

TRƯỜNG ĐẠI HỌC LUẬT HÀ NỘI

Giáo trình
LUẬT THƯƠNG MẠI
Tập hai
(Tái bản lần thứ 11)
Giáo trình

**NHÀ XUẤT BẢN CÔNG AN NHÂN DÂN
HÀ NỘI - 2015**

TRƯỜNG ĐẠI HỌC LUẬT HÀ NỘI

LUẬT THƯƠNG MẠI

TẬP II

(Tái bản lần thứ 11)

NHÀ XUẤT BẢN CÔNG AN NHÂN DÂN
HÀ NỘI - 2015

Chủ biên
PGS.TS. NGUYỄN VIỆT TÝ

Tập thể tác giả

- 1 PGS.TS. NGUYỄN VIỆT TÝ Chương XV
- 2 TS. PHAN CHÍ HIẾU Chương XIII
- 3 ThS. NGUYỄN THỊ KHÉ Chương XVIII
- 4 TS. NGUYỄN THỊ DUNG Chương XI
- 5 PGS.TS. NGUYỄN THỊ VÂN Chương X
^ N H
- 6 ThS. HOÀNG MINH CHIÊN Chương XVI, XVII
- 7 TS. ĐỒNG NGỌC BA Chương IX
- 8 TS. NGUYỄN THANH TÂM Chương XIV
- 9 TS. LÊ ĐÌNH VINH và
TS. VŨ ĐẶNG HẢI YẾN Chương XII

Chủ biên
PGS.TS. NGUYỄN VIỆT TÝ

Tập thể tác giả

- 1 PGS.TS. NGUYỄN VIỆT TÝ Chương XV
- 2 TS. PHAN CHÍ HIẾU Chương XIII
- 3 ThS. NGUYỄN THỊ KHẾ Chương XVIII
- 4 TS. NGUYỄN THỊ DUNG Chương XI
- 5 PGS.TS. NGUYỄN THỊ VÂN ANH Chương X
- 6 ThS. HOÀNG MINH CHIẾN Chương XVI, XVII
- 7 TS. ĐỒNG NGỌC BA Chương IX
- 8 TS. NGUYỄN THANH TÂM Chương XIV
- 9 TS. LÊ ĐÌNH VINH và
TS. VŨ ĐẠNG HẢI YẾN Chương XII

CHƯƠNG IX

PHÁP LUẬT VỀ MUA BÁN HÀNG HOÁ

I. KHÁI QUÁT VỀ MUA BÁN HÀNG HOÁ

Trong điều kiện kinh tế thị trường, mua bán là phương thức chủ yếu để dịch chuyển tài sản và quyền sở hữu tài sản từ chủ thể này sang chủ thể khác. Một số lượng lớn các giao dịch dân sự diễn ra trong đời sống kinh tế hàng ngày là giao dịch mua bán tài sản. Bản chất của mua bán tài sản là những giao dịch theo đó, người bán có nghĩa vụ giao tài sản và chuyển quyền sở hữu tài sản đó cho người mua và nhận tiền, còn người mua có nghĩa vụ thanh toán cho người bán, nhận tài sản và quyền sở hữu tài sản theo sự thoả thuận của các bên.

Dựa vào chủ thể, mục đích và đối tượng của hành vi mua bán, giao dịch mua bán có thể được phân chia thành mua bán tài sản có tính chất dân sự và mua bán tài sản trong thương mại (mua bán hàng hoá). Mua bán hàng hoá là nội dung trọng tâm của hoạt động thương mại. Theo Luật thương mại năm 2005, mua bán hàng hoá được định nghĩa là *"hoạt động thương mại, theo đó bên bán có nghĩa vụ giao hàng, chuyển quyền sở hữu hàng hoá cho bên mua và nhận thanh toán; bên mua có nghĩa vụ thanh toán cho bên bán, nhận hàng và*

CHƯƠNG IX PHÁP LUẬT VỀ MUA BÁN HÀNG HOÁ

I. KHÁI QUÁT VỀ MUA BÁN HÀNG HOÁ

Trong điều kiện kinh tế thị trường, mua bán là phương thức chủ yếu để dịch chuyển tài sản và quyền sở hữu tài sản từ chủ thể này sang chủ thể khác. Một số lượng lớn các giao dịch dân sự diễn ra trong đời sống kinh tế hàng ngày là giao dịch mua bán tài sản. Bản chất của mua bán tài sản là những giao dịch theo đó, người bán có nghĩa vụ giao tài sản và chuyển quyền sở hữu tài sản đó cho người mua và nhận tiền, còn người mua có nghĩa vụ thanh toán cho người bán, nhận tài sản và quyền sở hữu tài sản theo sự thoả thuận của các bên.

Dựa vào chủ thể, mục đích và đối tượng của hành vi mua bán, giao dịch mua bán có thể được phân chia thành mua bán tài sản có tính chất dân sự và mua bán tài sản trong thương mại (mua bán hàng hoá). Mua bán hàng hoá là nội dung trọng tâm của hoạt động thương mại. Theo Luật thương mại năm 2005, mua bán hàng hoá được định nghĩa là *“hoạt động thương mại, theo đó bên bán có nghĩa vụ giao hàng, chuyển quyền sở hữu hàng hoá cho bên mua và nhận thanh toán; bên mua có nghĩa vụ thanh toán cho bên bán, nhận hàng và*

quyền sà hữu hàng hoá theo thoả thuận".¹

Về phương diện pháp lí, cần phân biệt khái niệm “mua bán hàng hoá” (sale of goods) với khái niệm “thương mại hàng hoá” (trade in goods). Trên thế giới, trong cơ chế điều chỉnh pháp luật đối với hoạt động thương mại, sự chuyên môn hoá ngày càng thể hiện rõ thông qua việc phân chia hoạt động thương mại thành nhiều lĩnh vực khác nhau. Tuy nhiên, sự phân loại các hoạt động thương mại và xác định ranh giới giữa các lĩnh vực khác nhau của hoạt động thương mại, trong đó có thương mại hàng hoá là vấn đề khó và có nhiều quan điểm khác nhau trên cả bình diện lí luận cũng như luật thực định. Khái niệm “thương mại hàng hoá” được sử dụng khá phổ biến trong luật pháp quốc tế để chỉ một lĩnh vực chủ yếu nhất của hoạt động thương mại, bao gồm các giao dịch thương mại gắn liền với đối tượng là hàng hoá. Năm 1985, Ủy ban của Liên hợp quốc về luật thương mại quốc tế (United Nations Commission on International Trade Law - UNCITRAL) đã giải thích về khái niệm thương mại trong Luật mẫu về trọng tài thương mại quốc tế (Model Law on International Arbitration), theo đó các hoạt động thương mại được liệt kê rất cụ thể, và mặc dù không chỉ rõ phạm vi của thương mại hàng hoá, nhưng có thể nhận thấy thương mại hàng hoá theo quan điểm của UNCITRAL có phạm vi rộng hơn mua bán hàng hoá.²

quyền sà hữu hàng hoá theo thoả thuận".³

Về phương diện pháp lí, cần phân biệt khái niệm “mua bán

1 .Xem: Khoản 8 Điều 3 Luật Thương mại.

2 . Theo quy định của Luật mẫu về trọng tài thương mại quốc tế (được UNCITRAL thông qua ngày 21/6/1985), nhưng quan hệ có bản chất thương mại bao gồm, nhưng không giới hạn ở: giao dịch thương mại về cung cấp hoặc trao đổi hàng hoá, dịch vụ; hợp đồng phân phối; đại diện hoặc đại lí thương mại; sản xuất; cho thuê; xây dựng công trình; tư vấn; thiết kế kĩ thuật; li-xăng;

3 .Xem: Khoản 8 Điều 3 Luật Thương mại.

hàng hoá” (sale of goods) với khái niệm “thương mại hàng hoá” (trade in goods). Trên thế giới, trong cơ chế điều chỉnh pháp luật đối với hoạt động thương mại, sự chuyên môn hoá ngày càng thể hiện rõ thông qua việc phân chia hoạt động thương mại thành nhiều lĩnh vực khác nhau. Tuy nhiên, sự phân loại các hoạt động thương mại và xác định ranh giới giữa các lĩnh vực khác nhau của hoạt động thương mại, trong đó có thương mại hàng hoá là vấn đề khó và có nhiều quan điểm khác nhau trên cả bình diện lí luận cũng như luật thực định. Khái niệm “thương mại hàng hoá” được sử dụng khá phổ biến trong luật pháp quốc tế để chỉ một lĩnh vực chủ yếu nhất của hoạt động thương mại, bao gồm các giao dịch thương mại gắn liền với đối tượng là hàng hoá. Năm 1985, Ủy ban của Liên hợp quốc về luật thương mại quốc tế (United Nations Commission on International Trade Law - UNCITRAL) đã giải thích về khái niệm thương mại trong Luật mẫu về trọng tài thương mại quốc tế (Model Law on International Arbitration), theo đó các hoạt động thương mại được liệt kê rất cụ thể, và mặc dù không chỉ rõ phạm vi của thương mại hàng hoá, nhưng có thể nhận thấy thương mại hàng hoá theo quan điểm của UNCITRAL có phạm vi rộng hơn mua bán hàng hoá.⁴

4 . Theo quy định của Luật mẫu về trọng tài thương mại quốc tế (được UNCITRAL thông qua ngày 21/6/1985), nhưng quan hệ có bản chất thương mại bao gồm, nhưng không giới hạn ở: giao dịch thương mại về cung cấp hoặc trao đổi hàng hoá, dịch vụ; hợp đồng phân phối; đại diện hoặc đại lí thương mại; sản xuất; cho thuê; xây dựng công trình; tư vấn; thiết kế kĩ thuật; li-xăng; đầu tư; cấp vốn; ngân hàng; bảo hiểm; hợp đồng khai thác hoặc đặc nhượng; liên doanh và các hình thức hợp tác công nghiệp hoặc hợp tác thương mại; vận chuyển hàng hoá hoặc hành khách bằng đường hàng không, đường biển, đường sắt hoặc đường bộ. Quan điểm về thương mại của UNCITRAL đã được các nhà lập pháp Việt Nam tiếp thu khi giải thích về hoạt động thương mại trong Pháp lệnh trọng tài thương mại ngày 25/3/2003 và Luật thương mại năm 2005. đầu tư; cấp vốn; ngân hàng; bảo hiểm; hợp đồng khai thác hoặc đặc nhượng; liên doanh và các hình thức hợp tác công nghiệp hoặc hợp tác thương mại; vận chuyển hàng hoá hoặc hành khách bằng đường hàng không, đường biển, đường sắt hoặc đường bộ. Quan điểm về thương mại của UNCITRAL đã được các nhà lập pháp Việt Nam tiếp thu khi giải thích về hoạt

động thương mại trong Pháp lệnh trọng tài thương mại ngày 25/3/2003 và Luật thương mại năm 2005.

Theo các hiệp định trong khuôn khổ WTO và Hiệp định thương mại Việt Nam - Hoa Kỳ (BTA), các hoạt động thương mại được chia thành bốn nhóm là: thương mại hàng hoá (Trade in goods), thương mại dịch vụ (Trade in services), thương mại liên quan đến quyền sở hữu trí tuệ (Trade - Related Aspects of Intellectual Property Rights) và hoạt động đầu tư có tính chất thương mại (Investment). Với cách tiếp cận của WTO và BTA, thương mại hàng hoá có nội dung không chỉ giới hạn ở mua bán hàng hoá. Ngoài mua bán hàng hoá là nội dung chủ yếu, thương mại hàng hoá theo các hiệp định này còn bao gồm các dịch vụ gắn liền với mua bán hàng hoá (theo Điều 2.3, Điều 4 chương I của BTA, các dịch vụ thuộc phạm vi thương mại hàng hoá được nhắc đến như: vận tải, phân phối, lưu kho, hội chợ, triển lãm...).

Ở Việt Nam, cùng với tiến trình hội nhập vào đời sống thương mại quốc tế, khái niệm thương mại hàng hoá đã được đề cập trong khoa học pháp lý cũng như luật thực định nhưng cho đến nay vẫn chưa có cách hiểu thống nhất về khái niệm này. Để tiếp cận nghiên cứu, trong nhiều trường hợp, người ta cũng có thể định nghĩa thương mại hàng hoá bằng việc phân biệt thương mại hàng hoá với thương mại dịch vụ. Tuy nhiên, khái niệm dịch vụ cũng như thương mại dịch vụ có nội hàm rất trừu tượng và cho đến nay vẫn chưa được hiểu

Theo các hiệp định trong khuôn khổ WTO và Hiệp định thương mại Việt Nam - Hoa Kỳ (BTA), các hoạt động thương mại được chia thành bốn nhóm là: thương mại hàng hoá (Trade in goods), thương mại dịch vụ (Trade in services), thương mại liên quan đến quyền sở hữu trí tuệ (Trade - Related Aspects of Intellectual Property Rights) và hoạt động đầu tư có tính chất thương mại (Investment). Với cách tiếp cận của WTO và BTA,

thương mại hàng hoá có nội dung không chỉ giới hạn ở mua bán hàng hoá. Ngoài mua bán hàng hoá là nội dung chủ yếu, thương mại hàng hoá theo các hiệp định này còn bao gồm các dịch vụ gắn liền với mua bán hàng hoá (theo Điều 2.3, Điều 4 chương I của BTA, các dịch vụ thuộc phạm vi thương mại hàng hoá được nhắc đến như: vận tải, phân phối, lưu kho, hội chợ, triển lãm...).

Ở Việt Nam, cùng với tiến trình hội nhập vào đời sống thương mại quốc tế, khái niệm thương mại hàng hoá đã được đề cập trong khoa học pháp lý cũng như luật thực định nhưng cho đến nay vẫn chưa có cách hiểu thống nhất về khái niệm này. Để tiếp cận nghiên cứu, trong nhiều trường hợp, người ta cũng có thể định nghĩa thương mại hàng hoá bằng việc phân biệt thương mại hàng hoá với thương mại dịch vụ. Tuy nhiên, khái niệm dịch vụ cũng như thương mại dịch vụ có nội hàm rất trừu tượng và cho đến nay vẫn chưa được hiểu

một cách nhất quán trên cả bình diện quốc gia và quốc tế. Hiệp định chung về dịch vụ của WTO cũng chỉ đưa ra khái niệm dịch vụ bằng cách liệt kê nhưng không giới hạn dịch vụ thành 12 ngành lớn và 155 phân ngành khác nhau.^{d)} Từ góc độ pháp lý, căn cứ cơ bản nhất để phân biệt giữa thương mại hàng hoá và thương mại dịch vụ chính là đối tượng của các giao dịch thương mại này. Nếu như đối tượng của giao dịch thương mại dịch vụ là các sản phẩm vô hình (dịch vụ) thì trong giao dịch thương mại hàng hoá, đối tượng của giao dịch là hàng hoá - các sản phẩm hữu hình. Quá trình sản xuất và tiêu dùng hàng hoá thường được tách biệt với nhau, trong khi quá trình tạo ra dịch vụ và tiêu dùng dịch vụ luôn diễn ra đồng thời. Tuy vậy, xét về bản chất của giao dịch, cung ứng dịch vụ cũng có tính chất của giao dịch mua bán (mua bán dịch vụ). Theo Luật thương mại năm 2005, cung ứng dịch vụ là

hoạt động thương mại, theo đó một bên (gọi là bên cung ứng dịch vụ) có nghĩa vụ thực hiện dịch vụ cho một bên khác và có quyền nhận thanh toán; bên sử dụng dịch vụ (gọi là khách hàng) có nghĩa vụ thanh toán cho bên cung ứng dịch vụ và có quyền sử dụng dịch vụ theo thoả thuận.^{5 6}

Có thể nhận thấy, quan điểm phổ biến trong pháp luật các nước hiện nay coi thương mại hàng hoá là một lĩnh vực chủ yếu của hoạt động thương mại. Thương mại hàng hoá có nội dung là hoạt động mua bán hàng hoá và các dịch vụ gắn liền với mua bán hàng hoá (dịch vụ thương mại). Với đối tượng là hàng hóa, các giao dịch thương mại hàng hóa được một cách nhất quán trên cả bình diện quốc gia và quốc tế. Hiệp định chung về dịch vụ của WTO cũng chỉ đưa ra khái niệm dịch vụ bằng cách liệt kê nhưng không giới hạn dịch vụ thành 12 ngành lớn và 155 phân ngành khác nhau.^{d)} Từ góc độ pháp lí, căn cứ cơ bản nhất để phân biệt giữa thương mại hàng hoá và thương mại dịch vụ chính là đối tượng của các giao dịch thương mại này. Nếu như đối tượng của giao dịch thương mại dịch vụ là các sản phẩm vô hình (dịch vụ) thì trong giao dịch thương mại hàng hoá, đối tượng của giao dịch là hàng hoá - các sản phẩm hữu hình. Quá trình sản xuất và tiêu dùng hàng hoá thường được tách biệt với nhau, trong khi quá trình tạo ra dịch vụ và tiêu dùng dịch vụ luôn diễn ra đồng thời. Tuy vậy, xét về bản chất của giao dịch, cung ứng dịch vụ cũng có tính chất của giao dịch mua bán (mua bán dịch vụ). Theo Luật thương mại năm 2005, cung ứng dịch vụ là hoạt động thương mại, theo đó một bên (gọi là bên cung ứng dịch vụ) có nghĩa vụ thực hiện dịch vụ cho một bên khác và có quyền nhận thanh toán; bên sử

5 . General Agreement on Trade in Services (GATS), phần Phụ lục.

6 .Xem: Khoản 9 Điều 3 Luật thương mại.

dụng dịch vụ (gọi là khách hàng) có nghĩa vụ thanh toán cho bên cung ứng dịch vụ và có quyền sử dụng dịch vụ theo thoả thuận.^{7 8}

Có thể nhận thấy, quan điểm phổ biến trong pháp luật các nước hiện nay coi thương mại hàng hoá là một lĩnh vực chủ yếu của hoạt động thương mại. Thương mại hàng hoá có nội dung là hoạt động mua bán hàng hoá và các dịch vụ gắn liền với mua bán hàng hoá (dịch vụ thương mại). Với đối tượng là hàng hóa, các giao dịch thương mại hàng hóa được

7 . General Agreement on Trade in Services (GATS), phần Phụ lục.

(1) .Xem thêm: Trường Đại học Luật Hà Nội, *Giáo trình tư pháp quốc tế*, Nxb. Tư pháp, Hà Nội, 2004, tr. 27-73; tr. 136-143.

(1) .Xem thêm: Trường Đại học Luật Hà Nội, *Giáo trình tư pháp quốc tế*, Nxb. Tư pháp, Hà Nội, 2004, tr. 27-73; tr. 136-143.

pháp luật điều chỉnh có những nội dung khác biệt nhất định so với các giao dịch thương mại dịch vụ.

Các giao dịch mua bán hàng hoá được thực hiện trên cơ sở các quy định của pháp luật. Hệ thống các quy phạm do Nhà nước ban hành hoặc thừa nhận điều chỉnh quan hệ mua bán hàng hoá tạo thành pháp luật về mua bán hàng hoá. Các quy phạm pháp luật về mua bán hàng hoá có thể thuộc nhiều nguồn luật khác nhau, trong đó có các văn bản pháp luật quốc gia, điều ước quốc tế, tập quán và thói quen thương mại. Các văn bản pháp luật quốc gia là nguồn luật cơ bản và chủ yếu nhất điều chỉnh các quan hệ mua bán hàng hoá trong nước. Ở Việt Nam hiện nay, nhưng vấn đề cơ bản về mua bán hàng hoá được quy định trong Bộ luật dân sự năm 2005 và Luật thương mại năm 2005.

Đối với các giao dịch mua bán hàng hoá quốc tế, pháp luật quốc gia có thể được áp dụng theo những điều kiện nhất định. Thông thường pháp luật quốc gia được áp dụng trong các trường hợp sau:⁽¹⁾ (i) Các bên trong hợp đồng thoả thuận lựa chọn áp dụng; (ii) Điều ước quốc tế mà các quốc gia (có các chủ thể của hợp đồng mang quốc tịch của quốc gia đó) kí kết hoặc tham gia có quy định điều khoản về luật áp dụng cho hợp đồng mua bán quốc tế là luật của một quốc gia nhất định; (iii) Cơ quan có thẩm quyền giải quyết tranh chấp chọn luật áp dụng (khi các bên không đạt được thoả thuận về luật áp dụng cho quan hệ hợp đồng).

Các giao dịch mua bán hàng hoá được thực hiện trên cơ sở các quy định của pháp luật. Hệ thống các quy phạm do Nhà nước ban hành hoặc thừa nhận điều chỉnh quan hệ mua bán hàng hoá tạo thành pháp luật về mua bán hàng hoá. Các quy phạm pháp luật về mua bán hàng hoá có thể thuộc nhiều nguồn luật khác

pháp luật điều chỉnh có những nội dung khác biệt nhất định so với các giao dịch thương mại dịch vụ.

nhau, trong đó có các văn bản pháp luật quốc gia, điều ước quốc tế, tập quán và thói quen thương mại. Các văn bản pháp luật quốc gia là nguồn luật cơ bản và chủ yếu nhất điều chỉnh các quan hệ mua bán hàng hoá trong nước, ở Việt Nam hiện nay, nhưng vấn đề cơ bản về mua bán hàng hóa được quy định trong Bộ luật dân sự năm 2005 và Luật thương mại năm 2005.

Đối với các giao dịch mua bán hàng hoá quốc tế, pháp luật quốc gia có thể được áp dụng theo những điều kiện nhất định. Thông thường pháp luật quốc gia được áp dụng trong các trường hợp sau:⁽¹⁾ (i) Các bên trong hợp đồng thoả thuận lựa chọn áp dụng; (ii) Điều ước quốc tế mà các quốc gia (có các chủ thể của hợp đồng mang quốc tịch của quốc gia đó) kí kết hoặc tham gia có quy định điều khoản về luật áp dụng cho hợp đồng mua bán quốc tế là luật của một quốc gia nhất định; (iii) Cơ quan có thẩm quyền giải quyết tranh chấp chọn luật áp dụng (khi các bên không đạt được thoả thuận về luật áp dụng cho quan hệ hợp đồng).

Trường hợp có hai hay nhiều hệ pháp luật khác nhau cùng có thể được áp dụng để điều chỉnh một quan hệ hợp đồng mua bán hàng hoá, xung đột pháp luật sẽ nảy sinh và đòi hỏi phải được giải quyết. Thực chất của việc giải quyết xung đột pháp luật về hợp đồng mua bán hàng hoá là lựa chọn một hệ thống pháp luật để áp dụng cho quan hệ hợp đồng mua bán. Khi được chọn áp dụng, luật quốc gia được hiểu là toàn bộ hệ thống pháp luật. Nếu luật của Việt Nam được chọn áp dụng thì toàn bộ các quy định có liên quan đến hợp đồng mua bán hàng hoá sẽ được áp dụng. Xung đột pháp luật điều chỉnh hợp đồng mua bán hàng hoá quốc tế được thể hiện ở những vấn đề cơ bản là: hình thức hợp đồng, tư cách pháp lý của các chủ thể hợp đồng và nội dung hợp đồng. Xung đột pháp luật về hợp đồng mua bán hàng hoá quốc tế có thể được giải quyết theo các phương pháp: (i) Phương pháp thực chất, theo đó quan hệ hợp đồng mua bán hàng hoá quốc tế được điều chỉnh bởi các quy phạm thực chất về mua bán hàng hoá trong các điều ước quốc tế, tập quán thương mại quốc tế hoặc trong luật quốc gia; (ii) Phương pháp xung đột, theo đó dựa vào các quy định của quy phạm xung đột để xác định pháp luật quốc gia nào được áp dụng đối với quan hệ hợp đồng mua bán hàng hoá quốc tế. Quy phạm xung đột có thể được quy định trong pháp luật quốc gia hoặc điều ước quốc tế.⁽¹⁾ Nếu tranh chấp hợp đồng mua bán hàng hoá quốc tế được giải quyết tại cơ quan tài phán (trọng tài hoặc toà án) và các bên không đạt được thoả thuận về luật áp dụng thì cơ quan tài phán sẽ chọn luật áp dụng để giải quyết tranh chấp hợp đồng căn cứ vào các

Trường hợp có hai hay nhiều hệ pháp luật khác nhau cùng có thể được áp dụng để điều chỉnh một quan hệ hợp đồng mua bán hàng hoá, xung đột pháp luật sẽ nảy sinh và đòi hỏi phải được giải quyết. Thực chất của việc giải quyết xung đột pháp luật về

hợp đồng mua bán hàng hoá là lựa chọn một hệ thống pháp luật để áp dụng cho quan hệ hợp đồng mua bán. Khi được chọn áp dụng, luật quốc gia được hiểu là toàn bộ hệ thống pháp luật. Nếu luật của Việt Nam được chọn áp dụng thì toàn bộ các quy định có liên quan đến hợp đồng mua bán hàng hoá sẽ được áp dụng. Xung đột pháp luật điều chỉnh hợp đồng mua bán hàng hoá quốc tế được thể hiện ở những vấn đề cơ bản là: hình thức hợp đồng, tư cách pháp lý của các chủ thể hợp đồng và nội dung hợp đồng. Xung đột pháp luật về hợp đồng mua bán hàng hoá quốc tế có thể được giải quyết theo các phương pháp: (i) Phương pháp thực chất, theo đó quan hệ hợp đồng mua bán hàng hoá quốc tế được điều chỉnh bởi các quy phạm thực chất về mua bán hàng hoá trong các điều ước quốc tế, tập quán thương mại quốc tế hoặc trong luật quốc gia; (ii) Phương pháp xung đột, theo đó dựa vào các quy định của quy phạm xung đột để xác định pháp luật quốc gia nào được áp dụng đối với quan hệ hợp đồng mua bán hàng hoá quốc tế. Quy phạm xung đột có thể được quy định trong pháp luật quốc gia hoặc điều ước quốc tế.⁽¹⁾ Nếu tranh chấp hợp đồng mua bán hàng hoá quốc tế được giải quyết tại cơ quan tài phán (trọng tài hoặc toà án) và các bên không đạt được thoả thuận về luật áp dụng thì cơ quan tài phán sẽ chọn luật áp dụng để giải quyết tranh chấp hợp đồng căn cứ vào các

quy phạm xung đột. Trường hợp quy phạm xung đột được áp dụng theo pháp luật Việt Nam thì quyền và nghĩa vụ của các bên theo hợp đồng mua bán hàng hoá sẽ được xác định theo pháp luật của nước nơi thực hiện hợp đồng.⁹

Trong lĩnh vực thương mại nói chung và mua bán hàng hoá nói riêng, có rất nhiều điều ước quốc tế song phương và đa

9 . Khoản 1 Điều 769 Bộ luật dân sự.

phương đã được thiết lập mà Việt Nam đã hoặc trong tương lai gần sẽ là thành viên. Trong các điều ước quốc tế về mua bán hàng hoá, quan trọng phải kể đến là Công ước Viên năm 1980 về hợp đồng mua bán hàng hoá quốc tế (United Nations Convention For The International Sales Of Goods - Vienna Convention 1980 - CISG). Công ước Viên 1980 là kết quả thoả thuận của các quốc gia thuộc các hệ thống pháp luật án lệ (common law) và hệ thống luật thành văn (civil law), các quốc gia phương Đông và phương Tây, các nước phát triển và các nước đang phát triển.¹⁰ Hiện nay, Việt Nam chưa tham gia Công ước Viên năm 1980 song với đòi hỏi của thực tiễn mua bán ngoại thương hiện nay, việc tham gia Công ước này là rất cần thiết và cần khẩn trương đối với Việt Nam. Khi áp dụng điều ước quốc tế đối với các hợp đồng mua bán hàng hoá quốc tế, cần phân biệt hai trường hợp: (i) Đối với những điều ước quốc tế mà Việt Nam đã là thành viên, nếu điều ước có quy định khác với pháp luật quốc gia thì áp dụng theo quy định của điều ước quốc tế;¹¹ (ii) Đối với những điều ước quốc tế mà Việt Nam chưa là thành viên thì các bên trong hợp đồng mua bán có quyền thoả thuận áp quy phạm xung đột. Trường hợp quy phạm xung đột được áp dụng theo pháp luật Việt Nam thì quyền và nghĩa vụ của các bên theo hợp đồng mua bán hàng hoá sẽ được xác định theo pháp luật của nước nơi thực hiện hợp đồng.¹²

Trong lĩnh vực thương mại nói chung và mua bán hàng hoá nói riêng, có rất nhiều điều ước quốc tế song phương và đa phương đã được thiết lập mà Việt Nam đã hoặc trong tương lai gần sẽ là thành viên. Trong các điều ước quốc tế về mua bán hàng hoá, quan trọng phải kể đến là Công ước Viên năm 1980 về hợp

10 . Introduction, CISG 198CỄ

11 .Xem: Khoản 1 Điều 5 Luật thương mại.

12 . Khoản 1 Điều 769 Bộ luật dân sự.

đồng mua bán hàng hoá quốc tế (United Nations Convention For The International Sales Of Goods - Vienna Convention 1980 - CISG). Công ước Viên 1980 là kết quả thoả thuận của các quốc gia thuộc các hệ thống pháp luật án lệ (common law) và hệ thống luật thành văn (civil law), các quốc gia phương Đông và phương Tây, các nước phát triển và các nước đang phát triển.¹³ Hiện nay, Việt Nam chưa tham gia Công ước Viên năm 1980 song với đòi hỏi của thực tiễn mua bán ngoại thương hiện nay, việc tham gia Công ước này là rất cần thiết và cần khẩn trương đối với Việt Nam. Khi áp dụng điều ước quốc tế đối với các hợp đồng mua bán hàng hoá quốc tế, cần phân biệt hai trường hợp: (i) Đối với những điều ước quốc tế mà Việt Nam đã là thành viên, nếu điều ước có quy định khác với pháp luật quốc gia thì áp dụng theo quy định của điều ước quốc tế;¹⁴ (ii) Đối với những điều ước quốc tế mà Việt Nam chưa là thành viên thì các bên trong hợp đồng mua bán có quyền thoả thuận áp

13 . Introduction, CISG 198CỄ

14 .Xem: Khoản 1 Điều 5 Luật thương mại.

dụng những nội dung không trái với những nguyên tắc cơ bản của pháp luật Việt Nam.

Tập quán thương mại là nguồn luật ngày càng phổ biến trong điều chỉnh các giao dịch mua bán hàng hoá, đặc biệt là mua bán hàng hoá quốc tế. Theo Luật thương mại năm 2005, tập quán thương mại là thói quen được thừa nhận rộng rãi trong hoạt động thương mại trên một vùng, miền hoặc một lĩnh vực thương mại, có nội dung rõ ràng được các bên thừa nhận để xác định quyền và nghĩa vụ của các bên trong hoạt động thương mại/^o Tập quán thương mại thường được áp dụng để điều chỉnh các quan hệ mua bán hàng hoá quốc tế khi các mối quan hệ này không được điều chỉnh bởi hợp đồng giữa các bên hoặc điều ước quốc tế và luật pháp của các quốc gia. Hiện nay, trong quan hệ mua bán hàng hoá quốc tế, khi đề cập tập quán thương mại cần đặc biệt quan tâm đến Các điều kiện thương mại quốc tế, gọi tắt là Incoterms (International Commercial Terms)/^{15 16}, Quy tắc và thực hành thống nhất về tín dụng chứng từ (Uniform Customs and Practise for Documentary Credit - UCP) do Phòng thương mại quốc tế (International Chamber

Tập quán thương mại là nguồn luật ngày càng phổ biến trong điều chỉnh các giao dịch mua bán hàng hoá, đặc biệt là mua bán hàng hoá quốc tế. Theo Luật thương mại năm 2005, tập quán

15 .Xem: Khoản 4 Điều 3 Luật thương mại.

16 . Bộ Incoterms đầu tiên được ICC ban hành vào năm 1936 dưới tên gọi Incoterms 1936. Để phù hợp với thực tiễn thương mại thế giới, Incoterms đã được sửa đổi bổ sung vào các năm 1953, 1967, 1976, 1980, 1990 và lần gần đây nhất là vào cuối năm 1999, ICC đã cho ra đời bộ Incoterms 2000. Incoterms cung cấp một bộ quy tắc quốc tế giải thích những điều kiện thương mại thông dụng trong ngoại thương. Incoterms chỉ điều chỉnh những vấn đề về quyền và nghĩa vụ của các bên kí kết hợp đồng liên quan đến việc giao hàng (với ý nghĩa là hàng hoá hữu hình). Incoterms 2000 gồm 13 điều kiện là: EXW; FCA; FAS; FOB; CFR; CIF; CPT; CIP; DAF; DES; DEQ; DDU; DDP.

dụng những nội dung không trái với những nguyên tắc cơ bản của pháp luật Việt Nam.

thương mại là thói quen được thừa nhận rộng rãi trong hoạt động thương mại trên một vùng, miền hoặc một lĩnh vực thương mại, có nội dung rõ ràng được các bên thừa nhận để xác định quyền và nghĩa vụ của các bên trong hoạt động thương mại.^{17 18} Tập quán thương mại thường được áp dụng để điều chỉnh các quan hệ mua bán hàng hoá quốc tế khi các mối quan hệ này không được điều chỉnh bởi hợp đồng giữa các bên hoặc điều ước quốc tế và luật pháp của các quốc gia. Hiện nay, trong quan hệ mua bán hàng hoá quốc tế, khi đề cập tập quán thương mại cần đặc biệt quan tâm đến Các điều kiện thương mại quốc tế, gọi tắt là Incoterms (International Commercial Terms)/² Quy tắc và thực hành thống nhất về tín dụng chứng từ (Uniform Customs and Practise for Documentary Credit - UCP) do Phòng thương mại quốc tế (International Chamber

17 .Xem: Khoản 4 Điều 3 Luật thương mại.

18 . Bộ Incoterms đầu tiên được ICC ban hành vào năm 1936 dưới tên gọi Incoterms 1936. Để phù hợp với thực tiễn thương mại thế giới, Incoterms đã được sửa đổi bổ sung vào các năm 1953, 1967, 1976, 1980, 1990 và lần gần đây nhất là vào cuối năm 1999, ICC đã cho ra đời bộ Incoterms 2000. Incoterms cung cấp một bộ quy tắc quốc tế giải thích những điều kiện thương mại thông dụng trong ngoại thương. Incoterms chỉ điều chỉnh những vấn đề về quyền và nghĩa vụ của các bên kí kết hợp đồng liên quan đến việc giao hàng (với ý nghĩa là hàng hoá hữu hình). Incoterms 2000 gồm 13 điều kiện là: EXW; FCA; FAS; FOB; CFR; CIF; CPT; CIP; DAF; DES; DEQ; DDU; DDP.

of Commerce - ICC) tập hợp và phát hành...^{19 20 21}

Ngoài ra, thói quen thương mại cũng là nguồn quy phạm điều chỉnh quan hệ mua bán hàng hoá. Theo Luật thương mại, thói quen trong hoạt động thương mại là quy tắc xử sự có nội dung rõ ràng được hình thành và lặp lại nhiều lần trong một thời gian dài giữa các bên, được các bên mặc nhiên thừa nhận để xác định quyền và nghĩa vụ của các bên trong hoạt động thương mại.⁽²⁾

Trong thời đại hội nhập kinh tế hiện nay, hầu hết các nước đang cố gắng thích ứng hệ thống pháp luật của mình với tính hợp lí của thị trường thế giới, phù hợp với pháp luật và tập quán quốc tế. Theo số liệu của WTO và IMF, tính đến giữa năm 1996, trên thế giới đã có 101 liên minh kinh tế thương mại được thành lập; đầu năm 2000 đã có 184 thoả thuận về thương mại có tính chất khu vực, trong đó có 109 thoả thuận khu vực còn hiệu lực (ví dụ như EU, ASEAN, APEC...).^(?) Với yêu cầu của thực tiễn hiện nay, trong quá trình nghiên cứu và vận hành luật pháp, các nhà nghiên cứu và các nhà thực tiễn từng bước phải đi đến đánh giá đầy đủ hơn về cách thức hệ thống pháp luật của mỗi nước ảnh hưởng tới nền kinh tế của nước đó như thế nào, cũng như những yếu tố truyền thống, tập quán khác nhau của mỗi nước đã giải đáp cho những vấn đề vượt ra khỏi biên giới một quốc gia như thế nào. Điều này lại càng được thể hiện một cách rõ rệt và đặt ra nhiều vấn đề phải giải quyết ở of Commerce - ICC) tập hợp và phát hành...²²

Ngoài ra, thói quen thương mại cũng là nguồn quy phạm điều

19 .Xem: Bản hiện hành là UCP 500 được ICC ban hành năm 1993.

20 .Xem: Khoản 3 Điều 3 Luật thương mại năm 2005.

21 .Xem: Ủy ban quốc gia về hợp tác kinh tế quốc tế. *Hỏi đáp về WTO*, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, 2002, tr. 30.

22 .Xem: Bản hiện hành là UCP 500 được ICC ban hành năm 1993.

chính quan hệ mua bán hàng hoá. Theo Luật thương mại, thói quen trong hoạt động thương mại là quy tắc xử sự có nội dung rõ ràng được hình thành và lặp lại nhiều lần trong một thời gian dài giữa các bên, được các bên mặc nhiên thừa nhận để xác định quyền và nghĩa vụ của các bên trong hoạt động thương mại.^{23 24}

Trong thời đại hội nhập kinh tế hiện nay, hầu hết các nước đang cố gắng thích ứng hệ thống pháp luật của mình với tính hợp lý của thị trường thế giới, phù hợp với pháp luật và tập quán quốc tế. Theo số liệu của WTO và IMF, tính đến giữa năm 1996, trên thế giới đã có 101 liên minh kinh tế thương mại được thành lập; đầu năm 2000 đã có 184 thoả thuận về thương mại có tính chất khu vực, trong đó có 109 thoả thuận khu vực còn hiệu lực (ví dụ như EU, ASEAN, APEC...).(?) Với yêu cầu của thực tiễn hiện nay, trong quá trình nghiên cứu và vận hành luật pháp, các nhà nghiên cứu và các nhà thực tiễn từng bước phải đi đến đánh giá đầy đủ hơn về cách thức hệ thống pháp luật của mỗi nước ảnh hưởng tới nền kinh tế của nước đó như thế nào, cũng như những yếu tố truyền thống, tập quán khác nhau của mỗi nước đã giải đáp cho những vấn đề vượt ra khỏi biên giới một quốc gia như thế nào. Điều này lại càng được thể hiện một cách rõ rệt và đặt ra nhiều vấn đề phải giải quyết ở

23 .Xem: Khoản 3 Điều 3 Luật thương mại năm 2005.

24 .Xem: Ủy ban quốc gia về hợp tác kinh tế quốc tế. *Hỏi đáp về WTO*, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, 2002, tr. 30.

(1). Article XVI.4, Agreement Establishing The World Trade Organization, 15/4/1994.

(1). Article XVI.4, Agreement Establishing The World Trade Organization, 15/4/1994.

những nước đang chuyển đổi, trong đó có Việt Nam. Việt Nam đã gia nhập ASEAN, APEC, đã phê chuẩn Hiệp định thương mại song phương với Hoa Kỳ và đang tìm những giải pháp, bước đi thích hợp để gia nhập WTO. Để trở thành thành viên chính thức của WTO, Việt Nam đương nhiên “phải bảo đảm các luật, quy tắc và thủ tục hành chính của nước mình tương thích với các nghĩa vụ được quy định trong các hiệp định của WTO”.⁽¹⁾ Trước đòi hỏi của thực tiễn kinh doanh trong tiến trình hội nhập, pháp luật về mua bán hàng hoá của Việt Nam đã và sẽ còn có những thay đổi cho phù hợp. Sự ra đời của Luật thương mại năm 2005 đánh dấu một bước phát triển mới của pháp luật thương mại nói chung và pháp luật về mua bán hàng hoá nói riêng, đã phần nào minh chứng cho những thay đổi này.

II. HỢP ĐỒNG MUA BÁN HÀNG HOÁ TRONG THƯƠNG MẠI

1. Khái niệm và đặc điểm của hợp đồng mua bán hàng hoá

a. Khái niệm hợp đồng mua bán hàng hoá

Quan hệ mua bán hàng hoá được xác lập và thực hiện thông qua hình thức pháp lý là hợp đồng mua bán hàng hoá. Hợp đồng mua bán hàng hoá có bản chất chung của hợp đồng, là sự thoả thuận nhằm xác lập, thay đổi hoặc chấm dứt các quyền và nghĩa vụ trong quan hệ mua bán. Luật thương mại năm 2005 không đưa ra định nghĩa về hợp đồng mua những nước đang chuyển đổi, trong đó có Việt Nam. Việt Nam đã gia nhập ASEAN, APEC, đã phê chuẩn Hiệp định thương mại song phương với Hoa Kỳ và đang tìm những giải pháp, bước đi thích hợp để gia nhập WTO. Để trở thành thành viên chính thức của WTO, Việt Nam đương

nhiệm “phải bảo đảm các luật, quy tắc và thủ tục hành chính của nước mình tương thích với các nghĩa vụ được quy định trong các hiệp định của WTO”.⁽¹⁾ Trước đòi hỏi của thực tiễn kinh doanh trong tiến trình hội nhập, pháp luật về mua bán hàng hoá của Việt Nam đã và sẽ còn có những thay đổi cho phù hợp. Sự ra đời của Luật thương mại năm 2005 đánh dấu một bước phát triển mới của pháp luật thương mại nói chung và pháp luật về mua bán hàng hoá nói riêng, đã phần nào minh chứng cho những thay đổi này.

II. HỢP ĐỒNG MUA BÁN HÀNG HOÁ TRONG THƯƠNG MẠI

1. Khái niệm và đặc điểm của hợp đồng mua bán hàng hoá

a. Khái niệm hợp đồng mua bán hàng hoá

Quan hệ mua bán hàng hoá được xác lập và thực hiện thông qua hình thức pháp lý là hợp đồng mua bán hàng hoá. Hợp đồng mua bán hàng hoá có bản chất chung của hợp đồng, là sự thoả thuận nhằm xác lập, thay đổi hoặc chấm dứt các quyền và nghĩa vụ trong quan hệ mua bán. Luật thương mại năm 2005 không đưa ra định nghĩa về hợp đồng mua

bán hàng hoá song có thể xác định bản chất pháp lý của hợp đồng mua bán hàng hoá trong thương mại trên cơ sở quy định của Bộ luật dân sự về hợp đồng mua bán tài sản.^{25 26} Từ đó cho thấy hợp

25 .Xem: Điều 428 Bộ luật dân sự.

26 . Theo Luật thương mại năm 1997 (Điều 80), hợp đồng mua bán hàng hoá quốc tế được gọi là hợp đồng mua bán hàng hoá với thương nhân nước ngoài và được hiểu là hợp đồng mua bán hàng hoá được kí kết giữa một bên là thương nhân Việt Nam với một bên là thương nhân nước ngoài. Hợp đồng mua bán hàng hoá quốc tế theo cách hiểu này được xác định dựa trên căn cứ quốc tịch của các chủ thể, không bao quát hết những hợp đồng có yếu tố nước ngoài.

đồng mua bán hàng hoá trong thương mại là một dạng cụ thể của hợp đồng mua bán tài sản. Một hợp đồng mua bán có thể là thoả thuận về việc mua bán hàng hoá ở hiện tại hoặc mua bán hàng hoá sẽ có ở một thời điểm nào đó trong tương lai. Bất cứ khi nào, một người mua hàng hoá bằng tiền hoặc phương thức thanh toán khác và nhận quyền sở hữu hàng hoá thì khi đó hình thành nên quan hệ hợp đồng mua bán hàng hoá.

Căn cứ vào các yếu tố chủ thể, đối tượng, nơi xác lập và thực hiện hợp đồng, hợp đồng mua bán hàng hoá được chia thành hợp đồng mua bán hàng hoá trong nước và hợp đồng mua bán hàng hoá có yếu tố nước ngoài (hợp đồng mua bán hàng hoá quốc tế). Luật thương mại năm 2005 không định nghĩa về hợp đồng mua bán hàng hoá quốc tế¹²⁾ song có thể dựa vào quy định của Bộ luật dân sự về quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài để nhận biết hợp đồng mua bán hàng hoá quốc tế.²⁷ Trong thực tiễn thương mại quốc tế, thông thường một hợp đồng được coi là hợp đồng mua bán hàng hoá quốc tế khi có một trong các yếu tố sau đây: bán hàng hoá song có thể xác định bản chất pháp lí của hợp đồng mua bán hàng hoá trong thương mại trên cơ sở quy định của Bộ luật dân sự về hợp đồng mua bán tài sản.^{28 29} Từ đó cho thấy hợp đồng mua bán hàng hoá trong thương mại là một dạng cụ thể của hợp đồng mua bán tài sản. Một hợp đồng mua bán có thể là thoả thuận về việc mua bán hàng hoá ở hiện tại hoặc mua bán hàng hoá

27 .Xem: Điều 758 Bộ luật dân sự.

28 .Xem: Điều 428 Bộ luật dân sự.

29 . Theo Luật thương mại năm 1997 (Điều 80), hợp đồng mua bán hàng hoá quốc tế được gọi là hợp đồng mua bán hàng hoá với thương nhân nước ngoài và được hiểu là hợp đồng mua bán hàng hoá được kí kết giữa một bên là thương nhân Việt Nam với một bên là thương nhân nước ngoài. Hợp đồng mua bán hàng hoá quốc tế theo cách hiểu này được xác định dựa trên căn cứ quốc tịch của các chủ thể, không bao quát hết những hợp đồng có yếu tố nước ngoài.

sẽ có ở một thời điểm nào đó trong tương lai. Bất cứ khi nào, một người mua hàng hoá bằng tiền hoặc phương thức thanh toán khác và nhận quyền sở hữu hàng hoá thì khi đó hình thành nên quan hệ hợp đồng mua bán hàng hoá.

Căn cứ vào các yếu tố chủ thể, đối tượng, nơi xác lập và thực hiện hợp đồng, hợp đồng mua bán hàng hoá được chia thành hợp đồng mua bán hàng hoá trong nước và hợp đồng mua bán hàng hoá có yếu tố nước ngoài (hợp đồng mua bán hàng hoá quốc tế). Luật thương mại năm 2005 không định nghĩa về hợp đồng mua bán hàng hoá quốc tế¹²⁾ song có thể dựa vào quy định của Bộ luật dân sự về quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài để nhận biết hợp đồng mua bán hàng hoá quốc tế.³⁰ Trong thực tiễn thương mại quốc tế, thông thường một hợp đồng được coi là hợp đồng mua bán hàng hoá quốc tế khi có một trong các yếu tố sau đây:

30 .Xem: Điều 758 Bộ luật dân sự.

- Hàng hoá là đối tượng của hợp đồng đang tồn tại ở nước ngoài (kể cả trường hợp các bên giao kết hợp đồng có cùng quốc tịch và hợp đồng được thực hiện ngay ở nước mình).

- Hợp đồng được giao kết ở nước ngoài (nước mà các bên chủ thể giao kết hợp đồng không mang quốc tịch hoặc không cùng nơi cư trú hoặc không có trụ sở) và có thể được thực hiện ở nước mình hay nước thứ ba.

- Hợp đồng được giao kết và thực hiện bởi các bên không cùng quốc tịch hoặc không cùng nơi cư trú (đối với các nhân) hoặc không cùng nơi đóng trụ sở (đối với pháp nhân).

Theo Luật thương mại năm 2005, mua bán hàng hoá quốc tế là quan hệ mua bán hàng hoá được thực hiện dưới các hình thức xuất khẩu, nhập khẩu, tạm nhập, tái xuất, tạm xuất, tái nhập và chuyển khẩu.

Xuất khẩu, nhập khẩu hàng hoá là việc hàng hoá được đưa ra khỏi (xuất khẩu) hoặc đưa vào lãnh thổ Việt Nam (nhập khẩu). Cũng được coi là hoạt động xuất khẩu, nhập khẩu hàng hoá, khi hàng hoá được đưa từ Việt Nam vào khu vực hải quan riêng trên lãnh thổ Việt Nam hoặc đưa vào Việt Nam từ khu vực hải quan riêng trên lãnh thổ Việt Nam theo quy định của pháp luật.

Tạm nhập, tái xuất hàng hoá là việc hàng hoá được đưa từ nước ngoài hoặc từ các khu vực hải quan riêng vào Việt Nam, có làm thủ tục nhập khẩu vào Việt Nam và làm thủ tục xuất khẩu chính hàng hoá đó ra khỏi Việt Nam.

Tạm xuất, tái nhập hàng hoá là việc hàng hoá được đưa ra nước ngoài hoặc đưa vào các khu vực hải quan riêng, có làm thủ tục xuất khẩu ra khỏi Việt Nam và làm thủ tục nhập

- Hàng hoá là đối tượng của hợp đồng đang tồn tại ở nước

ngoài (kể cả trường hợp các bên giao kết hợp đồng có cùng quốc tịch và hợp đồng được thực hiện ngay ở nước mình).

- Hợp đồng được giao kết ở nước ngoài (nước mà các bên chủ thể giao kết hợp đồng không mang quốc tịch hoặc không cùng nơi cư trú hoặc không có trụ sở) và có thể được thực hiện ở nước mình hay nước thứ ba.

- Hợp đồng được giao kết và thực hiện bởi các bên không cùng quốc tịch hoặc không cùng nơi cư trú (đối với các nhân) hoặc không cùng nơi đóng trụ sở (đối với pháp nhân).

Theo Luật thương mại năm 2005, mua bán hàng hoá quốc tế là quan hệ mua bán hàng hoá được thực hiện dưới các hình thức xuất khẩu, nhập khẩu, tạm nhập, tái xuất, tạm xuất, tái nhập và chuyển khẩu.

Xuất khẩu, nhập khẩu hàng hoá là việc hàng hoá được đưa ra khỏi (xuất khẩu) hoặc đưa vào lãnh thổ Việt Nam (nhập khẩu). Cũng được coi là hoạt động xuất khẩu, nhập khẩu hàng hoá, khi hàng hoá được đưa từ Việt Nam vào khu vực hải quan riêng trên lãnh thổ Việt Nam hoặc đưa vào Việt Nam từ khu vực hải quan riêng trên lãnh thổ Việt Nam theo quy định của pháp luật.

Tạm nhập, tái xuất hàng hoá là việc hàng hoá được đưa từ nước ngoài hoặc từ các khu vực hải quan riêng vào Việt Nam, có làm thủ tục nhập khẩu vào Việt Nam và làm thủ tục xuất khẩu chính hàng hoá đó ra khỏi Việt Nam.

Tạm xuất, tái nhập hàng hoá là việc hàng hoá được đưa ra nước ngoài hoặc đưa vào các khu vực hải quan riêng, có làm thủ tục xuất khẩu ra khỏi Việt Nam và làm thủ tục nhập khẩu lại chính hàng hoá đó vào Việt Nam.

Chuyển khẩu hàng hoá là việc mua hàng từ một nước, vùng

lãnh thổ để bán sang một nước, vùng lãnh thổ ngoài lãnh thổ Việt Nam mà không làm thủ tục nhập khẩu vào Việt Nam và không làm thủ tục xuất khẩu ra khỏi Việt Nam. Chuyển khẩu hàng hoá được thực hiện theo các hình thức:

- Hàng hoá được vận chuyển thẳng từ nước xuất khẩu đến nước nhập khẩu không qua cửa khẩu Việt Nam;

- Hàng hoá được vận chuyển từ nước xuất khẩu đến nước nhập khẩu có qua cửa khẩu Việt Nam nhưng không làm thủ tục nhập khẩu vào Việt Nam và không làm thủ tục xuất khẩu ra khỏi Việt Nam;

- Hàng hoá được vận chuyển từ nước xuất khẩu đến nước nhập khẩu có qua cửa khẩu Việt Nam và đưa vào kho ngoại quan, khu vực trung chuyển hàng hoá tại các cảng Việt Nam, không làm thủ tục nhập khẩu vào Việt Nam và không làm thủ tục xuất khẩu ra khỏi Việt Nam.⁽¹⁾

Như vậy, hợp đồng mua bán hàng hoá quốc tế theo quy định trong Luật thương mại năm 2005 không chỉ dừng lại ở trường hợp các bên giao kết hợp đồng có quốc tịch khác nhau mà còn bao gồm những trường hợp khác như các thương nhân nước ngoài mua bán hàng hoá tại Việt Nam, các thương nhân Việt Nam mua bán hàng hoá ở nước ngoài, mua bán hàng hoá ở khu chế xuất...

(1) Xem: Các điều từ Điều 27 đến Điều 30 Luật thương mại và quy định giải thích của Chính phủ tại Nghị định số 12/2006/NĐ-CP ngày 23/01/2006 quy định chi tiết thi hành Luật Thương mại về hoạt động mua bán hàng hóa quốc tế và các hoạt động đại lý mua, bán, gia công và quá cảnh hàng hóa với nước ngoài. Khẩu lại chính hàng hóa đó vào Việt Nam.

Chuyển khẩu hàng hoá là việc mua hàng từ một nước, vùng lãnh thổ để bán sang một nước, vùng lãnh thổ ngoài lãnh thổ Việt Nam mà không làm thủ tục nhập khẩu vào Việt Nam và không

làm thủ tục xuất khẩu ra khỏi Việt Nam. Chuyển khẩu hàng hoá được thực hiện theo các hình thức:

- Hàng hoá được vận chuyển thẳng từ nước xuất khẩu đến nước nhập khẩu không qua cửa khẩu Việt Nam;

- Hàng hoá được vận chuyển từ nước xuất khẩu đến nước nhập khẩu có qua cửa khẩu Việt Nam nhưng không làm thủ tục nhập khẩu vào Việt Nam và không làm thủ tục xuất khẩu ra khỏi Việt Nam;

- Hàng hoá được vận chuyển từ nước xuất khẩu đến nước nhập khẩu có qua cửa khẩu Việt Nam và đưa vào kho ngoại quan, khu vực trung chuyển hàng hoá tại các cảng Việt Nam, không làm thủ tục nhập khẩu vào Việt Nam và không làm thủ tục xuất khẩu ra khỏi Việt Nam.⁽¹⁾

Như vậy, hợp đồng mua bán hàng hoá quốc tế theo quy định trong Luật thương mại năm 2005 không chỉ dừng lại ở trường hợp các bên giao kết hợp đồng có quốc tịch khác nhau mà còn bao gồm những trường hợp khác như các thương nhân nước ngoài mua bán hàng hoá tại Việt Nam, các thương nhân Việt Nam mua bán hàng hoá ở nước ngoài, mua bán hàng hoá ở khu chế xuất...

(1) .Xem: Các điều từ Điều 27 đến Điều 30 Luật thương mại và quy định giải thích của Chính phủ tại Nghị định số 12/2006/NĐ-CP ngày 23/01/2006 quy định chi tiết thi hành Luật Thironng mại về hoạt động mua bán hàng hóa quốc tế và các hoạt động đại lý mua, bán, gia công và quá cảnh hàng hóa với nước ngoài.

b. Đặc điểm của hợp đồng mua bán hàng hoá

Có thể xem xét hợp đồng mua bán hàng hoá trong mối liên hệ với hợp đồng mua bán tài sản trong dân sự theo nguyên lí của mối quan hệ giữa cái riêng và cái chung. Nhiều vấn đề về hợp đồng mua bán hàng hoá được điều chỉnh bởi pháp luật không có sự khác biệt với các hợp đồng mua bán tài sản trong dân sự, như:

giao kết hợp đồng, hợp đồng vô hiệu và xử lý hợp đồng vô hiệu... Bên cạnh đó, để phù hợp với bản chất thương mại của hợp đồng mua bán hàng hoá, một số vấn đề như chủ thể, hình thức, quyền và nghĩa vụ của các bên trong quan hệ mua bán hàng hoá, chế tài và giải quyết tranh chấp hợp đồng mua bán hàng hoá... được quy định trong pháp luật thương mại có tính chất là sự phát triển tiếp tục những quy định của dân luật truyền thống về hợp đồng mua bán tài sản. Với tư cách là hình thức pháp lí của quan hệ mua bán hàng hoá, hợp đồng mua bán hàng hoá có những đặc điểm nhất định, xuất phát từ bản chất thương mại của hành vi mua bán hàng hoá.

Thứ nhất, về chủ thể, hợp đồng mua bán hàng hoá được thiết lập giữa các chủ thể chủ yếu là thương nhân. Theo quy định của Luật thương mại năm 2005, thương nhân bao gồm tổ chức kinh tế được thành lập hợp pháp, cá nhân hoạt động thương mại một cách độc lập, thường xuyên và có đăng kí kinh doanh/Thương nhân là chủ thể của hợp đồng mua bán có thể là thương nhân Việt Nam hoặc thương nhân nước ngoài (trong hợp đồng mua bán hàng hoá quốc tế). Ngoài chủ thể là thương nhân, các tổ chức, cá nhân không phải là

b. Đặc điểm của hợp đồng mua bán hàng hoá

Có thể xem xét hợp đồng mua bán hàng hoá trong mối liên hệ với hợp đồng mua bán tài sản trong dân sự theo nguyên lí của mối quan hệ giữa cái riêng và cái chung. Nhiều vấn đề về hợp đồng mua bán hàng hoá được điều chỉnh bởi pháp luật không có sự khác biệt với các hợp đồng mua bán tài sản trong dân sự, như: giao kết hợp đồng, hợp đồng vô hiệu và xử lý hợp đồng vô hiệu... Bên cạnh đó, để phù hợp với bản chất thương mại của hợp đồng mua bán hàng hoá, một số vấn đề như chủ thể, hình thức, quyền

(1).Xem: Khoản 1 Điều 6 Luật thương mại.

và nghĩa vụ của các bên trong quan hệ mua bán hàng hoá, chế tài và giải quyết tranh chấp hợp đồng mua bán hàng hoá... được quy định trong pháp luật thương mại có tính chất là sự phát triển tiếp tục những quy định của dân luật truyền thống về hợp đồng mua bán tài sản. Với tư cách là hình thức pháp lí của quan hệ mua bán hàng hoá, hợp đồng mua bán hàng hoá có những đặc điểm nhất định, xuất phát từ bản chất thương mại của hành vi mua bán hàng hoá.

Thứ nhất, về chủ thể, hợp đồng mua bán hàng hoá được thiết lập giữa các chủ thể chủ yếu là thương nhân. Theo quy định của Luật thương mại năm 2005, thương nhân bao gồm tổ chức kinh tế được thành lập hợp pháp, cá nhân hoạt động thương mại một cách độc lập, thường xuyên và có đăng kí kinh doanh/Thương nhân là chủ thể của hợp đồng mua bán có thể là thương nhân Việt Nam hoặc thương nhân nước ngoài (trong hợp đồng mua bán hàng hoá quốc tế). Ngoài chủ thể là thương nhân, các tổ chức, cá nhân không phải là

thương nhân cũng có thể trở thành chủ thể của hợp đồng mua bán hàng hoá. Hoạt động của bên chủ thể không phải là thương nhân và không nhằm mục đích lợi nhuận trong quan hệ hợp đồng mua bán hàng hoá phải tuân theo Luật thương mại khi chủ thể này lựa chọn áp dụng Luật thương mại.³¹ Quy định này của Luật thương mại năm 2005 phù hợp với học thuyết pháp lí về áp dụng pháp luật thương mại đối với các giao dịch hỗn hợp.³²

Thứ hai, về hình thức, hợp đồng mua bán hàng hoá có thể được thiết lập theo cách thức nào mà hai bên thể hiện được sự thoả thuận mua bán hàng hoá giữa các bên. Hợp đồng mua bán có

31 .Xem: Khoản 3 Điều 1 Luật thương mại.

32 .Xem: Phần "Khái niệm luật thương mại", Chương 1.

(1).Xem: Khoản 1 Điều 6 Luật thương mại.

thể được thể hiện dưới hình thức lời nói, bằng văn bản hoặc bằng hành vi cụ thể của các bên giao kết. Trong những trường hợp nhất định, pháp luật bắt buộc các bên phải thiết lập hợp đồng mua bán bằng hình thức văn bản. Điều 24 Luật thương mại năm 2005 cũng quy định: *"Hợp đồng mua bán hàng hoá được thể hiện bằng lời nói, bằng văn bản hoặc được xác lập bằng hành vi cụ thể. Đối với các loại hợp đồng mua bán hàng hoá mà pháp luật quy định phải được lập thành văn bản thì phải tuân theo các quy định đó"*. Hợp đồng mua bán hàng hoá quốc tế là một ví dụ về trường hợp bắt buộc hình thức của hợp đồng mua bán phải bằng văn bản. Theo quy định của Luật thương mại, hợp đồng mua bán hàng hoá quốc tế phải được thể hiện dưới hình thức văn bản hoặc bằng hình thức khác có giá trị pháp lý tương đương nhân cũng có thể trở thành chủ thể của hợp đồng mua bán hàng hoá. Hoạt động của bên chủ thể không phải là thương nhân và không nhằm mục đích lợi nhuận trong quan hệ hợp đồng mua bán hàng hoá phải tuân theo Luật thương mại khi chủ thể này lựa chọn áp dụng Luật thương mại.³³ Quy định này của Luật thương mại năm 2005 phù hợp với học thuyết pháp lý về áp dụng pháp luật thương mại đối với các giao dịch hỗn hợp.³⁴

Thứ hai, về hình thức, hợp đồng mua bán hàng hoá có thể được thiết lập theo cách thức nào mà hai bên thể hiện được sự

33 .Xem: Khoản 3 Điều 1 Luật thương mại.

(1).Xem: Khoản 2 Điều 27 Luật thương mại.

(2).Xem: Khoản 15 Điều 3 Luật thương mại.

(3). Article 2. The United Nation Convention for the nternational sale of goods (Vienna Convention 1980).

(1).Xem: Khoản 2 Điều 27 Luật thương mại.

(2).Xem: Khoản 15 Điều 3 Luật thương mại.

(3). Article 2. The United Nation Convention for the nternational sale of goods (Vienna Convention 1980).

thoả thuận mua bán hàng hoá giữa các bên. Hợp đồng mua bán có thể được thể hiện dưới hình thức lời nói, bằng văn bản hoặc bằng hành vi cụ thể của các bên giao kết. Trong những trường hợp nhất định, pháp luật bắt buộc các bên phải thiết lập hợp đồng mua bán bằng hình thức văn bản. Điều 24 Luật thương mại năm 2005 cũng quy định: *"Hợp đồng mua bán hàng hoá được thể hiện bằng lời nói, bằng văn bản hoặc được xác lập bằng hành vi cụ thể. Đối với các loại hợp đồng mua bán hàng hoá mà pháp luật quy định phải được lập thành văn bản thì phải tuân theo các quy định đó"*. Hợp đồng mua bán hàng hoá quốc tế là một ví dụ về trường hợp bắt buộc hình thức của hợp đồng mua bán phải bằng văn bản. Theo quy định của Luật thương mại, hợp đồng mua bán hàng hoá quốc tế phải được thể hiện dưới hình thức văn bản hoặc bằng hình thức khác có giá trị pháp lý tương

đương.⁽¹⁾ Các hình thức có giá trị tương đương văn bản bao gồm điện báo, TELEX, FAX, thông điệp dữ liệu.⁽²⁾

Thứ ba, về đối tượng, hợp đồng mua bán hàng hoá có đối tượng là hàng hoá. Hiểu theo nghĩa thông thường, hàng hoá là sản phẩm lao động của con người, được tạo ra nhằm mục đích thoả mãn nhu cầu của con người. Khái niệm hàng hoá được ghi nhận trong luật pháp các quốc gia trên thế giới hiện nay, mặc dù có những khác biệt nhất định song đều có xu hướng mở rộng các đối tượng là hàng hoá được phép lưu thông thương mại. Cùng với sự phát triển của xã hội, hàng hoá ngày càng phong phú và đa dạng. Dựa vào tính chất pháp lí, hàng hoá được chia thành nhiều loại khác nhau như bất động sản, động sản, tài hữu hình, tài sản vô hình hoặc các quyền về tài sản...

Theo pháp luật thương mại của đa số các nước và trong nhiều điều ước quốc tế (như Hiệp định GATT, Hiệp định thành lập khối thị trường chung châu Âu, Công ước Viên năm 1980 về mua bán hàng hoá...), hàng hoá là đối tượng của mua bán thương mại được hiểu bao gồm những loại tài sản có hai thuộc tính cơ bản là: (i) Có thể đưa vào lưu thông và (ii) Có tính chất thương mại. Công ước Viên năm 1980 chỉ loại trừ (không áp dụng) đối với việc mua bán một số loại hàng hoá như chứng khoán, giấy đảm bảo chứng từ và tiền lưu thông, điện năng, phương tiện vận tải đường thuỷ, đường không, phương tiện vận tải bằng kính khí cầu...⁽³⁾ Theo pháp luật

Thứ ba, về đối tượng, hợp đồng mua bán hàng hoá có đối tượng là hàng hoá. Hiểu theo nghĩa thông thường, hàng hoá là sản phẩm lao động của con người, được tạo ra nhằm mục đích thoả mãn nhu cầu của con người. Khái niệm hàng hoá được ghi nhận trong luật pháp các quốc gia trên thế giới hiện nay, mặc dù có

đương.⁽¹⁾ Các hình thức có giá trị tương đương văn bản bao gồm điện báo, TELEX, FAX, thông điệp dữ liệu.⁽²⁾

những khác biệt nhất định song đều có xu hướng mở rộng các đối tượng là hàng hoá được phép lưu thông thương mại. Cùng với sự phát triển của xã hội, hàng hoá ngày càng phong phú và đa dạng. Dựa vào tính chất pháp lí, hàng hoá được chia thành nhiều loại khác nhau như bất động sản, động sản, tài hữu hình, tài sản vô hình hoặc các quyền về tài sản...

Theo pháp luật thương mại của đa số các nước và trong nhiều điều ước quốc tế (như Hiệp định GATT, Hiệp định thành lập khối thị trường chung châu Âu, Công ước Viên năm 1980 về mua bán hàng hoá...), hàng hoá là đối tượng của mua bán thương mại được hiểu bao gồm những loại tài sản có hai thuộc tính cơ bản là: (i) Có thể đưa vào lưu thông và (ii) Có tính chất thương mại. Công ước Viên năm 1980 chỉ loại trừ (không áp dụng) đối với việc mua bán một số loại hàng hoá như chứng khoán, giấy đảm bảo chứng từ và tiền lưu thông, điện năng, phương tiện vận tải đường thủy, đường không, phương tiện vận tải bằng kính khí cầu...^(?) Theo pháp luật

Hoa Kỳ, hàng hoá bao gồm mọi thứ có thể dịch chuyển được (quyền sở hữu) vào thời gian xác định theo hợp đồng mua bán hàng hoá; hàng hoá có thể là hàng hoá đã có ở hiện tại hoặc hàng hoá sẽ có trong tương lai (future goods)/⁰

ở Việt Nam, trước khi có Luật thương mại năm 2005, đối tượng được coi là hàng hoá bao gồm: máy móc, thiết bị, nguyên liệu, nhiên liệu, vật liệu, hàng tiêu dùng, các động sản khác được lưu thông trên thị trường, nhà ở dùng để kinh doanh dưới hình thức cho thuê, mua, bán/^{35 36 37} Khái niệm hàng hoá theo cách hiểu này có phạm vi hẹp hơn so với quan niệm phổ biến trên thế giới. Trên thực tế, các hoạt động mua bán có tính chất thương mại ở Việt Nam không chỉ dừng lại ở đối tượng là các loại hàng hoá này. Khắc phục sự bất cập của Luật thương mại năm 1997 về khái niệm hàng hoá, Luật thương mại năm 2005 đã quy định: "*Hàng hoá bao gồm: (i) Tất cả các loại động sản, kể cả động sản hình thành trong tương lai; (ii) Những vật gắn liền với đất đai*".⁽¹⁾ Với cách hiểu về hàng hoá như vậy, hàng hoá là đối tượng mua bán có thể là hàng hoá hiện đang tồn tại hoặc hàng hoá sẽ có trong tương lai; hàng hoá có thể là động sản hoặc bất động sản được phép lưu thông thương mại.

Thứ tư, về nội dung, hợp đồng mua bán hàng hoá thể hiện quyền và nghĩa vụ của các bên trong quan hệ mua bán, theo đó bên bán có nghĩa vụ giao hàng, chuyển quyền sở hữu Hoa Kỳ, hàng hoá bao gồm mọi thứ có thể dịch chuyển được (quyền sở hữu) vào thời gian xác định theo hợp đồng mua bán hàng hoá;

35 . R. Robert Rosenberg, William G. Ott, Edward E. Byers, Gordon w. Brown, *Business Law*, McGraw Hill Co, Inc 1983, tr. 265.

36 .Xem: Khoản 3 Điều 5 Luật thương mại năm 1997.

37 .Xem: Khoản 2 Điều 3 Luật thương mại.

hàng hoá có thể là hàng hoá đã có ở hiện tại hoặc hàng hoá sẽ có trong tương lai (future goods)/¹¹

ở Việt Nam, trước khi có Luật thương mại năm 2005, đối tượng được coi là hàng hoá bao gồm: máy móc, thiết bị, nguyên liệu, nhiên liệu, vật liệu, hàng tiêu dùng, các động sản khác được lưu thông trên thị trường, nhà ở dùng để kinh doanh dưới hình thức cho thuê, mua, bán/^{38 39 40} Khái niệm hàng hoá theo cách hiểu này có phạm vi hẹp hơn so với quan niệm phổ biến trên thế giới. Trên thực tế, các hoạt động mua bán có tính chất thương mại ở Việt Nam không chỉ dừng lại ở đối tượng là các loại hàng hoá này. Khắc phục sự bất cập của Luật thương mại năm 1997 về khái niệm hàng hoá, Luật thương mại năm 2005 đã quy định: "*Hàng hoá bao gồm: (i) Tất cả các loại động sản, kể cả động sản hình thành trong tương lai; (ii) Những vật gắn liền với đất đai*".⁽¹⁾ Với cách hiểu về hàng hoá như vậy, hàng hoá là đối tượng mua bán có thể là hàng hoá hiện đang tồn tại hoặc hàng hoá sẽ có trong tương lai; hàng hoá có thể là động sản hoặc bất động sản được phép lưu thông thương mại.

Thứ tư, về nội dung, hợp đồng mua bán hàng hoá thể hiện quyền và nghĩa vụ của các bên trong quan hệ mua bán, theo đó bên bán có nghĩa vụ giao hàng, chuyển quyền sở hữu

38 . R. Robert Rosenberg, William G. Ott, Edward E. Byers, Gordon w. Brown, *Business Law*, McGraw Hill Co, Inc 1983, tr. 265.

39 .Xem: Khoản 3 Điều 5 Luật thương mại năm 1997.

40 .Xem: Khoản 2 Điều 3 Luật thương mại.

hàng hoá cho bên mua và nhận tiền; còn bên mua có nghĩa vụ nhận hàng hoá và trả tiền cho bên bán. Hành vi mua bán của các bên trong hợp đồng mua bán hàng hoá có tính chất hành vi thương mại. Mục đích thông thường của các bên mua bán là lợi nhuận.⁴¹

Hợp đồng mua bán hàng hoá khác với hợp đồng thuê tài sản. Trong hợp đồng thuê tài sản, quyền chiếm hữu và sử dụng tài sản được chuyển dịch từ người cho thuê sang người thuê song người cho thuê vẫn là chủ sở hữu tài sản cho thuê.⁴²

Hợp đồng mua bán hàng hoá khác với hợp đồng tặng cho tài sản. Hợp đồng mua bán là hợp đồng song vụ, có tính đền bù; giá của hàng hoá luôn được xác định. Việc chuyển dịch quyền sở hữu hàng hoá luôn kèm theo yêu cầu đền bù tương ứng với giá trị hàng hoá theo thoả thuận. Trong khi đó, hợp đồng tặng cho tài sản là hợp đồng đơn vụ. Khi tặng cho tài sản, bên tặng cho giao tài sản W giao quyền sở hữu tài sản cho bên được tặng cho mà không có yêu cầu đền bù.⁴³

Cũng cần phân biệt hợp đồng cung ứng dịch vụ với hợp đồng mua bán hàng hoá. Hợp đồng dịch vụ là hình thức của các quan hệ dịch vụ thương mại (có thể là các dịch vụ gắn liền với mua bán hàng hoá như dịch vụ logistic, dịch vụ trung gian thương mại, dịch vụ xúc tiến thương mại... có thể hàng hoá cho bên mua và nhận tiền; còn bên mua có nghĩa vụ nhận hàng hoá và trả tiền cho bên bán. Hành vi mua bán của các bên trong hợp đồng mua bán

41 . Theo tinh thần của Luật thương mại năm 2005, luật này chủ yếu được áp dụng để điều chỉnh các quan hệ mua bán giữa các thương nhân với nhau nhằm mục đích lợi nhuận. Tuy nhiên, như đã phân tích, Luật thương mại cũng được áp dụng với quan hệ mua bán khi một bên không nhằm mục đích lợi nhuận, nếu bên không nhằm mục đích lợi nhuận đó chọn áp dụng Luật thương mại.

42 .Xem: Điều 480 Bộ luật dân sự.

43 .Xem: Điều 465 Bộ luật dân sự.

hàng hoá có tính chất hành vi thương mại. Mục đích thông thường của các bên mua bán là lợi nhuận.⁴⁴

Hợp đồng mua bán hàng hoá khác với hợp đồng thuê tài sản. Trong hợp đồng thuê tài sản, quyền chiếm hữu và sử dụng tài sản được chuyển dịch từ người cho thuê sang người thuê song người cho thuê vẫn là chủ sở hữu tài sản cho thuê.⁴⁵

Hợp đồng mua bán hàng hoá khác với hợp đồng tặng cho tài sản. Hợp đồng mua bán là hợp đồng song vụ, có tính đền bù; giá của hàng hoá luôn được xác định. Việc chuyển dịch quyền sở hữu hàng hoá luôn kèm theo yêu cầu đền bù tương ứng với giá trị hàng hoá theo thoả thuận. Trong khi đó, hợp đồng tặng cho tài sản là hợp đồng đơn vụ. Khi tặng cho tài sản, bên tặng cho giao tài sản W giao quyền sở hữu tài sản cho bên được tặng cho mà không có yêu cầu đền bù.⁴⁶

Cũng cần phân biệt hợp đồng cung ứng dịch vụ với hợp đồng mua bán hàng hoá. Hợp đồng dịch vụ là hình thức của các quan hệ dịch vụ thương mại (có thể là các dịch vụ gắn liền với mua bán hàng hoá như dịch vụ logistic, dịch vụ trung gian thương mại, dịch vụ xúc tiến thương mại... có thể

44 . Theo tinh thần của Luật thương mại năm 2005, luật này chủ yếu được áp dụng để điều chỉnh các quan hệ mua bán giữa các thương nhân với nhau nhằm mục đích lợi nhuận. Tuy nhiên, như đã phân tích, Luật thương mại cũng được áp dụng với quan hệ mua bán khi một bên không nhằm mục đích lợi nhuận, nếu bên không nhằm mục đích lợi nhuận đó chọn áp dụng Luật thương mại.

45 .Xem: Điều 480 Bộ luật dân sự.

46 .Xem: Điều 465 Bộ luật dân sự.

là các dịch vụ không gắn trực tiếp với mua bán hàng hoá như dịch vụ xây dựng, dịch vụ bảo hiểm, dịch vụ ngân hàng...). Trong các hợp đồng dịch vụ, đối tượng của hợp đồng là dịch vụ sẽ được chuyển giao từ bên cung cấp dịch vụ sang bên nhận dịch vụ. Sự khác biệt giữa hàng hoá và dịch vụ là cơ sở chủ yếu tạo nên sự khác biệt trong nội dung điều chỉnh pháp luật giữa hợp đồng mua bán hàng hoá và hợp đồng cung ứng dịch vụ trong thương mại.

2. Nội dung của hợp đồng mua bán hàng hoá

Nội dung của hợp đồng mua bán hàng hoá là các điều khoản do các bên thoả thuận, thể hiện quyền và nghĩa vụ của các bên trong quan hệ hợp đồng. Trong thực tiễn, các bên thoả thuận nội dung hợp đồng càng chi tiết thì càng thuận lợi cho việc thực hiện hợp đồng.

Pháp luật các nước có những cách khác nhau trong quy định về nội dung chủ yếu của hợp đồng mua bán, theo đó các bên phải thoả thuận để giao kết hợp đồng. Các nước thuộc hệ thống luật Anh - Mỹ về cơ bản chỉ bắt buộc thoả thuận về điều khoản đối tượng của hợp đồng mua bán;⁽¹⁾ những nội dung khác, nếu các bên không thoả thuận cụ thể, có thể được viện dẫn tập quán thương mại để xác định. Trong khi đó, theo pháp luật các nước thuộc hệ thống luật châu Âu lục địa mà Cộng hòa Pháp là một ví dụ điển hình, thông thường hợp đồng mua bán cần phải thoả thuận rõ về đối tượng, chất lượng và giá cả. Công ước Viên năm 1980 về hợp đồng mua bán hàng hoá quốc tế không quy định hợp là các dịch vụ không gắn trực tiếp với mua bán hàng hoá như dịch vụ xây dựng, dịch vụ bảo hiểm, dịch vụ ngân hàng...). Trong các hợp đồng dịch vụ, đối tượng của hợp đồng là dịch vụ sẽ được chuyển giao từ bên cung cấp dịch vụ sang bên nhận dịch vụ. Sự khác biệt giữa hàng hoá và dịch vụ là cơ sở chủ yếu tạo nên sự khác biệt

(1). Article 2 Uniform Commercial Code (UCC).

trong nội dung điều chỉnh pháp luật giữa hợp đồng mua bán hàng hoá và hợp đồng cung ứng dịch vụ trong thương mại.

2. Nội dung của hợp đồng mua bán hàng hoá

Nội dung của hợp đồng mua bán hàng hoá là các điều khoản do các bên thoả thuận, thể hiện quyền và nghĩa vụ của các bên trong quan hệ hợp đồng. Trong thực tiễn, các bên thoả thuận nội dung hợp đồng càng chi tiết thì càng thuận lợi cho việc thực hiện hợp đồng.

Pháp luật các nước có những cách khác nhau trong quy định về nội dung chủ yếu của hợp đồng mua bán, theo đó các bên phải thoả thuận để giao kết hợp đồng. Các nước thuộc hệ thống luật Anh - Mỹ về cơ bản chỉ bắt buộc thoả thuận về điều khoản đối tượng của hợp đồng mua bán;⁽¹⁾ những nội dung khác, nếu các bên không thoả thuận cụ thể, có thể được viện dẫn tập quán thương mại để xác định. Trong khi đó, theo pháp luật các nước thuộc hệ thống luật châu Âu lục địa mà Cộng hòa Pháp là một ví dụ điển hình, thông thường hợp đồng mua bán cần phải thoả thuận rõ về đối tượng, chất lượng và giá cả. Công ước Viên năm 1980 về hợp đồng mua bán hàng hoá quốc tế không quy định hợp đồng mua bán phải có những nội dung nào và như vậy, nếu luật của một quốc gia thành viên Công ước được chọn áp dụng có quy định về nội dung chủ yếu của hợp đồng mua bán thì các bên phải tuân thủ những quy định đó.

Việc pháp luật quy định nội dung của hợp đồng mua bán, có ý nghĩa hướng các bên tập trung vào thoả thuận những nội dung quan trọng của hợp đồng, tạo điều kiện thuận lợi cho việc thực hiện đồng thời phòng ngừa những tranh chấp xảy ra trong quá trình thực hiện hợp đồng. Luật thương mại năm 2005 không quy

(1). Article 2 Uniform Commercial Code (UCC).

định bắt buộc các bên phải thoả thuận những nội dung cụ thể nào trong hợp đồng mua bán hàng hoá.^{47 48} Mặc dù các nội dung chủ yếu của hợp đồng mua bán hàng hoá có thể xác định được dựa trên những quy định mang tính "khuyến nghị", "định hướng" của pháp luật,⁴⁹ thói quen và tập quán thương mại nhưng trong điều kiện nhận thức của nhà kinh doanh còn nhiều hạn chế thì điều này tiềm ẩn nguy cơ dẫn đến những rủi ro pháp lí, những tranh chấp trong hoạt động mua bán hàng hoá.

Trên cơ sở các quy định của Bộ luật dân sự và Luật thương mại, xuất phát từ tính chất của quan hệ hợp đồng mua bán hàng hoá trong thương mại, có thể thấy những điều khoản quan trọng của hợp đồng mua bán hàng hoá bao gồm: đối tượng, chất lượng, giá cả, phương thức thanh toán, thời điểm mua bán phải có những nội dung nào và như vậy, nếu luật của một quốc gia thành viên Công ước được chọn áp dụng có quy định về nội dung chủ yếu của hợp đồng mua bán thì các bên phải tuân thủ những quy định đó.

Việc pháp luật quy định nội dung của hợp đồng mua bán, có ý nghĩa hướng các bên tập trung vào thoả thuận những nội dung quan trọng của hợp đồng, tạo điều kiện thuận lợi cho việc thực hiện đồng thời phòng ngừa những tranh chấp xảy ra trong quá trình thực hiện hợp đồng. Luật thương mại năm 2005 không quy định bắt buộc các bên phải thoả thuận những nội dung cụ thể nào trong hợp đồng mua bán hàng hoá.^{49 50} Mặc dù các nội dung chủ

47 . Theo Luật thương mại năm 1997 (Điều 50), các bên trong hợp đồng mua bán bắt buộc phải thoả thuận đầy đủ những nội dung chủ yếu của hợp đồng (tên hàng: số lượng; quy cách, chất lượng; giá cả; phương thức thanh toán; địa điểm và thời hạn giao nhận hàng) thì hợp đồng mua bán mới có thể hình thành và có giá trị pháp lí.

48 . Xem: Điều 402 Bộ luật dân sự.

49 . Theo Luật thương mại năm 1997 (Điều 50), các bên trong hợp đồng mua bán bắt buộc phải thoả thuận đầy đủ những nội dung chủ yếu của hợp đồng (tên hàng: số lượng;

yếu của hợp đồng mua bán hàng hoá có thể xác định được dựa trên những quy định mang tính "khuyến nghị", "định hướng" của pháp luật,⁵⁰⁾ thói quen và tập quán thương mại nhưng trong điều kiện nhận thức của nhà kinh doanh còn nhiều hạn chế thì điều này tiềm ẩn nguy cơ dẫn đến những rủi ro pháp lí, những tranh chấp trong hoạt động mua bán hàng hoá.

Trên cơ sở các quy định của Bộ luật dân sự và Luật thương mại, xuất phát từ tính chất của quan hệ hợp đồng mua bán hàng hoá trong thương mại, có thể thấy những điều khoản quan trọng của hợp đồng mua bán hàng hoá bao gồm: đối tượng, chất lượng, giá cả, phương thức thanh toán, thời

quy cách, chất lượng; giá cả; phương thức thanh toán; địa điểm và thời hạn giao nhận hàng) thì hợp đồng mua bán mới có thể hình thành và có giá trị pháp lí.

50 . Xem: Điều 402 Bộ luật dân sự.

hạn và địa điểm giao nhận hàng.

Ngoài ra cần lưu ý, trong quan hệ mua bán hàng hoá, các bên không chỉ chịu sự ràng buộc bởi những điều khoản đã thoả thuận với nhau (bằng lời nói hay văn bản hợp đồng) mà còn chịu sự ràng buộc bởi những quy định của pháp luật (những điều khoản pháp luật có quy định nhưng các bên không thoả thuận trong hợp đồng).

3. Giao kết hợp đồng mua bán hàng hoá

Về lí thuyết, một hợp đồng mua bán có thể được hình thành theo bất cứ cách thức nào, theo đó chứng tỏ giữa các bên đã đạt được sự thoả thuận. Thời điểm giao kết hợp đồng mua bán hàng hoá là thời điểm mà các bên đã đạt được sự thoả thuận. Trong quá trình xác lập hợp đồng mua bán hàng hoá, các vấn đề pháp lí cơ bản cần được làm rõ là: (i) Đề nghị giao kết hợp đồng; (ii) Chấp nhận đề nghị hợp đồng; (iii) Thời điểm giao kết và hiệu lực của hợp đồng. Những vấn đề này không được Luật thương mại năm 2005 quy định cụ thể, vì vậy các quy định của Bộ luật dân sự sẽ được áp dụng đối với việc giao kết hợp đồng mua bán hàng hoá.

a. Đề nghị giao kết hợp đồng mua bán

Đề nghị giao kết hợp đồng nói chung có bản chất là hành vi pháp lí đơn phương của một chủ thể, có nội dung bày tỏ ý định giao kết hợp đồng với chủ thể khác theo những điều kiện xác định. Từ quy định của Điều 390 Bộ luật dân sự, có thể định nghĩa đề nghị giao kết hợp đồng mua bán là việc thể hiện rõ ý định giao kết hợp đồng mua bán và chịu sự ràng buộc về đề nghị này của bên đề nghị đối với bên đã được xác định cụ thể. hạn và địa điểm giao nhận hàng.

Ngoài ra cần lưu ý, trong quan hệ mua bán hàng hoá, các bên

không chỉ chịu sự ràng buộc bởi những điều khoản đã thoả thuận với nhau (bằng lời nói hay văn bản hợp đồng) mà còn chịu sự ràng buộc bởi những quy định của pháp luật (những điều khoản pháp luật có quy định nhưng các bên không thoả thuận trong hợp đồng).

3. Giao kết hợp đồng mua bán hàng hoá

Về lí thuyết, một hợp đồng mua bán có thể được hình thành theo bất cứ cách thức nào, theo đó chứng tỏ giữa các bên đã đạt được sự thoả thuận. Thời điểm giao kết hợp đồng mua bán hàng hoá là thời điểm mà các bên đã đạt được sự thoả thuận. Trong quá trình xác lập hợp đồng mua bán hàng hoá, các vấn đề pháp lí cơ bản cần được làm rõ là: (i) Đề nghị giao kết hợp đồng; (ii) Chấp nhận đề nghị hợp đồng; (iii) Thời điểm giao kết và hiệu lực của hợp đồng. Những vấn đề này không được Luật thương mại năm 2005 quy định cụ thể, vì vậy các quy định của Bộ luật dân sự sẽ được áp dụng đối với việc giao kết hợp đồng mua bán hàng hoá.

a. Đề nghị giao kết hợp đồng mua bán

Đề nghị giao kết hợp đồng nói chung có bản chất là hành vi pháp lí đơn phương của một chủ thể, có nội dung bày tỏ ý định giao kết hợp đồng với chủ thể khác theo những điều kiện xác định. Từ quy định của Điều 390 Bộ luật dân sự, có thể định nghĩa đề nghị giao kết hợp đồng mua bán là việc thể hiện rõ ý định giao kết hợp đồng mua bán và chịu sự ràng buộc về đề nghị này của bên đề nghị đối với bên đã được xác định cụ thể.

Đề nghị hợp đồng mua bán có thể do bên bán hoặc bên mua thực hiện. Bộ luật dân sự cũng như Luật thương mại năm 2005 không quy định về hình thức của đề nghị hợp đồng mua bán hàng hoá song có thể dựa vào quy định về hình thức của hợp đồng mua

bán (Điều 24 Luật thương mại) để xác định hình thức của đề nghị hợp đồng, theo đó đề nghị hợp đồng có thể được thể hiện bằng văn bản, lời nói hoặc hành vi cụ thể hoặc kết hợp giữa các hình thức này.

Đề nghị hợp đồng được gửi đến cho một hay nhiều chủ thể đã xác định. Hiệu lực của đề nghị giao kết hợp đồng mua bán thông thường được bên đề nghị ấn định. Trường hợp bên đề nghị không ấn định thời điểm có hiệu lực của đề nghị hợp đồng thì đề nghị giao kết hợp đồng có hiệu lực kể từ khi bên được đề nghị nhận được đề nghị đó. Căn cứ xác định bên được đề nghị đã nhận được đề nghị giao kết hợp đồng là: (i) Đề nghị được chuyển đến nơi cư trú (bên được đề nghị là cá nhân) hoặc trụ sở của bên được đề nghị (trường hợp bên được đề nghị là pháp nhân) (ii) Đề nghị được đưa vào hệ thống thông tin chính thức của bên được đề nghị; (iii) Bên được đề nghị biết được đề nghị giao kết hợp đồng thông qua các phương thức khác.

Bên đề nghị phải chịu trách nhiệm về lời đề nghị của mình. Trong thời hạn đề nghị hợp đồng có hiệu lực, nếu bên được đề nghị thông báo chấp nhận vô điều kiện đề nghị hợp đồng thì hợp đồng mua bán hàng hoá hình thành và ràng buộc các bên. Nếu các bên không thực hiện các nghĩa vụ theo hợp đồng thì phải chịu các hình thức chế tài do vi phạm hợp đồng.

Đề nghị hợp đồng mua bán có thể do bên bán hoặc bên mua thực hiện. Bộ luật dân sự cũng như Luật thương mại năm 2005 không quy định về hình thức của đề nghị hợp đồng mua bán hàng hoá song có thể dựa vào quy định về hình thức của hợp đồng mua bán (Điều 24 Luật thương mại) để xác định hình thức của đề nghị hợp đồng, theo đó đề nghị hợp đồng có thể được thể hiện bằng văn bản, lời nói hoặc hành vi cụ thể hoặc kết hợp giữa các hình

Bên đề nghị giao kết hợp đồng có thể thay đổi hoặc rút

thức này.

Đề nghị hợp đồng được gửi đến cho một hay nhiều chủ thể đã xác định. Hiệu lực của đề nghị giao kết hợp đồng mua bán thông thường được bên đề nghị ấn định. Trường hợp bên đề nghị không ấn định thời điểm có hiệu lực của đề nghị hợp đồng thì đề nghị giao kết hợp đồng có hiệu lực kể từ khi bên được đề nghị nhận được đề nghị đó. Căn cứ xác định bên được đề nghị đã nhận được đề nghị giao kết hợp đồng là: (i) Đề nghị được chuyển đến nơi cư trú (bên được đề nghị là cá nhân) hoặc trụ sở của bên được đề nghị (trường hợp bên được đề nghị là pháp nhân) (ii) Đề nghị được đưa vào hệ thống thông tin chính thức của bên được đề nghị; (iii) Bên được đề nghị biết được đề nghị giao kết hợp đồng thông qua các phương thức khác.

Bên đề nghị phải chịu trách nhiệm về lời đề nghị của mình. Trong thời hạn đề nghị hợp đồng có hiệu lực, nếu bên được đề nghị thông báo chấp nhận vô điều kiện đề nghị hợp đồng thì hợp đồng mua bán hàng hoá hình thành và ràng buộc các bên. Nếu các bên không thực hiện các nghĩa vụ theo hợp đồng thì phải chịu các hình thức chế tài do vi phạm hợp đồng.

lại đề nghị giao kết hợp đồng trong các trường hợp: (i) Bên được đề nghị nhận được thông báo về việc thay đổi hoặc rút lại đề nghị trước hoặc cùng với thời điểm nhận được đề nghị; (ii) Điều kiện thay đổi hoặc rút lại đề nghị phát sinh trong trường hợp bên đề nghị có nêu rõ về việc được thay đổi hoặc rút lại đề nghị khi điều kiện đó phát sinh.

Trong trường hợp bên đề nghị giao kết hợp đồng thực hiện quyền huỷ bỏ đề nghị do đã nêu rõ quyền này trong đề nghị thì phải thông báo cho bên được đề nghị và thông báo này chỉ có hiệu lực khi bên được đề nghị nhận được thông báo trước khi bên được

Bên đề nghị giao kết hợp đồng có thể thay đổi hoặc rút

đề nghị trả lời chấp nhận đề nghị giao kết hợp đồng.

Đề nghị giao kết hợp đồng chấm dứt hiệu lực trong các trường hợp: (i) Bên nhận được đề nghị trả lời không chấp nhận; (ii) Hết thời hạn trả lời chấp nhận; (iii) Thông báo về việc thay đổi hoặc rút lại đề nghị có hiệu lực; (iv) Thông báo về việc huỷ bỏ đề nghị có hiệu lực; (v) Theo thoả thuận của bên đề nghị và bên nhận được đề nghị trong thời hạn chờ bên được đề nghị trả lời.

b. Chấp nhận đề nghị giao kết hợp đồng mua bán

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. Thời hạn trả lời chấp nhận giao kết hợp đồng được xác định khác nhau trong các trường hợp sau:

- Khi bên đề nghị có ấn định thời hạn trả lời thì việc trả lời chấp nhận chỉ có hiệu lực khi được thực hiện trong thời hạn đó; nếu bên đề nghị giao kết hợp đồng nhận được trả lời khi đã hết thời hạn trả lời thì chấp nhận này được coi là đề lại đề nghị giao kết hợp đồng trong các trường hợp: (i) Bên được đề nghị nhận được thông báo về việc thay đổi hoặc rút lại đề nghị trước hoặc cùng với thời điểm nhận được đề nghị; (ii) Điều kiện thay đổi hoặc rút lại đề nghị phát sinh trong trường hợp bên đề nghị có nêu rõ về việc được thay đổi hoặc rút lại đề nghị khi điều kiện đó phát sinh.

Trong trường hợp bên đề nghị giao kết hợp đồng thực hiện quyền huỷ bỏ đề nghị do đã nêu rõ quyền này trong đề nghị thì phải thông báo cho bên được đề nghị và thông báo này chỉ có hiệu lực khi bên được đề nghị nhận được thông báo trước khi bên được đề nghị trả lời chấp nhận đề nghị giao kết hợp đồng.

Đề nghị giao kết hợp đồng chấm dứt hiệu lực trong các trường hợp: (i) Bên nhận được đề nghị trả lời không chấp nhận;

(ii) Hết thời hạn trả lời chấp nhận; (iii) Thông báo về việc thay đổi hoặc rút lại đề nghị có hiệu lực; (iv) Thông báo về việc huỷ bỏ đề nghị có hiệu lực; (v) Theo thoả thuận của bên đề nghị và bên nhận được đề nghị trong thời hạn chờ bên được đề nghị trả lời.

b. Chấp nhận đề nghị giao kết hợp đồng mua bán

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. Thời hạn trả lời chấp nhận giao kết hợp đồng được xác định khác nhau trong các trường hợp sau:

- Khi bên đề nghị có ấn định thời hạn trả lời thì việc trả lời chấp nhận chỉ có hiệu lực khi được thực hiện trong thời hạn đó; nếu bên đề nghị giao kết hợp đồng nhận được trả lời khi đã hết thời hạn trả lời thì chấp nhận này được coi là đề

nghị mới của bên chậm trả lời. Trong trường hợp thông báo chấp nhận giao kết hợp đồng đến chậm vì lí do khách quan mà bên đề nghị biết hoặc phải biết về lí do khách quan này thì thông báo chấp nhận 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.

- Khi các bên trực tiếp giao tiếp với nhau, kể cả trong trường hợp qua điện thoại hoặc qua các phương tiện khác thì bên được đề nghị phải trả lời ngay có chấp nhận hoặc không chấp nhận, trừ trường hợp có thoả thuận về thời hạn trả lời.

Bên được đề nghị giao kết hợp đồng có thể rút lại thông báo chấp nhận giao kết hợp đồng nếu thông báo này đến trước hoặc cùng với thời điểm bên đề nghị nhận được trả lời chấp nhận giao kết hợp đồng.

c. Thời điểm giao kết hợp đồng mua bán hàng hoá

Về nguyên tắc chung, hợp đồng mua bán được giao kết vào thời điểm các bên đạt được sự thoả thuận. Thời điểm giao kết hợp đồng được quy định khác nhau phụ thuộc vào cách thức giao kết và hình thức của hợp đồng. Theo tinh thần của Bộ luật dân sự năm 2005 (Điều 404), có thể xác định thời điểm giao kết hợp đồng mua bán theo các trường hợp sau:

- Hợp đồng được giao kết trực tiếp bằng văn bản: thời điểm giao kết hợp đồng là thời điểm bên sau cùng kí vào văn bản.

- Hợp đồng được giao kết gián tiếp bằng văn bản (thông qua các tài liệu giao dịch): thời điểm đạt được sự thoả thuận được xác định theo thuyết "tiếp nhận", theo đó, hợp đồng được giao kết khi bên đề nghị nhận được trả lời chấp nhận giao kết hợp đồng.

nghị mới của bên chậm trả lời. Trong trường hợp thông báo chấp nhận giao kết hợp đồng đến chậm vì lí do khách quan mà bên đề nghị biết hoặc phải biết về lí do khách quan này thì thông báo chấp nhận 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.

- Khi các bên trực tiếp giao tiếp với nhau, kể cả trong trường hợp qua điện thoại hoặc qua các phương tiện khác thì bên được đề nghị phải trả lời ngay có chấp nhận hoặc không chấp nhận, trừ trường hợp có thoả thuận về thời hạn trả lời.

Bên được đề nghị giao kết hợp đồng có thể rút lại thông báo chấp nhận giao kết hợp đồng nếu thông báo này đến trước hoặc cùng với thời điểm bên đề nghị nhận được trả lời chấp nhận giao kết hợp đồng.

c. Thời điểm giao kết hợp đồng mua bán hàng hoá

Về nguyên tắc chung, hợp đồng mua bán được giao kết vào thời điểm các bên đạt được sự thoả thuận. Thời điểm giao kết hợp

đồng được quy định khác nhau phụ thuộc vào cách thức giao kết và hình thức của hợp đồng. Theo tinh thần của Bộ luật dân sự năm 2005 (Điều 404), có thể xác định thời điểm giao kết hợp đồng mua bán theo các trường hợp sau:

- Hợp đồng được giao kết trực tiếp bằng văn bản: thời điểm giao kết hợp đồng là thời điểm bên sau cùng kí vào văn bản.

- Hợp đồng được giao kết gián tiếp bằng văn bản (thông qua các tài liệu giao dịch): thời điểm đạt được sự thoả thuận được xác định theo thuyết "tiếp nhận", theo đó, hợp đồng được giao kết khi bên đề nghị nhận được trả lời chấp nhận giao kết hợp đồng.

- Hợp đồng được giao kết hợp đồng bằng lời nói: thời điểm giao kết hợp đồng là thời điểm các bên đã thoả thuận về nội dung của hợp đồng. Các bên có thể sử dụng những biện pháp, chứng cứ hợp pháp để chứng minh việc "các bên đã thoả thuận" về nội dung của hợp đồng mua bán hàng hoá bằng lời nói.

Trong giao kết hợp đồng nói chung cũng như hợp đồng mua bán hàng hoá nói riêng, sự im lặng của bên được đề nghị cho đến khi hết thời hạn trả lời cũng có thể là căn cứ xác định hợp đồng đã được giao kết nếu có thoả thuận im lặng là sự trả lời chấp nhận giao kết hợp đồng (khoản 2 Điều 404 Bộ luật dân sự).

Cần lưu ý, thông thường hợp đồng có hiệu lực từ thời điểm giao kết, tuy nhiên trong nhiều trường hợp, thời điểm giao kết hợp đồng mua bán không trùng với thời điểm có hiệu lực của hợp đồng. Theo quy định hiện hành, hợp đồng mua bán hàng hoá có hiệu lực từ thời điểm giao kết, trừ trường hợp các bên có thoả thuận khác hoặc pháp luật có quy định khác (Điều 405 Bộ luật dân sự).

4. Điều kiện có hiệu lực của hợp đồng mua bán hàng hoá

Luật thương mại không quy định cụ thể các điều kiện để hợp

đồng mua bán có hiệu lực. Vì vậy, khi xem xét hiệu lực của hợp đồng mua bán hàng hoá, cần dựa trên các điều kiện có hiệu lực của giao dịch dân sự quy định trong Bộ luật dân sự. Căn cứ vào quy định của Bộ luật dân sự (Điều 122) và các quy định có liên quan, có thể xác định một hợp đồng mua bán hàng hoá có hiệu lực khi có đủ các điều kiện sau đây:

- Hợp đồng được giao kết hợp đồng bằng lời nói: thời điểm giao kết hợp đồng là thời điểm các bên đã thoả thuận về nội dung của hợp đồng. Các bên có thể sử dụng những biện pháp, chứng cứ hợp pháp để chứng minh việc "các bên đã thoả thuận" về nội dung của hợp đồng mua bán hàng hoá bằng lời nói.

Trong giao kết hợp đồng nói chung cũng như hợp đồng mua bán hàng hoá nói riêng, sự im lặng của bên được đề nghị cho đến khi hết thời hạn trả lời cũng có thể là căn cứ xác định hợp đồng đã được giao kết nếu có thoả thuận im lặng là sự trả lời chấp nhận giao kết hợp đồng (khoản 2 Điều 404 Bộ luật dân sự).

Cần lưu ý, thông thường hợp đồng có hiệu lực từ thời điểm giao kết, tuy nhiên trong nhiều trường hợp, thời điểm giao kết hợp đồng mua bán không trùng với thời điểm có hiệu lực của hợp đồng. Theo quy định hiện hành, hợp đồng mua bán hàng hoá có hiệu lực từ thời điểm giao kết, trừ trường hợp các bên có thoả thuận khác hoặc pháp luật có quy định khác (Điều 405 Bộ luật dân sự).

4. Điều kiện có hiệu lực của hợp đồng mua bán hàng hoá

Luật thương mại không quy định cụ thể các điều kiện để hợp đồng mua bán có hiệu lực. Vì vậy, khi xem xét hiệu lực của hợp đồng mua bán hàng hoá, cần dựa trên các điều kiện có hiệu lực của giao dịch dân sự quy định trong Bộ luật dân sự. Căn cứ vào quy định của Bộ luật dân sự (Điều 122) và các quy định có liên

Thứ nhất, các chủ thể tham gia hợp đồng mua bán phải có

quan, có thể xác định một hợp đồng mua bán hàng hoá có hiệu lực khi có đủ các điều kiện sau đây:

năng lực chủ thể để thực hiện nghĩa vụ theo hợp đồng. Trong thực tiễn hoạt động mua bán, chủ thể tham gia hợp đồng mua bán chủ yếu là các thương nhân. Khi tham gia hợp đồng mua bán nhằm mục đích lợi nhuận, các thương nhân phải đáp ứng điều kiện có đăng kí kinh doanh hợp pháp đối với hàng hoá được mua bán. Trường hợp mua bán sản phẩm, hàng hoá có điều kiện kinh doanh, thương nhân còn phải đáp ứng các điều kiện kinh doanh đó theo quy định của pháp luật.

Thứ hai, đại diện của các bên giao kết hợp đồng mua bán phải đúng thẩm quyền. Đại diện hợp pháp của chủ thể hợp đồng có thể là đại diện theo pháp luật hoặc đại diện theo ủy quyền. Khi xác định thẩm quyền giao kết hợp đồng mua bán, cần lưu ý quy định tại Điều 145 Bộ luật dân sự, theo đó khi người không có quyền đại diện giao kết, thực hiện hợp đồng mua bán, sẽ không làm phát sinh quyền, nghĩa vụ đối với bên hợp đồng được đại diện, trừ trường hợp được người đại diện hợp pháp của bên được đại diện chấp thuận. Bên đã giao kết hợp đồng với người không có quyền đại diện phải thông báo cho bên kia để trả lời trong thời hạn ấn định; nếu hết thời hạn này mà không có trả lời thì hợp đồng đó không làm phát sinh quyền, nghĩa vụ đối với bên được đại diện nhưng người không có quyền đại diện vẫn phải thực hiện nghĩa vụ đối với bên đã giao kết hợp đồng với mình, trừ trường hợp bên đã giao dịch biết hoặc phải biết về việc không có quyền đại diện.

Thứ ba, mục đích và nội dung của hợp đồng mua bán không vi phạm điều cấm của pháp luật, không trái đạo đức xã hội. Hàng hoá là đối tượng của hợp đồng không bị cấm kinh doanh theo quy định của pháp luật. Tùy thuộc vào từng giai đoạn của nền kinh tế, xuất phát từ yêu cầu quản lí nhà năng lực chủ thể để thực hiện

Thứ nhất, các chủ thể tham gia hợp đồng mua bán phải có

nghĩa vụ theo hợp đồng. Trong thực tiễn hoạt động mua bán, chủ thể tham gia hợp đồng mua bán chủ yếu là các thương nhân. Khi tham gia hợp đồng mua bán nhằm mục đích lợi nhuận, các thương nhân phải đáp ứng điều kiện có đăng kí kinh doanh hợp pháp đối với hàng hoá được mua bán. Trường hợp mua bán sản phẩm, hàng hoá có điều kiện kinh doanh, thương nhân còn phải đáp ứng các điều kiện kinh doanh đó theo quy định của pháp luật.

Thứ hai, đại diện của các bên giao kết hợp đồng mua bán phải đúng thẩm quyền. Đại diện hợp pháp của chủ thể hợp đồng có thể là đại diện theo pháp luật hoặc đại diện theo ủy quyền. Khi xác định thẩm quyền giao kết hợp đồng mua bán, cần lưu ý quy định tại Điều 145 Bộ luật dân sự, theo đó khi người không có quyền đại diện giao kết, thực hiện hợp đồng mua bán, sẽ không làm phát sinh quyền, nghĩa vụ đối với bên hợp đồng được đại diện, trừ trường hợp được người đại diện hợp pháp của bên được đại diện chấp thuận. Bên đã giao kết hợp đồng với người không có quyền đại diện phải thông báo cho bên kia để trả lời trong thời hạn ấn định; nếu hết thời hạn này mà không có trả lời thì hợp đồng đó không làm phát sinh quyền, nghĩa vụ đối với bên được đại diện nhưng người không có quyền đại diện vẫn phải thực hiện nghĩa vụ đối với bên đã giao kết hợp đồng với mình, trừ trường hợp bên đã giao dịch biết hoặc phải biết về việc không có quyền đại diện.

Thứ ba, mục đích và nội dung của hợp đồng mua bán không vi phạm điều cấm của pháp luật, không trái đạo đức xã hội. Hàng hoá là đối tượng của hợp đồng không bị cấm kinh doanh theo quy định của pháp luật. Tùy thuộc vào từng giai đoạn của nền kinh tế, xuất phát từ yêu cầu quản lí nhà

nước mà những hàng hoá bị cấm kinh doanh được pháp luật quy định một cách phù hợp.⁽¹⁾

Thứ tư, hợp đồng mua bán được giao kết đảm bảo các nguyên tắc của hợp đồng theo quy định của pháp luật. Việc quy định nguyên tắc giao kết hợp đồng nhằm đảm bảo sự thoả thuận của các bên phù hợp với ý chí thực của họ, hướng đến những lợi ích chính đáng của các bên đồng thời không xâm hại đến những lợi ích mà pháp luật cần bảo vệ. Theo quy định của Bộ luật dân sự, việc giao kết hợp đồng nói chung và hợp đồng mua bán phải tuân theo các nguyên tắc: tự do giao kết nhưng không trái pháp luật và đạo đức xã hội; tự nguyện, bình đẳng, thiện chí, hợp tác, trung thực và ngay thẳng.^{51 52} Những hành vi cưỡng ép, đe dọa, lừa dối để giao kết hợp đồng... là lí do dẫn đến hợp đồng mua bán không có hiệu lực.

Thứ năm, hình thức hợp đồng phù hợp với quy định của pháp luật. Để hợp đồng mua bán có hiệu lực, nội dung hợp đồng phải được xác lập theo những hình thức được pháp luật thừa nhận. Theo Điều 24 Luật thương mại năm 2005, hợp đồng mua bán hàng hoá được thể hiện bằng lời nói, bằng văn bản hoặc được xác lập bằng hành vi cụ thể. Đối với các loại hợp đồng mua bán hàng hoá mà pháp luật quy định phải được lập thành văn bản thì phải tuân theo các quy định đó. Như vậy, trường hợp các bên không tuân thủ hình thức hợp đồng khi pháp luật bắt buộc phải thoả thuận bằng văn bản (ví

51 . Danh mục hàng hoá cấm kinh doanh thương mại hiện nay được ban hành kèm theo Nghị định số 11/1999/NĐ-CP ngày 03/3/1999 của Chính phủ, đã được sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định của Chính phủ số 73/2002/NĐ-CP ngày 20/8/2002.

52 .Xem: Điều 389 Bộ luật dân sự.

nước mà những hàng hoá bị cấm kinh doanh được pháp luật quy định một cách phù hợp.⁽¹⁾

Thứ tư, hợp đồng mua bán được giao kết đảm bảo các nguyên tắc của hợp đồng theo quy định của pháp luật. Việc quy định nguyên tắc giao kết hợp đồng nhằm đảm bảo sự thoả thuận của các bên phù hợp với ý chí thực của họ, hướng đến những lợi ích chính đáng của các bên đồng thời không xâm hại đến những lợi ích mà pháp luật cần bảo vệ. Theo quy định của Bộ luật dân sự, việc giao kết hợp đồng nói chung và hợp đồng mua bán phải tuân theo các nguyên tắc: tự do giao kết nhưng không trái pháp luật và đạo đức xã hội; tự nguyện, bình đẳng, thiện chí, hợp tác, trung thực và ngay thẳng.^{53 54} Những hành vi cưỡng ép, đe dọa, lừa dối để giao kết hợp đồng... là lí do dẫn đến hợp đồng mua bán không có hiệu lực.

Thứ năm, hình thức hợp đồng phù hợp với quy định của pháp luật. Để hợp đồng mua bán có hiệu lực, nội dung hợp đồng phải được xác lập theo những hình thức được pháp luật thừa nhận. Theo Điều 24 Luật thương mại năm 2005, hợp đồng mua bán hàng hoá được thể hiện bằng lời nói, bằng văn bản hoặc được xác lập bằng hành vi cụ thể. Đối với các loại hợp đồng mua bán hàng hoá mà pháp luật quy định phải được lập thành văn bản thì phải tuân theo các quy định đó. Như vậy, trường hợp các bên không tuân thủ hình thức hợp đồng khi pháp luật bắt buộc phải thoả thuận bằng văn bản (ví

53 . Danh mục hàng hoá cấm kinh doanh thương mại hiện nay được ban hành kèm theo Nghị định số 11/1999/NĐ-CP ngày 03/3/1999 của Chính phủ, đã được sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định của Chính phủ số 73/2002/NĐ-CP ngày 20/8/2002.

54 .Xem: Điều 389 Bộ luật dân sự.

du: hợp đồng mua bán hàng hoá quốc tế, hợp đồng mua bán nhà ở nhằm mục đích kinh doanh... sẽ là lí do dẫn đến hợp đồng mua bán bị vô hiệu.

5. Thực hiện hợp đồng mua hàng hoá

a. Nguyên tắc thực hiện hợp đồng mua bán

Những thoả thuận trong hợp đồng có hiệu lực sẽ có giá trị ràng buộc các bên; hợp đồng có tính chất là "luật" giữa các bên. Các bên phải thực hiện các nghĩa vụ đã thoả thuận theo đúng hợp đồng. Để đảm bảo việc thực hiện hợp đồng mang lại lợi ích cho các bên đồng thời không xâm hại đến những lợi ích mà pháp luật cần bảo vệ, pháp luật quy định những nguyên tắc, có tính chất bắt buộc phải tuân theo đối với các chủ thể trong quá trình thực hiện hợp đồng. Theo quy định của Bộ luật dân sự, việc thực hiện hợp đồng nói chung và hợp đồng mua bán nói riêng phải tuân theo các nguyên tắc sau đây:

- Thực hiện đúng hợp đồng, đúng đối tượng, chất lượng, số lượng, chủng loại, thời hạn, phương thức và các thoả thuận khác;
- Thực hiện một cách trung thực, theo tinh thần hợp tác và có lợi nhất cho các bên, bảo đảm tin cậy lẫn nhau;
- Không được xâm phạm đến lợi ích của Nhà nước, lợi ích công cộng, quyền, lợi ích hợp pháp của người khác.⁽¹⁾

b. Quyền và nghĩa vụ của các bên trong hợp đồng mua bán

Quyền và nghĩa vụ của các bên được xác định bởi hợp đồng giữa các bên và quy định của pháp luật. Trong thực *du*: hợp đồng mua bán hàng hoá quốc tế, hợp đồng mua bán nhà ở nhằm mục đích kinh doanh... sẽ là lí do dẫn đến hợp đồng mua bán bị vô

(1).Xem: Điều 412 Bộ luật dân sự.

hiệu.

5. Thực hiện hợp đồng mua hàng hoá

a. Nguyên tắc thực hiện hợp đồng mua bán

Những thoả thuận trong hợp đồng có hiệu lực sẽ có giá trị ràng buộc các bên; hợp đồng có tính chất là "luật" giữa các bên. Các bên phải thực hiện các nghĩa vụ đã thoả thuận theo đúng hợp đồng. Để đảm bảo việc thực hiện hợp đồng mang lại lợi ích cho các bên đồng thời không xâm hại đến những lợi ích mà pháp luật cần bảo vệ, pháp luật quy định những nguyên tắc, có tính chất bắt buộc phải tuân theo đối với các chủ thể trong quá trình thực hiện hợp đồng. Theo quy định của Bộ luật dân sự, việc thực hiện hợp đồng nói chung và hợp đồng mua bán nói riêng phải tuân theo các nguyên tắc sau đây:

- Thực hiện đúng hợp đồng, đúng đối tượng, chất lượng, số lượng, chủng loại, thời hạn, phương thức và các thoả thuận khác;
- Thực hiện một cách trung thực, theo tinh thần hợp tác và có lợi nhất cho các bên, bảo đảm tin cậy lẫn nhau;
- Không được xâm phạm đến lợi ích của Nhà nước, lợi ích công cộng, quyền, lợi ích hợp pháp của người khác.⁽¹⁾

b. Quyền và nghĩa vụ của các bên trong hợp đồng mua bán

Quyền và nghĩa vụ của các bên được xác định bởi hợp đồng giữa các bên và quy định của pháp luật. Trong thực tiễn, không thể tiên liệu đầy đủ các quyền và nghĩa vụ cụ thể của các bên trong mọi quan hệ hợp đồng mua bán. Bởi lẽ, sự sáng tạo của các bên trong thoả thuận hợp đồng là vô cùng phong phú và nội dung những thoả thuận đó thường cụ thể, phù hợp với điều kiện, hoàn cảnh của các bên. Trong mục này sẽ phân tích những

(1).Xem: Điều 412 Bộ luật dân sự.

nghĩa vụ cơ bản của các các bên trong hợp đồng mua bán phát sinh khi các bên không có thoả thuận (hoặc thoả thuận trái pháp luật) trong hợp đồng.

** Nghĩa vụ cơ bản của bên bán*

Giao hàng là nghĩa vụ cơ bản nhất của bên bán trong hợp đồng mua bán hàng hoá. Việc thực hiện các nghĩa vụ khác của bên bán đều có liên quan và nhằm mục đích hoàn thành nghĩa vụ giao hàng hoá cho bên mua. Theo quy định của Luật thương mại năm 2005, bên bán phải giao hàng, chứng từ theo thoả thuận trong hợp đồng về số lượng, chất lượng, cách thức đóng gói, bảo quản và các quy định khác trong hợp đồng. Trường hợp không có thoả thuận cụ thể, bên bán có nghĩa vụ giao hàng và chứng từ liên quan theo quy định của pháp luật.

- Giao hàng đúng đối tượng và chất lượng

Đối tượng và chất lượng hàng hoá là những nội dung cơ bản của hợp đồng mua bán hàng hoá. Bên bán phải thực hiện giao hàng đúng đối tượng và chất lượng theo thoả thuận và quy định của pháp luật. Trong việc giao nhận hàng hoá, vấn đề xác định hàng hoá có phù hợp với hợp đồng về đối tượng và chất lượng hay không có ý nghĩa rất quan trọng, về nguyên tắc, phải căn cứ vào nội dung cụ thể của hợp đồng để xác định vấn đề này. Trường hợp không thể xác định được tiền, không thể tiên liệu đầy đủ các quyền và nghĩa vụ cụ thể của các bên trong mọi quan hệ hợp đồng mua bán. Bởi lẽ, sự sáng tạo của các bên trong thoả thuận hợp đồng là vô cùng phong phú và nội dung những thoả thuận đó thường cụ thể, phù hợp với điều kiện, hoàn cảnh của các bên. Trong mục này sẽ phân tích những nghĩa vụ cơ bản của các các bên trong hợp đồng mua bán phát sinh khi các bên không có thoả thuận (hoặc thoả thuận trái pháp luật) trong hợp đồng.

** Nghĩa vụ cơ bản của bên bán*

Giao hàng là nghĩa vụ cơ bản nhất của bên bán trong hợp đồng mua bán hàng hoá. Việc thực hiện các nghĩa vụ khác của bên bán đều có liên quan và nhằm mục đích hoàn thành nghĩa vụ giao hàng hoá cho bên mua. Theo quy định của Luật thương mại năm 2005, bên bán phải giao hàng, chứng từ theo thoả thuận trong hợp đồng về số lượng, chất lượng, cách thức đóng gói, bảo quản và các quy định khác trong hợp đồng. Trường hợp không có thoả thuận cụ thể, bên bán có nghĩa vụ giao hàng và chứng từ liên quan theo quy định của pháp luật.

- Giao hàng đúng đối tượng và chất lượng

Đối tượng và chất lượng hàng hoá là những nội dung cơ bản của hợp đồng mua bán hàng hoá. Bên bán phải thực hiện giao hàng đúng đối tượng và chất lượng theo thoả thuận và quy định của pháp luật. Trong việc giao nhận hàng hoá, vấn đề xác định hàng hoá có phù hợp với hợp đồng về đối tượng và chất lượng hay không có ý nghĩa rất quan trọng, về nguyên tắc, phải căn cứ vào nội dung cụ thể của hợp đồng để xác định vấn đề này. Trường hợp không thể xác định được

theo hợp đồng thì phải căn cứ vào quy định của pháp luật. Theo quy định của Luật thương mại năm 2005, trường hợp căn cứ vào hợp đồng không xác định rõ được hàng hoá giao có phù hợp với hợp đồng hay không thì hàng hoá được coi là không phù hợp với hợp đồng nếu thuộc các trường hợp sau:

+ Không phù hợp với mục đích sử dụng thông thường của các hàng hoá cùng chủng loại;

+ Không phù hợp với bất kì mục đích cụ thể nào mà bên mua đã cho bên bán biết hoặc bên bán phải biết vào thời điểm giao kết hợp đồng;

+ Không bảo đảm chất lượng như chất lượng của mẫu hàng hoá mà bên bán đã giao cho bên mua;

+ Không được bảo quản, đóng gói theo cách thức thông thường đối với loại hàng hoá đó hoặc không theo cách thức thích hợp để bảo quản hàng hoá trong trường hợp không có cách thức bảo quản thông thường.

Khi hàng hoá giao không phù hợp với hợp đồng, bên mua có quyền từ chối nhận hàng. Trách nhiệm đối với hàng hoá không phù hợp với hợp đồng (trừ trường hợp các bên có thoả thuận khác) được xác định như sau:

+ Bên bán không chịu trách nhiệm về bất kì khiếm khuyết nào của hàng hoá nếu vào thời điểm giao kết hợp đồng bên mua đã biết hoặc phải biết về những khiếm khuyết đó;

+ Trong thời hạn khiếu nại theo quy định (trừ trường hợp bên mua đã biết hoặc phải biết về những khiếm khuyết của hàng hoá), bên bán phải chịu trách nhiệm về bất kì khiếm khuyết nào của hàng hoá đã có trước thời điểm chuyển rủi ro cho bên mua, kể cả trường hợp khiếm khuyết đó được phát theo hợp đồng thì phải căn cứ vào quy định của pháp luật. Theo quy định của Luật thương mại năm 2005, trường hợp căn cứ vào hợp đồng không xác định rõ được hàng hoá giao có phù hợp với hợp đồng hay không thì hàng hoá được coi là không phù hợp với hợp đồng nếu thuộc các trường hợp sau:

+ Không phù hợp với mục đích sử dụng thông thường của các hàng hoá cùng chủng loại;

+ Không phù hợp với bất kì mục đích cụ thể nào mà bên mua đã cho bên bán biết hoặc bên bán phải biết vào thời điểm giao kết hợp đồng;

+ Không bảo đảm chất lượng như chất lượng của mẫu hàng

hoá mà bên bán đã giao cho bên mua;

+ Không được bảo quản, đóng gói theo cách thức thông thường đối với loại hàng hoá đó hoặc không theo cách thức thích hợp để bảo quản hàng hoá trong trường hợp không có cách thức bảo quản thông thường.

Khi hàng hoá giao không phù hợp với hợp đồng, bên mua có quyền từ chối nhận hàng. Trách nhiệm đối với hàng hoá không phù hợp với hợp đồng (trừ trường hợp các bên có thoả thuận khác) được xác định như sau:

+ Bên bán không chịu trách nhiệm về bất kì khiếm khuyết nào của hàng hoá nếu vào thời điểm giao kết hợp đồng bên mua đã biết hoặc phải biết về những khiếm khuyết đó;

+ Trong thời hạn khiếu nại theo quy định (trừ trường hợp bên mua đã biết hoặc phải biết về những khiếm khuyết của hàng hoá), bên bán phải chịu trách nhiệm về bất kì khiếm khuyết nào của hàng hoá đã có trước thời điểm chuyển rủi ro cho bên mua, kể cả trường hợp khiếm khuyết đó được phát hiện sau thời điểm chuyển rủi ro;

+ Bên bán phải chịu trách nhiệm về khiếm khuyết của hàng hoá phát sinh sau thời điểm chuyển rủi ro nếu khiếm khuyết đó do bên bán vi phạm hợp đồng.⁵⁵

Nếu hợp đồng chỉ quy định thời hạn giao hàng và không xác định thời điểm giao hàng cụ thể mà bên bán giao hàng trước khi hết thời hạn giao hàng và giao thiếu hàng hoặc giao hàng không phù hợp với hợp đồng thì bên bán vẫn có thể giao phần hàng còn thiếu hoặc thay thế hàng hoá cho phù hợp với hợp đồng hoặc khắc phục sự không phù hợp của hàng hoá trong thời hạn còn lại.

⁵⁵ .Xem: Điều 39 Luật thương mại.

Khi bên bán thực hiện việc khắc phục này mà gây bất lợi hoặc làm phát sinh chi phí bất hợp lý cho bên mua thì bên mua có quyền yêu cầu bên bán khắc phục bất lợi hoặc chịu chi phí đó.⁵⁶

Trường hợp không có thoả thuận khác, người mua có quyền từ chối nhận phần hàng hoá giao thừa, người bán phải nhận lại số hàng thừa và chịu mọi chi phí liên quan. Trường hợp người mua nhận số hàng thừa thì phải thanh toán số hàng này theo giá do các bên thoả thuận. Trong thực tiễn mua bán những loại hàng hoá khó xác định chính xác tuyệt đối số lượng theo hợp đồng (ngũ cốc, than, quặng...), điều khoản đối tượng của hợp đồng mua bán thường được các bên thoả thuận về dung sai của số lượng hàng hoá. Trong trường hợp này, việc giao hàng hoá trong phạm vi dung sai số lượng theo hợp đồng được coi là giao hàng đúng hợp đồng.

hiện sau thời điểm chuyển rủi ro;

+ Bên bán phải chịu trách nhiệm về khiếm khuyết của hàng hoá phát sinh sau thời điểm chuyển rủi ro nếu khiếm khuyết đó do bên bán vi phạm hợp đồng.⁵⁷

Nếu hợp đồng chỉ quy định thời hạn giao hàng và không xác định thời điểm giao hàng cụ thể mà bên bán giao hàng trước khi hết thời hạn giao hàng và giao thiếu hàng hoặc giao hàng không phù hợp với hợp đồng thì bên bán vẫn có thể giao phần hàng còn thiếu hoặc thay thế hàng hoá cho phù hợp với hợp đồng hoặc khắc phục sự không phù hợp của hàng hoá trong thời hạn còn lại. Khi bên bán thực hiện việc khắc phục này mà gây bất lợi hoặc làm phát sinh chi phí bất hợp lý cho bên mua thì bên mua có

56 .Xem: Điều 41 Luật thương mại.

57 .Xem: Điều 39 Luật thương mại.

quyền yêu cầu bên bán khắc phục bất lợi hoặc chịu chi phí đó.⁵⁸

Trường hợp không có thoả thuận khác, người mua có quyền từ chối nhận phần hàng hoá giao thừa, người bán phải nhận lại số hàng thừa và chịu mọi chi phí liên quan. Trường hợp người mua nhận số hàng thừa thì phải thanh toán số hàng này theo giá do các bên thoả thuận. Trong thực tiễn mua bán những loại hàng hoá khó xác định chính xác tuyệt đối số lượng theo hợp đồng (ngũ cốc, than, quặng...), điều khoản đối tượng của hợp đồng mua bán thường được các bên thoả thuận về dung sai của số lượng hàng hoá. Trong trường hợp này, việc giao hàng hoá trong phạm vi dung sai số lượng theo hợp đồng được coi là giao hàng đúng hợp đồng.

58 .Xem: Điều 41 Luật thương mại.

- Giao chứng từ kèm theo hàng hoá

Trong nhiều trường hợp, việc giao hàng hoá còn bao gồm cả việc giao các chứng từ liên quan đến hàng hoá (chứng nhận chất lượng, chứng nhận nguồn gốc xuất xứ, vận đơn...). Theo Luật thương mại năm 2005, trường hợp có thoả thuận về việc giao chứng từ thì bên bán có nghĩa vụ giao chứng từ liên quan đến hàng hoá cho bên mua trong thời hạn, tại địa điểm và bằng phương thức đã thoả thuận; Trường hợp không có thoả thuận về thời hạn, địa điểm giao chứng từ liên quan đến hàng hoá cho bên mua thì bên bán phải giao chứng từ liên quan đến hàng hoá cho bên mua trong thời hạn và tại địa điểm hợp lý để bên mua có thể nhận hàng; Trường hợp bên bán đã giao chứng từ liên quan đến hàng hoá trước thời hạn thoả thuận thì bên bán vẫn có thể khắc phục những thiếu sót của các chứng từ này trong thời hạn còn lại; khi bên bán thực hiện việc khắc phục những thiếu sót của các chứng từ mà gây bất lợi hoặc làm phát sinh chi phí bất hợp lý cho bên mua thì bên mua có quyền yêu cầu bên bán khắc phục bất lợi hoặc chịu chi phí đó.⁽¹⁾

Việc giao hàng có thể được thực hiện thông qua người thứ ba (ví dụ: thông qua người làm dịch vụ Logistic, giao hàng qua người làm dịch vụ vận chuyển...). Các bên có thể thoả thuận về vấn đề rủi ro đối với hàng hoá khi giao hàng qua người thứ ba. Trường hợp các bên không có thoả thuận thì người bán được coi là đã hoàn thành nghĩa vụ giao hàng sau khi đã giao hàng cho người thứ ba theo các điều kiện giao hàng do hai bên thoả thuận.

- Giao chứng từ kèm theo hàng hoá

Trong nhiều trường hợp, việc giao hàng hoá còn bao gồm cả việc giao các chứng từ liên quan đến hàng hoá (chứng nhận chất lượng, chứng nhận nguồn gốc xuất xứ, vận đơn...). Theo Luật

(1). Xem: Điều 42 Luật thương mại.

thương mại năm 2005, trường hợp có thoả thuận về việc giao chứng từ thì bên bán có nghĩa vụ giao chứng từ liên quan đến hàng hoá cho bên mua trong thời hạn, tại địa điểm và bằng phương thức đã thoả thuận; Trường hợp không có thoả thuận về thời hạn, địa điểm giao chứng từ liên quan đến hàng hoá cho bên mua thì bên bán phải giao chứng từ liên quan đến hàng hoá cho bên mua trong thời hạn và tại địa điểm hợp lý để bên mua có thể nhận hàng; Trường hợp bên bán đã giao chứng từ liên quan đến hàng hoá trước thời hạn thoả thuận thì bên bán vẫn có thể khắc phục những thiếu sót của các chứng từ này trong thời hạn còn lại; khi bên bán thực hiện việc khắc phục những thiếu sót của các chứng từ mà gây bất lợi hoặc làm phát sinh chi phí bất hợp lý cho bên mua thì bên mua có quyền yêu cầu bên bán khắc phục bất lợi hoặc chịu chi phí đó.⁽¹⁾

Việc giao hàng có thể được thực hiện thông qua người thứ ba (ví dụ: thông qua người làm dịch vụ Logistic, giao hàng qua người làm dịch vụ vận chuyển...). Các bên có thể thoả thuận về vấn đề rủi ro đối với hàng hoá khi giao hàng qua người thứ ba. Trường hợp các bên không có thoả thuận thì người bán được coi là đã hoàn thành nghĩa vụ giao hàng sau khi đã giao hàng cho người thứ ba theo các điều kiện giao hàng do hai bên thoả thuận.

- *Giao hàng đúng thời hạn*

Những nội dung liên quan đến điều khoản giao hàng như thời gian, địa điểm, phương thức giao hàng thường được các bên thoả thuận phù hợp với đặc điểm của hàng hoá trong hợp đồng.⁵⁹ Trường hợp các bên không thoả thuận những vấn đề này trong hợp đồng thì áp dụng quy định của pháp luật hoặc tập quán. Theo

59 . Theo Luật thương mại năm 1997 (Điều 50), địa điểm và thời hạn giao nhận hàng là nội dung bắt buộc các bên phải thoả thuận trong hợp đồng.

(1).Xem: Điều 42 Luật thương mại.

Luật thương mại năm 2005, trường hợp chỉ có thoả thuận về thời hạn giao hàng mà không xác định thời điểm giao hàng cụ thể thì bên bán có quyền giao hàng vào bất kì thời điểm nào trong thời hạn đó và phải thông báo trước cho bên mua; trường hợp không có thoả thuận về thời hạn giao hàng thì bên bán phải giao hàng trong một thời hạn hợp lí sau khi giao kết hợp đồng.⁶⁰

- Giao hàng đúng địa điểm

Bên bán phải giao hàng đúng địa điểm theo thoả thuận trong hợp đồng. Nếu các bên không có thoả thuận về địa điểm giao hàng thì địa điểm giao hàng được xác định như sau:

+ Trường hợp hàng hoá là vật gắn liền với đất đai thì bên bán phải giao hàng tại nơi có hàng hoá đó;

+ Trường hợp trong hợp đồng có quy định về vận chuyển hàng hoá thì bên bán có nghĩa vụ giao hàng cho người vận chuyển đầu tiên;

+ Trường hợp trong hợp đồng không có quy định về vận chuyển hàng hoá, nếu vào thời điểm giao kết hợp đồng, các bên biết được địa điểm kho chứa hàng, địa điểm xếp hàng

- Giao hàng đúng thời hạn

Những nội dung liên quan đến điều khoản giao hàng như thời gian, địa điểm, phương thức giao hàng thường được các bên thoả thuận phù hợp với đặc điểm của hàng hoá trong hợp đồng.⁶¹ Trường hợp các bên không thoả thuận những vấn đề này trong hợp đồng thì áp dụng quy định của pháp luật hoặc tập quán. Theo Luật thương mại năm 2005, trường hợp chỉ có thoả thuận về thời hạn giao hàng mà không xác định thời điểm giao hàng cụ thể thì

60 .Xem: Điều 37 Luật thương mại.

61 . Theo Luật thương mại năm 1997 (Điều 50), địa điểm và thời hạn giao nhận hàng là nội dung bắt buộc các bên phải thoả thuận trong hợp đồng.

bên bán có quyền giao hàng vào bất kì thời điểm nào trong thời hạn đó và phải thông báo trước cho bên mua; trường hợp không có thoả thuận về thời hạn giao hàng thì bên bán phải giao hàng trong một thời hạn hợp lí sau khi giao kết hợp đồng.⁶²

- *Giao hàng đúng địa điểm*

Bên bán phải giao hàng đúng địa điểm theo thoả thuận trong hợp đồng. Nếu các bên không có thoả thuận về địa điểm giao hàng thì địa điểm giao hàng được xác định như sau:

+ Trường hợp hàng hoá là vật gắn liền với đất đai thì bên bán phải giao hàng tại nơi có hàng hoá đó;

+ Trường hợp trong hợp đồng có quy định về vận chuyển hàng hoá thì bên bán có nghĩa vụ giao hàng cho người vận chuyển đầu tiên;

+ Trường hợp trong hợp đồng không có quy định về vận chuyển hàng hoá, nếu vào thời điểm giao kết hợp đồng, các bên biết được địa điểm kho chứa hàng, địa điểm xếp hàng

62 .Xem: Điều 37 Luật thương mại.

hoặc nơi sản xuất, chế tạo hàng hoá thì bên bán phải giao hàng tại địa điểm đó;

+ Trong các trường hợp khác, bên bán phải giao hàng tại địa điểm kinh doanh của bên bán, nếu không có địa điểm kinh doanh thì phải giao hàng tại nơi cư trú của bên bán được xác định tại thời điểm giao kết hợp đồng mua bán.⁽¹⁾

- Kiểm tra hàng hoá trước khi giao hàng

Quy định về kiểm tra hàng hoá trước khi giao hàng là điểm khác biệt rất đáng lưu ý của Luật thương mại so với quy định của Bộ luật dân sự về hợp đồng mua bán tài sản. Việc kiểm tra hàng hoá trước khi giao là yêu cầu rất cần thiết đối với giao dịch mua bán trong thương mại, ngăn ngừa những sai sót trong việc giao hàng, tăng khả năng thực hiện hiệu quả việc mua bán. Theo Luật thương mại, trường hợp có thoả thuận về quyền kiểm tra hàng của bên mua thì bên bán phải bảo đảm cho bên mua có điều kiện tiến hành việc kiểm tra. Bên mua phải kiểm tra hàng hoá trong một thời gian ngắn nhất mà hoàn cảnh thực tế cho phép. Nếu bên mua không thực hiện việc kiểm tra hàng hoá theo thoả thuận thì bên bán có quyền giao hàng theo hợp đồng. Sau khi kiểm tra hàng, nếu phát hiện hàng hoá không phù hợp với hợp đồng, bên mua phải thông báo cho bên bán trong một thời hạn hợp lý. Nếu bên mua không thực hiện việc thông báo này, bên bán sẽ không phải chịu trách nhiệm về những khiếm khuyết của hàng hoá, trừ trường hợp các khiếm khuyết của hàng hoá không thể phát hiện được trong quá trình kiểm tra bằng biện pháp thông thường và bên bán đã biết hoặc phải biết về các

(1). Xem: Khoản 2 Điều 35 Luật thương mại.

hoặc nơi sản xuất, chế tạo hàng hoá thì bên bán phải giao hàng tại địa điểm đó;

+ Trong các trường hợp khác, bên bán phải giao hàng tại địa điểm kinh doanh của bên bán, nếu không có địa điểm kinh doanh thì phải giao hàng tại nơi cư trú của bên bán được xác định tại thời điểm giao kết hợp đồng mua bán.⁶³

- Kiểm tra hàng hoá trước khi giao hàng

Quy định về kiểm tra hàng hoá trước khi giao hàng là điểm khác biệt rất đáng lưu ý của Luật thương mại so với quy định của Bộ luật dân sự về hợp đồng mua bán tài sản. Việc kiểm tra hàng hoá trước khi giao là yêu cầu rất cần thiết đối với giao dịch mua bán trong thương mại, ngăn ngừa những sai sót trong việc giao hàng, tăng khả năng thực hiện hiệu quả việc mua bán. Theo Luật thương mại, trường hợp có thoả thuận về quyền kiểm tra hàng của bên mua thì bên bán phải bảo đảm cho bên mua có điều kiện tiến hành việc kiểm tra. Bên mua phải kiểm tra hàng hoá trong một thời gian ngắn nhất mà hoàn cảnh thực tế cho phép. Nếu bên mua không thực hiện việc kiểm tra hàng hoá theo thoả thuận thì bên bán có quyền giao hàng theo hợp đồng. Sau khi kiểm tra hàng, nếu phát hiện hàng hoá không phù hợp với hợp đồng, bên mua phải thông báo cho bên bán trong một thời hạn hợp lý. Nếu bên mua không thực hiện việc thông báo này, bên bán sẽ không phải chịu trách nhiệm về những khiếm khuyết của hàng hoá, trừ trường hợp các khiếm khuyết của hàng hoá không thể phát hiện được trong quá trình kiểm tra bằng biện pháp thông thường và

63 .Xem: Điều 44 Luật thương mại.

(1).Xem: Khoản 2 Điều 35 Luật thương mại.

hoặc nơi sản xuất, chế tạo hàng hoá thì bên bán phải giao hàng tại địa điểm đó;

bên bán đã biết hoặc phải biết về các

(1).Xem: Khoản 2 Điều 35 Luật thương mại.

kiếm khuyết đó nhưng không thông báo cho bên mua.⁽¹⁾

- *Đảm bảo quyền sở hữu đối hàng hoá mua bán*

Bên bán phải bảo đảm quyền sở hữu đối với hàng hoá giao cho bên mua. Bên bán phải đảm bảo tính hợp pháp về quyền sở hữu và việc chuyển giao quyền sở hữu đối với hàng hoá giao cho bên mua; đảm bảo quyền sở hữu của bên mua đối với hàng hoá đã bán không bị tranh chấp bởi bên thứ ba. Trong trường hợp hàng hoá bị người thứ ba tranh chấp thì bên bán phải đứng về phía bên mua để bảo vệ quyền lợi của bên mua; nếu người thứ ba có quyền sở hữu một phần hoặc toàn bộ tài sản mua bán thì bên mua có quyền huỷ bỏ hợp đồng và yêu cầu bên bán bồi thường thiệt hại.¹

64

Để đảm bảo quyền sở hữu trí tuệ đối với hàng hoá mua bán, pháp luật quy định bên bán không được bán hàng hoá vi phạm quyền sở hữu trí tuệ. Bên bán phải chịu trách nhiệm trong trường hợp có tranh chấp liên quan đến quyền sở hữu trí tuệ đối với hàng hoá đã bán. Trường hợp bên mua yêu cầu bên bán phải tuân theo bản vẽ kỹ thuật, thiết kế, công thức hoặc những số liệu chi tiết do bên mua cung cấp thì bên mua phải chịu trách nhiệm về các khiếu nại liên quan đến những vi phạm quyền sở hữu trí tuệ phát sinh từ việc bên bán đã tuân thủ những yêu cầu của bên mua.⁶⁵

- *Chuyển giao quyền sở hữu hàng hoá cho bên mua*

Việc xác định quyền sở hữu hàng hoá đã được chuyển giao cho bên mua hay chưa, địa điểm và thời gian diễn ra

- *Đảm bảo quyền sở hữu đối hàng hoá mua bán*

Bên bán phải bảo đảm quyền sở hữu đối với hàng hoá giao

64 .Xem: Điều 443 Bộ luật dân sự.

65 .Xem: Điều 46 Luật thương mại.

kiếm khuyết đó nhưng không thông báo cho bên mua.⁽¹⁾

cho bên mua. Bên bán phải đảm bảo tính hợp pháp về quyền sở hữu và việc chuyển giao quyền sở hữu đối với hàng hoá giao cho bên mua; đảm bảo quyền sở hữu của bên mua đối với hàng hoá đã bán không bị tranh chấp bởi bên thứ ba. Trong trường hợp hàng hoá bị người thứ ba tranh chấp thì bên bán phải đứng về phía bên mua để bảo vệ quyền lợi của bên mua; nếu người thứ ba có quyền sở hữu một phần hoặc toàn bộ tài sản mua bán thì bên mua có quyền huỷ bỏ hợp đồng và yêu cầu bên bán bồi thường thiệt hại.⁶⁶

67

Để đảm bảo quyền sở hữu trí tuệ đối với hàng hoá mua bán, pháp luật quy định bên bán không được bán hàng hoá vi phạm quyền sở hữu trí tuệ. Bên bán phải chịu trách nhiệm trong trường hợp có tranh chấp liên quan đến quyền sở hữu trí tuệ đối với hàng hoá đã bán. Trường hợp bên mua yêu cầu bên bán phải tuân theo bản vẽ kỹ thuật, thiết kế, công thức hoặc những số liệu chi tiết do bên mua cung cấp thì bên mua phải chịu trách nhiệm về các khiếu nại liên quan đến những vi phạm quyền sở hữu trí tuệ phát sinh từ việc bên bán đã tuân thủ những yêu cầu của bên mua.⁶⁸

- *Chuyển giao quyền sở hữu hàng hoá cho bên mua*

Việc xác định quyền sở hữu hàng hoá đã được chuyển giao cho bên mua hay chưa, địa điểm và thời gian diễn ra

66 .Xem: Điều 44 Luật thương mại.

67 .Xem: Điều 443 Bộ luật dân sự.

68 .Xem: Điều 46 Luật thương mại.

việc chuyển giao quyền sở hữu hàng hoá... có ý nghĩa rất quan trọng (xác định tài sản của doanh nghiệp, giải quyết phá sản, xác định trách nhiệm về rủi ro đối với hàng hoá).

Theo Luật thương mại năm 2005, trừ trường hợp pháp luật có quy định khác hoặc các bên có thoả thuận khác, quyền sở hữu được chuyển từ bên bán sang bên mua kể từ thời điểm hàng hoá được chuyển giao.⁽¹⁾ Trong trường hợp các bên không có thoả thuận, quyền sở hữu hàng hoá có thể được chuyển giao ở những thời điểm khác nhau, tùy thuộc tính chất của việc chuyển giao hàng hoá và phương thức mua bán.

Thông thường, đối với hàng hoá mua bán mà khi giao nhận được dịch chuyển về mặt cơ học thì quyền sở hữu hàng hoá được chuyển giao cho người mua khi người bán hoàn thành nghĩa vụ giao hàng. Đối với những hàng hoá mua bán không dịch chuyển cơ học khi giao nhận (hàng hoá là tài sản gắn liền với đất đai), việc giao nhận hàng hoá được thực hiện thông qua việc giao nhận chứng từ (documentary of title) về hàng hoá thì quyền sở hữu hàng hoá được chuyển giao cho người mua khi hoàn tất việc chuyển giao các chứng từ về hàng hoá. Đối với hàng hoá mua bán mà pháp luật quy định phải đăng kí quyền sở hữu thì quyền sở hữu hàng hoá được chuyển cho bên mua kể từ thời điểm hoàn thành thủ tục đăng kí quyền sở hữu đối với hàng hoá đó.

Trường hợp hàng hoá không dịch chuyển khi giao nhận và cũng không có chứng từ về hàng hoá, quyền sở hữu hàng hoá được coi là đã chuyển giao tại địa điểm và thời gian hợp đồng có hiệu lực.

việc chuyển giao quyền sở hữu hàng hoá... có ý nghĩa rất quan trọng (xác định tài sản của doanh nghiệp, giải quyết phá sản, xác

(1).Xem: Điều 62 Luật thương mại.

định trách nhiệm về rủi ro đối với hàng hoá.

Theo Luật thương mại năm 2005, trừ trường hợp pháp luật có quy định khác hoặc các bên có thoả thuận khác, quyền sở hữu được chuyển từ bên bán sang bên mua kể từ thời điểm hàng hoá được chuyển giao.⁽¹⁾ Trong trường hợp các bên không có thoả thuận, quyền sở hữu hàng hoá có thể được chuyển giao ở những thời điểm khác nhau, tùy thuộc tính chất của việc chuyển giao hàng hoá và phương thức mua bán.

Thông thường, đối với hàng hoá mua bán mà khi giao nhận được dịch chuyển về mặt cơ học thì quyền sở hữu hàng hoá được chuyển giao cho người mua khi người bán hoàn thành nghĩa vụ giao hàng. Đối với những hàng hoá mua bán không dịch chuyển cơ học khi giao nhận (hàng hoá là tài sản gắn liền với đất đai), việc giao nhận hàng hoá được thực hiện thông qua việc giao nhận chứng từ (documentary of title) về hàng hoá thì quyền sở hữu hàng hoá được chuyển giao cho người mua khi hoàn tất việc chuyển giao các chứng từ về hàng hoá. Đối với hàng hoá mua bán mà pháp luật quy định phải đăng kí quyền sở hữu thì quyền sở hữu hàng hoá được chuyển cho bên mua kể từ thời điểm hoàn thành thủ tục đăng kí quyền sở hữu đối với hàng hoá đó.

Trường hợp hàng hoá không dịch chuyển khi giao nhận và cũng không có chứng từ về hàng hoá, quyền sở hữu hàng hoá được coi là đã chuyển giao tại địa điểm và thời gian hợp đồng có hiệu lực.

Trường hợp mua bán hàng hoá theo phương thức mua sau khi sử dụng thử thì trong thời hạn dùng thử, hàng hoá vẫn thuộc sở hữu của bên bán. Tuy nhiên, trong thời gian dùng thử, quyền sở hữu hàng hoá của bên bán bị hạn chế; bên bán không được bán,

(1).Xem: Điều 62 Luật thương mại.

tặng cho, cho thuê, trao đổi, thế chấp, cầm cố hàng hoá khi bên mua chưa trả lời.

Trường hợp hàng hoá được mua bán theo phương thức trả chậm, trả dần thì bên bán được bảo lưu quyền sở hữu của mình đối với hàng hoá đã giao cho đến khi bên mua trả đủ tiền, trừ trường hợp có thoả thuận khác.

- Rủi ro đối với hàng hoá

Trong thực tiễn mua bán hàng hoá, có thể xảy ra những sự kiện khách quan làm mất mát, hư hỏng hàng hoá (bị trộm cắp, bị hư hỏng do thiên tai, địch họa...), hàng hoá có thể bị mất mát, hư hỏng trên đường vận chuyển, trước hay trong khi giao nhận hàng. Có thể nêu ra một số ví dụ: (i) Hai công ty giao kết hợp đồng mua bán một chiếc xe hơi, hai bên thoả thuận sẽ giao nhận hàng một ngày sau khi giao kết hợp đồng; tối ngày giao kết hợp đồng, chiếc xe hơi bị đánh cắp; (ii) Công ty đóng tàu thoả thuận bán một chiếc tàu biển cho công ty vận tải biển, chiếc tàu biển đã bị đắm do bão ngay trước khi bên mua kịp nhận tàu; (iii) Hai công ty thoả thuận mua bán một lô hàng đang trên đường vận chuyển, sau khi các bên giao kết hợp đồng, chiếc tàu chở hàng đã gặp tai nạn. Trong những trường hợp như vậy, yêu cầu rất quan trọng đặt ra là phải xác định trách nhiệm gánh chịu rủi ro đối với hàng hoá.

Về nguyên tắc chung, việc xác định trách nhiệm chịu rủi ro đối với hàng hoá trước hết cần căn cứ vào sự thoả thuận

Trường hợp mua bán hàng hoá theo phương thức mua sau khi sử dụng thử thì trong thời hạn dùng thử, hàng hoá vẫn thuộc sở hữu của bên bán. Tuy nhiên, trong thời gian dùng thử, quyền sở hữu hàng hoá của bên bán bị hạn chế; bên bán không được bán, tặng cho, cho thuê, trao đổi, thế chấp, cầm cố hàng hoá khi bên

mua chưa trả lời.

Trường hợp hàng hoá được mua bán theo phương thức trả chậm, trả dần thì bên bán được bảo lưu quyền sở hữu của mình đối với hàng hoá đã giao cho đến khi bên mua trả đủ tiền, trừ trường hợp có thoả thuận khác.

- Rủi ro đối với hàng hoá

Trong thực tiễn mua bán hàng hoá, có thể xảy ra những sự kiện khách quan làm mất mát, hư hỏng hàng hoá (bị trộm cắp, bị hư hỏng do thiên tai, địch họa...), hàng hoá có thể bị mất mát, hư hỏng trên đường vận chuyển, trước hay trong khi giao nhận hàng. Có thể nêu ra một số ví dụ: (i) Hai công ti giao kết hợp đồng mua bán một chiếc xe hơi, hai bên thoả thuận sẽ giao nhận hàng một ngày sau khi giao kết hợp đồng; tối ngày giao kết hợp đồng, chiếc xe hơi bị đánh cắp; (ii) Công ti đóng tàu thoả thuận bán một chiếc tàu biển cho công ti vận tải biển, chiếc tàu biển đã bị đắm do bão ngay trước khi bên mua kịp nhận tàu; (iii) Hai công ti thoả thuận mua bán một lô hàng đang trên đường vận chuyển, sau khi các bên giao kết hợp đồng, chiếc tàu chở hàng đã gặp tai nạn. Trong những trường hợp như vậy, yêu cầu rất quan trọng đặt ra là phải xác định trách nhiệm gánh chịu rủi ro đối với hàng hoá.

Về nguyên tắc chung, việc xác định trách nhiệm chịu rủi ro đối với hàng hoá trước hết cần căn cứ vào sự thoả thuận của các bên trong hợp đồng. Trường hợp các bên không có thoả thuận thì áp dụng quy định của pháp luật. Theo Luật thương mại năm 2005, vấn đề xác định trách nhiệm về rủi ro đối với hàng hoá được quy định cho các trường hợp sau đây:⁽¹⁾

Thứ nhất, chuyển rủi ro trong trường hợp có địa điểm giao hàng xác định: Nếu bên bán có nghĩa vụ giao hàng cho bên mua

tại một địa điểm nhất định thì rủi ro về mất mát hoặc hư hỏng hàng hoá được chuyển cho bên mua khi hàng hoá đã được giao cho bên mua hoặc người được bên mua uỷ quyền đã nhận hàng tại địa điểm đó, kể cả trong trường hợp bên bán được uỷ quyền giữ lại các chứng từ xác lập quyền sở hữu đối với hàng hoá.

Thứ hai, chuyển rủi ro trong trường hợp không có địa điểm giao hàng xác định: 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 về mất mát hoặc hư hỏng hàng hoá được chuyển cho bên mua khi hàng hoá đã được giao cho người vận chuyển đầu tiên.

Thứ ba, chuyển rủi ro trong trường hợp giao hàng cho người nhận hàng để giao mà không phải là người vận chuyển (ví dụ: người làm dịch vụ logistics): nếu hàng hoá đang được người nhận hàng để giao nắm giữ mà không phải là người vận chuyển thì rủi ro về mất mát hoặc hư hỏng hàng hoá được chuyển cho bên mua thuộc một trong các trường hợp: (i) Khi bên mua nhận được chứng từ sở hữu hàng hoá; (ii) Khi người nhận hàng để giao xác nhận quyền chiếm hữu hàng hoá của bên mua.

của các bên trong hợp đồng. Trường hợp các bên không có thỏa thuận thì áp dụng quy định của pháp luật. Theo Luật thương mại năm 2005, vấn đề xác định trách nhiệm về rủi ro đối với hàng hoá được quy định cho các trường hợp sau đây:⁽¹⁾

Thứ nhất, chuyển rủi ro trong trường hợp có địa điểm giao hàng xác định: Nếu bên bán có nghĩa vụ giao hàng cho bên mua tại một địa điểm nhất định thì rủi ro về mất mát hoặc hư hỏng hàng hoá được chuyển cho bên mua khi hàng hoá đã được giao cho bên mua hoặc người được bên mua uỷ quyền đã nhận hàng tại

(1). Xem: Điều 57 - Điều 61 Luật thương mại năm 2005.

địa điểm đó, kể cả trong trường hợp bên bán được uỷ quyền giữ lại các chứng từ xác lập quyền sở hữu đối với hàng hoá.

Thứ hai, chuyển rủi ro trong trường hợp không có địa điểm giao hàng xác định: 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 về mất mát hoặc hư hỏng hàng hoá được chuyển cho bên mua khi hàng hoá đã được giao cho người vận chuyển đầu tiên.

Thứ ba, chuyển rủi ro trong trường hợp giao hàng cho người nhận hàng để giao mà không phải là người vận chuyển (ví dụ: người làm dịch vụ logistics): nếu hàng hoá đang được người nhận hàng để giao nắm giữ mà không phải là người vận chuyển thì rủi ro về mất mát hoặc hư hỏng hàng hoá được chuyển cho bên mua thuộc một trong các trường hợp: (i) Khi bên mua nhận được chứng từ sở hữu hàng hoá; (ii) Khi người nhận hàng để giao xác nhận quyền chiếm hữu hàng hoá của bên mua.

Thứ tư, chuyển rủi ro trong trường hợp mua bán hàng hoá đang trên đường vận chuyển: Nếu đối tượng của hợp đồng là hàng hoá đang trên đường vận chuyển thì rủi ro về mất mát hoặc hư hỏng hàng hoá được chuyển cho bên mua kể từ thời điểm giao kết hợp đồng.

Ngoài ra, trong các trường hợp khác, rủi ro về mất mát hoặc hư hỏng hàng hoá được chuyển cho bên mua, kể từ thời điểm hàng hoá thuộc quyền định đoạt của bên mua và bên mua vi phạm hợp đồng do không nhận hàng. Cần lưu ý thêm rằng bên mua không chịu rủi ro về mất mát hoặc hư hỏng hàng hoá, nếu hàng hoá không được xác định rõ ràng bằng kí mã hiệu, chứng từ vận tải, không được thông báo cho bên mua hoặc không được xác

(1). Xem: Điều 57 - Điều 61 Luật thương mại năm 2005.

định bằng bất kì cách thức nào khác.

- Nghĩa vụ bảo hành hàng hoá

Bảo hành là việc bên bán, trong một thời hạn nhất định, phải chịu trách nhiệm về hàng hoá sau khi đã giao hàng hoá cho bên mua. Việc bảo hành được thực hiện theo thoả thuận hoặc theo quy định của pháp luật. Theo quy định của Luật thương mại năm 2005, trường hợp hàng hoá mua bán có bảo hành thì bên bán phải chịu trách nhiệm bảo hành hàng hoá đó theo nội dung và thời hạn đã thoả thuận. Bên bán phải thực hiện nghĩa vụ bảo hành trong thời gian ngắn nhất mà hoàn cảnh thực tế cho phép. Bên bán phải chịu các chi phí về việc bảo hành, trừ trường hợp có thoả thuận khác (Điều 49 Luật thương mại). Những vấn đề về bảo hành hàng hoá không được quy định cụ thể trong Luật thương mại (quyền yêu cầu bảo hành, phương thức thực hiện nghĩa vụ bảo hành, bồi thường thiệt hại trong thời hạn bảo hành...), nếu các bên

Thứ tư, chuyển rủi ro trong trường hợp mua bán hàng hoá đang trên đường vận chuyển: Nếu đối tượng của hợp đồng là hàng hoá đang trên đường vận chuyển thì rủi ro về mất mát hoặc hư hỏng hàng hoá được chuyển cho bên mua kể từ thời điểm giao kết hợp đồng.

Ngoài ra, trong các trường hợp khác, rủi ro về mất mát hoặc hư hỏng hàng hoá được chuyển cho bên mua, kể từ thời điểm hàng hoá thuộc quyền định đoạt của bên mua và bên mua vi phạm hợp đồng do không nhận hàng. Cần lưu ý thêm rằng bên mua không chịu rủi ro về mất mát hoặc hư hỏng hàng hoá, nếu hàng hoá không được xác định rõ ràng bằng kí mã hiệu, chứng từ vận tải, không được thông báo cho bên mua hoặc không được xác định bằng bất kì cách thức nào khác.

- Nghĩa vụ bảo hành hàng hoá

Bảo hành là việc bên bán, trong một thời hạn nhất định, phải chịu trách nhiệm về hàng hoá sau khi đã giao hàng hoá cho bên mua. Việc bảo hành được thực hiện theo thoả thuận hoặc theo quy định của pháp luật. Theo quy định của Luật thương mại năm 2005, trường hợp hàng hoá mua bán có bảo hành thì bên bán phải chịu trách nhiệm bảo hành hàng hoá đó theo nội dung và thời hạn đã thoả thuận. Bên bán phải thực hiện nghĩa vụ bảo hành trong thời gian ngắn nhất mà hoàn cảnh thực tế cho phép. Bên bán phải chịu các chi phí về việc bảo hành, trừ trường hợp có thoả thuận khác (Điều 49 Luật thương mại). Những vấn đề về bảo hành hàng hoá không được quy định cụ thể trong Luật thương mại (quyền yêu cầu bảo hành, phương thức thực hiện nghĩa vụ bảo hành, bồi thường thiệt hại trong thời hạn bảo hành...), nếu các bên không thoả thuận thì áp dụng quy định của Bộ luật dân sự (Điều 446 - Điều 448).

** Nghĩa vụ cơ bản của bên mua*

- Nghĩa vụ nhận hàng và thanh toán tiền

Nhận hàng và thanh toán tiền là nghĩa vụ cơ bản của bên mua, tương xứng với nghĩa vụ giao hàng và chuyển quyền sở hữu hàng hoá của bên bán. Nhận hàng được hiểu là việc bên mua tiếp nhận trên thực tế hàng hoá từ bên bán. Bên mua hàng hoá có nghĩa vụ nhận hàng theo thoả thuận. Khi nhận hàng, bên mua phải thực hiện những công việc hợp lý để giúp bên bán giao hàng; những công việc này có thể khác nhau trong những trường hợp cụ thể (hỗ trợ bên bán về thủ tục giao hàng, hướng dẫn về phương thức vận chuyển, điều kiện bốc dỡ hàng hoá...). Cần lưu ý, việc nhận

hàng trên thực tế không đồng nghĩa với việc người mua đã chấp nhận về hàng hoá được giao. Theo Luật thương mại, sau khi hoàn thành việc giao nhận, bên bán vẫn phải chịu trách nhiệm về những khiếm khuyết của hàng hoá đã được giao, nếu các khiếm khuyết của hàng hoá không thể phát hiện được trong quá trình kiểm tra bằng biện pháp thông thường và bên bán đã biết hoặc phải biết về các khiếm khuyết đó nhưng không thông báo cho bên mua/°

Khi bên bán đã sẵn sàng giao hàng theo đúng hợp đồng mà bên mua không tiếp nhận thì bị coi là vi phạm hợp đồng và phải chịu các biện pháp chế tài theo thoả thuận hoặc theo quy định của pháp luật. Trường hợp này bên bán phải áp không thoả thuận thì áp dụng quy định của Bộ luật dân sự (Điều 446 - Điều 448).

** Nghĩa vụ cơ bản của bên mua*

- Nghĩa vụ nhận hàng và thanh toán tiền

Nhận hàng và thanh toán tiền là nghĩa vụ cơ bản của bên mua, tương xứng với nghĩa vụ giao hàng và chuyển quyền sở hữu hàng hoá của bên bán. Nhận hàng được hiểu là việc bên mua tiếp nhận trên thực tế hàng hoá từ bên bán. Bên mua hàng hoá có nghĩa vụ nhận hàng theo thoả thuận. Khi nhận hàng, bên mua phải thực hiện những công việc hợp lí để giúp bên bán giao hàng; những công việc này có thể khác nhau trong những trường hợp cụ thể (hỗ trợ bên bán về thủ tục giao hàng, hướng dẫn về phương thức vận chuyển, điều kiện bốc dỡ hàng hoá...). Cần lưu ý, việc nhận hàng trên thực tế không đồng nghĩa với việc người mua đã chấp nhận về hàng hoá được giao. Theo Luật thương mại, sau khi hoàn thành việc giao nhận, bên bán vẫn phải chịu trách nhiệm về những khiếm khuyết của hàng hoá đã được giao, nếu các khiếm khuyết của hàng hoá không thể phát hiện được trong quá trình kiểm tra

(1).Xem: Khoản 5 Điều 44 Luật thương mại.

bằng biện pháp thông thường và bên bán đã biết hoặc phải biết về các khiếm khuyết đó nhưng không thông báo cho bên mua/°

Khi bên bán đã sẵn sàng giao hàng theo đúng hợp đồng mà bên mua không tiếp nhận thì bị coi là vi phạm hợp đồng và phải chịu các biện pháp chế tài theo thoả thuận hoặc theo quy định của pháp luật. Trường hợp này bên bán phải áp

dụng các biện pháp cần thiết trong khả năng có thể, với chi phí hợp lý để lưu giữ, bảo quản hàng hoá và có quyền yêu cầu bên mua thanh toán chi phí đã bỏ ra. Đối với hàng hoá có nguy cơ bị hư hỏng thì bên bán có quyền bán hàng hoá và trả cho bên mua khoản tiền thu được từ việc bán hàng hoá sau khi trừ đi chi phí hợp lý để bảo quản và bán hàng hoá.⁽¹⁾

- Nghĩa vụ thanh toán

Thanh toán là nghĩa vụ quan trọng nhất của bên mua trong quan hệ hợp đồng mua bán hàng hoá. Bên mua có nghĩa vụ thanh toán cho bên bán theo thoả thuận trong hợp đồng. Điều khoản thanh toán được các bên thoả thuận thông thường bao gồm những nội dung cụ thể về đồng tiền thanh toán, phương thức thanh toán, thời hạn, địa điểm thanh toán, trình tự, thủ tục thanh toán... Bên mua phải thực hiện đúng những nội dung này theo thoả thuận. Trường hợp các bên không có thoả thuận về những nội dung cụ thể liên quan đến việc thanh toán thì áp dụng quy định của pháp luật. Luật thương mại đã dự liệu một số vấn đề sau đây về điều khoản thanh toán trong hợp đồng mua bán:

Địa điểm thanh toán: Trường hợp không có thoả thuận về địa điểm thanh toán cụ thể thì bên mua phải thanh toán cho bên bán tại một trong các địa điểm sau đây:

(1).Xem: Khoản 5 Điều 44 Luật thương mại.

+ Địa điểm kinh doanh của bên bán được xác định vào thời điểm giao kết hợp đồng, nếu không có địa điểm kinh doanh thì tại nơi cư trú của bên bán;

+ Địa điểm giao hàng hoặc giao chứng từ nếu việc thanh dụng các biện pháp cần thiết trong khả năng có thể, với chi phí phí hợp lí để lưu giữ, bảo quản hàng hoá và có quyền yêu cầu bên mua thanh toán chi phí đã bỏ ra. Đối với hàng hoá có nguy cơ bị hư hỏng thì bên bán có quyền bán hàng hoá và trả cho bên mua khoản tiền thu được từ việc bán hàng hoá sau khi trừ đi chi phí hợp lí để bảo quản và bán hàng hoá.⁽¹⁾

- Nghĩa vụ thanh toán

Thanh toán là nghĩa vụ quan trọng nhất của bên mua trong quan hệ hợp đồng mua bán hàng hoá. Bên mua có nghĩa vụ thanh toán cho bên bán theo thoả thuận trong hợp đồng. Điều khoản thanh toán được các bên thoả thuận thông thường bao gồm những nội dung cụ thể về đồng tiền thanh toán, phương thức thanh toán, thời hạn, địa điểm thanh toán, trình tự, thủ tục thanh toán... Bên mua phải thực hiện đúng những nội dung này theo thoả thuận. Trường hợp các bên không có thoả thuận về những nội dung cụ thể liên quan đến việc thanh toán thì áp dụng quy định của pháp luật. Luật thương mại đã dự liệu một số vấn đề sau đây về điều khoản thanh toán trong hợp đồng mua bán:

Địa điểm thanh toán: Trường hợp không có thoả thuận về địa điểm thanh toán cụ thể thì bên mua phải thanh toán cho bên bán tại một trong các địa điểm sau đây:

+ Địa điểm kinh doanh của bên bán được xác định vào thời điểm giao kết hợp đồng, nếu không có địa điểm kinh doanh thì tại

(1).Xem: Điều 288 Bộ luật dân sự.

nơi cư trú của bên bán;

+ Địa điểm giao hàng hoặc giao chứng từ nếu việc thanh

(1).Xem: Điều 288 Bộ luật dân sự.

toán được tiến hành đồng thời với việc giao hàng hoặc giao chứng từ.

Thời hạn thanh toán: Trường hợp các bên không có thoả thuận, thời hạn thanh toán được xác định như sau:

+ Bên mua phải thanh toán cho bên bán vào thời điểm bên bán giao hàng hoặc giao chứng từ liên quan đến hàng hoá;

+ Bên mua không có nghĩa vụ thanh toán cho đến khi có thể kiểm tra xong hàng hoá trong trường hợp có thoả thuận về việc bên mua có quyền kiểm tra hàng hoá trước khi giao.

Bên mua vẫn phải thanh toán tiền mua hàng trong trường hợp hàng hoá mất mát, hư hỏng sau thời điểm rủi ro được chuyển từ bên bán sang bên mua, trừ trường hợp mất mát, hư hỏng do lỗi của bên bán gây ra.⁶⁹

Xác định giá: Trường hợp không có thoả thuận về giá hàng hoá, không có thoả thuận về phương pháp xác định giá và cũng không có bất kì 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 phương thức giao hàng, thời điểm mua bán hàng hoá, thị trường địa lí, phương thức thanh toán và các điều kiện khác có ảnh hưởng đến giá.⁷⁰

Chậm thực hiện nghĩa vụ thanh toán: Trường hợp bên mua chậm thanh toán tiền hàng và các chi phí hợp lí khác thì bên bán có quyền yêu cầu trả tiền lãi trên số tiền chậm trả đó theo lãi suất nợ quá hạn trung bình trên thị trường tại thời điểm thanh toán tương ứng với thời gian chậm trả, trừ trường

69 .Xem: Điều 50 Luật thương mại.

70 -Xem: Điều 52 Luật thương mại.

toán được tiến hành đồng thời với việc giao hàng hoặc giao chứng từ.

Thời hạn thanh toán: Trường hợp các bên không có thoả thuận, thời hạn thanh toán được xác định như sau:

+ Bên mua phải thanh toán cho bên bán vào thời điểm bên bán giao hàng hoặc giao chứng từ liên quan đến hàng hoá;

+ Bên mua không có nghĩa vụ thanh toán cho đến khi có thể kiểm tra xong hàng hoá trong trường hợp có thoả thuận về việc bên mua có quyền kiểm tra hàng hoá trước khi giao.

Bên mua vẫn phải thanh toán tiền mua hàng trong trường hợp hàng hoá mất mát, hư hỏng sau thời điểm rủi ro được chuyển từ bên bán sang bên mua, trừ trường hợp mất mát, hư hỏng do lỗi của bên bán gây ra.⁷¹

Xác định giá: Trường hợp không có thoả thuận về giá hàng hoá, không có thoả thuận về phương pháp xác định giá và cũng không có bất kì 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 phương thức giao hàng, thời điểm mua bán hàng hoá, thị trường địa lí, phương thức thanh toán và các điều kiện khác có ảnh hưởng đến giá.⁷²

Chậm thực hiện nghĩa vụ thanh toán: Trường hợp bên mua chậm thanh toán tiền hàng và các chi phí hợp lí khác thì bên bán có quyền yêu cầu trả tiền lãi trên số tiền chậm trả đó theo lãi suất nợ quá hạn trung bình trên thị trường tại thời điểm thanh toán tương ứng với thời gian chậm trả, trừ trường

71 .Xem: Điều 50 Luật thương mại.

72 .Xem: Điều 52 Luật thương mại.

hợp có thoả thuận khác hoặc pháp luật có quy định khác.⁷³ Quy định này của Luật thương mại có sự khác biệt với quy định của Bộ luật dân sự về xử lý vi phạm chậm thanh toán tiền trong hợp đồng mua bán tài sản, theo đó trong trường hợp bên có nghĩa vụ chậm trả tiền thì bên đó phải trả lãi đối với số tiền chậm trả theo lãi suất cơ bản do Ngân hàng Nhà nước công bố tương ứng với thời gian chậm trả tại thời điểm thanh toán, trừ trường hợp có thoả thuận khác hoặc pháp luật có quy định khác.⁷⁴ Có thể nhận thấy quy định của Luật thương mại về xử lý vi phạm nghĩa vụ thanh toán trong hợp đồng mua bán phù hợp với yêu cầu của quan hệ mua bán hàng hoá trong thương mại, đáp ứng yêu cầu vận động của vốn kinh doanh trong điều kiện kinh tế thị trường.

Ngừng thanh toán: Trừ trường hợp có thoả thuận khác, việc ngừng thanh toán tiền mua hàng của bên mua được xác định như sau:

+ Bên mua có bằng chứng về việc bên bán lừa dối thì có quyền tạm ngừng việc thanh toán;

+ Bên mua có bằng chứng về việc hàng hoá đang là đối tượng bị tranh chấp thì có quyền tạm ngừng thanh toán cho đến khi việc tranh chấp đã được giải quyết;

+ Bên mua có bằng chứng về việc bên bán đã giao hàng không phù hợp với hợp đồng thì có quyền tạm ngừng thanh toán cho đến khi bên bán đã khắc phục sự không phù hợp đó;

+ Trường hợp tạm ngừng thanh toán vì hàng hoá là đối tượng của tranh chấp hoặc hàng hoá giao không phù hợp với hợp đồng có thoả thuận khác hoặc pháp luật có quy định khác.⁷⁵ Quy định này

73 .Xem: Điều 306 Luật thương mại.

74 .Xem: Điều 305 Bộ luật dân sự.

75 .Xem: Điều 306 Luật thương mại.

của Luật thương mại có sự khác biệt với quy định của Bộ luật dân sự về xử lý vi phạm chậm thanh toán tiền trong hợp đồng mua bán tài sản, theo đó trong trường hợp bên có nghĩa vụ chậm trả tiền thì bên đó phải trả lãi đối với số tiền chậm trả theo lãi suất cơ bản do Ngân hàng Nhà nước công bố tương ứng với thời gian chậm trả tại thời điểm thanh toán, trừ trường hợp có thoả thuận khác hoặc pháp luật có quy định khác.⁷⁶ Có thể nhận thấy quy định của Luật thương mại về xử lý vi phạm nghĩa vụ thanh toán trong hợp đồng mua bán phù hợp với yêu cầu của quan hệ mua bán hàng hoá trong thương mại, đáp ứng yêu cầu vận động của vốn kinh doanh trong điều kiện kinh tế thị trường.

Ngừng thanh toán: Trừ trường hợp có thoả thuận khác, việc ngừng thanh toán tiền mua hàng của bên mua được xác định như sau:

+ Bên mua có bằng chứng về việc bên bán lừa dối thì có quyền tạm ngừng việc thanh toán;

+ Bên mua có bằng chứng về việc hàng hoá đang là đối tượng bị tranh chấp thì có quyền tạm ngừng thanh toán cho đến khi việc tranh chấp đã được giải quyết;

+ Bên mua có bằng chứng về việc bên bán đã giao hàng không phù hợp với hợp đồng thì có quyền tạm ngừng thanh toán cho đến khi bên bán đã khắc phục sự không phù hợp đó;

+ Trường hợp tạm ngừng thanh toán vì hàng hoá là đối tượng của tranh chấp hoặc hàng hoá giao không phù hợp với

76 .Xem: Điều 305 Bộ luật dân sự.

hợp đồng mà bằng chứng do bên mua đưa ra không xác thực, gây thiệt hại cho bên bán thì bên mua phải bồi thường thiệt hại đó và chịu các chế tài khác theo quy định của pháp luật.⁽¹⁾

6. Trách nhiệm do vi phạm hợp đồng mua bán hàng hoá

a. Khái niệm và vai trò của trách nhiệm do vi phạm hợp đồng mua bán hàng hoá

Khi một hợp đồng mua bán hàng hoá được xác lập có hiệu lực pháp luật, các bên có nghĩa vụ phải thực hiện các nghĩa vụ đã thoả thuận. Việc vi phạm các nghĩa vụ theo hợp đồng mua bán (không thực hiện, thực hiện không đúng, không đầy đủ nghĩa vụ) sẽ dẫn đến bên vi phạm phải chịu những chế tài do pháp luật quy định, về bản chất, trách nhiệm do vi phạm hợp đồng mua bán là dạng cụ thể của trách nhiệm pháp lí phát sinh trong lĩnh vực mua bán hàng hoá.

Trách nhiệm do vi phạm hợp đồng mua bán hàng hoá có những đặc điểm cơ bản là: (i) Được áp dụng trên cơ sở hành vi vi phạm hợp đồng mua bán có hiệu lực pháp luật; (ii) Nội dung gắn liền với việc thực hiện các nghĩa vụ theo hợp đồng hoặc trách nhiệm về tài sản; (iii) Do cơ quan, tổ chức có thẩm quyền áp dụng hoặc do bên bị vi phạm áp dụng trên cơ sở pháp luật.

Chế định trách nhiệm do vi phạm hợp đồng mua bán hàng hoá có nội dung chủ yếu là các quy định về căn cứ áp dụng trách nhiệm, các hình thức trách nhiệm và các trường hợp miễn trách nhiệm. Những quy định này có ý nghĩa quan trọng đối với việc bảo vệ quyền, lợi ích hợp pháp của các chủ hợp đồng mà bằng chứng do bên mua đưa ra không xác thực, gây thiệt hại cho bên bán thì bên mua phải bồi thường thiệt hại đó và chịu các chế tài khác theo quy định của pháp luật.⁽¹⁾

(1).Xem: Điều 51 Luật thương mại.

6. Trách nhiệm do vi phạm hợp đồng mua bán hàng hoá

a. Khái niệm và vai trò của trách nhiệm do vi phạm hợp đồng mua bán hàng hoá

Khi một hợp đồng mua bán hàng hoá được xác lập có hiệu lực pháp luật, các bên có nghĩa vụ phải thực hiện các nghĩa vụ đã thoả thuận. Việc vi phạm các nghĩa vụ theo hợp đồng mua bán (không thực hiện, thực hiện không đúng, không đầy đủ nghĩa vụ) sẽ dẫn đến bên vi phạm phải chịu những chế tài do pháp luật quy định, về bản chất, trách nhiệm do vi phạm hợp đồng mua bán là dạng cụ thể của trách nhiệm pháp lí phát sinh trong lĩnh vực mua bán hàng hoá.

Trách nhiệm do vi phạm hợp đồng mua bán hàng hoá có những đặc điểm cơ bản là: (i) Được áp dụng trên cơ sở hành vi vi phạm hợp đồng mua bán có hiệu lực pháp luật; (ii) Nội dung gắn liền với việc thực hiện các nghĩa vụ theo hợp đồng hoặc trách nhiệm về tài sản; (iii) Do cơ quan, tổ chức có thẩm quyền áp dụng hoặc do bên bị vi phạm áp dụng trên cơ sở pháp luật.

Chế định trách nhiệm do vi phạm hợp đồng mua bán hàng hoá có nội dung chủ yếu là các quy định về căn cứ áp dụng trách nhiệm, các hình thức trách nhiệm và các trường hợp miễn trách nhiệm. Những quy định này có ý nghĩa quan trọng đối với việc bảo vệ quyền, lợi ích hợp pháp của các chủ

thể trong quan hệ hợp đồng mua bán cũng như đảm bảo tính nghiêm minh của pháp luật về mua bán hàng hoá. Vai trò của chế định trách nhiệm hợp đồng mua bán hàng hoá thể hiện ở những khía cạnh cơ bản sau:

- Chế định trách nhiệm hợp đồng bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của các bên trong quan hệ hợp đồng mua bán hàng hoá. Khi

(1).Xem: Điều 51 Luật thương mại.

tham gia quan hệ hợp đồng mua bán, các bên đều nhằm đạt được những lợi ích nhất định. Hành vi vi phạm hợp đồng mua bán luôn tiềm ẩn nguy cơ xâm hại lợi ích của bên bị vi phạm (làm mất mát, hư hỏng hàng hoá, giảm sút thu nhập, lợi nhuận...). Để bảo vệ lợi ích của bên bị vi phạm, chế định trách nhiệm hợp đồng mua bán cho phép bên bị vi phạm tự mình hoặc yêu cầu cơ quan có thẩm quyền áp dụng các hình thức trách nhiệm (chế tài) đối với bên vi phạm (buộc thực hiện đúng hợp đồng, phạt vi phạm, bồi thường thiệt hại, tạm ngừng thực hiện hợp đồng, đình chỉ hợp đồng, hủy bỏ hợp đồng). Bên cạnh đó, chế định trách nhiệm hợp đồng mua bán cũng bảo vệ quyền lợi của bên vi phạm. Với việc quy định rõ ràng các căn cứ, thủ tục áp dụng trách nhiệm, các trường hợp miễn trách nhiệm... chế định trách nhiệm hợp đồng mua bán bảo đảm cho bên bị vi phạm chỉ phải chịu trách nhiệm về những thiệt hại do pháp luật quy định, bảo vệ bên bị vi phạm trước những hiện tượng tiêu cực trong xử lý vi phạm hợp đồng.

- Chế định trách nhiệm hợp đồng ngăn ngừa và hạn chế vi phạm hợp đồng mua bán hàng hoá, nâng cao ý thức trách nhiệm của các chủ thể hợp đồng trong việc thực hiện hợp đồng. Chế định trách nhiệm hợp đồng chủ trương áp dụng các biện pháp chế tài đối với mọi hành vi vi phạm hợp đồng thể trong quan hệ hợp đồng mua bán cũng như đảm bảo tính nghiêm minh của pháp luật về mua bán hàng hoá. Vai trò của chế định trách nhiệm hợp đồng mua bán hàng hoá thể hiện ở những khía cạnh cơ bản sau:

- Chế định trách nhiệm hợp đồng bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của các bên trong quan hệ hợp đồng mua bán hàng hoá. Khi tham gia quan hệ hợp đồng mua bán, các bên đều nhằm đạt được những lợi ích nhất định. Hành vi vi phạm hợp đồng mua bán luôn tiềm ẩn nguy cơ xâm hại lợi ích của bên bị vi phạm (làm mất mát, hư hỏng hàng hoá, giảm sút thu nhập, lợi nhuận...). Để bảo vệ lợi

ích của bên bị vi phạm, chế định trách nhiệm hợp đồng mua bán cho phép bên bị vi phạm tự mình hoặc yêu cầu cơ quan có thẩm quyền áp dụng các hình thức trách nhiệm (chế tài) đối với bên vi phạm (buộc thực hiện đúng hợp đồng, phạt vi phạm, bồi thường thiệt hại, tạm ngừng thực hiện hợp đồng, đình chỉ hợp đồng, hủy bỏ hợp đồng). Bên cạnh đó, chế định trách nhiệm hợp đồng mua bán cũng bảo vệ quyền lợi của bên vi phạm. Với việc quy định rõ ràng các căn cứ, thủ tục áp dụng trách nhiệm, các trường hợp miễn trách nhiệm... chế định trách nhiệm hợp đồng mua bán bảo đảm cho bên vi phạm chỉ phải chịu trách nhiệm về những thiệt hại do pháp luật quy định, bảo vệ bên vi phạm trước những hiện tượng tiêu cực trong xử lý vi phạm hợp đồng.

- Chế định trách nhiệm hợp đồng ngăn ngừa và hạn chế vi phạm hợp đồng mua bán hàng hoá, nâng cao ý thức trách nhiệm của các chủ thể hợp đồng trong việc thực hiện hợp đồng. Chế định trách nhiệm hợp đồng chủ trương áp dụng các biện pháp chế tài đối với mọi hành vi vi phạm hợp đồng

(trừ trường hợp được miễn trách nhiệm theo quy định của pháp luật hoặc bên bị vi phạm không yêu cầu áp dụng chế tài). Quy định về trách nhiệm hợp đồng có tác động rất mạnh mẽ vào ý thức của các bên, nâng cao tinh thần trách nhiệm của các bên trong việc thực hiện nghĩa vụ hợp đồng, ngăn ngừa và hạn chế vi phạm hợp đồng xảy ra.

b. Căn cứ áp dụng trách nhiệm do vi phạm hợp đồng mua bán hàng hoá

Với tính chất là một loại trách nhiệm pháp lí, trách nhiệm do vi phạm hợp đồng mua bán được áp dụng khi có những căn cứ do pháp luật quy định. Với mỗi hình thức chế tài, căn cứ áp dụng có sự khác nhau nhất định, phụ thuộc vào tính chất và mục đích của

hình thức chế tài đó. Theo quy định hiện hành, các hình thức chế tài được áp dụng đối với vi phạm hợp đồng mua bán được áp dụng khi có các căn cứ sau:

** Có hành vi vi phạm hợp đồng*

Hành vi vi phạm hợp đồng là căn cứ pháp lý để áp dụng đối với tất cả các hình thức chế tài do vi phạm hợp đồng. Hành vi vi phạm hợp đồng mua bán hàng hoá là xử sự của các chủ thể hợp đồng không phù hợp với các nghĩa vụ theo hợp đồng. Biểu hiện cụ thể của vi phạm hợp đồng mua bán là việc không thực hiện hoặc thực hiện không đúng, không đầy đủ các nghĩa vụ theo hợp đồng. Cần lưu ý, trong quan hệ hợp đồng mua bán, các bên không chỉ phải thực hiện những nghĩa vụ thoả thuận trong hợp đồng (ghi vào hợp đồng) mà còn có thể phải thực hiện những nghĩa vụ theo quy định của pháp luật (trong khoa học pháp lý thường gọi là nội dung thường lệ của hợp đồng mua bán). Vì vậy, khi xem xét hành vi có vi phạm hợp đồng mua bán hàng hoá hay không, cần phải căn cứ vào (trừ trường hợp được miễn trách nhiệm theo quy định của pháp luật hoặc bên bị vi phạm không yêu cầu áp dụng chế tài). Quy định về trách nhiệm hợp đồng có tác động rất mạnh mẽ vào ý thức của các bên, nâng cao tinh thần trách nhiệm của các bên trong việc thực hiện nghĩa vụ hợp đồng, ngăn ngừa và hạn chế vi phạm hợp đồng xảy ra.

b. Căn cứ áp dụng trách nhiệm do vi phạm hợp đồng mua bán hàng hoá

Với tính chất là một loại trách nhiệm pháp lý, trách nhiệm do vi phạm hợp đồng mua bán được áp dụng khi có những căn cứ do pháp luật quy định. Với mỗi hình thức chế tài, căn cứ áp dụng có sự khác nhau nhất định, phụ thuộc vào tính chất và mục đích của hình thức chế tài đó. Theo quy định hiện hành, các hình thức chế tài được áp dụng đối với vi phạm hợp đồng mua bán được áp

dụng khi có các căn cứ sau:

** Có hành vi vi phạm hợp đồng*

Hành vi vi phạm hợp đồng là căn cứ pháp lý để áp dụng đối với tất cả các hình thức chế tài do vi phạm hợp đồng. Hành vi vi phạm hợp đồng mua bán hàng hoá là xử sự của các chủ thể hợp đồng không phù hợp với các nghĩa vụ theo hợp đồng. Biểu hiện cụ thể của vi phạm hợp đồng mua bán là việc không thực hiện hoặc thực hiện không đúng, không đầy đủ các nghĩa vụ theo hợp đồng. Cần lưu ý, trong quan hệ hợp đồng mua bán, các bên không chỉ phải thực hiện những nghĩa vụ thoả thuận trong hợp đồng (ghi vào hợp đồng) mà còn có thể phải thực hiện những nghĩa vụ theo quy định của pháp luật (trong khoa học pháp lý thường gọi là nội dung thường lệ của hợp đồng mua bán). Vì vậy, khi xem xét hành vi có vi phạm hợp đồng mua bán hàng hoá hay không, cần phải căn cứ vào

hợp đồng và các quy định về hợp đồng mua bán.

** Có thiệt hại vật chất thực tế xảy ra*

Thiệt hại vật chất thực tế do vi phạm hợp đồng mua bán gây ra là căn cứ bắt buộc phải có khi áp dụng chế tài bồi thường thiệt hại. Đối với các hình thức chế tài khác, thiệt hại thực tế có thể được coi là tình tiết để xác định mức độ nặng, nhẹ của chế tài được áp dụng. Thiệt hại thực tế là những thiệt hại có thể tính được thành tiền mà bên bị vi phạm hợp đồng phải gánh chịu (hàng hoá mất mát, hư hỏng, chi phí ngăn chặn, hạn chế thiệt hại...). Thiệt hại thực tế được chia làm hai loại là thiệt hại trực tiếp và thiệt hại gián tiếp. Thiệt hại trực tiếp là những thiệt hại đã xảy ra trên thực tế, có thể tính toán một cách dễ dàng và chính xác. Biểu hiện cụ thể của thiệt hại trực tiếp là tài sản bị mất mát, hư hỏng, chi phí để ngăn chặn và hạn chế thiệt hại do vi phạm hợp đồng gây ra... Thiệt hại gián tiếp là những thiệt hại phải dựa trên sự suy đoán khoa học (trên cơ sở những chứng cứ, tài liệu) mới có thể xác định được. Biểu hiện cụ thể của thiệt hại gián tiếp là thu nhập thực tế bị mất, bị giám sát, khoản lợi đáng lẽ được hưởng mà bên có quyền lợi bị vi phạm phải chịu.

Về nguyên tắc, bên bị vi phạm chỉ được bồi thường (và bên bị phạm chỉ có nghĩa vụ phải bồi thường) những khoản thiệt hại trong phạm vi do pháp luật quy định. Đối với các hợp đồng nói chung, các khoản thiệt hại do vi phạm nghĩa vụ hợp đồng gây ra bao gồm tổn thất về tài sản, chi phí hợp lý để ngăn chặn, hạn chế, khắc phục thiệt hại, thu nhập thực tế bị mất hoặc bị giám sát.⁽¹⁾ Đối với hợp đồng trong lĩnh vực

Thiệt hại vật chất thực tế do vi phạm hợp đồng mua bán gây

(1).Xem: Khoản 2 Điều 307 Bộ luật dân sự.

hợp đồng và các quy định về hợp đồng mua bán.

** Có thiệt hại vật chất thực tế xảy ra*

ra là căn cứ bắt buộc phải có khi áp dụng chế tài bồi thường thiệt hại. Đối với các hình thức chế tài khác, thiệt hại thực tế có thể được coi là tình tiết để xác định mức độ nặng, nhẹ của chế tài được áp dụng. Thiệt hại thực tế là những thiệt hại có thể tính được thành tiền mà bên bị vi phạm hợp đồng phải gánh chịu (hàng hoá mất mát, hư hỏng, chi phí ngăn chặn, hạn chế thiệt hại...). Thiệt hại thực tế được chia làm hai loại là thiệt hại trực tiếp và thiệt hại gián tiếp. Thiệt hại trực tiếp là những thiệt hại đã xảy ra trên thực tế, có thể tính toán một cách dễ dàng và chính xác. Biểu hiện cụ thể của thiệt hại trực tiếp là tài sản bị mất mát, hư hỏng, chi phí để ngăn chặn và hạn chế thiệt hại do vi phạm hợp đồng gây ra... Thiệt hại gián tiếp là những thiệt hại phải dựa trên sự suy đoán khoa học (trên cơ sở những chứng cứ, tài liệu) mới có thể xác định được. Biểu hiện cụ thể của thiệt hại gián tiếp là thu nhập thực tế bị mất, bị giảm sút, khoản lợi đáng lẽ được hưởng mà bên có quyền lợi bị vi phạm phải chịu.

Về nguyên tắc, bên bị vi phạm chỉ được bồi thường (và bên bị phạm chỉ có nghĩa vụ phải bồi thường) những khoản thiệt hại trong phạm vi do pháp luật quy định. Đối với các hợp đồng nói chung, các khoản thiệt hại do vi phạm nghĩa vụ hợp đồng gây ra bao gồm tổn thất về tài sản, chi phí hợp lý để ngăn chặn, hạn chế, khắc phục thiệt hại, thu nhập thực tế bị mất hoặc bị giảm sút.⁽¹⁾ Đối với hợp đồng trong lĩnh vực

(1).Xem: Khoản 2 Điều 307 Bộ luật dân sự.

thương mại, Luật thương mại quy định về các khoản thiệt hại do vi phạm hợp đồng 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.⁷⁷ Nếu bên vi phạm chậm thanh toán tiền thì bên bị vi phạm có quyền yêu cầu trả tiền lãi trên số tiền chậm trả đó theo lãi suất nợ quá hạn trung bình trên thị trường tại thời điểm thanh toán tương ứng với thời gian chậm trả.⁷⁸

** Có mối quan hệ nhân quả giữa hành vi vi phạm hợp đồng và thiệt hại thực tế*

Về phương diện triết học, mối quan hệ nhân quả giữa hành vi vi phạm hợp đồng và thiệt hại thực tế được xác định khi hành vi vi phạm và thiệt hại thực tế có mối liên hệ nội tại, tất yếu; hành vi vi phạm là nguyên nhân trực tiếp gây ra thiệt hại. Bên có hành vi vi phạm hợp đồng chỉ phải bồi thường thiệt hại khi thiệt hại xảy ra là kết quả tất yếu của hành vi vi phạm hợp đồng. Trên thực tế, một hành vi vi phạm hợp đồng có thể gây ra nhiều khoản thiệt hại và một khoản thiệt hại cũng có thể được sinh ra do nhiều hành vi vi phạm hợp đồng. Trong khi đó, các chủ thể hợp đồng, đặc biệt là các chủ thể kinh doanh, có thể cùng lúc tham gia nhiều quan hệ hợp đồng khác nhau. Vì vậy, việc xác định chính xác mối quan hệ nhân quả giữa hành vi vi phạm hợp đồng và thiệt hại thực tế không phải bao giờ cũng dễ dàng; sẽ rất dễ nhầm lẫn nếu chỉ dựa vào sự suy đoán chủ quan. Điều này đòi hỏi bên thương mại, Luật thương mại quy định về các khoản thiệt hại do vi phạm hợp đồng 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

77 .Xem: Khoản 2 Điều 302 Luật thương mại.

78 .Xem: Điều 306 Luật thương mại.

phạm đáng lẽ được hưởng nếu không có hành vi vi phạm.⁷⁹ Nếu bên vi phạm chậm thanh toán tiền thì bên bị vi phạm có quyền yêu cầu trả tiền lãi trên số tiền chậm trả đó theo lãi suất nợ quá hạn trung bình trên thị trường tại thời điểm thanh toán tương ứng với thời gian chậm trả.⁸⁰

** Có mối quan hệ nhân quả giữa hành vi vi phạm hợp đồng và thiệt hại thực tế*

Về phương diện triết học, mối quan hệ nhân quả giữa hành vi vi phạm hợp đồng và thiệt hại thực tế được xác định khi hành vi vi phạm và thiệt hại thực tế có mối liên hệ nội tại, tất yếu; hành vi vi phạm là nguyên nhân trực tiếp gây ra thiệt hại. Bên có hành vi vi phạm hợp đồng chỉ phải bồi thường thiệt hại khi thiệt hại xảy ra là kết quả tất yếu của hành vi vi phạm hợp đồng. Trên thực tế, một hành vi vi phạm hợp đồng có thể gây ra nhiều khoản thiệt hại và một khoản thiệt hại cũng có thể được sinh ra do nhiều hành vi vi phạm hợp đồng. Trong khi đó, các chủ thể hợp đồng, đặc biệt là các chủ thể kinh doanh, có thể cùng lúc tham gia nhiều quan hệ hợp đồng khác nhau. Vì vậy, việc xác định chính xác mối quan hệ nhân quả giữa hành vi vi phạm hợp đồng và thiệt hại thực tế không phải bao giờ cũng dễ dàng; sẽ rất dễ nhầm lẫn nếu chỉ dựa vào sự suy đoán chủ quan. Điều này đòi hỏi bên

79 .Xem: Khoản 2 Điều 302 Luật thương mại.

80 .Xem: Điều 306 Luật thương mại.

bị vi phạm khi đòi bồi thường thiệt hại (cũng như các cơ quan tài phán khi quyết định áp dụng chế tài bồi thường thiệt hại đối với bên vi phạm) phải dựa trên những chứng cứ rõ ràng, xác thực và hợp pháp.

** Có lỗi của bên Vi phạm*

Lỗi của bên vi phạm hợp đồng là căn cứ bắt buộc phải có để áp dụng đối với tất cả các hình thức chế tài do vi phạm hợp đồng. Trong khoa học pháp lý, lỗi được hiểu là trạng thái tâm lý và mức độ nhận thức của một người đối với hành vi của họ và hậu quả của hành vi đó. Vấn đề trạng thái tâm lý và nhận thức chỉ được đặt ra đối với các chủ thể là cá nhân. Trong khi bên vi phạm hợp đồng có thể là cá nhân hoặc tổ chức. Vì vậy, khi xác định lỗi của chủ thể là tổ chức vi phạm hợp đồng để áp dụng trách nhiệm hợp đồng phải căn cứ vào lỗi của người đại diện cho tổ chức đã giao kết và thực hiện hợp đồng. Trách nhiệm hợp đồng được áp dụng theo nguyên tắc lỗi suy đoán, theo đó mọi hành vi không thực hiện, thực hiện không đúng hợp đồng đều bị suy đoán là có lỗi (trừ trường hợp bên vi phạm chứng minh được là mình không có lỗi); Khi áp dụng chế tài đối với bên vi phạm, bên bị vi phạm cũng như cơ quan tài phán, không có nghĩa vụ chứng minh lỗi của bên vi phạm.

c. Các hình thức trách nhiệm do vi phạm hợp đồng mua bán hàng hóa

** Buộc thực hiện đúng hợp đồng*

Buộc thực hiện đúng hợp đồng mua bán là hình thức chế tài, theo đó bên vi phạm nghĩa vụ hợp đồng mua bán phải tiếp tục thực hiện nghĩa vụ theo yêu cầu của bên bị vi phạm. bị vi phạm khi đòi bồi thường thiệt hại (cũng như các cơ quan tài phán khi

quyết định áp dụng chế tài bồi thường thiệt hại đối với bên vi phạm) phải dựa trên những chứng cứ rõ ràng, xác thực và hợp pháp.

** Có lỗi của bên Vi phạm*

Lỗi của bên vi phạm hợp đồng là căn cứ bắt buộc phải có để áp dụng đối với tất cả các hình thức chế tài do vi phạm hợp đồng. Trong khoa học pháp lí, lỗi được hiểu là trạng thái tâm lí và mức độ nhận thức của một người đối với hành vi của họ và hậu quả của hành vi đó. Vấn đề trạng thái tâm lí và nhận thức chỉ được đặt ra đối với các chủ thể là cá nhân. Trong khi bên vi phạm hợp đồng có thể là cá nhân hoặc tổ chức. Vì vậy, khi xác định lỗi của chủ thể là tổ chức vi phạm hợp đồng để áp dụng trách nhiệm hợp đồng phải căn cứ vào lỗi của người đại diện cho tổ chức đã giao kết và thực hiện hợp đồng. Trách nhiệm hợp đồng được áp dụng theo nguyên tắc lỗi suy đoán, theo đó mọi hành vi không thực hiện, thực hiện không đúng hợp đồng đều bị suy đoán là có lỗi (trừ trường hợp bên vi phạm chứng minh được là mình không có lỗi); Khi áp dụng chế tài đối với bên vi phạm, bên bị vi phạm cũng như cơ quan tài phán, không có nghĩa vụ chứng minh lỗi của bên vi phạm.

c. Các hình thức trách nhiệm do vi phạm hợp đồng mua bán hàng hóa

** Buộc thực hiện đúng hợp đồng*

Buộc thực hiện đúng hợp đồng mua bán là hình thức chế tài, theo đó bên vi phạm nghĩa vụ hợp đồng mua bán phải tiếp tục thực hiện nghĩa vụ theo yêu cầu của bên bị vi phạm.

Căn cứ để áp dụng chế tài buộc thực hiện đúng hợp đồng là: có hành vi vi phạm hợp đồng và có lỗi của bên vi phạm. Biểu hiện cụ

thể của việc áp dụng chế tài buộc thực hiện đúng hợp đồng là việc bên bị vi phạm yêu cầu bên vi phạm thực hiện đúng các nghĩa vụ theo hợp đồng hoặc dùng các biện pháp khác để hợp đồng được thực hiện (tự sửa chữa khuyết tật của hàng hoá, thiếu sót của dịch vụ, mua hàng hoá, nhận cung ứng dịch vụ của người khác theo đúng loại hàng hoá, dịch vụ ghi trong hợp đồng...) và bên vi phạm phải chịu phí tổn phát sinh. Những trường hợp bên bị vi phạm và bên vi phạm thoả thuận gia hạn thực hiện nghĩa vụ hoặc thoả thuận thay thế nghĩa vụ này bằng nghĩa vụ khác, không được coi là áp dụng chế tài buộc thực hiện đúng hợp đồng.

Theo Điều 297 Luật thương mại, khi áp dụng chế tài buộc thực hiện đúng hợp đồng, bên bị vi phạm có thể lựa chọn hoặc yêu cầu bên vi phạm thực hiện đúng hợp đồng hoặc lựa chọn các biện pháp khác để hợp đồng được thực hiện và bên vi phạm phải chịu chi phí phát sinh. Chế tài buộc thực hiện đúng hợp đồng theo Luật thương mại được đặt ra khi có vi phạm các điều khoản về số lượng, chất lượng hàng hoá, yêu cầu kỹ thuật của công việc. Khi bên vi phạm giao hàng thiếu, cung ứng dịch vụ không đúng hợp đồng, bên bị vi phạm có quyền yêu cầu bên vi phạm phải giao đủ hàng, cung ứng dịch vụ theo đúng thoả thuận trong hợp đồng. Nếu bên vi phạm giao hàng kém chất lượng, cung ứng dịch vụ không đúng hợp đồng, bên bị vi phạm có quyền yêu cầu bên vi phạm loại trừ khuyết tật của hàng hoá, thiếu sót của dịch vụ hoặc giao hàng khác thay thế, cung ứng dịch vụ theo đúng hợp đồng. Trường hợp bên vi phạm không thực hiện Căn cứ để áp dụng chế tài buộc thực hiện đúng hợp đồng là: có hành vi vi phạm hợp đồng và có lỗi của bên vi phạm. Biểu hiện cụ thể của việc áp dụng chế tài buộc thực hiện đúng hợp đồng là việc bên bị vi phạm yêu cầu bên vi phạm thực hiện đúng các nghĩa vụ theo hợp đồng hoặc dùng các biện pháp khác để hợp đồng được thực hiện (tự sửa chữa

khuyết tật của hàng hoá, thiếu sót của dịch vụ, mua hàng hoá, nhận cung ứng dịch vụ của người khác theo đúng loại hàng hoá, dịch vụ ghi trong hợp đồng...) và bên vi phạm phải chịu phí tổn phát sinh. Những trường hợp bên bị vi phạm và bên vi phạm thoả thuận gia hạn thực hiện nghĩa vụ hoặc thoả thuận thay thế nghĩa vụ này bằng nghĩa vụ khác, không được coi là áp dụng chế tài buộc thực hiện đúng hợp đồng.

Theo Điều 297 Luật thương mại, khi áp dụng chế tài buộc thực hiện đúng hợp đồng, bên bị vi phạm có thể lựa chọn hoặc yêu cầu bên vi phạm thực hiện đúng hợp đồng hoặc lựa chọn các biện pháp khác để hợp đồng được thực hiện và bên vi phạm phải chịu chi phí phát sinh. Chế tài buộc thực hiện đúng hợp đồng theo Luật thương mại được đặt ra khi có vi phạm các điều khoản về số lượng, chất lượng hàng hoá, yêu cầu kỹ thuật của công việc. Khi bên vi phạm giao hàng thiếu, cung ứng dịch vụ không đúng hợp đồng, bên bị vi phạm có quyền yêu cầu bên vi phạm phải giao đủ hàng, cung ứng dịch vụ theo đúng thoả thuận trong hợp đồng. Nếu bên vi phạm giao hàng kém chất lượng, cung ứng dịch vụ không đúng hợp đồng, bên bị vi phạm có quyền yêu cầu bên vi phạm loại trừ khuyết tật của hàng hoá, thiếu sót của dịch vụ hoặc giao hàng khác thay thế, cung ứng dịch vụ theo đúng hợp đồng. Trường hợp bên vi phạm không thực hiện

yêu cầu thực hiện đúng hợp đồng, bên bị vi phạm có quyền mua hàng, nhận cung ứng dịch vụ của người khác theo đúng loại hàng hoá, dịch vụ ghi trong hợp đồng và bên vi phạm phải bù chênh lệch giá. Bên bị vi phạm cũng có thể tự sửa chữa khuyết tật của hàng hoá, thiếu sót của dịch vụ và yêu cầu bên vi phạm phải trả các chi phí thực tế hợp lý.

** Phạt hợp đồng*

Phạt hợp đồng mua bán là hình thức chế tài do vi phạm hợp đồng, theo đó bên vi phạm hợp đồng phải trả cho bên bị vi phạm khoản tiền nhất định do pháp luật quy định hoặc do các bên thoả thuận trên cơ sở pháp luật. Chế tài phạt hợp đồng có mục đích chủ yếu là trừng phạt, tác động vào ý thức của các chủ thể hợp đồng nhằm giáo dục ý thức tôn trọng hợp đồng, phòng ngừa vi phạm hợp đồng. Với mục đích như vậy, phạt hợp đồng được áp dụng một cách phổ biến đối với các vi phạm hợp đồng.

Theo Luật thương mại, chế tài phạt chỉ được áp dụng nếu trong hợp đồng có thoả thuận về việc áp dụng chế tài này.⁽¹⁾ Mặt khác, để áp dụng hình thức chế tài phạt hợp đồng, cần có hai căn cứ là: (i) có hành vi vi phạm hợp đồng và (ii) có lỗi của bên vi phạm hợp đồng.

Mức tiền phạt vi phạm hợp đồng bị giới hạn bởi pháp luật (các bên có quyền thoả thuận về mức phạt nhưng không được vượt quá mức phạt do pháp luật quy định). Theo Luật thương mại, mức phạt đối với vi phạm nghĩa vụ hợp đồng mua bán hàng hoá hoặc tổng mức phạt đối với nhiều vi phạm yêu cầu thực hiện đúng hợp đồng, bên bị vi phạm có quyền mua hàng, nhận cung ứng dịch vụ của người khác theo đúng loại hàng hoá, dịch vụ ghi trong hợp đồng và bên vi phạm phải bù chênh lệch giá. Bên bị vi phạm cũng có thể tự sửa chữa khuyết tật của hàng hoá, thiếu sót của dịch vụ và yêu cầu bên vi phạm phải trả các chi phí thực tế hợp lý.

** Phạt hợp đồng*

Phạt hợp đồng mua bán là hình thức chế tài do vi phạm hợp đồng, theo đó bên vi phạm hợp đồng phải trả cho bên bị vi phạm khoản tiền nhất định do pháp luật quy định hoặc do các bên thoả thuận trên cơ sở pháp luật. Chế tài phạt hợp đồng có mục đích chủ yếu là trừng phạt, tác động vào ý thức của các chủ thể hợp đồng

(1).Xem: Điều 300 Luật thương mại.

nhằm giáo dục ý thức tôn trọng hợp đồng, phòng ngừa vi phạm hợp đồng. Với mục đích như vậy, phạt hợp đồng được áp dụng một cách phổ biến đối với các vi phạm hợp đồng.

Theo Luật thương mại, chế tài phạt chỉ được áp dụng nếu trong hợp đồng có thoả thuận về việc áp dụng chế tài này.⁽¹⁾ Mặt khác, để áp dụng hình thức chế tài phạt hợp đồng, cần có hai căn cứ là: (i) có hành vi vi phạm hợp đồng và (ii) có lỗi của bên vi phạm hợp đồng.

Mức tiền phạt vi phạm hợp đồng bị giới hạn bởi pháp luật (các bên có quyền thoả thuận về mức phạt nhưng không được vượt quá mức phạt do pháp luật quy định). Theo Luật thương mại, mức phạt đối với vi phạm nghĩa vụ hợp đồng mua bán hàng hoá hoặc tổng mức phạt đối với nhiều vi phạm

(1).Xem: Điều 300 Luật thương mại.

do các bên thoả thuận trong hợp đồng nhưng không quá 8% giá trị phần nghĩa vụ hợp đồng bị vi phạm.⁸¹

** Bồi thường thiệt hại*

Khác với phạt vi phạm hợp đồng, bồi thường thiệt hại là hình thức chế tài được áp dụng nhằm khôi phục, bù đắp những lợi ích vật chất bị mất của bên bị vi phạm hợp đồng mua bán. Với mục đích này, bồi thường thiệt hại chỉ được áp dụng khi có thiệt hại xảy ra. Theo Luật thương mại, để áp dụng trách nhiệm bồi thường thiệt hại phải có các căn cứ: có hành vi vi phạm hợp đồng; có thiệt hại thực tế; hành vi vi phạm hợp đồng là nguyên nhân trực tiếp gây ra thiệt hại; có lỗi của bên vi phạm (không thuộc các trường hợp được miễn trách nhiệm theo quy định của pháp luật).⁸² Về nguyên tắc, bên vi phạm phải bồi thường toàn bộ những thiệt hại vật chất cho bên bị vi phạm. Tuy nhiên, như đã phân tích, các khoản thiệt hại đòi bồi thường phải nằm trong phạm vi được pháp luật ghi nhận.

Bên yêu cầu bồi thường thiệt hại phải chứng minh tổn thất, mức độ tổn thất do hành vi 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 hợp đồng. Khi xảy ra vi phạm hợp đồng, bên yêu cầu bồi thường thiệt hại phải áp dụng các biện pháp hợp lý để hạn chế tổn thất kể cả tổn thất đối với khoản lợi trực tiếp đáng lẽ được hưởng do hành vi vi phạm hợp đồng gây ra; nếu bên yêu cầu bồi thường thiệt hại không áp dụng các biện pháp đó, bên vi phạm hợp đồng có quyền yêu cầu giảm bớt giá trị bồi thường thiệt hại bằng mức tổn thất đáng do các bên thoả thuận trong hợp đồng nhưng không

81 .Xem: Điều 301 Luật thương mại.

82 .Xem: Điều 303 Luật thương mại.

quá 8% giá trị phần nghĩa vụ hợp đồng bị vi phạm.⁸³

** Bồi thường thiệt hại*

Khác với phạt vi phạm hợp đồng, bồi thường thiệt hại là hình thức chế tài được áp dụng nhằm khôi phục, bù đắp những lợi ích vật chất bị mất của bên bị vi phạm hợp đồng mua bán. Với mục đích này, bồi thường thiệt hại chỉ được áp dụng khi có thiệt hại xảy ra. Theo Luật thương mại, để áp dụng trách nhiệm bồi thường thiệt hại phải có các căn cứ: có hành vi vi phạm hợp đồng; có thiệt hại thực tế; hành vi vi phạm hợp đồng là nguyên nhân trực tiếp gây ra thiệt hại; có lỗi của bên vi phạm (không thuộc các trường hợp được miễn trách nhiệm theo quy định của pháp luật).⁸⁴ Về nguyên tắc, bên vi phạm phải bồi thường toàn bộ những thiệt hại vật chất cho bên bị vi phạm. Tuy nhiên, như đã phân tích, các khoản thiệt hại đòi bồi thường phải nằm trong phạm vi được pháp luật ghi nhận.

Bên yêu cầu bồi thường thiệt hại phải chứng minh tổn thất, mức độ tổn thất do hành vi 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 hợp đồng. Khi xảy ra vi phạm hợp đồng, bên yêu cầu bồi thường thiệt hại phải áp dụng các biện pháp hợp lý để hạn chế tổn thất kể cả tổn thất đối với khoản lợi trực tiếp đáng lẽ được hưởng do hành vi vi phạm hợp đồng gây ra; nếu bên yêu cầu bồi thường thiệt hại không áp dụng các biện pháp đó, bên vi phạm hợp đồng có quyền yêu cầu giảm bớt giá trị bồi thường thiệt hại bằng mức tổn thất đáng

83 .Xem: Điều 301 Luật thương mại.

84 .Xem: Điều 303 Luật thương mại.

lẽ có thể hạn chế được.

Khi áp dụng trách nhiệm bồi thường, cần lưu ý mối quan hệ giữa phạt hợp đồng và bồi thường thiệt hại. Với bản chất của hợp đồng, các bên trong hợp đồng có quyền thoả thuận về các hình thức chế tài phù hợp với quy định của pháp luật. Các bên có quyền thoả thuận về việc bên vi phạm chỉ phải nộp tiền phạt vi phạm hợp đồng mà không phải bồi thường thiệt hại hoặc vừa phải nộp tiền phạt vi phạm hợp đồng và vừa phải bồi thường thiệt hại. Theo Luật thương mại, trong trường hợp các bên của hợp đồng mua bán không có thoả thuận phạt vi phạm thì bên bị vi phạm chỉ có quyền yêu cầu bồi thường thiệt hại; 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 buộc bồi thường thiệt hại⁰

** Tạm ngừng, đình chỉ và hủy bỏ hợp đồng*

Tạm ngừng thực hiện hợp đồng mua bán là hình thức chế tài, theo đó một bên tạm thời không thực hiện nghĩa vụ hợp đồng mua bán. Khi hợp đồng mua bán bị tạm ngừng thực hiện thì hợp đồng vẫn còn hiệu lực.

Đình chỉ thực hiện hợp đồng mua bán là hình thức chế tài, theo đó một bên chấm dứt thực hiện nghĩa vụ hợp đồng mua bán. Khi hợp đồng mua bán bị đình chỉ thực hiện thì hợp đồng chấm dứt hiệu lực 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 có quyền yêu cầu bên kia thanh toán hoặc thực hiện nghĩa vụ đối ứng.

lẽ có thể hạn chế được.

Khi áp dụng trách nhiệm bồi thường, cần lưu ý mối quan hệ giữa phạt hợp đồng và bồi thường thiệt hại. Với bản chất của hợp đồng, các bên trong hợp đồng có quyền thoả thuận về các hình

(D.Xem: Điều 307 Luật thương mại.

thức chế tài phù hợp với quy định của pháp luật. Các bên có quyền thoả thuận về việc bên vi phạm chỉ phải nộp tiền phạt vi phạm hợp đồng mà không phải bồi thường thiệt hại hoặc vừa phải nộp tiền phạt vi phạm hợp đồng và vừa phải bồi thường thiệt hại. Theo Luật thương mại, trong trường hợp các bên của hợp đồng mua bán không có thoả thuận phạt vi phạm thì bên bị vi phạm chỉ có quyền yêu cầu bồi thường thiệt hại; 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 buộc bồi thường thiệt hại⁰

** Tạm ngừng, đình chỉ và hủy bỏ hợp đồng*

Tạm ngừng thực hiện hợp đồng mua bán là hình thức chế tài, theo đó một bên tạm thời không thực hiện nghĩa vụ hợp đồng mua bán. Khi hợp đồng mua bán bị tạm ngừng thực hiện thì hợp đồng vẫn còn hiệu lực.

Đình chỉ thực hiện hợp đồng mua bán là hình thức chế tài, theo đó một bên chấm dứt thực hiện nghĩa vụ hợp đồng mua bán. Khi hợp đồng mua bán bị đình chỉ thực hiện thì hợp đồng chấm dứt hiệu lực 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 có quyền yêu cầu bên kia thanh toán hoặc thực hiện nghĩa vụ đối ứng.

Hủy bỏ hợp đồng mua bán là hình thức chế tài, theo đó một bên chấm dứt thực hiện nghĩa vụ hợp đồng và làm cho hợp đồng không có hiệu lực từ thời điểm giao kết. Hủy bỏ hợp đồng có thể là hủy bỏ một phần hợp đồng hoặc toàn bộ hợp đồng. Hủy bỏ một phần hợp đồng là việc bãi bỏ thực hiện một phần nghĩa vụ hợp đồng, các phần còn lại trong hợp đồng vẫn còn hiệu lực. Hủy bỏ toàn bộ hợp đồng là việc bãi bỏ hoàn toàn việc thực hiện tất cả các nghĩa vụ hợp đồng đối với toàn bộ hợp đồng. Khi một hợp

(D.Xem: Điều 307 Luật thương mại.

đồng mua bán bị huỷ bỏ toàn bộ, hợp đồng được coi là không có hiệu lực từ thời điểm giao kết. Các bên không phải tiếp tục thực hiện các nghĩa vụ đã thoả thuận trong hợp đồng, trừ thoả thuận về các quyền và nghĩa vụ sau khi huỷ bỏ hợp đồng và về giải quyết tranh chấp. Các bên có quyền đòi lại lợi ích do việc đã thực hiện phần nghĩa vụ của mình theo hợp đồng; nếu các bên đều có nghĩa vụ hoàn trả thì nghĩa vụ của họ phải được thực hiện đồng thời; trường hợp không thể hoàn trả bằng chính lợi ích đã nhận thì bên có nghĩa vụ phải hoàn trả bằng tiền.

Điểm giống nhau giữa các hình thức chế tài tạm ngừng, đình chỉ và huỷ bỏ hợp đồng thể hiện ở hai khía cạnh cơ bản là:

Thứ nhất, về căn cứ áp dụng: trừ trường hợp được miễn trách nhiệm hợp đồng, tạm ngừng, đình chỉ và huỷ bỏ hợp đồng với tính chất là các hình thức chế tài, được áp dụng khi có các điều kiện: (i) Xảy ra hành vi vi phạm mà các bên đã thoả thuận là điều kiện để tạm ngừng, đình chỉ hoặc huỷ bỏ hợp đồng; (ii) Một bên vi phạm cơ bản nghĩa vụ hợp đồng.⁽¹⁾

Từ quy định trên cho thấy Luật thương mại dành quyền

Huỷ bỏ hợp đồng mua bán là hình thức chế tài, theo đó một bên chấm dứt thực hiện nghĩa vụ hợp đồng và làm cho hợp đồng không có hiệu lực từ thời điểm giao kết. Huỷ bỏ hợp đồng có thể là huỷ bỏ một phần hợp đồng hoặc toàn bộ hợp đồng. Huỷ bỏ một phần hợp đồng là việc bãi bỏ thực hiện một phần nghĩa vụ hợp đồng, các phần còn lại trong hợp đồng vẫn còn hiệu lực. Huỷ bỏ toàn bộ hợp đồng là việc bãi bỏ hoàn toàn việc thực hiện tất cả các nghĩa vụ hợp đồng đối với toàn bộ hợp đồng. Khi một hợp đồng mua bán bị huỷ bỏ toàn bộ, hợp đồng được coi là không có hiệu lực từ thời điểm giao kết. Các bên không phải tiếp tục thực hiện các nghĩa vụ đã thoả thuận trong hợp đồng, trừ thoả thuận về các quyền và nghĩa vụ sau khi huỷ bỏ hợp đồng và về giải quyết

(1).Xem: Điều 308, 310, khoản 4 Điều 312 Luật thương mại.

tranh chấp. Các bên có quyền đòi lại lợi ích do việc đã thực hiện phần nghĩa vụ của mình theo hợp đồng; nếu các bên đều có nghĩa vụ hoàn trả thì nghĩa vụ của họ phải được thực hiện đồng thời; trường hợp không thể hoàn trả bằng chính lợi ích đã nhận thì bên có nghĩa vụ phải hoàn trả bằng tiền.

Điểm giống nhau giữa các hình thức chế tài tạm ngừng, đình chỉ và hủy bỏ hợp đồng thể hiện ở hai khía cạnh cơ bản là:

Thứ nhất, về căn cứ áp dụng: trừ trường hợp được miễn trách nhiệm hợp đồng, tạm ngừng, đình chỉ và hủy bỏ hợp đồng với tính chất là các hình thức chế tài, được áp dụng khi có các điều kiện: (i) Xảy ra hành vi vi phạm mà các bên đã thoả thuận là điều kiện để tạm ngừng, đình chỉ hoặc hủy bỏ hợp đồng; (ii) Một bên vi phạm cơ bản nghĩa vụ hợp đồng.⁽¹⁾

Từ quy định trên cho thấy Luật thương mại dành quyền chủ động rất cao cho các bên (và vì vậy đòi hỏi các bên khi giao kết hợp đồng phải hết sức thận trọng) trong việc thoả thuận vấn đề áp dụng các chế tài tạm ngừng, đình chỉ và hủy bỏ hợp đồng. Trong lĩnh vực thương mại nói chung và mua bán hàng hoá nói riêng, việc tạm ngừng, đình chỉ và hủy bỏ hợp đồng có ảnh hưởng rất lớn đến lợi ích của các bên, đặc biệt là bên vi phạm hợp đồng. Vì vậy, về nguyên tắc chung, bên bị vi phạm không đương nhiên có quyền đơn phương tạm ngừng, đình chỉ hoặc hủy bỏ hợp đồng, trừ khi pháp luật có quy định khác;⁸⁵ bên bị vi phạm chỉ có quyền đơn phương tạm ngừng, đình chỉ hoặc hủy bỏ hợp đồng nếu trong hợp đồng đã có thoả thuận vi phạm của bên kia là điều kiện để tạm ngừng, đình chỉ hoặc hủy bỏ hợp đồng. Mặt khác, để đảm bảo quyền lợi của bên vi phạm hợp đồng, Luật thương mại còn quy

85 .Ví dụ: bên mua hàng có quyền ngừng thanh toán tiền hàng trong các trường hợp được quy định tại Điều 51 Luật thương mại.

(1).Xem: Điều 308, 310, khoản 4 Điều 312 Luật thương mại.

đình hành vi vi phạm hợp đồng là căn cứ để tạm ngừng, đình chỉ hoặc hủy bỏ hợp đồng phải là những vi phạm cơ bản nghĩa vụ hợp đồng. Vi phạm cơ bản nghĩa vụ hợp đồng là sự vi phạm hợp đồng của một bên gây thiệt hại cho bên kia đến mức làm cho bên kia không đạt được mục đích của việc giao kết hợp đồng.⁸⁶

Thứ hai, về nội dung: khác với các hình thức chế tài khác, tạm ngừng, đình chỉ và hủy bỏ hợp đồng là các hình thức chế tài hợp đồng mà theo đó bên bị vi phạm hợp đồng áp dụng chế tài bằng cách không thực hiện nghĩa vụ theo hợp đồng. Việc áp dụng các hình thức chế tài tạm ngừng, đình chỉ hoặc hủy bỏ hợp đồng được xem như sự "tự vệ" chủ động rất cao cho các bên (và vì vậy đòi hỏi các bên khi giao kết hợp đồng phải hết sức thận trọng) trong việc thoả thuận vấn đề áp dụng các chế tài tạm ngừng, đình chỉ và hủy bỏ hợp đồng. Trong lĩnh vực thương mại nói chung và mua bán hàng hoá nói riêng, việc tạm ngừng, đình chỉ và hủy bỏ hợp đồng có ảnh hưởng rất lớn đến lợi ích của các bên, đặc biệt là bên vi phạm hợp đồng. Vì vậy, về nguyên tắc chung, bên bị vi phạm không đương nhiên có quyền đơn phương tạm ngừng, đình chỉ hoặc hủy bỏ hợp đồng, trừ khi pháp luật có quy định khác;⁸⁷ bên bị vi phạm chỉ có quyền đơn phương tạm ngừng, đình chỉ hoặc hủy bỏ hợp đồng nếu trong hợp đồng đã có thoả thuận vi phạm của bên kia là điều kiện để tạm ngừng, đình chỉ hoặc hủy bỏ hợp đồng. Mặt khác, để đảm bảo quyền lợi của bên vi phạm hợp đồng, Luật thương mại còn quy định hành vi vi phạm hợp đồng là căn cứ để tạm ngừng, đình chỉ hoặc hủy bỏ hợp đồng phải là những vi phạm cơ bản nghĩa vụ hợp đồng. Vi phạm cơ bản nghĩa vụ hợp đồng là sự vi phạm hợp đồng của một bên gây thiệt hại

86 .Xem: Khoản 13 Điều 3 Luật thương mại.

87 .Ví dụ: bên mua hàng có quyền ngừng thanh toán tiền hàng trong các trường hợp được quy định tại Điều 51 Luật thương mại.

cho bên kia đến mức làm cho bên kia không đạt được mục đích của việc giao kết hợp đồng.⁸⁸

Thứ hai, về nội dung: khác với các hình thức chế tài khác, tạm ngừng, đình chỉ và hủy bỏ hợp đồng là các hình thức chế tài hợp đồng mà theo đó bên bị vi phạm hợp đồng áp dụng chế tài bằng cách không thực hiện nghĩa vụ theo hợp đồng. Việc áp dụng các hình thức chế tài tạm ngừng, đình chỉ hoặc hủy bỏ hợp đồng được xem như sự "tự vệ"

88 .Xem: Khoản 13 Điều 3 Luật thương mại.

(1). Luật thương mại năm 2005 không quy định cụ thể về sự kiện bất khả kháng với tính chất là căn cứ để miễn trách nhiệm do vi phạm hợp đồng.

(1). Luật thương mại năm 2005 không quy định cụ thể về sự kiện bất khả kháng với tính chất là căn cứ để miễn trách nhiệm do vi phạm hợp đồng.

của bên vi phạm trước hành vi vi phạm hợp đồng của bên kia. Khi bị áp dụng các chế tài này, sự bất lợi mà bên vi phạm phải gánh chịu cơ bản thể hiện ở chỗ, bên vi phạm không được đáp ứng các quyền theo hợp đồng (do bên bị vi phạm không phải thực hiện các nghĩa vụ tương xứng). Mặt khác, bên bị vi phạm khi áp dụng các chế tài này vẫn có quyền yêu cầu bên vi phạm bồi thường thiệt hại theo quy định của pháp luật.

d. Miễn trách nhiệm do vi phạm hợp đồng mua bán

Miễn trách nhiệm do vi phạm hợp đồng mua bán là việc bên vi phạm nghĩa vụ theo hợp đồng mua bán không phải chịu các hình thức chế tài. Các bên trong hợp đồng mua bán có quyền thoả thuận về giới hạn trách nhiệm và miễn trách nhiệm hợp đồng trong những trường hợp cụ thể do các bên dự liệu khi giao kết hợp đồng. Ngoài ra, việc miễn trách nhiệm hợp đồng còn được áp dụng theo các trường hợp khác do pháp luật quy định. Theo luật thương mại (Điều 294), ngoài các trường hợp miễn trách nhiệm mà các bên đã thoả thuận, bên vi phạm nghĩa vụ hợp đồng mua bán còn được miễn trách nhiệm khi: (i) Xảy ra sự kiện bất khả kháng; (ii) Hành vi vi phạm của một bên hoàn toàn do lỗi của bên kia; (iii) Hành vi vi phạm của một bên do thực hiện 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.

Sự kiện bất khả kháng để miễn trách nhiệm hợp đồng được quy định trong Bộ luật dân sự.⁽¹⁾ Theo khoản 1 Điều 161 của bên vi phạm trước hành vi vi phạm hợp đồng của bên kia. Khi bị áp dụng các chế tài này, sự bất lợi mà bên vi phạm phải gánh chịu cơ bản thể hiện ở chỗ, bên vi phạm không được đáp ứng các quyền theo hợp đồng (do bên bị vi phạm không phải thực hiện các nghĩa vụ tương xứng). Mặt khác, bên bị vi phạm khi áp dụng các chế tài

này vẫn có quyền yêu cầu bên vi phạm bồi thường thiệt hại theo quy định của pháp luật.

d. Miễn trách nhiệm do vi phạm hợp đồng mua bán

Miễn trách nhiệm do vi phạm hợp đồng mua bán là việc bên vi phạm nghĩa vụ theo hợp đồng mua bán không phải chịu các hình thức chế tài. Các bên trong hợp đồng mua bán có quyền thoả thuận về giới hạn trách nhiệm và miễn trách nhiệm hợp đồng trong những trường hợp cụ thể do các bên dự liệu khi giao kết hợp đồng. Ngoài ra, việc miễn trách nhiệm hợp đồng còn được áp dụng theo các trường hợp khác do pháp luật quy định. Theo luật thương mại (Điều 294), ngoài các trường hợp miễn trách nhiệm mà các bên đã thoả thuận, bên vi phạm nghĩa vụ hợp đồng mua bán còn được miễn trách nhiệm khi: (i) Xảy ra sự kiện bất khả kháng; (ii) Hành vi vi phạm của một bên hoàn toàn do lỗi của bên kia; (iii) Hành vi vi phạm của một bên do thực hiện 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.

Sự kiện bất khả kháng để miễn trách nhiệm hợp đồng được quy định trong Bộ luật dân sự.⁽¹⁾ Theo khoản 1 Điều 161

Bộ luật dân sự, sự kiện bất khả kháng được định nghĩa là sự kiện xảy ra một cách khách quan không thể lường trước được và không thể khắc phục được mặc dù đã áp dụng mọi biện pháp cần thiết và khả năng cho phép. Từ quy định này cho thấy một sự kiện được coi là bất khả kháng (với tính chất là căn cứ để miễn trách nhiệm hợp đồng) phải thoả mãn các dấu hiệu: (i) Xảy ra sau khi các bên đã giao kết hợp đồng; (ii) Có tính chất bất thường mà các bên không thể lường trước được và không thể khắc phục được; (iii) Là nguyên nhân dẫn đến sự vi phạm hợp đồng. Với cách hiểu như vậy, các trường hợp bất khả kháng có thể bao gồm: thiên tai, hoả

hoạn, chiến tranh, đình công, sự thay đổi chính sách, pháp luật của Nhà nước.

Khi xảy ra sự kiện bất khả kháng, đối với những hợp đồng mua bán có thời hạn cố định về giao hàng, các bên đều có quyền không thực hiện hợp đồng và không bị áp dụng các biện pháp chế tài. Trường hợp hợp đồng mua bán có nội dung thoả thuận giao hàng trong một thời hạn, các bên trong hợp đồng mua bán có thể thoả thuận kéo dài thời hạn thực hiện nghĩa vụ hợp đồng. Nếu các bên không có thoả thuận hoặc không thoả thuận được thì thời hạn thực hiện nghĩa vụ hợp đồng được tính thêm một thời gian bằng thời gian xảy ra trường hợp bất khả kháng cộng với thời gian hợp lí để khắc phục hậu quả nhưng không được kéo dài quá các thời hạn sau đây:

- Năm tháng đối với hàng hoá mà thời hạn giao hàng được thoả thuận không quá mười hai tháng, kể từ khi giao kết hợp đồng;

- Tám tháng đối với hàng hoá mà thời hạn giao hàng được Bộ luật dân sự, sự kiện bất khả kháng được định nghĩa là sự kiện xảy ra một cách khách quan không thể lường trước được và không thể khắc phục được mặc dù đã áp dụng mọi biện pháp cần thiết và khả năng cho phép. Từ quy định này cho thấy một sự kiện được coi là bất khả kháng (với tính chất là căn cứ để miễn trách nhiệm hợp đồng) phải thoả mãn các dấu hiệu: (i) Xảy ra sau khi các bên đã giao kết hợp đồng; (ii) Có tính chất bất thường mà các bên không thể lường trước được và không thể khắc phục được; (iii) Là nguyên nhân dẫn đến sự vi phạm hợp đồng. Với cách hiểu như vậy, các trường hợp bất khả kháng có thể bao gồm: thiên tai, hoạ hoạn, chiến tranh, đình công, sự thay đổi chính sách, pháp luật của Nhà nước.

Khi xảy ra sự kiện bất khả kháng, đối với những hợp đồng mua bán có thời hạn cố định về giao hàng, các bên đều có quyền không thực hiện hợp đồng và không bị áp dụng các biện pháp chế tài. Trường hợp hợp đồng mua bán có nội dung thoả thuận giao hàng trong một thời hạn, các bên trong hợp đồng mua bán có thể thoả thuận kéo dài thời hạn thực hiện nghĩa vụ hợp đồng. Nếu các bên không có thoả thuận hoặc không thoả thuận được thì thời hạn thực hiện nghĩa vụ hợp đồng được tính thêm một thời gian bằng thời gian xảy ra trường hợp bất khả kháng cộng với thời gian hợp lí để khắc phục hậu quả nhưng không được kéo dài quá các thời hạn sau đây:

- Năm tháng đối với hàng hoá mà thời hạn giao hàng được thoả thuận không quá mười hai tháng, kể từ khi giao kết hợp đồng;

- Tám tháng đối với hàng hoá mà thời hạn giao hàng được

thoả thuận trên mười hai tháng, kể từ khi giao kết hợp đồng.⁽¹⁾

Khi áp dụng quy định về các trường hợp miễn trách nhiệm hợp đồng, việc chứng minh các trường hợp được miễn trách nhiệm thuộc nghĩa vụ của bên có hành vi vi phạm hợp đồng. Bên vi phạm nếu muốn được miễn trách nhiệm hợp đồng thì phải có đầy đủ chứng cứ để chứng minh các trường hợp miễn trách nhiệm hợp đồng theo quy định của pháp luật.

Ngoài ra, khi xảy ra trường hợp được miễn trách nhiệm hợp đồng, bên vi phạm hợp đồng còn phải thông báo ngay (bằng văn bản) cho bên kia về trường hợp được miễn trách nhiệm và những hậu quả có thể xảy ra. Nếu bên vi phạm không thông báo hoặc thông báo không kịp thời cho bên kia thì phải bồi thường thiệt hại.

III. MUA BÁN HÀNG HOÁ QUA SỞ GIAO DỊCH

1. Khái quát về mua bán hàng hoá qua sở giao dịch

a. Khái niệm mua bán hàng hoá qua sở giao dịch

Trong hoạt động thương mại, hàng hoá là đối tượng của giao dịch mua bán có thể là hàng hoá đã hiện hữu và người bán đang nắm quyền sở hữu hoặc là hàng hoá do người bán chế tạo hoặc sẽ mua sau khi thiết lập giao dịch mua bán hàng hoá (hàng hoá tương lai). Căn cứ vào việc đối tượng của giao dịch mua bán là hàng hoá đã hiện hữu hay chưa, giao dịch mua bán hàng hoá có thể được phân chia thành hai loại. *Thứ nhất*, các giao dịch mua bán hàng hoá hiện hữu, hàng hoá được bán theo các hợp đồng mua bán hàng hoá.

(1).Xem: Điều 296 Luật thương mại.

thoả thuận trên mười hai tháng, kể từ khi giao kết hợp đồng.⁽¹⁾

Khi áp dụng quy định về các trường hợp miễn trách nhiệm hợp đồng, việc chứng minh các trường hợp được miễn trách nhiệm thuộc nghĩa vụ của bên có hành vi vi phạm hợp đồng. Bên vi phạm nếu muốn được miễn trách nhiệm hợp đồng thì phải có đầy đủ chứng cứ để chứng minh các trường hợp miễn trách nhiệm hợp đồng theo quy định của pháp luật.

Ngoài ra, khi xảy ra trường hợp được miễn trách nhiệm hợp đồng, bên vi phạm hợp đồng còn phải thông báo ngay (bằng văn bản) cho bên kia về trường hợp được miễn trách nhiệm và những hậu quả có thể xảy ra. Nếu bên vi phạm không thông báo hoặc thông báo không kịp thời cho bên kia thì phải bồi thường thiệt hại.

III. MUA BÁN HÀNG HOÁ QUA SỞ GIAO DỊCH

1. Khái quát về mua bán hàng hoá qua sở giao dịch

a. Khái niệm mua bán hàng hoá qua sở giao dịch

Trong hoạt động thương mại, hàng hoá là đối tượng của giao dịch mua bán có thể là hàng hoá đã hiện hữu và người bán đang nắm quyền sở hữu hoặc là hàng hoá do người bán chế tạo hoặc sẽ mua sau khi thiết lập giao dịch mua bán hàng hoá (hàng hoá tương lai). Căn cứ vào việc đối tượng của giao dịch mua bán là hàng hoá đã hiện hữu hay chưa, giao dịch mua bán hàng hoá có thể được phân chia thành hai loại. *Thứ nhất*, các giao dịch mua bán hàng hoá hiện hữu, hàng hoá được bán theo các hợp đồng mua bán hàng hoá.

(1).Xem: Điều 296 Luật thương mại.

Thứ hai, các giao dịch mua bán hàng hoá mà người bán sẽ sản xuất hoặc mua hàng hoá sau khi quan hệ mua bán đã được thiết lập. Loại giao dịch này thường được gọi là quan hệ mua bán hàng hoá tương lai (the sale of future goods), theo đó hàng hoá được mua bán theo các hợp đồng mua bán hàng hoá tương lai.

Sự ra đời hoạt động mua bán hàng hoá tương lai là một tất yếu khách quan trong quá trình phát triển kinh tế thị trường. Sự phát triển của kinh tế thị trường luôn tiềm ẩn nguy cơ tăng mức độ rủi ro đối với các hoạt động thương mại. Rủi ro có thể nảy sinh trong bất cứ công đoạn nào của quá trình sản xuất, kinh doanh. Để kiểm soát rủi ro trong kinh doanh, các nhà kinh doanh đã và đang sử dụng nhiều công cụ và biện pháp khác nhau, trong đó ngày càng trở nên phổ biến và hiệu quả là các công cụ tài chính phái sinh, như hợp đồng mua bán giao sau (Futures), hợp đồng quyền chọn (Option), hợp đồng hoán chuyển lãi suất (Swap)... Ngày nay, hoạt động mua bán hàng hoá thông qua hợp đồng mua bán hàng hoá tương lai đã rất sôi động, trở thành một phần không nhỏ của hoạt động thương mại. Các trung tâm tài chính lớn trên thế giới - nơi diễn ra các giao dịch mua bán hàng hoá tương lai, điển hình phải kể đến như Chicago, New York, Geneva, Hamburg, Hong Kong, London, Paris, Singapore, Tokyo, Zurich... Diễn biến trên thị trường hàng hoá tương lai là kết quả của sự phản ánh đồng thời có ảnh hưởng trực tiếp đến hoạt động thương mại toàn cầu.

Sự ra đời và phát triển của hoạt động mua bán hàng hoá tương lai là cơ sở hình thành thị trường hàng hoá tương lai. Căn cứ vào tính chất và trình độ tổ chức, thị trường hàng hoá *Thứ hai*, các giao dịch mua bán hàng hoá mà người bán sẽ sản xuất hoặc mua hàng hoá sau khi quan hệ mua bán đã được thiết lập. Loại

giao dịch này thường được gọi là quan hệ mua bán hàng hoá tương lai (the sale of future goods), theo đó hàng hoá được mua bán theo các hợp đồng mua bán hàng hoá tương lai.

