dụng nếu việc áp dụng hoặc hậu quả của việc áp dụng đó không trái với các nguyên tắc cơ bản của pháp luật Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam. Nguyên tắc nói trên chỉ liên quan đến việc áp dụng pháp luật nước ngoài và tập quán thương mại quốc tế mà không có hiệu lực đối với việc áp dụng các điều ước quốc tế mà Việt Nam tham gia. Liên quan đến vấn đề này cần phải nói thêm rằng, hiện nay chưa có pháp luật của nước nào, hay một luật gia nào có thể đưa ra khái niệm chính xác - thế nào là trật tự công cộng. Nhiều người nói rằng, đây là một điều khoản "cao su", việc xác định, thế nào là trật tự công cộng, thường là phụ thuộc vào ý chí của người áp dụng pháp luật.

### **2.3 Tập quán thương mại quốc tế và hợp đồng mẫu**

Tập quán thương mại quốc tế là những quy tắc xử sự, phổ biến được hình thành lâu đời trong thực tiễn hoạt động thương mại quốc tế.

Như vậy tập quán thương mại quốc tế có các dấu hiệu sau:

- Là quy tắc xử sự được hình thành từ lâu đời;
- Có tính phổ biến, tức là được áp dụng rộng rãi trong những hoàn cảnh tương tự.

Theo nguyên tắc, bản thân của tập quán thương mại quốc tế không có hiệu lực pháp lý như một quy phạm pháp luật, nó chỉ có hiệu lực trong những trường hợp cụ thể do luật định.

Trong thực tiễn, tập quán thương mại quốc tế có hiệu lực pháp lý trong những trường hợp sau:

- Thứ nhất, quốc gia của các chủ thể của hợp đồng thương mại quốc tế công nhận bằng văn bản hiệu lực của tập quán thương mại quốc tế như là của quy phạm pháp luật<sup>19</sup>.

- Thứ hai, đó là ý chí của các bên, tức là các bên thỏa thuận áp dụng tập quán và đưa chúng vào hợp đồng. Điều này có nghĩa là căn cứ của việc sử dụng tập quán thương mại là ý chí của các bên.

Ngoài ra, tập quán thương mại quốc tế được áp dụng trong trường hợp mặc dù các bên không có thỏa thuận về việc áp dụng nó trong hợp đồng, tuy nhiên tập quán được tòa án hay trọng tài công nhận với tư cách là nguồn điều chỉnh quan hệ giữa các bên theo hợp đồng xuất phát từ hoàn cảnh cụ thể của vụ việc<sup>2</sup>.

Trong lĩnh vực thương mại quốc tế, việc tiêu chuẩn hóa và hòa hợp hóa các tập quán thương mại thường xuyên diễn ra, đóng vai trò chính trong vấn đề này là Ủy ban Thương mại Quốc tế được thành lập năm 1919 có trụ sở ở Paris.

Một trong những văn bản đầu tiên được Ủy ban soạn thảo và được sử dụng nhiều nhất trong hoạt động thương mại quốc tế đó là các quy tắc giải thích thuật ngữ thương mại (INCOTERMS - International Commercial Terms). INCOTERMS lần đầu tiên được công bố năm 1936. Năm 1953, 1967, 1976 quy tắc này được bổ sung thêm một số thuật ngữ mới, những công bố mới nhất của Incoterms 1980; 1990 và 2000 các quy tắc này điều chỉnh giao hàng, có nghĩa là phân chia quyền và nghĩa vụ giữa người bán và người mua trước hết đối với vận tải, bảo hiểm, chuyển giao rủi ro trong quá trình vận chuyển.

Theo nguyên tắc chung, INCOTERMS được áp dụng trong trường hợp khi các bên trực tiếp thỏa thuận việc áp dụng nó trong chính hợp đồng và chỉ ra thuật ngữ được áp dụng tương ứng. INCOTERMS cũng có thể được áp dụng trong trường hợp khi mà các bên không thỏa thuận việc sử dụng chứng từ, tòa án hay trọng tài công nhận chúng.

Trong thực tiễn, hoạt động thương mại quốc tế, những nguyên tắc thống nhất và tập quán liên quan đến tính dụng chứng từ (L/C) được thông qua trong phạm vi International Trade Organization có ý nghĩa quan trọng, bởi vì hầu hết

<sup>19</sup> Một số nước như Ukraine, Iran và nhiều nước chậm phát triển ở châu Phi, coi tập quán thương mại quốc tế có giá trị pháp lý như văn bản pháp luật. Xem: Braginsky M. I; Vitriansky V. V., *Pháp luật về hợp đồng*, Matxcova, 1999, tr. 63-78.

ngân hàng các quốc gia đều sử dụng chúng trong thanh toán quốc tế. Những nguyên tắc này được công bố gần đây nhất vào năm 1993.

Những quy tắc thống nhất liên quan đến bảo lãnh hợp đồng được thông qua 1977 (bao lãnh ngân hàng) công bố gần đây nhất vào năm 1990.

Năm 1968 thông qua bộ luật quốc tế về quảng cáo. Trên đây chỉ là một số tập quán thương mại quốc tế được Ủy ban Thương mại Quốc tế tiêu chuẩn hóa và được áp dụng rộng rãi trong hoạt động ngoại thương.

Trong hoạt động thương mại quốc tế, ngoài tập quán thương mại trong nhiều trường hợp những phương tiện khác còn được các bên áp dụng như:

- + Hợp đồng mẫu;
- + Những điều kiện chung của giao dịch;
- + Những chỉ dẫn ký kết hợp đồng.

Mặc dù theo bản chất, hợp đồng mẫu hạn chế tự do của các bên trong việc xác định điều kiện của hợp đồng, nhưng chính sự tự do của các bên trong việc xác định điều kiện của hợp đồng là cơ sở để xây dựng các hợp đồng mẫu. Trên phiếu ghi hợp đồng mẫu có văn bản của hợp đồng và có một số điều khoản đã được điền vào (tên gọi, địa chỉ của các bên, giá, thời hạn giao hàng, mô tả hàng hóa...) và hợp đồng này có hiệu lực khi các bên ký lên phiếu.

- Những điều kiện chung của giao dịch có thể được coi là một phần của hợp đồng bằng cách viện dẫn đến những điều kiện chung này trong văn bản hợp đồng.

- Trong hướng dẫn ký kết hợp đồng có các phương án khác nhau của văn bản hợp đồng, những phương án nói trên chỉ có tính chất hướng dẫn ký kết hợp đồng.

Thông thường, hợp đồng mẫu được soạn thảo bởi những chủ thể có uy tín trong hoạt động thương mại quốc tế, hay bởi những hiệp hội chuyên nghiệp của các chủ thể của thương mại quốc tế (Ủy ban thương mại hay hiệp hội nghề nghiệp) hoặc bởi những tổ chức quốc tế. Ví dụ, những hợp đồng mẫu được London Cor Trade Association soạn thảo.

Hiện nay nhiều hợp đồng mẫu và điều kiện chung của giao dịch được Ủy ban Kinh tế châu Âu trực thuộc Liên hiệp quốc soạn thảo. Ví dụ, hợp đồng mẫu mua bán ngũ cốc 1957, 1958, 1961; điều kiện chung của việc xuất khẩu hàng hóa đầu tư 1955, 1957; điều kiện chung của việc xuất và nhập khẩu hàng hóa tiêu dùng có thời gian sử dụng dài và những sản phẩm kim loại được sản xuất hàng loạt khác 1962.

Từ những năm 1962 Ủy ban Kinh tế châu Âu đã soạn thảo những khuyến nghị đối với việc ký kết hợp đồng cho những loại giao dịch phức tạp. Năm 1969 công bố hướng dẫn ký kết hợp đồng chuyển giao Know How trong lĩnh vực xây dựng máy công nghiệp; năm 1973 hướng dẫn ký kết hợp đồng xây dựng những cơ sở công nghiệp lớn; năm 1979 hướng dẫn ký kết hợp đồng quốc tế giữa các bên liên kết với mục đích thực hiện một số kế hoạch kinh tế nhất định.

**2.4 Án lệ** ít được sử dụng trong việc ký kết và thực hiện hợp đồng thương mại quốc tế. Thông thường, án lệ được sử dụng trong việc giải quyết tranh chấp phát sinh từ Hợp đồng thương mại quốc tế mà chủ thể của hợp đồng là các bên thuộc hệ thống pháp luật Anh - Hoa Kỳ.

Hiện nay có xu thế chung là có sự hài hoà hoá giữa hai hệ thống pháp luật. Ở các nước thuộc hệ thống pháp luật châu Âu lục địa đã bắt đầu tham khảo án lệ khi giải quyết tranh chấp thương mại.

### III. HIỆU LỰC CỦA HỢP ĐỒNG THƯƠNG MẠI QUỐC TẾ

#### 3.1 Điều kiện có hiệu lực của hợp đồng thương mại quốc tế

Cũng như đối với hợp đồng nói chung, hợp đồng thương mại quốc tế có hiệu lực tức là có khả năng làm phát sinh quyền và nghĩa vụ của các bên tham gia ký kết khi nó được coi là hợp pháp. Mặc dù trong hợp đồng thương mại quốc tế các bên có quyền thoả thuận lựa chọn luật áp dụng, tuy nhiên điều kiện có hiệu lực của chúng được xác định trên cơ sở quy định của pháp luật của mỗi quốc gia mà không phụ thuộc vào luật áp dụng. Theo quy định của pháp luật Việt Nam, hợp đồng thương mại quốc tế được coi là có hiệu lực khi tuân thủ các điều kiện sau đây:

- Chủ thể của hợp đồng phải có năng lực pháp luật và được phép ký kết hợp đồng thương mại quốc tế;
- Mục đích và nội dung của hợp đồng không vi phạm điều cấm của pháp luật, không trái đạo đức xã hội;
- Hợp đồng được ký kết trên cơ sở nguyên tắc tự nguyện;
- Hợp đồng phải được ký kết bằng văn bản.

#### 3.2 Hợp đồng vô hiệu và hậu quả pháp lý do hợp đồng vô hiệu<sup>20</sup>

Căn cứ để xác định Hợp đồng thương mại quốc tế vô hiệu cũng như hậu quả pháp lý của nó không được quy định trong Công ước Viên năm 1980 mà chỉ được nói đến trong Các nguyên tắc của UNIDROIT về hợp đồng thương mại quốc tế 1994. Tuy nhiên, Các nguyên tắc UNIDROIT không có hiệu lực

<sup>20</sup> Xem: Lê Thị Bích Tho, *Hợp đồng kinh tế vô hiệu*, NXB Pháp lý, 2003.

pháp lý như một văn bản pháp luật chính thức mà chỉ có tính chất giới thiệu để các quốc gia tham khảo khi xây dựng luật quốc gia trong lĩnh vực hoạt động thương mại quốc tế.

Khác với Luật thương mại Việt Nam 1997, Luật thương mại Việt Nam 2005 không có các quy định liên quan đến hợp đồng vô hiệu. Điều này có nghĩa là khi xem xét hiệu lực của hợp đồng thương mại quốc tế cần phải căn cứ vào các quy định của Bộ luật Dân sự (Điều 410).

**3.2.1 Hợp đồng được ký kết do nhầm lẫn sẽ bị coi là vô hiệu.** Nhầm lẫn trong khi ký kết Hợp đồng thương mại quốc tế là việc các bên thể hiện không chính xác ý muốn đích thực của mình khi xác lập hợp đồng. Theo quy định của Điều 3.4, nguyên tắc ký kết và thực hiện hợp đồng thương mại quốc tế (sau đây được gọi là nguyên tắc UNIDROIT), nhầm lẫn là một giả thiết sai lầm liên quan đến sự việc hoặc luật lệ tồn tại vào thời điểm giao kết hợp đồng.

Nhầm lẫn có thể:

- Chỉ có một bên nhầm lẫn;
- Cả hai bên cùng nhầm lẫn về một sự việc hay điều luật;
- Cả hai bên cùng nhầm lẫn nhưng đối tượng nhầm lẫn của mỗi bên lại khác nhau.

Hậu quả pháp lý của hợp đồng vô hiệu do nhầm lẫn được quy định ở Điều 141 Bộ luật Dân sự Việt Nam.

**3.2.2 Hợp đồng thương được ký kết do đe dọa cũng bị coi là vô hiệu.** Đe dọa có thể là đe dọa về thể chất hoặc về tinh thần.

Pháp luật của Việt Nam không quy định dấu hiệu của sự đe dọa, còn theo Nguyên tắc UNIDROIT một hành vi được coi là đe dọa trong khi ký kết hợp đồng phải có các dấu hiệu sau:

- a) Đe dọa phải có tính tức thời và nghiêm trọng. Tính tức thời và nghiêm trọng này thể hiện ở chỗ bên bị đe dọa không còn sự lựa chọn nào khác tốt hơn là phải ký hợp đồng, tức là ký hợp đồng trái với ý muốn của mình. Tính tức thời và nghiêm trọng được đánh giá theo các tiêu chuẩn khách quan và chủ quan và tùy thuộc vào từng trường hợp cụ thể;
- b) Sự đe dọa không có lý do chính đáng;
- c) Đe dọa làm ảnh hưởng đến uy tín, đến lợi ích kinh tế.

**3.2.3 Hợp đồng được ký kết do một trong các bên bị lừa dối cũng bị coi là vô hiệu.** Trong hoạt động thương mại, lừa dối là hành vi cố ý của một bên nhằm làm cho bên kia hiểu sai lệch về chủ thể, tính chất của đối tượng hoặc nội dung của hợp đồng nên đã ký kết hợp đồng.

## CHƯƠNG II

# KÝ KẾT VÀ ĐIỀU CHỈNH HỢP ĐỒNG THƯƠNG MẠI QUỐC TẾ

### I. KÝ KẾT HỢP ĐỒNG THƯƠNG MẠI QUỐC TẾ

Thực tiễn hoạt động thương mại quốc tế cho thấy rằng, hợp đồng thương mại quốc tế được ký kết chủ yếu bằng hai phương thức sau:

- Đàm phán trực tiếp giữa các bên;
- Trao đổi chào hàng và chấp nhận chào hàng.

Trong việc ký kết hợp đồng thương mại quốc tế, nguyên tắc tự do ý chí (hay còn gọi là tự do hợp đồng) được thể hiện đặc biệt rõ nét và ở mức độ cao hơn nguyên tắc tự ý chí trong việc ký kết hợp đồng thương mại trong nước. Các luật gia và những người thương thảo hợp đồng thương mại quốc tế, với khả năng sáng tạo đặc biệt của mình đã tạo ra những khuôn khổ pháp lý phù hợp cho hoạt động thương mại quốc tế. Nếu như trong ký kết hợp đồng thương mại nội địa, nguyên tắc tự do hợp đồng chỉ thể hiện trong việc các bên các bên chỉ được tự do trong việc thỏa thuận các điều kiện liên quan đến nội dung của hợp đồng; các điều kiện về quyền, nghĩa vụ của các bên, các điều khoản về chất lượng, khối lượng... Còn trong ký kết hợp đồng thương mại quốc tế, nguyên tắc tự do ý chí của các bên không những chỉ được thể hiện trong việc xác định nội dung của hợp đồng mà còn được thể hiện trong các vấn đề sau:

Thứ nhất, các bên hoàn toàn tự do trong việc xác định luật áp dụng để điều chỉnh quan hệ của họ phát sinh từ hợp đồng;

Thứ hai, các bên hoàn toàn tự do trong việc thỏa thuận hình thức giải quyết tranh chấp có thể phát sinh trong quá trình thực hiện hợp đồng cũng như pháp luật áp dụng cho thủ tục giải quyết tranh chấp.

Thực tiễn hoạt động thương mại quốc tế cho thấy rằng, hợp đồng thương mại quốc tế được ký kết chủ yếu bằng hai phương thức sau:

- Đàm phán trực tiếp giữa các bên;
- Trao đổi đề nghị giao kết hợp đồng (chào hàng) và chấp nhận đề nghị giao kết hợp đồng (chấp nhận chào hàng).

#### 1.1 Đàm phán trực tiếp giữa các bên

Cũng như mọi hợp đồng nói chung, hợp đồng thương mại quốc tế có thể được ký kết thông qua đàm phán trực tiếp giữa các bên. Trong nhiều trường

hợp các bên gặp nhau để tiến hành đàm phán, sự đàm phán này thường được khởi xướng bằng việc chào hàng của một trong các bên. Trong quá trình đàm phán các bên thỏa thuận, thống nhất từng điều khoản. Khi điều khoản cuối cùng được thống nhất, các bên có thể ký trực tiếp vào hợp đồng. Trong trường hợp này không thể xác định cái gì là chào hàng, cái gì là chấp nhận chào hàng. Phương thức ký kết này có ưu điểm là các bên tham gia ký kết có điều kiện bàn bạc, thống nhất kỹ lưỡng từng điều khoản của nội dung của hợp đồng, các bên có thể tránh được những sai sót, đặc biệt là tránh được sự hiểu lầm ý định của nhau. Tuy nhiên để áp dụng phương thức ký kết này các bên phải chịu chi phí khá lớn cho việc đi lại, ăn ở. Hiện nay với sự phát triển của công nghệ thông tin, phương thức này chủ yếu được áp dụng để ký kết những loại hợp đồng thương mại quốc tế phức tạp dưới góc độ pháp lý, có giá trị lớn dưới góc độ kinh tế. Ví dụ như hợp đồng nhượng quyền thương mại (Franchise), hợp đồng li-xăng, hợp đồng thuê tài chính, hợp đồng xây dựng nhà máy xí nghiệp, hợp đồng thành lập công ty có vốn đầu tư nước ngoài, hợp đồng mua bán máy móc, mua bán thiết bị đặc chủng.

Đàm phán trực tiếp được tiến hành dựa trên cơ sở các bên đưa ra những đề nghị cho nhau. Mỗi một bên đưa ra những yêu cầu nhất định, đồng thời có sự nhượng bộ phù hợp đối với các điều kiện của hợp đồng tương lai mà mình đưa ra. Đàm phán có thể được tiến hành bằng thư tín hay thông qua những cuộc gặp gỡ giữa các bên hay đại diện của họ.

Trong các cuộc gặp mặt trực tiếp của các bên thường có sự tham gia của các chuyên gia (chuyên gia kỹ thuật, luật pháp, tài chính) và phiên dịch của cả hai bên. Tuy nhiên những người này chỉ đóng vai trò tư vấn, bởi vì chỉ có các bên mới có quyền đưa ra quyết định cuối cùng.

Điều kiện quan trọng nhất mà các bên cần phải thỏa thuận trước hết đó là đối tượng của hợp đồng (tên gọi, khối lượng, chất lượng), vì vậy trước hết các bên phải thỏa thuận điều kiện này. Sau khi đã thỏa thuận thống nhất đối tượng của hợp đồng, các bên bắt đầu đi vào thỏa thuận những điều khoản còn lại. Ví dụ như giá cả; phương thức thanh toán; địa điểm và thời gian thực hiện nghĩa vụ; trách nhiệm của các bên do không thực hiện hay thực hiện không đúng nghĩa vụ; luật áp dụng cho hợp đồng.

Trước khi bắt đầu cuộc đàm phán hoặc trong quá trình đàm phán các bên có thể xác định mục đích và ý định của mình (nhiều khi không phải một lần) trong một hình thức được gọi là văn bản về chủ định (Letter of intent). Hiệu lực cũng như hậu quả pháp lý của các văn bản này được đánh giá khác nhau trong pháp luật của các nước khác nhau. Trong một số trường hợp, các văn bản này có thể đưa đến việc ký kết hợp đồng sơ bộ, nếu chúng thỏa mãn các điều kiện được quy định cho hợp đồng sơ bộ.

Việc tham gia vào quá trình đàm phán không bắt buộc các bên phải ký hợp đồng với các điều kiện là đối tượng của cuộc đàm phán, có nghĩa là một trong các bên có quyền kết thúc cuộc đàm phán trong trường hợp họ thấy rằng, họ không thể đạt được mục đích của mình nếu tiếp tục cuộc đàm phán. Theo thông lệ, trong quá trình đàm phán, các bên phải hành động một cách thiện chí, trung thực, ngoài ra phải có nghĩa vụ giữ bí mật của cuộc đàm phán, không cho phép kéo dài cuộc đàm phán mà không có ý định ký kết hợp đồng cụ thể (ví dụ, một trong các bên cố tình kéo dài cuộc đàm phán với mục đích cản trở phía bên kia ký kết hợp đồng với đối thủ cạnh tranh của mình). Người nào hành động như vậy thì được coi là lạm dụng lòng tin của đối tác và được coi là thực hiện hành vi có lỗi, hay nói cách khác là không trung thực khi đàm phán ký kết hợp đồng. Trong trường hợp này, bên bị thiệt hại có thể có quyền yêu cầu phía bên kia bồi thường thiệt hại, mặc dù cơ sở của bồi thường thiệt hại (trong hợp đồng và ngoài hợp đồng) cũng như phạm vi bồi thường được xem xét khác nhau trong pháp luật của các nước khác nhau. Pháp luật về hợp đồng của Việt Nam hiện nay không có sự điều chỉnh vấn đề này, vì vậy tôi cho rằng, trước khi bắt đầu cuộc đàm phán các bên cũng nên thỏa thuận trước rằng, nếu một bên nào đó tiến hành cuộc đàm phán không vì mục đích ký kết hợp đồng thì phải chịu trách nhiệm với phía bên kia về hành vi không trung thực của mình. Như vậy, trường hợp này cũng được coi như trường hợp khi một bên biết trước được rằng, họ không thể thực hiện được nghĩa vụ của hợp đồng đã được ký kết, nhưng không thông báo cho phía bên kia biết.

Nhu được nói đến ở trên, trong đàm phán trực tiếp, các bên lần lượt thỏa thuận từng điều khoản của hợp đồng, vì vậy sẽ xuất hiện một vấn đề: tại thời điểm nào hợp đồng coi là đã được ký kết. Vấn đề này được quy định khác tùy theo pháp luật của các quốc gia khác nhau.

Theo quy định của pháp luật một số nước, hợp đồng được coi là đã ký kết khi các bên đã đạt được thỏa thuận về các điều khoản cơ bản của hợp đồng, còn những điều kiện khác thì xuất phát từ quy phạm pháp luật, tập quán thương mại hay những thông lệ khác.

Pháp luật của một số nước khác cho rằng, nếu các bên tiến hành đàm phán với mục đích ký kết hợp đồng cụ thể, thì hợp đồng coi là được ký kết khi các bên đã đạt được thỏa thuận về tất cả các điều kiện là đối tượng của đàm phán.

Chính vì pháp luật của các nước khác nhau có sự điều chỉnh việc ký kết hợp đồng bằng đàm phán khác nhau nên các bên cần phải hết sức thận trọng khi tiến hành đàm phán. Bên nào có sự quan tâm đặc biệt đến việc đạt được thỏa thuận về các điều khoản của hợp đồng, trước hết cần phải nói cho phía bên kia biết rằng, hợp đồng chỉ được ký kết khi tất cả các điều khoản của nó

được thống nhất. Tuy nhiên theo quan điểm của chúng tôi thì tốt nhất là khi bắt đầu bước vào đàm phán, các bên nên đưa ra điều kiện, theo đó hợp đồng coi là đã được ký kết khi các bên ký vào văn bản cuối cùng.

## 1.2 Ký kết hợp đồng bằng cách gián tiếp

Sự phát triển của công nghệ truyền thông hàng ngày hàng giờ tác động mạnh mẽ đến hoạt động thương mại trên toàn thế giới. Nhờ có những phương tiện như fax, internet, telex, mà trong rất nhiều trường hợp các bên không cần phải gặp nhau nhưng cũng có thể ký được hợp đồng một cách nhanh chóng. Đặc biệt hiện nay nhiều quốc gia, trong đó có Việt Nam, soạn thảo và thông qua Luật Giao dịch điện tử.

Hợp đồng là kết quả của sự thống nhất ý chí của các bên, mà chính xác là một bên đưa ra đề nghị và bên kia chấp nhận đề nghị đó. Có nhiều cách để các bên thể hiện sự thống nhất ý chí của mình. Trong nhiều trường hợp hợp đồng được ký kết giữa các bên vắng mặt, trong các trường hợp này các bên thể hiện sự thống nhất ý chí của mình thông qua trao đổi thư từ, tài liệu mà trong khoa học pháp lý chúng được gọi là trao đổi để nghị giao kết hợp đồng và chấp nhận để nghị giao kết hợp đồng. Hai giai đoạn này không bao giờ đan xen vào nhau<sup>21</sup>.

### 1.2.1. Đề nghị giao kết hợp đồng

Trước đây, trong pháp luật của Việt Nam chúng ta đề nghị giao kết hợp đồng và chấp nhận đề nghị giao kết hợp đồng được quy định trong hai văn bản pháp luật: Bộ luật Dân sự 1995 và Luật Thương mại 1997. Hiện nay những vấn đề này chỉ được quy định chung trong Bộ luật Dân sự sửa đổi năm 2005. Chúng tôi cho rằng, như vậy là phù hợp bởi tránh được sự trùng lặp không cần thiết.

Khi đề cập đến đề nghị giao kết hợp đồng cần phải phân tích những vấn đề pháp lý cơ bản sau đây: thứ nhất, thế nào là đề nghị giao kết hợp đồng; thứ hai, giá trị pháp lý của đề nghị giao kết hợp đồng; thứ ba, thời điểm đề nghị giao kết hợp đồng có hiệu lực.

Theo quy định của khoản 1 Điều 390 Bộ luật Dân sự 2005, đề nghị giao kết hợp đồng là việc thể hiện rõ ý định giao kết hợp đồng và chịu sự ràng buộc về đề nghị này của bên đề nghị đối với bên đã được xác định cụ thể. Quy định này cho thấy hai đặc điểm cơ bản của một đề nghị giao kết hợp đồng:

---

<sup>21</sup> Xem: *Luật dân sự và thương mại của các nước tư bản*, Matxeova, 1993, tr. 215.

Thứ nhất, đề nghị được gửi cho bên đã xác định được. Quy định này có thể hiểu rằng, bên xác định được có thể là một người hay một nhóm người xác định và giống với quy định của pháp luật của nhiều nước. Đặc điểm này cũng cho phép phân biệt đề nghị giao kết hợp đồng với quảng cáo hay lời mời đưa ra để nghị ký kết hợp đồng.

Thứ hai, thể hiện ý định giao kết hợp đồng và chịu sự ràng buộc về đề nghị giao kết hợp đồng của bên đề nghị. Nếu theo quy định này thì một vấn đề rắc rối mang tính pháp lý cũng như thực tiễn có thể đặt ra đó là dựa trên tiêu chí hay cơ sở nào để có thể xác định ý định giao kết hợp đồng và chịu sự ràng buộc về đề nghị giao kết hợp đồng của bên đề nghị. Vì sự cần thiết phải bảo vệ tính xác thực của giao dịch, chủ ý này của người đề nghị giao kết hợp đồng phải được đánh giá theo những tiêu chí khách quan. Có thể ngầm hiểu rằng, ý định giao kết hợp đồng và chịu sự ràng buộc về đề nghị giao kết hợp đồng của bên đề nghị được thể hiện ở chỗ, trong lời đề nghị giao kết hợp đồng bên đề nghị có quy định những điều khoản có thể gọi là cơ bản, trên cơ sở các điều khoản này có thể xác định được quyền và nghĩa vụ của các bên trong hợp đồng tương lai trong trường hợp bên được đề nghị chấp nhận.

Khác với quy định của Điều 390 Bộ luật Dân sự của Việt Nam, pháp luật của các nước và Công ước Viên 1980 về hợp đồng mua bán hàng hoá quốc tế không những quy định đề nghị giao kết hợp đồng phải thể hiện rõ ý định giao kết hợp đồng và chịu sự ràng buộc về đề nghị này mà còn yêu cầu đề nghị giao kết hợp đồng phải được xác định. Sự xác định được của đề nghị giao kết hợp đồng được thể hiện ở chỗ, trong đề nghị giao kết hợp đồng bên đề nghị phải quy định những điều khoản cơ bản của hợp đồng tương lai. Ví dụ, Điều 14 Công ước Viên 1980 để quy định rằng, đề nghị giao kết hợp đồng được coi là xác định nếu trong đó có mô tả hàng hoá, một cách trực tiếp hay gián tiếp quy định số lượng và giá cả hay cách thức xác định chúng, pháp luật của Pháp yêu cầu đề nghị giao kết hợp đồng phải có nội dung chủ yếu của hợp đồng<sup>22</sup>. Về đặc điểm này có thể nói rằng quy định tại Điều 396 Bộ luật dân sự 1995 rõ ràng hơn.

Trong trường hợp đề nghị giao kết hợp đồng có nêu rõ thời hạn trả lời, nếu bên đề nghị lại giao kết hợp đồng với người thứ ba trong thời hạn chờ bên được đề nghị trả lời thì phải bồi thường cho bên được đề nghị mà không được giao kết hợp đồng nếu có thiệt hại phát sinh (khoản 2 Điều 390 Bộ luật dân sự 2005). Đề nghị giao kết hợp đồng có quy định thời hạn trả lời thể hiện sự ràng

<sup>22</sup> Xem thêm: Corinne Renault-Brahinsky, *Đại cương về pháp luật hợp đồng*, NXB Văn hoá Thông tin, Hà Nội, 2002, tr. 27; Điều 435 Bộ luật Dân sự Liên Bang Nga.

buộc người đề nghị trong suốt thời hạn đó. Quy định này được tìm thấy trong pháp luật của nhiều nước khác nhau cũng như trong các văn bản pháp lý quốc tế về thương mại, ngoại trừ pháp luật của các nước thuộc hệ thống pháp luật Anh-Mỹ.

Đề nghị giao kết hợp đồng bắt đầu có giá trị pháp lý khi người được nhận đề nghị nhận được nó nếu các bên không có thoả thuận khác (Điều 391 Bộ luật dân sự). Quy tắc này không những được quy định trong pháp luật của các nước thuộc hệ thống pháp luật châu Âu lục địa mà cả trong pháp luật Anh – Mỹ. Khi xem xét giá trị pháp lý của đề nghị giao kết hợp đồng không thể không nói đến sự thay đổi, thu hồi hay huỷ ngang của nó. Theo nguyên tắc chung, đề nghị giao kết hợp đồng có thể được người đề nghị thay đổi, hủy ngang hay thu hồi trước khi nó được chấp nhận. Tuy nhiên, theo quy định của pháp luật các nước châu Âu lục địa thì đề nghị giao kết hợp đồng không thể được thay đổi, hủy ngang hay thu hồi trong các trường hợp sau:

- Nếu trong chào hàng có quy định thời hạn trả lời;
- Trong chào hàng có ghi rõ là chào hàng không thu hồi;
- Xuất phát từ nội dung của chào hàng người được chào hàng cho rằng đơn chào hàng không thể triệu hồi và đã hành động một cách hợp lý (mục 2 Điều 16 Công ước Viên 1980).

Các quy định nói trên không được áp dụng trong trường hợp thay đổi, huỷ ngang hay thu hồi đến tay người được đề nghị trước hay cùng một lúc với đề nghị giao kết hợp đồng.

Việc pháp luật của Việt Nam và pháp luật của một số nước khác không cho phép người đề nghị thay đổi, huỷ ngang hay thu hồi trong thời hạn hiệu lực của đề nghị giao kết hợp đồng có thể nói là nhằm mục đích bảo đảm trật tự lưu thông dân sự, thương mại. Rõ ràng, khi nhận được đề nghị giao kết hợp đồng bên đề nghị cần phải có một thời gian suy nghĩ, cân nhắc hay là có những sự chuẩn bị cần thiết trước khi đưa ra sự chấp thuận của mình.

Khác với pháp luật của Việt Nam và pháp luật của các nước châu Âu lục địa cũng như Công ước Viên 1980 về hợp đồng mua bán hàng hoá quốc tế, theo quy định của pháp luật của Anh - Mỹ, đề nghị giao kết hợp đồng chỉ cho người được đề nghị khả năng ký kết hợp đồng bằng cách chấp nhận nó, đồng thời cho phép bên đề nghị thay đổi, huỷ ngang hay thu hồi đề nghị thay đổi đề nghị giao kết hợp đồng trong mọi thời điểm mà không phải chịu trách nhiệm ngay cả khi trong đề nghị giao kết hợp đồng có quy định thời hạn cho sự trả lời, ngoại trừ các trường hợp trong đề nghị giao kết hợp đồng có quy định nghĩa vụ đối khoản (Consideration), tức là người đề nghị nhận nghĩa vụ không thay đổi, hủy ngang hay thu hồi đề nghị giao kết hợp đồng để đổi lấy một

nghĩa vụ nào đó của phía bên kia. Nguyên nhân chủ yếu, theo đó pháp luật của Anh-Mỹ cho phép người đề nghị được tự do thay đổi, hủy ngang hay thu hồi đề nghị giao kết hợp đồng, có gốc rễ từ học thuyết “Nghĩa vụ đối khoản” (Consideration)<sup>23</sup>. Học thuyết này là cơ sở để hình thành nguyên tắc cơ bản của luật hợp đồng Anh - Mỹ, theo nguyên tắc này một đề nghị giao kết hợp đồng không được thể hiện trong một văn bản đặc biệt “under seal” chỉ ràng buộc người đề nghị trong trường hợp, nếu người được đề nghị đã thực hiện hay hứa sẽ thực hiện một nghĩa vụ nào đó vì lợi ích của người đề nghị. Hiện nay trong thực tiễn xét xử cũng như pháp luật của Mỹ đang bắt đầu hình thành xu hướng ủng hộ tính không huỷ ngang của đề nghị giao kết hợp đồng. Điều 2-205 Bộ luật Thương mại thống nhất quy định, đối với các giao dịch thương mại đề nghị giao kết hợp đồng không thể huỷ ngang trong thời hạn được quy định trong đề nghị. Còn nếu không quy định thời hạn trả lời thì đề nghị giao kết hợp đồng không được hủy ngang trong một thời hạn hợp lý, tuy nhiên thời hạn hợp lý này không được vượt quá 3 tháng.

Đề nghị giao kết hợp đồng không quy định thời hạn trả lời sẽ có hiệu lực trong thời hạn do pháp luật quy định (thời hạn hợp lý)<sup>24</sup> nếu người đề nghị không nói rõ đề nghị giao kết hợp đồng này sẽ được thu hồi trong mọi thời điểm. Trong trường hợp có tranh cãi thì tòa án hay trọng tài sẽ dựa vào hoàn cảnh, điều kiện thực tế của mỗi trường hợp liên quan đến để giải quyết vụ việc. Ví dụ, sự phức tạp của đề nghị giao kết hợp đồng, phương tiện thông tin được sử dụng...(mục 2 Điều 18 Công ước Viên 1980).

Đề nghị giao kết hợp đồng chấm dứt hiệu lực trong các trường hợp sau:

- Bị từ chối;
- Sự trả lời của người được đề nghị trở thành một giao kết hợp đồng mới;
- Hết thời hạn được bên đề nghị hoặc luật pháp quy định trong chào hàng.

Đề nghị giao kết hợp đồng cũng chấm dứt hiệu lực trong trường hợp bị thu hồi (nếu như luật áp dụng cho phép). Trong trường hợp người chào hàng bị chết hay xảy ra những tình huống làm cản trở việc thực hiện hợp đồng (doanh nghiệp bị phá sản chẳng hạn), thì đề nghị giao kết hợp đồng chấm dứt hiệu lực nếu việc thực hiện hợp đồng có mối liên quan chặt chẽ đến những phẩm chất nhất định của người đề nghị hoặc nếu điều này xuất phát từ nội dung của đề nghị giao kết hợp đồng hay mục đích của hợp đồng sau này.

---

<sup>23</sup> Xem: V. Anson, *Law of Contract*, Clarendon Press Oxford. 1979, tr. 40; Konrad Zweigert, Hein Kotz, *Luật so sánh trong lĩnh vực tư pháp*, Matxcova, 1998, tr. 52.

<sup>24</sup> Luật Thương mại 1997, Điều 53.1 quy định thời hạn này là 30 ngày.

### **1.2.2. Chấp nhận đề nghị giao kết hợp đồng**

Đa số các hệ thống pháp luật không chỉ ra sự cần thiết phải tuân thủ một hình thức đặc biệt nào cho việc gửi đề nghị giao kết hợp đồng hay chấp nhận đề nghị giao kết hợp đồng. Chấp nhận đề nghị giao kết hợp đồng được coi là hành vi của người được đề nghị, hành vi này, trong một mức độ tin cậy, thể hiện được ý chí của người được đề nghị trong việc ký kết hợp đồng sau này, có nghĩa là ý chí có thể được biểu hiện bằng cách trực tiếp mà cũng có thể bằng ước đoán. Hành vi thụ động hay nói cách khác là sự im lặng của người được đề nghị không được coi là chấp nhận đề nghị giao kết hợp đồng. Điều này được quy định trong mục 1 Điều 18 Công ước Viên 1980. Tuy nhiên pháp luật một số nước có quy định ngoại lệ đối với nguyên tắc này, nhưng phải xuất phát từ thực tế quan hệ thương mại giữa các bên đã có quá trình hoạt động lâu dài hay tập quán thương mại cho phép.

Chấp nhận đề nghị giao kết hợp đồng là sự trả lời của bên được đề nghị đối với bên đề nghị về việc chấp nhận toàn bộ nội dung của đề nghị và đúng thời hạn được bên đề nghị quy định hay do luật định (Điều 396, 397 Bộ luật Dân sự 2005). Có thể nói rằng, quy định này được tìm thấy trong luật pháp của hầu như tất cả các nước cũng như trong các văn bản pháp lý quốc tế về thương mại. Như vậy chấp nhận đề nghị giao kết hợp đồng là sự thể hiện ý chí của người được đề nghị về việc đồng ý ký kết hợp đồng trên cơ sở những điều kiện quy định trong đề nghị giao kết hợp đồng. Sự chấp nhận phải rõ ràng và không được thay đổi bất cứ một điều kiện nào của đề nghị giao kết hợp đồng.

Sự trả lời được coi là sự chấp nhận nếu như nó thể hiện sự đồng ý với đề nghị của người đề nghị. Điều này có nghĩa là người được đề nghị phải đồng ý với tất cả các điều kiện của đề nghị giao kết hợp đồng và không được đưa ra bất kỳ một điều kiện bổ sung, thay đổi hay hạn chế nào ngay cả khi những bổ sung đó là điều khoản có lợi cho người đề nghị. Việc đưa vào chấp nhận đề nghị giao kết hợp đồng những điều kiện mới có nghĩa là bên được đề nghị đã khuất từ đề nghị giao kết hợp đồng cũ và đưa ra đề nghị giao kết hợp đồng mới. Pháp luật của các nước khác nhau có sự đánh giá giá trị pháp lý của chấp nhận giao kết hợp đồng có sự thay đổi, bổ sung không giống nhau. Theo quy định của Điều 395 Bộ luật dân sự quy định, khi bên được đề nghị chấp nhận đề nghị giao kết hợp đồng nhưng có nêu điều kiện hoặc sửa đổi đề nghị thì coi như người này đã đưa ra đề nghị mới, không phụ thuộc vào tính chất và mức độ của những thay đổi hay bổ sung đó. Quy định này cũng tìm thấy trong pháp luật của một số nước, ví dụ, Điều 443 Bộ luật Dân sự Liên Bang Nga. Khác với quy định của pháp luật Việt Nam, Công ước Viên 1980 quy định rằng, trong trường hợp sự trả lời có chứa đựng những thay đổi hay bổ sung nhưng những thay đổi hay bổ sung này không làm thay đổi bản chất, nội dung

cơ bản của đề nghị giao kết hợp đồng thì vẫn được coi là sự chấp nhận nếu như bên đề nghị không phản đối ngay bằng lời những thay đổi này cho phía bên kia (Khoản 2 Điều 19 Công ước Viên 1980). Trong trường hợp này, điều kiện của hợp đồng sẽ là những điều kiện đã được thay đổi, bổ sung trong chào hàng. Công ước Viên 1980 quy định những thay đổi, bổ sung nào là cơ bản, Khoản 3 Điều 19 quy định rằng, những thay đổi, bổ sung liên quan đến giá cả, phương thức thanh toán, khối lượng và chất lượng của hàng hoá, địa điểm và thời gian giao hàng, phạm vi trách nhiệm của một bên trước bên kia cũng như thủ tục giải quyết tranh chấp được coi là những thay đổi cơ bản so với điều kiện của chào hàng. Bộ luật Dân sự 1995 cũng có những quy định tương tự.

Theo quan điểm của chúng tôi thì quy định của Điều 395 Bộ luật Dân sự 2005 là hợp lý, cho phép tránh được những rắc rối về mặt pháp lý, bởi vì thực tiễn cho thấy rằng, khó có thể xác định được những thay đổi nào là cơ bản và những thay đổi nào là không cơ bản.

Theo nguyên tắc, chấp nhận đề nghị giao kết hợp đồng không có giá trị pháp lý nếu bên đề nghị nhận được sự chấp nhận đó sau khi hết thời hạn chờ trả lời và được coi là đề nghị giao kết hợp đồng mới trừ trường hợp bên đề nghị thông báo ngay cho bên được đề nghị về việc chấp nhận của mình (Mục 1 Điều 21 Công ước Viên 1980, Điều 397 Bộ luật Dân sự).

Trong thực tiễn ký kết hợp đồng có những trường hợp chấp nhận đề nghị giao kết hợp đồng được gửi sớm và theo điều kiện thương mại thông thường nó phải đến tay người đề nghị trong thời hạn do người đề nghị hay do pháp luật quy định nhưng người đề nghị nhận được sau khi hết thời hạn nói trên vì một lý do nào đó. Tình huống này không được dự liệu và quy định trong Bộ luật Dân sự 1995. Theo quy định của Bộ luật Dân sự 2005 (điểm 2 Điều 397.1), trong trường hợp thông báo chấp nhận giao kết hợp đồng đến châm vì lý do khách quan mà bên đề nghị biết hoặc phải biết về lý do khách quan này thì thông báo chấp nhận đề nghị giao kết hợp đồng vẫn có hiệu lực, trừ trường hợp bên đề nghị trả lời ngay không đồng ý với chấp nhận đó của bên được đề nghị giao kết hợp đồng<sup>25</sup>. Chúng tôi cho rằng, quy định nói trên trong một chừng mức nào đó nghiêng về việc bảo vệ lợi ích của người đề nghị. Ví dụ, ngày 30/6 là thời hạn cuối cùng mà bên đề nghị quy định trong đề nghị giao kết hợp đồng của mình, ngày 25/6 bên được đề nghị gửi sự chấp nhận của mình và họ tin rằng, theo điều kiện thương mại thông thường chấp nhận của họ sẽ đến tay người nhận trước ngày 30/6, tuy nhiên vì một lý do nào đó ngày

<sup>25</sup> Điều 442 Bộ luật Dân sự Liên Bang Nga, Điều 21.2 Công ước Viên năm 1980 về hợp đồng mua bán hàng hoá quốc tế cũng có quy định tương tự.

30/6 bên đề nghị không nhận được sự chấp nhận. Vào ngày 30/6, bởi vì tin rằng bên đề nghị đã nhận được sự chấp nhận của mình và cho rằng hợp đồng đã được ký kết, bên được đề nghị - là người mua chặng hạn - chuyển tiền vào tài khoản của người bán đồng thời thuê phương tiện vận chuyển đến kho của người bán - bên đề nghị - để nhận hàng. Ngày 2/7 người mua đến kho người bán và biết rằng, hàng hóa đã được người bán bán cho người khác vì không nhận được sự chấp nhận của người mua vào ngày 30/6. Rõ ràng trong trường hợp này người mua bị thiệt hại do những hành vi trung thực và thiện chí của họ. Vì pháp luật không quy định, nên trong những trường hợp tương tự, để người mua không phải chịu thiệt hại thì ngay tại thời điểm khi thời hạn được quy định kết thúc, nếu không nhận được sự trả lời, người bán – bên đề nghị nên thông báo ngay cho người mua - bên được đề nghị - biết. Chúng tôi cho rằng, hành động này của người bán - người đề nghị, thể hiện được nguyên tắc trung thực và thiện chí trong việc ký kết và thực hiện hợp đồng.

Bộ luật dân sự 2005 có hai quy định có thể nói hoàn toàn mới và không tìm thấy trong pháp luật của một số nước cũng như trong Công ước Viên năm 1980 về hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế. Điều 398, 399 quy định rằng, trong trường hợp bên đề nghị hay bên được đề nghị chết hay mất năng lực hành vi dân sự sau khi đã có sự trả lời thì chấp nhận đề nghị giao kết hợp đồng có giá trị pháp lý. Chúng tôi cho rằng giá trị pháp lý của chấp nhận đề nghị giao kết hợp đồng trong hai trường hợp nói trên được xác định tuỳ thuộc vào từng trường hợp, hoàn cảnh cụ thể.

Chấp nhận đề nghị giao kết hợp đồng có thể bị hủy bỏ nếu thông báo về việc hủy chấp nhận tới trước hoặc cùng thời điểm bên đề nghị nhận được chấp nhận.

Thời điểm ký kết hợp đồng có thể nói là không giống nhau trong các hệ thống pháp luật khác nhau. Theo quy định của pháp luật Việt Nam (Điều 404 Bộ luật dân sự), các nước châu Âu lục địa, Công ước Viên 1980(Điều 23), hợp đồng được ký kết vào thời điểm bên đề nghị nhận được thông báo chấp nhận toàn bộ các điều kiện ghi trong đề nghị giao kết hợp đồng. Pháp luật Anh - Hoa Kỳ thì quy định hợp đồng được ký kết tại thời điểm và tại địa điểm khi chấp nhận giao kết hợp đồng được bên được đề nghị gửi cho bưu điện không phụ thuộc vào việc người đề nghị có nhận được nó hay không. Thuyết này (được gọi là thuyết tổng phát - mail-box theory) cho rằng, bưu điện được coi như là một loại đại diện của người đề nghị.

### **1.3 Giải thích hợp đồng**

Hợp đồng thương mại quốc tế, cũng như các loại hợp đồng khác, chính xác là những từ ngữ và thuật ngữ trong đó có thể cần phải được giải thích nếu

nội dung của chúng chưa được rõ ràng, có nghĩa là khi thực hiện hợp đồng xuất hiện sự nghi ngờ về ý nghĩa của quy định này hay quy định khác.

Bất kỳ một hợp đồng nào cũng là kết quả của sự thể hiện ý chí, ít nhất, của hai bên, trong một văn bản thống nhất do hai bên ký kết. Tuy nhiên ý chí của các bên được thể hiện trong hợp đồng không phải bao giờ cũng trùng nhau, bởi vì văn bản của hợp đồng có thể không thể hiện được ý chí đích thực của các bên.

Giải thích hợp đồng được luật pháp coi là sự giải thích các thuật ngữ pháp lý được sử dụng trong hợp đồng nhằm mục đích biết rõ ý chí của các bên. Việc giải thích Hợp đồng thương mại quốc tế còn phức tạp hơn nhiều so với việc giải thích hợp đồng thương mại trong nước. Điều này được giải thích bởi việc các bên của Hợp đồng thương mại quốc tế được giáo dục bằng hệ thống pháp luật, kinh tế của quốc gia khác nhau, do đó, cùng một thuật ngữ có thể có các ý nghĩa khác nhau đối với các bên. Ví dụ, theo pháp luật Việt Nam và pháp luật của các nước châu Âu lục địa thì hợp đồng đại diện thương mại và hợp đồng đại lý thương mại được thể hiện bằng hai thuật ngữ pháp lý khác nhau, còn trong pháp luật Anh - Mỹ chúng được thể hiện bởi một thuật ngữ chung "Agent Contract". Ngoài ra, hợp đồng được xác lập bằng ngôn ngữ nước ngoài, ít nhất là đối với một bên, và ngôn ngữ này trong nhiều trường hợp, khác với ngôn ngữ của luật áp dụng cho hợp đồng và cũng có thể là ngôn ngữ nước ngoài đối với những người có trách nhiệm giải thích hợp đồng (thẩm phán, trọng tài viên).

Có thể nhận thấy rằng, trong phạm vi quốc tế chưa có một văn bản nào có hiệu lực chung cho tất cả có thể quy định những nguyên tắc chung để giải thích hợp đồng thương mại quốc tế, mặc dù công đồng quốc tế đã có sự cố gắng trong lĩnh vực này<sup>26</sup>. Trong một số văn bản pháp luật quốc tế về thương mại có thể gắp một số quy phạm liên quan đến việc giải thích một số loại hợp đồng. Ví dụ, Điều 8 Công ước Viên năm 1980. Tuy nhiên những quy phạm này có phạm vi áp dụng hết sức hạn chế.

Chính vì những lý do trên nên trong việc tìm kiếm những quy phạm liên quan đến các quy tắc giải thích Hợp đồng thương mại quốc tế, cần phải sử dụng quy phạm của luật quốc gia áp dụng cho hợp đồng cụ thể. Ví dụ, khi thương nhân Việt Nam ký kết hợp đồng chuyển giao quyền sử dụng các quyền liên quan đến sở hữu trí tuệ với thương nhân nước ngoài, cần phải sử dụng các quy phạm giải thích các thuật ngữ được quy định trong Nghị định 11/CP ngày 2005 về hợp đồng chuyển giao công nghệ, hay buộc phải sử dụng các quy tắc giải thích hợp đồng được quy định trong Bộ luật dân sự.

<sup>26</sup> Án bản số 12 của UNIDROIT năm 1997.

Mặc dù không có một văn bản pháp lý thống nhất cho phép điều chỉnh việc giải thích hợp đồng, tuy nhiên xuất phát từ các quy định nằm trong các văn bản pháp lý khác nhau có thể nhận thấy rằng, hợp đồng nói chung, hợp đồng thương mại quốc tế được giải thích trên cơ sở tuân thủ các nguyên tắc nhất định. Theo quy định của Điều 409 Bộ luật dân sự 2005, khi một hợp đồng có điều khoản không rõ ràng thì không chỉ dựa vào ngôn từ của hợp đồng mà còn phải căn cứ vào ý chí chung của các bên để giải thích điều khoản đó. Điều 8 Công ước Viên năm 1980 thì quy định rằng, tuyên bố và hành vi khác một bên được giải thích phù hợp với ý định của bên đó, nếu bên kia biết hay không thể không biết rằng, ý định đó được thể hiện như thế nào. Như vậy có thể nói rằng, một trong những nguyên tắc cơ bản của giải thích hợp đồng đó là sự giải thích không căn cứ vào ngôn từ, câu chữ mà phải căn cứ vào ý định của các bên. Trong trường hợp nếu không thể xác định được ý định của các bên thì tuyên bố và hành vi khác của các bên được giải thích phù hợp với cách hiểu của người có lý trí bình thường hành động trong hoàn cảnh tương tự.

Thực tiễn thương mại quốc tế cho thấy, các bên của Hợp đồng thương mại quốc tế để tránh sự giải thích chi tiết các quy định của hợp đồng bằng cách đưa vào hợp đồng của mình những quy tắc giải thích và xác định các khái niệm được sử dụng riêng của mình. Tuy nhiên trong trường hợp này, các bên không thể không tuân thủ những quy tắc chung về giải thích hợp đồng được quy định trong luật áp dụng cho hợp đồng cụ thể của họ. Thực tiễn cho thấy, các điều khoản của Hợp đồng thương mại quốc tế về cách thức giải thích hợp đồng cho phép các bên đưa vào hợp đồng những quy tắc giải thích riêng ngay cả khi quy tắc này không phù hợp với một quy phạm tương tự cụ thể về giải thích hợp đồng trong luật áp dụng. “Chuẩn hóa các điều khoản giải thích hợp đồng là do ảnh hưởng của kỹ thuật soạn thảo hợp đồng quốc tế của các nước Anh - Mỹ”, những kỹ thuật được liệt vào hàng nghệ thuật soạn thảo hợp đồng<sup>27</sup>.

Mục đích của việc giải thích là nhằm loại bỏ sự không chính xác trong văn bản của hợp đồng để các điều kiện của hợp đồng trở nên phù hợp với ý chí của các bên hơn. Nhiệm vụ này, trong thực tế, có thể nói là không dễ dàng. Bởi vì đối với mọi hợp đồng, quy tắc giải thích hợp đồng chủ yếu phải giải quyết vấn đề, theo đó mọi sự nghi ngờ cần phải được giải quyết phù hợp với sự thể hiện ý chí của các bên và như vậy cho phép các bên công nhận điều kiện của hợp đồng có hiệu lực pháp lý. Đối với Hợp đồng thương mại quốc tế thì điều này càng có ý nghĩa quan trọng vì có thể có những điều không rõ

<sup>27</sup> Xem: E.A Farnsworth, Văn đề giải thích các hợp đồng quốc tế và sử dụng phần mở đầu, Tài liệu hội thảo hợp đồng thương mại quốc tế được tổ chức tại Hà Nội ngày 13-14 tháng 12 năm 2004, tr. 134.

ràng phát sinh giữa các bên do họ không có cách hiểu thống nhất ý nghĩa của thuật ngữ này hay thuật ngữ khác được họ sử dụng trong hợp đồng.

Trong trường hợp, nếu các bên không hiểu đúng ý nghĩa sự thể hiện ý chí của nhau trong hợp đồng thì có thể nói rằng, không có sự thỏa thuận thống nhất của các bên cho điều khoản này, có nghĩa là điều khoản này không có hiệu lực pháp lý. Trong trường hợp chỉ có một bên không hiểu đúng một quy định nào đó của hợp đồng, còn phía bên kia hành động một cách thiện chí, thì quyền lợi của bên có hành động thiện chí được pháp luật bảo vệ bằng cách cho phép họ sử dụng quy tắc giải thích hợp đồng có lợi nhất cho mình.

Thông thường, kết quả của việc giải thích hợp đồng phải là làm rõ ý định thực tế của các bên khi tham gia ký kết hợp đồng. Không nên quên rằng, mọi sự thể hiện ý chí của các bên cần phải được thể hiện trong một hình thức xác định cụ thể, sau đó sự thể hiện này mới có thể được phía bên kia chấp nhận một cách phù hợp. Sự khác biệt giữa ý định thực tế bên trong và cách biểu hiện ý định đó bên ngoài cần phải được giải quyết vì lợi ích của bên đã hiểu ý định được biểu hiện bên ngoài. Công ước Viên 1980, Bộ luật Dân sự của Việt Nam chúng ta cũng có cách giải quyết tương tự.

Ký kết hợp đồng thương mại quốc tế là một quá trình khó khăn phức tạp và kéo dài, trong nhiều trường hợp hợp đồng còn là một văn bản được hình thành từ các chương, mục, điều khoản. Chính vì vậy cần phải phân biệt hợp đồng chính (General contract), trong đó có các điều kiện cơ bản, chủ yếu của hợp đồng với phụ lục cụ thể của hợp đồng, các phụ lục cụ thể này xác định những điều kiện kỹ thuật, phương thức thực hiện giao hàng, những điều kiện tài chính... Theo nguyên tắc chung, cần phải giải thích tất cả các điều kiện nói trên.

Ngoài ra cần phải có sự thống nhất giữa các điều kiện của hợp đồng. Trong trường hợp có tồn tại sự mâu thuẫn giữa các điều khoản của hợp đồng thì các điều khoản này được coi là không có hiệu lực pháp lý.

Trong trường hợp có sự mâu thuẫn trong văn bản hợp đồng thì cần phải tuân thủ hai nguyên tắc cơ bản sau đây:

- Ý nghĩa của các quy định trong hợp đồng chính có giá trị cao hơn so với ý nghĩa của các quy định trong phụ lục của hợp đồng;

- Ý chí của các bên được thể hiện sau loại bỏ những ý chí được thể hiện trước.

Ngoài ra, trong thực tiễn thương mại còn có một số quy tắc giải thích các điều kiện của Hợp đồng thương mại quốc tế khác. Ví dụ, trước hết cần phải chú ý đến các điều kiện của hợp đồng được viết bằng tay, sau đó đến các

điều kiện được thực hiện bằng đánh máy và sau cùng là những điều kiện của hợp đồng mẫu hay các điều kiện giao hàng chung.

Không nên giải thích các điều kiện của hợp đồng một cách tách rời với hoàn cảnh (trong hoàn cảnh này các điều kiện của hợp đồng được xây dựng), tách rời với ý định của các bên xuất phát từ ý chí của họ (mục đích của hợp đồng). Ví dụ, Điều 8.3 Công ước Viên 1980 quy định, khi giải thích hợp đồng thương mại quốc tế cần phải chú ý đến những hoàn cảnh cụ thể, trong đó ý chí của các bên được thể hiện.

Những hoàn cảnh đó là: thứ nhất, mục đích của hợp đồng, mục đích này được thể hiện trong văn bản của hợp đồng; thứ hai, thực tiễn được hình thành trong mối quan hệ qua lại của các bên; thứ ba, tập quán thương mại quốc tế liên quan đến hợp đồng cụ thể của các bên; thứ tư, quá trình tiến hành đàm phán giữa các bên; và cuối cùng, các hành vi, cách xử sự sau đó của các bên.

Thông thường, từ thời điểm hợp đồng được ký kết, tất cả các giao dịch, trao đổi, mọi sự thể hiện ý chí của các bên trong quá trình đàm phán đều hết hiệu lực. Điều này có nghĩa là, mọi sự thể hiện ý chí nói trên không thể coi là cơ sở làm phát sinh nghĩa vụ của các bên, tuy nhiên điều này cũng không có nghĩa mọi sự thể hiện ý chí của các bên đó không thể là cơ sở để giải thích các điều kiện của hợp đồng đã được ký kết.

## II. ĐIỀU CHỈNH NỘI DUNG HỢP ĐỒNG THƯƠNG MẠI QUỐC TẾ

### 2.1 Nhu cầu điều chỉnh nội dung của hợp đồng thương mại quốc tế

Trong nhiều trường hợp, hợp đồng thương mại quốc tế được ký kết có thời hạn tương đối dài. Một trong những đặc điểm của hoạt động thương mại quốc tế là luôn có sự biến động so với hoạt động thương mại trong phạm vi của một quốc gia.

Có thể khẳng định rằng, điều kiện, hoàn cảnh tại thời điểm ký kết hợp đồng bao giờ cũng có sự khác biệt với điều kiện và hoàn cảnh sau đó một khoảng thời gian mà trong những điều kiện, hoàn cảnh đó hợp đồng được thực hiện. Sự thay đổi đó có thể nhiều hay ít. Chúng ta biết rằng, lợi ích kinh tế của các bên ở thế cân bằng tại thời điểm ký kết hợp đồng. Rõ ràng là như vậy, không có ai có thể chấp nhận những điều khoản bất lợi cho mình. Sau một khoảng thời gian kể từ thời điểm hợp đồng được ký kết nếu hoàn cảnh không có sự thay đổi hay có sự thay đổi nhưng không đáng kể thì lợi ích của các bên vẫn ở thế cân bằng, trong những trường hợp này việc điều chỉnh nội dung của hợp đồng là hoàn toàn không cần thiết. Khi hoàn cảnh, điều kiện thay đổi lớn đến mức có thể phá vỡ vị trí cân bằng về lợi ích mà các bên

mong muốn đạt được ban đầu, ví dụ tại thời điểm ký hợp đồng giá dầu trên thị trường là 25 USD một thùng, nhưng sau đó giá dầu trên thị trường có sự biến động mạnh và đạt mức 60USD một thùng mà đối tượng của hợp đồng lại liên quan đến giá dầu chẳng hạn, có nghĩa là một trong các bên sẽ được lợi nhiều hơn, và tất nhiên là phía bên kia sẽ chịu thiệt hại nhiều hơn thì vấn đề điều chỉnh nội dung của hợp đồng có thể được đặt ra. Bởi vì trong những hoàn cảnh như vậy các bên bị buộc vào thế phải chọn một trong hai khả năng: hoặc là huỷ hợp đồng hoặc là điều chỉnh lại nội dung của hợp đồng.

Thông thường khả năng huỷ hợp đồng ít khi được các bên trong hợp đồng thương mại quốc tế lựa chọn, bởi vì: thứ nhất, các chi phí đã bỏ ra khó có thể tính toán được chính xác để bồi đắp bồi thường thoả đáng<sup>28</sup>; thứ hai, các bên không muốn làm xấu đi mối quan hệ thương mại của họ, rõ ràng là như vậy, nếu huỷ hợp đồng thì các bên buộc phải tìm đối tác mới, phải thiết lập lại từ đầu các mối quan hệ thương mại; thứ ba, do nhu cầu của các bên về đối tượng của hợp đồng.

Chính vì những lý do trên mà trong thực tiễn ký kết và thực hiện hợp đồng thương mại quốc tế, khi xảy ra những tình huống trên các bên thường chọn khả năng điều chỉnh nội dung của hợp đồng cho phù hợp với hoàn cảnh, điều kiện mới nhằm tái tạo sự cân bằng về lợi ích mà các bên hướng đến tại thời điểm ký kết hợp đồng. Vì mục đích này Điều 417 Bộ luật dân sự Việt Nam cũng cho phép các bên có thể đàm phán lại nội dung của hợp đồng khi hoàn cảnh thay đổi, tuy nhiên theo ý kiến của riêng tôi thì với quy định một cách chung chung như vậy thí nó khó có thể là căn cứ pháp lý để các bên có thể viễn dẫn đến trong trường hợp muốn điều chỉnh nội dung của hợp đồng. Theo quan điểm của tôi, nội dung của hợp đồng không thể được điều chỉnh nếu trong hợp đồng không có sự thoả thuận trước của các bên. Muốn biến điều không thể thành điều có thể thì những người thương thảo hợp đồng thương mại quốc tế cần phải thoả thuận cụ thể, rõ ràng các trường hợp có thể điều chỉnh nội dung của hợp đồng ngay tại thời điểm ký kết hợp đồng.

## **2.2 Những điều khoản thường sử dụng cho phép điều chỉnh nội dung hợp đồng**

### **2.2.1 Biến điều không thể thành có thể**

Như đã đề cập đến ở trên, muốn nội dung của hợp đồng có thể được điều chỉnh thì cần phải có sự thoả thuận trước của các bên tại thời điểm ký kết hợp đồng. Trong thực tiễn ký kết và thực hiện hợp đồng thương mại quốc tế dài

<sup>28</sup> Xem: Tài liệu hội thảo “Hợp đồng thương mại quốc tế” được tổ chức tại Hà Nội ngày 13-14 tháng 12 năm 2004, tr. 144.

hạn người ta thường thoả thuận các trường hợp có thể điều chỉnh nội dung của hợp đồng sau đây:

Thứ nhất, điều khoản chào hàng cạnh tranh. Cần phải phân biệt điều khoản chào hàng cạnh tranh trong hợp đồng thương mại quốc tế với bản chào hàng cạnh tranh trong mua bán hàng hoá qua đấu giá. Nội dung điều khoản chào hàng cạnh tranh được thể hiện trong hợp đồng mua bán hàng hoá quốc tế như sau: Trong thời gian thực hiện hợp đồng, nếu người mua nhận được một bản chào hàng hấp dẫn hơn của đối thủ cạnh tranh (là một nhà cung cấp xác định và nghiêm túc, giá thấp hơn giá hợp đồng với những điều kiện tương tự như số lượng, chất lượng, quy cách phẩm chất) của người bán thì người mua có quyền yêu cầu người bán điều chỉnh hợp đồng, nếu người bán đồng ý điều chỉnh hợp đồng theo bản chào hàng của đối thủ cạnh tranh thì hợp đồng được tiếp tục thực hiện nhưng với nội dung đã được thay đổi. Nếu người bán không đồng ý điều chỉnh nội dung của hợp đồng thì người mua có quyền huỷ hợp đồng với người bán và ký kết hợp đồng với người thứ ba - đối thủ cạnh tranh của người bán.

Thứ hai, điều khoản khách hàng ưu đãi nhất. Điều khoản này có thể được thoả thuận như sau: Trong thời gian thực hiện hợp đồng, nếu người bán dành cho những người mua khác những điều kiện ưu đãi hơn những điều kiện được quy định trong hợp đồng được ký kết với người mua trước đó, thì người bán cũng phải cam kết dành cho người mua những điều kiện ưu đãi đó kể từ thời điểm những điều kiện ưu đãi đó được dành cho người mua khác.

Thứ ba, điều khoản Hardship. Đây là điều khoản cho phép các bên có thể điều chỉnh nội dung của hợp đồng khi hoàn cảnh thay đổi đáng kể mà trong bối cảnh đó một trong các bên gặp khó khăn đặc biệt, có thể bị phá sản, nếu tiếp tục thực hiện hợp đồng. Khác với hai loại điều khoản nói trên, điều khoản Hardship được quy định tương đối chi tiết trong Các nguyên tắc của hợp đồng thương mại quốc tế (Điều: 6.2.1; 6.2.2; 6.2.3). Cũng cần phải nhấn mạnh rằng, trong một số trường hợp hardship gần giống với tình huống bất khả kháng.

### **2.2.2 Biến điều có thể thành bắt buộc**

Nếu các bên trong hợp đồng thương mại quốc tế chỉ dừng lại ở chỗ đưa các thoả thuận nói trên vào hợp đồng thì nội dung của hợp đồng khó có thể được điều chỉnh khi xuất hiện các tình huống thay đổi. Muốn bắt buộc điều chỉnh nội dung của hợp đồng trong những tình huống nói trên thì các bên phải tuân thủ một số điều kiện nhất định cũng như phải thoả thuận trước cách thức điều chỉnh hợp đồng cũng như xác định tính chân thực của những sự kiện nói trên..

Tuy nhiên cần phải tuân thủ yêu cầu thông báo khi có sự xuất hiện bản chào hàng cạnh tranh, khách hàng ưu đãi hay có sự thay đổi hoàn cảnh. Vì lợi ích của các bên, các bên nên thoả thuận thời hạn thông báo càng ngắn càng tốt.

Cần phải xác định rõ ràng rằng, có tồn tại thực sự hay không bản chào hàng cạnh tranh và khách hàng ưu đãi cũng như nguyên nhân của sự thay đổi hoàn cảnh, trong đó hợp đồng được thực hiện. Trong nhiều trường hợp người thứ ba, vì mục đích cạnh tranh không lành mạnh đã gửi cho người mua bản chào hàng cạnh tranh, nhưng trên thực tế họ không có khả năng cung cấp hàng hoá đó, không thiếu những trường hợp công ty gặp khó khăn và muốn bán đổ bản thảo hàng hoá để giải quyết những khó khăn trước mắt và hoàn toàn không có khả năng cung cấp hàng hoá trong lâu dài. Cũng có nhiều trường hợp giữa người mua và người thứ ba có mối liên hệ mật thiết với nhau (chẳng hạn công ty mẹ công ty con) hay có sự thông đồng với nhau và bản chào hàng cạnh tranh được họ được đưa ra là căn cứ để yêu cầu phía bên kia xem xét lại hợp đồng. Đối với khách hàng ưu đãi thì cũng cần phải xác định rằng, hoàn cảnh ký kết hợp đồng với khách hàng ưu đãi có giống với điều kiện và hoàn cảnh ký kết hợp đồng với người mua trước đó hay không.

Việc xác định tính chân thực những tình huống nói trên là điều hoàn toàn không phải dễ dàng đối với các bên, và thông thường các bên không thể tự mình xác định được vì nhiều lý do khác nhau. Vì vậy thông thường các bên phải thoả thuận ngay trong hợp đồng rằng, khi xuất hiện bản chào hàng cạnh tranh hay khách hàng ưu đãi thì các bên phải mời người thứ ba độc lập để xác định tính chân thực của chúng.

Việc xác định được tính chân thực của bản chào hàng cạnh tranh và khách hàng ưu đãi cũng như sự thay đổi hoàn cảnh làm cho việc thực hiện hợp đồng trở nên tốn kém hơn chưa đủ để các bên điều chỉnh hợp đồng một cách theo ý muốn. Muốn đạt được điều đó nagy tại thời điểm ký kết hợp đồng các bên cũng cần phải thoả thuận trước cách thức và thời hạn đàm phán lại để điều chỉnh hợp đồng. Thông thường là quy định thời hạn cụ thể để các bên thương lượng, nếu không thương lượng được thì cần phải thoả thuận thời hạn hoà giải, và nếu không hoà giải được thì hoặc là huỷ hợp đồng hoặc là trong tài thương mại sẽ giải quyết. Theo ý kiến của chúng tôi thì các bên cần phải thoả thuận thời gian đàm phán lại càng ngắn càng tốt.

Chỉ có tuân thủ các điều kiện và yêu cầu nói trên hợp đồng mới có thể được điều chỉnh trong một thời gian hợp lý.

### CHƯƠNG III

## CÁC BIỆN PHÁP CHẾ TÀI DO VI PHẠM HỢP ĐỒNG THƯƠNG MẠI QUỐC TẾ

### I. KHÁI QUÁT

Trong thực tiễn ký kết và thực hiện hợp đồng thương mại quốc tế không phải lúc nào các bên cũng đạt được mục đích đặt ra khi ký kết hợp đồng, điều này có nghĩa là một trong các bên không thực hiện hay thực hiện không đúng nghĩa vụ của mình được quy định trong hợp đồng và như vậy, gây thiệt hại cho phía bên kia. Trong những trường hợp như vậy pháp luật của tất cả các nước cũng như các văn bản pháp lý quốc tế quy định những biện pháp chế tài đối với bên vi phạm nhằm mục đích bảo vệ quyền lợi của bên bị thiệt hại. Điều 292 Luật Thương mại 2005 của Việt Nam quy định, các biện pháp chế tài (theo ngôn ngữ pháp lý quốc tế là biện pháp bảo hộ pháp lý) trong trường hợp một trong các bên của hợp đồng mua bán hàng hóa vi phạm nghĩa vụ được quy định trong hợp đồng, các biện pháp này bao gồm:

1. Buộc thực hiện đúng nghĩa vụ hợp đồng;
2. Phạt vi phạm;
3. Buộc bồi thường thiệt hại;
4. Tạm ngừng thực hiện hợp đồng;
5. Đinh chỉ thực hiện hợp đồng
6. Hủy hợp đồng;

Khi xem xét, đánh giá và so sánh quy định trên của Luật Thương mại có thể nhận thấy rằng, thứ nhất, khác với Luật Thương mại 1997, Luật Thương mại 2005 quy định thêm hai loại chế tài mới: tạm ngừng thực hiện hợp đồng và đinh chỉ thực hiện hợp đồng; thứ hai, khác với luật thương mại, pháp luật của nhiều nước coi phạt vi phạm và bồi thường thiệt hại là hai hình thức của một loại chế tài - chế tài trách nhiệm do vi phạm hợp đồng.

Việc áp dụng loại chế tài nào trong các chế tài nói trên có thể nói là phụ thuộc vào sự lựa chọn của bên bị vi phạm, tuy nhiên pháp luật cũng có một quy định nhằm hạn chế quyền lựa chọn của các bên. Điều 293 Luật Thương mại Việt Nam 2005 quy định, trừ trường hợp có thoả thuận khác, bên bị vi phạm không được áp dụng các chế tài tạm ngừng thực hiện hợp đồng, đinh chỉ hợp đồng hoặc hủy hợp đồng đối với vi phạm không cơ bản. Có thể nói rằng quy định nói trên của Luật Thương mại có vẻ như là đã quá rõ ràng.

Tuy nhiên khi áp dụng quy định này thực tiễn sẽ gặp phải sự khó khăn vừa mang tính pháp lý vừa mang tính thực tiễn: dựa trên những tiêu chí nào để phân biệt vi phạm nào là cơ bản và vi phạm nào là không cơ bản. Về vấn đề này chúng tôi sẽ có sự phân tích kỹ trong phần: Vì phạm hợp đồng.

Quy định của Luật Thương mại 2005 về các chế tài do vi phạm hợp đồng cũng được áp dụng cho hợp đồng thương mại quốc tế nếu các bên thỏa thuận chọn pháp luật Việt Nam với tư cách là luật áp dụng cho hợp đồng.

Công ước Viên 1980 dành một phần tương đối lớn các điều khoản trong Phần III để quy định các chế tài được áp dụng trong trường hợp vi phạm hợp đồng: Mục III Chương II quy định các biện pháp bảo hộ pháp lý trong trường hợp người bán vi phạm hợp đồng; Mục III Chương III quy định các biện pháp bảo hộ pháp lý trong trường hợp người mua vi phạm hợp đồng; Mục II Chương V quy định bồi thường thiệt hại; Điều 78 quy định việc trả lãi và Mục V Chương V quy định hậu quả của việc hủy hợp đồng. Tuy nhiên khác với pháp luật của Việt Nam và pháp luật của các nước châu Âu lục địa, Công ước Viên 1980 không quy định phạt vi phạm như là một biện pháp chế tài do vi phạm hợp đồng. Chúng ta sẽ nghiên cứu kỹ vấn đề này trong phần sau.

### 1.1 Buộc thực hiện đúng hợp đồng

Buộc thực hiện đúng hợp đồng là việc bên có quyền lợi bị vi phạm yêu cầu bên vi phạm thực hiện đúng hợp đồng hoặc áp dụng những biện pháp khác để hợp đồng được thực hiện.

- Trong trường hợp người bán vi phạm nghĩa vụ thì người mua có quyền yêu cầu người bán thực hiện đúng nghĩa vụ hợp đồng bằng các cách sau:

- + Nếu vi phạm là chậm giao hàng thì phải thực hiện nghĩa vụ giao hàng;
- + Nếu giao hàng thiếu hàng thì buộc phải giao đủ;

+ Thay thế hàng hóa không phù hợp với loại hàng hóa khác nếu sự không phù hợp là nghiêm trọng. Tuy nhiên, yêu cầu chỉ có hiệu lực nếu người mua tuân thủ thời hạn thông báo do các bên thỏa thuận trong hợp đồng;

+ Nếu người bán không thực hiện nghĩa vụ giao hàng cùng lúc đúng quy định thay cho hàng hóa không phù hợp thì người mua có quyền mua hàng mới thay thế và bên vi phạm phải có nghĩa vụ thanh toán;

+ Trong trường hợp người mua tự sửa chữa những khuyết tật của hàng hóa thì người bán có nghĩa vụ phải thanh toán những chi phí liên quan đến việc sửa chữa khuyết tật cho người mua.

Khi áp dụng chế tài buộc thực hiện nghĩa vụ, người mua có thể cho người bán một thời hạn bổ sung hợp lý để người bán thực hiện nghĩa vụ của mình (Điều 298 Luật Thương mại Việt Nam, Điều 47, 63 Công ước Viên 1980).

Buộc thực hiện đúng hợp đồng là đặc trưng của hệ thống pháp luật các nước châu Âu lục địa bởi vì họ cho rằng mục đích chính của người mua khi ký kết hợp đồng mua bán hàng hóa là nhận hàng. Cũng chính xuất phát từ mục đích đó mà pháp luật trao cho người mua trước hết là quyền yêu cầu người bán thực hiện nghĩa vụ thực tế đồng thời trả tiền phạt vi phạm (Điều 341 Bộ luật Thương mại Đức; Khoản 2 Điều 1229 Bộ luật Dân sự Đức) trong trường hợp vi phạm được coi là vi phạm nghiêm trọng hay trong thời hạn bổ sung mà người bán không thực hiện nghĩa vụ thi mới có quyền hủy hợp đồng và yêu cầu bồi thường thiệt hại.

Pháp luật Anh - Hoa Kỳ cho rằng, mục đích của việc mua bán hàng hóa là thu lợi nhuận, vậy nên trong trường hợp người bán giao hàng chậm thì người mua được giao quyền yêu cầu bồi thường thiệt hại. Việc thực hiện hợp đồng cũng có thể được coi là một biện pháp để bảo vệ quyền lợi của người mua, việc áp dụng biện pháp này phụ thuộc vào sự nhìn nhận, xem xét của tòa án. Theo Điều 2-716 Bộ luật Thương mại Thống nhất Hoa Kỳ, người mua có quyền yêu cầu thực hiện nghĩa vụ chỉ trong trường hợp nếu không thể mua được hàng thay thế mặc dù đã áp dụng mọi biện pháp hay đối tượng của hợp đồng là hàng đặc định.

Công ước Viên 1980 quy định rằng, người mua hay người bán không mất quyền đòi bồi thường thiệt hại khi họ sử dụng chế tài buộc thực hiện nghĩa vụ (Khoản 2 Điều 45, Khoản 2 Điều 47, Điều 48, Khoản 2 Điều 61, Khoản 2 Điều 63).

Các quy định nói trên của Công ước Viên 1980 và của pháp luật các nước khác khác với quy định của Luật Thương mại 1997 của Việt Nam. Theo quy định của Khoản 1 Điều 225 Luật Thương mại 1997, trong trường hợp không có thỏa thuận khác thi trong thời gian áp dụng chế tài buộc thực hiện đúng nghĩa vụ hợp đồng, bên mua không được áp dụng các chế tài phạt vi phạm, bồi thường thiệt hại hoặc hủy hợp đồng. Để đảm bảo sự tương thích với pháp luật quốc tế về thương mại cũng như để phù hợp với thực tiễn hoạt động thương mại nói cung, hoạt động thương mại ở Việt Nam nói riêng, Luật Thương mại 2005 của Việt Nam có sự thay đổi đáng kể trong việc quy định mối quan hệ giữa chế tài buộc thực hiện đúng hợp đồng với các loại chế tài khác. Điều 299.1 Luật Thương mại 2005 quy định, trừ trường hợp có thỏa thuận khác, trong thời gian áp dụng chế tài buộc thực hiện đúng hợp đồng, bên bị vi phạm không được áp dụng các chế tài khác, trừ chế tài phạt vi phạm và bồi thường thiệt hại. Có thể nói rằng, quy định này của Luật thương mại 2005 có sự tiến bộ đáng kể so với quy định của Luật Thương mại 1997, thể hiện được sự tiến bộ trong tư duy làm luật của những người soạn thảo.

Rõ ràng rằng, trong mọi trường hợp, trong thời gian áp dụng chế tài buộc thực hiện đúng nghĩa vụ thi không thể áp dụng chế tài hủy hợp đồng. Nhưng

bên bị thiệt hại không có quyền áp dụng chế tài phạt hợp đồng hay bồi thường thiệt hại trong trường hợp này thì rõ ràng là không công bằng cho bên bị vi phạm. Khi so sánh các quy định của Điều 223 với quy định của Điều 225.1 Luật Thương mại 1997 có thể thấy rằng, rõ ràng có sự mâu thuẫn. Điều 223 bắt buộc bên vi phạm phải chịu mọi phí tổn phát sinh khi bị áp dụng chế tài thực hiện nghĩa vụ thực tế, còn Điều 225.1 lại không cho phép bên bị vi phạm áp dụng chế tài phạt vi phạm hay bồi thường thiệt hại khi đã áp dụng chế tài buộc thực hiện hợp đồng. Cần phải hiểu rằng, những phí tổn phát sinh do vi phạm hợp đồng cũng chính là thiệt hại, và cũng cần phải hiểu thiệt hại chính là những phí tổn mà bên bị thiệt hại đã bỏ ra hoặc sẽ phải bỏ ra để khôi phục lại quyền lợi bị vi phạm của mình. Mặt khác, ví dụ người bán chậm thực hiện nghĩa vụ giao hàng của mình cho người mua, trong trường hợp này người mua hoàn toàn có quyền: thứ nhất, yêu cầu người bán thực hiện nghĩa vụ giao hàng nếu họ cho rằng sự chậm giao hàng chưa nghiêm trọng đến mức cần thiết để yêu cầu hủy hợp đồng hoặc trên thực tế người mua không thể mua hàng khác cùng loại để thay thế; thứ hai, người mua có quyền yêu cầu người bán trả tiền phạt vi phạm nếu các bên có thỏa thuận hoặc yêu cầu bồi thường thiệt hại.

Trong trường hợp người bán giao hàng kém chất lượng và người mua buộc người bán phải thực hiện đúng nghĩa vụ tức là phải sửa chữa khuyết tật của hàng hóa hay là thay hàng bị khuyết tật bằng hàng hóa có chất lượng khác. Nếu việc sửa chữa khuyết tật hay thay đổi hàng được người bán thực hiện trong thời hạn hợp đồng thì người mua không có quyền áp dụng chế tài phạt vi phạm hay đòi bồi thường thiệt hại trong trường hợp này, còn nếu việc sửa chữa khuyết tật hay đổi hàng kém chất lượng bằng hàng khác được người bán thực hiện khi thời hạn của hợp đồng đã hết thì người mua hoàn toàn có quyền yêu cầu trả tiền phạt hợp đồng hay đòi bồi thường thiệt hại.

Hậu quả pháp lý cũng tương tự nếu người bán bắt đầu sửa chữa khuyết tật hay thực hiện việc thay hàng hóa kém phẩm chất trong thời hạn hợp đồng nhưng hết thời hạn của hợp đồng mà công việc sửa chữa hay thay thế hàng chưa kết thúc thì người mua có quyền yêu cầu trả tiền phạt vi phạm hay bồi thường thiệt hại.

- Trong trường hợp người mua không thực hiện một nghĩa vụ nào đó thì người bán có thể:

+ Yêu cầu người mua trả tiền, nhận hàng hay thực hiện các nghĩa vụ khác;

+ Cho người mua một thời hạn bổ sung để thực hiện nghĩa vụ. Trong thời gian gia hạn này, người bán không được áp dụng một biện pháp bảo hộ pháp

lý nào trừ trường hợp người mua trực tiếp tuyên bố không thực hiện nghĩa vụ. Tuy nhiên trong trường hợp này người bán không mất quyền yêu cầu trả tiền phạt vi phạm nếu các bên có thỏa thuận hay đòi bồi thường thiệt hại do người mua chậm thực hiện nghĩa vụ.

### **1.2 Tạm ngừng và đình chỉ thực hiện hợp đồng**

Có thể nói rằng, tạm ngừng và đình chỉ thực hiện hợp đồng là hai quy định mới được Luật Thương mại 2005 điều chỉnh.

Tạm ngừng thực hiện hợp đồng là việc một bên tạm thời không thực hiện nghĩa vụ trong trường hợp, khi xảy ra hành vi vi phạm mà các bên đã thỏa thuận là điều kiện để tạm ngừng thực hiện hợp đồng hay một bên vi phạm nghĩa vụ hợp đồng, trừ trường hợp bên vi phạm được miễn trách nhiệm do hành vi vi phạm hợp đồng do pháp luật quy định hay do các bên thoả thuận. Khi hợp đồng bị tạm ngừng thực hiện thì nó vẫn còn hiệu lực. Việc tạm ngừng có nghĩa là các bên sẽ không phải thực hiện nghĩa vụ của mình trong một thời hạn cụ thể nào đó, thông thường, thời hạn này hoàn toàn do các bên thoả thuận bởi vì luật không quy định. Khi hợp đồng bị tạm ngừng thực hiện thì bên bị vi phạm có quyền yêu cầu bên vi phạm bồi thường thiệt hại, nếu có<sup>29</sup>.

Đình chỉ thực hiện hợp đồng là việc một bên chấm dứt thực hiện nghĩa vụ hợp đồng trong trường hợp khi xảy ra hành vi vi phạm mà các bên đã thoả thuận là điều kiện để đình chỉ hợp đồng hoặc một bên vi phạm cơ bản nghĩa vụ hợp đồng, trừ trường hợp bên vi phạm được miễn trách nhiệm do hành vi vi phạm hợp đồng do pháp luật quy định hay do các bên thoả thuận. Khi hợp đồng bị đình chỉ thực hiện thì hiệu lực của hợp đồng chấm dứt từ thời điểm một bên nhận được thông báo đình chỉ. Các bên không phải tiếp tục thực hiện nghĩa vụ hợp đồng. Bên đã thực hiện nghĩa vụ hợp đồng có quyền yêu cầu bên kia thanh toán hoặc thực hiện nghĩa vụ đối ứng, ngoài ra bên bị vi phạm có quyền yêu cầu bên vi phạm bồi thường thiệt hại<sup>30</sup>. Khác với tạm ngừng thực hiện hợp đồng, khi áp dụng chế tài đình chỉ hợp đồng pháp luật bắt buộc bên yêu cầu phải thông báo cho phía bên kia biết về việc đình chỉ hợp đồng, nếu không thông báo mà gây thiệt hại thì phải bồi thường.

### **1.3 Huỷ hợp đồng**

Trong thực tiễn hoạt động thương mại, hủy hợp đồng là biện pháp chế tài được áp dụng khi việc áp dụng chế tài buộc thực hiện nghĩa vụ không còn ý nghĩa, hay theo quy định của pháp luật Việt Nam khi việc vi phạm của bên kia

<sup>29</sup> Xem: Điều 308, 309 Luật Thương mại 2005.

<sup>30</sup> Xem: Điều 310, 311 Luật Thương mại 2005, Điều 426 Bộ luật Dân sự 2005.

là điều kiện để hủy hợp đồng mà các bên đã thỏa thuận hoặc một bên vi phạm cơ bản nghĩa vụ hợp đồng (Điều 312.4 Luật Thương mại 2005).

Thông thường, bên bị vi phạm có thể tuyên bố hủy hợp đồng nếu:

*Thứ nhất*, nếu sự vi phạm là vi phạm điều kiện chủ yếu của hợp đồng, ví dụ, người bán giao hàng kém chất lượng và việc đổi hàng hay sửa chữa khuyết tật không còn có ý nghĩa đối với người mua, hay người mua chậm thực hiện nghĩa vụ nhận hàng và việc chờ người mua thực hiện nghĩa vụ nhận hàng hoàn toàn không có ý nghĩa đối với người bán;

*Thứ hai*, bên vi phạm không thực hiện nghĩa vụ theo quy định của hợp đồng trong trường hợp bên bị vi phạm đã cho thêm một thời hạn để thực hiện nghĩa vụ nhưng họ đã không thực hiện nghĩa vụ này, hoặc bên vi phạm tuyên bố sẽ không thực hiện nghĩa vụ trong thời gian được gia hạn này.

Khi áp dụng chế tài hủy hợp đồng, pháp luật (Điều 315 Luật Thương mại) quy định bên hủy hợp đồng phải thông báo cho bên kia biết về việc hủy hợp đồng, nếu không thông báo ngay mà gây thiệt hại cho bên kia thì bên hủy hợp đồng phải bồi thường thiệt hại nếu có.

Trong trường hợp chưa kịp thông báo nghĩa vụ do hủy hợp đồng cho bên vi phạm nhưng bên vi phạm đã thực hiện nghĩa vụ thì bên bị vi phạm mất quyền hủy bỏ hợp đồng. Ví dụ, khi người mua chưa kịp tuyên bố hủy hợp đồng do người bán vi phạm nghĩa vụ giao hàng nhưng người bán đã giao hàng thì người mua sẽ mất quyền hủy bỏ hợp đồng hoặc khi người mua đã thực hiện nghĩa vụ trả tiền, dù chậm, người bán không có quyền tuyên bố hủy bỏ hợp đồng.

Việc hủy hợp đồng sẽ làm phát sinh một số hậu quả pháp lý. Quy định của pháp luật Việt Nam (Điều 314 Luật Thương mại 2005) về vấn đề này tương tự quy định của pháp luật quốc tế mà cụ thể là quy định của Công ước Viên 1980 (Điều 81). Việc hủy hợp đồng giải phóng các bên khỏi những nghĩa vụ của mình được quy định trong hợp đồng, trừ những khoản bồi thường mà bên vi phạm phải gánh chịu có thể có. Việc hủy bỏ hợp đồng liên quan đến hiệu lực của các quy định của hợp đồng về giải quyết tranh chấp hay liên quan đến các quyền và nghĩa vụ của các bên trong trường hợp hợp đồng bị hủy.

Khi hợp đồng bị huỷ, bên nào đã thực hiện toàn bộ hay một phần nghĩa vụ hợp đồng có thể đòi bên kia hoàn lại những gì đã được giao hay đã được thanh toán khi thực hiện hợp đồng. Nếu cả hai bên đều bị buộc phải hoàn lại thì họ phải thực hiện nghĩa vụ này đồng thời.

Khi xem xét chế tài huỷ hợp đồng, thiết nghĩ cũng cần phân biệt loại chế tài này với chế tài đình chỉ thực hiện hợp đồng. Về hình thức hai biện

pháp chế tài này có nhiều điểm giống nhau như: căn cứ áp dụng, nghĩa vụ thông báo. Có thể nói rằng, sự khác nhau cơ bản giữa hai loại chế tài này thể hiện ở hậu quả pháp lý của chúng: khi áp dụng chế tài định chỉ thực hiện hợp đồng thì hiệu lực của hợp đồng chấm dứt tại thời điểm một bên nhận được thông báo đình chỉ, còn khi áp dụng chế tài huỷ hợp đồng thì hợp đồng không có hiệu lực kể từ thời điểm ký kết vì vậy mỗi bên đều có quyền đòi lại lợi ích do việc đã thực hiện phần nghĩa vụ hợp đồng của mình.

## II. TRÁCH NHIỆM DO VI PHẠM HỢP ĐỒNG THƯƠNG MẠI QUỐC TẾ

Trách nhiệm là một trong những biện pháp chế tài do vi phạm hợp đồng nói chung, hợp đồng thương mại quốc tế nói riêng, tuy nhiên vì tầm quan trọng cũng như tính phức tạp của loại chế tài này nên chúng tôi dành riêng một mục cho loại chế tài này để có thể nghiên cứu sâu hơn.

### 2.1 Khái niệm, hình thức trách nhiệm do vi phạm hợp đồng thương mại quốc tế

Theo quy định của pháp luật của hầu hết các nước trên thế giới, trách nhiệm do vi phạm hợp đồng là một gánh nặng bổ sung được áp dụng cho bên vi phạm hợp đồng, hay nói cách khác, trách nhiệm do vi phạm hợp đồng là hậu quả bất lợi về vật chất mà bên vi phạm phải gánh chịu do không thực hiện nghĩa vụ hợp đồng của mình.

Pháp luật của nhiều nước trên thế giới, đặc biệt là các nước thuộc hệ thống pháp luật châu Âu lục địa coi phạt vi phạm và bồi thường thiệt hại là hai hình thức của trách nhiệm do vi phạm hợp đồng trong đó có hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế.

Pháp luật của các nước châu Âu lục địa coi phạt vi phạm là hình thức trách nhiệm chủ yếu được áp dụng đồng thời với chế tài buộc thực hiện hợp đồng. Bồi thường thiệt hại chỉ được áp dụng trong các trường hợp nghiêm trọng.

Pháp luật của các nước Anh, Hoa Kỳ coi bồi thường thiệt hại là hình thức trách nhiệm chủ yếu do vi phạm hợp đồng, trong đó có cả hợp đồng thương mại quốc tế.

Công ước Viên 1980 chọn giải pháp thoả hiệp giữa hai hệ thống pháp luật nói trên và chỉ coi bồi thường thiệt hại là hình thức trách nhiệm chủ yếu do không thực hiện hay thực hiện không đúng hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế.

Pháp luật Việt Nam quy định hai hình thức trách nhiệm do vi phạm hợp đồng. Đó là phạt vi phạm (Điều 300 Luật thương mại) và bồi thường thiệt hại (Điều 302 Luật Thương mại).

### **2.1.1 Bồi thường thiệt hại**

Bồi thường thiệt hại là hình thức trách nhiệm do không thực hiện hay thực hiện không đúng nghĩa vụ hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế được tất cả các hệ thống pháp luật trên thế giới áp dụng.

Theo quy định Điều 302 Luật thương mại, Điều 307 Bộ luật dân sự, bồi thường thiệt hại là việc bên vi phạm bồi hoàn những tổn thất do hành vi vi phạm hợp đồng gây ra cho bên bị vi phạm. Giá trị bồi thường thiệt hại bao gồm giá trị tổn thất thực tế, trực tiếp mà bên bị vi phạm phải chịu do bên vi phạm gây ra và khoản lợi trực tiếp mà bên bị vi phạm đáng lẽ được hưởng nếu không có hành vi vi phạm. Số tiền bồi thường thiệt hại không thể cao hơn giá trị tổn thất và khoản lợi đáng lẽ được hưởng. Còn theo Điều 74 Công ước Viên 1980 thì mức bồi thường không cao hơn mức tổn thất và khoản lợi được hưởng mà bên vi phạm nhìn thấy trước hoặc buộc phải nhìn thấy trước khi ký kết hợp đồng.

Như vậy, cả pháp luật Việt Nam và Công ước Viên 1980 đều quy định loại thiệt hại nào phải được bồi thường (thiệt hại thực tế và khoản lợi trực tiếp đáng lẽ được hưởng) và mức bồi thường tối đa.

Thiệt hại trực tiếp bao gồm:

- Hàng hóa mất mát hay bị hư hỏng.
- Chi phí đã được sử dụng hay sẽ được sử dụng để phục hồi hay loại bỏ khuyết tật của hàng hóa.
- Khoản tiền mà bên bị vi phạm phải đền bù cho đối tác của do không thực hiện nghĩa vụ của mình.

Khoản lợi đáng lẽ được hưởng là những khoản lợi đáng lẽ bên bị thiệt hại được thụ hưởng trong điều kiện bình thường nếu phía bên kia thực hiện nghĩa vụ của mình.

Bồi thường thiệt hại phải tuân thủ nguyên tắc: thiệt hại phải được bồi thường đầy đủ. Nội dung của nguyên tắc này được thể hiện ở hai khía cạnh: thứ nhất, bên bị thiệt hại phải được đền bù đầy đủ để có thể khôi phục lại lợi ích vật chất bị tổn thất; thứ hai, bên bị thiệt hại không được phép nhận sự đền bù vượt ra ngoài phạm vi cần thiết để khắc phục lợi ít vật chất bị tổn thất của mình, có nghĩa là bên được bồi thường không vì được bồi thường mà có lợi hơn trong trường hợp nghĩa vụ được thực hiện bình thường.

Như vậy, mục đích của việc bồi thường thiệt hại là đặt lợi ích vật chất của bên bị thiệt hại vào vị trí đáng lẽ ra họ phải có nếu phía bên kia thực hiện nghĩa vụ của mình.

Trong thực tiễn hoạt động thương mại quốc tế, việc xác định thiệt hại do hành vi vi phạm hợp đồng gây ra là một vấn đề hoàn toàn không đơn giản. Đặc biệt là việc xác định mức độ khoản lợi đáng lẽ được hưởng nếu bên vi phạm thực hiện đúng nghĩa vụ của mình. Trong thực tế chưa có pháp luật của một quốc gia nào quy định một cách cụ thể cách thức để xác định mức độ thiệt hại phải đến bù, mà chỉ quy định những nguyên tắc mang tính chất chung. Ví dụ, Điều 302.2 Luật Thương mại 2005 chỉ quy định một cách chung rằng: số tiền bồi thường thiệt hại gồm giá trị tổn thất thực tế, trực tiếp và khoản lợi trực tiếp đáng lẽ được hưởng và số tiền này không thể cao hơn giá trị tổn thất và khoản lợi đáng lẽ được hưởng.

Như vậy thiệt hại phải được đền bù phải là thiệt hại trực tiếp và được bên vi phạm dự liệu trước khi ký kết hợp đồng. Vấn đề này được pháp luật của Pháp (Điều 1151 Bộ luật Dân sự) quy định khác so với pháp luật Việt Nam cũng như của nhiều nước, theo đó phạm vi bồi thường không bị giới hạn bởi mức thiệt hại được bên vi phạm dự liệu trước khi ký kết hợp đồng nếu vi phạm là cố ý. Chúng tôi cho rằng để duy trì trật tự kinh doanh thương mại, quy định của pháp luật của Pháp như vậy là hợp lý.

Việc xác định những thiệt hại thực tế theo nguyên tắc được thực hiện dựa trên các yếu tố khách quan như: hàng hóa bị mất mát, hư hỏng, các chi phí để khôi phục lại tình trạng của hàng hóa...

Điều 75-76 Công ước Viên 1980 quy định việc xác định thiệt hại trong trường hợp hủy hợp đồng. Theo quy định của Điều 75, nếu hợp đồng bị hủy, một cách hợp lý và trong thời hạn hợp lý, sau khi hủy hợp đồng người mua hàng thay thế và người bán hàng cho người khác thì bên thiệt hại có thể yêu cầu phía bên kia bồi thường mức chênh lệch giá của hợp đồng và giá của hợp đồng thay thế cũng như mọi chi phí bổ sung khác.

Điều 75 Công ước Viên 1980 sử dụng phương pháp cụ thể để xác định thiệt hại trong những trường hợp, những trường hợp này thường hay xảy ra trong thực tiễn mua bán hàng hóa quốc tế, khi bên bị thiệt hại ký kết hợp đồng mua bán thay thế: người bán bán hàng cho người khác, còn người mua mua hàng khác để thay thế cho số hàng đáng lẽ người bán phải giao. Phạm vi bồi thường sẽ là sự chênh lệch giá giữa hợp đồng của các bên và giá của hợp đồng thay thế. Trong trường hợp này nếu người mua muốn yêu cầu bồi thường mức chênh lệch giữa giá hàng theo hợp đồng cũ với giá hàng theo hợp đồng thay thế thì hợp đồng thay thế không được ký một cách tùy tiện mà phải được ký một cách hợp lý sau khi hủy hợp đồng, có nghĩa là phải phù hợp với thực tiễn thương mại được mọi người công nhận.

Điều 76 Công ước Viên 1980 sử dụng phương pháp trừu tượng để xác định thiệt hại trong trường hợp hủy hợp đồng nhưng bên bị thiệt hại không ký

kết hợp đồng thay thế. Trong trường hợp này, bên bị thiệt hại có quyền yêu cầu bồi thường chênh lệch giữa giá hàng theo hợp đồng với giá thị trường tại thời điểm hủy hợp đồng cùng với mọi chi phí phát sinh mà họ có quyền đòi theo Điều 74. Tuy nhiên, nếu bên yêu cầu bồi thường thiệt hại đã tiếp nhận hàng trước khi hủy hợp đồng thì phải áp dụng giá tại thời điểm tiếp nhận hàng. Nguyên tắc chung được áp dụng để xác định giá thị trường hiện hành được thể hiện ở chỗ, đó là giá hàng ở nơi mà đáng lẽ hàng hóa phải được giao, nếu ở đó không có giá trị hiện hành, thì là giá tại một nơi nào đó mà có thể tham chiếu một cách hợp lý có tính đến sự chênh lệch do chi phí vận chuyển.

Như đã đề cập đến ở trên, việc xác định khoản lợi đáng lẽ được hưởng đặc biệt phức tạp, thông thường nó không chỉ là khoản lợi dự kiến mà người có quyền bị mất đi.

Điều 74 Công ước Viên 1980 và Điều 302 Luật Thương mại Việt Nam không điều chỉnh việc xác định phạm vi khoản lợi trực tiếp đáng lẽ được hưởng. Vì vậy khi xác định phạm vi khoản lợi trực tiếp đáng lẽ được hưởng xuất phát từ việc bên bị thiệt hại có quyền nhận khoản lợi thực tế họ bị mất hay có thể chờ đợi, mà họ nhìn thấy được trước tại thời điểm ký kết hợp đồng, bên bị thiệt hại không bị hạn chế về thời gian trong việc yêu cầu bồi thường khoản lợi đáng lẽ được hưởng trong phạm vi mà họ có thể nhìn thấy trước<sup>31</sup>.

Khi xác định khoản lợi đáng lẽ được hưởng, một vấn đề được đặt ra là thiệt hại do uy tín bị giảm sút có được coi là khoản lợi đáng lẽ được hưởng và có được bồi thường hay không. Pháp luật của Việt Nam và pháp luật của nhiều nước không đề cập đến vấn đề này. Trong thực tiễn thương mại quốc tế, trong nhiều trường hợp thiệt hại do uy tín bị giảm sút cũng được bồi thường<sup>32</sup>.

Khi áp dụng các quy định trên sẽ xuất hiện tình huống khi mà bên vi phạm cố tình không thực hiện nghĩa vụ bởi vì họ thấy rằng việc vi phạm nghĩa vụ hợp đồng có lợi hơn thực hiện hợp đồng mặc dù phải chịu bồi thường thiệt hại. Pháp luật của Việt Nam cũng như các văn bản pháp luật thương mại quốc tế chưa có sự điều chỉnh vấn đề này. Trong trường hợp này, Điều 15.2.2 Bộ luật Dân sự Liên bang Nga quy định, nếu người vi phạm nghĩa vụ thu lợi từ việc vi phạm thì người bị vi phạm có quyền yêu cầu bồi thường, cùng với những thiệt hại khác, khoản lợi đáng lẽ được hưởng không ít hơn thu nhập nói trên của người vi phạm. Có thể nói rằng đây là một quy định hết sức mới và hiện nay mới chỉ có trong Bộ luật Dân sự của Cộng hòa Liên bang Nga.

<sup>31</sup> Xem: Commentary on the International Sales Law, The Vienna Convention, Milan 1987, Lando, p. 544.

<sup>32</sup> Xem: 50 phán quyết Trọng tài quốc tế chọn lọc, NXB Hà Nội, 2002, tr. 40.

Chúng tôi cho rằng, để góp phần bảo đảm trật tự cho hoạt động kinh doanh thương mại cũng như lưu thông dân sự trong Bộ luật Dân sự và Luật Thương mại Việt Nam nên xây dựng quy định tương tự Điều 15 Bộ luật Dân sự của Liên bang Nga.

Khi yêu cầu bồi thường thiệt hại, bên bị thiệt hại phải có nghĩa vụ chứng minh có sự tổn thất và mức độ tổn thất do vi phạm nghĩa vụ hợp đồng gây ra. Tuy nhiên không cần thiết phải chứng minh mức thiệt hại đến độ chính xác của toán học, và nếu có sự yêu cầu bồi thường thiệt hại, bên vi phạm không thể được miễn trách nhiệm do việc chứng minh mức độ thiệt hại gặp khó khăn. Trong những trường hợp như vậy tòa án sẽ giải quyết theo cách nhìn riêng của mình có tính đến thực tiễn xét xử.

Khi có sự vi phạm hợp đồng, pháp luật của hầu hết các nước đều quy định bên bị thiệt hại có nghĩa vụ phải áp dụng những biện pháp để hạn chế thiệt hại có thể xảy ra, hay nói cách khác là phải áp dụng những biện pháp hợp lý để ngăn chặn thiệt hại (Điều 77 Công ước Viên 1980, Điều 7.4.8 Nguyên tắc UNIDROIT). Khi xem xét các quy định của Bộ luật Dân sự, chúng tôi thấy nghĩa vụ hạn chế tổn thất chỉ được quy định trong Điều 448 về bồi thường thiệt hại trong thời hạn bảo hành. Nghĩa vụ ngăn chặn thiệt hại là nghĩa vụ phải được áp dụng cho tất cả mọi trường hợp khi có hành vi vi phạm, tuy nhiên quy định của Điều 448 Bộ luật dân sự có thể làm cho nhiều người nhầm tưởng rằng, nghĩa vụ hạn chế tổn thất chỉ liên quan đến bồi thường thiệt hại trong thời hạn bảo hành. Khác với Bộ luật Dân sự, nghĩa vụ hạn chế tổn thất được quy định trong Luật Thương mại 2005 rõ ràng hơn. Theo Điều 305 Luật Thương mại Việt Nam, bên đòi bồi thường thiệt hại phải áp dụng những biện pháp được coi là hợp lý trong trường hợp cụ thể đó để hạn chế tổn thất kể cả khoản lợi đáng lẽ được hưởng phát sinh từ việc vi phạm hợp đồng. Nếu bên đòi bồi thường không áp dụng những biện pháp hợp lý nói trên, bên vi phạm hợp đồng có thể yêu cầu giảm mức bồi thường thiệt hại bằng số tiền đáng lẽ có thể hạn chế được. Có thể nói rằng, quy định này là sự thể hiện một cách đầy đủ nguyên tắc thiện chí và trung thực trong việc ký kết và thực hiện hợp đồng.

Dưới góc độ thương mại, những biện pháp hợp lý nhằm hạn chế thiệt hại trong trường hợp có vi phạm hợp đồng thông thường được coi là người bán bán hàng cho người khác và người mua hàng thay thế hay là ngừng việc thực hiện nghĩa vụ của mình hay là yêu cầu đối tác đảm bảo bằng văn bản thực hiện nghĩa vụ của họ nếu có cơ sở để nghi ngờ rằng họ sẽ không thực hiện nghĩa vụ của mình khi hợp đồng hết thời hạn, hoặc là người mua tự mình sửa chữa khuyết tật kịp thời có thể hạn chế mức độ thiệt hại.

Có thể nói rằng, quy định của Công ước Viên 1980 và của Luật thương mại Việt Nam thể hiện được thực tiễn hoạt động thương mại và việc áp dụng

chúng phù hợp với quyền lợi chung của tất cả các chủ thể tham gia hoạt động thương mại quốc tế.

Trong thực tiễn hoạt động thương mại nói chung sẽ xuất hiện hai vấn đề liên quan đến việc áp dụng các biện pháp hạn chế tổn thất:

- *Thứ nhất*, nếu vi phạm hợp đồng là cố ý thì bên bồi thường có quyền viên dân đến việc bên bị thiệt hại không áp dụng những biện pháp hợp lý để hạn chế thiệt hại hay không. Nếu xem xét kỹ sự thể hiện nguyên tắc trung thực, thiên chí trong việc ký kết và thực hiện hợp đồng của pháp luật nhiều nước và Công ước Viên 1980 thì có thể thấy rằng, trong trường hợp cố ý vi phạm hợp đồng thì bên vi phạm không thể viên dân đến việc bên bị vi phạm đã không áp dụng các biện pháp ngăn chặn thiệt hại. Còn trong Bộ luật Dân sự và Luật Thương mại Việt Nam 2005 thì vấn đề này khó có thể tìm được lời giải thích, bởi vì có rất ít quy định cho phép phân biệt được hậu quả pháp lý của hai loại lỗi cố ý và vô ý (Điều 308 Bộ luật Dân sự 2005).

- *Thứ hai*, nếu bên bồi thường đã áp dụng những biện pháp nhằm mục đích hạn chế thiệt hại, nhưng không những thiệt hại không được hạn chế mà còn lớn hơn. Trong trường hợp này thiệt hại phát sinh do bên đòi bồi thường áp dụng các biện pháp mà theo họ, nhằm hạn chế tổn thất sẽ không được bồi thường, bởi vì những biện pháp đó theo quy định của Điều 448.2 Bộ luật Dân sự, Điều 305 Luật Thương mại Việt Nam, Điều 77 Công ước Viên 1980 không thể được coi là những biện pháp hợp lý.

### 2.1.2 *Phạt vi phạm*

Trong hợp đồng thương mại kể cả hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế, các bên thường áp dụng chế tài phạt vi phạm. Phạt vi phạm, theo nguyên tắc, thực hiện hai chức năng: thứ nhất, là biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ hợp đồng; thứ hai, là hình thức trách nhiệm do vi phạm hợp đồng. Mặc dù các văn bản pháp luật thương mại quốc tế không có quy định để điều chỉnh loại quan hệ này, nhưng các bên trong hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế khi ký kết hợp đồng thường thỏa thuận điều kiện phạt vi phạm. Bản chất của phạt vi phạm cũng như nội dung của phạt vi phạm được pháp luật của các quốc gia khác nhau quy định tương đối giống nhau, tuy nhiên mức độ phạt vi phạm lại không giống nhau ngay cả trong các văn bản pháp luật khác nhau của pháp luật Việt Nam. Điều 301 Luật Thương mại 2005, mức phạt tối đa không vượt qua 8% phần giá trị nghĩa vụ hợp đồng bị vi phạm, trừ trường hợp phạt vi phạm do giám định sai<sup>33</sup>. Trong khi đó, Điều 422 Bộ luật Dân sự lại không

<sup>33</sup> Xem thêm: Điều 266 Luật Thương mại. Trong trường hợp này mức phạt vi phạm do các bên thoả thuận, nhưng không được vượt quá mười lần thù lao dịch vụ giám định.

quy định mức tối đa của phạt vi phạm, tức là mức phạt vi phạm do các bên thỏa thuận.

Vì các văn bản pháp luật quốc tế không có quy định về phạt vi phạm, vì vậy phạt vi phạm với tư cách là một hình thức của trách nhiệm do vi phạm hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế sẽ được điều chỉnh bằng luật quốc gia. Như vậy, nếu một trong hai chủ thể của hợp đồng là thương nhân của Việt Nam và pháp luật áp dụng cho hợp đồng theo thỏa thuận của các bên là luật Việt Nam, thi phạt vi phạm sẽ được điều chỉnh bởi các Điều 300, 301 Luật Thương mại và Điều 422 Bộ luật Dân sự.

Theo quy định của Điều 300 Luật Thương mại Việt Nam 2005 (Điều 330 Bộ luật Dân sự Liên bang Nga; Điều 1152 Bộ luật Dân sự Cộng hòa Pháp; Điều 339 Bộ luật Dân sự Đức) phạt vi phạm là bên có quyền lợi bị vi phạm yêu cầu bên vi phạm trả một khoản tiền phạt nhất định do vi phạm hợp đồng nếu trong hợp đồng có thỏa thuận hoặc pháp luật có quy định.

Trong thực tiễn ký kết và thực hiện hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế, việc chứng minh có thiệt hại và mức độ thiệt hại do vi phạm nghĩa vụ là vẫn đề không đơn giản và mất nhiều thời gian. Bởi vậy, việc áp dụng phạt vi phạm như là một hình thức trách nhiệm do vi phạm hợp đồng có những ưu điểm sau:

- Cho phép dồn bù thiệt hại một cách nhanh chóng. Chỉ cần có sự vi phạm hợp đồng và sự vi phạm này không phải là hậu quả của tình huống bất khả kháng hay thuộc trường hợp miễn trừ trách nhiệm do các bên thỏa thuận là người bị thiệt hại có thể yêu cầu bên vi phạm trả số tiền mà hai bên đã thỏa thuận;
- Bên có quyền không cần phải chứng minh thiệt hại và mức độ thiệt hại;
- Tránh được những chi phí phát sinh khi tiến hành chứng minh thiệt hại, mức độ của thiệt hại.

Khi xem xét các quy định của Luật Thương mại về phạt vi phạm có thể đưa ra nhận định rằng, những người soạn thảo Luật Thương mại 2005 vẫn chịu sự ảnh hưởng của Pháp lệnh hợp đồng kinh tế 1989 khi xây dựng các quy định này, tức là vẫn cho rằng, phạt vi phạm được áp dụng ngay cả khi không có thiệt hại xảy ra. Về vấn đề này pháp luật của các nước có cách tiếp cận hoàn toàn khác. Theo Điều 330.2 Bộ luật Dân sự Liên bang Nga, theo nội dung của các điều từ 1226-1230 Bộ luật Dân sự Cộng hòa Pháp, người bị thiệt hại không có quyền yêu cầu người vi phạm trả tiền phạt vi phạm, nếu như người vi phạm không chịu trách nhiệm do không thực hiện hay thực hiện không đúng nghĩa vụ hợp đồng. Như vậy theo pháp luật của Liên bang Nga cũng như của các nước châu Âu lục địa, căn cứ yêu cầu trả tiền phạt vi phạm

hoàn toàn giống với căn cứ yêu cầu bồi thường thiệt hại, tức là căn cứ xác định trách nhiệm do vi phạm nghĩa vụ hợp đồng.

Đây là điểm khác biệt quan trọng đòi hỏi phải có sự nghiên cứu kỹ giữa phạt vi phạm được quy định trong Luật Thương mại 2005 với phạt vi phạm được quy định trong pháp luật của các nước châu Âu lục địa.

Điều 300 Luật Thương mại 2005 quy định giới hạn mức tối đa của phạt vi phạm 8% giá trị phân nghĩa vụ bị vi phạm. Theo quy định này, trong trường hợp các bên có thỏa thuận mức phạt vi phạm thì dù thiệt hại có lớn bao nhiêu đi nữa thì bên vi phạm chỉ phải trả tiền tối đa 8% giá trị nghĩa vụ bị vi phạm. Như vậy liệu quy định của điều luật này có phù hợp với mục đích của áp dụng trách nhiệm do vi phạm hợp đồng hay không?

Theo quan điểm của chúng tôi, việc Điều 301 Luật Thương mại Việt Nam quy định mức phạt vi phạm do vi phạm hợp đồng thương mại nói chung và hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế nói riêng không quá 8% giá trị nghĩa vụ bị vi phạm hoàn toàn không có ý nghĩa thực tế, bởi vì không phù hợp với thực tiễn hoạt động thương mại. Ngoài ra quy định này trái với quy định của Bộ luật Dân sự và thể hiện sự không tương thích với pháp luật quốc tế. Mặt khác nếu Bộ luật dân sự chỉ dừng lại ở việc không giới hạn mức tối đa của phạt vi phạm mà không có một số quy định ràng buộc thì chưa đủ. Ví dụ, sẽ có những trường hợp mức phạt vi phạm do các bên thỏa thuận lớn hơn hay ít hơn rất nhiều so với thiệt hại do hành vi vi phạm hợp đồng gây ra. Chúng tôi cho rằng, sự không thống nhất này chắc chắn sẽ gây ra rất nhiều khó khăn trong việc ký kết và thực hiện hợp đồng nói chung<sup>34</sup>.

Pháp luật của các nước, ở đó phạt vi phạm được coi là hình thức của trách nhiệm do vi phạm nghĩa vụ hợp đồng, không hạn chế mức phạt vi phạm, mà chỉ quy định rằng mức phạt vi phạm do các bên thỏa thuận khi ký kết hợp đồng. Mức phạt này có thể được tòa án điều chỉnh khi có yêu cầu của một bên trong trường hợp thiệt hại thực tế do vi phạm là quá thấp hoặc quá cao so với mức phạt vi phạm do các bên thỏa thuận (Điều 333 Bộ luật Dân sự Liên bang Nga, Mục 2 Điều 1152 Bộ luật Dân sự Pháp - được thay đổi bằng Luật số 75-597 ngày 9.7.1975- trước thời điểm này người vi phạm có nghĩa vụ phải trả tiền phạt vi phạm theo mức đã thỏa thuận, không ít hơn không nhiều hơn). Điều 348 Bộ luật thương mại Đức hiện nay không cho phép tòa án hạ mức phạt vi phạm xuất phát từ vi phạm hợp đồng thương mại, tuy nhiên Điều 343 Bộ luật Dân sự Đức lại cho phép điều đó bởi vì các nhà làm luật Đức cho rằng chủ thể tham gia hoạt động thương mại là những người kinh

<sup>34</sup> Xem: Lê Thị Bích Thọ, Dương Anh Sơn, *Phạt vi phạm.... Tạp chí Khoa học pháp lý*, số 1/2005.

doanh chuyên nghiệp, vì vậy khi ký kết hợp đồng họ phải biết được mức thiệt hại nào là có thể nếu nghĩa vụ hợp đồng đó bị vi phạm.

Khi xem xét phạt vi phạm với tư cách là một hình thức trách nhiệm không thể không xem xét mối quan hệ giữa chúng với chế tài bồi thường thiệt hại. Về vấn đề này có thể nói rằng, đã không có sự thống nhất giữa quy định của Bộ luật Dân sự và Luật Thương mại. Điều 307 Luật Thương mại quy định, trường hợp các bên có thoả thuận phạt vi phạm thì bên bị vi phạm có quyền áp dụng cả chế tài phạt vi phạm và bồi thường thiệt hại, trừ trường hợp Luật này có quy định khác, trong khi đó theo quy định của Điều 422.3 Bộ luật Dân sự, trong trường hợp các bên không có thoả thuận về bồi thường thiệt hại thì bên vi phạm nghĩa vụ chỉ phải nộp tiền phạt vi phạm. Có thể nói rằng, sự không thống nhất này sẽ gây rất nhiều khó khăn cho thực tiễn áp dụng luật để giải quyết tranh chấp sau này. Việc phân biệt hợp đồng dân sự với hợp đồng thương mại vốn dĩ là một việc hết sức khó khăn không những đối với những người áp dụng pháp luật mà ngay cả cho các chuyên gia pháp lý.

## **2.2 Căn cứ phát sinh trách nhiệm do vi phạm hợp đồng thương mại quốc tế**

Các hệ thống pháp luật khác nhau không giống nhau khi xem xét căn cứ phát sinh trách nhiệm trong hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế. Cách nhìn nhận đánh giá các yếu tố như lỗi, mối quan hệ nhân quả, thiệt hại mỗi hệ thống pháp luật có một cách tiếp cận riêng của mình. Trên cơ sở các quy định của các hệ thống pháp luật khác nhau về căn cứ xác định trách nhiệm do vi phạm hợp đồng, Công ước Viên 1980 có những quy định phù hợp cho tất cả các hệ thống pháp luật.

Căn cứ để xác định trách nhiệm do không thực hiện hay thực hiện không đúng hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế theo truyền thống bao gồm: vi phạm hợp đồng, thiệt hại, lỗi của bên vi phạm và mối quan hệ nhân quả giữa sự vi phạm hợp đồng và thiệt hại.

**2.2.1 Vi phạm hợp đồng:** Vi phạm hợp đồng được hiểu là sự không thực hiện hay thực hiện không đúng nghĩa vụ, có thể là không thực hiện nghĩa vụ giao hàng, thanh toán, tiếp nhận hàng, không thực hiện công việc đã cam kết. Thực hiện không đúng nghĩa vụ có thể là giao hàng không phù hợp điều kiện hợp đồng, chậm thực hiện nghĩa vụ...

Pháp luật của tất cả các nước và các văn bản pháp luật quốc tế đều coi việc không thực hiện hoặc thực hiện không đúng nghĩa vụ là căn cứ để xác định trách nhiệm trong hợp đồng thương mại quốc tế.

Khi xem xét hành vi vi phạm hợp đồng là một trong những căn cứ để xác định trách nhiệm do vi phạm hợp đồng thương mại quốc tế, chúng tôi thấy cần

phải có sự đánh giá, phân tích một số vấn đề cơ bản sau: thứ nhất, vi phạm hợp đồng cơ bản; thứ hai, vi phạm hợp đồng trước thời hạn.

Trước hết chúng tôi muốn nói đến chế định vi phạm hợp đồng cơ bản. Chế định vi phạm cơ bản là một trong những chế định mới được những người soạn thảo đưa vào Luật Thương mại 2005. Có thể nói rằng, những người soạn thảo Luật thương mại 2005 đã có sự tham khảo pháp luật của các nước cũng như Công ước Viên 1980 về vấn đề này. Chúng tôi cho rằng việc có sự phân biệt thế nào là vi phạm cơ bản và thế nào là vi phạm không cơ bản là điều hoàn toàn cần thiết bởi vì: thứ nhất, hậu quả pháp lý của chúng hoàn toàn khác nhau (ví dụ, như đã đề cập đến ở trên, chỉ có vi phạm cơ bản mới cho phép một trong các bên yêu cầu đình chỉ thực hiện hay huỷ hợp đồng); thứ hai, đảm bảo được sự công bằng trong hoạt động kinh doanh thương mại, tránh trường hợp một trong các bên lấy cớ vi phạm hợp đồng để yêu cầu huỷ hợp đồng trong trường hợp sự vi phạm có thể nói là không đáng kể.

Luật thương mại 2005 có đề cập đến vi phạm cơ bản, còn Bộ luật dân sự 2005 không tìm thấy quy định cho phép xác định vi phạm nào là vi phạm cơ bản hay không cơ bản. Có thể thấy rằng, quy định của pháp luật Việt Nam tại Điều 3.13 Luật thương mại năm 2005 gần giống với quy định của Công ước Viên 1980 về hợp đồng mua bán hàng hoá quốc tế. Điều 25 Công ước Viên 1980 quy định rằng, vi phạm hợp đồng được coi là cơ bản, nếu vi phạm đó gây ra cho bên bị vi phạm một sự tổn thất, một khoản lợi đáng kể mà họ phải có được trên cơ sở hợp đồng, ngoại trừ trường hợp, nếu bên vi phạm không nhìn thấy trước hậu quả đó và những người bình thường trong những hoàn cảnh, tình huống tương tự cũng không thể nhìn thấy trước được. Chúng tôi cho rằng, quy định nói trên của Công ước Viên 1980 đưa ra những căn cứ khá rõ ràng cho phép xác định vi phạm nào là vi phạm cơ bản. Mặc dù Luật thương mại Việt Nam có quy định vi phạm nào là cơ bản, tuy nhiên trong thực tiễn việc xác định chúng không phải là điều đơn giản. Để tránh những khó khăn nói trên, chúng tôi cho rằng, trong hợp đồng các bên nên thỏa thuận trước loại vi phạm nào có thể cho phép huỷ hay đình chỉ thực hiện hợp đồng<sup>35</sup>.

Vấn đề tiếp theo mà chúng tôi muốn đề cập đến khi xem xét vi phạm hợp đồng với tư cách là căn cứ xác định trách nhiệm đó là vi phạm hợp đồng trước thời hạn hay vi phạm hợp đồng khi chưa đến thời hạn thực hiện nghĩa vụ. Loại vi phạm này không được quy định một cách trực tiếp trong pháp luật

<sup>35</sup> Xem: Đỗ Văn Đài, *Vấn đề hủy bỏ, đình chỉ hợp đồng do vi phạm*. Tạp chí: Nghiên cứu lập pháp. Số 9-9/2004. *Vấn đề hủy bỏ, đình chỉ hợp đồng do vi phạm trong Bộ luật dân sự Việt Nam*. Tạp chí: Khoa học pháp lý. Số 3 (22)-2004

Việt Nam hiện hành. Ngoài vi phạm hợp đồng thông thường được pháp luật các nước quy định, hiện nay trong pháp luật của một số nước, trong các văn bản pháp luật quốc tế về thương mại người ta thường nói đến vi phạm hợp đồng khi chưa đến thời hạn thực hiện nghĩa vụ, hay vi phạm hợp đồng trước thời hạn (*anticipatory breach*). Loại vi phạm hợp đồng này lần đầu tiên được xem xét ở Anh năm 1853 trong vụ kiện nổi tiếng giữa Hochster và De La Tour và sau đó ở Hoa Kỳ và các nước thuộc hệ thống pháp luật Anh-Mỹ. Vi phạm hợp đồng trước thời hạn được thể hiện như sau: trước khi đến hạn thực hiện nghĩa vụ trong hợp đồng theo thoả thuận, nếu bên có quyền biết được rằng sẽ không được thực hiện hoặc có căn cứ để nghi ngờ rằng, nghĩa vụ sẽ không thể thực hiện, thì có thể thực hiện ngay các quyền hoặc một số quyền mà thông thường chỉ được dành cho các trường hợp nghĩa vụ đã không được thực hiện trên thực tế<sup>36</sup>. Chúng tôi thấy rằng, về vấn đề này thì pháp luật của Việt Nam chúng ta có một số quy định có thể nói là tương tự. Điều 415 Bộ luật Dân sự 2005 quy định, trong trường hợp nếu bên có nghĩa vụ thực hiện hợp đồng trước có căn cứ cho rằng, bên kia không có khả năng thực hiện nghĩa vụ của mình thì có quyền hoãn việc thực hiện nghĩa vụ của mình cho đến khi phía bên kia có khả năng thực hiện nghĩa vụ của mình hoặc có sự bảo lãnh của người thứ ba. Tuy nhiên chúng tôi cho rằng, nếu quy định của Bộ luật Dân sự chỉ dừng lại ở đó thì bản chất của vấn đề vẫn chưa được giải quyết, bởi vì nếu chờ đợi đến khi bên kia có khả năng thực hiện nghĩa vụ thì rất có thể thiệt hại sẽ lớn hơn rất nhiều và vì vậy điều này có phải là không tuân thủ một quy định khác của luật – nghĩa vụ hạn chế tổn thất.

Mặc dù học thuyết về vi phạm hợp đồng trước thời hạn được nhiều người ủng hộ, đặc biệt là ở Anh và Hoa Kỳ, tuy nhiên ở Hoa Kỳ cũng có người không đồng tình với học thuyết này. Khi phản đối học thuyết này một trong những luật gia nổi tiếng cho rằng, về mặt logic không thể có vi phạm nghĩa vụ trước thời điểm khi mà thời hạn thực hiện vẫn chưa hết. Một người theo hợp đồng có nghĩa vụ phải thực hiện một nghĩa vụ nào đó khi có xuất hiện một sự kiện hay một thời hạn nhất định, trong mọi trường hợp không thể vi phạm nghĩa vụ của mình trước thời điểm sự kiện đó được xuất hiện hay đến thời hạn nhất định đó<sup>37</sup>. Quan điểm này cũng được thể hiện rõ trong pháp luật của một số nước, ví dụ, Điều 1186 Bộ luật dân sự của Pháp quy định, không thể yêu cầu thực hiện một nghĩa vụ có kỳ hạn, trước khi đến kỳ hạn đó.

<sup>36</sup> Xem: Vanwijck-Alexandre, *Điều khoản chấm dứt hợp đồng và điều khoản duy trì hiệu lực của hợp đồng*. Tài liệu Hội thảo “Hợp đồng thương mại quốc tế” tổ chức tại Hà Nội, ngày 13-14 tháng 12 năm 2004.

<sup>37</sup> Xem: Comarov A. S., *Trách nhiệm trong hoạt động thương mại*, Matxcova, 1991, tr. 100.

Hiện nay vi phạm hợp đồng trước thời hạn được pháp luật nhiều nước điều chỉnh. Ví dụ, Điều 2-609 Bộ luật Thương mại Thống nhất của Hoa Kỳ (UCC) quy định, nếu người mua có cơ sở để nghi ngờ người bán sẽ không thực hiện nghĩa vụ hợp đồng của mình thì người mua có quyền yêu cầu người bán bằng văn bản bảo đảm việc thực hiện nghĩa vụ khi chưa nhận được sự trả lời của người bán về sự bảo đảm thực hiện nghĩa vụ của mình. Nếu trong thời hạn 30 ngày sau khi nhận được yêu cầu có cơ sở của người mua mà người bán không đưa ra bảo đảm thực hiện nghĩa vụ hợp đồng, người mua có quyền hủy hợp đồng trước thời hạn và yêu cầu bồi thường thiệt hại.

Theo quy định của Điều 71 Công ước Viên 1980, một trong các bên có thể ngừng việc thực hiện nghĩa vụ của mình nếu như sau khi hợp đồng được ký kết nếu có cơ sở để cho rằng bên kia sẽ không thực hiện phần lớn nghĩa vụ của mình do:

- Một sự khiếm khuyết nghiêm trọng trong khả năng tài chính;
- Hành vi của phía bên kia trong việc chuẩn bị thực hiện hay trong khi thực hiện hợp đồng.

Để bảo vệ quyền lợi của người bán, công ước còn quy định nếu tại thời điểm bên bán biết được những tình huống nói trên mà hàng đã được xếp lên tàu hay một phương tiện vận tải nào khác thì người bán có thể cản trở việc giao hàng. Ngay cả khi người bán đã có những chứng từ cho phép nhận hàng.

Bên ngừng thực hiện nghĩa vụ hợp đồng do nghi ngờ khả năng thực hiện nghĩa vụ của bên kia có nghĩa vụ phải thông báo ngay cho phía bên kia, và phải tiếp tục thực hiện nghĩa vụ nếu phía bên kia đảm bảo bằng văn bản sẽ thực hiện nghĩa vụ của mình.

Để xác định vi phạm hợp đồng trước thời hạn, không cần thiết phải có sự tuyên bố không thực hiện hợp đồng của bên kia, mà việc xác định này dựa trên các hoàn cảnh khách quan cũng như hành vi của bên đó không phù hợp với việc thực hiện hợp đồng trong tương lai.

- Khả năng thực hiện nghĩa vụ của người bán bị thu hẹp do bối cảnh kéo dài trong xí nghiệp của họ, khả năng thanh toán của người mua bị hạn chế thể hiện qua việc họ chậm thực hiện thanh toán theo những hợp đồng khác.

- Hành vi trong quá trình thực hiện hợp đồng, ví dụ khi người mua xác định được rằng người bán đã giao cho các khách hàng khác thiết bị đồng bộ cho cùng mục đích sử dụng kém phẩm chất.

Theo quan điểm của chúng tôi, quy định trên của Công ước Viên 1980 hoàn toàn phù hợp với thực tiễn hoạt động mua bán hàng hóa quốc tế nói riêng và hoạt động thương mại quốc tế nói chung cũng như pháp luật của

nhiều nước. Trong trường hợp một bên có cơ sở để nghi ngờ rằng phía bên kia sẽ không thực hiện nghĩa vụ của mình nhưng đã không sử dụng quy định về vi phạm hợp đồng trước thời hạn vì vậy thiệt hại có thể lớn hơn. Trong trường hợp này tòa án có thể viện dẫn đến việc bên bị thiệt hại đã không áp dụng các biện pháp cần thiết để ngăn chặn thiệt hại, mức thiệt hại được bồi thường (Điều 77 Công ước Viên 1980, Điều 305 Luật Thương mại Việt Nam).

### **2.2.2 Mối quan hệ nhân quả giữa hành vi và hậu quả**

Theo Điều 303.3 Luật Thương mại Việt Nam, mối liên hệ hành vi vi phạm hợp đồng và thiệt hại vật chất phải là mối liên hệ trực tiếp, mối liên hệ trực tiếp giữa hành vi và thiệt hại này trong khoa học pháp lý được gọi là mối quan hệ nhân quả. Một sự thiệt hại nào đó có thể do nhiều nguyên nhân gây ra, vì vậy để xác định rằng, bên vi phạm có phải chịu trách nhiệm hay không cần phải chứng minh được rằng, thiệt hại là hậu quả trực tiếp của hành vi vi phạm mà không phải là hậu quả của các nguyên nhân khác. Ví dụ, thiệt hại do giá cả biến động, thiệt hại do bên bị vi phạm không tính toán kỹ... Cần phải nhấn mạnh rằng, pháp luật của các nước, ngay cả các nước thuộc hệ thống pháp luật Anh - Mỹ cũng yêu cầu phải xác định được mối quan hệ nhân quả giữa hành vi vi phạm hợp đồng với thiệt hại.

Các văn bản pháp lý điều chỉnh hoạt động thương mại quốc tế hiện nay nói chung và Công ước Viên 1980 về hợp đồng mua bán hàng hoá quốc tế nói riêng không trực tiếp quy định mối quan hệ nhân quả giữa việc vi phạm hợp đồng và thiệt hại xảy ra mà lại có cách tiếp cận khác đối với vấn đề này. Điều 74 Công ước Viên 1980 quy định rằng, thiệt hại do sự vi phạm hợp đồng gây ra không thể cao hơn mức thiệt hại mà bên vi phạm hợp đồng nhìn thấy trước hay buộc phải nhìn thấy trước tại thời điểm ký kết hợp đồng, như là hậu quả có thể của sự vi phạm hợp đồng, có tính đến các hoàn cảnh mà bên vi phạm đã biết hay buộc phải biết. Điều 7.4.4 Nguyên tắc UNIDROIT cũng có quy định tương tự, tuy nhiên cũng cần phải nhắc lại rằng, đây chỉ là tài liệu tham khảo mà không có giá trị pháp lý.

Như vậy, bên vi phạm nghĩa vụ hợp đồng chỉ bồi thường những thiệt hại mà họ nhìn thấy trước và không phải tất cả các khoản lợi đáng lẽ bên bị thiệt hại được hưởng trong trường hợp nghĩa vụ được bên kia thực hiện, đều được bồi thường.

Theo quan điểm của nhiều luật gia quốc tế<sup>38</sup>, thiệt hại được các bên nhìn thấy trước tại thời điểm ký kết hợp đồng được thực tiễn xét xử coi như là một trong các dấu hiệu cần thiết của mối quan hệ nhân quả giữa sự vi phạm nghĩa

<sup>38</sup> Xem: Braginsky M. I - Vitriansky V. V., *Luật hợp đồng*, Matxcova, 1999, tr. 720.

vụ và thiệt hại. Như vậy có thể nói rằng, trong luật thương mại quốc tế, khi nói đến căn cứ xác định trách nhiệm, các nhà làm luật không trực tiếp nói đến mối quan hệ nhân quả giữa hành vi vi phạm nghĩa vụ và hậu quả, tuy nhiên trên thực tế mối quan hệ nhân quả được nói đến một cách gián tiếp.

**2.2.3 Lỗi:** Theo quy định của pháp luật Việt Nam, lỗi là một trong những căn cứ chủ yếu để xác định trách nhiệm của bên vi phạm nghĩa vụ hợp đồng (Điều 308 Bộ luật Dân sự). Pháp luật của các nước châu Âu lục địa và các nước thuộc Liên Xô cũ cũng coi lỗi là điều kiện chủ yếu khi xác định trách nhiệm. Bên vi phạm nghĩa vụ hợp đồng, theo nguyên tắc, được miễn trừ trách nhiệm nếu chứng minh được việc thực hiện nghĩa vụ là không thể được do các yếu tố khách quan. Pháp luật và thực tiễn xét xử của các nước châu Âu lục địa luôn tuân theo nguyên tắc "Pacta sunt Servanda" (Điều 1134 Bộ luật Dân sự Pháp). Tuy nhiên khác với pháp luật của Việt Nam lỗi của bên vi phạm được pháp luật các nước châu Âu lục địa xác định dựa trên yếu tố khách quan<sup>39</sup>. Thông thường, lỗi được xác định bằng cách so sánh hành vi cụ thể của bên vi phạm với hành vi mà pháp luật coi là hành vi mẫu, ví dụ, hành vi của người chủ khôn khéo, người chủ chu đáo<sup>40</sup>, mà không phải dựa trên yếu tố tâm lý<sup>41</sup> theo quan điểm của các luật gia cũng như pháp luật của Việt Nam<sup>42</sup>. Lỗi trong pháp luật của Liên bang Nga cũng được xác định dựa trên yếu tố khách quan, theo quy định của Khoản 1, Điều 401 Bộ Luật Dân sự, lỗi được hiểu như sau: "Bên vi phạm được coi là không có lỗi, nếu đã thể hiện sự quan tâm và cẩn thận cần phải có theo tính chất của nghĩa vụ và điều kiện của lưu thông và đã áp dụng mọi biện pháp có thể để thực hiện đúng nghĩa vụ của mình. Cách xác định lỗi theo pháp luật của các quốc gia nói trên, mới nhìn có vẻ như là trừu tượng, tuy nhiên cách xác định này có nội dung cụ thể phụ thuộc vào hoàn cảnh mà quan hệ hợp đồng của các bên liên quan đến chúng.

Khác với pháp luật của các nước châu Âu lục địa, pháp luật Anh, Hoa Kỳ không coi lỗi là căn cứ chủ yếu để xác định trách nhiệm do vi phạm nghĩa vụ hợp đồng. Dưới góc độ pháp lý, hoàn toàn không cần biết vi phạm nghĩa vụ thực hiện cố ý, vô ý. Pháp luật Anh, Hoa Kỳ công nhận nguyên tắc trách nhiệm tuyệt đối hay còn gọi là trách nhiệm khách quan do vi phạm nghĩa vụ hợp đồng.

<sup>39</sup> Xem: Phạm Kim Anh, *Khái niệm lỗi trong trách nhiệm dân sự*, Tạp chí Khoa học pháp lý, số 3 (18) 2004.

<sup>40</sup> Xem: Comarov A. S. *Trách nhiệm trong hoạt động thương mại*, Matxcơva, 1991, tr. 41.

<sup>41</sup> Xem: Giáo trình luật dân sự, NXB Công an Nhân dân, Hà Nội, 2002, tr. 291.  
Xem thêm Điều 308 Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005.

Như vậy, có thể thấy rằng, các hệ thống pháp luật khác nhau có các cách đánh giá không giống nhau về ý nghĩa của lỗi trong việc xác định trách nhiệm do vi phạm nghĩa vụ hợp đồng. Ngoài ra pháp luật của các nước khác nhau có các cách xác định lỗi khác nhau. Vì vậy, để giải quyết các sự khác biệt nói trên, đối với hợp đồng thương mại quốc tế nói chung, hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế nói riêng, các văn bản pháp luật quốc tế về thương mại đã chọn các nước khác nhau và tránh sử dụng khái niệm lỗi như là một căn cứ để xác định trách nhiệm của bên không thực hiện hay thực hiện không đúng nghĩa vụ hợp đồng. Thay vì sử dụng khái niệm lỗi, các văn bản pháp luật quốc tế về thương mại có những quy định về các căn cứ miễn trừ trách nhiệm do vi phạm nghĩa vụ hợp đồng cụ thể.

Điều 79 Công ước Viên 1980 quy định, một bên không chịu trách nhiệm về việc không thực hiện bất cứ một nghĩa vụ nào đó của mình nếu chứng minh được rằng việc không thực hiện nghĩa vụ đó là do một trở ngại nằm ngoài sự kiểm soát của họ và không thể chờ đợi một cách hợp lý trở ngại đó khi ký kết hợp đồng hoặc tránh được trở ngại này hay khắc phục hậu quả do trở ngại này gây ra.

Xuất phát từ quy định trên, có thể nói rằng bên vi phạm nghĩa vụ hợp đồng bị coi là có lỗi nếu không chứng minh được rằng, việc không thực hiện hay thực hiện không đúng nghĩa vụ hợp đồng là do trường hợp bất khả kháng gây ra.

Như vậy, pháp luật thương mại quốc tế áp dụng nguyên tắc "trách nhiệm ngay cả khi không có lỗi". Nguyên tắc này hoàn toàn có cơ sở và thể hiện được tính khách quan khi xác định trách nhiệm. Ví dụ, người bán theo thỏa thuận, gửi hàng đúng thời hạn, nhưng vì một lý do nào đó (do lỗi của người vận chuyển chẳng hạn), hàng đến địa chỉ của người mua bị chậm so với quy định của hợp đồng. Trong trường hợp này, rõ ràng người bán không có lỗi, tuy nhiên họ vẫn phải chịu trách nhiệm, nếu không chứng minh được rằng, hàng hóa bị chậm trễ do trường hợp bất khả kháng.

Khi xem xét lỗi, theo quan điểm của chúng tôi, không thể không nói đến mối liên hệ giữa lỗi và thời hạn khiếu kiện và thời hạn khiếu nại. Mặc dù pháp luật về hợp đồng của Việt Nam chúng ta coi lỗi là một trong những căn cứ để xác định trách nhiệm của bên vi phạm hợp đồng thế nhưng lại không có sự điều chỉnh mối quan hệ giữa lỗi và thời hạn khiếu kiện, thời hạn khiếu nại. Pháp luật chúng ta áp dụng thời hạn khiếu nại hay khiếu kiện chung cho tất cả các hành vi vi phạm hợp đồng, không phụ thuộc vào việc, hành vi vi phạm đó là vô ý hay cố tình. Ví dụ, Điều 319 Luật Thương mại quy định, thời hiệu khởi kiện áp dụng đối với các tranh chấp thương mại là hai năm kể từ thời điểm quyền và lợi ích hợp pháp bị xâm phạm. Chúng ta biết rằng, ngay cả

trong pháp luật Việt Nam và một số nước châu Âu lục địa, mức độ của lỗi hoàn toàn không ảnh hưởng đến mức độ trách nhiệm, hay nói chính xác hơn, về mức độ đến bù và điều này hoàn toàn phù hợp với thực tiễn hoạt động kinh doanh thương mại nói chung. Hành vi vi phạm hợp đồng cho dù là cố ý hay không cố ý đều gây ra những thiệt hại như nhau. Tuy nhiên chúng tôi cho rằng, việc pháp luật chúng ta không có sự điều chỉnh đặc biệt đối với hành vi cố tình vi phạm hợp đồng là trái với nguyên tắc thiện chí, trung thực trong việc thực hiện hợp đồng.

Khác với pháp luật Việt Nam, pháp luật quốc tế về thương mại, cụ thể là Công ước Viên 1980, tuy không coi lỗi là căn cứ để xác định trách nhiệm nhưng lại có sự điều chỉnh rõ ràng mối quan hệ giữa mức độ lỗi và thời hạn khiếu kiện. Công ước Viên không quy định thời hạn khiếu nại mà chỉ quy định thời hạn khiếu kiện. Theo nguyên tắc bên bị vi phạm mất quyền khiếu kiện nếu không tuân thủ thời hạn khiếu kiện do thoả thuận hay do luật định. Tuy nhiên, để đảm bảo sự công bằng cho các bên trong hợp đồng mua bán hàng hoá quốc tế, Công ước Viên 1980 còn quy định thêm rằng, thời hạn khiếu kiện nói trên không áp dụng cho những trường hợp vi phạm hợp đồng cố ý. Điều này có nghĩa là, bên bị thiệt hại không mất quyền khiếu kiện ngay cả khi thời hạn khiếu kiện đã hết nếu sự vi phạm hợp đồng là cố ý. Điều 39.2 Công ước Viên 1980 quy định, trong mọi trường hợp, người mua mất quyền khiếu kiện do hàng hoá không phù hợp với điều kiện của hợp đồng nếu không thông báo cho người bán trong thời hạn hai năm kể từ ngày giao hàng thực tế, tuy nhiên Điều 40 lại quy định rằng, nếu người bán đã biết hay không thể không biết hàng hoá không phù hợp với hợp đồng nhưng không thông báo cho người mua biết thì người mua không mất quyền khiếu kiện ngay cả khi đã hết thời hạn khiếu kiện. Chúng tôi cho rằng quy định của Công ước Viên 1980 như vậy là phù hợp và đảm bảo cho việc duy trì thương mại công bằng.

**3.2.4 Thiệt hại:** Pháp luật của hầu hết tất cả các nước trên thế giới trong đó có cả Việt Nam, các văn bản pháp luật thương mại quốc tế đều có một nguyên tắc chung: có thiệt hại thì mới bồi thường. Nếu có hành vi vi phạm hợp đồng nhưng không gây thiệt hại thì không phải chịu trách nhiệm. Theo quy định của pháp luật thương mại quốc tế hiện nay, bên vi phạm chịu trách nhiệm về những thiệt hại do mình gây ra chỉ trong phạm vi mà họ nhìn thấy trước hay buộc phải nhìn thấy trước tại thời điểm ký kết hợp đồng (Điều 74 Công ước Viên 1980; Điều 7.4.4 Nguyên tắc UNIDROIT).

### **2.3 Các trường hợp miễn trừ trách nhiệm do vi phạm hợp đồng thương mại quốc tế**

Pháp luật của Việt Nam trong lĩnh vực dân sự, thương mại, kinh tế quy định khá rõ ràng những trường hợp miễn trừ trách nhiệm do vi phạm hợp

đồng. Tuy nhiên trong Luật Thương mại Quốc tế các trường hợp miễn trừ trách nhiệm do hoàn toàn không thực hiện hay thực hiện không đúng nghĩa vụ hợp đồng được xem xét dưới một góc độ khác và có thể nói là toàn diện hơn. Xuất phát từ nguyên tắc tự do ý chí trong việc ký kết và thực hiện hợp đồng thương mại quốc tế, tức là khi ký kết các bên có toàn quyền tự lựa chọn pháp luật áp dụng cho hợp đồng, cần thiết phải nghiên cứu, phân tích các quy định của Luật Thương mại Việt Nam trong sự so sánh với các quy định của pháp luật thương mại quốc tế và pháp luật của một số nước phát triển về vấn đề này. Theo quy định của pháp luật Việt Nam (ví dụ, Điều 294 Luật Thương mại 2005), các bên sẽ không chịu trách nhiệm do không thực hiện hay thực hiện không đúng nghĩa vụ của hợp đồng nếu:

- Xảy ra trường hợp miễn trách nhiệm mà các bên đã thỏa thuận.
- Xảy ra sự kiện bất khả kháng;
- Hành vi vi phạm của một bên là hoàn toàn do lỗi của phía bên kia (lỗi của người có quyền);
  - Hành vi vi phạm hợp đồng của một bên là do tuân thủ các quyết định của cơ quan quản lý nhà nước có thẩm quyền mà các bên không thể biết được vào thời điểm giao kết hợp đồng.

Về nguyên tắc, bên vi phạm muốn được miễn trách nhiệm thì cần phải chứng minh sự tồn tại của các tình huống miễn trách nhiệm nói trên.

### **2.3.1 Trường hợp bất khả kháng**

Các bên được miễn trách nhiệm về việc không thực hiện một phần hay toàn bộ nghĩa vụ hợp đồng nếu việc không thực hiện này do trường hợp bất khả kháng gây ra.

Trường hợp bất khả kháng là trường hợp xảy ra sau khi ký kết hợp đồng, do những sự kiện có tính chất bất thường xảy ra mà các bên không thể lường trước được và không thể khắc phục được (Khoản b Điều 294 Luật Thương mại Việt Nam). Điều 79 Công ước Viên 1980 quy định một bên không chịu trách nhiệm về việc không thực hiện bất kỳ một nghĩa vụ nào đó của họ nếu chứng minh được rằng việc không thực hiện ấy là do một cản trở nằm ngoài sự kiểm soát của họ và người ta không thể chờ đợi một cách hợp lý rằng họ phải tính tới trở ngại đó vào lúc ký kết hợp đồng.

Quy định của Công ước Viên 1980 về miễn trừ trách nhiệm liên quan đến việc không thực hiện bất kỳ nghĩa vụ nào. Như vậy sẽ nảy sinh vấn đề, người bán có thể được miễn trừ trách nhiệm trong trường hợp giao hàng có khuyết tật nhưng không phải do lỗi của mình. Để trả lời câu hỏi này cần phải phân

tích kỹ khái niệm “Trở ngại” được sử dụng trong công ước là nguyên nhân của việc không thực hiện nghĩa vụ hợp đồng.

Nhiều khi một trong các bên không thể thực hiện được nghĩa vụ của mình theo quy định của hợp đồng do xuất hiện những tình huống khách quan đặc biệt hay là tình huống pháp luật. Ví dụ nhà máy của người bán bị phá hủy do hỏa hoạn, hay hợp đồng không thể thực hiện được do Liên Hiệp Quốc thông qua lệnh cấm vận hay nhà nước cấm nhập khẩu hoặc xuất khẩu loại hàng nào đó... Những tình huống nói trên thường được pháp luật hầu hết các nước cũng như các văn bản pháp luật thương mại quốc tế điều chỉnh. Các tình huống nói trên được khoa học pháp lý gọi là tình huống bất khả kháng hay là những sự thay đổi bất ngờ của tình huống.

Tình huống bất khả kháng là sự kiện bất ngờ. Thông thường, bên không thực hiện nghĩa vụ một cách thích đáng phải chịu những hậu quả tiêu cực, những hậu quả tiêu cực này được quy định như là trách nhiệm do vi phạm hợp đồng. Nội dung cơ bản của trách nhiệm là việc bên vi phạm điều kiện của hợp đồng phải bồi thường thiệt hại. Các hệ thống pháp luật khác nhau không giống nhau khi đánh giá vấn đề về việc công nhận bên không thực hiện thích đáng nghĩa vụ của mình và việc miễn trừ trách nhiệm cho bên đó. Sự không thống nhất này xuất phát không những từ cấu trúc pháp lý khác nhau của các căn cứ miễn trừ trách nhiệm mà còn xuất phát từ thực tiễn hoạt động thương mại và những quyết định của tòa án của các quốc gia khác nhau. Trong các văn bản luật thương mại quốc tế có những quy phạm liên quan đến hậu quả của tình huống bất khả kháng hay nói cách khác là sự thay đổi bất ngờ của tình huống.

Sự tồn tại của chính sự kiện bất khả kháng chưa phải là căn cứ để miễn trừ trách nhiệm của bên không thực hiện nghĩa vụ hợp đồng nếu sự kiện đó không thỏa mãn những yếu tố khách quan và chủ quan sau:

- Điều kiện thứ nhất là mối quan hệ nhân quả giữa tình huống bất khả kháng và việc không thực hiện nghĩa vụ. Mối liên hệ này phải là mối liên hệ trực tiếp. Thực tiễn hoạt động thương mại quốc tế cho thấy rằng, một mối liên hệ không thể được coi là trực tiếp nếu sự kiện bất khả kháng phát sinh sau khi thời hạn thực hiện nghĩa vụ được quy định trong hợp đồng đã kết thúc. Người vi phạm phải có nghĩa vụ chứng minh sự tồn tại của mối liên hệ nói trên.

- Điều kiện thứ hai của sự miễn trừ trách nhiệm là việc không thể thực hiện được nghĩa vụ. Nói chung điều kiện này xuất phát từ những quy phạm của luật quốc gia, những quy phạm này điều chỉnh sự tác động của tình huống bất khả kháng, tuy nhiên trong khoa học pháp lý cũng như trong thực tiễn, trọng tài vẫn còn tồn tại quan điểm, mà theo đó tình huống bất khả

kháng không thể là căn cứ để miễn trừ trách nhiệm nếu như ảnh hưởng của chúng chỉ giới hạn ở mức độ gây khó khăn cho việc thực hiện nghĩa vụ.

- Điều kiện thứ ba là bên không thực hiện nghĩa vụ hợp đồng của mình phải thông báo cho phía bên kia về sự xuất hiện trường hợp bất khả kháng trong thời hạn luật định. Theo quy định của Điều 295 Luật Thương mại Việt Nam, bên không thực hiện hoặc thực hiện không đầy đủ nghĩa vụ hợp đồng phải thông báo ngay bằng văn bản cho phía bên kia về trường hợp được miễn trách nhiệm và những hậu quả có thể có, khi trường hợp miễn trách nhiệm chấm dứt phải thông báo ngay bằng văn bản cho phía bên kia biết, nếu không thông báo hoặc thông báo không kịp thời thì phải bồi thường thiệt hại nếu có.

- Trường hợp bất khả kháng phải được cơ quan, tổ chức có thẩm quyền xác nhận.

Pháp luật Việt Nam chỉ đưa định nghĩa thế nào là trường hợp bất khả kháng, tuy nhiên không nói rõ một cách tương đối những trường hợp nào được coi là trường hợp bất khả kháng mà chỉ nói một cách chung chung trong một số văn bản pháp luật.

Không có khả năng thực hiện nghĩa vụ là tiền đề chung cho sự miễn trừ trách nhiệm. Sự không có khả năng này có thể được xuất phát từ nhiều nguyên nhân, những nguyên nhân này trong lý luận về pháp luật được phân chia thành nhiều nhóm như sau:

- **Thiên tai:** là những hiện tượng của tự nhiên và được coi là cơ sở miễn trừ trách nhiệm lần đầu tiên được sử dụng trong luật La Mã. Ví dụ, lũ lụt, bão, động đất, dịch bệnh. Những hiện tượng này được gọi bằng thuật ngữ "Act of God – Hành vi của Chúa".

- **Chiến tranh:** Chiến tranh có tuyên bố hay không tuyên bố, nội chiến, các cuộc cách mạng, nổi loạn, khởi nghĩa cũng được coi là cơ sở miễn trừ trách nhiệm. Pháp luật sử dụng thuật ngữ Act of King's Enemies (hành vi của kẻ thù của Hoàng đế) để gọi những tình huống này.

- **Bãi công:** là hiện tượng thường xảy ra trong thực tế và trong nhiều trường hợp cũng được coi là cơ sở miễn trừ trách nhiệm. Pháp luật của các nước Xã hội Chủ nghĩa cũ không coi bãi công là cơ sở miễn trừ trách nhiệm vì cho rằng, hiện tượng này chỉ đặc trưng cho nhà nước tư sản. Đối với chủ thể của luật thương mại nói chung và luật thương mại quốc tế nói riêng thì bãi công là tình huống không thể tiên liệu trước được và cũng không thể khắc phục được, bởi không ai có thể yêu cầu lãnh đạo của nhà máy xí nghiệp tránh bãi công bằng cách thỏa mãn các yêu sách của những người bãi công (trong trường hợp này chỉ nói đến nghĩa vụ pháp luật thương mại, không nói đến

nghĩa vụ chính trị hay nghĩa vụ lao động). Bởi công đúng luật (tức là được luật cho phép tiến hành theo một thủ tục nhất định), hay không đúng luật đều không có ý nghĩa trong trường hợp này.

- **Sự cố trong sản xuất:** Sự cố trong sản xuất được coi là cơ sở miễn trừ trách nhiệm chỉ trong một số trường hợp. Rõ ràng rằng không thể không công nhận sự cố sản xuất do thiên tai gây nên, tuy nhiên tòa án hay trọng tài có thể từ chối việc công nhận sự cố nào đó là cơ sở miễn trừ trách nhiệm do mức độ của sự cố đó không đáng kể, đặc biệt là trong những trường hợp sự cố xảy ra do thiếu bộ phận thay thế, máy móc thiết bị quá cũ hay do những trường hợp khác mà người sản xuất phải nhìn thấy trước hay buộc phải nhìn thấy trước khi ký kết hợp đồng.

- **Sự cản trở trong vận tải** có thể được coi là cơ sở miễn trừ trách nhiệm, đây có thể là tai nạn giao thông trầm trọng, là hậu quả của thiên tai, của những quyết định của cơ quan nhà nước (như đóng cửa biên giới). Tuy nhiên trong thực tế vấn đề này còn có nhiều tranh cãi. Ví dụ trong hợp đồng mua bán hàng hoá, người bán có thể áp dụng những biện pháp thích hợp để thay đổi lịch trình của phương tiện vận chuyển và như vậy tránh được sự cản trở mới phát sinh. Cần phải chú ý rằng sự cản trở giao thông chỉ được xem là cơ sở miễn trừ trách nhiệm nếu người bán chứng minh được rằng trước khi sự cản trở xuất hiện người bán đã chuẩn bị đủ hàng để giao cho người mua.

### **2.3.2 Do lỗi của bên bị thiệt hại (lỗi của người có quyền)**

Luật Thương mại 1997 không quy định lỗi của bên bị thiệt hại là căn cứ miễn trừ trách nhiệm do không thực hiện hay thực hiện không đúng hợp đồng, tuy nhiên để phù hợp và thống nhất với quy định của Bộ luật Dân sự hiện hành, đảm bảo sự tương thích với luật pháp quốc tế, Luật Thương mại 2005 có quy định này (khoản c Điều 294). Như vậy, nếu luật của Việt Nam được áp dụng cho hợp đồng thương mại quốc tế thì có thể áp dụng. Điều 80 Công ước Viên 1980 cũng có quy định tương tự, "Một bên không được viện dẫn một sự không thực hiện nghĩa vụ của bên kia trong chừng mực mà sự không thực hiện nghĩa vụ đó là do những hành vi hay sơ suất của chính họ". Trong thực tiễn thương mại thiệt hại xảy ra do lỗi của bên bị thiệt hại có thể thấy trong trường hợp sau: Theo hợp đồng mua bán hàng hóa người mua có nghĩa vụ phải tiếp nhận hàng hóa. Ví dụ, ngày 15 tháng 10 người bán hàng giao, tuy nhiên đến ngày 18 tháng 10 người mua mới nhận hàng. Khi kiểm tra người mua phát hiện hàng hóa không phù hợp với điều kiện của hợp đồng do hỏng hóc hay mất mát và ngay sau đó bằng văn bản yêu cầu người bán bồi thường thiệt hại. Tuy nhiên người bán chứng minh được rằng, hàng hóa bị hỏng hóc hay bị mất mát vào ngày 16 và 17 tháng 10 mặc dù người bán đã áp dụng mọi biện pháp ngăn chặn. Như vậy ví dụ nói trên thiệt hại xảy ra do

người mua chậm thực hiện nghĩa vụ nhận hàng của mình và rõ ràng rằng người bán sẽ không chịu trách nhiệm về hàng hóa bị hỏng hóc hay mất mát.

### **2.3.3 Quyết định của cơ quan quản lý nhà nước có thẩm quyền**

Quyết định của các cơ quan nhà nước trong một số trường hợp cũng có thể được coi là cơ sở miễn trừ trách nhiệm. Cơ sở miễn trừ trách nhiệm loại này chiếm vị trí đặc biệt trong học thuyết pháp lý về miễn trừ trách nhiệm do có nhiều quan điểm trái ngược nhau. Ví dụ, để bảo vệ công ty thuộc sở hữu nhà nước, nhà nước ban hành lệnh cấm nhập hoặc xuất loại hàng hóa nào đó khi thấy công ty của mình không có khả năng thực hiện nghĩa vụ. Những quyết định được nói đến ở trên có thể là quyết định đơn phương của cơ quan quyền lực nhà nước, cũng có thể là quyết định của tổ chức quốc tế (như Liên Hợp Quốc). Như vậy không có khả năng thực hiện nghĩa vụ có thể được phát sinh do nhà nước cấm xuất, nhập khẩu một loại hàng hóa nào đó hay Liên Hiệp Quốc thực hiện lệnh cấm vận thương mại đối với quốc gia nào đó.

Luật Thương mại Việt Nam 2005 (Điều 294.4) quy định, hành vi vi phạm hợp đồng của một bên là do tuân thủ các quyết định của cơ quan quản lý nhà nước có thẩm quyền mà các bên không thể biết được vào thời điểm giao kết hợp đồng. Có thể nói rằng, quy định nói trên của Luật Thương mại chưa thật được rõ ràng. Lý do của sự chưa rõ ràng đó thể hiện ở chỗ: thứ nhất, cơ quan quản lý nhà nước có thẩm quyền là cơ quan cấp nào; thứ hai, cơ quan quản lý nhà nước có thẩm quyền ban hành quyết định đó nhằm mục đích gì? Chúng tôi cho rằng, việc pháp luật không có sự quy định rõ những vấn đề nói trên chắc chắn sẽ gây ra nhiều khó khăn trong việc xác định một quyết định nào đó của cơ quan quản lý nhà nước có thẩm quyền có phải là trường hợp miễn trừ trách nhiệm hay không, đặc biệt là trong hợp đồng thương mại quốc tế.

Trong một vụ tranh chấp<sup>42</sup>, Công ty Thương mại Nhà nước của Ba Lan bán đường cho một công ty của Anh, hợp đồng được ký kết trên cơ sở hợp đồng mẫu của Hiệp hội Buôn bán đường Quốc tế vào tháng 5 năm 1974 và thời hạn giao hàng được quy định vào tháng 10 -11 năm 1974. Đường là đối tượng của hợp đồng được tính chế từ củ cải đường. Trong điều khoản miễn trừ trách nhiệm của hợp đồng có quy định, trong trường hợp có sự can thiệp của chính phủ thì thời hạn thực hiện hợp đồng được gia hạn và cuối cùng hiệu lực của hợp đồng sẽ chấm dứt. Vì có mưa nhiều trong tháng 8 nên phần lớn củ cải đường bị chết, tháng 11 Bộ Ngoại thương Ba Lan ban hành quyết định cấm xuất khẩu đường và quyết định này có hiệu lực đến tháng 6 năm 1975. Công ty Thương mại Ba Lan không thể thực hiện nghĩa vụ giao hàng của mình

<sup>42</sup> Xem vụ C. Czarnikow Ltd. V. Rolimpex (1979-A.C.351)

bởi do trường hợp bất khả kháng. Tòa án Anh quyết định rằng, lý do Công ty Thương mại Ba Lan đưa ra là có cơ sở, bởi vì lệnh cấm xuất khẩu đường của chính phủ nhằm mục đích tránh những biến động có tính chất xã hội và chính trị trong nước. Biện pháp này cần phải được coi là cơ sở miễn trừ trách nhiệm và nó cũng phù hợp với quy định của Hiệp hội Buôn bán đường Quốc tế về trường hợp bất khả kháng.

Những quyết định của chính phủ có tính chất cấm đoán nhưng không xuất phát từ việc bảo đảm an ninh quốc gia trong một lĩnh vực nào đó (an ninh lương thực, an ninh xã hội...) không thể được coi là trường hợp bất khả kháng. Ví dụ, ngày 10-4 Bộ Thương mại nước ta có văn bản (0571-TM/XNK)<sup>43</sup> yêu cầu một số doanh nghiệp hủy hợp đồng mua bán gạo đã ký trước đó với Công ty Toepper International. Đây không thể được coi là trường hợp miễn trừ trách nhiệm.

#### **2.3.4 Thỏa thuận của các bên về các trường hợp miễn trách nhiệm**

Theo nguyên tắc chung, các điều kiện của hợp đồng do các bên tự thỏa thuận, nếu không trái luật thì đều có giá trị pháp lý bắt buộc. Trong thực tiễn hoạt động kinh doanh thương mại trong nhiều trường hợp vì nhiều lý do khác nhau các bên thường đưa vào hợp đồng những thỏa thuận nhằm hạn chế hay miễn trừ trách nhiệm.

Thỏa thuận của các bên về miễn trừ trách nhiệm do vi phạm hợp đồng được điều chỉnh không giống nhau trong pháp luật của các quốc gia. Theo quy định của khoản a Điều 294 Luật Thương mại Việt Nam, các bên sẽ không chịu trách nhiệm do không thực hiện hay thực hiện không đúng nghĩa vụ của hợp đồng nếu có sự thỏa thuận của các bên về trường hợp miễn trách nhiệm do. Rõ ràng quy định này của Luật Thương mại nước ta cho thấy các nhà làm luật của Việt Nam hết sức coi trọng nguyên tắc tự do ý chí của các bên trong ký kết hợp đồng.

Trong văn đê này, pháp luật quốc tế có một số điểm khác với quy định của pháp luật Việt Nam. Pháp luật Anh coi thỏa thuận của các bên về trường hợp miễn trách nhiệm có hiệu lực pháp lý, tuy nhiên những thỏa thuận miễn trừ trách nhiệm do vi phạm những điều kiện cơ bản của hợp đồng thì được coi là không có hiệu lực pháp lý. Ví dụ, thỏa thuận của các bên về miễn trừ trách nhiệm của người bán do các khuyết tật ẩn trong hợp đồng mua bán hàng hóa không thể loại bỏ điều kiện cơ bản của hợp đồng, theo đó chất lượng của hàng hóa phải đảm bảo cho việc sử dụng cho một mục đích cụ thể, hay thỏa thuận miễn trừ trách nhiệm đối với thiệt hại là khoản lợi đáng lẽ được hưởng không có ý nghĩa đối với những thiệt hại là hậu quả trực tiếp.

<sup>43</sup> Xem: Báo thanh niên số ra ngày 10-4-2003

Pháp luật của Cộng hòa Pháp hiện nay chính thức vẫn chưa có quy phạm nào để điều chỉnh sự thỏa thuận của các bên về các trường hợp miễn trách nhiệm. Tuy nhiên, năm 1959 Tòa phúc thẩm quy định, thỏa thuận của các bên về miễn trừ trách nhiệm được coi là có hiệu lực pháp lý nếu sự không thực hiện hay thực hiện không đúng nghĩa vụ không phải do lỗi cố ý hay vô ý nghiêm trọng. Điều này có nghĩa là trong trường hợp vi phạm do lỗi cố ý hay vô ý nghiêm trọng thì thỏa thuận miễn trừ trách nhiệm không có hiệu lực pháp lý. Điều 2 Sắc lệnh số 78-464 ngày 24/3/1978 quy định, trong hợp đồng mua bán được ký kết giữa một bên là thương nhân chuyên nghiệp với một bên là thương nhân không thường xuyên tham gia hoạt động thương mại, những thỏa thuận hạn chế hay miễn trừ trách nhiệm do vi phạm hợp đồng được coi là không có hiệu lực pháp lý<sup>44</sup>.

Pháp luật của Đức cũng có những quy định tương tự pháp luật Cộng hòa Pháp. Điều 276 Bộ luật Dân sự Đức quy định, bên vi phạm không thể được miễn trừ trách nhiệm trong tương lai do cố ý, điều này có nghĩa là thỏa thuận miễn trừ trách nhiệm sẽ không có hiệu lực trong trường hợp cố ý vi phạm hợp đồng. Ví dụ, trong hợp đồng mua bán hàng hóa thỏa thuận miễn trừ trách nhiệm đối với khuyết tật của hàng hóa sẽ không có hiệu lực pháp lý nếu người bán đã biết hàng hóa có khuyết tật nhưng cố tình im lặng, không thông báo cho người mua biết (Điều 476 Bộ luật Dân sự Đức)<sup>45</sup>.

Tương tự pháp luật của Pháp, sự phát triển của pháp luật Đức về thỏa thuận miễn trừ trách nhiệm gắn liền với việc giám sát pháp lý nhằm mục đích bảo vệ quyền lợi của người tiêu dùng.

Từ sự phân tích nói trên có thể kết luận rằng, nếu quy định của Điều 294 Luật Thương mại 2005 chỉ dừng lại ở đó thì rõ ràng điều này gây ra sự bất bình đẳng giữa các doanh nghiệp chưa có kinh nghiệm và các doanh nghiệp đã có nhiều kinh nghiệm trong hoạt động thương mại. Mặt khác điều này tạo ra sự không công bằng và trong thực tế sẽ có nhiều trường hợp một trong các bên lợi dụng sự tồn tại của điều khoản miễn trừ trách nhiệm để vi phạm hợp đồng mà không phải chịu một biện pháp chế tài nào<sup>46</sup>. Vì vậy khi hoàn cảnh bắt buộc phải đưa vào hợp đồng thỏa thuận miễn trừ trách nhiệm, chúng ta cần phải bổ sung vào hợp đồng "thỏa thuận này sẽ không có giá trị pháp lý nếu việc không thực hiện nghĩa vụ hợp đồng là cố ý", điều kiện này chắc chắn sẽ ngăn cản được sự lợi dụng của phía bên kia.

<sup>44</sup> Xem: Nicholas B. French Law of Contract, London 1982, p. 228.

<sup>45</sup> Xem: Comarov A. S, Trách nhiệm trong hoạt động thương mại, Matxcova, 1991, tr. 158

<sup>46</sup> Xem: Dương Anh Sơn, Các thỏa thuận hạn chế và miễn trừ trách nhiệm, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số 3/2005.

### **2.3.5 Do lỗi của người thứ ba**

Trong Bộ luật Dân sự cũng như trong Luật Thương mại Việt Nam không có điều khoản nào quy định quy định lỗi của người thứ ba là căn cứ miễn trừ trách nhiệm do không thực hiện hay thực hiện không đúng hợp đồng. Lỗi của người thứ ba được coi là căn cứ miễn trừ trách nhiệm được quy định trong Điều 4 Mục II Quy chế tạm thời số 4794 ngày 31/7/1991 và Điều 7 Quyết định số 299-TMDL ngày 9/4/1992 về việc ký kết và quản lý hợp đồng mua bán ngoại thương thì lỗi của người thứ ba cũng được coi là căn cứ miễn trừ trách nhiệm.

Khác với các văn bản pháp luật của Việt Nam nói trên, Công ước Viễn 1980 (Khoản 2 Điều 79) quy định cụ thể những trường hợp, theo đó bên không thực hiện hay thực hiện nghĩa vụ không đúng sẽ không phải chịu trách nhiệm mà việc không thực hiện hay thực hiện nghĩa vụ không đúng do lỗi của người thứ ba, cụ thể, nếu người thứ ba không thực hiện nghĩa vụ của mình do trường hợp bất khả kháng gây ra.

Quy định này của Công ước Viễn 1980 có ý nghĩa pháp lý quan trọng, bởi vì trong hoạt động thương mại và hoạt động thương mại quốc tế nói riêng, việc thực hiện mỗi một hợp đồng riêng biệt liên quan mật thiết đến việc thực hiện các hợp đồng khác. Ví dụ, người bán không thực hiện nghĩa vụ giao hàng của mình cho người mua theo hợp đồng mua bán hàng hóa do bên gia công đã không thực hiện nghĩa vụ của mình đối với người bán theo hợp đồng gia công sản phẩm (đối tượng của hợp đồng mua bán chỉ có thể là sản phẩm của bên gia công và không sản phẩm nào có thể thay thế được). Trong trường hợp nào thì việc bên gia công không thực hiện nghĩa vụ được coi là căn cứ để miễn trừ trách nhiệm của người bán theo hợp đồng mua bán hàng hóa của mình? Trong trường hợp này, Khoản 2 Điều 79 Công ước Viễn 1980 đã quy định rõ, người bán không chịu trách nhiệm với người mua do không thực hiện hay thực hiện không đúng nghĩa vụ theo hợp đồng mua bán hàng hóa chỉ trong trường hợp, nếu người gia công không thực hiện nghĩa vụ của mình đối với người bán hàng hóa là do trường hợp bất khả kháng. Pháp luật của Việt Nam không có quy định chi tiết tương tự.

Trong những trường hợp khác, việc người gia công không thực hiện nghĩa vụ chỉ có thể được coi là những khó khăn của người bán trong việc thực hiện nghĩa vụ giao hàng của mình đối với người mua. Những khó khăn trong việc thực hiện Hợp đồng thương mại quốc tế được quy định trong Điều 7.1.7 Các Nguyên tắc của UNIDROIT về hợp đồng thương mại quốc tế, tuy nhiên văn bản này không có giá trị pháp lý bắt buộc mà chỉ được coi như là một loại của tập quán thương mại quốc tế.

## CHƯƠNG IV

# THANH TOÁN QUỐC TẾ

### I. KHÁI QUÁT

Thanh toán quốc tế trong hoạt động thương mại là việc chi trả bằng tiền cho hàng hóa, các dịch vụ mua bán hàng hóa hay cung ứng lao vụ... giữa các tổ chức hay cá nhân nước này với các tổ chức hay cá nhân nước khác, hay giữa một quốc gia với tổ chức quốc tế thông qua quan hệ giữa các ngân hàng của các nước liên quan.

Thanh toán quốc tế trong hoạt động thương mại là quan hệ thanh toán phát sinh trên cơ sở của giao dịch thương mại. Thông thường việc thanh toán được thực hiện bởi các chứng từ hàng hóa kèm theo.

Tính chất quốc tế của giao dịch thương mại làm phát sinh sự rủi ro nhất định cho các bên tham gia giao dịch. Sự rủi ro này có mức độ cao hơn so với việc thực hiện giao dịch thương mại trong phạm vi của một quốc gia. Để tránh sự rủi ro một cách tối đa trong thực hiện giao dịch thương mại quốc tế, thực tiễn thương mại quốc tế đã xây dựng hàng loạt quy định liên quan đến việc thanh toán để bảo đảm cho người có quyền nhận được sự thanh toán. Trong thương mại quốc tế thường ít gặp những trường hợp mà thời điểm giao hàng và thời điểm trả tiền trùng nhau. Theo nguyên tắc, trước hết diễn ra việc giao hàng cho người vận chuyển và sau đó mới diễn ra việc thanh toán hoặc ngược lại việc thanh toán diễn ra trước sau đó mới tiến hành giao hàng (tương tự như việc thanh toán cho công việc được thực hiện, dịch vụ được cung ứng). Tuy nhiên thực tiễn thương mại không phải bao giờ cũng được diễn ra một cách suôn sẻ như vậy. Trong nhiều trường hợp, người bán giao hàng nhưng người mua không thanh toán hay người mua đã trả tiền nhưng người bán không giao hàng.

Thực tiễn hoạt động thương mại đã xây dựng được những phương thức thanh toán mẫu, với sự trợ giúp của chúng có thể làm trung hòa được lợi ích kinh tế có thể nói là đối kháng của các bên trong hợp đồng thương mại quốc tế. Người bán hay người cung cấp dịch vụ khi bán hàng hay cung cấp dịch vụ bao giờ cũng muốn được thanh toán một cách nhanh chóng nhất, tuy nhiên nếu chứng từ vận tải là chứng từ định đoạt hàng hóa thì người bán lại muốn giữ chúng đến khi nhận được sự thanh toán hay ít nhất cũng tin tưởng rằng để nghị thanh toán của họ được chấp nhận. Trong lúc đó, người mua hay người hưởng dịch vụ lại mong muốn lùi thời hạn thanh toán đến thời điểm khi chứng

từ liên quan đến hàng hóa, đặc biệt là vận đơn, vượt ra ngoài sự kiểm soát của người bán. Để giải quyết sự mâu thuẫn giữa các quyền lợi nói trên, cần thiết phải có sự tham gia của một hoặc nhiều ngân hàng trong quá trình thanh toán. Các phương thức thanh toán có sự tham gia của ngân hàng được sử dụng trong hoạt động thương mại quốc tế đó là: phương thức nhờ thu và tín dụng chứng từ.

Trong phương thức nhờ thu, ngân hàng nhận chỉ thị thanh toán từ người bán. Việc trao chứng từ định đoạt hàng hóa đổi lấy việc thanh toán thường được diễn ra ở địa điểm có trụ sở thương mại của người mua.

Trong phương thức thanh toán bằng tín dụng chứng từ thì ngược lại, ngân hàng nhận chỉ thị thanh toán từ người mua. Việc trao chứng từ đổi lấy sự thanh toán diễn ra ở địa điểm có trụ sở thương mại của người bán. Một khối lượng lớn đáng kể các giao dịch thương mại quốc tế được ký kết với điều kiện thanh toán bằng phương thức tín dụng chứng từ, theo đó ngân hàng theo yêu cầu của người mua có nghĩa vụ phải chấp nhận và thanh toán hối phiếu của người bán.

Cả hai phương thức thanh toán nói trên cho phép ngân hàng sử dụng các chứng từ định đoạt hàng hóa với tư cách là một biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ bổ sung.

Trong một số trường hợp các bên có thể thỏa thuận phương thức thanh toán không đòi hỏi phải có sự trung gian của ngân hàng: người mua chuyển tiền thẳng vào tài khoản của người bán hay người bán gửi cho người mua hối phiếu cùng với vận đơn.

Các phương thức thanh toán nói trên được thực hiện bằng những phương tiện thanh toán khác nhau. Trong hoạt động thương mại quốc tế, ngoài tiền, séc và hối phiếu thường được sử dụng với vai trò là những phương tiện thanh toán.

Bản chất pháp lý của việc thanh toán quốc tế là các quan hệ ủy quyền trong thanh toán quốc tế. Chúng được thực hiện thông qua các hợp đồng ủy quyền giữa các ngân hàng và những người khác cũng như giữa các ngân hàng với nhau. Ví dụ, người mua yêu cầu ngân hàng của mình (ngân hàng phát hành) mở tín dụng thư bằng một ủy quyền, ngân hàng phát hành lại ủy quyền cho ngân hàng của người bán (ngân hàng thông báo) thực hiện ủy quyền của người mua.

Khác với quy định ủy quyền trong Luật Dân sự mà theo đó người được ủy quyền có nghĩa vụ phải tự mình thực hiện những công việc mình được ủy quyền và chỉ trong một số trường hợp đặc biệt mới có thể giao công việc được ủy quyền cho người khác. Còn trong việc thực hiện ủy quyền trong phạm vi thanh toán quốc tế, người được ủy quyền đầu tiên (ngân hàng của người

thanh toán - ngân hàng phát hành) trên thực tế luôn luôn thực hiện ủy quyền thông qua việc sử dụng những người khác (các ngân hàng khác).

Thông thường, quan hệ giữa người trả tiền và ngân hàng không chỉ được giới hạn bởi việc ủy quyền thực hiện thanh toán mà còn bao gồm các yếu tố khác như vay tín dụng hay bảo lãnh. Ngoài ra các quan hệ này có thể, ví dụ như trong tín dụng chứng từ, không được xem xét như là quan hệ ủy quyền trên gốc độ pháp lý.

Cần phải chú ý rằng ủy quyền thực hiện việc thanh toán là hợp đồng hoàn toàn độc lập với các nghĩa vụ của các bên trong hợp đồng chính. (Ví dụ: Nghĩa vụ của các bên trong hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế), và như vậy ngân hàng hoàn toàn không liên quan đến những điều kiện của nghĩa vụ nói trên cũng như việc thực hiện chúng ngay cả khi trong ủy quyền các nghĩa vụ đó được nói đến. Trong trường hợp thanh toán tiền mua hàng trên cơ sở hợp đồng mua bán hàng hóa ngoại thương thông qua ngân hàng thì ngân hàng hoàn toàn không liên quan đến các điều kiện của hợp đồng mua bán hàng hóa cũng như hình thức thanh toán được quy định trong hợp đồng.

Ngân hàng thực hiện việc thanh toán, ví dụ như thông qua trả vào tài khoản được chỉ định, không phải vì hình thức thanh toán này được quy định trong hợp đồng mà vì khách hàng của ngân hàng được ủy quyền cho ngân hàng chuyển tiền vào tài khoản chỉ định. Điều này có nghĩa là ngay cả trong trường hợp nếu hợp đồng quy định hình thức thanh toán, ví dụ bằng tín dụng chứng từ, ngân hàng có nghĩa vụ phải tiến hành thanh toán bằng cách chuyển tiền vào các tài khoản được chỉ định nếu khách hàng ủy quyền cho ngân hàng thanh toán theo hình thức đó.

Khác với nghĩa vụ, ví dụ phát sinh trên cơ sở hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế, nghĩa vụ phát sinh trong khi tiến hành thanh toán quốc tế không được điều chỉnh bởi các hiệp ước quốc tế đa phương. Và như vậy, quyền và nghĩa vụ của các bên được phát sinh trong khi thực hiện thanh toán quốc tế được điều chỉnh bằng luật do các bên thỏa thuận hoặc bằng luật quốc gia (luật áp dụng) được xác định phù hợp với quy định của Luật Thương mại Quốc tế (quy phạm xung đột). Thực tiễn hoạt động thương mại quốc tế đã xây dựng một số quy tắc nhất định và đã trở thành tập quán luật thương mại quốc tế được ghi nhận trong nhiều văn bản của Ủy ban Thương mại Quốc tế. Như vậy, đa số các giao dịch thanh toán trong thương mại quốc tế được điều chỉnh bởi những quy tắc này.

## II. CÁC PHƯƠNG TIỆN THANH TOÁN

Phương tiện thanh toán là công cụ được sử dụng để chi trả cho nhau trong quan hệ mua bán như tiền mặt, hối phiếu, séc, thẻ tín dụng... Trong

thanh toán quốc tế, tiền mặt là phương tiện rất ít được sử dụng. Phương tiện thanh toán trong thương mại quốc tế chủ yếu là hối phiếu, séc, thẻ tín dụng... Mỗi công cụ thanh toán đều có những ưu thế riêng phù hợp với từng đối tượng và loại hình giao dịch.

## 2.1. Hối phiếu

### 2.1.1. *Bản chất của hối phiếu*

Để tránh rủi ro khi đã trả tiền nhưng người bán không chịu giao hàng, trong hoạt động thương mại quốc tế người mua không chuyển tiền để thanh toán tiền hàng vào tài khoản của người bán mà lại cho phép người bán viết và ký phát hối phiếu cho mình. Điều này dưới góc độ pháp lý rõ ràng là có lợi không những chỉ cho người mua mà còn cho cả người bán. Người bán nhận được chứng từ lưu thông và có thể ngay lập tức chuyển chứng từ này thành tiền mặt. (Ví dụ, thông qua hình thức chiết khấu hối phiếu), còn người mua có thể lùi thời hạn thanh toán nếu hối phiếu không phải là hối phiếu thanh toán theo yêu cầu (hối phiếu thanh toán ngay khi được xuất trình). Nếu các bên không thỏa thuận trực tiếp thì phương thức thanh toán (trả tiền vào tài khoản hay trả bằng phương tiện hối phiếu) sẽ được điều chỉnh bằng tập quán thương mại quốc tế cũng như các điều kiện chiết khấu hối phiếu.

Cho đến nay, trong phạm vi quốc tế có ba văn bản chủ yếu qui định về phương tiện thanh toán quốc tế bằng hối phiếu đó là:

Luật Hối phiếu Thống nhất Genever năm 1930 (Uniform Law for Bill of Exchange – ULB 1930)<sup>47</sup> được 19 quốc gia châu Âu lục địa cùng với Brazil và Nhật Bản áp dụng.

Luật về Hối phiếu của Anh năm 1882 được áp dụng ở Anh và các quốc gia thuộc hệ thống thông luật (Common Law). “Đây là văn bản pháp luật tốt nhất từ trước đến nay được Nghị viện Anh thông qua và người nào liên quan đến hối phiếu cũng phải nghiên cứu luật này một cách kỹ lưỡng”.

Để kết hợp hai hệ thống trên, UNCITRAL đã soạn thảo công ước về hối phiếu. Công ước này được Đại hội đồng Liên hiệp quốc thông qua ngày 9-12-1988, tuy nhiên đến thời điểm này công ước chưa có hiệu lực<sup>48</sup>.

Mục đích của Công ước 1988 là xây dựng những công cụ pháp lý đặc biệt để những người tham gia hoạt động thương mại quốc tế có thể sử dụng thay cho những công cụ thanh toán và tín dụng đang được sử dụng hiện nay. Công

<sup>47</sup> Có ba Công ước về Hối phiếu được thông qua ngày 7-6-1930 tại Genever, ba Công ước về Séc được thông qua ngày 19-3-1931 cũng tại Genever.

<sup>48</sup> Công ước có hiệu lực chỉ khi có ít nhất 10 quốc gia tham gia ký kết hay phê chuẩn. Đến thời điểm 1-2001 mới có ba quốc gia tham gia ký kết: Canada, Hoa Kỳ, Liên bang Nga và một quốc gia tham gia là Gvinea.

Ước chỉ được áp dụng trong trường hợp nếu chứng từ được coi là một "hối phiếu quốc tế" và các bên có việc dẫn đến công ước.

Như vậy cho đến nay vẫn tồn tại hai hệ thống pháp luật về hối phiếu: Luật Hối phiếu Thống nhất Geneva và Luật Hối phiếu Anh - Hoa Kỳ.

Theo quy định của Luật thống nhất về Hối phiếu 1930, hối phiếu là một lệnh vô điều kiện bằng văn bản do một người ký phát và chuyển cho một người khác, yêu cầu người này khi nhìn thấy hối phiếu hoặc đến một thời hạn được xác định trong tương lai phải trả cho người có tên trong hối phiếu hay theo lệnh của người này trả cho người thứ ba hoặc trả cho người cầm giữ hối phiếu một khoản tiền nhất định.

Còn theo Khoản 2 Điều 3 Pháp lệnh thương phiếu số 17/1999/PL-UBTVQH10 ngày 24-12-1999, hối phiếu là chứng chỉ có giá do người ký phát lập, yêu cầu người bị ký phát thanh toán không điều kiện không điều kiện một số tiền xác định khi có yêu cầu hoặc vào một thời gian nhất định trong tương lai cho người thụ hưởng.

Trong quan hệ pháp luật phát sinh từ hối phiếu có ba chủ thể tham gia: người ký phát hối phiếu, thường là người bán hàng, người cung cấp dịch vụ trong hợp đồng thương mại quốc tế; người nhận là người mua hay người hưởng dịch vụ; người hưởng lợi, thường là ngân hàng.

### **2.1.2. Đặc điểm của hối phiếu**

Hối phiếu như là một chứng từ thanh toán có những đặc điểm sau:

Tính cụ thể: Tức là mọi nghĩa vụ phát sinh từ hối phiếu cần phải được ghi trong hối phiếu một cách rõ ràng, cụ thể dưới hình thức văn bản và cần phải được các bên liên quan ký.

Tính trừu tượng: Có nghĩa là trên hối phiếu không cần phải ghi nội dung quan hệ tín dụng hay nói cách khác, nguyên nhân làm phát sinh hối phiếu, mà chỉ cần ghi rõ số tiền phải trả và những nội dung liên quan đến nghĩa vụ trả tiền.

Tính bắt buộc: Tức là người có nghĩa vụ thanh toán phải trả tiền theo nội dung ghi trong hối phiếu. Người trả tiền không vì bất kỳ một lý do riêng nào đối với người ký phát, người chuyển nhượng hối phiếu mà có thể từ chối trả tiền, trừ trường hợp hối phiếu được lập trái với quy định của pháp luật điều chỉnh nó.

Tính lưu thông: Tức là hối phiếu có thể được chuyển nhượng, mua bán, cầm cố, thế chấp trong thời hạn hiệu lực của nó.

Người được nhượng hối phiếu có thể có nhiều quyền hơn so với người chuyển nhượng. Khi người cầm giữ hối phiếu đúng pháp luật không phụ thuộc vào bất kỳ một sự hạn chế nào về quyền của những người cầm giữ hối phiếu trước đó hay phụ thuộc vào những yêu cầu riêng của những người cầm giữ hối phiếu trước đó, có thể yêu cầu thanh toán toàn bộ số tiền được ghi trong hối phiếu.

#### **2.1.3. Quyền lợi và nghĩa vụ của các bên liên quan đến hối phiếu**

##### **a. Người ký phát hối phiếu**

- Nghĩa vụ:

+ Lập và ký phát hối phiếu đúng quy định của pháp luật, ký tên đúng chỗ được quy định trên tờ hối phiếu;

+ Giao hối phiếu cho ngân hàng đúng thời hạn;

+ Khi hối phiếu bị từ chối thanh toán, người ký phát có nghĩa vụ hoàn lại tiền cho người hưởng lợi của hối phiếu, trừ trường hợp hối phiếu là miễn truy đòi.

- Quyền lợi:

+ Hưởng số tiền được ghi trên hối phiếu;

+ Có thể chuyển nhượng quyền hưởng lợi được ghi nhận trong hối phiếu.

##### **b. Người trả tiền hối phiếu**

- Nghĩa vụ:

Phải trả toàn bộ số tiền được ghi trong hối phiếu, nếu là hối phiếu có kỳ hạn thì phải ký chấp nhận thanh toán hối phiếu khi được xuất trình.

Chấp nhận hối phiếu có nghĩa là khi người ký phát xuất trình hối phiếu cho người trả tiền, người này có nghĩa vụ phải xem xét tính hợp lệ của hối phiếu và ký chấp nhận trả tiền. Hối phiếu chưa được người trả tiền chấp nhận thì không có giá trị thanh toán.

- Quyền lợi:

Có quyền từ chối chấp nhận thanh toán hối phiếu nếu hối phiếu được ký phát không đúng quy định của pháp luật.

##### **c. Người hưởng lợi**

Là người có quyền nhận số tiền được ghi trong hối phiếu. Người hưởng lợi có thể là người ký phát hối phiếu, có thể là một người nào khác có người ký

phát chỉ định hay ủy quyền, hoặc là người được người hưởng lợi chuyển nhượng quyền được quy định trong hối phiếu bằng hình thức ký hậu.

Ký hậu là việc người hưởng lợi ký vào mặt sau của hối phiếu khi chuyển nhượng hối phiếu cho người khác. Hành vi ký hậu có ý nghĩa pháp lý: Thứ nhất, thừa nhận sự chuyển nhượng quyền lợi được quy định trong hối phiếu. Thứ hai, xác định trách nhiệm của người ký hậu về việc hối phiếu sẽ được thanh toán với người được chuyển nhượng.

Trong hoạt động thương mại thường gặp bốn hình thức ký hậu:

- Ký hậu không, tức là người chuyển nhượng hối phiếu chỉ ký vào mặt sau của hối phiếu mà không ghi rõ tên của người được chuyển nhượng.

- Ký hậu đích danh, tức là người chuyển nhượng ghi rõ tên người được chuyển nhượng và chỉ có người này mới có quyền nhận tiền theo hối phiếu.

- Ký hậu theo lệnh, theo cách này người chuyển nhượng ghi rõ, hối phiếu phải được thanh toán theo lệnh của người được ghi trong hối phiếu.

- Ký hậu miễn truy đòi, tức là khi chuyển nhượng hối phiếu, người chuyển nhượng ghi rõ "Miễn truy đòi". Loại ký hậu này có thể được áp dụng trong ba cách ký hậu nói trên. Đối với loại ký hậu này, khi hối phiếu bị từ chối thanh toán thì người được chuyển nhượng không có quyền yêu cầu người nhượng hối phiếu trả lại tiền cho mình.

Ký hậu miễn truy đòi là hình thức thường được áp dụng trong thanh toán quốc tế.

Trong hoạt động thương mại quốc tế, hối phiếu có thể được chuyển nhượng bằng hình thức chiết khấu. Chiết khấu hối phiếu là hình thức bán hối phiếu cho người khác (thường là ngân hàng hay các công ty tài chính) khi hối phiếu chưa đến hạn thanh toán. Để có thể được chiết khấu, hối phiếu phải thỏa mãn 2 điều kiện. Thứ nhất, phải được chấp nhận thanh toán trước thời điểm chiết khấu. Thứ hai, người hưởng lợi phải ký hậu để chuyển nhượng hối phiếu cho ngân hàng hay công ty tài chính.

Trong trường hợp người trả tiền từ chối thanh toán hay từ chối chấp nhận hối phiếu, người hưởng lợi có quyền kháng nghị bằng văn bản. Trong thời hạn do pháp luật quy định, người hưởng lợi phải báo cho người chuyển nhượng trực tiếp về sự từ chối này và có quyền yêu cầu người này hoặc những người chuyển nhượng trước đó hoặc người ký phải trả lại tiền.

#### d. Người cầm giữ hối phiếu

Người cầm giữ hối phiếu là bất kỳ một người nào có được hối phiếu đúng pháp luật, không bị người thứ ba tranh chấp trước thời hạn hối phiếu hết hiệu

lực và trong hối phiếu không có ghi đang là đối tượng của tranh chấp. Người cầm hối phiếu có thể là người ký phát, người hưởng lợi, người được chuyển nhượng hối phiếu.

Người thứ ba có quyền yêu cầu đổi với người đang cầm giữ hối phiếu và không tham gia vào việc ký kết bất kỳ một giao dịch trái luật hay sự lừa dối nào liên quan đến hối phiếu, có tất cả các quyền của người cầm giữ hối phiếu đổi với người trả tiền và đổi với tất cả những người khác theo hối phiếu trước thời điểm hối phiếu được chuyển nhượng. Hối phiếu được chuyển giao đúng pháp luật cho người cầm giữ, tuy nhiên sau đó hối phiếu bị từ chối thanh toán, thì sẽ được trả lại cho người ký phát và người ký phát lại có tất cả các quyền của người cầm giữ hối phiếu theo pháp luật. Tuy nhiên nếu sau này, việc ký phát, chấp nhận, chuyển nhượng hối phiếu được coi và được chứng minh rằng đã được thực hiện bằng lừa dối, ép buộc hay trên cơ sở của các giao dịch trái pháp luật thì việc chứng minh ngược lại là nghĩa vụ của người cầm giữ hối phiếu. Trong trường hợp này, người cầm giữ hối phiếu phải chứng minh được rằng: thứ nhất, số tiền trong hối phiếu được giao đúng thời hạn; thứ hai, người cầm giữ hối phiếu hành động một cách có thiện chí.

#### **2.1.4. Bảo đảm thanh toán hối phiếu (Aval)**

Bảo đảm thanh toán hối phiếu là việc người thứ ba, thường là ngân hàng hay công ty tài chính, bảo đảm với người cầm giữ hối phiếu rằng, họ sẽ trả tiền cho hối phiếu đúng thời hạn trong trường hợp người trả tiền không thanh toán. Một số thẩm phán của Anh cho rằng thuật ngữ "Aval" có nghĩa là bảo đảm dã lỗi thời. Nhưng dưới sự ảnh hưởng của thực tiễn thương mại ở các nước châu Âu lục địa, thuật ngữ này lại được sử dụng và đặc biệt liên quan đến thực tiễn mua bán hối phiếu trong thương mại quốc tế.

Mặc dù người bảo lãnh với tư cách là người ký hậu hối phiếu, chịu trách nhiệm trước người cầm giữ hối phiếu, nhưng không phải là người ký hậu hối phiếu. Người bảo lãnh là người chịu trách nhiệm cho người khác trong hối phiếu. Điều này còn phụ thuộc vào cách xác định bảo lãnh trong chứng từ, tức là trách nhiệm của người nào trong hối phiếu được bảo lãnh. Người bảo lãnh có thể bảo đảm việc thanh toán cho người chấp nhận hối phiếu hay một trong những người ký hậu, hay cho tất cả những người có nghĩa vụ và quyền trong hối phiếu: Người trả tiền và người truy đòi, tức là những người được chuyển nhượng hối phiếu nhưng hối phiếu lại không được chấp nhận thanh toán.

Bảo lãnh chỉ có thể đối với những hối phiếu mà việc thanh toán chúng phải được thực hiện sau một thời gian xác định, những hối phiếu thanh toán khi được xuất trình không được bảo lãnh. Các bên ban đầu trong hối phiếu (người ký phát hay người trả tiền) không thể tự bảo lãnh hối phiếu bởi vì họ

phải chịu trách nhiệm đối với hối phiếu trong mọi trường hợp. Còn bảo lãnh (Aval) theo bản chất là trách nhiệm bổ sung của người khác mặc dù người này trở thành “một bên tham gia” của hối phiếu.

Theo nguyên tắc, hối phiếu chỉ được bảo đảm thanh toán sau khi đã được người trả tiền chấp nhận. Thông thường ngân hàng bảo lãnh hối phiếu<sup>49</sup>, tuy nhiên không có quy phạm pháp luật đặc biệt nào quy định điều này, vì vậy bất kỳ một người nào mà chữ ký của họ có trọng lượng đều có thể đứng ra bảo đảm hối phiếu sẽ được thanh toán. Ngân hàng khi bảo lãnh và đóng dấu “per aval – bảo đảm” vào hối phiếu hay những chứng từ khác có cùng ý nghĩa phải có chữ ký của người có thẩm quyền kèm theo dấu.

Dưới góc độ thương mại, ngân hàng càng có uy tín thì sự bảo đảm càng có ý nghĩa.

Bảo lãnh hối phiếu cũng có thể được sử dụng đối với chứng từ vận chuyển. Như vậy, theo hợp đồng nhờ thu, chứng từ cần phải được giao cho người chấp nhận hối phiếu (trong hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế là người mua), đây có thể là điều kiện trước việc giao chứng từ cho người mua để nhận được sự bảo lãnh có lợi. Hay ngược lại, người chấp nhận hối phiếu có thể nhận được sự bảo đảm, khi ra điều kiện, trước hết phải giao chứng từ vận tải cho họ. Sự kết hợp giữa phương diện tài chính và chứng từ này trong một chứng mục nào đó giống với hợp đồng theo tín dụng chứng từ, tuy nhiên sự kết hợp này không thể thay thế hình thức tín dụng chứng từ và nó không cho người bán sự đảm bảo tài chính.

Bảo lãnh hối phiếu được nhiều hệ thống pháp luật công nhận và áp dụng. Điều 3-416 (1) Bộ luật Thương mại Thống nhất Hoa Kỳ có quy định tương tự, tức là trong hối phiếu có ghi “Thanh toán được bảo đảm”. Trong pháp luật của Đức, người bảo đảm được gọi là “Wechselburge” – Điều 32 Luật Hối phiếu năm 1993. Còn Bộ luật Thương mại của Pháp quy định người bảo lãnh bảo đảm thanh toán hối phiếu<sup>50</sup>.

<sup>49</sup> Sự khác nhau giữa ngân hàng ký bảo lãnh và ngân hàng chấp nhận tín dụng chứng từ thể hiện ở chỗ: trong trường hợp thứ nhất, ngân hàng như là một tổ chức thứ ba bổ sung chữ ký của mình vào chữ ký của người chấp nhận hối phiếu, còn trong trường hợp thứ hai, hối phiếu được xuất trình cho ngân hàng và ngân hàng với tư cách là chủ thể ban đầu của hối phiếu ký vào hối phiếu.

<sup>50</sup> Pháp luật của Đức và của Pháp dựa vào ý định của bảo lãnh ở mức độ, trong đó pháp luật xem xét trách nhiệm của người bảo lãnh về toàn bộ nghĩa vụ của người được bảo lãnh.

### **2.1.5. Các loại hối phiếu**

Căn cứ vào thời hạn thanh toán, hối phiếu có các loại sau:

- Hối phiếu được thanh toán ngay là loại hối phiếu khi được xuất trình, người trả tiền có nghĩa vụ phải thanh toán ngay.
- Hối phiếu được thanh toán sau một thời hạn nhất định kể từ thời điểm được xuất trình.
- Hối phiếu có kỳ hạn, trong loại này có ghi rõ ngày hối phiếu phải được thanh toán.

Căn cứ vào tính độc lập hối phiếu có các loại như sau:

- Hối phiếu trơn: Người trả tiền phải thanh toán khi hối phiếu được xuất trình và không buộc người hưởng lợi phải xuất trình một loại chứng từ hay thực hiện một điều kiện nào khác. Loại hối phiếu này thường được sử dụng để thanh toán cước vận chuyển, bảo hiểm...
- Hối phiếu kèm chứng từ: Loại hối phiếu này chỉ được thanh toán hay chấp nhận khi người hưởng lợi xuất trình chứng từ thương mại (chứng từ vận chuyển, hóa đơn thương mại...).

## **2.2. Séc**

### **2.2.1. Khái niệm và đặc điểm**

Cùng với hối phiếu, séc cũng được coi là một phương tiện thanh toán phổ biến trong hoạt động thương mại quốc tế.

Các quy phạm pháp luật quốc tế về séc được ghi nhận chủ yếu trong Luật Thống nhất về Séc ký năm 1931 tại Genever.

Cũng như hối phiếu, séc là một chứng từ có giá trị, là một lệnh vô điều kiện của chủ tài khoản ở ngân hàng để ngân hàng của mình trả cho người cầm giữ séc hay theo lệnh của người này trả cho người thứ ba một khoản tiền được ghi rõ trong séc trong thời hạn được pháp luật quy định.

Như vậy trong quan hệ, séc có ít nhất ba chủ thể tham gia:

Người phát hành thường là người mua, người hưởng dịch vụ trong hợp đồng thương mại quốc tế. Điều kiện cơ bản trong việc lập séc là người phát hành séc phải có tiền trong tài khoản mở tại ngân hàng và số tiền ghi trong séc không được vượt quá số dư trong tài khoản.

Người trả tiền: ngân hàng mà người phát hành có tài khoản dư ở đó.

Người hưởng lợi: thường là người bán, cung cấp dịch vụ.

Séc thường được các ngân hàng in sẵn theo mẫu giao cho những người có tài khoản ở ngân hàng.

Giữa hối phiếu và séc có nhiều điểm chung như: bắt buộc phải thanh toán, có thể được chuyển nhượng bằng cách ký hậu. Tuy nhiên giữa chúng có điểm khác nhau một cách cơ bản. Những điểm khác biệt này cũng được coi là đặc điểm của séc.

Nếu hối phiếu được coi như là một công cụ tín dụng thương mại và trên thực tế nó có thể được ký phát cho bất kỳ một người nào thì séc được coi là một loại hình của tín dụng ngân hàng và luôn luôn chỉ được ký phát cho ngân hàng trong đó người ký phát có tài khoản.

Một điểm khác biệt nữa giữa hối phiếu và séc đó là thời hạn hiệu lực của chúng, tức là thời hạn mà chúng có giá trị như là một phương tiện thanh toán. Nếu như thời hạn hiệu lực của hối phiếu do các bên thỏa thuận (Điều 33 Luật Thống nhất về Hối phiếu 1930) thì thời hạn hiệu lực của séc được xác định bởi quy phạm của luật quốc gia hoặc của pháp luật quốc tế, hay nói cách khác pháp luật giới hạn thời hạn hiệu lực của séc. Theo quy định của Điều 29 Luật Thống nhất về Séc năm 1931: Nếu séc được phát hành và được thanh toán trên lãnh thổ của một quốc gia thì thời hạn hiệu lực là 8 ngày làm việc. Nếu việc phát hành séc và việc thanh toán được diễn ra trên lãnh thổ của các quốc gia khác nhau thì thời hạn hiệu lực của nó là 20 ngày làm việc. Trong trường hợp này, nếu việc phát hành séc và việc thanh toán được diễn ra trên các lục địa khác nhau thì thời hạn mà séc có hiệu lực là 70 ngày. Tuy nhiên nếu địa điểm phát hành séc và địa điểm thanh toán nằm ở châu Âu và Trung Cận Đông thì séc phải được xuất trình để thanh toán trong thời hạn không quá 20 ngày<sup>51</sup>.

Việc thanh toán theo séc có thể được bảo lãnh bởi bất kỳ một người nào ngoài người trả tiền. Việc bảo đảm được thể hiện bằng từ "bảo lãnh" kèm theo chữ ký của người bảo lãnh là người nhận lấy nghĩa vụ thanh toán.

### 2.2.2. Nội dung của séc

Trong séc phải có các điều khoản cần thiết, thiếu hay không tuân thủ một trong các điều khoản này là cơ sở để coi séc không có hiệu lực và sẽ không được thanh toán. séc là một chứng từ nghiêm ngặt về mặt hình thức. Theo quy định của Luật Thống nhất về Séc năm 1931, những điều khoản cơ bản của séc bao gồm:

<sup>51</sup> Khoán b Điều 43 Luật về Séc của quốc tế năm 1982 quy định: Séc thương mại có hiệu lực trong thời hạn 120 ngày kể từ ngày ký phát.

Tiêu đề (tên của séc), nội dung được thực hiện trên ngôn ngữ nào thì tiêu đề phải được thực hiện trên ngôn ngữ đó.

Lệnh séc, tức là người phát hành séc để nghị ngân hàng trả một khoản tiền nhất định cho người có tên trong séc hay theo lệnh của người xuất trình séc. Lệnh séc phải là vô điều kiện, tức là người phát hành không được gắn việc thanh toán với việc người cầm séc phải xuất trình một loại chứng từ nào đó hay phải thực hiện một nghĩa vụ nào đó (trong điều khoản này có ghi tên của người hưởng lợi).

Tên và địa chỉ của ngân hàng trả tiền.

Số tiền cần phải trả.

Ngày và địa điểm phát hành.

Tên, địa chỉ và chữ ký của người phát hành séc. Chữ ký của người phát hành séc phải đúng với chữ ký được đăng ký tại ngân hàng. Các điều kiện trong séc phải được ghi rõ ràng, không tẩy xóa.

### **2.2.3. Các loại séc**

Trong hoạt động kinh doanh thương mại, séc có thể được phân chia thành nhiều loại khác nhau phụ thuộc vào tính lưu chuyển hay đặc tính sử dụng của chúng.

Phụ thuộc vào tính lưu chuyển, có thể được chia thành các loại sau:

Séc đích danh: Trong séc loại này có ghi rõ tên của người hưởng lợi. Đây là loại séc không thể chuyển nhượng. Ngân hàng chỉ có thể trả tiền cho chính người có tên trong séc.

Séc vô danh: Trong séc loại này không ghi rõ tên của người hưởng lợi mà chỉ ghi: Trả tiền cho người xuất trình séc. Loại này có thể được chuyển nhượng vào bất kỳ thời điểm nào trong thời hạn séc còn hiệu lực và không cần phải ký hậu.

Séc theo lệnh: Trong loại séc này có ghi rõ rằng ngân hàng phải trả tiền cho bất kỳ một người nào theo lệnh của người có tên trong séc. Loại này có thể chuyển nhượng bằng cách ký hậu như chuyển nhượng hối phiếu.

Phụ thuộc vào đặc tính sử dụng, có thể được chia thành các loại sau:

Séc gạch chéo là loại séc mà trên mặt của nó có hai vạch chéo song song do người hưởng lợi phát hành. Loại séc này không được sử dụng để rút tiền mặt mà chỉ được sử dụng để chuyển tiền qua tài khoản ở ngân hàng. Có hai loại séc gạch chéo:

+ Séc gạch chéo thông thường là loại mà giữa hai vạch không ghi tên của ngân hàng linh hồn tiền.

+ Loại thứ hai là giữa hai vạch có ghi tên của ngân hàng linh hồn tiền, chỉ có ngân hàng này mới có quyền nhận hộ tiền cho người hưởng lợi.

Séc du lịch là loại séc do ngân hàng phát hành và được thanh toán tại bất kỳ một chi nhánh nào của ngân hàng đó. Trong trường hợp này, ngân hàng vừa là người phát hành vừa là người trả tiền, người hưởng lợi là khách du lịch có tài khoản dư tại ngân hàng đó. Đặc điểm của loại này là thời hạn hiệu lực của nó do ngân hàng và người hưởng lợi thỏa thuận, trên séc có ghi rõ séc sẽ được thanh toán ở những địa điểm khu vực nào. Ngoài những địa điểm khu vực đó, séc sẽ không có giá trị. Theo nguyên tắc, loại séc này không thể là phương tiện thanh toán trong hoạt động kinh doanh thương mại.

Séc xác nhận là loại séc chỉ được thanh toán khi có xác nhận của ngân hàng. Việc phát hành loại séc này có mục đích chống việc ký phát séc khống (xác nhận số tiền... được trả trước ngày... tại ngân hàng...).

### **III. CÁC HÌNH THỨC THANH TOÁN**

#### **3.1. Thanh toán quốc tế bằng hình thức trả tiền vào tài khoản được chỉ định**

##### **3.1.1. Khái niệm phương thức chuyển tiền vào tài khoản được chỉ định**

Chuyển tiền vào tài khoản được chỉ định là một phương thức thanh toán quốc tế được thực hiện thông qua hợp đồng mà theo đó ngân hàng vì quyền lợi và theo sự ủy quyền của người có tài khoản ở ngân hàng này (người trả tiền) vì thù lao tiến hành chuyển tiền vào tài khoản của người nhận được ghi rõ trong ủy quyền của ngân hàng khác.

Khi thực hiện thanh toán bằng hình thức chuyển tiền vào tài khoản được chỉ định, người được thanh toán không có quyền yêu cầu ngân hàng của người trả tiền thực hiện việc thanh toán. Bản chất của các quan hệ nói trên thể hiện ở chỗ ngân hàng phải tuân thủ một số điều kiện nhất định khi thực hiện ủy quyền phù hợp với chỉ thị của người trả tiền. Thanh toán bằng hình thức này được sử dụng khá phổ biến trong thanh toán quốc tế.

Thực tế thì trong Luật Thương mại Quốc tế không có một văn bản nào điều chỉnh hình thức thanh toán này. Trong số các văn bản có thể được sử dụng để cho việc phân tích hình thức thanh toán này cần phải chú ý đến:

1- Luật mẫu của UNCITRAL về chuyển tiền quốc tế được Ủy ban Luật Thương mại Quốc tế của Liên Hiệp Quốc thông qua tại kỳ họp thứ hai ngày

14-5-1992 (Tài liệu: A/CN.9/XXVCRP.1/ADD.13). Văn bản này không được coi là văn bản pháp luật có hiệu lực và nguồn của Luật Thương mại Quốc tế, mà chỉ được coi như là một sự giới thiệu của Ủy ban Luật Thương mại Quốc tế của Liên hiệp quốc cho những ai tham gia vào các quan hệ thanh toán quốc tế trong việc thực hiện trả tiền vào tài khoản chỉ định cũng như các quốc gia thông qua nó với tư cách luật quốc gia.

2- Hướng dẫn của Phòng Thương mại Quốc tế về việc chuyển tiền quốc tế giữa các ngân hàng và đến bù (công bố của Phòng Thương mại Quốc tế năm 1990).

3- Hướng dẫn của UNCITRAL về chuyển tiền điện tử năm 1987.

Theo luật mẫu của Ủy ban Luật Thương mại Quốc tế của Liên hiệp quốc trong chuyển tiền quốc tế có các bên sau đây tham gia:

1- Người trả tiền tức là người giao ủy quyền thanh toán trong quá trình chuyển tiền. Thông thường người trả tiền là người mua hàng (người đặt thực hiện công việc hay dịch vụ) theo hợp đồng thương mại quốc tế.

2- Ngân hàng của người trả tiền, ngân hàng mà người trả tiền có tài khoản ở đó.

3- Người được thanh toán là người được chỉ rõ trong ủy quyền thanh toán của người trả tiền với tư cách là người nhận tiền. Theo nguyên tắc, người được trả tiền là người bán hàng hay là người thực hiện công việc, cung cấp dịch vụ theo hợp đồng.

4- Ngân hàng của người được thanh toán là ngân hàng mà người được thanh toán mở tài khoản ở đó.

5- Ngân hàng trung gian là bất kỳ ngân hàng nào không phải là ngân hàng của người thanh toán và của người được thanh toán.

Ví dụ, Công ty A ở Việt Nam có tài khoản ở Vietcombank bán hàng cho Công ty B ở Nga có tài khoản ở Ngân hàng Menatep, Matxcova, ngân hàng trung gian (Correspondent Bank) là Ngân hàng New York. Bản chất của chuyển tiền trong thanh toán quốc tế là chuyển tiền được thực hiện bằng cách ngân hàng của người thanh toán lấy tiền từ tài khoản của người thanh toán và chuyển số tiền này sang ngân hàng của người được thanh toán, sau đó ngân hàng này đưa số tiền này vào tài khoản của người nhận.

Việc chuyển tiền trong thanh toán quốc tế được diễn ra theo trình tự sau:

+ Người thanh toán giao ủy quyền cho ngân hàng của mình (công ty giao ủy quyền thanh toán cho Vietcombank).

- + Ngân hàng của người thanh toán lại ủy nhiệm cho ngân hàng trung gian (Vietcombank ủy nhiệm cho Ngân hàng New York).
- + Ngân hàng trung gian ủy nhiệm cho ngân hàng của người nhận (Ngân hàng New York ủy nhiệm cho ngân hàng Menatep- Matxcova).
- + Ngân hàng của người nhận chuyển tiền vào tài khoản của người nhận.

### **3.1.2. Các giai đoạn của việc thanh toán**

#### *a. Người thanh toán ủy quyền cho ngân hàng của mình thực hiện việc thanh toán*

Thông thường, hoạt động chuyển tiền trong thanh toán quốc tế được bắt đầu bằng việc người thanh toán ủy nhiệm cho ngân hàng của mình thực hiện việc chuyển tiền. Việc này được thực hiện bằng cách người trả tiền di chuyển mẫu có sẵn do ngân hàng cấp và mẫu này được người có thẩm quyền của người thanh toán ký. Trong trường hợp việc liên lạc với ngân hàng được thực hiện bằng phương tiện điện tử thì ủy quyền thanh toán là thông báo bằng điện tử của người thanh toán cho ngân hàng của mình, thông báo này được bảo vệ bằng mật mã của người thanh toán. Ủy quyền có hiệu lực từ thời điểm ngân hàng của người chuyển chấp nhận nó. Việc ngân hàng được coi là đã chấp nhận ủy quyền thanh toán trong thực hiện thanh toán quốc tế theo Điều 7 Luật mẫu UNCITRAL khi:

- Ngân hàng của người được thanh toán nhận ủy nhiệm thanh toán trong điều kiện nếu người thanh toán và ngân hàng có thỏa thuận rằng ngân hàng sẽ thực hiện việc thanh toán khi nhận được sự ủy quyền.

- Ngân hàng báo cho người trả tiền về sự chấp nhận ủy quyền thanh toán.
- Ngân hàng của người thanh toán giao ủy quyền thanh toán cho ngân hàng trung gian để thực hiện việc thanh toán.
- Ghi nợ vào tài khoản của người trả tiền để thanh toán theo ủy quyền.
- Hết thời hạn cho việc thông báo về sự từ chối chấp nhận ủy quyền thanh toán, nếu thông báo đó không được gửi (thông thường ngân hàng phải thông báo sự từ chối chấp nhận ủy quyền thanh toán không chậm hơn ngày làm việc tiếp theo của ngân hàng sau khi hết hạn thực hiện).

Theo nguyên tắc ủy quyền thanh toán được ngân hàng chấp nhận thực hiện chỉ khi trong tài khoản của người trả tiền có đủ điều kiện cho việc thanh toán.

#### *b. Ủy quyền thanh toán cho ngân hàng trung gian*

Sau khi nhận được ủy quyền thanh toán của người trả tiền, ngân hàng sẽ thực hiện ủy quyền này thông qua ngân hàng trung gian nếu giữa ngân hàng của người trả tiền và ngân hàng của người nhận không có mối liên hệ thanh

toán trực tiếp. Thông thường ngân hàng trung gian là các ngân hàng lớn, có uy tín. Ủy quyền của ngân hàng thanh toán được ngân hàng trung gian bắt đầu thực hiện từ thời điểm ngân hàng này chấp nhận nó. Theo quy định của Điều 7 Luật mẫu của Uncitral, ủy quyền thanh toán được coi là bắt đầu thực hiện bởi ngân hàng trung gian trong những trường hợp sau:

- Ngân hàng trung gian nhận được ủy quyền thanh toán với điều kiện giữa ngân hàng của người thanh toán và ngân hàng trung gian có thỏa thuận rằng ngân hàng trung gian sẽ thực hiện ủy quyền thanh toán của ngân hàng người trả tiền khi nhận được ủy quyền.

- Ngân hàng trung gian thông báo cho ngân hàng chuyển về sự chấp nhận thực hiện ủy quyền.

- Ngân hàng trung gian rút tiền từ tài khoản của ngân hàng người chuyển có ở ngân hàng của mình để thực hiện thanh toán:

- Hết thời hạn để thông báo sự từ chối thực hiện ủy quyền tuy nhiên thông báo không được gửi cho ngân hàng của người chuyển.

Ngân hàng trung gian có quyền từ chối thực hiện ủy quyền thanh toán của ngân hàng của người chuyển trong những trường hợp sau:

- Trong tài khoản ngân hàng của người chuyển không có hoặc không đủ tiền trong trường hợp nếu ủy quyền thanh toán phải được thực hiện bằng tiền ở tài khoản của ngân hàng của người chuyển.

- Không nhận được sự thanh toán ngân hàng của người chuyển.

- Không có đầy đủ thông tin về ngân hàng của người chuyển.

Trong trường hợp việc thực hiện ủy quyền thanh toán thông qua nhiều ngân hàng thì cũng áp dụng những quy định tương tự. Sau khi nhận được ủy quyền thanh toán từ ngân hàng của người chuyển và chấp nhận thực hiện nó, ngân hàng trung gian phải giao ủy quyền thanh toán cho ngân hàng người nhận (người được thanh toán) hay là cho ngân hàng trung gian khác trên cơ sở phải tuân thủ những điều kiện của ngân hàng của người trả tiền.

Công đoạn này của hình thức chuyển tiền trong thanh toán quốc tế được hoàn thành kể từ thời điểm ngân hàng trung gian ủy quyền thanh toán cho ngân hàng của người được thanh toán hay ngân hàng trung gian khác phù hợp với ủy quyền của người trả tiền.

#### c. Ủy quyền thanh toán cho ngân hàng của người nhận

Sau khi nhận được ủy quyền thanh toán từ ngân hàng của người chuyển và chấp nhận thực hiện nó, ngân hàng trung gian chuyển cho ngân hàng của

người nhận ủy quyền thanh toán. Ủy quyền thanh toán được ngân hàng của người nhận bắt đầu thực hiện từ thời điểm nó được ngân hàng này chấp nhận bắt đầu thực hiện trong những trường hợp sau:

- Ngân hàng người nhận nhận được ủy quyền thanh toán với điều kiện giữa ngân hàng trung gian và ngân hàng người nhận có thỏa thuận rằng ngân hàng người nhận sẽ thực hiện ủy quyền thanh toán khi nhận nó.

- Ngân hàng của người nhận thông báo việc chấp nhận ủy quyền.

- Ngân hàng của người nhận chuyển tiền vào tài khoản của người nhận tại ngân hàng này hay bằng một cách nào đó chuyển số tiền này cho người nhận.

- Thông báo cho người nhận biết rằng họ có quyền rút hay sử dụng tiền được thanh toán phù hợp với ủy quyền thanh toán.

- Ngân hàng của người nhận sử dụng tiền thanh toán để trừ nợ của người nhận với ngân hàng này hay sử dụng chúng theo quyết định của tòa án hay cơ quan có thẩm quyền khác.

Ngân hàng của người nhận có quyền từ chối thực hiện ủy quyền thanh toán trong những trường hợp sau:

- Trong tài khoản của ngân hàng trung gian ở ngân hàng của người nhận không có đủ tiền cho việc thanh toán nếu việc thanh toán được thực hiện bằng cách rút tiền từ tài khoản này.

- Không nhận được tiền từ tài khoản của ngân hàng trung gian.

- Thông tin của ngân hàng trung gian chưa đủ.

Thông báo về sự từ chối thực hiện ủy quyền thanh toán phải được gửi không chậm hơn ngày làm việc tiếp theo của ngân hàng sau khi hết thời hạn để thực hiện ủy quyền.

Theo Điều 10 Luật mẫu Uncitral thì ngân hàng của người nhận sau khi chấp nhận ủy quyền thanh toán phải chuyển tiền cho người nhận hay sử dụng nó phù hợp với ủy quyền thanh toán hay thỏa thuận giữa ngân hàng này với người nhận.

Tuy nhiên theo Điều 19 của Luật mẫu Uncitral, chuyển tiền trong thanh toán quốc tế được coi là hoàn thành chính ở công đoạn này, có nghĩa là ngân hàng của người nhận chấp nhận ủy quyền thanh toán vì quyền lợi của người nhận. Sau khi việc chuyển tiền được thực hiện xong, ngân hàng của người nhận trở thành người thụ trái của người nhận trong phạm vi ủy quyền thanh toán được ngân hàng này chấp nhận. Việc hoàn thành sự chuyển tiền không ảnh hưởng đến quan hệ giữa người nhận và ngân hàng của họ.

Nhu vậy, nghĩa vụ thanh toán của người trả tiền được coi là đã thực hiện từ thời điểm ngân hàng của người nhận chấp nhận ủy quyền thanh toán. Có nghĩa là trong trường hợp nếu ngân hàng của người nhận đã chấp nhận ủy quyền thanh toán nhưng người nhận trên thực tế không sử dụng được khoản thanh toán này do ngân hàng của người nhận phá sản thì người nhận phải chịu rủi ro. Ngược lại, nếu người trả tiền đã chuyển tiền ra khỏi tài khoản của mình ở ngân hàng nhưng ngân hàng của người nhận chưa nhận được ủy nhiệm thanh toán do ngân hàng trung gian bị phá sản thì việc thanh toán không được coi là thực hiện và người chuyển tiền phải chịu rủi ro. Về phần mình, người chuyển tiền có quyền yêu cầu ngân hàng của mình bồi thường thiệt hại, ngân hàng này lại có quyền yêu cầu ngân hàng trung gian. Tuy nhiên những quan hệ này hoàn toàn không liên quan đến quan hệ thanh toán giữa người trả tiền và người nhận tiền.

Theo Điều 11 Luật mầu Uncitral, ngân hàng của người nhận phải thực hiện ủy quyền thanh toán ngay trong ngày nhận được ủy quyền này. Trong trường hợp nếu thời gian làm việc còn lại không đủ để thực hiện ủy quyền thanh toán ngay trong ngày thì phải được thực hiện ngay vào ngày làm việc tiếp theo.

### ***3.1.3. Thay đổi, thu hồi lại ủy quyền thanh toán***

Ủy quyền thanh toán có thể được thay đổi hay thu hồi lại bởi người trả tiền, ngân hàng của người trả tiền hay ngân hàng trung gian (ngoại trừ ngân hàng của người nhận), chỉ trong trường hợp nếu ngân hàng chuyển hay ngân hàng nhận ủy quyền tương ứng nhận được sự thay đổi hay thu hồi lại trước thời điểm ủy quyền thanh toán được ngân hàng này thực hiện. Trong trường hợp này, ngân hàng không có quyền thực hiện thanh toán theo ủy quyền thanh toán cũ mà phải thực hiện theo ủy quyền thanh toán đã được thay đổi hay phải trả tiền lại cho người gửi.

### ***3.1.4. Rủi ro của người chuyển tiền và người nhận tiền khi sử dụng hình thức chuyển tiền trong thanh toán quốc tế***

Mặc dù hình thức thanh toán quốc tế này được sử dụng một cách rộng rãi trong hoạt động thương mại quốc tế, nhưng nó mang lại nhiều rủi ro cho cả người trả tiền (người mua hàng được thực hiện công việc, được cung cấp dịch vụ) và người nhận tiền (người bán hàng thực hiện công việc, cung cấp dịch vụ).

Những rủi ro mà người được thanh toán theo hình thức thanh toán này có thể gặp:

- Người mua hàng hoặc người được cung cấp dịch vụ không thanh toán, tức là không có khả năng thanh toán hay không muốn thanh toán nên không thực hiện việc chuyển tiền sau khi nhận được quyền sở hữu đối với hàng hóa.

- Rủi ro từ phía nhà nước của người mua thể hiện ở chỗ tuy người mua có khả năng và mong muốn thanh toán nhưng quốc gia của người mua đưa ra những biện pháp điều chỉnh ngoại tệ (hạn chế việc mua ngoại tệ). Tuy nhiên rủi ro này có thể hạn chế được nếu thường xuyên có thông tin về khả năng thanh toán của người mua và tình trạng pháp lý của quốc gia của người mua buộc phải thanh toán trước khi giao hàng hay việc giao hàng được chia ra thành nhiều lần. Ngoài ra cũng có thể mua bảo hiểm cho rủi ro này.

- Rủi ro trong vận chuyển hàng tức là hàng hóa trong khí vận chuyển có thể bị hư hỏng, mất mát trước thời điểm mà nghĩa vụ của người bán được coi là đã được thực hiện.

- Rủi ro của tỷ giá có thể xuất hiện trong trường hợp ngoại tệ của hợp đồng mất giá. Để hạn chế rủi ro này thì tốt nhất là giá trị hàng hóa của hợp đồng được tính bằng ngoại tệ. Ví dụ giá hàng được xác định bằng USD hoặc EURO.

Người mua cũng chịu nhận những rủi ro như vậy trong trường hợp thanh toán tiền hàng trước bởi vì nó có thể trả tiền nhưng không nhận được hàng. Như vậy hình thức chuyển tiền trong thanh toán quốc tế thường được áp dụng khi người trả tiền và người nhận tiền biết rõ về nhau, tin tưởng lẫn nhau.

### **3.2. Phương thức nhờ thu trong thanh toán quốc tế**

#### **3.2.1. Khái niệm phương thức thanh toán nhờ thu**

Trong hoạt động thương mại quốc tế, khi áp dụng thanh toán bằng hình thức chuyển tiền vào tài khoản được chỉ định, các bên nhiều khi gặp một số rủi ro do người mua không thanh toán sau khi nhận được hàng hoặc người bán không giao hàng khi nhận được sự thanh toán (trong trường hợp trả tiền mua hàng trước).

Ngoài ra, nếu các bên không thỏa thuận việc thanh toán ở quốc gia người bán, có thể sẽ xuất hiện một vấn đề ai sẽ là người giao hối phiếu do người bán ký phát cho người mua tại quốc gia của người mua. Thông thường người bán để nghị ngân hàng của mình tổ chức việc nhận tiền từ người mua, tức là ngân hàng sẽ giao hối phiếu do người bán ký phát cho người mua và người mua có nghĩa vụ phải chấp nhận hay thanh toán hối phiếu đó. Thường thì ngân hàng thực hiện nghiệp vụ này thông qua đại diện của mình hay thông qua một ngân hàng trung gian tại quốc gia người mua. Hình thức thanh toán này trong thực tiễn hoạt động thương mại quốc tế được gọi là phương thức thanh toán bằng nhờ thu. Phương thức thanh toán này được áp dụng nhằm tránh sự rủi ro cho cả người bán lẫn người mua trong hợp đồng thương mại quốc tế.

Khác với hình thức chuyển tiền – là hình thức không được các văn bản của Luật Thương mại Quốc tế điều chỉnh, thực tiễn thanh toán bằng nhờ thu được Phòng Thương mại Quốc tế hệ thống hóa thông qua việc công bố các quy tắc thống nhất nhờ thu. Văn bản cuối cùng số 522 được Phòng Thương mại Quốc tế công bố vào năm 1995 và có hiệu lực từ 1.1.1996 (Uniform Rule for The Collection 1995 – URC 522)<sup>52</sup>

Những quy định của URC 522 chỉ có hiệu lực trong trường hợp nếu các bên trực tiếp chỉ rõ rằng quan hệ của họ chịu sự điều chỉnh các quy định của URC 522. Mặc dù vậy, các quy tắc URC 522 được áp dụng trong thực tiễn hoạt động thương mại quốc tế.

Xuất phát từ những quy tắc thống nhất cũng như các tập quán thương mại quốc tế khác, có thể định nghĩa hình thức thanh toán bằng nhờ thu như sau:

Thanh toán bằng hình thức nhờ thu được thực hiện phù hợp với hợp đồng, theo đó người có quyền yêu cầu thanh toán (người bán) ủy quyền cho ngân hàng (ngân hàng chuyển) mà người này có tài khoản ở đó chuyển cho người có nghĩa vụ thanh toán hay chấp nhận hối phiếu (hay chuyển cho ngân hàng của người có nghĩa vụ thanh toán) tất cả các chứng từ khi nhận được sự thanh toán hay chấp nhận hối phiếu.

Những người tham gia thanh toán quốc tế bằng phương thức nhờ thu:

1- Người ủy quyền (Principal) là người giao ủy quyền nhờ thu cho ngân hàng của mình. Theo nguyên tắc, người ủy quyền là người bán hay là người thực hiện công việc, cung cấp dịch vụ.

2- Ngân hàng chuyển (Remitting Bank) là ngân hàng được người ủy quyền giao cho ủy quyền nhờ thu.

3- Ngân hàng thu hộ (Collecting Bank) là một ngân hàng bất kỳ tham gia vào thực hiện ủy quyền nhờ thu, trừ ngân hàng chuyển.

4- Ngân hàng đại diện (Presenting Bank), trong nhiều trường hợp cũng là ngân hàng thu hộ, là ngân hàng thực hiện việc giao chứng từ cho người phải thanh toán.

5- Người trả tiền (Drawee) là người phải thực hiện việc thanh toán hay chấp nhận hối phiếu khi được giao chứng từ. Theo nguyên tắc đây là người mua hàng được hưởng dịch vụ.

Trong thực tiễn áp dụng phương thức thanh toán nhờ thu, thường chỉ có các bên 1-2-4-5 tham gia.

---

<sup>52</sup> ICC cũng công bố Bình luận các nguyên tắc thống nhất về nhờ thu. Ấn bản của ICC số 550.

Trong phương thức thanh toán nhờ thu, các ngân hàng được coi là người trung gian giữa người mua và người bán.

### **3.2.2. Các loại nhờ thu**

Theo quy định của URC 522 cũng như xuất phát từ thực tiễn thương mại quốc tế, có hai loại nhờ thu được áp dụng sau:

- *Nhờ thu trơn* (Clean collections) là hình thức nhờ thu mà theo đó người trả tiền có nghĩa vụ phải thanh toán hay chấp nhận hối phiếu khi được giao hối phiếu, séc hay những chứng từ tài chính khác được sử dụng để nhận sự thanh toán. Khi sử dụng phương thức nhờ thu trơn thì không cần phải trình chứng từ vận tải hay các loại chứng từ thương mại khác.

Loại nhờ thu này ít được áp dụng trong thanh toán quốc tế bởi vì cả người bán và người mua có thể gặp nhiều rủi ro: thứ nhất, nếu người mua không trả tiền hay chấp nhận hối phiếu; thứ hai, người mua đã trả tiền hay chấp nhận hối phiếu nhưng không biết chất lượng hàng hóa như thế nào hay không biết bao giờ thì có thể nhận được hàng bởi vì chứng từ liên quan đến hàng hóa không được gửi kèm theo hối phiếu. Trong thực tiễn thương mại, loại nhờ thu này chỉ áp dụng trong thanh toán tiền cước vận chuyển, trả phí bảo hiểm... tức là các thương vụ không liên quan đến mua bán hàng hóa.

- *Nhờ thu kèm chứng từ* (Documentary Collections) là hình thức nhờ thu theo đó việc thanh toán hay chấp nhận hối phiếu được thực hiện khi được giao chứng từ tài chính (hối phiếu, séc) cùng với chứng từ thương mại (hóa đơn thương mại, chứng từ vận chuyển, chứng từ về quyền sở hữu hay những loại chứng từ khác), xác nhận cơ sở của việc thanh toán hay chấp nhận hối phiếu.

Hình thức này cho phép người bán kiểm soát được hàng hóa đến thời điểm được thanh toán hay hối phiếu được chấp nhận hoặc nhận được sự bảo đảm thanh toán của người mua. Loại nhờ thu này được áp dụng trong việc thanh toán cho tất cả các loại hợp đồng thương mại quốc tế.

### **3.2.3. Các giai đoạn nhờ thu (trong phần này chỉ nói đến nhờ thu kèm chứng từ)**

#### **a. Người ủy quyền giao ủy quyền nhờ thu cho ngân hàng của mình (ngân hàng chuyển)**

Giai đoạn này bắt đầu sau khi hàng hóa giao cho người vận chuyển và nhận được chứng từ do người vận chuyển giao.

Trong phương thức nhờ thu, người ủy quyền có quyền gửi hàng theo địa chỉ của ngân hàng thu hộ cùng với những chỉ dẫn, hay giữ hàng hóa trong sự

kiểm soát đặc biệt của ngân hàng cho đến khi người mua thanh toán hay chấp nhận hối phiếu nếu điều này được quy định trong hợp đồng với ngân hàng. Trong trường hợp nếu hàng hóa được gửi trực tiếp vào địa chỉ của ngân hàng người mua để giao chúng cho người mua khi người mua thanh toán hay chấp nhận hối phiếu mà không có sự đồng ý trước của ngân hàng này thì ngân hàng không có nghĩa vụ phải nhận hàng, rủi ro hay trách nhiệm phát sinh từ rủi ro đó người ủy quyền phải chịu (Điều 10 URC 522).

Người ủy quyền phải giao cho ngân hàng chuyển hối phiếu, các chứng từ thương mại theo thỏa thuận với người trả tiền và các chứng từ khác cùng với chỉ thị về cách thức giao chúng cho người trả tiền. Trong ủy quyền nhờ thu phải có đầy đủ các thông tin cho việc thực hiện nó, kể cả địa chỉ đầy đủ của người trả tiền. Khi nhận được ủy quyền nhờ thu, ngân hàng chuyển phải kiểm tra và tin tưởng rằng các chứng từ thương mại và các chứng từ khác mà họ nhận được phù hợp với chỉ thị của người ủy quyền. Ngân hàng chuyển phải thông báo ngay cho người ủy quyền về việc chưa có một loại chứng từ nào đó hoặc chứng từ không phù hợp. Giai đoạn này được coi là hoàn thành khi ngân hàng chuyển chấp nhận ủy quyền nhờ thu để thực hiện.

*b. Ngân hàng chuyển giao ủy quyền nhờ thu cho ngân hàng thu hộ (hay ngân hàng đại diện)*

Khi tiếp nhận các chứng từ và các chỉ dẫn từ người ủy quyền, ngân hàng chuyển gửi các chứng từ và chỉ dẫn này cho ngân hàng nhờ thu hộ, ngân hàng này cũng có thể thực hiện chúc năn của ngân hàng đại diện theo quy định của URC 522, những ngân hàng này có quyền từ chối thực hiện ủy quyền nhờ thu với bất kỳ một lý do nào, tuy nhiên phải thông báo ngay sự từ chối này cho ngân hàng đã gửi ủy quyền cho họ biết.

Theo quy định của Điều 5 URC 522, ngân hàng thu hộ (ngân hàng đại diện) được ngân hàng chuyển chọn để thực hiện việc nhờ thu trên cơ sở sự chỉ dẫn của người ủy quyền), trong trường hợp không có các chỉ dẫn của người ủy quyền nói trên thì ngân hàng thu hộ (ngân hàng đại diện) hành động theo ý chí của mình. Trong cả hai trường hợp nói trên ngân hàng chuyển không chịu trách nhiệm do các hành động của ngân hàng đại diện gây ra.

Khi thực hiện ủy quyền nhờ thu, ngân hàng thu hộ có những nghĩa vụ tương tự nghĩa vụ của ngân hàng chuyển.

*c. Ngân hàng thu hộ thực hiện ủy quyền nhờ thu*

Khi tiếp nhận ủy quyền nhờ thu, ngân hàng thu hộ phải kiểm tra và tin tưởng rằng những chứng từ thương mại và các chứng từ khác mà họ nhận được theo các dấu hiệu bên ngoài phù hợp với hướng dẫn của người ủy

quyền. Khi không có đủ một chứng cứ nào đó hay chứng từ không phù hợp, ngân hàng thu hộ phải thông báo ngay điều này cho ngân hàng chuyển hay ngân hàng đã gửi ủy quyền nhờ thu. Tuy nhiên điều này không ngăn cản ngân hàng thu hộ xuất trình chứng từ để thực hiện việc nhờ thu.

Nếu ngân hàng thu hộ vì một nguyên nhân nào đó không thể thực hiện các chỉ thị trong ủy quyền nhờ thu, phải thông báo ngay lập tức vấn đề này cho ngân hàng đã gửi ủy quyền nhờ thu cho họ.

Khi không có sự khác nhau giữa chỉ thị trong ủy quyền nhờ thu và chứng từ được giao, cũng như các cản trở khác liên quan đến việc thực hiện nhờ thu, ngân hàng thu hộ thông báo cho người trả tiền biết về những chứng từ mà ngân hàng nhận được cũng như các điều kiện, trên cơ sở các điều kiện này người thanh toán có thể nhận được các chứng từ nói trên.

Việc giao chứng từ chỉ được tiến hành trong trường hợp người trả tiền thanh toán hay chấp nhận hối phiếu. Theo quy định của Điều 19 URC 522, việc thanh toán từng phần trong nhờ thutron có thể được chấp nhận nếu luật pháp ở địa điểm thanh toán cho phép. Tuy nhiên, trong trường hợp này chứng từ chỉ được giao cho người trả tiền sau khi người trả tiền đã thanh toán đầy đủ.

Đối với nhờ thu kèm theo chứng từ thì việc thanh toán từng phần có thể được chấp nhận chỉ khi trong ủy quyền nhờ thu có sự cho phép đặc biệt. Nếu người ủy quyền không có chỉ dẫn khác, chứng từ chỉ được giao cho người thanh toán sau khi thanh toán toàn bộ.

Theo quy định của Điều 17 và Điều 18 của URC 522, ủy quyền nhờ thu phải được thực hiện bằng ngoại tệ được quy định trong ủy quyền nhờ thu.

*d. Chuyển tiền được thanh toán hay hối phiếu được chấp nhận cho người ủy quyền*

Sau khi nhận được sự thanh toán của người mua, ngân hàng thu hộ phải chuyển toàn bộ số tiền nhờ thu cho ngân hàng chuyển tiền và được hưởng thù lao hay hoa hồng và ngân hàng này sẽ chuyển toàn bộ số tiền vào tài khoản ngân hàng ủy quyền. Trong trường hợp người thanh toán chấp nhận hối phiếu, ngân hàng thu hộ phải chuyển ngay sự chấp nhận này cho ngân hàng chuyển để giao chúng cho người ủy quyền.

**3.2.4. Các kiểu thanh toán trong phương thức nhờ thu**

Nhờ thu có thể được thực hiện bằng các hình thức sau:

- Nhờ thu bằng cách nhận thanh toán: Trong hình thức này, người hưởng lợi giao hối phiếu, séc hay những chứng từ tài chính khác để nhận sự thanh toán bằng tiền mặt.

- Bằng hình thức chấp nhận hối phiếu tức là việc giao hối phiếu để người trả tiền chấp nhận.

- Bằng cách giao chứng từ thương mại khi thanh toán (document against payment D/P), tức là ngân hàng thu hộ chỉ giao chứng từ thương mại và chứng từ tài chính cho người trả tiền khi việc thanh toán được thực hiện bằng tiền mặt.

- Bằng cách giao chứng từ thương mại khi có sự chấp nhận hối phiếu (document against accept D/A), tức là ngân hàng thu hộ chỉ giao chứng từ thương mại và chứng từ tài chính cho người trả tiền khi họ chấp nhận hối phiếu.

- Bằng cách giao chứng từ có điều kiện, tức ngân hàng thu hộ giao chứng từ cho người trả tiền khi những điều kiện được quy định trong ủy quyền nhờ thu được người này thực hiện.

Theo Điều 7 Các quy tắc thống nhất về nhờ thu, khi trong ủy quyền nhờ thu kèm chứng từ không có chỉ dẫn về việc giao chứng từ thương mại khi có sự chấp nhận hối phiếu (D/A) hay có sự thanh toán (D/P) thì được coi là chứng từ thương mại phải được giao khi có sự thanh toán.

### **3.2.5. *Sự từ chối thanh toán hay chấp nhận hối phiếu của người mua***

Nếu người thanh toán từ chối trả tiền hay không chấp nhận hối phiếu, ngân hàng đại diện phải thông báo ngay lập tức cho ngân hàng chuyển và nói rõ nguyên nhân của sự từ chối hay không chấp nhận. Sau đó ngân hàng chuyển phải thông báo ngay cho người ủy quyền và yêu cầu cho hướng giải quyết.

Theo nguyên tắc, trong ủy quyền nhờ thu phải có hướng dẫn về việc: Ngân hàng đại diện phải làm gì trong trường hợp người trả tiền từ chối thanh toán hay từ chối chấp nhận hối phiếu. Khi không có những hướng dẫn nói trên, ngân hàng đại diện không có nghĩa vụ phải trình chứng cứ để phản đối việc người mua không thanh toán hay không chấp nhận hối phiếu hoặc thực hiện các hành vi pháp lý khác (Điều 24 URC 522).

Trong ủy quyền nhờ thu, người ủy quyền có quyền chỉ rõ người đại diện của mình trong trường hợp không được thanh toán hay hối phiếu không được chấp nhận. Thẩm quyền của người đại diện này phải được quy định một cách rõ ràng, chính xác trong ủy quyền nhờ thu (Điều 25). Khi không có những chỉ dẫn nói trên, ngân hàng không có nghĩa vụ phải tiếp nhận những chỉ thị của đại diện của người ủy quyền, theo nguyên tắc người đại diện của người ủy quyền là người có địa chỉ thường trú trên lãnh thổ quốc gia của người thanh toán.

Trong trường hợp từ chối thanh toán và không có các chỉ thị cho hành động tiếp theo, ngân hàng đại diện có quyền trả lại toàn bộ chứng từ cho ngân hàng đã gửi chúng.

### ***3.2.6. Thay đổi hay hủy ngang nhờ thu***

Sự thay đổi hay hủy ngang ủy quyền nhờ thu không được URC 522 điều chỉnh. Tuy nhiên thực tiễn thương mại quốc tế cho thấy rằng, ủy quyền nhờ thu có thể bị người ủy quyền hay ngân hàng chuyển thay đổi, hủy ngang chỉ trong trường hợp nếu ngân hàng chuyển hay ngân hàng đại diện, nhận được sự thanh đổi hay hủy ngang trước thời điểm ủy quyền nhờ thu được thực hiện trên thực tế.

Khi nhận được sự thay đổi trong ủy quyền nhờ thu, ngân hàng chuyển hay ngân hàng thu hộ phải thực hiện ủy quyền nhờ thu phù hợp với sự thay đổi đó.

Khi nhận được chỉ thị hủy ngang ủy quyền nhờ thu, ngân hàng chuyển hay ngân hàng thu hộ phải trả lại chứng từ cho người ủy quyền hay ngân hàng chuyển.

### ***3.2.7. Trách nhiệm của các ngân hàng trong việc thực hiện ủy quyền nhờ thu***

Trong trường hợp các ngân hàng được ủy quyền thực hiện nhờ thu không thực hiện đúng nghĩa vụ của mình thì ngân hàng chuyển phải bồi thường thiệt hại cho người ủy quyền, còn ngân hàng thu hộ phải bồi thường thiệt hại cho ngân hàng chuyển.

Theo quy định của Điều 14 URC 522, các ngân hàng không chịu trách nhiệm do sự chậm trễ hay mất mát của bất kỳ một thông báo, hay chứng từ nào trên đường đi cũng như những sai sót, lệch lạc trong quá trình chuyển các thông tin và giải thích các thuật ngữ kỹ thuật.

Ngân hàng không phải chịu trách nhiệm về hình thức, tính chân thật hay hiệu lực pháp lý của bất kỳ chứng từ nào được giao (Điều 13). Ngoài ra, ngân hàng thu hộ không phải chịu trách nhiệm về sự chân thực của chữ ký trong chấp nhận hối phiếu cũng như việc người ký chấp nhận hối phiếu có thẩm quyền hay không (Điều 22, 23 URC 522).

### ***3.2.8. Thanh toán các chi phí liên quan đến việc thực hiện ủy quyền nhờ thu***

Theo nguyên tắc chung, người ủy quyền phải chịu tất cả các chi phí liên quan đến việc thực hiện ủy quyền nhờ thu (trong đó có cả dịch vụ của ngân hàng thu hộ, ngân hàng đại diện). Tuy nhiên, trong ủy quyền nhờ thu có thể có quy định rằng người trả tiền phải chịu các phí tổn nói trên. Trong trường

hợp này, ngân hàng thu hộ khi giao chứng từ cho người thanh toán phải thu các chi phí đó. Nếu người thanh toán từ chối trả các chi phí đó thì ngân hàng thu hộ có quyền giao chứng từ khi có sự thanh toán hay sự chấp nhận hối phiếu theo quy định trong ủy quyền nhờ thu và yêu cầu ngân hàng chuyển phải thanh toán phí tổn hoặc trích phần thù lao từ số tiền được thanh toán. Tuy nhiên, đối với trường hợp trong ủy quyền nhờ thu có chỉ rõ rằng người ủy quyền không phải chịu một chi phí nào liên quan đến việc thực hiện ủy quyền nhờ thu, ngân hàng thu hộ không được phép giao chứng từ nếu người trả tiền không thanh toán hết chi phí cho ngân hàng.

### **3.2.9. Những rủi ro của người ủy quyền và người thanh toán**

Thanh toán bằng hình thức nhờ thu là một hình thức thanh toán an toàn so với hình thức chuyển tiền vào tài khoản chỉ định. Tuy nhiên, khi sử dụng hình thức thanh toán này, các bên cũng có thể gặp một số rủi ro nhất định như trong hình thức chuyển tiền, ngoại trừ rủi ro do không thanh toán hay không giao hàng.

Ngoài ra, khi áp dụng hình thức thanh toán này, người mua có thể gặp rủi ro do hàng hóa bị mất hay bị hư hỏng trong trường hợp hàng hóa đến trước chứng từ thương mại. Để hạn chế rủi ro này, người mua có thể yêu cầu người bán đặt hàng dưới sự kiểm soát của ngân hàng thu hộ và mua bảo hiểm cho hàng hóa.

Trong trường hợp từ chối thanh toán hay từ chối chấp nhận hối phiếu, người bán có thể gặp một số khó khăn trong việc định đoạt hàng hóa đã được gửi. Tuy nhiên, nếu người bán có đại diện của mình ở quốc gia người mua thì người này có thể giải quyết số hàng đó một cách nhanh chóng.

## **3.3. Thanh toán bằng tín dụng chứng từ**

### **3.3.1. Khái niệm tín dụng chứng từ**

Tín dụng chứng từ (Documentary Credit, Commercial Letter of Credit) là một trong những hình thức thanh toán chủ yếu trong giao dịch thương mại quốc tế. Nhiều luật gia nổi tiếng coi tín dụng chứng từ là nguồn sống của thương mại quốc tế. Đặc điểm chung của tất cả các loại tín dụng chứng từ được thể hiện ở chỗ: theo thỏa thuận của các bên được ghi nhận trong Hợp đồng thương mại quốc tế (hợp đồng chính), người mua, người hưởng dịch vụ thực hiện việc thanh toán thông qua ngân hàng, thường là tại nơi người bán, người cung cấp dịch vụ có trụ sở thương mại, khi được xuất trình các chứng từ phù hợp, trong đó có chứng từ vận chuyển, hay thực hiện những điều kiện khác được quy định trong tín dụng, những điều kiện mà ngân hàng đã thông báo trước cho người bán hay người cung cấp dịch vụ. Khi được xuất trình

chứng từ phù hợp và phụ thuộc vào điều kiện của tín dụng chứng từ, ngân hàng có nghĩa vụ trả tiền ngay hoặc trả chậm hay bằng cách chấp nhận hối phiếu do người bán phát hành.

Bản chất của giao dịch tín dụng chứng từ được thể hiện ở tính chất chứng từ của nó, có nghĩa là ở chỗ hàng hóa được biểu hiện bằng vận đơn và vận đơn được sử dụng như một công cụ của giao dịch tín dụng chứng từ.

Chức năng sau tín dụng chứng từ thể hiện ở chỗ: quá trình chung của hoạt động thương mại quốc tế bao gồm thực tiễn vay tín dụng bằng chứng từ trong khoảng thời gian giữa thời điểm gửi hàng và thời điểm nhận được sự thanh toán khi được giao chứng từ liên quan đến hàng hóa.

Tuy nhiên, cũng không nên quá đề cao ý nghĩa của chứng từ của loại tín dụng ngân hàng được sử dụng trong thương mại quốc tế. Ngân hàng sẵn sàng thanh toán cho người bán hàng bởi vì ngân hàng đã nắm trong tay tất cả các chứng từ liên quan đến hàng hóa với tư cách là biện pháp bảo đảm bổ sung và trong trường hợp cần thiết có quyền yêu cầu người mua đưa ra sự bảo đảm. Nếu chứng từ vận tải bao gồm nhiều vận đơn thì ngân hàng sẽ yêu cầu giao toàn bộ bộ vận đơn gốc. Nếu ngân hàng không yêu cầu điều này thì người gửi hàng không trung thực có thể giao một trong số các vận đơn gốc để nhận thanh toán. Những vận đơn gốc còn lại có thể được sử dụng để vay tín dụng hay thế chấp ở các ngân hàng khác.

Vậy tín dụng chứng từ là gì? Điều 2 Quy tắc thực hành thống nhất về tín dụng chứng từ, ấn bản số 500, được Phòng Thương mại và Công nghiệp của Liên hiệp quốc thông qua năm 1993 và có hiệu lực từ ngày 1-1-1994 (Sau đây được gọi là UCP 500) định nghĩa tín dụng chứng từ một cách toàn diện, đầy đủ như sau: Nhằm phục vụ cho mục đích của những quy tắc UCP 500, những thuật ngữ được sử dụng, trong đó có tín dụng chứng từ (Documentary Credit) và tín dụng dự phòng (Standby Letter of Credit) có nghĩa là bất kỳ một loại thỏa thuận nào, cho dù nó được gọi hay được biểu hiện như thế nào, theo đó ngân hàng (ngân hàng mở hay còn gọi ngân hàng phát hành) khi hành động theo yêu cầu và trên cơ sở chỉ thị của khách hàng (người yêu cầu mở tín dụng), phải:

1- Thanh toán cho người thứ ba (người hưởng lợi) hoặc theo lệnh của người này phải trả hay chấp nhận hối phiếu do người hưởng lợi ký phát, hay

2- Giao thẩm quyền cho một ngân hàng khác thực hiện việc thanh toán đó, hay

3- Trả hay chấp nhận hối phiếu (hối phiếu do người hưởng lợi ký phát), hay

4- Ủy nhiệm cho ngân hàng khác chiết khấu hối phiếu khi được xuất trình các chứng từ phù hợp, nếu các điều kiện của tín dụng được tuân thủ.

Trong phương thức thanh toán bằng tín dụng, chứng từ có các chủ thể sau đây tham gia:

- Người yêu cầu mở tín dụng chứng từ là người giao ủy quyền cho ngân hàng mở tín dụng. Theo nguyên tắc, đây là người mua hàng (người đặt công việc, sử dụng dịch vụ) theo hợp đồng thương mại quốc tế.

- Ngân hàng phát hành (Issuing Bank) là ngân hàng nhận danh chính minh hay theo yêu cầu của người mở tín dụng phát hành tín dụng.

- Ngân hàng xác nhận (Confirming Bank) là ngân hàng được ngân hàng phát hành trao cho thẩm quyền hoặc theo yêu cầu của ngân hàng phát hành xác nhận tín dụng là không thu hồi và vì vậy có nghĩa vụ với ngân hàng phát hành theo tín dụng. Theo nguyên tắc, ngân hàng này phải là ngân hàng có uy tín trong hệ thống ngân hàng quốc tế.

- Ngân hàng thông báo (Advising Bank) là ngân hàng thông báo cho người hưởng lợi phù hợp với ủy quyền của ngân hàng phát hành và tiến hành thực hiện tín dụng chứng từ.

- Người hưởng lợi là người mà vì lợi ích của họ phải mở tín dụng thư, người này phải giao cho ngân hàng phát hành hay ngân hàng thông báo chứng từ khẳng định việc thực hiện các điều kiện được quy định trong tín dụng chứng từ. Theo nguyên tắc, người hưởng lợi là người bán hàng, người thực hiện công việc hay cung ứng dịch vụ theo hợp đồng thương mại quốc tế.

### **3.3.2. Hệ thống hóa các quy tắc và tập quán liên quan đến tín dụng chứng từ**

Những quy tắc và tập quán liên quan đến tín dụng chứng từ được Phòng Thương mại Quốc tế của Liên hiệp quốc hệ thống hóa (UCP). Lần đầu tiên các quy tắc này được công bố vào năm 1933, những lần công bố tiếp theo vào năm 1951, 1962, 1974, 1984. Hiện nay, công bố của Phòng Thương mại Quốc tế số 500 năm 1993 được sử dụng (UCP 500).