Sự ra đời hoạt động mua bán hàng hoá tương lai là một tất yếu khách quan trong quá trình phát triển kinh tế thị trường. Sự phát triển của kinh tế thị trường luôn tiềm ẩn nguy cơ tăng mức độ rủi ro đối với các hoạt động thương mại. Rủi ro có thể nảy sinh trong bất cứ công đoạn nào của quá trình sản xuất, kinh doanh. Để kiểm soát rủi ro trong kinh doanh, các nhà kinh doanh đã và đang sử dụng nhiều công cụ và biện pháp khác nhau, trong đó ngày càng trở nên phổ biến và hiệu quả là các công cụ tài chính phái sinh, như hợp đồng mua bán giao sau (Futures), hợp đồng quyền chọn (Option), hợp đồng hoán chuyển lãi suất (Swap)... Ngày nay, hoạt động mua bán hàng hoá thông qua hợp đồng mua bán hàng hoá tương lai đã rất sôi động, trở thành một phần không nhỏ của hoạt động thương mại. Các trung tâm tài chính lớn trên thế giới - nơi diễn ra các giao dịch mua bán hàng hoá tương lai, điển hình phải kể đến như Chicago, New York, Geneva, Hamburg, Hong Kong, London, Paris, Singapore, Tokyo, Zurich... Diễn biến trên thị trường hàng hoá tương lai là kết quả của sự phản ánh đồng thời có ảnh hưởng trực tiếp đến hoạt động thương mại toàn cầu.

Sự ra đời và phát triển của hoạt động mua bán hàng hoá tương lai là cơ sở hình thành thị trường hàng hoá tương lai. Căn cứ vào tính chất và trình độ tổ chức, thị trường hàng hoá tương lai được chia thành thị trường tập trung và thị trường phi tập trung. Thị trường mua bán hàng hoá tương lai có những điểm khác biệt với thị trường mua bán hàng hoá thông thường. Về bản chất, thị trường hàng hoá tương lai có tính chất là một thị trường

tài chính phái sinh, được tổ chức để thiết lập và thực hiện giao dịch về những loại hàng hoá nhất định được quy định bởi pháp luật. Trong thị trường này, hoạt động mua bán có nội dung chủ yếu là sự luân chuyển tiền tệ giữa các chủ thể tham gia thị trường nhằm hạn chế rủi ro (do biến động về giá) đối với các loại hàng hoá tương lai. Những người có hàng hoá và người cần hàng hoá đều có thể chuyển rủi ro về giá hàng hoá cho các nhà đầu tư trong thị trường mua bán hàng hoá tương lai - những người dám chấp nhận rủi ro để kiếm lời. Chính sự tham gia của những người đầu tư vào quá trình luân chuyển rủi ro, luân chuyển vốn thông qua giao dịch mua bán hàng hoá tương lai đã làm cho thị trường hàng hoá tương lai có tính chất của thị trường tài chính.

Hoạt động mua bán hàng hoá tương lai mang tính chất đầu cơ (đầu cơ giá cả hàng hoá) nhằm mục đích sinh lợi. Cơ sở của việc mua bán là sự chênh lệch giá cả giữa các hợp đồng mua bán giao sau và hợp đồng giao ngay. Thực chất của việc mua bán giao sau có tính chất như nghiệp vụ tự bảo hiểm rủi ro, là hoạt động đầu cơ để tránh các rủi ro trong kinh doanh. Hoạt động mua bán hàng hoá tương lai phản ánh sâu sắc sự biến động của quan hệ cung cầu hàng hoá, phản ánh sự thay đổi giá cả trên thị trường. Hoạt động này có ý nghĩa qua trọng góp phần ổn định giá cả thị trường, giúp cho các nhà sản xuất kinh doanh có thêm cơ hội lựa chọn khi ra các quyết định đầu tư.

tương lai được chia thành thị trường tập trung và thị trường phi tập trung. Thị trường mua bán hàng hoá tương lai có những điểm khác biệt với thị trường mua bán hàng hoá thông thường. Về bản chất, thị trường hàng hoá tương lai có tính chất là một thị trường tài chính phái sinh, được tổ chức để thiết lập và thực hiện giao dịch về những loại hàng hoá nhất định được quy định bởi pháp

luật. Trong thị trường này, hoạt động mua bán có nội dung chủ yếu là sự luân chuyển tiền tệ giữa các chủ thể tham gia thị trường nhằm hạn chế rủi ro (do biến động về giá) đối với các loại hàng hoá tương lai. Những người có hàng hoá và người cần hàng hoá đều có thể chuyển rủi ro về giá hàng hoá cho các nhà đầu tư trong thị trường mua bán hàng hoá tương lai - những người dám chấp nhận rủi ro để kiếm lời. Chính sự tham gia của những người đầu tư vào quá trình luân chuyển rủi ro, luân chuyển vốn thông qua giao dịch mua bán hàng hoá tương lai đã làm cho thị trường hàng hoá tương lai có tính chất của thị trường tài chính.

Hoạt động mua bán hàng hoá tương lai mang tính chất đầu cơ (đầu cơ giá cả hàng hoá) nhằm mục đích sinh lợi. Cơ sở của việc mua bán là sự chênh lệch giá cả giữa các hợp đồng mua bán giao sau và hợp đồng giao ngay. Thực chất của việc mua bán giao sau có tính chất như nghiệp vụ tự bảo hiểm rủi ro, là hoạt động đầu cơ để tránh các rủi ro trong kinh doanh. Hoạt động mua bán hàng hoá tương lai phản ánh sâu sắc sự biến động của quan hệ cung cầu hàng hoá, phản ánh sự thay đổi giá cả trên thị trường. Hoạt động này có ý nghĩa qua trọng góp phần ổn định giá cả thị trường, giúp cho các nhà sản xuất kinh doanh có thêm cơ hội lựa chọn khi ra các quyết định đầu tư.

Với đối tượng là những hàng hoá tương lai, giao dịch mua bán hàng hoá tương lai, ngoài những đặc điểm chung của giao dịch mua bán như đã trình bày, còn có những đặc điểm đặc thù cần phải có cơ chế điều chỉnh thích hợp. Trong các hợp đồng mua bán hàng hoá tương lai (hợp đồng quyền chọn là một điển hình), các bên có thể không nhằm mục đích là trao đổi hàng hoá mà thực chất chỉ nhằm luân chuyển luân chuyển vốn, hạn chế rủi ro dựa trên cơ sở giá cả các loại hàng hoá tương lai. Trong thị trường

hàng hoá tương lai, các chủ thể mua bán những hàng hoá có thể hoàn toàn tách biệt hàng hoá "gốc" (underlying product). Hoạt động mua bán hàng hoá tương lai có thể không dẫn đến (và trong nhiều trường hợp các bên không nhằm đến mục đích) thực hiện việc giao nhận hàng hoá trong thực tế. Các bên trong hợp đồng mua bán hàng hoá tương lai có thể chỉ giao kết và thực hiện hợp đồng với mục đích hạn chế rủi ro hoặc thu lợi nhuận từ chênh lệch giá giữa lúc giao kết hợp đồng và thời điểm giao hàng. *Ví dụ*, trong một hợp đồng mua bán nông sản giao sau, các bên có thể không nhằm thực hiện việc giao nhận số nông sản như cam kết trong hợp đồng. Thực tế trong nhiều trường hợp bên bán không có nông sản, bên mua cũng không có nhu cầu nhận số nông sản này, thực chất các bên giao kết hợp đồng chủ yếu nhằm mục đích hạn chế rủi ro có thể xảy ra (do biến động giá cả được giả định sẽ xảy ra trong tương lai). Có thể thấy, hoạt động chủ yếu trong thị trường hàng hoá tương lai là đầu tư vào giá cả của một loại hàng hoá để thu lợi nhuận.

Với đối tượng là những hàng hoá tương lai, giao dịch mua bán hàng hoá tương lai, ngoài những đặc điểm chung của giao dịch mua bán như đã trình bày, còn có những đặc điểm đặc thù cần phải có cơ chế điều chỉnh thích hợp. Trong các hợp đồng mua bán hàng hoá tương lai (hợp đồng quyền chọn là một điển hình), các bên có thể không nhằm mục đích là trao đổi hàng hoá mà thực chất chỉ nhằm luân chuyển luân chuyển vốn, hạn chế rủi ro dựa trên cơ sở giá cả các loại hàng hoá tương lai. Trong thị trường hàng hoá tương lai, các chủ thể mua bán những hàng hoá có thể hoàn toàn tách biệt hàng hoá "gốc" (underlying product). Hoạt động mua bán hàng hoá tương lai có thể không dẫn đến (và trong nhiều trường hợp các bên không nhằm đến mục đích) thực hiện việc giao nhận hàng hoá trong thực tế. Các bên trong hợp đồng

mua bán hàng hoá tương lai có thể chỉ giao kết và thực hiện hợp đồng với mục đích hạn chế rủi ro hoặc thu lợi nhuận từ chênh lệch giá giữa lúc giao kết hợp đồng và thời điểm giao hàng. *Ví dụ*, trong một hợp đồng mua bán nông sản giao sau, các bên có thể không nhằm thực hiện việc giao nhận số nông sản như cam kết trong hợp đồng. Thực tế trong nhiều trường hợp bên bán không có nông sản, bên mua cũng không có nhu cầu nhận số nông sản này, thực chất các bên giao kết hợp đồng chủ yếu nhằm mục đích hạn chế rủi ro có thể xảy ra (do biến động giá cả được giả định sẽ xảy ra trong tương lai). Có thể thấy, hoạt động chủ yếu trong thị trường hàng hoá tương lai là đầu tư vào giá cả của một loại hàng hoá để thu lợi nhuận.

lai được đề cập trong Luật thương mại năm 2005, với tên gọi là mua bán hàng hoá qua sổ giao dịch. Mua bán hàng hoá qua sổ giao dịch hàng hoá được hiểu là hoạt động thương mại, theo đó các bên thoả thuận thực hiện việc mua bán một lượng nhất định của một loại hàng hoá nhất định qua sổ giao dịch hàng hoá theo những tiêu chuẩn của sổ giao dịch hàng hoá với giá được thoả thuận tại thời điểm giao kết hợp đồng và thời gian giao hàng được xác định tại một thời điểm trong tương lai.⁽¹⁾ Từ quy định này cho thấy, hoạt động mua bán hàng hoá qua sổ giao dịch theo quy định của Luật thương mại là một bộ phận của hoạt động mua bán hàng hoá tương lai.

b. Sở giao dịch hàng hoá

Sở giao dịch hàng hoá (Commodity Exchange) là chủ thể trung tâm của hoạt động mua bán hàng hoá tương lai. Sở giao dịch hàng hoá, khi mới ra đời là sản phẩm của sự phát triển hoạt động thương mại trong lĩnh vực nông nghiệp, phục vụ trực tiếp cho việc mua bán, tiêu thụ nông sản. Ngày nay sở giao dịch hàng

hoá đã xuất hiện ở rất nhiều nước trên thế giới. Trong thị trường hàng hoá tương lai, sở giao dịch hàng hoá có vị trí của chủ thể tổ chức và điều hành hoạt động mua bán hàng hoá. Sở giao dịch hàng hoá tồn tại ở các nước rất đa dạng về hình thức tổ chức và cơ chế vận hành, tuy vậy, bản chất chung của sở giao dịch hàng hoá là một tổ chức nghề nghiệp, có tư cách pháp nhân, hoạt động theo nguyên tắc hạch toán kinh tế độc lập. Việc thành lập sở giao dịch hàng hoá phải tuân thủ quy định của pháp luật về điều kiện lai được đề cập trong Luật thương mại năm 2005, với tên gọi là mua bán hàng hoá qua sở giao dịch. Mua bán hàng hoá qua sở giao dịch hàng hoá được hiểu là hoạt động thương mại, theo đó các bên thoả thuận thực hiện việc mua bán một lượng nhất định của một loại hàng hoá nhất định qua sở giao dịch hàng hoá theo những tiêu chuẩn của sở giao dịch hàng hoá với giá được thoả thuận tại thời điểm giao kết hợp đồng và thời gian giao hàng được xác định tại một thời điểm trong tương lai.⁽¹⁾ Từ quy định này cho thấy, hoạt động mua bán hàng hoá qua sở giao dịch theo quy định của Luật thương mại là một bộ phận của hoạt động mua bán hàng hoá tương lai.

b. Sở giao dịch hàng hoá

Sở giao dịch hàng hoá (Commodity Exchange) là chủ thể trung tâm của hoạt động mua bán hàng hoá tương lai. Sở giao dịch hàng hoá, khi mới ra đời là sản phẩm của sự phát triển hoạt động thương mại trong lĩnh vực nông nghiệp, phục vụ trực tiếp cho việc mua bán, tiêu thụ nông sản. Ngày nay sở giao dịch hàng hoá đã xuất hiện ở rất nhiều nước trên thế giới. Trong thị trường hàng hoá tương lai, sở giao dịch hàng hoá có vị trí của chủ thể tổ chức và điều hành hoạt động mua bán hàng hoá. Sở giao dịch hàng hoá tồn tại ở các nước rất đa dạng về hình thức tổ chức và

(1).Xem: Khoản 1 Điều 63 Luật thương mại.

cơ chế vận hành, tuy vậy, bản chất chung của sở giao dịch hàng hoá là một tổ chức nghề nghiệp, có tư cách pháp nhân, hoạt động theo nguyên tắc hạch toán kinh tế độc lập. Việc thành lập sở giao dịch hàng hoá phải tuân thủ quy định của pháp luật về điều kiện và thủ tục chặt chẽ.

Theo Luật thương mại của Việt Nam (Điều 67), sở giao dịch hàng hoá thực hiện các chức năng sau đây:

- Cung cấp các điều kiện vật chất - kỹ thuật cần thiết để giao dịch mua bán hàng hoá;
- Điều hành các hoạt động giao dịch;
- Niêm yết các mức giá cụ thể hình thành trên thị trường giao dịch tại từng thời điểm.

Các vấn đề cụ thể về điều kiện thành lập, quyền hạn, trách nhiệm của sở giao dịch hàng hoá tương lai sẽ được quy định trong văn bản hướng dẫn của Chính phủ.

c. Một số hành vi bị cấm trong mua bán hàng hoá qua sở giao dịch

Để đảm bảo hiệu quả của hoạt động mua bán hàng hoá qua Sở giao dịch hàng hoá, Luật thương mại quy định một số hành vi bị cấm sau đây:⁽¹⁾

- Nhân viên của sở giao dịch hàng hoá không được phép môi giới, mua bán hàng hoá qua sở giao dịch hàng hoá.
- Các bên liên quan đến hoạt động mua bán hàng hoá qua sở giao dịch hàng hoá không được thực hiện các hành vi:
 - + Gian lận, lừa dối về khối lượng hàng hoá trong các hợp đồng kì hạn hoặc hợp đồng quyền chọn được giao dịch hoặc có thể được giao dịch và gian lận, lừa dối về giá thực tế của loại hàng hoá trong các hợp đồng kì hạn hoặc hợp đồng quyền chọn;

(1).Xem: Khoản 1 Điều 63 Luật thương mại.

và thủ tục chặt chẽ.

Theo Luật thương mại của Việt Nam (Điều 67), sở giao dịch hàng hoá thực hiện các chức năng sau đây:

- Cung cấp các điều kiện vật chất - kĩ thuật cần thiết để giao dịch mua bán hàng hoá;
- Điều hành các hoạt động giao dịch;
- Niêm yết các mức giá cụ thể hình thành trên thị trường giao dịch tại từng thời điểm.

Các vấn đề cụ thể về điều kiện thành lập, quyền hạn, trách nhiệm của sở giao dịch hàng hoá tương lai sẽ được quy định trong văn bản hướng dẫn của Chính phủ.

c. Một số hành vi bị cấm trong mua bán hàng hoá qua sở giao dịch

Để đảm bảo hiệu quả của hoạt động mua bán hàng hoá qua Sở giao dịch hàng hoá, Luật thương mại quy định một số hành vi bị cấm sau đây:⁽¹⁾

- Nhân viên của sở giao dịch hàng hoá không được phép môi giới, mua bán hàng hoá qua sở giao dịch hàng hoá.
- Các bên liên quan đến hoạt động mua bán hàng hoá qua sở giao dịch hàng hoá không được thực hiện các hành vi:
 - + Gian lận, lừa dối về khối lượng hàng hoá trong các hợp đồng kì hạn hoặc hợp đồng quyền chọn được giao dịch hoặc có thể được giao dịch và gian lận, lừa dối về giá thực tế của loại hàng hoá trong các hợp đồng kì hạn hoặc hợp đồng quyền chọn;

(1).Xem: Điều 70, 71 Luật thương mại.

+ Đưa tin sai lệch về các giao dịch, thị trường hoặc giá hàng hoá mua bán qua sổ giao dịch hàng hoá;

+ Dùng các biện pháp bất hợp pháp để gây rối loạn thị trường hàng hoá tại sổ giao dịch hàng hoá;

- Đối với thương nhân hoạt động môi giới hàng hoá qua sổ giao dịch hàng hoá, ngoài việc không được thực hiện các hành vi trên, còn bị cấm thực hiện các hành vi sau:

+ Lôi kéo khách hàng kí kết hợp đồng bằng cách hứa bồi thường toàn bộ hoặc một phần thiệt hại phát sinh hoặc bảo đảm lợi nhuận cho khách hàng.

+ Chào hàng hoặc môi giới mà không có hợp đồng với khách hàng.

+ Sử dụng giá giả tạo hoặc các biện pháp gian lận khác khi môi giới cho khách hàng.

+ Từ chối hoặc tiến hành chậm trễ một cách bất hợp lí việc môi giới hợp đồng theo các nội dung đã thoả thuận với khách hàng.

2. Hợp đồng mua bán hàng hoá qua sổ giao dịch

a. Khái niệm và đặc điểm của hợp đồng mua bán hàng hoá qua sổ giao dịch

Các quan hệ mua bán hàng hoá qua sổ giao dịch được thực hiện thông qua hình thức pháp lí là hợp đồng mua bán. Hợp đồng mua bán hàng hoá qua sổ giao dịch có bản chất của hợp đồng mua bán hàng hoá nói chung nhưng được quy định chặt chẽ hơn với các điều khoản bắt buộc về điều kiện giao sau và biện pháp bảo đảm, phù hợp với đối tượng của hợp đồng là hàng hoá tương lai. Tuy nhiên cần lưu ý, hợp

+ Đưa tin sai lệch về các giao dịch, thị trường hoặc giá hàng hoá mua bán qua sổ giao dịch hàng hoá;

+ Dùng các biện pháp bất hợp pháp để gây rối loạn thị trường hàng hoá tại sổ giao dịch hàng hoá;

- Đối với thương nhân hoạt động môi giới hàng hoá qua sổ giao dịch hàng hoá, ngoài việc không được thực hiện các hành vi trên, còn bị cấm thực hiện các hành vi sau:

+ Lôi kéo khách hàng kí kết hợp đồng bằng cách hứa bồi thường toàn bộ hoặc một phần thiệt hại phát sinh hoặc bảo đảm lợi nhuận cho khách hàng.

+ Chào hàng hoặc môi giới mà không có hợp đồng với khách hàng.

+ Sử dụng giá giả tạo hoặc các biện pháp gian lận khác khi môi giới cho khách hàng.

+ Từ chối hoặc tiến hành chậm trễ một cách bất hợp lí việc môi giới hợp đồng theo các nội dung đã thoả thuận với khách hàng.

2. Hợp đồng mua bán hàng hoá qua sổ giao dịch

a. Khái niệm và đặc điểm của hợp đồng mua bán hàng hoá qua sổ giao dịch

Các quan hệ mua bán hàng hoá qua sổ giao dịch được thực hiện thông qua hình thức pháp lí là hợp đồng mua bán. Hợp đồng mua bán hàng hoá qua sổ giao dịch có bản chất của hợp đồng mua bán hàng hoá nói chung nhưng được quy định chặt chẽ hơn với các điều khoản bắt buộc về điều kiện giao sau và biện pháp bảo đảm, phù hợp với đối tượng của hợp đồng là hàng hoá tương lai. Tuy nhiên cần lưu ý, hợp

đồng mua bán hàng hoá qua sổ giao dịch theo Luật thương mại chỉ là một bộ phận của hợp đồng mua bán hàng hoá tương lai theo ý nghĩa đầy đủ của khái niệm pháp lý này. Chẳng hạn, hợp đồng giao sau về nông sản, nguyên nhiên liệu thô được xem là hợp đồng mua bán trong hoạt động thương mại, trong khi đó những hợp đồng mua bán về lãi suất, chứng khoán... thì không áp dụng các quy định về mua bán hàng hoá trong Luật thương mại.

Phù hợp với tính chất đối tượng của hợp đồng mua bán qua sổ giao dịch là hàng hoá tương lai, Luật thương mại quy định hai loại hợp đồng mua bán hàng hoá qua sổ giao dịch hàng hoá là: hợp đồng kì hạn và hợp đồng quyền chọn. Hợp đồng kì hạn là thoả thuận, theo đó bên bán cam kết giao và bên mua cam kết nhận hàng hoá tại một thời điểm trong tương lai theo hợp đồng. Hợp đồng về quyền chọn mua hoặc quyền chọn bán là thoả thuận, theo đó bên mua quyền có quyền được mua hoặc được bán một hàng hoá xác định với mức giá định trước (gọi là giá giao kết) và phải trả một khoản tiền nhất định để mua quyền này (gọi là tiền mua quyền). Bên mua quyền có quyền chọn thực hiện hoặc không thực hiện việc mua hoặc bán hàng hoá đó.

Về bản chất, hợp đồng mua bán hàng hoá qua sổ giao dịch (sau đây gọi tắt là hợp đồng mua bán hàng hoá tương lai) là một dạng cụ thể của hợp đồng mua bán hàng hoá. Ngoài những đặc điểm của hợp đồng mua bán hàng hoá nói chung, hợp đồng mua bán hàng hoá tương lai còn có những đặc điểm sau:

đồng mua bán hàng hoá qua sổ giao dịch theo Luật thương mại chỉ là một bộ phận của hợp đồng mua bán hàng hoá tương lai theo ý nghĩa đầy đủ của khái niệm pháp lý này. Chẳng hạn, hợp đồng

Thứ nhất, hợp đồng mua bán hàng hoá qua sổ giao dịch

giao sau về nông sản, nguyên nhiên liệu thô được xem là hợp đồng mua bán trong hoạt động thương mại, trong khi đó những hợp đồng mua bán về lãi suất, chứng khoán... thì không áp dụng các quy định về mua bán hàng hoá trong Luật thương mại.

Phù hợp với tính chất đối tượng của hợp đồng mua bán qua sổ giao dịch là hàng hoá tương lai, Luật thương mại quy định hai loại hợp đồng mua bán hàng hoá qua sổ giao dịch hàng hoá là: hợp đồng kì hạn và hợp đồng quyền chọn. Hợp đồng kì hạn là thoả thuận, theo đó bên bán cam kết giao và bên mua cam kết nhận hàng hoá tại một thời điểm trong tương lai theo hợp đồng. Hợp đồng về quyền chọn mua hoặc quyền chọn bán là thoả thuận, theo đó bên mua quyền có quyền được mua hoặc được bán một hàng hoá xác định với mức giá định trước (gọi là giá giao kết) và phải trả một khoản tiền nhất định để mua quyền này (gọi là tiền mua quyền). Bên mua quyền có quyền chọn thực hiện hoặc không thực hiện việc mua hoặc bán hàng hoá đó.

Về bản chất, hợp đồng mua bán hàng hoá qua sổ giao dịch (sau đây gọi tắt là hợp đồng mua bán hàng hoá tương lai) là một dạng cụ thể của hợp đồng mua bán hàng hoá. Ngoài những đặc điểm của hợp đồng mua bán hàng hoá nói chung, hợp đồng mua bán hàng hoá tương lai còn có những đặc điểm sau:

là một hợp đồng song vụ, theo đó các bên cam kết thực hiện nghĩa vụ trong tương lai. Trong hợp đồng kì hạn, bên bán phải có nghĩa vụ giao một khối lượng hàng xác định cho bên mua và có quyền nhận tiền vào một thời điểm trong tương lai ở một giá thoả thuận trước; bên mua có nghĩa vụ thanh toán tiền theo như thoả thuận trong hợp đồng và có quyền nhận hàng cũng vào một thời điểm trong tương lai. Trong hợp đồng quyền chọn, bên mua quyền được mua (buy call) hoặc quyền được bán (buy put) hàng hoá có

Thứ nhất, hợp đồng mua bán hàng hoá qua sổ giao dịch

nghĩa vụ trả một khoản tiền nhất định và có quyền chọn mua hoặc chọn bán hàng hoá tại thời điểm trong tương lai theo thoả thuận; bên bán quyền có quyền nhận tiền và phải thực hiện nghĩa vụ mà mình cam kết với bên mua.

Thứ hai, đối tượng của hợp đồng mua bán hàng hoá tương lai là những hàng hoá chưa hiện hữu tại thời điểm các bên giao kết hợp đồng mua bán (hàng hoá tương lai). Hàng hoá tương lai mua bán qua sở giao dịch, trên thực tế thường là những loại hàng hoá có lượng cung cầu lớn và thường xuyên biến động. Theo Luật thương mại (Điều 68), danh mục hàng hoá tương lai được mua bán qua sở giao dịch do bộ trưởng Bộ thương mại quy định.

Thứ ba, hợp đồng mua bán hàng hoá tương lai được giao kết và thực hiện thông qua sở giao dịch hàng hoá. Việc mua bán qua qua sở giao dịch hàng hoá giúp các nhà đầu tư có điều kiện dễ dàng và thuận lợi để lựa chọn đối tác của mình. Cơ chế giám sát trong sở giao dịch hàng hoá là điều kiện quan trọng đảm bảo hợp đồng được thực hiện hiệu quả. Trong sở giao dịch còn có thể xuất hiện nhiều chủ thể làm trung gian cho việc giao kết và thực hiện hợp đồng mua bán hàng hoá là một hợp đồng song vụ, theo đó các bên cam kết thực hiện nghĩa vụ trong tương lai. Trong hợp đồng kì hạn, bên bán phải có nghĩa vụ giao một khối lượng hàng xác định cho bên mua và có quyền nhận tiền vào một thời điểm trong tương lai ở một giá thoả thuận trước; bên mua có nghĩa vụ thanh toán tiền theo như thoả thuận trong hợp đồng và có quyền nhận hàng cũng vào một thời điểm trong tương lai. Trong hợp đồng quyền chọn, bên mua quyền được mua (buy call) hoặc quyền được bán (buy put) hàng hoá có nghĩa vụ trả một khoản tiền nhất định và có quyền chọn mua hoặc chọn bán hàng hoá tại thời điểm trong tương lai theo thoả thuận; bên bán quyền có quyền nhận tiền

và phải thực hiện nghĩa vụ mà mình cam kết với bên mua.

Thứ hai, đối tượng của hợp đồng mua bán hàng hoá tương lai là những hàng hoá chưa hiện hữu tại thời điểm các bên giao kết hợp đồng mua bán (hàng hoá tương lai). Hàng hoá tương lai mua bán qua sổ giao dịch, trên thực tế thường là những loại hàng hoá có lượng cung cầu lớn và thường xuyên biến động. Theo Luật thương mại (Điều 68), danh mục hàng hoá tương lai được mua bán qua sổ giao dịch do bộ trưởng Bộ thương mại quy định.

Thứ ba, hợp đồng mua bán hàng hoá tương lai được giao kết và thực hiện thông qua sổ giao dịch hàng hoá. Việc mua bán qua sổ giao dịch hàng hoá giúp các nhà đầu tư có điều kiện dễ dàng và thuận lợi để lựa chọn đối tác của mình. Cơ chế giám sát trong sổ giao dịch hàng hoá là điều kiện quan trọng đảm bảo hợp đồng được thực hiện hiệu quả. Trong sổ giao dịch còn có thể xuất hiện nhiều chủ thể làm trung gian cho việc giao kết và thực hiện hợp đồng mua bán hàng hoá

tương lai, như phòng thanh toán bù trừ, người môi giới mua bán hàng hoá... Trong trường hợp nhà đầu tư thực hiện giao dịch thanh toán bù trừ thì phòng thanh toán bù trừ sẽ cân đối, bù trừ vào tài khoản của các nhà đầu tư; còn trong trường hợp các bên thi hành hợp đồng thì phòng thanh toán sẽ là cầu nối, yêu cầu bên bán và bên mua giao nhận hàng tại kho hoặc nơi do sổ giao dịch quy định.

b. Một số nội dung cơ bản của hợp đồng mua bán hàng hoá qua sổ giao dịch

Hoạt động mua bán hàng hoá qua sổ giao dịch được thực hiện một cách chuyên nghiệp, với những đòi hỏi cao về trình độ chuyên môn nghiệp vụ. Thông thường, các điều khoản trong hợp

đồng mua bán hàng hoá qua sổ giao dịch được quy định với những ràng buộc chặt chẽ, có tính chất tiêu chuẩn *hoá*. Sự tiêu chuẩn hoá các điều khoản chủ yếu trong hợp đồng mua bán qua sổ giao dịch giúp cho việc giao kết hợp đồng được thuận lợi và đảm bảo an toàn về mặt pháp lí, hạn chế rủi ro cho các chủ thể tham gia mua bán hàng hoá qua sổ giao dịch. Các điều khoản quan trọng được tiêu chuẩn hoá trong hợp đồng mua bán hàng hoá qua sổ giao dịch bao gồm: tên hàng, chất lượng, giá trị hợp đồng, thời gian giao hàng, địa điểm giao hàng.

Tên hàng (đối tượng hợp đồng): hàng hoá được mua bán phải thuộc danh mục hàng hoá được phép mua bán qua sổ giao dịch. Tùy thuộc vào điều kiện của từng quốc gia và tính chất của các sổ giao dịch hàng hoá, đối tượng hàng hoá được mua bán qua sổ giao dịch có những sự khác biệt nhất định ở từng sổ giao dịch cụ thể. Trên thế giới hiện nay, những loại tương lai, như phòng thanh toán bù trừ, người môi giới mua bán hàng hoá... Trong trường hợp nhà đầu tư thực hiện giao dịch thanh toán bù trừ thì phòng thanh toán bù trừ sẽ cân đối, bù trừ vào tài khoản của các nhà đầu tư; còn trong trường hợp các bên thi hành hợp đồng thì phòng thanh toán sẽ là cầu nối, yêu cầu bên bán và bên mua giao nhận hàng tại kho hoặc nơi do sổ giao dịch quy định.

b. Một số nội dung cơ bản của hợp đồng mua bán hàng hoá qua sổ giao dịch

Hoạt động mua bán hàng hoá qua sổ giao dịch được thực hiện một cách chuyên nghiệp, với những đòi hỏi cao về trình độ chuyên môn nghiệp vụ. Thông thường, các điều khoản trong hợp đồng mua bán hàng hoá qua sổ giao dịch được quy định với những ràng buộc chặt chẽ, có tính chất tiêu chuẩn *hoá*. Sự tiêu

chuẩn hoá các điều khoản chủ yếu trong hợp đồng mua bán qua sở giao dịch giúp cho việc giao kết hợp đồng được thuận lợi và đảm bảo an toàn về mặt pháp lí, hạn chế rủi ro cho các chủ thể tham gia mua bán hàng hoá qua sở giao dịch. Các điều khoản quan trọng được tiêu chuẩn hoá trong hợp đồng mua bán hàng hoá qua sở giao dịch bao gồm: tên hàng, chất lượng, giá trị hợp đồng, thời gian giao hàng, địa điểm giao hàng.

Tên hàng (đối tượng hợp đồng): hàng hoá được mua bán phải thuộc danh mục hàng hoá được phép mua bán qua sở giao dịch. Tùy thuộc vào điều kiện của từng quốc gia và tính chất của các sở giao dịch hàng hoá, đối tượng hàng hoá được mua bán qua sở giao dịch có những sự khác biệt nhất định ở từng sở giao dịch cụ thể. Trên thế giới hiện nay, những loại

hàng hoá phổ biến là đối tượng của hợp đồng mua bán hàng hoá tương lai phải kể đến như: ngũ cốc, cây công nghiệp, gia súc, kim loại, xăng dầu...

Chất lượng hàng hoá: chất lượng hàng hoá mua bán qua sở giao dịch thường được phân thành nhiều mức độ chất lượng (phẩm cấp) khác nhau với những tiêu chuẩn chất lượng nhất định. Các hàng hoá mua bán phải đảm bảo các yêu cầu về tiêu chuẩn chất lượng theo quy định đối với từng sở giao dịch hàng hoá cụ thể.

Giá trị hàng hoá được mua bán (giá trị hợp đồng) trong một hợp đồng mua bán hàng hoá qua một sở giao dịch thường được quy định thống nhất đối với từng loại hàng hoá. Việc quy định giá trị hợp đồng mua bán mỗi loại hàng hoá tương lai một cách phù hợp (không quá lớn nhưng cũng không quá nhỏ) nhằm tạo điều kiện thuận lợi cho việc tham gia và thực hiện giao dịch mua bán

của các nhà đầu tư trong thị trường.

Thời điểm giao hàng trong hợp đồng mua bán hàng hoá qua sổ giao dịch thường được xác định là tháng giao hàng trong năm. Trong tháng giao hàng đó, ngày giao hàng được quy định cụ thể tùy vào loại hàng hoá và thị trường. Thời điểm giao hàng là một điều kiện quan trọng để xác định đối tượng được giao dịch trong hợp đồng mua bán hàng hoá qua sổ giao dịch, *ví dụ*: hồ tiêu là đối tượng của hợp đồng kì hạn mua tháng 5 năm 2005 khác với hồ tiêu theo hợp đồng kì hạn mua bán hồ tiêu tháng 7 năm 2005...

hàng hoá phổ biến là đối tượng của hợp đồng mua bán hàng hoá tương lai phải kể đến như: ngũ cốc, cây công nghiệp, gia súc, kim loại, xăng dầu...

Chất lượng hàng hoá: chất lượng hàng hoá mua bán qua sổ giao dịch thường được phân thành nhiều mức độ chất lượng (phẩm cấp) khác nhau với những tiêu chuẩn chất lượng nhất định. Các hàng hoá mua bán phải đảm bảo các yêu cầu về tiêu chuẩn chất lượng theo quy định đối với từng sổ giao dịch hàng hoá cụ thể.

Giá trị hàng hoá được mua bán (giá trị hợp đồng) trong một hợp đồng mua bán hàng hoá qua một sổ giao dịch thường được quy định thống nhất đối với từng loại hàng hoá. Việc quy định giá trị hợp đồng mua bán mỗi loại hàng hoá tương lai một cách phù hợp (không quá lớn nhưng cũng không quá nhỏ) nhằm tạo điều kiện thuận lợi cho việc tham gia và thực hiện giao dịch mua bán của các nhà đầu tư trong thị trường.

Thời điểm giao hàng trong hợp đồng mua bán hàng hoá qua sổ giao dịch thường được xác định là tháng giao hàng trong năm. Trong tháng giao hàng đó, ngày giao hàng được quy định cụ thể

Địa điểm giao hàng trong hợp đồng mua bán qua sổ giao dịch thông thường được quy định bởi sổ giao dịch hàng hoá.

tuỳ vào loại hàng hoá và thị trường. Thời điểm giao hàng là một điều kiện quan trọng để xác định đối tượng được giao dịch trong hợp đồng mua bán hàng hoá qua sổ giao dịch, *ví dụ*: hồ tiêu là đối tượng của hợp đồng kì hạn mua tháng 5 năm 2005 khác với hồ tiêu theo hợp đồng kì hạn mua bán hồ tiêu tháng 7 năm 2005...

c. Quyền và nghĩa vụ của các bên trong hợp đồng mua bán hàng hoá qua sổ giao dịch

Quyền và nghĩa vụ của các bên trong hợp đồng mua bán hàng hoá qua sổ giao dịch có sự khác nhau nhất định giữa hợp đồng kì hạn và hợp đồng quyền chọn, phù hợp với tính chất của từng loại hợp đồng này. Trong hợp đồng kì hạn, các bên có các quyền và nghĩa vụ sau (Điều 65 Luật thương mại):

- Trường hợp người bán thực hiện việc giao hàng theo hợp đồng thì bên mua có nghĩa vụ nhận hàng và thanh toán.

- Trường hợp các bên có thoả thuận về việc bên mua có thể thanh toán bằng tiền và không nhận hàng thì bên mua phải thanh toán cho bên bán một khoản tiền bằng mức chênh lệch giữa giá thoả thuận trong hợp đồng và giá thị trường do Sở giao dịch hàng hoá công bố tại thời điểm hợp đồng được thực hiện.

- Trường hợp các bên có thoả thuận về việc bên bán có thể thanh toán bằng tiền và không giao hàng thì bên bán phải thanh toán cho bên mua một khoản tiền bằng mức chênh lệch giữa giá thị trường do sở giao dịch hàng hoá công bố tại thời điểm hợp đồng được thực hiện và giá thoả thuận trong hợp đồng.

Trong hợp đồng quyền chọn, các bên có các quyền và nghĩa vụ sau (Điều 66 Luật thương mại):

- Bên mua quyền chọn mua hoặc quyền chọn bán phải trả tiền mua quyền chọn để được trở thành bên giữ quyền chọn mua hoặc

Địa điểm giao hàng trong hợp đồng mua bán qua sổ giao dịch thông thường được quy định bởi sở giao dịch hàng hoá.

giữ quyền chọn bán. Số tiền phải trả cho việc mua quyền chọn do các bên thoả thuận.

c. Quyền và nghĩa vụ của các bên trong hợp đồng mua bán hàng hoá qua sổ giao dịch

Quyền và nghĩa vụ của các bên trong hợp đồng mua bán hàng hoá qua sổ giao dịch có sự khác nhau nhất định giữa hợp đồng kì hạn và hợp đồng quyền chọn, phù hợp với tính chất của từng loại hợp đồng này. Trong hợp đồng kì hạn, các bên có các quyền và nghĩa vụ sau (Điều 65 Luật thương mại):

- Trường hợp người bán thực hiện việc giao hàng theo hợp đồng thì bên mua có nghĩa vụ nhận hàng và thanh toán.

- Trường hợp các bên có thoả thuận về việc bên mua có thể thanh toán bằng tiền và không nhận hàng thì bên mua phải thanh toán cho bên bán một khoản tiền bằng mức chênh lệch giữa giá thoả thuận trong hợp đồng và giá thị trường do Sở giao dịch hàng hoá công bố tại thời điểm hợp đồng được thực hiện.

- Trường hợp các bên có thoả thuận về việc bên bán có thể thanh toán bằng tiền và không giao hàng thì bên bán phải thanh toán cho bên mua một khoản tiền bằng mức chênh lệch giữa giá thị trường do sở giao dịch hàng hoá công bố tại thời điểm hợp đồng được thực hiện và giá thoả thuận trong hợp đồng.

Trong hợp đồng quyền chọn, các bên có các quyền và nghĩa vụ sau (Điều 66 Luật thương mại):

- Bên mua quyền chọn mua hoặc quyền chọn bán phải trả tiền mua quyền chọn để được trở thành bên giữ quyền chọn mua hoặc giữ quyền chọn bán. Số tiền phải trả cho việc mua quyền chọn do các bên thoả thuận.

- Bên giữ quyền chọn mua có quyền mua nhưng không có

nghĩa vụ phải mua hàng hoá đã giao kết trong hợp đồng. Trường hợp bên giữ quyền chọn mua quyết định thực hiện hợp đồng thì bên bán có nghĩa vụ phải bán hàng hoá cho bên giữ quyền chọn mua. Trường hợp bên bán không có hàng hoá để giao thì phải thanh toán cho bên giữ quyền chọn mua một khoản tiền bằng mức chênh lệch giữa giá thoả thuận trong hợp đồng và giá thị trường do sở giao dịch hàng hoá công bố tại thời điểm hợp đồng được thực hiện.

- Bên giữ quyền chọn bán có quyền bán hay không bán hàng hoá đã giao kết trong hợp đồng. Trường hợp bên giữ quyền chọn bán thực hiện việc bán hàng theo hợp đồng thì bên mua có nghĩa vụ phải mua hàng hoá của bên giữ quyền chọn bán. Khi đó nếu bên mua không mua hàng thì phải thanh toán cho bên giữ quyền chọn bán một khoản tiền bằng mức chênh lệch giữa giá thị trường do sở giao dịch hàng hoá công bố tại thời điểm hợp đồng được thực hiện và giá thoả thuận trong hợp đồng.

- Trường hợp bên giữ quyền chọn mua hoặc giữ quyền chọn bán quyết định không thực hiện hợp đồng trong thời hạn hợp đồng có hiệu lực thì hợp đồng đương nhiên hết hiệu lực.

- Bên giữ quyền chọn mua có quyền mua nhưng không có nghĩa vụ phải mua hàng hoá đã giao kết trong hợp đồng. Trường hợp bên giữ quyền chọn mua quyết định thực hiện hợp đồng thì bên bán có nghĩa vụ phải bán hàng hoá cho bên giữ quyền chọn mua. Trường hợp bên bán không có hàng hoá để giao thì phải thanh toán cho bên giữ quyền chọn mua một khoản tiền bằng mức chênh lệch giữa giá thoả thuận trong hợp đồng và giá thị trường do sở giao dịch hàng hoá công bố tại thời điểm hợp đồng được thực hiện.

- Bên giữ quyền chọn bán có quyền bán hay không bán hàng

hoá đã giao kết trong hợp đồng. Trường hợp bên giữ quyền chọn bán thực hiện việc bán hàng theo hợp đồng thì bên mua có nghĩa vụ phải mua hàng hoá của bên giữ quyền chọn bán. Khi đó nếu bên mua không mua hàng thì phải thanh toán cho bên giữ quyền chọn bán một khoản tiền bằng mức chênh lệch giữa giá thị trường do sở giao dịch hàng hoá công bố tại thời điểm hợp đồng được thực hiện và giá thoả thuận trong hợp đồng.

- Trường hợp bên giữ quyền chọn mua hoặc giữ quyền chọn bán quyết định không thực hiện hợp đồng trong thời hạn hợp đồng có hiệu lực thì hợp đồng đương nhiên hết hiệu lực.

CHƯƠNG X

PHÁP LUẬT VỀ DỊCH VỤ TRUNG GIAN THƯƠNG MẠI

I. KHÁI QUÁT VỀ DỊCH VỤ TRUNG GIAN THƯƠNG MẠI VÀ PHÁP LUẬT VỀ DỊCH VỤ TRUNG GIAN THƯƠNG MẠI

1. Khái niệm dịch vụ trung gian thương mại

Trong nền kinh tế sản xuất hàng hoá, hoạt động trao đổi hàng hoá, dịch vụ giữa các thương nhân thông qua mua bán là điều kiện quan trọng cho sự tồn tại và phát triển của xã hội. Khi mua bán hàng hoá, cung ứng dịch vụ trên thị trường, tùy thuộc vào đối tượng giao dịch, thời gian giao dịch, thị trường cũng như tính chất, thời cơ của từng thương vụ, thương nhân có thể lựa chọn phương thức (cách thức) giao dịch cho phù hợp.

Trong lịch sử phát triển thương mại có rất nhiều phương thức giao dịch khác nhau. Phương thức giao dịch mua bán hàng hoá, cung ứng dịch vụ phổ biến nhất là phương thức giao dịch trực

tiếp.

Giao dịch trực tiếp là phương thức giao dịch trong đó người bán và người mua trực tiếp bàn bạc và thoả thuận với

CHƯƠNG X

PHÁP LUẬT VỀ DỊCH VỤ TRUNG GIAN THƯƠNG MẠI

I. KHÁI QUÁT VỀ DỊCH VỤ TRUNG GIAN THƯƠNG MẠI VÀ PHÁP LUẬT VỀ DỊCH VỤ TRUNG GIAN THƯƠNG MẠI

1. Khái niệm dịch vụ trung gian thương mại

Trong nền kinh tế sản xuất hàng hoá, hoạt động trao đổi hàng hoá, dịch vụ giữa các thương nhân thông qua mua bán là điều kiện quan trọng cho sự tồn tại và phát triển của xã hội. Khi mua bán hàng hoá, cung ứng dịch vụ trên thị trường, tùy thuộc vào đối tượng giao dịch, thời gian giao dịch, thị trường cũng như tính chất, thời cơ của từng thương vụ, thương nhân có thể lựa chọn phương thức (cách thức) giao dịch cho phù hợp.

Trong lịch sử phát triển thương mại có rất nhiều phương thức giao dịch khác nhau. Phương thức giao dịch mua bán hàng hoá, cung ứng dịch vụ phổ biến nhất là phương thức giao dịch trực tiếp.

Giao dịch trực tiếp là phương thức giao dịch trong đó người bán và người mua trực tiếp bàn bạc và thoả thuận với nhau về các nội dung giao dịch như: Đối tượng, giá cả, phương thức thanh toán và các điều kiện giao dịch khác. Phương thức giao dịch này có những ưu điểm như: (i) Các bên trực tiếp thương thảo hợp đồng nên ít xảy ra hiểu lầm, sai sót đáng tiếc, do đó nâng cao hiệu quả của đàm phán giao dịch; (ii) Thương nhân có điều

kiện trực tiếp cận thị trường, do đó có thể nhanh chóng thích ứng với nhu cầu thị trường một cách tốt nhất; (iii) Thương nhân có thể trực tiếp phát triển mối quan hệ với bạn hàng một cách nhanh chóng.

Bên cạnh những ưu điểm nói trên, phương thức giao dịch trực tiếp sẽ không thuận lợi khi thương nhân mua bán hàng hoá ở thị trường mới hay đối với sản phẩm mới, do còn bỡ ngỡ nên dễ bị ép giá, dễ phạm sai lầm và rủi ro sẽ lớn. Mặt khác, phương thức giao dịch trực tiếp chỉ có thể đạt hiệu quả khi thương nhân có đội ngũ thực hiện giao dịch giàu kinh nghiệm và phải tốn khá nhiều chi phí giao dịch.

Do đó, đối với các thương nhân vừa và nhỏ hoặc lần đầu tiên tham gia thị trường, đặc biệt là thị trường quốc tế hoặc mua bán hàng hoá, cung ứng dịch vụ mới hoặc tại thị trường mới thì phương thức giao dịch trực tiếp chưa hẳn đã tốt, dễ gây rủi ro. Trong những trường hợp này, thương nhân có thể lựa chọn phương thức giao dịch qua trung gian.

Giao dịch qua trung gian trong hoạt động thương mại là phương thức giao dịch trong đó mọi việc thiết lập quan hệ giữa người mua và người bán hàng hoá (người cung ứng dịch vụ và người sử dụng dịch vụ) và việc xác định các điều kiện giao dịch phải thông qua một người trung gian.⁽¹⁾

(1).Xem: Trường đại học thương mại, *Giáo trình kỹ thuật thương mại quốc tế*, Nxb. Thống kê, 2003, tr. 17.

nhau về các nội dung giao dịch như: Đối tượng, giá cả, phương thức thanh toán và các điều kiện giao dịch khác. Phương thức giao dịch này có những ưu điểm như: (i) Các bên trực tiếp thương thảo hợp đồng nên ít xảy ra hiểu lầm, sai sót đáng tiếc, do đó nâng cao hiệu quả của đàm phán giao dịch; (ii) Thương nhân có điều

kiện trực tiếp cận thị trường, do đó có thể nhanh chóng thích ứng với nhu cầu thị trường một cách tốt nhất; (iii) Thương nhân có thể trực tiếp phát triển mối quan hệ với bạn hàng một cách nhanh chóng.

Bên cạnh những ưu điểm nói trên, phương thức giao dịch trực tiếp sẽ không thuận lợi khi thương nhân mua bán hàng hoá ở thị trường mới hay đối với sản phẩm mới, do còn bỡ ngỡ nên dễ bị ép giá, dễ phạm sai lầm và rủi ro sẽ lớn. Mặt khác, phương thức giao dịch trực tiếp chỉ có thể đạt hiệu quả khi thương nhân có đội ngũ thực hiện giao dịch giàu kinh nghiệm và phải tốn khá nhiều chi phí giao dịch.

Do đó, đối với các thương nhân vừa và nhỏ hoặc lần đầu tiên tham gia thị trường, đặc biệt là thị trường quốc tế hoặc mua bán hàng hoá, cung ứng dịch vụ mới hoặc tại thị trường mới thì phương thức giao dịch trực tiếp chưa hẳn đã tốt, dễ gây rủi ro. Trong những trường hợp này, thương nhân có thể lựa chọn phương thức giao dịch qua trung gian.

Giao dịch qua trung gian trong hoạt động thương mại là phương thức giao dịch trong đó mọi việc thiết lập quan hệ giữa người mua và người bán hàng hoá (người cung ứng dịch vụ và người sử dụng dịch vụ) và việc xác định các điều kiện giao dịch phải thông qua một người trung gian.⁽¹⁾

(1).Xem: Trường đại học thương mại, *Giáo trình kỹ thuật thương mại quốc tế*, Nxb. Thống kê, 2003, tr. 17.

Trong phương thức giao dịch trực tiếp chỉ có hai chủ thể trực tiếp thiết lập quan hệ với nhau còn trong phương thức giao dịch qua trung gian sẽ xuất hiện một chủ thể nữa, người này đứng ở vị trí độc lập với hai bên còn lại trong quan hệ và là người thực hiện dịch vụ theo sự uỷ quyền và vì lợi ích của người khác để hưởng

thù lao. Có thể gọi công việc do người trung gian thực hiện trong hoạt động thương mại để hưởng thù lao là dịch vụ trung gian thương mại. Đây là loại dịch vụ được thực hiện chủ yếu trong lĩnh vực phân phối thương mại và đối với nhà sản xuất thì thông qua dịch vụ này giúp họ tiếp cận với người tiêu dùng một cách nhanh chóng hơn.

Dưới góc độ pháp lý, hiện tượng thương nhân nhận uỷ quyền của người khác để tiến hành các hoạt động vì lợi ích của bên uỷ quyền để mua, bán hàng hoá hoặc cung ứng dịch vụ thương mại được pháp luật một số nước khái quát bằng khái niệm “trung gian tiêu thụ” hoặc “đại diện thương mại”. Các hiện tượng này được khái quát theo luật Anh - Mĩ dưới khái niệm Agency, luật Pháp: Agent commercial, luật Đức: Absazmittler.

Ở Việt Nam, theo quy định trong Luật thương mại năm 2005, hoạt động trung gian thương mại được xác định là hoạt động của thương nhân để thực hiện các giao dịch thương mại cho một hoặc một số thương nhân được xác định và bao gồm hoạt động đại diện cho thương nhân, môi giới thương mại, uỷ thác mua bán hàng hoá và đại lý thương mại.⁽¹⁾

Nội dung cụ thể về từng loại hoạt động trung gian thương mại (đại diện cho thương nhân, môi giới thương mại, uỷ thác

Trong phương thức giao dịch trực tiếp chỉ có hai chủ thể trực tiếp thiết lập quan hệ với nhau còn trong phương thức giao dịch qua trung gian sẽ xuất hiện một chủ thể nữa, người này đứng ở vị trí độc lập với hai bên còn lại trong quan hệ và là người thực hiện dịch vụ theo sự uỷ quyền và vì lợi ích của người khác để hưởng thù lao. Có thể gọi công việc do người trung gian thực hiện trong hoạt động thương mại để hưởng thù lao là dịch vụ trung gian thương mại. Đây là loại dịch vụ được thực hiện chủ yếu trong lĩnh vực phân phối thương mại và đối với nhà sản xuất thì thông qua

(1). Khoản 11 Điều 3 Luật thương mại.

dịch vụ này giúp họ tiếp cận với người tiêu dùng một cách nhanh chóng hơn.

Dưới góc độ pháp lý, hiện tượng thương nhân nhận uỷ quyền của người khác để tiến hành các hoạt động vì lợi ích của bên uỷ quyền để mua, bán hàng hoá hoặc cung ứng dịch vụ thương mại được pháp luật một số nước khái quát bằng khái niệm “trung gian tiêu thụ” hoặc “đại diện thương mại”. Các hiện tượng này được khái quát theo luật Anh - Mỹ dưới khái niệm Agency, luật Pháp: Agent commercial, luật Đức: Absazmittler.

Ở Việt Nam, theo quy định trong Luật thương mại năm 2005, hoạt động trung gian thương mại được xác định là hoạt động của thương nhân để thực hiện các giao dịch thương mại cho một hoặc một số thương nhân được xác định và bao gồm hoạt động đại diện cho thương nhân, môi giới thương mại, uỷ thác mua bán hàng hoá và đại lý thương mại.⁽¹⁾

Nội dung cụ thể về từng loại hoạt động trung gian thương mại (đại diện cho thương nhân, môi giới thương mại, uỷ thác mua bán hàng hoá, đại lý thương mại) được quy định trong chương V Luật thương mại với tiêu đề: Các hoạt động trung gian thương mại từ Điều 141 đến Điều 177.

Các dịch vụ trung gian thương mại có những đặc điểm chung sau:

Thứ nhất, dịch vụ trung gian thương mại do một chủ thể trung gian thực hiện vì lợi ích của bên thuê dịch vụ để hưởng thù lao.

Dịch vụ trung gian thương mại là loại hoạt động cung ứng dịch vụ thương mại (nhằm mục tiêu lợi nhuận) do một chủ thể trung gian thực hiện. Trong hoạt động dịch vụ trung gian thương mại, bên trung gian (bên đại diện, bên môi giới, bên nhận uỷ thác, bên đại lý) có vai trò làm cầu nối giữa bên thuê dịch vụ và bên thứ

(1). Khoản 11 Điều 3 Luật thương mại.

ba. Bên trung gian thực hiện việc mua bán hàng hoá, cung ứng dịch vụ thương mại với bên thứ ba không vì lợi ích của bản thân mình mà vì lợi ích của bên thuê dịch vụ (bên uỷ quyền). Tuy nhiên, bên trung gian (bên được uỷ quyền) sẽ được hưởng thù lao khi hoàn thành nhiệm vụ bên uỷ quyền giao phó.

Khác với những hoạt động thương mại thực hiện theo phương thức giao dịch trực tiếp, chỉ có sự tham gia của hai bên, hoạt động trung gian thương mại có sự tham gia của ba bên: Bên uỷ quyền (bên thuê dịch vụ, gồm một hoặc một số người), bên thực hiện dịch vụ (bên được uỷ quyền) và bên thứ ba (gồm một hoặc một số người). Trong các hoạt động dịch vụ trung gian thương mại này, bên được thuê làm dịch vụ là người trung gian nhận sự uỷ quyền của bên thuê dịch vụ và thay mặt bên thuê dịch vụ thực hiện các hoạt động thương mại với bên (hoặc các bên) thứ ba. Khi giao dịch với bên thứ ba, thương nhân trung gian có thể sử dụng danh nghĩa của mình mua bán hàng hoá, đại lí thương mại) được quy định trong chương V Luật thương mại với tiêu đề: Các hoạt động trung gian thương mại từ Điều 141 đến Điều 177.

Các dịch vụ trung gian thương mại có những đặc điểm chung sau:

Thứ nhất, dịch vụ trung gian thương mại do một chủ thể trung gian thực hiện vì lợi ích của bên thuê dịch vụ để hưởng thù lao.

Dịch vụ trung gian thương mại là loại hoạt động cung ứng dịch vụ thương mại (nhằm mục tiêu lợi nhuận) do một chủ thể trung gian thực hiện. Trong hoạt động dịch vụ trung gian thương mại, bên trung gian (bên đại diện, bên môi giới, bên nhận uỷ thác, bên đại lí) có vai trò làm cầu nối giữa bên thuê dịch vụ và bên thứ ba. Bên trung gian thực hiện việc mua bán hàng hoá, cung ứng dịch vụ thương mại với bên thứ ba không vì lợi ích của bản thân mình mà vì lợi ích của bên thuê dịch vụ (bên uỷ quyền). Tuy

nhiên, bên trung gian (bên được uỷ quyền) sẽ được hưởng thù lao khi hoàn thành nhiệm vụ bên uỷ quyền giao phó.

Khác với những hoạt động thương mại thực hiện theo phương thức giao dịch trực tiếp, chỉ có sự tham gia của hai bên, hoạt động trung gian thương mại có sự tham gia của ba bên: Bên uỷ quyền (bên thuê dịch vụ, gồm một hoặc một số người), bên thực hiện dịch vụ (bên được uỷ quyền) và bên thứ ba (gồm một hoặc một số người). Trong các hoạt động dịch vụ trung gian thương mại này, bên được thuê làm dịch vụ là người trung gian nhận sự uỷ quyền của bên thuê dịch vụ và thay mặt bên thuê dịch vụ thực hiện các hoạt động thương mại với bên (hoặc các bên) thứ ba. Khi giao dịch với bên thứ ba, thương nhân trung gian có thể sử dụng danh nghĩa của mình

hoặc danh nghĩa của bên thuê dịch vụ, tùy thuộc loại hình dịch vụ mà họ cung ứng. Theo quy định của Luật thương mại năm 2005, trong trường hợp thực hiện dịch vụ đại lý thương mại, uỷ thác mua bán hàng hoá hoặc môi giới thương mại, thương nhân trung gian sử dụng danh nghĩa của chính mình, còn khi thực hiện dịch vụ đại diện cho thương nhân thì họ lại nhân danh người uỷ quyền để giao dịch với bên thứ ba. Điều này có ý nghĩa quan trọng đối với việc xác định các nghĩa vụ phát sinh trong giao dịch đối với bên thứ ba sẽ thuộc về ai.

Trong các hoạt động trung gian thương mại, bên thuê dịch vụ sẽ uỷ quyền cho bên thực hiện dịch vụ thay mặt mình mua, bán hàng hoá, cung ứng dịch vụ thương mại với bên thứ ba (bên này có thể do bên uỷ quyền chỉ định trước hoặc do bên được uỷ quyền tìm kiếm theo yêu cầu của bên uỷ quyền), theo đó bên được uỷ quyền sẽ có nhiệm vụ đàm phán giao dịch với bên thứ ba để thực hiện việc mua bán hàng hoá, cung ứng dịch vụ cho bên uỷ quyền theo yêu cầu của bên uỷ quyền. Hoạt động dịch vụ trung gian

thương mại khác với các hoạt động dịch vụ có liên quan đến bên thứ ba như: dịch vụ vận tải, dịch vụ giao nhận hàng hoá... ở chỗ những dịch vụ này được thực hiện trực tiếp giữa bên làm dịch vụ với bên thuê dịch vụ mà không có sự tham gia của bên trung gian.

Thứ hai, bên thực hiện dịch vụ trung gian phải là thương nhân và có tư cách pháp lý độc lập với bên thuê dịch vụ và bên thứ ba.

Để thực hiện các dịch vụ trung gian thương mại, bên trung gian (bên đại diện, bên môi giới, bên nhận uỷ thác, bên đại lý) phải là thương nhân theo quy định tại Điều 6 Luật

hoặc danh nghĩa của bên thuê dịch vụ, tùy thuộc loại hình dịch vụ mà họ cung ứng. Theo quy định của Luật thương mại năm 2005, trong trường hợp thực hiện dịch vụ đại lý thương mại, uỷ thác mua bán hàng hoá hoặc môi giới thương mại, thương nhân trung gian sử dụng danh nghĩa của chính mình, còn khi thực hiện dịch vụ đại diện cho thương nhân thì họ lại nhân danh người uỷ quyền để giao dịch với bên thứ ba. Điều này có ý nghĩa quan trọng đối với việc xác định các nghĩa vụ phát sinh trong giao dịch đối với bên thứ ba sẽ thuộc về ai.

Trong các hoạt động trung gian thương mại, bên thuê dịch vụ sẽ uỷ quyền cho bên thực hiện dịch vụ thay mặt mình mua, bán hàng hoá, cung ứng dịch vụ thương mại với bên thứ ba (bên này có thể do bên uỷ quyền chỉ định trước hoặc do bên được uỷ quyền tìm kiếm theo yêu cầu của bên uỷ quyền), theo đó bên được uỷ quyền sẽ có nhiệm vụ đàm phán giao dịch với bên thứ ba để thực hiện việc mua bán hàng hoá, cung ứng dịch vụ cho bên uỷ quyền theo yêu cầu của bên uỷ quyền. Hoạt động dịch vụ trung gian thương mại khác với các hoạt động dịch vụ có liên quan đến bên thứ ba như: dịch vụ vận tải, dịch vụ giao nhận hàng hoá... ở chỗ những dịch vụ này được thực hiện trực tiếp giữa bên làm dịch vụ với bên thuê dịch vụ mà không có sự tham gia của bên trung gian.

Thứ hai, bên thực hiện dịch vụ trung gian phải là thương nhân và có tư cách pháp lý độc lập với bên thuê dịch vụ và bên thứ ba.

thương mại. Đối với một số dịch vụ trung gian thương mại > như: dịch vụ uỷ thác mua bán hàng hoá, dịch vụ đại lý thương mại ngoài điều kiện là thương nhân bên trung gian còn phải có điều kiện khác như phải là thương nhân kinh doanh mặt hàng phù hợp với hàng hoá được uỷ thác.⁽¹⁾

Để thực hiện các dịch vụ trung gian thương mại, bên trung gian (bên đại diện, bên môi giới, bên nhận uỷ thác, bên đại lý) phải là thương nhân theo quy định tại Điều 6 Luật

Trong quan hệ với bên thuê dịch vụ (bên uỷ quyền) và bên thứ ba, người trung gian thực hiện các hoạt động thương mại với tư cách pháp lý hoàn toàn độc lập và tự do. Người trung gian (bên được uỷ quyền cung ứng một dịch vụ thương

I
mại cho bên uỷ quyền) chứ không phải là người làm công ăn lương. Điều này thể hiện qua việc người trung gian có trụ sở riêng, có tư cách pháp lý độc lập, tự định đoạt thời gian làm việc, tự chịu trách nhiệm về các hoạt động của mình. Điều này giúp ta phân biệt người trung gian trong hoạt động thương mại với các chi nhánh, văn phòng đại diện do thương nhân lập ra để thực hiện hoạt động kinh doanh của thương nhân và những người lao động làm thuê cho thương nhân cũng như những người có chức năng đại diện như: giám đốc doanh nghiệp, thành viên hợp danh của công ty hợp danh. Các chủ thể nói trên không có tư cách pháp lý độc lập và chỉ được thực hiện các hoạt động trong phạm vi, quyền hạn theo quy định trong nội bộ của thương nhân đó.

Thứ ba, dịch vụ trung gian thương mại được xác lập trên cơ sở hợp đồng bằng văn bản hoặc hình thức khác có giá trị pháp lý tương đương.

Theo quy định của Luật thương mại, các hoạt động dịch vụ như: đại diện cho thương nhân, môi giới thương mại, uỷ
thương mại. Đối với một số dịch vụ trung gian thương mại

>

như: dịch vụ uỷ thác mua bán hàng hoá, dịch vụ đại lý thương mại ngoài điều kiện là thương nhân bên trung gian còn phải có điều kiện khác như phải là thương nhân kinh doanh mặt hàng phù hợp với hàng hoá được uỷ thác.⁽¹⁾

Trong quan hệ với bên thuê dịch vụ (bên uỷ quyền) và bên thứ ba, người trung gian thực hiện các hoạt động thương mại với tư cách pháp lý hoàn toàn độc lập và tự do. Người trung gian (bên được uỷ quyền cung ứng một dịch vụ thương

(1). Điều 156 Luật thương mại năm 2005.

mại cho bên uỷ quyền) chứ không phải là người làm công ăn lương. Điều này thể hiện qua việc người trung gian có trụ sở riêng, có tư cách pháp lý độc lập, tự định đoạt thời gian làm việc, tự chịu trách nhiệm về các hoạt động của mình. Điều này giúp ta phân biệt người trung gian trong hoạt động thương mại với các chi nhánh, văn phòng đại diện do thương nhân lập ra để thực hiện hoạt động kinh doanh của thương nhân và những người lao động làm thuê cho thương nhân cũng như những người có chức năng đại diện như: giám đốc doanh nghiệp, thành viên hợp danh của công ty hợp danh. Các chủ thể nói trên không có tư cách pháp lý độc lập và chỉ được thực hiện các hoạt động trong phạm vi, quyền hạn theo quy định trong nội bộ của thương nhân đó.

Thứ ba, dịch vụ trung gian thương mại được xác lập trên cơ sở hợp đồng bằng văn bản hoặc hình thức khác có giá trị pháp lý tương đương.

Theo quy định của Luật thương mại, các hoạt động dịch vụ như: đại diện cho thương nhân, môi giới thương mại, uỷ

(1). Điều 156 Luật thương mại năm 2005.

thác mua bán hàng hoá, đại lí thương mại phát sinh trên cơ sở hợp đồng đại diện cho thương nhân; hợp đồng môi giới; hợp đồng uỷ thác mua bán hàng hoá; hợp đồng đại lí thương mại. Các hợp đồng này đều có tính chất là hợp đồng song vụ, ung thuận và có tính đền bù. Hình thức của các hợp đồng này bắt buộc phải được thể hiện bằng văn bản hoặc các hình thức khác có giá trị pháp lí tương đương với văn bản bao gồm: điện báo, TELEX, FAX, thông điệp dữ liệu (là thông tin được tạo ra, được gửi đi, được nhận và được lưu trữ bằng phương tiện điện tử) và các hình thức khác theo quy định của pháp luật.

2. Khái quát pháp luật về dịch vụ trung gian thương mại

Trên thế giới, hoạt động thương mại qua trung gian đã xuất hiện từ lâu, do nhu cầu của việc mở rộng quy mô và cường độ buôn bán hàng hoá của thương nhân. Người ta cho rằng vào khoảng thế kỉ XIII, khi vận chuyển hàng hoá từ nước này sang nước khác bắt đầu được thực hiện bằng đường biển, các thương gia, những nhà đầu tư vốn khi cần phải vận chuyển hàng hoá của mình sang nước khác bằng tàu thuỷ thì họ đã ở lại đất nước của mình và giao hàng hoá, tiền bạc cho một người để người này theo tàu đi đến nước khác thực hiện việc giao hàng tại cảng đến và mua hàng đem về để kiếm lời. Người này được gọi là người nhân uỷ thác, họ sẽ được nhận một khoản tiền là một phần lợi nhuận của bên uỷ thác do việc thực hiện công việc của mình. Đó là khởi nguồn của việc sử dụng các dịch vụ trung gian thương mại. thác mua bán hàng hoá, đại lí thương mại phát sinh trên cơ sở hợp đồng đại diện cho thương nhân; hợp đồng môi giới; hợp đồng uỷ thác mua bán hàng hoá; hợp đồng đại lí thương mại. Các hợp đồng này đều có tính chất là hợp đồng song vụ, ung thuận và có tính đền bù. Hình thức của các hợp đồng này bắt buộc phải được thể hiện bằng văn bản hoặc các hình thức khác có giá trị pháp lí tương đương với văn bản bao gồm: điện báo, TELEX, FAX, thông điệp dữ liệu (là thông tin được tạo ra, được gửi đi, được nhận và được lưu trữ bằng phương tiện điện tử)

Sau đó, cùng với sự phát triển của các hoạt động thương mại trên thế giới, các loại hình dịch vụ trung gian thương mại cũng lần lượt xuất hiện. Đặc biệt, từ nửa sau của thế kỉ

và các hình thức khác theo quy định của pháp luật.

2. Khái quát pháp luật về dịch vụ trung gian thương mại

Trên thế giới, hoạt động thương mại qua trung gian đã xuất hiện từ lâu, do nhu cầu của việc mở rộng quy mô và cường độ buôn bán hàng hoá của thương nhân. Người ta cho rằng vào khoảng thế kỉ XIII, khi vận chuyển hàng hoá từ nước này sang nước khác bắt đầu được thực hiện bằng đường biển, các thương gia, những nhà đầu tư vốn khi cần phải vận chuyển hàng hoá của mình sang nước khác bằng tàu thuỷ thì họ đã ở lại đất nước của mình và giao hàng hoá, tiền bạc cho một người để người này theo tàu đi đến nước khác thực hiện việc giao hàng tại cảng đến và mua hàng đem về để kiếm lời. Người này được gọi là người nhân uỷ thác, họ sẽ được nhận một khoản tiền là một phần lợi nhuận của bên uỷ thác do việc thực hiện công việc của mình. Đó là khởi nguồn của việc sử dụng các dịch vụ trung gian thương mại.

Sau đó, cùng với sự phát triển của các hoạt động thương mại trên thế giới, các loại hình dịch vụ trung gian thương mại cũng lần lượt xuất hiện. Đặc biệt, từ nửa sau của thế kỉ

XIX khi các quan hệ quốc tế gia tăng đáng kể thì việc sử dụng dịch vụ trung gian thương mại trong hoạt động kinh doanh của thương nhân càng trở nên có ý nghĩa. Đến nay, ở hầu hết các nước đều tồn tại các hoạt động thương mại qua trung gian là: Đại diện thương mại, đại lí thương mại, uỷ thác mua bán hàng hoá, môi giới thương mại.

Pháp luật điều chỉnh hoạt động thương mại qua trung gian ở các nước không giống nhau. Các nước theo truyền thống pháp luật Anh - Mĩ không có quy định riêng điều chỉnh các dịch vụ trung gian trong hoạt động thương mại. Tất cả các giao dịch qua trung gian bất kể nhằm mục đích gì cũng được quy định chung trong “Law of agency” (luật đại diện). Luật đại diện của Anh - Mĩ dùng thuật ngữ bên đại diện (agent) để chỉ những người thực hiện một hoặc một số hành vi theo sự uỷ quyền

của bên uỷ quyền (principal) với danh nghĩa của bên uỷ quyền hay với danh nghĩa của chính mình vì lợi ích của bên uỷ quyền.⁸⁹

Các nước theo truyền thống luật châu Âu lục địa như: Pháp, Đức, Bỉ, Nhật Bản bên cạnh bộ luật dân sự có ban hành bộ luật thương mại, trong đó quy định rất cụ thể về từng loại hoạt động thương mại qua trung gian. Đó là các hoạt động: đại diện thương mại; môi giới thương mại và uỷ thác thương mại.⁹⁰

XIX khi các quan hệ quốc tế gia tăng đáng kể thì việc sử dụng dịch vụ trung gian thương mại trong hoạt động kinh doanh của thương nhân càng trở nên có ý nghĩa. Đến nay, ở hầu hết các nước đều tồn tại các hoạt động thương mại qua trung gian là: Đại diện thương mại, đại lí thương mại, uỷ thác mua bán hàng hoá, môi giới thương mại.

Pháp luật điều chỉnh hoạt động thương mại qua trung gian ở các nước không giống nhau. Các nước theo truyền thống pháp luật Anh - Mĩ không có quy định riêng điều chỉnh các dịch vụ trung gian trong hoạt động thương mại. Tất cả các giao dịch qua trung gian bất kể nhằm mục đích gì cũng được quy định chung trong “Law of agency” (luật đại diện). Luật đại diện của Anh - Mĩ dùng thuật ngữ bên đại diện (agent) để chỉ những người thực hiện một hoặc một số hành vi theo sự uỷ quyền của bên uỷ quyền (principal) với danh nghĩa của bên uỷ quyền hay với danh nghĩa của chính mình vì lợi ích của bên uỷ quyền.⁹¹

Các nước theo truyền thống luật châu Âu lục địa như: Pháp, Đức, Bỉ, Nhật Bản bên cạnh bộ luật dân sự có ban hành bộ luật thương mại,

89 .Xem: Richard A. Mann and Barry s. Roberts - Smith and Roberson's Business Law, page 414, west publishing company, 1997, (tiếng Anh).

90 .Xem: Tuyển tập các văn bản pháp luật cơ bản về thương mại của Cộng hoà Pháp, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội 2005, tr. 52 đến tr. 63; Bộ luật thương mại và luật những ngoại lệ đặc biệt về kiểm soát của Nhật Bản, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội 1994, tr.20; 21,275 đến 278.

91 .Xem: Richard A. Mann and Barry s. Roberts - Smith and Roberson's Business Law, page 414, west publishing company, 1997, (tiếng Anh).

trong đó quy định rất cụ thể về từng loại hoạt động thương mại qua trung gian. Đó là các hoạt động: đại diện thương mại; môi giới thương mại và uỷ thác thương mại.⁹²

92 .Xem: Tuyển tập các văn bản pháp luật cơ bản về thương mại của Cộng hoà Pháp, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội 2005, tr. 52 đến tr. 63; Bộ luật thương mại và luật những ngoại lệ đặc biệt về kiểm soát của Nhật Bản, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội 1994, ' tr.20; 21,275 đến 278.

(1).Xem: Roberto Baldi- Distributorship,franchising, agency, communiti and national laws and practice in the EEC, Kluwer Law and Taxation, 1987, page 12. (1).Xem: Roberto Baldi- Distributorship,franchising, agency, communiti and national laws and practice in the EEC, Kluwer Law and Taxation, 1987, page 12.

ở châu Âu, trong số các dịch vụ trung gian thương mại, dịch vụ được sử dụng phổ biến và được coi là điển hình nhất là dịch vụ đại diện thương mại. Do đó, Hội đồng của cộng đồng châu Âu đã ban hành Chỉ thị 86/653/EEC ngày 18/12/1986 về sự kết hợp của luật các nước thành viên liên quan đến những người đại diện thương mại để áp dụng chung cho toàn khối EEC.⁽¹⁾

Hệ thống pháp luật Anh - Mỹ và hệ thống pháp luật châu Âu lục địa có cách quy định khác nhau để điều chỉnh các dịch vụ trung gian thương mại. Tuy nhiên, pháp luật về hoạt động dịch vụ trung gian thương mại ở các nước đều tập trung quy định về một số vấn đề như: Quyền và nghĩa vụ của bên thuê dịch vụ và bên làm dịch vụ đối với nhau và đối với bên thứ ba; hình thức của loại hợp đồng dịch vụ này; trả tiền thù lao cho bên thuê dịch vụ; chấm dứt việc thực hiện dịch vụ; bồi thường thiệt hại trong trường hợp một bên vi phạm hợp đồng hoặc vi phạm nghĩa vụ luật định.

ở Việt Nam, trong thời kì kinh tế kế hoạch hoá tập trung, các hoạt động trung gian thương mại chủ yếu tồn tại trong lĩnh vực kinh tế quốc tế do nhu cầu giao lưu kinh tế giữa các nước, còn ở trong nước thì các hoạt động trung gian thương mại chưa có điều kiện để hình thành. Trong thời kì này, một số văn bản quy phạm pháp luật của Bộ ngoại thương dưới hình thức thông tư được ban hành để điều chỉnh các hoạt động uỷ thác xuất nhập khẩu và việc đặt đại lí mua bán hàng

ở châu Âu, trong số các dịch vụ trung gian thương mại, dịch vụ được sử dụng phổ biến và được coi là điển hình nhất là dịch vụ đại diện thương mại. Do đó, Hội đồng của cộng đồng châu Âu đã ban hành Chỉ thị 86/653/EEC ngày 18/12/1986 về sự kết hợp của luật các nước thành viên liên quan đến những người đại diện thương mại để áp dụng chung cho toàn khối EEC.⁹³

93 . Thông tư số 03-BNg/XNK ngày 11-4-1984 về uỷ thác xuất nhập khẩu; Thông tư số 04-BNg/XNK về việc đặt đại lí mua bán hàng hoá ở nước ngoài

Hệ thống pháp luật Anh - Mỹ và hệ thống pháp luật châu Âu lục địa có cách quy định khác nhau để điều chỉnh các dịch vụ trung gian thương mại. Tuy nhiên, pháp luật về hoạt động dịch vụ trung gian thương mại ở các nước đều tập trung quy định về một số vấn đề như: Quyền và nghĩa vụ của bên thuê dịch vụ và bên làm dịch vụ đối với nhau và đối với bên thứ ba; hình thức của loại hợp đồng dịch vụ này; trả tiền thù lao cho bên thuê dịch vụ; chấm dứt việc thực hiện dịch vụ; bồi thường thiệt hại trong trường hợp một bên vi phạm hợp đồng hoặc vi phạm nghĩa vụ luật định.

ở Việt Nam, trong thời kì kinh tế kế hoạch hoá tập trung, các hoạt động trung gian thương mại chủ yếu tồn tại trong lĩnh vực kinh tế quốc tế do nhu cầu giao lưu kinh tế giữa các nước, còn ở trong nước thì các hoạt động trung gian thương mại chưa có điều kiện để hình thành. Trong thời kì này, một số văn bản quy phạm pháp luật của Bộ ngoại thương dưới hình thức thông tư được ban hành để điều chỉnh các hoạt động uỷ thác xuất nhập khẩu và việc đặt đại lí mua bán hàng

hoá ở nước ngoài¹¹

Khi chuyển sang nền kinh tế thị trường, do nhu cầu của việc trao đổi hàng hoá dịch vụ, các hoạt động trung gian thương mại đã xuất hiện và cần phải có pháp luật điều chỉnh các hoạt động này. Ngày 10/5/1997 Quốc hội nước ta thông qua Luật thương mại, luật này có hiệu lực thi hành từ ngày 1/1/1998. Luật thương mại năm 1997 chỉ điều chỉnh các hành vi thương mại của thương nhân, đó là những hành vi mua bán hàng hoá, cung ứng các dịch vụ thương mại gắn với việc mua bán hàng hoá (trong đó có các dịch vụ đại diện cho thương nhân, môi giới thương mại, uỷ thác mua bán hàng hoá, đại lí mua bán hàng hoá). Luật thương mại năm 1997 chưa đưa ra khái niệm hoạt động trung gian thương mại, tuy nhiên, các dịch vụ đại diện cho thương nhân, môi giới thương mại, uỷ thác mua bán hàng hoá, đại lí mua bán hàng hoá được quy định từ Điều 83 đến Điều 127 của Luật này chính là các dịch vụ trung gian thương mại. Các dịch vụ trung gian thương mại theo Luật thương mại

năm 1997 chỉ bó hẹp trong các hoạt động dịch vụ làm trung gian để mua bán hàng hoá (ủy thác mua bán hàng hoá, đại lí mua bán hàng hoá), cung ứng dịch vụ liên quan đến mua bán hàng hoá mà thôi. Mặt khác, phạm vi hoạt động của các dịch vụ trung gian thương mại theo Luật thương mại năm 1997 còn bị giới hạn ở khái niệm hàng hoá.^{1 94} Do đó, nhiều dịch vụ trung gian nhằm mục đích kiếm lời như đại lí bảo hiểm, đại lí chứng khoán, môi giới bảo hiểm, môi giới chứng khoán...
hoá ở nước ngoài/¹¹

Khi chuyển sang nền kinh tế thị trường, do nhu cầu của việc trao đổi hàng hoá dịch vụ, các hoạt động trung gian thương mại đã xuất hiện và cần phải có pháp luật điều chỉnh các hoạt động này. Ngày 10/5/1997 Quốc hội nước ta thông qua Luật thương mại, luật này có hiệu lực thi hành từ ngày 1/1/1998. Luật thương mại năm 1997 chỉ điều chỉnh các hành vi thương mại của thương nhân, đó là những hành vi mua bán hàng hoá, cung ứng các dịch vụ thương mại gắn với việc mua bán hàng hoá (trong đó có các dịch vụ đại diện cho thương nhân, môi giới thương mại, uỷ thác mua bán hàng hoá, đại lí mua bán hàng hoá). Luật thương mại năm 1997 chưa đưa ra khái niệm hoạt động trung gian thương mại, tuy nhiên, các dịch vụ đại diện cho thương nhân, môi giới thương mại, uỷ thác mua bán hàng hoá, đại lí mua bán hàng hoá được quy định từ Điều 83 đến Điều 127 của Luật này chính là các dịch vụ trung gian thương mại. Các dịch vụ trung gian thương mại theo Luật thương mại năm 1997 chỉ bó hẹp trong các hoạt động dịch vụ làm trung gian để mua bán hàng hoá (ủy thác mua bán hàng hoá, đại lí mua bán hàng hoá), cung ứng dịch vụ liên quan đến mua bán hàng hoá mà thôi. Mặt khác, phạm vi hoạt động của các dịch vụ trung gian thương mại theo Luật thương mại năm 1997 còn bị giới hạn ở khái niệm hàng hoá.^{95 96} Do đó, nhiều dịch vụ

94 .Xem: Khoản 3 Điều 5 Luật thương mại năm 1997.

95 . Thông tư số 03-BNg/XNK ngày 11-4-1984 về uỷ thác xuất nhập khẩu; Thông tư số 04-BNg/XNK về việc đặt đại lí mua bán hàng hoá ở nước ngoài

trung gian nhằm mục đích kiếm lời như đại lí bảo hiểm, đại lí chứng khoán, môi giới bảo hiểm, môi giới chứng khoán...

96 .Xem: Khoản 3 Điều 5 Luật thương mại năm 1997.

không thuộc phạm vi điều chỉnh của Luật này.

Sau khi Luật thương mại năm 1997 được thông qua, cơ quan nhà nước có thẩm quyền đã ban hành văn bản hướng dẫn thi hành Luật này, trong đó có một số văn bản hướng dẫn, quy định cụ thể về các dịch vụ trung gian thương mại như: Nghị định số 57/1998/ND-CP của Chính phủ ngày 31/7/1998 quy định chi tiết thi hành Luật thương mại về hoạt động xuất nhập khẩu, gia công và đại lí mua bán hàng hoá với nước ngoài; Nghị định số 44/2001/NĐ-CP của Chính phủ ngày 2/8/2001 về việc sửa đổi, bổ sung một số điều của Nghị định số 57/1998/ND-CP; Thông tư số 18/1998/TT-BTM ngày 28/8/1998 hướng dẫn thực hiện Nghị định số 57/1998/ND-CP.

Sau gần 7 năm thi hành, Luật thương mại năm 1997 đã bộc lộ nhiều bất cập cần phải được sửa đổi, bổ sung để tạo điều kiện phát triển hoạt động thương mại trong nước cũng như quốc tế. Do đó, ngày 14/6/2005 Quốc hội khoá XI kì họp thứ 7 đã thông qua Luật thương mại mới, Luật này có hiệu lực thi hành từ ngày 1/1/2006 và thay thế cho Luật thương mại năm 1997. Luật thương mại năm 2005 đã đưa ra định nghĩa hoạt động trung gian thương mại và có nhiều điểm sửa đổi, bổ sung, quy định mới về các dịch vụ đại diện cho thương nhân, môi giới thương mại, uỷ thác mua bán hàng hoá, đại lí thương mại so với Luật thương mại năm 1997.

Trong ngày 14/6/2005, cùng với việc thông qua Luật thương mại, Quốc hội đã thông qua Bộ luật dân sự năm 2005 (Bộ luật này có hiệu lực từ ngày 01/01/2006 và thay thế Bộ luật dân sự năm 1995). Bộ luật dân sự năm 2005 quy định địa vị pháp lí, chuẩn mực pháp lí cho cách ứng xử của các cá nhân, pháp nhân, chủ thể khác; quyền, nghĩa vụ của các chủ không thuộc phạm vi điều chỉnh của Luật này.

Sau khi Luật thương mại năm 1997 được thông qua, cơ quan nhà nước có thẩm quyền đã ban hành văn bản hướng dẫn thi hành Luật này, trong đó có một số văn bản hướng dẫn, quy định cụ thể về các dịch vụ trung gian thương mại như: Nghị định số 57/1998/ND-CP của Chính phủ ngày 31/7/1998 quy định chi tiết thi hành Luật thương mại về hoạt động

xuất nhập khẩu, gia công và đại lí mua bán hàng hoá với nước ngoài; Nghị định số 44/2001/NĐ-CP của Chính phủ ngày 2/8/2001 về việc sửa đổi, bổ sung một số điều của Nghị định số 57/1998/NĐ-CP; Thông tư số 18/1998/TT-BTM ngày 28/8/1998 hướng dẫn thực hiện Nghị định số 57/1998/NĐ-CP.

Sau gần 7 năm thi hành, Luật thương mại năm 1997 đã bộc lộ nhiều bất cập cần phải được sửa đổi, bổ sung để tạo điều kiện phát triển hoạt động thương mại trong nước cũng như quốc tế. Do đó, ngày 14/6/2005 Quốc hội khoá XI kì họp thứ 7 đã thông qua Luật thương mại mới, Luật này có hiệu lực thi hành từ ngày 1/1/2006 và thay thế cho Luật thương mại năm 1997. Luật thương mại năm 2005 đã đưa ra định nghĩa hoạt động trung gian thương mại và có nhiều điểm sửa đổi, bổ sung, quy định mới về các dịch vụ đại diện cho thương nhân, môi giới thương mại, uỷ thác mua bán hàng hoá, đại lí thương mại so với Luật thương mại năm 1997.

Trong ngày 14/6/2005, cùng với việc thông qua Luật thương mại, Quốc hội đã thông qua Bộ luật dân sự năm 2005 (Bộ luật này có hiệu lực từ ngày 01/01/2006 và thay thế Bộ luật dân sự năm 1995). Bộ luật dân sự năm 2005 quy định địa vị pháp lí, chuẩn mực pháp lí cho cách ứng xử của các cá nhân, pháp nhân, chủ thể khác; quyền, nghĩa vụ của các chủ thể về nhân thân và tài sản trong các quan hệ dân sự, hôn nhân và gia đình, kinh doanh, thương mại và lao động. Bộ luật dân sự năm 2005 đã khẳng định: Bộ luật này là luật "gốc" điều chỉnh các quan hệ dân sự, trong đó có quan hệ thương mại nói chung và các quan hệ phát sinh trong hoạt động thương mại nói riêng.

Do đó, hiện nay pháp luật điều chỉnh dịch vụ trung gian thương mại bao gồm các văn bản pháp luật chủ yếu như:

- Bộ luật dân sự năm 2005;
- Luật thương mại năm 2005;
- Các luật khác quy định về các hoạt động thương mại đặc thù như:

Luật kinh doanh bảo hiểm năm 2000, Luật hàng hải năm 2005, Luật du lịch năm 2005...

- Các văn bản dưới luật hướng dẫn thi hành Luật thương mại và các luật khác.

3. Vai trò của việc sử dụng các dịch vụ trung gian thương mại

Trong hoạt động kinh doanh, thương nhân sẽ kinh doanh có hiệu quả hơn nếu biết sử dụng dịch vụ trung gian thương mại một cách hợp lí. Các dịch vụ trung gian thương mại thực tế đã mang lại hiệu quả rất lớn cho nền kinh tế cũng như cho các chủ thể kinh doanh. Cụ thể:

Thứ nhất, thương nhân trung gian thường hiểu biết, nắm vững tình hình thị trường, pháp luật và tập quán địa phương. Do đó, họ có khả năng đẩy mạnh việc giao lưu buôn bán, hạn chế được rủi ro và nhiều khi mua bán được hàng hoá, cung ứng dịch vụ với giá cả có lợi hơn cho bên thuê dịch vụ của họ. Về nhân thân và tài sản trong các quan hệ dân sự, hôn nhân và gia đình, kinh doanh, thương mại và lao động. Bộ luật dân sự năm 2005 đã khẳng định: Bộ luật này là luật "gốc" điều chỉnh các quan hệ dân sự, trong đó có quan hệ thương mại nói chung và các quan hệ phát sinh trong hoạt động thương mại nói riêng.

Do đó, hiện nay pháp luật điều chỉnh dịch vụ trung gian thương mại bao gồm các văn bản pháp luật chủ yếu như:

- Bộ luật dân sự năm 2005;
- Luật thương mại năm 2005;
- Các luật khác quy định về các hoạt động thương mại đặc thù như: Luật kinh doanh bảo hiểm năm 2000, Luật hàng hải năm 2005, Luật du lịch năm 2005...

- Các văn bản dưới luật hướng dẫn thi hành Luật thương mại và các luật khác.

3. Vai trò của việc sử dụng các dịch vụ trung gian thương mại

Trong hoạt động kinh doanh, thương nhân sẽ kinh doanh có hiệu quả hơn nếu biết sử dụng dịch vụ trung gian thương mại một cách hợp lí. Các dịch vụ trung gian thương mại thực tế đã mang lại hiệu quả rất lớn cho nền kinh tế cũng như cho các chủ thể kinh doanh. Cụ thể:

Thứ nhất, thương nhân trung gian thường hiểu biết, nắm vững tình hình thị trường, pháp luật và tập quán địa phương. Do đó, họ có khả năng đẩy mạnh việc giao lưu buôn bán, hạn chế được rủi ro và nhiều khi mua bán được hàng hoá, cung ứng dịch vụ với giá cả có lợi hơn cho bên thuê dịch vụ của họ.

Thứ hai, thương nhân trung gian là những tổ chức, cá nhân có những điều kiện nhất định về cơ sở vật chất, đội ngũ nhân viên thực hiện các giao dịch kinh doanh chuyên nghiệp. Vì vậy, nếu sử dụng dịch vụ của những người trung gian này thì bên thuê dịch vụ sẽ giảm bớt được rất nhiều chi phí để mở rộng, phát triển hoạt động kinh doanh của mình. Các chi phí này thường lớn hơn rất nhiều so với khoản thù lao mà bên thuê dịch vụ phải bỏ ra khi sử dụng dịch vụ của những người trung gian này.

Thứ ba, thông qua việc sử dụng dịch vụ trung gian thương mại, các nhà kinh doanh có thể hình thành mạng lưới buôn bán, tiêu thụ, cung cấp các loại dịch vụ trên một phạm vi rộng, tạo điều kiện cho việc chiếm lĩnh và mở rộng thị trường.

Thứ tư, hoạt động trung gian thương mại phát triển làm cho khối lượng hàng hoá lưu thông trên thị trường tăng lên, giao lưu kinh tế giữa các địa phương được đẩy mạnh, hoạt động kinh tế của đất nước diễn ra sôi động, góp phần cải thiện đời sống nhân dân, tăng thu cho ngân sách nhà nước.

II. ĐẠI DIỆN CHO THƯƠNG NHÂN

1. Khái niệm và đặc điểm

Theo Điều 139 Bộ luật dân sự, đại diện là việc một người (gọi là người đại diện) nhân danh và vì lợi ích của người khác (gọi là người được đại diện) xác lập, thực hiện giao dịch dân sự trong phạm vi đại diện. Quan hệ đại diện có thể được thiết lập trong nhiều lĩnh vực của đời sống kinh - xã hội và bao gồm hai loại: Đại diện theo pháp luật và đại diện theo uỷ quyền. Đại diện theo pháp luật là đại diện do pháp luật quy

Thứ hai, thương nhân trung gian là những tổ chức, cá nhân có những điều kiện nhất định về cơ sở vật chất, đội ngũ nhân viên thực hiện các giao dịch kinh doanh chuyên nghiệp. Vì vậy, nếu sử dụng dịch vụ của những người trung gian này thì bên thuê dịch vụ sẽ giảm bớt được rất nhiều chi phí để mở rộng, phát triển hoạt động kinh doanh của mình. Các chi phí này thường lớn hơn rất nhiều so với khoản thù lao mà bên thuê dịch vụ phải bỏ ra khi sử dụng dịch vụ của những người trung gian này.

Thứ ba, thông qua việc sử dụng dịch vụ trung gian thương mại, các nhà kinh doanh có thể hình thành mạng lưới buôn bán, tiêu thụ, cung cấp các loại dịch vụ trên một phạm vi rộng, tạo điều kiện cho việc chiếm lĩnh và mở rộng thị trường.

Thứ tư, hoạt động trung gian thương mại phát triển làm cho khối lượng hàng hoá lưu thông trên thị trường tăng lên, giao lưu kinh tế giữa các địa phương được đẩy mạnh, hoạt động kinh tế của đất nước diễn ra sôi động, góp phần cải thiện đời sống nhân dân, tăng thu cho ngân sách nhà nước.

II. ĐẠI DIỆN CHO THƯƠNG NHÂN

1. Khái niệm và đặc điểm

Theo Điều 139 Bộ luật dân sự, đại diện là việc một người (gọi là người đại diện) nhân danh và vì lợi ích của người khác (gọi là người được

đại diện) xác lập, thực hiện giao dịch dân sự trong phạm vi đại diện. Quan hệ đại diện có thể được thiết lập trong nhiều lĩnh vực của đời sống kinh - xã hội và bao gồm hai loại: Đại diện theo pháp luật và đại diện theo uỷ quyền. Đại diện theo pháp luật là đại diện do pháp luật quy định hoặc cơ quan nhà nước có thẩm quyền quyết định (Điều 140 Bộ luật dân sự). Đại diện theo uỷ quyền là đại diện được xác lập theo sự uỷ quyền giữa người đại diện và người được đại diện (Điều 141 Bộ luật dân sự).

Điều 141 Luật thương mại quy định: Đại diện cho thương nhân là việc một thương nhân nhận uỷ quyền (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.

Từ quy định của Bộ luật dân sự và Luật thương mại hiện hành có thể khẳng định đại diện cho thương nhân là một dạng của đại diện theo uỷ quyền được thực hiện trong hoạt động thương mại.

Đại diện cho thương nhân có những đặc điểm sau:

- Quan hệ đại diện cho thương nhân phát sinh giữa bên đại diện và bên giao đại diện. Trong quan hệ đại diện cho thương nhân thì cả bên đại diện và bên giao đại diện đều phải là thương nhân. Bên giao đại diện là một thương nhân có quyền thực hiện những hoạt động thương mại nhất định (như mua bán hàng hoá, cung ứng dịch vụ thương mại) nhưng lại muốn trao quyền đó cho thương nhân khác, thay mình thực hiện hoạt động thương mại. Bên đại diện cho thương nhân cũng phải là thương nhân thực hiện hoạt động đại diện một cách chuyên nghiệp. Do đó, có thể thấy hoạt động đại diện cho thương nhân liên quan tới 3 chủ thể: bên giao đại diện, bên đại diện và bên thứ ba (có thể là một hoặc một số người). Trong quan hệ với bên giao đại diện, bên đại diện sẽ nhân danh chính mình nhưng trong quan hệ với bên thứ ba thì họ sẽ nhân danh bên giao đại diện, chứ không định hoặc cơ quan nhà nước có thẩm quyền

quyết định (Điều 140 Bộ luật dân sự). Đại diện theo uỷ quyền là đại diện được xác lập theo sự uỷ quyền giữa người đại diện và người được đại diện (Điều 141 Bộ luật dân sự).

Điều 141 Luật thương mại quy định: Đại diện cho thương nhân là việc một thương nhân nhận uỷ quyền (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.

Từ quy định của Bộ luật dân sự và Luật thương mại hiện hành có thể khẳng định đại diện cho thương nhân là một dạng của đại diện theo uỷ quyền được thực hiện trong hoạt động thương mại.

Đại diện cho thương nhân có những đặc điểm sau:

- Quan hệ đại diện cho thương nhân phát sinh giữa bên đại diện và bên giao đại diện. Trong quan hệ đại diện cho thương nhân thì cả bên đại diện và bên giao đại diện đều phải là thương nhân. Bên giao đại diện là một thương nhân có quyền thực hiện những hoạt động thương mại nhất định (như mua bán hàng hoá, cung ứng dịch vụ thương mại) nhưng lại muốn trao quyền đó cho thương nhân khác, thay mình thực hiện hoạt động thương mại. Bên đại diện cho thương nhân cũng phải là thương nhân thực hiện hoạt động đại diện một cách chuyên nghiệp. Do đó, có thể thấy hoạt động đại diện cho thương nhân liên quan tới 3 chủ thể: bên giao đại diện, bên đại diện và bên thứ ba (có thể là một hoặc một số người). Trong quan hệ với bên giao đại diện, bên đại diện sẽ nhân danh chính mình nhưng trong quan hệ với bên thứ ba thì họ sẽ nhân danh bên giao đại diện, chứ không

nhân danh chính mình. Do đó, trong phạm vi uỷ quyền, bên đại diện được giao dịch với bên thứ ba và mọi hành vi do bên đại diện thực hiện trực tiếp mang lại hậu quả pháp lý cho bên giao đại diện. Khi bên đại diện giao dịch với bên thứ ba thì về mặt pháp lý, các hành vi do người này

thực hiện được xem như là chính người uỷ quyền (người giao đại diện) thực hiện. Bên giao đại diện phải chịu trách nhiệm về các cam kết do bên đại diện thực hiện trong phạm vi uỷ quyền. Đây là điểm khác biệt cơ bản của hoạt động đại diện cho thương nhân so với các hoạt động trung gian thương mại khác. Trong quan hệ đại diện cho thương nhân, giữa bên đại diện và bên giao đại diện có sự ràng buộc khá chặt chẽ.

- Nội dung của hoạt động đại diện cho thương nhân do các bên tham gia quan hệ thoả thuận. Các bên có thể thoả thuận về việc bên đại diện được thực hiện một phần hoặc toàn bộ các hoạt động thương mại thuộc phạm vi hoạt động của bên giao đại diện. Hoạt động đại diện cho thương nhân thường bao gồm việc tìm kiếm các cơ hội kinh doanh cho thương nhân giao đại diện và được tiến hành trong suốt thời gian đại diện, không giới hạn vào một vụ việc cụ thể. Bên đại diện cho thương nhân có thể được uỷ quyền tiến hành các hoạt động nghiên cứu thị trường, lựa chọn đối tác, đàm phán, giao kết hợp đồng với bên thứ ba trên danh nghĩa của bên giao đại diện. Cùng một lúc, bên đại diện có thể tiến hành hoạt động này cho nhiều thương nhân trừ trường hợp các bên có thoả thuận khác.

- Quan hệ đại diện cho thương nhân phát sinh trên cơ sở hợp đồng đại diện. Quan hệ đại diện cho thương nhân là một dạng riêng của quan hệ đại diện theo uỷ quyền được quy định nhân danh chính mình. Do đó, trong phạm vi uỷ quyền, bên đại diện được giao dịch với bên thứ ba và mọi hành vi do bên đại diện thực hiện trực tiếp mang lại hậu quả pháp lí cho bên giao đại diện. Khi bên đại diện giao dịch với bên thứ ba thì về mặt pháp lí, các hành vi do người này thực hiện được xem như là chính người uỷ quyền (người giao đại diện) thực hiện. Bên giao đại diện phải chịu trách nhiệm về các cam kết do bên đại diện thực hiện trong phạm vi uỷ quyền. Đây là điểm khác biệt cơ bản của hoạt động đại diện cho thương nhân so với các hoạt động trung gian thương mại khác. Trong quan hệ đại diện cho thương nhân, giữa bên đại diện và bên giao đại diện có sự ràng buộc khá chặt chẽ.

- Nội dung của hoạt động đại diện cho thương nhân do các bên tham gia quan hệ thoả thuận. Các bên có thể thoả thuận về việc bên đại diện được thực hiện một phần hoặc toàn bộ các hoạt động thương mại thuộc phạm vi hoạt động của bên giao đại diện. Hoạt động đại diện cho thương nhân thường bao gồm việc tìm kiếm các cơ hội kinh doanh cho thương nhân giao đại diện và được tiến hành trong suốt thời gian đại diện, không giới hạn vào một vụ việc cụ thể. Bên đại diện cho thương nhân có thể được uỷ quyền tiến hành các hoạt động nghiên cứu thị trường, lựa chọn đối tác, đàm phán, giao kết hợp đồng với bên thứ ba trên danh nghĩa của bên giao đại diện. Cùng một lúc, bên đại diện có thể tiến hành hoạt động này cho nhiều thương nhân trừ trường hợp các bên có thoả thuận khác.

- Quan hệ đại diện cho thương nhân phát sinh trên cơ sở hợp đồng đại diện. Quan hệ đại diện cho thương nhân là một dạng riêng của quan hệ đại diện theo uỷ quyền được quy định

trong Bộ luật dân sự, bởi vậy, hợp đồng đại diện cho thương nhân là một dạng đặc biệt của hợp đồng uỷ quyền. Khác với hợp đồng uỷ quyền trong dân sự chỉ mang tính chất đền bù khi được các bên thoả thuận hoặc pháp luật có quy định, hợp đồng đại diện cho thương nhân luôn mang tính chất đền bù.

Hợp đồng đại diện cho thương nhân được giao kết giữa các thương nhân với nhau (giữa thương nhân giao đại diện và thương nhân đại diện), thương nhân giao đại diện phải có quyền thực hiện hoạt động thương mại mà mình uỷ quyền, thương nhân đại diện phải có đăng kí kinh doanh dịch vụ đại diện.

Hợp đồng đại diện cho thương nhân là một dạng riêng của hợp đồng uỷ quyền được quy định trong Bộ luật dân sự nhưng đồng thời là hợp đồng dịch vụ. Bởi vậy, đối tượng của hợp đồng đại diện cho thương nhân là những công việc mà bên đại diện phải tiến hành trên danh nghĩa và theo sự chỉ dẫn của bên giao đại diện.

Hợp đồng đại diện cho thương nhân phải được lập thành văn bản hoặc bằng hình thức khác có giá trị pháp lý tương đương (Điều 142 Luật thương mại).

Để đảm bảo quyền tự do của các bên khi giao kết hợp đồng, Luật thương mại năm 2005 đã bỏ quy định về nội dung chủ yếu của hợp đồng đại diện cho thương nhân nhưng xuất phát từ bản chất của quan hệ đại diện cho thương nhân và để hạn chế tranh chấp xảy ra trong quá trình thực hiện hợp đồng đại diện cho thương nhân, khi giao kết hợp đồng này các bên có thể thoả thuận về những điều khoản sau: Phạm vi đại diện; thời hạn đại diện; mức thù lao trả cho bên đại diện; thời điểm phát sinh quyền được hưởng thù lao, thời gian và phương thức thanh toán tiền thù lao cho việc đại diện; quyền và nghĩa vụ trong Bộ luật dân sự, bởi vậy, hợp đồng đại diện cho thương nhân là một dạng đặc biệt của hợp đồng uỷ quyền. Khác với hợp đồng uỷ quyền trong dân sự chỉ mang tính chất đền bù khi được các bên thoả thuận hoặc pháp luật có quy định, hợp đồng đại diện cho thương nhân luôn mang tính chất đền bù.

Hợp đồng đại diện cho thương nhân được giao kết giữa các thương nhân với nhau (giữa thương nhân giao đại diện và thương nhân đại diện), thương nhân giao đại diện phải có quyền thực hiện hoạt động thương mại mà mình uỷ quyền, thương nhân đại diện phải có đăng kí kinh doanh dịch vụ đại diện.

Hợp đồng đại diện cho thương nhân là một dạng riêng của hợp đồng uỷ quyền được quy định trong Bộ luật dân sự nhưng đồng thời là hợp đồng dịch vụ. Bởi vậy, đối tượng của hợp đồng đại diện cho thương nhân là những công việc mà bên đại diện phải tiến hành trên danh nghĩa và theo sự chỉ dẫn của bên giao đại diện.

Hợp đồng đại diện cho thương nhân phải được lập thành văn bản hoặc bằng hình thức khác có giá trị pháp lý tương đương (Điều 142 Luật thương mại).

Để đảm bảo quyền tự do của các bên khi giao kết hợp đồng, Luật

thương mại năm 2005 đã bỏ quy định về nội dung chủ yếu của hợp đồng đại diện cho thương nhân nhưng xuất phát từ bản chất của quan hệ đại diện cho thương nhân và để hạn chế tranh chấp xảy ra trong quá trình thực hiện hợp đồng đại diện cho thương nhân, khi giao kết hợp đồng này các bên có thể thoả thuận về những điều khoản sau: Phạm vi đại diện; thời hạn đại diện; mức thù lao trả cho bên đại diện; thời điểm phát sinh quyền được hưởng thù lao, thời gian và phương thức thanh toán tiền thù lao cho việc đại diện; quyền và nghĩa vụ

của các bên; trách nhiệm do vi phạm hợp đồng; hình thức giải quyết tranh chấp phát sinh từ quan hệ hợp đồng.

Từ những điểm phân tích trên, có thể thấy đại diện cho thương nhân có những điểm đặc thù so với đại diện theo uỷ quyền được quy định trong Bộ luật dân sự ở những điểm sau:

**Về chủ thể:* Hoạt động đại diện cho thương nhân theo quy định của Luật thương mại có chủ thể bắt buộc phải là thương nhân. Đại diện theo uỷ quyền quy định của Bộ luật dân sự có chủ thể là bất kì ai miễn là đáp ứng đủ điều kiện về năng lực chủ thể được quy định trong Bộ luật dân sự; Những quan hệ đại diện cho tổ chức, cá nhân không có tư cách thương nhân và quan hệ đại diện do thương nhân cử người của mình làm đại diện cho chính mình (*Ví dụ:* Giám đốc công ty nhà nước uỷ quyền cho trưởng một chi nhánh của công ty giao kết hợp đồng với bạn hàng) không áp dụng các quy định của Luật thương mại mà áp dụng các quy định chung về uỷ quyền của Bộ luật dân sự hoặc pháp luật lao động.

**Về mục đích hoạt động đại diện:* Hoạt động đại diện cho thương nhân quy định trong Luật thương mại có mục đích sinh lời. Quan hệ đại diện giữa họ gắn liền với lĩnh vực hoạt động thương mại của thương nhân như mua bán hàng hoá, cung ứng các dịch vụ thương mại hay thực hiện các hoạt động xúc tiến thương mại... Quy định về đại diện trong Bộ luật dân sự không nhất thiết phải có mục đích này.

**Về hình thức hợp đồng:* Hợp đồng đại diện cho thương nhân quy định trong Luật thương mại phải được lập thành văn bản hoặc hình thức khác có giá trị pháp lí tương đương. Hợp đồng uỷ quyền quy định trong Bộ luật dân sự không nhất thiết phải thể hiện bằng văn bản.

Từ những điểm phân tích trên, có thể thấy đại diện cho thương nhân có những điểm đặc thù so với đại diện theo uỷ quyền được quy định trong Bộ luật dân sự ở những điểm sau:

của các bên; trách nhiệm do vi phạm hợp đồng; hình thức giải quyết tranh chấp phát sinh từ quan hệ hợp đồng.

** Về chủ thể:* Hoạt động đại diện cho thương nhân theo quy định của Luật thương mại có chủ thể bắt buộc phải là thương nhân. Đại diện theo uỷ quyền quy định của Bộ luật dân sự có chủ thể là bất kì ai miễn là đáp ứng đủ điều kiện về năng lực chủ thể được quy định trong Bộ luật dân sự; Những quan hệ đại diện cho tổ chức, cá nhân không có tư cách thương nhân và quan hệ đại diện do thương nhân cử người của mình làm đại diện cho chính mình (*Ví dụ:* Giám đốc công ty nhà nước uỷ quyền cho trưởng một chi nhánh của công ty giao kết hợp đồng với bạn hàng) không áp dụng các quy định của Luật thương mại mà áp dụng các quy định chung về uỷ quyền của Bộ luật dân sự hoặc pháp luật lao động.

** Về mục đích hoạt động đại diện:* Hoạt động đại diện cho thương nhân quy định trong Luật thương mại có mục đích sinh lời. Quan hệ đại diện giữa họ gắn liền với lĩnh vực hoạt động thương mại của thương nhân như mua bán hàng hoá, cung ứng các dịch vụ thương mại hay thực hiện các hoạt động xúc tiến thương mại... Quy định về đại diện trong Bộ luật dân sự không nhất thiết phải có mục đích này.

** Về hình thức hợp đồng:* Hợp đồng đại diện cho thương nhân quy định trong Luật thương mại phải được lập thành văn bản hoặc hình thức khác có giá trị pháp lí tương đương. Hợp đồng uỷ quyền quy định trong Bộ luật dân sự không nhất thiết phải thể hiện bằng văn bản.

2. Quyền và nghĩa vụ của các bên trong quan hệ đại diện cho thương nhân

Do quan hệ giữa bên đại diện và bên giao đại diện được thiết lập thông qua hợp đồng nên các quyền và nghĩa vụ của các bên trong quan hệ đại diện cho thương nhân chủ yếu được xác định thông qua các điều khoản của hợp đồng. Ngoài các quyền và nghĩa vụ theo hợp đồng, bên đại diện và bên được đại diện còn có quyền và nghĩa vụ theo luật định (trừ trường hợp các bên có thoả thuận khác).

ứ. *Quyền và nghĩa vụ của bên đại diện đối với bên giao đại diện*

• Nghĩa vụ của bên đại diện

Trong quan hệ đại diện cho thương nhân, bên giao đại diện không những cho phép và uỷ quyền cho bên đại diện quan hệ với bên thứ ba mà còn thường xuyên giao tiền và tài sản của mình cho bên đại diện quản lí. Vì vậy, nếu bên đại diện sơ suất hay thiếu trung thực có thể làm ảnh hưởng tới bên giao đại diện. Do đó, pháp luật của nhiều nước trên thế giới đều quy định bên đại diện có nghĩa vụ phải phục tùng, cần mẫn, trung thành và nghĩa vụ thông báo đối với bên giao đại diện.

Theo Điều 145 Luật thương mại, bên đại diện có các nghĩa vụ sau (trừ trường hợp có thoả thuận khác):

- Thực hiện hoạt động thương mại với danh nghĩa và vì lợi ích của bên giao đại diện (nghĩa vụ này thường xuất hiện trong các trường hợp có sự xung đột về quyền lợi giữa bên giao đại diện và bên đại diện).

2. Quyền và nghĩa vụ của các bên trong quan hệ đại diện cho thương nhân

Do quan hệ giữa bên đại diện và bên giao đại diện được thiết lập

Các hoạt động thương mại mà bên đại diện được bên giao

thông qua hợp đồng nên các quyền và nghĩa vụ của các bên trong quan hệ đại diện cho thương nhân chủ yếu được xác định thông qua các điều khoản của hợp đồng. Ngoài các quyền và nghĩa vụ theo hợp đồng, bên đại diện và bên được đại diện còn có quyền và nghĩa vụ theo luật định (trừ trường hợp các bên có thoả thuận khác).

a. Quyền và nghĩa vụ của bên đại diện đối với bên giao đại diện

• Nghĩa vụ của bên đại diện

Trong quan hệ đại diện cho thương nhân, bên giao đại diện không những cho phép và uỷ quyền cho bên đại diện quan hệ với bên thứ ba mà còn thường xuyên giao tiền và tài sản của mình cho bên đại diện quản lí. Vì vậy, nếu bên đại diện sơ suất hay thiếu trung thực có thể làm ảnh hưởng tới bên giao đại diện. Do đó, pháp luật của nhiều nước trên thế giới đều quy định bên đại diện có nghĩa vụ phải phục tùng, cần mẫn, trung thành và nghĩa vụ thông báo đối với bên giao đại diện.

Theo Điều 145 Luật thương mại, bên đại diện có các nghĩa vụ sau (trừ trường hợp có thoả thuận khác):

- Thực hiện hoạt động thương mại với danh nghĩa và vì lợi ích của bên giao đại diện (nghĩa vụ này thường xuất hiện trong các trường hợp có sự xung đột về quyền lợi giữa bên giao đại diện và bên đại diện).

đại diện uỷ quyền thực hiện thường là tìm kiếm các cơ hội kinh doanh, lựa chọn bên thứ ba có nhiều khả năng trở thành đối tác kinh doanh của bên giao đại diện, tiến hành giao kết hợp đồng với bên thứ ba. Trong phạm vi đại diện, bên đại diện thực hiện các hoạt động thương mại nói trên nhân danh bên giao đại diện chứ không được nhân danh mình. Những giao dịch do bên đại diện thực hiện nhân danh bên giao đại diện mà vượt quá phạm vi đại diện, nếu không được bên giao đại diện chấp nhận thì bên đại diện phải chịu trách nhiệm đối với bên thứ ba, trừ trường hợp bên thứ ba biết hoặc phải biết về việc không có thẩm quyền đại diện. Khi giao dịch với

Các hoạt động thương mại mà bên đại diện được bên giao

bên thứ ba bên đại diện phải có nghĩa vụ báo cho bên thứ ba về thời hạn, phạm vi được uỷ quyền của mình cũng như việc sửa đổi, bổ sung phạm vi uỷ quyền.

Khi thực hiện các hoạt động thương mại được uỷ quyền, bên đại diện phải tuân thủ nguyên tắc thực hiện hợp đồng trung thực, theo tinh thần hợp tác, bảo đảm tin cậy lẫn nhau. Bên đại diện có nghĩa vụ hoạt động vì lợi ích của bên giao đại diện, bảo vệ và phát triển lợi ích của bên giao đại diện như nỗ lực hoạt động để tìm kiếm khách hàng, nguồn hàng, tìm hiểu diễn biến của thị trường, tình hình hoạt động của bên thứ ba, giữ gìn tốt các quan hệ kinh doanh cho bên giao đại diện. Để hạn chế xung đột về lợi ích kinh tế giữa bên đại diện và bên giao đại diện, Luật thương mại quy định trong phạm vi đại diện, bên 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. *Ví dụ:* Thương nhân A kí hợp đồng làm đại diện tiêu thụ các loại bánh kẹo do thương nhân B sản xuất. Thương nhân A không được bán đại diện uỷ quyền thực hiện thường là tìm kiếm các cơ hội kinh doanh, lựa chọn bên thứ ba có nhiều khả năng trở thành đối tác kinh doanh của bên giao đại diện, tiến hành giao kết hợp đồng với bên thứ ba. Trong phạm vi đại diện, bên đại diện thực hiện các hoạt động thương mại nói trên nhân danh bên giao đại diện chứ không được nhân danh mình. Những giao dịch do bên đại diện thực hiện nhân danh bên giao đại diện mà vượt quá phạm vi đại diện, nếu không được bên giao đại diện chấp nhận thì bên đại diện phải chịu trách nhiệm đối với bên thứ ba, trừ trường hợp bên thứ ba biết hoặc phải biết về việc không có thẩm quyền đại diện. Khi giao dịch với bên thứ ba bên đại diện phải có nghĩa vụ báo cho bên thứ ba về thời hạn, phạm vi được uỷ quyền của mình cũng như việc sửa đổi, bổ sung phạm vi uỷ quyền.

Khi thực hiện các hoạt động thương mại được uỷ quyền, bên đại diện phải tuân thủ nguyên tắc thực hiện hợp đồng trung thực, theo tinh thần hợp

tác, bảo đảm tin cậy lẫn nhau. Bên đại diện có nghĩa vụ hoạt động vì lợi ích của bên giao đại diện, bảo vệ và phát triển lợi ích của bên giao đại diện như nỗ lực hoạt động để tìm kiếm khách hàng, nguồn hàng, tìm hiểu diễn biến của thị trường, tình hình hoạt động của bên thứ ba, giữ gìn tốt các quan hệ kinh doanh cho bên giao đại diện. Để hạn chế xung đột về lợi ích kinh tế giữa bên đại diện và bên giao đại diện, Luật thương mại quy định trong phạm vi đại diện, bên 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. *Ví dụ:* Thương nhân A kí hợp đồng làm đại diện tiêu thụ các loại bánh kẹo do thương nhân B sản xuất. Thương nhân A không được bán

bán kẹo của mình hoặc của người khác trong thời gian làm đại diện cho thương nhân B.

- Thông báo cho bên giao đại diện về cơ hội và kết quả thực hiện các hoạt động thương mại đã được uỷ quyền: Bên đại diện phải nỗ lực để cung cấp cho bên giao đại diện, các thông tin mà mình biết hay phải biết với cương vị là bên đại diện. Bên đại diện cần phải thông báo kịp thời cho bên giao đại diện về diễn biến của thị trường, tình hình kinh doanh, khả năng trả nợ của đối tác, kết quả của các hoạt động đã thực hiện... Nhờ những thông tin này, bên giao đại diện có thể chủ động xây dựng và thực hiện kế hoạch kinh doanh của mình cho phù hợp với tình hình thị trường và kịp thời đưa ra các chỉ dẫn cụ thể cho bên đại diện.

- Tuân thủ chặt chẽ những chỉ dẫn của bên giao đại diện nếu chỉ dẫn đó không vi phạm quy định của pháp luật. Nghĩa vụ này đòi hỏi trong phạm vi được uỷ quyền bên đại diện phải tuân theo mọi chỉ dẫn của bên giao đại diện. *Ví dụ:* Một đại diện bán chịu hàng hoá không theo chỉ dẫn rõ ràng của bên giao đại diện là đã vi phạm nghĩa vụ này và phải chịu trách nhiệm trước người giao đại diện về bất cứ lượng hàng nào mà người thứ ba đã mua mà không trả tiền.

Bên đại diện phải trao đổi, thông báo cho bên giao đại diện khi không thể thực hiện những chỉ dẫn của họ hoặc việc thực hiện có nguy cơ gây thiệt hại cho bên giao đại diện.

Bên đại diện có quyền từ chối thực hiện chỉ dẫn của bên giao đại diện nếu chỉ dẫn đó vi phạm các quy định của pháp luật hoặc không phù hợp với hợp đồng 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

- Thông báo cho bên giao đại diện về cơ hội và kết quả thực hiện các hoạt động thương mại đã được uỷ quyền: Bên đại diện phải nỗ lực để cung cấp cho bên giao đại diện, các thông tin mà mình biết hay phải biết với

bán kẹo của mình hoặc của người khác trong thời gian làm đại diện cho thương nhân B.

cương vị là bên đại diện. Bên đại diện cần phải thông báo kịp thời cho bên giao đại diện về diễn biến của thị trường, tình hình kinh doanh, khả năng trả nợ của đối tác, kết quả của các hoạt động đã thực hiện... Nhờ những thông tin này, bên giao đại diện có thể chủ động xây dựng và thực hiện kế hoạch kinh doanh của mình cho phù hợp với tình hình thị trường và kịp thời đưa ra các chỉ dẫn cụ thể cho bên đại diện.

- Tuân thủ chặt chẽ những chỉ dẫn của bên giao đại diện nếu chỉ dẫn đó không vi phạm quy định của pháp luật. Nghĩa vụ này đòi hỏi trong phạm vi được uỷ quyền bên đại diện phải tuân theo mọi chỉ dẫn của bên giao đại diện. *Ví dụ:* Một đại diện bán chịu hàng hoá không theo chỉ dẫn rõ ràng của bên giao đại diện là đã vi phạm nghĩa vụ này và phải chịu trách nhiệm trước người giao đại diện về bất cứ lượng hàng nào mà người thứ ba đã mua mà không trả tiền.

Bên đại diện phải trao đổi, thông báo cho bên giao đại diện khi không thể thực hiện những chỉ dẫn của họ hoặc việc thực hiện có nguy cơ gây thiệt hại cho bên giao đại diện.

Bên đại diện có quyền từ chối thực hiện chỉ dẫn của bên giao đại diện nếu chỉ dẫn đó vi phạm các quy định của pháp luật hoặc không phù hợp với hợp đồng 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. Nghĩa vụ này không có nghĩa là bên đại diện không được phép đại diện cho hai hoặc nhiều thương nhân cùng một lúc nếu trong hợp đồng không có những hạn chế như vậy.

- Bảo quản tài liệu, tài sản được giao để thực hiện hoạt động đại diện. Bên đại diện phải có trách nhiệm bảo quản tài sản, tài liệu được giao và phải hoàn trả tài sản, tài liệu đó cho bên giao đại diện khi kết thúc hoạt động đại diện. Bên đại diện phải có nghĩa vụ bảo quản tài sản do bên giao đại diện giao riêng biệt với tài sản của mình.

- Không được tiết lộ hoặc cung cấp cho người khác các bí mật liên quan đến hoạt động thương mại của bên giao đại diện trong thời gian làm đại diện và trong thời hạn 2 năm kể từ khi hợp đồng đại diện chấm dứt. Khi giao kết hợp đồng đại diện các bên có thể thoả thuận thông tin nào được coi là bí mật,⁽¹⁾ nếu các bên không có thoả thuận thì tùy vào điều kiện cụ thể để xem xét song các thông tin đó phải liên quan trực tiếp đến hoạt động kinh doanh của bên giao đại diện như bí quyết kinh doanh, chiến lược kinh doanh, kế hoạch kinh doanh, danh sách khách hàng... Những thông tin này chưa được công bố công khai và đã được tiết lộ cho bên đại diện trong khuôn khổ của hợp đồng đại diện. Nếu bên đại diện tiết lộ các thông tin này có thể làm phương hại đến công việc

(1) Theo quy định tại khoản 10 Điều 3 Luật cạnh tranh năm 2004, bí mật kinh doanh là thông tin có đủ 3 điều kiện:

- Không phải là hiểu biết thông thường;
- Có khả năng áp dụng trong kinh doanh và khi được sử dụng sẽ tạo cho người nắm giữ thông tin đó có lợi thế hơn so với người không nắm giữ hoặc không sử dụng thông tin đó;
- Được chủ sở hữu bảo mật bằng các biện pháp cần thiết để thông tin đó không bị tiết lộ và không dễ dàng tiếp cận được.

diện. Nghĩa vụ này không có nghĩa là bên đại diện không được phép đại diện cho hai hoặc nhiều thương nhân cùng một lúc nếu trong hợp đồng không có những hạn chế như vậy.

- Bảo quản tài liệu, tài sản được giao để thực hiện hoạt động đại diện. Bên đại diện phải có trách nhiệm bảo quản tài sản, tài liệu được giao và phải hoàn trả tài sản, tài liệu đó cho bên giao đại diện khi kết thúc hoạt động đại diện. Bên đại diện phải có nghĩa vụ bảo quản tài sản do bên giao đại diện giao riêng biệt với tài sản của mình.

- Không được tiết lộ hoặc cung cấp cho người khác các bí mật liên quan đến hoạt động thương mại của bên giao đại diện trong thời gian làm đại diện và trong thời hạn 2 năm kể từ khi hợp đồng đại diện chấm dứt. Khi giao kết hợp đồng đại diện các bên có thể thỏa thuận thông tin nào được coi là bí mật,⁽¹⁾ nếu các bên không có thỏa thuận thì tùy vào điều kiện cụ thể để xem xét song các thông tin đó phải liên quan trực tiếp đến hoạt động kinh doanh của bên giao đại diện như bí quyết kinh doanh, chiến lược kinh doanh, kế hoạch kinh doanh, danh sách khách hàng... Những thông tin này chưa được công bố công khai và đã được tiết lộ cho bên đại diện trong khuôn khổ của hợp đồng đại diện. Nếu bên đại diện tiết lộ các thông tin này có thể làm phương hại đến công việc

(1) . Theo quy định tại khoản 10 Điều 3 Luật cạnh tranh năm 2004, bí mật kinh doanh là thông tin có đủ 3 điều kiện:

- Không phải là hiểu biết thông thường;
- Có khả năng áp dụng trong kinh doanh và khi được sử dụng sẽ tạo cho người nắm giữ thông tin đó có lợi thế hơn so với người không nắm giữ hoặc không sử dụng thông tin đó;
- Được chủ sở hữu bảo mật bằng các biện pháp cần thiết để thông tin đó không bị tiết lộ và không dễ dàng tiếp cận được.

kinh doanh của bên giao đại diện.

• *Quyền của bên đại diện*

- Quyền hưởng thù lao: Bên đại diện được hưởng thù lao đối với các hợp đồng được giao kết trong phạm vi đại diện. Mức thù lao và thời điểm phát sinh quyền được hưởng thù lao do các bên thỏa thuận trong hợp đồng

đại diện. Mức thù lao thường là một tỷ lệ phần trăm nhất định tính trên giá trị các hợp đồng đã được giao kết giữa bên giao đại diện và bên thứ ba. Các bên có thể thoả thuận phương pháp xác định thù lao tùy theo điều kiện cụ thể của hợp đồng. Luật thương mại không ấn định thời điểm và các điều kiện phát sinh quyền hưởng thù lao mà sẽ do các bên tham gia hợp đồng tự do thoả thuận. Trong thực tiễn kinh doanh, quyền được hưởng thù lao của bên đại diện thường phát sinh sau khi các hợp đồng giữa bên giao đại diện và bên thứ ba được giao kết nếu đáp ứng các điều kiện sau: (i) hợp đồng phải được giao kết trong phạm vi đại diện; (ii) chỉ dẫn của bên giao đại diện đều được chấp hành nghiêm chỉnh; (iii) hợp đồng đó được đã được giao kết dưới tác động của bên đại diện.⁽¹⁾ Tác động của bên đại diện đến việc giao kết hợp đồng giữa bên giao đại diện và bên thứ ba trước hết là tác động trực tiếp đến ý chí muốn giao kết hợp đồng của bên thứ ba như bên đại diện đã trực tiếp giao dịch với bên thứ ba và dẫn đến việc giao kết hợp đồng. Tác động này cũng có thể là ảnh hưởng gián tiếp đến việc giao kết hợp đồng giữa bên giao đại diện và bên thứ ba. *Ví dụ:* Sau khi được bên đại diện chấp nối đề giao kết các hợp đồng lần đầu, bên thứ ba tự đến và giao kết hợp đồng với

(1).Xem: Phạm Duy Nghĩa, *Chuyên khảo luật kinh tế*, Nxb. Đại học quốc gia Hà Nội, 2004, tr. 545.

kinh doanh của bên giao đại diện.

- *Quyền của bên đại diện*

- Quyền hưởng thù lao: Bên đại diện được hưởng thù lao đối với các hợp đồng được giao kết trong phạm vi đại diện. Mức thù lao và thời điểm phát sinh quyền được hưởng thù lao do các bên thoả thuận trong hợp đồng đại diện. Mức thù lao thường là một tỷ lệ phần trăm nhất định tính trên giá trị các hợp đồng đã được giao kết giữa bên giao đại diện và bên thứ ba. Các bên có thể thoả thuận phương pháp xác định thù lao tùy theo điều kiện cụ thể của hợp đồng. Luật thương mại không ấn định thời điểm và các

điều kiện phát sinh quyền hưởng thù lao mà sẽ do các bên tham gia hợp đồng tự do thoả thuận. Trong thực tiễn kinh doanh, quyền được hưởng thù lao của bên đại diện thường phát sinh sau khi các hợp đồng giữa bên giao đại diện và bên thứ ba được giao kết nếu đáp ứng các điều kiện sau: (i) hợp đồng phải được giao kết trong phạm vi đại diện; (ii) chỉ dẫn của bên giao đại diện đều được chấp hành nghiêm chỉnh; (iii) hợp đồng đó được đã được giao kết dưới tác động của bên đại diện.⁽¹⁾ Tác động của bên đại diện đến việc giao kết hợp đồng giữa bên giao đại diện và bên thứ ba trước hết là tác động trực tiếp đến ý chí muốn giao kết hợp đồng của bên thứ ba như bên đại diện đã trực tiếp giao dịch với bên thứ ba và dẫn đến việc giao kết hợp đồng. Tác động này cũng có thể là ảnh hưởng gián tiếp đến việc giao kết hợp đồng giữa bên giao đại diện và bên thứ ba. *Ví dụ:* Sau khi được bên đại diện chấp nối để giao kết các hợp đồng lần đầu, bên thứ ba tự đến và giao kết hợp đồng với

(1).Xem: Phạm Duy Nghĩa, *Chuyên khảo luật kinh tế*, Nxb. Đại học quốc gia Hà Nội, 2004, tr. 545.

bên giao đại diện hoặc giới thiệu thêm các khách hàng mới. Pháp luật của nhiều nước quy định rõ rằng hợp đồng được giao kết dưới cả hai loại tác động nói trên của bên đại diện thì bên đại diện đều có quyền được hưởng thù lao.⁹⁷ Luật thương mại Việt Nam chưa quy định cụ thể điều này, do đó tùy theo điều kiện cụ thể, các bên cần xác định "tác động của bên đại diện" liên quan đến quyền hưởng thù lao của những người này. Các bên cũng có thể thoả thuận rằng bên đại diện chỉ được hưởng thù lao khi bên giao đại diện đã thực hiện hợp đồng với bên thứ ba hoặc khi bên thứ ba đã thực hiện hợp đồng với bên giao đại diện.

Nếu trong hợp đồng đại diện các bên không thoả thuận mức thù lao thì mức thù lao cho bên đại diện được xác định theo giá của loại dịch vụ đó trong các điều kiện tương tự về phương thức cung ứng, thời điểm cung

97. The Commercial Agents (Council Directive) Regulations of UK - 1993.

ứng, thị trường địa lí, phương thức thanh toán và các điều kiện khác có ảnh hưởng đến giá dịch vụ.⁹⁸

Trong trường hợp các bên không có thoả thuận về thời hạn thanh toán thù lao cho bên đại diện và giữa các bên không có bất kì thói quen nào về việc thanh toán thì thời hạn thanh toán là thời điểm bên đại diện đã hoàn thành việc cung ứng dịch vụ đại diện.⁹⁹

- Quyền yêu cầu thanh toán chi phí. Trong hợp đồng đại diện, các bên có quyền thoả thuận về nghĩa vụ thanh toán các chi phí liên quan đến việc thực hiện hoạt động đại diện. Các bên có thể thoả thuận mọi chi phí cho hoạt động đại diện giao đại diện hoặc giới thiệu thêm các khách hàng mới. Pháp luật của nhiều nước quy định rõ rằng hợp đồng được giao kết dưới cả hai loại tác động nói trên của bên đại diện thì bên đại diện đều có quyền được hưởng thù lao.¹⁰⁰ Luật thương mại Việt Nam chưa quy định cụ thể điều này, do đó tùy theo điều kiện cụ thể, các bên cần xác định "tác động của bên đại diện" liên quan đến quyền hưởng thù lao của những người này. Các bên cũng có thể thoả thuận rằng bên đại diện chỉ được hưởng thù lao khi bên giao đại diện đã thực hiện hợp đồng với bên thứ ba hoặc khi bên thứ ba đã thực hiện hợp đồng với bên giao đại diện.

Nếu trong hợp đồng đại diện các bên không thoả thuận mức thù lao thì mức thù lao cho bên đại diện được xác định theo giá của loại dịch vụ đó trong các điều kiện tương tự về phương thức cung ứng, thời điểm cung ứng, thị trường địa lí, phương thức thanh toán và các điều kiện khác có ảnh hưởng đến giá dịch vụ.¹⁰¹

Trong trường hợp các bên không có thoả thuận về thời hạn thanh toán thù lao cho bên đại diện và giữa các bên không có bất kì thói quen nào về việc thanh toán thì thời hạn thanh toán là thời điểm bên đại diện

98 . Xem: Điều 86, 147 Luật thương mại.

99 . Xem: Điều 87 Luật thương mại.

100 . The Commercial Agents (Council Directive) Regulations of UK - 1993.

101 . Xem: Điều 86, 147 Luật thương mại.

đã hoàn thành việc cung ứng dịch vụ đại diện.¹⁰²

- Quyền yêu cầu thanh toán chi phí. Trong hợp đồng đại diện, các bên có quyền thoả thuận về nghĩa vụ thanh toán các chi phí liên quan đến việc thực hiện hoạt động đại diện. Các bên có thể thoả thuận mọi chi phí cho hoạt động đại

102 .Xem: Điều 87 Luật thương mại.

diện do bên đại diện tự chịu, bên giao đại diện không có nghĩa vụ thanh toán các chi phí đó. Để bảo vệ lợi ích chính đáng của bên đại diện, Điều 148 Luật thương mại quy định: Trừ trường hợp có thoả 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.

- Quyền được cầm giữ tài sản, tài liệu được giao (Điều 149 Luật thương mại). Đây thực chất là một quyền phái sinh từ quyền được hưởng thù lao và thanh toán các chi phí hợp lý đã đến hạn, vì để đảm bảo cho các quyền này được thực hiện, bên đại diện có quyền cầm giữ tài sản, tài liệu được giao trong quá trình thực hiện hoạt động đại diện (trừ trường hợp các bên có thoả thuận khác).

b. Quyền và nghĩa vụ của bên giao đại diện đối với bên đại diện

Mặc dù cả bên đại diện và bên giao đại diện đều có quyền và nghĩa vụ phát sinh từ quan hệ đại diện nhưng người ta thường quan tâm nhiều hơn đến nghĩa vụ của bên đại diện. Điều đó xuất phát từ bản chất của quan hệ đại diện, trong quan hệ này người phải thực hiện dịch vụ theo hợp đồng và theo quy định của pháp luật chủ yếu là bên đại diện. Tuy nhiên, theo quy định của Luật thương mại Việt Nam hiện hành, bên giao đại diện cũng có một số quyền và nghĩa vụ sau:

** Nghĩa vụ của bên giao đại diện*

Điều 146 Luật thương mại quy định: trừ trường hợp có thoả thuận khác, bên giao đại diện có nghĩa vụ sau:

- Nghĩa vụ thông báo: bên giao đại diện phải thông báo ngay cho bên đại diện về việc giao kết hợp đồng mà bên đại diện do bên đại diện tự chịu, bên giao đại diện không có nghĩa vụ thanh toán các chi phí đó. Để bảo vệ lợi ích chính đáng của bên đại diện, Điều 148 Luật thương mại quy định: Trừ trường hợp có thoả 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.

- Quyền được cầm giữ tài sản, tài liệu được giao (Điều 149 Luật thương mại). Đây thực chất là một quyền phái sinh từ quyền được hưởng thù lao và thanh toán các chi phí hợp lí đã đến hạn, vì để đảm bảo cho các quyền này được thực hiện, bên đại diện có quyền cầm giữ tài sản, tài liệu được giao trong quá trình thực hiện hoạt động đại diện (trừ trường hợp các bên có thoả thuận khác).

b. Quyền và nghĩa vụ của bên giao đại diện đối với bên đại diện

Mặc dù cả bên đại diện và bên giao đại diện đều có quyền và nghĩa vụ phát sinh từ quan hệ đại diện nhưng người ta thường quan tâm nhiều hơn đến nghĩa vụ của bên đại diện. Điều đó xuất phát từ bản chất của quan hệ đại diện, trong quan hệ này người phải thực hiện dịch vụ theo hợp đồng và theo quy định của pháp luật chủ yếu là bên đại diện. Tuy nhiên, theo quy định của Luật thương mại Việt Nam hiện hành, bên giao đại diện cũng có một số quyền và nghĩa vụ sau:

** Nghĩa vụ của bên giao đại diện*

Điều 146 Luật thương mại quy định: trừ trường hợp có thoả thuận khác, bên giao đại diện có nghĩa vụ sau:

- Nghĩa vụ thông báo: bên giao đại diện phải thông báo ngay cho bên đại diện về việc giao kết hợp đồng mà bên đại diện đã giao dịch, việc thực hiện hợp đồng mà bên đại diện đã giao kết. Đối với những hoạt động ngoài phạm vi đại diện mà bên đại diện đã thực hiện, bên giao đại diện phải thông báo ngay việc chấp nhận hoặc không chấp nhận. Bên giao đại diện phải thông báo kịp thời cho bên đại diện về khả năng không giao kết được hoặc không thực hiện được các hợp đồng trong phạm vi đại diện.

- Nghĩa vụ cung cấp tài sản, tài liệu, thông tin cần thiết để bên đại diện thực hiện hoạt động đại diện. Đây là nghĩa vụ mà bên giao đại diện phải thực hiện nhằm tạo điều kiện cho bên đại diện hoạt động nhưng cũng là để phục vụ cho lợi ích của chính họ.

- Nghĩa vụ trả thù lao và các chi phí hợp lí khác cho bên đại diện. Đây là nghĩa vụ quan trọng của bên giao đại diện. Thù lao mà bên giao đại diện phải thanh toán có thể bao gồm thù lao theo hợp đồng đại diện và những khoản thù lao phát sinh do bên đại diện phải thực hiện các nghĩa vụ ngoài những nghĩa vụ phát sinh từ hợp đồng đại diện. Ngoài ra, bên giao đại diện còn phải thanh toán cho bên đại diện những chi phí liên quan đến việc đại diện, nếu các bên không có thoả thuận khác.

• *Quyền của bên giao đại diện*

Quyền của bên giao đại diện không được quy định thành một điều khoản cụ thể trong Luật thương mại. Song do tính chất của hợp đồng đại diện cho thương nhân là hợp đồng song vụ nên thông qua các nghĩa vụ của bên đại diện, có thể thấy được quyền của bên giao đại diện. Đó là những quyền sau:

- Quyền không chấp nhận hợp đồng do bên đại diện kí không đúng thẩm quyền. Bên giao đại diện có quyền yêu cầu bên đại diện và khách hàng liên đới bồi thường thiệt hại phát sinh đã giao dịch, việc thực hiện hợp đồng mà bên đại diện đã giao kết. Đối với những hoạt động ngoài phạm vi đại diện mà bên đại diện đã thực hiện, bên giao đại diện phải thông báo ngay việc chấp nhận hoặc không chấp nhận. Bên giao đại diện phải thông báo kịp thời cho bên đại diện về khả năng không giao kết được hoặc không thực hiện được các hợp đồng trong phạm vi đại diện.

- Nghĩa vụ cung cấp tài sản, tài liệu, thông tin cần thiết để bên đại diện thực hiện hoạt động đại diện. Đây là nghĩa vụ mà bên giao đại diện phải thực hiện nhằm tạo điều kiện cho bên đại diện hoạt động nhưng cũng là để phục vụ cho lợi ích của chính họ.

- Nghĩa vụ trả thù lao và các chi phí hợp lí khác cho bên đại diện. Đây là nghĩa vụ quan trọng của bên giao đại diện. Thù lao mà bên giao đại diện phải thanh toán có thể bao gồm thù lao theo hợp đồng đại diện và những khoản thù lao phát sinh do bên đại diện phải thực

hiện các nghĩa vụ ngoài những nghĩa vụ phát sinh từ hợp đồng đại diện. Ngoài ra, bên giao đại diện còn phải thanh toán cho bên đại diện những chi phí liên quan đến việc đại diện, nếu các bên không có thỏa thuận khác.

- *Quyền của bên giao đại diện*

Quyền của bên giao đại diện không được quy định thành một điều khoản cụ thể trong Luật thương mại. Song do tính chất của hợp đồng đại diện cho thương nhân là hợp đồng song vụ nên thông qua các nghĩa vụ của bên đại diện, có thể thấy được quyền của bên giao đại diện. Đó là những quyền sau:

- Quyền không chấp nhận hợp đồng do bên đại diện kí không đúng thẩm quyền. Bên giao đại diện có quyền yêu cầu bên đại diện và khách hàng liên đới bồi thường thiệt hại phát

sinh nếu những người này cố ý xác lập, thực hiện giao dịch vượt quá thẩm quyền đại diện.

- Quyền yêu cầu bên đại diện cung cấp các thông tin liên quan đến việc thực hiện hoạt động thương mại được uỷ quyền.
- Quyền đưa ra những chỉ dẫn và yêu cầu bên đại diện phải tuân thủ các chỉ dẫn đó.

3. Chấm dứt hợp đồng đại diện cho thương nhân

Hợp đồng đại diện cho thương nhân chấm dứt khi: (i) thời hạn đại diện cho thương nhân chấm dứt; (ii) công việc đại diện cho thương nhân đã hoàn thành; (iii) một trong hai bên tham gia hợp đồng chết, mất hoặc bị hạn chế năng lực hành vi, mất tư cách thương nhân (Điều 589 Bộ luật dân sự). Nếu trong hợp đồng không xác định thời hạn đại diện, các bên đều có quyền đơn phương chấm dứt hợp đồng đại diện nhưng phải thông báo cho bên kia biết. Luật thương mại năm 2005 không quy định thời hạn các bên phải thông báo cho nhau biết về việc chấm dứt hợp đồng.⁽¹⁾ Trong trường hợp bên giao đại diện đơn phương thông báo chấm dứt hợp đồng đại diện, bên đại diện có quyền yêu cầu được hưởng thù lao do việc bên đại diện giao kết các hợp đồng với khách hàng mà bên đại diện đã giao dịch và những khoản thù lao khác mà đáng lẽ mình được hưởng (khoản 3 Điều 144 Luật thương mại). Điều này có nghĩa là người đại diện vẫn có quyền hưởng thù lao đối với những hợp đồng được giao kết

(1). Khoản 1 Điều 92 Luật thương mại năm 1997 quy định: Trong trường hợp hợp đồng đại diện không xác định thời hạn cụ thể thì các bên đều có quyền đơn phương chấm dứt hợp đồng đại diện nhưng phải thông báo cho bên kia biết chậm nhất là sáu mươi ngày trước khi chấm dứt hợp đồng đại diện.

sinh nếu những người này cố ý xác lập, thực hiện giao dịch vượt quá thẩm quyền đại diện.

- Quyền yêu cầu bên đại diện cung cấp các thông tin liên quan đến việc thực hiện hoạt động thương mại được uỷ quyền.

- Quyền đưa ra những chỉ dẫn và yêu cầu bên đại diện phải tuân thủ các chỉ dẫn đó.

3. Chấm dứt hợp đồng đại diện cho thương nhân

Hợp đồng đại diện cho thương nhân chấm dứt khi: (i) thời hạn đại diện cho thương nhân chấm dứt; (ii) công việc đại diện cho thương nhân đã hoàn thành; (iii) một trong hai bên tham gia hợp đồng chết, mất hoặc bị hạn chế năng lực hành vi, mất tư cách thương nhân (Điều 589 Bộ luật dân sự). Nếu trong hợp đồng không xác định thời hạn đại diện, các bên đều có quyền đơn phương chấm dứt hợp đồng đại diện nhưng phải thông báo cho bên kia biết. Luật thương mại năm 2005 không quy định thời hạn các bên phải thông báo cho nhau biết về việc chấm dứt hợp đồng.⁽¹⁾ Trong trường hợp bên giao đại diện đơn phương thông báo chấm dứt hợp đồng đại diện, bên đại diện có quyền yêu cầu được hưởng thù lao do việc bên đại diện giao kết các hợp đồng với khách hàng mà bên đại diện đã giao dịch và những khoản thù lao khác mà đáng lẽ mình được hưởng (khoản 3 Điều 144 Luật thương mại). Điều này có nghĩa là người đại diện vẫn có quyền hưởng thù lao đối với những hợp đồng được giao kết

(1). Khoản 1 Điều 92 Luật thương mại năm 1997 quy định: Trong trường hợp hợp đồng đại diện không xác định thời hạn cụ thể thì các bên đều có quyền đơn phương chấm dứt hợp đồng đại diện nhưng phải thông báo cho bên kia biết chậm nhất là sáu mươi ngày trước khi chấm dứt hợp đồng đại diện.

giữa bên giao đại diện với bên thứ ba trước và cả sau khi hợp đồng đại diện chấm dứt nếu những hợp đồng đó được giao kết là kết quả của những giao dịch do bên đại diện đem lại. Trong trường hợp bên đại diện đơn phương chấm dứt hợp đồng đại diện thì bên đại diện mất quyền hưởng thù lao đối với các giao dịch đáng lẽ mình được hưởng nếu các bên không có thoả thuận khác.

Luật thương mại năm 2005 không quy định nguyên tắc xác định khoản thù lao mà bên đại diện được hưởng nếu bên giao đại diện đơn phương chấm dứt hợp đồng (trong trường hợp hợp đồng không xác định thời hạn đại diện).

Theo Điều 588 Bộ luật dân sự năm 2005, bên giao đại diện phải thông báo bằng văn bản cho người thứ ba biết về việc bên giao đại diện chấm dứt hợp đồng; nếu không thông báo thì hợp đồng với người thứ ba vẫn có hiệu lực, trừ trường hợp người thứ ba biết hoặc phải biết về việc hợp đồng đại diện đã bị chấm dứt. Luật thương mại không quy định ai sẽ có nghĩa vụ phải thông báo cho bên thứ ba biết trong trường hợp bên đại diện thông báo chấm dứt hợp đồng.

III. MÔI GIỚI THƯƠNG MẠI

1. Khái niệm và đặc điểm

Theo Từ điển tiếng Việt của Viện ngôn ngữ học, môi giới được hiểu là người làm trung gian để cho hai bên tiếp xúc, giao thiệp với nhau.⁽¹⁾ Tương tự với cách hiểu thông thường về môi giới, Điều 150 Luật thương mại đã định nghĩa môi giới thương mại như sau:

(D.Xem: Viện ngôn ngữ học, *Từ điển tiếng Việt*. Nxb. Đà Nẵng, 1997, tr. 618. giữa bên giao đại diện với bên thứ ba trước và cả sau khi hợp đồng đại diện chấm dứt nếu những hợp đồng đó được giao kết là kết quả của những giao dịch do bên đại diện đem lại. Trong trường hợp bên đại diện đơn phương chấm dứt hợp đồng đại diện thì bên đại diện mất quyền hưởng thù lao đối với các giao dịch đáng lẽ mình được hưởng nếu các bên không có thoả thuận khác.

Luật thương mại năm 2005 không quy định nguyên tắc xác định

khoản thù lao mà bên đại diện được hưởng nếu bên giao đại diện đơn phương chấm dứt hợp đồng (trong trường hợp hợp đồng không xác định thời hạn đại diện).

Theo Điều 588 Bộ luật dân sự năm 2005, bên giao đại diện phải thông báo bằng văn bản cho người thứ ba biết về việc bên giao đại diện chấm dứt hợp đồng; nếu không thông báo thì hợp đồng với người thứ ba vẫn có hiệu lực, trừ trường hợp người thứ ba biết hoặc phải biết về việc hợp đồng đại diện đã bị chấm dứt. Luật thương mại không quy định ai sẽ có nghĩa vụ phải thông báo cho bên thứ ba biết trong trường hợp bên đại diện thông báo chấm dứt hợp đồng.

III. MÔI GIỚI THƯƠNG MẠI

1. Khái niệm và đặc điểm

Theo Từ điển tiếng Việt của Viện ngôn ngữ học, môi giới được hiểu là người làm trung gian để cho hai bên tiếp xúc, giao thiệp với nhau.⁽¹⁾ Tương tự với cách hiểu thông thường về môi giới, Điều 150 Luật thương mại đã định nghĩa môi giới thương mại như sau:

(D.Xem: Viện ngôn ngữ học, *Từ điển tiếng Việt*. Nxb. Đà Nẵng, 1997, tr. 618.

“Môi giới thương mại là hoạt động thương mại, theo đó một thương nhân làm trung gian (gọi là bên môi giới) cho các bên mua bán hàng hoá, cung ứng dịch vụ (gọi là bên được môi giới) trong việc đàm phán, giao kết hợp đồng mua bán hàng hoá, dịch vụ và được hưởng thù lao theo hợp đồng môi giới”,

Môi giới thương mại có những đặc điểm sau:

- Chủ thể của quan hệ môi giới thương mại gồm bên môi giới và bên được môi giới, trong đó bên môi giới phải là thương nhân, có đăng kí kinh doanh để thực hiện dịch vụ môi giới thương mại và không nhất thiết phải có ngành nghề đăng kí kinh doanh trùng với

ngành nghề kinh doanh của các bên được môi giới. Pháp luật hiện hành không quy định bên được môi giới có nhất thiết phải là thương nhân hay không. Trong hoạt động môi giới thương mại, không phải tất cả các bên được môi giới đều có quan hệ môi giới thương mại với bên môi giới mà chỉ bên được môi giới nào kí hợp đồng môi giới với bên môi giới thì giữa họ mới phát sinh quan hệ môi giới thương mại. Ví dụ: Công ti nhà nước A kí hợp đồng thuê Công ti trách nhiệm hữu hạn B làm môi giới trong việc tiêu thụ sản phẩm do Công ti sản xuất ra, giữa Công ti A và Công ti B phát sinh quan hệ môi giới thương mại. Công ti B tìm được Công ti c có nhu cầu mua các sản phẩm của Công ti A và giới thiệu Công ti A với Công ti c. Do đó, giữa B và c có thể tồn tại hợp đồng môi giới hoặc không, nếu B và c kí hợp đồng môi giới thì giữa họ cũng phát sinh quan hệ môi giới thương mại.

Khi sử dụng dịch vụ môi giới thương mại, bên môi giới nhân danh chính mình để quan hệ với các bên được môi giới

“Môi giới thương mại là hoạt động thương mại, theo đó một thương nhân làm trung gian (gọi là bên môi giới) cho các bên mua bán hàng hoá, cung ứng dịch vụ (gọi là bên được môi giới) trong việc đàm phán, giao kết hợp đồng mua bán hàng hoá, dịch vụ và được hưởng thù lao theo hợp đồng môi giới”,

Môi giới thương mại có những đặc điểm sau:

- Chủ thể của quan hệ môi giới thương mại gồm bên môi giới và bên được môi giới, trong đó bên môi giới phải là thương nhân, có đăng kí kinh doanh để thực hiện dịch vụ môi giới thương mại và không nhất thiết phải có ngành nghề đăng kí kinh doanh trùng với ngành nghề kinh doanh của các bên được môi giới. Pháp luật hiện hành không quy định bên được môi giới có nhất thiết phải là thương nhân hay không. Trong hoạt động môi giới thương mại, không phải

tất cả các bên được môi giới đều có quan hệ môi giới thương mại với bên môi giới mà chỉ bên được môi giới nào kí hợp đồng môi giới với bên môi giới thì giữa họ mới phát sinh quan hệ môi giới thương mại. *Ví dụ:* Công ti nhà nước A kí hợp đồng thuê Công ti trách nhiệm hữu hạn B làm môi giới trong việc tiêu thụ sản phẩm do Công ti sản xuất ra, giữa Công ti A và Công ti B phát sinh quan hệ môi giới thương mại. Công ti B tìm được Công ti c có nhu cầu mua các sản phẩm của Công ti A và giới thiệu Công ti A với Công ti c. Do đó, giữa B và c có thể tồn tại hợp đồng môi giới hoặc không, nếu B và c kí hợp đồng môi giới thì giữa họ cũng phát sinh quan hệ môi giới thương mại.

Khi sử dụng dịch vụ môi giới thương mại, bên môi giới nhân danh chính mình để quan hệ với các bên được môi giới

và làm nhiệm vụ giới thiệu các bên được môi giới với nhau. Sau đó, các bên được môi giới trực tiếp giao kết hợp đồng với nhau. Nếu họ thay mặt bên được môi giới kí hợp đồng với khách hàng thì họ sẽ trở thành bên đại diện không đúng thẩm quyền của bên được môi giới. Tuy nhiên, Luật thương mại của Việt Nam không cấm bên được môi giới uỷ quyền cho bên môi giới kí hợp đồng với khách hàng. Trong trường hợp này, bên môi giới hành động với tư cách của bên đại diện.

- Nội dung hoạt động môi giới rất rộng, bao gồm nhiều hoạt động như: tìm kiếm và cung cấp các thông tin cần thiết về đối tác cho bên được môi giới, tiến hành các hoạt động giới thiệu về hàng hoá, dịch vụ cần môi giới, thu xếp để các bên được môi giới tiếp xúc với nhau, giúp đỡ các bên được môi giới soạn thảo văn bản hợp đồng khi họ yêu cầu. Mục đích của hoạt động môi giới là các bên được môi giới giao kết hợp đồng với nhau.

Môi giới thương mại là một hoạt động kinh doanh thuần tuý. Mục

đích của bên môi giới thương mại khi thực hiện việc môi giới là tìm kiếm lợi nhuận. Bên môi giới thông thường được hưởng thù lao khi các bên được môi giới đã giao kết hợp đồng với nhau.

- Phạm vi của môi giới thương mại theo Luật thương mại năm 2005 được mở rộng chứ không bị bó hẹp như quy định của Luật thương mại năm 1997 chỉ bao gồm những hoạt động môi giới mua, bán hàng hoá và cung ứng dịch vụ thương mại liên quan đến mua bán hàng hoá. Do đó, môi giới thương mại bao gồm tất cả các hoạt động môi giới có mục đích kiếm lợi như môi giới mua bán hàng hoá, môi giới chứng khoán, môi giới bảo hiểm, môi giới tàu biển, môi giới và làm nhiệm vụ giới thiệu các bên được môi giới với nhau. Sau đó, các bên được môi giới trực tiếp giao kết hợp đồng với nhau. Nếu họ thay mặt bên được môi giới kí hợp đồng với khách hàng thì họ sẽ trở thành bên đại diện không đúng thẩm quyền của bên được môi giới. Tuy nhiên, Luật thương mại của Việt Nam không cấm bên được môi giới uỷ quyền cho bên môi giới kí hợp đồng với khách hàng. Trong trường hợp này, bên môi giới hành động với tư cách của bên đại diện.

- Nội dung hoạt động môi giới rất rộng, bao gồm nhiều hoạt động như: tìm kiếm và cung cấp các thông tin cần thiết về đối tác cho bên được môi giới, tiến hành các hoạt động giới thiệu về hàng hoá, dịch vụ cần môi giới, thu xếp để các bên được môi giới tiếp xúc với nhau, giúp đỡ các bên được môi giới soạn thảo văn bản hợp đồng khi họ yêu cầu. Mục đích của hoạt động môi giới là các bên được môi giới giao kết hợp đồng với nhau.

Môi giới thương mại là một hoạt động kinh doanh thuần tuý. Mục đích của bên môi giới thương mại khi thực hiện việc môi giới là tìm kiếm lợi nhuận. Bên môi giới thông thường được hưởng thù lao khi các bên được môi giới đã giao kết hợp đồng với nhau.

- Phạm vi của môi giới thương mại theo Luật thương mại năm 2005 được mở rộng chứ không bị bó hẹp như quy định của Luật

thương mại năm 1997 chỉ bao gồm những hoạt động môi giới mua, bán hàng hoá và cung ứng dịch vụ thương mại liên quan đến mua bán hàng hoá. Do đó, môi giới thương mại bao gồm tất cả các hoạt động môi giới có mục đích kiếm lợi như môi giới mua bán hàng hoá, môi giới chứng khoán, môi giới bảo hiểm, môi giới tàu biển, môi giới thuê máy bay, môi giới bất động sản... Tuy nhiên, Luật thương mại là luật chung điều chỉnh các hoạt động thương mại nên những quy định về môi giới thương mại trong luật này chỉ mang tính nguyên tắc còn các hoạt động môi giới trong từng lĩnh vực riêng biệt lại được luật chuyên ngành quy định cụ thể. Ví dụ: Môi giới bảo hiểm được quy định trong Luật kinh doanh bảo hiểm năm 2000, môi giới hàng hải được quy định trong Luật hàng hải năm 2005...

- Quan hệ môi giới thương mại được thực hiện trên cơ sở hợp đồng môi giới.

Hợp đồng môi giới được giao kết giữa bên môi giới và bên được môi giới, bên môi giới phải là thương nhân còn bên được môi giới không nhất thiết phải là thương nhân (vì pháp luật không quy định gì về điều kiện của bên được môi giới). Đối tượng của hợp đồng môi giới chính là công việc môi giới nhằm chấp nối quan hệ giữa các bên được môi giới với nhau. Hình thức của hợp đồng môi giới thương mại không được Luật thương mại năm 2005 quy định.

Luật thương mại năm 2005 đã bỏ quy định về nội dung chủ yếu của hợp đồng môi giới nhưng xuất phát từ bản chất của quan hệ môi giới và để hạn chế tranh chấp xảy ra trong quá trình thực hiện hợp đồng môi giới, khi giao kết hợp đồng này các bên có thể thoả thuận những điều khoản về nội dung cụ thể của việc môi giới, mức thù lao mà bên môi giới sẽ được nhận, thời hạn thực hiện hợp đồng môi giới, quyền và nghĩa vụ của các bên; trách nhiệm do vi phạm hợp đồng; hình thức giải quyết tranh chấp phát sinh từ quan hệ hợp đồng

môi giới.

thuê máy bay, môi giới bất động sản... Tuy nhiên, Luật thương mại là luật chung điều chỉnh các hoạt động thương mại nên những quy định về môi giới thương mại trong luật này chỉ mang tính nguyên tắc còn các hoạt động môi giới trong từng lĩnh vực riêng biệt lại được luật chuyên ngành quy định cụ thể. *Ví dụ:* Môi giới bảo hiểm được quy định trong Luật kinh doanh bảo hiểm năm 2000, môi giới hàng hải được quy định trong Luật hàng hải năm 2005...

- Quan hệ môi giới thương mại được thực hiện trên cơ sở hợp đồng môi giới.

Hợp đồng môi giới được giao kết giữa bên môi giới và bên được môi giới, bên môi giới phải là thương nhân còn bên được môi giới không nhất thiết phải là thương nhân (vì pháp luật không quy định gì về điều kiện của bên được môi giới). Đối tượng của hợp đồng môi giới chính là công việc môi giới nhằm chấp nối quan hệ giữa các bên được môi giới với nhau. Hình thức của hợp đồng môi giới thương mại không được Luật thương mại năm 2005 quy định.

Luật thương mại năm 2005 đã bỏ quy định về nội dung chủ yếu của hợp đồng môi giới nhưng xuất phát từ bản chất của quan hệ môi giới và để hạn chế tranh chấp xảy ra trong quá trình thực hiện hợp đồng môi giới, khi giao kết hợp đồng này các bên có thể thỏa thuận những điều khoản về nội dung cụ thể của việc môi giới, mức thù lao mà bên môi giới sẽ được nhận, thời hạn thực hiện hợp đồng môi giới, quyền và nghĩa vụ của các bên; trách nhiệm do vi phạm hợp đồng; hình thức giải quyết tranh chấp phát sinh từ quan hệ hợp đồng môi giới.

2. Quyền và nghĩa vụ của các bên trong quan hệ môi giới thương mại

a. Nghĩa vụ và quyền của bên môi giới đối với bên được môi giới

** Nghĩa vụ của bên môi giới*

Điều 151 Luật thương mại quy định, trừ trường hợp các bên có thoả thuận khác, bên môi giới thương mại có các nghĩa vụ sau:

- Không được tiết lộ, cung cấp thông tin làm phương hại đến lợi ích của bên được môi giới.

Trong quá trình thực hiện hợp đồng môi giới, có thể bên được môi giới phải cung cấp cho bên môi giới một số thông tin liên quan đến bí mật kinh doanh của mình. Bên môi giới chỉ được sử dụng các thông tin này để thực hiện việc môi giới theo hướng có lợi cho bên được môi giới mà không được cung cấp những thông tin đó cho khách hàng hay đối thủ cạnh tranh của người được môi giới.

- Bảo quản mẫu hàng hoá, tài liệu được giao để thực hiện việc môi giới và phải hoàn trả cho bên được môi giới khi kết thúc việc môi giới.

- Chịu trách nhiệm về tư cách pháp lí của các bên được môi giới nhưng không chịu trách nhiệm về khả năng thanh toán của họ.

Là người trung gian, bên môi giới có trách nhiệm cung cấp thông tin, tư vấn cho bên được môi giới. Bên môi giới phải có trách nhiệm cung cấp chính xác về tư cách pháp lí của đối tác cho các bên được môi giới. Căn cứ vào bản chất

a. Nghĩa vụ và quyền của bên môi giới đối với bên được môi giới

** Nghĩa vụ của bên môi giới*

Điều 151 Luật thương mại quy định, trừ trường hợp các bên có

2. Quyền và nghĩa vụ của các bên trong quan hệ môi giới thương mại

thoả thuận khác, bên môi giới thương mại có các nghĩa vụ sau:

- Không được tiết lộ, cung cấp thông tin làm phương hại đến lợi ích của bên được môi giới.

Trong quá trình thực hiện hợp đồng môi giới, có thể bên được môi giới phải cung cấp cho bên môi giới một số thông tin liên quan đến bí mật kinh doanh của mình. Bên môi giới chỉ được sử dụng các thông tin này để thực hiện việc môi giới theo hướng có lợi cho bên được môi giới mà không được cung cấp những thông tin đó cho khách hàng hay đối thủ cạnh tranh của người được môi giới.

- Bảo quản mẫu hàng hoá, tài liệu được giao để thực hiện việc môi giới và phải hoàn trả cho bên được môi giới khi kết thúc việc môi giới.

- Chịu trách nhiệm về tư cách pháp lí của các bên được môi giới nhưng không chịu trách nhiệm về khả năng thanh toán của họ.

Là người trung gian, bên môi giới có trách nhiệm cung cấp thông tin, tư vấn cho bên được môi giới. Bên môi giới phải có trách nhiệm cung cấp chính xác về tư cách pháp lí của đối tác cho các bên được môi giới. Căn cứ vào bản chất

của hoạt động môi giới, bên môi giới, không tham gia vào quá trình thực hiện hợp đồng mua bán hàng hoá hay cung ứng dịch vụ thương mại đã được giao kết giữa các bên. Do đó, không chịu bất kì trách nhiệm nào trước sự vi phạm hợp đồng của các bên được môi giới với nhau. Tuy nhiên, nếu được sự uỷ quyền hợp pháp của một hoặc các bên được môi giới thì bên môi giới có thể thực hiện một số nghĩa vụ theo hợp đồng như giao hàng hay nhận tiền thanh toán...

- Không được tham gia thực hiện hợp đồng giữa các bên được môi giới, trừ trường hợp có uỷ quyền của bên được môi giới.

** Quyền của bên môi giới thương mại*

- Được hưởng thù lao môi giới theo mức quy định trong hợp đồng môi giới.

Quyền hưởng thù lao của bên môi giới phát sinh từ thời điểm các bên được môi giới kí kết hợp đồng mua bán hàng hoá hay cung ứng dịch vụ thương mại với nhau, trừ trường hợp các bên có thoả thuận khác (Điều 153 Luật thương mại). Điều đó có nghĩa là việc các bên được môi giới không thực hiện hợp đồng đã giao kết hoàn toàn không làm ảnh hưởng tới quyền hưởng thù lao của bên môi giới, quy định như vậy là phù hợp với chức năng của của bên môi giới, bởi bên môi giới không thể chịu trách nhiệm cho khả năng thực hiện hợp đồng hoặc khả năng tài chính của các bên. Tuy nhiên, trong hợp đồng môi giới các bên có thể thoả thuận thù lao môi giới chỉ phát sinh sau khi hợp đồng giữa các bên được môi giới thực hiện dưới các điều kiện mà bên được môi giới mong muốn.

Trong trường hợp, các bên được môi giới không giao kết được hợp đồng với nhau, bên môi giới không được hưởng thù của hoạt động môi giới, bên môi giới, không tham gia vào quá trình thực hiện hợp đồng mua bán hàng hoá hay cung ứng dịch vụ thương mại đã được giao kết giữa các bên. Do đó, không chịu bất kì trách nhiệm nào

trước sự vi phạm hợp đồng của các bên được môi giới với nhau. Tuy nhiên, nếu được sự uỷ quyền hợp pháp của một hoặc các bên được môi giới thì bên môi giới có thể thực hiện một số nghĩa vụ theo hợp đồng như giao hàng hay nhận tiền thanh toán...

- Không được tham gia thực hiện hợp đồng giữa các bên được môi giới, trừ trường hợp có uỷ quyền của bên được môi giới.

** Quyền của bên môi giới thương mại*

- Được hưởng thù lao môi giới theo mức quy định trong hợp đồng môi giới.

Quyền hưởng thù lao của bên môi giới phát sinh từ thời điểm các bên được môi giới kí kết hợp đồng mua bán hàng hoá hay cung ứng dịch vụ thương mại với nhau, trừ trường hợp các bên có thoả thuận khác (Điều 153 Luật thương mại). Điều đó có nghĩa là việc các bên được môi giới không thực hiện hợp đồng đã giao kết hoàn toàn không làm ảnh hưởng tới quyền hưởng thù lao của bên môi giới, quy định như vậy là phù hợp với chức năng của của bên môi giới, bởi bên môi giới không thể chịu trách nhiệm cho khả năng thực hiện hợp đồng hoặc khả năng tài chính của các bên. Tuy nhiên, trong hợp đồng môi giới các bên có thể thoả thuận thù lao môi giới chỉ phát sinh sau khi hợp đồng giữa các bên được môi giới thực hiện dưới các điều kiện mà bên được môi giới mong muốn.

Trong trường hợp, các bên được môi giới không giao kết được hợp đồng với nhau, bên môi giới không được hưởng thù

lao môi giới nhưng nếu các bên không có thoả thuận khác, bên môi giới vẫn có quyền yêu cầu bên được môi giới thanh toán cho mình các chi phí hợp lí liên quan tới việc môi giới.

Nếu trong hợp đồng, các bên không thoả thuận mức thù lao thì mức thù lao môi giới được xác định theo giá của loại dịch vụ đó

trong các điều kiện tương tự về phương thức cung ứng, thị trường địa lí, phương thức thanh toán và các điều kiện khác có ảnh hưởng đến giá dịch vụ.⁽¹⁾

b. Nghĩa vụ và quyền của bên được môi giới đối với bên môi giới thương mại

** Nghĩa vụ của bên được môi giới*

Theo quy định tại Điều 152 Luật thương mại, nếu các bên không có thoả thuận khác bên được môi giới có các nghĩa vụ sau:

- Cung cấp các thông tin, tài liệu, phương tiện cần thiết liên quan đến hàng hoá, dịch vụ;
- Trả thù lao môi giới và các chi phí khác cho bên môi giới.

** Quyền của bên được môi giới*

Luật thương mại không quy định về quyền của bên được môi giới, tuy nhiên căn cứ vào các nghĩa vụ của bên được môi giới, có thể suy ra bên được môi giới có các quyền sau:

- Yêu cầu bên môi giới bảo quản các mẫu hàng hoá, tài liệu đã được giao để thực hiện việc môi giới và phải hoàn trả cho bên được môi giới sau khi hoàn thành việc môi giới;
- Yêu cầu bên môi giới không được tiết lộ, cung cấp thông tin làm phương hại đến lợi ích của mình.

lao môi giới nhưng nếu các bên không có thoả thuận khác, bên môi giới vẫn có quyền yêu cầu bên được môi giới thanh toán cho mình các chi phí hợp lí liên quan tới việc môi giới.

Nếu trong hợp đồng, các bên không thoả thuận mức thù lao thì mức thù lao môi giới được xác định theo giá của loại dịch vụ đó trong các điều kiện tương tự về phương thức cung ứng, thị trường địa lí, phương thức thanh toán và các điều kiện khác có ảnh hưởng đến giá dịch vụ.⁽¹⁾

(1).Xem: Khoản 2 Điều 153, Điều 86 Luật thương mại.

b. Nghĩa vụ và quyền của bên được môi giới đối với bên môi giới thương mại

** Nghĩa vụ của bên được môi giới*

Theo quy định tại Điều 152 Luật thương mại, nếu các bên không có thoả thuận khác bên được môi giới có các nghĩa vụ sau:

- Cung cấp các thông tin, tài liệu, phương tiện cần thiết liên quan đến hàng hoá, dịch vụ;

- Trả thù lao môi giới và các chi phí khác cho bên môi giới.

** Quyền của bên được môi giới*

Luật thương mại không quy định về quyền của bên được môi giới, tuy nhiên căn cứ vào các nghĩa vụ của bên được môi giới, có thể suy ra bên được môi giới có các quyền sau:

- Yêu cầu bên môi giới bảo quản các mẫu hàng hoá, tài liệu đã được giao để thực hiện việc môi giới và phải hoàn trả cho bên được môi giới sau khi hoàn thành việc môi giới;

- Yêu cầu bên môi giới không được tiết lộ, cung cấp thông tin làm phương hại đến lợi ích của mình.

IV. ỦY THÁC MUA BÁN HÀNG HOÁ

1. Khái niệm và đặc điểm

Ủy thác mua bán hàng hoá là hoạt động thương mại, theo đó bên nhận uỷ thác thực hiện việc mua bán hàng hoá với danh nghĩa của mình theo những điều kiện đã thoả thuận với bên uỷ thác và được nhận thù lao uỷ thác (Điều 155 Luật thương mại 2005).

Ủy thác mua bán hàng hoá có những đặc điểm sau:

- Quan hệ uỷ thác mua bán hàng hoá được xác lập giữa bên uỷ thác và bên nhận uỷ thác. Bên nhận uỷ thác phải là thương nhân kinh doanh mặt hàng phù hợp với hàng hoá được uỷ thác và thực hiện mua bán hàng hoá theo những điều kiện đã thoả thuận với bên uỷ thác.

(1).Xem: Khoản 2 Điều 153, Điều 86 Luật thương mại.

Thương nhân nhận uỷ thác có thể nhận uỷ thác mua bán hàng hoá cho nhiều bên uỷ thác khác nhau (Điều 161 Luật thương mại). Bên uỷ thác là bên giao cho bên nhận uỷ thác thực hiện việc mua bán hàng hoá theo yêu cầu của mình và không nhất thiết phải có tư cách thương nhân. Quan hệ uỷ thác có thể bao gồm uỷ thác mua và uỷ thác bán hàng hoá. Trong thực tế, đôi khi uỷ thác còn được gọi là kí gửi, ví dụ: Thợ thủ công, nghệ nhân nhờ thương nhân có cửa hàng, cửa hiệu bán sản phẩm, tác phẩm của mình, người có đồ cũ, đồ cổ nhờ bán kí gửi.⁽¹⁾

Giống quan hệ đại diện cho thương nhân bên nhận uỷ thác phải có tư cách thương nhân và tiến hành hoạt động mua, bán hàng hoá theo sự uỷ quyền và vì lợi ích của bên uỷ thác để lấy thù lao. Nhưng khác với quan hệ đại diện cho

IV. ỦY THÁC MUA BÁN HÀNG HOÁ

1. Khái niệm và đặc điểm

uỷ thác mua bán hàng hoá là hoạt động thương mại, theo đó bên nhận uỷ thác thực hiện việc mua bán hàng hoá với danh nghĩa của mình theo những điều kiện đã thoả thuận với bên uỷ thác và được nhận thù lao uỷ thác (Điều 155 Luật thương mại 2005).

Ủy thác mua bán hàng hoá có những đặc điểm sau:

- Quan hệ uỷ thác mua bán hàng hoá được xác lập giữa bên uỷ thác và bên nhận uỷ thác. Bên nhận uỷ thác phải là thương nhân kinh doanh mặt hàng phù hợp với hàng hoá được uỷ thác và thực hiện mua bán hàng hoá theo những điều kiện đã thoả thuận với bên uỷ thác. Thương nhân nhận uỷ thác có thể nhận uỷ thác mua bán hàng hoá cho nhiều bên uỷ thác khác nhau (Điều 161 Luật thương mại). Bên uỷ thác là bên giao cho bên nhận uỷ thác thực hiện việc mua bán hàng hoá theo yêu cầu của mình và không nhất thiết phải có tư cách thương nhân. Quan hệ uỷ thác có thể bao gồm uỷ thác mua và uỷ thác bán hàng hoá. Trong thực tế, đôi khi uỷ thác còn được gọi là kí gửi, ví

(1).Xem: Phạm Duy Nghĩa, *Chuyên khảo luật kinh tế*, Sdd., tr. 549.

du: Thợ thủ công, nghệ nhân nhờ thương nhân có cửa hàng, cửa hiệu bán sản phẩm, tác phẩm của mình, người có đồ cũ, đồ cổ nhờ bán kí gửi^o

Giống quan hệ đại diện cho thương nhân bên nhận uỷ thác phải có tư cách thương nhân và tiến hành hoạt động mua, bán hàng hoá theo sự uỷ quyền và vì lợi ích của bên uỷ thác để lấy thù lao. Nhưng khác với quan hệ đại diện cho

thương nhân, bên nhận uỷ thác khi giao dịch với bên thứ ba sẽ nhân danh chính mình và những hành vi của bên nhận uỷ thác sẽ mang lại hậu quả pháp lí cho chính họ chứ không phải cho bên uỷ thác.

- Nội dung của hoạt động uỷ thác mua bán hàng hoá bao gồm việc giao kết, thực hiện hợp đồng uỷ thác giữa bên uỷ thác và bên nhận uỷ thác và giao kết, thực hiện hợp đồng mua bán hàng hoá giữa bên nhận uỷ thác với bên thứ ba theo yêu cầu của bên uỷ thác. Nội dung của hoạt động uỷ thác mua bán hàng hoá hẹp hơn so với nội dung của hoạt động đại diện cho thương nhân. Bên đại diện cho thương nhân có thể được bên giao đại diện uỷ quyền thực hiện nhiều hành vi thương mại khác nhau, trong khi bên nhận uỷ thác chỉ được bên uỷ thác uỷ quyền mua hoặc bán hàng hoá cụ thể nào đó cho bên thứ ba. Hoạt động uỷ thác mua bán hàng hoá cũng rất khác hoạt động môi giới thương mại. Bên môi giới thương mại không giao kết hợp đồng mua bán hàng hoá hoặc hợp đồng cung ứng dịch vụ thương mại. Những hợp đồng này do các bên được môi giới giao kết trực tiếp với nhau. Bên môi giới không tham gia quá trình thực hiện hợp đồng. Còn bên nhận uỷ thác trực tiếp giao kết và thực hiện hợp đồng mua bán hàng hoá với bên thứ ba.

Trong thực tế, vì nhiều lí do khác nhau mà uỷ thác mua bán hàng hoá đã trở lên phổ biến trong quan hệ uỷ thác xuất nhập khẩu khi một đơn vị sản xuất kinh doanh trong nước do không có điều kiện

(l).Xem: Phạm Duy Nghĩa, *Chuyên khảo luật kinh tế*, Sdd., tr. 549.

xuất nhập khẩu trực tiếp (không có nghiệp vụ xuất nhập khẩu) uỷ thác cho đơn vị chuyên kinh doanh xuất nhập khẩu để thực hiện các hoạt động mua, bán hàng hoá với thương nhân nước ngoài theo những yêu cầu của mình. thương nhân, bên nhận uỷ thác khi giao dịch với bên thứ ba sẽ nhân danh chính mình và những hành vi của bên nhận uỷ thác sẽ mang lại hậu quả pháp lí cho chính họ chứ không phải cho bên uỷ thác.

- Nội dung của hoạt động uỷ thác mua bán hàng hoá bao gồm việc giao kết, thực hiện hợp đồng uỷ thác giữa bên uỷ thác và bên nhận uỷ thác và giao kết, thực hiện hợp đồng mua bán hàng hoá giữa bên nhận uỷ thác với bên thứ ba theo yêu cầu của bên uỷ thác. Nội dung của hoạt động uỷ thác mua bán hàng hoá hẹp hơn so với nội dung của hoạt động đại diện cho thương nhân. Bên đại diện cho thương nhân có thể được bên giao đại diện uỷ quyền thực hiện nhiều hành vi thương mại khác nhau, trong khi bên nhận uỷ thác chỉ được bên uỷ thác uỷ quyền mua hoặc bán hàng hoá cụ thể nào đó cho bên thứ ba. Hoạt động uỷ thác mua bán hàng hoá cũng rất khác hoạt động môi giới thương mại. Bên môi giới thương mại không giao kết hợp đồng mua bán hàng hoá hoặc hợp đồng cung ứng dịch vụ thương mại. Những hợp đồng này do các bên được môi giới giao kết trực tiếp với nhau. Bên môi giới không tham gia quá trình thực hiện hợp đồng. Còn bên nhận uỷ thác trực tiếp giao kết và thực hiện hợp đồng mua bán hàng hoá với bên thứ ba.

Trong thực tế, vì nhiều lí do khác nhau mà uỷ thác mua bán hàng hoá đã trở lên phổ biến trong quan hệ uỷ thác xuất nhập khẩu khi một đơn vị sản xuất kinh doanh trong nước do không có điều kiện xuất nhập khẩu trực tiếp (không có nghiệp vụ xuất nhập khẩu) uỷ thác cho đơn vị chuyên kinh doanh xuất nhập khẩu để thực hiện các hoạt động mua, bán hàng hoá với thương nhân nước ngoài theo những yêu cầu

của mình.

- Việc uỷ thác mua bán phải được xác lập bằng hợp đồng. Hợp đồng uỷ thác mua bán hàng hoá phải được lập thành văn bản hoặc các hình thức khác có giá trị pháp lí tương đương.

Hợp đồng uỷ thác mua bán hàng hoá được giao kết giữa bên uỷ thác và bên nhận uỷ thác. Bên uỷ thác có thể là tổ chức hoặc cá nhân có nhu cầu mua bán hàng hoá. Bên nhận uỷ thác phải là thương nhân kinh doanh mặt hàng phù hợp với hàng hoá được uỷ thác. Trong trường hợp, bên nhận uỷ thác giao kết hợp đồng uỷ thác không nằm trong phạm vi kinh doanh của mình thì hợp đồng đó vi phạm Điều 156 Luật thương mại năm 2005 và có thể bị tuyên bố vô hiệu.

Theo Điều 518 Bộ luật dân sự, hợp đồng uỷ thác mua bán hàng hoá là một loại hợp đồng dịch vụ, do đó đối tượng của hợp đồng uỷ thác mua bán hàng hoá là công việc mua bán hàng hoá do bên nhận uỷ thác tiến hành theo sự uỷ quyền của bên uỷ thác. Hàng hoá được mua bán theo yêu cầu của bên uỷ thác là đối tượng của hợp đồng mua bán giao kết giữa bên nhận uỷ thác với bên thứ ba chứ không phải đối tượng của hợp đồng uỷ thác.

Khi giao kết hợp đồng uỷ thác mua bán hàng hoá, các bên có thể thoả thuận và ghi vào hợp đồng các điều khoản sau: Hàng hoá được uỷ thác mua bán; số lượng, chất lượng, quy cách, giá cả và các điều kiện cụ thể khác của hàng hoá được uỷ thác mua hoặc bán; thù lao uỷ thác; thời hạn thực hiện hợp đồng uỷ thác. Ngoài ra, tùy từng trường hợp cụ thể mà các bên có thể thoả thuận và ghi vào hợp đồng những nội dung khác như các biện pháp bảo đảm thực hiện hợp đồng; trách nhiệm giải quyết khiếu nại với khách hàng; trách nhiệm tài sản của các bên khi vi phạm hợp đồng; thủ tục giải

- Việc uỷ thác mua bán phải được xác lập bằng hợp đồng. Hợp đồng uỷ thác mua bán hàng hoá phải được lập thành văn bản hoặc các

hình thức khác có giá trị pháp lí tương đương.

Hợp đồng uỷ thác mua bán hàng hoá được giao kết giữa bên uỷ thác và bên nhận uỷ thác. Bên uỷ thác có thể là tổ chức hoặc cá nhân có nhu cầu mua bán hàng hoá. Bên nhận uỷ thác phải là thương nhân kinh doanh mặt hàng phù hợp với hàng hoá được uỷ thác. Trong trường hợp, bên nhận uỷ thác giao kết hợp đồng uỷ thác không nằm trong phạm vi kinh doanh của mình thì hợp đồng đó vi phạm Điều 156 Luật thương mại năm 2005 và có thể bị tuyên bố vô hiệu.

Theo Điều 518 Bộ luật dân sự, hợp đồng uỷ thác mua bán hàng hoá là một loại hợp đồng dịch vụ, do đó đối tượng của hợp đồng uỷ thác mua bán hàng hoá là công việc mua bán hàng hoá do bên nhận uỷ thác tiến hành theo sự uỷ quyền của bên uỷ thác. Hàng hoá được mua bán theo yêu cầu của bên uỷ thác là đối tượng của hợp đồng mua bán giao kết giữa bên nhận uỷ thác với bên thứ ba chứ không phải đối tượng của hợp đồng uỷ thác.

Khi giao kết hợp đồng uỷ thác mua bán hàng hoá, các bên có thể thoả thuận và ghi vào hợp đồng các điều khoản sau: Hàng hoá được uỷ thác mua bán; số lượng, chất lượng, quy cách, giá cả và các điều kiện cụ thể khác của hàng hoá được uỷ thác mua hoặc bán; thù lao uỷ thác; thời hạn thực hiện hợp đồng uỷ thác. Ngoài ra, tùy từng trường hợp cụ thể mà các bên có thể thoả thuận và ghi vào hợp đồng những nội dung khác như các biện pháp bảo đảm thực hiện hợp đồng; trách nhiệm giải quyết khiếu nại với khách hàng; trách nhiệm tài sản của các bên khi vi phạm hợp đồng; thủ tục giải

quyết tranh chấp, các trường hợp miễn trách nhiệm.

2. Quyền và nghĩa vụ của các bên trong quan hệ uỷ thác mua bán hàng

Quyền và nghĩa vụ của các bên trong quan hệ uỷ thác mua bán hàng hoá trước hết được thể hiện trong hợp đồng uỷ thác mua bán hàng hoá được giao kết giữa các bên nhưng để bảo vệ quyền lợi của các bên trong trường hợp hợp đồng không quy định quyền và nghĩa vụ của các bên đối với nhau hoặc quy định chưa rõ ràng thì các quyền và nghĩa vụ đó sẽ được thực hiện theo quy định của pháp luật.

a. Quyền và nghĩa vụ của bên nhận uỷ thác đối với bên uỷ thác

• Nghĩa vụ của bên nhận uỷ thác

Điều 165 Luật thương mại quy định trừ trường hợp có thoả thuận khác, bên nhận uỷ thác có các nghĩa vụ sau:

- Thực hiện việc mua bán hàng hoá theo thoả thuận trong hợp đồng uỷ thác: Đây là nghĩa vụ quan trọng nhất của bên nhận uỷ thác. Bên nhận uỷ thác cần tuân thủ đầy đủ các thoả thuận với bên uỷ thác về việc giao kết cũng như thực hiện hợp đồng với bên thứ ba. Đó là những thoả thuận về số lượng, chất lượng, quy cách, giá cả của hàng hoá được uỷ thác mua hoặc bán. Nếu bên nhận uỷ thác vi phạm các quy định của hợp đồng uỷ thác dẫn tới việc kí hợp đồng mua bán hàng hoá với bên thứ ba gây thiệt hại cho bên uỷ thác (ví dụ: Kí hợp đồng bán hàng thấp hơn giá do bên uỷ thác ấn định) thì bên nhận uỷ thác có trách nhiệm đền bù cho bên uỷ thác những thiệt hại phát sinh. Nhưng nếu bên nhận uỷ thác kí hợp đồng với khách hàng theo những điều kiện thuận lợi hơn so với các

quyết tranh chấp, các trường hợp miễn trách nhiệm.

2. Quyền và nghĩa vụ của các bên trong quan hệ uỷ thác mua bán hàng

Quyền và nghĩa vụ của các bên trong quan hệ uỷ thác mua bán hàng hoá trước hết được thể hiện trong hợp đồng uỷ thác mua bán hàng hoá được giao kết giữa các bên nhưng để bảo vệ quyền lợi của các bên trong trường hợp hợp đồng không quy định quyền và nghĩa vụ của các bên đối với nhau hoặc quy định chưa rõ ràng thì các quyền và nghĩa vụ đó sẽ được thực hiện theo quy định của pháp luật.

a. Quyền và nghĩa vụ của bên nhận uỷ thác đối với bên uỷ thác

• Nghĩa vụ của bên nhận uỷ thác

Điều 165 Luật thương mại quy định trừ trường hợp có thoả thuận khác, bên nhận uỷ thác có các nghĩa vụ sau:

- Thực hiện việc mua bán hàng hoá theo thoả thuận trong hợp đồng uỷ thác: Đây là nghĩa vụ quan trọng nhất của bên nhận uỷ thác. Bên nhận uỷ thác cần tuân thủ đầy đủ các thoả thuận với bên uỷ thác về việc giao kết cũng như thực hiện hợp đồng với bên thứ ba. Đó là những thoả thuận về số lượng, chất lượng, quy cách, giá cả của hàng hoá được uỷ thác mua hoặc bán. Nếu bên nhận uỷ thác vi phạm các quy định của hợp đồng uỷ thác dẫn tới việc kí hợp đồng mua bán hàng hoá với bên thứ ba gây thiệt hại cho bên uỷ thác (ví dụ: Kí hợp đồng bán hàng thấp hơn giá do bên uỷ thác ấn định) thì bên nhận uỷ thác có trách nhiệm đền bù cho bên uỷ thác những thiệt hại phát sinh. Nhưng nếu bên nhận uỷ thác kí hợp đồng với khách hàng theo những điều kiện thuận lợi hơn so với các

điều kiện bên uỷ thác đặt ra thì Luật thương mại Việt Nam không quy định cụ thể khoản chênh lệch đó thuộc về bên uỷ thác hay bên nhận uỷ thác. Do đó, trên thực tế các bên có thể thoả thuận cụ thể để phân chia phần lợi chênh lệch này.

Bên nhận uỷ thác kí hợp đồng mua bán hàng hoá với bên thứ ba và phải tự mình thực hiện hợp đồng uỷ thác mua hoặc bán hàng hoá đã kí, không được uỷ thác lại cho bên thứ ba thực hiện hợp đồng, trừ trường hợp có sự chấp thuận bằng văn bản của bên uỷ thác (Điều 160 Luật thương mại).

- Thông báo cho bên uỷ thác về các vấn đề có liên quan đến việc thực hiện hợp đồng uỷ thác, ví dụ như những biến động của thị trường, các yêu cầu cụ thể của bên thứ ba, khả năng giao kết hoặc không giao kết được hợp đồng với bên thứ ba, việc thực hiện hợp đồng của bên thứ ba...

- Thực hiện các chỉ dẫn của bên uỷ thác phù hợp với thoả thuận. Khi nhận được những chỉ dẫn cụ thể của bên uỷ thác, bên nhận uỷ thác phải nghiêm chỉnh thực hiện, trừ trường hợp chỉ dẫn đó là trái với các quy định của pháp luật hoặc không phù hợp với hợp đồng uỷ thác. Bên nhận uỷ thác cũng có thể không thực hiện chỉ dẫn của bên uỷ thác nếu việc thực hiện theo các chỉ dẫn này có khả năng gây thiệt hại cho bên uỷ thác và bên nhận uỷ thác không thể chờ xin chỉ dẫn mới của bên uỷ thác.

- Bảo quản những tài sản, tài liệu mà bên uỷ thác giao cho bên nhận uỷ thác để thực hiện công việc uỷ thác. Bên nhận uỷ thác phải chịu trách nhiệm trước bên uỷ thác về sự mất mát, hư hỏng tài sản, tài liệu mà bên uỷ thác giao, trừ trường hợp chứng minh được những mất mát, hư hỏng xảy ra không do lỗi của mình.

điều kiện bên uỷ thác đặt ra thì Luật thương mại Việt Nam không quy định cụ thể khoản chênh lệch đó thuộc về bên uỷ thác hay bên nhận

ủy thác. Do đó, trên thực tế các bên có thể thoả thuận cụ thể để phân chia phần lợi chênh lệch này.

Bên nhận ủy thác kí hợp đồng mua bán hàng hoá với bên thứ ba và phải tự mình thực hiện hợp đồng ủy thác mua hoặc bán hàng hoá đã kí, không được ủy thác lại cho bên thứ ba thực hiện hợp đồng, trừ trường hợp có sự chấp thuận bằng văn bản của bên ủy thác (Điều 160 Luật thương mại).

- Thông báo cho bên ủy thác về các vấn đề có liên quan đến việc thực hiện hợp đồng ủy thác, ví dụ như những biến động của thị trường, các yêu cầu cụ thể của bên thứ ba, khả năng giao kết hoặc không giao kết được hợp đồng với bên thứ ba, việc thực hiện hợp đồng của bên thứ ba...

- Thực hiện các chỉ dẫn của bên ủy thác phù hợp với thoả thuận. Khi nhận được những chỉ dẫn cụ thể của bên ủy thác, bên nhận ủy thác phải nghiêm chỉnh thực hiện, trừ trường hợp chỉ dẫn đó là trái với các quy định của pháp luật hoặc không phù hợp với hợp đồng ủy thác. Bên nhận ủy thác cũng có thể không thực hiện chỉ dẫn của bên ủy thác nếu việc thực hiện theo các chỉ dẫn này có khả năng gây thiệt hại cho bên ủy thác và bên nhận ủy thác không thể chờ xin chỉ dẫn mới của bên ủy thác.

- Bảo quản những tài sản, tài liệu mà bên ủy thác giao cho bên nhận ủy thác để thực hiện công việc ủy thác. Bên nhận ủy thác phải chịu trách nhiệm trước bên ủy thác về sự mất mát, hư hỏng tài sản, tài liệu mà bên ủy thác giao, trừ trường hợp chứng minh được những mất mát, hư hỏng xảy ra không do lỗi của mình.

- Thanh toán tiền hàng (nếu được ủy thác bán hàng); giao hàng mua được (nếu được ủy thác mua hàng) cho bên ủy thác theo đúng thoả thuận trong hợp đồng ủy thác.

- Giữ bí mật về những thông tin có liên quan đến việc thực hiện

hợp đồng uỷ thác.

- Liên đới chịu trách nhiệm về hành vi vi phạm pháp luật của bên uỷ thác nếu nguyên nhân của hành vi vi phạm pháp luật đó có một phần do lỗi của mình gây ra.

• *Quyền của bên nhận uỷ thác*

Bên nhận uỷ thác có các quyền sau, trừ trường hợp các bên có thoả thuận khác (Điều 164 Luật thương mại):

- Yêu cầu bên uỷ thác cung cấp thông tin, tài liệu cần thiết cho việc thực hiện hợp đồng uỷ thác;
- Nhận thù lao uỷ thác và các chi phí hợp lí khác;
- Không chịu trách nhiệm về hàng hoá đã bàn giao đúng thoả thuận cho bên uỷ thác;

b. Quyền và nghĩa vụ của bên uỷ thác đối với bên nhận uỷ thác

• *Nghĩa vụ của bên uỷ thác*

Theo Điều 163 Luật thương mại, bên uỷ thác có các nghĩa vụ sau đây, trừ trường hợp các bên có thoả thuận khác:

- Cung cấp thông tin, tài liệu và phương tiện cần thiết cho việc thực hiện hợp đồng uỷ thác, kịp thời đưa ra các chỉ dẫn cụ thể phù hợp với hợp đồng uỷ thác để bên nhận uỷ thác thực hiện công việc uỷ thác;

- Thanh toán cho bên nhận uỷ thác thù lao uỷ thác và các chi phí hợp lí khác cho bên nhận uỷ thác

- Thanh toán tiền hàng (nếu được uỷ thác bán hàng); giao hàng mua được (nếu được uỷ thác mua hàng) cho bên uỷ thác theo đúng thoả thuận trong hợp đồng uỷ thác.

- Giữ bí mật về những thông tin có liên quan đến việc thực hiện hợp đồng uỷ thác.

- Liên đới chịu trách nhiệm về hành vi vi phạm pháp luật của bên

ủy thác nêu nguyên nhân của hành vi vi phạm pháp luật đó có một phần do lỗi của mình gây ra.

- *Quyền của bên nhận ủy thác*

Bên nhận ủy thác có các quyền sau, trừ trường hợp các bên có thoả thuận khác (Điều 164 Luật thương mại):

- Yêu cầu bên ủy thác cung cấp thông tin, tài liệu cần thiết cho việc thực hiện hợp đồng ủy thác;
- Nhận thù lao ủy thác và các chi phí hợp lý khác;
- Không chịu trách nhiệm về hàng hoá đã bàn giao đúng thoả thuận cho bên ủy thác;

b. Quyền và nghĩa vụ của bên ủy thác đối với bên nhận ủy thác

- *Nghĩa vụ của bên ủy thác*

Theo Điều 163 Luật thương mại, bên ủy thác có các nghĩa vụ sau đây, trừ trường hợp các bên có thoả thuận khác:

- Cung cấp thông tin, tài liệu và phương tiện cần thiết cho việc thực hiện hợp đồng ủy thác, kịp thời đưa ra các chỉ dẫn cụ thể phù hợp với hợp đồng ủy thác để bên nhận ủy thác thực hiện công việc ủy thác;
- Thanh toán cho bên nhận ủy thác thù lao ủy thác và các chi phí hợp lý khác cho bên nhận ủy thác
- Giao tiền, giao hàng theo đúng thoả thuận trong hợp đồng ủy thác.
- Liên đới chịu trách nhiệm trong trường hợp bên nhận ủy thác vi phạm pháp luật mà nguyên nhân do bên ủy thác gây ra hoặc do các bên cố ý làm trái pháp luật.

- *Quyền của bên ủy thác*

Bên ủy thác có các quyền sau, trừ trường hợp các bên có thoả

thuận khác (Điều 162 Luật thương mại):

- Yêu cầu bên nhận uỷ thác thông báo đầy đủ về tình hình thực hiện hợp đồng uỷ thác;

- Không chịu trách nhiệm trong trường hợp bên nhận uỷ thác vi phạm pháp luật, trừ trường hợp bên nhận uỷ thác vi phạm pháp luật mà nguyên nhân do bên uỷ thác gây ra hoặc do các bên cố ý làm trái pháp luật.

3. Chấm dứt hợp đồng uỷ thác mua bán hàng hoá

Pháp luật thương mại không quy định về các trường hợp chấm dứt hợp đồng uỷ thác mua bán hàng hoá nhưng căn cứ vào Điều 424 Bộ luật dân sự thì hợp đồng này chấm dứt trong các trường hợp do các bên thoả thuận và trong những trường hợp sau: (i) hết thời hạn uỷ thác; (ii) mục đích uỷ thác đã hoàn thành; (iii) một trong các bên tham gia hợp đồng chết, mất hoặc bị hạn chế năng lực hành vi dân sự, bên nhận uỷ thác mất tư cách thương nhân; (iv) hợp đồng uỷ thác bị huỷ bỏ, bị đơn phương chấm dứt thực hiện.

Pháp luật thương mại hiện hành không quy định về quyền đơn phương chấm dứt hợp đồng của các bên tham gia hợp đồng uỷ thác mua bán hàng hoá, tuy nhiên vì hợp đồng

- Giao tiền, giao hàng theo đúng thoả thuận trong hợp đồng uỷ thác.

- Liên đới chịu trách nhiệm trong trường hợp bên nhận uỷ thác vi phạm pháp luật mà nguyên nhân do bên uỷ thác gây ra hoặc do các bên cố ý làm trái pháp luật.

- *Quyền của bên uỷ thác*

Bên uỷ thác có các quyền sau, trừ trường hợp các bên có thoả thuận khác (Điều 162 Luật thương mại):

- Yêu cầu bên nhận uỷ thác thông báo đầy đủ về tình hình thực

hiện hợp đồng uỷ thác;

- Không chịu trách nhiệm trong trường hợp bên nhận uỷ thác vi phạm pháp luật, trừ trường hợp bên nhận uỷ thác vi phạm pháp luật mà nguyên nhân do bên uỷ thác gây ra hoặc do các bên cố ý làm trái pháp luật.

3. Chấm dứt hợp đồng uỷ thác mua bán hàng hoá

Pháp luật thương mại không quy định về các trường hợp chấm dứt hợp đồng uỷ thác mua bán hàng hoá nhưng căn cứ vào Điều 424 Bộ luật dân sự thì hợp đồng này chấm dứt trong các trường hợp do các bên thoả thuận và trong những trường hợp sau: (i) hết thời hạn uỷ thác; (ii) mục đích uỷ thác đã hoàn thành; (iii) một trong các bên tham gia hợp đồng chết, mất hoặc bị hạn chế năng lực hành vi dân sự, bên nhận uỷ thác mất tư cách thương nhân; (iv) hợp đồng uỷ thác bị huỷ bỏ, bị đơn phương chấm dứt thực hiện.

Pháp luật thương mại hiện hành không quy định về quyền đơn phương chấm dứt hợp đồng của các bên tham gia hợp đồng uỷ thác mua bán hàng hoá, tuy nhiên vì hợp đồng

này là hợp đồng dịch vụ nên căn cứ vào Điều 525 Bộ luật dân sự, bên uỷ thác có quyền đơn phương chấm dứt việc thực hiện hợp đồng nếu việc tiếp tục thực hiện dịch vụ không có lợi cho mình nhưng phải thông báo cho bên nhận uỷ thác biết trước một thời gian hợp lý và thanh toán tiền công cho phần dịch vụ đã tiến hành và bồi thường thiệt hại. Nếu bên uỷ thác không thực hiện nghĩa vụ của mình hoặc thực hiện không đúng theo thoả thuận thì bên nhận uỷ thác có quyền đơn phương chấm dứt thực hiện hợp đồng và yêu cầu bồi thường thiệt hại.

V. ĐẠI LÝ THƯƠNG MẠI

1. Khái niệm và đặc điểm

Đại lý thương mại là hoạt động thương mại, theo đó bên giao đại lý

và bên đại lý thoả thuận việc bên đại lý nhân danh chính mình mua, bán hàng hoá cho bên giao đại lý hoặc cung ứng dịch vụ của bên giao đại lý cho khách hàng để hưởng thù lao (Điều 166 Luật thương mại).

Đại lý mua bán hàng hoá có những đặc điểm sau:

- Quan hệ đại lý mua bán hàng hoá phát sinh giữa bên giao đại lý và bên đại lý. Bên giao đại lý là bên giao hàng hoá cho đại lý bán hoặc giao tiền mua hàng cho đại lý mua hoặc là bên uỷ quyền thực hiện dịch vụ cho đại lý cung ứng dịch vụ. Bên đại lý là bên nhận hàng hoá để làm đại lý bán, nhận tiền mua hàng để làm đại lý mua hoặc là bên nhận uỷ quyền cung ứng dịch vụ. Theo quy định tại Điều 167 Luật thương mại, bên giao đại lý và bên đại lý đều phải là thương nhân.

- Nội dung của hoạt động đại lý bao gồm việc giao kết, này là hợp đồng dịch vụ nên căn cứ vào Điều 525 Bộ luật dân sự, bên uỷ thác có quyền đơn phương chấm dứt việc thực hiện hợp đồng nếu việc tiếp tục thực hiện dịch vụ không có lợi cho mình nhưng phải thông báo cho bên nhận uỷ thác biết trước một thời gian hợp lý và thanh toán tiền công cho phần dịch vụ đã tiến hành và bồi thường thiệt hại. Nếu bên uỷ thác không thực hiện nghĩa vụ của mình hoặc thực hiện không đúng theo thoả thuận thì bên nhận uỷ thác có quyền đơn phương chấm dứt thực hiện hợp đồng và yêu cầu bồi thường thiệt hại.

V. ĐẠI LÝ THƯƠNG MẠI

1. Khái niệm và đặc điểm

Đại lý thương mại là hoạt động thương mại, theo đó bên giao đại lý và bên đại lý thoả thuận việc bên đại lý nhân danh chính mình mua, bán hàng hoá cho bên giao đại lý hoặc cung ứng dịch vụ của bên giao đại lý cho khách hàng để hưởng thù lao (Điều 166 Luật thương mại).

Đại lý mua bán hàng hoá có những đặc điểm sau:

- Quan hệ đại lý mua bán hàng hoá phát sinh giữa bên giao đại lý

và bên đại lí. Bên giao đại lí là bên giao hàng hoá cho đại lí bán hoặc giao tiền mua hàng cho đại lí mua hoặc là bên uỷ quyền thực hiện dịch vụ cho đại lí cung ứng dịch vụ. Bên đại lí là bên nhận hàng hoá để làm đại lí bán, nhận tiền mua hàng để làm đại lí mua hoặc là bên nhận uỷ quyền cung ứng dịch vụ. Theo quy định tại Điều 167 Luật thương mại, bên giao đại lí và bên đại lí đều phải là thương nhân.

- Nội dung của hoạt động đại lí bao gồm việc giao kết, thực hiện hợp đồng đại lí giữa bên giao đại lí và bên đại lí và giao kết, thực hiện hợp đồng mua bán hàng hoá hoặc cung ứng dịch vụ giữa bên đại lí với bên thứ ba theo yêu cầu của bên giao đại lí. Luật thương mại năm 2005 đã mở rộng phạm vi hoạt động đại lí sang cả đại lí dịch vụ (như đại lí bảo hiểm, đại lí hải quan, đại lí INTERNET...) chứ không bó hẹp ở hoạt động đại lí mua bán hàng hoá như quy định tại Luật thương mại năm 1997.

Để thực hiện hoạt động đại lí, bên đại lí được quyền tự do lựa chọn bên thứ ba để giao kết hợp đồng mua bán hàng hoá hoặc hợp đồng cung ứng dịch vụ theo những quy định cụ thể trong hợp đồng đại lí. Khi giao kết hợp đồng mua bán hàng hoá hoặc hợp đồng cung ứng dịch vụ với bên thứ ba, bên đại lí nhân danh chính mình và nghĩa vụ phát sinh từ hợp đồng với bên thứ ba ràng buộc bên đại lí với bên thứ ba. Sau đó, bên đại lí trực tiếp thực hiện hợp đồng mua bán hàng hoá hoặc cung ứng dịch vụ với bên thứ ba.

Trong đại lí mua bán hàng hoá, bên giao đại lí là chủ sở hữu đối với hàng hoá hoặc tiền giao cho bên đại lí (Điều 170 Luật thương mại). Khi thực hiện hoạt động đại lí, bên đại lí không phải là người mua hàng của bên giao đại lí mà chỉ là người nhận hàng để rồi tiếp tục bán cho bên thứ ba. Chỉ khi hàng hoá được bán, quyền sở hữu hàng hoá mới chuyển từ bên giao đại lí cho bên thứ ba.

- Quan hệ đại lí thương mại được xác lập bằng hợp đồng. Hợp

đồng đại lí được giao kết giữa thương nhân giao đại lí và thương nhân làm đại lí. Hợp đồng đại lí phải được giao kết bằng văn bản hoặc bằng hình thức khác có giá trị pháp lí tương đương. Thực hiện hợp đồng đại lí giữa bên giao đại lí và bên đại lí và giao kết, thực hiện hợp đồng mua bán hàng hoá hoặc cung ứng dịch vụ giữa bên đại lí với bên thứ ba theo yêu cầu của bên giao đại lí. Luật thương mại năm 2005 đã mở rộng phạm vi hoạt động đại lí sang cả đại lí dịch vụ (như đại lí bảo hiểm, đại lí hải quan, đại lí INTERNET...) chứ không bó hẹp ở hoạt động đại lí mua bán hàng hoá như quy định tại Luật thương mại năm 1997.

Để thực hiện hoạt động đại lí, bên đại lí được quyền tự do lựa chọn bên thứ ba để giao kết hợp đồng mua bán hàng hoá hoặc hợp đồng cung ứng dịch vụ theo những quy định cụ thể trong hợp đồng đại lí. Khi giao kết hợp đồng mua bán hàng hoá hoặc hợp đồng cung ứng dịch vụ với bên thứ ba, bên đại lí nhân danh chính mình và nghĩa vụ phát sinh từ hợp đồng với bên thứ ba ràng buộc bên đại lí với bên thứ ba. Sau đó, bên đại lí trực tiếp thực hiện hợp đồng mua bán hàng hoá hoặc cung ứng dịch vụ với bên thứ ba.

Trong đại lí mua bán hàng hoá, bên giao đại lí là chủ sở hữu đối với hàng hoá hoặc tiền giao cho bên đại lí (Điều 170 Luật thương mại). Khi thực hiện hoạt động đại lí, bên đại lí không phải là người mua hàng của bên giao đại lí mà chỉ là người nhận hàng để rồi tiếp tục bán cho bên thứ ba. Chỉ khi hàng hoá được bán, quyền sở hữu hàng hoá mới chuyển từ bên giao đại lí cho bên thứ ba.

- Quan hệ đại lí thương mại được xác lập bằng hợp đồng. Hợp đồng đại lí được giao kết giữa thương nhân giao đại lí và thương nhân làm đại lí. Hợp đồng đại lí phải được giao kết bằng văn bản hoặc bằng hình thức khác có giá trị pháp lí tương đương.

Đại lí thương mại cũng là một hợp đồng dịch vụ theo quy định tại Điều 518 Bộ luật dân sự nên đối tượng của hợp đồng đại lí là công

Giống như hợp đồng uỷ thác, xét về bản chất, hợp đồng

việc mua bán hàng hoá hoặc công việc cung ứng dịch vụ của bên đại lý cho bên giao đại lý.

Khi giao kết hợp đồng đại lý mua, bán hàng hoá, các bên có thể thoả thuận và ghi vào trong hợp đồng các điều khoản sau:⁽¹⁾ Hàng hoá hoặc dịch vụ đại lý; Hình thức đại lý; thù lao đại lý; thời hạn của hợp đồng đại lý; quyền và nghĩa vụ của các bên. Ngoài ra, các bên có thể thoả thuận và ghi vào văn bản hợp đồng những nội dung khác như biện pháp bảo đảm hợp đồng, chế độ bảo hành đối với hàng hoá đại lý, nghĩa vụ thanh toán các chi phí liên quan đến hoạt động đại lý, hỗ trợ kĩ thuật, cơ sở vật chất cho đại lý tổ chức quảng cáo và tiếp thị, chế độ thưởng phạt vật chất, bồi thường thiệt hại...

Như vậy, xét về bản chất, hoạt động đại lý không có gì khác so với hoạt động uỷ thác. Các hoạt động đại lý hay uỷ thác đều được thực hiện thông qua các thương nhân trung gian, những người này bằng danh nghĩa của chính mình thực hiện việc mua bán hàng hoá cho người khác để hưởng thù lao. Nhưng nếu xét về hiện tượng và thực tiễn hoạt động, uỷ thác và đại lý có một số điểm khác nhau như sau:

Thứ nhất, quan hệ uỷ thác có thể được thiết lập giữa thương nhân với thương nhân, giữa thương nhân với các bên liên quan trong khi quan hệ đại lý chỉ có thể được thiết lập giữa các thương nhân.

Thứ hai, phạm vi hoạt động đại lý thương mại rộng hơn

(1).Luật thương mại năm 2005 đã bỏ quy định về nội dung chủ yếu của hợp đồng đại lý. đại lý thương mại cũng là một hợp đồng dịch vụ theo quy định tại Điều 518 Bộ luật dân sự nên đối tượng của hợp đồng đại lý là công việc mua bán hàng hoá hoặc công việc cung ứng dịch vụ của bên đại lý cho bên giao đại lý.

Khi giao kết hợp đồng đại lý mua, bán hàng hoá, các bên có thể thoả thuận và ghi vào trong hợp đồng các điều khoản sau:⁽¹⁾ Hàng hoá

hoặc dịch vụ đại lý; Hình thức đại lý; thù lao đại lý; thời hạn của hợp đồng đại lý; quyền và nghĩa vụ của các bên. Ngoài ra, các bên có thể thoả thuận và ghi vào văn bản hợp đồng những nội dung khác như biện pháp bảo đảm hợp đồng, chế độ bảo hành đối với hàng hoá đại lý, nghĩa vụ thanh toán các chi phí liên quan đến hoạt động đại lý, hỗ trợ kỹ thuật, cơ sở vật chất cho đại lý tổ chức quảng cáo và tiếp thị, chế độ thưởng phạt vật chất, bồi thường thiệt hại...

Như vậy, xét về bản chất, hoạt động đại lý không có gì khác so với hoạt động uỷ thác. Các hoạt động đại lý hay uỷ thác đều được thực hiện thông qua các thương nhân trung gian, những người này bằng danh nghĩa của chính mình thực hiện việc mua bán hàng hoá cho người khác để hưởng thù lao. Nhưng nếu xét về hiện tượng và thực tiễn hoạt động, uỷ thác và đại lý có một số điểm khác nhau như sau:

Thứ nhất, quan hệ uỷ thác có thể được thiết lập giữa thương nhân với thương nhân, giữa thương nhân với các bên liên quan trong khi quan hệ đại lý chỉ có thể được thiết lập giữa các thương nhân.

Thứ hai, phạm vi hoạt động đại lý thương mại rộng hơn

(1).Luật thương mại năm 2005 đã bỏ quy định về nội dung chủ yếu của hợp đồng đại lý.

hoạt động uỷ thác. Đại lý thương mại có thể được thực hiện trong nhiều lĩnh vực của hoạt động thương mại, trong khi đó, uỷ thác mua bán hàng hoá chỉ được thực hiện trong lĩnh vực mua, bán hàng hóa mà thôi.

Thứ ba, bên đại lý được tự do hơn bên nhận uỷ thác trong việc lựa chọn bên thứ ba để giao kết hợp đồng và thực hiện hợp đồng.

Thứ tư, quan hệ uỷ thác thường mang tính vụ việc, đơn lẻ còn quan hệ đại lý thường là quá trình hợp tác lâu dài giữa bên đại lý và bên giao đại lý. Vì vậy, trong quan hệ đại lý bên đại lý có sự gắn bó phụ thuộc vào bên giao đại lý đồng thời bên giao đại lý có sự kiểm

tra, giám sát chặt chẽ đối với hoạt động của bên đại lí hơn so với quan hệ giữa bên uỷ thác và bên nhận uỷ thác.

2. Các hình thức đại lí

Theo Điều 169 Luật thương mại, đại lí bao gồm các hình thức sau:

* *Đại lí bao tiêu* là hình thức đại lí mà bên đại lí thực hiện việc mua, bán trọn vẹn một khối lượng hàng hoá hoặc cung ứng đầy đủ một dịch vụ cho bên giao đại lí. Trong hình thức đại lí này, bên giao đại lí ấn định giá giao đại lí, bên đại lí quyết định giá bán hàng hoá, cung ứng dịch vụ cho khách hàng, do đó, thù lao mà bên đại lí được hưởng là mức chênh lệch giá giữa giá mua, giá bán thực tế so với giá mua, giá bán do bên giao đại lí quy định.

* *Đại lí độc quyền* là hình thức đại lí mà tại một khu vực địa lí nhất định bên giao đại lí chỉ giao cho một đại lí mua, bán một hoặc một số mặt hàng hoặc cung ứng một số loại hoạt động uỷ thác. Đại lí thương mại có thể được thực hiện trong nhiều lĩnh vực của hoạt động thương mại, trong khi đó, uỷ thác mua bán hàng hoá chỉ được thực hiện trong lĩnh vực mua, bán hàng hóa mà thôi.

Thứ ba, bên đại lí được tự do hơn bên nhận uỷ thác trong việc lựa chọn bên thứ ba để giao kết hợp đồng và thực hiện hợp đồng.

Thứ tư, quan hệ uỷ thác thường mang tính vụ việc, đơn lẻ còn quan hệ đại lí thường là quá trình hợp tác lâu dài giữa bên đại lí và bên giao đại lí. Vì vậy, trong quan hệ đại lí bên đại lí có sự gắn bó phụ thuộc vào bên giao đại lí đồng thời bên giao đại lí có sự kiểm tra, giám sát chặt chẽ đối với hoạt động của bên đại lí hơn so với quan hệ giữa bên uỷ thác và bên nhận uỷ thác.

2. Các hình thức đại lí

Theo Điều 169 Luật thương mại, đại lí bao gồm các hình thức

sau:

* *Đại lí bao tiêu* là hình thức đại lí mà bên đại lí thực hiện việc mua, bán trọn vẹn một khối lượng hàng hoá hoặc cung ứng đầy đủ một dịch vụ cho bên giao đại lí. Trong hình thức đại lí này, bên giao đại lí ấn định giá giao đại lí, bên đại lí quyết định giá bán hàng hoá, cung ứng dịch vụ cho khách hàng, do đó, thù lao mà bên đại lí được hưởng là mức chênh lệch giá giữa giá mua, giá bán thực tế so với giá mua, giá bán do bên giao đại lí quy định.

* *Đại lí độc quyền* là hình thức đại lí mà tại một khu vực địa lí nhất định bên giao đại lí chỉ giao cho một đại lí mua, bán một hoặc một số mặt hàng hoặc cung ứng một số loại dịch vụ nhất định.

* *Tổng đại lí mua bán hàng hoá, cung ứng dịch vụ* là hình thức đại lí mà bên đại lí tổ chức một hệ thống đại lí trực thuộc để thực hiện việc mua bán hàng hoá, cung ứng dịch vụ cho bên giao đại lí. Tổng đại lí là đối tác trực tiếp của bên giao đại lí. Tổng đại lí đại diện cho hệ thống đại lí trực thuộc. Các đại lí trực thuộc hoạt động dưới sự quản lí của tổng đại lí và với danh nghĩa của tổng đại lí.

* *Các hình thức đại lí khác mà các bên thoả thuận*. Các bên tham gia quan hệ đại lí có thể thoả thuận các hình thức đại lí khác như: đại lí hoa hồng, đại lí bảo đảm thanh toán...

3. Quyền và nghĩa vụ của các bên trong quan hệ đại lí

a. Quyền và nghĩa vụ của bên đại lí đối với bên giao đại lí

* *Nghĩa vụ của bên đại lí*

Bên đại lí phải thực hiện những nghĩa vụ sau đối với bên giao đại lí, trừ trường hợp các bên có thoả thuận khác (Điều 175 Luật thương mại):

- Mua, bán hàng hoá, cung ứng dịch vụ cho khách hàng theo giá

hàng hoá, giá cung ứng dịch vụ do bên giao đại lý ấn định. Đối với hình thức đại lý mà bên giao đại lý đã ấn định giá mua, giá bán hàng hoá, giá cung ứng dịch vụ cho khách hàng, bên đại lý phải mua hoặc bán hàng hoá cung ứng dịch vụ cho bên thứ ba theo đúng giá mà bên giao đại lý quy định. Bên đại lý không được tự ý nâng giá bán hoặc giảm giá mua. Đối với hình thức đại lý bao tiêu, nghĩa vụ này được hiểu là bên đại lý phải mua hoặc bán hàng hoá theo đúng giá tối đa hoặc giá tối thiểu đã thoả thuận với bên giao đại lý;

dịch vụ nhất định.

* *Tổng đại lý mua bán hàng hoá, cung ứng dịch vụ* là hình thức đại lý mà bên đại lý tổ chức một hệ thống đại lý trực thuộc để thực hiện việc mua bán hàng hoá, cung ứng dịch vụ cho bên giao đại lý. Tổng đại lý là đối tác trực tiếp của bên giao đại lý. Tổng đại lý đại diện cho hệ thống đại lý trực thuộc. Các đại lý trực thuộc hoạt động dưới sự quản lý của tổng đại lý và với danh nghĩa của tổng đại lý.

* *Các hình thức đại lý khác mà các bên thoả thuận.* Các bên tham gia quan hệ đại lý có thể thoả thuận các hình thức đại lý khác như: đại lý hoa hồng, đại lý bảo đảm thanh toán...

3. Quyền và nghĩa vụ của các bên trong quan hệ đại lý

a. Quyền và nghĩa vụ của bên đại lý đối với bên giao đại lý

* *Nghĩa vụ của bên đại lý*

Bên đại lý phải thực hiện những nghĩa vụ sau đối với bên giao đại lý, trừ trường hợp các bên có thoả thuận khác (Điều 175 Luật thương mại):

- Mua, bán hàng hoá, cung ứng dịch vụ cho khách hàng theo giá hàng hoá, giá cung ứng dịch vụ do bên giao đại lý ấn định. Đối với hình thức đại lý mà bên giao đại lý đã ấn định giá mua, giá bán hàng hoá, giá cung ứng dịch vụ cho khách hàng, bên đại lý phải mua hoặc

bán hàng hoá cung ứng dịch vụ cho bên thứ ba theo đúng giá mà bên giao đại lý quy định. Bên đại lý không được tự ý nâng giá bán hoặc giảm giá mua. Đối với hình thức đại lý bao tiêu, nghĩa vụ này được hiểu là bên đại lý phải mua hoặc bán hàng hoá theo đúng giá tối đa hoặc giá tối thiểu đã thoả thuận với bên giao đại lý;

- Giao và nhận hàng, tiền cho bên giao đại lý theo thoả thuận trong hợp đồng đại lý. Đây là một nghĩa vụ rất quan trọng của bên đại lý. Đối với đại lý bán, bên đại lý có nghĩa vụ nhận hàng và thanh toán tiền cho bên giao đại lý. Đối với đại lý mua, bên đại lý có nghĩa vụ nhận tiền và giao hàng cho bên giao đại lý. Đối với đại lý cung ứng dịch vụ bên đại lý phải có nghĩa vụ thanh toán tiền cung ứng dịch vụ cho bên giao đại lý. Điều 176 Luật thương mại quy định: Việc thanh toán tiền hàng, tiền cung ứng dịch vụ được thực hiện theo từng đợt sau khi bên đại lý hoàn thành việc mua, bán một khối lượng hàng hoặc cung ứng một khối lượng dịch vụ nhất định, nếu các bên không có thoả thuận khác. Trên thực tế, trong hợp đồng đại lý các bên thường thoả thuận, bên đại lý bán hàng phải thanh toán tiền bán hàng sau một thời gian nhất định kể từ khi nhận hàng, không phụ thuộc vào hàng có bán được không, do đó nếu tình hình kinh doanh của bên đại lý gặp khó khăn, hàng chưa bán được dẫn đến bên đại lý thanh toán không đúng hạn và tranh chấp giữa hai bên rất dễ phát sinh;

- Thực hiện các biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ dân sự theo quy định của pháp luật;

- Bảo quản hàng hoá, chịu trách nhiệm về khối lượng, quy cách, phẩm chất hàng hoá sau khi nhận (đối với đại lý bán) hoặc trước khi giao (đối với đại lý mua); liên đới chịu trách nhiệm về chất lượng hàng hoá của đại lý mua bán hàng hoá, chất lượng dịch vụ của đại lý cung ứng dịch vụ trong trường hợp có lỗi do mình gây ra;

- Thực hiện chế độ báo cáo tình hình hoạt động đại lý với bên giao đại lý và chịu sự kiểm tra, giám sát của bên giao đại lý. Quy định

này cho thấy sự lệ thuộc chặt chẽ của bên đại lí

- Giao và nhận hàng, tiền cho bên giao đại lí theo thoả thuận trong hợp đồng đại lí. Đây là một nghĩa vụ rất quan trọng của bên đại lí. Đối với đại lí bán, bên đại lí có nghĩa vụ nhận hàng và thanh toán tiền cho bên giao đại lí. Đối với đại lí mua, bên đại lí có nghĩa vụ nhận tiền và giao hàng cho bên giao đại lí. Đối với đại lí cung ứng dịch vụ bên đại lí phải có nghĩa vụ thanh toán tiền cung ứng dịch vụ cho bên giao đại lí. Điều 176 Luật thương mại quy định: Việc thanh toán tiền hàng, tiền cung ứng dịch vụ được thực hiện theo từng đợt sau khi bên đại lí hoàn thành việc mua, bán một khối lượng hàng hoặc cung ứng một khối lượng dịch vụ nhất định, nếu các bên không có thoả thuận khác. Trên thực tế, trong hợp đồng đại lí các bên thường thoả thuận, bên đại lí bán hàng phải thanh toán tiền bán hàng sau một thời gian nhất định kể từ khi nhận hàng, không phụ thuộc vào hàng có bán được không, do đó nếu tình hình kinh doanh của bên đại lí gặp khó khăn, hàng chưa bán được dẫn đến bên đại lí thanh toán không đúng hạn và tranh chấp giữa hai bên rất dễ phát sinh;

- Thực hiện các biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ dân sự theo quy định của pháp luật;

- Bảo quản hàng hoá, chịu trách nhiệm về khối lượng, quy cách, phẩm chất hàng hoá sau khi nhận (đối với đại lí bán) hoặc trước khi giao (đối với đại lí mua); liên đới chịu trách nhiệm về chất lượng hàng hoá của đại lí mua bán hàng hoá, chất lượng dịch vụ của đại lí cung ứng dịch vụ trong trường hợp có lỗi do mình gây ra;

- Thực hiện chế độ báo cáo tình hình hoạt động đại lí với bên giao đại lí và chịu sự kiểm tra, giám sát của bên giao đại lí. Quy định này cho thấy sự lệ thuộc chặt chẽ của bên đại lí

vào bên giao đại lí, đây là một điểm quan trọng làm cho đại lí mua bán hàng hoá khác với uỷ thác mua bán hàng hoá;

- Đối với một loại hàng hoá, dịch vụ nhất định mà pháp luật quy định bên đại lí chỉ được giao kết hợp đồng đại lí với một bên giao đại lí thì phải tuân thủ quy định của pháp luật đó.

• *Quyền của bên đại lí*

Bên đại lí có những quyền sau, trừ trường hợp các bên có thoả thuận khác (Điều 174 Luật thương mại):

- Giao kết hợp đồng đại lí với một hoặc nhiều bên giao đại lí, trừ trường hợp pháp luật có quy định cụ thể về việc bên đại lí chỉ được giao kết hợp đồng đại lí với một bên giao đại lí đối với một loại hàng hoá hoặc dịch vụ nhất định;

- Yêu cầu bên giao đại lí giao tiền hoặc hàng theo hợp đồng đại lí; nhận lại tài sản dùng để đảm bảo (nếu có) khi kết thúc hợp đồng đại lí;

- Yêu cầu bên giao đại lí hướng dẫn, cung cấp thông tin và các điều kiện khác có liên quan để thực hiện hợp đồng đại lí;

- Hưởng thù lao và những lợi ích hợp pháp khác do hoạt động đại lí mang lại. Theo Điều 171 Luật thương mại, nếu các bên không có thoả thuận khác, thù lao đại lí được trả theo hai hình thức sau:

+ Trường hợp bên giao đại lí ấn định giá mua, giá bán hàng hoá hoặc giá cung ứng dịch vụ cho khách hàng thì bên đại lí được hưởng hoa hồng tính theo tỷ lệ phần trăm trên giá mua, giá bán hàng hoá hoặc giá cung ứng dịch vụ;

+ Trường hợp bên giao đại lí không ấn định giá mua, giá bán hàng hoá hoặc giá cung ứng dịch vụ cho khách hàng mà chỉ ấn định giá giao đại lí cho bên đại lí thì bên đại lí được hưởng

- Đối với một loại hàng hoá, dịch vụ nhất định mà pháp luật quy

vào bên giao đại lí, đây là một điểm quan trọng làm cho đại lí mua bán hàng hoá khác với uỷ thác mua bán hàng hoá;

định bên đại lí chỉ được giao kết hợp đồng đại lí với một bên giao đại lí thì phải tuân thủ quy định của pháp luật đó.

• *Quyền của bên đại lí*

Bên đại lí có những quyền sau, trừ trường hợp các bên có thoả thuận khác (Điều 174 Luật thương mại):

- Giao kết hợp đồng đại lí với một hoặc nhiều bên giao đại lí, trừ trường hợp pháp luật có quy định cụ thể về việc bên đại lí chỉ được giao kết hợp đồng đại lí với một bên giao đại lí đối với một loại hàng hoá hoặc dịch vụ nhất định;

- Yêu cầu bên giao đại lí giao tiền hoặc hàng theo hợp đồng đại lí; nhận lại tài sản dùng để đảm bảo (nếu có) khi kết thúc hợp đồng đại lí;

- Yêu cầu bên giao đại lí hướng dẫn, cung cấp thông tin và các điều kiện khác có liên quan để thực hiện hợp đồng đại lí;

- Hưởng thù lao và những lợi ích hợp pháp khác do hoạt động đại lí mang lại. Theo Điều 171 Luật thương mại, nếu các bên không có thoả thuận khác, thù lao đại lí được trả theo hai hình thức sau:

+ Trường hợp bên giao đại lí ấn định giá mua, giá bán hàng hoá hoặc giá cung ứng dịch vụ cho khách hàng thì bên đại lí được hưởng hoa hồng tính theo tỷ lệ phần trăm trên giá mua, giá bán hàng hoá hoặc giá cung ứng dịch vụ;

+ Trường hợp bên giao đại lí không ấn định giá mua, giá bán hàng hoá hoặc giá cung ứng dịch vụ cho khách hàng mà chỉ ấn định giá giao đại lí cho bên đại lí thì bên đại lí được hưởng

chênh lệch giá. Mức chênh lệch giá được xác định là mức chênh lệch giữa giá mua, giá bán, giá cung ứng dịch vụ cho khách hàng so với giá do bên giao đại lý ấn định cho bên đại lý.

Mức thù lao đại lý do các bên thoả thuận trong hợp đồng đại lý, nếu các bên không có thoả thuận về mức thù lao đại lý thì theo quy định tại khoản 4 Điều 171 Luật thương mại mức thù lao được tính như sau:

+ Theo mức thù lao thực tế mà các bên đã được trả trước đó;

+ Nếu không xác định được mức thù lao thực tế mà các bên đã trả trước đó thì mức thù lao đại lý là mức thù lao trung bình được áp dụng cho cùng loại hàng hoá, dịch vụ mà bên giao đại lý đã trả cho các đại lý khác;

+ Nếu không áp dụng được cả hai cách tính trên thì mức thù lao đại lý là mức thù lao thông thường được áp dụng cho cùng loại hàng hoá, dịch vụ trên thị trường.

b. Quyền và nghĩa vụ của bên giao đại lý đối với bên đại lý

• Nghĩa vụ của bên giao đại lý

Điều 173 Luật thương mại quy định bên giao đại lý có các nghĩa vụ sau, trừ trường hợp có thoả thuận khác:

- Hướng dẫn, cung cấp thông tin, tạo điều kiện cho bên đại lý thực hiện hợp đồng đại lý;

- Chịu trách nhiệm về chất lượng hàng hoá của đại lý mua bán hàng hoá, chất lượng dịch vụ của đại lý cung ứng dịch vụ;

- Trả thù lao và các chi phí hợp lý khác cho bên đại lý;

- Hoàn trả cho bên đại lý tài sản của bên đại lý dùng để bảo đảm (nếu có) khi kết thúc hợp đồng đại lý;

chênh lệch giá. Mức chênh lệch giá được xác định là mức chênh lệch

giữa giá mua, giá bán, giá cung ứng dịch vụ cho khách hàng so với giá do bên giao đại lý ấn định cho bên đại lý.

Mức thù lao đại lý do các bên thoả thuận trong hợp đồng đại lý, nếu các bên không có thoả thuận về mức thù lao đại lý thì theo quy định tại khoản 4 Điều 171 Luật thương mại mức thù lao được tính như sau:

+ Theo mức thù lao thực tế mà các bên đã được trả trước đó;

+ Nếu không xác định được mức thù lao thực tế mà các bên đã trả trước đó thì mức thù lao đại lý là mức thù lao trung bình được áp dụng cho cùng loại hàng hoá, dịch vụ mà bên giao đại lý đã trả cho các đại lý khác;

+ Nếu không áp dụng được cả hai cách tính trên thì mức thù lao đại lý là mức thù lao thông thường được áp dụng cho cùng loại hàng hoá, dịch vụ trên thị trường.

b. Quyền và nghĩa vụ của bên giao đại lý đối với bên đại lý

• Nghĩa vụ của bên giao đại lý

Điều 173 Luật thương mại quy định bên giao đại lý có các nghĩa vụ sau, trừ trường hợp có thoả thuận khác:

- Hướng dẫn, cung cấp thông tin, tạo điều kiện cho bên đại lý thực hiện hợp đồng đại lý;

- Chịu trách nhiệm về chất lượng hàng hoá của đại lý mua bán hàng hoá, chất lượng dịch vụ của đại lý cung ứng dịch vụ;

- Trả thù lao và các chi phí hợp lý khác cho bên đại lý;

- Hoàn trả cho bên đại lý tài sản của bên đại lý dùng để bảo đảm (nếu có) khi kết thúc hợp đồng đại lý;

- Liên đới chịu trách nhiệm về hành vi vi phạm pháp luật của bên đại lý nếu nguyên nhân của hành vi vi phạm pháp luật đó có một

phần lỗi của mình gây ra.

- *Quyền của bên giao đại lý*

Bên giao đại lý có các quyền sau, trừ trường hợp các bên có thoả thuận khác (Điều 172 Luật thương mại):

- Ấn định giá mua, giá bán hàng hoá, giá cung ứng dịch vụ đại lý cho khách hàng. Trong trường hợp thù lao đại lý được trả cho bên đại lý dưới hình thức hoa hồng (tính theo tỷ lệ phần trăm trên giá mua, giá bán hàng hoá hoặc giá cung ứng dịch vụ) thì bên giao đại lý sẽ ấn định giá mua, giá bán hàng hoá, giá cung ứng dịch vụ đại lý cho khách hàng và bên đại lý buộc phải tuân thủ mức giá đã ấn định;

- Ấn định giá giao đại lý. Đối với hình thức đại lý bao tiêu, bên đại lý sẽ ấn định giá giao đại lý, còn giá bán, giá mua hàng hoá hoặc giá cung ứng dịch vụ cho khách hàng bên đại lý có quyền quyết định;

- Yêu cầu bên đại lý thực hiện biện pháp bảo đảm theo quy định của pháp luật;

- Yêu cầu bên đại lý thanh toán tiền hoặc giao hàng theo hợp đồng đại lý;

- Kiểm tra, giám sát việc thực hiện hợp đồng của bên đại lý.

4. Chấm dứt hợp đồng đại lý

Hợp đồng đại lý thương mại chấm dứt trong các trường hợp do các bên thoả thuận và trong những trường hợp sau: (i) hợp đồng đã được thực hiện xong, hết thời hạn hiệu lực; (ii) một trong các bên tham gia hợp đồng chết, mất hoặc bị hạn

- Liên đới chịu trách nhiệm về hành vi vi phạm pháp luật của bên đại lý nếu nguyên nhân của hành vi vi phạm pháp luật đó có một phần lỗi của mình gây ra.

- *Quyền của bên giao đại lý*

Bên giao đại lí có các quyền sau, trừ trường hợp các bên có thoả thuận khác (Điều 172 Luật thương mại):

- Ấn định giá mua, giá bán hàng hoá, giá cung ứng dịch vụ đại lí cho khách hàng. Trong trường hợp thù lao đại lí được trả cho bên đại lí dưới hình thức hoa hồng (tính theo tỷ lệ phần trăm trên giá mua, giá bán hàng hoá hoặc giá cung ứng dịch vụ) thì bên giao đại lí sẽ ấn định giá mua, giá bán hàng hoá, giá cung ứng dịch vụ đại lí cho khách hàng và bên đại lí buộc phải tuân thủ mức giá đã ấn định;

- Ấn định giá giao đại lí. Đối với hình thức đại lí bao tiêu, bên đại lí sẽ ấn định giá giao đại lí, còn giá bán, giá mua hàng hoá hoặc giá cung ứng dịch vụ cho khách hàng bên đại lí có quyền quyết định;

- Yêu cầu bên đại lí thực hiện biện pháp bảo đảm theo quy định của pháp luật;

- Yêu cầu bên đại lí thanh toán tiền hoặc giao hàng theo hợp đồng đại lí;

- Kiểm tra, giám sát việc thực hiện hợp đồng của bên đại lí.

4. Chấm dứt hợp đồng đại lí

Hợp đồng đại lí thương mại chấm dứt trong các trường hợp do các bên thoả thuận và trong những trường hợp sau: (i) hợp đồng đã được thực hiện xong, hết thời hạn hiệu lực; (ii) một trong các bên tham gia hợp đồng chết, mất hoặc bị hạn

chế năng lực hành vi dân sự, mất tư cách thương nhân; (iii) hợp đồng đại lý bị huỷ bỏ, bị đơn phương chấm dứt thực hiện.

Hợp đồng đại lý là một loại hợp đồng dịch vụ nên theo quy định tại Điều 525 Bộ luật dân sự, các bên tham gia hợp đồng đại lý có quyền đơn phương chấm dứt hợp đồng đại lý trong những trường hợp sau: (i) việc tiếp tục thực hiện hợp đồng không có lợi cho bên giao đại lý thì bên giao đại lý có quyền đơn phương chấm dứt hợp đồng; (ii) bên giao đại lý không thực hiện nghĩa vụ của mình hoặc thực hiện không đúng theo thoả thuận thì bên đại lý có quyền đơn phương chấm dứt hợp đồng. Tuy nhiên, theo Điều 177 Luật thương mại thì các bên có thể đơn phương chấm dứt hợp đồng đại lý và chỉ cần thông báo bằng văn bản cho bên kia về việc chấm dứt hợp đồng đại lý trong thời hạn quy định tại điều này chứ không phải chỉ trong các trường hợp quy định tại điều 525 Bộ luật dân sự. Do đó, nếu thực hiện theo quy định của Luật thương mại thì các bên có thể tự do chấm dứt hợp đồng và như vậy sẽ ảnh hưởng đến quyền lợi của bên kia.

chế năng lực hành vi dân sự, mất tư cách thương nhân; (iii) hợp đồng đại lí bị huỷ bỏ, bị đơn phương chấm dứt thực hiện.

Hợp đồng đại lí là một loại hợp đồng dịch vụ nên theo quy định tại Điều 525 Bộ luật dân sự, các bên tham gia hợp đồng đại lí có quyền đơn phương chấm dứt hợp đồng đại lí trong những trường hợp sau: (i) việc tiếp tục thực hiện hợp đồng không có lợi cho bên giao đại lí thì bên giao đại lí có quyền đơn phương chấm dứt hợp đồng; (ii) bên giao đại lí không thực hiện nghĩa vụ của mình hoặc thực hiện không đúng theo thoả thuận thì bên đại lí có quyền đơn phương chấm dứt hợp đồng. Tuy nhiên, theo Điều 177 Luật thương mại thì các bên có thể đơn phương chấm dứt hợp đồng đại lí và chỉ cần thông báo bằng văn bản cho bên kia về việc chấm dứt hợp đồng đại lí trong thời hạn quy định tại điều này chứ không phải chỉ trong các trường hợp quy định tại điều 525 Bộ luật dân sự. Do đó, nếu thực hiện theo quy định của Luật thương mại thì các bên có thể tự do chấm dứt hợp đồng và như vậy sẽ ảnh hưởng đến quyền lợi của bên kia.

CHƯƠNG XI

PHÁP LUẬT VỀ XÚC TIẾN THƯƠNG MẠI CỦA THƯƠNG NHÂN

I. KHÁI QUÁT CHUNG VỀ xÚC TIẾN THƯƠNG MẠI VÀ PHÁP LUẬT VỀ XÚC TIẾN THƯƠNG MẠI

1. Khái niệm xúc tiến thương mại và dịch vụ xúc tiến thương mại

Cạnh tranh là vấn đề tất yếu của doanh nghiệp trong nền kinh tế thị trường. Trong cuộc ganh đua đó, các doanh nghiệp sử dụng mọi giải pháp để tìm kiếm, thúc đẩy cơ hội bán hàng và cung ứng dịch vụ như: Tuyên truyền, giới thiệu, khuyến khích trưng hàng hoá dịch vụ, tổ chức việc bán hàng có giảm giá, phát quà tặng... Các hoạt động này được gọi là xúc tiến thương mại và là quá trình tất yếu mà doanh nghiệp phải tiến hành để đáp ứng nhu cầu cạnh tranh. Quá trình này do thương nhân tự tổ chức thực hiện hoặc thông qua quan hệ dịch vụ do thương nhân khác cung ứng.

a. Xúc tiến thương mại

Trong tiếng Anh, “xúc tiến” được dịch từ “Promotion”. Từ này có ý nghĩa là sự khuyến khích, ủng hộ, sự khuyến khích trưng, thúc đẩy hay sự thăng tiến. Vì vậy, “Trade promotion”

CHƯƠNG XI

PHÁP LUẬT VỀ XÚC TIẾN THƯƠNG MẠI CỦA THƯƠNG NHÂN

I. KHÁI QUÁT CHUNG VỀ XÚC TIẾN THƯƠNG MẠI VÀ PHÁP LUẬT VỀ XÚC TIẾN THƯƠNG MẠI

1. Khái niệm xúc tiến thương mại và dịch vụ xúc tiến thương mại

Cạnh tranh là vấn đề tất yếu của doanh nghiệp trong nền kinh tế thị trường. Trong cuộc ganh đua đó, các doanh nghiệp sử dụng mọi giải pháp để tìm kiếm, thúc đẩy cơ hội bán hàng và cung ứng dịch vụ như: Tuyên truyền, giới thiệu, khuyến khích trưng hàng hoá dịch vụ, tổ chức việc bán hàng có giảm giá, phát quà tặng... Các hoạt động này được gọi là xúc tiến thương mại và là quá trình tất yếu mà doanh nghiệp phải tiến hành để đáp ứng nhu cầu cạnh tranh. Quá trình này do thương nhân tự tổ chức thực hiện hoặc thông qua quan hệ dịch vụ do thương nhân khác cung ứng.

a. Xúc tiến thương mại

Trong tiếng Anh, “xúc tiến” được dịch từ “Promotion”. Từ này có ý nghĩa là sự khuyến khích, ủng hộ, sự khuyến khích trưng, thúc đẩy hay sự thăng tiến. Vì vậy, “Trade promotion”

không chỉ là “xúc tiến thương mại” mà còn có nghĩa là sự khuyến khích trưng thương mại, sự thúc đẩy thương mại. Trong hoạt động kinh doanh “xúc tiến thương mại” (trade promotion) là hoạt động tìm kiếm, thúc đẩy cơ hội thương mại thông qua việc doanh nghiệp có sử dụng rộng rãi các kỹ thuật thuyết phục khác nhau để liên hệ với thị trường mục tiêu và công chúng. Xúc tiến thương mại có ý nghĩa thúc đẩy quá trình kinh doanh, hỗ trợ quá trình kinh doanh đạt hiệu quả

cao nhất. Tuy vậy, ở Việt Nam hiện nay còn thiếu cách hiểu thống nhất về “xúc tiến thương mại” và khái niệm này được đang được tiếp nhận ở nhiều góc độ khác nhau.

Ở góc độ ngôn ngữ, “xúc tiến” là “*làm cho tiến triển nhanh hơn*”,^[V] thuật ngữ “xúc tiến” được hiểu là hoạt động tìm kiếm, thúc đẩy một sự vật, hiện tượng nào đó và thuật ngữ này được sử dụng trong nhiều lĩnh vực khác nhau. Phụ thuộc vào đối tượng cần tìm kiếm, thúc đẩy, trong đời sống kinh tế, pháp lí đã hình thành nhiều khái niệm được sử dụng rộng rãi như: Xúc tiến thương mại, xúc tiến đầu tư, xúc tiến xuất khẩu, xúc tiến việc làm, xúc tiến ngân hàng...

Với vai trò là đối tượng của hoạt động xúc tiến, khái niệm “thương mại” có ý nghĩa chi phối nội hàm của khái niệm “xúc tiến thương mại”. Hiểu theo nghĩa thông thường, thương mại là hoạt động mua bán hàng hoá, cung ứng dịch vụ và tương ứng với nó, xúc tiến thương mại là hoạt động xúc tiến việc mua bán hàng hóa và cung ứng dịch vụ. Trong bối cảnh hội nhập, quan hệ thương mại hình thành không chỉ

(1).Xem: Viện ngôn ngữ học, *Từ điển tiếng Việt* (1997), Nxb. Đà Nẵng, Trung tâm từ điển học. Hà Nội - Đà Nẵng

không chỉ là “xúc tiến thương mại” mà còn có nghĩa là sự khuyến khích thương mại, sự thúc đẩy thương mại. Trong hoạt động kinh doanh “xúc tiến thương mại” (trade promotion) là hoạt động tìm kiếm, thúc đẩy cơ hội thương mại thông qua việc doanh nghiệp có sử dụng rộng rãi các kĩ thuật thuyết phục khác nhau để liên hệ với thị trường mục tiêu và công chúng. Xúc tiến thương mại có ý nghĩa thúc đẩy quá trình kinh doanh, hỗ trợ quá trình kinh doanh đạt hiệu quả cao nhất. Tuy vậy, ở Việt Nam hiện nay còn thiếu cách hiểu thống nhất về “xúc tiến thương mại” và khái niệm này được đang được tiếp nhận ở nhiều

góc độ khác nhau.

Ở góc độ ngôn ngữ, "xúc tiến" là "*làm cho tiến triển nhanh hơn*",^[V] thuật ngữ "xúc tiến" được hiểu là hoạt động tìm kiếm, thúc đẩy một sự vật, hiện tượng nào đó và thuật ngữ này được sử dụng trong nhiều lĩnh vực khác nhau. Phụ thuộc vào đối tượng cần tìm kiếm, thúc đẩy, trong đời sống kinh tế, pháp lí đã hình thành nhiều khái niệm được sử dụng rộng rãi như: Xúc tiến thương mại, xúc tiến đầu tư, xúc tiến xuất khẩu, xúc tiến việc làm, xúc tiến ngân hàng...

Với vai trò là đối tượng của hoạt động xúc tiến, khái niệm "thương mại" có ý nghĩa chi phối nội hàm của khái niệm "xúc tiến thương mại". Hiểu theo nghĩa thông thường, thương mại là hoạt động mua bán hàng hoá, cung ứng dịch vụ và tương ứng với nó, xúc tiến thương mại là hoạt động xúc tiến việc mua bán hàng hóa và cung ứng dịch vụ. Trong bối cảnh hội nhập, quan hệ thương mại hình thành không chỉ

(1).Xem: Viện ngôn ngữ học, *Từ điển tiếng Việt* (1997), Nxb. Đà Nẵng, Trung tâm từ điển học. Hà Nội - Đà Nẵng

trong quan hệ mua bán hàng hoá, cung ứng dịch vụ mà còn bao gồm quan hệ đầu tư, quan hệ thương mại trong lĩnh vực sở hữu trí tuệ. Do đó, cũng có ý kiến cho rằng, xúc tiến thương mại bao gồm xúc tiến việc mua bán hàng hóa, xúc tiến cung ứng dịch vụ, xúc tiến đầu tư...

Ở góc độ kinh tế, "xúc tiến thương mại" là "*tổt cả các biện pháp có tác động khuyến khích phát triển thương mại*".⁽¹⁾ Các hành vi này đều nhằm mục tiêu tìm kiếm, thúc đẩy cơ hội kinh doanh thương mại và được thực hiện bởi nhiều chủ thể. Xúc tiến thương mại trước hết là hoạt động của thương nhân, được thực hiện với nhiều cách thức khác nhau như khuyến mại, quảng cáo... để tác động đến phát triển thương

mại. Các hoạt động khuyến mại, quảng cáo, hội chợ triển lãm... đều có tác dụng trực tiếp kích thích nhu cầu thương mại hàng hoá, thương mại dịch vụ. Tuy nhiên, các hoạt động xúc tiến thương mại mà thương nhân tiến hành chỉ có ý nghĩa tìm kiếm, thúc đẩy cơ hội thương mại cho thương nhân. Ở tầm quốc gia, môi trường toàn cầu hoá và tự do hoá thương mại đã và đang đòi hỏi Chính phủ và các tổ chức xúc tiến thương mại phải có những nỗ lực hỗ trợ, thúc đẩy quan hệ thương mại, đặc biệt là ngoại thương. Chính phủ thực hiện xúc tiến thương mại thông qua chính sách kinh tế, thông qua khuôn khổ thể chế pháp lý điều chỉnh hoạt động thương mại và xúc tiến thương mại, đàm phán, kí kết các hiệp định thương mại song phương, đa phương, hỗ trợ doanh nghiệp tham gia hội chợ, triển lãm thương mại ở nước ngoài... tạo điều kiện

(1). Viện nghiên cứu thương mại - Viện nghiên cứu tư vấn phát triển KTXH nông thôn và miền núi (2003), *Ái/c tiến xuất khẩu của Chính phủ cho các doanh nghiệp vừa và nhỏ*, Nxb. Lao động - xã hội, Hà Nội.

trong quan hệ mua bán hàng hoá, cung ứng dịch vụ mà còn bao gồm quan hệ đầu tư, quan hệ thương mại trong lĩnh vực sở hữu trí tuệ. Do đó, cũng có ý kiến cho rằng, xúc tiến thương mại bao gồm xúc tiến việc mua bán hàng hóa, xúc tiến cung ứng dịch vụ, xúc tiến đầu tư...

Ở góc độ kinh tế, "xúc tiến thương mại" là "*íót cả các biện pháp có tác động khuyến khích phát triển thương mại*".⁽¹⁾ Các hành vi này đều nhằm mục tiêu tìm kiếm, thúc đẩy cơ hội kinh doanh thương mại và được thực hiện bởi nhiều chủ thể. Xúc tiến thương mại trước hết là hoạt động của thương nhân, được thực hiện với nhiều cách thức khác nhau như khuyến mại, quảng cáo... để tác động đến phát triển thương mại. Các hoạt động khuyến mại, quảng cáo, hội chợ triển lãm... đều có tác dụng trực tiếp kích thích nhu cầu thương mại hàng hoá, thương

mại dịch vụ. Tuy nhiên, các hoạt động xúc tiến thương mại mà thương nhân tiến hành chỉ có ý nghĩa tìm kiếm, thúc đẩy cơ hội thương mại cho thương nhân. Ở tầm quốc gia, môi trường toàn cầu hoá và tự do hoá thương mại đã và đang đòi hỏi Chính phủ và các tổ chức xúc tiến thương mại phải có những nỗ lực hỗ trợ, thúc đẩy quan hệ thương mại, đặc biệt là ngoại thương. Chính phủ thực hiện xúc tiến thương mại thông qua chính sách kinh tế, thông qua khuôn khổ thể chế pháp lý điều chỉnh hoạt động thương mại và xúc tiến thương mại, đàm phán, kí kết các hiệp định thương mại song phương, đa phương, hỗ trợ doanh nghiệp tham gia hội chợ, triển lãm thương mại ở nước ngoài... tạo điều kiện

(1). Viện nghiên cứu thương mại - Viện nghiên cứu tư vấn phát triển KTXH nông thôn và miền núi (2003), *Áiic tiến xuất khẩu của Chính phủ cho các doanh nghiệp vừa và nhỏ*, Nxb. Lao động - xã hội, Hà Nội.

tiếp cận thị trường rộng hơn cho doanh nghiệp và sản phẩm của doanh nghiệp. Các tổ chức xúc tiến thương mại phối hợp hoạt động xúc tiến thương mại với các cơ quan Chính phủ và với các doanh nghiệp, đào tạo nguồn nhân lực, cung cấp các dịch vụ thông tin thương mại, dịch vụ xúc tiến thương mại cho các doanh nghiệp và khách hàng có nhu cầu...

Như vậy, từ góc độ kinh tế, có thể khẳng định: Xúc tiến thương mại không chỉ là hoạt động nhằm mục tiêu thúc đẩy phát triển thương mại của thương nhân mà còn bao gồm hoạt động thúc đẩy phát triển thương mại của Chính phủ và các tổ chức xúc tiến thương mại .

Ở góc độ pháp lý, hoạt động xúc tiến thương mại được quy định cụ thể trong Luật thương mại. Khoản 3 Điều 10 Luật thương mại năm 2005 quy định: “*Áiic tiến thương mại là hoạt động thúc đẩy,*

tìm kiếm cơ hội mua bán hàng hoá và cung ứng dịch vụ, bao gồm hoạt động khuyến mại, quảng cáo thương mại, trưng bày, giới thiệu hàng hoá, dịch vụ và hội chợ, triển lãm thương mại Xúc tiến thương mại theo quy định trên đây mang bản chất là hoạt động xúc tiến bán hàng và cung ứng dịch vụ do thương nhân tiến hành. Đây cũng là định nghĩa duy nhất về xúc tiến thương mại trong pháp luật Việt Nam hiện nay.

Theo quy định của Luật thương mại, xúc tiến thương mại có những đặc điểm pháp lý chủ yếu sau:

+ Về tính chất: Xúc tiến thương mại là một loại hoạt động thương mại. Đặc điểm này cho phép khẳng định, xúc tiến thương mại (cũng như các hoạt động thương mại khác) là hoạt động nhằm mục đích sinh lời và thường do thương nhân thực tiếp cận thị trường rộng hơn cho doanh nghiệp và sản phẩm của doanh nghiệp. Các tổ chức xúc tiến thương mại phối hợp hoạt động xúc tiến thương mại với các cơ quan Chính phủ và với các doanh nghiệp, đào tạo nguồn nhân lực, cung cấp các dịch vụ thông tin thương mại, dịch vụ xúc tiến thương mại cho các doanh nghiệp và khách hàng có nhu cầu...

Như vậy, từ góc độ kinh tế, có thể khẳng định: Xúc tiến thương mại không chỉ là hoạt động nhằm mục tiêu thúc đẩy phát triển thương mại của thương nhân mà còn bao gồm hoạt động thúc đẩy phát triển thương mại của Chính phủ và các tổ chức xúc tiến thương mại.

Ở góc độ pháp lý, hoạt động xúc tiến thương mại được quy định cụ thể trong Luật thương mại. Khoản 3 Điều 10 Luật thương mại năm 2005 quy định: “*Áiic tiến thương mại là hoạt động thúc đẩy, tìm kiếm cơ hội mua bán hàng hoá và cung ứng dịch vụ, bao gồm hoạt động khuyến mại, quảng cáo thương mại, trưng bày, giới thiệu hàng hoá, dịch vụ và hội chợ, triển lãm thương mại* Xúc tiến thương mại theo quy định trên đây mang bản chất là hoạt động xúc tiến bán hàng

và cung ứng dịch vụ do thương nhân tiến hành. Đây cũng là định nghĩa duy nhất về xúc tiến thương mại trong pháp luật Việt Nam hiện nay.

Theo quy định của Luật thương mại, xúc tiến thương mại có những đặc điểm pháp lý chủ yếu sau:

+ Về tính chất: Xúc tiến thương mại là một loại hoạt động thương mại. Đặc điểm này cho phép khẳng định, xúc tiến thương mại (cũng như các hoạt động thương mại khác) là hoạt động nhằm mục đích sinh lời và thường do thương nhân thực hiện. Tuy nhiên, khác biệt với các loại hoạt động thương mại khác, xúc tiến thương mại có ý nghĩa hỗ trợ cho hoạt động mua bán hàng hoá, cung ứng dịch vụ hay các hoạt động thương mại có mục đích sinh lời khác, tạo cơ hội khuyến khích, thúc đẩy các hoạt động này thực hiện với hiệu quả cao nhất.

+ Về chủ thể: Do xúc tiến thương mại nhằm tìm kiếm, thúc đẩy cơ hội mua bán hàng hoá và cung ứng dịch vụ nên chủ thể thực hiện nó chủ yếu là thương nhân (người bán hàng, người cung ứng dịch vụ hoặc là người kinh doanh dịch vụ xúc tiến thương mại) cho dù Luật thương mại quy định đối tượng áp dụng của Luật là thương nhân và các tổ chức, cá nhân khác có liên quan đến hoạt động thương mại. Theo các quy định của Luật thương mại thì “tổ chức, cá nhân khác có liên quan đến hoạt động thương mại” được hiểu là tổ chức, cá nhân có quan hệ thương mại với thương nhân và trở thành một bên trong quan hệ đó (ví dụ: Cơ quan báo chí trong quan hệ phát hành sản phẩm quảng cáo thương mại với thương nhân). Chủ thể của hoạt động xúc tiến thương mại phải có tư cách pháp lý độc lập, là thương nhân Việt Nam hoặc thương nhân nước ngoài. Pháp luật không cho phép các văn phòng đại diện tiến hành khuyến mại, quảng cáo... và chỉ cho phép chi nhánh được xúc tiến thương mại phù hợp với nội dung hoạt động ghi

trong giấy phép.

+ Về mục đích: Xúc tiến thương mại nhằm mục đích trực tiếp là tìm kiếm, thúc đẩy cơ hội mua bán hàng hoá, cung ứng dịch vụ và thông qua đó mục đích lợi nhuận của thương nhân đạt được. Mặc dù đầu tư được coi là một loại hoạt động thương mại (khoản 1 Điều 3 Luật thương mại) nhưng theo quy định của Luật thương mại, mục đích của xúc tiến thương mại. Tuy nhiên, khác biệt với các loại hoạt động thương mại khác, xúc tiến thương mại có ý nghĩa hỗ trợ cho hoạt động mua bán hàng hoá, cung ứng dịch vụ hay các hoạt động thương mại có mục đích sinh lời khác, tạo cơ hội khuyến khích, thúc đẩy các hoạt động này thực hiện với hiệu quả cao nhất.

+ Về chủ thể: Do xúc tiến thương mại nhằm tìm kiếm, thúc đẩy cơ hội mua bán hàng hoá và cung ứng dịch vụ nên chủ thể thực hiện nó chủ yếu là thương nhân (người bán hàng, người cung ứng dịch vụ hoặc là người kinh doanh dịch vụ xúc tiến thương mại) cho dù Luật thương mại quy định đối tượng áp dụng của Luật là thương nhân và các tổ chức, cá nhân khác có liên quan đến hoạt động thương mại. Theo các quy định của Luật thương mại thì “tổ chức, cá nhân khác có liên quan đến hoạt động thương mại” được hiểu là tổ chức, cá nhân có quan hệ thương mại với thương nhân và trở thành một bên trong quan hệ đó (ví dụ: Cơ quan báo chí trong quan hệ phát hành sản phẩm quảng cáo thương mại với thương nhân). Chủ thể của hoạt động xúc tiến thương mại phải có tư cách pháp lý độc lập, là thương nhân Việt Nam hoặc thương nhân nước ngoài. Pháp luật không cho phép các văn phòng đại diện tiến hành khuyến mại, quảng cáo... và chỉ cho phép chi nhánh được xúc tiến thương mại phù hợp với nội dung hoạt động ghi trong giấy phép.

+ Về mục đích: Xúc tiến thương mại nhằm mục đích trực tiếp là tìm kiếm, thúc đẩy cơ hội mua bán hàng hoá, cung ứng dịch vụ và

thông qua đó mục đích lợi nhuận của thương nhân đạt được. Mặc dù đầu tư được coi là một loại hoạt động thương mại (khoản 1 Điều 3 Luật thương mại) nhưng theo quy định của Luật thương mại, mục đích của xúc tiến thương mại không bao gồm việc tìm kiếm thúc đẩy cơ hội đầu tư (xúc tiến đầu tư), về mặt lý luận, hoạt động thương mại hàng hoá, thương mại dịch vụ và hoạt động đầu tư mang bản chất khác nhau nhưng các biện pháp, cách thức để xúc tiến quá trình đó thì có rất nhiều nét tương đồng. Trong mọi trường hợp, các biện pháp thông tin, quảng cáo, triển lãm... nhằm giới thiệu, khuyến khích trưng cho thương nhân và hoạt động thương mại của họ đều mang lại hiệu quả phát triển thương mại, bao gồm cả đầu tư.

+ Về cách thức xúc tiến thương mại: Do có đối tượng áp dụng chủ yếu là thương nhân nên Luật thương mại chỉ quy định các cách thức xúc tiến thương mại do thương nhân tiến hành, bao gồm việc thương nhân tự mình xúc tiến thương mại hoặc thuê thương nhân khác thực hiện dịch vụ xúc tiến thương mại cho mình, với các hoạt động cụ thể: Khuyến mại, quảng cáo, hội chợ triển lãm thương mại, trưng bày giới thiệu hàng hoá, dịch vụ.

b. Dịch vụ xúc tiến thương mại

Trong nền kinh tế thị trường, dịch vụ hình thành trong cả lĩnh vực xúc tiến thương mại. Thương nhân có thể tự tìm kiếm, thúc đẩy cơ hội thương mại với nhiều cách thức: Giảm giá, phát quà tặng, tìm cơ hội tăng cường mạng lưới đại lí... cũng có thể thuê thương nhân khác thực hiện việc giới thiệu, khuyến khích trưng về hàng hoá, dịch vụ... để thông qua đó, tìm kiếm, thúc đẩy cơ hội mua bán hàng hoá, cung ứng dịch vụ cho mình và phải trả tiền cho việc thuê đó. Như vậy, dịch vụ hình thành ngay cả trong lĩnh vực xúc tiến thương mại và trở thành loại dịch vụ thương mại có khả năng mang lại lợi nhuận

cho người kinh doanh nó. Trong pháp luật thương mại không bao gồm việc tìm kiếm thúc đẩy cơ hội đầu tư (xúc tiến đầu tư), về mặt lý luận, hoạt động thương mại hàng hoá, thương mại dịch vụ và hoạt động đầu tư mang bản chất khác nhau nhưng các biện pháp, cách thức để xúc tiến quá trình đó thì có rất nhiều nét tương đồng. Trong mọi trường hợp, các biện pháp thông tin, quảng cáo, triển lãm... nhằm giới thiệu, khuyến khích trưng cho thương nhân và hoạt động thương mại của họ đều mang lại hiệu quả phát triển thương mại, bao gồm cả đầu tư.

+ Về cách thức xúc tiến thương mại: Do có đối tượng áp dụng chủ yếu là thương nhân nên Luật thương mại chỉ quy định các cách thức xúc tiến thương mại do thương nhân tiến hành, bao gồm việc thương nhân tự mình xúc tiến thương mại hoặc thuê thương nhân khác thực hiện dịch vụ xúc tiến thương mại cho mình, với các hoạt động cụ thể: Khuyến mại, quảng cáo, hội chợ triển lãm thương mại, trưng bày giới thiệu hàng hoá, dịch vụ.

b. Dịch vụ xúc tiến thương mại

Trong nền kinh tế thị trường, dịch vụ hình thành trong cả lĩnh vực xúc tiến thương mại. Thương nhân có thể tự tìm kiếm, thúc đẩy cơ hội thương mại với nhiều cách thức: Giảm giá, phát quà tặng, tìm cơ hội tăng cường mạng lưới đại lý... cũng có thể thuê thương nhân khác thực hiện việc giới thiệu, khuyến khích về hàng hoá, dịch vụ... để thông qua đó, tìm kiếm, thúc đẩy cơ hội mua bán hàng hoá, cung ứng dịch vụ cho mình và phải trả tiền cho việc thuê đó. Như vậy, dịch vụ hình thành ngay cả trong lĩnh vực xúc tiến thương mại và trở thành loại dịch vụ thương mại có khả năng mang lại lợi nhuận cho người kinh doanh nó. Trong pháp luật thương mại, dịch vụ xúc tiến thương mại được hiểu là hoạt động kinh doanh, theo đó, thương nhân thực hiện một hoặc một số hành vi nhằm tìm

kiếm, thúc đẩy cơ hội thương mại cho thương nhân khác để kiếm lời.
Ví dụ: Thương nhân kinh doanh dịch vụ quảng cáo, dịch vụ hội chợ triển lãm...

So với quan hệ xúc tiến thương mại do thương nhân tự mình thực hiện, quan hệ kinh doanh dịch vụ xúc tiến thương mại có một số điểm tương đồng và khác biệt cơ bản. Cho dù được thực hiện theo phương thức nào, việc xúc tiến thương mại cũng sẽ giống nhau ở ba điểm chính:

- Chủ thể thực hiện xúc tiến thương mại đều là thương nhân. Xúc tiến thương mại có bản chất là hành vi hỗ trợ cho hoạt động thương mại của thương nhân, do đó nó được thương nhân tiến hành như một nhu cầu tất yếu để khuyến khích phát triển thương mại. Các cá nhân, tổ chức không phải là thương nhân, do không hoạt động thương mại một cách độc lập thường xuyên nên không có nhu cầu hoạt động xúc tiến thương mại và không trở thành chủ thể của quan hệ đó. Trường hợp thực hiện xúc tiến thương mại theo hợp đồng dịch vụ, chủ thể thực hiện xúc tiến thương mại phải là thương nhân, có đăng kí kinh doanh dịch vụ xúc tiến thương mại.

- Hình thức xúc tiến thương mại được thực hiện trong cả hai phương thức đều là các kĩ thuật thuyết phục khác nhau mà mục tiêu là liên hệ với thị trường và công chúng như khuyến mại, quảng cáo, hội chợ triển lãm thương mại...

- Giới hạn của hoạt động xúc tiến thương mại là như nhau. Thương nhân thực hiện xúc tiến thương mại trong khuôn khổ pháp luật, không được xâm hại lợi ích của Nhà nước, của thương nhân khác, của người tiêu dùng.

mại, dịch vụ xúc tiến thương mại được hiểu là hoạt động kinh doanh, theo đó, thương nhân thực hiện một hoặc một số hành vi nhằm tìm kiếm, thúc đẩy cơ hội thương mại cho thương nhân khác để kiếm lời.

Ví dụ: Thương nhân kinh doanh dịch vụ quảng cáo, dịch vụ hội chợ triển lãm...

So với quan hệ xúc tiến thương mại do thương nhân tự mình thực hiện, quan hệ kinh doanh dịch vụ xúc tiến thương mại có một số điểm tương đồng và khác biệt cơ bản. Cho dù được thực hiện theo phương thức nào, việc xúc tiến thương mại cũng sẽ giống nhau ở ba điểm chính:

- Chủ thể thực hiện xúc tiến thương mại đều là thương nhân. Xúc tiến thương mại có bản chất là hành vi hỗ trợ cho hoạt động thương mại của thương nhân, do đó nó được thương nhân tiến hành như một nhu cầu tất yếu để khuyến khích phát triển thương mại. Các cá nhân, tổ chức không phải là thương nhân, do không hoạt động thương mại một cách độc lập thường xuyên nên không có nhu cầu hoạt động xúc tiến thương mại và không trở thành chủ thể của quan hệ đó. Trường hợp thực hiện xúc tiến thương mại theo hợp đồng dịch vụ, chủ thể thực hiện xúc tiến thương mại phải là thương nhân, có đăng kí kinh doanh dịch vụ xúc tiến thương mại.

- Hình thức xúc tiến thương mại được thực hiện trong cả hai phương thức đều là các kĩ thuật thuyết phục khác nhau mà mục tiêu là liên hệ với thị trường và công chúng như khuyến mại, quảng cáo, hội chợ triển lãm thương mại...

- Giới hạn của hoạt động xúc tiến thương mại là như nhau. Thương nhân thực hiện xúc tiến thương mại trong khuôn khổ pháp luật, không được xâm hại lợi ích của Nhà nước, của thương nhân khác, của người tiêu dùng.

Hoạt động xúc tiến thương mại do thương nhân tự thực hiện và thực hiện thông qua quan hệ dịch vụ khác nhau ở hai điểm cơ bản:

Một là: Về mục đích hoạt động xúc tiến thương mại. Thương nhân tự tổ chức thực hiện hoạt động xúc tiến thương mại nhằm mục

đích tìm kiếm cơ hội thương mại cho mình, trong khi đó thương nhân kinh doanh dịch vụ xúc tiến thương mại lại nhằm tìm kiếm cơ hội thương mại cho thương nhân khác và tìm kiếm lợi nhuận cho mình thông qua cách thức kinh doanh dịch vụ đó.

Hai là Về cơ sở tiến hành hoạt động xúc tiến thương mại. Nhu cầu khuyến khích phát triển thương mại là cơ sở kinh tế để thương nhân xây dựng và triển khai kế hoạch xúc tiến thương mại cho mình. Quá trình này được thực hiện dựa trên quyền tự do hoạt động xúc tiến thương mại mà luật pháp ghi nhận. Như vậy, có thể nói, nhu cầu khuyến khích phát triển thương mại và quyền tự do hoạt động xúc tiến thương mại là cơ sở kinh tế và pháp lí để thương nhân tự mình tiến hành xúc tiến thương mại. Đối với thương nhân kinh doanh dịch vụ xúc tiến thương mại, cơ sở kinh tế tiến hành các hoạt động xúc tiến thương mại là kế hoạch kinh doanh của thương nhân, bởi vì dịch vụ xúc tiến thương mại chính là ngành nghề kinh doanh mà thương nhân lựa chọn. Cơ sở pháp lí để tiến hành các hoạt động xúc tiến thương mại là hợp đồng dịch vụ được kí kết giữa thương nhân kinh doanh dịch vụ và thương nhân thuê dịch vụ, trong đó có thoả thuận rõ về hình thức xúc tiến thương mại, thời gian thực hiện, nội dung công việc cần thực hiện... Tất nhiên, cho dù việc xúc tiến thương mại được thực hiện vì lợi ích tìm kiếm cơ hội thương mại cho

Hoạt động xúc tiến thương mại do thương nhân tự thực hiện và thực hiện thông qua quan hệ dịch vụ khác nhau ở hai điểm cơ bản:

Một là: Về mục đích hoạt động xúc tiến thương mại. Thương nhân tự tổ chức thực hiện hoạt động xúc tiến thương mại nhằm mục đích tìm kiếm cơ hội thương mại cho mình, trong khi đó thương nhân kinh doanh dịch vụ xúc tiến thương mại lại nhằm tìm kiếm cơ hội thương mại cho thương nhân khác và tìm kiếm lợi nhuận cho

mình thông qua cách thức kinh doanh dịch vụ đó.

Hai là Về cơ sở tiến hành hoạt động xúc tiến thương mại. Nhu cầu khuyến khích phát triển thương mại là cơ sở kinh tế để thương nhân xây dựng và triển khai kế hoạch xúc tiến thương mại cho mình. Quá trình này được thực hiện dựa trên quyền tự do hoạt động xúc tiến thương mại mà luật pháp ghi nhận. Như vậy, có thể nói, nhu cầu khuyến khích phát triển thương mại và quyền tự do hoạt động xúc tiến thương mại là cơ sở kinh tế và pháp lý để thương nhân tự mình tiến hành xúc tiến thương mại. Đối với thương nhân kinh doanh dịch vụ xúc tiến thương mại, cơ sở kinh tế tiến hành các hoạt động xúc tiến thương mại là kế hoạch kinh doanh của thương nhân, bởi vì dịch vụ xúc tiến thương mại chính là ngành nghề kinh doanh mà thương nhân lựa chọn. Cơ sở pháp lý để tiến hành các hoạt động xúc tiến thương mại là hợp đồng dịch vụ được ký kết giữa thương nhân kinh doanh dịch vụ và thương nhân thuê dịch vụ, trong đó có thoả thuận rõ về hình thức xúc tiến thương mại, thời gian thực hiện, nội dung công việc cần thực hiện... Tất nhiên, cho dù việc xúc tiến thương mại được thực hiện vì lợi ích tìm kiếm cơ hội thương mại cho

người khác, thương nhân kinh doanh dịch vụ xúc tiến thương mại trong quá trình hành nghề vẫn phải thực hiện quy định pháp luật hiện hành về xúc tiến thương mại, tôn trọng lợi ích của Nhà nước, của thương nhân khác và của người tiêu dùng.

2. Chủ thể hoạt động xúc tiến thương mại

Dưới góc độ kinh tế, có rất nhiều chủ thể tham gia vào hoạt động xúc tiến thương mại. Có thể chia các chủ thể này thành ba nhóm: Chính phủ, các tổ chức hỗ trợ thương mại và các doanh nghiệp.

Chính phủ tham gia vào hoạt động xúc tiến thương mại thông qua các hoạt động quản lý nhà nước và trực tiếp thực hiện các hoạt động

xúc tiến thương mại như xây dựng và hoàn thiện môi trường pháp lý điều chỉnh hoạt động xúc tiến thương mại, thành lập các cơ quan thực hiện hoạt động xúc tiến thương mại như: Cục xúc tiến thương mại, các cơ quan đại diện thương mại Việt Nam ở nước ngoài, các trung tâm, phòng xúc tiến thương mại ở các địa phương, xây dựng và tổ chức các mạng lưới thông tin quốc gia đáp ứng yêu cầu thông tin thương mại, hỗ trợ các doanh nghiệp tham gia hội trợ triển lãm thương mại ở nước ngoài...

Các tổ chức xúc tiến thương mại (TPOs-Trade Promotion Organizations) tham gia vào hoạt động xúc tiến thương mại bao gồm: Các tổ chức chính phủ, các hiệp hội doanh nghiệp, hiệp hội ngành hàng... Các tổ chức này phối hợp hoạt động với cơ quan Chính phủ và các doanh nghiệp trong mạng lưới xúc tiến thương mại, cung cấp các dịch vụ hỗ trợ kinh doanh, đào tạo nguồn nhân lực cho các hoạt động xúc tiến thương mại...

người khác, thương nhân kinh doanh dịch vụ xúc tiến thương mại trong quá trình hành nghề vẫn phải thực hiện quy định pháp luật hiện hành về xúc tiến thương mại, tôn trọng lợi ích của Nhà nước, của thương nhân khác và của người tiêu dùng.

2. Chủ thể hoạt động xúc tiến thương mại

Dưới góc độ kinh tế, có rất nhiều chủ thể tham gia vào hoạt động xúc tiến thương mại. Có thể chia các chủ thể này thành ba nhóm: Chính phủ, các tổ chức hỗ trợ thương mại và các doanh nghiệp.

Chính phủ tham gia vào hoạt động xúc tiến thương mại thông qua các hoạt động quản lý nhà nước và trực tiếp thực hiện các hoạt động xúc tiến thương mại như xây dựng và hoàn thiện môi trường pháp lý điều chỉnh hoạt động xúc tiến thương mại, thành lập các cơ quan thực hiện hoạt động xúc tiến thương mại như: Cục xúc tiến thương mại, các cơ quan đại diện thương mại Việt Nam ở nước ngoài, các trung tâm,

Chính phủ và các tổ chức xúc tiến thương mại thực hiện

phòng xúc tiến thương mại ở các địa phương, xây dựng và tổ chức các mạng lưới thông tin quốc gia đáp ứng yêu cầu thông tin thương mại, hỗ trợ các doanh nghiệp tham gia hội trợ triển lãm thương mại ở nước ngoài...

Các tổ chức xúc tiến thương mại (TPOs-Trade Promotion Organizations) tham gia vào hoạt động xúc tiến thương mại bao gồm: Các tổ chức chính phủ, các hiệp hội doanh nghiệp, hiệp hội ngành hàng... Các tổ chức này phối hợp hoạt động với cơ quan Chính phủ và các doanh nghiệp trong mạng lưới xúc tiến thương mại, cung cấp các dịch vụ hỗ trợ kinh doanh, đào tạo nguồn nhân lực cho các hoạt động xúc tiến thương mại...

các giải pháp hỗ trợ doanh nghiệp nói chung nhằm đảm bảo môi trường cạnh tranh bình đẳng giữa các doanh nghiệp. Trong quan hệ thương mại quốc tế, các biện pháp xúc tiến thương mại do Nhà nước, các tổ chức phi chính phủ tiến hành có ý nghĩa hỗ trợ các doanh nghiệp thâm nhập vào thị trường hàng hoá, dịch vụ và đầu tư của nước ngoài, tăng cường thương mại xuất khẩu của quốc gia.

Thương nhân là chủ thể trực tiếp thực hiện các hoạt động xúc tiến thương mại nhằm tìm kiếm, thúc đẩy cơ hội mua bán hàng hoá và cơ hội cung ứng dịch vụ cho mình. Pháp luật ghi nhận quyền tự do hoạt động xúc tiến thương mại của thương nhân Việt Nam, thương nhân nước ngoài (thông qua chi nhánh của họ mở tại Việt Nam). Trong khuôn khổ của pháp luật thương mại, thương nhân là chủ thể chủ yếu tiến hành các hoạt động xúc tiến thương mại, bao gồm hai loại:

- Thương nhân kinh doanh trong các ngành, lĩnh vực khác nhau tự hoạt động xúc tiến thương mại cho mình. Trường hợp này, thương nhân thực hiện xúc tiến thương mại trong khuôn khổ quyền tự do kinh doanh, tự do hoạt động xúc tiến thương mại mà không

Chính phủ và các tổ chức xúc tiến thương mại thực hiện

cần phải đăng kí kinh doanh để có quyền thực hiện các hoạt động đó.

- Thương nhân kinh doanh dịch vụ xúc tiến thương mại. Trong trường hợp này, dịch vụ xúc tiến thương mại trở thành dịch vụ thương mại được thương nhân lựa chọn để kinh doanh. Do vậy, điều kiện để thương nhân hoạt động xúc tiến thương mại một cách hợp pháp là phải đăng kí kinh doanh.

Trong phạm vi môn học, đối tượng nghiên cứu chủ yếu là hoạt động xúc tiến thương mại do thương nhân tiến hành. Các giải pháp hỗ trợ doanh nghiệp nói chung nhằm đảm bảo môi trường cạnh tranh bình đẳng giữa các doanh nghiệp. Trong quan hệ thương mại quốc tế, các biện pháp xúc tiến thương mại do Nhà nước, các tổ chức phi chính phủ tiến hành có ý nghĩa hỗ trợ các doanh nghiệp thâm nhập vào thị trường hàng hoá, dịch vụ và đầu tư của nước ngoài, tăng cường thương mại xuất khẩu của quốc gia.

Thương nhân là chủ thể trực tiếp thực hiện các hoạt động xúc tiến thương mại nhằm tìm kiếm, thúc đẩy cơ hội mua bán hàng hoá và cơ hội cung ứng dịch vụ cho mình. Pháp luật ghi nhận quyền tự do hoạt động xúc tiến thương mại của thương nhân Việt Nam, thương nhân nước ngoài (thông qua chi nhánh của họ mở tại Việt Nam). Trong khuôn khổ của pháp luật thương mại, thương nhân là chủ thể chủ yếu tiến hành các hoạt động xúc tiến thương mại, bao gồm hai loại:

- Thương nhân kinh doanh trong các ngành, lĩnh vực khác nhau tự hoạt động xúc tiến thương mại cho mình. Trường hợp này, thương nhân thực hiện xúc tiến thương mại trong khuôn khổ quyền tự do kinh doanh, tự do hoạt động xúc tiến thương mại mà không cần phải đăng kí kinh doanh để có quyền thực hiện các hoạt động đó.

- Thương nhân kinh doanh dịch vụ xúc tiến thương mại. Trong trường hợp này, dịch vụ xúc tiến thương mại trở thành dịch vụ thương mại được thương nhân lựa chọn để kinh doanh. Do vậy, điều kiện để thương nhân hoạt động xúc tiến thương mại một cách hợp pháp là phải đăng kí kinh doanh.

Trong phạm vi môn học, đối tượng nghiên cứu chủ yếu là hoạt động xúc tiến thương mại do thương nhân tiến hành.

Trên thế giới, thương nhân có thể sử dụng nhiều hình thức xúc tiến thương mại khác nhau, phổ biến là các hình thức sau đây:

Khuyến mại là hành vi xúc tiến việc bán hàng, cung ứng dịch vụ thông qua việc dành cho khách hàng những lợi ích nhất định. Cách thức khuyến mại (hay cách thức dành cho khách hàng những lợi ích nhất định) cũng rất đa dạng. Khách hàng có thể được giảm giá, được nhận quà tặng, phần thưởng hay phiếu mua hàng có ưu đãi, được tặng thêm hàng hoá khi mua lượng hàng nhất định hay được chiết giá (giảm giá so với giá ghi trên hoá đơn) đối với khách hàng là đại lí hay người bán lẻ mua số lượng nhiều... Khuyến mại có ý nghĩa giới thiệu một sản phẩm mới hoặc đã được cải tiến, khuyến khích tiêu dùng, “lôi kéo” khách hàng về phía mình và tăng thị phần của doanh nghiệp trên thương trường.

Quảng cáo thương mại là hoạt động giới thiệu hàng hoá và dịch vụ thương mại của thương nhân thông qua các phương tiện quảng cáo như phương tiện thông tin đại chúng, các ấn phẩm, bảng, biển, băng, pa-nô, áp phích... Nhằm mục đích xúc tiến thương mại, thương nhân còn sử dụng những phương tiện quảng cáo thuộc mạng lưới kinh doanh thương mại của mình như tổ chức phòng trưng bày, biển đề tên cơ sở kinh doanh, bao bì hàng hoá, quảng cáo thông qua người bán hàng... Quảng cáo có ý nghĩa thông tin đến khách hàng về chủng loại, tính năng, tác dụng, giá cả... của hàng hoá dịch vụ để từ đó kích thích

3. Các hình thức xúc tiến thương mại của thương nhân nhu cầu mua sắm và sử dụng dịch vụ của khách hàng.

Trung bày, giới thiệu hàng hoá, dịch vụ là hoạt động dùng hàng hoá, tài liệu về hàng hoá dịch vụ để giới thiệu với

Trên thế giới, thương nhân có thể sử dụng nhiều hình thức xúc tiến thương mại khác nhau, phổ biến là các hình thức sau đây:

Khuyến mại là hành vi xúc tiến việc bán hàng, cung ứng dịch vụ thông qua việc dành cho khách hàng những lợi ích nhất định. Cách thức khuyến mại (hay cách thức dành cho khách hàng những lợi ích nhất định) cũng rất đa dạng. Khách hàng có thể được giảm giá, được nhận quà tặng, phần thưởng hay phiếu mua hàng có ưu đãi, được tặng thêm hàng hoá khi mua lượng hàng nhất định hay được chiết giá (giảm giá so với giá ghi trên hoá đơn) đối với khách hàng là đại lí hay người bán lẻ mua số lượng nhiều... Khuyến mại có ý nghĩa giới thiệu một sản phẩm mới hoặc đã được cải tiến, khuyến khích tiêu dùng, “lôi kéo” khách hàng về phía mình và tăng thị phần của doanh nghiệp trên thương trường.

Quảng cáo thương mại là hoạt động giới thiệu hàng hoá và dịch vụ thương mại của thương nhân thông qua các phương tiện quảng cáo như phương tiện thông tin đại chúng, các ấn phẩm, bảng, biển, băng, pa-nô, áp phích... Nhằm mục đích xúc tiến thương mại, thương nhân còn sử dụng những phương tiện quảng cáo thuộc mạng lưới kinh doanh thương mại của mình như tổ chức phòng trưng bày, biển đề tên cơ sở kinh doanh, bao bì hàng hoá, quảng cáo thông qua người bán hàng... Quảng cáo có ý nghĩa thông tin đến khách hàng về chủng loại, tính năng, tác dụng, giá cả... của hàng hoá dịch vụ để từ đó kích thích nhu cầu mua sắm và sử dụng dịch vụ của khách hàng.

Trung bày, giới thiệu hàng hoá, dịch vụ là hoạt động dùng hàng hoá, tài liệu về hàng hoá dịch vụ để giới thiệu với

khách hàng về sản phẩm hàng hoá, dịch vụ của mình nhằm xúc tiến thương mại. Với cách thức này, thương nhân cung cấp thông tin về hàng hoá cho khách hàng. Địa điểm tổ chức hoạt động trưng bày giới thiệu hàng hoá có thể là phòng trưng bày tại các trung tâm thương mại, hội chợ triển lãm hoặc nơi tổ chức hội nghị, hội thảo, các hoạt động giải trí, thể thao, văn hoá nghệ thuật. Với ý nghĩa giới thiệu những thông tin về hàng hoá đến khách hàng để xúc tiến thương mại, trưng bày giới thiệu hàng hoá mang bản chất của hoạt động quảng cáo, song pháp luật Việt Nam lại quy định đây là hình thức xúc tiến thương mại độc lập.

Hội chợ thương mại là hoạt động xúc tiến thương mại được tiến hành tại một thời gian và địa điểm nhất định, trong đó nhà kinh doanh trưng bày hàng hoá của mình nhằm mục đích tiếp thị, bán hàng và thiết lập giao dịch.

Triển lãm thương mại là hoạt động xúc tiến thương mại được thực hiện thông qua việc trưng bày hàng hoá, tài liệu về hàng hoá (theo chủ đề, thời gian, địa điểm, quy mô nhất định) để giới thiệu, quảng cáo về hàng hoá với khách hàng. Tham gia triển lãm thương mại, nhà kinh doanh không nhằm mục đích bán hàng tại chỗ mà chủ yếu giới thiệu hàng hoá, quảng cáo hàng hoá để thúc đẩy nhu cầu mua bán hàng hoá. Khác với điều này, hội chợ thương mại là nơi mà người mua và người bán trực tiếp thực hiện giao dịch mua bán. Nhà kinh doanh trưng bày hàng hoá trong hội chợ không chỉ nhằm mục đích giới thiệu về hàng hoá mà chủ yếu nhằm mục đích tiếp thị, bán hàng tại chỗ và thiết lập giao dịch. Hơn nữa, hội chợ thương mại được tổ chức mang tính định kì, tại địa điểm, thời gian nhất định. Đặc điểm này thường ít gặp trong các khách hàng về sản phẩm hàng hoá, dịch vụ của mình nhằm xúc tiến thương mại. Với cách thức này, thương nhân cung cấp thông tin về hàng hoá cho khách hàng. Địa điểm tổ chức hoạt động trưng bày giới thiệu hàng hoá có thể là

phòng trưng bày tại các trung tâm thương mại, hội chợ triển lãm hoặc nơi tổ chức hội nghị, hội thảo, các hoạt động giải trí, thể thao, văn hoá nghệ thuật. Với ý nghĩa giới thiệu những thông tin về hàng hoá đến khách hàng để xúc tiến thương mại, trưng bày giới thiệu hàng hoá mang bản chất của hoạt động quảng cáo, song pháp luật Việt Nam lại quy định đây là hình thức xúc tiến thương mại độc lập.

Hội chợ thương mại là hoạt động xúc tiến thương mại được tiến hành tại một thời gian và địa điểm nhất định, trong đó nhà kinh doanh được trưng bày hàng hoá của mình nhằm mục đích tiếp thị, bán hàng và thiết lập giao dịch.

Triển lãm thương mại là hoạt động xúc tiến thương mại được thực hiện thông qua việc trưng bày hàng hoá, tài liệu về hàng hoá (theo chủ đề, thời gian, địa điểm, quy mô nhất định) để giới thiệu, quảng cáo về hàng hoá với khách hàng. Tham gia triển lãm thương mại, nhà kinh doanh không nhằm mục đích bán hàng tại chỗ mà chủ yếu giới thiệu hàng hoá, quảng cáo hàng hoá để thúc đẩy nhu cầu mua bán hàng hoá. Khác với điều này, hội chợ thương mại là nơi mà người mua và người bán trực tiếp thực hiện giao dịch mua bán. Nhà kinh doanh trưng bày hàng hoá trong hội chợ không chỉ nhằm mục đích giới thiệu về hàng hoá mà chủ yếu nhằm mục đích tiếp thị, bán hàng tại chỗ và thiết lập giao dịch. Hơn nữa, hội chợ thương mại được tổ chức mang tính định kì, tại địa điểm, thời gian nhất định. Đặc điểm này thường ít gặp trong các

cuộc triển lãm thương mại. Trong thực tế, hội chợ và triển lãm thương mại thường được tổ chức phối hợp nên thường được gọi là: hội chợ triển lãm thương mại.

Ngoài ra, thương nhân còn áp dụng rất nhiều hình thức xúc tiến thương mại khác như bán hàng cá nhân, quản trị mối quan hệ khách hàng, nghiên cứu thị trường, quan hệ công cộng... nhưng các hình

thức này chưa được quy định trong pháp luật Việt Nam.

4. Sự hình thành pháp luật về xúc tiến thương mại trong nền kinh tế thị trường

Với tư cách là một bộ phận của pháp luật thương mại, pháp luật về xúc tiến thương mại là hệ thống các quy tắc xử sự do Nhà nước ban hành hoặc thừa nhận, điều chỉnh các quan hệ xã hội phát sinh trong quá trình hoạt động xúc tiến thương mại của thương nhân.

Ở Việt Nam, pháp luật về xúc tiến thương mại ra đời muộn. Yếu tố cơ bản quyết định vấn đề này là đặc điểm của cơ chế quản lý kinh tế mà Nhà nước áp dụng trong từng thời kì.

“Xúc tiến thương mại” là khái niệm mới hình thành trong các văn bản pháp luật của Việt Nam. Văn bản pháp luật đầu tiên có ghi nhận khái niệm này là Thông tư số 04/ BYT-TT ngày 12/2/1991 hướng dẫn việc đăng kí công ti nước ngoài xuất nhập khẩu thuốc và nguyên liệu làm thuốc chữa bệnh với Việt Nam để thi hành Quyết định số 113/CT ngày 9/5/1989 của Chủ tịch HĐBT về việc thống nhất quản lý xuất nhập khẩu thuốc và nguyên liệu làm thuốc chữa bệnh cho người bệnh.⁽¹⁾ Trước đó, các khái niệm khuyến mại, quảng cuộc triển lãm thương mại. Trong thực tế, hội chợ và triển lãm thương mại thường được tổ chức phối hợp nên thường được gọi là: hội chợ triển lãm thương mại.

Ngoài ra, thương nhân còn áp dụng rất nhiều hình thức xúc tiến thương mại khác như bán hàng cá nhân, quản trị mối quan hệ khách hàng, nghiên cứu thị trường, quan hệ công cộng... nhưng các hình thức này chưa được quy định trong pháp luật Việt Nam.

4. Sự hình thành pháp luật về xúc tiến thương mại trong nền kinh tế thị trường

Với tư cách là một bộ phận của pháp luật thương mại, pháp luật

(1). <http://www.luatvietnam.com.vn/ket.asp>

về xúc tiến thương mại là hệ thống các quy tắc xử sự do Nhà nước ban hành hoặc thừa nhận, điều chỉnh các quan hệ xã hội phát sinh trong quá trình hoạt động xúc tiến thương mại của thương nhân.

Ở Việt Nam, pháp luật về xúc tiến thương mại ra đời muộn. Yếu tố cơ bản quyết định vấn đề này là đặc điểm của cơ chế quản lí kinh tế mà Nhà nước áp dụng trong từng thời kì.

“Xúc tiến thương mại” là khái niệm mới hình thành trong các văn bản pháp luật của Việt Nam. Văn bản pháp luật đầu tiên có ghi nhận khái niệm này là Thông tư số 04/ BYT-TT ngày 12/2/1991 hướng dẫn việc đăng kí công ti nước ngoài xuất nhập khẩu thuốc và nguyên liệu làm thuốc chữa bệnh với Việt Nam để thi hành Quyết định số 113/CT ngày 9/5/1989 của Chủ tịch HĐBT về việc thống nhất quản lí xuất nhập khẩu thuốc và nguyên liệu làm thuốc chữa bệnh cho người bệnh.⁽¹⁾ Trước đó, các khái niệm khuyến mại, quảng

cáo thương mại, hội chợ triển lãm thương mại cũng hầu như không được biết đến. Thông tin này cho phép nhận định rằng, trong cơ chế kế hoạch hoá tập trung, các hiện tượng kinh tế trên đây không xuất hiện và do đó, pháp luật về xúc tiến thương mại cũng chưa hình thành.

Hoạt động xúc tiến thương mại chỉ hình thành trong cơ chế thị trường khi mà có nhiều chủ thể kinh doanh cùng có khả năng cung cấp một loại hàng hoá, dịch vụ còn người tiêu dùng thì có khả năng được lựa chọn để mua hàng hoá hoặc dịch vụ phù hợp với nhu cầu của mình. Trong nền kinh tế kế hoạch hoá tập trung, thông qua các chỉ tiêu kế hoạch, Nhà nước là người quyết định cả ba vấn đề cơ bản của sản xuất kinh doanh: Sản xuất kinh doanh cái gì, sản xuất kinh doanh như thế nào và sản xuất kinh doanh cho ai. Trong lĩnh vực thương mại, hoạt động mua bán hàng hoá (bao gồm cả việc mua sắm các yếu tố đầu vào cho sản xuất), việc tiêu thụ sản phẩm sản xuất và vấn đề giá cả của hàng hoá dịch vụ đều do Nhà nước quy định và

(1). <http://www.luatvietnam.com.vn/ket.asp>

được diễn ra theo kế hoạch. Tuy nhiên, trong bối cảnh Nhà nước độc quyền về ngoại thương, việc mua bán trong nước được thực hiện theo chỉ tiêu và địa chỉ định sẵn, việc hạch toán kinh doanh chỉ là hình thức và tính chủ động sáng tạo của doanh nghiệp bị thủ tiêu. Khi mà người sản xuất biết được sản phẩm của mình đã có người mua, thậm chí ngay từ khi sản phẩm đó chưa được sản xuất ra, khi mà các doanh nghiệp thương mại luôn biết chắc chắn rằng hàng hoá của mình kinh doanh là bán được thì họ không cần phải quan tâm hiệu quả của quá trình kinh doanh, không cần tìm kiếm cơ hội kinh doanh mới. Vấn đề nghiên cứu nhu cầu khách hàng, chiến lược sản phẩm, chiến lược phân phối, cáo thương mại, hội chợ triển lãm thương mại cũng hầu như không được biết đến. Thông tin này cho phép nhận định rằng, trong cơ chế kế hoạch hoá tập trung, các hiện tượng kinh tế trên đây không xuất hiện và do đó, pháp luật về xúc tiến thương mại cũng chưa hình thành.

Hoạt động xúc tiến thương mại chỉ hình thành trong cơ chế thị trường khi mà có nhiều chủ thể kinh doanh cùng có khả năng cung cấp một loại hàng hoá, dịch vụ còn người tiêu dùng thì có khả năng được lựa chọn để mua hàng hoá hoặc dịch vụ phù hợp với nhu cầu của mình. Trong nền kinh tế kế hoạch hoá tập trung, thông qua các chỉ tiêu kế hoạch, Nhà nước là người quyết định cả ba vấn đề cơ bản của sản xuất kinh doanh: Sản xuất kinh doanh cái gì, sản xuất kinh doanh như thế nào và sản xuất kinh doanh cho ai. Trong lĩnh vực thương mại, hoạt động mua bán hàng hoá (bao gồm cả việc mua sắm các yếu tố đầu vào cho sản xuất), việc tiêu thụ sản phẩm sản xuất và vấn đề giá cả của hàng hoá dịch vụ đều do Nhà nước quy định và được diễn ra theo kế hoạch. Tuy nhiên, trong bối cảnh Nhà nước độc quyền về ngoại thương, việc mua bán trong nước được thực hiện theo chỉ tiêu và địa chỉ định sẵn, việc hạch toán kinh doanh chỉ là hình thức và tính chủ động sáng tạo của doanh nghiệp bị thủ tiêu.

Khi mà người sản xuất biết được sản phẩm của mình đã có người mua, thậm chí ngay từ khi sản phẩm đó chưa được sản xuất ra, khi mà các doanh nghiệp thương mại luôn biết chắc chắn rằng hàng hoá của mình kinh doanh là bán được thì họ không cần phải quan tâm hiệu quả của quá trình kinh doanh, không cần tìm kiếm cơ hội kinh doanh mới. Vấn đề nghiên cứu nhu cầu khách hàng, chiến lược sản phẩm, chiến lược phân phối,

chiến lược xúc tiến để thoả mãn tốt hơn nhu cầu của khách hàng trở nên không cần thiết và xa xỉ đối với các doanh nghiệp. Trong điều kiện này, các doanh nghiệp không cần thiết phải tìm kiếm, thúc đẩy cơ hội bán hàng và cung ứng dịch vụ, không cần thiết phải thực hiện quảng cáo, khuyến mại... để xúc tiến thương mại và do đó pháp luật về xúc tiến thương mại cũng chưa hình thành. Trong nền kinh tế kế hoạch hoá tập trung, vấn đề xúc tiến thương mại có chăng chỉ được đặt ra ở tầm vĩ mô, khi Nhà nước thực hiện hỗ trợ các hoạt động tổ chức hội chợ triển lãm thương mại trong nước và ở nước ngoài, các nỗ lực nhằm mở rộng quan hệ hợp tác chính trị, kinh tế với các nước xã hội chủ nghĩa. Và tất yếu, các hoạt động này diễn ra rất “yếu ớt” do nền kinh tế không có yếu tố cạnh tranh và hội nhập kinh tế quốc tế chưa phải là chính sách kinh tế trọng yếu của Đảng và Nhà nước ta.

Trong nền kinh tế thị trường có sự điều tiết của Nhà nước, thị trường (chứ không phải là Nhà nước) là nhân tố quyết định việc sản xuất cái gì, sản xuất như thế nào và sản xuất cho ai. Tự do hoá thương mại từng bước được hình thành. Ngoài một số mặt hàng chiến lược mang tính quốc gia có ảnh hưởng lớn đến sự phát triển cân đối của nền kinh tế, hàng hoá được tự do mua bán; quan hệ mua bán với thương nhân nước ngoài cũng được mở rộng theo hướng đa dạng hoá, đa phương hoá. Các doanh nghiệp phải hạch toán kinh doanh và tự chịu trách nhiệm về kết quả kinh doanh đồng thời phải

cạnh tranh với nhau để tìm kiếm, giành giật cơ hội kinh doanh.

Trong xu thế cạnh tranh đó, để tồn tại và phát triển, các doanh nghiệp phải có chiến lược nghiên cứu, xác định thị trường kinh doanh, phân tích hành vi và nhu cầu mua sắm chiến lược xúc tiến để thoả mãn tốt hơn nhu cầu của khách hàng trở nên không cần thiết và xa xỉ đối với các doanh nghiệp. Trong điều kiện này, các doanh nghiệp không cần thiết phải tìm kiếm, thúc đẩy cơ hội bán hàng và cung ứng dịch vụ, không cần thiết phải thực hiện quảng cáo, khuyến mại... để xúc tiến thương mại và do đó pháp luật về xúc tiến thương mại cũng chưa hình thành. Trong nền kinh tế kế hoạch hoá tập trung, vấn đề xúc tiến thương mại có chăng chỉ được đặt ra ở tầm vĩ mô, khi Nhà nước thực hiện hỗ trợ các hoạt động tổ chức hội chợ triển lãm thương mại trong nước và ở nước ngoài, các nỗ lực nhằm mở rộng quan hệ hợp tác chính trị, kinh tế với các nước xã hội chủ nghĩa. Và tất yếu, các hoạt động này diễn ra rất “yếu ớt” do nền kinh tế không có yếu tố cạnh tranh và hội nhập kinh tế quốc tế chưa phải là chính sách kinh tế trọng yếu của Đảng và Nhà nước ta.

Trong nền kinh tế thị trường có sự điều tiết của Nhà nước, thị trường (chứ không phải là Nhà nước) là nhân tố quyết định việc sản xuất cái gì, sản xuất như thế nào và sản xuất cho ai. Tự do hoá thương mại từng bước được hình thành. Ngoài một số mặt hàng chiến lược mang tính quốc gia có ảnh hưởng lớn đến sự phát triển cân đối của nền kinh tế, hàng hoá được tự do mua bán; quan hệ mua bán với thương nhân nước ngoài cũng được mở rộng theo hướng đa dạng hoá, đa phương hoá. Các doanh nghiệp phải hạch toán kinh doanh và tự chịu trách nhiệm về kết quả kinh doanh đồng thời phải cạnh tranh với nhau để tìm kiếm, giành giật cơ hội kinh doanh.

Trong xu thế cạnh tranh đó, để tồn tại và phát triển, các doanh nghiệp phải có chiến lược nghiên cứu, xác định thị trường kinh doanh, phân tích hành vi và nhu cầu mua sắm

của khách hàng, tìm mọi cách để tiêu thụ hàng hoá và cung ứng dịch vụ một cách tốt nhất. Để lôi kéo khách hàng, chiếm lĩnh thị trường, các doanh nghiệp tìm đến các giải pháp quảng cáo, giới thiệu tốt về hàng hoá, tặng hàng mẫu, giảm giá sản phẩm, mua hàng có thưởng... Xúc tiến thương mại đã trở thành nhu cầu tất yếu của doanh nghiệp nhằm mục đích xây dựng những chuẩn mực cho doanh nghiệp khi thực hiện các hành vi này, thiết lập môi trường cạnh tranh lành mạnh, bảo vệ lợi ích của khách hàng đồng thời thiết lập cơ sở pháp lý cần thiết để xác định, xử lý vi phạm và giải quyết tranh chấp phát sinh. Các văn bản pháp luật về xúc tiến thương mại đã được Nhà nước ban hành, cụ thể bao gồm: Luật thương mại, Luật cạnh tranh ngày 3/12/2004, Pháp lệnh quảng cáo... Ngoài ra, có khá nhiều văn bản hướng dẫn do Chính phủ và các cơ quan thuộc Chính phủ ban hành:

- Quyết định số 390-TTg ngày 1/8/1994 ban hành quy chế về hội chợ triển lãm thương mại;

- Nghị định số 194-CP ngày 31/12/1994 về hoạt động quảng cáo trên lãnh thổ Việt Nam;

- Thông tư số 05-TM/XNK ngày 25/2/1995 hướng dẫn thực hiện Quy chế hội chợ triển lãm thương mại;

- Nghị định số 32/1999/NĐ-CP ngày 5/5/1999 về khuyến mại, quảng cáo thương mại và hội chợ triển lãm;

- Thông tư số 18/2001/TT-BTM ngày 12/7/2001 hướng dẫn thực hiện hoạt động hội chợ triển lãm thương mại quy định tại Nghị định số 32/1999/NĐ-CP về khuyến mại, quảng cáo thương mại và hội chợ triển lãm;

- Thông tư số 17/2001/TT-BTM ngày 12/7/2001 hướng của khách hàng, tìm mọi cách để tiêu thụ hàng hoá và cung ứng dịch vụ một cách tốt nhất. Để lôi kéo khách hàng, chiếm lĩnh thị trường, các doanh nghiệp tìm đến các giải pháp quảng cáo, giới thiệu tốt về hàng hoá, tặng

hàng mẫu, giảm giá sản phẩm, mua hàng có thưởng... Xúc tiến thương mại đã trở thành nhu cầu tất yếu của doanh nghiệp nhằm mục đích xây dựng những chuẩn mực cho doanh nghiệp khi thực hiện các hành vi này, thiết lập môi trường cạnh tranh lành mạnh, bảo vệ lợi ích của khách hàng đồng thời thiết lập cơ sở pháp lí cần thiết để xác định, xử lí vi phạm và giải quyết tranh chấp phát sinh. Các văn bản pháp luật về xúc tiến thương mại đã được Nhà nước ban hành, cụ thể bao gồm: Luật thương mại, Luật cạnh tranh ngày 3/12/2004, Pháp lệnh quảng cáo... Ngoài ra, có khá nhiều văn bản hướng dẫn do Chính phủ và các cơ quan thuộc Chính phủ ban hành:

- Quyết định số 390-TTg ngày 1/8/1994 ban hành quy chế về hội chợ triển lãm thương mại;
- Nghị định số 194-CP ngày 31/12/1994 về hoạt động quảng cáo trên lãnh thổ Việt Nam;
- Thông tư số 05-TM/XNK ngày 25/2/1995 hướng dẫn thực hiện Quy chế hội chợ triển lãm thương mại;
- Nghị định số 32/1999/NĐ-CP ngày 5/5/1999 về khuyến mại, quảng cáo thương mại và hội chợ triển lãm;
- Thông tư số 18/2001/TT-BTM ngày 12/7/2001 hướng dẫn thực hiện hoạt động hội chợ triển lãm thương mại quy định tại Nghị định số 32/1999/NĐ-CP về khuyến mại, quảng cáo thương mại và hội chợ triển lãm;
- Thông tư số 17/2001/TT-BTM ngày 12/7/2001 hướng dẫn thực hiện hoạt động khuyến mại;
- Nghị định số 24/2003/NĐ-CP ngày 13/3/2003 của Chính phủ quy định chi tiết thi hành Pháp lệnh quảng cáo;
- Thông tư số 43/2003/TT-BVHTT ngày 16/7/2003 của Bộ văn hoá thông tin hướng dẫn thực hiện Nghị định số 24/2003/NĐ-CP ngày 13/3/2003 của Chính phủ quy định chi tiết thi hành Pháp lệnh quảng cáo.

Các văn bản pháp luật này không ngừng được sửa đổi, bổ sung, thay thế nhằm tạo dựng được cơ sở pháp lí cần và đủ cho hoạt động xúc tiến thương mại của thương nhân, đảm bảo tính rõ ràng, minh bạch và phù hợp.

5. Vai trò của xúc tiến thương mại và pháp luật về xúc tiến thương mại trong nền kinh tế thị trường

Với sự đa dạng, phong phú của hàng hoá dịch vụ, khách hàng có rất nhiều cơ hội lựa chọn. Điều này thực sự là thách thức lớn đối với thương nhân. Với ý nghĩa thông tin, xúc tiến thương mại là công cụ hữu hiệu để thương nhân chiếm lĩnh thị trường, nâng cao tính cạnh tranh của hàng hoá, dịch vụ trên thị trường, mở rộng quan hệ hợp tác thông qua sự hiểu biết lẫn nhau. Xúc tiến thương mại phản ánh cầu nối giữa khách hàng và thương nhân, giúp thương nhân có những đánh giá nhìn nhận về ưu nhược điểm của hàng hoá, dịch vụ, trên cơ sở đó có các quyết định kịp thời, phù hợp.

Đối với người tiêu dùng, xúc tiến thương mại kích thích nhu cầu mua sắm và nhờ đó tăng cường cơ hội thương mại cho doanh nghiệp. Tất cả các hình thức xúc tiến thương mại đều có ý nghĩa xây dựng hình ảnh đẹp về doanh nghiệp và do đó, giá trị tài sản vô hình của thương nhân được tăng cường.

dẫn thực hiện hoạt động khuyến mại;

- Nghị định số 24/2003/NĐ-CP ngày 13/3/2003 của Chính phủ quy định chi tiết thi hành Pháp lệnh quảng cáo;

- Thông tư số 43/2003/TT-BVHTT ngày 16/7/2003 của Bộ văn hoá thông tin hướng dẫn thực hiện Nghị định số 24/2003/NĐ-CP ngày 13/3/2003 của Chính phủ quy định chi tiết thi hành Pháp lệnh quảng cáo.

Các văn bản pháp luật này không ngừng được sửa đổi, bổ sung, thay thế nhằm tạo dựng được cơ sở pháp lí cần và đủ cho hoạt động

động xúc tiến thương mại của thương nhân, đảm bảo tính rõ ràng, minh bạch và phù hợp.

5. Vai trò của xúc tiến thương mại và pháp luật về xúc tiến thương mại trong nền kinh tế thị trường

Với sự đa dạng, phong phú của hàng hoá dịch vụ, khách hàng có rất nhiều cơ hội lựa chọn. Điều này thực sự là thách thức lớn đối với thương nhân. Với ý nghĩa thông tin, xúc tiến thương mại là công cụ hữu hiệu để thương nhân chiếm lĩnh thị trường, nâng cao tính cạnh tranh của hàng hoá, dịch vụ trên thị trường, mở rộng quan hệ hợp tác thông qua sự hiểu biết lẫn nhau. Xúc tiến thương mại phản ánh cầu nối giữa khách hàng và thương nhân, giúp thương nhân có những đánh giá nhìn nhận về ưu nhược điểm của hàng hoá, dịch vụ, trên cơ sở đó có các quyết định kịp thời, phù hợp.

Đối với người tiêu dùng, xúc tiến thương mại kích thích nhu cầu mua sắm và nhờ đó tăng cường cơ hội thương mại cho doanh nghiệp. Tất cả các hình thức xúc tiến thương mại đều có ý nghĩa xây dựng hình ảnh đẹp về doanh nghiệp và do đó, giá trị tài sản vô hình của thương nhân được tăng cường.

Những lợi ích trên đây nói lên vai trò to lớn của xúc tiến thương mại đồng thời chứa đựng nguy cơ nảy sinh những gian lận thương mại, bán phá giá để cạnh tranh và các hành vi cạnh tranh không lành mạnh khác nhằm tranh giành thị phần giữa các thương nhân cùng lĩnh vực kinh doanh. Những hành vi vi phạm pháp luật khi xúc tiến thương mại không chỉ gây khó khăn cho thương nhân khác mà còn gây hại đến lợi ích của người tiêu dùng. Để hạn chế những biểu hiện tiêu cực này, Nhà nước thiết lập cơ sở pháp lý cho thương nhân thực hiện quyền tự do hoạt động xúc tiến thương mại, đảm bảo cạnh tranh lành mạnh và quyền lợi của người tiêu dùng. Pháp luật về xúc tiến thương mại tạo cơ sở pháp lý cho thương nhân thực hiện quyền tự do

hoạt động xúc tiến thương mại và là công cụ để Nhà nước kiểm soát, ngăn ngừa những tiêu cực phát sinh trong hoạt động xúc tiến thương mại của thương nhân, góp phần hình thành và đảm bảo môi trường cạnh tranh lành mạnh trong kinh doanh.

II. KHUYẾN MẠI

1. Khái niệm, đặc điểm của khuyến mại

Luật thương mại Việt Nam quy định khuyến mại là hoạt động xúc tiến thương mại của thương nhân nhằm xúc tiến việc mua bán hàng, cung ứng dịch vụ bằng cách dành cho khách hàng những lợi ích nhất định. Cách thức thực hiện xúc tiến thương mại, tạo ra những điều kiện thuận lợi để thúc đẩy mạnh mẽ việc bán hàng và cung ứng dịch vụ là dành cho khách hàng những lợi ích nhất định. Đây chính là dấu hiệu phân biệt hành vi khuyến mại với các hành vi xúc tiến thương mại khác.

Những lợi ích trên đây nói lên vai trò to lớn của xúc tiến thương mại đồng thời chứa đựng nguy cơ nảy sinh những gian lận thương mại, bán phá giá để cạnh tranh và các hành vi cạnh tranh không lành mạnh khác nhằm tranh giành thị phần giữa các thương nhân cùng lĩnh vực kinh doanh. Những hành vi vi phạm pháp luật khi xúc tiến thương mại không chỉ gây khó khăn cho thương nhân khác mà còn gây hại đến lợi ích của người tiêu dùng. Để hạn chế những biểu hiện tiêu cực này, Nhà nước thiết lập cơ sở pháp lý cho thương nhân thực hiện quyền tự do hoạt động xúc tiến thương mại, đảm bảo cạnh tranh lành mạnh và quyền lợi của người tiêu dùng. Pháp luật về xúc tiến thương mại tạo cơ sở pháp lý cho thương nhân thực hiện quyền tự do hoạt động xúc tiến thương mại và là công cụ để Nhà nước kiểm soát, ngăn ngừa những tiêu cực phát sinh trong hoạt động xúc tiến thương mại của thương nhân, góp phần hình thành và đảm bảo môi trường

cạnh tranh lành mạnh trong kinh doanh.

II. KHUYẾN MẠI

1. Khái niệm, đặc điểm của khuyến mại

Luật thương mại Việt Nam quy định khuyến mại là hoạt động xúc tiến thương mại của thương nhân nhằm xúc tiến việc mua bán hàng, cung ứng dịch vụ bằng cách dành cho khách hàng những lợi ích nhất định. Cách thức thực hiện xúc tiến thương mại, tạo ra những điều kiện thuận lợi để thúc đẩy mạnh mẽ việc bán hàng và cung ứng dịch vụ là dành cho khách hàng những lợi ích nhất định. Đây chính là dấu hiệu phân biệt hành vi khuyến mại với các hành vi xúc tiến thương mại khác.

Theo quy định của Luật thương mại, khuyến mại có các đặc điểm cơ bản sau đây:

+ Chủ thể thực hiện hành vi khuyến mại là thương nhân. Để tăng cường cơ hội thương mại, thương nhân được phép tự mình tổ chức thực hiện việc khuyến mại, cũng có thể lựa chọn dịch vụ khuyến mại cho thương nhân khác để kinh doanh. Quan hệ dịch vụ này hình thành trên cơ sở hợp đồng dịch vụ khuyến mại giữa thương nhân có nhu cầu khuyến mại và thương nhân kinh doanh dịch vụ.

+ Cách thức xúc tiến thương mại: Là dành cho khách hàng những lợi ích nhất định. Tùy thuộc vào mục tiêu của đợt khuyến mại, tùy thuộc vào trạng thái cạnh tranh, phản ứng của đối thủ cạnh tranh trên thương trường, tùy thuộc điều kiện kinh phí dành cho khuyến mại, lợi ích mà thương nhân dành cho khách hàng có thể là quà tặng, hàng mẫu để dùng thử, mua hàng giảm giá... hoặc là lợi ích phi vật chất khác. Khách hàng được khuyến mại có thể là người tiêu dùng hoặc các trung gian phân phối, *ví dụ*: Các đại lí bán hàng.

+ Mục đích của khuyến mại là xúc tiến việc bán hàng và cung ứng dịch vụ. Để thực hiện mục đích này, các đợt khuyến mại có thể hướng tới mục tiêu lôi kéo hành vi mua sắm, sử dụng dịch vụ của khách hàng, giới thiệu một sản phẩm mới, kích thích trung gian phân phối chú ý hơn nữa đến hàng hoá của doanh nghiệp, tăng lượng hàng đặt mua... thông qua đó tăng thị phần của doanh nghiệp trên thị trường hàng hóa, dịch vụ.

2. Các hình thức khuyến mại

+ Chủ thể thực hiện hành vi khuyến mại là thương nhân. Để tăng cường cơ hội thương mại, thương nhân được phép tự mình tổ chức

Có nhiều cách thức khác nhau để thương nhân dành cho

Theo quy định của Luật thương mại, khuyến mại có các đặc điểm cơ bản sau đây:

Thực hiện việc khuyến mại, cũng có thể lựa chọn dịch vụ khuyến mại cho thương nhân khác để kinh doanh. Quan hệ dịch vụ này hình thành trên cơ sở hợp đồng dịch vụ khuyến mại giữa thương nhân có nhu cầu khuyến mại và thương nhân kinh doanh dịch vụ.

+ Cách thức xúc tiến thương mại: Là dành cho khách hàng những lợi ích nhất định. Tùy thuộc vào mục tiêu của đợt khuyến mại, tùy thuộc vào trạng thái cạnh tranh, phản ứng của đối thủ cạnh tranh trên thương trường, tùy thuộc điều kiện kinh phí dành cho khuyến mại, lợi ích mà thương nhân dành cho khách hàng có thể là quà tặng, hàng mẫu để dùng thử, mua hàng giảm giá... hoặc là lợi ích phi vật chất khác. Khách hàng được khuyến mại có thể là người tiêu dùng hoặc các trung gian phân phối, *ví dụ*: Các đại lý bán hàng.

+ Mục đích của khuyến mại là xúc tiến việc bán hàng và cung ứng dịch vụ. Để thực hiện mục đích này, các đợt khuyến mại có thể hướng tới mục tiêu lôi kéo hành vi mua sắm, sử dụng dịch vụ của khách hàng, giới thiệu một sản phẩm mới, kích thích trung gian phân phối chú ý hơn nữa đến hàng hoá của doanh nghiệp, tăng lượng hàng đặt mua... thông qua đó tăng thị phần của doanh nghiệp trên thị trường hàng hóa, dịch vụ.

2. Các hình thức khuyến mại

Có nhiều cách thức khác nhau để thương nhân dành cho

khách hàng những lợi ích nhất định. Lợi ích mà khách hàng được hưởng có thể là lợi ích vật chất (tiền, hàng hoá) hay lợi ích phi vật chất (được cung ứng dịch vụ miễn phí). Hàng hoá, dịch vụ được khuyến mại và hàng hoá, dịch vụ dùng để khuyến mại phải là những hàng hoá dịch vụ được kinh doanh hợp pháp.

Pháp luật thương mại quy định thương nhân được thực hiện các hình thức khuyến mại sau đây:

+ *Hàng mẫu*

Thực hiện cách thức này, thương nhân đưa hàng mẫu, cung ứng dịch vụ mẫu để khách hàng dùng thử không phải trả tiền. Thông thường, hàng mẫu được sử dụng khi thương nhân cần giới thiệu một sản phẩm mới hoặc sản phẩm đã cải tiến, do vậy, hàng mẫu đưa cho khách hàng dùng thử là hàng đang bán hoặc sẽ được bán trên thị trường.

+ *Quà tặng*

Thương nhân được phép tặng hàng hoá, cung ứng dịch vụ cho khách hàng không thu tiền để thực hiện mục tiêu xúc tiến thương mại. Tặng quà được thực hiện đối với khách hàng có hành vi mua sắm hàng hoá hoặc sử dụng dịch vụ của thương nhân. Hàng hoá, dịch vụ dùng làm quà tặng có thể là hàng hoá, dịch vụ mà thương nhân đang kinh doanh hoặc là hàng hoá, dịch vụ của thương nhân khác. Việc luật pháp cho phép sử dụng-hàng hoá, dịch vụ của thương nhân khác để phát tặng cho phép khuyến khích sự liên kết xúc tiến thương mại của các thương nhân nhằm khai thác lợi ích tối đa. Việc tặng quà trong trường hợp này không chỉ có ý nghĩa thúc đẩy hành vi mua sắm, sử dụng dịch vụ mà thương nhân còn có cơ hội quảng cáo, giới thiệu về hàng hoá, dịch vụ của nhau.

khách hàng những lợi ích nhất định. Lợi ích mà khách hàng được hưởng có thể là lợi ích vật chất (tiền, hàng hoá) hay lợi ích phi vật

chất (được cung ứng dịch vụ miễn phí). Hàng hoá, dịch vụ được khuyến mại và hàng hoá, dịch vụ dùng để khuyến mại phải là những hàng hoá dịch vụ được kinh doanh hợp pháp.

Pháp luật thương mại quy định thương nhân được thực hiện các hình thức khuyến mại sau đây:

+ *Hàng mẫu*

Thực hiện cách thức này, thương nhân đưa hàng mẫu, cung ứng dịch vụ mẫu để khách hàng dùng thử không phải trả tiền. Thông thường, hàng mẫu được sử dụng khi thương nhân cần giới thiệu một sản phẩm mới hoặc sản phẩm đã cải tiến, do vậy, hàng mẫu đưa cho khách hàng dùng thử là hàng đang bán hoặc sẽ được bán trên thị trường.

+ *Quà tặng*

Thương nhân được phép tặng hàng hoá, cung ứng dịch vụ cho khách hàng không thu tiền để thực hiện mục tiêu xúc tiến thương mại. Tặng quà được thực hiện đối với khách hàng có hành vi mua sắm hàng hoá hoặc sử dụng dịch vụ của thương nhân. Hàng hoá, dịch vụ dùng làm quà tặng có thể là hàng hoá, dịch vụ mà thương nhân đang kinh doanh hoặc là hàng hoá, dịch vụ của thương nhân khác. Việc luật pháp cho phép sử dụng-hàng hoá, dịch vụ của thương nhân khác để phát tặng cho phép khuyến khích sự liên kết xúc tiến thương mại của các thương nhân nhằm khai thác lợi ích tối đa. Việc tặng quà trong trường hợp này không chỉ có ý nghĩa thúc đẩy hành vi mua sắm, sử dụng dịch vụ mà thương nhân còn có cơ hội quảng cáo, giới thiệu về hàng hoá, dịch vụ của nhau.

4. *Giảm giá*

Giảm giá là hành vi bán hàng, cung ứng dịch vụ trong thời gian khuyến mại với giá thấp hơn giá bán, giá cung ứng dịch vụ bình thường trước đó được áp dụng trong thời gian khuyến mại mà thương

nhân đã đăng kí hoặc thông báo. Nếu hàng hoá, dịch vụ thuộc diện Nhà nước quản lí giá thì việc khuyến mại theo hình thức này được thực hiện theo quy định của Chính phủ. Khi khuyến mại theo cách thức này, để đảm bảo môi trường cạnh tranh lành mạnh, chống hành vi bán phá giá, luật pháp thường có quy định giới hạn mức độ giảm giá đối với từng đơn vị hàng hoá, dịch vụ. Việc giới hạn này là cần thiết để đảm bảo lợi ích của doanh nghiệp xúc tiến thương mại, của người tiêu dùng, khách hàng và của thương nhân khác. Mức độ giảm giá cụ thể do Chính phủ quy định.

+ *Bán hàng, cung ứng dịch vụ có kèm phiếu mua hàng, phiếu sử dụng dịch vụ, phiếu dự thi.*

Theo các chương trình này, khách hàng có thể được hưởng lợi ích nhất định theo những phương thức khác nhau. Phiếu mua hàng thường có ý nghĩa giảm giá hoặc có mệnh giá nhất định để thanh toán cho những lần mua sau trong hệ thống bán hàng của thương nhân. Phiếu sử dụng dịch vụ có thể cho phép sử dụng dịch vụ miễn phí, theo điều kiện do nhà cung ứng dịch vụ đưa ra. Khác với điều này, phiếu dự thi có thể mang lại giải thưởng hoặc không mang lại lợi ích gì cho khách hàng, phụ thuộc vào kết quả dự thi của họ.

+ *Tổ chức các sự kiện để thu hút khách hàng.*

Các sự kiện này được tổ chức gắn liền hoặc tách rời với việc mua hàng hoá, sử dụng dịch vụ của khách hàng, ví dụ các

4- *Giảm giá*

Giảm giá là hành vi bán hàng, cung ứng dịch vụ trong thời gian khuyến mại với giá thấp hơn giá bán, giá cung ứng dịch vụ bình thường trước đó được áp dụng trong thời gian khuyến mại mà thương nhân đã đăng kí hoặc thông báo. Nếu hàng hoá, dịch vụ thuộc diện Nhà nước quản lí giá thì việc khuyến mại theo hình thức này được thực hiện theo quy định của Chính phủ. Khi khuyến mại theo cách

thức này, để đảm bảo môi trường cạnh tranh lành mạnh, chống hành vi bán phá giá, luật pháp thường có quy định giới hạn mức độ giảm giá đối với từng đơn vị hàng hoá, dịch vụ. Việc giới hạn này là cần thiết để đảm bảo lợi ích của doanh nghiệp xúc tiến thương mại, của người tiêu dùng, khách hàng và của thương nhân khác. Mức độ giảm giá cụ thể do Chính phủ quy định.

+ *Bán hàng, cung ứng dịch vụ có kèm phiếu mua hàng, phiếu sử dụng dịch vụ, phiếu dự thi.*

Theo các chương trình này, khách hàng có thể được hưởng lợi ích nhất định theo những phương thức khác nhau. Phiếu mua hàng thường có ý nghĩa giảm giá hoặc có mệnh giá nhất định để thanh toán cho những lần mua sau trong hệ thống bán hàng của thương nhân. Phiếu sử dụng dịch vụ có thể cho phép sử dụng dịch vụ miễn phí, theo điều kiện do nhà cung ứng dịch vụ đưa ra. Khác với điều này, phiếu dự thi có thể mang lại giải thưởng hoặc không mang lại lợi ích gì cho khách hàng, phụ thuộc vào kết quả dự thi của họ.

+ *Tổ chức các sự kiện để thu hút khách hàng.*

Các sự kiện này được tổ chức gắn liền hoặc tách rời với việc mua hàng hoá, sử dụng dịch vụ của khách hàng, ví dụ các chương trình mang tính may rủi mà khách hàng trúng thưởng hoàn toàn do sự may mắn. Bốc thăm, cào số trúng thưởng, bóc, mở sản phẩm trúng thưởng, vé số dự thưởng... là các sự kiện được tổ chức gắn liền với hành vi mua sắm. Tổ chức cho khách hàng tham gia các chương trình văn hoá, nghệ thuật, giải trí... có thể là lợi ích phi vật chất mà thương nhân dành khuyến mại cho khách hàng, cũng có thể nhằm hướng tới khách hàng mục tiêu của thương nhân. Ngoài các sự kiện trên đây, thương nhân có thể tổ chức chương trình khách hàng thường xuyên, các sự kiện khác vì mục đích khuyến mại.

Ngoài ra, pháp luật không cấm thương nhân sử dụng các hình

thức khác để khuyến mại nhưng khi tiến hành phải được cơ quan quản lý nhà nước về thương mại chấp thuận.

Như vậy, lợi ích mà khách hàng nhận được thông qua khuyến mại là lợi ích vật chất hoặc phi vật chất. Lợi ích vật chất có thể được xác định theo đơn giá sản phẩm, được tặng cho hoặc được trao thưởng do mua hàng hoặc sử dụng dịch vụ của thương nhân. Lợi ích phi vật chất có thể là việc thụ hưởng dịch vụ miễn phí. Tùy thuộc mức độ ảnh hưởng của các hình thức khuyến mại đến môi trường kinh doanh, đến lợi ích của khách hàng, lợi ích của thương nhân khác, Nhà nước có những quy định khác biệt về điều kiện thủ tục thực hiện khuyến mại. Thủ tục đó có thể là đăng kí hoặc xin phép trước khi thực hiện hoạt động khuyến mại, thông báo kết quả sau khi kết thúc đợt khuyến mại tại cơ quan quản lý nhà nước về thương mại.

** Quyền và nghĩa vụ của thương nhân hoạt động khuyến mại:*

Quyền tự do kinh doanh cho phép thương nhân được áp dụng các kỹ thuật thuyết phục khác nhau để tăng cường cơ chương trình mang tính may rủi mà khách hàng trúng thưởng hoàn toàn do sự may mắn. Bốc thăm, cào số trúng thưởng, bóc, mở sản phẩm trúng thưởng, vé số dự thưởng... là các sự kiện được tổ chức gắn liền với hành vi mua sắm. Tổ chức cho khách hàng tham gia các chương trình văn hoá, nghệ thuật, giải trí... có thể là lợi ích phi vật chất mà thương nhân dành khuyến mại cho khách hàng, cũng có thể nhằm hướng tới khách hàng mục tiêu của thương nhân. Ngoài các sự kiện trên đây, thương nhân có thể tổ chức chương trình khách hàng thường xuyên, các sự kiện khác vì mục đích khuyến mại.

Ngoài ra, pháp luật không cấm thương nhân sử dụng các hình thức khác để khuyến mại nhưng khi tiến hành phải được cơ quan quản lý nhà nước về thương mại chấp thuận.

Như vậy, lợi ích mà khách hàng nhận được thông qua khuyến mại là lợi ích vật chất hoặc phi vật chất. Lợi ích vật chất có thể được xác định theo đơn giá sản phẩm, được tặng cho hoặc được trao thưởng do mua hàng hoặc sử dụng dịch vụ của thương nhân. Lợi ích phi vật chất có thể là việc thụ hưởng dịch vụ miễn phí. Tùy thuộc mức độ ảnh hưởng của các hình thức khuyến mại đến môi trường kinh doanh, đến lợi ích của khách hàng, lợi ích của thương nhân khác, Nhà nước có những quy định khác biệt về điều kiện thủ tục thực hiện khuyến mại. Thủ tục đó có thể là đăng kí hoặc xin phép trước khi thực hiện hoạt động khuyến mại, thông báo kết quả sau khi kết thúc đợt khuyến mại tại cơ quan quản lí nhà nước về thương mại.

** Quyền và nghĩa vụ của thương nhân hoạt động khuyến mại:*

Quyền tự do kinh doanh cho phép thương nhân được áp dụng các kĩ thuật thuyết phục khác nhau để tăng cường cơ

hội bán hàng và cung ứng dịch vụ. Khi tổ chức hoạt động khuyến mại, thương nhân có quyền:

- Lựa chọn hình thức, thời gian, địa điểm khuyến mại;
- Quy định những lợi ích cụ thể mà khách hàng được hưởng;
- Thuê thương nhân kinh doanh dịch vụ khuyến mại thực hiện việc khuyến mại cho mình;
- Tự mình tổ chức thực hiện các hình thức khuyến mại theo quy định của pháp luật.

Thương nhân tổ chức hoạt động khuyến mại có các nghĩa vụ cơ bản sau đây:

- Thực hiện đầy đủ các quy định về trình tự, thủ tục pháp lí cần thiết để thực hiện các hình thức khuyến mại. Trước khi thực hiện việc khuyến mại, thương nhân phải đăng kí tại cơ quan quản lí nhà nước về thương mại tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương nơi tổ chức khuyến mại về thời gian, hình thức khuyến mại. Kết thúc đợt khuyến mại, thương nhân phải thực hiện việc thông báo kết quả đợt khuyến mại tại các cơ quan này. Đối với những hình thức mà pháp luật quy định phải xin phép, thương nhân chỉ được thực hiện hình thức khuyến mại đó khi được sự chấp thuận của cơ quan nhà nước có thẩm quyền.

- Thông báo công khai các nội dung, thông tin về hoạt động khuyến mại cho khách hàng. Khi áp dụng các hình thức khuyến mại, để tránh hành vi gian lận, lừa dối khách hàng, pháp luật đòi hỏi sự minh bạch của thương nhân. Tại nơi bán hàng, nơi cung ứng dịch vụ, trên bao bì sản phẩm hoặc dưới bất kì hình thức nào khác nhưng phải đính kèm theo hàng hoá được bán... thương nhân phải công khai hoá

- Lựa chọn hình thức, thời gian, địa điểm khuyến mại;
- Quy định những lợi ích cụ thể mà khách hàng được hưởng;

hội bán hàng và cung ứng dịch vụ. Khi tổ chức hoạt động khuyến mại, thương nhân có quyền:

- Thuê thương nhân kinh doanh dịch vụ khuyến mại thực hiện việc khuyến mại cho mình;

- Tự mình tổ chức thực hiện các hình thức khuyến mại theo quy định của pháp luật.

Thương nhân tổ chức hoạt động khuyến mại có các nghĩa vụ cơ bản sau đây:

- Thực hiện đầy đủ các quy định về trình tự, thủ tục pháp lý cần thiết để thực hiện các hình thức khuyến mại. Trước khi thực hiện việc khuyến mại, thương nhân phải đăng kí tại cơ quan quản lí nhà nước về thương mại tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương nơi tổ chức khuyến mại về thời gian, hình thức khuyến mại. Kết thúc đợt khuyến mại, thương nhân phải thực hiện việc thông báo kết quả đợt khuyến mại tại các cơ quan này. Đối với những hình thức mà pháp luật quy định phải xin phép, thương nhân chỉ được thực hiện hình thức khuyến mại đó khi được sự chấp thuận của cơ quan nhà nước có thẩm quyền.

- Thông báo công khai các nội dung, thông tin về hoạt động khuyến mại cho khách hàng. Khi áp dụng các hình thức khuyến mại, để tránh hành vi gian lận, lừa dối khách hàng, pháp luật đòi hỏi sự minh bạch của thương nhân. Tại nơi bán hàng, nơi cung ứng dịch vụ, trên bao bì sản phẩm hoặc dưới bất kì hình thức nào khác nhưng phải đính kèm theo hàng hoá được bán... thương nhân phải công khai hoá

các vấn đề liên quan đến hoạt động khuyến mại. Đối với tất cả hình thức khuyến mại, thương nhân thực hiện khuyến mại phải thông báo công khai các thông tin sau đây:

- a) Tên của hoạt động khuyến mại;
- b) Giá bán hàng hóa, giá cung ứng dịch vụ khuyến mại và các chi phí có liên quan để giao hàng hóa, dịch vụ được khuyến mại cho khách hàng;
- c) Tên, địa chỉ, số điện thoại của thương nhân thực hiện khuyến mại;
- d) Thời gian khuyến mại, ngày bắt đầu, ngày kết thúc và địa bàn hoạt động khuyến mại;
- đ) Trường hợp lợi ích của việc tham gia khuyến mại gắn với các điều kiện cụ thể thì trong thông báo phải nêu rõ hoạt động khuyến mại đó có kèm theo điều kiện và nội dung cụ thể của các điều kiện.

Ngoài các thông tin trên đây, thương nhân còn phải thông báo công khai các thông tin khác liên quan đến từng loại hoạt động khuyến mại, cụ thể là:

- a) Giá bán hàng hóa, giá cung ứng dịch vụ được tặng cho khách hàng đối với hình thức khuyến mại “quà tặng”.
- b) Trị giá tuyệt đối hoặc phần trăm thấp hơn giá bán hàng hóa, giá cung ứng dịch vụ bình thường trước thời gian khuyến mại đối với hình thức khuyến mại “giảm giá”.
- c) Giá trị bằng tiền hoặc lợi ích cụ thể mà khách hàng được hưởng từ phiếu mua hàng, phiếu sử dụng dịch vụ; địa điểm bán hàng, cung ứng dịch vụ và các loại hàng hóa, dịch vụ mà khách hàng có thể nhận được từ phiếu mua hàng, phiếu sử dụng dịch vụ đối với hình thức khuyến mại có sử dụng các vấn đề liên quan đến hoạt động khuyến mại. Đối với tất cả hình thức khuyến mại, thương

nhân thực hiện khuyến mại phải thông báo công khai các thông tin sau đây:

a) Tên của hoạt động khuyến mại;

b) Giá bán hàng hóa, giá cung ứng dịch vụ khuyến mại và các chi phí có liên quan để giao hàng hóa, dịch vụ được khuyến mại cho khách hàng;

c) Tên, địa chỉ, số điện thoại của thương nhân thực hiện khuyến mại;

d) Thời gian khuyến mại, ngày bắt đầu, ngày kết thúc và địa bàn hoạt động khuyến mại;

đ) Trường hợp lợi ích của việc tham gia khuyến mại gắn với các điều kiện cụ thể thì trong thông báo phải nêu rõ hoạt động khuyến mại đó có kèm theo điều kiện và nội dung cụ thể của các điều kiện.

Ngoài các thông tin trên đây, thương nhân còn phải thông báo công khai các thông tin khác liên quan đến từng loại hoạt động khuyến mại, cụ thể là:

a) Giá bán hàng hóa, giá cung ứng dịch vụ được tặng cho khách hàng đối với hình thức khuyến mại “quà tặng”.

b) Trị giá tuyệt đối hoặc phần trăm thấp hơn giá bán hàng hóa, giá cung ứng dịch vụ bình thường trước thời gian khuyến mại đối với hình thức khuyến mại “giảm giá”.

c) Giá trị bằng tiền hoặc lợi ích cụ thể mà khách hàng được hưởng từ phiếu mua hàng, phiếu sử dụng dịch vụ; địa điểm bán hàng, cung ứng dịch vụ và các loại hàng hóa, dịch vụ mà khách hàng có thể nhận được từ phiếu mua hàng, phiếu sử dụng dịch vụ đối với hình thức khuyến mại có sử dụng phiếu mua hàng, phiếu sử dụng dịch vụ.

d) Loại giải thưởng và giá trị của từng loại giải thưởng; thể lệ tham gia các chương trình khuyến mại, cách thức lựa chọn người trúng

thường đối với các hình thức khuyến mại có sử dụng phiếu dự thi để trao thưởng, các chương trình trao thưởng mang tính may rủi.

đ) Các chi phí mà khách hàng phải tự chịu đối với các chương trình khách hàng thường xuyên, chương trình văn hoá, nghệ thuật, giải trí hoặc các sự kiện khác mà khách hàng được tham gia.

- Nghĩa vụ thực hiện đúng chương trình khuyến mại đã thông báo và cam kết với khách hàng.

- Nghĩa vụ trích 50% giá trị giải thưởng đã công bố vào ngân sách nhà nước trong trường hợp không có người trúng thưởng (đối với các hình thức trao thưởng mang tính may rủi).

- Tuân thủ các thoả thuận trong hợp đồng dịch vụ khuyến mại đã kí kết.

3. Các hành vi bị cấm trong hoạt động khuyến mại

Khuyến mại là quyền của thương nhân trong hoạt động kinh doanh. Cơ hội thương mại mà thương nhân khuyến mại có được là vấn đề "nhạy cảm" vì nó có thể tạo ra những khó khăn cho thương nhân khác, có thể "đụng chạm" đến lợi ích của khách hàng và tính lành mạnh của môi trường kinh doanh. Để ngăn ngừa những tác động tiêu cực này, một số hoạt động khuyến mại sau đây bị Nhà nước cấm thực hiện:

- Khuyến mại cho hàng hoá, dịch vụ bị cấm kinh doanh, hàng hóa, dịch vụ bị hạn chế kinh doanh, hàng hoá chưa được phép lưu thông, dịch vụ chưa được phép cung ứng;

dùng phiếu mua hàng, phiếu sử dụng dịch vụ.

d) Loại giải thưởng và giá trị của từng loại giải thưởng; thể lệ tham gia các chương trình khuyến mại, cách thức lựa chọn người trúng thưởng đối với các hình thức khuyến mại có sử dụng phiếu dự thi để trao thưởng, các chương trình trao thưởng mang tính may rủi.

đ) Các chi phí mà khách hàng phải tự chịu đối với các chương trình khách hàng thường xuyên, chương trình văn hoá, nghệ thuật, giải trí hoặc các sự kiện khác mà khách hàng được tham gia.

- Nghĩa vụ thực hiện đúng chương trình khuyến mại đã thông báo và cam kết với khách hàng.

- Nghĩa vụ trích 50% giá trị giải thưởng đã công bố vào ngân sách nhà nước trong trường hợp không có người trúng thưởng (đối với các hình thức trao thưởng mang tính may rủi).

- Tuân thủ các thoả thuận trong hợp đồng dịch vụ khuyến mại đã kí kết.

3. Các hành vi bị cấm trong hoạt động khuyến mại

Khuyến mại là quyền của thương nhân trong hoạt động kinh doanh. Cơ hội thương mại mà thương nhân khuyến mại có được là vấn đề "nhạy cảm" vì nó có thể tạo ra những khó khăn cho thương nhân khác, có thể "đụng chạm" đến lợi ích của khách hàng và tính lành mạnh của môi trường kinh doanh. Để ngăn ngừa những tác động tiêu cực này, một số hoạt động khuyến mại sau đây bị Nhà nước cấm thực hiện:

- Khuyến mại cho hàng hoá, dịch vụ bị cấm kinh doanh, hàng hóa, dịch vụ bị hạn chế kinh doanh, hàng hoá chưa được phép lưu thông, dịch vụ chưa được phép cung ứng;

- Sử dụng hàng hoá dịch vụ dùng để khuyến mại là hàng hoá, dịch vụ cấm kinh doanh, hàng hóa dịch vụ bị hạn chế kinh doanh, hàng hoá chưa được phép lưu thông, dịch vụ chưa được phép cung ứng;

- Khuyến mại hoặc sử dụng rượu, bia để khuyến mại cho người dưới 18 tuổi;

- Khuyến mại hoặc sử dụng thuốc lá, rượu có độ cồn từ 30 độ trở lên để khuyến mại dưới mọi hình thức;

- Khuyến mại thiếu trung thực hoặc gây hiểu lầm về hàng hoá, dịch vụ để lừa dối khách hàng;
- Khuyến mại để tiêu thụ hàng hoá kém chất lượng, làm phương hại đến môi trường, sức khoẻ con người và lợi ích công cộng khác;
- Khuyến mại tại trường học, bệnh viện, trụ sở của cơ quan nhà nước, tổ chức chính trị, tổ chức chính trị - xã hội, đơn vị vũ trang nhân dân;
- Hứa tặng, thưởng nhưng không thực hiện hoặc thực hiện không đúng;
- Khuyến mại nhằm cạnh tranh không lành mạnh;
- Thực hiện khuyến mại mà giá trị hàng hóa, dịch vụ dùng để khuyến mại vượt quá hạn mức tối đa hoặc giảm giá hàng hóa, dịch vụ được khuyến mại quá mức tối đa theo quy định của pháp luật.

III. QUẢNG CÁO THƯƠNG MẠI

1. Khái niệm, đặc điểm của quảng cáo thương mại

- Sử dụng hàng hoá dịch vụ dùng để khuyến mại là hàng hoá, dịch vụ cấm kinh doanh, hàng hóa dịch vụ bị hạn chế kinh doanh, hàng hoá chưa được phép lưu thông, dịch vụ chưa được phép cung ứng;
- Khuyến mại hoặc sử dụng rượu, bia để khuyến mại cho người dưới 18 tuổi;
- Khuyến mại hoặc sử dụng thuốc lá, rượu có độ cồn từ 30 độ trở lên để khuyến mại dưới mọi hình thức;
- Khuyến mại thiếu trung thực hoặc gây hiểu lầm về hàng hoá, dịch vụ để lừa dối khách hàng;
- Khuyến mại để tiêu thụ hàng hoá kém chất lượng, làm phương hại đến môi trường, sức khoẻ con người và lợi ích công

Ở góc độ ngôn ngữ học, quảng cáo có nghĩa là thông báo

cộng khác;

- Khuyến mại tại trường học, bệnh viện, trụ sở của cơ quan nhà nước, tổ chức chính trị, tổ chức chính trị - xã hội, đơn vị vũ trang nhân dân;

- Hứa tặng, thưởng nhưng không thực hiện hoặc thực hiện không đúng;

- Khuyến mại nhằm cạnh tranh không lành mạnh;

- Thực hiện khuyến mại mà giá trị hàng hóa, dịch vụ dùng để khuyến mại vượt quá hạn mức tối đa hoặc giảm giá hàng hóa, dịch vụ được khuyến mại quá mức tối đa theo quy định của pháp luật.

III. QUẢNG CÁO THƯƠNG MẠI

1. Khái niệm, đặc điểm của quảng cáo thương mại

thông tin một cách rộng rãi. Việc giới thiệu rộng rãi thông tin không chỉ là nhu cầu của hoạt động kinh doanh mà còn là công việc rất cần thiết để đáp ứng những mục tiêu, nhiệm vụ chính trị, văn hoá, xã hội và do đó, quảng cáo thương mại chỉ là một trong số các loại hình quảng cáo nói chung.

Trong tiếng La tinh, từ “quảng cáo” (adventure) có nghĩa là sự thu hút lòng người, là gây sự chú ý và gợi dẫn. Sau này, thuật ngữ trên được sử dụng trong tiếng Anh là “Advertise”. Các dịch giả giải nghĩa “Advertise” là gây sự chú ý ở người khác, thông báo cho người khác một sự kiện gì đó.

Từ điển “Quảng cáo” (Advertising/định nghĩa: “Quảng cáo là một loại thông tin phải trả tiền, có tính đơn phương, không dành riêng cho ai, có vận dụng mọi biện pháp và phương tiện thông tin đại chúng nhằm hỗ trợ một sản phẩm, một nhãn hiệu, một xí nghiệp, một mục đích, một ứng cử viên hoặc một tổ chức nào đó... được nêu danh trong quảng cáo”. Để truyền tải thông tin, người quảng cáo phải trả tiền cho công việc đó. Quảng cáo có tính thông tin một chiều từ phía

Ở góc độ ngôn ngữ học, quảng cáo có nghĩa là thông báo

người ra thông cáo nhằm mục tiêu đã định là thái độ ứng xử cuối cùng của khách hàng. Trong quảng cáo, không có đối thoại mà chỉ là độc thoại, thường là tự đề cao mình. Đặc điểm này của quảng cáo có thể mang lại phiền toái cho công chúng trong khi đánh giá tính chính xác, trung thực của thông tin. Nếu luật pháp không có cách thức kiểm soát thoả đáng, doanh nghiệp sẽ sử dụng quảng cáo để phát ngôn tùy ý, ảnh hưởng tới lợi ích của người tiêu dùng và thương nhân khác... Với tính chất đại chúng, thông tin được nhiều người biết đến,

(1). Nhà xuất bản NTC - 1992 thông tin một cách rộng rãi. Việc giới thiệu rộng rãi thông tin không chỉ là nhu cầu của hoạt động kinh doanh mà còn là công việc rất cần thiết để đáp ứng những mục tiêu, nhiệm vụ chính trị, văn hoá, xã hội và do đó, quảng cáo thương mại chỉ là một trong số các loại hình quảng cáo nói chung.

Trong tiếng La tinh, từ “quảng cáo” (adventure) có nghĩa là sự thu hút lòng người, là gây sự chú ý và gợi dẫn. Sau này, thuật ngữ trên được sử dụng trong tiếng Anh là “Advertise”. Các dịch giả giải nghĩa “Advertise” là gây sự chú ý ở người khác, thông báo cho người khác một sự kiện gì đó.

Từ điển “Quảng cáo” (Advertising/định nghĩa: “Quảng cáo là một loại thông tin phải trả tiền, có tính đơn phương, không dành riêng cho ai, có vận dụng mọi biện pháp và phương tiện thông tin đại chúng nhằm hỗ trợ một sản phẩm, một nhãn hiệu, một xí nghiệp, một mục đích, một ứng cử viên hoặc một tổ chức nào đó... được nêu danh trong quảng cáo”. Để truyền tải thông tin, người quảng cáo phải trả tiền cho công việc đó. Quảng cáo có tính thông tin một chiều từ phía người ra thông cáo nhằm mục tiêu đã định là thái độ ứng xử cuối cùng của khách hàng. Trong quảng cáo, không có đối thoại mà chỉ là độc thoại, thường là tự đề cao mình. Đặc điểm này của quảng cáo có thể mang lại phiền toái cho công chúng trong khi đánh giá tính chính xác, trung thực của thông tin. Nếu luật pháp không có cách thức kiểm soát thoả

đáng, doanh nghiệp sẽ sử dụng quảng cáo để phát ngôn tùy ý, ảnh hưởng tới lợi ích của người tiêu dùng và thương nhân khác... Với tính chất đại chúng, thông tin được nhiều người biết đến,

(l).Nhà xuất bản NTC - 1992

quảng cáo cho phép khẳng định tính chính thức cho sản phẩm và góp phần tạo nên uy tín cho sản phẩm. Chính vì vậy, ở các nước, Chính phủ đều cấm quảng cáo những mặt hàng hạn chế sử dụng hoặc không có lợi cho quốc kế dân sinh.

Hoạt động quảng cáo ở Việt Nam được điều chỉnh bởi hai loại văn bản pháp luật: Các văn bản pháp luật về quảng cáo nói chung và các văn bản quy định về quảng cáo thương mại.

Điều 4 Pháp lệnh quảng cáo quy định: *“Quảng cáo là giới thiệu đến người tiêu dùng về hoạt động kinh doanh hàng hoá, dịch vụ bao gồm dịch vụ có mục đích sinh lời và dịch vụ không có mục đích sinh lời”*.

Như vậy, có thể hiểu đối tượng của hoạt động quảng cáo có thể là hoạt động kinh doanh hàng hoá, dịch vụ có khả năng mang lại lợi nhuận cho tổ chức, cá nhân hoặc các dịch vụ, thông tin nhằm thực hiện một mục tiêu chính trị, văn hoá, xã hội nào đó. Tổ chức, cá nhân có nhu cầu quảng cáo có thể là thương nhân hoặc không phải là thương nhân và hoạt động quảng cáo có thể được thực hiện thông qua thương nhân kinh doanh dịch vụ quảng cáo. Hoạt động quảng cáo về hoạt động kinh doanh, về hàng hoá dịch vụ có mục đích sinh lời của thương nhân, hoạt động quảng cáo cho thương nhân khác để thu phí dịch vụ chính là hoạt động quảng cáo thương mại. Như vậy, trong pháp luật hiện hành, quảng cáo thương mại chỉ là một bộ phận của hoạt động quảng cáo nói chung.

Theo quy định tại Luật thương mại năm 2005 thì “Quảng cáo thương mại là hoạt động xúc tiến thương mại của thương nhân để giới thiệu với khách hàng về hoạt động kinh doanh hàng hóa, dịch vụ của

mình”. Phân biệt với quảng cáo nói chung và với các hoạt động xúc tiến thương mại khác, quảng cáo cho phép khẳng định tính chính thức cho sản phẩm và góp phần tạo nên uy tín cho sản phẩm. Chính vì vậy, ở các nước, Chính phủ đều cấm quảng cáo những mặt hàng hạn chế sử dụng hoặc không có lợi cho quốc kế dân sinh.

Hoạt động quảng cáo ở Việt Nam được điều chỉnh bởi hai loại văn bản pháp luật: Các văn bản pháp luật về quảng cáo nói chung và các văn bản quy định về quảng cáo thương mại.

Điều 4 Pháp lệnh quảng cáo quy định: *“Quảng cáo là giới thiệu đến người tiêu dùng về hoạt động kinh doanh hàng hoá, dịch vụ bao gồm dịch vụ có mục đích sinh lời và dịch vụ không có mục đích sinh lời”*.

Như vậy, có thể hiểu đối tượng của hoạt động quảng cáo có thể là hoạt động kinh doanh hàng hoá, dịch vụ có khả năng mang lại lợi nhuận cho tổ chức, cá nhân hoặc các dịch vụ, thông tin nhằm thực hiện một mục tiêu chính trị, văn hoá, xã hội nào đó. Tổ chức, cá nhân có nhu cầu quảng cáo có thể là thương nhân hoặc không phải là thương nhân và hoạt động quảng cáo có thể được thực hiện thông qua thương nhân kinh doanh dịch vụ quảng cáo. Hoạt động quảng cáo về hoạt động kinh doanh, về hàng hoá dịch vụ có mục đích sinh lời của thương nhân, hoạt động quảng cáo cho thương nhân khác để thu phí dịch vụ chính là hoạt động quảng cáo thương mại. Như vậy, trong pháp luật hiện hành, quảng cáo thương mại chỉ là một bộ phận của hoạt động quảng cáo nói chung.

Theo quy định tại Luật thương mại năm 2005 thì “Quảng cáo thương mại là hoạt động xúc tiến thương mại của thương nhân để giới thiệu với khách hàng về hoạt động kinh doanh hàng hóa, dịch vụ của mình”. Phân biệt với quảng cáo nói chung và với các hoạt động xúc tiến thương mại khác, quảng

cáo thương mại có các đặc điểm pháp lí cơ bản như sau:

+ Chủ thể hoạt động quảng cáo thương mại là thương nhân. Với tư cách là người kinh doanh, thương nhân thực hiện quảng cáo thương mại để hỗ trợ cho hoạt động kinh doanh của mình hoặc thực hiện dịch vụ quảng cáo cho thương nhân khác theo hợp đồng để tìm kiếm lợi nhuận. Đây là đặc điểm cho phép phân biệt quảng cáo thương mại với các hoạt động thông tin, cổ động do cơ quan nhà nước, tổ chức chính trị, tổ chức xã hội... thực hiện nhằm tuyên truyền về đường lối, chủ trương, chính sách kinh tế - xã hội của Đảng và Nhà nước.

Với bản chất là một hoạt động thương mại do thương nhân thực hiện, quảng cáo thương mại khác biệt với quảng cáo nói chung, mặc dù chúng đều có chung đặc điểm là một quá trình thông tin.

+ Về tổ chức thực hiện: Thương nhân có thể tự mình thực hiện các công việc cần thiết để quảng cáo hoặc thuê dịch vụ quảng cáo của thương nhân khác thông qua hợp đồng dịch vụ. Do quảng cáo có tác động rất lớn đến hoạt động bán hàng, cung ứng dịch vụ nên thương nhân sử dụng quảng cáo để khuyến khích hàng hoá dịch vụ của mình, tăng cường cơ hội thương mại và cơ hội lợi nhuận. Trong nền kinh tế thị trường, dịch vụ quảng cáo được pháp luật thừa nhận là một loại dịch vụ thương mại mà thông qua phí dịch vụ, thương nhân thu được lợi nhuận một cách trực tiếp. Trong trường hợp tự mình quảng cáo không đạt hiệu quả mong muốn, thương nhân có quyền thuê thương nhân khác thực hiện việc quảng cáo cho mình và phải chi trả phí dịch vụ vì việc đó.

+ Chủ thể hoạt động quảng cáo thương mại là thương nhân. Với tư cách là người kinh doanh, thương nhân thực hiện quảng cáo thương mại để hỗ trợ cho hoạt động kinh doanh của mình hoặc thực hiện dịch

+ Cách thức xúc tiến thương mại: Trong hoạt động quảng

cáo thương mại có các đặc điểm pháp lí cơ bản như sau:

vụ quảng cáo cho thương nhân khác theo hợp đồng để tìm kiếm lợi nhuận. Đây là đặc điểm cho phép phân biệt quảng cáo thương mại với các hoạt động thông tin, cổ động do cơ quan nhà nước, tổ chức chính trị, tổ chức xã hội... thực hiện nhằm tuyên truyền về đường lối, chủ trương, chính sách kinh tế - xã hội của Đảng và Nhà nước.

Với bản chất là một hoạt động thương mại do thương nhân thực hiện, quảng cáo thương mại khác biệt với quảng cáo nói chung, mặc dù chúng đều có chung đặc điểm là một quá trình thông tin.

+ Về tổ chức thực hiện: Thương nhân có thể tự mình thực hiện các công việc cần thiết để quảng cáo hoặc thuê dịch vụ quảng cáo của thương nhân khác thông qua hợp đồng dịch vụ. Do quảng cáo có tác động rất lớn đến hoạt động bán hàng, cung ứng dịch vụ nên thương nhân sử dụng quảng cáo để khuyến khích hàng hoá dịch vụ của mình, tăng cường cơ hội thương mại và cơ hội lợi nhuận. Trong nền kinh tế thị trường, dịch vụ quảng cáo được pháp luật thừa nhận là một loại dịch vụ thương mại mà thông qua phí dịch vụ, thương nhân thu được lợi nhuận một cách trực tiếp. Trong trường hợp tự mình quảng cáo không đạt hiệu quả mong muốn, thương nhân có quyền thuê thương nhân khác thực hiện việc quảng cáo cho mình và phải chi trả phí dịch vụ vì việc đó.

+ Cách thức xúc tiến thương mại: Trong hoạt động quảng

cáo thương mại, thương nhân sử dụng sản phẩm và phương tiện quảng cáo thương mại để thông tin về hàng hóa dịch vụ đến khách hàng. Những thông tin bằng hình ảnh, tiếng nói, chữ viết về hàng hoá dịch vụ cần giới thiệu... được truyền tải đến công chúng thông qua các phương tiện truyền thanh, truyền hình, ấn phẩm... Đặc điểm này cho phép phân biệt quảng cáo thương mại với những hình thức xúc tiến thương mại khác cũng có mục đích giới thiệu hàng hoá, dịch vụ như trưng bày, giới thiệu hàng hoá, hội chợ triển lãm.

+ Mục đích trực tiếp của quảng cáo thương mại là giới thiệu về hàng hoá, dịch vụ để xúc tiến thương mại, đáp ứng nhu cầu cạnh tranh và mục tiêu lợi nhuận của thương nhân. Thông qua các hình thức truyền đạt thông tin, thương nhân giới thiệu về một loại hàng hoá, dịch vụ mới, tính ưu việt về chất lượng, giá cả, khả năng đáp ứng nhu cầu sử dụng... Như vậy, thương nhân có thể tạo sự nhận biết và kiến thức về hàng hoá, dịch vụ; có thể thu hút khách hàng đang sử dụng hàng hoá, dịch vụ của công ti khác thông qua việc nhấn mạnh đặc điểm và những lợi ích của một nhãn hiệu cụ thể (quảng cáo cạnh tranh) hoặc thông qua việc so sánh tính ưu việt của sản phẩm với các sản phẩm cùng loại (quảng cáo so sánh). Đây thực sự là những lợi thế mà thương nhân có thể khai thác vì nó có ý nghĩa rất lớn trong việc định hướng nhu cầu tiêu dùng xã hội, bao gồm cả tiêu dùng cho nhu cầu cá nhân và tiêu dùng cho sản xuất.

Các đặc điểm trên đây là cơ sở để phân biệt quảng cáo thương mại với các hoạt động không phải là quảng cáo thương mại như: Hoạt động thông tin tuyên truyền, cổ động mang tính chính trị, xã hội do cơ quan nhà nước, tổ chức cáo thương mại, thương nhân sử dụng sản phẩm và phương tiện quảng cáo thương mại để thông tin về hàng hóa dịch vụ đến khách hàng. Những thông tin bằng hình ảnh, tiếng nói, chữ viết về hàng hoá dịch vụ cần giới thiệu... được

truyền tải đến công chúng thông qua các phương tiện truyền thanh, truyền hình, ấn phẩm... Đặc điểm này cho phép phân biệt quảng cáo thương mại với những hình thức xúc tiến thương mại khác cũng có mục đích giới thiệu hàng hoá, dịch vụ như trưng bày, giới thiệu hàng hoá, hội chợ triển lãm.

+ Mục đích trực tiếp của quảng cáo thương mại là giới thiệu về hàng hoá, dịch vụ để xúc tiến thương mại, đáp ứng nhu cầu cạnh tranh và mục tiêu lợi nhuận của thương nhân. Thông qua các hình thức truyền đạt thông tin, thương nhân giới thiệu về một loại hàng hoá, dịch vụ mới, tính ưu việt về chất lượng, giá cả, khả năng đáp ứng nhu cầu sử dụng... Như vậy, thương nhân có thể tạo sự nhận biết và kiến thức về hàng hoá, dịch vụ; có thể thu hút khách hàng đang sử dụng hàng hoá, dịch vụ của công ti khác thông qua việc nhấn mạnh đặc điểm và những lợi ích của một nhãn hiệu cụ thể (quảng cáo cạnh tranh) hoặc thông qua việc so sánh tính ưu việt của sản phẩm với các sản phẩm cùng loại (quảng cáo so sánh). Đây thực sự là những lợi thế mà thương nhân có thể khai thác vì nó có ý nghĩa rất lớn trong việc định hướng nhu cầu tiêu dùng xã hội, bao gồm cả tiêu dùng cho nhu cầu cá nhân và tiêu dùng cho sản xuất.

Các đặc điểm trên đây là cơ sở để phân biệt quảng cáo thương mại với các hoạt động không phải là quảng cáo thương mại như: Hoạt động thông tin tuyên truyền, cổ động mang tính chính trị, xã hội do cơ quan nhà nước, tổ chức

chính trị, tổ chức xã hội thực hiện, hoạt động thông tin của các tổ chức cá nhân không nhằm mục đích kinh doanh.

2. Hàng hoá, dịch vụ quảng cáo thương mại

Đối tượng của quảng cáo thương mại là hàng hoá, dịch vụ thuộc lĩnh vực kinh doanh của thương nhân. Với tính chất là một quyền pháp lí của chủ thể kinh doanh, quyền quảng cáo thương mại và quyền tự do kinh doanh có mối liên hệ mật thiết với nhau, về nguyên tắc, thương nhân được quảng cáo để xúc tiến thương mại đối với mọi hàng hoá, dịch vụ được quyền kinh doanh của mình. Tuy nhiên, nhằm thực hiện chính sách kinh tế - xã hội của Nhà nước, luật pháp có những quy định cấm hoặc hạn chế quảng cáo đối với một số hàng hoá, dịch vụ. Thương nhân bị cấm quảng cáo đối với hàng hoá, dịch vụ mà Nhà nước cấm kinh doanh hay hạn chế kinh doanh. Một số loại hàng hoá không bị cấm kinh doanh nhưng cũng có thể bị cấm quảng cáo như: Thuốc lá, rượu mạnh, các sản phẩm hàng hóa chưa được phép lưu thông, dịch vụ thương mại chưa được phép thực hiện trên thị trường Việt Nam ở thời điểm quảng cáo.

Đối với hàng hoá chưa nhập khẩu, dịch vụ thương mại chưa thực hiện tại Việt Nam, thương nhân được quyền quảng cáo để tiếp cận, gia nhập thị trường nếu hàng hóa đó không thuộc diện bị cấm lưu thông hoặc chưa được phép lưu thông, dịch vụ thương mại đó không thuộc diện bị cấm thực hiện hoặc chưa được phép thực hiện tại thời điểm quảng cáo. Khi thực hiện quảng cáo, thương nhân phải đảm bảo tính chính xác, trung thực của những thông tin về hàng hoá, dịch vụ thương mại như: Quy cách, chất lượng, giá cả, công dụng, kiểu dáng, chủng loại, bao bì, phương thức phục vụ, thời hạn bảo hành...

chính trị, tổ chức xã hội thực hiện, hoạt động thông tin của các tổ chức cá nhân không nhằm mục đích kinh doanh.

2. Hàng hoá, dịch vụ quảng cáo thương mại

Đối tượng của quảng cáo thương mại là hàng hoá, dịch vụ thuộc lĩnh vực kinh doanh của thương nhân. Với tính chất là một quyền pháp lí của chủ thể kinh doanh, quyền quảng cáo thương mại và quyền tự do kinh doanh có mối liên hệ mật thiết với nhau, về nguyên tắc, thương nhân được quảng cáo để xúc tiến thương mại đối với mọi hàng hoá, dịch vụ được quyền kinh doanh của mình. Tuy nhiên, nhằm thực hiện chính sách kinh tế - xã hội của Nhà nước, luật pháp có những quy định cấm hoặc hạn chế quảng cáo đối với một số hàng hoá, dịch vụ. Thương nhân bị cấm quảng cáo đối với hàng hoá, dịch vụ mà Nhà nước cấm kinh doanh hay hạn chế kinh doanh. Một số loại hàng hoá không bị cấm kinh doanh nhưng cũng có thể bị cấm quảng cáo như: Thuốc lá, rượu mạnh, các sản phẩm hàng hóa chưa được phép lưu thông, dịch vụ thương mại chưa được phép thực hiện trên thị trường Việt Nam ở thời điểm quảng cáo.

Đối với hàng hoá chưa nhập khẩu, dịch vụ thương mại chưa thực hiện tại Việt Nam, thương nhân được quyền quảng cáo để tiếp cận, gia nhập thị trường nếu hàng hóa đó không thuộc diện bị cấm lưu thông hoặc chưa được phép lưu thông, dịch vụ thương mại đó không thuộc diện bị cấm thực hiện hoặc chưa được phép thực hiện tại thời điểm quảng cáo. Khi thực hiện quảng cáo, thương nhân phải đảm bảo tính chính xác, trung thực của những thông tin về hàng hoá, dịch vụ thương mại như: Quy cách, chất lượng, giá cả, công dụng, kiểu dáng, chủng loại, bao bì, phương thức phục vụ, thời hạn bảo hành...

3. Sản phẩm và phương tiện quảng cáo thương mại

Sản phẩm quảng cáo thương mại bao gồm những thông tin bằng hình ảnh, hành động, âm thanh, tiếng nói, chữ viết, biểu tượng, màu sắc, ánh sáng chứa đựng nội dung quảng cáo thương mại. Sản phẩm quảng cáo thương mại có chứa đựng cả nội dung và hình thức quảng cáo thương mại.

Nội dung quảng cáo bao gồm những thông tin về hoạt động kinh doanh hàng hoá, dịch vụ (thương hiệu, loại sản phẩm và tính ưu việt cũng như tiện ích của nó...) mà chủ quảng cáo muốn được thể hiện nhằm thông báo, giới thiệu rộng rãi tới công chúng. Nội dung sản phẩm quảng cáo phải đảm bảo lành mạnh, đúng sự thật, không gây nhầm lẫn cho khách hàng. Nghiêm cấm sử dụng các sản phẩm quảng cáo chứa đựng thông tin so sánh trực tiếp giữa hoạt động kinh doanh, hàng hoá, dịch vụ được quảng cáo với hoạt động kinh doanh, hàng hoá, dịch vụ khác (trừ trường hợp so sánh với hàng giả, hàng vi phạm quyền sở hữu công nghiệp); các sản phẩm quảng cáo có hình ảnh, âm thanh, cấu trúc... giống với sản phẩm quảng cáo của thương nhân khác, gây nhầm lẫn cho khách hàng; các sản phẩm quảng cáo có nội dung không đúng sự thật, tự khẳng định vị trí cao nhất của mình mà không có bằng chứng hợp lệ bằng văn bản...

Hình thức quảng cáo được thể hiện bằng tiếng nói, chữ viết, biểu tượng, màu sắc, ánh sáng, hình ảnh, hành động, âm thanh và các hình thức khác có khả năng truyền đạt nội dung thông tin quảng cáo tới công chúng. Hình thức quảng cáo phải rõ ràng, dễ hiểu và có tính thẩm mỹ. Tiếng nói, chữ viết dùng trong quảng cáo phải là tiếng Việt, trừ những trường hợp: (1) Từ ngữ đã được quốc tế hoá, thương hiệu hoặc từ

3. Sản phẩm và phương tiện quảng cáo thương mại

Sản phẩm quảng cáo thương mại bao gồm những thông tin bằng

hình ảnh, hành động, âm thanh, tiếng nói, chữ viết, biểu tượng, màu sắc, ánh sáng chứa đựng nội dung quảng cáo thương mại. Sản phẩm quảng cáo thương mại có chứa đựng cả nội dung và hình thức quảng cáo thương mại.

Nội dung quảng cáo bao gồm những thông tin về hoạt động kinh doanh hàng hoá, dịch vụ (thương hiệu, loại sản phẩm và tính ưu việt cũng như tiện ích của nó...) mà chủ quảng cáo muốn được thể hiện nhằm thông báo, giới thiệu rộng rãi tới công chúng. Nội dung sản phẩm quảng cáo phải đảm bảo lành mạnh, đúng sự thật, không gây nhầm lẫn cho khách hàng. Nghiêm cấm sử dụng các sản phẩm quảng cáo chứa đựng thông tin so sánh trực tiếp giữa hoạt động kinh doanh, hàng hoá, dịch vụ được quảng cáo với hoạt động kinh doanh, hàng hoá, dịch vụ khác (trừ trường hợp so sánh với hàng giả, hàng vi phạm quyền sở hữu công nghiệp); các sản phẩm quảng cáo có hình ảnh, âm thanh, cấu trúc... giống với sản phẩm quảng cáo của thương nhân khác, gây nhầm lẫn cho khách hàng; các sản phẩm quảng cáo có nội dung không đúng sự thật, tự khẳng định vị trí cao nhất của mình mà không có bằng chứng hợp lệ bằng văn bản...

Hình thức quảng cáo được thể hiện bằng tiếng nói, chữ viết, biểu tượng, màu sắc, ánh sáng, hình ảnh, hành động, âm thanh và các hình thức khác có khả năng truyền đạt nội dung thông tin quảng cáo tới công chúng. Hình thức quảng cáo phải rõ ràng, dễ hiểu và có tính thẩm mỹ. Tiếng nói, chữ viết dùng trong quảng cáo phải là tiếng Việt, trừ những trường hợp: (1) Từ ngữ đã được quốc tế hoá, thương hiệu hoặc từ

ngữ không thay thế được bằng tiếng Việt; (2) Quảng cáo thông qua sách, báo, ấn phẩm được phép xuất bản bằng tiếng dân tộc thiểu số ở Việt Nam, tiếng nước ngoài, chương trình phát thanh truyền hình bằng tiếng dân tộc thiểu số ở Việt Nam, tiếng nước ngoài. Trường hợp sử dụng cả tiếng Việt, tiếng dân tộc thiểu số ở Việt Nam, tiếng nước

ngoài thì phải viết theo thứ tự: Tiếng Việt, tiếng dân tộc thiểu số, tiếng nước ngoài, trong đó, tiếng dân tộc thiểu số, tiếng nước ngoài không được to hơn khổ chữ tiếng Việt.⁽¹⁾

Phương tiện quảng cáo thương mại là các công cụ được sử dụng để giới thiệu các sản phẩm quảng cáo thương mại. Phương tiện quảng cáo bao gồm tất cả những phương tiện có khả năng truyền tải thông tin đến công chúng như:

- Báo chí (báo in, báo nói, báo hình, báo điện tử);
- Mạng thông tin máy tính;
- Xuất bản phẩm (sách, tờ gấp, tờ rời và các sản phẩm in, nhân bản, phim ảnh, băng hình, đĩa hình, băng âm thanh, đĩa âm thanh);
- Các loại băng-rôn, băng, biển, pa-nô, áp phích, màn hình đặt nơi công cộng;
- Vật phát quang, vật thể trên không, dưới nước;
- Phương tiện giao thông, vật thể cố định và di động như biển tượng, biển hiệu, hàng hoá, mũ, áo, túi xách, các vật dụng khác;
- Chương trình văn hoá, thể thao, hội chợ triển lãm;
- Các phương tiện truyền tin và các phương tiện quảng cáo thương mại khác...

ngữ không thay thế được bằng tiếng Việt; (2) Quảng cáo thông qua sách, báo, ấn phẩm được phép xuất bản bằng tiếng dân tộc thiểu số ở Việt Nam, tiếng nước ngoài, chương trình phát thanh truyền hình bằng tiếng dân tộc thiểu số ở Việt Nam, tiếng nước ngoài. Trường hợp sử dụng cả tiếng Việt, tiếng dân tộc thiểu số Ở Việt Nam, tiếng nước ngoài thì phải viết theo thứ tự: Tiếng Việt, tiếng dân tộc thiểu số, tiếng nước ngoài, trong đó, tiếng dân tộc thiểu số, tiếng nước ngoài không được to hơn khổ chữ tiếng Việt.⁽¹⁾

Phương tiện quảng cáo thương mại là các công cụ được sử dụng

(1).Xem: Điều 8 Pháp lệnh quảng cáo 16/11/2001.

để giới thiệu các sản phẩm quảng cáo thương mại. Phương tiện quảng cáo bao gồm tất cả những phương tiện có khả năng truyền tải thông tin đến công chúng như:

- Báo chí (báo in, báo nói, báo hình, báo điện tử);
- Mạng thông tin máy tính;
- Xuất bản phẩm (sách, tờ gấp, tờ rời và các sản phẩm in, nhân bản, phim ảnh, băng hình, đĩa hình, băng âm thanh, đĩa âm thanh);
- Các loại băng-rôn, băng, biển, pa-nô, áp phích, màn hình đặt nơi công cộng;
- Vật phát quang, vật thể trên không, dưới nước;
- Phương tiện giao thông, vật thể cố định và di động như biểu tượng, biển hiệu, hàng hoá, mũ, áo, túi xách, các vật dụng khác;
- Chương trình văn hoá, thể thao, hội chợ triển lãm;
- Các phương tiện truyền tin và các phương tiện quảng cáo thương mại khác...

Nhằm đảm bảo trật tự quản lí nhà nước trong hoạt động quảng cáo, đảm bảo hài hoà lợi ích kinh tế, chính trị, văn hoá của tổ chức, cá nhân kinh doanh, của Nhà nước, của công chúng, pháp luật quy định một số giới hạn về diện tích quảng cáo, thời lượng chương trình quảng cáo, số lần quảng cáo... đòi hỏi chủ thể hoạt động quảng cáo phải thực hiện^o

4. Các chủ thể hoạt động quảng cáo thương mại

Có nhiều chủ thể tham gia vào hoạt động quảng cáo thương mại với mục đích, cách thức và mức độ khác nhau. Đó có thể là thương nhân quảng cáo (người quảng cáo), thương nhân kinh doanh dịch vụ quảng cáo, người phát hành quảng cáo, người cho thuê phương tiện quảng cáo...

- Người quảng cáo.

(l).Xem: Điều 8 Pháp lệnh quảng cáo 16/11/2001.

Do đối tượng của quảng cáo có thể là hàng hoá, dịch vụ sinh lời hoặc thông tin, dịch vụ không sinh lời nên người quảng cáo có thể là thương nhân hoặc không phải là thương nhân. Trong quảng cáo thương mại, người quảng cáo phải là thương nhân hoặc chi nhánh của thương nhân Việt Nam, chi nhánh của thương nhân nước ngoài được phép hoạt động tại Việt Nam. Các tổ chức, cá nhân trên đây có quyền trực tiếp quảng cáo về hoạt động kinh doanh, hàng hoá dịch vụ kinh doanh của mình hoặc thuê tổ chức kinh doanh dịch vụ quảng cáo thực hiện việc quảng cáo thương mại.

Phù hợp với quyền tự do kinh doanh, pháp luật cho phép thương nhân quảng cáo có quyền lựa chọn người kinh doanh dịch vụ quảng cáo, người phát hành quảng cáo, phương tiện

Nhằm đảm bảo trật tự quản lí nhà nước trong hoạt động quảng cáo, đảm bảo hài hoà lợi ích kinh tế, chính trị, văn hoá của tổ chức, cá nhân kinh doanh, của Nhà nước, của công chúng, pháp luật quy định một số giới hạn về diện tích quảng cáo, thời lượng chương trình quảng cáo, số lần quảng cáo... đòi hỏi chủ thể hoạt động quảng cáo phải thực hiện/°

4. Các chủ thể hoạt động quảng cáo thương mại

Có nhiều chủ thể tham gia vào hoạt động quảng cáo thương mại với mục đích, cách thức và mức độ khác nhau. Đó có thể là thương nhân quảng cáo (người quảng cáo), thương nhân kinh doanh dịch vụ quảng cáo, người phát hành quảng cáo, người cho thuê phương tiện quảng cáo...

- Người quảng cáo.

Do đối tượng của quảng cáo có thể là hàng hoá, dịch vụ sinh lời hoặc thông tin, dịch vụ không sinh lời nên người quảng cáo có thể là thương nhân hoặc không phải là thương nhân. Trong quảng cáo thương mại, người quảng cáo phải là thương nhân hoặc chi nhánh của

(l).Xem: Điều 10, 11, 12, 13. 14 Pháp lệnh quảng cáo.

thương nhân Việt Nam, chi nhánh của thương nhân nước ngoài được phép hoạt động tại Việt Nam. Các tổ chức, cá nhân trên đây có quyền trực tiếp quảng cáo về hoạt động kinh doanh, hàng hoá dịch vụ kinh doanh của mình hoặc thuê tổ chức kinh doanh dịch vụ quảng cáo thực hiện việc quảng cáo thương mại.

Phù hợp với quyền tự do kinh doanh, pháp luật cho phép thương nhân quảng cáo có quyền lựa chọn người kinh doanh dịch vụ quảng cáo, người phát hành quảng cáo, phương tiện

(l).Xem: Điều 10, 11, 12, 13. 14 Pháp lệnh quảng cáo.

và hình thức quảng cáo; được quyền đăng kí bảo hộ quyền sở hữu trí tuệ đối với sản phẩm quảng cáo của mình.

Người quảng cáo có nghĩa vụ đảm bảo nội dung quảng cáo trung thực, chính xác, phải xuất trình văn bản đảm bảo tính trung thực, chính xác của nội dung thông tin quảng cáo khi người kinh doanh dịch vụ quảng cáo hoặc người phát hành quảng cáo yêu cầu.⁽¹⁾

- Thương nhân kinh doanh dịch vụ quảng cáo.

Dịch vụ quảng cáo là một loại dịch vụ thương mại mà thương nhân được khai thác để kinh doanh. Thương nhân kinh doanh dịch vụ quảng cáo là tổ chức, cá nhân thực hiện một, một số hoặc tất cả các công đoạn của quá trình hoạt động quảng cáo nhằm mục đích sinh lời.

Tổ chức, cá nhân muốn kinh doanh dịch vụ quảng cáo phải có giấy chứng nhận đăng kí kinh doanh theo quy định của pháp luật. Thương nhân kinh doanh dịch vụ quảng cáo thương mại có quyền đặt chi nhánh hoặc văn phòng đại diện tại các tỉnh thành phố khác. Khi mở chi nhánh, văn phòng đại diện tại các tỉnh, thành phố khác, thương nhân phải thông báo cho Phòng đăng kí kinh doanh cấp tỉnh và sở văn hoá - thông tin nơi đặt chi nhánh, văn phòng đại diện. Sau khi được phòng đăng kí kinh doanh cấp tỉnh cấp giấy chứng nhận đăng kí hoạt động, chi nhánh, văn phòng đại diện của thương nhân được phép bắt đầu kinh doanh dịch vụ quảng cáo.

Thương nhân kinh doanh dịch vụ quảng cáo có quyền: (1) Lựa chọn hình thức, lĩnh vực kinh doanh dịch vụ quảng

Người quảng cáo có nghĩa vụ đảm bảo nội dung quảng cáo trung thực, chính xác, phải xuất trình văn bản đảm bảo tính trung thực,

(1).Xem: Điều 15 Pháp lệnh quảng cáo năm 2001.

và hình thức quảng cáo; được quyền đăng kí bảo hộ quyền sở hữu trí tuệ đối với sản phẩm quảng cáo của mình.

chính xác của nội dung thông tin quảng cáo khi người kinh doanh dịch vụ quảng cáo hoặc người phát hành quảng cáo yêu cầu.⁽¹⁾

- Thương nhân kinh doanh dịch vụ quảng cáo.

Dịch vụ quảng cáo là một loại dịch vụ thương mại mà thương nhân được khai thác để kinh doanh. Thương nhân kinh doanh dịch vụ quảng cáo là tổ chức, cá nhân thực hiện một, một số hoặc tất cả các công đoạn của quá trình hoạt động quảng cáo nhằm mục đích sinh lời.

Tổ chức, cá nhân muốn kinh doanh dịch vụ quảng cáo phải có giấy chứng nhận đăng kí kinh doanh theo quy định của pháp luật. Thương nhân kinh doanh dịch vụ quảng cáo thương mại có quyền đặt chi nhánh hoặc văn phòng đại diện tại các tỉnh thành phố khác. Khi mở chi nhánh, văn phòng đại diện tại các tỉnh, thành phố khác, thương nhân phải thông báo cho Phòng đăng kí kinh doanh cấp tỉnh và sở văn hoá - thông tin nơi đặt chi nhánh, văn phòng đại diện. Sau khi được phòng đăng kí kinh doanh cấp tỉnh cấp giấy chứng nhận đăng kí hoạt động, chi nhánh, văn phòng đại diện của thương nhân được phép bắt đầu kinh doanh dịch vụ quảng cáo.

Thương nhân kinh doanh dịch vụ quảng cáo có quyền: (1) Lựa chọn hình thức, lĩnh vực kinh doanh dịch vụ quảng

(1).Xem: Điều 15 Pháp lệnh quảng cáo năm 2001.

cáo (quảng cáo có phát hành hoặc không kèm theo việc phát hành sản phẩm quảng cáo...); (2) Yêu cầu người quảng cáo cung cấp thông tin trung thực, chính xác về nội dung quảng cáo; (3) Đăng kí bảo hộ quyền sở hữu trí tuệ đối với sản phẩm quảng cáo của mình; (4) Hợp tác với các tổ chức cá nhân trong hoạt động quảng cáo, tham gia Hiệp hội quảng cáo trong nước, nước ngoài... Bên cạnh đó, thương nhân kinh doanh dịch vụ quảng cáo có nghĩa vụ thực hiện đúng các quy định của pháp luật về quảng cáo, nội dung giấy chứng nhận đăng kí kinh doanh, các cam kết trong hợp đồng dịch vụ quảng cáo...

- Người phát hành quảng cáo.

Người phát hành quảng cáo là người nắm giữ các phương tiện quảng cáo, có khả năng đưa sản phẩm quảng cáo đến người tiêu dùng, bao gồm cơ quan báo chí, nhà xuất bản, tổ chức quản lí mạng thông tin máy tính, người tổ chức chương trình văn hoá thể thao, hội chợ, triển lãm và tổ chức, cá nhân sử dụng phương tiện quảng cáo khác. Quan hệ quảng cáo có thể hình thành trên cơ sở hợp đồng phát hành quảng cáo giữa người quảng cáo hoặc thương nhân kinh doanh dịch vụ quảng cáo với người phát hành quảng cáo. Tuy nhiên, tùy thuộc vào cách thức quảng cáo và phương tiện quảng cáo được sử dụng, thương nhân thực hiện việc quảng cáo và thương nhân kinh doanh dịch vụ quảng cáo có thể thực hiện luôn các công việc của người phát hành quảng cáo.

Người phát hành quảng cáo được quảng cáo trên phương tiện của mình và thu phí dịch vụ phát hành quảng cáo. Người phát hành quảng cáo có nghĩa vụ tuân thủ các quy định pháp luật về sử dụng phương tiện quảng cáo thương mại, pháp luật cáo (quảng cáo có phát hành hoặc không kèm theo việc phát hành sản phẩm quảng cáo...); (2) Yêu cầu người quảng cáo cung cấp thông tin trung thực, chính xác về nội dung quảng cáo; (3) Đăng kí bảo hộ quyền sở hữu trí tuệ đối với sản phẩm quảng cáo của mình; (4) Hợp tác với các tổ chức cá nhân trong

hoạt động quảng cáo, tham gia Hiệp hội quảng cáo trong nước, nước ngoài... Bên cạnh đó, thương nhân kinh doanh dịch vụ quảng cáo có nghĩa vụ thực hiện đúng các quy định của pháp luật về quảng cáo, nội dung giấy chứng nhận đăng kí kinh doanh, các cam kết trong hợp đồng dịch vụ quảng cáo...

- Người phát hành quảng cáo.

Người phát hành quảng cáo là người nắm giữ các phương tiện quảng cáo, có khả năng đưa sản phẩm quảng cáo đến người tiêu dùng, bao gồm cơ quan báo chí, nhà xuất bản, tổ chức quản lí mạng thông tin máy tính, người tổ chức chương trình văn hoá thể thao, hội chợ, triển lãm và tổ chức, cá nhân sử dụng phương tiện quảng cáo khác. Quan hệ quảng cáo có thể hình thành trên cơ sở hợp đồng phát hành quảng cáo giữa người quảng cáo hoặc thương nhân kinh doanh dịch vụ quảng cáo với người phát hành quảng cáo. Tuy nhiên, tùy thuộc vào cách thức quảng cáo và phương tiện quảng cáo được sử dụng, thương nhân thực hiện việc quảng cáo và thương nhân kinh doanh dịch vụ quảng cáo có thể thực hiện luôn các công việc của người phát hành quảng cáo.

Người phát hành quảng cáo được quảng cáo trên phương tiện của mình và thu phí dịch vụ phát hành quảng cáo. Người phát hành quảng cáo có nghĩa vụ tuân thủ các quy định pháp luật về sử dụng phương tiện quảng cáo thương mại, pháp luật

về báo chí, xuất bản, về quản lí mạng thông tin máy tính, chương trình hoạt động văn hoá thể thao, hội chợ, triển lãm trong việc sử dụng báo chí, xuất bản phẩm, mạng thông tin máy tính, chương trình hoạt động văn hoá thể thao, hội chợ, triển lãm và các phương tiện quảng cáo khác để quảng cáo; thực hiện hợp đồng phát hành quảng cáo đã kí và các quyền, nghĩa vụ khác theo quy định của pháp luật.

- Người cho thuê phương tiện quảng cáo.

Người cho thuê phương tiện quảng cáo là tổ chức, cá nhân sở hữu phương tiện quảng cáo. Người cho thuê phương tiện quảng cáo có thể là thương nhân hoặc không phải là thương nhân nhưng đều có quyền lựa chọn khách hàng (người quảng cáo, người kinh doanh dịch vụ quảng cáo) cho mình và thu phí từ việc cho thuê phương tiện để quảng cáo theo thoả thuận trong hợp đồng.

5. Hợp đồng dịch vụ quảng cáo thương mại

Việc thuê dịch vụ quảng cáo thương mại phải được xác lập trên cơ sở hợp đồng bằng văn bản, có tên gọi là hợp đồng dịch vụ quảng cáo thương mại. Hợp đồng dịch vụ quảng cáo thương mại là sự thoả thuận giữa bên thuê quảng cáo và bên làm dịch vụ quảng cáo thương mại nhằm làm phát sinh, thay đổi, chấm dứt các quyền và nghĩa vụ về quảng cáo hoạt động sản xuất kinh doanh, hàng hoá, dịch vụ thương mại.

Hợp đồng dịch vụ quảng cáo thương mại tuân thủ nguyên tắc cơ bản của hợp đồng cung ứng dịch vụ nói chung. Ngoài điều khoản về chủ thể của hợp đồng (tên, địa chỉ, điện thoại, FAX, số tài khoản... của các bên), nội dung của hợp đồng dịch vụ quảng cáo thương mại bao gồm các điều khoản thoả thuận về báo chí, xuất bản, về quản lí mạng thông tin máy tính, chương trình hoạt động văn hoá thể thao, hội chợ, triển lãm trong việc sử dụng báo chí, xuất bản phẩm, mạng thông tin máy tính, chương trình hoạt động văn hoá thể thao, hội chợ, triển lãm và các phương tiện quảng cáo khác để quảng cáo; thực hiện hợp đồng phát hành quảng cáo đã kí và các quyền, nghĩa vụ khác theo quy định của pháp luật.

- Người cho thuê phương tiện quảng cáo.

Người cho thuê phương tiện quảng cáo là tổ chức, cá nhân sở hữu phương tiện quảng cáo. Người cho thuê phương tiện quảng cáo có thể

là thương nhân hoặc không phải là thương nhân nhưng đều có quyền lựa chọn khách hàng (người quảng cáo, người kinh doanh dịch vụ quảng cáo) cho mình và thu phí từ việc cho thuê phương tiện để quảng cáo theo thoả thuận trong hợp đồng.

5. Hợp đồng dịch vụ quảng cáo thương mại

Việc thuê dịch vụ quảng cáo thương mại phải được xác lập trên cơ sở hợp đồng bằng văn bản, có tên gọi là hợp đồng dịch vụ quảng cáo thương mại. Hợp đồng dịch vụ quảng cáo thương mại là sự thoả thuận giữa bên thuê quảng cáo và bên làm dịch vụ quảng cáo thương mại nhằm làm phát sinh, thay đổi, chấm dứt các quyền và nghĩa vụ về quảng cáo hoạt động sản xuất kinh doanh, hàng hoá, dịch vụ thương mại.

Hợp đồng dịch vụ quảng cáo thương mại tuân thủ nguyên tắc cơ bản của hợp đồng cung ứng dịch vụ nói chung. Ngoài điều khoản về chủ thể của hợp đồng (tên, địa chỉ, điện thoại, FAX, số tài khoản... của các bên), nội dung của hợp đồng dịch vụ quảng cáo thương mại bao gồm các điều khoản thoả thuận về sản phẩm quảng cáo thương mại, phương thức, phương tiện quảng cáo thương mại; thời gian, phạm vi quảng cáo; phí dịch vụ và các quyền, nghĩa vụ có liên quan của các bên...

Hợp đồng dịch vụ quảng cáo thương mại được kí bằng văn bản hoặc bằng hình thức khác có giá trị pháp lí tương đương.

Tuỳ thuộc nội dung, phạm vi sử dụng dịch vụ, hợp đồng dịch vụ quảng cáo thương mại có thể là hợp đồng dịch vụ trọn gói, có thể là hợp đồng phát hành quảng cáo hay hợp đồng cho thuê phương tiện quảng cáo. Nếu sử dụng dịch vụ trọn gói, thương nhân kinh doanh dịch vụ sẽ tham gia vào hoạt động quảng cáo ngay từ khâu sáng tạo ra sản phẩm quảng cáo đến phát hành sản phẩm quảng cáo, sử dụng

phương tiện quảng cáo mà các bên thoả thuận lựa chọn cũng như các thủ tục pháp lý cần thiết để giới thiệu, khuyến khích trưng bày hàng hoá dịch vụ kinh doanh trong khoảng thời gian và không gian mà các bên giao ước. Tuy nhiên, để thực hiện hợp đồng dịch vụ trọn gói, thương nhân kinh doanh dịch vụ quảng cáo có thể phải ký kết một hoặc một số hợp đồng với người khác để thực hiện một số công đoạn của hoạt động quảng cáo như phát hành sản phẩm quảng cáo, thuê phương tiện quảng cáo...

Trường hợp thương nhân tự quảng cáo mà không thuê dịch vụ, hoạt động quảng cáo có thể được tiến hành thông qua hợp đồng phát hành quảng cáo, hợp đồng thuê phương tiện quảng cáo được ký kết giữa thương nhân quảng cáo với người phát hành quảng cáo, người cho thuê phương tiện quảng cáo.

6. Thẩm quyền và các thủ tục cấp giấy phép quảng cáo về sản phẩm quảng cáo thương mại, phương thức, phương tiện quảng cáo thương mại; thời gian, phạm vi quảng cáo; phí dịch vụ và các quyền, nghĩa vụ có liên quan của các bên...

Hợp đồng dịch vụ quảng cáo thương mại được ký bằng văn bản hoặc bằng hình thức khác có giá trị pháp lý tương đương.

Tuỳ thuộc nội dung, phạm vi sử dụng dịch vụ, hợp đồng dịch vụ quảng cáo thương mại có thể là hợp đồng dịch vụ trọn gói, có thể là hợp đồng phát hành quảng cáo hay hợp đồng cho thuê phương tiện quảng cáo. Nếu sử dụng dịch vụ trọn gói, thương nhân kinh doanh dịch vụ sẽ tham gia vào hoạt động quảng cáo ngay từ khâu sáng tạo ra sản phẩm quảng cáo đến phát hành sản phẩm quảng cáo, sử dụng phương tiện quảng cáo mà các bên thoả thuận lựa chọn cũng như các thủ tục pháp lý cần thiết để giới thiệu, khuyến khích trưng bày hàng hoá dịch vụ kinh doanh trong khoảng thời gian và không gian mà các bên giao ước. Tuy nhiên, để thực hiện hợp đồng dịch vụ trọn

Khi thực hiện hoạt động quảng cáo nói chung và quảng

gói, thương nhân kinh doanh dịch vụ quảng cáo có thể phải kí kết một hoặc một số hợp đồng với người khác để thực hiện một số công đoạn của hoạt động quảng cáo như phát hành sản phẩm quảng cáo, thuê phương tiện quảng cáo...

Trường hợp thương nhân tự quảng cáo mà không thuê dịch vụ, hoạt động quảng cáo có thể được tiến hành thông qua hợp đồng phát hành quảng cáo, hợp đồng thuê phương tiện quảng cáo được kí kết giữa thương nhân quảng cáo với người phát hành quảng cáo, người cho thuê phương tiện quảng cáo.

6. Thẩm quyền và các thủ tục cấp giấy phép quảng cáo

cáo thương mại nói riêng, thương nhân quảng cáo hoặc thương nhân kinh doanh dịch vụ quảng cáo phải làm thủ tục xin cấp giấy phép thực hiện quảng cáo. Nhìn chung, ở nhiều nước, việc đăng kí hoặc cấp phép cho hoạt động quảng cáo do cơ quan quản lí nhà nước về thương mại thực hiện, ở Việt Nam, công việc này do cơ quan quản lí nhà nước về văn hoá thông tin đảm nhiệm vai trò chính. Theo quy định tại Điều 16 Pháp lệnh quảng cáo, Bộ văn hoá - thông tin có thẩm quyền cấp giấy phép thực hiện quảng cáo trên mạng thông tin máy tính, kênh, chương trình phát thanh, kênh, chương trình truyền hình chuyên quảng cáo và đối với phụ san, phụ bản chuyên quảng cáo. sở văn hoá - thông tin có thẩm quyền cấp giấy phép thực hiện quảng cáo trên bảng, biển, pa-nô, băng-rôn, màn hình đặt nơi công cộng, vật phát quang, vật thể trên không, dưới nước, phương tiện giao thông, vật thể di động khác. Ngoài ra, cơ quan quản lí nhà nước về xây dựng, thương mại, giao thông công chính, quy hoạch đô thị cũng có thẩm quyền cấp giấy phép liên quan đến hoạt động quảng cáo, tạo ra một cơ chế khá phức tạp về thủ tục hành chính (trình tự, thủ tục cụ thể được quy định trong Thông tư số 43/2003/TT-BVHTT ngày 16/7/2003 hướng dẫn thực hiện Nghị định số 24/2003/NĐ-CP ngày 13/3/2003 của Chính phủ quy định chi

Khi thực hiện hoạt động quảng cáo nói chung và quảng

tiết thi hành Pháp lệnh quảng cáo, các văn bản hướng dẫn thi hành Luật thương mại).

7. Các hoạt động quảng cáo thương mại bị cấm

Quảng cáo có ý nghĩa rất lớn trong việc mang lại cơ hội thương mại cho thương nhân và điều này có thể dẫn đến nguy cơ làm giảm hoặc mất cơ hội thương mại của thương nhân nói riêng, thương nhân quảng cáo hoặc thương nhân kinh doanh dịch vụ quảng cáo phải làm thủ tục xin cấp giấy phép thực hiện quảng cáo. Nhìn chung, ở nhiều nước, việc đăng kí hoặc cấp phép cho hoạt động quảng cáo do cơ quan quản lí nhà nước về thương mại thực hiện, ở Việt Nam, công việc này do cơ quan quản lí nhà nước về văn hoá thông tin đảm nhiệm vai trò chính. Theo quy định tại Điều 16 Pháp lệnh quảng cáo, Bộ văn hoá - thông tin có thẩm quyền cấp giấy phép thực hiện quảng cáo trên mạng thông tin máy tính, kênh, chương trình phát thanh, kênh, chương trình truyền hình chuyên quảng cáo và đối với phụ san, phụ bản chuyên quảng cáo. sở văn hoá - thông tin có thẩm quyền cấp giấy phép thực hiện quảng cáo trên bảng, biển, pa-nô, băng-rôn, màn hình đặt nơi công cộng, vật phát quang, vật thể trên không, dưới nước, phương tiện giao thông, vật thể di động khác. Ngoài ra, cơ quan quản lí nhà nước về xây dựng, thương mại, giao thông công chính, quy hoạch đô thị cũng có thẩm quyền cấp giấy phép liên quan đến hoạt động quảng cáo, tạo ra một cơ chế khá phức tạp về thủ tục hành chính (trình tự, thủ tục cụ thể được quy định trong Thông tư số 43/2003/TT-BVHTT ngày 16/7/2003 hướng dẫn thực hiện Nghị định số 24/2003/NĐ-CP ngày 13/3/2003 của Chính phủ quy định chi tiết thi hành Pháp lệnh quảng cáo, các văn bản hướng dẫn thi hành Luật thương mại).

7. Các hoạt động quảng cáo thương mại bị cấm

Quảng cáo có ý nghĩa rất lớn trong việc mang lại cơ hội thương mại cho thương nhân và điều này có thể dẫn đến nguy cơ làm giảm hoặc mất cơ hội thương mại của thương nhân khác. Nhằm xúc tiến thương mại và đáp ứng nhu cầu cạnh tranh, thương nhân có thể sử dụng quảng cáo như một công cụ để giảm pha, hạ thấp uy tín của thương nhân khác với mục đích thủ tiêu đối thủ cạnh tranh hoặc ngăn cản sự gia nhập thị trường của thương nhân mới. Do đó, giữa hoạt động quảng cáo và hành vi cạnh tranh không lành mạnh có ranh giới rất mỏng. Để đảm bảo trật tự thương mại trong khi hoạt động xúc tiến thương mại, đảm bảo lợi ích của Nhà nước, của người tiêu dùng và của các thương nhân, pháp luật nghiêm cấm một số hoạt động quảng cáo thương mại sau đây:

4- Quảng cáo làm ảnh hưởng xấu đến lợi ích của Nhà nước và của toàn xã hội. Quảng cáo là quá trình thông tin và nó có thể tạo ra khả năng tiếp nhận thông tin từ nhiều góc độ khác nhau. Chính vì vậy, khi giới thiệu về hoạt động kinh doanh, về hàng hoá, dịch vụ của mình, thương nhân không được phép gây tổn hại đến lợi ích kinh tế, chính trị... của Nhà nước như tiết lộ bí mật nhà nước, phương hại đến độc lập, chủ quyền quốc gia, quốc phòng an ninh và an toàn xã hội; quảng cáo có tính chất kì thị dân tộc, phân biệt chủng tộc, tự do tín ngưỡng, tôn giáo...

4- Quảng cáo có sử dụng sản phẩm quảng cáo, phương tiện quảng cáo trái với truyền thống lịch sử, văn hoá, đạo đức, thuần phong mỹ tục Việt Nam và trái quy định của pháp luật. Các hành vi dùng hình ảnh người lãnh đạo Đảng và Nhà nước Việt Nam, quảng cáo làm ảnh hưởng tới sự trang nghiêm tại nơi làm việc của các cơ quan nhà nước, quảng cáo có tính chất bạo lực, kinh dị, dùng từ ngữ không lành mạnh... đều bị coi là vi phạm quy định của pháp

luật. nhân khác. Nhằm xúc tiến thương mại và đáp ứng nhu cầu cạnh tranh, thương nhân có thể sử dụng quảng cáo như một công cụ để gièm pha, hạ thấp uy tín của thương nhân khác với mục đích thủ tiêu đối thủ cạnh tranh hoặc ngăn cản sự gia nhập thị trường của thương nhân mới. Do đó, giữa hoạt động quảng cáo và hành vi cạnh tranh không lành mạnh có ranh giới rất mỏng. Để đảm bảo trật tự thương mại trong khi hoạt động xúc tiến thương mại, đảm bảo lợi ích của Nhà nước, của người tiêu dùng và của các thương nhân, pháp luật nghiêm cấm một số hoạt động quảng cáo thương mại sau đây:

4- Quảng cáo làm ảnh hưởng xấu đến lợi ích của Nhà nước và của toàn xã hội. Quảng cáo là quá trình thông tin và nó có thể tạo ra khả năng tiếp nhận thông tin từ nhiều góc độ khác nhau. Chính vì vậy, khi giới thiệu về hoạt động kinh doanh, về hàng hoá, dịch vụ của mình, thương nhân không được phép gây tổn hại đến lợi ích kinh tế, chính trị... của Nhà nước như tiết lộ bí mật nhà nước, phương hại đến độc lập, chủ quyền quốc gia, quốc phòng an ninh và an toàn xã hội; quảng cáo có tính chất kì thị dân tộc, phân biệt chủng tộc, tự do tín ngưỡng, tôn giáo...

4- Quảng cáo có sử dụng sản phẩm quảng cáo, phương tiện quảng cáo trái với truyền thống lịch sử, văn hoá, đạo đức, thuần phong mỹ tục Việt Nam và trái quy định của pháp luật. Các hành vi dùng hình ảnh người lãnh đạo Đảng và Nhà nước Việt Nam, quảng cáo làm ảnh hưởng tới sự trang nghiêm tại nơi làm việc của các cơ quan nhà nước, quảng cáo có tính chất bạo lực, kinh dị, dùng từ ngữ không lành mạnh... đều bị coi là vi phạm quy định của pháp luật.

+ Quảng cáo hàng hoá, dịch vụ mà Nhà nước cấm kinh doanh hoặc cấm quảng cáo.

+ Lợi dụng quảng cáo thương mại gây thiệt hại đến lợi ích của tổ chức, cá nhân và các thương nhân khác.

+ Quảng cáo thuốc lá, rượu có độ cồn từ 30 độ trở lên, quảng cáo hàng hoá, sản phẩm chưa được phép lưu thông, dịch vụ chưa được phép kinh doanh trên thị trường Việt Nam tại thời điểm quảng cáo. *Ví dụ*, trong lĩnh vực y tế, Pháp lệnh quảng cáo năm 2001 nghiêm cấm quảng cáo thuốc chưa được cấp đăng kí hoặc hết hạn đăng kí, đã bị loại ra khỏi danh mục thuốc cho phép sử dụng; thuốc đã được đăng kí nhưng đã bị đình chỉ lưu hành, các thiết bị, dụng cụ y tế chưa được phép sử dụng, dịch vụ y tế chưa được phép thực hiện tại Việt Nam.

+ Quảng cáo bằng việc sử dụng phương pháp so sánh trực tiếp hoạt động sản xuất kinh doanh hàng hoá, dịch vụ của mình với hoạt động sản xuất kinh doanh, hàng hoá, dịch vụ của thương nhân khác.

4- Quảng cáo sai với sự thật về quy cách, số lượng, chất lượng, giá cả, công dụng, kiểu dáng, xuất xứ hàng hoá, chủng loại, bao bì, phương thức phục vụ, thời hạn bảo hành của hàng hoá, dịch vụ.

+ Quảng cáo cho hoạt động kinh doanh của mình bằng cách sử dụng sản phẩm quảng cáo vi phạm quyền sở hữu trí tuệ, dùng danh nghĩa, hình ảnh của tổ chức, cá nhân khác để quảng cáo mà không được sự chấp thuận của thương nhân đó.

+ Các hoạt động quảng cáo nhằm cạnh tranh không lành mạnh như quảng cáo nói xấu, hoặc bắt chước các sản phẩm quảng cáo của thương nhân khác, gây nhầm lẫn cho khách hàng...

+ Lợi dụng quảng cáo thương mại gây thiệt hại đến lợi ích của tổ chức, cá nhân và các thương nhân khác.

+ Quảng cáo hàng hoá, dịch vụ mà Nhà nước cấm kinh doanh hoặc cấm quảng cáo.

+ Quảng cáo thuốc lá, rượu có độ cồn từ 30 độ trở lên, quảng cáo hàng hoá, sản phẩm chưa được phép lưu thông, dịch vụ chưa được phép kinh doanh trên thị trường Việt Nam tại thời điểm quảng cáo. Ví dụ, trong lĩnh vực y tế, Pháp lệnh quảng cáo năm 2001 nghiêm cấm quảng cáo thuốc chưa được cấp đăng kí hoặc hết hạn đăng kí, đã bị loại ra khỏi danh mục thuốc cho phép sử dụng; thuốc đã được đăng kí nhưng đã bị đình chỉ lưu hành, các thiết bị, dụng cụ y tế chưa được phép sử dụng, dịch vụ y tế chưa được phép thực hiện tại Việt Nam.

+ Quảng cáo bằng việc sử dụng phương pháp so sánh trực tiếp hoạt động sản xuất kinh doanh hàng hoá, dịch vụ của mình với hoạt động sản xuất kinh doanh, hàng hoá, dịch vụ của thương nhân khác.

4- Quảng cáo sai với sự thật về quy cách, số lượng, chất lượng, giá cả, công dụng, kiểu dáng, xuất xứ hàng hoá, chủng loại, bao bì, phương thức phục vụ, thời hạn bảo hành của hàng hoá, dịch vụ.

+ Quảng cáo cho hoạt động kinh doanh của mình bằng cách sử dụng sản phẩm quảng cáo vi phạm quyền sở hữu trí tuệ, dùng danh nghĩa, hình ảnh của tổ chức, cá nhân khác để quảng cáo mà không được sự chấp thuận của thương nhân đó.

+ Các hoạt động quảng cáo nhằm cạnh tranh không lành mạnh như quảng cáo nói xấu, hoặc bắt chước các sản phẩm quảng cáo của thương nhân khác, gây nhầm lẫn cho khách hàng...

IV. TRUNG BÀY GIỚI THIỆU HÀNG HOÁ, DỊCH VỤ

1. Khái niệm, đặc điểm của hành vi trung bày giới thiệu hàng hoá, dịch vụ

Trung bày giới thiệu hàng hoá là hoạt động xúc tiến thương mại của thương nhân dùng hàng hoá, dịch vụ và tài liệu về hàng hoá, dịch vụ để giới thiệu với khách hàng về hàng hoá, dịch vụ đó.

Có nhiều cách thức khác nhau để thương nhân giới thiệu về hàng hoá của mình. Nếu như trong quảng cáo, những thông tin bằng hình ảnh, âm thanh, tiếng nói, chữ viết thể hiện qua các phương tiện như xuất bản phẩm, đài phát thanh, truyền hình, băng, biển... là thông điệp có ý nghĩa giới thiệu về hàng hoá, dịch vụ mà thương nhân có khả năng cung ứng thì trong hình thức trung bày giới thiệu hàng hoá, phương tiện có ý nghĩa thông tin đến khách hàng lại chính là hàng hoá, dịch vụ và tài liệu về hàng hoá, dịch vụ đó. Chính vì vậy, xét về bản chất, có thể coi trung bày giới thiệu hàng hoá, dịch vụ là cách thức đặc biệt để quảng cáo hàng hoá, dịch vụ với khách hàng.

Có thể nhận diện hành vi trung bày giới thiệu hàng hoá trong thương mại với các đặc điểm cơ bản sau đây:

+ Chủ thể trung bày giới thiệu hàng hoá trong thương mại là thương nhân. Thương nhân thực hiện hành vi trung bày giới thiệu hàng hoá có thể là thương nhân có nhu cầu bán hàng, cung ứng dịch vụ hoặc thương nhân kinh doanh dịch vụ xúc tiến thương mại, thực hiện việc trung bày giới thiệu hàng hoá cho thương nhân khác để thu phí dịch vụ.

IV. TRUNG BÀY GIỚI THIỆU HÀNG HOÁ, DỊCH VỤ

+ Cách thức tiến hành: Dùng hàng hoá, dịch vụ và các tài

1. Khái niệm, đặc điểm của hành vi trưng bày giới thiệu hàng hoá, dịch vụ

Trưng bày giới thiệu hàng hoá là hoạt động xúc tiến thương mại của thương nhân dùng hàng hoá, dịch vụ và tài liệu về hàng hoá, dịch vụ để giới thiệu với khách hàng về hàng hoá, dịch vụ đó.

Có nhiều cách thức khác nhau để thương nhân giới thiệu về hàng hoá của mình. Nếu như trong quảng cáo, những thông tin bằng hình ảnh, âm thanh, tiếng nói, chữ viết thể hiện qua các phương tiện như xuất bản phẩm, đài phát thanh, truyền hình, băng, biển... là thông điệp có ý nghĩa giới thiệu về hàng hoá, dịch vụ mà thương nhân có khả năng cung ứng thì trong hình thức trưng bày giới thiệu hàng hoá, phương tiện có ý nghĩa thông tin đến khách hàng lại chính là hàng hoá, dịch vụ và tài liệu về hàng hoá, dịch vụ đó. Chính vì vậy, xét về bản chất, có thể coi trưng bày giới thiệu hàng hoá, dịch vụ là cách thức đặc biệt để quảng cáo hàng hoá, dịch vụ với khách hàng.

Có thể nhận diện hành vi trưng bày giới thiệu hàng hoá trong thương mại với các đặc điểm cơ bản sau đây:

+ Chủ thể trưng bày giới thiệu hàng hoá trong thương mại là thương nhân. Thương nhân thực hiện hành vi trưng bày giới thiệu hàng hoá có thể là thương nhân có nhu cầu bán hàng, cung ứng dịch vụ hoặc thương nhân kinh doanh dịch vụ xúc tiến thương mại, thực hiện việc trưng bày giới thiệu hàng hoá cho thương nhân khác để thu phí dịch vụ.

liệu kèm theo để giới thiệu về hàng hoá, dịch vụ. Trong hình thức xúc tiến thương mại này, hàng hoá, dịch vụ được sử dụng như là công cụ để giới thiệu các thông tin về kiểu dáng, chất lượng, chủng loại, giá cả... Theo quy định của Luật thương mại, hàng hoá được trưng bày giới thiệu thông qua các hình thức: (1) Mở phòng trưng

+ Cách thức tiến hành: Dùng hàng hoá, dịch vụ và các tài

bày giới thiệu hàng hoá, dịch vụ; (2) Tổ chức trưng bày, giới thiệu hàng hoá, dịch vụ tại các trung tâm thương mại, hội chợ triển lãm hoặc trong các hoạt động giải trí, thể thao, văn hoá, nghệ thuật; (3) Tổ chức hội nghị hội thảo có trưng bày giới thiệu hàng hoá, dịch vụ; (4) Trưng bày, giới thiệu hàng hoá, dịch vụ trên INTERNET và các hình thức khác theo quy định của pháp luật.

+ Về mục đích: Mục đích trực tiếp của trưng bày giới thiệu hàng hoá là giới thiệu các thông tin về hàng hoá để từ đó kích thích nhu cầu mua sắm, xúc tiến cơ hội bán hàng.

2. Hợp đồng dịch vụ trưng bày giới thiệu hàng hoá

Việc thuê dịch vụ trưng bày giới thiệu hàng hoá phải được xác lập bằng hợp đồng, trong đó chứa đựng sự thoả thuận về quyền và nghĩa vụ của bên sử dụng và bên cung ứng dịch vụ trong việc trưng bày giới thiệu hàng hoá.

Khác với các hợp đồng dịch vụ thông thường, hợp đồng dịch vụ trưng bày giới thiệu hàng hoá có một số đặc trưng nhất định.

Về chủ thể của hợp đồng: Luật thương mại quy định: thương nhân có quyền trưng bày giới thiệu hàng hoá, dịch vụ, lựa chọn các hình thức trưng bày giới thiệu phù hợp; tự mình tổ chức hoặc thuê thương nhân kinh doanh dịch vụ trưng bày giới thiệu hàng hoá, dịch vụ để trưng bày, giới thiệu hàng hoá, dịch vụ của mình. Theo quy định này, chủ liệu kèm theo để giới thiệu về hàng hoá, dịch vụ. Trong hình thức xúc tiến thương mại này, hàng hoá, dịch vụ được sử dụng như là công cụ để giới thiệu các thông tin về kiểu dáng, chất lượng, chủng loại, giá cả... Theo quy định của Luật thương mại, hàng hoá được trưng bày giới thiệu thông qua các hình thức: (1) Mở phòng trưng bày giới thiệu hàng hoá, dịch vụ; (2) Tổ chức trưng bày, giới thiệu hàng hoá, dịch vụ tại các trung tâm thương mại, hội chợ triển lãm hoặc trong các hoạt động giải trí, thể thao, văn hoá, nghệ thuật; (3) Tổ chức hội

ngợi hội thảo có trưng bày giới thiệu hàng hoá, dịch vụ; (4) Trưng bày, giới thiệu hàng hoá, dịch vụ trên INTERNET và các hình thức khác theo quy định của pháp luật.

+ Về mục đích: Mục đích trực tiếp của trưng bày giới thiệu hàng hoá là giới thiệu các thông tin về hàng hoá để từ đó kích thích nhu cầu mua sắm, xúc tiến cơ hội bán hàng.

2. Hợp đồng dịch vụ trưng bày giới thiệu hàng hoá

Việc thuê dịch vụ trưng bày giới thiệu hàng hoá phải được xác lập bằng hợp đồng, trong đó chứa đựng sự thoả thuận về quyền và nghĩa vụ của bên sử dụng và bên cung ứng dịch vụ trong việc trưng bày giới thiệu hàng hoá.

Khác với các hợp đồng dịch vụ thông thường, hợp đồng dịch vụ trưng bày giới thiệu hàng hoá có một số đặc trưng nhất định.

Về chủ thể của hợp đồng: Luật thương mại quy định: thương nhân có quyền trưng bày giới thiệu hàng hoá, dịch vụ, lựa chọn các hình thức trưng bày giới thiệu phù hợp; tự mình tổ chức hoặc thuê thương nhân kinh doanh dịch vụ trưng bày giới thiệu hàng hoá, dịch vụ để trưng bày, giới thiệu hàng hoá, dịch vụ của mình. Theo quy định này, chủ

thể của hợp đồng dịch vụ trung bày giới thiệu hàng hoá (bên thuê dịch vụ và bên kinh doanh dịch vụ) đều là thương nhân.

Về hình thức, hợp đồng dịch vụ trung bày giới thiệu hàng hoá, dịch vụ phải được lập thành văn bản hay hình thức khác có giá trị pháp lí tương đương.

Về nội dung, hợp đồng dịch vụ trung bày giới thiệu hàng hoá, dịch vụ có các điều khoản chủ yếu sau đây:

- Tên, địa chỉ bên thuê dịch vụ và bên kinh doanh dịch vụ trung bày giới thiệu hàng hoá;
- Hàng hoá trung bày giới thiệu;
- Nội dung, hình thức, địa điểm, thời gian trung bày giới thiệu hàng hoá, dịch vụ;
- Phí dịch vụ và các chi phí khác;
- Quyền và nghĩa vụ của các bên...

Theo quy định của pháp luật, bên thuê dịch vụ trung bày giới thiệu hàng hoá có quyền yêu cầu bên làm dịch vụ trung bày giới thiệu hàng hoá thực hiện thoả thuận trong hợp đồng, kiểm tra giám sát việc thực hiện hợp đồng, có nghĩa vụ cung cấp đầy đủ hàng hoá trung bày giới thiệu hoặc phương tiện cho bên làm dịch vụ theo thoả thuận trong hợp đồng, cung cấp thông tin về hàng hoá trung bày giới thiệu, trả phí dịch vụ và các chi phí khác theo hợp đồng. Thương nhân kinh doanh dịch vụ có quyền yêu cầu bên thuê dịch vụ cung cấp hàng hoá, thông tin về hàng hoá trung bày giới thiệu và các phương tiện cần thiết khác theo thoả thuận trong hợp đồng, nhận phí dịch vụ và các chi phí khác theo hợp đồng, về nghĩa vụ, thương nhân kinh doanh dịch vụ phải thực hiện cam kết về trung bày giới thiệu hàng hoá, bảo quản hàng hoá

thể của hợp đồng dịch vụ trung bày giới thiệu hàng hoá (bên thuê dịch vụ và bên kinh doanh dịch vụ) đều là thương nhân.

Về hình thức, hợp đồng dịch vụ trung bày giới thiệu hàng hoá, dịch vụ phải được lập thành văn bản hay hình thức khác có giá trị pháp lí tương đương.

Về nội dung, hợp đồng dịch vụ trung bày giới thiệu hàng hoá, dịch vụ có các điều khoản chủ yếu sau đây:

- Tên, địa chỉ bên thuê dịch vụ và bên kinh doanh dịch vụ trung bày giới thiệu hàng hoá;
- Hàng hoá trung bày giới thiệu;
- Nội dung, hình thức, địa điểm, thời gian trung bày giới thiệu hàng hoá, dịch vụ;
- Phí dịch vụ và các chi phí khác;
- Quyền và nghĩa vụ của các bên...

Theo quy định của pháp luật, bên thuê dịch vụ trung bày giới thiệu hàng hoá có quyền yêu cầu bên làm dịch vụ trung bày giới thiệu hàng hoá thực hiện thoả thuận trong hợp đồng, kiểm tra giám sát việc thực hiện hợp đồng, có nghĩa vụ cung cấp đầy đủ hàng hoá trung bày giới thiệu hoặc phương tiện cho bên làm dịch vụ theo thoả thuận trong hợp đồng, cung cấp thông tin về hàng hoá trung bày giới thiệu, trả phí dịch vụ và các chi phí khác theo hợp đồng. Thương nhân kinh doanh dịch vụ có quyền yêu cầu bên thuê dịch vụ cung cấp hàng hoá, thông tin về hàng hoá trung bày giới thiệu và các phương tiện cần thiết khác theo thoả thuận trong hợp đồng, nhận phí dịch vụ và các chi phí khác theo hợp đồng, về nghĩa vụ, thương nhân kinh doanh dịch vụ phải thực hiện cam kết về trung bày giới thiệu hàng hoá, bảo quản hàng hoá

trung bày giới thiệu, các tài liệu, phương tiện được giao trong thời gian thực hiện hợp đồng. Khi kết thúc việc trung bày giới thiệu hàng hoá, thương nhân kinh doanh dịch vụ phải giao lại đầy đủ hàng hoá, tài liệu, phương tiện trung bày giới thiệu cho bên thuê dịch vụ và nếu gây thiệt hại thì có nghĩa vụ phải bồi thường. Trong quá trình thực hiện hợp đồng, thương nhân kinh doanh dịch vụ không được chuyển giao hoặc thuê người khác thực hiện dịch vụ nếu không có sự chấp nhận của bên thuê dịch vụ; trường hợp chuyển giao nghĩa vụ thực hiện hợp đồng cho người khác thì vẫn phải chịu trách nhiệm với bên thuê dịch vụ trung bày giới thiệu hàng hoá.

3. Hàng hóa, dịch vụ trung bày và các trường hợp cấm trung bày, giới thiệu hàng hoá

Trung bày, giới thiệu hàng hoá, dịch vụ là hoạt động thương mại, do vậy, hàng hoá, dịch vụ được trung bày giới thiệu phải đáp ứng một số điều kiện nhất định để đảm bảo tính hợp pháp của hoạt động thương mại đó. Những điều kiện cụ thể bao gồm:

+ Hàng hoá, dịch vụ trung bày, giới thiệu phải là những hàng hoá, dịch vụ kinh doanh hợp pháp trên thị trường.

+ Hàng hoá, dịch vụ trung bày, giới thiệu phải tuân thủ các quy định của pháp luật về chất lượng hàng hóa và ghi nhãn hàng hoá.

+ Đối với hàng hoá nhập khẩu vào Việt Nam để trung bày, giới thiệu tại Việt Nam, ngoài việc đáp ứng hai điều kiện trên đây còn phải đáp ứng các điều kiện:

1. Là hàng hoá được phép nhập khẩu vào Việt Nam;

2. Hàng hoá tạm nhập khẩu để trung bày, giới thiệu phải trung bày giới thiệu, các tài liệu, phương tiện được giao trong thời gian thực hiện hợp đồng. Khi kết thúc việc trung bày giới thiệu hàng hoá, thương nhân kinh doanh dịch vụ phải giao lại đầy đủ hàng hoá, tài liệu, phương

tiện trung bày giới thiệu cho bên thuê dịch vụ và nếu gây thiệt hại thì có nghĩa vụ phải bồi thường. Trong quá trình thực hiện hợp đồng, thương nhân kinh doanh dịch vụ không được chuyển giao hoặc thuê người khác thực hiện dịch vụ nếu không có sự chấp nhận của bên thuê dịch vụ; trường hợp chuyển giao nghĩa vụ thực hiện hợp đồng cho người khác thì vẫn phải chịu trách nhiệm với bên thuê dịch vụ trung bày giới thiệu hàng hoá.

3. Hàng hoá, dịch vụ trung bày và các trường hợp cấm trung bày, giới thiệu hàng hoá

Trung bày, giới thiệu hàng hoá, dịch vụ là hoạt động thương mại, do vậy, hàng hoá, dịch vụ được trung bày giới thiệu phải đáp ứng một số điều kiện nhất định để đảm bảo tính hợp pháp của hoạt động thương mại đó. Những điều kiện cụ thể bao gồm:

+ Hàng hoá, dịch vụ trung bày, giới thiệu phải là những hàng hoá, dịch vụ kinh doanh hợp pháp trên thị trường.

+ Hàng hoá, dịch vụ trung bày, giới thiệu phải tuân thủ các quy định của pháp luật về chất lượng hàng hóa và ghi nhãn hàng hoá.

+ Đối với hàng hoá nhập khẩu vào Việt Nam để trung bày, giới thiệu tại Việt Nam, ngoài việc đáp ứng hai điều kiện trên đây còn phải đáp ứng các điều kiện:

1. Là hàng hoá được phép nhập khẩu vào Việt Nam;

2. Hàng hoá tạm nhập khẩu để trung bày, giới thiệu phải tái xuất khẩu sau khi kết thúc việc trung bày, giới thiệu nhưng không quá sáu tháng, kể từ ngày tạm nhập khẩu; nếu quá thời hạn trên thì phải làm thủ tục gia hạn tại hải quan nơi tạm nhập khẩu;

3. Hàng hoá tạm nhập khẩu để trung bày, giới thiệu nếu tiêu thụ tại Việt Nam thì phải tuân thủ các quy định của pháp luật Việt Nam đối với hàng hóa nhập khẩu.

Bên cạnh việc thực hiện các điều kiện này, pháp luật hiện hành

cấm trưng bày, giới thiệu hàng hoá, dịch vụ trong một số trường hợp nhằm bảo vệ lợi ích của Nhà nước, lợi ích chung của xã hội và lợi ích của các tổ chức, cá nhân có liên quan như:

- Cấm việc tổ chức trưng bày, giới thiệu hàng hoá, dịch vụ hoặc sử dụng hình thức, phương tiện trưng bày, giới thiệu hàng hoá, dịch vụ làm phương hại đến an ninh quốc gia, trật tự, an toàn xã hội, cảnh quan, môi trường, sức khoẻ con người.

- Cấm việc trưng bày, giới thiệu hàng hoá, dịch vụ hoặc sử dụng hình thức, phương tiện trưng bày, giới thiệu trái với truyền thống lịch sử, văn hoá, đạo đức, thuần phong mỹ tục Việt Nam.

- Cấm việc trưng bày, giới thiệu hàng hoá, dịch vụ làm lộ bí mật nhà nước.

- Cấm việc trưng bày, giới thiệu hàng hoá của thương nhân khác để so sánh với hàng hoá của mình, trừ trường hợp hàng hoá đem so sánh là hàng giả, hàng vi phạm quyền sở hữu trí tuệ theo quy định của pháp luật.

- Cấm việc trưng bày, giới thiệu mẫu hàng hoá không đúng với hàng hoá đang kinh doanh về chất lượng, giá, công dụng, kiểu dáng, chủng loại, bao bì, thời hạn bảo hành và các chỉ tiêu chất lượng khác nhằm lừa dối khách hàng.

tái xuất khẩu sau khi kết thúc việc trưng bày, giới thiệu nhưng không quá sáu tháng, kể từ ngày tạm nhập khẩu; nếu quá thời hạn trên thì phải làm thủ tục gia hạn tại hải quan nơi tạm nhập khẩu;

3. Hàng hóa tạm nhập khẩu để trưng bày, giới thiệu nếu tiêu thụ tại Việt Nam thì phải tuân thủ các quy định của pháp luật Việt Nam đối với hàng hóa nhập khẩu.

Bên cạnh việc thực hiện các điều kiện này, pháp luật hiện hành cấm trưng bày, giới thiệu hàng hoá, dịch vụ trong một số trường hợp

nhằm bảo vệ lợi ích của Nhà nước, lợi ích chung của xã hội và lợi ích của các tổ chức, cá nhân có liên quan như:

- Cấm việc tổ chức trưng bày, giới thiệu hàng hoá, dịch vụ hoặc sử dụng hình thức, phương tiện trưng bày, giới thiệu hàng hoá, dịch vụ làm phương hại đến an ninh quốc gia, trật tự, an toàn xã hội, cảnh quan, môi trường, sức khoẻ con người.

- Cấm việc trưng bày, giới thiệu hàng hoá, dịch vụ hoặc sử dụng hình thức, phương tiện trưng bày, giới thiệu trái với truyền thống lịch sử, văn hoá, đạo đức, thuần phong mỹ tục Việt Nam.

- Cấm việc trưng bày, giới thiệu hàng hoá, dịch vụ làm lộ bí mật nhà nước.

- Cấm việc trưng bày, giới thiệu hàng hoá của thương nhân khác để so sánh với hàng hoá của mình, trừ trường hợp hàng hoá đem so sánh là hàng giả, hàng vi phạm quyền sở hữu trí tuệ theo quy định của pháp luật.

- Cấm việc trưng bày, giới thiệu mẫu hàng hoá không đúng với hàng hoá đang kinh doanh về chất lượng, giá, công dụng, kiểu dáng, chủng loại, bao bì, thời hạn bảo hành và các chỉ tiêu chất lượng khác nhằm lừa dối khách hàng.

V. HỘI CHỢ, TRIỂN LÃM THƯƠNG MẠI

1. Khái niệm, đặc điểm

Hội chợ, triển lãm thương mại là hoạt động xúc tiến thương mại tập trung trong một thời gian và tại một địa điểm nhất định, để thương nhân trưng bày giới thiệu hàng hoá dịch vụ, tài liệu về hàng hoá dịch vụ nhằm mục đích thúc đẩy, tìm kiếm cơ hội giao kết hợp đồng mua bán hàng hoá, hợp đồng dịch vụ.

Thông thường, hội chợ là hoạt động mang tính định kì được tổ chức tại một địa điểm, thời gian thích hợp, là nơi người bán, người

mua trực tiếp giao dịch mua bán (bán hàng tại chỗ hoặc giao dịch để kí kết hợp đồng). Triển lãm có hình thái gần giống hội chợ nhưng mục đích của người tham gia triển lãm chủ yếu là để giới thiệu, quảng cáo chứ không phải nhằm mục đích bán hàng tại chỗ. Khác với hội chợ, triển lãm thường ít được tổ chức định kì nhưng trong thực tế, hội chợ và triển lãm thường được tổ chức phối hợp nên gọi chung là hội chợ triển lãm. Pháp luật thương mại không có sự phân biệt điều chỉnh đối với hội chợ và triển lãm thương mại.

Hội chợ, triển lãm thương mại là hoạt động xúc tiến thương mại có các đặc điểm pháp lí cơ bản sau đây:

- Về chủ thể: Đây là những hoạt động thương mại do thương nhân thực hiện. Nếu như các hành vi xúc tiến thương mại khác có thể do từng thương nhân độc lập tiến hành thì hội chợ triển lãm chỉ có thể thực hiện được khi có sự tham gia đồng thời của nhiều thương nhân tại cùng một thời gian và địa điểm nhất định. Đặc điểm này cũng cho phép phân biệt với các cuộc triển lãm có nội dung văn hoá nghệ thuật, chính trị...

V. HỘI CHỢ, TRIỂN LÃM THƯƠNG MẠI

1. Khái niệm, đặc điểm

Hội chợ, triển lãm thương mại là hoạt động xúc tiến thương mại tập trung trong một thời gian và tại một địa điểm nhất định, để thương nhân trưng bày giới thiệu hàng hoá dịch vụ, tài liệu về hàng hoá dịch vụ nhằm mục đích thúc đẩy, tìm kiếm cơ hội giao kết hợp đồng mua bán hàng hoá, hợp đồng dịch vụ.

Thông thường, hội chợ là hoạt động mang tính định kì được tổ chức tại một địa điểm, thời gian thích hợp, là nơi người bán, người mua trực tiếp giao dịch mua bán (bán hàng tại chỗ hoặc giao dịch để kí kết hợp đồng). Triển lãm có hình thái gần giống hội chợ nhưng

mục đích của người tham gia triển lãm chủ yếu là để giới thiệu, quảng cáo chứ không phải nhằm mục đích bán hàng tại chỗ. Khác với hội chợ, triển lãm thường ít được tổ chức định kì nhưng trong thực tế, hội chợ và triển lãm thường được tổ chức phối hợp nên gọi chung là hội chợ triển lãm. Pháp luật thương mại không có sự phân biệt điều chỉnh đối với hội chợ và triển lãm thương mại.

Hội chợ, triển lãm thương mại là hoạt động xúc tiến thương mại có các đặc điểm pháp lí cơ bản sau đây:

- Về chủ thể: Đây là những hoạt động thương mại do thương nhân thực hiện. Nếu như các hành vi xúc tiến thương mại khác có thể do từng thương nhân độc lập tiến hành thì hội chợ triển lãm chỉ có thể thực hiện được khi có sự tham gia đồng thời của nhiều thương nhân tại cùng một thời gian và địa điểm nhất định. Đặc điểm này cũng cho phép phân biệt với các cuộc triển lãm có nội dung văn hoá nghệ thuật, chính trị...

Nam, chi nhánh của thương nhân nước ngoài tại Việt Nam có quyền trực tiếp tổ chức, tham gia hội chợ, triển lãm thương mại về hàng hóa, dịch vụ mà mình kinh doanh hoặc thuê thương nhân kinh doanh dịch vụ hội chợ, triển lãm thương mại thực hiện. Văn phòng đại diện của thương nhân không được trực tiếp tổ chức, tham gia hội chợ, triển lãm thương mại. Trong trường hợp được thương nhân ủy quyền, văn phòng đại diện có quyền kí hợp đồng với thương nhân kinh doanh dịch vụ hội chợ, triển lãm thương mại để tổ chức, tham gia hội chợ, triển lãm thương mại cho thương nhân mà mình đại diện. Thương nhân nước ngoài có quyền trực tiếp tham gia hoặc thuê thương nhân kinh doanh dịch vụ hội chợ, triển lãm thương mại Việt Nam thay mặt mình tham gia hội chợ, triển lãm thương mại tại Việt Nam. Trong trường hợp muốn tổ chức hội chợ, triển lãm thương mại tại Việt Nam thì thương nhân nước ngoài phải thuê thương nhân kinh doanh dịch

vụ hội chợ, triển lãm thương mại Việt Nam thực hiện.

- Về cách thức tổ chức: Thương nhân có thể trực tiếp tổ chức hoặc thông qua hợp đồng dịch vụ tổ chức hội chợ triển lãm.

Trong cả hai trường hợp, thương nhân tổ chức hội chợ, triển lãm thương mại đều phải tuân thủ các quy định của pháp luật. Nếu hội chợ, triển lãm thương mại tổ chức tại Việt Nam thì phải được đăng kí và được xác nhận bằng văn bản của cơ quan quản lí nhà nước về thương mại tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương nơi tổ chức hội chợ, triển lãm thương mại. Trường hợp tổ chức hội chợ, triển lãm thương mại ở nước ngoài, thương nhân kinh doanh dịch vụ hội chợ, triển lãm thương mại khi tổ chức cho thương nhân khác tham gia hội chợ, triển lãm thương mại phải đăng kí với Bộ thương mại, chi nhánh của thương nhân nước ngoài tại Việt Nam có quyền trực tiếp tổ chức, tham gia hội chợ, triển lãm thương mại về hàng hóa, dịch vụ mà mình kinh doanh hoặc thuê thương nhân kinh doanh dịch vụ hội chợ, triển lãm thương mại thực hiện. Văn phòng đại diện của thương nhân không được trực tiếp tổ chức, tham gia hội chợ, triển lãm thương mại. Trong trường hợp được thương nhân ủy quyền, văn phòng đại diện có quyền kí hợp đồng với thương nhân kinh doanh dịch vụ hội chợ, triển lãm thương mại để tổ chức, tham gia hội chợ, triển lãm thương mại cho thương nhân mà mình đại diện. Thương nhân nước ngoài có quyền trực tiếp tham gia hoặc thuê thương nhân kinh doanh dịch vụ hội chợ, triển lãm thương mại Việt Nam thay mặt mình tham gia hội chợ, triển lãm thương mại tại Việt Nam. Trong trường hợp muốn tổ chức hội chợ, triển lãm thương mại tại Việt Nam thì thương nhân nước ngoài phải thuê thương nhân kinh doanh dịch vụ hội chợ, triển lãm thương mại Việt Nam thực hiện.

- Về cách thức tổ chức: Thương nhân có thể trực tiếp tổ chức hoặc thông qua hợp đồng dịch vụ tổ chức hội chợ triển lãm.

Trong cả hai trường hợp, thương nhân tổ chức hội chợ, triển lãm thương mại đều phải tuân thủ các quy định của pháp luật. Nếu hội chợ, triển lãm thương mại tổ chức tại Việt Nam thì phải được đăng kí và được xác nhận bằng văn bản của cơ quan quản lí nhà nước về thương mại tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương nơi tổ chức hội chợ, triển lãm thương mại. Trường hợp tổ chức hội chợ, triển lãm thương mại ở nước ngoài, thương nhân kinh doanh dịch vụ hội chợ, triển lãm thương mại khi tổ chức cho thương nhân khác tham gia hội chợ, triển lãm thương mại phải đăng kí với Bộ thương mại. Thương nhân không kinh doanh dịch vụ hội chợ, triển lãm thương mại khi trực tiếp tổ chức hoặc tham gia hội chợ, triển lãm thương mại ở nước ngoài về hàng hoá, dịch vụ mà mình kinh doanh phải tuân theo các quy định về xuất khẩu hàng hoá và không được tổ chức cho thương nhân khác tham gia hội chợ, triển lãm thương mại ở nước ngoài.

- Cách thức xúc tiến thương mại là trưng bày giới thiệu, quảng cáo hàng hoá, bán lẻ và giao kết hợp đồng.

Bán hàng tại chỗ là một đặc trưng của hội chợ thương mại. Việc bán hàng sản xuất trong nước tại các cuộc hội chợ trong nước diễn ra như các hoạt động mua bán thông thường. Đối với hàng hoá tạm nhập tái xuất, tạm xuất tái nhập để tham gia hội chợ, việc mua bán, tặng cho mà không tái xuất hay không tái nhập phải tuân thủ các quy định về thủ tục hải quan, xuất nhập khẩu, thuế và các nghĩa vụ tài chính khác. Đối với một số trường hợp, việc bán, tặng phải được sự chấp thuận của cơ quan nhà nước có thẩm quyền (ví dụ: Hàng hoá thuộc diện quản lí của các cơ quan quản lí chuyên ngành phải được sự đồng ý của các cơ quan đó).

Hàng hoá, dịch vụ của Việt Nam tham gia hội chợ, triển lãm thương mại ở nước ngoài được phép bán, tặng, cung ứng tại hội chợ,

triển lãm, trừ các trường hợp:

- Việc bán, tặng hàng hóa thuộc diện cấm xuất khẩu nhưng đã được tạm xuất khẩu để tham gia hội chợ, triển lãm thương mại ở nước ngoài chỉ được thực hiện sau khi có sự chấp thuận của Thủ tướng Chính phủ.

- Hàng hóa thuộc diện xuất khẩu phải có giấy phép của cơ quan nhà nước có thẩm quyền chỉ được bán, tặng sau khi được mại. Thương nhân không kinh doanh dịch vụ hội chợ, triển lãm thương mại khi trực tiếp tổ chức hoặc tham gia hội chợ, triển lãm thương mại ở nước ngoài về hàng hoá, dịch vụ mà mình kinh doanh phải tuân theo các quy định về xuất khẩu hàng hoá và không được tổ chức cho thương nhân khác tham gia hội chợ, triển lãm thương mại ở nước ngoài.

- Cách thức xúc tiến thương mại là trưng bày giới thiệu, quảng cáo hàng hoá, bán lẻ và giao kết hợp đồng.

Bán hàng tại chỗ là một đặc trưng của hội chợ thương mại. Việc bán hàng sản xuất trong nước tại các cuộc hội chợ trong nước diễn ra như các hoạt động mua bán thông thường. Đối với hàng hoá tạm nhập tái xuất, tạm xuất tái nhập để tham gia hội chợ, việc mua bán, tặng cho mà không tái xuất hay không tái nhập phải tuân thủ các quy định về thủ tục hải quan, xuất nhập khẩu, thuế và các nghĩa vụ tài chính khác. Đối với một số trường hợp, việc bán, tặng phải được sự chấp thuận của cơ quan nhà nước có thẩm quyền (ví dụ: Hàng hoá thuộc diện quản lý của các cơ quan quản lý chuyên ngành phải được sự đồng ý của các cơ quan đó).

Hàng hóa, dịch vụ của Việt Nam tham gia hội chợ, triển lãm thương mại ở nước ngoài được phép bán, tặng, cung ứng tại hội chợ, triển lãm, trừ các trường hợp:

- Việc bán, tặng hàng hóa thuộc diện cấm xuất khẩu nhưng đã

được tạm xuất khẩu để tham gia hội chợ, triển lãm thương mại ở nước ngoài chỉ được thực hiện sau khi có sự chấp thuận của Thủ tướng Chính phủ.

- Hàng hóa thuộc diện xuất khẩu phải có giấy phép của cơ quan nhà nước có thẩm quyền chỉ được bán, tặng sau khi được

Hàng hóa, dịch vụ của Việt Nam tham gia hội chợ, triển lãm thương mại ở nước ngoài được bán, tặng, cung ứng ở nước ngoài phải chịu thuế và các nghĩa vụ tài chính khác theo quy định của pháp luật.

2. Hợp đồng dịch vụ hội chợ, triển lãm thương mại

Việc tham gia hội chợ triển lãm có thể được thực hiện thông qua hợp đồng dịch vụ được kí kết với thương nhân kinh doanh dịch vụ hội chợ triển lãm. Hợp đồng dịch vụ hội chợ triển lãm là sự thoả thuận bằng văn bản về việc cung cấp và sử dụng dịch vụ tổ chức hội chợ triển lãm giữa thương nhân kinh doanh dịch vụ và thương nhân có nhu cầu tham gia hội chợ triển lãm.

Về hình thức, hợp đồng dịch vụ hội chợ triển lãm thương mại phải được lập thành văn bản hoặc các hình thức khác có giá trị pháp lí tương đương.

Về nội dung, hợp đồng dịch vụ hội chợ triển lãm thương mại bao gồm các điều khoản về các bên kí kết, nội dung dịch vụ, địa điểm, thời gian thực hiện dịch vụ, phí dịch vụ và các chi phí khác...

Trong quan hệ hợp đồng, thương nhân kinh doanh dịch vụ có quyền yêu cầu bên thuê dịch vụ cung cấp hàng hoá, thông tin về hàng hoá tham gia hội chợ, triển lãm thương mại, các phương tiện cần thiết khác theo thoả thuận; có quyền nhận phí dịch vụ, các khoản chi phí khác; có nghĩa vụ tổ chức hội chợ triển lãm thương mại theo thoả thuận trong hợp đồng, bảo quản hàng hoá tham gia hội chợ triển

cơ quan nhà nước có thẩm quyền chấp thuận bằng văn bản.
lãm thương mại, các tài liệu, phương tiện được giao trong thời gian thực hiện hợp

Hàng hóa, dịch vụ của Việt Nam tham gia hội chợ, triển lãm thương mại ở nước ngoài được bán, tặng, cung ứng ở nước ngoài phải chịu thuế và các nghĩa vụ tài chính khác theo quy định của pháp luật.

2. Hợp đồng dịch vụ hội chợ, triển lãm thương mại

Việc tham gia hội chợ triển lãm có thể được thực hiện thông qua hợp đồng dịch vụ được kí kết với thương nhân kinh doanh dịch vụ hội chợ triển lãm. Hợp đồng dịch vụ hội chợ triển lãm là sự thoả thuận bằng văn bản về việc cung cấp và sử dụng dịch vụ tổ chức hội chợ triển lãm giữa thương nhân kinh doanh dịch vụ và thương nhân có nhu cầu tham gia hội chợ triển lãm.

Về hình thức, hợp đồng dịch vụ hội chợ triển lãm thương mại phải được lập thành văn bản hoặc các hình thức khác có giá trị pháp lí tương đương.

Về nội dung, hợp đồng dịch vụ hội chợ triển lãm thương mại bao gồm các điều khoản về các bên kí kết, nội dung dịch vụ, địa điểm, thời gian thực hiện dịch vụ, phí dịch vụ và các chi phí khác...

Trong quan hệ hợp đồng, thương nhân kinh doanh dịch vụ có quyền yêu cầu bên thuê dịch vụ cung cấp hàng hoá, thông tin về hàng hoá tham gia hội chợ, triển lãm thương mại, các phương tiện cần thiết khác theo thoả thuận; có quyền nhận phí dịch vụ, các khoản chi phí khác; có nghĩa vụ tổ chức hội chợ triển lãm thương mại theo thoả thuận trong hợp đồng, bảo quản hàng hoá tham gia hội chợ triển lãm thương mại, các tài liệu, phương tiện được giao trong thời gian thực hiện hợp

đồng; không được chuyển giao hoặc thuê người khác thực hiện dịch vụ nếu không có sự chấp thuận của bên thuê dịch vụ. Ngay cả khi hợp đồng được chuyển giao cho người khác, thương nhân kinh doanh dịch vụ vẫn phải chịu trách nhiệm với bên thuê dịch vụ hội chợ, triển lãm. Khi kết thúc hội chợ triển lãm thương mại, thương nhân kinh doanh dịch vụ hội chợ triển lãm thương mại phải giao lại đầy đủ hàng hoá, tài liệu, phương tiện trưng bày giới thiệu cho bên thuê dịch vụ.

Thương nhân thuê dịch vụ hội chợ, triển lãm thương mại có nghĩa vụ cung cấp đầy đủ hàng hoá, tài liệu, thông tin về hàng hoá hoặc phương tiện cho bên kinh doanh dịch vụ theo thoả thuận trong hợp đồng, kiểm tra việc thực hiện hợp đồng, thanh toán phí dịch vụ và các chi phí khác theo thoả thuận trong hợp đồng.

3. Qisy định về hàng hoá, dịch vụ Hội chợ, triển lãm thương mại

Để đảm bảo trật tự kinh doanh thương mại, pháp luật quy định một số điều kiện đối với hàng hoá, dịch vụ tại hội chợ, triển lãm thương mại.

Đối với hội chợ, triển lãm thương mại được tổ chức tại Việt Nam, hàng hoá, dịch vụ tham gia hội chợ, triển lãm thương mại phải:

- Không thuộc diện cấm kinh doanh, hạn chế kinh doanh, chưa được phép lưu thông theo quy định của pháp luật;

- Không thuộc diện cấm nhập khẩu theo quy định của pháp luật (đối với hàng hóa, dịch vụ do thương nhân ở nước ngoài cung ứng);

- Không phải là hàng giả, hàng vi phạm quyền sở hữu trí tuệ, đồng; không được chuyển giao hoặc thuê người khác thực hiện dịch vụ nếu không có sự chấp thuận của bên thuê dịch vụ. Ngay cả khi hợp đồng được chuyển giao cho người khác, thương nhân kinh doanh dịch vụ vẫn phải chịu trách nhiệm với bên thuê dịch vụ hội chợ, triển lãm. Khi kết thúc

hội chợ triển lãm thương mại, thương nhân kinh doanh dịch vụ hội chợ triển lãm thương mại phải giao lại đầy đủ hàng hoá, tài liệu, phương tiện trung bày giới thiệu cho bên thuê dịch vụ.

Thương nhân thuê dịch vụ hội chợ, triển lãm thương mại có nghĩa vụ cung cấp đầy đủ hàng hoá, tài liệu, thông tin về hàng hoá hoặc phương tiện cho bên kinh doanh dịch vụ theo thoả thuận trong hợp đồng, kiểm tra việc thực hiện hợp đồng, thanh toán phí dịch vụ và các chi phí khác theo thoả thuận trong hợp đồng.

3. Qisy định về hàng hoá, dịch vụ Ẽại hội chợ, triển lãm thương mại

Để đảm bảo trật tự kinh doanh thương mại, pháp luật quy định một số điều kiện đối với hàng hoá, dịch vụ tại hội chợ, triển lãm thương mại.

Đối với hội chợ, triển lãm thương mại được tổ chức tại Việt Nam, hàng hoá, dịch vụ tham gia hội chợ, triển lãm thương mại phải:

- Không thuộc diện cấm kinh doanh, hạn chế kinh doanh, chưa được phép lưu thông theo quy định của pháp luật;
- Không thuộc diện cấm nhập khẩu theo quy định của pháp luật (đối với hàng hóa, dịch vụ do thương nhân ở nước ngoài cung ứng);
- Không phải là hàng giả, hàng vi phạm quyền sở hữu trí tuệ,

Ngoài việc tuân thủ các quy định về hội chợ, triển lãm thương mại của Luật này, hàng hóa, dịch vụ thuộc diện quản lý chuyên ngành phải tuân thủ các quy định về quản lý chuyên ngành đối với hàng hoá, dịch vụ đó.

Hàng hóa tạm nhập khẩu để tham gia hội chợ, triển lãm thương mại tại Việt Nam phải được tái xuất khẩu trong thời hạn ba mươi ngày, kể từ ngày kết thúc hội chợ, triển lãm thương mại, phải tuân

trừ trường hợp trung bày, giới thiệu để so sánh với hàng thật. theo các quy định của pháp luật về hải quan và các quy định khác của pháp luật có liên quan.

Đối với hội chợ, triển lãm thương mại được tổ chức ở nước ngoài, tất cả các loại hàng hóa, dịch vụ đều được tham gia hội chợ, triển lãm thương mại ở nước ngoài, trừ hàng hóa, dịch vụ thuộc diện cấm xuất khẩu theo quy định của pháp luật. Những hàng hoá này chỉ được tham gia hội chợ, triển lãm thương mại ở nước ngoài khi được sự chấp thuận của Thủ tướng Chính phủ.

Thời hạn tạm xuất khẩu hàng hóa để tham gia hội chợ, triển lãm thương mại ở nước ngoài là một năm kể từ ngày hàng hóa được tạm xuất khẩu; nếu quá thời hạn nói trên mà chưa được tái nhập khẩu thì hàng hóa đó phải chịu thuế và các nghĩa vụ tài chính khác theo quy định của pháp luật Việt Nam và phải thực hiện đầy đủ quy định pháp luật về hải quan và các quy định khác của pháp luật có liên quan./.

Ngoài việc tuân thủ các quy định về hội chợ, triển lãm thương mại của Luật này, hàng hóa, dịch vụ thuộc diện quản lý chuyên ngành phải tuân thủ các quy định về quản lý chuyên ngành đối với hàng hoá, dịch vụ đó.

Hàng hóa tạm nhập khẩu để tham gia hội chợ, triển lãm thương mại tại Việt Nam phải được tái xuất khẩu trong thời hạn ba mươi ngày, kể từ ngày kết thúc hội chợ, triển lãm thương mại, phải tuân theo các quy định của pháp luật về hải quan và các quy định khác của pháp luật có liên quan.

Đối với hội chợ, triển lãm thương mại được tổ chức ở nước ngoài, tất cả các loại hàng hóa, dịch vụ đều được tham gia hội chợ, triển lãm thương mại ở nước ngoài, trừ hàng hóa, dịch vụ thuộc diện cấm xuất khẩu theo quy định của pháp luật. Những hàng hoá này chỉ được tham gia hội chợ, triển lãm thương mại ở nước ngoài khi được sự chấp thuận của Thủ tướng Chính phủ.

trừ trường hợp trưng bày, giới thiệu để so sánh với hàng thật.

Thời hạn tạm xuất khẩu hàng hóa để tham gia hội chợ, triển lãm thương mại ở nước ngoài là một năm kể từ ngày hàng hóa được tạm xuất khẩu; nếu quá thời hạn nói trên mà chưa được tái nhập khẩu thì hàng hóa đó phải chịu thuế và các nghĩa vụ tài chính khác theo quy định của pháp luật Việt Nam và phải thực hiện đầy đủ quy định pháp luật về hải quan và các quy định khác của pháp luật có liên quan./.

CHƯƠNG XII

PHÁP LUẬT VỀ ĐẤU GIÁ HÀNG HOÁ VÀ ĐẤU THẦU HÀNG HOÁ, DỊCH VỤ

I. ĐẤU GIÁ HÀNG HOÁ

1. Khái quát về đấu giá hàng hoá

Đấu giá hàng hoá là phương thức bán hàng đặc biệt, trong đó, người bán tự mình hoặc thuê người tổ chức đấu giá thực hiện việc bán hàng hoá công khai tại một địa điểm và thời gian đã thông báo trước để những người muốn mua đến trả giá. Quyền mua hàng hoá sẽ thuộc về người trả giá cao nhất.

Quan hệ đấu giá hàng hoá cũng có bản chất kinh tế và bản chất pháp lý của nó. Về bản chất kinh tế, nếu đấu thầu được xem là phương thức để bên mua lựa chọn người cung cấp hàng hoá, dịch vụ thì ngược lại, đấu giá là phương thức để bên bán xác định người mua hàng. Dưới tác động của quy luật cung - cầu, bán đấu giá hàng hoá tồn tại như là một yêu cầu khách quan của nền kinh tế thị trường. Trên thị trường, quan hệ cung - cầu về các loại hàng hoá, dịch vụ ít khi ở trạng thái cân bằng mà nó luôn diễn biến rất phức tạp. Khi cung vượt quá cầu thì thị trường dành cho người mua quyền

CHƯƠNG XII

PHÁP LUẬT VỀ ĐẤU GIÁ HÀNG HOÁ VÀ ĐẤU THẦU HÀNG HOÁ, DỊCH VỤ

I. ĐẤU GIÁ HÀNG HOÁ

1. Khái quát về đấu giá hàng hoá

Đấu giá hàng hoá là phương thức bán hàng đặc biệt, trong đó, người bán tự mình hoặc thuê người tổ chức đấu giá thực hiện việc bán hàng hoá công khai tại một địa điểm và thời gian đã thông báo trước để những người muốn mua đến trả giá. Quyền mua hàng hoá sẽ thuộc về người trả giá cao nhất.

Quan hệ đấu giá hàng hoá cũng có bản chất kinh tế và bản chất pháp lý của nó. Về bản chất kinh tế, nếu đấu thầu được xem là phương thức để bên mua lựa chọn người cung cấp hàng hoá, dịch vụ thì ngược lại, đấu giá là phương thức để bên bán xác định người mua hàng. Dưới tác động của quy luật cung - cầu, bán đấu giá hàng hoá tồn tại như là một yêu cầu khách quan của nền kinh tế thị trường. Trên thị trường, quan hệ cung - cầu về các loại hàng hoá, dịch vụ ít khi ở trạng thái cân bằng mà nó luôn diễn biến rất phức tạp. Khi cung vượt quá cầu thì thị trường dành cho người mua quyền lựa chọn (đấu thầu). Còn khi cầu lớn hơn cung thì thị trường thuộc về người bán và người bán được quyền lựa chọn người mua (đấu giá). Song nếu đấu thầu hàng hoá được áp dụng khá phổ biến thì bán đấu giá hàng hoá thường chỉ áp dụng cho những thị trường mang tính cục bộ hoặc đối với một số loại hàng hoá nhất định.

Về bản chất pháp lý, đấu giá hàng hoá là một hành vi pháp lý, do sự khác nhau về chủ thể, mục đích mà đấu giá hàng hoá có thể là một hành vi dân sự thông thường hoặc trở thành một hoạt động

thương mại độc lập của thương nhân. Đối tượng của bán đấu giá là hàng hoá thương mại được phép lưu thông. Quan hệ đấu giá được xác lập dưới những hình thức pháp lí nhất định. Như vậy, trong quan hệ thương mại, đấu giá hàng hoá có những đặc điểm chung của một hoạt động thương mại. Tuy nhiên, bên cạnh những điểm chung đó, bán đấu giá hàng hoá còn có những nét đặc thù so với các hoạt động thương mại khác.

Một là, đấu giá hàng hoá là hoạt động bán hàng (có thể) thông qua trung gian. Trong quan hệ đấu giá hàng hoá, trừ trường hợp người bán đấu giá (người có hàng hoá) tự mình tổ chức bán đấu giá, các trường hợp khác, ngoài bên bán, bên mua còn có sự tham gia của trung gian là người làm dịch vụ bán đấu giá. Bên bán là chủ sở hữu của hàng hoá hoặc người được chủ sở hữu uỷ quyền hoặc là người có trách nhiệm, lợi ích liên quan đến hàng hoá bán đấu giá. Bên mua là những tổ chức, cá nhân có nhu cầu mua hàng hoá và đáp ứng các điều kiện theo quy định của pháp luật để tham gia trả giá. Người làm dịch vụ bán đấu giá là những tổ chức được người bán hàng hoá uỷ quyền tiến hành việc bán đấu giá.

lựa chọn (đấu thầu). Còn khi cầu lớn hơn cung thì thị trường thuộc về người bán và người bán được quyền lựa chọn người mua (đấu giá). Song nếu đấu thầu hàng hoá được áp dụng khá phổ biến thì bán đấu giá hàng hoá thường chỉ áp dụng cho những thị trường mang tính cục bộ hoặc đối với một số loại hàng hoá nhất định.

Về bản chất pháp lí, đấu giá hàng hoá là một hành vi pháp lí, do sự khác nhau về chủ thể, mục đích mà đấu giá hàng hoá có thể là một hành vi dân sự thông thường hoặc trở thành một hoạt động thương mại độc lập của thương nhân. Đối tượng của bán đấu giá là hàng hoá thương mại được phép lưu thông. Quan hệ đấu giá được xác lập dưới những hình thức pháp lí nhất định. Như vậy, trong quan

hệ thương mại, đấu giá hàng hoá có những đặc điểm chung của một hoạt động thương mại. Tuy nhiên, bên cạnh những điểm chung đó, bán đấu giá hàng hoá còn có những nét đặc thù so với các hoạt động thương mại khác.

Một là, đấu giá hàng hoá là hoạt động bán hàng (có thể) thông qua trung gian. Trong quan hệ đấu giá hàng hoá, trừ trường hợp người bán đấu giá (người có hàng hoá) tự mình tổ chức bán đấu giá, các trường hợp khác, ngoài bên bán, bên mua còn có sự tham gia của trung gian là người làm dịch vụ bán đấu giá. Bên bán là chủ sở hữu của hàng hoá hoặc người được chủ sở hữu uỷ quyền hoặc là người có trách nhiệm, lợi ích liên quan đến hàng hoá bán đấu giá. Bên mua là những tổ chức, cá nhân có nhu cầu mua hàng hoá và đáp ứng các điều kiện theo quy định của pháp luật để tham gia trả giá. Người làm dịch vụ bán đấu giá là những tổ chức được người bán hàng hoá uỷ quyền tiến hành việc bán đấu giá.

Như vậy, quan hệ bán đấu giá có thể diễn ra giữa các đối tượng sau:

- + Người có hàng hoá (chủ sở hữu của hàng hoá) - người mua;
- + Người có hàng hoá - người bán hàng hoá (được chủ sở hữu hàng hoá uỷ quyền bán hàng hoá hoặc có quyền bán hàng hoá theo quy định của pháp luật) - người mua;
- + Người có hàng hoá - người bán đấu giá (thương nhân kinh doanh dịch vụ đấu giá hàng hoá) - người mua.

Hai là, đối tượng của bán đấu giá có thể là những hàng hoá thương mại thông thường, tuy nhiên, do tính chất đặc thù của việc bán hàng theo phương thức này mà không phải hàng hoá nào cũng được các chủ sở hữu quyết định bán bằng phương pháp đấu giá. Chính vì vậy, hầu hết chỉ những hàng hoá có đặc thù về giá trị cũng như giá trị sử dụng

mới thường được cân nhắc để lựa chọn bán theo phương thức đấu giá. Những hàng hoá này rất khó xác định giá trị thực của nó như các loại hàng hoá khác. Do vậy người bán chỉ đưa ra một mức giá cơ sở để người mua tham khảo (giá khởi điểm), còn giá bán thực tế do những người tham dự cuộc bán đấu giá xác định trên cơ sở có sự cạnh tranh. Giá bán thực tế có thể cao hơn hoặc thấp hơn giá mà người bán đưa ra ban đầu.

Ba là, hình thức pháp lý của quan hệ bán đấu giá có thể được thiết lập dưới một dạng rất đặc biệt là hợp đồng ủy quyền bán đấu giá và văn bản bán đấu giá hàng hoá. Hợp đồng ủy quyền bán đấu giá được xác lập giữa người bán hàng và người làm dịch vụ bán đấu giá. Nó làm phát sinh quyền và nghĩa vụ của các bên trong quan hệ ủy quyền, bán đấu giá hàng hoá. Còn văn bản bán đấu giá thực chất là hợp

Như vậy, quan hệ bán đấu giá có thể diễn ra giữa các đối tượng sau:

- + Người có hàng hoá (chủ sở hữu của hàng hoá) - người mua;
- + Người có hàng hoá - người bán hàng hoá (được chủ sở hữu hàng hoá uỷ quyền bán hàng hoá hoặc có quyền bán hàng hoá theo quy định của pháp luật) - người mua;
- + Người có hàng hoá - người bán đấu giá (thương nhân kinh doanh dịch vụ đấu giá hàng hoá) - người mua.

Hai là, đối tượng của bán đấu giá có thể là những hàng hoá thương mại thông thường, tuy nhiên, do tính chất đặc thù của việc bán hàng theo phương thức này mà không phải hàng hoá nào cũng được các chủ sở hữu quyết định bán bằng phương pháp đấu giá. Chính vì vậy, hầu hết chỉ những hàng hoá có đặc thù về giá trị cũng như giá trị sử dụng mới thường được cân nhắc để lựa chọn bán theo phương thức đấu giá. Những hàng hoá này rất khó xác định giá trị thực của nó như các loại hàng hoá khác. Do vậy người bán chỉ đưa ra một mức giá cơ

sở để người mua tham khảo (giá khởi điểm), còn giá bán thực tế do những người tham dự cuộc bán đấu giá xác định trên cơ sở có sự cạnh tranh. Giá bán thực tế có thể cao hơn hoặc thấp hơn giá mà người bán đưa ra ban đầu.

Ba là, hình thức pháp lí của quan hệ bán đấu giá có thể được thiết lập dưới một dạng rất đặc biệt là hợp đồng ủy quyền bán đấu giá và văn bản bán đấu giá hàng hoá. Hợp đồng ủy quyền bán đấu giá được xác lập giữa người bán hàng và người làm dịch vụ bán đấu giá. Nó làm phát sinh quyền và nghĩa vụ của các bên trong quan hệ ủy quyền, bán đấu giá hàng hoá. Còn văn bản bán đấu giá thực chất là hợp đồng mua bán hàng hoá, được xác lập giữa các bên liên quan (người bán hàng, người mua hàng và tổ chức bán đấu giá). Văn bản này là cơ sở pháp lí để xác lập quyền và nghĩa vụ của các bên trong quan hệ mua bán hàng hoá đồng thời là căn cứ để xác lập quyền sở hữu của người mua hàng đối với hàng hoá bán đấu giá.

So với các phương thức bán hàng khác, bán đấu giá hàng hoá đem lại lợi ích cho cả người bán hàng và người mua hàng. Nó tạo cơ hội bình đẳng cho những người mua hàng cùng tham gia trả giá, qua đó xác định được một mức giá cạnh tranh có lợi nhất cho người bán hàng. Nhờ việc tổ chức đấu giá mà hàng hoá đem bán sẽ đến tay những người mua có tiềm năng và hiểu đúng giá trị của chúng nhất. Bán đấu giá còn tập trung được cung và cầu về các loại hàng hoá vào một thời gian và một địa điểm nhất định, giúp cho việc xác lập quan hệ mua bán diễn ra nhanh chóng. Nếu hình thành được những thị trường bán đấu giá chuyên nghiệp thì sẽ là động lực rất tốt để thúc đẩy quan hệ trao đổi thương mại phát triển, nhất là với các quốc gia có những mặt hàng thế mạnh của mình.

Bán đấu giá đã có mặt ở Việt Nam từ khá lâu nhưng bán đấu giá hàng hoá với tính chất là hành vi thương mại của thương nhân

thì mới được ghi nhận trong pháp luật những năm gần đây. Vì vậy, hoạt động bán đấu giá hàng hoá còn khá yếu ớt và các quy định pháp luật điều chỉnh hoạt động này cũng còn sơ lược. Các văn bản pháp luật quy định về bán đấu giá hiện nay bao gồm:

- Bộ luật dân sự năm 2005;
- Nghị định của Chính phủ số 05/NĐ-CP ngày 18/1/2005 đồng mua bán hàng hoá, được xác lập giữa các bên liên quan (người bán hàng, người mua hàng và tổ chức bán đấu giá). Văn bản này là cơ sở pháp lí để xác lập quyền và nghĩa vụ của các bên trong quan hệ mua bán hàng hoá đồng thời là căn cứ để xác lập quyền sở hữu của người mua hàng đối với hàng hoá bán đấu giá.

So với các phương thức bán hàng khác, bán đấu giá hàng hoá đem lại lợi ích cho cả người bán hàng và người mua hàng. Nó tạo cơ hội bình đẳng cho những người mua hàng cùng tham gia trả giá, qua đó xác định được một mức giá cạnh tranh có lợi nhất cho người bán hàng. Nhờ việc tổ chức đấu giá mà hàng hoá đem bán sẽ đến tay những người mua có tiềm năng và hiểu đúng giá trị của chúng nhất. Bán đấu giá còn tập trung được cung và cầu về các loại hàng hoá vào một thời gian và một địa điểm nhất định, giúp cho việc xác lập quan hệ mua bán diễn ra nhanh chóng. Nếu hình thành được những thị trường bán đấu giá chuyên nghiệp thì sẽ là động lực rất tốt để thúc đẩy quan hệ trao đổi thương mại phát triển, nhất là với các quốc gia có những mặt hàng thế mạnh của mình.

Bán đấu giá đã có mặt ở Việt Nam từ khá lâu nhưng bán đấu giá hàng hoá với tính chất là hành vi thương mại của thương nhân thì mới được ghi nhận trong pháp luật những năm gần đây. Vì vậy, hoạt động bán đấu giá hàng hoá còn khá yếu ớt và các quy định pháp luật

điều chỉnh hoạt động này cũng còn sơ lược. Các văn bản pháp luật quy định về bán đấu giá hiện nay bao gồm:

- Bộ luật dân sự năm 2005;
- Nghị định của Chính phủ số 05/NĐ-CP ngày 18/1/2005

(thay thế Nghị định số 86-CP của Chính phủ ngày 19/12/1996 ban hành Quy chế bán đấu giá tài sản);

- Luật thương mại năm 2005 (thay thế Luật thương mại năm 1997).

Cũng giống như đối với đấu thầu hàng hoá, dịch vụ, các hoạt động đấu giá tài sản thuộc lĩnh vực thương mại đều được điều chỉnh thống nhất bằng Luật thương mại năm 2005 (từ Điều 185 đến Điều 213).

2. Các hình thức bán đấu giá hàng hoá

Đấu giá hàng hoá là một quy trình phức tạp. Quy trình này có thể tiến hành theo nhiều hình thức khác nhau, tùy thuộc vào đối tượng hàng hoá, mục đích và điều kiện tổ chức cuộc bán đấu giá. Có thể phân chia các hình thức đấu giá như sau:

- Căn cứ vào phương pháp xác định giá, có đấu giá theo phương pháp nâng giá và đấu giá theo phương pháp hạ giá.

Đấu giá theo phương pháp nâng giá là hình thức mà tại cuộc bán đấu giá, nhân viên điều hành bán đấu giá nêu lên giá khởi điểm thấp nhất của lô hàng hay tài sản bán đấu giá. Sau đó những người mua sẽ trả giá nâng dần lên theo từng mức mặc cả nhất định. Người trả giá cao nhất theo sự kết luận của nhân viên điều hành đấu giá sẽ được quyền mua lô hàng hoặc tài sản đó. Hình thức này được áp dụng phổ biến nhất trong các cuộc đấu giá vì nó có lợi cho cả bên mua và bên bán. Bên mua được chủ động đề xướng giá đặt mua nên quan hệ mua bán mang tính tự nguyện rất cao. Còn bên bán thường được lợi về giá cả vì luôn có sự trả giá cao hơn giá khởi điểm mà mình đưa ra.

- Luật thương mại năm 2005 (thay thế Luật thương mại năm 1997).

(thay thế Nghị định số 86-CP của Chính phủ ngày 19/12/1996 ban hành Quy chế bán đấu giá tài sản);

Cũng giống như đối với đấu thầu hàng hoá, dịch vụ, các hoạt động đấu giá tài sản thuộc lĩnh vực thương mại đều được điều chỉnh thống nhất bằng Luật thương mại năm 2005 (từ Điều 185 đến Điều 213).

2. Các hình thức bán đấu giá hàng hoá

Đấu giá hàng hoá là một quy trình phức tạp. Quy trình này có thể tiến hành theo nhiều hình thức khác nhau, tùy thuộc vào đối tượng hàng hoá, mục đích và điều kiện tổ chức cuộc bán đấu giá. Có thể phân chia các hình thức đấu giá như sau:

- Căn cứ vào phương pháp xác định giá, có đấu giá theo phương pháp nâng giá và đấu giá theo phương pháp hạ giá.

Đấu giá theo phương pháp nâng giá là hình thức mà tại cuộc bán đấu giá, nhân viên điều hành bán đấu giá nêu lên giá khởi điểm thấp nhất của lô hàng hay tài sản bán đấu giá. Sau đó những người mua sẽ trả giá nâng dần lên theo từng mức mặc cả nhất định. Người trả giá cao nhất theo sự kết luận của nhân viên điều hành đấu giá sẽ được quyền mua lô hàng hoặc tài sản đó. Hình thức này được áp dụng phổ biến nhất trong các cuộc đấu giá vì nó có lợi cho cả bên mua và bên bán. Bên mua được chủ động đề xướng giá đặt mua nên quan hệ mua bán mang tính tự nguyện rất cao. Còn bên bán thường được lợi về giá cả vì luôn có sự trả giá cao hơn giá khởi điểm mà mình đưa ra.

Đấu giá theo phương pháp hạ giá là hình thức mà tại cuộc bán đấu giá, nhân viên điều hành đấu giá nêu lên mức giá khởi điểm cao nhất, rồi sau đó hạ dần từng nấc một để người mua đặt giá. Nếu không có người mua nào đặt giá thì lại hạ tiếp xuống mức thấp hơn. Cứ như thế cho đến khi có người chấp nhận mua ở một mức giá nào đó thì hàng hoá được bán cho người đó. Hình thức này chỉ áp dụng đối với một số loại hàng hoá và thực sự nó không hấp dẫn với cả người mua lẫn người bán hàng. Người mua do tâm lý luôn lo sợ để tuột mất cơ hội mua hàng vào tay người khác nên vội vàng chấp nhận mức giá mà chưa chắc đã là hợp lý. Còn người bán thì cũng không được cảm thấy thoả mãn về giá cả vì rất ít khi có người mua nào chấp nhận ngay mức giá khởi điểm.

- Căn cứ vào hình thức biểu đạt trong cuộc bán đấu giá, có đấu giá dùng lời nói và đấu giá không dùng lời nói.

Đấu giá dùng lời nói là hình thức mà trong phiên bán đấu giá, nhân viên điều hành đấu giá dùng lời nói của mình để đưa ra giá khởi điểm. Những người mua sẽ đặt giá cũng bằng lời nói hoặc bằng việc làm dấu hiệu để người điều hành đấu giá biết. Hình thức đấu giá dùng lời nói có ưu điểm là sự trả giá của mọi người mua đều công khai, người trả giá cao nhất được xác định ngay mà không phải mất nhiều thời giờ để so sánh, vì thế mà cuộc đấu giá nhanh chóng kết thúc.

Đấu giá không dùng lời nói là hình thức mà việc trả giá của người mua không được thể hiện bằng lời nói hoặc việc làm dấu hiệu mà được viết ra giấy hoặc thông qua một hình thức nào đó sẽ thông báo cho nhân viên điều hành đấu giá biết. Nhân viên điều hành sẽ thông báo mức giá cao nhất qua

Đấu giá theo phương pháp hạ giá là hình thức mà tại cuộc bán đấu giá, nhân viên điều hành đấu giá nêu lên mức giá khởi điểm cao

nhất, rồi sau đó hạ dần từng nấc một để người mua đặt giá. Nếu không có người mua nào đặt giá thì lại hạ tiếp xuống mức thấp hơn. Cứ như thế cho đến khi có người chấp nhận mua ở một mức giá nào đó thì hàng hoá được bán cho người đó. Hình thức này chỉ áp dụng đối với một số loại hàng hoá và thực sự nó không hấp dẫn với cả người mua lẫn người bán hàng. Người mua do tâm lý luôn lo sợ để tuột mất cơ hội mua hàng vào tay người khác nên vội vàng chấp nhận mức giá mà chưa chắc đã là hợp lý. Còn người bán thì cũng không được cảm thấy thoải mái về giá cả vì rất ít khi có người mua nào chấp nhận ngay mức giá khởi điểm.

- Căn cứ vào hình thức biểu đạt trong cuộc bán đấu giá, có đấu giá dùng lời nói và đấu giá không dùng lời nói.

Đấu giá dùng lời nói là hình thức mà trong phiên bán đấu giá, nhân viên điều hành đấu giá dùng lời nói của mình để đưa ra giá khởi điểm. Những người mua sẽ đặt giá cũng bằng lời nói hoặc bằng việc làm dấu hiệu để người điều hành đấu giá biết. Hình thức đấu giá dùng lời nói có ưu điểm là sự trả giá của mọi người mua đều công khai, người trả giá cao nhất được xác định ngay mà không phải mất nhiều thời giờ để so sánh, vì thế mà cuộc đấu giá nhanh chóng kết thúc.

Đấu giá không dùng lời nói là hình thức mà việc trả giá của người mua không được thể hiện bằng lời nói hoặc việc làm dấu hiệu mà được viết ra giấy hoặc thông qua một hình thức nào đó sẽ thông báo cho nhân viên điều hành đấu giá biết. Nhân viên điều hành sẽ thông báo mức giá cao nhất qua

mỗi lần trả giá trên cơ sở so sánh các mức giá chấp nhận mà họ được thông báo. Việc đấu giá kéo dài cho tới lần trả giá mà không có ai trả cao hơn giá đã trả cao nhất của lần trả giá liền trước đó. Tuy thủ tục có phức tạp và làm mất nhiều thời gian hơn nhưng hình

thức này hạn chế được tình trạng chạy đua giữa những người mua nâng giá lên cao một cách quá đáng so với giá trị thực của hàng hoá, vì mỗi người mua sẽ không biết mức giá mà người mua khác trả trong mỗi lần trả giá.

Theo Luật thương mại năm 2005, việc đấu giá hàng hoá được thực hiện theo một trong hai phương thức sau đây:

4- Phương thức trả giá lên là phương thức bán đấu giá, theo đó người trả giá cao nhất so với giá khởi điểm là người có quyền mua hàng;

+ Phương thức đặt giá xuống là phương thức bán đấu giá, theo đó người đầu tiên chấp nhận ngay mức giá khởi điểm hoặc mức giá được hạ thấp hơn mức giá khởi điểm là người có quyền mua hàng.

3. Chủ thể tham gia vào quan hệ đấu giá hàng hoá

** Người bán hàng hoá*

Người bán hàng là chủ sở hữu hàng hoá, người được chủ sở hữu hàng hoá uỷ quyền bán hoặc người có quyền bán hàng hoá của người khác theo quy định của pháp luật (khoản 2 Điều 186 Luật thương mại).

Như vậy, người bán hàng hoá ở đây được phân biệt với người tổ chức đấu giá hàng hoá. Người bán hàng có thể chính là chủ sở hữu hàng hoá đứng ra kí hợp đồng dịch vụ tổ chức bán đấu giá hàng hoá với người tổ chức bán đấu giá mỗi lần trả giá trên cơ sở so sánh các mức giá chấp nhận mà họ được thông báo. Việc đấu giá kéo dài cho tới lần trả giá mà không có ai trả cao hơn giá đã trả cao nhất của lần trả giá liền trước đó. Tuy thủ tục có phức tạp và làm mất nhiều thời gian hơn nhưng hình thức này hạn chế được tình trạng chạy đua giữa những người mua nâng giá lên cao một cách quá đáng so với giá trị thực của hàng hoá, vì mỗi người mua sẽ không biết mức giá mà người

mua khác trả trong mỗi lần trả giá.

Theo Luật thương mại năm 2005, việc đấu giá hàng hoá được thực hiện theo một trong hai phương thức sau đây:

4- Phương thức trả giá lên là phương thức bán đấu giá, theo đó người trả giá cao nhất so với giá khởi điểm là người có quyền mua hàng;

+ Phương thức đặt giá xuống là phương thức bán đấu giá, theo đó người đầu tiên chấp nhận ngay mức giá khởi điểm hoặc mức giá được hạ thấp hơn mức giá khởi điểm là người có quyền mua hàng.

3. Chủ thể tham gia vào quan hệ đấu giá hàng hoá

** Người bán hàng hoá*

Người bán hàng là chủ sở hữu hàng hoá, người được chủ sở hữu hàng hoá uỷ quyền bán hoặc người có quyền bán hàng hoá của người khác theo quy định của pháp luật (khoản 2 Điều 186 Luật thương mại).

Như vậy, người bán hàng hoá ở đây được phân biệt với người tổ chức đấu giá hàng hoá. Người bán hàng có thể chính là chủ sở hữu hàng hoá đứng ra kí hợp đồng dịch vụ tổ chức bán đấu giá hàng hoá với người tổ chức bán đấu giá

hàng hoá hoặc người bán hàng có thể là một trung gian, làm công việc cầu nối giữa người có hàng hoá (chủ sở hữu của hàng hoá) và người tổ chức bán đấu giá hàng hoá. Trong trường hợp là một bên trung gian, người bán hàng hoá có thể đóng vai trò thay mặt người có hàng hoá thiết lập các quan hệ với người tổ chức đấu giá hàng hoá, vì quyền lợi của người có hàng hoá, theo sự uỷ quyền của người có hàng hoá. Mặt khác, người bán hàng hoá cũng có thể là những người không có quan hệ trực tiếp, không nhận được sự đồng thuận của người có hàng hoá nhưng lại có quyền bán hàng hoá. Quyền này có thể phát

sinh từ những quan hệ pháp lí, những thoả thuận trước đó giữa người có quyền bán hàng hoá và chủ sở hữu hàng hoá hoặc có thể phát sinh theo quy định của pháp luật.

Trong quan hệ đấu giá tài sản, người bán hàng hoá, với tư cách độc lập với người tổ chức bán đấu giá, có các quyền và nghĩa vụ sau đây:

- Quyền của người bán hàng hoá (Điều 191 Luật thương mại năm 2005):

+ Nhận tiền hàng đã bán đấu giá và khoản chênh lệch thu được trong trường hợp người trả giá rút lại giá đã trả hoặc nhận lại hàng hoá trong trường hợp đấu giá không thành;

+ Giám sát việc tổ chức bán đấu giá hàng hoá.

- Nghĩa vụ của người bán hàng hoá (Điều 192 Luật thương mại năm 2005):

4- Giao hàng hoá cho người tổ chức đấu giá, tạo điều kiện để người tổ chức đấu giá, người tham gia đấu giá xem xét hàng hoá và cung cấp đầy đủ, chính xác, kịp thời các thông tin cần thiết liên quan đến hàng hoá đấu giá;

hàng hoá hoặc người bán hàng có thể là một trung gian, làm công việc cầu nối giữa người có hàng hoá (chủ sở hữu của hàng hoá) và người tổ chức bán đấu giá hàng hoá. Trong trường hợp là một bên trung gian, người bán hàng hoá có thể đóng vai trò thay mặt người có hàng hoá thiết lập các quan hệ với người tổ chức đấu giá hàng hoá, vì quyền lợi của người có hàng hoá, theo sự uỷ quyền của người có hàng hoá. Mặt khác, người bán hàng hoá cũng có thể là những người không có quan hệ trực tiếp, không nhận được sự đồng thuận của người có hàng hoá nhưng lại có quyền bán hàng hoá. Quyền này có thể phát sinh từ những quan hệ pháp lí, những thoả thuận trước đó giữa người có quyền bán hàng hoá và chủ sở hữu hàng hoá hoặc có

thể phát sinh theo quy định của pháp luật.

Trong quan hệ đấu giá tài sản, người bán hàng hoá, với tư cách độc lập với người tổ chức bán đấu giá, có các quyền và nghĩa vụ sau đây:

- Quyền của người bán hàng hoá (Điều 191 Luật thương mại năm 2005):

+ Nhận tiền hàng đã bán đấu giá và khoản chênh lệch thu được trong trường hợp người trả giá rút lại giá đã trả hoặc nhận lại hàng hoá trong trường hợp đấu giá không thành;

+ Giám sát việc tổ chức bán đấu giá hàng hoá.

- Nghĩa vụ của người bán hàng hoá (Điều 192 Luật thương mại năm 2005):

4- Giao hàng hoá cho người tổ chức đấu giá, tạo điều kiện để người tổ chức đấu giá, người tham gia đấu giá xem xét hàng hoá và cung cấp đầy đủ, chính xác, kịp thời các thông tin cần thiết liên quan đến hàng hoá đấu giá;

+ Trả thù lao dịch vụ tổ chức đấu giá.