Theo nguyên tắc, UCP 500 chỉ được áp dụng khi có sự thỏa thuận của các bên về việc áp dụng chúng trong hợp đồng chính của mình. Điều 1 UCP 500 quy định hết sức rõ ràng và cụ thể: Quy tắc thực hành thống nhất về tín dụng chứng từ, bản sửa đổi năm 1993, do Phòng Thương mại và Công nghiệp Quốc tế phát hành số 500 được áp dụng cho tất cả các loại tín dụng chứng từ (bao gồm cả tín dụng dự phòng) trong chứng mực mà các quy tắc này có thể được áp dụng. Chúng ràng buộc tất cả các bên liên quan trừ khi các bên có thỏa thuận khác được thể hiện trực tiếp trong tín dụng.

Như vậy UCP 500 có hiệu lực chỉ trong trường hợp nếu các bên trực tiếp thỏa thuận rằng các quan hệ được phát sinh giữa họ được điều chỉnh bằng chính những quy tắc này. Nếu các bên không thỏa thuận áp dụng những quy

tắc của UCP 500 thì người thanh toán có thể thỏa thuận những điều kiện của tín dụng thư với ngân hàng của mình và những điều kiện này sẽ không được điều chỉnh bởi các quy tắc của UCP 500. Điều này sẽ kèm theo chi phí bổ sung cho người thanh toán.

Trong pháp luật của Việt Nam, UCP 500 không có hiệu lực của một văn bản pháp lý, chúng chỉ được áp dụng khi các bên đưa chúng vào hợp đồng chính của mình. Các ngân hàng của Việt Nam cũng hành động tương tự khi ký kết giao dịch với khách hàng trong nước cũng như quốc tế hay với các ngân hàng khác.

Ở các quốc gia có hiệp hội các ngân hàng, UCP 500 được đưa vào các điều kiện mẫu và được ngân hàng thành viên của hiệp hội áp dụng, không phụ thuộc vào căn cứ áp dụng UCP; các bên có thể không áp dụng điều khoản này hay điều khoản khác của UCP.

Ủy ban Thương mại Quốc tế đã cố gắng chuẩn hóa các chứng từ trong giao dịch tín dụng và đã công bố các biểu mẫu của giao dịch này<sup>53</sup>, cơ sở của các biểu mẫu này là các quy tắc chủ đạo của Ủy ban Kinh tế châu Âu phù hợp với các chứng từ xuất nhập khẩu khác.

### **3.3.3. Các giai đoạn của giao dịch tín dụng chứng từ**

Phương thức thanh toán bằng tín dụng chứng từ được tiến hành qua các giai đoạn sau:

1. Các bên trong Hợp đồng thương mại quốc tế thỏa thuận phương thức thanh toán.
2. Người mua ủy quyền cho ngân hàng của mình (ngân hàng thông báo) mở tín dụng vì lợi ích của người bán (người hưởng lợi) trên những điều kiện được người mua quy định trong chỉ dẫn người mua giao cho ngân hàng phát hành.

Theo nguyên tắc, khi người xin mở tín dụng thư ủy quyền cho ngân hàng phát hành thì phải chuyển cho ngân hàng phát hành một lượng tiền tương ứng với tín dụng thư hoặc xác định các biện pháp khác để hoàn lại chi phí của ngân hàng phát hành do việc thực hiện tín dụng thư gây nên. Đồng thời cũng phải chỉ rõ ra rằng tín dụng thư này thuộc loại nào, bắt đầu có hiệu lực từ thời điểm nào, hình thức thực hiện tín dụng thư, những loại chứng từ nào (vận đơn, bảo hiểm, đơn giá...) cần phải xuất trình khi thực hiện thanh toán.

Trong ủy quyền mở tín dụng thư có thể quy định thời hạn thực hiện thanh toán hoặc là thời hạn này được quy định bởi một ngày thực hiện cụ thể, hoặc thực hiện ngay trong khoảng thời gian cần thiết thanh toán hoặc trong tín dụng

---

<sup>53</sup> ICC.Doc, № 416, tháng 4 năm 1986.

thư có thể chỉ rõ rằng nó có thể được thực hiện từ thời điểm khi mà người hưởng lợi thực hiện một số hành vi tương ứng để hợp đồng được coi là đã thực hiện. Tín dụng thư được thực hiện tại thời điểm mà người hưởng lợi được thông báo về sự thực hiện này. Thời điểm mở tín dụng thư (thực hiện) có ý nghĩa đặc biệt quan trọng trong những trường hợp khi điều kiện của hợp đồng quy định rằng hợp đồng có hiệu lực kể từ thời điểm mở tín dụng thư.

Để tránh sự nhầm lẫn và hiểu lầm, UCP 500 khuyến nghị những người xin mở tín dụng thư không nên đưa những tình tiết thừa vào tín dụng thư, cũng không nên đưa ra những chỉ dẫn dựa trên tín dụng thư được mở trước đó, khi trong tín dụng thư mới đã có một số thay đổi.

Giai đoạn này được hoàn thành khi ngân hàng thông báo bắt đầu thực hiện việc ủy quyền mở tín dụng thư. Theo quy định của Điều 9 UCP 500, trong tín dụng thư không hủy ngang sự chuyển giao ủy quyền mở tín dụng thư đúng thủ tục kèm theo nghĩa vụ tín dụng thư, cụ thể là phải thực hiện thanh toán khi được giao các chứng từ phù hợp.

Tất cả mọi chi phí liên quan đến việc mở và thực hiện tín dụng thư, người yêu cầu mở tín dụng thư phải chịu.

3. Ngân hàng phát hành thỏa thuận với ngân hàng thông báo tại nơi có trụ sở thương mại của người hưởng lợi (người bán) về việc thực hiện thanh toán hay trả hoặc chấp nhận hối phiếu của người bán khi được giao chứng từ vận chuyển.

Nếu ngân hàng phát hành khi mở tín dụng hành động nhân danh chính mình thì nó sẽ không được xem là người được ủy quyền của người xin mở tín dụng thư, và do đó sau khi mở tín dụng thư không có quyền giao chỉ thị thông báo. Ngân hàng phát hành không thực hiện tín dụng thư trong trường hợp, nếu thời hạn của tín dụng thư ngân hàng này được trình chứng thư hợp lệ. Ngoài ra, ngân hàng phát hành phải chịu trách nhiệm độc lập do những sai lầm hay thiếu sót liên quan đến việc mở và thực hiện tín dụng thư.

Ngân hàng phát hành xác định ngân hàng thông báo phù hợp với chỉ dẫn của người xin mở tín dụng. Theo điều 18 UCP 500, trong trường hợp ngân hàng phát hành tự chọn ngân hàng thông báo thì ngân hàng phát hành hoàn toàn chịu trách nhiệm về việc ngân hàng thông báo thực hiện các chỉ thị của tín dụng. Khi ngân hàng thông báo do một nguyên nhân nào đó không thể thực hiện được những chỉ dẫn trong tín dụng thì phải lập tức thông báo cho ngân hàng phát hành biết việc này. Nếu ngân hàng thông báo không thể xác định được tính chân thật của tín dụng thì phải thông báo ngay cho ngân hàng phát hành.

Giai đoạn này được hoàn thành bằng việc ngân hàng thông báo tiếp nhận ủy quyền của ngân hàng phát hành.

4. Ngân hàng thông báo có nghĩa vụ thông báo cho người hưởng lợi biết việc họ chấp nhận hoặc trả tiền hối phiếu của người bán khi được người bán trình chứng từ vận chuyển. Ngân hàng thông báo có thể tiến hành các hành vi nói trên mà không phải chịu một trách nhiệm nào cũng như không phải xác nhận tín dụng do ngân hàng phát hành mở<sup>54</sup>.

Khi nhận được ủy quyền thực hiện tín dụng thư, ngân hàng thông báo phải thông báo cho người hưởng lợi về việc này và về sự xác nhận tín dụng thư của mình (nếu nhận lấy nghĩa vụ đó). Trong trường hợp nếu điều kiện của tín dụng thư không phù hợp với điều kiện của hợp đồng chính, người hưởng lợi có quyền từ chối tiếp nhận những điều kiện này và sự từ chối này trên thực tế có nghĩa là người mua không thực hiện nghĩa vụ của mình theo hợp đồng. Để tín dụng thư có thể thực hiện, người hưởng lợi phải xuất trình những chứng từ được quy định trong tín dụng cho ngân hàng thông báo. Ngân hàng thông báo có quyền từ chối tiếp nhận các chứng từ không phù hợp với điều kiện của chứng thư.

Tín dụng thư coi như đã được thực hiện bởi ngân hàng thông báo từ thời điểm ngân hàng nhận được chứng từ do người hưởng lợi giao phù hợp với điều kiện của tín dụng và thanh toán cho người hưởng lợi hoặc chấp nhận hối phiếu của người hưởng lợi hay chiết khấu.

Ngân hàng phát hành khi mở tín dụng thư có thể yêu cầu ngân hàng khác xác nhận tín dụng thư không huỷ ngang. Trong trường hợp có sự đồng ý của ngân hàng xác nhận thì ngân hàng này có nghĩa vụ cùng ngân hàng phát hành thực hiện tín dụng thư. Ngân hàng xác nhận có thể là ngân hàng thông báo hay một ngân hàng nào khác. Theo bản chất pháp lý thì nghĩa vụ của ngân hàng xác nhận là nghĩa vụ bổ sung cho nghĩa vụ của ngân hàng phát hành.

Trong những trường hợp, nếu ngân hàng có đại diện ở nơi có trụ sở thương mại của người mua và người bán thì giai đoạn 3 và 4 được coi là một giai đoạn và ngân hàng phát hành một cách trực tiếp hay thông qua đại diện

<sup>54</sup> Nhiều khi sẽ xuất hiện một số tình huống phức tạp. Ngân hàng phát hành có thể ủy quyền cho một ngân hàng khác (ví dụ, ở các thành phố lớn ở quốc gia của người bán) xác nhận và ngân hàng này có thể ra chỉ thị cho ngân hàng thứ ba (ví dụ, ở các thành phố nhỏ nơi có trụ sở thương mại của người bán) chấp nhận tín dụng có xác nhận và không huỷ ngang. Tuy nhiên, không một ngân hàng nào sẽ xác nhận tín dụng trong trường hợp nếu ngân hàng phát hành không coi tín dụng là không huỷ ngang. Điều 10 (b)UCP 500.

của mình thông báo cho người bán biết việc vì lợi ích của người bán tín dụng đã được mở.

Ở đây cần phải chú ý đến hai điểm quan trọng: Thứ nhất, giai đoạn 1 và giai đoạn 4 chỉ quan trọng đối với người bán bởi vì trong hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế, người bán phải chọn loại tín dụng và sự thông báo phù hợp của ngân hàng thông báo; Thứ hai, nếu chứng từ hợp lệ được xuất trình trước khi tín dụng hết hiệu lực sẽ phát sinh nghĩa vụ thanh toán tiền hàng cho người hưởng lợi. Trong tín dụng không hủy ngang, nghĩa vụ này do ngân hàng phát hành thực hiện, còn trong tín dụng xác nhận thì ngân hàng xác nhận. Theo bản chất của mình, các nghĩa vụ này là nghĩa vụ hợp đồng. Ngân hàng khi nhận lấy nghĩa vụ thanh toán này thì phải từ chối thực hiện các chỉ thị của người mua về việc không thanh toán cho người bán khi người bán đã thực hiện các điều kiện của tín dụng và không chấp nhận sự thu hồi tín dụng.

### **3.3.4. Các nguyên tắc cơ bản của việc thực hiện tín dụng chứng từ**

Việc thực hiện tín dụng chứng từ phải dựa trên hai nguyên tắc cơ bản sau: Tính độc lập của tín dụng và tuân thủ nghiêm ngặt các điều kiện được quy định trong tín dụng.

#### **a. Tính độc lập của tín dụng chứng từ**

Theo nguyên tắc này, tín dụng chứng từ hoàn toàn độc lập, không phụ thuộc vào hợp đồng chính là cơ sở của tín dụng. Ngân hàng thực hiện tín dụng chỉ quan tâm đến một vấn đề duy nhất: Các chứng từ được người bán xuất trình có phù hợp với điều kiện của tín dụng hay không. Như vậy tín dụng là một giao dịch với chứng từ chứ không phải là giao dịch đối với hàng hóa. Hợp đồng, trên cơ sở của nó tín dụng được mở, là hợp đồng nào: mua bán sắt thép, thiết bị máy móc hay là hợp đồng mua bán gì khác đối với ngân hàng không có ý nghĩa. Ngân hàng chỉ từ chối thanh toán tín dụng chỉ trong một trường hợp duy nhất, nếu chứng minh được rằng chứng từ được xuất trình phù hợp với điều kiện của tín dụng theo các dấu hiệu bên ngoài là chứng từ giả và người hưởng lợi bị lừa đảo<sup>65</sup>.

Nguyên tắc độc lập của tín dụng được quy định tại Điều 3 UCP 500 như sau: Tín dụng theo bản chất của mình là một giao dịch độc lập, không phụ thuộc vào hợp đồng mua bán hay những hợp đồng khác mà những hợp đồng này có thể là cơ sở của tín dụng và ngân hàng trong mọi trường hợp không bị ràng buộc hay không buộc phải quan tâm đến những hợp đồng đó. Điều 4

<sup>65</sup> Xem vụ United City Merchant (Investments) Ltd. V. Royal Bank Canada (1983). 1A.C.168; Tunkan Timber Ltd. V. Barclay Bank plc (1987) 1 Lloyd's Rep. 171, 174.

UCP 500 cũng quy định: Trong các nghiệp vụ tín dụng, tất cả các bên liên quan chỉ thực hiện giao dịch với chứng từ mà không phải với hàng hóa, dịch vụ hay việc thực hiện các nghĩa vụ loại khác mà chứng từ có thể liên quan.

Như vậy, theo tính chất độc lập của mình, tín dụng trong một mức độ nào đó gần giống với hối phiếu chuyển nhượng<sup>56</sup>.

Một điều hết sức quan trọng đó là: Mỗi một ngân hàng khi đã mở tín dụng phải thực hiện nghĩa vụ thanh toán của mình. Trong mọi trường hợp, ngân hàng không bị ràng buộc bởi bất kỳ một tranh chấp nào có thể được phát sinh giữa người bán và người mua theo hợp đồng mua bán hàng hóa. Người mua có thể khẳng định rằng hàng hóa không phù hợp với điều kiện của hợp đồng, mặc dù vậy, ngân hàng vẫn phải thực hiện thanh toán của mình. Người mua có thể tuyên bố rằng họ có nhu cầu đối ứng với người bán trong một khoản tiền lớn, ngân hàng cũng vẫn phải thực hiện nghĩa vụ thanh toán của mình. Tín dụng tương tự với việc thanh toán bằng tiền mặt và phải được thanh toán, không cho phép sự bù trừ nghĩa vụ hay yêu cầu đối ứng nào với mục đích hạn chế phạm vi trách nhiệm. Tất cả những vấn đề trên được coi là đặc trưng của tín dụng.

Trong một vụ việc<sup>57</sup>, người nhập khẩu ở Côte d'Ivoire mua thiết bị của công ty Power Curber, công ty này có hoạt động thương mại tại bang Bắc Carolina, Hoa Kỳ. Ngân hàng Quốc gia Côte d'Ivoire mở tín dụng không hủy ngang và ủy quyền cho một ngân hàng của Hoa Kỳ ở Malama thông báo cho người bán về việc tín dụng được thực hiện qua một ngân hàng ở bang Bắc Carolina. Thiết bị được giao phù hợp với điều kiện của hợp đồng nhưng người mua có nhu cầu đổi ứng và kiện lại người bán ở một tòa án tại Côte d'Ivoire với số tiền lớn. Tòa án này ra quyết định, với tư cách là những biện pháp bảo đảm tạm thời, cấm ngân hàng thực hiện thanh toán theo tín dụng. Người bán kiện ngân hàng (văn phòng đại diện của ngân hàng này có đăng ký ở Luân Đôn) tại một tòa án của Anh. Tòa án này ra phán quyết chống lại ngân hàng, sau đó tòa án phúc thẩm cũng công nhận phán quyết này. Tòa án cho rằng, quyết định của tòa án ở Côte d'Ivoire không ảnh hưởng đến nghĩa vụ thanh toán tín dụng của ngân hàng.

<sup>56</sup> Không nên hiểu sai sự khẳng định này. Khái niệm người cầm giữ hối phiếu hợp lệ không được áp dụng đối với tín dụng, hơn nữa tín dụng không phải là chứng từ có thể chuyển nhượng, nếu tín dụng được mở là tín dụng chuyển nhượng thì chỉ được chuyển nhượng một lần.

<sup>57</sup> Xem vụ Power Curber International Ltd. V. National Bank of Kuwait (1981) 1. W.L.R 1283.

### *b. Tuân thủ nghiêm ngặt các điều kiện của tín dụng chứng từ*

Nguyên tắc, ngân hàng có thể từ chối những chứng từ không phù hợp một cách chính xác với điều kiện của tín dụng, thường được gọi là nguyên tắc tuân thủ nghiêm ngặt. Nguyên tắc này không phải bao giờ cũng được người bán đánh giá một cách đúng mức, được xây dựng trên cơ sở ngân hàng thông báo được coi là đại diện đặc biệt của ngân hàng phát hành. Về phần mình, ngân hàng được coi là đại diện đặc biệt của người mua. Nếu đại diện này hành động vượt quá thẩm quyền được giao (theo thuật ngữ của ngân hàng) thì người ủy quyền có quyền không công nhận những hành vi đó của người đại diện. Người đại diện này không có quyền yêu cầu được bồi thường và phải chịu mọi rủi ro do những hành vi vượt quá thẩm quyền cho phép của mình gây ra. Nếu giá cả trên thị trường giảm mạnh thì người mua dễ dàng từ chối những chứng từ đã được ngân hàng chấp nhận với lý do những chứng từ đó không phù hợp chính xác với điều kiện của tín dụng. Ngoài ra, ngân hàng chỉ liên quan đến tài chính chứ không phải với hàng hóa (Điều 4 UCP 500). Thường thì ngân hàng ít hiểu rõ một cách tường tận những tập quán và thực tiễn thương mại trong một số lĩnh vực buôn bán. Nếu chứng từ xuất trình không phù hợp một cách chính xác với điều kiện của tín dụng và ngân hàng từ chối chấp nhận chúng thì người bán phải ngay lập tức liên hệ với người mua và yêu cầu người mua chỉ thị cho ngân hàng phát hành chấp nhận những chứng từ không phù hợp đó. Sự từ chối của ngân hàng về việc chấp nhận những chứng từ không phù hợp với điều kiện của tín dụng ở một mức độ không đáng kể trong nhiều trường hợp được tòa án ủng hộ. Quan điểm của thẩm phán Samner về bản chất của học thuyết "tuân thủ nghiêm ngặt" được thể hiện như sau: "Những chứng từ gần như là hoàn toàn phù hợp cũng không thể được coi là phù hợp một cách chính xác với điều kiện của tín dụng"<sup>58</sup>.

Có thể phân tích nguyên tắc tuân thủ nghiêm ngặt một cách rõ hơn qua những ví dụ sau.

Trong vụ Công ty Centrimex kiện Công ty HELM<sup>59</sup>, Centrimex cho rằng việc người bán không ghi ngày bốc hàng lên tàu trong vận đơn được coi là người bán không tuân thủ nghiêm ngặt trong việc giao chứng từ. Tuy nhiên tòa án không ủng hộ lý do này bởi vì mặc dù trong vận đơn không ghi ngày bốc hàng lên tàu nhưng lại có ghi ngày ký phát vận đơn.

---

<sup>58</sup> Xem vụ Kydon Compania Naviera SA. V. National Westminster Bank Ltd. The LENA (1981) 1 Lloyd's Rep. 68,75.

<sup>59</sup> Xem: Báo An ninh thế giới số ra ngày 20-2-2003.

Trong vụ Equitable Trust Company of New York v. Dawson Partners<sup>60</sup> Ltd-bị đơn - là người mua, mua dầu Vanil của người bán ở Jakarta. Người mua chỉ thị cho ngân hàng của người bán mở tín dụng có xác nhận vì lợi ích của người bán và phải thực hiện thanh toán khi được người bán xuất trình một sổ chứng từ xác định trong đó có cả chứng nhận chất lượng được nhiều thẩm định viên cấp. Vì có sai sót trong quá trình chuyển điện tín, ngân hàng thông báo ở Jakarta thông báo cho người bán rằng tín dụng có thể được thanh toán khi được xuất trình chứng nhận chất lượng do một thẩm định viên cấp. Người bán, sau này biết là người lừa đảo, đã giao một lượng rác lớn và thẩm định viên không phát hiện được. Tòa án quyết định ngân hàng thông báo, nguyên đơn, không có quyền yêu cầu người mua hoàn lại số tiền mà ngân hàng đã trả cho người bán bởi vì trái với chỉ định của người mua. Ngân hàng đã trả tiền khi được xuất trình chứng nhận chất lượng chỉ do một thẩm định viên ký mà không phải do ít nhất hai thẩm định viên ký.

Khi ngân hàng thông báo đã thanh toán cho tín dụng có xác nhận mặc dù đã xuất trình chứng từ không phù hợp, người ủy quyền (người mua, ngân hàng phát hành) phụ thuộc vào những tình huống khác nhau phải hoàn lại số tiền trên cho ngân hàng thông báo nếu đồng ý với việc thanh toán đó. Việc người mua hay ngân hàng phát hành trong một thời gian dài im lặng hay không có một hành vi nào khi đã biết được ngân hàng thông báo thực hiện thanh toán hoặc được xuất trình chứng từ không phù hợp trong nhiều trường hợp cũng được coi là sự đồng ý. Trong hợp đồng mua bán hàng hóa với điều kiện CIF, người mua mặc dù biết được chứng từ không phù hợp với điều kiện của tín dụng nhưng đã im lặng, chỉ sau khi hàng hóa đến cảng quy định và kiểm tra chất lượng của hàng hóa mới cố gắng từ chối chấp nhận chứng từ không phù hợp đó, trong trường hợp này được coi là người mua chấp nhận sự thanh toán của ngân hàng.

Trong một vụ kiện khác<sup>61</sup>, người mua ở Iran mua ô tô con do Hoa Kỳ sản xuất của một công ty Anh. Theo yêu cầu của người mua, Ngân hàng Melli Iran mở tín dụng vì lợi ích của người bán và Ngân hàng Baclays là ngân hàng thông báo. Trong chỉ thị Bank Melli Iran thông báo cho Baclays Bank biết rằng tín dụng sẽ được mở để mua 100 ô tô con hiệu "Chevrolet" và cần phải xuất trình chứng nhận chất lượng do chính phủ Hoa Kỳ cấp. Chứng từ được giao cho Bank Baclays không rõ ràng, trong đơn giá ghi là "ô tô trong tình trạng tốt", trong chứng nhận do chính phủ Hoa Kỳ cấp ghi "ô tô mới", còn trong lệnh giao

<sup>60</sup> Xem vụ Equitable rust Company of New-York . v. Dawson Partners (1927) 27 L1.L.R.49

<sup>61</sup> Xem vụ Bank Melli Iran .v. Backlays Bank D.C.D (1951) 2 Lloyd's Rep 367.

hàng lại ghi “ô tô mới”. Bank Baclays thực hiện thanh toán khi được xuất trình những chứng từ này và sau đó chuyển bộ chứng từ này cho Bank Melli Iran. Bank Melli Iran thông báo cho Bank Baclays biết rằng bộ chứng từ được giao không phù hợp, tuy nhiên không từ chối chấp nhận chúng. Sau đó Bank Melli Iran ủy quyền cho Bank Backlays tăng mức tín dụng và người mua tiến hành kiểm tra lô hàng đầu tiên khi chúng đến Iran. Khoảng 6 tháng sau, Bank Melli Iran từ chối chấp nhận chứng từ. Tòa án quyết định rằng: Thứ nhất, chứng từ không phù hợp và Backlays cần phải từ chối chấp nhận bộ chứng từ này trước đó. Thứ hai: Tuy nhiên dựa vào hoàn cảnh thực tế, Bank Melli đã đồng ý với việc thanh toán của Backlays và không có quyền từ chối chấp nhận bộ chứng từ không phù hợp đó.

### **3.3.5. Các loại chứng từ phải xuất trình cho ngân hàng**

Theo nguyên tắc “tuân thủ nghiêm ngặt”, ngân hàng được coi là hành động trong phạm vi thẩm quyền của mình khi từ chối chấp nhận những chứng từ do người bán giao nếu trong chứng từ không có những thông tin được quy định trong tín dụng. Ngân hàng không có nghĩa vụ phải hành động vượt ra ngoài phạm vi này, và nó cũng không cần thiết phải làm điều này. Cụ thể là, ngân hàng không buộc phải quan tâm đến tính chất hay giá trị pháp lý của chứng từ mà ngân hàng yêu cầu người bán phải giao. Ngay cả khi giá trị pháp lý của chứng từ bị tranh chấp nhưng nếu chúng lại được xuất trình phù hợp với điều kiện của tín dụng thì chúng vẫn có thể có một số giá trị thương mại đối với người mua.

Khi thực hiện thanh toán bằng hình thức tín dụng chứng từ, cần phải phân biệt rõ hai trường hợp: khi nào các chỉ dẫn trong tín dụng không rõ ràng và khi nào chứng từ được giao không rõ ràng. Nếu các chỉ thị trong thư tín dụng không rõ ràng thì đối với ngân hàng cách tốt nhất là yêu cầu người mở tín dụng giải thích. Trong trường hợp vì một lý do nào đó ngân hàng không thể yêu cầu giải thích thì ngân hàng phải sử dụng biện pháp tự bảo vệ tức là phải hành động theo cách nào mà ngân hàng cho là hợp lý nhất.

Nếu chứng từ được xuất trình không rõ ràng thì theo nguyên tắc chúng không được coi là phù hợp. Tuy nhiên, ngân hàng khi kiểm tra chứng từ cũng không nên hành động một cách cứng nhắc trong mọi trường hợp. Nếu các câu, từ của chỉ thị trong tín dụng và trong chứng từ có cùng một ý nghĩa thì ngân hàng không nên từ chối chấp nhận chứng từ.

Trong kết luận của Ủy ban Thương mại Quốc tế về thực tiễn hoạt động của ngân hàng trong vấn đề này có nói rằng “các ngân hàng cần phải kiểm tra từng trường hợp cụ thể và có quyết định của mình”<sup>62</sup>. Phạm vi, mà trong

<sup>62</sup> Xem công bố của ICC, № 399.

phạm vi này ngân hàng được phép giải thích chứng từ, hết sức hạn chế và ngân hàng phải chịu mọi rủi ro nếu không theo nguyên tắc “tuân thủ nghiêm ngặt”. Thực tế, trong những trường hợp đặc biệt, ngân hàng có thể đồng ý với những chứng từ không rõ ràng và tất nhiên phải chịu mọi rủi ro bằng cách ra điều kiện cho người hưởng lợi hay có sự bảo đảm bồi thường<sup>63</sup>. Nếu ngân hàng quyết định từ chối chứng từ không phù hợp thì phải báo cho người hưởng lợi biết sự từ chối này và nói rõ lý do tại sao chứng từ bị từ chối chấp nhận. Nguyên tắc này được đặt ra nhằm mục đích cho người hưởng lợi có khả năng sửa chữa những sai sót nếu như họ có thể trước khi tín dụng hết hiệu lực. Nếu chứng từ bị ngân hàng phát hành từ chối chấp nhận thì ngân hàng phát hành phải thông báo cho ngân hàng thông báo ngay lập tức bằng điện tín, hoặc nếu không thể thì bằng cách thức nào được coi là nhanh nhất và chứng từ phải được trả lại ngay cho ngân hàng thông báo<sup>64</sup>. Ngân hàng phát hành và cả ngân hàng thông báo hoặc ngân hàng xác nhận cần phải có đủ thời gian để thực hiện việc kiểm tra chứng từ” trong thời hạn 7 ngày tính từ ngày nhận được chứng từ (Điều 14 (d) UCP 500).

Nếu có nghi ngờ về tính đồng bộ của bộ chứng từ được xuất trình trên các điều kiện của UCP 500 theo yêu cầu của thư tín dụng và không thể giải thích được sự nghi ngờ này thì xuất phát từ nội dung của chỉ thị cho ngân hàng, cần phải viện dẫn đến UCP 500, trong đó có nói rõ những yêu cầu đối với chứng từ để chúng được ngân hàng chấp nhận (từ Điều 23 đến Điều 35 UCP 500).

Thông thường, ngân hàng được chỉ thị tiến hành thực hiện việc thanh toán khi được giao hàng loạt chứng từ một cách đồng bộ: Thường thì chứng từ vận tải, ví dụ vận đơn, hóa đơn thương mại, chứng nhận bảo hiểm, chứng nhận chất lượng, chứng nhận xuất xứ và các loại chứng nhận khác. Trong hóa đơn thương mại cần phải mô tả hàng hóa một cách đầy đủ, phù hợp với yêu cầu của tín dụng. Trong các chứng từ còn lại, hàng hóa được mô tả một cách tổng quát nhưng không được mâu thuẫn với sự mô tả trong tín dụng (Điều 37 (c) UCP 500). Có thể nói quy định này của UCP 500 trong một chứng mục nào đó làm giảm bớt tính nghiêm khắc của nguyên tắc “tuân thủ nghiêm ngặt”. Tín dụng coi đã được mở khi người hưởng lợi nhận được sự thông báo hay xác nhận chúng, phụ thuộc vào từng hoàn cảnh.

---

<sup>63</sup> Xem thêm mục: Những tình huống bất thường trong thực hiện tín dụng chứng từ.

<sup>64</sup> Xem Điều 14 (d) UCP 500. Ngân hàng cũng có nghĩa vụ tương tự như trong trường hợp nếu người hưởng lợi trực tiếp giao chứng từ cho ngân hàng. Trong trường hợp này ngân hàng phát hành phải thông báo trực tiếp cho người hưởng lợi biết về việc chứng từ không phù hợp.

<sup>65</sup> Điều 14 (c) UCP 500 chỉ yêu cầu cho ngân hàng phát hành.

Theo quy định của Điều 13 UCP 500, ngân hàng phải kiểm tra tất cả các chứng từ được giao một cách thật kỹ lưỡng để có thể tin tưởng rằng theo các dấu hiệu bên ngoài, những chứng từ này phù hợp với điều kiện của tín dụng. Theo nguyên tắc, trong tín dụng cần phải nói rõ nội dung và ai là người giao các chứng thư. Nếu điều này không được nói rõ trong tín dụng thì ngân hàng thông báo tiếp nhận bất kỳ chứng từ nào mà họ được giao. Trong hóa đơn thương mại, chung từ bảo hiểm, trên cơ sở các chứng từ đó tín dụng được tiến hành thực hiện, phải ghi rõ tên của người mở thư tín dụng cũng như đơn giá phải phù hợp với số tiền ghi trong thư tín dụng nếu trong tín dụng thư không có quy định khác. Chứng từ vận chuyển là cơ sở để tín dụng được thanh toán, có thể không phải do người hưởng lợi ký nếu trong thư tín dụng không có chỉ dẫn khác. Theo quy định của UCP 500, những chứng từ này có thể là vận đơn biển, vận đơn vận tải hỗn hợp, vận tải đường sắt, đường bộ, đường sông...

Tín dụng cũng có thể quy định rằng ngân hàng nhận chứng từ là bản gốc hoặc bản sao do người hưởng lợi giao. Khi chứng từ được giao không phù hợp với điều kiện của tín dụng hay được giao quá hạn được quy định trong tín dụng, ngân hàng thông báo phải từ chối thực hiện tín dụng và thông báo việc này cũng như nguyên nhân từ chối cho người hưởng lợi và ngân hàng phát hành. Trong thông báo này phải chỉ ra sự khác biệt giữa điều kiện của tín dụng và chứng từ được giao và vì những khác biệt này mà ngân hàng thông báo từ chối tiếp nhận chứng từ. Sự khác biệt giữa tín dụng thư và chứng từ được trình có thể phát sinh do ủy quyền không rõ ràng hoặc chứng từ không chính xác. Trong trường hợp các điều kiện của tín dụng không rõ ràng, ngân hàng thông báo có thể yêu cầu ngân hàng phát hành giải thích. Nếu không có sự giải thích, ngân hàng thông báo có thể thực hiện tín dụng trên cơ sở chứng từ được giao và không phải chịu trách nhiệm trong trường hợp nếu có hành động đúng đắn trong tình huống này.

Trong tín dụng bao giờ cũng quy định thời hạn, sau thời hạn này, ngân hàng thông báo sẽ không chấp nhận các chứng từ do người bán giao. Điều 42 (a) UCP 500 quy định: Tất cả mọi tín dụng phải quy định thời hạn xuất trình chứng từ để thanh toán, chấp nhận hay để chiết khấu. Trong các điều khoản sau đó, UCP 500 quy định một cách rõ ràng việc xác định hiệu lực của tín dụng và gia hạn hiệu lực của tín dụng, nếu ngày mà tín dụng hết hiệu lực trùng với ngày nghỉ của ngân hàng (Điều 44) hay ngân hàng ngừng hoạt động vì những lý do khách quan (Điều 17).

### **3.3.6. Thời hạn mở tín dụng**

Trong hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế bao giờ cũng có điều khoản về thời hạn mở tín dụng. Thời hạn này có thể là một ngày xác định cụ thể, cũng có thể quy định tín dụng phải được mở ngay. Nhiều khi thời hạn mở tín

dụng được quy định phụ thuộc vào việc giao hàng của người bán, ví dụ phụ thuộc vào việc gửi hóa đơn thương mại trước hoặc phụ thuộc vào thông báo của người bán rằng hàng hóa đã được chuẩn bị và sẵn sàng được giao trong thời gian gần nhất. Thời hạn mở tín dụng cũng có thể được quy định bằng việc người bán giao cho người mua bảo đảm ngân hàng.

Khi hợp đồng không quy định thời hạn mở tín dụng, thông thường các bên không có quyền cho rằng sự tồn tại của hợp đồng phụ thuộc vào việc người mua mở tín dụng, mặc dù các bên có quyền thỏa thuận rằng sự tồn tại của hợp đồng phụ thuộc vào việc mở tín dụng, và trong trường hợp này việc mở tín dụng được coi là điều kiện cơ bản của hợp đồng mua bán. “Nếu tín dụng chưa được mở, các bên không bị hợp đồng ràng buộc”<sup>66</sup>.

Khi hợp đồng không quy định thời hạn mở tín dụng, tín dụng phải được mở trong thời hạn hợp lý tính từ thời điểm bắt đầu bốc hàng (không tính từ thời điểm ký kết hợp đồng). Trong trường hợp này, người mua phải mở tín dụng kịp thời để người bán, trước khi chuyển hàng đến cảng, có thể tin tưởng rằng việc thanh toán tiền hàng sẽ được bảo đảm bằng tín dụng do người mua mở theo thỏa thuận. Nếu trong hợp đồng có quy định thời hạn giao hàng, ví dụ vào tháng 3, thì người mua không phải mở tín dụng trước thời điểm người bán chuẩn bị giao hàng mà phải mở tín dụng vào lúc để người bán có thể sử dụng được tín dụng trong suốt quá trình giao hàng.

### **3.3.7. *Sự thay đổi hay thu hồi lại tín dụng***

Theo quy định của Điều 8 UCP 500, thư tín dụng có thể bị ngân hàng phát hành thay đổi hay hủy ngang chỉ trong trường hợp nếu trong thư tín dụng có nói rõ rằng tín dụng này là tín dụng thư có thể hủy ngang và ngân hàng ra thông báo nhận được sự thay đổi hay hủy ngang đó trước khi nhận được sự thay đổi trong thời hạn ngân hàng thông báo phải thực hiện ủy quyền theo tín dụng thư phù hợp với sự thay đổi đó. Còn trong trường hợp nhận được sự hủy ngang trong thời gian cho phép thì phải trả lại tiền cho ngân hàng thông báo.

Theo quy định của Điều 9 UCP 500, thư tín dụng không hủy ngang (trừ trường hợp tín dụng thư có thể chuyển nhượng) trong mọi trường hợp không thể bị thay đổi hay hủy ngang nếu không có sự đồng ý chung của ngân hàng thông báo, ngân hàng xác nhận (nếu có) và người hưởng lợi. Điều này cũng có nghĩa là tín dụng thư xác nhận không thể bị thay đổi hay hủy ngang nếu không có sự đồng ý của ngân hàng xác nhận.

---

<sup>66</sup> Xem: Schmitthoff M. C., *Luật pháp và thực tiễn trong thương mại quốc tế*, Matxcova, 1993, tr. 210.

Người hưởng lợi chấp nhận để nghị thay đổi phải thông báo cho ngân hàng thông báo biết. Trong trường hợp ngược lại, tín dụng thư được coi là không thay đổi. Cũng theo Điều 9, không cho phép chấp nhận từng phần sự thay đổi có trong một tín dụng.

### **3.3.8. Trách nhiệm của những người tham gia tín dụng**

Trong trường hợp ngân hàng phát hành hay ngân hàng thông báo không thực hiện đúng nghĩa vụ của mình theo tín dụng thư thì họ phải chịu trách nhiệm đến bù thiệt hại cho người yêu cầu mở tín dụng hay ngân hàng phát hành một cách tương ứng.

Trong khi thực hiện ủy quyền theo tín dụng thư, ngân hàng không chịu trách nhiệm về hình thức, sự chính xác, tính chân thật hay ý nghĩa pháp lý của mọi chứng từ cũng như các điều kiện được thể hiện trong chứng từ, trên cơ sở chúng tiến hành thực hiện tín dụng thư (Điều 15 UCP 500). Ngân hàng cũng không chịu trách nhiệm về sự mô tả, khối lượng, số lượng, chất lượng, bao bì giao nhận, giá trị hay sự tồn tại thực tế của hàng hóa được ghi rõ trong chứng từ, cũng như về tận tâm thiện chí, khả năng thanh toán. Việc thực hiện nghĩa vụ, uy tín thương mại của người gửi hàng hay những người khác tham gia vào các việc thực hiện nghĩa vụ, theo đó việc thực hiện tín dụng thư được tiến hành.

Theo Điều 16 UCP 500, ngân hàng không chịu một trách nhiệm nào do hậu quả của việc chậm trễ, mất mát một thông tin hay chứng từ nào đó được phát sinh khi chuyển thông báo bằng các phương tiện vô tuyến viễn thông. Ngân hàng cũng hoàn toàn không chịu trách nhiệm về những sai sót trong quá trình dịch hay giải thích các thuật ngữ kỹ thuật và có quyền chuyển các thuật ngữ của tín dụng thư không cần phải dịch.

Người yêu cầu mở tín dụng (người mua) phải chịu hoàn toàn trách nhiệm do sự chậm trễ của tất cả các ngân hàng trước người hưởng lợi.

### **3.3.9. Các hình thức thanh toán theo tín dụng chứng từ**

Đối với người bán, việc trả tiền theo tín dụng chứng từ được thực hiện trong hình thức nào có ý nghĩa vô cùng quan trọng? Điều 9 (a) UCP 500 quy định 4 khả năng thanh toán tín dụng như sau:

1- Nếu các bên thỏa thuận sử dụng loại tín dụng trả tiền ngay thì ngân hàng thông báo phải thực hiện thanh toán ngay khi được hưởng lợi giao chứng từ phù hợp với điều kiện của tín dụng.

2- Nếu các bên có thỏa thuận về tín dụng thanh toán chậm thì ngân hàng thông báo có quyền thanh toán hay đưa ra sự bảo đảm thanh toán trong thời

hạn được quy định trong tín dụng. Trong tín dụng trả chậm, các bên có thể thỏa thuận tín dụng, ví dụ có thể được thanh toán sau 180 ngày tính từ ngày vận đơn.

3- Nếu tín dụng được thanh toán bằng cách chấp nhận, người bán ký phát hối phiếu cho ngân hàng thông báo theo một thủ tục đặc biệt. Thông thường đây là hối phiếu có thời hạn thanh toán sau một khoảng thời gian xác định. Khi chấp nhận hối phiếu, ngân hàng nhận lấy nghĩa vụ thanh toán cho người xuất trình chứng từ khi đến hạn thanh toán.

Hối phiếu được ngân hàng thông báo trao cho người bán một sự bảo đảm quan trọng. Nếu người bán không muốn đợi đến thời hạn thanh toán thì có thể chuyển chúng thành tiền mặt thông qua chiết khấu. Tất nhiên bằng cách này, người bán không thể nhận được toàn bộ số tiền được ghi trong tín dụng bởi vì ngân hàng chiết khấu phải lấy tiền hoa hồng hay thù lao.

Hối phiếu cũng có thể được ngân hàng thông báo hoặc người mua chấp nhận phụ thuộc vào sự thỏa thuận của các bên trong hợp đồng mua bán hàng hóa. Nếu ngân hàng thông báo mở tín dụng không hủy ngang thì theo quy định của Điều 9(a) UCP 500 thì ngân hàng nhận lấy nghĩa vụ chấp nhận và trả tiền hối phiếu thay cho người mua. Nếu ngân hàng thông báo xác nhận tín dụng thì ngân hàng có nghĩa vụ tương tự theo quy định của Điều 9(b) UCP 500. Như vậy, trong trường hợp này người bán có được sự bảo đảm thanh toán vô cùng quan trọng, ngay cả khi các bên thỏa thuận rằng người mua phải chấp nhận hối phiếu, nếu tín dụng là tín dụng không hủy ngang hay tín dụng không hủy ngang có xác nhận được UCP 500 điều chỉnh.

Ngân hàng chấp nhận hối phiếu không có quyền truy đòi người bán. Nếu ngân hàng này từ chối thanh toán hối phiếu, ví dụ do không có khả năng thanh toán, người bán có quyền yêu cầu người mua thanh toán bởi vì việc mở tín dụng chấp nhận chỉ là việc thực hiện nghĩa vụ thanh toán tiền hàng một cách tương đối của người mua.

4- Nếu tín dụng được thực hiện bằng chiết khấu thì ngân hàng thông báo chỉ được phép chiết khấu hối phiếu do người bán ký phát cho người mua hay cho ngân hàng phát hành. Ngân hàng thông báo chiết khấu hối phiếu có tính đến tiền thù lao hay hoa hồng mà ngân hàng được hưởng. Trong tín dụng chiết khấu, ngân hàng chiết khấu có quyền truy đòi người bán như là người ký phát hối phiếu, bởi vì ngân hàng trở thành người chuyển nhượng hối phiếu, nhưng nếu ngân hàng này hành động với tư cách là ngân hàng xác nhận thì không có quyền truy đòi vì theo xác nhận ngân hàng phải chịu trách nhiệm trước người bán.

### **3.3.10. Các loại tín dụng chứng từ**

Xuất phát từ các quy tắc thống nhất của Phòng Thương mại Quốc tế cũng như thực tiễn áp dụng tín dụng chứng từ trong thương mại quốc tế và phụ thuộc vào các điều kiện, có thể chia tín dụng thành các loại tín dụng khác nhau.

#### **- Tín dụng có thể hủy ngang (revocable)**

Tín dụng có thể hủy ngang là tín dụng thư mà người mua hay ngân hàng phát hành có thể thay đổi hay thu hồi lại theo ủy quyền của người mở tín dụng, không cần phải thông báo cho người hưởng lợi biết. Việc thu hồi hay thay đổi tín dụng thư không làm phát sinh bất kỳ một nghĩa vụ nào của ngân hàng phát hành đối với người hưởng lợi. Ngân hàng xác nhận cũng như ngân hàng thông báo phải thực hiện thanh toán và các hoạt động khác tín dụng quy định nếu tại thời điểm thực hiện họ không nhận được thông báo về thay đổi các điều kiện hay sự thu hồi tín dụng. Bản chất của loại tín dụng này được chỉ rõ trong thông báo do ngân hàng thông báo gửi cho người bán. Nội dung điển hình của thông báo này như sau: "Chúng tôi không được khách hàng giao thầm quyền xác nhận tín dụng này, vì vậy tín dụng có thể bị hủy ngang hay bị thay đổi trong mọi thời điểm mà không báo trước".

Trong thực tiễn thanh toán quốc tế, loại tín dụng này ít được sử dụng. Đối với người bán, tín dụng hủy ngang không xác nhận là phương thức tín dụng không bảo đảm nhưng trong một số trường hợp có thể chuyển thành tín dụng có xác nhận, bởi vì như vậy sẽ rẻ hơn.

#### **- Tín dụng không thể hủy ngang (irecoverable)**

Tín dụng không thể hủy ngang là tín dụng không thể được thay đổi hay bị hủy ngang nếu không có sự đồng ý của người hưởng lợi. Nếu trong tín dụng thư không nói rõ rằng đây là tín dụng thư có thể hủy ngang, thì nó được coi là không thể hủy ngang (Điều 6 UCP 500).

Tín dụng không hủy ngang có nhiều loại khác nhau:

+ **Tín dụng không hủy ngang không có xác nhận (Unconfirmed).** Ngân hàng thông báo hay ngân hàng khác không đảm bảo việc thanh toán tín dụng. Trong trường hợp nếu trong tín dụng không ghi xác nhận, thì nó được coi là không xác nhận. Khi sử dụng loại tín dụng này, ngân hàng phát hành không thể thu hồi lại trách nhiệm của mình trước người hưởng lợi, nhưng ngân hàng thông báo không nhận lấy nghĩa vụ thanh toán tín dụng một cách độc lập. Loại tín dụng này thường được các ngân hàng lớn mở. Các ngân hàng này cho rằng việc xác nhận tín dụng tại chỗ là điều không cần thiết. Loại tín dụng này rẻ hơn loại tín dụng có xác nhận nhưng nó có một yếu điểm là không quy

định địa điểm thực hiện hợp đồng mua bán ở quốc gia của người bán. Nếu ngân hàng thông báo từ chối chấp nhận thanh toán khi được giao chứng từ thì người hưởng lợi (người bán) có thể buộc phải tiến hành thủ tục khởi kiện ở nước ngoài. Điều này phá vỡ mục đích chính của tín dụng thương mại.

+ *Tín dụng thư có xác nhận (Confirmed)*. Ngân hàng thông báo hay ngân hàng xác nhận có thể đảm bảo việc thanh toán tín dụng thư bằng thẻ hủy ngang (tín dụng thư xác nhận). Loại tín dụng này hoàn toàn có thể bảo đảm việc thanh toán cho người bán bởi vì ở đây ngân hàng xác nhận hay ngân hàng thông báo cam kết rằng họ sẽ thanh toán hối phiếu của người bán khi được giao chứng từ phù hợp với điều kiện của tín dụng. Trong tín dụng thư có xác nhận, nghĩa vụ của ngân hàng thông báo được thể hiện trong thông báo cho người hưởng lợi, ví dụ như sau: "Chúng tôi có nghĩa vụ phải thanh toán hối phiếu khi được giao chứng từ phù hợp với điều kiện của tín dụng".

Trong tín dụng có xác nhận, ngân hàng xác nhận không có quyền truy đòi người bán, ngay cả khi tín dụng là tín dụng chiết khấu, ngoại trừ trường hợp khi ngân hàng thực hiện thanh toán có điều kiện<sup>67</sup>, hoặc nhận được sự bảo đảm bồi thường của người bán hay người bán có hành động không trung thực.

Ngân hàng xác nhận thực hiện thanh toán phù hợp với điều kiện của tín dụng, có quyền truy đòi ngân hàng phát hành hay người mua trả lại số tiền mà họ đã thanh toán cho người bán (Điều 14(a) UCP 500). Nếu ngân hàng xác nhận thực hiện thanh toán cho người hưởng lợi có điều kiện, còn ngân hàng thông báo giữ chứng từ quá thời hạn được quy định mà không tư chối cũng không chấp nhận nhưng cuối cùng cũng chấp nhận chúng, thì có thể coi rằng ngân hàng phát hành từ chối quyền viễn dẫn đến sự không phù hợp của chứng từ và phải bồi thường thiệt hại cho ngân hàng xác nhận do sự chấp nhận chậm trễ gây ra.

Tín dụng có xác nhận được sử dụng rộng rãi trong hoạt động thương mại quốc tế hiện nay bởi vì nó được sử dụng với tư cách là một công cụ định vị khi gán việc thanh toán theo hợp đồng mua bán với quốc gia của người bán.

Nếu người bán nhận được sự xác nhận của ngân hàng có uy tín ngay trên đất nước mình thì có thể yên tâm rằng trong mọi trường hợp họ sẽ nhận được sự thanh toán. Hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế theo cách như vậy được coi là hợp đồng mua bán nội địa, dưới góc độ quan hệ thanh toán và rủi ro của người bán bị loại trừ. Các thỏa thuận về tín dụng có xác nhận là điều kiện thanh toán bình thường trong nhiều lĩnh vực của thương mại. Như vậy ngân

---

<sup>67</sup> Xem thêm mục: Những trường hợp bất thường liên quan đến việc thực hiện tín dụng.

hàng có đóng góp to lớn vào quá trình thực hiện hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế khi xây dựng loại tín dụng thương mại này.

Trong thực tiễn hoạt động thương mại đã hình thành hai loại xác nhận của ngân hàng: xác nhận có bảo đảm của người bán và xác nhận "mềm".

Xác nhận có bảo đảm của người bán là một thỏa thuận, theo đó, người bán (người hưởng lợi) phải chịu mọi chi phí của ngân hàng liên quan đến việc xác nhận tín dụng mà không phải là người mua.

Xác nhận "mềm" là nghĩa vụ tương đối của ngân hàng thông báo. Loại tín dụng này được sử dụng trong trường hợp khi việc nhập khẩu vào các nước đang phát triển được thực hiện trên cơ sở vốn vay của các tổ chức tín dụng quốc tế (IMF, WB). Ngân hàng thông báo của người bán có thể gặp khó khăn khi yêu cầu ngân hàng phát hành trả tiền nếu ví dụ, chính phủ của người mua đưa ra lệnh cấm chuyển ngoại tệ ra khỏi biên giới.

Ngân hàng thông báo, vì những khó khăn đó, có thể xác nhận tín dụng với điều kiện là nhận được sự đồng ý bù túc xứng từ các tổ chức tài chính. Trong trường hợp này, ngân hàng thông báo hạn chế phạm vi xác nhận của mình, ví dụ bằng cách: "*Chúng tôi hạn chế sự xác nhận của mình bởi chúng tôi chỉ có thể thực hiện nghĩa vụ theo tín dụng sau khi nhận được sự bồi hoàn tương ứng từ...*".

Ủy ban Ngân hàng của Phòng Thương mại Quốc tế quyết định nghĩa vụ tương đối này của ngân hàng thông báo là có thể chấp nhận nếu điều kiện thanh toán được chỉ rõ cho người hưởng lợi biết.

Tuy nhiên theo UCP, tín dụng này không thuộc loại tín dụng không thể hủy ngang và nghĩa vụ của ngân hàng thông báo không có nghĩa là xác nhận.

+ *Tín dụng miễn truy đòi* là loại tín dụng theo đó ngân hàng không có quyền truy đòi người bán sau khi đã thanh toán cho họ, ngay cả khi chứng từ xuất trình bị tranh chấp. Trong loại tín dụng này, người bán ghi trên hối phiếu của mình "không được truy đòi người ký phát". Loại này cũng được sử dụng khá phổ biến trong thanh toán quốc tế.

+ *Tín dụng phân chia* được là loại tín dụng mà theo đó người hưởng lợi có quyền thực hiện từng phần của nó khi giao chứng từ mà chứng từ xác nhận việc thực hiện từng phần nghĩa vụ trước người mở tín dụng.

+ *Tín dụng chuyển nhượng (Transferable)* là loại tín dụng mà người được hưởng lợi hay ngân hàng phát hành có quyền ra lệnh cho ngân hàng thông báo chuyển toàn bộ hay một phần tín dụng thư cho người khác với việc giữ nguyên các điều kiện của tín dụng thư này. Trong tín dụng loại này có ghi rõ

"có thể chuyển nhượng". Loại tín dụng thư này chỉ có thể được chuyển nhượng một lần nếu trong tín dụng thư không có quy định khác (Điều 46 UCP 500), mọi chi phí liên quan đến việc chuyển nhượng do người chuyển nhượng chịu.

+ *Tín dụng quay vòng (revolve credit)*: Nếu hợp đồng mua bán không phải chỉ để thực hiện một lần và người mua là khách hàng thường xuyên của người bán thì người mua vì lợi ích của người bán có thể thỏa thuận với ngân hàng việc mở tín dụng quay vòng (tuần hoàn). Người mua thường xuyên yêu cầu ngân hàng phát hành mở tín dụng vì lợi ích của người bán. Số tiền của tín dụng trong mọi trường hợp không được vượt quá giới hạn tối đa. Lợi thế của loại tín dụng này thể hiện ở chỗ: thứ nhất, không cần phải mở tín dụng nhiều lần; thứ hai, giảm chi phí cho người mua.

+ *Tín dụng giáp lưng (back to back credit)*: Loại tín dụng thư này được mở trong trường hợp nếu như đối tượng của các hợp đồng mua bán kế tiếp nhau là một loại hàng. Trong trường hợp này tín dụng thư được người mua hàng cuối cùng mở là biện pháp bảo đảm cho tín dụng thư của người bán, là người được coi là người mở tín dụng thư tiếp theo cho người hưởng lợi khác. Sự khác biệt giữa loại tín dụng thư này với loại tín dụng thư có thể được chuyển nhượng thể hiện ở chỗ: trong tín dụng thư có thể chuyển nhượng chỉ thay đổi người hưởng lợi, còn tín dụng thư giáp lưng là loại tín dụng thư độc lập khác hẳn và loại tín dụng thư được mở vì lợi ích của người bán.

+ *Tín dụng để thanh toán cho hàng hóa chưa được giao; Tín dụng có điều khoản đở*: Loại tín dụng này, nhiều khi còn được gọi là "tín dụng được mở trước thời hạn", được sử dụng để thúc đẩy người bán sản xuất hay chuẩn bị hàng hóa. Việc thanh toán tín dụng trong trường hợp này được thực hiện trước thời hạn giao hàng khi được giao các chứng từ không phải là chứng từ vận tải. Ngân hàng nhận được chỉ thị thanh toán khi được giao, ví dụ biên lai của đại lý giao nhận (chứng nhận có sự tồn tại của hàng hóa hay hàng hóa được nhận để vận chuyển), hoặc biên lai xác nhận hàng hóa đã được gửi bằng đường hàng không. Loại tín dụng này thuận lợi cho những công ty nhỏ, trong thực tế không gặp khó khăn khi giao hàng nếu, ví dụ công ty bán áo quần từ kho ở thành phố Hồ Chí Minh đồng ý được thanh toán bằng tín dụng khi được giao biên lai của kho giao nhận. Trong trường hợp này, người bán không liên quan đến thủ tục gửi hàng. Những thủ tục này do đại lý giao nhận thực hiện. Mặt khác, người mua có thể tin tưởng rằng hàng hóa đã không nằm trong sự kiểm soát của người bán khi người bán đã được thanh toán.

Trong những trường hợp phức tạp hơn, ngân hàng, khi thông báo cho người bán biết việc mở tín dụng đã đưa vào thông báo này điều khoản gọi là "điều khoản đở" và có nghĩa vụ phải thanh toán một phần hối phiếu của người

bán khi được giao một số chứng từ đã được thỏa thuận trước, ví dụ phiếu gửi hàng ở kho. Khi người bán giao hàng và giao chứng từ vận chuyển cho ngân hàng thì ngân hàng thanh toán toàn bộ hối phiếu.

+ *Tín dụng thư dự phòng (standby credit)*: Theo bản chất, tín dụng dự phòng là nghĩa vụ của ngân hàng thực hiện thanh toán cho người thứ ba (người hưởng lợi) hay chấp nhận hối phiếu nếu người này thực hiện các điều kiện của hối phiếu một cách phù hợp trong trường hợp người mở tín dụng từ chối thanh toán.

Trong giao dịch thương mại quốc tế, tín dụng dự phòng, cũng giống như tín dụng thông thường, được thanh toán khi chứng từ được giao phù hợp với điều kiện của tín dụng. Sự khác nhau giữa hai loại tín dụng này thể hiện ở chỗ tín dụng thông thường là một công cụ thanh toán, theo nguyên tắc, công cụ này bắt buộc người hưởng lợi phải giao, ngoài những chứng từ khác, chứng từ vận chuyển; còn tín dụng dự phòng có mục đích bảo vệ người hưởng lợi trong trường hợp bên kia của hợp đồng chính không thực hiện nghĩa vụ của mình. Bởi vậy, trong tín dụng dự phòng, người hưởng lợi không nhất thiết phải giao chứng từ vận chuyển, tín dụng có thể được thanh toán khi được giao những chứng từ loại khác, ví dụ chứng từ chứng nhận rằng phía bên kia không thực hiện nghĩa vụ của mình.

Theo bản chất, loại tín dụng này có thể xem xét như là một biện pháp bảo lãnh của ngân hàng. Nguyên nhân đưa đến việc áp dụng loại tín dụng thư là do pháp luật của một số bang ở Mỹ nghiêm cấm ngân hàng bảo lãnh trong việc thanh toán. Để tránh sự cấm đoán này của luật, người ta mới áp dụng tín dụng thư dự phòng. Luật Thương mại Quốc tế trong các quy tắc thống nhất do ảnh hưởng của các ngân hàng Hoa Kỳ, công nhận việc áp dụng quy tắc này cho tín dụng thư dự phòng (Điều 1 UCP 500).

### **3.3.11. Một số trường hợp bất thường trong thực hiện tín dụng chứng từ**

#### **- Tín dụng chứng từ và bảo lãnh ngân hàng**

Nếu người bán giao chứng từ không phù hợp với điều kiện của tín dụng, thì ngân hàng phát hành thay vì từ chối chấp nhận chứng từ (ngân hàng có quyền này), có thể yêu cầu người bán bảo lãnh, và trên cơ sở bảo lãnh này sẽ thực hiện thanh toán tín dụng. Trong nhiều trường hợp, khi ngân hàng thông báo không phải là ngân hàng của người bán thì có thể yêu cầu ngân hàng của người bán bảo lãnh.

Bảo lãnh được người bán giao cho ngân hàng thông báo, không thể được giao cho ngân hàng phát hành nếu không có sự đồng ý của người bán. Người bán, khi giao bảo lãnh để nhận thanh toán theo tín dụng, cần phải nhớ rằng

ngân hàng có quyền yêu cầu họ phải chịu trách nhiệm. Vì vậy, khi có sự không phù hợp trong chứng từ, người bán phải liên hệ ngay với người mua để tìm cách giải quyết sự không phù hợp đó.

- *Thanh toán có điều kiện (điều kiện hoàn lại tiền đã được thanh toán)*

Khi ngân hàng có sự nghi ngờ tính phù hợp của chứng từ được giao với chỉ thị của tín dụng nhưng lại muốn giúp người bán, thì có thể thanh toán hay chấp nhận hối phiếu với điều kiện đặt ra. Ngân hàng làm việc này nếu cho rằng người bán có uy tín trong thương trường và có khả năng hoàn lại số tiền được thanh toán, hoặc cho rằng sự không phù hợp của chứng từ được giao là không đáng kể và ngân hàng thông báo và người mua sẽ chấp nhận chứng từ, không chú ý đến sự không phù hợp không đáng kể đó.

Thanh toán có điều kiện được thể hiện trong Điều 14 UCP 500.

**3.3.12. Rủi ro của các bên trong thanh toán quốc tế bằng hình thức tín dụng chứng từ**

Nói chung tín dụng thư là một trong những hình thức an toàn nhất trong thanh toán quốc tế cả cho người thứ ba cũng như cả cho người mua. Tuy nhiên việc áp dụng hình thức thanh toán này cũng có thể gặp một số rủi ro nhất định.

- Ngân hàng phát hành không thực hiện việc thanh toán.
- Rủi ro do quốc gia của ngân hàng phát hành.
- Rủi ro trong vận tải.
- Rủi ro do biến động tỷ giá.
- Rủi ro do chứng từ không chính xác.
- Rủi ro do tín dụng thư bị hủy ngang.

Người bán có thể gặp các rủi ro như sau:

- Khi thanh toán bằng hình thức tín dụng không thể hủy ngang thi việc người mua không thanh toán trên thực tế không thể xảy ra được bởi vì người mua khi mở tín dụng thư cho người bán trên thực tế đã giao cho người bán bảo đảm thanh toán của ngân hàng. Tuy nhiên vẫn có rủi ro do ngân hàng phát hành không thực hiện ủy quyền do mất khả năng thanh toán hay không muốn thanh toán.
- Khi quốc gia của ngân hàng phát hành đưa ra những hạn chế trong việc thanh toán bằng ngoại tệ thì ngân hàng phát hành có thể không thực hiện thanh toán. Vì vậy trong trường hợp này, tốt nhất là sử dụng ngân hàng xác nhận nằm ở quốc gia có chính sách kinh tế ổn định, chắc chắn.

**CHƯƠNG V**  
**GIẢI QUYẾT TRANH CHẤP PHÁT SINH TỪ**  
**HỢP ĐỒNG THƯƠNG MẠI QUỐC TẾ**

**I. KHÁI QUÁT TRANH CHẤP VÀ GIẢI QUYẾT TRANH CHẤP THƯƠNG  
MẠI QUỐC TẾ**

**1.1 Khái niệm**

Tranh chấp thương mại quốc tế chỉ phát sinh khi một trong các bên vi phạm, hay nói cách khác, không thực hiện nghĩa vụ đã cam kết của mình. Trong thương mại quốc tế có hai loại vi phạm nghĩa vụ.

Thứ nhất là loại vi phạm các nghĩa vụ phát sinh từ các hiệp định thương mại song phương và đa phương. Chủ thể của loại vi phạm này chỉ có thể là các quốc gia với tư cách là chủ thể của Luật Quốc tế (Công pháp Quốc tế). Ví dụ, Hoa Kỳ vi phạm nghĩa vụ đã cam kết với Việt Nam được quy định trong Hiệp định Thương mại Việt Nam - Hoa Kỳ hay vi phạm nguyên tắc của WTO khi nâng thuế nhập khẩu sắt thép từ EU và một số nước khác, Việt Nam có thể vi phạm nghĩa vụ về thời hạn cắt giảm thuế quan đã cam kết với các nước ASEAN theo quy định của Hiệp định AFTA hoặc một quốc gia thành viên nào đó của tổ chức thương mại thế giới (WTO) đã vi phạm nguyên tắc của GATT 1994 khi có sự phân biệt đối xử không công bằng đối với hàng hóa nhập khẩu từ các quốc gia thành viên WTO khác.

Những tranh chấp phát sinh từ các loại vi phạm này được giải quyết bằng những hình thức và thủ tục hoàn toàn không giống nhau. Khi vi phạm nghĩa vụ được quy định trong các hiệp định thương mại song phương, ví dụ, vi phạm nghĩa vụ được quy định trong Hiệp định thương mại Việt Nam - Hoa Kỳ, thì tranh chấp sẽ được giải quyết ở tòa án hay trọng tài. Khi tranh chấp phát sinh từ việc vi phạm nghĩa vụ được quy định trong Hiệp định thương mại khu vực thì tranh chấp sẽ được cơ quan tài phán về Thương mại của khu vực đó giải quyết. Ví dụ, một thành viên nào đó của ASEAN vi phạm nghĩa vụ được quy định trong hiệp định AFTA thì tranh chấp này sẽ được giải quyết theo thủ tục do ASEAN quy định. Khi một quốc gia thành viên nào đó của WTO vi phạm nghĩa vụ đã cam kết với WTO thì tranh chấp phát sinh từ việc vi phạm đó sẽ được giải quyết theo thủ tục do WTO quy định.

Thứ hai là loại vi phạm liên quan đến việc ký kết và thực hiện các loại hợp đồng thương mại cụ thể. Theo quy định của Điều 238 Luật Thương mại Việt Nam 1997, tranh chấp thương mại là tranh chấp phát sinh do không thực hiện

hay thực hiện không đúng hợp đồng trong hoạt động thương mại. Như vậy có thể nói rằng tranh chấp trong hoạt động thương mại quốc tế là những tranh chấp phát sinh do một trong các bên không thực hiện hay thực hiện không đúng nghĩa vụ của mình do hợp đồng thương mại quốc tế quy định, hay nói cách khác đó là những tranh chấp được phát sinh từ vi phạm hợp đồng thương mại quốc tế. Chủ thể của loại tranh chấp này là các bên tham gia Hợp đồng thương mại quốc tế không phụ thuộc vào việc các bên là thương nhân hay là nhà nước.

Trong thực tiễn hoạt động thương mại nói chung, loại vi phạm này được thể hiện ở ba khía cạnh. Thứ nhất, vi phạm liên quan đến các sự kiện pháp lý. Ví dụ, liên quan đến khối lượng, chất lượng, thời hạn giao hàng. Thứ hai, vi phạm liên quan đến việc giải thích hợp đồng hay các vấn đề pháp lý khác. Ví dụ, liên quan đến luật áp dụng, chuyển quyền sở hữu. Thứ ba, liên quan đến cả hai loại trên, ví dụ không có khả năng thực hiện hợp đồng<sup>68</sup>.

Trong hoạt động thương mại quốc tế, các bên đừng bao giờ nghĩ rằng, mỗi khi hợp đồng đã được ký kết thì các bên sẽ thực hiện đúng nghĩa vụ của mình theo quy định của hợp đồng. Bất kỳ người bán hay người mua khôn khéo nào, cho dù hợp đồng được soạn thảo, nghiên cứu cẩn thận, kỹ lưỡng đến mức độ nào đi nữa, cũng phải nghĩ đến những công cụ pháp lý trong mối quan hệ qua lại với bên kia trong trường hợp họ vi phạm hợp đồng để có thể hạn chế được thiệt hại của mình và không bị cuốn vào những thủ tục tốn kém và kéo dài. Trong nhiều trường hợp, sự thiệt hại có giá trị quá lớn để có thể đánh lỏng cam chịu với sự mất mát, sự vi phạm là quá nghiêm trọng nên không thể để cho người vi phạm không bị trừng phạt. Muốn như vậy, người vi phạm nghĩa vụ phải bị phán xét và phải chịu trách nhiệm về hành vi vi phạm của mình. Vấn đề là ở chỗ, hình thức giải quyết tranh chấp nào được coi là thuận tiện nhất, nhanh chóng nhất và ít tốn kém nhất.

Các bên của hợp đồng thương mại quốc tế cần phải nghĩ đến điều này trước khi hợp đồng được ký kết và phải chọn một trong các hình thức giải quyết tranh chấp đang được sử dụng trong thực tế và nhất thiết phải dựa vào hợp đồng điều kiện, điều kiện này cho phép mô tả một cách đầy đủ hình thức giải quyết tranh chấp được lựa chọn này. Kinh nghiệm cho thấy, trong quá trình đàm phán ký kết hợp đồng, thỏa thuận về việc lựa chọn hình thức giải quyết tranh chấp dễ dàng đạt được hơn là sau khi tranh chấp đã phát sinh.

<sup>68</sup> Căn cứ vào tính chất của sự vi phạm để sử dụng phương thức giải quyết tranh chấp phù hợp, ví dụ, vi phạm liên quan đến sự kiện pháp lý thì trọng tài là phương thức tốt nhất để giải quyết tranh chấp, nếu tranh chấp liên quan đến pháp luật thì nên giải quyết bằng tòa án.

Nếu sau khi tranh chấp đã phát sinh, bên bị thiệt hại không có một công cụ hay một biện pháp nào để có thể bắt buộc phía bên kia phải đồng ý giao tranh chấp cho trọng tài giải quyết thì hình thức giải quyết tranh chấp duy nhất trong trường hợp này chỉ có thể là tòa án quốc gia, nơi mà bên vi phạm có trụ sở thương mại. Việc tranh chấp được giải quyết tại tòa án quốc gia, nơi bên vi phạm có trụ sở thương mại sẽ gây nhiều khó khăn phức tạp cho nguyên đơn<sup>69</sup>.

Nếu các bên không muốn tranh chấp của họ được giải quyết tại tòa án thì họ có thể đưa vào hợp đồng điều kiện hòa giải hay trọng tài. Sự khác nhau giữa hòa giải và trọng tài thể hiện ở chỗ, hướng để đạt được mục đích khi áp dụng hai hình thức này có nhiều điểm khác nhau. Nếu các bên đồng ý lựa chọn thương lượng, hòa giải, tức là họ muốn giải quyết tranh chấp bằng con đường hữu nghị, hợp tác dưới tác động tích cực của người trung gian thứ ba, hay ít nhất họ cũng hy vọng rằng, tranh chấp sẽ được giải quyết bằng con đường hòa bình. Nhưng nếu các bên lựa chọn trọng tài, thì họ ở vào vị trí đối kháng và sẽ yêu cầu giải quyết tranh chấp bằng cách thông qua quyết định mặc dù quyết định này là của trọng tài do họ lựa chọn mà không phải do nhà nước chỉ định. Trong ý nghĩa này trọng tài gần với tòa án hơn là gần với thương lượng, hòa giải<sup>70</sup>.

Trong thực tiễn, hoạt động thương mại quốc tế tranh chấp giữa các bên trong hợp đồng có thể được giải quyết bằng các hình thức sau:

- Các bên tự thương lượng;

- Trong trường hợp thương lượng không đạt được kết quả thì các bên có thể giải quyết tranh chấp bằng con đường hòa giải (Điều 239 Luật Thương mại Việt Nam 1997);

- Nếu tranh chấp không thể giải quyết bằng hòa giải và khi ký kết hợp đồng hay sau khi tranh chấp phát sinh, các bên không thỏa thuận sẽ giao tranh chấp cho cơ quan trọng tài giải quyết thì tranh chấp sẽ được giải quyết bằng hình thức tòa án phù hợp với quy định của luật áp dụng cho hợp đồng;

- Tranh chấp sẽ được giải quyết bằng trọng tài thương mại nếu có thỏa thuận của các bên về việc này.

Trong phần tiếp theo chúng ta sẽ lần lượt xem xét các hình thức giải quyết tranh chấp nói trên cũng như ưu điểm và đặc điểm của từng loại.

<sup>69</sup> Vấn đề này được nghiên cứu kỹ khi so sánh giải quyết tranh chấp bằng trọng tài và bằng tòa án.

<sup>70</sup> Xem: Schmitthoff M. C Dispute Settlement, Forum International No 6, May 1985, p 10-11.

## **1. 2. Giải quyết tranh chấp bằng thương lượng**

Trong thực tiễn ký kết và thực hiện hợp đồng thương mại quốc tế, khi xảy ra tranh chấp liên quan đến việc thực hiện hợp đồng, không phải lúc nào các bên cũng đưa tranh chấp cho cơ quan tài phán giải quyết ngay, mà thông thường các bên giải quyết bằng cách tự thương lượng với nhau. Thương lượng có nghĩa là khi phát sinh tranh chấp, bên có quyền lợi bị vi phạm khiếu nại với bên vi phạm với mục đích là yêu cầu bên vi phạm thực hiện nghĩa vụ của mình theo quy định của hợp đồng hay phải chịu trách nhiệm bằng hình thức bồi thường thiệt hại hay trả tiền phạt vi phạm.

Pháp luật của Việt Nam (Khoản 1 Điều 239 Luật Thương mại) quy định, tranh chấp thương mại trước hết phải được giải quyết thông qua thương lượng giữa các bên. Như vậy theo quy định của pháp luật Việt Nam, một tranh chấp phát sinh từ hợp đồng thương mại, trước khi giao cho trọng tài thương mại hay tòa án kinh tế giải quyết, phải được giải quyết bằng thương lượng hay hòa giải. Quy định này của pháp luật Việt Nam xuất phát từ thực tiễn giải quyết tranh chấp trong hoạt động thương mại nói chung, bởi vì việc giải quyết tranh chấp bằng thương lượng có các ưu điểm sau:

- *Thứ nhất*, đây là cách thức nhanh nhất để các bên có thể đạt được mục đích bảo vệ quyền lợi của mình;
- *Thứ hai*, thủ tục đơn giản, không phải chi phí nhiều;
- *Thứ ba*, không ảnh hưởng đến quan hệ thương mại giữa các bên.

Việc giải quyết tranh chấp phát sinh từ hợp đồng thương mại bằng hình thức thương lượng là cần thiết, bởi không ai có thể nghi ngờ những ưu điểm của nó. Nhưng nếu bắt buộc các bên phải tiến hành thương lượng trước khi đưa tranh chấp cho trọng tài giải quyết liệu có phù hợp với thực tiễn hoạt động thương mại hay không, nhất là nguyên tắc: thiệt hại phải được bồi thường đầy đủ và kịp thời.

Theo quan điểm của chúng tôi, việc Điều 239 Luật Thương mại Việt Nam quy định thương lượng là hình thức giải quyết tranh chấp bắt buộc có những hạn chế sau:

- *Thứ nhất*, nếu các bên không có thiện chí, ví dụ, hợp đồng mua bán hàng hóa được ký kết do một bên bị lừa dối hay bị đe dọa thì không thể có sự thương lượng được, bởi vì bên có hành vi lừa dối không thể có thiện chí mà việc thương lượng đòi hỏi phải có sự thiện chí của cả hai bên. Trong trường hợp này việc thương lượng chỉ là cách để bên có hành vi lừa dối hay đe dọa khi ký kết hợp đồng kéo dài thời gian.

- Thứ hai, vì một bên không có thiện chí nên thương lượng có thể kéo dài, và như vậy bên bị thiệt hại sẽ không được đền bù kịp thời. Rõ ràng trái với nguyên tắc “thiệt hại phải được đền bù kịp thời”. Hạn chế này là hệ quả của hạn chế thứ nhất.

Thương lượng được thực hiện bằng việc bên có quyền đưa ra khiếu nại đối với bên vi phạm. Việc thực hiện khiếu nại phải tuân thủ thời hạn. Thời hạn này có thể do luật định, có thể do các bên tự thỏa thuận trong hợp đồng. Điều này có thể do luật định, có thể do các bên tự thỏa thuận trong hợp đồng. Điều 241 Luật Thương mại Việt Nam 1997 quy định, thời hạn khiếu nại là thời hạn mà bên có quyền lợi bị vi phạm có quyền khiếu nại đối với bên vi phạm. Quá thời hạn khiếu nại, bên có quyền lợi bị vi phạm mất quyền khởi kiện tại trọng tài, tòa án có thẩm quyền. Trong trường hợp không có thỏa thuận thì thời hạn khiếu nại được quy định như sau:

- Khiếu nại đối với số lượng hàng hóa phải được thực hiện trong thời hạn 3 tháng tính từ thời điểm nhận hàng;

- Đối với chất lượng hàng hóa thì thời hạn khiếu nại là 6 tháng kể từ ngày giao hàng. Trong trường hợp hàng hóa có bảo hành thì thời hạn khiếu nại là 3 tháng tính từ thời điểm thời hạn bảo hành kết thúc;

- Ba tháng kể từ khi bên vi phạm phải hoàn thành nghĩa vụ theo hợp đồng đối với khiếu nại về các hành vi thương mại khác”.

Trong thời hạn nói trên nếu bên có quyền không thực hiện việc khiếu nại thì họ mất luôn quyền khởi kiện tại tòa án hay trọng tài thương mại<sup>71</sup>. Theo quan điểm của chúng tôi thì việc luật quy định thời hạn khiếu nại và thời hạn khiếu kiện khác nhau và thời hạn khiếu nại ngắn hơn rất nhiều so với thời hạn khiếu kiện hoàn toàn không phù hợp với thực tiễn hoạt động thương mại mà cụ thể là trong trường hợp, ví dụ, hết thời hạn 6 tháng kể từ thời điểm giao hàng, người mua phát hiện chất lượng của hàng hóa không phù hợp với hợp đồng và do những khuyết tật ẩn gây ra. Trong trường hợp này người bán

<sup>71</sup> Ngoại trừ người làm dịch vụ giao nhận hàng hoá không phải chịu trách nhiệm trong các trường hợp sau: Thứ nhất, người làm dịch vụ giao nhận hàng hoá không nhận được thông báo về khiếu nại trong thời hạn 14 ngày kể từ ngày giao hàng, không tính ngày chủ nhật và ngày lễ; thứ hai, người làm dịch vụ giao nhận hàng hoá không nhận được thông báo bằng văn bản về việc họ bị kiện tại trọng tài hoặc toà án trong thời hạn 9 tháng kể từ ngày giao hàng.

<sup>72</sup> Quy định này của Luật Thương mại Việt Nam 1997, Luật Thương mại sửa đổi 2005 đã gây nhiều tranh luận tại cuộc hội thảo “Góp ý kiến cho dự thảo Luật thương mại sửa đổi” do Bộ Thương mại tổ chức tại Thành phố Hồ Chí Minh ngày 3-7-2003.

hoàn toàn không chịu trách nhiệm bởi vì thời hạn khiếu nại được luật quy định cho người mua đã hết.

Pháp luật của nhiều nước cũng như các văn bản pháp lý quốc tế về thương mại không coi thương lượng là cách thức giải quyết tranh chấp bằng thương lượng là một biện pháp bắt buộc, vì vậy chỉ quy định một thời hạn nhất định, hết thời hạn đó bên có quyền mất luôn cả quyền khiếu nại và cả quyền khiếu kiện tại trọng tài hay tòa án. Ví dụ, Khoản 2 Điều 39 Công ước Viên 1980 quy định, trong mọi trường hợp, người mua mất quyền khiếu nại (khiếu kiện) về việc hàng hóa không phù hợp với hợp đồng nếu họ không thông báo cho người bán về việc không phù hợp này trong thời hạn hai năm kể từ ngày hàng được giao cho người mua trừ phi thời hạn này trái với thời hạn được quy định trong hợp đồng. Như vậy, theo quy định của Công ước Viên 1980, thì trong ví dụ được nêu ở trên, người mua hoàn toàn không bị mất quyền khiếu kiện ở tòa án hay trọng tài.

Theo quan điểm của chúng tôi, việc giải quyết tranh chấp phát sinh từ hợp đồng thương mại nói chung và Hợp đồng thương mại quốc tế nói riêng bằng thương lượng là cần thiết, tuy nhiên pháp luật không nên bắt buộc các bên phải áp dụng hình thức giải quyết này trước khi giao tranh chấp cho tòa án hay trọng tài giải quyết, đặc biệt là các tranh chấp phát sinh từ hợp đồng thương mại quốc tế.

### **1.3. Giải quyết tranh chấp bằng hòa giải**

#### **1.3.1. Khái niệm và đặc điểm của hòa giải**

Trong thời gian gần đây xuất hiện một hình thức giải quyết tranh chấp phát sinh từ Hợp đồng thương mại quốc tế mới - hình thức hòa giải. Cộng đồng quốc tế có sự quan tâm đặc biệt đến hình thức giải quyết tranh chấp này. Ủy ban Thương mại Quốc tế (ICCA) đã dành cho vấn đề này một hội nghị tại Hamburg năm 1982.

Các bên có thể giải quyết tranh chấp của mình bằng hòa giải, tuy nhiên hòa giải chỉ có thể có kết quả khi có điều kiện và hoàn cảnh thuận lợi. Thông thường các bên chỉ đưa thỏa thuận hòa giải vào hợp đồng chỉ trong trường hợp, khi quan hệ của họ thân thiện đến mức để họ có thể hy vọng rằng, tranh chấp có thể được giải quyết bằng đường hòa bình.

Đặc điểm của hình thức giải quyết tranh chấp này là các bên cùng nhau đưa tranh chấp cho người thứ ba do các bên lựa chọn giải quyết với mục đích cố gắng đạt được thỏa thuận để thỏa mãn quyền lợi của cả hai bên, tuy nhiên thỏa thuận đạt được không có hiệu lực pháp lý bắt buộc cho các bên.

Trong thực tiễn giải quyết tranh chấp thương mại quốc tế có hai loại hòa giải: hòa giải trong tố tụng và hòa giải ngoài tố tụng. Ngoài ra còn có loại hòa

giải Mini-trial. Hòa giải trong tố tụng là khi các bên đưa tranh chấp ra hòa giải ở tòa án hay trọng tài và hòa giải viên là thẩm phán hay trọng tài viên. Trong trường hợp không thành thì tranh chấp sẽ được giải quyết ngay ở tòa án hay ở cơ quan trọng tài đó. Hòa giải trong tố tụng được quy định trong Điều 37 Pháp lệnh Trọng tài thương mại Việt Nam 25-2-2003 và cũng có thể được Quy chế hòa giải của UNCITRAL điều chỉnh.

Hòa giải ngoài tố tụng là loại hòa giải do các bên tự tiến hành có sự tham gia của người thứ ba gọi là hòa giải viên, không có sự tham gia của Toà Án hay Trọng tài. Hòa giải viên là bất kỳ một người nào có uy tín trong lĩnh vực liên quan đến tính chất của tranh chấp do các bên lựa chọn. Nghĩa vụ của hòa giải viên là đưa ra các lời khuyên cho các bên, thuyết phục các bên để tìm ra phương pháp giải quyết tranh chấp một cách thân thiện. Hình thức hòa giải này trong thực tiễn còn được gọi là hình thức trung gian.

Hòa giải "Mini-trial" thường được sử dụng ở Hoa Kỳ xuất phát từ thực tiễn hoạt động của các luật sư, đặc biệt trong các tranh chấp thương mại quốc tế<sup>73</sup>. Loại hòa giải này dựa trên cơ sở, trong trường hợp tranh chấp giữa các bên, thông thường những tranh chấp này liên quan đến việc giải thích hợp đồng, luật sư của các bên gặp nhau cùng với những giám định viên được các luật sư này mời. Với sự có mặt của hội đồng quản trị của hai bên, những người nói trên cùng cố gắng bằng mọi cách để đạt được những thỏa thuận có thể làm hài lòng cả hai bên. Trong quá trình hòa giải, các luật sư không đưa ra một khiếu nại hay yêu cầu nào nhân danh người ủy quyền mà đơn giản chỉ giải thích quan điểm hợp lý của mình cho phía bên kia, để nghị một số nhượng bộ, tuy nhiên không vì thế mà làm ảnh hưởng đến quyền lợi của bên mà họ đại diện.

Những cuộc gặp mặt như thế của các luật sư của cả hai bên là một phương thức đàm phán mới đối với hợp đồng của các bên. Thông thường, những cuộc gặp mặt này mang tính chất bí mật, kết quả của chúng được thể hiện bằng văn bản hoặc trong hình thức một bản thảo mới của hợp đồng, trong đó các thỏa thuận của hợp đồng được các bên đạt được trong quá trình đàm phán được ghi nhận một cách chi tiết và cụ thể hơn. Tuy nhiên, các văn bản nói trên không có hiệu lực bắt buộc đối với những người ủy quyền, không có một biện pháp cưỡng chế nào có thể bắt buộc họ phải thực hiện những thỏa thuận mà luật sư của họ đạt được cùng với sự tham gia của các giám định viên.

---

<sup>73</sup> Xem: Trọng tài và các phương thức giải quyết tranh chấp lựa chọn - Giải quyết các tranh chấp thương mại như thế nào, Trung tâm trọng tài quốc tế Việt Nam, 2003, tr.70.

Phương thức hòa giải "Mini-trial" cũng được sử dụng trong hệ thống pháp luật châu Âu lục địa. Ủy ban Thương mại tại Zurich áp dụng quy tắc tố tụng "The Zurich Mini -Trial Procedure", quy tắc này được thông qua ngày 5-10-1985.

Bước quan trọng trong việc điều chỉnh hình thức giải quyết tranh chấp phát sinh từ Hợp đồng thương mại quốc tế là Ủy ban của Liên Hiệp Quốc về Luật Thương mại Quốc tế đã soạn thảo và thông qua quy chế hòa giải 1980 (Quy chế hòa giải UNCITRAL).

Pháp luật của Việt Nam cũng đề cập đến hòa giải như một hình thức giải quyết tranh chấp thương mại. Khoản 1 Điều 239 Luật Thương mại quy định, tranh chấp thương mại trước hết phải được giải quyết bằng thương lượng hay hòa giải. Điều 37 Pháp lệnh Trọng tài ngày 25-2-2003 quy định thủ tục hòa giải cũng như hậu quả pháp lý trong trường hợp hòa giải thành một cách rõ ràng và cụ thể hơn.

Hòa giải, dưới góc độ pháp lý, được đặc trưng bởi những đặc điểm sau:

*Thứ nhất*, hòa giải luôn luôn mang tính chất tự nguyện và có thể kéo dài chừng nào khi các bên còn quan tâm đến quá trình hòa giải. Sự bắt đầu và quá trình hòa giải hoàn toàn phụ thuộc vào ý chí của các bên. Trong khoa học cũng như trong thực tiễn pháp lý, hòa giải được coi như là trọng tài hợp đồng, khác với trọng tài theo đúng nghĩa của nó - trọng tài thẩm quyền.

*Thứ hai*, các bên có ảnh hưởng không những đến thủ tục hòa giải mà còn đến việc xác định các quy phạm được hòa giải viên áp dụng khi ra quyết định hòa giải.

*Thứ ba*, bản chất của hình thức hòa giải chính là sự hòa giải, bởi vì sau khi hòa giải thành, mỗi một bên đều không cho mình là người thua cuộc và các bên đều hài lòng với kết quả của hòa giải. Ngoài ra, kết quả của hòa giải không gây ảnh hưởng xấu đến sự hợp tác trong tương lai của các bên. Trong thực tế, việc hòa giải thường được tiến hành bằng việc các bên trao đổi thông tin với nhau trong sự có mặt của hòa giải viên - là người thứ ba độc lập, khách quan, không vì quyền lợi của bên nào.

*Thứ tư*, đây là đặc điểm cơ bản của hòa giải, quyết định của hòa giải không có hiệu lực pháp lý bắt buộc đối với các bên và việc thực hiện quyết định của hòa giải viên phụ thuộc hoàn toàn vào ý chí của các bên. Đặc điểm này khác với quy định của pháp luật Việt Nam<sup>74</sup>. Chính đặc điểm này làm cho hòa giải khác với trọng tài về bản chất.

<sup>74</sup> Theo quy định của khoản 2 Điều 37 Pháp lệnh Trọng tài thương mại Việt Nam ngày 25-2-2003 (Pháp lệnh Trọng tài), các bên có thể yêu cầu hội đồng trọng tài tiến hành hòa giải, trong trường hợp hòa giải thành thì các bên có thể yêu cầu

Mặc dù đã có thỏa thuận hòa giải cũng như việc xác định thủ tục hòa giải, nhưng các bên (khác với thỏa thuận trọng tài) có ảnh hưởng quyết định đối với việc bắt đầu cũng như quá trình tiến hành hòa giải, bởi vì thiện chí của các bên là yếu tố hết sức cần thiết của mỗi giai đoạn của hòa giải (các bên có thể ngừng việc hòa giải vào bất cứ thời điểm nào, nếu cho rằng hòa giải sẽ không mang lại kết quả gì).

Trong một mức độ nào đó, hòa giải giống với hình thức giám định, tuy nhiên giám định là hình thức được áp dụng để giải quyết, theo nguyên tắc, những tranh chấp liên quan đến một sự kiện nào đó, còn hòa giải được áp dụng để giải quyết những tranh chấp về quyền.

### **1.3.2. *Những ưu điểm và hạn chế của hòa giải***

Việc giải quyết tranh chấp phát sinh từ Hợp đồng thương mại quốc tế bằng hình thức hòa giải có nhiều ưu điểm được thực tiễn công nhận như sau: tính chuyên nghiệp, nhanh chóng, thể hiện sự tin tưởng lẫn nhau của các bên, ít tốn kém, không có tính thù địch giữa các bên.

Yếu tố chuyên nghiệp của hòa giải được thể hiện ở chỗ, hòa giải viên thường là những chuyên gia trong lĩnh vực liên quan đến đối tượng của tranh chấp và không phải bao giờ cũng phải là luật gia.

Giải quyết tranh chấp bằng hình thức này đạt được kết quả nhanh chóng bởi vì các bên có thể loại bỏ một cách tối đa những thủ tục hình thức, thủ tục này không phải là thủ tục bắt buộc, bởi vì kết quả của hòa giải ở một mức độ cao phụ thuộc vào trình độ chuyên môn nghiệp vụ của hòa giải viên. Hòa giải viên phải tiến hành hòa giải thế nào để quan điểm của họ được các bên cùng hài lòng chấp nhận. Hòa giải viên không nên coi các bên của tranh chấp là những người có quyền lợi đối kháng mà nên coi họ là những chủ thể có một số hoài nghi trong việc giải thích, áp dụng một số điều khoản của hợp đồng. Việc giải quyết sự hoài nghi này là vì quyền lợi kinh tế của các bên dưới góc độ các chi phí có thể.

Chi phí thấp, ưu điểm này là tất yếu của hai ưu điểm nói trên, bởi vì: thứ nhất, do tính chất không hình thức của hòa giải; thứ hai, chi phí cho hòa giải được chia đều cho các bên vì trong hòa giải không có người thua, người thắng, và như vậy không có bên nào phải chịu toàn bộ phi tổn liên quan đến hòa giải.

---

hội đồng trọng tài lập biên bản hòa giải thành và ra quyết định công nhận hòa giải thành. Biên bản hòa giải thành phải được các bên và trọng tài viên ký. Quyết định công nhận hòa giải thành của Hội đồng trọng tài có giá trị chung thẩm và được thi hành theo quy định của Điều 57 của Pháp lệnh.

Một ưu điểm nữa của hòa giải đó là, các bên luôn thể hiện sự tin tưởng lẫn nhau trong quá trình hòa giải. Trong hoàn cảnh, khi mà các bên không coi nhau là đối thủ thì việc hợp tác trong quá trình tiến hành hòa giải sẽ được diễn ra một cách dễ dàng hơn, các bên có thể trao đổi với nhau những bí mật liên quan đến kỹ thuật, công nghệ, tổ chức hoạt động kinh doanh của mình. Việc đưa ra những thông tin về tình hình thực tế trong nhiều khía cạnh liên quan đến tranh chấp trong nhiều trường hợp có thể là yếu tố quyết định sự thành công của hòa giải. Hòa giải viên và các bên phải tuân thủ những quy định về bí mật ngay cả với tiến trình hòa giải. Đặc điểm này là nguyên nhân của việc, kết quả của hòa giải thành không được công bố công khai.

Cùng với những ưu điểm nêu trên, giải quyết tranh chấp phát sinh từ Hợp đồng thương mại quốc tế bằng hòa giải có những hạn chế nhất định.

*Thứ nhất*, hòa giải có thể không được tiến hành nếu không có sự đồng ý của một trong các bên. Sự đồng ý này là kết quả của ý chí và mong muốn của các bên đối với việc giải quyết tranh chấp bằng hòa giải. Không ai tự nguyện coi mình là người có nghĩa vụ trong tranh chấp, nhiều khi là một cản trở tâm lý trong việc giải quyết tranh chấp bằng hòa giải.

*Thứ hai*, kết quả của hòa giải thành, ngay cả khi nó được các bên tự nguyện chấp nhận, hoàn toàn không có hiệu lực pháp lý bắt buộc và như vậy không thể bắt buộc các bên phải thực hiện chúng bằng bất kỳ một biện pháp cưỡng chế nào, việc thực hiện quyết định của hòa giải thành hoàn toàn phụ thuộc vào thiện chí của các bên<sup>75</sup>.

*Thứ ba*, nếu không có một bảo đảm pháp lý nào cho việc tranh chấp sẽ được giải quyết bằng hòa giải hợp lý, thì có thể xuất hiện vấn đề, theo đó người có quyền yêu cầu giải quyết tranh chấp ở hai cấp, có nghĩa là trước hết bằng hòa giải, nếu hòa giải không thành, sẽ giải quyết ở tòa án hay trọng tài<sup>76</sup>. Điều này sẽ gây ra một số khó khăn phức tạp nhất định, ví dụ, hòa giải viên khi hòa giải không thành, không thể là trọng tài viên để giải quyết tranh chấp này trong hội đồng trọng tài, mặc dù một trong các bên muốn điều đó vì tính chuyên nghiệp, tính khách quan và sự hiểu biết về các tình tiết của tranh chấp của trọng tài viên này. Ngoài ra, nhiều chứng cứ của các bên sẽ không còn có giá trị ở hội đồng trọng tài hay tòa án bởi chúng đã được các bên đưa ra công khai trong quá trình hòa giải. Nhiều thương gia khái quát hình thức giải quyết tranh chấp phát sinh từ hợp đồng thương mại bằng hòa giải như sau:

<sup>75</sup> Ngoại trừ trường hợp, ví dụ, khi luật áp dụng có quy định tương tự quy định của khoản 2 Điều 37 Pháp lệnh trọng tài.

<sup>76</sup> Chính quy định của pháp luật Việt Nam tại khoản 2 Điều 37 Pháp lệnh Trọng tài đã giải quyết được hạn chế này.

giải quyết tranh chấp bằng hòa giải là sáng kiến của các luật sư, họ muốn buộc khách hàng phải chịu những chi phí không cần thiết.

### **1.3.3. Giải quyết tranh chấp bằng hòa giải theo Quy chế hòa giải của UNCITRAL**

Quy chế hòa giải của UNCITRAL được áp dụng để giải quyết tranh chấp phát sinh từ hợp đồng thương mại quốc tế. Tuy nhiên, dưới góc độ pháp lý, không có sự trở ngại nào khi áp dụng chúng để giải quyết tranh chấp thương mại trong phạm vi của một quốc gia.

Quy chế hòa giải của UNCITRAL gồm 20 Điều, tập trung chủ yếu vào việc quy định thủ tục chỉ định hòa giải viên, vai trò của họ, quá trình tiến hành hòa giải.

Trong trường hợp này phải có sự đồng ý của các bên về việc áp dụng Quy chế hòa giải của UNCITRAL toàn bộ hay một phần. Hơn nữa, nếu quy định của Quy chế hòa giải UNCITRAL trái với quy định của luật áp dụng cho hợp đồng thì áp dụng quy định của luật áp dụng (ví dụ, Pháp lệnh Trọng tài Thương mại của Việt Nam).

Trong quy chế hòa giải của UNCITRAL không sử dụng thuật ngữ "khiếu kiện" mà sử dụng thuật ngữ "đề nghị hòa giải", đề nghị này phải được lập thành văn bản (Điều 2). Từ thời điểm phía bên kia đồng ý tranh chấp được giải quyết bằng hòa giải (có thể đồng ý bằng lời), các bên cùng nhau lựa chọn hòa giải viên. Theo Quy chế hòa giải của UNCITRAL, hòa giải được tiến hành bởi một hòa giải viên do các bên chọn, hoặc bởi hai hòa giải viên do một bên chọn một người, hay bởi ba hòa giải viên, trong trường hợp này mỗi bên chọn một hòa giải viên và hai hòa giải viên này chọn hòa giải viên thứ ba.

Hòa giải viên do các bên lựa chọn không thể là người đại diện cho quyền lợi của các bên mà phải là những người độc lập và không thiên vị. Hòa giải viên chỉ thực hiện hòa giải trên nguyên tắc khách quan, công bằng, bởi vì nhiệm vụ chính của họ là tìm tiếng nói chung cho cả hai bên. Đề nghị của hòa giải viên là kết quả của việc đàm phán nhiều lần với cả hai bên đồng thời hay riêng biệt và có thể được đưa ra trong mọi thời điểm (Điều 7,9).

Các bên của tranh chấp, phù hợp với Quy chế hòa giải của UNCITRAL, có nghĩa vụ phải hợp tác thiện chí với hòa giải viên. Điều này được thể hiện trong việc các bên phải giao cho hòa giải viên những thông tin cần thiết liên quan đến tranh chấp, cho phép hòa giải viên tiếp cận với các loại chứng từ, chứng cứ (Điều 11). Trong quá trình hòa giải, các bên có quyền đưa ra những đề nghị của mình để hòa giải viên xem xét (Điều 12).

Từ thời điểm làm sáng rõ những tình tiết của vụ việc, hòa giải viên xác định những điều kiện cho việc hòa giải có thể. Trong trường hợp, nếu tranh chấp liên quan đến sự đánh giá khác nhau của các bên đối với nội dung của

hợp đồng và phương thức thực hiện hợp đồng thì việc giải quyết tranh chấp có thể có hai tính chất pháp lý. Vấn đề này sẽ được các bên của hợp đồng tự giải quyết trực tiếp. Trong trường hợp thứ nhất có thể đưa ra phuong án về một số thay đổi nhất định của hợp đồng, việc chấp nhận hay không chấp nhận sự thay đổi đó hoàn toàn phụ thuộc vào ý chí của các bên (Điều 13). Trong trường hợp thứ hai, các bên có thể thỏa thuận hướng giải quyết tranh chấp bằng cách tự thay đổi nội dung của hợp đồng bằng cách ký một thỏa thuận bổ sung cho hợp đồng chính phù hợp hoàn toàn với đề nghị của hòa giải viên. Trong các trường hợp nói trên, kết quả của hòa giải hoàn toàn có hiệu lực bắt buộc đối với các bên, bởi vì nghĩa vụ của các bên không phải xuất phát từ kết quả quyết định công nhận hòa giải thành mà xuất phát từ thỏa thuận mới của các bên. Từ thời điểm các bên ký thỏa thuận bổ sung cho hợp đồng chính, việc một trong các bên không thực hiện quyết định của hòa giải viên được coi là vi phạm hợp đồng và có thể được tòa án giải quyết (Điều 12).

Quy chế hòa giải của UNCITRAL có một số quy định liên quan đến việc phân chia chí phí hòa giải giữa các bên (Điều 17), nộp trước một phần hòa giải phí (Điều 18), cũng như xác định nguyên tắc bí mật của thủ tục hòa giải (Điều 14), không cho phép khởi kiện tại tòa án hay trọng tài trong thời gian hòa giải (Điều 16). Theo quy định của Điều 19, hòa giải viên không được tham gia với tư cách là trọng tài viên, thẩm phán, hay luật sư của một trong các bên hay là người làm chứng vào mọi giải quyết tranh chấp này ở trọng tài, tòa án trong trường hợp hòa giải không thành

## II. TRỌNG TÀI THƯƠNG MẠI QUỐC TẾ

### 2.I. Khái niệm và đặc điểm của trọng tài thương mại quốc tế

#### 2.1.1. Khái niệm

Trong hoạt động thương mại quốc tế, hoàn toàn không có một tòa án quốc tế đặc biệt nào, không có một trình tự mang tính quốc tế nào để giải quyết những tranh chấp mang tính thương mại, không có một bộ luật nào được mọi người công nhận và được áp dụng chung cho tất cả, mà chỉ tồn tại một số điều ước trong lĩnh vực thương mại quốc tế và những điều ước này không được nhiều quốc gia phê chuẩn, chúng chỉ được áp dụng trong phạm vi hạn chế của Luật Thương mại.

Trong những điều kiện như thế đã hình thành một cơ chế đặc biệt để giải quyết những tranh chấp phát sinh từ hợp đồng thương mại quốc tế, cơ chế đặc biệt này được gọi là Trọng tài thương mại quốc tế. Trọng tài thương mại quốc tế được thành lập phù hợp theo ý chí của các bên và lấy những tranh chấp phát sinh giữa các bên liên quan đến những vấn đề giải thích và thực

hiện hợp đồng từ thẩm quyền xét xử của các tòa án quốc gia. Tranh chấp được xem xét, giải quyết bởi các trọng tài độc lập được các bên lựa chọn trên cơ sở phẩm chất nghề nghiệp của họ và mục đích đưa ra các quyết định cuối cùng có hiệu lực bắt buộc đối với tất cả các bên.

Thuật ngữ “Trọng tài thương mại quốc tế” được sử dụng: thứ nhất, để biểu thị cơ chế giải quyết những tranh chấp thương mại; thứ hai, để biểu thị một tổ chức được thành lập để giải quyết các tranh chấp nói trên; thứ ba, để biểu thị thành phần cụ thể các trọng tài viên (hoặc chỉ có một trọng tài viên) trong việc giải quyết một tranh chấp cụ thể.

Cần phải phân biệt rõ Trọng tài thương mại quốc tế với cơ chế giải quyết các tranh chấp kinh tế, thương mại giữa các quốc gia liên quan đến chính sách thương mại (vấn đề này đã được đề cập trong phần đầu của chương này). Ví dụ, cơ quan giải quyết tranh chấp của WTO (DSB) giải quyết các tranh chấp do vi phạm các nguyên tắc của WTO. Còn Trọng tài thương mại quốc tế là một cơ chế giải quyết các tranh chấp phát sinh từ các Hợp đồng thương mại quốc tế giữa các thể nhân hay pháp nhân là thương nhân tức là những tranh chấp mang tính tư pháp.

Một trong các bên trong tranh chấp phát sinh từ Hợp đồng thương mại quốc tế có thể là nhà nước, nhưng theo nội dung, tranh chấp này mang tính tư pháp và phía bên kia của tranh chấp là thể nhân hay pháp nhân (thương nhân).

Tính quốc tế trong khái niệm “Trọng tài thương mại quốc tế” chỉ mang tính tương đối vì trọng tài này được thành lập theo luật quốc gia và hoạt động của nó luôn tuân theo một số quy phạm nhất định của luật tố tụng quốc gia. Ví dụ, Trung tâm Trọng tài thương mại quốc tế của Việt Nam được thành lập và hoạt động trên cơ sở pháp luật Việt Nam mà cụ thể là Pháp lệnh về trọng tài thương mại ngày 25-2-2003<sup>42</sup>. Thuật ngữ “quốc tế” chỉ liên quan đến tính chất của tranh chấp thương mại quốc tế, có nghĩa là những tranh chấp phát sinh từ các hợp đồng thương mại quốc tế.

Như vậy, Trọng tài thương mại quốc tế là một cơ chế (tổ chức, cơ quan) giải quyết những tranh chấp phát sinh từ hợp đồng thương mại quốc tế.

Việc đưa tranh chấp ra giải quyết ở Trọng tài thương mại quốc tế cho phép các bên có khả năng không phụ thuộc vào những quy định cứng nhắc của luật quốc gia đối với thẩm quyền của trọng tài cũng như đối với luật áp dụng cho trình tự giải quyết tranh chấp.

Tuy nhiên Trọng tài thương mại quốc tế không phải là phương thức duy nhất để giải quyết tranh chấp phát sinh từ Hợp đồng thương mại quốc tế bởi

những tranh chấp này có thể được giải quyết ở tòa án quốc gia trong trường hợp không có thỏa thuận trọng tài hay các bên không muốn đưa tranh chấp ra giải quyết ở Trọng tài thương mại quốc tế phù hợp với quy định của luật áp dụng cho hợp đồng.

### **2.1.2. Đặc điểm của trọng tài**

Có thể nói rằng, Trọng tài vừa có yếu tố hợp đồng vừa có yếu tố tòa án.

#### *a. Tính hợp đồng của trọng tài*

Sẽ không có trọng tài nếu không có thỏa thuận của các bên về việc sử dụng hình thức này để giải quyết tranh chấp phát sinh giữa họ. Đây là nguyên tắc chủ đạo. Thỏa thuận của các bên có thể được thể hiện bằng hình thức "điều khoản trọng tài" trong hợp đồng. Ví dụ, hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế, thỏa thuận trọng tài chỉ liên quan đến tranh chấp có thể phát sinh trong tương lai. Các bên cũng có thể thỏa thuận giao tranh chấp cho trọng tài giải quyết trong một "thỏa thuận trọng tài" riêng biệt, độc lập với hợp đồng chính. Các bên có thể thỏa thuận điều này sau khi hợp đồng chính được ký kết và thường thì sau khi tranh chấp đã phát sinh. Thỏa thuận này của các bên quy định thẩm quyền của trọng tài và trọng tài không được vượt quá thẩm quyền được các bên quy định trong thỏa thuận trọng tài.

Bản chất hợp đồng của trọng tài quyết định vấn đề, nếu các bên có ý kiến khác nhau về thẩm quyền của trọng tài thì trọng tài có thể hay không có thể đưa ra quyết định cuối cùng về việc trọng tài có thẩm quyền giải quyết tranh chấp giữa các bên?". Theo quan điểm của chúng tôi thì trọng tài không có quyền đó mà trọng tài chỉ có thể đưa ra ý kiến riêng của mình về vấn đề này. Ngay cả khi các bên trao cho trọng tài quyền đó thì khi được yêu cầu công nhận và thực hiện quyết định của trọng tài, tòa án cần phải quyết định, rằng trọng tài có vượt quá thẩm quyền mà các bên giao cho hay không.

Bản chất hợp đồng của trọng tài còn được biểu hiện trong những trường hợp, khi chứng minh được rằng, sự thụ động kéo dài của các bên dẫn đến việc không thể thực hiện được thỏa thuận trọng tài. Sự thụ động kéo dài của các bên có thể là cơ sở để kết luận rằng, các bên đồng ý từ chối giải quyết tranh chấp ở trọng tài hay một bên hủy thỏa thuận trọng tài và phía bên kia đồng ý với việc từ chối thỏa thuận trọng tài bằng cách im lặng.

#### *b. Tính tòa án của trọng tài*

Trọng tài viên được coi như là thẩm phán tư, được các bên lựa chọn trên cơ sở của thỏa thuận trọng tài, cần phải giải quyết vụ việc được giao với tinh thần của một thẩm phán do nhà nước chỉ định. Trọng tài viên phải tuyệt đối vô

<sup>77</sup> Xem: Schmitthoff M. C. The Jurisdiction of the Arbitration in the Art of Arbitration, London, 1982, p. 285.

tư, không thiên vị. Trọng tài viên không được biểu lộ thiện chí của mình đối với một trong các bên của tranh chấp hay là có những hành vi mà bất kỳ một người bình thường nào cũng có thể nhận thấy sự thiên vị của trọng tài đối với một trong các bên.

Trong quá trình giải quyết tranh chấp, trọng tài viên không những phải tuân thủ những quy phạm tố tụng của luật áp dụng mà còn phải tuân thủ những yêu cầu của sự công bằng tự nhiên. Trọng tài viên phải bảo đảm cho các bên sự xét xử bình đẳng. Nếu một trong các bên nhận được một thông tin nào đó liên quan đến tranh chấp mà bên kia chưa có thì trọng tài viên phải thông báo cho bên này ngay những thông tin đó bằng bản sao. Giống như thẩm phán, trọng tài viên có quyền kiểm tra xem xét đối tượng của tranh chấp và phải tạo điều kiện để các bên có mặt trong quá trình kiểm tra xem xét.

Yếu tố tòa án quan trọng nhất của trọng tài thể hiện ở chỗ, quyết định của trọng tài có hiệu lực pháp lý bắt buộc cho các bên việc thực hiện quyết định này được đảm bảo bằng những biện pháp cưỡng chế nhà nước.

### **2.1.3. Các loại trọng tài thương mại**

Trong thực tế, trọng tài thương mại quốc tế có hai loại: trọng tài ad-hoc và trọng tài thường xuyên (trọng tài thương trực - ví dụ, Trung tâm Trọng tài Quốc tế Việt Nam).

- *Trọng tài ad-hoc* do các bên thành lập để giải quyết một tranh chấp cụ thể, sau khi tranh chấp được giải quyết xong và quyết định được công bố thì trọng tài cũng chấm dứt hoạt động của mình. Các bên tự lựa chọn địa điểm tiến hành giải quyết tranh chấp, quy định nguyên tắc lựa chọn trọng tài và trình tự tố tụng. Các bên có sự độc lập không hạn chế trong việc lựa chọn thủ tục giải quyết tranh chấp, có thể thỏa thuận với nhau về thủ tục hay lấy quy chế của một trung tâm trọng tài thương xuyên nào đó làm cơ sở. Ngoài ra các bên có thể thỏa thuận áp dụng quy chế trọng tài được các tổ chức quốc tế soạn thảo riêng cho trọng tài ad-hoc.

Thực tiễn cho thấy rằng trọng tài ad-hoc được sử dụng một cách có hiệu quả để giải quyết các tranh chấp liên quan đến: chất lượng hàng hóa, xác định giá cả. Đa số các tranh chấp loại này được giải quyết nhanh chóng và hiệu quả. Tuy nhiên khi có những mâu thuẫn phức tạp, không rõ ràng, đặc biệt là khi có những vấn đề liên quan đến việc áp dụng luật, thì việc sử dụng loại trọng tài này có thể làm cho các bên không tin tưởng lắm và dẫn đến việc thông qua những quyết định không thỏa đáng.

- *Trọng tài thường xuyên* được thành lập ở các ủy ban thương mại công nghiệp quốc gia, hiệp hội, liên minh và các tổ chức khác, trong đó có cả tổ

chức quốc tế. Đặc điểm của trọng thường xuyên này là có một cơ quan hoạt động thường xuyên, cơ quan này không tham gia vào giải quyết tranh chấp mà thực hiện một số chức năng hành chính, kỹ thuật tư vấn, giám sát kiểm tra; có quy chế hoạt động theo quy định của pháp luật”.

Việc sử dụng trọng tài thường xuyên để giải quyết tranh chấp thương mại có nhiều thuận lợi hơn so với việc sử dụng trọng tài ad-hoc. Hiện nay trên thế giới hầu như ở quốc gia nào cũng có trung tâm trọng tài thương mại quốc tế. Tuy nhiên, có uy tín nhất là những trung tâm trọng tài sau:

- Tòa án Trọng tài thương mại quốc tế ở Paris;
- Trung tâm Trọng tài thương mại quốc tế London;
- Trung tâm Trọng tài thương mại quốc tế Stokholm;
- Trung tâm Trọng tài thương mại quốc tế Hoa Kỳ;
- Trung tâm Trọng tài thương mại quốc tế Bắc Kinh;
- Trung tâm Trọng tài thương mại quốc tế Kuala Lumpur...

#### **2.1.4. *Ưu điểm của việc giải quyết tranh chấp bằng Trọng tài thương mại quốc tế so với giải quyết tranh chấp bằng tòa án***

Hiện nay trọng tài thương mại thường được sử dụng để giải quyết các tranh chấp phát sinh từ hợp đồng thương mại quốc tế, bởi vì so với tòa án, giải quyết tranh chấp bằng trọng tài có nhiều lợi thế hơn.

Khi tranh chấp buộc phải giải quyết ở tòa án quốc gia của bị đơn hay nguyên đơn, các bên bên có thể gặp những khó khăn sau:

- Không biết rõ thủ tục tố tụng của tòa án quốc gia nước ngoài, trong thực tế điều này có nghĩa là các bên phải mời luật sư địa phương để bảo vệ quyền lợi của mình. Tuy nhiên, không phải lúc nào luật sư cũng thể hiện sự quan tâm cần thiết để tranh chấp được giải quyết nhanh chóng. Ngoài ra, chuyên môn của luật sư không phải lúc nào cũng được thẩm tra trước khi trao cho họ thẩm quyền bào chữa.

- Thủ tục tố tụng và quá trình giải quyết tranh chấp bắt buộc phải tiến hành bằng ngôn ngữ của quốc gia nơi có tòa án, như vậy bắt buộc phải dịch toàn bộ chứng cứ, giấy tờ ra ngôn ngữ này và thuê phiên dịch. Theo nguyên tắc, việc dịch được thực hiện bởi phiên dịch chính thức, tuy nhiên không phải lúc nào phiên dịch cũng biết tất cả các thuật ngữ thương mại và kỹ thuật.

---

<sup>78</sup> Ví dụ, quy chế hoạt động của Trung tâm Trọng tài quốc tế Việt Nam do Pháp lệnh Trọng tài thương mại quy định.

- Sự tồn tại của nhiều cấp xét xử đều có khả năng kéo dài quá trình giải quyết tranh chấp và vì vậy tăng mức chi phí.

- Không phải lúc nào thẩm phán của tòa án quốc gia cũng có đủ năng lực để giải quyết các tranh chấp phát sinh từ hoạt động thương mại quốc tế.

- Việc thu thập và đánh giá các chứng cứ trên cơ sở luật quốc gia không phải lúc nào cũng phù hợp với yêu cầu của giao dịch thương mại quốc tế. Khi tòa án quốc gia áp dụng luật nước ngoài để giải quyết tranh chấp, cần phải có thẩm định, phân tích bổ sung và phải làm sáng tỏ ý kiến, quan điểm của các chuyên gia luật pháp về những quy phạm pháp luật liên quan đến giải quyết tranh chấp.

- Thông thường khả năng thực hiện quyết định của tòa án ở trên lãnh thổ của một quốc gia khác là hết sức hạn chế. Hiện nay chưa có văn bản pháp luật quốc tế và công ước quốc tế nào bắt buộc các quốc gia thành viên tham gia thực hiện các quyết định của tòa án, mà chỉ tồn tại phần lớn các hiệp định tư pháp song phương.

Ưu điểm của việc giải quyết tranh chấp bằng Trọng tài thương mại quốc tế là tấm gương phản chiếu của những nhược điểm trong hình thức giải quyết bằng tòa án. Giải quyết tranh chấp bằng trọng tài có những ưu điểm chủ yếu sau đây:

- *Thứ nhất*, khi giao tranh chấp cho các trọng tài viên được các bên lựa chọn giải quyết, các bên của Hợp đồng thương mại quốc tế có thể yên tâm hơn bởi vì các bên nằm trên lãnh thổ của các quốc gia khác nhau, pháp luật của các quốc gia này thường không giống nhau. Đây là một trong những lý do để giải thích tại sao các bên không muốn tranh chấp của mình được giải quyết ở tòa án quốc gia, mặc dù ở nhiều quốc gia tòa án kinh tế hay tòa án thương mại hoạt động tương đối tốt và hiệu quả.

- *Thứ hai*, sự tham gia của các chuyên gia trong các lĩnh vực khác nhau phù hợp với tính chất của các tranh chấp để giải quyết các tranh chấp đó. Ví dụ nếu tranh chấp liên quan đến lĩnh vực bản quyền thì cơ chế mà các chuyên gia của lĩnh vực sở hữu trí tuệ với tư cách là trọng tài viên hay tham gia thành viên của trọng tài.

- *Thứ ba*, theo hình thức này thì các bên có thể có ảnh hưởng đến thành phần của trọng tài, tức là các bên có quyền quyết định, lựa chọn, ai là người thực hiện chức năng của trọng tài để giải quyết tranh chấp của họ.

- *Thứ tư*, các bên không chỉ có ảnh hưởng đến thành phần trọng tài, mà còn ảnh hưởng đến thủ tục giải quyết tranh chấp. Trong nhiều hệ thống pháp luật, các bên có thể được xác định thủ tục tiến hành tố tụng ở trọng tài.

- *Thứ năm*, giải quyết tranh chấp thương mại phát sinh từ Hợp đồng thương mại quốc tế bằng trọng tài là phương thức giải quyết tranh chấp nhanh nhất, không mang tính hình thức và quyết định của trọng tài mang tính chung thẩm, ngoại trừ một số trường hợp đặc biệt.

- *Thứ sáu*, việc giải quyết tranh chấp được tiến hành không có sự tham gia của báo chí hay của những người không liên quan đến tranh chấp, như vậy đảm bảo bí mật thương mại cho các bên.

- *Thứ bảy*, tranh chấp được giải quyết bằng ngôn ngữ do các bên thỏa thuận.

- *Thứ tám*, giải quyết tranh chấp bằng trọng tài là hình thức ít tổn kém nhờ thủ tục tố tụng đơn giản, ngắn gọn.

- *Thứ chín*, khi thông qua quyết định, trọng tài thương mại thường tính đến ý chí của các bên được thể hiện trong hợp đồng cũng như tập quán thương mại. Luật quốc gia được các bên lựa chọn để áp dụng cho hợp đồng, theo nguyên tắc có thể được áp dụng với tư cách bổ sung. Việc trọng tài thương mại áp dụng luật quốc gia được các bên thỏa thuận để giải quyết tranh chấp không phải là cơ sở để một trong các bên kháng nghị quyết định của trọng tài.

- *Thứ mười*, có một hệ thống các công ước quốc tế, cụ thể công ước New York 1958 (Việt Nam tham gia Công ước này bằng Pháp lệnh về công nhận và thi hành quyết định của trọng tài nước ngoài ngày 14-9-1995), đảm bảo việc công nhận và thực hiện quyết định của Trọng tài thương mại quốc tế ở hơn 100 quốc gia trên thế giới.

## 2.2. Cơ sở pháp lý của trọng tài thương mại quốc tế

Ý nghĩa của việc giải quyết tranh chấp phát sinh từ Hợp đồng thương mại quốc tế cùng với sự khác biệt của những quy phạm điều chỉnh hoạt động của trọng tài quốc tế trong luật quốc gia làm phát sinh nhu cầu phải hệ thống hóa các quy tắc nhằm đảm bảo sự thống nhất trong lĩnh vực này.

Giải quyết tranh chấp phát sinh từ Hợp đồng thương mại quốc tế bằng hình thức trọng tài ngày càng có ý nghĩa và phổ biến cùng với sự khác biệt đáng kể của pháp luật quốc gia điều chỉnh hoạt động của trọng tài thương mại quốc tế.

Vai trò của pháp luật quốc tế trong giải quyết tranh chấp thương mại quốc tế được thể hiện trong các phương diện sau:

- Tiêu chuẩn hóa những quy phạm tố tụng với mục đích bảo đảm sự thống nhất trong thủ tục giải quyết tranh chấp thương mại quốc tế bằng trọng tài của các quốc gia khác nhau.

- Xây dựng cơ sở pháp lý quốc tế cho việc công nhận và bắt buộc phải thực hiện quyết định của trọng tài của một quốc gia trên lãnh thổ một quốc gia khác<sup>79</sup>.

### **2.2.1. Hệ thống hóa các văn bản quốc tế về tố tụng trọng tài**

Cộng đồng quốc tế dành sự chú ý đặc biệt cho việc hệ thống hóa pháp luật tố tụng trọng tài. Hiện nay tồn tại một loạt các văn bản quốc tế trong lĩnh vực này.

#### *a. Công ước châu Âu về trọng tài thương mại quốc tế*

Công ước châu Âu về trọng tài thương mại quốc tế được Ủy ban Kinh tế của Liên Hiệp Quốc soạn thảo cho châu Âu và được thông qua ngày 12 tháng 4 năm 1961, có hiệu lực từ ngày 7 tháng 1 năm 1964 (Công ước 1961). Công ước 1961 quy định thủ tục thành lập trọng tài, thủ tục xem xét tranh chấp, thủ tục thông qua quyết định cũng như điều kiện và hậu quả của việc công nhận quyết định của trọng tài không có hiệu lực. Công ước 1961 được áp dụng cho cả trọng tài ad-hoc, cho cả trọng tài thường trực với điều kiện, các bên của tranh chấp nằm trên lãnh thổ của các quốc gia thành viên khác nhau (Điều 1).

Trong Công ước 1961 có một số quy định quan trọng: thứ nhất, trọng tài viên không chỉ là công dân của quốc gia, trên lãnh thổ của quốc gia này tranh chấp được giải quyết, mà có thể là công dân nước ngoài; thứ hai, pháp nhân công pháp theo quy định của luật quốc gia có thể giao tranh chấp cho trọng tài giải quyết; thứ ba, quy định nguyên tắc tự do ý chí không hạn chế của các bên trong việc lựa chọn luật áp dụng, nếu các bên không lựa chọn luật áp dụng thì trọng tài, phù hợp với quy phạm xung đột, tự lựa chọn luật áp dụng để giải quyết tranh chấp; thứ tư, trọng tài viên, theo thỏa thuận của các bên, có thể ra quyết định hòa giải (Điều 7).

Công ước 1961 quy định một cách cụ thể mối quan hệ qua lại giữa trọng tài và tòa án quốc gia. Công ước xác định một nguyên tắc chung, theo đó, tòa án quốc gia có nghĩa vụ phải từ chối giải quyết những tranh chấp, đối với những tranh chấp này giữa các bên đã có thỏa thuận trọng tài. Ngoài ra Công ước 1961 còn quy định thủ tục bãi miễn tòa án quốc gia, trình tự tòa án quốc gia xem xét hiệu lực của thỏa thuận trọng tài, quy tắc lựa chọn luật áp dụng để giải quyết vấn đề này.

<sup>79</sup> Theo quan điểm của Dmitrieva G. K., vai trò của pháp luật quốc tế trong giải quyết tranh chấp thương mại quốc tế được thể hiện thông qua việc đã xây dựng được cơ sở pháp lý cho hoạt động của các trung tâm trọng tài quốc tế để giải quyết một số tranh chấp thương mại nhất định, như trong lĩnh vực dầu tu. Xem: Tư pháp quốc tế, Matxcova, 2000, tr. 596.

Mặc dù có nhiều quy định quan trọng, nhưng Công ước 1961 không được áp dụng rộng rãi trong thực tiễn giải quyết tranh chấp thương mại quốc tế<sup>80</sup>.

#### b. Quy chế trọng tài của UNCITRAL

Quy chế trọng tài của UNCITRAL được Ủy ban Luật Thương mại Quốc tế của Liên Hiệp Quốc soạn thảo năm 1976 và được Đại hội đồng Liên Hiệp Quốc thông qua ngày 15.12.1976 (Quy chế UNCITRAL). Quy chế này được áp dụng rộng rãi trong thực tiễn giải quyết tranh chấp thương mại quốc tế và không có văn bản nào có thể thay thế được trong việc giải quyết tranh chấp bằng trọng tài ad-hoc. Những trung tâm trọng tài khác, mặc dù có quy chế hoạt động riêng của mình, cũng cho phép các bên của tranh chấp sử dụng Quy chế UNCITRAL hay tự sử dụng quy chế này để hoàn thiện quy chế của mình.

Quy chế UNCITRAL không có hiệu lực như là một văn bản pháp lý ở bất kỳ một quốc gia nào. Quy chế này có thể được các bên sử dụng bằng cách đưa chúng vào thỏa thuận trọng tài, ví dụ "Mọi tranh chấp, bất đồng hay yêu cầu phát sinh từ hợp đồng này hay liên quan đến hợp đồng hoặc liên quan đến vi phạm, chấm dứt hay vô hiệu của hợp đồng, được giải quyết bằng trọng tài theo quy chế trọng tài hiện hành của UNCITRAL".

Đặc điểm chủ yếu của Quy chế trọng tài UNCITRAL là trọng tài không thể không được thành lập nếu các bên không nói rõ tên gọi cụ thể của trọng tài hay trọng tài viên không thể tham gia vào giải quyết tranh chấp vì bất kỳ một nguyên nhân nào khác.

Quy chế UNCITRAL quy định thủ tục thành lập trọng tài và trình tự giải quyết tranh chấp theo một nguyên tắc, theo đó nếu các bên thỏa thuận giải quyết tranh chấp bằng trọng tài ad-hoc thì trọng tài không thể không được thành lập.

Nếu một bên từ chối chỉ định trọng tài viên trong thời hạn 30 ngày sau khi nhận được đề nghị thành lập trọng tài từ phía bên kia hay các bên không thể thỏa thuận về thành phần của trọng tài, thì theo yêu cầu của một trong các bên trọng tài sẽ được cơ quan có thẩm quyền do các bên thỏa thuận (Ủy ban Thương mại và Công nghiệp của một quốc gia nào đó) thành lập. Nếu cơ quan có thẩm quyền không chỉ định trọng tài viên, không phụ thuộc vào bất kỳ nguyên nhân nào, hay các bên không thỏa thuận được cơ quan có thẩm quyền, thì trong thời hạn 60 ngày sau khi có đề nghị tương ứng, một bên bất kỳ có thể yêu cầu Tổng thư ký của tòa án trọng tài thương mại thường xuyên ở Hague chỉ định cơ quan có thẩm quyền và cơ quan này sẽ thành lập trọng tài (Điều 6-8). Theo nguyên tắc thành phần của trọng tài có thể có một hoặc 3

---

<sup>80</sup> Xem: Dmitrieva G. K., *Tư pháp quốc tế*, Matxcova, 2000, tr. 597.

trọng tài viên, tất cả các vấn đề liên quan đến thủ tục giải quyết tranh chấp cũng được quy định một cách mềm dẻo, như địa điểm và ngôn ngữ giải quyết tranh chấp, gởi đơn khiếu kiện, đưa ra chứng cứ liên quan đến tranh chấp, các loại quyết định của trọng tài. Tất cả các sự mềm dẻo và cách thức thực hiện nói trên đều hướng đến việc thiết lập những điều kiện thuận lợi để việc giải quyết tranh chấp được nhanh chóng và có hiệu quả.

### c. Luật mẫu của UNCITRAL về Trọng tài thương mại quốc tế

Vì có những sự khác biệt trong pháp luật quốc gia về trọng tài như đã đề cập ở trên, UNCITRAL đã soạn thảo Luật mẫu về Trọng tài thương mại năm 1985, luật mẫu này được Đại hội đồng Liên Hiệp Quốc thông qua ngày 11-12-1985 giới thiệu nó cho tất cả các quốc gia. Hy vọng rằng, các quốc gia trên thế giới sẽ soạn thảo văn bản pháp luật quốc gia về trọng tài trên cơ sở của luật này và như vậy sẽ đạt được sự thống nhất trong pháp luật về thủ tục trọng tài giữa các quốc gia... ". Cần phải lưu ý rằng, ngay cả khi một quốc gia nào đó lấy Luật mẫu UNCITRAL làm mẫu cho pháp luật về trọng tài của mình thì Luật mẫu UNCITRAL cũng không có hiệu lực trực tiếp như một văn bản pháp lý của quốc gia.