Về nguyên tắc, người bán hàng hoá và người tổ chức bán đấu giá phải thoả thuận về thù lao dịch vụ đấu giá hàng hoá. Tuy nhiên, nếu không có thoả thuận thì: *Thứ nhất*, trong trường hợp cuộc đấu giá thành công, thù lao dịch vụ đấu giá được xác định theo giá của loại dịch vụ đó trong các điều kiện tương tự về phương thức cung ứng, thời điểm cung ứng, thị trường địa lí, phương thức thanh toán và các điều kiện khác có ảnh hưởng đến giá dịch vụ; *Thứ hai*, trong trường hợp đấu giá không thành, người bán hàng phải trả mức thù lao bằng 50% của mức thù lao xác định theo trường hợp thứ nhất.

Ngoài ra, trong trường hợp giữa người bán hàng hoá và người tổ chức bán đấu giá hàng hoá không có thoả thuận về chi phí liên quan

đến cuộc bán đấu giá thì người bán hàng phải chịu chi phí vận chuyển hàng hoá đến địa điểm đã thoả thuận và chi phí bảo quản hàng hoá trong trường hợp không giao hàng hoá cho người tổ chức đấu giá bảo quản (khoản 1 Điều 212 Luật thương mại năm 2005).

** Người tổ chức bán đấu giá hàng hoá và người điều hành bán đấu giá*

Người tổ chức đấu giá là thương nhân có đăng kí kinh doanh dịch vụ đấu giá hoặc là người bán hàng của mình trong trường hợp người bán hàng tự tổ chức đấu giá (khoản 1 Điều 186 Luật thương mại năm 2005).

Như vậy, thuật ngữ người tổ chức đấu giá hàng hoá được đặt ra đối với cả trường hợp người bán hàng hoá tự mình tổ chức bán đấu giá hàng hoá và cả trong trường hợp người tổ chức bán đấu giá là một thương nhân lấy hoạt động dịch vụ

+ Trả thù lao dịch vụ tổ chức đấu giá.

Về nguyên tắc, người bán hàng hoá và người tổ chức bán đấu giá phải thoả thuận về thù lao dịch vụ đấu giá hàng hoá. Tuy nhiên, nếu không có thoả thuận thì: *Thứ nhất*, trong trường hợp cuộc đấu giá thành công, thù lao dịch vụ đấu giá được xác định theo giá của loại dịch vụ đó trong các điều kiện tương tự về phương thức cung ứng, thời điểm cung ứng, thị trường địa lí, phương thức thanh toán và các điều kiện khác có ảnh hưởng đến giá dịch vụ; *Thứ hai*, trong trường hợp đấu giá không thành, người bán hàng phải trả mức thù lao bằng 50% của mức thù lao xác định theo trường hợp thứ nhất.

Ngoài ra, trong trường hợp giữa người bán hàng hoá và người tổ chức bán đấu giá hàng hoá không có thoả thuận về chi phí liên quan đến cuộc bán đấu giá thì người bán hàng phải chịu chi phí vận chuyển hàng hoá đến địa điểm đã thoả thuận và chi phí bảo quản hàng hoá

trong trường hợp không giao hàng hoá cho người tổ chức đấu giá bảo quản (khoản 1 Điều 212 Luật thương mại năm 2005).

** Người tổ chức bán đấu giá hàng hoá và người điều hành bán đấu giá*

Người tổ chức đấu giá là thương nhân có đăng kí kinh doanh dịch vụ đấu giá hoặc là người bán hàng của mình trong trường hợp người bán hàng tự tổ chức đấu giá (khoản 1 Điều 186 Luật thương mại năm 2005).

Như vậy, thuật ngữ người tổ chức đấu giá hàng hoá được đặt ra đối với cả trường hợp người bán hàng hoá tự mình tổ chức bán đấu giá hàng hoá và cả trong trường hợp người tổ chức bán đấu giá là một thương nhân lấy hoạt động dịch vụ

tổ chức bán đấu giá hàng hoá làm nghề nghiệp của mình. Có thể nói, xét về bản chất, người tổ chức bán đấu giá là người tiến hành các công việc cụ thể của một cuộc bán đấu giá hàng hoá. Trong trường hợp người bán hàng không tự mình tổ chức bán đấu hàng hoá mà thuê một người tổ chức bán đấu giá chuyên nghiệp tiến hành bán đấu giá thì giữa hai người này phải hình thành một hợp đồng dịch vụ tổ chức bán đấu giá trước khi các công việc liên quan đến bán đấu giá hàng hoá được tiến hành.

Người tổ chức bán đấu giá hàng hoá trong trường hợp không phải là người bán hàng hoá, có những quyền và nghĩa vụ sau đây:

- Quyền của người tổ chức đấu giá (Điều 189 Luật thương mại năm 2005):

+ Yêu cầu người bán hàng cung cấp đầy đủ, chính xác, kịp thời các thông tin cần thiết liên quan đến hàng hoá đấu giá, tạo điều kiện cho người tổ chức đấu giá hoặc người tham gia đấu giá kiểm tra hàng hoá đấu giá và giao hàng hoá được bán đấu giá cho người mua

hàng trong trường hợp người tổ chức đấu giá không phải là người bán hàng đấu giá;

+ Xác định giá khởi điểm trong trường hợp người tổ chức đấu giá là người bán hàng đấu giá hoặc được người bán hàng uỷ quyền;

+ Tổ chức cuộc đấu giá;

+ Yêu cầu người mua hàng thực hiện việc thanh toán;

+ Nhận thù lao dịch vụ đấu giá do người bán hàng trả.

- Nghĩa vụ của người tổ chức đấu giá (Điều 190 Luật tổ chức bán đấu giá hàng hoá làm nghề nghiệp của mình. Có thể nói, xét về bản chất, người tổ chức bán đấu giá là người tiến hành các công việc cụ thể của một cuộc bán đấu giá hàng hoá. Trong trường hợp người bán hàng không tự mình tổ chức bán đấu hàng hoá mà thuê một người tổ chức bán đấu giá chuyên nghiệp tiến hành bán đấu giá thì giữa hai người này phải hình thành một hợp đồng dịch vụ tổ chức bán đấu giá trước khi các công việc liên quan đến bán đấu giá hàng hoá được tiến hành.

Người tổ chức bán đấu giá hàng hoá trong trường hợp không phải là người bán hàng hoá, có những quyền và nghĩa vụ sau đây:

- Quyền của người tổ chức đấu giá (Điều 189 Luật thương mại năm 2005):

+ Yêu cầu người bán hàng cung cấp đầy đủ, chính xác, kịp thời các thông tin cần thiết liên quan đến hàng hoá đấu giá, tạo điều kiện cho người tổ chức đấu giá hoặc người tham gia đấu giá kiểm tra hàng hoá đấu giá và giao hàng hoá được bán đấu giá cho người mua hàng trong trường hợp người tổ chức đấu giá không phải là người bán hàng đấu giá;

+ Xác định giá khởi điểm trong trường hợp người tổ chức đấu giá là người bán hàng đấu giá hoặc được người bán hàng uỷ quyền;

+ Tổ chức cuộc đấu giá;

- + Yêu cầu người mua hàng thực hiện việc thanh toán;
- + Nhận thù lao dịch vụ đấu giá do người bán hàng trả.
- Nghĩa vụ của người tổ chức đấu giá (Điều 190 Luật

thương mại năm 2005):

4- Tổ chức đấu giá hàng hoá theo đúng nguyên tắc, thủ tục do pháp luật quy định và theo phương thức đấu giá thoả thuận với người bán hàng;

+ Thông báo, niêm yết công khai, đầy đủ, chính xác các thông tin cần thiết có liên quan đến hàng hoá đấu giá;

4- Bảo quản hàng hoá đấu giá khi được người bán hàng giao giữ;

4- Trưng bày hàng hoá, mẫu hàng hoá hoặc tài liệu giới thiệu về hàng hoá cho người tham gia đấu giá xem xét;

4- Lập văn bản bán đấu giá hàng hoá và gửi đến người bán hàng, người mua hàng và các bên có liên quan;

4- Giao hàng hoá đấu giá cho người mua phù hợp với hợp đồng tổ chức dịch vụ đấu giá hàng hoá;

4- Làm thủ tục chuyển quyền sở hữu đối với hàng hoá bán đấu giá phải đăng kí quyền sở hữu theo quy định của pháp luật, trừ trường hợp có thoả thuận khác với người bán hàng;

4- Thanh toán cho người bán hàng tiền hàng đã bán, kể cả khoản tiền chênh lệch thu được từ người rút lại giá đã trả hoặc trả lại hàng hoá không bán được cho người bán hàng theo thoả thuận. Trường hợp không có thoả thuận thì phải thanh toán tiền cho người bán hàng chậm nhất là ba ngày làm việc sau khi nhận được tiền của người mua hàng hoặc phải trả lại ngay hàng hoá trong thời hạn hợp lí sau cuộc đấu giá.

Ngoài ra, trong trường hợp giữa người bán hàng hoá và người tổ chức bán đấu giá hàng hoá không có thoả thuận về chi phí liên quan

đến cuộc bán đấu giá thì người tổ chức đấu
thương mại năm 2005):

4- Tổ chức đấu giá hàng hoá theo đúng nguyên tắc, thủ tục do
pháp luật quy định và theo phương thức đấu giá thoả thuận với người
bán hàng;

+ Thông báo, niêm yết công khai, đầy đủ, chính xác các thông tin
cần thiết có liên quan đến hàng hoá đấu giá;

4- Bảo quản hàng hoá đấu giá khi được người bán hàng giao giữ;

4- Trưng bày hàng hoá, mẫu hàng hoá hoặc tài liệu giới thiệu về
hàng hoá cho người tham gia đấu giá xem xét;

4- Lập văn bản bán đấu giá hàng hoá và gửi đến người bán hàng,
người mua hàng và các bên có liên quan;

4- Giao hàng hoá đấu giá cho người mua phù hợp với hợp đồng tổ
chức dịch vụ đấu giá hàng hoá;

4- Làm thủ tục chuyển quyền sở hữu đối với hàng hoá bán đấu giá
phải đăng ký quyền sở hữu theo quy định của pháp luật, trừ trường
hợp có thoả thuận khác với người bán hàng;

4- Thanh toán cho người bán hàng tiền hàng đã bán, kể cả khoản
tiền chênh lệch thu được từ người rút lại giá đã trả hoặc trả lại hàng
hoá không bán được cho người bán hàng theo thoả thuận. Trường hợp
không có thoả thuận thì phải thanh toán tiền cho người bán hàng chậm
nhất là ba ngày làm việc sau khi nhận được tiền của người mua hàng
hoặc phải trả lại ngay hàng hoá trong thời hạn hợp lí sau cuộc đấu giá.

Ngoài ra, trong trường hợp giữa người bán hàng hoá và người tổ
chức bán đấu giá hàng hoá không có thoả thuận về chi phí liên quan
đến cuộc bán đấu giá thì người tổ chức đấu

giá chịu chi phí bảo quản hàng hoá được giao, chi phí niêm yết, thông
báo, tổ chức bán đấu giá và các chi phí có liên quan khác (khoản 2

Điều 212 Luật thương mại năm 2005).

** Người điều hành đấu giá*

Người điều hành đấu giá là người tổ chức đấu giá hoặc người được người tổ chức đấu giá uỷ quyền điều hành bán đấu giá (khoản 2 Điều 187 Luật thương mại năm 2005). Người điều hành chính là người xuất hiện chủ yếu và điều khiển các phiên bán đấu giá theo một trình tự được pháp luật quy định với những điều kiện bán hàng do người bán hàng đưa ra.

Người điều hành đấu giá có các quyền nghĩa vụ theo (hoặc là) quy định của người tổ chức bán đấu giá hàng hoá trong trường hợp người điều hành là người của tổ chức bán đấu giá; hoặc là theo thoả thuận giữa người điều hành và người tổ chức bán đấu giá hàng hoá trong các trường hợp khác.

** Người mua hàng hoá*

Người mua hàng hoá chính là người tham gia đấu giá hàng hoá, bao gồm tổ chức, cá nhân đăng kí tham gia cuộc đấu giá (khoản 1 Điều 187 Luật thương mại năm 2005).

Về đối tượng đăng kí mua hàng hoá, trên nguyên tắc nhà nước khuyến khích sự cạnh tranh rộng rãi có lợi cho người bán hàng trong hoạt động bán đấu giá. Tuy nhiên, để bảo vệ tính trung thực và hợp pháp của các cuộc bán đấu giá, pháp luật vẫn cấm một số đối tượng sau không được quyền tham gia trả giá (Điều 198 Luật thương mại năm 2005):

+ Người không có năng lực. hành vi dân sự, người mất năng lực hành vi dân sự, người bị hạn chế năng lực hành vi dân sự theo quy định của Bộ luật dân sự hoặc người tại thời điểm đấu giá chịu chi phí bảo quản hàng hoá được giao, chi phí niêm yết, thông báo, tổ chức bán đấu giá và các chi phí có liên quan khác (khoản 2 Điều 212 Luật

thương mại năm 2005).

** Người điều hành đấu giá*

Người điều hành đấu giá là người tổ chức đấu giá hoặc người được người tổ chức đấu giá uỷ quyền điều hành bán đấu giá (khoản 2 Điều 187 Luật thương mại năm 2005). Người điều hành chính là người xuất hiện chủ yếu và điều khiển các phiên bán đấu giá theo một trình tự được pháp luật quy định với những điều kiện bán hàng do người bán hàng đưa ra.

Người điều hành đấu giá có các quyền nghĩa vụ theo (hoặc là) quy định của người tổ chức bán đấu giá hàng hoá trong trường hợp người điều hành là người của tổ chức bán đấu giá; hoặc là theo thoả thuận giữa người điều hành và người tổ chức bán đấu giá hàng hoá trong các trường hợp khác.

** Người mua hàng hoá*

Người mua hàng hoá chính là người tham gia đấu giá hàng hoá, bao gồm tổ chức, cá nhân đăng kí tham gia cuộc đấu giá (khoản 1 Điều 187 Luật thương mại năm 2005).

Về đối tượng đăng kí mua hàng hoá, trên nguyên tắc nhà nước khuyến khích sự cạnh tranh rộng rãi có lợi cho người bán hàng trong hoạt động bán đấu giá. Tuy nhiên, để bảo vệ tính trung thực và hợp pháp của các cuộc bán đấu giá, pháp luật vẫn cấm một số đối tượng sau không được quyền tham gia trả giá (Điều 198 Luật thương mại năm 2005):

+ Người không có năng lực. hành vi dân sự, người mất năng lực hành vi dân sự, người bị hạn chế năng lực hành vi dân sự theo quy định của Bộ luật dân sự hoặc người tại thời điểm đấu

giá không nhận thức, làm chủ được hành vi của mình.

+ Những người làm việc trong tổ chức bán đấu giá hàng hoá; cha, mẹ, vợ, chồng, con của những người đó.

+ Người đã trực tiếp thực hiện việc giám định hàng hoá bán đấu giá; cha, mẹ, vợ, chồng, con của người đó.

+ Những người không có quyền mua hàng hoá đấu giá theo quy định của pháp luật.

Người mua hàng hoá có các quyền và nghĩa vụ theo quy định của pháp luật nhưng chủ yếu tập trung vào một số vấn đề chính như:

- Quyền của người mua hàng hoá:

+ Tham gia trả giá;

4- Được quyền mua hàng hoá nếu đạt điều kiện trong cuộc bán đấu giá;

+ Được quyền nhận lại tiền đặt cọc trong trường hợp không mua được hàng hoá;

+ Được quyền trả lại hàng hoá trong trường hợp hàng hoá không đúng với niêm yết, thông báo;

+ Được quyền yêu cầu bồi thường thiệt hại đối với những sai sót về thông tin về hàng hoá của người tổ chức bán đấu giá.

- Nghĩa vụ của người mua hàng hoá:

+ Đặt cọc để đăng kí mua hàng theo yêu cầu của người tổ chức bán đấu giá;

+ Tham gia trả giá;

+ Chịu mọi chi phí liên quan đến cuộc bán đấu giá nếu đã được chọn là người mua hàng mà lại từ chối mua hàng

+ Những người làm việc trong tổ chức bán đấu giá hàng hoá; cha,

giá không nhận thức, làm chủ được hành vi của mình.
mẹ, vợ, chồng, con của những người đó.

+ Người đã trực tiếp thực hiện việc giám định hàng hoá bán đấu giá; cha, mẹ, vợ, chồng, con của người đó.

+ Những người không có quyền mua hàng hoá đấu giá theo quy định của pháp luật.

Người mua hàng hoá có các quyền và nghĩa vụ theo quy định của pháp luật nhưng chủ yếu tập trung vào một số vấn đề chính như:

- Quyền của người mua hàng hoá:

+ Tham gia trả giá;

4- Được quyền mua hàng hoá nếu đạt điều kiện trong cuộc bán đấu giá;

+ Được quyền nhận lại tiền đặt cọc trong trường hợp không mua được hàng hoá;

+ Được quyền trả lại hàng hoá trong trường hợp hàng hoá không đúng với niêm yết, thông báo;

+ Được quyền yêu cầu bồi thường thiệt hại đối với những sai sót về thông tin về hàng hoá của người tổ chức bán đấu giá.

- Nghĩa vụ của người mua hàng hoá:

+ Đặt cọc để đăng kí mua hàng theo yêu cầu của người tổ chức bán đấu giá;

+ Tham gia trả giá;

+ Chịu mọi chi phí liên quan đến cuộc bán đấu giá nếu đã được chọn là người mua hàng mà lại từ chối mua hàng

dẫn đến cuộc bán đấu giá không thành.

4. Các nguyên tắc cơ bản trong đấu giá hàng hoá

Giống như đấu thầu, việc tổ chức bán đấu giá hàng hoá cũng phải tuân theo những nguyên tắc nhất định nhằm đảm bảo sự cạnh tranh công bằng và tính trung thực của cuộc bán đấu giá; ngăn ngừa những hành vi tiêu cực gây thiệt hại cho người bán hàng, người mua hàng và các chủ thể khác có liên quan. Điều 188 Luật thương mại năm 2005 quy định việc đấu giá hàng hoá trong thương mại phải được thực hiện theo nguyên tắc công khai, trung thực, bảo đảm quyền, lợi ích hợp pháp của các bên tham gia.

a. Nguyên tắc công khai

Đấu giá là hình thức công khai lựa chọn người mua hàng hoá nên mọi vấn đề có liên quan đến cuộc bán đấu giá và những thông tin về hàng hoá bán đấu giá phải được công khai cho tất cả những ai muốn mua biết dưới các hình thức như niêm yết, thông báo, trưng bày, giới thiệu về tài sản... Những nội dung bắt buộc phải công khai là: thời gian, địa điểm tiến hành bán đấu giá; tên loại hàng hoá bán đấu giá; số lượng, chất lượng, giá khởi điểm của hặng hoá; địa điểm trưng bày giới thiệu hàng hoá, các hồ sơ tài liệu liên quan đến hàng hoá; công khai họ tên người bán hàng, tên tổ chức bán đấu giá và những người đăng kí mua hàng hoá (nếu theo quy định của pháp luật, người mua hàng phải đăng kí trước)... Tại phiên bán đấu giá, người điều hành bán đấu giá phải công khai các mức giá được trả và họ tên người mua trả giá cao nhất của mỗi lần trả giá...

dẫn đến cuộc bán đấu giá không thành.

4. Các nguyên tắc cơ bản trong đấu giá hàng hoá

Giống như đấu thầu, việc tổ chức bán đấu giá hàng hoá cũng phải

tuân theo những nguyên tắc nhất định nhằm đảm bảo sự cạnh tranh công bằng và tính trung thực của cuộc bán đấu giá; ngăn ngừa những hành vi tiêu cực gây thiệt hại cho người bán hàng, người mua hàng và các chủ thể khác có liên quan. Điều 188 Luật thương mại năm 2005 quy định việc đấu giá hàng hoá trong thương mại phải được thực hiện theo nguyên tắc công khai, trung thực, bảo đảm quyền, lợi ích hợp pháp của các bên tham gia.

a. Nguyên tắc công khai

Đấu giá là hình thức công khai lựa chọn người mua hàng hoá nên mọi vấn đề có liên quan đến cuộc bán đấu giá và những thông tin về hàng hoá bán đấu giá phải được công khai cho tất cả những ai muốn mua biết dưới các hình thức như niêm yết, thông báo, trưng bày, giới thiệu về tài sản... Những nội dung bắt buộc phải công khai là: thời gian, địa điểm tiến hành bán đấu giá; tên loại hàng hoá bán đấu giá; số lượng, chất lượng, giá khởi điểm của hàng hoá; địa điểm trưng bày giới thiệu hàng hoá, các hồ sơ tài liệu liên quan đến hàng hoá; công khai họ tên người bán hàng, tên tổ chức bán đấu giá và những người đăng kí mua hàng hoá (nếu theo quy định của pháp luật, người mua hàng phải đăng kí trước)... Tại phiên bán đấu giá, người điều hành bán đấu giá phải công khai các mức giá được trả và họ tên người mua trả giá cao nhất của mỗi lần trả giá...

b. Nguyên tắc trung thực

Các thông báo về cuộc bán đấu giá và thông tin về hàng hoá, các giấy tờ có liên quan đến hàng hoá bán đấu giá, những đặc điểm khuyết tật không nhìn thấy của hàng hoá (nhất là khi hàng hoá là những tài sản có giá trị về mặt lịch sử, nghệ thuật), các giấy tờ xác định tư cách người tham gia đấu giá phải thật rõ ràng, chính xác và đầy đủ để không tạo ra sự nhầm lẫn hay lừa dối đối với các bên mà sự nhầm lẫn

hay lừa dối đó sẽ làm cho cuộc đấu giá bị vô hiệu. Người bán cần phải trung thực khi xác định giá khởi điểm của hàng hoá. Không nên đưa ra mức giá khởi điểm quá cao so với giá trị thực tế của hàng hoá sẽ làm cho người mua bị thiệt. Người mua có quyền trả lại hàng hoá cho tổ chức bán đấu giá và yêu cầu bồi thường thiệt hại nếu chất lượng của hàng hoá không đúng như thông báo. Tổ chức bán đấu giá không phải chịu trách nhiệm về giá trị, chất lượng hàng hoá bán đấu giá trừ trường hợp không thông tin đầy đủ cho người mua. Yêu cầu về tính trung thực còn thể hiện ở việc pháp luật quy định những người có thân phận pháp lí hay hoàn cảnh đặc biệt mà sự tham dự của họ có ảnh hưởng đến sự trung thực của cuộc bán đấu giá thì không được tham gia trả giá.

c. Nguyên tắc bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của các bên tham gia

Quyền và lợi ích hợp pháp của tất cả các bên trong quan hệ đấu giá hàng hoá đều phải được coi trọng và bảo đảm đầy đủ. Người bán hàng có quyền xác định giá khởi điểm của hàng hoá, có quyền yêu cầu tổ chức bán đấu giá thanh toán đầy đủ tiền bán hàng hoá ngay sau khi cuộc đấu giá kết thúc,

b. Nguyên tắc trung thực

Các thông báo về cuộc bán đấu giá và thông tin về hàng hoá, các giấy tờ có liên quan đến hàng hoá bán đấu giá, những đặc điểm khuyết tật không nhìn thấy của hàng hoá (nhất là khi hàng hoá là những tài sản có giá trị về mặt lịch sử, nghệ thuật), các giấy tờ xác định tư cách người tham gia đấu giá phải thật rõ ràng, chính xác và đầy đủ để không tạo ra sự nhầm lẫn hay lừa dối đối với các bên mà sự nhầm lẫn hay lừa dối đó sẽ làm cho cuộc đấu giá bị vô hiệu. Người bán cần phải trung thực khi xác định giá khởi điểm của hàng hoá. Không nên đưa ra

mức giá khởi điểm quá cao so với giá trị thực tế của hàng hoá sẽ làm cho người mua bị thiệt. Người mua có quyền trả lại hàng hoá cho tổ chức bán đấu giá và yêu cầu bồi thường thiệt hại nếu chất lượng của hàng hoá không đúng như thông báo. Tổ chức bán đấu giá không phải chịu trách nhiệm về giá trị, chất lượng hàng hoá bán đấu giá trừ trường hợp không thông tin đầy đủ cho người mua. Yêu cầu về tính trung thực còn thể hiện ở việc pháp luật quy định những người có thân phận pháp lí hay hoàn cảnh đặc biệt mà sự tham dự của họ có ảnh hưởng đến sự trung thực của cuộc bán đấu giá thì không được tham gia trả giá.

c. Nguyên tắc bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của các bên tham gia

Quyền và lợi ích hợp pháp của tất cả các bên trong quan hệ đấu giá hàng hoá đều phải được coi trọng và bảo đảm đầy đủ. Người bán hàng có quyền xác định giá khởi điểm của hàng hoá, có quyền yêu cầu tổ chức bán đấu giá thanh toán đầy đủ tiền bán hàng hoá ngay sau khi cuộc đấu giá kết thúc,

được bồi thường thiệt hại nếu tổ chức bán đấu giá hoặc bên mua có hành vi xâm hại đến lợi ích của mình. Người mua hàng có quyền xem hàng hoá, yêu cầu cung cấp đầy đủ thông tin về hàng hoá, được tự đặt giá, được xác lập quyền sở hữu đối với hàng hoá sau khi hoàn thành văn bản đấu giá và họ đã thực hiện xong nghĩa vụ thanh toán. Tổ chức bán đấu giá được thu của người bán hàng lệ phí và các khoản chi phí cần thiết khác cho việc tổ chức bán đấu giá theo quy định của pháp luật.

5. Thủ tục và trình tự bán đấu giá hàng hoá

Bán đấu giá hàng hoá cũng được tiến hành theo thủ tục và trình tự giống như bán đấu giá tài sản nói chung. Theo quy định của Luật

thương mại năm 2005, thủ tục đó gồm các bước sau:

- + Lập hợp đồng dịch vụ tổ chức đấu giá hàng hoá;
- + Xác định giá khởi điểm;
- + Chuẩn bị bán đấu giá hàng hoá (thông báo về việc bán đấu giá; đăng kí tham gia đấu giá; trưng bày hàng hoá đấu giá);
- + Tiến hành đấu giá;
- + Hoàn thành văn bản bán đấu giá;
- + Đăng kí quyền sở hữu đối với hàng hoá đấu giá.

a. Lập hợp đồng dịch vụ tổ chức đấu giá hàng hoá

Đấu giá hàng hoá có thể được thực hiện bởi chính chủ sở hữu hàng hoá hoặc thông qua một người bán hàng (không phải là tổ chức bán đấu giá chuyên nghiệp). Trong những trường hợp này, các chủ thể tự tiến hành đấu giá hàng hoá và tự chịu trách nhiệm về công việc này. Tuy nhiên, do tính chất được bồi thường thiệt hại nếu tổ chức bán đấu giá hoặc bên mua có hành vi xâm hại đến lợi ích của mình. Người mua hàng có quyền xem hàng hoá, yêu cầu cung cấp đầy đủ thông tin về hàng hoá, được tự đặt giá, được xác lập quyền sở hữu đối với hàng hoá sau khi hoàn thành văn bản đấu giá và họ đã thực hiện xong nghĩa vụ thanh toán. Tổ chức bán đấu giá được thu của người bán hàng lệ phí và các khoản chi phí cần thiết khác cho việc tổ chức bán đấu giá theo quy định của pháp luật.

5. Thủ tục và trình tự bán đấu giá hàng hoá

Bán đấu giá hàng hoá cũng được tiến hành theo thủ tục và trình tự giống như bán đấu giá tài sản nói chung. Theo quy định của Luật thương mại năm 2005, thủ tục đó gồm các bước sau:

- + Lập hợp đồng dịch vụ tổ chức đấu giá hàng hoá;

- + Xác định giá khởi điểm;
- + Chuẩn bị bán đấu giá hàng hoá (thông báo về việc bán đấu giá; đăng kí tham gia đấu giá; trưng bày hàng hoá đấu giá);
- + Tiến hành đấu giá;
- + Hoàn thành văn bản bán đấu giá;
- + Đăng kí quyền sở hữu đối với hàng hoá đấu giá.

a. Lập hợp đồng dịch vụ tổ chức đấu giá hàng hoá

Đấu giá hàng hoá có thể được thực hiện bởi chính chủ sở hữu hàng hoá hoặc thông qua một người bán hàng (không phải là tổ chức bán đấu giá chuyên nghiệp). Trong những trường hợp này, các chủ thể tự tiến hành đấu giá hàng hoá và tự chịu trách nhiệm về công việc này. Tuy nhiên, do tính chất

khá phức tạp của việc tổ chức một cuộc bán đấu giá, hơn nữa, do tính đặc thù của hàng hoá mà sự thành công hay thất bại của một cuộc bán đấu giá hàng hoá phụ thuộc rất nhiều vào cách thức tổ chức bán đấu giá. Chính vì vậy, hầu hết các chủ sở hữu hàng hoá, khi đã lựa chọn bán hàng bằng phương thức đấu giá thì cũng lựa chọn cho mình một người trung gian - thương nhân bán đấu giá chuyên nghiệp để tiến hành đấu giá.

Đối với các trường hợp bán đấu giá hàng hoá thông qua trung gian thì việc lập hợp đồng dịch vụ tổ chức đấu giá hàng hoá là thủ tục đầu tiên trong trình tự bán đấu giá hàng hoá. Người bán đấu giá chỉ được quyền tiến hành bán đấu giá sau khi có sự uỷ quyền của người bán hàng hoá bằng một hợp đồng có hiệu lực pháp luật. Hợp đồng dịch vụ tổ chức đấu giá hàng hoá được kí kết giữa người bán hàng và người bán đấu giá, hợp đồng này phải được kí dưới hình thức văn bản (hoặc các hình thức khác có giá trị pháp lý tương đương). Trường hợp hàng hoá được đấu giá là đối tượng cầm cố, thế chấp thì hợp đồng

dịch vụ tổ chức đấu giá phải được sự đồng ý của bên nhận cầm cố, thế chấp và bên bán phải thông báo cho các bên tham gia đấu giá về hàng hoá đang bị cầm cố, thế chấp. Trường hợp trong hợp đồng cầm cố, thế chấp có thoả thuận về việc bán đấu giá mà người cầm cố, thế chấp vắng mặt không có lí do chính đáng hoặc từ chối giao kết hợp đồng dịch vụ tổ chức đấu giá hàng hoá thì hợp đồng dịch vụ tổ chức đấu giá được giao kết giữa người nhận cầm cố, thế chấp với người tổ chức đấu giá (Điều 193 Luật thương mại năm 2005).

b. Xác định giá khởi điểm

khá phức tạp của việc tổ chức một cuộc bán đấu giá, hơn nữa, do tính đặc thù của hàng hoá mà sự thành công hay thất bại của một cuộc bán đấu giá hàng hoá phụ thuộc rất nhiều vào cách thức tổ chức bán đấu giá. Chính vì vậy, hầu hết các chủ sở hữu hàng hoá, khi đã lựa chọn bán hàng bằng phương thức đấu giá thì cũng lựa chọn cho mình một người trung gian - thương nhân bán đấu giá chuyên nghiệp để tiến hành đấu giá.

Đối với các trường hợp bán đấu giá hàng hoá thông qua trung gian thì việc lập hợp đồng dịch vụ tổ chức đấu giá hàng hoá là thủ tục đầu tiên trong trình tự bán đấu giá hàng hoá. Người bán đấu giá chỉ được quyền tiến hành bán đấu giá sau khi có sự uỷ quyền của người bán hàng hoá bằng một hợp đồng có hiệu lực pháp luật. Hợp đồng dịch vụ tổ chức đấu giá hàng hoá được kí kết giữa người bán hàng và người bán đấu giá, hợp đồng này phải được kí dưới hình thức văn bản (hoặc các hình thức khác có giá trị pháp lí tương đương). Trường hợp hàng hoá được đấu giá là đối tượng cầm cố, thế chấp thì hợp đồng dịch vụ tổ chức đấu giá phải được sự đồng ý của bên nhận cầm cố, thế chấp và bên bán phải thông báo cho các bên tham gia đấu giá về hàng hoá đang bị cầm cố, thế chấp. Trường hợp trong hợp đồng cầm cố, thế chấp có thoả thuận về việc bán đấu giá mà người cầm cố, thế chấp

Giá khởi điểm của hàng hoá do người bán hàng xác định

vắng mặt không có lí do chính đáng hoặc từ chối giao kết hợp đồng dịch vụ tổ chức đấu giá hàng hoá thì hợp đồng dịch vụ tổ chức đấu giá được giao kết giữa người nhận cầm cố, thế chấp với người tổ chức đấu giá (Điều 193 Luật thương mại năm 2005).

b. Xác định giá khởi điểm

với sự tham gia của đại diện tổ chức bán đấu giá. Giá khởi điểm cũng có thể do người bán đấu giá xác định nếu được người bán uỷ quyền nhưng phải thông báo cho người bán hàng hoá biết trước khi được công bố cho người mua. Trong trường hợp bán đấu giá tài sản thế chấp, cầm cố, bảo lãnh thì người nhận thế chấp, người nhận cầm cố, người nhận bảo lãnh cùng người thế chấp, người cầm cố, người bảo lãnh xác định giá khởi điểm của tài sản với sự tham gia của tổ chức bán đấu giá. Nếu người cầm cố, người thế chấp, người bảo lãnh vắng mặt mà không có lí do chính đáng hoặc từ chối tham gia xác định giá khởi điểm thì giá khởi điểm của tài sản do người nhận cầm cố, thế chấp xác định. Mức giá khởi điểm phải phù hợp với giá trị thực tế của hàng hoá bán đấu giá, không nên xác định mức giá khởi điểm quá cao sẽ làm cho người mua e ngại không muốn đặt giá. Cũng không nên xác định mức giá khởi điểm quá thấp làm ảnh hưởng đến lợi ích của người bán hàng.

c. Chuẩn bị bán đấu giá hàng hoá

Sau khi hợp đồng dịch vụ tổ chức bán đấu giá hàng hoá được xác lập, các bên đã xác định được giá khởi điểm, người bán hàng hoá (trong trường hợp bán đấu giá không thông qua trung gian) hoặc người tổ chức bán đấu giá (trong trường hợp bán đấu giá thông qua trung gian) phải tiến hành mọi công việc chuẩn bị cần thiết để tổ chức thành công cuộc bán đấu giá, trong đó có các công việc chủ yếu sau:

Giá khởi điểm của hàng hoá do người bán hàng xác định

** Niêm yết, thông báo công khai việc bán đấu giá*

Trước khi tiến hành bán đấu giá chậm nhất là 7 ngày, người bán đấu giá phải niêm yết việc bán đấu giá tại nơi tổ chức đấu giá, nơi trưng bày hàng hoá và nơi đặt trụ sở của với sự tham gia của đại diện tổ chức bán đấu giá. Giá khởi điểm cũng có thể do người bán đấu giá xác định nếu được người bán uỷ quyền nhưng phải thông báo cho người bán hàng hoá biết trước khi được công bố cho người mua. Trong trường hợp bán đấu giá tài sản thế chấp, cầm cố, bảo lãnh thì người nhận thế chấp, người nhận cầm cố, người nhận bảo lãnh cùng người thế chấp, người cầm cố, người bảo lãnh xác định giá khởi điểm của tài sản với sự tham gia của tổ chức bán đấu giá. Nếu người cầm cố, người thế chấp, người bảo lãnh vắng mặt mà không có lí do chính đáng hoặc từ chối tham gia xác định giá khởi điểm thì giá khởi điểm của tài sản do người nhận cầm cố, thế chấp xác định. Mức giá khởi điểm phải phù hợp với giá trị thực tế của hàng hoá bán đấu giá, không nên xác định mức giá khởi điểm quá cao sẽ làm cho người mua e ngại không muốn đặt giá. Cũng không nên xác định mức giá khởi điểm quá thấp làm ảnh hưởng đến lợi ích của người bán hàng.

c. Chuẩn bị bán đấu giá hàng hoá

Sau khi hợp đồng dịch vụ tổ chức bán đấu giá hàng hoá được xác lập, các bên đã xác định được giá khởi điểm, người bán hàng hoá (trong trường hợp bán đấu giá không thông qua trung gian) hoặc người tổ chức bán đấu giá (trong trường hợp bán đấu giá thông qua trung gian) phải tiến hành mọi công việc chuẩn bị cần thiết để tổ chức thành công cuộc bán đấu giá, trong đó có các công việc chủ yếu sau:

** Niêm yết, thông báo công khai việc bán đấu giá*

Trước khi tiến hành bán đấu giá chậm nhất là 7 ngày, người bán

đấu giá phải niêm yết việc bán đấu giá tại nơi tổ chức đấu giá, nơi trung bầy hàng hoá và nơi đặt trụ sở của

người tổ chức đấu giá. Nếu không thông qua trung gian, người bán hàng hoá có quyền ấn định thời gian niêm yết. Mục đích của việc niêm yết và thông báo này là để nhiều người muốn mua hàng hoá được biết và tham gia trả giá. Càng có nhiều người tham gia trả giá thì càng đảm bảo sự cạnh tranh có lợi cho người bán hàng.

Theo Điều 197 Luật thương mại, thông báo và niêm yết đấu giá hàng hoá phải có đầy đủ các nội dung sau đây:

- + Thời gian, địa điểm đấu giá;
- + Tên, địa chỉ của người tổ chức đấu giá;
- + Tên, địa chỉ của người bán hàng;
- + Danh mục hàng hoá, số lượng, chất lượng hàng hoá;
- + Giá khởi điểm;
- + Thông tin cần thiết liên quan đến hàng hoá;
- + Địa điểm, thời gian trưng bày hàng hoá;
- + Địa điểm, thời gian tham khảo hồ sơ hàng hoá;
- + Địa điểm, thời gian đăng kí mua hàng hoá.

** Đăng kí mua hàng hoá bán đấu giá và đặt cọc*

Đối với những hàng hoá bán đấu giá là bất động sản hoặc động sản có giá trị tương đối lớn thì việc đăng kí người mua là cần thiết để tổ chức bán đấu giá nắm được số lượng cũng như tư cách của những người sẽ tham gia đấu giá, qua đó có thể có sự điều chỉnh thích hợp và kịp thời trước khi cuộc đấu giá diễn ra. Người muốn tham gia đấu giá phải ghi tên mình vào danh sách đăng kí tại tổ chức bán đấu giá đồng thời người mua phải đặt trước một khoản tiền để giữ chỗ trong cuộc bán đấu giá, trong trường hợp người tổ chức đấu giá người tổ chức đấu giá. Nếu không thông qua trung gian, người bán hàng hoá

có quyền ấn định thời gian niêm yết. Mục đích của việc niêm yết và thông báo này là để nhiều người muốn mua hàng hoá được biết và tham gia trả giá. Càng có nhiều người tham gia trả giá thì càng đảm bảo sự cạnh tranh có lợi cho người bán hàng.

Theo Điều 197 Luật thương mại, thông báo và niêm yết đấu giá hàng hoá phải có đầy đủ các nội dung sau đây:

- 4- Thời gian, địa điểm đấu giá;
- + Tên, địa chỉ của người tổ chức đấu giá;
- + Tên, địa chỉ của người bán hàng;
- + Danh mục hàng hoá, số lượng, chất lượng hàng hoá;
- + Giá khởi điểm;
- + Thông tin cần thiết liên quan đến hàng hoá;
- + Địa điểm, thời gian trưng bày hàng hoá;
- + Địa điểm, thời gian tham khảo hồ sơ hàng hoá;
- + Địa điểm, thời gian đăng kí mua hàng hoá.

** Đăng kí mua hàng hoá bán đấu giá và đặt cọc*

Đối với những hàng hoá bán đấu giá là bất động sản hoặc động sản có giá trị tương đối lớn thì việc đăng kí người mua là cần thiết để tổ chức bán đấu giá nắm được số lượng cũng như tư cách của những người sẽ tham gia đấu giá, qua đó có thể có sự điều chỉnh thích hợp và kịp thời trước khi cuộc đấu giá diễn ra. Người muốn tham gia đấu giá phải ghi tên mình vào danh sách đăng kí tại tổ chức bán đấu giá đồng thời người mua phải đặt trước một khoản tiền để giữ chỗ trong cuộc bán đấu giá, trong trường hợp người tổ chức đấu giá

yêu cầu. Khoản tiền đặt trước được xác định theo tỉ lệ phần trăm giá khởi điểm của hàng hoá nhưng phải phù hợp để vừa khuyến khích cạnh tranh lại vừa chống lại tình trạng những người tham gia bán đấu giá liên kết với nhau để đim giá hoặc sẵn sàng chịu mất số tiền đặt

trước khi từ chối mua với mục đích gây khó khăn cho người có quyền và lợi ích liên quan hoặc vì mục đích vụ lợi. Thông thường, người tổ chức đấu giá có thể đưa giá mức đặt cọc nhưng không quá 2% giá khởi điểm của hàng hoá được đấu giá (khoản 2 Điều 199 Luật thương mại năm 2005). Nếu người đăng kí không mua được hàng hoá bán đấu giá thì khoản tiền đặt trước được trả lại ngay sau khi cuộc bán đấu giá kết thúc; trong trường hợp mua được hàng hoá thì khoản tiền đặt cọc được trừ vào giá mua; trong trường hợp người đăng kí mua đã nộp tiền đặt trước nhưng sau đó tự ý không tham gia đấu giá thì khoản tiền đặt trước của người đó thuộc về người tổ chức bán đấu giá.

** Trưng bày, xem hàng hoá bán đấu giá*

Việc trưng bày* xem hàng hoá nhằm tạo điều kiện để người tham gia đấu giá có dịp tận mắt xem hàng hoá và hồ sơ gốc của hàng hoá bán đấu giá, giúp cho họ an tâm về chất lượng và tính hợp pháp của hàng hoá để có những quyết định đúng đắn khi tham gia đấu giá. Đối với hàng hoá là động sản có giá trị lớn thì phải trưng bày công khai tại trụ sở của tổ chức bán đấu giá hoặc tại một địa điểm khác nhưng phải được thông báo trước. Đối với hàng hoá là động sản có giá trị nhỏ thì có thể không cần trưng bày để giảm bớt chi phí nhưng cũng phải tạo điều kiện để người mua được tận mắt chứng kiến hàng hoá đó. Nếu hàng hoá là bất động sản thì phải tổ chức cho người mua đến tận nơi có bất động sản đó yêu cầu. Khoản tiền đặt trước được xác định theo tỉ lệ phần trăm giá khởi điểm của hàng hoá nhưng phải phù hợp để vừa khuyến khích cạnh tranh lại vừa chống lại tình trạng những người tham gia bán đấu giá liên kết với nhau để đìu giá hoặc sẵn sàng chịu mất số tiền đặt trước khi từ chối mua với mục đích gây khó khăn cho người có quyền và lợi ích liên quan hoặc vì mục đích vụ lợi. Thông thường, người tổ chức đấu

giá có thể đưa giá mức đặt cọc nhưng không quá 2% giá khởi điểm của hàng hoá được đấu giá (khoản 2 Điều 199 Luật thương mại năm 2005). Nếu người đăng kí không mua được hàng hoá bán đấu giá thì khoản tiền đặt trước được trả lại ngay sau khi cuộc bán đấu giá kết thúc; trong trường hợp mua được hàng hoá thì khoản tiền đặt cọc được trừ vào giá mua; trong trường hợp người đăng kí mua đã nộp tiền đặt trước nhưng sau đó tự ý không tham gia đấu giá thì khoản tiền đặt trước của người đó thuộc về người tổ chức bán đấu giá.

** Trưng bày, xem hàng hoá bán đấu giá*

Việc trưng bày* xem hàng hoá nhằm tạo điều kiện để người tham gia đấu giá có dịp tận mắt xem hàng hoá và hồ sơ gốc của hàng hoá bán đấu giá, giúp cho họ an tâm về chất lượng và tính hợp pháp của hàng hoá để có những quyết định đúng đắn khi tham gia đấu giá. Đối với hàng hoá là động sản có giá trị lớn thì phải trưng bày công khai tại trụ sở của tổ chức bán đấu giá hoặc tại một địa điểm khác nhưng phải được thông báo trước. Đối với hàng hoá là động sản có giá trị nhỏ thì có thể không cần trưng bày để giảm bớt chi phí nhưng cũng phải tạo điều kiện để người mua được tận mắt chứng kiến hàng hoá đó. Nếu hàng hoá là bất động sản thì phải tổ chức cho người mua đến tận nơi có bất động sản đó

để tham quan. Việc trưng bày, xem xét tài sản phải tiến hành cùng thời điểm niêm yết và thông báo việc bán đấu giá. Người mua có quyền yêu cầu giám định hàng hoá nếu thấy cần thiết để biết rõ về chất lượng hàng hoá và phải chịu chi phí giám định. Nếu người mua hàng không xem trước hàng hoá và không có thắc mắc gì về chất lượng hàng hoá trước khi diễn ra cuộc bán đấu giá thì sau này sẽ không được quyền khiếu nại về chất lượng hàng hoá.

d. Tiễn hành bán đấu giá

Cuộc bán đấu giá hàng hoá có thể được tổ chức công khai tại trụ sở của tổ chức bán đấu giá hoặc tại nơi có tài sản bán đấu giá để những người muốn mua đến tham dự và trả giá. Địa điểm và thời gian tổ chức cuộc bán đấu giá phải được công bố rộng rãi hoặc ít nhất phải được thông báo tới những người đã đăng kí, trong trường hợp theo quy định người mua hàng hoá phải được đăng kí trước. Cuộc bán đấu giá chỉ được tiến hành khi có số người tham gia trả giá tối thiểu đủ đảm bảo sự cạnh tranh về giá. Nếu sau khi đã hết hạn niêm yết, thông báo công khai về cuộc bán đấu giá mà chỉ có một người đăng kí mua và trả giá ít nhất bằng giá khởi điểm thì hàng hoá được bán cho người đó mà không phải tổ chức cuộc bán đấu giá.

Tại cuộc đấu giá, người điều hành bán đấu giá thực hiện các công việc sau đây:

- + Điểm danh người đã đăng kí tham gia đấu giá hàng hoá;
- + Giới thiệu từng hàng hoá bán đấu giá, nhắc lại giá khởi điểm, trả lời các câu hỏi của người tham gia đấu giá và yêu cầu người tham gia đấu giá trả giá (trả giá lên - khoản 3 Điều để tham quan. Việc trưng bày, xem xét tài sản phải tiến hành cùng thời điểm niêm yết và thông báo việc bán đấu giá. Người mua có quyền yêu cầu giám định hàng hoá nếu thấy cần thiết để biết rõ về chất lượng hàng hoá và phải chịu chi phí giám định. Nếu người mua hàng không xem trước hàng hoá và không có thắc mắc gì về chất lượng hàng hoá trước khi diễn ra cuộc bán đấu giá thì sau này sẽ không được quyền khiếu nại về chất lượng hàng hoá.

d. Tiến hành bán đấu giá

Cuộc bán đấu giá hàng hoá có thể được tổ chức công khai tại trụ sở của tổ chức bán đấu giá hoặc tại nơi có tài sản bán đấu giá để những người muốn mua đến tham dự và trả giá. Địa điểm và thời gian

tổ chức cuộc bán đấu giá phải được công bố rộng rãi hoặc ít nhất phải được thông báo tới những người đã đăng kí, trong trường hợp theo quy định người mua hàng hoá phải được đăng kí trước. Cuộc bán đấu giá chỉ được tiến hành khi có số người tham gia trả giá tối thiểu đủ đảm bảo sự cạnh tranh về giá. Nếu sau khi đã hết hạn niêm yết, thông báo công khai về cuộc bán đấu giá mà chỉ có một người đăng kí mua và trả giá ít nhất bằng giá khởi điểm thì hàng hoá được bán cho người đó mà không phải tổ chức cuộc bán đấu giá.

Tại cuộc đấu giá, người điều hành bán đấu giá thực hiện các công việc sau đây:

- + Điểm danh người đã đăng kí tham gia đấu giá hàng hoá;
- + Giới thiệu từng hàng hoá bán đấu giá, nhắc lại giá khởi điểm, trả lời các câu hỏi của người tham gia đấu giá và yêu cầu người tham gia đấu giá trả giá (trả giá lên - khoản 3 Điều

201 Luật thương mại năm 2005; trả giá xuống - khoản 3 Điều 201 Luật thương mại năm 2005);

- + Xác định người trả giá hợp lệ để trở thành người mua hàng hoá;
- + Tổ chức rút thăm giữa những người đồng thời trả mức giá cuối cùng đối với phương thức trả giá lên hoặc mức giá đầu tiên đối với phương thức đặt giá xuống;
- + Lập văn bản bán đấu giá hàng hoá ngay tại cuộc đấu giá, kể cả trong trường hợp đấu giá không thành.

Việc trả giá được xem như hành vi chấp nhận hợp đồng. Vì vậy, sau khi đã trả giá cao nhất mà người mua rút lại mức giá đó thì coi như họ vi phạm hợp đồng và sẽ phải chịu những hậu quả pháp lý phát sinh. Trường hợp người trả giá cao nhất rút lại giá đã trả thì việc bán đấu giá được tổ chức lại ngay, và bắt đầu từ mức giá đã trả trước đó. Hậu quả pháp lý đối với người rút lại giá đã trả bao gồm: thứ nhất, không được tham gia trả giá tiếp; thứ hai, nếu giá bán hàng hoá đấu giá thấp hơn giá mà người rút lại đã trả, người rút lại sẽ phải trả khoản tiền chênh lệch cho tổ chức bán đấu giá, nếu hàng hoá bán được giá cao hơn thì người rút lại không được hưởng khoản tiền chênh lệch đó; thứ ba, trong trường hợp cuộc đấu giá không thành thì người rút lại giá đã trả phải chịu chi phí cho việc bán đấu giá và không được hoàn trả khoản tiền đặt trước (Điều 204 Luật thương mại năm 2005).

Trong trường hợp hoặc là không có người tham gia đấu giá, trả giá; hoặc là giá cao nhất đã trả thấp hơn mức giá khởi điểm đối với phương thức trả giá lên thì cuộc đấu giá coi như không thành (Điều 202 Luật thương mại). Tổ chức bán đấu

- + Xác định người trả giá hợp lệ để trở thành người mua hàng hoá;

201 Luật thương mại năm 2005; trả giá xuống - khoản 3 Điều 201 Luật thương mại năm 2005);

+ Tổ chức rút thăm giữa những người đồng thời trả mức giá cuối cùng đối với phương thức trả giá lên hoặc mức giá đầu tiên đối với phương thức đặt giá xuống;

+ Lập văn bản bán đấu giá hàng hoá ngay tại cuộc đấu giá, kể cả trong trường hợp đấu giá không thành.

Việc trả giá được xem như hành vi chấp nhận hợp đồng. Vì vậy, sau khi đã trả giá cao nhất mà người mua rút lại mức giá đó thì coi như họ vi phạm hợp đồng và sẽ phải chịu những hậu quả pháp lý phát sinh. Trường hợp người trả giá cao nhất rút lại giá đã trả thì việc bán đấu giá được tổ chức lại ngay, và bắt đầu từ mức giá đã trả trước đó. Hậu quả pháp lý đối với người rút lại giá đã trả bao gồm: thứ nhất, không được tham gia trả giá tiếp; thứ hai, nếu giá bán hàng hoá đấu giá thấp hơn giá mà người rút lại đã trả, người rút lại sẽ phải trả khoản tiền chênh lệch cho tổ chức bán đấu giá, nếu hàng hoá bán được giá cao hơn thì người rút lại không được hưởng khoản tiền chênh lệch đó; thứ ba, trong trường hợp cuộc đấu giá không thành thì người rút lại giá đã trả phải chịu chi phí cho việc bán đấu giá và không được hoàn trả khoản tiền đặt trước (Điều 204 Luật thương mại năm 2005).

Trong trường hợp hoặc là không có người tham gia đấu giá, trả giá; hoặc là giá cao nhất đã trả thấp hơn mức giá khởi điểm đối với phương thức trả giá lên thì cuộc đấu giá coi như không thành (Điều 202 Luật thương mại). Tổ chức bán đấu

giá và người bán hàng hoá có thể thoả thuận tổ chức bán đấu giá lần thứ hai hoặc các lần tiếp theo. Các lần bán đấu giá sau cũng được tiến hành theo thủ tục như đối với lần bán đầu tiên.

đ. Hoàn thành văn bản bán đấu giá hàng hoá

Văn bản bán đấu giá là căn cứ xác nhận việc mua bán, có thể coi văn bản này là hợp đồng mua bán hàng hoá giữa người bán hàng hoá, tổ chức bán đấu giá và người mua hàng hoá bán đấu giá. Nó không chỉ có giá trị xác nhận quan hệ mua bán hàng hoá thông qua đấu giá mà còn là căn cứ pháp lí để chuyển quyền sở hữu đối với hàng hoá bán đấu giá mà theo quy định của pháp luật phải đăng kí quyền sở hữu. Căn cứ vào văn bản bán đấu giá hàng hoá và các giấy tờ hợp lệ khác, cơ quan nhà nước có thẩm quyền có trách nhiệm đăng kí quyền sở hữu hàng hoá cho người mua theo quy định của pháp luật.

Văn bản bán đấu giá hàng hoá được lập ngay tại cuộc bán đấu giá, kể cả trường hợp đấu giá không thành. Văn bản này ghi rõ kết quả phiên đấu giá, có chữ kí của người điều hành bán đấu giá, người mua hàng hoá và hai người chứng kiến được mời trong số những người tham gia đấu giá. Tùy thuộc vào từng loại hàng hoá mà văn bản bán đấu giá có bắt buộc phải công chứng hay không. Văn bản bán đấu giá hàng hoá phải có các nội dung của một hợp đồng mua bán hàng hoá, gồm:

- Tên, địa chỉ của tổ chức bán đấu giá;
- Tên, địa chỉ của người điều hành bán đấu giá;
- Tên, địa chỉ của người bán hàng hoá;
- Tên, địa chỉ của người mua hàng hoá;
- Thời gian, địa điểm bán đấu giá;

giá và người bán hàng hoá có thể thoả thuận tổ chức bán đấu giá lần thứ hai hoặc các lần tiếp theo. Các lần bán đấu giá sau cũng được tiến

hành theo thủ tục như đối với lần bán đầu tiên.

đ. Hoàn thành văn bản bán đấu giá hàng hoá

Văn bản bán đấu giá là căn cứ xác nhận việc mua bán, có thể coi văn bản này là hợp đồng mua bán hàng hoá giữa người bán hàng hoá, tổ chức bán đấu giá và người mua hàng hoá bán đấu giá. Nó không chỉ có giá trị xác nhận quan hệ mua bán hàng hoá thông qua đấu giá mà còn là căn cứ pháp lí để chuyển quyền sở hữu đối với hàng hoá bán đấu giá mà theo quy định của pháp luật phải đăng kí quyền sở hữu. Căn cứ vào văn bản bán đấu giá hàng hoá và các giấy tờ hợp lệ khác, cơ quan nhà nước có thẩm quyền có trách nhiệm đăng kí quyền sở hữu hàng hoá cho người mua theo quy định của pháp luật.

Văn bản bán đấu giá hàng hoá được lập ngay tại cuộc bán đấu giá, kể cả trường hợp đấu giá không thành. Văn bản này ghi rõ kết quả phiên đấu giá, có chữ kí của người điều hành bán đấu giá, người mua hàng hoá và hai người chứng kiến được mời trong số những người tham gia đấu giá. Tùy thuộc vào từng loại hàng hoá mà văn bản bán đấu giá có bắt buộc phải công chứng hay không. Văn bản bán đấu giá hàng hoá phải có các nội dung của một hợp đồng mua bán hàng hoá, gồm:

- Tên, địa chỉ của tổ chức bán đấu giá;
- Tên, địa chỉ của người điều hành bán đấu giá;
- Tên, địa chỉ của người bán hàng hoá;
- Tên, địa chỉ của người mua hàng hoá;
- Thời gian, địa điểm bán đấu giá;
- Hàng hoá bán đấu giá;
- Giá đã bán;
- Thời hạn, địa điểm giao hàng hoá bán đấu giá cho người mua;
- Tên, địa chỉ của những người chứng kiến.

Trong trường hợp đấu giá không thành, văn bản bán đấu giá vẫn phải được lập với đầy đủ các nội dung như trên trừ tên, địa chỉ người mua hàng (vì không xác định được người mua hoặc xác định được người mua nhưng người này từ chối mua hàng) và giá đã bán (vì chưa có quan hệ mua bán diễn ra). Nếu đã xác định được người mua hàng văn bản bán đấu giá đã được lập nhưng người này từ chối mua hàng thì việc từ chối mua hàng này phải được người bán hàng hoá chấp nhận, ngoài ra, người từ chối mua hàng phải chịu một số hậu quả pháp lý như phải chịu mọi chi phí liên quan đến cuộc bán đấu giá; không được hoàn trả lại số tiền đặt cọc để tham gia đấu giá (nếu có), khoản tiền này thuộc về người bán hàng.

Về thời hạn, địa điểm, phương thức thanh toán tiền mua hàng hoá, về nguyên tắc là do tổ chức bán đấu giá và người mua hàng hoá thoả thuận. Nếu không có thoả thuận thì người mua phải thanh toán đủ một lần toàn bộ số tiền mua hàng hoá tại trụ sở kinh doanh của tổ chức bán đấu giá ngay sau khi nhận hàng hoá; hàng hoá được giao ngay sau khi lập văn bản đấu giá (đối với những hàng hoá không phải đăng ký quyền sở hữu) hoặc sau khi hoàn tất thủ tục chuyển quyền sở hữu hàng hoá cho người mua (đối với những hàng hoá phải đăng ký quyền sở hữu); địa điểm giao hàng hoá bán đấu giá là nơi có hàng hoá (đối với những hàng hoá gắn liền với đất

- Hàng hoá bán đấu giá;
- Giá đã bán;
- Thời hạn, địa điểm giao hàng hoá bán đấu giá cho người mua;
- Tên, địa chỉ của những người chứng kiến.

Trong trường hợp đấu giá không thành, văn bản bán đấu giá vẫn phải được lập với đầy đủ các nội dung như trên trừ tên, địa chỉ người mua hàng (vì không xác định được người mua hoặc xác định được người mua nhưng người này từ chối mua hàng) và giá đã bán (vì chưa

có quan hệ mua bán diễn ra). Nếu đã xác định được người mua hàng vẫn vẫn bán đấu giá đã được lập nhưng người này từ chối mua hàng thì việc từ chối mua hàng này phải được người bán hàng hoá chấp nhận, ngoài ra, người từ chối mua hàng phải chịu một số hậu quả pháp lí như phải chịu mọi chi phí liên quan đến cuộc bán đấu giá; không được hoàn trả lại số tiền đặt cọc để tham gia đấu giá (nếu có), khoản tiền này thuộc về người bán hàng.

Về thời hạn, địa điểm, phương thức thanh toán tiền mua hàng hoá, về nguyên tắc là do tổ chức bán đấu giá và người mua hàng hoá thoả thuận. Nếu không có thoả thuận thì người mua phải thanh toán đủ một lần toàn bộ số tiền mua hàng hoá tại trụ sở kinh doanh của tổ chức bán đấu giá ngay sau khi nhận hàng hoá; hàng hoá được giao ngay sau khi lập văn bản đấu giá (đối với những hàng hoá không phải đăng kí quyền sở hữu) hoặc sau khi hoàn tất thủ tục chuyển quyền sở hữu hàng hoá cho người mua (đối với những hàng hoá phải đăng kí quyền sở hữu); địa điểm giao hàng hoá bán đấu giá là nơi có hàng hoá (đối với những hàng hoá gắn liền với đất

đai) hoặc nơi bán đấu giá hàng hoá nếu hàng hoá là động sản trong trường hợp không có thoả thuận khác giữa tổ chức bán đấu giá và người mua hàng hoá.

Người bán hàng hoá, tổ chức bán đấu giá không chịu trách nhiệm về giá trị, chất lượng của hàng hoá bán đấu giá, trừ khi những thông tin cần thiết liên quan đến hàng hoá bán đấu giá đã không được thông báo và cung cấp đầy đủ cho người mua hoặc những thông tin đó là sai sự thật. Người mua có quyền trả lại hàng hoá cho tổ chức bán đấu giá và yêu cầu bồi thường thiệt hại nếu chất lượng của hàng hoá không đúng như đã thông báo. Người bán đấu giá (trong trường hợp không phải là người bán hàng hoá) có quyền trả lại hàng hoá cho người bán hàng hoá và yêu cầu bồi thường thiệt hại nếu sự không phù hợp về nội dung

thông bao, niêm yết liên quan đến cuộc bán đấu giá không phải do lỗi của người bán đấu giá (Điều 213 Luật thương mại năm 2005).

II. ĐẤU THẦU HÀNG HOÁ, DỊCH VỤ

1. Khái quát về đấu thầu hàng hoá, dịch vụ

Đấu thầu, theo nghĩa chung nhất, là phương thức lựa chọn nhà thầu phù hợp để thực hiện một công việc cụ thể. Tùy thuộc nội dung công việc mà nhà thầu phải thực hiện, người ta phân chia đấu thầu thành các loại tương ứng là: đấu thầu tuyển chọn tư vấn, thiết kế, đấu thầu thi công xây lắp, đấu thầu mua sắm hàng hoá, đấu thầu thực hiện dịch vụ, đấu thầu chọn đối tác để thực hiện dự án... Theo Luật thương mại năm 2005 thì “*Đấu thầu hàng hoá, dịch vụ là hoạt động thương mại, theo đó một bên mua hàng hoá, dịch vụ thông qua mời đãi*) hoặc nơi bán đấu giá hàng hoá nếu hàng hoá là động sản trong trường hợp không có thoả thuận khác giữa tổ chức bán đấu giá và người mua hàng hoá.

Người bán hàng hoá, tổ chức bán đấu giá không chịu trách nhiệm về giá trị, chất lượng của hàng hoá bán đấu giá, trừ khi những thông tin cần thiết liên quan đến hàng hoá bán đấu giá đã không được thông báo và cung cấp đầy đủ cho người mua hoặc những thông tin đó là sai sự thật. Người mua có quyền trả lại hàng hoá cho tổ chức bán đấu giá và yêu cầu bồi thường thiệt hại nếu chất lượng của hàng hoá không đúng như đã thông báo. Người bán đấu giá (trong trường hợp không phải là người bán hàng hoá) có quyền trả lại hàng hoá cho người bán hàng hoá và yêu cầu bồi thường thiệt hại nếu sự không phù hợp về nội dung thông bao, niêm yết liên quan đến cuộc bán đấu giá không phải do lỗi của người bán đấu giá (Điều 213 Luật thương mại năm 2005).

II. ĐẤU THẦU HÀNG HOÁ, DỊCH VỤ

1. Khái quát về đấu thầu hàng hoá, dịch vụ

Đấu thầu, theo nghĩa chung nhất, là phương thức lựa chọn nhà thầu phù hợp để thực hiện một công việc cụ thể. Tùy thuộc nội dung công việc mà nhà thầu phải thực hiện, người ta phân chia đấu thầu thành các loại tương ứng là: đấu thầu tuyển chọn tư vấn, thiết kế, đấu thầu thi công xây lắp, đấu thầu mua sắm hàng hoá, đấu thầu thực hiện dịch vụ, đấu thầu chọn đối tác để thực hiện dự án... Theo Luật thương mại năm 2005 thì “*Đấu thầu hàng hoá, dịch vụ là hoạt động thương mại, theo đó một bên mua hàng hoá, dịch vụ thông qua mời thầu (gọi là bên mời thầu) nhằm lựa chọn trong số các thương nhân tham gia đấu thầu (gọi là bên dự thầu) thương nhân đáp ứng tốt nhất các yêu cầu do bên mời thầu đặt ra và được lựa chọn để kí kết và thực hiện hợp đồng (gọi là bên trúng thầu)*” (khoản 1 Điều 214 Luật thương mại năm 2005).

Đấu thầu hàng hoá, dịch vụ là một tập hợp đan xen của những quan hệ kinh tế và pháp lý phức tạp. Bởi vậy, khi nghiên cứu về đấu thầu hàng hoá, dịch vụ chúng ta phải tiếp cận nó trên cả hai phương diện kinh tế và pháp lý.

Về phương diện kinh tế, đấu thầu là một quan hệ kinh tế khách quan, nó ra đời do nhu cầu tất yếu của nền kinh tế thị trường, nơi mà sản xuất và trao đổi hàng hoá luôn diễn biến trong trạng thái cung lớn hơn cầu. Khi một chủ thể nào đó có nhu cầu mua sắm hàng hoá, sử dụng dịch vụ thì cũng là lúc rất nhiều người có khả năng đáp ứng nhu cầu đó. Trong trường hợp này, bên mua hàng phải tổ chức đấu thầu để chọn ra trong số đó người nào có khả năng cung cấp hàng hoá hoặc cung ứng dịch vụ thỏa mãn những điều kiện của mình với giá cả hợp lý nhất. Do đó, đấu thầu hàng hoá, dịch vụ - xét về bản chất kinh tế - là một phương thức lựa chọn nhà thầu cung cấp hàng hoá, dịch vụ phù hợp với nhu cầu của các chủ thể trong xã hội. Ở

phương diện này thì bản chất của đấu thầu hàng hoá, dịch vụ cũng giống với các loại đấu thầu khác.

Về phương diện pháp lí, đấu thầu hàng hoá, dịch vụ là hành vi pháp lí của một nhóm chủ thể đặc biệt trong xã hội - các thương nhân. Lúc này đấu thầu hàng hoá, dịch vụ mang bản chất pháp lí của một hoạt động thương mại và trở thành đối tượng điều chỉnh của Luật thương mại. sở dĩ pháp luật *thầu (gọi là bên mời thầu) nhằm lựa chọn trong số các thương nhân tham gia đấu thầu (gọi là bên dự thầu) thương nhân đáp ứng tốt nhất các yêu cầu do bên mời thầu đặt ra và được lựa chọn để kí kết và thực hiện hợp đồng (gọi là bên trúng thầu)*” (khoản 1 Điều 214 Luật thương mại năm 2005).

Đấu thầu hàng hoá, dịch vụ là một tập hợp đan xen của những quan hệ kinh tế và pháp lí phức tạp. Bởi vậy, khi nghiên cứu về đấu thầu hàng hoá, dịch vụ chúng ta phải tiếp cận nó trên cả hai phương diện kinh tế và pháp lí.

Về phương diện kinh tế, đấu thầu là một quan hệ kinh tế khách quan, nó ra đời do nhu cầu tất yếu của nền kinh tế thị trường, nơi mà sản xuất và trao đổi hàng hoá luôn diễn biến trong trạng thái cung lớn hơn cầu. Khi một chủ thể nào đó có nhu cầu mua sắm hàng hoá, sử dụng dịch vụ thì cũng là lúc rất nhiều người có khả năng đáp ứng nhu cầu đó. Trong trường hợp này, bên mua hàng phải tổ chức đấu thầu để chọn ra trong số đó người nào có khả năng cung cấp hàng hoá hoặc cung ứng dịch vụ thỏa mãn những điều kiện của mình với giá cả hợp lí nhất. Do đó, đấu thầu hàng hoá, dịch vụ - xét về bản chất kinh tế - là một phương thức lựa chọn nhà thầu cung cấp hàng hoá, dịch vụ phù hợp với nhu cầu của các chủ thể trong xã hội. Ở phương diện này thì bản chất của đấu thầu hàng hoá, dịch vụ cũng giống với các loại đấu thầu khác.

Về phương diện pháp lí, đấu thầu hàng hoá, dịch vụ là hành vi

pháp lí của một nhóm chủ thể đặc biệt trong xã hội - các thương nhân. Lúc này đấu thầu hàng hoá, dịch vụ mang bản chất pháp lí của một hoạt động thương mại và trở thành đối tượng điều chỉnh của Luật thương mại. sở dĩ pháp luật

coi đấu thầu hàng hoá, dịch vụ là hoạt động thương mại là bởi vì nó cũng có những dấu hiệu cơ bản của một hoạt động thương mại, đó là:

- Các nhà thầu có tư cách thương nhân khi thực hiện hoạt động tham dự thầu;

- Hoạt động đấu thầu được thực hiện nhằm mục tiêu lợi nhuận hoặc nhằm thực hiện các chính sách kinh tế - xã hội;

- Đối tượng của đấu thầu hàng hoá, dịch vụ là các loại hàng hoá thương mại được phép lưu thông và dịch vụ thương mại được phép thực hiện theo quy định của pháp luật;

- Quyền và nghĩa vụ của các bên trong quan hệ đấu thầu được xác lập thông qua những hình thức pháp lí nhất định do pháp luật quy định.

Tuy nhiên, nếu đi sâu vào bản chất của đấu thầu hàng hoá, dịch vụ thì có thể thấy nó có những đặc thù so với các hoạt động thương mại khác, thể hiện ở những điểm sau:

Một là, đấu thầu hàng hoá, dịch vụ trong thương mại luôn gắn liền với quan hệ mua bán hàng hoá và cung ứng dịch vụ thương mại. Thật vậy, đấu thầu chỉ được tổ chức khi thương nhân có nhu cầu mua sắm hàng hoá hoặc sử dụng dịch vụ với mục đích lựa chọn được người cung cấp hàng hoá, dịch vụ tốt nhất. Kết quả đấu thầu là cơ sở để các bên thương thảo hợp đồng mua bán hàng hoá, cung ứng dịch vụ thương mại và các chi tiết của hồ sơ dự thầu sẽ được đưa vào trong nội dung của hợp đồng, về thực chất, đấu thầu hàng hoá, dịch vụ chỉ là giai đoạn tiền hợp đồng cung cấp hàng hoá, dịch vụ giữa các bên trong hoạt động thương mại chứ coi đấu thầu hàng hoá, dịch vụ là hoạt động thương

mại là bởi vì nó cũng có những dấu hiệu cơ bản của một hoạt động thương mại, đó là:

- Các nhà thầu có tư cách thương nhân khi thực hiện hoạt động tham dự thầu;

- Hoạt động đấu thầu được thực hiện nhằm mục tiêu lợi nhuận hoặc nhằm thực hiện các chính sách kinh tế - xã hội;

- Đối tượng của đấu thầu hàng hoá, dịch vụ là các loại hàng hoá thương mại được phép lưu thông và dịch vụ thương mại được phép thực hiện theo quy định của pháp luật;

- Quyền và nghĩa vụ của các bên trong quan hệ đấu thầu được xác lập thông qua những hình thức pháp lí nhất định do pháp luật quy định.

Tuy nhiên, nếu đi sâu vào bản chất của đấu thầu hàng hoá, dịch vụ thì có thể thấy nó có những đặc thù so với các hoạt động thương mại khác, thể hiện ở những điểm sau:

Một là, đấu thầu hàng hoá, dịch vụ trong thương mại luôn gắn liền với quan hệ mua bán hàng hoá và cung ứng dịch vụ thương mại. Thật vậy, đấu thầu chỉ được tổ chức khi thương nhân có nhu cầu mua sắm hàng hoá hoặc sử dụng dịch vụ với mục đích lựa chọn được người cung cấp hàng hoá, dịch vụ tốt nhất. Kết quả đấu thầu là cơ sở để các bên thương thảo hợp đồng mua bán hàng hoá, cung ứng dịch vụ thương mại và các chi tiết của hồ sơ dự thầu sẽ được đưa vào trong nội dung của hợp đồng, về thực chất, đấu thầu hàng hoá, dịch vụ chỉ là giai đoạn tiền hợp đồng cung cấp hàng hoá, dịch vụ giữa các bên trong hoạt động thương mại chứ

không hẳn là một hoạt động thương mại độc lập.⁽¹⁾

Hai là, các bên trong quan hệ đấu thầu hàng hoá, dịch vụ cũng chính là các bên mua và bán hàng hoá, dịch vụ. Bên mời thầu là bên (có thể là thương nhân hoặc không phải là thương nhân) có nhu cầu

mua sắm hàng hoá, sử dụng dịch vụ còn bên dự thầu là các thương nhân có năng lực cung cấp hàng hoá, dịch vụ cho gói thầu. Trong quan hệ này không xuất hiện thương nhân chuyên kinh doanh dịch vụ đấu thầu hàng hoá, dịch vụ (như đối với đa phần các hành vi thương mại khác), mặc dù cũng có sự tham gia của một số trung gian vào các giai đoạn của quy trình tổ chức đấu thầu (như các công ti tư vấn giúp lập hồ sơ mời thầu, tổ chuyên gia giúp đỡ việc đánh giá hồ sơ dự thầu...). Song trong đấu thầu hàng hoá, dịch vụ, nhất là đấu thầu công, lại xuất hiện một chủ thể tuy không trực tiếp tham gia nhưng có vai trò chi phối đến toàn bộ hoạt động đấu thầu, đó là nhà nước. Thể hiện qua việc các cơ quan nhà nước có thẩm quyền phê duyệt kế hoạch đấu thầu, phê duyệt hồ sơ mời thầu cũng như kết quả xét thầu trong rất nhiều gói thầu.

Ba là, quan hệ đấu thầu hàng hoá, dịch vụ luôn được xác lập giữa một bên mời thầu và nhiều nhà thầu. Vì đấu thầu là phương thức để giúp người mua lựa chọn người bán, do đó trong mỗi gói thầu phải tạo ra sự cạnh tranh càng lớn càng tốt giữa những người có năng lực bán hàng, thông qua đó người mua có thể lựa chọn được người bán tốt nhất, về nguyên tắc, số lượng nhà thầu tham dự một gói thầu luôn

(1). Luật thương mại của hầu hết các nước không coi đấu thầu là hành vi thương mại.

không hẳn là một hoạt động thương mại độc lập.⁽¹⁾

Hai là, các bên trong quan hệ đấu thầu hàng hoá, dịch vụ cũng chính là các bên mua và bán hàng hoá, dịch vụ. Bên mời thầu là bên (có thể là thương nhân hoặc không phải là thương nhân) có nhu cầu mua sắm hàng hoá, sử dụng dịch vụ còn bên dự thầu là các thương nhân có năng lực cung cấp hàng hoá, dịch vụ cho gói thầu. Trong

quan hệ này không xuất hiện thương nhân chuyên kinh doanh dịch vụ đấu thầu hàng hoá, dịch vụ (như đối với đa phần các hành vi thương mại khác), mặc dù cũng có sự tham gia của một số trung gian vào các giai đoạn của quy trình tổ chức đấu thầu (như các công ti tư vấn giúp lập hồ sơ mời thầu, tổ chuyên gia giúp đỡ việc đánh giá hồ sơ dự thầu...). Song trong đấu thầu hàng hoá, dịch vụ, nhất là đấu thầu công, lại xuất hiện một chủ thể tuy không trực tiếp tham gia nhưng có vai trò chi phối đến toàn bộ hoạt động đấu thầu, đó là nhà nước. Thể hiện qua việc các cơ quan nhà nước có thẩm quyền phê duyệt kế hoạch đấu thầu, phê duyệt hồ sơ mời thầu cũng như kết quả xét thầu trong rất nhiều gói thầu.

Ba là, quan hệ đấu thầu hàng hoá, dịch vụ luôn được xác lập giữa một bên mời thầu và nhiều nhà thầu. Vì đấu thầu là phương thức để giúp người mua lựa chọn người bán, do đó trớ trêu mỗi gói thầu phải tạo ra sự cạnh tranh càng lớn càng tốt giữa những người có năng lực bán hàng, thông qua đó người mua có thể lựa chọn được người bán tốt nhất, về nguyên tắc, số lượng nhà thầu tham dự một gói thầu luôn

(1). Luật thương mại của hầu hết các nước không coi đấu thầu là hành vi thương mại.

phải nhiều hơn một.⁽¹⁾

Bốn là, hình thức pháp lý của quan hệ đấu thầu hàng hoá, dịch vụ là hồ sơ mời thầu và hồ sơ dự thầu. Hồ sơ mời thầu là văn bản pháp lý do bên mời thầu lập (và được cơ quan có thẩm quyền phê duyệt) trong đó thể hiện đầy đủ những yêu cầu kỹ thuật, tài chính và thương mại của hàng hoá cần mua sắm, dịch vụ cần sử dụng và những điều kiện khác của gói thầu. Còn hồ sơ dự thầu thể hiện năng lực, mức độ đáp ứng của bên dự thầu trước các yêu cầu trong hồ sơ mời thầu. Những hồ sơ này là căn cứ pháp lý để xác lập, thay đổi, chấm dứt quyền và

nghĩa vụ của các bên trong quan hệ đấu thầu hàng hoá, dịch vụ.

Tóm lại, dưới góc độ pháp lí thì đấu thầu hàng hoá, dịch vụ vừa có những tính chất chung của một hoạt động thương mại độc lập, lại vừa có những đặc điểm rất riêng so với các hoạt động thương mại khác. Từ sự phân tích này có thể đi đến kết luận rằng đấu thầu hàng hoá, dịch vụ là một hoạt động thương mại đặc thù.

Việc mua sắm hàng hoá, tìm kiếm người cung cấp dịch vụ thông qua đấu thầu đem lại hiệu quả kinh tế - xã hội rất to lớn. Nó hình thành môi trường cạnh tranh lành mạnh giữa những người bán hàng, cung ứng dịch vụ bằng năng lực, chất lượng, giá cả của hàng hoá dịch vụ. Do vậy, các thương nhân phải không ngừng tìm tòi sáng tạo để cải tiến quy trình, công nghệ sản xuất, cắt giảm chi phí, tăng cường năng lực cạnh tranh trong đấu thầu. Việc thắng thầu giúp nâng cao uy tín và mở rộng các mối quan hệ cửa thương nhân trên thị trường. phải nhiều hơn một.⁽¹⁾

Bốn là, hình thức pháp lí của quan hệ đấu thầu hàng hoá, dịch vụ là hồ sơ mời thầu và hồ sơ dự thầu. Hồ sơ mời thầu là văn bản pháp lí do bên mời thầu lập (và được cơ quan có thẩm quyền phê duyệt) trong đó thể hiện đầy đủ những yêu cầu kĩ thuật, tài chính và thương mại của hàng hoá cần mua sắm, dịch vụ cần sử dụng và những điều kiện khác của gói thầu. Còn hồ sơ dự thầu thể hiện năng lực, mức độ đáp ứng của bên dự thầu trước các yêu cầu trong hồ sơ mời thầu. Những hồ sơ này là căn cứ pháp lí để xác lập, thay đổi, chấm dứt quyền và nghĩa vụ của các bên trong quan hệ đấu thầu hàng hoá, dịch vụ.

Tóm lại, dưới góc độ pháp lí thì đấu thầu hàng hoá, dịch vụ vừa có những tính chất chung của một hoạt động thương mại độc lập, lại vừa có những đặc điểm rất riêng so với các hoạt động thương mại khác. Từ sự phân tích này có thể đi đến kết luận rằng đấu thầu hàng hoá, dịch vụ là một hoạt động thương mại đặc thù.

(1). Theo nguyên tắc này thì chỉ định thầu không được coi là một hình thức đấu thầu.

Việc mua sắm hàng hoá, tìm kiếm người cung cấp dịch vụ thông qua đấu thầu đem lại hiệu quả kinh tế - xã hội rất to lớn. Nó hình thành môi trường cạnh tranh lành mạnh giữa những người bán hàng, cung ứng dịch vụ bằng năng lực, chất lượng, giá cả của hàng hoá dịch vụ. Do vậy, các thương nhân phải không ngừng tìm tòi sáng tạo để cải tiến quy trình, công nghệ sản xuất, cắt giảm chi phí, tăng cường năng lực cạnh tranh trong đấu thầu. Việc thắng thầu giúp nâng cao uy tín và mở rộng các mối quan hệ của thương nhân trên thị trường.

Đối với bên mua hàng hoặc có nhu cầu sử dụng dịch vụ, đấu thầu giúp họ lựa chọn được người cung ứng thoả mãn tốt nhất các yêu cầu về kỹ thuật, tài chính, thương mại, nhờ đó mà giảm chi phí đầu tư và tăng lợi ích kinh tế của việc mua sắm hàng hoá, tìm kiếm người cung ứng dịch vụ cho bản thân thương nhân đó cũng như cho xã hội. Tính chung toàn xã hội, mỗi năm có thể tiết kiệm được từ 10 đến 15% tổng vốn đầu tư do chênh lệch giữa giá trúng thầu và giá gói thầu trong kế hoạch đã được duyệt (năm 2000: 14%, năm 2001: 8,71 %, năm 2002: 8,17%).⁽¹⁾ Tuy nhiên, những hiệu quả trên chỉ được phát huy thực sự nếu các gói thầu được tiến hành trung thực, khách quan, vô tư và có sự giám sát chặt chẽ của pháp luật.

Ở nước ta, pháp luật về đấu thầu nói chung, đấu thầu hàng hoá, dịch vụ nói riêng mới đang trong giai đoạn hoàn thiện nên các quy định còn manh mún, chưa thành hệ thống đồng bộ và nội dung cũng còn nhiều bất cập. Trước đây, đấu thầu hàng hoá được điều chỉnh bởi rất nhiều văn bản, có thể kể tới như:

- Luật thương mại ngày 10/5/1997 (Điều 141 đến Điều 162);
- Nghị định của Chính phủ số 88/1999/NĐ-CP ngày 1/9/1999 ban hành Quy chế đấu thầu;
- Nghị định của Chính phủ số 14/2000/NĐ-CP ngày 5/5/2000 về sửa đổi, bổ sung một số điều của Quy chế đấu thầu ban hành

(1). Theo nguyên tắc này thì chỉ định thầu không được coi là một hình thức đấu thầu.

kèm theo Nghị định số 88/1999/NĐ-CP;

- Thông tư của Bộ kế hoạch và đầu tư số 04/2000/IT-BKH

(1).Xem: “*Quản lí đấu thầu - thực trạng ở Việt Nam và kinh nghiệm quốc tế*”, Nxb. Giao thông vận tải, H. 2004, tr. 46.

Đối với bên mua hàng hoặc có nhu cầu sử dụng dịch vụ, đấu thầu giúp họ lựa chọn được người cung ứng thoả mãn tốt nhất các yêu cầu về kĩ thuật, tài chính, thương mại, nhờ đó mà giảm chi phí đầu tư và tăng lợi ích kinh tế của việc mua sắm hàng hoá, tìm kiếm người cung ứng dịch vụ cho bản thân thương nhân đó cũng như cho xã hội. Tính chung toàn xã hội, mỗi năm có thể tiết kiệm được từ 10 đến 15% tổng vốn đầu tư do chênh lệch giữa giá trúng thầu và giá gói thầu trong kế hoạch đã được duyệt (năm 2000: 14%, năm 2001: 8,71 %, năm 2002: 8,17%).⁽¹⁾ Tuy nhiên, những hiệu quả trên chỉ được phát huy thực sự nếu các gói thầu được tiến hành trung thực, khách quan, vô tư và có sự giám sát chặt chẽ của pháp luật.

Ở nước ta, pháp luật về đấu thầu nói chung, đấu thầu hàng hoá, dịch vụ nói riêng mới đang trong giai đoạn hoàn thiện nên các quy định còn manh mún, chưa thành hệ thống đồng bộ và nội dung cũng còn nhiều bất cập. Trước đây, đấu thầu hàng hoá được điều chỉnh bởi rất nhiều văn bản, có thể kể tới như:

- Luật thương mại ngày 10/5/1997 (Điều 141 đến Điều 162);
- Nghị định của Chính phủ số 88/1999/NĐ-CP ngày 1/9/1999 ban hành Quy chế đấu thầu;
- Nghị định của Chính phủ số 14/2000/NĐ-CP ngày 5/5/2000 về sửa đổi, bổ sung một số điều của Quy chế đấu thầu ban hành kèm theo Nghị định số 88/1999/NĐ-CP;
- Thông tư của Bộ kế hoạch và đầu tư số 04/2000/IT-BKH

(l).Xem: “*Quản lý đấu thầu - thực trạng ở Việt Nam và kinh nghiệm quốc tế*”, Nxb. Giao thông vận tải, H. 2004, tr. 46.

ngày 26/5/2000 hướng dẫn thực hiện Quy chế đấu thầu ban hành kèm theo Nghị định của Chính phủ số 88/1999/NĐ-CP ngày 1/9/1999 Nghị định của Chính phủ số 14/2000/NĐ-CP ngày 5/5/2000 của Chính phủ;

- Nghị định của Chính phủ số 66/2003/NĐ-CP ngày 12/6/2003 về sửa đổi, bổ sung một số điều của Quy chế đấu thầu ban hành kèm theo Nghị định của Chính phủ số 88/1999/NĐ- CP ngày 1/9/1999 Nghị định của Chính phủ số 14/2000/NĐ- CP ngày 5/5/2000;

- Thông tư của Bộ kế hoạch - đầu tư số 01/2004/TT-BKH ngày 2/2/2004 hướng dẫn Nghị định của Chính phủ số 66/2003/ND-CP ngày 12/6/2003.

Tuy nhiên, ngày 14/6/2005, Quốc hội nước Cộng hoà xã hội chủ nghĩa Việt Nam đã thông qua Luật thương mại năm 2005 thay thế cho Luật thương mại Việt Nam 1997. Bởi vậy, những vấn đề chủ yếu liên quan đến đấu thầu hàng hoá, dịch vụ trong thương mại hiện nay được điều chỉnh chủ yếu bằng Luật thương mại năm 2005.

2. Phân loại đấu thầu hàng hoá, dịch vụ

Đấu thầu hàng hoá, dịch vụ được phân chia thành nhiều loại khác nhau dựa trên các tiêu chí sau đây:

- Dựa trên tiêu chí hình thức đấu thầu, có:

+ Đấu thầu rộng rãi: Đấu thầu rộng rãi là hình thức đấu thầu mà bên mời thầu không hạn chế số lượng các bên dự thầu (điểm a khoản 1 Điều 215 Luật thương mại năm 2005). Bên mời thầu có trách nhiệm thông báo công khai về các điều kiện cũng như thời gian dự thầu trên các phương tiện ngày 26/5/2000 hướng dẫn thực hiện Quy chế đấu thầu ban hành kèm theo Nghị định của Chính phủ số 88/1999/NĐ-CP ngày 1/9/1999 Nghị định của Chính phủ số 14/2000/NĐ-CP ngày 5/5/2000 của Chính phủ;

- Nghị định của Chính phủ số 66/2003/NĐ-CP ngày 12/6/2003 về sửa đổi, bổ sung một số điều của Quy chế đấu thầu ban hành kèm theo Nghị định của Chính phủ số 88/1999/NĐ- CP ngày 1/9/1999 Nghị định của Chính phủ số 14/2000/NĐ- CP ngày 5/5/2000;

- Thông tư của Bộ kế hoạch - đầu tư số 01/2004/TT-BKH ngày 2/2/2004 hướng dẫn Nghị định của Chính phủ số 66/2003/ND-CP ngày 12/6/2003.

Tuy nhiên, ngày 14/6/2005, Quốc hội nước Cộng hoà xã hội chủ nghĩa Việt Nam đã thông qua Luật thương mại năm 2005 thay thế cho Luật thương mại Việt Nam 1997. Bởi vậy, những vấn đề chủ yếu liên quan đến đấu thầu hàng hoá, dịch vụ trong thương mại hiện nay được điều chỉnh chủ yếu bằng Luật thương mại năm 2005.

2. Phân loại đấu thầu hàng hoá, dịch vụ

Đấu thầu hàng hoá, dịch vụ được phân chia thành nhiều loại khác nhau dựa trên các tiêu chí sau đây:

- Dựa trên tiêu chí hình thức đấu thầu, có:

+ Đấu thầu rộng rãi: Đấu thầu rộng rãi là hình thức đấu thầu mà bên mời thầu không hạn chế số lượng các bên dự thầu (điểm a khoản 1 Điều 215 Luật thương mại năm 2005). Bên mời thầu có trách nhiệm thông báo công khai về các điều kiện cũng như thời gian dự thầu trên các phương tiện

thông tin đại chúng trước khi phát hành hồ sơ mời thầu. Đấu thầu rộng rãi đem lại sự cạnh tranh lớn nhất giữa các nhà thầu, nên nó là hình thức chủ yếu được áp dụng trong đấu thầu hàng hoá, dịch vụ.

+ Đấu thầu hạn chế: Đấu thầu hạn chế là hình thức đấu thầu mà bên mời thầu chỉ mời một số nhà thầu nhất định dự thầu (điểm b khoản 1 Điều 215 Luật thương mại năm 2005). Đây là hình thức đấu thầu mà chỉ những nhà thầu có đủ kinh nghiệm và năng lực mới

được tham dự. Số lượng nhà thầu tham dự phải đủ rộng để đảm bảo có sự cạnh tranh, thông thường phải có từ 5 nhà thầu trở lên cho mỗi gói thầu. Trong hình thức này, bên mời thầu không cần thông báo công khai mà trực tiếp gửi thư mời thầu cho từng nhà thầu được mời tham dự.

Đấu thầu hạn chế được áp dụng khi chỉ có một số nhà thầu có khả năng đáp ứng được yêu cầu của gói thầu hoặc do nguồn vốn sử dụng yêu cầu phải đấu thầu hạn chế hoặc do tình hình cụ thể của gói thầu mà việc đấu thầu hạn chế có lợi thế. Việc chọn hình thức đấu thầu rộng rãi hoặc đấu thầu hạn chế do bên mời thầu quyết định.

- Dựa trên tiêu chí phương thức đấu thầu, có:

+ Đấu thầu một túi hồ sơ

Đối với đấu thầu một túi hồ sơ, khi dự thầu, nhà thầu nộp các đề xuất về kỹ thuật và về giá trong một túi hồ sơ để bên mời thầu xem xét và đánh giá chung. Các túi hồ sơ về giá và về chỉ tiêu kỹ thuật này được mở và đánh giá vào cùng một thời điểm (khoản 2 Điều 216 Luật thương mại năm 2005).

+ Đấu thầu hai túi hồ sơ

Thông tin đại chúng trước khi phát hành hồ sơ mời thầu. Đấu thầu rộng rãi đem lại sự cạnh tranh lớn nhất giữa các nhà thầu, nên nó là hình thức chủ yếu được áp dụng trong đấu thầu hàng hoá, dịch vụ.

+ Đấu thầu hạn chế: Đấu thầu hạn chế là hình thức đấu thầu mà bên mời thầu chỉ mời một số nhà thầu nhất định dự thầu (điểm b khoản 1 Điều 215 Luật thương mại năm 2005). Đây là hình thức đấu thầu mà chỉ những nhà thầu có đủ kinh nghiệm và năng lực mới được tham dự. Số lượng nhà thầu tham dự phải đủ rộng để đảm bảo có sự cạnh tranh, thông thường phải có từ 5 nhà thầu trở lên cho mỗi gói thầu. Trong hình thức này, bên mời thầu không cần thông báo công khai mà trực tiếp gửi thư mời thầu cho từng nhà thầu được mời

Đối với đấu thầu hai túi hồ sơ (thường áp dụng khi hàng

tham dự.

Đấu thầu hạn chế được áp dụng khi chỉ có một số nhà thầu có khả năng đáp ứng được yêu cầu của gói thầu hoặc do nguồn vốn sử dụng yêu cầu phải đấu thầu hạn chế hoặc do tình hình cụ thể của gói thầu mà việc đấu thầu hạn chế có lợi thế. Việc chọn hình thức đấu thầu rộng rãi hoặc đấu thầu hạn chế do bên mời thầu quyết định.

- Dựa trên tiêu chí phương thức đấu thầu, có:

+ Đấu thầu một túi hồ sơ

Đối với đấu thầu một túi hồ sơ, khi dự thầu, nhà thầu nộp các đề xuất về kỹ thuật và về giá trong một túi hồ sơ để bên mời thầu xem xét và đánh giá chung. Các túi hồ sơ về giá và về chỉ tiêu kỹ thuật này được mở và đánh giá vào cùng một thời điểm (khoản 2 Điều 216 Luật thương mại năm 2005).

+ Đấu thầu hai túi hồ sơ

hoá, dịch vụ có yêu cầu đặc biệt về chỉ tiêu kỹ thuật) thì các đề xuất về kỹ thuật và đề xuất về giá có thể được nộp cùng thời điểm nhưng trong hai túi hồ sơ khác nhau. Khi mở thầu, những túi hồ sơ đề xuất về kỹ thuật sẽ được xem xét trước. Những nhà thầu nào đạt được điểm số về kỹ thuật nhất định theo tiêu chuẩn đã xác định sẽ được mở tiếp túi hồ sơ đề xuất về giá để so sánh (khoản 3 Điều 216 Luật thương mại năm 2005).

3. Các nguyên tắc trong đấu thầu hàng hoá, dịch vụ

Nguyên tắc trong đấu thầu là những tư tưởng chỉ đạo được rút ra từ những quy định pháp luật về đấu thầu do tổ chức có thẩm quyền ban hành, trên một bình diện nào đó, buộc các bên tham gia quan hệ đấu thầu phải tuân theo, về cơ bản, mọi hoạt động đấu thầu nói chung, trong đó có đấu thầu hàng hoá, dịch vụ, phải được thực hiện dựa vào các nguyên tắc sau đây:

Đối với đấu thầu hai túi hồ sơ (thường áp dụng khi hàng
208

a. Nguyên tắc coi trọng tính hiệu quả

Các gói thầu mua sắm hàng hoá phải được tiến hành trên cơ sở có sự tính toán kỹ về hiệu quả kinh tế - xã hội mà nó mang lại. Chỉ tổ chức đấu thầu khi bên mời thầu chứng minh được ưu thế của đấu thầu so với áp dụng các hình thức cung ứng hàng hoá, dịch vụ khác. Không được lợi dụng tổ chức đấu thầu một cách tùy tiện nhằm thu lợi bất chính cho các cơ quan, tổ chức, cá nhân có liên quan. Việc lựa chọn hình thức, phương thức đấu thầu nào cũng phải xuất phát từ đặc điểm, yêu cầu của từng gói thầu, sao cho có hiệu quả nhất.

b. Nguyên tắc cạnh tranh với điều kiện ngang nhau (hoá, dịch vụ có yêu cầu đặc biệt về chỉ tiêu kỹ thuật) thì các đề xuất về kỹ thuật và đề xuất về giá có thể được nộp cùng thời điểm nhưng trong hai túi hồ sơ khác nhau. Khi mở thầu, những túi hồ sơ đề xuất về kỹ thuật sẽ được xem xét trước. Những nhà thầu nào đạt được điểm số về kỹ thuật nhất định theo tiêu chuẩn đã xác định sẽ được mở tiếp túi hồ sơ đề xuất về giá để so sánh (khoản 3 Điều 216 Luật thương mại năm 2005).

3. Các nguyên tắc trong đấu thầu hàng hoá, dịch vụ

Nguyên tắc trong đấu thầu là những tư tưởng chỉ đạo được rút ra từ những quy định pháp luật về đấu thầu do tổ chức có thẩm quyền ban hành, trên một bình diện nào đó, buộc các bên tham gia quan hệ đấu thầu phải tuân theo, về cơ bản, mọi hoạt động đấu thầu nói chung, trong đó có đấu thầu hàng hoá, dịch vụ, phải được thực hiện dựa vào các nguyên tắc sau đây:

a. Nguyên tắc coi trọng tính hiệu quả

Các gói thầu mua sắm hàng hoá phải được tiến hành trên cơ sở có sự tính toán kỹ về hiệu quả kinh tế - xã hội mà nó mang lại. Chỉ tổ chức đấu thầu khi bên mời thầu chứng minh được ưu thế của đấu thầu

so với áp dụng các hình thức cung ứng hàng hoá, dịch vụ khác. Không được lợi dụng tổ chức đấu thầu một cách tùy tiện nhằm thu lợi bất chính cho các cơ quan, tổ chức, cá nhân có liên quan. Việc lựa chọn hình thức, phương thức đấu thầu nào cũng phải xuất phát từ đặc điểm, yêu cầu của từng gói thầu, sao cho có hiệu quả nhất.

b. Nguyên tắc cạnh tranh với điều kiện ngang nhau

thầu nhất định có năng lực, đủ để đảm bảo sự cạnh tranh giữa các nhà thầu. Những điều kiện mà bên mời thầu đưa ra và những thông tin cung cấp cho các nhà thầu phải ngang bằng nhau, nhằm tạo sự bình đẳng về cơ hội cho mỗi nhà thầu. Trong hồ sơ mời thầu không được đưa ra các yêu cầu mang tính định hướng như yêu cầu về nguồn gốc, xuất xứ hàng hoá hoặc về thương hiệu cụ thể nhằm ngăn cản sự tham gia của các nhà thầu. Bên mời thầu không được phân biệt đối xử giữa những người dự thầu hợp lệ trong việc xem xét, đánh giá hồ sơ dự thầu. Tuy nhiên, pháp luật của hầu hết các nước vẫn có những quy định ưu đãi đối với nhà thầu trong nước. Sự ưu đãi này không phải là phân biệt đối xử mà chính là để đảm bảo sự cạnh tranh công bằng với các nhà thầu nước ngoài có kinh nghiệm và năng lực lớn hơn.

c. Nguyên tắc thông tin đầy đủ, công khai

Bên mời thầu phải cung cấp đầy đủ các dữ liệu, tài liệu liên quan đến gói thầu với các thông tin chi tiết, rõ ràng về quy mô, khối lượng, quy cách, yêu cầu chất lượng, giá cả và điều kiện hợp đồng (kể cả những sửa đổi, bổ sung nếu có) cho các nhà thầu. Danh mục cụ thể các tài liệu cần có trong hồ sơ dự thầu cũng cần nói rõ để bên dự thầu chuẩn bị đáp ứng. Thông báo mời thầu phải được đăng tải công khai trên các phương tiện thông tin đại chúng theo quy định của pháp luật hoặc theo yêu cầu của quy chế đấu thầu do tổ chức có thẩm quyền ban hành. Việc mở thầu cũng phải công khai, các nhà

Mỗi gói thầu phải có sự tham dự của một số lượng nhà

thầu tham đấu thầu phải được mời tới dự mở thầu. Những nội dung cơ bản của từng hồ sơ dự thầu cũng phải công bố công khai ngay khi mở thầu và được ghi vào biên bản mở thầu. Thầu nhất định có năng lực, đủ để đảm bảo sự cạnh tranh giữa các nhà thầu. Những điều kiện mà bên mời thầu đưa ra và những thông tin cung cấp cho các nhà thầu phải ngang bằng nhau, nhằm tạo sự bình đẳng về cơ hội cho mỗi nhà thầu. Trong hồ sơ mời thầu không được đưa ra các yêu cầu mang tính định hướng như yêu cầu về nguồn gốc, xuất xứ hàng hoá hoặc về thương hiệu cụ thể nhằm ngăn cản sự tham gia của các nhà thầu. Bên mời thầu không được phân biệt đối xử giữa những người dự thầu hợp lệ trong việc xem xét, đánh giá hồ sơ dự thầu. Tuy nhiên, pháp luật của hầu hết các nước vẫn có những quy định ưu đãi đối với nhà thầu trong nước. Sự ưu đãi này không phải là phân biệt đối xử mà chính là để đảm bảo sự cạnh tranh công bằng với các nhà thầu nước ngoài có kinh nghiệm và năng lực lớn hơn.

c. Nguyên tắc thông tin đầy đủ, công khai

Bên mời thầu phải cung cấp đầy đủ các dữ liệu, tài liệu liên quan đến gói thầu với các thông tin chi tiết, rõ ràng về quy mô, khối lượng, quy cách, yêu cầu chất lượng, giá cả và điều kiện hợp đồng (kể cả những sửa đổi, bổ sung nếu có) cho các nhà thầu. Danh mục cụ thể các tài liệu cần có trong hồ sơ dự thầu cũng cần nói rõ để bên dự thầu chuẩn bị đáp ứng. Thông báo mời thầu phải được đăng tải công khai trên các phương tiện thông tin đại chúng theo quy định của pháp luật hoặc theo yêu cầu của quy chế đấu thầu do tổ chức có thẩm quyền ban hành. Việc mở thầu cũng phải công khai, các nhà thầu tham đấu thầu phải được mời tới dự mở thầu. Những nội dung cơ bản của từng hồ sơ dự thầu cũng phải công bố công khai ngay khi mở thầu và được ghi vào biên bản mở thầu.

d. Nguyên tắc bảo mật thông tin đấu thầu

Do tính chất cạnh tranh gay gắt giữa các bên dự thầu nhằm mục đích trở thành người cung cấp hàng hoá và dịch vụ cho bên mời thầu mà việc bảo mật các thông tin đấu thầu phải được coi là một nguyên tắc không thể xâm phạm. Theo nguyên tắc này, bên mời thầu phải bảo mật hồ sơ dự thầu đồng thời, các tổ chức, cá nhân có liên quan đến việc tổ chức đấu thầu và xét chọn thầu phải giữ bí mật thông tin liên quan đến việc đấu thầu.

đ. Nguyên tắc đánh giá khách quan, công bằng

Các hồ sơ dự thầu hợp lệ đều phải được xem xét, đánh giá khách quan, công bằng với cùng một tiêu chuẩn như nhau và bởi một hội đồng xét thầu có đủ năng lực, kinh nghiệm và tư cách. Các tiêu chí đánh giá hồ sơ, tiêu chuẩn xét thầu phải được công bố trước trong hồ sơ mời thầu và trong quá trình xét thầu bên mời thầu không được tự ý thay đổi. Mọi lí do của việc hồ sơ dự thầu được chọn hay bị loại đều phải được giải thích rõ ràng bằng văn bản cho các nhà thầu biết khi có yêu cầu của nhà thầu.

- Nguyên tắc bảo đảm dự thầu

Bảo đảm dự thầu được thực hiện dưới hình thức đặt cọc, kí quỹ hoặc bảo lãnh dự thầu. Các bên dự thầu đều phải thực hiện việc bảo đảm dự thầu theo yêu cầu của bên mời thầu để bảo đảm tư cách, năng lực của bên dự thầu và lợi ích của bên mời thầu trong những trường hợp cần thiết.

Ngoài những nguyên tắc nêu trên, trong những gói thầu mua sắm hàng hoá bằng nguồn vốn tín dụng của các định

d. Nguyên tắc bảo mật thông tin đấu thầu

Do tính chất cạnh tranh gay gắt giữa các bên dự thầu nhằm mục đích trở thành người cung cấp hàng hoá và dịch vụ cho bên mời thầu mà việc bảo mật các thông tin đấu thầu phải được coi là một nguyên

tắc không thể xâm phạm. Theo nguyên tắc này, bên mời thầu phải bảo mật hồ sơ dự thầu đồng thời, các tổ chức, cá nhân có liên quan đến việc tổ chức đấu thầu và xét chọn thầu phải giữ bí mật thông tin liên quan đến việc đấu thầu.

đ. Nguyên tắc đánh giá khách quan, công bằng

Các hồ sơ dự thầu hợp lệ đều phải được xem xét, đánh giá khách quan, công bằng với cùng một tiêu chuẩn như nhau và bởi một hội đồng xét thầu có đủ năng lực, kinh nghiệm và tư cách. Các tiêu chí đánh giá hồ sơ, tiêu chuẩn xét thầu phải được công bố trước trong hồ sơ mời thầu và trong quá trình xét thầu bên mời thầu không được tự ý thay đổi. Mọi lí do của việc hồ sơ dự thầu được chọn hay bị loại đều phải được giải thích rõ ràng bằng văn bản cho các nhà thầu biết khi có yêu cầu của nhà thầu.

- Nguyên tắc bảo đảm dự thầu

Bảo đảm dự thầu được thực hiện dưới hình thức đặt cọc, kí quỹ hoặc bảo lãnh dự thầu. Các bên dự thầu đều phải thực hiện việc bảo đảm dự thầu theo yêu cầu của bên mời thầu để bảo đảm tư cách, năng lực của bên dự thầu và lợi ích của bên mời thầu trong những trường hợp cần thiết.

Ngoài những nguyên tắc nêu trên, trong những gói thầu mua sắm hàng hoá bằng nguồn vốn tín dụng của các định

chế tài chính quốc tế như Ngân hàng thế giới (WB), Ngân hàng châu Á (ADB), Ngân hàng hợp tác quốc tế Nhật Bản (JBIC)... thì việc tổ chức đấu thầu còn phải tuân theo các nguyên tắc riêng do các định chế này đặt ra. Chẳng hạn, trong bản hướng dẫn mua sắm bằng nguồn vốn vay của WB còn quy định các nguyên tắc “không đàm phán về giá”, nguyên tắc “chống tham nhũng”, nguyên tắc “đấu thầu cạnh tranh quốc tế” (ICB)...⁽¹⁾

4. Thủ tục và trình tự đấu thầu hàng hoá, dịch vụ

Theo quy định của pháp luật hiện hành, thủ tục đấu thầu hàng hoá, dịch vụ được tiến hành theo trình tự các bước như sau:

- Mời thầu;
- Dự thầu;
- Mở thầu;
- Đánh giá và so sánh hồ sơ dự thầu;
- Xếp hạng và lựa chọn nhà thầu;
- Thông báo kết quả thầu và kí kết hợp đồng.

a. Mời thầu

Mời thầu là việc bên mua sắm hàng hoá, sử dụng dịch vụ đưa ra lời đề nghị mua hàng, dịch vụ kèm theo những điều kiện cụ thể của việc cung cấp hàng hoá, dịch vụ cho gói thầu. Để tiến hành mời thầu, bên mua hàng hoá, dịch vụ phải chuẩn bị các công việc sau đây:

(1).Xem: “*Quản lí đấu thầu - thực trạng ở Việt Nam và kinh nghiệm quốc tế*”, Nxb. Giao thông vận tải, H. 2004, tr. 88^89.

ché tài chính quốc tế như Ngân hàng thế giới (WB), Ngân hàng châu Á (ADB), Ngân hàng hợp tác quốc tế Nhật Bản (JBIC)... thì việc tổ chức đấu thầu còn phải tuân theo các nguyên tắc riêng do các định chế này đặt ra. Chẳng hạn, trong bản hướng dẫn mua sắm bằng nguồn vốn vay của WB còn quy định các nguyên tắc “không đàm phán về giá”, nguyên tắc “chống tham nhũng”, nguyên tắc “đấu thầu cạnh tranh quốc tế” (ICB)...⁽¹⁾

4. Thủ tục và trình tự đấu thầu hàng hoá, dịch vụ

Theo quy định của pháp luật hiện hành, thủ tục đấu thầu hàng hoá, dịch vụ được tiến hành theo trình tự các bước như sau:

- Mời thầu;
- Dự thầu;
- Mở thầu;
- Đánh giá và so sánh hồ sơ dự thầu;
- Xếp hạng và lựa chọn nhà thầu;
- Thông báo kết quả thầu và kí kết hợp đồng.

a. Mời thầu

Mời thầu là việc bên mua sắm hàng hoá, sử dụng dịch vụ đưa ra lời đề nghị mua hàng, dịch vụ kèm theo những điều kiện cụ thể của việc cung cấp hàng hoá, dịch vụ cho gói thầu. Để tiến hành mời thầu, bên mua hàng hoá, dịch vụ phải chuẩn bị các công việc sau đây:

(1).Xem: “*Quản lí đấu thầu - thực trạng ở Việt Nam và kinh nghiệm quốc tế*”, Nxb. Giao thông vận tải, H. 2004, tr. 88^89.

** Sơ tuyển nhà thầu*

Đối với các gói thầu có giá trị lớn hoặc hàng hoá, dịch vụ có yêu cầu phức tạp về công nghệ, tiêu chuẩn hoặc trong những trường hợp mà chi phí cao cho việc chuẩn bị hồ sơ dự thầu có thể khiến các nhà thầu ngần ngại tham dự hoặc thời gian và chi phí cho việc đánh giá tất cả các hồ sơ dự thầu quá lớn không tương xứng với giá trị gói thầu thì trước khi phát hành hồ sơ mời thầu chính thức, bên mời thầu thường phải tiến hành sơ tuyển nhà thầu. Việc sơ tuyển nhà thầu là nhằm đảm bảo rằng thư mời thầu sẽ được giới hạn trong phạm vi những nhà thầu

có đủ năng lực, kinh nghiệm thực hiện gói thầu.

Thư mời sơ tuyển được thông báo một cách không hạn chế tới tất cả những nhà thầu muốn tham gia sơ tuyển. Nội dung của hồ sơ mời sơ tuyển phải thể hiện đầy đủ các thông tin về quy mô gói thầu, các đặc điểm chi tiết về kỹ thuật và các yêu cầu cụ thể khác đối với hàng hoá, dịch vụ được cung cấp, các chỉ dẫn đối với nhà thầu trong khi sơ tuyển cũng như tiêu chuẩn xét tuyển... Sau khi phát hành hồ sơ mời sơ tuyển, cần dành một khoảng thời gian thoả đáng để các nhà thầu nộp hồ sơ dự sơ tuyển.

Việc xét tuyển phải căn cứ hoàn toàn vào năng lực của những nhà thầu, về triển vọng của họ trong việc thực hiện yêu cầu của gói thầu. Các khía cạnh cần chú ý xem xét là: kinh nghiệm của nhà thầu và kết quả thực hiện những gói thầu tương tự trước đó; khả năng hiện tại về đội ngũ nhân sự, năng lực sản xuất, máy móc, thiết bị; tình hình tài chính... Những nhà thầu đáp ứng các tiêu chuẩn xét tuyển đã đề ra sẽ được quyền dự thầu chính thức. Thư mời thầu và hồ sơ mời

** Sơ tuyển nhà thầu*

Đối với các gói thầu có giá trị lớn hoặc hàng hoá, dịch vụ có yêu cầu phức tạp về công nghệ, tiêu chuẩn hoặc trong những trường hợp mà chi phí cao cho việc chuẩn bị hồ sơ dự thầu có thể khiến các nhà thầu ngần ngại tham dự hoặc thời gian và chi phí cho việc đánh giá tất cả các hồ sơ dự thầu quá lớn không tương xứng với giá trị gói thầu thì trước khi phát hành hồ sơ mời thầu chính thức, bên mời thầu thường phải tiến hành sơ tuyển nhà thầu. Việc sơ tuyển nhà thầu là nhằm đảm bảo rằng thư mời thầu sẽ được giới hạn trong phạm vi những nhà thầu có đủ năng lực, kinh nghiệm thực hiện gói thầu.

Thư mời sơ tuyển được thông báo một cách không hạn chế tới tất cả những nhà thầu muốn tham gia sơ tuyển. Nội dung của hồ sơ mời sơ tuyển phải thể hiện đầy đủ các thông tin về quy mô gói thầu, các

đặc điểm chi tiết về kỹ thuật và các yêu cầu cụ thể khác đối với hàng hoá, dịch vụ được cung cấp, các chỉ dẫn đối với nhà thầu trong khi sơ tuyển cũng như tiêu chuẩn xét tuyển... Sau khi phát hành hồ sơ mời sơ tuyển, cần dành một khoảng thời gian thoả đáng để các nhà thầu nộp hồ sơ dự sơ tuyển.

Việc xét tuyển phải căn cứ hoàn toàn vào năng lực của những nhà thầu, về triển vọng của họ trong việc thực hiện yêu cầu của gói thầu. Các khía cạnh cần chú ý xem xét là: kinh nghiệm của nhà thầu và kết quả thực hiện những gói thầu tương tự trước đó; khả năng hiện tại về đội ngũ nhân sự, năng lực sản xuất, máy móc, thiết bị; tình hình tài chính... Những nhà thầu đáp ứng các tiêu chuẩn xét tuyển đã đề ra sẽ được quyền dự thầu chính thức. Thư mời thầu và hồ sơ mời thầu sẽ được gửi trực tiếp tới họ. Kết quả sơ tuyển phải được thông báo tới tất cả những nhà thầu đã dự tuyển.

** Chuẩn bị hồ sơ mời thầu*

Hồ sơ mời thầu là một trong những yếu tố căn bản quyết định chất lượng và hiệu quả của gói thầu, do đó công việc lập hồ sơ mời thầu cần được đặc biệt coi trọng. Bên mời thầu có thể lập tổ chuyên gia hoặc thuê các cơ quan tư vấn để giúp lập hồ sơ mời thầu.

Nội dung hồ sơ mời thầu phải cung cấp đầy đủ các thông tin cần thiết để nhà thầu chuẩn bị hồ sơ dự thầu phù hợp. Mức độ chi tiết và phức tạp của các tài liệu cần có trong hồ sơ mời thầu thay đổi tùy theo loại hàng hoá được mua sắm, dịch vụ cần cung ứng và quy mô của gói thầu nhưng nhìn chung hồ sơ mời thầu càng chi tiết thì càng thuận tiện cho nhà thầu chuẩn bị hồ sơ dự thầu cũng như cho việc xét thầu sau này.

Theo khoản 1 Điều 218 Luật thương mại năm 2005, hồ sơ mời thầu bao gồm:

+ Thông báo mời thầu;

+ Các yêu cầu Hên quan đến hàng hoá, dịch vụ được đấu thầu;
4- Phương pháp đánh giá, so sánh, xếp hạng và lựa chọn nhà thầu;

+ Những chỉ dẫn khác liên quan đến việc đấu thầu.

Để đảm bảo tính minh bạch và cơ hội cạnh tranh tối đa cho các nhà thầu, hồ sơ mời thầu cần phải càng rõ ràng càng tốt. Các loại hàng hoá đặt mua, địa điểm và thời gian giao hàng hoặc lắp đặt, các yêu cầu bảo hành, bảo trì và những điều kiện thích hợp khác cần phải mô tả cụ thể và chính xác. thầu sẽ được gửi trực tiếp tới họ. Kết quả sơ tuyển phải được thông báo tới tất cả những nhà thầu đã dự tuyển.

** Chuẩn bị hồ sơ mời thầu*

Hồ sơ mời thầu là một trong những yếu tố căn bản quyết định chất lượng và hiệu quả của gói thầu, do đó công việc lập hồ sơ mời thầu cần được đặc biệt coi trọng. Bên mời thầu có thể lập tổ chuyên gia hoặc thuê các cơ quan tư vấn để giúp lập hồ sơ mời thầu.

Nội dung hồ sơ mời thầu phải cung cấp đầy đủ các thông tin cần thiết để nhà thầu chuẩn bị hồ sơ dự thầu phù hợp. Mức độ chi tiết và phức tạp của các tài liệu cần có trong hồ sơ mời thầu thay đổi tùy theo loại hàng hoá được mua sắm, dịch vụ cần cung ứng và quy mô của gói thầu nhưng nhìn chung hồ sơ mời thầu càng chi tiết thì càng thuận tiện cho nhà thầu chuẩn bị hồ sơ dự thầu cũng như cho việc xét thầu sau này.

Theo khoản 1 Điều 218 Luật thương mại năm 2005, hồ sơ mời thầu bao gồm:

+ Thông báo mời thầu;

+ Các yêu cầu liên quan đến hàng hoá, dịch vụ được đấu thầu;

4- Phương pháp đánh giá, so sánh, xếp hạng và lựa chọn nhà

thầu;

+ Những chỉ dẫn khác liên quan đến việc đấu thầu.

Để đảm bảo tính minh bạch và cơ hội cạnh tranh tối đa cho các nhà thầu, hồ sơ mời thầu cần phải càng rõ ràng càng tốt. Các loại hàng hoá đặt mua, địa điểm và thời gian giao hàng hoặc lắp đặt, các yêu cầu bảo hành, bảo trì và những điều kiện thích hợp khác cần phải mô tả cụ thể và chính xác.

Các mô tả chi tiết về kỹ thuật, tiêu chuẩn phải thể hiện tất cả những đặc điểm chủ yếu của hàng hoá, dịch vụ sẽ mua sắm và phải khuyến cáo rằng bất kỳ sự không tuân thủ nào so với những đặc điểm chủ yếu này sẽ làm cho hồ sơ dự thầu bị coi là không đáp ứng yêu cầu. Các bản vẽ phải phù hợp với bản thuyết minh mô tả đặc điểm kỹ thuật. Hồ sơ mời thầu phải nói rõ những phương pháp đánh giá và điều kiện xét thầu cũng như những yếu tố hoặc cơ sở (kể cả các yếu tố và cơ sở không thể lượng hoá được bằng tiền và trọng số cụ thể) sẽ được dùng để so sánh các hồ sơ dự thầu.

Trường hợp bên mời thầu sửa đổi một số nội dung trong hồ sơ mời thầu, bên mời thầu phải gửi nội dung đã sửa đổi bằng văn bản đến tất cả các bên dự thầu trước thời hạn cuối cùng nộp hồ sơ dự thầu ít nhất là mười ngày để các bên dự thầu có điều kiện hoàn chỉnh thêm hồ sơ dự thầu của mình (khoản 3 Điều 228 Luật thương mại năm 2005). Trong trường hợp có những sửa đổi lớn đối với hồ sơ mời thầu, cần bảo đảm cho nhà thầu có đủ thời gian để sửa đổi hồ sơ dự thầu của họ cho phù hợp với những điều chỉnh đó.

Bên mời thầu có thể thu lệ phí phát hành hồ sơ mời thầu. Mức thu lệ phí nhìn chung phải hợp lý và phản ánh đúng chi phí bỏ ra cho việc lập chúng. Không nên đặt ra mức thu quá cao làm nản chí những nhà thầu có năng lực, từ đó có thể làm giảm tính cạnh tranh trong đấu thầu. Vì mục đích như vậy mà đôi khi mức thu lệ phí hồ sơ mời thầu

có sự giới hạn bởi pháp luật.

** Thông cáo mời thầu*

Các mô tả chi tiết về kỹ thuật, tiêu chuẩn phải thể hiện tất cả những đặc điểm chủ yếu của hàng hoá, dịch vụ sẽ mua sắm và phải khuyến cáo rằng bất kỳ sự không tuân thủ nào so với những đặc điểm chủ yếu này sẽ làm cho hồ sơ dự thầu bị coi là không đáp ứng yêu cầu. Các bản vẽ phải phù hợp với bản thuyết minh mô tả đặc điểm kỹ thuật. Hồ sơ mời thầu phải nói rõ những phương pháp đánh giá và điều kiện xét thầu cũng như những yếu tố hoặc cơ sở (kể cả các yếu tố và cơ sở không thể lượng hoá được bằng tiền và trọng số cụ thể) sẽ được dùng để so sánh các hồ sơ dự thầu.

Trường hợp bên mời thầu sửa đổi một số nội dung trong hồ sơ mời thầu, bên mời thầu phải gửi nội dung đã sửa đổi bằng văn bản đến tất cả các bên dự thầu trước thời hạn cuối cùng nộp hồ sơ dự thầu ít nhất là mười ngày để các bên dự thầu có điều kiện hoàn chỉnh thêm hồ sơ dự thầu của mình (khoản 3 Điều 228 Luật thương mại năm 2005). Trong trường hợp có những sửa đổi lớn đối với hồ sơ mời thầu, cần bảo đảm cho nhà thầu có đủ thời gian để sửa đổi hồ sơ dự thầu của họ cho phù hợp với những điều chỉnh đó.

Bên mời thầu có thể thu lệ phí phát hành hồ sơ mời thầu. Mức thu lệ phí nhìn chung phải hợp lý và phản ánh đúng chi phí bỏ ra cho việc lập chúng. Không nên đặt ra mức thu quá cao làm nản chí những nhà thầu có năng lực, từ đó có thể làm giảm tính cạnh tranh trong đấu thầu. Vì mục đích như vậy mà đôi khi mức thu lệ phí hồ sơ mời thầu có sự giới hạn bởi pháp luật.

** Thông cáo mời thầu*

tất cả các gói thầu khi tổ chức đấu thầu đều phải thông báo công khai và rộng rãi. Thông báo mời thầu nhằm đưa đến cho các nhà thầu sự nắm bắt về các thông tin liên quan đến gói thầu để chuẩn bị

Do yêu cầu đảm bảo tính cạnh tranh trong đấu thầu mà

các điều kiện tham dự. Nội dung thông báo phải chuyển tải đầy đủ các thông tin cần thiết như: tên, địa chỉ của bên mời thầu; sự mô tả tóm tắt về số lượng, chất lượng, quy cách, công dụng của hàng hoá mua sắm, tiêu chuẩn của dịch vụ cần cung ứng; điều kiện dự thầu; thời hạn, địa điểm, thủ tục nhận hồ sơ mời thầu; thời hạn, địa điểm, thủ tục nộp hồ sơ dự thầu; những chỉ dẫn để tìm hiểu hồ sơ dự thầu...

Theo khoản 1 Điều 219 Luật thương mại năm 2005, thông báo mời thầu phải có đủ các yếu tố:

- + Tên, địa chỉ của bên mời thầu;
- + Tóm tắt nội dung đấu thầu;
- + Thời hạn, địa điểm và thủ tục nhận hồ sơ mời thầu;
- + Thời hạn, địa điểm, thủ tục nộp hồ sơ dự thầu;
- + Những chỉ dẫn để tìm hiểu hồ sơ mời thầu.

Hình thức của thông báo mời thầu phải phù hợp hình thức đấu thầu. Sử dụng thông báo mời đăng ký dự thầu cho các gói thầu thực hiện theo hình thức đấu thầu hạn chế hoặc đã qua sơ tuyển nhà thầu. Thông báo mời đăng ký dự thầu có thể gửi trực tiếp, gửi qua FAX, qua đường bưu điện hoặc các phương tiện khác tới các nhà thầu trong danh sách đã được chọn. Nếu là hình thức đấu thầu rộng rãi, thông báo mời thầu phải được công bố rộng rãi trên các phương tiện thông tin đại chúng.

b. Dự thầu

tất cả các gói thầu khi tổ chức đấu thầu đều phải thông báo công khai và rộng rãi. Thông báo mời thầu nhằm đưa đến cho các nhà thầu sự nắm bắt về các thông tin liên quan đến gói thầu để chuẩn bị các điều kiện tham dự. Nội dung thông báo phải chuyển tải đầy đủ các thông tin cần thiết như: tên, địa chỉ của bên mời thầu; sự mô tả tóm tắt về số lượng, chất lượng, quy cách, công dụng của hàng hoá

Sau khi có thông báo mời thầu, những nhà thầu quan tâm

mua sắm, tiêu chuẩn của dịch vụ cần cung ứng; điều kiện dự thầu; thời hạn, địa điểm, thủ tục nhận hồ sơ mời thầu; thời hạn, địa điểm, thủ tục nộp hồ sơ dự thầu; những chỉ dẫn để tìm hiểu hồ sơ dự thầu...

Theo khoản 1 Điều 219 Luật thương mại năm 2005, thông báo mời thầu phải có đủ các yếu tố:

- + Tên, địa chỉ của bên mời thầu;
- + Tóm tắt nội dung đấu thầu;
- + Thời hạn, địa điểm và thủ tục nhận hồ sơ mời thầu;
- + Thời hạn, địa điểm, thủ tục nộp hồ sơ dự thầu;
- + Những chỉ dẫn để tìm hiểu hồ sơ mời thầu.

Hình thức của thông báo mời thầu phải phù hợp hình thức đấu thầu. Sử dụng thông báo mời đăng ký dự thầu cho các gói thầu thực hiện theo hình thức đấu thầu hạn chế hoặc đã qua sơ tuyển nhà thầu. Thông báo mời đăng ký dự thầu có thể gửi trực tiếp, gửi qua FAX, qua đường bưu điện hoặc các phương tiện khác tới các nhà thầu trong danh sách đã được chọn. Nếu là hình thức đấu thầu rộng rãi, thông báo mời thầu phải được công bố rộng rãi trên các phương tiện thông tin đại chúng.

b. Dự thầu

đến gói thầu hoặc đã ở trong danh sách sơ tuyển sẽ làm thủ tục dự thầu. Nhà thầu là những thương nhân có khả năng cung cấp hàng hoá, dịch vụ cho gói thầu và phải thoả mãn tất cả những điều kiện do pháp luật quy định. Luật thương mại năm 2005 yêu cầu nhà thầu phải là thương nhân (Điều 214). Tuy nhiên, bên cạnh điều kiện có tư cách thương nhân, các nhà thầu cũng cần có một số tiêu chuẩn như tiêu chuẩn về sự độc lập về mặt tài chính; có năng lực pháp luật dân sự, đối với cá nhân còn phải có năng lực hành vi dân sự để kí kết và thực

Sau khi có thông báo mời thầu, những nhà thầu quan tâm

hiện hợp đồng.

Hồ sơ dự thầu bao gồm các tài liệu do nhà thầu lập theo yêu cầu của hồ sơ mời thầu. Hồ sơ dự thầu phải thể hiện đầy đủ các khía cạnh về hành chính, pháp lí của nhà thầu; các đề xuất về kĩ thuật, tiêu chuẩn; các đề xuất về thương mại và tài chính của gói thầu, trong đó có giá dự thầu... Yêu cầu về tính rõ ràng, chính xác của các tài liệu trong hồ sơ dự thầu cũng tương tự như đối với hồ sơ mời thầu. Hồ sơ dự thầu phải được niêm phong, trên túi hồ sơ ghi rõ tên gói thầu, tên dự án, tên và địa chỉ nhà thầu kèm theo dòng chữ “Không được mở ra trước ngày... giờ...”.

Hồ sơ dự thầu được nộp trực tiếp cho bên mời thầu hoặc được gửi bằng đường bưu điện theo địa chỉ ghi trong hồ sơ mời thầu trước thời điểm đóng thầu. Thời điểm đóng thầu là thời điểm được ấn định kết thúc việc nộp hồ sơ dự thầu. Thời điểm này dài hay ngắn tùy thuộc vào quy mô và tính phức tạp của gói thầu nhưng phải đủ để nhà thầu chuẩn bị hồ sơ dự thầu và cho phép bên mời thầu thu nhận tối đa các hồ sơ dự thầu. Thời điểm đóng thầu cũng có thể được bên mời thầu xem xét gia hạn thêm nếu việc gia hạn đó đưa lại sự cạnh đến gói thầu hoặc đã ở trong danh sách sơ tuyển sẽ làm thủ tục dự thầu. Nhà thầu là những thương nhân có khả năng cung cấp hàng hoá, dịch vụ cho gói thầu và phải thoả mãn tất cả những điều kiện do pháp luật quy định. Luật thương mại năm 2005 yêu cầu nhà thầu phải là thương nhân (Điều 214). Tuy nhiên, bên cạnh điều kiện có tư cách thương nhân, các nhà thầu cũng cần có một số tiêu chuẩn như tiêu chuẩn về sự độc lập về mặt tài chính; có năng lực pháp luật dân sự, đối với cá nhân còn phải có năng lực hành vi dân sự để kí kết và thực hiện hợp đồng.

Hồ sơ dự thầu bao gồm các tài liệu do nhà thầu lập theo yêu cầu của hồ sơ mời thầu. Hồ sơ dự thầu phải thể hiện đầy đủ các khía cạnh về hành chính, pháp lí của nhà thầu; các đề xuất về kĩ thuật, tiêu

chuẩn; các đề xuất về thương mại và tài chính của gói thầu, trong đó có giá dự thầu... Yêu cầu về tính rõ ràng, chính xác của các tài liệu trong hồ sơ dự thầu cũng tương tự như đối với hồ sơ mời thầu. Hồ sơ dự thầu phải được niêm phong, trên túi hồ sơ ghi rõ tên gói thầu, tên dự án, tên và địa chỉ nhà thầu kèm theo dòng chữ “Không được mở ra trước ngày... giờ...”.

Hồ sơ dự thầu được nộp trực tiếp cho bên mời thầu hoặc được gửi bằng đường bưu điện theo địa chỉ ghi trong hồ sơ mời thầu trước thời điểm đóng thầu. Thời điểm đóng thầu là thời điểm được ấn định kết thúc việc nộp hồ sơ dự thầu. Thời điểm này dài hay ngắn tùy thuộc vào quy mô và tính phức tạp của gói thầu nhưng phải đủ để nhà thầu chuẩn bị hồ sơ dự thầu và cho phép bên mời thầu thu nhận tối đa các hồ sơ dự thầu. Thời điểm đóng thầu cũng có thể được bên mời thầu xem xét gia hạn thêm nếu việc gia hạn đó đưa lại sự cạnh

tranh lớn hơn. Bên mời thầu không nhận hồ sơ dự thầu hay bất cứ tài liệu bổ sung nào, kể cả thư giảm giá, sau thời điểm đóng thầu, trừ các tài liệu làm rõ hồ sơ dự thầu theo yêu cầu của bên mời thầu. Các hồ sơ dự thầu nộp sau thời điểm đóng thầu được xem là không hợp lệ và được gửi trả lại cho nhà thầu theo nguyên trạng. Sau khi đã nộp hồ sơ dự thầu, nếu muốn sửa đổi hoặc rút lại hồ sơ, nhà thầu phải gửi đề nghị bằng văn bản cho bên mời thầu trước thời điểm đóng thầu.

Những hồ sơ dự thầu nộp đúng hạn, bên mời thầu có trách nhiệm quản lý nghiêm ngặt theo chế độ bảo mật trước, trong và sau khi mở thầu (Điều 212 Luật thương mại năm 2005). Những yêu cầu đối với công tác bảo mật hồ sơ dự thầu cụ thể là:

+ Bên mời thầu không được tự ý bóc hồ sơ trước thời điểm mở thầu.

+ Sau khi mở thầu, không được tiết lộ nội dung các hồ sơ dự thầu, các sổ tay ghi chép, các biên bản cuộc họp xét thầu, các ý kiến

nhận xét, đánh giá của các chuyên gia tư vấn về hồ sơ dự thầu.

+ Các tài liệu trong hồ sơ dự thầu và các tài liệu khác có liên quan được đóng dấu “Mật”, “Tối mật” hoặc “Tuyệt mật”.

+ Không được tiết lộ kết quả đấu thầu trước khi công bố chính thức.

+ Không được cung cấp các thông tin trong các tài liệu, hồ sơ đấu thầu cho các phương tiện thông tin đại chúng...

Khi dự thầu, nhà thầu phải nộp một khoản tiền bảo đảm dự thầu (thể hiện dưới hình thức đặt cọc, kí quỹ, bảo lãnh thầu) để bảo đảm hiệu lực của hồ sơ dự thầu. Mức bảo đảm dự tranh lớn hơn. Bên mời thầu không nhận hồ sơ dự thầu hay bất cứ tài liệu bổ sung nào, kể cả thư giảm giá, sau thời điểm đóng thầu, trừ các tài liệu làm rõ hồ sơ dự thầu theo yêu cầu của bên mời thầu. Các hồ sơ dự thầu nộp sau thời điểm đóng thầu được xem là không hợp lệ và được gửi trả lại cho nhà thầu theo nguyên trạng. Sau khi đã nộp hồ sơ dự thầu, nếu muốn sửa đổi hoặc rút lại hồ sơ, nhà thầu phải gửi đề nghị bằng văn bản cho bên mời thầu trước thời điểm đóng thầu.

Những hồ sơ dự thầu nộp đúng hạn, bên mời thầu có trách nhiệm quản lí nghiêm ngặt theo chế độ bảo mật trước, trong và sau khi mở thầu (Điều 212 Luật thương mại năm 2005). Những yêu cầu đối với công tác bảo mật hồ sơ dự thầu cụ thể là:

+ Bên mời thầu không được tự ý bóc hồ sơ trước thời điểm mở thầu.

+ Sau khi mở thầu, không được tiết lộ nội dung các hồ sơ dự thầu, các sổ tay ghi chép, các biên bản cuộc họp xét thầu, các ý kiến nhận xét, đánh giá của các chuyên gia tư vấn về hồ sơ dự thầu.

+ Các tài liệu trong hồ sơ dự thầu và các tài liệu khác có liên quan được đóng dấu “Mật”, “Tối mật” hoặc “Tuyệt mật”.

+ Không được tiết lộ kết quả đấu thầu trước khi công bố chính thức.

+ Không được cung cấp các thông tin trong các tài liệu, hồ sơ đấu thầu cho các phương tiện thông tin đại chúng...

Khi dự thầu, nhà thầu phải nộp một khoản tiền bảo đảm dự thầu (thể hiện dưới hình thức đặt cọc, kí quỹ, bảo lãnh thầu) để bảo đảm hiệu lực của hồ sơ dự thầu. Mức bảo đảm dự

thầu được xác định dựa trên sự đánh giá hợp lí về thiệt hại mà bên mời thầu phải chịu trong trường hợp nhà thầu rút lại hồ sơ dự thầu hoặc từ chối kí hợp đồng. Tỷ lệ đặt cọc, kí quỹ dự thầu do bên mời thầu quy định nhưng không quá 3% tổng giá trị ước tính của hàng hoá, dịch vụ đấu thầu (khoản 2 Điều 222 Luật thương mại năm 2005). Bảo đảm dự thầu được hoàn trả cho các nhà thầu không trúng thầu trong thời hạn 7 ngày làm việc kể từ sau khi công bố kết quả đấu thầu. Đối với nhà thầu trúng thầu thì số tiền này sẽ được hoàn trả sau khi đã nộp bảo lãnh thực hiện hợp đồng. Bên nhận bảo lãnh cho bên dự thầu có nghĩa vụ bảo đảm dự thầu cho bên được bảo lãnh trong phạm vi giá trị tương đương với số tiền đặt cọc, kí quỹ.

Bảo đảm dự thầu sẽ không được hoàn lại nếu nhà thầu có một trong các hành vi sau đây:

+ Trúng thầu nhưng không kí hợp đồng hoặc từ chối thực hiện hợp đồng;

+ Rút hồ sơ dự thầu sau thời điểm đóng thầu;

+ Có sự vi phạm quy chế đấu thầu.

c. Mở thầu

Mở thầu là thủ tục mở các hồ sơ dự thầu tại thời điểm đã được ấn định trước trong hồ sơ mời thầu để xem xét và đánh giá. Nếu như không ấn định thời điểm mở thầu thì thời điểm mở thầu được khuyến

khích là càng sớm càng tốt ngay sau khi đóng thầu, về nguyên tắc, sau khi đã mở thầu các bên dự thầu không được sửa đổi hồ sơ dự thầu. Tuy nhiên, trong quá trình mở thầu, xét thầu, nếu thấy có những nội dung trong hồ sơ dự thầu chưa rõ ràng, bên mời thầu có thể yêu cầu nhà thầu được xác định dựa trên sự đánh giá hợp lý về thiệt hại mà bên mời thầu phải chịu trong trường hợp nhà thầu rút lại hồ sơ dự thầu hoặc từ chối kí hợp đồng. Tỷ lệ đặt cọc, kí quỹ dự thầu do bên mời thầu quy định nhưng không quá 3% tổng giá trị ước tính của hàng hoá, dịch vụ đấu thầu (khoản 2 Điều 222 Luật thương mại năm 2005). Bảo đảm dự thầu được hoàn trả cho các nhà thầu không trúng thầu trong thời hạn 7 ngày làm việc kể từ sau khi công bố kết quả đấu thầu. Đối với nhà thầu trúng thầu thì số tiền này sẽ được hoàn trả sau khi đã nộp bảo lãnh thực hiện hợp đồng. Bên nhận bảo lãnh cho bên dự thầu có nghĩa vụ bảo đảm dự thầu cho bên được bảo lãnh trong phạm vi giá trị tương đương với số tiền đặt cọc, kí quỹ.

Bảo đảm dự thầu sẽ không được hoàn lại nếu nhà thầu có một trong các hành vi sau đây:

- + Trúng thầu nhưng không kí hợp đồng hoặc từ chối thực hiện hợp đồng;
- + Rút hồ sơ dự thầu sau thời điểm đóng thầu;
- + Có sự vi phạm quy chế đấu thầu.

c. Mở thầu

Mở thầu là thủ tục mở các hồ sơ dự thầu tại thời điểm đã được ấn định trước trong hồ sơ mời thầu để xem xét và đánh giá. Nếu như không ấn định thời điểm mở thầu thì thời điểm mở thầu được khuyến khích là càng sớm càng tốt ngay sau khi đóng thầu, về nguyên tắc, sau khi đã mở thầu các bên dự thầu không được sửa đổi hồ sơ dự thầu. Tuy nhiên, trong quá trình mở thầu, xét thầu, nếu thấy có những nội dung trong hồ sơ dự thầu chưa rõ ràng, bên mời thầu có thể yêu

câu nhà

thầu giải trình về những nội dung cụ thể này.

Thủ tục mở thầu phải đảm bảo tính công khai, vì vậy bên mời thầu phải mời đại diện của từng nhà thầu đến dự và có thể mời đại diện của các cơ quan hữu quan có mặt để chứng kiến. Những người được mời dự và chứng kiến sau đó phải cùng kí xác nhận vào biên bản mở thầu. Việc mở thầu được tiến hành theo địa điểm, thời gian ghi trong hồ sơ mời thầu, không bị cản trở bởi sự vắng mặt của một vài nhà thầu được mời. Về nguyên tắc, tất cả các hồ sơ dự thầu hợp lệ đều được mở. Những hồ sơ dự thầu nộp muộn, không được chấp nhận thì được trả lại cho các nhà thầu trong tình trạng chưa mở.

Trình tự mở thầu được tiến hành với các bước sau:

- (i) Thông báo thành phần tham dự;
- (ii) Thông báo số lượng và tên các nhà thầu đã nộp hồ sơ dự thầu;
- (iii) Kiểm tra niêm phong các hồ sơ dự thầu;
- (iv) Mở lần lượt các túi hồ sơ dự thầu, kể cả các túi hồ sơ dự thầu thay thế (nếu có), nếu như sự thay thế đó đã được chấp nhận. Đọc to và ghi lại vào biên bản mở thầu các thông tin chủ yếu sau đây của từng hồ sơ dự thầu:

+ Tên gói thầu;

4- Ngày, giờ, địa điểm mở thầu;

+ Tên và địa chỉ các nhà thầu;

+ Số lượng bản chính, bản chụp các tài liệu trong hồ sơ dự thầu;

+ Giá dự thầu; bảo lãnh dự thầu và tiến độ thực hiện;

+ Những vấn đề khác.

220

thầu giải trình về những nội dung cụ thể này.

Thủ tục mở thầu phải đảm bảo tính công khai, vì vậy bên mời thầu phải mời đại diện của từng nhà thầu đến dự và có thể mời đại

diện của các cơ quan hữu quan có mặt để chứng kiến. Những người được mời dự và chứng kiến sau đó phải cùng kí xác nhận vào biên bản mở thầu. Việc mở thầu được tiến hành theo địa điểm, thời gian ghi trong hồ sơ mời thầu, không bị cản trở bởi sự vắng mặt của một vài nhà thầu được mời. Về nguyên tắc, tất cả các hồ sơ dự thầu hợp lệ đều được mở. Những hồ sơ dự thầu nộp muộn, không được chấp nhận thì được trả lại cho các nhà thầu trong tình trạng chưa mở.

Trình tự mở thầu được tiến hành với các bước sau:

- (i) Thông báo thành phần tham dự;
- (ii) Thông báo số lượng và tên các nhà thầu đã nộp hồ sơ dự thầu;
- (iii) Kiểm tra niêm phong các hồ sơ dự thầu;
- (iv) Mở lần lượt các túi hồ sơ dự thầu, kể cả các túi hồ sơ dự thầu thay thế (nếu có), nếu như sự thay thế đó đã được chấp nhận. Đọc to và ghi lại vào biên bản mở thầu các thông tin chủ yếu sau đây của từng hồ sơ dự thầu:

+ Tên gói thầu;

4- Ngày, giờ, địa điểm mở thầu;

+ Tên và địa chỉ các nhà thầu;

+ Số lượng bản chính, bản chụp các tài liệu trong hồ sơ dự thầu;

+ Giá dự thầu; bảo lãnh dự thầu và tiến độ thực hiện;

+ Những vấn đề khác.

220

(v) Tổ chuyên gia hoặc bên mời thầu kí xác nhận vào từng trang bản chính các tài liệu trong hồ sơ dự thầu để làm cơ sở cho việc đánh giá. Bản chính hồ sơ dự thầu được bảo quản theo chế độ bảo mật, việc đánh giá được tiến hành theo các bản chụp.

(vi) Thông qua biên bản mở thầu.

d. Xét thầu (đánh giá và so sánh hồ sơ dự thầu)

Sau khi mở thầu, công việc tiếp theo là đánh giá, xếp loại hồ sơ dự thầu để chọn nhà thầu trúng thầu. Khâu này có thể do bên mời thầu tự làm nhưng thường thì phải có sự giúp đỡ của tổ chuyên gia và phải hoàn tất trong thời hạn tồn tại hiệu lực của hồ sơ dự thầu. Các hồ sơ dự thầu sẽ được xem xét, đánh giá theo hai mức độ là đánh giá sơ bộ và đánh giá chi tiết.

Ở mức độ đánh giá sơ bộ, bên mời thầu kiểm tra tính hợp lệ và xem xét sự đáp ứng cơ bản các yêu cầu của hồ sơ dự thầu so với hồ sơ mời thầu. Chẳng hạn: tên nhà thầu có trong danh sách đăng kí tham dự không? Hồ sơ dự thầu có nộp đúng thời hạn hay không? Nhà thầu đã nộp bảo lãnh dự thầu hay chưa? Hồ sơ có đầy đủ bản gốc và bản chụp không, có chữ kí hợp lệ không, các giấy tờ cần thiết được yêu cầu cung cấp có đầy đủ hay không?... Những hồ sơ nào không đáp ứng các yêu cầu về tính hợp lệ nêu trên hoặc đưa ra những đề xuất không thể chấp nhận được thì sẽ bị loại ngay mà không cần xem xét tiếp. Lưu ý là bên dự thầu không được phép sửa chữa hoặc rút bỏ các sai lệch hay hạn chế của hồ sơ dự thầu khi nó đã được mở. Những nhà thầu nộp hai hay nhiều hồ sơ cho cùng một gói thầu thì các hồ sơ đó cũng đều bị loại.

(v) Tổ chuyên gia hoặc bên mời thầu kí xác nhận vào từng trang bản chính các tài liệu trong hồ sơ dự thầu để làm cơ sở cho việc đánh giá. Bản chính hồ sơ dự thầu được bảo quản theo chế độ bảo mật, việc đánh giá được tiến hành theo các bản chụp.

(vi) Thông qua biên bản mở thầu.

d. Xét thầu (đánh giá và so sánh hồ sơ dự thầu)

Sau khi mở thầu, công việc tiếp theo là đánh giá, xếp loại hồ sơ dự thầu để chọn nhà thầu trúng thầu. Khâu này có thể do bên mời thầu tự làm nhưng thường thì phải có sự giúp đỡ của tổ chuyên gia và phải hoàn tất trong thời hạn tồn tại hiệu lực của hồ sơ dự thầu. Các hồ sơ dự thầu sẽ được xem xét, đánh giá theo hai mức độ là đánh giá

sơ bộ và đánh giá chi tiết.

Ở mức độ đánh giá sơ bộ, bên mời thầu kiểm tra tính hợp lệ và xem xét sự đáp ứng cơ bản các yêu cầu của hồ sơ dự thầu so với hồ sơ mời thầu. Chẳng hạn: tên nhà thầu có trong danh sách đăng kí tham dự không? Hồ sơ dự thầu có nộp đúng thời hạn hay không? Nhà thầu đã nộp bảo lãnh dự thầu hay chưa? Hồ sơ có đầy đủ bản gốc và bản chụp không, có chữ kí hợp lệ không, các giấy tờ cần thiết được yêu cầu cung cấp có đầy đủ hay không?... Những hồ sơ nào không đáp ứng các yêu cầu về tính hợp lệ nêu trên hoặc đưa ra những đề xuất không thể chấp nhận được thì sẽ bị loại ngay mà không cần xem xét tiếp. Lưu ý là bên dự thầu không được phép sửa chữa hoặc rút bỏ các sai lệch hay hạn chế của hồ sơ dự thầu khi nó đã được mở. Những nhà thầu nộp hai hay nhiều hồ sơ cho cùng một gói thầu thì các hồ sơ đó cũng đều bị loại.

Trong khi đánh giá sơ bộ, bên mời thầu có thể yêu cầu nhà thầu làm rõ hồ sơ dự thầu nếu điều đó là cần thiết để tăng thêm tính chính xác, tiến độ hoặc tính công bằng trong quá trình đánh giá. Những cung cấp làm rõ hồ sơ dự thầu phải bằng văn bản và không được làm thay đổi hoặc sai lệch bản chất của hồ sơ dự thầu cũng như giá dự thầu ban đầu.

ở mức độ đánh giá chi tiết, các chuyên gia sẽ đi vào xem xét từng nội dung chi tiết của hồ sơ dự thầu. Việc này được tiến hành theo hai bước:

Bước 1 - đánh giá về mặt kỹ thuật của hồ sơ dự thầu

Các tiêu chí được áp dụng để đánh giá và so sánh hồ sơ về mặt kỹ thuật bao gồm: phạm vi cung cấp, số lượng, chất lượng của hàng hoá, tiêu chuẩn của dịch vụ; tiêu chuẩn công nghệ, tiêu chuẩn sản xuất, tính năng kỹ thuật, nguồn gốc thiết bị; thời gian bảo hành; năng lực chuyên môn của nhà thầu; tiến độ thực hiện; yêu cầu bảo vệ môi trường; chuyên gia công nghệ; đào tạo; những tiêu chuẩn khác... Các

tiêu chuẩn này được đánh giá và so sánh theo phương pháp đã được ấn định trong hồ sơ mời thầu.

Bước 2 - đánh giá về tài chính, thương mại (đối với các hồ sơ trong danh sách ngắn)

Trong đấu thầu hàng hoá, dịch vụ, khi đánh giá về tài chính thương mại của hồ sơ dự thầu thường áp dụng phương pháp xác định giá đánh giá. Theo phương pháp này, căn cứ vào giá dự thầu của hồ sơ, bên mời thầu tiến hành các thao tác:

- Sửa lỗi, bao gồm lỗi số học, lỗi đánh máy, lỗi nhầm đơn vị tính toán;

Trong khi đánh giá sơ bộ, bên mời thầu có thể yêu cầu nhà thầu làm rõ hồ sơ dự thầu nếu điều đó là cần thiết để tăng thêm tính chính xác, tiến độ hoặc tính công bằng trong quá trình đánh giá. Những cung cấp làm rõ hồ sơ dự thầu phải bằng văn bản và không được làm thay đổi hoặc sai lệch bản chất của hồ sơ dự thầu cũng như giá dự thầu ban đầu.

ở mức độ đánh giá chi tiết, các chuyên gia sẽ đi vào xem xét từng nội dung chi tiết của hồ sơ dự thầu. Việc này được tiến hành theo hai bước:

Bước 1 - đánh giá về mặt kỹ thuật của hồ sơ dự thầu

Các tiêu chí được áp dụng để đánh giá và so sánh hồ sơ về mặt kỹ thuật bao gồm: phạm vi cung cấp, số lượng, chất lượng của hàng hoá, tiêu chuẩn của dịch vụ; tiêu chuẩn công nghệ, tiêu chuẩn sản xuất, tính năng kỹ thuật, nguồn gốc thiết bị; thời gian bảo hành; năng lực chuyên môn của nhà thầu; tiến độ thực hiện; yêu cầu bảo vệ môi trường; chuyển giao công nghệ; đào tạo; những tiêu chuẩn khác... Các tiêu chuẩn này được đánh giá và so sánh theo phương pháp đã được ấn định trong hồ sơ mời thầu.

Bước 2 - đánh giá về tài chính, thương mại (đối với các hồ sơ trong danh sách ngắn)

Trong đấu thầu hàng hoá, dịch vụ, khi đánh giá về tài chính thương mại của hồ sơ dự thầu thường áp dụng phương pháp xác định giá đánh giá. Theo phương pháp này, căn cứ vào giá dự thầu của hồ sơ, bên mời thầu tiến hành các thao tác:

- Sửa lỗi, bao gồm lỗi số học, lỗi đánh máy, lỗi nhầm đơn vị tính toán;

- Hiệu chỉnh các sai lệch về giá trong hồ sơ;
- Chuyển đổi giá dự thầu sang một đồng tiền chung;
- Đưa về một mặt bằng chung để so sánh;
- Xác định giá đánh giá của hồ sơ dự thầu.

Giá đánh giá là giá dự thầu đã được sửa lỗi và hiệu chỉnh các sai lệch (nếu có), được quy đổi về cùng một mặt bằng (kỹ thuật, tài chính, thương mại và các yếu tố khác...) để làm cơ sở so sánh giữa các hồ sơ dự thầu.

Đối với các gói thầu quốc tế, khi xác định giá đánh giá của các hồ sơ dự thầu có loại hàng hoá không thuộc diện ưu đãi phải cộng thêm vào giá đánh giá một khoản tiền tương đương với các loại thuế và phí nhập khẩu theo quy định của pháp luật mà nhà nhập khẩu không được miễn thuế phải trả cho hàng hoá của gói thầu hoặc phải cộng thêm 15 % giá CIF của hàng hoá đó nếu các loại thuế và phí nhập khẩu nêu trên vượt quá 15% (trừ các loại hàng hoá phải đóng thuế nhập khẩu).

Các hồ sơ dự thầu đã được lựa chọn qua vòng đánh giá về kỹ thuật, tiêu chuẩn sẽ được xếp hạng theo giá đánh giá để lựa chọn. Nhà thầu nào có hồ sơ dự thầu hợp lệ, đáp ứng cơ bản các yêu cầu của hồ sơ mời thầu, có giá đánh giá thấp nhất (có thể không nhất thiết phải là hồ sơ có giá dự thầu thấp nhất) sẽ trúng thầu. Tuy nhiên, mức giá đánh giá không được vượt quá giá gói thầu đã dự kiến hoặc đã được phê duyệt. Nếu có hai hồ sơ dự thầu có cùng điểm số về kỹ thuật và mức giá đánh giá là thấp nhất, ngang nhau thì nhà thầu có giá đánh giá đã sửa lỗi và hiệu chỉnh ít hơn sẽ trúng thầu. Trong trường hợp đấu thầu quốc tế, nếu nhà thầu trong nước và nhà thầu nước ngoài có cùng

điểm số kỹ thuật của hồ sơ

- Hiệu chỉnh các sai lệch về giá trong hồ sơ;
- Chuyển đổi giá dự thầu sang một đồng tiền chung;
- Đưa về một mặt bằng chung để so sánh;
- Xác định giá đánh giá của hồ sơ dự thầu.

Giá đánh giá là giá dự thầu đã được sửa lỗi và hiệu chỉnh các sai lệch (nếu có), được quy đổi về cùng một mặt bằng (kỹ thuật, tài chính, thương mại và các yếu tố khác...) để làm cơ sở so sánh giữa các hồ sơ dự thầu.

Đối với các gói thầu quốc tế, khi xác định giá đánh giá của các hồ sơ dự thầu có loại hàng hoá không thuộc diện ưu đãi phải cộng thêm vào giá đánh giá một khoản tiền tương đương với các loại thuế và phí nhập khẩu theo quy định của pháp luật mà nhà nhập khẩu không được miễn thuế phải trả cho hàng hoá của gói thầu hoặc phải cộng thêm 15 % giá CIF của hàng hoá đó nếu các loại thuế và phí nhập khẩu nêu trên vượt quá 15% (trừ các loại hàng hoá phải đóng thuế nhập khẩu).

Các hồ sơ dự thầu đã được lựa chọn qua vòng đánh giá về kỹ thuật, tiêu chuẩn sẽ được xếp hạng theo giá đánh giá để lựa chọn. Nhà thầu nào có hồ sơ dự thầu hợp lệ, đáp ứng cơ bản các yêu cầu của hồ sơ mời thầu, có giá đánh giá thấp nhất (có thể không nhất thiết phải là hồ sơ có giá dự thầu thấp nhất) sẽ trúng thầu. Tuy nhiên, mức giá đánh giá không được vượt quá giá gói thầu đã dự kiến hoặc đã được phê duyệt. Nếu có hai hồ sơ dự thầu có cùng điểm số về kỹ thuật và mức giá đánh giá là thấp nhất, ngang nhau thì nhà thầu có giá đánh giá đã sửa lỗi và hiệu chỉnh ít hơn sẽ trúng thầu. Trong trường hợp đấu thầu quốc tế, nếu nhà thầu trong nước và nhà thầu nước ngoài có cùng điểm số kỹ thuật của hồ sơ

dự thầu và giá đánh giá là thấp nhất, ngang nhau thì nhà thầu trong nước được xếp trên nhà thầu nước ngoài. Tuy nhiên, về nguyên tắc, trong các trường hợp nói trên, bên mời thầu có quyền quyết định nhà thầu trúng thầu.

Khi trong một cuộc đấu thầu, tất cả các hồ sơ dự thầu về cơ bản không đáp ứng được yêu cầu của hồ sơ mời thầu hoặc có bằng chứng cho thấy các nhà thầu có sự thông đồng tiêu cực tạo nên sự thiếu cạnh tranh trong đấu thầu, làm ảnh hưởng đến lợi ích của bên mời thầu thì tất cả hồ sơ đó phải bị loại, cuộc đấu thầu sẽ bị huỷ và bên mời thầu có thể tổ chức đấu thầu lại. Khả năng về loại bỏ tất cả các hồ sơ dự thầu phải được quy định rõ trong hồ sơ mời thầu. Tuy nhiên, không được huỷ bỏ cuộc đấu thầu và mời thầu lại vẫn bằng hồ sơ mời thầu như cũ chỉ vì mục đích duy nhất là đạt được một mức giá thầu thấp hơn. Kể cả trường hợp giá đánh giá của tất cả các hồ sơ dự thầu đều cao hơn giá dự kiến ban đầu hoặc giá đã được duyệt của gói thầu thì bên mời thầu có thể đàm phán với nhà thầu có giá đánh giá thấp nhất về mức giá cụ thể của hợp đồng mà không phải tổ chức đấu thầu lại.

d. Thông báo kết quả trúng thầu và kí kết hợp đồng

Ngay sau khi có kết quả đấu thầu, bên mời thầu tiến hành công bố kết quả đấu thầu qua việc thông báo bằng văn bản cho các nhà thầu tham dự, bao gồm nhà thầu trúng thầu và nhà thầu không trúng thầu. Đối với những gói thầu bắt buộc phải tổ chức đấu thầu, kết quả đấu thầu phải trình lên người có thẩm quyền phê duyệt trước khi công bố. Trong trường hợp không có nhà thầu nào trúng thầu hoặc huỷ cuộc đấu thầu, bên mời thầu cũng phải tiến hành thông, báo cho các nhà thầu biết.

dự thầu và giá đánh giá là thấp nhất, ngang nhau thì nhà thầu trong nước được xếp trên nhà thầu nước ngoài. Tuy nhiên, về nguyên tắc, trong các trường hợp nói trên, bên mời thầu có quyền quyết định nhà thầu trúng thầu.

Khi trong một cuộc đấu thầu, tất cả các hồ sơ dự thầu về cơ bản không đáp ứng được yêu cầu của hồ sơ mời thầu hoặc có bằng chứng cho thấy các nhà thầu có sự thông đồng tiêu cực tạo nên sự thiếu cạnh tranh trong đấu thầu, làm ảnh hưởng đến lợi ích của bên mời

thầu thì tất cả hồ sơ đó phải bị loại, cuộc đấu thầu sẽ bị huỷ và bên mời thầu có thể tổ chức đấu thầu lại. Khả năng về loại bỏ tất cả các hồ sơ dự thầu phải được quy định rõ trong hồ sơ mời thầu. Tuy nhiên, không được huỷ bỏ cuộc đấu thầu và mời thầu lại vẫn bằng hồ sơ mời thầu như cũ chỉ vì mục đích duy nhất là đạt được một mức giá thầu thấp hơn. Kể cả trường hợp giá đánh giá của tất cả các hồ sơ dự thầu đều cao hơn giá dự kiến ban đầu hoặc giá đã được duyệt của gói thầu thì bên mời thầu có thể đàm phán với nhà thầu có giá đánh giá thấp nhất về mức giá cụ thể của hợp đồng mà không phải tổ chức đấu thầu lại.

đ. Thông báo kết quả trúng thầu và kí kết hợp đồng

Ngay sau khi có kết quả đấu thầu, bên mời thầu tiến hành công bố kết quả đấu thầu qua việc thông báo bằng văn bản cho các nhà thầu tham dự, bao gồm nhà thầu trúng thầu và nhà thầu không trúng thầu. Đối với những gói thầu bắt buộc phải tổ chức đấu thầu, kết quả đấu thầu phải trình lên người có thẩm quyền phê duyệt trước khi công bố. Trong trường hợp không có nhà thầu nào trúng thầu hoặc huỷ cuộc đấu thầu, bên mời thầu cũng phải tiến hành thông, báo cho các nhà thầu biết.

Đối với nhà thầu trúng thầu, bên mời thầu phải gửi cho họ thông báo trúng thầu bằng văn bản kèm theo dự thảo hợp đồng và những điểm lưu ý cần trao đổi khi thương thảo hợp đồng. Đồng thời bên mời thầu cũng phải thông báo cho nhà thầu lịch biểu về thời gian thương thảo hoàn thiện hợp đồng, nộp tiền bảo lãnh thực hiện hợp đồng và kí hợp đồng.

Khi nhận được thông báo trúng thầu, nhà thầu trúng thầu phải gửi cho bên mời thầu thư chấp nhận thương thảo và hoàn thiện hợp đồng. Theo lịch biểu đã được thống nhất, hai bên sẽ tiến hành quá trình thương thảo, giải quyết những vấn đề còn tồn đọng trong nội dung hợp đồng, đặc biệt là giá cả của hợp đồng sau khi đã có giá trúng thầu, để đi đến hoàn thiện và kí kết hợp đồng cung cấp hàng hoá, dịch vụ chính

thức. Quá trình này được tiến hành theo những nguyên tắc và trình tự giao kết hợp đồng mua bán hàng hoá, cung ứng dịch vụ thương mại.

Trước khi kí hợp đồng, nhà thầu trúng thầu phải nộp tiền bảo lãnh thực hiện hợp đồng cho bên mời thầu, để đảm bảo rằng hàng hoá, dịch vụ sẽ được cung cấp đúng theo hợp đồng, máy móc thiết bị sẽ vận hành theo đúng đặc điểm kĩ thuật trong thời gian bảo hành... Các bên có thể thỏa thuận bên trúng thầu phải đặt cọc, kí quỹ hoặc được bảo lãnh để bảo đảm thực hiện hợp đồng. Số tiền đặt cọc, kí quỹ do bên mời thầu quy định nhưng không quá 10% giá trị hợp đồng (khoản 1 Điều 231 Luật thương mại năm 2005). Các biện pháp bảo đảm thực hiện hợp đồng sẽ còn hiệu lực cho đến khi các bên thực hiện xong nghĩa vụ hợp đồng, và tất nhiên, nhà thầu sẽ không được nhận lại số tiền bảo đảm thực hiện hợp đồng nếu không hoàn thành các nghĩa vụ hợp đồng hoặc

Đối với nhà thầu trúng thầu, bên mời thầu phải gửi cho họ thông báo trúng thầu bằng văn bản kèm theo dự thảo hợp đồng và những điểm lưu ý cần trao đổi khi thương thảo hợp đồng. Đồng thời bên mời thầu cũng phải thông báo cho nhà thầu lịch biểu về thời gian thương thảo hoàn thiện hợp đồng, nộp tiền bảo lãnh thực hiện hợp đồng và kí hợp đồng.

Khi nhận được thông báo trúng thầu, nhà thầu trúng thầu phải gửi cho bên mời thầu thư chấp nhận thương thảo và hoàn thiện hợp đồng. Theo lịch biểu đã được thống nhất, hai bên sẽ tiến hành quá trình thương thảo, giải quyết những vấn đề còn tồn đọng trong nội dung hợp đồng, đặc biệt là giá cả của hợp đồng sau khi đã có giá trúng thầu, để đi đến hoàn thiện và kí kết hợp đồng cung cấp hàng hoá, dịch vụ chính thức. Quá trình này được tiến hành theo những nguyên tắc và trình tự giao kết hợp đồng mua bán hàng hoá, cung ứng dịch vụ thương mại.

Trước khi kí hợp đồng, nhà thầu trúng thầu phải nộp tiền bảo lãnh thực hiện hợp đồng cho bên mời thầu, để đảm bảo rằng hàng hoá, dịch vụ sẽ được cung cấp đúng theo hợp đồng, máy móc thiết bị sẽ

vận hành theo đúng đặc điểm kĩ thuật trong thời gian bảo hành... Các bên có thể thỏa thuận bên trúng thầu phải đặt cọc, kí quỹ hoặc được bảo lãnh để bảo đảm thực hiện hợp đồng. Số tiền đặt cọc, kí quỹ do bên mời thầu quy định nhưng không quá 10% giá trị hợp đồng (khoản 1 Điều 231 Luật thương mại năm 2005). Các biện pháp bảo đảm thực hiện hợp đồng sẽ còn hiệu lực cho đến khi các bên thực hiện xong nghĩa vụ hợp đồng, và tất nhiên, nhà thầu sẽ không được nhận lại số tiền bảo đảm thực hiện hợp đồng nếu không hoàn thành các nghĩa vụ hợp đồng hoặc

từ chối không thực hiện các nghĩa vụ này. Khi nộp tiền bảo lãnh thực hiện hợp đồng, nhà thầu trúng thầu sẽ được hoàn trả tiền bảo lãnh dự thầu (nếu các bên không có thỏa thuận khác).

Theo khoản 2 Điều 230 Luật thương mại năm 2005 thì việc kí kết hợp đồng được tiến hành dựa trên:

- + Kết quả đấu thầu;
- + Các yêu cầu nêu trong hồ sơ mời thầu;
- + Nội dung nêu trong hồ sơ dự thầu.

Nếu quá thời hạn được ấn định kể từ thời điểm nhận được thông báo trúng thầu mà nhà thầu trúng thầu không có thông báo chấp nhận hoặc từ chối giao kết hợp đồng, bên mời thầu có quyền giữ lại tiền bảo lãnh dự thầu và xem xét mời nhà thầu được xếp hạng kế tiếp để thương thảo hợp đồng.

Việc đấu thầu lại được tổ chức khi có một trong các trường hợp sau đây: (1) Có sự vi phạm các quy định về đấu thầu; (2) Các bên dự thầu đều không đạt yêu cầu đấu thầu.

từ chối không thực hiện các nghĩa vụ này. Khi nộp tiền bảo lãnh thực hiện hợp đồng, nhà thầu trúng thầu sẽ được hoàn trả tiền bảo lãnh dự thầu (nếu các bên không có thỏa thuận khác).

Theo khoản 2 Điều 230 Luật thương mại năm 2005 thì việc kí kết hợp đồng được tiến hành dựa trên:

- + Kết quả đấu thầu;
- + Các yêu cầu nêu trong hồ sơ mời thầu;
- + Nội dung nêu trong hồ sơ dự thầu.

Nếu quá thời hạn được ấn định kể từ thời điểm nhận được thông báo trúng thầu mà nhà thầu trúng thầu không có thông báo chấp nhận hoặc từ chối giao kết hợp đồng, bên mời thầu có quyền giữ lại tiền bảo lãnh dự thầu và xem xét mời nhà thầu được xếp hạng kế tiếp để thương thảo hợp đồng.

Việc đấu thầu lại được tổ chức khi có một trong các trường hợp sau đây: (1) Có sự vi phạm các quy định về đấu thầu; (2) Các bên dự thầu đều không đạt yêu cầu đấu thầu.

CHƯƠNG XIII

PHÁP LUẬT VỀ VẬN CHUYỂN, GIAO NHẬN VÀ GIÁM ĐỊNH HÀNG HOÁ

I. DỊCH VỤ VẬN CHUYỂN HÀNG HOÁ

1. Khái quát về hoạt động vận chuyển và pháp luật về vận chuyển

a. Hoạt động vận chuyển và vai trò của nó trong đời sống kinh tế-xã hội

Hiểu theo nghĩa chung nhất, vận chuyển là hoạt động dịch chuyển người, tài sản từ địa điểm này sang địa điểm khác bằng những phương tiện vận chuyển nhất định nhằm đáp ứng nhu cầu nào đó của con người. Vận chuyển là một lĩnh vực hoạt động kinh tế độc lập. Tuy không tạo ra sản phẩm hữu hình nhưng hoạt động vận chuyển có vai trò quan trọng trong đời sống kinh tế - xã hội. Trước hết, hoạt động vận chuyển đáp ứng nhu cầu di chuyển của con người. Còn đối với các ngành sản xuất vật chất thì hoạt động vận chuyển giữ vai trò cầu nối giữa người sản xuất với người tiêu dùng. Nếu ví nền kinh tế của một quốc gia với một cơ thể sống thì hoạt động vận chuyển chính là huyết mạch của cơ thể đó. Đề cao vai trò của hoạt động vận chuyển, các nhà kinh doanh

CHƯƠNG XIII

PHÁP LUẬT VỀ VẬN CHUYỂN, GIAO NHẬN VÀ GIÁM ĐỊNH HÀNG HOÁ

I. DỊCH VỤ VẬN CHUYỂN HÀNG HOÁ

1. Khái quát về hoạt động vận chuyển và pháp luật về vận chuyển

a. Hoạt động vận chuyển và vai trò của nó trong đời sống kinh tế-xã hội

Hiểu theo nghĩa chung nhất, vận chuyển là hoạt động dịch chuyển người, tài sản từ địa điểm này sang địa điểm khác bằng những phương tiện vận chuyển nhất định nhằm đáp ứng nhu cầu nào đó của con người. Vận chuyển là một lĩnh vực hoạt động kinh tế độc lập. Tuy không tạo ra sản phẩm hữu hình nhưng hoạt động vận chuyển có vai trò quan trọng trong đời sống kinh tế - xã hội. Trước hết, hoạt động vận chuyển đáp ứng nhu cầu di chuyển của con người. Còn đối với các ngành sản xuất vật chất thì hoạt động vận chuyển giữ vai trò cầu nối giữa người sản xuất với người tiêu dùng. Nếu ví nền kinh tế của một quốc gia với một cơ thể sống thì hoạt động vận chuyển chính là huyết mạch của cơ thể đó. Đề cao vai trò của hoạt động vận chuyển, các nhà kinh doanh

Tuy nhiên, cần lưu ý rằng không phải mọi hoạt động dịch chuyển con người, tài sản từ nơi này sang nơi khác đều được coi là hoạt động vận chuyển. Trong quan hệ vận chuyển bắt buộc phải có

nước ngoài thường nói rằng: "*Transport is the life- blood of commerce*" - vận chuyển là huyết mạch của thương mại.

sự tham gia của tổ chức, cá nhân cung ứng dịch vụ vận chuyển một cách chuyên nghiệp. Một người tự di chuyển bằng phương tiện riêng của mình từ nơi ở đến nơi làm việc không làm phát sinh quan hệ vận chuyển. Nhưng nếu người đó đi làm bằng xe buýt thì lại làm phát sinh quan hệ vận chuyển. Tương tự như vậy, một công ti xây dựng tự dùng phương tiện của mình để chuyển vật liệu xây dựng đến chân công trình xây dựng không làm phát sinh quan hệ vận chuyển nhưng nếu sử dụng dịch vụ vận chuyển của một công ti khác thì quan hệ vận chuyển giữa các bên lại hình thành. Mặt khác, các hoạt động vận chuyển được tiến hành với sự hỗ trợ của các phương tiện nhất định như ô-tô, tàu bay, tàu thủy, tàu hoả... Việc dịch chuyển hành khách, tài sản không sử dụng đến phương tiện vận chuyển (ví dụ: Công người; vác, kéo, đẩy tài sản) không làm phát sinh quan hệ vận chuyển.

So với các hoạt động kinh tế khác thì hoạt động vận chuyển mang nhiều nét đặc thù. *Thứ nhất*, hoạt động dịch chuyển người (hành khách), tài sản có thể được thực hiện bằng nhiều phương tiện vận chuyên khác nhau. Tương ứng với mỗi phương tiện là một phương thức vận chuyển với những đặc thù riêng. Các quyền và nghĩa vụ phát sinh giữa người vận chuyển và người thuê vận chuyển trong mỗi phương thức vận chuyển cũng có nhiều điểm khác biệt. *Thứ*

Tuy nhiên, cần lưu ý rằng không phải mọi hoạt động dịch chuyển con người, tài sản từ nơi này sang nơi khác đều được coi là hoạt động vận chuyển. Trong quan hệ vận chuyển bắt buộc phải có sự tham gia của tổ chức, cá nhân cung ứng dịch vụ vận chuyển một

nước ngoài thường nói rằng: "*Transport is the life- blood of commerce*" - vận chuyển là huyết mạch của thương mại.

cách chuyên nghiệp. Một người tự di chuyển bằng phương tiện riêng của mình từ nơi ở đến nơi làm việc không làm phát sinh quan hệ vận chuyển. Nhưng nếu người đó đi làm bằng xe buýt thì lại làm phát sinh quan hệ vận chuyển. Tương tự như vậy, một công ti xây dựng tự dùng phương tiện của mình để chuyển vật liệu xây dựng đến chân công trình xây dựng không làm phát sinh quan hệ vận chuyển nhưng nếu sử dụng dịch vụ vận chuyển của một công ti khác thì quan hệ vận chuyển giữa các bên lại hình thành. Mặt khác, các hoạt động vận chuyển được tiến hành với sự hỗ trợ của các phương tiện nhất định như ô-tô, tàu bay, tàu thủy, tàu hoả... Việc dịch chuyển hành khách, tài sản không sử dụng đến phương tiện vận chuyển (*ví dụ*: Công người; vác, kéo, đẩy tài sản) không làm phát sinh quan hệ vận chuyển.

So với các hoạt động kinh tế khác thì hoạt động vận chuyển mang nhiều nét đặc thù. *Thứ nhất*, hoạt động dịch chuyển người (hành khách), tài sản có thể được thực hiện bằng nhiều phương tiện vận chuyên khác nhau. Tương ứng với mỗi phương tiện là một phương thức vận chuyển với những đặc thù riêng. Các quyền và nghĩa vụ phát sinh giữa người vận chuyển và người thuê vận chuyển trong mỗi phương thức vận chuyên cũng có nhiều điểm khác biệt.

Thứ

hai, do phải dịch chuyển hành khách, tài sản từ địa điểm này sang địa điểm khác mà hoạt động vận chuyển được thực hiện trong một khoảng không gian rộng lớn nên thường phải chịu sự tác động trực tiếp của các điều kiện ngoại cảnh mà trước hết là của yếu tố thời tiết. Thời tiết bất lợi có thể gây nên tình trạng gián đoạn trong quá trình vận chuyển. Vì vậy, thời gian hoàn thành công việc vận chuyển theo thoả thuận bị kéo dài làm phát sinh chi phí cho các bên. Chính vì vậy, khi tham gia quan hệ vận chuyển, các bên thường phải thoả thuận với nhau rất chi tiết về các trường hợp miễn, giảm trách nhiệm của bên vận chuyển. *Thứ ba*, tham gia hoạt động vận chuyển có thể có nhiều đối tượng, ngoài bên vận chuyển và bên thuê vận chuyển, tùy từng trường hợp cụ thể còn có thể có sự tham gia của chủ phương tiện, bên có quyền nhận hàng, hải quan, bảo hiểm... Mỗi đối tượng này lại có các quyền và nghĩa vụ khác nhau trong hoạt động vận chuyển mà việc thực hiện hoặc không thực hiện các quyền và nghĩa vụ đó sẽ ảnh hưởng trực tiếp tới hoạt động vận chuyển.

Hoạt động vận chuyển trong đời sống kinh tế - xã hội hết sức phong phú, đa dạng. Dựa trên các tiêu chí khác nhau mà người ta chia hoạt động vận chuyển thành nhiều loại khác nhau:

- Căn cứ vào đối tượng vận chuyển có thể chia thành vận chuyển hành khách và vận chuyển tài sản (hàng hoá).

- Căn cứ vào phương tiện vận chuyển có thể chia thành vận chuyển bằng đường ô-tô (đường bộ), vận chuyển bằng đường biển, vận chuyển bằng đường thủy nội địa (sông pha biển), vận chuyển bằng đường không, vận chuyển bằng đường sắt và vận chuyển bằng các phương tiện đặc biệt khác *hai*, do phải dịch chuyển hành khách, tài sản từ địa điểm này sang địa điểm khác mà hoạt động vận chuyển được thực hiện trong một khoảng không gian rộng lớn nên thường phải chịu sự tác động trực tiếp của các điều kiện ngoại cảnh mà trước hết là của

yếu tố thời tiết. Thời tiết bất lợi có thể gây nên tình trạng gián đoạn trong quá trình vận chuyển. Vì vậy, thời gian hoàn thành công việc vận chuyển theo thoả thuận bị kéo dài làm phát sinh chi phí cho các bên. Chính vì vậy, khi tham gia quan hệ vận chuyển, các bên thường phải thoả thuận với nhau rất chi tiết về các trường hợp miễn, giảm trách nhiệm của bên vận chuyển. Thứ ba, tham gia hoạt động vận chuyển có thể có nhiều đối tượng, ngoài bên vận chuyển và bên thuê vận chuyển, tùy từng trường hợp cụ thể còn có thể có sự tham gia của chủ phương tiện, bên có quyền nhận hàng, hải quan, bảo hiểm... Mỗi đối tượng này lại có các quyền và nghĩa vụ khác nhau trong hoạt động vận chuyển mà việc thực hiện hoặc không thực hiện các quyền và nghĩa vụ đó sẽ ảnh hưởng trực tiếp tới hoạt động vận chuyển.

Hoạt động vận chuyển trong đời sống kinh tế - xã hội hết sức phong phú, đa dạng. Dựa trên các tiêu chí khác nhau mà người ta chia hoạt động vận chuyển thành nhiều loại khác nhau:

- Căn cứ vào đối tượng vận chuyển có thể chia thành vận chuyển hành khách và vận chuyển tài sản (hàng hoá).

- Căn cứ vào phương tiện vận chuyển có thể chia thành vận chuyển bằng đường ô-tô (đường bộ), vận chuyển bằng đường biển, vận chuyển bằng đường thủy nội địa (sông pha biển), vận chuyển bằng đường không, vận chuyển bằng đường sắt và vận chuyển bằng các phương tiện đặc biệt khác

như đường ống, đường cáp treo.

Ngoài ra, trong khi thực hiện hoạt động vận chuyển, các chủ thể có thể còn phải thực hiện nhiều tác nghiệp khác có liên quan trực tiếp đến vận chuyển như thuê phương tiện vận chuyển hoặc đặt chỗ trên phương tiện vận chuyển, xếp dỡ hàng hoá, hoạt động lai dắt tàu biển... Trong khuôn khổ chương trình cử nhân luật, môn Luật thương mại đặt trọng tâm nghiên cứu về các vấn đề chung nhất liên

quan đến hoạt động vận chuyển hàng hoá.

b. Pháp luật về vận chuyển

Để tạo cơ sở pháp lí cho hoạt động vận chuyển, Nhà nước ta đã ban hành nhiều văn bản pháp luật điều chỉnh quan hệ vận chuyển. Hoạt động vận chuyển rất đa dạng. Phụ thuộc vào đối tượng và phương thức vận chuyển mà mỗi loại hoạt động vận chuyển mang những đặc trưng riêng và đặt ra những yêu cầu riêng cho việc điều chỉnh pháp luật. Chính vì vậy, pháp luật điều chỉnh các quan hệ xã hội phát sinh từ hoạt động vận chuyển hết sức phong phú và phức tạp. Việc xác định đúng nguồn luật điều chỉnh từng quan hệ vận chuyển cụ thể có giá trị thực tiễn to lớn. Pháp luật về vận chuyển là tổng hợp các quy phạm pháp luật điều chỉnh các quan hệ xã hội phát sinh trong hoạt động vận chuyển giữa người vận chuyển với khách hàng hoặc giữa những người vận chuyển với nhau.

Có thể tìm thấy các quy phạm pháp luật điều chỉnh quan hệ vận chuyển trong nhiều văn bản pháp luật khác nhau. Trước hết phải kể đến Bộ luật dân sự. Bộ luật dân sự là bộ luật gốc quy định về tất cả các quan hệ tài sản và nhân thân phi tài sản trong đời sống kinh tế-xã hội, trong đó có quan hệ

như đường ống, đường cáp treo.

Ngoài ra, trong khi thực hiện hoạt động vận chuyển, các chủ thể có thể còn phải thực hiện nhiều tác nghiệp khác có liên quan trực tiếp đến vận chuyển như thuê phương tiện vận chuyển hoặc đặt chỗ trên phương tiện vận chuyển, xếp dỡ hàng hoá, hoạt động lai dắt tàu biển... Trong khuôn khổ chương trình cử nhân luật, môn Luật thương mại đặt trọng tâm nghiên cứu về các vấn đề chung nhất liên quan đến hoạt động vận chuyển hàng hoá.

b. Pháp luật về vận chuyển

Để tạo cơ sở pháp lí cho hoạt động vận chuyển, Nhà nước ta đã ban hành nhiều văn bản pháp luật điều chỉnh quan hệ vận chuyển. Hoạt động vận chuyển rất đa dạng. Phụ thuộc vào đối tượng và phương thức vận chuyển mà mỗi loại hoạt động vận chuyển mang những đặc trưng riêng và đặt ra những yêu cầu riêng cho việc điều chỉnh pháp luật. Chính vì vậy, pháp luật điều chỉnh các quan hệ xã hội phát sinh từ hoạt động vận chuyển hết sức phong phú và phức tạp. Việc xác định đúng nguồn luật điều chỉnh từng quan hệ vận chuyển cụ thể có giá trị thực tiễn to lớn. Pháp luật về vận chuyển là tổng hợp các quy phạm pháp luật điều chỉnh các quan hệ xã hội phát sinh trong hoạt động vận chuyển giữa người vận chuyển với khách hàng hoặc giữa những người vận chuyển với nhau.

Có thể tìm thấy các quy phạm pháp luật điều chỉnh quan hệ vận chuyển trong nhiều văn bản pháp luật khác nhau. Trước hết phải kể đến Bộ luật dân sự. Bộ luật dân sự là bộ luật gốc quy định về tất cả các quan hệ tài sản và nhân thân phi tài sản trong đời sống kinh tế-xã hội, trong đó có quan hệ

vận chuyển. Ngoài các quy định chung về giao dịch dân sự, nghĩa vụ dân sự và hợp đồng dân sự, Bộ luật dân sự dành một mục độc lập để quy định riêng về hợp đồng vận chuyển với việc phân biệt thành hợp đồng vận chuyển hành khách và hợp đồng vận chuyển hàng hoá. Các quy định trong Bộ luật dân sự điều chỉnh các vấn đề sau đây:

- Quyền và nghĩa vụ của các bên (bên vận chuyển và bên thuê vận chuyển) khi tham gia quan hệ vận chuyển hành khách và quan hệ vận chuyển tài sản.

- Điều kiện và thủ tục xác lập, thay đổi, chấm dứt quyền và nghĩa vụ, trong đó có các quyền và nghĩa vụ phát sinh từ quan hệ vận chuyển.

- Các biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ, trong đó có các nghĩa

vụ vận chuyển.

- Cách thức thực hiện nghĩa vụ, các hình thức trách nhiệm áp dụng do có hành vi vi phạm nghĩa vụ, trong đó có nghĩa vụ phát sinh từ quan hệ vận chuyển.

Các quy định trong Bộ luật dân sự quy định các vấn đề mang tính nguyên tắc chung về mọi quan hệ vận chuyển nhưng phụ thuộc vào đối tượng vận chuyển và phương tiện vận chuyển mà mỗi hoạt động vận chuyển có những đặc trưng nhất định. Các đặc trưng này làm phát sinh những quyền và nghĩa vụ riêng biệt cho các bên khi chúng tham gia quan hệ vận chuyển. Do đó, cơ chế điều chỉnh pháp luật đối với quan hệ vận chuyển trong từng phương thức cũng phải đáp ứng các yêu cầu riêng, phù hợp với đòi hỏi của thực tiễn. Chính vì vậy, ngoài các quy định chung của Bộ luật dân sự, trong từng phương thức vận chuyển riêng biệt, Nhà nước còn vận chuyển. Ngoài các quy định chung về giao dịch dân sự, nghĩa vụ dân sự và hợp đồng dân sự, Bộ luật dân sự dành một mục độc lập để quy định riêng về hợp đồng vận chuyển với việc phân biệt thành hợp đồng vận chuyển hành khách và hợp đồng vận chuyển hàng hoá. Các quy định trong Bộ luật dân sự điều chỉnh các vấn đề sau đây:

- Quyền và nghĩa vụ của các bên (bên vận chuyển và bên thuê vận chuyển) khi tham gia quan hệ vận chuyển hành khách và quan hệ vận chuyển tài sản.

- Điều kiện và thủ tục xác lập, thay đổi, chấm dứt quyền và nghĩa vụ, trong đó có các quyền và nghĩa vụ phát sinh từ quan hệ vận chuyển.

- Các biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ, trong đó có các nghĩa vụ vận chuyển.

- Cách thức thực hiện nghĩa vụ, các hình thức trách nhiệm áp dụng

do có hành vi vi phạm nghĩa vụ, trong đó có nghĩa vụ phát sinh từ quan hệ vận chuyển.

Các quy định trong Bộ luật dân sự quy định các vấn đề mang tính nguyên tắc chung về mọi quan hệ vận chuyển nhưng phụ thuộc vào đối tượng vận chuyển và phương tiện 'vận chuyển mà mỗi hoạt động vận chuyển có những đặc trưng nhất định. Các đặc trưng này làm phát sinh những quyền và nghĩa vụ riêng biệt cho các bên khi chúng tham gia quan hệ vận chuyển. Do đó, cơ chế điều chỉnh pháp luật đối với quan hệ vận chuyển trong từng phương thức cũng phải đáp ứng các yêu cầu riêng, phù hợp với đòi hỏi của thực tiễn. Chính vì vậy, ngoài các quy định chung của Bộ luật dân sự, trong từng phương thức vận chuyển riêng biệt, Nhà nước còn

ban hành các quy định riêng trong các văn bản pháp luật khác nhau. *Ví dụ:*

- Trong lĩnh vực vận chuyển đường biển có Bộ luật hàng hải Việt Nam. Bộ luật này được Quốc hội nước Cộng hoà xã hội chủ nghĩa Việt Nam khoá VIII, kì họp thứ 7 thông qua ngày 30 tháng 6 năm 1990 và có hiệu lực thi hành kể từ ngày 1 tháng 1 năm 1991. Bộ luật hàng hải Việt Nam (sửa đổi) đã được Quốc hội nước Cộng hoà xã hội chủ nghĩa Việt Nam khoá XI, kì họp thứ 7 thông qua ngày 14/6/2005 và bắt đầu có hiệu lực từ ngày 01/01/2006. Bên cạnh Bộ luật hàng hải Việt Nam, trong từng thời kì, Chính phủ còn ban hành một số văn bản hướng dẫn các vấn đề liên quan đến hoạt động vận chuyển đường biển.

- Trong lĩnh vực vận chuyển bằng đường không có Luật hàng không dân dụng Việt Nam. Luật này đã được Quốc hội nước Cộng hoà xã hội chủ nghĩa Việt Nam khoá VIII, kì họp thứ 10 thông qua ngày 26 tháng 12 năm 1991 và có hiệu lực kể từ ngày 01 tháng 6 năm 1992.

- Trong lĩnh vực vận chuyển bằng đường thuỷ nội địa có Luật về giao thông đường thuỷ nội địa. Luật này đã được Quốc hội nước Cộng hoà xã hội chủ nghĩa Việt Nam Khoá XI, kì họp thứ 5 thông qua ngày 15 tháng 6 năm 2004 và có hiệu lực thi hành từ ngày 01 tháng 01 năm 2005. Bên cạnh đó, Bộ giao thông vận tải còn ban hành các thể lệ vận chuyển như: Thể lệ vận chuyển hành khách bằng đường thuỷ nội địa, Thể lệ vận chuyển hàng hoá bằng đường thuỷ nội địa...

- Trong lĩnh vực vận chuyển bằng đường bộ có Luật về giao thông đường bộ. Luật này được Quốc hội nước Cộng

- Trong lĩnh vực vận chuyển đường biển có Bộ luật hàng hải Việt Nam. Bộ luật này được Quốc hội nước Cộng hoà xã hội chủ

ban hành các quy định riêng trong các văn bản pháp luật khác nhau. *Ví dụ:*

nghĩa Việt Nam khoá VIII, kì họp thứ 7 thông qua ngày 30 tháng 6 năm 1990 và có hiệu lực thi hành kể từ ngày 1 tháng 1 năm 1991. Bộ luật hàng hải Việt Nam (sửa đổi) đã được Quốc hội nước Cộng hoà xã hội chủ nghĩa Việt Nam khoá XI, kì họp thứ 7 thông qua ngày 14/6/2005 và bắt đầu có hiệu lực từ ngày 01/01/2006. Bên cạnh Bộ luật hàng hải Việt Nam, trong từng thời kì, Chính phủ còn ban hành một số văn bản hướng dẫn các vấn đề liên quan đến hoạt động vận chuyển đường biển.

- Trong lĩnh vực vận chuyển bằng đường không có Luật hàng không dân dụng Việt Nam. Luật này đã được Quốc hội nước Cộng hoà xã hội chủ nghĩa Việt Nam khoá VIII, kì họp thứ 10 thông qua ngày 26 tháng 12 năm 1991 và có hiệu lực kể từ ngày 01 tháng 6 năm 1992.

- Trong lĩnh vực vận chuyển bằng đường thuỷ nội địa có Luật về giao thông đường thuỷ nội địa. Luật này đã được Quốc hội nước Cộng hoà xã hội chủ nghĩa Việt Nam Khoá XI, kì họp thứ 5 thông qua ngày 15 tháng 6 năm 2004 và có hiệu lực thi hành từ ngày 01 tháng 01 năm 2005. Bên cạnh đó, Bộ giao thông vận tải còn ban hành các thể lệ vận chuyển như: Thể lệ vận chuyển hành khách bằng đường thuỷ nội địa, Thể lệ vận chuyển hàng hoá bằng đường thuỷ nội địa...

- Trong lĩnh vực vận chuyển bằng đường bộ có Luật về giao thông đường bộ. Luật này được Quốc hội nước Cộng hoà xã hội chủ nghĩa Việt Nam thông qua ngày 26/6/2001); Nghị định số 14/2003/NĐ-CP ngày 19/02/2003 quy định chi tiết thi hành một số điều của Luật về giao thông đường bộ; thể lệ vận chuyển hành khách bằng đường ô-tô, thể lệ vận chuyển hàng hoá bằng

đường ô-tô.

Ngoài hệ thống văn bản pháp luật quốc nội, một số hoạt động vận chuyển quốc tế còn có thể phải tuân thủ quy định trong các điều ước quốc tế như: Công ước Béc-nơ năm 1988 về vận chuyển đường sắt quốc tế (COTIF), Công ước Gio-ne-vơ năm 1956 về hợp đồng vận chuyển hàng hoá quốc tế bằng đường bộ (CMR), Công ước Vác-sa-va năm 1929 về thống nhất một số quy tắc vận chuyển hàng không quốc tế, Công ước Hăm-buốc năm 1978 về vận chuyển hàng hoá bằng đường biển...

Xét về mặt nội dung thì các văn bản pháp luật quy định về vận chuyển trong từng phương thức vận chuyển bao hàm các nội dung sau đây:

- Phương tiện vận chuyển (điều kiện kĩ thuật, đăng kí phương tiện, quyền sở hữu phương tiện);
- Kết cấu hạ tầng của hoạt động vận chuyển: Quy hoạch, xây dựng, bảo vệ các công trình giao thông (cảng biển, cảng hàng không, sân bay, bến, công trình tín hiệu giao thông...);
- Quy tắc tham gia giao thông và tín hiệu giao thông;
- Điều kiện đối với những người điều khiển phương tiện và nhân viên phục vụ trên các phương tiện vận chuyển;
- Trách nhiệm dân sự của các tổ chức, cá nhân tham gia giao thông;

hoà xã hội chủ nghĩa Việt Nam thông qua ngày 26/6/2001); Nghị định số 14/2003/NĐ-CP ngày 19/02/2003 quy định chi tiết thi hành một số điều của Luật về giao thông đường bộ; thể lệ vận chuyển hành khách bằng đường ô-tô, thể lệ vận chuyển hàng hoá bằng đường ô-tô.

Ngoài hệ thống văn bản pháp luật quốc nội, một số hoạt động

vận chuyển quốc tế còn có thể phải tuân thủ quy định trong các điều ước quốc tế như: Công ước Béc-nơ năm 1988 về vận chuyển đường sắt quốc tế (COTIF), Công ước Giơ-ne-vơ năm 1956 về hợp đồng vận chuyển hàng hoá quốc tế bằng đường bộ (CMR), Công ước Vác-sa-va năm 1929 về thống nhất một số quy tắc vận chuyển hàng không quốc tế, Công ước Hăm-buốc năm 1978 về vận chuyển hàng hoá bằng đường biển...

Xét về mặt nội dung thì các văn bản pháp luật quy định về vận chuyển trong từng phương thức vận chuyển bao hàm các nội dung sau đây:

- Phương tiện vận chuyển (điều kiện kỹ thuật, đăng kí phương tiện, quyền sở hữu phương tiện);

- Kết cấu hạ tầng của hoạt động vận chuyển: Quy hoạch, xây dựng, bảo vệ các công trình giao thông (cảng biển, cảng hàng không, sân bay, bến, công trình tín hiệu giao thông...);

- Quy tắc tham gia giao thông và tín hiệu giao thông;

- Điều kiện đối với những người điều khiển phương tiện và nhân viên phục vụ trên các phương tiện vận chuyển;

- Trách nhiệm dân sự của các tổ chức, cá nhân tham gia giao thông;

- Điều kiện để các tổ chức, cá nhân tham gia hoạt động vận chuyển;

- Hợp đồng vận chuyển hành khách, hành lí, hàng hoá: Hình thức của hợp đồng, một số nội dung chủ yếu của các bên khi tham gia quan hệ hợp đồng vận chuyển, trách nhiệm do vi phạm hợp đồng, giải quyết tranh chấp hợp đồng.

2. Hợp đồng vận chuyển hàng hoá

a. Khái niệm và các dấu hiệu pháp lí của hợp đồng vận chuyển hàng hoá

Vận chuyển hàng hoá là loại dịch vụ, trong đó các tổ chức, cá nhân kinh doanh dịch vụ này tiến hành các công việc cần thiết nhằm chuyển hàng hoá từ địa điểm này sang địa điểm khác theo thoả thuận với những tổ chức, cá nhân có nhu cầu để được hưởng thù lao dịch vụ. Hoạt động vận chuyển hàng hoá được thực hiện trên cơ sở hợp đồng. Hợp đồng vận chuyển hàng hoá là sự thoả thuận giữa các bên, trong đó, một bên (bên vận chuyển) có nghĩa vụ vận chuyển hàng hoá tới địa điểm đã định theo thoả thuận và giao hàng hoá đó cho người có quyền nhận, còn bên kia (bên thuê vận chuyển) có nghĩa vụ trả cước phí vận chuyển và các khoản phụ phí khác.

Hợp đồng vận chuyển hàng hoá có các dấu hiệu pháp lí đặc trưng như sau:

1) Hợp đồng vận chuyển hàng hoá là hợp đồng song vụ, mang tính đền bù và trong từng trường hợp cụ thể có thể là hợp đồng ưng thuận hoặc hợp đồng thực tế.

Cũng giống như mọi hợp đồng dịch vụ khác, trong hợp đồng vận chuyển hàng hoá, các bên đều có những quyền và nghĩa vụ

- Điều kiện để các tổ chức, cá nhân tham gia hoạt động vận chuyển;

- Hợp đồng vận chuyển hành khách, hành lí, hàng hoá: Hình thức của hợp đồng, một số nội dung chủ yếu của các bên khi tham gia quan hệ hợp đồng vận chuyển, trách nhiệm do vi phạm hợp đồng, giải quyết tranh chấp hợp đồng.

2. Hợp đồng vận chuyển hàng hoá

a. Khái niệm và các dấu hiệu pháp lí của hợp đồng vận chuyển hàng hoá

Vận chuyển hàng hoá là loại dịch vụ, trong đó các tổ chức, cá nhân kinh doanh dịch vụ này tiến hành các công việc cần thiết nhằm chuyển hàng hoá từ địa điểm này sang địa điểm khác theo thoả thuận với những tổ chức, cá nhân có nhu cầu để được hưởng thù lao dịch vụ. Hoạt động vận chuyển hàng hoá được thực hiện trên cơ sở hợp đồng. Hợp đồng vận chuyển hàng hoá là sự thoả thuận giữa các bên, trong đó, một bên (bên vận chuyển) có nghĩa vụ vận chuyển hàng hoá tới địa điểm đã định theo thoả thuận và giao hàng hoá đó cho người có quyền nhận, còn bên kia (bên thuê vận chuyển) có nghĩa vụ trả cước phí vận chuyển và các khoản phụ phí khác.

Hợp đồng vận chuyển hàng hoá có các dấu hiệu pháp lí đặc trưng như sau:

1) Hợp đồng vận chuyển hàng hoá là hợp đồng song vụ, mang tính đền bù và trong từng trường hợp cụ thể có thể là hợp đồng ưng thuận hoặc hợp đồng thực tế.

Cũng giống như mọi hợp đồng dịch vụ khác, trong hợp đồng vận chuyển hàng hoá, các bên đều có những quyền và nghĩa vụ ngang nhau, quyền của bên này là nghĩa vụ của bên kia và ngược lại. Bên vận chuyển phải chuyển hàng hoá đến địa điểm theo thoả thuận và được nhận thù lao. Bên thuê vận chuyển phải thanh toán thù lao và được nhận hàng tại địa điểm do mình ấn định. Khi tham gia quan hệ

hợp đồng vận chuyển các bên đều đạt được những lợi ích kinh tế nhất định: Bên vận chuyển được nhận thù lao còn bên thuê vận chuyển thì chuyển được hàng hoá từ nơi này đến nơi khác theo nhu cầu.

Trong một số hoạt động vận chuyển như vận chuyển công cộng theo từng tuyến đường chẳng hạn thì nghĩa vụ của bên vận chuyển và bên thuê vận chuyển chỉ phát sinh khi bên thuê vận chuyển đã giao hàng hoá cho bên vận chuyển. Với những trường hợp này, hợp đồng vận chuyển được giao kết giữa các bên là hợp đồng thực tế còn những hợp đồng mang tính chất tổ chức vận chuyển hoặc đặt chỗ trên phương tiện vận chuyển (ví dụ, hợp đồng thuê nguyên tàu hoặc thuê một phần tàu cụ thể) lại là hợp đồng ưng thuận; nếu hợp đồng đã được kí kết mà một bên vi phạm sẽ phải chịu trách nhiệm tài sản dưới các hình thức khác nhau theo thoả thuận hoặc theo quy định của pháp luật.

2) Đối tượng của hợp đồng là hoạt động vận chuyển hàng hoá từ địa điểm này đến địa điểm khác theo thoả thuận của các bên.

Đối tượng của hợp đồng vận chuyển là hoạt động vận chuyển hàng hoá với tính chất là một loại dịch vụ. Cần lưu ý phân biệt giữa hàng hoá là đối tượng của hoạt động vận chuyển với chính bản thân hoạt động vận chuyển hàng hoá đó. Mặt khác, để dịch chuyển một số lượng hàng hoá nào đó từ nơi này đến nơi khác, bên vận chuyển có thể phải thực ngang nhau, quyền của bên này là nghĩa vụ của bên kia và ngược lại. Bên vận chuyển phải chuyển hàng hoá đến địa điểm theo thoả thuận và được nhận thù lao. Bên thuê vận chuyển phải thanh toán thù lao và được nhận hàng tại địa điểm do mình ấn định. Khi tham gia quan hệ hợp đồng vận chuyển các bên đều đạt được những lợi ích kinh tế nhất định: Bên vận chuyển được nhận thù lao còn bên thuê vận chuyển thì chuyển được hàng hoá từ nơi này đến nơi khác theo nhu cầu.

Trong một số hoạt động vận chuyển như vận chuyển công cộng theo từng tuyến đường chẳng hạn thì nghĩa vụ của bên vận chuyển và bên thuê vận chuyển chỉ phát sinh khi bên thuê vận chuyển đã giao hàng hoá cho bên vận chuyển. Với những trường hợp này, hợp đồng vận chuyển được giao kết giữa các bên là hợp đồng thực tế còn những hợp đồng mang tính chất tổ chức vận chuyển hoặc đặt chỗ trên phương tiện vận chuyển (ví dụ, hợp đồng thuê nguyên tàu hoặc thuê một phần tàu cụ thể) lại là hợp đồng ưng thuận; nếu hợp đồng đã được kí kết mà một bên vi phạm sẽ phải chịu trách nhiệm tài sản dưới các hình thức khác nhau theo thoả thuận hoặc theo quy định của pháp luật.

2) Đối tượng của hợp đồng là hoạt động vận chuyển hàng hoá từ địa điểm này đến địa điểm khác theo thoả thuận của các bên.

Đối tượng của hợp đồng vận chuyển là hoạt động vận chuyển hàng hoá với tính chất là một loại dịch vụ. Cần lưu ý phân biệt giữa hàng hoá là đối tượng của hoạt động vận chuyển với chính bản thân hoạt động vận chuyển hàng hoá đó. Mặt khác, để dịch chuyển một số lượng hàng hoá nào đó từ nơi này đến nơi khác, bên vận chuyển có thể phải thực

hiện nhiều hoạt động khác nhau như: Gửi giữ hàng hoá, xếp hàng hoá lên phương tiện và dỡ hàng hoá khỏi phương tiện vận chuyển, bảo quản hàng hoá trong quá trình vận chuyển, giao hàng hoá cho người có quyền nhận hàng... Chính vì vậy, trong nhiều trường hợp, quan hệ hợp đồng vận chuyển dễ bị lẫn với quan hệ hợp đồng gửi giữ tài sản, hợp đồng giao nhận hàng hoá, hợp đồng thuê tài sản (ví dụ, hợp đồng thuê nguyên tàu trong vận chuyển đường biển), hợp đồng đại lí vận chuyển. Do đó, muốn nhận diện chính xác loại hợp đồng này, người ta phải căn cứ vào mục đích chính là dịch chuyển hàng hoá đến địa điểm đã ấn định chứ không nên dựa vào các công việc cụ thể cấu

thành nên hoạt động vận chuyển hàng hoá. Việc xếp dỡ hàng hoá, bảo quản hàng hoá, lưu kho chằng qua là các nghĩa vụ cụ thể của các bên trong quan hệ hợp đồng vận chuyển hàng hoá mà thôi.

3) Chủ thể của quan hệ hợp đồng vận chuyển.

Chủ thể của hợp đồng vận chuyển gồm bên thuê vận chuyển và bên vận chuyển. Bên vận chuyển là các tổ chức, cá nhân có đăng kí kinh doanh để thực hiện dịch vụ vận chuyển hàng hoá. Vận chuyển hàng hoá là ngành nghề kinh doanh có điều kiện và chỉ những đối tượng hội đủ các điều kiện do pháp luật quy định mới được đăng kí kinh doanh để tiến hành các hoạt động vận chuyển trong thực tế. Trong từng lĩnh vực vận chuyển cụ thể mà pháp luật quy định các điều kiện riêng cho những đối tượng kinh doanh dịch vụ này. Bên vận chuyển có thể là chủ sở hữu phương tiện vận chuyển mà cũng có thể là người thuê phương tiện. Tuy vậy, sự phân biệt này hoàn toàn không ảnh hưởng gì đến việc xác định nghĩa vụ của bên vận chuyển trong hợp đồng vận chuyển hàng hoá.

Hiện nhiều hoạt động khác nhau như: Gửi giữ hàng hoá, xếp hàng hoá lên phương tiện và dỡ hàng hoá khỏi phương tiện vận chuyển, bảo quản hàng hoá trong quá trình vận chuyển, giao hàng hoá cho người có quyền nhận hàng... Chính vì vậy, trong nhiều trường hợp, quan hệ hợp đồng vận chuyển dễ bị lẫn với quan hệ hợp đồng gửi giữ tài sản, hợp đồng giao nhận hàng hoá, hợp đồng thuê tài sản (*ví dụ*, hợp đồng thuê nguyên tàu trong vận chuyển đường biển), hợp đồng đại lí vận chuyển. Do đó, muốn nhận diện chính xác loại hợp đồng này, người ta phải căn cứ vào mục đích chính là dịch chuyển hàng hoá đến địa điểm đã ấn định chứ không nên dựa vào các công việc cụ thể cấu thành nên hoạt động vận chuyển hàng hoá. Việc xếp dỡ hàng hoá, bảo quản hàng hoá, lưu kho chằng qua là các nghĩa vụ cụ thể của các bên trong quan hệ hợp đồng vận chuyển hàng hoá mà thôi.

3) Chủ thể của quan hệ hợp đồng vận chuyển.

Chủ thể của hợp đồng vận chuyển gồm bên thuê vận chuyển và bên vận chuyển. Bên vận chuyển là các tổ chức, cá nhân có đăng kí kinh doanh để thực hiện dịch vụ vận chuyển hàng hoá. Vận chuyển hàng hoá là ngành nghề kinh doanh có điều kiện và chỉ những đối tượng hội đủ các điều kiện do pháp luật quy định mới được đăng kí kinh doanh để tiến hành các hoạt động vận chuyển trong thực tế. Trong từng lĩnh vực vận chuyển cụ thể mà pháp luật quy định các điều kiện riêng cho những đối tượng kinh doanh dịch vụ này. Bên vận chuyển có thể là chủ sở hữu phương tiện vận chuyển mà cũng có thể là người thuê phương tiện. Tuy vậy, sự phân biệt này hoàn toàn không ảnh hưởng gì đến việc xác định nghĩa vụ của bên vận chuyển trong hợp đồng vận chuyển hàng hoá.

Bên thuê vận chuyển là mọi tổ chức, cá nhân đáp ứng các điều kiện để trở thành chủ thể của quan hệ pháp luật dân sự và có nhu cầu vận chuyển hàng hoá từ nơi này đến nơi khác. Bên thuê vận chuyển có thể là chủ sở hữu hàng hoá cần vận chuyển hoặc là người được chủ sở hữu hàng hoá uỷ quyền để thực hiện các công việc liên quan đến việc chuyển hàng. Trong một số trường hợp, bên thuê vận chuyển có thể là người vận chuyển khác. Ví dụ, công ti vận chuyển A kí hợp đồng để vận chuyển hàng hoá cho công ti thương mại B. Để vận chuyển hàng hoá cho công ti thương mại B, công ti A phải kí hợp đồng lưu kho với hãng tàu c. Trong quan hệ hợp đồng vận chuyển với công ti B thì công ti A là bên vận chuyển nhưng trong quan hệ hợp đồng lưu kho giữa công ti B và hãng tàu c thì công ti B lại là bên thuê vận chuyển.

Thực tế có nhiều trường hợp, bên thuê vận chuyển không trực tiếp nhận hàng và vì vậy, trong quan hệ vận chuyển có sự tham gia của người thứ ba gọi là người có quyền nhận hàng. Người có quyền

nhận hàng tuy không tham gia giao kết hợp đồng nhưng vẫn có một số quyền và nghĩa vụ vận chuyển nhất định như: Nghĩa vụ nhận hàng đúng thời gian và địa điểm; quyền nhận hàng hoá được chuyển đến; quyền kiểm tra số lượng, chất lượng hàng hoá được chuyển đến; quyền yêu cầu bên vận chuyển thanh toán chi phí hoặc thiệt hại phát sinh do chậm nhận được hàng, do hàng hoá bị mất mát, hư hỏng trong quá trình vận chuyển. Thực tế này đặt ra nhu cầu phải xác định chính xác tư cách tham gia quan hệ vận chuyển hàng hoá của người có quyền nhận hàng trong trường hợp bên thuê vận chuyển không đồng thời là người nhận hàng.

Bên thuê vận chuyển là mọi tổ chức, cá nhân đáp ứng các điều kiện để trở thành chủ thể của quan hệ pháp luật dân sự và có nhu cầu vận chuyển hàng hoá từ nơi này đến nơi khác. Bên thuê vận chuyển có thể là chủ sở hữu hàng hoá cần vận chuyển hoặc là người được chủ sở hữu hàng hoá uỷ quyền để thực hiện các công việc liên quan đến việc chuyển hàng. Trong một số trường hợp, bên thuê vận chuyển có thể là người vận chuyển khác. Ví dụ, công ti vận chuyển A kí hợp đồng để vận chuyển hàng hoá cho công ti thương mại B. Để vận chuyển hàng hoá cho công ti thương mại B, công ti A phải kí hợp đồng lưu khoang với hãng tàu c. Trong quan hệ hợp đồng vận chuyển với công ti B thì công ti A là bên vận chuyển nhưng trong quan hệ hợp đồng lưu khoang giữa công ti B và hãng tàu c thì công ti B lại là bên thuê vận chuyển.

Thực tế có nhiều trường hợp, bên thuê vận chuyển không trực tiếp nhận hàng và vì vậy, trong quan hệ vận chuyển có sự tham gia của người thứ ba gọi là người có quyền nhận hàng. Người có quyền nhận hàng tuy không tham gia giao kết hợp đồng nhưng vẫn có một số quyền và nghĩa vụ vận chuyển nhất định như: Nghĩa vụ nhận hàng đúng thời gian và địa điểm; quyền nhận hàng hoá được chuyển đến; quyền kiểm tra số lượng, chất lượng hàng hoá được chuyển đến;

4) Hình thức của hợp đồng vận chuyển hàng hoá.

quyền yêu cầu bên vận chuyển thanh toán chi phí hoặc thiệt hại phát sinh do chậm nhận được hàng, do hàng hoá bị mất mát, hư hỏng trong quá trình vận chuyển. Thực tế này đặt ra nhu cầu phải xác định chính xác tư cách tham gia quan hệ vận chuyển hàng hoá của người có quyền nhận hàng trong trường hợp bên thuê vận chuyển không đồng thời là người nhận hàng.

Hợp đồng vận chuyển hàng hoá có thể được giao kết bằng lời nói, bằng văn bản. Bộ luật dân sự và các văn bản pháp luật chuyên ngành về vận chuyển không quy định bắt buộc hợp đồng vận chuyển hàng hoá phải xác lập dưới hình thức văn bản. Tuy nhiên, nếu các bên tham gia quan hệ hợp đồng thoả thuận lựa chọn hình thức văn bản thì phải tuân theo hình thức đó.

Văn bản hợp đồng là hình thức có thể thể hiện một cách hữu hình nội dung của hợp đồng mà các bên đã thoả thuận với nhau. Đó có thể là bản hợp đồng với đầy đủ chữ kí của các bên hoặc công văn, tài liệu giao dịch chứa đựng những nội dung chủ yếu của hợp đồng mà các bên đã thoả thuận được với nhau. Bộ luật dân sự (sửa đổi) còn quy định điện báo, telex, fax, thư điện tử và các hình thức thông tin điện tử khác cũng được coi là hình thức văn bản hợp đồng.

Khi nhận hàng hoá vận chuyển, bên vận chuyển phải cấp cho bên thuê vận chuyển chứng từ vận chuyển dưới các hình thức khác nhau như: Vận đơn (trong vận chuyển đường biển và đường hàng không), giấy vận chuyển (trong vận chuyển đường thuỷ nội địa). Tuy Bộ luật dân sự chỉ quy định vận đơn và các chứng từ vận chuyển này là bằng chứng của việc giao kết hợp đồng giữa các bên nhưng trên thực tế, chúng còn là bằng chứng về việc bên vận chuyển đã nhận hàng hoá và xác định mối quan hệ pháp luật giữa người vận chuyển và người nhận hàng. Vận đơn gốc còn là chứng từ có giá trị và có thể được chuyển nhượng cho người khác.

4) Hình thức của hợp đồng vận chuyển hàng hoá.

b. Phân loại hợp đồng vận chuyển hàng hoá

Hợp đồng vận chuyển hàng hoá trong thực tế hết sức đa dạng và do đó đặt ra vấn đề phải phân loại hợp đồng theo

Hợp đồng vận chuyển hàng hoá có thể được giao kết bằng lời nói, bằng văn bản. Bộ luật dân sự và các văn bản pháp luật chuyên ngành về vận chuyển không quy định bắt buộc hợp đồng vận chuyển hàng hoá phải xác lập dưới hình thức văn bản. Tuy nhiên, nếu các bên tham gia quan hệ hợp đồng thoả thuận lựa chọn hình thức văn bản thì phải tuân theo hình thức đó.

Văn bản hợp đồng là hình thức có thể thể hiện một cách hữu hình nội dung của hợp đồng mà các bên đã thoả thuận với nhau. Đó có thể là bản hợp đồng với đầy đủ chữ kí của các bên hoặc công văn, tài liệu giao dịch chứa đựng những nội dung chủ yếu của hợp đồng mà các bên đã thoả thuận được với nhau. Bộ luật dân sự (sửa đổi) còn quy định điện báo, telex, fax, thư điện tử và các hình thức thông tin điện tử khác cũng được coi là hình thức văn bản hợp đồng.

Khi nhận hàng hoá vận chuyển, bên vận chuyển phải cấp cho bên thuê vận chuyển chứng từ vận chuyển dưới các hình thức khác nhau như: Vận đơn (trong vận chuyển đường biển và đường hàng không), giấy vận chuyển (trong vận chuyển đường thuỷ nội địa). Tuy Bộ luật dân sự chỉ quy định vận đơn và các chứng từ vận chuyển này là bằng chứng của việc giao kết hợp đồng giữa các bên nhưng trên thực tế, chúng còn là bằng chứng về việc bên vận chuyển đã nhận hàng hoá và xác định mối quan hệ pháp luật giữa người vận chuyển và người nhận hàng. Vận đơn gốc còn là chứng từ có giá trị và có thể được chuyển nhượng cho người khác.

b. Phân loại hợp đồng vận chuyển hàng hoá

Hợp đồng vận chuyển hàng hoá trong thực tế hết sức đa dạng và

do đó đặt ra vấn đề phải phân loại hợp đồng theo từng nhóm, dựa vào những dấu hiệu đặc trưng của chúng. Người ta có thể phân loại hợp đồng vận chuyển hàng hoá theo những tiêu chí khác nhau:

1) Căn cứ vào phương tiện vận chuyển mà người ta chia hợp đồng vận chuyển hàng hoá thành:

- Hợp đồng vận chuyển hàng hoá đường sắt;
- Hợp đồng vận chuyển hàng hoá đường biển;
- Hợp đồng vận chuyển hàng hoá đường hàng không;
- Hợp đồng vận chuyển hàng hoá đường bộ;
- Hợp đồng vận chuyển hàng hoá đường thuỷ nội địa.

Đây là cách thức phân loại hợp đồng vận chuyển hàng hoá có nhiều ý nghĩa thực tiễn, bởi quyền, nghĩa vụ và trách nhiệm cụ thể của các bên trong quan hệ hợp đồng được xác định phụ thuộc vào đặc trưng của từng phương thức vận chuyển.

2) Căn cứ vào dấu hiệu lãnh thổ mà chia thành vận chuyển hàng hoá nội địa và vận chuyển hàng hoá quốc tế. Các hoạt động vận chuyển hàng hoá quốc tế còn có thể phải tuân thủ các quy định của pháp luật hoặc tập quán thương mại của nước ngoài.

3) Căn cứ vào yếu tố quốc tịch của các bên trong hợp đồng mà chia thành hợp đồng vận chuyển hàng hoá có nhân tố nước ngoài và hợp đồng vận chuyển hàng hoá không có nhân tố nước ngoài. Hợp đồng vận chuyển hàng hoá có nhân tố nước ngoài là hợp đồng mà một trong các bên là tổ chức hoặc cá nhân nước ngoài. Với loại hợp đồng này, các bên có quyền thoả thuận áp dụng luật hoặc tập quán nước ngoài hoặc quốc tế và chọn trọng tài, toà án ở một trong hai nước hoặc ở một nước thứ ba để giải quyết tranh chấp phát sinh từ từng nhóm, dựa vào những dấu hiệu đặc trưng của chúng. Người ta

có thể phân loại hợp đồng vận chuyển hàng hoá theo những tiêu chí khác nhau:

1) Căn cứ vào phương tiện vận chuyển mà người ta chia hợp đồng vận chuyển hàng hoá thành:

- Hợp đồng vận chuyển hàng hoá đường sắt;
- Hợp đồng vận chuyển hàng hoá đường biển;
- Hợp đồng vận chuyển hàng hoá đường hàng không;
- Hợp đồng vận chuyển hàng hoá đường bộ;
- Hợp đồng vận chuyển hàng hoá đường thuỷ nội địa.

Đây là cách thức phân loại hợp đồng vận chuyển hàng hoá có nhiều ý nghĩa thực tiễn, bởi quyền, nghĩa vụ và trách nhiệm cụ thể của các bên trong quan hệ hợp đồng được xác định phụ thuộc vào đặc trưng của từng phương thức vận chuyển.

2) Căn cứ vào dấu hiệu lãnh thổ mà chia thành vận chuyển hàng hoá nội địa và vận chuyển hàng hoá quốc tế. Các hoạt động vận chuyển hàng hoá quốc tế còn có thể phải tuân thủ các quy định của pháp luật hoặc tập quán thương mại của nước ngoài.

3) Căn cứ vào yếu tố quốc tịch của các bên trong hợp đồng mà chia thành hợp đồng vận chuyển hàng hoá có nhân tố nước ngoài và hợp đồng vận chuyển hàng hoá không có nhân tố nước ngoài. Hợp đồng vận chuyển hàng hoá có nhân tố nước ngoài là hợp đồng mà một trong các bên là tổ chức hoặc cá nhân nước ngoài. Với loại hợp đồng này, các bên có quyền thoả thuận áp dụng luật hoặc tập quán nước ngoài hoặc quốc tế và chọn trọng tài, toà án ở một trong hai nước hoặc ở một nước thứ ba để giải quyết tranh chấp phát sinh từ quan hệ hợp đồng.

4) Căn cứ vào mức độ tham gia vào quá trình vận chuyển của các doanh nghiệp vận tải và phương tiện vận chuyển mà người ta chia thành

hợp đồng vận chuyển hàng hoá đơn phương thức và hợp đồng vận chuyển hàng hoá đa phương thức. Khi chỉ có một doanh nghiệp vận tải sử dụng một loại phương tiện tham gia vào việc vận chuyển hàng hoá thì gọi là vận chuyển đơn phương thức. Khi có một số doanh nghiệp sử dụng nhiều loại phương tiện vận chuyển khác nhau tham gia vào quá trình vận chuyển một lô hàng thì đó là vận chuyển đa phương thức hay còn gọi là liên hiệp vận chuyển. Khi thực hiện vận chuyển đa phương thức, một người vận chuyển

(

sẽ đứng ra kí hợp đồng với khách hàng và kí hợp đồng vận chuyển với các nhà vận chuyển khác, là người điều hành vận chuyển liên vận và chịu trách nhiệm trước khách hàng.

Trong một số phương thức vận chuyển cụ thể, người ta còn chia hợp đồng vận chuyển hàng hoá thành từng loại riêng; Ví dụ, trong vận tải biển, hợp đồng vận chuyển hàng hoá có thể được phân biệt thành hợp đồng thuê nguyên tàu, hợp đồng thuê một phần tàu và hợp đồng lưu khoang.

c. Luật điều chỉnh quan hệ hợp đồng vận chuyển hàng hoá

Như mục 1 đã trình bày, pháp luật điều chỉnh các quan hệ phát sinh từ hoạt động vận chuyển hết sức đa dạng và vì vậy, luật điều chỉnh quan hệ hợp đồng vận chuyển hàng hoá cũng vô cùng phong phú. Có thể tìm thấy các quy định liên quan đến hợp đồng vận chuyển hàng hoá trong nhiều văn bản khác nhau, từ các bộ luật, đạo luật đến pháp lệnh, nghị định, quyết định thậm chí thể lệ. Nhiều quy định trong các quan hệ hợp đồng.

4) Căn cứ vào mức độ tham gia vào quá trình vận chuyển của các doanh nghiệp vận tải và phương tiện vận chuyển mà người ta chia thành hợp đồng vận chuyển hàng hoá đơn phương thức và hợp đồng vận chuyển hàng hoá đa phương thức. Khi chỉ có một doanh nghiệp vận tải sử dụng một loại phương tiện tham gia vào việc vận chuyển hàng hoá thì gọi là vận chuyển đơn phương thức. Khi có một số doanh nghiệp sử dụng nhiều loại phương tiện vận chuyển khác nhau tham gia vào quá trình vận chuyển một

lô hàng thì đó là vận chuyển đa phương thức hay còn gọi là liên hiệp vận chuyển. Khi thực hiện vận chuyển đa phương thức, một người vận chuyển sẽ đứng ra kí hợp đồng với khách hàng và kí hợp đồng vận chuyển với các nhà vận chuyển khác, là người điều hành vận chuyển liên vận và chịu trách nhiệm trước khách hàng.

Trong một số phương thức vận chuyển cụ thể, người ta còn chia hợp đồng vận chuyển hàng hoá thành từng loại riêng; Ví dụ, trong vận tải biển, hợp đồng vận chuyển hàng hoá có thể được phân biệt thành hợp đồng thuê nguyên tàu, hợp đồng thuê một phần tàu và hợp đồng lưu khoang.

c. Luật điều chỉnh quan hệ hợp đồng vận chuyển hàng hoá

Như mục 1 đã trình bày, pháp luật điều chỉnh các quan hệ phát sinh từ hoạt động vận chuyển hết sức đa dạng và vì vậy, luật điều chỉnh quan hệ hợp đồng vận chuyển hàng hoá cũng vô cùng phong phú. Có thể tìm thấy các quy định liên quan đến hợp đồng vận chuyển hàng hoá trong nhiều văn bản khác nhau, từ các bộ luật, đạo luật đến pháp lệnh, nghị định, quyết định thậm chí thể lệ. Nhiều quy định trong các

văn bản pháp luật này không giống nhau, thậm chí mâu thuẫn, chồng chéo nhau.

Vấn đề đặt ra là đối với một hợp đồng vận chuyển hàng hoá cụ thể thì áp dụng những văn bản pháp luật nào? Trường hợp quy định trong các văn bản pháp luật đó không giống nhau thì ưu tiên áp dụng quy định trong văn bản pháp luật nào? Việc xác định chính xác nguồn luật áp dụng cho hợp đồng nói chung và hợp đồng vận chuyển hàng hoá nói riêng có ý nghĩa quan trọng, bởi nó tạo cơ sở pháp lý cho suốt quá trình "sống" của hợp đồng, từ khi đàm phán, kí kết hợp đồng đến khi thực hiện hợp đồng và giải quyết tranh chấp phát sinh.

Có thể hình dung hệ thống văn bản pháp luật quy định về hợp đồng vận chuyển hàng hoá gồm hai bộ phận sau đây:

- Các văn bản pháp luật quy định chung về hợp đồng, trong đó có hợp đồng vận chuyển hàng hoá như: Bộ luật dân sự và Pháp lệnh hợp đồng kinh tế¹ (đối với các hợp đồng giao kết trong điều kiện Pháp lệnh này có hiệu lực). Các văn bản này quy định các vấn đề mang tính nguyên tắc về điều kiện và thủ tục giao kết hợp đồng; điều kiện có hiệu lực của hợp đồng và các trường hợp hợp đồng vô hiệu; điều kiện và thủ tục thay đổi, huỷ bỏ, đình chỉ, chấm dứt hợp đồng; các biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ hợp đồng; thực hiện hợp đồng; trách nhiệm do vi phạm hợp đồng...

- Các văn bản pháp luật quy định riêng về một số vấn đề liên quan đến hợp đồng vận chuyển hàng hoá trong từng phương thức cụ thể như: Bộ luật hàng hải Việt Nam, Luật

Vấn đề đặt ra là đối với một hợp đồng vận chuyển hàng hoá cụ thể thì

(1). Pháp lệnh hợp đồng kinh tế' sẽ hết hiệu lực áp dụng từ ngày 01/01/2006.

văn bản pháp luật này không giống nhau, thậm chí mâu thuẫn, chồng chéo nhau.

áp dụng những văn bản pháp luật nào? Trường hợp quy định trong các văn bản pháp luật đó không giống nhau thì ưu tiên áp dụng quy định trong văn bản pháp luật nào? Việc xác định chính xác nguồn luật áp dụng cho hợp đồng nói chung và hợp đồng vận chuyển hàng hoá nói riêng có ý nghĩa quan trọng, bởi nó tạo cơ sở pháp lí cho suốt quá trình "sống" của hợp đồng, từ khi đàm phán, kí kết hợp đồng đến khi thực hiện hợp đồng và giải quyết tranh chấp phát sinh.

Có thể hình dung hệ thống văn bản pháp luật quy định về hợp đồng vận chuyển hàng hoá gồm hai bộ phận sau đây:

- Các văn bản pháp luật quy định chung về hợp đồng, trong đó có hợp đồng vận chuyển hàng hoá như: Bộ luật dân sự và Pháp lệnh hợp đồng kinh tế¹ (đối với các hợp đồng giao kết trong điều kiện Pháp lệnh này có hiệu lực). Các văn bản này quy định các vấn đề mang tính nguyên tắc về điều kiện và thủ tục giao kết hợp đồng; điều kiện có hiệu lực của hợp đồng và các trường hợp hợp đồng vô hiệu; điều kiện và thủ tục thay đổi, huỷ bỏ, đình chỉ, chấm dứt hợp đồng; các biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ hợp đồng; thực hiện hợp đồng; trách nhiệm do vi phạm hợp đồng...

- Các văn bản pháp luật quy định riêng về một số vấn đề liên quan đến hợp đồng vận chuyển hàng hoá trong từng phương thức cụ thể như: Bộ luật hàng hải Việt Nam, Luật

(1). Pháp lệnh hợp đồng kinh tế sẽ hết hiệu lực áp dụng từ ngày 01/01/2006.

hàng không dân dụng Việt Nam, Luật về giao thông đường thuỷ nội địa, Luật về giao thông đường bộ, các nghị định hướng dẫn thi hành, các thể lệ vận chuyển như: Thể lệ vận chuyển hàng hoá bằng đường thuỷ nội địa, thể lệ vận chuyển hàng hoá bằng đường ô-tô, thể lệ vận chuyển hàng hoá bằng đường sắt Việt Nam. Xuất phát từ đặc thù của từng phương thức vận chuyển mà các văn bản pháp luật này có thể có những quy định riêng về chứng từ vận chuyển; điều kiện giao nhận hàng hoá vận chuyển; một số quyền và nghĩa vụ riêng của các bên, phù hợp với từng phương thức vận chuyển; giới hạn trách nhiệm tài sản khi vi phạm hợp đồng và các trường hợp miễn trách nhiệm hợp đồng...

Trước hết cần xác định các văn bản pháp luật quy định riêng về từng loại hợp đồng vận chuyển hàng hoá. Muốn vậy, phải xem xét quan hệ hợp đồng đó phát sinh trong lĩnh vực vận chuyển nào: Đường bộ, đường sắt, đường thuỷ nội địa, đường biển hay đường hàng không và tương ứng với nó là những văn bản cụ thể nào? Các văn bản này không quy định về mọi vấn đề liên quan đến hợp đồng vận chuyển hàng hoá. Do đó, công việc tiếp theo là xác định văn bản pháp luật quy định chung về hợp đồng là văn bản nào: Bộ luật dân sự hay Pháp lệnh hợp đồng kinh tế (nếu hợp đồng vận chuyển hàng hoá được giao kết trong điều kiện Pháp lệnh này có hiệu lực). Muốn vậy, cần phải căn cứ vào các dấu hiệu chủ thể, mục đích và hình thức của hợp đồng để khẳng định hợp đồng vận chuyển hàng hoá mang tính chất của hợp đồng dân sự hay hợp đồng kinh tế?

Trường hợp một hợp đồng vận chuyển hàng hoá cụ thể vừa chịu sự điều chỉnh của các quy định trong văn bản pháp luật hàng không dân dụng Việt Nam, Luật về giao thông đường thuỷ nội địa, Luật về giao thông đường bộ, các nghị định hướng dẫn thi hành, các thể lệ vận chuyển như: Thể lệ vận chuyển hàng hoá bằng đường thuỷ nội địa, thể lệ vận chuyển hàng hoá bằng đường ô-tô, thể lệ vận chuyển hàng hoá

bằng đường sắt Việt Nam. Xuất phát từ đặc thù của từng phương thức vận chuyển mà các văn bản pháp luật này có thể có những quy định riêng về chứng từ vận chuyển; điều kiện giao nhận hàng hoá vận chuyển; một số quyền và nghĩa vụ riêng của các bên, phù hợp với từng phương thức vận chuyển; giới hạn trách nhiệm tài sản khi vi phạm hợp đồng và các trường hợp miễn trách nhiệm hợp đồng...

Trước hết cần xác định các văn bản pháp luật quy định riêng về từng loại hợp đồng vận chuyển hàng hoá. Muốn vậy, phải xem xét quan hệ hợp đồng đó phát sinh trong lĩnh vực vận chuyển nào: Đường bộ, đường sắt, đường thuỷ nội địa, đường biển hay đường hàng không và tương ứng với nó là những văn bản cụ thể nào? Các văn bản này không quy định về mọi vấn đề liên quan đến hợp đồng vận chuyển hàng hoá. Do đó, công việc tiếp theo là xác định văn bản pháp luật quy định chung về hợp đồng là văn bản nào: Bộ luật dân sự hay Pháp lệnh hợp đồng kinh tế (nếu hợp đồng vận chuyển hàng hoá được giao kết trong điều kiện Pháp lệnh này có hiệu lực). Muốn vậy, cần phải căn cứ vào các dấu hiệu chủ thể, mục đích và hình thức của hợp đồng để khẳng định hợp đồng vận chuyển hàng hoá mang tính chất của hợp đồng dân sự hay hợp đồng kinh tế?

Trường hợp một hợp đồng vận chuyển hàng hoá cụ thể vừa chịu sự điều chỉnh của các quy định trong văn bản pháp luật chung về hợp đồng (ví dụ, Bộ luật dân sự), vừa chịu sự điều chỉnh của các quy định trong văn bản pháp luật chuyên ngành (ví dụ, Bộ luật hàng hải Việt Nam) thì các quy định trong văn bản pháp luật chuyên ngành được ưu tiên áp dụng trước. Đối với các nội dung liên quan đến hợp đồng vận chuyển hàng hoá mà văn bản pháp luật chuyên ngành không quy định thì áp dụng quy định trong văn bản pháp luật chung về hợp đồng.

3. Quyền, nghĩa vụ và trách nhiệm tài sản của các bên trong quan hệ vận chuyển hàng hoá

Như phần trên đã trình bày, tham gia hoạt động vận chuyển hàng hoá có nhiều đối tượng khác nhau: Người vận chuyển, người thuê vận chuyển và người có quyền nhận hàng (trong trường hợp người thuê vận chuyển không đồng thời là người có quyền nhận hàng). Trong quan hệ vận chuyển, mỗi đối tượng có những quyền và nghĩa vụ riêng biệt. Khi một bên vi phạm nghĩa vụ hợp đồng, gây thiệt hại cho bên kia thì sẽ phải chịu trách nhiệm tài sản dưới các hình thức khác nhau. Phạm vi quyền, nghĩa vụ và trách nhiệm tài sản của bên tham gia quan hệ hợp đồng vận chuyển phát sinh từ các căn cứ sau:

- Thỏa thuận của các bên trong hợp đồng vận chuyển hàng hoá được xác lập giữa bên vận chuyển và bên thuê vận chuyển;

- Các quy định của pháp luật liên quan đến hoạt động vận chuyển nói chung và vận chuyển trong từng phương thức nói riêng;

- Tập quán vận chuyển theo từng phương thức hoặc các quy định riêng trong hoạt động của các cơ sở phục vụ hoạt động vận chuyển công cộng như bến bãi, ga đường sắt, cảng biển, cảng hàng không...

chung về hợp đồng (ví dụ, Bộ luật dân sự), vừa chịu sự điều chỉnh của các quy định trong văn bản pháp luật chuyên ngành (ví dụ, Bộ luật hàng hải Việt Nam) thì các quy định trong văn bản pháp luật chuyên ngành được ưu tiên áp dụng trước. Đối với các nội dung liên quan đến hợp đồng vận chuyển hàng hoá mà văn bản pháp luật chuyên ngành không quy định thì áp dụng quy định trong văn bản pháp luật chung về hợp đồng.

3. Quyền, nghĩa vụ và trách nhiệm tài sản của các bên trong quan hệ vận chuyển hàng hoá

Như phần trên đã trình bày, tham gia hoạt động vận chuyển hàng

hoá có nhiều đối tượng khác nhau: Người vận chuyển, người thuê vận chuyển và người có quyền nhận hàng (trong trường hợp người thuê vận chuyển không đồng thời là người có quyền nhận hàng). Trong quan hệ vận chuyển, mỗi đối tượng có những quyền và nghĩa vụ riêng biệt. Khi một bên vi phạm nghĩa vụ hợp đồng, gây thiệt hại cho bên kia thì sẽ phải chịu trách nhiệm tài sản dưới các hình thức khác nhau. Phạm vi quyền, nghĩa vụ và trách nhiệm tài sản của bên tham gia quan hệ hợp đồng vận chuyển phát sinh từ các căn cứ sau:

- Thoả thuận của các bên trong hợp đồng vận chuyển hàng hoá được xác lập giữa bên vận chuyển và bên thuê vận chuyển;
- Các quy định của pháp luật liên quan đến hoạt động vận chuyển nói chung và vận chuyển trong từng phương thức nói riêng;
- Tập quán vận chuyển theo từng phương thức hoặc các quy định riêng trong hoạt động của các cơ sở phục vụ hoạt động vận chuyển công cộng như bến bãi, ga đường sắt, cảng biển, cảng hàng không...

Nội dung quyền và nghĩa vụ cụ thể của các bên tham gia quan hệ vận chuyển chịu sự chi phối trực tiếp của từng phương thức vận chuyển. Phần viết dưới đây không có điều kiện xác định phạm vi quyền và nghĩa vụ của các bên theo từng phương thức vận chuyển mà chỉ có thể đề cập các nhóm quyền và nghĩa vụ cơ bản của bên vận chuyển, bên thuê vận chuyển, người có quyền nhận hàng khi tham gia quan hệ vận chuyển hàng hoá nói chung.

Nhìn chung thì hoạt động vận chuyển hàng hoá được cấu thành bởi các công việc như: Nhận hàng hoá vận chuyển; tổ chức vận chuyển hàng hoá và giao hàng hoá cho người có quyền nhận hàng. Trong mỗi công đoạn của quá trình vận chuyển, các bên tham gia quan hệ vận chuyển phải thực hiện các nghĩa vụ và được hưởng các quyền khác nhau. Cũng cần lưu ý rằng, hợp đồng vận chuyển hàng hoá là hợp đồng song vụ, bởi vậy, quyền của bên này là nghĩa vụ của

bên kia và ngược lại.

ũ. *Quyền và nghĩa vụ của bên vận chuyển*

Tham gia quan hệ vận chuyển, bên vận chuyển phải thực hiện các nghĩa vụ và được hưởng các quyền sau:

1) Tiếp nhận hàng hoá vận chuyển của bên thuê vận chuyển.

- Bên vận chuyển phải đưa phương tiện vận chuyển đến nhận hàng hoá vận chuyển theo sự thoả thuận của các bên trong hợp đồng vận chuyển. Phương tiện vận chuyển phải đáp ứng yêu cầu tiếp nhận, vận chuyển và bảo quản hàng hoá phù hợp với tính chất của hàng hoá. Trường hợp hợp đồng vận chuyển quy định cụ thể về các điều kiện kỹ thuật của phương tiện vận chuyển thì bên vận chuyển phải sử dụng phương tiện đúng với điều kiện mà các bên đã thoả thuận.

Nội dung quyền và nghĩa vụ cụ thể của các bên tham gia quan hệ vận chuyển chịu sự chi phối trực tiếp của từng phương thức vận chuyển. Phần viết dưới đây không có điều kiện xác định phạm vi quyền và nghĩa vụ của các bên theo từng phương thức vận chuyển mà chỉ có thể đề cập các nhóm quyền và nghĩa vụ cơ bản của bên vận chuyển, bên thuê vận chuyển, người có quyền nhận hàng khi tham gia quan hệ vận chuyển hàng hoá nói chung.

Nhìn chung thì hoạt động vận chuyển hàng hoá được cấu thành bởi các công việc như: Nhận hàng hoá vận chuyển; tổ chức vận chuyển hàng hoá và giao hàng hoá cho người có quyền nhận hàng. Trong mỗi công đoạn của quá trình vận chuyển, các bên tham gia quan hệ vận chuyển phải thực hiện các nghĩa vụ và được hưởng các quyền khác nhau. Cũng cần lưu ý rằng, hợp đồng vận chuyển hàng hoá là hợp đồng song vụ, bởi vậy, quyền của bên này là nghĩa vụ của bên kia và ngược lại.

ũ. *Quyền và nghĩa vụ của bên vận chuyển*

Tham gia quan hệ vận chuyển, bên vận chuyển phải thực hiện các nghĩa vụ và được hưởng các quyền sau:

1) Tiếp nhận hàng hoá vận chuyển của bên thuê vận chuyển.

- Bên vận chuyển phải đưa phương tiện vận chuyển đến nhận hàng hoá vận chuyển theo sự thoả thuận của các bên trong hợp đồng vận chuyển. Phương tiện vận chuyển phải đáp ứng yêu cầu tiếp nhận, vận chuyển và bảo quản hàng hoá phù hợp với tính chất của hàng hoá. Trường hợp hợp đồng vận chuyển quy định cụ thể về các điều kiện kỹ thuật của phương tiện vận chuyển thì bên vận chuyển phải sử dụng phương tiện đúng với điều kiện mà các bên đã thoả thuận.

- Bên vận chuyển có nghĩa vụ nhận hàng hoá vận chuyển của bên thuê vận chuyển đúng thời gian và địa điểm theo thoả thuận. Trường hợp bên vận chuyển chậm nhận hàng làm phát sinh chi phí bảo quản hàng hoá cho bên thuê vận chuyển thì phải bồi thường các thiệt hại đó. Trường hợp bên thuê vận chuyển giao hàng chậm thì bên vận chuyển được quyền yêu cầu bên thuê vận chuyển bồi thường các thiệt hại phát sinh do bị lưu giữ phương tiện vận chuyển. Thời gian chậm giao hàng không được tính vào thời gian vận chuyển.

- Bên vận chuyển được quyền từ chối vận chuyển tài sản không đúng với loại tài sản đã thoả thuận trong hợp đồng. Tuy Bộ luật dân sự quy định bên vận chuyển được quyền *"từ chối vận chuyển tài sản không đúng với loại tài sản đã thoả thuận trong hợp đồng"* (khoản 2 Điều 543 Bộ luật dân sự năm 1995) nhưng trong thực tế thì người vận chuyển chỉ có thể từ chối vận chuyển trong trường hợp việc thay thế hàng hoá vận chuyển làm ảnh hưởng đến quyền lợi của người vận chuyển hoặc những người thuê vận chuyển khác. Ví dụ, các bên thoả thuận hàng hoá vận chuyển là gạo nhưng người thuê vận chuyển lại giao hàng hoá vận chuyển là ngô. Đối với hoạt động vận chuyển thì gạo hay ngô đều có tính chất tương đương và việc vận chuyển gạo hay vận chuyển ngô cũng

không làm ảnh hưởng đến quyền lợi của người vận chuyển, do vậy, người vận chuyển không được từ chối vận chuyển ngô nhưng nếu người thuê vận chuyển thay thế gạo bằng cá đông lạnh chẳng hạn thì người vận chuyển được quyền từ chối vận chuyển bởi việc vận chuyển cá đông lạnh đòi hỏi chế độ bảo quản riêng và làm phát sinh chi phí bảo quản hàng hoá vận chuyển cho người vận chuyển.

- Bên vận chuyển có nghĩa vụ nhận hàng hoá vận chuyển của bên thuê vận chuyển đúng thời gian và địa điểm theo thoả thuận. Trường hợp bên vận chuyển chậm nhận hàng làm phát sinh chi phí bảo quản hàng hoá cho bên thuê vận chuyển thì phải bồi thường các thiệt hại đó. Trường hợp bên thuê vận chuyển giao hàng chậm thì bên vận chuyển được quyền yêu cầu bên thuê vận chuyển bồi thường các thiệt hại phát sinh do bị lưu giữ phương tiện vận chuyển. Thời gian chậm giao hàng không được tính vào thời gian vận chuyển.

- Bên vận chuyển được quyền từ chối vận chuyển tài sản không đúng với loại tài sản đã thoả thuận trong hợp đồng. Tuy Bộ luật dân sự quy định bên vận chuyển được quyền "*từ chối vận chuyển tài sản không đúng với loại tài sản đã thoả thuận trong hợp đồng*" (khoản 2 Điều 543 Bộ luật dân sự năm 1995) nhưng trong thực tế thì người vận chuyển chỉ có thể từ chối vận chuyển trong trường hợp việc thay thế hàng hoá vận chuyển làm ảnh hưởng đến quyền lợi của người vận chuyển hoặc những người thuê vận chuyển khác. Ví dụ, các bên thoả thuận hàng hoá vận chuyển là gạo nhưng người thuê vận chuyển lại giao hàng hoá vận chuyển là ngô. Đối với hoạt động vận chuyển thì gạo hay ngô đều có tính chất tương đương và việc vận chuyển gạo hay vận chuyển ngô cũng không làm ảnh hưởng đến quyền lợi của người vận chuyển, do vậy, người vận chuyển không được từ chối vận chuyển ngô nhưng nếu người thuê vận chuyển thay thế gạo bằng cá đông lạnh chẳng hạn thì người vận chuyển được quyền từ chối vận chuyển bởi việc vận chuyển cá đông

lạnh đòi hỏi chế độ bảo quản riêng và làm phát sinh chi phí bảo quản hàng hoá vận chuyển cho người vận chuyển.

Ngoài ra, bên vận chuyển có quyền từ chối nhận những hàng hoá không bảo đảm các tiêu chuẩn đóng gói cần thiết theo thoả thuận của các bên. Người vận chuyển được quyền từ chối vận chuyển hàng hoá cấm lưu thông, hàng hoá có tính chất nguy hiểm, độc hại.

- Nếu hợp đồng quy định bên thuê vận chuyển có nghĩa vụ xếp hàng lên phương tiện vận chuyển thì bên vận chuyển có nghĩa vụ hướng dẫn việc sắp xếp hàng hoá trên phương tiện vận chuyển và có quyền yêu cầu bên thuê vận chuyển phải sắp xếp hàng hoá theo đúng hướng dẫn. Ví dụ, trong vận chuyển đường biển thì hàng hoá phải được sắp xếp trên tàu theo "*Sơ đồ hàng hoá*" do thuyền trưởng quyết định.

2) Tổ chức vận chuyển hàng hoá theo đúng các điều kiện đã thoả thuận.

Sau khi hàng hoá vận chuyển được giao cho bên vận chuyển thì bên vận chuyển phải tiến hành hoạt động vận chuyển hàng hoá đó. Trong giai đoạn này, bên vận chuyển có các quyền và nghĩa vụ cơ bản sau đây:

- Vận chuyển hàng hoá đến đúng địa điểm trả hàng: Bên vận chuyển phải vận chuyển hàng hoá đến địa điểm trả hàng mà các bên đã thoả thuận. Địa điểm trả hàng có thể là ga đường sắt, bến xe ô-tô, cảng đường biển, đường sông, cảng hàng không hoặc một địa điểm nào đó được quy định trong hợp đồng vận chuyển. Trường hợp bên vận chuyển giao hàng không đúng địa điểm đã quy định thì phải thanh toán chi phí vận chuyển hàng hoá đến đúng địa điểm đã thoả thuận trong hợp đồng cho bên thuê vận chuyển.

- Bảo quản hàng hoá trong quá trình vận chuyển: Theo

Ngoài ra, bên vận chuyển có quyền từ chối nhận những hàng hoá

không bảo đảm các tiêu chuẩn đóng gói cần thiết theo thoả thuận của các bên. Người vận chuyển được quyền từ chối vận chuyển hàng hoá cấm lưu thông, hàng hoá có tính chất nguy hiểm, độc hại.

- Nếu hợp đồng quy định bên thuê vận chuyển có nghĩa vụ xếp hàng lên phương tiện vận chuyển thì bên vận chuyển có nghĩa vụ hướng dẫn việc sắp xếp hàng hoá trên phương tiện vận chuyển và có quyền yêu cầu bên thuê vận chuyển phải sắp xếp hàng hoá theo đúng hướng dẫn. Ví dụ, trong vận chuyển đường biển thì hàng hoá phải được sắp xếp trên tàu theo "*Sơ đồ hàng hoá*" do thuyền trưởng quyết định.

2) Tổ chức vận chuyển hàng hoá theo đúng các điều kiện đã thoả thuận.

Sau khi hàng hoá vận chuyển được giao cho bên vận chuyển thì bên vận chuyển phải tiến hành hoạt động vận chuyển hàng hoá đó. Trong giai đoạn này, bên vận chuyển có các quyền và nghĩa vụ cơ bản sau đây:

- Vận chuyển hàng hoá đến đúng địa điểm trả hàng: Bên vận chuyển phải vận chuyển hàng hoá đến địa điểm trả hàng mà các bên đã thoả thuận. Địa điểm trả hàng có thể là ga đường sắt, bến xe ô-tô, cảng đường biển, đường sông, cảng hàng không hoặc một địa điểm nào đó được quy định trong hợp đồng vận chuyển. Trường hợp bên vận chuyển giao hàng không đúng địa điểm đã quy định thì phải thanh toán chi phí vận chuyển hàng hoá đến đúng địa điểm đã thoả thuận trong hợp đồng cho bên thuê vận chuyển.

- Bảo quản hàng hoá trong quá trình vận chuyển: Theo thông lệ chung thì nghĩa vụ bảo quản hàng hoá của bên vận chuyển phát sinh từ thời điểm bên vận chuyển tiếp nhận hàng hoá vận chuyển do bên thuê vận chuyển giao và kết thúc khi đã giao hàng hoá cho người nhận tại địa điểm trả hàng. Trường hợp hàng hoá vận chuyển đòi hỏi chế độ bảo

quản đặc biệt thì bên vận chuyển phải tuân thủ các điều kiện này. Nếu bên thuê vận chuyển cử người áp tải hàng hoá và các bên thoả thuận người áp tải có nghĩa vụ bảo quản hàng hoá thì bên vận chuyển phải tạo mọi điều kiện thuận lợi cho người áp tải thực hiện các công việc cần thiết liên quan đến bảo quản hàng hoá.

Trong quá trình vận chuyển, người vận chuyển phát hiện hàng hoá có tính chất nguy hiểm, độc hại thì có quyền dỡ hàng hoá khỏi phương tiện vận chuyển, huỷ bỏ hoặc làm mất khả năng gây hại của hàng hoá dễ nổ, dễ cháy hoặc hàng hoá nguy hiểm khác mà không phải bồi thường và vẫn được thu đủ cước phí vận chuyển, nếu số hàng hoá đó đã được khai báo sai hoặc do người vận chuyển không được thông báo trước và cũng không thể nhận biết về những đặc tính nguy hiểm của hàng hoá khi bốc hàng qua sự hiểu biết nghiệp vụ thông thường.

3) Trả hàng hoá cho người có quyền nhận hàng.

Hoạt động vận chuyển hàng hoá kết thúc bằng việc bên vận chuyển trả hàng hoá cho người có quyền nhận hàng. Trả hàng là nghĩa vụ cơ bản của người vận chuyển trước người gửi hàng cũng như người có quyền nhận hàng (nếu người gửi hàng không đồng thời là người nhận hàng). Để trả hàng cho người có quyền nhận hàng, bên vận chuyển phải thực hiện các nghĩa vụ sau:

thông lệ chung thì nghĩa vụ bảo quản hàng hoá của bên vận chuyển phát sinh từ thời điểm bên vận chuyển tiếp nhận hàng hoá vận chuyển do bên thuê vận chuyển giao và kết thúc khi đã giao hàng hoá cho người nhận tại địa điểm trả hàng. Trường hợp hàng hoá vận chuyển đòi hỏi chế độ bảo quản đặc biệt thì bên vận chuyển phải tuân thủ các điều kiện này. Nếu bên thuê vận chuyển cử người áp tải hàng hoá và các bên thoả thuận người áp tải có nghĩa vụ bảo quản hàng hoá thì bên vận chuyển phải tạo mọi điều kiện thuận lợi cho người áp tải thực hiện các công việc cần thiết liên quan đến bảo quản hàng hoá.

- Trả hàng hoá vận chuyển đúng đối tượng: Trong quan

Trong quá trình vận chuyển, người vận chuyển phát hiện hàng hoá có tính chất nguy hiểm, độc hại thì có quyền dỡ hàng hoá khỏi phương tiện vận chuyển, huỷ bỏ hoặc làm mất khả năng gây hại của hàng hoá dễ nổ, dễ cháy hoặc hàng hoá nguy hiểm khác mà không phải bồi thường và vẫn được thu đủ cước phí vận chuyển, nếu số hàng hoá đó đã được khai báo sai hoặc do người vận chuyển không được thông báo trước và cũng không thể nhận biết về những đặc tính nguy hiểm của hàng hoá khi bốc hàng qua sự hiểu biết nghiệp vụ thông thường.

3) Trả hàng hoá cho người có quyền nhận hàng.

Hoạt động vận chuyển hàng hoá kết thúc bằng việc bên vận chuyển trả hàng hoá cho người có quyền nhận hàng. Trả hàng là nghĩa vụ cơ bản của người vận chuyển trước người gửi hàng cũng như người có quyền nhận hàng (nếu người gửi hàng không đồng thời là người nhận hàng). Để trả hàng cho người có quyền nhận hàng, bên vận chuyển phải thực hiện các nghĩa vụ sau:

hệ vận chuyển, bên nhận hàng hoá vận chuyển có thể là bên thuê vận chuyển hoặc người thứ ba được bên thuê vận chuyển chỉ định nhận hàng hoá. Bên vận chuyển có nghĩa vụ trả hàng cho người nhận hàng hợp pháp nào có vận đơn gốc hoặc giấy gửi hàng hoặc chứng từ vận chuyển hàng hoá.

- Thông báo về việc hàng đến cho người có quyền nhận hàng. Nếu người vận chuyển không thông báo hàng đến thì mất quyền yêu cầu bồi thường các chi phí bảo quản hàng hoá do chậm nhận hàng. Trường hợp các bên thoả thuận trả hàng tại địa chỉ của người nhận thì người vận chuyển không cần phải thông báo hàng đến.

- Trả hàng đúng phương thức đã thoả thuận: Các bên có thể thoả thuận một phương thức giao nhận hàng cụ thể như:

1) Giao nhận theo số lượng, trọng lượng, thể tích, bằng phương pháp kiểm đếm, cân, đo. Việc kiểm đếm phải đảm bảo nguyên bao, nguyên

- Trả hàng hoá vận chuyển đúng đối tượng: Trong quan

thùng, nguyên kiện, nguyên bó. Nếu bao bì còn nguyên vẹn thì người vận chuyển không chịu trách nhiệm về trọng lượng và tình trạng hàng hoá ở bên trong; 2) Giao nhận theo nguyên hàm hàng thì sau khi giao hàng cho người vận chuyển, người thuê vận chuyển niêm phong, kẹp chì có sự chứng kiến của người vận chuyển. Khi trả hàng nếu niêm phong kẹp chì còn nguyên vẹn thì coi như người vận chuyển đã giao đủ hàng. Nếu niêm phong kẹp chì không còn nguyên vẹn người vận chuyển phải chịu trách nhiệm, trừ khi chứng minh được là không do lỗi của mình gây ra; 3) Giao nhận container theo niêm phong kẹp chì; 4) Giao nhận theo món nước phải có công cụ đo theo quy định. Phương tiện phải có sổ dung tích do cơ quan đăng kiểm cấp. Việc đo món nước phương tiện phải thực hiện theo quy hệ vận chuyển, bên nhận hàng hoá vận chuyển có thể là bên thuê vận chuyển hoặc người thứ ba được bên thuê vận chuyển chỉ định nhận hàng hoá. Bên vận chuyển có nghĩa vụ trả hàng cho người nhận hàng hợp pháp nào có vận đơn gốc hoặc giấy gửi hàng hoặc chứng từ vận chuyển hàng hoá.

- Thông báo về việc hàng đến cho người có quyền nhận hàng. Nếu người vận chuyển không thông báo hàng đến thì mất quyền yêu cầu bồi thường các chi phí bảo quản hàng hoá do chậm nhận hàng. Trường hợp các bên thoả thuận trả hàng tại địa chỉ của người nhận thì người vận chuyển không cần phải thông báo hàng đến.

- Trả hàng đúng phương thức đã thoả thuận: Các bên có thể thoả thuận một phương thức giao nhận hàng cụ thể như:

1) Giao nhận theo số lượng, trọng lượng, thể tích, bằng phương pháp kiểm đếm, cân, đo. Việc kiểm đếm phải đảm bảo nguyên bao, nguyên thùng, nguyên kiện, nguyên bó. Nếu bao bì còn nguyên vẹn thì người vận chuyển không chịu trách nhiệm về trọng lượng và tình trạng hàng hoá ở bên trong; 2) Giao nhận theo nguyên hàm hàng thì sau khi giao hàng cho người vận chuyển, người thuê vận chuyển niêm phong, kẹp

chỉ có sự chứng kiến của người vận chuyển. Khi trả hàng nếu niêm phong kẹp chì còn nguyên vẹn thì coi như người vận chuyển đã giao đủ hàng. Nếu niêm phong kẹp chì không còn nguyên vẹn người vận chuyển phải chịu trách nhiệm, trừ khi chứng minh được là không do lỗi của mình gây ra; 3) Giao nhận container theo niêm phong kẹp chì; 4) Giao nhận theo món nước phải có công cụ đo theo quy định. Phương tiện phải có sổ dung tích do cơ quan đăng kiểm cấp. Việc đo món nước phương tiện phải thực hiện theo quy định hiện hành.

Các phương thức giao nhận hàng khác nhau có những tỉ lệ hao hụt hàng hoá khác nhau. Chính vì vậy, việc trả hàng cho người có quyền nhận hàng phải thực hiện đúng phương thức mà các bên đã thoả thuận. Một nguyên tắc phải tôn trọng là khi bên vận chuyển nhận hàng theo phương thức nào thì trả hàng phải theo phương thức đó.

- Nếu bên vận chuyển đã vận chuyển hàng hoá đến địa điểm trả hàng đúng thời hạn quy định nhưng không có người nhận hàng, thì bên vận chuyển có thể gửi hàng hoá tại nơi nhận gửi giữ và phải báo ngay cho bên thuê vận chuyển hoặc bên có quyền nhận hàng biết. Trong trường hợp này, bên vận chuyển được coi là đã hoàn tất nghĩa vụ trả hàng sau khi thực hiện việc gửi giữ hàng hoá đúng số lượng, chất lượng, các điều kiện bảo quản khác và thông báo cho bên thuê vận chuyển hoặc cho bên có quyền nhận hàng hoá biết về việc gửi giữ. Các chi phí gửi giữ, bảo quản hàng hoá do bên thuê vận chuyển hoặc bên có quyền nhận hàng hoá chịu.

- Bên vận chuyển có quyền từ chối trả hàng và có quyền lưu giữ hàng, nếu người thuê vận chuyển và người nhận hàng chưa thanh toán đủ các khoản cước phí và chi phí vận chuyển hoặc khi chưa nhận được sự bảo đảm thoả đáng cho việc thanh toán các khoản cước phí và chi phí nói trên.

ò. Quyền và nghĩa vụ của bên thuê vận chuyển

Bên vận chuyển phải thực hiện các nghĩa vụ sau:

1) Giao hàng hoá cho bên vận chuyển.

định hiện hành.

Các phương thức giao nhận hàng khác nhau có những tỉ lệ hao hụt hàng hoá khác nhau. Chính vì vậy, việc trả hàng cho người có quyền nhận hàng phải thực hiện đúng phương thức mà các bên đã thoả thuận. Một nguyên tắc phải tôn trọng là khi bên vận chuyển nhận hàng theo phương thức nào thì trả hàng phải theo phương thức đó.

- Nếu bên vận chuyển đã vận chuyển hàng hoá đến địa điểm trả hàng đúng thời hạn quy định nhưng không có người nhận hàng, thì bên vận chuyển có thể gửi hàng hoá tại nơi nhận gửi giữ và phải báo ngay cho bên thuê vận chuyển hoặc bên có quyền nhận hàng biết. Trong trường hợp này, bên vận chuyển được coi là đã hoàn tất nghĩa vụ trả hàng sau khi thực hiện việc gửi giữ hàng hoá đúng số lượng, chất lượng, các điều kiện bảo quản khác và thông báo cho bên thuê vận chuyển hoặc cho bên có quyền nhận hàng hoá biết về việc gửi giữ. Các chi phí gửi giữ, bảo quản hàng hoá do bên thuê vận chuyển hoặc bên có quyền nhận hàng hoá chịu.

- Bên vận chuyển có quyền từ chối trả hàng và có quyền lưu giữ hàng, nếu người thuê vận chuyển và người nhận hàng chưa thanh toán đủ các khoản cước phí và chi phí vận chuyển hoặc khi chưa nhận được sự bảo đảm thoả đáng cho việc thanh toán các khoản cước phí và chi phí nói trên.

b. Quyền và nghĩa vụ của bên thuê vận chuyển

Bên vận chuyển phải thực hiện các nghĩa vụ sau:

1) Giao hàng hoá cho bên vận chuyển.

Bên thuê vận chuyển có nghĩa vụ giao hàng hoá vận

chuyển cho bên vận chuyển đúng thời hạn, địa điểm như đã thoả thuận. Trong trường hợp bên thuê vận chuyển giao hàng hoá không đúng thời gian, địa điểm đã thoả thuận, thì phải thanh toán chi phí chờ đợi và chi phí vận chuyển hàng hoá đến địa điểm đã thoả thuận trong hợp đồng. Trước khi giao hàng hoá cho bên vận chuyển, bên thuê vận chuyển phải chuẩn bị đầy đủ giấy tờ hợp pháp về hàng hoá. Hàng hoá phải được đóng gói đúng quy cách, ghi kí hiệu, mã hiệu đầy đủ và rõ ràng. Bên thuê vận chuyển phải chịu chi phí bốc xếp hàng hoá lên phương tiện vận chuyển nếu các bên không thoả thuận khác.

Bên thuê vận chuyển được quyền từ chối xếp hàng lên phương tiện vận chuyển nếu phương tiện vận chuyển không đáp ứng các yêu cầu kĩ thuật theo thoả thuận hoặc theo quy định của pháp luật để vận chuyển hàng hoá đó.

2) Thanh toán cước phí vận chuyển.

Thanh toán cước phí vận chuyển là nghĩa vụ cơ bản nhất của bên thuê vận chuyển. Cước phí theo sự thoả thuận của các bên hoặc theo biểu phí của các đơn vị kinh doanh dịch vụ vận chuyển công cộng. Cước phí có thể do người thuê hoặc người nhận trả tùy theo thoả thuận. Ngoài cước phí vận chuyển, bên thuê vận chuyển có thể phải trả thêm các khoản phụ phí vận chuyển khác như tiền lưu kho, lưu bãi, bảo quản hàng hoá, chi phí cầu đường, bốc xếp hàng hoá... Việc thanh toán cước phí vận chuyển phải được thực hiện đúng thời gian và phương thức. Thời hạn thanh toán cước phí vận chuyển do các bên thoả thuận, nếu không thoả thuận thì theo quy định của pháp luật. Ví dụ, theo Điều 88 Luật giao thông đường thuỷ nội địa thì bên thuê vận chuyển phải thanh toán đủ cước chuyển cho bên vận chuyển đúng thời hạn, địa điểm như đã thoả thuận. Trong trường hợp bên thuê vận chuyển giao hàng hoá không đúng thời gian, địa điểm đã thoả thuận, thì phải thanh toán chi phí chờ đợi và chi phí vận chuyển hàng hoá đến địa điểm đã thoả thuận

trong hợp đồng. Trước khi giao hàng hoá cho bên vận chuyển, bên thuê vận chuyển phải chuẩn bị đầy đủ giấy tờ hợp pháp về hàng hoá. Hàng hoá phải được đóng gói đúng quy cách, ghi kí hiệu, mã hiệu đầy đủ và rõ ràng. Bên thuê vận chuyển phải chịu chi phí bốc xếp hàng hoá lên phương tiện vận chuyển nếu các bên không thoả thuận khác.

Bên thuê vận chuyển được quyền từ chối xếp hàng lên phương tiện vận chuyển nếu phương tiện vận chuyển không đáp ứng các yêu cầu kĩ thuật theo thoả thuận hoặc theo quy định của pháp luật để vận chuyển hàng hoá đó.

2) Thanh toán cước phí vận chuyển.

Thanh toán cước phí vận chuyển là nghĩa vụ cơ bản nhất của bên thuê vận chuyển. Cước phí theo sự thoả thuận của các bên hoặc theo biểu phí của các đơn vị kinh doanh dịch vụ vận chuyển công cộng. Cước phí có thể do người thuê hoặc người nhận trả tùy theo thoả thuận. Ngoài cước phí vận chuyển, bên thuê vận chuyển có thể phải trả thêm các khoản phụ phí vận chuyển khác như tiền lưu kho, lưu bãi, bảo quản hàng hoá, chi phí cầu đường, bốc xếp hàng hoá... Việc thanh toán cước phí vận chuyển phải được thực hiện đúng thời gian và phương thức. Thời hạn thanh toán cước phí vận chuyển do các bên thoả thuận, nếu không thoả thuận thì theo quy định của pháp luật. Ví dụ, theo Điều 88 Luật giao thông đường thuỷ nội địa thì bên thuê vận chuyển phải thanh toán đủ cước

phí vận tải và chi phí phát sinh cho bên vận chuyển sau khi hàng hoá đã xếp lên phương tiện, trừ trường hợp có thoả thuận khác trong hợp đồng.

3) Trông coi hàng hoá trên đường vận chuyển.

Các bên có thể thoả thuận để bên thuê vận chuyển cử người trông coi hàng hoá trên đường vận chuyển (người áp tải) đối với việc vận chuyển một số loại hàng hoá có giá trị lớn hoặc hàng hoá yêu cầu phải có chế độ bảo quản, chăm sóc đặc biệt. Trong trường hợp bên thuê vận

chuyển trông coi hàng hoá vận chuyển mà hàng hoá bị mất mát, hư hỏng thì bên thuê vận chuyển phải tự chịu trách nhiệm trước các tổn thất tài sản đó.

c. Quyền và nghĩa vụ của người có quyền nhận hàng hoá

Trong quan hệ vận chuyển, bên thuê vận chuyển có thể không đồng thời là người nhận hàng hoá vận chuyển. Bên thuê vận chuyển được quyền chỉ định người khác nhận hàng hoá vận chuyển. Tuy không trực tiếp kí kết hợp đồng vận chuyển hàng hoá nhưng người nhận hàng cũng có các quyền và nghĩa vụ sau đây:

Về nghĩa vụ:

- Nhận hàng hoá vận chuyển đúng thời hạn, địa điểm đã thoả thuận. Để nhận hàng, người có quyền nhận phải xuất trình cho bên vận chuyển vận đơn hoặc các giấy tờ khác chứng minh cho quyền nhân tài sản vận đơn hoặc các giấy tờ chứng minh quyền nhận hàng hoá của mình. Trường hợp người có quyền nhận hàng chậm nhận hàng hoá thì phải thanh toán chi phí phát sinh.

phí vận tải và chi phí phát sinh cho bên vận chuyển sau khi hàng hoá đã xếp lên phương tiện, trừ trường hợp có thoả thuận khác trong hợp đồng.

3) Trông coi hàng hoá trên đường vận chuyển.

Các bên có thể thoả thuận để bên thuê vận chuyển cử người trông coi hàng hoá trên đường vận chuyển (người áp tải) đối với việc vận chuyển một số loại hàng hoá có giá trị lớn hoặc hàng hoá yêu cầu phải có chế độ bảo quản, chăm sóc đặc biệt. Trong trường hợp bên thuê vận chuyển trông coi hàng hoá vận chuyển mà hàng hoá bị mất mát, hư hỏng thì bên thuê vận chuyển phải tự chịu trách nhiệm trước các tổn thất tài sản đó.

c. Quyền và nghĩa vụ của người có quyền nhận hàng hoá

Trong quan hệ vận chuyển, bên thuê vận chuyển có thể không đồng thời là người nhận hàng hoá vận chuyển. Bên thuê vận chuyển được quyền chỉ định người khác nhận hàng hoá vận chuyển. Tuy không trực tiếp kí kết hợp đồng vận chuyển hàng hoá nhưng người nhận hàng cũng có các quyền và nghĩa vụ sau đây:

Về nghĩa vụ:

- Nhận hàng hoá vận chuyển đúng thời hạn, địa điểm đã thoả thuận. Để nhận hàng, người có quyền nhận phải xuất trình cho bên vận chuyển vận đơn hoặc các giấy tờ khác chứng minh cho quyền nhân tài sản vận đơn hoặc các giấy tờ chứng minh quyền nhận hàng hoá của mình. Trường hợp người có quyền nhận hàng chậm nhận hàng hoá thì phải thanh toán chi phí phát sinh.

- Thanh toán cho bên vận chuyển tiền cước vận chuyển, tiền bồi thường do lưu phương tiện vận chuyển, chi phí bốc dỡ hàng hoá hoặc các khoản chi phí khác liên quan đến việc vận chuyển hàng hoá nếu các khoản tiền đó chưa được thanh toán trước. Trong trường hợp hàng hoá được vận chuyển theo vận đơn thì người nhận hàng chỉ phải thanh toán các chi phí quy định trong vận đơn.

- Thông báo cho bên thuê vận chuyển biết về việc nhận hàng hoá vận chuyển và các thông tin cần thiết khác theo yêu cầu của bên đó. Nếu không thông báo thì người nhận hàng hoá không có quyền yêu cầu bên thuê vận chuyển bảo vệ quyền và lợi ích liên quan đến hàng hoá.

Về quyền:

- Kiểm tra số lượng, chất lượng hàng hoá khi nhận hàng hoá được vận chuyển đến, nếu nghi ngờ hàng hoá bị mất mát, hư hỏng trong quá trình vận chuyển thì người nhận hàng và bên vận chuyển có thể yêu cầu giám định hàng hoá để đánh giá mức độ tổn thất và tìm nguyên nhân. Người yêu cầu giám định phải thanh toán các chi phí liên quan đến việc giám định. Trường hợp bên vận chuyển không chứng minh

được hàng hoá bị mất mát, hư hỏng ngoài phạm vi trách nhiệm của mình thì phải thanh toán chi phí giám định ngay cả khi người nhận hàng yêu cầu giám định.

- Yêu cầu bên vận chuyển thanh toán chi phí phát sinh do phải chờ đợi nhận hàng nếu bên vận chuyển chậm giao hàng.

- Trực tiếp yêu cầu hoặc báo để bên thuê vận chuyển yêu cầu bên vận chuyển bồi thường thiệt hại do hàng hoá bị mất mát, hư hỏng.

- Thanh toán cho bên vận chuyển tiền cước vận chuyển, tiền bồi thường do lưu phương tiện vận chuyển, chi phí bốc dỡ hàng hoá hoặc các khoản chi phí khác liên quan đến việc vận chuyển hàng hoá nếu các khoản tiền đó chưa được thanh toán trước. Trong trường hợp hàng hoá được vận chuyển theo vận đơn thì người nhận hàng chỉ phải thanh toán các chi phí quy định trong vận đơn.

- Thông báo cho bên thuê vận chuyển biết về việc nhận hàng hoá vận chuyển và các thông tin cần thiết khác theo yêu cầu của bên đó. Nếu không thông báo thì người nhận hàng hoá không có quyền yêu cầu bên thuê vận chuyển bảo vệ quyền và lợi ích liên quan đến hàng hoá.

Về quyền:

- Kiểm tra số lượng, chất lượng hàng hoá khi nhận hàng hoá được vận chuyển đến, nếu nghi ngờ hàng hoá bị mất mát, hư hỏng trong quá trình vận chuyển thì người nhận hàng và bên vận chuyển có thể yêu cầu giám định hàng hoá để đánh giá mức độ tổn thất và tìm nguyên nhân. Người yêu cầu giám định phải thanh toán các chi phí liên quan đến việc giám định. Trường hợp bên vận chuyển không chứng minh được hàng hoá bị mất mát, hư hỏng ngoài phạm vi trách nhiệm của mình thì phải thanh toán chi phí giám định ngay cả khi người nhận hàng yêu cầu giám định.

- Yêu cầu bên vận chuyển thanh toán chi phí phát sinh do phải chờ đợi nhận hàng nếu bên vận chuyển chậm giao hàng.

- Trực tiếp yêu cầu hoặc báo để bên thuê vận chuyển yêu cầu bên vận chuyển bồi thường thiệt hại do hàng hoá bị mất mát, hư hỏng.

d. Trách nhiệm tài sản trong quan hệ vận chuyển hàng hoá

Vận chuyển hàng hoá là hoạt động kinh doanh mang nhiều đặc thù nên trách nhiệm tài sản áp dụng cho hành vi vi phạm quan hệ vận chuyển cũng có nhiều điểm riêng biệt. Các điểm riêng này thể hiện qua nhiều khía cạnh khác nhau như: Căn cứ áp dụng trách nhiệm tài sản, các hình thức trách nhiệm tài sản, giới hạn trách nhiệm tài sản và các trường hợp miễn trách nhiệm tài sản, thủ tục yêu cầu áp dụng trách nhiệm tài sản.

Như mọi hình thức trách nhiệm hợp đồng khác, trách nhiệm tài sản do vi phạm hợp đồng vận chuyển chỉ được áp dụng khi có các căn cứ cụ thể mà căn cứ đầu tiên và quan trọng nhất là có hành vi vi phạm nghĩa vụ phát sinh từ quan hệ vận chuyển. Các vi phạm có thể xuất phát từ hành vi của bên vận chuyển, bên thuê vận chuyển hoặc của bên có quyền nhận hàng. Thực tiễn thường gặp các loại vi phạm sau đây:

- Bên vận chuyển không đưa phương tiện hoặc đưa phương tiện không phù hợp với hàng hoá cần vận chuyển;
- Bên vận chuyển làm mất mát, hư hỏng hàng hoá trong quá trình vận chuyển;
- Bên vận chuyển nhận hàng hoá từ bên thuê vận chuyển và giao hàng hoá cho người có quyền nhận không đúng thời gian hoặc địa điểm theo thoả thuận.
- Bên thuê vận chuyển không giao hoặc giao hàng hoá không đúng thời gian và địa điểm cho bên vận chuyển;
- Bên thuê vận chuyển hoặc bên có quyền nhận hàng chậm nhận hàng hoá được vận chuyển đến;
- Bên thuê vận chuyển hoặc bên có quyền nhận hàng

Vận chuyển hàng hoá là hoạt động kinh doanh mang nhiều đặc thù

d. Trách nhiệm tài sản trong quan hệ vận chuyển hàng hoá

nên trách nhiệm tài sản áp dụng cho hành vi vi phạm quan hệ vận chuyển cũng có nhiều điểm riêng biệt. Các điểm riêng này thể hiện qua nhiều khía cạnh khác nhau như: Căn cứ áp dụng trách nhiệm tài sản, các hình thức trách nhiệm tài sản, giới hạn trách nhiệm tài sản và các trường hợp miễn trách nhiệm tài sản, thủ tục yêu cầu áp dụng trách nhiệm tài sản.

Như mọi hình thức trách nhiệm hợp đồng khác, trách nhiệm tài sản do vi phạm hợp đồng vận chuyển chỉ được áp dụng khi có các căn cứ cụ thể mà căn cứ đầu tiên và quan trọng nhất là có hành vi vi phạm nghĩa vụ phát sinh từ quan hệ vận chuyển. Các vi phạm có thể xuất phát từ hành vi của bên vận chuyển, bên thuê vận chuyển hoặc của bên có quyền nhận hàng. Thực tiễn thường gặp các loại vi phạm sau đây:

- Bên vận chuyển không đưa phương tiện hoặc đưa phương tiện không phù hợp với hàng hoá cần vận chuyển;
- Bên vận chuyển làm mất mát, hư hỏng hàng hoá trong quá trình vận chuyển;
- Bên vận chuyển nhận hàng hoá từ bên thuê vận chuyển và giao hàng hoá cho người có quyền nhận không đúng thời gian hoặc địa điểm theo thoả thuận.
- Bên thuê vận chuyển không giao hoặc giao hàng hoá không đúng thời gian và địa điểm cho bên vận chuyển;
- Bên thuê vận chuyển hoặc bên có quyền nhận hàng chậm nhận hàng hoá được vận chuyển đến;
- Bên thuê vận chuyển hoặc bên có quyền nhận hàng

Mỗi hành vi vi phạm nêu trên có thể dẫn đến những hậu quả khác nhau cho bên bị vi phạm và vì vậy, bên bị vi phạm có thể yêu cầu áp

không thanh toán hoặc thanh toán không đầy đủ cước phí và các khoản lệ phí vận chuyển khác theo thoả thuận.

dụng các hình thức trách nhiệm tài sản khác nhau như: Bồi thường thiệt hại, phạt dôi nhật, phạt cọc, phạt vi phạm nghĩa vụ thanh toán.

Trong quan hệ vận chuyển, hình thức trách nhiệm tài sản thường được áp dụng và thể hiện nhiều đặc thù là bồi thường thiệt hại. Chế tài bồi thường thiệt hại thường được áp dụng cho các hành vi vi phạm nghĩa vụ bảo quản hàng hoá của bên vận chuyển, ví dụ, bên vận chuyển làm mất mát, hư hỏng hàng hoá.

Về nguyên tắc, bên vận chuyển phải bồi thường cho bên thuê vận chuyển toàn bộ tổn thất thực tế là giá trị của hàng hoá bị mất (đối với trường hợp làm mất hàng) hoặc giá trị hàng hoá bị giảm sút thực tế (đối với trường hợp làm hư hỏng hàng hoá).

Trong trường hợp chủng loại và giá trị hàng hoá được bên thuê vận chuyển khai báo trước khi giao hàng và được bên vận chuyển chấp nhận, ghi vào vận đơn, giấy gửi hàng hoặc chứng từ vận chuyển hàng hoá tương đương khác thì bên vận chuyển chịu trách nhiệm bồi thường mất mát, hư hỏng của hàng hoá trên cơ sở giá trị đó. Đối với hàng hoá bị mất mát, thì bồi thường bằng giá trị đã khai báo. Đối với hàng hoá bị hư hỏng thì bồi thường bằng mức chênh lệch giữa giá trị khai báo và giá trị còn lại của hàng hoá; giá trị còn lại của hàng hoá được xác định trên cơ sở giá thị trường ở thời gian và địa điểm hàng

Mỗi hành vi vi phạm nêu trên có thể dẫn đến những hậu quả khác nhau cho bên bị vi phạm và vì vậy, bên bị vi phạm có thể yêu cầu áp dụng các hình thức trách nhiệm tài sản khác nhau như: Bồi thường thiệt hại, phạt dôi nhật, phạt cọc, phạt vi phạm nghĩa vụ thanh toán.

Trong quan hệ vận chuyển, hình thức trách nhiệm tài sản thường được áp dụng và thể hiện nhiều đặc thù là bồi thường thiệt hại. Chế tài

không thanh toán hoặc thanh toán không đầy đủ cước phí và các khoản lệ phí vận chuyển khác theo thoả thuận.

bồi thường thiệt hại thường được áp dụng cho các hành vi vi phạm nghĩa vụ bảo quản hàng hoá của bên vận chuyển, ví dụ, bên vận chuyển làm mất mát, hư hỏng hàng hoá.

Về nguyên tắc, bên vận chuyển phải bồi thường cho bên thuê vận chuyển toàn bộ tổn thất thực tế là giá trị của hàng hoá bị mất (đối với trường hợp làm mất hàng) hoặc giá trị hàng hoá bị giảm sút thực tế (đối với trường hợp làm hư hỏng hàng hoá).

Trong trường hợp chủng loại và giá trị hàng hoá được bên thuê vận chuyển khai báo trước khi giao hàng và được bên vận chuyển chấp nhận, ghi vào vận đơn, giấy gửi hàng hoặc chứng từ vận chuyển hàng hoá tương đương khác thì bên vận chuyển chịu trách nhiệm bồi thường mất mát, hư hỏng của hàng hoá trên cơ sở giá trị đó. Đối với hàng hoá bị mất mát, thì bồi thường bằng giá trị đã khai báo. Đối với hàng hoá bị hư hỏng thì bồi thường bằng mức chênh lệch giữa giá trị khai báo và giá trị còn lại của hàng hoá; giá trị còn lại của hàng hoá được xác định trên cơ sở giá thị trường ở thời gian và địa điểm hàng

hoá lẽ ra phải được vận chuyển đến. Tuy nhiên, nếu bên vận chuyển chứng minh được bên thuê vận chuyển đã cố tình khai gian về chủng loại, giá trị của hàng hoá thì được quyền yêu cầu miễn trách nhiệm bồi thường tổn thất hàng hoá.

Trong trường hợp chủng loại và giá trị của hàng hoá không được bên thuê vận chuyển khai báo trước khi giao hàng hoặc không được ghi rõ vào vận đơn, giấy gửi hàng hoặc chứng từ vận chuyển hàng hoá tương đương thì bên vận chuyển sẽ được giới hạn nghĩa vụ bồi thường mất mát, hư hỏng hàng hoá trong giới hạn tối đa theo quy định của pháp luật trong từng phương thức vận chuyển. Ví dụ, Bộ luật hàng hoá Việt Nam quy định nghĩa vụ bồi thường của bên vận chuyển trong giới hạn tối đa tương đương với 10.000 frãng vàng cho mỗi kiện hoặc đơn vị hàng hoá quy ước hoặc 30 frãng vàng cho mỗi kilôgam trọng lượng cả bì của số hàng hoá bị mất mát, hư hỏng tùy theo giá trị nào là cao nhất.

Bên vận chuyển được miễn trách nhiệm bồi thường thiệt hại do hàng hoá bị mất mát, hư hỏng trong các trường hợp sau đây:

- Do đặc tính tự nhiên hoặc khuyết tật vốn có của hàng hoá vận chuyển;
- Hao hụt hàng hoá ở mức cho phép theo sự thoả thuận của các bên hoặc theo quy định của pháp luật;
- Do lỗi của người thuê vận tải, người nhận hàng hoặc người áp tải hàng hoá như: Hàng hoá không được đóng gói, đánh dấu kí, mã hiệu đúng quy cách; người áp tải không thực hiện hết bổn phận bảo quản hàng hoá;
- Các nguyên nhân bất khả kháng như: Việc bắt giữ hoặc cưỡng chế của cơ quan nhà nước có thẩm quyền đối với hoá lẽ ra phải được vận chuyển đến. Tuy nhiên, nếu bên vận chuyển chứng minh được bên thuê vận chuyển đã cố tình khai gian về chủng loại, giá trị của hàng hoá thì

được quyền yêu cầu miễn trách nhiệm bồi thường tổn thất hàng hoá.

Trong trường hợp chủng loại và giá trị của hàng hoá không được bên thuê vận chuyển khai báo trước khi giao hàng hoặc không được ghi rõ vào vận đơn, giấy gửi hàng hoặc chứng từ vận chuyển hàng hoá tương đương thì bên vận chuyển sẽ được giới hạn nghĩa vụ bồi thường mất mát, hư hỏng hàng hoá trong giới hạn tối đa theo quy định của pháp luật trong từng phương thức vận chuyển. Ví dụ, Bộ luật hàng hoá Việt Nam quy định nghĩa vụ bồi thường của bên vận chuyển trong giới hạn tối đa tương đương với 10.000 frãng vàng cho mỗi kiện hoặc đơn vị hàng hoá quy ước hoặc 30 frãng vàng cho mỗi kilôgam trọng lượng cả bì của số hàng hoá bị mất mát, hư hỏng tùy theo giá trị nào là cao nhất.

Bên vận chuyển được miễn trách nhiệm bồi thường thiệt hại do hàng hoá bị mất mát, hư hỏng trong các trường hợp sau đây:

- Do đặc tính tự nhiên hoặc khuyết tật vốn có của hàng hoá vận chuyển;
- Hao hụt hàng hoá ở mức cho phép theo sự thoả thuận của các bên hoặc theo quy định của pháp luật;
- Do lỗi của người thuê vận tải, người nhận hàng hoặc người áp tải hàng hoá như: Hàng hoá không được đóng gói, đánh dấu kí, mã hiệu đúng quy cách; người áp tải không thực hiện hết bổn phận bảo quản hàng hoá;
- Các nguyên nhân bất khả kháng như: Việc bắt giữ hoặc cưỡng chế của cơ quan nhà nước có thẩm quyền đối với

phương tiện, hàng hoá vận chuyển; thiên tai, hoả hoạn mà bản thân bên vận chuyển không gây ra; chiến tranh...

Để được miễn trách nhiệm, bên vận chuyển phải chứng minh việc xảy ra các sự kiện nêu trên.

Để có thể yêu cầu bồi thường tổn thất hàng hoá, bên có quyền nhận hàng phải khiếu nại với bên vận chuyển về mất mát, hư hỏng hàng hoá trong thời hạn khiếu nại do các bên thoả thuận trong hợp đồng hoặc do pháp luật quy định. Ví dụ: Theo quy định của Luật về giao thông đường thuỷ nội địa thì thời hạn khiếu nại về mất mát, hư hỏng hàng hoá trong vận chuyển đường thuỷ nội địa là 20 ngày, kể từ ngày hàng hoá được giao cho bên có quyền nhận hàng hoặc ngày mà lẽ ra hàng hoá phải được giao cho bên có quyền nhận. Còn theo quy định của Luật hàng không dân dụng Việt Nam thì thời hạn khiếu nại đối với thiếu hụt, hư hỏng hàng hoá là 14 ngày kể từ ngày nhận hàng; thời hạn khiếu nại đối với mất mát hàng hoá là 21 ngày kể từ ngày bên vận chuyển phải trả hàng hoá theo thoả thuận. Nếu bên thuê vận chuyển hoặc người có quyền nhận hàng không khiếu nại với bên vận chuyển về mất mát, hư hỏng hàng hoá trong thời hạn khiếu nại thì sẽ bị mất quyền yêu cầu bồi thường các tổn thất hàng hoá phát sinh.

n. DỊCH VỤ GIAO NHẬN HÀNG HOÁ (DỊCH VỤ LOGISTICS)

1. Khái niệm và các đặc trưng pháp lí của dịch vụ giao nhận hàng hoá

Trong điều kiện kinh tế thị trường, các hoạt động thương mại phát triển phong phú, đa dạng và đan xen lẫn nhau. Việc một thương nhân, chỉ bằng năng lực của mình, thực hiện tất

Để được miễn trách nhiệm, bên vận chuyển phải chứng minh việc

phương tiện, hàng hoá vận chuyển; thiên tai, hỏa hoạn mà bản thân bên vận chuyển không gây ra; chiến tranh...

xảy ra các sự kiện nêu trên.

Để có thể yêu cầu bồi thường tổn thất hàng hoá, bên có quyền nhận hàng phải khiếu nại với bên vận chuyển về mất mát, hư hỏng hàng hoá trong thời hạn khiếu nại do các bên thoả thuận trong hợp đồng hoặc do pháp luật quy định. Ví dụ: Theo quy định của Luật về giao thông đường thuỷ nội địa thì thời hạn khiếu nại về mất mát, hư hỏng hàng hoá trong vận chuyển đường thuỷ nội địa là 20 ngày, kể từ ngày hàng hoá được giao cho bên có quyền nhận hàng hoặc ngày mà lẽ ra hàng hoá phải được giao cho bên có quyền nhận. Còn theo quy định của Luật hàng không dân dụng Việt Nam thì thời hạn khiếu nại đối với thiếu hụt, hư hỏng hàng hoá là 14 ngày kể từ ngày nhận hàng; thời hạn khiếu nại đối với mất mát hàng hoá là 21 ngày kể từ ngày bên vận chuyển phải trả hàng hoá theo thoả thuận. Nếu bên thuê vận chuyển hoặc người có quyền nhận hàng không khiếu nại với bên vận chuyển về mất mát, hư hỏng hàng hoá trong thời hạn khiếu nại thì sẽ bị mất quyền yêu cầu bồi thường các tổn thất hàng hoá phát sinh.

n. DỊCH VỤ GIAO NHẬN HÀNG HOÁ (DỊCH VỤ LOGISTICS)

1. Khái niệm và các đặc trưng pháp lí của dịch vụ giao nhận hàng hoá

Trong điều kiện kinh tế thị trường, các hoạt động thương mại phát triển phong phú, đa dạng và đan xen lẫn nhau. Việc một thương nhân, chỉ bằng năng lực của mình, thực hiện tất

cả các công đoạn của quá trình giao lưu thương mại ngày càng trở nên hãn hữu. Chỉ để chuyển được hàng hoá đến cho người mua, thương nhân bán hàng có thể phải thực hiện hàng loạt hoạt động phụ trợ khác nhau như: Đóng gói hàng hoá, ghi kí mã hiệu, làm thủ tục hải quan và các giấy tờ khác để gửi hàng và nhận hàng, xếp dỡ hàng hoá, lưu kho bãi, giao hàng cho người mua... Thương nhân bán hàng có thể tự mình thực hiện tất cả các công việc nói trên nhưng do không có năng lực chuyên môn mà việc tự tiến hành các hoạt động phụ trợ làm phát sinh nhiều chi phí cho thương nhân bán hàng. Để giảm chi phí sản xuất, các thương nhân có nhu cầu sử dụng những dịch vụ khác nhau liên quan đến việc chuyển hàng hoá đến người mua. Vì vậy, dịch vụ giao nhận hàng hoá ra đời và ngày càng khẳng định được vai trò quan trọng của mình trong lưu thông hàng hoá.

Xuất phát từ tầm quan trọng của dịch vụ giao nhận hàng hoá mà Luật thương mại năm 1997 có quy định riêng về hành vi giao nhận hàng hoá và coi đó là một hành vi thương mại độc lập. Cùng với sự phát triển của nền kinh tế thị trường, giao nhận hàng hoá dần được mở rộng nội hàm. Luật thương mại năm 2005 (được Quốc hội nước Cộng hoà xã hội chủ nghĩa Việt Nam khoá XI, kì họp thứ 7 thông qua ngày 14/6/2005 và bắt đầu có hiệu lực từ ngày 01/01/2006 để thay thế cho Luật thương mại năm 1997) gọi loại dịch vụ này là dịch vụ logistics. Dịch vụ logistics (giao nhận hàng hoá theo cách gọi trước đây) là hoạt động thương mại, trong đó, một thương nhân (người kinh doanh dịch vụ logistics) thực hiện một hoặc nhiều công việc liên quan đến việc nhận hàng từ người gửi, tổ chức việc vận chuyển, lưu kho, lưu bãi, làm các thủ tục giấy cả các công đoạn của quá trình giao lưu thương mại ngày càng trở nên hãn hữu. Chỉ để chuyển được hàng hoá đến cho người mua, thương nhân bán hàng có thể phải thực hiện hàng loạt hoạt động phụ trợ khác nhau như: Đóng gói hàng hoá, ghi kí mã hiệu, làm thủ tục hải quan và các

giấy tờ khác để gửi hàng và nhận hàng, xếp dỡ hàng hoá, lưu kho bãi, giao hàng cho người mua... Thương nhân bán hàng có thể tự mình thực hiện tất cả các công việc nói trên nhưng do không có năng lực chuyên môn mà việc tự tiến hành các hoạt động phụ trợ làm phát sinh nhiều chi phí cho thương nhân bán hàng. Để giảm chi phí sản xuất, các thương nhân có nhu cầu sử dụng những dịch vụ khác nhau liên quan đến việc chuyển hàng hoá đến người mua. Vì vậy, dịch vụ giao nhận hàng hoá ra đời và ngày càng khẳng định được vai trò quan trọng của mình trong lưu thông hàng hoá.

Xuất phát từ tầm quan trọng của dịch vụ giao nhận hàng hoá mà Luật thương mại năm 1997 có quy định riêng về hành vi giao nhận hàng hoá và coi đó là một hành vi thương mại độc lập. Cùng với sự phát triển của nền kinh tế thị trường, giao nhận hàng hoá dần được mở rộng nội hàm. Luật thương mại năm 2005 (được Quốc hội nước Cộng hoà xã hội chủ nghĩa Việt Nam khoá XI, kì họp thứ 7 thông qua ngày 14/6/2005 và bắt đầu có hiệu lực từ ngày 01/01/2006 để thay thế cho Luật thương mại năm 1997) gọi loại dịch vụ này là dịch vụ logistics. Dịch vụ logistics (giao nhận hàng hoá theo cách gọi trước đây) là hoạt động thương mại, trong đó, một thương nhân (người kinh doanh dịch vụ logistics) thực hiện một hoặc nhiều công việc liên quan đến việc nhận hàng từ người gửi, tổ chức việc vận chuyển, lưu kho, lưu bãi, làm các thủ tục giấy tờ và các dịch vụ khác có liên quan để giao hàng cho người nhận theo sự thoả thuận với khách hàng để hưởng thù lao.

Dịch vụ logistics có các đặc trưng pháp lí sau:

Thứ nhất: Chủ thể của quan hệ dịch vụ gồm hai bên: Người làm dịch vụ logistics và khách hàng. Người làm dịch vụ phải là thương nhân, có đăng kí kinh doanh để thực hiện dịch vụ logistics. Thủ tục đăng kí kinh doanh được thực hiện theo các đạo luật đơn hành, phụ thuộc vào hình thức pháp lí của thương nhân. Bằng chứng của việc

đăng kí kinh doanh là thương nhân này được cơ quan đăng kí kinh doanh cấp giấy chứng nhận đăng kí kinh doanh, trong đó ghi rõ ngành nghề kinh doanh là dịch vụ logistics.

Khách hàng là những người có hàng hoá cần gửi hoặc cần nhận và có nhu cầu sử dụng dịch vụ giao nhận. Khách hàng có thể là người vận chuyển hoặc thậm chí có thể là người làm dịch vụ logistics khác. Như vậy, khách hàng có thể là thương nhân hoặc không phải là thương nhân; có thể là chủ sở hữu hàng hoá hoặc không phải là chủ sở hữu hàng hoá.

Thứ hai: Nội dung của dịch vụ logistics rất đa dạng, bao gồm các công việc như:

- Nhận hàng từ người gửi để tổ chức việc vận chuyển: Đóng gói bao bì, ghi kí mã hiệu; chuyển hàng từ kho của người gửi tới cảng, bến tàu, bến xe và địa điểm giao hàng khác theo thoả thuận giữa người vận chuyển với người thuê vận chuyển;

- Làm các thủ tục, giấy tờ cần thiết (thủ tục hải quan, vận đơn vận chuyển, làm thủ tục gửi giữ hàng hoá, làm các thủ tục nhận hàng...) để gửi hàng hoá hoặc nhận hàng hoá được vận chuyển đến;

tờ và các dịch vụ khác có liên quan để giao hàng cho người nhận theo sự thoả thuận với khách hàng để hưởng thù lao.

Dịch vụ logistics có các đặc trưng pháp lí sau:

Thứ nhất: Chủ thể của quan hệ dịch vụ gồm hai bên: Người làm dịch vụ logistics và khách hàng. Người làm dịch vụ phải là thương nhân, có đăng kí kinh doanh để thực hiện dịch vụ logistics. Thủ tục đăng kí kinh doanh được thực hiện theo các đạo luật đơn hành, phụ thuộc vào hình thức pháp lí của thương nhân. Bằng chứng của việc đăng kí kinh doanh là thương nhân này được cơ quan đăng kí kinh doanh cấp giấy chứng nhận đăng kí kinh doanh, trong đó ghi rõ ngành nghề kinh doanh là dịch vụ logistics.

Khách hàng là những người có hàng hoá cần gửi hoặc cần nhận và có nhu cầu sử dụng dịch vụ giao nhận. Khách hàng có thể là người vận chuyển hoặc thậm chí có thể là người làm dịch vụ logistics khác. Như vậy, khách hàng có thể là thương nhân hoặc không phải là thương nhân; có thể là chủ sở hữu hàng hoá hoặc không phải là chủ sở hữu hàng hoá.

Thứ hai: Nội dung của dịch vụ logistics rất đa dạng, bao gồm các công việc như:

- Nhận hàng từ người gửi để tổ chức việc vận chuyển: Đóng gói bao bì, ghi kí mã hiệu; chuyển hàng từ kho của người gửi tới cảng, bến tàu, bến xe và địa điểm giao hàng khác theo thoả thuận giữa người vận chuyển với người thuê vận chuyển;

- Làm các thủ tục, giấy tờ cần thiết (thủ tục hải quan, vận đơn vận chuyển, làm thủ tục gửi giữ hàng hoá, làm các thủ tục nhận hàng...) để gửi hàng hoá hoặc nhận hàng hoá được vận chuyển đến;

- Giao hàng hoá cho người vận chuyển; xếp hàng hoá lên phương tiện vận chuyển theo quy định; nhận hàng hoá được vận chuyển đến;

- Tổ chức nhận hàng, lưu kho, lưu bãi, bảo quản hàng hoá hoặc thực hiện việc giao hàng hoá được vận chuyển đến cho người có quyền nhận hàng.

Thứ ba: Dịch vụ logistics là một loại hoạt động dịch vụ. Thương nhân kinh doanh dịch vụ giao nhận hàng hoá được khách hàng trả tiền công và các khoản chi phí hợp lí khác từ việc cung ứng dịch vụ.

2. Hợp đồng dịch vụ logistics

Dịch vụ logistics được thực hiện trên cơ sở hợp đồng. Hợp đồng dịch vụ logistics là sự thoả thuận, theo đó, một bên (bên làm dịch vụ) có nghĩa vụ thực hiện hoặc tổ chức thực hiện một hoặc một số dịch vụ liên quan đến quá trình lưu thông hàng hoá còn bên kia (khách hàng)

có nghĩa vụ thanh toán thù lao dịch vụ.

Với tính chất của một hợp đồng dịch vụ, hợp đồng dịch vụ logistics là hợp đồng song vụ, hợp đồng ưng thuận và mang tính chất đền bù. Chủ thể của hợp đồng bắt buộc một bên (bên làm dịch vụ) phải có tư cách thương nhân; bên còn lại (khách hàng) có thể là thương nhân mà cũng có thể là các tổ chức, cá nhân không có tư cách thương nhân. Đối tượng của hợp đồng là các dịch vụ gắn liền với hoạt động mua bán, vận chuyển hàng hoá như: Tổ chức việc vận chuyển hàng hoá, giao hàng hoá cho người vận chuyển, làm các thủ tục giấy tờ cần thiết để vận chuyển hàng hoá, nhận hàng từ người vận chuyển để giao cho người có quyền nhận hàng...

- Giao hàng hoá cho người vận chuyển; xếp hàng hoá lên phương tiện vận chuyển theo quy định; nhận hàng hoá được vận chuyển đến;

- Tổ chức nhận hàng, lưu kho, lưu bãi, bảo quản hàng hoá hoặc thực hiện việc giao hàng hoá được vận chuyển đến cho người có quyền nhận hàng.

Thứ ba: Dịch vụ logistics là một loại hoạt động dịch vụ. Thương nhân kinh doanh dịch vụ giao nhận hàng hoá được khách hàng trả tiền công và các khoản chi phí hợp lí khác từ việc cung ứng dịch vụ.

2. Hợp đồng dịch vụ logistics

Dịch vụ logistics được thực hiện trên cơ sở hợp đồng. Hợp đồng dịch vụ logistics là sự thoả thuận, theo đó, một bên (bên làm dịch vụ) có nghĩa vụ thực hiện hoặc tổ chức thực hiện một hoặc một số dịch vụ liên quan đến quá trình lưu thông hàng hoá còn bên kia (khách hàng) có nghĩa vụ thanh toán thù lao dịch vụ.

Với tính chất của một hợp đồng dịch vụ, hợp đồng dịch vụ logistics là hợp đồng song vụ, hợp đồng ưng thuận và mang tính chất đền bù. Chủ thể của hợp đồng bắt buộc một bên (bên làm dịch vụ) phải có tư

cách thương nhân; bên còn lại (khách hàng) có thể là thương nhân mà cũng có thể là các tổ chức, cá nhân không có tư cách thương nhân. Đối tượng của hợp đồng là các dịch vụ gắn liền với hoạt động mua bán, vận chuyển hàng hoá như: Tổ chức việc vận chuyển hàng hoá, giao hàng hoá cho người vận chuyển, làm các thủ tục giấy tờ cần thiết để vận chuyển hàng hoá, nhận hàng từ người vận chuyển để giao cho người có quyền nhân hàng...

Hợp đồng không bắt buộc phải kí kết dưới hình thức văn bản.

Tuy Luật thương mại không quy định cụ thể về các nội dung chủ yếu của hợp đồng dịch vụ logistics nhưng với tính chất của hợp đồng dịch vụ thì hợp đồng dịch vụ logistics thường có các điều khoản sau:

- Nội dung công việc mà khách hàng uỷ nhiệm cho bên làm dịch vụ giao nhận hàng hoá thực hiện;
- Các yêu cầu cụ thể đối với dịch vụ;
- Thù lao dịch vụ và các chi phí liên quan đến việc thực hiện dịch vụ giao nhận hàng hoá; nghĩa vụ thanh toán thù lao và các chi phí dịch vụ;
- Thời gian và địa điểm thực hiện dịch vụ;
- Giới hạn trách nhiệm và các trường hợp miễn trách đối với người làm dịch vụ;

Ngoài ra, tùy từng trường hợp cụ thể, các bên có thể thoả thuận và ghi trong hợp đồng những nội dung khác.

3. Quyền, nghĩa vụ và trách nhiệm của các bên trong quan hệ dịch vụ logistics

a. Quyền và nghĩa vụ của người làm dịch vụ logistics

Người làm dịch vụ logistics có các quyền và nghĩa vụ sau:

- 1) Thực hiện các công việc theo đúng thoả thuận với khách hàng.

Đây là nghĩa vụ cơ bản nhất của người làm dịch vụ logistics. Người làm dịch vụ phải thực hiện các công việc liên quan đến hàng hoá như đóng gói, kí mã hiệu, giao hoặc nhận hàng hoá theo đúng những điều kiện đã thoả thuận với

Tuy Luật thương mại không quy định cụ thể về các nội dung chủ yếu của hợp đồng dịch vụ logistics nhưng với tính chất của hợp đồng dịch vụ thì hợp đồng dịch vụ logistics thường có các điều khoản sau:

Hợp đồng không bắt buộc phải kí kết dưới hình thức văn bản.

- Nội dung công việc mà khách hàng uỷ nhiệm cho bên làm dịch vụ giao nhận hàng hoá thực hiện;
- Các yêu cầu cụ thể đối với dịch vụ;
- Thù lao dịch vụ và các chi phí liên quan đến việc thực hiện dịch vụ giao nhận hàng hoá; nghĩa vụ thanh toán thù lao và các chi phí dịch vụ;
- Thời gian và địa điểm thực hiện dịch vụ;
- Giới hạn trách nhiệm và các trường hợp miễn trách đối với người làm dịch vụ;

Ngoài ra, tùy từng trường hợp cụ thể, các bên có thể thoả thuận và ghi trong hợp đồng những nội dung khác.

3. Quyền, nghĩa vụ và trách nhiệm của các bên trong quan hệ dịch vụ logistics

a. Quyền và nghĩa vụ của người làm dịch vụ logistics

Người làm dịch vụ logistics có các quyền và nghĩa vụ sau:

- 1) Thực hiện các công việc theo đúng thoả thuận với khách hàng.

Đây là nghĩa vụ cơ bản nhất của người làm dịch vụ logistics. Người làm dịch vụ phải thực hiện các công việc liên quan đến hàng hoá như đóng gói, kí mã hiệu, giao hoặc nhận hàng hoá theo đúng những điều kiện đã thoả thuận với

khách hàng. Các điều kiện này có thể được ghi nhận trong hợp đồng kí giữa người làm dịch vụ với khách hàng hoặc được khách hàng hướng dẫn cụ thể trên cơ sở các quy định chung của hợp đồng. Người làm dịch vụ được quyền từ chối thực hiện những hướng dẫn không phù hợp với các điều kiện của hợp đồng dịch vụ logistics đã kí kết với khách hàng hoặc những hướng dẫn trái pháp luật.

Nếu việc thực hiện đúng các chỉ dẫn của khách hàng có nguy cơ gây thiệt hại cho họ thì người làm dịch vụ phải kịp thời thông báo cho khách hàng để xin chỉ dẫn mới. Trong những tình thế cấp bách, để ngăn chặn những thiệt hại lớn hơn có thể xảy ra cho khách hàng, người làm dịch vụ có thể thực hiện công việc không theo chỉ dẫn của khách hàng nhưng phải thông báo kịp thời cho khách hàng biết. Trường hợp không thông báo kịp thời, người làm dịch vụ có thể phải chịu trách nhiệm tài sản đối với những thiệt hại phát sinh do không thực hiện đúng chỉ dẫn của khách hàng.

2) Quyền được hưởng thù lao và chi phí về việc thực hiện dịch vụ.

Mức thù lao dịch vụ do các bên thoả thuận và ghi trong hợp đồng. Mức thù lao này có thể được xác định theo số tiền tuyệt đối hoặc theo tỉ lệ trên giá trị hàng hoá. Mức thù lao do các bên thoả thuận và phụ thuộc vào nội dung, mức độ phức tạp của công việc giao nhận hàng hoá mà khách hàng uỷ thác cho người làm dịch vụ giao nhận hàng hoá thực hiện.

Ngoài tiền thù lao, người làm dịch vụ logistics có thể yêu cầu khách hàng thanh toán các khoản chi phí hợp lí liên quan đến việc thực hiện dịch vụ nếu điều này được các bên thoả khách hàng. Các điều kiện này có thể được ghi nhận trong hợp đồng kí giữa người làm dịch vụ với khách hàng hoặc được khách hàng hướng dẫn cụ thể trên cơ sở các quy định chung của hợp đồng. Người làm dịch vụ được quyền từ chối thực hiện những hướng dẫn không phù hợp với các điều kiện của hợp đồng dịch vụ logistics đã kí kết với khách hàng hoặc những hướng dẫn trái pháp luật.

Nếu việc thực hiện đúng các chỉ dẫn của khách hàng có nguy cơ gây thiệt hại cho họ thì người làm dịch vụ phải kịp thời thông báo cho khách hàng để xin chỉ dẫn mới. Trong những tình thế cấp bách, để ngăn

chặn những thiệt hại lớn hơn có thể xảy ra cho khách hàng, người làm dịch vụ có thể thực hiện công việc không theo chỉ dẫn của khách hàng nhưng phải thông báo kịp thời cho khách hàng biết. Trường hợp không thông báo kịp thời, người làm dịch vụ có thể phải chịu trách nhiệm tài sản đối với những thiệt hại phát sinh do không thực hiện đúng chỉ dẫn của khách hàng.

2) Quyền được hưởng thù lao và chi phí về việc thực hiện dịch vụ.

Mức thù lao dịch vụ do các bên thoả thuận và ghi trong hợp đồng. Mức thù lao này có thể được xác định theo số tiền tuyệt đối hoặc theo tỉ lệ trên giá trị hàng hoá. Mức thù lao do các bên thoả thuận và phụ thuộc vào nội dung, mức độ phức tạp của công việc giao nhận hàng hoá mà khách hàng uỷ thác cho người làm dịch vụ giao nhận hàng hoá thực hiện.

Ngoài tiền thù lao, người làm dịch vụ logistics có thể yêu cầu khách hàng thanh toán các khoản chi phí hợp lý liên quan đến việc thực hiện dịch vụ nếu điều này được các bên thoả thuận trong hợp đồng.

Để đảm bảo nghĩa vụ thanh toán tiền thù lao và các khoản chi phí hợp lý khác, người làm dịch vụ logistics có quyền cầm giữ và định đoạt hàng hoá. Theo quy định tại Điều 239 Luật thương mại năm 2005 thì người làm dịch vụ giao nhận hàng hoá có quyền cầm giữ số hàng hoá nhất định và các chứng từ liên quan đến hàng hoá để đòi tiền nợ đã đến hạn của khách hàng. Tuy nhiên, quyền cầm giữ hàng hoá chỉ phát sinh khi có các điều kiện sau:

Thứ nhất: Khách hàng không thanh toán nợ đã đến hạn thanh toán (ví dụ, khách hàng không thanh toán thù lao dịch vụ và các khoản chi phí hợp lý khác theo sự thoả thuận của các bên) cho người làm dịch vụ;

Thứ hai: Người làm dịch vụ chỉ được quyền cầm giữ số lượng hàng

hoá có giá trị tương đương với giá trị nợ mà khách hàng chưa thanh toán mà thôi.

Thứ ba: Người làm dịch vụ phải thông báo bằng văn bản ngay cho khách hàng về việc cầm giữ hàng hoá.

Quyền định đoạt hàng hoá cầm giữ của người làm dịch vụ logistics chỉ phát sinh nếu sau thời hạn 45 ngày, kể từ ngày cầm giữ hàng hoá mà khách hàng vẫn không thanh toán nợ cho người làm dịch vụ giao nhận hàng hoá. Đối với hàng hoá có dấu hiệu hư hỏng thì quyền định đoạt hàng hoá phát sinh ngay khi có bất kì khoản nợ nào của khách hàng.

Việc định đoạt hàng hoá cầm giữ phải tuân thủ các quy định của pháp luật hiện hành. Trước khi định đoạt hàng hoá, người làm dịch vụ logistics phải thông báo bằng văn bản về việc định đoạt hàng hoá để thu hồi nợ cho khách hàng biết.

thuận trong hợp đồng.

Để đảm bảo nghĩa vụ thanh toán tiền thù lao và các khoản chi phí hợp lí khác, người làm dịch vụ logistics có quyền cầm giữ và định đoạt hàng hoá. Theo quy định tại Điều 239 Luật thương mại năm 2005 thì người làm dịch vụ giao nhận hàng hoá có quyền cầm giữ số hàng hoá nhất định và các chứng từ liên quan đến hàng hoá để đòi tiền nợ đã đến hạn của khách hàng. Tuy nhiên, quyền cầm giữ hàng hoá chỉ phát sinh khi có các điều kiện sau:

Thứ nhất: Khách hàng không thanh toán nợ đã đến hạn thanh toán (ví dụ, khách hàng không thanh toán thù lao dịch vụ và các khoản chi phí hợp lí khác theo sự thoả thuận của các bên) cho người làm dịch vụ;

Thứ hai: Người làm dịch vụ chỉ được quyền cầm giữ số lượng hàng hoá có giá trị tương đương với giá trị nợ mà khách hàng chưa thanh toán mà thôi.

Thứ ba: Người làm dịch vụ phải thông báo bằng văn bản ngay cho khách hàng về việc cầm giữ hàng hoá.

Quyền định đoạt hàng hoá cầm giữ của người làm dịch vụ logistics chỉ phát sinh nếu sau thời hạn 45 ngày, kể từ ngày cầm giữ hàng hoá mà khách hàng vẫn không thanh toán nợ cho người làm dịch vụ giao nhận hàng hoá. Đối với hàng hoá có dấu hiệu hư hỏng thì quyền định đoạt hàng hoá phát sinh ngay khi có bất kì khoản nợ nào của khách hàng.

Việc định đoạt hàng hoá cầm giữ phải tuân thủ các quy định của pháp luật hiện hành. Trước khi định đoạt hàng hoá, người làm dịch vụ logistics phải thông báo bằng văn bản về việc định đoạt hàng hoá để thu hồi nợ cho khách hàng biết.

Các chi phí liên quan đến việc cầm giữ và định đoạt hàng hoá do khách hàng chịu. Số tiền thu được do định đoạt hàng hoá, sau khi trừ các khoản chi phí được sử dụng để thanh toán cho các khoản nợ của khách hàng. Số tiền còn lại thuộc về khách hàng.

Trường hợp cầm giữ và định đoạt hàng hoá sai trái gây thiệt hại cho khách hàng thì người làm dịch vụ giao nhận hàng hoá phải bồi thường theo quy định của pháp luật.

/?. Quyền và nghĩa vụ của khách hàng

Sử dụng dịch vụ logistics, khách hàng được hưởng các quyền và phải thực hiện các nghĩa vụ sau:

- Quyền lựa chọn người làm dịch vụ logistics theo nhu cầu và năng lực của người làm dịch vụ;
- Kiểm tra, giám sát việc thực hiện hợp đồng dịch vụ logistics;
- Nghĩa vụ thông tin đầy đủ, chi tiết và chính xác về hàng hoá cho người làm dịch vụ;

- Cung cấp đầy đủ, cụ thể, rõ ràng các chỉ dẫn cho người làm dịch vụ;
- Đóng gói, ghi kí mã hiệu hàng hoá theo đúng hợp đồng, trừ trường hợp người làm dịch vụ đảm nhận công việc này;
- Thanh toán tiền công và các chi phí hợp lí khác liên quan đến việc giao nhận hàng hoá theo thoả thuận trong hợp đồng giao nhận hàng hoá đã được kí kết giữa các bên.

c. Trách nhiệm của người làm dịch vụ logistics

Việc một bên không thực hiện nghiêm túc nghĩa vụ hợp đồng sẽ làm phát sinh trách nhiệm hợp đồng. Trách nhiệm Các chi phí liên quan đến việc cầm giữ và định đoạt hàng hoá do khách hàng chịu. Số tiền thu được do định đoạt hàng hoá, sau khi trừ các khoản chi phí được sử dụng để thanh toán cho các khoản nợ của khách hàng. Số tiền còn lại thuộc về khách hàng.

Trường hợp cầm giữ và định đoạt hàng hoá sai trái gây thiệt hại cho khách hàng thì người làm dịch vụ giao nhận hàng hoá phải bồi thường theo quy định của pháp luật.

b. Quyền và nghĩa vụ của khách hàng

Sử dụng dịch vụ logistics, khách hàng được hưởng các quyền và phải thực hiện các nghĩa vụ sau:

- Quyền lựa chọn người làm dịch vụ logistics theo nhu cầu và năng lực của người làm dịch vụ;
- Kiểm tra, giám sát việc thực hiện hợp đồng dịch vụ logistics;
- Nghĩa vụ thông tin đầy đủ, chi tiết và chính xác về hàng hoá cho người làm dịch vụ;
- Cung cấp đầy đủ, cụ thể, rõ ràng các chỉ dẫn cho người làm dịch vụ

vụ;

- Đóng gói, ghi kí mã hiệu hàng hoá theo đúng hợp đồng, trừ trường hợp người làm dịch vụ đảm nhận công việc này;
- Thanh toán tiền công và các chi phí hợp lí khác liên quan đến việc giao nhận hàng hoá theo thoả thuận trong hợp đồng giao nhận hàng hoá đã được kí kết giữa các bên.

c. Trách nhiệm của người làm dịch vụ logistics

Việc một bên không thực hiện nghiêm túc nghĩa vụ hợp đồng sẽ làm phát sinh trách nhiệm hợp đồng. Trách nhiệm này có thể là trách nhiệm thực hiện đúng hợp đồng; huỷ hợp đồng; bồi thường các thiệt hại phát sinh từ sự vi phạm hợp đồng hoặc phạt hợp đồng.

Luật thương mại có một số quy định riêng về trách nhiệm tài sản do vi phạm hợp đồng logistics như sau:

Thứ nhất: về giới hạn trách nhiệm. Điều 238 Luật thương mại năm 2005 quy định: “*Trừ khi các bên có thoả thuận khác, toàn bộ trách nhiệm của thương nhân kinh doanh dịch vụ logistics không vượt quá giới hạn trách nhiệm đối với tổn thất hàng hoá*”. Với quy định này thì giới hạn trách nhiệm bồi thường thiệt hại của người làm dịch vụ giao nhận hàng hoá là một ngoại lệ của chế tài bồi thường thiệt hại trong hoạt động thương mại nói chung khi Điều 302 Luật thương mại năm 2005 quy định: “*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*”.

Một nguyên tắc chung của trách nhiệm bồi thường thiệt hại mà Bộ luật dân sự quy định là bên vi phạm hợp đồng gây thiệt hại bao nhiêu

thì phải chịu trách nhiệm bồi thường bấy nhiêu. Ví dụ, người làm dịch vụ logistics làm mất hàng và vì vậy, khách hàng không có hàng giao cho người mua. Trong trường hợp này, khách hàng có thể phải chịu các thiệt hại phát sinh bao gồm: Giá trị hàng hoá bị mất, tiền phạt hợp đồng hoặc bồi thường thiệt hại do không có hàng giao cho người mua và khoản lợi đáng lẽ được hưởng (nếu có hàng giao cho người mua).

này có thể là trách nhiệm thực hiện đúng hợp đồng; huỷ hợp đồng; bồi thường các thiệt hại phát sinh từ sự vi phạm hợp đồng hoặc phạt hợp đồng.

Luật thương mại có một số quy định riêng về trách nhiệm tài sản do vi phạm hợp đồng logistics như sau:

Thứ nhất: về giới hạn trách nhiệm. Điều 238 Luật thương mại năm 2005 quy định: *“Trừ khi các bên có thoả thuận khác, toàn bộ trách nhiệm của thương nhân kinh doanh dịch vụ logistics không vượt quá giới hạn trách nhiệm đối với tổn thất hàng hoá”*. Với quy định này thì giới hạn trách nhiệm bồi thường thiệt hại của người làm dịch vụ giao nhận hàng hoá là một ngoại lệ của chế tài bồi thường thiệt hại trong hoạt động thương mại nói chung khi Điều 302 Luật thương mại năm 2005 quy định: *“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”*.

Một nguyên tắc chung của trách nhiệm bồi thường thiệt hại mà Bộ luật dân sự quy định là bên vi phạm hợp đồng gây thiệt hại bao nhiêu thì phải chịu trách nhiệm bồi thường bấy nhiêu. Ví dụ, người làm dịch vụ logistics làm mất hàng và vì vậy, khách hàng không có hàng giao cho người mua. Trong trường hợp này, khách hàng có thể phải chịu các thiệt hại phát sinh bao gồm: Giá trị hàng hoá bị mất, tiền phạt hợp đồng

Tuy nhiên, người làm dịch vụ logistics không được

hoặc bồi thường thiệt hại do không có hàng giao cho người mua và khoản lợi đáng lẽ được hưởng (nếu có hàng giao cho người mua).

hưởng quyền giới hạn trách nhiệm bồi thường thiệt hại nếu người có quyền và lợi ích liên quan chứng minh được sự mất mát, hư hỏng hoặc giao trả hàng chậm là do thương nhân kinh doanh dịch vụ logistics cố ý hành động hoặc không hành động để gây ra mất mát, hư hỏng, chậm trễ hoặc đã hành động hoặc không hành động một cách mạo hiểm và biết rằng sự mất mát, hư hỏng, chậm trễ đó chắc chắn xảy ra.

Thứ hai: về các trường hợp miễn trách nhiệm. Người làm dịch vụ giao nhận hàng hoá được miễn trách nhiệm hợp đồng trong các trường hợp sau đây:

- Người làm dịch vụ logistics không có lỗi trong việc vi phạm hợp đồng. *Ví dụ:* Người làm dịch vụ đã làm đúng theo những chỉ dẫn của khách hàng hoặc của người được khách hàng uỷ quyền; hàng hoá bị hư hỏng do khách hàng đóng gói và ghi kí mã hiệu hàng hoá không phù hợp, do khuyết tật của hàng hoá, do lỗi của người vận chuyển khác.

- Các lí do khách quan ngoài tầm kiểm soát của người làm dịch vụ như: Các trường hợp bất khả kháng (thiên tai, dịch hoạ), đình công hay do thay đổi chính sách pháp luật.

III. DỊCH VỤ GIÁM ĐỊNH

1. Khái niệm và các đặc trưng pháp lí của dịch vụ giám định

Hiểu theo nghĩa chung nhất thì giám định là việc một cơ quan chuyên môn có thẩm quyền, thông qua trình tự nhất định để xem xét và kết luận về hiện trạng thực tế của một sự vật hay hiện tượng theo yêu cầu của các tổ chức, cá nhân có liên quan. Hoạt động giám định trong thực tế rất phong phú, hưởng quyền giới hạn trách nhiệm bồi thường thiệt hại nếu người có quyền và lợi ích liên quan chứng minh được sự mất mát, hư hỏng hoặc giao trả hàng chậm là do thương nhân kinh doanh dịch vụ logistics cố ý hành động hoặc không hành động để gây ra

mất mát, hư hỏng, chậm trễ hoặc đã hành động hoặc không hành động một cách mạo hiểm và biết rằng sự mất mát, hư hỏng, chậm trễ đó chắc chắn xảy ra.

Thứ hai: về các trường hợp miễn trách nhiệm. Người làm dịch vụ giao nhận hàng hoá được miễn trách nhiệm hợp đồng trong các trường hợp sau đây:

- Người làm dịch vụ logistics không có lỗi trong việc vi phạm hợp đồng. *Ví dụ:* Người làm dịch vụ đã làm đúng theo những chỉ dẫn của khách hàng hoặc của người được khách hàng uỷ quyền; hàng hoá bị hư hỏng do khách hàng đóng gói và ghi kí mã hiệu hàng hoá không phù hợp, do khuyết tật của hàng hoá, do lỗi của người vận chuyển khác.

- Các lí do khách quan ngoài tầm kiểm soát của người làm dịch vụ như: Các trường hợp bất khả kháng (thiên tai, dịch hoạ), đình công hay do thay đổi chính sách pháp luật.

III. DỊCH VỤ GIÁM ĐỊNH

1. Khái niệm và các đặc trưng pháp lí của dịch vụ giám định

Hiểu theo nghĩa chung nhất thì giám định là việc một cơ quan chuyên môn có thẩm quyền, thông qua trình tự nhất định để xem xét và kết luận về hiện trạng thực tế của một sự vật hay hiện tượng theo yêu cầu của các tổ chức, cá nhân có liên quan. Hoạt động giám định trong thực tế rất phong phú,

đa dạng. Mỗi hoạt động giám định được đặc trưng bởi yêu cầu giám định, nội dung giám định, cơ quan tiến hành giám định và mục đích sử dụng kết quả giám định.

Trong lĩnh vực thương mại, các thương nhân và người tiêu dùng khi tham gia quan hệ mua bán hàng hoá và cung ứng dịch vụ thương mại cũng thường xuất hiện nhu cầu sử dụng dịch vụ của một cơ quan

chuyên môn, độc lập với các bên nhằm xác định rõ tình trạng thực tế của hàng hoá, dịch vụ liên quan đến số lượng, chất lượng, giá trị, yêu cầu kỹ thuật của hàng hoá, nội dung và yêu cầu của dịch vụ, tổn thất thực tế và nguyên nhân dẫn đến các tổn thất thực tế đó. Người ta gọi các hoạt động này là dịch vụ giám định.

Dịch vụ giám định là hoạt động thương mại, theo đó, một thương nhân (thương nhân kinh doanh dịch vụ giám định) thực hiện những công việc cần thiết để xác định tình trạng thực tế của hàng hoá, kết quả cung ứng dịch vụ thương mại và những nội dung khác theo yêu cầu của khách hàng.

Dịch vụ giám định có các đặc trưng pháp lý cơ bản sau:

Thứ nhất, tham gia quan hệ giám định có hai bên: Người thực hiện việc giám định hàng hoá và người yêu cầu giám định hàng hoá.

Người thực hiện việc giám định hàng hoá phải là thương nhân thoả mãn các điều kiện do pháp luật quy định. Các điều kiện đó là:

” Phải được tổ chức dưới hình thức doanh nghiệp. Các thương nhân không phải là doanh nghiệp, ví dụ, hộ kinh doanh cá thể, tổ hợp tác không được kinh doanh dịch vụ giám định hàng hoá; đa dạng. Mỗi hoạt động giám định được đặc trưng bởi yêu cầu giám định, nội dung giám định, cơ quan tiến hành giám định và mục đích sử dụng kết quả giám định.

Trong lĩnh vực thương mại, các thương nhân và người tiêu dùng khi tham gia quan hệ mua bán hàng hoá và cung ứng dịch vụ thương mại cũng thường xuất hiện nhu cầu sử dụng dịch vụ của một cơ quan chuyên môn, độc lập với các bên nhằm xác định rõ tình trạng thực tế của hàng hoá, dịch vụ liên quan đến số lượng, chất lượng, giá trị, yêu cầu kỹ thuật của hàng hoá, nội dung và yêu cầu của dịch vụ, tổn thất thực tế và nguyên nhân dẫn đến các tổn thất thực tế đó. Người ta gọi các hoạt động này là dịch vụ giám định.

Dịch vụ giám định là hoạt động thương mại, theo đó, một thương nhân (thương nhân kinh doanh dịch vụ giám định) thực hiện những công việc cần thiết để xác định tình trạng thực tế của hàng hoá, kết quả cung ứng dịch vụ thương mại và những nội dung khác theo yêu cầu của khách hàng.

Dịch vụ giám định có các đặc trưng pháp lý cơ bản sau:

Thứ nhất, tham gia quan hệ giám định có hai bên: Người thực hiện việc giám định hàng hoá và người yêu cầu giám định hàng hoá.

Người thực hiện việc giám định hàng hoá phải là thương nhân thoả mãn các điều kiện do pháp luật quy định. Các điều kiện đó là:

” Phải được tổ chức dưới hình thức doanh nghiệp. Các thương nhân không phải là doanh nghiệp, ví dụ, hộ kinh doanh cá thể, tổ hợp tác không được kinh doanh dịch vụ giám định hàng hoá;

- Được cơ quan nhà nước có thẩm quyền cấp giấy chứng nhận đăng kí kinh doanh dịch vụ giám định hàng hoá;

- Là doanh nghiệp hoạt động độc lập và chuyên kinh doanh dịch vụ giám định. Các doanh nghiệp này không được cung ứng dịch vụ thương mại và mua bán hàng hoá, trừ những hàng hoá phục vụ cho việc kinh doanh dịch vụ giám định hàng hoá của doanh nghiệp. Quy định này để đảm bảo tính độc lập, khách quan của hoạt động giám định hàng hoá, dịch vụ thương mại do thương nhân kinh doanh dịch vụ giám định tiến hành.

- Có giám định viên có trình độ chuyên môn; có quy trình, phương pháp giám định trong lĩnh vực hàng hoá, dịch vụ được yêu cầu giám định.

Riêng các tổ chức giám định được trưng dụng để thực hiện yêu cầu giám định của các cơ quan nhà nước có thẩm quyền thì còn phải đáp ứng các điều kiện, tiêu chuẩn khác theo quy định cụ thể của Bộ khoa học và

công nghệ. Như vậy, xuất phát từ đặc thù của hoạt động giám định hàng hoá mà pháp luật có những yêu cầu rất khắt khe đối với những tổ chức giám định hàng hoá.

Người yêu cầu giám định (khách hàng) có thể là các tổ chức, cá nhân, cơ quan nhà nước có nhu cầu giám định hàng hoá, dịch vụ thương mại. Người yêu cầu giám định hàng hoá có thể là thương nhân mà cũng có thể không phải là thương nhân. Ví dụ, khi thực hiện việc mua bán hàng hoá hay cung ứng dịch vụ thương mại, các thương nhân có thể thoả thuận lựa chọn một tổ chức giám định độc lập để giám định tình trạng hàng hoá, dịch vụ. Hay khi giải quyết các tranh chấp

- Được cơ quan nhà nước có thẩm quyền cấp giấy chứng nhận đăng kí kinh doanh dịch vụ giám định hàng hoá;

- Là doanh nghiệp hoạt động độc lập và chuyên kinh doanh dịch vụ giám định. Các doanh nghiệp này không được cung ứng dịch vụ thương mại và mua bán hàng hoá, trừ những hàng hoá phục vụ cho việc kinh doanh dịch vụ giám định hàng hoá của doanh nghiệp. Quy định này để đảm bảo tính độc lập, khách quan của hoạt động giám định hàng hoá, dịch vụ thương mại do thương nhân kinh doanh dịch vụ giám định tiến hành.

- Có giám định viên có trình độ chuyên môn; có quy trình, phương pháp giám định trong lĩnh vực hàng hoá, dịch vụ được yêu cầu giám định.

Riêng các tổ chức giám định được trưng dụng để thực hiện yêu cầu giám định của các cơ quan nhà nước có thẩm quyền thì còn phải đáp ứng các điều kiện, tiêu chuẩn khác theo quy định cụ thể của Bộ khoa học và công nghệ. Như vậy, xuất phát từ đặc thù của hoạt động giám định hàng hoá mà pháp luật có những yêu cầu rất khắt khe đối với những tổ chức giám định hàng hoá.

Người yêu cầu giám định (khách hàng) có thể là các tổ chức, cá

nhân, cơ quan nhà nước có nhu cầu giám định hàng hoá, dịch vụ thương mại. Người yêu cầu giám định hàng hoá có thể là thương nhân mà cũng có thể không phải là thương nhân. Ví dụ, khi thực hiện việc mua bán hàng hoá hay cung ứng dịch vụ thương mại, các thương nhân có thể thoả thuận lựa chọn một tổ chức giám định độc lập để giám định tình trạng hàng hoá, dịch vụ. Hay khi giải quyết các tranh chấp

liên quan đến việc mua bán hàng hoá, cung ứng dịch vụ, theo yêu cầu của một hoặc các bên tranh chấp, toà án có thể ra quyết định trưng cầu giám định để đưa ra các phán quyết chính xác, đúng pháp luật. Cơ quan quản lý nhà nước về đầu tư nước ngoài có thể chỉ định một tổ chức giám định để giám định lại giá trị tài sản góp vốn bằng hiện vật của các bên vào vốn pháp định của doanh nghiệp liên doanh nếu nghi ngờ tính chính xác của kết quả định giá do các bên liên doanh thoả thuận lựa chọn.

Thứ hai, nội dung của hoạt động giám định là xác định tình trạng thực tế của hàng hoá, dịch vụ liên quan đến số lượng, chất lượng, quy cách, bao bì, xuất xứ, giá trị hàng hoá; kết quả thực hiện dịch vụ, tiêu chuẩn vệ sinh, phòng dịch của hàng hoá, dịch vụ; các tổn thất và nguyên nhân dẫn đến tổn thất của một hoặc các bên tham gia quan hệ mua bán hàng hoá hoặc dịch vụ thương mại và các nội dung khác theo yêu cầu của khách hàng.

Như vậy, pháp luật thương mại chỉ điều chỉnh hoạt động giám định liên quan đến hàng hoá, dịch vụ là đối tượng của các hoạt động kinh doanh thương mại mà thôi. Các hoạt động giám định khác như giám định thương tật, giám định pháp y... không do Luật thương mại điều chỉnh.

Thứ ba, kết luận về hiện trạng hàng hoá, dịch vụ thương mại theo yêu cầu của khách hàng có giá trị ràng buộc đối với các bên tham gia quan hệ mua bán hàng hoá hoặc cung ứng dịch vụ thương mại.

Kết luận của thương nhân kinh doanh dịch vụ giám định về hiện

trạng hàng hoá, dịch vụ thương mại theo yêu cầu liên quan đến việc mua bán hàng hoá, cung ứng dịch vụ, theo yêu cầu của một hoặc các bên tranh chấp, toà án có thể ra quyết định trưng cầu giám định để đưa ra các phán quyết chính xác, đúng pháp luật. Cơ quan quản lý nhà nước về đầu tư nước ngoài có thể chỉ định một tổ chức giám định để giám định lại giá trị tài sản góp vốn bằng hiện vật của các bên vào vốn pháp định của doanh nghiệp liên doanh nếu nghi ngờ tính chính xác của kết quả định giá do các bên liên doanh thoả thuận lựa chọn.

Thứ hai, nội dung của hoạt động giám định là xác định tình trạng thực tế của hàng hoá, dịch vụ liên quan đến số lượng, chất lượng, quy cách, bao bì, xuất xứ, giá trị hàng hoá; kết quả thực hiện dịch vụ, tiêu chuẩn vệ sinh, phòng dịch của hàng hoá, dịch vụ; các tổn thất và nguyên nhân dẫn đến tổn thất của một hoặc các bên tham gia quan hệ mua bán hàng hoá hoặc dịch vụ thương mại và các nội dung khác theo yêu cầu của khách hàng.

Như vậy, pháp luật thương mại chỉ điều chỉnh hoạt động giám định liên quan đến hàng hoá, dịch vụ là đối tượng của các hoạt động kinh doanh thương mại mà thôi. Các hoạt động giám định khác như giám định thương tật, giám định pháp y... không do Luật thương mại điều chỉnh.

Thứ ba, kết luận về hiện trạng hàng hoá, dịch vụ thương mại theo yêu cầu của khách hàng có giá trị ràng buộc đối với các bên tham gia quan hệ mua bán hàng hoá hoặc cung ứng dịch vụ thương mại.

Kết luận của thương nhân kinh doanh dịch vụ giám định về hiện trạng hàng hoá, dịch vụ thương mại theo yêu cầu

của khách hàng phải được xác lập dưới hình thức văn bản. Văn bản này gọi là chứng thư giám định. Chứng thư giám định có giá trị bắt buộc đối với các bên, trừ trường hợp một hoặc các bên chứng minh được rằng kết quả giám định không khách quan, không trung thực hoặc có sai

sót về kĩ thuật, nghiệp vụ giám định.

Thứ tư, giám định là một hành vi thương mại độc lập. Thương nhân thực hiện việc giám định hàng hoá như một nghề nghiệp độc lập và thường xuyên. Thực hiện việc giám định, thương nhân được trả thù lao theo thoả thuận hoặc theo quy định của pháp luật, ngay cả trường hợp giám định theo yêu cầu của cơ quan nhà nước có thẩm quyền.

2. Các yêu cầu đối với hoạt động giám định hàng hoá, dịch vụ

Giám định hàng hoá, dịch vụ là hoạt động thương mại có nhiều đặc thù. Kết quả giám định có hiệu lực bắt buộc đối với các bên và có giá trị chứng minh đối với các cơ quan giải quyết tranh chấp phát sinh từ hoạt động thương mại của cơ quan có thẩm quyền. Bởi vậy, khi tiến hành các hoạt động giám định hàng hoá, dịch vụ thương mại thì thương nhân kinh doanh dịch vụ giám định phải tuân thủ các yêu cầu cơ bản sau:

- *Chỉ tiến hành việc giám định hàng hoá, dịch vụ thương mại khi được yêu cầu.* Người đưa ra yêu cầu giám định có thể là các bên trong hợp đồng mua bán hàng hoá, hợp đồng cung ứng dịch vụ thương mại hoặc cơ quan nhà nước có thẩm quyền.

- *Hoạt động giám định hàng hoá phải được thực hiện độc* của khách hàng phải được xác lập dưới hình thức văn bản. Văn bản này gọi là chứng thư giám định. Chứng thư giám định có giá trị bắt buộc đối với các bên, trừ trường hợp một hoặc các bên chứng minh được rằng kết quả giám định không khách quan, không trung thực hoặc có sai sót về kĩ thuật, nghiệp vụ giám định.

Thứ tư, giám định là một hành vi thương mại độc lập. Thương nhân thực hiện việc giám định hàng hoá như một nghề nghiệp độc lập và thường xuyên. Thực hiện việc giám định, thương nhân được trả thù lao theo thoả thuận hoặc theo quy định của pháp luật, ngay cả trường hợp giám định theo yêu cầu của cơ quan nhà nước có thẩm quyền.

2. Các yêu cầu đối với hoạt động giám định hàng hoá, dịch vụ

Giám định hàng hoá, dịch vụ là hoạt động thương mại có nhiều đặc thù. Kết quả giám định có hiệu lực bắt buộc đối với các bên và có giá trị chứng minh đối với các cơ quan giải quyết tranh chấp phát sinh từ hoạt động thương mại của cơ quan có thẩm quyền. Bởi vậy, khi tiến hành các hoạt động giám định hàng hoá, dịch vụ thương mại thì thương nhân kinh doanh dịch vụ giám định phải tuân thủ các yêu cầu cơ bản sau:

- *Chỉ tiến hành việc giám định hàng hoá, dịch vụ thương mại khi được yêu cầu.* Người đưa ra yêu cầu giám định có thể là các bên trong hợp đồng mua bán hàng hoá, hợp đồng cung ứng dịch vụ thương mại hoặc cơ quan nhà nước có thẩm quyền.

- *Hoạt động giám định hàng hoá phải được thực hiện độc lập, trung lập, khách quan.* Để đảm bảo yêu cầu này, pháp luật quy định thương nhân kinh doanh dịch vụ giám định không được tiến hành các hoạt động cung ứng dịch vụ thương mại hoặc mua bán hàng hoá như những hoạt động nghề nghiệp độc lập và thường xuyên. Đồng thời, thương nhân kinh doanh dịch vụ giám định không được thực hiện việc giám định hàng hoá, dịch vụ nếu việc giám định đó có liên quan đến lợi ích của chính thương nhân kinh doanh dịch vụ giám định hoặc của giám định viên.

- *Việc giám định phải khoa học và chính xác.* Quá trình thực hiện việc giám định phải tuân thủ các yêu cầu kỹ thuật phù hợp với đối tượng giám định và nội dung giám định. Quá trình tiến hành hoạt động giám định phải được mô tả cụ thể, chi tiết bằng văn bản (biên bản giám định). Các kết luận giám định phải cụ thể, rõ ràng và phải làm rõ được các yêu cầu giám định.

3. Quyền và nghĩa vụ của thương nhân kinh doanh dịch vụ giám định và của khách hàng yêu cầu giám định

a. *Quyền và nghĩa vụ của thương nhân kinh doanh dịch vụ giám định*

* Về quyền:

Thương nhân kinh doanh dịch vụ giám định có các quyền sau:

- Cử giám định viên đủ tiêu chuẩn để thực hiện việc giám định. Tiêu chuẩn giám định viên được quy định tại Điều 259 Luật thương mại năm 2005. Về cơ bản, các giám định viên phải đáp ứng được các yêu cầu như: có trình độ đại học hoặc cao đẳng về chuyên môn phù hợp với yêu cầu và lĩnh vực *iập, trung iập, khách quan*. Để đảm bảo yêu cầu này, pháp luật quy định thương nhân kinh doanh dịch vụ giám định không được tiến hành các hoạt động cung ứng dịch vụ thương mại hoặc mua bán hàng hoá như những hoạt động nghề nghiệp độc lập và thường xuyên. Đồng thời, thương nhân kinh doanh dịch vụ giám định không được thực hiện việc giám định hàng hoá, dịch vụ nếu việc giám định đó có liên quan đến lợi ích của chính thương nhân kinh doanh dịch vụ giám định hoặc của giám định viên.

- *Việc giám định phải khoa học và chính xác*. Quá trình thực hiện việc giám định phải tuân thủ các yêu cầu kỹ thuật phù hợp với đối tượng giám định và nội dung giám định. Quá trình tiến hành hoạt động giám định phải được mô tả cụ thể, chi tiết bằng văn bản (biên bản giám định). Các kết luận giám định phải cụ thể, rõ ràng và phải làm rõ được các yêu cầu giám định.

3. Quyền và nghĩa vụ của thương nhân kinh doanh dịch vụ giám định và của khách hàng yêu cầu giám định

a. *Quyền và nghĩa vụ của thương nhân kinh doanh dịch vụ giám*

định

* Về quyền:

Thương nhân kinh doanh dịch vụ giám định có các quyền sau:

- Cử giám định viên đủ tiêu chuẩn để thực hiện việc giám định. Tiêu chuẩn giám định viên được quy định tại Điều 259 Luật thương mại năm 2005. Về cơ bản, các giám định viên phải đáp ứng được các yêu cầu như: có trình độ đại học hoặc cao đẳng về chuyên môn phù hợp với yêu cầu và lĩnh vực

giám định; có ít nhất 3 năm kinh nghiệm về giám định trong lĩnh vực hàng hoá, dịch vụ được giám định; có chứng chỉ chuyên môn phù hợp trong trường hợp pháp luật chuyên ngành có quy định; được công nhận là giám định viên.

- Được uỷ quyền cho doanh nghiệp kinh doanh dịch vụ giám định hàng hoá khác thực hiện việc giám định của mình. Việc uỷ quyền giám định hàng hoá được thực hiện trong trường hợp bên yêu cầu giám định thuê tổ chức giám định nước ngoài thực hiện dịch vụ giám định tại Việt Nam mà tổ chức giám định nước ngoài đó chưa được phép hoạt động tại Việt Nam; trong trường hợp này, tổ chức giám định nước ngoài có thể uỷ quyền việc thực hiện việc giám định hàng hoá cho một tổ chức giám định khác đã được quyền hoạt động tại Việt Nam. Tổ chức giám định được uỷ quyền có thể là tổ chức giám định Việt Nam, tổ chức giám định liên doanh hoặc tổ chức giám định nước ngoài.

Việc uỷ quyền giám định phải thực hiện trên cơ sở hợp đồng uỷ quyền. Hợp đồng này phải được kí kết bằng văn bản với các nội dung chủ yếu như: Tên, địa chỉ của bên uỷ quyền và bên được uỷ quyền; hàng hoá, dịch vụ được yêu cầu giám định; nội dung, yêu cầu giám định; phương pháp, quy trình giám định; thời gian, địa điểm giám định; phí dịch vụ và các chi phí khác.

Mặc dù việc giám định hàng hoá, dịch vụ thương mại do bên được uỷ quyền tiến hành nhưng bên uỷ quyền vẫn phải chịu trách nhiệm trước bên yêu cầu giám định hàng hoá về kết quả giám định. Nếu giám định sai gây thiệt hại thì bên uỷ quyền vẫn phải bồi thường cho bên yêu cầu giám định.

giám định; có ít nhất 3 năm kinh nghiệm về giám định trong lĩnh vực hàng hoá, dịch vụ được giám định; có chứng chỉ chuyên môn phù hợp trong trường hợp pháp luật chuyên ngành có quy định; được công nhận là giám định viên.

- Được uỷ quyền cho doanh nghiệp kinh doanh dịch vụ giám định hàng hoá khác thực hiện việc giám định của mình. Việc uỷ quyền giám định hàng hoá được thực hiện trong trường hợp bên yêu cầu giám định thuê tổ chức giám định nước ngoài thực hiện dịch vụ giám định tại Việt Nam mà tổ chức giám định nước ngoài đó chưa được phép hoạt động tại Việt Nam; trong trường hợp này, tổ chức giám định nước ngoài có thể uỷ quyền việc thực hiện việc giám định hàng hoá cho một tổ chức giám định khác đã được quyền hoạt động tại Việt Nam. Tổ chức giám định được uỷ quyền có thể là tổ chức giám định Việt Nam, tổ chức giám định liên doanh hoặc tổ chức giám định nước ngoài.

Việc uỷ quyền giám định phải thực hiện trên cơ sở hợp đồng uỷ quyền. Hợp đồng này phải được kí kết bằng văn bản với các nội dung chủ yếu như: Tên, địa chỉ của bên uỷ quyền và bên được uỷ quyền; hàng hoá, dịch vụ được yêu cầu giám định; nội dung, yêu cầu giám định; phương pháp, quy trình giám định; thời gian, địa điểm giám định; phí dịch vụ và các chi phí khác.

Mặc dù việc giám định hàng hoá, dịch vụ thương mại do bên được uỷ quyền tiến hành nhưng bên uỷ quyền vẫn phải chịu trách nhiệm trước bên yêu cầu giám định hàng hoá về kết quả giám định. Nếu giám định sai gây thiệt hại thì bên uỷ quyền vẫn phải bồi thường cho bên yêu

cầu giám định.

- Nhận phí giám định theo thoả thuận hoặc theo quy định của pháp luật.

* Về nghĩa vụ:

Bên cạnh những quyền kể trên, thương nhân kinh doanh dịch vụ giám định phải thực hiện các nghĩa vụ sau đây:

- Bảo đảm việc giám định hàng hoá phù hợp với nội dung kinh doanh đã đăng kí và theo đúng yêu cầu của bên yêu cầu giám định;

- Thực hiện việc giám định hàng hoá một cách độc lập, trung lập, khách quan, khoa học, kịp thời và chính xác;

- Cấp chứng thư giám định phù hợp với yêu cầu giám định và phải chịu trách nhiệm trước các bên yêu cầu giám định và trước pháp luật về kết quả giám định.

- Chịu trách nhiệm tài sản đối với khách hàng do giám định sai. Trường hợp thương nhân kinh doanh dịch vụ giám định cấp chứng thư giám định có kết quả sai thì phải trả tiền phạt cho khách hàng bằng mười lần thù lao dịch vụ giám định. Nếu thương nhân kinh doanh dịch vụ giám định cố ý thực hiện việc giám định không trung thực, khách quan và đưa ra kết quả giám định gây thiệt hại cho khách hàng thì có trách nhiệm bồi thường toàn bộ các thiệt hại gây ra cho khách hàng theo các quy định của pháp luật về bồi thường thiệt hại.

ú. *Quyền và nghĩa vụ của bên yêu cầu giám định*

* Về quyền:

- Được lựa chọn tổ chức giám định phù hợp để thực hiện việc giám định hàng hoá theo nội dung đã thoả thuận. Trường hợp giám định hàng hoá theo sự thoả thuận của các

- Nhận phí giám định theo thoả thuận hoặc theo quy định của pháp luật.

* Về nghĩa vụ:

Bên cạnh những quyền kể trên, thương nhân kinh doanh dịch vụ giám định phải thực hiện các nghĩa vụ sau đây:

- Bảo đảm việc giám định hàng hoá phù hợp với nội dung kinh doanh đã đăng kí và theo đúng yêu cầu của bên yêu cầu giám định;

- Thực hiện việc giám định hàng hoá một cách độc lập, trung lập, khách quan, khoa học, kịp thời và chính xác;

- Cấp chứng thư giám định phù hợp với yêu cầu giám định và phải chịu trách nhiệm trước các bên yêu cầu giám định và trước pháp luật về kết quả giám định.

- Chịu trách nhiệm tài sản đối với khách hàng do giám định sai. Trường hợp thương nhân kinh doanh dịch vụ giám định cấp chứng thư giám định có kết quả sai thì phải trả tiền phạt cho khách hàng bằng mười lần thù lao dịch vụ giám định. Nếu thương nhân kinh doanh dịch vụ giám định cố ý thực hiện việc giám định không trung thực, khách quan và đưa ra kết quả giám định gây thiệt hại cho khách hàng thì có trách nhiệm bồi thường toàn bộ các thiệt hại gây ra cho khách hàng theo các quy định của pháp luật về bồi thường thiệt hại.

ư. *Quyền và nghĩa vụ của bên yêu cầu giám định*

* Về quyền:

- Được lựa chọn tổ chức giám định phù hợp để thực hiện việc giám định hàng hoá theo nội dung đã thoả thuận. Trường hợp giám định hàng hoá theo sự thoả thuận của các

bên thì các bên phải thống nhất với nhau để chỉ định một tổ chức giám định. Thoả thuận này có thể là một điều khoản của hợp đồng mua bán hàng hoá, cung ứng dịch vụ hoặc là một thoả thuận riêng biệt. Khi đã thống nhất lựa chọn một tổ chức giám định nào đó thì một bên không có quyền chỉ định một tổ chức giám định khác, nếu không được bên kia

chấp thuận.

Các cơ quan nhà nước có thẩm quyền khi có nhu cầu giám định hàng hoá cũng có thể lựa chọn một tổ chức giám định được Nhà nước công nhận là đủ điều kiện và tiêu chuẩn để thực hiện việc giám định. Trong quá trình giải quyết tranh chấp thương mại tại toà án, nếu có nhu cầu giám định thì toà án sẽ chỉ định tổ chức giám định theo yêu cầu của một bên tranh chấp.

- Được yêu cầu giám định lại nếu nghi ngờ kết quả giám định và trong trường hợp tổ chức giám định cấp chứng thư giám định sai thì có quyền đòi tiền phạt. Trong trường hợp không công nhận kết quả của chứng thư giám định ban đầu thì bên yêu cầu giám định và các bên có liên quan (gọi là bên yêu cầu giám định lại) được quyền yêu cầu một tổ chức giám định khác giám định lại hàng hoá, dịch vụ đã được giám định và phải trả các chi phí liên quan đến việc giám định. Nếu kết quả giám định lại phù hợp với kết quả của chứng thư giám định ban đầu thì chứng thư giám định ban đầu có giá trị cuối cùng. Nếu kết quả giám định lại không phù hợp với kết quả của chứng thư giám định ban đầu thì có các khả năng sau đây có thể xảy ra: Khả năng thứ nhất, nếu tổ chức giám định ban đầu và bên yêu cầu giám định lại công nhận kết quả giám định lại thì kết quả giám định lại có giá trị cuối cùng. Tổ chức giám định ban đầu phải chịu phạt do giám định sai theo bên thì các bên phải thống nhất với nhau để chỉ định một tổ chức giám định. Thỏa thuận này có thể là một điều khoản của hợp đồng mua bán hàng hoá, cung ứng dịch vụ hoặc là một thỏa thuận riêng biệt. Khi đã thống nhất lựa chọn một tổ chức giám định nào đó thì một bên không có quyền chỉ định một tổ chức giám định khác, nếu không được bên kia chấp thuận.

Các cơ quan nhà nước có thẩm quyền khi có nhu cầu giám định hàng hoá cũng có thể lựa chọn một tổ chức giám định được Nhà nước công nhận là đủ điều kiện và tiêu chuẩn để thực hiện việc giám định. Trong

quá trình giải quyết tranh chấp thương mại tại toà án, nếu có nhu cầu giám định thì toà án sẽ chỉ định tổ chức giám định theo yêu cầu của một bên tranh chấp.

- Được yêu cầu giám định lại nếu nghi ngờ kết quả giám định và trong trường hợp tổ chức giám định cấp chứng thư giám định sai thì có quyền đòi tiền phạt. Trong trường hợp không công nhận kết quả của chứng thư giám định ban đầu thì bên yêu cầu giám định và các bên có liên quan (gọi là bên yêu cầu giám định lại) được quyền yêu cầu một tổ chức giám định khác giám định lại hàng hoá, dịch vụ đã được giám định và phải trả các chi phí liên quan đến việc giám định. Nếu kết quả giám định lại phù hợp với kết quả của chứng thư giám định ban đầu thì chứng thư giám định ban đầu có giá trị cuối cùng. Nếu kết quả giám định lại không phù hợp với kết quả của chứng thư giám định ban đầu thì có các khả năng sau đây có thể xảy ra: Khả năng thứ nhất, nếu tổ chức giám định ban đầu và bên yêu cầu giám định lại công nhận kết quả giám định lại thì kết quả giám định lại có giá trị cuối cùng. Tổ chức giám định ban đầu phải chịu phạt do giám định sai theo

mức các bên đã thoả thuận trong hợp đồng nhưng không vượt quá 10 lần phí giám định. Khả năng thứ hai, nếu tổ chức giám định ban đầu hoặc bên yêu cầu giám định lại không thừa nhận kết quả giám định lại thì bên yêu cầu giám định lại có quyền yêu cầu cơ quan tài phán giải quyết tranh chấp chỉ định một tổ chức giám định khác giám định lại (giám định lần 3). Kết quả giám định của tổ chức giám định do cơ quan tài phán chỉ định có giá trị cuối cùng. Lệ phí trọng tài và lệ phí giám định do bên yêu cầu chịu. Tổ chức giám định nào có chứng thư giám định với kết quả khác với kết quả giám định lần 3 thì tổ chức đó phải chịu phạt như phần trên đã trình bày.

* Về nghĩa vụ:

Người yêu cầu giám định (khách hàng) có các nghĩa vụ sau:

- Cung cấp đầy đủ, kịp thời các tài liệu cần thiết cho tổ chức giám định khi có yêu cầu; đảm bảo tính chính xác, tính hợp pháp của các giấy tờ, tài liệu đó.

- Trả phí giám định theo thoả thuận. Các cơ quan nhà nước khi sử dụng dịch vụ giám định hàng hoá cũng phải trả phí giám định. Trường hợp toà án, trọng tài trung cầu giám định theo yêu cầu của một bên thì bên yêu cầu giám định phải tạm ứng phí giám định và các chi phí khác. Nếu kết quả giám định có ý nghĩa cho việc giải quyết tranh chấp thì sau này, khi ra bản án, quyết định thì toà án, trọng tài sẽ buộc bên thua kiện chịu chi phí giám định còn nếu kết quả giám định không có ý nghĩa cho việc giải quyết vụ án thì bên yêu cầu giám định phải chịu các khoản chi phí liên quan đến việc giám định.

mức các bên đã thoả thuận trong hợp đồng nhưng không vượt quá 10 lần phí giám định. Khả năng thứ hai, nếu tổ chức giám định ban đầu hoặc bên yêu cầu giám định lại không thừa nhận kết quả giám định lại thì bên yêu cầu giám định lại có quyền yêu cầu cơ quan tài phán giải quyết tranh chấp chỉ định một tổ chức giám định khác giám định lại (giám định lần 3). Kết quả giám định của tổ chức giám định do cơ quan tài phán chỉ định có giá trị cuối cùng. Lệ phí trọng tài và lệ phí giám định do bên yêu cầu chịu. Tổ chức giám định nào có chứng thư giám định với kết quả khác với kết quả giám định lần 3 thì tổ chức đó phải chịu phạt như phân trên đã trình bày.

* Về nghĩa vụ:

Người yêu cầu giám định (khách hàng) có các nghĩa vụ sau:

- Cung cấp đầy đủ, kịp thời các tài liệu cần thiết cho tổ chức giám định khi có yêu cầu; đảm bảo tính chính xác, tính hợp pháp của các giấy tờ, tài liệu đó.

- Trả phí giám định theo thoả thuận. Các cơ quan nhà nước khi sử

dụng dịch vụ giám định hàng hoá cũng phải trả phí giám định. Trường hợp toà án, trọng tài trung cầu giám định theo yêu cầu của một bên thì bên yêu cầu giám định phải tạm ứng phí giám định và các chi phí khác. Nếu kết quả giám định có ý nghĩa cho việc giải quyết tranh chấp thì sau này, khi ra bản án, quyết định thì toà án, trọng tài sẽ buộc bên thua kiện chịu chi phí giám định còn nếu kết quả giám định không có ý nghĩa cho việc giải quyết vụ án thì bên yêu cầu giám định phải chịu các khoản chi phí liên quan đến việc giám định.

CHƯƠNG XIV

PHÁP LUẬT VỀ SỞ HỮU CÔNG NGHIỆP TRONG HOẠT ĐỘNG THƯƠNG MẠI

I. TÍNH THƯƠNG MẠI CỦA QUYỀN SỞ HỮU CÔNG NGHIỆP

1. Các đối tượng sở hữu công nghiệp là một trong những yếu tố cấu thành hàng hoá, dịch vụ

Ý tưởng và tri thức là một trong những bộ phận cấu thành có giá trị cao của hàng hoá và dịch vụ, đặc biệt trong các ngành công nghệ cao. Một sản phẩm trở nên nổi tiếng chính vì hàm lượng công nghệ bên trong của nó. Ngày nay, một hàng hoá, dịch vụ khó có thể có sức cạnh tranh cao nếu không chứa đựng trong nó các đối tượng sở hữu công nghiệp.

Hoạt động kinh tế ở phần lớn các nước công nghiệp phát triển đang ngày càng tập trung vào nghiên cứu và triển khai công nghệ. Kết quả là các sản phẩm xuất khẩu, bao gồm cả sản phẩm truyền thống (như hoá chất, phân bón, dược phẩm) và những sản phẩm tương đối hiện đại (như thiết bị viễn thông, máy tính, phần mềm) đều chứa đựng các yếu tố sáng tạo và kĩ thuật gắn với quyền sở hữu công nghiệp. Bởi vậy, các nhà sản xuất mong muốn được bảo hộ quyền sở hữu công nghiệp khi họ đưa sản

phẩm vào thị trường, từ đó tạo

CHƯƠNG XIV

PHÁP LUẬT VỀ SỞ HỮU CÔNG NGHIỆP TRONG HOẠT ĐỘNG THƯƠNG MẠI

I. TÍNH THƯƠNG MẠI CỦA QUYỀN SỞ HỮU CÔNG NGHIỆP

1. Các đối tượng sở hữu công nghiệp là một trong những yếu tố cấu thành hàng hoá, dịch vụ

Ý tưởng và tri thức là một trong những bộ phận cấu thành có giá trị cao của hàng hoá và dịch vụ, đặc biệt trong các ngành công nghệ cao. Một sản phẩm trở nên nổi tiếng chính vì hàm lượng công nghệ bên trong của nó. Ngày nay, một hàng hoá, dịch vụ khó có thể có sức cạnh tranh cao nếu không chứa đựng trong nó các đối tượng sở hữu công nghiệp.

Hoạt động kinh tế ở phần lớn các nước công nghiệp phát triển đang ngày càng tập trung vào nghiên cứu và triển khai công nghệ. Kết quả là các sản phẩm xuất khẩu, bao gồm cả sản phẩm truyền thống (như hoá chất, phân bón, dược phẩm) và những sản phẩm tương đối hiện đại (như thiết bị viễn thông, máy tính, phần mềm) đều chứa đựng các yếu tố sáng tạo và kỹ thuật gắn với quyền sở hữu công nghiệp. Bởi vậy, các nhà sản xuất mong muốn được bảo hộ quyền sở hữu công nghiệp khi họ đưa sản phẩm vào thị trường, từ đó tạo

thuận lợi cho họ bù đắp được những chi phí nghiên cứu và phát triển (R & D).

2. Các đối tượng sở hữu công nghiệp được ứng dụng trong hoạt động kinh tế - thương mại

Hầu hết các đối tượng sở hữu công nghiệp nếu muốn được cấp văn bằng bảo hộ đều phải đáp ứng đòi hỏi về khả năng áp dụng trong thương mại hay công nghiệp.

Bằng phát minh, sáng chế, giải pháp hữu ích được áp dụng trong hầu hết các lĩnh vực sản xuất. Khi nhà sáng chế có được độc quyền, họ sẽ đầu tư vào sáng chế để biến nó thành một sản phẩm hoặc một quy trình có khả năng đưa vào hoạt động công nghiệp và thương mại.

Kiểu dáng công nghiệp đặc biệt quan trọng trong lĩnh vực may mặc (thời trang), chế tạo xe máy, ô-tô, hàng điện tử V.V..

Nhãn hiệu hàng hoá là công cụ cho phép phân biệt một sản phẩm với các sản phẩm tương tự khác. Nhãn hiệu hàng hoá là dấu hiệu thương mại không thể thiếu của mọi sản phẩm trong mọi lĩnh vực, là công cụ hữu hiệu để chiếm lĩnh thị trường, với sự trợ giúp của các phương tiện quảng cáo.

Chỉ dẫn địa lí của sản phẩm cũng đương nhiên mang mục đích thương mại. Nó chính là công cụ tạo ra niềm tin ở người tiêu dùng đồng thời giúp cho nhà sản xuất phát huy tốt hơn thế mạnh của mình trên thị trường trong nước và quốc tế. Niềm tin của người tiêu dùng là điều vô cùng quan trọng đối với nhà sản xuất và nhà phân phối sản phẩm. *Thí dụ:* người tiêu dùng châu Âu có một thói quen văn hoá về sử dụng sản phẩm có chỉ dẫn địa lí. Một sản phẩm mang chỉ dẫn địa lí

thuận lợi cho họ bù đắp được những chi phí nghiên cứu và phát triển (R & D).

2. Các đối tượng sở hữu công nghiệp được ứng dụng trong hoạt động kinh tế - thương mại

Hầu hết các đối tượng sở hữu công nghiệp nếu muốn được cấp văn bằng bảo hộ đều phải đáp ứng đòi hỏi về khả năng áp dụng trong thương mại hay công nghiệp.

Bằng phát minh, sáng chế, giải pháp hữu ích được áp dụng trong hầu hết các lĩnh vực sản xuất. Khi nhà sáng chế có được độc quyền, họ sẽ đầu tư vào sáng chế để biến nó thành một sản phẩm hoặc một quy trình có khả năng đưa vào hoạt động công nghiệp và thương mại.

Kiểu dáng công nghiệp đặc biệt quan trọng trong lĩnh vực may mặc (thời trang), chế tạo xe máy, ô-tô, hàng điện tử V.V..

Nhãn hiệu hàng hoá là công cụ cho phép phân biệt một sản phẩm với các sản phẩm tương tự khác. Nhãn hiệu hàng hoá là dấu hiệu thương mại không thể thiếu của mọi sản phẩm trong mọi lĩnh vực, là công cụ hữu hiệu để chiếm lĩnh thị trường, với sự trợ giúp của các phương tiện quảng cáo.

Chỉ dẫn địa lí của sản phẩm cũng đương nhiên mang mục đích thương mại. Nó chính là công cụ tạo ra niềm tin ở người tiêu dùng đồng thời giúp cho nhà sản xuất phát huy tốt hơn thế mạnh của mình trên thị trường trong nước và quốc tế. Niềm tin của người tiêu dùng là điều vô cùng quan trọng đối với nhà sản xuất và nhà phân phối sản phẩm. *Thí dụ:* người tiêu dùng châu Âu có một thói quen văn hoá về sử dụng sản phẩm có chỉ dẫn địa lí. Một sản phẩm mang chỉ dẫn địa lí

khác với sản phẩm thông thường sẽ được người tiêu dùng sẵn sàng trả giá đắt hơn. Chỉ dẫn địa lí được đặc biệt quan tâm trong các ngành công nghiệp thực phẩm và nông nghiệp, nhất là các ngành sản xuất rượu vang và đồ uống có cồn. Các chỉ dẫn địa lí nổi tiếng như rượu vang Bordeaux, rượu Champagne, pho-mát Roquefort v.v. mang lại nguồn thu to lớn cho nhà sản xuất và quốc gia.

Tương tự, giống cây trồng mới được ứng dụng trong công nghiệp thực phẩm và nông nghiệp. Mạch tích hợp và thiết kế bố trí mạch tích hợp là cốt lõi của ngành công nghiệp vi điện tử.

Các đối tượng sở hữu công nghiệp được ứng dụng trong hoạt động thương mại, do đó có giá trị thương mại. Lợi ích kinh tế - thương mại của các đối tượng sở hữu công nghiệp sẽ bị mất đi nếu các đối tượng này bị bắt chước, bị đánh cắp, bị gây nhầm lẫn hoặc bị công bố công khai.

3. Các đối tượng sở hữu công nghiệp là yếu tố thể hiện lợi thế cạnh tranh trong thương mại

Một sản phẩm muốn có khả năng cạnh tranh trên thị trường phải phù hợp với thị hiếu, nhu cầu của người tiêu dùng, có chất lượng tốt và giá cả hợp lí. Để đạt được điều này, doanh nghiệp phải có công nghệ tiên tiến để tạo ra sản phẩm có chất lượng cao, giá thành thấp, phải có nhãn hiệu hàng hoá có uy tín, có kiểu dáng đẹp V.V.. Một trong những yếu tố quan trọng tạo ra khả năng cạnh tranh của sản phẩm chính là các đối tượng sở hữu công nghiệp.

Những doanh nghiệp nắm giữ các đối tượng sở hữu công nghiệp sẽ có khả năng phát triển sản xuất, từ đó giành nhiều khác với sản phẩm thông thường sẽ được người tiêu dùng sẵn sàng trả giá đắt hơn. Chỉ dẫn địa lí được đặc biệt quan tâm trong các ngành công nghiệp thực phẩm và nông nghiệp, nhất là các ngành sản xuất rượu vang và đồ uống có cồn. Các chỉ dẫn địa lí nổi tiếng như rượu vang Bordeaux, rượu Champagne, pho-mát

Roquefort v.v. mang lại nguồn thu to lớn cho nhà sản xuất và quốc gia.

Tương tự, giống cây trồng mới được ứng dụng trong công nghiệp thực phẩm và nông nghiệp. Mạch tích hợp và thiết kế bố trí mạch tích hợp là cốt lõi của ngành công nghiệp vi điện tử.

Các đối tượng sở hữu công nghiệp được ứng dụng trong hoạt động thương mại, do đó có giá trị thương mại. Lợi ích kinh tế - thương mại của các đối tượng sở hữu công nghiệp sẽ bị mất đi nếu các đối tượng này bị bất chước, bị đánh cắp, bị gây nhầm lẫn hoặc bị công bố công khai.

3. Các đối tượng sở hữu công nghiệp là yếu tố thể hiện lợi thế cạnh tranh trong thương mại

Một sản phẩm muốn có khả năng cạnh tranh trên thị trường phải phù hợp với thị hiếu, nhu cầu của người tiêu dùng, có chất lượng tốt và giá cả hợp lí. Để đạt được điều này, doanh nghiệp phải có công nghệ tiên tiến để tạo ra sản phẩm có chất lượng cao, giá thành thấp, phải có nhãn hiệu hàng hoá có uy tín, có kiểu dáng đẹp V.V.. Một trong những yếu tố quan trọng tạo ra khả năng cạnh tranh của sản phẩm chính là các đối tượng sở hữu công nghiệp.

Những doanh nghiệp nắm giữ các đối tượng sở hữu công nghiệp sẽ có khả năng phát triển sản xuất, từ đó giành nhiều khách hàng, giành được thị trường hoặc thị phần của một thị trường. Các đối tượng sở hữu công nghiệp có tác động nâng cao năng lực cạnh tranh của chủ sở hữu và doanh nghiệp. Một doanh nghiệp nắm giữ nhiều đối tượng sở hữu công nghiệp được xem là doanh nghiệp năng động, có khả năng đổi mới.

Bằng sáng chế rất có giá trị đối với doanh nghiệp. Nó nâng cao vị thế cạnh tranh của doanh nghiệp ở thị trường trong và ngoài nước. Bên cạnh đó, kiểu dáng của một sản phẩm luôn luôn là một trong những yếu tố tạo ra sự hấp dẫn đối với khách hàng, ở các nước công

nghiệp phát triển, nhất là ở châu Âu, những kiểu dáng đẹp là một dấu hiệu rõ nét nhất để phân biệt các hàng hoá giá cao và các hàng hoá giá thấp. Nói chung, nền công nghiệp châu Âu có thể duy trì một lợi thế cạnh tranh với các kiểu dáng cầu kì của mình.⁽¹⁾

Trên thương trường, các đối tượng sở hữu công nghiệp thực sự trở thành vũ khí cạnh tranh, nhất là khi chúng thực hiện vai trò tiếp thị, quảng cáo, xúc tiến thương mại, Cụ thể, hàng hoá và dịch vụ được thị trường biết đến nhờ có nhãn hiệu hàng hoá. Nhãn hiệu hàng hoá đóng vai trò quan trọng trong việc làm nổi bật và khác biệt hoá các đặc tính của sản phẩm so với các đối thủ cạnh tranh. Đối với nhà sản xuất thì nhãn hiệu nổi tiếng là một lợi thế cạnh tranh vô cùng lớn, bởi vì khách hàng chỉ cần nghe đến tên của nhãn hiệu thì đó chính là sự thể hiện chất lượng của sản phẩm, là sự “đảm bảo bằng vàng” của nhà sản xuất đối với người tiêu dùng về sản

(1).Xem: Nhà Pháp luật Việt - Pháp (2002), *Hội thảo sở hữu trí tuệ ở châu Á: Những định hướng trong tương lai?*, Hà Nội.

khách hàng, giành được thị trường hoặc thị phần của một thị trường. Các đối tượng sở hữu công nghiệp có tác động nâng cao năng lực cạnh tranh của chủ sở hữu và doanh nghiệp. Một doanh nghiệp nắm giữ nhiều đối tượng sở hữu công nghiệp được xem là doanh nghiệp năng động, có khả năng đổi mới.

Bằng sáng chế rất có giá trị đối với doanh nghiệp. Nó nâng cao vị thế cạnh tranh của doanh nghiệp ở thị trường trong và ngoài nước. Bên cạnh đó, kiểu dáng của một sản phẩm luôn luôn là một trong những yếu tố tạo ra sự hấp dẫn đối với khách hàng, ở các nước công nghiệp phát triển, nhất là ở châu Âu, những kiểu dáng đẹp là một dấu hiệu rõ nét nhất để phân biệt các hàng hoá giá cao và các hàng hoá giá thấp.

Nói chung, nền công nghiệp châu Âu có thể duy trì một lợi thế cạnh tranh với các kiểu dáng cầu kì của mình.⁽¹⁾

Trên thương trường, các đối tượng sở hữu công nghiệp thực sự trở thành vũ khí cạnh tranh, nhất là khi chúng thực hiện vai trò tiếp thị, quảng cáo, xúc tiến thương mại, Cụ thể, hàng hoá và dịch vụ được thị trường biết đến nhờ có nhãn hiệu hàng hoá. Nhãn hiệu hàng hoá đóng vai trò quan trọng trong việc làm nổi bật và khác biệt hoá các đặc tính của sản phẩm so với các đối thủ cạnh tranh. Đối với nhà sản xuất thì nhãn hiệu nổi tiếng là một lợi thế cạnh tranh vô cùng lớn, bởi vì khách hàng chỉ cần nghe đến tên của nhãn hiệu thì đó chính là sự thể hiện chất lượng của sản phẩm, là sự “đảm bảo bằng vàng” của nhà sản xuất đối với người tiêu dùng về sản

(1).Xem: Nhà Pháp luật Việt - Pháp (2002), *Hội thảo sở hữu trí tuệ ở châu Á: Những định hướng trong tương lai?*, Hà Nội.

phẩm của doanh nghiệp mình. Điều này lí giải tại sao khách hàng lại lựa chọn sản phẩm mang nhãn hiệu này mà lại không lựa chọn sản phẩm mang nhãn hiệu khác. *Thí dụ:* Có người muốn mua ô-tô của hãng Honda nhưng có người lại chọn hãng Toyota. Với khách hàng, ý nghĩa đặc biệt của nhãn hiệu là có thể làm thay đổi nhận thức và kinh nghiệm của họ về sản phẩm. Các sản phẩm giống nhau có thể được khách hàng đánh giá và trả tiền khác nhau, tùy thuộc vào uy tín của nhãn hiệu hoặc các thuộc tính của sản phẩm. Nhờ sự tín nhiệm của khách hàng đối với nhãn hiệu, người sở hữu hàng hoá, dịch vụ có cơ hội lớn hơn trong việc bán và phát triển sản phẩm của mình. Sự tín nhiệm của khách hàng đối với nhãn hiệu cho phép doanh nghiệp dự báo và kiểm soát thị trường. Hơn nữa, nó tạo nên một rào cản, gây khó khăn cho các doanh nghiệp khác muốn xâm nhập thị trường. Trên thực tế, mặc dù các quy trình sản xuất và các thiết

kể sản phẩm (liên quan đến sáng chế và kiểu dáng công nghiệp) có thể dễ dàng bị sao chép nhưng sự tín nhiệm của khách hàng đối với nhãn hiệu thì không dễ dàng “bị sao chép” và khi đã có lòng tin thì sự lựa chọn sẽ không cần tính toán, về khía cạnh này, nhãn hiệu có thể được coi như một cách thức hữu hiệu để đảm bảo lợi thế cạnh tranh. Trong bài “The Brand’s the Thing” liên quan đến phần bình chọn thường niên “Các công ti được ngưỡng mộ nhất nước Mỹ” của Tạp chí Fortune năm 1996, các công ti Coke, Microsoft và Disney đã cùng tuyên bố: “Có một tên tuổi lớn được xem như vũ khí cơ bản trong cạnh tranh”^o Một nhãn hiệu tốt giúp cho doanh nghiệp tiếp phẩm của doanh nghiệp mình. Điều này lí giải tại sao khách hàng lại lựa chọn sản phẩm mang nhãn hiệu này mà lại không lựa chọn sản phẩm mang nhãn hiệu khác. *Thí dụ:* Có người muốn mua ô-tô của hãng Honda nhưng có người lại chọn hãng Toyota. Với khách hàng, ý nghĩa đặc biệt của nhãn hiệu là có thể làm thay đổi nhận thức và kinh nghiệm của họ về sản phẩm. Các sản phẩm giống nhau có thể được khách hàng đánh giá và trả tiền khác nhau, tùy thuộc vào uy tín của nhãn hiệu hoặc các thuộc tính của sản phẩm. Nhờ sự tín nhiệm của khách hàng đối với nhãn hiệu, người sở hữu hàng hoá, dịch vụ có cơ hội lớn hơn trong việc bán và phát triển sản phẩm của mình. Sự tín nhiệm của khách hàng đối với nhãn hiệu cho phép doanh nghiệp dự báo và kiểm soát thị trường. Hơn nữa, nó tạo nên một rào cản, gây khó khăn cho các doanh nghiệp khác muốn xâm nhập thị trường. Trên thực tế, mặc dù các quy trình sản xuất và các thiết kế sản phẩm (liên quan đến sáng chế và kiểu dáng công nghiệp) có thể dễ dàng bị sao chép nhưng sự tín nhiệm của khách hàng đối với nhãn hiệu thì không dễ dàng “bị sao chép” và khi đã có lòng tin thì sự lựa chọn sẽ không cần tính toán, về khía cạnh này, nhãn hiệu có thể được coi như một cách thức hữu hiệu để đảm bảo lợi thế cạnh tranh. Trong bài “The Brand’s the Thing” liên quan đến phần bình chọn thường niên “Các công ti được ngưỡng mộ nhất nước Mỹ” của Tạp chí Fortune năm 1996, các công ti Coke, Microsoft và Disney đã cùng tuyên bố: “Có một tên tuổi

lớn được xem như vũ khí cơ bản trong cạnh tranh”/° Một nhãn hiệu tốt giúp cho doanh nghiệp tiếp cận dễ dàng với khách hàng. Đối với doanh nghiệp, nhãn hiệu được coi như một tài sản có giá trị rất lớn, bởi nó có khả năng tác động đến thái độ và hành vi của người tiêu dùng. Chính vì thế mà sự tín nhiệm của khách hàng có tầm quan trọng rất lớn khi định giá nhãn hiệu được chuyển giao. Trong thương mại quốc tế, các sản phẩm xuất khẩu có thể nâng cao năng lực cạnh tranh ở thị trường nước ngoài bằng nhãn hiệu. Việc bảo vệ các dấu hiệu chất lượng, các chứng nhận chất lượng, nhãn hiệu tập thể v.v. cũng rất quan trọng đối với việc phát huy giá trị của các sản phẩm truyền thống, các sản phẩm thủ công, để cho các sản phẩm này được đón nhận trên thị trường quốc tế. Như vậy, nếu doanh nghiệp có nhãn hiệu nổi tiếng thì sẽ có uy tín trên thương trường, sẽ nâng cao khả năng cạnh tranh của doanh nghiệp và sản phẩm trên thị trường.

Bí mật thương mại được sử dụng để giành lợi thế hơn so với các đối thủ cạnh tranh không biết hoặc không sử dụng bí mật đó. Ở các nước công nghiệp phát triển, nhất là ở Hoa Kỳ, nhiều công ti đã đạt được sự thống trị trong một lĩnh vực kinh doanh nhất định nhờ có trong tay bí mật thương mại. Cũng từ đó nảy sinh nạn ăn cắp bí mật thương mại của các đối thủ cạnh tranh để giành thị phần. Một công ti có thể mất đi nhiều năm nghiên cứu và thiệt hại hàng triệu USD chỉ vì một hành vi gián điệp kinh tế.

Như vậy, các đối tượng sở hữu công nghiệp là công cụ cho phép chủ sở hữu tạo nên và duy trì một lợi thế cạnh tranh, dựa trên khả năng sử dụng cũng như khả năng ngăn cản người khác sử dụng các đối tượng sở hữu công nghiệp của mình. Lợi thế cạnh tranh ngày nay không còn nằm chủ cận dễ dàng với khách hàng. Đối với doanh nghiệp, nhãn hiệu được coi như một tài sản có giá trị rất lớn, bởi nó có khả năng tác động đến thái độ và hành vi của người tiêu dùng. Chính vì thế mà sự tín nhiệm của khách hàng có tầm quan trọng rất lớn khi

định giá nhãn hiệu được chuyển giao. Trong thương mại quốc tế, các sản phẩm xuất khẩu có thể nâng cao năng lực cạnh tranh ở thị trường nước ngoài bằng nhãn hiệu. Việc bảo vệ các dấu hiệu chất lượng, các chứng nhận chất lượng, nhãn hiệu tập thể v.v. cũng rất quan trọng đối với việc phát huy giá trị của các sản phẩm truyền thống, các sản phẩm thủ công, để cho các sản phẩm này được đón nhận trên thị trường quốc tế. Như vậy, nếu doanh nghiệp có nhãn hiệu nổi tiếng thì sẽ có uy tín trên thương trường, sẽ nâng cao khả năng cạnh tranh của doanh nghiệp và sản phẩm trên thị trường.

Bí mật thương mại được sử dụng để giành lợi thế hơn so với các đối thủ cạnh tranh không biết hoặc không sử dụng bí mật đó. Ở các nước công nghiệp phát triển, nhất là ở Hoa Kỳ, nhiều công ty đã đạt được sự thống trị trong một lĩnh vực kinh doanh nhất định nhờ có trong tay bí mật thương mại. Cũng từ đó nảy sinh nạn ăn cắp bí mật thương mại của các đối thủ cạnh tranh để giành thị phần. Một công ty có thể mất đi nhiều năm nghiên cứu và thiệt hại hàng triệu USD chỉ vì một hành vi gián điệp kinh tế.

Như vậy, các đối tượng sở hữu công nghiệp là công cụ cho phép chủ sở hữu tạo nên và duy trì một lợi thế cạnh tranh, dựa trên khả năng sử dụng cũng như khả năng ngăn cản người khác sử dụng các đối tượng sở hữu công nghiệp của mình. Lợi thế cạnh tranh ngày nay không còn nằm chủ

yếu ở tài nguyên thiên nhiên hoặc lao động rẻ mà nghiêng về tiềm lực tri thức và công nghệ được chứa đựng chủ yếu trong các đối tượng sở hữu công nghiệp.

4. Các đối tượng sở hữu công nghiệp là loại tài sản có giá trị kinh tế to lớn, là “hàng hoá đặc biệt”

a. Các đối tượng sở hữu công nghiệp là “tài sản trí tuệ”, có giá trị

kinh tế to lớn

Trên thực tế, ở các nước có nền kinh tế thị trường phát triển, giá trị của một ngành kinh doanh ngày càng ít nằm trong các tài sản vật chất hay tài chính thể hiện trên bản quyết toán mà nằm trong tài sản vô hình như: Quyền sở hữu trí tuệ, giấy phép đại lí, chương trình nghiên cứu V.V.. Nhiều công ti có giá trị từ tài sản vô hình như quyền sở hữu công nghiệp, dữ liệu, nhân sự, các mối quan hệ thị trường, chiếm hơn 75% tổng giá trị tài sản. Trong danh sách 100 nhãn hiệu mạnh nhất thế giới năm 2002 do tuần báo Business Week (Hoa Kỳ) công bố, nhãn hiệu Coca-Cola được định giá tới 69,6 tỉ USD, Microsoft 64 tỉ USD, IBM 514 tỉ USD, GE 41,3 tỉ USD, Intel 30,8 tỉ USD, Nokia 29,9 tỉ USD¹⁰³ Còn đối với một số sản phẩm của Việt Nam, nhãn hiệu kem đánh răng p/s được chuyển nhượng với giá 7,5 triệu USD,¹⁰⁴ kem đánh răng Dạ Lan 2,5 triệu USD.¹⁰⁵

yếu ở tài nguyên thiên nhiên hoặc lao động rẻ mà nghiêng về tiềm lực tri thức và công nghệ được chứa đựng chủ yếu trong các đối tượng sở hữu công nghiệp.

4. Các đối tượng sở hữu công nghiệp là loại tài sản có giá trị kinh tế to lớn, là “hàng hoá đặc biệt”

a. Các đối tượng sở hữu công nghiệp là “tài sản trí tuệ”, có giá trị kinh tế to lớn

Trên thực tế, ở các nước có nền kinh tế thị trường phát triển, giá trị của một ngành kinh doanh ngày càng ít nằm trong các tài sản vật chất

103 .Xem: Viện nghiên cứu và đào tạo về quản lí (2003), *Tạo dựng và quản trị thương hiệu - danh tiếng - lợi nhuận*, Nxb. Lao động - xã hội, Hà Nội, tr. 131.

104 .Xem: TS. Trần Việt Hùng (2003), “*Thực trạng bảo hộ nhãn hiệu hàng hoá hiện nay*”, Thời báo Kinh tế Việt Nam, (83), tr. 6.

105 .Xem: Tạp chí thương mại (2002), “*Tình hình bảo hộ quyền sở hữu công nghiệp ở nước ta*”, (13), tr. 15.

hay tài chính thể hiện trên bản quyết toán mà nằm trong tài sản vô hình như: Quyền sở hữu trí tuệ, giấy phép đại lí, chương trình nghiên cứu V.V.. Nhiều công ti có giá trị từ tài sản vô hình như quyền sở hữu công nghiệp, dữ liệu, nhân sự, các mối quan hệ thị trường, chiếm hơn 75% tổng giá trị tài sản. Trong danh sách 100 nhãn hiệu mạnh nhất thế giới năm 2002 do tuần báo Business Week (Hoa Kỳ) công bố, nhãn hiệu Coca-Cola được định giá tới 69,6 tỉ USD, Microsoft 64 tỉ USD, IBM 514 tỉ USD, GE 41,3 tỉ USD, Intel 30,8 tỉ USD, Nokia 29,9 tỉ USD.¹⁰⁶ Còn đối với một số sản phẩm của Việt Nam, nhãn hiệu kem đánh răng p/s được chuyển nhượng với giá 7,5 triệu USD,¹⁰⁷ kem đánh răng Dạ Lan 2,5 triệu USD.¹⁰⁸

106 .Xem: Viện nghiên cứu và đào tạo về quản lí (2003), *Tạo dựng và quản trị thương hiệu - danh tiếng - lợi nhuận*, Nxb. Lao động - xã hội, Hà Nội, tr. 131.

107 .Xem: TS. Trần Việt Hùng (2003), "*Thực trạng bảo hộ nhãn hiệu hàng hoá hiện nay*", Thời báo Kinh tế Việt Nam, (83), tr. 6.

108 .Xem: Tạp chí thương mại (2002), "*Tình hình bảo hộ quyền sở hữu công nghiệp ở nước ta*", (13), tr. 15.

(l).Xem: Viện nghiên cứu và đào tạo về quản lí (2003), *Tạo dựng và quản trị thương hiệu - danh tiếng - lợi nhuận*, Nxb. Lao động - xã hội, Hà Nội, tr. 88.

(l).Xem: Viện nghiên cứu và đào tạo về quản lí (2003), *Tạo dựng và quản trị thương hiệu - danh tiếng - lợi nhuận*, Nxb. Lao động - xã hội, Hà Nội, tr. 88.

Khi sản phẩm có uy tín trên thị trường và đã giành được thị phần nhất định thì nhãn hiệu trở thành một tài sản cực kì có giá trị, hơn cả tài sản hữu hình. Những sản phẩm có nhãn hiệu tốt thì giá bán được nâng lên cao hơn rất nhiều so với những sản phẩm có nhãn hiệu bình thường. Theo Viện nghiên cứu khoa học tiếp thị Hoa Kỳ: *“Giá trị nhãn hiệu là tổng hoà các mối liên hệ và thái độ của khách hàng và các nhà phân phối đối với một nhãn hiệu. Nó cho phép công ti đạt được lợi nhuận và doanh thu lớn hơn từ sản phẩm so với trường hợp nó không có nhãn hiệu. Điều này sẽ giúp cho nhãn hiệu trở nên có thể mạnh, ổn định và lợi thế khác biệt so với các đối thủ cạnh tranh”*.

Theo Peter Farquhar, “giá trị của nhãn hiệu là phần giá trị tăng thêm cho công ti và khách hàng của sản phẩm được gắn nhãn hiệu đó”.⁽¹⁾

Có rất nhiều quan điểm và cách đánh giá khác nhau về giá trị nhãn hiệu nhưng nhìn chung, giá trị nhãn hiệu được phân tích và đánh giá từ góc độ khách hàng, về cơ bản, giá trị nhãn hiệu được xem như một giá trị gia tăng góp vào giá trị của một sản phẩm. Nói cách khác, giá trị nhãn hiệu chính là “giá trị cộng thêm” cho sản phẩm.

Nhãn hiệu góp phần rất lớn trong việc tạo ra sức mua của sản phẩm và đương nhiên sẽ tạo ra lợi nhuận. Trong nhiều trường hợp, nhãn hiệu của công ti có thể đại diện cho gần như tất cả giá trị của công ti. Bên cạnh đó, nhãn hiệu còn là nguồn lực của nền kinh tế quốc gia. Khi nhãn hiệu có mặt trên thị

Khi sản phẩm có uy tín trên thị trường và đã giành được thị phần nhất định thì nhãn hiệu trở thành một tài sản cực kì có giá trị, hơn cả tài sản hữu hình. Những sản phẩm có nhãn hiệu tốt thì giá bán được nâng lên cao hơn rất nhiều so với những sản phẩm có nhãn hiệu bình thường. Theo Viện nghiên cứu khoa học tiếp thị Hoa Kỳ: *“Giá trị nhãn hiệu là tổng hoà các mối liên hệ và thái độ của khách hàng và các nhà phân phối đối với một nhãn hiệu. Nó cho phép công ti đạt được lợi nhuận và*

doanh thu lớn hơn từ sản phẩm so với trường hợp nó không có nhãn hiệu. Điều này sẽ giúp cho nhãn hiệu trở nên có thể mạnh, ổn định và lợi thế khác biệt so với các đối thủ cạnh tranh”.

Theo Peter Farquhar, “giá trị của nhãn hiệu là phần giá trị tăng thêm cho công ti và khách hàng của sản phẩm được gắn nhãn hiệu đó”.⁽¹⁾

Có rất nhiều quan điểm và cách đánh giá khác nhau về giá trị nhãn hiệu nhưng nhìn chung, giá trị nhãn hiệu được phân tích và đánh giá từ góc độ khách hàng, về cơ bản, giá trị nhãn hiệu được xem như một giá trị gia tăng góp vào giá trị của một sản phẩm. Nói cách khác, giá trị nhãn hiệu chính là “giá trị cộng thêm” cho sản phẩm.

Nhãn hiệu góp phần rất lớn trong việc tạo ra sức mua của sản phẩm và đương nhiên sẽ tạo ra lợi nhuận. Trong nhiều trường hợp, nhãn hiệu của công ti có thể đại diện cho gần như tất cả giá trị của công ti. Bên cạnh đó, nhãn hiệu còn là nguồn lực của nền kinh tế quốc gia. Khi nhãn hiệu có mặt trên thị

trường quốc tế, quốc gia có thể thu được nhiều ngoại tệ từ hoạt động xuất khẩu đồng thời, nhãn hiệu còn xây dựng sức mạnh tiêu thụ nội địa và đóng góp cho ngân sách quốc gia.

Bên cạnh nhãn hiệu, các đối tượng sở hữu công nghiệp khác cũng có giá trị kinh tế to lớn. Trong một thời đại mà tiến bộ kỹ thuật có tác động mạnh mẽ đối với sự phát triển công nghiệp thì sáng chế trở nên rất có giá trị và cần phải bảo vệ. Năm 1997, các công ti Hoa Kỳ ước tính bị thiệt hại 300 tỉ USD vì tội phạm liên quan đến quyền sở hữu trí tuệ. Tương tự, năm 1999, việc ăn cắp bí mật thương mại làm thiệt hại 45 tỉ USD cho 1.000 công ti Hoa Kỳ.¹⁰⁹

b. Các đối tượng sở hữu công nghiệp là “hàng hoá đặc biệt”

109. Xem: Cục sở hữu trí tuệ (Việt Nam) và Cục điều tra Liên bang Hoa Kỳ (FBI) (2000), *Hội thảo về thực thi quyền sở hữu trí tuệ*, Hà Nội.

Với giá trị kinh tế to lớn, các đối tượng sở hữu công nghiệp được sử dụng làm vốn góp trong công ti, làm tài sản thế chấp vay vốn, có thể được cho thuê, chuyển nhượng quyền sở hữu, hoặc dùng để định giá cổ phiếu trên thị trường chứng khoán V.V..

Trường hợp của công ti Walt Disney là một thí dụ. Công ti này đã thành lập một liên doanh ở Nhật Bản. Để đảm bảo hoạt động của mình, công ti phát hành trái phiếu với tài sản thế chấp là các nhãn hiệu của Walt Disney, kết quả là đã nhanh chóng huy động vốn lên đến 725 triệu USD. Tương tự, công ti McDonalds cũng đã từng chuyển nhượng quyền sở hữu nhãn hiệu của mình.¹¹⁰

Theo điểm 1 Điều 1 Chương IV Hiệp định thương mại Việt trường quốc tế, quốc gia có thể thu được nhiều ngoại tệ từ hoạt động xuất khẩu đồng thời, nhãn hiệu còn xây dựng sức mạnh tiêu thụ nội địa và đóng góp cho ngân sách quốc gia.

Bên cạnh nhãn hiệu, các đối tượng sở hữu công nghiệp khác cũng có giá trị kinh tế to lớn. Trong một thời đại mà tiến bộ kỹ thuật có tác động mạnh mẽ đối với sự phát triển công nghiệp thì sáng chế trở nên rất có giá trị và cần phải bảo vệ. Năm 1997, các công ti Hoa Kỳ ước tính bị thiệt hại 300 tỉ USD vì tội phạm liên quan đến quyền sở hữu trí tuệ. Tương tự, năm 1999, việc ăn cắp bí mật thương mại làm thiệt hại 45 tỉ USD cho 1.000 công ti Hoa Kỳ.¹¹¹

b. Các đối tượng sở hữu công nghiệp là “hàng hoá đặc biệt”

Với giá trị kinh tế to lớn, các đối tượng sở hữu công nghiệp được sử dụng làm vốn góp trong công ti, làm tài sản thế chấp vay vốn, có thể được cho thuê, chuyển nhượng quyền sở hữu, hoặc dùng để định giá cổ phiếu trên thị trường chứng khoán V.V..

110. Xem: An Dung (2002), *Thời báo Kinh tế Việt Nam* (124), tr. 16.

111 . Xem: Cục sở hữu trí tuệ (Việt Nam) và Cục điều tra Liên bang Hoa Kỳ (FBI) (2000), *Hội thảo về thực thi quyền sở hữu trí tuệ*, Hà Nội.

Trường hợp của công ti Walt Disney là một thí dụ. Công ti này đã thành lập một liên doanh ở Nhật Bản. Để đảm bảo hoạt động của mình, công ti phát hành trái phiếu với tài sản thế chấp là các nhãn hiệu của Walt Disney, kết quả là đã nhanh chóng huy động vốn lên đến 725 triệu USD. Tương tự, công ti McDonalds cũng đã từng chuyển nhượng quyền sở hữu nhãn hiệu của mình.¹¹²

Theo điểm 1 Điều 1 Chương IV Hiệp định thương mại Việt

112 .Xem: An Dung (2002), *Thời báo Kinh tế Việt Nam* (124), tr. 16.

Nam - Hoa Kỳ năm 2000, đầu tư bao gồm nhiều hình thức, trong đó có: “Quyền sở hữu trí tuệ, gồm quyền tác giả và các quyền có liên quan, nhãn hiệu hàng hoá, sáng chế, thiết kế bố trí (topography) mạch tích hợp, tín hiệu vệ tinh mang chương trình đã được mã hoá, thông tin bí mật (bí mật thương mại), kiểu dáng công nghiệp và quyền đối với giống cây trồng”.

Như vậy, các đối tượng sở hữu công nghiệp là một loại vốn đầu tư, là tài sản có giá trị trong kinh doanh. Trên thực tế, một số nhãn hiệu của các doanh nghiệp Việt Nam đã được định giá tới vài triệu USD và dùng để góp vốn liên doanh, như nhãn hiệu bột giặt Viso, kem đánh răng p/s.

Các đối tượng sở hữu công nghiệp trở thành hàng hoá thông qua các hoạt động chuyển giao quyền sở hữu công nghiệp, theo đó chủ sở hữu có khả năng thu lợi bằng cách cho phép người khác khai thác các đối tượng sở hữu công nghiệp được bảo hộ.

ở các nước công nghiệp phát triển, nếu doanh nghiệp thấy sản xuất một sản phẩm ở nước ngoài có lợi hơn so với sản xuất ở trong nước để xuất khẩu thì có thể quyết định chuyển giao quyền sở hữu công nghiệp cho một doanh nghiệp khác ở nước ngoài, cho phép họ được sản xuất và bán các sản phẩm. Đây là một cách thức đặc biệt hữu hiệu để một doanh nghiệp khai thác các quyền sở hữu công nghiệp của mình trên phạm vi toàn thế giới.

Trước đây, một số học giả nước ta quan niệm khái niệm quyền sở hữu trí tuệ chỉ bao gồm quyền tác giả và quyền sở hữu công nghiệp, bên cạnh đó vấn đề chuyển giao quyền sở hữu công nghiệp không nằm trong khái niệm quyền sở hữu Nam - Hoa Kỳ năm 2000, đầu tư bao gồm nhiều hình thức, trong đó có: “Quyền sở hữu trí tuệ, gồm quyền tác giả và các quyền có liên quan, nhãn hiệu hàng hoá, sáng chế, thiết kế bố trí (topography) mạch tích hợp, tín hiệu vệ tinh mang chương trình đã được mã hoá, thông tin bí mật (bí mật thương mại), kiểu dáng công nghiệp và quyền đối với giống cây trồng”.

Như vậy, các đối tượng sở hữu công nghiệp là một loại vốn đầu tư, là tài sản có giá trị trong kinh doanh. Trên thực tế, một số nhãn hiệu của các doanh nghiệp Việt Nam đã được định giá tới vài triệu USD và dùng để góp vốn liên doanh, như nhãn hiệu bột giặt Viso, kem đánh răng p/s.

Các đối tượng sở hữu công nghiệp trở thành hàng hoá thông qua các hoạt động chuyển giao quyền sở hữu công nghiệp, theo đó chủ sở hữu có khả năng thu lợi bằng cách cho phép người khác khai thác các đối tượng sở hữu công nghiệp được bảo hộ.

ở các nước công nghiệp phát triển, nếu doanh nghiệp thấy sản xuất một sản phẩm ở nước ngoài có lợi hơn so với sản xuất ở trong nước để xuất khẩu thì có thể quyết định chuyển giao quyền sở hữu công nghiệp cho một doanh nghiệp khác ở nước ngoài, cho phép họ được sản xuất và bán các sản phẩm. Đây là một cách thức đặc biệt hữu hiệu để một doanh nghiệp khai thác các quyền sở hữu công nghiệp của mình trên phạm vi toàn thế giới.

Trước đây, một số học giả nước ta quan niệm khái niệm quyền sở hữu trí tuệ chỉ bao gồm quyền tác giả và quyền sở hữu công nghiệp, bên cạnh đó vấn đề chuyển giao quyền sở hữu công nghiệp không nằm trong khái niệm quyền sở hữu

trí tuệ nói chung và quyền sở hữu công nghiệp nói riêng^o Quan niệm này nhấn mạnh khía cạnh dân sự, khía cạnh quyền nhân thân của sở hữu trí tuệ mà chưa chú ý đến khía cạnh thương mại, đến sự vận động của các đối tượng sở hữu công nghiệp trên thị trường với tư cách là “hàng hoá đặc biệt”.

Đến những năm cuối của thế kỉ XX, thế giới được chứng kiến sự bùng nổ chưa từng có của công nghệ, của cách mạng thông tin và tự do hoá thương mại. Sự thay đổi lớn lao này tác động mạnh mẽ tới quyền sở hữu công nghiệp. Việc bảo hộ quyền sở hữu công nghiệp không chỉ có nghĩa là bảo hộ các quyền nhân thân, các quyền dân sự ở trạng thái

“tĩnh” mà quan trọng hơn là phải bảo hộ được các quyền tài sản, các lợi ích thương mại ở trạng thái “động” - khi các đối tượng sở hữu công nghiệp được giao dịch trên thị trường.

Chiến lược phát triển kinh tế-xã hội 2001 - 2010 của Nhà nước Việt Nam đặt ra nhiệm vụ hoàn thiện hệ thống pháp luật, bảo đảm hình thành từng bước vững chắc thị trường vốn, thị trường bất động sản, thị trường sức lao động, thị trường khoa học và công nghệ và các loại thị trường khác của nền kinh tế thị trường theo định hướng xã hội chủ nghĩa.

Về sở hữu trí tuệ, Chiến lược nhấn mạnh việc thực hiện chính sách bảo hộ thích đáng, coi lao động trí tuệ và sáng tạo là một loại “hàng hoá đặc biệt” trong nền kinh tế thị trường, phải được trả giá tương xứng và phải được bảo hộ thích đáng.

(1).Xem: Viên khoa học pháp lí - Bộ tư pháp (1997), *Bình luận khoa học một số vấn đề cơ bản của Bộ luật dân sự*, Nxb. Chính trị Quốc gia, Hà Nội, tr. 315. trí tuệ nói chung và quyền sở hữu công nghiệp nói riêng^o Quan niệm này nhấn mạnh khía cạnh dân sự, khía cạnh quyền nhân thân của sở hữu trí tuệ mà chưa chú ý đến khía cạnh thương mại, đến sự vận động của các đối tượng sở hữu công nghiệp trên thị trường với tư cách là “hàng hoá đặc biệt”.

Đến những năm cuối của thế kỉ XX, thế giới được chứng kiến sự bùng nổ chưa từng có của công nghệ, của cách mạng thông tin và tự do hoá thương mại. Sự thay đổi lớn lao này tác động mạnh mẽ tới quyền sở hữu công nghiệp. Việc bảo hộ quyền sở hữu công nghiệp không chỉ có nghĩa là bảo hộ các quyền nhân thân, các quyền dân sự ở trạng thái “tĩnh” mà quan trọng hơn là phải bảo hộ được các quyền tài sản, các lợi ích thương mại ở trạng thái “động” - khi các đối tượng sở hữu công nghiệp được giao dịch trên thị trường.

Chiến lược phát triển kinh tế-xã hội 2001 - 2010 của Nhà nước Việt Nam đặt ra nhiệm vụ hoàn thiện hệ thống pháp luật, bảo đảm hình thành từng bước vững chắc thị trường vốn, thị trường bất động sản, thị trường

sức lao động, thị trường khoa học và công nghệ và các loại thị trường khác của nền kinh tế thị trường theo định hướng xã hội chủ nghĩa.

Về sở hữu trí tuệ, Chiến lược nhấn mạnh việc thực hiện chính sách bảo hộ thích đáng, coi lao động trí tuệ và sáng tạo là một loại “hàng hoá đặc biệt” trong nền kinh tế thị trường, phải được trả giá tương xứng và phải được bảo hộ thích đáng.

(1).Xem: Viên khoa học pháp lí - Bộ tư pháp (1997), *Bình luận khoa học một số vấn đề cơ bản của Bộ luật dân sự*, Nxb. Chính trị Quốc gia, Hà Nội, tr. 315.

5. Quyền sở hữu công nghiệp, với tính độc quyền, có thể bị lạm dụng để cản trở thương mại, đặc biệt là thương mại quốc tế

Quyền sở hữu công nghiệp là độc quyền của chủ sở hữu, do đó nó ảnh hưởng trực tiếp đến nguyên tắc tự do hoá thương mại và nguyên tắc tự do cạnh tranh.

Về cơ bản, vấn đề quyền sở hữu công nghiệp được hài hoà trên cơ sở các điều ước quốc tế. Tuy nhiên, việc thực thi quyền sở hữu công nghiệp vẫn thuộc thẩm quyền của các quốc gia theo nguyên tắc lãnh thổ, nghĩa là quyền sở hữu công nghiệp chỉ có giá trị trên lãnh thổ mà nó được bảo hộ. Hệ quả của nó là các thị trường, với các hoạt động thương mại liên quan đến quyền sở hữu công nghiệp, bị cô lập và chia cắt. Điều này ảnh hưởng tới quá trình tự do hoá thương mại trên phạm vi toàn cầu.

Ở phạm vi châu Âu, tác động phân chia thị trường do quyền sở hữu công nghiệp mang lại, trong một chừng mực nào đó, có thể đi ngược lại ý tưởng về xây dựng một thị trường thống nhất của EU. Hiệp ước thành lập Cộng đồng châu Âu (EC) đã thiết lập một hệ thống thương mại theo hướng loại bỏ các rào cản thuế quan và phi thuế quan đối với các giao dịch xuyên biên giới. Thông qua án lệ, Toà án châu Âu đã khẳng định: trong trường hợp có sự xung đột giữa pháp luật quốc gia về sở hữu công

nghiệp và pháp luật cộng đồng về tự do hoá thương mại và tự do cạnh tranh thì pháp luật cộng đồng được ưu tiên áp dụng.

Quyền sở hữu công nghiệp tạo ra vị trí độc quyền cho chủ thể quyền sở hữu công nghiệp. Không phải hoàn toàn vô

5. Quyền sở hữu công nghiệp, với tính độc quyền, có thể bị lạm dụng để cản trở thương mại, đặc biệt là thương mại quốc tế

Quyền sở hữu công nghiệp là độc quyền của chủ sở hữu, do đó nó ảnh hưởng trực tiếp đến nguyên tắc tự do hoá thương mại và nguyên tắc tự do cạnh tranh.

Về cơ bản, vấn đề quyền sở hữu công nghiệp được hài hoà trên cơ sở các điều ước quốc tế. Tuy nhiên, việc thực thi quyền sở hữu công nghiệp vẫn thuộc thẩm quyền của các quốc gia theo nguyên tắc lãnh thổ, nghĩa là quyền sở hữu công nghiệp chỉ có giá trị trên lãnh thổ mà nó được bảo hộ. Hệ quả của nó là các thị trường, với các hoạt động thương mại liên quan đến quyền sở hữu công nghiệp, bị cô lập và chia cắt. Điều này ảnh hưởng tới quá trình tự do hoá thương mại trên phạm vi toàn cầu.

Ở phạm vi châu Âu, tác động phân chia thị trường do quyền sở hữu công nghiệp mang lại, trong một chừng mực nào đó, có thể đi ngược lại ý tưởng về xây dựng một thị trường thống nhất của EU. Hiệp ước thành lập Cộng đồng châu Âu (EC) đã thiết lập một hệ thống thương mại theo hướng loại bỏ các rào cản thuế quan và phi thuế quan đối với các giao dịch xuyên biên giới. Thông qua án lệ, Toà án châu Âu đã khẳng định: trong trường hợp có sự xung đột giữa pháp luật quốc gia về sở hữu công nghiệp và pháp luật cộng đồng về tự do hoá thương mại và tự do cạnh tranh thì pháp luật cộng đồng được ưu tiên áp dụng.

Quyền sở hữu công nghiệp tạo ra vị trí độc quyền cho chủ thể quyền sở hữu công nghiệp. Không phải hoàn toàn vô

lí khi cho rằng chủ thể quyền sở hữu công nghiệp có thể đối xử theo cách coi thường các đối thủ cạnh tranh và khách hàng của mình khi nắm trong tay một sản phẩm được bảo hộ và sản phẩm này là sản phẩm độc nhất. Trên thực tế, vị trí độc quyền do quyền sở hữu công nghiệp tạo ra chính là vị trí ưu thế và trong những trường hợp nhất định, chủ thể quyền sở hữu công nghiệp có thể lạm dụng vị trí ưu thế để cản trở thương mại, đặc biệt là thương mại quốc tế.

Trong thực tiễn, các chủ thể quyền sở hữu công nghiệp và các quốc gia có nhiều cách lạm dụng việc bảo hộ quyền sở hữu công nghiệp để cản trở thương mại. Một trong số đó là vấn đề quyền chống nhập khẩu song song.⁽¹⁾

Đề cập vấn đề nhập khẩu song song là đề cập các hoạt động thương mại gắn liền với những hàng hoá chứa đựng đối tượng sở hữu công nghiệp được bảo hộ, Ví dụ như nhãn hiệu hàng hoá, sáng chế, kiểu dáng công nghiệp V.V.. Nhập khẩu song song được hiểu là việc một nhà nhập khẩu không có mối quan hệ nào với chủ sở hữu đối tượng sở hữu công nghiệp, tiến hành hành vi nhập khẩu một hàng hoá nhất định chứa đựng đối tượng sở hữu công nghiệp vào một thị trường mà ở thị trường này, hàng hoá chứa đựng đối tượng sở hữu công nghiệp nói trên đã được cung cấp bởi một nhà phân phối được cấp li-xăng, hoặc được chỉ định bởi chính chủ sở

(1).Xem: Phạm Đình Chương, *Các quy định về sở hữu công nghiệp trong Hiệp định thương mại Việt - Mĩ*, Tài liệu Hội thảo Hiệp định thương mại Việt - Mĩ. Trường đào tạo các chức danh tư pháp tổ chức, 7/2002; Phạm Đình Chương, *Vấn đề sở hữu trí tuệ trong Hiệp định thương mại Việt - Mĩ*, Tạp chí thương mại số 2/2002, tr. 3; Bài giảng của MARK DA VISION, Khoa luật, Đại học Monash, Melbourne, Australia, tr. 22 - Dự án AusAID.

lí khi cho rằng chủ thể quyền sở hữu công nghiệp có thể đối xử theo cách coi thường các đối thủ cạnh tranh và khách hàng của mình khi nắm

trong tay một sản phẩm được bảo hộ và sản phẩm này là sản phẩm độc nhất. Trên thực tế, vị trí độc quyền do quyền sở hữu công nghiệp tạo ra chính là vị trí ưu thế và trong những trường hợp nhất định, chủ thể quyền sở hữu công nghiệp có thể lạm dụng vị trí ưu thế để cản trở thương mại, đặc biệt là thương mại quốc tế.

Trong thực tiễn, các chủ thể quyền sở hữu công nghiệp và các quốc gia có nhiều cách lạm dụng việc bảo hộ quyền sở hữu công nghiệp để cản trở thương mại. Một trong số đó là vấn đề quyền chống nhập khẩu song song.⁽¹⁾

Đề cập vấn đề nhập khẩu song song là đề cập các hoạt động thương mại gắn liền với những hàng hoá chứa đựng đối tượng sở hữu công nghiệp được bảo hộ, ví dụ như nhãn hiệu hàng hoá, sáng chế, kiểu dáng công nghiệp V.V.. Nhập khẩu song song được hiểu là việc một nhà nhập khẩu không có mối quan hệ nào với chủ sở hữu đối tượng sở hữu công nghiệp, tiến hành hành vi nhập khẩu một hàng hoá nhất định chứa đựng đối tượng sở hữu công nghiệp vào một thị trường mà ở thị trường này, hàng hoá chứa đựng đối tượng sở hữu công nghiệp nói trên đã được cung cấp bởi một nhà phân phối được cấp li-xăng, hoặc được chỉ định bởi chính chủ sở

(1).Xem: Phạm Đình Chương, *Các quy định về sở hữu công nghiệp trong Hiệp định thương mại Việt - Mĩ*, Tài liệu Hội thảo Hiệp định thương mại Việt - Mĩ. Trường đào tạo các chức danh tư pháp tổ chức, 7/2002; Phạm Đình Chương, *Vấn đề sở hữu trí tuệ trong Hiệp định thương mại Việt - Mĩ*, Tạp chí thương mại số 2/2002, tr. 3; Bài giảng của MARK DA VISION, Khoa luật, Đại học Monash, Melbourne, Australia, tr. 22 - Dự án AusAID.

hữu đối tượng sở hữu công nghiệp. Như vậy, một loại hàng hoá chứa đựng cùng một đối tượng sở hữu công nghiệp sẽ được ít nhất hai nhà cung cấp khác nhau cung cấp trên cùng một thị trường và chỉ có một trong hai nhà cung cấp có được sự đồng ý của chủ sở hữu đối tượng sở hữu công nghiệp

về việc thực hiện các hành vi thương mại đối với đối tượng sở hữu công nghiệp đó.

Có thể đưa ra một thí dụ cụ thể về nhập khẩu song song như sau: Nhãn hiệu Coca-Cola là một đối tượng sở hữu công nghiệp được bảo hộ thuộc một chủ sở hữu ở Hoa Kỳ. Chủ sở hữu nhãn hiệu đã cấp li-xăng cho một nhà phân phối Việt Nam (Coca-Cola Việt Nam) để nhà phân phối thực hiện việc cung cấp nước giải khát mang nhãn hiệu Coca-Cola tại Việt Nam. Mọi chuyện không có gì đáng bàn cho đến khi xuất hiện bên thứ ba với vai trò là một nhà nhập khẩu đã tiến hành

4

nhập khẩu nước giải khát mang nhãn hiệu Coca-Cola từ Thái Lan vào thị trường Việt Nam. Rõ ràng, tại thị trường Việt Nam, nơi nước giải khát Coca-Cola được nhập vào từ Thái Lan đã có sự xuất hiện của các hàng hoá cùng nhãn hiệu, hơn nữa, các hàng hoá cùng nhãn hiệu này lại được cung cấp một cách rất hợp pháp thông qua hợp đồng li-xăng. Sở dĩ có việc nhập khẩu song song là vì thông thường, hàng hoá được nhập vào thị trường qua con đường này sẽ có giá rẻ hơn rất nhiều so với hàng được cung cấp một cách chính thức. Trong thí dụ trên, nước giải khát Thái Lan sẽ có những lợi thế cạnh tranh về mặt giá cả với nước giải khát do Coca-Cola Việt Nam cung cấp. Mặt khác, do có cùng nhãn hiệu nên hàng hoá nhập từ Thái Lan được hưởng luôn cả những hiệu quả của việc quảng cáo cho hàng hoá của Coca-Cola Việt Nam.

hữu đối tượng sở hữu công nghiệp. Như vậy, một loại hàng hoá chứa đựng cùng một đối tượng sở hữu công nghiệp sẽ được ít nhất hai nhà cung cấp khác nhau cung cấp trên cùng một thị trường và chỉ có một trong hai nhà cung cấp có được sự đồng ý của chủ sở hữu đối tượng sở hữu công nghiệp về việc thực hiện các hành vi thương mại đối với đối tượng sở hữu công nghiệp đó.

Có thể đưa ra một thí dụ cụ thể về nhập khẩu song song như sau: Nhãn hiệu Coca-Cola là một đối tượng sở hữu công nghiệp được bảo hộ thuộc

một chủ sở hữu ở Hoa Kỳ. Chủ sở hữu nhãn hiệu đã cấp li-xăng cho một nhà phân phối Việt Nam (Coca-Cola Việt Nam) để nhà phân phối thực hiện việc cung cấp nước giải khát mang nhãn hiệu Coca-Cola tại Việt Nam. Mọi chuyện không có gì đáng bàn cho đến khi xuất hiện bên thứ ba với vai trò là một nhà nhập khẩu đã tiến hành

4
nhập khẩu nước giải khát mang nhãn hiệu Coca-Cola từ Thái Lan vào thị trường Việt Nam. Rõ ràng, tại thị trường Việt Nam, nơi nước giải khát Coca-Cola được nhập vào từ Thái Lan đã có sự xuất hiện của các hàng hoá cùng nhãn hiệu, hơn nữa, các hàng hoá cùng nhãn hiệu này lại được cung cấp một cách rất hợp pháp thông qua hợp đồng li-xăng. Sở dĩ có việc nhập khẩu song song là vì thông thường, hàng hoá được nhập vào thị trường qua con đường này sẽ có giá rẻ hơn rất nhiều so với hàng được cung cấp một cách chính thức. Trong thí dụ trên, nước giải khát Thái Lan sẽ có những lợi thế cạnh tranh về mặt giá cả với nước giải khát do Coca-Cola Việt Nam cung cấp. Mặt khác, do có cùng nhãn hiệu nên hàng hoá nhập từ Thái Lan được hưởng luôn cả những hiệu quả của việc quảng cáo cho hàng hoá của Coca-Cola Việt Nam.

Như vậy, sự xuất hiện những xung đột về lợi ích của các bên liên quan đã làm cho vấn đề nhập khẩu song song được đặt ra. Do có hành vi nhập khẩu song song mà một số bên, mặc dù có quyền đối với đối tượng sở hữu công nghiệp nhưng không khai thác hết được quyền của mình đối với đối tượng sở hữu công nghiệp. Tuy vậy, điều này không đồng thời có ý nghĩa rằng, trong mọi trường hợp, nhập khẩu song song đều là bất hợp pháp. Nhập khẩu song song mang lại lợi ích rất thiết thực cho thị trường, đó là đẩy mạnh sự cạnh tranh cao độ trong hoạt động thương mại. Chấp nhận nhập khẩu song song có nghĩa là khuyến khích tự do cạnh tranh, chính vì vậy mà việc cho phép hay không cho phép nhập khẩu song song sẽ dẫn đến khả năng bắt buộc phải lựa chọn giữa việc bảo vệ nguyên tắc tự do cạnh tranh hay bảo hộ quyền sở hữu công nghiệp.

Pháp luật một số nước quy định cấm nhập khẩu song song trong

những trường hợp nhất định, để bảo vệ thế độc quyền của chủ sở hữu đối tượng sở hữu công nghiệp. Tuy nhiên, theo quan điểm của một số nước khác, đặc biệt là các nước đang phát triển thì việc cấm nhập khẩu song song chính là sự lạm dụng quyền sở hữu công nghiệp để cản trở thương mại.

Bên cạnh việc sử dụng quyền chống nhập khẩu song song, các nước còn có nhiều cách khác để lạm dụng quyền sở hữu công nghiệp. Một số nước phát triển đã đẩy mạnh việc đăng kí bảo hộ sáng chế và nhãn hiệu hàng hoá ở trong nước cũng như ở nước ngoài chỉ nhằm mục đích “phòng ngừa”. Việc làm đó có thể dẫn đến hậu quả làm hạn chế khả năng sáng tạo của các đối thủ cạnh tranh, do đó vi phạm nguyên tắc tự do cạnh tranh.

Như vậy, sự xuất hiện những xung đột về lợi ích của các bên liên quan đã làm cho vấn đề nhập khẩu song song được đặt ra. Do có hành vi nhập khẩu song song mà một số bên, mặc dù có quyền đối với đối tượng sở hữu công nghiệp nhưng không khai thác hết được quyền của mình đối với đối tượng sở hữu công nghiệp. Tuy vậy, điều này không đồng thời có ý nghĩa rằng, trong mọi trường hợp, nhập khẩu song song đều là bất hợp pháp. Nhập khẩu song song mang lại lợi ích rất thiết thực cho thị trường, đó là đẩy mạnh sự cạnh tranh cao độ trong hoạt động thương mại. Chấp nhận nhập khẩu song song có nghĩa là khuyến khích tự do cạnh tranh, chính vì vậy mà việc cho phép hay không cho phép nhập khẩu song song sẽ dẫn đến khả năng bắt buộc phải lựa chọn giữa việc bảo vệ nguyên tắc tự do cạnh tranh hay bảo hộ quyền sở hữu công nghiệp.

Pháp luật một số nước quy định cấm nhập khẩu song song trong những trường hợp nhất định, để bảo vệ thế độc quyền của chủ sở hữu đối tượng sở hữu công nghiệp. Tuy nhiên, theo quan điểm của một số nước khác, đặc biệt là các nước đang phát triển thì việc cấm nhập khẩu song song chính là sự lạm dụng quyền sở hữu công nghiệp để cản trở thương mại.

Bên cạnh việc sử dụng quyền chống nhập khẩu *song song*, các nước còn có nhiều cách khác để lạm dụng quyền sở hữu công nghiệp. Một số nước phát triển đã đẩy mạnh việc đăng kí bảo hộ sáng chế và nhãn hiệu hàng hoá ở trong nước cũng như ở nước ngoài chỉ nhằm mục đích “phòng ngừa”. Việc làm đó có thể dẫn đến hậu quả làm hạn chế khả năng sáng tạo của các đối thủ cạnh tranh, do đó vi phạm nguyên tắc tự do cạnh tranh.

Các nước đang phát triển cho rằng quyền sở hữu trí tuệ nói chung và quyền sở hữu công nghiệp nói riêng có thể tạo ra các thể độc quyền không phù hợp với lợi ích kinh tế của chính các nước đang phát triển. Trên thực tế, những quy định quá chặt chẽ về bảo hộ quyền sở hữu công nghiệp làm các nước này phải trả quá nhiều chi phí cho việc chuyển giao công nghệ.⁽¹⁾

Như vậy, trong xu thế toàn cầu hoá kinh tế, các rào cản về thuế quan và phi thuế quan sẽ giảm bớt nhưng thay vào đó sẽ là các rào cản khác ngày càng tinh vi, trong đó có rào cản về quyền sở hữu trí tuệ.

II. NHỮNG VẤN ĐỀ CƠ BẢN CỦA PHÁP LUẬT VỀ SỞ HỮU CÔNG NGHIỆP TRONG HOẠT ĐỘNG THƯƠNG MẠI

1. Sử dụng quyền sở hữu công nghiệp

Sử dụng đối tượng sở hữu công nghiệp theo quy định tại Điều 124 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005

Điều 124 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005 quy định việc sử dụng đối tượng sở hữu công nghiệp, bao gồm sử dụng sáng chế, sử dụng kiểu dáng công nghiệp, sử dụng thiết kế bố trí, sử dụng bí mật kinh doanh, sử dụng nhãn hiệu, sử dụng tên thương mại và sử dụng chỉ dẫn địa lí. Cụ thể:

“1. Sử dụng sáng chế là là việc thực hiện các hành vi sau đây:

(1).Xem: Tài liệu Hội thảo “Sở hữu trí tuệ ở châu Á: Thực trạng và định hướng phát triển”, ngày 13 - 15/05/2002. Hà Nội; ALBERT CHAVANNE/JEAN- JACQUES BURST - *Droit de la propriété industrielle* - 4e Edition - 1993 - DALLOZ (những trang đầu tiên).

Các nước đang phát triển cho rằng quyền sở hữu trí tuệ nói chung và quyền sở hữu công nghiệp nói riêng có thể tạo ra các thể độc quyền không phù hợp với lợi ích kinh tế của chính các nước đang phát triển. Trên thực tế, những quy định quá chặt chẽ về bảo hộ quyền sở hữu công nghiệp làm các nước này phải trả quá nhiều chi phí cho việc chuyển giao công nghệ.⁽¹⁾

Như vậy, trong xu thế toàn cầu hoá kinh tế, các rào cản về thuế quan và phi thuế quan sẽ giảm bớt nhưng thay vào đó sẽ là các rào cản khác ngày càng tinh vi, trong đó có rào cản về quyền sở hữu trí tuệ.

II. NHỮNG VẤN ĐỀ CƠ BẢN CỦA PHÁP LUẬT VỀ SỞ HỮU CÔNG NGHIỆP TRONG HOẠT ĐỘNG THƯƠNG MẠI

1. Sử dụng quyền sở hữu công nghiệp

Sử dụng đối tượng sở hữu công nghiệp theo quy định tại Điều 124 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005

Điều 124 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005 quy định việc sử dụng đối tượng sở hữu công nghiệp, bao gồm sử dụng sáng chế, sử dụng kiểu dáng công nghiệp, sử dụng thiết kế bố trí, sử dụng bí mật kinh doanh, sử dụng nhãn hiệu, sử dụng tên thương mại và sử dụng chỉ dẫn địa lí. Cụ thể:

“1. Sử dụng sáng chế là là việc thực hiện các hành vi sau đây:

(1).Xem: Tài liệu Hội thảo “Sở hữu trí tuệ ở châu Á: Thực trạng và định hướng phát triển”, ngày 13 - 15/05/2002. Hà Nội; ALBERT CHAVANNE/JEAN- JACQUES BURST - *Droit de la propriété industrielle* - 4e Edition - 1993 - DALLOZ (những trang đầu tiên).

- a) Sản xuất sản phẩm được bảo hộ;
- b) Áp dụng quy trình được bảo hộ;
- c) Khai thác công dụng của sản phẩm được bảo hộ hoặc sản phẩm được sản xuất theo quy trình được bảo hộ;
- d) Lưu thông, quảng cáo, chào hàng, tàng trữ để lưu thông sản phẩm

quy định tại điểm c khoản này;

đ) Nhập khẩu sản phẩm quy định tại điểm c khoản này.

2. Sử dụng kiểu dáng công nghiệp là việc thực hiện các hành vi sau đây:

a) Sản xuất sản phẩm có hình dáng bên ngoài là kiểu dáng công nghiệp được bảo hộ;

b) Lưu thông, quảng cáo, chào hàng, tàng trữ để lưu thông sản phẩm quy định tại điểm a khoản này;

c) Nhập khẩu sản phẩm quy định tại điểm a khoản này.

3. Sử dụng thiết kế bố trí là việc thực hiện các hành vi sau đây:

a) Sao chép thiết kế bố trí; sản xuất mạch tích hợp bán dẫn theo thiết kế bố trí được bảo hộ;

b) Bán, cho thuê, quảng cáo, chào hàng hoặc tàng trữ các bản sao thiết kế bố trí, mạch tích hợp bán dẫn sản xuất theo thiết kế bố trí hoặc hàng hoá chứa mạch tích hợp bán dẫn sản xuất theo thiết kế bố trí được bảo hộ;

c) Nhập khẩu bản sao thiết kế bố trí, mạch tích hợp bán dẫn sản xuất theo thiết kế bố trí hoặc hàng hoá chứa mạch tích hợp bán dẫn sản xuất theo thiết kế bố trí được bảo hộ.

4. Sử dụng bí mật kinh doanh là việc thực hiện các hành

a) Sản xuất sản phẩm được bảo hộ;

b) Áp dụng quy trình được bảo hộ;

c) Khai thác công dụng của sản phẩm được bảo hộ hoặc sản phẩm được sản xuất theo quy trình được bảo hộ;

d) Lưu thông, quảng cáo, chào hàng, tàng trữ để lưu thông sản phẩm quy định tại điểm c khoản này;

đ) Nhập khẩu sản phẩm quy định tại điểm c khoản này.

2. Sử dụng kiểu dáng công nghiệp là việc thực hiện các hành vi sau đây:

a) Sản xuất sản phẩm có hình dáng bên ngoài là kiểu dáng công nghiệp được bảo hộ;

b) Lưu thông, quảng cáo, chào hàng, tàng trữ để lưu thông sản phẩm quy định tại điểm a khoản này;

c) Nhập khẩu sản phẩm quy định tại điểm a khoản này.

3. Sử dụng thiết kế bố trí là việc thực hiện các hành vi sau đây:

a) Sao chép thiết kế bố trí; sản xuất mạch tích hợp bán dẫn theo thiết kế bố trí được bảo hộ;

b) Bán, cho thuê, quảng cáo, chào hàng hoặc tàng trữ các bản sao thiết kế bố trí, mạch tích hợp bán dẫn sản xuất theo thiết kế bố trí hoặc hàng hoá chứa mạch tích hợp bán dẫn sản xuất theo thiết kế bố trí được bảo hộ;

c) Nhập khẩu bản sao thiết kế bố trí, mạch tích hợp bán dẫn sản xuất theo thiết kế bố trí hoặc hàng hoá chứa mạch tích hợp bán dẫn sản xuất theo thiết kế bố trí được bảo hộ.

4. Sử dụng bí mật kinh doanh là việc thực hiện các hành vi sau đây:

a) Áp dụng bí mật kinh doanh để sản xuất sản phẩm, cung ứng dịch vụ. thương mại hàng hoá;

b) Bán, quảng cáo để bán, tàng trữ để bán. nhập khẩu sản phẩm được sản xuất do áp dụng bí mật kinh doanh.

5. Sử dụng nhãn hiệu là việc thực hiện các hành vi sau đây:

a) Gắn nhãn hiệu được bảo hộ lên hàng hoá, bao bì hàng hoá, phương tiện kinh doanh, phương tiện dịch vụ, giấy tờ giao dịch trong hoạt động kinh doanh;

b) Lưu thông, chào bán, quảng cáo để bán, tàng trữ để bán hàng hoá mang nhãn hiệu được bảo hộ;

c) Nhập khẩu hàng hoá, dịch vụ mang nhãn hiệu được bảo hộ.

6. Sử dụng tên thương mại là việc thực hiện các hành vi nhằm mục đích thương mại bằng cách dùng tên thương mại để xưng danh trong các hoạt động kinh doanh, thể hiện tên thương mại trong các giấy tờ giao dịch, biển hiệu, sản phẩm, hàng hoá, bao bì hàng hoá và phương tiện cung cấp dịch vụ, quảng cáo.

7. Sử dụng chỉ dẫn địa lý là việc thực hiện các hành vi sau đây:

a) Gắn chỉ dẫn địa lý được bảo hộ lên hàng hoá, bao bì hàng hoá, phương tiện kinh doanh, giấy tờ giao dịch trong hoạt động kinh doanh;

b) Lưu thông, chào bán, quảng cáo nhằm để bán, tàng trữ để bán hàng hoá có mang chỉ dẫn địa lý được bảo hộ;

c) Nhập khẩu hàng hoá có mang chỉ dẫn địa lý được bảo hộ.”

vi sau đây:

a) Áp dụng bí mật kinh doanh để sản xuất sản phẩm, cung ứng dịch vụ, thương mại hàng hoá;

b) Bán, quảng cáo để bán, tàng trữ để bán, nhập khẩu sản phẩm được sản xuất do áp dụng bí mật kinh doanh.

5. Sử dụng nhãn hiệu là việc thực hiện các hành vi sau đây:

a) Gắn nhãn hiệu được bảo hộ lên hàng hoá, bao bì hàng hoá, phương tiện kinh doanh, phương tiện dịch vụ, giấy tờ giao dịch trong hoạt động kinh doanh;

b) Lưu thông, chào bán, quảng cáo để bán, tàng trữ để bán hàng hoá mang nhãn hiệu được bảo hộ;

c) Nhập khẩu hàng hoá, dịch vụ mang nhãn hiệu được bảo hộ.

6. Sử dụng tên thương mại là việc thực hiện các hành vi nhằm mục

Ngoài các hành vi nói trên, việc sử dụng các đối tượng sở

đích thương mại bằng cách dùng tên thương mại để xưng danh trong các hoạt động kinh doanh, thể hiện tên thương mại trong các giấy tờ giao dịch, biển hiệu, sản phẩm, hàng hoá, bao bì hàng hoá và phương tiện cung cấp dịch vụ, quảng cáo.

7. Sử dụng chỉ dẫn địa lí là việc thực hiện các hành vi sau đây:

a) Gắn chỉ dẫn địa lí được bảo hộ lên hàng hoá, bao bì hàng hoá, phương tiện kinh doanh, giấy tờ giao dịch trong hoạt động kinh doanh;

b) Lưu thông, chào bán, quảng cáo nhằm để bán, tàng trữ để bán hàng hoá có mang chỉ dẫn địa lí được bảo hộ;

c) Nhập khẩu hàng hoá có mang chỉ dẫn địa lí được bảo hộ.”

hữu công nghiệp còn được thể hiện ở hành vi góp vốn vào doanh nghiệp bằng giá trị quyền sở hữu công nghiệp và cầm cố, thế chấp quyền sở hữu công nghiệp.

Về hành vi góp vốn vào doanh nghiệp bằng giá trị quyền sở hữu công nghiệp, một số văn bản pháp luật nước ta đã quy định rõ: Các bên tham gia doanh nghiệp có thể góp vốn bằng giá trị quyền sở hữu công nghiệp (khoản 4 Điều 4 Luật doanh nghiệp năm 2005 và khoản 1 Điều 3 Luật đầu tư năm 2005).

Về hành vi cầm cố, thế chấp quyền sở hữu công nghiệp: Điều 318 Bộ luật dân sự năm 2005 quy định các biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ dân sự, trong đó có cầm cố tài sản, thế chấp tài sản. Theo Điều 163 Bộ luật dân sự năm 2005 thì “*tài sản bao gồm vật, tiền, giấy tờ có giá và các quyền tài sản*”. Theo Điều 181 Bộ luật dân sự năm 2005 thì “*quyền tài sản là quyền trị giá được bằng tiền và có thể chuyển giao trong giao dịch dân sự, kể cả quyền sở hữu trí tuệ*”. Điều 322 Bộ luật dân sự năm 2005 cũng quy định quyền sở hữu công nghiệp là quyền tài sản dùng để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ dân sự. Như vậy, quyền sở hữu công nghiệp với tư cách là quyền tài sản, có thể được dùng để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ dân sự, bằng biện pháp cầm cố, thế chấp.

Ngoài các hành vi nói trên, việc sử dụng các đối tượng sở

Với những quy định của pháp luật về sử dụng quyền sở hữu công nghiệp, nhiều chủ sở hữu quyền sở hữu công nghiệp đã tích cực sử dụng, khai thác đối tượng sở hữu công nghiệp được bảo hộ trong hoạt động sản xuất kinh doanh, đặc biệt là nhãn hiệu hàng hoá và kiểu dáng công nghiệp. Nhiều sản phẩm mang nhãn hiệu hàng hoá được bảo hộ trở hữu công nghiệp còn được (hể hiện ở hành vi góp vốn vào doanh nghiệp bằng giá trị quyền sở hữu công nghiệp và cầm cố, thế chấp quyền sở hữu công nghiệp.

Về hành vi góp vốn vào doanh nghiệp bằng giá trị quyền sở hữu công nghiệp, một số văn bản pháp luật nước ta đã quy định rõ: Các bên tham gia doanh nghiệp có thể góp vốn bằng giá trị quyền sở hữu công nghiệp (khoản 4 Điều 4 Luật doanh nghiệp năm 2005 và khoản 1 Điều 3 Luật đầu tư năm 2005).

Về hành vi cầm cố, thế chấp quyền sở hữu công nghiệp: Điều 318 Bộ luật dân sự năm 2005 quy định các biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ dân sự, trong đó có cầm cố tài sản, thế chấp tài sản. Theo Điều 163 Bộ luật dân sự năm 2005 thì *“tài sản bao gồm vật, tiền, giấy tờ có giá và các quyền tài sản”*. Theo Điều 181 Bộ luật dân sự năm 2005 thì *“quyền tài sản là quyền trị giá được bằng tiền và có thể chuyển giao trong giao dịch dân sự, kể cả quyền sở hữu trí tuệ”*. Điều 322 Bộ luật dân sự năm 2005 cũng quy định quyền sở hữu công nghiệp là quyền tài sản dùng để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ dân sự. Như vậy, quyền sở hữu công nghiệp với tư cách là quyền tài sản, có thể được dùng để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ dân sự, bằng biện pháp cầm cố, thế chấp.

Với những quy định của pháp luật về sử dụng quyền sở hữu công nghiệp, nhiều chủ sở hữu quyền sở hữu công nghiệp đã tích cực sử dụng, khai thác đối tượng sở hữu công nghiệp được bảo hộ trong hoạt động sản xuất kinh doanh, đặc biệt là nhãn hiệu hàng hoá và kiểu dáng công nghiệp. Nhiều sản phẩm mang nhãn hiệu hàng hoá được bảo hộ trở

thành những sản phẩm nổi tiếng ở trong và ngoài nước.

2. Chuyển giao quyền sở hữu công nghiệp

a. Khái niệm chuyển giao quyền sở hữu công nghiệp

Việc chuyển giao quyền sở hữu công nghiệp được quy định tại Điều 753 Bộ luật dân sự năm 2005 và Chương X Luật sở hữu trí tuệ năm 2005.

Theo các quy định của Bộ luật dân sự năm 2005 (Điều 753 và Chương XXXVI về chuyển giao công nghệ) thì chuyển giao quyền sở hữu công nghiệp và chuyển giao công nghệ không phải là một khái niệm.

Khoản 1 Điều 755 Bộ luật dân sự năm 2005 không định nghĩa trực tiếp công nghệ và chuyển giao công nghệ mà liệt kê các đối tượng chuyển giao công nghệ bao gồm: Bí quyết kỹ thuật, kiến thức kỹ thuật về công nghệ dưới dạng phương án công nghệ, các giải pháp kỹ thuật, công thức, thông số kỹ thuật, bản vẽ, sơ đồ kỹ thuật, chương trình máy tính, thông tin dữ liệu về công nghệ chuyển giao; giải pháp hợp lý hoá sản xuất, đổi mới công nghệ, cấp phép đặc quyền kinh doanh và các đối tượng khác do pháp luật về chuyển giao công nghệ quy định.

Như vậy, các đối tượng sở hữu công nghiệp không được liệt kê là “công nghệ”. Tiếp theo, khoản 2 Điều này quy định:

“Trường hợp công nghệ là đối tượng được bảo hộ quyền sở hữu trí tuệ thì việc chuyển giao công nghệ phải được thực hiện cùng với việc chuyển giao quyền sở hữu trí tuệ theo quy định của pháp luật về sở hữu trí tuệ”.

2. Chuyển giao quyền sở hữu công nghiệp

a. Khái niệm chuyển giao quyền sở hữu công nghiệp

Việc chuyển giao quyền sở hữu công nghiệp được quy định tại Điều 753 Bộ luật dân sự năm 2005 và Chương X Luật sở hữu trí tuệ năm 2005.

Như vậy, theo quan điểm của các quy định này của Bộ

thành những sản phẩm nổi tiếng ở trong và ngoài nước.

Theo các quy định của Bộ luật dân sự năm 2005 (Điều 753 và Chương XXXVI về chuyển giao công nghệ) thì chuyển giao quyền sở hữu công nghệ và chuyển giao công nghệ không phải là một khái niệm.

Khoản 1 Điều 755 Bộ luật dân sự năm 2005 không định nghĩa trực tiếp công nghệ và chuyển giao công nghệ mà liệt kê các đối tượng chuyển giao công nghệ bao gồm: Bí quyết kỹ thuật, kiến thức kỹ thuật về công nghệ dưới dạng phương án công nghệ, các giải pháp kỹ thuật, công thức, thông số kỹ thuật, bản vẽ, sơ đồ kỹ thuật, chương trình máy tính, thông tin dữ liệu về công nghệ chuyển giao; giải pháp hợp lý hoá sản xuất, đổi mới công nghệ, cấp phép đặc quyền kinh doanh và các đối tượng khác do pháp luật về chuyển giao công nghệ quy định.

Như vậy, các đối tượng sở hữu công nghiệp không được liệt kê là “công nghệ”. Tiếp theo, khoản 2 Điều này quy định:

“Trường hợp công nghệ là đối tượng được bảo hộ quyền sở hữu trí tuệ thì việc chuyển giao công nghệ phải được thực hiện cùng với việc chuyển giao quyền sở hữu trí tuệ theo quy định của pháp luật về sở hữu trí tuệ”.

Như vậy, theo quan điểm của các quy định này của Bộ

luật dân sự năm 2005 thì việc chuyển giao quyền sở hữu công nghiệp sẽ được điều chỉnh bằng pháp luật về sở hữu trí tuệ còn việc chuyển giao công nghệ sẽ được điều chỉnh bằng pháp luật về chuyển giao công nghệ.

Theo quy định tại Chương X Luật sở hữu trí tuệ năm 2005, chuyển giao quyền sở hữu công nghiệp bao gồm hai loại: Chuyển nhượng quyền sở hữu công nghiệp và chuyển quyền sử dụng đối tượng sở hữu công nghiệp.

- Chuyển nhượng quyền sở hữu công nghiệp được quy định tại Điều 138 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005, theo đó “chuyển nhượng quyền sở hữu công nghiệp là việc chủ sở hữu quyền sở hữu công nghiệp chuyển giao quyền sở hữu của mình cho tổ chức, cá nhân khác”. Hoạt động này được coi là việc “bán đứt” quyền sở hữu công nghiệp.

- Chuyển quyền sử dụng đối tượng sở hữu công nghiệp được quy định tại Điều 141 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005, theo đó “chuyển quyền sử dụng đối tượng sở hữu công nghiệp là việc chủ sở hữu quyền sở hữu công nghiệp cho phép tổ chức, cá nhân khác sử dụng đối tượng sở hữu công nghiệp thuộc phạm vi quyền sử dụng của mình”. Trong các văn bản pháp luật của nhiều nước trên thế giới và của nước ta trước đây, hoạt động này được gọi là li-xăng. Đây chỉ là việc “cho phép” sử dụng đối tượng sở hữu công nghiệp chứ không phải là “bán đứt” quyền sở hữu công nghiệp.

Hoạt động chuyển giao quyền sở hữu công nghiệp mang lại nhiều lợi ích cho doanh nghiệp. Có nhiều cách để khởi sự doanh nghiệp, trong đó có việc mua lại nhãn hiệu. Công việc này giúp doanh nghiệp “đi tắt”, bởi họ không phải lo việc tạo luật dân sự năm 2005 thì việc chuyển giao quyền sở hữu công nghiệp sẽ được điều chỉnh bằng pháp luật về sở hữu trí tuệ còn việc chuyển giao công nghệ sẽ được điều chỉnh bằng pháp luật về chuyển giao công nghệ.

Theo quy định tại Chương X Luật sở hữu trí tuệ năm 2005, chuyển giao quyền sở hữu công nghiệp bao gồm hai loại: Chuyển nhượng quyền

sở hữu công nghiệp và chuyển quyền sử dụng đối tượng sở hữu công nghiệp.

- Chuyển nhượng quyền sở hữu công nghiệp được quy định tại Điều 138 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005, theo đó “chuyển nhượng quyền sở hữu công nghiệp là việc chủ sở hữu quyền sở hữu công nghiệp chuyển giao quyền sở hữu của mình cho tổ chức, cá nhân khác”. Hoạt động này được coi là việc “bán đứt” quyền sở hữu công nghiệp.

- Chuyển quyền sử dụng đối tượng sở hữu công nghiệp được quy định tại Điều 141 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005, theo đó “chuyển quyền sử dụng đối tượng sở hữu công nghiệp là việc chủ sở hữu quyền sở hữu công nghiệp cho phép tổ chức, cá nhân khác sử dụng đối tượng sở hữu công nghiệp thuộc phạm vi quyền sử dụng của mình”. Trong các văn bản pháp luật của nhiều nước trên thế giới và của nước ta trước đây, hoạt động này được gọi là li-xăng. Đây chỉ là việc “cho phép” sử dụng đối tượng sở hữu công nghiệp chứ không phải là “bán đứt” quyền sở hữu công nghiệp.

Hoạt động chuyển giao quyền sở hữu công nghiệp mang lại nhiều lợi ích cho doanh nghiệp. Có nhiều cách để khởi sự doanh nghiệp, trong đó có việc mua lại nhãn hiệu. Công việc này giúp doanh nghiệp “đi tắt”, bởi họ không phải lo việc tạo

lập tên tuổi khi bắt tay vào kinh doanh. Trên cơ sở thành công của các công ti lớn với những nhãn hiệu nổi tiếng, doanh nghiệp sẽ mau chóng phát triển. Còn đối với những doanh nghiệp đã tạo lập nhãn hiệu thành công thì việc chuyển giao nhãn hiệu cũng là cách tốt nhất để mở rộng mạng lưới kinh doanh, quảng bá sản phẩm, tăng doanh thu. Trong trường hợp chuyển giao quyền sở hữu công nghiệp ra nước ngoài, bên nhận sẽ đầu tư một số tiền lớn cùng sự nỗ lực để làm cho một sản phẩm được thành đạt và bên giao dựa vào các cố gắng của bên nhận để đạt được sự thành công tại thị trường nước ngoài.

Trên thế giới, việc chuyển giao quyền sở hữu công nghiệp, đặc biệt là

chuyển giao nhãn hiệu, đang diễn ra sôi động bởi tính hấp dẫn và hiệu quả kinh tế cao của nó. Mỗi năm đã có 2.000 tỉ USD được sử dụng vào việc kinh doanh nhãn hiệu.⁽¹⁾ Trong tương lai, Việt Nam có thể sẽ là thị trường nhãn hiệu sôi động, khi nền kinh tế có những bước phát triển mới.

b. Các quy định pháp luật cơ bản về chuyển giao quyền sở hữu công nghiệp

Pháp luật hiện hành của nước ta về chuyển giao quyền sở hữu công nghiệp được ghi nhận tại Điều 753 Bộ luật dân sự năm 2005 và Chương X Luật sở hữu trí tuệ năm 2005.

* Các điều kiện hạn chế việc chuyển giao quyền sở hữu công nghiệp.

Luật sở hữu trí tuệ năm 2005 quy định các điều kiện hạn

(1).Xem: Thúy Hiền (2002), “*Chuyển nhượng thương hiệu - Thị trường bắt đầu khởi động*”, Thời báo tài chính Việt Nam. Thứ 6, ngày 11/10/2002. tr. 9. lập tên tuổi khi bắt tay vào kinh doanh. Trên cơ sở thành công của các công ti lớn với những nhãn hiệu nổi tiếng, doanh nghiệp sẽ mau chóng phát triển. Còn đối với những doanh nghiệp đã tạo lập nhãn hiệu thành công thì việc chuyển giao nhãn hiệu cũng là cách tốt nhất để mở rộng mạng lưới kinh doanh, quảng bá sản phẩm, tăng doanh thu. Trong trường hợp chuyển giao quyền sở hữu công nghiệp ra nước ngoài, bên nhận sẽ đầu tư một số tiền lớn cùng sự nỗ lực để làm cho một sản phẩm được thành đạt và bên giao dựa vào các cố gắng của bên nhận để đạt được sự thành công tại thị trường nước ngoài.

Trên thế giới, việc chuyển giao quyền sở hữu công nghiệp, đặc biệt là chuyển giao nhãn hiệu, đang diễn ra sôi động bởi tính hấp dẫn và hiệu quả kinh tế cao của nó. Mỗi năm đã có 2.000 tỉ USD được sử dụng vào việc kinh doanh nhãn hiệu.⁽¹⁾ Trong tương lai, Việt Nam có thể sẽ là thị trường nhãn hiệu sôi động, khi nền kinh tế có những bước phát triển mới.

b. Các quy định pháp luật cơ bản về chuyển giao quyền sở hữu công nghiệp

Pháp luật hiện hành của nước ta về chuyển giao quyền sở hữu công nghiệp được ghi nhận tại Điều 753 Bộ luật dân sự năm 2005 và Chương X Luật sở hữu trí tuệ năm 2005.

* Các điều kiện hạn chế việc chuyển giao quyền sở hữu công nghiệp.
Luật sở hữu trí tuệ năm 2005 quy định các điều kiện hạn

(1).Xem: Thuý Hiền (2002), “*Chuyển nhượng thương hiệu - Thị trường bắt đầu khởi động*”, Thời báo tài chính Việt Nam. Thứ 6, ngày 11/10/2002. tr. 9.

chế việc chuyển giao quyền sở hữu công nghiệp đối với cả hai loại: Chuyển nhượng quyền sở hữu công nghiệp và chuyển quyền sử dụng đối tượng sở hữu công nghiệp.

- Các điều kiện hạn chế việc chuyển nhượng quyền sở hữu công nghiệp được quy định tại Điều 139 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005, theo đó:

“1. Chủ sở hữu quyền sở hữu công nghiệp chỉ được chuyển nhượng quyền của mình trong phạm vi được bảo hộ.

2. Quyền đối với chỉ dẫn địa lí không được chuyển nhượng.

3. Quyền đối với tên thương mại chỉ được chuyển nhượng cùng với việc chuyển nhượng toàn bộ cơ sở kinh doanh và hoạt động kinh doanh dưới tên thương mại đó.

4. Việc chuyển nhượng quyền đối với nhãn hiệu không được gây ra sự nhầm lẫn về đặc tính, nguồn gốc của hàng hoá, dịch vụ mang nhãn hiệu.

5. Quyền đối với nhãn hiệu chỉ được chuyển nhượng cho tổ chức, cá nhân đáp ứng các điều kiện đối với người có quyền đăng kí nhãn hiệu đó”.

- Các điều kiện hạn chế việc chuyển quyền sử dụng đối tượng sở hữu công nghiệp được quy định tại Điều 142 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005, theo đó:

+ Quyền sử dụng chỉ dẫn địa lí, tên thương mại không được chuyển giao.

+ Quyền sử dụng nhãn hiệu tập thể không được chuyển giao cho tổ chức, cá nhân không phải là thành viên của chủ sở hữu nhãn hiệu tập thể đó.

chế việc chuyển giao quyền sở hữu công nghiệp đối với cả hai loại: Chuyên nhượng quyền sở hữu công nghiệp và chuyển quyền sử dụng đối tượng sở hữu công nghiệp.

- Các điều kiện hạn chế việc chuyển nhượng quyền sở hữu công nghiệp được quy định tại Điều 139 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005, theo đó:

“1. Chủ sở hữu quyền sở hữu công nghiệp chỉ được chuyển nhượng quyền của mình trong phạm vi được bảo hộ.

2. Quyền đối với chỉ dẫn địa lí không được chuyển nhượng.

3. Quyền đối với tên thương mại chỉ được chuyển nhượng cùng với việc chuyển nhượng toàn bộ cơ sở kinh doanh và hoạt động kinh doanh dưới tên thương mại đó.

4. Việc chuyển nhượng quyền đối với nhãn hiệu không được gây ra sự nhầm lẫn về đặc tính, nguồn gốc của hàng hoá, dịch vụ mang nhãn hiệu.

5. Quyền đối với nhãn hiệu chỉ được chuyển nhượng cho tổ chức, cá nhân đáp ứng các điều kiện đối với người có quyền đăng kí nhãn hiệu đó”.

- Các điều kiện hạn chế việc chuyển quyền sử dụng đối tượng sở hữu công nghiệp được quy định tại Điều 142 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005, theo đó:

+ Quyền sử dụng chỉ dẫn địa lí, tên thương mại không được chuyển giao.

+ Quyền sử dụng nhãn hiệu tập thể không được chuyển giao cho tổ chức, cá nhân không phải là thành viên của chủ sở hữu nhãn hiệu tập thể đó.

+ Bên được chuyển quyền không được kí kết hợp đồng

thứ cấp với bên thứ ba, trừ trường hợp được bên chuyển quyền cho phép.

+ Bên được chuyển quyền sử dụng nhãn hiệu có nghĩa vụ ghi chỉ dẫn trên hàng hoá, bao bì hàng hoá về việc hàng hoá đó được sản xuất theo hợp đồng sử dụng nhãn hiệu.

+ Bên được chuyển quyền sử dụng sáng chế theo hợp đồng độc quyền có nghĩa vụ sử dụng sáng chế như chủ sở hữu sáng chế theo quy định tại khoản 1 Điều 136 của Luật này, nghĩa là có nghĩa vụ sản xuất sản phẩm được bảo hộ hoặc áp dụng quy trình được bảo hộ để đáp ứng nhu cầu quốc phòng, an ninh, phòng bệnh, chữa bệnh, dinh dưỡng cho nhân dân hoặc các nhu cầu cấp thiết khác của xã hội.

* Hợp đồng chuyển giao quyền sở hữu công nghiệp.

Cả chuyển nhượng quyền sở hữu công nghiệp lẫn chuyển quyền sử dụng đối tượng sở hữu công nghiệp đều phải được thực hiện dưới hình thức hợp đồng bằng văn bản (khoản 2 Điều 138 và khoản 2 Điều 141 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005).

Nội dung của hợp đồng chuyển nhượng quyền sở hữu công nghiệp được quy định tại Điều 140 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005 và nội dung của hợp đồng sử dụng đối tượng sở hữu công nghiệp được quy định tại Điều 144 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005. Do việc chuyển quyền sử dụng đối tượng sở hữu công nghiệp chỉ là sự “cho phép” sử dụng đối tượng sở hữu công nghiệp, chứ không phải là “bán đứt” quyền sở hữu công nghiệp như việc chuyển nhượng quyền sở hữu công nghiệp nên nội dung của hợp đồng sử dụng đối tượng sở hữu công nghiệp sẽ phức tạp hơn so với hợp đồng chuyển nhượng quyền sở hữu công nghiệp.

+ Bên được chuyển quyền sử dụng nhãn hiệu có nghĩa vụ ghi chỉ dẫn trên hàng hoá, bao bì hàng hoá về việc hàng hoá đó được sản xuất

thứ cấp với bên thứ ba, trừ trường hợp được bên chuyển quyền cho phép.

theo hợp đồng sử dụng nhãn hiệu.

+ Bên được chuyển quyền sử dụng sáng chế theo hợp đồng độc quyền có nghĩa vụ sử dụng sáng chế như chủ sở hữu sáng chế theo quy định tại khoản 1 Điều 136 của Luật này, nghĩa là có nghĩa vụ sản xuất sản phẩm được bảo hộ hoặc áp dụng quy trình được bảo hộ để đáp ứng nhu cầu quốc phòng, an ninh, phòng bệnh, chữa bệnh, dinh dưỡng cho nhân dân hoặc các nhu cầu cấp thiết khác của xã hội.

* Hợp đồng chuyển giao quyền sở hữu công nghiệp.

Cả chuyển nhượng quyền sở hữu công nghiệp lẫn chuyển quyền sử dụng đối tượng sở hữu công nghiệp đều phải được thực hiện dưới hình thức hợp đồng bằng văn bản (khoản 2 Điều 138 và khoản 2 Điều 141 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005).

Nội dung của hợp đồng chuyển nhượng quyền sở hữu công nghiệp được quy định tại Điều 140 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005 và nội dung của hợp đồng sử dụng đối tượng sở hữu công nghiệp được quy định tại Điều 144 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005. Do việc chuyển quyền sử dụng đối tượng sở hữu công nghiệp chỉ là sự “cho phép” sử dụng đối tượng sở hữu công nghiệp, chứ không phải là “bán đứt” quyền sở hữu công nghiệp như việc chuyển nhượng quyền sở hữu công nghiệp nên nội dung của hợp đồng sử dụng đối tượng sở hữu công nghiệp sẽ phức tạp hơn so với hợp đồng chuyển nhượng quyền sở hữu công nghiệp.

- Cả hai loại hợp đồng nêu trên đều phải có các nội dung sau:
 - + Tên và địa chỉ đầy đủ của các bên trong hợp đồng;
 - + Căn cứ chuyển giao quyền sở hữu công nghiệp;
 - + Giá chuyển giao quyền sở hữu công nghiệp;
 - + Quyền và nghĩa vụ của các bên trong hợp đồng.
- Bên cạnh đó, đối với hợp đồng sử dụng đối tượng sở hữu công nghiệp, cần phải có thêm các nội dung sau (khoản 1 Điều 144 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005):

+ Dạng hợp đồng sử dụng đối tượng sở hữu công nghiệp: Hợp đồng độc quyền, hợp đồng không độc quyền, hay hợp đồng sử dụng đối tượng sở hữu công nghiệp thứ cấp.

Theo Điều 143 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005, hợp đồng sử dụng đối tượng sở hữu công nghiệp gồm các dạng sau đây:

“1. Hợp đồng độc quyền là hợp đồng mà theo đó trong phạm vi và thời hạn chuyển giao, bên được chuyển quyền được độc quyền sử dụng đối tượng sở hữu công nghiệp, bên chuyển quyền không được kí kết hợp đồng sử dụng đối tượng sở hữu công nghiệp với bất kì bên thứ ba nào và chỉ được sử dụng đối tượng sở hữu công nghiệp đó nếu được phép của bên được chuyển quyền;

2. Hợp đồng không độc quyền là hợp đồng mà theo đó trong phạm vi và thời hạn chuyển giao quyền sử dụng, bên chuyển quyền vẫn có quyền sử dụng đối tượng sở hữu công nghiệp, quyền kí kết hợp đồng sử dụng đối tượng sở hữu công nghiệp không độc quyền với người khác;

3. Hợp đồng sử dụng đối tượng sở hữu công nghiệp thứ cấp là hợp đồng mà theo đó bên chuyển quyền là người được

- Cả hai loại hợp đồng nêu trên đều phải có các nội dung sau:
- + Tên và địa chỉ đầy đủ của các bên trong hợp đồng;
- + Căn cứ chuyển giao quyền sở hữu công nghiệp;

- + Giá chuyển giao quyền sở hữu công nghiệp;
- + Quyền và nghĩa vụ của các bên trong hợp đồng.

- Bên cạnh đó, đối với hợp đồng sử dụng đối tượng sở hữu công nghiệp, cần phải có thêm các nội dung sau (khoản 1 Điều 144 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005):

+ Dạng hợp đồng sử dụng đối tượng sở hữu công nghiệp: Hợp đồng độc quyền, hợp đồng không độc quyền, hay hợp đồng sử dụng đối tượng sở hữu công nghiệp thứ cấp.

Theo Điều 143 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005, hợp đồng sử dụng đối tượng sở hữu công nghiệp gồm các dạng sau đây:

“1. Hợp đồng độc quyền là hợp đồng mà theo đó trong phạm vi và thời hạn chuyển giao, bên được chuyển quyền được độc quyền sử dụng đối tượng sở hữu công nghiệp, bên chuyển quyền không được kí kết hợp đồng sử dụng đối tượng sở hữu công nghiệp với bất kì bên thứ ba nào và chỉ được sử dụng đối tượng sở hữu công nghiệp đó nếu được phép của bên được chuyển quyền;

2. Hợp đồng không độc quyền là hợp đồng mà theo đó trong phạm vi và thời hạn chuyển giao quyền sử dụng, bên chuyển quyền vẫn có quyền sử dụng đối tượng sở hữu công nghiệp, quyền kí kết hợp đồng sử dụng đối tượng sở hữu công nghiệp không độc quyền với người khác;

3. Hợp đồng sử dụng đối tượng sở hữu công nghiệp thứ cấp là hợp đồng mà theo đó bên chuyển quyền là người được

chuyên giao quyền sử dụng đối tượng sở hữu công nghiệp đó theo một hợp đồng khác”.

+ Phạm vi chuyển giao, gồm giới hạn quyền sử dụng, giới hạn lãnh thổ.

+ Thời hạn hợp đồng.

- Theo khoản 2 Điều 144 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005, hợp đồng sử dụng đối tượng sở hữu công nghiệp không được ghi nhận các điều khoản hạn chế cạnh tranh (xem mục 3; c; C.2).

Theo quy định tại Điều 148 và Điều 6 (điểm a khoản 3) Luật sở hữu trí tuệ năm 2005, hợp đồng chuyển giao sáng chế, kiểu dáng công nghiệp, thiết kế bố trí và nhãn hiệu thuộc diện phải đăng kí.

- Hợp đồng chuyển nhượng quyền sở hữu công nghiệp liên quan đến các đối tượng sở hữu công nghiệp nêu trên chỉ có hiệu lực khi đã được đăng kí tại cơ quan quản lí nhà nước về quyền sở hữu công nghiệp.

- Hợp đồng sử dụng đối tượng sở hữu công nghiệp liên quan đến các đối tượng sở hữu công nghiệp nêu trên có hiệu lực theo thoả thuận giữa các bên nhưng chỉ có giá trị pháp lí đối với bên thứ ba khi đã được đăng kí tại cơ quan quản lí nhà nước về quyền sở hữu công nghiệp.

c. Hợp đồng franchise

Lần đầu tiên trong pháp luật hiện hành của Việt Nam, Nghị định số 11/2005/NĐ-CP ngày 02/02/2005 quy định chi tiết về chuyển giao công nghệ (sửa đổi) (sau đây gọi là Nghị định số 11/2005/NĐ-CP ngày 02/02/2005) chính thức thừa nhận hoạt động “cấp phép đặc quyền kinh doanh”, một dạng

+ Phạm vi chuyển giao, gồm giới hạn quyền sử dụng, giới hạn lãnh thổ.

chuyên giao quyền sử dụng đối tượng sở hữu công nghiệp đó theo một hợp đồng khác”.

+ Thời hạn hợp đồng.

- Theo khoản 2 Điều 144 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005, hợp đồng sử dụng đối tượng sở hữu công nghiệp không được ghi nhận các điều khoản hạn chế cạnh tranh (xem mục 3; c; C.2).

Theo quy định tại Điều 148 và Điều 6 (điểm a khoản 3) Luật sở hữu trí tuệ năm 2005, hợp đồng chuyển giao sáng chế, kiểu dáng công nghiệp, thiết kế bố trí và nhãn hiệu thuộc diện phải đăng kí.

- Hợp đồng chuyển nhượng quyền sở hữu công nghiệp liên quan đến các đối tượng sở hữu công nghiệp nêu trên chỉ có hiệu lực khi đã được đăng kí tại cơ quan quản lí nhà nước về quyền sở hữu công nghiệp.

- Hợp đồng sử dụng đối tượng sở hữu công nghiệp liên quan đến các đối tượng sở hữu công nghiệp nêu trên có hiệu lực theo thoả thuận giữa các bên nhưng chỉ có giá trị pháp lí đối với bên thứ ba khi đã được đăng kí tại cơ quan quản lí nhà nước về quyền sở hữu công nghiệp.

c. Hợp đồng franchise

Lần đầu tiên trong pháp luật hiện hành của Việt Nam, Nghị định số 11/2005/NĐ-CP ngày 02/02/2005 quy định chi tiết về chuyển giao công nghệ (sửa đổi) (sau đây gọi là Nghị định số 11/2005/NĐ-CP ngày 02/02/2005) chính thức thừa nhận hoạt động “cấp phép đặc quyền kinh doanh”, một dạng

hoạt động franchising, là một trong những hoạt động chuyển giao công nghệ. Theo khoản 6 Điều 4 Nghị định số 11/2005/NĐ-CP ngày 02/02/2005. cấp phép đặc quyền kinh doanh là hoạt động theo đó:

“Bên nhận sử dụng tên thương mại, nhãn hiệu hàng hoá và bí quyết của bên giao để tiến hành hoạt động kinh doanh trong lĩnh vực dịch vụ thương mại”.

- Bên cạnh hoạt động “cấp phép đặc quyền kinh doanh”, hoạt động “nhượng quyền thương mại” cũng được pháp luật nước ta công nhận. Theo Điều 284 Luật Thương mại sửa đổi được Quốc hội thông qua ngày 16/06/2005 (sau đây gọi là Luật thương mại năm 2005) thì:

“Nhượng quyền thương mại là hoạt động thương mại theo đó bên nhượng quyền cho phép và yêu cầu bên nhận quyền tự mình tiến hành việc mua bán hàng hoá, cung ứng dịch vụ theo các điều kiện sau đây:

1. Việc mua bán hàng hoá, cung ứng dịch vụ được tiến hành theo cách thức tổ chức kinh doanh do bên nhượng quyền quy định và được gắn với nhãn hiệu hàng hoá, tên thương mại, bí quyết kinh doanh, khẩu hiệu kinh doanh, biểu tượng kinh doanh, quảng cáo của bên nhượng quyền;

2. ...”.

Vấn đề đặt ra là: “cấp phép đặc quyền kinh doanh” và “nhượng quyền thương mại” có phải là một khái niệm hay không? Theo giải thích của Phần I, mục 5 Thông tư số 30/2005/TT-BKHHCN ngày 30/12/2005 hướng dẫn một số điều của Nghị định số 11/2005/NĐ-CP ngày 02/02/2005 (sau đây gọi là Thông tư số 30/2005/TT-BKHHCN ngày hoạt động franchising, là một trong những hoạt động chuyển giao công nghệ. Theo khoản 6 Điều 4 Nghị định số 11/2005/NĐ-CP ngày 02/02/2005. cấp phép đặc quyền kinh doanh là hoạt động theo đó:

“Bên nhận sử dụng tên thương mại, nhãn hiệu hàng hoá và bí quyết của bên giao để tiến hành hoạt động kinh doanh trong lĩnh vực dịch vụ

thương mại”.

- Bên cạnh hoạt động “cấp phép đặc quyền kinh doanh”, hoạt động “nhượng quyền thương mại” cũng được pháp luật nước ta công nhận. Theo Điều 284 Luật Thương mại sửa đổi được Quốc hội thông qua ngày 16/06/2005 (sau đây gọi là Luật thương mại năm 2005) thì:

“Nhượng quyền thương mại là hoạt động thương mại theo đó bên nhượng quyền cho phép và yêu cầu bên nhận quyền tự mình tiến hành việc mua bán hàng hoá, cung ứng dịch vụ theo các điều kiện sau đây:

1. Việc mua bán hàng hoá, cung ứng dịch vụ được tiến hành theo cách thức tổ chức kinh doanh do bên nhượng quyền quy định và được gắn với nhãn hiệu hàng hoá, tên thương mại, bí quyết kinh doanh, khẩu hiệu kinh doanh, biểu tượng kinh doanh, quảng cáo của bên nhượng quyền;

2. ...”

Vấn đề đặt ra là: “cấp phép đặc quyền kinh doanh” và “nhượng quyền thương mại” có phải là một khái niệm hay không? Theo giải thích của Phần I, mục 5 Thông tư số 30/2005/TT-BKHCN ngày 30/12/2005 hướng dẫn một số điều của Nghị định số 11/2005/NĐ-CP ngày 02/02/2005 (sau đây gọi là Thông tư số 30/2005/TT-BKHCN ngày 30/12/2005), “cấp phép đặc quyền kinh doanh” chính là “nhượng quyền thương mại” trong hoạt động chuyển giao công nghệ và “nhượng quyền thương mại” liên quan đến chuyển giao công nghệ sẽ được điều chỉnh bằng Nghị định số 11/2005/NĐ-CP ngày 02/02/2005. Tuy nhiên, cần lưu ý rằng Nghị định số 11/2005/NĐ-CP ngày 02/02/2005 là văn bản hướng dẫn thi hành các quy định tại Chương III, Phần thứ sáu của Bộ luật dân sự năm 1995 mà Bộ luật dân sự năm 1995 đã được thay thế bằng Bộ luật dân sự năm 2005. Sự tồn tại của Nghị định số 11/2005/NĐ-CP ngày 02/02/2005 chỉ cần thiết trong thời gian chờ Luật chuyển giao công nghệ sắp ban hành (dự kiến năm 2006). Do đó, mỗi

quan hệ giữa “cấp phép đặc quyền kinh doanh” và “nhượng quyền thương mại” có thể sẽ được giải thích rõ hơn khi ban hành Luật chuyển giao công nghệ.

- Theo quan điểm của pháp luật Hoa Kỳ và các nước công nghiệp phát triển/^o hoạt động franchising thực chất là hoạt động chuyển giao quyền kinh doanh (quyền thương mại) gắn liền với quyền sở hữu trí tuệ, bao gồm cả quảng cáo, tiêu chuẩn hàng hoá, đào tạo người lao động, khuyến mại V.V.. Hợp đồng franchise thường liên quan tới kinh doanh trong lĩnh vực thực phẩm và dịch vụ. Sáng chế, quyền tác giả và nhãn hiệu hàng hoá đều có thể là đối tượng của hợp đồng franchise, trong đó nhãn hiệu hàng hoá là đối tượng phổ biến nhất. Có ba loại hợp đồng franchise:

+ Chuyển giao quyền sản xuất gắn liền với quyền sở hữu

(1).Xem: Carolyn Hotchkiss (1996), *Luật quốc tế về doanh nghiệp*, Nxb. Thống kê, Thành phố Hồ Chí Minh, tr. 291.

30/12/2005), “cấp phép đặc quyền kinh doanh” chính là “nhượng quyền thương mại” trong hoạt động chuyển giao công nghệ và “nhượng quyền thương mại” liên quan đến chuyển giao công nghệ sẽ được điều chỉnh bằng Nghị định số 11/2005/NĐ-CP ngày 02/02/2005. Tuy nhiên, cần lưu ý rằng Nghị định số 1 1/2005/NĐ-CP ngày 02/02/2005 là văn bản hướng dẫn thi hành các quy định tại Chương III, Phần thứ sáu của Bộ luật dân sự năm 1995 mà Bộ luật dân sự năm 1995 đã được thay thế bằng Bộ luật dân sự năm 2005. Sự tồn tại của Nghị định số 11/2005/NĐ-CP ngày 02/02/2005 chỉ cần thiết trong thời gian chờ Luật chuyển giao công nghệ sắp ban hành (dự kiến năm 2006). Do đó, mối quan hệ giữa “cấp phép đặc quyền kinh doanh” và “nhượng quyền thương mại” có thể sẽ được giải thích rõ hơn khi ban hành Luật chuyển giao công nghệ.

- Theo quan điểm của pháp luật Hoa Kỳ và các nước công nghiệp phát triển/^o hoạt động franchising thực chất là hoạt động chuyển giao quyền kinh doanh (quyền thương mại) gắn liền với quyền sở hữu trí tuệ, bao gồm cả quảng cáo, tiêu chuẩn hàng hoá, đào tạo người lao động, khuyến mại V.V.. Hợp đồng franchise thường liên quan tới kinh doanh trong lĩnh vực thực phẩm và dịch vụ. Sáng chế, quyền tác giả và nhãn hiệu hàng hoá đều có thể là đối tượng của hợp đồng franchise, trong đó nhãn hiệu hàng hoá là đối tượng phổ biến nhất. Có ba loại hợp đồng franchise:

+ Chuyển giao quyền sản xuất gắn liền với quyền sở hữu

(l).Xem: Carolyn Hotchkiss (1996), *Luật quốc tế về doanh nghiệp*, Nxb. Thống kê, Thành phố Hồ Chí Minh, tr. 291.

trí tuệ: Bên giao cho phép bên nhận sản xuất và bán các sản phẩm gắn nhãn hiệu của bên giao, theo sự chỉ đạo của bên giao. *Thí dụ:* Trong lĩnh vực chuyển giao công nghệ sản xuất đồ ăn nhanh (McDonalds, KFC, International Dairy Queen, Dunkin' Donuts).

+ Chuyển giao quyền kinh doanh dịch vụ gắn liền với quyền sở hữu trí tuệ: Bên nhận được trao quyền sử dụng nhãn hiệu, tên thương mại, biểu tượng và bí quyết của bên giao để cung ứng các dịch vụ, theo sự chỉ đạo của bên giao. *Thí dụ:* Servicemaster là công ti chuyên li-xăng nhãn hiệu và bí quyết về vệ sinh văn phòng.

+ Chuyển giao quyền phân phối gắn liền với quyền sở hữu trí tuệ: Bên nhận chỉ được bán các sản phẩm gắn nhãn hiệu của bên giao tại cửa hiệu gắn tên thương mại hoặc biểu tượng của bên giao. *Thí dụ:* Các cửa hàng phân cứng Ace and Truvalue của Hoa Kỳ hoặc các cửa hàng mỹ phẩm thiên nhiên The Body Shop của Anh.

Hợp đồng franchise không phải là hợp đồng chuyển giao quyền sở

hữu công nghiệp thuần túy mà nó có liên quan đến chuyển giao quyền sở hữu công nghiệp. Franchising là một phương pháp mở rộng kinh doanh ở phạm vi trong nước và quốc tế. Hoạt động này diễn ra phổ biến tại châu Âu, Bắc Mỹ, Nhật Bản và đang có phần gia tăng ở các nước đang phát triển, ở Việt Nam, Trung Nguyên, Phở 24 có thể là những thí dụ về các doanh nghiệp thực hiện hoạt động franchising. Trung Nguyên là một trong số ít các doanh nghiệp tiến hành hoạt động franchising ở trong và ngoài nước. Hiện nay, cả nước có hàng trăm cửa hiệu cafe mang nhãn hiệu “Trung trí tuệ: Bên giao cho phép bên nhận sản xuất và bán các sản phẩm gắn nhãn hiệu của bên giao, theo sự chỉ đạo của bên giao. *Thí dụ:* Trong lĩnh vực chuyển giao công nghệ sản xuất đồ ăn nhanh (McDonalds, KFC, International Dairy Queen, Dunkin’ Donuts).

+ Chuyển giao quyền kinh doanh dịch vụ gắn liền với quyền sở hữu trí tuệ: Bên nhận được trao quyền sử dụng nhãn hiệu, tên thương mại, biểu tượng và bí quyết của bên giao để cung ứng các dịch vụ, theo sự chỉ đạo của bên giao. *Thí dụ:* Servicemaster là công ti chuyên li-xăng nhãn hiệu và bí quyết về vệ sinh văn phòng.

+ Chuyển giao quyền phân phối gắn liền với quyền sở hữu trí tuệ: Bên nhận chỉ được bán các sản phẩm gắn nhãn hiệu của bên giao tại cửa hiệu gắn tên thương mại hoặc biểu tượng của bên giao. *Thí dụ:* Các cửa hàng phần cứng Ace and Truvalue của Hoa Kỳ hoặc các cửa hàng mỹ phẩm thiên nhiên The Body Shop của Anh.

Hợp đồng franchise không phải là hợp đồng chuyển giao quyền sở hữu công nghiệp thuần túy mà nó có liên quan đến chuyển giao quyền sở hữu công nghiệp. Franchising là một phương pháp mở rộng kinh doanh ở phạm vi trong nước và quốc tế. Hoạt động này diễn ra phổ biến tại châu Âu, Bắc Mỹ, Nhật Bản và đang có phần gia tăng ở các nước đang phát triển, ở Việt Nam, Trung Nguyên, Phở 24 có thể là những thí dụ về các doanh nghiệp thực hiện hoạt động franchising. Trung Nguyên là một

trong số ít các doanh nghiệp tiến hành hoạt động franchising ở trong và ngoài nước. Hiện nay, cả nước có hàng trăm cửa hiệu cafe mang nhãn hiệu “Trung

Nguyên”, phục vụ khách hàng loại cafe theo chất lượng và phong cách của Trung Nguyên. Không chỉ ở trong nước, Trung Nguyên đã thực hiện việc chuyển giao nhãn hiệu cho nhiều cửa hiệu ở Nhật Bản, Hoa Kỳ, Trung Quốc, Singapore v.v..⁽¹⁾

3. Cạnh tranh liên quan tới quyền sở hữu công nghiệp

a. Mối quan hệ giữa pháp luật về' sở hữu công nghiệp và pháp luật về' cạnh tranh

Mục tiêu của pháp luật về cạnh tranh, về tổng thể, là bảo vệ sự cạnh tranh trên thị trường, với quan điểm khuyến khích sự thịnh vượng của người tiêu dùng và sự phân phối hiệu quả các nguồn lực. Còn pháp luật về sở hữu công nghiệp lại trao quyền độc quyền cho người nắm giữ sáng chế, kiểu dáng công nghiệp, nhãn hiệu được bảo hộ. Theo pháp luật về sở hữu công nghiệp, chủ sở hữu quyền sở hữu công nghiệp có quyền ngăn cản việc sử dụng trái phép quyền sở hữu công nghiệp của mình và có quyền khai thác nó bằng nhiều cách, trong đó có cách chuyển giao nó cho người khác. Việc pháp luật về sở hữu công nghiệp trao quyền khai thác độc quyền cho chủ sở hữu có thể xung đột với pháp luật về cạnh tranh. Tuy nhiên, không nên hiểu rằng sự xung đột này là cố hữu, bởi vì cả hai lĩnh vực pháp luật nói trên cùng chia sẻ một mục tiêu cơ bản là khuyến khích sự thịnh vượng của người tiêu dùng và sự phân phối hiệu quả các nguồn lực. Sự sáng tạo cấu thành một bộ phận chủ yếu và năng động của một nền kinh tế thị trường mở cửa và cạnh tranh. Quyền sở hữu

(1).Xem: Thúy Hiền (2002). “*Chuyển nhượng thương hiệu - Thị trường bắt đầu khởi động*”.

Thời báo tài chính Việt Nam. Thứ 6. ngày 11/10/2002, tr. 9.

Nguyên”, phục vụ khách hàng loại cafe theo chất lượng và phong cách của Trung Nguyên. Không chỉ ở trong nước, Trung Nguyên đã thực hiện việc chuyển giao nhãn hiệu cho nhiều cửa hiệu ở Nhật Bản, Hoa Kỳ, Trung Quốc, Singapore v.v..⁽¹⁾

3. Cạnh tranh liên quan tới quyền sở hữu công nghiệp

a. Mối quan hệ giữa pháp luật về sở hữu công nghiệp và pháp luật về cạnh tranh

Mục tiêu của pháp luật về cạnh tranh, về tổng thể, là bảo vệ sự cạnh tranh trên thị trường, với quan điểm khuyến khích sự thịnh vượng của người tiêu dùng và sự phân phối hiệu quả các nguồn lực. Còn pháp luật về sở hữu công nghiệp lại trao quyền độc quyền cho người nắm giữ sáng chế, kiểu dáng công nghiệp, nhãn hiệu được bảo hộ. Theo pháp luật về sở hữu công nghiệp, chủ sở hữu quyền sở hữu công nghiệp có quyền ngăn cản việc sử dụng trái phép quyền sở hữu công nghiệp của mình và có quyền khai thác nó bằng nhiều cách, trong đó có cách chuyển giao nó cho người khác. Việc pháp luật về sở hữu công nghiệp trao quyền khai thác độc quyền cho chủ sở hữu có thể xung đột với pháp luật về cạnh tranh. Tuy nhiên, không nên hiểu rằng sự xung đột này là cố hữu, bởi vì cả hai lĩnh vực pháp luật nói trên cùng chia sẻ một mục tiêu cơ bản là khuyến khích sự thịnh vượng của người tiêu dùng và sự phân phối hiệu quả các nguồn lực. Sự sáng tạo cấu thành một bộ phận chủ yếu và năng động của một nền kinh tế thị trường mở cửa và cạnh tranh. Quyền sở hữu

(1).Xem: Thuý Hiền (2002). “*Chuyển nhượng thương hiệu - Thị trường bắt đầu khởi động*”. Thời báo tài chính Việt Nam. Thứ 6. ngày 11/10/2002, tr. 9.

công nghiệp khuyến khích sự cạnh tranh năng động bằng việc cổ vũ các nhà kinh doanh đầu tư vào việc phát triển các sản phẩm và quy trình mới hoặc cải tiến sản phẩm. Điều này tạo ra cạnh

tranh, bởi vì nó thúc đẩy các nhà kinh doanh phải sáng tạo. Do đó, cả quyền sở hữu công nghiệp lẫn pháp luật về cạnh tranh đều cần thiết cho việc khuyến khích sáng tạo và bảo đảm một sự khai thác mang tính cạnh tranh. Tuy từng thời điểm nhất định, xã hội có thể ưu tiên việc phát triển cạnh tranh so với bảo hộ quyền sở hữu công nghiệp hoặc ngược lại.

Kinh nghiệm pháp luật các nước cho thấy việc bảo hộ quá cao hoặc quá thấp đối với cả quyền sở hữu công nghiệp lẫn sự cạnh tranh đều có thể dẫn tới sự bóp méo thương mại, do đó, phải tìm thấy sự cân bằng giữa chính sách cạnh tranh và quyền sở hữu công nghiệp. Sự cân bằng này phải thực hiện được mục tiêu ngăn chặn sự lạm dụng quyền sở hữu công nghiệp nhưng không ảnh hưởng đến việc khuyến khích sáng tạo.

Sự cân bằng giữa quyền sở hữu công nghiệp và các mục tiêu của chính sách cạnh tranh được thể hiện ở cả trong pháp luật về sở hữu công nghiệp lẫn trong mối quan hệ giữa pháp luật về sở hữu công nghiệp và pháp luật về cạnh tranh. *Thứ nhất*, nguyên tắc cốt lõi của pháp luật về sở hữu công nghiệp là phải đảm bảo một mặt cổ vũ sự đổi mới, mặt khác giữ vững các quy tắc thị trường công bằng. *Thí dụ*: Pháp luật về sở hữu công nghiệp của đa số các nước chỉ bảo hộ sáng chế mà không bảo hộ phát minh, hoặc giới hạn quyền sở hữu công nghiệp về nội dung và thời hạn. *Thứ hai*, pháp luật công nghiệp khuyến khích sự cạnh tranh năng động bằng việc cổ vũ các nhà kinh doanh đầu tư vào việc phát triển các sản phẩm và quy trình mới hoặc cải tiến sản phẩm. Điều này tạo ra cạnh tranh, bởi vì nó thúc đẩy các nhà kinh doanh phải sáng tạo. Do đó, cả quyền sở hữu công nghiệp lẫn pháp luật về cạnh tranh đều cần thiết cho việc khuyến khích sáng tạo và bảo đảm một sự khai thác mang tính cạnh tranh. Tuy từng thời điểm nhất định, xã hội có thể ưu tiên việc phát triển cạnh tranh so với bảo hộ quyền sở hữu công nghiệp hoặc ngược lại.