#### 2.2.2. Hệ thống hóa các văn bản quốc tế về công nhận và thực hiện các quyết định của trọng tài thương mại nước ngoài

Xây dựng cơ sở pháp lý thống nhất cho việc công nhận và thực hiện quyết định của trọng tài nước ngoài là hướng quan trọng của pháp luật quốc tế về trọng tài.

Văn bản quốc tế đầu tiên trong lĩnh vực này là Nghị định thư Genever về thỏa thuận trọng tài 1923. Cản trở chủ yếu trong việc phát triển chế định trọng tài là không có sự điều chỉnh pháp luật thống nhất đối với việc quốc gia công nhận thỏa thuận trọng tài. Vấn đề này đã được Nghị định thư Genever giải quyết.

Nghị định thư Genever 1923 có một số quy định quan trọng sau: thứ nhất, tất cả các quốc gia thành viên Nghị định thư phải công nhận hiệu lực của thỏa thuận trọng tài do các bên thuộc thẩm quyền của các quốc gia, thành viên ký kết (Điều 1); thứ hai, các quốc gia thành viên, bằng quyền lực của mình cũng như phù hợp với quy định của luật quốc gia, có nghĩa vụ bảo đảm việc thực hiện quyết định của trọng tài được thông qua trên lãnh thổ của mình (Điều 3); thứ ba, việc các bên tham gia ký kết thỏa thuận trọng tài độc lập với hợp đồng hay đưa vào hợp đồng điều kiện về trọng tài bắt buộc tòa án của quốc gia

<sup>81</sup> Nhiều quốc gia như Canada, Australia, Đảo Sip thông qua luật về trọng tài trên cơ sở luật mẫu của UNCITRAL.

thành viên phải từ chối nhận đơn khởi kiện trong trường hợp có đơn khởi kiện gởi cho họ.

Nghị định thư Geneva được 34 quốc gia ký kết và không còn ý nghĩa thực tế khi Công ước New York 1958 và Công ước châu Âu 1961 được ký kết.

Văn bản quốc tế thứ hai về công nhận và thực hiện quyết định của trọng tài là Công ước Geneva về thực hiện quyết định của trọng tài nước ngoài năm 1923.

Bởi vì Nghị định thư Geneva 1923 chỉ bảo đảm khả năng thực hiện các quyết định của trọng tài trên lãnh thổ của quốc gia, ở đó quyết định được thông qua, do đó xuất hiện sự cần thiết phải soạn thảo một văn bản chung, đảm bảo quyết định của trọng tài được thực hiện cả trên lãnh thổ của quốc gia khác, Công ước Geneva 1923 ra đời trong hoàn cảnh đó.

Theo quy định của Điều 1 Công ước Geneva 1923, các quốc gia thành viên phải có nghĩa vụ công nhận và bảo đảm thực hiện những quyết định của trọng tài được thông qua trên lãnh thổ của quốc gia thành viên khác phù hợp với thỏa thuận của các bên liên quan đến tranh chấp đang hay sẽ xảy ra trong phạm vi của Công ước Geneva 1923 với điều kiện một trong hai chủ thể phải thuộc thẩm quyền quốc gia thành viên.

Điều 1(2) của Công ước Geneva 1923 quy định những điều kiện để quyết định của trọng tài được công nhận và thực hiện:

- Quyết định của trọng tài được thông qua phù hợp với thỏa thuận về trọng tài của các bên và thỏa thuận này phải có hiệu lực theo quy định của luật áp dụng;

- Đối tượng của quyết định có thể được giải quyết bằng trọng tài theo quy định của pháp luật quốc gia, trên lãnh thổ của quốc gia này quyết định của trọng tài được yêu cầu thực hiện. Điều kiện này có nghĩa là đối với tranh chấp được trọng tài thông qua trên quốc gia thành viên A, muốn được công nhận và thực hiện trên lãnh thổ quốc gia thành viên B, thì tranh chấp này phải có thể được giải quyết bằng trọng tài theo pháp luật của quốc gia B.

- Quyết định được trọng tài do các bên lựa chọn trong thỏa thuận trọng tài thông qua và trọng tài được thành lập theo thủ tục do các bên thỏa thuận phù hợp với luật điều chỉnh thủ tục trọng tài.

- Quyết định trọng tài phải có tính chung thẩm ở quốc gia mà nó được thông qua.

- Việc công nhận và thực hiện quyết định trọng tài không trái với pháp luật của quốc gia, trên lãnh thổ của nó quyết định được yêu cầu thực hiện.

Công ước Geneva 1923 được hơn 40 quốc gia tham gia. Trong quá trình áp dụng, công ước này đã bộc lộ một số nhược điểm: thứ nhất, quyết định được trọng tài của quốc gia thành viên thông qua mới được công nhận và thực hiện trên lãnh thổ của quốc gia thành viên khác; thứ hai, Công ước Geneva quy định quá nhiều điều kiện phức tạp mà việc thực hiện quyết định của trọng tài nước ngoài phụ thuộc hoàn toàn vào việc thực hiện chúng.

Để khắc phục những bất cập của Công ước Geneva 1923, ngày 10-6-1958, Liên Hiệp Quốc thông qua Công ước về công nhận và thực hiện quyết định của trọng tài nước ngoài tại New York (Công ước New York 1958). Công ước này là văn bản pháp luật chủ yếu của cộng đồng quốc tế hiện nay trong lĩnh vực công nhận và thực hiện quyết định của trọng tài ở nước ngoài.

Ý nghĩa to lớn của Công ước New York được thực hiện ở chỗ, đa số các quốc gia tham gia Nghị định thư Geneva 1923 và Công ước Geneva 1923 đều tham gia công ước này, điều này có nghĩa là các quốc gia nói trên tự động ra khỏi Công ước Geneva 1923 trong lĩnh vực thuộc phạm vi điều chỉnh của Công ước New York 1958.

So với Công ước Geneva 1923, Công ước New York 1958 là một sự tiến bộ đáng kể trong lĩnh vực trọng tài thương mại quốc tế, đã có những quy định đơn giản hơn trong lĩnh vực công nhận và thực hiện quyết định của trọng tài nước ngoài. Trước hết, trong cơ sở của Công ước New York 1958 đã đưa vào những nguyên tắc công nhận và thực hiện tất cả các quyết định của trọng tài, mà không chỉ những quyết định được thông qua trên lãnh thổ của các quốc gia thành viên của Công ước, không chỉ những quyết định được thông qua phù hợp với thỏa thuận trọng tài được các bên thuộc thẩm quyền của các quốc gia thành viên ký kết.

Công ước quy định một cách rõ ràng những trường hợp từ chối thực hiện các quyết định của trọng tài và việc chứng minh sự tồn tại của những trường hợp này thuộc nghĩa vụ của bên chống lại quyết định yêu cầu thực hiện.

Công ước New York 1958 bao hàm toàn bộ các lĩnh vực của trọng tài, vì vậy những văn bản pháp luật sau đó chỉ có thể phát triển và bổ sung nó.

Đối tượng chủ yếu của Công ước New York 1958 là quyết định của trọng tài nước ngoài. Quyết định được coi là của trọng tài nước ngoài theo quy định của công ước, nó được chuyển ra nước ngoài (thuyết lãnh thổ) hoặc nó không được coi là quyết định trọng tài nội địa ở quốc gia mà nó được yêu cầu công nhận và thực hiện (thuyết tố tụng). Điều 1(1) của Công ước quy định rằng những quy định của công ước không áp dụng đối với những thỏa thuận hòa giải được các bên ký kết trong quá trình giải quyết tranh chấp.

Khi xác định đối tượng của trọng tài, Công ước New York 1958 chỉ rõ rằng, đây là quyết định được thông qua trên cơ sở tranh chấp giữa các pháp nhân hay cá nhân. Điều này có nghĩa là theo Công ước New York 1958, có thể được công nhận và thực hiện không chỉ quyết định đối với những tranh chấp thương mại mà cả những quyết định có tính chất dân sự. Ngoài ra quyết định của trọng tài không bắt buộc phải được thông qua trên lãnh thổ của các quốc gia thành viên. Tương tự như vậy các quyết định có thể thông qua và một bên của tranh chấp thuộc thẩm quyền xét xử của quốc gia không phải là thành viên của công ước.

### 2.3. Thỏa thuận trọng tài

#### 2.3.1. Khái niệm

Thỏa thuận trọng tài là một thỏa thuận, theo đó các bên của hợp đồng thương mại giao tranh chấp phát sinh từ hợp đồng thương mại cho trọng tài giải quyết.

Một trong những nguyên tắc cơ bản nhất của trọng tài thương mại nói chung và Trọng tài thương mại quốc tế nói riêng là nguyên tắc tự nguyện yêu cầu trọng tài giải quyết tranh chấp. Trọng tài chỉ có thể nhận tranh chấp để giải quyết khi có sự đồng ý của các bên về điều này. Như vậy, thỏa thuận của trọng tài là sự thỏa thuận thể hiện ý chí của các bên<sup>82</sup>. Nếu các bên không muốn tranh chấp được trọng tài giải quyết thì không ai có thể bắt buộc họ.

Đặc điểm cơ bản của thỏa thuận trọng tài là thỏa thuận trọng tài hoàn toàn độc lập với hợp đồng chính. Ví dụ, hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế. Đặc điểm này có nghĩa là hiệu lực của trọng tài không phụ thuộc vào hiệu lực của hợp đồng chính. Quy định này có ý nghĩa đặc biệt quan trọng trong trường hợp thỏa thuận trọng tài được đưa trực tiếp vào văn bản của hợp đồng chính. Nếu việc công nhận hợp đồng chính là vô hiệu tự động dẫn đến việc công nhận thỏa thuận trọng tài vô hiệu thì các bên bị mất quyền đối với việc giải quyết tranh chấp bằng trọng tài độc lập, trong đó có cả tranh chấp liên quan đến việc công nhận hợp đồng chính vô hiệu và nghĩa vụ của các bên phát sinh từ hợp đồng vô hiệu. Đặc điểm này của thỏa thuận trọng tài cũng được quy định trong Điều 11 Pháp lệnh Trọng tài Thương mại Việt Nam ngày 25-2-2003. Tính độc lập pháp lý của thỏa thuận trọng tài cùng với nguyên tắc tự nguyện yêu cầu trọng tài giải quyết tranh chấp là nguyên tắc chủ đạo của trọng tài thương mại quốc tế". Như vậy, mọi thỏa thuận trọng tài được xem xét

<sup>82</sup> Xem thêm phần: Đặc điểm của trọng tài

<sup>83</sup> Xem: Laurence Graig & other Internatinaol Chamber of Commerce Arbitration, London, 1990, trr. 65.

không phụ thuộc vào hợp đồng chính, việc công nhận hợp đồng chính vô hiệu không dẫn đến việc hủy bỏ thỏa thuận trọng tài và trọng tài viên có quyền giải quyết những tranh chấp liên quan đến sự vô hiệu của hợp đồng và những hậu quả liên quan đến sự vô hiệu đó.

Theo quy định của pháp luật Việt Nam (Điều 10 Pháp lệnh Trọng tài), thỏa thuận trọng tài được coi là không có giá trị pháp lý trong các trường hợp sau:

- *Thứ nhất*, thỏa thuận liên quan đến tranh chấp không thuộc hoạt động thương mại được quy định trong Khoản 3 Điều 2 của Pháp lệnh Trọng tài;

- *Thứ hai*, thỏa thuận trọng tài không được người có thẩm quyền ký kết. Thỏa thuận trọng tài, cũng như các loại hợp đồng khác, có thể được ký kết bởi đại diện của các bên. Không có một công ước quốc tế nào đề cập đến vấn đề này. Trong khoa học pháp lý thường cho rằng, ủy quyền ký kết thỏa thuận trọng tài phải được thể hiện bằng hình thức văn bản và được người ủy quyền ký. Ngoài ra trong ủy quyền cần phải nói rõ, rằng người được ủy quyền có thẩm quyền ký kết thỏa thuận trọng tài. Theo nguyên tắc chung, người được ủy quyền ký kết Hợp đồng thương mại quốc tế có thẩm quyền ký kết thỏa thuận trọng tài, bởi vì họ hoàn toàn có thể đưa vào hợp đồng chính điều khoản về trọng tài.

- *Thứ ba*, các bên ký kết thỏa thuận trọng tài phải có năng lực pháp luật. Trong thương mại quốc tế, năng lực pháp luật của các bên khi ký kết thỏa thuận trọng tài cần phải được đánh giá xuất phát từ Điểm(a) Khoản 1 Điều 5 Công ước New York 1958, Khoản 2 Điều 2 Công ước châu Âu 1961 và phải phù hợp với quy định của luật áp dụng. Điều này có nghĩa là, tòa án cần phải áp dụng luật do quy phạm xung đột quy định. Tòa án nước ngoài trong trường hợp này sẽ phải dựa vào quy phạm xung đột, có tính đến yếu tố, theo đó năng lực pháp luật của chủ thể được đánh giá phù hợp với pháp luật của quốc gia, trên lãnh thổ của quốc gia đó chủ thể tiến hành hoạt động thương mại.

- *Thứ tư*, thỏa thuận trọng tài không quy định hoặc quy định không rõ đối tượng tranh chấp, không quy định rõ tổ chức trọng tài có thẩm quyền giải quyết tranh chấp.

- *Thứ năm*, thỏa thuận trọng tài không được lập bằng văn bản. Theo nguyên tắc, thỏa thuận trọng tài phải được lập bằng văn bản (Khoản 1 Điều 9 Pháp lệnh Trọng tài, Khoản 2 Điều 2 Công ước New York, Khoản 2 Điều 7 Luật mẫu UNCITRAL). Thỏa thuận trọng tài được coi là hình thức văn bản trong trường hợp, khi nội dung của thỏa thuận trọng tài được thể hiện trong một văn bản do các bên ký kết và cả trong trường hợp thỏa thuận thông qua thư, điện báo, telex, thư điện tử hoặc các hình thức văn bản khác thể hiện rõ ý chí của các bên muốn giải quyết vụ tranh chấp bằng trọng tài.

- Cuối cùng, một trong các bên khi ký kết thỏa thuận trọng tài bị lừa dối hay bị đe dọa.

Việc xác định hiệu lực của thỏa thuận trọng tài càng thể hiện rõ yếu tố hợp đồng của trọng tài.

Thỏa thuận trọng tài làm phát sinh hai hậu quả pháp lý chủ yếu trong lĩnh vực thẩm quyền và chúng thường liên quan đến pháp luật tố tụng: thứ nhất, công nhận trọng tài có thẩm quyền giải quyết tranh chấp phát sinh giữa các bên và các bên không có quyền từ chối giao tranh chấp cho trọng tài giải quyết. Thứ hai, Trọng tài không được vượt quá phạm vi thẩm quyền của mình được quy định trong thỏa thuận trọng tài. Thẩm quyền chung của trọng tài được luật quốc gia, các điều ước quốc tế và quy chế của trọng tài đó quy định, tuy nhiên khi giải quyết tranh chấp cụ thể, trọng tài do các bên thành lập phải hành động trên cơ sở phù hợp với thỏa thuận trọng tài. Nếu một bên vì một lý do nào đó khởi kiện tại tòa án, hoặc tự mình hoặc theo yêu cầu của phía bên kia, tòa án phải từ chối nhận đơn khởi kiện hay chấm dứt việc xét xử.

Trong thực tiễn giải quyết tranh chấp thương mại quốc tế có hai loại thỏa thuận trọng tài được sử dụng” (Khoản 2 Điều 9 Pháp lệnh Trọng tài):

- Thỏa thuận trọng tài được quy định trực tiếp trong văn bản của hợp đồng chính. Trong thực tiễn thương mại quốc tế, thỏa thuận trọng tài thương mại được các bên ký kết dưới dạng điều kiện trọng tài và điều kiện này thường được đưa trực tiếp vào bản văn bản của hợp đồng. Loại thỏa thuận trọng tài này đảm bảo cho các bên rằng, tranh chấp phát sinh giữa họ sẽ được giải quyết bằng trọng tài chuyên nghiệp và quyết định của trọng tài này được thực hiện bằng biện pháp cưỡng chế.

- Biên bản trọng tài là thỏa thuận riêng của các bên độc lập với hợp đồng về giải quyết những tranh chấp đã phát sinh giữa họ bằng trọng tài. Loại thỏa thuận này có ưu điểm là nó được ký kết khi tranh chấp thương mại đã phát sinh và do đó các bên xác định được loại tranh chấp cho trọng tài giải quyết. Tuy nhiên trong thực tiễn thương mại quốc tế, việc ký kết biên bản trọng tài

<sup>84</sup> Ngoài hai loại thỏa thuận trọng tài nói trên, trong một số trường hợp thỏa thuận trọng tài có thể được các bên ký kết dưới dạng hợp đồng trọng tài. Hợp đồng trọng tài là một thỏa thuận độc lập của các bên về việc giải quyết tranh chấp thương mại có thể phát sinh giữa họ hay là liên quan đến một hợp đồng cụ thể nào đó, hoặc liên quan đến sự hợp tác của họ trong kinh doanh thương mại. Ví dụ, giữa một công ty của Việt Nam và một công ty của Mỹ có quan hệ thương mại thường xuyên và họ cùng nhau ký kết một hợp đồng độc lập về trọng tài thương mại trong đó có quy định rằng, mọi tranh chấp phát sinh sẽ được giải quyết tại Trung tâm Trọng tài quốc tế Việt Nam.

rất khó được thực hiện bởi vì bên vi phạm hợp đồng thường tránh giao tranh chấp cho trọng tài giải quyết trong khi đó bên bị hại lại không có biện pháp nào để bắt buộc bên vi phạm đồng ý với điều này.

Bản chất của các loại thỏa thuận trọng tài nói trên hoàn toàn giống nhau, cả luật quốc gia, pháp luật quốc tế không đưa ra sự khác biệt pháp lý nào giữa các loại thỏa thuận trọng tài và đều sử dụng một thuật ngữ “thỏa thuận trọng tài”. Điều 2(1) Công ước New York 1958 quy định, mỗi quốc gia thành viên có nghĩa vụ phải công nhận thỏa thuận trọng tài được lập bằng văn bản, theo đó các bên có nghĩa vụ giao cho trọng tài tất cả hay một số tranh chấp đã phát sinh liên quan đến họ, một hợp đồng cụ thể nào đó hay quan hệ pháp luật khác mà đối tượng của việc giải quyết tranh chấp bằng trọng tài. Như vậy, Công ước New York 1958 xem xét cả ba loại thỏa thuận trọng tài và cả hai loại này đều có hiệu lực pháp lý như nhau.

### **2.3.2. Luật áp dụng cho thỏa thuận trọng tài**

Trong thương mại quốc tế, việc xác định luật áp dụng cho thỏa thuận trọng tài, hay nói cách khác, điều lệ của thỏa thuận trọng tài tại thời điểm ký kết hợp đồng có ý nghĩa hết sức quan trọng. Khoản 2 Điều 7 Pháp lệnh Trọng tài quy định, đối với tranh chấp có yếu tố nước ngoài thì hội đồng trọng tài áp dụng pháp luật do các bên lựa chọn. Việc lựa chọn pháp luật nước ngoài và việc áp dụng pháp luật nước ngoài không được trái với nguyên tắc cơ bản của pháp luật Việt Nam.

Công ước New York 1958 điều chỉnh vấn đề này trong mối liên hệ với việc đánh giá hiệu lực của thỏa thuận trọng tài bởi tòa án quốc gia, ở đó quyết định trọng tài được yêu cầu công nhận và thi hành. Theo quy định của điểm (a) Khoản 1 Điều 5 Công ước New York, tòa án đó cần phải đánh giá: thứ nhất, hiệu lực của thỏa thuận trọng tài dưới góc độ hình thức; thứ hai, thẩm quyền của các bên phù hợp với luật áp dụng.

Trong khi đó trong Công ước châu Âu 1961 có các quy phạm xung đột cho các tòa án quốc gia khi xem xét kháng cáo của bị đơn. Các quy phạm xung đột được quy định trong Điều 4 Công ước châu Âu 1961 giống với các quy định của Công ước New York 1958 ở chỗ, cần phải áp dụng pháp luật của quốc gia, ở đó quyết định của trọng tài được thông qua, cũng như cần xác định rõ rằng, trong trường hợp các bên không thỏa thuận luật áp dụng cho thỏa thuận trọng tài và trong khoảng thời gian khi vấn đề này đang được tòa án quốc gia xem xét và không thể xác định được, quyết định cần được phải thông qua trên lãnh thổ của quốc gia nào. Trong các trường hợp nói trên, luật áp dụng cho thỏa thuận trọng tài được tòa án quốc gia xác định dựa trên các quy phạm xung đột. Trong trường hợp này tòa án quốc gia có quyền công

nhận thỏa thuận trọng tài vô hiệu nếu theo "Lex fori –Luật của tòa án", tranh chấp này không thể là đối tượng giải quyết của trọng tài.

Xuất phát từ các quy định của các Công ước quốc tế nói trên xuất hiện một vấn đề phức tạp, theo đó tòa án quốc gia cần phải dựa vào quy phạm xung đột nào trong trường hợp, khi các bên không trực tiếp cũng không gián tiếp nói rõ luật áp dụng cho thỏa thuận trọng tài và ngay cả khi không thể biết rằng, quyết định của trọng tài được thông qua ở đâu. Cách giải quyết tốt nhất trong trường hợp này là phải nhờ đến các quy phạm của Luật Tư pháp Quốc tế, theo đó cần phải áp dụng luật của quốc gia có mối quan hệ mật thiết với thỏa thuận trọng tài.

Hội đồng trọng tài có thể gặp vấn đề xung đột pháp luật nói trên khi bị đơn yêu cầu trọng tài công nhận thỏa thuận trọng tài vô hiệu hay hiệu lực của thỏa thuận trọng tài đã chấm dứt. Có thể nói rằng, trọng tài viên hay hội đồng trọng tài có thể và cần phải giải quyết các vấn đề loại đó, bởi vì trọng tài có thẩm quyền thông qua quyết định về thẩm quyền của mình (competence-competence). Quy định này được thể hiện rõ trong Công ước châu Âu 1961. Khoản 3 Điều 5 Công ước châu Âu quy định, trọng tài bị một trong các bên yêu cầu bãi nhiệm không buộc phải từ chối việc xem xét tranh chấp và có quyền tự đưa ra quyết định đối với thẩm quyền của mình hay về việc có sự tồn tại hay hiệu lực của thỏa thuận trọng tài.

### **2.3.3. Nội dung của thỏa thuận trọng tài**

Các bên tự xác định thỏa thuận trọng tài. Trong thỏa thuận trọng tài phải có các nội dung sau:

- Lựa chọn phương thức trọng tài để giải quyết tranh chấp, tức là các bên chọn phương thức trọng tài để giải quyết tranh chấp phát sinh giữa họ.

- Lựa chọn loại trọng tài: thường xuyên hay ad-hoc. Nếu các bên quyết định lựa chọn trọng tài thường xuyên thì cần phải chỉ rõ tên gọi chính xác của cơ quan trọng tài. Ví dụ, trọng tài của Ủy ban Thương mại Stockholm hay Trung tâm Trọng tài Quốc tế Việt Nam. Nếu không chỉ rõ tên của tổ chức trọng tài được chọn thì thỏa thuận trọng tài không có giá trị pháp lý.

- Địa điểm tiến hành giải quyết tranh chấp. Nếu các bên lựa chọn trọng tài thường xuyên thì việc xác định địa điểm không bắt buộc, trong trường hợp này tranh chấp được giải quyết ở địa điểm chính thức của cơ quan trọng tài nếu các trọng tài viên không xác định địa điểm khác. Nếu các bên lựa chọn trọng tài ad-hoc thì nên thỏa thuận và chỉ rõ địa điểm giải quyết tranh chấp. Trong thực tiễn, việc chọn đúng địa điểm giải quyết tranh chấp có sự ảnh hưởng đáng kể đến quá trình giải quyết tranh chấp cũng như khi ra quyết

định. Đối với doanh nghiệp Việt Nam chúng ta, nếu có thể thì không nên chọn địa điểm giải quyết tranh chấp nằm ở các quốc gia thuộc hệ thống pháp luật Common law.

- Ngôn ngữ để giải quyết tranh chấp. Nếu các bên chọn trọng tài thường trực thì không bắt buộc phải chỉ rõ ngôn ngữ. Trong trường hợp này, nếu không có quy định về ngôn ngữ thì trọng tài sẽ giải quyết tranh chấp trên ngôn ngữ của mình. Nếu lựa chọn trọng tài ad-hoc thì nên lựa chọn và chỉ rõ ngôn ngữ giải quyết tranh chấp.

- Xác định số lượng trọng tài viên tham gia giải quyết tranh chấp (thông thường là một hoặc ba trọng tài viên). Đây là vấn đề có ý nghĩa quan trọng khi các bên chọn trọng tài ad-hoc. Đối với trọng trọng tài thường xuyên nếu các bên không quy định số lượng trọng tài viên thì trọng tài sẽ quy định phù hợp với quy chế của mình. Đối với doanh nghiệp Việt Nam, tốt nhất nên lựa chọn những trọng tài viên được đào tạo ở châu Âu lục địa, bởi vì pháp luật của nước ta gần giống với pháp luật của họ, do đó tư duy của các trọng tài viên này gần giống với tư duy của chúng ta.

- Thủ tục lựa chọn, chỉ định, miễn nhiệm trọng tài viên, xác định thời điểm bắt đầu, quá trình tố tụng, trình tự xuất trình tài liệu, chứng từ, hình thức giải quyết bằng lời nói hay trên cơ sở văn bản. Theo nguyên tắc, nếu các bên lựa chọn trọng tài thường xuyên thì trọng tài phải tiến hành giải quyết công việc phù hợp với pháp luật của quốc gia và quy chế của mình. Tuy nhiên, điểm đặc biệt của trọng tài là các bên có quyền không hạn chế trong việc quy định thủ tục giải quyết tranh chấp, vì vậy đa số các quy phạm pháp luật quy định trình tự giải quyết tranh chấp đều mang tính giả định và chỉ được áp dụng khi các bên không có quy định khác. Như vậy trong thỏa thuận trọng tài, các bên có thể đặt ra mọi quy tắc cho tố tụng trọng tài, ngay cả khi sử dụng trọng tài thường xuyên. Sự tự do của các bên trong việc quy định thủ tục trọng tài chỉ bị hạn chế bởi quy phạm bắt buộc của luật quốc gia về trọng tài và sự trật tự công cộng của quốc gia, theo đó các bên không thể đặt ra quy tắc tố tụng, những quy tắc này vi phạm trật tự công cộng của quốc gia, trên lãnh thổ của quốc gia này trọng tài tiến hành giải quyết tranh chấp của các bên.

Nếu tranh chấp được giải quyết bằng trọng tài ad-hoc thì các bên cần phải quy định thủ tục tố tụng trọng tài bởi vì loại trọng tài này không có quy chế riêng của mình. Ở đây có thể có những cách sau đây: hoặc các bên quy định thủ tục trọng tài một cách cụ thể, rõ ràng trong chính thỏa thuận trọng tài, hoặc sử dụng một trong những quy chế mẫu (ví dụ Quy chế Trọng tài UNCITRAL 1976) hoặc sử dụng quy chế của một tổ chức trọng tài thường xuyên nào đó (ví dụ Quy chế Trung tâm Trọng tài Quốc tế Việt Nam), trong trường hợp này các bên chỉ bị hạn chế bởi trật tự công cộng của quốc gia,

trên lãnh thổ của quốc gia này sẽ tiến hành giải quyết tranh chấp. Nhưng nếu các bên không quy định thủ tục trọng tài trong thỏa thuận trọng tài thì không có nghĩa là tranh chấp giữa họ không được xem xét.

- Lựa chọn luật áp dụng: Nếu luật áp dụng cho trọng tài cũng là luật áp dụng cho hợp đồng thì không nhất thiết phải đưa điều khoản này vào thỏa thuận trọng tài. Nhiều khi các bên muốn tranh chấp của họ được giải quyết không phải theo pháp luật của một quốc gia nào cụ thể mà được giải quyết, hoặc là theo "sự công bằng" hoặc là theo tập quán thương mại quốc tế. Trong trường hợp này cần phải có quy định cụ thể trong thỏa thuận trọng tài.

- Trong thỏa thuận trọng tài, các bên cũng phải cam kết thực hiện quyết định của trọng tài.

Ngoài ra, các bên có thể đưa vào thỏa thuận trọng tài bất kỳ một vấn đề nào khác. Trên thực tế thường sử dụng những thỏa thuận trọng tài mẫu. Thỏa thuận mẫu thường được đính kèm quy chế trọng tài mẫu.

## 2.4. Tố tụng trọng tài

Một trong những nguyên nhân làm cho hình thức giải quyết tranh chấp bằng trọng tài đặc biệt là trong hoạt động thương mại quốc tế được áp dụng rộng rãi, đó là việc trao cho các bên khả năng lựa chọn quy tắc tố tụng trọng tài bắt buộc phải tuân thủ. Nguyên tắc này được áp dụng cho tất cả các loại trọng tài: trọng tài thường xuyên và trọng tài ad-hoc.

### 2.4.1. Thủ tục khởi kiện tại trọng tài

Theo quy định của khoản 2 Điều 3 của Quy chế Trọng tài UNCITRAL, khoản 4 Điều 20 Pháp lệnh Trọng tài, tố tụng trọng tài được bắt đầu từ thời điểm trọng tài nhận được đơn kiện của nguyên đơn hoặc bị đơn nhận được đơn kiện của nguyên đơn nếu tranh chấp được giải quyết tại trọng tài do các bên thành lập. Trong thực tiễn pháp lý đơn kiện được gọi là thông báo trọng tài. Nội dung của đơn kiện phải bao gồm:

- Ngày, tháng, năm viết đơn;
- Tên và địa chỉ của các bên;
- Tóm tắt nội dung của tranh chấp;
- Các yêu cầu của nguyên đơn;
- Giá trị tài sản mà nguyên đơn yêu cầu (giá trị của tranh chấp);
- Trọng tài viên mà nguyên đơn chọn.

Ngoài đơn kiện, nguyên đơn phải gửi thỏa thuận trọng tài (bản chính hoặc bản sao), hợp đồng chính (bản chính hoặc bản sao) và các tài liệu chứng cứ khác (bản chính hoặc bản sao) cho trọng tài.

Theo quy định của Khoản 5 Điều 20 Pháp lệnh Trọng tài, trong thời hạn 5 ngày làm việc, kể từ khi nhận được đơn kiện, trung tâm trọng tài phải gửi cho bị đơn bản sao đơn kiện của nguyên đơn và những tài liệu liên quan khác.

Sau khi nhận được đơn kiện của nguyên đơn do trung tâm trọng tài hay nguyên đơn gửi, bị đơn phải gửi cho trọng tài bản tự bảo vệ trong thời hạn nhất định<sup>86</sup>.

Nội dung của bản tự bảo vệ bao gồm: Ngày, tháng, năm; Tên và địa chỉ của bị đơn; Lý lẽ và chứng cứ để tự bảo vệ trong đó bao gồm việc phản bác một phần hay toàn bộ nội dung đơn kiện của nguyên đơn. Ngoài ra, trong bản tự bảo vệ bị đơn cũng có thể nói rõ rằng, hội đồng trọng tài không có thẩm quyền giải quyết tranh chấp này hay tranh chấp này không được quy định trong thỏa thuận trọng tài hoặc thỏa thuận trọng tài vô hiệu.

Bị đơn có quyền kiện lại nguyên đơn về những vấn đề có liên quan đến yêu cầu của nguyên đơn. Theo Khoản 3 Điều 19 Quy chế Trọng tài UNCITRAL, đơn kiện lại phải được gửi cho trọng tài không muộn hơn thời hạn được quy định cho việc đưa kháng nghị đối với đơn khởi kiện, ngoại trừ trường hợp tòa án công nhận sự chậm trễ có nguyên nhân chính đáng. Còn theo quy định của Khoản 2 Điều 29 Pháp lệnh Trọng tài, đơn kiện lại phải được gửi cho hội đồng trọng tài và nguyên đơn trước ngày mở phiên họp của hội đồng trọng tài để giải quyết đơn kiện của nguyên đơn.

Theo nguyên tắc, các bên có thể thay đổi, bổ sung, rút đơn kiện, bản tự bảo vệ, đơn kiện lại trước ngày hội đồng trọng tài ra quyết định.

#### **2.4.2. Thủ tục thành lập trọng tài**

Theo pháp luật Việt Nam, thủ tục thành lập hội đồng trọng tài tại trung tâm trọng tài và hội đồng trọng tài ad-hoc được quy định cụ thể trong các điều 25-26 Pháp lệnh Trọng tài.

##### **a. Trọng tài ad-hoc**

Trong trường hợp tranh chấp thương mại được giải quyết bằng trọng tài ad-hoc, các bên có toàn quyền tự do trong việc chỉ định thành phần trọng tài, số lượng trọng tài viên, khả năng chuyên môn nghiệp vụ của họ cũng như xác định thủ tục lựa chọn trọng tài viên. Không có một hạn chế nào liên quan đến

<sup>86</sup> Theo quy định của Điều 24 Pháp lệnh trọng tài, thời hạn này là 30 ngày kể từ ngày nhận được đơn khiếu kiện và các tài liệu chứng cứ kèm theo do Trung tâm trọng tài hay do nguyên đơn gửi. Theo yêu cầu của bị đơn thời hạn này có thể lớn hơn 30 ngày nhưng trong mọi trường hợp phải trước ngày hội đồng trọng tài mở phiên họp để giải quyết tranh chấp.

quốc tịch hay nghề nghiệp của trọng tài viên. Theo nguyên tắc, không yêu cầu trọng tài phải có một chuyên môn nào đó nhất định mặc dù danh sách của các trọng tài viên thường xuyên được xác lập trên cơ sở chuyên môn nhất định. Luật quốc gia của một số nước (Bồ Đào Nha) yêu cầu trọng tài nên phải là luật gia, pháp luật Ba Lan nghiêm cấm thẩm phán của tòa án quốc gia thực hiện chức năng của trọng tài viên. Theo quy định của pháp luật Việt Nam, trọng tài viên phải thỏa mãn các điều kiện được quy định trong Điều 12 Pháp lệnh Trọng tài. Đặc biệt, Khoản 3 Điều 12 quy định, thẩm phán, kiểm sát viên, điều tra viên, chấp hành viên, công chức đang công tác tại tòa án nhân dân, viện kiểm sát nhân dân, cơ quan điều tra, cơ quan thi hành án không được làm trọng tài viên.

Yêu cầu phổ biến nhất đối với trọng tài viên trong thực tiễn là trọng tài viên phải không phụ thuộc vào các bên, đặc biệt là bên đã lựa chọn họ. Những mối quan hệ như quan hệ ruột thịt, quan hệ lao động hiện tại cũng như trước đây giữa trọng tài viên và các bên cũng như các mối quan hệ phụ thuộc khác đều có thể là cơ sở để bãi miễn trọng tài viên.

Thành phần của trọng tài do các bên thỏa thuận - một hay ba trọng tài viên. Trong trường hợp thành phần của trọng tài có ba trọng tài viên thì mỗi bên chọn một trọng tài viên. Thông thường sau một thời hạn nhất định<sup>86</sup> kể từ ngày nguyên đơn gửi đơn kiện cho bị đơn, bị đơn phải chọn trọng tài viên và thông báo cho nguyên đơn biết. Hết thời hạn nói trên, nếu bị đơn không chọn trọng tài viên của mình thì nguyên đơn có quyền yêu cầu cơ quan chức năng<sup>87</sup> chỉ định trọng tài viên thứ hai. Trong một thời hạn nhất định<sup>88</sup> sau khi hai trọng tài viên nói trên được lựa chọn, hai trọng tài viên này chọn trọng tài thứ ba, nếu sau thời hạn này trọng tài viên thứ ba không được chọn thì các bên có quyền yêu cầu cơ quan chức năng chỉ định trọng tài viên thứ ba này<sup>89</sup>, trọng tài viên thứ ba này sẽ thực hiện chức năng của chủ tịch hội đồng trọng tài.

Theo Khoản 2 Điều 6 Quy chế Trọng tài UNCITRAL, nếu các bên không thỏa thuận được với cơ quan chức năng hay cơ quan trọng tài được các bên lựa chọn từ chối chỉ định trọng tài viên, thì trong thời hạn sáu mươi ngày sau khi nhận được yêu cầu chỉ định trọng tài viên phía bên kia có quyền yêu cầu Tổng thư ký tòa án trọng tài ở Hague chỉ định cơ quan trọng tài và cơ quan trọng tài được chỉ định này có nhiệm vụ chỉ định trọng tài viên. Trình tự hoạt

<sup>86</sup> Thời hạn này là 30 ngày - Khoản 1 Điều 26 Pháp lệnh Trọng tài.

<sup>87</sup> Theo quy định của pháp luật Việt Nam, cơ quan chức năng này là tòa án cấp tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương.

<sup>88</sup> Theo quy định của pháp luật Việt Nam, thời hạn này là 15 ngày.

<sup>89</sup> Xem thêm Điều 26 Pháp lệnh Trọng tài.

đóng của cơ quan trọng tài này được quy định trong Khoản 3 Điều 6 Quy chế Trọng tài UNCITRAL.

Trong thời hạn nhanh nhất, cơ quan này chỉ định trọng tài viên theo trình tự sau:

- Cơ quan trọng tài này sẽ gửi cho các bên danh sách tối thiểu ba trọng tài viên.
- Trong thời hạn 15 ngày sau khi nhận được danh sách trọng tài viên, các bên phải liệt kê tên của các trọng tài theo thứ tự ưu tiên và gửi cho cơ quan trọng tài.
- Hết thời hạn nói trên, cơ quan trọng tài sẽ chỉ định một trọng tài viên duy nhất theo thứ tự ưu tiên cho các bên.
- Vì một lý do nào đó việc chỉ định không thể tiến hành được thì cơ quan trọng tài có thể chỉ định một trọng tài viên theo sáng kiến của mình.

Đây là điểm khác biệt quan trọng của Quy chế Trọng tài UNCITRAL so với quy chế của nhiều trọng tài thường xuyên cũng như pháp luật của các nước.

Nếu các bên thỏa thuận tranh chấp của họ do một trọng tài viên duy nhất giải quyết nhưng không thống nhất được trọng tài viên, thì một trong các bên có thể yêu cầu cơ quan có thẩm quyền chỉ định trọng tài viên trong một thời hạn nhất định kể từ ngày nhận được yêu cầu. Trọng tài viên duy nhất này thực hiện chức năng của hội đồng trọng tài và quyết định của trọng tài viên duy nhất có hiệu lực pháp lý như quyết định của hội đồng trọng tài.

#### b. Trọng tài thường xuyên

Trong trường hợp các bên thỏa thuận rằng tranh chấp của họ sẽ giải quyết ở trọng tài thường xuyên thì thủ tục thành lập trọng tài phải tuân theo quy chế của trọng tài thường xuyên đó và theo quy định của pháp luật quốc gia<sup>90</sup>.

Sau khi nhận được đơn kiện, Trung tâm trọng tài phải gửi cho bị đơn bản sao đơn kiện, tên trọng tài viên mà nguyên đơn chọn và các tài liệu kèm theo cùng với danh sách trọng tài viên của Trung tâm trọng tài. Nếu các bên không có thỏa thuận khác thì trong thời hạn nhất định, kể từ ngày nhận được đơn kiện và các tài liệu kèm theo do Trung tâm trọng tài gửi đến, bị đơn phải chọn trọng tài viên có tên trong danh sách trọng tài viên của Trung tâm trọng tài và báo cho Trung tâm trọng tài biết hoặc yêu cầu Chủ tịch Trung tâm trọng tài

---

<sup>90</sup> Xem Điều 25 Pháp lệnh Trọng tài.

chỉ định trọng tài viên cho mình. Hết thời hạn này, nếu bị đơn không chọn trọng tài viên hoặc không yêu cầu Chủ tịch Trung tâm trọng tài chỉ định trọng tài viên thì trong thời hạn bảy ngày làm việc, kể từ ngày hết hạn nói trên, Chủ tịch Trung tâm trọng tài chỉ định trọng tài viên có tên trong danh sách trọng tài viên của Trung tâm trọng tài cho bị đơn.

Trong trường hợp vụ tranh chấp có nhiều bị đơn thì các bị đơn phải thống nhất chọn một trọng tài viên trong thời hạn ba mươi ngày, kể từ ngày nhận được yêu cầu chọn trọng tài viên của Trung tâm trọng tài. Hết thời hạn này, nếu bị đơn không chọn trọng tài viên hoặc không yêu cầu Chủ tịch Trung tâm trọng tài chỉ định trọng tài viên thì trong thời hạn bảy ngày làm việc, kể từ ngày hết hạn nói trên, Chủ tịch Trung tâm trọng tài chỉ định trọng tài viên có danh sách trọng tài viên của Trung tâm trọng tài cho bị đơn.

Trong thời hạn mươi lăm ngày, kể từ ngày hai trọng tài viên được các bên chọn hoặc được Chủ tịch Trung tâm trọng tài chỉ định, các trọng tài viên này phải chọn trọng tài viên thứ ba có tên trong danh sách trọng tài viên của Trung tâm trọng tài làm Chủ tịch Hội đồng trọng tài. Hết thời hạn này, hai trọng tài viên được chọn hoặc được chỉ định không chọn được trọng tài viên thứ ba thì trong thời hạn bảy ngày làm việc, kể từ ngày hết hạn, theo yêu cầu của một bên hoặc các bên, Chủ tịch Trung tâm trọng tài chỉ định trọng tài viên thứ ba có tên trong danh sách trọng tài viên của Trung tâm trọng tài làm Chủ tịch Hội đồng trọng tài.

Trong trường hợp các bên thỏa thuận vụ tranh chấp do trọng tài viên duy nhất của Trung tâm trọng tài giải quyết, nhưng không chọn được trọng tài viên theo yêu cầu của một bên, Chủ tịch Trung tâm trọng tài chỉ định trọng tài viên duy nhất cho các bên trong thời hạn mươi lăm ngày làm việc, kể từ ngày nhận được yêu cầu và thông báo cho các bên.

Trọng tài viên duy nhất làm nhiệm vụ như một hội đồng trọng tài. Quyết định của trọng tài viên duy nhất có hiệu lực thi hành như quyết định của Hội đồng trọng tài.

#### **2.4.3. Thẩm quyền của trọng tài và thay thế trọng tài viên**

##### **a. Thẩm quyền của trọng tài**

Trong thực tiễn giải quyết tranh chấp thương mại, hội đồng trọng tài có thể bị bãi nhiệm do tranh chấp không thuộc thẩm quyền giải quyết của họ và việc này có một ý nghĩa pháp lý quan trọng. Vấn đề đặt ra là, trong khoảng thời gian nào việc bãi nhiệm có thể thực hiện và ai có thẩm quyền giải quyết vấn đề trọng tài không có thẩm quyền giải quyết tranh chấp cụ thể nào đó.

Theo quy định của Quy chế Trọng tài UNCITRAL (Khoản 3 Điều 21), các bên có thể bãi miễn trọng tài do không đúng thẩm quyền xuất phát từ việc không có hay thỏa thuận không có hiệu lực không chậm hơn thời điểm phía bên kia khởi kiện hay kháng nghị.

Tuy nhiên, trọng tài bị các bên yêu cầu bãi miễn do không đúng thẩm quyền không được từ chối giải quyết tranh chấp trên cơ sở này vì có quyền thông qua quyết định về quyền hạn của mình (Khoản 3 Điều 21 Quy chế Trọng tài UNCITRAL). Nguyên tắc này được gọi là “quyền hạn thẩm quyền” và có nghĩa là trong trường hợp trọng tài được yêu cầu bãi nhiệm thì chính trọng tài đó có quyền xem xét yêu cầu bãi nhiệm đó có cơ sở hay không.

Khoản 1 Điều 30 Pháp lệnh Trọng tài quy định, trước khi xem xét nội dung vụ tranh chấp, nếu có đơn khiếu nại của một bên về việc hội đồng trọng tài không có thẩm quyền giải quyết vụ tranh chấp, vụ tranh chấp không có thỏa thuận trọng tài hoặc thỏa thuận trọng tài vô hiệu, hội đồng trọng tài phải xem xét, quyết định với sự có mặt của các bên, trừ trường hợp các bên có yêu cầu khác.

Như vậy có thể thấy rằng, cả Pháp lệnh Trọng tài, cả Quy chế Trọng tài UNCITRAL đều có quy định cách giải quyết giống nhau khi xác định thẩm quyền của hội đồng trọng tài khi các bên có ý kiến khác nhau về thẩm quyền của trọng tài đối với tranh chấp cụ thể giữa họ.

#### b. *Thay đổi trọng tài viên*

Trình tự và thủ tục thay đổi trọng tài viên theo pháp luật của Việt Nam được quy định cụ thể trong Điều 27 Pháp lệnh Trọng tài, Điều 9, 10, 11, 12, 13 của Quy chế Trọng tài UNCITRAL. Theo nguyên tắc, các bên có quyền yêu cầu thay đổi trọng tài viên giải quyết vụ tranh chấp trong các trường hợp sau đây: trọng tài viên là người thân thích của một bên hoặc đại diện của bên đó; trọng tài viên có lợi ích trong vụ tranh chấp; có căn cứ rõ ràng cho thấy trọng tài viên không vô tư, khách quan trong khi làm nhiệm vụ.

Sau khi đã chọn trọng tài viên, các bên mới phát hiện được trọng tài viên do mình chọn thuộc một trong những trường hợp nói trên thì có quyền yêu cầu trọng tài viên này từ chối giải quyết vụ tranh chấp.

Việc thay đổi trọng tài viên do các trọng tài viên khác trong hội đồng trọng tài quyết định. Trong trường hợp không quyết định được hoặc hai trọng tài viên hay trọng tài viên duy nhất từ chối giải quyết vụ tranh chấp thì việc thay đổi trọng tài viên được quy định như sau: Đối với vụ tranh chấp do Trung tâm trọng tài tổ chức giải quyết thì Chủ tịch Trung tâm trọng tài quyết định; Đối với vụ tranh chấp do Hội đồng trọng tài được các bên thành lập giải quyết thì theo

yêu cầu của nguyên đơn, chánh án tòa án cấp tỉnh nơi bị đơn có trụ sở hoặc cư trú giao cho một thẩm phán xem xét quyết định. Quyết định của tòa án là chung thẩm.

#### **2.4.4. Địa điểm giải quyết tranh chấp**

Theo quy định của Quy chế Trọng tài UNCITRAL cũng như các trung tâm trọng tài quốc tế khác, trong đó có cả Trung tâm Trọng tài Quốc tế Việt Nam, các bên có khả năng tự do không hạn chế lựa chọn địa điểm giải quyết tranh chấp của họ. Trong trường hợp không có sự thỏa thuận của các bên thì địa điểm giải quyết tranh chấp sẽ do trọng tài viên hay cơ quan trọng tài xác định. Điều 6 Quy chế Trọng tài UNCITRAL quy định, trọng tài có thể tiến hành giải quyết tranh chấp ở bất kỳ địa điểm nào họ cho là phù hợp, có tính đến đặc điểm của vụ việc, tuy nhiên quyết định phải được thông qua ở địa điểm tranh chấp được tiến hành giải quyết. Điều 23 Pháp lệnh Trọng tài quy định, các bên có quyền thỏa thuận địa điểm giải quyết tranh chấp, nếu không có thỏa thuận thì hội đồng trọng tài quyết định, nhưng phải bảo đảm thuận tiện cho các bên trong việc giải quyết.

Nhìn chung, đối với địa điểm tranh chấp thì pháp luật của nhiều nước, các quy chế trọng tài khác nhau có quy định giống nhau.

#### **2.4.5. Thủ tục xét xử**

Sau khi trọng tài được thành lập, không phụ thuộc loại trọng tài ad-hoc hay thường xuyên, việc giải quyết tranh chấp hoàn toàn do trọng tài viên chủ tọa hay Chủ tịch hội đồng trọng tài điều hành. Trọng tài sẽ xác định ngôn ngữ được sử dụng trong quá trình giải quyết tranh chấp có tính đến những tình huống liên quan đến tranh chấp và đặc biệt là ngôn ngữ của hợp đồng. Ngôn ngữ này được sử dụng để soạn thảo đơn yêu cầu, đơn khởi kiện và các giải trình khác cũng như trong việc xem xét tranh chấp. Theo quy định của Khoản 7 Điều 49 Pháp lệnh Trọng tài, các bên có quyền thỏa thuận ngôn ngữ giải quyết tranh chấp, nếu các bên không có thỏa thuận thì ngôn ngữ sử dụng trong giải quyết tranh chấp là tiếng Việt.

Quá trình xem xét tranh chấp theo pháp luật Việt Nam được quy định cụ thể trong Pháp lệnh Trọng tài: nghiên cứu hồ sơ, xác minh sự việc (Điều 31); thu thập chứng cứ (Điều 32).

Theo quy định của Pháp lệnh Trọng tài (Điều 33 - Điều 36), trong quá trình giải quyết tranh chấp, các bên có quyền yêu cầu tòa án cấp tỉnh nơi tranh chấp được giải quyết áp dụng những biện pháp khẩn cấp tạm thời nếu cảm thấy quyền lợi hợp pháp của mình có nguy cơ trực tiếp bị xâm hại.

Theo quy định của Khoản 1 Điều 25 Quy chế Trọng tài UNCITRAL, tranh chấp được giải quyết không công khai nếu các bên không có thỏa thuận khác.

Theo quy định của Khoản 2 Điều 25, trọng tài có thể xem xét lời khai của người làm chứng và các chứng cứ do các thẩm định viên đưa ra, chứng cứ của các bên liên quan đến tranh chấp. Ở bất kỳ giai đoạn nào của quá trình giải quyết tranh chấp, trọng tài cũng có thể yêu cầu các bên cung cấp tài liệu, tang chứng hay các chứng cứ khác phục vụ cho việc giải quyết tranh chấp. Nếu cần phải nghe các bên trình bày thì trọng tài thông báo trước cho các bên thời gian và địa điểm các bên phải có mặt. Trong trường hợp cần lấy lời khai của nhân chứng hay giám định, các bên phải gửi cho trọng tài và bên kia danh sách nhân chứng cũng như giám định viên, địa chỉ của họ, đối tượng và ngôn ngữ của các nhân chứng, giám định viên ít nhất là trong 15 ngày trước khi xem xét tranh chấp. Việc trình bày của các bên, nhân chứng, giám định viên được tiến hành ngay phòng làm việc của trọng tài, trừ trường hợp các bên có thỏa thuận khác.

Trong trường hợp một bên đã được thông báo nhưng không có mặt trong lúc xem xét tranh chấp không có lý do chính đáng, trọng tài có quyền xem xét việc giải quyết tranh chấp với sự vắng mặt của bên đó. Ngoài ra, nếu các bên đã được yêu cầu cung cấp thêm chứng cứ, tài liệu nhưng đã không cung cấp chứng cứ trong thời hạn quy định, thì trọng tài có quyền tiến hành giải quyết tranh chấp và ra quyết định trên cơ sở những bằng chứng, chứng cứ mà họ đang có.

Trọng tài có thể hoãn phiên họp giải quyết tranh chấp trong trường hợp có lý do chính đáng hay trong trường hợp chưa đủ tài liệu, chứng cứ để giải quyết tranh chấp.

#### **2.4.6. Quyết định của trọng tài**

Sau khi nghiên cứu một cách kỹ lưỡng các chứng cứ liên quan đến tranh chấp, trọng tài kết thúc việc xem xét, việc nghe các bên trình bày và ra quyết định (Điều 29 Quy chế Trọng tài UNCITRAL, Điều 43 – 46 Pháp lệnh Trọng tài). Khoản 1 Điều 32 xem xét khả năng trọng tài ra quyết định cách quãng, quyết định sơ bộ hay quyết định từng phần. Ngoài ra, trọng tài có quyền ra quyết định sửa chữa, bổ sung quyết định trọng tài (Điều 36, 37 Quy chế Trọng tài UNCITRAL) hay giải thích quyết định của trọng tài theo yêu cầu của một trong các bên. Theo nguyên tắc, quyết định được thông qua bằng đa số (Điều 31 Quy chế Trọng tài UNCITRAL, Điều 33 Công ước châu Âu 1961). Quyết định được thông qua ở địa điểm giải quyết tranh chấp. Trong trường hợp có ý kiến phản đối thì phải ghi rõ vào biên bản lý do của việc phản đối.

Nhiều khi trọng trọng tài ad-hoc, các bên có thể đưa ra quy tắc, trên cơ sở các quy tắc này quyết định cần phải được thông qua trong một thời hạn nhất định tính từ thời điểm bắt đầu quá trình tố tụng. Theo Công ước châu Âu,

trọng tài phải ra quyết định trong thời hạn 9 tháng kể từ ngày trọng tài viên chủ tọa được chỉ định hay lựa chọn. Thời hạn này có thể được gia hạn theo yêu cầu của các bên cũng như trên cơ sở quyết định của trọng tài (Điều 35). Theo nguyên tắc, quyết định của trọng tài phải được lập thành văn bản, trong đó có nói rõ những lý do, trên cơ sở đó quyết định được thông qua, ngoại trừ trường hợp các bên thỏa thuận rằng quyết định được thông qua không cần phải giải thích (Khoản 3 Điều 3).

Trong thực tiễn cũng như trong khoa học pháp lý, ý nghĩa pháp lý của việc quy định thời hạn mà trọng tài phải thông qua quyết định kể từ thời điểm trọng tài viên thứ ba được lựa chọn hay chỉ định hoàn toàn không rõ ràng và quy định thời hạn tối đa, trong thời hạn đó trọng tài phải ra quyết định là cần thiết, bởi nó có thể bảo đảm nguyên tắc "thiệt hại phải được đến bù kịp thời và đầy đủ". Trong thực tiễn giải quyết tranh chấp, không ít trường hợp cố tình cản trở việc trọng tài ra phán quyết bằng nhiều hình thức khác nhau.

Quyết định của hội đồng trọng tài phải được các trọng tài viên ký và có thể được công bố công khai nếu có sự đồng ý của các bên (Khoản 5 Điều 32 Quy chế Trọng tài UNCITRAL).

Theo quy định của Quy chế Trọng tài UNCITRAL, trong thời hạn 30 ngày kể từ ngày nhận được quyết định, mỗi bên có quyền yêu cầu hội đồng trọng tài giải thích quyết định và trong thời hạn 45 ngày hội đồng trọng tài phải có su giải thích bằng văn bản. Văn bản giải thích được coi là một phần của quyết định trọng tài. Trong thời hạn 30 ngày kể từ thời điểm nhận được quyết định trọng tài (Khoản 1 Điều 46 Pháp lệnh Trọng tài - 15 ngày kể từ ngày nhận được đơn yêu cầu), các bên có thể yêu cầu hội đồng trọng tài sửa chữa, bổ sung quyết định của trọng tài. Nếu thấy yêu cầu của các bên có cơ sở, hội đồng trọng tài, trong thời hạn 60 ngày (Điều 45 Pháp lệnh Trọng tài - 30 ngày kể từ ngày nhận được đơn yêu cầu) hội đồng trọng tài phải thực hiện việc sửa chữa, bổ sung phù hợp.

Quyết định của trọng tài có hiệu lực chung thẩm và không thể bị kháng cáo tại bất kỳ một tòa án nào. Các bên có nghĩa vụ phải thực hiện quyết định của trọng tài trong thời hạn do luật định.

#### 2.4.7. Chi phí trọng tài và phí tổn

Một trong những ưu thế của trọng tài thể hiện ở chỗ nó là hình thức giải quyết tranh chấp ít tốn kém so với giải quyết bằng tòa án bởi vì: thứ nhất, chỉ có một cấp trọng tài; thứ hai lệ phí trọng tài thấp. Trong trọng tài ad-hoc, phí trọng tài do hội đồng trọng tài ấn định. Trong nhiều trường hợp, các bên có thể điều chỉnh mức phí trọng tài ngay tại giai đoạn xác lập thỏa thuận trọng tài. Trong trọng tài thường xuyên thì theo quy chế của trung tâm trọng tài.

Điều 38 Quy chế Trọng tài UNCITRAL quy định rằng, mức trọng tài phí được quy định trong quyết định trọng tài. Trọng tài phí bao gồm cả chi phí cho đại diện pháp lý. Theo Điều 39, khoản tiền thù lao cho trọng tài phải hợp lý, có tính đến giá trị tranh chấp, mức độ phức tạp của đối tượng tranh chấp, thời gian mà trọng tài viên dành cho việc giải quyết tranh chấp. Thông thường, bên thua kiện phải trả trọng tài phí (Khoản 1 Điều 40). Có thể gây một số khó khăn trong trường hợp này, ví dụ, nguyên đơn yêu cầu bồi thường 100 ngàn USD, nhưng bị đơn cho rằng chỉ phải bồi thường 30 ngàn USD, và phán quyết của trọng tài buộc bị đơn phải bồi thường 50 ngàn USD. Trong ví dụ này Điều 22 Pháp lệnh Trọng tài quy định: "Nếu các bên không có thỏa thuận khác thì nguyên đơn phải nộp tam ứng phí trọng tài. Việc tính toán và phân bổ phí trọng tài cũng như việc hoàn lại phí trọng tài được thực hiện theo biểu phí trọng tài, phí tổn của Trung tâm Trọng tài Quốc tế Việt Nam"<sup>91</sup>. Phí trọng tài và các loại phí tổn phải được thanh toán trước khi nhận phán quyết trọng tài (Điều 34 Quy tắc tố tụng trọng tài trong nước của Trung tâm Trọng tài Quốc tế Việt Nam).

#### **2.5. Công nhận và cho thi hành quyết định của trọng tài nước ngoài**

Lợi thế quan trọng nhất của Trọng tài thương mại quốc tế là có sự tồn tại một hệ thống công nhận và thực hiện những quyết định của trọng tài được thông qua trên lãnh thổ của nước ngoài tương đối hoàn thiện. Sự tin tưởng của các chủ thể của hoạt động thương mại quốc tế vào khả năng thực hiện bằng cưỡng chế quyết định của trọng tài là yếu tố quan trọng để nâng cao hiệu quả của trọng tài thương mại quốc tế.

Cơ sở của hệ thống này là Công ước New York 1958 về công nhận và thực hiện quyết định của trọng tài nước ngoài. Công ước New York 1958 bảo đảm việc thực hiện quyết định của trọng tài nước ngoài hơn 100 quốc gia (106 quốc gia tính đến ngày 14-9-1998, Việt Nam là nước thứ 106 tham gia Công ước).

Những quy phạm tương tự các quy phạm nói trên cũng được quy định trong các điều ước quốc tế về thương mại khác như: Công ước châu Âu 1961, Công ước Washington 1965 và trong các hiệp định thương mại song phương, ví dụ Khoản 3 Điều 4 Hiệp định Thương mại Việt Nam – Hoa Kỳ.

Theo quy định của Công ước New York 1958 (Điều 1), quyết định của trọng tài nước ngoài là quyết định được thông qua không phải trên lãnh thổ của quốc gia nơi mà quyết định trọng tài được yêu cầu công nhận và thi hành.

<sup>91</sup> Có ý kiến cho rằng, phí trọng tài của Trung tâm Trọng tài thương mại quốc tế Việt Nam thấp hơn rất nhiều so với quốc tế và khu vực.

Để xác định tính nước ngoài của quyết định trọng tài, Công ước New York 1958 đã sử dụng tiêu chuẩn "địa điểm thông qua quyết định", quyết định được coi là của trong tài nước ngoài nếu nó được thông qua trên lãnh thổ của quốc gia khác. Quy định này có ý nghĩa chung cho quyết định của trọng tài ad-hoc và trọng tài thường xuyên. Tuy nhiên pháp luật của một số quốc gia có quy định khác trong việc xác định tính "nước ngoài" của quyết định trọng tài (ví dụ, ở Đức quyết định của trọng tài được thông qua trên lãnh thổ Đức trên cơ sở các quy phạm tố tụng trọng tài của nước ngoài được coi là quyết định của trọng tài nước ngoài). Vì vậy, Điều 1 Công ước New York 1958 có quy định bổ sung: Quyết định không được quốc gia, trên lãnh thổ của quốc gia đó quyết định sẽ được thực hiện, không coi là quyết định của trọng tài quốc gia, cũng được coi là của trọng tài nước ngoài. Điều 342.2 Bộ luật tố tụng dân sự 2004 (có hiệu lực từ ngày 01.01.2005) quy định, quyết định của trọng tài nước ngoài là quyết định được tuyên ở ngoài lãnh thổ Việt Nam hoặc trong lãnh thổ Việt Nam của trọng tài nước ngoài do các bên thoả thuận lựa chọn để giải quyết các tranh chấp phát sinh từ các quan hệ pháp luật kinh doanh, thương mại, lao động. Theo quan điểm của chúng tôi, không phụ thuộc vào quốc tịch của trọng tài viên, nếu tranh chấp được giải quyết theo thủ tục tố tụng do pháp luật Việt Nam quy định và quyết định được thông qua trên lãnh thổ của Việt Nam thì quyết định đó không thể coi là quyết định của trọng tài nước ngoài.

Đặc điểm quan trọng và có ý nghĩa thực tế nhất của Công ước New York 1958 là xem xét quyết định của trọng tài nước ngoài không phụ thuộc vào việc quốc gia, trên lãnh thổ của nó quyết định của trọng tài được thông qua, có phải là thành viên của công ước hay không. Chính nhờ quy định này mà Công ước New York 1958 được nhiều quốc gia tham gia. Thực tế thi Công ước New York 1958 đã tạo được khả năng thực hiện quyết định của trọng tài được thông qua trên lãnh thổ của bất kỳ quốc gia nào. Việt Nam khi tham gia Công ước New York 1958 đã bảo lưu Khoản 3 Điều 1 của Công ước, theo đó Việt Nam chỉ công nhận và thi hành quyết định của trọng tài được thông qua trên lãnh thổ của quốc gia thành viên khác, còn đối với quyết định của trọng tài được thông qua trên lãnh thổ của quốc gia không phải là thành viên của Công ước New York 1958 thì việc công nhận và thi hành được thực hiện trên nguyên tắc có đi có lại (Điều 343.3 Bộ luật tố tụng dân sự).

Nội dung cơ bản của của Công ước New York 1958 thể hiện ở chỗ, Công ước bắt buộc các quốc gia thành viên phải công nhận và thực hiện các quyết

định của trọng tài nước ngoài và xác định cơ sở pháp luật liên quan đến công nhận và thực hiện các quyết định trên, cụ thể:

1- Quốc gia công nhận và thực hiện các quyết định của trọng tài nước ngoài phù hợp với pháp luật quốc gia của mình: pháp luật quốc gia nơi quyết định được yêu cầu thực hiện, quy định tòa án có thẩm quyền thực hiện quyết định đó cũng như các quy tắc thực hiện quyết định này. Ví dụ, quyết định của trọng tài nước ngoài chỉ được công nhận và thi hành tại Việt Nam khi quyết định này được tòa án Việt Nam công nhận và cho thi hành và việc thi hành này phải phù hợp các quy định của pháp luật Việt Nam về thi hành án dân sự (Điều 343.4).

2- Các bên tham gia gửi yêu cầu thực hiện quyết định của trọng tài cho cơ quan có thẩm quyền của quốc gia cùng với những chứng từ sau: thứ nhất, bản gốc hay bản sao quyết định của trọng tài có xác nhận phù hợp; thứ hai, bản gốc hay bản sao của thỏa thuận trọng tài có xác nhận phù hợp; thứ ba, bản dịch của các tài liệu nói trên ra ngôn ngữ chính thức của quốc gia mà trên lãnh thổ của quốc gia này quyết định của trọng tài được yêu cầu thực hiện<sup>12</sup>.

Quyết định của trọng tài nước ngoài có thể bị từ chối công nhận nhưng chỉ trên cơ sở được quy định ở Điều 5 của Công ước New York 1958, Điều 356 Bộ luật tố tụng dân sự). Các căn cứ nói trên được chia thành hai loại:

Thứ nhất, các căn cứ có thể được áp dụng theo yêu cầu của bên chống lại quyết định của trọng tài được thông qua, nếu như bên này chứng minh được sự tồn tại của các căn cứ đó và các căn cứ này liên quan chủ yếu đến thỏa thuận trọng tài và bao gồm:

<sup>12</sup> Theo quy định của Bộ luật tố tụng dân sự, bên yêu cầu thi hành phải gửi đơn yêu cầu cho Bộ tư pháp Việt Nam kèm theo các giấy tờ liên quan như: bản gốc hay bản sao quyết định của trọng tài nước ngoài có xác nhận phù hợp, bản gốc hay bản sao thỏa thuận trọng tài nước ngoài có xác nhận phù hợp, bản dịch của các tài liệu nói trên ra tiếng Việt có xác nhận phù hợp. Sau khi nhận được hồ sơ hợp lệ Bộ tư pháp chuyển chứng cho toà án có thẩm quyền thụ lý. Trong thời hạn 4 tháng sau khi nhận được hồ sơ toà án có thẩm quyền phải xem xét đơn yêu cầu, thời hạn xem xét đơn yêu cầu là 15 ngày tính từ thời điểm có quyết định xét đơn yêu cầu. Toà án không xem xét nội dung của quyết định trọng tài mà chỉ kiểm tra, đối chiếu tính phù hợp của quyết định trọng tài và chứng từ kèm theo với các quy định của Bộ luật tố tụng dân sự, các văn bản pháp luật khác của Việt Nam và các Điều ước Quốc tế mà Việt Nam Tham gia.

- Các bên trong thỏa thuận trọng tài trong một mức độ nào đó không có năng lực hành vi theo luật áp dụng, thỏa thuận trọng tài không có hiệu lực theo luật áp dụng, nếu các bên không thỏa thuận luật áp dụng, thì theo luật của quốc gia, trên lãnh thổ của quốc gia này quyết định được thông qua.

- Bên phải thi hành quyết định của trọng tài không được thông báo một cách thích đáng về việc chỉ định trọng tài viên hay quá trình tố tụng của trọng tài hay theo những nguyên nhân khác bên này không thể đưa ra được những giải thích, chứng minh của mình (nói cách khác, quyền tố tụng của các bên này bị vi phạm, cụ thể là quyền bình đẳng tham gia trong xét xử).

- Nếu trong quyết định trọng tài có một phần không thuộc thẩm quyền giải quyết của trọng tài thì phần này không được công nhận và thực hiện.

- Quyết định được trọng tài thông qua không liên quan đến tranh chấp không được quy định trong thỏa thuận trọng tài, hay trong quyết định của trọng tài có những vấn đề vượt khỏi phạm vi của thỏa thuận trọng tài.

- Thành phần của trọng tài hay thủ tục tố tụng trọng tài không phù hợp với thỏa thuận trọng tài, nếu không có thỏa thuận trọng tài thì không phù hợp với luật của quốc gia mà việc giải quyết tranh chấp diễn ra trên lãnh thổ của quốc gia đó.

- Quyết định của trọng tài chưa phải là quyết định cuối cùng cho các bên.

Thứ hai, cơ quan có thẩm quyền của quốc gia mà trên lãnh thổ của nó việc thực hiện quyết định của trọng tài nước ngoài được yêu cầu có thể từ chối công nhận và thực hiện chúng nếu nhận thấy. Theo pháp luật Việt Nam- cụ thể là Pháp lệnh trọng tài thương mại, vụ tranh chấp không thể được giải quyết bằng hình thức trọng tài (Điểm a Khoản 2 Điều 16) hay việc thực hiện quyết định của trọng tài nước ngoài trái với trật tự công cộng của quốc gia (Điểm b Khoản 2 Điều 16).

## PHẦN THỨ HAI

# CÁC HỢP ĐỒNG THƯƠNG MẠI QUỐC TẾ THÔNG DỤNG

### CHƯƠNG VI

## HỢP ĐỒNG MUA BÁN HÀNG HÓA QUỐC TẾ

### 1. KHÁI QUÁT HỢP ĐỒNG MUA BÁN HÀNG HÓA QUỐC TẾ

#### 1.1 Khái niệm

Trao đổi hàng hoá, đã có lúc là hình thức chủ yếu của hoạt động thương mại quốc tế. Hiện nay, mặc dù có nhiều hình thức thương mại mới, nhưng trao đổi hàng hóa vẫn chiếm vị trí trung tâm trong hoạt động thương mại quốc tế, đặc biệt là ở Việt Nam chúng ta. Các hình thức hoạt động thương mại khác được hình thành sau này có vai trò hỗ trợ cho việc xuất nhập khẩu hàng hoá. Chính vì vậy mà trước đây cũng như hiện nay hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế đóng vai trò chủ đạo trong hệ thống các Hợp đồng thương mại quốc tế<sup>93</sup>, đặc biệt là đối với Việt Nam chúng ta trong giai đoạn hiện nay, khi các loại hình thương mại dịch vụ liên quan đến sở hữu trí tuệ chưa được phổ biến và phát triển một cách rộng rãi.

Hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế là hợp đồng được ký kết giữa các bên có trụ sở thương mại nằm trên lãnh thổ của các quốc gia khác nhau. Đối tượng của hợp đồng là hàng hóa phải được phép mua bán theo pháp luật của quốc gia bên mua và bên bán.

Theo quy định của Công ước Viên 1980, những loại hàng hóa sau đây không được coi là đối tượng của hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế: hàng hóa dùng cho mục đích cá nhân, gia đình; hàng hóa được mua bán qua bán đấu giá; hàng hóa dùng cho việc thi hành pháp luật; các loại cổ phiếu, hối phiếu, chứng khoán đầu tư; tàu thủy, máy bay và các loại tàu chạy trên đêm không khí; điện năng; hàng hóa được gia công nhưng phần lớn nguyên liệu phục vụ cho việc gia công hàng hóa do người mua cung cấp. Những quy định này cần phải được chú ý trong những trường hợp khi các bên trong hợp đồng

<sup>93</sup> Vai trò và ý nghĩa của hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế đã được chúng tôi nói đến trong chương I của sách này - phân loại hợp đồng thương mại quốc tế.

muốn sử dụng Công ước Viên để điều chỉnh quyền và nghĩa vụ của họ theo hợp đồng.

Theo Công ước Viên 1980, hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế không nhất thiết phải được ký kết bằng văn bản; tuy nhiên pháp luật Việt Nam cũng như của hầu hết các quốc gia trên thế giới đều bắt buộc loại hợp đồng này phải được ký kết bằng văn bản.

Cơ sở pháp lý của hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế gồm Luật quốc gia, các Điều ước quốc tế về thương mại và các tập quán thương mại quốc tế: Pháp luật thương mại Việt Nam; pháp luật thương mại của các nước liên quan; Công ước Viên 1980, Công ước New York 1974; Công ước Viên 1986 về luật áp dụng cho hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế... Tuy nhiên, việc áp dụng luật của quốc gia nào hay áp dụng Điều ước quốc tế hoặc tập quán thương mại quốc tế đều phụ thuộc vào sự lựa chọn của các bên (Đối với áp dụng điều ước quốc tế còn phụ thuộc vào việc quốc gia của các bên có tham gia điều ước đó hay không). Ngoài ra, hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế còn được điều chỉnh bởi chính các điều kiện do các bên thỏa thuận trong hợp đồng.

## 1.2 INCOTERMS và thực tiễn sử dụng INCOTERMS ở Việt Nam

### 1.2.1 INCOTERMS

Ngoài những đặc điểm của một Hợp đồng thương mại quốc tế nói chung, hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế còn có một đặc điểm điển hình, đó là các bên thường áp dụng Tập quán INCOTERMS với tư cách là công cụ có hiệu lực pháp lý bắt buộc để điều chỉnh quan hệ phát sinh từ hợp đồng. INCOTERMS (International Commercial Terms - Incoterms) có thể gọi là Điều kiện thương mại quốc tế hay các điều kiện giao hàng. Các điều kiện giao hàng giải thích rõ trong INCOTERMS được hiểu là một số loại của hợp đồng mua bán hàng hóa ngoại thương, phân định rõ quyền và nghĩa vụ của các bên trong hợp đồng.

Có bốn vấn đề cơ bản được ấn định liên quan đến quyền và nghĩa vụ của các bên phù hợp với mỗi điều kiện giao hàng:

- *Thứ nhất*, quyền và nghĩa vụ của các bên liên quan đến vận chuyển hàng hóa bao gồm cả những chi phí bổ sung có thể phát sinh trong quá trình vận chuyển;

- *Thứ hai*, quyền và nghĩa vụ của các bên trong việc giải quyết các thủ tục hải quan (thủ tục thông quan), liên quan đến việc xuất khẩu, nhập khẩu hàng hóa và quá cảnh sang quốc gia thứ ba bao gồm việc trả lệ phí hải quan và các khoản lệ phí khác;

- *Thứ ba*, ấn định thời điểm chuyển rủi ro từ người bán sang người mua trong trường hợp hàng hóa bị mất mát hay hư hỏng;
- *Thứ tư*, ấn định nghĩa vụ mua bảo hiểm cho hàng hóa.

INCOTREMS bao gồm 13 điều kiện giao hàng, được chia thành 4 nhóm.

**Nhóm 1 gọi là nhóm “E”.** Nhóm này chỉ có một điều kiện giao hàng đó là EX WORKS (EXW). Nếu hợp đồng mua bán hàng hóa được ký kết với điều kiện giao hàng EXW, bên bán có nghĩa vụ duy nhất là giao hàng cho bên mua tại xưởng của mình trong thời hạn được hợp đồng quy định. Hợp đồng không xem xét việc vận chuyển, hàng hóa được giao cho bên mua coi như bên bán hoàn thành nghĩa vụ giao hàng của mình. Bên bán không cần quan tâm đến việc bên mua vận chuyển hàng hóa ra khỏi xưởng của bên bán bằng phương tiện gì. Nghĩa vụ của bên bán được cụ thể hóa bằng việc cá thể hóa hàng hóa cho bên mua, có nghĩa là chuẩn bị hàng hóa để bên mua có thể tiếp nhận (như hàng hóa được xếp riêng, được đóng gói, được cân, được đếm hay đã được kiểm tra chất lượng) và thông báo cho người mua ngày và địa điểm giao hàng. Bên mua có nghĩa vụ phải làm mọi thủ tục hải quan liên quan đến xuất, nhập khẩu hàng hóa.

Kể từ thời điểm hàng hóa được đặt dưới sự định đoạt của bên mua, tất cả mọi rủi ro do bị mất mát hay hư hỏng đều đã được chuyển từ bên bán sang bên mua.

**Nhóm 2 được gọi là nhóm “F”.** Nhóm này có các điều kiện giao hàng sau:

- FCA ( Free carrier- giao cho người vận chuyển);
- FAS ( Free alongside ship- giao dọc mạn tàu);
- FOB ( Free on board- giao lên boong tàu).

Đặc điểm chung của các điều kiện này là bên bán có nghĩa vụ phải giao hàng đến phương tiện vận chuyển được bên mua quy định và đặt hàng hóa dưới sự giám sát của người vận chuyển nhưng không có nghĩa vụ tổ chức việc vận chuyển.

Theo hợp đồng FCA, bên bán được coi là hoàn thành nghĩa vụ giao hàng của mình sau khi hoàn tất thủ tục hải quan và giao hàng hóa cho người vận chuyển tại địa điểm được quy định trong hợp đồng. Trong trường hợp này, người vận chuyển là bất kỳ một người nào kể cả đại lý giao nhận hàng hóa, những người này có nghĩa vụ phải thực hiện vận chuyển trên cơ sở hợp đồng vận chuyển.

*Trong hợp đồng với điều kiện giao hàng FCA bên bán có các nghĩa vụ cơ bản sau:*

- a. Giao hàng, hóa đơn thương mại hay các chứng từ khác xác định sự phù hợp của hàng hóa với điều kiện của hợp đồng;
- b. Hoàn tất các thủ tục cần thiết cho việc xuất khẩu hàng hóa;
- c. Đặt hàng hóa dưới sự định đoạt của người vận chuyển do bên mua chỉ định tại thời điểm và trong thời gian được hợp đồng quy định;
- d. Thông báo cho bên mua biết rằng, hàng hóa đã được giao cho người vận chuyển hay là người vận chuyển từ chối nhận hàng;
- e. Chịu mọi rủi ro và phí tổn liên quan trước thời điểm hàng hóa được đặt dưới sự định đoạt của người vận chuyển;
- f. Giao chứng từ vận chuyển cho bên mua.

*Bên mua có những nghĩa vụ cơ bản sau:*

- a. Nhận hàng do bên bán giao;
- b. Thanh toán;
- c. Hoàn thành thủ tục nhập khẩu trong trường hợp cần thiết (thủ tục quá cảnh);
- d. Ký kết hợp đồng vận chuyển;
- e. Chịu mọi rủi ro và phí tổn liên quan từ thời điểm hàng hóa được đặt dưới sự quản lý của người vận chuyển;
- f. Thông báo cho bên bán ngày nhận hàng, phương tiện và tên của người vận chuyển.

Theo hợp đồng mua bán hàng hóa với điều kiện giao hàng FAS, nghĩa vụ cơ bản của bên bán là đặt hàng hóa dọc mạn tàu ở cảng xác định trong thời gian được hợp đồng quy định. Hàng hóa phải được đặt làm sao để cần cẩu của tàu có thể cẩu được hàng. Thời điểm hàng hóa được đặt dọc mạn tàu được coi là thời điểm rủi ro được chuyển từ bên bán sang bên mua.

Trong nhóm này, hợp đồng FOB thường được sử dụng nhiều nhất. Theo INCOTERMS, thông thường FOB được hiểu là FOB boong tàu tức là người bán được coi là hoàn thành nghĩa vụ giao hàng của mình tại thời điểm hàng hóa được chuyển từ cầu cảng qua lan can tàu. Theo pháp luật của Hoa Kỳ, điều kiện FOB chỉ có ý nghĩa chung và khác với FOB được quy định trong INCOTERMS. Điều 2-319 Bộ luật Thương mại Thống nhất Hoa Kỳ quy định FOB là một địa điểm giao hàng xác định và bao gồm:

- a. Nếu là FOB địa điểm giao hàng thì người bán có nghĩa vụ phải giao hàng tại địa điểm quy định và chịu mọi phí tổn, rủi ro xảy ra trước thời điểm giao hàng cho người vận chuyển.

b. Nếu là FOB địa điểm quy định thì người bán có nghĩa vụ phải chuyên chở hàng hóa đến địa điểm quy định đó và giao chúng cho người vận chuyển hay người mua.

c. Trong hai trường hợp trên nếu có quy định thêm FOB boong tàu, toa xe hay một phương tiện vận chuyển nào khác thì người bán ngoài các nghĩa vụ nói trên còn có thêm nghĩa vụ xếp hàng lên boong tàu hay toa xe. Trường hợp này giống với FOB theo quy định của INCOTERMS.

**Nhóm “C” có 4 điều kiện giao hàng:**

CFR (Cost and freight- giá hàng và cước phí);

CIF (Cost, insurance, freight- giá hàng, bảo hiểm và cước phí);

CPT (Carriage paid to... - cước phí được trả đến...)

CIP (Carriage and insurance paid to... - cước phí và bảo hiểm đã được trả đến...).

Đặc điểm chung cho tất cả các điều kiện thuộc nhóm này là so với các điều kiện thuộc nhóm “F” bên bán có thêm nghĩa vụ phải ký hợp đồng vận chuyển đến địa điểm được quy định trong hợp đồng. Hai điều kiện CFR và CIF thường được sử dụng trong vận chuyển hàng hóa bằng đường biển và đường sông, còn CIP và CPT được sử dụng đối với mọi loại phương tiện vận chuyển.

Trong thực tiễn thương mại quốc tế, điều kiện giao hàng CIF thường được sử dụng nhiều nhất. Khi nghiên cứu hợp đồng mua bán hàng hóa theo điều kiện CIF, phải nghiên cứu nó góc độ thương mại và dưới góc độ pháp lý.

**Dưới góc độ thương mại**, mục đích của hợp đồng mua bán hàng hóa được ký kết theo điều kiện CIF không phải chính việc mua bán hàng hóa mà là mua bán chứng từ liên quan đến hàng hóa đó. “Hợp đồng mua bán hàng hóa theo điều kiện CIF không phải là hợp đồng mà theo đó hàng hóa phải được chuyên chở đến địa điểm quy định, mà là một hợp đồng, theo đó hàng hóa phải được xếp lên tàu, tức là không phải hợp đồng bán hàng mà hợp đồng bốc xếp hàng lên tàu có một số yếu tố của hợp đồng mua bán hàng hóa. Hợp đồng này bao gồm: hợp đồng vận chuyển hàng hóa thông thường đến nơi quy định, hợp đồng bảo hiểm hàng hóa thông thường trên đường vận chuyển và việc giao chứng từ phù hợp khi được thanh toán tiền hàng”<sup>94</sup>.

Theo hợp đồng mua bán với điều kiện giao hàng CIF, người bán được coi là hoàn thành nghĩa vụ giao hàng khi vận đơn được ký phát cho hàng hóa.

---

<sup>94</sup> Ý kiến của John Donaldson trong vụ Conginee. V. Tradax Export S.A. 1983. 1 Lloyd's. Rep. 250-253

Mục đích của người mua theo hợp đồng mua bán với điều kiện CIF là nhận được một cách nhanh chóng nhất quyền định đoạt hàng hóa để có thể hoặc bán lại hàng hóa cho người thứ ba hoặc sử dụng chứng từ này để vay tín dụng ngân hàng, sau đó là để nhận hàng hay tiền bảo hiểm trong trường hợp hàng hóa bị mất mát, hư hỏng.

Mục đích của người bán là cung cấp hàng hóa cho người mua, đồng thời đảm bảo cho mình một lợi nhuận tối đa khi trả cước phí vận chuyển, mua bảo hiểm cho hàng hóa và hạn chế được rủi ro một cách tối đa bởi vì người bán chỉ giao quyền định đoạt hàng hóa cho người mua khi được thanh toán mà không phải chịu trách nhiệm hàng hóa bị mất mát hay hư hỏng trên đường vận chuyển.

**Dưới góc độ pháp lý**, hợp đồng mua bán với điều kiện giao hàng CIF kết hợp ít nhất các yếu tố của ba loại hợp đồng: hợp đồng mua bán; hợp đồng vận chuyển và hợp đồng bảo hiểm.

Theo INCOTERMS 2000, nếu hợp đồng mua bán hàng hóa với điều kiện giao hàng CIF thì nghĩa vụ của các bên được quy định như sau:

- **Nghĩa vụ của bên bán:**

- a- Giao hàng lên tàu tại cảng đi phù hợp với điều kiện của hợp đồng mua bán;
- b- Ký kết hợp đồng vận chuyển, theo đó hàng hóa được vận chuyển đến cảng đích được quy định trong hợp đồng vận chuyển;
- c- Ký hợp đồng vận chuyển vì lợi ích của người mua;
- d- Ký phát hóa đơn thương mại (COMMERCIAL INVOICE) cho người mua;
- e- Giao cho người mua những chứng từ nói trên để người mua có thể:
  - Biết được số tiền cần phải thanh toán cho người bán;
  - Nhận hàng khi tàu đến;
  - Nhận được sự đền bù của công ty bảo hiểm trong trường hợp hàng hóa bị mất mát hay hư hỏng.

- **Nghĩa vụ của bên mua:**

- a- Nhận chứng từ liên quan đến hàng hóa từ bên bán và thanh toán tiền hàng;
- b- Nhận hàng tại cảng đến, chịu mọi phí tổn liên quan đến hàng hóa trong thời gian vận chuyển, chịu mọi phí tổn liên quan đến việc dỡ hàng khỏi tàu nếu các phí tổn này chưa được tính vào cước phí;
- c- Chịu mọi rủi ro do hàng hóa bị mất mát, hư hỏng từ thời điểm hàng hóa thực tế được giao qua lan can tàu tại cảng đi;

d- Trong trường hợp bên mua giành lấy quyền xác định thời hạn, trong khoảng thời hạn đó hàng hóa phải được xếp lên nhưng đã không đưa ra những chỉ dẫn cần thiết, kịp thời thì phải chịu mọi phí tổn phát sinh từ thời điểm mà thời hạn giao hàng do họ quy định kết thúc. Trong trường hợp này cần phải lưu ý là hàng hóa đã được cá thể hóa cho hợp đồng cụ thể, bởi vì nếu hết thời hạn giao hàng do bên mua ấn định nhưng bên bán không cá thể hóa hàng hóa là đối tượng của hợp đồng thì bên bán vẫn không phải chịu trách nhiệm do các chi phí phát sinh nói trên;

e- Trả mọi khoản thuế và lè phí khi nhập khẩu;

g- Bảo đảm nhận các loại giấy phép nhập khẩu.

Việc vận chuyển hàng hóa bằng đường biển theo điều kiện giao hàng CIF có một số đặc điểm, mặc dù những đặc điểm này không được nói đến trong INCOTERMS, tuy nhiên chúng được sử dụng rộng rãi trong thực tiễn. Những đặc điểm này liên quan đến việc làm chính xác hơn nghĩa vụ của bên bán trong vận chuyển hàng hóa. Ví dụ, trong những trường hợp nếu bên bán không những chỉ có nghĩa vụ chuyên chở hàng hóa mà còn có thêm nghĩa vụ bốc hàng từ tàu xuống cầu cảng thì phải bổ sung vào Điều kiện CIF thuật ngữ "landed- bao gồm dỡ hàng khỏi tàu".

Điểm khác biệt duy nhất giữa hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế theo điều kiện CFR và hợp đồng CIF là bên bán không có nghĩa vụ phải mua bảo hiểm cho hàng hóa.

Hợp đồng theo điều kiện CIP tương tự với hợp đồng theo điều kiện CIF, CTP CFR. Tuy nhiên, khác với CIF và CFR là chúng được áp dụng đối với mọi loại phương tiện vận chuyển.

**Nhóm "D" bao gồm 5 điều kiện giao hàng:**

DAF (delivered at frontier-giao hàng tại biên giới);

DES (delivered ex ship- giao tại tàu ở cảng quy định);

DEQ (delivered ex quay (duty paid) - giao hàng tại cầu cảng của cảng đến và trả thuế nhập khẩu);

DDU (delivered duty unpaid- giao hàng tận nơi nhưng chưa trả thuế nhập khẩu);

DDP (delivered duty paid- giao hàng tận nơi, trả thuế nhập khẩu).

**Đặc điểm chung cho tất cả các điều kiện của nhóm này là** bên bán phải chịu mọi rủi ro, phi tổn liên quan đến việc chuyên chở hàng đến địa điểm quy định. Trong nhóm này, hợp đồng mua bán hàng hóa theo điều kiện DAF được áp dụng phổ biến nhất. Điều kiện này thường sử dụng trong những trường hợp, khi đối tượng của hợp đồng mua bán hàng hóa được vận chuyển bằng

đường sắt, đường bộ, tuy nhiên nó cũng có thể được sử dụng đối với các loại phương tiện vận chuyển khác. Theo điều kiện giao hàng này, nghĩa vụ của bên bán được coi là hoàn thành khi hàng hóa được qua thủ tục hải quan và được chở đến biên giới của bên mua.

Bên bán có các nghĩa vụ cơ bản như sau: giao hàng cùng với đơn giá hay một chứng từ nào khác xác nhận hàng hóa phù hợp với điều kiện của hợp đồng; giao hàng tại biên giới đúng địa điểm quy định trong ngày hay thời hạn được quy định; hoàn tất các thủ tục hải quan cũng như các thủ tục khác cần thiết cho việc xuất khẩu hàng hóa tại địa điểm quy định ở biên giới hay cần thiết cho hàng hóa quá cảnh qua nước thứ ba; ký kết hợp đồng vận chuyển đến địa điểm quy định ở biên giới; chịu mọi rủi ro, phí tổn đến thời điểm hàng hóa được đặt dưới sự giám sát của bên mua tại biên giới; thông báo cho bên mua biết việc giao hàng và giao chứng từ vận chuyển cho bên mua.

Bên mua có những nghĩa vụ cơ bản sau: tiếp nhận hàng hóa được giao tại địa điểm được quy định; thanh toán tiền mua hàng; hoàn thành thủ tục nhập khẩu; chịu mọi rủi ro và phí tổn từ thời điểm tiếp nhận hàng theo quy định của hợp đồng.

Các điều kiện DES và DEQ được sử dụng trong các trường hợp khi đối tượng của hợp đồng mua bán hàng hóa được vận chuyển bằng đường biển hay đường sông.

Quyền và nghĩa vụ của các bên theo điều kiện DES hoàn toàn giống với điều kiện DAF. Trong trường hợp này, địa điểm giao hàng là cảng đến, vì vậy thời điểm giao hàng và thời điểm chuyển rủi ro được coi là thời điểm hàng hóa được đặt dưới sự định đoạt của bên mua trên boong tàu tại cảng đến và việc dỡ hàng khỏi tàu là nghĩa vụ của bên mua. Tương tự như DAF, hàng hóa chưa được thông quan tại cảng đến.

Khác với DES, hợp đồng theo điều kiện DEQ quy định bên bán có thêm nghĩa vụ giao hàng cho bên mua tại cầu cảng ở cảng quy định, có nghĩa là bên bán có thêm nghĩa vụ bốc hàng từ boong tàu xuống cầu cảng quy định trên lãnh thổ của quốc gia bên mua, và như vậy hàng hóa đã được thông quan. Xuất phát từ đó, bên bán có nghĩa vụ bổ sung: xin giấy phép nhập khẩu ở quốc gia của bên mua; trả thuế nhập khẩu.

Quyền và nghĩa vụ của các bên theo hợp đồng DDP tương tự DEQ, tuy nhiên DDP có thể được sử dụng khi hàng hóa được vận chuyển bằng bất kỳ loại phương tiện vận chuyển nào. Điều kiện DDP có nghĩa là, bên bán được coi là hoàn thành nghĩa vụ của mình từ thời điểm hàng được đặt dưới sự kiểm soát của bên mua tại địa điểm được hợp đồng quy định trên lãnh thổ của quốc gia bên mua. Bên bán chịu mọi rủi ro và phí tổn liên quan đến xuất khẩu, vận chuyển, quá cảnh cũng như nhập khẩu hàng hóa.

Trong hợp đồng theo điều kiện DDU, bên bán có nghĩa vụ làm thủ tục nhập khẩu nhưng không phải trả thuế nhập khẩu cũng như các loại lệ phí chính thức khác khi nhập khẩu hàng hoá.

### 1.2.2 Thực tiễn sử dụng INCOTERMS ở Việt Nam

Thực tiễn mua bán hàng hoá quốc tế của các doanh nghiệp Việt Nam chúng ta cho thấy rằng, các doanh nghiệp thường sử dụng điều kiện giao hàng CIF khi nhập khẩu và sử dụng điều kiện giao hàng FOB khi xuất khẩu. Việc sử dụng điều kiện giao hàng nào khi xuất khẩu hay khi nhập khẩu là quyền của doanh nghiệp, tôi không có quyền can thiệp vào công việc của họ. Trong khuôn khổ giáo trình này tôi chỉ có thể phân tích một số điểm bất lợi của việc mua CIF và bán FOB mà thôi.

a. *Sử dụng điều kiện FOB khi xuất khẩu:* Có thể nói rằng, bán hàng với điều kiện giao hàng FOB thì người bán ít phải vất vả hơn, bởi vì nghĩa vụ cơ bản của họ chỉ có làm thủ tục hải quan, chờ hàng đến cảng và giao hàng lên boong tàu, còn tất cả các công việc khác thuộc nghĩa vụ của người mua. Tuy nhiên người bán trong trường hợp này chỉ thu được lợi nhuận từ giá hàng mà thôi. Không những thế mà các doanh nghiệp kinh doanh bảo hiểm của Việt Nam không thể bán bảo hiểm cho những lô hàng này, bởi vì người mua đã mua bảo hiểm ở nước ngoài.

b. *Sử dụng điều kiện CIF khi nhập khẩu:* Nhập khẩu hàng hoá với điều kiện CIF rõ ràng là một thương vụ hết sức đơn giản cho người mua, bởi vì với điều kiện này nghĩa vụ của người mua là tối thiểu. Người mua sau khi ký kết hợp đồng chỉ có mỗi một việc ngồi chờ khi nào hàng cập cảng và làm thủ tục nhận hàng, không phải vất vả vì thủ tục thuế tàu, mua bảo hiểm cho hàng hoá. Thật là một công việc nhàn hạ. Có mấy người biết rằng, đây là một thương vụ gặp rất nhiều rủi ro so với mua hàng với điều kiện giao hàng FOB. Một trong những vấn đề quan trọng nhất vừa có ý nghĩa kinh tế vừa có ý nghĩa pháp lý là thời điểm rủi ro đổi với hàng hoá được chuyển từ người bán sang người mua. Nhiều người nhầm tưởng rằng, nhập khẩu hàng hoá với điều kiện giao hàng CIF thì người mua ít phải chịu rủi ro hơn. Theo quy định của INCOTERMS ấn bản năm 2000 thì thời điểm mà rủi ro đổi với hàng hoá được chuyển từ người bán sang người mua trong hai điều kiện giao hàng FOB và CIF là như nhau: Tại thời điểm hàng hoá vượt qua lan tàu tại cảng đi. Mua hàng với điều kiện giao hàng CIF thì bao giờ giá hàng cũng cao hơn giá FOB. Rất đơn giản là không bao giờ người bán thuê tàu và mua bảo hiểm cho hàng hoá vì lợi ích của người mua một cách miễn phí.

Thực tiễn còn cho thấy rằng, khi mua hàng với điều kiện giao hàng CIF người mua còn có thể chịu một số rủi ro sau đây:

Thứ nhất, người bán có thể thiết lập một bộ chứng từ giả để yêu cầu thanh toán, nhưng trên thực tế không giao hàng;

Thứ hai, chúng ta thường nghe những câu chuyện về những con tàu ma. Người bán đã giao hàng một cách thiện chí, tuy nhiên hàng không bao giờ đến được địa chỉ của người mua;

Thứ ba, trong rất nhiều trường hợp với người mua không kiểm tra chất lượng của hàng hoá và người bán cố tình giao hàng kém chất lượng hay là không đúng số lượng.

Thứ tư, người vận chuyển không giao hàng cho người mua vì người bán còn nợ tiền vận chuyển. Ngày 31-3-2003 Công ty du lịch Bình Định ký kết hợp đồng mua bán với Công ty CNR Trading Co. Ltd (Hàn Quốc) để mua lô hàng gồm 4 xe đầu kéo đã qua sử dụng. Theo hợp đồng, hàng sẽ được giao theo điều kiện CIF cảng Thành phố Hồ Chí Minh.... Ngày 2-6-2003 Công ty du lịch Bình Định nhận được thông báo hàng đến của đại lý hàng tàu Bright Shipping tại Việt Nam là Công ty cổ phần thương mại vận tải OST có trụ sở đóng tại Thành phố Hồ Chí Minh, kèm theo đó Công ty này cũng yêu cầu Công ty du lịch Bình Định mang vận đơn đường biển bản chính đến công ty để nhận lệnh giao hàng.... Tuy nhiên khi đại diện của Công ty du lịch Bình Định mang vận đơn đến Công ty OST để nhận lệnh giao hàng thì ở đây không chịu giao với lý do: chưa nhận được chỉ thị từ hàng tàu. Ngày 29-12-2003 Công ty du lịch Bình Định cử luật sư sang làm việc thì phía Công ty OST mới đưa ra được một e.mail cho rằng của hàng tàu với nội dung: giữ lại lệnh giao hàng vì người gửi hàng còn nợ chủ tàu khoảng 10.000 USD cho hai vận đơn (trong đó có vận đơn chuyển hàng của Công ty du lịch Bình Định). Tiếp sau đó, ngày 4-2-2004 Công ty OST tiếp tục gửi cho Công ty Du lịch Bình Định một e.mail khác, lần này xác định Công ty du lịch Bình Định phải giao cho Công ty OST 13.500 USD để đổi lấy lệnh giao hàng<sup>95</sup>.

Ngoài những rủi ro nói trên nếu mua hàng với điều kiện giao hàng CIF thì các doanh nghiệp kinh doanh bảo hiểm hàng hoá xuất nhập khẩu ở Việt Nam chúng ta mất đi một khoản doanh thu đáng kể.

## II. NỘI DUNG CỦA HỢP ĐỒNG MUA BÁN HÀNG HÓA QUỐC TẾ

### 2.1 Các điều khoản cơ bản của hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế

Nội dung của hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế là tất cả các điều khoản được các bên thỏa thuận trong hợp đồng trên cơ sở các điều khoản này cho phép xác định quyền và nghĩa vụ của mỗi bên. Điều 50 Luật thương

<sup>95</sup> Xem: Có thể nào ghim giữ lệnh giao hàng? Báo Thanh niên. Ngày 19-4-2004.

mại 1997 quy định các điều kiện tối thiểu của hợp đồng mua bán hàng hoá và Điều 81 Luật thương mại 1997 quy định rằng, nếu trong hợp đồng mua bán hàng hoá quốc tế thiếu một trong các nội dung đó thì không có giá trị pháp lý. Khác với Luật thương mại 1997, Bộ luật Dân sự và Luật Thương mại 2005 không quy định các điều khoản tối thiểu của hợp đồng mua bán hàng hoá nói chung, hợp đồng mua bán hàng hoá quốc tế nói riêng. Điều 402 Bộ luật dân sự chỉ quy định một số nội dung mang tính hướng dẫn cho các bên khi xác lập thực hiện hợp đồng.

Trên cơ sở Điều 402 Bộ luật dân sự, có thể nói rằng hợp đồng mua bán hàng hoá quốc tế phải có những nội dung sau đây:

### 1. *Tên gọi của hàng hóa*

Trong điều khoản này, hàng hóa phải được ghi một cách đầy đủ, rõ ràng, chính xác, có kèm theo tên thương mại. Nếu đối tượng của việc mua bán gồm nhiều mặt hàng, chủng loại hàng khác nhau thì phải ghi rõ danh mục của các mặt hàng đó. Danh mục các loại mặt hàng này có thể được coi là phụ lục của hợp đồng.

### 2. *Số lượng của hàng hóa*

Đây là một trong những điều khoản quan trọng của hợp đồng, bởi vì nó liên quan đến việc xác định rõ đối tượng của hợp đồng mua bán cũng như trách nhiệm và nghĩa vụ của các bên. Việc lựa chọn đơn vị đo lường phải căn cứ vào tính chất của hàng hóa, vào tập quán thương mại quốc tế đối với các mặt hàng cụ thể.

Dựa vào tính chất của hàng hóa, có thể dùng các đơn vị đo phổ biến như sau: kg, tấn đối với các loại hàng như ngũ cốc, đường...; lit, m<sup>3</sup> đối với các loại hàng như gỗ, chất lỏng... và các loại hàng hóa khác cần phải được xác định bằng thể tích; đối với một số loại hàng có thể sử dụng đơn vị tính như: bao nhiêu cái, bao nhiêu chiếc, bao nhiêu kiện...

Theo nguyên tắc, số lượng của hàng hóa có thể được xác định bởi một số liệu cụ thể hoặc có thể được quy định trong một giới hạn. Ví dụ, so lượng gạo là đối tượng của việc mua bán là 10.000 tấn ± 2%. Do tính chất của một số loại hàng hóa nên cần phải quy định tỷ lệ dung sai, như đối với hàng hóa có sự bốc hơi hay có sự thay đổi độ ẩm.

Ngoài ra, các bên cần phải thỏa thuận rõ là có hay không tính trọng lượng của bao bì vào khối lượng của hàng hóa. Trong thực tiễn mua bán hàng hóa quốc tế bao giờ cũng nói rõ hai loại trọng lượng: trọng lượng cả bì và trọng lượng tịnh.

### *3. Chất lượng của hàng hóa*

Đây là điều khoản quan trọng nhất của mọi hợp đồng mua bán hàng hóa, đặc biệt là mua bán quốc tế. Điều khoản về chất lượng của hàng hóa là thỏa thuận của các bên liên quan đến việc xác định chất lượng và cách thức kiểm tra chất lượng của hàng hóa. Thông thường trong điều khoản này cần phải quy định cụ thể:

Thứ nhất, những yếu tố chủ yếu về quy cách, phẩm chất của hàng hóa và phương pháp xác định. Trong thực tiễn mua bán hàng hóa quốc tế có nhiều cách xác định chất lượng của hàng hóa:

+ Chất lượng được xác định theo mẫu hàng. Theo cách này chất lượng của hàng được xác định theo mẫu do người bán đưa ra trước đó. Xác định chất lượng theo cách này thường áp dụng đối với các loại hàng đặc thù không có một tiêu chuẩn quốc tế thống nhất hay không thể mô tả được. Ví dụ, như hàng thủ công mỹ nghệ.

+ Chất lượng được xác định theo tiêu chuẩn của các cơ quan có thẩm quyền cho loại hàng hóa nhất định, như tiêu chuẩn về kích thước, công suất, phương pháp sản xuất, ví dụ, theo tiêu chuẩn của VINACONTROL.

+ Chất lượng được xác định theo quy cách của hàng hóa hay tài liệu kỹ thuật, ví dụ, theo sơ đồ bản vẽ, bản thuyết trình về tính năng, tác dụng của hàng hóa.

Pháp luật của các nước, kể cả của nước ta và các văn bản pháp luật quốc tế về thương mại không quy định rõ các cách thức xác định chất lượng của hàng hóa mà chỉ quy định chung rằng, chất lượng của hàng hóa phải thích hợp cho những mục đích mà hàng hóa cùng loại, cùng quy cách thường được sử dụng (Mục 2 Điều 35 Công ước Viên 1980; Khoản 2 Điều 60 Luật Thương mại Việt Nam).

Thứ hai, nghĩa vụ của các bên trong việc xác định thời gian, địa điểm và cách thức kiểm tra chất lượng. Thông thường địa điểm kiểm tra chất lượng của hàng hóa do các bên tự thỏa thuận có tính đến tính chất của từng loại hàng và điều kiện giao hàng. Hàng hóa có thể được kiểm tra toàn bộ hay một phần theo xác suất tùy theo tính chất của hàng hóa. Đối với hàng không đặc định thường kiểm tra theo xác suất (gạo, đường, hàng may mặc...), đối với hàng đặc định thì kiểm tra toàn bộ. Các bên có thể thuê các cơ quan chức năng hay các giám định viên thực hiện việc kiểm tra chất lượng của hàng hóa.

*"Một doanh nghiệp trong ngành sản xuất thuốc bảo vệ thực vật vừa tìm đến một hãng luật của Mỹ nhờ kiện đòi lại 70.000 USD từ một công ty Singapore. Trước đó, doanh nghiệp này ký hợp đồng nhập thiết bị nhưng hợp*

*đồng không mô tả chi tiết hàng hoá và tiêu chuẩn kỹ thuật, ngoài một số quy định chung chung về điều kiện giao hàng, đời máy, màu sắc... Hàng về đến cảng, đối tác nhận tiền xong chủ doanh nghiệp mới tá hoả là thiết bị giao về không đúng như ý muốn..."*<sup>96</sup>.

#### **4. Thời gian, địa điểm giao hàng**

Đây là điều khoản quan trọng của hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế bởi vì nó liên quan đến một số quyền và nghĩa vụ của các bên, thời điểm chuyển quyền sở hữu và rủi ro, liên quan đến giá cả của hàng hóa.

Khi thỏa thuận điều kiện giao hàng các bên thường sử dụng các thuật ngữ thương mại của INCOTERMS mà công bố mới nhất là INCOTERMS năm 2000. INCOTERMS là tập quán thương mại quốc tế, nó chỉ có hiệu lực áp dụng khi được sự đồng ý của các bên, tức là được các bên quy định trong hợp đồng.

Thông thường, điều kiện giao hàng phụ thuộc phần lớn vào khả năng của người bán. Đối với những người có khả năng tài chính dồi dào, có nhiều kinh nghiệm trên thương trường thì giao hàng với điều kiện CIF và mua hàng với điều kiện FOB. Với thương nhân của Việt Nam thì ngược lại, mua CIF, bán FOB.

Theo đánh giá của các công ty bảo hiểm Việt Nam thì năm 2003 chỉ có 15% khối lượng hàng xuất nhập khẩu mua bảo hiểm hàng hóa tại Việt Nam, lý do là các công ty của Việt Nam thường bán hàng theo điều kiện FOB nên không có nghĩa vụ phải mua bảo hiểm, và mua hàng thường theo điều kiện CIF thì bảo hiểm hàng hóa đã được người bán ở nước ngoài mua.

Việc quy định địa điểm giao hàng có ý nghĩa hết sức quan trọng không những về mặt pháp lý mà còn trong khía cạnh thương mại bởi trong hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế chi phí vận chuyển trong nhiều trường hợp chiếm 40-50% giá trị của hàng hoá. Thông thường địa điểm giao hàng do các bên quy định trong hợp đồng bằng cách lựa chọn điều kiện giao hàng theo INCOTERMS.

#### **5. Giá cả**

Giá cả cần phải được xác định trên cơ sở giá quốc tế và xuất phát từ điều kiện giao hàng. Thông thường giá hàng được thể hiện bằng một loại ngoại tệ mạnh như USD của Hoa Kỳ hay đồng EURO của châu Âu. Theo nguyên tắc, giá cả cần phải được quy định rõ, đúng và chính xác. Trong nhiều trường hợp

<sup>96</sup> Xem: "Đi tìm lá chắn pháp lý" của tác giả Nhu Hằng, Báo Tuổi trẻ, thứ năm, ngày 5-5-2005.

người mua yêu cầu người bán ghi giá ít hơn giá thực tế để trốn thuế nhập khẩu ở nước mình, hoặc ngược lại để tránh việc kiểm soát ngoại tệ của nước mình, người mua cũng có thể yêu cầu người bán ghi giá cao hơn giá thực tế để chuyển phần chênh lệch vào tài khoản của người mua ở nước ngoài.

Mặc dù pháp luật Việt Nam chưa có quy định về hậu quả pháp lý của việc hạ thấp hay nâng cao giá ghi trong hợp đồng so với giá thực tế được các bên thỏa thuận, tuy nhiên trong thực tiễn thương mại quốc tế, việc trong hợp đồng ghi giá không đúng với thực tế thường dẫn đến việc hợp đồng không có hiệu lực pháp lý.

### 6. Thanh toán

Trước hết tôi muốn nói rằng, quy định của Điều 50.5 Luật Thương mại là rất không hợp lý, bởi vì phương thức thanh toán chỉ là một trong ba nội dung của điều kiện thanh toán trong hợp đồng.

Điều kiện thanh toán trong hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế bao gồm phương thức, thời hạn, địa điểm thanh toán. Hai phương thức thanh toán thường được sử dụng trong hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế, đó là: Phương thức nhờ thu (Collection of payment) và phương thức tín dụng chứng từ (Documentary Credits hay Letter of Credits), còn phương thức chuyển tiền (TT-Telegraphic Transfer) ít được áp dụng bởi có nhiều rủi ro cho người bán cũng như cho người mua.

Thời hạn thanh toán cần phải được quy định hết sức rõ ràng và chặt chẽ trong hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế. Theo nguyên tắc, thời hạn thanh toán phải được xác định bởi một khoảng thời gian cụ thể, rõ ràng, ví dụ: người mua phải có nghĩa vụ thanh toán trong khoảng thời gian 20 ngày làm việc của ngân hàng tính từ ngày hàng được giao cho người vận chuyển. Trong một hợp đồng mua bán hàng thủy sản giữa một công ty ở Khánh Hòa với một công ty khác ở Singapore, điều khoản thanh toán quy định rằng, người mua phải thanh toán cho người bán bằng phương thức TT (Telegraphic Transfer) sau 3 ngày tính từ ngày hàng đến cảng. Rõ ràng điều kiện thanh toán này hoàn toàn bất lợi cho người bán: Thứ nhất là người bán đã chọn phương thức thanh toán có nhiều rủi ro cho mình; Thứ hai là thời hạn thanh toán được quy định không rõ ràng. Theo điều khoản này thì rõ ràng và cụ thể nhất đó là trong khoảng thời gian 3 ngày sau khi hàng cập cảng, việc thanh toán không thể xảy ra mà việc thanh toán chỉ được thực hiện khi hết thời hạn 3 ngày đó nhưng vào chính ngày nào thì không thể xác định được.

Để tránh những rủi ro đáng tiếc, khi thỏa thuận thời hạn thanh toán không bao giờ sử dụng từ "sau", mà trong mọi trường hợp cần phải xác định thời hạn thanh toán bằng cách thỏa thuận: "thanh toán trước thời điểm..." hoặc "thanh toán trong khoảng thời gian từ... đến...".

Thực tiễn mua bán hàng hoá quốc tế ở Việt Nam chúng ta cho thấy rằng, nhiều tranh chấp phát sinh từ hợp đồng, trong đó doanh nghiệp Việt Nam là người bán, đều có chung nguyên nhân là doanh nghiệp Việt Nam chúng ta không sử dụng phương thức thanh toán bằng tín dụng chứng từ. Những trường hợp đó đều có chung một kịch bản: ban đầu người mua ở nước ngoài mua những lô hàng có giá trị nhỏ, thanh toán bằng tín dụng chứng từ và bao giờ cũng thanh toán đầy đủ, đúng thời hạn. Sau khi đã tạo được niềm tin đối với người bán ở Việt Nam thì ký hợp đồng giá trị lớn hơn và đề nghị cho sử dụng phương thức thanh toán khác mềm dẻo hơn (trả chậm, D/A chẳng hạn).

### 7. *Bao bì, đóng gói*

Đối với mỗi loại hàng hóa đòi hỏi phải có một loại bao bì hoặc được đóng gói phù hợp bởi vì bao bì và quy cách đóng gói ảnh hưởng đến chất lượng và nhiều khi đến cả giá cả của hàng hóa, đặc biệt là trong hợp đồng mua bán quốc tế. Trong trường hợp hợp đồng không có quy định khác, người bán có nghĩa vụ đóng gói bằng cách nào để hàng đến nơi an toàn cũng như có thể dễ dàng xếp dỡ trong thời gian quá cảnh hay tại điểm đến<sup>97</sup> (Khoản 3 Điều 60 Luật Thương mại Việt Nam).

Trong một số trường hợp người mua có thể từ chối nhận hàng nếu chúng không được đóng gói phù hợp với chỉ dẫn hay tập quán thương mại. Việc giao hàng trong bao bì hay được đóng gói phù hợp đối với người mua có ý nghĩa quan trọng, nhất là dưới góc độ kinh tế. Bao bì, đóng gói phải phù hợp với những yêu cầu của pháp luật hiện hành của quốc gia người mua. Ở một số nước, có một số loại bao bì bị cấm hay hạn chế sử dụng. Hiện nay ở nhiều nước việc gắn nhãn hiệu lên bao bì được quy định một cách nghiêm ngặt. Trong trường hợp có nghi ngờ thì người bán phải tham khảo trước với người mua.

### 7. *Trách nhiệm do vi phạm hợp đồng*

Trong điều khoản này, các bên có thể thỏa thuận mức phạt do chậm thực hiện nghĩa vụ. Trong hợp đồng thương mại quốc tế nói chung, bên không thực hiện hoặc thực hiện không đúng nghĩa vụ phải chịu trách nhiệm bồi thường thiệt hại nếu không chứng minh được việc không thực hiện hoặc thực hiện

<sup>97</sup> Mục 20 – Các điều kiện giao hàng chung của khối SEV 1968/1975 quy định cụ thể những yêu cầu đối với bao bì, đóng gói của hàng hóa, cụ thể: Nếu trong hợp đồng không có quy định đặc biệt đối với bao bì, người bán phải giao hàng trong loại bao bì được sử dụng cho xuất khẩu tại nước người bán, bao bì phải bảo quản được hàng hóa trong quá trình vận chuyển cũng như trong trường hợp có thể chuyển tài trong điều kiện bốc dỡ bình thường. Trong mọi trường hợp phải tính đến thời gian và phương tiện vận chuyển.

không đúng nghĩa vụ do các trường hợp bất khả kháng gây ra. Vì vậy, trong điều khoản này các bên thường thỏa thuận các trường hợp miễn trừ trách nhiệm.

Trong hợp đồng mua bán hàng hoá quốc tế các bên đừng bao giờ quyên đưa vào hợp đồng điều khoản "Trách nhiệm sản phẩm". Điều khoản này xác định ai là người phải chịu trách nhiệm trong trường hợp hàng hoá vi có khuyết tật mà gây thiệt hại cho người khác. Thông thường trong những trường hợp nói trên thì nhà sản xuất phải chịu trách nhiệm bồi thường.

#### *8. Trách nhiệm đối với sản phẩm*

Hiện nay, trong thế giới hiện đại khi mà hầu hết các nước, đặc biệt là các nước phát triển dành sự quan tâm đặc biệt đến thương mại công bằng, đến sức khoẻ của con người thi luật pháp có khuynh hướng hướng đến sự điều chỉnh những quan hệ phát sinh từ chất lượng của sản phẩm, tức là xác định trách nhiệm của người bán hay của người mua trong trường hợp hàng hoá, do những khuyết tật của mình đã gây ra thiệt hại cho người khác. Về vấn đề này, có thể nói pháp luật của Việt Nam nói chung, các quy định của pháp luật về hợp đồng nói riêng chưa có sự điều chỉnh. Vì vậy để tránh những rủi ro đáng tiếc các doanh nghiệp Việt Nam chúng ta khi ký kết hợp đồng mua bán hàng hoá quốc tế cần phải có sự thỏa thuận trước trong hợp đồng về việc phân chia trách nhiệm.

#### *9. Luật áp dụng cho hợp đồng*

Điều khoản này là điều khoản đặc trưng của Hợp đồng thương mại quốc tế nói chung và của hợp đồng mua bán hàng hóa nói riêng. Các bên có thể tự thỏa thuận luật áp dụng cho hợp đồng. Theo nguyên tắc, nếu các quốc gia của các bên không tham gia các điều ước quốc tế điều chỉnh hợp đồng thì luật áp dụng có thể là luật quốc gia của người bán, của người mua. Trong trường hợp các quy phạm điều chỉnh hợp đồng mua bán hàng hóa ngoại thương luật quốc gia của các bên có nhiều quy định xung đột thì các bên có thể áp dụng luật của nước thứ ba.

#### *10. Giải quyết tranh chấp (trọng tài)*

Ở điều khoản này, các bên thỏa thuận thủ tục giải quyết tranh chấp phát sinh trong quá trình thực hiện hợp đồng. Các bên cũng thỏa thuận và thống nhất tòa án hay trọng tài thương mại của nước nào giải quyết tranh chấp trong trường hợp các bên không thể giải quyết bằng con đường thương lượng. Hiện nay, Việt Nam đã có trọng tài thương mại và đã tham gia Công ước New York 1958 về việc công nhận phán quyết của trọng tài, vì vậy các doanh nghiệp của chúng ta nên chọn Trung tâm trọng tài thương mại quốc tế Việt Nam tại thành phố Hồ Chí Minh.

Ngoài các nội dung nói trên, trong hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế các bên có thể thỏa thuận thêm những nội dung khác, tuy nhiên các điều khoản đó không được trái với quy định của điều ước quốc tế, luật quốc gia của người bán và người mua, cụ thể là pháp luật Việt Nam về thương mại.

## 2.2. Quyền và nghĩa vụ của các bên

Cũng như tất cả các hợp đồng mua bán hàng hóa khác, hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế được thực hiện thông qua việc các bên thực hiện nghĩa vụ của mình được quy định trong hợp đồng. Nghĩa vụ của các bên trong hợp đồng được xác định trên cơ sở các điều khoản do chính các bên thỏa thuận, trong trường hợp không có sự thỏa thuận thì nghĩa vụ của họ được xác định dựa trên cơ sở luật áp dụng.

### 2.2.1. Nghĩa vụ của người bán

#### a. Nghĩa vụ giao hàng

Cũng như trong hợp đồng mua bán hàng hóa nội địa, trong hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế, một trong những nghĩa vụ cơ bản của người bán là nghĩa vụ giao hàng. Nghĩa vụ này, theo thông lệ quốc tế, đồng thời cũng được coi là nghĩa vụ chính của hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế. Có thể nói rằng, khác với Luật Thương mại 1997, Luật thương mại Việt Nam 2005 có sự quy định chi tiết, rõ ràng hơn về nghĩa vụ giao hàng của người bán. Có thể nói rằng các quy định của Luật Thương mại Việt Nam 2005 được xây dựng, trong một mức độ nhất định phù hợp với pháp luật quốc tế về thương mại, cụ thể là Công ước Viên 1980 về hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế.

Theo nguyên tắc, hàng hóa phải phù hợp với quy định của hợp đồng về số lượng, chất lượng, cách thức đóng gói, bảo quản và các quy định khác trong hợp đồng. Trong trường hợp hợp đồng không có quy định cụ thể, hàng hóa được coi là không phù hợp với điều kiện của hợp đồng (Điều 35 Công ước Viên, Điều 39 Luật Thương mại Việt Nam 2005) nếu:

1- Không thích hợp cho các mục đích sử dụng mà hàng hóa cùng chủng loại thường đáp ứng cho mục đích đó. Hay nói cách khác, chất lượng của hàng hóa được giao kém chất lượng trung bình của hàng hóa cùng chủng loại được lưu thông trên thị trường tại thời điểm giao hàng.

2- Hàng hóa không thích hợp cho bất kỳ mục đích cụ thể nào mà người bán đã trực tiếp hoặc gián tiếp biết được trong thời gian ký kết hợp đồng;

3- Hàng hóa không có tính chất của mẫu mã và kiểu dáng mà người bán đã cung cấp cho người mua khi ký kết hợp đồng. Ví dụ, người bán giới thiệu cho người mua một loại máy vi tính có những tính năng mà người mua thích và

người mua đã ký kết với người bán một hợp đồng mua một lô hàng máy này. Nhưng khi nhận hàng, người mua phát hiện rằng chất lượng của máy tính ở lô hàng này kém hơn chất lượng máy tính mẫu được người bán giới thiệu.

4- Hàng hóa không được đóng gói bằng loại bao bì theo cách thông thường của hàng cùng loại, hoặc nếu không có cách thông thường thì bằng cách thích hợp để giữ gìn và bảo vệ. Ví dụ, nếu hàng hóa là máy tính thì phải được để vào hộp xốp sau đó đặt vào hộp carton.

Theo quy định của pháp luật nói chung, nếu hàng hóa không thoả mãn một trong những yêu cầu trên thì người mua có quyền yêu cầu người bán chịu trách nhiệm. Tuy nhiên, theo Khoản Điều 35.3 Công ước Viên 1980, Điều 40.1 Luật Thương mại 2005, Điều 444.3 Bộ luật dân sự 2005 người bán không chịu trách nhiệm do hàng hóa không phù hợp với điều kiện hợp đồng (4 trường hợp được nêu và phân tích ở trên) nếu người mua đã biết hoặc không thể không biết sự không phù hợp của hàng hóa ở thời điểm ký kết hợp đồng<sup>98</sup>.

*b. Người bán phải giao hàng đúng địa điểm và đúng thời hạn.*

Người bán phải có nghĩa vụ giao hàng trực tiếp cho người mua hay đại diện của người mua. Nếu hợp đồng mua bán quy định cả việc vận chuyển hàng hóa thì người bán phải giao hàng cho người vận chuyển đầu tiên để chuyển giao cho người mua. Ví dụ, hợp đồng mua bán gạo theo điều kiện FOB Tân Cảng (INCOTERMS 2000) thì nghĩa vụ của người bán coi như được hoàn thành khi người bán xếp hàng lên boong tàu ở Tân Cảng.

Trong trường hợp hợp đồng không quy định sự tham gia của người vận chuyển (giao hàng tại kho của người bán) và đối tượng mua bán của hàng hóa là vật đặc định hoặc là hàng đồng loại phải được trích ra từ một khối lượng chung xác định hay phải được chế tạo, sản xuất thì người bán có nghĩa vụ phải đặt hàng hóa dưới sự định đoạt, kiểm soát của người mua. Ví dụ theo hợp đồng mua bán cà phê nguyên liệu với điều kiện giao hàng tại kho của người bán thì người bán phải đặt dưới quyền định đoạt của người mua số lượng hàng theo điều kiện của hợp đồng. Mục 3 Điều 31 Công ước Viên 1980, Điều 35.2 (d) Luật Thương mại 2005 còn quy định, trong những trường hợp không có thoả thuận về địa điểm giao hàng thì, người bán có nghĩa vụ đặt hàng dưới sự kiểm soát, định đoạt của người mua tại nơi mà người bán có trụ sở thương mại vào thời điểm ký kết hợp đồng.

Hàng hóa phải được giao đúng thời hạn được quy định trong hợp đồng. Quy định này vừa có ý nghĩa pháp lý vừa có ý nghĩa thương mại hết sức quan trọng bởi vì trong hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế, thời điểm giao hàng

<sup>98</sup> Quy định này không tìm thấy trong Luật Thương mại 1997.

liên quan mật thiết đến vận chuyển hàng. Ví dụ, theo hợp đồng mua bán hàng hóa và điều kiện giao hàng FOB Tân Cảng, đến thời hạn người mua cho tàu đến nhận hàng nhưng người bán chưa tập kết hoặc tập kết chưa đủ hàng, hoặc không đảm bảo tiến độ bốc hàng lên tàu được quy định (ví dụ hợp đồng quy định thời hạn bốc hàng lên tàu là 15 ngày nhưng thời gian bốc hàng thực tế là 20 ngày) thì người bán phải chịu trách nhiệm bồi thường thiệt hại do lưu tàu.

Thông thường thời điểm giao hàng do các bên thỏa thuận trong hợp đồng. Nếu trong hợp đồng các bên chỉ thỏa thuận thời hạn mà không thỏa thuận thời điểm giao hàng thì hàng hóa được giao trong mọi thời điểm trong thời hạn đó. Trong trường hợp này vì lợi ích của cả người bán và của cả người mua pháp luật yêu cầu người bán phải có nghĩa vụ thông báo trước cho bên mua về thời điểm giao hàng (Điều 37.2 Luật thương mại 2005). Khi xem xét trường hợp này một câu hỏi có thể đặt ra là cần có sự chấp thuận của người mua khi được thông báo hay không? Luật Thương mại 2005 không quy định. Như vậy có thể ngầm hiểu rằng, người bán chỉ có nghĩa vụ thông báo về thời điểm giao hàng và sau khi đã thông báo họ có quyền giao hàng mà không cần phải có sự chấp thuận của người mua. Điều này đáng phải suy nghĩ, bởi vì trong nhiều trường hợp khi nhận được thông báo người mua chưa có sự chuẩn bị để tiếp nhận hàng hóa.

Khi nói đến thời hạn giao hàng, một trong những quy định có thể nói là mới của Luật thương mại thể hiện ở chỗ, trong trường hợp các bên không thỏa thuận thời hạn giao hàng thì người bán phải có nghĩa vụ giao hàng trong một thời hạn hợp lý sau khi ký kết hợp đồng. Quy định này chứng tỏ những người soạn thảo Luật Thương mại 2005 đã có sự tham khảo pháp luật quốc tế về thương mại<sup>99</sup>. Việc xác định thời hạn hợp lý phụ thuộc vào hoàn cảnh, điều kiện ký kết hợp đồng cũng như tính chất của hàng hóa.

#### c: Nghĩa vụ bảo đảm quyền sở hữu đối với quyền sở hữu trí tuệ đối với hàng hóa

Người bán có nghĩa vụ bảo đảm quyền sở hữu của người mua đối với hàng hóa đã bán để người mua không bị người thứ ba tranh chấp (Điều 45 Luật Thương mại 2005, Điều 443 Bộ luật Dân sự 2005, Điều 41 Công ước Viên 1980). Như vậy, người bán không những có nghĩa vụ giao hàng và chứng từ liên quan đến hàng hóa, bảo đảm hàng hóa phải phù hợp với các điều kiện của hợp đồng mà còn phải bảo đảm hàng được giao không bị người thứ ba tranh chấp liên quan đến quyền sở hữu, trừ trường hợp người mua đồng ý nhận hàng đang có sự tranh chấp đó.

<sup>99</sup> Xem thêm: Điều 33, mục C Công ước Viên 1980 về hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế.