Kinh nghiệm pháp luật các nước cho thấy việc bảo hộ quá cao hoặc quá thấp đối với cả quyền sở hữu công nghiệp lẫn sự cạnh tranh đều có thể dẫn tới sự bóp méo thương mại, do đó, phải tìm thấy sự cân bằng giữa chính sách cạnh tranh và quyền sở hữu công nghiệp. Sự cân bằng này phải thực hiện được mục tiêu ngăn chặn sự lạm dụng quyền sở hữu

công nghiệp nhưng không ảnh hưởng đến việc khuyến khích sáng tạo.

Sự cân bằng giữa quyền sở hữu công nghiệp và các mục tiêu của chính sách cạnh tranh được thể hiện ở cả trong pháp luật về sở hữu công nghiệp lẫn trong mối quan hệ giữa pháp luật về sở hữu công nghiệp và pháp luật về cạnh tranh. *Thứ nhất*, nguyên tắc cốt lõi của pháp luật về sở hữu công nghiệp là phải đảm bảo một mặt cổ vũ sự đổi mới, mặt khác giữ vững các quy tắc thị trường công bằng. *Thí dụ*: Pháp luật về sở hữu công nghiệp của đa số các nước chỉ bảo hộ sáng chế mà không bảo hộ phát minh, hoặc giới hạn quyền sở hữu công nghiệp về nội dung và thời hạn. *Thứ hai*, pháp

luật về cạnh tranh có mục đích ngăn cản các hành vi hạn chế cạnh tranh trên thị trường, đặc biệt là hành vi lạm dụng vị trí thống lĩnh thị trường. *Thí dụ*: Các bên kí kết hợp đồng li-xăng độc quyền dẫn đến hệ quả là “tổng cổ” các đối thủ cạnh tranh ra khỏi thị trường, thông qua hành vi mua bán hạn chế. Đứng trước vấn đề này, chính sách và pháp luật cạnh tranh là một công cụ quan trọng để điều chỉnh sự lạm dụng quyền sở hữu công nghiệp có khả năng xảy ra trong tương lai.

Chính vì các đối tượng sở hữu công nghiệp là một yếu tố thể hiện lợi thế cạnh tranh trong thương mại (như mục 1.3. đã phân tích) nên các đối thủ cạnh tranh có thể nghĩ đến việc xâm hại các đối tượng sở hữu công nghiệp bằng cách thực hiện các hành vi cạnh tranh không lành mạnh, để thu lợi bất chính trong kinh doanh. Bên cạnh đó, như mục 1.5. đã phân tích, quyền sở hữu công nghiệp, với tính độc quyền, có thể bị lạm dụng để cản trở thương mại. Để đối phó với các loại hành vi này, pháp luật phải thừa nhận cho các chủ thể kinh doanh quyền chống cạnh tranh không lành mạnh và kiểm soát các hành vi hạn chế cạnh tranh liên quan đến quyền sở hữu công nghiệp, với tư cách là một trong những' vấn đề cơ bản của pháp luật về sở hữu công nghiệp trong hoạt động thương mại.

b. Chống cạnh tranh không lành mạnh liên quan đến quyền sở hữu công nghiệp

* Các hành vi cạnh tranh không lành mạnh liên quan đến quyền sở hữu công nghiệp.

Luật về cạnh tranh có mục đích ngăn cản các hành vi hạn chế cạnh tranh trên thị trường, đặc biệt là hành vi lạm dụng vị trí thống lĩnh thị trường. *Thí dụ:* Các bên kí kết hợp đồng li-xăng độc quyền dẫn đến hệ quả là “tổng cổ” các đối thủ cạnh tranh ra khỏi thị trường, thông qua hành vi mua bán hạn chế. Đứng trước vấn đề này, chính sách và pháp luật cạnh tranh là một công cụ quan trọng để điều chỉnh sự lạm dụng quyền sở hữu công nghiệp có khả năng xảy ra trong tương lai.

Chính vì các đối tượng sở hữu công nghiệp là một yếu tố thể hiện lợi thế cạnh tranh trong thương mại (như mục 1.3. đã phân tích) nên các đối thủ cạnh tranh có thể nghĩ đến việc xâm hại các đối tượng sở hữu công nghiệp bằng cách thực hiện các hành vi cạnh tranh không lành mạnh, để thu lợi bất chính trong kinh doanh. Bên cạnh đó, như mục 1.5. đã phân tích, quyền sở hữu công nghiệp, với tính độc quyền, có thể bị lạm dụng để cản trở thương mại. Để đối phó với các loại hành vi này, pháp luật phải thừa nhận cho các chủ thể kinh doanh quyền chống cạnh tranh không lành mạnh và kiểm soát các hành vi hạn chế cạnh tranh liên quan đến quyền sở hữu công nghiệp, với tư cách là một trong những' vấn đề cơ bản của pháp luật về sở hữu công nghiệp trong hoạt động thương mại.

b. Chống cạnh tranh không lành mạnh liên quan đến quyền sở hữu công nghiệp

* Các hành vi cạnh tranh không lành mạnh liên quan đến quyền sở hữu công nghiệp.

lĩnh vực kinh doanh, trong đó có lĩnh vực sở hữu công nghiệp. Hành vi

Hành vi cạnh tranh không lành mạnh xuất hiện ở mọi

cạnh tranh không lành mạnh liên quan đến quyền sở hữu công nghiệp giống những hành vi cạnh tranh không lành mạnh nói chung, bên cạnh đó nó còn có những biểu hiện tương đối riêng biệt. Cụ thể là nó xâm hại các đối tượng sở hữu công nghiệp. *Thí dụ:* Hành vi làm hàng nhái, hàng giả, thông tin sai lệch chỉ dẫn địa lí V.V.. Các hành vi này liên quan trực tiếp đến quyền sử dụng các đối tượng sở hữu công nghiệp trong hoạt động thương mại của chủ thể quyền sở hữu công nghiệp. Nếu một hành vi bị coi là hành vi cạnh tranh không lành mạnh liên quan đến quyền sở hữu công nghiệp thì nó sẽ vừa vi phạm pháp luật về cạnh tranh vừa vi phạm pháp luật về sở hữu công nghiệp. Như vậy, giữa pháp luật về chống cạnh tranh không lành mạnh và pháp luật về sở hữu công nghiệp có mối quan hệ nội tại, gắn bó chặt chẽ và trực tiếp ảnh hưởng đến nhau. Điều này thể hiện mối quan hệ khăng khít giữa pháp luật về chống cạnh tranh không lành mạnh và pháp luật về sử dụng các đối tượng sở hữu công nghiệp trong hoạt động thương mại.

Mặc dù ra đời muộn hơn nhiều so với các nước trên thế giới, pháp luật chống cạnh tranh không lành mạnh liên quan đến quyền sở hữu công nghiệp của nước ta đã có quy định khá rõ ràng về các hành vi cạnh tranh không lành mạnh, đạt độ tương thích với pháp luật quốc tế và pháp luật các nước.

Ở nước ta, các nhà lập pháp xác định các hành vi cạnh tranh không lành mạnh liên quan đến quyền sở hữu công nghiệp dựa trên tiêu chí của Điều 10bis Công ước Paris về bảo hộ quyền sở hữu công nghiệp năm 1883 và kinh nghiệm lĩnh vực kinh doanh, trong đó có lĩnh vực sở hữu công nghiệp. Hành vi cạnh tranh không lành mạnh liên quan đến quyền sở hữu công nghiệp giống những hành vi cạnh tranh không lành mạnh nói chung, bên cạnh đó nó còn có những biểu hiện tương đối riêng biệt. Cụ thể là nó xâm hại các đối tượng sở hữu công nghiệp. *Thí dụ:* Hành vi làm hàng nhái, hàng giả, thông tin sai lệch chỉ dẫn địa lí

V.V.. Các hành vi này liên quan trực tiếp đến quyền sử dụng các đối tượng sở hữu công nghiệp trong hoạt động thương mại của chủ thể quyền sở hữu công nghiệp. Nếu một hành vi bị coi là hành vi cạnh tranh không lành mạnh liên quan đến quyền sở hữu công nghiệp thì nó sẽ vừa vi phạm pháp luật về cạnh tranh vừa vi phạm pháp luật về sở hữu công nghiệp. Như vậy, giữa pháp luật về chống cạnh tranh không lành mạnh và pháp luật về sở hữu công nghiệp có mối quan hệ nội tại, gắn bó chặt chẽ và trực tiếp ảnh hưởng đến nhau. Điều này thể hiện mối quan hệ khăng khít giữa pháp luật về chống cạnh tranh không lành mạnh và pháp luật về sử dụng các đối tượng sở hữu công nghiệp trong hoạt động thương mại.

Mặc dù ra đời muộn hơn nhiều so với các nước trên thế giới, pháp luật chống cạnh tranh không lành mạnh liên quan đến quyền sở hữu công nghiệp của nước ta đã có quy định khá rõ ràng về các hành vi cạnh tranh không lành mạnh, đạt độ tương thích với pháp luật quốc tế và pháp luật các nước.

Ở nước ta, các nhà lập pháp xác định các hành vi cạnh tranh không lành mạnh liên quan đến quyền sở hữu công nghiệp dựa trên tiêu chí của Điều 10bis Công ước Paris về bảo hộ quyền sở hữu công nghiệp năm 1883 và kinh nghiệm

lập pháp của các nước.

Theo khoản 2 Điều 10bis Công ước Paris về bảo hộ quyền sở hữu công nghiệp năm 1883 thì:

“Bó? kì hành vi nào trái với các thông lệ trung thực trong ĩnli vực công nghiệp và thương mại đều bi coi là hành vi cạnh tranh không lành mạnh”.

Tiếp theo, khoản 3 Điều này liệt kê những hành vi bị cấm. Đó là những hành vi có khả năng gây nhầm lẫn về nơi sản xuất hàng hoá của đối thủ cạnh tranh, làm mất uy tín đối thủ cạnh tranh, lừa dối công

chúng.

Pháp luật các nước còn quy định các hành vi khác cũng là hành vi cạnh tranh không lành mạnh. *Thí dụ:* Vi phạm bí mật thương mại, lợi dụng không chính đáng thành quả trong kinh doanh của người khác, quảng cáo so sánh V.V..

Luật cạnh tranh năm 2004 và Luật sở hữu trí tuệ năm 2005 quy định các hành vi cạnh tranh không lành mạnh liên quan đến quyền sở hữu công nghiệp như sau:

1) Hành vi chỉ dẫn gây nhầm lẫn:

Điều 39 và Điều 40 Luật cạnh tranh năm 2004 quy định về hành vi chỉ dẫn gây nhầm lẫn, trong đó Điều 40 quy định cụ thể như sau:

“7. Cấm doanh nghiệp sử dụng chỉ dẫn chứa đựng thông tin gây nhầm lẫn về tên thương mại, khẩu hiệu kinh doanh, biểu tượng kinh doanh, hao bì, chỉ dẫn địa lí và các yếu tố khác theo quy định của Chính phủ để làm sai lệch nhận thức của khách hàng về hàng hoá, dịch vụ nhằm mục đích cạnh tranh.

2. *Cấm kinh doanh hàng hoá, dịch vụ có sử dụng chỉ dẫn lập pháp của các nước.*

Theo khoản 2 Điều IObis Công ước Paris về bảo hộ quyền sở hữu công nghiệp năm 1883 thì:

“Bỏ? kì hành vi nào trái với các thông lệ trung thực trong lĩnh vực công nghiệp và thương mại đều bị coi là hành vi cạnh tranh không lành mạnh”.

Tiếp theo, khoản 3 Điều này liệt kê những hành vi bị cấm. Đó là những hành vi có khả năng gây nhầm lẫn về nơi sản xuất hàng hoá của đối thủ cạnh tranh, làm mất uy tín đối thủ cạnh tranh, lừa dối công chúng.

Pháp luật các nước còn quy định các hành vi khác cũng là hành vi

cạnh tranh không lành mạnh. *Thí dụ*: Vi phạm bí mật thương mại, lợi dụng không chính đáng thành quả trong kinh doanh của người khác, quảng cáo so sánh V.V..

Luật cạnh tranh năm 2004 và Luật sở hữu trí tuệ năm 2005 quy định các hành vi cạnh tranh không lành mạnh liên quan đến quyền sở hữu công nghiệp như sau:

1) Hành vi chỉ dẫn gây nhầm lẫn:

Điều 39 và Điều 40 Luật cạnh tranh năm 2004 quy định về hành vi chỉ dẫn gây nhầm lẫn, trong đó Điều 40 quy định cụ thể như sau:

“7. Cấm doanh nghiệp sử dụng chỉ dẫn chứa đựng thông tin gây nhầm lẫn về tên thương mại, khẩu hiệu kinh doanh, biểu tượng kinh doanh, hao bì, chỉ dẫn địa lí và các yếu tố khác theo quy định của Chính phủ để làm sai lệch nhận thức của khách hàng về hàng hoá, dịch vụ nhằm mục đích cạnh tranh.

2. Cấm kinh doanh hàng hoá, dịch vụ có sử dụng chỉ dẫn gây nhầm lẫn quy định tại khoản 1 Điều này”.

Khoản 1 Điều 130 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005 liệt kê các hành vi sử dụng chỉ dẫn thương mại gây nhầm lẫn là một trong những hành vi cạnh tranh không lành mạnh:

“ú) Sử dụng chỉ dẫn thương mại gây nhầm lẫn về chủ thể kinh doanh, hoạt động kinh doanh, nguồn gốc thương mại của hàng hoá, dịch vụ;

h) Sử dụng chỉ dẫn thương mại gây nhầm lẫn về xuất xứ, cách sản xuất, tính năng, chất lượng, số lượng hoặc đặc điểm khác của hàng hoá, dịch vụ; về điều kiện cung cấp hàng hoá, dịch vụ”.

Theo khoản 2 Điều 130 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005, “chỉ dẫn thương mại” được giải thích là:

“Cdc dấu hiệu, thông tin nhằm hướng dẫn thương mại hàng hoá,

dịch vụ, bao gồm nhãn hiệu, tên thương mại, biểu tượng kinh doanh, khẩu hiệu kinh doanh, chỉ dẫn địa lí, kiểu dáng bao bì của hàng hoá, nhãn hàng hoá”.

Theo khoản 3 Điều 130 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005, hành vi “sử dụng chỉ dẫn thương mại” được giải thích là:

+ Các hành vi gắn chỉ dẫn thương mại lên hàng hoá, bao bì hàng hoá, phương tiện dịch vụ, giấy tờ giao dịch kinh doanh, phương tiện quảng cáo;

+ Bán, quảng cáo để bán, tàng trữ để bán, nhập khẩu hàng hoá có gắn chỉ dẫn thương mại.

Như vậy, khoản 1 Điều 130 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005 quy định về hành vi sử dụng chỉ dẫn thương mại gây nhầm lẫn với tư cách là một hành vi cạnh tranh không lành mạnh *gây nhầm lẫn quy định tại khoản i Điều này”.*

Khoản 1 Điều 130 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005 liệt kê các hành vi sử dụng chỉ dẫn thương mại gây nhầm lẫn là một trong những hành vi cạnh tranh không lành mạnh:

“ú) Sử dụng chỉ dẫn thương mại gây nhầm lẫn về chủ thể kinh doanh, hoạt động kinh doanh, nguồn gốc thương mại của hàng hoá, dịch vụ;

h) Sử dụng chỉ dẫn thương mại gây nhầm lẫn về xuất xứ, cách sản xuất, tính năng, chất lượng, số lượng hoặc đặc điểm khác của hàng hoá, dịch vụ; về điều kiện cung cấp hàng hoá, dịch vụ”.

Theo khoản 2 Điều 130 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005, “chỉ dẫn thương mại” được giải thích là:

“Cdc dấu hiệu, thông tin nhằm hướng dẫn thương mại hàng hoá, dịch vụ, bao gồm nhãn hiệu, tên thương mại, biểu tượng kinh doanh, khẩu hiệu kinh doanh, chỉ dẫn địa lí, kiểu dáng bao bì của hàng hoá,

nhãn hàng hoá”.

Theo khoản 3 Điều 130 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005, hành vi “sử dụng chỉ dẫn thương mại” được giải thích là:

+ Các hành vi gắn chỉ dẫn thương mại lên hàng hoá, bao bì hàng hoá, phương tiện dịch vụ, giấy tờ giao dịch kinh doanh, phương tiện quảng cáo;

+ Bán, quảng cáo để bán, tàng trữ để bán, nhập khẩu hàng hoá có gắn chỉ dẫn thương mại.

Như vậy, khoản 1 Điều 130 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005 quy định về hành vi sử dụng chỉ dẫn thương mại gây nhầm lẫn với tư cách là một hành vi cạnh tranh không lành mạnh

liên quan đến quyền sở hữu công nghiệp cụ thể hơn so với quy định của Điều 40 Luật cạnh tranh năm 2004.

2) Hành vi xâm phạm bí mật kinh doanh.

Điều 39 và Điều 41 Luật cạnh tranh năm 2004 quy định về hành vi xâm phạm bí mật kinh doanh, trong đó Điều 41 quy định cụ thể như sau:

“Cấm doanh nghiệp thực hiện các hành vi sau đây:

1. Tiếp cận, thu thập thông tin thuộc bí mật kinh doanh bằng cách chống lại các biện pháp bảo mật của người sở hữu hợp pháp bí mật kinh doanh đó.

2. Tiết lộ, sử dụng thông tin thuộc bí mật kinh doanh mà không được phép của chủ sở hữu bí mật kinh doanh.

3. Vi phạm hợp đồng bảo mật hoặc lừa gạt, lợi dụng lòng tin của người có nghĩa vụ bảo mật nhằm tiếp cận, thu thập và làm lộ thông tin thuộc bí mật kinh doanh của chủ sở hữu bí mật kinh doanh đó;

4. Tiếp cận, thu thập thông tin thuộc bí mật kinh doanh của người khác khi người này làm thủ tục theo quy định của pháp luật liên quan

đến kinh doanh, làm thủ tục lưu hành sản phẩm hoặc bằng cách chống lại các biện pháp bảo mật của cơ quan nhà nước hoặc sử dụng những thông tin đó nhằm mục đích kinh doanh, xin cấp giấy phép liên quan đến kinh doanh hoặc lưu hành sản phẩm”.

Khoản 1 Điều 130 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005 khi liệt kê các hành vi cạnh tranh không lành mạnh liên quan đến quyền sở hữu công nghiệp đã không khẳng định lại hành vi xâm phạm bí mật kinh doanh là hành vi cạnh tranh không liên quan đến quyền sở hữu công nghiệp cụ thể hơn so với quy định của Điều 40 Luật cạnh tranh năm 2004.

2) Hành vi xâm phạm bí mật kinh doanh.

Điều 39 và Điều 41 Luật cạnh tranh năm 2004 quy định về hành vi xâm phạm bí mật kinh doanh, trong đó Điều 41 quy định cụ thể như sau:

“Cấm doanh nghiệp thực hiện các hành vi sau đây:

1. Tiếp cận, thu thập thông tin thuộc bí mật kinh doanh bằng cách chống lại các biện pháp bảo mật của người sở hữu hợp pháp bí mật kinh doanh đó.

2. Tiết lộ, sử dụng thông tin thuộc bí mật kinh doanh mà không được phép của chủ sở hữu bí mật kinh doanh.

3. Vi phạm hợp đồng bảo mật hoặc lừa gạt, lợi dụng lòng tin của người có nghĩa vụ bảo mật nhằm tiếp cận, thu thập và làm lộ thông tin thuộc bí mật kinh doanh của chủ sở hữu bí mật kinh doanh đó;

4. Tiếp cận, thu thập thông tin thuộc bí mật kinh doanh của người khác khi người này làm thủ tục theo quy định của pháp luật liên quan đến kinh doanh, làm thủ tục lưu hành sản phẩm hoặc bằng cách chống lại các biện pháp bảo mật của cơ quan nhà nước hoặc sử dụng những thông tin đó nhằm mục đích kinh doanh, xin cấp giấy phép liên quan đến kinh doanh hoặc lưu hành sản phẩm”.

Khoản 1 Điều 130 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005 khi liệt kê các hành

vi cạnh tranh không lành mạnh liên quan đến quyền sở hữu công nghiệp đã không khẳng định lại hành vi xâm phạm bí mật kinh doanh là hành vi cạnh tranh không

lành mạnh (quy định tại Điều 39 và Điều 41 Luật cạnh tranh năm 2004).

3) Hành vi “ăn cắp” tên miền trên INTERNET.

Theo điểm d khoản 1 Điều 130 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005, hành vi “ăn cắp” tên miền trên INTERNET bị coi là hành vi cạnh tranh không lành mạnh liên quan đến quyền sở hữu công nghiệp:

“Đăng kí, chiếm giữ quyền sử dụng hoặc sử dụng tên miền trùng hoặc tương tự gây nhầm lẫn với nhãn hiệu, tên thương mại được bảo hộ của người khác hoặc chỉ dẫn địa lí mà mình không có quyền sử dụng nhằm mục đích chiếm giữ tên miền, lợi dụng hoặc làm thiệt hại đến uy tín, danh tiếng của nhãn hiệu, tên thương mại, chỉ dẫn địa lí tương ứng”.

Trên thực tế, có tình trạng một số người có hành vi cố ý đăng kí tên miền trên INTERNET trùng hoặc tương tự nhãn hiệu hàng hoá nổi tiếng của người khác để thu hút sự chú ý của mọi người vào trang web của họ. *Thí dụ:* Đăng kí tên miền là “coca-cocla.com” để mọi người nghĩ rằng đây là trang web của hãng Coca-Cola. Mục đích của hành vi nêu trên (hành vi cyberquatting) thường là cạnh tranh không lành mạnh nhưng cũng có thể đơn giản là để “tống tiền” chủ thể quyền sở hữu công nghiệp. *Thí dụ:* ở Hoa Kỳ đã xảy ra một vụ đăng kí tên miền “McDonald’s.com” với mục đích bán lại tên miền đó cho Công ti McDonald’s.

Tên miền không phải là một đối tượng sở hữu công nghiệp, do đó không được bảo hộ theo quy định thông thường của pháp luật về sở hữu công nghiệp. Tuy nhiên, do tên miền thể hiện mối quan hệ với chủ sở hữu và nếu chủ sở

3) Hành vi “ăn cắp” tên miền trên INTERNET.

Theo điểm d khoản 1 Điều 130 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005, hành vi “ăn cắp” tên miền trên INTERNET bị coi là hành vi cạnh tranh không lành mạnh liên quan đến quyền sở hữu công nghiệp:

lành mạnh (quy định tại Điều 39 và Điều 41 Luật cạnh tranh năm 2004).

“Đăng kí, chiếm giữ quyền sử dụng hoặc sử dụng tên miền trùng hoặc tương tự gây nhầm lẫn với nhãn hiệu, tên thương mại được bảo hộ của người khác hoặc chỉ dẫn địa lí mà mình không có quyền sử dụng nhằm mục đích chiếm giữ tên miền, lợi dụng hoặc làm thiệt hại đến uy tín, danh tiếng của nhãn hiệu, tên thương mại, chỉ dẫn địa lí tương ứng”.

Trên thực tế, có tình trạng một số người có hành vi cố ý đăng kí tên miền trên INTERNET trùng hoặc tương tự nhãn hiệu hàng hoá nổi tiếng của người khác để thu hút sự chú ý của mọi người vào trang web của họ. *Thí dụ:* Đăng kí tên miền là “coca-cocla.com” để mọi người nghĩ rằng đây là trang web của hãng Coca-Cola. Mục đích của hành vi nêu trên (hành vi cyberquatting) thường là cạnh tranh không lành mạnh nhưng cũng có thể đơn giản là để “tống tiền” chủ thể quyền sở hữu công nghiệp. *Thí dụ:* ở Hoa Kỳ đã xảy ra một vụ đăng kí tên miền “McDonald’s.com” với mục đích bán lại tên miền đó cho Công ti McDonald’s.

Tên miền không phải là một đối tượng sở hữu công nghiệp, do đó không được bảo hộ theo quy định thông thường của pháp luật về sở hữu công nghiệp. Tuy nhiên, do tên miền thể hiện mối quan hệ với chủ sở hữu và nếu chủ sở

hữu là doanh nghiệp thì tên miền có giá trị thương mại. Vấn đề đặt ra khi tên miền được đăng kí trùng với nhãn hiệu hàng hoá/dịch vụ hoặc tên thương mại của doanh nghiệp khác. Lúc này hành vi “ăn cắp” tên miền trên INTERNET nhằm mục đích kinh doanh bị coi là hành vi cạnh tranh không lành mạnh liên quan đến quyền sở hữu công nghiệp.

Theo Điều 9 Quy định về quản lí và sử dụng tài nguyên INTERNET ban hành kèm theo Quyết định số 92/2003/QĐ-BĐCVT ngày 26/05/2003 của bộ trưởng Bộ bưu chính và viễn thông, các tổ chức, cá nhân xin đăng kí tên miền trên INTERNET phải giải thích rõ mối liên quan của tên miền xin đăng kí với hoạt động của mình, hoàn toàn chịu trách nhiệm về tính chính xác của các nguồn thông tin cung cấp cho Trung tâm INTERNET Việt Nam. Quy định về quản lí và sử dụng tài nguyên INTERNET nhằm mục đích chống cạnh tranh không lành mạnh theo kiểu đăng kí tên miền trùng với nhãn hiệu hàng hoá được bảo hộ, nhất là nhãn hiệu nổi tiếng.

4) Hành vi “sử dụng nhãn hiệu được bảo hộ tại một nước là thành viên của điều ước quốc tế có quy định cấm người đại diện hoặc đại lí của chủ sở hữu nhãn hiệu sử dụng nhãn hiệu đó mà Cộng hoà xã hội chủ nghĩa Việt Nam cũng là thành viên nếu người sử dụng là người đại diện hoặc đại lí của chủ sở hữu nhãn hiệu và việc sử dụng đó không được sự đồng ý của chủ sở hữu nhãn hiệu và không có lí do chính đáng” (điểm c khoản 1 Điều 130 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005).

Như vậy, Điều 39 Luật cạnh tranh năm 2004 quy định về các hành vi cạnh tranh không lành mạnh, trong đó có hai hành vi cạnh tranh không lành mạnh liên quan đến quyền sở hữu là doanh nghiệp thì tên miền có giá trị thương mại. Vấn đề đặt ra khi tên miền được đăng kí trùng với nhãn hiệu hàng hoá/dịch vụ hoặc tên thương mại của doanh nghiệp khác. Lúc này hành vi “ăn cắp” tên miền trên INTERNET nhằm mục đích kinh doanh bị coi là hành vi cạnh tranh không lành mạnh liên

quan đến quyền sở hữu công nghiệp.

Theo Điều 9 Quy định về quản lý và sử dụng tài nguyên INTERNET ban hành kèm theo Quyết định số 92/2003/QĐ-BĐCVT ngày 26/05/2003 của bộ trưởng Bộ bưu chính và viễn thông, các tổ chức, cá nhân xin đăng kí tên miền trên INTERNET phải giải thích rõ mối liên quan của tên miền xin đăng kí với hoạt động của mình, hoàn toàn chịu trách nhiệm về tính chính xác của các nguồn thông tin cung cấp cho Trung tâm INTERNET Việt Nam. Quy định về quản lý và sử dụng tài nguyên INTERNET nhằm mục đích chống cạnh tranh không lành mạnh theo kiểu đăng kí tên miền trùng với nhãn hiệu hàng hoá được bảo hộ, nhất là nhãn hiệu nổi tiếng.

4) Hành vi “sử dụng nhãn hiệu được bảo hộ tại một nước là thành viên của điều ước quốc tế có quy định cấm người đại diện hoặc đại lí của chủ sở hữu nhãn hiệu sử dụng nhãn hiệu đó mà Cộng hoà xã hội chủ nghĩa Việt Nam cũng là thành viên nếu người sử dụng là người đại diện hoặc đại lí của chủ sở hữu nhãn hiệu và việc sử dụng đó không được sự đồng ý của chủ sở hữu nhãn hiệu và không có lí do chính đáng” (điểm c khoản 1 Điều 130 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005).

Như vậy, Điều 39 Luật cạnh tranh năm 2004 quy định về các hành vi cạnh tranh không lành mạnh, trong đó có hai hành vi cạnh tranh không lành mạnh liên quan đến quyền sở

hữu công nghiệp, đó là: Chỉ dẫn gây nhầm lẫn và xâm phạm bí mật kinh doanh. Khoản 1 Điều 130 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005 quy định ba hành vi cạnh tranh không lành mạnh liên quan đến quyền sở hữu công nghiệp, đó là: sử dụng chỉ dẫn thương mại gây nhầm lẫn, “ăn cắp” tên miền và sử dụng nhãn hiệu được bảo hộ tại một nước là thành viên của điều ước quốc tế có quy định cấm người đại diện hoặc đại lí của chủ sở hữu nhãn hiệu sử dụng nhãn hiệu đó.

* Các biện pháp chống cạnh tranh không lành mạnh liên quan đến quyền sở hữu công nghiệp.

Việc quy định nghiêm cấm và xử lý các hành vi cạnh tranh không lành mạnh trong lĩnh vực sở hữu công nghiệp có ý nghĩa rất lớn trong việc bảo hộ các nhãn hiệu hàng hoá nổi tiếng, tên thương mại, các biểu tượng thương mại cũng như các chỉ dẫn thương mại khác. Bên cạnh đó, các quy định pháp luật về chống cạnh tranh không lành mạnh đã góp phần chống nạn hàng giả, bảo vệ người tiêu dùng và các nhà sản xuất chân chính trên thương trường.

1) Quyền tự bảo vệ:

Điều 198 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005 quy định quyền tự bảo vệ của chủ thể quyền sở hữu trí tuệ, trong đó khoản 3 quy định:

“Tổ chức, cá nhân bị thiệt hại hoặc có khả năng bị thiệt hại do hành vi cạnh tranh không lành mạnh có quyền yêu cầu cơ quan nhà nước có thẩm quyền áp dụng các biện pháp dân sự quy định tại Điều 202 của Luật này và các biện pháp hành chính theo quy định của pháp luật về cạnh tranh”. hữu công nghiệp, đó là: Chỉ dẫn gây nhầm lẫn và xâm phạm bí mật kinh doanh. Khoản 1 Điều 130 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005 quy định ba hành vi cạnh tranh không lành mạnh liên quan đến quyền sở hữu công nghiệp, đó là: Sử dụng chỉ dẫn thương mại gây nhầm lẫn, “ăn cắp” tên miền và sử dụng nhãn hiệu được bảo hộ tại một nước là thành viên của điều ước quốc tế có quy định cấm người đại diện hoặc đại lý của chủ sở hữu nhãn hiệu sử dụng nhãn hiệu đó.

* Các biện pháp chống cạnh tranh không lành mạnh liên quan đến quyền sở hữu công nghiệp.

Việc quy định nghiêm cấm và xử lý các hành vi cạnh tranh không lành mạnh trong lĩnh vực sở hữu công nghiệp có ý nghĩa rất lớn trong việc bảo hộ các nhãn hiệu hàng hoá nổi tiếng, tên thương mại, các biểu

Theo Điều 202 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005, các biện

tượng thương mại cũng như các chỉ dẫn thương mại khác. Bên cạnh đó, các quy định pháp luật về chống cạnh tranh không lành mạnh đã góp phần chống nạn hàng giả, bảo vệ người tiêu dùng và các nhà sản xuất chân chính trên thương trường.

1) Quyền tự bảo vệ:

Điều 198 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005 quy định quyền tự bảo vệ của chủ thể quyền sở hữu trí tuệ, trong đó khoản 3 quy định:

“Tổ chức, cá nhân bị thiệt hại hoặc có khả năng bị thiệt hại do hành vi cạnh tranh không lành mạnh có quyền yêu cầu cơ quan nhà nước có thẩm quyền áp dụng các biện pháp dân sự quy định tại Điều 202 của Luật này và các biện pháp hành chính theo quy định của pháp luật về cạnh tranh”.

pháp dân sự có thể được áp dụng là:

“1. Buộc chấm dứt hành vi xâm phạm;

2. Buộc xin lỗi, cải chính công khai;

3. Buộc thực hiện nghĩa vụ dân sự;

4. Buộc bồi thường thiệt hại;

5. Buộc tiêu huỷ hoặc buộc phân phối hoặc đưa vào sử dụng không nhằm mục đích thương mại đối với hàng hoá, nguyên liệu, vật liệu và phương tiện được sử dụng chủ yếu để sản xuất, kinh doanh hàng hoá xâm phạm quyền sở hữu trí tuệ với điều kiện không làm ảnh hưởng đến khả năng khai thác quyền của chủ thể quyền sở hữu trí tuệ”.

2) Xử phạt vi phạm hành chính theo quy định của pháp luật về cạnh tranh.

Khoản 3 Điều 211 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005 quy định:

‘Tờ chức, cá nhân thực hiện hành vi cạnh tranh không lành mạnh về sở hữu trí tuệ thì bị xử phạt vi phạm hành chính theo quy định của pháp luật về cạnh tranh’.

Theo Điều 30 Nghị định số 120/2005/NĐ-CP ngày 30/09/2005 quy định về xử lý vi phạm pháp luật trong lĩnh vực cạnh tranh (sau đây gọi là Nghị định số 120/2005/NĐ-CP ngày 30/09/2005), hành vi chỉ dẫn gây nhầm lẫn bị phạt tiền từ năm triệu đến hai mươi triệu đồng, tùy từng trường hợp, ngoài ra doanh nghiệp vi phạm còn có thể bị áp dụng một hoặc một số hình thức xử phạt bổ sung và biện pháp khắc phục như: Tịch thu tang vật, phương tiện được sử dụng để thực hiện hành vi vi phạm, buộc cải chính công khai.

2. Buộc xin lỗi, cải chính công khai;

3. Buộc thực hiện nghĩa vụ dân sự;

Đối với hành vi xâm phạm bí mật kinh doanh, Điều 31

pháp dân sự có thể được áp dụng là:

“1. Buộc chấm dứt hành vi xâm phạm;

4. Buộc bồi thường thiệt hại;

5. Buộc tiêu huỷ hoặc buộc phân phối hoặc đưa vào sử dụng không nhằm mục đích thương mại đối với hàng hoá, nguyên liệu, vật liệu và phương tiện được sử dụng chủ yếu để sản xuất, kinh doanh hàng hoá xâm phạm quyền sở hữu trí tuệ với điều kiện không làm ảnh hưởng đến khả năng khai thác quyền của chủ thể quyền sở hữu trí tuệ”.

2) Xử phạt vi phạm hành chính theo quy định của pháp luật về cạnh tranh.

Khoản 3 Điều 211 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005 quy định:

“Tơ chức, cá nhân thực hiện hành vi cạnh tranh không lành mạnh về sở hữu trí tuệ thì bị xử phạt vi phạm hành chính theo quy định của pháp luật về cạnh tranh”.

Theo Điều 30 Nghị định số 120/2005/NĐ-CP ngày 30/09/2005 quy định về xử lý vi phạm pháp luật trong lĩnh vực cạnh tranh (sau đây gọi là Nghị định số 120/2005/NĐ-CP ngày 30/09/2005), hành vi chỉ dẫn gây nhầm lẫn bị phạt tiền từ năm triệu đến hai mươi triệu đồng, tùy từng trường hợp, ngoài ra doanh nghiệp vi phạm còn có thể bị áp dụng một hoặc một số hình thức xử phạt bổ sung và biện pháp khắc phục như: Tịch thu tang vật, phương tiện được sử dụng để thực hiện hành vi vi phạm, buộc cải chính công khai.

Đối với hành vi xâm phạm bí mật kinh doanh, Điều 31

Nghị định số 120/2005/NĐ-CP ngày 30/09/2005 cũng quy định mức phạt tiền tương tự như hành vi chỉ dẫn gây nhầm lẫn.

Đối với các hành vi cạnh tranh không lành mạnh khác liên quan đến quyền sở hữu công nghiệp được quy định tại khoản 1 Điều 130 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005 nhưng không được quy định tại Điều 39 Luật cạnh tranh năm 2004, như sử dụng tên miền trùng hoặc tương tự gây nhầm lẫn với nhãn hiệu được bảo hộ của người khác V.V.. pháp luật về cạnh tranh chưa có quy định xử lý.

3) Các biện pháp khác.

Do hành vi cạnh tranh không lành mạnh liên quan đến quyền sở hữu công nghiệp vừa vi phạm pháp luật về cạnh tranh vừa vi phạm pháp luật về sở hữu công nghiệp nên các hành vi này cũng là đối tượng của các biện pháp xử lý hành vi xâm phạm quyền sở hữu công nghiệp.

Theo Điều 199 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005, các tổ chức, cá nhân có hành vi xâm phạm quyền sở hữu công nghiệp của tổ chức, cá nhân khác thì tùy theo tính chất, mức độ xâm phạm, có thể bị xử lý bằng các biện pháp sau đây:

- Biện pháp dân sự;
- Biện pháp hành chính hoặc
- Biện pháp hình sự.

Trong trường hợp cần thiết, cơ quan Nhà nước có thẩm quyền có thể áp dụng các biện pháp sau đây:

- Biện pháp khẩn cấp tạm thời;
- Biện pháp kiểm soát hàng hoá xuất khẩu, nhập khẩu liên quan đến sở hữu công nghiệp;

Đối với các hành vi cạnh tranh không lành mạnh khác liên quan đến quyền sở hữu công nghiệp được quy định tại khoản 1 Điều 130 Luật sở

Nghị định số 120/2005/NĐ-CP ngày 30/09/2005 cũng quy định mức phạt tiền tương tự như hành vi chỉ dẫn gây nhầm lẫn.

hữu trí tuệ năm 2005 nhưng không được quy định tại Điều 39 Luật cạnh tranh năm 2004, như sử dụng tên miền trùng hoặc tương tự gây nhầm lẫn với nhãn hiệu được bảo hộ của người khác V.V.. pháp luật về cạnh tranh chưa có quy định xử lí.

3) Các biện pháp khác.

Do hành vi cạnh tranh không lành mạnh liên quan đến quyền sở hữu công nghiệp vừa vi phạm pháp luật về cạnh tranh vừa vi phạm pháp luật về sở hữu công nghiệp nên các hành vi này cũng là đối tượng của các biện pháp xử lí hành vi xâm phạm quyền sở hữu công nghiệp.

Theo Điều 199 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005, các tổ chức, cá nhân có hành vi xâm phạm quyền sở hữu công nghiệp của tổ chức, cá nhân khác thì tùy theo tính chất, mức độ xâm phạm, có thể bị xử lí bằng các biện pháp sau đây:

- Biện pháp dân sự;
- Biện pháp hành chính hoặc
- Biện pháp hình sự.

Trong trường hợp cần thiết, cơ quan Nhà nước có thẩm quyền có thể áp dụng các biện pháp sau đây:

- Biện pháp khẩn cấp tạm thời;
- Biện pháp kiểm soát hàng hoá xuất khẩu, nhập khẩu liên quan đến sở hữu công nghiệp;

- Biện pháp ngăn chặn và bảo đảm xử phạt hành chính theo quy định của Luật sở hữu trí tuệ năm 2005 và các quy định khác của pháp luật.

c. Kiểm soát hành vi hạn chế cạnh tranh liên quan đến quyền sở hữu công nghiệp

Bên cạnh việc ngăn ngừa cạnh tranh không lành mạnh trong lĩnh vực sở hữu công nghiệp, cần phải có cơ chế kiểm soát tình trạng hạn chế cạnh tranh (hay độc quyền), với các biểu hiện đa dạng như: Hợp đồng li-xăng độc quyền, ghi nhận các điều khoản hạn chế cạnh tranh trong hợp đồng li-xăng V.V..

Trong quan hệ thương mại hiện đại, vấn đề bảo hộ quyền sở hữu công nghiệp được đặt ra như một sự đảm bảo cho các nhà sản xuất cũng như nhà phân phối khi thực hiện các hành vi thương mại liên quan đến những hàng hoá chứa đựng đối tượng sở hữu công nghiệp. Tuy nhiên, không phải trong mọi trường hợp, sự đảm bảo này đều được ưu tiên, nhất là khi việc bảo hộ quyền sở hữu công nghiệp làm ảnh hưởng tới nguyên tắc tự do cạnh tranh. Quyền kiểm soát hành vi hạn chế cạnh tranh liên quan đến quyền sở hữu công nghiệp thường được thể hiện trong các quy định pháp luật về li-xăng bắt buộc, cấm ghi nhận các điều khoản hạn chế cạnh tranh trong hợp đồng li-xăng V.V.. Như vậy, quyền kiểm soát các hành vi hạn chế cạnh tranh có ảnh hưởng trực tiếp tới quyền chuyển giao quyền sở hữu công nghiệp. Nói cách khác, một khi chủ thể quyền sở hữu công nghiệp thực hiện quyền chuyển giao quyền sở hữu công nghiệp thì chắc chắn sẽ động chạm tới quyền kiểm soát các hành vi hạn chế cạnh tranh.

- Biện pháp ngăn chặn và bảo đảm xử phạt hành chính theo quy định

của Luật sở hữu trí tuệ năm 2005 và các quy định khác của pháp luật.

c. Kiểm soát hành vi hạn chế cạnh tranh liên quan đến quyền sở hữu công nghiệp

Bên cạnh việc ngăn ngừa cạnh tranh không lành mạnh trong lĩnh vực sở hữu công nghiệp, cần phải có cơ chế kiểm soát tình trạng hạn chế cạnh tranh (hay độc quyền), với các biểu hiện đa dạng như: Hợp đồng li-xăng độc quyền, ghi nhận các điều khoản hạn chế cạnh tranh trong hợp đồng li-xăng V.V..

Trong quan hệ thương mại hiện đại, vấn đề bảo hộ quyền sở hữu công nghiệp được đặt ra như một sự đảm bảo cho các nhà sản xuất cũng như nhà phân phối khi thực hiện các hành vi thương mại liên quan đến những hàng hoá chứa đựng đối tượng sở hữu công nghiệp. Tuy nhiên, không phải trong mọi trường hợp, sự đảm bảo này đều được ưu tiên, nhất là khi việc bảo hộ quyền sở hữu công nghiệp làm ảnh hưởng tới nguyên tắc tự do cạnh tranh. Quyền kiểm soát hành vi hạn chế cạnh tranh liên quan đến quyền sở hữu công nghiệp thường được thể hiện trong các quy định pháp luật về li-xăng bắt buộc, cấm ghi nhận các điều khoản hạn chế cạnh tranh trong hợp đồng li-xăng V.V.. Như vậy, quyền kiểm soát các hành vi hạn chế cạnh tranh có ảnh hưởng trực tiếp tới quyền chuyển giao quyền sở hữu công nghiệp. Nói cách khác, một khi chủ thể quyền sở hữu công nghiệp thực hiện quyền chuyển giao quyền sở hữu công nghiệp thì chắc chắn sẽ động chạm tới quyền kiểm soát các hành vi hạn chế cạnh tranh.

quan đến quyền sở hữu công nghiệp của nước ta đã tích cực bảo vệ môi trường cạnh tranh lành mạnh, chống lại sự lạm dụng quyền sở hữu công nghiệp. Pháp luật Việt Nam quy định về quyền kiểm soát hành vi hạn chế cạnh tranh liên quan đến quyền sở hữu công nghiệp trong một số văn bản, như: Luật cạnh tranh năm 2004 và các văn bản hướng dẫn thi

Pháp luật về kiểm soát hành vi hạn chế cạnh tranh liên

hành và Luật sở hữu trí tuệ năm 2005. Bên cạnh đó, Hiệp định TRIPs năm 1994 quy định về kiểm soát hành vi hạn chế cạnh tranh trong các hợp đồng li-xăng tại Điều 40.

Việc bảo hộ quyền sở hữu công nghiệp nhằm đảm bảo cho chủ sở hữu có vị trí độc quyền về sử dụng đối tượng sở hữu công nghiệp, để bồi hoàn công sức của họ và thu lợi nhuận. Như vậy, đã xuất hiện mâu thuẫn giữa độc quyền cá nhân và nguyên tắc tự do cạnh tranh, giữa độc quyền cá nhân và nhu cầu của xã hội trong việc sử dụng đối tượng sở hữu công nghiệp cho sự phát triển của nền kinh tế quốc dân. Trong một số trường hợp nhất định, pháp luật phải giải quyết mâu thuẫn nói trên, nhất là khi chủ sở hữu lạm dụng độc quyền của mình để cản trở thương mại.

* Một số ngoại lệ thông thường của quyền độc quyền của chủ sở hữu quyền sở hữu công nghiệp.

1) Quyền sử dụng trước đối với sáng chế, kiểu dáng công nghiệp.

Điều 134 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005 quy định quyền của người đã sử dụng trước sáng chế, kiểu dáng công nghiệp, theo đó người sử dụng trước có quyền tiếp tục khai thác lợi ích kinh tế của đối tượng sở hữu công nghiệp nhưng không có quyền chuyển giao quyền sử dụng cho người khác, mở rộng phạm vi, khối lượng sử dụng.

quan đến quyền sở hữu công nghiệp của nước ta đã tích cực bảo vệ môi trường cạnh tranh lành mạnh, chống lại sự lạm dụng quyền sở hữu công nghiệp. Pháp luật Việt Nam quy định về quyền kiểm soát hành vi hạn chế cạnh tranh liên quan đến quyền sở hữu công nghiệp trong một số văn bản, như: Luật cạnh tranh năm 2004 và các văn bản hướng dẫn thi hành và Luật sở hữu trí tuệ năm 2005. Bên cạnh đó, Hiệp định TRIPs năm 1994 quy định về kiểm soát hành vi hạn chế cạnh tranh trong các hợp đồng li-xăng tại Điều 40.

Việc bảo hộ quyền sở hữu công nghiệp nhằm đảm bảo cho chủ sở

hữu có vị trí độc quyền về sử dụng đối tượng sở hữu công nghiệp, để bồi hoàn công sức của họ và thu lợi nhuận. Như vậy, đã xuất hiện mâu thuẫn giữa độc quyền cá nhân và nguyên tắc tự do cạnh tranh, giữa độc quyền cá nhân và nhu cầu của xã hội trong việc sử dụng đối tượng sở hữu công nghiệp cho sự phát triển của nền kinh tế quốc dân. Trong một số trường hợp nhất định, pháp luật phải giải quyết mâu thuẫn nói trên, nhất là khi chủ sở hữu lạm dụng độc quyền của mình để cản trở thương mại.

* Một số ngoại lệ thông thường của quyền độc quyền của chủ sở hữu quyền sở hữu công nghiệp.

1) Quyền sử dụng trước đối với sáng chế, kiểu dáng công nghiệp.

Điều 134 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005 quy định quyền của người đã sử dụng trước sáng chế, kiểu dáng công nghiệp, theo đó người sử dụng trước có quyền tiếp tục khai thác lợi ích kinh tế của đối tượng sở hữu công nghiệp nhưng không có quyền chuyển giao quyền sử dụng cho người khác, mở rộng phạm vi, khối lượng sử dụng.

2) Sử dụng các đối tượng sở hữu công nghiệp vào mục đích phi thương mại và một số ngoại lệ khác.

Theo khoản 2 và khoản 3 Điều 125 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005, chủ sở hữu quyền sở hữu công nghiệp không có quyền cấm người khác thực hiện một số hành vi sau đây:

- Sử dụng sáng chế, kiểu dáng công nghiệp, thiết kế bố trí nhằm phục vụ nhu cầu cá nhân hoặc mục đích phi thương mại hoặc nhằm mục đích đánh giá, phân tích, nghiên cứu, giảng dạy, thử nghiệm, sản xuất thử hoặc thu thập thông tin để thực hiện thủ tục xin phép sản xuất, nhập khẩu, lưu hành sản phẩm (điểm a khoản 2 Điều 125 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005).

- Sử dụng sáng chế, kiểu dáng công nghiệp, thiết kế bố trí chỉ nhằm mục đích duy trì hoạt động của các phương tiện vận tải của nước ngoài đang quá cảnh hoặc tạm thời nằm trong lãnh thổ Việt Nam (điểm c khoản 2 Điều 125 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005).

- Sử dụng thiết kế bố trí khi không biết hoặc không có nghĩa vụ phải biết thiết kế bố trí đó được bảo hộ (Điểm e khoản 2 Điều 125 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005).

- Sử dụng nhãn hiệu trùng hoặc tương tự với chỉ dẫn địa lý được bảo hộ nếu nhãn hiệu đó đã đạt được sự bảo hộ một cách trung thực trước ngày nộp đơn đăng kí chỉ dẫn địa lý đó (điểm g khoản 2 Điều 125 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005).

- Sử dụng một cách trung thực tên người, dấu hiệu mô tả chủng loại, số lượng, chất lượng, công dụng, giá trị, nguồn gốc địa lý và các đặc tính khác của hàng hoá, dịch vụ (điểm h khoản 2 Điều 125 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005).

Theo khoản 2 và khoản 3 Điều 125 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005,

2) Sử dụng các đối tượng sở hữu công nghiệp vào mục đích phi thương mại và một số ngoại lệ khác.

Chủ sở hữu quyền sở hữu công nghiệp không có quyền cấm người khác thực hiện một số hành vi sau đây:

- Sử dụng sáng chế, kiểu dáng công nghiệp, thiết kế bố trí nhằm phục vụ nhu cầu cá nhân hoặc mục đích phi thương mại hoặc nhằm mục đích đánh giá, phân tích, nghiên cứu, giảng dạy, thử nghiệm, sản xuất thử hoặc thu thập thông tin để thực hiện thủ tục xin phép sản xuất, nhập khẩu, lưu hành sản phẩm (điểm a khoản 2 Điều 125 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005).

- Sử dụng sáng chế, kiểu dáng công nghiệp, thiết kế bố trí chỉ nhằm mục đích duy trì hoạt động của các phương tiện vận tải của nước ngoài đang quá cảnh hoặc tạm thời nằm trong lãnh thổ Việt Nam (điểm c khoản 2 Điều 125 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005).

- Sử dụng thiết kế bố trí khi không biết hoặc không có nghĩa vụ phải biết thiết kế bố trí đó được bảo hộ (Điểm e khoản 2 Điều 125 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005).

- Sử dụng nhãn hiệu trùng hoặc tương tự với chỉ dẫn địa lý được bảo hộ nếu nhãn hiệu đó đã đạt được sự bảo hộ một cách trung thực trước ngày nộp đơn đăng ký chỉ dẫn địa lý đó (điểm g khoản 2 Điều 125 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005).

- Sử dụng một cách trung thực tên người, dấu hiệu mô tả chủng loại, số lượng, chất lượng, công dụng, giá trị, nguồn gốc địa lý và các đặc tính khác của hàng hoá, dịch vụ (điểm h khoản 2 Điều 125 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005).

- Bộc lộ, sử dụng bí mật kinh doanh thu được khi không biết và không có nghĩa vụ phải biết bí mật kinh doanh đó do người khác thu được một cách bất hợp pháp (điểm a khoản 3 Điều 125 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005).

- Cơ quan nhà nước có thẩm quyền bộc lộ dữ liệu bí mật nhằm bảo vệ công chúng (điểm b khoản 3 Điều 125 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005).

- Sử dụng dữ liệu bí mật không nhằm mục đích thương mại (điểm c khoản 3 Điều 125 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005).

- Bộc lộ, sử dụng bí mật kinh doanh được tạo ra một cách độc lập (điểm d khoản 3 Điều 125 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005).

- Bộc lộ, sử dụng bí mật kinh doanh được tạo ra do phân tích, đánh giá sản phẩm được phân phối hợp pháp với điều kiện người phân tích, đánh giá không có thoả thuận khác với chủ sở hữu bí mật kinh doanh hoặc người bán hàng (điểm đ khoản 3 Điều 125 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005).

* Kiểm soát hành vi hạn chế cạnh tranh trong hợp đồng chuyển giao quyền sở hữu công nghiệp.

Các hành vi hạn chế cạnh tranh trong hợp đồng chuyển giao quyền sở hữu công nghiệp được điều chỉnh bằng quy định của Luật cạnh tranh năm 2004 và các văn bản hướng dẫn thi hành và Luật sở hữu trí tuệ năm 2005.

(i) Kiểm soát hành vi hạn chế cạnh tranh trong hợp đồng chuyển giao quyền sở hữu công nghiệp theo quy định của Luật cạnh tranh năm 2004 và các văn bản hướng dẫn thi hành

Theo khoản 3 Điều 3 Luật cạnh tranh năm 2004, hành vi hạn chế cạnh tranh được thể hiện dưới ba dạng: 1) thoả thuận

- Bộc lộ, sử dụng bí mật kinh doanh thu được khi không biết và

không có nghĩa vụ phải biết bí mật kinh doanh đó do người khác thu được một cách bất hợp pháp (điểm a khoản 3 Điều 125 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005).

- Cơ quan nhà nước có thẩm quyền bộc lộ dữ liệu bí mật nhằm bảo vệ công chúng (điểm b khoản 3 Điều 125 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005).

- Sử dụng dữ liệu bí mật không nhằm mục đích thương mại (điểm c khoản 3 Điều 125 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005).

- Bộc lộ, sử dụng bí mật kinh doanh được tạo ra một cách độc lập (điểm d khoản 3 Điều 125 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005).

- Bộc lộ, sử dụng bí mật kinh doanh được tạo ra do phân tích, đánh giá sản phẩm được phân phối hợp pháp với điều kiện người phân tích, đánh giá không có thoả thuận khác với chủ sở hữu bí mật kinh doanh hoặc người bán hàng (điểm đ khoản 3 Điều 125 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005).

* Kiểm soát hành vi hạn chế cạnh tranh trong hợp đồng chuyển giao quyền sở hữu công nghiệp.

Các hành vi hạn chế cạnh tranh trong hợp đồng chuyển giao quyền sở hữu công nghiệp được điều chỉnh bằng quy định của Luật cạnh tranh năm 2004 và các văn bản hướng dẫn thi hành và Luật sở hữu trí tuệ năm 2005.

(i) Kiểm soát hành vi hạn chế cạnh tranh trong hợp đồng chuyển giao quyền sở hữu công nghiệp theo quy định của Luật cạnh tranh năm 2004 và các văn bản hướng dẫn thi hành

Theo khoản 3 Điều 3 Luật cạnh tranh năm 2004, hành vi hạn chế cạnh tranh được thể hiện dưới ba dạng: 1) thoả thuận

hạn chế cạnh tranh; 2) lạm dụng vị trí thống lĩnh thị trường, lạm dụng vị trí độc quyền; 3) tập trung kinh tế. Nếu hợp đồng chuyển giao quyền sở

hữu công nghiệp nào bị coi là một trong ba dạng hành vi hạn chế cạnh tranh thì hợp đồng đó sẽ chịu sự điều chỉnh của pháp luật về cạnh tranh. *Thí dụ:* Trong lĩnh vực công nghệ thông tin và viễn thông, lĩnh vực trong đó có tình trạng có nhiều bằng sáng chế của nhiều chủ sở hữu cùng liên quan đến một sản phẩm, nếu các chủ sở hữu này kí kết một thoả thuận dàn xếp việc loại trừ sự cạnh tranh lẫn nhau (“pool agreement”) thì điều này có thể gây ảnh hưởng đến cạnh tranh.

Điều 9 Luật cạnh tranh năm 2004 quy định về các thoả thuận hạn chế cạnh tranh bị cấm. Điều 13 Luật cạnh tranh năm 2004 quy định về các hành vi lạm dụng vị trí thống lĩnh thị trường bị cấm. Điều 14 Luật cạnh tranh năm 2004 quy định về các hành vi lạm dụng vị trí độc quyền bị cấm. Khi kí kết hợp đồng chuyển giao chuyển giao quyền sở hữu công nghiệp, việc các bên ghi nhận các hành vi hạn chế cạnh tranh bị cấm là điều có thể xảy ra. Rõ nét nhất là các hành vi sau đây;

- Thoả thuận hạn chế phát triển kỹ thuật, công nghệ khi các bên tham gia thoả thuận có thị phần kết hợp trên thị trường liên quan từ 30% trở lên (khoản 4 Điều 8, khoản 2 Điều 9 Luật cạnh tranh năm 2004).

- Doanh nghiệp, nhóm doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh thị trường thực hiện hành vi cản trở sự phát triển kỹ thuật, công nghệ gây thiệt hại cho khách hàng (khoản 3 Điều 13 Luật cạnh tranh năm 2004).

hạn chế cạnh tranh; 2) lạm dụng vị trí thống lĩnh thị trường, lạm dụng vị trí độc quyền; 3) tập trung kinh tế. Nếu hợp đồng chuyển giao quyền sở hữu công nghiệp nào bị coi là một trong ba dạng hành vi hạn chế cạnh tranh thì hợp đồng đó sẽ chịu sự điều chỉnh của pháp luật về cạnh tranh. *Thí dụ:* Trong lĩnh vực công nghệ thông tin và viễn thông, lĩnh vực trong đó có tình trạng có nhiều bằng sáng chế của nhiều chủ sở hữu cùng liên quan đến một sản phẩm, nếu các chủ sở hữu này kí kết một

thoả thuận dàn xếp việc loại trừ sự cạnh tranh lẫn nhau (“pool agreement”) thì điều này có thể gây ảnh hưởng đến cạnh tranh.

Điều 9 Luật cạnh tranh năm 2004 quy định về các thoả thuận hạn chế cạnh tranh bị cấm. Điều 13 Luật cạnh tranh năm 2004 quy định về các hành vi lạm dụng vị trí thống lĩnh thị trường bị cấm. Điều 14 Luật cạnh tranh năm 2004 quy định về các hành vi lạm dụng vị trí độc quyền bị cấm. Khi kí kết hợp đồng chuyển giao chuyển giao quyền sở hữu công nghiệp, việc các bên ghi nhận các hành vi hạn chế cạnh tranh bị cấm là điều có thể xảy ra. Rõ nét nhất là các hành vi sau đây;

- Thoả thuận hạn chế phát triển kỹ thuật, công nghệ khi các bên tham gia thoả thuận có thị phần kết hợp trên thị trường liên quan từ 30% trở lên (khoản 4 Điều 8, khoản 2 Điều 9 Luật cạnh tranh năm 2004).

- Doanh nghiệp, nhóm doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh thị trường thực hiện hành vi cản trở sự phát triển kỹ thuật, công nghệ gây thiệt hại cho khách hàng (khoản 3 Điều 13 Luật cạnh tranh năm 2004).

định số 116/2005/NĐ-CP ngày 15/09/2005 quy định chi tiết thi hành một số điều của Luật cạnh tranh (sau đây gọi là Nghị định số 116/2005/NĐ-CP ngày 15/09/2005), các hành vi nêu trên được giải thích là việc mua sáng chế, giải pháp hữu ích, kiểu dáng công nghiệp để tiêu huỷ hoặc không sử dụng.

Hợp đồng sử dụng đối tượng sở hữu công nghiệp có khả năng làm phát sinh các tác động phi cạnh tranh khi mà chủ sở hữu quyền sở hữu công nghiệp đáng lẽ khai thác quyền một mình lại chuyển giao cho người khác để cùng nhau kinh doanh độc quyền và từ đó dẫn tới việc độc quyền định giá. Một hợp đồng giữa hai bên, theo đó thoả thuận việc bán các sản phẩm cạnh tranh và chuyển giao chéo các công nghệ được sử dụng để sản xuất ra sản phẩm này có thể gây tác động hạn chế cạnh tranh trên thị

trường sản phẩm liên quan. Sự cạnh tranh trên các thị trường có thể bị ảnh hưởng nếu hợp đồng có tác động làm chậm việc đưa sản phẩm cải tiến hoặc sản phẩm mới vào thay thế sản phẩm hiện hành. Trong hợp đồng sử dụng đối tượng sở hữu công nghiệp có thể có một số quy định về phân chia thị trường giữa bên chuyển quyền và bên được chuyển quyền, hoặc giữa các bên được chuyển quyền, hoặc quy định về ngăn cản các bên được chuyển quyền cam kết cạnh tranh với nhau về giá.

2) Cấm ghi nhận các điều khoản hạn chế cạnh tranh trong hợp đồng sử dụng đối tượng sở hữu công nghiệp theo quy định của Luật sở hữu trí tuệ năm 2005.

Theo khoản 2 Điều 144 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005, hợp đồng sử dụng đối tượng sở hữu công nghiệp không được có các điều khoản hạn chế bất hợp lý quyền của bên được định số 116/2005/NĐ-CP ngày 15/09/2005 quy định chi tiết thi hành một số điều của Luật cạnh tranh (sau đây gọi là Nghị định số 116/2005/NĐ-CP ngày 15/09/2005), các hành vi nêu trên được giải thích là việc mua sáng chế, giải pháp hữu ích, kiểu dáng công nghiệp để tiêu huỷ hoặc không sử dụng.

Hợp đồng sử dụng đối tượng sở hữu công nghiệp có khả năng làm phát sinh các tác động phi cạnh tranh khi mà chủ sở hữu quyền sở hữu công nghiệp đáng lẽ khai thác quyền một mình lại chuyển giao cho người khác để cùng nhau kinh doanh độc quyền và từ đó dẫn tới việc độc quyền định giá. Một hợp đồng giữa hai bên, theo đó thoả thuận việc bán các sản phẩm cạnh tranh và chuyển giao chéo các công nghệ được sử dụng để sản xuất ra sản phẩm này có thể gây tác động hạn chế cạnh tranh trên thị trường sản phẩm liên quan. Sự cạnh tranh trên các thị trường có thể bị ảnh hưởng nếu hợp đồng có tác động làm chậm việc đưa sản phẩm cải tiến hoặc sản phẩm mới vào thay thế sản phẩm hiện hành. Trong hợp đồng sử dụng đối tượng sở hữu công nghiệp có thể có một số quy định về phân chia thị trường giữa bên chuyển quyền và bên

được chuyển quyền, hoặc giữa các bên được chuyển quyền, hoặc quy định về ngăn cản các bên được chuyển quyền cam kết cạnh tranh với nhau về giá.

2) Cấm ghi nhận các điều khoản hạn chế cạnh tranh trong hợp đồng sử dụng đối tượng sở hữu công nghiệp theo quy định của Luật sở hữu trí tuệ năm 2005.

Theo khoản 2 Điều 144 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005, hợp đồng sử dụng đối tượng sở hữu công nghiệp không được có các điều khoản hạn chế bất hợp lý quyền của bên được

chuyển quyền, đặc biệt là các điều khoản không xuất phát từ quyền của bên chuyển quyền sau đây:

“a) Cấm bên được chuyển quyền cải tiến đối tượng sở hữu công nghiệp, trừ nhãn hiệu; buộc bên được chuyển quyền phải chuyển giao miễn phí cho bên chuyển quyền các cải tiến đối tượng sở hữu công nghiệp do bên được chuyển quyền tạo ra hoặc quyền đăng kí sở hữu công nghiệp, quyền sở hữu công nghiệp đối với các cải tiến đó;

b) Trực tiếp hoặc gián tiếp hạn chế bên được chuyển quyền xuất khẩu hàng hoá, dịch vụ được sản xuất hoặc cung cấp theo hợp đồng sử dụng đối tượng sở hữu công nghiệp sang các vùng lãnh thổ không phải là nơi mà bên chuyển quyền nắm giữ quyền sở hữu công nghiệp tương ứng hoặc có độc quyền nhập khẩu hàng hoá đó;

c) Buộc bên được chuyển quyền phải mua toàn bộ hoặc một tỉ lệ nhất định các nguyên liệu, linh kiện hoặc thiết bị của bên chuyển quyền hoặc của bên thứ ba do bên chuyển quyền chỉ định mà không nhằm mục đích bảo đảm chất lượng hàng hoá, dịch vụ do bên được chuyển quyền sản xuất hoặc cung cấp;

d) Cấm bên được chuyển quyền khiếu kiện về hiệu lực của quyền sở hữu công nghiệp hoặc quyền chuyển giao của bên chuyển quyền”.

Quy định trên nhằm chống lại sự lạm dụng ưu thế công nghệ của bên chuyển quyền để áp đặt các điều kiện hạn chế thương mại bất hợp lí, đẩy bên được chuyển quyền vào thế cạnh tranh bất lợi. Nói cách khác, quy định trên nhằm mục đích bảo vệ quyền lợi của bên được chuyển quyền sử dụng

“a) Cấm bên được chuyển quyền cải tiến đối tượng sở hữu công nghiệp, trừ nhãn hiệu; buộc bên được chuyển quyền phải chuyển giao miễn phí cho bên chuyển quyền các cải tiến đối tượng sở hữu công nghiệp do bên được chuyển quyền tạo ra hoặc quyền đăng kí sở hữu

chuyển quyền, đặc biệt là các điều khoản không xuất phát từ quyền của bên chuyển quyền sau đây:

công nghiệp, quyền sở hữu công nghiệp đối với các cải tiến đó;

b) Trực tiếp hoặc gián tiếp hạn chế bên được chuyển quyền xuất khẩu hàng hoá, dịch vụ được sản xuất hoặc cung cấp theo hợp đồng sử dụng đối tượng sở hữu công nghiệp sang các vùng lãnh thổ không phải là nơi mà bên chuyển quyền nắm giữ quyền sở hữu công nghiệp tương ứng hoặc có độc quyền nhập khẩu hàng hoá đó;

c) Buộc bên được chuyển quyền phải mua toàn bộ hoặc một tỉ lệ nhất định các nguyên liệu, linh kiện hoặc thiết bị của bên chuyển quyền hoặc của bên thứ ba do bên chuyển quyền chỉ định mà không nhằm mục đích bảo đảm chất lượng hàng hoá, dịch vụ do bên được chuyển quyền sản xuất hoặc cung cấp;

d) Cấm bên được chuyển quyền khiếu kiện về hiệu lực của quyền sở hữu công nghiệp hoặc quyền chuyển giao của bên chuyển quyền”.

Quy định trên nhằm chống lại sự lạm dụng ưu thế công nghệ của bên chuyển quyền để áp đặt các điều kiện hạn chế thương mại bất hợp lý, đẩy bên được chuyển quyền vào thế cạnh tranh bất lợi. Nói cách khác, quy định trên nhằm mục đích bảo vệ quyền lợi của bên được chuyển quyền sử dụng

đối tượng sở hữu công nghiệp. Theo khoản 3 Điều 144 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005, các điều khoản trong hợp đồng sử dụng đối tượng sở hữu công nghiệp thuộc các trường hợp quy định tại khoản 2 Điều 144 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005 nêu trên sẽ mặc nhiên bị vô hiệu.

* Quy định về li-xăng bắt buộc.

Để hạn chế một cách hữu hiệu các hợp đồng li-xăng độc quyền, một số nước đưa ra quy định về li-xăng bắt buộc, trong đó có Việt Nam. Việc quy định về li-xăng bắt buộc trong pháp luật các nước chủ yếu dựa trên chuẩn mực của Điều 5 (A) Công ước Paris về bảo hộ quyền sở hữu công nghiệp năm 1883 và Điều 31 Hiệp định TRIPs năm 1994.

Pháp luật Việt Nam quy định về bắt buộc chuyển giao quyền sử dụng đối với sáng chế tại một số điều khoản của Luật sở hữu trí tuệ năm 2005 (Điều 133, Điều 136, Điều 137, Điều 145, Điều 146).

- Căn cứ của việc chuyển giao bắt buộc quyền sử dụng sáng chế;

+ Theo Điều 145 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005, quyền sử dụng sáng chế được chuyển giao cho tổ chức, cá nhân khác sử dụng, theo quyết định của cơ quan nhà nước có thẩm quyền mà không cần được sự đồng ý của người nắm độc quyền sử dụng sáng chế, trong các trường hợp sau đây:

. Việc sử dụng sáng chế nhằm mục đích công cộng, phi thương mại, phục vụ quốc phòng, an ninh, phòng bệnh, chữa bệnh, dinh dưỡng cho nhân dân hoặc đáp ứng các nhu cầu cấp thiết của xã hội;

đối tượng sở hữu công nghiệp. Theo khoản 3 Điều 144 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005, các điều khoản trong hợp đồng sử dụng đối tượng sở hữu công nghiệp thuộc các trường hợp quy định tại khoản 2 Điều 144 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005 nêu trên sẽ mặc nhiên bị vô hiệu.

* Quy định về li-xăng bắt buộc.

Để hạn chế một cách hữu hiệu các hợp đồng li-xăng độc quyền, một số nước đưa ra quy định về li-xăng bắt buộc, trong đó có Việt Nam. Việc quy định về li-xăng bắt buộc trong pháp luật các nước chủ yếu dựa trên chuẩn mực của Điều 5 (A) Công ước Paris về bảo hộ quyền sở hữu công nghiệp năm 1883 và Điều 31 Hiệp định TRIPs năm 1994.

Pháp luật Việt Nam quy định về bắt buộc chuyển giao quyền sử dụng đối với sáng chế tại một số điều khoản của Luật sở hữu trí tuệ năm 2005 (Điều 133, Điều 136, Điều 137, Điều 145, Điều 146).

- Căn cứ của việc chuyển giao bắt buộc quyền sử dụng sáng chế;

+ Theo Điều 145 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005, quyền sử dụng sáng chế được chuyển giao cho tổ chức, cá nhân khác sử dụng, theo quyết định của cơ quan nhà nước có thẩm quyền mà không cần được sự đồng ý của người nắm độc quyền sử dụng sáng chế, trong các trường hợp sau đây:

. Việc sử dụng sáng chế nhằm mục đích công cộng, phi thương mại, phục vụ quốc phòng, an ninh, phòng bệnh, chữa bệnh, dinh dưỡng cho nhân dân hoặc đáp ứng các nhu cầu cấp thiết của xã hội;

. Người nắm độc quyền sử dụng sáng chế không thực hiện nghĩa vụ sử dụng sáng chế để đáp ứng nhu cầu quốc phòng, an ninh, phòng bệnh, chữa bệnh, dinh dưỡng cho nhân dân hoặc đáp ứng các nhu cầu cấp thiết của xã hội, sau khi kết thúc bốn năm kể từ ngày nộp đơn đăng kí sáng chế và kết thúc ba năm kể từ ngày cấp bằng độc quyền sáng chế;

. Người có nhu cầu sử dụng sáng chế không đạt được thỏa thuận với người nắm độc quyền sử dụng sáng chế về việc kí kết hợp đồng sử dụng sáng chế, mặc dù trong một thời gian hợp lí đã cố gắng thương lượng với mức giá và các điều kiện thương mại thỏa đáng;

. Người nắm độc quyền sử dụng sáng chế bị coi là thực hiện hành vi hạn chế cạnh tranh bị cấm theo quy định của pháp luật về cạnh tranh.

+ Theo khoản 2 Điều 145 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005, người nắm độc quyền sử dụng sáng chế có quyền yêu cầu chấm dứt quyền sử dụng khi căn cứ chuyển giao nêu trên không còn tồn tại và không có khả năng tái xuất hiện với điều kiện việc chấm dứt quyền sử dụng đó không gây thiệt hại cho người được chuyển giao quyền sử dụng sáng chế.

+ Theo khoản 2 Điều 137 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005, nếu chủ sở hữu sáng chế cơ bản không chuyển giao quyền sử dụng sáng chế cơ bản cho chủ sở hữu sáng chế phụ thuộc mà không có lí do chính đáng thì đây cũng là một căn cứ bắt buộc chuyển giao quyền sử dụng sáng chế.

- Điều kiện của việc chuyển giao bắt buộc quyền sử dụng sáng chế (Điều 146 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005):

. Người nắm độc quyền sử dụng sáng chế không thực hiện nghĩa vụ sử dụng sáng chế để đáp ứng nhu cầu quốc phòng, an ninh, phòng bệnh, chữa bệnh, dinh dưỡng cho nhân dân hoặc đáp ứng các nhu cầu cấp thiết của xã hội, sau khi kết thúc bốn năm kể từ ngày nộp đơn đăng kí sáng chế và kết thúc ba năm kể từ ngày cấp bằng độc quyền sáng chế;

. Người có nhu cầu sử dụng sáng chế không đạt được thoả thuận với người nắm độc quyền sử dụng sáng chế về việc kí kết hợp đồng sử dụng sáng chế, mặc dù trong một thời gian hợp lí đã cố gắng thương lượng với mức giá và các điều kiện thương mại thoả đáng;

. Người nắm độc quyền sử dụng sáng chế bị coi là thực hiện hành vi hạn chế cạnh tranh bị cấm theo quy định của pháp luật về cạnh

tranh.

+ Theo khoản 2 Điều 145 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005, người nắm độc quyền sử dụng sáng chế có quyền yêu cầu chấm dứt quyền sử dụng khi căn cứ chuyển giao nêu trên không còn tồn tại và không có khả năng tái xuất hiện với điều kiện việc chấm dứt quyền sử dụng đó không gây thiệt hại cho người được chuyển giao quyền sử dụng sáng chế.

+ Theo khoản 2 Điều 137 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005, nếu chủ sở hữu sáng chế cơ bản không chuyển giao quyền sử dụng sáng chế cơ bản cho chủ sở hữu sáng chế phụ thuộc mà không có lí do chính đáng thì đây cũng là một căn cứ bắt buộc chuyển giao quyền sử dụng sáng chế.

- Điều kiện của việc chuyển giao bắt buộc quyền sử dụng sáng chế (Điều 146 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005):

+ Quyền sử dụng được chuyển giao thuộc dạng không độc quyền;

+ Quyền sử dụng được chuyển giao chỉ được giới hạn trong phạm vi và thời hạn đủ để đáp ứng mục tiêu chuyển giao và chủ yếu để cung cấp cho thị trường trong nước, trừ trường hợp người nắm độc quyền sử dụng sáng chế bị coi là thực hiện hành vi hạn chế cạnh tranh bị cấm theo quy định của pháp luật về cạnh tranh;

+ Đối với sáng chế trong lĩnh vực công nghệ bán dẫn thì việc chuyển giao quyền sử dụng chỉ nhằm mục đích công cộng, phi thương mại hoặc nhằm xử lý hành vi hạn chế cạnh tranh theo quy định của pháp luật về cạnh tranh;

+ Người được chuyển giao quyền sử dụng không được chuyển nhượng quyền đó cho người khác, trừ trường hợp chuyển nhượng cùng với cơ sở kinh doanh của mình và không được chuyển giao quyền sử dụng thứ cấp cho người khác;

+ Người được chuyển giao quyền sử dụng phải trả cho người nắm độc quyền sử dụng sáng chế một khoản tiền đền bù thoả đáng, tùy thuộc vào giá trị kinh tế của quyền sử dụng đó trong từng trường hợp cụ thể, phù hợp với khung giá đền bù do Chính phủ quy định.

+ Trong trường hợp chuyển giao quyền sử dụng sáng chế cơ bản, người nắm độc quyền sử dụng sáng chế cơ bản cũng được chuyển giao quyền sử dụng sáng chế phụ thuộc với những điều kiện hợp lý.

+ Người được chuyển giao quyền sử dụng sáng chế cơ bản không được chuyển nhượng quyền đó, trừ trường hợp chuyển

4- Quyền sử dụng được chuyển giao chỉ được giới hạn trong phạm vi và thời hạn đủ để đáp ứng mục tiêu chuyển giao và chủ yếu để cung cấp cho thị trường trong nước, trừ trường hợp người nắm độc quyền sử dụng sáng chế bị coi là thực hiện hành vi hạn chế cạnh tranh bị cấm theo quy

+ Quyền sử dụng được chuyển giao thuộc dạng không độc quyền;

định của pháp luật về cạnh tranh;

4- Đối với sáng chế trong lĩnh vực công nghệ bán dẫn thì việc chuyển giao quyền sử dụng chỉ nhằm mục đích công cộng, phi thương mại hoặc nhằm xử lý hành vi hạn chế cạnh tranh theo quy định của pháp luật về cạnh tranh;

4- Người được chuyển giao quyền sử dụng không được chuyển nhượng quyền đó cho người khác, trừ trường hợp chuyển nhượng cùng với cơ sở kinh doanh của mình và không được chuyển giao quyền sử dụng thứ cấp cho người khác;

4- Người được chuyển giao quyền sử dụng phải trả cho người nắm độc quyền sử dụng sáng chế một khoản tiền đền bù thỏa đáng, tùy thuộc vào giá trị kinh tế của quyền sử dụng đó trong từng trường hợp cụ thể, phù hợp với khung giá đền bù do Chính phủ quy định.

4- Trong trường hợp chuyển giao quyền sử dụng sáng chế cơ bản, người nắm độc quyền sử dụng sáng chế cơ bản cũng được chuyển giao quyền sử dụng sáng chế phụ thuộc với những điều kiện hợp lý.

4- Người được chuyển giao quyền sử dụng sáng chế cơ bản không được chuyển nhượng quyền đó, trừ trường hợp chuyển

Pháp luật hiện hành chỉ quy định về li-xăng bắt buộc đối với sáng chế còn các đối tượng sở hữu công nghiệp khác không phải là đối tượng của li-xăng bắt buộc. Điều này phù hợp với quy định của Hiệp định thương mại Việt Nam - Hoa Kỳ năm 2000, theo đó Việt Nam cam kết không được cho phép li-xăng bắt buộc đối với nhãn hiệu hàng hoá, thiết kế bố trí mạch tích hợp (Điều 6 khoản 12 Chương II Hiệp định thương mại Việt Nam - Hoa Kỳ năm 2000).

d. Vấn đề nhập khẩu song song

nhượng cùng với toàn bộ quyền đối với sáng chế phụ thuộc.

Pháp luật về cạnh tranh, quyền sở hữu công nghiệp và thương mại gắn bó chặt chẽ, bổ sung cho nhau. Trong lĩnh vực quyền sở hữu công nghiệp, “nhập khẩu song song” là một ngoại lệ quan trọng, hạn chế độc quyền của chủ sở hữu quyền sở hữu công nghiệp, khuyến khích cạnh tranh và tự do thương mại.

Đối mặt với vấn đề nhập khẩu song song, mỗi quốc gia hoặc tổ chức quốc tế đều phải đưa ra quan điểm của mình. Đây là một vấn đề nhạy cảm, liên quan trực tiếp tới hai mảng quan trọng của thương mại hiện đại, đó là tự do hoá thương mại và việc bảo hộ quyền sở hữu công nghiệp. Vì thế, không phải quốc gia nào cũng có được những quan điểm rõ ràng, nhất quán. Nhìn chung, vấn đề nhập khẩu song song được giải quyết hết sức linh hoạt ở các nước khác nhau.

- Đối với Hoa Kỳ, nơi mà hàng năm, số lượng đối tượng sở hữu công nghiệp đăng kí bảo hộ ngày càng tăng cao, việc nhìn nhận về vấn đề nhập khẩu song song có nhiều thay đổi

Pháp luật hiện hành chỉ quy định về li-xăng bắt buộc đối với sáng chế còn các đối tượng sở hữu công nghiệp khác không phải là đối tượng của li-xăng bắt buộc. Điều này phù hợp với quy định của Hiệp định thương mại Việt Nam - Hoa Kỳ năm 2000, theo đó Việt Nam cam kết không được cho phép li-xăng bắt buộc đối với nhãn hiệu hàng hoá, thiết kế bố trí mạch tích hợp (Điều 6 khoản 12 Chương II Hiệp định thương mại Việt Nam - Hoa Kỳ năm 2000).

d. Vấn đề nhập khẩu song song

Pháp luật về cạnh tranh, quyền sở hữu công nghiệp và thương mại gắn bó chặt chẽ, bổ sung cho nhau. Trong lĩnh vực quyền sở hữu công nghiệp, “nhập khẩu song song” là một ngoại lệ quan trọng, hạn chế

nhượng cùng với toàn bộ quyền đối với sáng chế phụ thuộc.
độc quyền của chủ sở hữu quyền sở hữu công nghiệp, khuyến khích
cạnh tranh và tự do thương mại.

Đối mặt với vấn đề nhập khẩu song song, mỗi quốc gia hoặc tổ
chức quốc tế đều phải đưa ra quan điểm của mình. Đây là một vấn đề
nhạy cảm, liên quan trực tiếp tới hai mảng quan trọng của thương mại
hiện đại, đó là tự do hoá thương mại và việc bảo hộ quyền sở hữu công
nghiệp. Vì thế, không phải quốc gia nào cũng có được những quan
điểm rõ ràng, nhất quán. Nhìn chung, vấn đề nhập khẩu song song
được giải quyết hết sức linh hoạt ở các nước khác nhau.

- Đối với Hoa Kỳ, nơi mà hàng năm, số lượng đối tượng sở hữu
công nghiệp đăng kí bảo hộ ngày càng tăng cao, việc nhìn nhận về vấn
đề nhập khẩu song song có nhiều thay đổi

qua các thời kì khác nhau. Trước năm 1922, Hoa Kỳ không phân đối nhập khẩu song song, thậm chí còn coi nhập khẩu song song là một trong những cách thức đẩy mạnh sự cạnh tranh thương mại trong nước. Vào giai đoạn này, Hoa Kỳ chỉ cấm nhập khẩu song song trong trường hợp hành vi này xâm phạm nhãn hiệu hàng hoá được bảo hộ. Từ năm 1936, Hoa Kỳ vẫn cho phép nhập khẩu song song các hàng hoá chính hiệu nếu các chủ sở hữu nhãn hiệu trong nước và nước ngoài là một, hoặc có quan hệ chi nhánh.⁽¹⁾

- Tổ chức EU, với những kinh nghiệm giải quyết vấn đề nhập khẩu song song của Toà án châu Âu cũng đưa ra những quan điểm khá đặc biệt. Ban đầu, EU nhấn mạnh vị trí ưu tiên của nguyên tắc tự do cạnh tranh thương mại, vì thế không đưa ra bất cứ hạn chế nào đối với nhập khẩu song song. Đến những năm 90 của thế kỉ XX, quan điểm của Toà án châu Âu đã thay đổi chút ít khi nhìn nhận về vấn đề này.

Để giải quyết vấn đề nhập khẩu song song, người ta dựa vào một số học thuyết nhất định.

+ Thứ nhất là học thuyết không cho phép mâu thuẫn giữa việc thực hiện quyền sở hữu công nghiệp và nguyên tắc tự do cạnh tranh. Theo học thuyết này, trong một số trường hợp, việc viện dẫn quyền sở hữu công nghiệp để ngăn cản nhập khẩu song song sẽ vi phạm nguyên tắc tự do cạnh tranh. Nếu một dấu hiệu của việc ngăn cản cạnh tranh thương mại được phát hiện thì Toà án châu Âu sẽ bảo vệ nhập khẩu song song như bảo vệ nguyên tắc tự do cạnh tranh.

(1).Xem: Folsom, Gordon, Spanogle (2003), *International Business Transactions*, Thomson West Edition, Sixth Edition, tr. 762 - 892. qua các thời kì khác nhau. Trước năm 1922, Hoa Kỳ không phân đối nhập khẩu song song, thậm chí còn coi nhập khẩu song song là một trong những cách thức đẩy mạnh sự cạnh tranh thương mại trong nước. Vào giai đoạn này, Hoa Kỳ chỉ cấm nhập khẩu song song trong trường hợp hành vi này xâm phạm nhãn hiệu hàng hoá được bảo hộ. Từ năm 1936, Hoa Kỳ vẫn cho phép nhập khẩu song song các hàng hoá chính hiệu nếu các chủ sở hữu nhãn hiệu trong nước và nước ngoài là một, hoặc có quan hệ chi nhánh.⁽¹⁾

- Tổ chức EU, với những kinh nghiệm giải quyết vấn đề nhập khẩu song song của Toà án châu Âu cũng đưa ra những quan điểm khá đặc biệt. Ban đầu, EU nhấn mạnh vị trí ưu tiên của nguyên tắc tự do cạnh tranh thương mại, vì thế không đưa ra bất cứ hạn chế nào đối với nhập khẩu song song. Đến những năm 90 của thế kỉ XX, quan điểm của Toà án châu Âu đã thay đổi chút ít khi nhìn nhận về vấn đề này.

Để giải quyết vấn đề nhập khẩu song song, người ta dựa vào một số học thuyết nhất định.

+ Thứ nhất là học thuyết không cho phép mâu thuẫn giữa việc thực hiện quyền sở hữu công nghiệp và nguyên tắc tự do cạnh tranh. Theo học thuyết này, trong một số trường hợp, việc viện dẫn quyền sở hữu công nghiệp để ngăn cản nhập khẩu song song sẽ vi phạm nguyên tắc tự do cạnh tranh. Nếu một dấu hiệu của việc ngăn cản cạnh tranh thương mại được phát hiện thì Toà án châu Âu sẽ bảo vệ nhập khẩu song song như bảo vệ nguyên tắc tự do cạnh tranh.

(1).Xem: Folsom, Gordon, Spanogle (2003), *International Business Transactions*, Thomson West Edition, Sixth Edition, tr. 762 - 892.

+ Thứ hai là học thuyết “khai thác hết quyền sở hữu công nghiệp” (“exhaustion of rights”). Theo đó, chủ sở hữu đối tượng sở hữu công nghiệp sẽ bị coi là đã khai thác hết quyền sở hữu công nghiệp của mình nếu đồng ý hoặc trực tiếp thực hiện hành vi đưa hàng hoá chứa đựng đối tượng sở hữu công nghiệp vào thị trường. Lúc này, quyền sở hữu công nghiệp không còn được bảo hộ nữa và mọi hoạt động thương mại tiếp theo đối với hàng hoá sẽ được thực hiện tự do, không nằm trong phạm vi ngăn cấm của chủ sở hữu quyền sở hữu công nghiệp. Và lẽ dĩ nhiên, trong trường hợp này, không có lí do gì để ngăn cản nhập khẩu song song. Kết quả giải quyết các vụ việc ở Toà án châu Âu cho thấy, EU tạo thuận lợi cho thương mại song song phát

triển nhằm kích thích cạnh tranh thương mại.¹¹³

- Nhật Bản là một trong số các quốc gia đưa ra cách giải quyết vấn đề nhập khẩu song song mang những nét riêng biệt. Ban đầu, Nhật Bản theo quan điểm chống lại nhập khẩu song song. Sau đó, quốc gia này đã thay đổi đáng kể cách nhìn nhận về vấn đề trên. Nhật Bản tiếp cận vấn đề nhập khẩu song song không phải ở tính lãnh thổ của quyền sở hữu công nghiệp mà ở khía cạnh chức năng của đối tượng sở hữu công nghiệp và tác động phản cạnh tranh của việc cấm nhập khẩu song song. Nếu việc nhập khẩu song song không làm cho chức năng của đối tượng sở hữu công nghiệp thay đổi hoặc sai lệch thì nhập khẩu song song được chấp nhận.¹¹⁴

+ Thứ hai là học thuyết “khai thác hết quyền sở hữu công nghiệp” (“exhaustion of rights”). Theo đó, chủ sở hữu đối tượng sở hữu công nghiệp sẽ bị coi là đã khai thác hết quyền sở hữu công nghiệp của mình nếu đồng ý hoặc trực tiếp thực hiện hành vi đưa hàng hoá chứa đựng đối tượng sở hữu công nghiệp vào thị trường. Lúc này, quyền sở hữu công nghiệp không còn được bảo hộ nữa và mọi hoạt động thương mại tiếp theo đối với hàng hoá sẽ được thực hiện tự do, không nằm trong phạm vi ngăn cấm của chủ sở hữu quyền sở hữu công nghiệp. Và lẽ dĩ nhiên, trong trường hợp này, không có lí do gì để ngăn cản nhập khẩu song song. Kết quả giải quyết các vụ việc ở Toà án châu Âu cho thấy, EU tạo thuận lợi cho thương mại song song phát triển nhằm kích thích cạnh tranh thương mại.¹¹⁵

- Nhật Bản là một trong số các quốc gia đưa ra cách giải quyết vấn

113 .Xem: H. H. Lidgard (2004), *IPR & Technology Transfer*, Juridiska Faculteten vid Lunds Universitet, tr. 63 - 106.

114 .Xem: Takamatsu (1982), “Parallel Importation of Trademarked Goods: A Comparative Analysis”, *57 Wash. L. Rev.* 433.

115 .Xem: H. H. Lidgard (2004), *IPR & Technology Transfer*, Juridiska Faculteten vid Lunds Universitet, tr. 63 - 106.

đề nhập khẩu song song mang những nét riêng biệt. Ban đầu, Nhật Bản theo quan điểm chống lại nhập khẩu song song. Sau đó, quốc gia này đã thay đổi đáng kể cách nhìn nhận về vấn đề trên. Nhật Bản tiếp cận vấn đề nhập khẩu song song không phải ở tính lãnh thổ của quyền sở hữu công nghiệp mà ở khía cạnh chức năng của đối tượng sở hữu công nghiệp và tác động phản cạnh tranh của việc cấm nhập khẩu song song. Nếu việc nhập khẩu song song không làm cho chức năng của đối tượng sở hữu công nghiệp thay đổi hoặc sai lệch thì nhập khẩu song song được chấp nhận.¹¹⁶

116 .Xem: Takamatsu (1982), “Parallel Importation of Trademarked Goods: A Comparative Analysis”, 57 *Wash. L. Rev.* 433.

Hiện nay, Nhật Bản tăng cường nỗ lực bảo vệ quyền sở hữu trí tuệ thông qua việc trấn áp các hoạt động nhập khẩu nông sản có nguồn gốc Nhật Bản nhưng được chế biến ở nước ngoài. Nhật Bản cấm nhập khẩu các sản phẩm chế biến mà trong thành phần có sử dụng những nông sản đã đăng kí nhãn hiệu hàng hoá tại Nhật Bản.

- Trong khuôn khổ WTO, Điều 6 Hiệp định TRIPs năm 1994 không đòi hỏi một quốc gia nào phải cho phép hoặc ngăn cấm nhập khẩu song song. Mỗi nước có thể đưa ra các quy tắc khác nhau về vấn đề này.

Kinh nghiệm của các nước công nghiệp phát triển cho thấy: Vấn đề nhập khẩu song song thể hiện sự “va đập” rất mạnh giữa sự độc quyền sinh ra từ quyền sở hữu công nghiệp và sự tự do cạnh tranh. Xử lý mối quan hệ này là vấn đề không hề đơn giản trong thực tiễn chính sách thương mại và pháp luật của các quốc gia. Khi nào phải ưu tiên cho tự do cạnh tranh và khi nào phải ưu tiên bảo hộ quyền sở hữu công nghiệp? Việc đưa ra những quy định pháp luật phải căn cứ một phần vào chính sách xuất nhập khẩu của quốc gia trong từng giai đoạn. Đây thực sự là bài toán khó cho các nhà hoạch định chính sách và nhà lập pháp. Mối quan hệ giữa hai vấn đề nêu trên thực sự giống như “một cuộc kéo co”, làm cho các nhà hoạch định chính sách và nhà lập pháp phải có các chính sách và quy định pháp luật mềm dẻo, linh hoạt ở tầm “nghệ thuật” để vừa kích thích sự sáng tạo, vừa tạo môi trường cạnh tranh cho các hoạt động thương mại.

Điểm b khoản 2 Điều 125 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005 quy định việc chủ sở hữu quyền sở hữu công nghiệp không Hiện nay, Nhật Bản tăng cường nỗ lực bảo vệ quyền sở hữu trí tuệ thông qua việc trấn áp các hoạt động nhập khẩu nông sản có nguồn gốc Nhật Bản nhưng được chế biến ở nước ngoài. Nhật Bản cấm nhập khẩu các sản phẩm chế biến mà trong thành phần có sử dụng những nông sản đã đăng kí nhãn hiệu hàng hoá tại Nhật Bản.

- Trong khuôn khổ WTO, Điều 6 Hiệp định TRIPs năm 1994 không đòi hỏi một quốc gia nào phải cho phép hoặc ngăn cấm nhập khẩu song song. Mỗi nước có thể đưa ra các quy tắc khác nhau về vấn đề này.

Kinh nghiệm của các nước công nghiệp phát triển cho thấy: Vấn đề nhập khẩu song song thể hiện sự “va đập” rất mạnh giữa sự độc quyền sinh ra từ quyền sở hữu công nghiệp và sự tự do cạnh tranh. Xử lý mối quan hệ này là vấn đề không hề đơn giản trong thực tiễn chính sách thương mại và pháp luật của các quốc gia. Khi nào phải ưu tiên cho tự do cạnh tranh và khi nào phải ưu tiên bảo hộ quyền sở hữu công nghiệp? Việc đưa ra những quy định pháp luật phải căn cứ một phần vào chính sách xuất nhập khẩu của quốc gia trong từng giai đoạn. Đây thực sự là bài toán khó cho các nhà hoạch định chính sách và nhà lập pháp. Mối quan hệ giữa hai vấn đề nêu trên thực sự giống như “một cuộc kéo co”, làm cho các nhà hoạch định chính sách và nhà lập pháp phải có các chính sách và quy định pháp luật mềm dẻo, linh hoạt ở tầm “nghệ thuật” để vừa kích thích sự sáng tạo, vừa tạo môi trường cạnh tranh cho các hoạt động thương mại.

Điều b khoản 2 Điều 125 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005 quy định việc chủ sở hữu quyền sở hữu công nghiệp không có quyền cấm người khác nhập khẩu sản phẩm đã được đưa ra thị trường, kể cả thị trường nước ngoài một cách hợp pháp, trừ sản phẩm không phải do chính chủ sở hữu nhãn hiệu hoặc người được phép của chủ sở hữu nhãn hiệu đưa ra thị trường nước ngoài. Quy định này không cấm nhập khẩu song song, thể hiện quan điểm của học thuyết “khai thác hết quyền sở hữu công nghiệp” (Exhaustion of rights).

Trên thực tế, Quyết định số 1906/2004/QĐ-BYT ngày 28/05/2004 của Bộ trưởng Y tế ban hành Quy định về nhập khẩu song song thuốc phòng, chữa bệnh cho người là một thí dụ chứng minh cho quan điểm không cấm nhập khẩu song song của pháp luật Việt Nam.

có quyền cấm người khác nhập khẩu sản phẩm đã được đưa ra thị trường, kể cả thị trường nước ngoài một cách hợp pháp, trừ sản phẩm không phải do chính chủ sở hữu nhãn hiệu hoặc người được phép của chủ sở hữu nhãn hiệu đưa ra thị trường nước ngoài. Quy định này không cấm nhập khẩu song song, thể hiện quan điểm của học thuyết “khai thác hết quyền sở hữu công nghiệp” (Exhaustion of rights).

Trên thực tế, Quyết định số 1906/2004/QĐ-BYT ngày 28/05/2004 của Bộ trưởng Y tế ban hành Quy định về nhập khẩu song song thuốc phòng, chữa bệnh cho người là một thí dụ chứng minh cho quan điểm không cấm nhập khẩu song song của pháp luật Việt Nam.

CHƯƠNG XV

KHÁI QUÁT VỀ PHÁ SẢN VÀ PHÁP LUẬT PHÁ SẢN

I. KHÁI QUÁT VỀ PHÁ SẢN

1. Phá sản - hiện tượng tất yếu trong nền kinh tế thị trường

Trong nền kinh tế tự cung tự cấp, con người làm ra sản phẩm để tự phục vụ, tự đáp ứng cho nhu cầu của mình nên hoạt động thương mại chưa tồn tại và do đó không thể có hiện tượng phá sản.

Trong nền kinh tế kế hoạch hoá tập trung ở Việt Nam, chủ thể kinh tế chủ yếu là các doanh nghiệp quốc doanh được Nhà nước thành lập và tài sản thuộc sở hữu nhà nước. Các doanh nghiệp này không có quyền chủ động trong hoạt động kinh doanh, mọi hoạt động trong quá trình kinh doanh từ sản xuất đến tiêu thụ sản phẩm đều theo kế hoạch của Nhà nước và cũng không có sự cạnh tranh giữa các doanh nghiệp. Lúc bấy giờ, nếu doanh nghiệp kinh doanh có lãi thì nộp vào ngân sách nhà nước, ngược lại nếu thua lỗ thì được Nhà nước bù lỗ. Các xí nghiệp, hợp tác xã trong thời kì này hoạt động kém hiệu quả, dưới dạng lãi giả lỗ thật, nợ nần chồng chất, Nhà nước luôn phải giúp đỡ các doanh nghiệp bằng cách khoan nợ, hoãn nợ, xoá nợ... hoặc sử dụng các giải pháp

CHƯƠNG XV

KHÁI QUÁT VỀ PHÁ SẢN VÀ PHÁP LUẬT PHÁ SẢN

I. KHÁI QUÁT VỀ PHÁ SẢN

1. Phá sản - hiện tượng tất yếu trong nền kinh tế thị trường

Trong nền kinh tế tự cung tự cấp, con người làm ra sản phẩm để tự phục vụ, tự đáp ứng cho nhu cầu của mình nên hoạt động thương mại chưa tồn tại và do đó không thể có hiện tượng phá sản.

Trong nền kinh tế kế hoạch hoá tập trung ở Việt Nam, chủ thể kinh tế chủ yếu là các doanh nghiệp quốc doanh được Nhà nước thành lập và tài sản thuộc sở hữu nhà nước. Các doanh nghiệp này không có quyền chủ động trong hoạt động kinh doanh, mọi hoạt động trong quá trình kinh doanh từ sản xuất đến tiêu thụ sản phẩm đều theo kế hoạch của Nhà nước và cũng không có sự cạnh tranh giữa các doanh nghiệp. Lúc bấy giờ, nếu doanh nghiệp kinh doanh có lãi thì nộp vào ngân sách nhà nước, ngược lại nếu thua lỗ thì được Nhà nước bù lỗ. Các xí nghiệp, hợp tác xã trong thời kì này hoạt động kém hiệu quả, dưới dạng lãi giả lỗ thật, nợ nần chồng chất, Nhà nước luôn phải giúp đỡ các doanh nghiệp bằng cách khoan nợ, hoãn nợ, xoá nợ... hoặc sử dụng các giải pháp

Như vậy, doanh nghiệp quốc doanh hay hợp tác xã trong nền kinh tế bao cấp không thể bị mất khả năng thanh toán và hiện tượng phá sản cũng không xảy ra.

Trong nền kinh tế thị trường, phá sản doanh nghiệp là hiện tượng kinh tế - xã hội tồn tại khách quan. Tính tất yếu khách quan của hiện tượng phá sản doanh nghiệp được lí giải bằng những lí do cơ bản sau:

Thứ nhất, về thực chất doanh nghiệp cũng chỉ là thực thể xã hội và như vậy, cũng như các thực thể xã hội khác, doanh nghiệp cũng có quá trình sinh ra, phát triển và diệt vong. Điều đó hoàn toàn phù hợp với quy

mang tính chất hành chính như sáp nhập, giải thể để chấm dứt hoạt động của chúng.

luật sinh tồn của các sự vật, hiện tượng.

Thứ hai, nền kinh tế thị trường với đa hình thức sở hữu tư liệu sản xuất, đa thành phần kinh tế, nhiều loại hình doanh nghiệp cùng song song tồn tại. Các loại hình doanh nghiệp (trong đó có cả doanh nghiệp nhà nước) đều tự chủ về tài chính, bình đẳng và tự do kinh doanh trong khuôn khổ pháp luật. Trong nền kinh tế này, lợi nhuận luôn là mục đích tối cao mà mọi doanh nghiệp đều hướng tới, là cơ sở cho sự tồn tại của mỗi doanh nghiệp đồng thời cũng là động lực cơ bản thúc đẩy họ lao vào quá trình cạnh tranh nhằm tối đa hoá lợi nhuận. Do vậy, cạnh tranh là một quy luật khách quan. Dưới sự tác động của quy luật cạnh tranh, một số doanh nghiệp mạnh dần lên chiếm lĩnh thị trường, ngược lại, một số doanh nghiệp khác dần yếu đi, sản xuất kinh doanh đình đốn, nợ nần chồng chất, đi tới chỗ mất khả năng chi trả các nghĩa vụ tài

Như vậy, doanh nghiệp quốc doanh hay hợp tác xã trong nền kinh tế bao cấp không thể bị mất khả năng thanh toán và hiện tượng phá sản cũng không xảy ra.

Trong nền kinh tế thị trường, phá sản doanh nghiệp là hiện tượng kinh tế - xã hội tồn tại khách quan. Tính tất yếu khách quan của hiện tượng phá sản doanh nghiệp được lí. giải bằng những lí do cơ bản sau:

Thứ nhất, về thực chất doanh nghiệp cũng chỉ là thực thể xã hội và như vậy, cũng như các thực thể xã hội khác, doanh nghiệp cũng có quá trình sinh ra, phát triển và diệt vong. Điều đó hoàn toàn phù hợp với quy luật sinh tồn của các sự vật, hiện tượng.

Thứ hai, nền kinh tế thị trường với đa hình thức sở hữu tư liệu sản xuất, đa thành phần kinh tế, nhiều loại hình doanh nghiệp cùng song

mang tính chất hành chính như sáp nhập, giải thể để chấm dứt hoạt động của chúng.

song tồn tại. Các loại hình doanh nghiệp (trong đó có cả doanh nghiệp nhà nước) đều tự chủ về tài chính, bình đẳng và tự do kinh doanh trong khuôn khổ pháp luật. Trong nền kinh tế này, lợi nhuận luôn là mục đích tối cao mà mọi doanh nghiệp đều hướng tới, là cơ sở cho sự tồn tại của mỗi doanh nghiệp đồng thời cũng là động lực cơ bản thúc đẩy họ lao vào quá trình cạnh tranh nhằm tối đa hoá lợi nhuận. Do vậy, cạnh tranh là một quy luật khách quan. Dưới sự tác động của quy luật cạnh tranh, một số doanh nghiệp mạnh dần lên chiếm lĩnh thị trường, ngược lại, một số doanh nghiệp khác dần yếu đi, sản xuất kinh doanh đình đốn, nợ nần chồng chất, đi tới chỗ mất khả năng chi trả các nghĩa vụ tài

Thứ ba, trong quá trình hoạt động sản xuất kinh doanh, cái mà doanh nghiệp thu được đó là lợi nhuận nhưng đồng thời doanh nghiệp cũng phải chịu những rủi ro. Trong kinh doanh, tỉ lệ rủi ro là rất lớn. Theo thống kê của Ngân hàng thế giới, tỉ lệ rủi ro là 1/4, có nghĩa là cứ đầu tư thành lập 100 doanh nghiệp thì sẽ có khoảng 25 doanh nghiệp bị phá sản. Thậm chí có những doanh nghiệp bị phá sản ngay sau khi mới được thành lập. Nguyên nhân dẫn đến sự phá sản của doanh nghiệp là hết sức đa dạng. Có thể là do sự yếu kém về năng lực tổ chức, quản lý hoạt động sản xuất - kinh doanh; là sự thiếu khả năng thích ứng với những biến động trên thương trường; là sự vi phạm các chế độ thể lệ quản lý... Tuy nhiên, thực tế cũng cho thấy ngoài những nguyên nhân chủ quan trên thì bất trắc và biến động khách quan trong nền kinh tế thị trường đều có thể là nguyên nhân gây ra tình trạng mất khả năng thanh toán cho các doanh nghiệp.

Phá sản bao giờ cũng kéo theo những hậu quả kinh tế - xã hội nhất định. *Ví dụ*: Sự phá sản của một bộ phận lớn doanh nghiệp nào

chính của mình và thực chất đã lâm vào tình trạng phá sản. đó thường gây ra những xáo trộn, ảnh hưởng xấu đến việc phát triển sản xuất, ổn định đời sống, đến việc làm và thu nhập của người lao động. Song sự tác động của phá sản không phải bao giờ cũng chỉ có ý nghĩa tiêu cực. Xét về mặt kinh tế, bản thân nó là một giải pháp hữu hiệu trong việc “cơ cấu lại” nền kinh tế, góp phần duy trì sự tồn tại của những doanh nghiệp đủ sức đứng vững trong điều kiện cạnh tranh ngày càng nghiệt ngã.

Thứ ba, trong quá trình hoạt động sản xuất kinh doanh, cái mà doanh nghiệp thu được đó là lợi nhuận nhưng đồng thời doanh nghiệp cũng phải chịu những rủi ro. Trong kinh doanh, tỉ lệ rủi ro là rất lớn. Theo thống kê của Ngân hàng thế giới, tỉ lệ rủi ro là 1/4, có nghĩa là cứ đầu tư thành lập 100 doanh nghiệp thì sẽ có khoảng 25 doanh nghiệp bị phá sản. Thậm chí có những doanh nghiệp bị phá sản ngay sau khi mới được thành lập. Nguyên nhân dẫn đến sự phá sản của doanh nghiệp là hết sức đa dạng. Có thể là do sự yếu kém về năng lực tổ chức, quản lý hoạt động sản xuất - kinh doanh; là sự thiếu khả năng thích ứng với những biến động trên thương trường; là sự vi phạm các chế độ thể lệ quản lý... Tuy nhiên, thực tế cũng cho thấy ngoài những nguyên nhân chủ quan trên thì bất trắc và biến động khách quan trong nền kinh tế thị trường đều có thể là nguyên nhân gây ra tình trạng mất khả năng thanh toán cho các doanh nghiệp.

Phá sản bao giờ cũng kéo theo những hậu quả kinh tế - xã hội nhất định. *Vì dụ'*. Sự phá sản của một bộ phận lớn doanh nghiệp nào đó thường gây ra những xáo trộn, ảnh hưởng xấu đến việc phát triển sản xuất, ổn định đời sống, đến việc làm và thu nhập của người lao động. Song sự tác động của phá sản không phải bao giờ cũng chỉ có ý

Tóm lại, phá sản luôn là một hiện tượng tất yếu trong nền

chính của mình và thực chất đã lâm vào tình trạng phá sản. nghĩa tiêu cực. Xét về mặt kinh tế, bản thân nó là một giải pháp hữu hiệu trong việc “cơ cấu lại” nền kinh tế, góp phần duy trì sự tồn tại của những doanh nghiệp đủ sức đứng vững trong điều kiện cạnh tranh ngày càng nghiệt ngã.

Tóm lại, phá sản luôn là một hiện tượng tất yếu trong nền
333

kinh tế thị trường, nó hiện hữu như là một sản phẩm của quá trình cạnh tranh, chọn lọc và đào thải tự nhiên của nền kinh tế thị trường, bất kể đó là nền kinh tế thị trường phát triển ở các nước trên thế giới hay nền kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa ở Việt Nam.

2. Khái niệm phá sản doanh nghiệp

Hiện tượng phá sản phát sinh từ rất sớm. Lịch sử phá sản của thế giới ghi nhận rằng Italia là nước khai sinh ra đạo luật phá sản đầu tiên từ thời kì La Mã. Đến thời kì Trung cổ, các quốc gia châu Âu cũng ban hành luật phá sản. Lúc đầu luật này được áp dụng vào lĩnh vực thương nghiệp, sau đó mở rộng ra nhiều lĩnh vực hoạt động sản xuất kinh doanh. Hiện tượng phá sản trở nên phổ biến trong thời kì tư bản chủ nghĩa, nó là một trong những nguyên nhân thúc đẩy sự phát triển kinh tế, hình thành nên những tập đoàn kinh tế tư bản độc quyền.

Về phương diện ngôn ngữ hiện có khá nhiều thuật ngữ dùng để thể hiện khái niệm này: Trong tiếng La tinh có hai từ: Ruin, Banca Rotta; trong tiếng Anh có các từ như Insolvency, Bankruptcy; trong tiếng Nga có: HecocTOHrenbHOCTb, oаHKpoTCTBO.

Trong tiếng Việt, theo tinh thần của Luật thương mại năm 1972 của chính quyền Sài Gòn trước đây, thuật ngữ khánh tận dùng để chỉ phá sản thương gia còn vỡ nợ dùng để chỉ sự phá sản của cá nhân, ngoài ra phá sản còn được nhìn nhận là một thủ tục tư pháp thanh toán tài sản. Hiện nay, trên cơ sở Luật phá sản doanh nghiệp năm 1993 và Luật phá sản năm 2004, Khái niệm phá sản được xem xét dưới hai bình diện: (1) Doanh nghiệp lâm vào tình trạng phá sản và (2) phá sản là thủ tục phục hồi hoặc xử lí nợ đặc biệt. Giáo trình này kinh tế thị trường, nó hiện hữu như là một sản phẩm của quá trình cạnh tranh, chọn lọc và đào thải tự nhiên của nền kinh tế thị trường, bất kể đó là nền kinh tế thị trường phát triển ở các nước trên thế giới

hay nền kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa ở Việt Nam.

2. Khái niệm phá sản doanh nghiệp

Hiện tượng phá sản phát sinh từ rất sớm. Lịch sử phá sản của thế giới ghi nhận rằng Italia là nước khai sinh ra đạo luật phá sản đầu tiên từ thời kì La Mã. Đến thời kì Trung cổ, các quốc gia châu Âu cũng ban hành luật phá sản. Lúc đầu luật này được áp dụng vào lĩnh vực thương nghiệp, sau đó mở rộng ra nhiều lĩnh vực hoạt động sản xuất kinh doanh. Hiện tượng phá sản trở nên phổ biến trong thời kì tư bản chủ nghĩa, nó là một trong những nguyên nhân thúc đẩy sự phát triển kinh tế, hình thành nên những tập đoàn kinh tế tư bản độc quyền.

Về phương diện ngôn ngữ hiện có khá nhiều thuật ngữ dùng để thể hiện khái niệm này: Trong tiếng La tinh có hai từ: Ruin, Banca Rotta; trong tiếng Anh có các từ như Insolvency, Bankruptcy; trong tiếng Nga có: НечесТОНренбНОСТб, ѝаНКроТСТБО.

Trong tiếng Việt, theo tinh thần của Luật thương mại năm 1972 của chính quyền Sài Gòn trước đây, thuật ngữ khánh tận dùng để chỉ phá sản thương gia còn vỡ nợ dùng để chỉ sự phá sản của cá nhân, ngoài ra phá sản còn được nhìn nhận là một thủ tục tư pháp thanh toán tài sản. Hiện nay, trên cơ sở Luật phá sản doanh nghiệp năm 1993 và Luật phá sản năm 2004, Khái niệm phá sản được xem xét dưới hai bình diện: (1) Doanh nghiệp lâm vào tình trạng phá sản và (2) phá sản là thủ tục phục hồi hoặc xử lí nợ đặc biệt. Giáo trình này quan niệm phá sản theo hai bình diện này.

a. Doanh nghiệp lâm vào tình trạng phá sản

Ở Việt Nam, hiện tượng phá sản mới chỉ xuất hiện và pháp luật phá sản mới chỉ ra đời do sự chuyển hướng nền kinh tế sang cơ chế thị trường. Trong thời kì kế hoạch hoá tập trung, có nhiều quan điểm cho rằng phá sản là một hiện tượng bất bình thường, thể hiện sự trì

trệ và suy thoái của đời sống kinh tế xã hội và thường bị phủ nhận. *"Khi có công ti, xí nghiệp làm ăn thua lỗ thì có cơ quan cấp trên bù lỗ bằng tiền ngân sách, đình chỉ hoạt động hoặc giải thể".^{a1}* Sự chuyển đổi từ nền kinh tế kế hoạch hoá tập trung nền kinh tế thị trường định hướng XHCN đã làm thay đổi quan niệm về phá sản.

Luật doanh nghiệp tư nhân năm 1990 và Luật công ti năm 1990 đã bước đầu đề cập khái niệm “doanh nghiệp lâm vào tình trạng phá sản”. Theo điều 24 Luật công ti: *“Công ti gặp khó khăn thua lỗ trong hoạt động kinh doanh đến mức tại một thời điểm tổng số các tài sản của công ti không đủ thanh toán tổng số các khoản nợ đến hạn là công ti lâm vào tình trạng phá sản”*.

Định nghĩa này có điểm hạn chế rất lớn là chưa phản ánh được bản chất của doanh nghiệp lâm vào tình trạng phá sản. Bởi vì, tại một thời điểm nào đó mà tổng giá trị tài sản của công ti không đủ thanh toán tổng số các khoản nợ đến hạn nhưng chưa chắc doanh nghiệp đó đã rơi vào tình trạng mất

(1).Xem: Toà án nhân dân tối cao, *Thực tiễn thi hành và những đòi hỏi khách quancủa việc sửa đổi, bổ sung Luật phá sản doanh nghiệp*, Đề tài khoa học cấp bộ, H. 1999, tr. 11.

quan niệm phá sản theo hai bình diện này.

a. Doanh nghiệp lâm vào tình trạng phá sản

Ở Việt Nam, hiện tượng phá sản mới chỉ xuất hiện và pháp luật phá sản mới chỉ ra đời do sự chuyển hướng nền kinh tế sang cơ chế thị trường. Trong thời kì kế hoạch hoá tập trung, có nhiều quan điểm cho rằng phá sản là một hiện tượng bất bình thường, thể hiện sự trì trệ và suy thoái của đời sống kinh tế xã hội và thường bị phủ nhận. *"Khi có công ti, xí nghiệp làm ăn thua lỗ thì có cơ quan cấp trên bù lỗ bằng tiền ngân sách, đình chỉ hoạt động hoặc giải thể".^{a1}* Sự chuyển

đổi từ nền kinh tế kế hoạch hoá tập trung nền kinh tế thị trường định hướng XHCN đã làm thay đổi quan niệm về phá sản.

Luật doanh nghiệp tư nhân năm 1990 và Luật công ti năm 1990 đã bước đầu đề cập khái niệm “doanh nghiệp lâm vào tình trạng phá sản”. Theo điều 24 Luật công ti: *“Công ti gặp khó khăn thua lỗ trong hoạt động kinh doanh đến mức tại một thời điểm tổng số các tài sản của công ti không đủ thanh toán tổng số các khoản nợ đến hạn là công ti lâm vào tình trạng phá sản”*.

Định nghĩa này có điểm hạn chế rất lớn là chưa phản ánh được bản chất của doanh nghiệp lâm vào tình trạng phá sản. Bởi vì, tại một thời điểm nào đó mà tổng giá trị tài sản của công ti không đủ thanh toán tổng số các khoản nợ đến hạn nhưng chưa chắc doanh nghiệp đó đã rơi vào tình trạng mất

(1).Xem: Toà án nhân dân tối cao, *Thực tiễn thi hành và những đòi hỏi khách quancủa việc sửa đổi, bổ sung Luật phá sản doanh nghiệp*, Đề tài khoa học cấp bộ, H. 1999, tr. 11.

khả năng thanh toán nợ nếu như các chủ nợ thực hiện việc hoãn nợ, xoá nợ cho doanh nghiệp hoặc có người mua nợ hoặc bảo lãnh cho doanh nghiệp.

Trong quá trình nghiên cứu đề ngày càng hoàn thiện nhận thức về vấn đề phá sản doanh nghiệp, khắc phục những hạn chế trong Luật công ti và Luật doanh nghiệp tư nhân năm 1990, Luật phá sản doanh nghiệp đã quy định cụ thể hơn về doanh nghiệp lâm vào tình trạng phá sản: *“Doanh nghiệp lâm vào tình trạng phá sản là doanh nghiệp gặp khó khăn hoặc bị thua lỗ trong hoạt động kinh doanh sau khi áp dụng các biện pháp tài chính cần thiết mà vẫn mất khả năng thanh toán nợ đến hạn”* (Điều 2).

Điều 3 Nghị định 189/CP ngày 23/12/1994 hướng dẫn thi hành Luật phá sản doanh nghiệp đã cụ thể hoá các dấu hiệu để xác định

doanh nghiệp lâm vào tình trạng phá sản. Cụ thể:

(1) Doanh nghiệp được coi là có dấu hiệu lâm vào tình trạng phá sản nói tại Điều 2 của Luật phá sản doanh nghiệp, nếu kinh doanh bị thua lỗ trong 2 năm liên tiếp đến mức không trả được các khoản nợ đến hạn, trong 3 tháng liên tiếp không trả đủ lương cho người lao động theo thoả ước lao động và hợp đồng lao động.

(2) Khi xuất hiện dấu hiệu lâm vào tình trạng phá sản như trên, doanh nghiệp phải áp dụng các biện pháp tài chính cần thiết để khắc phục tình trạng mất khả năng thanh toán nợ đến hạn như: Có phương án tổ chức lại sản xuất kinh doanh, quản lý chặt chẽ các khoản chi phí, tìm kiếm thị trường tiêu thụ sản phẩm; có biện pháp xử lý hàng hoá, sản phẩm, vật tư khả năng thanh toán nợ nếu như các chủ nợ thực hiện việc hoãn nợ, xoá nợ cho doanh nghiệp hoặc có người mua nợ hoặc bảo lãnh cho doanh nghiệp.

Trong quá trình nghiên cứu để ngày càng hoàn thiện nhận thức về vấn đề phá sản doanh nghiệp, khắc phục những hạn chế trong Luật công ti và Luật doanh nghiệp tư nhân năm 1990, Luật phá sản doanh nghiệp đã quy định cụ thể hơn về doanh nghiệp lâm vào tình trạng phá sản: *“Doanh nghiệp lâm vào tình trạng phá sản là doanh nghiệp gặp khó khăn hoặc bị thua lỗ trong hoạt động kinh doanh sau khi áp dụng các biện pháp tài chính cần thiết mà vẫn mất khả năng thanh toán nợ đến hạn”* (Điều 2).

Điều 3 Nghị định 189/CP ngày 23/12/1994 hướng dẫn thi hành Luật phá sản doanh nghiệp đã cụ thể hoá các dấu hiệu để xác định doanh nghiệp lâm vào tình trạng phá sản. Cụ thể:

(1) Doanh nghiệp được coi là có dấu hiệu lâm vào tình trạng phá sản nói tại Điều 2 của Luật phá sản doanh nghiệp, nếu kinh doanh bị thua lỗ trong 2 năm liên tiếp đến mức không trả được các khoản nợ đến hạn, trong 3 tháng liên tiếp không trả đủ lương cho người lao

động theo thoả ước lao động và hợp đồng lao động.

(2) Khi xuất hiện dấu hiệu lâm vào tình trạng phá sản như trên, doanh nghiệp phải áp dụng các biện pháp tài chính cần thiết để khắc phục tình trạng mất khả năng thanh toán nợ đến hạn như: Có phương án tổ chức lại sản xuất kinh doanh, quản lý chặt chẽ các khoản chi phí, tìm kiếm thị trường tiêu thụ sản phẩm; có biện pháp xử lý hàng hoá, sản phẩm, vật tư tồn đọng; thu hồi các khoản nợ và tài sản bị chiếm dụng; thương lượng với các chủ nợ để hoãn, mua, bảo lãnh, giảm và xoá nợ; tìm kiếm các khoản tài trợ và các khoản vay để trang trải các khoản nợ đến hạn và đầu tư đổi mới công nghệ.

(3) Sau khi đã áp dụng các biện pháp tài chính cần thiết trên đây mà doanh nghiệp vẫn gặp khó khăn, không khắc phục được tình trạng mất khả năng thanh toán nợ đến hạn thì doanh nghiệp đã lâm vào tình trạng phá sản và phải được xử lý theo quy định của Luật phá sản doanh nghiệp.

Như vậy, theo Luật phá sản doanh nghiệp, chỉ có thể áp dụng thủ tục phá sản đối với một doanh nghiệp khi đã lâm vào tình trạng phá sản, tức là phải có đầy đủ ba điều kiện trên.

Có thể nhận thấy rằng Luật phá sản doanh nghiệp và Nghị định số 189/CP (1994) đã có những quy định khá chặt chẽ về điều kiện để xác định doanh nghiệp lâm vào tình trạng phá sản. Tuy nhiên, với những quy định chặt chẽ như vậy, pháp luật phá sản đã đi theo hướng thủ tục phá sản được áp dụng là để xử lý tài sản của con nợ hơn là để phục hồi doanh nghiệp lâm vào tình trạng phá sản. Bởi vì, trên thực tế, chờ cho đến lúc hội đủ các điều kiện trên mới mở thủ tục giải quyết yêu cầu tuyên bố phá sản thì doanh nghiệp sẽ không có một khả năng tài chính nào để khôi phục lại doanh nghiệp của mình và lúc đó nếu mở thủ tục phá sản cũng chỉ để thanh lý, chứ không phải để khôi phục doanh

nghiệp. Như vậy, một mục đích quan trọng của việc ban hành Luật phá sản doanh nghiệp (tạo điều kiện cho doanh nghiệp lâm vào tình trạng phá sản khôi phục hoạt động kinh doanh, nhằm trở lại với thương trường) đã không đạt được.

tồn đọng; thu hồi các khoản nợ và tài sản bị chiếm dụng; thương lượng với các chủ nợ để hoãn, mua, bảo lãnh, giảm và xoá nợ; tìm kiếm các khoản tài trợ và các khoản vay để trang trải các khoản nợ đến hạn và đầu tư đổi mới công nghệ.

(3) Sau khi đã áp dụng các biện pháp tài chính cần thiết trên đây mà doanh nghiệp vẫn gặp khó khăn, không khắc phục được tình trạng mất khả năng thanh toán nợ đến hạn thì doanh nghiệp đã lâm vào tình trạng phá sản và phải được xử lý theo quy định của Luật phá sản doanh nghiệp.

Như vậy, theo Luật phá sản doanh nghiệp, chỉ có thể áp dụng thủ tục phá sản đối với một doanh nghiệp khi đã lâm vào tình trạng phá sản, tức là phải có đầy đủ ba điều kiện trên.

Có thể nhận thấy rằng Luật phá sản doanh nghiệp và Nghị định số 189/CP (1994) đã có những quy định khá chặt chẽ về điều kiện để xác định doanh nghiệp lâm vào tình trạng phá sản. Tuy nhiên, với những quy định chặt chẽ như vậy, pháp luật phá sản đã đi theo hướng thủ tục phá sản được áp dụng là để xử lý tài sản của con nợ hơn là để phục hồi doanh nghiệp lâm vào tình trạng phá sản. Bởi vì, trên thực tế, chờ cho đến lúc hội đủ các điều kiện trên mới mở thủ tục giải quyết yêu cầu tuyên bố phá sản thì doanh nghiệp sẽ không có một khả năng tài chính nào để khôi phục lại doanh nghiệp của mình và lúc đó nếu mở thủ tục phá sản cũng chỉ để thanh lý, chứ không phải để khôi phục doanh nghiệp. Như vậy, một mục đích quan trọng của việc ban hành Luật phá sản doanh nghiệp (tạo điều kiện cho doanh nghiệp lâm vào tình trạng phá sản khôi phục hoạt động kinh doanh, nhằm trở lại với

thương trường) đã không đạt được.

Khắc phục hạn chế đó, Luật phá sản năm 2004 đã xác định khái niệm doanh nghiệp lâm vào tình trạng phá sản theo hướng đơn giản và hợp lý hơn. Theo Điều 3 Luật phá sản, doanh nghiệp lâm vào tình trạng phá sản là doanh nghiệp không có khả năng thanh toán được các khoản nợ đến hạn khi chủ nợ có yêu cầu.

Như vậy, tương tự như pháp luật phá sản các nước trên thế giới, Luật phá sản coi việc mất khả năng thanh toán nợ đến hạn khi các chủ nợ có yêu cầu là căn cứ cơ bản và duy nhất để xem xét mở thủ tục phá sản doanh nghiệp, hợp tác xã mà không cần phải xem xét đến các dấu hiệu khác như Luật phá sản doanh nghiệp quy định. Tuy nhiên, cách xác định doanh nghiệp mất khả năng thanh toán ở các nước trên thế giới không hoàn toàn giống nhau. *Ví dụ:* Theo pháp luật của Singapore, con nợ có thể bị tuyên bố phá sản khi không trả được khoản nợ từ 2000 đôla Singapore trở lên; theo Luật phá sản của Nhật Bản, khi một người mắc nợ ngừng trả tiền thì người đó coi được coi là không trả được nợ; Còn theo pháp luật phá sản của Cộng hoà Pháp, mọi thương nhân và pháp nhân, kể cả pháp nhân không có quy chế thương nhân, khi lâm vào tình trạng ngừng thanh toán thì đều phải khai báo trong thời hạn 15 ngày để mở thủ tục phục hồi doanh nghiệp hoặc thanh lý doanh nghiệp V.V..

Khác với Luật phá sản doanh nghiệp, Luật phá sản không quy định các dấu hiệu cụ thể để xác định doanh nghiệp mất khả năng thanh toán nợ đến hạn. Điều đó thể hiện sự tiến bộ của Luật phá sản, phù hợp với thông lệ chung trên thế giới, tạo điều kiện cho việc sớm mở thủ tục phá sản cũng như khả năng phục hồi hoạt động sản xuất

Khắc phục hạn chế đó, Luật phá sản năm 2004 đã xác định khái niệm doanh nghiệp lâm vào tình trạng phá sản theo hướng đơn giản

và hợp lí hơn. Theo Điều 3 Luật phá sản, doanh nghiệp lâm vào tình trạng phá sản là doanh nghiệp không có khả năng thanh toán được các khoản nợ đến hạn khi chủ nợ có yêu cầu.

Như vậy, tương tự như pháp luật phá sản các nước trên thế giới, Luật phá sản coi việc mất khả năng thanh toán nợ đến hạn khi các chủ nợ có yêu cầu là căn cứ cơ bản và duy nhất để xem xét mở thủ tục phá sản doanh nghiệp, hợp tác xã mà không cần phải xem xét đến các dấu hiệu khác như Luật phá sản doanh nghiệp quy định. Tuy nhiên, cách xác định doanh nghiệp mất khả năng thanh toán ở các nước trên thế giới không hoàn toàn giống nhau. *Ví dụ:* Theo pháp luật của Singapore, con nợ có thể bị tuyên bố phá sản khi không trả được khoản nợ từ 2000 đôla Singapore trở lên; theo Luật phá sản của Nhật Bản, khi một người mắc nợ ngừng trả tiền thì người đó coi được coi là không trả được nợ; Còn theo pháp luật phá sản của Cộng hoà Pháp, mọi thương nhân và pháp nhân, kể cả pháp nhân không có quy chế thương nhân, khi lâm vào tình trạng ngừng thanh toán thì đều phải khai báo trong thời hạn 15 ngày để mở thủ tục phục hồi doanh nghiệp hoặc thanh lí doanh nghiệp V.V..

Khác với Luật phá sản doanh nghiệp, Luật phá sản không quy định các dấu hiệu cụ thể để xác định doanh nghiệp mất khả năng thanh toán nợ đến hạn. Điều đó thể hiện sự tiến bộ của Luật phá sản, phù hợp với thông lệ chung trên thế giới, tạo điều kiện cho việc mở thủ tục phá sản cũng như khả năng phục hồi hoạt động sản xuất kinh doanh của doanh nghiệp.⁽¹⁾

Nghiên cứu dấu hiệu mất khả năng thanh toán nợ đến hạn, về phương diện lí luận cũng như thực tiễn cần xem xét một số khía cạnh cụ thể sau:

Thứ nhất, mất khả năng thanh toán không có nghĩa là doanh nghiệp hoàn toàn cạn kiệt tài sản. Doanh nghiệp có thể còn rất nhiều tài sản

mà vẫn mất khả năng thanh toán, chỉ vì tài sản đó không thể bán được, cho nên doanh nghiệp có tiền để thanh toán các khoản nợ.

Thứ hai, mất khả năng thanh toán không chỉ là hiện tượng doanh nghiệp không thanh toán được nợ mà nó còn thể hiện doanh nghiệp đang lâm vào tình trạng tài chính tuyệt vọng, có nghĩa là không thể trả được nợ, không có lối thoát, trừ phi có sự can thiệp của toà án hoặc sự giúp đỡ của các chủ nợ.

Thứ ba, đối với doanh nghiệp tư nhân, nếu trong hoạt động sản xuất kinh doanh có giao kết bất kì hợp đồng nào mà sau đó phát sinh ra các khoản nợ thì những khoản nợ này được coi là cơ sở để đánh giá tình trạng phá sản của doanh nghiệp. Nhưng ở đây cũng cần phân biệt với các khoản nợ do chủ doanh nghiệp tư nhân xác lập trên cơ sở những hợp đồng phục vụ cho sinh hoạt cá nhân hoặc gia đình họ vì nó không xuất phát từ hoạt động sản xuất kinh doanh.

Thứ tư, pháp luật không nhất thiết quy định cụ thể mất khả năng thanh toán một khoản nợ bao nhiêu thì coi là lâm vào tình trạng phá sản, bởi vì tình hình tài chính trong các

(1). Xem: PGS.TS. Dương Đăng Huệ, *Giới thiệu nội dung Luật phá sản (2004)*, Kì yếu chương trình tập huấn bồi dưỡng kiến thức pháp luật, tr. 90, Bộ tư pháp, Bà Rịa - Vũng Tàu, tháng 7 năm 2004.

kinh doanh của doanh nghiệp.⁽¹⁾

Nghiên cứu dấu hiệu mất khả năng thanh toán nợ đến hạn, về phương diện lí luận cũng như thực tiễn cần xem xét một số khía cạnh cụ thể sau:

Thứ nhất, mất khả năng thanh toán không có nghĩa là doanh nghiệp hoàn toàn cạn kiệt tài sản. Doanh nghiệp có thể còn rất nhiều tài sản mà vẫn mất khả năng thanh toán, chỉ vì tài sản đó không thể bán được, cho nên doanh nghiệp có tiền để thanh toán các khoản nợ.

Thứ hai, mất khả năng thanh toán không chỉ là hiện tượng doanh

ng nghiệp không thanh toán được nợ mà nó còn thể hiện doanh nghiệp đang lâm vào tình trạng tài chính tuyệt vọng, có nghĩa là không thể trả được nợ, không có lối thoát, trừ phi có sự can thiệp của toà án hoặc sự giúp đỡ của các chủ nợ.

Thứ ba, đối với doanh nghiệp tư nhân, nếu trong hoạt động sản xuất kinh doanh có giao kết bất kì hợp đồng nào mà sau đó phát sinh ra các khoản nợ thì những khoản nợ này được coi là cơ sở để đánh giá tình trạng phá sản của doanh nghiệp. Nhưng ở đây cũng cần phân biệt với các khoản nợ do chủ doanh nghiệp tư nhân xác lập trên cơ sở những hợp đồng phục vụ cho sinh hoạt cá nhân hoặc gia đình họ vì nó không xuất phát từ hoạt động sản xuất kinh doanh.

Thứ tư, pháp luật không nhất thiết quy định cụ thể mất khả năng thanh toán một khoản nợ bao nhiêu thì coi là lâm vào tình trạng phá sản, bởi vì tình hình tài chính trong các

(1). Xem: PGS.TS. Dương Đăng Huệ, *Giới thiệu nội dung Luật phá sản (2004)*, Kì yếu chương trình tập huấn bồi dưỡng kiến thức pháp luật, tr. 90, Bộ tư pháp, Bà Rịa - Vũng Tàu, tháng 7 năm 2004.

doanh nghiệp rất khác nhau, có thể có những doanh nghiệp nợ vài ba chục triệu nhưng không có cách gì để trả, trong lúc cũng có những doanh nghiệp nợ tới vài ba trăm triệu vẫn có khả năng thanh toán bình thường/°

Thứ năm, bản chất của việc mất khả năng thanh toán có thể không trùng với biểu hiện bên ngoài là trả được nợ hay không. Trong nền kinh tế thị trường hiện nay, nhiều doanh nghiệp không trả được nợ nhưng điều này chỉ có tính chất nhất thời trong khi mọi hoạt động của doanh nghiệp vẫn diễn ra bình thường. Ngược lại, có những doanh nghiệp sự trả nợ chỉ là trá hình, che đậy tình trạng tài chính tuyệt vọng của doanh nghiệp, họ phải sử dụng nhiều phương tiện gian trá để bù đắp ngân quỹ như vay nặng lãi, thế chấp tài sản

nhiều lần để vay tiền ngân hàng...

Tóm lại, theo quy định của pháp luật Việt Nam, phá sản là khái niệm dùng để chỉ doanh nghiệp lâm vào tình trạng phá sản với dấu hiệu đặc trưng nhất là mất khả năng thanh toán nợ đến hạn. Tuy nhiên, doanh nghiệp lâm vào tình trạng phá sản chưa hẳn đã bị phá sản. Doanh nghiệp lâm vào tình trạng phá sản chỉ được coi là bị phá sản khi đã tiến hành thủ tục tuyên bố phá sản.

b. Phá sản - thủ tục phục hồi doanh nghiệp hoặc thanh lý nợ đặc biệt

Luật phá sản gồm có 95 điều, trong đó có 12 điều (Điều 1 đến Điều 12) về những quy định chung và 1 điều về điều

(1).Xem: Nguyễn Viết Tý, ‘Tun hiểu khái niệm phá sản doanh nghiệp’, *Tạp chí luật học*, số 4/1995, tr. 34 - 37.

doanh nghiệp rất khác nhau, có thể có những doanh nghiệp nợ vài ba chục triệu nhưng không có cách gì để trả, trong lúc cũng có những doanh nghiệp nợ tới vài ba trăm triệu vẫn có khả năng thanh toán bình thường/°

Thứ năm, bản chất của việc mất khả năng thanh toán có thể không trùng với biểu hiện bên ngoài là trả được nợ hay không. Trong nền kinh tế thị trường hiện nay, nhiều doanh nghiệp không trả được nợ nhưng điều này chỉ có tính chất nhất thời trong khi mọi hoạt động của doanh nghiệp vẫn diễn ra bình thường. Ngược lại, có những doanh nghiệp sự trả nợ chỉ là trá hình, che đậy tình trạng tài chính tuyệt vọng của doanh nghiệp, họ phải sử dụng nhiều phương tiện gian trá để bù đắp ngân quỹ như vay nặng lãi, thế chấp tài sản nhiều lần để vay tiền ngân hàng...

Tóm lại, theo quy định của pháp luật Việt Nam, phá sản là khái

niệm dùng để chỉ doanh nghiệp lâm vào tình trạng phá sản với dấu hiệu đặc trưng nhất là mất khả năng thanh toán nợ đến hạn. Tuy nhiên, doanh nghiệp lâm vào tình trạng phá sản chưa hẳn đã bị phá sản. Doanh nghiệp lâm vào tình trạng phá sản chỉ được coi là bị phá sản khi đã tiến hành thủ tục tuyên bố phá sản.

b. Phá sản - thủ tục phục hồi doanh nghiệp hoặc thanh lí nợ đặc biệt

Luật phá sản gồm có 95 điều, trong đó có 12 điều (Điều 1 đến Điều 12) về những quy định chung và 1 điều về điều

(1).Xem: Nguyễn Việt Tý, ‘Tun hiểu khái niệm phá sản doanh nghiệp’, *Tạp chí luật học*, số 4/1995, tr. 34 - 37.

khoản thi hành còn lại 82 điều (từ Điều 13 đến Điều 94) ghi nhận các vấn đề liên quan đến thủ tục phục hồi doanh nghiệp và thủ tục thanh lí nợ của doanh nghiệp. Như vậy, Luật phá sản là luật về thủ tục phục hồi hoặc thanh lí nợ của doanh nghiệp. Tuy nhiên, theo tinh thần của Luật phá sản, các thủ tục phục hồi hoặc thanh lí nợ ở đây khác với quá trình phục hồi khi doanh nghiệp tự phục hồi sắp xếp lại hoạt động sản xuất kinh doanh của mình hoặc thủ tục thanh toán nợ trong tổ tụng dân sự.

- Tính chất đặc thù của thủ tục phục hồi doanh nghiệp lâm vào tình trạng phá sản

Tính chất đặc thù của thủ tục phục hồi doanh nghiệp lâm vào tình trạng phá sản được nhìn nhận trong mối quan hệ so sánh với quá trình tự phục hồi doanh nghiệp khi doanh nghiệp gặp khó khăn hoặc thua lỗ trong kinh doanh nhưng chưa bị yêu cầu mở thủ tục phá sản. So sánh với quá trình tự phục hồi đó, thủ tục phục hồi doanh nghiệp lâm vào tình trạng phá sản có sự khác biệt cơ bản. Đó là: quá trình tự phục hồi

là giải pháp tổ chức sản xuất kinh doanh được doanh nghiệp chủ động thực hiện còn phục hồi doanh nghiệp lâm vào tình trạng phá sản lại là thủ tục tư pháp.

Trong kinh doanh, vì những nguyên nhân khác nhau, doanh nghiệp có thể gặp khó khăn hoặc bị thua lỗ. Khi đó, để lành mạnh hoá hoạt động của doanh nghiệp, khỏi phải lâm vào tình trạng phá sản, chủ doanh nghiệp có thể thực hiện việc tổ chức lại hoạt động sản xuất kinh doanh hay nói cách khác tự phục hồi doanh nghiệp của mình. Quá trình phục hồi này hoàn toàn thuộc ý chí của chủ doanh nghiệp, khoản thi hành còn lại 82 điều (từ Điều 13 đến Điều 94) ghi nhận các vấn đề liên quan đến thủ tục phục hồi doanh nghiệp và thủ tục thanh lí nợ của doanh nghiệp. Như vậy, Luật phá sản là luật về thủ tục phục hồi hoặc thanh lí nợ của doanh nghiệp. Tuy nhiên, theo tinh thần của Luật phá sản, các thủ tục phục hồi hoặc thanh lí nợ ở đây khác với quá trình phục hồi khi doanh nghiệp tự phục hồi sắp xếp lại hoạt động sản xuất kinh doanh của mình hoặc thủ tục thanh toán nợ trong tổ tụng dân sự.

- Tính chất đặc thù của thủ tục phục hồi doanh nghiệp lâm vào tình trạng phá sản

Tính chất đặc thù của thủ tục phục hồi doanh nghiệp lâm vào tình trạng phá sản được nhìn nhận trong mối quan hệ so sánh với quá trình tự phục hồi doanh nghiệp khi doanh nghiệp gặp khó khăn hoặc thua lỗ trong kinh doanh nhưng chưa bị yêu cầu mở thủ tục phá sản. So sánh với quá trình tự phục hồi đó, thủ tục phục hồi doanh nghiệp lâm vào tình trạng phá sản có sự khác biệt cơ bản. Đó là: quá trình tự phục hồi là giải pháp tổ chức sản xuất kinh doanh được doanh nghiệp chủ động thực hiện còn phục hồi doanh nghiệp lâm vào tình trạng phá sản lại là thủ tục tư pháp.

Trong kinh doanh, vì những nguyên nhân khác nhau, doanh nghiệp có thể gặp khó khăn hoặc bị thua lỗ. Khi đó, để lành mạnh hoá

hoạt động của doanh nghiệp, khỏi phải lâm vào tình trạng phá sản, chủ doanh nghiệp có thể thực hiện việc tổ chức lại hoạt động sản xuất kinh doanh hay nói cách khác tự phục hồi doanh nghiệp của mình. Quá trình phục hồi này hoàn toàn thuộc ý chí của chủ doanh nghiệp, họ tự quyết định có hay không việc phục hồi doanh nghiệp, tự quyết định các phương án phục hồi doanh nghiệp cũng như tự thực hiện phương án phục hồi V.V..

Khác với quá trình tự phục hồi, phục hồi doanh nghiệp lâm vào tình trạng phá sản là thủ tục tư pháp. Đây là một giai đoạn trong thủ tục giải quyết yêu cầu phá sản doanh nghiệp, được tiến hành sau khi toà án mở thủ tục giải quyết yêu cầu phá sản doanh nghiệp và chính toà án là người quyết định thủ tục phục hồi này (xem mục 1 chương VI Luật phá sản). Mặc dù công việc chính trong quá trình phục hồi do doanh nghiệp thực hiện nhưng việc phục hồi chỉ có thể được thực hiện khi có đủ điều kiện pháp luật quy định (xem Điều 68 Luật phá sản), nội dung, thủ tục xem xét thông qua và thời hạn thực hiện phương án phục hồi phải tuân thủ quy định của pháp luật (xem các điều 69, 70, 71, 72). Hơn nữa, hoạt động phục hồi doanh nghiệp nằm dưới sự giám sát nghiêm ngặt của toà án cũng như các chủ nợ và doanh nghiệp phải chịu những hậu quả pháp lí tồi tệ trong trường hợp doanh nghiệp phục hồi không thành công.

- Tính đặc thù của thủ tục thanh toán nợ

Không như những vụ kiện đòi tài sản trong lĩnh vực dân sự hay kinh tế, phá sản là một hiện tượng kinh tế - xã hội phức tạp, kéo theo nhiều hậu quả xấu, ảnh hưởng đến lợi ích kinh tế của các chủ nợ, bản thân doanh nghiệp mắc nợ và người làm công cũng như lợi ích của xã hội nói chung. Để bảo vệ họ và những người có liên quan, xác định rõ quyền và nghĩa vụ của các bên khi phá sản, bảo vệ trật tự kỉ cương xã hội thì việc giải quyết phá sản phải được thực

hiện theo một họ tự quyết định có hay không việc phục hồi doanh nghiệp, tự quyết định các phương án phục hồi doanh nghiệp cũng như tự thực hiện phương án phục hồi V.V..

Khác với quá trình tự phục hồi, phục hồi doanh nghiệp lâm vào tình trạng phá sản là thủ tục tư pháp. Đây là một giai đoạn trong thủ tục giải quyết yêu cầu phá sản doanh nghiệp, được tiến hành sau khi toà án mở thủ tục giải quyết yêu cầu phá sản doanh nghiệp và chính toà án là người quyết định thủ tục phục hồi này (xem mục 1 chương VI Luật phá sản). Mặc dù công việc chính trong quá trình phục hồi do doanh nghiệp thực hiện nhưng việc phục hồi chỉ có thể được thực hiện khi có đủ điều kiện pháp luật quy định (xem Điều 68 Luật phá sản), nội dung, thủ tục xem xét thông qua và thời hạn thực hiện phương án phục hồi phải tuân thủ quy định của pháp luật (xem các điều 69, 70, 71, 72). Hơn nữa, hoạt động phục hồi doanh nghiệp nằm dưới sự giám sát nghiêm ngặt của toà án cũng như các chủ nợ và doanh nghiệp phải chịu những hậu quả pháp lí tồi tệ trong trường hợp doanh nghiệp phục hồi không thành công.

- Tính đặc thù của thủ tục thanh toán nợ

Không như những vụ kiện đòi tài sản trong lĩnh vực dân sự hay kinh tế, phá sản là một hiện tượng kinh tế - xã hội phức tạp, kéo theo nhiều hậu quả xấu, ảnh hưởng đến lợi ích kinh tế của các chủ nợ, bản thân doanh nghiệp mắc nợ và người làm công cũng như lợi ích của xã hội nói chung. Để bảo vệ họ và những người có liên quan, xác định rõ quyền và nghĩa vụ của các bên khi phá sản, bảo vệ trật tự kỉ cương xã hội thì việc giải quyết phá sản phải được thực hiện theo một

thủ tục đặc biệt khác với thủ tục đòi nợ và thanh toán nợ thông thường. Sự đặc biệt này được xác định bởi tính chất của quan hệ giữa chủ nợ với doanh nghiệp mắc nợ. Điều đó thể hiện ở những nội

dung sau:

Thứ nhất, việc đòi nợ và thanh toán nợ mang tính tập thể.

Tính tập thể của thủ tục phá sản thể hiện trước hết ở việc tất cả các chủ nợ đều có cơ hội tham gia vào quá trình đòi nợ và thanh toán nợ. Nhưng họ không thể tiến hành đòi doanh nghiệp mắc nợ phải thanh toán các khoản nợ cho mình một cách tùy tiện. Pháp luật phá sản đã thiết kế sẵn một thủ tục tư pháp đặc biệt đảm bảo sự đồng đều về quyền lợi cho các chủ nợ thay vì để họ hành động vô tổ chức, mạnh ai nấy làm dẫn tới sự đổ vỡ của hàng loạt các doanh nghiệp khác có liên quan, gây xáo trộn mọi hoạt động của đời sống kinh tế - xã hội. Các chủ nợ được phân chia thành các nhóm khác nhau và yêu cầu của họ sẽ được xem xét công bằng, tại cùng một địa điểm, thời điểm và theo một thứ tự ưu tiên nhất định.

Khi có đơn yêu cầu phá sản doanh nghiệp của các chủ nợ không có bảo đảm, các chủ nợ có bảo đảm một phần và đại diện người lao động hoặc đại diện công đoàn, toà án có thẩm quyền xem xét nếu đủ căn cứ thì ra quyết định mở thủ tục giải quyết yêu cầu tuyên bố phá sản doanh nghiệp. Từ thời điểm này doanh nghiệp ngừng thanh toán nợ, không được thanh toán nợ cho riêng bất kì một chủ nợ nào. Các chủ nợ cũng không thể đòi thanh toán riêng khoản nợ của mình mà phải thông qua thủ tục gửi giấy đòi nợ. Luật phá sản quy định: Tất cả các chủ nợ (chủ nợ không có bảo đảm, chủ nợ có bảo đảm một phần, chủ nợ có bảo đảm) phải gửi giấy đòi thủ tục đặc biệt khác với thủ tục đòi nợ và thanh toán nợ thông thường. Sự đặc biệt này được xác định bởi tính chất của quan hệ giữa chủ nợ với doanh nghiệp mắc nợ. Điều đó thể hiện ở những nội dung sau:

Thứ nhất, việc đòi nợ và thanh toán nợ mang tính tập thể.

Tính tập thể của thủ tục phá sản thể hiện trước hết ở việc tất cả các chủ nợ đều có cơ hội tham gia vào quá trình đòi nợ và thanh toán nợ.

Nhưng họ không thể tiến hành đòi doanh nghiệp mắc nợ phải thanh toán các khoản nợ cho mình một cách tùy tiện. Pháp luật phá sản đã thiết kế sẵn một thủ tục tư pháp đặc biệt đảm bảo sự đồng đều về quyền lợi cho các chủ nợ thay vì để họ hành động vô tổ chức, mạnh ai nấy làm dẫn tới sự đổ vỡ của hàng loạt các doanh nghiệp khác có liên quan, gây xáo trộn mọi hoạt động của đời sống kinh tế - xã hội. Các chủ nợ được phân chia thành các nhóm khác nhau và yêu cầu của họ sẽ được xem xét công bằng, tại cùng một địa điểm, thời điểm và theo một thứ tự ưu tiên nhất định.

Khi có đơn yêu cầu phá sản doanh nghiệp của các chủ nợ không có bảo đảm, các chủ nợ có bảo đảm một phần và đại diện người lao động hoặc đại diện công đoàn, toà án có thẩm quyền xem xét nếu đủ căn cứ thì ra quyết định mở thủ tục giải quyết yêu cầu tuyên bố phá sản doanh nghiệp. Từ thời điểm này doanh nghiệp ngừng thanh toán nợ, không được thanh toán nợ cho riêng bất kì một chủ nợ nào. Các chủ nợ cũng không thể đòi thanh toán riêng khoản nợ của mình mà phải thông qua thủ tục gửi giấy đòi nợ. Luật phá sản quy định: Tất cả các chủ nợ (chủ nợ không có bảo đảm, chủ nợ có bảo đảm một phần, chủ nợ có bảo đảm) phải gửi giấy đòi

nợ đến toà án trong thời hạn 60 ngày kể từ ngày cuối cùng đăng báo về quyết định mở thủ tục phá sản doanh nghiệp (Điều 51); trong thời hạn 15 ngày, kể từ ngày hết hạn gửi giấy đòi nợ, Tổ quản lí, thanh lí tài sản phải lập xong danh sách các chủ nợ và số nợ (Điều 22). Toà án sẽ dựa vào danh sách này để tiến hành thanh toán cho các chủ nợ khi xử lí nợ của doanh nghiệp con nợ. Điều đó cho thấy việc xử lí nợ phải dựa trên cơ sở tập thể các chủ nợ.

Gửi giấy đòi nợ là một thủ tục đặc biệt mà bất cứ chủ nợ nào cũng phải tiến hành, kể cả chủ nợ đang có tranh chấp với doanh nghiệp về số nợ của mình. Chủ nợ không gửi giấy đòi nợ hoặc tiến

hành đòi nợ riêng lẻ sẽ không được tham gia vào quá trình phân chia tài sản của doanh nghiệp sau này.

Việc thanh toán nợ cho các chủ nợ trong quá trình giải quyết phá sản là thanh toán chung chứ không phải cho từng cá nhân riêng biệt. Điều đó nhằm giải quyết quyền lợi của các chủ nợ trên nguyên tắc công bằng và hợp lý.

Thứ hai, Việc đòi nợ và thanh toán các khoản nợ tiến hành thông qua một cơ quan đại diện có thẩm quyền.

Theo Điều 30 Luật sửa đổi bổ sung một số điều Luật tổ chức toà án nhân dân ngày 28/12/1993: “*Tòa kinh tế toà án nhân dân tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương có nhiệm vụ, quyền hạn giải quyết việc phá sản doanh nghiệp*”,

Luật phá sản đã quy định cụ thể hơn cơ quan toà án có thẩm quyền giải quyết yêu cầu phá sản doanh nghiệp (xem Điều 7).

Như vậy, theo quy định của pháp luật Việt Nam, cơ quan có thẩm quyền giải quyết yêu cầu tuyên bố phá sản doanh nghiệp đến toà án trong thời hạn 60 ngày kể từ ngày cuối cùng đăng báo về quyết định mở thủ tục phá sản doanh nghiệp (Điều 51); trong thời hạn 15 ngày, kể từ ngày hết hạn gửi giấy đòi nợ, Tổ quản lý, thanh lý tài sản phải lập xong danh sách các chủ nợ và số nợ (Điều 22). Toà án sẽ dựa vào danh sách này để tiến hành thanh toán cho các chủ nợ khi xử lý nợ của doanh nghiệp con nợ. Điều đó cho thấy việc xử lý nợ phải dựa trên cơ sở tập thể các chủ nợ.

Gửi giấy đòi nợ là một thủ tục đặc biệt mà bất cứ chủ nợ nào cũng phải tiến hành, kể cả chủ nợ đang có tranh chấp với doanh nghiệp về số nợ của mình. Chủ nợ không gửi giấy đòi nợ hoặc tiến hành đòi nợ riêng lẻ sẽ không được tham gia vào quá trình phân chia tài sản của doanh nghiệp sau này.

Việc thanh toán nợ cho các chủ nợ trong quá trình giải quyết phá

sản là thanh toán chung chứ không phải cho từng cá nhân riêng biệt. Điều đó nhằm giải quyết quyền lợi của các chủ nợ trên nguyên tắc công bằng và hợp lí.

Thứ hai, Việc đòi nợ và thanh toán các khoản nợ tiến hành thông qua một cơ quan đại diện có thẩm quyền.

Theo Điều 30 Luật sửa đổi bổ sung một số điều Luật tổ chức toà án nhân dân ngày 28/12/1993: *“Toà kinh tế toà án nhân dân tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương có nhiệm vụ, quyền hạn giải quyết việc phá sản doanh nghiệp”*,

Luật phá sản đã quy định cụ thể hơn cơ quan toà án có thẩm quyền giải quyết yêu cầu phá sản doanh nghiệp (xem Điều 7).

Như vậy, theo quy định của pháp luật Việt Nam, cơ quan có thẩm quyền giải quyết yêu cầu tuyên bố phá sản doanh nghiệp là toà kinh tế toà án nhân dân địa phương nơi doanh nghiệp, hợp tác xã đăng kí kinh doanh (trừ doanh nghiệp có vốn đầu tư trực tiếp của nước ngoài).

Giải quyết phá sản thực chất là giải quyết mối quan hệ tài sản giữa chủ nợ và con nợ. Chủ nợ có quyền đòi nợ và việc đòi nợ phải thông qua toà án thể hiện ở thủ tục gửi giấy đòi nợ trong một thời hạn nhất định. Thực hiện thủ tục này họ sẽ có tên trong danh sách chủ nợ và quyền lợi được đảm bảo. Việc thanh toán nợ của doanh nghiệp cũng không diễn ra trực tiếp mà phải thông qua đại diện là tổ quản lí, thanh lí tài sản. Các chủ nợ nhận được một phần hay toàn bộ số nợ của mình từ đây chứ không trực tiếp từ doanh nghiệp mắc nợ. Điều này thể hiện tính đặc biệt của thủ tục phá sản, khác với việc thanh toán nợ thông thường là luôn luôn trực tiếp và vào bất kì lúc nào.

Thứ ba, thanh toán các khoản nợ được tiến hành trên cơ sở số tài sản còn lại của doanh nghiệp.

Việc thanh toán các khoản nợ được tiến hành trên cơ sở tài sản

còn lại của doanh nghiệp. Điều này không có nghĩa là nợ bao nhiêu thì trả bấy nhiêu như nợ trong dân sự mà nghĩa vụ của doanh nghiệp mắc nợ sẽ chấm dứt sau khi dùng toàn bộ tài sản của mình để trả nợ mặc dù có thể thanh toán chưa đủ cho các chủ nợ. Đối với pháp nhân, sau khi hoàn thành nghĩa vụ này đồng thời cũng chấm dứt sự tồn tại của pháp nhân đó nên việc xoá nợ đối với doanh nghiệp bị phá sản là đương nhiên. Còn đối với doanh nghiệp tư nhân hoặc thành viên công ti hợp danh hiện tượng khoanh nợ có thể xảy ra (xem khoản 1 Điều 90 Luật phá sản), tuy nhiên các chủ nợ nghiệp là toà kinh tế toà án nhân dân địa phương nơi doanh nghiệp, hợp tác xã đăng kí kinh doanh (trừ doanh nghiệp có vốn đầu tư trực tiếp của nước ngoài).

Giải quyết phá sản thực chất là giải quyết mối quan hệ tài sản giữa chủ nợ và con nợ. Chủ nợ có quyền đòi nợ và việc đòi nợ phải thông qua toà án thể hiện ở thủ tục gửi giấy đòi nợ trong một thời hạn nhất định. Thực hiện thủ tục này họ sẽ có tên trong danh sách chủ nợ và quyền lợi được đảm bảo. Việc thanh toán nợ của doanh nghiệp cũng không diễn ra trực tiếp mà phải thông qua đại diện là tổ quản lí, thanh lí tài sản. Các chủ nợ nhận được một phần hay toàn bộ số nợ của mình từ đây chứ không trực tiếp từ doanh nghiệp mắc nợ. Điều này thể hiện tính đặc biệt của thủ tục phá sản, khác với việc thanh toán nợ thông thường là luôn luôn trực tiếp và vào bất kì lúc nào.

Thứ ha, thanh toán các khoản nợ được tiến hành trên cơ sở số tài sản còn lại của doanh nghiệp.

Việc thanh toán các khoản nợ được tiến hành trên cơ sở tài sản còn lại của doanh nghiệp. Điều này không có nghĩa là nợ bao nhiêu thì trả bấy nhiêu như nợ trong dân sự mà nghĩa vụ của doanh nghiệp mắc nợ sẽ chấm dứt sau khi dùng toàn bộ tài sản của mình để trả nợ mặc dù có thể thanh toán chưa đủ cho các chủ nợ. Đối với pháp nhân, sau khi hoàn thành nghĩa vụ này đồng thời cũng chấm dứt sự tồn tại

của pháp nhân đó nên việc xoá nợ đối với doanh nghiệp bị phá sản là đương nhiên. Còn đối với doanh nghiệp tư nhân hoặc thành viên công ti hợp danh hiện tượng khoan nợ có thể xảy ra (xem khoản 1 Điều 90 Luật phá sản), tuy nhiên các chủ nợ

chỉ có thể được thanh toán khi tìm thấy ở chủ doanh nghiệp tư nhân hoặc thành viên công ti hợp doanh còn tài sản. Quy định trên của pháp luật nhằm loại trừ tình trạng các doanh nghiệp tư nhân hoặc công ti hợp danh lợi dụng thủ tục đặc biệt này để xin giải quyết phá sản nhằm được xoá nợ và trốn tránh nghĩa vụ trả nợ.

Thứ tư, việc thanh toán các khoản nợ được tiến hành sau khi có quyết định của cơ quan nhà nước có thẩm quyền.

Trong quá trình giải quyết phá sản doanh nghiệp, việc thanh toán các khoản nợ được tiến hành sau khi có quyết định của toà án. Đây cũng là một đặc thù so với thủ tục thanh toán nợ thông thường. Thủ tục thanh toán nợ thông thường có thể diễn ra bất cứ khi nào, theo phương thức do hai bên lựa chọn, kể cả khi cần sự can thiệp của toà án thì toà án vẫn tôn trọng ý kiến của đương sự.

Toà án là cơ quan có thẩm quyền ra quyết định việc phục hồi, xử lý tài sản hoặc tuyên bố phá sản doanh nghiệp nhưng toà án không trực tiếp thanh toán nợ của doanh nghiệp mà việc thanh toán nợ do tổ quản lý, thanh lý tài sản hoặc chính bản thân doanh nghiệp thực hiện (xem các điều 10, 31 Luật phá sản). Tuy nhiên trong mọi trường hợp, thanh toán nợ trong quá trình giải quyết yêu cầu phá sản doanh nghiệp phải có sự đồng ý của toà án hay nói cách khác phải cần sự phê chuẩn của toà án.

Quy định việc thanh toán các khoản nợ được tiến hành sau khi có quyết định của tạo điều kiện cho doanh nghiệp khôi phục hoạt động kinh doanh hoặc nhằm đảm bảo sự công bằng và hợp lý khi xử lý tài sản.

chỉ có thể được thanh toán khi tìm thấy ở chủ doanh nghiệp tư nhân hoặc thành viên công ti hợp doanh còn tài sản. Quy định trên của pháp luật nhằm loại trừ tình trạng các doanh nghiệp tư nhân hoặc công ti hợp danh lợi dụng thủ tục đặc biệt này để xin giải quyết phá sản nhằm được xoá nợ và trốn tránh nghĩa vụ trả nợ.

Thứ tư, việc thanh toán các khoản nợ được tiến hành sau khi có quyết định của cơ quan nhà nước có thẩm quyền.

Trong quá trình giải quyết phá sản doanh nghiệp, việc thanh toán các khoản nợ được tiến hành sau khi có quyết định của toà án. Đây cũng là một đặc thù so với thủ tục thanh toán nợ thông thường. Thủ tục thanh toán nợ thông thường có thể diễn ra bất cứ khi nào, theo phương thức do hai bên lựa chọn, kể cả khi cần sự can thiệp của toà án thì toà án vẫn tôn trọng ý kiến của đương sự.

Toà án là cơ quan có thẩm quyền ra quyết định việc phục hồi, xử lý tài sản hoặc tuyên bố phá sản doanh nghiệp nhưng toà án không trực tiếp thanh toán nợ của doanh nghiệp mà việc thanh toán nợ do tổ quản lý, thanh lý tài sản hoặc chính bản thân doanh nghiệp thực hiện (xem các điều 10, 31 Luật phá sản). Tuy nhiên trong mọi trường hợp, thanh toán nợ trong quá trình giải quyết yêu cầu phá sản doanh nghiệp phải có sự đồng ý của toà án hay nói cách khác phải cần sự phê chuẩn của toà án.

Quy định việc thanh toán các khoản nợ được tiến hành sau khi có quyết định của tạo điều kiện cho doanh nghiệp khôi phục hoạt động kinh doanh hoặc nhằm đảm bảo sự công bằng và hợp lý khi xử lý tài sản.

Tóm lại, thủ tục phục hồi và xử lý nợ theo Luật phá sản quy định là một thủ tục đặc biệt, khác với thủ tục thanh toán nợ thông thường trong dân sự, kinh tế và trong đời sống hàng ngày.

3. Phân loại phá sản

Dựa vào những căn cứ khác nhau, phá sản có thể được phân loại như sau:

a. Căn cứ vào nguyên nhân gây ra phá sản, phá sản được chia ra: Phá sản trung thực và phá sản gian trá.

Phá sản trung thực là hiện tượng phá sản do những nguyên nhân khách quan hay những rủi ro trong kinh doanh gây ra. *Ví dụ:* do thiên tai, địch họa làm đình trệ quá trình kinh doanh và từ đó dẫn đến việc mất khả năng thanh toán hoặc do một sự biến động chính trị nào đó làm mất hẳn thị trường tiêu thụ sản phẩm và kéo theo đó là sự đổ vỡ của các doanh nghiệp sản xuất sản phẩm đó.

Phá sản gian trá là hiện tượng phá sản do con nợ có những thủ đoạn gian trá, cố sắp đặt trước nhằm chiếm đoạt tài sản của người khác. *Ví dụ:* để chiếm đoạt tài sản của người khác, con nợ đã gian lận trong khi kí hợp đồng, tâu tán tài sản, cố tình báo cáo sai... và sau đó tạo ra lí do phá sản không đúng sự thật.

Việc phân loại này có ý nghĩa khi xác định thái độ đối xử của pháp luật đối với con nợ. Đối với phá sản trung thực, khi giải quyết yêu cầu phá sản doanh nghiệp, pháp luật chỉ tập giải quyết các vấn đề liên quan đến xử lí tài sản còn đối với phá sản gian trá, khi giải quyết yêu cầu phá sản doanh

Tóm lại, thủ tục phục hồi và xử lí nợ theo Luật phá sản quy định là một thủ tục đặc biệt, khác với thủ tục thanh toán nợ thông thường trong dân sự, kinh tế và trong đời sống hàng ngày.

3. Phân loại phá sản

Dựa vào những căn cứ khác nhau, phá sản có thể được phân loại như sau:

a. *Căn cứ vào nguyên nhân gây ra phá sản*, phá sản được chia ra: Phá sản trung thực và phá sản gian trá.

Phá sản trung thực là hiện tượng phá sản do những nguyên nhân khách quan hay những rủi ro trong kinh doanh gây ra. *Ví dụ:* do thiên tai, địch họa làm đình trệ quá trình kinh doanh và từ đó dẫn đến việc mất khả năng thanh toán hoặc do một sự biến động chính trị nào đó làm mất hẳn thị trường tiêu thụ sản phẩm và kéo theo đó là sự đổ vỡ của các doanh nghiệp sản xuất sản phẩm đó.

Phá sản gian trá là hiện tượng phá sản do con nợ có những thủ đoạn gian trá, có sấp đặt trước nhằm chiếm đoạt tài sản của người khác. *Ví dụ:* để chiếm đoạt tài sản của người khác, con nợ đã gian lận trong khi kí hợp đồng, tẩu tán tài sản, cố tình báo cáo sai... và sau đó tạo ra lí do phá sản không đúng sự thật.

Việc phân loại này có ý nghĩa khi xác định thái độ đối xử của pháp luật đối với con nợ. Đối với phá sản trung thực, khi giải quyết yêu cầu phá sản doanh nghiệp, pháp luật chỉ tập giải quyết các vấn đề liên quan đến xử lí tài sản còn đối với phá sản gian trá, khi giải quyết yêu cầu phá sản doanh

nghiệp, pháp luật không chỉ tập giải quyết các vấn đề liên quan đến xử lí tài sản mà còn có thể giải quyết các vấn đề liên quan đến nhân thân của chủ doanh nghiệp. Khoản 3 Điều 8 Luật phá sản quy định trong quá trình tiến hành thủ tục phá sản nếu phát hiện có dấu hiệu tội phạm thì thẩm phán cung cấp tài liệu (bản sao) cho viện kiểm sát nhân dân cùng cấp để xem xét việc khởi tố về hình sự và vẫn tiến hành thủ tục phá sản theo quy định của Luật này.

b. *Căn cứ vào cơ sở phát sinh quan hệ pháp lí*, phá sản có thể chia ra: Phá sản tự nguyện và phá sản bắt buộc.

Phá sản tự nguyện là phá sản do chính con nợ yêu cầu khi thấy

mình lâm vào tình trạng phá sản. Theo Luật phá sản, việc nộp đơn yêu cầu phá sản chính doanh nghiệp của mình là nghĩa vụ của doanh nghiệp khi nhận thấy lâm vào tình trạng phá sản (xem Điều 15).

Phá sản bắt buộc là phá sản được thực hiện theo yêu cầu của chủ nợ hoặc của đại diện chủ sở hữu ở một số loại hình doanh nghiệp (doanh nghiệp nhà nước, công ti cổ phần, công ti hợp danh).

Việc phân loại này có ý nghĩa khi xây dựng hồ sơ vụ phá sản doanh nghiệp cũng như khi thẩm phán lựa chọn thủ tục phá sản thích hợp (thủ tục phục hồi hay thủ tục xử lý tài sản) trong quá trình giải quyết yêu cầu phá sản doanh nghiệp.

c. Dựa vào đối tượng và phạm vi điều chỉnh của Luật phá sản, phá sản được chia thành: phá sản doanh nghiệp, hợp tác xã và phá sản cá nhân.

nghiệp, pháp luật không chỉ chỉ tập giải quyết các vấn đề liên quan đến xử lý tài sản mà còn có thể giải quyết các vấn đề liên quan đến nhân thân của chủ doanh nghiệp. Khoản 3 Điều 8 Luật phá sản quy định trong quá trình tiến hành thủ tục phá sản nếu phát hiện có dấu hiệu tội phạm thì thẩm phán cung cấp tài liệu (bản sao) cho viện kiểm sát nhân dân cùng cấp để xem xét việc khởi tố về hình sự và vẫn tiến hành thủ tục phá sản theo quy định của Luật này.

b. Căn cứ vào cơ sở phát sinh quan hệ pháp lý, phá sản có thể chia ra: Phá sản tự nguyện và phá sản bắt buộc.

Phá sản tự nguyện là phá sản do chính con nợ yêu cầu khi thấy mình lâm vào tình trạng phá sản. Theo Luật phá sản, việc nộp đơn yêu cầu phá sản chính doanh nghiệp của mình là nghĩa vụ của doanh nghiệp khi nhận thấy lâm vào tình trạng phá sản (xem Điều 15).

Phá sản bắt buộc là phá sản được thực hiện theo yêu cầu của chủ nợ hoặc của đại diện chủ sở hữu ở một số loại hình doanh nghiệp

Việc phân chia này có ý nghĩa trong việc áp dụng pháp

(doanh nghiệp nhà nước, công ti cổ phần, công ti hợp danh).

Việc phân loại này có ý nghĩa khi xây dựng hồ sơ vụ phá sản doanh nghiệp cũng như khi thẩm phán lựa chọn thủ tục phá sản thích hợp (thủ tục phục hồi hay thủ tục xử lý tài sản) trong quá trình giải quyết yêu cầu phá sản doanh nghiệp.

c. Dựa vào đối tượng và phạm vi điều chỉnh của Luật phá sản, phá sản được chia thành: phá sản doanh nghiệp, hợp tác xã và phá sản cá nhân.

luật khi giải quyết vụ việc phá sản. Ở nhiều nước trên thế giới không có sự phân chia này mà bất kể doanh nghiệp hay cá nhân khi lâm vào tình trạng phá sản đều bị xử lý theo luật phá sản và cũng có nước, luật phá sản chỉ áp dụng đối với doanh nghiệp nhà nước (Trung Quốc). Ở Việt Nam Luật phá sản được áp dụng đối với các doanh nghiệp thuộc mọi thành phần kinh tế và hợp tác xã còn đối các cá nhân (bao gồm cả hộ gia đình, tổ hợp tác), nếu lâm vào tình trạng phá sản thì được xử lý theo thủ tục tố tụng dân sự.

4. Phân biệt phá sản với giải thể

Nếu chỉ xem xét về mặt hiện tượng thì phá sản và giải thể doanh nghiệp không có gì khác nhau, bởi vì cả hai thủ tục này đều dẫn đến việc chấm dứt sự tồn tại của doanh nghiệp và phân chia tài sản còn lại cho các chủ nợ, giải quyết quyền lợi cho người làm công... Tuy nhiên, về bản chất đây là hai thủ tục pháp lý khác nhau.

Thứ nhất, lí do giải thể không đồng nhất đối với các loại hình doanh nghiệp và rộng hơn nhiều so với lí do phá sản.

Theo quy định của pháp luật hiện hành về giải thể, khi rơi vào những trường hợp pháp luật quy định đối với loại hình doanh nghiệp đó có thể tự giải thể hoặc bị giải thể. Các trường hợp giải thể đối với mỗi một loại hình doanh nghiệp được pháp luật quy định không giống

Việc phân chia này có ý nghĩa trong việc áp dụng pháp

nhau mà tùy thuộc vào vị trí vai trò cũng như ảnh hưởng của doanh nghiệp đó trong nền kinh tế. Tuy nhiên, có thể khái quát lại rằng doanh nghiệp có thể tự chấm dứt hoạt động của mình hoặc bị bắt buộc giải thể khi: Mục tiêu đề ra không thể đạt được hoặc đã hoàn thành luật khi giải quyết vụ việc phá sản. Ở nhiều nước trên thế giới không có sự phân chia này mà bất kể doanh nghiệp hay cá nhân khi lâm vào tình trạng phá sản đều bị xử lý theo luật phá sản và cũng có nước, luật phá sản chỉ áp dụng đối với doanh nghiệp nhà nước (Trung Quốc). Ở Việt Nam Luật phá sản được áp dụng đối với các doanh nghiệp thuộc mọi thành phần kinh tế và hợp tác xã còn đối các cá nhân (bao gồm cả hộ gia đình, tổ hợp tác), nếu lâm vào tình trạng phá sản thì được xử lý theo thủ tục tố tụng dân sự.

4. Phân biệt phá sản với giải thể

Nếu chỉ xem xét về mặt hiện tượng thì phá sản và giải thể doanh nghiệp không có gì khác nhau, bởi vì cả hai thủ tục này đều dẫn đến việc chấm dứt sự tồn tại của doanh nghiệp và phân chia tài sản còn lại cho các chủ nợ, giải quyết quyền lợi cho người làm công... Tuy nhiên, về bản chất đây là hai thủ tục pháp lý khác nhau.

Thứ nhất, lí do giải thể không đồng nhất đối với các loại hình doanh nghiệp và rộng hơn nhiều so với lí do phá sản.

Theo quy định của pháp luật hiện hành về giải thể, khi rơi vào những trường hợp pháp luật quy định đối với loại hình doanh nghiệp đó có thể tự giải thể hoặc bị giải thể. Các trường hợp giải thể đối với mỗi một loại hình doanh nghiệp được pháp luật quy định không giống nhau mà tùy thuộc vào vị trí vai trò cũng như ảnh hưởng của doanh nghiệp đó trong nền kinh tế. Tuy nhiên, có thể khái quát lại rằng doanh nghiệp có thể tự chấm dứt hoạt động của mình hoặc bị bắt buộc giải thể khi: Mục tiêu đề ra không thể đạt được hoặc đã hoàn thành

xong mục tiêu đó hoặc bị thu hồi giấy phép hoạt động do vi phạm nghiêm trọng pháp luật. Trong khi đó, việc phá sản chỉ có thể do một nguyên nhân duy nhất gây ra, đó là sự mất khả năng thanh toán nợ đến hạn khi chủ nợ có yêu cầu.

Thứ hai, phá sản khác với giải thể ở bản chất của hai thủ tục pháp lí cũng như cơ quan có thẩm quyền thực hiện các thủ tục đó.

Giải thể là một thủ tục hành chính là giải pháp mang tính chất tổ chức người chủ doanh nghiệp tự mình quyết định hoặc do cơ quan có thẩm quyền cho phép thành lập quyết định còn thủ tục phá sản lại là một thủ tục tư pháp, là hoạt động do một cơ quan nhà nước duy nhất là toà án có thẩm quyền tiến hành theo những quy định chặt chẽ của pháp luật phá sản.

Thứ ba, giải thể và phá sản còn khác nhau về hậu quả.

Giải thể bao giờ cũng dẫn đến chấm dứt hoạt động và xoá tên doanh nghiệp, hợp tác xã, trong khi đó, đối với phá sản thì không phải bao giờ cũng đem đến kết quả như vậy. *Ví dụ*: Một người nào đó mua lại toàn bộ doanh nghiệp phá sản, giữ nguyên tên thậm chí cả nhãn hiệu hàng hoá, tiếp tục duy trì sản xuất. Trong trường hợp này chỉ có sự thay đổi sở hữu của chủ doanh nghiệp chứ không hề có sự chấm dứt hoạt động của nó.

Thứ tư, thái độ của Nhà nước đối với chủ sở hữu hay người quản lí, điều hành cơ sở sản xuất kinh doanh trong hai trường hợp trên cũng có sự phân biệt. Chẳng hạn, pháp luật nhiều nước quy định cấm chủ sở hữu bị phá sản không được hành nghề trong một thời gian nhất định. Còn trong trường hợp giải thể, vấn đề hạn chế quyền tự do kinh doanh này không được đặt ra.

xong mục tiêu đó hoặc bị thu hồi giấy phép hoạt động do vi phạm nghiêm trọng pháp luật. Trong khi đó, việc phá sản chỉ có thể do một nguyên nhân duy nhất gây ra, đó là sự mất khả năng thanh toán nợ

đến hạn khi chủ nợ có yêu cầu.

Thứ hai, phá sản khác với giải thể ở bản chất của hai thủ tục pháp lí cũng như cơ quan có thẩm quyền thực hiện các thủ tục đó.

Giải thể là một thủ tục hành chính là giải pháp mang tính chất tổ chức người chủ doanh nghiệp tự mình quyết định hoặc do cơ quan có thẩm quyền cho phép thành lập quyết định còn thủ tục phá sản lại là một thủ tục tư pháp, là hoạt động do một cơ quan nhà nước duy nhất là toà án có thẩm quyền tiến hành theo những quy định chặt chẽ của pháp luật phá sản.

Thứ ba, giải thể và phá sản còn khác nhau về hậu quả.

Giải thể bao giờ cũng dẫn đến chấm dứt hoạt động và xoá tên doanh nghiệp, hợp tác xã, trong khi đó, đối với phá sản thì không phải bao giờ cũng đem đến kết quả như vậy. *Vi dụ*: Một người nào đó mua lại toàn bộ doanh nghiệp phá sản, giữ nguyên tên thậm chí cả nhãn hiệu hàng hoá, tiếp tục duy trì sản xuất. Trong trường hợp này chỉ có sự thay đổi sở hữu của chủ doanh nghiệp chứ không hề có sự chán dứt hoạt động của nó.

Thứ tư, thái độ của Nhà nước đối với chủ sở hữu hay người quản lí, điều hành cơ sở sản xuất kinh doanh trong hai trường hợp trên cũng có sự phân biệt. Chẳng hạn, pháp luật nhiều nước quy định cấm chủ sở hữu bị phá sản không được hành nghề trong một thời gian nhất định. Còn trong trường hợp giải thể, vấn đề hạn chế quyền tự do kinh doanh này không được đặt ra.

II. KHÁI QUÁT VỀ PHÁP LUẬT PHÁ SẢN

1. Khái niệm pháp luật phá sản

Việt Nam cũng như đa số các nước trên thế giới đều quan tâm xây dựng chế định pháp luật về phá sản với mục tiêu hạn chế đến mức thấp nhất những hậu quả do phá sản gây ra, bảo vệ quyền và lợi

ích hợp pháp của các bên tham gia quan hệ kinh tế trước những rủi ro trong kinh doanh, từ đó góp phần ổn định trật tự đời sống xã hội.

Trong thời kì cổ đại và Trung đại, pháp luật phá sản đều mang nặng tính trừng phạt nặng nề. Khi không trả được nợ, không chỉ tài sản của con nợ bị đưa ra thanh lí ngay mà chính bản thân họ và gia đình cũng phải chịu những chế tài hình sự nghiêm khắc như bỏ tù, bắt làm nô lệ hay bị giết V.V.. Điều đó đã gây ra nhiều thiệt hại cho con nợ và bất ổn trong xã hội.

Trong thời đại hiện nay, với sự bùng nổ của nhân quyền, tự do, dân chủ, pháp luật phá sản hiện đại đã có cách nhìn khoan dung hơn đối với những người bị lâm vào tình trạng phá sản. Bởi vì, bản thân hoạt động kinh doanh đã là một lĩnh vực đầy khó khăn và rủi ro, mặt khác hậu quả của phá sản rất lớn, thương gia phá sản được coi là người kém may mắn, thất thế, cần được bảo vệ. Do vậy, xu hướng pháp luật phá sản hiện nay trên thế giới không chỉ đặt ra những thiết chế bảo vệ lợi ích cho chủ nợ mà còn quan tâm bảo vệ lợi ích của cả con nợ.

Bên cạnh đó, sự bùng nổ của xu thế toàn cầu hoá, nhu cầu về hội nhập kinh tế quốc tế đã ảnh hưởng không nhỏ đến

II. KHÁI QUÁT VỀ PHÁP LUẬT PHÁ SẢN

1. Khái niệm pháp luật phá sản

Việt Nam cũng như đa số các nước trên thế giới đều quan tâm xây dựng chế định pháp luật về phá sản với mục tiêu hạn chế đến mức thấp nhất những hậu quả do phá sản gây ra, bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của các bên tham gia quan hệ kinh tế trước những rủi ro trong kinh doanh, từ đó góp phần ổn định trật tự đời sống xã hội.

Trong thời kì cổ đại và Trung đại, pháp luật phá sản đều mang nặng tính trừng phạt nặng nề. Khi không trả được nợ, không chỉ tài

sản của con nợ bị đưa ra thanh lí ngay mà chính bản thân họ và gia đình cũng phải chịu những chế tài hình sự nghiêm khắc như bỏ tù, bắt làm nô lệ hay bị giết V.V.. Điều đó đã gây ra nhiều thiệt hại cho con nợ và bất ổn trong xã hội.

Trong thời đại hiện nay, với sự bùng nổ của nhân quyền, tự do, dân chủ, pháp luật phá sản hiện đại đã có cách nhìn khoan dung hơn đối với những người bị lâm vào tình trạng phá sản. Bởi vì, bản thân hoạt động kinh doanh đã là một lĩnh vực đầy khó khăn và rủi ro, mặt khác hậu quả của phá sản rất lớn, thương gia phá sản được coi là người kém may mắn, thất thế, cần được bảo vệ. Do vậy, xu hướng pháp luật phá sản hiện nay trên thế giới không chỉ đặt ra những thiết chế bảo vệ lợi ích cho chủ nợ mà còn quan tâm bảo vệ lợi ích của cả con nợ.

Bên cạnh đó, sự bùng nổ của xu thế toàn cầu hoá, nhu cầu về hội nhập kinh tế quốc tế đã ảnh hưởng không nhỏ đến hệ thống pháp luật của mỗi quốc gia. Pháp luật phá sản của mỗi nước không chỉ phản ánh những đặc điểm kinh tế, xã hội, chính trị... của quốc gia mình mà còn phản ánh những xu hướng chung của thời đại.

Pháp luật phá sản có thể được hiểu là tổng thể các quy phạm pháp luật do Nhà nước ban hành, điều chỉnh các quan hệ xã hội phát sinh trong quá trình giải quyết yêu cầu phá sản doanh nghiệp, hợp tác xã.

Pháp luật phá sản là một bộ phận cấu thành nhóm các chế định pháp luật về giải quyết hậu quả của khung pháp lí kinh tế trong nền kinh tế thị trường.

Trong luật thương mại, pháp luật phá sản là một chế định đặc thù. Tính đặc thù của chế định phá sản thể hiện ở chỗ, trong chế định này vừa chứa đựng các quy phạm của pháp nội dung vừa chứa đựng các quy phạm của pháp luật hình thức (pháp luật tố tụng). Với tư cách là

pháp luật nội dung, pháp luật phá sản điều chỉnh các quan hệ tài sản giữa chủ nợ và con nợ, ghi nhận đầy đủ quyền và nghĩa vụ của các chủ thể tham gia quan hệ tài sản đó. Còn với tư cách là pháp luật hình thức, pháp luật phá sản điều chỉnh quan hệ tổ tụng giữa cơ quan nhà nước có thẩm quyền với chủ nợ, con nợ và những người có liên quan, quy định quyền và nghĩa vụ tố tụng của các chủ thể, trình tự, thủ tục giải quyết yêu cầu phá sản doanh nghiệp, hợp tác xã.

Như vậy, pháp luật phá sản điều chỉnh hai nhóm quan hệ xã hội: (a) quan hệ tài sản giữa chủ nợ và con nợ, (b) quan hệ tố tụng giữa các đương sự với cơ quan nhà nước có thẩm quyền. hệ thống pháp luật của mỗi quốc gia. Pháp luật phá sản của mỗi nước không chỉ phản ánh những đặc điểm kinh tế, xã hội, chính trị... của quốc gia mình mà còn phản ánh những xu hướng chung của thời đại.

Pháp luật phá sản có thể được hiểu là tổng thể các quy phạm pháp luật do Nhà nước ban hành, điều chỉnh các quan hệ xã hội phát sinh trong quá trình giải quyết yêu cầu phá sản doanh nghiệp, hợp tác xã.

Pháp luật phá sản là một bộ phận cấu thành nhóm các chế định pháp luật về giải quyết hậu quả của khung pháp lí kinh tế trong nền kinh tế thị trường.

Trong luật thương mại, pháp luật phá sản là một chế định đặc thù. Tính đặc thù của chế định phá sản thể hiện ở chỗ, trong chế định này vừa chứa đựng các quy phạm của pháp nội dung vừa chứa đựng các quy phạm của pháp luật hình thức (pháp luật tố tụng). Với tư cách là pháp luật nội dung, pháp luật phá sản điều chỉnh các quan hệ tài sản giữa chủ nợ và con nợ, ghi nhận đầy đủ quyền và nghĩa vụ của các chủ thể tham gia quan hệ tài sản đó. Còn với tư cách là pháp luật hình thức, pháp luật phá sản điều chỉnh quan hệ tố tụng giữa cơ quan nhà nước có thẩm quyền với chủ nợ, con nợ và những người có liên

quan, quy định quyền và nghĩa vụ tố tụng của các chủ thể, trình tự, thủ tục giải quyết yêu cầu phá sản doanh nghiệp, hợp tác xã.

Như vậy, pháp luật phá sản điều chỉnh hai nhóm quan hệ xã hội: (a) quan hệ tài sản giữa chủ nợ và con nợ, (b) quan hệ tố tụng giữa các đương sự với cơ quan nhà nước có thẩm quyền.

a. Quan hệ giữa chủ nợ và con nợ

Quan hệ giữa chủ nợ và con nợ là những quan hệ tài sản phần lớn được hình thành trước khi có yêu cầu phá sản doanh nghiệp, hợp tác xã, tuy nhiên nó chỉ được coi là quan hệ pháp luật phá sản kể từ khi có yêu cầu phá sản, có nghĩa là kể từ thời điểm có yêu cầu phá sản doanh nghiệp, hợp tác xã pháp luật phá sản mới được sử dụng để điều chỉnh các quan hệ đó.

Chủ thể tham gia các quan hệ tài sản này là chủ nợ và con nợ.

Chủ nợ là những người có quyền yêu cầu con nợ thực hiện một số nghĩa vụ tài sản nhất định. Theo quy định của Luật phá sản, chủ nợ được chia ra ba loại: Chủ nợ có bảo đảm, chủ nợ có bảo đảm một phần và chủ nợ không có bảo đảm (xem khoản 1, 2, 3 Điều 6 Luật phá sản). Còn con nợ chính là doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản - doanh nghiệp, hợp tác xã không có khả năng thanh toán được các khoản nợ đến hạn khi chủ nợ có yêu cầu (xem Điều 3 Luật phá sản).

Khách thể của quan hệ giữa chủ nợ và con nợ, hay nói cách khác những lợi ích mà chủ nợ và con nợ nhằm vào trong mối quan hệ này chính là tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản, bao gồm tài sản có và tài sản nợ. Các loại tài sản có của doanh nghiệp, hợp tác xã được quy định cụ thể trong Điều 49 Luật phá sản còn các loại tài sản nợ đó là các khoản doanh nghiệp, hợp tác xã nợ các chủ nợ, bao gồm: nợ có bảo đảm, nợ không có bảo; nợ đến hạn, nợ chưa đến hạn. Tuy nhiên, trong phá sản, chỉ có việc phân loại

nợ của con nợ thành nợ có đảm

a. Quan hệ giữa chủ nợ và con nợ

Quan hệ giữa chủ nợ và con nợ là những quan hệ tài sản phần lớn được hình thành trước khi có yêu cầu phá sản doanh nghiệp, hợp tác xã, tuy nhiên nó chỉ được coi là quan hệ pháp luật phá sản kể từ khi có yêu cầu phá sản, có nghĩa là kể từ thời điểm có yêu cầu phá sản doanh nghiệp, hợp tác xã pháp luật phá sản mới được sử dụng để điều chỉnh các quan hệ đó.

Chủ thể tham gia các quan hệ tài sản này là chủ nợ và con nợ.

Chủ nợ là những người có quyền yêu cầu con nợ thực hiện một số nghĩa vụ tài sản nhất định. Theo quy định của Luật phá sản, chủ nợ được chia ra ba loại: Chủ nợ có bảo đảm, chủ nợ có bảo đảm một phần và chủ nợ không có bảo đảm (xem khoản 1, 2, 3 Điều 6 Luật phá sản). Còn con nợ chính là doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản - doanh nghiệp, hợp tác xã không có khả năng thanh toán được các khoản nợ đến hạn khi chủ nợ có yêu cầu (xem Điều 3 Luật phá sản).

Khách thể của quan hệ giữa chủ nợ và con nợ, hay nói cách khác những lợi ích mà chủ nợ và con nợ nhằm vào trong mối quan hệ này chính là tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản, bao gồm tài sản có và tài sản nợ. Các loại tài sản có của doanh nghiệp, hợp tác xã được quy định cụ thể trong Điều 49 Luật phá sản còn các loại tài sản nợ đó là các khoản doanh nghiệp, hợp tác xã nợ các chủ nợ, bao gồm: nợ có bảo đảm, nợ không có bảo; nợ đến hạn, nợ chưa đến hạn. Tuy nhiên, trong phá sản, chỉ có việc phân loại nợ của con nợ thành nợ có đảm

bảo và nợ không có bảo đảm là có ý nghĩa pháp lí, liên quan đến thứ tự ưu tiên thanh toán sau này còn phân loại nợ của con nợ thành nợ đến hạn nợ chưa đến hạn không còn nhiều ý nghĩa pháp lí, bởi vì kể

từ khi toà án mở thủ tục giải quyết yêu cầu phá sản doanh nghiệp, các khoản nợ chưa đến hạn cũng được coi như đến hạn.

Nội dung của quan hệ tài sản giữa chủ nợ và con nợ chính là những quyền và nghĩa vụ tài sản của các chủ thể đó. Các quyền và nghĩa vụ tài sản của chủ nợ và con nợ được quy định cụ thể trong Luật phá sản (xem các điều 33 - 42 chương III và Điều 51 chương IV Luật phá sản).

b. Quan hệ tố tụng

Quan hệ tố tụng giữa các đương sự và cơ quan nhà nước có thẩm quyền, phát sinh trong quá trình giải quyết yêu cầu phá sản doanh nghiệp, hợp tác xã.

Chủ thể của các quan hệ này bao gồm: Các đương sự và các cơ quan nhà nước có thẩm quyền trong giải quyết yêu cầu phá sản doanh nghiệp, hợp tác xã.

* Các đương sự gồm có chủ nợ, con nợ và những người có liên quan như đại diện chủ sở hữu đối với các doanh nghiệp nhà nước, cổ đông công ti cổ phần, thành viên công ti hợp danh... (trong trường hợp họ nộp đơn yêu cầu tuyên bố phá sản).

Quyền và nghĩa vụ của các chủ nợ, con nợ và các đương sự trong các giai đoạn của quá trình giải quyết yêu cầu phá sản doanh nghiệp được Luật phá sản quy định cụ thể. Trong đó, có những quyền và nghĩa vụ cơ bản về việc nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản (xem các điều từ 13- 19, 21, 25 Luật bảo và nợ không có bảo đảm là có ý nghĩa pháp lí, liên quan đến thứ tự ưu tiên thanh toán sau này còn phân loại nợ của con nợ thành nợ đến hạn nợ chưa đến hạn không còn nhiều ý nghĩa pháp lí, bởi vì kể từ khi toà án mở thủ tục giải quyết yêu cầu phá sản doanh nghiệp, các khoản nợ chưa đến hạn cũng được coi như đến hạn.

Nội dung của quan hệ tài sản giữa chủ nợ và con nợ chính là

những quyền và nghĩa vụ tài sản của các chủ thể đó. Các quyền và nghĩa vụ tài sản của chủ nợ và con nợ được quy định cụ thể trong Luật phá sản (xem các điều 33 - 42 chương III và Điều 51 chương IV Luật phá sản).

b. Quan hệ tố tụng

Quan hệ tố tụng giữa các đương sự và cơ quan nhà nước có thẩm quyền, phát sinh trong quá trình giải quyết yêu cầu phá sản doanh nghiệp, hợp tác xã.

Chủ thể của các quan hệ này bao gồm: Các đương sự và các cơ quan nhà nước có thẩm quyền trong giải quyết yêu cầu phá sản doanh nghiệp, hợp tác xã.

* Các đương sự gồm có chủ nợ, con nợ và những người có liên quan như đại diện chủ sở hữu đối với các doanh nghiệp nhà nước, cổ đông công ty cổ phần, thành viên công ty hợp danh... (trong trường hợp họ nộp đơn yêu cầu tuyên bố phá sản).

Quyền và nghĩa vụ của các chủ nợ, con nợ và các đương sự trong các giai đoạn của quá trình giải quyết yêu cầu phá sản doanh nghiệp được Luật phá sản quy định cụ thể. Trong đó, có những quyền và nghĩa vụ cơ bản về việc nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản (xem các điều từ 13- 19, 21, 25 Luật phá sản); về việc thực hiện các biện pháp bảo toàn tài sản (xem chương IV Luật phá sản); về việc tham gia và biểu quyết tại hội nghị chủ nợ (các điều 62, 63, 64); về việc đồng ý hay không đồng ý để doanh nghiệp phục hồi (các điều 68, 70, 71) và về việc đề xuất phương án xử lý nợ V.V..

* Các cơ quan tố tụng gồm có: Tòa án nhân dân; tổ quản lý, thanh lý tài sản và viện kiểm sát nhân dân.

Toà án là cơ quan có vai trò quyết định, có thẩm quyền tiến hành thủ tục phá sản đối với doanh nghiệp, hợp tác xã. Thẩm quyền của

toà án nói chung và nhiệm vụ, quyền hạn của thẩm phán tiến hành thủ tục phá sản được quy định cụ thể trong Luật phá sản (xem các điều 7, 8, 44, 45, 46, 55, 68, 72, 78,79, 86...).

Tổ quản lí, thanh lí tài sản là bộ phận chuyên môn do toà án thành lập, để làm nhiệm vụ quản lí, thanh lí tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản. Thành phần tổ quản lí, thanh lí tài sản được quy định tại khoản 2 Điều 9 Luật phá sản. Tổ chức và hoạt động của tổ quản lí, thanh lí tài sản sẽ được Chính phủ hướng dẫn cụ thể. Nhiệm vụ, quyền hạn và trách nhiệm của tổ quản lí, thanh lí tài sản cũng như của tổ trưởng tổ quản lí, thanh lí tài sản được quy định cụ thể tại Điều 9, 10 Luật phá sản. Ngoài ra, ở một số điều khác của Luật phá sản còn quy định tổ quản lí tài sản thực hiện các hoạt động mang tính chất tham mưu, giúp việc cho thẩm phán ra các quyết định khi tiến hành thủ tục phá sản.

Cũng như trong việc giải quyết các tranh chấp khác trong kinh doanh, khi giải quyết vụ việc về phá sản doanh nghiệp, phá sản); về việc thực hiện các biện pháp bảo toàn tài sản (xem chương IV Luật phá sản); về việc tham gia và biểu quyết tại hội nghị chủ nợ (các điều 62, 63, 64); về việc đồng ý hay không đồng ý để doanh nghiệp phục hồi (các điều 68, 70, 71) và về việc đề xuất phương án xử lí nợ V.V..

* Các cơ quan tố tụng gồm có: Toà án nhân dân; tổ quản lí, thanh lí tài sản và viện kiểm sát nhân dân.

Toà án là cơ quan có vai trò quyết định, có thẩm quyền tiến hành thủ tục phá sản đối với doanh nghiệp, hợp tác xã. Thẩm quyền của toà án nói chung và nhiệm vụ, quyền hạn của thẩm phán tiến hành thủ tục phá sản được quy định cụ thể trong Luật phá sản (xem các điều 7, 8, 44, 45, 46, 55, 68, 72, 78,79, 86...).

Tổ quản lí, thanh lí tài sản là bộ phận chuyên môn do toà án thành lập, để làm nhiệm vụ quản lí, thanh lí tài sản của doanh nghiệp, hợp

tác xã lâm vào tình trạng phá sản. Thành phần tổ quản lí, thanh lí tài sản được quy định tại khoản 2 Điều 9 Luật phá sản. Tổ chức và hoạt động của tổ quản lí, thanh lí tài sản sẽ được Chính phủ hướng dẫn cụ thể. Nhiệm vụ, quyền hạn và trách nhiệm của tổ quản lí, thanh lí tài sản cũng như của tổ trưởng tổ quản lí, thanh lí tài sản được quy định cụ thể tại Điều 9, 10 Luật phá sản. Ngoài ra, ở một số điều khác của Luật phá sản còn quy định tổ quản lí tài sản thực hiện các hoạt động mang tính chất tham mưu, giúp việc cho thẩm phán ra các quyết định khi tiến hành thủ tục phá sản.

Cũng như trong việc giải quyết các tranh chấp khác trong kinh doanh, khi giải quyết vụ việc về phá sản doanh nghiệp, pháp luật luôn đề cao quyền tự định đoạt của các đương sự. Chính vì vậy, mặc dù viện kiểm sát nhân dân vẫn là một chủ thể của quan hệ tố tụng nhưng sự tham gia vào quá trình giải quyết yêu cầu phá sản doanh nghiệp, hợp tác xã rất hạn chế. Viện kiểm sát nhân dân chỉ kiểm sát việc tuân theo pháp luật trong qua trình tiến hành thủ tục phá sản (Điều 12) còn trong khi thực hiện chức năng, nhiệm vụ của mình, nếu nhận thấy doanh nghiệp lâm vào tình trạng phá sản thì viện kiểm sát cũng chỉ có nhiệm vụ thông báo bằng văn bản cho những người có quyền nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản biết để họ xem xét việc nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản.

Tóm lại, khác với quan hệ tài sản giữa chủ nợ với con nợ, nhóm quan hệ tố tụng do pháp luật phá sản điều chỉnh này có những dấu hiệu riêng của nó, đó là: về chủ thể, một bên là các đương sự còn phía bên kia là các cơ quan nhà nước có thẩm quyền; về nội dung, chính là những quyền và nghĩa vụ tố tụng của các đương sự trước Nhà nước hoặc là các hành vi tố tụng của các cơ quan nhà nước có thẩm quyền; về khách thể, chính là qua trình giải quyết yêu cầu phá sản doanh nghiệp, hợp tác xã. Mặc dù hai nhóm quan hệ trên có

những tính chất khác nhau nhưng chúng có mối quan hệ mật thiết với nhau (quan hệ tài sản là cơ sở để hình thành quan hệ tố tụng và quan hệ tố tụng nhằm bảo vệ quan hệ tài sản). Chính vì vậy, chúng được thống nhất điều chỉnh trong một chế định pháp luật phá sản.

2. Nội dung của pháp luật phá sản

a. Những yếu tố ảnh hưởng đến nội dung của luật phá sản

pháp luật luôn đề cao quyền tự định đoạt của các đương sự.

Chính vì vậy, mặc dù viện kiểm sát nhân dân vẫn là một chủ thể của quan hệ tố tụng nhưng sự tham gia vào quá trình giải quyết yêu cầu phá sản doanh nghiệp, hợp tác xã rất hạn chế. Viện kiểm sát nhân dân chỉ kiểm sát việc tuân theo pháp luật trong quá trình tiến hành thủ tục phá sản (Điều 12) còn trong khi thực hiện chức năng, nhiệm vụ của mình, nếu nhận thấy doanh nghiệp lâm vào tình trạng phá sản thì viện kiểm sát cũng chỉ có nhiệm vụ thông báo bằng văn bản cho những người có quyền nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản biết để ' họ xem xét việc nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản.

Tóm lại, khác với quan hệ tài sản giữa chủ nợ với con nợ, nhóm quan hệ tố tụng do pháp luật phá sản điều chỉnh này có những dấu hiệu riêng của nó, đó là: về chủ thể, một bên là các đương sự còn phía bên kia là các cơ quan nhà nước có thẩm quyền; về nội dung, chính là những quyền và nghĩa vụ tố tụng của các đương sự trước Nhà nước hoặc là các hành vi tố tụng của các cơ quan nhà nước có thẩm quyền; về khách thể, chính là quá trình giải quyết yêu cầu phá sản doanh nghiệp, hợp tác xã. Mặc dù hai nhóm quan hệ trên có những tính chất khác nhau nhưng chúng có mối quan hệ mật thiết với nhau (quan hệ tài sản là cơ sở để hình thành quan hệ tố tụng và quan hệ tố tụng nhằm bảo vệ quan hệ tài sản). Chính vì vậy, chúng được thống nhất điều chỉnh trong một chế định pháp luật phá sản.

Thứ nhất, nội dung của luật phá sản bị quyết định bởi
356

2. Nội dung của pháp luật phá sản

a. Những yếu tố ảnh hưởng đến nội dung của luật phá sản

tính chất của nền kinh tế.

Theo quan điểm của chủ nghĩa Mác-Lênin, hệ thống pháp luật thuộc kiến trúc thượng tầng do hệ thống kinh tế quyết định. Hệ thống pháp luật được hình thành và phát triển để phục vụ cho sự phát triển của nền kinh tế và bản thân nó luôn luôn bị chi phối bởi hoàn cảnh kinh tế xã hội cụ thể của từng nước. Đây là lí do giải thích tại sao bên cạnh những quy định chung, có tính chất thống nhất, trong pháp luật phá sản của các nước tồn tại nhiều điểm khác biệt.

Trên thế giới hiện nay, nhìn chung tồn tại hai hệ thống kinh tế khác nhau về bản chất là kinh tế thị trường và kinh tế kế hoạch hoá. Trong nền kinh tế kế hoạch hoá, các vấn đề pháp luật về phá sản hay chống cạnh tranh không được đặt ra, bởi ở đó mọi hoạt động kinh tế đều chịu sự điều tiết của nhà nước theo kế hoạch đã được định ra, không có sự cạnh tranh và do đó không có phá sản.

Thực tiễn ở nước ta cũng đã minh chứng cho luận điểm đó: Nền kinh tế của Việt Nam trước Đại hội Đảng toàn quốc lần thứ VI năm 1986 cũng là nền kinh tế kế hoạch hoá tập trung. Mọi nhu cầu chủ yếu trong đời sống của người dân cũng như hoạt động sản xuất kinh doanh đều chịu sự điều tiết của Nhà nước. Các doanh nghiệp hoạt động dưới quản lí của nhà nước, nếu kinh doanh thua lỗ nhà nước sẽ can thiệp bằng các biện pháp hành chính như chia, sáp nhập các doanh nghiệp, hỗ trợ vốn cho các doanh nghiệp... Do vậy, trong nền kinh tế kế hoạch hoá đó, vấn đề phá sản không được đặt ra và đương nhiên cũng không tồn tại pháp luật về phá sản. tính chất của nền kinh tế.

Theo quan điểm của chủ nghĩa Mác-Lênin, hệ thống pháp luật thuộc kiến trúc thượng tầng do hệ thống kinh tế quyết định. Hệ thống pháp luật được hình thành và phát triển để phục vụ cho sự phát triển của nền kinh tế

Thứ nhất, nội dung của luật phá sản bị quyết định bởi

và bản thân nó luôn luôn bị chi phối bởi hoàn cảnh kinh tế xã hội cụ thể của từng nước. Đây là lí do giải thích tại sao bên cạnh những quy định chung, có tính chất thống nhất, trong pháp luật phá sản của các nước tồn tại nhiều điểm khác biệt.

Trên thế giới hiện nay, nhìn chung tồn tại hai hệ thống kinh tế khác nhau về bản chất là kinh tế thị trường và kinh tế kế hoạch hoá. Trong nền kinh tế kế hoạch hoá, các vấn đề pháp luật về phá sản hay chống cạnh tranh không được đặt ra, bởi ở đó mọi hoạt động kinh tế đều chịu sự điều tiết của nhà nước theo kế hoạch đã được định ra, không có sự cạnh tranh và do đó không có phá sản.

Thực tiễn ở nước ta cũng đã minh chứng cho luận điểm đó: Nền kinh tế của Việt Nam trước Đại hội Đảng toàn quốc lần thứ VI năm 1986 cũng là nền kinh tế kế hoạch hoá tập trung. Mọi nhu cầu chủ yếu trong đời sống của người dân cũng như hoạt động sản xuất kinh doanh đều chịu sự điều tiết của Nhà nước. Các doanh nghiệp hoạt động dưới quản lí của nhà nước, nếu kinh doanh thua lỗ nhà nước sẽ can thiệp bằng các biện pháp hành chính như chia, sáp nhập các doanh nghiệp, hỗ trợ vốn cho các doanh nghiệp... Do vậy, trong nền kinh tế kế hoạch hoá đó, vấn đề phá sản không được đặt ra và đương nhiên cũng không tồn tại pháp luật về phá sản.

nền kinh tế kế hoạch sang nền kinh tế thị trường theo định hướng xã hội chủ nghĩa. Cạnh tranh chính là quy luật của nền kinh tế thị trường. Dưới sự tác động của quy luật cạnh tranh, các doanh nghiệp cạnh tranh khốc liệt với nhau. Trong môi trường ấy, những doanh nghiệp làm ăn có hiệu quả sẽ tồn tại, còn những doanh nghiệp làm ăn thua lỗ sẽ bị phá sản, bị loại bỏ. Và pháp luật về phá sản doanh nghiệp ra đời nhằm đáp ứng yêu cầu "thoát khỏi thị trường" của những doanh nghiệp đã không chịu được sức ép của thương trường.

Thứ hai, nội dung của luật phá sản chịu ảnh hưởng của trình độ phát triển của nền kinh tế.

Từ sau năm 1986, Nhà nước ta chủ trương chuyển đổi từ

Nếu như nền kinh tế thị trường đã quyết định sự ra đời của pháp luật về phá sản thì trình độ phát triển của chính nền kinh tế đó lại quyết định sự khác nhau trong pháp luật về phá sản của các nước khác nhau. Điều này giải thích tại sao cũng là nền kinh tế thị trường nhưng luật phá sản của Mỹ lại không giống luật phá sản của Nga; cũng là nền kinh tế thị trường xã hội chủ nghĩa nhưng luật phá sản của Trung Quốc khác với luật phá sản của Việt Nam.

Thứ ba, nội dung của luật phá sản phụ thuộc khả năng làm chủ của các doanh nghiệp trong việc giải quyết các công việc của mình.

Phá sản là công việc của chủ nợ và con nợ, do đó về nguyên tắc là họ phải đứng ra giải quyết hầu hết các vấn đề của mình. Chỉ những việc gì mà họ do hạn chế về địa vị pháp lí của mình mà không làm được thì lúc đó Nhà nước mà cụ thể là toà án mới phải can thiệp. Tuy nhiên, vì những lí do nền kinh tế kế hoạch sang nền kinh tế thị trường theo định hướng xã hội chủ nghĩa. Cạnh tranh chính là quy luật của nền kinh tế thị trường. Dưới sự tác động của quy luật cạnh tranh, các doanh nghiệp cạnh tranh khốc liệt với nhau. Trong môi trường ấy, những doanh nghiệp làm ăn có hiệu quả sẽ tồn tại, còn những doanh nghiệp làm ăn thua lỗ sẽ bị phá sản, bị loại bỏ. Và pháp luật về phá sản doanh nghiệp ra đời nhằm đáp ứng yêu cầu "thoát khỏi thị trường" của những doanh nghiệp đã không chịu được sức ép của thương trường.

Thứ hai, nội dung của luật phá sản chịu ảnh hưởng của trình độ phát triển của nền kinh tế.

Nếu như nền kinh tế thị trường đã quyết định sự ra đời của pháp luật về phá sản thì trình độ phát triển của chính nền kinh tế đó lại quyết định sự khác nhau trong pháp luật về phá sản của các nước khác nhau. Điều này giải thích tại sao cũng là nền kinh tế thị trường nhưng luật phá sản của Mỹ lại không giống luật phá sản của Nga; cũng là nền kinh tế thị trường xã hội chủ nghĩa nhưng luật phá sản của Trung Quốc khác với

luật phá sản của Việt Nam.

Thứ ba, nội dung của luật phá sản phụ thuộc khả năng làm chủ của các doanh nghiệp trong việc giải quyết các công việc của mình.

Phá sản là công việc của chủ nợ và con nợ, do đó về nguyên tắc là họ phải đứng ra giải quyết hầu hết các vấn đề của mình. Chỉ những việc gì mà họ do hạn chế về địa vị pháp lí của mình mà không làm được thì lúc đó Nhà nước mà cụ thể là toà án mới phải can thiệp. Tuy nhiên, vì những lí do

nhất định nào đó mà khả năng tự quyết định của các thương nhân Việt Nam hiện nay nhìn chung còn thấp nên họ không tự giải quyết được các vấn đề phát sinh. Vì vậy, rất nhiều công việc phát sinh từ quá trình giải quyết phá sản đều phải được toà án xem xét, quyết định. *Ví dụ:* Ở các nước do các thương nhân là những người có trình độ cao về văn hoá pháp lí cũng như kiến thức kinh doanh nên ở các nước này, hội nghị chủ nợ có vai trò rất quan trọng trong việc giải quyết các vấn đề phát sinh. Trong khi đó, ở nước ta toà án lại phải can thiệp rất nhiều thì mới giải quyết được vụ việc phá sản. Vì vậy, không phải ngẫu nhiên mà ở nước ta toà án luôn luôn được thiết kế như một chủ thể có vai trò quyết định, một nhân vật trung tâm trong tổ tụng phá sản.

Thứ tư, nội dung của luật phá sản chịu sự tác động của xu thế hội nhập kinh tế quốc tế và khu vực.

Hội nhập kinh tế quốc tế và toàn cầu hoá đang diễn ra mạnh mẽ, mang lại nhiều lợi ích và thúc đẩy sự phát triển kinh tế của nhiều quốc gia trên cơ sở một nền thương mại và đầu tư công bằng.

Việt Nam đang là thành viên của nhiều tổ chức, diễn đàn kinh tế quốc tế như APEC, AFTA... và trong tương lai sẽ ra nhập tổ chức thương mại thế giới (WTO). Do vậy, việc hoàn thiện pháp luật phá sản cũng như các văn bản pháp luật khác phải tính đến xu thế hội nhập nhằm làm cho pháp luật phá sản của Việt Nam không chỉ phù hợp với tình hình kinh tế

xã hội của đất nước mà còn phù hợp với xu thế hội nhập kinh tế khu vực và thế giới.

nhất định nào đó mà khả năng tự quyết định của các thương nhân Việt Nam hiện nay nhìn chung còn thấp nên họ không tự giải quyết được các vấn đề phát sinh. Vì vậy, rất nhiều công việc phát sinh từ quá trình giải quyết phá sản đều phải được toà án xem xét, quyết định. *Ví dụ:* Ở các nước do các thương nhân là những người có trình độ cao về văn hoá pháp lí cũng như kiến thức kinh doanh nên ở các nước này, hội nghị chủ nợ có vai trò rất quan trọng trong việc giải quyết các vấn đề phát sinh. Trong khi đó, ở nước ta toà án lại phải can thiệp rất nhiều thì mới giải quyết được vụ việc phá sản. Vì vậy, không phải ngẫu nhiên mà ở nước ta toà án luôn luôn được thiết kế như một chủ thể có vai trò quyết định, một nhân vật trung tâm trong tổ tụng phá sản.

Thứ tư, nội dung của luật phá sản chịu sự tác động của xu thế hội nhập kinh tế quốc tế và khu vực.

Hội nhập kinh tế quốc tế và toàn cầu hoá đang diễn ra mạnh mẽ, mang lại nhiều lợi ích và thúc đẩy sự phát triển kinh tế của nhiều quốc gia trên cơ sở một nền thương mại và đầu tư công bằng.

Việt Nam đang là thành viên của nhiều tổ chức, diễn đàn kinh tế quốc tế như APEC, AFTA...và trong tương lai sẽ ra nhập tổ chức thương mại thế giới (WTO). Do vậy, việc hoàn thiện pháp luật phá sản cũng như các văn bản pháp luật khác phải tính đến xu thế hội nhập nhằm làm cho pháp luật phá sản của Việt Nam không chỉ phù hợp với tình hình kinh tế xã hội của đất nước mà còn phù hợp với xu thế hội nhập kinh tế khu vực và thế giới.

b. Nội dung Luật phá sản năm 2004

Cũng như pháp luật phá sản của các nước trên thế giới, nội dung pháp luật phá sản ở Việt Nam tập trung ghi nhận những vấn đề quan

trọng như: Đối tượng áp dụng pháp luật phá sản; lí do phá sản; cơ quan có thẩm quyền tuyên bố phá sản và thủ giải quyết yêu cầu phá sản.

Nội dung của pháp luật phá sản Việt Nam trước đây được ghi nhận trong các văn bản như: Luật phá sản doanh nghiệp năm 1993; Luật phá sản năm 2004 và các văn bản hướng dẫn thi hành. Trong đó, quan trọng hơn hết là Luật phá sản năm 2004 với 6 chương và 52 điều.

- Chương 1 về những quy định chung, gồm 12 điều (từ điều 1 đến điều 12). Trong chương này xác định đối tượng có thể bị tuyên bố phá sản là doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản, xác định khái niệm doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản, xác định cơ quan có thẩm quyền giải quyết yêu cầu tuyên bố phá sản và vai trò của viện kiểm sát nhân dân trong quá trình giải quyết yêu cầu tuyên bố phá sản doanh nghiệp.

- Chương 2, về thủ tục nộp đơn và thụ lí đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản, gồm 19 điều (từ Điều 13 đến Điều 32). Chương này quy định các chủ thể có quyền, nghĩa vụ nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản; trách nhiệm của các chủ thể này trong việc cung cấp đầy đủ các bằng chứng, tài liệu cần thiết cho việc giải quyết yêu cầu phá sản theo quy định của pháp luật đồng thời quy định trách nhiệm, quyền hạn của toà án khi thụ lí đơn yêu cầu tuyên bố phá sản doanh nghiệp.

- Chương 3 ghi nhận nghĩa vụ về tài sản, gồm 10 điều (từ

b. Nội dung Luật phá sản năm 2004

Cũng như pháp luật phá sản của các nước trên thế giới, nội dung pháp luật phá sản ở Việt Nam tập trung ghi nhận những vấn đề quan trọng như: Đối tượng áp dụng pháp luật phá sản; lí do phá sản; cơ quan có thẩm quyền tuyên bố phá sản và thủ giải quyết yêu cầu phá sản.

Nội dung của pháp luật phá sản Việt Nam trước đây được ghi nhận

trong các văn bản như: Luật phá sản doanh nghiệp năm 1993; Luật phá sản năm 2004 và các văn bản hướng dẫn thi hành. Trong đó, quan trọng hơn hết là Luật phá sản năm 2004 với 6 chương và 52 điều.

- Chương 1 về những quy định chung, gồm 12 điều (từ điều 1 đến điều 12). Trong chương này xác định đối tượng có thể bị tuyên bố phá sản là doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản, xác định khái niệm doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản, xác định cơ quan có thẩm quyền giải quyết yêu cầu tuyên bố phá sản và vai trò của viện kiểm sát nhân dân trong quá trình giải quyết yêu cầu tuyên bố phá sản doanh nghiệp.

- Chương 2, về thủ tục nộp đơn và thụ lí đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản, gồm 19 điều (từ Điều 13 đến Điều 32). Chương này quy định các chủ thể có quyền, nghĩa vụ nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản; trách nhiệm của các chủ thể này trong việc cung cấp đầy đủ các bằng chứng, tài liệu cần thiết cho việc giải quyết yêu cầu phá sản theo quy định của pháp luật đồng thời quy định trách nhiệm, quyền hạn của toà án khi thụ lí đơn yêu cầu tuyên bố phá sản doanh nghiệp.

- Chương 3 ghi nhận nghĩa vụ về tài sản, gồm 10 điều (từ Điều 33 đến Điều 42). Trong chương này chứa đựng những quy định về cách thức xác định nghĩa vụ tài sản; cách thức xử lí các khoản nợ chưa đến hạn, nợ có đảm bảo cũng như cách thức xử lí tài sản khi giải quyết yêu cầu phá sản. Quan trọng hơn, chương này đã ghi nhận một thứ tự ưu tiên thanh toán (thứ tự phân chia tài sản của doanh nghiệp bị phá sản).

- Chương 4 quy định các biện pháp bảo toàn tài sản, gồm 18 điều (từ Điều 43 đến Điều 60). Trong chương này, bên cạnh việc xác định rõ tài sản của con nợ (Điều 49), Luật phá sản còn quy định những quyền và nghĩa vụ cụ thể các cơ quan tổ tụng cũng như của các chủ nợ, con nợ, ngân hàng và người lao động trong việc bảo toàn tài sản của con nợ nhằm ổn định về tài chính, tạo điều kiện cho doanh nghiệp phục hồi

hoặc giữ lại tài sản còn của doanh nghiệp để đảm bảo cho việc thanh toán giữa các chủ nợ được công bằng và hợp lí, trong trường hợp doanh nghiệp bị tuyên bố phá sản.

- Chương 5 quy định hội nghị chủ nợ như là một giai đoạn quan trọng trong quá trình giải quyết yêu cầu tuyên bố phá sản, gồm 7 điều (từ Điều 61 đến Điều 67). Trong chương này, Luật phá sản ghi nhận các vấn đề về quyền và nghĩa vụ tham gia hội nghị chủ nợ của chủ nợ cũng như những người có liên quan, điều kiện hợp lệ của hội nghị chủ nợ, nội dung của hội nghị chủ nợ và về hậu quả pháp lí có thể xảy ra nếu người tham gia hội nghị chủ nợ vắng mặt V.V..

- Chương 6 và chương 7 quy định về thủ tục phục hồi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã và thủ tục thanh lí tài sản và thủ tục tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã bị phá sản. Đây là hai chương quan trọng của Luật phá Điều 33 đến Điều 42). Trong chương này chứa đựng những quy định về cách thức xác định nghĩa vụ tài sản; cách thức xử lí các khoản nợ chưa đến hạn, nợ có đảm bảo cũng như cách thức xử lí tài sản khi giải quyết yêu cầu phá sản. Quan trọng hơn, chương này đã ghi nhận một thứ tự ưu tiên thanh toán (thứ tự phân chia tài sản của doanh nghiệp bị phá sản).

- Chương 4 quy định các biện pháp bảo toàn tài sản, gồm 18 điều (từ Điều 43 đến Điều 60). Trong chương này, bên cạnh việc xác định rõ tài sản của con nợ (Điều 49), Luật phá sản còn quy định những quyền và nghĩa vụ cụ thể các cơ quan tổ tụng cũng như của các chủ nợ, con nợ, ngân hàng và người lao động trong việc bảo toàn tài sản của con nợ nhằm ổn định về tài chính, tạo điều kiện cho doanh nghiệp phục hồi hoặc giữ lại tài sản còn của doanh nghiệp để đảm bảo cho việc thanh toán giữa các chủ nợ được công bằng và hợp lí, trong trường hợp doanh nghiệp bị tuyên bố phá sản.

- Chương 5 quy định hội nghị chủ nợ như là một giai đoạn quan

trọng trong quá trình giải quyết yêu cầu tuyên bố phá sản, gồm 7 điều (từ Điều 61 đến Điều 67). Trong chương này, Luật phá sản ghi nhận các vấn đề về quyền và nghĩa vụ tham gia hội nghị chủ nợ của chủ nợ cũng như những người có liên quan, điều kiện hợp lệ của hội nghị chủ nợ, nội dung của hội nghị chủ nợ và về hậu quả pháp lí có thể xảy ra nếu người tham gia hội nghị chủ nợ vắng mặt V.V..

- Chương 6 và chương 7 quy định về thủ tục phục hồi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã và thủ tục thanh lí tài sản và thủ tục tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã bị phá sản. Đây là hai chương quan trọng của Luật phá

sản năm 2004, thể hiện sự tiến bộ so với Luật phá sản doanh nghiệp năm 1993. Điều đó thể hiện ở chỗ Luật phá sản năm 2004 đã đi theo hướng quy định nhiều thủ tục khác nhau, có tính độc lập tương đối với nhau để toà án có điều kiện lựa chọn áp dụng cho phù hợp với tình hình cụ thể của mỗi doanh nghiệp. Thủ tục phục hồi hoạt động kinh doanh được ghi nhận trong mục 1 chương 6, từ Điều 68 đến Điều 77 còn thủ tục xử lí tài sản được quy định cụ thể trong mục 2 của chương, từ Điều 78 đến Điều 85. Các vấn đề liên quan đến quyết định tuyên bố doanh nghiệp bị phá sản cũng như việc khiếu nại, kháng nghị các quyết định đó được quy định trong chương 7 với 7 điều (từ Điều 86 đến Điều 92).

Ngoài ra, trong Luật phá sản năm 2004 còn có 2 chương, 3 điều quy định về xử lí vi phạm (chương 8) và điều khoản thi hành (chương 9).

Nhìn chung, so với Luật phá sản doanh nghiệp năm 1993, nội dung của Luật phá sản năm 2004 có sự đổi mới quan trọng, phân sánh một cách đầy đủ hơn đời sống kinh tế - xã hội nói chung và tình hình phá sản doanh nghiệp ở nước ta nói riêng.⁽¹⁾

3. Vai trò của pháp luật phá sản

Pháp luật phá sản có vai trò rất quan trọng đối với đời sống kinh tế

- xã hội. Điều đó được thể hiện ở những nội dung cơ bản sau đây:

(1).Xem: PGS.TS. Dương Đăng Huệ, "*Giới thiệu nội dung Luật phá sản*", Kí yếu chương trình tập huấn bồi dưỡng kiến thức pháp luật, Bộ tư pháp, Bà Rịa - Vũng Tàu, tháng 7 năm 2004.

sản năm 2004, thể hiện sự tiến bộ so với Luật phá sản doanh nghiệp năm 1993. Điều đó thể hiện ở chỗ Luật phá sản năm 2004 đã đi theo hướng quy định nhiều thủ tục khác nhau, có tính độc lập tương đối với nhau để toà án có điều kiện lựa chọn áp dụng cho phù hợp với tình hình cụ thể của mỗi doanh nghiệp. Thủ tục phục hồi hoạt động kinh doanh được ghi nhận trong mục 1 chương 6, từ Điều 68 đến Điều 77 còn thủ tục xử lí tài sản được quy định cụ thể trong mục 2 của chương, từ Điều 78 đến Điều 85. Các vấn đề liên quan đến quyết định tuyên bố doanh nghiệp bị phá sản cũng như việc khiếu nại, kháng nghị các quyết định đó được quy định trong chương 7 với 7 điều (từ Điều 86 đến Điều 92).

Ngoài ra, trong Luật phá sản năm 2004 còn có 2 chương, 3 điều quy định về xử lí vi phạm (chương 8) và điều khoản thi hành (chương 9).

Nhìn chung, so với Luật phá sản doanh nghiệp năm 1993, nội dung của Luật phá sản năm 2004 có sự đổi mới quan trọng, phản ánh một cách đầy đủ hơn đời sống kinh tế - xã hội nói chung và tình hình phá sản doanh nghiệp ở nước ta nói riêng.⁽¹⁾

3. Vai trò của pháp luật phá sản

Pháp luật phá sản có vai trò rất quan trọng đối với đời sống kinh tế - xã hội. Điều đó được thể hiện ở những nội dung cơ bản sau đây:

(1).Xem: PGS.TS. Dương Đăng Huệ, "*Giới thiệu nội dung Luật phá sản*", Kí yếu chương trình tập huấn bồi dưỡng kiến thức pháp luật, Bộ tư pháp, Bà Rịa - Vũng Tàu, tháng 7 năm 2004.

a. Pháp luật phá sản bảo vệ lợi ích chính đáng của các chủ nợ, cung cấp cho các chủ nợ một công cụ để thực hiện việc đòi nợ

Khi một doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản, chủ nợ là những người đầu tiên có nguy cơ mất trắng những khoản tín dụng mà trước đây họ đã cung cấp cho con nợ. Do đó, pháp luật phá sản ngay từ khi ra đời đã đặt lợi ích của chủ nợ là mục tiêu đầu tiên cần bảo vệ. Mặt khác, phá sản thường mang tính dây chuyền, sự đổ vỡ của doanh nghiệp này có thể kéo theo sự đổ vỡ của nhiều doanh nghiệp khác. Vì vậy, bảo vệ lợi ích của chủ nợ cũng gắn liền với việc bảo vệ và duy trì sự ổn định của nền kinh tế.

Bên cạnh đó, bản thân sự tồn tại của pháp luật phá sản và sự đe dọa sẽ áp dụng thủ tục này đã là một cơ chế có hiệu quả trong việc hạn chế những hành vi kinh doanh quá mạo hiểm của các nhà quản lý đồng thời tạo áp lực buộc doanh nghiệp mắc nợ phải tìm cách tổ chức lại doanh nghiệp, tìm kiếm nguồn tài chính cho việc thanh toán các khoản nợ, hạn chế tình trạng dùng tiền của người khác để phục vụ lợi ích cho riêng mình.

Khi doanh nghiệp mất khả năng thanh toán nợ đến hạn, pháp luật phá sản trao cho chủ nợ quyền khởi động thủ tục phá sản như một biện pháp đòi nợ đặc biệt. Trong quá trình giải quyết, pháp luật phá sản đưa ra các cơ chế cho phép các chủ nợ có khả năng bảo vệ tối đa lợi ích của mình như: kiểm tra, giám sát các hoạt động, hành vi của con nợ, tham gia giải quyết những vấn đề liên quan trực tiếp tới quyền lợi của mình, khiếu nại các quyết định của toà án... tất cả nhằm

a. Pháp luật phá sản bảo vệ lợi ích chính đáng của các chủ nợ, cung cấp cho các chủ nợ một công cụ để thực hiện việc đòi nợ

Khi một doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản, chủ nợ là những người đầu tiên có nguy cơ mất trắng những khoản tín dụng

mà trước đây họ đã cung cấp cho con nợ. Do đó, pháp luật phá sản ngay từ khi ra đời đã đặt lợi ích của chủ nợ là mục tiêu đầu tiên cần bảo vệ. Mặt khác, phá sản thường mang tính dây chuyền, sự đổ vỡ của doanh nghiệp này có thể kéo theo sự đổ vỡ của nhiều doanh nghiệp khác. Vì vậy, bảo vệ lợi ích của chủ nợ cũng gắn liền với việc bảo vệ và duy trì sự ổn định của nền kinh tế.

Bên cạnh đó, bản thân sự tồn tại của pháp luật phá sản và sự đe dọa sẽ áp dụng thủ tục này đã là một cơ chế có hiệu quả trong việc hạn chế những hành vi kinh doanh quá mạo hiểm của các nhà quản lý đồng thời tạo áp lực buộc doanh nghiệp mắc nợ phải tìm cách tổ chức lại doanh nghiệp, tìm kiếm nguồn tài chính cho việc thanh toán các khoản nợ, hạn chế tình trạng dùng tiền của người khác để phục vụ lợi ích cho riêng mình.

Khi doanh nghiệp mất khả năng thanh toán nợ đến hạn, pháp luật phá sản trao cho chủ nợ quyền khởi động thủ tục phá sản như một biện pháp đòi nợ đặc biệt. Trong quá trình giải quyết, pháp luật phá sản đưa ra các cơ chế cho phép các chủ nợ có khả năng bảo vệ tối đa lợi ích của mình như: kiểm tra, giám sát các hoạt động, hành vi của con nợ, tham gia giải quyết những vấn đề liên quan trực tiếp tới quyền lợi của mình, khiếu nại các quyết định của toà án... tất cả nhằm

mục đích tối đa hoá khả năng thu hồi nợ.

b. Pháp luật phá sản bảo vệ lợi ích của con nợ, đem lại cho các doanh nghiệp đang trong tình trạng phá sản một cơ hội phục hồi hoặc rút khỏi thương trường một cách có trật tự.

Trong quá trình tồn tại của mình, doanh nghiệp nào cũng có thể phải đối mặt với cạnh tranh và những rủi ro, bất trắc khác có thể dẫn đến tới sự suy thoái và mất khả năng thanh toán nợ đến hạn. Phá sản luôn đem đến những hậu quả xấu về kinh tế - xã hội. Do đó, pháp luật

phá sản hiện đại, bên cạnh việc bảo vệ chủ nợ còn hướng tới bảo vệ lợi ích của con nợ như: giảm bớt gánh nặng tài chính (bằng việc ấn định thời điểm ngừng trả nợ, tạo điều kiện cho con nợ thương lượng với chủ nợ để xoá nợ, giảm nợ, mua nợ...), hạn chế những hành vi pháp lí chống lại con nợ từ phía chủ nợ, buộc các chủ nợ vào một khuôn khổ chung trong quá trình đòi nợ. Con nợ được tạo cơ chế, điều kiện để khôi phục lại tình hình tài chính và sản xuất kinh doanh của mình. Khi con nợ có những dấu hiệu không thể khắc phục được, pháp luật phá sản còn đưa ra cơ chế giúp cho việc thanh lí tài sản của con nợ được nhanh nhất và giải phóng con nợ khỏi trách nhiệm thanh toán đối với các chủ nợ.

c. Pháp luật phá sản bảo vệ lợi ích của người lao động

Hậu quả đáng lưu ý nhất đi liền với phá sản doanh nghiệp là thu nhập và việc làm của người lao động. Vì vậy, đây luôn luôn là một trong những vấn đề được pháp luật phá sản quan tâm bảo vệ. Bằng những quy định cụ thể, pháp luật phá sản xác định cơ sở pháp lí cho việc bảo vệ lợi ích hợp pháp và

mục đích tối đa hoá khả năng thu hồi nợ.

b. Pháp luật phá sản bảo vệ lợi ích của con nợ, đem lại cho các doanh nghiệp đang trong tình trạng phá sản một cơ hội phục hồi hoặc rút khỏi thương trường một cách có trật tự.

Trong quá trình tồn tại của mình, doanh nghiệp nào cũng có thể phải đối mặt với cạnh tranh và những rủi ro, bất trắc khác có thể dẫn đến tới sự suy thoái và mất khả năng thanh toán nợ đến hạn. Phá sản luôn đem đến những hậu quả xấu về kinh tế - xã hội. Do đó, pháp luật phá sản hiện đại, bên cạnh việc bảo vệ chủ nợ còn hướng tới bảo vệ lợi ích của con nợ như: giảm bớt gánh nặng tài chính (bằng việc ấn định thời điểm ngừng trả nợ, tạo điều kiện cho con nợ thương lượng với chủ

nợ để xoá nợ, giảm nợ, mua nợ...), hạn chế những hành vi pháp lí chống lại con nợ từ phía chủ nợ, buộc các chủ nợ vào một khuôn khổ chung trong quá trình đòi nợ. Con nợ được tạo cơ chế, điều kiện để khôi phục lại tình hình tài chính và sản xuất kinh doanh của mình. Khi con nợ có những dấu hiệu không thể khắc phục được, pháp luật phá sản còn đưa ra cơ chế giúp cho việc thanh lí tài sản của con nợ được nhanh nhất và giải phóng con nợ khỏi trách nhiệm thanh toán đối với các chủ nợ.

c. Pháp luật phá sản bảo vệ lợi ích của người lao động

Hậu quả đáng lưu ý nhất đi liền với phá sản doanh nghiệp là thu nhập và việc làm của người lao động. Vì vậy, đây luôn luôn là một trong những vấn đề được pháp luật phá sản quan tâm bảo vệ. Bằng những quy định cụ thể, pháp luật phá sản xác định cơ sở pháp lí cho việc bảo vệ lợi ích hợp pháp và

hạn chế những thiệt thòi vật chất mà phá sản có thể gây ra cho người lao động. Theo quy định của hầu hết các nước trên thế giới, trong quá trình giải quyết yêu cầu tuyên bố phá sản doanh nghiệp, người lao động có quyền cử đại diện tham gia để bảo vệ lợi ích của mình, tiền lương và các khoản lợi ích chính đáng khác của họ bao giờ cũng thuộc diện ưu tiên trong thứ tự phân chia tài sản của doanh nghiệp và những người lao động trong doanh nghiệp bị phá sản thường được tạo cơ hội tìm việc làm mới.

d. Pháp luật phá sản góp phần tổ chức và cơ cấu lại nền kinh tế

Trước hết, pháp luật phá sản đưa ra khả năng cho sự so sánh giữa tổ chức lại và thanh lí doanh nghiệp. Bất kì sự lựa chọn nào giữa tổ chức lại và thanh lí doanh nghiệp đều dựa trên những cơ sở tối ưu nhằm ngăn chặn những trường hợp thanh lí quá vội vàng hay trì hoãn việc thanh lí.

Khi một doanh nghiệp lâm vào tình trạng phá sản, pháp luật phá sản

tạo ra một cơ chế thiết thực và có hiệu quả giúp doanh nghiệp mắc nợ có cơ hội khôi phục lại tình hình tài chính và hoạt động sản xuất kinh doanh, có khả năng thoát khỏi tình trạng phá sản. Xét trên khía cạnh tăng trưởng kinh tế, rõ ràng đây cũng là biện pháp góp phần tạo dựng một nền kinh tế ổn định.

Mặt khác, khi việc lựa chọn tổ chức lại không khả thi thì áp dụng thủ tục thanh lý doanh nghiệp và đi tới chấm dứt sự tồn tại của doanh nghiệp là kết quả tất yếu. Trong trường hợp này, thanh lý thể hiện như một cơ chế hữu hiệu để loại bỏ triệt để những doanh nghiệp kinh doanh kém hiệu quả, góp hạn chế những thiệt thòi vật chất mà phá sản có thể gây ra cho người lao động. Theo quy định của hầu hết các nước trên thế giới, trong quá trình giải quyết yêu cầu tuyên bố phá sản doanh nghiệp, người lao động có quyền cử đại diện tham gia để bảo vệ lợi ích của mình, tiền lương và các khoản lợi ích chính đáng khác của họ bao giờ cũng thuộc diện ưu tiên trong thứ tự phân chia tài sản của doanh nghiệp và những người lao động trong doanh nghiệp bị phá sản thường được tạo cơ hội tìm việc làm mới.

d. Pháp luật phá sản góp phần tổ chức và cơ cấu lại nền kinh tế

Trước hết, pháp luật phá sản đưa ra khả năng cho sự so sánh giữa tổ chức lại và thanh lý doanh nghiệp. Bất kỳ sự lựa chọn nào giữa tổ chức lại và thanh lý doanh nghiệp đều dựa trên những cơ sở tối ưu nhằm ngăn chặn những trường hợp thanh lý quá vội vàng hay trì hoãn việc thanh lý.

Khi một doanh nghiệp lâm vào tình trạng phá sản, pháp luật phá sản tạo ra một cơ chế thiết thực và có hiệu quả giúp doanh nghiệp mắc nợ có cơ hội khôi phục lại tình hình tài chính và hoạt động sản xuất kinh doanh, có khả năng thoát khỏi tình trạng phá sản. Xét trên khía cạnh tăng trưởng kinh tế, rõ ràng đây cũng là biện pháp góp phần tạo dựng một nền kinh tế ổn định.

Mặt khác, khi việc lựa chọn tổ chức lại không khả thi thì áp dụng

thủ tục thanh lí doanh nghiệp và đi tới chấm dứt sự tồn tại của doanh nghiệp là kết quả tất yếu. Trong trường hợp này, thanh lí thể hiện như một cơ chế hữu hiệu để loại bỏ triệt để những doanh nghiệp kinh doanh kém hiệu quả, góp

phần làm trong sạch môi trường kinh doanh.

Tóm lại, dù là được tiến hành theo hình thức tổ chức lại hoặc thanh lí doanh nghiệp mắc nợ thì pháp luật phá sản cũng luôn mang ý nghĩa tích cực trong việc cơ cấu lại nền kinh tế.

đ. Pháp luật phá sản góp phần bảo đảm trật tự, kỉ cương xã hội

Khi con nợ lâm vào tình trạng phá sản, trước nguy cơ có thể mất những khoản tín dụng của mình, các chủ nợ có động lực mạnh mẽ thúc đẩy thực hiện những hành vi chống lại con nợ. Những hành vi đó có thể là hợp pháp và cũng có thể là bất hợp pháp. Nếu không có sự can thiệp của pháp luật hoặc sự can thiệp không hiệu quả thì những hành vi bất hợp pháp của các chủ nợ rất dễ xảy ra, gây nên tình trạng lộn xộn trong đời sống xã hội. Do vậy, pháp luật về phá sản quy định cách mà mỗi nhóm chủ nợ khi được bồi thường không làm thiệt hại đến những nhóm chủ nợ khác tạo nên một sự công bằng cần thiết trong việc thanh toán cho các chủ nợ, cũng có nghĩa là các bên được đưa vào một khuôn khổ chung mà trong đó lợi ích của các bên đều được xem xét một cách công bằng và minh bạch.

Bằng việc giải quyết thoả đáng mối quan hệ về lợi ích giữa chủ nợ và con nợ cũng như giữa các chủ nợ với nhau, pháp luật về phá sản đã góp phần hạn chế những mâu thuẫn, những căng thẳng có thể có giữa họ, nhờ đó góp phần đảm bảo được trật tự, kỉ cương trong xã hội.

phần làm trong sạch môi trường kinh doanh.

Tóm lại, dù là được tiến hành theo hình thức tổ chức lại hoặc

thanh lí doanh nghiệp mắc nợ thì pháp luật phá sản cũng luôn mang ý nghĩa tích cực trong việc cơ cấu lại nền kinh tế.

đ. Pháp luật phá sản góp phần bảo đảm trật tự, kỉ cương xã hội

Khi con nợ lâm vào tình trạng phá sản, trước nguy cơ có thể mất những khoản tín dụng của mình, các chủ nợ có động lực mạnh mẽ thúc đẩy thực hiện những hành vi chống lại con nợ. Những hành vi đó có thể là hợp pháp và cũng có thể là bất hợp pháp. Nếu không có sự can thiệp của pháp luật hoặc sự can thiệp không hiệu quả thì những hành vi bất hợp pháp của các chủ nợ rất dễ xảy ra, gây nên tình trạng lộn xộn trong đời sống xã hội. Do vậy, pháp luật về phá sản quy định cách mà mỗi nhóm chủ nợ khi được bồi thường không làm thiệt hại đến những nhóm chủ nợ khác tạo nên một sự công bằng cần thiết trong việc thanh toán cho các chủ nợ, cũng có nghĩa là các bên được đưa vào một khuôn khổ chung mà trong đó lợi ích của các bên đều được xem xét một cách công bằng và minh bạch.

Bằng việc giải quyết thoả đáng mối quan hệ về lợi ích giữa chủ nợ và con nợ cũng như giữa các chủ nợ với nhau, pháp luật về phá sản đã góp phần hạn chế những mâu thuẫn, những căng thẳng có thể có giữa họ, nhờ đó góp phần đảm bảo được trật tự, kỉ cương trong xã hội.

CHƯƠNG XVI

THỦ TỤC PHÁ SẢN DOANH NGHIỆP, HỢP TÁC XÃ

Tuy không đồng nhất trong quy định của pháp luật các nước song thủ tục phá sản của hầu hết các nước đều hàm chứa hai thủ tục cơ bản, đó là thủ tục phục hồi hoạt động kinh doanh và thủ tục thanh lí doanh nghiệp, trong đó thủ tục phục hồi hoạt động kinh doanh ngày càng được pháp luật phá sản các nước quan tâm, chú trọng.

Phù hợp với xu hướng chung đó, Luật phá sản được Quốc hội thông qua ngày 15 tháng 6 năm 2004 đã quy định đa dạng và linh hoạt các thủ tục mà toà án có thể áp dụng khi giải quyết đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản, theo đó thủ tục phá sản được áp dụng đối với doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản bao gồm:

- Nộp đơn yêu cầu và mở thủ tục phá sản;
- Phục hồi hoạt động kinh doanh;
- Thanh lí tài sản, các khoản nợ;
- Tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã bị phá sản.

Sau khi có quyết định mở thủ tục phá sản, căn cứ vào quy định cụ thể của Luật phá sản, thẩm phán quyết định áp dụng

CHƯƠNG XVI

THỦ TỤC PHÁ SẢN DOANH NGHIỆP, HỢP TÁC XÃ

Tuy không đồng nhất trong quy định của pháp luật các nước song thủ tục phá sản của hầu hết các nước đều hàm chứa hai thủ tục cơ bản, đó là thủ tục phục hồi hoạt động kinh doanh và thủ tục thanh lí doanh nghiệp, trong đó thủ tục phục hồi hoạt động kinh doanh ngày càng được pháp luật phá sản các nước quan tâm, chú trọng.

Phù hợp với xu hướng chung đó, Luật phá sản được Quốc hội thông qua ngày 15 tháng 6 năm 2004 đã quy định đa dạng và linh hoạt các thủ tục mà toà án có thể áp dụng khi giải quyết đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản, theo đó thủ tục phá sản được áp dụng đối với doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản bao gồm:

- Nộp đơn yêu cầu và mở thủ tục phá sản;
- Phục hồi hoạt động kinh doanh;

- Thanh lí tài sản, các khoản nợ;
- Tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã bị phá sản.

Sau khi có quyết định mở thủ tục phá sản, căn cứ vào quy định cụ thể của Luật phá sản, thẩm phán quyết định áp dụng

một trong hai thủ tục phục hồi hoạt động kinh doanh hoặc thanh lí tài sản, các khoản nợ hoặc quyết định chuyển từ áp dụng thủ tục phục hồi hoạt động kinh doanh sang áp dụng thủ tục thanh lí tài sản, các khoản nợ hoặc tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã bị phá sản (xem Điều 5 Luật phá sản).

I. NỘP ĐƠN YÊU CẦU VÀ MỞ THỦ TỤC PHÁ SẢN

1. Nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản

Cũng như pháp luật phá sản của các nước trên thế giới, Luật phá sản của Việt Nam quan tâm trước hết đến quyền và nghĩa vụ nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản của các chủ nợ, của người lao động và của doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản. Kế thừa nội dung quy định của Luật phá sản doanh nghiệp được Quốc hội thông qua ngày 30 tháng 12 năm 1993, Luật phá sản vẫn tiếp tục dành cho các chủ nợ không có bảo đảm, chủ nợ có bảo đảm một phần và người lao động được quyền nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản, còn chủ doanh nghiệp hoặc đại diện hợp pháp của doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản có nghĩa vụ nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản. Ngoài ra, Luật phá sản còn bổ sung quyền nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản của chủ sở hữu doanh nghiệp nhà nước, các cổ đông công ti cổ phần và thành viên hợp danh của công ti hợp danh.

a. Quyền nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản của các chủ nợ

Pháp luật phá sản của Việt Nam trước đây cũng như hiện tại chỉ

dành quyền nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản cho các chủ nợ không có bảo đảm và chủ nợ có bảo đảm một một trong hai thủ tục phục hồi hoạt động kinh doanh hoặc thanh lý tài sản, các khoản nợ hoặc quyết định chuyển từ áp dụng thủ tục phục hồi hoạt động kinh doanh sang áp dụng thủ tục thanh lý tài sản, các khoản nợ hoặc tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã bị phá sản (xem Điều 5 Luật phá sản).

I. NỘP ĐƠN YÊU CẦU VÀ MỞ THỦ TỤC PHÁ SẢN

1. Nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản

Cũng như pháp luật phá sản của các nước trên thế giới, Luật phá sản của Việt Nam quan tâm trước hết đến quyền và nghĩa vụ nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản của các chủ nợ, của người lao động và của doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản. Kế thừa nội dung quy định của Luật phá sản doanh nghiệp được Quốc hội thông qua ngày 30 tháng 12 năm 1993, Luật phá sản vẫn tiếp tục dành cho các chủ nợ không có bảo đảm, chủ nợ có bảo đảm một phần và người lao động được quyền nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản, còn chủ doanh nghiệp hoặc đại diện hợp pháp của doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản có nghĩa vụ nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản. Ngoài ra, Luật phá sản còn bổ sung quyền nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản của chủ sở hữu doanh nghiệp nhà nước, các cổ đông công ty cổ phần và thành viên hợp danh của công ty hợp danh.

a. Quyền nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản của các chủ nợ

Pháp luật phá sản của Việt Nam trước đây cũng như hiện tại chỉ dành quyền nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản cho các chủ nợ không có bảo đảm và chủ nợ có bảo đảm một

phần mà không cho phép chủ nợ có bảo đảm nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản. Quy định này xuất phát từ luận điểm cho rằng quyền đòi nợ

của các chủ nợ có bảo đảm luôn được ưu tiên thanh toán bằng tài sản bảo đảm của doanh nghiệp, hợp tác xã hoặc của người thứ ba. Vì vậy, quy định cho các chủ nợ có bảo đảm có quyền nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản là không cần thiết, quyền nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản chỉ cần đặt ra cho các chủ nợ không có bảo đảm và chủ nợ có bảo đảm một phần để giúp họ có cơ hội lựa chọn một thủ tục thích hợp nhằm bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của mình khi doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản. Cách tiếp cận này của Luật phá sản Việt Nam phù hợp với xu hướng chung của pháp luật phá sản ở đa số các quốc gia trên thế giới. Ngược lại với xu hướng này, pháp luật phá sản của một số quốc gia trên thế giới (Nhật Bản, Trung Quốc, Hung ga ri...) vẫn cho phép cả các chủ nợ có bảo đảm cũng được quyền nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản

Để tạo điều kiện thuận lợi cho các chủ nợ thực hiện quyền nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản, Luật phá sản đã loại bỏ quy định về nghĩa vụ của các chủ nợ khi nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản phải cung cấp các giấy tờ, tài liệu chứng minh doanh nghiệp mất khả năng thanh toán nợ đến hạn. Thực tiễn hơn 10 năm thi hành Luật phá sản doanh nghiệp đã cho thấy chủ nợ chỉ biết rằng họ đã gửi giấy đòi nợ đến hạn nhưng không được doanh nghiệp mắc nợ thanh toán mà khó có thể cung cấp các giấy tờ, tài liệu chứng minh doanh nghiệp mất khả năng thanh toán nợ đến hạn.

phần mà không cho phép chủ nợ có bảo đảm nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản. Quy định này xuất phát từ luận điểm cho rằng quyền đòi nợ của các chủ nợ có bảo đảm luôn được ưu tiên thanh toán bằng tài sản bảo đảm của doanh nghiệp, hợp tác xã hoặc của người thứ ba. Vì vậy, quy định cho các chủ nợ có bảo đảm có quyền nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản là không cần thiết, quyền nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản chỉ cần đặt ra cho các chủ nợ không có bảo đảm và chủ nợ có bảo đảm một phần để giúp họ có cơ hội lựa chọn một thủ tục thích hợp nhằm

bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của mình khi doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản. Cách tiếp cận này của Luật phá sản Việt Nam phù hợp với xu hướng chung của pháp luật phá sản ở đa số các quốc gia trên thế giới. Ngược lại với xu hướng này, pháp luật phá sản của một số quốc gia trên thế giới (Nhật Bản, Trung Quốc, Hung ga ri...) vẫn cho phép cả các chủ nợ có bảo đảm cũng được quyền nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản

Để tạo điều kiện thuận lợi cho các chủ nợ thực hiện quyền nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản, Luật phá sản đã loại bỏ quy định về nghĩa vụ của các chủ nợ khi nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản phải cung cấp các giấy tờ, tài liệu chứng minh doanh nghiệp mất khả năng thanh toán nợ đến hạn. Thực tiễn hơn 10 năm thi hành Luật phá sản doanh nghiệp đã cho thấy chủ nợ chỉ biết rằng họ đã gửi giấy đòi nợ đến hạn nhưng không được doanh nghiệp mắc nợ thanh toán mà khó có thể cung cấp các giấy tờ, tài liệu chứng minh doanh nghiệp mất khả năng thanh toán nợ đến hạn.

Có bảo đảm một phần khi nhận thấy doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản đều có quyền nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản đối với doanh nghiệp, hợp tác xã đó và khi nộp đơn không phải cung cấp các giấy tờ, tài liệu chứng minh doanh nghiệp, hợp tác xã mất khả năng thanh toán nợ đến hạn. Tuy nhiên, nếu người nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản do không khách quan gây ảnh hưởng xấu đến danh dự, uy tín, hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã hoặc có sự gian dối trong việc yêu cầu mở thủ tục phá sản thì tùy theo tính chất, mức độ mà bị xử lý kỉ luật, xử phạt hành chính hoặc bị truy cứu trách nhiệm hình sự, nếu gây thiệt hại phải bồi thường theo quy định của pháp luật. Quy định này nhằm mục đích đề cao trách nhiệm của người nộp đơn yêu cầu khi pháp luật ngày càng mở rộng khả năng và điều kiện để các chủ thể thực hiện quyền nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản.

Đơn yêu cầu phải được gửi cho toà án có thẩm quyền theo quy định của pháp luật và phải gồm các nội dung sau:

- Ngày, tháng, năm làm đơn;
- Tên, địa chỉ của người làm đơn;
- Tên, địa chỉ của doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản;
- Các khoản nợ không có bảo đảm hoặc có bảo đảm một phần đến hạn mà không được doanh nghiệp, hợp tác xã thanh toán;
- Quá trình đòi nợ;
- Căn cứ của việc yêu cầu mở thủ tục phá sản (Điều 13 Luật phá sản).

Có bảo đảm một phần khi nhận thấy doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản đều có quyền nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản đối với doanh nghiệp, hợp tác xã đó và khi nộp đơn không phải cung cấp các giấy tờ, tài liệu chứng minh doanh nghiệp, hợp tác xã mất khả năng thanh toán nợ đến hạn. Tuy nhiên, nếu người nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản do không khách quan gây ảnh hưởng xấu đến danh dự, uy tín, hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã hoặc có sự gian dối trong việc yêu cầu mở thủ tục phá sản thì tùy theo tính chất, mức độ mà bị xử lý kỉ luật, xử phạt hành chính hoặc bị truy cứu trách nhiệm hình sự, nếu gây thiệt hại phải bồi thường theo quy định của pháp luật. Quy định này nhằm mục đích đề cao trách nhiệm của người nộp đơn yêu cầu khi pháp luật ngày càng mở rộng khả năng và điều kiện để các chủ thể thực hiện quyền nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản.

Đơn yêu cầu phải được gửi cho toà án có thẩm quyền theo quy định của pháp luật và phải gồm các nội dung sau:

- Ngày, tháng, năm làm đơn;
- Tên, địa chỉ của người làm đơn;

- Tên, địa chỉ của doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản;
- Các khoản nợ không có bảo đảm hoặc có bảo đảm một phần đến hạn mà không được doanh nghiệp, hợp tác xã thanh toán;
- Quá trình đòi nợ;
- Căn cứ của việc yêu cầu mở thủ tục phá sản (Điều 13 Luật phá sản).

b. Quyền nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản của người lao động

Luật phá sản có sự tiến bộ khi cho phép người lao động được quyền nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản trong trường hợp doanh nghiệp, hợp tác xã không trả được lương, các khoản nợ khác cho người lao động và nhận thấy doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản mà không cần điều kiện “không trả được lương cho người lao động trong 3 tháng liên tiếp” như quy định của Luật phá sản doanh nghiệp. Tuy nhiên, để tránh sự tùy tiện trong việc nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản, người lao động phải cử người đại diện hoặc thông qua đại diện công đoàn nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản đối với doanh nghiệp, hợp tác xã đó.

Việc cử đại diện cho người lao động phải được quá nửa số người lao động trong doanh nghiệp, hợp tác xã tán thành bằng bỏ phiếu kín hoặc lấy chữ kí; trường hợp doanh nghiệp, hợp tác xã có quy mô lớn, có nhiều đơn vị trực thuộc thì đại diện cho người lao động được cử hợp pháp phải được quá nửa số người được cử làm đại diện từ các đơn vị trực thuộc tán thành. Nội dung pháp lí này chưa được quy định cụ thể trong Luật phá sản doanh nghiệp gây khó khăn trong thực tiễn áp dụng.

Đơn phải được gửi cho toà án có thẩm quyền theo quy định của pháp luật và phải có nội dung chủ yếu sau đây:

- Ngày, tháng, năm làm đơn;
- Tên, địa chỉ của người làm đơn;
- Tên, địa chỉ của doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản;
- Số tháng nợ tiền lương, tổng số tiền lương và các khoản

Luật phá sản có sự tiến bộ khi cho phép người lao động được quyền nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản trong trường hợp doanh

b. Quyền nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản của người lao động

ngiệp, hợp tác xã không trả được lương, các khoản nợ khác cho người lao động và nhận thấy doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản mà không cần điều kiện “không trả được lương cho người lao động trong 3 tháng liên tiếp” như quy định của Luật phá sản doanh nghiệp. Tuy nhiên, để tránh sự tùy tiện trong việc nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản, người lao động phải cử người đại diện hoặc thông qua đại diện công đoàn nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản đối với doanh nghiệp, hợp tác xã đó.

Việc cử đại diện cho người lao động phải được quá nửa số người lao động trong doanh nghiệp, hợp tác xã tán thành bằng bỏ phiếu kín hoặc lấy chữ kí; trường hợp doanh nghiệp, hợp tác xã có quy mô lớn, có nhiều đơn vị trực thuộc thì đại diện cho người lao động được cử hợp pháp phải được quá nửa số người được cử làm đại diện từ các đơn vị trực thuộc tán thành. Nội dung pháp lí này chưa được quy định cụ thể trong Luật phá sản doanh nghiệp gây khó khăn trong thực tiễn áp dụng.

Đơn phải được gửi cho toà án có thẩm quyền theo quy định của pháp luật và phải có nội dung chủ yếu sau đây:

- Ngày, tháng, năm làm đơn;
- Tên, địa chỉ của người làm đơn;
- Tên, địa chỉ của doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản;
- Số tháng nợ tiền lương, tổng số tiền lương và các khoản
 - Căn cứ của việc yêu cầu mở thủ tục phá sản (Điều 14 Luật phá sản).

c. Nghĩa vụ nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản của doanh

nợ khác mà doanh nghiệp, hợp tác xã không trả được cho người lao động;

nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản

Giống như luật pháp của nhiều nước trên thế giới, Luật phá sản của Việt Nam luôn xác định doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản phải có nghĩa vụ nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản.

Theo Luật phá sản, khi nhận thấy doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản thì chủ doanh nghiệp hoặc đại diện hợp pháp của doanh nghiệp, hợp tác xã có nghĩa vụ nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản đối với doanh nghiệp, hợp tác xã đó.

Đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản phải được gửi cho toà án có thẩm quyền theo quy định của pháp luật và nội dung chính phải bao gồm:

- Ngày, tháng, năm làm đơn;
- Tên, địa chỉ của doanh nghiệp, hợp tác xã;
- Căn cứ của việc yêu cầu mở thủ tục phá sản.

Kèm theo đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản phải có các giấy tờ tài liệu sau đây :

+ Báo cáo tình hình hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã, trong đó giải trình nguyên nhân và hoàn cảnh liên quan đến tình trạng mất khả năng thanh toán; nếu doanh nghiệp là công ty cổ phần mà pháp luật yêu cầu phải được kiểm toán thì báo cáo tài chính phải được tổ chức kiểm

- Căn cứ của việc yêu cầu mở thủ tục phá sản (Điều 14 Luật phá sản).

c. Nghĩa vụ nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản của doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản

Giống như luật pháp của nhiều nước trên thế giới, Luật phá sản

nợ khác mà doanh nghiệp, hợp tác xã không trả được cho người lao động;

của Việt Nam luôn xác định doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản phải có nghĩa vụ nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản.

Theo Luật phá sản, khi nhận thấy doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản thì chủ doanh nghiệp hoặc đại diện hợp pháp của doanh nghiệp, hợp tác xã có nghĩa vụ nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản đối với doanh nghiệp, hợp tác xã đó.

Đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản phải được gửi cho toà án có thẩm quyền theo quy định của pháp luật và nội dung chính phải bao gồm:

- Ngày, tháng, năm làm đơn;
- Tên, địa chỉ của doanh nghiệp, hợp tác xã;
- Căn cứ của việc yêu cầu mở thủ tục phá sản.

Kèm theo đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản phải có các giấy tờ tài liệu sau đây :

+ Báo cáo tình hình hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã, trong đó giải trình nguyên nhân và hoàn cảnh liên quan đến tình trạng mất khả năng thanh toán; nếu doanh nghiệp là công ty cổ phần mà pháp luật yêu cầu phải được kiểm toán thì báo cáo tài chính phải được tổ chức kiểm

toán độc lập xác nhận;

+ Báo cáo về các biện pháp mà doanh nghiệp, hợp tác xã đã thực hiện nhưng vẫn không khắc phục được tình trạng mất khả năng thanh toán các khoản nợ đến hạn;

+ Bảng kê chi tiết tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã và địa điểm nơi có tài sản nhìn thấy được;

+ Danh sách các chủ nợ của doanh nghiệp, hợp tác xã trong đó ghi rõ tên, địa chỉ của các chủ nợ; ngân hàng mà chủ nợ có tài khoản; các khoản nợ đến hạn có bảo đảm và không có bảo; các khoản nợ chưa đến hạn có bảo đảm và không có bảo đảm;

+ Danh sách những người mắc nợ của doanh nghiệp, hợp tác xã trong đó ghi rõ tên, địa chỉ của họ; ngân hàng mà họ có tài khoản; các khoản nợ đến hạn có bảo đảm và không có bảo đảm; các khoản nợ chưa đến hạn có bảo đảm và không có bảo đảm;

+ Danh sách ghi rõ tên, địa chỉ của các thành viên nếu doanh nghiệp mắc nợ là một công ti có các thành viên liên đới chịu trách nhiệm về những khoản nợ của doanh nghiệp;

+ Những tài liệu khác mà toà án yêu cầu doanh nghiệp, hợp tác xã phải cung cấp theo quy định của pháp luật (Điều 15 Luật phá sản).

Bên cạnh việc quy định đầy đủ, rõ ràng về thủ tục nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản, Luật phá sản còn quy định cụ thể về thời hạn phải nộp đơn và trách nhiệm của chủ doanh nghiệp hoặc đại diện hợp pháp của doanh nghiệp, hợp tác xã nếu không nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản trong thời hạn Luật định. Thời hạn để chủ doanh nghiệp hoặc đại

toán độc lập xác nhận;

+ Báo cáo về các biện pháp mà doanh nghiệp, hợp tác xã đã thực hiện nhưng vẫn không khắc phục được tình trạng mất khả năng thanh

toán các khoản nợ đến hạn;

+ Bảng kê chi tiết tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã và địa điểm nơi có tài sản nhìn thấy được;

+ Danh sách các chủ nợ của doanh nghiệp, hợp tác xã trong đó ghi rõ tên, địa chỉ của các chủ nợ; ngân hàng mà chủ nợ có tài khoản; các khoản nợ đến hạn có bảo đảm và không có bảo; các khoản nợ chưa đến hạn có bảo đảm và không có bảo đảm;

+ Danh sách những người mắc nợ của doanh nghiệp, hợp tác xã trong đó ghi rõ tên, địa chỉ của họ; ngân hàng mà họ có tài khoản; các khoản nợ đến hạn có bảo đảm và không có bảo đảm; các khoản nợ chưa đến hạn có bảo đảm và không có bảo đảm;

+ Danh sách ghi rõ tên, địa chỉ của các thành viên nếu doanh nghiệp mắc nợ là một công ti có các thành viên liên đới chịu trách nhiệm về những khoản nợ của doanh nghiệp;

+ Những tài liệu khác mà toà án yêu cầu doanh nghiệp, hợp tác xã phải cung cấp theo quy định của pháp luật (Điều 15 Luật phá sản).

Bên cạnh việc quy định đầy đủ, rõ ràng về thủ tục nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản, Luật phá sản còn quy định cụ thể về thời hạn phải nộp đơn và trách nhiệm của chủ doanh nghiệp hoặc đại diện hợp pháp của doanh nghiệp, hợp tác xã nếu không nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản trong thời hạn Luật định. Thời hạn để chủ doanh nghiệp hoặc đại

diện hợp pháp của doanh nghiệp, hợp tác xã phải thực hiện nghĩa vụ nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản là 3 tháng kể từ khi nhận thấy doanh nghiệp, hợp tác xã đó lâm vào tình trạng phá sản. Quá thời hạn nêu trên, nếu chủ doanh nghiệp hoặc đại diện hợp pháp của doanh nghiệp, hợp tác xã không nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản thì phải chịu trách nhiệm theo quy định của pháp luật.

Mặc dù có sự tiến bộ hơn so với Luật phá sản doanh nghiệp trong việc quy định thời hạn phải nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản và trách nhiệm của chủ doanh nghiệp hoặc đại diện hợp pháp của doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản, nhưng quy định của Luật phá sản về vấn đề này chưa hẳn đã triệt để. Nghĩa vụ nộp đơn trong thời hạn 3 tháng, kể từ ngày nhận thấy doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản vẫn là giới hạn có tính chất "co giãn". Thời hạn 3 tháng được tính từ ngày chủ doanh nghiệp hoặc đại diện hợp pháp của doanh nghiệp, hợp tác xã "nhận thấy" doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản song điểm thời gian mà chủ doanh nghiệp hoặc đại diện hợp pháp của doanh nghiệp, hợp tác xã phải "nhận thấy" doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản lại không phải là dấu mốc rõ ràng, chắc chắn. Bởi vậy, vẫn có thể dự liệu được những khó khăn, vướng mắc sẽ gặp phải trong thực tiễn áp dụng khoản 5 Điều 15 Luật phá sản.

d. Quyền nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản của chủ sở hữu doanh nghiệp nhà nước, các cổ đông công ty cổ phần, thành viên hợp danh

diện hợp pháp của doanh nghiệp, hợp tác xã phải thực hiện nghĩa vụ nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản là 3 tháng kể từ khi nhận thấy doanh nghiệp, hợp tác xã đó lâm vào tình trạng phá sản. Quá thời hạn nêu trên, nếu chủ doanh nghiệp hoặc đại diện hợp pháp của doanh nghiệp, hợp tác xã không nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản thì phải chịu trách nhiệm theo quy định của pháp luật.

Mặc dù có sự tiến bộ hơn so với Luật phá sản doanh nghiệp trong việc quy định thời hạn phải nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản và trách nhiệm của chủ doanh nghiệp hoặc đại diện hợp pháp của doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản, nhưng quy định

của Luật phá sản về vấn đề này chưa hẳn đã triệt để. Nghĩa vụ nộp đơn trong thời hạn 3 tháng, kể từ ngày nhận thấy doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản vẫn là giới hạn có tính chất "co giãn". Thời hạn 3 tháng được tính từ ngày chủ doanh nghiệp hoặc đại diện hợp pháp của doanh nghiệp, hợp tác xã “nhận thấy” doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản song điểm thời gian mà chủ doanh nghiệp hoặc đại diện hợp pháp của doanh nghiệp, hợp tác xã phải “nhận thấy” doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản lại không phải là dấu mốc rõ ràng, chắc chắn. Bởi vậy, vẫn có thể dự liệu được những khó khăn, vướng mắc sẽ gặp phải trong thực tiễn áp dụng khoản 5 Điều 15 Luật phá sản.

d. Quyền nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản của chủ sở hữu doanh nghiệp nhà nước, các cổ đông công ti cổ phần, thành viên hợp danh

mở thủ tục phá sản nêu trên, Luật phá sản còn cho phép cả đại diện chủ sở hữu doanh nghiệp nhà nước (Điều 16), cổ đông hoặc nhóm cổ đông của công ti cổ phần (Điều 17), thành viên hợp danh của công ti hợp danh (Điều 18) cũng có quyền nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản. Đây là một trong những điểm mới của Luật phá sản so với Luật phá sản doanh nghiệp khi quy định về chủ thể có quyền nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản. Theo Luật phá sản doanh nghiệp, chỉ các chủ nợ không có bảo đảm cũng như chủ nợ có bảo đảm một phần và đại diện công đoàn hoặc đại diện người lao động (nơi chưa có tổ chức công đoàn) mới có quyền nộp đơn yêu cầu tuyên bố phá sản doanh nghiệp. Thực tiễn hơn 10 năm thi hành Luật phá sản doanh nghiệp cho thấy không ít doanh nghiệp đã lâm vào tình trạng phá sản nhưng các chủ nợ và đại diện công đoàn hay đại diện người lao động (nơi chưa có tổ chức công đoàn) không nộp đơn và bản thân doanh

Ngoài các chủ thể có quyền và nghĩa vụ nộp đơn yêu cầu

nghiệp mắc nợ cũng không đưa đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản, nên toà án không có cơ sở tiến hành thủ tục phá sản đối với những doanh nghiệp đó. Hệ quả là nhiều doanh nghiệp hoàn toàn mất khả năng thanh toán nợ, tình trạng tài chính kiệt quệ, đã ngừng hoạt động kinh doanh hoặc chỉ hoạt động cầm chừng, thoi thóp nhưng không có con đường kết thúc doanh nghiệp về mặt pháp lí. Bởi vậy, để mở rộng khả năng toà án có thể can thiệp trong việc áp dụng thủ tục phá sản đối với doanh nghiệp khi lâm vào tình trạng phá sản, Luật phá sản dành cho cả chủ sở hữu doanh nghiệp nhà nước, cổ đông hoặc nhóm cổ đông của công ty cổ phần, thành viên hợp danh của công ty hợp danh cũng có quyền nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản. Tuy nhiên, quyền nộp đơn yêu cầu mở

mở thủ tục phá sản nêu trên, Luật phá sản còn cho phép cả đại diện chủ sở hữu doanh nghiệp nhà nước (Điều 16), cổ đông hoặc nhóm cổ đông của công ty cổ phần (Điều 17), thành viên hợp danh của công ty hợp danh (Điều 18) cũng có quyền nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản. Đây là một trong những điểm mới của Luật phá sản so với Luật phá sản doanh nghiệp khi quy định về chủ thể có quyền nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản. Theo Luật phá sản doanh nghiệp, chỉ các chủ nợ không có bảo đảm cũng như chủ nợ có bảo đảm một phần và đại diện công đoàn hoặc đại diện người lao động (nơi chưa có tổ chức công đoàn) mới có quyền nộp đơn yêu cầu tuyên bố phá sản doanh nghiệp. Thực tiễn hơn 10 năm thi hành Luật phá sản doanh nghiệp cho thấy không ít doanh nghiệp đã lâm vào tình trạng phá sản nhưng các chủ nợ và đại diện công đoàn hay đại diện người lao động (nơi chưa có tổ chức công đoàn) không nộp đơn và bản thân doanh nghiệp mắc nợ cũng không đưa đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản, nên toà án không có cơ sở tiến hành thủ tục phá sản đối với những doanh

Ngoài các chủ thể có quyền và nghĩa vụ nộp đơn yêu cầu

ng nghiệp đó. Hệ quả là nhiều doanh nghiệp hoàn toàn mất khả năng thanh toán nợ, tình trạng tài chính kiệt quệ, đã ngừng hoạt động kinh doanh hoặc chỉ hoạt động cầm chừng, thoi thóp nhưng không có con đường kết thúc doanh nghiệp về mặt pháp lí. Bởi vậy, để mở rộng khả năng toà án có thể can thiệp trong việc áp dụng thủ tục phá sản đối với doanh nghiệp khi lâm vào tình trạng phá sản, Luật phá sản dành cho cả chủ sở hữu doanh nghiệp nhà nước, cổ đông hoặc nhóm cổ đông của công ti cổ phần, thành viên hợp danh của công ti hợp danh cũng có quyền nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản. Tuy nhiên, quyền nộp đơn yêu cầu mở

thủ tục phá sản của các chủ thể này cũng phải được đặt trong những điều kiện nhất định.

+ Đại diện chủ sở hữu doanh nghiệp nhà nước có quyền nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản đối với doanh nghiệp nhà nước khi nhận thấy doanh nghiệp nhà nước đó lâm vào tình trạng phá sản mà doanh nghiệp không thực hiện nghĩa vụ nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản (Điều 16 Luật phá sản).

Đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản và các giấy tờ, tài liệu kèm theo đơn được thực hiện như thủ tục nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản của chủ doanh nghiệp hoặc đại diện hợp pháp của doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản.

Như vậy, sự can thiệp của chủ sở hữu doanh nghiệp nhà nước trong việc nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản đối với doanh nghiệp nhà nước cũng chỉ được thực hiện trong điều kiện nhất định, đó là khi nhận thấy doanh nghiệp nhà nước lâm vào tình trạng phá sản nhưng doanh nghiệp không thực hiện nghĩa vụ nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản. Nội dung quy định này cho thấy quyền nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản của chủ sở hữu doanh nghiệp nhà nước phải có hai điều kiện cần và đủ, đó là:

- Khi nhận thấy doanh nghiệp nhà nước lâm vào tình trạng phá sản;

- Doanh nghiệp đó không thực hiện nghĩa vụ nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản trong thời hạn 3 tháng, kể từ khi nhận thấy doanh nghiệp lâm vào tình trạng phá sản.

+ CỔ đông của công ti cổ phần có quyền nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản khi nhận thấy công ti cổ phần lâm vào tình trạng phá sản. Trong trường hợp này, cổ đông hoặc nhóm

+ Đại diện chủ sở hữu doanh nghiệp nhà nước có quyền nộp đơn

thủ tục phá sản của các chủ thể này cũng phải được đặt trong những điều kiện nhất định.

yêu cầu mở thủ tục phá sản đối với doanh nghiệp nhà nước khi nhận thấy doanh nghiệp nhà nước đó lâm vào tình trạng phá sản mà doanh nghiệp không thực hiện nghĩa vụ nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản (Điều 16 Luật phá sản).

Đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản và các giấy tờ, tài liệu kèm theo đơn được thực hiện như thủ tục nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản của chủ doanh nghiệp hoặc đại diện hợp pháp của doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản.

Như vậy, sự can thiệp của chủ sở hữu doanh nghiệp nhà nước trong việc nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản đối với doanh nghiệp nhà nước cũng chỉ được thực hiện trong điều kiện nhất định, đó là khi nhận thấy doanh nghiệp nhà nước lâm vào tình trạng phá sản nhưng doanh nghiệp không thực hiện nghĩa vụ nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản. Nội dung quy định này cho thấy quyền nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản của chủ sở hữu doanh nghiệp nhà nước phải có hai điều kiện cần và đủ, đó là:

- Khi nhận thấy doanh nghiệp nhà nước lâm vào tình trạng phá sản;

- Doanh nghiệp đó không thực hiện nghĩa vụ nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản trong thời hạn 3 tháng, kể từ khi nhận thấy doanh nghiệp lâm vào tình trạng phá sản.

+ CỔ đông của công ti cổ phần có quyền nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản khi nhận thấy công ti cổ phần lâm vào tình trạng phá sản. Trong trường hợp này, cổ đông hoặc nhóm

cổ đông có quyền nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản theo quy định của điều lệ công ti; nếu điều lệ công ti không quy định thì việc nộp đơn được thực hiện theo nghị quyết của đại hội cổ đông. Trường hợp điều lệ công ti không quy định mà không tiến hành được đại hội cổ đông thì cổ đông hoặc nhóm cổ đông sở hữu trên 20% số cổ phần phổ thông trong thời gian liên tục ít nhất 6 tháng có quyền nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản đối với công ti cổ phần đó (Điều 17 Luật phá sản).

Đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản, các giấy tờ, tài liệu kèm theo đơn được thực hiện như thủ tục nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản của chủ doanh nghiệp hoặc của đại diện hợp pháp của doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản, trừ các giấy tờ, tài liệu quy định tại các điểm d, đ và e khoản 4 Điều 15 Luật phá sản.

+ Thành viên hợp danh khi nhận thấy công ti hợp danh lâm vào tình trạng phá sản có quyền nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản đối với công ti hợp danh đó. Đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản, các giấy tờ, tài liệu kèm theo đơn được thực hiện như thủ tục nộp đơn của chủ doanh nghiệp hoặc đại diện hợp pháp của doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản (Điều 18 Luật phá sản).

Tuy nhiên, thành viên hợp danh có quyền (Điều 18) hay có nghĩa vụ nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản (Điều 15) cũng là vấn đề cần được xem xét trong mối liên hệ với các quy định của pháp luật về doanh nghiệp. Theo Luật doanh nghiệp năm 1999, người đại diện theo pháp luật của công ti hợp danh là các thành viên hợp danh. Với tư cách là người đại diện theo pháp luật (đại diện hợp pháp của công ti), thành cổ đông có quyền nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản theo quy định của điều lệ công ti; nếu điều lệ công ti không quy định thì việc nộp đơn được thực hiện theo nghị quyết của đại hội cổ đông. Trường hợp điều lệ công ti không quy định mà không tiến hành được đại hội cổ đông thì cổ đông hoặc nhóm cổ đông sở hữu trên 20% số cổ phần

phổ thông trong thời gian liên tục ít nhất 6 tháng có quyền nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản đối với công ti cổ phần đó (Điều 17 Luật phá sản).

Đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản, các giấy tờ, tài liệu kèm theo đơn được thực hiện như thủ tục nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản của chủ doanh nghiệp hoặc của đại diện hợp pháp của doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản, trừ các giấy tờ, tài liệu quy định tại các điểm d, đ và e khoản 4 Điều 15 Luật phá sản.

+ Thành viên hợp danh khi nhận thấy công ti hợp danh lâm vào tình trạng phá sản có quyền nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản đối với công ti hợp danh đó. Đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản, các giấy tờ, tài liệu kèm theo đơn được thực hiện như thủ tục nộp đơn của chủ doanh nghiệp hoặc đại diện hợp pháp của doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản (Điều 18 Luật phá sản).

Tuy nhiên, thành viên hợp danh có quyền (Điều 18) hay có nghĩa vụ nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản (Điều 15) cũng là vấn đề cần được xem xét trong mối liên hệ với các quy định của pháp luật về doanh nghiệp. Theo Luật doanh nghiệp năm 1999, người đại diện theo pháp luật của công ti hợp danh là các thành viên hợp danh. Với tư cách là người đại diện theo pháp luật (đại diện hợp pháp của công ti), thành

viên hợp danh lại phải có nghĩa vụ nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản mà không chỉ đơn thuần là quyền nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản. Song vấn đề này lại không còn là trở ngại lớn khi Luật doanh nghiệp năm 2005 quy định theo hướng thành viên hợp danh có quyền đại diện theo pháp luật.⁽¹⁾

Bên cạnh việc mở rộng chủ thể có quyền nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản, Luật phá sản còn bổ sung quy định về trách nhiệm của một số cơ quan, tổ chức có thẩm quyền trong việc thông báo doanh

nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản. Theo Điều 20 Luật phá sản, trong khi thực hiện chức năng, nhiệm vụ nếu nhận thấy doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản thì toà án, viện kiểm sát, cơ quan thanh tra, cơ quan quản lý vốn, tổ chức kiểm toán hoặc cơ quan quyết định thành lập doanh nghiệp mà không phải là chủ sở hữu nhà nước của doanh nghiệp có nhiệm vụ thông báo bằng văn bản cho những người có quyền nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản biết để họ xem xét việc nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản.

Thực tiễn giải quyết phá sản thời gian qua cho thấy bên cạnh tâm lý e ngại nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản của khá nhiều chủ thể, vẫn tồn tại không ít những trường hợp vì không biết doanh nghiệp đã lâm vào tình trạng phá sản hay chưa mà phần lớn do phía doanh nghiệp cố tình che giấu, bưng bít thông tin về tình trạng mất khả năng thanh toán nợ, nên họ không thể thực hiện được quyền nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản. Vì vậy, việc quy định các cơ quan, tổ chức nêu trên trong quá trình thực hiện chức năng, nhiệm vụ, nếu viên hợp danh lại phải có nghĩa vụ nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản mà không chỉ đơn thuần là quyền nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản. Song vấn đề này lại không còn là trở ngại lớn khi Luật doanh nghiệp năm 2005 quy định theo hướng thành viên hợp danh có quyền đại diện theo pháp luật.⁽¹⁾

Bên cạnh việc mở rộng chủ thể có quyền nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản, Luật phá sản còn bổ sung quy định về trách nhiệm của một số cơ quan, tổ chức có thẩm quyền trong việc thông báo doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản. Theo Điều 20 Luật phá sản, trong khi thực hiện chức năng, nhiệm vụ nếu nhận thấy doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản thì toà án, viện kiểm sát, cơ quan thanh tra, cơ quan quản lý vốn, tổ chức kiểm toán hoặc cơ quan quyết định thành lập doanh nghiệp mà không phải là chủ sở hữu

(1). Xem: Khoản 1 và các điểm a, đ khoản 4 Điều 137 Luật doanh nghiệp năm 2005.

nhà nước của doanh nghiệp có nhiệm vụ thông báo bằng văn bản cho những người có quyền nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản biết để họ xem xét việc nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản.

Thực tiễn giải quyết phá sản thời gian qua cho thấy bên cạnh tâm lí e ngại nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản của khá nhiều chủ thể, vẫn tồn tại không ít những trường hợp vì không biết doanh nghiệp đã lâm vào tình trạng phá sản hay chưa mà phần lớn do phía doanh nghiệp cố tình che giấu, bưng bít thông tin về tình trạng mất khả năng thanh toán nợ, nên họ không thể thực hiện được quyền nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản. Vì vậy, việc quy định các cơ quan, tổ chức nêu trên trong quá trình thực hiện chức năng, nhiệm vụ, nếu

nhận thấy doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản có nhiệm vụ thông báo cho những người có quyền nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản biết để họ xem xét việc nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản là hoàn toàn cần thiết. Tuy nhiên, pháp luật cũng đòi hỏi cơ quan thông báo phải chịu trách nhiệm về tính chính xác của thông báo đó.

2. Thủ lí đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản

Sau khi nhận được đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản nếu thấy cần sửa đổi đơn, bổ sung tài liệu thì toà án yêu cầu người nộp đơn thực hiện việc sửa đổi, bổ sung trong thời hạn 10 ngày, kể từ ngày nhận được yêu cầu của toà án.

Khi nhận đơn yêu cầu, toà án cần kiểm tra xem doanh nghiệp, hợp tác xã bị yêu cầu mở thủ tục phá sản có thuộc danh mục cụ thể do Chính phủ quy định về doanh nghiệp đặc biệt trực tiếp phục vụ quốc phòng an ninh; doanh nghiệp, hợp tác xã hoạt động trong lĩnh vực tài chính, ngân hàng, bảo hiểm và trong các lĩnh vực khác thường xuyên, trực tiếp cung ứng sản phẩm, dịch vụ công ích thiết yếu hay không.

(1). Xem: Khoản 1 và các điểm a, đ khoản 4 Điều 137 Luật doanh nghiệp năm 2005.

Nếu doanh nghiệp, hợp tác xã bị yêu cầu mở thủ tục phá sản thuộc danh mục cụ thể do Chính phủ quy định, thì toà án chỉ thụ lí đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản khi hội đủ các điều kiện nộp đơn theo quy định của Chính phủ. Sau khi thụ lí đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản, việc tiến hành thủ tục phá sản theo đúng quy định của Chính phủ về thi hành Luật phá sản đối doanh nghiệp, hợp tác xã này.⁽¹⁾

(1). Nghị quyết của Hội đồng thẩm phán Toà án nhân dân tối cao số 03/2005/NQ-HDTP ngày 28/4/2005.

nhận thấy doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản có nhiệm vụ thông báo cho những người có quyền nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản biết để họ xem xét việc nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản là hoàn toàn cần thiết. Tuy nhiên, pháp luật cũng đòi hỏi cơ quan thông báo phải chịu trách nhiệm về tính chính xác của thông báo đó.

2. Thụ lí đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản

Sau khi nhận được đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản nếu thấy cần sửa đổi đơn, bổ sung tài liệu thì toà án yêu cầu người nộp đơn thực hiện việc sửa đổi, bổ sung trong thời hạn 10 ngày, kể từ ngày nhận được yêu cầu của toà án.

Khi nhận đơn yêu cầu, toà án cần kiểm tra xem doanh nghiệp, hợp tác xã bị yêu cầu mở thủ tục phá sản có thuộc danh mục cụ thể do Chính phủ quy định về doanh nghiệp đặc biệt trực tiếp phục vụ quốc phòng an ninh; doanh nghiệp, hợp tác xã hoạt động trong lĩnh vực tài chính, ngân hàng, bảo hiểm và trong các lĩnh vực khác thường xuyên, trực tiếp cung ứng sản phẩm, dịch vụ công ích thiết yếu hay không. Nếu doanh nghiệp, hợp tác xã bị yêu cầu mở thủ tục phá sản thuộc danh mục cụ thể do Chính phủ quy định, thì toà án chỉ thụ lí đơn yêu

cầu mở thủ tục phá sản khi hội đủ các điều kiện nộp đơn theo quy định của Chính phủ. Sau khi thụ lý đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản, việc tiến hành thủ tục phá sản theo đúng quy định của Chính phủ về thi hành Luật phá sản đối doanh nghiệp, hợp tác xã này.⁽¹⁾

(1). Nghị quyết của Hội đồng thẩm phán Toà án nhân dân tối cao số 03/2005/NQ-HDTP ngày 28/4/2005.

Trong các trường hợp sau đây, toà án phải ra quyết định trả lại đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản:

- Người nộp đơn không nộp tiền tạm ứng phí phá sản trong thời hạn do toà án ấn định;
- Người nộp đơn không có quyền nộp đơn;
- Có toà án khác đã mở thủ tục phá sản đối với doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản;
- Có căn cứ rõ ràng cho thấy việc nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản do không khách quan gây ảnh hưởng xấu đến danh dự, uy tín, hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã hoặc có sự gian dối trong việc yêu cầu mở thủ tục phá sản;
- Doanh nghiệp, hợp tác xã chứng minh được mình không lâm vào tình trạng phá sản (Điều 24 Luật phá sản).

Trong những trường hợp nêu trên, người làm đơn có quyền khiếu nại với chánh án toà án đã trả lại đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản. Thời hạn khiếu nại là 10 ngày, kể từ ngày nhận được quyết định của toà án trả lại đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản.

Trong thời hạn 7 ngày, kể từ ngày nhận được đơn khiếu nại về quyết định trả lại đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản, chánh án toà án phải ra một trong các quyết định sau đây:

- Giữ nguyên quyết định trả lại đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản;
- Huỷ quyết định trả lại đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản và thụ lý đơn theo quy định của Luật phá sản (Điều 25 Luật phá sản).

Toà án thụ lý đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản kể từ ngày người nộp đơn xuất trình biên lai nộp tiền tạm ứng phí phá

- Người nộp đơn không nộp tiền tạm ứng phí phá sản trong thời

Trong các trường hợp sau đây, toà án phải ra quyết định trả lại đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản:

hạn do toà án ấn định;

- Người nộp đơn không có quyền nộp đơn;
- Có toà án khác đã mở thủ tục phá sản đối với doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản;
- Có căn cứ rõ ràng cho thấy việc nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản do không khách quan gây ảnh hưởng xấu đến danh dự, uy tín, hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã hoặc có sự gian dối trong việc yêu cầu mở thủ tục phá sản;
- Doanh nghiệp, hợp tác xã chứng minh được mình không lâm vào tình trạng phá sản (Điều 24 Luật phá sản).

Trong những trường hợp nêu trên, người làm đơn có quyền khiếu nại với chánh án toà án đã trả lại đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản. Thời hạn khiếu nại là 10 ngày, kể từ ngày nhận được quyết định của toà án trả lại đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản.

Trong thời hạn 7 ngày, kể từ ngày nhận được đơn khiếu nại về quyết định trả lại đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản, chánh án toà án phải ra một trong các quyết định sau đây:

- Giữ nguyên quyết định trả lại đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản;
- Huỷ quyết định trả lại đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản và thụ lí đơn theo quy định của Luật phá sản (Điều 25 Luật phá sản).

Toà án thụ lí đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản kể từ ngày người nộp đơn xuất trình biên lai nộp tiền tạm ứng phí phá

sản. Trường hợp người nộp đơn không phải nộp tiền tạm ứng phí phá sản thì ngày thụ lý đơn là ngày toà án nhận được đơn. Toà án phải cấp cho người nộp đơn giấy báo đã thụ lý đơn.

Toà án phải thông báo cho doanh nghiệp, hợp tác xã biết trong thời hạn 5 ngày (kể từ ngày thụ lý đơn), nếu người nộp đơn không phải là chủ doanh nghiệp hoặc đại diện hợp pháp của doanh nghiệp, hợp tác xã đó. Trong thời hạn 15 ngày kể từ ngày nhận được thông báo của toà án, doanh nghiệp, hợp tác xã phải xuất trình cho toà án các giấy tờ, tài liệu quy định tại khoản 4 Điều 15 của Luật phá sản. Ngoài ra, nếu doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản là người bảo lãnh cho người khác thì phải thông báo việc mình bị yêu cầu mở thủ tục phá sản cho những người có liên quan trong thời hạn 5 ngày, kể từ ngày nhận được thông báo của toà án.

Nếu sau khi thụ lý đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản mà nhận thấy việc giải quyết phá sản không thuộc thẩm quyền của mình thì toà án đã thụ lý đơn áp dụng Điều 26 của Luật phá sản để chuyển việc giải quyết phá sản cho toà án có thẩm quyền và thông báo cho người nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản biết. Trường hợp có tranh chấp về thẩm quyền giữa các toà án nhân dân cấp huyện trong cùng một tỉnh do chánh án toà án nhân dân cấp tỉnh giải quyết. Nếu tranh chấp về thẩm quyền giữa toà án nhân dân cấp huyện thuộc các tỉnh khác nhau hoặc giữa các toà án nhân dân cấp tỉnh do chánh án Tòa án nhân dân tối cao giải quyết.

Khi toà án thụ lý đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản, vẫn chưa có một thủ tục tư pháp đặc biệt đặt ra đối với doanh nghiệp, hợp tác xã bị yêu cầu mở thủ tục phá sản cũng như sản. Trường hợp người nộp đơn không phải nộp tiền tạm ứng phí phá sản thì ngày thụ lý đơn là ngày toà án nhận được đơn. Toà án phải cấp cho người nộp đơn giấy báo đã

thụ lí đơn.

Toà án phải thông báo cho doanh nghiệp, hợp tác xã biết trong thời hạn 5 ngày (kể từ ngày thụ lí đơn), nếu người nộp đơn không phải là chủ doanh nghiệp hoặc đại diện hợp pháp của doanh nghiệp, hợp tác xã đó. Trong thời hạn 15 ngày kể từ ngày nhận được thông báo của toà án, doanh nghiệp, hợp tác xã phải xuất trình cho toà án các giấy tờ, tài liệu quy định tại khoản 4 Điều 15 của Luật phá sản. Ngoài ra, nếu doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản là người bảo lãnh cho người khác thì phải thông báo việc mình bị yêu cầu mở thủ tục phá sản cho những người có liên quan trong thời hạn 5 ngày, kể từ ngày nhận được thông báo của toà án.

Nếu sau khi thụ lí đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản mà nhận thấy việc giải quyết phá sản không thuộc thẩm quyền của mình thì toà án đã thụ lí đơn áp dụng Điều 26 của Luật phá sản để chuyển việc giải quyết phá sản cho toà án có thẩm quyền và thông báo cho người nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản biết. Trường hợp có tranh chấp về thẩm quyền giữa các toà án nhân dân cấp huyện trong cùng một tỉnh do chánh án toà án nhân dân cấp tỉnh giải quyết. Nếu tranh chấp về thẩm quyền giữa toà án nhân dân cấp huyện thuộc các tỉnh khác nhau hoặc giữa các toà án nhân dân cấp tỉnh do chánh án Tòa án nhân dân tối cao giải quyết.

Khi toà án thụ lí đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản, vẫn chưa có một thủ tục tư pháp đặc biệt đặt ra đối với doanh nghiệp, hợp tác xã bị yêu cầu mở thủ tục phá sản cũng như

các chủ thể có liên quan. Tuy nhiên, từ khi toà án thụ lí đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản đến khi có quyết định mở hoặc không mở thủ tục phá sản là một quá trình mà ở đó có thể có những hành vi được thực hiện sẽ ảnh hưởng đến quyền, lợi ích của doanh nghiệp, hợp tác xã bị

yêu cầu mở thủ tục phá sản và những người có liên quan. Bởi vậy, kể từ ngày thụ lý đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản, việc giải quyết yêu cầu sau đây đòi doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản thực hiện nghĩa vụ về tài sản phải tạm đình chỉ:

- Thi hành án dân sự về tài sản mà doanh nghiệp, hợp tác xã là người phải thi hành án;

- Giải quyết vụ án đòi doanh nghiệp, hợp tác xã thực hiện nghĩa vụ về tài sản;

- Xử lý tài sản bảo đảm của doanh nghiệp, hợp tác xã đối với các chủ nợ có bảo đảm, trừ trường hợp được toà án cho phép (Điều 27 Luật phá sản).

Việc tạm đình chỉ giải quyết các yêu cầu nêu trên nhằm mục đích đợi kết quả xem xét đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản của toà án. Nếu toà án ra quyết định không mở thủ tục phá sản đối với doanh nghiệp, hợp tác xã mà không có khiếu nại hoặc có khiếu nại nhưng chánh án toà án vẫn giữ nguyên quyết định này thì các yêu cầu trên sẽ tiếp tục được giải quyết. Ngược lại, nếu toà án ra quyết định mở thủ tục phá sản thì các yêu cầu nêu trên được giải quyết theo cách thức quy định tại Điều 57, Điều 58 và Điều 35 của Luật phá sản.

Thủ tục phá sản có thể được kết thúc ở giai đoạn này nếu toà án áp dụng Điều 87 của Luật phá sản để tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã bị phá sản. Đây là thủ tục đặc biệt (thủ các chủ thể có liên quan. Tuy nhiên, từ khi toà án thụ lý đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản đến khi có quyết định mở hoặc không mở thủ tục phá sản là một quá trình mà ở đó có thể có những hành vi được thực hiện sẽ ảnh hưởng đến quyền, lợi ích của doanh nghiệp, hợp tác xã bị yêu cầu mở thủ tục phá sản và những người có liên quan. Bởi vậy, kể từ ngày thụ lý đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản, việc giải quyết yêu cầu sau đây đòi

doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản thực hiện nghĩa vụ về tài sản phải tạm đình chỉ:

- Thi hành án dân sự về tài sản mà doanh nghiệp, hợp tác xã là người phải thi hành án;

- Giải quyết vụ án đòi doanh nghiệp, hợp tác xã thực hiện nghĩa vụ về tài sản;

- Xử lý tài sản bảo đảm của doanh nghiệp, hợp tác xã đối với các chủ nợ có bảo đảm, trừ trường hợp được toà án cho phép (Điều 27 Luật phá sản).

Việc tạm đình chỉ giải quyết các yêu cầu nêu trên nhằm mục đích đợi kết quả xem xét đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản của toà án. Nếu toà án ra quyết định không mở thủ tục phá sản đối với doanh nghiệp, hợp tác xã mà không có khiếu nại hoặc có khiếu nại nhưng chánh án toà án vẫn giữ nguyên quyết định này thì các yêu cầu trên sẽ tiếp tục được giải quyết. Ngược lại, nếu toà án ra quyết định mở thủ tục phá sản thì các yêu cầu nêu trên được giải quyết theo cách thức quy định tại Điều 57, Điều 58 và Điều 35 của Luật phá sản.

Thủ tục phá sản có thể được kết thúc ở giai đoạn này nếu toà án áp dụng Điều 87 của Luật phá sản để tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã bị phá sản. Đây là thủ tục đặc biệt (thủ

tục rút gọn) để kết thúc một doanh nghiệp, hợp tác xã cũng như quan hệ nợ nần có liên quan khi doanh nghiệp, hợp tác xã không còn tài sản hoặc còn nhưng không đủ để nộp tiền tạm ứng phí phá sản hoặc để thanh toán phí phá sản.

3. Mở thủ tục phá sản

Sau khi thụ lý đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản, toà án phải xem xét và ra quyết định mở hoặc không mở thủ tục phá sản trong thời hạn 30

ngày kể từ ngày thụ lí đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản.

Nếu thấy không đủ căn cứ thì toà án ra quyết định không mở thủ tục phá sản. Quyết định này phải được gửi cho người làm đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản. Trong thời hạn 7 ngày, kể từ ngày nhận được quyết định không mở thủ tục phá sản, người làm đơn yêu cầu có quyền khiếu nại với chánh án toà án đó.

Trong thời hạn 5 ngày, kể từ ngày nhận được khiếu nại đối với quyết định không mở thủ tục phá sản, chánh án toà án phải ra một trong các quyết định sau đây:

- Giữ nguyên quyết định không mở thủ tục phá sản;
- Huỷ quyết định không mở thủ tục phá sản và ra quyết định mở thủ tục phá sản.

Nếu thấy đủ căn cứ chứng minh doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản, toà án ra quyết định mở thủ tục phá sản. Trong trường hợp cần thiết, toà án có thể triệu tập phiên họp với sự tham gia của những người có liên quan (người nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản, chủ doanh nghiệp hoặc đại diện hợp pháp của doanh nghiệp, hợp tác xã bị yêu cầu mở thủ tục phá sản...) để xem xét kiểm tra các tục rút gọn) để kết thúc một doanh nghiệp, hợp tác xã cũng như quan hệ nợ nần có liên quan khi doanh nghiệp, hợp tác xã không còn tài sản hoặc còn nhưng không đủ để nộp tiền tạm ứng phí phá sản hoặc để thanh toán phí phá sản.

3. Mở thủ tục phá sản

Sau khi thụ lí đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản, toà án phải xem xét và ra quyết định mở hoặc không mở thủ tục phá sản trong thời hạn 30 ngày kể từ ngày thụ lí đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản.

Nếu thấy không đủ căn cứ thì toà án ra quyết định không mở thủ

tục phá sản. Quyết định này phải được gửi cho người làm đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản. Trong thời hạn 7 ngày, kể từ ngày nhận được quyết định không mở thủ tục phá sản, người làm đơn yêu cầu có quyền khiếu nại với chánh án toà án đó.

Trong thời hạn 5 ngày, kể từ ngày nhận được khiếu nại đối với quyết định không mở thủ tục phá sản, chánh án toà án phải ra một trong các quyết định sau đây:

- Giữ nguyên quyết định không mở thủ tục phá sản;
- Hủy quyết định không mở thủ tục phá sản và ra quyết định mở thủ tục phá sản.

Nếu thấy đủ căn cứ chứng minh doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản, toà án ra quyết định mở thủ tục phá sản. Trong trường hợp cần thiết, toà án có thể triệu tập phiên họp với sự tham gia của những người có liên quan (người nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản, chủ doanh nghiệp hoặc đại diện hợp pháp của doanh nghiệp, hợp tác xã bị yêu cầu mở thủ tục phá sản...) để xem xét kiểm tra các

Quyết định mở thủ tục phá sản phải có nội dung chính như quy định tại khoản 3 Điều 28 Luật phá sản và phải được gửi cho doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản, viện kiểm sát nhân dân cùng cấp. Ngoài ra, quyết định mở thủ tục phá sản còn phải đăng báo địa phương (nơi doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản có địa chỉ chính), báo hàng ngày của trung ương trong ba số liên tiếp đồng thời phải thông báo cho các chủ nợ, những người mắc nợ doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản. Thời hạn toà án phải gửi quyết định mở thủ tục phá sản, đăng báo và thông báo là bảy ngày, kể từ ngày toà án ra quyết định.

Quyết định mở thủ tục phá sản đã đặt ra một thủ tục tư pháp đặc biệt và kéo theo những hệ quả pháp lí nhất định, trong đó cần lưu ý

căn cứ trước khi ra quyết định mở thủ tục phá sản.
một số vấn đề pháp lý sau đây:

Thứ nhất, đồng thời với việc ra quyết định mở thủ tục phá sản, thẩm phán ra quyết định thành lập tổ quản lý, thanh lý tài sản để làm nhiệm vụ quản lý, thanh lý tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản.

Việc quản lý, thanh lý tài sản của doanh nghiệp bị mở thủ tục phá sản theo Luật phá sản doanh nghiệp được thực hiện bởi hai tổ thành lập ở hai giai đoạn khác nhau, đó là tổ quản lý tài sản và tổ thanh toán tài sản với nhiều đại diện tham gia nhưng thực tiễn hoạt động mang tính gượng ép, kém hiệu quả. Pháp luật của đa số các nước như Pháp, Đức, úc, Nhật Bản hay Latvia... trao thẩm quyền này cho một nhân viên do toà án bổ nhiệm mà hoạt động vẫn đem lại hiệu quả. Nhân viên quản lý tài sản này gọi quản tài viên hay quản trị viên là

Quyết định mở thủ tục phá sản phải có nội dung chính như quy định tại khoản 3 Điều 28 Luật phá sản và phải được gửi cho doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản, viện kiểm sát nhân dân cùng cấp. Ngoài ra, quyết định mở thủ tục phá sản còn phải đăng báo địa phương (nơi doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản có địa chỉ chính), báo hàng ngày của trung ương trong ba số liên tiếp đồng thời phải thông báo cho các chủ nợ, những người mắc nợ doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản. Thời hạn toà án phải gửi quyết định mở thủ tục phá sản, đăng báo và thông báo là bảy ngày, kể từ ngày toà án ra quyết định.

Quyết định mở thủ tục phá sản đã đặt ra một thủ tục tư pháp đặc biệt và kéo theo những hệ quả pháp lý nhất định, trong đó cần lưu ý một số vấn đề pháp lý sau đây:

Thứ nhất, đồng thời với việc ra quyết định mở thủ tục phá sản,

căn cứ trước khi ra quyết định mở thủ tục phá sản.
thẩm phán ra quyết định thành lập tổ quản lí, thanh lí tài sản để làm nhiệm vụ quản lí, thanh lí tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản.

Việc quản lí, thanh lí tài sản của doanh nghiệp bị mở thủ tục phá sản theo Luật phá sản doanh nghiệp được thực hiện bởi hai tổ thành lập ở hai giai đoạn khác nhau, đó là tổ quản lí tài sản và tổ thanh toán tài sản với nhiều đại diện tham gia nhưng thực tiễn hoạt động mang tính gượng ép, kém hiệu quả. Pháp luật của đa số các nước như Pháp, Đức, úc, Nhật Bản hay Latvia... trao thẩm quyền này cho một nhân viên do toà án bổ nhiệm mà hoạt động vẫn đem lại hiệu quả. Nhân viên quản lí tài sản này gọi quản tài viên hay quản trị viên là

những người hành nghề chuyên nghiệp thường từ đội ngũ luật sư, kiểm toán viên hay các nhà kinh tế...

Từ những bất cập của Luật phá sản doanh nghiệp, trên cơ sở tiếp thu kinh nghiệm điều chỉnh pháp luật của các nước trên thế giới trong điều kiện hiện tại của Việt Nam, Luật phá sản đã quy định thành lập một tổ duy nhất gọi tổ quản lí, thanh lí tài sản với thành phần tham gia được giảm bớt, bao gồm: một chấp hành viên của cơ quan thi hành án cùng cấp làm tổ trưởng; một cán bộ của toà án; một đại diện chủ nợ; đại diện hợp pháp của doanh nghiệp, hợp tác xã bị mở thủ tục phá sản. Ngoài ra, trường hợp cần thiết có đại diện công đoàn, đại diện người lao động, đại diện các cơ quan chuyên môn tham gia tổ quản lí, thanh lí tài sản thì thẩm phán xem xét, quyết định.⁽¹⁾

Tổ quản lí, thanh lí tài sản thực thi các nhiệm vụ, quyền hạn quy định tại Điều 10 Luật phá sản. Đối với tổ trưởng tổ quản lí, thanh lí tài sản phải thực thi nhiệm vụ, quyền hạn quy định tại Điều 11 Luật phá sản. Ngoài ra, Luật phá sản còn bổ sung quy định về trách nhiệm của tổ trưởng tổ quản lí, thanh lí tài sản phải thực hiện ngay việc đăng kí giao dịch bảo đảm nếu doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản cho người khác vay tài sản có bảo đảm phải đăng kí theo quy định của pháp luật nhưng chưa đăng kí (Điều 54 Luật phá sản).

Mục đích thực hiện việc đăng kí giao dịch bảo đảm nhằm công khai hoá các giao dịch bảo đảm để mọi tổ chức, cá nhân có nhu cầu quan tâm có thể nắm bắt được những thông

(1).Xem: Nghị quyết của Hội đồng thẩm phán Toà án nhân dân tối cao số 03/2005/NQ-HDTP ngày 28/4/2005?

Từ những bất cập của Luật phá sản doanh nghiệp, trên cơ sở tiếp thu kinh nghiệm điều chỉnh pháp luật của các nước trên thế giới trong

những người hành nghề chuyên nghiệp thường từ đội ngũ luật sư, kiểm toán viên hay các nhà kinh tế...

điều kiện hiện tại của Việt Nam, Luật phá sản đã quy định thành lập một tổ duy nhất gọi tổ quản lý, thanh lý tài sản với thành phần tham gia được giảm bớt, bao gồm: một chấp hành viên của cơ quan thi hành án cùng cấp làm tổ trưởng; một cán bộ của toà án; một đại diện chủ nợ; đại diện hợp pháp của doanh nghiệp, hợp tác xã bị mở thủ tục phá sản. Ngoài ra, trường hợp cần thiết có đại diện công đoàn, đại diện người lao động, đại diện các cơ quan chuyên môn tham gia tổ quản lý, thanh lý tài sản thì thẩm phán xem xét, quyết định.⁽¹⁾

Tổ quản lý, thanh lý tài sản thực thi các nhiệm vụ, quyền hạn quy định tại Điều 10 Luật phá sản. Đối với tổ trưởng tổ quản lý, thanh lý tài sản phải thực thi nhiệm vụ, quyền hạn quy định tại Điều 11 Luật phá sản. Ngoài ra, Luật phá sản còn bổ sung quy định về trách nhiệm của tổ trưởng tổ quản lý, thanh lý tài sản phải thực hiện ngay việc đăng kí giao dịch bảo đảm nếu doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản cho người khác vay tài sản có bảo đảm phải đăng kí theo quy định của pháp luật nhưng chưa đăng kí (Điều 54 Luật phá sản).

Mục đích thực hiện việc đăng kí giao dịch bảo đảm nhằm công khai hoá các giao dịch bảo đảm để mọi tổ chức, cá nhân có nhu cầu quan tâm có thể nắm bắt được những thông

(1).Xem: Nghị quyết của Hội đồng thẩm phán Toà án nhân dân tối cao số 03/2005/NQ-HĐTP ngày 28/4/2005?

tin chính xác, tin cậy trước khi xác lập các giao dịch dân sự, thương mại, qua đó cảnh báo cho các chủ nợ trong tương lai về những rủi ro mà họ có thể sẽ gặp phải nếu tiếp tục nhận bảo đảm bằng tài sản đó. Ngoài ra, đăng kí giao dịch bảo đảm còn nhằm thiết lập quyền được ưu tiên thanh toán đối với tài sản bảo đảm từ thời điểm đăng kí giao dịch bảo đảm. Mọi quyền lợi của cá nhân, tổ chức trong một giao dịch bảo đảm nếu chưa đăng kí hoặc đăng kí sau giao dịch bảo đảm khác thì quyền ưu tiên thanh toán vẫn thấp hơn, cho dù giao dịch đó có được xác lập trước về thời gian theo cách thức hợp pháp. Do đó, việc đăng kí giao dịch bảo đảm của doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản càng sớm bao nhiêu càng bảo vệ được tối đa quyền, lợi ích của doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản, cũng tức là bảo vệ quyền, lợi ích hợp pháp của các chủ nợ và người có liên quan.

Thứ hai, quyền đòi nợ và nghĩa vụ gửi giấy đòi nợ của các chủ nợ.

Về nguyên tắc, mọi chủ nợ của doanh nghiệp, hợp tác xã bị mở thủ tục phá sản đều có quyền gửi giấy đòi nợ đến toà án có thẩm quyền. Khi thực hiện quyền đòi nợ, cần lưu ý quyền đòi nợ của chủ nợ trong trường hợp có nghĩa vụ liên đới hoặc bảo lãnh.

Trường hợp nhiều doanh nghiệp, hợp tác xã có nghĩa vụ liên đới về một khoản nợ mà một hoặc tất cả các doanh nghiệp, hợp tác xã đó lâm vào tình trạng phá sản thì chủ nợ có quyền đòi bất cứ doanh nghiệp, hợp tác xã nào trong số các doanh nghiệp, hợp tác xã đó thực hiện việc trả nợ cho mình theo quy định của pháp luật.

tin chính xác, tin cậy trước khi xác lập các giao dịch dân sự, thương mại, qua đó cảnh báo cho các chủ nợ trong tương lai về những rủi ro mà họ có thể sẽ gặp phải nếu tiếp tục nhận bảo đảm bằng tài sản đó. Ngoài ra, đăng kí giao dịch bảo đảm còn nhằm thiết lập quyền được

ưu tiên thanh toán đối với tài sản bảo đảm từ thời điểm đăng kí giao dịch bảo đảm. Mọi quyền lợi của cá nhân, tổ chức trong một giao dịch bảo đảm nếu chưa đăng kí hoặc đăng kí sau giao dịch bảo đảm khác thì quyền ưu tiên thanh toán vẫn thấp hơn, cho dù giao dịch đó có được xác lập trước về thời gian theo cách thức hợp pháp. Do đó, việc đăng kí giao dịch bảo đảm của doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản càng sớm bao nhiêu càng bảo vệ được tối đa quyền, lợi ích của doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản, cũng tức là bảo vệ quyền, lợi ích hợp pháp của các chủ nợ và người có liên quan.

Thứ hai, quyền đòi nợ và nghĩa vụ gửi giấy đòi nợ của các chủ nợ.

Về nguyên tắc, mọi chủ nợ của doanh nghiệp, hợp tác xã bị mở thủ tục phá sản đều có quyền gửi giấy đòi nợ đến toà án có thẩm quyền. Khi thực hiện quyền đòi nợ, cần lưu ý quyền đòi nợ của chủ nợ trong trường hợp có nghĩa vụ liên đới hoặc bảo lãnh.

Trường hợp nhiều doanh nghiệp, hợp tác xã có nghĩa vụ liên đới về một khoản nợ mà một hoặc tất cả các doanh nghiệp, hợp tác xã đó lâm vào tình trạng phá sản thì chủ nợ có quyền đòi bất cứ doanh nghiệp, hợp tác xã nào trong số các doanh nghiệp, hợp tác xã đó thực hiện việc trả nợ cho mình theo quy định của pháp luật.

Trường hợp người bảo lãnh lâm vào tình trạng phá sản thì người được bảo lãnh phải thực hiện nghĩa vụ về tài sản đối với người nhận bảo lãnh.

Trường hợp người được bảo lãnh hoặc cả người bảo lãnh và người được bảo lãnh đều lâm vào tình trạng phá sản thì người bảo lãnh phải thực nghĩa vụ về tài sản đối với người nhận bảo lãnh (Điều 39 Luật phá sản).

Để hưởng quyền đòi nợ của mình, các chủ nợ phải gửi giấy đòi nợ đến toà án trong thời hạn 60 ngày, kể từ ngày cuối cùng đăng báo về quyết định của toà án mở thủ tục phá sản các chủ nợ phải gửi giấy đòi nợ cho toà án. Giấy đòi nợ phải nêu cụ thể các khoản nợ, số nợ đến hạn và chưa đến hạn, số nợ có bảo đảm và không có bảo đảm mà doanh nghiệp, hợp tác xã phải trả. Kèm theo giấy đòi nợ là các tài liệu chứng minh về các khoản nợ đó. Hết thời hạn này các chủ nợ không gửi giấy đòi nợ đến toà án thì được coi là từ bỏ quyền đòi nợ. Quy định này cho thấy tính chất đặc biệt của đòi nợ trong thủ tục phá sản. Khác với thủ tục đòi nợ đòi nợ trong dân sự, kinh tế thông thường, trong thủ tục phá sản, các chủ nợ không được đòi nợ riêng rẽ mà họ phải đồng loạt gửi giấy đòi nợ đến toà án trong thời hạn luật định (đòi nợ trong thủ tục phá sản mang tính chất đòi nợ tập thể). Hết thời hạn pháp luật quy định, những chủ nợ không gửi giấy đòi nợ đến toà án thì coi như họ đã khước từ quyền đòi nợ của mình. Trường hợp có sự kiện bất khả kháng hoặc có trở ngại khách quan thì thời gian có sự kiện bất khả kháng hoặc có trở ngại khách quan không tính vào thời hạn 60 ngày nêu trên.

Thứ ba, hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác

Trường hợp người bảo lãnh lâm vào tình trạng phá sản thì người được bảo lãnh phải thực hiện nghĩa vụ về tài sản đối với người nhận bảo lãnh.

Trường hợp người được bảo lãnh hoặc cả người bảo lãnh và người được bảo lãnh đều lâm vào tình trạng phá sản thì người bảo lãnh phải thực nghĩa vụ về tài sản đối với người nhận bảo lãnh (Điều 39 Luật phá sản).

Để hưởng quyền đòi nợ của mình, các chủ nợ phải gửi giấy đòi nợ đến toà án trong thời hạn 60 ngày, kể từ ngày cuối cùng đăng báo về quyết định của toà án mở thủ tục phá sản các chủ nợ phải gửi giấy đòi

nợ cho toà án. Giấy đòi nợ phải nêu cụ thể các khoản nợ, số nợ đến hạn và chưa đến hạn, số nợ có bảo đảm và không có bảo đảm mà doanh nghiệp, hợp tác xã phải trả. Kèm theo giấy đòi nợ là các tài liệu chứng minh về các khoản nợ đó. Hết thời hạn này các chủ nợ không gửi giấy đòi nợ đến toà án thì được coi là từ bỏ quyền đòi nợ. Quy định này cho thấy tính chất đặc biệt của đòi nợ trong thủ tục phá sản. Khác với thủ tục đòi nợ đòi nợ trong dân sự, kinh tế thông thường, trong thủ tục phá sản, các chủ nợ không được đòi nợ riêng rẽ mà họ phải đồng loạt gửi giấy đòi nợ đến toà án trong thời hạn luật định (đòi nợ trong thủ tục phá sản mang tính chất đòi nợ tập thể). Hết thời hạn pháp luật quy định, những chủ nợ không gửi giấy đòi nợ đến toà án thì coi như họ đã khước từ quyền đòi nợ của mình. Trường hợp có sự kiện bất khả kháng hoặc có trở ngại khách quan thì thời gian có sự kiện bất khả kháng hoặc có trở ngại khách quan không tính vào thời hạn 60 ngày nêu trên.

Thứ ba, hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác

xã sau khi có quyết định mở thủ tục phá sản, trách nhiệm kiểm kê tài sản.

Mọi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã sau khi có quyết định mở thủ tục phá sản vẫn được tiến hành bình thường nhưng phải chịu sự giám sát, kiểm tra của thẩm phán và tổ quản lí, thanh lí tài sản. Việc tiếp tục duy trì hoạt động kinh doanh bình thường của doanh nghiệp, hợp tác xã nhằm mục đích tạo cơ hội tái tổ chức hoạt động kinh doanh để cứu vớt doanh nghiệp, hợp tác xã vượt ra khỏi tình trạng mất khả năng thanh toán nợ đến hạn. Mục tiêu hàng đầu của pháp luật phá sản hiện đại ngày nay của các nước cũng như của Việt Nam đều hướng đến giải pháp phục hồi hoạt động kinh doanh nhằm cứu vớt doanh nghiệp, hợp tác xã trước nguy cơ bị phá sản. Bởi vậy, việc tiếp tục duy trì hoạt động kinh doanh bình thường của doanh nghiệp, hợp tác xã sau khi có quyết định mở thủ tục phá sản là điều cần thiết. Pháp luật phá sản của một số nước không cho phép người quản lí, điều hành đương nhiệm của doanh nghiệp tiếp tục quản lí và điều hành hoạt động kinh doanh sau khi có quyết định mở thủ tục phá sản, công việc này thường được chuyển giao cho chủ thể mới có kĩ năng, có trình độ chuyên môn đảm nhiệm. Luật phá sản của Việt Nam không hoàn toàn tiếp cận theo hướng này mà vẫn cho phép người quản lí và điều hành đương nhiệm của doanh nghiệp, hợp tác xã được tiếp tục duy trì hoạt động kinh doanh dưới sự giám sát của thẩm phán và tổ quản lí, thanh lí tài sản. Tuy nhiên, trong những trường hợp cần thiết, nếu xét thấy người quản lí, điều hành của doanh nghiệp, hợp tác xã không có khả năng quản lí và điều hành hoặc nếu tiếp tục quản lí và điều hành hoạt động kinh doanh sẽ không có lợi

Mọi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã sau khi

xã sau khi có quyết định mở thủ tục phá sản, trách nhiệm kiểm kê tài sản.

có quyết định mở thủ tục phá sản vẫn được tiến hành bình thường nhưng phải chịu sự giám sát, kiểm tra của thẩm phán và tổ quản lý, thanh lý tài sản. Việc tiếp tục duy trì hoạt động kinh doanh bình thường của doanh nghiệp, hợp tác xã nhằm mục đích tạo cơ hội tái tổ chức hoạt động kinh doanh để cứu vớt doanh nghiệp, hợp tác xã vượt ra khỏi tình trạng mất khả năng thanh toán nợ đến hạn. Mục tiêu hàng đầu của pháp luật phá sản hiện đại ngày nay của các nước cũng như của Việt Nam đều hướng đến giải pháp phục hồi hoạt động kinh doanh nhằm cứu vớt doanh nghiệp, hợp tác xã trước nguy cơ bị phá sản. Bởi vậy, việc tiếp tục duy trì hoạt động kinh doanh bình thường của doanh nghiệp, hợp tác xã sau khi có quyết định mở thủ tục phá sản là điều cần thiết. Pháp luật phá sản của một số nước không cho phép người quản lý, điều hành đương nhiệm của doanh nghiệp tiếp tục quản lý và điều hành hoạt động kinh doanh sau khi có quyết định mở thủ tục phá sản, công việc này thường được chuyển giao cho chủ thể mới có kỹ năng, có trình độ chuyên môn đảm nhiệm. Luật phá sản của Việt Nam không hoàn toàn tiếp cận theo hướng này mà vẫn cho phép người quản lý và điều hành đương nhiệm của doanh nghiệp, hợp tác xã được tiếp tục duy trì hoạt động kinh doanh dưới sự giám sát của thẩm phán và tổ quản lý, thanh lý tài sản. Tuy nhiên, trong những trường hợp cần thiết, nếu xét thấy người quản lý, điều hành của doanh nghiệp, hợp tác xã không có khả năng quản lý và điều hành hoặc nếu tiếp tục quản lý và điều hành hoạt động kinh doanh sẽ không có lợi

cho việc bảo toàn tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã thì theo đề nghị của hội nghị chủ nợ, thẩm phán ra quyết định cử người quản lý và điều hành hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã (Điều 30 Luật phá sản). Quy định này là phù hợp với điều kiện Việt Nam, tránh sự xáo trộn không cần thiết khi chưa có những chuyên gia hội đủ năng lực và trình độ chuyên môn để có thể chuyên tâm vào việc tổ chức, quản lý và điều hành hoạt động kinh nhằm phục hồi doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản. Việc thay thế người quản lý, điều hành hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản chỉ đặt ra khi xét thấy cần thiết theo đề nghị của hội nghị chủ nợ.

Nhằm bảo toàn tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản, bảo vệ tối đa quyền, lợi ích hợp pháp của các chủ nợ và các chủ thể có liên quan, Luật phá sản nghiêm cấm doanh nghiệp, hợp tác xã thực hiện một số hoạt động hoặc trước khi thực hiện phải được sự đồng ý bằng văn bản của thẩm phán (bị hạn chế khi thực hiện).

Các hoạt động của doanh nghiệp, hợp tác xã bị cấm thực hiện, kể từ ngày nhận được quyết định mở thủ tục phá sản, bao gồm:

- + Cất giấu, tẩu tán tài sản;
- + Thanh toán nợ không có bảo đảm;
- + Từ bỏ hoặc giảm bớt quyền đòi nợ;
- + Chuyển các khoản nợ không có bảo đảm thành nợ có bảo đảm bằng tài sản của doanh nghiệp.

Sau khi nhận được quyết định mở thủ tục phá sản, các hoạt động sau đây của doanh nghiệp, hợp tác xã phải được sự cho việc bảo toàn tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã thì theo đề nghị của hội nghị chủ nợ, thẩm phán ra quyết định cử người quản lý và điều hành hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã (Điều 30 Luật phá sản). Quy định này là phù hợp với điều kiện Việt Nam, tránh sự xáo trộn không cần thiết khi chưa có những chuyên gia hội đủ năng lực và trình độ chuyên môn để có

thể chuyên tâm vào việc tổ chức, quản lý và điều hành hoạt động kinh nhằm phục hồi doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản. Việc thay thế người quản lý, điều hành hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản chỉ đặt ra khi xét thấy cần thiết theo đề nghị của hội nghị chủ nợ.

Nhằm bảo toàn tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản, bảo vệ tối đa quyền, lợi ích hợp pháp của các chủ nợ và các chủ thể có liên quan, Luật phá sản nghiêm cấm doanh nghiệp, hợp tác xã thực hiện một số hoạt động hoặc trước khi thực hiện phải được sự đồng ý bằng văn bản của thẩm phán (bị hạn chế khi thực hiện).

Các hoạt động của doanh nghiệp, hợp tác xã bị cấm thực hiện, kể từ ngày nhận được quyết định mở thủ tục phá sản, bao gồm:

- + Cất giấu, tẩu tán tài sản;
- + Thanh toán nợ không có bảo đảm;
- + Từ bỏ hoặc giảm bớt quyền đòi nợ;
- + Chuyển các khoản nợ không có bảo đảm thành nợ có bảo đảm bằng tài sản của doanh nghiệp.

Sau khi nhận được quyết định mở thủ tục phá sản, các hoạt động sau đây của doanh nghiệp, hợp tác xã phải được sự

đồng ý bằng văn bản của thẩm phán trước khi thực hiện:

- + Cầm cố, thế chấp, chuyển nhượng, bán, tặng, cho, cho thuê tài sản;

- + Nhận tài sản từ một hợp đồng chuyển nhượng;

- + Chấm dứt thực hiện hợp đồng đã có hiệu lực

- + Vay tiền;

- + Bán, chuyển đổi cổ phần hoặc chuyển quyền sở hữu tài sản;

- + Thanh toán các khoản nợ mới phát sinh từ hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã và trả lương cho người lao động trong doanh nghiệp, hợp tác xã (Điều 31 Luật phá sản).

Ngoài việc tiếp tục duy trì hoạt động kinh doanh bình thường, trong thời hạn 30 ngày, kể từ ngày nhận được quyết định mở thủ tục phá sản, doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản còn phải kiểm kê toàn bộ tài sản theo bảng kê chi tiết đã nộp cho toà án và xác định trị giá các tài sản đó; nếu thấy cần có thời gian dài hơn thì phải có văn bản đề nghị thẩm phán gia hạn nhưng không quá hai lần, mỗi lần không quá 30 ngày. Bảng kiểm kê tài sản đã được xác định giá trị phải gửi ngay cho thẩm phán tiến hành thủ tục phá sản. Trong trường hợp xét thấy việc kiểm kê, xác định giá trị tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã là không chính xác thì tổ quản lí, thanh lí tài sản tổ chức kiểm kê, xác định lại giá trị một phần hoặc toàn bộ tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã. Giá trị tài sản được xác định theo giá thị trường tại thời điểm kiểm kê (Điều 50 Luật phá sản). Quy định này giúp cho thẩm phán cũng như tổ quản lí, thanh lí tài sản có thể nhanh chóng nắm bắt được một cách chính xác thực trạng tài

- + Cầm cố, thế chấp, chuyển nhượng, bán, tặng, cho, cho thuê tài

đồng ý bằng văn bản của thẩm phán trước khi thực hiện:

sản;

+ Nhận tài sản từ một hợp đồng chuyển nhượng;

+ Chấm dứt thực hiện hợp đồng đã có hiệu lực

+ Vay tiền;

+ Bán, chuyển đổi cổ phần hoặc chuyển quyền sở hữu tài sản;

+ Thanh toán các khoản nợ mới phát sinh từ hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã và trả lương cho người lao động trong doanh nghiệp, hợp tác xã (Điều 31 Luật phá sản).

Ngoài việc tiếp tục duy trì hoạt động kinh doanh bình thường, trong thời hạn 30 ngày, kể từ ngày nhận được quyết định mở thủ tục phá sản, doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản còn phải kiểm kê toàn bộ tài sản theo bảng kê chi tiết đã nộp cho toà án và xác định trị giá các tài sản đó; nếu thấy cần có thời gian dài hơn thì phải có văn bản đề nghị thẩm phán gia hạn nhưng không quá hai lần, mỗi lần không quá 30 ngày. Bảng kiểm kê tài sản đã được xác định giá trị phải gửi ngay cho thẩm phán tiến hành thủ tục phá sản. Trong trường hợp xét thấy việc kiểm kê, xác định giá trị tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã là không chính xác thì tổ quản lý, thanh lý tài sản tổ chức kiểm kê, xác định lại giá trị một phần hoặc toàn bộ tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã. Giá trị tài sản được xác định theo giá thị trường tại thời điểm kiểm kê (Điều 50 Luật phá sản). Quy định này giúp cho thẩm phán cũng như tổ quản lý, thanh lý tài sản có thể nhanh chóng nắm bắt được một cách chính xác thực trạng tài

sản của doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản và có những giải pháp hợp lý, cần thiết trong quá trình tiến hành thủ tục phá sản.

Thứ tư, toà án có thể áp dụng các biện pháp cần thiết nhằm bảo toàn tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản.

- Trong trường hợp cần thiết, theo đề nghị của tổ quản lý, thanh lý tài sản, thẩm phán phụ trách thủ tục phá sản có quyền quyết định áp dụng một hoặc một số biện pháp khẩn cấp tạm thời nhằm bảo toàn tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản. Tuy nhiên, theo quy định của Luật phá sản thì quyền ra quyết định áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời của thẩm phán cũng chỉ được thực hiện sau khi có quyết định mở thủ tục phá sản.

Các biện pháp khẩn cấp tạm thời mà thẩm phán có thể quyết định áp dụng, bao gồm:

+ Cho bán những hàng hoá dễ bị hư hỏng, hàng hoá sắp hết thời hạn sử dụng, hàng hoá không bán đúng thời điểm sẽ khó có khả năng tiêu thụ;

+ Kê biên, niêm phong tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã;

+ Phong toả tài khoản của doanh nghiệp, hợp tác xã tại ngân hàng;

+ Niêm phong kho, quỹ, thu giữ và quản lý sổ kế toán, tài liệu liên quan của doanh nghiệp, hợp tác xã;

+ Cấm hoặc buộc doanh nghiệp, hợp tác xã, cá nhân, tổ chức khác có liên quan thực hiện một số hành vi nhất định (Điều 55 Luật phá sản).
sản của doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản và có những giải pháp hợp lý, cần thiết trong quá trình tiến hành thủ tục phá sản.

Thứ tư, toà án có thể áp dụng các biện pháp cần thiết nhằm bảo toàn tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản.

- Trong trường hợp cần thiết, theo đề nghị của tổ quản lý, thanh lý tài sản, thẩm phán phụ trách thủ tục phá sản có quyền quyết định áp dụng một hoặc một số biện pháp khẩn cấp tạm thời nhằm bảo toàn tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản. Tuy nhiên, theo quy định của Luật phá sản thì quyền ra quyết định áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời của thẩm phán cũng chỉ được thực hiện sau khi có quyết định mở thủ tục phá sản.

Các biện pháp khẩn cấp tạm thời mà thẩm phán có thể quyết định áp dụng, bao gồm:

+ Cho bán những hàng hoá dễ bị hư hỏng, hàng hoá sắp hết thời hạn sử dụng, hàng hoá không bán đúng thời điểm sẽ khó có khả năng tiêu thụ;

+ Kê biên, niêm phong tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã;

+ Phong toả tài khoản của doanh nghiệp, hợp tác xã tại ngân hàng;

+ Niêm phong kho, quỹ, thu giữ và quản lý sổ kế toán, tài liệu liên quan của doanh nghiệp, hợp tác xã;

+ Cấm hoặc buộc doanh nghiệp, hợp tác xã, cá nhân, tổ chức khác có liên quan thực hiện một số hành vi nhất định (Điều 55 Luật phá sản).

Khi áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời, tùy tính chất của vụ việc và yêu cầu của việc áp dụng mà thẩm phán xem xét, đánh giá một cách thận trọng để quyết định áp dụng một hay một số biện pháp khẩn cấp tạm thời. Việc áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời phải nhằm mục đích bảo toàn tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã nhưng không được làm ảnh hưởng đến hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã. Tuy nhiên, các biện pháp khẩn cấp tạm thời như: kê biên, niêm phong tài sản; niêm phong kho, quỹ, thu giữ và quản lý sổ kế toán, tài liệu có liên quan cũng như phong toả tài khoản chỉ được thẩm phán quyết định áp dụng đối với doanh nghiệp, hợp tác xã

bị mở thủ tục phá sản mà không thể áp dụng đối với cá nhân, tổ chức có liên quan.

Người bị áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời có quyền khiếu nại với chánh án toà án trong thời hạn 3 ngày, kể từ ngày nhận được quyết định áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời của toà án.

Trường hợp có khiếu nại đối với quyết định áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời thì trong thời hạn 3 ngày, kể từ ngày nhận được đơn khiếu nại, chánh án toà án phải ra một trong các quyết định sau đây:

- + Giữ nguyên quyết định áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời;
- + Huỷ một phần hoặc toàn bộ quyết định áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời (Điều 56 Luật phá sản).

- Theo yêu cầu của chủ nợ không có bảo đảm, tổ quản lí, thanh lí tài sản, toà án tuyên bố các giao dịch của doanh nghiệp, hợp tác xã quy định tại khoản 1 Điều 43 của Luật

Khi áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời, tùy tính chất của vụ việc và yêu cầu của việc áp dụng mà thẩm phán xem xét, đánh giá một cách thận trọng để quyết định áp dụng một hay một số biện pháp khẩn cấp tạm thời. Việc áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời phải nhằm mục đích bảo toàn tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã nhưng không được làm ảnh hưởng đến hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã. Tuy nhiên, các biện pháp khẩn cấp tạm thời như: kê biên, niêm phong tài sản; niêm phong kho, quỹ, thu giữ và quản lí sổ kế toán, tài liệu có liên quan cũng như phong toả tài khoản chỉ được thẩm phán quyết định áp dụng đối với doanh nghiệp, hợp tác xã bị mở thủ tục phá sản mà không thể áp dụng đối với cá nhân, tổ chức có liên quan.

Người bị áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời có quyền khiếu nại với chánh án toà án trong thời hạn 3 ngày, kể từ ngày nhận được

quyết định áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời của toà án.

Trường hợp có khiếu nại đối với quyết định áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời thì trong thời hạn 3 ngày, kể từ ngày nhận được đơn khiếu nại, chánh án toà án phải ra một trong các quyết định sau đây:

- + Giữ nguyên quyết định áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời;
- + Huỷ một phần hoặc toàn bộ quyết định áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời (Điều 56 Luật phá sản).

- Theo yêu cầu của chủ nợ không có bảo đảm, tổ quản lí, thanh lí tài sản, toà án tuyên bố các giao dịch của doanh nghiệp, hợp tác xã quy định tại khoản 1 Điều 43 của Luật

phá sản là vô hiệu. Trong trường hợp này, tổ trưởng tổ quản lí, thanh lí tài sản có trách nhiệm tổ chức thi hành quyết định của toà án tuyên bố giao dịch của doanh nghiệp, hợp tác xã là vô hiệu để thu hồi lại tài sản cho doanh nghiệp, hợp tác xã (Điều 44 Luật phá sản).

Theo khoản 1 Điều 43 Luật phá sản, các giao dịch của doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản được thực hiện trong khoảng thời gian 3 tháng trước ngày toà án thụ lí đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản bị coi là vô hiệu, bao gồm:

- 4- Tặng cho động sản và bất động sản cho người khác;

- 4- Thanh toán hợp đồng song vụ trong đó phần nghĩa vụ của doanh nghiệp, hợp tác xã rõ ràng là lớn hơn phần nghĩa vụ của bên kia;

- 4- thanh toán các khoản nợ chưa đến hạn;

- + Thực hiện việc thế chấp, cầm cố tài sản đối với các khoản nợ;

- 4- Các giao dịch khác với mục đích tẩu tán tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã.

- Toà án có thể ra quyết định đình chỉ thực hiện hợp đồng đang có

hiệu lực và đang được thực hiện hoặc chưa được thực hiện theo yêu cầu của chủ nợ, doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản, tổ trưởng tổ quản lý, thanh lý tài sản nếu xét thấy việc đình chỉ thực hiện hợp đồng đó có lợi hơn cho doanh nghiệp, hợp tác xã (Điều 45 Luật phá sản).

Yêu cầu toà án ra quyết định đình chỉ thực hiện hợp đồng đang có hiệu lực và đang được thực hiện hoặc chưa được thực hiện phải được làm thành văn bản với nội dung như quy phá sản là vô hiệu. Trong trường này, tổ trưởng tổ quản lý, thanh lý tài sản có trách nhiệm tổ chức thi hành quyết định của toà án tuyên bố giao dịch của doanh nghiệp, hợp tác xã là vô hiệu để thu hồi lại tài sản cho doanh nghiệp, hợp tác xã (Điều 44 Luật phá sản).

Theo khoản 1 Điều 43 Luật phá sản, các giao dịch của doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản được thực hiện trong khoảng thời gian 3 tháng trước ngày toà án thụ lý đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản bị coi là vô hiệu, bao gồm:

4- Tặng cho động sản và bất động sản cho người khác;

4- Thanh toán hợp đồng song vụ trong đó phần nghĩa vụ của doanh nghiệp, hợp tác xã rõ ràng là lớn hơn phần nghĩa vụ của bên kia;

4- thanh toán các khoản nợ chưa đến hạn;

+ Thực hiện việc thế chấp, cầm cố tài sản đối với các khoản nợ;

4- Các giao dịch khác với mục đích tẩu tán tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã.

- Tòa án có thể ra quyết định đình chỉ thực hiện hợp đồng đang có hiệu lực và đang được thực hiện hoặc chưa được thực hiện theo yêu cầu của chủ nợ, doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản, tổ trưởng tổ quản lý, thanh lý tài sản nếu xét thấy việc đình chỉ thực

hiện hợp đồng đó có lợi hơn cho doanh nghiệp, hợp tác xã (Điều 45 Luật phá sản).

Yêu cầu toà án ra quyết định đình chỉ thực hiện hợp đồng đang có hiệu lực và đang được thực hiện hoặc chưa được thực hiện phải được làm thành văn bản với nội dung như quy

định tại khoản 1 Điều 46 Luật phá sản. Kèm theo văn bản yêu cầu là các giấy tờ, tài liệu chứng minh cho việc đình chỉ thực hiện hợp đồng đang có hiệu lực là có lợi hơn về mặt tài sản (vật chất) cho doanh nghiệp, hợp tác xã. Thẩm phán phải xem xét, quyết định trong thời hạn 5 ngày, kể từ ngày nhận được văn bản đề nghị. Nếu chấp thuận thì thẩm phán ra quyết định đình chỉ thực hiện hợp đồng, nếu không chấp thuận thì thông báo cho người đề nghị biết.

Theo Nghị quyết số 03/2005/NQ-HĐTP ngày 28/04/2005 của Hội đồng thẩm phán Toà án nhân dân tối cao thì được coi là có lợi hơn cho doanh nghiệp, hợp tác xã trong việc đình chỉ thực hiện hợp đồng đã có hiệu lực pháp luật khi: các thiệt hại tài sản tạm tính (với tư cách là hậu quả pháp lí xấu) mà doanh nghiệp, hợp tác xã phải gánh chịu nếu đơn phương đình chỉ thực hiện hợp đồng nhỏ hơn các thiệt hại tạm tính (các khoản lỗ, thiệt hại) mà doanh nghiệp, hợp tác xã phải gánh chịu nếu phải tiếp tục thực hiện hợp đồng.

Để bảo vệ quyền lợi hợp pháp của bên kia quan hệ hợp đồng khi hợp đồng bị đình chỉ thực hiện, việc thanh toán, bồi thường thiệt hại được thực hiện theo nguyên tắc:

- Tài sản mà doanh nghiệp, hợp tác xã bị lâm vào tình trạng phá sản nhận được từ hợp đồng vẫn tồn tại trong khối tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã đó thì bên kia của hợp đồng có quyền đòi lại; nếu tài sản đó không còn thì bên kia của hợp đồng có quyền như một chủ nợ không có bảo đảm.

- Trường hợp hợp đồng bị đình chỉ thực hiện thì bên kia của hợp đồng có quyền như một chủ nợ không có bảo đảm đối với khoản thiệt hại do việc đình chỉ thực hiện hợp đồng định tại khoản 1 Điều 46 Luật phá sản. Kèm theo văn bản yêu cầu là các giấy tờ, tài liệu chứng minh cho việc đình chỉ thực hiện hợp đồng đang có hiệu lực là có lợi hơn về mặt tài sản (vật chất) cho doanh nghiệp, hợp tác xã. Thẩm phán phải xem xét, quyết định trong thời hạn 5 ngày, kể từ ngày nhận được văn bản đề nghị. Nếu chấp thuận thì thẩm phán ra quyết định đình chỉ thực hiện hợp đồng, nếu không chấp thuận thì thông báo cho người đề nghị biết.

Theo Nghị quyết số 03/2005/NQ-HĐTP ngày 28/04/2005 của Hội đồng thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao thì được coi là có lợi hơn cho doanh nghiệp, hợp tác xã trong việc đình chỉ thực hiện hợp đồng đã có hiệu lực pháp luật khi: các thiệt hại tài sản tạm tính (với tư cách là hậu quả pháp lý xấu) mà doanh nghiệp, hợp tác xã phải gánh chịu nếu đơn phương đình chỉ thực hiện hợp đồng nhỏ hơn các thiệt hại tạm tính (các khoản lỗ, thiệt hại) mà doanh nghiệp, hợp tác xã phải gánh chịu nếu phải tiếp tục thực hiện hợp đồng.

Để bảo vệ quyền lợi hợp pháp của bên kia quan hệ hợp đồng khi hợp đồng bị đình chỉ thực hiện, việc thanh toán, bồi thường thiệt hại được thực hiện theo nguyên tắc:

- Tài sản mà doanh nghiệp, hợp tác xã bị lâm vào tình trạng phá sản nhận được từ hợp đồng vẫn tồn tại trong khối tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã đó thì bên kia của hợp đồng có quyền đòi lại; nếu tài sản đó không còn thì bên kia của hợp đồng có quyền như một chủ nợ không có bảo đảm.

- Trường hợp hợp đồng bị đình chỉ thực hiện thì bên kia của hợp đồng có quyền như một chủ nợ không có bảo đảm đối với khoản thiệt hại do việc đình chỉ thực hiện hợp đồng

gây ra (Điều 47 Luật phá sản).

Thứ năm, đình chỉ thi hành án dân sự, đình chỉ giải quyết vụ án và giải quyết vụ án bị đình chỉ trong thủ tục phá sản

Kể từ ngày toà án ra quyết định mở thủ tục phá sản, việc thi hành án dân sự về tài sản mà doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản là người phải thi hành cũng như việc giải quyết vụ án có liên quan đến nghĩa vụ tài sản mà doanh nghiệp, hợp tác xã là một bên đương sự trong vụ án đó phải được đình chỉ.

Trường hợp việc thi hành án dân sự về tài sản mà doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản là người phải thi hành án bị đình chỉ thì người được thi hành án có quyền nộp đơn cho toà án yêu cầu được thanh toán trong khối tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã như một chủ nợ không có bảo đảm hoặc như một chủ nợ có bảo đảm, nếu có bản án, quyết định của toà án đã có hiệu lực pháp luật kê biên tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã để bảo đảm thi hành án. Quy định này của Luật phá sản thể hiện sự quan tâm, ưu tiên hàng đầu của các nhà lập pháp đối với thủ tục phục hồi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản. Việc đình chỉ thi hành án dân sự về tài sản mà doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản là người có nghĩa vụ phải thi hành nhằm bảo đảm duy trì một khối lượng tài sản cần thiết cho doanh nghiệp, hợp tác xã bị mở thủ tục phá sản có khả năng tốt nhất để phục hồi hoạt động kinh doanh. Ngoài ra, quy định này cũng thể hiện sự bình đẳng giữa các chủ nợ trong vụ việc phá sản với người được thi hành án dân sự khi người phải thi hành án dân sự là

gây ra (Điều 47 Luật phá sản).

Thứ năm, đình chỉ thi hành án dân sự, đình chỉ giải quyết vụ án và giải quyết vụ án bị đình chỉ trong thủ tục phá sản

Kể từ ngày toà án ra quyết định mở thủ tục phá sản, việc thi hành án dân sự về tài sản mà doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản là người phải thi hành cũng như việc giải quyết vụ án có liên quan đến nghĩa vụ tài sản mà doanh nghiệp, hợp tác xã là một bên đương sự trong vụ án đó phải được đình chỉ.

Trường hợp việc thi hành án dân sự về tài sản mà doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản là người phải thi hành án bị đình chỉ thì người được thi hành án có quyền nộp đơn cho toà án yêu cầu được thanh toán trong khối tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã như một chủ nợ không có bảo đảm hoặc như một chủ nợ có bảo đảm, nếu có bản án, quyết định của toà án đã có hiệu lực pháp luật kê biên tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã để bảo đảm thi hành án. Quy định này của Luật phá sản thể hiện sự quan tâm, ưu tiên hàng đầu của các nhà lập pháp đối với thủ tục phục hồi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản. Việc đình chỉ thi hành án dân sự về tài sản mà doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản là người có nghĩa vụ phải thi hành nhằm bảo đảm duy trì một khối lượng tài sản cần thiết cho doanh nghiệp, hợp tác xã bị mở thủ tục phá sản có khả năng tốt nhất để phục hồi hoạt động kinh doanh. Ngoài ra, quy định này cũng thể hiện sự bình đẳng giữa các chủ nợ trong vụ việc phá sản với người được thi hành án dân sự khi người phải thi hành án dân sự là

doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản. Nội dung pháp lí này không được quy định trong Luật phá sản doanh nghiệp dẫn đến cách hiểu và vận dụng khác nhau trong thực tiễn áp dụng.

Trường hợp việc giải quyết vụ án có liên quan đến nghĩa vụ tài sản mà doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản là một bên đương sự của vụ án bị đình chỉ thì toà án ra quyết định đình chỉ việc giải quyết vụ án phải chuyển hồ sơ vụ án đó cho toà án đang tiến hành

thủ tục phá sản để giải quyết.

Ngay sau khi nhận được hồ sơ do toà án ra quyết định đình chỉ giải quyết vụ án chuyển đến, toà án đang tiến hành thủ tục phá sản phải xem xét, quyết định nghĩa vụ tài sản mà doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản phải thực hiện hoặc nghĩa vụ tài sản mà bên đương sự phải thực hiện đối với doanh nghiệp, hợp tác xã.⁽¹⁾ Nếu doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản phải thực hiện nghĩa vụ về tài sản thì người được doanh nghiệp, hợp tác xã thực hiện nghĩa vụ về tài sản có quyền yêu cầu được thanh toán trong khối tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã như một chủ nợ không có bảo đảm. Nếu bên đương sự phải thực hiện nghĩa vụ về tài sản đối với doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản thì phải thanh toán cho doanh nghiệp, hợp tác xã giá trị tương ứng với nghĩa vụ tài sản đó (Điều 58 Luật phá sản).

(1). Quyết định giải quyết vụ án bị đình chỉ trong thủ tục phá sản không được khiếu nại, kháng nghị. Vì vậy, theo Nghị quyết của Hội đồng thẩm phán Toà án nhân dân tối cao số 03/2005/NQ-HĐTP ngày 28/4/2005, khi giải quyết loại vụ án này, thẩm phán chỉ chấp nhận những nghĩa vụ tài sản đã rõ ràng, có đầy đủ căn cứ chứng minh.

doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản. Nội dung pháp lí này không được quy định trong Luật phá sản doanh nghiệp dẫn đến cách hiểu và vận dụng khác nhau trong thực tiễn áp dụng.

Trường hợp việc giải quyết vụ án có liên quan đến nghĩa vụ tài sản mà doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản là một bên đương sự của vụ án bị đình chỉ thì toà án ra quyết định đình chỉ việc giải quyết vụ án phải chuyển hồ sơ vụ án đó cho toà án đang tiến hành thủ tục phá sản để giải quyết.

Ngay sau khi nhận được hồ sơ do toà án ra quyết định đình chỉ giải

quyết vụ án chuyển đến, toà án đang tiến hành thủ tục phá sản phải xem xét, quyết định nghĩa vụ tài sản mà doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản phải thực hiện hoặc nghĩa vụ tài sản mà bên đương sự phải thực hiện đối với doanh nghiệp, hợp tác xã.⁽¹⁾ Nếu doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản phải thực hiện nghĩa vụ về tài sản thì người được doanh nghiệp, hợp tác xã thực hiện nghĩa vụ về tài sản có quyền yêu cầu được thanh toán trong khối tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã như một chủ nợ không có bảo đảm. Nếu bên đương sự phải thực hiện nghĩa vụ về tài sản đối với doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản thì phải thanh toán cho doanh nghiệp, hợp tác xã giá trị tương ứng với nghĩa vụ tài sản đó (Điều 58 Luật phá sản).

(1). Quyết định giải quyết vụ án bị đình chỉ trong thủ tục phá sản không được khiếu nại, kháng nghị. Vì vậy, theo Nghị quyết của Hội đồng thẩm phán Toà án nhân dân tối cao số 03/2005/NQ-HĐTP ngày 28/4/2005, khi giải quyết loại vụ án này, thẩm phán chỉ chấp nhận những nghĩa vụ tài sản đã rõ ràng, có đầy đủ căn cứ chứng minh.

4. Hội nghị chủ nợ

a. Thành phần tham gia hội nghị chủ nợ

Mục đích cơ bản và quan trọng nhất của thủ tục phá sản là bảo vệ tối đa quyền, lợi ích hợp pháp của các chủ nợ. Bởi vậy, bất kì pháp luật quốc gia nào cũng dành cho chủ nợ quyền tham hội nghị chủ nợ.

Bên cạnh hội nghị chủ nợ, Luật phá sản của một số nước còn quy định thêm một cơ quan khác đại diện cho chủ nợ là uỷ ban chủ nợ (hội đồng chủ nợ) gồm một số chủ nợ lớn, đóng vai trò là cơ quan thường trực của hội nghị chủ nợ.⁽¹⁾

Theo Luật phá sản, quyền tham gia hội nghị chủ nợ thuộc về các

chủ thể sau đây:

+ Các chủ nợ có tên trong danh sách chủ nợ. Chủ nợ có thể uỷ quyền bằng văn bản cho người khác tham gia hội nghị chủ nợ và người được uỷ quyền có quyền, nghĩa vụ như chủ nợ;

+ Đại diện cho người lao động, đại diện công đoàn được người lao động uỷ quyền. Trong trường hợp này đại diện cho người lao động, đại diện công đoàn có quyền, nghĩa vụ như chủ nợ;

+ Người bảo lãnh sau khi đã trả nợ thay cho doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản. Trong trường hợp này, người bảo lãnh trở thành chủ nợ không có bảo đảm.

Bên cạnh các chủ thể có quyền tham gia hội nghị chủ nợ, nghĩa vụ tham gia hội nghị chủ nợ thuộc về người nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản quy định tại các điều 15, 16, 17

(1).Xem: PGS.TS. Dương Đăng Huệ, *Pháp luật phá sản của Việt Nam*, Nxb. Tư pháp, Hà Nội, 2005. tr. 47.

4. Hội nghị chủ nợ

a. Thành phần tham gia hội nghị chủ nợ

Mục đích cơ bản và quan trọng nhất của thủ tục phá sản là bảo vệ tối đa quyền, lợi ích hợp pháp của các chủ nợ. Bởi vậy, bất kì pháp luật quốc gia nào cũng dành cho chủ nợ quyền tham gia hội nghị chủ nợ.

Bên cạnh hội nghị chủ nợ, Luật phá sản của một số nước còn quy định thêm một cơ quan khác đại diện cho chủ nợ là uỷ ban chủ nợ (hội đồng chủ nợ) gồm một số chủ nợ lớn, đóng vai trò là cơ quan thường trực của hội nghị chủ nợ.⁽¹⁾

Theo Luật phá sản, quyền tham gia hội nghị chủ nợ thuộc về các chủ thể sau đây:

+ Các chủ nợ có tên trong danh sách chủ nợ. Chủ nợ có thể uỷ quyền bằng văn bản cho người khác tham gia hội nghị chủ nợ và

người được uỷ quyền có quyền, nghĩa vụ như chủ nợ;

+ Đại diện cho người lao động, đại diện công đoàn được người lao động uỷ quyền. Trong trường hợp này đại diện cho người lao động, đại diện công đoàn có quyền, nghĩa vụ như chủ nợ;

+ Người bảo lãnh sau khi đã trả nợ thay cho doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản. Trong trường hợp này, người bảo lãnh trở thành chủ nợ không có bảo đảm.

Bên cạnh các chủ thể có quyền tham gia hội nghị chủ nợ, nghĩa vụ tham gia hội nghị chủ nợ thuộc về người nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản quy định tại các điều 15, 16, 17

(l).Xem: PGS.TS. Dương Đăng Huệ, *Pháp luật phá sản của Việt Nam*, Nxb. Tư pháp, Hà Nội, 2005. tr. 47.

và 18 của Luật phá sản. Trong những trường hợp này, nếu người nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản không tham gia được hội nghị chủ nợ thì phải uỷ quyền bằng văn bản cho người khác tham gia hội nghị chủ nợ. Người được uỷ quyền nếu tham gia hội nghị chủ nợ có quyền, nghĩa vụ như người uỷ quyền; đối với doanh nghiệp tư nhân mà chủ doanh nghiệp tư nhân đã chết thì người thừa kế hợp pháp của chủ doanh nghiệp đó tham gia hội nghị chủ nợ.

Trường hợp doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản có nghĩa vụ tham gia hội nghị chủ nợ mà không có người đại diện tham gia thì thẩm phán phụ trách tiến hành thủ tục phá sản chỉ định người đại diện cho doanh nghiệp, hợp tác xã tham gia hội nghị chủ nợ. Thẩm phán cần lựa chọn người am hiểu công việc, hoạt động của doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản và về nguyên tắc chung cần chỉ định theo thứ tự chức vụ. Đối với doanh nghiệp tư nhân mà chủ doanh nghiệp tư nhân đã chết và cũng không có người thừa kế hợp pháp của chủ doanh nghiệp, thì cần chỉ định người thân thích của

chủ doanh nghiệp đó.⁽¹⁾

b. Thủ tục triệu tập Hội nghị chủ nợ

Khác với quy định của Luật phá sản doanh nghiệp, hội nghị chủ nợ theo quy định của Luật phá sản không còn là thủ tục bắt buộc trong tiến trình giải quyết đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản. Khi tiến hành thủ tục phá sản, thẩm phán có thể không cần triệu tập hội nghị chủ nợ nếu thuộc trường hợp quy định tại Điều 78 Luật phá sản. Tuy nhiên, thủ tục phục

(1). Nghị quyết của Hội đồng thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao số O3/2005/NQ-HDTP ngày 28/4/2005.

và 18 của Luật phá sản. Trong những trường hợp này, nếu người nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản không tham gia được hội nghị chủ nợ thì phải uỷ quyền bằng văn bản cho người khác tham gia hội nghị chủ nợ. Người được uỷ quyền nếu tham gia hội nghị chủ nợ có quyền, nghĩa vụ như người uỷ quyền; đối với doanh nghiệp tư nhân mà chủ doanh nghiệp tư nhân đã chết thì người thừa kế hợp pháp của chủ doanh nghiệp đó tham gia hội nghị chủ nợ.

Trường hợp doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản có nghĩa vụ tham gia hội nghị chủ nợ mà không có người đại diện tham gia thì thẩm phán phụ trách tiến hành thủ tục phá sản chỉ định người đại diện cho doanh nghiệp, hợp tác xã tham gia hội nghị chủ nợ. Thẩm phán cần lựa chọn người am hiểu công việc, hoạt động của doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản và về nguyên tắc chung cần chỉ định theo thứ tự chức vụ. Đối với doanh nghiệp tư nhân mà chủ doanh nghiệp tư nhân đã chết và cũng không có người thừa kế hợp pháp của chủ doanh nghiệp, thì cần chỉ định người thân thích của chủ doanh nghiệp đó.⁽¹⁾

b. Thủ tục triệu tập Hội nghị chủ nợ

Khác với quy định của Luật phá sản doanh nghiệp, hội nghị chủ nợ theo quy định của Luật phá sản không còn là thủ tục bắt buộc trong tiến trình giải quyết đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản. Khi tiến hành thủ tục phá sản, thẩm phán có thể không cần triệu tập hội nghị chủ nợ nếu thuộc trường hợp quy định tại Điều 78 Luật phá sản. Tuy nhiên, thủ tục phục

(1). Nghị quyết của Hội đồng thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao số O3/2005/NQ-HDTP ngày 28/4/2005.

hồi hoạt động kinh doanh chỉ được áp dụng nếu thẩm phán triệu tập được hội nghị chủ nợ để thông qua nghị quyết đồng ý với các giải pháp tổ chức lại hoạt động kinh doanh (Điều 68 Luật phá sản).

Hội nghị chủ nợ do thẩm phán triệu tập để giải quyết các nội dung quy định tại Điều 64 Luật phá sản. Thẩm phán phải triệu tập hội nghị chủ nợ trong thời hạn 30 ngày kể từ ngày lập xong danh sách chủ nợ. Trường hợp việc kiểm kê tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản kết thúc sau ngày lập xong danh sách chủ nợ thì thời hạn này tính từ ngày kiểm kê xong tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã.

Các hội nghị chủ nợ tiếp theo có thể được thẩm phán triệu tập vào bất kì ngày làm việc nào trong quá trình tiến hành thủ tục phá sản theo đề nghị của tổ quản lí, thanh lí tài sản hoặc của các chủ nợ đại diện cho ít nhất một phần ba tổng số nợ không có bảo đảm.

Giấy triệu tập hội nghị chủ nợ phải được gửi cho người có quyền tham gia hội nghị chủ nợ và người có nghĩa vụ tham gia hội nghị chủ nợ chậm nhất là 15 ngày trước ngày khai mạc hội nghị. Kèm theo giấy triệu tập hội nghị phải có chương trình, nội dung của hội nghị và các tài liệu khác, nếu có. Quy định này nhằm bảo đảm cho những người có quyền cũng như những người có nghĩa vụ tham gia hội nghị

chủ nợ có đủ thời gian cần thiết nghiên cứu các tài liệu và bố trí, sắp xếp thời gian để tham dự hội nghị chủ nợ. Sự vắng mặt của những người này tại hội nghị chủ nợ có thể phải hoãn hội nghị chủ nợ, thậm trí phải đình chỉ tiến hành thủ tục phá sản (Điều 67 Luật phá sản).

hồi hoạt động kinh doanh chỉ được áp dụng nếu thẩm phán triệu tập được hội nghị chủ nợ để thông qua nghị quyết đồng ý với các giải pháp tổ chức lại hoạt động kinh doanh (Điều 68 Luật phá sản).

Hội nghị chủ nợ do thẩm phán triệu tập để giải quyết các nội dung quy định tại Điều 64 Luật phá sản. Thẩm phán triệu tập hội nghị chủ nợ trong thời hạn 30 ngày kể từ ngày lập xong danh sách chủ nợ. Trường hợp việc kiểm kê tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản kết thúc sau ngày lập xong danh sách chủ nợ thì thời hạn này tính từ ngày kiểm kê xong tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã.

Các hội nghị chủ nợ tiếp theo có thể được thẩm phán triệu tập vào bất kì ngày làm việc nào trong quá trình tiến hành thủ tục phá sản theo đề nghị của tổ quản lí, thanh lí tài sản hoặc của các chủ nợ đại diện cho ít nhất một phần ba tổng số nợ không có bảo đảm.

Giấy triệu tập hội nghị chủ nợ phải được gửi cho người có quyền tham gia hội nghị chủ nợ và người có nghĩa vụ tham gia hội nghị chủ nợ chậm nhất là 15 ngày trước ngày khai mạc hội nghị. Kèm theo giấy triệu tập hội nghị phải có chương trình, nội dung của hội nghị và các tài liệu khác, nếu có. Quy định này nhằm bảo đảm cho những người có quyền cũng như những người có nghĩa vụ tham gia hội nghị chủ nợ có đủ thời gian cần thiết nghiên cứu các tài liệu và bố trí, sắp xếp thời gian để tham dự hội nghị chủ nợ. Sự vắng mặt của những người này tại hội nghị chủ nợ có thể phải hoãn hội nghị chủ nợ, thậm trí phải đình chỉ tiến hành thủ tục phá sản (Điều 67 Luật phá sản).

b. Điều kiện hợp lệ của Hội nghị chủ nợ

Theo Điều 65 Luật phá sản, hội nghị chủ nợ chỉ hợp lệ khi có đầy đủ hai điều kiện sau đây:

- Quá nửa số chủ nợ không có bảo đảm đại diện cho ít nhất 2/3 tổng số nợ không có bảo đảm tham dự
- Có sự tham gia của người có nghĩa vụ tham gia hội nghị chủ nợ quy định tại Điều 63 Luật phá sản.

Như vậy, so với Luật phá sản doanh nghiệp, Luật phá sản đặt ra điều kiện cao hơn, khắt khe hơn khi quy định về điều kiện hợp lệ của hội nghị chủ nợ. Luật phá sản bổ sung thêm điều kiện phải có sự tham gia của người có nghĩa vụ tham gia hội nghị chủ nợ. Ngoài ra, Luật phá sản doanh nghiệp chỉ đặt ra điều kiện “quá nửa số chủ nợ đại diện cho ít nhất 2/3 tổng số nợ không có bảo đảm tham dự”, nên sự có mặt của các chủ nợ có bảo đảm một phần tại hội nghị chủ nợ vẫn được xem xét để kiểm tra tính hợp lệ của hội nghị chủ nợ. Theo quy định của Luật phá sản thì sự hiện diện của các chủ nợ có bảo đảm một phần tại hội nghị chủ nợ lại không có ý nghĩa cho việc xem xét điều kiện hợp lệ của hội nghị chủ nợ, thậm chí ngay cả khi thông qua nghị quyết của hội nghị chủ nợ về (phương án phục hồi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản (xem: khoản 2 Điều 71 Luật phá sản). Hàm ý mang lại từ nội dung quy định này cần phải được xem xét, song việc phủ nhận vai trò và thẩm quyền của các chủ nợ có bảo đảm một phần tại hội nghị chủ nợ là điều khó lí giải. Chủ nợ có bảo đảm một phần là chủ nợ có khoản nợ được bảo đảm bằng tài sản của doanh nghiệp,

b. Điều kiện hợp lệ của Hội nghị chủ nợ

Theo Điều 65 Luật phá sản, hội nghị chủ nợ chỉ hợp lệ khi có đầy đủ hai điều kiện sau đây:

- Quá nửa số chủ nợ không có bảo đảm đại diện cho ít nhất 2/3 tổng số nợ không có bảo đảm tham dự

- Có sự tham gia của người có nghĩa vụ tham gia hội nghị chủ nợ quy định tại Điều 63 Luật phá sản.

Như vậy, so với Luật phá sản doanh nghiệp, Luật phá sản đặt ra điều kiện cao hơn, khắt khe hơn khi quy định về điều kiện hợp lệ của hội nghị chủ nợ. Luật phá sản bổ sung thêm điều kiện phải có sự tham gia của người có nghĩa vụ tham gia hội nghị chủ nợ. Ngoài ra, Luật phá sản doanh nghiệp chỉ đặt ra điều kiện “quá nửa số chủ nợ đại diện cho ít nhất 2/3 tổng số nợ không có bảo đảm tham dự”, nên sự có mặt của các chủ nợ có bảo đảm một phần tại hội nghị chủ nợ vẫn được xem xét để kiểm tra tính hợp lệ của hội nghị chủ nợ. Theo quy định của Luật phá sản thì sự hiện diện của các chủ nợ có bảo đảm một phần tại hội nghị chủ nợ lại không có ý nghĩa cho việc xem xét điều kiện hợp lệ của hội nghị chủ nợ, thậm chí ngay cả khi thông qua nghị quyết của hội nghị chủ nợ về phương án phục hồi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản (xem: khoản 2 Điều 71 Luật phá sản). Hàm ý mang lại từ nội dung quy định này cần phải được xem xét, song việc phủ nhận vai trò và thẩm quyền của các chủ nợ có bảo đảm một phần tại hội nghị chủ nợ là điều khó lí giải. Chủ nợ có bảo đảm một phần là chủ nợ có khoản nợ được bảo đảm bằng tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã hoặc của người thứ ba mà giá trị tài sản bảo đảm ít hơn khoản nợ đó. Bởi vậy, ngoại trừ phần nợ được bảo đảm, đối với phần nợ không có bảo đảm thì chủ nợ có bảo đảm một phần phải được đối xử như chủ nợ không có bảo đảm.

Theo Điều 66 Luật phá sản, hội nghị chủ nợ được hoãn một lần trong các trường hợp sau đây:

+ Không đủ quá nửa số chủ nợ không có bảo đảm đại diện cho ít nhất 2/3 tổng số nợ không có bảo đảm tham dự;

+ Quá nửa số chủ nợ không có bảo đảm có mặt tại hội nghị chủ nợ

biểu quyết hoãn hội nghị chủ nợ;

+ Người có nghĩa vụ tham gia hội nghị chủ nợ vắng mặt có lí do chính đáng.

Trường hợp thẩm phán ra quyết định hoãn hội nghị chủ nợ thì trong thời hạn 30 ngày, kể từ ngày ra quyết định hoãn hội nghị chủ nợ, thẩm phán phải triệu tập lại hội nghị chủ nợ.

Trong những trường hợp sau đây, thẩm phán ra quyết định đình chỉ tiến hành thủ tục phá sản:

- Khi hội nghị chủ nợ đã được hoãn một lần nếu người nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản quy định tại Điều 13 và Điều 14 của Luật phá sản không tham gia hội nghị chủ nợ được triệu tập lại;

- Trường hợp chỉ có người quy định tại các điều 15, 16, 17 và 18 của Luật phá sản nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản mà người có nghĩa vụ tham gia hội nghị chủ nợ không đến tham gia hội nghị chủ nợ mà không có lí do chính đáng;

- Người nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản rút lại đơn yêu cầu; nếu những người quy định tại các điều 13, 14, 15, hợp tác xã hoặc của người thứ ba mà giá trị tài sản bảo đảm ít hơn khoản nợ đó. Bởi vậy, ngoại trừ phần nợ được bảo đảm, đối với phần nợ không có bảo đảm thì chủ nợ có bảo đảm một phần phải được đối xử như chủ nợ không có bảo đảm.

Theo Điều 66 Luật phá sản, hội nghị chủ nợ được hoãn một lần trong các trường hợp sau đây:

+ Không đủ quá nửa số chủ nợ không có bảo đảm đại diện cho ít nhất 2/3 tổng số nợ không có bảo đảm tham dự;

+ Quá nửa số chủ nợ không có bảo đảm có mặt tại hội nghị chủ nợ biểu quyết hoãn hội nghị chủ nợ;

+ Người có nghĩa vụ tham gia hội nghị chủ nợ vắng mặt có lí do chính đáng.

Trường hợp thẩm phán ra quyết định hoãn hội nghị chủ nợ thì trong thời hạn 30 ngày, kể từ ngày ra quyết định hoãn hội nghị chủ nợ, thẩm phán phải triệu tập lại hội nghị chủ nợ.

Trong những trường hợp sau đây, thẩm phán ra quyết định đình chỉ tiến hành thủ tục phá sản:

- Khi hội nghị chủ nợ đã được hoãn một lần nếu người nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản quy định tại Điều 13 và Điều 14 của Luật phá sản không tham gia hội nghị chủ nợ được triệu tập lại;

- Trường hợp chỉ có người quy định tại các điều 15, 16, 17 và 18 của Luật phá sản nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản mà người có nghĩa vụ tham gia hội nghị chủ nợ không đến tham gia hội nghị chủ nợ mà không có lý do chính đáng;

- Người nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản rút lại đơn yêu cầu; nếu những người quy định tại các điều 13, 14, 15,

16, 17 và 18 của Luật phá sản nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản mà chỉ có một hoặc một số người rút lại đơn yêu cầu thì tòa án vẫn tiến hành thủ tục phá sản (Điều 67 Luật phá sản).

Như vậy, trong những trường hợp nhất định, sự tham gia của một số chủ thể tại hội nghị chủ nợ vẫn là điều kiện bắt buộc để tiến hành thủ tục phá sản. Trong những trường hợp này, sự vắng mặt của họ tại hội nghị chủ nợ là căn cứ để tòa án ra quyết định đình chỉ tiến hành thủ tục phá sản. Song, quy định tại khoản 2 Điều 67 Luật phá sản có vấn đề cần bàn định. Theo khoản 2 Điều 67 Luật phá sản, trường hợp đại diện hợp pháp của doanh nghiệp, hợp tác xã có nghĩa vụ tham gia hội nghị chủ nợ theo quy định tại Điều 63 Luật phá sản nhưng không đến tham gia hội nghị chủ nợ mà không có lý do chính đáng thì tòa án ra quyết định đình chỉ thủ tục phá sản. Quy định này dễ bị lạm dụng nếu doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản muốn thoát li khỏi thủ tục phá sản. Mặt khác, quy định này không nhất quán với

Điều 15 Luật phá sản, bởi lẽ, sau khi thực hiện nghĩa vụ nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản mà đại diện hợp pháp của doanh nghiệp, hợp tác xã không đến tham gia hội nghị chủ nợ thì toà án vẫn phải đình chỉ thủ tục phá sản.

Nhằm đảm bảo nguyên tắc tôn trọng sự định đoạt của đương sự, Luật phá sản bổ sung căn cứ để toà án ra quyết định đình chỉ tiến hành thủ tục phá sản khi người nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản rút đơn yêu cầu. Tuy nhiên, trường hợp chỉ có một hoặc một số người trong số những người nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản rút đơn yêu cầu thì toà án vẫn tiến hành thủ tục phá sản.

16, 17 và 18 của Luật phá sản nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản mà chỉ có một hoặc một số người rút lại đơn yêu cầu thì toà án vẫn tiến hành thủ tục phá sản (Điều 67 Luật phá sản).

Như vậy, trong những trường hợp nhất định, sự tham gia của một số chủ thể tại hội nghị chủ nợ vẫn là điều kiện bắt buộc để tiến hành thủ tục phá sản. Trong những trường hợp này, sự vắng mặt của họ tại hội nghị chủ nợ là căn cứ để toà án ra quyết định đình chỉ tiến hành thủ tục phá sản. Song, quy định tại khoản 2 Điều 67 Luật phá sản có vấn đề cần bàn định. Theo khoản 2 Điều 67 Luật phá sản, trường hợp đại diện hợp pháp của doanh nghiệp, hợp tác xã có nghĩa vụ tham gia hội nghị chủ nợ theo quy định tại Điều 63 Luật phá sản nhưng không đến tham gia hội nghị chủ nợ mà không có lí do chính đáng thì toà án ra quyết định đình chỉ thủ tục phá sản. Quy định này dễ bị lạm dụng nếu doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản muốn thoát li khỏi thủ tục phá sản. Mặt khác, quy định này không nhất quán với Điều 15 Luật phá sản, bởi lẽ, sau khi thực hiện nghĩa vụ nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản mà đại diện hợp pháp của doanh nghiệp, hợp tác xã không đến tham gia hội nghị chủ nợ thì toà án vẫn phải đình chỉ thủ tục phá sản.

Nhằm đảm bảo nguyên tắc tôn trọng sự định đoạt của đương sự, Luật phá sản bổ sung căn cứ để toà án ra quyết định đình chỉ tiến hành thủ tục phá sản khi người nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản rút đơn yêu cầu. Tuy nhiên, trường hợp chỉ có một hoặc một số người trong số những người nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản rút đơn yêu cầu thì toà án vẫn tiến hành thủ tục phá sản.

II. PHỤC HỒI HOẠT ĐỘNG KINH DOANH

Phục hồi hoạt động kinh doanh là một nội dung quan trọng trong thủ tục phá sản. Thủ tục phục hồi hoạt động kinh doanh có thể đem lại cho doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản những cơ hội và điều kiện để tái tổ chức lại hoạt động kinh doanh, giúp doanh nghiệp, hợp tác xã vượt ra khỏi nguy cơ bị phá sản. Trong điều kiện ngày nay, pháp luật phá sản của các nước luôn đề cao và quan tâm thích đáng đến thủ tục phục hồi hoạt động kinh doanh. Luật phá sản cũng không nằm ngoài xu hướng chung này.

Theo quy định của Luật phá sản, phục hồi hoạt động kinh doanh là một thủ tục độc lập (tách bạch với thủ tục thanh lí) mà thẩm phán có thể quyết định áp dụng hay không áp dụng sau khi có quyết định mở thủ tục phá sản tùy thuộc điều kiện của từng vụ việc cụ thể khi giải quyết đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản.

1. Điều kiện áp dụng thủ tục phục hồi kinh doanh

Theo Luật phá sản, thẩm phán ra quyết định áp dụng thủ tục phục hồi hoạt động kinh doanh sau khi hội nghị chủ nợ lần thứ nhất thông qua nghị quyết đồng ý với các giải pháp tổ chức lại hoạt động kinh doanh, kế hoạch thanh toán nợ cho các chủ nợ và yêu cầu doanh nghiệp, hợp tác xã phải xây dựng phương án phục hồi hoạt động kinh doanh.

Để thực hiện thủ tục phục hồi hoạt động kinh doanh, doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản phải xây dựng phương án phục hồi

hoạt động kinh doanh và nộp cho toà án trong thời hạn 30 ngày, kể từ ngày hội nghị chủ

II. PHỤC HỒI HOẠT ĐỘNG KINH DOANH

Phục hồi hoạt động kinh doanh là một nội dung quan trọng trong thủ tục phá sản. Thủ tục phục hồi hoạt động kinh doanh có thể đem lại cho doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản những cơ hội và điều kiện để tái tổ chức lại hoạt động kinh doanh, giúp doanh nghiệp, hợp tác xã vượt ra khỏi nguy cơ bị phá sản. Trong điều kiện ngày nay, pháp luật phá sản của các nước luôn đề cao và quan tâm thích đáng đến thủ tục phục hồi hoạt động kinh doanh. Luật phá sản cũng không nằm ngoài xu hướng chung này.

Theo quy định của Luật phá sản, phục hồi hoạt động kinh doanh là một thủ tục độc lập (tách bạch với thủ tục thanh lí) mà thẩm phán có thể quyết định áp dụng hay không áp dụng sau khi có quyết định mở thủ tục phá sản tùy thuộc điều kiện của từng vụ việc cụ thể khi giải quyết đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản.

1. Điều kiện áp dụng thủ tục phục hồi kinh doanh

Theo Luật phá sản, thẩm phán ra quyết định áp dụng thủ tục phục hồi hoạt động kinh doanh sau khi hội nghị chủ nợ lần thứ nhất thông qua nghị quyết đồng ý với các giải pháp tổ chức lại hoạt động kinh doanh, kế hoạch thanh toán nợ cho các chủ nợ và yêu cầu doanh nghiệp, hợp tác xã phải xây dựng phương án phục hồi hoạt động kinh doanh.

Để thực hiện thủ tục phục hồi hoạt động kinh doanh, doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản phải xây dựng phương án phục hồi hoạt động kinh doanh và nộp cho toà án trong thời hạn 30 ngày, kể từ ngày hội nghị chủ

nợ lần thứ nhất thông qua nghị quyết. Trường hợp cần có thời gian dài hơn phải có văn bản đề nghị thẩm phán gia hạn. Thời hạn gia hạn không

quá 30 ngày (Điều 68 Luật phá sản).

Như vậy, muốn áp dụng thủ tục phục hồi hoạt động kinh doanh theo Luật phá sản cần phải có hai điều kiện sau đây:

- Hội nghị chủ nợ lần thứ nhất tổ chức thành;
- Hội nghị chủ nợ lần thứ nhất thông qua nghị quyết đồng ý với các giải pháp tổ chức lại hoạt động kinh doanh, kế hoạch thanh toán nợ cho các chủ nợ và yêu cầu doanh nghiệp, hợp tác xã phải xây dựng phương án phục hồi hoạt động kinh doanh.

Để mở rộng chủ thể có khả năng tham gia vào việc xây dựng dự thảo phương án phục hồi hoạt động kinh doanh cho doanh nghiệp, hợp tác xã nhằm nâng cao khả năng cứu vớt doanh nghiệp, hợp tác xã vượt ra khỏi tình trạng mất khả năng thanh toán nợ, Luật phá sản cho phép bất kì chủ nợ hoặc người nào nhận nghĩa vụ phục hồi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã đều có quyền xây dựng dự thảo phương án phục hồi hoạt động kinh doanh cho doanh nghiệp, hợp tác xã và nộp cho toà án trong thời hạn nêu trên. Quy định này của Luật phá sản phù hợp với xu hướng pháp luật của các nước áp dụng thủ tục phục hồi hiện đại (Pháp, Đức, Mỹ, Rumani...). Theo xu hướng này, chủ thể xây dựng phương án phục hồi được đa dạng hoá chứ không chỉ thuộc về doanh nghiệp mắc nợ như thủ tục phục hồi truyền thống, nên khả năng duy trì, phục hồi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp mắc nợ thường được nâng cao. Luật phá sản doanh nghiệp tiếp cận vấn đề này theo xu hướng của pháp luật các nước áp dụng thủ tục phục hồi truyền thống nợ lần thứ nhất thông qua nghị quyết. Trường hợp cần có thời gian dài hơn phải có văn bản đề nghị thẩm phán gia hạn. Thời hạn gia hạn không quá 30 ngày (Điều 68 Luật phá sản).

Như vậy, muốn áp dụng thủ tục phục hồi hoạt động kinh doanh theo Luật phá sản cần phải có hai điều kiện sau đây:

- Hội nghị chủ nợ lần thứ nhất tổ chức thành;

- Hội nghị chủ nợ lần thứ nhất thông qua nghị quyết đồng ý với các giải pháp tổ chức lại hoạt động kinh doanh, kế hoạch thanh toán nợ cho các chủ nợ và yêu cầu doanh nghiệp, hợp tác xã phải xây dựng phương án phục hồi hoạt động kinh doanh.

Để mở rộng chủ thể có khả năng tham gia vào việc xây dựng dự thảo phương án phục hồi hoạt động kinh doanh cho doanh nghiệp, hợp tác xã nhằm nâng cao khả năng cứu vớt doanh nghiệp, hợp tác xã vượt ra khỏi tình trạng mất khả năng thanh toán nợ, Luật phá sản cho phép bất kì chủ nợ hoặc người nào nhận nghĩa vụ phục hồi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã đều có quyền xây dựng dự thảo phương án phục hồi hoạt động kinh doanh cho doanh nghiệp, hợp tác xã và nộp cho toà án trong thời hạn nêu trên. Quy định này của Luật phá sản phù hợp với xu hướng pháp luật của các nước áp dụng thủ tục phục hồi hiện đại (Pháp, Đức, Mỹ, Rumani...). Theo xu hướng này, chủ thể xây dựng phương án phục hồi được đa dạng hoá chứ không chỉ thuộc về doanh nghiệp mắc nợ như thủ tục phục hồi truyền thống, nên khả năng duy trì, phục hồi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp mắc nợ thường được nâng cao. Luật phá sản doanh nghiệp tiếp cận vấn đề này theo xu hướng của pháp luật các nước áp dụng thủ tục phục hồi truyền thống

(Hungari, Ba Lan. Cộng hòa Séc, Pháp trước 1985, Đức trước 1999...). Theo xu hướng này, phương án phục hồi sẽ do doanh nghiệp mắc nợ xây dựng nên tính khả thi trong việc thực hiện được thoả thuận thường yếu.

Theo Điều 69 Luật phá sản, Phương án phục hồi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản phải nêu rõ các biện pháp cần thiết để phục hồi hoạt động kinh doanh, như huy động vốn mới; thay đổi mặt hàng sản xuất kinh doanh; đổi mới công

nghệ sản xuất; tổ chức lại bộ máy quản lí; sáp nhập hoặc chia tách bộ phận sản xuất nhằm nâng cao năng suất, chất lượng sản xuất; bán lại cổ phần cho chủ nợ; bán hoặc cho thuê tài sản không cần thiết; các biện pháp khác không trái pháp luật. Ngoài các biện pháp cần thiết để phục hồi hoạt động kinh doanh, phương án phục hồi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản còn phải xác định rõ các điều kiện, thời hạn và kế hoạch thanh toán các khoản nợ.

2. Xem xét, thông qua phương án phục hồi

Thẩm phán phải xem xét phương án phục hồi hoạt động kinh doanh trong thời hạn 15 ngày, kể từ ngày nhận được phương án phục hồi để ra quyết định đưa phương án ra hội nghị chủ nợ xem xét, quyết định hoặc đề nghị sửa đổi, bổ sung nếu thấy phương án chưa đảm bảo nội dung theo quy định của pháp luật.

Trong thời hạn 10 ngày, kể từ ngày quyết định đưa phương án phục hồi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản ra hội nghị chủ nợ, thẩm phán phải triệu tập hội nghị chủ nợ để xem xét, thông (Hungari, Ba Lan. Cộng hòa Séc, Pháp trước 1985, Đức trước 1999...). Theo xu hướng này, phương án phục hồi sẽ do doanh nghiệp mắc nợ xây dựng nên tính khả thi trong việc thực hiện được thoả thuận thường yếu.

Theo Điều 69 Luật phá sản, Phương án phục hồi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản phải nêu rõ các biện pháp cần thiết để phục hồi hoạt động kinh doanh, như huy động vốn mới; thay đổi mặt hàng sản xuất kinh doanh; đổi mới công nghệ sản xuất; tổ chức lại bộ máy quản lí; sáp nhập hoặc chia tách bộ phận sản xuất nhằm nâng cao năng suất, chất lượng sản xuất; bán lại cổ phần cho chủ nợ; bán hoặc cho thuê tài sản không cần thiết; các biện pháp khác không trái pháp luật. Ngoài các biện pháp cần thiết để phục hồi hoạt động kinh doanh, phương án phục hồi hoạt động kinh doanh của

doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản còn phải xác định rõ các điều kiện, thời hạn và kế hoạch thanh toán các khoản nợ.

2. Xem xét, thông qua phương án phục hồi

Thẩm phán phải xem xét phương án phục hồi hoạt động kinh doanh trong thời hạn 15 ngày, kể từ ngày nhận được phương án phục hồi để ra quyết định đưa phương án ra hội nghị chủ nợ xem xét, quyết định hoặc đề nghị sửa đổi, bổ sung nếu thấy phương án chưa đảm bảo nội dung theo quy định của pháp luật.

Trong thời hạn 10 ngày, kể từ ngày quyết định đưa phương án phục hồi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản ra hội nghị chủ nợ, thẩm phán phải triệu tập hội nghị chủ nợ để xem xét, thông

qua phương án phục hồi.

Hội nghị chủ nợ xem xét, thảo luận phương án phục hồi hoạt động kinh doanh. Nghị quyết về phương án phục hồi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã được thông qua khi có quá nửa số chủ nợ không có bảo đảm có mặt đại diện cho từ hai phần ba tổng số nợ không có bảo đảm trở lên biểu quyết tán thành (Điều 71 Luật phá sản).

Quy định này đã loại trừ vai trò, thẩm quyền của chủ nợ có bảo đảm và chủ nợ có bảo đảm một phần trong việc xem xét, thông qua phương án phục hồi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã. Việc thông qua hay không thông qua phương án phục hồi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản, xét cho cùng chủ yếu có ý nghĩa sống còn đối với doanh nghiệp, hợp tác xã cũng như các chủ nợ không có bảo đảm. Nếu phương án phục hồi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã có tính khả thi mà hội nghị chủ nợ vẫn không thông qua thì cơ hội cứu vớt

doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản không còn và các chủ nợ không có bảo đảm khó có khả năng thu hồi đủ khoản nợ của mình. Ngược lại, nếu khả năng cứu vớt doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản không cao mà hội nghị chủ nợ vẫn thông qua phương án phục hồi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã thì khả năng thu hồi nợ của các chủ nợ không có bảo đảm càng thấp. Vì vậy, việc thông qua hay không thông qua phương án phục hồi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản cần phải được các chủ nợ không có bảo đảm xem xét, đánh giá và quyết định một cách cẩn trọng. Trong khi đó, dù áp dụng hay qua phương án phục hồi.

Hội nghị chủ nợ xem xét, thảo luận phương án phục hồi hoạt động kinh doanh. Nghị quyết về phương án phục hồi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã được thông qua khi có quá nửa số chủ nợ không có bảo đảm có mặt đại diện cho từ hai phần ba tổng số nợ không có bảo đảm trở lên biểu quyết tán thành (Điều 71 Luật phá sản).

Quy định này đã loại trừ vai trò, thẩm quyền của chủ nợ có bảo đảm và chủ nợ có bảo đảm một phần trong việc xem xét, thông qua phương án phục hồi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã. Việc thông qua hay không thông qua phương án phục hồi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản, xét cho cùng chủ yếu có ý nghĩa sống còn đối với doanh nghiệp, hợp tác xã cũng như các chủ nợ không có bảo đảm. Nếu phương án phục hồi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã có tính khả thi mà hội nghị chủ nợ vẫn không thông qua thì cơ hội cứu vớt doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản không còn và các chủ nợ không có bảo đảm khó có khả năng thu hồi đủ khoản nợ của mình. Ngược lại, nếu khả năng cứu vớt doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản không cao mà hội nghị chủ nợ vẫn thông qua phương án phục hồi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác

xã thì khả năng thu hồi nợ của các chủ nợ không có bảo đảm càng thấp. Vì vậy, việc thông qua hay không thông qua phương án phục hồi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản cần phải được các chủ nợ không có bảo đảm xem xét, đánh giá và quyết định một cách cẩn trọng. Trong khi đó, dù áp dụng hay

không áp dụng thủ tục phục hồi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản thì quyền đòi nợ của các chủ nợ có bảo đảm vẫn luôn được bảo đảm. Tuy nhiên, nếu áp dụng thủ tục thanh lý tài sản, các khoản nợ thì ưu thế sẽ thuộc về các chủ nợ có bảo đảm, bởi quyền đòi nợ đối với khoản nợ của họ luôn được ưu tiên thanh toán từ tài sản bảo đảm. Nếu cho các chủ nợ có bảo đảm được quyền biểu quyết tại Hội nghị nợ thì họ dễ có xu hướng không thông qua phương án phục hồi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản vì muốn sớm được ưu tiên thanh toán nợ từ tài sản bảo đảm. Mục tiêu của luật phá sản hiện đại ngày nay luôn có xu hướng ưu tiên trước hết cho thủ tục phục hồi hoạt động kinh doanh nhằm cứu vớt doanh nghiệp, hợp tác xã theo phương châm chữa bệnh cho người có bệnh "còn nước, còn tát". Vì vậy, Luật phá sản không dành quyền biểu quyết cho các chủ nợ có bảo đảm tại hội nghị chủ nợ là điều cần thiết song việc không dành quyền biểu quyết cho chủ nợ có bảo đảm một phần lại là vấn đề cần được bàn định.

3. Công nhận nghị quyết về phương án phục hồi và giám sát thực hiện phương án phục hồi

Thẩm phán ra quyết định công nhận nghị quyết của hội nghị chủ nợ về phương án phục hồi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản. Nghị quyết này có hiệu lực đối với tất cả các bên có liên quan.

Sau khi thẩm phán ra quyết định công nhận nghị quyết của hội nghị

chủ nợ về phương án phục hồi, tổ quản lí, thanh lí tài sản giải thể (khoản 1 Điều 73 Luật phá sản). Ở giai không áp dụng thủ tục phục hồi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản thì quyền đòi nợ của các chủ nợ có bảo đảm vẫn luôn được bảo đảm. Tuy nhiên, nếu áp dụng thủ tục thanh lí tài sản, các khoản nợ thì ưu thế sẽ thuộc về các chủ nợ có bảo đảm, bởi quyền đòi nợ đối với khoản nợ của họ luôn được ưu tiên thanh toán từ tài sản bảo đảm. Nếu cho các chủ nợ có bảo đảm được quyền biểu quyết tại Hội nghị nợ thì họ dễ có xu hướng không thông qua phương án phục hồi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản vì muốn sớm được ưu tiên thanh toán nợ từ tài sản bảo đảm. Mục tiêu của luật phá sản hiện đại ngày nay luôn có xu hướng ưu tiên trước hết cho thủ tục phục hồi hoạt động kinh doanh nhằm cứu vớt doanh nghiệp, hợp tác xã theo phương châm chữa bệnh cho người có bệnh "còn nước, còn tát". Vì vậy, Luật phá sản không dành quyền biểu quyết cho các chủ nợ có bảo đảm tại hội nghị chủ nợ là điều cần thiết song việc không dành quyền biểu quyết cho chủ nợ có bảo đảm một phần lại là vấn đề cần được bàn định.

3. Công nhận nghị quyết về phương án phục hồi và giám sát thực hiện phương án phục hồi

Thẩm phán ra quyết định công nhận nghị quyết của hội nghị chủ nợ về phương án phục hồi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản. Nghị quyết này có hiệu lực đối với tất cả các bên có liên quan.

Sau khi thẩm phán ra quyết định công nhận nghị quyết của hội nghị chủ nợ về phương án phục hồi, tổ quản lí, thanh lí tài sản giải thể (khoản 1 Điều 73 Luật phá sản). Ở giai đoạn thực hiện phương án phục hồi hoạt động kinh doanh của doanh

nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản, sự tồn tại của tổ quản lí, thanh lí tài sản là không cần thiết. Phương án phục hồi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản sẽ do doanh nghiệp, hợp tác xã tự tiến hành với cơ chế giám sát thích hợp. Luật phá sản quy định, sáu tháng một lần, doanh nghiệp, hợp tác xã phải gửi cho toà án báo cáo về tình hình thực hiện phương án phục hồi hoạt động kinh doanh ở doanh nghiệp, hợp tác xã. Chủ nợ có nghĩa vụ giám sát việc thực hiện phương án phục hồi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã.

Tuy nhiên, quyết định công nhận nghị quyết của hội nghị chủ nợ về phương án phục hồi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã chưa phải đã kết thúc việc giải quyết đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản. Quyết định này mới cho phép doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản được thực thi phương án phục hồi hoạt động kinh doanh. Kết thúc giai đoạn phục hồi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản, toà án phải ra một trong hai quyết định, hoặc đình chỉ thủ tục phục hồi hoạt động kinh doanh hoặc mở thủ tục thanh lí tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã. Trường hợp có quyết định mở thủ tục thanh lí tài sản, toà án cần phải thành lập lại tổ quản lí, thanh lí tài sản để trợ giúp cho thẩm phán trong việc thực hiện thủ tục thanh lí. Song vấn đề này lại không được quy định trong bất cứ điều khoản nào của Luật phá sản.

4. Thời hạn thực hiện phương án phục hồi

Thời hạn tối đa để thực hiện phương án phục hồi 'hoạt đoạn thực hiện phương án phục hồi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản, sự tồn tại của tổ quản lí, thanh lí tài sản là không cần thiết. Phương án phục hồi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản sẽ do doanh nghiệp, hợp

tác xã tự tiến hành với cơ chế giám sát thích hợp. Luật phá sản quy định, sáu tháng một lần, doanh nghiệp, hợp tác xã phải gửi cho toà án báo cáo về tình hình thực hiện phương án phục hồi hoạt động kinh doanh ở doanh nghiệp, hợp tác xã. Chủ nợ có nghĩa vụ giám sát việc thực hiện phương án phục hồi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã.

Tuy nhiên, quyết định công nhận nghị quyết của hội nghị chủ nợ về phương án phục hồi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã chưa phải đã kết thúc việc giải quyết đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản. Quyết định này mới cho phép doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản được thực thi phương án phục hồi hoạt động kinh doanh. Kết thúc giai đoạn phục hồi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản, toà án phải ra một trong hai quyết định, hoặc đình chỉ thủ tục phục hồi hoạt động kinh doanh hoặc mở thủ tục thanh lý tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã. Trường hợp có quyết định mở thủ tục thanh lý tài sản, toà án cần phải thành lập lại tổ quản lý, thanh lý tài sản để trợ giúp cho thẩm phán trong việc thực hiện thủ tục thanh lý. Song vấn đề này lại không được quy định trong bất cứ điều khoản nào của Luật phá sản.

4. Thời hạn thực hiện phương án phục hồi

Thời hạn tối đa để thực hiện phương án phục hồi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản là ba năm, kể từ ngày cuối cùng đăng báo về quyết định của toà án công nhận nghị quyết của hội nghị chủ nợ về phương án phục hồi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã.

Ngày cuối cùng đăng báo về quyết định của toà án công nhận nghị quyết của hội nghị chủ nợ về phương án phục hồi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã là thời điểm xác định thời hạn thực hiện phương án phục hồi (Điều 74 Luật phá sản). Song thủ tục đăng báo về quyết định này lại không được quy định trong Luật phá sản mà chỉ có

quy định về việc gửi quyết định công nhận nghị quyết của hội nghị chủ nợ về phương án phục hồi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản (khoản 2 Điều 72 Luật phá sản). Khuyến khích này sẽ là một trở ngại trong quá trình thực thi pháp luật.

Luật phá sản doanh nghiệp quy định thời hạn để thực hiện phương án phục hồi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp tối đa không quá 2 năm, kể từ ngày hội nghị chủ nợ thông qua phương án hoà giải. Trong nhiều trường hợp, thời hạn 2 năm chưa đủ để phục hồi thành công hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản, nhất là đối với doanh nghiệp, hợp tác xã có quy mô lớn, thực hiện các biện pháp phục hồi đòi hỏi sự kết hợp đồng bộ của nhiều yếu tố phức tạp mới có thể đem lại hiệu quả lâu dài như: thay đổi mặt hàng sản xuất kinh doanh; đổi mới công nghệ sản xuất... Vì vậy, Luật phá sản cho phép kéo dài hơn thời hạn tối đa để thực hiện phương án phục hồi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản là ba năm, kể từ ngày cuối cùng đăng báo về quyết định của toà án công nhận nghị quyết của hội nghị chủ nợ về phương án phục hồi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã.

Ngày cuối cùng đăng báo về quyết định của toà án công nhận nghị quyết của hội nghị chủ nợ về phương án phục hồi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã là thời điểm xác định thời hạn thực hiện phương án phục hồi (Điều 74 Luật phá sản). Song thủ tục đăng báo về quyết định này lại không được quy định trong Luật phá sản mà chỉ có quy định về việc gửi quyết định công nhận nghị quyết của hội nghị chủ nợ về phương án phục hồi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản (khoản 2 Điều 72 Luật phá sản). Khuyến khích này sẽ là một trở ngại trong quá trình thực thi pháp luật.

Luật phá sản doanh nghiệp quy định thời hạn để thực hiện phương

án phục hồi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp tối đa không quá 2 năm, kể từ ngày hội nghị chủ nợ thông qua phương án hoà giải. Trong nhiều trường hợp, thời hạn 2 năm chưa đủ để phục hồi thành công hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản, nhất là đối với doanh nghiệp, hợp tác xã có quy mô lớn, thực hiện các biện pháp phục hồi đòi hỏi sự kết hợp đồng bộ của nhiều yếu tố phức tạp mới có thể đem lại hiệu quả lâu dài như: thay đổi mặt hàng sản xuất kinh doanh; đổi mới công nghệ sản xuất... Vì vậy, Luật phá sản cho phép kéo dài hơn thời hạn tối đa để thực hiện phương án phục hồi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản.

Ngoài việc mở rộng thời hạn tối đa để thực hiện phương án phục hồi, Luật phá sản còn cho phép trong quá trình thực hiện phương án phục hồi hoạt động kinh doanh, các chủ nợ và doanh nghiệp, hợp tác xã có quyền thoả thuận về việc sửa đổi, bổ sung phương án phục hồi hoạt động kinh doanh.

Thoả thuận về việc sửa đổi, bổ sung phương án phục hồi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã được chấp nhận khi có quá nửa số chủ nợ không có bảo đảm đại diện cho từ hai phần ba tổng số nợ không có bảo đảm trở lên đồng ý.

Thẩm phán ra quyết định công nhận sự thoả thuận của các bên và gửi quyết định đó cho doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản và các chủ nợ trong thời hạn bảy ngày, kể từ ngày ra quyết định.

5. Đình chỉ thủ tục phục hồi hoạt động kinh doanh và hậu quả pháp lí

Thẩm phán ra quyết định đình chỉ thủ tục phục hồi hoạt động kinh doanh nếu có một trong các trường hợp sau đây:

- Doanh nghiệp, hợp tác xã đã thực hiện xong phương án phục hồi

hoạt động kinh doanh;

- Được quá nửa số phiếu của các chủ nợ không có bảo đảm đại diện cho từ hai phần ba tổng số nợ không có bảo đảm trở lên chưa thanh toán đồng ý đình chỉ (Điều 76 Luật phá sản).

Quy định này rõ ràng và đầy đủ hơn so với quy định của Luật phá sản doanh nghiệp. Khi doanh nghiệp, hợp tác xã đã thực hiện xong phương án phục hồi hoạt động kinh doanh tức là đã thực hiện thành công thủ tục phục hồi hoạt động trạng phá sản.

Ngoài việc mở rộng thời hạn tối đa để thực hiện phương án phục hồi, Luật phá sản còn cho phép trong quá trình thực hiện phương án phục hồi hoạt động kinh doanh, các chủ nợ và doanh nghiệp, hợp tác xã có quyền thoả thuận về việc sửa đổi, bổ sung phương án phục hồi hoạt động kinh doanh.

Thoả thuận về việc sửa đổi, bổ sung phương án phục hồi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã được chấp nhận khi có quá nửa số chủ nợ không có bảo đảm đại diện cho từ hai phần ba tổng số nợ không có bảo đảm trở lên đồng ý.

Thẩm phán ra quyết định công nhận sự thoả thuận của các bên và gửi quyết định đó cho doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản và các chủ nợ trong thời hạn bảy ngày, kể từ ngày ra quyết định.

5. Đình chỉ thủ tục phục hồi hoạt động kinh doanh và hậu quả pháp lí

Thẩm phán ra quyết định đình chỉ thủ tục phục hồi hoạt động kinh doanh nếu có một trong các trường hợp sau đây:

- Doanh nghiệp, hợp tác xã đã thực hiện xong phương án phục hồi hoạt động kinh doanh;
- Được quá nửa số phiếu của các chủ nợ không có bảo đảm đại diện

cho từ hai phần ba tổng số nợ không có bảo đảm trở lên chưa thanh toán đồng ý đình chỉ (Điều 76 Luật phá sản).

Quy định này rõ ràng và đầy đủ hơn so với quy định của Luật phá sản doanh nghiệp. Khi doanh nghiệp, hợp tác xã đã thực hiện xong phương án phục hồi hoạt động kinh doanh tức là đã thực hiện thành công thủ tục phục hồi hoạt động

kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản. Trong trường hợp này, sự công nhận của toà án bằng quyết định đình chỉ thủ tục phục hồi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản là điều cần thiết.

Ngoài ra, toà án cũng phải ra quyết định đình chỉ thủ tục phục hồi khi có quá nửa số phiếu của các chủ nợ không có bảo đảm đại diện cho từ hai phần ba tổng số nợ không có bảo đảm trở lên chưa thanh toán đồng ý đình chỉ. Trong trường hợp này, mặc dù phương án phục hồi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản chưa được thực hiện xong nhưng với sự hiện diện của quá nửa số phiếu của các chủ nợ không có bảo đảm đại diện cho từ hai phần ba tổng số nợ không có bảo đảm trở lên chưa thanh toán đồng ý đình chỉ thì toà án cần phải tôn trọng ý chí định đoạt này của các chủ nợ. Trong chừng mực nhất định, ý chí định đoạt này cũng phần nào thể hiện độ tin cậy về khả năng thanh toán của doanh nghiệp, hợp tác xã mà các chủ nợ không có bảo đảm đã dành cho họ khi đồng ý đình chỉ thủ tục phá sản.

Toà án phải gửi và thông báo công khai quyết định đình chỉ thủ tục phục hồi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã theo quy định tại Điều 29 Luật phá sản.

Trường hợp thẩm phán ra quyết định đình chỉ thủ tục phục hồi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản thì doanh nghiệp, hợp tác xã đó được coi không còn lâm vào tình trạng phá sản.

Trong trường hợp này, việc thi hành án dần sự chưa được thi hành hoặc việc giải quyết vụ án bị đình chỉ chưa được kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản. Trong trường hợp này, sự công nhận của toà án bằng quyết định đình chỉ thủ tục phục hồi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản là điều cần thiết.

Ngoài ra, toà án cũng phải ra quyết định đình chỉ thủ tục phục hồi khi có quá nửa số phiếu của các chủ nợ không có bảo đảm đại diện cho từ hai phần ba tổng số nợ không có bảo đảm trở lên chưa thanh toán đồng ý đình chỉ. Trong trường hợp này, mặc dù phương án phục hồi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản chưa được thực hiện xong nhưng với sự hiện diện của quá nửa số phiếu của các chủ nợ không có bảo đảm đại diện cho từ hai phần ba tổng số nợ không có bảo đảm trở lên chưa thanh toán đồng ý đình chỉ thì toà án cần phải tôn trọng ý chí định đoạt này của các chủ nợ. Trong chừng mực nhất định, ý chí định đoạt này cũng phần nào thể hiện độ tin cậy về khả năng thanh toán của doanh nghiệp, hợp tác xã mà các chủ nợ không có bảo đảm đã dành cho họ khi đồng ý đình chỉ thủ tục phá sản.

Toà án phải gửi và thông báo công khai quyết định đình chỉ thủ tục phục hồi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã theo quy định tại Điều 29 Luật phá sản.

Trường hợp thẩm phán ra quyết định đình chỉ thủ tục phục hồi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản thì doanh nghiệp, hợp tác xã đó được coi không còn lâm vào tình trạng phá sản.

Trong trường hợp này, việc thi hành án dần sự chưa được thi hành hoặc việc giải quyết vụ án bị đình chỉ chưa được

giải quyết thì ngay sau khi ra quyết định đình chỉ thủ tục phục hồi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá

sản, việc thi hành án dân sự hoặc việc giải quyết vụ án được tiếp tục. Toà án ra quyết định đình chỉ thủ tục phục hồi phải gửi trả lại hồ sơ vụ án cho toà án có thẩm quyền để giải quyết vụ án theo quy định của pháp luật (Điều 77 Luật phá sản).

III. THANH LÝ TÀI SẢN, CÁC KHOẢN NỢ

Theo Luật phá sản doanh nghiệp, chỉ sau khi quyết định tuyên bố phá sản doanh nghiệp có hiệu lực pháp luật mới tiến hành thủ tục thanh lý tài sản, thanh toán nợ. Không tiếp cận theo hướng đó, Luật phá sản coi thanh lý tài sản, các khoản nợ là một thủ tục độc lập được thực hiện trước việc tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã bị phá sản. Thủ tục tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã bị phá sản chỉ được thực hiện sau khi kết thúc thủ tục thanh lý tài sản, trừ trường hợp toà án tuyên bố phá sản theo quy định tại Điều 87 Luật phá sản.

1. Các trường hợp toà án ra quyết định mở thủ tục thanh lý tài sản

- Trường hợp doanh nghiệp hoạt động kinh doanh bị thua lỗ đã được Nhà nước áp dụng biện pháp đặc biệt để phục hồi hoạt động kinh doanh nhưng vẫn không phục hồi được và không thanh toán được các khoản nợ đến hạn khi chủ nợ có yêu cầu thì toà án ra quyết định mở thủ tục thanh lý tài sản của doanh nghiệp mà không cần phải triệu tập hội nghị chủ nợ để xem xét việc áp dụng thủ tục phục hồi (Điều 78 Luật phá sản). giải quyết thì ngay sau khi ra quyết định đình chỉ thủ tục phục hồi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản, việc thi hành án dân sự hoặc việc giải quyết vụ án được tiếp tục. Toà án ra quyết định đình chỉ thủ tục phục hồi phải gửi trả lại hồ sơ vụ án cho toà án có thẩm quyền để giải quyết vụ án theo quy định của pháp luật (Điều 77 Luật phá sản).

Đây là trường hợp đặc biệt, được áp dụng thủ tục thanh lý

III. THANH LÍ TÀI SẢN, CÁC KHOẢN NỢ

Theo Luật phá sản doanh nghiệp, chỉ sau khi quyết định tuyên bố phá sản doanh nghiệp có hiệu lực pháp luật mới tiến hành thủ tục thanh lý tài sản, thanh toán nợ. Không tiếp cận theo hướng đó, Luật phá sản coi thanh lý tài sản, các khoản nợ là một thủ tục độc lập được thực hiện trước việc tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã bị phá sản. Thủ tục tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã bị phá sản chỉ được thực hiện sau khi kết thúc thủ tục thanh lý tài sản, trừ trường hợp toà án tuyên bố phá sản theo quy định tại Điều 87 Luật phá sản.

1. Các trường hợp toà án ra quyết định mở thủ tục thanh lý tài sản

- Trường hợp doanh nghiệp hoạt động kinh doanh bị thua lỗ đã được Nhà nước áp dụng biện pháp đặc biệt để phục hồi hoạt động kinh doanh nhưng vẫn không phục hồi được và không thanh toán được các khoản nợ đến hạn khi chủ nợ có yêu cầu thì toà án ra quyết định mở thủ tục thanh lý tài sản của doanh nghiệp mà không cần phải triệu tập hội nghị chủ nợ để xem xét việc áp dụng thủ tục phục hồi (Điều 78 Luật phá sản).

tài sản ngay mà không cần phải triệu tập hội nghị chủ nợ để xem xét việc áp dụng thủ tục phục hồi, bởi lẽ khả năng phục hồi doanh nghiệp là không thể thực hiện được do doanh nghiệp đã áp dụng biện pháp đặc biệt để phục hồi mà không đạt hiệu quả. Trong trường hợp này, doanh nghiệp phải hoàn trả lại giá trị tài sản đã được áp dụng biện pháp đặc biệt cho Nhà nước trước khi thực hiện việc phân chia tài sản theo quy định tại Điều 37 của Luật phá sản.

- Thẩm phán ra quyết định mở thủ tục thanh lý tài sản khi hội nghị chủ nợ không thành trong những trường hợp sau đây:

+ Chủ doanh nghiệp hoặc đại diện hợp pháp của doanh nghiệp, hợp

Đây là trường hợp đặc biệt, được áp dụng thủ tục thanh lý

tác xã không tham gia hội nghị chủ nợ mà không có lí do chính đáng hoặc sau khi hội nghị chủ nợ đã được hoãn một lần nếu người nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản thuộc trường hợp quy định tại Điều 13 và Điều 14 Luật phá sản:

4- Không đủ số chủ nợ quy định tham gia hội nghị chủ nợ sau khi hội nghị chủ nợ đã được hoãn một lần nếu người nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản thuộc trường hợp quy định tại các điều 15, 16, 17 và 18 Luật phá sản (Điều 79 Luật phá sản).

Như vậy, theo Luật phá sản thì hội nghị chủ nợ không phải là thủ tục bắt buộc trong mọi trường hợp khi giải quyết đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản. Thẩm phán chỉ ra quyết định đình chỉ tiến hành thủ tục phá sản trong các trường hợp quy định tại Điều 69 Luật phá sản. Trường hợp hội nghị chủ nợ tổ chức không thành theo quy định tại Điều 79 Luật phá sản thì thẩm phán ra quyết định mở thủ tục thanh lí tài sản tài sản ngay mà không cần phải triệu tập hội nghị chủ nợ để xem xét việc áp dụng thủ tục phục hồi, bởi lẽ khả năng phục hồi doanh nghiệp là không thể thực hiện được do doanh nghiệp đã áp dụng biện pháp đặc biệt để phục hồi mà không đạt hiệu quả. Trong trường hợp này, doanh nghiệp phải hoàn trả lại giá trị tài sản đã được áp dụng biện pháp đặc biệt cho Nhà nước trước khi thực hiện việc phân chia tài sản theo quy định tại Điều 37 của Luật phá sản.

- Thẩm phán ra quyết định mở thủ tục thanh lí tài sản khi hội nghị chủ nợ không thành trong những trường hợp sau đây:

+ Chủ doanh nghiệp hoặc đại diện hợp pháp của doanh nghiệp, hợp tác xã không tham gia hội nghị chủ nợ mà không có lí do chính đáng hoặc sau khi hội nghị chủ nợ đã được hoãn một lần nếu người nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản thuộc trường hợp quy định tại Điều 13 và Điều 14 Luật phá sản:

4- Không đủ số chủ nợ quy định tham gia hội nghị chủ nợ sau khi

hội nghị chủ nợ đã được hoãn một lần nếu người nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản thuộc trường hợp quy định tại các điều 15, 16, 17 và 18 Luật phá sản (Điều 79 Luật phá sản).

Như vậy, theo Luật phá sản thì hội nghị chủ nợ không phải là thủ tục bắt buộc trong mọi trường hợp khi giải quyết đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản. Thẩm phán chỉ ra quyết định đình chỉ tiến hành thủ tục phá sản trong các trường hợp quy định tại Điều 69 Luật phá sản. Trường hợp hội nghị chủ nợ tổ chức không thành theo quy định tại Điều 79 Luật phá sản thì thẩm phán ra quyết định mở thủ tục thanh lý tài sản

mà không phải đình chỉ tiến hành thủ tục phá sản như quy định của Luật phá sản doanh nghiệp. Theo Luật phá sản doanh nghiệp, nếu hội nghị chủ nợ tổ chức không thành thì thẩm phán ra quyết định đình chỉ việc giải quyết yêu cầu tuyên bố phá sản doanh nghiệp (Điều 31 Luật phá sản doanh nghiệp). Quy định này đã bộc lộ những bất cập trong thực tiễn áp dụng. Nhiều trường hợp do phải đình chỉ giải quyết yêu cầu tuyên bố phá sản doanh nghiệp (vì hội nghị chủ nợ không thành) đã đẩy doanh nghiệp vào tình trạng "sống dở, chết dở", bởi phá sản thì không xong mà giải thể cũng không được (doanh nghiệp đã hoàn toàn mất khả năng thanh toán nợ). Để đòi nợ theo cách riêng của mình, một hay một số chủ nợ (có số nợ không có bảo đảm chiếm tỉ lệ đủ lớn) có thể lạm dụng quy định này của pháp luật để "vô hiệu hoá" người nộp đơn yêu cầu giải quyết việc tuyên bố phá sản doanh nghiệp bằng cách không tham dự hội nghị chủ nợ do thẩm phán triệu tập. Sự bất cập này đã được khắc phục bằng quy định tại Điều 69 và Điều 79 Luật phá sản.

- Khi hội nghị chủ nợ lần thứ nhất thông qua nghị quyết đồng ý với dự kiến các giải pháp tổ chức lại hoạt động kinh doanh, kế hoạch thanh toán nợ cho các chủ nợ và yêu cầu doanh nghiệp, hợp tác xã phải xây dựng phương án phục hồi hoạt động kinh doanh, nếu có một trong các trường hợp sau đây thì toà án ra quyết định mở thủ tục thanh lý tài sản

(Điều 80 Luật phá sản):

Thứ nhất, doanh nghiệp, hợp tác xã không xây dựng được phương án phục hồi hoạt động kinh doanh trong thời hạn quy định tại khoản 1 Điều 68 của Luật phá sản.

mà không phải đình chỉ tiến hành thủ tục phá sản như quy định của Luật phá sản doanh nghiệp. Theo Luật phá sản doanh nghiệp, nếu hội nghị chủ nợ tổ chức không thành thì thẩm phán ra quyết định đình chỉ việc giải quyết yêu cầu tuyên bố phá sản doanh nghiệp (Điều 31 Luật phá sản doanh nghiệp). Quy định này đã bộc lộ những bất cập trong thực tiễn áp dụng. Nhiều trường hợp do phải đình chỉ giải quyết yêu cầu tuyên bố phá sản doanh nghiệp (vì hội nghị chủ nợ không thành) đã đẩy doanh nghiệp vào tình trạng "sống dở, chết dở", bởi phá sản thì không xong mà giải thể cũng không được (doanh nghiệp đã hoàn toàn mất khả năng thanh toán nợ). Để đòi nợ theo cách riêng của mình, một hay một số chủ nợ (có số nợ không có bảo đảm chiếm tỉ lệ đủ lớn) có thể lạm dụng quy định này của pháp luật để "vô hiệu hoá" người nộp đơn yêu cầu giải quyết việc tuyên bố phá sản doanh nghiệp bằng cách không tham dự hội nghị chủ nợ do thẩm phán triệu tập. Sự bất cập này đã được khắc phục bằng quy định tại Điều 69 và Điều 79 Luật phá sản.

- Khi hội nghị chủ nợ lần thứ nhất thông qua nghị quyết đồng ý với dự kiến các giải pháp tổ chức lại hoạt động kinh doanh, kế hoạch thanh toán nợ cho các chủ nợ và yêu cầu doanh nghiệp, hợp tác xã phải xây dựng phương án phục hồi hoạt động kinh doanh, nếu có một trong các trường hợp sau đây thì toà án ra quyết định mở thủ tục thanh lí tài sản (Điều 80 Luật phá sản):

Thứ nhất, doanh nghiệp, hợp tác xã không xây dựng được phương án phục hồi hoạt động kinh doanh trong thời hạn quy định tại khoản 1 Điều 68 của Luật phá sản.

Trường hợp này, doanh nghiệp, hợp tác xã đã không thành công ở

ngay khâu triển khai xây dựng phương án phục hồi hoạt động kinh doanh. Sự thất bại này có thể do tình trạng tài chính của doanh nghiệp, hợp tác xã đã trở lên quá xấu mà không thể xây dựng được phương án phục hồi hoạt động kinh doanh hoặc bản thân doanh nghiệp, hợp tác xã đã không đủ khả năng cũng như một sự quyết tâm cần thiết để xây dựng phương án phục hồi hoạt động kinh doanh trong hoàn cảnh thực tại của doanh nghiệp, hợp tác xã. Khi hội nghị chủ nợ đã dành cơ hội để tìm cách cứu vớt doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản nhưng doanh nghiệp, hợp tác xã vẫn không có phương án phục hồi gửi đến thẩm phán trong thời hạn quy định của pháp luật thì tòa án mở thủ tục thanh lý là điều cần thiết.

Tuy nhiên, nội dung quy định này của Luật phá sản chưa triệt để khi xem xét trong mối quan hệ với quy định tại khoản 2 Điều 68 của Luật phá sản. Theo khoản 2 Điều 68 Luật phá sản, trong thời hạn ba mươi ngày, kể từ ngày hội nghị chủ nợ lần thứ nhất thông qua nghị quyết, doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản phải xây dựng phương án phục hồi hoạt động kinh doanh của mình và nộp cho tòa án; nếu thấy cần phải có thời gian dài hơn thì phải có văn bản đề nghị thẩm phán gia hạn. Thời hạn gia hạn không quá ba mươi ngày.

Trong thời hạn nói trên, bất kì chủ nợ hoặc người nào nhận nghĩa vụ phục hồi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã đều có quyền xây dựng dự thảo phương án phục hồi hoạt động kinh doanh cho doanh nghiệp, hợp tác xã và nộp cho tòa án.

Trường hợp này, doanh nghiệp, hợp tác xã đã không thành công ở ngay khâu triển khai xây dựng phương án phục hồi hoạt động kinh doanh. Sự thất bại này có thể do tình trạng tài chính của doanh nghiệp, hợp tác xã đã trở lên quá xấu mà không thể xây dựng được phương án phục hồi hoạt động kinh doanh hoặc bản thân doanh nghiệp, hợp tác xã đã không đủ khả năng cũng như một sự quyết tâm cần thiết để xây dựng

phương án phục hồi hoạt động kinh doanh trong hoàn cảnh thực tại của doanh nghiệp, hợp tác xã. Khi hội nghị chủ nợ đã dành cơ hội để tìm cách cứu vớt doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản nhưng doanh nghiệp, hợp tác xã vẫn không có phương án phục hồi gửi đến thẩm phán trong thời hạn quy định của pháp luật thì toà án mở thủ tục thanh lí là điều cần thiết.

Tuy nhiên, nội dung quy định này của Luật phá sản chưa triệt để khi xem xét trong mối quan hệ với quy định tại khoản 2 Điều 68 của Luật phá sản. Theo khoản 2 Điều 68 Luật phá sản, trong thời hạn ba mươi ngày, kể từ ngày hội nghị chủ nợ lần thứ nhất thông qua nghị quyết, doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản phải xây dựng phương án phục hồi hoạt động kinh doanh của mình và nộp cho toà án; nếu thấy cần phải có thời gian dài hơn thì phải có văn bản đề nghị thẩm phán gia hạn. Thời hạn gia hạn không quá ba mươi ngày.

Trong thời hạn nói trên, bất kì chủ nợ hoặc người nào nhận nghĩa vụ phục hồi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã đều có quyền xây dựng dự thảo phương án phục hồi hoạt động kinh doanh cho doanh nghiệp, hợp tác xã và nộp cho toà án.

Quy định trên cho thấy mặc dù doanh nghiệp, hợp tác xã không xây dựng được phương án phục hồi hoạt động kinh doanh trong thời hạn quy định nhưng trong thời hạn đó mà có bất kì chủ nợ hoặc người nào nhận nghĩa vụ phục hồi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã xây dựng được dự thảo phương án phục hồi hoạt động kinh doanh cho doanh nghiệp, hợp tác xã và nộp cho toà án thì toà án cũng không thể ra quyết định mở thủ tục thanh lí tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã.

Thứ hai, hội nghị chủ nợ không thông qua phương án phục hồi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã.

Trường hợp này doanh nghiệp, hợp tác xã đã thất bại trong việc xây

dựng và bảo vệ phương án phục hồi hoạt động kinh doanh. Khi hội nghị chủ nợ không thông qua phương án phục hồi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã thì ý chí định đoạt này là tối cao phải được tôn trọng và kéo theo thủ tục thanh lý tài sản.

Thứ ba, doanh nghiệp, hợp tác xã thực hiện không đúng hoặc không thực hiện được phương án phục hồi hoạt động kinh doanh, trừ trường hợp các bên liên quan có thoả thuận khác.

Trường hợp này doanh nghiệp, hợp tác xã đã không thành công trong quá trình tái tổ chức hoạt động kinh doanh do thực hiện không đúng hoặc không thực hiện được phương án phục hồi hoạt động kinh doanh. Vì vậy, toà án phải quyết định chuyển từ thủ tục phục hồi hoạt động kinh doanh sang thủ tục thanh lý tài sản để bảo vệ quyền lợi của các chủ nợ, trừ trường hợp các bên liên quan có thoả thuận khác.

Quy định trên cho thấy mặc dù doanh nghiệp, hợp tác xã không xây dựng được phương án phục hồi hoạt động kinh doanh trong thời hạn quy định nhưng trong thời hạn đó mà có bất kì chủ nợ hoặc người nào nhận nghĩa vụ phục hồi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã xây dựng được dự thảo phương án phục hồi hoạt động kinh doanh cho doanh nghiệp, hợp tác xã và nộp cho toà án thì toà án cũng không thể ra quyết định mở thủ tục thanh lý tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã.

Thứ hai, hội nghị chủ nợ không thông qua phương án phục hồi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã.

Trường hợp này doanh nghiệp, hợp tác xã đã thất bại trong việc xây dựng và bảo vệ phương án phục hồi hoạt động kinh doanh. Khi hội nghị chủ nợ không thông qua phương án phục hồi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã thì ý chí định đoạt này là tối cao phải được tôn trọng và kéo theo thủ tục thanh lý tài sản.

Thứ ba, doanh nghiệp, hợp tác xã thực hiện không đúng hoặc không

Ngoài các trường hợp nêu trên, nếu hội nghị chủ nợ lần

thực hiện được phương án phục hồi hoạt động kinh doanh, trừ trường hợp các bên liên quan có thoả thuận khác.

Trường hợp này doanh nghiệp, hợp tác xã đã không thành công trong quá trình tái tổ chức hoạt động kinh doanh do thực hiện không đúng hoặc không thực hiện được phương án phục hồi hoạt động kinh doanh. Vì vậy, toà án phải quyết định chuyển từ thủ tục phục hồi hoạt động kinh doanh sang thủ tục thanh lí tài sản để bảo vệ quyền lợi của các chủ nợ, trừ trường hợp các bên liên quan có thoả thuận khác.

Thứ nhất không thông qua nghị quyết đồng ý với dự kiến các giải pháp tổ chức lại hoạt động kinh doanh, kế hoạch thanh toán nợ cho các chủ nợ thì thẩm phán không thể quyết định áp dụng thủ tục phục hồi hoạt động kinh doanh. Trong trường hợp này, thẩm phán cần phải ra quyết định mở thủ tục thanh lí tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã. Tuy nhiên, vấn đề này còn bỏ ngỏ chưa được quy định trong Luật phá sản.

Nhằm bảo đảm quyền lợi của các chủ nợ khi toà án quyết định mở thủ tục thanh lí tài sản, Luật phá sản quy định kể từ ngày nhận được quyết định của Tòa án áp dụng thủ tục thanh lí đối với doanh nghiệp, hợp tác xã, nghiêm cấm ngân hàng nơi doanh nghiệp, hợp tác xã bị áp dụng thủ tục thanh lí có tài khoản thực hiện các hành vi sau đây:

- + Thanh toán các khoản nợ của doanh nghiệp, hợp tác xã, trừ việc thanh toán được thẩm phán phụ trách tiến hành thủ tục phá sản đồng ý bằng văn bản;

- + Thực hiện bất kì hành vi nào nhằm bù trừ hoặc thanh toán các khoản doanh nghiệp, hợp tác xã vay của ngân hàng (Điều 59 Luật phá sản).

2. Khiếu nại, kháng nghị và giải quyết khiếu nại, kháng nghị quyết định mở thủ tục thanh lí tài sản

Doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản, các chủ nợ có quyền khiếu nại, viện kiểm sát nhân dân cùng cấp có quyền kháng nghị

Ngoài các trường hợp nêu trên, nếu hội nghị chủ nợ lần

quyết định mở thủ tục thanh lý tài sản.

Những người mắc nợ doanh nghiệp, hợp tác xã có quyền khiếu nại phần quyết định mở thủ tục thanh lý tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã Hên quan đến nghĩa vụ trả nợ của mình. Thứ nhất không thông qua nghị quyết đồng ý với dự kiến các giải pháp tổ chức lại hoạt động kinh doanh, kế hoạch thanh toán nợ cho các chủ nợ thì thẩm phán không thể quyết định áp dụng thủ tục phục hồi hoạt động kinh doanh. Trong trường hợp này, thẩm phán cần phải ra quyết định mở thủ tục thanh lý tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã. Tuy nhiên, vấn đề này còn bỏ ngỏ chưa được quy định trong Luật phá sản.

Nhằm bảo đảm quyền lợi của các chủ nợ khi toà án quyết định mở thủ tục thanh lý tài sản, Luật phá sản quy định kể từ ngày nhận được quyết định của Tòa án áp dụng thủ tục thanh lý đối với doanh nghiệp, hợp tác xã, nghiêm cấm ngân hàng nơi doanh nghiệp, hợp tác xã bị áp dụng thủ tục thanh lý có tài khoản thực hiện các hành vi sau đây:

+ Thanh toán các khoản nợ của doanh nghiệp, hợp tác xã, trừ việc thanh toán được thẩm phán phụ trách tiến hành thủ tục phá sản đồng ý bằng văn bản;

+ Thực hiện bất kì hành vi nào nhằm bù trừ hoặc thanh toán các khoản doanh nghiệp, hợp tác xã vay của ngân hàng (Điều 59 Luật phá sản).

2. Khiếu nại, kháng nghị và giải quyết khiếu nại, kháng nghị quyết định mở thủ tục thanh lý tài sản

Doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản, các chủ nợ có quyền khiếu nại, viện kiểm sát nhân dân cùng cấp có quyền kháng nghị quyết định mở thủ tục thanh lý tài sản.

Những người mắc nợ doanh nghiệp, hợp tác xã có quyền khiếu nại phần quyết định mở thủ tục thanh lý tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã Hên quan đến nghĩa vụ trả nợ của mình.

Thời hạn khiếu nại, kháng nghị là 20 ngày, kể từ ngày

cuối cùng đăng báo về quyết định mở thủ tục thanh lý tài sản.

Trong thời hạn 5 ngày, kể từ ngày hết thời hạn khiếu nại, kháng nghị, toà án đã ra quyết định mở thủ tục thanh lý tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã phải gửi hồ sơ về phá sản kèm theo đơn khiếu nại, quyết định kháng nghị cho toà án cấp trên trực tiếp để xem xét, giải quyết khiếu nại, kháng nghị quyết định mở thủ tục thanh lý tài sản.

Ngay sau khi nhận được hồ sơ về phá sản kèm theo đơn khiếu nại, quyết định kháng nghị, chánh án toà án cấp trên trực tiếp chỉ định một tổ gồm ba thẩm phán xem xét, giải quyết khiếu nại, kháng nghị mở thủ tục thanh lý tài sản.

Trong thời hạn 60 ngày, kể từ ngày nhận được hồ sơ về phá sản, tổ thẩm phán phải xem xét, giải quyết khiếu nại, kháng nghị quyết định mở thủ tục thanh lý tài sản. tổ thẩm phán có quyền ra một trong các quyết định sau đây:

- Không chấp nhận khiếu nại, kháng nghị và giữ nguyên quyết định mở thủ tục thanh lý tài sản của toà án cấp dưới;
- Sửa quyết định mở thủ tục thanh lý tài sản của toà án cấp dưới;
- Hủy quyết định mở thủ tục thanh lý tài sản của toà án cấp dưới và giao hồ sơ về phá sản cho toà án cấp dưới tiếp tục phục hồi theo quy định của Luật phá sản.

Quyết định giải quyết khiếu nại, kháng nghị của toà án cấp trên trực tiếp là quyết định cuối cùng và có hiệu lực pháp luật kể từ ngày ra quyết định.

3. Tài sản phá sản và thứ tự phân chia tài sản

Tài sản phá sản là tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã

Trong thời hạn 5 ngày, kể từ ngày hết thời hạn khiếu nại, kháng nghị, toà án đã ra quyết định mở thủ tục thanh lý tài sản của doanh

cuối cùng đăng báo về quyết định mở thủ tục thanh lý tài sản nghiệp, hợp tác xã phải gửi hồ sơ về phá sản kèm theo đơn khiếu nại, quyết định kháng nghị cho toà án cấp trên trực tiếp để xem xét, giải quyết khiếu nại, kháng nghị quyết định mở thủ tục thanh lý tài sản.

Ngay sau khi nhận được hồ sơ về phá sản kèm theo đơn khiếu nại, quyết định kháng nghị, chánh án toà án cấp trên trực tiếp chỉ định một tổ gồm ba thẩm phán xem xét, giải quyết khiếu nại, kháng nghị mở thủ tục thanh lý tài sản.

Trong thời hạn 60 ngày, kể từ ngày nhận được hồ sơ về phá sản, tổ thẩm phán phải xem xét, giải quyết khiếu nại, kháng nghị quyết định mở thủ tục thanh lý tài sản. tổ thẩm phán có quyền ra một trong các quyết định sau đây:

- Không chấp nhận khiếu nại, kháng nghị và giữ nguyên quyết định mở thủ tục thanh lý tài sản của toà án cấp dưới;
- Sửa quyết định mở thủ tục thanh lý tài sản của toà án cấp dưới;
- Huỷ quyết định mở thủ tục thanh lý tài sản của toà án cấp dưới và giao hồ sơ về phá sản cho toà án cấp dưới tiếp tục phục hồi theo quy định của Luật phá sản.

Quyết định giải quyết khiếu nại, kháng nghị của toà án cấp trên trực tiếp là quyết định cuối cùng và có hiệu lực pháp luật kể từ ngày ra quyết định.

3. Tài sản phá sản và thứ tự phân chia tài sản

Tài sản phá sản là tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã

lâm vào tình trạng phá sản được xác định từ thời điểm toà án thụ lí đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản. Tuy nhiên, để bảo vệ quyền lợi của các chủ nợ trước những hành vi bất hợp pháp mà doanh nghiệp, hợp tác xã đã thực hiện, thời điểm xác định tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản có thể được đẩy lên ở thời điểm 3 tháng trước ngày toà án thụ lí đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản.

Theo Luật phá sản, tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản bao gồm:

- Tài sản và quyền về tài sản mà doanh nghiệp, hợp tác xã có tại thời điểm toà án thụ lí đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản;

- Các khoản lợi nhuận, các tài sản và các quyền về tài sản mà doanh nghiệp, hợp tác xã sẽ có do việc thực hiện các giao dịch được xác lập trước khi toà án thụ lí đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản;

- Tài sản là vật bảo đảm thực hiện nghĩa vụ của doanh nghiệp, hợp tác xã. Trường hợp thanh toán tài sản là vật bảo đảm được trả cho chủ nợ có bảo đảm, nếu giá trị của vật bảo đảm vượt quá khoản nợ có bảo đảm phải thanh toán thì phần vượt quá đó là tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã;

- Giá trị quyền sử dụng đất của doanh nghiệp, hợp tác xã được xác định theo quy định của pháp luật về đất đai.

Ngoài các loại tài sản trên, tài sản của doanh nghiệp tư nhân, công ti hợp danh lâm vào tình trạng phá sản còn bao gồm cả tài sản của chủ doanh nghiệp tư nhân, thành viên hợp danh không trực tiếp dùng vào hoạt động kinh doanh. Trường hợp chủ doanh nghiệp tư nhân, thành viên hợp danh có tài sản thuộc sở hữu chung thì phần tài sản của chủ doanh nghiệp lâm vào tình trạng phá sản được xác định từ thời điểm toà án thụ lí đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản. Tuy nhiên, để bảo vệ quyền lợi của các chủ nợ trước những hành vi bất hợp pháp mà doanh nghiệp, hợp tác xã đã thực hiện, thời điểm xác định tài sản của doanh nghiệp, hợp

tác xã lâm vào tình trạng phá sản có thể được đẩy lên ở thời điểm 3 tháng trước ngày toà án thụ lí đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản.

Theo Luật phá sản, tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản bao gồm:

- Tài sản và quyền về tài sản mà doanh nghiệp, hợp tác xã có tại thời điểm toà án thụ lí đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản;

- Các khoản lợi nhuận, các tài sản và các quyền về tài sản mà doanh nghiệp, hợp tác xã sẽ có do việc thực hiện các giao dịch được xác lập trước khi toà án thụ lí đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản;

- Tài sản là vật bảo đảm thực hiện nghĩa vụ của doanh nghiệp, hợp tác xã. Trường hợp thanh toán tài sản là vật bảo đảm được trả cho chủ nợ có bảo đảm, nếu giá trị của vật bảo đảm vượt quá khoản nợ có bảo đảm phải thanh toán thì phần vượt quá đó là tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã;

- Giá trị quyền sử dụng đất của doanh nghiệp, hợp tác xã được xác định theo quy định của pháp luật về đất đai.

Ngoài các loại tài sản trên, tài sản của doanh nghiệp tư nhân, công ti hợp danh lâm vào tình trạng phá sản còn bao gồm cả tài sản của chủ doanh nghiệp tư nhân, thành viên hợp danh không trực tiếp dùng vào hoạt động kinh doanh. Trường hợp chủ doanh nghiệp tư nhân, thành viên hợp danh có tài sản thuộc sở hữu chung thì phần tài sản của chủ doanh

nh nghiệp tư nhân, thành viên hợp danh đó được chia theo quy định của Bộ luật dân sự và các quy định khác của pháp luật có liên quan (Điều 49 Luật phá sản).

Quy định này của Luật phá sản đảm bảo được tính nhất quán với quy định tại Luật doanh nghiệp về chế độ chịu trách nhiệm vô hạn của chủ doanh nghiệp tư nhân cũng như của thành viên hợp danh đồng

thời phù hợp với chế định sở hữu tài sản trong Bộ luật dân sự và các quy định khác của pháp luật có liên quan.

Ngoài tài sản quy định tại Điều 49 Luật phá sản, tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản còn bao gồm cả những tài sản được thu hồi từ các giao dịch của doanh nghiệp, hợp tác xã bị coi là vô hiệu quy định tại Điều 43 của Luật phá sản.

Khi thẩm phán ra quyết định mở thủ tục thanh lý đối với doanh nghiệp, hợp tác xã thì việc xử lý các khoản nợ được thực hiện theo trật tự sau đây:

- Đối với các khoản nợ được bảo đảm bằng tài sản thế chấp hoặc cầm cố được xác lập trước khi toà án thụ lý đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản được ưu tiên thanh toán bằng tài sản đó. Nếu giá trị tài sản thế chấp hoặc cầm cố không đủ thanh toán số nợ thì phần nợ còn lại sẽ được thanh toán trong quá trình thanh lý tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã. Nếu giá trị tài sản thế chấp hoặc cầm cố lớn hơn số nợ thì phần chênh lệch được nhập vào giá trị tài sản còn lại của doanh nghiệp, hợp tác xã (Điều 35 Luật phá sản).

- Đối với các khoản nợ chưa đến hạn vào thời điểm mở thủ tục thanh lý được xử lý như các khoản nợ đến hạn nhưng nghiệp vụ nhân, thành viên hợp danh đó được chia theo quy định của Bộ luật dân sự và các quy định khác của pháp luật có liên quan (Điều 49 Luật phá sản).

Quy định này của Luật phá sản đảm bảo được tính nhất quán với quy định tại Luật doanh nghiệp về chế độ chịu trách nhiệm vô hạn của chủ doanh nghiệp tư nhân cũng như của thành viên hợp danh đồng thời phù hợp với chế định sở hữu tài sản trong Bộ luật dân sự và các quy định khác của pháp luật có liên quan.

Ngoài tài sản quy định tại Điều 49 Luật phá sản, tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản còn bao gồm cả những tài sản được thu hồi từ các giao dịch của doanh nghiệp, hợp tác xã bị

coi là vô hiệu quy định tại Điều 43 của Luật phá sản.

Khi thẩm phán ra quyết định mở thủ tục thanh lý đối với doanh nghiệp, hợp tác xã thì việc xử lý các khoản nợ được thực hiện theo trật tự sau đây:

- Đối với các khoản nợ được bảo đảm bằng tài sản thế chấp hoặc cầm cố được xác lập trước khi toà án thụ lý đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản được ưu tiên thanh toán bằng tài sản đó. Nếu giá trị tài sản thế chấp hoặc cầm cố không đủ thanh toán số nợ thì phần nợ còn lại sẽ được thanh toán trong quá trình thanh lý tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã. Nếu giá trị tài sản thế chấp hoặc cầm cố lớn hơn số nợ thì phần chênh lệch được nhập vào giá trị tài sản còn lại của doanh nghiệp, hợp tác xã (Điều 35 Luật phá sản).

- Đối với các khoản nợ chưa đến hạn vào thời điểm mở thủ tục thanh lý được xử lý như các khoản nợ đến hạn nhưng

không được tính lãi đối với thời gian chưa đến hạn (Điều 34 Luật phá sản).

Sau khi thanh toán các khoản nợ có bảo đảm bằng tài sản bảo đảm, việc phân chia tài sản còn lại của doanh nghiệp, hợp tác xã được thực hiện theo trật tự sau đây:

+ Phí phá sản;

+ Các khoản nợ lương, trợ cấp thôi việc, bảo hiểm xã hội theo quy định của pháp luật và các quyền lợi khác theo thoả ước lao động tập thể và hợp đồng lao động đã kí kết;

+ Các khoản nợ không có bảo đảm phải trả cho các chủ nợ trong danh sách chủ nợ theo nguyên tắc nếu giá trị tài sản đủ để thanh toán các khoản nợ thì mỗi chủ nợ đều được thanh toán đủ số nợ của mình; nếu giá trị tài sản không đủ để thanh toán các khoản nợ thì mỗi chủ nợ chỉ được thanh toán một phần khoản nợ của mình theo tỉ lệ tương ứng.

Trường hợp giá trị tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã sau khi đã thanh toán đủ các khoản quy định mà vẫn còn thì phần còn lại thuộc về:

+ Xã viên hợp tác xã;

+ Chủ doanh nghiệp tư nhân;

+ Các thành viên của công ti, các cổ đông của công ty cổ phần;

+ Chủ sở hữu doanh nghiệp nhà nước (Điều 37 Luật phá sản).

Như vậy, thứ tự ưu tiên thanh toán khi doanh nghiệp, hợp tác xã bị áp dụng thủ tục thanh lí tài sản được quy định trong Luật phá sản đã có sự khác biệt so với Luật phá sản doanh nghiệp. Luật phá sản có sự tương đồng với pháp luật phá sản của đa số các nước trên thế giới khi coi khoản nợ

Sau khi thanh toán các khoản nợ có bảo đảm bằng tài sản bảo đảm, việc phân chia tài sản còn lại của doanh nghiệp, hợp tác xã được thực

không được tính lãi đối với thời gian chưa đến hạn (Điều 34 Luật phá sản).

hiện theo trật tự sau đây:

+ Phí phá sản;

+ Các khoản nợ lương, trợ cấp thôi việc, bảo hiểm xã hội theo quy định của pháp luật và các quyền lợi khác theo thoả ước lao động tập thể và hợp đồng lao động đã ký kết;

+ Các khoản nợ không có bảo đảm phải trả cho các chủ nợ trong danh sách chủ nợ theo nguyên tắc nếu giá trị tài sản đủ để thanh toán các khoản nợ thì mỗi chủ nợ đều được thanh toán đủ số nợ của mình; nếu giá trị tài sản không đủ để thanh toán các khoản nợ thì mỗi chủ nợ chỉ được thanh toán một phần khoản nợ của mình theo tỉ lệ tương ứng.

Trường hợp giá trị tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã sau khi đã thanh toán đủ các khoản quy định mà vẫn còn thì phần còn lại thuộc về:

+ Xã viên hợp tác xã;

+ Chủ doanh nghiệp tư nhân;

+ Các thành viên của công ti, các cổ đông của công ti cổ phần;

+ Chủ sở hữu doanh nghiệp nhà nước (Điều 37 Luật phá sản).

Như vậy, thứ tự ưu tiên thanh toán khi doanh nghiệp, hợp tác xã bị áp dụng thủ tục thanh lý tài sản được quy định trong Luật phá sản đã có sự khác biệt so với Luật phá sản doanh nghiệp. Luật phá sản có sự tương đồng với pháp luật phá sản của đa số các nước trên thế giới khi coi khoản nợ

thuế bình đẳng như các khoản nợ của các chủ nợ khác. Quy định này đã bảo đảm được sự bình đẳng giữa các chủ nợ trong quan hệ phá sản dù chủ nợ đó là Nhà nước hay cơ quan, tổ chức, cá nhân nào.

4. Đình chỉ thủ tục thanh lý tài sản

Thẩm phán ra quyết định đình chỉ thủ tục thanh lý tài sản trong những trường hợp sau đây:

- Doanh nghiệp, hợp tác xã không còn tài sản để thực hiện phương án phân chia tài sản;
- Phương án phân chia tài sản đã được thực hiện xong.

Quyết định đình chỉ thủ tục thanh lý tài sản đã khép lại thủ tục thanh lý để toà án tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã bị phá sản nhằm kết thúc sự tồn tại doanh nghiệp, hợp tác xã.

IV. TUYÊN BỐ DOANH NGHIỆP, HỢP TÁC XÃ BỊ PHÁ SẢN

1. Các trường hợp toà án tuyên bố phá sản

Toà án tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã bị phá sản trong các trường hợp sau đây (Điều 86, Điều 87 Luật phá sản):

Thứ nhất, đồng thời với việc ra quyết định đình chỉ thủ tục thanh lý tài sản, thẩm phán ra quyết định tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã bị phá sản.

Thứ hai, trong thời hạn 30 ngày, kể từ ngày hết hạn nộp tiền tạm ứng phí phá sản do toà án ấn định, chủ doanh nghiệp hoặc đại diện hợp pháp của doanh nghiệp, hợp tác xã nộp đơn yêu cầu mở thủ tục thanh lý tài sản không còn tiền thuế bình đẳng như các khoản nợ của các chủ nợ khác. Quy định này đã bảo đảm được sự bình đẳng giữa các chủ nợ trong quan hệ phá sản dù chủ nợ đó là Nhà nước hay cơ quan, tổ chức, cá nhân nào.

4. Đình chỉ thủ tục thanh lý tài sản

Thẩm phán ra quyết định đình chỉ thủ tục thanh lý tài sản trong những trường hợp sau đây:

- Doanh nghiệp, hợp tác xã không còn tài sản để thực hiện phương án phân chia tài sản;
- Phương án phân chia tài sản đã được thực hiện xong.

Quyết định đình chỉ thủ tục thanh lý tài sản đã khép lại thủ tục thanh lý để toà án tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã bị phá sản nhằm kết thúc sự tồn tại doanh nghiệp, hợp tác xã.

IV. TUYÊN BỐ DOANH NGHIỆP, HỢP TÁC XÃ BỊ PHÁ SẢN

1. Các trường hợp toà án tuyên bố phá sản

Toà án tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã bị phá sản trong các trường hợp sau đây (Điều 86, Điều 87 Luật phá sản):

Thứ nhất, đồng thời với việc ra quyết định đình chỉ thủ tục thanh lý tài sản, thẩm phán ra quyết định tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã bị phá sản.

Thứ hai, trong thời hạn 30 ngày, kể từ ngày hết hạn nộp tiền tạm ứng phí phá sản do toà án ấn định, chủ doanh nghiệp hoặc đại diện hợp pháp của doanh nghiệp, hợp tác xã nộp đơn yêu cầu mở thủ tục thanh lý tài sản không còn tiền

và tài sản khác để nộp tiền tạm ứng phí phá sản thì toà án ra quyết định tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã bị phá sản.

Thứ ba, sau khi thụ lí đơn yêu cầu mở thủ tục thanh lí tài sản và nhân các tài liệu, giấy tờ do các bên có liên quan gửi đến, toà án ra quyết định tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã bị phá sản, nếu doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản không còn tài sản hoặc còn nhưng không đủ để thanh toán phí phá sản.

Trong các trường hợp nêu trên, toà án tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã bị phá sản trong trường hợp thứ nhất được xem là thủ tục phá sản thông thường. Việc toà án tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã bị phá sản trong trường hợp thứ hai và trường hợp thứ ba được xem là thủ tục phá sản đặc biệt. Trong những trường hợp này, doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản đã hoàn toàn không còn tài sản hoặc còn tài sản nhưng không đủ để nộp tiền tạm ứng phí phá sản hay không đủ để thanh toán phí phá sản. Bởi vậy, toà án không thể tiến hành thủ tục phá sản theo các bước thông thường mà pháp luật cần phải cho phép toà án tiến hành thủ tục phá sản đặc biệt (thủ tục rút gọn). Trong những trường hợp này, toà án áp dụng thủ tục rút gọn để tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã bị phá sản nhằm chấm dứt sự tồn tại của doanh nghiệp, hợp tác xã về phương diện pháp lí cũng như kết thúc giải quyết quan hệ nợ nần trong vụ việc phá sản.

Theo Luật phá sản, quyết định tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã bị phá sản không miễn trừ nghĩa vụ về tài sản của chủ doanh nghiệp tư nhân, thành viên hợp danh của công ti hợp danh đối với chủ nợ chưa được thanh toán nợ, trừ trường hợp

Thứ ba, sau khi thụ lí đơn yêu cầu mở thủ tục thanh lí tài sản và nhân các tài liệu, giấy tờ do các bên có liên quan gửi đến, toà án ra quyết định tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã bị phá sản, nếu doanh

và tài sản khác để nộp tiền tạm ứng phí phá sản thì toà án ra quyết định tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã bị phá sản.

doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản không còn tài sản hoặc còn nhưng không đủ để thanh toán phí phá sản.

Trong các trường hợp nêu trên, toà án tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã bị phá sản trong trường hợp thứ nhất được xem là thủ tục phá sản thông thường. Việc toà án tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã bị phá sản trong trường hợp thứ hai và trường hợp thứ ba được xem là thủ tục phá sản đặc biệt. Trong những trường hợp này, doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản đã hoàn toàn không còn tài sản hoặc còn tài sản nhưng không đủ để nộp tiền tạm ứng phí phá sản hay không đủ để thanh toán phí phá sản. Bởi vậy, toà án không thể tiến hành thủ tục phá sản theo các bước thông thường mà pháp luật cần phải cho phép toà án tiến hành thủ tục phá sản đặc biệt (thủ tục rút gọn). Trong những trường hợp này, toà án áp dụng thủ tục rút gọn để tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã bị phá sản nhằm chấm dứt sự tồn tại của doanh nghiệp, hợp tác xã về phương diện pháp lí cũng như kết thúc giải quyết quan hệ nợ nần trong vụ việc phá sản.

Theo Luật phá sản, quyết định tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã bị phá sản không miễn trừ nghĩa vụ về tài sản của chủ doanh nghiệp tư nhân, thành viên hợp danh của công ty hợp danh đối với chủ nợ chưa được thanh toán nợ, trừ trường hợp

Các nghĩa vụ về tài sản phát sinh sau khi có quyết định tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã bị phá sản được giải quyết theo quy định của pháp luật về thi hành án dân sự và các quy định khác của pháp luật có liên quan.

Quy định này của Luật phá sản nhằm ràng buộc trách nhiệm của chủ doanh nghiệp tư nhân cũng như trách nhiệm của các thành viên

các bên có thoả thuận khác hoặc pháp luật có quy định khác. hợp danh đối với các nghĩa vụ tài sản của doanh nghiệp chưa được thanh toán. Nội dung pháp lí này phù hợp với tính chất chịu trách nhiệm vô hạn của chủ doanh nghiệp tư nhân và thành viên hợp danh quy định tại Luật doanh nghiệp, về vấn đề này, pháp luật phá sản của một số nước (chẳng hạn như Nhật Bản) chỉ cho phép miễn trừ nghĩa vụ về tài sản đối với cá nhân kinh doanh bị phá sản khi họ có lệnh giải phóng nghĩa vụ thanh toán nợ của toà án. Muốn vậy, họ phải nộp đơn yêu cầu toà án miễn trừ nghĩa vụ thanh toán nợ. Tòa án xem xét nếu có đủ điều kiện sẽ ra lệnh giải phóng nợ cho họ.

2. Thông báo quyết định tuyên bố phá sản

Trong thời hạn 15 ngày, kể từ ngày ra quyết định tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã bị phá sản, toà án phải gửi quyết định này cho doanh nghiệp, hợp tác xã bị tuyên bố phá sản, Viện kiểm sát nhân dân cùng cấp và phải thông báo cho các chủ nợ, những người mắc nợ doanh nghiệp, hợp tác xã bị phá sản, đồng thời phải đăng trên báo địa phương nơi doanh nghiệp, hợp tác xã bị tuyên bố phá sản có địa chỉ chính, báo hàng ngày của trung ương trong 3 số liên tiếp.

Các nghĩa vụ về tài sản phát sinh sau khi có quyết định tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã bị phá sản được giải quyết theo quy định của pháp luật về thi hành án dân sự và các quy định khác của pháp luật có liên quan.

Quy định này của Luật phá sản nhằm ràng buộc trách nhiệm của chủ doanh nghiệp tư nhân cũng như trách nhiệm của các thành viên hợp danh đối với các nghĩa vụ tài sản của doanh nghiệp chưa được thanh toán. Nội dung pháp lí này phù hợp với tính chất chịu trách

Trong thời hạn 10 ngày, kể từ ngày quyết định tuyên bố

các bên có thoả thuận khác hoặc pháp luật có quy định khác. nhiệm vụ của chủ doanh nghiệp tư nhân và thành viên hợp danh quy định tại Luật doanh nghiệp, về vấn đề này, pháp luật phá sản của một số nước (chẳng hạn như Nhật Bản) chỉ cho phép miễn trừ nghĩa vụ về tài sản đối với cá nhân kinh doanh bị phá sản khi họ có lệnh giải phóng nghĩa vụ thanh toán nợ của toà án. Muốn vậy, họ phải nộp đơn yêu cầu toà án miễn trừ nghĩa vụ thanh toán nợ. Toà án xem xét nếu có đủ điều kiện sẽ ra lệnh giải phóng nợ cho họ.

2. Thông báo quyết định tuyên bố phá sản

Trong thời hạn 15 ngày, kể từ ngày ra quyết định tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã bị phá sản, toà án phải gửi quyết định này cho doanh nghiệp, hợp tác xã bị tuyên bố phá sản, Viện kiểm sát nhân dân cùng cấp và phải thông báo cho các chủ nợ, những người mắc nợ doanh nghiệp, hợp tác xã bị phá sản, đồng thời phải đăng trên báo địa phương nơi doanh nghiệp, hợp tác xã bị tuyên bố phá sản có địa chỉ chính, báo hàng ngày của trung ương trong 3 số liên tiếp.

Trong thời hạn 10 ngày, kể từ ngày quyết định tuyên bố

doanh nghiệp, hợp tác xã bị phá sản có hiệu lực pháp luật, toà án phải gửi quyết định cho cơ quan đăng kí kinh doanh để xoá tên doanh nghiệp, hợp tác xã trong sổ đăng kí kinh doanh; trong trường hợp Toà án nhân dân tối cao ra quyết định giải quyết khiếu nại, kháng nghị theo quy định tại Điều 92 của Luật phá sản thì thời hạn này có thể dài hơn nhưng không quá 25 ngày (Điều 89 Luật phá sản).

3. Khiếu nại, kháng nghị và giải quyết khiếu nại, kháng nghị quyết định tuyên bố phá sản

Doanh nghiệp, hợp tác xã bị tuyên bố phá sản, các chủ nợ, những người mắc nợ doanh nghiệp, hợp tác xã bị tuyên bố phá sản có quyền khiếu nại, viện kiểm sát nhân dân cùng cấp có quyền kháng nghị quyết định tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã bị phá sản (Điều 91, Điều 29 Luật phá sản).

Thời hạn khiếu nại, kháng nghị là 20 ngày, kể từ ngày cuối cùng đăng báo về quyết định tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã bị phá sản.

Trong thời hạn 5 ngày, kể từ ngày hết thời hạn khiếu nại, kháng nghị, toà án đã ra quyết định tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã bị phá sản phải gửi hồ sơ về phá sản kèm theo đơn khiếu nại, quyết định kháng nghị cho toà án cấp trên trực tiếp.

Quyết định tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã bị phá sản không bị khiếu nại, kháng nghị thì có hiệu lực pháp luật kể từ ngày hết thời hạn khiếu nại, kháng nghị.

Ngay sau khi nhận được hồ sơ về phá sản kèm theo đơn khiếu nại, quyết định kháng nghị, chánh án toà án cấp trên trực tiếp chỉ định một tổ gồm ba thẩm phán xem xét, giải doanh nghiệp, hợp tác xã bị phá sản có hiệu lực pháp luật, toà án phải gửi quyết định cho cơ quan đăng kí kinh doanh để xoá tên doanh nghiệp, hợp tác xã trong sổ đăng kí kinh doanh; trong trường hợp Toà án nhân dân tối cao ra quyết định

giải quyết khiếu nại, kháng nghị theo quy định tại Điều 92 của Luật phá sản thì thời hạn này có thể dài hơn nhưng không quá 25 ngày (Điều 89 Luật phá sản).

3. Khiếu nại, kháng nghị và giải quyết khiếu nại, kháng nghị quyết định tuyên bố phá sản

Doanh nghiệp, hợp tác xã bị tuyên bố phá sản, các chủ nợ, những người mắc nợ doanh nghiệp, hợp tác xã bị tuyên bố phá sản có quyền khiếu nại, viện kiểm sát nhân dân cùng cấp có quyền kháng nghị quyết định tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã bị phá sản (Điều 91, Điều 29 Luật phá sản).

Thời hạn khiếu nại, kháng nghị là 20 ngày, kể từ ngày cuối cùng đăng báo về quyết định tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã bị phá sản.

Trong thời hạn 5 ngày, kể từ ngày hết thời hạn khiếu nại, kháng nghị, toà án đã ra quyết định tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã bị phá sản phải gửi hồ sơ về phá sản kèm theo đơn khiếu nại, quyết định kháng nghị cho toà án cấp trên trực tiếp.

Quyết định tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã bị phá sản không bị khiếu nại, kháng nghị thì có hiệu lực pháp luật kể từ ngày hết thời hạn khiếu nại, kháng nghị.

Ngay sau khi nhận được hồ sơ về phá sản kèm theo đơn khiếu nại, quyết định kháng nghị, chánh án toà án cấp trên trực tiếp chỉ định một tổ gồm ba thẩm phán xem xét, giải

quyết khiếu nại, kháng nghị quyết định tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã bị phá sản.

Trong thời hạn 45 ngày, kể từ ngày nhận được hồ sơ về phá sản kèm theo đơn khiếu nại, quyết định kháng nghị, tổ thẩm phán phải xem xét, giải quyết khiếu nại, kháng nghị quyết định tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã bị phá sản.

Khi xem xét, giải quyết khiếu nại, kháng nghị quyết định tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã bị phá sản, tổ thẩm phán có quyền ra một trong các quyết định sau đây:

+ Không chấp nhận khiếu nại, kháng nghị và giữ nguyên quyết định tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã bị phá sản của toà án cấp dưới;

+ Huỷ quyết định tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã bị phá sản của toà án cấp dưới và giao hồ sơ về phá sản cho toà án cấp dưới tiếp tục tiến hành thủ tục phá sản.

- Quyết định giải quyết khiếu nại, kháng nghị của toà án cấp trên trực tiếp là quyết định cuối cùng và có hiệu lực pháp luật kể từ ngày ra quyết định (Điều 92 Luật phá sản).

Trong thời hạn 45 ngày, kể từ ngày nhận được hồ sơ về phá sản kèm theo đơn khiếu nại, quyết định kháng nghị, tổ thẩm phán phải xem xét, giải quyết khiếu nại, kháng nghị quyết định tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã bị phá sản.

Khi xem xét, giải quyết khiếu nại, kháng nghị quyết định tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã bị phá sản, tổ thẩm phán có quyền ra một trong các quyết định sau đây:

quyết khiếu nại, kháng nghị quyết định tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã bị phá sản.

+ Không chấp nhận khiếu nại, kháng nghị và giữ nguyên quyết định tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã bị phá sản của toà án cấp dưới;

+ Huỷ quyết định tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã bị phá sản của toà án cấp dưới và giao hồ sơ về phá sản cho toà án cấp dưới tiếp tục tiến hành thủ tục phá sản.

- Quyết định giải quyết khiếu nại, kháng nghị của toà án cấp trên trực tiếp là quyết định cuối cùng và có hiệu lực pháp luật kể từ ngày ra quyết định (Điều 92 Luật phá sản).

CHƯƠNG XVII

CÁC PHƯƠNG THỨC GIẢI QUYẾT TRANH CHẤP THƯƠNG MẠI

I. KHÁI QUÁT VỀ TRANH CHẤP THƯƠNG MẠI VÀ PHƯƠNG THỨC GIẢI QUYẾT TRANH CHẤP THƯƠNG MẠI

1. Tranh chấp thương mại

Tranh chấp thương mại hay tranh chấp kinh doanh là thuật ngữ quen thuộc trong đời sống kinh tế xã hội ở các nước trên thế giới. Khái niệm này mới được sử dụng rộng rãi và phổ biến ở nước ta trong mấy năm gần đây cùng với sự nhường bước của khái niệm tranh chấp kinh tế - một khái niệm quen thuộc của cơ chế kế hoạch hóa đã ăn sâu trong tiềm thức và tư duy pháp lí của người Việt Nam.

Hệ thống pháp luật Việt Nam đã từng tồn tại những khái niệm khác nhau để biểu đạt loại tranh chấp này. Mặc dù không xây dựng được một khái niệm chuẩn mực về tranh chấp kinh tế nhưng Pháp lệnh thủ tục giải quyết các vụ án kinh tế ngày 16/3/1994 và Nghị định số 116/CP ngày 5/9/1994 cũng đã liệt kê các tranh chấp được coi là tranh chấp kinh tế thuộc thẩm quyền giải quyết của toà án kinh tế và trọng tài kinh tế. Theo các văn bản pháp luật này, các

CHƯƠNG XVII

CÁC PHƯƠNG THỨC GIẢI QUYẾT TRANH CHẤP THƯƠNG MẠI

I. KHÁI QUÁT VỀ TRANH CHẤP THƯƠNG MẠI VÀ PHƯƠNG THỨC GIẢI QUYẾT TRANH CHẤP THƯƠNG MẠI

1. Tranh chấp thương mại

Tranh chấp thương mại hay tranh chấp kinh doanh là thuật ngữ quen thuộc trong đời sống kinh tế xã hội ở các nước trên thế giới. Khái niệm này mới được sử dụng rộng rãi và phổ biến ở nước ta trong mấy năm gần đây cùng với sự nhường bước của khái niệm tranh chấp kinh tế - một khái niệm quen thuộc của cơ chế kế hoạch hóa đã ăn sâu trong tiềm thức và tư duy pháp lí của người Việt Nam.

Hệ thống pháp luật Việt Nam đã từng tồn tại những khái niệm khác nhau để biểu đạt loại tranh chấp này. Mặc dù không xây dựng được

một khái niệm chuẩn mực về tranh chấp kinh tế nhưng Pháp lệnh thủ tục giải quyết các vụ án kinh tế ngày 16/3/1994 và Nghị định số 116/CP ngày 5/9/1994 cũng đã liệt kê các tranh chấp được coi là tranh chấp kinh tế thuộc thẩm quyền giải quyết của toà án kinh tế và trọng tài kinh tế. Theo các văn bản pháp luật này, các

tranh chấp kinh tế bao gồm:

- Các tranh chấp về hợp đồng kinh tế giữa pháp nhân với pháp nhân, giữa pháp nhân với cá nhân có đăng kí kinh doanh;

- Các tranh chấp giữa công ti với các thành viên của công ti, giữa các thành viên của công ti với nhau liên quan đến việc thành lập, hoạt động, giải thể công ti;

- Các tranh chấp liên quan đến việc rriua bán cổ phiếu, trái phiếu;

- Các tranh chấp kinh tế khác theo quy định của pháp luật.

Với hàm ý tiếp cận này, khái niệm “tranh chấp kinh tế” đã không lột tả hết được chân dung thực của nó. Thực chất, “tranh chấp kinh tế” là một khái niệm có nội hàm rộng, bao gồm tất cả các tranh chấp có nội dung kinh tế chứ không chỉ bao gồm các tranh chấp kinh tế nêu trên. Các tranh chấp trên mới chỉ là nhóm tranh chấp điển hình có nội dung kinh tế. Bởi vậy, việc sử dụng khái niệm “tranh chấp kinh tế” để gắn cho các tranh chấp phát sinh từ hoạt động kinh doanh hay thương mại đã tạo ra sự bất tương thích giữa nội hàm của khái niệm với hàm ý được tiếp cận.

Khái niệm tranh chấp thương mại lần đầu tiên được đề cập trong Luật thương mại ngày 10/5/1997 song theo Luật thương mại, tranh chấp thương mại là tranh chấp phát sinh do việc không thực hiện hoặc thực hiện không đúng hợp đồng trong hoạt động thương mại.⁽¹⁾

Ngoài ra, khái niệm “hoạt động thương mại” theo quy định của Luật thương mại năm 1997 lại có nội hàm rất hẹp
tranh chấp kinh tế bao gồm:

- Các tranh chấp về hợp đồng kinh tế giữa pháp nhân với pháp

(1).Xem: Điều 238 Luật thương mại năm 1997.

nhân, giữa pháp nhân với cá nhân có đăng kí kinh doanh;

- Các tranh chấp giữa công ti với các thành viên của công ti, giữa các thành viên của công ti với nhau liên quan đến việc thành lập, hoạt động, giải thể công ti;
- Các tranh chấp liên quan đến việc rriua bán cổ phiếu, trái phiếu;
- Các tranh chấp kinh tế khác theo quy định của pháp luật.

Với hàm ý tiếp cận này, khái niệm “tranh chấp kinh tế” đã không lột tả hết được chân dung thực của nó. Thực chất, “tranh chấp kinh tế” là một khái niệm có nội hàm rộng, bao gồm tất cả các tranh chấp có nội dung kinh tế chứ không chỉ bao gồm các tranh chấp kinh tế nêu trên. Các tranh chấp trên mới chỉ là nhóm tranh chấp điển hình có nội dung kinh tế. Bởi vậy, việc sử dụng khái niệm “tranh chấp kinh tế” để gắn cho các tranh chấp phát sinh từ hoạt động kinh doanh hay thương mại đã tạo ra sự bất tương thích giữa nội hàm của khái niệm với hàm ý được tiếp cận.

Khái niệm tranh chấp thương mại lần đầu tiên được đề cập trong Luật thương mại ngày 10/5/1997 song theo Luật thương mại, tranh chấp thương mại là tranh chấp phát sinh do việc không thực hiện hoặc thực hiện không đúng hợp đồng trong hoạt động thương mại.⁽¹⁾

Ngoài ra, khái niệm “hoạt động thương mại” theo quy định của Luật thương mại năm 1997 lại có nội hàm rất hẹp

(1).Xem: Điều 238 Luật thương mại năm 1997.

so với quan niệm phổ biến của các nước trên thế giới về thương mại.

Quan niệm về tranh chấp thương mại và hoạt động thương mại theo Luật thương mại năm 1997 đã loại bỏ nhiều tranh chấp không được coi là tranh chấp thương mại, mặc dù xét về bản chất hoàn toàn có thể coi là các tranh chấp thương mại trong ngữ cảnh đương đại. Điều này đã tạo ra những xung đột pháp luật, giữa luật quốc gia với luật quốc tế, trong đó có cả những công ước quốc tế quan trọng mà Việt Nam đã là thành viên (Công ước New York năm 1958), gây không ít những trở ngại, rắc rối trong thực tiễn áp dụng và chính sách hội nhập.⁽¹⁾

Pháp lệnh trọng tài thương mại ngày 25/2/2003 không trực tiếp đưa ra định nghĩa về tranh chấp thương mại song với sự hiện diện của khái niệm “hoạt động thương mại” theo nghĩa rộng đã tạo ra sự tương đồng trong quan niệm về “thương mại” và “tranh chấp thương mại” của pháp luật Việt Nam với chuẩn mực chung của pháp luật và thông lệ quốc tế.

Theo Pháp lệnh trọng tài thương mại, hoạt động thương mại là việc thực hiện một hay nhiều hành vi thương mại của cá nhân, tổ chức kinh doanh bao gồm mua bán hàng hóa, cung ứng dịch vụ; phân phối; đại diện, đại lý thương mại; kí gửi; thuê, cho thuê; thuê mua; xây dựng; tư vấn; kỹ thuật; li xăng; đầu tư; tài chính, ngân hàng; bảo hiểm; thăm dò, khai thác; vận chuyển hàng hóa, hành khách bằng đường hàng

(1).Xem: PGS.TS. Lê Hồng Hạnh, “Khái niệm thương mại trong pháp luật Việt Nam và những bất cập dưới góc độ thực tiễn áp dụng và chính sách hội nhập”, *Tạp chí luật học*, số 2/2000.

Quan niệm về tranh chấp thương mại và hoạt động thương mại

so với quan niệm phổ biến của các nước trên thế giới về thương mại.

theo Luật thương mại năm 1997 đã loại bỏ nhiều tranh chấp không được coi là tranh chấp thương mại, mặc dù xét về bản chất hoàn toàn có thể coi là các tranh chấp thương mại trong ngữ cảnh đương đại. Điều này đã tạo ra những xung đột pháp luật, giữa luật quốc gia với luật quốc tế, trong đó có cả những công ước quốc tế quan trọng mà Việt Nam đã là thành viên (Công ước New York năm 1958), gây không ít những trở ngại, rắc rối trong thực tiễn áp dụng và chính sách hội nhập.⁽¹⁾

Pháp lệnh trọng tài thương mại ngày 25/2/2003 không trực tiếp đưa ra định nghĩa về tranh chấp thương mại song với sự hiện diện của khái niệm “hoạt động thương mại” theo nghĩa rộng đã tạo ra sự tương đồng trong quan niệm về “thương mại” và “tranh chấp thương mại” của pháp luật Việt Nam với chuẩn mực chung của pháp luật và thông lệ quốc tế.

Theo Pháp lệnh trọng tài thương mại, hoạt động thương mại là việc thực hiện một hay nhiều hành vi thương mại của cá nhân, tổ chức kinh doanh bao gồm mua bán hàng hóa, cung ứng dịch vụ; phân phối; đại diện, đại lí thương mại; kí gửi; thuê, cho thuê; thuê mua; xây dựng; tư vấn; kỹ thuật; li xăng; đầu tư; tài chính, ngân hàng; bảo hiểm; thăm dò, khai thác; vận chuyển hàng hóa, hành khách bằng đường hàng

(1).Xem: PGS.TS. Lê Hồng Hạnh, “Khái niệm thương mại trong pháp luật Việt Nam và những bất cập dưới góc độ thực tiễn áp dụng và chính sách hội nhập”, *Tạp chí luật học*, số 2/2000.

không, đường biển, đường sắt, đường bộ và các hành vi thương mại khác theo quy định của pháp luật (khoản 2 Điều 3 Pháp lệnh trọng tài thương mại).

Với quy định này, khái niệm thương mại theo pháp luật Việt Nam đã được mở rộng, phù hợp với khái niệm thương mại trong Luật mẫu của Liên hợp quốc về trọng tài (UNCITRAL Model Law), Hiệp định thương mại Việt - Mỹ và WTO. Vấn đề này vừa có ý nghĩa trong việc bảo đảm sự bình đẳng giữa các chủ thể hoạt động thương mại tham gia vào việc giải quyết tranh chấp vừa mở rộng khả năng được công nhận và thi hành tại Việt Nam các phán quyết của trọng tài nước ngoài.

Sự đột phá của Pháp lệnh trọng tài thương mại trong việc đưa khái niệm “hoạt động thương mại” tiếp cận với chuẩn mực chung của thông lệ và pháp luật quốc tế đã mở màn cho việc xem xét tiếp theo của các văn bản pháp luật khi đề cập lĩnh vực thương mại - một lĩnh vực đầy sôi động và phức tạp trong thực tiễn.

Luật thương mại được Quốc hội thông qua ngày 14/6/2005 định nghĩa khái niệm hoạt động thương mại là hoạt động nhằm mục đích sinh lợi, bao gồm mua bán hàng hóa, cung ứng dịch vụ, đầu tư, xúc tiến thương mại và các hoạt động nhằm mục đích sinh lợi khác (khoản 1 Điều 3 Luật thương mại năm 2005).

Theo khái niệm này, quan niệm về hoạt động thương mại cũng đã được mở rộng, bao gồm mọi hoạt động có mục đích sinh lợi. Hướng tiếp cận này của Luật thương mại năm 2005 cho thấy, khái niệm về hoạt động thương mại đã được mở rộng, đường biển, đường sắt, đường bộ và các hành vi thương mại khác theo quy định của pháp luật (khoản 2 Điều 3 Pháp lệnh trọng tài thương mại).

Với quy định này, khái niệm thương mại theo pháp luật Việt

Nam đã được mở rộng, phù hợp với khái niệm thương mại trong Luật mẫu của Liên hợp quốc về trọng tài (UNCITRAL Model Law), Hiệp định thương mại Việt - Mỹ và WTO. Vấn đề này vừa có ý nghĩa trong việc bảo đảm sự bình đẳng giữa các chủ thể hoạt động thương mại tham gia vào việc giải quyết tranh chấp vừa mở rộng khả năng được công nhận và thi hành tại Việt Nam các phán quyết của trọng tài nước ngoài.

Sự đột phá của Pháp lệnh trọng tài thương mại trong việc đưa khái niệm “hoạt động thương mại” tiếp cận với chuẩn mực chung của thông lệ và pháp luật quốc tế đã mở màn cho việc xem xét tiếp theo của các văn bản pháp luật khi đề cập lĩnh vực thương mại - một lĩnh vực đầy sôi động và phức tạp trong thực tiễn.

Luật thương mại được Quốc hội thông qua ngày 14/6/2005 định nghĩa khái niệm hoạt động thương mại là hoạt động nhằm mục đích sinh lợi, bao gồm mua bán hàng hóa, cung ứng dịch vụ, đầu tư, xúc tiến thương mại và các hoạt động nhằm mục đích sinh lợi khác (khoản 1 Điều 3 Luật thương mại năm 2005).

Theo khái niệm này, quan niệm về hoạt động thương mại cũng đã được mở rộng, bao gồm mọi hoạt động có mục đích sinh lợi. Hướng tiếp cận này của Luật thương mại năm 2005 cho thấy, khái niệm về hoạt động thương mại đã được mở

rộng tương đồng với khái niệm kinh doanh trong Luật doanh nghiệp năm 1999 cũng như Luật doanh nghiệp năm 2005.

Kinh doanh là việc thực hiện liên tục một, một số hoặc tất cả các công đoạn của quá trình đầu tư, từ sản xuất đến tiêu thụ sản phẩm hoặc cung ứng dịch vụ trên thị trường nhằm mục đích sinh lợi (khoản 2 Điều 4 Luật doanh nghiệp năm 2005).

Điều 29 Bộ luật tố tụng dân sự năm 2004 cũng đã liệt kê các tranh chấp về kinh doanh, thương mại thuộc thẩm quyền giải quyết của toà án, gồm có:

- Tranh chấp phát sinh trong hoạt động kinh doanh, thương mại giữa cá nhân, tổ chức có đăng kí kinh doanh với nhau và đều có mục đích lợi nhuận, bao gồm: Mua bán hàng hóa; cung ứng dịch vụ; phân phối; đại diện, đại lí; ký gửi; thuê, cho thuê, thuê mua; xây dựng; tư vấn, kỹ thuật; vận chuyển hàng hóa, hành khách bằng đường sắt, đường bộ, đường thủy nội địa; vận chuyển hàng hóa, hành khách bằng đường hàng không, đường biển; mua bán cổ phiếu, trái phiếu và giấy tờ có giá khác; đầu tư, tài chính, ngân hàng; bảo hiểm; thăm dò, khai thác;

- Tranh chấp về quyền sở hữu trí tuệ, chuyển giao công nghệ giữa cá nhân, tổ chức với nhau và đều có mục đích lợi nhuận;

- Tranh chấp giữa công ti với các thành viên của công ti, giữa các thành viên của công ti với nhau liên quan đến thành lập, hoạt động, giải thể, sáp nhập, hợp nhất, chia, tách, chuyển đổi hình thức tổ chức của công ti;

- Các tranh chấp khác về kinh doanh, thương mại mà pháp luật có quy định.

Như vậy, mặc dù Bộ luật tố tụng dân sự năm 2004 không

rộng tương đồng với khái niệm kinh doanh trong Luật doanh nghiệp năm 1999 cũng như Luật doanh nghiệp năm 2005.

Kinh doanh là việc thực hiện liên tục một, một số hoặc tất cả các công đoạn của quá trình đầu tư, từ sản xuất đến tiêu thụ sản phẩm hoặc cung ứng dịch vụ trên thị trường nhằm mục đích sinh lợi (khoản 2 Điều 4 Luật doanh nghiệp năm 2005).

Điều 29 Bộ luật tố tụng dân sự năm 2004 cũng đã liệt kê các tranh chấp về kinh doanh, thương mại thuộc thẩm quyền giải quyết của toà án, gồm có:

- Tranh chấp phát sinh trong hoạt động kinh doanh, thương mại giữa cá nhân, tổ chức có đăng kí kinh doanh với nhau và đều có mục đích lợi nhuận, bao gồm: Mua bán hàng hóa; cung ứng dịch vụ; phân phối; đại diện, đại lí; ký gửi; thuê, cho thuê, thuê mua; xây dựng; tư vấn, kỹ thuật; vận chuyển hàng hóa, hành khách bằng đường sắt, đường bộ, đường thủy nội địa; vận chuyển hàng hóa, hành khách bằng đường hàng không, đường biển; mua bán cổ phiếu, trái phiếu và giấy tờ có giá khác; đầu tư, tài chính, ngân hàng; bảo hiểm; thăm dò, khai thác;

- Tranh chấp về quyền sở hữu trí tuệ, chuyên giao công nghệ giữa cá nhân, tổ chức với nhau và đều có mục đích lợi nhuận;

- Tranh chấp giữa công ti với các thành viên của công ti, giữa các thành viên của công ti với nhau liên quan đến thành lập, hoạt động, giải thể, sáp nhập, hợp nhất, chia, tách, chuyển đổi hình thức tổ chức của công ti;

- Các tranh chấp khác về kinh doanh, thương mại mà pháp luật có quy định.

Như vậy, mặc dù Bộ luật tố tụng dân sự năm 2004 không

sử dụng thuật ngữ “tranh chấp thương mại” mà sử dụng thuật ngữ “tranh chấp về kinh doanh, thương mại” nhưng nội dung của các tranh chấp về kinh doanh, thương mại được liệt kê tại Điều 29, thực chất là các tranh chấp thương mại theo hướng tiếp cận của Luật thương mại năm 2005. Tuy có sự khác nhau về cách thức biểu đạt và ngôn ngữ sử dụng nhưng nhìn chung quan niệm về hoạt động thương mại và tranh chấp thương mại được thể hiện qua các quy định trong các văn bản pháp luật thời gian gần đây là khá nhất quán.

Từ những nội dung xem xét nêu trên, có thể hiểu: Tranh chấp thương mại là những mâu thuẫn (bất đồng hay xung đột) về quyền và nghĩa vụ giữa các bên trong quá trình thực hiện các hoạt động thương mại.

Như vậy, tranh chấp thương mại phải hội đủ các yếu tố sau đây:

- Thứ nhất, tranh chấp thương mại trước hết là những mâu thuẫn (bất đồng) về quyền và nghĩa vụ giữa các bên trong mối quan hệ cụ thể.
- Thứ hai, những mâu thuẫn (bất đồng) đó phải phát sinh từ hoạt động thương mại.
- Thứ ba, những mâu thuẫn (bất đồng) đó phát sinh chủ yếu giữa các thương nhân.

Các tranh chấp thương mại chủ yếu là những tranh chấp phát sinh giữa các thương nhân (cá nhân kinh doanh, tổ chức kinh doanh) với nhau. Ngoài thương nhân là chủ thể chủ yếu của tranh chấp thương mại, trong những trường hợp nhất định, các cá nhân, tổ chức khác (không phải là thương nhân) cũng có thể là chủ thể của tranh chấp thương mại, như: tranh sử dụng thuật ngữ “tranh chấp thương mại” mà sử dụng thuật ngữ “tranh chấp về kinh doanh, thương mại” nhưng nội dung của các tranh chấp về kinh doanh, thương mại được liệt kê tại Điều 29, thực chất là các tranh chấp thương mại theo hướng tiếp

cận của Luật thương mại năm 2005. Tuy có sự khác nhau về cách thức biểu đạt và ngôn ngữ sử dụng nhưng nhìn chung quan niệm về hoạt động thương mại và tranh chấp thương mại được thể hiện qua các quy định trong các văn bản pháp luật thời gian gần đây là khá nhất quán.

Từ những nội dung xem xét nêu trên, có thể hiểu: Tranh chấp thương mại là những mâu thuẫn (bất đồng hay xung đột) về quyền và nghĩa vụ giữa các bên trong quá trình thực hiện các hoạt động thương mại.

Như vậy, tranh chấp thương mại phải hội đủ các yếu tố sau đây:

- Thứ nhất, tranh chấp thương mại trước hết là những mâu thuẫn (bất đồng) về quyền và nghĩa vụ giữa các bên trong mối quan hệ cụ thể.

- Thứ hai, những mâu thuẫn (bất đồng) đó phải phát sinh từ hoạt động thương mại.

- Thứ ba, những mâu thuẫn (bất đồng) đó phát sinh chủ yếu giữa các thương nhân.