Sự tranh chấp của người thứ ba ở đây có thể là: thứ nhất, chủ sở hữu thực tế của hàng hoá; thứ hai, hàng hoá không hợp pháp, ví dụ, hàng hoá nằm dưới sự kiểm soát của ngân hàng tại thời điểm mua bán hay hàng hoá do phạm tội mà có...; thứ ba, việc chuyển giao hàng hoá phải hợp pháp.

Nghĩa vụ giao hàng cho người mua không bị người thứ ba tranh chấp liên quan đến quyền sở hữu có hai yếu tố nội hàm: thứ nhất, người bán có nghĩa vụ phải thông báo cho người mua biết việc hàng hóa là đối tượng của hợp đồng đang bị người thứ ba tranh chấp; thứ hai, có nghĩa vụ phải áp dụng những biện pháp cần thiết để loại bỏ sự tranh chấp đó nếu người mua không đồng ý nhận hàng.

Người bán không những phải có nghĩa vụ bảo đảm quyền sở hữu mà còn phải có nghĩa vụ bảo đảm quyền sở hữu tri tuệ đối với hàng hóa cho người mua. Luật Thương mại Việt Nam 1997 không điều chỉnh mối quan hệ pháp lý giữa người bán và người mua khi có sự tranh chấp của người thứ ba liên quan đến quyền sở hữu tri tuệ đối với hàng hóa. Sự hạn chế này được khắc phục trong Luật Thương mại 2005. Có thể nói rằng sự thay đổi này không những thể hiện được sự tương thích của pháp luật Việt Nam với luật pháp quốc tế về thương mại mà còn đáp ứng được nhu cầu và phù hợp với thực tiễn hoạt động thương mại ở nước ta. Đặc biệt khi chúng ta tham gia vào Tổ chức thương mại thế giới.

Điều 46 Luật Thương mại Việt Nam 2005, Điều 42 Công ước Viên 1980 quy định, người bán có nghĩa vụ giao hàng không bị ràng buộc bởi bất kỳ quyền hạn nào của người thứ ba trên cơ sở sở hữu công nghiệp hoặc sở hữu trí tuệ khác mà người bán đã biết hoặc không thể không biết vào thời điểm ký kết hợp đồng, với điều kiện nếu các quyền hạn đó được hình thành trên cơ sở sở hữu công nghiệp hoặc sở hữu trí tuệ khác. Quyền hạn của người thứ ba đối với hàng hóa trên cơ sở sở hữu công nghiệp có thể có trong trường hợp sau, ví dụ Công ty A ở quốc gia X bán cho công ty B ở Việt Nam một lô hàng xe máy, hiệu @ chẵng hạn, tại thời điểm ký kết hợp đồng Công ty A nói rằng hàng này được sản xuất trên cơ sở công nghệ của công ty HONDA Nhật Bản được Công ty HONDA Nhật Bản chuyển giao cho Công ty A trên cơ sở hợp đồng Lixiang. Khi tiêu thụ lô hàng xe máy này trên lãnh thổ của Việt Nam, Công ty B bị HONDA Nhật Bản khiếu kiện vì lý do: thứ nhất, HONDA Nhật Bản không cấp giấy phép cho một công ty nào ở quốc gia X sản xuất loại xe máy hiệu @ này, như vậy rõ ràng việc sản xuất và tiêu thụ vi phạm quyền sở hữu công nghiệp theo quy định của Công ước Paris về bảo hộ quyền sở hữu công nghiệp; thứ hai, Công ty HONDA Nhật Bản đã đăng ký thương hiệu xe máy hiệu @ tại Cục Sở hữu Công nghiệp thuộc Bộ Khoa học và Công nghệ của Chính phủ Việt Nam.

Tuy nhiên người bán sẽ không chịu trách nhiệm nếu:

*Thứ nhất*, người mua đã biết hoặc không thể không biết về các tranh chấp nói trên tại thời điểm ký kết hợp đồng, ví dụ, tại thời điểm ký kết hợp đồng, công ty B của Việt Nam đã biết hoặc không thể không biết công ty A sản xuất xe máy @không có sự cho phép của HONDA Nhật Bản.

*Thứ hai*, sự tranh chấp đó bắt nguồn từ việc người bán đã tuân theo các bản thiết kế kỹ thuật, hình vẽ, công thức hay những số liệu cơ sở do người mua cung cấp (Điểm b, Khoản 2 Điều 42 Công ước Viên 1980). Ví dụ, một loại máy móc thiết bị đã được đăng ký sở hữu công nghiệp ở Việt Nam và có một thương nhân nào đó lấy mẫu mã và những số liệu của máy móc này mang sang một nước khác đặt hàng, trong trường hợp này rõ ràng người bán - người sản xuất sẽ không chịu trách nhiệm nếu ở Việt Nam người mua bị kiện vì tiêu thụ hàng hóa do họ sản xuất và bán.

Việc người bán vi phạm nghĩa vụ bảo đảm quyền sở hữu và quyền sở hữu trí tuệ đối với hàng hóa chỉ cho phép người mua quyền khiếu kiện, còn việc người mua có thực hiện được quyền khiếu kiện của mình hay không, điều này còn phụ thuộc vào một số điều kiện do luật định. Điều 47 Luật Thương mại 2005, Điều 443 Công ước Viên 1980 quy định, trong trường hợp hàng hóa có tranh chấp của người thứ ba, nếu người mua không thông báo ngay hay trong một thời hạn hợp lý với người bán tính chất của tranh chấp (quyền hay yêu sách của thứ ba) kể từ thời điểm người mua đã biết hay đáng lẽ ra phải biết về những quyền hay yêu sách đó, thì người bán sẽ không chịu trách nhiệm. Ở đây có thể nhận thấy một điều là Luật Thương mại yêu cầu phải thông báo ngay, còn Công ước Viên yêu cầu phải thông báo trong một thời hạn hợp lý. Chúng tôi cho rằng quy định của Công ước Viên 1980 là phù hợp và bảo vệ được quyền lợi của người mua ở một mức độ cao hơn, bởi vì trong thực tiễn không phải bao giờ người mua cũng có khả năng thông báo ngay cho người bán vì những lý do khác nhau, ví dụ nghẽn điện thoại chẳng hạn. Thời hạn hợp lý theo quy định của Công ước Viên được xác định phụ thuộc vào tính chất của tranh chấp cũng như thực tế của giao dịch thương mại cụ thể và các hoàn cảnh thực tế.

Tuy nhiên nếu người bán tại thời điểm ký kết hợp đồng đã biết hay không thể không biết về những tranh chấp đó mà không thông báo cho người mua thì phải chịu trách nhiệm ngay cả khi người mua không thông báo cho người bán trong thời hạn hợp lý nói trên. Đây là một trong những quy định mới của Luật Thương mại 2005 so với Luật Thương mại 1997.

*d. Nghĩa vụ giao chứng từ liên quan đến hàng hóa*

Chứng từ liên quan đến hàng hóa theo hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế bao gồm: Vận đơn, hóa đơn thương mại (Commercial Invoice); chứng từ

đóng gói (packing list); xuất xứ hàng hóa (Certificate of Origin), trong đó xuất xứ hàng hóa là chứng từ hết sức quan trọng bởi nó có ý nghĩa cho xác định thuế khi người mua làm thủ tục nhập khẩu (liên quan đến ưu đãi thuế quan). Trong một số trường hợp, ví dụ hợp đồng theo điều kiện CIF thì người bán có nghĩa vụ phải giao chứng từ bảo hiểm hàng hóa và chứng nhận chất lượng hàng hóa cho người mua. Trong trường hợp hàng hóa là hàng nông sản, thực phẩm thì chứng nhận khử trùng và chứng nhận kiểm dịch thực vật, vệ sinh dịch tễ hết sức quan trọng. Ở các nước phát triển Tây Âu, Hoa Kỳ và Nhật... các loại chứng từ nói trên lại càng có ý nghĩa đặc biệt quan trọng. Trong nhiều trường hợp biên bản giám định hàng hóa tại thời điểm giao hàng cũng được coi là một trong những chứng từ quan trọng mà người bán phải có nghĩa vụ giao cho người mua.

Ngoài những nghĩa vụ cơ bản nói trên, trong trường hợp hợp đồng mua bán hàng hóa quy định người mua hoặc đại diện của người mua kiểm tra chất lượng của hàng hóa trước khi giao hàng thì người bán có nghĩa vụ phải bảo đảm cho người mua hoặc đại diện của người mua tham gia kiểm tra hàng hóa (Điều 44 Luật Thương mại Việt Nam).

### **2.2.2. Nghĩa vụ của người mua**

Cũng như trong các hợp đồng mua bán hàng hóa thông thường khác, trong hợp đồng mua bán hàng quốc tế bên mua có nghĩa vụ thanh toán và nhận hàng theo thoả thuận trong hợp đồng.

#### **a. Nghĩa vụ thanh toán**

Người mua có nghĩa vụ thanh toán cho người bán theo thời hạn được hợp đồng quy định, tức là phải áp dụng các biện pháp và tuân thủ các thủ tục được hợp đồng hay luật pháp quy định để thực hiện thanh toán. Thông thường, các bên tự thỏa thuận tất cả các điều kiện của việc thanh toán như: phương thức thanh toán, phương tiện thanh toán, địa điểm, thời hạn thanh toán, trong trường hợp không có sự thỏa thuận của các bên về điều kiện thanh toán trong hợp đồng thì sẽ áp dụng các quy phạm pháp luật lựa chọn.

Khi xem xét nghĩa vụ thanh toán của người mua theo hợp đồng mua bán hàng hóa có thể nhận thấy rằng, Luật Thương mại 2005 có một quy định hết sức mới, quy định này được xây dựng trên cơ sở có sự tham khảo Công ước Viễn 1980 (Khoản 3 Điều 58). Điều 55.2 quy định rằng, người mua không có nghĩa vụ thanh toán tiền hàng trước khi họ có thể kiểm tra hàng hóa, trừ trường hợp phương thức giao hàng hay thanh toán do các bên thỏa thuận không cho phép người mua kiểm tra hàng trước khi thanh toán. Ví dụ hợp đồng mua bán với điều kiện giao hàng FOB cảng Sài Gòn có quy định rằng: Người bán giao chứng từ liên quan đến hàng hóa cho người mua (vận đơn,

các loại giấy chứng nhận chất lượng...) và có nghĩa vụ mời người mua kiểm tra chất lượng trước khi hàng được xếp lên tàu. Tuy nhiên, người mua đã không thể kiểm tra hàng hóa do lỗi của người bán. Như vậy, trong trường hợp này người mua có quyền chưa thanh toán cho đến khi họ có thể kiểm tra được chất lượng của hàng tại cảng đến.

Một trong những vấn đề mới được đưa vào Luật Thương mại 2005 đó là quyền ngừng thanh toán tiền mua hàng. Điều 51 Luật Thương mại 2005 quy định rằng, nếu trong hợp đồng không có thoả thuận khác thì người mua có quyền tạm ngừng việc thanh toán trong những trường hợp: thứ nhất, bên mua có bằng chứng về việc bên bán lừa dối (1); thứ hai, bên mua có bằng chứng về việc hàng hoá đang là đối tượng bị tranh chấp và tranh chấp đó chưa được giải quyết xong (2); thứ ba, bên mua có bằng chứng về việc bên bán đã giao hàng không phù hợp với hợp đồng và người bán chưa khắc phục xong sự không phù hợp đó (3). Có thể nhận thấy rằng, các quy định nói trên được xây dựng trên cơ sở nguyên tắc thiện chí và trung thực trong việc ký kết và thực hiện hợp đồng. Tuy nhiên một câu hỏi có thể được đặt ra khi xem xét quy định nói trên của Luật thương mại 2005, liệu quy định đó có giá trị pháp lý hay không khi các bên trong hợp đồng áp dụng phương thức thanh toán tín dụng chứng từ theo UCP 500. Chúng tôi cho rằng, nếu trong hợp đồng mua bán hàng hoá quốc tế, khi các bên thoả thuận phương thức thanh toán bằng tín dụng chứng từ và thoả thuận áp dụng UCP 500 thì các quy định nói trên không có giá trị pháp lý, bởi vì việc các bên thoả thuận áp dụng UCP 500 có thể hiểu rằng, giữa họ có sự thoả thuận ngầm sẽ không áp dụng quy định của pháp luật. Trong trường hợp các bên vừa thoả thuận áp dụng UCP 500, vừa thoả thuận các điều kiện tạm ngừng việc thanh toán thì rõ ràng các quy định của Điều 55 Luật thương mại vẫn có giá trị pháp lý.

Một vấn đề có thể được đặt ra trong thực tiễn thương mại nói chung, thực tiễn mua bán hàng hoá quốc tế nói riêng đó là, hậu quả pháp lý của những trường hợp, khi những căn cứ, trên cơ sở chúng người bán thực hiện việc tạm ngừng thanh toán, không có cơ sở xác thực. Có thể nói những người soạn thảo Luật thương mại 2005 đã có sự dự liệu trước cách giải quyết trong những trường hợp đó. Điều 55.4 Luật Thương mại 2005 quy định rằng, nếu bằng chứng mà bên mua đưa ra khi tạm ngừng thanh toán không xác thực, gây thiệt hại cho người bán thì bên mua phải bồi thường thiệt hại và phải chịu các chế tài khác theo quy định của pháp luật. Quy định này buộc người mua phải có sự cân nhắc, thận trọng khi thực hiện quyền tạm ngừng thanh toán.

Nói đến nghĩa vụ thanh toán của người mua không thể không nói đến những trường hợp, khi trong hợp đồng các bên không thoả thuận giá cả hay cách thức xác định giá của hàng hoá thì người mua phải thanh toán như thế

nào. Để giải quyết những trường hợp tương tự, Điều 52 Luật Thương mại 2005 quy định rằng, trong trường hợp không có thoả thuận về giá của hàng hoá hay không có thoả thuận về phương thức xác định giá và cũng không có bất kỳ sự chỉ dẫn nào khác về giá thì giá của hàng hoá được xác định theo giá của loại hàng hoá đó trong các điều kiện tương tự về hương thức giao hàng, thời điểm mua bán hàng hóa, thị trường địa lý, phương thức thanh toán và các điều kiện khác có ảnh hưởng đến giá. Chúng tôi cho rằng quy định này được xây dựng để thay thế cho việc luật quy định các điều kiện thối thiển, trong đó có điều kiện giá cả, để hợp đồng có giá trị pháp lý<sup>100</sup>.

Pháp luật của nhiều nước cũng như pháp luật của Việt Nam quy định rằng, trong trường hợp không có sự thoả thuận khác thì việc thanh toán phải được thực hiện đồng thời với việc giao hàng hay giao chứng từ liên quan đến hàng hóa (Điều 1651 Bộ luật Dân sự Pháp, Điều 28 Luật bán hàng hóa của Anh năm 1979, Điều 2-310 Bộ luật Thương mại Thống nhất Hoa Kỳ, Điều 58 Công ước Viên 1980, Điều 50 Luật thương mại Việt Nam)..

Trong trường hợp hợp đồng không quy định thời hạn thanh toán, thì người mua có nghĩa vụ thanh toán khi người bán đã đặt hàng hay chứng từ liên quan đến hàng hóa dưới sự định đoạt của người mua theo quy định của hợp đồng. Ví dụ, mặc dù hợp đồng không quy định thời hạn thanh toán nhưng người mua có nghĩa vụ phải thanh toán khi người bán đã giao hàng cho người vận chuyển. Ngoài ra, theo quy định Điều 50.3 Luật Thương mại Việt Nam người mua có nghĩa vụ phải thanh toán trong trường hợp hàng hóa bị mất mát, hư hỏng và sự mất mát, hư hỏng này xảy ra sau thời điểm chuyển quyền sở hữu trừ trường hợp mất mát, hư hỏng do lỗi của người bán.

Địa điểm thanh toán có ý nghĩa quan trọng bởi vì liên quan đến sự giám sát ngoại tệ từ phía nhà nước. Theo quy định của pháp luật Pháp (Điều 1651) và Hoa Kỳ (Điều 2-312 Bộ luật Thương mại thống nhất), thanh toán phải thực hiện tại địa điểm giao hàng, còn theo quy định của pháp luật Đức (Điều 270 Bộ luật Dân sự), Công ước Viên 1980 (Khoản 1 Điều 57), thanh toán phải được thực hiện ở nơi có trụ sở thương mại của người bán trong trường hợp không có sự thoả thuận khác.

Như vậy, trong trường hợp hợp đồng không quy định địa điểm thanh toán thì người mua phải thanh toán tại nơi có trụ sở thương mại của người bán, hoặc tại nơi giao hàng hoặc tại nơi giao chứng từ nếu việc trả tiền, giao hàng và chứng từ phải được tiến hành đồng thời. Trong trường hợp này, nếu người bán thay đổi trụ sở thương mại thì người bán phải chịu chi phí phát sinh liên

<sup>100</sup> Xem thêm: Điều 50 và Điều 81 Luật Thương mại 1997. Hợp đồng mua bán hàng hoá quốc tế thiếu một trong các nội dung cơ bản thì không có giá pháp lý.

quan đến việc thanh toán. Luật Thương mại Việt Nam hiện nay (Điều 54) đã tìm thấy được sự tương thích với pháp luật quốc tế về thương mại, chỉ khác nhau ở chỗ, Luật Thương mại Việt Nam không quy định, ai phải chịu chi phí phát sinh trong trường hợp người bán thay đổi trụ sở thương mại.

b. *Người mua có nghĩa vụ phải nhận hàng đúng thời hạn được quy định trong hợp đồng*, tức là phải thực hiện mọi hành vi để người bán có thể thực hiện giao hàng theo quy định của hợp đồng.

Nhu đã nói ở trên, hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế có mối quan hệ chặt chẽ đến các hợp đồng thương mại quốc tế khác, đặc biệt là hợp đồng vận tải hàng hoá, vì vậy việc người mua không tiếp nhận hay chậm tiếp nhận trong nhiều trường hợp gây ra hậu quả pháp lý hết sức nghiêm trọng. Ví dụ, theo điều kiện giao hàng DAF (Delivered at Frontier), người bán có nghĩa vụ giao hàng tại biên giới và phải chịu mọi rủi ro, phí tổn đến thời điểm hàng hóa được đặt dưới sự định đoạt của người mua. Nhưng người mua đã không thực hiện nghĩa vụ tiếp nhận hàng theo thời hạn do hợp đồng quy định. Việc chậm tiếp nhận hàng có thể dẫn đến những hậu quả pháp lý sau:

a) Người bán phải trả tiền lưu tàu;

b) Hàng hóa có thể hư hỏng trong thời gian lưu tàu (trong trường hợp này thật khó mà xác định hàng bị hỏng trên đường đi hay trong thời gian chờ tàu);

c) Trong thời gian chờ người mua nhận hàng có thể xảy ra trường hợp bất khả kháng, ví dụ người mua gạo là thương nhân của Iraq có nghĩa vụ phải tiếp nhận hàng vào ngày 16-3-2003 thế nhưng họ đã không thực hiện đúng nghĩa vụ của mình và ngày 18-3-2003 xảy ra chiến tranh.

Theo quy định của Điều 306 Bộ luật Dân sự Việt Nam, trong trường hợp này người mua phải chịu mọi phi tổn liên quan đến việc chậm tiếp nhận hàng và mọi rủi ro do hàng hóa mất mát hay hư hỏng trong kể từ thời điểm người mua phải thực hiện nghĩa vụ nhận hàng của mình theo quy định của hợp đồng.

c. *Ngoài hai nghĩa vụ cơ bản nói trên*, người mua còn có một số nghĩa vụ khác như kiểm tra chất lượng hàng hóa trước thời điểm giao hàng nếu trong hợp đồng có sự thỏa thuận của các bên (Điều 38 Công ước Viên 1980, Điều 44 Luật Thương mại 2005).

Ở đây có một số vấn đề mà chúng tôi cho là phải được chú ý:

- *Thứ nhất*, theo quy định của Điều 44.4 và Luật Thương mại Việt Nam, người bán không phải chịu trách nhiệm về những khiếm khuyết của hàng hóa mà bên mua đã biết hay không thể biết trong quá trình kiểm tra nhưng

không thông báo cho người bán biết trong một thời hạn hợp lý sau khi kiểm tra hàng hoá. Có thể nhận thấy quy định nói trên thể hiện sự thống nhất với quy định của Điều 40.1 Luật Thương mại. Hậu quả pháp lý của việc biết được khiếm khuyết của hàng hoá tại thời điểm giao kết hợp đồng và trong quá trình kiểm tra mà không thông báo là như nhau.

- *Thứ hai*, Điều 44.5 Luật Thương mại quy định, mặc dù có sự kiểm tra của bên mua nhưng bên bán phải chịu trách nhiệm về những khiếm khuyết của hàng hoá, nếu người mua không thể phát hiện được những khiếm khuyết đó trong quá trình kiểm tra bằng biện pháp thông thường và bên bán biết và không thể không biết về các khiếm khuyết đó nhưng không thông báo cho bên mua. Theo quy định của điều luật này, bên bán chỉ chịu trách nhiệm khi họ biết hay không thể không biết về những khiếm khuyết của hàng hoá, và hoàn toàn không phải chịu trách nhiệm nếu chứng minh được rằng, họ không biết và không thể biết được về những khiếm khuyết đó. Chúng tôi cho rằng, quy định này của Luật Thương mại là chưa đầy đủ.

- *Thứ ba*, theo qui định của Điều 47 Luật Thương mại 2005, nếu các bên có thỏa thuận thời hạn thông báo về sự không phù hợp của điều kiện của hợp đồng thì người bán sẽ không chịu trách nhiệm nếu người mua không thông báo về sự không phù hợp của hàng hóa trong thời hạn đã thỏa thuận. Nghĩa vụ này của người mua cũng được qui định tại Khoản 1 Điều 39 Công ước Viên 1980. Ngoài ra, khác với pháp luật Việt Nam, Khoản 2 Điều 39 Công ước Viên 1980 còn có qui định trong trường hợp các bên không thỏa thuận về thời hạn thông báo thì thời hạn thông báo sẽ là hai năm kể từ thời điểm hàng hóa đã thực sự được giao cho người mua.

Trong thực tiễn ký kết và thực hiện hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế, trong nhiều trường hợp sự không phù hợp của hàng hóa liên quan đến các yếu tố mà người bán đã biết hoặc không thể không biết tại thời điểm giao hàng nhưng không thông báo cho người mua biết. Ví dụ, khi cẩu container xếp hàng điện tử lên tàu, vì bất cẩn hay vì một lý do nào đấy mà container bị rơi, ảnh hưởng đến chất lượng của hàng điện tử bên trong, tuy nhiên người bán đã không thông báo cho người mua biết về việc này. Trong trường hợp này, nếu áp dụng qui định thời hạn thông báo đối với người mua như ở trên thì rất không hợp lý. Mặc dù vậy, pháp luật Việt Nam cũng không có một qui định nào khác.

Công ước Viên 1980 đã có một qui định có thể nói là hết sức đáng để giải quyết trường hợp này. Theo Điều 40 Công ước Viên 1980, trong trường hợp này người bán phải chịu trách nhiệm ngay cả khi người mua không tuân thủ quy định thời hạn thông báo được nêu ở trên. Quy định này của Công ước

Viên 1980 được xây dựng từ nguyên tắc trung thực , thiện chí trong việc ký kết và thực hiện hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế.

### **III. THỜI ĐIỂM CHUYỂN QUYỀN SỞ HỮU VÀ THỜI ĐIỂM CHUYỂN RỦI RO**

#### **3.1 Thời điểm chuyển quyền sở hữu**

Trong hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế, việc xác định thời điểm chuyển quyền sở hữu đối với hàng hóa từ người bán sang người mua có ý nghĩa pháp lý hết sức quan trọng, không những cho các bên của hợp đồng mà còn cho người thứ ba. Ý nghĩa pháp lý của việc xác định thời điểm chuyển quyền sở hữu đối với hàng hóa thể hiện ở chỗ, sau thời điểm chuyển quyền sở hữu, người bán hết quyền định đoạt hàng hóa còn người mua có được thẩm quyền của người chủ sở hữu đối với hàng hóa là đối tượng của hợp đồng và trong nhiều trường hợp mặc dù có thể chưa nhận được hàng nhưng người mua có toàn quyền định đoạt đối với hàng hóa, tức là có thể bán lại cho người thứ ba, thế chấp ngân hàng hay trong trường hợp hàng hóa mất mát hay hư hỏng thì chỉ có chủ sở hữu mới có quyền yêu cầu người gây ra tổn thất hay công ty bảo hiểm (nếu hàng hóa có bảo hiểm) bồi thường thiệt hại. Ngoài ra, sau thời điểm đó hàng hóa trở thành tài sản của người mua và chủ nợ của người mua có thể có quyền yêu cầu đổi với tài sản đó. Cuối cùng, sau thời điểm đó, người mua phải chịu trách nhiệm trước người thứ ba về những tổn thất do hàng hóa gây ra.

Thông thường, quy định của pháp luật về thời điểm chuyển quyền sở hữu đối với hàng hóa từ người bán sang người mua là quy phạm có tính chất lựa chọn, tức là các bên có quyền tự do thoả thuận thời điểm quyền sở hữu đối với hàng hóa là đối tượng của hợp đồng mua bán<sup>101</sup>. Pháp luật chỉ can thiệp khi không có sự thoả thuận của các bên.

Thực tiễn hoạt động mua bán hàng hóa quốc tế cho thấy, việc xác định thời điểm quyền sở hữu đối với hàng hóa được chuyển từ người bán sang người mua phụ thuộc vào đối tượng của hợp đồng là hàng hóa đặc định (hang hóa không thể thay thế cho nhau được) hay hàng đồng loại (tất cả các loại hàng hóa có thể thay thế cho nhau).

Trong tất cả các hệ thống pháp luật, điều kiện cần thiết để quyền sở hữu đối với hàng hóa đồng loại được chuyển từ người bán sang người mua là hàng hóa đó phải được cá thể hóa cho mục đích của hợp đồng, tức là khi đối tượng của hợp đồng là hàng hóa không đặc định thì quyền sở hữu không thể được

<sup>101</sup> Thực tiễn mua bán hàng hóa ở Pháp, Đức, khoản 1 Điều 17 Luật bán hàng của Anh năm 1979, Điều 2-401 Bộ luật Thương mại thống nhất của Hoa Kỳ.

chuyển sang người mua trước thời điểm hàng hóa được cá thể hóa cho mục đích của hợp đồng. Hành vi cá thể hóa hàng hóa được quy định trong hợp đồng là việc xếp hàng hóa vào nơi riêng biệt, đóng gói, đánh dấu bằng ký hiệu, mã hiệu hay những hành vi khác có mục đích đưa hàng hóa vào một tình trạng để có thể giao cho người mua như là hàng đặc định. Công ước Viên 1980, không trực tiếp quy định thời điểm quyền sở hữu đổi với hàng hóa đồng loại được chuyển sang người mua, tuy nhiên xuất phát từ quy định về thời điểm chuyển rủi ro, có thể hiểu rằng đổi với hàng hóa là hàng đồng loại quyền sở hữu không thể được chuyển sang người mua trước thời điểm hàng hóa đó được cá thể hóa cho mục đích của hợp đồng.

Đối với hàng hóa đặc định, thời điểm quyền sở hữu đổi với hàng hóa được pháp luật các nước khác nhau quy định khác nhau<sup>102</sup>. Ví dụ, Điều 17 Luật Bán hàng năm 1979 của Anh quy định, trong trường hợp đối tượng của hợp đồng mua bán là hàng hóa đặc định thì các bên tự thỏa thuận thời điểm quyền sở hữu được chuyển từ người bán sang người mua.

Theo Điều 62 Luật Thương mại Việt Nam 2005, nếu không có thỏa thuận khác hay pháp luật không có quy định khác thì quyền sở hữu đổi với hàng hóa được chuyển từ người bán sang người mua kể từ thời điểm hàng hóa được chuyển giao. Tuy nhiên thời điểm mà hàng hóa được chuyển giao là thời điểm nào thì Luật thương mại không quy định rõ, chuyển giao về mặt pháp lý hay chuyển giao trên thực tế? Khi xem xét pháp luật của một số nước trong những trường hợp này thi thấy có sự quy định rõ ràng hơn. Ví dụ, Điều 459 Bộ luật dân sự Liên bang Nga quy định rằng, trong trường hợp không có thỏa thuận khác thì quyền sở hữu đổi với hàng hóa được chuyển từ người bán sang người mua tại thời điểm người bán được coi là hoàn thành nghĩa vụ giao hàng của mình, và trước đó Điều 1 Bộ luật dân sự quy định rõ ràng, khi nào thì người bán mới được coi hoàn thành nghĩa vụ giao hàng.

Trong trường hợp hợp đồng mua bán có thỏa thuận điều kiện bắt buộc mà thiếu điều kiện này, người bán không thể giao hàng cho người mua hoặc người mua không thể nhận hàng của người bán thì quyền sở hữu hàng hóa chỉ được chuyển từ người bán sang người mua khi điều kiện đó đã được thực hiện. Ví dụ, các bên có thể thỏa thuận rằng chỉ khi nào người mua xuất trình cho người bán bảo lãnh của ngân hàng về việc bảo đảm thanh toán thì người bán mới giao quyền sở hữu hàng hóa cho người mua.

Như vậy, theo quy định của pháp luật Việt Nam, thời điểm chuyển quyền sở hữu đối với hàng hóa theo hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế từ người

<sup>102</sup> Xem: Vasilev E. A., *Luật dân sự và thương mại của các nước tư bản*, Matxcova, 1993, tr. 323.

bán sang người mua trước hết do các bên tự thỏa thuận, pháp luật chỉ điều chỉnh trong trường hợp không có sự thỏa thuận của các bên.

Trong thực tế, trong một số trường hợp quyền sở hữu đối với hàng hóa được chuyển từ người bán sang người mua tại thời điểm giao hàng, tức là đồng thời với việc chuyển rủi ro một số trường hợp khác quyền sở hữu đối với hàng hóa được chuyển từ người bán sang người mua sau thời điểm giao hàng. Ví dụ, trong hợp đồng mua bán hàng hóa với điều kiện giao hàng CIF, rủi ro được chuyển sang người mua tại thời điểm người bán hoàn thành nghĩa vụ giao hàng của mình ở cảng đi còn quyền sở hữu chỉ được chuyển cho người mua tại thời điểm người bán giao cho người mua các chứng từ vận chuyển hoặc tại thời điểm người vận chuyển giao hàng cho người mua ở cảng đến.

### 3.2 Thời điểm chuyển rủi ro

Hoạt động thương mại quốc tế thường gặp nhiều rủi ro, đặc biệt là trong lĩnh vực trao đổi hàng hóa bởi vì hợp đồng mua bán hàng hóa liên quan chặt chẽ đến hợp đồng vận chuyển và hàng hóa thường bị mất mát hư hỏng trong quá trình chuyên chở. Rủi ro là điều mà không ai mong muốn, vì vậy việc xác định thời điểm, từ thời điểm đó người bán hết phải chịu rủi ro và người mua bắt đầu phải chịu rủi ro đối với hàng hóa là đối tượng của hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế vừa có ý nghĩa pháp lý, vừa có ý nghĩa thực tiễn hết sức quan trọng.

Có thể nói rằng, vì tính quan trọng của nó nên thời điểm rủi ro đối với hàng hóa được chuyển từ người bán sang người mua trong hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế được xác định bởi những quy định đặc biệt. Từ thời điểm rủi ro được chuyển sang người mua, người mua phải chịu mọi hậu quả của việc hàng hóa bị mất mát, hư hỏng trong quá trình vận chuyển do những tình huống bất thường. Để buộc người bán phải chịu trách nhiệm về khuyết tật của hàng hóa hay hàng hóa bị thiếu, người mua phải chứng minh được rằng, hàng hóa bị mất mát hay hư hỏng trước thời điểm rủi ro được chuyển sang người mua.

Theo nguyên tắc, thời điểm chuyển rủi ro sang người mua liên quan đến hai sự kiện pháp lý hoàn toàn khác nhau: thời điểm chuyển quyền sở hữu và thời điểm giao hàng.

Pháp luật của một số nước quy định rủi ro đối với hàng hóa được chuyển sang người mua đồng thời với việc chuyển quyền sở hữu (Điều 1138 Bộ luật Dân sự Pháp), pháp luật của một số nước khác lại quy định rủi ro được chuyển sang người mua tại thời điểm người bán hoàn thành nghĩa vụ giao hàng theo quy định của hợp đồng<sup>103</sup>.

<sup>103</sup> Xem: Điều 446 Bộ luật Dân sự của Đức; Điều 2-509 Bộ luật Thương mại thống nhất của Hoa Kỳ; Điều 459 Bộ luật Dân sự của Cộng hòa Liên Bang Nga.

Pháp luật Việt Nam quy định thời điểm chuyển rủi ro từ người bán sang người mua không giống nhau trong các văn bản pháp luật khác nhau. Tuy nhiên chúng đều có một điểm chung là không gắn thời điểm chuyển quyền sở hữu với thời điểm chuyển rủi ro<sup>104</sup>. Chúng tôi cho rằng như vậy là phù hợp với thực tiễn và thông lệ quốc tế, bởi vì việc gắn thời điểm chuyển rủi ro với thời điểm chuyển quyền sở hữu đối với hàng hóa trong hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế trong nhiều trường hợp là không thể được. Không phải lúc nào quyền sở hữu đối với hàng hóa cũng được chuyển từ người bán sang người mua khi người bán thực hiện xong nghĩa vụ giao hàng của mình. Ví dụ, theo hợp đồng bán CIF, người mua chịu rủi ro kể từ thời điểm hàng hóa được giao cho người vận chuyển, còn quyền sở hữu đối với hàng hóa chỉ được chuyển từ người bán sang người mua tại thời điểm người bán giao chứng từ liên quan đến hàng hóa cho người mua, bởi vì chứng nào người bán còn giữ vẫn đơn chứng từ thì chứng đó có quyền định đoạt số phận của hàng hóa.

Điều 440.1 Bộ luật Dân sự 2005 quy định rằng, bên bán chịu rủi ro đối với tài sản mua bán cho đến khi tài sản được giao cho bên mua, còn bên mua chịu rủi ro đối với tài sản mua bán kể từ khi nhận tài sản, nếu không có thoả thuận khác. Theo quy định trên thì theo quan điểm của chúng tôi, có hai vấn đề vẫn chưa được làm rõ:

Thứ nhất, hành vi giao tài sản của người bán và hành vi nhận tài sản của người mua là hành vi thực tế hay hành vi pháp lý. Nếu cho rằng hành vi giao và nhận là hành vi pháp lý thì có thể ngầm hiểu rằng, rủi ro được chuyển từ người bán sang người mua tại thời điểm người bán giao hàng và người mua nhận hàng do các bên thoả thuận trong hợp đồng không phụ thuộc vào hành vi nhận hàng thực tế. Nếu hiểu rằng hành vi giao và nhận là hành vi thực tế thì rõ ràng sẽ giải quyết như thế nào trong những trường hợp người bán giao hàng nhưng người mua, vì một lý do nào đó chừu nhận hàng.

Thứ hai, tài sản hay hàng hoá bao gồm hai loại, hàng đặc định và hàng đồng loại, thế nhưng Bộ luật Dân sự không có sự phân biệt khi xác định thời điểm rủi ro đối với hai loại hàng trên được chuyển từ người bán sang người mua. Chúng tôi cho rằng, điều này sẽ gây ra rất nhiều khó khăn trong thực tiễn, bởi theo thông lệ quốc tế, pháp luật quốc tế về thương mại thì điều kiện để xác định thời điểm rủi ro được chuyển từ người bán sang người mua đối với hàng đặc định và hàng đồng loại có sự khác biệt đáng kể.

So với Luật Thương mại 1997, Luật Thương mại Việt Nam 2005 quy định khá chi tiết việc xác định thời điểm mà rủi ro đối với hàng hoá được chuyển từ người bán sang người mua. Thực vậy, Luật thương mại 2005 dành hẳn 5 điều

<sup>104</sup> Xem: Điều 76 Luật Thương mại 1997.

(các điều: 57, 58, 59, 60, 61) cho vấn đề này. Mặc dù vậy khi phân tích các quy định nói trên chúng tôi nhận thấy có một số điểm cần phải được làm sáng rõ hơn. Theo quy định của pháp luật Việt Nam, trừ trường hợp có thoả thuận khác, nếu bên bán có nghĩa vụ giao hàng cho bên mua tại một địa điểm nhất định thì rủi ro sẽ được chuyển cho bên mua khi hàng hoá được giao cho bên mua (Điều 57); hoặc nếu hợp đồng có quy định về việc vận chuyển hàng hoá và bên bán không có nghĩa vụ giao hàng tại một địa điểm nhất định thì rủi ro được chuyển từ người bán sang người mua khi hàng hoá được giao cho người vận chuyển đầu tiên. Theo các quy định này, cũng giống như trong Bộ luật dân sự, có hai vấn đề cần phải làm sáng rõ: thứ nhất, hàng hoá được giao cho bên mua, hành vi giao hàng ở đây là hành vi pháp lý hay hành vi thực tế; thứ hai, luật không có sự phân biệt hàng đặc định hay hàng đồng loại. Chúng tôi cho rằng sẽ tốt hơn rất nhiều nếu trong Luật thương mại hay Bộ luật Dân sự 2005 có thêm điều khoản quy định, khi nào thì người bán được coi là hoàn thành nghĩa vụ giao hàng. Có như vậy các quy định nói trên mới được coi là chặt chẽ.

Có thể nói rằng các quy định tại Điều 57, 58 Luật Thương mại 2005 có sự tương thích với quy định của Công ước Viên 1980. Điều 67.1 Công ước Viên 1980 quy định rằng, nếu trong hợp đồng có thoả thuận vận chuyển và người bán không có nghĩa vụ phải giao hàng cho người mua tại một địa điểm xác định, rủi ro được chuyển sang người mua khi người bán giao hàng xong cho người vận chuyển thứ nhất để giao cho người mua phù hợp với các điều kiện của hợp đồng. Nếu người bán có nghĩa vụ giao hàng cho người vận chuyển tại một địa điểm xác định nào đó, rủi ro chưa được chuyển sang người mua khi hàng chưa được giao cho người vận chuyển tại địa điểm đó.

Tuy nhiên giữa chúng có sự khác biệt có thể nói là hết sức cơ bản. Sự khác biệt này thể hiện ở chỗ, Công ước Viên 1980 ngay tại Điều 67 (67.2) quy định rằng, rủi ro chưa được chuyển sang người mua chừng nào hàng hoá chưa được đặc định hoá cho mục đích của đối tượng hợp đồng bằng ký hiệu, thông qua chứng từ giao nhận được gửi cho người mua. Trong khi đó quy định này lại nằm trong điều luật khác trong Luật thương mại (Điều 61).

Luật Thương mại 2005 có một quy định liên quan đến việc chuyển rủi ro đối với hàng hoá từ người bán sang người mua trong trường hợp giao hàng cho người nhận hàng để giao mà không phải là người vận chuyển. Theo quy định của Điều 59, trừ trường hợp có thoả thuận khác, nếu hàng hoá do người nhận hàng để giao nắm giữ mà không phải là người vận chuyển thì rủi ro đối với hàng hoá được chuyển từ người bán sang người mua khi, thứ nhất, bên mua nhận được chứng từ sở hữu hàng hoá; hoặc, khi người nhận hàng để giao xác nhận quyền chiếm hữu hàng hoá của bên mua. Có thể nói rằng, rất

Khó có thể tìm thấy quy định tương tự trong pháp luật của các nước cũng như trong Công ước Viên 1980. Phân tích quy định nói trên chúng tôi thấy có một số điểm cần phải xem xét lại. Thứ nhất, người nhận hàng để giao trong quy định trên có mối quan hệ với ai, với người bán hay với người mua. Nếu người nhận hàng để giao có mối quan hệ với người bán thì rõ ràng việc người bán giao hàng cho họ không thể được coi là họ đã giao hàng cho người mua và vì vậy viễn bến mua phải chịu rủi ro khi họ được giao chứng từ sở hữu hàng hoá khó có thể chấp nhận được bởi vì hàng vẫn do họ nắm giữ. Nếu người nhận hàng để giao có mối liên hệ với người mua thì rõ ràng người bán giao hàng cho họ có nghĩa là hàng hoá đã được giao cho người mua, và vì vậy việc bến mua đã nhận được chứng từ sở hữu hàng hoá hay chưa không có ý nghĩa pháp lý. Thứ hai, khó có thể xác định được rõ ràng chứng từ sở hữu hàng hoá là gì và bằng cách nào để người nhận hàng để giao xác nhận quyền chiếm hữu hàng hoá của bến mua. Từ sự phân tích trên chúng tôi cho rằng, Điều 59 Luật thương mại chỉ làm cho sự việc trở nên rối hơn và thực sự là không cần thiết.

Một nhận xét chung khi phân tích các điều 57,58,59 của Luật Thương mại là các quy định đó hoàn toàn không có sự phân biệt hàng đồng loại hay hàng đặc định khi xác định thời điểm chuyển rủi ro. Sự phân biệt này chỉ được nói đến trong Điều 61.2. Tuy nhiên vì nó được quy định tại khoản 2 Điều 61 nên chỉ có thể hiểu rằng nó chỉ được áp dụng trong phạm vi Điều 61 mà không phải cho tất cả các Điều 57,58,59.

Trong hoạt động thương mại nói chung, thực tiễn mua bán hàng hoá quốc tế nói riêng, có nhiều trường hợp người bán buộc phải ký hợp đồng mua bán hàng hoá khi hàng đã nằm trên đường vận chuyển. Trong trường hợp này thì việc xác định thời điểm rủi ro được chuyển từ người bán sang người mua là một việc không đơn giản. Để giải quyết trường hợp này, Điều 60 Luật Thương mại 2005 quy định, người mua phải chịu rủi ro đối với hàng hoá trên đường vận chuyển kể từ thời điểm giao kết hợp đồng. Có thể nói rằng, quy định trên của Luật Thương mại cho phép xác định thời điểm rủi ro được chuyển sang người mua trở nên đơn giản hơn. Tuy nhiên xét dưới góc độ thực tiễn thì quy định nói trên của Luật thương mại 2005 thật chưa thật sự phù hợp. Rõ ràng, rủi ro có thể xảy ra đối với hàng hoá kể từ thời điểm hàng hoá không còn nằm trong tầm kiểm soát của người bán, tức là từ thời điểm hàng hoá được người bán giao cho người vận chuyển và rất có thể hàng hoá bị hư hỏng trước thời điểm ký kết hợp đồng. Một khác thực tiễn cho thấy rằng, những trường hợp hàng hoá được bán khi đang nằm trên đường vận chuyển hầu hết là do người bán bị hoàn cảnh bắt buộc nên bao giờ giá cũng thấp hơn. Khác với quy định của Luật Thương mại 2005, Điều 68 Công ước Viên 1980 quy định rằng, trong trường hợp hàng hoá được bán trên đường vận chuyển, người mua sẽ chịu rủi ro từ thời điểm hàng hoá được giao cho người chuyên chở là người đã phát

hành chứng từ xác nhận hợp đồng vận chuyển. Trừ trường hợp nếu vào lúc ký kết hợp đồng mua bán, người bán đã biết hoặc không thể không biết rằng, hàng hóa đã bị mất mát hay hư hỏng nhưng không thông báo cho người mua.

Một vấn đề có thể được đặt ra khi nói đến thời điểm rủi ro đổi với hàng hóa được chuyển sang người mua, đó là sẽ giải quyết như thế nào trong trường hợp người mua chậm tiếp nhận hàng? Khác với Luật thương mại 1997, Luật thương mại 2005 đã có sự điều chỉnh đối với những trường hợp này. Theo quy định của Điều 61.1 Luật Thương mại 2005, trong trường hợp người mua chậm tiếp nhận hàng theo quy định của hợp đồng thì rủi ro sẽ được chuyển sang cho người mua từ thời điểm mà theo quy định của hợp đồng hàng hóa phải được đặt dưới sự định đoạt của người mua. Ví dụ, hợp đồng mua bán hàng hóa với điều kiện giao hàng EXW (giao tại xưởng) quy định thời hạn giao hàng ngày 15.10.2003, đến trước thời điểm đó, bên bán đã chuẩn bị sẵn hàng để giao cho bên mua bằng cách để riêng khối lượng hàng đúng bằng khối lượng được hợp đồng quy định và đã thông báo cho bên mua về sự chuẩn bị này một cách hợp lý, tuy nhiên ngày 15-10-2003 bên mua không thực hiện nghĩa vụ tiếp nhận hàng và đến ngày 17-10-2003 xảy ra hỏa hoạn, hàng bị cháy. Trong trường hợp này, thời điểm chuyển rủi ro đổi với hàng hóa từ bên bán sang bên mua được coi là ngày 15-10-2003. Có thể nói rằng, quy định trên của Luật thương mại 2005, thể hiện được sự tương thích với pháp luật quốc tế về thương mại, cụ thể Điều 69.1, 69.2 Công ước Viên 1980 về hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế. Như vậy, có thể kết luận rằng, trong trường hợp người mua chậm tiếp nhận nghĩa vụ nhận hàng, thời điểm rủi ro đổi với hàng hóa được chuyển từ người bán sang người mua được coi là thời điểm người mua phải thực hiện nghĩa vụ nhận hàng được quy định trong hợp đồng mà không phải là thời điểm người mua thực hiện hành vi nhận hàng thực tế.

Trong thực tiễn mua bán hàng hóa quốc tế các bên thường áp dụng các điều kiện giao hàng INCOTERMS và thời điểm rủi ro được chuyển từ người bán sang người mua đã được quy định rõ ràng trong mỗi điều kiện giao hàng.

## CHƯƠNG VII

# TRUNG GIAN TRONG THƯƠNG MẠI QUỐC TẾ

Tất cả những người tham gia hoạt động thương mại đều quan tâm đến việc mở rộng thị trường tiêu thụ hàng hóa, dịch vụ của mình. Việc mở rộng này có nghĩa là sau khi đã chiếm lĩnh được thị trường nội địa các nhà sản xuất và cung cấp dịch vụ có nhu cầu đưa sản phẩm của mình ra thị trường nước ngoài, bởi vì không những khối lượng hàng hóa, dịch vụ được bán ra tăng lên mà những thị trường mới cho phép tăng lợi nhuận vì trên những thị trường mới này hàng hóa được bán với giá cao hơn ở thị trường trong nước.

Tuy nhiên việc đưa hàng hóa ra thị trường nước ngoài thường gặp rất nhiều khó khăn nếu không thông qua trung gian-những người biết rõ thị trường và những điều kiện thương mại ở đó. Khi sử dụng những người trung gian người bán hoặc người cung cấp dịch vụ hạn chế được rủi ro đồng thời giảm được những chi phí khi chiếm lĩnh thị trường cho hàng hóa dịch vụ của mình ở nước khác. Trong thương mại quốc tế có ba hình thức trung gian thương mại, chương này sẽ đề cập đến hai hình thức trung gian có thể nói là được sử dụng hết sức phổ biến trong thương mại quốc tế, đó là: đại diện thương mại và phân phối.

## I. HỢP ĐỒNG ĐẠI DIỆN TRONG THƯƠNG MẠI QUỐC TẾ

### 1.1 Khái niệm đại diện thương mại và hợp đồng đại diện trong thương mại quốc tế

Đại diện thương mại là một trong những lĩnh vực phức tạp của hoạt động thương mại quốc tế do các hệ thống pháp luật khác nhau có cách tiếp cận không giống nhau về vấn đề này, cụ thể là thuật ngữ "Đại diện-Agency" được hiểu không giống nhau. Một khía cạnh chưa có một văn bản pháp lý thống nhất điều chỉnh hợp đồng đại diện trong thương mại quốc tế.

Pháp luật của các nước thuộc hệ thống pháp luật châu Âu lục địa (đặc biệt là trong hoạt động thương mại) hết sức coi trọng vấn đề, theo đó người đại diện hành động nhân danh chính mình hay nhân danh của người khác. Nói cách khác, pháp luật của các nước châu Âu lục địa phân biệt hợp đồng do người nhận ủy quyền ký kết với người thứ ba nhân danh chính mình với hợp đồng do người nhận ủy quyền ký kết với người thứ ba nhân danh người giao ủy quyền. Đại diện thương mại chỉ được pháp luật coi là tồn tại trong trường hợp người đại diện ký hợp đồng với người thứ ba nhân danh người được đại diện.

Trong pháp luật của Đức<sup>105</sup>, đại diện thương mại là người hoạt động thương mại chuyên nghiệp được giao quyền thường xuyên làm trung gian cho thương nhân khác trong các giao dịch hay ký kết hợp đồng nhằm danh chính thương nhân đó. Trong trường hợp ký kết hợp đồng với người đại diện ngoài lãnh thổ của Đức thì các quy phạm của pháp luật Đức về đại diện thương mại trở thành quy phạm lựa chọn.

Luật về nghĩa vụ của Thụy Sỹ (Điều 418)<sup>106</sup> quy định, đại diện thương mại là người nhận lấy nghĩa vụ làm trung gian thường xuyên trong các giao dịch cho một hay nhiều người hay nhân danh và vì chi phí của họ ký kết hợp đồng mà không phải là người làm công của họ.

Theo quy định của pháp luật của Pháp, đại diện thương mại là người có nghề nghiệp, chuyên môn độc lập, không phải là người làm công, xúc tiến và ký kết hợp đồng mua bán, thuê hay cung ứng dịch vụ nhân danh và vì chi phí của nhà sản xuất hay người bán.

Theo quy định của Bộ luật dân sự của Italia, hợp đồng đại diện được coi là hợp đồng, theo đó một trong các bên nhận lấy nghĩa vụ thường xuyên tác động, xúc tiến trong việc ký kết hợp đồng trên một phạm vi lãnh thổ nhất định vì lợi ích của bên khác và được trả thù lao.

Như vậy, khi xem xét sự điều chỉnh bằng pháp luật hợp đồng đại diện thương mại trong pháp luật của các nước châu Âu lục địa, có thể đưa ra kết luận rằng, trong pháp luật của những nước này, hợp đồng đại diện thương mại là hợp đồng, theo đó người đại diện có nghĩa vụ thực hiện việc giới thiệu hàng hoá hay dịch vụ trên những thị trường xác định với mục đích ký kết hợp đồng trực tiếp giữa người giao đại diện với người tiêu dùng trên thị trường này. Người đại diện, theo pháp luật của các nước thuộc hệ thống pháp luật châu Âu lục địa ký kết hợp đồng với người thứ ba nhân danh người giao đại diện (đại diện trực tiếp), còn nếu nhân danh chính mình thì không được coi là đại diện (đại diện gián tiếp).

Đại diện và đại diện thương mại ở Anh và Hoa Kỳ được điều chỉnh bởi những quy phạm được hình thành từ thực tiễn xét xử<sup>107</sup>. Pháp luật Anh - Hoa Kỳ không có sự phân biệt: người đại diện hành động nhân danh người được đại diện hay nhân danh chính mình. Trong pháp luật của Anh thuật ngữ "Agent" được hiểu cả theo nghĩa rộng bao gồm tất cả các loại đại diện và

<sup>105</sup> Luật về đại diện thương mại năm 1953.

<sup>106</sup> Luật này được chỉnh sửa năm 1971.

<sup>107</sup> Xem: Giáo trình "Luật dân sự và thương mại của các nước tư bản", Matxcova 1993, tr. 100.

trung gian, trong số đó có cả "đại diện gián tiếp", và được hiểu theo nghĩa hẹp hơn, theo đó người đại diện-Agent là người được uỷ nhiệm ký kết hợp đồng và thực hiện các hành vi khác nhau danh và với chi phí của người được đại diện hay thúc đẩy việc ký kết hợp đồng giữa người được đại diện và người thứ ba. Thuật ngữ đại diện theo nghĩa rộng bao gồm tất cả các quan hệ tồn tại giữa hai người, khi một trong hai người này (người đại diện) hành động vì lợi ích và dưới sự giám sát của người khác (người được đại diện). Có thể nói rằng, khái niệm "đại diện thương mại" trong pháp luật Anh-Hoa Kỳ bao gồm cả đại lý, môi giới.

Bản chất pháp lý của hợp đồng đại diện theo pháp luật Anh-Hoa Kỳ thể hiện ở chỗ, bất kỳ người đại diện nào cũng hành động vì lợi ích của người được đại diện và bất kỳ một người đại diện nào cũng có mối liên hệ mật thiết và trực tiếp với người được đại diện. Điều này có nghĩa là pháp luật của Anh và Hoa Kỳ không phân chia quan hệ đại diện thành hai loại: loại quan hệ thứ nhất, theo đó người đại diện xác lập quyền và nghĩa vụ cho người được đại diện và loại quan hệ, theo đó người đại diện xác lập quyền và nghĩa vụ cho chính mình mà chỉ chuyển giao kết quả công việc được uỷ quyền thực hiện cho người được uỷ quyền.

Trong pháp luật của Anh-Hoa Kỳ, bởi vì người đại diện vừa có thể hành động nhân danh người được đại diện, vừa có thể hành động nhân danh chính mình nên trong mối quan hệ với người thứ ba người đại diện có thể:

1- Không thông báo về sự đại diện của mình và ký hợp đồng nhân danh chính mình, trong trường hợp này người đại diện hành động vì người được đại diện không công khai (undisclosed).

2- Thông báo về sự đại diện của mình nhưng không nói rõ tên của người được đại diện, hay nói cách khác là không nói rõ mình là người đại diện của ai, ví dụ, ký hợp đồng "nhân danh người được đại diện", ở đây người đại diện hành động vì lợi ích của người được đại diện dấu tên (unnamed).

3- Thông báo về việc mình là người đại diện và nói rõ là đại diện cho ai (đại diện công khai).

Trường hợp thứ nhất có ý nghĩa quan trọng đặc biệt, bởi vì nó cho thấy được sự khác nhau giữa đại diện, loại đại diện đặc trưng cho hệ thống pháp luật Anh - Mỹ với quan niệm truyền thống về đại diện trong hệ thống pháp luật châu Âu lục địa. Theo pháp luật của Anh, nếu người đại diện có thẩm quyền nhân danh chính mình ký hợp đồng với người thứ ba, có thể phát sinh hai khả năng: Quyền lựa chọn của người thứ ba và quyền can thiệp của người được đại diện. Người thứ ba (người mua) khi biết được rằng, có sự tồn tại hợp đồng đại diện có quyền lựa chọn: khởi kiện người được đại diện hay người đại diện

ra toà án. Nếu người thứ ba quyết định khởi kiện một trong hai người nói trên, điều này là chứng cứ để xác định rằng, một trong hai người đó độc lập chịu trách nhiệm, tuy nhiên chứng cứ này có thể bị phản bác, nếu, ví dụ người thứ ba không có được tất cả các chứng cứ liên quan đến vụ kiện và sau đó người thứ ba có thể khởi kiện người còn lại. Cũng tương tự, người giao đại diện ẩn có quyền trực tiếp can thiệp hay khiếu kiện người mua. Như vậy, quyền lựa chọn của người thứ ba và quyền can thiệp của người được đại diện cho phép họ khả năng thiết lập mối quan hệ hợp đồng trực tiếp ngay cả khi không công khai hợp đồng đại diện.

Trong hai trường hợp còn lại người thứ ba (người mua) chỉ có thể khởi kiện người được đại diện. Người thứ ba chỉ có thể khởi kiện người đại diện trong trường hợp, nếu luật pháp của người đại diện có sự điều chỉnh khác hay khi người đại diện tự mình chịu trách nhiệm trước người thứ ba hoặc phải chịu trách nhiệm phù hợp với tập quán thương mại. Người đại diện, nếu không công khai quan hệ của mình với người được đại diện, thường phải chịu trách nhiệm trước người thứ ba. Tuy nhiên nếu người đại diện ký hợp đồng với người mua như là "người đại diện" hay "nhân danh người được đại diện" gửi thư cho người mua hay ký kết hợp đồng vì "lợi ích của người được đại diện" thì không phải chịu trách nhiệm trước người mua, ngay cả khi không công khai tên của người được đại diện. Có những trường hợp, xuất phát từ hoàn cảnh rõ ràng rằng, khi ký hợp đồng người ký hành động như người đại diện, mặc dù trực tiếp không tuyên bố về điều này. Trong trường hợp này người chịu trách nhiệm là người được đại diện mà không phải là người đại diện.

Người được đại diện trong mọi trường hợp có quyền nhân danh chính mình khởi kiện người thứ ba (người mua). Theo pháp luật Anh-Hoa Kỳ, người được đại diện có quyền này ngay cả khi người đại diện ký hợp đồng nhưng không công khai quan hệ đại diện với người được đại diện với điều kiện, rằng người đại diện được giao thẩm quyền hành động nhân danh họ.

Pháp luật của Liên bang Nga hiện hành, có thể vì được xây dựng trong những năm gần đây nên các quy định của pháp luật về đại diện thương mại chịu nhiều ảnh hưởng của hai hệ thống pháp luật: châu Âu lục địa và Anh - Mỹ. Điều 1005 Bộ luật Dân sự quy định, theo hợp đồng đại diện thương mại một bên (người đại diện) vì thù lao thực hiện những hành vi pháp lý và các hành vi khác theo sự ủy nhiệm của bên kia (người được đại diện) nhân danh chính mình nhưng với chi phí và vì lợi ích của người giao đại diện hay nhân danh và với chi phí của người được đại diện. Điều luật trên cũng quy định thêm rằng, trong trường hợp người đại diện nhân danh chính mình ký kết hợp đồng với người thứ ba thì hợp đồng trực tiếp làm phát sinh quyền và nghĩa vụ cho người đại diện mà không phải cho người được đại diện.

Trong Luật thương mại Việt Nam 2005, đại diện thương mại được điều chỉnh bởi các quy định của mục 1 chương 5 “Đại diện cho thương nhân”. Theo quy định của Điều 141, đại diện cho thương nhân là việc một thương nhân nhận ủy nhiệm (gọi là bên đại diện) của thương nhân khác (gọi là bên giao đại diện) để thực hiện các hoạt động thương mại với danh nghĩa, theo sự chỉ dẫn của thương nhân đó và được hưởng thù lao về việc đại diện. Trường hợp thương nhân nhận ủy nhiệm nhân danh chính mình ký kết hợp đồng mua bán hàng hóa với người thứ ba vì lợi ích của người khác thì không được coi là đại diện thương mại mà được gọi là đại lý thương mại (Điều 166 Luật Thương mại 2005).

Có thể nói rằng pháp luật của Việt Nam xem xét đại diện thương mại, trong một chừng mực nhất định, gần giống với pháp luật của các nước châu Âu lục địa và khác một cách cơ bản với pháp luật Anh - Mỹ.

Theo Công ước Geneva 1983 về đại diện trong mua bán hàng hóa quốc tế (Convention on Agency in the International Sale of Goods), người đại diện có thể hành động nhân danh người được đại diện (Điều 1(1)) và cũng có thể hành động nhân danh chính mình (Điều 1(4)).

Từ những phân tích và sự so sánh ở trên có thể xác định rằng, mỗi một hợp đồng đại diện thương mại làm phát sinh ba loại quan hệ:

- 1- Quan hệ giữa người được đại diện với người đại diện;
- 2- Quan hệ giữa người được đại diện với người thứ ba - khách hàng;
- 3- Quan hệ giữa người đại diện với người thứ ba - khách hàng.

Loại quan hệ thứ nhất được coi là thỏa thuận bên trong giữa người được đại diện và người đại diện, là hợp đồng đại diện theo đúng nghĩa của nó. Hợp đồng xác định quyền và nghĩa vụ của hai bên, phạm vi thẩm quyền của người đại diện và mức thù lao của họ. Loại quan hệ thứ hai là hợp đồng mua bán thông thường, tuy nhiên nó lại có một số điểm đặc thù bởi trong trường hợp này người bán ký hợp đồng thông qua người đại diện. Loại quan hệ thứ ba chỉ xuất hiện trong những trường hợp đặc biệt.

## **1.2. Các văn bản pháp lý quốc tế điều chỉnh hợp đồng đại diện trong thương mại quốc tế**

Việc sử dụng một cách rộng rãi các quan hệ của đại diện thương mại trong thực tiễn hoạt động thương mại quốc tế đã dẫn đến việc soạn thảo và xây dựng các văn bản mang tính quốc tế liên quan đến những vấn đề này.

Ngày 17 tháng 2 năm 1983 trong phạm vi của UNIDROIT, Công ước về đại diện trong mua bán hàng hóa quốc tế được soạn thảo và ký kết ở Geneva. Công ước này được thông qua nhằm bổ sung cho Công ước Viên 1980 về hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế và thể hiện sự cố gắng thống

nhất các cách tiếp cận của hai hệ thống pháp luật trong việc điều chỉnh hợp đồng đại diện thương mại.

Công ước Geneva được áp dụng trong những trường hợp, khi người được đại diện và người thứ ba có trụ sở thương mại ở các quốc gia khác nhau và người đại diện được ủy quyền bởi người được đại diện ký kết hợp đồng bán hàng với người thứ ba. Trong trường hợp này tính quốc gia của người được đại diện không có sự ảnh hưởng, tác động nào đến việc áp dụng Công ước. Tuy nhiên Công ước Geneva cũng được áp dụng để điều chỉnh hợp đồng đại diện, theo đó người đại diện chỉ được ủy quyền giới thiệu khách hàng cho người được đại diện. Công ước được áp dụng không phụ thuộc vào việc, người đại diện hành động nhân danh chính mình hay nhân danh người được đại diện. Công ước điều chỉnh mối quan hệ giữa người được đại diện với người đại diện, cũng như các quan hệ khác liên quan đến người thứ ba, xác định thẩm quyền của người đại diện, điều kiện chấm dứt thẩm quyền nói trên cũng như những hệ quả pháp lý của những giao dịch được người đại diện ký kết vì lợi ích của người được đại diện.

Khi xem xét các quy định của Công ước Geneva 1983 không thể không dành sự chú ý đến những vấn đề cơ bản sau đây:

Thứ nhất, Công ước công nhận thẩm quyền mặc định của người đại diện. Điều 14 (2) quy định, khi hành vi của người được đại diện làm cho người thứ ba một cách thiện chí tin rằng, người đại diện được ủy quyền hành động nhân danh người được đại diện và rằng, người đại diện hành động trong phạm vi của ủy quyền đó, người được đại diện không thể khởi kiện người thứ ba với lý do là người đại diện không được giao thẩm quyền.

Thứ hai, Công ước quy định các quy tắc về sự can thiệp của người được đại diện và quyền lựa chọn của người thứ ba trong việc khởi kiện trong trường hợp người đại diện được ủy quyền nhân danh chính mình ký hợp đồng với người thứ ba (Điều 13). Trong mối quan hệ này Công ước gần với pháp luật của Anh và không theo các quy tắc nghiêm ngặt của pháp luật châu Âu lục địa về đại lý (đại diện gián tiếp).

Thứ ba, cùng với nguyên tắc độc lập và tự do ý chí của các bên-nguyên tắc được coi là nền tảng trong luật hợp đồng của tất cả các nước trên thế giới, người được đại diện hay người đại diện khi hành động phù hợp với các chỉ thị trực tiếp hay mace định của người được đại diện, có thể thoả thuận với người thứ ba về vấn đề không áp dụng toàn bộ hay một số quy định của Công ước (Điều 5).

Có thể nói rằng, Công ước Geneva 1983 là sự kết hợp hài hoà của các nguyên tắc của hai hệ thống pháp luật - châu Âu lục địa và Anh - Mỹ về đại diện trong hoạt động thương mại.

Để việc ký kết và thực hiện hợp đồng đại diện thương mại quốc tế được thuận lợi hơn, Ủy ban thương mại quốc tế (ICC) soạn thảo hai tài liệu quan trọng, đó là: Hướng dẫn soạn thảo hợp đồng đại diện thương mại<sup>108</sup> và Hợp đồng đại diện thương mại mẫu<sup>109</sup>. Các tài liệu này không có tính pháp lý bắt buộc, tuy nhiên có thể tham khảo trong quá trình ký kết hợp đồng đại diện thương mại quốc tế.

Trong khuôn khổ Cộng đồng châu Âu có Nghị quyết về đại diện thương mại độc lập. Nghị quyết này được thông qua ngày 18 tháng 12 năm 1986, có mục đích điều chỉnh những nguyên tắc cơ bản trong mối liên hệ giữa người đại diện và người được đại diện. Nghị quyết được áp dụng đối với những người đại diện độc lập, có thẩm quyền ký hợp đồng nhân danh người được đại diện, cũng như được áp dụng đối với người đại diện chỉ được trao thẩm quyền thực hiện các cuộc đàm phán phù hợp. Người đại diện có thể là thể nhân và có thể là pháp nhân.

Theo quy định của Nghị quyết, hợp đồng đại diện được hiểu là sự thoả thuận, theo đó người đại diện thực hiện những hành vi pháp lý và hành vi thực tế và mục đích cuối cùng của chúng là xác lập mối quan hệ hợp đồng giữa người được đại diện với người thứ ba. Nghị quyết cũng quy định rằng, người đại diện, theo nguyên tắc, hành động nhân danh người được đại diện, tuy nhiên cũng cho phép người đại diện hành động nhân danh chính mình. Trong trường hợp này người đại diện hoặc có thể công khai với người thứ ba sự tồn tại của hợp đồng đại diện hoặc có thể không công khai, hơn nữa không phụ thuộc vào việc, nhân danh ai người đại diện tham gia vào quan hệ với người thứ ba, chỉ biết rằng người đại diện hành động vì lợi ích của người được đại diện.

Ở đây cần phải nói đến hai quy định của Nghị quyết. Quy định thứ nhất liên quan đến đặt hàng lại. Điều 7 quy định rằng, người đại diện đương nhiên có quyền hướng thủ lao vì những đơn đặt hàng do khách hàng mang đến, có nghĩa là do người đại diện tìm được, mặc dù đơn đặt hàng được thực hiện qua họ. Sau đó Nghị định quy định rằng, quốc gia-là thành viên khi đưa quy định này vào trong lãnh thổ của mình có thể lựa chọn một trong các cách thức sau: Người đại diện có quyền hướng thủ lao đối với tất cả những đơn đặt hàng từ lãnh thổ thoả thuận hay từ nhóm khách hàng có liên quan với người đại diện, không phụ thuộc vào việc họ là những người do người đại diện tìm được hay không; hay là người đại diện có quyền đó trong trường hợp nếu trong bối cảnh hiện nay có quyền phân phối độc quyền.

<sup>108</sup> ICC Publication No: 410. Guide for the drawing up Commercial Agency of Contracts.

<sup>109</sup> ICC Publication No: 496. The ICC Model Commercial Agency of Contracts.

Vấn đề thứ hai của Nghị quyết liên quan đến quyền của người đại diện yêu cầu được đến bù khi quan hệ hợp đồng của họ với người được đại diện chấm dứt- Điều 17. Việc có sự điều chỉnh quyền này có thể được coi là mới so với pháp luật của nhiều nước.

### 1.3 Nghĩa vụ của người đại diện

Nghĩa vụ của người đại diện được quy định tại Điều 145 Luật Thương mại 2005. Có thể nhận thấy rằng, Luật thương mại chỉ điều chỉnh những nghĩa vụ mang tính nguyên tắc, và cho các bên có quyền thỏa thuận chi tiết.

1. Sư uỷ quyền cho người đại diện là cơ sở của hợp đồng đại diện thương mại, bởi vì trong đó quy định rõ phạm vi những hành vi mà người đại diện cần phải thực hiện. Có thể nói rằng, nghĩa vụ của người đại diện trong hợp đồng đại diện thương mại được xác định trên cơ sở uỷ nhiệm.

Nghĩa vụ cơ bản nhất của người đại diện là thực hiện ủy quyền phù hợp với các điều kiện của hợp đồng và với sự chỉ dẫn của người được đại diện. Người đại diện phải thực hiện ủy quyền một cách trung thực và với sự thiện chí. Người đại diện có nghĩa vụ thực hiện uỷ nhiệm với một sự trung thực, sự quan tâm hợp lý, và chịu trách nhiệm trước người được đại diện về mọi thiệt hại do đã không tuân thủ những uỷ nhiệm được giao. Ví dụ, người đại diện bán hàng không có quyền đưa ra bảo hành cho người mua, nếu thẩm quyền đó không được quy định trực tiếp trong hợp đồng đại diện, không được luật quy định hay không xuất phát từ tập quán thương mại.

Người đại diện có thể được giao uỷ quyền trong những phạm vi khác nhau, điều này có nghĩa là người đại diện có thể có thẩm quyền hẹp và cũng có thể có thẩm quyền rộng hơn, trong trường hợp được giao thẩm quyền rộng người đại diện có thể tự xác định các nội dung cơ bản của hợp đồng với người thứ ba, hoặc phải hành động trong phạm vi uỷ nhiệm được giao, nếu có một điều kiện nào đó trong hợp đồng với người thứ ba vượt ra ngoài phạm vi nói trên thì nhất thiết phải có sự đồng ý của người được đại diện.

Trong "Hướng dẫn ký kết hợp đồng đại diện thương mại" Uỷ ban thương mại quốc tế khuyến cáo rằng, cần phải có sự điều chỉnh một cách chi tiết sự uỷ quyền của người đại diện trong hợp đồng. Cụ thể là trong hợp đồng cần phải quy định rõ ràng, chính xác phạm vi thẩm quyền mà người được đại diện trao cho người đại diện, cũng như có thể quy định rõ ràng rằng, người đại diện không được quyền ký hợp đồng với người thứ ba nếu không có sự chấp thuận của người được đại diện. Uỷ ban thương mại quốc tế cũng chỉ rõ rằng, hợp đồng có thể quy định rằng, người đại diện chỉ có thể tham gia vào các hội chợ hay triển lãm khi có sự đồng ý của người được đại diện. Uỷ ban thương mại quốc tế cũng khuyến nghị rằng, hợp đồng cần phải điều chỉnh vấn đề,

theo đó với loại khách hàng nào người đại diện có quyền ký hợp đồng, loại nào người đại diện không được ký. Về vấn đề này pháp luật Việt Nam (Điều 145.4 Luật Thương mại) quy định, nếu không có thỏa thuận khác thì người đại diện không được thực hiện các hoạt động thương mại với danh nghĩa của mình hoặc của người thứ ba trong phạm vi đại diện.

Đối tượng của hợp đồng đại diện thương mại chỉ có thể là những ủy nhiệm hợp pháp, bởi vì không thể ủy nhiệm cho người đại diện ký kết những giao dịch trái với luật quốc gia được áp dụng hay các văn bản pháp lý quốc tế. Trong những trường hợp nếu việc thực hiện ủy quyền cần phải có giấy phép nào đó của cơ quan nhà nước có thẩm quyền, thì thông thường, nghĩa vụ này là của người đại diện, mặc dù Uỷ ban thương mại quốc tế trong hướng dẫn của mình có nói rõ rằng, để khỏi gặp phải những rắc rối sau này tốt nhất là cần phải xác định rõ trong hợp đồng, ai là người có nghĩa vụ phải xin phép cơ quan nhà nước có thẩm quyền.

Hợp đồng phải quy định nghĩa vụ bắt buộc của người đại diện phải bảo vệ quyền sở hữu, quyền và lợi ích hợp pháp của người được đại diện. Ngoài ra trong hợp đồng cần phải có sự điều chỉnh việc bảo vệ quyền sở hữu trí tuệ, cạnh tranh không lành mạnh cũng như nghĩa vụ của người đại diện phải thông báo cho người được đại diện về những vi phạm nói trên.

Hợp đồng đại diện thương mại có thể quy định việc thực hiện các hành vi pháp lý cũng như các hành vi thực tế, những hành vi này có thể là hoạt động của người đại diện liên quan việc tiêu thụ hàng hoá, ví dụ, tìm hiểu thị trường, duy trì mối quan hệ thường xuyên với những khách hàng tiềm năng, thông báo cho người được đại diện biết về những khiếu nại, yêu cầu của người mua...

Hướng dẫn soạn thảo hợp đồng đại diện thương mại của Uỷ ban thương mại quốc tế còn khuyến nghị rằng, trong hợp đồng có thể quy định nghĩa vụ của người đại diện phải bán một khối lượng hàng hoá tối thiểu nào đó.

Trong trường hợp, nếu người được đại diện không chấp thuận hành vi mà người đại diện thực hiện vượt quá thẩm quyền cho phép thì những hành vi đó không làm phát sinh quyền và nghĩa vụ cho người được đại diện. Ngoài ra việc không tuân thủ những chỉ thị mà không có cơ sở có thể là căn cứ để xác định trách nhiệm của người đại diện trước người được đại diện, ví dụ cả bồi thường thiệt hại cho cả người được đại diện và có thể cho cả người thứ ba. Khi người đại diện bán hàng với giá thấp hơn giá được quy định trong hợp đồng và nếu không chứng minh được rằng, việc bán hàng với giá cao hơn là hoàn toàn không thể và việc không bán hàng với giá đó có thể gây thiệt hại lớn hơn cho người được đại diện thì phải bồi thường mức chênh lệch cho người được đại diện.

Pháp luật của nhiều nước và thực tiễn thương mại quốc tế cho thấy rằng, khi thực hiện ủy nhiệm của người được đại diện, người đại diện ngay cả trong trường hợp không có sự hướng dẫn rõ ràng từ phía người được đại diện có nghĩa vụ phải hành động phù hợp với tập quán thương mại và các thông lệ, không những thế mà còn phải làm thế nào để có lợi nhất cho người được đại diện. Trong trường hợp nếu người đại diện ký kết hợp đồng với người thứ ba với những điều kiện có lợi hơn rất nhiều cho người được đại diện so với các điều kiện được quy định trong hợp đồng, thì phu thuộc vào luật quốc gia được áp dụng người đại diện hoặc phải chuyển giao toàn bộ lợi nhuận thu được (Luật của Đức) hay là chia đôi (Luật Nga)... Trong hợp đồng đại diện thương mại quốc tế các bên có thể thỏa thuận các cách phân chia lợi nhuận nói trên khác nhau. Luật Thương mại Việt Nam không có các quy định tương tự, tuy nhiên, vì pháp luật không quy định và cũng không cấm nên các doanh nghiệp Việt Nam có thể tự thỏa thuận trong hợp đồng cách phân chia lợi nhuận trong những trường hợp tương tự.

2- Người đại diện có nghĩa vụ thông báo cho người được đại diện về các cơ hội và kết quả thực hiện các hoạt động thương mại đã được ủy quyền cũng như phải thông báo cho người được đại diện biết về những sự kiện có thể tác động, gây ảnh hưởng đến người được đại diện khi quyết định tiếp nhận đơn đặt hàng từ khách hàng. Nếu, ví dụ, người được đại diện chỉ thị cho người đại diện không được bán hàng cho công ty A, còn công ty B, là chi nhánh của công ty A đặt hàng ở người đại diện, người đại diện khi chuyển đơn đặt hàng đó cho người được đại diện cần phải thông báo rằng, công ty B là chi nhánh của công ty A. Người đại diện cần phải cho người được đại diện biết về bất kỳ lợi ích riêng nào mà người đại diện có được từ hợp đồng với người thứ ba. Người đại diện không được mua hàng của người được đại diện khi không có sự đồng ý của người này, cũng như không thể hành động với tư cách là người đại diện của người mua và nhận thù lao của cả hai bên khi thực hiện hợp đồng mà không có sự thông báo trước cho người được đại diện. Những hợp đồng, trong đó có ẩn chứa lợi ích cá nhân của người đại diện, theo yêu cầu của người được đại diện, có thể bị coi là không có giá trị pháp lý.

Trong thực tiễn có những trường hợp, ngay cả khi có ủy nhiệm rõ ràng của người giao đại diện, tuy nhiên người đại diện có thể có quyền không tuân thủ những chỉ thị đó của người được đại diện vì lợi ích của riêng họ này nếu người đại diện vì một lý do nào đó không thể xin ý kiến của người giao đại diện hay có xin ý kiến nhưng không nhận được sự trả lời trong thời hạn hợp lý. Trong trường hợp người đại diện không tuân thủ chỉ thị của người giao đại diện vì một lý do nào đó thì phải thông báo ngay cho người giao đại diện.

3. Trong thực tiễn có thể có những trường hợp khi người đại diện thông đồng với người thứ ba vì mục đích tư lợi, gây thiệt hại cho người giao đại diện.

Để tránh những trường hợp này thực tiễn cho thấy rằng, trong hợp đồng đại diện thương mại cần phải quy định người đại diện không được nhận hối lộ hay có những khoản lợi nhuận bí mật từ hoạt động đại diện của mình hay nói cách khác là không được hưởng thù lao từ người thứ ba là người ký kết hợp đồng với người giao đại diện. Trong trường hợp người thứ ba có hứa trả thù lao cho người đại diện thì người giao đại diện có thể lấy khoản tiền này từ người thứ ba, nếu nó đã được trả, thì từ người đại diện. Ngoài ra người giao đại diện có quyền huỷ hợp đồng đại diện mà họ đã ký kết với người thứ ba hay huỷ hợp đồng do người đại diện ký kết với người thứ ba, có quyền từ chối trả thù lao cho hợp đồng bị thua lỗ hay yêu cầu bồi thường thiệt hại liên quan đến việc ký kết hợp đồng mà người giao đại diện phải gánh chịu. Hậu quả pháp lý cũng tương tự ngay cả trong trường hợp, khi việc hối lộ hay khoản lợi bí mật mà người đại diện có được, và người đại diện tin tưởng rằng, điều này không gây tác động đến quyết định của họ hay khi mà có thể chứng minh được rằng, quyền lợi của người giao đại diện không bị xâm hại. Thực tiễn và luật pháp luôn mong muốn để các tiêu chí của sự trung thực của người đại diện được tuân thủ. Những tiêu chí này không được sử dụng chỉ trong trường hợp, nếu người giao đại diện biết rằng, người đại diện nhận thù lao của người thứ ba nhưng lại không phản đối điều đó.

4. Người đại diện không được tiết lộ hay cung cấp cho người khác hoặc người thứ ba các thông tin bí mật hay tài liệu liên quan đến hoạt động thương mại của người giao đại diện do người giao đại diện cung cấp theo hợp đồng đại diện trong thời gian hợp đồng có hiệu lực hay hợp đồng hết hiệu lực, cũng như không được phép sử dụng các thông tin đó cho riêng của mình với mục đích cạnh tranh không trung thực với người giao đại diện. Khác với thông lệ quốc tế và pháp luật của nhiều nước, Điều 145. 5 Luật Thương mại 2005 quy định rằng, người đại diện không được tiết lộ bí mật của người giao đại diện trong thời hạn hai năm kể từ khi chấm dứt hợp đồng đại diện. Có thể nhận thấy quy định nói trên của pháp luật Việt Nam tạo ra sự bất lợi đáng kể cho người giao đại diện. Đồng thời, vì lợi ích của người đại diện, trong thực tiễn ký kết và thực hiện hợp đồng đại diện thương mại hình thành nguyên tắc, theo đó người đại diện không thể bị hạn chế trong việc sử dụng các kỹ năng và kinh nghiệm mà họ tích luỹ được trong thời gian làm đại diện, sau khi hợp đồng đại diện hết hiệu lực, nếu các bên không có thoả thuận về sự hạn chế hợp lý. Ngoài ra, người đại diện có quyền cung cấp những thông tin về người được đại diện cho cảnh sát, cơ quan nhà nước có thẩm quyền, ngay cả báo chí, nếu người đại diện có những chứng cứ về hành vi vi phạm pháp luật của người giao đại diện hay người giao đại diện xâm hại nghiêm trọng đến lợi ích của xã hội.

Trong những hoàn cảnh đặc biệt, khi người giao đại diện có những căn cứ xác đáng để cho rằng, lợi ích của họ đã bị hay sẽ bị tổn thất nghiêm trọng và

người đại diện đang nắm giữ những thông tin, tài liệu bí mật và có khả năng huỷ hay sử dụng chúng, thì theo yêu cầu của họ toà án sẽ ra quyết định cho phép người giao đại diện đến văn phòng của người đại diện với mục đích kiểm tra, thu hồi những tài liệu đó.

5. Người đại diện phải có những chứng từ hợp lệ liên quan đến hợp đồng đại diện và xuất trình chúng phù hợp với các điều kiện của hợp đồng hay theo yêu cầu của người giao đại diện. Người đại diện phải có chứng từ hải quan, phải cất giữ tiền và tài sản của người được đại diện riêng biệt với tiền và tài sản của mình. Người đại diện phải giao trả cho người giao đại diện tất cả số tiền mà họ nhận từ người thứ ba, nhưng nếu trong hợp đồng đại diện không có quy định khác thì trong một số trường hợp người đại diện có quyền thực hiện việc bù trừ nghĩa vụ hay cầm giữ tài sản của người giao đại diện. Điều 149 Luật thương mại 2005 quy định, bên đại diện có quyền cầm giữ tài sản, tài liệu được giao để bảo đảm việc thanh toán các khoản thù lao và chi phí đã đến hạn, trừ trường hợp có thỏa thuận khác. Người đại diện có thể sử dụng những quyền này trong trường hợp, khi người được đại diện là người mắc nợ nhưng người đại diện không thể đòi được, tuy nhiên người đại diện không có quyền yêu cầu bù đắp cho những chi phí phát sinh không được thỏa thuận trước trong hợp đồng.

#### 1.4 Nghĩa vụ của bên giao đại diện

Trong hợp đồng đại diện thương mại nghĩa vụ cơ bản nhất của người được đại diện là trả thù lao cho người đại diện. Người được đại diện có nghĩa vụ trả thù lao được thỏa thuận trong hợp đồng cho người đại diện, khoản thù lao này thường được xác định phụ thuộc vào giá của hàng hoá do người đại diện đã bán được. Cách thức trả thù lao này khuyến khích tính năng động của người đại diện, nhưng trong một số trường hợp kích thích những người đại diện không trung thực, bởi vì với cách thức trả thù lao này trong nhiều trường hợp người đại diện chỉ chú ý đến số lượng hàng hoá được bán mà không chú ý đến khả năng tài chính của khách hàng mà người đại diện muốn thực hiện được những đơn đặt hàng của họ.

Người được đại diện, để bảo vệ quyền lợi của mình một cách tốt hơn khỏi những trường hợp nói trên, có thể áp dụng một số cách thức giải quyết. Cách thức giải quyết tốt nhất là trong hợp đồng đại diện cần phải thỏa thuận rằng, tiền thù lao được trả trong trường hợp, khi người được đại diện được khách hàng thanh toán. Thường thì các bên trong hợp đồng đại diện có thể thỏa thuận như sau: *Tiền thù lao được trả bằng (bao nhiêu %) tất cả các khoản tiền mà người được đại diện nhận được từ số hàng đã được người đại diện bán.* Cách thức thứ hai đó là có thỏa thuận điều kiện **del-credere**, theo đó người đại

diện có trách nhiệm bồi thường mọi thiệt hại cho người được đại diện do đã giới thiệu người không có khả năng thanh toán cho người được đại diện.

Theo kinh nghiệm thì trong hợp đồng đại diện thương mại cần phải quy định rõ, khi nào thì người đại diện được hưởng thù lao. Nếu trong hợp đồng không có thoả thuận vấn đề này, điều này có nghĩa là các bên cho rằng, người đại diện có quyền yêu cầu được trả thù lao ngay sau khi hợp đồng mua bán được ký kết, ví dụ, khi người được đại diện nhận được đơn đặt hàng của khách hàng. Thông thường thì cần phải quy định thời điểm trả thù lao, thời điểm này khác với thời điểm mà người được đại diện nhận tiền từ khách hàng -người thứ ba, và cũng cần phải quy định rằng, tiền thù lao được trả muộn hơn so với thời điểm chúng được phát sinh, hay là trong một thời điểm xác định. Người đại diện có thể yêu cầu trả thù lao ngay, nếu điều này không được thoả thuận trong hợp đồng và không trái với tập quán thương mại. Khoản tiền thù lao ứng trước thường được hoàn lại sau khi hợp đồng đại diện hết hiệu lực.

Theo quy định của Điều 147 Luật Thương mại 2005, bên đại diện được hưởng thù lao đối với các hợp đồng được giao kết trong phạm vi đại diện. Quy định này có nghĩa là người đại diện chỉ có quyền hưởng thù lao khi và chỉ khi tìm được cho người được đại diện người mua không những có khả năng thanh toán mà còn mong muốn mua hàng. Nếu người mua không có tiền để mua hàng thì họ được coi là không có khả năng. Nếu theo quy định nói trên thì sẽ có trường hợp, người được đại diện từ chối ký kết hợp đồng với người mua đồng thời thông báo cho người đại diện về điều đó, tuy nhiên sau đó lại ký kết hợp đồng với chính người mua đó. Trong trường hợp này người đại diện có quyền hưởng thù lao từ hợp đồng đó hay không? Luật Thương mại Việt Nam không quy định, còn trong thực tiễn thương mại quốc tế vấn đề này được giải quyết tùy từng hoàn cảnh cụ thể.

Sau khi hợp đồng đại diện hết hiệu lực người được đại diện và người mua bị từ chối ban đầu có cuộc đàm phán mới và kết quả là người được đại diện đồng ý bán hàng cho người mua và đồng thời cho người mua một số thuận lợi trong việc thanh toán, thì có thể nói rằng trong trường hợp này hợp đồng mua bán không có mối liên hệ nào với hợp đồng đại diện, mặc dù trong một chừng mực nào đó vai trò của người đại diện vẫn còn. Trong trường hợp này người đại diện không được quyền yêu cầu khoản thù lao từ hợp đồng.

Khi xem xét nghĩa vụ trả thù lao của người được đại diện, để tránh gặp phải tranh chấp các bên cần phải lưu tâm đến một số vấn đề khi thoả thuận mức thù lao của người đại diện: thứ nhất, hoàn trả cho người đại diện những chi phí mà họ đã bỏ ra; thứ hai, trả thù lao cho những đơn đặt hàng từ tay nghề của người đại diện nhưng lại được đặt trực tiếp cho người được đại diện; thứ ba, thù lao cho những đơn đặt hàng lại sau đó.

- Thanh toán chi phí phát sinh: Theo quy định của Điều 148 Luật Thương mại 2005, nếu không có thỏa thuận khác, bên đại diện có quyền yêu cầu được thanh toán các khoản chi phí phát sinh hợp lý để thực hiện hoạt động đại diện. Quy định này được coi là quy định bắt buộc. Khác với Luật thương mại Việt Nam, trong thực tiễn thương mại quốc tế đã hình thành quy tắc, theo đó người đại diện độc lập ở nước ngoài khi bảo đảm cung cấp đơn đặt hàng cho người được đại diện - nhà xuất khẩu, theo nguyên tắc, không có quyền yêu cầu người được đại diện thanh toán các khoản chi phí, nếu trong hợp đồng đại diện không có thỏa thuận khác. Nếu người đại diện có được sự chấp thuận của người được đại diện khi có những chi phí trong quá trình thực hiện nghĩa vụ của mình, ví dụ, khởi kiện khách hàng ở tòa án tại quốc gia của người đại diện, thì có quyền yêu cầu hoàn lại tất cả các khoản chi phí mà họ đã bỏ ra.

- Các đơn đặt hàng trực tiếp cho người được đại diện từ lãnh thổ đại diện: Trong hợp đồng đại diện thương mại quốc tế các bên thường thỏa thuận lãnh thổ, trong phạm vi lãnh thổ này người đại diện tiến hành hoạt động đại diện thương mại của mình. Lãnh thổ ở đây thông thường là một khu vực địa lý nhất định: một quốc gia, một nhóm quốc gia (Đông Nam Á chẳng hạn). Có thể có những trường hợp, người thứ ba (người mua) trực tiếp đặt hàng hay ký kết hợp đồng với người bán - người được đại diện mà không thông qua người đại diện.

Một vấn đề được đặt ra là người được đại diện có nghĩa vụ trả thù lao cho những hợp đồng đó hay không. Luật Thương mại Việt Nam 2005 không có sự điều chỉnh vấn đề này. Trong thực tiễn thương mại quốc tế có thể xảy ra hai trường hợp, thứ nhất, người đại diện có quyền hưởng thù lao từ những đơn đặt hàng hay hợp đồng loại đó, nếu đơn đặt hàng hay hợp đồng nói trên là kết quả trực tiếp của những cố gắng của người đại diện. Vì vậy, người đại diện có quyền được hưởng thù lao, nếu người mua, với người mua này người đại diện đã có sự đàm phán trước đó, cuối cùng lại trực tiếp ký kết hợp đồng với người được đại diện hay nếu khách hàng được giới thiệu để nghị với người được đại diện giá thấp hơn nhiều so với bảng giá của người được đại diện và được đồng ý; thứ hai, người đại diện không có quyền yêu cầu trả thù lao, nếu khách hàng đặt hàng hay ký hợp đồng trực tiếp với người được đại diện mà không có sự tham gia của người đại diện. Các quy tắc này có thể thay đổi do sự thỏa thuận của các bên, hay trên cơ sở tập quán thương mại, theo đó người đại diện có quyền được hưởng thù lao từ mọi hợp đồng hay đơn đặt hàng từ lãnh thổ của người đại diện. Quy tắc này thường được gặp trong những trường hợp, khi người đại diện là độc quyền trên một lãnh thổ nhất định.

- Đơn đặt hàng lại: Trong thực tiễn thực hiện hợp đồng đại diện thương mại thường xảy ra trường hợp, theo đó người đại diện giới thiệu người mua cho người được đại diện và hợp đồng được ký kết giữa họ. Trong những lần

sau đó người mua, vì đã biết người bán nên trực tiếp ký kết hợp đồng với người bán mà không thông qua người đại diện. Thực tiễn thương mại gọi đó là đơn đặt hàng lại. Cần phải phân biệt hai trường hợp liên quan đến vấn đề đơn đặt hàng lại: thứ nhất, có hay không người đại diện quyền hưởng thù lao từ những đơn đặt hàng lại trong thời hạn hợp đồng đại diện có hiệu lực và; thứ hai, có hay không người đại diện quyền hưởng thù lao từ những đơn đặt hàng lại sau khi hợp đồng đại diện hết hiệu lực. Những vấn đề nói trên không tìm thấy su diều chỉnh trong Luật Thương mại 2005. Rất có thể các nhà làm luật để cho các bên tự thỏa thuận trong hợp đồng, tuy nhiên điều này sẽ gây khó khăn cho các doanh nghiệp khi ký kết hợp đồng đại diện thương mại, bởi lẽ đây là loại công cụ pháp lý còn khá mới mẻ trong pháp luật cũng như trong thực tiễn thương mại ở Việt Nam.

Trong trường hợp thứ nhất có thể nói rằng, các bên thường thỏa thuận về khả năng khoản thù lao cho những đơn đặt hàng lại, ví dụ thỏa thuận trong hợp đồng đại diện rằng, người đại diện được quyền hưởng thù lao từ bất kỳ một đơn đặt hàng lại nào mà trước đó người đại diện đã cung cấp. Nếu trong hợp đồng không có thỏa thuận khác thì áp dụng những nguyên tắc được nói đến ở trên. Nói cách khác, nếu đơn đặt hàng đầu tiên có được là kết quả của những cố gắng của người đại diện, thì người đại diện được quyền hưởng thù lao từ những đơn đặt hàng lại bởi vì đây có thể được coi là sự tiếp tục của những cố gắng ban đầu. Trong trường hợp này, việc đơn đặt hàng được gửi cho ai - người đại diện hay người được đại diện - không có ý nghĩa pháp lý.

Trường hợp thứ hai gặp nhiều rắc rối về mặt pháp lý hơn. Sự phức tạp xuất hiện trong trường hợp, nếu sau khi hợp đồng đại diện hết hiệu lực pháp lý theo thỏa thuận của các bên hay do người đại diện chết, người được đại diện nhận những đơn đặt hàng lại mà những đơn đặt hàng này cho phép người đại diện hưởng thù lao nếu (hợp đồng đại diện chưa hết hết hiệu lực). Ở đây một cách có cơ sở để có thể khẳng định rằng, người được đại diện hưởng thành quả lao động của người đại diện sau khi hợp đồng đại diện hết hiệu lực. Một khác nếu các bên không có thỏa thuận khác trong hợp đồng đại diện thương mại thì áp dụng quy tắc, theo đó thù lao không được trả cho những hợp đồng được ký kết giữa người được đại diện và người thứ ba sau khi hợp đồng đại diện hết hiệu lực không phụ thuộc vào việc, ai là người tổ chức việc ký kết hợp đồng đó.

Tuy nhiên quy tắc này cũng có ngoại lệ, vì vậy khó có thể xác định, cần phải áp dụng quy tắc hay là ngoại lệ trong trường hợp cụ thể. Có thể nói rằng, nếu hợp đồng đại diện được ký kết có thời hạn thì áp dụng quy tắc, còn nếu hợp đồng được ký kết không thời hạn thì áp dụng ngoại lệ. Tuy nhiên vấn đề này luôn phụ thuộc vào cấu trúc của các điều kiện của hợp đồng, và có xu

hướng không cho phép hưởng thù lao cho những đơn đặt hàng lai sau khi hợp đồng hết hiệu lực. Khi xem xét vấn đề này cũng cần phải chú ý rằng, mỗi một trường hợp cần phải được xem xét phù hợp với những hoàn cảnh cụ thể.

### **1.5 Quyền của người được đại diện chấp nhận hay từ chối đơn đặt hàng do người đại diện cung cấp**

Khi người đại diện chỉ có thẩm quyền giới thiệu khách hàng cho người được đại diện, người được đại diện có thể xem xét việc chấp nhận hay từ chối đơn đặt hàng của khách hàng, và người đại diện không thể được hưởng thù lao từ những đơn đặt hàng bị người được đại diện từ chối, nếu các bên trong hợp đồng không có các thoả thuận đặc biệt khác. Ví dụ, thù lao được trả khi tìm được khách hàng, hay khi có yêu cầu từ khách hàng, hay trên cơ sở tập quán thương mại, những tập quán cho phép được hưởng thù lao trong mức độ hạn chế. Tuy nhiên người được đại diện không được cản trở người đại diện hưởng thù lao bằng hành vi hay sự thụ động không hợp pháp của mình, vì vậy người đại diện có quyền yêu cầu bồi thường thiệt hại mà họ phải chịu nếu người được đại diện vi phạm nguyên tắc này. Pháp luật của Việt Nam (Điều 146.1 Luật Thương mại), cũng như pháp luật của nhiều quốc gia khác quy định bên được đại diện có nghĩa vụ thông báo ngay cho người đại diện biết việc có chấp nhận các đơn đặt hàng hay không.

Có trường hợp, người đại diện giới thiệu người được đại diện cho một người mua, người mua này muốn mua hàng. Người được đại diện chấp nhận đơn đặt hàng và ký kết hợp đồng với người mua. Người mua mở L/C vì lợi ích của người bán (người được đại diện), và về phần mình người bán giao cho người mua bảo lãnh thực hiện nghĩa vụ. Sau đó người bán không muốn thực hiện nghĩa vụ hợp đồng, huỷ sự bảo lãnh và đồng ý bồi thường thiệt hại cho người mua. Trong trường hợp này người đại diện có quyền yêu cầu người được đại diện trả thù lao hay không. Vấn đề này chưa được quy định trong pháp luật, cụ thể là Luật Thương mại 2005 của Việt Nam chúng ta. Tuy nhiên xuất phát từ nguyên tắc thiện chí, trung thực thì mặc dù pháp luật không quy định, nhưng trong hợp đồng đại diện thương mại, giữa người đại diện và người được đại diện có một điều kiện ngầm định, theo đó người được đại diện không thể không trả thù lao khi đơn phương huỷ hợp đồng với người thứ ba.

Trong những trường hợp, khi thù lao được trả được xác định trên cơ sở giá trị của hợp đồng với người mua (người thứ ba) và người mua từ chối hợp đồng trước thời điểm thanh toán thì người được đại diện không buộc phải yêu cầu người mua bồi thường thêm khoản thù lao cho người đại diện, nhưng nếu người đại diện đã nhận được sự đền bù nào đó từ người mua, thì người đại diện có quyền được hưởng thù lao hợp lý, tất nhiên là với mức độ hợp lý và thông thường thấp hơn so với thù lao toàn bộ.

## **1.6 Quyền đặc biệt của người đại diện**

Trong hoạt động thương mại quốc tế người được đại diện, khi ký kết hợp đồng đại diện thương mại, thường trao cho người đại diện một số quyền đặc biệt trên phạm vi một lãnh thổ nào đó hoặc theo một số lượng khách hàng nhất định.

Quyền đặc biệt có thể được thể hiện ở chỗ, người được đại diện nhận lấy nghĩa vụ không ký hợp đồng đại diện tương tự với những người khác trên lãnh thổ đó hoặc cho phép người đại diện được hưởng thù lao từ tất cả các hợp đồng với hàng hoá của người được đại diện được ký kết trên lãnh thổ của người đại diện ngay cả trong trường hợp, nếu hợp đồng được ký kết bởi người khác, trong số đó có cả người được đại diện. Trong những trường hợp này sự đại diện mang tính lãnh thổ mà không mang tính cá nhân.

Trong hợp đồng đại diện các bên có thể thoả thuận, rằng người đại diện độc quyền hay có đặc quyền hoặc vừa độc quyền vừa có đặc quyền trên một lãnh thổ nhất định. Nếu hợp đồng đại diện độc quyền thì người được đại diện nhận lấy nghĩa vụ không được ký kết với những người đại diện hay những nhà phân phối khác, tuy nhiên lại có quyền tự mình tiêu thụ hàng hoá trên lãnh thổ của người đại diện. Trong trường hợp hợp đồng đại diện đặc quyền thì nếu không có sự tham gia của người đại diện thì người được đại diện hoàn toàn không được phép bán hàng trên lãnh thổ của người đại diện.

Hướng dẫn của Ủy ban thương mại quốc tế nói rằng, trong hợp đồng cần phải xác định rõ ràng lãnh thổ, trong phạm vi lãnh thổ này người đại diện có quyền tiến hành hoạt động của mình. Ủy ban thương mại quốc tế cũng khuyến cáo rằng, khi điều chỉnh vấn đề này các bên của hợp đồng cần phải tính đến luật chống độc quyền của luật áp dụng. Ngoài ra Hướng dẫn của Ủy ban thương mại quốc tế còn chỉ ra rằng, khi trao cho người đại diện đặc quyền hay độc quyền trên phạm vi một lãnh thổ nào đó, người được đại diện có thể giữ lại cho mình quyền được hành động độc lập trên lãnh thổ này. Trong trường hợp này hợp đồng có thể quy định việc trả tiền hoa hồng cho người đại diện trong phạm vi những giao dịch đó, cũng như có thể không quy định khoản thù lao bổ sung đó.

Ngoài ra, thông thường khi ký hợp đồng đại diện thương mại quốc tế các bên cũng cần phải quy định rằng, trên lãnh thổ của mình người đại diện không được cạnh tranh với người được đại diện, có nghĩa là không được sản xuất hay tiêu thụ các sản phẩm có khả năng cạnh tranh với sản phẩm của người được đại diện.

## **1.7 Mối quan hệ của người được đại diện và người đại diện với người thứ ba**

Bởi vì người đại diện hành động với chi phí và vì lợi ích của người được đại diện, nên thông thường người được đại diện nhận lấy tất cả lợi ích kinh tế có

được từ hợp đồng được ký kết với người thứ ba. Lợi ích này người được đại diện trực tiếp có được khi trực tiếp ký hợp đồng hay có được một cách gián tiếp khi người đại diện nhân danh chính mình ký hợp đồng với người thứ ba.

Theo quy định của Công ước Geneva, hoạt động của người đại diện trong phạm vi thẩm quyền của mình, nếu người thứ ba biết được hoặc buộc phải biết được rằng, người đại diện hành động như một người đại diện, trực tiếp làm phát sinh quyền và nghĩa vụ giữa người được đại diện và người thứ ba. Tuy nhiên nếu người thứ ba không biết hay không buộc phải biết rằng, người đại diện hành động với tư cách là người đại diện thì hợp đồng được người đại diện ký kết với người thứ ba chỉ làm phát sinh quyền và nghĩa vụ của các bên trong hợp đồng, tức là giữa người đại diện và người thứ ba.

Theo pháp luật Anh - Mỹ, trong những trường hợp, nếu người thứ ba nếu biết rằng, một bên trong hợp đồng hành động với tư cách là người đại diện theo hợp đồng đại diện không công khai thì có quyền lựa chọn người phải chịu trách nhiệm: hoặc là người đại diện hoặc là người được đại diện. Ngoài ra, người được đại diện có quyền can thiệp vào mối quan hệ giữa người đại diện với người thứ ba và thiết lập mối quan hệ trực tiếp với người thứ ba.

Pháp luật của các nước châu Âu lục địa, khác với pháp luật của Anh - Hoa Kỳ, đối với hợp đồng đại lý quy định rằng, ngay cả khi người giao đại lý được nói rõ trong hợp đồng hay tham gia trực tiếp vào quan hệ hợp đồng với người thứ ba, thì không phụ thuộc vào điều đó, các bên trong hợp đồng vẫn là người đại diện và người thứ ba, còn người giao đại lý chỉ có thể trở thành người tham gia trong mối quan hệ với người thứ ba khi được người đại diện chuyển nhượng tất cả các quyền của mình phát sinh từ hợp đồng.

Nói đến mối quan hệ giữa người được đại diện và người đại diện với người thứ ba, tức là nói đến trách nhiệm của những người đó. Cần phải phân biệt hai trường hợp: thứ nhất, trách nhiệm của người đại diện về những hành vi của mình; và thứ hai, về những hành vi của người thứ ba.

Pháp luật của hầu hết các nước và thực tiễn thương mại quốc tế quy định rằng, phù hợp với các nguyên tắc chung về trách nhiệm, người đại diện phải chịu trách nhiệm trước người được đại diện về những thiệt hại do đã trực tiếp gây ra cho người được đại diện bằng chính những hành vi của mình. Những thiệt hại này có thể phát sinh, ví dụ, khi thực hiện hợp đồng với người thứ ba người đại diện đã hành động vượt quá thẩm quyền do người được đại diện giao hoặc đã không có sự cố gắng cần phải có khi thực hiện uỷ quyền.

Cùng với những vấn đề trên, người đại diện không chịu trách nhiệm về rủi ro hay hư hỏng đối với hàng hoá của người được đại diện đã được giao cho người đại diện, nếu, tất nhiên việc mất mát hay hư hỏng này không phải là hậu quả trực tiếp của những hành vi có lỗi của người đại diện.

Tuy nhiên, nếu hợp đồng đại diện thương mại quốc tế quy định rằng, người đại diện có nghĩa vụ mua bảo hiểm cho hàng hoá mà họ được giao theo hợp đồng, nhưng người đại diện đã không ký hợp đồng bảo hiểm, thì trong trường hợp này người đại diện phải chịu toàn bộ trách nhiệm do hàng hoá bị mất mát hay hư hỏng trước người được đại diện.

Theo nguyên tắc chung, người đại diện không chịu trách nhiệm trước người được đại diện về những hành vi của người thứ ba, là những người mà người đại diện đã ký kết hợp đồng vì lợi ích của người được đại diện. Một khác người người đại diện khi thực hiện việc giao dịch với người thứ ba cần phải có sự cẩn thận cẩn thận, có nghĩa là không được ký kết hợp đồng với những người có nghi vấn về khả năng thanh toán.

Nếu các điều kiện của hợp đồng đại diện quy định rằng, người đại diện nhận trách nhiệm về mình đối với các hành vi của người thứ ba- là người mà họ ký kết hợp đồng, trước người được đại diện, thì người đại diện phải liên đới cùng với người thứ ba đó chịu trách nhiệm trước người được đại diện.

Xuất phát từ việc người được đại diện có thể không có quan hệ trực tiếp với người thứ ba, vì vậy không có khả năng kiểm tra tình hình tài chính của họ. Ủy ban thương mại quốc tế ngay trong Hướng dẫn của mình khuyên rằng, nên đưa vào trong hợp đồng điều kiện về trách nhiệm-del credere.

Trong trường hợp, nếu người thứ ba không thực hiện nghĩa vụ của mình trước người đại diện, thì hầu như pháp luật của tất cả các nước giao cho người được đại diện quyền độc lập tham gia vào hợp đồng với người thứ ba và bảo vệ quyền lợi của mình phù hợp với các điều kiện của hợp đồng do người đại diện ký kết vì lợi ích của người được đại diện. Công ước Ginever quy định rằng, trong trường hợp nếu người đại diện không thể thực hiện được nghĩa vụ của mình đối với người được đại diện vì lý do người thứ ba không thực hiện nghĩa vụ của mình, thì người được đại diện có quyền tham gia vào quan hệ với người thứ ba thay cho người đại diện.

Công ước Ginever cũng quy định rằng, người thứ ba có khả năng khiếu nại hay khiếu kiện trực tiếp đến người được đại diện, nếu người đại diện không thực hiện hay không thể thực hiện nghĩa vụ của mình đối với người thứ ba. Trong trường hợp này, nếu người thứ ba không biết tên của người được đại diện hay người được đại diện không biết tên của người thứ ba, thì người đại diện phải thông báo cho họ biết.

### **1.8. Quyền sở hữu với hàng hoá được giao cho người đại diện**

Khi thực hiện hợp đồng đại diện thương mại quốc tế, người đại diện có thể có một số quyền nhất định nào đó đối với tài sản, đặc biệt là trong trường

hợp, khi người đại diện nhân danh chính mình ký kết hợp đồng với người thứ ba, bởi vì trong trường hợp này đối với người thứ ba người đại diện được coi là chủ sở hữu của hàng hoá. Pháp luật của hầu như tất cả các nước cũng như thực tiễn thương mại quốc tế cho thấy rằng, người đại diện không có quyền sở hữu tài sản do người được đại diện giao cho họ để bán cho người thứ ba hoặc họ nhận từ người thứ ba để sau đó giao cho người được đại diện theo hợp đồng đại diện thương mại. Như vậy quyền sở hữu đối với tài sản bao giờ cũng thuộc quyền sở hữu của người được đại diện hay nói cách khác là quyền sở hữu đối với hàng hoá được chuyển trực tiếp từ người được đại diện sang người thứ ba hoặc ngược lại mà không phải thông qua người đại diện. Trong trường hợp này nếu người đại diện bị phá sản thì tài sản của người được đại diện không thể được sử dụng thanh toán cho chủ nợ của người đại diện.

### **1.9. Chấm dứt hợp đồng đại diện thương mại và hậu quả pháp lý**

Theo nguyên tắc chung, hợp đồng đại diện thương mại hết hiệu lực pháp lý khi hết thời hạn được quy định trong hợp đồng hay khi ủy nhiệm đã được thực hiện. Trong một số trường hợp hợp đồng cũng có thể hết hiệu lực trước thời hạn.

Trong hợp đồng đại diện mẫu của ICC có quy định rằng, nếu hợp đồng đại diện ký kết có thời hạn thì nó không thể bị hủy theo yêu cầu của một trong các bên, nếu không có thời hạn thì có thể bị hủy theo yêu cầu của một trong các bên với điều kiện phải thông báo trước cho phía bên kia.

Hậu quả pháp lý của việc hủy hợp đồng trước thời hạn theo yêu cầu của một trong các bên được quy định giống nhau trong pháp luật của các nước khác nhau trong đó có pháp luật của Việt Nam. Theo quy định của Điều 144 Luật Thương mại 2005, trường hợp không có thỏa thuận thời hạn đại diện, thời hạn đại diện chấm dứt khi bên giao đại diện thông báo cho bên đại diện về việc chấm dứt hợp đồng đại diện và trừ trường hợp có thỏa thuận khác, nếu bên giao đại diện đơn phương thông báo chấm dứt hợp đồng đại diện thì bên đại diện có quyền yêu cầu bên giao đại diện trả một khoản thù lao do việc bên giao đại diện giao kết các hợp đồng với khách hàng mà bên đại diện đã giao dịch và các khoản thù lao khác mà mình được hưởng. Trong trường hợp bên đại diện đơn phương đình chỉ hợp đồng thì không có quyền hưởng thù lao đối với những giao dịch nói trên nếu các bên không có thỏa thuận khác.

Sau khi hiệu lực của hợp đồng cũ hết hiệu vì hết thời hạn được các bên thỏa thuận trong hợp đồng đại diện, một vấn đề đặt ra là bên đại diện có được quyền ưu tiên ký kết hợp đồng trong thời hạn mới hay không? Pháp luật của các nước, trong đó có Luật Thương mại 2005 của Việt Nam và ngay cả Công ước Geneva về đại diện độc lập trong mua bán hàng hóa quốc tế không có

sự điều chỉnh vấn đề này. Trong thực tiễn ký hết và thực hiện hợp đồng đại diện thương mại hình thành quy tắc, theo đó người đại diện được quyền ưu tiên ký hợp đồng đại diện trong thời hạn mới. Tuy nhiên quy tắc này không phải là luật nên để nó có thể được áp dụng các bên cần phải thỏa thuận trước tại thời điểm ký kết hợp đồng<sup>110</sup>.

## II. HỢP ĐỒNG PHÂN PHỐI (DISTRIBUTION CONTRACTS)

### 2.1 Khái niệm hợp đồng phân phối

Trong hoạt động thương mại quốc tế, để mở rộng việc tiêu thụ hàng hóa trên thị trường ngoài nước, những người xuất khẩu và những nhà sản xuất, ngoài công cụ pháp lý là hợp đồng đại diện thương mại, trong nhiều trường hợp còn sử dụng công cụ pháp lý khác – hợp đồng phân phối (Distribution Contract). Có thể nói rằng, loại công cụ pháp lý này được pháp luật của rất ít quốc gia điều chỉnh. Hiện nay chưa có một văn bản pháp lý nào điều chỉnh việc ký kết và thực hiện hợp đồng độc quyền phân phối, tuy nhiên vì loại hợp đồng này được sử dụng phổ biến trong thương mại quốc tế, nên Ủy ban thương mại quốc tế đã soạn thảo hai tài liệu để các doanh nghiệp có thể tham khảo khi ký kết hợp đồng phân phối, thứ nhất Hướng dẫn soạn thảo hợp đồng phân phối quốc tế<sup>111</sup>; thứ hai, Hợp đồng phân phối mẫu. Nhập khẩu-phân phối độc quyền<sup>112</sup>.

Về bản chất, hợp đồng phân phối quy định người bán (nhà sản xuất, người xuất khẩu) giao cho người mua, thường là doanh nghiệp nước ngoài độc quyền kinh doanh một loại hàng nhất định trên một phạm vi lãnh thổ xác định, còn người mua chọn người bán là nguồn cung cấp duy nhất loại hàng hóa trên lãnh thổ được quy định trong hợp đồng. Ví dụ, hợp đồng phân phối được ký kết giữa nhà sản xuất một loại sản phẩm nào đó của Nhật Bản với người phân phối-nhà mua ở Việt Nam. Theo hợp đồng này nhà sản xuất không có quyền ký hợp đồng tương tự với người phân phối khác trên lãnh thổ của Việt Nam (hay một khu vực địa lý nào đó), còn doanh nghiệp của Việt Nam không được mua hàng hóa cùng loại ở đối thủ cạnh tranh của nhà sản xuất.

Hình thức này liên quan đến hoạt động của những nhà phân phối, những người này mua hàng hóa và nhận danh chính minh bán lại chúng trong phạm vi hợp đồng dài hạn được ký kết giữa người phân phối với nhà sản xuất. Phân phối là hình thức trung gian thương mại có bản chất kinh tế mà không mang

<sup>110</sup> Xem thêm hợp đồng nhượng quyền thương mại của giáo trình này.

<sup>111</sup> ICC Publication No. 441. Guide to Drafting International Distributorship Agreement.

<sup>112</sup> ICC Publication No.518. The ICC Model Distributorship Contracts. Sole Importer-Distributor.

bản chất pháp lý, bởi vì người phân phối không thực hiện bất kỳ một sự ủy quyền nào. Người phân phối hoạt động độc lập, tự mình chịu mọi rủi ro, tuy nhiên hoạt động của những người phân phối, dưới góc độ kinh tế, góp phần vào việc đưa hàng hóa, dịch vụ đến người tiêu dùng.

Thông thường người phân phối ký kết hợp đồng dài hạn với nhà sản xuất hay người xuất khẩu và về bản chất đây là một hợp đồng khung-hợp đồng phân phối (Distribution Contract). Theo hợp đồng này nhà sản xuất có nghĩa vụ thường xuyên bán hàng hóa dưới một nhãn hiệu thương mại nhất định cho nhà phân phối và tiếp nhận nhà phân phối vào mạng lưới tiêu thụ hàng hóa của mình. Người phân phối có nghĩa vụ thường xuyên, theo định kỳ mua hàng của nhà sản xuất, và sau đó bán hàng hóa đã mua này trong phạm vi một thị trường nhất định. Trong hoạt động của mình người phân phối luôn nhân danh chính mình và chịu mọi rủi ro, tuy nhiên lại vì lợi ích kinh tế của nhà sản xuất hay người xuất khẩu.

Cũng theo hợp đồng phân phối, người phân phối thường có nghĩa vụ cung cấp một số dịch vụ nhất định trong quá trình bán hàng, hậu mãi sau khi bán hàng cũng như tiến hành việc quảng cáo. Mặc dù người phân phối có sự độc lập về mặt pháp lý, tuy nhiên họ vẫn phải chịu một số tác động nhất định của nhà sản xuất, ví dụ, nhà sản xuất có thể đưa ra cho người phân phối một số chỉ dẫn nhất định liên quan đến phương thức hoạt động, bởi vì trong hợp đồng thương mại quốc tế về phân phối, theo nguyên tắc, nhà sản xuất cho phép người phân phối sử dụng nhãn hiệu thương mại của họ trên một phạm vi lãnh thổ nhất định.

Điểm đặc thù của hợp đồng phân phối là loại hợp đồng này thường có tính chất độc quyền, điều này có nghĩa là nhà sản xuất có nghĩa vụ không được bán hàng trên lãnh thổ đó nếu không thông qua người phân phối. Về phần mình người phân phối có nghĩa vụ không bán hàng hóa cạnh tranh với hàng hóa của nhà sản xuất.

Có thể nói rằng, quan hệ phân phối có những đặc điểm cơ bản sau đây:

1- Hợp đồng phân phối là một hợp đồng phức tạp trong đó ngoài hợp đồng mua bán, còn có các yếu tố của hợp đồng cung cấp dịch vụ, cụ thể, tiến hành quảng cáo, thực hiện chế độ hậu mãi cho người mua... Ngoài ra còn có yếu tố của hợp đồng chuyển giao quyền sử dụng đối tượng của quyền sở hữu trí tuệ, cụ thể, quyền sử dụng nhãn hiệu thương mại.

2- Là hợp đồng dài hạn và có tính chất là một hợp đồng khung, trên cơ sở đó các bên ký kết các hợp đồng mua bán cụ thể.

3- Về mặt hình thức, người phân phối hoạt động độc lập với nhà sản xuất hay người xuất khẩu.

4- Người phân phối là chủ sở hữu đối với hàng hóa mà họ mua theo hợp đồng mua bán được ký kết trên cơ sở hợp đồng phân phối. Đây có thể nói là điểm khác biệt cơ bản nhất so với hợp đồng đại lý theo quy định của pháp luật Việt Nam.

5- Người phân phối không thể bằng những hành vi của mình xác lập quyền và nghĩa vụ cho nhà sản xuất hay người xuất khẩu.

6- Như đã đề cập đến ở trên, hoạt động của người phân phối mang tính độc quyền trên một phạm vi lãnh thổ nhất định.

Có thể nói rằng, trong pháp luật Việt Nam, cụ thể là trong Luật thương mại 2005, không tìm thấy quy định điều chỉnh loại hình trung gian thương mại này.

## 2.2 Sự khác biệt của hợp đồng phân phối với một số loại hợp đồng tương tự khác.

- *Khác với hợp đồng đại diện thương mại:* Về hình thức hợp đồng phân phối có thể coi là giống với hợp đồng đại diện thương mại, tuy nhiên về bản chất giữa hai loại hợp đồng này có sự khác biệt cơ bản. Thứ nhất, khác với người đại diện thương mại, người phân phối tự mình chịu mọi chi phí liên quan đến việc bán hàng, ngoại trừ những chi phí mà người phân phối phải chịu do đã thực hiện những chỉ dẫn của nhà sản xuất và với điều kiện những chi phí này phải là đáng kể; thứ hai, người phân phối không phải là người đại diện của nhà sản xuất dưới góc độ pháp lý, mặc dù dưới góc độ kinh tế họ có thể được coi là người đại diện của nhà sản xuất. Khác với người đại diện, người phân phối không hành động nhân danh nhà sản xuất - người được đại diện và cũng không phải báo cáo cho nhà sản xuất về khoản lợi nhuận mà họ có được trong quá trình bán hàng trên lãnh thổ được quy định trong hợp đồng. Thông thường, lợi nhuận của người phân phối là mức chênh lệch giữa giá mà họ mua của nhà sản xuất ở nước ngoài và giá mà họ bán lại trong nước.

Hợp đồng phân phối độc quyền có một số điểm giống với hợp đồng đại diện độc quyền. Cụ thể là trong hai loại hợp đồng này đều quy định phạm vi lãnh thổ mà người đại diện hay người phân phối được độc quyền tiến hành hoạt động kinh doanh trên lãnh thổ đó. Tuy nhiên hợp đồng phân phối độc quyền khác với hợp đồng đại diện độc quyền ở chỗ, các hợp đồng được ký kết trong phạm vi của hợp đồng phân phối độc quyền thực sự là những hợp đồng mua bán hàng hóa, theo đó người mua nhân danh chính mình mua hàng hóa của nhà sản xuất nước ngoài và khi người mua bán hàng hóa đó cho người thứ ba trên lãnh thổ của mình thì việc mua bán này không làm phát

quyền và nghĩa vụ giữa nhà sản xuất và người thứ ba. Đây có thể nói là ưu điểm cơ bản của hợp đồng phân phối độc quyền với hợp đồng đại diện độc quyền. Trong hợp đồng phân phối độc quyền nhà sản xuất của Việt Nam không phải lo lắng để khả năng tài chính của những người mua ở nước ngoài, bởi vì nhà sản xuất chỉ bán hàng cho một người, là người mà họ có thể kiểm tra được khả năng tài chính cũng như vị thế kinh doanh.

- *Khác với hợp đồng đại lý độc quyền:* Hợp đồng phân phối độc quyền có một số điểm giống với hợp đồng đại lý độc quyền được quy định trong pháp luật Việt Nam. Tuy nhiên hợp đồng phân phối độc quyền khác cơ bản với hợp đồng đại lý độc quyền ở chỗ, tài sản trong hợp đồng phân phối độc quyền thuộc sở hữu của người phân phối, còn trong hợp đồng đại lý độc quyền vẫn thuộc sở hữu của người giao đại lý. Trong hợp đồng đại lý độc quyền khả năng rủi ro cho người giao đại lý rõ ràng là cao hơn so với trong hợp đồng phân phối độc quyền, bởi vì hàng hóa không tiêu thụ được sẽ được trả lại cho người giao đại lý.

- *Khác với hợp đồng mua bán hàng hóa:* Hợp đồng phân phối không phải là hợp đồng mua bán loại hàng hóa cụ thể nào đó mà chỉ quy định những điều kiện chung, trên cơ sở những điều kiện chung đó các hợp đồng mua bán hàng hóa sẽ được ký kết sau này. Các điều kiện của hợp đồng phân phối về bản chất khác biệt với các điều kiện của hợp đồng mua bán được ký kết trong phạm vi của hợp đồng phân phối.

- *Khác với hợp đồng nhượng quyền thương mại:* Theo hợp đồng nhượng quyền thương mại bên nhận quyền được phép tiến hành hoạt động thương mại dưới tên gọi cũng như sử dụng phương thức kinh doanh của bên giao, và bên giao có quyền giám sát mọi hoạt động của bên nhận liên quan đến việc sử dụng các quyền được giao trong thời hạn hợp đồng có hiệu lực. Theo hợp đồng phân phối thì bên phân phối được quyền tiêu thụ hàng hóa có nhãn hiệu nhất định của nhà sản xuất nước ngoài.

### **2.3 Các điều kiện của hợp đồng phân phối trong thương mại quốc tế**

Bởi vì chỉ có pháp luật của một số rất ít quốc gia có sự điều chỉnh vì vậy hợp đồng phân phối cần phải được soạn thảo kỹ. Trong thực tiễn thương mại quốc tế các bên thường có toàn quyền trong việc xây dựng, thỏa thuận các điều kiện của hợp đồng, và thông thường trong hợp đồng tối thiểu phải thỏa thuận các điều kiện dưới đây.

- *Xác định phạm vi lãnh thổ:* Các bên cần phải thỏa thuận lãnh thổ, trong phạm vi lãnh thổ này người phân phối được quyền thực hiện hoạt động của mình liên quan đến việc tiêu thụ hàng hóa mà họ mua của nhà sản xuất. Lãnh thổ được các bên thỏa thuận có thể là phạm vi của một tỉnh, thành phố, lãnh

thổ của một quốc gia, một khu vực địa lý nhất định bao gồm nhiều quốc gia. Trong hợp đồng các bên cũng có thể thỏa thuận việc mở rộng lãnh thổ trong tương lai, ví dụ nhà sản xuất có nghĩa vụ cho phép nhà phân phối hay nhà phân phối phải có nghĩa vụ mở rộng phạm vi lãnh thổ hoạt động sau một thời hạn nào đó kể từ ngày ký kết hợp đồng hay sau khi đã đạt được mức tiêu thụ một số lượng hàng hóa nhất định trong một thời hạn ấn định.

Nhu đã nói ở trên, đặc trưng của hợp đồng phân phối tinh chất độc quyền, nên trong hợp đồng các bên phải thỏa thuận nghĩa vụ của nhà sản xuất, hay người xuất khẩu không được trực tiếp bán hàng cho những khách hàng khác hay người phân phối có nghĩa vụ chỉ có thể mua hàng của nhà sản xuất để tiêu thụ trên lãnh thổ thỏa thuận. Tuy nhiên các loại thỏa thuận này rất có thể vi phạm các quy định của Luật cạnh tranh, ví dụ, có thể vi phạm các quy định về lạm dụng vị trí thống lĩnh thị trường hay lạm dụng vị trí độc quyền trong Luật cạnh tranh của Việt Nam. Trong pháp luật của Liên minh châu Âu thì có thể vi phạm Điều 85 (1) Hiệp ước về công đồng châu Âu.

Trong hợp đồng các bên có thể thỏa thuận, theo đó nhà sản xuất có nghĩa vụ phải chuyển giao cho người phân phối những đơn đặt hàng mà khách hàng chuyển trực tiếp cho nhà sản xuất. Cần phải thỏa thuận rõ như vậy bởi vì nhà sản xuất không có quyền bán hàng cho người mua trên phạm vi lãnh thổ được thỏa thuận trong hợp đồng. Để bảo vệ quyền lợi của nhà sản xuất, trong hợp đồng các bên cũng nên thỏa thuận rằng, nếu người phân phối nhận được đơn đặt hàng ngoài lãnh thổ được thỏa thuận thì phải có nghĩa vụ chuyển giao chúng cho nhà sản xuất.

Ngoài ra các bên cũng có thể thỏa thuận người phân phối có nghĩa vụ chuyển giao cho nhà sản xuất danh sách khách hàng trên lãnh thổ thỏa thuận. Nhà sản xuất cũng cần phải biết về những khách hàng của họ, thông qua đó có thể xây dựng được chiến lược kinh doanh của mình trên thị trường đó.

- **Xác định loại hàng hóa:** Thông thường nhà phân phối không thể tiêu thụ tất cả các sản phẩm của nhà sản xuất, mà chỉ có thể tiêu thụ một hay một số sản phẩm mà thôi. Chính vì vậy mà thực tiễn ký kết và thực hiện hợp đồng phân phối cho thấy rằng, hàng hóa hay sản phẩm của nhà sản xuất được người phân phối tiêu thụ ở nước ngoài cần phải được xác định cụ thể, rõ ràng, trong hợp đồng. Một trong những cách thức tốt nhất để xác định cụ thể hàng hóa là xác lập phụ lục hợp đồng, trong đó liệt kê chi tiết loại hàng hóa mà người phân phối sẽ tiêu thụ trên lãnh thổ thỏa thuận.

Công nghệ luôn đổi mới, nhà sản xuất có thể ngừng việc sản xuất một số loại sản phẩm nào đó đồng thời đưa vào sản xuất các loại sản phẩm mới. Để tránh gặp phải những rắc rối trong quá trình thực hiện hợp đồng, các bên cần

phải đưa vào hợp đồng các điều kiện, theo đó hợp đồng sẽ hết hiệu lực đối với những loại hàng hóa mà người cung cấp ngừng sản xuất, hay hợp đồng có hiệu lực đối với những sản phẩm mà người cung cấp sẽ sản xuất trong tương lai, nếu những sản phẩm đó được sử dụng trong cùng lĩnh vực.

- **Xác định giá cả:** Theo nguyên tắc hợp đồng phân phối là hợp đồng khung, tuy nhiên nhiều khi các bên thỏa thuận giá cả hay quy định cách thức xác định giá của hàng hóa ngay trong hợp đồng này. Việc quy định giá cả ngay trong hợp đồng phân phối trong nhiều trường hợp sẽ gặp một số khó khăn, sự khó khăn thể hiện ở chỗ, hợp đồng phân phối thường được ký kết dài hạn và giá của hàng hóa sẽ bị nhiều yếu tố tác động. Để tránh những tình huống nói trên, nếu trong hợp đồng phân phối các bên có thỏa thuận giá cả hay cách thức xác định giá cả của hàng hóa thì cũng phải nói rõ rằng, trong mọi trường hợp giá cả không được cao hơn giá hàng mà nhà sản xuất bán cho các nhà phân phối khác trong những điều kiện tương tự, ví dụ, giá FOB.

- **Quảng cáo, bảo vệ quyền sở hữu trí tuệ:** Thông thường nhà sản xuất không quan tâm đến quá trình bán hàng của nhà phân phối trên lãnh thổ thỏa thuận, bởi vì nhà phân phối hoạt động với tư cách là người mà không phải là người đại diện. Tuy nhiên nhà sản xuất lại rất quan tâm đến nhu cầu đối với hàng hóa của họ trên thị trường nước ngoài, quảng cáo nhãn hiệu hàng hóa của họ. Chính vì lý do đó mà trong hợp đồng có thể có điều kiện, theo đó người phân phối có nghĩa vụ phải quảng cáo sản phẩm của nhà sản xuất, định kỳ phân tích thị trường.

Một trong những nội dung của hợp đồng phân phối là nhà sản xuất cho phép người phân phối tiêu thụ sản phẩm dưới nhãn hiệu hàng hóa của nhà sản xuất. Để bảo vệ quyền lợi của nhà sản xuất, trong hợp đồng cần phải có điều kiện, theo đó người phân phối có nghĩa vụ không vi phạm quyền sở hữu trí tuệ của nhà sản xuất.

Ngoài những điều kiện nói trên, các bên còn có thể thỏa thuận những điều kiện khác, ví dụ, người phân phối có nghĩa vụ mua một khối lượng hàng hóa tối thiểu trong một thời hạn nhất định, nếu vi phạm nghĩa vụ này nhà sản xuất có quyền yêu cầu hủy hợp đồng.

Có thể nói rằng, vì được pháp luật của rất ít quốc gia điều chỉnh<sup>113</sup>, nên thông thường, hợp đồng phân phối được ký kết dựa trên thực tiễn thương mại, chính vì vậy mà việc thỏa thuận các điều kiện của hợp đồng hoàn toàn phụ thuộc vào ý chí của các bên, có tính đến các quy định của Luật cạnh tranh của các quốc gia.

---

<sup>113</sup> Luật của Bỉ, ngày 27-7-1961 được sửa đổi ngày 13-4-1971.

## CHƯƠNG VIII

# HỢP ĐỒNG NHƯỢNG QUYỀN THƯƠNG MẠI QUỐC TẾ (FRANCHISE)

Ngày nay, người tiêu dùng ở các nước phát triển có xu hướng là khi mua hàng, họ không quan tâm đến chất lượng và xuất xứ của hàng hóa mà chỉ quan tâm đến nhãn hiệu, nhất là đối với các mặt hàng thời trang như giày dép, áo quần. Năm 2002, kim ngạch xuất khẩu giày dép của Trung Quốc sang Hoa Kỳ đạt 10 tỷ USD nhưng không có sản phẩm nào mang thương hiệu của Trung Quốc. Nhiều doanh nhân của Hoa Kỳ nói rằng, trong điều kiện sản xuất của Việt Nam hiện nay, tốt nhất là nên tiếp cận với các nhãn hiệu hàng hoán nổi tiếng, tức là sử dụng các thương hiệu đã nổi tiếng trên thế giới để gắn vào hàng hóa do mình sản xuất song song với việc xây dựng thương hiệu riêng của mình<sup>111</sup>. Công cụ pháp lý hữu hiệu nhất hiện nay để có thể sử dụng các thương hiệu nổi tiếng đó là hợp đồng Lixāng và hợp đồng nhượng quyền thương mại mà chúng ta sẽ xem xét trong chương này.

## I. KHÁI NIỆM NHƯỢNG QUYỀN VÀ HỢP ĐỒNG NHƯỢNG QUYỀN THƯƠNG MẠI

### 1.1. Khái niệm nhượng quyền thương mại

Trong quá trình hội nhập kinh tế quốc tế, hoạt động chuyển giao công nghệ ra ngoài phạm vi của một quốc gia đóng một vai trò hết sức quan trọng. Tuy nhiên những vấn đề pháp lý liên quan đến chuyển giao công nghệ là đối tượng của nhiều cuộc tranh luận trong những thập niên gần đây và hiện nay sự tranh luận này vẫn còn tiếp tục. Cơ sở của các cuộc tranh luận này là:

*Thứ nhất*, mong muốn của các nước đang phát triển (Thái Lan, Indonesia, Malaysia và cả Việt Nam) có được một cách nhanh chóng các thông tin được bảo hộ với giá cả phải chăng, không phụ thuộc vào quyền sở hữu và động cơ thu lợi của chủ sở hữu các thông tin đó. Các nước đang phát triển cần công nghệ, dây chuyền sản xuất để có thể sử dụng một cách tối đa sức lao động dư thừa và rẻ nhưng lại cho ra sản phẩm có khả năng cạnh tranh trên thị trường thế giới;

<sup>111</sup> Xem: Báo Sài Gòn Giải phóng, số ra ngày 4-7-2003, "Chuẩn bị nội lực để xuất khẩu sang Hoa Kỳ".

Xem: Báo Tuổi trẻ, số ra ngày 2-8-2003, "Xuất khẩu sang Hoa Kỳ, Làm gì?".

*Thứ hai*, việc đầu tư để xây dựng các dây chuyền sản xuất tuy mang đến cho nhà đầu tư nhiều lợi nhuận nhưng lại thường hay gặp rủi ro do tình hình chính trị cũng như cơ chế pháp lý không phải lúc nào cũng ổn định, thuận lợi cho môi trường hoạt động đầu tư, vì vậy đây không phải là hình thức tối ưu của các chủ sở hữu những thông tin, công nghệ mới;

*Thứ ba*, người sở hữu thông tin, công nghệ sẵn sàng giao một phần lớn thông tin, công nghệ này nhưng không muốn giao hẳn thông tin, công nghệ chính của mình cho người khác.

Hiện nay trên thế giới, cơ chế giám sát việc chuyển giao công nghệ ra ngoài phạm vi của một quốc gia được thực hiện bằng hai hình thức: Hợp đồng Lixăng và hợp đồng nhượng quyền thương mại<sup>115</sup>.

Bản chất, ý nghĩa, vai trò và các loại hình Li-xăng đã được đề cập đến trong một số giáo trình Tư pháp Quốc tế và tạp chí pháp lý<sup>116</sup> được xuất bản ở Việt Nam. Pháp luật Việt Nam không những đã có các quy định để điều chỉnh hợp đồng chuyển giao công nghệ (Nghị định 11/CP ngày 02-02-2005 và chương XXXVI của Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005) mà còn có các quy định điều chỉnh hợp đồng nhượng quyền thương mại, cụ thể, Mục 8, Chương 6 Luật thương mại 2005. Có thể nói rằng, đây là một trong những nội dung hoàn toàn mới và việc chúng được quy định trong Luật thương mại đáp ứng được nhu cầu của thực tiễn hoạt động thương mại ở Việt Nam cũng như nhu cầu hội nhập. Tuy nhiên bản chất, ý nghĩa của nhượng quyền thương mại và hợp đồng nhượng quyền thương mại được **đề cập hết sức khiêm tốn trong khoa học pháp lý Việt Nam**<sup>117</sup>.

Thuật ngữ “nhượng quyền - Franchise” có nguồn gốc từ tiếng Pháp “Francis” có nghĩa là đặc quyền, ưu đãi. Mặc dù không có nguồn gốc tiếng Anh nhưng các quan hệ “Franchise” đầu tiên được được sử dụng, phổ biến một cách rộng rãi không phải ở châu Âu lục địa mà là ở Hoa Kỳ. Nhượng quyền thương mại như một loại quan hệ đặc biệt được sử dụng ở Hoa Kỳ vào thế kỷ 19, tuy nhiên nó chỉ được phổ biến rộng rãi ở Hoa Kỳ và châu Âu chỉ

<sup>115</sup> Xem: Ralph H. Folsom, Michael Wallace Gordon, John A. Spanogle, International Business Transactions in a Nutshell. St. Paul, Minn, West Publishing Co, 1992, p. 195-200.

<sup>116</sup> Xem: Nguyễn Bá Diến, Về bản chất và các loại hình của hợp đồng LiXăng, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, số 7, 1999, tr. 52-63; Nguyễn Ngọc Lâm, Sđd, tr. 156-162.

<sup>117</sup> Xem: Nguyễn Văn Luyện - Lê Thị Bích Thọ - Dương Anh Sơn, Hợp đồng thương mại quốc tế, NXB Công An Nhân dân, 2004, tr. 266-298; Lý Quý Trung, Nhượng quyền thương mại-Franchise. NXB. 2005

sau năm 1950. Quan hệ này được phổ biến rộng rãi bởi việc sử dụng nó cho phép mở rộng phạm vi ảnh hưởng của người giao đặc quyền trên thị trường, mặt khác nó cho phép người sử dụng đặc quyền thương mại có khả năng bắt đầu loại hoạt động thương mại dưới nhãn hiệu hàng hóa đã nổi tiếng trên thị trường. Trong trường hợp này, người nhượng quyền thương mại thông qua hoạt động của người sử dụng quyền chiếm lĩnh được thị trường mới (đặc biệt là thị trường của nước ngoài) một cách dễ dàng hơn là sử dụng hình thức đại diện thương mại, bởi vì thông thường người sử dụng trong nhượng quyền thương mại, do phải chịu trách nhiệm về hoạt động của mình, nên thể hiện một cách tích cực hơn so với người đại diện hay là nhân viên của mình.

Hiện nay, khoảng hơn 80 quốc gia trên thế giới sử dụng hình thức nhượng quyền thương mại. Ở Hoa Kỳ, một phần ba khối lượng hàng hóa bán lẻ được thực hiện thông qua hệ thống nhượng quyền thương mại. Vào năm 2000 ở Hoa Kỳ có khoảng trên 600.000 công ty kinh doanh trong hơn 25.000 hệ thống nhượng quyền<sup>118</sup>. Ở Úc nhượng quyền thương mại chiếm khoảng 90% hệ thống dịch vụ ăn uống công cộng.

Mặc dù quan hệ nhượng quyền thương mại được phổ biến rộng rãi trong hoạt động thương mại quốc tế nhưng hiện nay chưa chưa có một văn bản thống nhất điều chỉnh các quan hệ này. Chính vì vậy mà khi bảo vệ quyền lợi của các bên trong hợp đồng nhượng quyền thương mại, người ta thường áp dụng những quy định của các Công ước quốc tế về quyền tác giả và quyền sở hữu công nghiệp. Quyền sở hữu công nghiệp được bảo vệ phù hợp với Công ước Paris 1883, quyền tác giả được bảo vệ bởi Công ước Ginever 1952, Công ước Bern 1886 và một số văn bản quốc tế khác. Quan hệ của các bên trong hợp đồng này chủ yếu được điều chỉnh bởi các điều kiện của hợp đồng, các quy phạm pháp luật quốc gia của bên chuyển giao và bên sử dụng<sup>119</sup>. Ngoài những nguyên tắc chung trong việc áp dụng luật quốc gia, trong thực tế, hợp đồng nhượng quyền thương mại thường áp dụng luật quốc gia của bên sử dụng trong việc giải quyết những mâu thuẫn giữa các điều kiện của hợp đồng với sự phát triển của cạnh tranh hoặc trong việc xác định thủ tục đăng ký hợp đồng<sup>120</sup>.

Trong phạm vi quốc tế, việc điều chỉnh quan hệ của các bên trong hợp đồng nhượng quyền thương mại chỉ giới hạn bởi những hướng dẫn của Hiệp

<sup>118</sup> By Jacksonville. Ila. John: "Setting up shop", Business Journal of Jacksonville Online, 06-22-00, www.biziournal.com.

<sup>119</sup> Ví dụ, áp dụng những quy định của Nghị Định 45 của Chính phủ về chuyển giao công nghệ.

<sup>120</sup> Xem: Luật Thương mại quốc tế, Minsk, 2000, tr. 519-520.

hội nhượng quyền thương mại quốc tế (International Franchise Association-IFA), tổ chức này được thành lập năm 1960.

Pháp luật của EU trong thời gian dài không điều chỉnh những quan hệ phát sinh từ hợp đồng nhượng quyền thương mại. Năm 1986, tòa án EU thông qua quyết định đầu tiên<sup>121</sup> về hiệu lực của hợp đồng nhượng quyền thương mại và công nhận hợp đồng này không trái với pháp luật cạnh tranh của EU.

Hiện nay vì tầm quan trọng, lợi ích của hợp đồng nhượng quyền thương mại, pháp luật của nhiều nước đã có sự điều chỉnh này, như Úc, Italia, Nga và đặc biệt là ở Hoa Kỳ.

## 1.2 Hợp đồng nhượng quyền thương mại

Trên cơ sở các quy định của các điều 284-285 Luật Thương mại Việt Nam 2005 và thực tiễn ký kết và thực hiện hợp đồng nhượng quyền trong hoạt động thương mại có thể đưa ra định nghĩa hợp đồng nhượng quyền thương mại như sau: hợp đồng nhượng quyền thương mại là sự thoả thuận, theo đó một bên (bên giao) có nghĩa vụ giao cho bên kia (người sử dụng) trong một thời hạn nhất định hay vô thời hạn quyền sử dụng tổ hợp các quyền liên quan đến sở hữu trí tuệ thuộc quyền sở hữu của bên giao trong hoạt động thương mại, còn bên sử dụng có nghĩa vụ sử dụng tổ hợp các quyền được giao tuân thủ các điều kiện mà luật pháp hay hợp đồng quy định và phải trả tiền sử dụng các quyền đó.

Hợp đồng nhượng quyền thương mại là công cụ pháp lý hữu hiệu và duy nhất đảm bảo việc liên kết giữa chính sách thương mại thống nhất của các công ty lớn nổi tiếng với tính sáng tạo và sự tích cực của các công ty nhỏ (Công ty bán lẻ hay cung cấp dịch vụ đến tận tay của người tiêu dùng)<sup>122</sup>. Cả hai loại chủ thể nói trên đều thể hiện sự quan tâm đặc biệt đến hình thức hợp tác thương mại mới mẻ này: Các công ty lớn thông qua hình thức này có khả năng quảng bá sự ảnh hưởng của mình đối với hệ thống bán lẻ, cung cấp dịch vụ nhỏ, mở rộng tiêu thụ sản phẩm, quảng cáo cho sản phẩm của mình tốt hơn và mục đích cuối cùng là tăng lợi nhuận, tránh được những chi phí không cần thiết liên quan đến việc không thể quản lý được cả một hệ thống công ty con trực thuộc; các công ty nhỏ thông qua hình thức này có thể tham gia ngay vào hệ thống thương mại hàng hoá, dịch vụ nổi tiếng, hạn chế được rủi ro, tăng mức tiêu thụ hàng hoá, dịch vụ, và cuối cùng là thu được nhiều lợi nhuận hơn trong khi vẫn giữ được sự độc lập tài sản của mình.

---

<sup>121</sup> Xem Nghị quyết số 4087/88 của EU.

<sup>122</sup> Xem: Giáo trình Luật dân sự, tập 2, bản tiếng nga, Matxcova, 2000, tr. 630-635.

Mục đích của hợp đồng nhượng quyền thương mại là thúc đẩy việc tiêu thụ hàng hoá, dịch vụ của người giao đặc quyền trên thị trường bằng cách xây dựng, thành lập một công ty kinh doanh thương mại mới của bên sử dụng giống với công ty của bên giao. Người sử dụng cũng có thể sản xuất các loại hàng hóa hay cung cấp các loại dịch vụ đó. Như vậy hợp đồng này có ý nghĩa thực tiễn hết sức quan trọng bởi nó phục vụ một cách tối đa cho quá trình sản xuất hàng hoá, cung cấp dịch vụ. Hợp đồng này bổ sung cho các loại hợp đồng khác như: mua bán hàng hoá, gia công, ủy quyền...

Ở Việt Nam mặc dù mới được quy định trong Luật Thương mại 2005 nhưng hợp đồng nhượng quyền thương mại trên thực tế đã được sử dụng, ví dụ như ca phê Trung Nguyên, tuy nhiên chưa được phổ biến rộng rãi. Nguyên nhân của tình trạng này thể hiện ở chỗ chúng ta chưa có nhiều công ty mà hàng hóa của họ thực sự nổi tiếng để các thương nhân khác có thể mua nhãn hiệu hàng hóa hay tên công ty cũng như những phương tiện đặc thù khác.

Các yếu tố của hợp đồng nhượng quyền thương mại bao gồm: bên giao (Franchisor); bên sử dụng nhượng quyền-bên nhận (Franchisee); đối tượng; giá; thời hạn; hình thức của hợp đồng và nội dung.

- *Bên giao* là người chủ sở hữu những quyền liên quan đến sở hữu trí tuệ, việc sử dụng các quyền này phải được sự cho phép của bên giao. Bên giao phải là thương nhân, ít nhất là tại thời điểm ký kết hợp đồng, có nghĩa là chỉ sử dụng các quyền của mình trong hoạt động kinh doanh thương mại.

- *Bên sử dụng* là người được giao cho khả năng sử dụng những quyền liên quan đến sở hữu trí tuệ. Người này cũng phải là thương nhân ở thời điểm ký kết hợp đồng nhượng quyền thương mại. Theo nguyên tắc, người sử dụng là bên yếu hơn của hợp đồng bởi vì hoạt động thương mại có được khi ký kết hợp đồng nhượng quyền thương mại đối với họ là hoàn toàn mới mẻ, họ hoàn toàn chưa có kinh nghiệm trong lĩnh vực kinh doanh tương ứng, trong khi đó lĩnh vực này đối với bên giao hoàn toàn quen thuộc và trong nhiều trường hợp vị trí kinh tế của họ cũng vững mạnh hơn.

Bởi vậy, vì quyền lợi của bên sử dụng pháp luật của nhiều nước, ở đó loại quan hệ này được điều chỉnh, quy định một số hạn chế của sự tự do ý chí đối với bên giao khi ký kết cũng như trong quá trình thực hiện hợp đồng nhượng quyền thương mại. Ví dụ, bên giao không thể giao cho người thứ ba những quyền đặc biệt tương tự trên lãnh thổ của người sử dụng đã được quy định trong hợp đồng hay bên giao phải chịu trách nhiệm liên đới vì chất lượng hàng hóa dịch vụ do bên sử dụng sản xuất không phù hợp với chất lượng do bên giao quy định trong trường hợp có khiếu kiện, hoặc trong trường hợp hợp đồng hết thời hạn thì bên sử dụng được ưu tiên ký lại hợp đồng trên cơ sở các điều

kiện cũ, nếu người bên giao từ chối ký tiếp hợp đồng thì trong một thời gian nhất định sau khi hợp đồng cũ hết hiệu lực không được ký kết hợp đồng nhượng quyền với người khác.

Vì bên giao và bên sử dụng nhượng quyền thương mại là những chủ thể đặc biệt – đều là những thương nhân nên nhà nước và những tổ chức phi kinh doanh không thể tham gia hợp đồng nhượng quyền thương mại.

*Đối tượng* của hợp đồng nhượng quyền thương mại là những quyền liên quan đến sở hữu trí tuệ thuộc bên giao, những quyền này gồm:

- Tên gọi công ty;
- Thương hiệu;
- Nhãn hiệu của hàng hoá, dịch vụ;
- Phát minh sáng chế được bảo hộ;
- Thông tin thương mại không được bảo hộ...

Nói cách khác, đối tượng của hợp đồng nhượng quyền thương mại là những quyền đặc biệt đối với kết quả của sở hữu trí tuệ. Cần phải chú ý rằng đối tượng của hợp đồng nhượng quyền thương mại không đơn thuần là từng quyền riêng biệt được nói ở trên mà là tổ hợp các quyền đó. Tuy nhiên, không nhất thiết phải quy định trong tổ hợp này bắt buộc phải có những loại quyền đặc biệt nào. Có thể có trường hợp bên giao chỉ giao cho bên sử dụng một quyền duy nhất nào đó. Trong mọi trường hợp, nếu một quyền nào đó không được chuyển giao cho bên sử dụng thì bên này không có quyền yêu cầu phía bên kia phải giao nó. Mặc dù vậy, thuật ngữ "tổ hợp" vẫn có ý nghĩa nhất định, nó khẳng định là các quyền đặc biệt được giao không phải từng quyền riêng biệt mà là một đối tượng thống nhất để đạt được mục đích của hợp đồng nhượng quyền thương mại. Chính đặc điểm này giúp cho việc phân biệt hợp đồng này với các loại hợp đồng tương tự khác.

- *Thời hạn*: hợp đồng nhượng quyền thương mại có thể được ký kết trong một thời hạn nhất định và cũng có thể không có thời hạn. Thông thường hợp đồng nhượng quyền thương mại có hiệu lực trong khoảng thời gian khá lớn để các bên có khả năng thu hồi vốn đầu tư: như đầu tư mua bất động sản, mua máy móc thiết bị, chi phí để đào tạo nhân sự nhân viên kỹ thuật.

- *Giá cả* của hợp đồng là tiền thù lao mà người sử dụng đặc quyền phải trả cho người giao đặc quyền.

- *Hình thức*: Hợp đồng nhượng quyền thương mại phải được ký kết bằng văn bản và phải được đăng ký tại cơ quan có thẩm quyền (Điều 286 và Điều 291 Luật Thương mại 2005).

- *Nội dung* của hợp đồng bao gồm quyền và nghĩa vụ của các bên.

### **1.3. Các loại nhượng quyền thương mại**

Nhượng quyền thương mại quốc tế được áp dụng trong các lĩnh vực thương mại khác nhau, xuất phát từ cách thức áp dụng có thể phân thành các loại khác nhau:

- *Nhượng quyền thương mại trong lĩnh vực sản xuất (Production franchise).*

Đây là loại hợp đồng nhượng quyền, theo đó bên nhận sản xuất hàng hoá, sản phẩm theo sự hướng dẫn của bên giao và bán sản phẩm đó dưới thương hiệu của bên giao. Loại hợp đồng này được sử dụng phổ biến trong các lĩnh vực: sản xuất xăng dầu, đồ uống, thực ăn nhanh....

- *Nhượng quyền thương mại trong lĩnh vực dịch vụ (Service franchise)* tức là bên giao chuyển giao cho người sử dụng hệ thống cung cấp dịch vụ có sẵn. Loại nhượng quyền thương mại này thường được áp dụng trong các lĩnh vực như: dịch vụ sửa chữa ô tô, phục vụ thẻ thanh toán...

- *Nhượng quyền thương mại trong lĩnh vực tiêu thụ hàng hóa (Distribution franchise)* tức là hàng hóa của bên giao được tiêu thụ trên một lãnh thổ nhất định dưới thương hiệu của họ. Ví dụ: tiêu thụ nhiên liệu ô tô của một hãng nào đó, hàng mỹ phẩm; hàng may mặc của các hãng nổi tiếng trên thế giới<sup>123</sup>.

Tùy thuộc vào mối quan hệ giữa bên giao và người sử dụng, đặc quyền thương mại có thể phân chia như sau: quan hệ giữa nhà sản xuất và người bán buôn hoặc giữa nhà sản xuất và người bán lẻ, hoặc giữa người bán buôn và người bán lẻ.

### **1.4. Sự khác biệt giữa hợp đồng nhượng quyền thương mại với hợp đồng chuyển giao công nghệ theo quy định của pháp luật Việt Nam**

Bởi vì hợp đồng nhượng quyền thương mại quốc tế được sử dụng trong nhiều lĩnh vực khác nhau và có nhiều loại khác nhau nên một số loại của hợp đồng này có nhiều điểm chung với các hợp đồng khác.

Quan hệ gần gũi nhất với hợp đồng nhượng quyền thương mại quốc tế đó là hợp đồng chuyển giao công nghệ. Hợp đồng chuyển giao công nghệ cũng điều chỉnh sự chuyển giao quyền sử dụng sở hữu trí tuệ. Nhiều tác giả cho rằng hợp đồng nhượng quyền thương mại là một đặc thù của hợp đồng chuyển giao công nghệ bởi vì đối tượng của hai loại hợp đồng này đều là chuyển giao quyền sử dụng sở hữu trí tuệ. Mặc dù có nhiều điểm chung nhưng giữa hai loại hợp đồng này có một số khác biệt cơ bản:

---

<sup>123</sup> Xem: Hans Henrik Lidgard, Competition classics, Master of European Affairs, 1998, p. 622-623.

- **Chủ thể:** Chủ thể của hợp đồng nhượng quyền thương mại phải là các thương nhân, giới hạn này không quy định để áp dụng cho hợp đồng chuyển giao công nghệ.

- **Về mục đích:** Mục đích của hợp đồng nhượng quyền thương mại là xây dựng một tổ hợp kinh doanh thương mại mới. Các mục đích của hợp đồng Lixiang là sử dụng một số đối tượng riêng biệt của sở hữu trí tuệ, không nhất thiết phải xây dựng cơ sở kinh doanh mới.

- **Đối tượng:**

+ Đối tượng chủ yếu của hợp đồng nhượng quyền thương mại là việc chuyển giao tên gọi của công ty, còn trong hợp đồng chuyển giao công nghệ theo pháp luật của Việt Nam không có quy định này. Đây là sự khác biệt cơ bản nhất giữa hai loại hợp đồng;

+ Đối tượng của hợp đồng nhượng quyền thương mại không chỉ giới hạn ở việc chuyển giao quyền sở hữu trí tuệ mà bao gồm một số yếu tố của hợp đồng cung ứng dịch vụ, hợp đồng liên doanh liên kết và cả hợp đồng mua bán hàng hóa;

+ Đối tượng được chuyển giao trong hợp đồng nhượng quyền thương mại chỉ sử dụng trong hoạt động thương mại, trong khi đó sự hạn chế này không có trong hợp đồng chuyển giao công nghệ;

+ Đối tượng chuyển giao của hợp đồng nhượng quyền thương mại là tổ hợp các quyền đặc biệt mặc dù có thể chuyển giao một quyền riêng biệt nào đó.

- **Thời hạn:** Như đã đề cập ở trên, hợp đồng nhượng quyền thương mại có thể được ký kết vô thời hạn, trong khi đó hợp đồng chuyển giao công nghệ theo quy định của pháp luật Việt Nam, phải được ký kết trong một thời hạn nhất định. Điều 15 Nghị Định 11 ngày 02-02-2005 quy định, thời hạn hợp đồng chuyển giao công nghệ do các bên thỏa thuận theo yêu cầu và nội dung công nghệ được chuyển giao, nhưng không quá 7 năm, kể từ ngày hợp đồng có hiệu lực. Trong một số trường hợp, hợp đồng có thể kéo dài thời hạn nhưng không quá 10 năm. Ví dụ, khi, thứ nhất công nghệ thuộc loại tiên tiến của thế giới và bên giao cam kết tiếp tục chuyển giao các cải tiến trong suốt thời hạn hợp đồng; thứ hai, công nghệ được chuyển giao có ý nghĩa lớn đối với sự phát triển kinh tế - xã hội; thứ ba, công nghệ được chuyển giao tạo ra sản phẩm hàng hóa thuộc thế hệ mới của thế giới.

- **Mối liên hệ với người thứ ba:** Trong hợp đồng chuyển giao công nghệ, bên sử dụng tham gia các quan hệ bên ngoài hợp đồng hoàn toàn độc lập, không phụ thuộc vào bên chuyển giao Lixiang. Ngược lại, các bên trong hợp đồng nhượng quyền thương mại có địa vị pháp lý phụ thuộc lẫn nhau trong

mối quan hệ với người thứ ba. Ví dụ, bên giao có thể phải chịu trách nhiệm liên đới trong trường hợp có khiếu kiện về chất lượng hàng hóa, dịch vụ do người sử dụng sản xuất hay cung cấp.

- *Cơ sở thay đổi hay chấm dứt* của hợp đồng nhượng quyền thương mại có nhiều điểm khác biệt với hợp đồng chuyển giao công nghệ theo pháp luật Việt Nam. Ví dụ, việc thay đổi tên công ty hay thương hiệu của bên giao có thể là cơ sở để bên sử dụng yêu cầu thay đổi hay chấm dứt hợp đồng. Còn trong hợp đồng chuyển giao công nghệ, các thay đổi nói trên không có ảnh hưởng nghiêm trọng đến hợp đồng.

Hợp đồng nhượng quyền thương mại trong lĩnh vực tiêu thụ hàng hóa trong một số trường hợp cũng được so sánh với hợp đồng bán hàng độc quyền (Solo Distribution Agreement) hay là hợp đồng độc quyền phân phối hàng hóa.

## II. NGHĨA VỤ CỦA CÁC BÊN TRONG HỢP ĐỒNG NHƯỢNG QUYỀN THƯƠNG MẠI

### 2.1. Nghĩa vụ của bên giao

*Chuyển giao quyền sử dụng các quyền đặc biệt liên quan đến sở hữu trí tuệ:* Có thể nói rằng, nghĩa vụ của bên giao được quy định trong Điều 287 Luật Thương mại 2005 được xây dựng trên cơ sở thực tiễn ký kết và thực hiện hợp đồng nhượng quyền trong hoạt động thương mại quốc tế.

Nghĩa vụ cơ bản nhất của bên giao là bảo đảm việc giao cho bên sử dụng tổ hợp các quyền theo quy định của hợp đồng. Nghĩa vụ này của bên giao bao gồm hai nội dung: chuyển giao thực tế và chuyển giao pháp lý.

*Chuyển giao thực tế* có nghĩa là bên giao có nghĩa vụ giao cho bên sử dụng tất cả tài liệu kỹ thuật và thương mại, tài liệu hướng dẫn về hệ thống nhượng quyền, hướng dẫn bên sử dụng và nhân viên của họ những vấn đề liên quan đến thực hiện các quyền được giao theo hợp đồng cũng như các thông tin khác cần thiết cho việc thực hiện các quyền đó, cung cấp bằng văn bản

+ Tài liệu kỹ thuật có thể hiểu là: Sơ đồ, bản vẽ, sự mô tả, các quy tắc kỹ thuật liên quan đến đặc tính của đối tượng được chuyển giao (ví dụ, sự mô tả mẫu mã, đặc tính của kiểu dáng công nghiệp, phác họa của biểu tượng, công thức và sơ đồ của phát minh, sáng chế...).

+ Tài liệu thương mại bao gồm: Bản thuyết minh đối tượng chuyển giao, các tính toán về hiệu quả kinh tế của việc sử dụng các đối tượng sẽ được chuyển giao theo hợp đồng, các loại giấy phép cần thiết cho việc sử dụng đối

tương của hợp đồng nhằm mục đích khai thác lợi nhuận (trong việc bán hàng, gia công sản phẩm hay ứng ứng dịch vụ).

+ Các thông tin khác là những thông tin cần thiết để bên sử dụng có thể thực hiện các quyền được chuyển giao theo hợp đồng (ví dụ, kinh nghiệm thương mại của bên giao, đặc điểm của việc sử dụng tổ hợp đặc quyền này hay tổ hợp đặc quyền khác, sự đánh giá phân tích một phạm vi hay một lĩnh vực nào đó của thị trường).

Theo bản chất, nghĩa vụ này có tính thông tin và yêu cầu bên giao phải cung cấp cho bên sử dụng bất kỳ một thông tin nào cần thiết cho việc thực hiện các quyền được giao theo hợp đồng. Danh mục các thông tin có thể được yêu cầu chuyển giao không được quy định. Để tránh lộ thông tin, bên giao cần phải chỉ rõ thông tin nào cần được chuyển giao. Trong trường hợp ngược lại, giữa các bên có thể phát sinh tranh chấp về phạm vi thông tin được chuyển giao.

Thông thường thời hạn chuyển giao các thông tin nói trên do các bên tự thỏa thuận trong hợp đồng nhượng quyền thương mại, Luật Thương mại Việt Nam không quy định.

*Chuyển giao pháp lý* các quyền là việc hợp thức hóa các quyền đó dưới dạng được pháp luật quốc gia các bên quy định cho việc chuyển giao các quyền được bảo hộ. Bên giao có nghĩa vụ bảo đảm việc đăng ký hợp đồng đặc quyền thương mại và phải độc lập thực hiện hai loại đăng ký: thứ nhất, đăng ký ở cơ quan quản lý nhà nước có thẩm quyền, theo quy định của Điều 291 Luật Thương mại 2005, trước khi bắt đầu nhượng quyền thương mại, bên dự kiến nhượng quyền phải đăng ký với bộ thương mại; thứ hai, đăng ký tại cơ quan quản lý văn bằng phát minh sáng chế.

Xuất phát từ việc, các đối tượng sở hữu trí tuệ khác nhau được chuyển giao theo hợp đồng nhượng quyền thương mại có các phương thức bảo hộ khác nhau, vì vậy cần phải phân biệt các phương pháp đặc trưng để bảo vệ chúng.

Khi chuyển giao quyền sử dụng tên gọi của công ty, cần phải nhớ rằng, theo Công ước Paris 1883 về bảo hộ quyền sở hữu công nghiệp thì việc bảo hộ tên gọi công ty ở tất cả các quốc gia thành viên của Công ước được thực hiện không phải thông qua thủ tục đăng ký. Khi chuyển giao quyền sử dụng nhãn hiệu hàng hóa, theo quy định của Công ước nói trên thì việc bảo hộ quyền này được thực hiện chỉ trong trường hợp đăng ký nhãn hiệu hàng hóa ở quốc gia của người được giao đặc quyền. Phương thức này cũng được sử dụng cho việc bảo hộ quyền đối với sáng chế, phát minh, giải pháp hữu ích và kiểu dáng công nghiệp. Điều này có nghĩa là người giao đặc quyền thương mại muốn bảo vệ các loại quyền sở hữu công nghiệp nói trên phải quan tâm

để các quyền đó được đăng ký ở quốc gia của người sử dụng đặc quyền dưới tên của bên giao. Ngoài ra pháp luật của nhiều nước còn quy định nghĩa vụ đăng ký hợp đồng chuyển giao quyền sử dụng đối tượng sở hữu trí tuệ.

Một số quyền được chuyển giao theo hợp đồng đặc quyền thương mại có thể được luật bản quyền bảo hộ. Ví dụ: Luật bản quyền bảo vệ chương trình phần mềm vi tính hoặc sơ đồ thiết kế của cửa hàng, khách sạn cũng như những chỉ dẫn cho việc bố trí nhân lực của bên sử dụng đặc quyền. Trong nhiều trường hợp quyền tác giả của bên giao được bảo hộ bởi Công ước Geneva 1952 và Công ước Bern 1886.

Nhu đã nói đến ở trên, cùng với các quyền được bảo hộ, đối tượng của hợp đồng đặc quyền thương mại có thể là những quyền sở hữu trí tuệ không được bảo hộ như bí quyết thương mại know – how, kinh nghiệm thương mại. Ví dụ bí quyết thương mại là công thức để chế biến một số đồ ăn uống nhất định, danh sách của người tiêu dùng, thông tin về thị trường hay là cách thức lập sổ sách kế toán. Việc bảo vệ chính loại thông tin này thể hiện trước hết là ở sự đồng nhất của nó, bởi vì không thể coi ý tưởng tiến hành hoạt động thương mại trong tương lai là bí mật thương mại được. Một vấn đề nữa của sự bảo vệ bí mật thương mại là bí mật này được nhân viên của bên sử dụng sử dụng và như vậy có nhiều người biết đến thông tin này. Vì vậy để bảo vệ thông tin không được bảo hộ loại này theo nguyên tắc trong hợp đồng đặc quyền thương mại danh mục những tư liệu là bí mật thương mại cần được xác định rõ cũng như phải quy định nhân viên của bên sử dụng tiếp xúc chúng chỉ trong phạm vi thật cần thiết cho công việc. Trong hợp đồng cũng quy định nghĩa vụ của bên sử dụng về việc đưa vào hợp đồng lao động với nhân viên của mình điều kiện không được tiết lộ bí mật thương mại và trách nhiệm do vi phạm nghĩa vụ nói trên.

Mặc dù việc sử dụng tên gọi thương mại của bên giao đòi hỏi cả việc sử dụng uy tín nghề nghiệp của họ, nhưng uy tín nghề nghiệp không thể là đối tượng của hợp đồng đặc quyền thương mại bởi vì theo bản chất, uy tín nghề nghiệp là quyền phi tài sản và vì vậy không thể chuyển nhượng được.

**Nghĩa vụ thường xuyên trợ giúp kỹ thuật và tư vấn** cho bên sử dụng kể cả giúp đỡ trong việc đào tạo và nâng cao trình độ chuyên môn của nhân viên. Có các loại đào tạo như sau:

- Đào tạo cách thức tiếp thị, cách thức bán hàng và kỹ thuật quảng cáo cho sản phẩm của mình.
- Đào tạo công nghệ sản xuất hàng hóa hoặc cung ứng dịch vụ.
- Huấn luyện cách sửa chữa hàng hóa đồng thời phải thường xuyên theo dõi việc người sử dụng có đầy đủ thiết bị thay thế hay không, có khả năng sửa chữa hàng hóa do sản xuất hay không.

**- Huấn luyện việc thực hiện hoạt động kinh doanh thương mại.**

Chương trình huấn luyện đào tạo có thể được tiến hành bằng nhiều giai đoạn phu thuộc vào loại hợp đồng đặc quyền thương mại. Ví dụ, trong giai đoạn thứ nhất, đào tạo cơ bản công nhân của người sử dụng ở nhà máy, xí nghiệp; giai đoạn hai là gởi chuyên gia sang nhà máy, xí nghiệp của người sử dụng trước khi nhà máy bắt đầu hoạt động; Giai đoạn ba là tiếp tục đào tạo, nâng cao tay nghề của công nhân của người sử dụng khi nhà máy của họ đã bắt đầu hoạt động.

Theo nguyên tắc, hợp đồng nhượng quyền thương mại quy định mọi chi phí cho việc đào tạo ở nhà máy của người sử dụng thì người sử dụng phải chịu (thù lao cho chuyên gia, chi phí đi lại, thuê khách sạn và tiền ăn cho các chuyên gia). Các chi phí cho việc đào tạo công nhân của người sử dụng ở nhà máy của người giao thì bên giao chịu toàn bộ hoặc một phần.

**Nghĩa vụ kiểm tra chất lượng** của hàng hóa, dịch vụ do bên sử dụng sản xuất hay cung cấp trên cơ sở hợp đồng nhượng quyền thương mại. Bên giao phải có nghĩa vụ giám sát chất lượng của hàng hóa, dịch vụ do người sử dụng sản xuất hay cung ứng trên cơ sở hợp đồng nhượng quyền thương mại. Trong mọi trường hợp, nghĩa vụ này phải được thực hiện ngay cả khi nó không được các bên quy định trong hợp đồng. Bên giao là người biết rõ quá trình cũng như công nghệ sản xuất hàng hóa, cung cấp dịch vụ và tất nhiên là dễ dàng kiểm tra chất lượng của nó hơn là người sử dụng. Bởi vì bên giao thông thường là người sáng tạo ra các sản phẩm trí tuệ, quyền sử dụng các sản phẩm đó được chuyển giao cho bên sử dụng theo hợp đồng nhượng quyền thương mại và được sử dụng để sản xuất hàng hóa, cung cấp dịch vụ. Hơn nữa bên giao phải quan tâm đến những sản phẩm trí tuệ của mình không bị mất giá trị do hàng hóa, dịch vụ được sản xuất, cung cấp trên cơ sở của chúng kém chất lượng. Mặt khác, trong nhiều trường hợp bên giao phải chịu trách nhiệm liên đới do hàng hóa được sản xuất bởi người sử dụng kém phẩm chất. Như vậy, việc kiểm tra giám sát chất lượng hàng hóa do người sử dụng đặc quyền sản xuất vừa là nghĩa vụ vừa là quyền của bên giao đặc quyền.

**Nghĩa vụ chuyển giao những thông tin bổ sung:** Trong nhiều trường hợp, tổ hợp các quyền được giao có thể bị thay đổi để phù hợp với sự thay đổi của thị trường, nhu cầu của người mua, điều kiện làm việc của bên giao đặc quyền. Vì vậy, để cho hàng hóa do người sử dụng sản xuất có khả năng cạnh tranh, người giao phải thực hiện những nghĩa vụ bổ sung để phát triển và hoàn thiện tổ hợp các quyền được giao. Nghĩa vụ này cho thấy rằng giữa bên giao và bên sử dụng có mối liên hệ chặt chẽ và mối liên hệ này không thể có trong các hợp đồng thương mại khác, ngay cả trong hợp đồng chuyển giao công nghệ theo pháp luật của Việt Nam.

Ngoài các nghĩa vụ cơ bản nói trên, bên giao còn có thể có thêm một số nghĩa vụ khác ví dụ, nghĩa vụ đối xử bình đẳng đối với các thương nhân nhận quyền trong hệ thống (Điều 287.5 Luật thương mại 2005). Đây cũng là một trong những yêu cầu của Luật Cạnh tranh.

## 2.2. Nghĩa vụ của bên sử dụng

Nghĩa vụ cơ bản của bên nhận quyền được quy định rõ trong Điều 289 Luật Thương mại 2005.

Bên sử dụng phải sử dụng các quyền được giao đúng với điều kiện của hợp đồng, trong phạm vi cho phép, phải tuân thủ các yêu cầu trong việc sử dụng các quyền được trao.

Khi thực hiện nghĩa vụ này, người sử dụng đặc quyền phải:

- Sử dụng một cách đúng đắn tên gọi công ty hay tên gọi thương mại của bên giao được quy định trong hợp đồng. Nếu hợp đồng quy định sự hạn chế nào đó trong việc sử dụng chúng thì những hạn chế này cần phải được tuân thủ một cách nghiêm ngặt. Ví dụ: cấm bố trí tên gọi công ty ở những nơi buôn bán rượu hay thuốc lá. Chấp nhận sự kiểm soát, giám sát của bên giao, tuân thủ các yêu cầu về thiết kế, sắp xếp địa điểm bán hàng, cung ứng dịch vụ.
- Thông báo cho khách hàng của mình biết việc sử dụng tên gọi công ty hay tên gọi thương mại, nhãn hiệu hàng hóa hay những phương tiện khác trên cơ sở hợp đồng đặc quyền thương mại. Nghĩa vụ này được luật pháp quy định bởi người sử dụng đặc quyền hoạt động trên thị trường dưới danh nghĩa của người giao đặc quyền.
- Tuân thủ những hướng dẫn của bên giao để đảm bảo việc thực hiện các quyền được giao phù hợp với tính chất, phương thức và điều kiện như người đã và đang sử dụng. Những hướng dẫn và chỉ thị này có thể được trao trong khi ký kết hợp đồng hoặc vào bất kỳ thời điểm nào trong hợp đồng còn có hiệu lực. Không tuân thủ hướng dẫn của bên giao có thể coi là cơ sở để hủy bỏ hợp đồng đặc quyền thương mại.
- Bên sử dụng có nghĩa vụ bảo đảm chất lượng hàng hóa, dịch vụ do mình sản xuất hay cung ứng tương ứng với chất lượng của hàng hóa, dịch vụ do chính người giao sản xuất, cung ứng. Sự giám sát của bên giao đối với chất lượng của hàng hóa, dịch vụ do người sử dụng sản xuất, cung ứng được giải thích bởi việc người tiêu dùng coi bên giao và bên sử dụng là một chủ thể thống nhất.
- Một trong những nghĩa vụ quan trọng nhất của bên sử dụng là trả tiền nhượng quyền và các khoản thanh toán khác cho bên giao theo hợp đồng

nhượng quyền thương mại. Trong thực tiễn áp dụng hợp đồng nhượng quyền thương mại quốc tế có một số phương thức thanh toán tiền thù lao cho bên giao. Theo nguyên tắc thi tiền thù lao có thể được thanh toán bằng mọi hình thức do hợp đồng quy định. Thanh toán một lần, thanh toán theo định kỳ, khấu trừ từ doanh thu, phụ thu trên giá bán buôn hàng hóa do bên có đặc quyền giao cho đại lý. Sự lựa chọn hình thức thanh toán phụ thuộc vào lĩnh vực hoạt động thương mại mà đặc quyền thương mại được sử dụng hay quan hệ giữa các bên tức là mức độ tin tưởng lẫn nhau của các bên. Giá của hợp đồng có thể thanh toán bằng các hình thức sau:

+ Thanh toán một lần, có nghĩa là bên giao sẽ được trả tiền thù lao một lần, khi giao các quyền sở hữu trí tuệ cho bên sử dụng. Thực tế thì phương thức thanh toán này bao gồm chi phí cho việc đào tạo và những chi phí liên quan đến việc mở một số cơ sở kinh doanh mới trên cơ sở hợp đồng đặc quyền thương mại được các bên ký kết.

+ Thanh toán theo giai đoạn. Ví dụ: thanh toán 20% khi ký hợp đồng; 20% sau khi đào tạo nhân viên của bên sử dụng; 20% sau khi mở một số cơ sở kinh doanh mới...

- Bên sử dụng có nghĩa vụ tuân thủ chương trình (kế hoạch) phát triển mạng lưới nhượng quyền thương mại. Hợp đồng nhượng quyền thương mại quốc tế có thể quy định chương trình phát triển mạng lưới nhượng quyền thương mại trên địa bàn hoạt động của bên sử dụng, có nghĩa là nâng số lượng nhà máy, cơ sở kinh doanh hoạt động trên cơ sở hợp đồng nhượng quyền thương mại hay bên sử dụng ký hợp đồng tương tự với các bên khác trên cơ sở hợp đồng nhượng quyền thương mại chính. Theo nguyên tắc, chương trình này bao gồm số lượng cơ sở thương mại mà người sử dụng và người sử dụng mới cần phải xây dựng trong một khoảng thời gian nhất định. Sự không tuân thủ chương trình phát triển này có thể dẫn đến việc bên giao mất ảnh hưởng của mình trên một số thị trường nhất định và tất nhiên là không có được lợi nhuận như mong muốn. Theo nguyên tắc, khi giao cho bên sử dụng ký kết hợp đồng nhượng quyền thương mại với người thứ ba, bên giao giữ lại cho mình quyền phê chuẩn người sử dụng mới. Điều này có nghĩa là trong trường hợp có sự đồng ý của bên giao thì bên sử dụng mới có thể giao các quyền này cho người thứ ba. Trong trường hợp này, bên sử dụng chỉ được giao những quyền mà họ được giao và trong thời hạn họ được sử dụng. Ngoài ra, nếu hợp đồng nhượng quyền thương mại chính bị coi là vô hiệu thì những hợp đồng đặc quyền thương mại thứ cấp cũng bị coi là vô hiệu. Trong thương mại quốc tế, thông thường thì khi trao cho bên sử dụng ký hợp đồng giao lại đặc quyền với người khác, bên giao quy định trách nhiệm liên đới của người sử dụng đối với nghĩa vụ của người sử dụng mới... Không tuân thủ chương

trình phát triển hệ thống nhượng quyền thương mại một cách nghiêm trọng có thể được xem xét như là cơ sở hủy bỏ hợp đồng nhượng quyền thương mại.

- Nghĩa vụ giữ bí mật đối với một số quyền được chuyển giao theo hợp đồng nhượng quyền thương mại là cần thiết không những cho bên giao mà còn cả cho bên sử dụng. Bên sử dụng không những có nghĩa vụ giữ bí mật các thông tin được chuyển giao trong thời hạn hợp đồng có hiệu lực mà ngay cả sau khi hợp đồng hết thời hạn. Bên giao quan tâm đến việc giữ bí mật để bảo vệ sở hữu trí tuệ của mình trước đối thủ cạnh tranh, tuy nhiên bên sử dụng cũng quan tâm đến việc giữ bí mật này bởi vì sự thành công của họ phụ thuộc vào sự thành công của cả hệ thống nhượng quyền thương mại.

Như đã nói ở trên, một phần lớn thông tin được chuyển giao theo hợp đồng nhượng quyền thương mại không được các công ước quốc tế về bảo vệ sở hữu trí tuệ bảo hộ, vậy nên nghĩa vụ giữ bí mật các thông tin này của bên sử dụng được quy định trong hợp đồng, do đó theo nguyên tắc, trong hợp đồng bên giao phải quy định rõ thông tin nào là bí mật, những biện pháp nào bên sử dụng cần phải áp dụng để bảo vệ thông tin đó. Ngoài ra bên giao cần quy định những biện pháp trách nhiệm của bên sử dụng trong trường hợp không thực hiện nghĩa vụ giữ bí mật thông tin.

Pháp luật của EU về nhượng quyền thương mại quy định nghĩa vụ của bên nhận có thể nói là khá chi tiết. Theo Điều 3(2) Nghị quyết số 4087/88 của EU các yêu cầu này bao gồm:

- 1- Bảo vệ bí mật của đối tượng của hợp đồng trong thời hạn hiệu lực của hợp đồng cũng như sau khi hợp đồng hết hiệu lực;
- 2- Bên sử dụng có nghĩa vụ thông báo cho bên giao những kinh nghiệm trong việc sử dụng đối tượng của hợp đồng đặc quyền thương mại và phải cho phép bên giao cũng như những người sử dụng khác được sử dụng kinh nghiệm này;
- 3- Phải giúp bên giao trong việc tìm kiếm những người vi phạm;
- 4- Bên sử dụng được phép sử dụng bất kỳ know-how nào chỉ trong thời gian hợp đồng có hiệu lực và không được sử dụng chúng sau khi hợp đồng hết thời hạn nếu những know-how đó chưa được mọi người biết đến;
- 5- Bên sử dụng phải tham gia các khóa học liên quan đến việc sử dụng đối tượng của hợp đồng do bên giao tổ chức;
- 6- Phải bảo đảm những tiêu chuẩn vệ sinh, kiểm tra chất lượng do bên giao quy định;
- 7- Phải sử dụng những phương thức kinh doanh của bên giao (những phương thức kinh doanh này thường được in trong hướng dẫn đặc biệt của bên giao);

8- Bên sử dụng phải cho phép bên giao kiểm tra địa điểm kinh doanh, sản xuất của mình;

9- Cấm bên sử dụng thay đổi lãnh thổ hoạt động được quy định trong hợp đồng khi không có sự đồng ý của bên giao;

10- Không được chuyển giao đối tượng của hợp đồng khi không có sự đồng ý của bên giao.

### III. THỎA THUẬN HẠN CHẾ CẠNH TRANH

Trong hợp đồng nhượng quyền thương mại bao giờ cũng có các điều kiện về hạn chế cạnh tranh giữa bên giao và bên sử dụng. Những điều kiện về hạn chế cạnh tranh này, có thể nói, hết sức nhạy cảm với pháp luật về cạnh tranh của quốc gia cũng như của quốc tế vì vậy các bên phải hết sức cẩn thận khi đưa những điều kiện này vào hợp đồng, bởi vì nếu một điều kiện nào đó trái với pháp luật cạnh tranh thì hợp đồng có thể coi là vô hiệu. Dưới góc độ pháp lý, những điều kiện về hạn chế cạnh tranh được coi là nghĩa vụ của các bên trong hợp đồng nhượng quyền thương mại, tuy nhiên chúng cần phải được xem xét một cách riêng biệt.

Luật Thương mại Việt Nam 2005 không có sự điều chỉnh các thỏa thuận hạn chế cạnh tranh trong hợp đồng nhượng quyền thương mại. Thực tiễn ký kết và thực hiện hợp đồng nhượng quyền thương mại cũng như pháp luật quốc gia và một số văn bản pháp lý quốc tế<sup>121</sup> phân biệt ba loại hạn chế:

*Thứ nhất*, các hạn chế không trái với quy định của pháp luật về cạnh tranh và các bên có thể đưa chúng vào hợp đồng. Theo quy định của Điều 2 Nghị quyết 4087/88 của EU, các điều kiện về hạn chế cạnh tranh sau đây được coi là không trái với pháp luật về cạnh tranh của EU:

1- Các điều kiện quy định bên sử dụng được độc quyền sử dụng các quyền được giao trên lãnh thổ được quy định trong hợp đồng;

2- Các điều kiện cấm bên sử dụng chuyển giao các quyền được giao cho người thứ ba ngoài phạm vi lãnh thổ được hợp đồng quy định;

3- Các điều kiện, theo đó bên sử dụng có nghĩa vụ sử dụng các quyền được giao chỉ trên lãnh thổ được các bên thỏa thuận trong hợp đồng;

4- Hạn chế bên sử dụng bán hàng ngoài lãnh thổ được quy định;

5- Trong quá trình cung cấp dịch vụ hay sản xuất, bên sử dụng không được bán hay sử dụng hàng hóa của đối thủ cạnh tranh của bên giao hay của những người sử dụng khác, ngoại trừ các thiết bị dự trữ hay các linh kiện thay thế.

---

<sup>121</sup> Nghị quyết số 4087/88 của EU.

*Thứ hai*, những điều kiện hạn chế mà các bên có thể đưa chúng vào hợp đồng, tuy nhiên chúng có thể bị coi là không có hiệu lực theo yêu cầu của cơ quan quản lý cạnh tranh hay các cơ quan chức năng khác nếu những thỏa thuận hạn chế này xuất phát từ đặc điểm của thị trường tương ứng và điều kiện kinh tế của các bên, trái với quy định của pháp luật quốc gia hay quốc tế về cạnh tranh<sup>125</sup>. Những hạn chế này chỉ có thể được cho phép trong một chứng mực mà chúng liên quan đến sự cần thiết phải bảo vệ quyền sở hữu công nghiệp và sở hữu trí tuệ của bên giao hay bảo vệ tên gọi và uy tín của các thương nhân hoạt động trên cơ sở hợp đồng nhượng quyền thương mại<sup>126</sup>. Các bên có thể đưa vào hợp đồng các điều kiện, theo đó bên sử dụng có những nghĩa vụ như sau:

- 1- Bán hàng hay sử dụng đối tượng của hợp đồng phù hợp với yêu cầu về chất lượng do bên giao quy định;
- 2- Chỉ được bán loại hàng hóa do bên giao sản xuất, nếu bên giao không có hàng thì bán loại hàng được mua ở những người khác do bên giao chỉ định, có tính đến những tiêu chuẩn khách quan về chất lượng của hàng hóa;
- 3- Không được cạnh tranh với thị trường của những người sử dụng khác trong cùng lĩnh vực, ngay cả trong thời hạn hợp lý được các bên thỏa thuận trong hợp đồng sau khi hợp đồng hết hiệu lực, thời hạn này thường là không quá 1 năm.
- 4- Không được phép đầu tư tài chính vào xí nghiệp của đối thủ cạnh tranh của bên giao, nếu sự tham gia này làm cho sản phẩm của họ có tính cạnh tranh hơn;
- 5- Chỉ được phép bán hàng hay cung cấp dịch vụ là đối tượng của hợp đồng nhượng quyền thương mại cho người tiêu dùng cuối cùng, cho mạng lưới tiêu thụ khác do bên giao tổ chức hay được sự đồng ý của bên giao;
- 6- Phải áp dụng những biện pháp để cho việc bán hàng hay cung cấp dịch vụ là đối tượng của hợp đồng tốt hơn, thỏa mãn những yêu cầu khác của bên giao, trong đó có yêu cầu theo đó bên sử dụng luôn phải có một lượng hàng tối thiểu trong lưu thông cũng như dịch vụ bảo hành cho khách hàng;
- 7- Phải trả những chi phí liên quan đến quảng cáo hay thực hiện một số khoản khác có mục đích.

*Thứ ba*, những hạn chế mà các bên không thể đưa chúng vào hợp đồng, những hạn chế này bao gồm:

<sup>125</sup> Điều 3 (1) Nghị quyết số 4087/88 của EU. Những hạn chế này được gọi là những hạn chế thuộc nhóm trắng.

<sup>126</sup> Xem: Schmitthoff M.C, Sđd, tr. 141.

- Thỏa thuận về phân chia thị trường giữa các xí nghiệp sản xuất hàng hóa hay cung cấp dịch vụ giống nhau hay người tiêu dùng coi hàng hóa do họ sản xuất giống nhau (có nghĩa là hàng hóa và dịch vụ, theo ngôn ngữ của các nhà kinh tế, có thể thay đổi cho nhau) hay giữa bên giao và bên sử dụng;
- Cấm bên sử dụng có khả năng mua hàng thay thế của những người khác trong một số trường hợp ngoại lệ, ví dụ, trong trường hợp bên sử dụng hết hàng dự trữ, tuy nhiên bên giao không kịp thời giao hàng mới cho họ;
- Không cho phép bên sử dụng mua nguyên liệu của người thứ ba do bên sử dụng chỉ định vì những nguyên nhân không liên quan đến việc bảo vệ quyền sở hữu trí tuệ hay giữ uy tín của bên giao;
- Ngăn cấm sử dụng know-how sau khi hợp đồng hết hiệu lực, nếu know-how đã được mọi người biết hay có thể tiếp cận chúng một cách dễ dàng;
- Cho phép bên giao đặc quyền quy định giá của hàng hóa (hoặc là giới hạn tối thiểu và tối đa) nếu giá không được các bên thỏa thuận;
- Cấm giao hàng cho người tiêu dùng người lãnh thổ được quy định trong hợp đồng;
- Ngăn cấm bên sử dụng bán hay sản xuất hàng tốt hơn so với hàng được bên giao tư sản xuất.

#### **IV. TRÁCH NHIỆM CỦA CÁC BÊN THEO HỢP ĐỒNG NHƯỢNG QUYỀN THƯƠNG MẠI**

Khi nói đến đặc điểm của hợp đồng nhượng quyền thương mại, không thể không nói đến một số điểm đặc biệt về trách nhiệm của các bên so với trách nhiệm của các bên trong hợp đồng chuyển giao công nghệ theo quy định của pháp luật Việt Nam. Dưới góc độ của pháp lý, bên sử dụng một là chủ thể độc lập của hoạt động thương mại, tức là thực hiện các giao dịch nhân danh chính mình và do đó theo nguyên tắc chung bên giao không chịu trách nhiệm phát sinh từ nghĩa vụ của bên sử dụng cũng giống như bên sử dụng không chịu trách nhiệm phát sinh từ nghĩa vụ của bên giao. Tuy nhiên theo hợp đồng nhượng quyền thương mại quốc tế, các quyền được chuyển giao, theo nguyên tắc, được sử dụng với mục đích là mở rộng thị trường tiêu thụ hàng hóa hay cung ứng dịch vụ của bên giao. Chất lượng của hàng hóa hay dịch vụ do bên sử dụng sản xuất, không thể kém hơn chất lượng của hàng hóa, dịch vụ do chính bên giao tự sản xuất cung ứng, và về phia mình bên giao phải có nghĩa vụ kiểm tra, giám sát chất lượng của hàng hóa hay dịch vụ nếu hợp đồng không có quy định khác. Trong các trường hợp này, hoàn toàn hợp lý khi thiết lập chế độ trách nhiệm đặc biệt của bên giao trước người thứ ba do chất

lượng hàng hóa, dịch vụ do bên sử dụng sản xuất hay cung ứng không phù hợp với điều kiện của hợp đồng. Trách nhiệm này có thể là trách nhiệm bổ sung hay trách nhiệm liên đới.

Yêu cầu đối với chất lượng của hàng hóa, dịch vụ được quy định phù hợp với hợp đồng được bên sử dụng ký kết với khách hàng của mình. Điều kiện phát sinh trách nhiệm của bên giao giống như của bên sử dụng. Trong trường hợp này bên giao phải chịu trách nhiệm ngay cả khi hàng hóa của họ có chất lượng kém hơn so với hàng hóa do bên sử dụng sản xuất.

Bên giao chịu trách nhiệm, không phụ thuộc vào việc hàng hóa được bán cho người tiêu dùng hay là cho chủ thể khác của lưu thông dân sự, kinh tế, chỉ đơn giản là khi bán hàng cho người tiêu dùng đã vi phạm quy định của luật quốc gia về bảo vệ quyền lợi của người tiêu dùng. Cần phải nhấn mạnh rằng bên giao chỉ chịu trách nhiệm trong trường hợp hàng hóa do bên sử dụng sản xuất trên cơ sở hợp đồng nhượng quyền thương mại kém phẩm chất (không phải do khối lượng, loại hàng, đồng bộ, thời hạn và những điều kiện hợp đồng khác của bên sử dụng với khách hàng của mình) nếu trong hợp đồng có quy định điều này một cách gián tiếp hay trực tiếp.

## V. THAY ĐỔI, CHẤM DỨT HỢP ĐỒNG NHƯỢNG QUYỀN THƯƠNG MẠI

Hợp đồng nhượng quyền thương mại có hiệu lực trong thời hạn được các bên thỏa thuận trong hợp đồng, còn nếu hợp đồng được ký vô thời hạn thì sẽ có hiệu lực đến thời điểm hiệu lực của nó chấm dứt theo quy định của pháp luật hay thỏa thuận của các bên.

Theo nguyên tắc, hợp đồng nhượng quyền thương mại có thể bị thay đổi trong thời gian có hiệu lực hay chấm dứt hiệu lực trước thời hạn.

Thông thường, trong hợp đồng nhượng quyền thương mại bao giờ cũng có quy định, theo đó các bên không có quyền đơn phương sửa đổi điều kiện của hợp đồng. Tuy nhiên có hàng loạt yếu tố làm thay đổi bản chất của hợp đồng và những yếu tố này có thể dẫn đến sự cần thiết thay đổi một số điều kiện của hợp đồng. Vì vậy các bên thường đưa vào hợp đồng nhượng quyền thương mại điều kiện, điều kiện này quy định khả năng thay đổi hợp đồng trong khoảng thời gian hợp đồng có hiệu lực theo yêu cầu của một trong các bên, ví dụ, sự thay đổi liên quan đến tên gọi hay thương hiệu của bên giao.

Theo nguyên tắc, nghĩa vụ phát sinh từ hợp đồng nhượng quyền thương mại quốc tế được chấm dứt khi kết thúc thời hạn hiệu lực của hợp đồng, trong một số trường hợp có thể chấm dứt trước thời hạn.

Hợp đồng nhượng quyền thương mại có thể chấm dứt hiệu lực trước thời hạn theo thỏa thuận của các bên. Đối với loại hợp đồng được ký kết không có

thời hạn, bất kỳ bên nào cũng có quyền yêu cầu chấm dứt hiệu lực của hợp đồng trong mọi thời điểm sau khi đã thông báo cho phía bên kia biết trong một thời hạn hợp lý. Thông thường trong thực tiễn ký kết và thực hiện hợp đồng nhượng quyền thương mại thời hạn này là 6 tháng nếu trong hợp đồng các bên không thỏa thuận thời hạn lớn hơn.

Hợp đồng nhượng quyền thương mại chấm dứt hiệu lực trước thời hạn do một bên đơn phương hủy bỏ hợp đồng trong một số trường hợp được quy định trong hợp đồng.

Bên giao có thể đơn phương hủy bỏ hợp đồng trong những trường hợp sau:

- Bên sử dụng không thực hiện hay thực hiện không đúng những điều kiện của hợp đồng, ví dụ, hàng hóa do bên sử dụng sản xuất không phù hợp với những tiêu chuẩn do bên giao quy định;
- Không thanh toán tiền sử dụng đối tượng của hợp đồng;
- Không tuân thủ điều kiện của hợp đồng về hạn chế cạnh tranh;
- Không thực hiện yêu cầu bảo vệ quyền sở hữu trí tuệ của bên giao;
- Không tuân thủ kế hoạch phát triển mạng lưới đặc quyền thương mại hay không bán được một khối lượng hàng nhất định trong một khoảng thời gian được quy định trong hợp đồng;
- Thay đổi người sử dụng;
- Bên sử dụng không có khả năng thanh toán hay bị phá sản.

Bên sử dụng có thể đơn phương hủy bỏ hợp đồng trong những trường hợp sau:

- Bên giao thay đổi tên gọi công ty hay thương hiệu.
- Quyền của bên giao đối với tên gọi của công ty hay nhãn hiệu hàng hóa chấm dứt và không được thay thế bằng các quyền mới tương tự, ví dụ, bên giao giải thể hay bị phá sản.
- Người giao chết, nếu người thừa kế trong một thời hạn nhất định kể từ ngày mở di chúc hay được hưởng thừa kế theo pháp luật, không đăng ký ở cơ quan có thẩm quyền với tư cách là một doanh nghiệp tư nhân. Bởi vì thương nhân không chỉ là bên giao mà còn cả bên sử dụng, vì vậy quy định này được áp dụng cho cả bên sử dụng. Trong trường hợp này, quyền và nghĩa vụ của người chết trước thời điểm chúng được chuyển cho người thừa kế sẽ được người quản lý hay cơ quan công chứng thực hiện.

- Bên giao phá sản;
- Bên giao không thực hiện nghĩa vụ của mình được quy định trong hợp đồng, ví dụ, không giao hàng định kỳ, không giao công nghệ mới cho bên sử dụng mặc dù công nghệ này đang được bên giao sử dụng;
- Bên giao không tuân thủ điều kiện về hạn chế cạnh tranh được quy định trong hợp đồng.

Theo hợp đồng nhượng quyền thương mại, tổ hợp các quyền đặc biệt được chuyển giao cho bên sử dụng. Trong thời gian hợp đồng có hiệu lực, một phần của tổ hợp các quyền này có thể được chuyển giao từ chủ sở hữu này sang chủ sở hữu khác, hiệu lực pháp lý của chúng có thể bị thay đổi hay chấm dứt. Những tình huống này có sự ảnh hưởng khác nhau đến số phận của hợp đồng. Việc một hay một số hoặc toàn bộ tổ hợp các quyền được chuyển cho chủ sở hữu mới theo nguyên tắc không thể là căn cứ để thay đổi hay hủy bỏ hợp đồng. Trong trường hợp này chủ sở hữu mới của các quyền nói trên sẽ trở thành một bên của hợp đồng đã được ký kết.

Trong trường hợp có sự thay đổi tên gọi hay thương hiệu của bên giao thì hợp đồng vẫn tiếp tục có hiệu lực với tên gọi mới hay thương hiệu mới nếu bên sử dụng không yêu cầu hủy bỏ hợp đồng và đòi bồi thường thiệt hại.

Trong trường hợp không có sự đồng ý trước của bên sử dụng về việc thay đổi tên gọi hay thương hiệu của bên giao, tuy nhiên hợp đồng vẫn tiếp tục có hiệu lực thì bên sử dụng có quyền yêu cầu hạ giá của hợp đồng một cách hợp lý. Quy định này hoàn toàn logic và hợp lý, bởi vì tên gọi hay thương hiệu cũ đã được phổ biến rộng rãi hơn, được khách hàng quen thuộc hơn so với tên gọi hay thương hiệu mới và vì vậy bên sử dụng sẽ thu được ít lợi nhuận hơn khi sử dụng tên gọi hay thương hiệu mới. Tuy nhiên nếu bên sử dụng đồng ý với bên giao trước về sự thay đổi tên gọi hay thương hiệu thì không có quyền yêu cầu hạ giá hợp đồng.

Sự thay đổi các quyền còn lại theo nguyên tắc chung, không ảnh hưởng đến số phận hay nói cách khác không ảnh hưởng đến hiệu lực của hợp đồng. Tuy nhiên nếu bên sử dụng chứng minh được, việc kinh doanh thương mại của họ trở nên xấu hơn khi có các sự thay đổi đó thì bên sử dụng có quyền yêu cầu bồi thường thiệt hại, trong đó có cả hình thức hạ giá của hợp đồng.

Nếu một trong số các đặc quyền được giao theo hợp đồng nhượng quyền thương mại hết hiệu lực thi hợp đồng vẫn tiếp tục có hiệu lực trong phạm vi của những quyền còn lại. Trong trường hợp này, bên sử dụng cũng có quyền yêu cầu hạ giá của hợp đồng một cách hợp lý. Nếu quyền của bên giao đối với tên gọi hay thương hiệu chấm dứt vì một lý do nào đó thì bên sử dụng có thể đơn phương hủy bỏ hợp đồng và yêu cầu bồi thường thiệt hại.

Khi thời hạn của hợp đồng kết thúc và nếu trước đó bên sử dụng đã thực hiện đúng nghĩa vụ của mình theo hợp đồng cũ thì bên sử dụng có quyền ký lại hợp đồng theo các điều kiện của hợp đồng trước. Bên giao chỉ có thể từ chối ký lại hợp đồng trong thời hạn mới nếu trong một thời hạn nhất định (Trong thực tiễn thời hạn này thường là 3 năm) từ thời điểm hợp đồng cũ hết hiệu lực, sẽ không ký kết với một người nào khác hợp đồng nhượng quyền thương mại tương tự trong phạm vi lãnh thổ mà hợp đồng cũ có hiệu lực.

Nếu thời hạn quy định chưa hết mà bên giao có mong muốn ký hợp đồng nhượng quyền thương mại tương tự trên lãnh thổ đó thì bên giao có nghĩa vụ phải đề nghị bên sử dụng ký kết hợp đồng mới hoặc phải đền bù cho bên sử dụng nếu hợp đồng được ký kết với người khác. Điều kiện của hợp đồng mới ít nhất phải giống với điều kiện của hợp đồng cũ.

Ý nghĩa của quy định nói trên thể hiện ở chỗ, nó được thực tiễn thương mại (ở một số nước do luật định, ví dụ Điều 1035 Bộ luật Dân sự Liên bang Nga) xây dựng nhằm hạn chế sự độc quyền hoạt động của bên giao và bảo vệ quyền lợi của bên sử dụng, bởi vì bên sử dụng bao giờ cũng có địa vị kinh tế cũng như kỹ năng thương mại trong lĩnh vực này kém hơn so với bên giao. Có thể nói đây là một trong những sự khác biệt cơ bản của hợp đồng nhượng quyền thương mại với hợp đồng chuyển giao công nghệ theo quy định của pháp luật Việt Nam.

Quy định nói trên có thể nói là hết sức công bằng đối với bên sử dụng, bởi vì trong thời gian hợp đồng có hiệu lực, bên sử dụng đã thúc đẩy quá trình tiêu thụ hàng hoá, dịch vụ của bên giao trên thị trường, đã đầu tư để cho hoạt động của mình phát triển, vì vậy họ có quyền được hưởng những thành quả do sự cố gắng của họ mang đến, có quyền mong muốn sự ổn định cho hoạt động kinh doanh của mình. Đóng góp của bên sử dụng trong việc thúc đẩy tiêu thụ hàng hoá, dịch vụ của bên giao vẫn là đáng kể ngay cả sau khi hợp đồng hết hiệu lực, vì vậy việc tước mất lợi thế của bên sử dụng khi không có sự vi phạm của họ mà không có sự đền bù tương xứng là một sự không công bằng. Tuy nhiên hoạt động kinh doanh của họ chỉ thực sự được ổn định với điều kiện hợp đồng được ký kết dài hạn. Ngược lại, bên giao thường mong muốn thời hạn của hợp đồng càng ngắn càng tốt để sau khi thời hạn này kết thúc có thể bắt buộc bên sử dụng phải chịu những điều kiện cứng rắn hơn.

Quy định về nghĩa vụ ký kết hợp đồng nhượng quyền thương mại trong thời hạn mới có thể nói là phương thức tốt nhất để giải quyết xung đột quyền lợi của các bên. Quy định này vừa có lợi cho bên sử dụng, vừa có lợi cho bên giao trong một mức độ nhất định. Bên sử dụng mong muốn giữ lại tên gọi, thương hiệu của bên giao đã được thị trường, khách hàng quen thuộc và việc thay đổi tên gọi hay thương hiệu này sẽ gây cho họ một số tổn thất nhất định.

Bên giao, về phần mình, trong một mức độ nào đó cũng quan tâm đến việc giữ lại đối tác cũ bởi vì khi thay đổi người sử dụng bên giao khó có thể hạn chế người sử dụng cũ sử dụng những thông tin thương mại không được pháp luật bảo hộ và như vậy sẽ có sự cạnh tranh mạnh mẽ giữa bên sử dụng đặc quyền cũ và bên sử dụng đặc quyền theo hợp đồng mới.

Sau khi hợp đồng hết hiệu lực, bên sử dụng không có quyền sử dụng những đối tượng sở hữu công nghiệp của bên giao trong hoạt động riêng của mình, ngoại trừ các quyền mà bên sử dụng không thể chuyển giao lại được cho bên giao hoặc các bên đã có một sự thỏa thuận đặc biệt về việc sử dụng chúng.

## CHƯƠNG IX

# TÀI TRỢ XUẤT NHẬP KHẨU

Trong thế giới hiện đại, việc sản xuất kinh doanh nói chung và hoạt động xuất nhập khẩu hàng hóa nói riêng là không thể nếu không sử dụng các loại dịch vụ tài chính khác nhau. Cùng với sự hội nhập kinh tế quốc tế, đặc biệt khi Hiệp định Thương mại Việt Nam - Hoa Kỳ có hiệu lực và Việt Nam tham gia Tổ chức thương mại thế giới, thương mại dịch vụ trong lĩnh vực tài chính chắc chắn sẽ phát triển ở nước ta, bởi vì dịch vụ tài chính của ngân hàng hay của các công ty tài chính quốc tế sẽ góp phần thúc đẩy hoạt động sản xuất cũng như hoạt động xuất nhập khẩu hàng hoá. Trong chương này, chúng tôi muốn đề cập đến một số loại giao dịch nhằm mục đích tài trợ tài chính cho hoạt động xuất nhập khẩu được sử dụng phổ biến trong hoạt động thương mại quốc tế như: thuê tài chính, bao thanh toán, bảo lãnh ngân hàng.

### I. HỢP ĐỒNG THUÊ TÀI CHÍNH QUỐC TẾ

#### 1.1 Khái niệm và đặc điểm của hợp đồng thuê tài chính quốc tế

##### 1.1.1 Khái niệm

Trong thực tiễn hoạt động thương mại quốc tế hiện nay, ngân hàng và các công ty tài chính thường được yêu cầu cung cấp tài chính cho những hợp đồng thuê tài sản - là những công cụ sản xuất như: máy bay, tàu thủy, container, các máy móc thiết bị dùng cho việc thăm dò dầu khí, khoáng sản. Người sử dụng những máy móc thiết bị nói trên phải có nghĩa vụ thanh toán cho người cho thuê theo định kỳ. Bởi vì thời hạn thuê thiết bị, máy móc có thể kéo dài, do đó người cho thuê có thể phải chịu những rủi ro đáng kể về mặt tài chính.

Nếu chủ sở hữu máy móc, thiết bị sẵn sàng chịu những rủi ro về tài chính đó thì họ tham gia vào quan hệ hợp đồng với tư cách là người cho thuê. Trong trường hợp này hợp đồng được ký kết giữa người cho thuê và người thuê được coi là hợp đồng thuê tài sản thông thường, ví dụ, hợp đồng thuê tài sản được quy định tại Mục 5 Chương 2 Bộ luật Dân sự Việt Nam. Nếu chủ sở hữu không muốn chịu rủi ro tài chính thì họ sẽ ký kết hợp đồng cho thuê tài chính mà trong thương mại quốc tế nó được gọi là Hợp đồng Leasing.

Hợp đồng thuê tài chính là một đặc thù của hợp đồng thuê tài sản<sup>127</sup>. Hợp đồng này được áp dụng trong hoạt động thương mại của Hoa Kỳ vào giữa thế

<sup>127</sup> Xem: Cabatov E. V. *Thuê tài chính - Điều chỉnh pháp luật và thực tiễn*, Matxcova, 1998, tr. 32-39.

kỷ 19 và từ nửa sau thế kỷ 20 bắt đầu được sử dụng một cách rộng rãi trong hoạt động thương mại của các nước Tây Âu, Nhật Bản và hiện nay được sử dụng ở hầu hết các quốc gia trên thế giới. Ở Việt Nam các quan hệ thuê tài chính được pháp luật điều chỉnh còn ở mức độ hết sức khiêm tốn, mặc dù vậy một số công ty đã sử dụng loại hợp đồng này để mua sắm máy móc thiết bị phục vụ cho sản xuất kinh doanh, ví dụ, nhiều máy bay mà Vietnam Airline đang sử dụng hiện nay là đối tượng của hợp đồng thuê tài chính.

Vậy, hợp đồng thuê tài chính và hợp đồng thuê tài chính quốc tế là gì, bản chất pháp lý của chúng?

Trên cơ sở kinh nghiệm của Hoa Kỳ trong lĩnh vực thuê tài chính và tổng kết thực tiễn hoạt động thuê tài chính ở các nước châu Âu, LEASEEUROPE năm 1983 đã đưa ra định nghĩa hợp đồng thuê tài chính, theo định nghĩa này, thuê tài chính đóng sản được đầu tư là máy móc thiết bị của nhà máy xí nghiệp với mục đích sử dụng chuyên nghiệp. Những tài sản này trước hết được các công ty cho thuê tài chính mua riêng để cho thuê và vẫn thuộc sở hữu của người cho thuê trong thời hạn hợp đồng.

Như vậy:

- Người thuê tài chính tự chọn đối tượng của thuê tài chính, tự lựa chọn người bán và sau đó sử dụng đối tượng này cho các mục đích kinh doanh thương mại của mình.
- Người cho thuê mua đối tượng cho thuê và là chủ sở hữu của đối tượng này trong thời gian hợp đồng thuê tài chính có hiệu lực.
- Người thuê phải chịu mọi rủi ro liên quan đến đối tượng và việc sử dụng đối tượng này.
- Thời gian của hợp đồng thuê tài chính phụ thuộc vào thời gian hao mòn của máy móc thiết bị.
- Khi hết thời hạn của hợp đồng, người thuê có quyền hoặc trả lại tài sản thuê, hoặc gia hạn hợp đồng, hoặc mua đứt tài sản.

Định nghĩa hợp đồng thuê tài chính được soạn thảo với mục đích thể chế hóa hoạt động thuê tài chính trong phạm vi EU.

Sau đó trên cơ sở phân tích so sánh thực tiễn thuê tài chính của nhiều nước và kết quả nghiên cứu của UNIDROIT và hiệp hội thuê tài chính quốc tế trong lĩnh vực này, trung tâm các nghiệp đoàn đa quốc gia thuộc LHQ (UNCTC) năm 1984 cũng đưa ra định nghĩa hợp đồng thuê tài chính. Tuy nhiên định nghĩa này không có nhiều khác biệt so với định nghĩa của LEASEEUROPE.

Trong thực tiễn cũng như khoa học pháp lý <sup>128</sup> thì theo hợp đồng thuê tài chính, bên cho thuê có nghĩa vụ mua tài sản của người thứ ba xác định (người bán hay người sản xuất) theo sự chỉ định của người thuê và giao tài sản này cho người thuê chiếm hữu và sử dụng trong hoạt động kinh doanh thương mại và người thuê có nghĩa vụ phải trả tiền thuê tài sản.

Điểm 1 Điều 1 Công ước Ottawa 1988 về thuê tài chính quốc tế quy định, hợp đồng thuê tài chính quốc tế là một giao dịch theo đó một bên (bên cho thuê - là ngân hàng hay các công ty tài chính) phù hợp với những đặc điểm và điều kiện được bên kia nhất trí (người thuê) ký kết hợp đồng mua bán với bên thứ ba (người bán) và theo hợp đồng này người cho thuê mua máy móc thiết bị công nghiệp hay những thiết bị khác và như vậy tham gia vào hợp đồng cho thuê tài chính với người thuê khi giao cho người thuê quyền sử dụng máy móc và được thanh toán theo định kỳ <sup>129</sup>.

Hợp đồng thuê tài chính là một giao dịch đặc biệt được sử dụng trong lĩnh vực hoạt động thương mại, vì thế chủ thể của nó là những chủ thể chuyên nghiệp trong luồng thương mại. Trong hợp đồng thuê tài chính có các chủ thể tham gia sau:

1- Bên cho thuê thông thường là những công ty tài chính hay là ngân hàng, nói cách khác là những tổ chức thương mại được phép huy động vốn.

2- Bên thuê tài chính là bên nhận tài sản để tạm thời chiếm hữu và sử dụng trên cơ sở hợp đồng thuê tài chính.

3- Người bán là người ký kết hợp đồng mua bán tài sản với bên cho thuê và sau đó giao hàng cho người sử dụng. Ở đây người bán được biết trước rằng người sử dụng tài sản này không phải là người đã trả tiền mua nó, người sở hữu nó mà là người thuê, người này có quyền trực tiếp có những yêu cầu đối với người bán liên quan đến chất lượng của hàng hóa (máy móc thiết bị) hay là nghĩa vụ bảo lãnh của người bán. Như vậy điểm đặc biệt của hợp đồng thuê tài chính quốc tế thể hiện ở chỗ, người thuê tài sản không nằm trong mối liên hệ hợp đồng với người bán nhưng lại có một số quyền đối với người bán.

Hợp đồng thuê tài chính nội địa và hợp đồng thuê tài chính quốc tế có nội dung và các dấu hiệu giống nhau. Điểm khác nhau cơ bản giữa chúng là trong hợp đồng thuê tài chính quốc tế tru sở thương mại của bên cho thuê và trụ sở thương mại của bên thuê phải nằm trên lãnh thổ của các quốc gia khác nhau (Điểm 2 Điều 1 Công ước Ottawa 1988).

<sup>128</sup> Xem: Điều 665 Bộ luật Dân sự và Điều 2 Luật về thuê tài chính của Cộng hòa Liên bang Nga.

<sup>129</sup> Xem: Luật Thương mại quốc tế, Minsk, 2000, tr. 439.

Dưới góc độ kinh tế, bản chất của hợp đồng thuê tài chính quốc tế là hợp đồng tín dụng tài chính, có nghĩa là người thuê muốn mua sắm máy móc, thiết bị của một người bán xác định tuy nhiên không có khả năng tài chính để sở hữu chúng vì vậy phải yêu cầu ngân hàng hay công ty tài chính thanh toán. Theo nguyên tắc thì tài chính có thể được cung cấp cho người thuê bằng hình thức khác, ví dụ như cho người thuê vay, tuy nhiên trong trường hợp này người cho vay (ngân hàng hay công ty tài chính) phải thực hiện một số hoạt động nhất định và những hoạt động này thường gắn liền với nhiều thủ tục phức tạp để trong trường hợp không thu hồi được tiền cho vay có thể đòi lại được quyền sở hữu đối với máy móc thiết bị được chuyển giao. Thuê tài chính cho phép thực hiện việc cho vay trên thực tế nhưng người cho thuê vẫn giữ quyền sở hữu đối với đối tượng hợp đồng thuê tài chính, có nghĩa là người cho thuê chỉ cung cấp tài chính theo hợp đồng thuê tài chính và mối quan tâm chính của họ chỉ là thu lợi nhuận từ việc cho vay tài sản.

Hợp đồng thuê tài chính được sử dụng một cách rộng rãi nhờ việc nó bảo đảm cho người thuê có khả năng được sử dụng những máy móc thiết bị công nghiệp và trong tương lai có thể có được quyền sở hữu đối với các máy móc thiết bị này mà không cần phải bỏ ra một khoản tiền lớn cho đầu tư ban đầu. Còn người cho thuê có thể dùng khả năng tài chính của mình để đầu tư một cách có hiệu quả bằng cách mua máy móc thiết bị sau đó cho thuê và thường là cho thuê dài hạn. Người cho thuê hoàn lại vốn đầu tư của mình, bao gồm cả lãi suất bằng cách nhận tiền do bên thuê thanh toán vì đã sử dụng tài sản. Trong thực tiễn thương mại quốc tế, thường thì khi hợp đồng thuê tài chính hết thời hạn bên thuê mua lại tài sản đã thuê. Thông thường cả bên cho thuê và bên thuê đều được hưởng ưu đãi về thuế, đây cũng là một trong những vấn đề làm cho hợp đồng thuê tài chính trở nên hấp dẫn trong hoạt động thương mại quốc tế<sup>130</sup>.

#### **1.1.2. Đặc điểm của hợp đồng thuê tài chính quốc tế**

Hợp đồng thuê tài chính là một loại của hợp đồng thuê tài sản, nó được đặc trưng bởi một số dấu hiệu đặc thù. Trên cơ sở Công ước quốc tế về hợp đồng thuê tài chính quốc tế, pháp luật của một số nước cũng như thực tiễn áp dụng hợp đồng thuê tài chính có thể khái quát một số dấu hiệu của hợp đồng thuê tài chính như sau:

1. Người cho thuê phải có mục đích cung cấp tài chính (đầu tư)<sup>131</sup>, có nghĩa là người cho thuê ký kết hợp đồng thuê tài chính với mục đích là đầu tư

<sup>130</sup> Xem: Giáo trình Luật Dân sự, tập II, bản tiếng nga, Matxcedva, 2001, tr 194.

<sup>131</sup> Người cho thuê tài chính nong muốn đầu tư vào đối tượng thuê tài chính, việc mua tài sản là đối tượng thuê tài chính không phải để sử dụng mà để cho thuê kiếm lời.

vào tài sản và sau đó cho thuê tài sản này, còn tiền do người thuê thanh toán theo bản chất là một hình thức thu nhập từ việc đầu tư. Rõ ràng người cho thuê không cần tài sản trong hình thức vật chất tự nhiên của nó mà người cho thuê mua tài sản với mục đích cho thuê để thu lời. Ở đây quyền lợi của người cho thuê được bảo đảm bởi tài sản cho thuê thuộc sở hữu của họ, trong trường hợp người thuê không thực hiện nghĩa vụ của mình thì người cho thuê không cần yêu cầu bồi thường thiệt hại mà chỉ đơn giản là yêu cầu trả lại tài sản. Như vậy hợp đồng thuê tài chính còn thực hiện chức năng bảo đảm thực hiện nghĩa vụ.

2. Sau khi ký kết hợp đồng, bên cho thuê mua tài sản do người thuê lựa chọn của người bán cũng do người thuê chỉ định và giao tài sản đó cho bên thuê. Theo Công ước Ottawa 1988 về thuê tài chính quốc tế thì đây là dấu hiệu chủ yếu của hợp đồng thuê tài chính. Trong trường hợp này, bên cho thuê không chịu trách nhiệm vì sự lựa chọn đối tượng của hợp đồng cũng như sự lựa chọn người bán. Sự thực thi trong hợp đồng thuê tài chính, các bên cũng có thể thỏa thuận, bên cho thuê có nghĩa vụ lựa chọn đối tượng của hợp đồng và người bán. Tuy nhiên ngay cả trong trường hợp này hợp đồng thuê tài chính vẫn có dấu hiệu, theo đó bên cho thuê phải mua tài sản sau khi ký kết hợp đồng và việc mua tài sản này nhằm mục đích phục vụ cho việc thực hiện hợp đồng thuê tài chính.

3. Tài sản được bên thuê thuê chỉ để sử dụng trong hoạt động kinh doanh thương mại. Cũng chính vì mục đích này mà hợp đồng được ký kết.

4. Người thuê đồng thời vừa chiếm hữu vừa sử dụng tài sản được bên cho thuê giao theo hợp đồng thuê tài chính. Nếu người thuê chỉ sử dụng tài sản không thôi thì hợp đồng không còn ý nghĩa của hợp đồng thuê tài chính, bởi vì người cho thuê không cần thiết phải giữ lại quyền chiếm hữu đối với tài sản cho thuê. Mục đích của bên cho thuê trong hợp đồng thuê tài chính là thu lợi nhuận thông qua việc cho thuê tài sản, vì vậy việc chiếm hữu tài sản đã cho thuê có thể gặp nhiều vấn đề phức tạp bởi vì trong nhiều trường hợp bên cho thuê có thể phải chịu một số chi phí bổ sung.

5. Bên thuê có khả năng mua lại đối tượng thuê tài chính nếu việc mua lại này được quy định trong hợp đồng. Cũng phải nói rằng, quyền mua lại tài sản thuê cũng được quy định trong mọi hợp đồng thuê tài sản (Bộ luật Dân sự Việt Nam). Tuy nhiên, để mua lại tài sản, người thuê phải trả một khoản tiền mua đặc biệt được quy định trong hợp đồng thuê tài sản hay trong hợp thuận bổ sung cho hợp đồng. Còn trong hợp đồng thuê tài chính, tiền thuê đồng thời cũng là tiền mua lại tài sản. Tất nhiên, khả năng mua lại đối tượng của hợp đồng thuê tài chính phải được quy định trực tiếp trong hợp đồng.

Vì những dấu hiệu nói trên mà một số tác giả coi hợp đồng thuê tài chính là một giao dịch song vụ, gắn liền với hợp đồng mua bán tài sản cho thuê. Bên cho thuê theo hợp đồng thuê tài chính giao việc thực hiện một phần nghĩa vụ của mình cho người bán theo hợp đồng mua bán như là một sự ủy quyền thực hiện nghĩa vụ, theo đó người bán phải chịu trách nhiệm trước người thuê về chất lượng của tài sản cho thuê. Về phần mình, hợp đồng mua bán được coi là hợp đồng vi lợi ích của người thứ ba- bên thuê<sup>132</sup>.

Phổ biến nhất vẫn là quan điểm theo đó hợp đồng thuê tài chính là hợp đồng ba bên, trong đó có: người bán, người cho thuê, người thuê, mỗi một người có quyền và nghĩa vụ riêng của mình. Quan điểm này được nhiều người ủng hộ<sup>133</sup> và tìm được sự thể hiện của mình trong Công ước Ottawa năm 1988 về thuê tài chính quốc tế. Tuy nhiên, cấu trúc pháp lý của định nghĩa này không đặc trưng cho pháp luật của các nước châu Âu lục địa bởi vì luật pháp của các nước này chỉ công nhận sự tồn tại nghĩa vụ của nhiều bên trong giao dịch liên doanh liên kết. Vì vậy, đúng hơn hết không nên coi hợp đồng thuê tài chính quốc tế là hợp đồng giữa nhiều bên mà là loại hợp đồng phức tạp, trong đó có cả quan hệ mua bán và quan hệ thuê tài sản.

### **1.1.3. Căn cứ pháp lý của hợp đồng thuê tài chính quốc tế**

Hợp đồng thuê tài chính được công nhận trong thực tiễn xét xử của những quốc gia, ở đó pháp luật không dành riêng những quy phạm để điều chỉnh loại hợp đồng này, ví dụ, Hoa Kỳ, Nhật, Đức... Ở một số quốc gia khác, loại hợp đồng này được pháp luật điều chỉnh một cách đặc biệt, ví dụ, ở Liên bang Nga được quy định trong Bộ luật Dân sự và Luật Thuê tài chính; ở Pháp, Luật Thuê tài chính năm 1966; ở Anh, Luật về thuê bán năm 1965.

Văn bản pháp luật quốc tế chủ yếu điều chỉnh hợp đồng thuê tài chính quốc tế là Công ước Ottawa được ký kết ngày 28.5.1988. Việc thông qua Công ước này tạo nên sự quan tâm đến vấn đề hệ thống hóa việc điều chỉnh pháp luật trong lĩnh vực thuê tài chính ở nhiều quốc gia. Liên minh châu Âu mong muốn các thành viên tham gia Công ước này. Những quy định của Công ước Ottawa 1988 được Ủy ban Pháp luật của LEASEEUROPE sử dụng để soạn thảo hợp đồng thuê tài chính mẫu áp dụng trong hoạt động thuê tài chính trong phạm vi châu Âu. Hiện nay số lượng quốc gia tham gia công ước này không nhiều, vì vậy các quan hệ phát sinh từ hợp đồng thuê tài chính

<sup>132</sup> Xem: *Giáo trình Luật Dân sự*, tập II, Matxcova, 2000, tr. 195.

<sup>133</sup> Xem: *Giáo trình Luật Dân sự*, tập II, Matxcova, 1993, tr. 142-14; Gazman V.D. *Thuê tài chính: Lý luận, thực tiễn và bình luận*, Matxcova, 1997, tr. 94; Resetnik I. A., *Điều chỉnh bằng pháp luật thuê tài chính ở Cộng hoà Liên Bang Nga*, Perm 1998, tr.7-21.

quốc tế được điều chỉnh bằng các quy phạm của luật quốc gia (có thể áp dụng các quy định của pháp luật điều chỉnh hợp đồng thuê tài sản).

Ở Việt Nam chúng ta hợp đồng thuê tài chính được Luật Các tổ chức tín dụng điều chỉnh (Điều 61, 62, 63)<sup>134</sup>. Tuy nhiên, văn bản pháp luật này chỉ dừng lại ở mức độ quy định quyền và nghĩa vụ của bên cho thuê và bên thuê mà chưa nói rõ bản chất, đặc điểm của hợp đồng thuê tài chính cũng như mối quan hệ giữa người bán và người thuê. Việc pháp luật của Việt Nam chưa điều chỉnh một cách toàn diện những quan hệ phát sinh từ hợp đồng thuê tài chính cũng như chính bản thân hợp đồng thuê tài chính sẽ ảnh hưởng đến hoạt động ngoại thương của nước ta trong quá trình hội nhập kinh tế quốc tế.

## 1.2. Nội dung của hợp đồng thuê tài chính

Nội dung cơ bản của hợp đồng thuê tài chính bao gồm các điều khoản chủ yếu và quyền, nghĩa vụ của các bên.

### 1.2.1. Các điều khoản cơ bản của hợp đồng thuê tài chính

- *Đối tượng* của hợp đồng thuê tài chính là mọi tài sản không phải hàng tiêu dùng, gồm có: nhà máy xí nghiệp, những loại tài sản khác như: máy móc thiết bị, các phương tiện vận tải, những tài sản là động sản hay bất động sản được sử dụng trong hoạt động kinh doanh thương mại.

Thông thường, đối tượng của hợp đồng thuê tài chính là động sản bởi vì những hoạt động thương mại có tính hệ thống đại trà thường mang lại nhiều lợi nhuận. Đất đai, mặt nước không thể là đối tượng của hợp đồng thuê tài chính quốc tế.

Như vậy, có thể nói rằng đối tượng của hợp đồng thuê tài chính quốc tế là mọi tài sản mà người thuê có thể sử dụng cho mục đích kinh doanh thương mại.

Theo nguyên tắc, đối tượng của hợp đồng thuê tài chính quốc tế là bất động sản, động sản, tuy nhiên Công ước quốc tế Ottawa 1988 không coi bất động sản là đối tượng của hoạt động này do tính đặc thù của giao dịch này trong lưu thông quốc tế. Có thể nhận thấy rằng quy định về bất động sản và động sản trong Công ước Viên 1980 và trong Công ước Ottawa 1988 có một số điểm khác nhau. Ví dụ máy bay, tàu thủy, tàu hỏa là bất động sản theo Công ước Viên 1980 nhưng trong thực tiễn thương mại các loại tài sản trên được coi là đối tượng của hợp đồng thuê tài chính quốc tế.

Đối tượng của hợp đồng thuê tài chính, sau khi được giao cho người thuê, vẫn thuộc sở hữu của người cho thuê. Dưới góc độ kế toán, việc tài sản cho

---

<sup>134</sup> Xem: Luật Các tổ chức tín dụng.

thuê thuộc sở hữu của người cho thuê cần phải được thể hiện trong sổ sách kế toán của người cho thuê. Tuy nhiên hợp đồng thuê tài chính cũng có thể quy định đối tượng của hợp đồng nằm trong sổ sách kế toán của người thuê. Đây là sự khác biệt cơ bản với hợp đồng thuê tài sản thông thường. Quy định này thể hiện sự cần thiết phải giải quyết vấn đề ai là người phải chịu khấu hao đối tượng của thuê tài chính. Trong thực tiễn thương mại, tài sản là đối tượng của thuê tài chính nằm trong sổ sách kế toán của người nào thì người đó chịu khấu hao tài sản.

Bên thuê có quyền chiếm hữu và sử dụng đối tượng thuê tài chính. Quyền này theo bản chất là quyền tuyệt đối, nó không thể là đối tượng của việc tranh chấp theo nghĩa vụ của người cho thuê, ngay cả khi tài sản cho thuê được đăng ký dưới tên của người cho thuê.

Quyền định đoạt đối tượng của hợp đồng thuê tài chính thuộc người cho thuê. Người cho thuê có thể đòi lại tài sản cho thuê trong những trường hợp và theo thủ tục do pháp luật hay hợp đồng thuê tài chính quy định, ví dụ, bên thuê không trả tiền thuê.

Tuy nhiên quyền định đoạt đối tượng của hợp đồng thuê tài chính của bên cho thuê bị pháp luật (nếu có) hay hợp đồng hạn chế. Theo nguyên tắc, chủ sở hữu tài sản có quyền thế chấp tài sản của mình, nhưng nếu người cho thuê thế chấp tài sản cho thuê theo hợp đồng thuê tài chính thì bên thuê có quyền hủy hợp đồng và yêu cầu bồi thường thiệt hại.

- Thời hạn của hợp đồng thuê tài chính do các bên thỏa thuận, phụ thuộc vào giá trị và thời gian khấu hao của tài sản cho thuê. Thông thường hợp đồng được ký dài hạn. Tài sản là đối tượng của hợp đồng thuê tài chính được cho thuê trong một thời hạn nhất định, thời hạn này thường là tương đương với thời gian khấu hao của tài sản cho thuê, tức là thời gian mà bên cho thuê có thể thu hồi cả vốn lẫn lãi. Khả năng mà hợp đồng thuê tài chính vô thời hạn hay không quy định thời hạn không được pháp luật cho phép cũng như không được công nhận trong thực tiễn hoạt động thuê tài chính. Điều này không phải là ngẫu nhiên, bởi vì trong hoạt động thuê tài chính đòi hỏi phải có sự tính toán mức tiền thuê tài sản một cách chính xác phụ thuộc vào thời hạn của hợp đồng. Như vậy khi ký kết hợp đồng, các bên đã biết thời hạn hợp đồng có hiệu lực. Trong trường hợp ngược lại, những tiêu chí rõ ràng để xác định khả năng tài chính của công ty cho thuê tài chính sẽ bị mất đi mà công ty tài chính được phép huy động vốn từ bên ngoài.

- Giá của hợp đồng thuê tài chính được hiểu là tiền thuê tài sản và bao gồm hai phần: chi phí đầu tư và thù lao của bên cho thuê. Tiền thuê tài chính được thanh toán phụ thuộc vào thời gian hao mòn của tài sản cho thuê.

**Những chi phí đầu tư bao gồm:**

- + Giá thành ban đầu của đối tượng hợp đồng thuê tài chính;
- + Lãi suất mà bên cho thuê phải trả cho ngân hàng theo hợp đồng vay tín dụng;
- + Những chi phí liên quan đến bảo lãnh theo hợp đồng nếu có;
- + Thuế và những khoản thanh toán khác;
- + Những chi phí của bên cho thuê liên quan đến việc thực hiện bảo dưỡng, đại tu đối tượng hợp đồng tài chính nếu bên cho thuê có nghĩa vụ phải thực hiện nghĩa vụ này.
- + Tiền mua bảo hiểm cho đối tượng của hợp đồng thuê tài chính nếu bên cho thuê mua bảo hiểm và nếu hợp đồng tài chính không có quy định khác.

Thù lao là khoản tiền được quy định trong hợp đồng thuê tài chính mà bên thuê phải trả cho bên cho thuê ngoài chi phí đầu tư ban đầu. Đây chính là thu nhập của bên cho thuê tài sản.

Trong thực tiễn hoạt động thương mại quốc tế, tiền thuê tài sản theo hợp đồng thuê tài chính được xác định theo nguyên tắc dưới dạng thanh toán cho toàn bộ tài sản được thuê. Trong trường hợp nếu đối tượng của hợp đồng gồm nhiều tài sản có thời hạn sử dụng khác nhau thì tiền thuê sẽ được xác định phù hợp và được tính vào thời hạn sử dụng của mỗi loại tài sản.

### **1.2.2. Quyền và nghĩa vụ của các bên**

#### **- Nghĩa vụ của bên cho thuê**

Mua tài sản của người bán do bên thuê chỉ định<sup>135</sup> trên cơ sở hợp đồng mua bán hàng hoá. Bên cho thuê, khi mua tài sản, phải thông báo cho người bán biết rằng, tài sản được mua để cho thuê và chỉ rõ tên người thuê. Hợp đồng cũng có thể quy định, bên cho thuê tự chọn tài sản và tự chọn người bán. Theo quy định của Điều 8 Công ước Ottawa 1988, bên cho thuê không chịu trách nhiệm trước người thuê về chất lượng của đối tượng hợp đồng thuê tài chính, ngoại trừ trường hợp khi mà người thuê chịu những thiệt hại do sự can thiệp của người cho thuê trong việc lựa chọn người bán hay đối tượng hợp đồng gây ra cũng như trong trường hợp nếu người thuê quá tin tưởng vào kinh nghiệm của người cho thuê. Theo hợp đồng này, người cho thuê không chịu trách nhiệm trước người thứ ba về những thiệt hại do đối tượng hợp đồng thuê tài chính gây ra.

Bảo đảm việc giao tài sản cho bên thuê, tài sản phải phù hợp với điều kiện của hợp đồng và mục đích sử dụng. Theo quy định Điều 10 Công ước

---

<sup>135</sup> Bên thuê chỉ định cả loại tài sản, cả người bán.

Ottawa 1988, người thuê có các quyền đối với người bán, và người bán phải có nghĩa vụ tương ứng đối với người thuê như là một bên của hợp đồng mua bán. Tất nhiên người bán không thể chịu trách nhiệm theo hợp đồng thuê tài chính trước người cho thuê và người thuê về cùng một thiệt hại. Ngoài ra, người thuê không thể đơn phương hủy hợp đồng mua bán.

Theo quy định của Điều 12 Công ước Ottawa 1988, nếu người giao hàng vi phạm nghĩa vụ do không giao hàng hay chậm giao hàng cho bên thuê thì bên thuê có quyền đơn phương hủy bỏ hợp đồng thuê tài chính quốc tế và từ chối nhận máy móc thiết bị. Tuy nhiên, bên cho thuê có quyền sửa chữa sai sót của mình bằng cách đề nghị thay thế máy móc thiết bị phù hợp với hợp đồng bên thuê ngoài ra.

Bên thuê có quyền chưa thanh toán tiền thuê theo định kỳ nếu bên cho thuê chưa khắc phục sửa chữa sai sót trong việc thực hiện hợp đồng thuê tài chính quốc tế bằng cách thay thế máy móc thiết bị phù hợp với điều kiện hợp đồng. Nếu bên thuê nhất định đơn phương hủy bỏ hợp đồng thì có quyền yêu cầu bên cho thuê phải trả lại các khoản đã thanh toán.

Bên thuê không có quyền đưa ra cho bên cho thuê bất kỳ một yêu cầu nào khác liên quan đến việc người bán không giao hàng, không giao đủ hay giao chậm ngoại trừ trường hợp là hậu quả những hành vi của bên cho thuê. Tuy nhiên cần phải chú ý rằng, mặc dù bên cho thuê không chịu trách nhiệm trước bên thuê do tài sản được giao theo hợp đồng thuê tài chính quốc tế không phù hợp với điều kiện hợp đồng nhưng có quyền cùng với bên thuê đưa ra những yêu cầu liên quan đến chất lượng của máy móc thiết bị cho bên bán.

Bởi vì việc sử dụng đối tượng thuê tài chính quốc tế là mục đích chính của bên thuê, nên đối tượng của thuê tài chính thường được đăng ký dưới tên người thuê. Theo nguyên tắc, trong chứng từ đăng ký có chỉ rõ chủ sở hữu của đối tượng hợp đồng thuê tài chính (người cho thuê), ngoài ra hợp đồng thuê tài chính còn quy định nghĩa vụ của bên thuê không có quyền đưa ra một sự thay đổi nào vào chứng từ đăng ký nếu không có sự đồng ý của bên cho thuê. Trong trường hợp hợp đồng thuê tài chính chấm dứt hiệu lực trước thời hạn hoặc trong trường hợp bên thuê không sử dụng quyền mua lại đối tượng của hợp đồng thuê tài chính, đăng ký của các đối tượng này bị hủy.

Bên cho thuê phải bảo đảm cho bên thuê quyền sử dụng đối tượng của hợp đồng thuê tài chính và bảo vệ quyền này khỏi sự can thiệp của người thứ ba, ngoại trừ trường hợp sự can thiệp đó là hậu quả của những hành vi hay sơ suất của chính bên thuê.

- *Nghĩa vụ của bên thuê:* Theo pháp luật Việt Nam, nghĩa vụ của bên thuê được quy định rõ tại Khoản 2 Điều 3 Luật Các tổ chức tín dụng.

Theo quy định tại Điều 9 Công ước Ottawa 1988, bên thuê có nghĩa vụ phải quan tâm một cách đúng mức đến đối tượng của hợp đồng thuê tài chính, sử dụng mục đích này mà vì mục đích này đối tượng hợp đồng được sản xuất, bảo quản máy móc thiết bị trong những điều kiện phù hợp.

Nghĩa vụ sửa chữa, bảo dưỡng định kỳ hay đại tu máy móc thiết bị của các bên được quy định trong hợp đồng. Theo nguyên tắc chung, trong thuê tài chính quốc tế bên thuê phải thực hiện nghĩa vụ này.

Trong thời hạn hiệu lực của hợp đồng thuê tài chính quốc tế, bên thuê có nghĩa vụ cho phép bên cho thuê tiếp cận đối tượng của hợp đồng, tiếp cận với những thông tin tài chính với mục đích thực hiện giám sát việc sử dụng đối tượng của hợp đồng, tuân thủ những điều kiện của hợp đồng liên quan đến bảo quản, giữ gìn đối tượng của hợp đồng.

Bảo hiểm cho tài sản thường được hoặc người thuê, hoặc người cho thuê tiến hành mua. Trong trường hợp đối tượng của hợp đồng được bên cho thuê mua bảo hiểm thì tiền mua bảo hiểm sẽ được tính vào tiền thuê phù hợp với điều kiện của hợp đồng. Nếu bên thuê tài chính ký hợp đồng mua bảo hiểm cho đối tượng thuê tài chính thì hợp đồng này được ký kết vì lợi ích của bên cho thuê, có nghĩa là bên cho thuê sẽ nhận bảo hiểm trong trường hợp rủi ro.

Theo Điều 7 Công ước Ottawa 1988, bên cho thuê vẫn là chủ sở hữu đối với đối tượng của hợp đồng thuê tài chính, tức là máy móc, thiết bị, vi vậy trong trường hợp bên thuê bị phá sản thì chủ nợ của bên thuê không có quyền yêu cầu đổi với đối tượng thuê tài chính quốc tế.

Theo quy định của Điều 14 Công ước Ottawa 1988, bên cho thuê có thể chuyển nhượng một phần hay tất cả các quyền liên quan đến đối tượng của thuê tài chính quốc tế. Tuy nhiên sự chuyển nhượng các quyền này không ảnh hưởng và làm thay đổi bản chất của hợp đồng thuê tài chính được ký kết trước đó và cũng không miễn trừ một trách nhiệm nào cho bên thuê.

Bên thuê không có quyền định đoạt đối tượng thuê tài chính theo ý mình bằng cách chuyển nhượng cho người thứ ba. Bên cạnh đó, Điểm 2 Điều 14 lại cho phép bên thuê giao quyền sử dụng đối tượng hợp đồng thuê tài chính hay một quyền nào khác theo hợp đồng cho người thứ ba nếu được sự đồng ý của bên cho thuê và phải phù hợp với lợi ích của người thứ ba.

### **1.3. Chấm dứt hợp đồng thuê tài chính**

Bên cho thuê có thể đơn phương hủy bỏ hợp đồng thuê tài chính trong những trường hợp sau:

- Nếu bên thuê sử dụng đối tượng của hợp đồng thuê tài chính không phù hợp với điều kiện được quy định trong hợp đồng hay sử dụng không đúng mục đích;

- Bên thuê cho thuê lại tài sản khi chưa có sự đồng ý của bên cho thuê;
- Nếu bên thuê không bảo quản tài sản thuê theo đúng quy định;
- Nếu bên thuê không trả tiền thuê tài sản đúng thời hạn (có thể hai hay ba lần liên tiếp).

Ngoài ra, trong hợp đồng các bên còn có thể quy định một số trường hợp khác mà bên cho thuê có thể đơn phương hủy hợp đồng.

Bên thuê có thể đơn phương hủy hợp đồng trong trường hợp bên cho thuê không giao tài sản thuê đúng thời hạn và yêu cầu bồi thường thiệt hại.

## II. HỢP ĐỒNG BAO THANH TOÁN (FACTORING)

### 2.1 Khái niệm và đặc điểm hợp đồng bao thanh toán

#### 2.1.1 Khái niệm

Trong hoạt động thương mại và thương mại quốc tế nói riêng, những người bán hàng và cung cấp dịch vụ bao giờ cũng mong muốn được phía đối tác thanh toán tiền mua hàng hay dịch vụ một cách nhanh chóng nhất. Tuy nhiên mong muốn này không phải lúc nào cũng được thỏa mãn do nhiều hoàn cảnh, trước hết là khả năng tài chính, mà người mua hay người hưởng dịch vụ không phải bao giờ cũng thực hiện việc thanh toán một cách nhanh chóng.

Để giải quyết mâu thuẫn nói trên, trong thực tiễn thương mại quốc tế đã hình thành một loại quan hệ hợp đồng gọi là Hợp đồng Factoring - Hợp đồng bao thanh toán.

Theo quy định của Điều 21 Quy chế hoạt động bao thanh toán của các tổ chức tín dụng (sau đây được gọi là Quy chế bao thanh toán)<sup>136</sup>, hợp đồng bao thanh toán là văn bản thỏa thuận giữa đơn vị bao thanh toán và bên bán hàng về việc mua lại các khoản phải thu phù hợp với các quy định của pháp luật. Định nghĩa hợp đồng bao thanh toán trong Công ước Ottawa 1988 khác với quy định của pháp luật Việt Nam. Theo Điều 1.2 của Công ước, hợp đồng bao thanh toán (Factoring) được ký kết giữa một bên là người giao hàng với bên khác là ngân hàng hay tổ chức tín dụng khác, theo đó:

- 1- Người giao hàng (người xuất khẩu) phải hay sẽ nhượng lại cho ngân hàng hay tổ chức tín dụng khác quyền yêu cầu thanh toán phát sinh từ hợp đồng mua bán hàng hóa được ký kết giữa người bán với người mua, ngoại trừ những trường hợp khi hàng hóa được mua bán dùng cho mục đích cá nhân hay gia đình.

<sup>136</sup> Xem: Quyết định số 1096/2004/QĐ-NHNN của Thống đốc Ngân hàng Nhà nước Việt Nam ngày 6-9-2004

2- Ngân hàng hay tổ chức tín dụng khác - có nghĩa vụ phải thực hiện ít nhất là hai trong các hành vi sau đây:

a- Cung cấp tài chính cho người bán trong đó bằng cả hình thức cho vay vốn hay trả trước tiền hàng.

b- Thực hiện kế toán liên quan đến việc nhận tiền từ người mua hàng.

c- Nhận tiền bán hàng từ người mua.

d- Có biện pháp bảo vệ trong trường hợp người mua hàng không có khả năng thanh toán.

3- Người mua hàng (người mắc nợ) cần phải nhận được sự thông báo về sự tồn tại hợp đồng bao thanh toán giữa người bán với ngân hàng hay tổ chức tín dụng khác.

So sánh Điều 21 Quy chế bao thanh toán với Điều 1 Công ước Ottawa có thể thấy rằng, đối tượng của hợp đồng bao thanh toán theo Công ước không chỉ giới hạn bởi khoản phải thu.

Từ những định nghĩa nêu trên, có thể thấy rằng, hợp đồng bao thanh toán là một hợp đồng phức tạp, bao gồm một số loại nghĩa vụ và là một quan hệ pháp luật ba bên gồm có:

- Chủ nợ là người bán, thực hiện công việc hay người cung cấp dịch vụ.
- Người mắc nợ là người mua, người đặt hàng hay người hưởng dịch vụ.
- Công ty tài chính được người bán bán lại khoản phải thu.

Mặc dù có ba chủ thể tham gia vào hoạt động bao thanh toán: người bán, ngân hàng, người mua nhưng chủ thể của hợp đồng bao thanh toán chỉ có người bán và ngân hàng.

Người mua, mặc dù có tham gia vào hoạt động bao thanh toán nhưng lại không tham gia vào hợp đồng và không có một sự ảnh hưởng nào đến nội dung của hợp đồng. Điều này được giải thích bởi việc, đối với người mua thì việc họ thanh toán cho ai, cho người bán hay cho người ngân hàng khi đến thời hạn thanh toán đều không quan trọng bởi vì quyền yêu cầu thanh toán ở đây không có tính chất nhân thân.

Nội dung của hợp đồng bao thanh toán có mục đích xác lập các mối quan hệ kinh tế thương mại gắn bó, mật thiết giữa các bên trong thời gian được hợp đồng quy định. Loại hợp đồng này cũng quy định sự hợp tác của các bên trong quá trình tiến hành hoạt động thương mại, góp phần làm cho hoạt động thương mại trên thị trường trở nên ít căng thẳng và phức tạp hơn.

Sự tiện lợi của hợp đồng bao thanh toán (Factoring) thể hiện ở chỗ: Người xuất khẩu sau khi giao hàng cho người mua có thể nhận được tiền bán hàng

từ công ty tài chính ngay mà không cần phải đợi đến thời hạn thanh toán. Như vậy trong nhiều trường hợp, người xuất khẩu hàng hóa, cung cấp dịch vụ không cần phải lo lắng gì đến vấn đề người mua hay người hưởng dịch vụ vì một nguyên nhân nào đó chậm thanh toán hay hoàn toàn không thực hiện nghĩa vụ thanh toán của mình. Khi sử dụng loại hợp đồng này người bán có thể tránh được những chi phí không cần thiết liên quan đến việc yêu cầu người mua thanh toán, liên quan đến việc thực hiện nghiệp vụ kế toán xuất khẩu, nghiên cứu thị trường, xác định chiến lược phát triển và thuỷ tóm những thị trường tiêu thụ sản phẩm của mình. Ngoài ra thông qua hợp đồng bao thanh toán ngân hàng hay tổ chức tín dụng cung cấp cho khách hàng một phương thức tài trợ mới, góp phần làm cho các hoạt động huy động vốn trở nên đa dạng và hiệu quả hơn.

Việc sử dụng rộng rãi hợp đồng bao thanh toán trong thương mại quốc tế đòi hỏi sự cần thiết phải tiêu chuẩn hóa các quy phạm pháp luật để điều chỉnh loại quan hệ này.

Việc áp dụng hợp đồng bao thanh toán một cách rộng rãi trong hoạt động thương mại quốc tế đã dẫn đến việc UNIDROIT soạn thảo và thông qua Công ước về bao thanh toán (Factoring) ngày 28-5-1988 tại Ottawa. Ở Việt Nam chúng ta, trước đây bao thanh toán còn là một loại dịch vụ chưa được nhiều ngân hàng biết đến, và cũng chính vì vậy mà hợp đồng bao thanh toán chưa được sử dụng trong thực tiễn hoạt động kinh doanh thương mại. Ngày 6-9-2004 Thủ tướng Nguyễn Tấn Dũng ban hành Quy chế bao thanh toán. Sau khi Quy chế bao thanh toán được ban hành nhiều ngân hàng, kể cả của trong nước và của nước ngoài tiến hành triển khai việc cung cấp loại sản phẩm này<sup>137</sup>.

Hợp đồng bao thanh toán là một hợp đồng thực hiện dịch vụ trung gian trong việc thanh toán giữa các bên thường là trong hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế. Bản chất của hợp đồng bao thanh toán thể hiện ở chỗ: Tổ chức tín dụng hay ngân hàng đồng ý giải phóng người xuất khẩu khỏi gánh nặng tài chính trong việc yêu cầu các đối tác nước ngoài thanh toán để người xuất khẩu có thể tập trung vào hoạt động chính của mình. Như vậy tạo nên sự phân chia chức năng của các chủ thể của hoạt động thương mại. Người xuất khẩu bán hàng, giao hàng và các chứng từ liên quan đến hàng hóa, còn ngân hàng hay tổ chức tín dụng khác thanh toán ngay cho người xuất khẩu, sau đó công ty tài chính yêu cầu người mua thanh toán lại cho mình.

---

<sup>137</sup> Ngày 24-6-2005 Ngân hàng UFJ của Nhật Bản tổ chức cuộc hội thảo giới thiệu sản phẩm bao thanh toán tại Thành phố Hồ Chí Minh.

### **2.1.2 Phân loại**

Trong thực tiễn ký kết và thực hiện hợp đồng bao thanh toán quốc tế, căn cứ vào mối quan hệ pháp lý của những người tham gia vào quan hệ bao thanh toán, có thể phân chia hợp đồng bao thanh toán thành hai loại: Hợp đồng bao thanh toán đóng và hợp đồng bao thanh toán mở.

#### *- Hợp đồng bao thanh toán đóng*

Trong hợp đồng bao thanh toán đóng (Confidential factoring) là người bán hàng bán cho ngân hàng hay tổ chức tín dụng khác khoản phải thu phát sinh từ việc bán hàng nhưng vẫn giữ quan hệ hợp đồng với người mua. Trong loại hợp đồng này, người mua không được thông báo về hợp đồng bao thanh toán được ký kết giữa người bán và ngân hàng hay tổ chức tín dụng khác và ngân hàng hay tổ chức tín dụng thực hiện thanh toán cho người bán và nhân danh người bán có quan hệ trực tiếp với người mua. Ngân hàng khi yêu cầu người mua thanh toán đã hành động theo ủy quyền và nhân danh người bán.

Trong thực tiễn hoạt động thương mại quốc tế, hợp đồng bao thanh toán đóng còn được biết đến trong những trường hợp khi người giao hàng trực tiếp thực hiện việc nhận tiền thanh toán từ người mua, còn ngân hàng chỉ cung cấp tài chính cho người bán, tức là có sự tồn tại của hợp đồng bao thanh toán mà người thứ ba không được biết. Tuy nhiên, Công ước Ottawa 1988 không coi những quan hệ nói trên là những quan hệ thuộc hợp đồng bao thanh toán và dĩ nhiên loại hợp đồng này không được Công ước Ottawa điều chỉnh. Loại hợp đồng này cũng không được Quy chế bao thanh toán của điều chỉnh, nó được điều chỉnh chủ yếu bằng các điều kiện do các bên thoả thuận trong hợp đồng và thực tiễn thương mại.

Quan hệ pháp lý trong hợp đồng bao thanh toán đóng theo bản chất là mối quan hệ nội tại giữa người bán hàng và ngân hàng hay tổ chức tín dụng. Như vậy, trong hợp đồng bao thanh toán đóng chỉ chuyển giao quyền "kinh tế" đối với việc thanh toán sau này, còn quyền "pháp lý" tức là quyền yêu cầu thanh toán không chuyển giao. Loại hợp đồng này bao gồm cả các yếu tố của hợp đồng đại diện (có sự ủy quyền) và hợp đồng tín dụng (liên quan đến việc người thực hiện cung cấp tài chính cho người bán). Trong trường hợp ngân hàng cung cấp cho người bán một số dịch vụ bổ sung thì hợp đồng bao thanh toán bao gồm cả những yếu tố của hợp đồng cung cấp dịch vụ.

Bao thanh toán đóng trong thương mại quốc tế thường được sử dụng trong những trường hợp, khi mà có sự tham gia công khai của ngân hay tổ chức tín vào quan hệ thanh toán giữa người mua và người bán theo hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế có thể gây thiệt hại cho quyền lợi của người bán.

#### *- Hợp đồng bao thanh toán mở*

Khác với hợp đồng nhượng bao thanh toán đóng, trong hợp đồng bao thanh toán mở (open factoring, conventions factoring, disclosed factoring) người bán giao quyền yêu cầu có tính pháp lý cho ngân hàng nhận thanh toán từ người mua khi đến thời hạn mà người mua phải thanh toán theo thoả thuận trong hợp đồng bao thanh toán. Chính vì lý do này nên ngân hàng hay tổ chức tín dụng trở thành chủ nợ theo hợp đồng mua bán hàng hóa với người mua, còn nghĩa vụ giao hàng vẫn là của người bán hàng.

Trong hợp đồng bao thanh toán mở, người bán hay ngân hàng có nghĩa vụ phải thông báo cho người mua về sự tham gia của ngân hàng vào hợp đồng mua bán. Thông thường, ngay trong khi hoàn thành chứng từ giao hàng cùng như trong khi người bán giao hóa đơn thương mại cho người mua, thi trong các chứng từ này có chỉ rõ người mua phải thanh toán tiền mua hàng cho ngân hàng. Trong các chứng từ nói trên cũng chỉ cần nói rõ ràng, chỉ có việc thanh toán cho ngân hàng thì người mua mới được coi là đã thực hiện đúng nghĩa vụ thanh toán.

Bởi vì hối phiếu là một trong những chứng từ quan trọng mà bên bán phải giao cho ngân hàng và trong hối phiếu có chỉ rõ rằng, ngân hàng hay tổ chức tín dụng tham gia vào quan hệ nghĩa vụ giữa người bán với người mua nên loại hợp đồng này được coi là hợp đồng bao thanh toán mở. Theo nguyên tắc chung và thực tiễn cho thấy rằng, hợp đồng bao thanh toán mở bảo vệ quyền lợi cho người thế quyền ở mức độ cao hơn, chặt chẽ hơn.

Tuy nhiên trong thực tế, nhiều chủ thể của hoạt động thương mại có cách nhìn nhận tiêu cực đối với hợp đồng bao thanh toán mở vì họ cho rằng, việc thông báo cho người mua biết việc thanh toán phải được thực hiện vì lợi ích của người thứ ba có thể bị xem xét như là hiện tượng không ổn định của tình hình tài chính của người bán, và kéo theo sự e ngại của các đối tác đối với người bán.

Căn cứ vào quyền truy đòi của ngân hàng hay của tổ chức tín dụng đối với người giao hàng có thể phân hợp đồng bao thanh toán truy đòi và miễn truy đòi (Điều 11 Quy chế bao thanh toán).

Trong hợp đồng bao thanh toán có quyền truy đòi, ngân hàng hay tổ chức tín dụng khác có quyền đòi lại số tiền đã ứng trước cho người bán hàng trong trường hợp người mua không có khả năng thực hiện nghĩa vụ thanh toán các khoản phải thu khi đến thời hạn. Trong hợp đồng bao thanh toán miễn truy đòi ngân hàng chịu toàn bộ rủi ro trong trường hợp người mua không có khả năng thanh toán các khoản phải thu khi đến hạn. Ngân hàng chỉ có quyền đòi lại số tiền đã ứng trước cho bên bán trong trường hợp bên mua hàng từ chối thanh

toán khoản phải thu do người bán giao hàng không phù hợp với điều kiện của hợp đồng hoặc vì một lý do khác không liên quan đến khả năng thanh toán của người mua.

Việc sử dụng loại bao thanh toán truy đòi hay miễn truy đòi hoàn toàn tùy thuộc vào sự thoả thuận của các bên và thông thường phụ thuộc vào khả năng thanh toán của người mua hay mức chiết khấu.

### **2.1.3 Đặc điểm của hợp đồng bao thanh toán**

Hợp đồng bao thanh toán có các đặc điểm cơ bản sau đây:

- Hợp đồng này là một hợp đồng thương mại, chủ thể của nó chỉ có thể là thương nhân, khác với việc chuyển giao quyền yêu cầu được quy định tại Mục 4 Chương 1 Phần thứ ba của Bộ luật Dân sự Việt Nam. Vì có tính chất thương mại nên hợp đồng bao thanh toán là hợp đồng song vụ.

- Thông thường ngân hàng không chịu trách nhiệm do người bán không thực hiện hay thực hiện không đúng nghĩa vụ của mình trước người mua theo hợp đồng mua bán.

- Là một hợp đồng phức tạp bao gồm cả yếu tố của hợp đồng tín dụng, chuyển giao quyền yêu cầu, hợp đồng đại diện, hợp đồng ủy quyền cũng như hợp đồng cung cấp dịch vụ.

- Tính quốc tế của hợp đồng bao thanh toán được xác định bởi trụ sở thương mại của người bán và của ngân hàng nằm trên lãnh thổ của các quốc gia khác nhau. Tuy nhiên trong trường hợp nếu trụ sở thương mại của người bán và ngân hàng hay tổ chức tín dụng khác cùng nằm trên lãnh thổ của một quốc gia, còn trụ sở thương mại của người mua nằm trên lãnh thổ của một quốc gia khác thì hợp đồng này cũng được coi là hợp đồng bao thanh toán quốc tế.

### **2.1.4 Sự khác biệt giữa bao thanh toán với các quan hệ tương tự**

Cần phải phân biệt rõ hợp đồng bao thanh toán với những quan hệ tương tự khác, tuy nhiên việc chỉ rõ sự khác nhau giữa chúng không phải là vấn đề đơn giản bởi hợp đồng này là một loại hợp đồng phức tạp bao gồm nhiều yếu tố của các loại hợp đồng khác nhau.

#### **a. Khác với hợp đồng nhượng quyền yêu cầu theo quy định của Bộ luật Dân sự Việt Nam**

- Thông thường, hay có sự đồng nhất hợp đồng bao thanh toán với hợp đồng nhượng quyền yêu cầu được quy định trong Bộ Luật Dân sự. Tuy nhiên sự đồng nhất này không thể được coi là chính xác bởi hợp đồng bao thanh

toán kín không có yếu tố chung nào với nhượng quyền yêu cầu. Còn hợp đồng bao thanh toán mở thì đối tượng của nó ngoài việc chuyển giao quyền yêu cầu còn có các quan hệ khác, ví dụ: cung cấp dịch vụ, hỗ trợ tài chính...

- Chủ thể của chuyển giao yêu cầu là một chủ thể của lưu thông dân sự, còn trong hợp đồng bao thanh toán chủ thể phải là thương nhân. Ngoài ra một trong hai chủ thể là chủ thể đặc biệt (ngân hàng hay tổ chức tín dụng khác).

- Hợp đồng bao thanh toán luôn là hợp đồng hoàn trả, có nghĩa là ngân hàng nhận lấy quyền yêu cầu thanh toán vì một khoản lợi nhất định (tiền hoa hồng hay thù lao). Chuyển giao quyền yêu cầu không phải lúc nào cũng là nghĩa vụ hoàn trả, ví dụ, chuyển giao quyền yêu cầu có thể được thực hiện thông qua hợp đồng tặng cho.

- Nếu như chuyển giao quyền yêu cầu có thể là một nghĩa vụ đơn phương thì chuyển giao quyền trong thanh toán luôn là nghĩa vụ song phương bởi vì người bán giao hoặc sẽ giao quyền yêu cầu thanh toán còn ngân hàng hay tổ chức tín dụng có nghĩa vụ phải thanh toán cho người bán một số tiền nhất định.

- Mục đích của hoạt động bao thanh toán trước hết là huy động tài chính một cách có hiệu quả, có nghĩa đây là một hình thức đặc thù của hỗ trợ tài chính cho người bán. Mục đích của chuyển giao quyền yêu cầu có thể rộng hơn. Chuyển giao quyền yêu cầu trong Luật Dân sự theo nguyên tắc có mục đích nhận tiền nợ khi người mua nợ không có khả năng thanh toán cho chủ nợ với tư cách là một hình thức trả nợ đã chuyển giao quyền yêu cầu.

- Đối tượng chuyển giao quyền yêu cầu là bất kỳ nghĩa vụ nào không gắn liền với nhân thân của người có quyền, còn đối tượng của bao thanh toán chỉ có thể là nghĩa vụ bằng tiền phát sinh từ hợp đồng mua bán, cung cấp dịch vụ.

- Hợp đồng bao thanh toán là hợp đồng dài hạn, có nghĩa đối tượng của hợp đồng là việc chuyển giao nợ của người mua trước người bán cho người thế quyền cần được thực hiện chứng nào nợ còn xuất hiện. Còn chuyển giao quyền yêu cầu là một hành vi nhất thời.

- Cơ sở pháp lý của hợp đồng bao thanh toán là hợp đồng mua bán khoản phải thu. Còn cơ sở pháp lý của việc chuyển quyền yêu cầu có thể rộng hơn không chỉ liên quan đến việc thanh toán.

### b. Khác với hợp đồng tín dụng

Cần thiết phải phân biệt hợp đồng bao thanh toán với hợp đồng vay tín dụng, hơn nữa sự giống nhau bề ngoài của hai loại hợp đồng này thể hiện ở chỗ ngân hàng đều giao cho người bán hay người vay một số lượng tiền nhất định, và số tiền này phải được hoàn trả cho ngân hàng hay tổ chức tín dụng cùng với một khoản lợi. Sự khác biệt giữa chúng được thể hiện ở chỗ, người bán trong hợp đồng bao thanh toán không trực tiếp trả lại tiền cho ngân hàng

như người vay trả tiền cho ngân hàng, mà chỉ giao quyền tài sản (bán lại các khoản phải thu) cho ngân hàng. Một sự khác biệt nữa giữa hai loại hợp đồng này là lợi nhuận mà ngân hàng nhận được. Theo hợp đồng bao thanh toán, lợi nhuận của họ là mức chênh lệch giữa số tiền mà ngân hàng trả cho người bán và số tiền mà người mua thanh toán cho họ theo hợp đồng mua bán hàng hóa, còn trong hợp đồng tín dụng, lợi nhuận của ngân hàng là lãi suất trên tổng số tiền cho vay được người vay trả một lần hay theo định kỳ. Ngoài ra còn có một sự khác biệt nữa là trong hợp đồng bao thanh toán người mua có trách nhiệm thanh toán cho ngân hàng số tiền mà ngân hàng đã giao cho người bán trước đó, còn trong hợp đồng tín dụng, nợ phải được trực tiếp trả lại cho người cho vay.

Nhiều khi, trong hợp đồng tín dụng có thể ngân hàng khi cho người bán vay tiền, nhận được quyền yêu cầu người mua thanh toán với tư cách là biện pháp bảo đảm cho số tiền vay được coi như là hợp đồng bao thanh toán. Tuy nhiên theo hợp đồng bao thanh toán miễn truy đòi, thông thường ngân hàng khi nhận lấy quyền yêu cầu thanh toán đồng thời nhận luôn sự rủi ro trong trường hợp người mua không thanh toán cho họ. Trong trường hợp, khi mà quyền yêu cầu thanh toán được giao cho ngân hàng với tư cách là một biện pháp bảo đảm tín dụng thì người bán vẫn phải chịu rủi ro do việc người mua không thanh toán, có nghĩa là việc người mua không thanh toán hay thanh toán không đầy đủ không miễn trừ người bán khỏi nghĩa vụ phải trả lại tín dụng đã vay.

### c. Khác với hợp đồng ủy quyền

Cần thiết phải phân biệt hợp đồng bao thanh toán với hợp đồng ủy quyền, hơn nữa sự giống nhau đáng kể giữa hai loại hợp đồng này có thể nhận thấy rõ nhất trong hợp đồng bao thanh toán đóng, bởi vì trong trường hợp này, về mặt pháp lý ngân hàng hay tổ chức tín dụng hành động như là đại diện của người bán, mặc dù các yếu tố khác của hợp đồng này khác với hợp đồng ủy quyền một cách cơ bản. Cụ thể là người ủy quyền theo hợp đồng ủy quyền chỉ nhận được tiền sau khi người mắc nợ thanh toán cho người được ủy quyền còn người bán trong hợp đồng bao cầu thanh toán nhận được tiền từ ngân hàng trước. Ngoài ra, người được ủy quyền hành động vì lợi ích của người ủy quyền, còn ngân hàng trong mọi trường hợp hành động vì lợi ích của chính mình.

Mặc dù trong hợp đồng bao thanh toán có một số yếu tố của hợp đồng cung cấp dịch vụ, tuy nhiên cũng không thể đồng nhất hai loại hợp đồng này. Bởi vì mục đích chính của hợp đồng bao thanh toán không phải là cung cấp một số loại dịch vụ mà là nhượng quyền yêu cầu thanh toán khoản phải thu và thường là có vai trò hỗ trợ tài chính cho người bán.

## **2.2 Nội dung của hợp đồng bao thanh toán**

### **2.2.1 Đối tượng của hợp đồng bao thanh toán**

Hợp đồng bao thanh toán trong thương mại quốc tế có thể được ký kết ở mọi thời điểm trong quá trình thực hiện hợp đồng thương mại giữa người bán, cung cấp dịch vụ, thực hiện công việc với người mua, người hưởng dịch vụ hay người hưởng kết quả của công việc được thực hiện trước thời hạn thanh toán. Điều này có nghĩa là người bán có thể giao quyền yêu cầu thanh toán cho ngân hàng hay tổ chức tín dụng khác ngay sau khi giao hàng hay sau một thời gian nhưng phải trước thời hạn người mua có nghĩa vụ thanh toán cho người bán. Trong trường hợp ký kết hợp đồng bao thanh toán dài hạn, có nghĩa là việc nhượng quyền yêu cầu thanh toán các khoản phải thu được phát sinh thường xuyên, thì người bán giao quyền yêu cầu thanh toán cho ngân hàng hay các tổ chức tín dụng khác trong thời hạn được xác định trong hợp đồng.

Khi xem xét hợp đồng bao thanh toán, có thể nói rằng đối tượng của nó có thể là quyền yêu cầu thanh toán đang tồn tại, cũng có thể là quyền yêu cầu thanh toán trong tương lai. Điều 5 Công ước Ottawa quy định, hợp đồng bao thanh toán được coi là có hiệu lực nếu đối tượng của nó là khoản nợ của người mua hiện tại hoặc có thể trong tương lai, tuy nhiên chúng không được phân định một cách riêng biệt trong hợp đồng nhưng khi chúng được phát sinh hoặc trong lúc ký hợp đồng có thể được cá thể hóa. Ngoài ra, hợp đồng bao thanh toán được coi là có hiệu lực trong trường hợp, nếu đối tượng của hợp đồng là khoản nợ trong tương lai và yêu cầu thanh toán khoản nợ này được chuyển nhượng cho ngân hàng hay tổ chức tín dụng khi nó xuất hiện không cần phải có một chứng từ bổ sung nào trên cơ sở hợp đồng nhượng quyền yêu cầu thanh toán đã được ký kết. Quy định này có nghĩa là nếu đối tượng của hợp đồng bao thanh toán là quyền yêu cầu sẽ được phát sinh trong tương lai thì quyền yêu cầu chỉ được chuyển giao cho ngân hàng hay tổ chức tín dụng khác từ thời điểm nó được phát sinh (tuy nhiên không cần phải thực hiện thủ tục bổ sung).

Điều 7 Công ước Ottawa 1988 về hợp đồng bao thanh toán quy định, đối tượng của hợp đồng có thể là tất cả các quyền hay một số quyền riêng biệt của người bán phát sinh từ hợp đồng mua bán hàng hóa, bao gồm cả khoản lợi xuất phát từ bất kỳ điều kiện nào của hợp đồng, trong đó có cả quyền dự phòng của người bán đối với hàng hóa hoặc bảo hiểm (Điều 1 Công ước quy định, đối tượng của hợp đồng nhượng quyền yêu cầu thanh toán không thể là quyền yêu cầu phát sinh từ hợp đồng mua bán hàng hóa là đồ dùng cho cá nhân, gia đình).

Trong thực tiễn thương mại quốc tế, nếu khi ký kết hợp đồng bao thanh toán ngân hàng hay các tổ chức tín dụng khác thường nhận lấy nghĩa vụ thực

hiện công việc kế toán của người bán, soạn thảo kế hoạch tiếp thị... thì trước khi ký kết hợp đồng, họ thường nghiên cứu tình trạng tài chính của người mua và theo nguyên tắc, có quyền yêu cầu người bán giao những chứng từ liên quan đến tình hình tài chính của người mua.

Đối tượng của hợp đồng bao thanh toán quốc tế không những chỉ có việc chuyển nhượng quyền yêu cầu thanh toán các khoản phải thu, mà còn là những hành vi sau đây của ngân hàng hay tổ chức tín dụng khác, trong số đó có cả một số dịch vụ được cung cấp cho người bán:

- a. Hỗ trợ tài chính cho người bán;
- b. Thực hiện nghiệp vụ kế toán cho người bán liên quan đến việc nhận tiền nợ từ người mua;
- c. Nhận tiền thanh toán nợ từ người mua;
- d. Bảo vệ khỏi việc người mua không thanh toán;
- e. Kiểm tra khả năng thanh toán của người mua;
- g. Nhắc nhở người mua có thời hạn thanh toán;
- h. Giao cho người bán các thông tin mang tính chất tài chính về tình hình thị trường cũng như trợ giúp người bán lập kế hoạch sản xuất và tiếp thị;
- i. Quảng cáo sản phẩm của người bán;
- k. Giữ và phân loại hàng hóa của người bán;
- l. Thực hiện hoạt động giao nhận và vận tải hàng hóa;
- m. Trợ giúp trong việc tìm kiếm đại diện trong các lĩnh vực hoạt động khác của người bán, ví dụ môi giới hải quan;
- n. Trợ giúp dịch vụ pháp lý, ví dụ đại diện ở tòa án;
- o. Quản lý hoạt động vay tín dụng của người bán;
- p. Bảo hiểm hàng hóa thuộc quyền sở hữu của người bán.

Theo Công ước Ottawa 1988, để cho sự hiện diện của quan hệ bao thanh toán, ngân hàng hay tổ chức tín dụng khác ít nhất phải thực hiện hai trong bốn hành vi đầu tiên được nói ở trên.

### **2.2.2 Nghĩa vụ của các bên trong hợp đồng bao thanh toán**

#### **a. Nghĩa vụ của ngân hàng**

Có thể nói rằng, so với Công ước Ottawa 1988, Quy chế bao thanh toán của Việt Nam chúng ta quy định quyền và nghĩa vụ của ngân hàng cụ thể và chi tiết hơn. Theo quy định của Điều 23.2, nghĩa vụ cơ bản nhất của ngân hàng-đơn vị bao thanh toán là phải thanh toán cho người bán theo giá mua khoản phải thu được các bên thỏa thuận trong hợp đồng bao thanh toán.

Ngoài nghĩa vụ nói trên, ngân hàng còn phải có nghĩa vụ cung cấp cho người bán một số dịch vụ, nếu trong hợp đồng các bên có thỏa thuận về điều đó.

Trong trường hợp chuyển quyền đòi nợ cho người khác (nếu trong hợp đồng có thỏa thuận cho phép điều đó) thì ngân hàng có nghĩa vụ phải thông báo cho người mua hoặc những người có liên quan khác về việc chuyển nhượng đó.

#### b. Nghĩa vụ của người bán

Theo nguyên tắc, trong hợp đồng bao thanh toán trong thương mại quốc tế, người bán hay người cung cấp dịch vụ phải chịu trách nhiệm trước ngân hàng hay các tổ chức tín dụng khác về hiệu lực pháp lý của yêu cầu thanh toán - là đối tượng của hợp đồng bao thanh toán. Trong trường hợp này, yêu cầu thanh toán được coi là có hiệu lực nếu người bán hay người cung cấp dịch vụ có quyền nhận thanh toán tiền bán hàng hay dịch vụ. Còn nếu quyền yêu cầu thanh toán này của người bán hay người cung cấp dịch vụ bị coi là không có cơ sở pháp lý và không có hiệu lực pháp lý thì người bán hay người cung cấp dịch vụ có nghĩa vụ phải trả lại toàn bộ số tiền đã nhận cho ngân hàng hay các tổ chức tín dụng khác cũng như chịu trách nhiệm bồi thường thiệt hại.

Khi chuyển giao quyền yêu cầu thanh toán người bán hay người cung cấp dịch vụ phải giao cho ngân hàng hóa đơn thương mại, hợp đồng mua bán hàng hóa hay cung cấp dịch vụ, các chứng từ liên quan khác chứng tỏ quyền yêu cầu thanh toán là đối tượng của hợp đồng bao thanh toán có cơ sở pháp lý. Nếu yêu cầu thanh toán được chuyển giao có cơ sở pháp lý, tuy nhiên do người bán hay người cung cấp dịch vụ làm thủ tục không đúng yêu cầu đó và vì những lý do đó nên ngân hàng không thể thực hiện quyền yêu cầu thanh toán hay chịu một thiệt hại nào đó thì người bán hay người cung cấp dịch vụ phải chịu trách nhiệm.

Nếu yêu cầu thanh toán có hiệu lực pháp lý và được thực hiện đúng thủ tục nhưng người mua hay người hưởng dịch vụ vì một nguyên nhân nào đó (khó khăn tài chính...) không thực hiện thanh toán cho ngân hàng thì rủi ro này thông thường ngân hàng phải gánh chịu. Tuy nhiên trong thực tế có thể có sự phân chia khác phụ thuộc vào việc, hợp đồng bao thanh toán truy đòi hay miễn truy truy đòi của .

Không thể không chú ý đến việc trong hợp đồng mua bán hàng hóa hay cung cấp dịch vụ giữa người mua và người bán hay giữa người cung cấp và người hưởng dịch vụ có thể có quy định về việc không thể chuyển giao quyền yêu cầu thanh toán theo hợp đồng bao thanh toán và trong trường hợp này người bán hay người cung cấp dịch vụ không có quyền nhượng quyền yêu

cầu thanh toán cho người thế quyền. Tuy nhiên Điều 6 Công ước Ottawa quy định việc chuyển giao quyền yêu cầu thanh toán được coi là có hiệu lực pháp lý ngay cả khi trong hợp đồng mua bán hàng cung cấp dịch vụ có điều kiện đó. Vì vậy trong trường hợp Công ước Ottawa có hiệu lực pháp lý đối với các bên thì những hạn chế tương tự trong việc chuyển nhượng quyền yêu cầu thanh toán không có hiệu lực pháp lý (nếu các bên trong hợp đồng mua bán hàng hóa hay cung cấp dịch vụ không trực tiếp thỏa thuận loại trừ việc áp dụng Công ước Ottawa).

Hợp đồng bao thanh toán thực hiện nghĩa vụ thanh toán bao gồm cả việc nhượng quyền yêu cầu thực hiện nghĩa vụ bổ sung, có nghĩa là nghĩa vụ bảo đảm cho việc thực hiện nghĩa vụ chính. Theo quy định này ngân hàng không những chỉ có quyền yêu cầu người mua hay người hưởng dịch vụ thanh toán mà còn có quyền yêu cầu người bảo lãnh của người mua hay người hưởng dịch vụ phải thanh toán khi người mua hay người được hưởng dịch vụ không thanh toán hoặc không có khả năng thanh toán nếu như trong hợp đồng mua bán hay cung cấp dịch vụ có quy định hình thức bảo đảm thực hiện nghĩa vụ này. Nếu trong hợp đồng giữa người bán và người mua có thỏa thuận trọng tài thi thỏa thuận trọng tài này có hiệu lực đối với ngân hàng và người mua hay người được hưởng dịch vụ.

Sự tồn tại của quyền yêu cầu liên đới trong trường hợp khi mà bên giao hàng có nhiều chủ thể, không gây cản trở việc chuyển giao yêu cầu của một người bán theo nghĩa vụ, nhưng khi giao quyền yêu cầu cần phải có sự đồng ý của tất cả các chủ thể, có nghĩa là ngân hàng có thể tham gia vào quan hệ nghĩa vụ với tư cách là chủ nợ liên đới thay cho người bán hàng hay cung cấp dịch vụ. Bởi vì Hợp đồng thương mại quốc tế là hợp đồng song vụ, nên trong khi giao quyền yêu cầu thanh toán cho ngân hàng thường xuất hiện một tổ hợp các quan hệ, theo đó người mua có quyền yêu cầu người bán thực hiện nghĩa vụ giao hàng, còn về phía mình ngân hàng có quyền yêu cầu người mua thực hiện nghĩa vụ thanh toán.

#### *c. Quyền và nghĩa vụ của người mua*

Theo quy định của Điều 9 Công ước Ottawa năm 1988 về bao thanh toán, Điều 25 Quy chế bao thanh toán của thống đốc ngân hàng Nhà nước Việt Nam, người mua có nghĩa vụ phải thanh toán các khoản phải thu cho ngân hàng nếu họ không biết những người khác có quyền ưu tiên nhận thanh toán. Việc người mua thanh toán cho ngân hàng đồng nghĩa với việc giải phóng họ khỏi nghĩa vụ thanh toán trước người bán hay người cung cấp dịch vụ.

Người mua có nghĩa vụ thanh toán cho ngân hàng với điều kiện họ nhận được từ người bán hoặc ngân hàng thông báo bằng văn bản trong một hình thức phù hợp về sự chuyển nhượng yêu cầu thanh toán cho ngân hàng.

Theo quy định của Công ước Ottawa 1988, thông báo bằng văn bản về hợp đồng bao thanh toán phải thỏa mãn các yêu cầu sau:

a-Thông báo phải được người bán hay ngân hàng (được người bán đồng ý), giao cho người mua.

b-Thông báo phải liên quan đến các khoản phải thu xuất phát từ hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế được ký kết trước hay trong thời điểm gửi thông báo.

Điều 1 Công ước Ottawa 1988 quy định hình thức văn bản của thông báo có thể được coi là điện tín, fax... Trong trường hợp này, thông báo có hiệu lực khi được người mua nhận.

Nếu người mua nhận được thông báo về sự chuyển nhượng quyền yêu cầu thanh toán các khoản phải thu sau khi đã thanh toán một phần cho người bán thì họ có quyền thanh toán cho ngân hàng phần còn lại.

Nếu thông báo không được thực hiện đúng thủ tục thì người mua có quyền thực hiện thanh toán cho người bán.

Theo quy định của Điều 9 Công ước quốc tế Ottawa 1988 về bao thanh toán, trong trường hợp ngân hàng có khiếu nại đối với người mua về việc người mua không thanh toán, người mua có thể sử dụng mọi biện pháp bảo vệ xuất phát từ hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế hay cung cấp dịch vụ, cũng tương tự như vậy nếu khiếu nại đối với người bán. Những khiếu kiện này có thể liên quan đến không chỉ sự không phù hợp của hàng hóa mà còn đến chính nội dung của nghĩa vụ. Ví dụ người mua có thể viện dẫn rằng thời hiệu tố tụng đã hết hoặc nghĩa vụ làm phát sinh quyền yêu cầu không có hiệu lực pháp lý.

Ngoài ra, người mua có quyền được sử dụng quyền bù trừ nghĩa vụ với ngân hàng nếu giữa họ và người bán có nghĩa vụ bù trừ.

Trong mọi trường hợp, nếu người bán vi phạm nghĩa vụ theo hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế, người mua có quyền không thanh toán cho ngân hàng, trong trường hợp đã thanh toán cho ngân hàng thì có quyền yêu cầu người bán hoàn lại số tiền mà người mua đã thanh toán cho ngân hàng. Điều 9 Công ước Ottawa 1988 quy định, việc không thực hiện hay thực hiện không đúng hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế cho phép người mua yêu cầu ngân hàng trả lại số tiền mà người mua đã thanh toán cho họ, nếu như người mua có quyền yêu cầu người bán trả lại số tiền đó.

Ngoài ra người mua còn có quyền yêu cầu ngân hàng hoàn lại tiền được thanh toán trong hai trường hợp sau: thứ nhất, nếu người mua đã thanh toán cho ngân hàng nhưng ngân hàng không thanh toán cho người bán; thứ hai,

nếu ngân hàng đã thanh toán cho người bán, tuy nhiên lại biết rằng người bán không thực nghĩa vụ của mình trước người mua.

### III. BẢO LÃNH NGÂN HÀNG

#### 3.1 Khái niệm bảo lãnh ngân hàng

Các bên trong hợp đồng thương mại quốc tế có thể phải chịu một số rủi ro nhất định trong quá trình thực hiện hợp đồng, ví dụ, người bán chịu rủi ro khi người mua từ chối thanh toán sau khi đã nhận được hàng hoặc người mua có thể phải chịu rủi ro khi người bán không thực hiện đúng nghĩa vụ hợp đồng. Ví dụ, giao hàng không đúng chất lượng hay không trả lại tiền đặt cọc. Với tư cách là biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ trong Hợp đồng thương mại quốc tế các chủ thể thường sử dụng bảo lãnh của ngân hàng.

Trong hoạt động thương mại quốc tế, loại hình bảo lãnh ngân hàng được biết đến nhờ những dự án đầu tư ở Trung Cận Đông liên quan đến thăm dò và khai thác dầu mỏ, xây dựng cơ sở hạ tầng và các trung tâm công nghiệp lớn khác.<sup>138</sup>

Xuất phát từ thực tiễn thương mại quốc tế, các quan điểm pháp lý, thực tiễn xét xử, tập quán thương mại quốc tế cũng như pháp luật của một số quốc gia, có thể định nghĩa bảo lãnh ngân hàng như sau:

Bảo lãnh ngân hàng là một giao dịch, theo đó, ngân hàng, những tổ chức tài chính khác hay công ty bảo hiểm (người bảo lãnh) theo yêu cầu của người khác (người được bảo lãnh), bằng văn bản nhận lấy nghĩa vụ thanh toán cho chủ nợ của người được bảo lãnh một khoản tiền nhất định phù hợp với các điều kiện được quy định trong bảo lãnh nếu người được bảo lãnh không thực hiện nghĩa vụ của mình đúng thời hạn khi người nhận bảo lãnh xuất trình yêu thanh toán bằng văn bản<sup>139</sup>.

Như vậy trong quan hệ bảo lãnh ngân hàng có các chủ thể sau đây tham gia:

- Người được bảo lãnh là người yêu cầu ngân hàng cam kết bằng văn bản với người hưởng lợi, theo đó ngân hàng sẽ có nghĩa vụ thanh toán nếu người được bảo lãnh không thực hiện nghĩa vụ của mình đúng thời hạn.

- Ngân hàng bảo lãnh: là ngân hàng nhận lấy nghĩa vụ thanh toán cho người được quy định trong bảo lãnh khi xảy ra những điều kiện được quy định trong bảo lãnh.

<sup>138</sup> Xem: Luật thương mại quốc tế, Minsk, 2000, tr. 382-384.

<sup>139</sup> Xem: Khoản 1 Điều 2 Quy chế Bảo lãnh ngân hàng. Quyết định số 283/2000/QĐ-NHNN14 của Thống đốc Ngân hàng Nhà nước Việt Nam ngày 25-8-2000.

- Người nhận bảo lãnh là người được chỉ rõ trong bảo lãnh và theo yêu cầu của người này ngân hàng phải thực hiện sự thanh toán.

Theo định nghĩa nói trên, bảo lãnh ngân hàng giống với chế định bảo lãnh được quy định trong Bộ luật Dân sự của các nước, cụ thể theo quy định của Điều 366 Bộ luật Dân sự nước ta, bảo lãnh là việc người thứ ba (gọi là người bảo lãnh) cam kết với bên có quyền lợi (gọi là người nhận bảo lãnh) sẽ thực hiện nghĩa vụ thay cho bên có nghĩa vụ (gọi là người được bảo lãnh), nếu khi đến thời hạn mà người được bảo lãnh không thực hiện hoặc thực hiện không đúng nghĩa vụ. Các bên cũng có thể thỏa thuận về việc người bảo lãnh chỉ phải thực hiện nghĩa vụ khi người được bảo lãnh không có khả năng thực hiện nghĩa vụ của mình.

Trong thực tế, nhiều khi khó mà phân biệt được hai chế định này. Mặc dù có nhiều điểm giống nhau nhưng giữa bảo lãnh ngân hàng và bảo lãnh có nhiều điểm khác nhau cơ bản.

*Thứ nhất*, trong bảo lãnh, nghĩa vụ của người bảo lãnh trước người nhận bảo lãnh là nghĩa vụ phụ thuộc trong mối liên hệ với hợp đồng chính giữa người nhận bảo lãnh với người được bảo lãnh. Trong khi đó, bảo lãnh ngân hàng trong thương mại quốc tế thường là - tuy nhiên không phải lúc nào cũng vậy- một nghĩa vụ có nội dung đặc biệt<sup>140</sup>. Nghĩa vụ của ngân hàng bảo lãnh là nghĩa vụ độc lập, ngân hàng phải thực hiện thanh toán khi các điều kiện được quy định trong bảo lãnh được thực hiện. Nghĩa vụ độc lập của ngân hàng bảo lãnh được thể hiện trong các đặc điểm sau:

- Trong bảo lãnh, người bảo lãnh không phải thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh trong trường hợp người nhận bảo lãnh có thể bù trừ nghĩa vụ với người được bảo lãnh. Còn trong bảo lãnh ngân hàng, nghĩa vụ bù trừ giữa người nhận bảo lãnh và người được bảo lãnh không ảnh hưởng đến nghĩa vụ của ngân hàng bảo lãnh.

- Ngân hàng, khi nhận lấy nghĩa vụ bảo lãnh, không thể đưa ra những yêu cầu đối với người nhận bảo lãnh, trong khi đó người được bảo lãnh và người bảo lãnh trong Luật Dân sự lại có quyền này. Ví dụ, ngân hàng không có quyền đưa cho người nhận bảo lãnh những yêu cầu liên quan đến chất lượng của hàng hóa, mặc dù người được bảo lãnh cũng như người bảo lãnh có quyền này theo quy định của Luật Dân sự của nhiều quốc gia.

- Phạm vi nghĩa vụ của ngân hàng bảo lãnh không được xác định bằng phạm vi nghĩa vụ của người mắc nợ như trong trường hợp bảo lãnh. Phạm vi

<sup>140</sup> Xem: Schmitthof M. C., *Thương mại quốc tế - Pháp luật và thực tiễn*, Matxcơva, 1993, tr. 227.

nghĩa vụ của ngân hàng luôn luôn là nghĩa vụ bằng tiền, không phụ thuộc vào việc, nghĩa vụ của người được bảo lãnh đối với người nhận bảo lãnh thuộc loại nghĩa vụ gì: thanh toán hay giao hàng, và được quy định trong hợp đồng. Nghĩa vụ này có thể là một số tiền cụ thể. Ví dụ như bảo đảm việc hoàn lại số tiền được đặt trước, cũng có thể là một số tiền được xác định bằng một cách thức khác, ví dụ số tiền bảo đảm phù hợp với mức độ chi phí mà người hưởng lợi phải chịu trong trường hợp người được bảo lãnh không thực hiện nghĩa vụ nhưng không được cao hơn mức chi phí đã được xác định.

- Hiệu lực của bảo lãnh ngân hàng không phụ thuộc vào hiệu lực của nghĩa vụ của người được bảo lãnh. Điều này xuất phát từ sự độc lập của bảo lãnh ngân hàng đối với quan hệ giữa người nhận bảo lãnh với người được bảo lãnh. Nếu người được bảo lãnh, từ chối những h้าu quả pháp lý của việc biểu hiện ý chí của mình, ví dụ như hợp đồng ký kết do nhầm lẫn, thì những hành vi pháp lý này của người được bảo lãnh sẽ không gây một ảnh hưởng nào đến hiệu lực của nghĩa vụ bảo lãnh của ngân hàng, mặc dù những hành vi nói trên sẽ dẫn đến sự công nhận nghĩa vụ của người được bảo lãnh không có hiệu lực.

*Thứ hai*, nghĩa vụ của ngân hàng bảo lãnh thường không là nghĩa vụ bổ sung<sup>141</sup>. Điều này có nghĩa là, ngân hàng bảo lãnh không có quyền yêu cầu người nhận bảo lãnh, trước hết phải yêu cầu người được bảo lãnh thanh toán, sau đó mới yêu cầu đến ngân hàng trong trường hợp người được bảo lãnh không thực hiện hay thực hiện không đúng nghĩa vụ của mình. Quy định này thể hiện được tính độc lập của bảo lãnh ngân hàng<sup>142</sup>.

Như vậy, tất cả những “có thể nói là khiếm khuyết” của chế định bảo lãnh đều được chế định bảo lãnh ngân hàng khắc phục.

### **3.2 Căn cứ pháp lý của bảo lãnh ngân hàng trong thương mại quốc tế**

Bảo lãnh ngân là một công cụ pháp lý tương đối mới để bảo đảm cho việc thực hiện nghĩa vụ và được sử dụng rộng rãi trong hoạt động thương mại quốc tế, tuy nhiên bảo lãnh ngân hàng chỉ được pháp luật của một số quốc gia điều chỉnh, ví dụ, Luật Bảo lãnh của Anh, Luật Hợp đồng thương mại của Đức, ở nước ta có Luật Các tổ chức tín dụng (Điều 58, 59, 60) và Quy chế Bảo lãnh ngân hàng ngày 25.8.2000. Vì luật quốc gia (chủ yếu là các quy phạm về bảo lãnh) được áp dụng để điều chỉnh các quan hệ phát sinh từ bảo lãnh ngân hàng ở các nước khác nhau, do đó với mục đích bảo đảm quyền lợi của chủ nợ cần phải xây dựng một cách đầy đủ và kỹ lưỡng những điều kiện của hợp

<sup>141</sup> Xem: Luật thương mại quốc tế, Minsk, 2000, tr. 382.

<sup>142</sup> Xem vụ: FIRST VINABANK kiện Công ty TNHH DONG YANG. Quyết định số 18/KTST của Toà án Nhân dân Thành phố Hồ Chí Minh ngày 28-4-1998, trong vụ này nghĩa vụ bảo lãnh của ngân hàng (FIRST KOREABANK) là nghĩa vụ bổ sung.

đồng với ngân hàng bảo lãnh, để chỉnh những điều kiện được các bên thống nhất trở thành cơ sở để xây dựng các quan hệ theo hợp đồng bảo lãnh ngân hàng trong thương mại quốc tế.

Trong thương mại quốc tế từ lâu đã có mong muốn có được sự điều chỉnh hợp đồng bảo lãnh ngân hàng. Trong lĩnh vực này, Ủy ban Thương mại Quốc tế ở Paris (ICC) đã có nhiều đóng góp to lớn. Chính Ủy ban này đã soạn thảo những quy tắc thống nhất để điều chỉnh bảo lãnh hợp đồng (Văn bản số 325 được công bố năm 1978 và văn bản mới thông qua năm 1990), văn bản mẫu cho bảo lãnh hợp đồng năm 1983 của ICC số 406.

Hiệu quả của việc áp dụng những văn bản nói trên dẫn đến việc Ủy ban Thương mại Quốc tế tiến hành soạn thảo và công bố năm 1991 những quy tắc thống nhất về bảo lãnh theo yêu cầu đầu tiên (ICC Uniform Rule for Demand Guarantee - văn bản số 458) và văn bản mẫu cho việc phát hành bảo lãnh theo yêu cầu đầu tiên - ICC No 503. Các văn bản này được sử dụng trong các nghĩa vụ bảo lãnh và những nghĩa vụ thanh toán khác, theo đó ngân hàng bảo lãnh có nghĩa vụ phải thực hiện nghĩa vụ thanh toán khi được trình yêu cầu bằng văn bản hay các chứng từ khác được quy định trong bảo lãnh không phụ thuộc vào việc, bên được bảo lãnh đã thực hiện nghĩa vụ thanh toán của mình hay chưa.

Ngoài ra, ICC còn soạn thảo và công bố văn bản về bảo lãnh ngân hàng trong thương mại quốc tế (công bố của ICC, số 547).

Mặc dù vậy, các quy tắc thống nhất nói trên không xác định một cách rõ ràng bản chất pháp lý của bảo bảo lãnh hàng, do đó thuật ngữ "bao lanh" thường được coi là những sự kiện pháp lý khác nhau. Ngoài ra, khác với các quy tắc thống nhất về tín dụng chứng từ hay quy tắc thống nhất về nhờ thu, các công bố của ICC trong lĩnh vực bảo lãnh ngân hàng không được coi là nguồn để điều chỉnh phần lớn các quan hệ xuất phát từ bảo lãnh ngân hàng, vì vậy việc áp dụng chúng có nhiều hạn chế.

UNCITRAL cũng tham gia vào việc pháp điển hóa các quy tắc về bảo lãnh ngân hàng và đã soạn thảo dự án Công ước về bảo lãnh độc lập và tín dụng chứng từ dự phòng, văn bản cuối cùng của dự án này được thông qua ngày 24-26 tháng 5 năm 1995 ở Viên.

Như vậy, xuất phát từ thực tiễn thương mại quốc tế, bảo lãnh ngân hàng chủ yếu được điều chỉnh bằng thỏa thuận của các bên cũng như bằng pháp luật quốc gia về bảo lãnh. Trong trường hợp bảo lãnh ngân hàng được điều chỉnh bằng luật quốc gia thì áp dụng luật quốc gia nơi mà ngân hàng có hoạt động chính. Ngoài ra, các bên trong bảo lãnh ngân hàng cũng có thể tuân thủ các quy định bắt buộc điều chỉnh các quan hệ liên quan đến hoạt động tài chính ngân hàng của quốc gia.

### **3.3 Đặc điểm của bảo lãnh ngân hàng**

#### **3.3.1. Tính độc lập của bảo lãnh ngân hàng**

Nghĩa vụ của ngân hàng bảo lãnh trước người nhận bảo lãnh hoàn toàn không phụ thuộc vào nghĩa vụ chính, mà để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ này ngân hàng phát hành bảo lãnh, ngay cả khi trong bảo lãnh có viễn dẫn đến nghĩa vụ này.

Bảo lãnh ngân hàng xuất hiện bởi vì người nhận bảo lãnh muốn nghĩa vụ chính phải được thực hiện. Tuy nhiên điều này không có nghĩa, bảo lãnh ngân hàng phải gắn liền với nghĩa vụ chính. Mỗi liên hệ giữa bảo lãnh ngân hàng với nghĩa vụ chính thể hiện ở chỗ, không có nghĩa vụ chính thì không có bảo lãnh ngân hàng. Tuy nhiên, nếu bảo lãnh ngân hàng đã phát sinh (với tư cách là một biện pháp bảo đảm thực hiện một nghĩa vụ cụ thể) thì nó có tính độc lập. Tính độc lập của bảo lãnh ngân hàng thể hiện trong các nội dung sau đây:

*Thứ nhất*, thời hạn mà bảo lãnh ngân hàng bắt đầu có hiệu lực có thể không giống với thời điểm nghĩa vụ chính bắt đầu có hiệu lực;

*Thứ hai*, thời hạn thực hiện bảo lãnh ngân hàng có thể không trùng với thời hạn thực hiện nghĩa vụ chính;

*Thứ ba*, bảo lãnh ngân hàng có thể chấm dứt hiệu lực do người nhận bảo lãnh từ chối quyền của mình phát sinh từ bảo lãnh, nhưng giữ lại quyền của mình theo nghĩa vụ chính, đặc tính này của bảo lãnh ngân hàng giống với quy định của Khoản Điều 373 Bộ luật Dân sự nước ta;

*Thứ tư*, ngân hàng có những căn cứ độc lập để hủy bảo lãnh của mình, ví dụ, nếu yêu cầu hay chứng từ kèm theo yêu cầu của người nhận bảo lãnh không phù hợp với điều kiện của bảo lãnh hoặc chứng từ được trình quá thời hạn được quy định trong bảo lãnh. Tuy nhiên trong trường hợp này ngân hàng phải thông báo cho người nhận bảo lãnh ngay lập tức sự từ chối của mình.

Nếu trong hợp đồng bảo lãnh ngân hàng, người nhận bảo lãnh và ngân hàng có thỏa thuận rằng, quyền hay nghĩa vụ nào đó của các bên phụ thuộc vào nghĩa vụ chính, thì các điều kiện này sẽ không có giá trị pháp lý. Tuy nhiên, sự vô hiệu của các điều kiện đó của hợp đồng nói chung không ảnh hưởng đến hiệu lực của toàn bộ hợp đồng. Những nguyên nhân làm cho nghĩa vụ chính không thể thực hiện được, cũng không ảnh hưởng đến quan hệ giữa người nhận bảo lãnh và ngân hàng bảo lãnh<sup>143</sup>.

Như vậy, cơ sở của bảo lãnh ngân hàng là nghĩa vụ phải thực hiện việc thanh toán. Nghĩa vụ này là nghĩa vụ độc lập, có nghĩa là không phụ thuộc

---

<sup>143</sup> Xem: Bình luận Bộ luật Dân sự của Cộng hòa Liên bang Nga, Phần 1, Matxcova, 2000, tr. 604.

vào các quan hệ khác mà cụ thể là giữa người nhận bảo lãnh và người được bảo lãnh mà việc thực hiện nghĩa vụ của người được bảo lãnh được ngân hàng bảo lãnh.

Bảo lãnh ngân hàng là một hình thức pháp lý cứng nhắc, ở một số nước nó được xác định bằng nguyên tắc: *Trước hết phải thực hiện việc thanh toán, sau đó hãy tiến hành khởi kiện*. Ý nghĩa của bảo lãnh ngân hàng thể hiện ở tính trừu tượng của nó, mọi yêu cầu hay phản đối của ngân hàng (ví dụ, người được bảo đảm không trả lại tiền cho ngân hàng hay người nhận bảo lãnh không thực hiện đúng nghĩa vụ của mình trước người được bảo lãnh) trong trường hợp người nhận bảo lãnh thực hiện đúng các điều kiện được quy định trong bảo lãnh liên quan đến việc giao các chứng từ phù hợp hay thực hiện các điều kiện khác chỉ dẫn đến việc, ngân hàng bảo lãnh phải chịu trách nhiệm đền bù thiệt hại có thể được phát sinh do từ chối việc thanh toán. Ngoài ra, dưới góc độ thương mại, điều này cũng sẽ làm cho ngân hàng bảo lãnh mất uy tín với các khách hàng khác của mình.

Tuy nhiên, nếu ngân hàng bảo lãnh có đủ căn cứ để kết luận giao dịch là cơ sở của việc bảo lãnh, vi phạm quy định của pháp luật thì có thể từ chối thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh của mình (theo pháp luật của một số quốc gia thì trong những trường hợp tương tự ngân hàng bảo lãnh phải có nghĩa vụ từ chối việc thanh toán). Trong trường hợp này, ngân hàng bảo lãnh có quyền đòi lại số tiền mà ngân hàng đã trả cho người nhận bảo lãnh. Sự tồn tại quyền này của ngân hàng bảo lãnh được xác nhận bởi cái gọi là tuyên bố về trách nhiệm của người được bảo vệ, theo đó ngân hàng ngay lập tức phong tỏa tài khoản của người được bảo lãnh để đòi lại số tiền mà ngân hàng đã thanh toán<sup>141</sup>.

### **3.3.2. Ngân hàng bảo lãnh luôn thực hiện nghĩa vụ của mình bằng tiền**

Bản chất của bảo lãnh ngân hàng thể hiện không phải ở việc ngân hàng thực hiện nghĩa vụ thay cho người được bảo lãnh trong trường hợp người này không thực hiện nghĩa vụ của mình (ví dụ, không phải người bán không giao hàng thì ngân hàng giao hàng thay thế), mà sự đền bù bằng tiền nhất định người được bảo lãnh không thực hiện hay thực hiện không đúng nghĩa vụ của mình.

Bảo lãnh ngân hàng thường được sử dụng để bảo đảm việc thực hiện nghĩa vụ của người xuất khẩu (người bán, người thực hiện công việc hay cung cấp dịch vụ) và được giao vì quyền lợi của người nhập khẩu (người mua, người đặt hàng, người hưởng dịch vụ), tức là ngân hàng nhận lấy nghĩa vụ sẽ thanh toán trong trường hợp một nghĩa vụ nào đó không được thực hiện, nghĩa vụ đó mặc dù có giá trị bằng tiền nhưng theo bản chất của nó không phải lúc nào cũng phải được thực hiện bằng tiền mà có thể là bằng nghĩa vụ giao hàng.

---

<sup>141</sup> Xem: Luật thương mại quốc tế, Minsk, 2000, tr. 387.

thực hiện công việc, cung cấp dịch vụ hay là thực hiện một hành vi nào đó có ý nghĩa pháp lý. Tuy nhiên, ngân hàng bảo lãnh không buộc phải giao hàng hoặc thực hiện công việc hoặc cung cấp dịch vụ mà chỉ thực hiện nghĩa vụ bằng tiền.

Ngân hàng bảo lãnh chỉ chịu trách nhiệm phù hợp với các điều kiện được quy định trong bảo lãnh. Số tiền được quy định trong bảo lãnh không thể bị khấu trừ do người được bảo lãnh đã thực hiện một phần nghĩa vụ của mình nếu điều này không được quy định trong bảo lãnh.

### **3.3.3. Tính không hủy ngang của bảo lãnh ngân hàng**

Theo nguyên tắc chung, bảo lãnh ngân hàng không thể hủy ngang nếu trong bảo lãnh không có quy định khác. Đây là một nguyên tắc cứng rắn được thực tiễn thương mại quốc tế công nhận: có thể có nhiều nguyên nhân làm cho ngân hàng muốn hủy nghĩa vụ bảo lãnh của mình, tuy nhiên ngân hàng không có quyền làm điều này.

Không nên hiểu nhầm tính không hủy ngang của bảo lãnh ngân hàng với quyền từ chối yêu cầu thanh toán của người hưởng lợi trong một số trường hợp đặc biệt (đã được đề cập trong mục a của phần này).

Tuy nhiên, trong hợp đồng bảo lãnh ngân hàng các bên có thể quy định những trường hợp ngân hàng có thể hủy bảo lãnh hay quy định thời hạn, sau thời hạn này ngân hàng có quyền hủy bảo lãnh.

### **3.3.4. Tính không thể chuyển nhượng**

Theo nguyên tắc, trong bảo lãnh ngân hàng quyền của người nhận bảo lãnh không thể được chuyển nhượng cho người thứ ba, trừ trường hợp khi trong bảo lãnh có quy định về việc này, hay có sự đồng ý của ngân hàng bảo lãnh.

## **3.4 Hợp đồng bảo lãnh ngân hàng**

### **3.4.1. Ký kết hợp đồng bảo lãnh ngân hàng**

Trong thực tiễn thương mại quốc tế, hợp đồng bảo lãnh ngân hàng được ký kết trên cơ sở hợp đồng mẫu hay thư bảo lãnh được các ngân hàng soạn thảo sẵn. Những hợp đồng mẫu này, thông thường, được ngân hàng giao cho khách hàng của mình để họ điền những thông tin cần thiết khi ký kết hợp đồng. Tuy nhiên cần phải nghiên cứu kỹ những hợp đồng mẫu loại này khi chấp nhận ký kết hợp đồng bảo lãnh bởi vì những hợp đồng mẫu này do chính ngân hàng soạn thảo và hiển nhiên, trước hết ngân hàng phải vì quyền lợi của chính mình.

Mục đích của các loại bảo lãnh ngân hàng có thể khác nhau một cách cơ bản, vì vậy các quy định của hợp đồng mẫu phải phù hợp với điều kiện của

từng giao dịch cụ thể. Vì cơ sở pháp lý chủ yếu của hợp đồng bảo lãnh ngân hàng chính là những điều kiện của hợp đồng được ký kết giữa người bán và người mua, vì vậy khi thỏa thuận những điều kiện của hợp đồng bảo lãnh ngân hàng, các bên cần phải xuất phát từ các điều kiện của hợp đồng chính.

Để có được công cụ pháp lý tin cậy, đảm bảo cho việc thanh toán của người mua bằng bảo đảm ngân hàng, người bán trước hết cần phải xác định một cách chính xác các điều kiện, yêu cầu cơ bản của mình và buộc người mua (dưới nguy cơ áp dụng những biện pháp chế tài được quy định trong hợp đồng mua bán hàng hóa) phải làm tất cả những gì có thể để ngăn hàng giao quốc tế những điều kiện cơ bản của bảo lãnh ngân hàng có thể dẫn đến việc, trong tương lai giữa các bên có thể phát sinh tranh chấp liên quan đến nội dung của bảo lãnh ngân hàng hoặc liên quan đến các điều kiện của hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế và người mua có thể áp dụng biện pháp để bắt buộc người bán phải chấp nhận những hình thức bảo lãnh ngân hàng hoàn toàn không có lợi cho họ.

Không nên quên rằng, trong thực tiễn thương mại quốc tế, ngay cả những ngân hàng có uy tín nhất cũng mong muốn giải thích nội dung của bảo lãnh rõ ràng hay không cụ thể nào đó trong nội dung của bảo đảm để từ chối thực hiện nghĩa vụ bảo đảm và như vậy tước mất công cụ pháp lý bảo đảm cho việc thanh toán của người bán hay người cung cấp dịch vụ.

Bảo lãnh ngân hàng có hiệu lực từ thời điểm nó được giao cho người hưởng lợi. Tuy nhiên, trong nhiều trường hợp bảo lãnh ngân hàng có thể quy định, bảo lãnh có hiệu lực trong một thời điểm nhất định sau khi nó được giao cho người hưởng lợi.

Như đã nói ở trên, trong thương mại quốc tế, bảo lãnh ngân hàng thường được giao dưới hình thức thư bảo lãnh. Thư bảo lãnh là một loại chứng từ, theo đó ngân hàng nhận lấy nghĩa vụ thực hiện thanh toán cho người nhận bảo lãnh trong phạm vi và trong thời hạn được quy định trong thư bảo lãnh trong trường hợp phát sinh những sự kiện được quy định trong đó.

Thư bảo lãnh trực tiếp được giao cho người nhận bảo lãnh hay ngân hàng của người nhận bảo lãnh.

Quan trọng nhất đối với người nhận bảo lãnh là phải loại bỏ hay hạn chế một cách tối đa những điều kiện phụ thuộc trong bảo lãnh ngân hàng, bởi vì những điều kiện này có thể gây khó khăn cho việc thực hiện bảo lãnh trong tương lai. Chính vì mục đích này mà cần phải xác định nghĩa vụ của ngân hàng một cách rõ ràng, cụ thể và nhất quán, ví dụ, nghĩa vụ phải thanh

toàn những khoản nợ của người mua nếu người mua từ chối thanh toán toàn bộ hay một phần nợ cho người bán.

Trong bảo lãnh ngân hàng phải xác định rõ các vấn đề cơ bản sau:

*Thứ nhất*, ngân hàng bảo lãnh có nghĩa vụ phải thanh toán theo yêu cầu của người nhận bảo lãnh và không có quyền yêu cầu phải có sự đồng ý của người được bảo lãnh về việc thanh toán đó.

*Thứ hai*, ngân hàng bảo lãnh không được sử dụng những công cụ pháp lý mà người được bảo lãnh có thể sử dụng liên quan đến hợp đồng được ký kết giữa người được bảo lãnh và người nhận bảo lãnh. Chính bằng cách này mà có thể tránh được sự mập mờ, lấp lửng trong hợp đồng bảo lãnh với ngân hàng, bởi vì nếu trong hợp đồng bảo lãnh ngân hàng không có một quy định nào đó có thể dẫn đến việc sử dụng quy phạm về bảo lãnh của pháp luật quốc gia mà ngân hàng đóng ở đó (trong trường hợp pháp luật quốc gia không có quy phạm điều chỉnh bảo lãnh ngân hàng), và điều này không phải lúc nào cũng có lợi cho người nhận bảo lãnh.

*Thứ ba*, cần phải xác định rõ thời hạn hiệu lực của bảo lãnh ngân hàng. Trong hoạt động thương mại quốc tế đã hình thành một quy tắc, mặc dù không phải là quy tắc bắt buộc, theo đó bảo lãnh ngân hàng là nghĩa vụ có thời hạn. Xuất phát từ nguyên tắc này trong bảo lãnh ngân hàng, các bên cần phải xác định một cách chính xác ngày mà bảo lãnh ngân hàng hết hiệu lực. Sau thời điểm đó, bảo lãnh ngân hàng hết hiệu lực, nếu trước thời điểm bảo lãnh ngân hàng hết hiệu lực người nhận bảo lãnh không yêu cầu ngân hàng thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh”.

Một vấn đề hết sức quan trọng đó là thời hạn hiệu lực của bảo lãnh ngân hàng phải có đủ để người nhận bảo lãnh đủ thời gian yêu cầu ngân hàng bảo lãnh thực hiện nghĩa vụ thanh toán trong trường hợp người được bảo lãnh không thực hiện nghĩa vụ của mình trong thời hạn được quy định trong hợp đồng giữa người bán và người mua.

Trong trường hợp các bên của hợp đồng chính (hợp đồng mua bán hàng hóa, cung cấp dịch vụ, gia công sản phẩm...) gia hạn thời hạn hiệu lực của hợp đồng thì cần thiết phải gia hạn thời hạn hiệu lực của bảo lãnh ngân hàng nếu có sự đồng ý của ngân hàng bảo lãnh.

---

<sup>115</sup> Trong khoa học pháp lý của Anh tồn tại quan điểm, theo đó ngay cả khi bảo lãnh ngân hàng hết thời hạn hiệu lực người nhận bảo lãnh vẫn có quyền yêu cầu ngân hàng thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh, mặc dù những sự kiện, trên cơ sở chúng bảo lãnh ngân hàng phải được thực hiện, phát sinh sau khi thời hạn hiệu lực của bảo lãnh ngân hàng chấm dứt. Xem: *Luật thương mại quốc tế*, Minsk, 2000, tr. 397.

Như vậy có thể nói rằng, để bảo lãnh của ngân hàng thực sự có ý nghĩa pháp lý như là một biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ, người nhận bảo lãnh phải thể hiện sự cố gắng, cẩn thận tối đa trong việc xác định nội dung của bảo lãnh ngân hàng.

### **3.4.2. Thực hiện bảo lãnh ngân hàng**

Yêu cầu thanh toán của người nhận bảo lãnh đối với ngân hàng phải được lập bằng văn bản cùng với những chứng từ được quy định trong bảo lãnh. Trong yêu cầu thanh toán cũng như chứng từ kèm theo phải chỉ rõ nghĩa vụ chính bị vi phạm ở điểm nào. Yêu cầu thanh toán phải được giao đúng thời hạn được quy định trong bảo lãnh.

Người nhận bảo lãnh có quyền yêu cầu ngân hàng bảo lãnh thực hiện nghĩa vụ thanh toán chỉ khi đã xảy ra những sự kiện pháp lý được quy định trong thu bảo lãnh. Ví dụ, hết thời hạn thanh toán nhưng người mua không thực hiện nghĩa vụ thanh toán cho người bán. Ở đây có thể xuất hiện một vấn đề, đó là có cần thiết hay không người nhận bảo lãnh phải chứng minh rằng đã xảy ra các sự kiện được quy định trong bảo lãnh. Trong khoa học pháp lý hiện nay tồn tại quan điểm chính và quan điểm này được nhiều người ủng hộ, theo quan điểm này đối với bảo lãnh theo yêu cầu thì người nhận bảo lãnh chỉ cần chỉ ra được, người được bảo lãnh không thực hiện nghĩa vụ của mình trong thời hạn quy định và yêu cầu ngân hàng bảo lãnh phải thực hiện thanh toán ngay. Trong trường hợp này, người nhận bảo lãnh không có nghĩa vụ phải chứng minh việc họ chưa được thanh toán.

Nếu những sự kiện pháp lý, trên cơ sở chứng ngân hàng bảo lãnh đã thực hiện việc thanh toán cho người nhận bảo lãnh, không tồn tại trong thực tế, ví dụ, người được bảo lãnh đã thanh toán cho người nhận bảo lãnh nhưng vì một lý do nào đó người nhận bảo lãnh không biết mình đã được thanh toán, thì người nhận bảo lãnh phải hoàn lại tiền cho ngân hàng bảo lãnh. Tuy nhiên trong trường hợp này, vì trở thành bị đơn nên người nhận bảo lãnh có nghĩa vụ phải chứng minh sự tồn tại của những sự kiện pháp lý, trên cơ sở đó họ đã yêu cầu ngân hàng thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh của mình. Tuy nhiên ngân hàng bảo lãnh không có quyền ngừng thực hiện nghĩa vụ ngay cả trong trường hợp khi biết rằng, những sự kiện được quy định trong bảo lãnh với tư cách là cơ sở pháp lý để thực hiện bảo lãnh trên thực tế không tồn tại.

Nếu bảo lãnh ngân hàng phải được thực hiện khi ngân hàng được giao những chứng từ được quy định trong bảo lãnh thì người nhận bảo lãnh, khi xuất hiện những tình huống hay sự kiện pháp lý liên quan đến việc người được bảo lãnh không thực hiện nghĩa vụ của mình, phải lập tức hoàn thành những chứng từ đó và giao chúng ngay cho ngân hàng bảo lãnh. Về phần mình, ngân hàng phải giao bản sao các chứng từ đó cho người được bảo lãnh. Ngân

hang bảo lãnh có quyền kiểm tra tính phù hợp của các chứng từ nói trên với những dấu hiệu bên ngoài của bảo lãnh. Nếu các chứng từ nói trên không phù hợp với những dấu hiệu bên ngoài của bảo lãnh thì ngân hàng có quyền từ chối thanh toán. Trong trường hợp từ chối thanh toán, ngân hàng bảo lãnh phải thông báo ngay cho người nhận bảo lãnh biết về sự từ chối đó. Ngân hàng bảo lãnh phải có được một thời gian hợp lý để kiểm tra tính phù hợp của chứng từ với các dấu hiệu của bảo lãnh.

Ngân hàng bảo lãnh hoàn toàn không chịu trách nhiệm về hình thức, độ chính xác và tính xác thực cũng như hậu quả pháp lý của bất kỳ một loại chứng từ nào, về mọi hậu quả phát sinh do việc thông tin, thông báo bị chậm trễ hay mất mát trên đường cũng như về mọi sai sót khi thông tin được chuyển giao bằng các phương tiện truyền thông.

Bảo lãnh ngân hàng hết hiệu lực trong trường hợp: nó không được sử dụng; khi người được bảo lãnh thực hiện đúng nghĩa vụ của mình; khi thời hạn bảo lãnh kết thúc; trong trường hợp bảo lãnh đã được thực hiện.

Bảo lãnh ngân hàng bảo đảm cho người nhận bảo lãnh trong trường hợp người được bảo lãnh không thực hiện hay thực hiện không đúng nghĩa vụ của mình không phụ thuộc vào nguyên nhân của việc vi phạm (ví dụ, trong trường hợp bất khả kháng). Quy định này dẫn đến việc, bảo lãnh ngân hàng là một trong những phương thức bảo đảm thực hiện nghĩa vụ được sử dụng phổ biến trong hoạt động thương mại quốc tế. Chính vì vậy, việc hệ thống hóa các quy phạm về bảo bảo lãnh hàng có ý nghĩa pháp lý và ý nghĩa thực tiễn hết sức quan trọng. Việc hệ thống hóa này cũng không kém phần cấp thiết ở mức độ luật quốc gia cũng như ở mức độ pháp luật thương mại quốc tế, bởi vì trong trường hợp nếu bảo lãnh ngân hàng không điều chỉnh một số nghĩa vụ của ngân hàng bảo lãnh và trong pháp luật quốc gia cũng như pháp luật thương mại quốc tế không có sự điều chỉnh các chế định này thì không thể tránh khỏi việc, khi phát sinh tranh chấp tòa án có thể áp dụng những quy phạm dùng để điều chỉnh bảo lãnh như là một biện pháp thực hiện nghĩa vụ dân sự để điều chỉnh bảo lãnh ngân hàng, và như vậy lợi thế của bảo lãnh ngân hàng so với bảo lãnh thông thường, tức là tính độc lập và không phụ thuộc vào hợp đồng chính, sẽ bị mất đi.

### 3.5. Các loại bảo lãnh ngân hàng

Trong hoạt động thương mại quốc tế có nhiều loại bảo lãnh ngân hàng khác nhau. Phụ thuộc vào đối tượng được bảo lãnh có thể phân chia bảo lãnh ngân hàng thành các loại sau:

1- Bảo lãnh dự thầu (Tender Guarantee). Bảo lãnh này được sử dụng để bảo đảm việc bồi thường thiệt hại cho người tổ chức đấu thầu trong trường hợp người tham gia dự thầu từ chối tham gia đấu thầu trong khoảng thời gian

dể nghị mời thầu có hiệu lực hoặc trong trường hợp người thắng thầu từ chối ký kết hợp đồng.

Trong trường hợp, nếu điều kiện tham gia đấu thầu là phải có bảo lãnh của ngân hàng thì người dự thầu phải ký hợp đồng với ngân hàng để ngân hàng đứng ra bảo lãnh cho người đó vì lợi ích của người tổ chức đấu thầu. Bảo lãnh dự thầu thường chiếm 2-5% của giá trị gói thầu.

2- Bảo lãnh bảo đảm thực hiện (Performance Guarantee) được sử dụng để bảo đảm cho việc giao hàng, thực hiện công việc, cung cấp dịch vụ hay thanh toán được thực hiện phù hợp với điều kiện của hợp đồng chính, ví dụ, bảo đảm thời hạn giao hàng, thời hạn sửa chữa khuyết tật của hàng hóa. Thông thường, bảo lãnh ngân hàng loại này có mục đích bảo vệ quyền lợi của người bán cũng như người mua và chiếm khoảng 10% giá trị của hợp đồng.

3- Bảo lãnh để hoàn lại tiền đặt cọc (Repayment Guarantee) có mục đích bảo đảm cho người nhập khẩu nhận lại tiền đặt cọc của mình trong trường hợp người xuất khẩu không thực hiện hoặc thực hiện không đúng nghĩa vụ của mình được quy định trong hợp đồng mua bán hàng hóa. Trong thực tiễn hoạt động thương mại quốc tế, bảo lãnh hoàn lại tiền đặt cọc thường được khấu trừ theo mức độ giao hàng, thực hiện công việc hay cung cấp dịch vụ nếu điều này được quy định trực tiếp trong bảo lãnh. Bảo lãnh ngân hàng loại này thường được sử dụng trong các trường hợp mua bán thiết bị đồng bộ, trong việc thực hiện công việc hay cung cấp dịch vụ dài hạn.

4- Bảo lãnh bảo đảm việc thanh toán (Payment Guarantee) được áp dụng để bảo đảm việc thanh toán cho các loại hợp đồng kể cả hợp đồng tín dụng ngân hàng và đặc biệt thường được sử dụng để đảm bảo thực hiện nghĩa vụ thanh toán trong các hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế, tức là ngân hàng nhận lấy nghĩa vụ thanh toán tiền hàng cho người bán khi người mua không thanh toán đúng thời hạn.

5- Bảo lãnh hải quan được sử dụng để bảo đảm thực hiện các khoản thanh toán cho hải quan khi nhập khẩu hàng hóa đặc biệt trong các trường hợp tạm nhập tái xuất hay hàng hóa quá cảnh qua nước thứ ba.

6- Bảo lãnh tu pháp, loại bảo lãnh này được pháp luật của một số nước quy định nhằm bảo đảm cho việc thanh toán án phí.

7- Bảo lãnh trong trường hợp hàng hóa, tài sản bị bắt giữ. Trong trường hợp hàng hóa, tài sản bị bắt giữ, chủ hàng hay chủ sở hữu có thể sử dụng bảo lãnh của ngân hàng để có quyền định đoạt số hàng đó theo ý của mình.

8- Bảo lãnh vận đơn. Người vận chuyển có thể sử dụng loại bảo lãnh này trong việc thực hiện nghĩa vụ vận chuyển hàng hóa được giao cho người vận chuyển nhưng không ký phát vận đơn.

Phụ thuộc vào mức độ và loại rủi ro có thể chia bảo lãnh ngân hàng thành:

- 1- Bảo lãnh theo yêu cầu hay là bảo lãnh vô điều kiện, theo đó ngân hàng bảo lãnh có nghĩa vụ phải thực hiện việc thanh toán khi được người nhận bảo lãnh yêu cầu.
- 2- Bảo lãnh có điều kiện là loại bảo lãnh theo đó ngân hàng chỉ thực hiện nghĩa vụ thanh toán khi người nhận bảo lãnh xuất trình một loại chứng từ nào đó hay thực hiện những điều kiện được quy định trong bảo lãnh.

## CHƯƠNG X

# HỢP ĐỒNG VẬN CHUYỂN HÀNG HÓA

Hàng hóa là đối tượng của hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế cần phải được vận chuyển từ nước này qua nước khác bằng đường biển, đường không, đường bộ hoặc kết hợp các loại phương tiện vận tải này. Nếu việc vận chuyển được thực hiện bằng một loại phương tiện nói trên thì gọi là vận chuyển thẳng, còn nếu sử dụng đồng thời hai loại vận tải nói trên trở lên thì gọi là vận tải đa phương thức. Ví dụ, nhà máy sản xuất hàng may mặc ở Việt Nam bán quần áo may sẵn cho một công ty ở Odessa, hàng được vận chuyển bằng đường biển từ cảng Khánh Hội đến cảng Odessa, đây được coi là vận tải thẳng. Ví dụ thứ hai, một công ty ở Lào bán gỗ cho công ty Ukraine có trụ sở thương mại ở Kiev, đầu tiên gỗ phải được vận chuyển bằng đường bộ đến cảng Đà Nẵng, ở đó gỗ được bốc lên tàu biển để chuyển đến cảng Odessa. Tại cảng Odessa gỗ được chuyển lên tàu hỏa và được chuyển đến Kiev. Trong trường hợp này vận chuyển quốc tế là đa phương thức vì trong việc vận chuyển có sử dụng ba loại phương tiện: đường bộ, đường biển, đường sắt.

Vận tải quốc tế được điều chỉnh bởi luật quốc gia và các công ước quốc tế. Các công ước này được nhiều quốc gia công nhận và có ý nghĩa quan trọng trong thực tiễn, quan trọng nhất trong số này gồm:

- Quy tắc Hague Visby đối với vận tải biển.
- Công ước Warsaw cho vận chuyển đường không.
- Công ước CMR về vận tải quốc tế bằng đường bộ.
- Công ước COTIF về vận chuyển hàng hóa quốc tế bằng đường sắt.

Hiệp định liên vận quốc tế năm 1955,

- Công ước Liên Hiệp Quốc về vận tải đa phương thức được thông qua ngày 24.5.1980 tại Genever.

- Bộ luật Hàng hải của Cộng hòa Xã hội Chủ nghĩa Việt Nam năm 2005
- Các tập quán quốc tế về vận chuyển hàng hóa.

### I. HỢP ĐỒNG VẬN CHUYỂN HÀNG HÓA BẰNG ĐƯỜNG BIỂN

#### 1.1 Khái quát hợp đồng vận chuyển hàng hóa bằng đường biển

##### 1.1.1 Khái niệm

Vận tải biển trước đây và hiện nay được coi là hình thức vận chuyển hàng hóa chủ yếu và chiếm 90% tổng số hàng hóa được chuyển chở trên thế giới. Vận chuyển hàng hóa quốc tế bằng đường biển được thực hiện trên cơ sở

hợp đồng. Hợp đồng vận chuyển hàng hóa bằng đường biển là hợp đồng được ký kết giữa người vận chuyển và người thuê vận chuyển. Theo đó người vận chuyển có nghĩa vụ phải chở hàng và giao đến cảng quy định và giao cho người nhận, còn người gửi hay người thuê vận chuyển có nghĩa vụ phải trả cước phí vận chuyển.

- **Người vận chuyển** là người ký hợp đồng vận chuyển hàng hóa với người gửi hay người thuê vận chuyển và dùng tàu biển thuộc sở hữu của mình hoặc thuê tàu của người khác để thực hiện vận chuyển hàng hóa.

- **Người thuê vận chuyển** là người nhân danh mình hoặc nhân danh người khác ký hợp đồng vận chuyển hàng hóa.

- **Người gửi hàng** có thể là người bán, có thể là người mua hàng hoặc là người do người thuê vận chuyển chỉ định thực hiện việc giao hàng cho người vận chuyển. Người gửi hàng cũng có thể trực tiếp ký với người vận chuyển hợp đồng vận chuyển hàng hóa nhân danh chính mình.

- **Cước phí vận tải** là tiền thù lao mà người thuê vận chuyển phải trả cho người vận chuyển do việc chuyên chở an toàn, bảo đảm và chở hàng đến cảng quy định. Cước phí vận tải chỉ được trả trong những trường hợp hàng hóa được chở đến cảng chỉ định trong tình trạng an toàn, được bảo quản tốt. Nếu hàng bị mất mát hư hỏng trong quá trình vận chuyển thì cước phí không phải trả hay không trả đủ. Cước phí vận chuyển do các bên thỏa thuận trên cơ sở khối lượng, thể tích hay tính theo tỷ lệ phần trăm trên giá trị của hàng hóa, chất lượng dịch vụ vận chuyển và thời gian vận chuyển. Thông thường chủ tàu hay người chuyên chở có quyền lựa chọn phương thức thanh toán có lợi cho họ.

Trong nhiều trường hợp hợp đồng có thể quy định rằng, nếu người gửi không chuẩn bị đúng và đầy đủ tờ khai hàng hóa thì chủ tàu hay người vận chuyển có quyền thu cước vận chuyển gấp đôi, cước phí này được tính toán trên cơ sở nội dung thực tế, giá trị thực tế hay đặc điểm của hàng hóa. Trong trường hợp này loại cước phí nói ở trên được coi là thiệt hại được tính trước.

Thanh toán cước phí vận chuyển có thể được thực hiện bằng một trong hai hình thức sau:

- **Cước phí trả trước (Freight prepaid).** Theo hình thức này thì sau khi hàng hóa đã xếp lên tàu, người thuê chở phải trả tiền cước phí rồi người chuyên chở mới giao bộ vận đơn.

- **Cước phí trả tại cảng đến (Freight collect at destination).** Theo hình thức này sau khi tàu đến cảng quy định và trước khi nhận hàng người thuê chở phải trả tiền cước phí.

### **1.1.2. Phân loại hợp đồng chuyên chở hàng hóa bằng đường biển**

Việc vận tải hàng hóa bằng đường biển có thể thực hiện bằng hai hình thức: Hợp đồng thuê tàu (trong thực tiễn còn có thể sử dụng thuật ngữ thuê tàu chuyên- charter party) và hợp đồng lưu khoang (trong thực tiễn còn sử dụng thuật ngữ: thuê tàu chở, hợp đồng vận tải trên cơ sở vận đơn).

**a. Theo hợp đồng thuê tàu.** người vận chuyển phải dành cho người thuê vận chuyển toàn bộ tàu hoặc một phần tàu cụ thể để vận chuyển hàng hóa theo chuyến hoặc trong một thời hạn nhất định. Hợp đồng thuê tàu chuyên thường được áp dụng để chuyên chở hàng hóa có khối lượng lớn như ngũ cốc, than, sắt, thép. Hiện nay có một số loại hợp đồng thuê tàu chủ yếu: thuê theo chuyến; thuê theo thời gian; chỉ thuê tàu không thuê thủy thủ. Các hình thức chuyên chở hàng hóa trong thương mại quốc tế.

- **Thuê theo chuyến:** Theo loại hợp đồng này người vận chuyển có nghĩa vụ phải chuyên chở một loại hàng hóa cụ thể trên một loại tàu xác định bằng một chuyến hay nhiều chuyến. Ví dụ, một công ty ở Việt Nam thuê tàu trọng tải 20.000 tấn của Viettrans để chở 60.000 tấn gạo sang Indonesia, việc vận chuyển sẽ được thực hiện ba chuyến.

- **Hợp đồng thuê theo thời gian:** Đây là loại hợp đồng vận chuyển hàng hóa bằng đường biển, theo đó chủ tàu có nghĩa vụ phải giao tàu cho người thuê vận chuyển trong một khoảng thời gian nhất định để chuyên chở hàng hóa theo hợp đồng quy định. (Ví dụ, thuê tàu trong thời hạn 1 năm).

- **Thuê tàu trán (chỉ thuê tàu không thuê thuyền bộ):** Theo hợp đồng thuê chuyến và thuê theo thời gian chủ tàu được quyền chiếm hữu tàu, cung cấp dịch vụ vận chuyển với sự trợ giúp của thuyền trưởng và toàn bộ thủy thủ. Còn trong loại hợp đồng này người thuê vận chuyển có quyền chiếm hữu và giám sát mọi hoạt động của tàu. Trên thực tế thì người thuê chuyên chở đã trả thành chủ tàu trong thời gian hợp đồng có hiệu lực. Thuyền trưởng và thủy thủ đoàn trở thành người làm công của người thuê vận chuyển và người thuê vận chuyển chịu mọi trách nhiệm về quản lý, khai thác và hành trình của tàu.

Trong hình thức vận chuyển hàng hóa này người thuê tàu phải bảo đảm, cung cấp tất cả những điều kiện kỹ thuật cần thiết để tàu hoạt động bình thường (dầu, mỡ), chịu mọi phí tổn liên quan đến việc khai thác tàu, chịu mọi rủi ro trong quá trình khai thác tàu.

**b. Hợp đồng chuyên chở hàng hóa bằng tàu chở (hợp đồng vận chuyển hàng hóa theo chứng từ vận chuyển):** Theo hợp đồng vận chuyển hàng hóa loại này, người chuyên chở dành một phần của tàu (khoang tàu, hầm tàu) để

chở hàng của người thuê chở từ cảng này đến cảng khác. Còn người thuê chở phải trả cước phí, theo hình thức này, sau khi hàng đã được xếp lên tàu, người chuyên chở hay đại lý của người thuê chuyên chở cấp cho người thuê chuyên chở một bộ vận đơn, theo thông lệ bộ vận đơn gồm ba bản gốc và ba bản chính.

Trong khuôn khổ giáo trình chỉ đề nghiên cứu các vấn đề pháp lý liên quan đến việc vận chuyển hàng hóa bằng tàu thuyền và tàu chở.

### **1.1.3 Căn cứ pháp lý của hợp đồng vận chuyển hàng hóa bằng đường biển**

Một trong những văn bản pháp lý đầu tiên quy định cơ chế quốc tế của vận đơn là Công ước Bruxelles về tiêu chuẩn hóa một số quy tắc về vận đơn được Ủy ban Quốc tế về Vận tải biển thông qua ngày 24-8-1924. Công ước này được gọi là Quy tắc Hague và có hiệu lực ngày 2-6-1931. Quy tắc Hague quy định một số nghĩa vụ của người vận chuyển, ví dụ nghĩa vụ phải thể hiện sự cố gắng, cẩn thận cần phải có khi giao tàu, phải cẩn thận, chú ý đến hàng hóa khi bốc dỡ, xếp hàng. Trong quá trình vận chuyển phải có nghĩa vụ bảo quản hàng, phải giao vận đơn cho bên thuê chở trong một hình thức nhất định.

Quy tắc Hague được bổ sung bởi Nghị định thư Bruxelles ngày 13-3-1968 có hiệu lực từ ngày 13-6-1977. Nghị định thư này được gọi là Quy tắc Visby. Quy tắc Hague cùng với Quy tắc Visby được gọi là Quy tắc Hague Visby. Nội dung của Quy tắc Hague Visby liên quan đến trách nhiệm của người chuyên chở, thời gian khởi kiện, giới hạn bồi thường và đồng tiền bồi thường.

Quy tắc Hague Visby được thay đổi một cách cơ bản bởi Công ước Liên hiệp quốc về vận chuyển hàng hóa bằng đường biển được thông qua ngày 30.3.1978 và có hiệu lực ngày 1-11-1992. Tất cả các quy định của Công ước mang tính mệnh lệnh bắt buộc. Công ước Hamburg 1978 được áp dụng cho tất cả các loại hợp đồng vận tải biển giữa hai quốc gia khác nhau nếu:

- a. Cảng nhận hàng và cảng giao hàng nằm trên lãnh thổ của một trong các quốc gia thành viên của Công ước;
- b. Một trong các cảng dỡ hàng được quy định trong hợp đồng vận tải biển là cảng dỡ hàng thực tế và cảng này nằm trên lãnh thổ của một trong các quốc gia thành viên của Công Ước;
- c. Vận đơn hay một chứng từ vận chuyển khác xác nhận hợp đồng vận tải biển được xác lập, ký phát trên lãnh thổ của một trong các quốc gia thành viên;
- d. Vận đơn hay một chứng từ vận chuyển khác xác nhận hợp đồng vận tải biển quy định rằng, hợp đồng phải được điều chỉnh bởi những quy định của Công ước hay luật pháp của bất kỳ một quốc gia thành viên nào.

Các quy định của Công ước 1978 được áp dụng không phụ thuộc vào quốc tịch của tàu biển, của người vận chuyển và của người vận chuyển thực tế (người thuê vận tải), của người gửi hàng và người nhận hàng hay của bất kỳ người nào khác liên quan.

Công ước Hamburg 1978 quy định một cách rõ ràng trách nhiệm của người chuyên chở và người gửi hàng. Trách nhiệm của người vận chuyển được áp dụng trên nguyên tắc suy đoán có lỗi. Điều này có nghĩa là người vận chuyển phải chứng minh rằng mình không có lỗi.

Theo Điều 4 của Công ước Hamburg 1978 thì người vận chuyển chỉ chịu trách nhiệm đối với hàng hóa trong khoảng thời gian hàng hóa nằm dưới sự quản lý của người vận chuyển ở cảng xếp hàng, trong thời gian chuyên chở và ở cảng đỡ hàng.

Người vận chuyển chịu trách nhiệm do mất mát, hư hỏng cũng như chậm trễ trong vận chuyển nếu không chứng minh được rằng, nhân viên của họ đã áp dụng tất cả các biện pháp có thể, hợp lý, kịp thời để tránh những hậu quả nói trên.

Người vận chuyển không chịu trách nhiệm trong những trường hợp khi mà sự mất mát hư hỏng của hàng hóa hay sự trả hàng chậm là kết quả của việc áp dụng những biện pháp để cứu người hay những biện pháp hợp lý để cứu hành hóa trên biển. Ví dụ tàu chở hàng gặp bão biển và có nguy cơ bị chìm nếu không vứt bỏ hàng hóa.

- Bên cạnh các điều ước quốc tế về vận chuyển hàng hóa bằng đường biển, nhiều quốc gia trên thế giới có luật hàng hải của mình. Ví dụ, Bộ luật Hàng hải của Việt Nam được thông qua ngày 14-6-2005, Luật vận chuyển hàng hóa bằng đường biển của Anh năm 1971, của Hoa Kỳ 1936, Bộ luật Hàng hải của Liên bang Nga năm 1999...

- Chuyên chở hàng hóa bằng đường biển còn có thể được điều chỉnh bởi tập quán quốc tế về hàng hải. Ví dụ hợp đồng thuê tàu mẫu của các tổ chức hàng hải quốc tế, ví dụ của tổ chức hàng hải biển Ban Tích.

#### **1.1.4 *Chứng từ vận tải đường biển-vận đơn***

##### **a. Khái niệm**

Vận đơn đường biển (Bill of Lading-B/L) là chứng từ cơ bản trong vận chuyển hàng hóa bằng đường biển, có ý nghĩa quan trọng trong mua bán hàng hóa quốc tế, bởi nó liên quan mật thiết đến hợp đồng mua bán, việc thanh toán bằng phương thức tín dụng chứng từ.

Các vấn đề pháp lý liên quan đến vận đơn được quy định khá chi tiết trong Bộ luật Hàng hải nước ta (Điều 73; 86; 87; 88; 89).

Mục đích chính của vận đơn là cho phép người sở hữu hàng hóa có khả năng tiêu thụ hàng hóa một cách nhanh chóng mặc dù hàng hóa chưa nằm trong tay của họ mà còn được chuyển chở trên biển, ví dụ nếu hàng hóa trên biển và đang trên đường từ Việt Nam sang Hoa Kỳ. Như vậy khi nhận được vận đơn, người mua trở thành chủ sở hữu của hàng hóa và vận đơn cho phép người mua thể chấp hàng hóa được ghi trong vận đơn ở ngân hàng hay bán hàng hóa được ghi trong vận đơn cho người khác.

Vận đơn là con đẻ của tập quán thương mại quốc tế và là một công cụ đặc thù của thương mại quốc tế. Dưới góc độ pháp lý vận đơn được coi là:

- a. Là biên lai chính thức của chủ tàu xác nhận hàng hóa đã được giao cho người chuyên chở và xác nhận tình trạng, khối lượng của hàng hóa, xác nhận hàng hóa đang được chuyên chở đến địa điểm được quy định trên một tàu xác định hay ít nhất là xác nhận rằng hàng hóa đã được người vận chuyển nhận và bao quản để chuyên chở;
- b. Là bằng chứng của hợp đồng vận tải hàng hóa bằng đường biển. Thông thường, trong vận chuyển hàng hóa bằng đường biển theo chứng từ vận chuyển, giữa người gửi hàng và người vận chuyển không ký kết hợp đồng đặc biệt nào khác ngoài vận đơn mà người vận chuyển ký phát cho người gửi hàng ngay sau khi nhận hàng để chuyên chở.
- c. Là chứng từ thể hiện quyền sở hữu của người gửi, nó hợp pháp hóa hàng hóa, cho phép người mua định đoạt hàng hóa hay chuyển nhượng cho người khác bằng cách ký hậu vận đơn (Điều 73 Bộ luật Hàng hải Việt Nam).

Như đã nói ở trên, mục đích cơ bản của vận đơn là trao cho người giữ vận đơn khả năng định đoạt hàng hóa khi hàng hóa còn nằm trên đường vận chuyển. Theo tập quán thương mại, việc chiếm hữu vận đơn trong nhiều mối quan hệ đồng nghĩa với việc chiếm hữu hàng hóa và việc giao vận đơn làm phát sinh những hậu quả pháp lý giống như giao chính hàng hóa. Như vậy, có thể nói rằng, vận đơn là sự thể hiện của hàng hóa hay là chìa khóa để tiếp cận với hàng hóa.

Trong trường hợp này cần chú ý đến hai vấn đề:

*Thứ nhất*, việc giao vận đơn là việc giao quyền chiếm hữu hàng hóa và không nhất thiết phải là sự chuyển giao quyền sở hữu đối với hàng hóa. Việc chuyển giao vận đơn chỉ dẫn đến việc chuyển giao những quyền mà các bên có ý định chuyển giao. Khi người gửi hàng là đại diện của người gửi tại cảng đến, thì rõ ràng, các bên khi giao vận đơn, chỉ có ý định chuyển giao quyền

yêu cầu người vận chuyển giao hàng sau khi hàng cập cảng mà không phải là chuyển giao quyền sở hữu đối với hàng hóa. Khi người gửi hàng hay người chuyển nhượng vận đơn là ngân hàng, người đã trả tiền cho việc bảo đảm hàng hóa bằng việc xuất trình vận đơn, thì các bên có ý định giao vận đơn với tư cách là thế chấp vì lợi ích của ngân hàng mà không phải giao quyền sở hữu đối với hàng hóa cho ngân hàng. Đối với quan hệ giữa người bán và người mua thì áp dụng các quy tắc trong việc chuyển giao quyền sở hữu đối với hàng hóa là đối tượng của hợp đồng mua bán. Khi đối tượng của hợp đồng là hàng hóa không đặc định thì quyền sở hữu không được chuyển giao khi giao vận đơn. Khi đối tượng của hợp đồng mua bán là hàng đặc định, thì vấn đề chuyển giao quyền sở hữu khi giao vận đơn phụ thuộc vào ý chí của các bên. Trong hợp đồng mua bán với điều kiện giao hàng CIF, việc người bán ghi tên người mua trong vận đơn không có nghĩa là người bán có ý định giao quyền sở hữu đối với hàng hóa cho người mua.

Thứ hai, chỉ có người cầm giữ vận đơn mới có quyền yêu cầu người vận chuyển giao hàng. Thông thường người vận chuyển chỉ giao hàng cho người cầm giữ vận đơn gốc. Vận đơn có tính chất của chứng từ định đoạt hàng hóa cho đến khi hợp đồng vận chuyển hết hiệu lực và cho đến khi hàng hóa được giao theo vận đơn và người vận chuyển không chịu trách nhiệm do việc giao hàng không đúng người nhận nếu không thể biết rằng, người nhận hàng cầm giữ vận đơn trái luật. Người vận chuyển giao hàng cho người không cầm giữ vận đơn thì phải chịu rủi ro về việc này. Nếu người cầm giữ vận đơn không phải là chủ hàng thực sự thì người vận chuyển phải chịu trách nhiệm trước chủ hàng do không giao hàng. Trong thực tiễn, người vận chuyển nhất quyết yêu cầu giao vận đơn chỉ trong những trường hợp; khi vận đơn đã được xuất trình nhưng có một số nghi ngờ về nhân thân của người gửi hàng hay trong một số trường hợp đặc biệt khác. Nhiều khi, dù không được xuất trình vận đơn nhưng người vận chuyển vẫn có thể giao hàng khi có thư bảo lãnh của ngân hàng”.

Mặt khác, chủ hàng thực tế cũng không có quyền yêu cầu người vận chuyển giao hàng nếu không xuất trình vận đơn. Trong một vụ tranh chấp<sup>146</sup>, một công ty của Canada mua 6 xe tải và một số linh kiện kèm theo của một công ty Anh. Người bán gửi hàng từ Southampton đến Monreal và đã trả cước phí vận chuyển, tuy nhiên người vận chuyển từ chối giao vận đơn cho người bán với lý do người bán chưa trả hết những khoản nợ của những lần vận chuyển trước đó. Người vận chuyển khi sử dụng quyền giữ lại hàng hóa, đã

<sup>146</sup> Xem: Bảo lãnh vận đơn trong phần bảo lãnh ngân hàng.

<sup>147</sup> Xem vụ: Trucks & Spares Ltd.v. Mariline Agencies (Southhampton) Ltd. (1951) 2 All. E.R. 982.

thông báo cho đại diện của mình ở Monreal phải giữ lại hàng cho đến khi có lệnh đặc biệt. Công ty Canada cho mình là chủ sở hữu của lô hàng trên, yêu cầu tòa án của Anh buộc người vận chuyển tạm thời giao hàng khi không có vận đơn, tuy nhiên tòa án từ chối yêu cầu này với lý do không phụ thuộc vào quyền sở hữu đối với hàng hóa đã được chuyển giao hay chưa, người mua phải xuất trình vận đơn khi nhận hàng.

Theo Điều 87 Bộ luật Hàng hải, một vận đơn coi là được ký phát hợp lệ khi có đầy đủ các nội dung sau:

- Tên người vận chuyển và trụ sở giao dịch;
- Tên địa chỉ của người gửi hàng;
- Tên và địa chỉ của người nhận hàng hoặc ghi rõ vận đơn được ký phát hành dưới dạng vận đơn theo lệnh hoặc vận đơn vô danh;
- Tên tàu;
- Mô tả về chủng loại, kích thước, khối lượng hoặc giá trị của hàng hóa nếu thấy cần thiết;
- Mô tả tình trạng bên ngoài hay bao bì của hàng hóa;
- Ký hiệu, mã hiệu và đặc điểm nhận biết hàng hóa mà người giao hàng đã thông báo bằng văn bản trước khi bốc hàng;
- Cước phí vận chuyển và các khoản thu khác cũng như phương thức thanh toán;
- Nơi bốc hàng và cảng bốc hàng;
- Cảng đích hoặc chỉ dẫn thời gian, địa điểm sẽ chỉ định cảng đến đích;
- Số bản vận đơn gốc đã được ký và phát cho người thuê chở;
- Thời gian và địa điểm ký phát vận đơn;
- Chữ ký của người vận chuyển hoặc của thuyền trưởng hoặc của người đại diện hợp pháp của người vận chuyển.

#### b. Các loại vận đơn

Theo Điều 83 Bộ luật Hàng hải Việt Nam, vận đơn có thể có các loại sau:

- *Vận đơn đích danh* là vận đơn có ghi rõ tên của người nhận hàng. Người có tên trong vận đơn là người nhận hàng hợp pháp, vận đơn này có thể được chuyển nhượng bằng cách sang tên người sở hữu theo thủ tục do pháp luật quy định (theo quan điểm cũ thì vận đơn này không thể chuyển nhượng được).
- *Vận đơn theo lệnh* là vận đơn có ghi rõ người giao hàng hoặc những người do người giao hàng chỉ định sẽ phát lệnh trả hàng. Vận đơn này được chuyển nhượng bằng cách ghi vào ô ký hậu của vận đơn về người có quyền

phát lệnh trả hàng. Người cuối cùng có quyền phát lệnh trả hàng trong loại vận đơn này là người nhận hàng hợp pháp mặc dù vẫn còn ô ký hiệu để trống.

- *Vận đơn không ghi rõ tên của người nhận hàng hoặc người phát lệnh trả hàng* gọi là vận đơn xuất trình, vận đơn loại này được chuyển nhượng theo thủ tục đơn giản, không kèm theo điều kiện nào, người xuất trình vận đơn là người nhận hàng hợp pháp.

Trong một mức độ nào đó, vận đơn vận tải biển giống hối phiếu. Tuy nhiên tính lưu thông của vận đơn theo luật ít phát triển hơn so với hối phiếu. Bởi vì vận đơn là chứng từ hàng hóa nên nó là biểu tượng của hàng hóa được ghi trong đó. Việc chuyển nhượng vận đơn kèm theo sự chuyển nhượng các quyền đối với hàng hóa ví dụ như là quyền sở hữu, quyền chiếm hữu. Sự hạn chế của vận đơn so với hối phiếu được thể hiện ở hai khía cạnh:

*Thứ nhất*, hối phiếu tự nó có thể chuyển nhượng (nếu sự chuyển nhượng không cho phép một cách trực tiếp), còn vận đơn được chuyển nhượng nếu nó được phát hành với mục đích chuyển nhượng. Người gửi khi chuẩn bị chứng từ vận tải có quyền làm vận đơn theo cách mà bằng cách này người nhận hàng có thể sử dụng nó như một công cụ chuyển nhượng hàng hóa được vận đơn xác nhận, hay đơn giản chỉ để nhận ở chủ tàu biên lai xác nhận việc giao hàng cho một người cụ thể.

Người gửi hàng muốn nhân vận đơn không chuyển nhượng được sẽ không ghi vào vận đơn thuật ngữ "theo lệnh" (To the order) mà ghi tên người nhận hàng ở ô tiếp theo<sup>148</sup> (ở Hoa Kỳ loại vận đơn này được gọi là vận đơn trực tiếp, Điều 9 Luật Pomerer 1916 cho phép người chuyên chở có quyền chở hàng hóa cho người mua được ghi rõ trong vận đơn trực tiếp mà không cần phải thu hồi lại vận đơn gốc khi trả hàng, quy định này khác với Luật về vận chuyển hàng hóa bằng đường biển năm 1936). Ý nghĩa của thủ tục này thể hiện ở chỗ, người gửi hàng có thể giao quyền sở hữu đối với hàng hóa cho người nhận khi giao cho người nhận hàng vận đơn của mình. Tuy nhiên người nhận hàng không thể chuyển giao quyền này cho người khác bằng cách giao vận đơn nếu không tuân thủ một số thủ tục do luật định.

*Thứ hai*, tính chuyển nhượng của vận đơn khác với tính chuyển nhượng của hối phiếu được thể hiện ở chỗ khác với người mang hối phiếu, người giữ vận đơn không thể có nhiều quyền hơn người gửi vận đơn trước đó.

Pháp luật quốc tế trong lĩnh vực vận chuyển hàng hóa bằng đường biển còn có một số cách phân loại vận đơn. Vận đơn boong tàu và vận đơn tiếp nhận. Chủ tàu giao vận đơn boong tàu có nghĩa là chủ tàu công nhận rằng,

<sup>148</sup> Xem: Giáo trình Luật thương mại quốc tế, Trường Đại học Kinh tế Quốc dân, Hà Nội, 1999, tr.110.

hàng hóa đã được bốc lên tàu. Khi chủ tàu chỉ giao vận đơn tiếp nhận thì hàng hóa chỉ nằm dưới sự quản lý, bảo vệ của chủ tàu. Trong trường hợp này hàng hóa có thể đã được xếp lên tàu mà cũng có thể đang nằm ở kho dưới sự giám sát của chủ tàu. Người mua hàng theo điều kiện CIF không buộc phải nhận loại vận này như một bộ phận của chứng từ vận chuyển và có thể yêu cầu chủ tàu phải giao vận đơn boong tàu nếu các bên của hợp đồng mua bán hàng hóa ngoại thương không có quy định khác hay xuất phát từ tập quán thương mại quốc tế.

- **Vận đơn suốt**: Hàng hóa được vận chuyển bằng nhiều loại phương tiện nhưng chỉ có một chứng từ vận tải. Loại vận đơn này thường được sử dụng trong vận chuyển hàng hóa đa phương thức<sup>149</sup>.

#### c. Ngày của vận đơn

Việc ghi đúng ngày của vận đơn có ý nghĩa vô cùng quan trọng. Trong Bộ luật Hàng hải của Việt Nam chỉ có quy định chung rằng: Trong vận đơn phải ghi rõ thời điểm và địa điểm ký phát vận đơn (Mục n Điều 86). Việc không có quy định rõ ràng ngày của vận đơn sẽ gây nhiều khó khăn trong việc thực hiện hợp đồng vận chuyển và nhất là liên quan đến thanh toán theo hợp đồng mua bán hàng hóa bằng tín dụng chứng từ (L/C). Theo thông lệ quốc tế, ngày chính xác của vận đơn boong tàu là ngày nhận hàng lên boong, còn ngày của vận đơn tiếp nhận (Received) là ngày hàng hóa bắt đầu nằm dưới sự kiểm soát của người vận chuyển<sup>150</sup>. Khi việc xếp hàng lên tàu kéo dài trong nhiều ngày thì ngày của vận đơn là ngày kết thúc việc xếp hàng. Tuy nhiên theo tập quán thương mại quốc tế có thể ghi ngày bắt đầu xếp hàng lên boong vào vận đơn.

Ngày của vận đơn có ý nghĩa trong ba khía cạnh pháp lý: Trong hợp đồng vận chuyển hàng hóa; trong hợp đồng mua bán hàng hóa và cho ngân hàng trong hình thức thanh toán bằng phương thức tín dụng chứng từ.

- **Đối với hợp đồng vận chuyển**, người gửi hàng có quyền yêu cầu ghi đúng ngày trong vận đơn. Nếu thuyền trưởng hay đại diện khác của người vận chuyển ghi không đúng ngày của vận đơn (do không cẩn thận) thì người vận chuyển phải chịu trách nhiệm bồi thường thiệt hại với điều kiện người gửi hàng chứng minh được rằng thiệt hại liên quan đến việc ghi không đúng ngày của vận đơn, tuy nhiên người vận chuyển sẽ không chịu trách nhiệm nếu việc ghi không đúng ngày vận đơn do lỗi của người gửi.

<sup>149</sup> Tôi sẽ đề cập đến vấn đề này trong mục vận chuyển hàng hóa đa phương thức.

<sup>150</sup> Trên cơ sở Điều III (3) Quy tắc Hague Visby, người gửi hàng có thể yêu cầu giao vận đơn sau khi người vận chuyển nhận hàng để vận chuyển. Nếu người vận chuyển chỉ giao vận đơn vào thời điểm tàu khởi hành khỏi cảng thì trong vận đơn phải ghi đúng ngày ký phát vận đơn.

- *Đối với hợp đồng mua bán hàng hóa*, việc xuất trình vận đơn không ghi đúng ngày, ít nhất là trong trường hợp mua bán theo điều kiện CIF được coi là vi phạm điều kiện của hợp đồng và sẽ cho phép người mua có quyền từ chối vận đơn, và hợp đồng được coi là bị hủy bỏ ngay cả khi hàng hóa trên thực tế đã xếp lên tàu đúng thời hạn. Trong một vụ tranh chấp<sup>151</sup>, các bên của hợp đồng mua bán thỏa thuận rằng, giá hàng được tính theo giá tại ngày của vận đơn, hàng được xếp lên tàu ngày 27-6 nhưng trong vận đơn lại ghi ngày 22-6, thuyền trưởng đã ký vận đơn mà không chú ý đến ngày. Giá hàng vào ngày 22-6 cao hơn giá hàng vào ngày 27-6, kết quả là người mua phải trả cho người bán nhiều hơn số tiền họ có nghĩa vụ phải trả. Yêu cầu của người mua (người thuê tàu để vận chuyển hàng hóa) đối với chủ tàu bị từ chối bởi vì việc trong vận đơn không ghi đúng ngày là do lỗi của người mua, chính người mua đã không cẩn thận khi giao vận đơn ghi không đúng ngày cho thuyền trưởng ký.

- *Đối với việc thanh toán bằng tín dụng chứng từ*: Khi việc thanh toán theo hợp đồng mua bán được thực hiện bằng phương thức tín dụng chứng từ thì trong tín dụng thư ngoài việc phải ghi ngày tín dụng thư hết hạn còn phải ghi ngày gửi hàng tức là ngày của vận đơn. Người phát hành vận đơn, nếu cố ý ghi ngày vận đơn bằng ngày trước đó để trói buộc với ngày gửi tín dụng thư, được coi là đã có hành động lừa dối, và trong việc giao vận đơn không có sự khác nhau giữa vận đơn giả với vận đơn mà ngày của nó được ghi ~~uốn~~ hơn. Tuy nhiên việc không ghi đúng ngày trong vận đơn chưa phải là cơ sở để coi vận đơn không có hiệu lực mà trên thực tế vận đơn này có thể có ~~hiệu~~ lực. Vì dù, người làm công cho người vận chuyển ghi ngày của vận đơn theo ngày trước đó, tuy nhiên người gửi hàng không coi đó là sự lừa đảo và không có bất kỳ khiếu nại nào về điều đó. Trong trường hợp này ngân hàng xác nhận L/C có nghĩa vụ thanh toán cho L/C được ghi ngày bằng ngày sớm hơn. Trong một vụ khác, Công ty CENTRIMEX từ chối nhận hàng khi đưa ra lý do (một trong ba lý do) trong vận đơn không ghi ngày xếp hàng lên tàu và khởi kiện Công ty HELM tại Trung tâm Trọng tài Quốc tế Việt Nam. Những yêu cầu của CENTRIMEX bị từ chối bởi vì tuy trong vận đơn không ghi ngày xếp hàng lên tàu nhưng lại có ghi ngày phát hành vận đơn<sup>152</sup>.

#### d. Mô tả hàng hóa trong vận đơn

Trong vận đơn cần phải mô tả hàng hóa một cách đầy đủ bởi vì vận đơn là bằng chứng của việc người vận chuyển hay chủ tàu tiếp nhận hàng hóa để vận chuyển. Việc mô tả hàng hóa là phần quan trọng nhất của vận đơn, bởi vì

<sup>151</sup> Xem vụ Rudolf A. Oetker, V. IFA International Frachtagenter AG. The Almak (1985) 1 Lloyd's Rep. 557.558

<sup>152</sup> Xem: Báo An ninh thế giới, số ra ngày 20-2-2003.

người nhận hàng hay người được chuyển nhượng vận đơn thường không có khả năng kiểm tra sự xác nhận của người mua về khối lượng và chất lượng của hàng hóa và chỉ thanh toán tiền hàng trên cơ sở sự mô tả hàng hóa do người vận chuyển hay chủ tàu thực hiện trong vận đơn. Trong nhiều trường hợp người mua thường đổ lỗi cho người vận chuyển vì đã không mô tả chính xác hàng hóa trong vận đơn, tuy nhiên trong thực tế người vận chuyển hay chủ tàu khôn khéo thường đưa ra những điều kiện để hạn chế trách nhiệm của mình.

Theo quy định của Điều III (3) Quy tắc Hague Visby, người gửi hàng có quyền yêu cầu người vận chuyển ghi vào vận đơn những thông tin sau:

- Những thông tin cần thiết cho việc các thể hóa hàng hóa;
- Những thông tin về số lượng hay khối lượng của hàng hóa phụ thuộc vào hoàn cảnh cụ thể;
- Về tình trạng bên ngoài của hàng hóa.

Khi người vận chuyển hay chủ tàu khẳng định rằng, hàng hóa được để vận chuyển có tình trạng bên ngoài tốt, thì họ ký phát vận đơn hoàn hảo; nếu không có sự xác nhận nói trên thì người vận chuyển ký phát vận đơn có điều kiện. Điều 32 (a) UCP 500 quy định vận đơn trên như sau: Vận đơn vận chuyển hoàn hảo là chứng từ không có điều kiện hay ghi chú bổ sung nêu tình trạng khuyết tật của hàng hóa hoặc của bao bì.

Thuật ngữ “tình trạng bên ngoài tốt” có nghĩa là đối với mắt thường hàng hóa được đặt lên boong tàu trong tình trạng tốt, tuy nhiên sự xác nhận này không liên quan đến chất lượng của hàng hóa bởi vì bằng mắt thường không thể đánh giá được tình trạng chất lượng của hàng hóa.

## **1.2. Hợp đồng vận chuyển hàng hóa theo chứng từ vận chuyển**

### **1.2.1. Nghĩa vụ và trách nhiệm của người vận chuyển**

Theo thông lệ quốc tế, trong hợp đồng vận chuyển hàng hóa nghĩa vụ chính là nghĩa vụ của người vận chuyển.

Theo Điều 3 Quy tắc Hague Visby và Điều 75 Bộ luật Hàng hải Việt Nam, người vận chuyển có những nghĩa vụ cơ bản sau đây:

- Có nghĩa vụ chăm sóc tàu chu đáo trước lúc chuyển đi để tàu có đủ khả năng đi biển, có thuyền bộ thích hợp, tàu được cung ứng đầy đủ trang thiết bị và vật chất dự trữ, các hầm hàng, hầm lạnh và các khu vực khác dùng để vận chuyển hàng phải có đủ điều kiện nhận, vận chuyển và bảo quản hàng phù hợp với tính chất của hàng hóa. Phải có sự cẩn thận thích đáng trong khi bốc hàng, dỡ hàng, có sự chăm sóc chu đáo trong quá trình vận chuyển. Ngoài ra người

vận chuyển phải thông báo cho người gửi hay người giao hàng trong một thời hạn hợp lý về địa điểm bốc hàng lên tàu, thời điểm tàu sẵn sàng nhận hàng.

- Người vận chuyển có nghĩa vụ sắp xếp hàng lên tàu theo sơ đồ định sẵn do thuyền trưởng quy định, chăm sóc chu đáo bốc hàng, xếp hàng, chằng buộc và ngăn cách hàng ở trên tàu.

- Có nghĩa vụ thực hiện vận chuyển hàng trong thời hạn hợp lý, theo đúng tuyến đường được quy định trong hợp đồng hoặc theo tuyến đường thường lệ nếu trong hợp đồng không có sự thỏa thuận khác. Trong một số trường hợp, người vận chuyển có quyền có thể di chệch hướng để cứu người, cứu tài sản hay vì những nguyên nhân đáng khác.

- Người vận chuyển có nghĩa vụ phải biểu hiện sự chu đáo, cẩn thận trong việc bảo quản hàng hóa từ thời điểm nhận hàng từ người mua đến thời điểm trả hàng cho người nhận. Khi tàu đến cảng đích phải có nghĩa vụ trả hàng cho người nhận hợp pháp nào có ít nhất một bản vận đơn gốc hoặc giấy gửi hàng hoặc chứng từ vận chuyển hàng hóa tương đương có giá trị để nhận hàng. Trong thực tiễn hàng hải thì người vận chuyển khi trả hàng thường yêu cầu người nhận phải xuất trình đủ các vận đơn gốc được ký phát.

Người vận chuyển chịu trách nhiệm nếu vi phạm các nghĩa vụ nói trên. Theo nguyên tắc, trách nhiệm của người vận chuyển bắt đầu từ thời điểm người vận chuyển nhận hàng ở cảng đi và kết thúc tại thời điểm hàng được trả tại cảng đến.

#### *- Căn cứ phát sinh trách nhiệm*

Trong trường hợp người vận chuyển không thực hiện đúng nghĩa vụ của mình, gây mất mát, hư hỏng hàng hóa thì phải chịu trách nhiệm bồi thường.

Trách nhiệm do hàng hóa bị mất mát hư hỏng được Quy tắc Hague Visby, Công ước Hamburg 1978, Bộ luật Hàng hải Việt Nam và của các quốc gia điều chỉnh.

Theo Điều 77 Bộ luật Hàng hải Việt Nam thì người vận chuyển có trách nhiệm chăm sóc chu đáo hàng hóa, chịu trách nhiệm về các tổn thất do hư hỏng, mất mát từ khi nhận bốc lên tàu cho đến khi giao cho người nhận. Người vận chuyển có trách nhiệm bồi thường tổn thất hàng hóa nếu không chứng minh được rằng mình không có lỗi gây ra các tổn thất đó.

- Các trường hợp miễn trừ trách nhiệm của người chuyên chở: Điều 78 Bộ luật Hàng hải Việt Nam, Điều 4 Quy tắc Hague Visby quy định những trường hợp người vận chuyển không chịu trách nhiệm do hàng hóa bị mất mát hư hỏng.

1- Người vận chuyển và thuyền bộ không chịu trách nhiệm về hàng hóa mất mát, hư hỏng do tàu không được chuẩn bị chu đáo cho hành trình trên

bển, nếu việc tàu không thể hành trình được không phải là kết quả của việc thiếu sự quan tâm chu đáo phải có của người vận chuyển, trong đó cả đối với việc bảo đảm đội thủy thủ, các thiết bị và các thiết bị thay thế, đối với việc chuẩn bị hầm tàu, hầm lạnh và những phần khác của tàu cho việc nhận hàng an toàn, vận chuyển, bảo quản hàng phù hợp với nghĩa vụ được quy định. Trong trường hợp hư hỏng, mất mát hàng hóa do tàu không thể đi biển được thì người chuyên chở hay người có liên quan muốn được miễn trừ trách nhiệm phải chứng minh được họ đã thể hiện sự quan tâm chu đáo cần phải có.

2- Người vận chuyển không chịu trách nhiệm do hàng hóa bị hư hỏng mất mát mà những hư hỏng mất mát này xảy ra do:

- Hành động sơ suất hoặc do sai lầm cố ý của thuyền trưởng, thủy thủ, hoa tiêu hay những người làm công khác của người vận chuyển trong việc lái tàu và quản lý tàu;

Hỏa hoạn mà bản thân người vận chuyển gây ra hay là đồng phạm.

Những rủi ro nguy hiểm, tai nạn hàng hải trên biển hay ở những vùng nước khác mà tàu hoạt động;

- Thiên tai;
- Chiến tranh;
- Hành động của kẻ thù quốc gia;
- Sự bắt giữ hay các hành động cưỡng chế của các nhà chức trách, những người lãnh đạo đất nước hay nhân dân;
- Việc tịch thu trong quá trình xét xử;
- Hạn chế phòng dịch;
- Hành động sơ suất của người gửi hàng, chủ sở hữu hàng, đại lý hoặc đại diện của họ;
- Bạo động và gây rối;
- Đinh công, đóng cửa nhà máy, xí nghiệp, hoặc các hành động khác làm ngưng hoàn toàn hay hạn chế việc sử dụng lao động;
- Nhằm mục đích cứu người hay tài sản trên biển;
- Hao hụt về khối lượng, trọng lượng hay bất cứ mất mát, hư hỏng nào khác xảy ra do khuyết tật ẩn, do kém chất lượng hay các khuyết tật khác của hàng hóa;
- Bao bì có chất lượng kém, không đúng quy cách;

- Hàng hóa không được đánh dấu ký, mã hiệu đúng quy cách hoặc không phù hợp;
- Những khuyết tật ẩn không thể phát hiện được khi có sự quan tâm cần phải có;
- Bất kỳ một nguyên nhân nào khác được phát sinh không phải do lỗi của người vận chuyển hay người vận chuyển không phải là đồng phạm. Tuy nhiên người vận chuyển phải chứng minh mình không có lỗi và cũng không phải là đồng phạm trong việc gây ra tổn thất.

Trong trường hợp có tổn thất, người vận chuyển muốn được miễn trừ trách nhiệm thì phải chứng minh được rằng sự tổn thất đó xảy ra do một trong những nguyên nhân nói trên. Trong thực tiễn hàng hải, một trong những nguyên nhân người vận chuyển sử dụng nhiều nhất đó là khuyết tật ẩn của hàng hóa.

Việc chứng minh tổn thất trong trường hợp giao hàng không đủ, tức là hàng được bốc lên tàu ít hơn số lượng được ghi trong vận đơn là điều không dễ dàng. (Điều này thường gặp trong vận chuyển bằng tàu chở dầu). Trong trường hợp này, nghĩa vụ chứng minh tổn thất hàng hóa thuộc chủ sở hữu hàng bởi chủ sở hữu thường là nguyên đơn, tuy nhiên cũng không cần thiết phải chứng minh nguyên nhân tổn thất nếu tổn thất không đáng kể. Trong trường hợp tổn thất xảy ra do lỗi hỗn hợp tức là do lỗi của người vận chuyển và lỗi của người thuê vận chuyển, thì người vận chuyển chỉ chịu trách nhiệm trong phạm vi tổn thất do lỗi của người vận chuyển hay người làm công đại diện của họ gây ra. Ở đây, người vận chuyển phải chứng minh mức độ thiệt hại do hư hỏng, mất mát hay giao hàng chậm gây ra không phải do lỗi của người vận chuyển.

Theo Công ước Hamburg 1978, phạm vi các căn cứ miễn trừ trách nhiệm của người vận chuyển bị thu hẹp so với nguyên tắc Hague Visby. Điều này có nghĩa là phạm vi trách nhiệm của người chuyên chở được quy định rộng hơn.

#### *- Giới hạn trách nhiệm của người chuyên chở*

Các văn bản pháp luật điều chỉnh vận tải hàng hóa bằng đường biển (Mục 5 Điều 4 Quy tắc Hague Visby, Điều 79 Bộ luật Hàng hải Việt Nam) quy định mức tối đa trách nhiệm của người vận chuyển trong hai trường hợp sau:

*Thứ nhất*, trong trường hợp chủng loại và giá trị của hàng hóa không được người thuê vận chuyển khai thác trước khi bốc hàng hoặc không được ghi rõ trong vận đơn, giấy gửi hàng đường biển hoặc chứng từ vận chuyển khác thì người vận chuyển chỉ có trách nhiệm bồi thường thiệt hại cho những mất mát, hư hỏng hàng hóa hoặc tổn thất khác liên quan đến hàng hóa trong giới hạn tối

đa tương đương 666,67 đơn vị tính toán (SDR và 1 SDR= 1,37 Dollar Hoa Kỳ, đây là đơn vị thanh toán đặc biệt được Quỹ tiền tệ quốc tế quy định) cho mỗi kiện hoặc cho mỗi đơn vị hàng hóa hoặc 2 đơn vị tính toán cho mỗi kg hàng hóa cả bao bì phụ thuộc vào giá trị của hàng hóa và cách tính nào có lợi hơn.

Mức giới hạn trách nhiệm của người vận chuyển được quy định trong Công ước Hamburg 1978 cao hơn so với Quy tắc Hague-Visby và Bộ luật hàng hải của Việt Nam chúng ta và được xác định bằng hai cách: 835 SDR cho mỗi kiện hàng hay 2,5 SDR cho mỗi kg tính cả bao bì tùy theo cách tính nào có lợi hơn cho người khiếu kiện. Mức giới hạn này áp dụng cho các quốc gia thành viên của Quỹ tiền tệ quốc tế. Đối với các quốc gia còn lại, phạm vi trách nhiệm tương ứng sẽ là 12.500 franc vàng cho mỗi kiện và 37,5 franc vàng cho mỗi kg hàng bị mất mát hay bị hư hỏng tính cả bao bì”<sup>153</sup>.

Trong trường hợp giao hàng chậm Điều 79 Bộ luật hàng hải Việt Nam quy định, người vận chuyển phải chịu trách nhiệm bồi thường số tiền tối đa bằng 2,5 lần tiền cước phải trả cho số hàng giao chậm nhưng không vượt quá tổng số tiền cước phí phải trả theo hợp đồng vận tải hàng hóa bằng đường biển.

Ở Việt Nam, giá trị SDR được xác định bằng cách chuyển đổi thành tiền Việt Nam theo tỷ giá chính thức của Ngân hàng Nhà nước Việt Nam tại thời điểm thanh toán cho việc bồi thường.

Phạm vi tối đa trách nhiệm của người vận chuyển được đề cập ở trên không mang tính tuyệt đối, phạm vi này có thể cao hơn theo thỏa thuận của các bên hay:

- + Bằng cách người gửi hàng thông báo tính chất và giá trị của hàng hóa trước khi hàng hóa được xếp lên tàu;
- + Bằng cách đưa thông báo này vào vận đơn.

Các bên không thể tự thỏa thuận mức tối đa của trách nhiệm thấp hơn mức được quy định tại Mục 5 (a) Điều IV Quy tắc Hague Visby.

Mức trách nhiệm tối đa sẽ không áp dụng hay nói cách khác, người vận chuyển mất quyền viễn dẫn đến giới hạn trách nhiệm của người vận chuyển được quy định trong Điều 79 Bộ luật hàng hải trong trường hợp, nếu người khiếu nại chứng minh được rằng tổn thất hay việc giao hàng chậm do những hành động cố tình của người vận chuyển hoặc người làm công, đại lý của người vận chuyển, hay sự vô trách nhiệm của người vận chuyển mặc dù vẫn biết sự vô trách nhiệm sẽ dẫn đến tổn thất hay giao hàng chậm trễ,

---

<sup>153</sup> Xem: Scaridov A. S, *Tu pháp quốc tế*, Sant-Peterburg, 1998, tr. 263.

*Thứ hai*, trong trường hợp chủng loại và giá trị hàng hóa được người giao hàng khai báo trước khi bốc hàng và được người vận chuyển chấp nhận ghi vào vận đơn, phiếu gửi hàng hoặc chứng từ vận tải tương đương thì người vận chuyển chịu trách nhiệm bồi thường mất mát, hư hỏng của hàng hóa trên cơ sở giá trị đó theo các nguyên tắc sau:

- + Đối với hàng hóa bị mất thì bồi thường bằng giá trị đã khai báo;
- + Đối với hàng bị hư hỏng thì bồi thường bằng mức chênh lệch giữa giá trị khai báo và giá trị còn lại của hàng hóa.

Giá trị còn lại của hàng hóa được xác định trên cơ sở giá trị thị trường ở nơi và thời điểm dỡ hàng hoặc lê ra phải dỡ hàng, nếu không xác định được thì căn cứ vào giá ở nơi và thời điểm bốc hàng cộng thêm chi phí vận chuyển đến cảng đích. Nếu không xác định được bằng cách nói trên thì giá trị của hàng còn lại được xác định bằng cách so sánh với giá trị bình thường của hàng hóa cùng loại hay cùng chất lượng (Điều 79 Bộ luật Hàng hải Việt Nam).

Mục 5(h) Điều IV Quy tắc Hague Visby, người vận chuyển hoàn toàn không chịu trách nhiệm bồi thường do hàng hóa bị tổn thất nếu người giao hàng (thuê vận chuyển) đã cố tình khai gian về chủng loại, giá trị của hàng hóa khi bốc hàng và khai báo đó đã được ghi vào vận đơn, phiếu giá hàng hay chứng từ vận chuyển tương đương.

#### *b. Nghĩa vụ và trách nhiệm của người gửi hàng và người giao hàng*

Người thuê chuyên chở có nghĩa vụ tập kết đủ hàng hóa đúng thời hạn, đúng địa điểm do hợp đồng quy định. Hàng hóa phải đúng chủng loại, được đóng trong bao bì phù hợp, phải được đánh dấu bằng ký, mã hiệu theo quy định. Đối với hàng hóa dễ nổ, dễ cháy và các loại hàng hóa nguy hiểm khác, hoặc loại hàng hóa cần có biện pháp đặc biệt khi bốc xếp, vận chuyển, bảo quản và dỡ thì người thuê vận chuyển phải có nghĩa vụ cung cấp tài liệu chỉ dẫn trong một thời gian hợp lý cho người vận chuyển.

Trong trường hợp người gửi hàng biết mà không thông báo hay vì không biết nên không thông báo cho người vận chuyển về tính chất nguy hiểm của hàng hóa thì người vận chuyển có quyền dỡ hàng khỏi tàu biển, huỷ bỏ hoặc làm mất khả năng gây hại của hàng hóa thì không những không phải bồi thường mà còn có quyền thu đủ cước phí vận chuyển. Trong trường hợp này người gửi hàng phải chịu trách nhiệm về mọi tổn thất phát sinh. Trường hợp đã được thông báo về tính nguy hiểm của hàng hóa nhưng người vận chuyển vẫn nhận để chuyên chở thì người vận chuyển phải chịu mọi tổn thất phát sinh và cũng chỉ thu được cước phí vận chuyển thực tế, tức là cước phí cho quãng đường vận chuyển thực tế mà không phải cước phí được thỏa thuận trong hợp đồng cho toàn bộ quãng đường vận chuyển, có tính đến tỉ lệ các loại chi phí khác.

Người thuê vận chuyển hay người nhận hàng có nghĩa vụ phải thanh toán cước phí vận chuyển cho người chuyên chở đầy đủ, đúng thời hạn theo phương thức và các điều kiện được các bên thỏa thuận trong hợp đồng vận chuyển. Trong trường hợp chưa nhận được cước phí cũng như các khoản nợ khác thì người vận chuyển có quyền từ chối trả hàng và có quyền cầm giữ hàng.

Theo nguyên tắc, trong trường hợp hàng hoá bị mất mát, thiệt hại mà nguyên nhân là do tàu biển gặp tai nạn khi hành trình thì người vận chuyển không được thu cước phí, nếu đã thu thì phải hoàn lại, nếu hàng hoá được cứu không được thu cước phí, nếu đã thu thì phải hoàn lại, nếu hàng hoá được cứu thì người vận chuyển chỉ có quyền thu cước phí cho quãng đường vận chuyển thực tế. Tuy nhiên, nếu hàng hoá bị thiệt hại do đặc tính riêng của nó thì người gửi hàng vẫn phải trả tiền cước phí cho người vận chuyển.

Trong thực tiễn hàng hải, vấn đề chủ tàu có thể yêu cầu ai thanh toán cước phí có ý nghĩa thực tế quan trọng. Câu hỏi này không thể trả lời bằng cách viện dẫn hợp đồng, theo đó người bán bàn với người gửi hàng. Hợp đồng này điều chỉnh trách nhiệm cuối cùng đối với cước phí vận tải giữa các bên trong hợp đồng mua bán, nhưng không ý nghĩa đối với nghĩa vụ thanh toán cước phí cho chủ tàu.

Thông thường, nghĩa vụ thanh toán cước vận chuyển được thỏa thuận trực tiếp trong vận đơn. Trong thực tiễn thương mại quốc tế, nếu trong vận đơn không trực tiếp quy định ai là người có nghĩa vụ thanh toán cước phí thì áp dụng những quy tắc sau:

+ Trước hết người gửi hàng có nghĩa vụ thanh toán bởi vì chủ tàu ký hợp đồng vận chuyển với họ. Nghĩa vụ này hoàn toàn mang tính hợp đồng, trong trường hợp này không quan trọng việc người gửi hàng có phải là người chiếm hữu hàng hóa hay không tại thời điểm bốc hàng. Hàng hóa theo vận đơn được chở cho người gửi hay cho người khác theo lệnh của họ.

+ Người nhận hàng có nghĩa vụ thanh toán cước phí vận chuyển nếu:

Được ghi trong vận đơn với tư cách là người nhận hàng và có quyền sở hữu đối với hàng hóa;

Nếu họ nhận lấy nghĩa vụ thanh toán cước phí vận chuyển. Nghĩa vụ này xuất phát từ quan hệ của họ với chủ tàu.

+ Người bán có nghĩa vụ thanh toán cước phí nếu sử dụng quyền ngừng vận chuyển khi hàng hóa đang trên đường đi.

Trong trường hợp hàng hoá có mất mát hay hư hỏng thì người gửi hay người nhận có nghĩa vụ phải thông báo cho người vận chuyển biết về những tổn thất đó trong một thời hạn hợp lý. Tổn thất của hàng hóa chưa phải là cơ

sở làm phát sinh trách nhiệm của người vận chuyển nếu người thuê vận chuyển không thông báo cho người vận chuyển về sự hư hỏng, mất mát của hàng hóa trong một thời gian do luật định. Như vậy, khi hàng bị hư hỏng hay bị mất mát, người thuê vận chuyển ngoài việc thu thập tài liệu để chứng minh có sự tổn thất và mức độ của sự tổn thất đó còn phải thông báo kịp thời cho người vận chuyển.

Mục 6 và 6 (Bis) Điều 3 Quy tắc Hague Visby có yêu cầu hết sức khắt khe đối với người thuê vận chuyển trong trường hợp này. Người thuê vận chuyển cần phải thông báo ngay lập tức cho người vận chuyển về sự tổn thất của hàng hóa. Theo quy định của Mục 6, Điều 3, Quy tắc Hague-Visby, thông báo bằng văn bản về mất mát và hư hỏng của hàng hóa và sự mô tả tính chất của sự mất mát hay hư hỏng nói trên (gọi là biên bản hàng bị đổ vỡ, hư hỏng) phải được gửi cho người vận chuyển hay đại diện của họ ở cảng dỡ hàng trước hoặc trong thời gian đặt hàng dưới sự bảo vệ của người có quyền giao hàng (theo Công ước Hamburg - ngày làm việc đầu tiên), hoặc nếu sự mất mát hư hỏng không thể được phát hiện ngay thì trong khoảng thời gian ba ngày (theo Công ước Hamburg - thời hạn 15 ngày nếu tổn thất không rõ ràng). Sự thông báo nói trên không cần thiết nếu tình trạng của hàng hóa được các bên cùng kiểm tra hay thẩm tra trong quá trình trả hàng. Người vận chuyển trong mọi trường hợp được miễn trách nhiệm đối với tổn thất hàng hóa, nếu bên thuê vận chuyển không khởi kiện trong thời hạn một năm (theo Công ước Hamburg là hai năm) tính từ thời điểm giao hàng hay từ ngày hàng hóa phải được giao. Tuy nhiên thời hạn có thể được kéo dài nếu có sự thỏa thuận của các bên sau khi nguyên nhân của sự khởi kiện phát sinh.

Sự hạn chế thời gian khởi kiện chỉ áp dụng đối với khiếu kiện liên quan đến sự mất mát hay hư hỏng của hàng hóa. Sự hạn chế này không áp dụng đối với những khởi kiện khác, ví dụ khởi kiện liên quan đến việc giao hàng chậm trễ.

### **1.3. Hợp đồng chuyên chở bằng tàu thuyền**

Vận chuyển hàng hóa bằng tàu thuyền được sử dụng phổ biến trong vận chuyển hàng hóa bằng đường biển. Hình thức này thường được sử dụng để vận chuyển các loại hàng hóa như: sắt thép, ngũ cốc, gỗ, đường... là những loại hàng hóa có thể tích lớn không thể xếp vào Container hay là không có hiệu quả nếu vận chuyển bằng Container.

Trong vận tải hàng hóa bằng tàu thuyền có hai cách: thứ nhất, thuê nguyên tàu để vận chuyển hàng hóa; thứ hai, người thuê chở không thuê toàn bộ tàu mà chỉ thuê một phần.

Có thể nói rằng, hợp đồng vận chuyển theo chuyến được quy định khá chi tiết trong Bộ luật Hàng hải Việt Nam 2005 (từ Điều 98 đến Điều 118).

### **1.3.1. Quyền và nghĩa vụ của người chuyên chở.**

Nghĩa vụ quan trọng nhất của người chuyên chở là đưa tàu biển đến cảng nhận hàng đã được quy định trong hợp đồng vận chuyển trong trạng thái sẵn sàng để nhận hàng đúng thời điểm, lưu tàu tại nơi bốc hàng theo các điều kiện đã được các bên thỏa thuận trong hợp đồng.

Người vận chuyển có nghĩa vụ thông báo bằng văn bản cho người thuê vận chuyển về việc tàu đã đến nhận hàng, nghĩa vụ này được coi là nghĩa vụ thông báo sẵn sàng. Thông thường thời điểm có hiệu lực của thông báo sẵn sàng do các bên thỏa thuận trong hợp đồng vận chuyển hàng hóa, trong trường hợp không có thỏa thuận thì theo tập quán của địa phương. Trong thực tiễn vận chuyển hàng hóa bằng tàu thuyền có rất nhiều trường hợp, sau khi thông báo sẵn sàng được gửi đi thì hoàn cảnh có sự thay đổi và nội dung của thông báo sẵn sàng không đúng với sự thực tại thời điểm người thuê vận chuyển nhận được thông báo. Theo quy định của Điều 104.3 Bộ luật Hàng hải 2005, trong những trường hợp đó nếu có thiệt hại thì người vận chuyển không phải bồi thường thiệt hại cho người thuê vận chuyển.

Người vận chuyển có nghĩa vụ bốc hàng lên tàu đúng thời hạn do các bên thỏa thuận trong hợp đồng, có nghĩa vụ chăm sóc chu đáo việc bốc hàng, sắp xếp, chằng buộc và ngăn cách hàng hóa ở trên tàu. Việc sắp xếp hàng hóa trên tàu phải theo sơ đồ do thuyền trưởng quyết định. Người vận chuyển chỉ có thể xếp hàng trên boong tàu khi có sự đồng ý bằng văn bản của người thuê vận chuyển. Do lỗi của người thuê vận chuyển nên việc bốc hàng lên tàu bị gián đoạn thì khoảng thời gian bị gián đoạn được tính vào thời hạn bốc hàng, còn nếu do lỗi của người vận chuyển hay do bất khả kháng thi không được tính vào thời hạn bốc hàng. Thực tiễn cho thấy rằng, ít có trường hợp hàng hóa được bốc lên tàu đúng tiến độ, vì vậy trong hợp đồng vận chuyển thời gian bốc hàng có thể được kéo dài do thỏa thuận của các bên, thời hạn được kéo dài này được gọi là thời hạn dôi nhặt.

Trong trường hợp tàu phải lưu tại cảng nhận hàng sau thời hạn bốc hàng và sau thời hạn dôi nhặt do lỗi của người thuê vận chuyển (thời gian lưu tàu) thì người vận chuyển có quyền yêu cầu bồi thường thiệt hại.

Sau khi kết thúc thời hạn bốc hàng và thời hạn dôi nhặt do các bên thỏa thuận trong hợp đồng, người vận chuyển có quyền cho tàu rời cảng mặc dù toàn bộ hay một phần hàng hóa chưa được bốc lên tàu do lỗi của người thuê vận chuyển, và trong trường hợp này, người thuê vận chuyển vẫn phải có nghĩa vụ trả tiền cước vận chuyển.

Người vận chuyển có nghĩa vụ thực hiện việc vận chuyển hàng hóa trong thời gian hợp lý, theo đúng tuyến đường được thỏa thuận trong hợp đồng hay

theo tuyến thường lệ, trừ trường hợp có thỏa thuận khác. Ở đây cần phải chú ý rằng, người vận chuyển không bị coi là vi phạm hợp đồng nếu việc vận chuyển bị chậm trễ hay đi chệch tuyến đường đã thỏa thuận là nhằm mục đích cứu nạn trên biển hay vì những lý do chính đáng khác.

Người vận chuyển có nghĩa vụ chở hàng đến cảng do các bên thỏa thuận trong hợp đồng. Tuy nhiên người vận chuyển có thể chở hàng đến cảng thay thế nếu vì những lý do chính đáng mà tàu không thể vào được cảng thuận hay không thể chờ đợi để vào cảng thỏa thuận được. Trong trường hợp này người vận chuyển phải thông báo cho người thuê vận chuyển biết đồng thời xin chỉ thị của họ về cảng thay thế. Trong trường hợp thuê nguyên tàu thì tùy theo hoàn cảnh cụ thể, thuyền trưởng phải xin chỉ thị của người thuê vận chuyển về cảng thay thế và phải hành động theo chỉ thị đó. Tuy nhiên nếu không có khả năng thực hiện chỉ thị hay không nhận được chỉ thị của người thuê vận chuyển trong một thời hạn hợp lý thì thuyền trưởng có thể lệnh cho dỡ hàng khỏi tàu hay chở hàng ngược lại, tùy theo cách nào có lợi nhất cho người thuê vận chuyển. Trong trường hợp này người thuê vận chuyển có nghĩa vụ trả cho người vận chuyển cước cự ly và các chi phí liên quan.

Trong trường hợp thuê một phần tàu biển thì người vận chuyển có quyền hành động tương tự, nếu sau năm (5) ngày kể từ ngày xin chỉ thị mà vẫn không nhận được chỉ thị của người thuê vận chuyển hay mặc dù có nhận được chỉ thị nhưng không có khả năng thực hiện chúng.

Cuối cùng, người vận chuyển có nghĩa vụ chăm sóc chu đáo việc dỡ hàng khỏi tàu. Có thể nói rằng, người vận chuyển được coi là hoàn thành nghĩa vụ của mình khi hàng hóa được dỡ khỏi tàu và được đặt dưới sự định đoạt của người nhận hàng.

### **1.3.2. Quyền và nghĩa vụ của người thuê vận chuyển**

Nghĩa vụ cơ bản nhất của người thuê vận chuyển là trả cước phí cho người vận chuyển. Nghĩa vụ này giống với nghĩa vụ thanh toán cước phí của người thuê chở trong hợp đồng vận chuyển hàng hóa bằng chứng từ vận chuyển.

Người vận chuyển có nghĩa vụ trả cước phí cho số hàng hóa được bốc lên tàu vượt quá khối lượng đã thỏa thuận, giá cước phí bằng giá cước do các bên thỏa thuận tại thời điểm ký kết hợp đồng.. Trong trường hợp số hàng dư thừa được bốc lên tàu trái phép thì người thuê vận chuyển có nghĩa vụ trả cước phí gấp đôi cho số hàng hóa đó, không những thế mà còn phải bồi thường toàn bộ chi phí phát sinh liên quan để việc dư thừa hàng hóa. Trong trường hợp này người vận chuyển có quyền dỡ hàng thừa ra khỏi tàu tại bất kỳ một cảng nào, nếu họ cho rằng là cần thiết.

### **1.3.3. Chấm dứt hợp đồng vận chuyển bằng tàu thuyền**

Trong quá trình thực hiện hợp đồng vận chuyển hàng hóa theo chuyến, các bên có quyền đơn phương chấm dứt hợp đồng khi bên kia không thực hiện nghĩa vụ của mình.

Theo nguyên tắc, người thuê vận chuyển có quyền chấm dứt hợp đồng trong các trường hợp sau:

Thứ nhất, người vận chuyển không đưa tàu đến cảng bốc hàng đúng thời điểm đã thỏa thuận, bốc hàng chậm trễ. Trong trường hợp này người thuê vận chuyển có quyền yêu cầu bồi thường thiệt hại và các tổn thất phát sinh.

Thứ hai, khi hàng đã được xếp lên tàu nhưng tàu vẫn chưa xuất phát hay khi tàu đang hành trình, người thuê vận chuyển có quyền yêu cầu dỡ hàng, tuy nhiên phải trả thanh toán đủ cước phí vận chuyển và các loại chi phí liên quan. Tuy nhiên người vận chuyển có quyền từ chối yêu cầu của người thuê vận chuyển nếu có căn cứ để cho rằng, việc dỡ hàng đó sẽ làm chậm trễ chuyến đi hoặc ảnh hưởng đến quyền lợi của những người khác.

Theo quy định của Điều 113.3 Bộ luật Hàng hải Việt Nam, trong trường hợp thuê nguyên tàu, người thuê vận chuyển phải chịu trách nhiệm bồi thường thiệt hại nếu đơn phương hủy bỏ hợp đồng bằng cách thanh toán cước phí cho người vận chuyển, cụ thể như sau:

- Phải trả  $\frac{1}{2}$  cước vận chuyển, nếu chấm dứt hợp đồng trước khi tính thời hạn bốc hàng;
- Phải trả toàn bộ cước vận chuyển, nếu chấm dứt hợp đồng sau khi đã tính thời hạn bốc hàng hoặc ngay sau khi tính thời hạn dài nhất, nếu hợp đồng được ký cho một chuyến;
- Nếu hợp đồng được ký cho nhiều chuyến thì phải trả toàn bộ cước phí cho chuyến đầu và  $\frac{1}{2}$  cước phí của các chuyến tiếp theo.

Trong trường hợp chấm dứt hợp đồng nói trên, người vận chuyển có nghĩa vụ lưu tàu tại nơi bốc hàng cho đến khi hàng hóa được dỡ xong, ngay cả khi hết thời hạn bốc hàng và thời hạn dài nhất.

Theo quy định của Điều 113.5 Bộ luật Hàng hải 2005, trong trường hợp chỉ thuê một phần tàu thì người thuê vận chuyển có quyền đơn phương hủy bỏ hợp đồng và phải bồi thường các chi phí liên quan tùy thuộc vào thời điểm chấm dứt hợp đồng, ngoài ra còn phải trả cước vận chuyển theo các nguyên tắc sau:

- Trả  $\frac{1}{2}$  cước phí vận chuyển, nếu chấm dứt hợp đồng sau thời hạn tập kết hàng được quy định trong hợp đồng;

- Trả toàn bộ cước phí, nếu rút khỏi hợp đồng trong thời gian tàu đang hành trình.

Hợp đồng cũng có thể chấm dứt hiệu lực theo yêu cầu của người vận chuyển. Theo nguyên tắc, người vận chuyển có quyền chấm dứt hợp đồng trước khi bắt đầu chuyến đi, nếu hàng hóa được bốc lên tàu chưa đủ và giá trị của chúng cũng không đủ để bảo đảm cho việc thanh toán cước phí và các chi phí liên quan, trừ trường hợp người thuê vận chuyển đã trả đủ cước vận chuyển trước hoặc có sự bảo đảm cần thiết. Trong trường hợp này người thuê vận chuyển phải chịu mọi chi phí liên quan đến việc dỡ hàng và một nửa cước phí vận chuyển.

Người vận chuyển cũng như người thuê vận chuyển có quyền đơn phương hủy bỏ hợp đồng mà không phải chịu trách nhiệm trong các trường hợp sau:

- Chiến tranh đe dọa sự an toàn của tàu hoặc hàng hóa, cảng bốc hàng hoặc cảng đến bị phong tỏa;
- Tàu bị giữ lại theo lệnh của nhà chức trách địa phương mà không phải do lỗi của các bên trong hợp đồng;
- Tàu bị nhà nước trưng dụng;
- Có lệnh cấm vận chuyển hàng hóa ra khỏi cảng bốc hàng hoặc vào cảng trả hàng.

Trong các trường hợp nói trên, bên chấm dứt hợp đồng phải chịu mọi chi phí liên quan đến việc bốc dỡ hàng khỏi tàu.

## ii. VẬN TẢI HÀNG HÓA BẰNG ĐƯỜNG HÀNG KHÔNG

### 2.1. Khái niệm, đặc điểm và cơ sở pháp lý

Cùng với sự phát triển của khoa học kỹ thuật, vận chuyển hàng hóa bằng đường hàng không ngày càng được mở rộng. Đường hàng không có thể vận chuyển hành khách, hành lý (hai lĩnh vực chủ yếu) và vận chuyển hàng hóa. So với các hình thức khác, vận tải hàng hóa bằng đường hàng không có một số ưu thế: tốc độ vận chuyển cao; rút ngắn được khoảng cách; tổ chức đường bay nhanh chóng; linh hoạt trong thực hiện vận chuyển; có thể vận chuyển các loại hàng hóa khác nhau. Tuy nhiên, cùng với những ưu điểm nói trên, cước vận chuyển trong vận chuyển hàng hóa bằng đường hàng không lại quá cao so với các loại phương tiện vận chuyển khác. Chính vì cước phí quá cao nên phương tiện hàng không thường được sử dụng để vận chuyển các loại hàng hóa có giá trị cao, hàng hóa dễ hư hỏng, hàng hóa có tính nhạy cảm với thị trường, động vật sống;

Vận chuyển hàng hóa quốc tế bằng đường hàng không được điều chỉnh bởi các văn bản pháp luật sau:

- Công ước quốc tế về việc thống nhất hóa một số quy tắc trong vận tải hàng không quốc tế được ký kết tại Warsaw ngày 12.10.1929 <sup>154</sup>. Ngày 8.9.1955 Công ước này được bổ sung bởi Nghị định thư Hague. Công ước điều chỉnh trách nhiệm pháp lý cũng như mối quan hệ giữa người vận chuyển với hành khách và người gửi hàng. Tuy nhiên, Công ước Warsaw không quy định rõ người vận chuyển được quy định trong Công ước là người vận chuyển theo hợp đồng được ký kết giữa họ với hành khách hay người gửi hàng, hay là người thực hiện vận chuyển thực tế. Vì vậy, sự cần thiết phải bổ sung vào Công ước Warsaw một công ước nữa, công ước này được ký kết ngày 18.9.1961 tại Gadalajara Mehico. Công ước bổ sung này có mục đích thống nhất một số quy tắc liên quan đến vận tải quốc tế bằng đường hàng không.

- Hiệp định Monreal 1966 sửa đổi giới hạn trách nhiệm đã được quy định trong Công ước Warsaw 1929.

- Các Nghị định thư Monreal 1975 số 1-2-3-4 liên quan đến việc thay thế đồng franc bằng đồng SDR để tính phạm vi trách nhiệm của người vận chuyển.

- Năm 1999 thông qua Công ước Monreal về hệ thống hóa một số quy tắc của vận chuyển hàng không quốc tế<sup>1</sup>. Công ước Monreal 1999 quy định chính xác lại khái niệm vận chuyển hàng không quốc tế, nghĩa vụ của các bên, phạm vi trách nhiệm của các bên theo SDR, thẩm quyền giải quyết tranh chấp...

Theo quy định của Điều 1 Công ước Warsaw 1929, vận chuyển hàng không được coi là quốc tế khi:

1- Địa điểm xuất phát và địa điểm đến không phụ thuộc vào việc vận chuyển có dừng lại hay chuyển tải hay không, nằm trên lãnh thổ của các quốc gia tham gia công ước khác nhau;

2- Địa điểm xuất phát và địa điểm đến nằm trên lãnh thổ của cùng một quốc gia thành viên của công ước, nhưng trong quá trình thực hiện vận chuyển có xem xét điểm dừng trên lãnh thổ của quốc gia khác, ngay cả khi quốc gia này không phải là quốc gia thành viên của công ước.

Trong trường hợp vận tải đa phương thức có sự tham gia của vận tải bằng đường hàng không thì quy định của Công ước Warsaw chỉ được áp dụng cho

<sup>154</sup> Công ước chỉ có hiệu lực khi có 30 quốc gia phê chuẩn. Đến thời điểm 1-1-2003 Công ước chưa có hiệu lực pháp luật.

phản vận chuyển bằng đường hàng không. Tuy nhiên theo yêu cầu của các bên, trong trường hợp vận chuyển đa phương thức, các bên có quyền đưa vào chứng từ vận chuyển hàng không những điều kiện liên quan đến các loại vận chuyển khác.

## 2.2. Hợp đồng vận tải hàng hóa bằng đường hàng không

Theo quy định của các Điều 3, 4, 8 Công ước Warsaw 1929, hợp đồng vận chuyển hành khách được thực hiện bằng vé máy bay; vận chuyển hành lý bằng phiếu hành lý; hợp đồng vận chuyển hàng hóa bằng vận đơn hàng không (Airway Bill - AWB).

Vận đơn hàng không được người gửi lập và gồm ba bản gốc: Bản gốc thứ nhất giao cho người vận chuyển được người gửi ký. Bản thứ hai giao cho người nhận hàng và được người gửi và người vận chuyển ký, bản này đi cùng với hàng hóa. Bản thứ ba được người vận chuyển ký và trả lại cho người gửi khi hàng hóa được người vận chuyển nhận để chuyên chở.

Người gửi hàng phải chịu trách nhiệm về tính xác thực của các thông tin liên quan đến hàng hóa được khai ở trong vận đơn. Trong vận đơn hàng không phải có những thông tin sau:

- Ngày và địa điểm ký giao vận đơn;
- Địa điểm đi và địa điểm đến;
- Những điểm dừng được thỏa thuận (trong trường hợp cần thiết người vận chuyển có quyền thay đổi);
- Tên và địa điểm của người gửi hàng;
- Tên và địa chỉ của người nhận hàng;
- Tính chất của hàng hóa;
- Số lượng kiện, phương thức đóng gói, đặc điểm của nhãn mác;
- Khối lượng, trọng lượng, thể tích hay kích thước;
- Quy định rằng vận chuyển được thực hiện theo các quy tắc liên quan đến trách nhiệm được quy định trong Công ước Warsaw 1929.

Ngoài ra trong vận đơn còn có thể có:

- Giá trị của hàng hóa và các chi phí khác;
- Thời gian vận chuyển;
- Số lượng vận đơn gốc.

Vận đơn hàng không và những thông tin được ghi nhận trong đó là bằng chứng đầy đủ để chứng minh rằng hợp đồng vận tải được ký kết, hàng hóa được người vận chuyển nhận, những điều kiện vận tải được tính toán hợp lý.

Ngoài ra, vận đơn hàng không còn thực hiện chức năng của hóa đơn thanh toán cước phí, giấy chứng nhận bảo hiểm, tờ khai hải quan và là bản hướng dẫn đối với nhân viên hàng không.

Nếu trong vận đơn hàng không không có quy định khác thì người gửi và người nhận có các quyền sau đây:

- *Người gửi* có thể định đoạt hàng hóa trước thời điểm hàng hóa được giao cho người nhận nếu giao cho người vận chuyển bản sao vận đơn hàng không và đã trả các chi phí phù hợp cho người vận chuyển; có thể nhân danh chính mình thế chấp hàng hóa như là một biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ, ngay cả khi người gửi hành động vì lợi ích của người thứ ba, với điều kiện đã thực hiện tất cả các nghĩa vụ được quy định trong hợp đồng vận chuyển.

- *Người nhận* có quyền yêu cầu người vận chuyển giao hàng và vận đơn hàng không khi hàng hóa đến đích khi đã trả hết các lệ phí hay đã thực hiện các điều kiện khác được quy định trong vận đơn hàng không; có thể yêu cầu thực hiện quyền của mình bằng cưỡng chế, ngay cả khi hành động vì lợi ích của người thứ ba với điều kiện người gửi hàng đã thực hiện các nghĩa vụ của mình được quy định trong hợp đồng vận chuyển.

### **2.3. Trách nhiệm của các bên theo hợp đồng vận chuyển hàng hóa bằng đường hàng không**

#### **a. Trách nhiệm của người gửi (người thuê chở)**

Người thuê vận chuyển phải chịu trách nhiệm về sự đúng đắn của các thông tin về hàng hóa được đưa vào vận đơn, phải chịu trách nhiệm về mọi thiệt hại gây ra cho người vận chuyển, cho người mà người vận chuyển ủy quyền do đưa vào vận đơn những thông tin không đúng, không đầy đủ và không xác thực. Ví dụ thông tin không đúng về khối lượng của hàng hóa: trọng lượng của mỗi kiện 100 kg mà chỉ khai 70 kg, kết quả là máy bay bị quá tải.

Người thuê chở có nghĩa vụ phải đưa ra những thông tin, đính vào vận đơn những chứng từ cần thiết cho người nhận hàng trước khi giao hàng cho người nhận để làm thủ tục hải quan.

Người thuê vận chuyển chịu trách nhiệm trước người chuyên chở về mọi thiệt hại do sự không chính xác của những thông tin hay của những chứng từ này, ngoại trừ trường hợp do lỗi của người chuyên chở hay nhân viên của người chuyên chở. Người vận chuyển không có nghĩa vụ kiểm tra độ tin cậy, chính xác của các thông tin, chứng từ nói trên.

#### **b. Trách nhiệm của người vận chuyển**

Vận chuyển bằng đường hàng không theo Công ước Warsaw bao gồm khoảng thời gian mà hàng hóa nằm dưới sự bảo vệ của người vận chuyển không phụ thuộc vào việc hàng nằm ở sân bay, trên máy bay hay trong

trường hợp máy bay hạ cánh ngoài sân bay quy định. Như vậy, người vận chuyển phải chịu trách nhiệm đối với hàng hóa trong khoảng thời gian kể từ thời điểm nhận hàng để vận chuyển đến thời điểm giao hàng cho người nhận tại nơi được quy định trong hợp đồng.

Trong vận chuyển hàng hóa bằng đường hàng không, người vận chuyển chịu trách nhiệm trong hai trường hợp sau:

- Những thiệt hại do sự chậm trễ trong quá trình vận chuyển hàng hóa gây ra.

- Người vận chuyển chịu trách nhiệm về những thiệt hại do hàng hóa bị mất, hư hỏng trong thời gian vận chuyển.

Theo quy định của Điều 29 Công ước Warsaw 1929, người vận chuyển không phải chịu trách nhiệm do hàng hóa bị mất mát, hư hỏng hay do vận chuyển chậm trễ, nếu chứng minh được họ hoặc đại diện của họ đã áp dụng những biện pháp cần thiết để tránh thiệt hại, hay không có thể áp dụng những biện pháp pháp để tránh thiệt hại. Người vận chuyển cũng không chịu trách nhiệm nếu chứng minh được rằng thiệt hại là hậu quả của việc lái máy bay không cẩn thận khi điều khiển máy bay hay theo dõi đường bay.

Trong trường hợp nếu người vận chuyển chứng minh được lỗi của người thuê vận chuyển (người gửi) là nguyên nhân gây ra thiệt hại hay thúc đẩy việc gây thiệt hại thì tòa án theo luật của mình (Lex fori) có thể miễn hay hạn chế trách nhiệm của người chuyên chở.

Theo quy định của Điều 12 Công ước Warsaw 1929, trách nhiệm của người vận chuyển trong vận chuyển hàng hóa bằng đường không do hàng hóa bị mất mát, hư hỏng được han chế bởi 250 franc<sup>155</sup> cho một kg, ngoại trừ trường hợp, khi người gửi hàng tại thời điểm giao hàng cho người vận chuyển đã khai báo giá trị của hàng hóa, yêu cầu người vận chuyển có sự quan tâm đặc biệt đối với việc giao hàng tại điểm đến và trả lệ phí bổ sung nếu cần thiết. Trong trường hợp này, người vận chuyển phải chịu trách nhiệm bồi thường đúng giá trị khai báo, nếu không chứng minh được giá trị khai báo cao hơn giá trị thực tế của hàng hóa.

Công ước Warsaw quy định rằng, giới hạn trách nhiệm do công ước quy định sẽ không được áp dụng, nếu chứng minh được rằng, thiệt hại là hậu quả của những hành động mà người vận chuyển thực hiện cố ý nhằm gây thiệt hại.

Mọi thỏa thuận được ghi vào vận đơn có mục đích miễn trừ trách nhiệm của người vận chuyển hay giới hạn trách nhiệm thấp hơn giới hạn được nói

<sup>155</sup> Theo quy định của các Nghị định thư bổ sung được thông qua tại Montreal năm 1975, phạm vi trách nhiệm của người vận chuyển được giới hạn bởi 17 SDR/kg hàng hóa hay hành lý bị mất mát.

trên sẽ không có hiệu lực. Tuy nhiên, người vận chuyển có thể đưa vào hợp đồng những quy định miễn trừ hay hạn chế trách nhiệm, nếu hàng hóa theo tính chất của nó có những khuyết tật. Trong Điều 25 Công ước Warsaw có thuật ngữ: *ví phạm cố ý*, tuy nhiên trong Điều 25 của Công ước Warsaw sửa đổi lại không dùng thuật ngữ này.

Trong vận chuyển hàng hóa bằng đường hàng không, khi có tổn thất khiếu kiện có thể được gửi cho những người vận chuyển sau đây:

a- Người vận chuyển đầu tiên, người này có thể được coi là một bên của hợp đồng vận chuyển ban đầu, bởi vì điều này liên quan đến việc người này thực hiện giám sát toàn bộ quá trình vận chuyển.

b- Người vận chuyển theo hợp đồng, với tư cách là người ủy quyền, ký kết hợp đồng vận chuyển với người gửi hay đại diện của người gửi. Trong nhiều trường hợp, người vận chuyển theo hợp đồng cũng là người vận chuyển đầu tiên và có khi là người vận chuyển duy nhất. Người này cũng có thể chỉ là người giao vận đơn hàng không, người thuê máy bay hay đại lý giao nhận hàng. Người này phải chịu trách nhiệm về toàn bộ quá trình vận chuyển.

c- Người vận chuyển thực tế. Trên cơ sở ủy quyền của người vận chuyển, theo hợp đồng, người này chỉ chịu trách nhiệm trong phần vận chuyển.

Cả ba người vận chuyển nói trên liên đới chịu trách nhiệm trước người gửi và người nhận hàng. Theo lựa chọn của nguyên đơn, đơn khiếu kiện bằng văn bản có thể được gửi cùng cho người vận chuyển thực tế và người vận chuyển theo hợp đồng hoặc được gửi riêng cho từng người.

Trong vận chuyển hàng hóa bằng đường hàng không, khi có tổn thất, cả người gửi, cả người nhận và cả chủ hàng đều có quyền khiếu kiện người vận chuyển, cụ thể:

- Người gửi có quyền khiếu kiện người vận chuyển thứ nhất, cũng như người vận chuyển theo hợp đồng nếu thiệt hại xảy ra trong khoảng thời gian người này thực hiện vận chuyển trong trường hợp người vận chuyển đầu tiên không nhận lấy trách nhiệm cho toàn bộ việc vận chuyển;

- Người nhận có quyền khiếu kiện người vận chuyển theo hợp đồng và người vận chuyển thực tế;

- Chủ hàng có quyền khiếu kiện người vận chuyển theo hợp đồng.

Điều 28 Công ước Warsaw 1929 quy định, trong trường hợp hàng hóa bị tổn thất, khiếu nại có thể được gửi cho người vận chuyển tại:

- Địa điểm thường trú của người vận chuyển;

- Nơi có trụ sở điều hành chính của người vận chuyển;

- Nơi ký kết hợp đồng vận chuyển.

Đơn khiếu nại phải được gửi cho người vận chuyển trong một thời hạn nhất định, cụ thể:

- Trong trường hợp hàng hóa hư hỏng, phải thông báo cho người vận chuyển trong thời hạn 14 ngày kể từ thời điểm hàng hóa được giao cho người nhận;
- Trong trường hợp chậm trễ, phải thông báo cho người vận chuyển trong thời hạn 21 ngày tính từ thời điểm hàng hóa được đặt dưới sự định đoạt của người nhận;
- Trong trường hợp mất mát, trong thời hạn 120 ngày kể từ ngày phát hành vận đơn;
- Trong trường hợp cước phí thu không đúng, trong thời hạn 180 ngày kể từ ngày phát hành vận đơn.

Nếu người có quyền đối với hàng hóa, không có phản đối gì khi nhận hàng, thì có nghĩa là hàng hóa được giao cho người nhận trong tình trạng tốt.

Theo nguyên tắc, người vận chuyển sẽ không chịu trách nhiệm nếu họ không nhận được đơn khiếu kiện trong thời hạn hai năm tính từ ngày hàng hóa thực tế đến nơi quy định, đáng lẽ phải đến nơi quy định hoặc ngày chấm dứt việc vận chuyển.

### III. VẬN CHUYỂN HÀNG HÓA BẰNG ĐƯỜNG BỘ QUỐC TẾ

#### 3.1. Công ước quốc tế về vận chuyển hàng hóa bằng đường bộ

Vận chuyển hàng hóa quốc tế trên đất liền được thực hiện bằng hai phương thức: đường sắt và đường bộ. Quy chế pháp lý của vận chuyển hàng hóa bằng đường bộ liên quan đến quy chế pháp lý của lãnh thổ quốc gia, trong đó việc vận chuyển được thực hiện.

Vận chuyển hàng hóa bằng đường bộ được Công ước về hợp đồng chuyên chở hàng hóa bằng đường bộ quốc tế (CMR) điều chỉnh. Công ước CMR được ký kết ngày 19-5-1956 có hiệu lực từ ngày 2-7-1961 tại Genever (theo Điều 43), đến nay hầu hết các nước châu Âu và một số nước của châu Á và châu Phi tham gia.

Công ước có mục đích thống nhất và tiêu chuẩn hóa các quy tắc, điều kiện để điều chỉnh hợp đồng vận chuyển hàng hóa bằng đường bộ quốc tế, đặc biệt về chứng từ và trách nhiệm của người chuyên chở.

Công ước được thông qua nhằm mục đích điều chỉnh mối quan hệ giữa chủ hàng với người vận chuyển, thủ tục nhận hàng để vận chuyển và thủ tục giao hàng tại nơi đến.

Công ước áp dụng cho tất cả các loại hợp đồng vận chuyển hàng hóa bằng đường bộ khi địa điểm nhận hàng và giao hàng được quy định trong hợp đồng nằm trên lãnh thổ của các quốc gia khác nhau và ít nhất một trong các quốc gia đó tham gia công ước. Như vậy, công ước không yêu cầu cả hai quốc gia nơi gửi nơi đến phải là quốc gia tham gia công ước. Công ước cũng được áp dụng trong trường hợp quốc gia, các tổ chức của chính phủ thực hiện việc vận chuyển.

Công ước không được áp dụng trong trường hợp vận chuyển: tử thi; đồ gỗ và trong vận chuyển hàng hóa đã được Công ước về bưu chính viễn thông điều chỉnh. Công ước cũng không được áp dụng đối với một phần của vận chuyển đa phương thức liên quan đến vận chuyển bằng đường biển, đường nội thủy hay bằng đường hàng không không có chuyển tải.

Công ước còn quy định rằng, khi phương tiện vận tải cùng với hàng hóa thực hiện một phần của việc vận chuyển bằng đường biển, đường sắt, nội thủy hay bằng đường hàng không và hàng hóa không được dỡ ra khỏi phương tiện vận chuyển thì Công ước được áp dụng cho cả quá trình vận chuyển. Tuy nhiên, nếu việc mất mát hư hỏng hàng hay việc giao hàng chậm trễ xảy ra trong thời gian hàng hóa được vận chuyển bằng các phương tiện khác và không phải là hậu quả của những hành động của người chuyên chở đường bộ thì trách nhiệm của người vận chuyển được xác định không phải bởi Công ước CMR mà bởi các Công ước quốc tế về vận tải tương ứng (Điều 2(1)). Trong trường hợp không có Công ước tương ứng thì sẽ áp dụng Công ước CMR.

Điều 34 của Công ước CMR quy định, nếu việc vận chuyển hàng hóa bằng đường bộ được điều chỉnh bằng một hợp đồng duy nhất nhưng trên thực tế lại được thực hiện bằng nhiều người khác nhau, thì mỗi một người vận chuyển trong số đó phải chịu trách nhiệm về toàn bộ quá trình vận chuyển. Trong trường hợp này người vận chuyển kế tiếp và người vận chuyển trước đó trở thành các bên của hợp đồng vận chuyển trên những điều kiện được quy định trong chứng từ vận chuyển, ngoại trừ trường hợp có nghĩa vụ bù trừ giữa những người đó.

Những khiếu nại liên quan đến hư hỏng, mất mát hay chậm trễ chỉ có thể được giao cho người vận chuyển đầu tiên, người vận chuyển cuối cùng hoặc cho người thực hiện việc giám sát hàng hóa khi xảy ra sự kiện gây nên sự mất mát, hư hỏng hay chậm trễ trong việc giao hàng.

### **3.2. Hợp đồng vận chuyển hàng hóa bằng đường bộ**

Theo quy định của Điều 4 Công ước CMR: "Hợp đồng vận tải được xác nhận bằng một phiếu gửi hàng (Consignment Note). Việc thiếu, không có hoặc mất giấy gửi hàng sẽ không ảnh hưởng đến sự tồn tại hoặc hiệu lực của hợp

đồng vận tải. Trong trường hợp này sẽ căn cứ vào các điều khoản của Công ước”.

Về nguyên tắc, phiếu gửi hàng là một chứng từ không chuyển nhượng được, được lập thành ba bản gốc do người gửi hàng và người chuyên chở ký. Bản thứ nhất sẽ giao cho người gửi hàng, bản thứ hai sẽ đi kèm theo hàng và bản thứ ba do người chuyên chở giữ.

Phiếu gửi hàng là bằng chứng hiển nhiên của việc ký kết hợp đồng chuyên chở, các điều kiện, điều khoản của hợp đồng vận tải và của việc nhận hàng của người chuyên chở. Nếu trên phiếu gửi hàng không có ghi chú, bảo lưu của người chuyên chở thì suy đoán, trừ phi chứng minh ngược lại, rằng hàng hóa và bao bì ở trong điều kiện tốt khi người chuyên chở nhận hàng và số kiện, ký mã hiệu và số hiệu của hàng hóa là phù hợp với lời ghi trong phiếu gửi hàng.

Phiếu gửi hàng phải có các chi tiết và thông tin sau:

- Ngày và nơi lập giấy gửi hàng;
- Tên và địa chỉ của người gửi hàng;
- Tên và địa chỉ của đại lý vận chuyển;
- Ngày và nơi nhận hàng để chở, nơi dự định giao hàng, nếu cần thiết thì phải có điều kiện cấm chuyển tải;
- Tên và địa chỉ của người nhận hàng;
- Mô tả về tính chất của hàng hóa, phương pháp đóng gói và tính chất nguy hiểm của hàng hóa, nếu có;
- Số kiện, ký mã hiệu và số liệu;
- Trọng lượng cả bì hoặc số lượng;
- Cước phí vận tải và các chi phí liên quan khác;
- Chỉ dẫn về thủ tục hải quan và các thủ tục khác;
- Điều khoản nói rõ sẽ áp dụng các điều khoản của Công ước này;
- Tiền cước mà người gửi hàng cam kết trả;
- Kê khai giá trị hàng hóa và số tiền về lợi ích đặc biệt trong việc giao hàng;
- Hướng dẫn của người gửi hàng cho người chuyên chở về việc bảo hiểm cho hàng hóa;
- Khoảng thời gian bổ sung mà người chuyên chở phải hoàn thành nghĩa vụ chuyên chở của mình;
- Danh mục các chứng từ đã được giao cho người chuyên chở.

### **3.3. Trách nhiệm của các bên**

#### **3.3.1. Trách nhiệm của người gửi**

Người chuyên chở phải chịu mọi trách nhiệm về mọi sự chậm trễ trong việc vận chuyển, mọi thiệt hại do không ghi chính xác các thông tin chỉ dẫn trong phiếu gửi hàng hay đưa ra những thông tin, chỉ dẫn không chính xác khi lập phiếu gửi hàng.

Người gửi hàng chịu trách nhiệm trước người vận chuyển về những thiệt hại hay hư hỏng máy móc thiết bị, hàng hóa của những người khác hay những chi phí khác do bao bì của hàng hóa bị hỏng nếu trong thời điểm nhận hàng để vận chuyển người vận chuyển đã nhìn thấy được bao bì của hàng hóa bị hỏng và đã khuyến cáo cho người gửi biết về việc này.

Trước lúc giao hàng, người gửi có nghĩa vụ phải bổ sung vào phiếu gửi hàng hay giao cho người vận chuyển những chứng từ cần thiết và thông báo cho cho người vận chuyển những thông tin cần thiết để làm thủ tục hải quan và các thủ tục khác. Người gửi chịu trách nhiệm về những thiệt hại do không thông báo, thông báo không đủ, không chính xác các chứng từ, thông tin nói trên cho người vận chuyển, trừ trường hợp do lỗi của người vận chuyển.

#### **3.3.2. Trách nhiệm của người nhận**

Khi hàng hóa đến địa điểm quy định, người nhận có quyền yêu cầu người vận chuyển giao bản thứ hai của phiếu gửi hàng và yêu cầu được nhận hàng trên cơ sở danh sách hàng hóa phù hợp.

Ngoài ra, người nhận có quyền định đoạt hàng hóa và quyền này được thực hiện trong những điều kiện sau:

- Người gửi hay người nhận khi muốn thực hiện quyền này phải xuất trình bản thứ nhất của phiếu gửi hàng, trong phiếu gửi hàng này phải đưa vào những chỉ dẫn mới cho người vận chuyển, ngoài ra phải hoàn lại mọi chi phí hay phải bồi thường mọi thiệt hại do người vận chuyển sẽ phải thực hiện các chỉ dẫn nói trên.

- Việc thực hiện các chỉ dẫn nói trên phải là hoàn toàn có thể tại thời điểm khi người buộc phải thực hiện các chỉ dẫn đó nhận được chúng. Việc thực hiện các chỉ dẫn nói trên không được phá vỡ kế hoạch công việc bình thường của người vận chuyển, không được gây thiệt hại cho người gửi và người nhận hàng khác.

- Trong mọi trường hợp, việc thực hiện các chỉ dẫn nói trên không được đưa đến việc xé nhỏ hàng hóa.

### **3.3.3. Trách nhiệm của người chuyên chở**

#### **a. Phạm vi trách nhiệm**

Người chuyên chở phải chịu trách nhiệm về hàng hóa trong khoảng thời gian kể từ thời điểm nhận hàng để chở từ người gửi đến thời điểm hàng được giao cho người nhận.

- Người chuyên chở phải chịu trách nhiệm về:

1. Những hành vi, thiếu sót của đại lý hoặc người làm công hay của bất kỳ người nào khác mà anh ta sử dụng dịch vụ để chuyên chở hàng hóa.
2. Những mất mát hư hỏng cũng như chậm giao hàng.

- Được coi là chậm giao hàng khi hàng hóa không được giao trong thời gian thỏa thuận. Nếu không thỏa thuận một thời gian như vậy, thì thời gian vận tải thực tế, có tính đến hoàn cảnh của sự việc, vượt quá thời gian hợp lý cần thiết cho một người chuyên chở cần mẫn thực hiện việc chuyên chở. Nếu giao hàng chậm quá 30 ngày so với thời gian thỏa thuận hoặc 60 ngày kể từ ngày người nhận chuyên chở nhận hàng để chở thì hàng hóa coi như bị mất và người khiếu nại có thể đòi bồi thường như hàng bị mất.

- Người chuyên chở không chịu trách nhiệm về mất mát, hư hỏng của hàng hóa phát sinh từ các nguyên nhân sau:

+ Sử dụng xe không có mui hay không được che chắn khi các bên có thỏa thuận như vậy trong phiếu gửi hàng;

+ Bao bì không phù hợp, có khuyết tật, bị thiếu hay hoàn toàn không có bao bì;

+ Việc khuân vác, bốc xếp, dỡ hàng thực hiện bởi người gửi hàng, người nhận hàng hoặc những người thay mặt những người gửi hay người nhận;

+ Do bản chất hay tính chất đặc biệt của hàng hóa, do sâu bọ, các loại côn trùng phá hoại khác;

+ Ký mã hiệu, số hiệu không đầy đủ hoặc sai;

+ Chuyên chở súc vật sống.

Người vận chuyển có nghĩa vụ phải chứng minh được hàng hóa bị mất mát hay bị hư hỏng do một trong các trường hợp nói trên.

#### **b. Khiếu kiện**

Khi có tổn thất hàng hóa, người nhận hàng phải gửi thông báo tổn thất cho người chuyên chở trước hoặc vào lúc giao hàng trong trường hợp tổn thất

là rõ ràng và trong vòng 7 ngày kể từ ngày giao hàng, chủ nhật và ngày lễ không tính, trong trường hợp tổn thất không rõ ràng.

- Trong vòng 21 ngày đối với trường hợp chậm giao hàng kể từ ngày hàng hóa được đặt dưới sự định đoạt của người nhận.

Thời hiệu khiếu nại là 1 năm. Tuy vậy, trong trường hợp lỗi cố ý hoặc tương tự theo quyết định của tòa án thụ lý vụ kiện thì thời hạn khiếu nại là 3 năm.

- Thời hiệu khiếu nại bắt đầu tính từ:

+ Ngày giao hàng trong trường hợp tổn thất bộ phận, hư hỏng hoặc chậm giao hàng:

+ Ngày thứ 15 sau ngày giao hàng thỏa thuận hoặc sau ngày nhận hàng để chở, nếu không thỏa thuận thời hạn giao hàng;

+ Khi hết thời hạn 3 tháng kể từ ngày ký hợp đồng đối với các trường hợp khác.

- Mọi khiếu kiện phát sinh từ việc chuyên chở theo Công ước này sẽ được đưa ra các tòa án của các nước thành viên đã thỏa thuận hoặc các tòa án của một nước mà trên đó có:

+ Trụ sở chính hoặc nơi kinh doanh của bị đơn hoặc chi nhánh đại lý mà tại đó hợp đồng vận tải được ký kết;

+ Nơi nhận hàng để chở hoặc nơi giao hàng.

c. *Giới hạn trách nhiệm bồi thường*

Khi người chuyên chở chịu trách nhiệm bồi thường về mất mát toàn bộ hoặc một phần hàng hóa theo công ước này thì tiền bồi thường sẽ được tính toán bằng cách tham khảo giá trị hàng hóa tại nơi và vào lúc người chuyên chở nhận hàng để chở. Giá hàng sẽ được xác định trên cơ sở giá của Sở Giao dịch hàng hóa. Nếu không có giá của Sở Giao dịch thì sẽ theo giá thị trường hiện hành và nếu không có cả hai giá trên thì sẽ theo giá trung bình của hàng cùng loại và chất lượng.

Tuy vậy, tiền bồi thường sẽ không được vượt quá 25 franc/kg hay 8.33 SDR/kg hàng hóa bị tổn thất. Đồng franc này là đồng franc vàng nặng 10/31gr và có độ nguyên chất 900/1.000.

Ngoài ra người chuyên chở cũng phải bồi thường toàn bộ tiền cước vận chuyển trong trường hợp tổn thất toàn bộ và theo tỷ lệ trong trường hợp tổn thất từng phần.

Trong trường hợp chậm giao hàng, nếu người khiếu nại chứng minh được hư hỏng là do hậu quả của việc chậm giao hàng, thì người chuyên chở sẽ bồi thường hư hỏng đó nhưng không vượt quá tiền cước chuyên chở.

Có thể khiếu nại để bồi thường cao hơn nếu giá trị hàng hóa hoặc vì lợi ích đặc biệt đã được kê khai (Điều 24-26).

#### IV. HỢP ĐỒNG VẬN CHUYỂN HÀNG HÓA QUỐC TẾ BẰNG ĐƯỜNG SẮT

So với những phương thức vận chuyển khác, vận chuyển hàng hóa bằng đường sắt quốc tế có những lợi thế đáng kể. Thứ nhất, đường sắt có khả năng vận chuyển nhiều loại hàng hóa khác nhau; thứ hai, có thể vận chuyển đi xa và với tốc độ cao; thứ ba, so với các phương thức vận chuyển khác, đây là hình thức vận chuyển tương đối rẻ và an toàn<sup>156</sup>.

Hiện nay, vận chuyển hàng hóa quốc tế bằng đường sắt được điều chỉnh bởi hai văn bản pháp lý quan trọng:

- Công ước về vận chuyển đường sắt quốc tế được thông qua tại Bern ngày 9.5.1980 (COTIF 1980), được 37 quốc gia ở châu Âu và Trung Đông áp dụng.

- Hiệp định liên vận đường sắt quốc tế (SMGS) năm 1951, được sửa đổi năm 1992.

##### 4.1. Công ước về vận chuyển đường sắt quốc tế (COTIF)

###### a. Những quy định chung

Công ước COTIF bao gồm toàn bộ Công ước Bern về vận chuyển hàng hóa bằng đường sắt quốc tế và Công ước Bern về vận chuyển hành khách và hành lý quốc tế.

Công ước được áp dụng cho bất kỳ hợp đồng chuyên chở hàng hóa bằng đường sắt nào khi hành trình vận chuyển qua ít nhất hai quốc gia.

Theo quy định của các văn bản nói trên, việc vận chuyển hàng hóa chỉ có thể khi có phương tiện vận tải thông thường và việc vận chuyển không bị cản trở bởi những tình huống mà đường sắt không thể khắc phục và loại bỏ được. Các cơ quan có thẩm quyền có quyền dừng đoàn tàu, cấm hay hạn chế vận chuyển một số loại hàng hóa nhất định, nếu việc này là cần thiết cho lợi ích chung hay cho điều kiện sản xuất.

<sup>156</sup> Xem: Vận chuyển hàng hóa trong ngoại thương của CCCP, Matxcơva, 1977, tr. 221.

Nếu hàng hóa cần phải được đóng gói thì người gửi phải gửi chúng trong bao bì phù hợp để hàng hóa được bảo quản trong quá trình vận chuyển. Nếu người gửi không tuân thủ yêu cầu này thì đường sắt có thể từ chối nhận hàng để vận chuyển, hoặc yêu cầu người gửi ghi nhận vào chứng từ vận chuyển rằng, bao bì không đúng theo yêu cầu. Trọng lượng và cách thức xếp hàng lên tàu do các quy tắc của đường sắt nơi gửi quy định. Công ước quy định trách nhiệm của người gửi do ghi không đúng tên gọi của hàng hóa, quá tải do khai không đúng trọng lượng của hàng hóa bằng hình thức phạt cũng như bồi thường thiệt hại.

Người vận chuyển phải hoàn thành các thủ tục hải quan, nếu người gửi không nhận lấy nghĩa vụ này bằng cách ghi rõ vào chứng từ vận chuyển. Cước vận chuyển có thể được thanh toán theo biểu giá nội địa hay quốc tế. Người gửi có quyền quy định khoản cước phí nào người gửi phải trả, khoản cước phí nào người nhận phải trả, tuy nhiên quyền này, trong nhiều trường hợp, bị hạn chế bởi thỏa thuận giữa các đường sắt. Thời hạn vận chuyển được xác định bởi các quy tắc của các đường sắt quốc tế nhưng không thể vượt quá thời hạn được quy định trong COTIF. COTIF quy định giới hạn thời gian giao hàng, ví dụ, thời hạn giao hàng chung cho hàng hóa với tốc độ cao là 400 km/ngày đêm, đối với hàng hóa tốc độ bình thường là 300 km/ngày đêm. Việc vận chuyển có thể bị chậm trễ hay bị đình chỉ khi tàu không thể tiếp tục hành trình do tình huống bất khả kháng.

COTIF quy định người gửi phải khai giá trị của hàng hóa, quy định quyền của người gửi và người nhận hàng trong việc thay đổi điều kiện của hợp đồng vận chuyển.

COTIF không buộc người nhận phải có nghĩa vụ nhận hàng khi hàng hóa được gửi vào địa chỉ của họ, nhưng lại bắt người nhận phải thanh toán cước phí nếu trong hợp đồng có quy định điều này.

#### **b. Trách nhiệm của người vận chuyển**

Người vận chuyển chịu trách nhiệm đối với việc bảo quản hàng hóa trong khoảng thời gian kể từ khi nhận hàng để chờ cho đến khi giao hàng, đồng thời chịu trách nhiệm về vận chuyển quá hạn.

Trong trường hợp hàng hóa bị hư hỏng, người vận chuyển phải bồi thường. Phạm vi bồi thường được xác định trên cơ sở giá thị trường nhưng không được vượt quá franc vàng hay 17 SDR cho 1 kg trọng lượng giá trị của hàng hóa được khai báo.

Trong trường hợp hàng hóa bị mất mát thì người vận chuyển, ngoài việc phải bồi thường theo quy định trên, còn phải bồi thường toàn bộ cước phí và chi phí hải quan trong phạm vi vận chuyển của họ.

Nếu giao hàng vận chuyển chậm dưới 48 giờ, đường sắt phải chịu phạt với mức 0,1 cước vận chuyển nhưng không quá 50 franc cho một lần gửi<sup>157</sup>. Khi việc vận chuyển chậm trễ có gây ra thiệt hại thì đường sắt phải chịu trách nhiệm bồi thường trong phạm vi hai lần cước phí.

Nếu hàng hóa bị hư hỏng hay vận chuyển chậm trễ do lỗi cố ý của người vận chuyển thì người vận chuyển phải bồi thường toàn bộ thiệt hại, nếu là lỗi cố ý nghiêm trọng thì phạm vi bồi thường được tăng lên. Tuy nhiên, nếu cước vận tải là cước khuyến mãi thì phạm vi bồi thường có thể được giảm.

Người vận chuyển chịu trách nhiệm do làm mất chứng từ vận chuyển, do thực hiện không đúng những chỉ thị của chủ hàng về việc thay đổi điều kiện của hợp đồng nếu có lỗi và chỉ trong phạm vi giá trị của hàng hóa. Người vận chuyển chịu trách nhiệm do xác định không đúng hành trình và áp cước vận chuyển chỉ trong trường hợp có lỗi cố ý nghiêm trọng.

#### c. Giới hạn trách nhiệm

Đường sắt không chịu trách nhiệm vì hàng hóa bị hư hỏng, mất mát hoặc chậm trễ trong vận chuyển trong những trường hợp sau:

- Do lỗi của người gửi hay của chủ hàng;
- Hàng hóa có khuyết tật ẩn;
- Trường hợp bất khả kháng;
- Do bao bì không phù hợp;
- Do người gửi bốc và người nhận dỡ hàng;
- Do hao hụt tự nhiên;
- Do người gửi khai báo không đúng khi gửi hàng.

Tuy vậy đường sắt phải có trách nhiệm chứng minh các trường hợp đó.

#### d. Khiếu kiện và thời hiệu khiếu kiện

Trong trường hợp giao hàng chậm trễ, người nhận phải khiếu nại trong thời hạn 60 ngày tính từ thời điểm nhận hàng. Nếu việc khiếu nại bởi luật quốc gia thì cũng phải tuân thủ cả trong vận chuyển quốc tế. Việc khiếu nại hay khiếu kiện chỉ được thực hiện bởi các bên của hợp đồng vận chuyển hay theo ủy quyền của những người này và được gửi cho cơ quan đường sắt: nơi gửi, nơi đến, hay nơi đã xảy ra những hoàn cảnh là cơ sở của việc khiếu nại hay khiếu kiện. Đơn khiếu nại hay khiếu kiện phải được gửi kèm với chứng từ vận chuyển (bản gốc và bản sao) và những chứng cứ cần thiết khác (bản gốc hay bản sao).

<sup>157</sup> Xem: Scaridov A. S., *Tư pháp quốc tế*, Sant-Peterburg, 1998, tr. 305.

Thời hiệu khiếu kiện là 1 năm, trong trường hợp lỗi cố ý của người vận chuyển hay một số trường hợp đặc biệt khác thì thời hiệu khiếu kiện là 2 năm.

#### **4.2. Hiệp định liên vận hàng hóa đường sắt quốc tế (SMGS)**

##### **a. Những quy định chung**

SMGS là Hiệp định liên vận đường sắt quốc tế do Liên Xô (cũ) và một số nước Đông Âu ký kết tháng 12 năm 1948, có hiệu lực từ ngày 1-11-1951, Việt Nam tham gia Hiệp định này từ năm 1955. Hiệp định này cũng được một số nước của châu Á như Trung Quốc, Mông Cổ, Bắc Triều Tiên áp dụng.

Hiệp định SMGS được áp dụng cho việc vận chuyển hàng hóa trong các trường hợp sau đây:

- Chuyên chở hàng hóa trong liên vận quốc tế đi suốt bằng đường sắt giữa các nước tham gia SMGS;
- Chuyên chở hàng hóa trong liên vận quốc tế đi từ những nước thành viên SMGS, qua cảnh trên lãnh thổ của các nước thành viên đến những nước không tham gia SMGS và ngược lại. Trong trường hợp này sẽ áp dụng Quy tắc và Điều kiện của "Bản giá cước quá cảnh".

Hiệp định SMGS không áp dụng trong các trường hợp sau:

- Ga đi và ga đến nằm trên lãnh thổ của một quốc gia thành viên SMGS nhưng việc chuyên chở qua lãnh thổ nước khác được thực hiện bằng đoàn tàu của đường sắt nước gửi.
- Chuyên chở giữa các ga của hai nước tiếp giáp nhau mà trên toàn bộ quãng đường đi dùng đoàn tàu của một nước và theo quy định của đường sắt nước đó.

Theo quy định của Điều 7 Hiệp định SMGS, hợp đồng vận chuyển hàng hóa được ký kết trên cơ sở chứng từ vận chuyển<sup>158</sup>.

Hiệp định quy định thời hạn vận chuyển hàng hóa với tốc độ nhanh hay chậm. Những thời hạn này có thể bị kéo dài trong thời gian dừng để làm thủ tục hải quan và các thủ tục bắt buộc khác; trong thời gian ngừng chạy do những nguyên nhân khách quan; trong thời gian dừng để thay đổi đường ray.

Theo quy định của SMGS, người vận chuyển có thể nhận để chuyên chở các loại hàng hóa có trọng lượng và thể tích khác nhau:

- Hàng lẻ là hàng được chuyên chở theo một vận đơn đường sắt có trọng lượng cả bì không quá 1.000 kg, về thể tích không đòi hỏi một toa riêng. Hàng lẻ có thể gửi theo hình thức "nhanh" hay "chậm".

<sup>158</sup> Nội dung của chứng từ vận chuyển sẽ được đề cập đến trong mục 4.3

- Hàng nguyên toa là hàng được gửi theo một vận đơn, chiếm thể tích của một toa. Khi gửi nguyên toa có thể gửi theo hình thức: chậm, nhanh hoặc tốc hành.

- Hàng hóa cũng có thể được xếp vào container để chuyên chở, thông thường container 20' và 40', còn các container loại trung bình (5') và nhỏ (1,25') có thể gửi nguyên toa.

Khi hàng hóa đến ga chỉ định, người vận chuyển có nghĩa vụ giao hàng, bản gốc của vận đơn, giấy thông báo hàng đến cho người nhận.

Trong thời gian vận chuyển hay lúc giao hàng, nếu người vận chuyển thực hiện việc kiểm tra tình trạng, khối lượng hay số kiện của hàng hóa và thấy hàng hóa bị mất mát, hư hỏng thì phải lập văn bản thương mại.

Theo quy định của phần IV Công ước SMGS, người gửi và người nhận hàng có quyền thay đổi điều kiện của hợp đồng vận chuyển.

*Người gửi có quyền:*

- Lấy lại hàng ngay tại ga gửi;
- Thay đổi ga đến;
- Thay đổi người nhận hàng;
- Yêu cầu chở hàng trả lại ga gửi.

*Người nhận có quyền:*

- Thay đổi ga đến trong phạm vi lãnh thổ của quốc gia đến;
- Thay đổi người nhận hàng.

Tuy nhiên Hiệp định không cho phép việc thay đổi hợp đồng dẫn đến việc xé nhỏ hàng hóa.

#### **b. Trách nhiệm của người chuyên chở**

Hiệp định SMGS (phần V) quy định một cách cụ thể các loại hình thức trách nhiệm của đường sắt. Đường sắt, khi nhận hàng để vận chuyển theo vận đơn của SMGS, phải chịu trách nhiệm về việc thực hiện hợp đồng vận chuyển trên toàn bộ quá trình vận chuyển đến thời điểm giao hàng cho người nhận. Mỗi một người vận chuyển tiếp theo, khi tiếp nhận hàng hóa để vận chuyển cùng với vận đơn và như vậy tham gia vào hợp đồng vận chuyển, phải nhận lấy những hậu quả có thể phát sinh từ hợp đồng.

Đường sắt phải chịu trách nhiệm do hàng hóa bị mất mát, hư hỏng toàn bộ hay một phần, vì sự chậm trễ trong việc vận chuyển từ thời điểm nhận hàng tại ga gửi đến thời điểm giao hàng tại ga đến.

Hiệp định SMGS cũng quy định những trường hợp mà người vận chuyển không chịu trách nhiệm do hàng hóa bị mất mát, hư hỏng hay do việc vận

chuyển bị chậm trễ. Những quy định này giống với các quy định trong Công ước COTIF.

Đường sắt không bồi thường những mất mát, hư hỏng của hàng hóa do các nguyên nhân sau đây:

- Những trường hợp mà đường sắt không lường trước được, không khắc phục được;
- Do tính chất tự nhiên, đặc biệt của hàng hóa (hoen rỉ...);
- Do lỗi của chủ hàng;
- Do việc sử dụng toa xe không mui để chuyên chở hàng hóa mà quy định đường sắt nước gửi không cho phép như vậy;
- Do người áp tải của chủ hàng gây ra hoặc do không thực hiện đúng hướng dẫn quy định cho người áp tải;
- Do bao bì không phù hợp, đầy đủ;
- Do kê khai sai tên hàng hoặc chuyên chở những hàng hóa cấm chuyên chở;
- Hao hụt, hao mòn tự nhiên (Ví dụ, 1,5% đối với than đá, gỗ, cá, dầu mỡ);
- Chủ hàng xếp vào xe hoặc container không thích hợp cho việc chuyên chở;

### **c. Khiếu kiện và thời hiệu khiếu kiện**

Yêu cầu bồi thường do người gửi đưa ra tại ga đi hoặc người nhận đưa ra tại ga đến, và phải được làm thành văn bản, trong đó phải nói rõ lý do và số tiền yêu cầu bồi thường.

Yêu cầu bồi thường phải gửi đến cơ quan có thẩm quyền của đường sắt nơi gửi hay nơi đến và bao gồm các loại chứng từ sau: đơn yêu cầu bồi thường; bản chính hoặc bản sao vận đơn; biên bản thương mại; hóa đơn bán hàng; biên lai thu cước; giấy báo tin hàng đến; biên bản giám định...

Người vận chuyển phải trả lời trong vòng 180 ngày kể từ ngày đưa đơn yêu cầu bồi thường theo dấu bưu điện hoặc giấy biên nhận của đường sắt khi nhận đơn yêu cầu bồi thường.

Nếu đường sắt không bồi thường hoặc bồi thường không thỏa đáng thì chủ hàng có quyền khiếu kiện. Chỉ có người khiếu nại mới có quyền khiếu kiện và việc khiếu kiện chỉ có thể khi việc khiếu nại không có kết quả hay đưa lại kết quả không thỏa đáng. Đơn kiện phải đưa lên tòa án thích hợp của nước mà đường sắt bị đưa đơn yêu cầu bồi thường.

Theo quy định của Hiệp định SMGS, khiếu nại và khiếu kiện phải được thực hiện trong thời hạn 9 tháng, ngoại trừ những khiếu nại và khiếu kiện liên quan đến vận chuyển chậm trễ. Thời hạn để khiếu nại và khiếu kiện liên quan đến vận chuyển chậm trễ là 60 ngày.

*Thời hạn trên được tính từ thời điểm:*

- 7 ngày sau khi chủ hàng nhận được hàng hóa đối với yêu cầu bồi thường do hàng hóa bị mất một phần, bị thiếu hụt, hư hỏng hoặc giảm phẩm chất, do chuyên chở đến quá thời hạn, đòi hoàn lại tiền cước.
- Ngày thứ 30 sau khi hết thời hạn chuyên chở đối với việc yêu cầu bồi thường do hàng hóa bị mất toàn bộ.
- Ngày xác định tinh huống làm cơ sở cho yêu cầu bồi thường đối với các trường hợp khác.

#### **4.3. Vận đơn đường sắt**

Vận đơn đường sắt được điều chỉnh bởi Hiệp định SMGS và Công ước COTIF 1980.

Theo quy định của Mục 1 Điều 7 Hiệp định SMGS và phần 1 của phụ lục 12.5 vận đơn đường sắt bao gồm các chứng từ có nội dung như sau:

- Bản chính phiếu gửi hàng: đi theo hàng tới ga đến và được giao cho người nhận cùng với hàng hóa (1);
- Giấy theo hàng: đi theo hàng đến ga đến và lưu ở đường sắt nước đến (2);
- Bản sao phiếu gửi hàng: được giao cho người gửi sau khi xếp hàng lên toa xe (3);
- Giấy giao hàng: đi theo hàng đến ga đến và được lưu ở ga đến (4);
- Giấy báo tin hàng đến: theo hàng đến ga đến và được giao cho người nhận (5).

Tất cả các chứng từ này được người gửi và đường sắt cùng điền vào. Hợp đồng vận chuyển hàng hóa coi như được ký kết và có hiệu lực từ thời điểm người vận chuyển đóng dấu có ghi ngày tháng vào tất cả các chứng từ nói trên.

Trong số các chứng từ của vận đơn nói trên thì bản chính phiếu gửi hàng là quan trọng nhất, tuy nhiên bản chính phiếu gửi hàng không tham gia vào lưu thông. Việc giao bản sao phiếu gửi hàng cho ai là do người gửi quyết định, tuy nhiên nếu người gửi nhượng quyền nhận hàng cho ai thì người gửi không

cần phải giao bản sao cũng như bản gốc của phiếu gửi hàng, hơn nữa việc thay đổi người nhận có thể được thực hiện bằng điện tín và ngay cả khi người nhận ban đầu, bằng cách nào đó có các chứng từ nói trên thì các chứng từ này cũng không có giá trị khi người gửi chỉ định người nhận hàng khác.

Nội dung của vận đơn đường sắt phải có đầy đủ các thông tin. Ở mặt trước của phiếu gửi hàng, theo nguyên tắc, phải có:

- Tên và số thứ tự của mỗi tờ (ví dụ, Phiếu gửi hàng 1; Giấy theo hàng 2...);
- Số của phiếu gửi hàng theo số đăng ký của đường sắt;
- Thông tin về tốc độ của việc vận chuyển hàng hóa theo loại vận đơn này (nhanh hay bình thường);
- Tên và địa chỉ bưu điện, số tài khoản của người gửi hàng;
- Tên và mã số của ga gửi;
- Tên và địa chỉ của người nhận;
- Tên, mã số của ga nhận hàng;
- Các thông tin về toa xe hay các công cụ được sử dụng để vận chuyển khác (kích thước, số, trọng tải...);
- Các thông tin về hàng hóa: Tên hàng, ký mã hiệu, số kiện, trọng lượng, loại bao bì, loại lô hàng; giá trị hàng hóa;
- Phương thức xác định khối lượng;
- Cước phí và các chi phí khác...;
- Ngày lập phiếu gửi hàng, chữ ký của người vận chuyển.

Theo nguyên tắc, những thông tin về cước phí được ghi ở mặt sau của phiếu gửi hàng, ở mặt này cũng ghi ngoại tệ tính cước phí, ngoại tệ thanh toán, tỷ giá chuyển đổi cũng như các thông tin liên quan đến việc thay đổi điều kiện của hợp đồng vận chuyển.

## V. VẬN TẢI HÀNG HÓA ĐA PHƯƠNG THỨC QUỐC TẾ

### 5.1. Khái niệm và ý nghĩa

Hoạt động trao đổi hàng hóa giữa các quốc gia được thực hiện bằng các loại phương tiện vận chuyển khác nhau. Cùng với sự phát triển của thương mại quốc tế, người ta nghĩ ra nhiều cách thức vận chuyển hàng hóa nhanh hơn, hiệu quả hơn. Một trong những cách thức đó là vận chuyển hàng hóa đa phương tiện hay nói cách khác là vận chuyển hàng hóa đa phương thức. Ở

Việt Nam chúng ta trước đây, mặc dù phương thức vận chuyển này đã được sử dụng trong thực tiễn, tuy nhiên chưa có văn bản pháp luật nào trong lĩnh vực này. Điều này, có thể nói rằng, đã gây một số khó khăn cho các doanh nghiệp của chúng ta. Để đáp ứng nhu cầu hội nhập kinh tế quốc tế, tạo điều kiện cho hoạt động kinh doanh thương mại ở nước ta, ngày 29.10.2003 Chính phủ, trên cơ sở các văn bản pháp luật liên quan đã ban hành Nghị định số 125/2003/NĐ-CP về vận tải đa phương thức quốc tế, và sau đó trong Bộ luật hàng hải 2005 đã có sự điều chỉnh loại hình vận chuyển hàng hóa này.

Nhìn các dấu hiệu bề ngoài thi vận tải đa phương thức có vẻ giống với Logistic, tuy nhiên đây là hai công cụ pháp lý hoàn toàn khác nhau và thực hiện các chức năng khác nhau. Logistic chỉ là việc thực hiện một hoặc nhiều công việc bao gồm: nhận hàng, vận chuyển, lưu kho, lưu bãi, làm thủ tục hải quan, các thủ tục giấy tờ khác, tư vấn khách hàng, đóng gói bao bì, ghi ký mã hiệu, giao hàng hoặc các dịch vụ khác có liên quan đến hàng hoá theo thỏa thuận với khách hàng để hưởng thù lao (Điều 174 Luật Thương mại).

Theo quy định của Điều 2.1 Nghị định 125/2003, Điều 119 Bộ luật hàng hải 2005, vận tải đa phương thức quốc tế (vận tải đa phương thức) là việc vận chuyển hàng hoá bằng ít nhất hai phương tiện vận tải khác nhau trên cơ sở một hợp đồng vận chuyển đa phương thức từ nơi người kinh doanh vận tải đa phương thức tiếp nhận hàng hoá ở một nước đến một địa điểm được chỉ định giao trả hàng ở nước khác.

Người tổ chức chủ yếu của vận tải đa phương là người kinh doanh vận tải đa phương thức (*Sau đây được gọi là người kinh doanh-Multimodal Transport Operator*). Người kinh doanh vừa thực hiện chức năng của người nhận gửi, vừa thực hiện chức năng của người chuyên chở. Theo quy định của Điều 2.2 Nghị Định 125/2003 Người kinh là một bên của hợp đồng vận tải đa phương thức và tự chịu trách nhiệm thực hiện hợp đồng vận tải đa phương thức mà không phải là người đại lý hoặc là người đại diện của người gửi hàng hoặc thay mặt người vận chuyển tham gia các hoạt động thực hiện vận tải đa phương thức. Người kinh doanh là bất kỳ người nào nhận danh chính minh hay thông qua một người nào khác nhận danh người kinh doanh ký kết hợp đồng vận chuyển hàng hóa đa phương thức.

Như vậy trong vận tải hàng hóa đa phương thức giữa người sở hữu hàng hóa và người chuyên chở không xuất hiện quan hệ pháp luật- quan hệ hợp đồng. Đây chính là sự khác biệt chủ yếu giữa vận tải đa phương thức và vận tải đơn thức.

Trong vận tải đa phương thức, trách nhiệm người kinh doanh được xác định một cách thống nhất, tức là trong quá trình thực hiện hợp đồng vận

chuyển hàng hóa đa phương thức chỉ có người điều hành chịu trách nhiệm về hàng hóa từ thời điểm nhận hàng để chuyên chở đến thời điểm giao hàng cho người nhận.

Việc vận tải hàng hóa bằng đa phương thức được thực hiện trên cơ sở quy định của các văn bản pháp luật quốc tế cũng như của Việt Nam.

Những văn bản pháp luật quốc tế chủ yếu xác định quyền và nghĩa vụ của các bên theo hợp đồng vận chuyển hàng hóa đa phương thức là:

- Công ước của Liên hiệp quốc về vận chuyển hàng hóa đa phương thức quốc tế năm 1980 (UN Convention on the International Multimodal Transport of Goods).

- Các quy tắc thống nhất về chứng từ của vận tải đa phương thức của UNCTAD/ ICC năm 1973; đã có hiệu lực từ ngày 1.1.1992 với một số văn bản khác của ICC.

Trong số các văn bản nói trên, Công ước Liên hiệp quốc về vận chuyển hàng hóa đa phương thức được áp dụng phổ biến nhất mặc dù đến thời điểm này nó vẫn chưa có hiệu lực (chưa đủ số lượng quốc gia tham gia công ước). Theo quy định của Điều 3, nếu hợp đồng vận tải hàng hóa đa phương được ký kết và nó nằm trong phạm vi hiệu lực của công ước thì các quy định của công ước có hiệu lực pháp luật bắt buộc cho hợp đồng.

Ở Việt Nam chúng ta vận tải hàng hóa đa phương thức quốc tế được điều chỉnh cơ bản bởi Nghị định 125/ 2003. Theo nhìn nhận của chúng tôi thì các quy định của Nghị định 125 về mặt nguyên tắc là phù hợp với các quy định của cả hai văn bản pháp lý quốc tế nói trên.

Vận tải hàng hóa đa phương thức quốc tế có ý nghĩa đặc biệt quan trọng trong hoạt động trao đổi hàng hóa giữa các quốc gia.

Trước hết có thể nói rằng, đây là một phương thức vận tải hàng hóa cho phép người gửi hàng giảm được chi phí vận chuyển:

Thứ hai, tiết kiệm thời gian vận chuyển hàng hóa;

Thứ ba, giảm rủi ro tổn thất, mất mát hàng hóa trên đường vận chuyển;

Thứ tư, đơn giản hóa tối đa các chứng từ vận chuyển, thủ tục giao hàng.

## 5.2. Chứng từ vận tải hàng hóa đa phương thức

Trong thực tiễn vận chuyển hàng hóa đa phương thức, nhiều tổ chức vận tải quốc tế đã dựa vào Các quy tắc thống nhất về chứng từ trong vận tải đa phương thức để soạn thảo một số mẫu chứng từ vận tải đa phương thức, còn theo quy định của Pháp luật Việt Nam (Điều 9.4 Nghị định 125), mẫu của

chứng từ vận tải đa phương thức phải được đăng ký với bộ giao thông vận tải. Chứng từ vận tải đa phương thức (CT-Document) được coi là chứng từ “từ đầu đến cuối” nhằm mục đích tránh việc giao chứng từ trong mỗi chặng của quá trình vận chuyển hàng hóa đa phương thức. Theo quy định của Điều 9.1 Nghị định 125, khi người kinh doanh vận tải đa phương thức đã tiếp nhận hàng hóa thì phải phát hành một chứng từ vận tải đa phương thức ở dạng có thể chuyển nhượng được (xuất trình, theo lệnh, theo lệnh của người có tên trong chứng từ gốc) và không thể chuyển nhượng được (ghi rõ tên của người nhận hàng hay còn gọi là chứng từ đích danh), điều hoàn toàn phụ thuộc vào ý chí của người gửi hàng. Sau khi giao CT- Document, người kinh doanh chịu hoàn trách nhiệm về toàn bộ quá trình vận chuyển đa phương thức.

Nghị định 125/2003 được áp dụng khi luật áp dụng cho hợp đồng vận chuyển đa phương thức do các bên thỏa thuận là pháp luật của Việt Nam hay mặc dù không có sự thỏa thuận nhưng xuất phát từ quy phạm xung đột, thẩm phán hay trọng tài xác định luật áp cho hợp đồng là pháp luật của Việt Nam.

Trong thực tiễn vận chuyển hàng hóa đa phương thức quốc tế các quy tắc thống nhất về chứng từ vận tải đa phương thức thường được áp dụng. Theo nguyên tắc, các quy tắc thống nhất chỉ được áp dụng trong trường hợp, khi các bên đưa chúng vào hợp đồng và trong CT-Document cần phải chỉ rõ, CT- Document được giao phù hợp với quy định của Các quy tắc thống nhất về vận chuyển đa phương thức.

Bởi vì các quy tắc thống nhất được áp dụng theo thỏa thuận của các bên, do đó, tất nhiên chúng phải công nhận hệ thống trách nhiệm hệ thuộc. Tuy nhiên, vì Các quy tắc thống nhất có quy định riêng về giới hạn trách nhiệm trong trường hợp không xác định được thiệt hại xảy ra ở giai đoạn nào nên không thể viện dẫn đến bất kỳ một Công ước quốc tế nào về vận chuyển hàng hóa.

Các quy tắc thống nhất càng có ý nghĩa đối với chứng từ vận chuyển hàng hóa đa phương thức khi, bởi theo quy định của UCP 500, chứng từ này có thể được ngân hàng chấp nhận, nếu trong chỉ thị của người hưởng lợi không xem xét khả năng giao vận đơn đường biển.

Khi hàng hóa được người kinh doanh vận tải đa phương thức tiếp nhận để chuyên chở, người kinh doanh phải phát hành và giao chứng từ vận tải hàng hóa đa phương thức cho người gửi.

Theo quy định của Điều 12 nghị định 125/2003, chứng từ vận tải đa phương thức phải có nội dung cơ bản sau:

- Đặc tính tự nhiên chung của hàng hóa; ký hiệu, mã hiệu cần thiết để có thể nhận biết hàng hóa, tính chất nguy hiểm hoặc mau hỏng của hàng hóa

nếu có, số lượng kiện hoặc chiếc, trọng lượng cả bao bì của hàng hoá hoặc số lượng của hàng hoá được diễn tả cách khác. Tất cả các chi tiết nói trên người gửi hàng phải cung cấp cho người kinh doanh.

- Tình trạng bên ngoài của hàng hoá;
- Tên và trụ sở chính của người kinh doanh vận tải đa phương thức;
- Tên của người gửi hàng và người nhận hàng để chuyên chở;
- Ngày và địa điểm người kinh doanh vận tải đa phương thức tiếp nhận hàng hoá;
- Ngày và địa điểm ký phát chứng từ vận chuyển đa phương thức;
- Địa điểm giao trả hàng;
- Ngày hoặc thời hạn giao trả hàng tại đại điểm giao hàng, nếu các bên liên quan có sự thỏa thuận;
- Nếu rõ chứng từ vận tải đa phương thức là loại chứng từ chuyển nhượng được hoặc không chuyển nhượng được;
- Chữ ký của người kinh doanh vận tải đa phương thức hoặc của người được người kinh doanh vận tải đa phương thức ủy quyền;
- Cước phí vận chuyển cho mỗi phương thức vận chuyển nếu các bên liên quan đã thỏa thuận, hoặc cước phí vận chuyển, đồng thời thanh toán cước phí mà người nhận hàng thanh toán, hoặc sự diễn tả khác về cước phí sẽ được người nhận hàng thanh toán;
- Tuyến hành trình dự định, phương thức vận tải trong từng chặng và các địa điểm chuyển tải nếu đã được biết khi phát hành chứng từ vận tải đa phương thức;
- Các chi tiết khác mà các bên liên quan nhất trí đưa vào chứng từ vận tải đa phương thức, nếu khôn trái với quy định của pháp luật Việt Nam, ví dụ: người trả cước phí vận chuyển; luật áp dụng. Theo ý kiến của chúng tôi thì việc các bên đưa nội dung luật áp dụng vào chứng từ vận tải đa phương thức có ý nghĩa thực tiễn hết sức quan trọng, bởi nó cho phép giải quyết tranh chấp một cách nhanh chóng nếu có.

Cần phải nói thêm rằng nếu trong chứng từ vận tải đa phương thức thiếu một hoặc một số nội dung nói trên thì điều đó không ảnh hưởng đến giá trị pháp lý của nó.

Hiện nay trong thực tiễn vận tải đa phương thức quốc tế thường áp dụng các loại chứng từ sau:

- Negotiable Multimodal Transport Bill of Lading (FBL). Đây là loại vận đơn suốt do Liên đoàn các Hiệp hội giao nhận quốc tế (Federation Internationale des Associations de Transitaire et Asimiles-FIATA) soạn thảo cho các công ty giao nhận quốc tế với tư cách là người điều hành trong vận tải hàng hóa đa phương thức.

- Bill of Lading for Combined Transport Shipment or Port to Port Shipment. Loại vận đơn này do các hãng tàu biển phát hành. chúng vừa được sử dụng trong vận tải hàng hóa bằng đường biển vừa được sử dụng trong vận tải đa phương thức.

Dưới góc độ pháp lý, chứng từ vận tải đa phương thức có những chức năng sau:

- Chứng minh sự tồn tại của hợp đồng vận tải đa phương thức;
- Cho biết người điều hành đã tiếp nhận hàng và cho việc người điều hành cam kết giao hàng cho người nhận phù hợp với các điều kiện của hợp đồng.

### **5.3 Nghĩa vụ của những người tham gia hợp đồng vận tải đa phương thức**

**5.3.1 Nghĩa vụ của người kinh doanh vận tải đa phương thức:** Trong hợp đồng vận tải hàng hóa đa phương thức quốc tế người kinh doanh có hai nghĩa vụ cơ bản sau đây: thứ nhất, nghĩa vụ tiếp nhận hàng hóa; thứ hai, nghĩa vụ giao trả hàng hóa phù hợp với các điều kiện của hợp đồng vận tải đa phương thức.

*Người kinh doanh coi như hoàn thành hành vi nhận hàng để chuyên chở kể từ thời điểm hàng hóa được đặt dưới sự kiểm soát của người kinh doanh, tức là đã thực hiện xong hành vi nhận hàng từ:*

- Người gửi hàng hay từ đại diện của người gửi hàng; hoặc
- Từ cơ quan có thẩm quyền hoặc người thứ ba mà theo quy định của pháp luật nơi nhận hàng, hàng hóa trước khi được giao cho người vận chuyển phải qua những người này.

*Người kinh doanh được coi hoàn thành nghĩa vụ giao hàng khi:*

- Đã giao hàng hóa cho người nhận hay đại diện được người nhận ủy quyền;
- Đặt hàng hóa dưới sự định đoạt của người nhận theo quy định của hợp đồng vận tải đa phương thức hay luật lệ, tập quán về loại hàng đó tại nơi giao hàng trong trường hợp người nhận không trực tiếp nhận hàng từ người kinh doanh;

- Hàng hóa đã được giao cho cơ quan có thẩm quyền hay một bên thứ ba nào khác mà theo luật pháp hay tập quán tại nơi giao hàng, hàng hóa phải được giao cho họ.

### **5.3.2 Nghĩa vụ của người gửi hàng**

Trong hợp đồng vận chuyển hàng hóa đa phương thức quốc tế, cũng như trong mọi hợp đồng vận chuyển khác, người gửi hàng trước hết phải có nghĩa vụ cung cấp mọi thông tin liên quan đến hàng hóa, và các thông tin này được ghi vào chứng từ vận tải đa phương thức. Ngoài ra người gửi hàng phải cung cấp cho người kinh doanh vận tải đa phương thức tất cả các chứng từ liên quan đến hàng hóa theo quy định của pháp luật hoặc theo thoả thuận trong hợp đồng.

Trong trường hợp hàng hóa là hàng nguy hiểm thì người gửi, ngoài các nghĩa vụ nói trên còn phải có nghĩa vụ cung cấp cho người kinh doanh các tài liệu và chỉ dẫn cần thiết về tính chất nguy hiểm của hàng hóa, biện pháp để phòng, cách thức xếp hàng hóa. Ngoài ra người gửi còn phải có nghĩa vụ ghi ký, mã hiệu hoặc nhãn hiệu lên hàng hóa nguy hiểm theo quy định của các điều ước quốc tế hoặc theo quy định của pháp luật quốc gia. Nếu người gửi hàng không thực hiện nghĩa vụ này thì rõ ràng người kinh doanh vận tải đa phương thức cũng như người vận chuyển không thể biết được tính chất nguy hiểm của hàng hóa và như vậy sẽ không thể áp dụng những biện pháp phòng ngừa thích hợp trong quá trình vận chuyển. Trong trường hợp này người gửi hàng phải chịu trách nhiệm về những tổn thất của chính hàng hóa đó cũng như những tổn thất mà hàng hóa nguy hiểm đó gây ra cho hàng hóa khác. Không những thế người gửi hàng còn phải chịu mọi phí tổn mà người kinh doanh vận tải đa phương thức đã phải bỏ ra để khắc phục hậu quả do tính chất nguy hiểm của hàng hóa gây ra.

Vì tính chất nguy hiểm của hàng hóa nên trong nhiều trường hợp người gửi hàng phải có nghĩa vụ cử người áp tải hàng hóa để theo dõi quá trình vận chuyển.

### **5.3.3. Nghĩa vụ của người nhận hàng**

Trong hợp đồng vận tải hàng hóa đa phương thức người nhận hàng phải có nghĩa vụ, nhận hàng và thanh toán cước phí.

Khi hàng hóa đến đích người nhận hàng phải có nghĩa vụ nhận hàng đúng thời hạn. Nếu quá thời hạn nhận hàng được thoả thuận trong hợp đồng hay do pháp luật quy định thì người kinh doanh có quyền áp dụng những biện pháp phù hợp như gửi hàng vào kho, bán hàng, tùy thuộc vào tính chất của hàng hóa và mọi chi phí liên quan do người nhận hàng gánh chịu. Theo quy

định của Nghị định 125/2003 thì sau 90 ngày tính từ ngày phải nhận hàng được quy định trong hợp đồng vận tải đa phương thức nếu người nhận không đến nhận hàng thì người kinh doanh kho bãi có quyền mang hàng hoá ra bán đấu giá, sau khi trừ tất cả mọi khoản chi phí, số tiền còn lại được nộp vào ngân sách của nhà nước.

Người nhận hàng phải có nghĩa vụ thanh toán cước phí vận chuyển theo thoả thuận trong hợp đồng và các chi phí liên quan cho người kinh doanh vận tải đa phương thức. Trong trường hợp người kinh doanh không được thanh toán cước phí cũng như các chi khác thì người kinh doanh có quyền lưu giữ hàng hoá đồng thời thông báo bằng văn bản cho người nhận hàng, trong đó có nêu rõ lý do của việc cầm giữ hàng. Sau một thời hạn hợp lý (60 ngày theo quy định của Điều 26.2 Nghị định 125/2003) kể từ ngày được thông báo mà người kinh doanh vẫn không được thanh đầy đủ các khoản tiền nói trên thì có quyền bán hàng hoá đang lưu giữ.

#### **5.4 Trách nhiệm của người kinh doanh vận tải đa phương thức**

##### **5.4.1 Căn cứ phát sinh trách nhiệm của người kinh doanh vận tải đa phương thức và thời hạn khiếu nại**

Người kinh doanh trong vận chuyển hàng hóa đa phương thức phải chịu trách nhiệm đối với hàng hóa kể từ thời điểm hàng hóa được người kinh doanh tiếp nhận hàng hóa đến thời điểm người kinh doanh giao hàng cho người nhận (điều 15, Nghị định 125/2003). Người kinh doanh vận tải hàng hóa đa phương thức không những phải chịu trách nhiệm về những hành vi sai sót của chính họ trong quá trình vận chuyển hàng hóa mà còn phải chịu trách nhiệm về mọi hành vi sai sót của người làm công hoặc đại lý của người kinh doanh khi họ đã hành động trong phạm vi được thuê, hoặc mọi hành vi và sai sót của bất cứ người nào khác mà người kinh doanh vận tải đa phương thức sử dụng dịch vụ của họ để thực hiện hợp đồng vận tải đa phương thức.

Trong vận chuyển hàng hóa đa phương thức, việc xác định trách nhiệm của người kinh doanh trong trường hợp hàng hóa bị mất mát, hư hỏng, hay vận chuyển chậm trễ thường gặp nhiều khó khăn. Các Công ước quốc tế áp dụng cho các loại phương tiện vận chuyển khác nhau có các quy định khác nhau trong việc xác định cơ sở và phạm vi trách nhiệm của người trách nhiệm của người vận chuyển: trách nhiệm của người vận chuyển trong vận chuyển hàng hóa bằng đường biển được điều chỉnh bởi Công ước Hague-Visby; trong vận chuyển bằng đường hàng không được điều chỉnh bởi Công ước Warsaw; trong vận chuyển hàng hóa bằng đường bộ được điều chỉnh bằng Công ước CMR; trong vận chuyển bằng đường sắt được điều chỉnh bằng Công ước COTIF. Quy tắc Hague-Visby coi người vận chuyển có lỗi chỉ trong trường hợp

họ không cần thận, còn Công ước Warsaw, CMR, COTIF quy định nguyên tắc trách nhiệm của người vận chuyển ngay cả khi không có lỗi, tuy nhiên các công ước này lại có quy định khác nhau về các chứng cứ bảo vệ, mà người vận chuyển có thể đưa ra. Trong vận chuyển hàng hóa bằng đường hàng không, người vận chuyển sẽ không chịu trách nhiệm nếu chứng minh được rằng đã áp dụng mọi biện pháp để tránh tổn thất, còn CMR và COTIF lại quy định một loạt các chứng cứ đặc thù để bảo vệ người vận chuyển, trong số đó có cả khuyết tật bên trong của hàng hóa và trường hợp bất khả kháng. Sự phức tạp sẽ tăng lên nếu xác định được, ở công đoạn nào của vận tải đa phương thức hàng hóa bị mất mát hay hư hỏng. Hiện nay chưa có quy định của pháp luật quốc tế chung để điều chỉnh điều chỉnh vấn đề này.

Sự tồn tại của sự phức tạp về mặt pháp lý này được coi là nguyên nhân gây ra nhiều khó khăn trong thế giới hiện đại, khi mà vận chuyển đa phương thức đóng vai trò hàng đầu trong vận chuyển hàng hóa quốc tế<sup>169</sup> và theo ý kiến của nhiều doanh nghiệp, vận chuyển hàng hóa đa phương thức là một giao dịch độc lập đối với các loại vận chuyển khác. Việc có một hệ thống trách nhiệm thống nhất cho người kinh doanh trong vận chuyển đa phương thức sẽ giải quyết được vấn đề pháp lý trên<sup>170</sup>, mà nếu vấn đề này được giải quyết, thì việc xác định trong giai đoạn nào xảy ra sự mất mát hay hư hỏng của hàng hóa trở nên không cần thiết<sup>171</sup>. Hệ thống trách nhiệm thống nhất được thể chế hóa trong Công ước Geneva về vận chuyển hàng hóa đa phương thức được Liên Hiệp Quốc thông qua ngày 24.5.1980<sup>172</sup> và Các quy tắc thống nhất về chứng từ của vận tải đa phương thức của UNCTAD/ ICC năm 1973; đã có hiệu lực từ ngày 1-1-1992.

Theo quy định của hai văn bản nói trên, chế độ trách nhiệm của người kinh doanh vận tải đa phương thức là chế độ trách nhiệm thống nhất (Uniform Liability System). Điều này có nghĩa là chỉ có một chế độ trách nhiệm áp dụng cho nhiều phương thức vận tải khác nhau trong vận tải đa phương thức, tức là trong quá trình vận tải đa phương thức đó chỉ có một cơ sở trách nhiệm, một thời hạn trách nhiệm, một giới hạn trách nhiệm.

<sup>169</sup> Xem: Schmitthoff C.M, Sđd, tr. 323.

<sup>170</sup> Xem: Anthony Dimond. Liability of the Carrier in Multimodal Transport in International Carriage of Good (ed. C.M Schmitthoff and R. M Goode), London, 1988, p. 35.

<sup>171</sup> Việc giải quyết vấn đề này nhận được sự ủng hộ tại hội thảo quốc tế về vận chuyển hàng hóa bằng đa phương thức diễn ra tại Genoa, Italia tháng 5 năm 1972.

<sup>172</sup> Xem: UN Doc. TD/TM/Conf/16

Nguyên tắc trách nhiệm thống nhất được thể hiện trong Công ước Geneva về vận chuyển hàng hóa quốc tế đa phương thức và Nghị định 125/2003 như sau:

- Thứ nhất, người kinh doanh phải chịu trách nhiệm về những tổn thất, hậu quả của sự mất mát hư hỏng hàng hóa cũng như do chậm giao hàng, nếu như những yếu tố gây ra sự mất mát, hư hỏng hay chậm giao hàng xảy ra trong thời gian hàng hóa nằm dưới sự kiểm soát của người kinh doanh, trừ khi người kinh doanh chứng minh được rằng, họ hay người làm công và đại diện của họ đã áp dụng mọi biện pháp để ngăn chặn sự cố và hậu quả của nó (Điều 18.1 Nghị định 125/2003). Người kinh doanh vận tải đa phương thức không chịu trách nhiệm và được coi là đã giao hàng đủ và đúng cho người nhận, nếu người nhận hàng không thông báo bằng văn bản cho người kinh doanh vận tải đa phương thức về các mất mát, hư hỏng hàng hóa chậm nhất là một ngày tính từ ngày nhận hàng. Trường hợp hàng hóa bị mất mát, hư hỏng không thể phát hiện từ bên ngoài, thì người nhận hàng phải thông báo bằng văn bản cho người kinh doanh vận tải đa phương thức trong vòng sáu ngày (kể cả ngày lễ và ngày nghỉ) sau ngày hàng hóa được giao trả cho người nhận hàng. Trường hợp hàng hóa đã được giám định theo yêu cầu của người nhận hàng hoặc người kinh doanh vận tải đa phương thức khi giao trả hàng thì không cần thông báo bằng văn bản (Điều 18.3 Nghị định 125/2003).

Người kinh doanh vận tải đa phương thức phải có nghĩa vụ thanh toán chi phí giám định, ngay cả khi người nhận hàng yêu cầu giám định chất lượng của hàng hóa, nếu không chứng minh được rằng, hàng hóa bị mất mát, hư hỏng ngoài phạm vi trách nhiệm của mình.

- Thứ hai, người kinh doanh phải chịu trách nhiệm về việc giao trả hàng hóa chậm trễ. Chậm giao hàng được coi là khi hàng hóa không được giao đúng thời hạn được quy định trong hợp đồng. Trong trường hợp các bên không thỏa thuận thời hạn giao hàng thì hàng hóa phải được giao trong thời hạn hợp lý, thời hạn này là cần thiết để một người điều hành có thể giao hàng trong hoàn cảnh tương tự, tuy nhiên cũng phải xét đến hoàn cảnh của mỗi vụ việc.

- Thứ ba, người kinh doanh phải chịu trách nhiệm về việc hàng hóa bị mất. Nếu hàng hóa không được giao trong thời hạn 90 ngày (kể cả ngày lễ và ngày nghỉ) tính từ ngày đáng lẽ phải được giao theo thỏa thuận của các bên thì hàng hóa coi như bị mất, trừ trường hợp người kinh doanh vận tải đa phương thức có bằng chứng chứng minh ngược lại.

Thời hạn khiếu kiện người kinh doanh được quy định trong Công ước quốc tế về vận tải đa phương thức quốc tế là 6 tháng. Còn theo quy định của Các

quy tắc thống nhất về chứng từ vận tải đa phương thức của UNCTAD/ICC và Nghị định 125/2003 thì thời hạn khiếu kiện là 9 tháng kể từ ngày giao trả hàng hoặc từ ngày hàng hóa đóng lô phải được giao cho người nhận. Tuy nhiên thời hạn khiếu nại nói trên sẽ không được áp dụng nếu người có quyền lợi liên quan- người gửi hàng hay người nhận hàng- chứng minh được rằng, sự mất mát, hư hỏng, giao hàng chậm trễ là do người làm công, người đại lý hoặc người khác mà người kinh doanh vận tải đa phương thức sử dụng dịch vụ của họ để thực hiện hợp đồng vận tải đa phương thức đã có những hành vi gây mất mát, hư hỏng hay chậm trễ.

Một trong những vấn đề mang tính pháp lý liên quan đến việc xác định trách nhiệm của người kinh doanh vận tải đa phương thức đó là thời hạn khiếu kiện. Thời hạn khiếu kiện được Nghị định 125/2003 (Điều 29.2) quy định là 9 tháng kể từ ngày hàng hóa được giao trả xong cho người nhận hàng hoặc sau ngày đóng lô hàng hóa được giao trả theo quy định của hợp đồng vận tải đa phương thức, nếu không có thỏa thuận thì kể từ ngày hàng hóa được giao trả cho người nhận hàng trong một thời hạn hợp lý có tính đến những hoàn cảnh cụ thể. Khi xem xét quy định này có thể nhận thấy rằng, thời hạn khiếu kiện này khác với quy định của Luật Thương mại. Điều 319 Luật Thương mại quy định rằng, thời hiệu khởi kiện áp dụng cho tất cả các tranh chấp trong thương mại là 2 năm kể từ thời điểm phát sinh quyền khiếu nại. Có thể nói rằng mặc dù cũng được coi là hành vi thương mại, tuy nhiên vận chuyển hàng hóa đa phương thức quốc tế và dịch vụ logistic là những hành vi đặc thù, hơn nữa quy định thời hạn khiếu kiện như vậy thể hiện sự tương thích với pháp luật quốc tế điều chỉnh các loại hình hoạt động thương mại này.

#### **5.4.2. Giới hạn trách nhiệm của người kinh doanh vận tải đa phương thức**

Ngoài việc quy định nguyên tắc trách nhiệm thống nhất, pháp luật còn quy định giới hạn trách nhiệm của người kinh doanh vận tải đa phương thức. Theo quy định của Điều 19(1) Công ước về vận tải đa phương thức quốc tế, trách nhiệm của người kinh doanh trong trường hợp hàng hóa bị hư hỏng hay mất mát được giới hạn trong phạm vi 920 SDR cho mỗi kiện hàng hay một đơn vị chuyên chở hoặc 2,75 SDR/kg hàng hóa cả bì tùy theo cách tính nào cao hơn. Còn theo quy định của Nghị định 125/2005 (Điều 22.1) thì người kinh doanh trong mọi trường hợp hàng hóa bị mất mát hay hư hỏng chỉ chịu trách nhiệm bồi thường với mức tối đa tương đương 666,67 SDR cho một kiện hàng hay một đơn vị hoặc 2,00 SDR cho một kg trọng lượng hàng hóa cả bao bì, tùy theo cách tính nào cao hơn, ngoại trừ trường hợp khi tính chất và giá trị của hàng hóa được người gửi hàng khai báo và ghi trong chứng từ vận tải đa phương thức. Các quy tắc của UNCTAD/ICC về chứng từ vận tải đa phương thức thu hẹp phạm vi trách nhiệm của người hành so với Công ước về

vận tải đa phương thức quốc tế và giới hạn trách nhiệm của người kinh doanh không vượt quá 666,7 SDR cho mỗi kiện hay đơn vị chuyên chở hoặc 2 SDR cho mỗi kg hàng hóa cả bao bì bị mất hay hư hỏng.

Theo quy định của Công ước Liên hợp quốc về vận tải đa phương thức quốc tế, để xác định số tiền nào cao hơn sẽ áp dụng các quy tắc sau đây:

- Khi container, pallet hoặc công cụ tương tự được sử dụng để xếp hàng hóa thì các kiện hoặc các đơn vị chuyên chở có kê khai vào chứng từ vận tải đa phương thức và được xếp vào container được coi là kiện hàng hoặc đơn vị. Nếu những kiện hàng và đơn vị chuyên chở không được ghi vào chứng từ vận tải đa phương thức thì tất cả hàng hóa trong container được coi là một kiện hoặc đơn vị chuyên chở (container được coi là một đơn vị chuyên chở).

- Trong trường hợp chính container, pallet bị mất mát hoặc hư hỏng thì công cụ vận tải đó, nếu không thuộc sở hữu hoặc không do người điều hành cung cấp, được coi là một đơn vị chuyên chở.

Điều 19(3) Công ước Liên hợp quốc về vận tải đa phương thức quốc tế, Điều 22.3 Nghị định 125/2003 quy định rằng, nếu vận tải quốc tế đa phương thức theo hợp đồng vận chuyển không bao gồm vận tải đường biển hoặc đường nội thủy thì trách nhiệm của người kinh doanh không vượt quá 8,33 SDR cho mỗi kg hàng hóa cả bao bì bị mất hoặc hư hỏng. Hạn chế này tương tự với hạn chế được quy định trong Công ước quốc tế về vận chuyển hàng hóa bằng đường bộ.

Trong trường hợp chậm giao hàng, Điều 22.5 Nghị định 125/2003 quy định rằng, mức bồi thường của người kinh doanh được giới hạn trong phạm vi không vượt quá số tiền tương đương với tiền cước vận chuyển theo hợp đồng vận tải đa phương thức. Khi xem xét quy định nói trên của Nghị định 125/2003 có thể nhận thấy rằng, quy định như vậy là chưa rõ ràng, bởi vì không thể xác định được: cước vận chuyển của số hàng bị chậm hay tổng số tiền cước vận chuyển theo hợp đồng vận tải hàng hóa đa phương thức. Khác với quy định của Nghị định 125/2003, Công ước Liên hợp quốc về vận tải đa phương thức quốc tế và Bộ luật Hàng hải Việt Nam 2005 (Điều 121 và Điều 79) quy định giới hạn trách nhiệm của người kinh doanh rõ ràng hơn, cụ thể trách nhiệm của người kinh doanh được giới hạn bởi số tiền tương đương 2,5 lần tiền cước của số hàng giao chậm nhưng không vượt quá tổng số tiền cước theo hợp đồng vận tải đa phương thức.

### 5.5 Một số đặc điểm của vận chuyển hàng hóa bằng container

Hiện nay hàng hóa thường được xếp vào container để vận chuyển. "Vận chuyển đường biển bằng container theo lịch trình định sẵn hiện nay là dịch vụ

chủ yếu<sup>163</sup> trong việc vận chuyển hàng hóa giữa các thị trường lớn của thế giới công nghiệp. Việc bốc và dỡ hàng nhanh (roll-on/roll-off) cũng được sử dụng phổ biến trên những hành trình dài nhờ tính uyển chuyển, mềm dẻo của mình, hơn nữa yếu tố này ảnh hưởng một cách tích cực đến sự phát triển dịch vụ liên hoàn đối với các khu vực đang phát triển của thế giới.

Container đặc biệt tiện lợi trong vận tải đa phương thức. Nếu hàng hóa cần phải được vận chuyển bằng các phương tiện vận tải khác nhau thì chúng sẽ được xếp vào một container và được vận chuyển từ điểm bốc hàng đến điểm dỡ hàng và như vậy tiết kiệm được lao động, chi phí bốc xếp từ phương tiện vận tải này sang phương tiện vận tải khác, ngoài ra còn hạn chế được khả năng mất mát.

Ngoài những quy định chung khi container được sử dụng, trong các phương thức vận tải tương ứng như: vận tải bằng đường biển, bằng đường bộ, bằng đường sắt, đa phương thức, việc sử dụng để chuyên chở hàng hóa còn có một số đặc điểm:

*Thứ nhất*, trong vận tải hàng hóa bằng container người gửi hàng ký hợp đồng với đại lý giao nhận hàng (expeditor) hay trực tiếp với hãng vận tải bằng container, sau đó chuyển hàng hóa của mình đến địa điểm tập kết container gần nhất của người giao nhận hay của hãng tàu. Những điểm này được gọi là các bến container hàng và có ở tất cả các trung tâm công nghiệp lớn hay các cảng biển (Tân Cảng - Khánh Hội).

Nếu người gửi hàng muốn vận chuyển đầy container thì người giao nhận hay hãng tàu sẽ gửi container rỗng cho người gửi để nhận hàng. Nếu người gửi quyết định gửi hàng đến địa điểm của người bán ở nước ngoài thì container sẽ được giao theo kiểu "từ cửa đến cửa" (From the door to the door). Trong trường hợp này, quan trọng nhất là việc container phải được bấm chì (SEAL) của người vận chuyển một cách đúng thủ tục. Việc bấm chì trong một số trường hợp được thực hiện bởi người gửi hàng, trong những trường hợp khác là người lái xe. Trong mọi trường hợp, người gửi hàng cần phải tin tưởng rằng container đã được bấm chì, bởi vì nếu phát sinh tranh chấp hay khiếu kiện về việc hàng hóa bị thiếu hay bị hư hỏng thì tình trạng của chì của người chuyên chở sẽ nói lên tất cả, nếu chì bị hỏng thì có nghĩa là hàng hóa bị mất mát hay hư hỏng trong thời gian vận chuyển.

Nếu hàng hóa được vận chuyển với khối lượng ít (không đầy container) người gửi sẽ chuyển hàng đến địa điểm giao nhận, ở đó hàng hóa sẽ được xếp cùng hàng của những người khác vào container. Khi đến địa điểm quy

---

<sup>163</sup> Xem: Schmitthoff C.M, sđd, tr. 321.

định, container sẽ được đưa vào điểm giao nhận và ở đó hàng hóa sẽ được chia cho những người nhận.

*Thứ hai*, tất cả các vận đơn trong vận chuyển bằng container thường là vận đơn giao hàng mà không phải là vận đơn boong tàu, bởi vì hàng hóa được nhận để vận chuyển tại điểm tập kết container, những địa điểm tập kết container này thường nằm ngoài cảng biển. Trong tất cả các vận đơn vận chuyển bằng container đều có quy định hệ thống trách nhiệm liên đới. Thường thì vận đơn loại này quy định, trong trường hợp, khi không thể xác định được hàng hóa bị mất mát, hư hỏng ở giai đoạn nào thì trách nhiệm của người vận chuyển được xác định theo quy định của Quy tắc Hague Visby.

*Thứ ba*, chính container khác với hàng hóa được xếp trong đó, theo nguyên tắc cũng được vận chuyển bằng vận đơn boong tàu thông thường. Trong vận tải đường biển, rất quan trọng khi xác định, container hay hàng hóa riêng biệt trong container được coi là đơn vị theo quy định của Điều 4 Quy tắc Hague Visby, khoản 2 Điều 79 Bộ luật Hàng hải của Việt Nam 2005 về mức bồi thường tối đa của người vận chuyển trong trường hợp hàng hóa bị mất mát hay hư hỏng. Hay nói cách khác, theo Quy tắc Hague Visby, và Bộ luật Hàng hải 2005 cách ghi vận đơn được người vận chuyển ký phát có ý nghĩa quyết định. Nếu trong vận đơn chỉ ghi một container có hàng cụ thể (ví dụ giày dép hay áo quần) thì chính container được coi là một kiện hàng hay một đơn vị tính, nhưng nếu trong container lại ghi rõ từng loại hàng được xếp riêng biệt trong đó, ví dụ, giày thể thao người lớn, giày của trẻ em, giày cao gót của phụ nữ và mỗi loại có bao nhiêu kiện thì mỗi kiện đó được coi là một đơn vị hay một kiện hàng.

Chính vì những quy định nói trên nên các doanh nghiệp khi sử dụng container để vận chuyển hàng hóa cần phải hết sức chú ý đến những đặc điểm nói trên để tránh những thiệt hại trong trường hợp hàng hóa bị mất mát, hư hỏng.

## TÀI LIỆU THAM KHẢO

1. Bộ luật dân sự năm 1995 (hết hiệu lực từ ngày 1-1-2006)
2. Bộ luật dân sự năm 2005.
3. Bộ luật hàng hải năm 2005.
4. Bộ luật tố tụng dân sự năm 2004.
5. Luật thương mại năm 1997 (hết hiệu lực từ ngày 1-1-2006).
6. Luật thương mại 1997.
7. Luật về các tổ chức tín dụng.
8. Pháp lệnh hợp đồng kinh tế năm 1989 (Hết hiệu lực từ ngày 1-1-2006).
9. Pháp lệnh trọng tài thương mại Việt Nam 2003.
10. Nghị định về vận tải hàng hóa đa phương thức quốc tế 2003.
11. Nghị định 11/CP về hợp đồng chuyển giao công nghệ 2005.
12. Quy chế bảo lãnh ngân hàng 2000.
13. Quy chế bao thanh toán 2004.
14. Công ước Viên năm 1980 về hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế.
15. Công ước Ottawa năm 1988 về thuê tài chính.
16. Công ước Ottawa năm 1988 về bao thanh toán.
17. Công ước Oashington năm 1996 về bảo lãnh độc lập.
18. Công ước New-York năm 1974 về thời hiệu tố tụng trong hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế.
19. Nguyên tắc hợp đồng thương mại quốc tế của UNIDROIT 1994.
20. Nguyên tắc hợp đồng thương mại quốc tế của UNIDROIT 2004.
21. Công ước quốc tế Genever về Hối phiếu 1930.
22. Công ước quốc tế Genever về Séc 1931.
23. Luật về séc của quốc tế năm 1982.
24. Quy chế trọng tài UNCITRAL 1976.
25. Nghị quyết số 4087/88 của EU về hợp đồng nhượng quyền thương mại.
26. Dương Anh Sơn, *Tinh quốc tế của hợp đồng mua bán hàng hóa ngoại thương*, Tạp chí Khoa học pháp lý, số 6 (25)/2004.
27. Dương Anh Sơn - Lê Thị Bích Thọ, *Một số ý kiến về phạt vi phạm do vi phạm hợp đồng theo quy định của pháp luật Việt Nam*, Tạp chí Khoa học pháp lý, số 1(26)/2005.

28. Dương Anh Sơn, *Các thoả thuận hạn chế và miễn trừ trách nhiệm*, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số 3/2005.
29. Giáo trình *Tư pháp quốc tế*, NXB Đại học Quốc gia Hà Nội, 2000.
30. Giáo trình *Tư pháp quốc tế*, NXB Công an Nhân dân, Hà Nội, 2001.
31. Giáo trình *Luật thương mại quốc tế*, Trường Đại học Kinh tế Quốc dân, 1999.
32. Giáo trình *Luật thương mại quốc tế*, Trường Đại học Kinh tế Quốc dân, 2005.
33. Phạm Kim Anh, *Khái niệm lỗi trong trách nhiệm dân sự*, Tạp chí Khoa học pháp lý, số 3 (18) 2004.
34. Phạm Duy Nghĩa, *Luật kinh tế*, NXB Đại học Quốc gia Hà Nội, 2003.
35. Lê Thị Bích Thọ, *Hợp đồng kinh tế vô hiệu*, NXB Chính trị Quốc gia, 2004.
36. Nguyễn Như Phát, Lê Thị Thu Thuỷ, *Một số vấn đề lý luận và thực tiễn về pháp luật hợp đồng ở Việt Nam hiện nay*, NXB Công an Nhân dân, 2003.
37. 50 phản quyết trọng tài quốc tế chọn lọc, Hà Nội, 2002
38. Lý Quý Trung, *Franchise - Bí quyết thành công bằng mô hình nhượng quyền kinh doanh*, NXB Trẻ, 2005..
39. Nguyễn Ngọc Lâm, *Đề cương tập bài giảng môn học "Tư pháp quốc tế"*, Trường Đại học Luật Thành phố Hồ Chí Minh, 1998.
40. Hoàng Ngọc Thiết, *Tranh chấp từ hợp đồng xuất nhập khẩu. Án lệ trọng tài và kinh nghiệm*, NXB Chính trị Quốc gia, Hà Nội, 2002.
41. Tổ chức thương mại thế giới, NXB Chính trị Quốc gia, Hà Nội, 2000.
42. Nguyễn Bá Diển, *Về bản chất và các loại hình của hợp đồng Li-Xăng*, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, số 7, 1999.
43. Tài liệu Hội thảo “Hợp đồng thương mại quốc tế” được tổ chức tại Hà Nội, ngày 13-14 tháng 12 năm 2004.
44. Nguyễn Vũ Hoàng, *Về các tiêu chí xác định hợp đồng mua bán hàng hoá quốc tế*, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, số 11-2003.
45. Đỗ Văn Đại, *Vấn đề hủy bỏ, đình chỉ hợp đồng do bị vi phạm*, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số 9-9-2004.
46. Đỗ Văn Đại, *Vấn đề hủy bỏ, đình chỉ hợp đồng do bị vi phạm trong Bộ luật dân sự Việt Nam*, Tạp chí Khoa học pháp lý, số 3 (22)-2004.

47. Corinne Renault-Brahinsky, *Đại cương về pháp luật hợp đồng*, NXB Văn hoa - Thông tin, Hà Nội, 2002.
48. Trọng tài và các phương thức giải quyết tranh chấp lựa chọn - Giải quyết các tranh chấp thương mại như thế nào. Trung tâm trọng tài quốc tế Việt Nam, 2003.
49. Giáo trình luật dân sự, NXB Công an Nhân dân, Hà Nội, 2002.
50. Báo *Thanh niên*, số ra ngày 10-4-2003
51. Báo *An ninh thế giới*, số ra ngày 20-2-2003.
52. Báo *Tuổi trẻ*, số ra ngày 2-8-2003.
53. Báo *An ninh thế giới*, số ra ngày 20-2-2003.
54. Báo *Tuổi trẻ*, ngày 5-5-2005.
55. Báo *Sài Gòn Giải phóng*, số ra ngày 4-7-2003.
56. Luật dân sự và thương mại của các nước tư bản, Matxcova, 1993.
57. Braginsky M.I - Vitriansky V.V., Pháp luật về hợp đồng, Matxcova, 1999.
58. Luật thương mại quốc tế, Minsk, 2000.
59. Luns L.A., *Mua bán quốc tế. Những vấn đề xung đột*, Matxcova, 1972.
60. Boguslavsky M.M., *Tư pháp quốc tế*, Matxcova, 1992.
61. Dmitrieva G.K., *Tư pháp quốc tế*, Matxcova, 2000.
62. Giáo trình *Luật dân sự*, tập 2, bản tiếng Nga, Matxcova, 2000.
63. Cabatov E.V., *Thuê tài chính - Điều chỉnh pháp luật và thực tiễn*, Matxcova 1998.
64. Gazman V.D., *Thuê tài chính: Lý luận, thực tiễn và bình luận*, Matxcova 1997.
65. Resetnik I. A., *Điều chỉnh bằng pháp luật thuê tài chính ở Cộng hòa Liên Bang Nga*, Perm, 1998.
66. Comarov A.S., *Trách nhiệm trong hoạt động thương mại*, Matxcova, 1991.
67. *Bình luận Bộ luật dân sự của Liên Bang Nga, Phần 1*, Matxcova, 2000.
68. Scaridov A.S., *Tư pháp quốc tế*, Sant-Peterburg 1998.
69. *Vận chuyển hàng hoá trong ngoại thương của CCCP*, Matxcova, 1977.
70. Chashir G, Nort P., *Tư pháp quốc tế*, Bản dịch tiếng Nga, Matxcova, 1982.
71. Schmitthoff M.C., *Luật pháp và thực tiễn trong thương mại quốc tế*, Matxcova, 1993.

72. Konrad Zweigert - Hein Kotz, *Luật so sánh trong lĩnh vực tư pháp*, Matxcova, 1998.
73. Commentary on the International Sales Law. The Vien Convention, Lando, Milan, 1987.
74. Nicholas B. French Law of Contract, London, 1982.
75. Schmitthoff M.C., Dispute Settlement, Forum International No 6, May 1985.
76. Schmitthoff M.C., The Jurisdiction of the Arbitration in the Art of Arbitration, London, 1982.
77. Laurence Graig & other International Chamber of Commerce Arbitration, London, 1990.
78. Ralph H. Folsom - Michael Wallace Gordon - John A. Spanogle, International Business Transactions in a Nutshell. St. Paul, Minn, West Publishing Co. 1992.
79. V. Anson, Law of Contract, Clarendon Press Oxford, 1979.
80. Anthony Dimond, Liability of the Carrier in Multimodal Transport in International Carriage of Good (ed. C.M Schmitthoff and R. M Goode), London, 1988.

# MỤC LỤC

Lời nói đầu .....	3
<b>PHẦN THỨ NHẤT</b>	
<b>NHỮNG VẤN ĐỀ CHUNG VỀ HỢP ĐỒNG</b>	
<b>THƯƠNG MẠI QUỐC TẾ .....</b>	5
<b>CHƯƠNG I. KHÁI QUÁT HỢP ĐỒNG THƯƠNG MẠI QUỐC TẾ .....</b> 5	
I. KHAI NIỆM .....	5
1.1. Khái niệm hợp đồng thương mại quốc tế.....	5
1.2. Chủ thể của hợp đồng thương mại quốc tế .....	11
1.3. Đối tượng của hợp đồng thương mại quốc tế .....	12
1.4. Hình thức của hợp đồng thương mại quốc tế.....	13
1.5. Phân loại hợp đồng thương mại quốc tế.....	14
1.6. Đặc điểm của hợp đồng thương mại quốc tế .....	16
II. CƠ SỞ PHÁP LÝ CỦA HỢP ĐỒNG THƯƠNG MẠI QUỐC TẾ .....	18
2.1. Điều ước quốc tế .....	18
2.2. Pháp luật quốc gia.....	20
2.3. Tập quán thương mại quốc tế và hợp đồng mẫu .....	25
2.4. Án lệ.....	28
III. HIỆU LỰC CỦA HỢP ĐỒNG THƯƠNG MẠI QUỐC TẾ .....	28
3.1. Điều kiện có hiệu lực của hợp đồng thương mại quốc tế .....	28
3.2. Hợp đồng vô hiệu và hiệu quả pháp lý do hợp đồng vô hiệu .....	28
<b>CHƯƠNG II. KÝ KẾT VÀ ĐIỀU CHỈNH HỢP ĐỒNG</b>	
<b>THƯƠNG MẠI QUỐC TẾ .....</b>	30
I. KÝ KẾT HỢP ĐỒNG THƯƠNG MẠI QUỐC TẾ .....	30
1.1. Đàm phán trực tiếp giữa các bên.....	30
1.2. Ký kết hợp đồng bằng cách gián tiếp .....	33
1.3. Giải thích hợp đồng .....	39
II. ĐIỀU CHỈNH NỘI DUNG HỢP ĐỒNG THƯƠNG MẠI QUỐC TẾ .....	43
2.1. Nhu cầu điều chỉnh nội dung của hợp đồng thương mại quốc tế .....	43
2.2. Những điều khoản thường sử dụng cho phép điều chỉnh nội dung hợp đồng .....	44

<b>CHƯƠNG III. CÁC BIỆN PHÁP CHẾ TÀI DO PHẠM VI HỢP ĐỒNG THƯƠNG MẠI QUỐC TẾ .....</b>	47
I. KHÁI QUÁT .....	47
1.1. Buộc thực hiện đúng hợp đồng.....	48
1.2. Tam ngừng và đình chỉ thực hiện hợp đồng .....	51
1.3. Hủy hợp đồng .....	51
II. TRÁCH NHIỆM DO VI PHẠM HỢP ĐỒNG THƯƠNG MẠI QUỐC TẾ .....	53
2.1. Khái niệm, hình thức trách nhiệm do vi phạm hợp đồng thương mại quốc tế .....	53
2.2. Căn cứ phát sinh trách nhiệm do vi phạm hợp đồng thương mại quốc tế .....	61
2.3. Các trường hợp miễn trừ trách nhiệm do vi phạm hợp đồng thương mại quốc tế .....	68
<b>CHƯƠNG IV. THANH TOÁN QUỐC TẾ .....</b>	77
I. KHÁI QUÁT .....	77
II. CÁC PHƯƠNG TIỆN THANH TOÁN .....	79
2.1. Hối phiếu.....	80
2.2. Séc .....	86
III. CÁC HÌNH THỨC THANH TOÁN.....	89
3.1. Thanh toán quốc tế bằng hình thức trả tiền vào tài khoản được chỉ định .....	89
3.2. Phương thức nhờ thu trong thanh toán quốc tế.....	95
3.3. Thanh toán bằng tín dụng chứng từ .....	102
<b>CHƯƠNG V. GIẢI QUYẾT TRANH CHẤP PHÁT SINH TỪ HỢP ĐỒNG THƯƠNG MẠI QUỐC TẾ .....</b>	124
I. KHÁI QUÁT TRANH CHẤP VÀ GIẢI QUYẾT TRANH CHẤP THƯƠNG MẠI QUỐC TẾ .....	124
1.1. Khái niệm .....	124
1.2. Giải quyết tranh chấp bằng thương lượng.....	127
1.3. Giải quyết tranh chấp bằng hòa giải .....	129
II. TRỌNG TÀI THƯƠNG MẠI QUỐC TẾ .....	135
2.1. Khái niệm và đặc điểm của trọng tài thương mại quốc tế .....	135

2.2. Cơ sở pháp lý của trọng tài thương mại quốc tế.....	141
2.3. Thỏa thuận trọng tài .....	147
2.4. Tổ tụng trọng tài .....	153
2.5. Công nhận và cho thi hành quyết định của trọng tài nước ngoài.....	162

## **PHẦN THỨ HAI**

### **CÁC HỢP ĐỒNG THƯƠNG MẠI QUỐC TẾ THÔNG DỤNG..... 166**

#### **CHƯƠNG VI. HỢP ĐỒNG MUA BÁN HÀNG HÓA QUỐC TẾ ..... 166**

I. KHAI QUÁT HỢP ĐỒNG MUA BÁN HÀNG HÓA QUỐC TẾ .....	166
1.1. Khái niệm .....	166
1.2. INCOTERMS và thực tiễn sử dụng INCOTERMS ở Việt Nam .....	167
II. NỘI DUNG CỦA HỢP ĐỒNG MUA BÁN HÀNG HÓA QUỐC TẾ .....	175
2.1. Các điều khoản cơ bản của hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế .....	175
2.2. Quyền và nghĩa vụ của các bên .....	182
III. THỜI ĐIỂM CHUYỂN QUYỀN SỞ HỮU VÀ THỜI ĐIỂM CHUYỂN RỦI RO.....	192
3.1. Thời điểm chuyển quyền sở hữu .....	192
3.2. Thời điểm chuyển rủi ro .....	194

#### **CHƯƠNG VII. TRUNG GIAN TRONG THƯƠNG MẠI QUỐC TẾ ..... 199**

I. HỢP ĐỒNG ĐẠI DIỆN TRONG THƯƠNG MẠI QUỐC TẾ .....	199
1.1. Khái niệm đại diện thương mại và hợp đồng đại diện trong thương mại quốc tế .....	199
1.2. Các văn bản pháp lý quốc tế điều chỉnh hợp đồng đại diện trong thương mại quốc tế.....	203
1.3. Nghĩa vụ của người đại diện .....	206
1.4. Nghĩa vụ của bên giao đại diện .....	210
1.5. Quyền của người được đại diện chấp nhận hay từ chối đơn đặt hàng do người đại diện cung cấp.....	214
1.6. Quyền đặc biệt của người đại diện .....	215

1.7. Mối quan hệ của người được đại diện và người đại diện với người thứ ba .....	215
1.8. Quyền sở hữu đối với hàng hóa được giao cho người đại diện .....	217
1.9. Chấm dứt hợp đồng đại diện thương mại và hậu quả pháp lý .....	218
<b>II. HỢP ĐỒNG ĐỘC QUYỀN PHÂN PHỐI (SOLO DISTRIBUTION CONTRACTS) .....</b>	<b>219</b>
2.1. Khái niệm hợp đồng độc quyền phân phối .....	219
2.2. Sự khác biệt của hợp đồng phân phối độc quyền với một số loại hợp đồng tương tự khác .....	221
2.3. Các điều kiện của hợp đồng phân phối trong thương mại quốc tế .....	222
<b>CHƯƠNG VIII. HỢP ĐỒNG NHƯỢNG QUYỀN THƯƠNG MẠI QUỐC TẾ (FRANCHISE) .....</b>	<b>225</b>
<b>I. KHÁI NIỆM NHƯỢNG QUYỀN VÀ HỢP ĐỒNG NHƯỢNG QUYỀN THƯƠNG MẠI .....</b>	<b>225</b>
1.1. Khái niệm nhượng quyền thương mại.....	225
1.2. Hợp đồng nhượng quyền thương mại .....	228
1.3. Các loại nhượng quyền thương mại.....	231
1.4. Sự khác biệt giữa hợp đồng nhượng quyền thương mại với hợp đồng chuyển giao công nghệ theo quy định của pháp luật Việt Nam.....	231
<b>II. NGHĨA VỤ CỦA CÁC BÊN TRONG HỢP ĐỒNG NHƯỢNG QUYỀN THƯƠNG MẠI.....</b>	<b>233</b>
2.1. Nghĩa vụ của bên giao .....	233
2.2. Nghĩa vụ của bên sử dụng.....	237
<b>III. THỎA THUẬN HẠN CHẾ CẠNH TRANH .....</b>	<b>240</b>
<b>IV. TRÁCH NHIỆM CỦA CÁC BÊN THEO HỢP ĐỒNG NHƯỢNG QUYỀN THƯƠNG MẠI .....</b>	<b>242</b>
<b>V. THAY ĐỔI, CHẤM DỨT HỢP ĐỒNG NHƯỢNG QUYỀN THƯƠNG MẠI .....</b>	<b>243</b>
<b>CHƯƠNG IX. TÀI TRỢ XUẤT NHẬP KHẨU .....</b>	<b>248</b>
<b>I. HỢP ĐỒNG THUÊ TÀI CHÍNH QUỐC TẾ .....</b>	<b>248</b>

1.1. Khái niệm và đặc điểm của hợp đồng thuê tài chính quốc tế .....	248
1.2. Nội dung của hợp đồng thuê tài chính.....	254
1.3. Chấm dứt hợp đồng thuê tài chính .....	258
<b>II. HỢP ĐỒNG BAO THANH TOÁN (FACTORING) .....</b>	<b>259</b>
2.1. Khái niệm và đặc điểm hợp đồng bao thanh toán .....	259
2.2. Nội dung của hợp đồng bao thanh toán .....	267
<b>III. BẢO LÃNH NGÂN HÀNG .....</b>	<b>272</b>
3.1. Khái niệm bảo lãnh ngân hàng.....	272
3.2. Căn cứ pháp lý của bảo lãnh ngân hàng trong thương mại quốc tế .....	274
3.3. Đặc điểm của bảo lãnh ngân hàng .....	276
3.4. Hợp đồng bảo lãnh ngân hàng .....	278
3.5. Các loại bảo lãnh ngân hàng.....	282
<b>CHƯƠNG X. HỢP ĐỒNG VẬN CHUYỂN HÀNG HÓA .....</b>	<b>285</b>
<b>I. HỢP ĐỒNG VẬN CHUYỂN HÀNG HÓA BẰNG ĐƯỜNG BIỂN .....</b>	<b>285</b>
1.1. Khái quát hợp đồng vận chuyển hàng hóa bằng đường biển.....	285
1.2. Hợp đồng vận chuyển hàng hóa theo chứng từ vận chuyển .....	296
1.3. Hợp đồng chuyên chở bằng tàu thuyền .....	303
<b>II. VẬN TẢI HÀNG HÓA BẰNG ĐƯỜNG HÀNG KHÔNG .....</b>	<b>307</b>
2.1. Khái niệm, đặc điểm và cơ sở pháp lý .....	307
2.2. Hợp đồng vận chuyển hàng hóa bằng đường hàng không .....	309
2.3. Trách nhiệm của các bên theo hợp đồng vận chuyển hàng hóa bằng đường hàng không .....	310
<b>III. VẬN CHUYỂN HÀNG HÓA BẰNG ĐƯỜNG BỘ QUỐC TẾ .....</b>	<b>313</b>
3.1. Công ước quốc tế về vận chuyển hàng hóa bằng đường bộ.....	313
3.2. Hợp đồng vận chuyển hàng hóa bằng đường bộ .....	314
3.3. Trách nhiệm của các bên .....	316
<b>IV. HỢP ĐỒNG VẬN CHUYỂN HÀNG HÓA QUỐC TẾ BẰNG ĐƯỜNG SẮT .....</b>	<b>319</b>

4.1. Công ước về vận chuyển đường sắt quốc tế (COTIF) .....	319
4.2. Hiệp định liên vận hàng hóa đường sắt quốc tế (SMGS) .....	322
4.3. Vận đơn đường sắt .....	325
<b>V. VẬN TẢI HÀNG HÓA ĐA PHƯƠNG THỨC QUỐC TẾ .....</b>	<b>326</b>
5.1. Khái niệm và ý nghĩa .....	326
5.2. Chứng từ vận tải hàng hóa đa phương thức .....	328
5.3. Nghĩa vụ của những người tham gia hợp đồng vận tải đa phương thức .....	331
5.4. Trách nhiệm của người kinh doanh vận tải đa phương thức .....	333
5.5. Một số đặc điểm của vận chuyển hàng hóa bằng container .....	337
Tài liệu tham khảo .....	340

**GIÁO TRÌNH**  
**LUẬT HỢP ĐỒNG THƯƠNG MẠI QUỐC TẾ**  
PGS-TS Nguyễn Văn Luyện – TS Lê Thị Bích Thọ –  
TS Dương Anh Sơn

---

**NHÀ XUẤT BẢN**  
**ĐẠI HỌC QUỐC GIA TP HỒ CHÍ MINH**

Khu phố 6, phường Linh Trung, quận Thủ Đức, TP Hồ Chí Minh

**ĐT:** 7 242 181, 7 242 160 + (1421, 1422, 1423, 1425, 1426)

**Fax:** 7 242 194    **Email:** vnuhp@vnuhcm.edu.vn

\* \* \*

*Chịu trách nhiệm xuất bản*

**PGS-TS NGUYỄN QUANG ĐIỂN**

*Biên tập*

**PHẠM VĂN THỊNH**

*Sửa bản in*

**PHẠM THỊ ANH TÚ**

*Trình bày bìa*

**XUÂN THẢO**

---

In 500 cuốn, khổ 16 x 24cm, Số đăng ký kế hoạch xuất bản số: 116-2005/CXB/23-63/ĐHQG TPHCM. Quyết định xuất bản số: 655/QĐ-ĐHQG TPHCM của Giám đốc Nhà xuất bản ĐHQG TPHCM ngày 02 tháng 12 năm 2005. In tại nhà in ĐHQG TPHCM, in xong và nộp lưu chiểu tháng 01/2006.

## ĐÍNH CHÍNH

Trang	Dòng	Viết	Viết lại
30	11	Nguyên tắc tự chỉ ý chí	Nguyên tắc tự do ý chí
127	10	Điều 239 Luật thương mại 1997	Điều 317 Luật thương mại 2005
	11	trước hết phải	có thể
	14	phải	có thể
188	8 dl	Điều 55.4 Luật thương mại	Điều 51.4 Luật thương mại
188	14 dl	Điều 51 Luật thương mại	Điều 51 Luật thương mại
292	8 dl	Điều 83 Bộ luật Hàng hải	Điều 86 Bộ luật Hàng hải
298	16	Hòa hoãn mà bắn thân người   vận chuyển	Hòa hoãn mà không do bắn thân người vận chuyển



giao luật hợp đồng thương mại



1 006032 800037

42.000 VND



Giá: 42.000đ