Các tranh chấp thương mại chủ yếu là những tranh chấp phát sinh giữa các thương nhân (cá nhân kinh doanh, tổ chức kinh doanh) với nhau. Ngoài thương nhân là chủ thể chủ yếu của tranh chấp thương mại, trong những trường hợp nhất định, các cá nhân, tổ chức khác (không phải là thương nhân) cũng có thể là chủ thể của tranh chấp thương mại, như: tranh

chấp giữa công ti và thành viên của công ti; giữa các thành viên của công ti với nhau liên quan đến việc thành lập, hoạt động, giải thể, sáp nhập, hợp nhất, chia, tách, chuyển đổi hình thức tổ chức của công ti hay tranh chấp về giao dịch giữa một bên không nhằm mục đích sinh lợi với thương nhân thực hiện trên lãnh thổ Việt Nam trong trường hợp bên không nhằm mục đích sinh lợi đó chọn áp dụng Luật thương

mại.¹¹⁷ Khoa học pháp lí gọi giao dịch này là giao dịch hỗn hợp (hành vi hỗn hợp). Quy tắc được pháp luật của Pháp và nhiều quốc gia áp dụng để giải quyết loại tranh chấp này đó là căn cứ vào bị đơn là thương nhân hay không phải là thương nhân. Nếu bị đơn là thương nhân thì nguyên đơn (bên có hành vi dân sự) có thể chọn tòa thương mại hoặc tòa dân sự để giải quyết vụ tranh chấp. Trường hợp nguyên đơn chọn tòa thương mại thì các quy định khắt khe hơn của Luật thương mại được áp dụng để giải quyết vụ tranh chấp. Ngược lại, bị đơn không phải là thương nhân thì nguyên đơn (bên có hành vi thương mại) chỉ có quyền kiện ra tòa dân sự và luật dân sự được áp dụng để giải quyết vụ tranh chấp mà các quy định của Luật thương mại không thể áp dụng cho đối phương không phải là thương nhân.¹¹⁸

Luật thương mại của Việt Nam năm 2005 đã cho phép bên có hoạt động không nhằm mục đích sinh lợi (bên có hành vi dân sự) chọn áp dụng Luật thương mại để giải quyết loại tranh chấp này. Về bản chất, hoạt động không nhằm chấp giữa công ti và thành viên của công ti; giữa các thành viên của công ti với nhau liên quan đến việc thành lập, hoạt động, giải thể, sáp nhập, hợp nhất, chia, tách, chuyển đổi hình thức tổ chức của công ti hay tranh chấp về giao dịch giữa một bên không nhằm mục đích sinh lợi với thương nhân thực hiện trên lãnh thổ Việt Nam trong trường hợp bên không nhằm mục đích sinh lợi đó chọn áp dụng Luật thương mại.¹¹⁹ Khoa học pháp lí gọi giao dịch này là giao dịch hỗn hợp (hành vi hỗn hợp). Quy tắc được pháp luật của Pháp và nhiều quốc gia áp dụng để giải quyết loại tranh chấp này đó là căn cứ vào bị đơn là thương nhân hay không phải là thương nhân. Nếu bị đơn là thương nhân thì nguyên đơn (bên có hành vi dân sự) có thể

117 .Xem: Khoản 3 Điều 1 Luật thương mại năm 2005.

118 .Xem: Francis Lemeunier, *Nguyên tắc thực hành luật thương mại, luật kinh doanh*, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, 1993 (tiếng Việt).

119 .Xem: Khoản 3 Điều 1 Luật thương mại năm 2005.

chọn tòa thương mại hoặc tòa dân sự để giải quyết vụ tranh chấp. Trường hợp nguyên đơn chọn tòa thương mại thì các quy định khắt khe hơn của Luật thương mại được áp dụng để giải quyết vụ tranh chấp. Ngược lại, bị đơn không phải là thương nhân thì nguyên đơn (bên có hành vi thương mại) chỉ có quyền kiện ra tòa dân sự và luật dân sự được áp dụng để giải quyết vụ tranh chấp mà các quy định của Luật thương mại không thể áp dụng cho đối phương không phải là thương nhân.¹²⁰

Luật thương mại của Việt Nam năm 2005 đã cho phép bên có hoạt động không nhằm mục đích sinh lợi (bên có hành vi dân sự) chọn áp dụng Luật thương mại để giải quyết loại tranh chấp này. về bản chất, hoạt động không nhằm

120 .Xem: Francis Lemeunier, *Nguyên tắc thực hành luật thương mại, luật kinh doanh*, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, 1993 (tiếng Việt).

mục đích sinh lợi của một bên trong giao dịch với thương nhân không phải là hoạt động thương mại thuần túy nhưng bên không nhằm mục đích sinh lợi đã chọn áp dụng Luật thương mại thì quan hệ này trở thành quan hệ pháp luật thương mại và tranh chấp phát sinh từ quan hệ pháp luật này phải được quan niệm là tranh chấp thương mại. Tuy nhiên, theo Pháp lệnh trọng tài thương mại, tranh chấp này vẫn không thuộc thẩm quyền giải quyết của trọng tài thương mại và cũng không thuộc loại tranh chấp về kinh doanh, thương mại theo Điều 29 Bộ luật tố tụng dân sự năm 2004. Bởi vậy, tranh chấp này theo pháp luật hiện hành của Việt Nam thuộc thẩm quyền giải quyết của tòa dân sự song bên có hoạt động không nhằm mục đích sinh lợi có thể chọn áp dụng Luật thương mại năm 2005 để giải quyết vụ tranh chấp.

2. Phương thức giải quyết tranh chấp thương mại

Trên thế giới cũng như ở Việt Nam, tồn tại bốn phương thức giải quyết tranh chấp thương mại cơ bản, bao gồm:

- Thương lượng;
- Hoà giải;
- Trọng tài thương mại;
- Tòa án.

Thương lượng, hoà giải và trọng tài thương mại là các phương thức giải quyết tranh chấp thương mại không mang ý chí quyền lực nhà nước (không nhân danh quyền lực nhà nước như phán quyết của tòa án) mà chủ yếu được giải quyết dựa trên nền tảng ý chí tự định đoạt của các bên tranh chấp hoặc phán quyết của bên thứ ba độc lập (được các bên lựa mục đích sinh lợi của một bên trong giao dịch với thương nhân không phải là hoạt động thương mại thuần túy nhưng bên không nhằm mục đích sinh lợi đã chọn áp dụng Luật thương mại thì quan hệ này trở thành quan hệ pháp luật thương mại

và tranh chấp phát sinh từ quan hệ pháp luật này phải được quan niệm là tranh chấp thương mại. Tuy nhiên, theo Pháp lệnh trọng tài thương mại, tranh chấp này vẫn không thuộc thẩm quyền giải quyết của trọng tài thương mại và cũng không thuộc loại tranh chấp về kinh doanh, thương mại theo Điều 29 Bộ luật tố tụng dân sự năm 2004. Bởi vậy, tranh chấp này theo pháp luật hiện hành của Việt Nam thuộc thẩm quyền giải quyết của tòa dân sự song bên có hoạt động không nhằm mục đích sinh lợi có thể chọn áp dụng Luật thương mại năm 2005 để giải quyết vụ tranh chấp.

2. Phương thức giải quyết tranh chấp thương mại

Trên thế giới cũng như ở Việt Nam, tồn tại bốn phương thức giải quyết tranh chấp thương mại cơ bản, bao gồm:

- Thương lượng;
- Hoà giải;
- Trọng tài thương mại;
- Tòa án.

Thương lượng, hoà giải và trọng tài thương mại là các phương thức giải quyết tranh chấp thương mại không mang ý chí quyền lực nhà nước (không nhân danh quyền lực nhà nước như phán quyết của tòa án) mà chủ yếu được giải quyết dựa trên nền tảng ý chí tự định đoạt của các bên tranh chấp hoặc phán quyết của bên thứ ba độc lập (được các bên lựa

chọn) theo thủ tục linh hoạt, mềm dẻo. Trong khi đó tòa án lại là phương thức giải quyết tranh chấp thương mại mang ý chí quyền lực nhà nước được tòa án tiến hành theo thủ tục nghiêm ngặt, chặt chẽ.

Nội dung cụ thể của các phương thức giải quyết tranh chấp này sẽ được đề cập cụ thể ở phần sau nhưng tổng thể có thể thấy ưu điểm nổi bật của các phương thức giải quyết tranh chấp thương mại bằng thương

lượng, hoà giải và trọng tài thương mại so với toà án, đó là tính linh hoạt, mềm dẻo của thủ tục, bảo đảm tối đa quyền định đoạt của các bên tranh chấp mà không bị ràng buộc nghiêm ngặt, chặt chẽ bởi thủ tục tố tụng như giải quyết tranh chấp tại toà án. Ngoài ra, các phương thức giải quyết tranh chấp thương mại này còn bảo đảm tối đa uy tín cũng như bí mật của các bên tranh chấp, góp phần củng cố và duy trì mối quan hệ hợp tác lâu dài giữa các bên.

Tuy nhiên, các phương thức giải quyết tranh chấp thương mại bằng thương lượng, hoà giải và trọng tài thương mại cũng có những trở ngại khó tránh khỏi, như: sự thành công của quá trình giải quyết tranh chấp chủ yếu phụ thuộc thái độ thiện chí và hợp tác của các bên tranh chấp; việc thực thi các kết quả đã đạt được trong quá trình giải quyết tranh chấp hoàn toàn phụ thuộc sự tự nguyện thi hành của bên có nghĩa vụ phải thi hành mà không có cơ chế pháp lí bảo đảm thi hành và nếu có (như phương thức giải quyết tranh chấp bằng trọng tài) thì việc thực thi thường phức tạp và tốn kém. Nhược điểm này lại có thể bù đắp được trong cơ chế giải quyết tranh chấp thương mại tại toà án.

chọn) theo thủ tục linh hoạt, mềm dẻo. Trong khi đó toà án lại là phương thức giải quyết tranh chấp thương mại mang ý chí quyền lực nhà nước được toà án tiến hành theo thủ tục nghiêm ngặt, chặt chẽ.

Nội dung cụ thể của các phương thức giải quyết tranh chấp này sẽ được đề cập cụ thể ở phần sau nhưng tổng thể có thể thấy ưu điểm nổi bật của các phương thức giải quyết tranh chấp thương mại bằng thương lượng, hoà giải và trọng tài thương mại so với toà án, đó là tính linh hoạt, mềm dẻo của thủ tục, bảo đảm tối đa quyền định đoạt của các bên tranh chấp mà không bị ràng buộc nghiêm ngặt, chặt chẽ bởi thủ tục tố tụng như giải quyết tranh chấp tại toà án. Ngoài ra, các phương thức giải quyết tranh chấp thương mại này còn bảo đảm tối đa uy tín cũng như bí mật của các bên tranh chấp, góp phần củng cố và

duy trì mối quan hệ hợp tác lâu dài giữa các bên.

Tuy nhiên, các phương thức giải quyết tranh chấp thương mại bằng thương lượng, hoà giải và trọng tài thương mại cũng có những trở ngại khó tránh khỏi, như: sự thành công của quá trình giải quyết tranh chấp chủ yếu phụ thuộc thái độ thiện chí và hợp tác của các bên tranh chấp; việc thực thi các kết quả đã đạt được trong quá trình giải quyết tranh chấp hoàn toàn phụ thuộc sự tự nguyện thi hành của bên có nghĩa vụ phải thi hành mà không có cơ chế pháp lý bảo đảm thi hành và nếu có (như phương thức giải quyết tranh chấp bằng trọng tài) thì việc thực thi thường phức tạp và tốn kém. Nhược điểm này lại có thể bù đắp được trong cơ chế giải quyết tranh chấp thương mại tại toà án.

II. THƯƠNG LƯỢNG VÀ HOÀ GIẢI

1. Thương lượng

Thương lượng là phương thức giải quyết tranh chấp thông qua việc các bên tranh chấp cùng nhau bàn bạc, tự dàn xếp, tháo gỡ những bất đồng phát sinh để loại bỏ tranh chấp mà không cần có sự trợ giúp hay phán quyết của bất kì bên thứ ba nào.

Thương lượng là phương thức giải quyết tranh chấp xuất hiện sớm nhất, thông dụng và phổ biến nhất được các bên tranh chấp áp dụng rộng rãi để giải quyết mọi tranh chấp phát sinh trong đời sống xã hội, nhất là trong hoạt động thương mại. Phương thức giải quyết tranh chấp này thường được giới thương nhân lựa chọn mỗi khi có tranh chấp phát sinh, bởi sự đơn giản của phương thức thực hiện, ít tốn kém, lại không bị ràng buộc bởi những thủ tục pháp lý phức tạp, uy tín cũng như bí mật trong kinh doanh được bảo đảm tối đa và mức độ phương hại đến mối quan hệ hợp tác giữa các bên cũng thấp, thậm chí còn tăng cường sự hiểu biết và hợp tác lẫn nhau sau khi thương lượng thành công.

Bản chất của thương lượng được thể hiện qua các đặc trưng cơ bản sau đây:

- Thứ nhất, phương thức giải quyết tranh chấp này được thực hiện bởi cơ chế tự giải quyết thông qua việc các bên tranh chấp gặp nhau bàn bạc, thỏa thuận để tự giải quyết những bất đồng phát sinh mà không cần có sự hiện diện của bên thứ ba để trợ giúp hay ra phán quyết.

- Thứ hai, quá trình thương lượng giữa các bên cũng không chịu sự ràng buộc của bất kì nguyên tắc pháp lý hay

II. THƯƠNG LƯỢNG VÀ HOÀ GIẢI

1. Thương lượng

Thương lượng là phương thức giải quyết tranh chấp thông qua việc các bên tranh chấp cùng nhau bàn bạc, tự dàn xếp, tháo gỡ những bất đồng phát sinh để loại bỏ tranh chấp mà không cần có sự trợ giúp hay phán quyết của bất kì bên thứ ba nào.

Thương lượng là phương thức giải quyết tranh chấp xuất hiện sớm nhất, thông dụng và phổ biến nhất được các bên tranh chấp áp dụng rộng rãi để giải quyết mọi tranh chấp phát sinh trong đời sống xã hội, nhất là trong hoạt động thương mại. Phương thức giải quyết tranh chấp này thường được giới thương nhân lựa chọn mỗi khi có tranh chấp phát sinh, bởi sự đơn giản của phương thức thực hiện, ít tốn kém, lại không bị ràng buộc bởi những thủ tục pháp lý phức tạp, uy tín cũng như bí mật trong kinh doanh được bảo đảm tối đa và mức độ phương hại đến mối quan hệ hợp tác giữa các bên cũng thấp, thậm chí còn tăng cường sự hiểu biết và hợp tác lẫn nhau sau khi thương lượng thành công.

Bản chất của thương lượng được thể hiện qua các đặc trưng cơ bản sau đây:

- Thứ nhất, phương thức giải quyết tranh chấp này được thực hiện bởi cơ chế tự giải quyết thông qua việc các bên tranh chấp gặp nhau bàn bạc, thỏa thuận để tự giải quyết những bất đồng phát sinh mà không cần có sự hiện diện của bên thứ ba để trợ giúp hay ra phán quyết.

- Thứ hai, quá trình thương lượng giữa các bên cũng không chịu sự ràng buộc của bất kì nguyên tắc pháp lí hay

những quy định mang tính khuôn mẫu nào của pháp luật về thủ tục giải quyết tranh chấp. Pháp luật của Việt Nam mới chỉ dừng lại ở việc ghi nhận thương lượng là một phương thức giải quyết tranh chấp thương mại⁽¹⁾ mà không có bất kì quy định nào chi phối đến cơ chế giải quyết tranh chấp thương mại bằng thương lượng.

- Thứ ba, việc thực thi kết quả thương lượng hoàn toàn phụ thuộc vào sự tự nguyện của mỗi bên tranh chấp mà không có bất kì cơ chế pháp lí nào bảo đảm việc thực thi đối với thỏa thuận của các bên trong quá trình thương lượng.

Giải quyết tranh chấp thương mại bằng thương lượng thực chất được thực hiện bởi cơ chế giải quyết nội bộ (cơ chế tự giải quyết) và hoàn toàn xuất phát từ sự tự nguyện của các bên tranh chấp mà không có sự can thiệp của bất kì cơ quan nhà nước hoặc của người thứ ba nào. Giải quyết tranh chấp thương mại bằng phương thức thương lượng là sự thể hiện quyền tự do thỏa thuận, tự do định đoạt của các bên tranh chấp. Các bên tự đề xuất các giải pháp và thỏa hiệp với nhau theo trình tự, thủ tục tự chọn để giải quyết các bất đồng phát sinh mà không bắt buộc phải tuân theo một thủ tục pháp lí nào. Do thể thức đơn giản, ít phiền hà, hiệu quả, ít tốn kém, không gây ra ảnh hưởng xấu trong quan hệ kinh doanh giữa các bên sau tranh chấp mà thương lượng luôn là phương thức ưa chuộng, phổ biến, được các thương nhân ưu tiên lựa chọn trước khi tìm đến các giải pháp khác để giải quyết các tranh chấp thương mại.

Quá trình thương lượng để giải quyết tranh chấp thương mại những quy định mang tính khuôn mẫu nào của pháp luật về thủ tục giải quyết tranh chấp. Pháp luật của Việt Nam mới chỉ dừng lại ở việc ghi nhận thương lượng là một phương thức giải quyết tranh chấp thương mại⁽¹⁾ mà không có bất kì quy định nào chi phối đến cơ chế giải quyết tranh chấp thương mại bằng thương lượng.

- Thứ ba, việc thực thi kết quả thương lượng hoàn toàn phụ thuộc vào sự tự nguyện của mỗi bên tranh chấp mà không có bất kì cơ chế

(1). Xem: Điều 24 Luật đầu tư nước ngoài tại Việt Nam năm 1996 và Điều 122 Nghị định số 24/2000/NĐ-CP ngày 31/7/2000; Điều 239 Luật thương mại năm 1997.

pháp lí nào bảo đảm việc thực thi đối với thỏa thuận của các bên trong quá trình thương lượng.

Giải quyết tranh chấp thương mại bằng thương lượng thực chất được thực hiện bởi cơ chế giải quyết nội bộ (cơ chế tự giải quyết) và hoàn toàn xuất phát từ sự tự nguyện của các bên tranh chấp mà không có sự can thiệp của bất kì cơ quan nhà nước hoặc của người thứ ba nào. Giải quyết tranh chấp thương mại bằng phương thức thương lượng là sự thể hiện quyền tự do thỏa thuận, tự do đình đốn của các bên tranh chấp. Các bên tự đề xuất các giải pháp và thỏa hiệp với nhau theo trình tự, thủ tục tự chọn để giải quyết các bất đồng phát sinh mà không bắt buộc phải tuân theo một thủ tục pháp lí nào. Do thể thức đơn giản, ít phiền hà, hiệu quả, ít tốn kém, không gây ra ảnh hưởng xấu trong quan hệ kinh doanh giữa các bên sau tranh chấp mà thương lượng luôn là phương thức ưa chuộng, phổ biến, được các thương nhân ưu tiên lựa chọn trước khi tìm đến các giải pháp khác để giải quyết các tranh chấp thương mại.

Quá trình thương lượng để giải quyết tranh chấp thương

(1).Xem: Điều 24 Luật đầu tư nước ngoài tại Việt Nam năm 1996 và Điều 122 Nghị định số 24/2000/NĐ-CP ngày 31/7/2000; Điều 239 Luật thương mại năm 1997.

mại có thể được thực hiện bằng nhiều cách thức: thương lượng trực tiếp, thương lượng gián tiếp và kết hợp thương lượng trực tiếp với thương lượng gián tiếp.

Thương lượng trực tiếp là cách thức mà các bên tranh chấp trực tiếp gặp nhau bàn bạc, trao đổi và đề xuất ý kiến của mỗi bên nhằm tìm kiếm giải pháp loại trừ tranh chấp.

Thương lượng gián tiếp là cách thức các bên tranh chấp gửi cho nhau tài liệu giao dịch thể hiện quan điểm và yêu cầu của mình nhằm tìm kiếm giải pháp loại trừ tranh chấp.

Ưu điểm của thương lượng trực tiếp so với thương lượng gián tiếp là thông qua những cuộc đàm phán, tiếp xúc trực tiếp, các bên

nhanh chóng hiểu biết được quan điểm, thái độ hợp tác và thiện chí của mỗi bên và có sự điều chỉnh thích ứng để ý chí của các bên sớm được gặp nhau nhằm tiến tới một giải pháp chung nhất có thể lựa chọn để giải quyết vụ tranh chấp. Bởi vậy, khi quan điểm, thái độ và ý chí của các bên có sự cách biệt quá lớn, khó có thể đạt được sự thỏa thuận thì thông qua cách thức thương lượng trực tiếp, các bên tranh chấp có thể nhanh chóng quyết định thay đổi phương thức giải quyết tranh chấp thích hợp nhằm hạn chế sự dây dưa, kéo dài vụ tranh chấp. Tuy nhiên, thương lượng trực tiếp có thể gặp những trở ngại nhất định so với thương lượng gián tiếp, nếu các bên tranh chấp ở quá xa nhau, việc đi lại gặp nhiều khó khăn. Trong những trường hợp này, chi phí thời gian, tiền bạc cho việc đi lại, ăn ở để đàm phán trực tiếp thường lớn hơn nhiều so với đàm phán gián tiếp, nhất là khi một bên thiếu sự hợp tác và tính thiện chí không cao trong quá trình đàm phán. Ngoài ra, sự thành công của mại có thể được thực hiện bằng nhiều cách thức: thương lượng trực tiếp, thương lượng gián tiếp và kết hợp thương lượng trực tiếp với thương lượng gián tiếp.

Thương lượng trực tiếp là cách thức mà các bên tranh chấp trực tiếp gặp nhau bàn bạc, trao đổi và đề xuất ý kiến của mỗi bên nhằm tìm kiếm giải pháp loại trừ tranh chấp.

Thương lượng gián tiếp là cách thức các bên tranh chấp gửi cho nhau tài liệu giao dịch thể hiện quan điểm và yêu cầu của mình nhằm tìm kiếm giải pháp loại trừ tranh chấp.

Ưu điểm của thương lượng trực tiếp so với thương lượng gián tiếp là thông qua những cuộc đàm phán, tiếp xúc trực tiếp, các bên nhanh chóng hiểu biết được quan điểm, thái độ hợp tác và thiện chí của mỗi bên và có sự điều chỉnh thích ứng để ý chí của các bên sớm được gặp nhau nhằm tiến tới một giải pháp chung nhất có thể lựa chọn để giải quyết vụ tranh chấp. Bởi vậy, khi quan điểm, thái độ và

ý chí của các bên có sự cách biệt quá lớn, khó có thể đạt được sự thỏa thuận thì thông qua cách thức thương lượng trực tiếp, các bên tranh chấp có thể nhanh chóng quyết định thay đổi phương thức giải quyết tranh chấp thích hợp nhằm hạn chế sự dây dưa, kéo dài vụ tranh chấp. Tuy nhiên, thương lượng trực tiếp có thể gặp những trở ngại nhất định so với thương lượng gián tiếp, nếu các bên tranh chấp ở quá xa nhau, việc đi lại gặp nhiều khó khăn. Trong những trường hợp này, chi phí thời gian, tiền bạc cho việc đi lại, ăn ở để đàm phán trực tiếp thường lớn hơn nhiều so với đàm phán gián tiếp, nhất là khi một bên thiếu sự hợp tác và tính thiện chí không cao trong quá trình đàm phán. Ngoài ra, sự thành công của

thương lượng trực tiếp còn phụ thuộc rất lớn vào thái độ và kỹ năng đàm phán của đại diện mỗi bên tranh chấp. Trường hợp đại diện đàm phán của mỗi bên tranh chấp không biết lắng nghe, không có sự bình tĩnh, kiên trì, mềm dẻo cũng như không có khả năng thuyết phục đối tác thì cơ hội thương lượng thành công sẽ không cao, thậm chí dễ gây ức chế tâm lý và khả năng thách thức của mỗi bên. Trở ngại này lại có thể được khắc phục, bổ trợ bằng thương lượng gián tiếp. Quan điểm, thái độ và ý chí của mỗi bên thể hiện qua ngôn từ đã được trau chuốt, gọt giũa bởi văn phong viết trong đàm phán gián tiếp nên tính chặt chẽ, thuyết phục thường cao hơn và ít gây ức chế tâm lý cũng như thái độ thách thức của mỗi bên tranh chấp. Ưu điểm này của thương lượng gián tiếp cũng tùy thuộc vào khả năng và nghệ thuật khai thác của người chấp bút. Tuy nhiên, hạn chế của phương pháp thương lượng gián tiếp dễ nhận thấy khi các bên tranh chấp chưa có sự hiểu biết nhất định về nhau, quan điểm, thái độ và ý chí của các bên tranh chấp còn nhiều sự khác biệt sẽ dễ làm cho quá trình thương lượng bị kéo dài, thậm chí dễ dẫn đến bế tắc. Bởi vậy, trong thực tiễn giải quyết tranh chấp bằng thương lượng, tùy hoàn cảnh cụ thể cũng như "sở trường, sở đoản" của mỗi bên tranh chấp mà có thể áp dụng

phương pháp thương lượng trực tiếp hay thương lượng gián tiếp hoặc phối kết hợp thích ứng cả hai phương pháp này nhằm tăng cường tính hiệu quả và khả năng thành công của phương thức giải quyết tranh chấp thương mại bằng thương lượng.

Ưu điểm nổi bật của phương thức giải quyết tranh chấp này là sự thuận tiện, đơn giản, nhanh chóng, tính linh hoạt, hiệu quả và ít tốn kém. Mặt khác, giải quyết tranh chấp bằng thương lượng trực tiếp còn phụ thuộc rất lớn vào thái độ và kỹ năng đàm phán của đại diện mỗi bên tranh chấp. Trường hợp đại diện đàm phán của mỗi bên tranh chấp không biết lắng nghe, không có sự bình tĩnh, kiên trì, mềm dẻo cũng như không có khả năng thuyết phục đối tác thì cơ hội thương lượng thành công sẽ không cao, thậm chí dễ gây ức chế tâm lý và khả năng thách thức của mỗi bên. Trờ ngại này lại có thể được khắc phục, bổ trợ bằng thương lượng gián tiếp. Quan điểm, thái độ và ý chí của mỗi bên thể hiện qua ngôn từ đã được trau chuốt, gọt giũa bởi văn phong viết trong đàm phán gián tiếp nên tính chặt chẽ, thuyết phục thường cao hơn và ít gây ức chế tâm lý cũng như thái độ thách thức của mỗi bên tranh chấp. Ưu điểm này của thương lượng gián tiếp cũng tùy thuộc vào khả năng và nghệ thuật khai thác của người chấp bút. Tuy nhiên, hạn chế của phương pháp thương lượng gián tiếp dễ nhận thấy khi các bên tranh chấp chưa có sự hiểu biết nhất định về nhau, quan điểm, thái độ và ý chí của các bên tranh chấp còn nhiều sự khác biệt sẽ dễ làm cho quá trình thương lượng bị kéo dài, thậm chí dễ dẫn đến bế tắc. Bởi vậy, trong thực tiễn giải quyết tranh chấp bằng thương lượng, tùy hoàn cảnh cụ thể cũng như "sở trường, sở đoản" của mỗi bên tranh chấp mà có thể áp dụng phương pháp thương lượng trực tiếp hay thương lượng gián tiếp hoặc phối kết hợp thích ứng cả hai phương pháp này nhằm tăng cường tính hiệu quả và khả năng thành công của phương thức giải quyết tranh chấp thương mại bằng thương lượng.

Ưu điểm nổi bật của phương thức giải quyết tranh chấp này là sự

thuận tiện, đơn giản, nhanh chóng, tính linh hoạt, hiệu quả và ít tốn kém. Mặt khác, giải quyết tranh chấp bằng

thương lượng còn bảo vệ được uy tín cho các bên tranh chấp cũng như bí mật trong kinh doanh của các nhà kinh doanh. Các nhà kinh doanh hơn ai hết tự biết bảo vệ quyền lợi của bản thân mình, hiểu rõ những bất đồng và nguyên nhân phát sinh tranh chấp nên quá trình đàm phán, thương lượng dễ hiểu và cảm thông với nhau hơn để có thể thỏa thuận được các giải pháp tối ưu theo đúng nguyện vọng của mỗi bên mà không phải cơ quan tài phán nào cũng có thể làm được. Bởi vậy, nếu thương lượng thành công không những các bên đã loại bỏ được những bất đồng đã phát sinh mà mức độ phương hại đến mối quan hệ kinh doanh giữa các bên cũng thấp, tăng cường sự hiểu biết và hợp tác lẫn nhau trong tương lai.

Bên cạnh những ưu điểm nêu trên, phương thức giải quyết tranh chấp thương mại bằng thương lượng cũng có những hạn chế nhất định. Thương lượng thành công hay không hoàn toàn phụ thuộc vào sự hiểu biết và thái độ thiện chí, hợp tác của các bên tranh chấp. Khi một hoặc các bên tranh chấp thiếu sự hiểu biết về lĩnh vực và vấn đề đang tranh chấp, không nhận thức được vị thế của mình về khả năng thắng thua nếu phải theo đuổi vụ kiện tại cơ quan tài phán hoặc không có thái độ nỗ lực hợp tác, thiếu sự thiện chí, trung thực trong quá trình thương lượng thì khả năng thành công là rất mong manh, kết quả thương lượng thường bế tắc.

Ngoài ra, kết quả thương lượng lại không được đảm bảo bằng cơ chế pháp lí mang tính bắt buộc. Do vậy, dù các bên có đạt được thỏa thuận để giải quyết vụ tranh chấp thì việc thực thi kết quả thương lượng cũng vẫn phụ thuộc vào sự tự nguyện của bên phải thi hành. Nếu một bên không tự nguyện thi hành thì kết quả thương lượng cũng chỉ tồn tại trên giấy thương lượng còn bảo vệ được uy tín cho các bên

tranh chấp cũng như bí mật trong kinh doanh của các nhà kinh doanh. Các nhà kinh doanh hơn ai hết tự biết bảo vệ quyền lợi của bản thân mình, hiểu rõ những bất đồng và nguyên nhân phát sinh tranh chấp nên quá trình đàm phán, thương lượng dễ hiểu và cảm thông với nhau hơn để có thể thỏa thuận được các giải pháp tối ưu theo đúng nguyện vọng của mỗi bên mà không phải cơ quan tài phán nào cũng có thể làm được. Bởi vậy, nếu thương lượng thành công không những các bên đã loại bỏ được những bất đồng đã phát sinh mà mức độ phương hại đến mỗi quan hệ kinh doanh giữa các bên cũng thấp, tăng cường sự hiểu biết và hợp tác lẫn nhau trong tương lai.

Bên cạnh những ưu điểm nêu trên, phương thức giải quyết tranh chấp thương mại bằng thương lượng cũng có những hạn chế nhất định. Thương lượng thành công hay không hoàn toàn phụ thuộc vào sự hiểu biết và thái độ thiện chí, hợp tác của các bên tranh chấp. Khi một hoặc các bên tranh chấp thiếu sự hiểu biết về lĩnh vực và vấn đề đang tranh chấp, không nhận thức được vị thế của mình về khả năng thắng thua nếu phải theo đuổi vụ kiện tại cơ quan tài phán hoặc không có thái độ nỗ lực hợp tác, thiếu sự thiện chí, trung thực trong quá trình thương lượng thì khả năng thành công là rất mong manh, kết quả thương lượng thường bế tắc.

Ngoài ra, kết quả thương lượng lại không được đảm bảo bằng cơ chế pháp lý mang tính bắt buộc. Do vậy, dù các bên có đạt được thỏa thuận để giải quyết vụ tranh chấp thì việc thực thi kết quả thương lượng cũng vẫn phụ thuộc vào sự tự nguyện của bên phải thi hành. Nếu một bên không tự nguyện thi hành thì kết quả thương lượng cũng chỉ tồn tại trên giấy

mà không có một cơ chế pháp lí trực tiếp nào bắt buộc thi hành đối với kết quả thương lượng của các bên.

Những hạn chế này của thương lượng dễ bị lạm dụng trong thực tiễn giải quyết tranh chấp thương mại. Nhiều trường hợp vì thiếu sự thiện chí, hợp tác trong quá trình giải quyết vụ tranh chấp mà một bên đã tìm mọi cách trì hoãn quá trình thương lượng nhằm kéo dài vụ tranh chấp, nhất là khi thời hiệu khởi kiện không còn nhiều. Bởi vậy, các bên tranh chấp thường phải lưu ý, cân nhắc đến yếu tố này trước hoặc trong khi tiến hành thương lượng để có giải pháp lựa chọn hợp lí trong quá trình giải quyết vụ tranh chấp thương mại.

2. Hoà giải

Hoà giải là phương thức giải quyết tranh chấp với sự tham gia của bên thứ ba làm trung gian hoà giải để hỗ trợ, thuyết phục các bên tranh chấp tìm kiếm các giải pháp nhằm loại trừ tranh chấp đã phát sinh.

Bản chất của hoà giải được thể hiện qua các đặc trưng cơ bản sau đây:

- Thứ nhất, việc giải quyết tranh chấp thương mại bằng hoà giải đã có sự hiện diện của bên thứ ba (do các bên tranh chấp lựa chọn) làm trung gian để trợ giúp các bên tìm kiếm giải pháp tối ưu nhằm loại trừ tranh chấp.

Điểm khác biệt cơ bản giữa hoà giải và thương lượng là trong hoà giải luôn có sự xuất hiện của người thứ ba tham gia vào quá trình giải quyết tranh chấp còn thương lượng là sự tự giải quyết tranh chấp giữa các bên mà không có sự xuất hiện của người thứ ba.

Những hạn chế này của thương lượng dễ bị lạm dụng trong thực tiễn giải quyết tranh chấp thương mại. Nhiều trường hợp vì thiếu sự

mà không có một cơ pháp lí trực tiếp nào bắt buộc thi hành đối với kết quả thương lượng của các bên.

thiện chí, hợp tác trong quá trình giải quyết vụ tranh chấp mà một bên đã tìm mọi cách trì hoãn quá trình thương lượng nhằm kéo dài vụ tranh chấp, nhất là khi thời hiệu khởi kiện không còn nhiều. Bởi vậy, các bên tranh chấp thường phải lưu ý, cân nhắc đến yếu tố này trước hoặc trong khi tiến hành thương lượng để có giải pháp lựa chọn hợp lí trong quá trình giải quyết vụ tranh chấp thương mại.

2. Hoà giải

Hoà giải là phương thức giải quyết tranh chấp với sự tham gia của bên thứ ba làm trung gian hoà giải để hỗ trợ, thuyết phục các bên tranh chấp tìm kiếm các giải pháp nhằm loại trừ tranh chấp đã phát sinh.

Bản chất của hoà giải được thể hiện qua các đặc trưng cơ bản sau đây:

- Thứ nhất, việc giải quyết tranh chấp thương mại bằng hoà giải đã có sự hiện diện của bên thứ ba (do các bên tranh chấp lựa chọn) làm trung gian để trợ giúp các bên tìm kiếm giải pháp tối ưu nhằm loại trừ tranh chấp.

Điểm khác biệt cơ bản giữa hoà giải và thương lượng là trong hoà giải luôn có sự xuất hiện của người thứ ba tham gia vào quá trình giải quyết tranh chấp còn thương lượng là sự tự giải quyết tranh chấp giữa các bên mà không có sự xuất hiện của người thứ ba.

Tuy nhiên, bên thứ ba làm trung gian hoà giải không có quyền quyết định hay áp đặt bất cứ vấn đề gì nhằm ràng buộc các bên tranh chấp. Quyền quyết định cuối cùng vẫn thuộc về các bên tranh chấp khi họ thống nhất được ý chí với nhau về giải quyết vụ tranh chấp trên cơ sở hướng dẫn, trợ giúp của người thứ ba làm trung gian hoà giải.

Tuy cùng có sự tham gia của người thứ ba vào quá trình giải quyết tranh chấp nhưng hoà giải khác với phương thức giải quyết tranh chấp thương mại tại trọng tài hay toà án bởi vai trò của người thứ ba. Trọng tài hay toà án với tư cách người thứ ba tham gia vào giải quyết vụ tranh chấp lại có quyền ra phán quyết để ràng buộc các bên tranh chấp.

- Thứ hai, quá trình hoà giải các bên tranh chấp cũng không chịu sự chi phối bởi các quy định có tính khuôn mẫu, bắt buộc của pháp luật về thủ tục hoà giải.

Cũng giống như thương lượng, pháp luật hiện hành của Việt Nam không có quy định nào ràng buộc, chi phối đến cơ chế hoà giải ngoài các quy định có tính chất ghi nhận thương lượng, hoà giải là những phương thức giải quyết tranh chấp được các bên tranh chấp ưu tiên lựa chọn để giải quyết tranh chấp phát sinh.

- Thứ ba, kết quả hoà giải thành được thực thi cũng hoàn toàn phụ thuộc vào sự tự nguyện của các bên tranh chấp mà không có bất kì cơ chế pháp lí nào bảo đảm thi hành những cam kết của các bên trong quá trình hoà giải.

Cũng giống như thương lượng, giải quyết tranh chấp thương mại bằng hoà giải thực chất vẫn được thực hiện bởi cơ chế tự giải quyết và hoàn toàn dựa trên cơ sở tự nguyện

Tuy nhiên, bên thứ ba làm trung gian hoà giải không có quyền quyết định hay áp đặt bất cứ vấn đề gì nhằm ràng buộc các bên tranh chấp. Quyền quyết định cuối cùng vẫn thuộc về các bên tranh chấp

khi họ thống nhất được ý chí với nhau về giải quyết vụ tranh chấp trên cơ sở hướng dẫn, trợ giúp của người thứ ba làm trung gian hoà giải.

Tuy cùng có sự tham gia của người thứ ba vào quá trình giải quyết tranh chấp nhưng hoà giải khác với phương thức giải quyết tranh chấp thương mại tại trọng tài hay toà án bởi vai trò của người thứ ba. Trọng tài hay toà án với tư cách người thứ ba tham gia vào giải quyết vụ tranh chấp lại có quyền ra phán quyết để ràng buộc các bên tranh chấp.

- Thứ hai, quá trình hoà giải các bên tranh chấp cũng không chịu sự chi phối bởi các quy định có tính khuôn mẫu, bắt buộc của pháp luật về thủ tục hoà giải.

Cũng giống như thương lượng, pháp luật hiện hành của Việt Nam không có quy định nào ràng buộc, chi phối đến cơ chế hoà giải ngoài các quy định có tính chất ghi nhận thương lượng, hoà giải là những phương thức giải quyết tranh chấp được các bên tranh chấp ưu tiên lựa chọn để giải quyết tranh chấp phát sinh.

- Thứ ba, kết quả hoà giải thành được thực thi cũng hoàn toàn phụ thuộc vào sự tự nguyện của các bên tranh chấp mà không có bất kì cơ chế pháp lí nào bảo đảm thi hành những cam kết của các bên trong quá trình hoà giải.

Cũng giống như thương lượng, giải quyết tranh chấp thương mại bằng hoà giải thực chất vẫn được thực hiện bởi cơ chế tự giải quyết và hoàn toàn dựa trên cơ sở tự nguyện của các bên tranh chấp.

ở đây, cần phân biệt hoà giải với sự tham gia của bên thứ ba được các bên lựa chọn (hoà giải ngoài tổ tụng) và hoà giải được tiến hành tại toà án hay trọng tài (hoà giải trong tổ tụng).⁽¹⁾

Quá trình giải quyết tranh chấp thương mại bằng hoà giải, người

thứ ba được các bên lựa chọn làm trung gian hoà giải có vai trò quan trọng và giữ vị trí trung tâm mặc dù quyết định cuối cùng vẫn thuộc về các bên tranh chấp. Tuy pháp luật không có quy định nhưng với vị trí, vai trò của người trung gian hoà giải họ cần phải hội đủ những phẩm chất nhất định, như: có trình độ chuyên môn, nghiệp vụ; am hiểu pháp luật, có kinh nghiệm thực tiễn và có sự độc lập, trung lập với các bên tranh chấp. Người trung gian hoà giải không thể có lợi ích liên quan hoặc xung đột với lợi ích của các bên tranh chấp. Có như vậy, người thứ ba mới có đủ uy tín và độ tin cậy cần thiết để các bên tranh chấp mời làm trung gian hoà giải.

Để tiến hành hoà giải đạt hiệu quả mong muốn, thông thường các bên tranh chấp cần tiến hành các bước sau đây:

- Các bên tranh chấp trao đổi thông tin, tài liệu, những vấn đề có liên quan để làm rõ yêu cầu cũng như khả năng, vị thế của mỗi bên đồng thời thương thảo lựa chọn bên (hoặc các bên) làm trung gian hoà giải (hội đồng định giá, giám định viên...) nếu các bên chưa có thỏa thuận hoặc mới có thỏa thuận mang tính nguyên tắc về trung gian hoà giải.

(1).Xem: Học viện tư pháp, *Kỹ năng giải quyết các vụ án kinh tế*, Nxb. Thống kê, Hà Nội, 2004, tr. 236.

của các bên tranh chấp.

ở đây, cần phân biệt hoà giải với sự tham gia của bên thứ ba được các bên lựa chọn (hoà giải ngoài tổ tụng) và hoà giải được tiến hành tại toà án hay trọng tài (hoà giải trong tổ tụng).⁽¹⁾

Quá trình giải quyết tranh chấp thương mại bằng hoà giải, người thứ ba được các bên lựa chọn làm trung gian hoà giải có vai trò quan trọng và giữ vị trí trung tâm mặc dù quyết định cuối cùng vẫn thuộc về

các bên tranh chấp. Tuy pháp luật không có quy định nhưng với vị trí, vai trò của người trung gian hoà giải họ cần phải hội đủ những phẩm chất nhất định, như: có trình độ chuyên môn, nghiệp vụ; am hiểu pháp luật, có kinh nghiệm thực tiễn và có sự độc lập, trung lập với các bên tranh chấp. Người trung gian hoà giải không thể có lợi ích liên quan hoặc xung đột với lợi ích của các bên tranh chấp. Có như vậy, người thứ ba mới có đủ uy tín và độ tin cậy cần thiết để các bên tranh chấp mời làm trung gian hoà giải.

Để tiến hành hoà giải đạt hiệu quả mong muốn, thông thường các bên tranh chấp cần tiến hành các bước sau đây:

- Các bên tranh chấp trao đổi thông tin, tài liệu, những vấn đề có liên quan để làm rõ yêu cầu cũng như khả năng, vị thế của mỗi bên đồng thời thương thảo lựa chọn bên (hoặc các bên) làm trung gian hoà giải (hội đồng định giá, giám định viên...) nếu các bên chưa có thỏa thuận hoặc mới có thỏa thuận mang tính nguyên tắc về trung gian hoà giải.

(1).Xem: Học viện tư pháp, *Kỹ năng giải quyết các vụ án kinh tế*, Nxb. Thống kê, Hà Nội, 2004, tr. 236.

- Các bên có thể xác định một thủ tục (quy trình) tiến hành hoà giải qua trung gian. Nếu không có thỏa thuận về vấn đề này thì có thể hiểu một thủ tục linh hoạt, mềm dẻo đã được các bên trao cho người trung gian hoà giải có toàn quyền quyết định. Trong trường hợp này, người trung gian hoà giải cần giải thích cho các bên tranh chấp biết về bản chất của thủ tục hoà giải cũng như những quy ước chủ yếu được áp dụng trong quá trình hoà giải mà các bên phải tuân thủ như: phải giữ thái độ hòa hảo đối với nhau, tôn trọng và biết lắng nghe quyền trình bày của người khác...

- Các bên trình bày ý kiến, quan điểm của mình về nội dung vụ tranh chấp, lắng nghe ý kiến của người khác và đề xuất phương án giải quyết tranh chấp.

- Người trung gian hoà giải xem xét, phân tích, đánh giá các tình tiết của vụ việc, làm sáng tỏ vị thế của các bên tranh chấp. Khi cần thiết, người trung gian hoà giải có thể gặp gỡ, trao đổi riêng đối với một hoặc các bên tranh chấp để phân tích, thuyết phục các bên. Các ý kiến, nhận xét, bình luận và những đề xuất về giải pháp có thể lựa chọn của người trung gian hoà giải chỉ có tính chất khuyến nghị, tham vấn đối với các bên tranh chấp.

- Trên cơ sở những phân tích, đánh giá và khuyến nghị của người trung gian hoà giải về các giải pháp cần lựa chọn, nếu các bên thỏa thuận được với nhau về phương án giải quyết tranh chấp thì nội dung sự thỏa thuận phải được ghi nhận bằng văn bản có đầy đủ chữ kí xác nhận của đại diện các bên và người trung gian hoà giải. Văn bản thỏa thuận này có giá trị ràng buộc các bên và các bên phải tôn trọng, tự

- Các bên có thể xác định một thủ tục (quy trình) tiến hành hoà giải qua trung gian. Nếu không có thỏa thuận về vấn đề này thì có thể hiểu một thủ tục linh hoạt, mềm dẻo đã được các bên trao cho người trung gian hoà giải có toàn quyền quyết định. Trong trường hợp này, người trung gian hoà giải cần giải thích cho các bên tranh chấp biết về bản chất của thủ tục hoà giải cũng như những quy ước chủ yếu được áp dụng trong quá trình hoà giải mà các bên phải tuân thủ như: phải giữ thái độ hòa hảo đối với nhau, tôn trọng và biết lắng nghe quyền trình bày của người khác...

- Các bên trình bày ý kiến, quan điểm của mình về nội dung vụ tranh chấp, lắng nghe ý kiến của người khác và đề xuất phương án giải quyết tranh chấp.

- Người trung gian hoà giải xem xét, phân tích, đánh giá các tình

tiết của vụ việc, làm sáng tỏ vị thế của các bên tranh chấp. Khi cần thiết, người trung gian hoà giải có thể gặp gỡ, trao đổi riêng đối với một hoặc các bên tranh chấp để phân tích, thuyết phục các bên. Các ý kiến, nhận xét, bình luận và những đề xuất về giải pháp có thể lựa chọn của người trung gian hoà giải chỉ có tính chất khuyến nghị, tham vấn đối với các bên tranh chấp.

- Trên cơ sở những phân tích, đánh giá và khuyến nghị của người trung gian hoà giải về các giải pháp cần lựa chọn, nếu các bên thỏa thuận được với nhau về phương án giải quyết tranh chấp thì nội dung sự thỏa thuận phải được ghi nhận bằng văn bản có đầy đủ chữ kí xác nhận của đại diện các bên và người trung gian hoà giải. Văn bản thỏa thuận này có giá trị ràng buộc các bên và các bên phải tôn trọng, tự nguyện thực hiện như đã cam kết.⁽¹⁾

Giải quyết tranh chấp thương mại bằng hoà giải cũng có nhiều ưu điểm như phương thức thương lượng, bởi tính đơn giản, thuận tiện, nhanh chóng, sự linh hoạt, hiệu quả và ít tốn kém.

Bên cạnh những ưu điểm chung, hoà giải còn có ưu điểm vượt trội được mang lại bởi sự tham gia của người thứ ba trong quá trình giải quyết tranh chấp mà bản thân phương thức thương lượng không thể có được. Người thứ ba được các bên chọn làm trung gian hoà giải thường là người có trình độ chuyên môn, có kinh nghiệm, am hiểu lĩnh vực và vấn đề đang tranh chấp. Khi hiểu rõ được nguyên nhân, hoàn cảnh phát sinh mâu thuẫn cũng như quan điểm, nhận thức của mỗi bên, họ sẽ biết cách làm cho ý chí của các bên dễ gặp nhau trong quá trình đàm phán để loại trừ tranh chấp. Vì vậy, trong những trường hợp kinh nghiệm và sự hiểu biết của các bên về vấn đề tranh chấp còn nhiều hạn chế, giải quyết tranh chấp bằng thương lượng sẽ khó có khả năng đạt kết quả, nhưng khi có sự can thiệp của người thứ ba làm trung gian hoà giải thì cơ hội thành công lại cao hơn.

Ngoài ra, kết quả hoà giải được ghi nhận và chứng kiến bởi người thứ ba nên mức độ tôn trọng và tự nguyện tuân thủ các cam kết đã đạt được trong quá trình hoà giải giữa các

(1).Xem: - PGS.TS. Trần Đình Hào, *Hoà giải/thương lượng - lựa chọn biện pháp giải quyết tranh chấp kinh doanh*, Kí yếu Hội thảo giải quyết tranh chấp kinh doanh và phá sản doanh nghiệp, Trung tâm nghiên cứu và hỗ trợ pháp lí, Trường đại học khoa học xã hội và nhân văn, Nxb. Giao thông vận tải (6/2000).

- TS. Phan Chí Hiếu, *Tranh chấp hợp đồng và các phương thức giải quyết tranh chấp hợp đồng*, Tập bài giảng, Trường Đại học Luật Hà Nội, Dự án ADB - TA N° 2853 - VIE, Hà Nội, 1999.

nguyện thực hiện như đã cam kết.⁽¹⁾

Giải quyết tranh chấp thương mại bằng hoà giải cũng có nhiều ưu điểm như phương thức thương lượng, bởi tính đơn giản, thuận tiện, nhanh chóng, sự linh hoạt, hiệu quả và ít tốn kém.

Bên cạnh những ưu điểm chung, hoà giải còn có ưu điểm vượt trội được mang lại bởi sự tham gia của người thứ ba trong quá trình giải quyết tranh chấp mà bản thân phương thức thương lượng không thể có được. Người thứ ba được các bên chọn làm trung gian hoà giải thường là người có trình độ chuyên môn, có kinh nghiệm, am hiểu lĩnh vực và vấn đề đang tranh chấp. Khi hiểu rõ được nguyên nhân, hoàn cảnh phát sinh mâu thuẫn cũng như quan điểm, nhận thức của mỗi bên, họ sẽ biết cách làm cho ý chí của các bên dễ gặp nhau trong quá trình đàm phán để loại trừ tranh chấp. Vì vậy, trong những trường hợp kinh nghiệm và sự hiểu biết của các bên về vấn đề tranh chấp còn nhiều hạn chế, giải quyết tranh chấp bằng thương lượng sẽ khó có khả năng đạt kết quả, nhưng khi có sự can thiệp của người thứ ba làm trung gian hoà giải thì cơ hội thành công lại cao hơn.

Ngoài ra, kết quả hoà giải được ghi nhận và chứng kiến bởi người thứ ba nên mức độ tôn trọng và tự nguyện tuân thủ các cam kết đã đạt

được trong quá trình hoà giải giữa các

(1).Xem: - PGS.TS. Trần Đình Hào, *Hoà giải/thương lượng - lựa chọn biện pháp giải quyết tranh chấp kinh doanh*, Ki yếu Hội thảo giải quyết tranh chấp kinh doanh và phá sản doanh nghiệp, Trung tâm nghiên cứu và hỗ trợ pháp lí, Trường đại học khoa học xã hội và nhân văn, Nxb. Giao thông vận tải (6/2000).

- TS. Phan Chí Hiếu, *Tranh chấp hợp đồng và các phương thức giải quyết tranh chấp hợp đồng*, Tập bài giảng, Trường Đại học Luật Hà Nội, Dự án ADB - TA N° 2853 - VIE, Hà Nội, 1999.

bên cũng cao hơn so với phương thức thương lượng.

Bên cạnh những ưu điểm nêu trên, hoà giải cũng không thoát li được những hạn chế tương tự như phương thức thương lượng, bởi nền tảng của hoà giải vẫn được quyết định trên cơ sở ý chí thỏa thuận cũng như sự tự nguyện thi hành của mỗi bên tranh chấp. Bởi vậy, dù có sự trợ giúp của người thứ ba làm trung gian hoà giải mà một bên không trung thực, thiếu sự thiện chí, hợp tác trong quá trình đàm phán thì hoà giải cũng khó có thể đạt được kết quả mong đợi.

Ngoài ra, trong quá trình hoà giải các bên phải trao đổi, cung cấp thông tin với người thứ ba về hoạt động kinh doanh của mỗi bên liên quan đến vụ tranh chấp nên uy tín cũng như bí mật trong kinh doanh của mỗi bên dễ bị ảnh hưởng hơn phương thức thương lượng. Bên cạnh đó, chi phí cho quá trình giải quyết tranh chấp thương mại bằng hoà giải cũng thường tốn kém hơn so với thương lượng, bởi một hoặc các bên tranh chấp phải trả khoản dịch vụ phí cho người thứ ba làm trung gian hoà giải.

III. TRỌNG TÀI THƯƠNG MẠI

1. Các hình thức trọng tài thương mại

Trọng tài thương mại tồn tại dưới hai hình thức, đó là trọng tài vụ việc (trọng tài ad-hoc) và trọng tài thường trực.

a. Trọng tài vụ việc

Trọng tài vụ việc là phương thức trọng tài do các bên tranh chấp thoả thuận thành lập để giải quyết vụ tranh chấp giữa các bên và trọng tài sẽ tự chấm dứt tồn tại khi giải quyết

bên cũng cao hơn so với phương thức thương lượng.

Bên cạnh những ưu điểm nêu trên, hoà giải cũng không thoát li được những hạn chế tương tự như phương thức thương lượng, bởi nền tảng của hoà giải vẫn được quyết định trên cơ sở ý chí thoả thuận cũng như sự tự nguyện thi hành của mỗi bên tranh chấp. Bởi vậy, dù có sự trợ giúp của người thứ ba làm trung gian hoà giải mà một bên không trung thực, thiếu sự thiện chí, hợp tác trong quá trình đàm phán thì hoà giải cũng khó có thể đạt được kết quả mong đợi.

Ngoài ra, trong quá trình hoà giải các bên phải trao đổi, cung cấp thông tin với người thứ ba về hoạt động kinh doanh của mỗi bên liên quan đến vụ tranh chấp nên uy tín cũng như bí mật trong kinh doanh của mỗi bên dễ bị ảnh hưởng hơn phương thức thương lượng. Bên cạnh đó, chi phí cho quá trình giải quyết tranh chấp thương mại bằng hoà giải cũng thường tốn kém hơn so với thương lượng, bởi một hoặc các bên tranh chấp phải trả khoản dịch vụ phí cho người thứ ba làm trung gian hoà giải.

III. TRỌNG TÀI THƯƠNG MẠI

1. Các hình thức trọng tài thương mại

Trọng tài thương mại tồn tại dưới hai hình thức, đó là trọng tài vụ việc (trọng tài ad-hoc) và trọng tài thường trực.

a. Trọng tài vụ việc

Trọng tài vụ việc là phương thức trọng tài do các bên tranh chấp thoả thuận thành lập để giải quyết vụ tranh chấp giữa các bên và

trọng tài sẽ tự chấm dứt tồn tại khi giải quyết

xong vụ tranh chấp.

Trọng tài vụ việc là hình thức trọng tài xuất hiện sớm nhất, được sử dụng rộng rãi ở các nước trên thế giới. Pháp luật về trọng tài của các nước trên thế giới đều ghi nhận sự tồn tại của hình thức trọng tài này. Tuy nhiên, quy định của pháp luật các nước về hình thức trọng tài này cũng ở mức độ sâu, rộng khác nhau.

Bản chất của trọng tài vụ việc được thể hiện qua các đặc trưng cơ bản sau đây:

- Thứ nhất, trọng tài vụ việc chỉ được thành lập khi phát sinh tranh chấp và tự chấm dứt hoạt động (tự giải thể) khi giải quyết xong tranh chấp.

Tính chất “vụ việc” hay “lâm thời” của hình thức trọng tài này thể hiện ở chỗ trọng tài chỉ được thành lập theo thoả thuận của các bên tranh chấp để giải quyết vụ tranh chấp cụ thể giữa các bên. Hình thức trọng tài này chỉ tồn tại và hoạt động trong thời gian giải quyết vụ tranh chấp giữa các bên, khi giải quyết xong vụ tranh chấp, trọng tài tự chấm dứt hoạt động.

- Thứ hai, trọng tài vụ việc không có trụ sở thường trực, không có bộ máy điều hành (vì chỉ được thành lập để giải quyết vụ tranh chấp theo sự thoả thuận của các bên) và không có danh sách trọng tài viên riêng.

Trọng tài viên được các bên chọn hoặc được chỉ định có thể là người có tên trong hoặc ngoài danh sách trọng tài viên của bất cứ trung tâm trọng tài nào.

- Thứ ba, trọng tài vụ việc không có quy tắc tố tụng dành riêng cho mình.

xong vụ tranh chấp.

Trọng tài vụ việc là hình thức trọng tài xuất hiện sớm nhất, được sử dụng rộng rãi ở các nước trên thế giới. Pháp luật về trọng tài của các nước trên thế giới đều ghi nhận sự tồn tại của hình thức trọng tài này. Tuy nhiên, quy định của pháp luật các nước về hình thức trọng tài này cũng ở mức độ sâu, rộng khác nhau.

Bản chất của trọng tài vụ việc được thể hiện qua các đặc trưng cơ bản sau đây:

- Thứ nhất, trọng tài vụ việc chỉ được thành lập khi phát sinh tranh chấp và tự chấm dứt hoạt động (tự giải thể) khi giải quyết xong tranh chấp.

Tính chất “vụ việc” hay “lâm thời” của hình thức trọng tài này thể hiện ở chỗ trọng tài chỉ được thành lập theo thoả thuận của các bên tranh chấp để giải quyết vụ tranh chấp cụ thể giữa các bên. Hình thức trọng tài này chỉ tồn tại và hoạt động trong thời gian giải quyết vụ tranh chấp giữa các bên, khi giải quyết xong vụ tranh chấp, trọng tài tự chấm dứt hoạt động.

- Thứ hai, trọng tài vụ việc không có trụ sở thường trực, không có bộ máy điều hành (vì chỉ được thành lập để giải quyết vụ tranh chấp theo sự thoả thuận của các bên) và không có danh sách trọng tài viên riêng.

Trọng tài viên được các bên chọn hoặc được chỉ định có thể là người có tên trong hoặc ngoài danh sách trọng tài viên của bất cứ trung tâm trọng tài nào.

- Thứ ba, trọng tài vụ việc không có quy tắc tố tụng dành riêng cho mình.

sinh tranh chấp nên quy tắc tố tụng để giải quyết vụ tranh chấp phải được các bên thoả thuận xây dựng. Tuy nhiên, để tránh lãng phí thời gian cũng như công sức đầu tư vào việc xây dựng quy tắc tố tụng, các bên tranh chấp có thể thoả thuận lựa chọn bất kì một quy tắc tố tụng

Trọng tài vụ việc chỉ được các bên thành lập khi phát

phổ biến nào, mà thông thường là quy tắc tố tụng của các trung tâm trọng tài có uy tín ở trong nước và quốc tế.

Trọng tài vụ việc lần đầu tiên được quy định tại Pháp lệnh trọng tài thương mại một cách cụ thể, rõ ràng về cách thức hình thành, quy trình tố tụng cũng như giá trị của phán quyết và cơ chế bảo đảm thi hành quyết định của trọng tài vụ việc. Trước khi ban hành Pháp lệnh trọng tài thương mại, hình thức trọng tài vụ việc mới chỉ được ghi nhận là một phương thức giải quyết tranh chấp mà chưa có bất kì quy định nào về cơ chế giải quyết tranh chấp bằng trọng tài vụ việc. Bởi vậy, pháp luật về trọng tài vụ việc ở Việt Nam suốt thời gian dài vẫn dậm chân tại chỗ, chỉ đến khi ban hành Pháp lệnh trọng tài thương mại thì diện mạo của trọng tài vụ việc ở Việt Nam mới được khắc họa rõ nét.

So với trọng tài thường trực, trọng tài vụ việc có một số ưu thế sau đây:

- Có thể giải quyết một cách nhanh chóng vụ tranh chấp và ít tốn kém, bởi xét cho cùng trọng tài vụ việc vẫn chủ yếu phụ thuộc vào ý chí của các bên tranh chấp;

- Quyền lựa chọn trọng tài viên của các bên đương sự không bị giới hạn bởi danh sách trọng tài viên sẵn có như hình thức trọng tài thường trực mà có thể lựa chọn bất kì trọng tài viên nào trong và ngoài danh sách trọng tài viên của bất kì trung tâm trọng tài nào;

sinh tranh chấp nên quy tắc tố tụng để giải quyết vụ tranh chấp phải được các bên thỏa thuận xây dựng. Tuy nhiên, để tránh lãng phí thời gian cũng như công sức đầu tư vào việc xây dựng quy tắc tố tụng, các bên tranh chấp có thể thỏa thuận lựa chọn bất kì một quy tắc tố tụng phổ biến nào, mà thông thường là quy tắc tố tụng của các trung tâm trọng tài có uy tín ở trong nước và quốc tế.

Trọng tài vụ việc lần đầu tiên được quy định tại Pháp lệnh trọng

tài thương mại một cách cụ thể, rõ ràng về cách thức hình thành, quy trình tổ tụng cũng như giá trị của phán quyết và cơ chế bảo đảm thi hành quyết định của trọng tài vụ việc. Trước khi ban hành Pháp lệnh trọng tài thương mại, hình thức trọng tài vụ việc mới chỉ được ghi nhận là một phương thức giải quyết tranh chấp mà chưa có bất kì quy định nào về cơ chế giải quyết tranh chấp bằng trọng tài vụ việc. Bởi vậy, pháp luật về trọng tài vụ việc ở Việt Nam suốt thời gian dài vẫn dậm chân tại chỗ, chỉ đến khi ban hành Pháp lệnh trọng tài thương mại thì diện mạo của trọng tài vụ việc ở Việt Nam mới được khắc họa rõ nét.

So với trọng tài thường trực, trọng tài vụ việc có một số ưu thế sau đây:

- Có thể giải quyết một cách nhanh chóng vụ tranh chấp và ít tốn kém, bớt xét cho cùng trọng tài vụ việc vẫn chủ yếu phụ thuộc vào ý chí của các bên tranh chấp;

- Quyền lựa chọn trọng tài viên của các bên đương sự không bị giới hạn bởi danh sách trọng tài viên sẵn có như hình thức trọng tài thường trực mà có thể lựa chọn bất kì trọng tài viên nào trong và ngoài danh sách trọng tài viên của bất kì trung tâm trọng tài nào;

- Các bên tranh chấp có quyền rộng rãi trong việc xác định quy tắc tố tụng để giải quyết tranh chấp giữa các bên. Trong khi đó, ở hình thức trọng tài thường trực, các bên chủ yếu chịu ràng buộc bởi quy tắc tố tụng của chính trung tâm trọng tài mà các bên đã lựa chọn.

b. Trọng tài thường trực

ở các nước trên thế giới, trọng tài thường trực thường được tổ chức dưới những hình thức đa dạng như: các trung tâm trọng tài (Trung tâm trọng tài quốc tế Singapore, Trung tâm trọng tài thương mại quốc tế Australia, Trung tâm trọng tài quốc tế Hồng Kông...), các hiệp hội trọng tài (Hiệp hội trọng tài Hoa Kỳ, Hiệp hội trọng tài Nhật

Bản) hay các viện trọng tài (Viện trọng tài Stockholm-Thụy Điển) nhưng chủ yếu và phổ biến được tổ chức dưới dạng các trung tâm trọng tài.

Về bản chất, trọng tài ở hầu hết các nước trên thế giới đều tồn tại dưới hình thức trọng tài phi chính phủ (tổ chức xã hội nghề nghiệp), không nằm trong bộ máy nhà nước. Tuy nhiên, vẫn có những ngoại lệ mang sắc thái riêng trong pháp luật trọng tài ở một số nước châu Á như: Trung Quốc, Thái Lan. Ở Trung Quốc, các ủy ban trọng tài hợp đồng kinh tế là những cơ quan nhà nước thuộc cục quản lý hành chính công thương các cấp. Thái Lan thành lập Viện trọng tài thuộc Bộ tư pháp, có quy tắc tổ tụng riêng nhằm hỗ trợ, phát triển các hoạt động hoà giải và trọng tài.⁽¹⁾

Theo pháp luật Việt Nam, trọng tài thường trực được tổ

(1). Xem: Trường Đại học Luật Hà Nội, *Trọng tài kinh tế - một hình thức giải quyết tranh chấp kinh tế ở nước ta*, Đề tài khoa học cấp trường, mã số: LH 95 - 008, tr. 56 - 68.

- Các bên tranh chấp có quyền rộng rãi trong việc xác định quy tắc tổ tụng để giải quyết tranh chấp giữa các bên. Trong khi đó, ở hình thức trọng tài thường trực, các bên chủ yếu chịu ràng buộc bởi quy tắc tổ tụng của chính trung tâm trọng tài mà các bên đã lựa chọn.

b. Trọng tài thường trực

Ở các nước trên thế giới, trọng tài thường trực thường được tổ chức dưới những hình thức đa dạng như: các trung tâm trọng tài (Trung tâm trọng tài quốc tế Singapore, Trung tâm trọng tài thương mại quốc tế Australia, Trung tâm trọng tài quốc tế Hồng Kông...), các hiệp hội trọng tài (Hiệp hội trọng tài Hoa Kỳ, Hiệp hội trọng tài Nhật Bản) hay các viện trọng tài (Viện trọng tài Stockholm-Thụy Điển) nhưng chủ yếu và phổ biến được tổ chức dưới dạng các trung tâm trọng tài.

Về bản chất, trọng tài ở hầu hết các nước trên thế giới đều tồn tại dưới hình thức trọng tài phi chính phủ (tổ chức xã hội nghề nghiệp), không nằm trong bộ máy nhà nước. Tuy nhiên, vẫn có những ngoại lệ mang sắc thái riêng trong pháp luật trọng tài ở một số nước châu Á như: Trung Quốc, Thái Lan. Ở Trung Quốc, các ủy ban trọng tài hợp đồng kinh tế là những cơ quan nhà nước thuộc cục quản lý hành chính công thương các cấp. Thái Lan thành lập Viện trọng tài thuộc Bộ tư pháp, có quy tắc tố tụng riêng nhằm hỗ trợ, phát triển các hoạt động hoà giải và trọng tài.⁽¹⁾

Theo pháp luật Việt Nam, trọng tài thường trực được tổ

(1).Xem: Trường Đại học Luật Hà Nội, *Trọng tài kinh tế - một hình thức giải quyết tranh chấp kinh tế ở nước ta*, Đề tài khoa học cấp trường, mã số: LH 95 - 008, tr. 56 - 68.

chức dưới dạng các trung tâm trọng tài. Trung tâm trọng tài là tổ chức phi chính phủ, có tư cách pháp nhân, có con dấu, có tài khoản riêng và trụ sở giao dịch ổn định.

Các trung tâm trọng tài có một số đặc trưng cơ bản sau đây:

-*Thứ nhất*, các trung tâm trọng tài là tổ chức phi chính phủ, không nằm trong hệ thống cơ quan nhà nước.

Các trung tâm trọng tài được thành lập theo sáng kiến của các trọng tài viên sau khi được cơ quan nhà nước có thẩm quyền cho phép, chứ không phải được thành lập bởi Nhà nước. Các trung tâm trọng tài không nằm trong hệ thống cơ quan quản lý nhà nước (như trọng tài kinh tế nhà nước trước đây) cũng không thuộc hệ thống cơ quan xét xử nhà nước (như toà án kinh tế hiện nay).

Hoạt động của trung tâm trọng tài theo nguyên tắc tự trang trải mà không được cấp kinh phí hoạt động từ ngân sách nhà nước.

Trọng tài viên duy nhất hoặc hội đồng trọng tài không nhân danh quyền lực nhà nước mà nhân danh người thứ ba độc lập ra phán

quyết.

Là tổ chức phi chính phủ nhưng các trung tâm trọng tài vẫn luôn đặt dưới sự quản lý và hỗ trợ của Nhà nước. Nhà nước là chủ thể quản lý đối với mọi mặt của đời sống xã hội. Nhà nước quản lý đối với các trung tâm trọng tài thông qua việc ban hành các văn bản pháp luật tạo cơ sở pháp lý cho việc tổ chức và hoạt động của các trung tâm trọng tài. Ngoài ra, việc quản lý nhà nước đối với trọng tài thương mại còn được thực hiện thông qua hoạt động quản lý của hệ thống các cơ quan nhà nước có thẩm quyền trong việc cấp; thay đổi, bổ chức dưới dạng các trung tâm trọng tài. Trung tâm trọng tài là tổ chức phi chính phủ, có tư cách pháp nhân, có con dấu, có tài khoản riêng và trụ sở giao dịch ổn định.

Các trung tâm trọng tài có một số đặc trưng cơ bản sau đây:

- *Thứ nhất*, các trung tâm trọng tài là tổ chức phi chính phủ, không nằm trong hệ thống cơ quan nhà nước.

Các trung tâm trọng tài được thành lập theo sáng kiến của các trọng tài viên sau khi được cơ quan nhà nước có thẩm quyền cho phép, chứ không phải được thành lập bởi Nhà nước. Các trung tâm trọng tài không nằm trong hệ thống cơ quan quản lý nhà nước (như trọng tài kinh tế nhà nước trước đây) cũng không thuộc hệ thống cơ quan xét xử nhà nước (như toà án kinh tế hiện nay).

Hoạt động của trung tâm trọng tài theo nguyên tắc tự trang trải mà không được cấp kinh phí hoạt động từ ngân sách nhà nước.

Trọng tài viên duy nhất hoặc hội đồng trọng tài không nhân danh quyền lực nhà nước mà nhân danh người thứ ba độc lập ra phán quyết.

Là tổ chức phi chính phủ nhưng các trung tâm trọng tài vẫn luôn đặt dưới sự quản lý và hỗ trợ của Nhà nước. Nhà nước là chủ thể quản lý đối với mọi mặt của đời sống xã hội. Nhà nước quản lý đối với các

trung tâm trọng tài thông qua việc ban hành các văn bản pháp luật tạo cơ sở pháp lí cho việc tổ chức và hoạt động của các trung tâm trọng tài. Ngoài ra, việc quản lí nhà nước đối với trọng tài thương mại còn được thực hiện thông qua hoạt động quản lí của hệ thống các cơ quan nhà nước có thẩm quyền trong việc cấp; thay đổi, bổ

sung hay thu hồi giấy phép thành lập, giấy đăng kí hoạt động của các trung tâm trọng tài...

Trong quá trình hoạt động, các trung tâm trọng tài cũng cần sự hỗ trợ của Nhà nước trên nhiều phương diện. Trọng tài thương mại là cơ quan “tài phán tư”, không nhân danh quyền lực nhà nước. Bởi vậy, ở Việt Nam cũng như các nước trên thế giới, hoạt động của các trung tâm trọng tài cần thiết phải có sự hỗ trợ của Nhà nước. Sự hỗ trợ của Nhà nước đối với hoạt động của trọng tài thương mại được thể hiện rõ nét, như: hỗ trợ chỉ định, thay đổi trọng tài viên; hỗ trợ trong việc xem xét lại quyết định của hội đồng trọng tài; hỗ trợ trong việc quyết định áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời; hỗ trợ trong việc hủy hoặc không hủy quyết định trọng tài; hỗ trợ trong việc cưỡng chế thi hành quyết định trọng tài...

- *Thứ hai*, các trung tâm trọng tài có tư cách pháp nhân, tồn tại độc lập với nhau.

Trung tâm trọng tài là tổ chức thỏa mãn đầy đủ các điều kiện của pháp nhân, bao gồm:

- + Được thành lập hợp pháp;
- + Có cơ cấu tổ chức chặt chẽ;
- + Có tài sản độc lập với cá nhân, tổ chức khác và tự chịu trách nhiệm bằng tài sản đó;
- + Nhân danh mình tham gia các quan hệ pháp luật một cách độc lập (Điều 84 Bộ luật dân sự năm 2005).

Mỗi trung tâm trọng tài là một pháp nhân, tồn tại độc lập và bình đẳng với các trung tâm trọng tài khác. Ngoài sự độc lập, bình đẳng và quan hệ hợp tác (nếu có), giữa các trung

Trong quá trình hoạt động, các trung tâm trọng tài cũng cần sự hỗ

sung hay thu hồi giấy phép thành lập, giấy đăng kí hoạt động của các trung tâm trọng tài...

trợ của Nhà nước trên nhiều phương diện. Trọng tài thương mại là cơ quan “tài phán tư”, không nhân danh quyền lực nhà nước. Bởi vậy, ở Việt Nam cũng như các nước trên thế giới, hoạt động của các trung tâm trọng tài cần thiết phải có sự hỗ trợ của Nhà nước. Sự hỗ trợ của Nhà nước đối với hoạt động của trọng tài thương mại được thể hiện rõ nét, như: hỗ trợ chi định, thay đổi trọng tài viên; hỗ trợ trong việc xem xét lại quyết định của hội đồng trọng tài; hỗ trợ trong việc quyết định áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời; hỗ trợ trong việc hủy hoặc không hủy quyết định trọng tài; hỗ trợ trong việc cưỡng chế thi hành quyết định trọng tài...

- *Thứ hai*, các trung tâm trọng tài có tư cách pháp nhân, tồn tại độc lập với nhau.

Trung tâm trọng tài là tổ chức thỏa mãn đầy đủ các điều kiện của pháp nhân, bao gồm:

- + Được thành lập hợp pháp;
- + Có cơ cấu tổ chức chặt chẽ;
- + Có tài sản độc lập với cá nhân, tổ chức khác và tự chịu trách nhiệm bằng tài sản đó;
- + Nhân danh mình tham gia các quan hệ pháp luật một cách độc lập (Điều 84 Bộ luật dân sự năm 2005).

Mỗi trung tâm trọng tài là một pháp nhân, tồn tại độc lập và bình đẳng với các trung tâm trọng tài khác. Ngoài sự độc lập, bình đẳng và quan hệ hợp tác (nếu có), giữa các trung

tâm trọng tài không tồn tại quan hệ phụ thuộc cấp trên, cấp dưới như hệ thống các cơ quan tài phán nhà nước. Sự khác biệt này về tổ chức của trọng tài thương mại (cơ quan tài phán tư) so với hệ thống tổ chức của toà án (cơ quan tài phán công) dẫn đến tính đặc thù của tổ tụng trọng tài trong việc áp dụng nguyên tắc xét xử một lần.

- *Thứ ba*, tổ chức và quản lí ở các trung tâm trọng tài rất đơn giản, gọn nhẹ.

Cơ cấu tổ chức của trung tâm trọng tài gồm có ban điều hành và các trọng tài viên của trung tâm.

Ban điều hành của trung tâm trọng tài gồm có chủ tịch, một hoặc các phó chủ tịch trung tâm trọng tài và có thể có tổng thư kí trung tâm trọng tài do chủ tịch trung tâm trọng tài cử.

Bên cạnh ban điều hành, trung tâm trọng tài còn có các trọng tài viên trong danh sách trọng tài viên của trung tâm trọng tài. Các trọng tài viên tham gia vào việc giải quyết tranh chấp khi được chọn hoặc chỉ định.

- *Thứ tư*, mỗi trung tâm trọng tài tự quyết định về lĩnh vực hoạt động và có quy tắc tổ tụng riêng.

Mỗi trung tâm trọng tài tự xác định về lĩnh vực hoạt động của mình tùy thuộc vào khả năng chuyên của đội ngũ trọng tài viên và phải được ghi rõ trong điều lệ của trung tâm trọng tài. Trong quá trình hoạt động, các trung tâm trọng tài có quyền mở rộng hoặc thu hẹp phạm vi lĩnh vực hoạt động nhưng phải được sự chuẩn thuận của cơ quan nhà nước có thẩm quyền.

Là tổ chức phi chính phủ, các trung tâm trọng tài tồn tại độc lập với nhau, vừa hợp tác vừa cạnh tranh cùng nhau. Bên tâm trọng tài không tồn tại quan hệ phụ thuộc cấp trên, cấp dưới như hệ thống các cơ quan tài phán nhà nước. Sự khác biệt này về tổ chức của trọng tài thương mại (cơ quan tài phán tư) so với hệ thống tổ chức của toà án

(cơ quan tài phán công) dẫn đến tính đặc thù của tổ tụng trọng tài trong việc áp dụng nguyên tắc xét xử một lần.

- *Thứ ba*, tổ chức và quản lí ở các trung tâm trọng tài rất đơn giản, gọn nhẹ.

Cơ cấu tổ chức của trung tâm trọng tài gồm có ban điều hành và các trọng tài viên của trung tâm.

Ban điều hành của trung tâm trọng tài gồm có chủ tịch, một hoặc các phó chủ tịch trung tâm trọng tài và có thể có tổng thư kí trung tâm trọng tài do chủ tịch trung tâm trọng tài cử.

Bên cạnh ban điều hành, trung tâm trọng tài còn có các trọng tài viên trong danh sách trọng tài viên của trung tâm trọng tài. Các trọng tài viên tham gia vào việc giải quyết tranh chấp khi được chọn hoặc chỉ định.

- *Thứ tư*, mỗi trung tâm trọng tài tự quyết định về lĩnh vực hoạt động và có quy tắc tổ tụng riêng.

Mỗi trung tâm trọng tài tự xác định về lĩnh vực hoạt động của mình tùy thuộc vào khả năng chuyên của đội ngũ trọng tài viên và phải được ghi rõ trong điều lệ của trung tâm trọng tài. Trong quá trình hoạt động, các trung tâm trọng tài có quyền mở rộng hoặc thu hẹp phạm vi lĩnh vực hoạt động nhưng phải được sự chuẩn thuận của cơ quan nhà nước có thẩm quyền.

Là tổ chức phi chính phủ, các trung tâm trọng tài tồn tại độc lập với nhau, vừa hợp tác vừa cạnh tranh cùng nhau. Bên

cạnh chất lượng các trọng tài viên, sự đơn giản và linh hoạt của quy tắc tổ tụng cũng là yếu tố tạo ra sự hấp dẫn của mỗi trung tâm trọng tài trước các khách hàng. Bởi vậy, mỗi trung tâm trọng tài đều có điều lệ riêng, đặc biệt là quy tắc tổ tụng riêng được xây dựng căn cứ vào đặc thù về tổ chức, hoạt động của trung tâm và không trái với quy định của pháp luật trọng tài thương mại. Khi giải quyết tranh chấp, hội đồng

trọng tài hoặc trọng tài viên duy nhất phải tuân thủ quy tắc tố tụng này. Trường hợp tranh chấp có yếu tố nước ngoài, hội đồng trọng tài được áp dụng quy tắc tố tụng khác, nếu các bên có thỏa thuận (khoản 2 Điều 49 Pháp lệnh trọng tài thương mại).

Bản quy tắc trọng tài UNCITRAL do ủy ban về luật thương mại quốc tế của Liên hợp quốc (thông qua năm 1976) hay Bản quy tắc trọng tài của Phòng thương mại quốc tế (ICC) có hiệu lực từ năm 1988 và một số công ước quốc tế có liên quan cũng như bản quy tắc tố tụng của một số trung tâm trọng tài quốc tế có uy tín (London, Brussell...) thường được coi là cơ sở, khuôn mẫu cho việc xây dựng quy tắc tố tụng của các trung tâm trọng tài.

- *Thứ năm*, hoạt động xét xử của trung tâm trọng tài được tiến hành bởi các trọng tài viên của trung tâm.

Mỗi trung tâm trọng tài đều có danh sách riêng về trọng tài viên của trung tâm. Việc chọn hoặc chỉ định trọng tài viên tham gia hội đồng trọng tài hoặc trọng tài viên duy nhất để giải quyết vụ tranh chấp chỉ được giới hạn trong danh sách trọng tài viên của trung tâm trọng tài. Vì vậy, hoạt động xét xử của trung tâm trọng tài chỉ được tiến hành bởi các trọng tài viên của chính trung tâm. Đặc điểm này có sự khác biệt so với cạnh chất lượng các trọng tài viên, sự đơn giản và linh hoạt của quy tắc tố tụng cũng là yếu tố tạo ra sự hấp dẫn của mỗi trung tâm trọng tài trước các khách hàng. Bởi vậy, mỗi trung tâm trọng tài đều có điều lệ riêng, đặc biệt là quy tắc tố tụng riêng được xây dựng căn cứ vào đặc thù về tổ chức, hoạt động của trung tâm và không trái với quy định của pháp luật trọng tài thương mại. Khi giải quyết tranh chấp, hội đồng trọng tài hoặc trọng tài viên duy nhất phải tuân thủ quy tắc tố tụng này. Trường hợp tranh chấp có yếu tố nước ngoài, hội đồng trọng tài được áp dụng quy tắc tố tụng khác, nếu các bên có thỏa thuận (khoản 2 Điều 49 Pháp lệnh trọng tài thương mại).

Bản quy tắc trọng tài UNCITRAL do ủy ban về luật thương mại quốc tế của Liên hợp quốc (thông qua năm 1976) hay Bản quy tắc trọng tài của Phòng thương mại quốc tế (ICC) có hiệu lực từ năm 1988 và một số công ước quốc tế có liên quan cũng như bản quy tắc tố tụng của một số trung tâm trọng tài quốc tế có uy tín (London, Brussell...) thường được coi là cơ sở, khuôn mẫu cho việc xây dựng quy tắc tố tụng của các trung tâm trọng tài.

- *Thứ năm*, hoạt động xét xử của trung tâm trọng tài được tiến hành bởi các trọng tài viên của trung tâm.

Mỗi trung tâm trọng tài đều có danh sách riêng về trọng tài viên của trung tâm. Việc chọn hoặc chỉ định trọng tài viên tham gia hội đồng trọng tài hoặc trọng tài viên duy nhất để giải quyết vụ tranh chấp chỉ được giới hạn trong danh sách trọng tài viên của trung tâm trọng tài. Vì vậy, hoạt động xét xử của trung tâm trọng tài chỉ được tiến hành bởi các trọng tài viên của chính trung tâm. Đặc điểm này có sự khác biệt so với

giải quyết tranh chấp thương mại tại trọng tài vụ việc.

2. Thành lập trung tâm trọng tài

a. Điều kiện thành lập trung tâm trọng tài

Để thành lập trung tâm trọng tài cần thỏa mãn ba điều kiện sau đây:

- *Thứ nhất*, chỉ được thành lập trung tâm trọng tài tại một số địa phương theo quy định của Chính phủ.

Nghị định của Chính phủ số 25/2004/NĐ-CP ngày 15 tháng 1 năm 2004 mới chỉ cho phép thành lập các trung tâm trọng tài tại một số trung tâm thành phố lớn, có điều kiện kinh tế-xã hội phát triển, như: Hà Nội, Đà Nẵng và thành phố Hồ Chí Minh. Việc thành lập trung tâm trọng tài tại các địa phương khác phải căn cứ vào tình hình kinh tế - xã hội của địa phương và phải đảm bảo điều kiện thành lập trung tâm trọng tài quy định tại khoản 2 Điều 14 Pháp lệnh trọng tài thương mại.

Quy định này phù hợp với thực tiễn hoạt động trọng tài thương mại trong điều kiện kinh tế - xã hội hiện tại của Việt Nam. Thực tiễn thi hành Nghị định số 116/CP ngày 5/9/1994 đã cho thấy các trung tâm trọng tài kinh tế được thành lập với số lượng quá khiêm tốn và chủ yếu tập trung ở các trung tâm thành phố lớn với hoạt động yếu ớt, không đáng kể.⁽¹⁾ Từ thực tiễn sinh động đó, Pháp lệnh trọng tài thương mại

(1). Trong phạm vi toàn quốc thành lập được 5 trung tâm trọng tài kinh tế, gồm có: hai trung tâm trọng tài tại Hà Nội; một trung tâm trọng tài tại thành phố Hồ Chí Minh; một trung tâm trọng tài tại Bắc Giang và một trung tâm trọng tài tại Cần Thơ.

giải quyết tranh chấp thương mại tại trọng tài vụ việc.

2. Thành lập trung tâm trọng tài

a. Điều kiện thành lập trung tâm trọng tài

Để thành lập trung tâm trọng tài cần thỏa mãn ba điều kiện sau đây:

- *Thứ nhất*, chỉ được thành lập trung tâm trọng tài tại một số địa phương theo quy định của Chính phủ.

Nghị định của Chính phủ số 25/2004/NĐ-CP ngày 15 tháng 1 năm 2004 mới chỉ cho phép thành lập các trung tâm trọng tài tại một số trung tâm thành phố lớn, có điều kiện kinh tế-xã hội phát triển, như: Hà Nội, Đà Nẵng và thành phố Hồ Chí Minh. Việc thành lập trung tâm trọng tài tại các địa phương khác phải căn cứ vào tình hình kinh tế - xã hội của địa phương và phải đảm bảo điều kiện thành lập trung tâm trọng tài quy định tại khoản 2 Điều 14 Pháp lệnh trọng tài thương mại.

Quy định này phù hợp với thực tiễn hoạt động trọng tài thương mại trong điều kiện kinh tế - xã hội hiện tại của Việt Nam. Thực tiễn thi hành Nghị định số 116/CP ngày 5/9/1994 đã cho thấy các trung tâm trọng tài kinh tế được thành lập với số lượng quá khiêm tốn và chủ yếu tập trung ở các trung tâm thành phố lớn với hoạt động yếu ớt, không đáng kể.⁽¹⁾ Từ thực tiễn sinh động đó, Pháp lệnh trọng tài thương mại

(1). Trong phạm vi toàn quốc thành lập được 5 trung tâm trọng tài kinh tế, gồm có: hai trung tâm trọng tài tại Hà Nội; một trung tâm trọng tài tại thành phố Hồ Chí Minh; một trung tâm trọng tài tại Bắc Giang và một trung tâm trọng tài tại Cần Thơ.

(2003) và Nghị định số 116/CP ngày 5/9/1994 quy định theo hướng mở, cho phép thành lập các trung tâm trọng tài tại ba trung tâm thành phố lớn (Hà Nội, thành phố Hồ Chí Minh, Đà Nẵng) nhưng cũng có thể được thành lập tại các địa phương khác, tùy thuộc tình hình kinh tế - xã hội của địa phương và phải đảm bảo các điều kiện thành lập trung tâm trọng tài theo quy định của pháp luật.

- *Thứ hai*, phải có ít nhất 5 trọng tài viên là sáng lập viên.

Trọng tài viên phải là công dân Việt Nam; có năng lực hành vi dân sự đầy đủ; có phẩm chất đạo đức tốt, trung thực, vô tư, khách quan; có bằng đại học và đã qua thực tế công tác theo ngành đã học từ 5 năm trở lên.

Ngoài các điều kiện nêu trên, những trường hợp sau đây không được làm trọng tài viên:

+ Người đang bị quản chế hành chính, đang bị truy cứu trách nhiệm hình sự hoặc đã bị kết án mà chưa được xóa án tích;

+ Thẩm phán, kiểm sát viên, điều tra viên, chấp hành viên, công chức đang công tác tại toà án nhân dân, viện kiểm sát nhân dân, cơ quan điều tra, cơ quan thi hành án (Điều 12 Pháp lệnh trọng tài thương mại).

Như vậy, điểm mới cơ bản của Pháp lệnh trọng tài thương mại về điều kiện chuyên môn của trọng tài viên là phải có trình độ đại học với thâm niên công tác thực tế theo ngành đã học không dưới 5 năm. Pháp lệnh trọng tài thương mại không bắt buộc các trọng tài viên phải có trình độ đại học luật hoặc tương đương đại học luật và có ít nhất 8 năm liên tục làm công tác pháp luật và kinh tế như đòi hỏi của Thông tư số 02/PLDSKT của Bộ tư pháp ngày 3/1/1995 (2003) và Nghị định số 116/CP ngày 5/9/1994 quy định theo hướng mở, cho phép thành lập các trung tâm trọng tài tại ba trung tâm thành phố lớn (Hà Nội, thành phố

Hồ Chí Minh, Đà Nẵng) nhưng cũng có thể được thành lập tại các địa phương khác, tùy thuộc tình hình kinh tế - xã hội của địa phương và phải đảm bảo các điều kiện thành lập trung tâm trọng tài theo quy định của pháp luật.

- *Thứ hai*, phải có ít nhất 5 trọng tài viên là sáng lập viên.

Trọng tài viên phải là công dân Việt Nam; có năng lực hành vi dân sự đầy đủ; có phẩm chất đạo đức tốt, trung thực, vô tư, khách quan; có bằng đại học và đã qua thực tế công tác theo ngành đã học từ 5 năm trở lên.

Ngoài các điều kiện nêu trên, những trường hợp sau đây không được làm trọng tài viên:

+ Người đang bị quản chế hành chính, đang bị truy cứu trách nhiệm hình sự hoặc đã bị kết án mà chưa được xóa án tích;

+ Thẩm phán, kiểm sát viên, điều tra viên, chấp hành viên, công chức đang công tác tại toà án nhân dân, viện kiểm sát nhân dân, cơ quan điều tra, cơ quan thi hành án (Điều 12 Pháp lệnh trọng tài thương mại).

Như vậy, điểm mới cơ bản của Pháp lệnh trọng tài thương mại về điều kiện chuyên môn của trọng tài viên là phải có trình độ đại học với thâm niên công tác thực tế theo ngành đã học không dưới 5 năm. Pháp lệnh trọng tài thương mại không bắt buộc các trọng tài viên phải có trình độ đại học luật hoặc tương đương đại học luật và có ít nhất 8 năm liên tục làm công tác pháp luật và kinh tế như đòi hỏi của Thông tư số 02/PLDSKT của Bộ tư pháp ngày 3/1/1995

hướng dẫn Nghị định số 116/CP ngày 5/9/1994. Thực tiễn trọng tài ở nhiều quốc gia cho thấy đội ngũ trọng tài viên khá đa dạng, không chỉ là giới luật gia mà còn bao gồm các chuyên gia trên nhiều lĩnh vực khác nhau, trong đó các thương nhân cũng chiếm giữ vị trí quan trọng.

Sự tham gia rộng rãi của các thương nhân và các chuyên gia trên nhiều lĩnh vực không chỉ trong quá trình hình thành các trung tâm trọng tài mà cả trong quá trình hoạt động của trung tâm đã góp phần không nhỏ vào hiệu quả hoạt động của các trung tâm trọng tài ở nhiều nước trên thế giới.

Ngoài ra, Pháp lệnh trọng tài thương mại còn bỏ thủ tục thi tuyển (xét chọn) và công nhận trọng tài viên. Để có tư cách trọng tài viên, người đủ điều kiện làm trọng tài viên không cần phải trải qua thủ tục thi tuyển và công nhận trọng tài viên như trước đây. Thẻ trọng tài viên đã được Bộ tư pháp cấp theo quy định tại Nghị định số 116/CP ngày 5/9/1994 không còn giá trị kể từ ngày Pháp lệnh trọng tài thương mại có hiệu lực thi hành. Tư cách trọng tài viên của người đủ điều kiện làm trọng tài viên mặc nhiên được xác định ở thời điểm họ được các bên chọn hoặc trung tâm trọng tài hay toà án có thẩm quyền chỉ định để giải quyết vụ tranh chấp (xem khoản 5 Điều 2 Pháp lệnh trọng tài thương mại).

- *Thứ ba*, được Hội luật gia Việt Nam giới thiệu.

Pháp lệnh trọng tài thương mại đề cao vai trò của Hội luật gia Việt Nam trong việc xem xét điều kiện thành lập các trung tâm trọng tài. Để thành lập được trung tâm trọng tài, cần phải có sự xem xét, đánh giá bằng “văn bản giới thiệu” của Hội luật gia Việt Nam. Các trọng tài viên là sáng lập hướng dẫn Nghị định số 116/CP ngày 5/9/1994. Thực tiễn trọng tài ở nhiều quốc gia cho thấy đội ngũ trọng tài viên khá đa dạng, không chỉ là giới luật gia mà còn bao gồm các chuyên gia trên nhiều lĩnh vực khác nhau, trong đó các thương nhân cũng chiếm giữ vị trí quan trọng. Sự tham gia rộng rãi của các thương nhân và các chuyên gia trên nhiều lĩnh vực không chỉ trong quá trình hình thành các trung tâm trọng tài mà cả trong quá trình hoạt động của trung tâm đã góp phần không nhỏ vào hiệu quả hoạt động của các

trung tâm trọng tài ở nhiều nước trên thế giới.

Ngoài ra, Pháp lệnh trọng tài thương mại còn bỏ thủ tục thi tuyển (xét chọn) và công nhận trọng tài viên. Để có tư cách trọng tài viên, người đủ điều kiện làm trọng tài viên không cần phải trải qua thủ tục thi tuyển và công nhận trọng tài viên như trước đây. Thẻ trọng tài viên đã được Bộ tư pháp cấp theo quy định tại Nghị định số 116/CP ngày 5/9/1994 không còn giá trị kể từ ngày Pháp lệnh trọng tài thương mại có hiệu lực thi hành. Tư cách trọng tài viên của người đủ điều kiện làm trọng tài viên mặc nhiên được xác định ở thời điểm họ được các bên chọn hoặc trung tâm trọng tài hay toà án có thẩm quyền chỉ định để giải quyết vụ tranh chấp (xem khoản 5 Điều 2 Pháp lệnh trọng tài thương mại).

- *Thứ ba*, được Hội luật gia Việt Nam giới thiệu.

Pháp lệnh trọng tài thương mại đề cao vai trò của Hội luật gia Việt Nam trong việc xem xét điều kiện thành lập các trung tâm trọng tài. Để thành lập được trung tâm trọng tài, cần phải có sự xem xét, đánh giá bằng “văn bản giới thiệu” của Hội luật gia Việt Nam. Các trọng tài viên là sáng lập

viên phải có văn bản đề nghị Hội luật gia Việt Nam để được cấp giấy giới thiệu, nếu không có văn bản giới thiệu của Hội luật gia Việt Nam thì không thể thành lập được trung tâm trọng tài. Quy định này cần được đánh giá, xem xét trên nhiều phương diện.

b. Thủ tục thành lập trung tâm trọng tài §

* Xin phép thành lập

Muốn thành lập trung tâm trọng tài, các sáng lập viên đủ điều kiện làm trọng tài viên phải gửi hai bộ hồ sơ đề nghị thành lập trung tâm trọng tài đến Bộ tư pháp.

Hồ sơ gồm các giấy tờ sau:

- Đơn xin phép thành lập trung tâm trọng tài. Đơn có nội dung như quy định tại khoản 4 Điều 14 Pháp lệnh trọng tài và có chữ kí của tất cả các sáng lập viên về việc cử một sáng lập viên làm chủ tịch trung tâm trọng tài;

- Họ tên, địa chỉ, nghề nghiệp của các sáng lập viên. Nội dung pháp lí này thể hiện qua sơ yếu lí lịch, bản sao có công chứng hoặc chứng thực hợp lệ bằng tốt nghiệp đại học, giấy tờ xác nhận của cơ quan, tổ chức có thẩm quyền về việc đã qua thực tế công tác theo ngành đã học từ 5 năm trở lên của các sáng lập viên;

- Điều lệ của trung tâm trọng tài;

- Văn bản giới thiệu của Hội luật gia Việt Nam.

Trong thời hạn 45 ngày, kể từ ngày nhận được hồ sơ hợp lệ, bộ trưởng Bộ tư pháp cấp giấy phép thành lập và phê chuẩn điều lệ của trung tâm trọng tài đồng thời có công văn thông báo kèm theo bản sao giấy phép thành lập trung tâm viên phải có văn bản đề nghị Hội luật gia Việt Nam để được cấp giấy giới thiệu, nếu không có văn bản giới thiệu của Hội luật gia Việt Nam thì không thể thành lập được trung tâm trọng tài. Quy định này cần được đánh giá, xem xét trên nhiều phương diện.

b. Thủ tục thành lập trung tâm trọng tài

§

*** Xin phép thành lập**

Muốn thành lập trung tâm trọng tài, các sáng lập viên đủ điều kiện làm trọng tài viên phải gửi hai bộ hồ sơ đề nghị thành lập trung tâm trọng tài đến Bộ tư pháp.

Hồ sơ gồm các giấy tờ sau:

- Đơn xin phép thành lập trung tâm trọng tài. Đơn có nội dung như quy định tại khoản 4 Điều 14 Pháp lệnh trọng tài và có chữ kí của tất cả các sáng lập viên về việc cử một sáng lập viên làm chủ tịch trung tâm trọng tài;

- Họ tên, địa chỉ, nghề nghiệp của các sáng lập viên. Nội dung pháp lý này thể hiện qua sơ yếu lý lịch, bản sao có công chứng hoặc chứng thực hợp lệ bằng tốt nghiệp đại học, giấy tờ xác nhận của cơ quan, tổ chức có thẩm quyền về việc đã qua thực tế công tác theo ngành đã học từ 5 năm trở lên của các sáng lập viên;

- Điều lệ của trung tâm trọng tài;
- Văn bản giới thiệu của Hội luật gia Việt Nam.

Trong thời hạn 45 ngày, kể từ ngày nhận được hồ sơ hợp lệ, bộ trưởng Bộ tư pháp cấp giấy phép thành lập và phê chuẩn điều lệ của trung tâm trọng tài đồng thời có công văn thông báo kèm theo bản sao giấy phép thành lập trung tâm

trọng tài gửi sở tư pháp, nơi trung tâm trọng tài đặt trụ sở. Trường hợp từ chối, Bộ tư pháp phải trả lời bằng văn bản và nêu rõ lý do.

* Đăng kí hoạt động

Trong thời hạn 30 ngày, kể từ ngày nhận được giấy phép thành lập, trung tâm trọng tài đăng kí hoạt động với sở tư pháp, nơi trung tâm trọng tài đặt trụ sở. Hết thời hạn này mà trung tâm trọng tài không đăng kí hoạt động thì giấy phép thành lập trung tâm trọng tài bị thu hồi. Quy định này đồng nghĩa với việc các sáng lập viên phải làm lại thủ tục xin phép thành lập nếu muốn tiếp tục thành lập trung tâm trọng tài.

Theo Điều 7 Nghị định của Chính phủ số 25/2004/NĐ- CP ngày 15/1/2004 thì hồ sơ đăng kí hoạt động gồm có:

- Đơn đăng kí hoạt động (nội dung đơn phải ghi rõ địa điểm dự định đặt trụ sở của trung tâm trọng tài);
- Bản sao có công chứng hoặc chứng thực hợp lệ giấy phép thành lập trung tâm trọng tài;
- Danh sách trọng tài viên của trung tâm trọng tài.

Sở tư pháp có trách nhiệm cấp giấy đăng kí hoạt động cho trung tâm

trọng tài trong thời hạn 7 ngày, kể từ ngày nhận được hồ sơ hợp lệ.

Kể từ thời điểm được cấp giấy đăng kí hoạt động, trung tâm trọng tài có tư cách pháp nhân và được phép hoạt động. Sau thời điểm này, trung tâm trọng tài thực hiện thủ tục mở tài khoản và khắc con dấu theo quy định của pháp luật. trọng tài gửi sở tư pháp, nơi trung tâm trọng tài đặt trụ sở. Trường hợp từ chối, Bộ tư pháp phải trả lời bằng văn bản và nêu rõ lí do.

* Đăng kí hoạt động

Trong thời hạn 30 ngày, kể từ ngày nhận được giấy phép thành lập, trung tâm trọng tài đăng kí hoạt động với sở tư pháp, nơi trung tâm trọng tài đặt trụ sở. Hết thời hạn này mà trung tâm trọng tài không đăng kí hoạt động thì giấy phép thành lập trung tâm trọng tài bị thu hồi. Quy định này đồng nghĩa với việc các sáng lập viên phải làm lại thủ tục xin phép thành lập nếu muốn tiếp tục thành lập trung tâm trọng tài.

Theo Điều 7 Nghị định của Chính phủ số 25/2004/NĐ- CP ngày 15/1/2004 thì hồ sơ đăng kí hoạt động gồm có:

- Đơn đăng kí hoạt động (nội dung đơn phải ghi rõ địa điểm dự định đặt trụ sở của trung tâm trọng tài);
- Bản sao có công chứng hoặc chứng thực hợp lệ giấy phép thành lập trung tâm trọng tài;
- Danh sách trọng tài viên của trung tâm trọng tài.

Sở tư pháp có trách nhiệm cấp giấy đăng kí hoạt động cho trung tâm trọng tài trong thời hạn 7 ngày, kể từ ngày nhận được hồ sơ hợp lệ.

Kể từ thời điểm được cấp giấy đăng kí hoạt động, trung tâm trọng tài có tư cách pháp nhân và được phép hoạt động. Sau thời điểm này, trung tâm trọng tài thực hiện thủ tục mở tài khoản và khắc con dấu theo quy định của pháp luật.

Trong thời hạn 30 ngày, kể ngày được cấp giấy đăng kí hoạt động, trung tâm trọng tài phải đăng báo hàng ngày của

trung ương hoặc báo địa phương nơi đăng kí hoạt động trong ba số liên tiếp về những nội dung chủ yếu sau đây:

- Tên, địa chỉ trụ sở của trung tâm trọng tài;
- Lĩnh vực hoạt động của trung tâm trọng tài;
- Số giấy đăng kí hoạt động, cơ quan cấp và ngày, tháng, năm cấp;
- Thời điểm bắt đầu hoạt động của trung tâm trọng tài.

Nội dung đăng báo nêu trên phải được niêm yết cùng danh sách trọng tài viên của trung tâm trọng tài tại trụ sở của trung tâm trọng tài.

Trong quá trình hoạt động, trung tâm trọng tài được thay đổi nội dung giấy phép thành lập, giấy đăng kí hoạt động.

Khi thay đổi tên gọi hay lĩnh vực hoạt động, trung tâm trọng tài phải làm đơn xin phép Bộ tư pháp. Bộ tư pháp xem xét chấp thuận hay không chấp thuận trong thời hạn 15 ngày, kể từ ngày nhận được đơn xin phép thay đổi nội dung giấy phép thành lập. Trường hợp được Bộ tư pháp chấp thuận việc thay đổi thì trung tâm trọng tài phải đăng kí việc thay đổi tại sở tư pháp, nơi trung tâm trọng tài đăng kí hoạt động trong thời hạn 15 ngày, kể từ ngày văn bản chấp thuận việc thay đổi nội dung giấy phép có hiệu lực.

Trường hợp thay đổi chủ tịch trung tâm trọng tài, địa điểm đặt trụ sở hoặc danh sách trọng tài viên thì trong thời hạn 7 ngày, kể từ ngày thay đổi phải thông báo cho Bộ tư pháp và sở tư pháp, nơi trung tâm trọng tài đăng kí hoạt động.

c. Chi nhánh, văn phòng đại diện của trung tâm trọng tài

- Tên, địa chỉ trụ sở của trung tâm trọng tài;
- Lĩnh vực hoạt động của trung tâm trọng tài;

Chi nhánh là đơn vị phụ thuộc của trung tâm trọng tài, có
459

trung ương hoặc báo địa phương nơi đăng kí hoạt động trong ba số liên tiếp về những nội dung chủ yếu sau đây:

- Số giấy đăng kí hoạt động, cơ quan cấp và ngày, tháng, năm cấp;
- Thời điểm bắt đầu hoạt động của trung tâm trọng tài.

Nội dung đăng báo nêu trên phải được niêm yết cùng danh sách trọng tài viên của trung tâm trọng tài tại trụ sở của trung tâm trọng tài.

Trong quá trình hoạt động, trung tâm trọng tài được thay đổi nội dung giấy phép thành lập, giấy đăng kí hoạt động.

Khi thay đổi tên gọi hay lĩnh vực hoạt động, trung tâm trọng tài phải làm đơn xin phép Bộ tư pháp. Bộ tư pháp xem xét chấp thuận hay không chấp thuận trong thời hạn 15 ngày, kể từ ngày nhận được đơn xin phép thay đổi nội dung giấy phép thành lập. Trường hợp được Bộ tư pháp chấp thuận việc thay đổi thì trung tâm trọng tài phải đăng kí việc thay đổi tại sở tư pháp, nơi trung tâm trọng tài đăng kí hoạt động trong thời hạn 15 ngày, kể từ ngày văn bản chấp thuận việc thay đổi nội dung giấy phép có hiệu lực.

Trường hợp thay đổi chủ tịch trung tâm trọng tài, địa điểm đặt trụ sở hoặc danh sách trọng tài viên thì trong thời hạn 7 ngày, kể từ ngày thay đổi phải thông báo cho Bộ tư pháp và sở tư pháp, nơi trung tâm trọng tài đăng kí hoạt động.

c. Chi nhánh, văn phòng đại diện của trung tâm trọng tài

Chi nhánh là đơn vị phụ thuộc của trung tâm trọng tài, có
459

nhiệm vụ thực hiện một phần hoặc toàn bộ chức năng của trung tâm trọng tài, kể cả nhiệm vụ đại diện theo ủy quyền.

Trung tâm trọng tài được lập chi nhánh ở trong và ngoài tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương, nơi trung tâm trọng tài đặt trụ sở và phải chịu trách nhiệm về hoạt động của chi nhánh. Hoạt động của chi nhánh phải phù hợp với lĩnh vực hoạt động ghi trong giấy phép thành lập, giấy đăng ký hoạt động của trung tâm trọng tài.

Trung tâm trọng tài cử một trọng tài viên làm trưởng chi nhánh và phải đăng ký hoạt động của chi nhánh tại sở tư pháp, nơi đặt chi nhánh.

Hồ sơ đăng ký hoạt động của chi nhánh gồm:

- Đơn đăng ký hoạt động, trong đó ghi rõ địa chỉ dự định đặt chi nhánh;

- Bản sao có công chứng hoặc chứng thực hợp lệ giấy phép thành lập, giấy đăng ký hoạt động của trung tâm trọng tài;

- Quyết định của trung tâm trọng tài về việc cử trưởng chi nhánh;

- Danh sách trọng tài viên của chi nhánh.

Sở tư pháp có trách nhiệm cấp giấy đăng ký hoạt động cho chi nhánh trong thời hạn 7 ngày, kể từ ngày nhận hồ sơ hợp lệ.

Chi nhánh trung tâm trọng tài được hoạt động kể từ ngày được cấp giấy đăng ký hoạt động.

Trung tâm trọng tài phải thông báo bằng văn bản về việc lập chi nhánh của trung tâm trọng tài cho Bộ tư pháp trong thời hạn 7 ngày, kể từ ngày chi nhánh được cấp giấy đăng ký hoạt động. Trường hợp lập chi nhánh ở ngoài phạm vi tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương, nơi trung tâm trọng tài đặt trụ sở thì trong thời hạn 7 ngày, kể từ ngày chi nhánh được

Trung tâm trọng tài được lập chi nhánh ở trong và ngoài tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương, nơi trung tâm trọng tài đặt trụ sở và phải chịu

nhệm vụ thực hiện một phần hoặc toàn bộ chức năng của trung tâm trọng tài, kể cả nhệm vụ đại diện theo ủy quyền.

trách nhệm về hoạt động của chi nhánh. Hoạt động của chi nhánh phải phù hợp với lĩnh vực hoạt động ghi trong giấy phép thành lập, giấy đăng kí hoạt động của trung tâm trọng tài.

Trung tâm trọng tài cử một trọng tài viên làm trưởng chi nhánh và phải đăng kí hoạt động của chi nhánh tại sở tư pháp, nơi đặt chi nhánh.

Hồ sơ đăng kí hoạt động của chi nhánh gồm:

- Đơn đăng kí hoạt động, trong đó ghi rõ địa chỉ dự định đặt chi nhánh;

- Bản sao có công chứng hoặc chứng thực hợp lệ giấy phép thành lập, giấy đăng kí hoạt động của trung tâm trọng tài;

- Quyết định của trung tâm trọng tài về việc cử trưởng chi nhánh;

- Danh sách trọng tài viên của chi nhánh.

Sở tư pháp có trách nhệm cấp giấy đăng kí hoạt động cho chi nhánh trong thời hạn 7 ngày, kể từ ngày nhận hồ sơ hợp lệ.

Chi nhánh trung tâm trọng tài được hoạt động kể từ ngày được cấp giấy đăng kí hoạt động.

Trung tâm trọng tài phải thông báo bằng văn bản về việc lập chi nhánh của trung tâm trọng tài cho Bộ tư pháp trong thời hạn 7 ngày, kể từ ngày chi nhánh được cấp giấy đăng kí hoạt động. Trường hợp lập chi nhánh ở ngoài phạm vi tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương, nơi trung tâm trọng tài đặt trụ sở thì trong thời hạn 7 ngày, kể từ ngày chi nhánh được

cấp giấy đăng kí hoạt động, trung tâm trọng tài thông báo bằng văn bản về việc lập chi nhánh cho sở tư pháp, nơi trung tâm trọng tài đặt trụ sở.

Trung tâm trọng tài phải đăng báo hàng ngày của trung ương hoặc báo địa phương, nơi đăng kí hoạt động của chi nhánh trong ba số liên tiếp về việc lập chi nhánh. Thời hạn đăng báo là 30 ngày, kể từ ngày chi nhánh được cấp giấy đăng kí hoạt động.

Văn phòng đại diện là đơn vị phụ thuộc của trung tâm trọng tài, đại diện cho trung tâm trọng tài trong các giao dịch của trung tâm theo ủy quyền.

Trung tâm trọng tài được lập văn phòng đại diện ở trong và ngoài tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương, nơi trung tâm trọng tài đặt trụ sở.

Trong thời hạn 7 ngày, kể từ ngày lập văn phòng đại diện, trung tâm trọng tài phải thông báo bằng văn bản về việc lập văn phòng đại diện cho sở tư pháp, nơi trung tâm trọng tài đặt trụ sở và sở tư pháp, nơi đặt văn phòng đại diện.

Trung tâm trọng tài phải chịu trách nhiệm về hoạt động của văn phòng đại diện, về nguyên tắc, trung tâm trọng tài chỉ được ủy quyền cho văn phòng đại diện làm đại diện cho trung tâm trong các giao dịch phù hợp với lĩnh vực hoạt động của trung tâm trọng tài.

4. Chấm dứt hoạt động của chi nhánh, văn phòng đại diện và trung tâm trọng tài

a. Chấm dứt hoạt động của chi nhánh, văn phòng đại diện cấp giấy đăng kí hoạt động, trung tâm trọng tài thông báo bằng văn bản về việc lập chi nhánh cho sở tư pháp, nơi trung tâm trọng tài đặt trụ sở.

Trung tâm trọng tài phải đăng báo hàng ngày của trung ương hoặc báo địa phương, nơi đăng kí hoạt động của chi nhánh trong ba số liên tiếp

Chi nhánh của trung tâm trọng tài chấm dứt hoạt động

về việc lập chi nhánh. Thời hạn đăng báo là 30 ngày, kể từ ngày chi nhánh được cấp giấy đăng kí hoạt động.

Văn phòng đại diện là đơn vị phụ thuộc của trung tâm trọng tài, đại diện cho trung tâm trọng tài trong các giao dịch của trung tâm theo ủy quyền.

Trung tâm trọng tài được lập văn phòng đại diện ở trong và ngoài tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương, nơi trung tâm trọng tài đặt trụ sở.

Trong thời hạn 7 ngày, kể từ ngày lập văn phòng đại diện, trung tâm trọng tài phải thông báo bằng văn bản về việc lập văn phòng đại diện cho sở tư pháp, nơi trung tâm trọng tài đặt trụ sở và sở tư pháp, nơi đặt văn phòng đại diện.

Trung tâm trọng tài phải chịu trách nhiệm về hoạt động của văn phòng đại diện, về nguyên tắc, trung tâm trọng tài chỉ được ủy quyền cho văn phòng đại diện làm đại diện cho trung tâm trong các giao dịch phù hợp với lĩnh vực hoạt động của trung tâm trọng tài.

4. Chấm dứt hoạt động của chi nhánh, văn phòng đại diện và trung tâm trọng tài

a. Chấm dứt hoạt động của chi nhánh, văn phòng đại diện
trong các trường hợp sau đây:

- Theo quyết định của trung tâm trọng tài

Đây là trường hợp chấm dứt hoạt động của chi nhánh theo ý chí của trung tâm trọng tài. Lập chi nhánh là quyền của trung tâm trọng tài thì chấm dứt hoạt động của chi nhánh cũng thuộc toàn quyền quyết định của trung tâm trọng tài. Bởi vậy, hoạt động của chi nhánh phải chấm dứt theo quyết định của trung tâm trọng tài;

- Trung tâm trọng tài lập chi nhánh chấm dứt hoạt động

Chi nhánh là đơn vị phụ thuộc của trung tâm trọng tài. Do vậy, khi trung tâm trọng tài chấm dứt hoạt động thì đương nhiên kéo theo sự

Chi nhánh của trung tâm trọng tài chấm dứt hoạt động

chấm dứt hoạt động của chi nhánh trung tâm. Trường hợp này, trung tâm trọng tài phải hoàn tất thủ tục chấm dứt hoạt động của chi nhánh trước khi chấm dứt hoạt động của trung tâm trọng tài.

- Bị thu hồi giấy đăng kí hoạt động do vi phạm nghiêm trọng pháp luật trọng tài.

Đây là trường hợp chấm dứt bắt buộc theo ý chí của cơ quan nhà nước có thẩm quyền quyết định thu hồi giấy đăng kí hoạt động của chi nhánh, khi chi nhánh vi phạm nghiêm trọng các quy định của Pháp lệnh trọng tài thương mại và Nghị định của Chính phủ số 25/2004/ND-CP ngày 15/1/2004. Trường hợp này, trung tâm trọng tài phải chấm dứt hoạt động của chi nhánh theo thủ tục quy định của pháp luật.

Trung tâm trọng tài lập chi nhánh phải thông báo bằng văn bản cho Bộ tư pháp, sở tư pháp nơi trung tâm trọng tài đặt trụ sở và sở tư pháp, nơi đặt chi nhánh về việc chấm dứt trong các trường hợp sau đây:

- Theo quyết định của trung tâm trọng tài

Đây là trường hợp chấm dứt hoạt động của chi nhánh theo ý chí của trung tâm trọng tài. Lập chi nhánh là quyền của trung tâm trọng tài thì chấm dứt hoạt động của chi nhánh cũng thuộc toàn quyền quyết định của trung tâm trọng tài. Bởi vậy, hoạt động của chi nhánh phải chấm dứt theo quyết định của trung tâm trọng tài;

- Trung tâm trọng tài lập chi nhánh chấm dứt hoạt động

Chi nhánh là đơn vị phụ thuộc của trung tâm trọng tài. Do vậy, khi trung tâm trọng tài chấm dứt hoạt động thì đương nhiên kéo theo sự chấm dứt hoạt động của chi nhánh trung tâm. Trường hợp này, trung tâm trọng tài phải hoàn tất thủ tục chấm dứt hoạt động của chi nhánh trước khi chấm dứt hoạt động của trung tâm trọng tài.

- Bị thu hồi giấy đăng kí hoạt động do vi phạm nghiêm trọng pháp

luật trọng tài.

Đây là trường hợp chấm dứt bắt buộc theo ý chí của cơ quan nhà nước có thẩm quyền quyết định thu hồi giấy đăng kí hoạt động của chi nhánh, khi chi nhánh vi phạm nghiêm trọng các quy định của Pháp lệnh trọng tài thương mại và Nghị định của Chính phủ số 25/2004/ND-CP ngày 15/1/2004. Trường hợp này, trung tâm trọng tài phải chấm dứt hoạt động của chi nhánh theo thủ tục quy định của pháp luật.

Trung tâm trọng tài lập chi nhánh phải thông báo bằng văn bản cho Bộ tư pháp, sở tư pháp nơi trung tâm trọng tài đặt trụ sở và sở tư pháp, nơi đặt chi nhánh về việc chấm dứt

hoạt động của chi nhánh. Trung tâm trọng tài phải nộp lại giấy đăng kí hoạt động và con dấu của chi nhánh cho cơ quan nhà nước có thẩm quyền đồng thời đăng báo hàng ngày của trung ương hoặc báo địa phương nơi đăng kí hoạt động của chi nhánh trong ba số liên tiếp về việc chấm dứt hoạt động của chi nhánh.

Văn phòng đại diện chấm dứt hoạt động theo quyết định của trung tâm trọng tài.

Chậm nhất 7 ngày trước thời điểm dự kiến chấm dứt hoạt động của văn phòng đại diện, trung tâm trọng tài phải thông báo về việc chấm dứt hoạt động của văn phòng đại diện cho sở tư pháp, nơi trung tâm trọng tài đặt trụ sở và sở tư pháp, nơi đặt văn phòng đại diện.

b. Chấm dứt hoạt động của trung tâm trọng tài

Hoạt động của trung tâm trọng tài chấm dứt trong các trường hợp sau đây:

- Các trường hợp quy định tại điều lệ trung tâm trọng tài;
- Bị thu hồi giấy phép thành lập trung tâm trọng tài.

Trình tự, thủ tục chấm dứt hoạt động của trung tâm trọng tài được

thực hiện như sau:

* Trường hợp chấm dứt hoạt động theo quy định tại điều lệ của trung tâm trọng tài thì chậm nhất 30 ngày trước thời điểm dự kiến chấm dứt hoạt động, trung tâm trọng tài phải thông báo bằng văn bản về việc chấm dứt hoạt động cho Bộ tư pháp, Hội luật gia Việt Nam và sở tư pháp, nơi trung tâm trọng tài đăng kí hoạt động đồng thời phải đăng báo hàng ngày của trung ương hoặc báo địa phương, nơi đăng kí hoạt động của chi nhánh. Trung tâm trọng tài phải nộp lại giấy đăng kí hoạt động và con dấu của chi nhánh cho cơ quan nhà nước có thẩm quyền đồng thời đăng báo hàng ngày của trung ương hoặc báo địa phương nơi đăng kí hoạt động của chi nhánh trong ba số liên tiếp về việc chấm dứt hoạt động của chi nhánh.

Văn phòng đại diện chấm dứt hoạt động theo quyết định của trung tâm trọng tài.

Chậm nhất 7 ngày trước thời điểm dự kiến chấm dứt hoạt động của văn phòng đại diện, trung tâm trọng tài phải thông báo về việc chấm dứt hoạt động của văn phòng đại diện cho sở tư pháp, nơi trung tâm trọng tài đặt trụ sở và sở tư pháp, nơi đặt văn phòng đại diện.

b. Chấm dứt hoạt động của trung tâm trọng tài

Hoạt động của trung tâm trọng tài chấm dứt trong các trường hợp sau đây:

- Các trường hợp quy định tại điều lệ trung tâm trọng tài;
- Bị thu hồi giấy phép thành lập trung tâm trọng tài.

Trình tự, thủ tục chấm dứt hoạt động của trung tâm trọng tài được thực hiện như sau:

* Trường hợp chấm dứt hoạt động theo quy định tại điều lệ của trung tâm trọng tài thì chậm nhất 30 ngày trước thời điểm dự kiến chấm dứt hoạt động, trung tâm trọng tài phải thông báo bằng văn bản về việc chấm dứt hoạt động cho Bộ tư pháp, Hội luật gia Việt Nam và sở tư pháp, nơi

trung tâm trọng tài đăng kí hoạt động đồng thời phải đăng báo hàng ngày của trung ương hoặc báo địa phương, nơi đăng kí hoạt

động trong ba số liên tiếp về việc chấm dứt hoạt động của trung tâm trọng tài.

Trước thời điểm chấm dứt hoạt động, trung tâm trọng tài phải thanh toán xong các khoản nợ và hoàn tất các vụ việc đã nhận, trừ trường hợp có thỏa thuận khác. Trong thời hạn 7 ngày, kể từ ngày hoàn tất các thủ tục này, trung tâm trọng tài báo cáo bằng văn bản về việc hoàn tất các thủ tục đó cho Bộ tư pháp.

Bộ tư pháp ra quyết định về việc chấm dứt hoạt động của trung tâm trọng tài trong thời hạn 7 ngày, kể từ ngày nhận được báo cáo của trung tâm trọng tài. Trung tâm trọng tài nộp lại giấy phép thành lập, giấy đăng kí hoạt động và con dấu cho cơ quan nhà nước có thẩm quyền.

* Trường hợp trung tâm trọng tài bị thu hồi giấy phép thành lập thì trong thời hạn 10 ngày, kể từ ngày có Quyết định thu hồi, trung tâm trọng tài phải đăng báo hàng ngày của trung ương hoặc báo địa phương nơi đăng kí hoạt động trong ba số liên tiếp về việc chấm dứt hoạt động của trung tâm trọng tài.

Trong thời hạn 60 ngày, kể từ ngày có quyết định về việc thu hồi giấy phép thành lập, trung tâm trọng tài phải thanh toán xong các khoản nợ và hoàn tất các vụ việc đã nhận, trừ trường hợp có thỏa thuận khác. Trong thời hạn 7 ngày, kể từ ngày hoàn tất các thủ tục này, trung tâm trọng tài báo cáo bằng văn bản về việc hoàn tất các thủ tục đó cho Bộ tư pháp, Hội luật gia Việt Nam và sở tư pháp nơi trung tâm trọng tài đăng kí hoạt động. Trung tâm trọng tài nộp lại giấy phép thành lập, giấy đăng kí hoạt động và con dấu cho cơ quan nhà nước có thẩm quyền.

Trước thời điểm chấm dứt hoạt động, trung tâm trọng tài phải thanh toán xong các khoản nợ và hoàn tất các vụ việc đã nhận, trừ trường hợp có thỏa thuận khác. Trong thời hạn 7 ngày, kể từ ngày hoàn tất các thủ tục này, trung tâm trọng tài báo cáo bằng văn bản về việc hoàn tất các

động trong ba số liên tiếp về việc chấm dứt hoạt động của trung tâm trọng tài.

thủ tục đó cho Bộ tư pháp.

Bộ tư pháp ra quyết định về việc chấm dứt hoạt động của trung tâm trọng tài trong thời hạn 7 ngày, kể từ ngày nhận được báo cáo của trung tâm trọng tài. Trung tâm trọng tài nộp lại giấy phép thành lập, giấy đăng kí hoạt động và con dấu cho cơ quan nhà nước có thẩm quyền.

* Trường hợp trung tâm trọng tài bị thu hồi giấy phép thành lập thì trong thời hạn 10 ngày, kể từ ngày có Quyết định thu hồi, trung tâm trọng tài phải đăng báo hàng ngày của trung ương hoặc báo địa phương nơi đăng kí hoạt động trong ba số liên tiếp về việc chấm dứt hoạt động của trung tâm trọng tài.

Trong thời hạn 60 ngày, kể từ ngày có quyết định về việc thu hồi giấy phép thành lập, trung tâm trọng tài phải thanh toán xong các khoản nợ và hoàn tất các vụ việc đã nhận, trừ trường hợp có thỏa thuận khác. Trong thời hạn 7 ngày, kể từ ngày hoàn tất các thủ tục này, trung tâm trọng tài báo cáo bằng văn bản về việc hoàn tất các thủ tục đó cho Bộ tư pháp, Hội luật gia Việt Nam và sở tư pháp nơi trung tâm trọng tài đăng kí hoạt động. Trung tâm trọng tài nộp lại giấy phép thành lập, giấy đăng kí hoạt động và con dấu cho cơ quan nhà nước có thẩm quyền.

IV. TOÀ ÁN

Toà án là phương thức giải quyết tranh chấp tại cơ quan xét xử nhân danh quyền lực nhà nước, được tiến hành theo trình tự, thủ tục nghiêm ngặt, chặt chẽ và bản án hay quyết định của toà án về vụ tranh chấp nếu không có sự tự nguyện tuân thủ sẽ được bảo đảm thi hành bằng sức mạnh cưỡng chế của nhà nước.

Ở các nước khác nhau, có thể có sự khác nhau trong việc xác định thẩm quyền giải quyết các tranh chấp thương mại tại toà án. Một số nước (Mĩ, Nhật, Hà Lan...) trao thẩm quyền xét xử mọi tranh chấp, trong đó có các tranh chấp trong thương mại cho toà án thường (tòa dân sự). Một số nước khác lại trao thẩm quyền xét xử các tranh chấp thương mại cho toà án thương mại - Toà án chuyên trách trong cơ quan tư pháp (Đức, Pháp, áo, Bỉ...). Các toà án thương mại chỉ xét xử sơ thẩm, nếu có kháng án sẽ được đưa ra xét xử tại tòa thượng thẩm dân sự. Có nước thành lập hệ thống toà án độc lập gọi toà án trọng tài để giải quyết tranh chấp như Cộng hòa liên bang Nga.

Ở Việt Nam, tranh chấp thương mại chủ yếu thuộc thẩm quyền xét xử của tòa kinh tế - Tòa chuyên trách trong hệ thống toà án nhân dân. Phương thức giải quyết tranh chấp thương mại tại toà án có một số nội dung lưu ý sau đây:

1. Thẩm quyền giải quyết tranh chấp kinh doanh, thương mại của toà án

Thẩm quyền của toà án về giải quyết các tranh chấp kinh doanh, thương mại được pháp luật phân định theo cấp toà án,

IV. TOÀ ÁN

Toà án là phương thức giải quyết tranh chấp tại cơ quan xét xử nhân danh quyền lực nhà nước, được tiến hành theo trình tự, thủ tục nghiêm

ngặt, chặt chẽ và bản án hay quyết định của toà án về vụ tranh chấp nếu không có sự tự nguyện tuân thủ sẽ được bảo đảm thi hành bằng sức mạnh cưỡng chế của nhà nước.

Ở các nước khác nhau, có thể có sự khác nhau trong việc xác định thẩm quyền giải quyết các tranh chấp thương mại tại toà án. Một số nước (Mĩ, Nhật, Hà Lan...) trao thẩm quyền xét xử mọi tranh chấp, trong đó có các tranh chấp trong thương mại cho toà án thường (tòa dân sự). Một số nước khác lại trao thẩm quyền xét xử các tranh chấp thương mại cho toà án thương mại - Toà án chuyên trách trong cơ quan tư pháp (Đức, Pháp, áo, Bỉ...). Các toà án thương mại chỉ xét xử sơ thẩm, nếu có kháng án sẽ được đưa ra xét xử tại tòa thượng thẩm dân sự. Có nước thành lập hệ thống toà án độc lập gọi toà án trọng tài để giải quyết tranh chấp như Cộng hòa liên bang Nga.

Ở Việt Nam, tranh chấp thương mại chủ yếu thuộc thẩm quyền xét xử của tòa kinh tế - Tòa chuyên trách trong hệ thống toà án nhân dân. Phương thức giải quyết tranh chấp thương mại tại toà án có một số nội dung lưu ý sau đây:

1. Thẩm quyền giải quyết tranh chấp kinh doanh, thương mại của toà án

Thẩm quyền của toà án về giải quyết các tranh chấp kinh doanh, thương mại được pháp luật phân định theo cấp toà án, theo lãnh thổ và theo sự lựa chọn của nguyên đơn.

a. Thẩm quyền theo cấp toà án

Tuy không thành lập phân tòa kinh tế ở toà án nhân dân cấp huyện nhưng theo Điều 33 Bộ luật tố tụng dân sự năm 2004, toà án nhân dân cấp huyện vẫn được trao thẩm quyền sơ thẩm một số tranh chấp về kinh doanh, thương mại quy định tại các điểm a, b, c, d, đ, e, g, h, và i khoản

1 Điều 29 Bộ luật tố tụng dân sự năm 2004.

Như vậy, dù đã cố gắng trong việc mở rộng thẩm quyền cho toà án cấp huyện song pháp luật hiện hành của Việt Nam vẫn chủ yếu tập trung thẩm quyền sơ thẩm các tranh chấp về kinh doanh, thương mại cho tòa kinh tế cấp tỉnh. Các tranh chấp về kinh doanh, thương mại không thuộc thẩm quyền giải quyết của toà án cấp huyện, gồm có:

- Tranh chấp quy định tại các điểm a, b, c, d, đ, e, g, h, và i khoản 1 Điều 29 Bộ luật tố tụng dân sự năm 2004 mà có đương sự hoặc tài sản ở nước ngoài hoặc cần phải ủy thác tư pháp cho cơ quan lãnh sự của Việt Nam ở nước ngoài, cho toà án nước ngoài.

- Tranh chấp về vận chuyển hàng hóa, hành khách bằng đường hàng không, đường biển; mua bán cổ phiếu, trái phiếu và giấy tờ có giá khác; đầu tư, tài chính, ngân hàng; bảo hiểm; thăm dò, khai thác.

- Tranh chấp về quyền sở hữu trí tuệ, chuyển giao công nghệ giữa cá nhân, tổ chức với nhau đều có mục đích lợi nhuận.

- Tranh chấp giữa công ti với các thành viên công ti, giữa các thành viên công ti với nhau liên quan đến thành lập, hoạt theo lãnh thổ và theo sự lựa chọn của nguyên đơn.

a. Thẩm quyền theo cấp toà án

Tuy không thành lập phân tòa kinh tế ở toà án nhân dân cấp huyện nhưng theo Điều 33 Bộ luật tố tụng dân sự năm 2004, toà án nhân dân cấp huyện vẫn được trao thẩm quyền sơ thẩm một số tranh chấp về kinh doanh, thương mại quy định tại các điểm a, b, c, d, đ, e, g, h, và i khoản 1 Điều 29 Bộ luật tố tụng dân sự năm 2004.

Như vậy, dù đã cố gắng trong việc mở rộng thẩm quyền cho toà án cấp huyện song pháp luật hiện hành của Việt Nam vẫn chủ yếu tập trung thẩm quyền sơ thẩm các tranh chấp về kinh doanh, thương mại cho tòa kinh tế cấp tỉnh. Các tranh chấp về kinh doanh, thương mại không thuộc

thẩm quyền giải quyết của toà án cấp huyện, gồm có:

- Tranh chấp quy định tại các điểm a, b, c, d, đ, e, g, h, và i khoản 1 Điều 29 Bộ luật tố tụng dân sự năm 2004 mà có đương sự hoặc tài sản ở nước ngoài hoặc cần phải ủy thác tư pháp cho cơ quan lãnh sự của Việt Nam ở nước ngoài, cho toà án nước ngoài.

- Tranh chấp về vận chuyển hàng hóa, hành khách bằng đường hàng không, đường biển; mua bán cổ phiếu, trái phiếu và giấy tờ có giá khác; đầu tư, tài chính, ngân hàng; bảo hiểm; thăm dò, khai thác.

- Tranh chấp về quyền sở hữu trí tuệ, chuyển giao công nghệ giữa cá nhân, tổ chức với nhau đều có mục đích lợi nhuận.

- Tranh chấp giữa công ti với các thành viên công ti, giữa các thành viên công ti với nhau liên quan đến thành lập, hoạt

động, giải thể, sáp nhập, hợp nhất, chia, tách, chuyển đổi hình thức tổ chức của công ti.

- Các tranh chấp khác về kinh doanh, thương mại mà pháp luật có quy định.

Thẩm quyền giải quyết các tranh chấp về kinh doanh, thương mại của toà án nhân dân cấp tỉnh thuộc về tòa kinh tế và ủy ban thẩm phán toà án nhân dân cấp tỉnh.

- Tòa kinh tế toà án nhân dân cấp tỉnh có thẩm quyền sơ thẩm tất cả các tranh chấp về kinh doanh, thương mại, trừ tranh chấp thuộc thẩm quyền của toà án cấp huyện.

Khi cần thiết, tòa kinh tế toà án nhân dân cấp tỉnh có thể lấy lên để giải quyết theo thủ tục sơ thẩm các tranh chấp thuộc thẩm quyền của toà án cấp huyện (khoản 2 Điều 34 Bộ luật tố tụng dân sự năm 2004).

Ngoài thẩm quyền sơ thẩm, tòa kinh tế toà án nhân dân cấp tỉnh còn có thẩm quyền phúc thẩm đối với những vụ án mà bản án, quyết định sơ thẩm chưa có hiệu lực pháp luật của toà án cấp huyện bị kháng cáo, kháng nghị.

- ủy ban thẩm phán toà án nhân dân cấp tỉnh có thẩm quyền giám đốc thẩm, tái thẩm đối với những vụ án mà bản án, quyết định sơ thẩm đã có hiệu lực pháp luật của toà án nhân dân cấp huyện bị kháng nghị theo trình tự tố tụng.

Thẩm quyền giải quyết các tranh chấp về kinh doanh, thương mại của Toà án nhân dân tối cao thuộc Tòa kinh tế, Tòa phúc thẩm và Hội đồng thẩm phán Toà án nhân dân tối cao.

- Tòa kinh tế Toà án nhân dân tối cao có thẩm quyền giám đốc thẩm, tái thẩm những vụ án mà bản án, quyết định

động, giải thể, sáp nhập, hợp nhất, chia, tách, chuyển đổi hình thức tổ chức của công ti.

- Các tranh chấp khác về kinh doanh, thương mại mà pháp luật có quy định.

Thẩm quyền giải quyết các tranh chấp về kinh doanh, thương mại của toà án nhân dân cấp tỉnh thuộc về tòa kinh tế và ủy ban thẩm phán toà án nhân dân cấp tỉnh.

- Tòa kinh tế toà án nhân dân cấp tỉnh có thẩm quyền sơ thẩm tất cả các tranh chấp về kinh doanh, thương mại, trừ tranh chấp thuộc thẩm quyền của toà án cấp huyện.

Khi cần thiết, tòa kinh tế toà án nhân dân cấp tỉnh có thể lấy lên để giải quyết theo thủ tục sơ thẩm các tranh chấp thuộc thẩm quyền của toà án cấp huyện (khoản 2 Điều 34 Bộ luật tố tụng dân sự năm 2004).

Ngoài thẩm quyền sơ thẩm, tòa kinh tế toà án nhân dân cấp tỉnh còn có thẩm quyền phúc thẩm đối với những vụ án mà bản án, quyết định sơ thẩm chưa có hiệu lực pháp luật của toà án cấp huyện bị kháng cáo, kháng nghị.

- ủy ban thẩm phán toà án nhân dân cấp tỉnh có thẩm quyền giám đốc thẩm, tái thẩm đối với những vụ án mà bản án, quyết định sơ thẩm đã có hiệu lực pháp luật của toà án nhân dân cấp huyện bị kháng nghị theo trình tự tố tụng.

Thẩm quyền giải quyết các tranh chấp về kinh doanh, thương mại của Toà án nhân dân tối cao thuộc Tòa kinh tế, Tòa phúc thẩm và Hội đồng thẩm phán Toà án nhân dân tối cao.

- Tòa kinh tế Toà án nhân dân tối cao có thẩm quyền giám đốc thẩm, tái thẩm những vụ án mà bản án, quyết định

đã có hiệu lực pháp luật của toà án nhân dân cấp tỉnh bị kháng nghị theo trình tự tố tụng.

- Tòa phúc thẩm Toà án nhân dân tối cao có thẩm quyền phúc thẩm đối với những vụ án mà bản án, quyết định sơ thẩm chưa có hiệu lực pháp luật của toà án cấp tỉnh bị kháng cáo, kháng nghị.

- Hội đồng thẩm phán Toà án nhân dân tối cao có thẩm quyền giám đốc thẩm, tái thẩm đối với những vụ án mà bản án, quyết định của các tòa thuộc Toà án nhân dân tối cao bị kháng nghị theo trình tự tố tụng.

b. Thẩm quyền theo lãnh thổ

Theo Điều 35 Bộ luật tố tụng dân sự năm 2004, toà án có thẩm quyền sơ thẩm tranh chấp về kinh doanh, thương mại là toà án nơi bị đơn cư trú, làm việc (nếu bị đơn là cá nhân) hoặc nơi bị đơn có trụ sở (nếu bị đơn là cơ quan, tổ chức).

Toà án nơi có bất động sản có thẩm quyền giải quyết những tranh chấp về bất động sản.

Ngoài ra, Bộ luật tố tụng dân sự năm 2004 còn cho phép đương sự có quyền thỏa thuận với nhau bằng văn bản yêu cầu toà án nơi cư trú, làm việc của nguyên đơn (nếu nguyên đơn là cá nhân) hoặc nơi có trụ sở của nguyên đơn (nếu nguyên đơn là cơ quan, tổ chức) giải quyết những tranh chấp về kinh doanh, thương mại. Nội dung pháp lí này là iạột điểm mới của Bộ luật tố tụng dân sự năm 2004 mà trước đó, các văn bản pháp luật của Việt Nam chưa có quy định. Trước khi Bộ luật tố tụng dân sự năm 2004 có hiệu lực pháp luật, pháp luật của Việt Nam không cho phép các đương sự có

- Tòa phúc thẩm Toà án nhân dân tối cao có thẩm quyền phúc thẩm đối với những vụ án mà bản án, quyết định sơ thẩm chưa có hiệu lực pháp luật của toà án cấp tỉnh bị kháng cáo, kháng nghị.

đã có hiệu lực pháp luật của toà án nhân dân cấp tỉnh bị kháng nghị theo trình tự tố tụng.

- Hội đồng thẩm phán Toà án nhân dân tối cao có thẩm quyền giám đốc thẩm, tái thẩm đối với những vụ án mà bản án, quyết định của các tòa thuộc Toà án nhân dân tối cao bị kháng nghị theo trình tự tố tụng.

b. Thẩm quyền theo lãnh thổ

Theo Điều 35 Bộ luật tố tụng dân sự năm 2004, toà án có thẩm quyền sơ thẩm tranh chấp về kinh doanh, thương mại là toà án nơi bị đơn cư trú, làm việc (nếu bị đơn là cá nhân) hoặc nơi bị đơn có trụ sở (nếu bị đơn là cơ quan, tổ chức).

Toà án nơi có bất động sản có thẩm quyền giải quyết những tranh chấp về bất động sản.

Ngoài ra, Bộ luật tố tụng dân sự năm 2004 còn cho phép đương sự có quyền thỏa thuận với nhau bằng văn bản yêu cầu toà án nơi cư trú, làm việc của nguyên đơn (nếu nguyên đơn là cá nhân) hoặc nơi có trụ sở của nguyên đơn (nếu nguyên đơn là cơ quan, tổ chức) giải quyết những tranh chấp về kinh doanh, thương mại. Nội dung pháp lí này là Wột điểm mới của Bộ luật tố tụng dân sự năm 2004 mà trước đó, các văn bản pháp luật của Việt Nam chưa có quy định. Trước khi Bộ luật tố tụng dân sự năm 2004 có hiệu lực pháp luật, pháp luật của Việt Nam không cho phép các đương sự có

quyền thỏa thuận chọn toà án nơi cư trú, làm việc hoặc nơi có trụ sở của nguyên đơn giải quyết vụ tranh chấp. Thẩm quyền của tòa đã được pháp luật phân định theo những tiêu chí nhất định mà các đương sự không được quyền thỏa thuận chọn toà án, chỉ có nguyên đơn mới có quyền chọn toà án trong những trường hợp được pháp luật quy định. Việc cho phép các đương sự được thỏa thuận chọn toà án nơi cư trú, làm việc hoặc nơi có trụ sở của nguyên đơn giải quyết vụ tranh chấp là xuất phát từ quan điểm tôn trọng quyền định đoạt của các đương sự và tạo điều kiện thuận lợi nhất cho các bên trong quá trình giải quyết tranh chấp.

c. Thẩm quyền theo sự lựa chọn của nguyên đơn

Để thuận lợi nhất cho nguyên đơn trong việc giải quyết vụ tranh chấp cũng như xác định thẩm quyền của toà án cụ thể, pháp luật dành cho nguyên đơn được quyền chọn toà án để giải quyết vụ tranh chấp. Theo Điều 36 Bộ luật tố tụng dân sự năm 2004, nguyên đơn được chọn toà án để giải quyết vụ tranh chấp về kinh doanh, thương mại trong những trường hợp sau đây:

-Nếu không biết nơi cư trú, làm việc, trụ sở của bị đơn thì nguyên đơn có thể yêu cầu toà án nơi bị đơn cư trú, làm việc, có trụ sở cuối cùng hoặc nơi bị đơn có tài sản giải quyết;

-Nếu tranh chấp phát sinh từ chi nhánh tổ chức thì nguyên đơn có thể yêu cầu toà án nơi tổ chức có trụ sở hoặc nơi tổ chức có chi nhánh giải quyết;

-Nếu bị đơn không có nơi cư trú, làm việc, trụ sở ở Việt Nam thì nguyên đơn có thể yêu cầu toà án nơi mình cư trú, làm việc giải quyết;

quyền thỏa thuận chọn toà án nơi cư trú, làm việc hoặc nơi có trụ sở của nguyên đơn giải quyết vụ tranh chấp. Thẩm quyền của tòa đã được pháp luật phân định theo những tiêu chí nhất định mà các đương sự không được quyền thỏa thuận chọn toà án, chỉ có nguyên đơn mới có quyền

chọn toà án trong những trường hợp được pháp luật quy định. Việc cho phép các đương sự được thỏa thuận chọn toà án nơi cư trú, làm việc hoặc nơi có trụ sở của nguyên đơn giải quyết vụ tranh chấp là xuất phát từ quan điểm tôn trọng quyền định đoạt của các đương sự và tạo điều kiện thuận lợi nhất cho các bên trong quá trình giải quyết tranh chấp.

c. Thẩm quyền theo sự lựa chọn của nguyên đơn

Để thuận lợi nhất cho nguyên đơn trong việc giải quyết vụ tranh chấp cũng như xác định thẩm quyền của toà án cụ thể, pháp luật dành cho nguyên đơn được quyền chọn toà án để giải quyết vụ tranh chấp. Theo Điều 36 Bộ luật tố tụng dân sự năm 2004, nguyên đơn được chọn toà án để giải quyết vụ tranh chấp về kinh doanh, thương mại trong những trường hợp sau đây:

- Nếu không biết nơi cư trú, làm việc, trụ sở của bị đơn thì nguyên đơn có thể yêu cầu toà án nơi bị đơn cư trú, làm việc, có trụ sở cuối cùng hoặc nơi bị đơn có tài sản giải quyết;

- Nếu tranh chấp phát sinh từ chi nhánh tổ chức thì nguyên đơn có thể yêu cầu toà án nơi tổ chức có trụ sở hoặc nơi tổ chức có chi nhánh giải quyết;

- Nếu bị đơn không có nơi cư trú, làm việc, trụ sở ở Việt Nam thì nguyên đơn có thể yêu cầu toà án nơi mình cư trú, làm việc giải quyết;

- Nếu tranh chấp phát sinh từ quan hệ hợp đồng thì nguyên đơn có thể yêu cầu toà án nơi hợp đồng được thực hiện giải quyết;

- Nếu các bị đơn cư trú, làm việc, có trụ sở ở nhiều nơi khác nhau thì nguyên đơn có thể yêu cầu toà án nơi một trong các bị đơn cư trú, làm việc, có trụ sở giải quyết;

- Nếu tranh chấp bất động sản mà bất động sản có ở nhiều địa phương khác nhau thì nguyên đơn có thể yêu cầu toà án nơi có một trong các bất động sản giải quyết.

2. Thủ tục giải quyết tranh chấp kinh doanh, thương mại tại toà án

Thủ tục giải quyết tranh chấp về kinh doanh, thương mại tại toà án cũng như thủ tục giải quyết tranh chấp về dân sự, hôn nhân và gia đình, lao động (gọi chung là thủ tục giải quyết vụ án), gồm có:

- Thủ tục giải quyết vụ án tại toà án cấp sơ thẩm, gồm có: khởi kiện và thụ lí vụ án; hoà giải và chuẩn bị xét xử; phiên tòa sơ thẩm.
- Thủ tục giải quyết vụ án tại toà án cấp phúc thẩm.
- Thủ tục xét lại bản án, quyết định đã có hiệu lực pháp luật, bao gồm: thủ tục giám đốc thẩm và thủ tục tái thẩm.

Trong phạm vi nghiên cứu, giáo trình này không đề cập cụ thể nội dung pháp lí của thủ tục giải quyết vụ án tại toà án.⁽¹⁾

(1).Xem: Trường Đại học Luật Hà Nội, *Giáo trình luật tố tụng dân sự*, Nxb. Công an nhân dân, Hà Nội, 2005.

- Nếu tranh chấp phát sinh từ quan hệ hợp đồng thì nguyên đơn có thể yêu cầu toà án nơi hợp đồng được thực hiện giải quyết;
- Nếu các bị đơn cư trú, làm việc, có trụ sở ở nhiều nơi khác nhau thì nguyên đơn có thể yêu cầu toà án nơi một trong các bị đơn cư trú, làm việc, có trụ sở giải quyết;
- Nếu tranh chấp bất động sản mà bất động sản có ở nhiều địa phương khác nhau thì nguyên đơn có thể yêu cầu toà án nơi có một trong các bất động sản giải quyết.

2. Thủ tục giải quyết tranh chấp kinh doanh, thương mại tại toà án

Thủ tục giải quyết tranh chấp về kinh doanh, thương mại tại toà án

cũng như thủ tục giải quyết tranh chấp về dân sự, hôn nhân và gia đình, lao động (gọi chung là thủ tục giải quyết vụ án), gồm có:

- Thủ tục giải quyết vụ án tại toà án cấp sơ thẩm, gồm có: khởi kiện và thụ lí vụ án; hoà giải và chuẩn bị xét xử; phiên tòa sơ thẩm.
- Thủ tục giải quyết vụ án tại toà án cấp phúc thẩm.
- Thủ tục xét lại bản án, quyết định đã có hiệu lực pháp luật, bao gồm: thủ tục giám đốc thẩm và thủ tục tái thẩm.

Trong phạm vi nghiên cứu, giáo trình này không đề cập cụ thể nội dung pháp lí của thủ tục giải quyết vụ án tại toà án.⁽¹⁾

(1).Xem: Trường Đại học Luật Hà Nội, *Giáo trình luật tố tụng dân sự*, Nxb. Công an nhân dân, Hà Nội, 2005.

CHƯƠNG XVIII

THỦ TỤC GIẢI QUYẾT TRANH CHẤP THƯƠNG MẠI BẰNG TRỌNG TÀI THƯƠNG MẠI

I. CÁC NGUYÊN TẮC GIẢI QUYẾT TRANH CHẤP THƯƠNG MẠI BẰNG TRỌNG TÀI

1. Nguyên tắc thoả thuận trọng tài

Thoả thuận trọng tài là thoả thuận giữa các bên về việc giải quyết bằng trọng tài các vụ tranh chấp có thể phát sinh hoặc đã phát sinh trong hoạt động thương mại. Như vậy, các bên có thể thoả thuận trọng tài trước khi có tranh chấp hoặc sau khi có tranh chấp. Khác với việc giải quyết tranh chấp tại toà án - cơ quan tài phán nhà nước, khi có tranh chấp phát sinh, bên có quyền và lợi ích hợp pháp bị vi phạm có quyền đệ đơn yêu

cầu toà án có thẩm quyền giải quyết mà không cần có sự thoả thuận trước, việc giải quyết tranh chấp bằng trọng tài đòi hỏi có sự thoả thuận của các bên. Nguyên tắc chung là “không có thoả thuận giải quyết bằng phương thức trọng tài, không có tổ tụng trọng tài”. Thoả thuận trọng tài có thể là một thoả thuận riêng hoặc là thoả thuận trong hợp đồng và phải được lập thành văn bản (Điều 9 Pháp lệnh trọng tài thương mại). Ngay cả khi hợp đồng giữa các bên không

CHƯƠNG XVIII

THỦ TỤC GIẢI QUYẾT TRANH CHẤP THƯƠNG MẠI BẰNG TRỌNG TÀI THƯƠNG MẠI

I. CÁC NGUYÊN TẮC GIẢI QUYẾT TRANH CHẤP THƯƠNG MẠI BẰNG TRỌNG TÀI

1. Nguyên tắc thoả thuận trọng tài

Thoả thuận trọng tài là thoả thuận giữa các bên về việc giải quyết bằng trọng tài các vụ tranh chấp có thể phát sinh hoặc đã phát sinh trong hoạt động thương mại. Như vậy, các bên có thể thoả thuận trọng tài trước khi có tranh chấp hoặc sau khi có tranh chấp. Khác với việc giải quyết tranh chấp tại toà án - cơ quan tài phán nhà nước, khi có tranh chấp phát sinh, bên có quyền và lợi ích hợp pháp bị vi phạm có quyền đệ đơn yêu cầu toà án có thẩm quyền giải quyết mà không cần có sự thoả thuận trước, việc giải quyết tranh chấp bằng trọng tài đòi hỏi có sự thoả thuận của các bên. Nguyên tắc chung là “không có thoả thuận giải quyết bằng phương thức trọng tài, không có tổ tụng trọng tài”. Thoả thuận trọng tài có thể là một thoả thuận riêng hoặc là thoả thuận trong hợp đồng và phải được lập thành văn bản (Điều 9 Pháp lệnh trọng tài thương mại). Ngay cả khi hợp đồng giữa các bên không

được thể hiện bằng văn bản thì thoả thuận trọng tài vẫn phải lập thành văn bản. Thoả thuận trọng tài được coi như đã được lập thành văn bản nếu thoả thuận đó nằm trong một văn bản được các bên kí hoặc nằm trong thư từ, TELEX, điện tín hoặc FAX trao đổi giữa các bên hoặc bất kì phương thức liên lạc nào khác cho thấy sự tồn tại của thoả thuận đó. Khi nộp đơn kiện cho trung tâm trọng tài, nguyên đơn phải nộp kèm theo thoả thuận trọng tài. Nếu không có thoả thuận trọng tài, trung tâm trọng tài sẽ không có thẩm quyền giải quyết. Ngay cả khi có thoả thuận trọng tài nhưng nếu thoả thuận trọng tài vô hiệu thì trọng tài cũng không có thẩm quyền giải quyết.

Theo Điều 10 Pháp lệnh trọng tài thương mại, thoả thuận trọng tài vô hiệu trong những trường hợp sau đây:

- Tranh chấp phát sinh không thuộc hoạt động thương mại được quy định tại khoản 3 Điều 2 Pháp lệnh trọng tài thương mại;

- Người kí thoả thuận trọng tài không có thẩm quyền kí kết theo quy định của pháp luật;

- Một bên kí kết thoả thuận trọng tài không có năng lực hành vi dân sự đầy đủ;

- Thoả thuận trọng tài không quy định hoặc quy định không rõ đối tượng tranh chấp, tổ chức trọng tài có thẩm quyền giải quyết vụ tranh chấp mà sau đó các bên không có thoả thuận bổ sung;

- Thoả thuận trọng tài không đúng hình thức theo Điều 9 của Pháp lệnh trọng tài thương mại;

- Bên kí thoả thuận trọng tài bị lừa dối, bị đe dọa và có được thể hiện bằng văn bản thì thoả thuận trọng tài vẫn phải lập thành văn bản. Thoả thuận trọng tài được coi như đã được lập thành văn bản nếu thoả thuận đó nằm trong một văn bản được các bên kí hoặc nằm trong thư từ, TELEX, điện tín hoặc FAX trao đổi giữa các bên hoặc bất kì phương thức liên lạc nào khác cho thấy sự tồn tại của thoả thuận đó. Khi nộp đơn kiện

cho trung tâm trọng tài, nguyên đơn phải nộp kèm theo thoả thuận trọng tài. Nếu không có thoả thuận trọng tài, trung tâm trọng tài sẽ không có thẩm quyền giải quyết. Ngay cả khi có thoả thuận trọng tài nhưng nếu thoả thuận trọng tài vô hiệu thì trọng tài cũng không có thẩm quyền giải quyết.

Theo Điều 10 Pháp lệnh trọng tài thương mại, thoả thuận trọng tài vô hiệu trong những trường hợp sau đây:

- Tranh chấp phát sinh không thuộc hoạt động thương mại được quy định tại khoản 3 Điều 2 Pháp lệnh trọng tài thương mại;
- Người kí thoả thuận trọng tài không có thẩm quyền kí kết theo quy định của pháp luật;
- Một bên kí kết thoả thuận trọng tài không có năng lực hành vi dân sự đầy đủ;
- Thoả thuận trọng tài không quy định hoặc quy định không rõ đối tượng tranh chấp, tổ chức trọng tài có thẩm quyền giải quyết vụ tranh chấp mà sau đó các bên không có thoả thuận bổ sung;
- Thoả thuận trọng tài không đúng hình thức theo Điều 9 của Pháp lệnh trọng tài thương mại;
- Bên kí thoả thuận trọng tài bị lừa dối, bị đe dọa và có yêu cầu tuyên bố thoả thuận trọng tài vô hiệu.

Thời hiệu yêu cầu tuyên bố thoả thuận trọng tài vô hiệu là 6 tháng, kể từ ngày kí kết thoả thuận trọng tài nhưng phải trước ngày hội đồng trọng tài mở phiên họp đầu tiên giải quyết vụ tranh chấp.

Sau khi đã thụ lí đơn yêu cầu giải quyết tranh chấp thương mại mà xác định được là thoả thuận trọng tài vô hiệu thì hội đồng trọng tài ra quyết định đình chỉ giải quyết vụ tranh chấp. Vì thoả thuận trọng tài vô hiệu nên các bên có quyền đưa vụ tranh chấp ra toà án để giải quyết theo thủ tục tư pháp.

Nói tóm lại, tranh chấp thương mại chỉ được giải quyết tại trọng tài nếu các bên có thoả thuận trọng tài và thoả thuận trọng tài đó có hiệu lực. Nếu không có thoả thuận trọng tài hoặc thoả thuận trọng tài vô hiệu mà hội đồng trọng tài vẫn giải quyết thì quyết định của hội đồng sẽ bị huỷ (xem Điều 54 Pháp lệnh trọng tài thương mại).

2. Nguyên tắc trọng tài viên độc lập, vô tư, khách quan

Việc giải quyết tranh chấp một cách công bằng, tính độc lập của các trọng tài viên đối với các bên là vấn đề cần được đặc biệt quan tâm. Một số tổ chức trọng tài yêu cầu trọng tài viên xác nhận bằng văn bản rằng họ đang và sẽ độc lập với các bên và yêu cầu trọng tài viên trình bày bất kỳ sự kiện hoặc chi tiết nào có thể khiến các bên nghi ngờ về tính độc lập của họ.

Trọng tài viên phải có đủ các điều kiện nhất định để đảm bảo rằng họ độc lập, vô tư, khách quan trong việc giải quyết tranh chấp. yêu cầu tuyên bố thoả thuận trọng tài vô hiệu.

Thời hiệu yêu cầu tuyên bố thoả thuận trọng tài vô hiệu là 6 tháng, kể từ ngày kí kết thoả thuận trọng tài nhưng phải trước ngày hội đồng trọng tài mở phiên họp đầu tiên giải quyết vụ tranh chấp.

Sau khi đã thụ lí đơn yêu cầu giải quyết tranh chấp thương mại mà xác định được là thoả thuận trọng tài vô hiệu thì hội đồng trọng tài ra quyết định đình chỉ giải quyết vụ tranh chấp. Vì thoả thuận trọng tài vô hiệu nên các bên có quyền đưa vụ tranh chấp ra toà án để giải quyết theo thủ tục tư pháp.

Nói tóm lại, tranh chấp thương mại chỉ được giải quyết tại trọng tài nếu các bên có thoả thuận trọng tài và thoả thuận trọng tài đó có hiệu lực. Nếu không có thoả thuận trọng tài hoặc thoả thuận trọng tài vô hiệu mà hội đồng trọng tài vẫn giải quyết thì quyết định của hội đồng sẽ bị huỷ (xem Điều 54 Pháp lệnh trọng tài thương mại).

Theo Điều 12 Pháp lệnh trọng tài thương mại, công dân Việt

2. Nguyên tắc trọng tài viên độc lập, vô tư, khách quan

Việc giải quyết tranh chấp một cách công bằng, tính độc lập của các trọng tài viên đối với các bên là vấn đề cần được đặc biệt quan tâm. Một số tổ chức trọng tài yêu cầu trọng tài viên xác nhận bằng văn bản rằng họ đang và sẽ độc lập với các bên và yêu cầu trọng tài viên trình bày bất kỳ sự kiện hoặc chi tiết nào có thể khiến các bên nghi ngờ về tính độc lập của họ.

Trọng tài viên phải có đủ các điều kiện nhất định để đảm bảo rằng họ độc lập, vô tư, khách quan trong việc giải quyết tranh chấp.

Nam có đủ các điều kiện sau đây có thể làm trọng tài viên:

- Có năng lực hành vi dân sự đầy đủ;
- Có phẩm chất đạo đức tốt, trung thực, vô tư, khách quan;
- Có bằng đại học và đã qua thực tế công tác theo ngành đã học từ năm năm trở lên.

Người đang bị quản chế hành chính, đang bị truy cứu trách nhiệm hình sự hoặc đã bị kết án mà chưa được xoá án tích không được làm trọng tài viên.

Thẩm phán, kiểm sát viên, điều tra viên, chấp hành viên, công chức đang công tác tại toà án nhân dân, viện kiểm sát nhân dân, cơ quan điều tra, cơ quan thi hành án không được làm trọng tài viên.

Tất cả những quy định trên đều nhằm đảm bảo nguyên tắc trọng tài viên độc lập, vô tư, khách quan trong việc giải quyết tranh chấp thương mại. Khi tham gia giải quyết tranh chấp thương mại, trọng tài viên phải thật sự là người thứ ba độc lập, vô tư, không liên quan đến các bên có tranh chấp cũng như không có bất kì lợi ích nào dính dáng đến vụ tranh chấp đó.

Trọng tài viên phải từ chối giải quyết vụ tranh chấp, các bên có quyền yêu cầu thay đổi trọng tài viên 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.

Từ khi được chọn hoặc được chỉ định giải quyết tranh

Nam có đủ các điều kiện sau đây có thể làm trọng tài viên:

- Có năng lực hành vi dân sự đầy đủ;
- Có phẩm chất đạo đức tốt, trung thực, vô tư, khách quan;
- Có bằng đại học và đã qua thực tế công tác theo ngành đã học từ năm năm trở lên.

Người đang bị quản chế hành chính, đang bị truy cứu trách nhiệm hình sự hoặc đã bị kết án mà chưa được xoá án tích không được làm trọng tài viên.

Thẩm phán, kiểm sát viên, điều tra viên, chấp hành viên, công chức đang công tác tại toà án nhân dân, viện kiểm sát nhân dân, cơ quan điều tra, cơ quan thi hành án không được làm trọng tài viên.

Tất cả những quy định trên đều nhằm đảm bảo nguyên tắc trọng tài viên độc lập, vô tư, khách quan trong việc giải quyết tranh chấp thương mại. Khi tham gia giải quyết tranh chấp thương mại, trọng tài viên phải thật sự là người thứ ba độc lập, vô tư, không liên quan đến các bên có tranh chấp cũng như không có bất kì lợi ích nào dính dáng đến vụ tranh chấp đó.

Trọng tài viên phải từ chối giải quyết vụ tranh chấp, các bên có quyền yêu cầu thay đổi trọng tài viên 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.

Từ khi được chọn hoặc được chỉ định giải quyết tranh

chấp và trong quá trình giải quyết tranh chấp, trọng tài viên phải thông báo công khai và kịp thời những việc có thể gây nghi ngờ về tính khách quan vô tư của mình. Khi giải quyết tranh chấp kinh tế, trọng tài viên hay các trọng tài viên phải căn cứ vào các tình tiết của vụ tranh chấp, phải xác minh sự việc nếu thấy cần thiết và phải căn cứ vào các chứng cứ mà mình thu thập được trọng tài viên không bị chi phối bởi bất kì tổ chức cá nhân nào. Không ai có quyền chỉ đạo, can thiệp vào việc giải quyết tranh chấp của trọng tài viên. Quyết định của trọng tài viên phải đúng với sự thật khách quan.

Nếu trọng tài viên không vô tư, không khách quan trong việc giải quyết tranh chấp, vi phạm nghĩa vụ của trọng tài viên thì quyết định của hội đồng trọng tài có trọng tài viên này sẽ bị huỷ (Điều 54 Pháp lệnh trọng tài thương mại).

3. Nguyên tắc trọng tài viên phải căn cứ vào pháp luật

Trọng tài viên là người được các bên có tranh chấp lựa chọn giải quyết tranh chấp cho họ. Để giải quyết tranh chấp một cách công bằng, hợp lí, bảo vệ quyền và lợi ích chính đáng của các bên, trọng tài viên phải căn cứ vào pháp luật. Đây là một nguyên tắc rất quan trọng trong mọi thủ tục tố tụng cũng như giải quyết mọi vấn đề của đời sống xã hội trong điều kiện nhà nước pháp quyền. Mọi người đều phải sống và làm việc theo pháp luật. Pháp luật bản thân nó hàm chứa yếu tố công bằng và văn minh. Pháp luật là khế ước chung của toàn xã hội, nó công bằng với tất cả mọi người, không thiên vị ai. Song không phải mọi lúc mọi nơi, khẩu hiệu “sống và làm việc theo pháp luật” đều được tuân thủ tuyệt đối bởi nhiều lí do khác nhau. Khi giải quyết tranh chấp và trong quá trình giải quyết tranh chấp, trọng tài viên phải thông báo công khai và kịp thời những việc có thể gây nghi ngờ về tính khách quan vô tư của mình. Khi giải quyết tranh chấp kinh tế, trọng tài viên hay các trọng tài viên phải căn cứ vào các tình tiết của vụ tranh chấp, phải xác minh sự việc nếu thấy cần thiết

và phải căn cứ vào các chứng cứ mà mình thu thập được trọng tài viên không bị chi phối bởi bất kì tổ chức cá nhân nào. Không ai có quyền chỉ đạo, can thiệp vào việc giải quyết tranh chấp của trọng tài viên. Quyết định của trọng tài viên phải đúng với sự thật khách quan.

Nếu trọng tài viên không vô tư, không khách quan trong việc giải quyết tranh chấp, vi phạm nghĩa vụ của trọng tài viên thì quyết định của hội đồng trọng tài có trọng tài viên này sẽ bị huỷ (Điều 54 Pháp lệnh trọng tài thương mại).

3. Nguyên tắc trọng tài viên phải căn cứ vào pháp luật

Trọng tài viên là người được các bên có tranh chấp lựa chọn giải quyết tranh chấp cho họ. Để giải quyết tranh chấp một cách công bằng, hợp lí, bảo vệ quyền và lợi ích chính đáng của các bên, trọng tài viên phải căn cứ vào pháp luật. Đây là một nguyên tắc rất quan trọng trong mọi thủ tục tố tụng cũng như giải quyết mọi vấn đề của đời sống xã hội trong điều kiện nhà nước pháp quyền. Mọi người đều phải sống và làm việc theo pháp luật. Pháp luật bản thân nó hàm chứa yếu tố công bằng và văn minh. Pháp luật là khế ước chung của toàn xã hội, nó công bằng với tất cả mọi người, không thiên vị ai. Song không phải mọi lúc mọi nơi, khẩu hiệu “sống và làm việc theo pháp luật” đều được tuân thủ tuyệt đối bởi nhiều lí do khác nhau. Khi giải quyết tranh

chấp thương mại theo thủ tục trọng tài, trọng tài viên phải căn cứ vào pháp luật, vì nếu trọng tài viên không căn cứ vào pháp luật, nhận hối lộ hoặc có hành vi vi phạm đạo đức trọng tài viên thì các bên có quyền yêu cầu thay đổi trọng tài. Tư tưởng chỉ đạo đối với trọng tài viên là pháp luật, chỉ có căn cứ vào pháp luật, trọng tài viên mới giải quyết được các tranh chấp một cách vô tư, khách quan. Có như vậy mới được các nhà kinh doanh tín nhiệm.

đoạt trên nhiều phương diện trong quá trình giải quyết. Các bên tranh chấp có quyền thoả thuận với nhau về nhiều vấn đề liên quan đến thủ tục giải quyết mà trọng tài viên phải tôn trọng, nếu không sẽ dẫn đến hậu quả là quyết định của hội đồng trọng tài sẽ bị toà án huỷ theo yêu cầu của các bên.

Như ở phần trên đã khẳng định tranh chấp thương mại chỉ được giải quyết tại trọng tài nếu có thoả thuận trọng tài. Hay nói cách khác, quyền hạn của hội đồng trọng tài trong việc giải quyết tranh chấp là do các bên giao cho họ. Các bên thoả thuận chọn trung tâm trọng tài nào và hình thức trọng tài nào thì chỉ có trung tâm trọng tài và hình thức trọng tài đó có thẩm quyền giải quyết. Các bên lựa chọn trọng tài viên nào thì trọng tài viên đó có quyền giải quyết. Nếu các bên thoả thuận vụ tranh chấp do một trọng tài viên duy nhất giải quyết thì chỉ có trọng tài viên duy nhất đó có quyền giải

quyết. Các bên có quyền thoả thuận địa điểm giải quyết vụ tranh chấp. Chỉ khi không có thoả thuận của các bên về địa điểm giải quyết thì hội đồng trọng tài mới quyết định. Các bên còn có quyền thoả thuận thời hạn thực hiện các thủ tục cần thiết cho việc giải quyết, ví dụ thời hạn mà bị đơn phải gửi bản tự bảo vệ cho trung tâm trọng tài, thời hạn trung tâm trọng tài gửi bản sao đơn kiện cho bị đơn V.V.. Các bên có quyền thoả thuận thời gian mở phiên họp giải quyết vụ tranh chấp. Chủ tịch hội đồng trọng tài chỉ có quyền quyết định thời gian mở phiên họp giải quyết nếu các bên không có thoả thuận khác. Chỉ có trong tố tụng trọng tài - hình thức giải quyết tranh chấp do các bên lựa chọn, các bên mới có quyền thoả thuận nhiều vấn đề như vậy và trọng tài viên bắt buộc phải tuân theo. Còn trong tố tụng toà án, các bên có tranh chấp và thẩm phán giải quyết phải tuân theo quy định nghiêm ngặt của pháp luật tố tụng.

5. Nguyên tắc giải quyết một lần

Yêu cầu của việc giải quyết tranh chấp thương mại là nhanh chóng, dứt điểm, tránh dây dưa kéo dài, làm ảnh hưởng đến hoạt động kinh doanh. Ngay từ khi mới ra đời, pháp luật thương mại đã cho phép các thương gia giải quyết các tranh chấp thương mại bên ngoài các hệ thống toà án thông thường, thông qua toà án thương nhân tại các đô thị có hội chợ thương mại để giải quyết ngay các tranh chấp xảy ra trong ngày giữa các thương nhân. Nếu hai thương nhân có tranh chấp, vụ kiện thường được giải quyết ngay trong ngày thưa kiện. Các toà án thương nhân được mệnh danh là tổ chức giải quyết “dứt điểm từng ngày một”, để cho thương quyết. Các bên có quyền thỏa thuận địa điểm giải quyết vụ tranh chấp. Chỉ khi không có thỏa thuận của các bên về địa điểm giải quyết thì hội đồng trọng tài mới quyết định. Các bên còn có quyền thỏa thuận thời hạn thực hiện các thủ tục cần thiết cho việc giải quyết, ví dụ thời hạn mà bị đơn phải gửi bản tự bảo vệ cho trung tâm trọng tài, thời hạn trung tâm trọng tài gửi bản sao đơn kiện cho bị đơn V.V.. Các bên có quyền thỏa thuận thời gian mở phiên họp giải quyết vụ tranh chấp. Chủ tịch hội đồng trọng tài chỉ có quyền quyết định thời gian mở phiên họp giải quyết nếu các bên không có thỏa thuận khác. Chỉ có trong tổ tụng trọng tài - hình thức giải quyết tranh chấp do các bên lựa chọn, các bên mới có quyền thỏa thuận nhiều vấn đề như vậy và trọng tài viên bắt buộc phải tuân theo. Còn trong tổ tụng toà án, các bên có tranh chấp và thẩm phán giải quyết phải tuân theo quy định nghiêm ngặt của pháp luật tổ tụng.

5. Nguyên tắc giải quyết một lần

Yêu cầu của việc giải quyết tranh chấp thương mại là nhanh chóng, dứt điểm, tránh dây dưa kéo dài, làm ảnh hưởng đến hoạt động kinh doanh. Ngay từ khi mới ra đời, pháp luật thương mại đã cho phép các thương gia giải quyết các tranh chấp thương mại bên ngoài các hệ thống

toà án thông thường, thông qua toà án thương nhân tại các đô thị có hội chợ thương mại để giải quyết ngay các tranh chấp xảy ra trong ngày giữa các thương nhân. Nếu hai thương nhân có tranh chấp, vụ kiện thường được giải quyết ngay trong ngày thưa kiện. Các toà án thương nhân được mệnh danh là tổ chức giải quyết “dứt điểm từng ngày một”, để cho

nhân có thể lên đường đi đến một hội chợ thương mại khác, ở đô thị khác hoặc nếu là trường hợp tranh chấp về vận tải biển thì giải quyết “dứt điểm từng con triều một”.⁽¹⁾ Tức là, nếu một con tàu cập bến mà mang theo hàng hoá bị hư hỏng thì người nhận hàng có thể phải khởi kiện ngay và tranh chấp cần được giải quyết trước khi con tàu rời bến.

Ngày nay, để các tranh chấp thương mại giữa các nhà kinh doanh có thể được giải quyết nhanh chóng và dứt điểm, các tổ chức trọng tài phi chính phủ đã ra đời để đáp ứng yêu cầu đó của các nhà kinh doanh. Bởi vì, thủ tục trọng tài rất đơn giản, ngắn gọn, không có nhiều giai đoạn xét xử như tổ tụng toà án. Với tư cách là một tổ chức phi chính phủ, trọng tài thương mại không có cơ quan cấp trên nên phán quyết của trọng tài có giá trị chung thẩm, không bị kháng cáo kháng nghị theo thủ tục phúc thẩm như bản án sơ thẩm của toà án và cũng không có thủ tục giám đốc thẩm, tái thẩm. Tổ tụng trọng tài chỉ có một trình tự giải quyết, tức là các tranh chấp thương mại chỉ được giải quyết một lần tại trọng tài. Nếu quyết định của trọng tài không bị toà án hủy bỏ theo đơn yêu cầu của một trong các bên mà bên phải thi hành không tự nguyện thi hành thì sau thời hạn 30 ngày, kể từ ngày hết thời hạn thi hành quyết định trọng tài, bên được thi hành quyết định trọng tài có quyền làm đơn yêu cầu cơ quan thi hành án cấp tỉnh nơi có trụ sở, nơi cư trú hoặc nơi có tài sản của bên phải thi hành, thi hành quyết định trọng tài.

(1).Xem: Karolyn Hotchkiss, *Luật quốc tế về doanh nghiệp*, Nxb. Thống kê, Hà Nội, 1996, (tiếng Việt).

nhân có thể lên đường đi đến một hội chợ thương mại khác, ở đô thị khác hoặc nếu là trường hợp tranh chấp về vận tải biển thì giải quyết “dứt điểm từng con triều một”.⁽¹⁾ Tức là, nếu một con tàu cập bến mà mang theo hàng hoá bị hư hỏng thì người nhận hàng có thể phải khởi kiện ngay và tranh chấp cần được giải quyết trước khi con tàu rời bến.

Ngày nay, để các tranh chấp thương mại giữa các nhà kinh doanh có thể được giải quyết nhanh chóng và dứt điểm, các tổ chức trọng tài phi chính phủ đã ra đời để đáp ứng yêu cầu đó của các nhà kinh doanh. Bởi vì, thủ tục trọng tài rất đơn giản, ngắn gọn, không có nhiều giai đoạn xét xử như tố tụng toà án. Với tư cách là một tổ chức phi chính phủ, trọng tài thương mại không có cơ quan cấp trên nên phán quyết của trọng tài có giá trị chung thẩm, không bị kháng cáo kháng nghị theo thủ tục phúc thẩm như bản án sơ thẩm của toà án và cũng không có thủ tục giám đốc thẩm, tái thẩm. Tố tụng trọng tài chỉ có một trình tự giải quyết, tức là các tranh chấp thương mại chỉ được giải quyết một lần tại trọng tài. Nếu quyết định của trọng tài không bị toà án hủy bỏ theo đơn yêu cầu của một trong các bên mà bên phải thi hành không tự nguyện thi hành thì sau thời hạn 30 ngày, kể từ ngày hết thời hạn thi hành quyết định trọng tài, bên được thi hành quyết định trọng tài có quyền làm đơn yêu cầu cơ quan thi hành án cấp tỉnh nơi có trụ sở, nơi cư trú hoặc nơi có tài sản của bên phải thi hành, thi hành quyết định trọng tài.

(1).Xem: Karolyn Hotchkiss, *Luật quốc tế về doanh nghiệp*, Nxb. Thống kê, Hà Nội, 1996, (tiếng Việt).

II. THẨM QUYỀN CỦA TRỌNG TÀI THƯƠNG MẠI

Trọng tài thương mại được thành lập là để giải quyết các tranh chấp

thương mại. Nhưng tranh chấp thương mại cũng chỉ có thể thuộc thẩm quyền giải quyết của trọng tài thương mại nếu các bên có tranh chấp có thoả thuận trọng tài và thoả thuận trọng tài này có hiệu lực.

Như vậy, một tranh chấp sẽ thuộc thẩm quyền giải quyết của trọng tài thương mại khi có hai điều kiện sau:

Thứ nhất, tranh chấp được gửi đến trọng tài thương mại phải là tranh chấp thương mại;

Thứ hai, giữa các bên có tranh chấp phải có thoả thuận trọng tài.

Nếu thiếu một trong hai điều kiện trên, vụ việc sẽ không thuộc thẩm quyền giải quyết của trọng tài thương mại. Nếu các bên có thoả thuận trọng tài nhưng tranh chấp phát sinh không phải là tranh chấp thương mại thì thoả thuận trọng tài sẽ vô hiệu và như vậy trọng tài sẽ không có thẩm quyền giải quyết (Điều 30 Pháp lệnh trọng tài thương mại).

Khác với thẩm quyền của toà án, thẩm quyền của trọng tài chỉ là thẩm quyền vụ việc, nếu được các bên có “vụ việc” lựa chọn đích danh. Các nguyên tắc phân định thẩm quyền theo lãnh thổ, theo trụ sở hoặc chỗ ở của bị đơn và theo sự thảo thuận của nguyên đơn không được áp dụng trong tổ tụng trọng tài. Thẩm quyền của trọng tài không được phân định theo lãnh thổ, vì các bên có tranh chấp có quyền thoả thuận lựa chọn bất kì một tổ chức trọng tài nào để giải quyết tranh chấp cho họ, không phụ thuộc vào nơi ở cũng như trụ

II. THẨM QUYỀN CỦA TRỌNG TÀI THƯƠNG MẠI

Trọng tài thương mại được thành lập là để giải quyết các tranh chấp thương mại. Nhưng tranh chấp thương mại cũng chỉ có thể thuộc thẩm quyền giải quyết của trọng tài thương mại nếu các bên có tranh chấp có thoả thuận trọng tài và thoả thuận trọng tài này có hiệu lực.

Như vậy, một tranh chấp sẽ thuộc thẩm quyền giải quyết của trọng tài thương mại khi có hai điều kiện sau:

Thứ nhất, tranh chấp được gửi đến trọng tài thương mại phải là tranh chấp thương mại;

Thứ hai, giữa các bên có tranh chấp phải có thoả thuận trọng tài.

Nếu thiếu một trong hai điều kiện trên, vụ việc sẽ không thuộc thẩm quyền giải quyết của trọng tài thương mại. Nếu các bên có thoả thuận trọng tài nhưng tranh chấp phát sinh không phải là tranh chấp thương mại thì thoả thuận trọng tài sẽ vô hiệu và như vậy trọng tài sẽ không có thẩm quyền giải quyết (Điều 30 Pháp lệnh trọng tài thương mại).

Khác với thẩm quyền của toà án, thẩm quyền của trọng tài chỉ là thẩm quyền vụ việc, nếu được các bên có “vụ việc” lựa chọn đích danh. Các nguyên tắc phân định thẩm quyền theo lãnh thổ, theo trụ sở hoặc chỗ ở của bị đơn và theo sự thảo thuận của nguyên đơn không được áp dụng trong tổ tụng trọng tài. Thẩm quyền của trọng tài không được phân định theo lãnh thổ, vì các bên có tranh chấp có quyền thoả thuận lựa chọn bất kì một tổ chức trọng tài nào để giải quyết tranh chấp cho họ, không phụ thuộc vào nơi ở cũng như trụ

sở của nguyên đơn hay bị đơn, cũng không phân định theo cấp xét xử, vì chỉ có một cấp trọng tài và lại càng không phân định theo sự lựa chọn của nguyên đơn, vì trọng tài chỉ có thẩm quyền giải quyết nếu các bên có thoả thuận trọng tài.

Nói tóm lại, trọng tài thương mại có thẩm quyền giải quyết các tranh chấp nào được pháp luật quy định là tranh chấp thương mại, tranh chấp này phát sinh trong hoạt động thương mại giữa cá nhân kinh doanh và tổ chức kinh doanh và các bên có thoả thuận trọng tài.

Khi các bên đã thoả thuận đưa vụ tranh chấp ra giải quyết bằng trọng tài, họ trao cho hội đồng trọng tài thẩm quyền giải quyết tranh chấp và phủ định thẩm quyền xét xử đó của toà án trừ khi thoả thuận trọng tài vô hiệu hoặc các bên huỷ thoả thuận trọng tài.

III. TRÌNH TỰ GIẢI QUYẾT TRANH CHẤP TẠI TRỌNG TÀI THƯƠNG MẠI

Tranh chấp giữa các bên có thể được giải quyết tại hội đồng trọng tài do trung tâm trọng tài tổ chức hoặc tại hội đồng trọng tài do các bên thành lập. Giải quyết theo hình thức trọng tài nào là do các bên thoả thuận, quyết định, các bên thoả thuận lựa chọn trọng tài nào thì chỉ có trọng tài đó mới có thẩm quyền giải quyết.

1. Trình tự giải quyết tranh chấp tại hội đồng trọng tài của trung tâm trọng tài

a. Đơn kiện và thụ lý đơn kiện

Để giải quyết vụ tranh chấp tại trung tâm trọng tài, sở của nguyên đơn hay bị đơn, cũng không phân định theo cấp xét xử, vì chỉ có một cấp trọng tài và lại càng không phân định theo sự lựa chọn của nguyên đơn, vì trọng tài chỉ có thẩm quyền giải quyết nếu các bên có thoả thuận trọng tài.

Nói tóm lại, trọng tài thương mại có thẩm quyền giải quyết các tranh

chấp nào được pháp luật quy định là tranh chấp thương mại, tranh chấp này phát sinh trong hoạt động thương mại giữa cá nhân kinh doanh và tổ chức kinh doanh và các bên có thoả thuận trọng tài.

Khi các bên đã thoả thuận đưa vụ tranh chấp ra giải quyết bằng trọng tài, họ trao cho hội đồng trọng tài thẩm quyền giải quyết tranh chấp và phủ định thẩm quyền xét xử đó của toà án trừ khi thoả thuận trọng tài vô hiệu hoặc các bên huỷ thoả thuận trọng tài.

III. TRÌNH TỰ GIẢI QUYẾT TRANH CHẤP TẠI TRỌNG TÀI THƯƠNG MẠI

Tranh chấp giữa các bên có thể được giải quyết tại hội đồng trọng tài do trung tâm trọng tài tổ chức hoặc tại hội đồng trọng tài do các bên thành lập. Giải quyết theo hình thức trọng tài nào là do các bên thoả thuận, quyết định, các bên thoả thuận lựa chọn trọng tài nào thì chỉ có trọng tài đó mới có thẩm quyền giải quyết.

1. Trình tự giải quyết tranh chấp tại hội đồng trọng tài của trung tâm trọng tài

a. Đơn kiện và thụ lí đơn kiện

Để giải quyết vụ tranh chấp tại trung tâm trọng tài, nguyên đơn phải làm đơn kiện gửi đến đúng trung tâm trọng tài mà các bên đã thoả thuận lựa chọn, bởi vì, thẩm quyền giải quyết tranh chấp của trọng tài được xác định bởi sự lựa chọn của các bên có tranh chấp. Chỉ có trung tâm trọng tài nào được các bên lựa chọn mới có thẩm quyền giải quyết. Nếu nguyên đơn gửi đơn kiện đến không đúng trung tâm trọng tài mà các bên đã thoả thuận lựa chọn thì đơn kiện đó sẽ không được thụ lí.

Đơn kiện phải có các nội dung chủ yếu như ngày, tháng, năm viết đơn; tên và địa chỉ của các bên; tóm tắt nội dung vụ tranh chấp; các yêu cầu của nguyên đơn; trị giá tài sản mà nguyên đơn yêu cầu; trọng tài viên

của trung tâm trọng tài mà nguyên đơn chọn.

Đơn kiện phải được gửi đến trọng tài trong thời hiệu khởi kiện mà pháp luật quy định đối với từng loại tranh chấp. Đối với vụ tranh chấp mà pháp luật không quy định thời hiệu khởi kiện thì thời hiệu khởi kiện giải quyết vụ tranh chấp bằng trọng tài là 2 năm, kể từ ngày xảy ra tranh chấp, trừ trường hợp bất khả kháng.

Kèm theo đơn kiện, nguyên đơn phải gửi bản chính hoặc bản sao thoả thuận trọng tài, bản chính hoặc bản sao các tài liệu, chứng cứ. Các bản sao phải có chứng thực hợp lệ. Đồng thời nguyên đơn phải nộp tạm ứng phí trọng tài nếu các bên không thoả thuận khác.

Nguyên đơn có thể sửa đổi, bổ sung, rút đơn kiện trước khi hội đồng trọng tài ra quyết định trọng tài.

Khi nhận được đơn kiện, trung tâm trọng tài phải xem xét xem vụ kiện có thuộc thẩm quyền giải quyết của mình nguyên đơn phải làm đơn kiện gửi đến đúng trung tâm trọng tài mà các bên đã thoả thuận lựa chọn, bởi vì, thẩm quyền giải quyết tranh chấp của trọng tài được xác định bởi sự lựa chọn của các bên có tranh chấp. Chỉ có trung tâm trọng tài nào được các bên lựa chọn mới có thẩm quyền giải quyết. Nếu nguyên đơn gửi đơn kiện đến không đúng trung tâm trọng tài mà các bên đã thoả thuận lựa chọn thì đơn kiện đó sẽ không được thụ lý.

Đơn kiện phải có các nội dung chủ yếu như ngày, tháng, năm viết đơn; tên và địa chỉ của các bên; tóm tắt nội dung vụ tranh chấp; các yêu cầu của nguyên đơn; trị giá tài sản mà nguyên đơn yêu cầu; trọng tài viên của trung tâm trọng tài mà nguyên đơn chọn.

Đơn kiện phải được gửi đến trọng tài trong thời hiệu khởi kiện mà pháp luật quy định đối với từng loại tranh chấp. Đối với vụ tranh chấp mà pháp luật không quy định thời hiệu khởi kiện thì thời hiệu khởi kiện giải quyết vụ tranh chấp bằng trọng tài là 2

năm, kể từ ngày xảy ra tranh chấp, trừ trường hợp bất khả kháng.

Kèm theo đơn kiện, nguyên đơn phải gửi bản chính hoặc bản sao thoả thuận trọng tài, bản chính hoặc bản sao các tài liệu, chứng cứ. Các bản sao phải có chứng thực hợp lệ. Đồng thời nguyên đơn phải nộp tạm ứng phí trọng tài nếu các bên không thoả thuận khác.

Nguyên đơn có thể sửa đổi, bổ sung, rút đơn kiện trước) khi hội đồng trọng tài ra quyết định trọng tài.

Khi nhận được đơn kiện, trung tâm trọng tài phải xem xét xem vụ kiện có thuộc thẩm quyền giải quyết của mình

không, đặc biệt là thoả thuận trọng tài của các bên có chọn đích danh trung tâm trọng tài mà nguyên đơn gửi đơn đêh hay không, tranh chấp có phát sinh từ hoạt động thương mại hay không. Nếu thoả thuận trọng tài chọn đích danh trung tâm trọng tài và tranh chấp phát sinh từ hoạt động thương mại, nguyên đơn và bị đơn đều là tổ chức, cá nhân kinh doanh, trung tâm trọng tài sẽ thụ lý đơn kiện và bắt đầu có trách nhiệm giải quyết.

Như vậy, tổ tụng trọng tài tại trung tâm trọng tài bắt đầu khi trung tâm trọng tài nhận được đơn kiện.

Trong thời hạn 5 ngày làm việc, kể từ ngày nhận được đơn kiện, trung tâm trọng tài phải gửi cho bị đơn bản sao đơn kiện của nguyên đơn, những tài liệu kèm theo mà nguyên đơn cung cấp và danh sách trọng tài viên của trung tâm.

b. Tự bảo vệ của bị đơn

Nếu các bên không có thoả thuận khác, trong thời hạn ba mươi ngày, kể từ ngày nhận được đơn kiện và các tài liệu kèm theo của nguyên đơn do trung tâm trọng tài gửi đến, bị đơn phải gửi cho trung tâm trọng tài bản tự bảo vệ. Bản tự bảo vệ phải

gồm có các nội dung chủ yếu sau đây:

- Ngày, tháng, năm viết bản tự bảo vệ;
- Tên và địa chỉ của bị đơn;

- Lí lẽ và chứng cứ để tự bảo vệ, phản bác một phần hay toàn bộ nội dung đơn kiện của nguyên đơn, ý kiến của bị đơn về thẩm quyền của trọng tài và thoả thuận trọng tài (chẳng hạn, vụ tranh chấp không thuộc thẩm quyền giải quyết của trọng tài; không có thoả thuận trọng tài hoặc thoả không, đặc biệt là thoả thuận trọng tài của các bên có chọn đích danh trung tâm trọng tài mà nguyên đơn gửi đơn đêh hay không, tranh chấp có phát sinh từ hoạt động thương mại hay không. Nếu thoả thuận trọng tài chọn đích danh trung tâm trọng tài và tranh chấp phát sinh từ hoạt động thương mại, nguyên đơn và bị đơn đều là tổ chức, cá nhân kinh doanh, trung tâm trọng tài sẽ thụ lí đơn kiện và bắt đầu có trách nhiệm giải quyết.

Như vậy, tổ tụng trọng tài tại trung tâm trọng tài bắt đầu khi trung tâm trọng tài nhận được đơn kiện.

Trong thời hạn 5 ngày làm việc, kể từ ngày nhận được đơn kiện, trung tâm trọng tài phải gửi cho bị đơn bản sao đơn kiện của nguyên đơn, những tài liệu kèm theo mà nguyên đơn cung cấp và danh sách trọng tài viên của trung tâm.

b. Tự bảo vệ của bị đơn

Nếu các bên không có thoả thuận khác, trong thời hạn ba mươi ngày, kể từ ngày nhận được đơn kiện và các tài liệu kèm theo của nguyên đơn do trung tâm trọng tài gửi đến, bị đơn phải gửi cho trung tâm trọng tài bản tự bảo vệ. Bản tự bảo vệ phải gồm có các nội dung chủ yếu sau đây:

- Ngày, tháng, năm viết bản tự bảo vệ;

- Tên và địa chỉ của bị đơn;
- Lí lẽ và chứng cứ để tự bảo vệ, phản bác một phần hay toàn bộ nội dung đơn kiện của nguyên đơn, ý kiến của bị đơn về thẩm quyền của trọng tài và thoả thuận trọng tài (chẳng hạn, vụ tranh chấp không thuộc thẩm quyền giải quyết của trọng tài; không có thoả thuận trọng tài hoặc thoả thuận trọng tài vô hiệu);
- Trọng tài viên mà bị đơn chọn trong danh sách trọng tài viên của trung tâm.

Theo yêu cầu của bị đơn, thời hạn bị đơn phải gửi bản tự bảo vệ kèm theo chứng cứ, có thể dài hơn ba mươi ngày nhưng phải trước ngày hội đồng trọng tài mở phiên họp.

Bị đơn có quyền kiện lại nguyên đơn về những vấn đề có liên quan đến yêu cầu của nguyên đơn. Đơn kiện lại phải được gửi cho hội đồng trọng tài đồng thời gửi cho nguyên đơn trước ngày mở phiên họp của hội đồng trọng tài giải quyết đơn kiện của nguyên đơn.

Nguyên đơn phải có bản trả lời đơn kiện lại trong thời hạn ba mươi ngày, kể từ ngày nhận được đơn kiện lại. Bản trả lời phải được gửi cho bị đơn và hội đồng trọng tài. Hội đồng trọng tài sẽ giải quyết đơn kiện lại cùng một lúc với việc giải quyết đơn kiện.

c. Thành lập hội đồng trọng tài tại trung tâm trọng tài

Mặc dù, giải quyết tranh chấp theo phương thức trọng tài cũng là một phương thức giải quyết tranh chấp thương mại mang tính tài phán nhưng không giống như toà án, không có hội đồng trọng tài cố định để giải quyết tranh chấp thương mại mà ở đó cùng một số trọng tài viên nhất định giải quyết nhiều vụ việc. Hội đồng trọng tài chỉ được thành lập khi có đơn yêu cầu giải quyết tranh chấp. Các

bên có tranh chấp sẽ tham gia vào việc thành lập hội đồng trọng tài giải quyết tranh chấp cho họ.

thuận trọng tài vô hiệu);

- Trọng tài viên mà bị đơn chọn trong danh sách trọng tài viên của trung tâm.

Theo yêu cầu của bị đơn, thời hạn bị đơn phải gửi bản tự bảo vệ kèm theo chứng cứ, có thể dài hơn ba mươi ngày nhưng phải trước ngày hội đồng trọng tài mở phiên họp.

Bị đơn có quyền kiện lại nguyên đơn về những vấn đề có liên quan đến yêu cầu của nguyên đơn. Đơn kiện lại phải được gửi cho hội đồng trọng tài đồng thời gửi cho nguyên đơn trước ngày mở phiên họp của hội đồng trọng tài giải quyết đơn kiện của nguyên đơn.

Nguyên đơn phải có bản trả lời đơn kiện lại trong thời hạn ba mươi ngày, kể từ ngày nhận được đơn kiện lại. Bản trả lời phải được gửi cho bị đơn và hội đồng trọng tài. Hội đồng trọng tài sẽ giải quyết đơn kiện lại cùng một lúc với việc giải quyết đơn kiện.

c. Thành lập hội đồng trọng tài tại trung tâm trọng tài

Mặc dù, giải quyết tranh chấp theo phương thức trọng tài cũng là một phương thức giải quyết tranh chấp thương mại mang tính tài phán nhưng không giống như toà án, không có hội đồng trọng tài cố định để giải quyết tranh chấp thương mại mà ở đó cùng một số trọng tài viên nhất định giải quyết nhiều vụ việc. Hội đồng trọng tài chỉ được thành lập khi có đơn yêu cầu giải quyết tranh chấp. Các bên có tranh chấp sẽ tham gia vào việc thành lập hội đồng trọng tài giải quyết tranh chấp cho họ.

thủ tục trọng tài do một hội đồng trọng tài gồm ba trọng tài viên giải quyết. Mỗi bên có quyền chọn cho mình một trọng tài viên.

Thông thường, việc giải quyết tranh chấp thương mại theo

Hai trọng tài viên này sẽ cùng chọn một trọng tài viên thứ ba làm chủ tịch hội đồng. Cụ thể, việc thành lập hội đồng trọng tài tại trung tâm trọng tài được quy định như sau:

Trong đơn kiện của mình, nguyên đơn đã chọn cho mình một trọng tài viên của trung tâm. Trong bản tự bảo vệ, bị đơn cũng đã chọn một trọng tài viên trong danh sách trọng tài viên của trung tâm hoặc yêu cầu chủ tịch trung tâm chỉ định trọng tài viên cho mình. 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 7 ngày, kể từ ngày hết thời hạn quy định, chủ tịch trung tâm trọng tài chỉ định một trọng tài viên có tên trong danh sách trọng tài viên của trung tâm trọng tài cho bị đơn. Trong trường hợp có nhiều bị đơn thì các bị đơn phải thống nhất chọn một trọng tài viên, nếu không thì chủ tịch trung tâm cũng sẽ chỉ định một trọng tài viên cho các bị đơn.

Trong thời hạn 15 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 một trọng tài viên thứ ba có tên trong danh sách trọng tài viên của trung tâm làm chủ tịch hội đồng trọng tài. Hết thời hạn đó, hai trọng tài viên không chọn được trọng tài viên thứ ba thì trong thời hạn 7 ngày, 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 làm chủ tịch hội đồng trọng tài.

thủ tục trọng tài do một hội đồng trọng tài gồm ba trọng tài viên giải quyết. Mỗi bên có quyền chọn cho mình một trọng tài viên. Hai trọng tài viên này sẽ cùng chọn một trọng tài viên thứ ba làm chủ tịch hội đồng. Cụ thể, việc thành lập hội đồng trọng tài tại trung tâm trọng tài được quy định như sau:

Trong đơn kiện của mình, nguyên đơn đã chọn cho mình một trọng tài viên của trung tâm. Trong bản tự bảo vệ, bị đơn cũng đã chọn một trọng tài viên trong danh sách trọng tài viên của trung tâm hoặc yêu cầu chủ tịch trung tâm chỉ định trọng tài viên cho mình. 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 7 ngày, kể từ ngày hết thời hạn quy định, chủ tịch trung tâm trọng tài chỉ định một trọng tài viên có tên trong danh sách trọng tài viên của trung tâm trọng tài cho bị đơn. Trong trường hợp có nhiều bị đơn thì các bị đơn phải thống nhất chọn một trọng tài viên, nếu không thì chủ tịch trung tâm cũng sẽ chỉ định một trọng tài viên cho các bị đơn.

Trong thời hạn 15 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 một trọng tài viên thứ ba có tên trong danh sách trọng tài viên của trung tâm làm chủ tịch hội đồng trọng tài. Hết thời hạn đó, hai trọng tài viên không chọn được trọng tài viên thứ ba thì trong thời hạn 7 ngày, 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 làm chủ tịch hội đồng trọng tài.

Việc giải quyết tranh chấp cũng có thể do một trọng tài viên duy nhất giải quyết nếu các bên thoả thuận như vậy. Trong trường hợp này, các bên phải cùng nhau thoả thuận chọn một trọng tài viên đó, nếu các bên không chọn được thì 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 mười lăm ngày kể từ ngày 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.

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 quy định tại khoản 1 Điều 27 Pháp lệnh trọng tài thương mại 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 nếu hai trọng tài viên hay trọng tài viên duy nhất từ chối giải quyết vụ tranh chấp thì chủ tịch trung tâm trọng tài quyết định. Trong quá trình tổ tụng trọng tài, nếu có trọng tài viên không thể tiếp tục tham gia thì việc thay đổi trọng tài viên cũng được giải quyết theo trình tự như vậy.

d. Chuẩn bị giải quyết

Để tiến hành giải quyết tranh chấp mà trung tâm trọng tài đã nhận đơn, các trọng tài viên, sau khi được chọn hoặc được chỉ định phải tiến hành các công việc cần thiết cho việc giải quyết.

Thứ nhất, nghiên cứu hồ sơ, xác minh sự việc.

Việc giải quyết tranh chấp cũng có thể do một trọng tài viên duy nhất giải quyết nếu các bên thoả thuận như vậy. Trong trường hợp này, các bên phải cùng nhau thoả thuận chọn một trọng tài viên đó, nếu các bên không chọn được thì 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 mười lăm ngày kể từ ngày 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.

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

quy định tại khoản 1 Điều 27 Pháp lệnh trọng tài thương mại 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 nếu hai trọng tài viên hay trọng tài viên duy nhất từ chối giải quyết vụ tranh chấp thì chủ tịch trung tâm trọng tài quyết định. Trong quá trình tổ tụng trọng tài, nếu có trọng tài viên không thể tiếp tục tham gia thì việc thay đổi trọng tài viên cũng được giải quyết theo trình tự như vậy.

d. Chuẩn bị giải quyết

Để tiến hành giải quyết tranh chấp mà trung tâm trọng tài đã nhận đơn, các trọng tài viên, sau khi được chọn hoặc được chỉ định phải tiến hành các công việc cần thiết cho việc giải quyết.

Thứ nhất, nghiên cứu hồ sơ, xác minh sự việc.

Đơn, bản tự bảo vệ và các tài liệu, chứng cứ của bị đơn, các trọng tài viên phải nghiên cứu kỹ hồ sơ và các văn bản pháp luật có liên quan đến vụ kiện để tìm ra hướng giải quyết tốt nhất; hội đồng trọng tài có quyền gặp các bên để nghe các bên trình bày ý kiến. Hội đồng trọng tài cũng có thể tìm hiểu sự việc từ người thứ ba với sự có mặt của các bên hoặc sau khi đã thông báo cho các bên.

Thứ hai, thu thập chứng cứ

Sau khi nghiên cứu hồ sơ, nếu thấy chưa đủ chứng cứ thì hội đồng trọng tài có quyền yêu cầu các bên cung cấp chứng cứ liên quan đến vụ tranh chấp. Các bên có nghĩa vụ cung cấp chứng cứ để chứng minh cho yêu cầu của mình hoặc sự việc mà mình nêu ra. Trong trường hợp cần thiết, hội đồng trọng tài có thể tự mình thu thập chứng cứ; mời giám định theo yêu cầu của một bên hoặc

các bên và phải thông báo cho các bên biết.

đ. Hoà giải

Hoà giải là việc các bên tự thương lượng giải quyết tranh chấp với nhau mà không cần có quyết định của trọng tài. Có thể nói, hoà giải là một giải pháp quan trọng nhất, là một phương án tối ưu trong việc giải quyết tranh chấp thương mại và giải quyết mọi tranh chấp nảy sinh trong cuộc sống.

Hoà giải góp phần giải quyết nhanh chóng tranh chấp, không gây ra những mâu thuẫn, căng thẳng, không phí tổn tiền bạc và thời gian của các bên có tranh chấp. Trong tổ tụng toà án, khi xét xử các vụ án kinh tế, toà án có nghĩa vụ hoà giải để các bên có thể thương lượng được với nhau. Chỉ khi nào các bên không thể hoà giải được, toà án mới được đơn, bản tự bảo vệ và các tài liệu, chứng cứ của bị đơn, các trọng tài viên phải nghiên cứu kỹ hồ sơ và các văn bản pháp luật có liên quan đến vụ kiện để tìm ra hướng giải quyết tốt nhất; hội đồng trọng tài có quyền gặp các bên để nghe các bên trình bày ý kiến. Hội đồng trọng tài cũng có thể tìm hiểu sự việc từ người thứ ba với sự có mặt của các bên hoặc sau khi đã thông báo cho các bên.

Thứ hai, thu thập chứng cứ

Sau khi nghiên cứu hồ sơ, nếu thấy chưa đủ chứng cứ thì hội đồng trọng tài có quyền yêu cầu các bên cung cấp chứng cứ liên quan đến vụ tranh chấp. Các bên có nghĩa vụ cung cấp chứng cứ để chứng minh cho yêu cầu của mình hoặc sự việc mà mình nêu ra. Trong trường hợp cần thiết, hội đồng trọng tài có thể tự mình thu thập chứng cứ; mời giám định theo yêu cầu của một bên hoặc các bên và phải thông báo cho các bên biết.

đ. Hoà giải

Hoà giải là việc các bên tự thương lượng giải quyết tranh chấp với nhau mà không cần có quyết định của trọng tài. Có thể nói, hoà giải là một giải pháp quan trọng nhất, là một phương án tối ưu trong việc giải quyết tranh chấp thương mại và giải quyết mọi tranh chấp nảy sinh trong cuộc sống.

Hoà giải góp phần giải quyết nhanh chóng tranh chấp, không gây ra những mâu thuẫn, căng thẳng, không phí tổn tiền bạc và thời gian của các bên có tranh chấp. Trong tổ tụng toà án, khi xét xử các vụ án kinh tế, toà án có nghĩa vụ hoà giải để các bên có thể thương lượng được với nhau. Chỉ khi nào các bên không thể hoà giải được, toà án mới được

đưa vụ tranh chấp ra xét xử. Nếu toà không hoà giải mà đưa vụ án ra xét xử ngay là vi phạm thủ tục tổ tụng. Trong tổ tụng trọng tài, hoà giải không phải là nguyên tắc, là thủ tục bắt buộc song hội đồng trọng tài vẫn phải tôn trọng việc tự hoà giải của các bên. Mặc dù đã có đơn yêu cầu trọng tài giải quyết, các bên vẫn có thể tự hoà giải. Nếu các bên tự hoà giải được với nhau thì theo yêu cầu của các bên, hội đồng trọng tài sẽ đình chỉ tổ tụng. Các bên cũng có thể yêu cầu hội đồng trọng tài tiến hành hoà giải. Trong trường hợp hoà giải thành thì các bên có thể yêu cầu hội đồng trọng tài lập biên bản hoà giải thành và ra quyết định công nhận hoà giải thành. Biên bản hoà giải thành phải được các bên và các trọng tài viên kí. Quyết định công nhận hoà giải thành của hội đồng trọng tài là chung thẩm và được thi hành theo quy định tại Điều 57 của Pháp lệnh trọng tài thương mại. Như vậy, sau khi nguyên đơn đã có đơn yêu cầu trọng tài giải quyết vẫn có thể có hai tình huống hoà giải xảy ra:

Thứ nhất, các bên tự hoà giải, không có sự tham gia của trọng tài nên không có quyết định công nhận hoà giải thành của trọng

tài;

Thứ hai, các bên yêu cầu trọng tài hoà giải, tức là việc hoà giải có sự tham gia của trọng tài nên trong trường hợp hoà giải thành thì hội đồng trọng tài ra quyết định hoà giải thành. Nếu bên phải thi hành quyết định này không tự nguyện thi hành thì bên được thi hành có quyền làm đơn yêu cầu cơ quan thi hành án cấp tỉnh nơi có trụ sở, nơi cư trú hoặc nơi có tài sản của bên phải thi hành, thi hành quyết định đó của trọng tài.

đưa vụ tranh chấp ra xét xử. Nếu toà không hoà giải mà đưa vụ án ra xét xử ngay là vi phạm thủ tục tố tụng. Trong tố tụng trọng tài, hoà giải không phải là nguyên tắc, là thủ tục bắt buộc song hội đồng trọng tài vẫn phải tôn trọng việc tự hoà giải của các bên. Mặc dù đã có đơn yêu cầu trọng tài giải quyết, các bên vẫn có thể tự hoà giải. Nếu các bên tự hoà giải được với nhau thì theo yêu cầu của các bên, hội đồng trọng tài sẽ đình chỉ tố tụng. Các bên cũng có thể yêu cầu hội đồng trọng tài tiến hành hoà giải. Trong trường hợp hoà giải thành thì các bên có thể yêu cầu hội đồng trọng tài lập biên bản hoà giải thành và ra quyết định công nhận hoà giải thành. Biên bản hoà giải thành phải được các bên và các trọng tài viên kí. Quyết định công nhận hoà giải thành của hội đồng trọng tài là chung thẩm và được thi hành theo quy định tại Điều 57 của Pháp lệnh trọng tài thương mại. Như vậy, sau khi nguyên đơn đã có đơn yêu cầu trọng tài giải quyết vẫn có thể có hai tình huống hoà giải xảy ra:

Thứ nhất, các bên tự hoà giải, không có sự tham gia của trọng tài nên không có quyết định công nhận hoà giải thành của trọng tài;

Thứ hai, các bên yêu cầu trọng tài hoà giải, tức là việc hoà giải có sự tham gia của trọng tài nên trong trường hợp hoà giải thành

thì hội đồng trọng tài ra quyết định hoà giải thành. Nếu bên phải thi hành quyết định này không tự nguyện thi hành thì bên được thi hành có quyền làm đơn yêu cầu cơ quan thi hành án cấp tỉnh nơi có trụ sở, nơi cư trú hoặc nơi có tài sản của bên phải thi hành, thi hành quyết định đó của trọng tài.

e. Tổ chức phiên họp giải quyết tranh chấp và quyết định trọng tài

Trong tổ tụng trọng tài, như trên đã nói, các bên có tranh chấp được đảm bảo quyền tự định đoạt tối đa, các bên có thể thoả thuận cả thời gian giải quyết tranh chấp, tức là các bên quyết định khi nào thì tổ chức phiên họp giải quyết tranh chấp. Hội đồng trọng tài phải tôn trọng sự thoả thuận đó của các bên. Chỉ khi không có thoả thuận của các bên về thời gian tổ chức phiên họp giải quyết tranh chấp, chủ tịch hội đồng trọng tài mới có quyền quyết định thời gian mở phiên họp giải quyết.

Trong trường hợp chủ tịch hội đồng trọng tài quyết định thời gian mở phiên họp giải quyết tranh chấp thì giấy triệu tập các bên tham dự phiên họp giải quyết vụ tranh chấp phải gửi cho các bên chậm nhất ba mươi ngày trước ngày mở phiên họp.

Về nguyên tắc, phiên họp giải quyết vụ tranh chấp không công khai. Đây là một trong những lí do khiến các nhà kinh doanh ưa chuộng việc giải quyết tranh chấp bằng trọng tài, để có thể giữ được bí mật kinh doanh của họ, bởi vì trong phiên họp chỉ có họ với các trọng tài viên. Trong trường hợp có sự đồng ý của các bên, hội đồng trọng tài mới có thể cho phép người khác tham dự phiên họp. Nếu giải quyết tại toà án thì về nguyên tắc là phải công khai nên nhiều người có thể “nhòm ngó” và thường có sự tham gia của viện kiểm sát.

Các bên có thể trực tiếp tham dự phiên họp giải quyết tranh chấp hoặc có thể uỷ quyền cho người đại diện của mình. Các bên có quyền mời nhân chứng, luật sư bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp cho mình. Các bên hoặc đại diện của các bên phải tham gia phiên họp giải quyết vụ tranh chấp

e. Tổ chức phiên họp giải quyết tranh chấp và quyết định trọng tài

Trong tổ tụng trọng tài, như trên đã nói, các bên có tranh chấp được đảm bảo quyền tự định đoạt tối đa, các bên có thể thoả thuận cả thời gian giải quyết tranh chấp, tức là các bên quyết định khi nào thì tổ chức phiên họp giải quyết tranh chấp. Hội đồng trọng tài phải tôn trọng sự thoả thuận đó của các bên. Chỉ khi không có thoả thuận của các bên về thời gian tổ chức phiên họp giải quyết tranh chấp, chủ tịch hội đồng trọng tài mới có quyền quyết định thời gian mở phiên họp giải quyết.

Trong trường hợp chủ tịch hội đồng trọng tài quyết định thời gian mở phiên họp giải quyết tranh chấp thì giấy triệu tập các bên tham dự phiên họp giải quyết vụ tranh chấp phải gửi cho các bên chậm nhất ba mươi ngày trước ngày mở phiên họp.

Về nguyên tắc, phiên họp giải quyết vụ tranh chấp không công khai. Đây là một trong những lí do khiến các nhà kinh doanh ưa chuộng việc giải quyết tranh chấp bằng trọng tài, để có thể giữ được bí mật kinh doanh của họ, bởi vì trong phiên họp chỉ có họ với các trọng tài viên. Trong trường hợp có sự đồng ý của các bên, hội đồng trọng tài mới có thể cho phép người khác tham dự phiên họp. Nếu giải quyết tại toà án thì về nguyên tắc là phải công khai nên nhiều người có thể “nhòm ngó” và thường có sự tham gia của viện kiểm sát.

Các bên có thể trực tiếp tham dự phiên họp giải quyết tranh chấp hoặc có thể uỷ quyền cho người đại diện của mình. Các bên có quyền mời nhân chứng, luật sư bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp cho mình. Các bên hoặc đại diện của các bên phải tham gia phiên họp giải quyết vụ tranh chấp

nếu họ không yêu cầu hội đồng trọng tài giải quyết vắng mặt họ. Nếu nguyên đơn đã được triệu tập tham dự phiên họp giải quyết vụ tranh chấp mà vắng mặt không có lí do chính đáng hoặc bỏ phiên họp mà không được hội đồng trọng tài đồng ý thì được coi là đã rút đơn kiện. Song, hội đồng trọng tài có thể vẫn tiếp tục giải quyết vụ tranh chấp nếu bị đơn yêu cầu hoặc có đơn kiện lại theo quy định tại Điều 29 của Pháp lệnh trọng tài thương mại, tức là hội đồng trọng tài không giải quyết tranh chấp theo yêu cầu của nguyên đơn nữa mà giải quyết tranh chấp theo yêu cầu của bị đơn hay có thể gọi là “nguyên đơn mới”.

Nếu bị đơn đã được triệu tập tham dự phiên họp giải quyết vụ tranh chấp vắng mặt không có lí do chính đáng hoặc bỏ phiên họp, không được hội đồng trọng tài đồng ý thì hội đồng trọng tài vẫn tiến hành giải quyết vụ tranh chấp căn cứ vào tài liệu và chứng cứ hiện có.

Hội đồng trọng tài có thể căn cứ vào hồ sơ để giải quyết vụ tranh chấp mà không cần các bên có mặt nếu các bên yêu cầu như vậy. Còn nếu họ không yêu cầu thì họ phải tham dự phiên họp giải quyết.

Các bên có thể yêu cầu hội đồng trọng tài hoãn phiên họp giải quyết vụ tranh chấp nếu có lí do chính đáng. Hội đồng trọng tài phải hoãn phiên họp giải quyết vụ tranh chấp nếu xét thấy chưa đủ cơ sở để giải quyết vụ tranh chấp.

Toàn bộ diễn biến của phiên họp giải quyết tranh chấp do hội đồng trọng tài lập biên bản. Biên bản phải có chữ kí của chủ tịch hội đồng trọng tài. Các bên có quyền tìm hiểu nội dung biên bản, yêu cầu sửa chữa, bổ sung biên bản. Nếu hội đồng trọng tài không yêu cầu hội đồng trọng tài giải quyết vắng mặt họ. Nếu

nguyên đơn đã được triệu tập tham dự phiên họp giải quyết vụ tranh chấp mà vắng mặt không có lí do chính đáng hoặc bỏ phiên họp mà không được hội đồng trọng tài đồng ý thì được coi là đã rút đơn kiện. Song, hội đồng trọng tài có thể vẫn tiếp tục giải quyết vụ tranh chấp nếu bị đơn yêu cầu hoặc có đơn kiện lại theo quy định tại Điều 29 của Pháp lệnh trọng tài thương mại, tức là hội đồng trọng tài không giải quyết tranh chấp theo yêu cầu của nguyên đơn nữa mà giải quyết tranh chấp theo yêu cầu của bị đơn hay có thể gọi là “nguyên đơn mới”.

Nếu bị đơn đã được triệu tập tham dự phiên họp giải quyết vụ tranh chấp vắng mặt không có lí do chính đáng hoặc bỏ phiên họp, không được hội đồng trọng tài đồng ý thì hội đồng trọng tài vẫn tiến hành giải quyết vụ tranh chấp căn cứ vào tài liệu và chứng cứ hiện có.

Hội đồng trọng tài có thể căn cứ vào hồ sơ để giải quyết vụ tranh chấp mà không cần các bên có mặt nếu các bên yêu cầu như vậy. Còn nếu họ không yêu cầu thì họ phải tham dự phiên họp giải quyết.

Các bên có thể yêu cầu hội đồng trọng tài hoãn phiên họp giải quyết vụ tranh chấp nếu có lí do chính đáng. Hội đồng trọng tài phải hoãn phiên họp giải quyết vụ tranh chấp nếu xét thấy chưa đủ cơ sở để giải quyết vụ tranh chấp.

Toàn bộ diễn biến của phiên họp giải quyết tranh chấp do hội đồng trọng tài lập biên bản. Biên bản phải có chữ kí của chủ tịch hội đồng trọng tài. Các bên có quyền tìm hiểu nội dung biên bản, yêu cầu sửa chữa, bổ sung biên bản. Nếu hội đồng

trọng tài không chấp nhận yêu cầu sửa chữa, bổ sung biên bản của các bên thì hội đồng trọng tài phải ghi vào biên bản.

Kết thúc quá trình giải quyết tranh chấp, hội đồng trọng tài phải đưa ra được quyết định trọng tài. Quyết định trọng tài là quyết định do hội đồng trọng tài ban hành nhằm giải quyết chung thẩm các vấn đề được đưa ra hội đồng trọng tài giải quyết. Quyết định trọng tài được biểu quyết theo nguyên tắc đa số. Ý kiến của thiểu số được ghi vào biên bản phiên họp. Nếu vụ tranh chấp do trọng tài viên duy nhất giải quyết thì trọng tài viên này quyết định. Quyết định của trọng tài viên này vẫn có giá trị như quyết định của hội đồng trọng tài.

Quyết định trọng tài phải có các nội dung chủ yếu sau đây:

- Ngày, tháng, năm và địa điểm ra quyết định, tên trung tâm trọng tài;
- Tên, địa chỉ của nguyên đơn và bị đơn;
- Họ tên các trọng tài viên hoặc trọng tài viên duy nhất;
- Tóm tắt đơn kiện và các vấn đề tranh chấp;
- Cơ sở để ra quyết định trọng tài;
- Quyết định về vụ tranh chấp; về phí trọng tài và các chi phí khác;
- Thời hạn thi hành quyết định trọng tài;
- Chữ kí của các trọng tài viên hoặc trọng tài viên duy nhất.

Trường hợp có trọng tài viên không kí vào quyết định trọng tài, chủ tịch hội đồng trọng tài phải ghi việc này vào trong quyết định trọng tài và nêu rõ lí do. Các bên có quyền yêu cầu hội đồng trọng tài không đưa các vấn đề tranh chấp, cơ sở của các quyết định về vụ tranh chấp vào trong quyết

trọng tài không chấp nhận yêu cầu sửa chữa, bổ sung biên bản của các bên thì hội đồng trọng tài phải ghi vào biên bản.

Kết thúc quá trình giải quyết tranh chấp, hội đồng trọng tài phải đưa ra được quyết định trọng tài. Quyết định trọng tài là quyết định do hội đồng trọng tài ban hành nhằm giải quyết chung thẩm các vấn đề được đưa ra hội đồng trọng tài giải quyết. Quyết định trọng tài được biểu quyết theo nguyên tắc đa số. Ý kiến của thiểu số được ghi vào biên bản phiên họp. Nếu vụ tranh chấp do trọng tài viên duy nhất giải quyết thì trọng tài viên này quyết định. Quyết định của trọng tài viên này vẫn có giá trị như quyết định của hội đồng trọng tài.

Quyết định trọng tài phải có các nội dung chủ yếu sau đây:

- Ngày, tháng, năm và địa điểm ra quyết định, tên trung tâm trọng tài;
- Tên, địa chỉ của nguyên đơn và bị đơn;
- Họ tên các trọng tài viên hoặc trọng tài viên duy nhất;
- Tóm tắt đơn kiện và các vấn đề tranh chấp;
- Cơ sở để ra quyết định trọng tài;
- Quyết định về vụ tranh chấp; về phí trọng tài và các chi phí khác;
- Thời hạn thi hành quyết định trọng tài;
- Chữ kí của các trọng tài viên hoặc trọng tài viên duy nhất.

Trường hợp có trọng tài viên không kí vào quyết định trọng tài, chủ tịch hội đồng trọng tài phải ghi việc này vào trong quyết định trọng tài và nêu rõ lí do. Các bên có quyền yêu cầu hội đồng trọng tài không đưa các vấn đề tranh chấp, cơ sở của các quyết định về vụ tranh chấp vào trong quyết

định trọng tài.

Quyết định trọng tài có thể được công bố ngay tại phiên họp cuối cùng hoặc sau đó nhưng chậm nhất là sáu mươi ngày, kể từ ngày kết thúc phiên họp cuối cùng. Toàn văn quyết định trọng tài phải được gửi cho các bên ngay sau ngày công bố. Quyết định trọng tài là chung thẩm và có hiệu lực kể từ ngày công bố, các bên phải thi hành, trừ trường hợp quyết định này bị toà án huỷ theo quy định của pháp luật.

Toàn bộ hồ sơ giải quyết tranh chấp tại trung tâm trọng tài và quyết định trọng tài được lưu trữ tại trung tâm trọng tài.

2. Trình tự giải quyết tranh chấp tại hội đồng trọng tài do các bên thành lập

a. Đơn kiện

Để giải quyết vụ tranh chấp tại hội đồng trọng tài do các bên thành lập, nguyên đơn phải làm đơn kiện gửi cho bị đơn; nội dung đơn kiện cũng giống như nội dung đơn kiện gửi trung tâm trọng tài. Điểm khác ở đây là trọng tài viên được nguyên đơn chọn có thể là trọng tài viên ngoài danh sách hoặc trong danh sách trọng tài viên của bất kì trung tâm trọng tài nào của Việt Nam. Đơn kiện cũng phải được gửi trong thời hiệu khởi kiện theo quy định của pháp luật đối với từng loại tranh chấp.

b. Bản tự bảo vệ của bị đơn

Nếu không có thoả thuận gì khác, trong thời hạn ba mươi ngày, kể từ ngày nhận được đơn kiện của nguyên đơn và các tài liệu kèm theo theo quy định tại khoản 2, 3 Điều 20 Pháp lệnh trọng tài thương mại, bị đơn phải gửi cho nguyên đơn
định trọng tài.

Quyết định trọng tài có thể được công bố ngay tại phiên họp cuối cùng hoặc sau đó nhưng chậm nhất là sáu mươi ngày, kể từ ngày kết thúc phiên họp cuối cùng. Toàn văn quyết định trọng tài phải được gửi cho các bên ngay sau ngày công bố. Quyết định trọng tài là chung thẩm và có hiệu lực kể từ ngày công bố, các bên phải thi hành, trừ trường hợp quyết định này bị toà án huỷ theo quy định của pháp luật.

Toàn bộ hồ sơ giải quyết tranh chấp tại trung tâm trọng tài và quyết định trọng tài được lưu trữ tại trung tâm trọng tài.

2. Trình tự giải quyết tranh chấp tại hội đồng trọng tài do các bên thành lập

a. Đơn kiện

Để giải quyết vụ tranh chấp tại hội đồng trọng tài do các bên thành lập, nguyên đơn phải làm đơn kiện gửi cho bị đơn; nội dung đơn kiện cũng giống như nội dung đơn kiện gửi trung tâm trọng tài. Điểm khác ở đây là trọng tài viên được nguyên đơn chọn có thể là trọng tài viên ngoài danh sách hoặc trong danh sách trọng tài viên của bất kì trung tâm trọng tài nào của Việt Nam. Đơn kiện cũng phải được gửi trong thời hiệu khởi kiện theo quy định của pháp luật đối với từng loại tranh chấp.

b. Bản tự bảo vệ của bị đơn

Nếu không có thoả thuận gì khác, trong thời hạn ba mươi ngày, kể từ ngày nhận được đơn kiện của nguyên đơn và các tài liệu kèm theo theo quy định tại khoản 2, 3 Điều 20 Pháp lệnh trọng tài thương mại, bị đơn phải gửi cho nguyên đơn

đồng trọng tài do các bên thành lập cũng giống như việc giải quyết tranh chấp tại trung tâm trọng tài. Hội đồng trọng tài do

các bên thành lập cũng phải chuẩn bị cho việc giải quyết, tôn trọng sự hoà giải của các bên hoặc hoà giải cho các bên theo Điều 37 Pháp lệnh trọng tài thương mại, tổ chức phiên họp giải quyết và ra quyết định trọng tài. Hội đồng trọng tài do các bên thành lập cũng phải tuân thủ mọi thủ tục khác khi giải quyết tranh chấp. Vì hội đồng trọng tài do các bên thành lập là trọng tài vụ việc, giải quyết xong vụ việc nó sẽ tự giải thể, do đó nó không thể lưu được hồ sơ giải quyết tranh chấp. Hội đồng trọng tài do các bên thành lập phải gửi quyết định trọng tài, biên bản hoà giải kèm theo hồ sơ giải quyết tranh chấp cho toà án cấp tỉnh, nơi hội đồng trọng tài ra quyết định trọng tài hoặc lập biên bản hoà giải để lưu trữ.

IV. THI HÀNH QUYẾT ĐỊNH TRỌNG TÀI

Quyết định của trọng tài có giá trị chung thẩm và có hiệu lực kể từ ngày công bố. Quyết định của trọng tài không bị kháng cáo kháng nghị. Điều này có nghĩa là ngay sau khi hội đồng trọng tài công bố quyết định trọng tài, các bên phải thi hành quyết định trọng tài, trừ trường hợp một trong các bên làm đơn yêu cầu toà án huỷ quyết định trọng tài. Trong thời hạn ba mươi ngày, kể từ ngày hết thời hạn thi hành quyết định trọng tài, nếu một bên không tự nguyện thi hành và cũng không yêu cầu huỷ theo quy định tại Điều 50 của Pháp lệnh trọng tài thương mại thì bên được thi hành quyết định trọng tài có quyền làm đơn yêu cầu cơ quan thi hành án cấp tỉnh nơi có trụ sở, nơi cư trú hoặc nơi có tài sản của bên phải thi hành trọng tài do các bên thành lập cũng giống như việc giải quyết tranh chấp tại trung tâm trọng tài. Hội đồng trọng tài do các bên thành lập cũng phải chuẩn bị cho việc giải quyết, tôn trọng sự hoà giải của các bên hoặc hoà giải cho

các bên theo Điều 37 Pháp lệnh trọng tài thương mại, tổ chức phiên họp giải quyết và ra quyết định trọng tài. Hội đồng trọng tài do các bên thành lập cũng phải tuân thủ mọi thủ tục khác khi giải quyết tranh chấp. Vì hội đồng trọng tài do các bên thành lập là trọng tài vụ việc, giải quyết xong vụ việc nó sẽ tự giải thể, do đó nó không thể lưu được hồ sơ giải quyết tranh chấp. Hội đồng trọng tài do các bên thành lập phải gửi quyết định trọng tài, biên bản hoà giải kèm theo hồ sơ giải quyết tranh chấp cho toà án cấp tỉnh, nơi hội đồng trọng tài ra quyết định trọng tài hoặc lập biên bản hoà giải để lưu trữ.

IV. THI HÀNH QUYẾT ĐỊNH TRỌNG TÀI

Quyết định của trọng tài có giá trị chung thẩm và có hiệu lực kể từ ngày công bố. Quyết định của trọng tài không bị kháng cáo kháng nghị. Điều này có nghĩa là ngay sau khi hội đồng trọng tài công bố quyết định trọng tài, các bên phải thi hành quyết định trọng tài, trừ trường hợp một trong các bên làm đơn yêu cầu toà án huỷ quyết định trọng tài. Trong thời hạn ba mươi ngày, kể từ ngày hết thời hạn thi hành quyết định trọng tài, nếu một bên không tự nguyện thi hành và cũng không yêu cầu huỷ theo quy định tại Điều 50 của Pháp lệnh trọng tài thương mại thì bên được thi hành quyết định trọng tài có quyền làm đơn yêu cầu cơ quan thi hành án cấp tỉnh nơi có trụ sở, nơi cư trú hoặc nơi có tài sản của bên phải thi

hành thi hành quyết định trọng tài. Trong trường hợp, một trong các bên có yêu cầu toà án huỷ quyết định trọng tài thì quyết định trọng tài được thi hành kể từ ngày quyết định của toà án không huỷ quyết định trọng tài có hiệu lực.

Toà án không huỷ quyết định trọng tài, tức là toà án đã công

nhận tính hợp pháp của quyết định trọng tài. Khi xét đơn yêu cầu huỷ quyết định trọng tài, hội đồng xét xử không xét lại nội dung vụ tranh chấp mà chỉ kiểm tra những giấy tờ do nguyên đơn cung cấp để xem có căn cứ huỷ quyết định trọng tài hay không. Nếu có căn cứ để huỷ quyết định trọng tài theo Điều 54 Pháp lệnh trọng tài thương mại, hội đồng xét xử sẽ ra quyết định huỷ quyết định trọng tài, các bên có quyền đưa vụ tranh chấp đó ra giải quyết tại toà án, nếu không có thoả thuận khác. Nếu không có căn cứ để huỷ quyết định trọng tài, hội đồng xét xử sẽ ra quyết định không huỷ quyết định trọng tài. Trong trường hợp này quyết định trọng tài sẽ phải được thi hành, theo yêu cầu của bên được thi hành.

Như vậy, quyết định trọng tài có thể được cưỡng chế thi hành nếu quyết định này là hợp pháp. Tính hợp pháp của quyết định trọng tài được thừa nhận khi không có đơn yêu cầu huỷ quyết định trọng tài hoặc đơn yêu cầu huỷ quyết định trọng tài bị bác thông qua quyết định không huỷ quyết định trọng tài của toà án.

Pháp lệnh trọng tài thương mại đã khắc phục được hạn chế của Nghị định 116/CP ngày 5-9-1994 của Chính phủ về tổ chức và hoạt động của trọng tài kinh tế trước đây. Theo Nghị định này, quyết định của trọng tài không được cưỡng chế thi hành. Điều 31 Nghị định 116/CP quy định: Trong hành thi hành quyết định trọng tài. Trong trường hợp, một trong các bên có yêu cầu toà án huỷ quyết định trọng tài thì quyết định trọng tài được thi hành kể từ ngày quyết định của toà án không huỷ quyết định trọng tài có hiệu lực.

Toà án không huỷ quyết định trọng tài, tức là toà án đã công nhận tính hợp pháp của quyết định trọng tài. Khi xét đơn yêu cầu

huỷ quyết định trọng tài, hội đồng xét xử không xét lại nội dung vụ tranh chấp mà chỉ kiểm tra những giấy tờ do nguyên đơn cung cấp để xem có căn cứ huỷ quyết định trọng tài hay không. Nếu có căn cứ để huỷ quyết định trọng tài theo Điều 54 Pháp lệnh trọng tài thương mại, hội đồng xét xử sẽ ra quyết định huỷ quyết định trọng tài, các bên có quyền đưa vụ tranh chấp đó ra giải quyết tại toà án, nếu không có thoả thuận khác. Nếu không có căn cứ để huỷ quyết định trọng tài, hội đồng xét xử sẽ ra quyết định không huỷ quyết định trọng tài. Trong trường hợp này quyết định trọng tài sẽ phải được thi hành, theo yêu cầu của bên được thi hành.

Như vậy, quyết định trọng tài có thể được cưỡng chế thi hành nếu quyết định này là hợp pháp. Tính hợp pháp của quyết định trọng tài được thừa nhận khi không có đơn yêu cầu huỷ quyết định trọng tài hoặc đơn yêu cầu huỷ quyết định trọng tài bị bác thông qua quyết định không huỷ quyết định trọng tài của toà án.

Pháp lệnh trọng tài thương mại đã khắc phục được hạn chế của Nghị định 116/CP ngày 5-9-1994 của Chính phủ về tổ chức và hoạt động của trọng tài kinh tế trước đây. Theo Nghị định này, quyết định của trọng tài không được cưỡng chế thi hành. Điều 31 Nghị định 116/CP quy định: Trong

trường hợp, quyết định trọng tài không được một bên chấp hành thì bên kia có quyền yêu cầu toà án nhân dân có thẩm quyền xét xử theo thủ tục giải quyết các vụ án kinh tế. Điều này có nghĩa là nếu quyết định trọng tài không được bên thua kiện tự nguyện thi hành thì bên kia lại làm đơn yêu cầu toà án giải quyết và toà án phải xét xử lại vụ tranh chấp từ đầu. Điều này làm cho vụ tranh chấp không những không được giải quyết nhanh chóng, dứt điểm mà còn bị dây dưa kéo dài hơn và các bên có tranh chấp không

tin tưởng vào hiệu lực của quyết định trọng tài. Có lẽ vì thế mà hoạt động của trọng tài kinh tế theo Nghị định số 116/CP không mang lại hiệu quả mong muốn.

V. SỰ HỖ TRỢ CỦA TOÀ ÁN ĐỐI VỚI HOẠT ĐỘNG CỦA TRỌNG TÀI THƯƠNG MẠI

Để nâng cao hiệu quả hoạt động của trọng tài thương mại, Pháp lệnh trọng tài thương mại đã có nhiều quy định về sự hỗ trợ của toà án đối với hoạt động của trọng tài thương mại. Trọng tài thương mại hoạt động có hiệu quả tốt sẽ giảm bớt gánh nặng cho toà án trong việc giải quyết các tranh chấp trong kinh doanh, đáp ứng yêu cầu của các nhà kinh doanh trong việc giải quyết nhanh chóng, dứt điểm các tranh chấp thương mại.

Sự hỗ trợ của toà án đối với hoạt động của trọng tài thương mại được thể hiện ở các vấn đề sau đây:

1. Toà án có thể quyết định thay đổi trọng tài viên trường hợp, quyết định trọng tài không được một bên chấp hành thì bên kia có quyền yêu cầu toà án nhân dân có thẩm quyền xét xử theo thủ tục giải quyết các vụ án kinh tế. Điều này có nghĩa là nếu quyết định trọng tài không được bên thua kiện tự nguyện thi hành thì bên kia lại làm đơn yêu cầu toà án giải quyết và toà án phải xét xử lại vụ tranh chấp từ đầu. Điều này làm cho vụ tranh chấp không những không được giải quyết nhanh chóng, dứt điểm mà còn bị dây dưa kéo dài hơn và các bên có tranh chấp không tin tưởng vào hiệu lực của quyết định trọng tài. Có lẽ vì thế mà hoạt động của trọng tài kinh tế theo Nghị định số 116/CP không mang lại hiệu quả mong muốn.

V. SỰ HỖ TRỢ CỦA TOÀ ÁN ĐỐI VỚI HOẠT ĐỘNG CỦA TRỌNG TÀI THƯƠNG MẠI

Theo yêu cầu của nguyên đơn, toà án cấp tỉnh nơi bị đơn
496

Để nâng cao hiệu quả hoạt động của trọng tài thương mại, Pháp lệnh trọng tài thương mại đã có nhiều quy định về sự hỗ trợ của toà án đối với hoạt động của trọng tài thương mại. Trọng tài thương mại hoạt động có hiệu quả tốt sẽ giảm bớt gánh nặng cho toà án trong việc giải quyết các tranh chấp trong kinh doanh, đáp ứng yêu cầu của các nhà kinh doanh trong việc giải quyết nhanh chóng, dứt điểm các tranh chấp thương mại.

Sự hỗ trợ của toà án đối với hoạt động của trọng tài thương mại được thể hiện ở các vấn đề sau đây:

1. Toà án có thể quyết định thay đổi trọng tài viên

có trụ sở hoặc cư trú có thể quyết định thay đổi trọng tài viên, trong trường hợp hội đồng trọng tài được các bên thành lập cần phải thay đổi một trọng tài viên mà các trọng tài viên khác trong hội đồng trọng tài không quyết định được hoặc cần phải thay đổi hai trọng tài viên trong hội đồng hoặc thay đổi trọng tài viên duy nhất khi trọng tài viên duy nhất từ chối giải quyết vụ tranh chấp (xem điểm b khoản 4, khoản 5 Điều 27 Pháp lệnh trọng tài thương mại).

2. Toà án có thể xem xét lại quyết định về thẩm quyền của hội đồng trọng tài

Thẩm quyền giải quyết một vụ tranh chấp cụ thể của hội đồng trọng tài là do thoả thuận trọng tài của các bên xác 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 thoả thuận trọng tài hoặc thoả thuận trọng tài vô hiệu, hội đồng trọng tài phải xem xét quyết định xem vụ tranh chấp có thuộc thẩm quyền của mình hay không. Nếu các bên không đồng ý với quyết định này của hội đồng trọng tài thì có quyền yêu cầu toà án cấp tỉnh, nơi hội đồng

Theo yêu cầu của nguyên đơn, toà án cấp tỉnh nơi bị đơn

trọng tài đã ra quyết định, xem xét lại quyết định của hội đồng trọng tài. Trong trường hợp, toà án quyết định vụ tranh chấp không thuộc thẩm quyền của hội đồng trọng tài, vụ tranh chấp không có thoả thuận trọng tài hoặc thoả thuận trọng tài vô hiệu thì hội đồng trọng tài phải ra quyết định đình chỉ giải quyết vụ tranh chấp. Các bên có quyền khởi kiện vụ tranh chấp ra toà án (xem Điều 30 Pháp lệnh trọng tài thương mại).

có trụ sở hoặc cư trú có thể quyết định thay đổi trọng tài viên, trong trường hợp hội đồng trọng tài được các bên thành lập cần phải thay đổi một trọng tài viên mà các trọng tài viên khác trong hội đồng trọng tài không quyết định được hoặc cần phải thay đổi hai trọng tài viên trong hội đồng hoặc thay đổi trọng tài viên duy nhất khi trọng tài viên duy nhất từ chối giải quyết vụ tranh chấp (xem điểm b khoản 4, khoản 5 Điều 27 Pháp lệnh trọng tài thương mại).

2. Toà án có thể xem xét lại quyết định về thẩm quyền của hội đồng trọng tài

Thẩm quyền giải quyết một vụ tranh chấp cụ thể của hội đồng trọng tài là do thoả thuận trọng tài của các bên xác 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 thoả thuận trọng tài hoặc thoả thuận trọng tài vô hiệu, hội đồng trọng tài phải xem xét quyết định xem vụ tranh chấp có thuộc thẩm quyền của mình hay không. Nếu các bên không đồng ý với quyết định này của hội đồng trọng tài thì có quyền yêu cầu toà án cấp tỉnh, nơi hội đồng trọng tài đã ra quyết định, xem xét lại quyết định của hội đồng trọng tài. Trong trường hợp, toà án quyết định vụ tranh chấp không thuộc thẩm

quyền của hội đồng trọng tài, vụ tranh chấp không có thoả thuận trọng tài hoặc thoả thuận trọng tài vô hiệu thì hội đồng trọng tài phải ra quyết định đình chỉ giải quyết vụ tranh chấp. Các bên có quyền khởi kiện vụ tranh chấp ra toà án (xem Điều 30 Pháp lệnh trọng tài thương mại).

3. Toà án có thể quyết định áp dụng các biện pháp khẩn cấp tạm thời

Trong quá trình hội đồng trọng tài giải quyết vụ tranh chấp, nếu quyền và lợi ích hợp pháp của mình bị xâm hại hoặc có nguy cơ trực tiếp bị xâm hại thì các bên có quyền làm đơn đến toà án cấp tỉnh nơi hội đồng trọng tài thụ lí giải quyết vụ tranh chấp yêu cầu áp dụng một hoặc một số biện pháp khẩn cấp tạm thời sau đây:

- Bảo toàn chứng cứ trong trường hợp chứng cứ đang bị tiêu huỷ hoặc có nguy cơ bị tiêu huỷ;
- Kê biên tài sản tranh chấp;
- Cấm chuyển dịch tài sản tranh chấp;
- Cấm thay đổi hiện trạng tài sản tranh chấp;
- Kê biên và niêm phong tài sản ở nơi gửi giữ;
- Phong toả tài khoản tại ngân hàng.

Bên có đơn yêu cầu áp dụng các biện pháp khẩn cấp tạm thời phải có bằng chứng chứng minh việc áp dụng các biện pháp đó là cần thiết và phải chịu trách nhiệm về yêu cầu của mình. Trong trường hợp yêu cầu áp dụng các biện pháp khẩn cấp tạm thời không đúng và gây thiệt hại thì phải bồi thường.

Ngoài ra, bên yêu cầu áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời phải nộp một khoản tiền bảo đảm do toà án ấn định nhưng không quá nghĩa vụ tài sản mà người có nghĩa vụ phải thực hiện để bảo vệ lợi ích của bị đơn và ngăn ngừa sự lạm dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời từ phía người có yêu cầu.

3. Toà án có thể quyết định áp dụng các biện pháp khẩn cấp tạm thời

Trong quá trình hội đồng trọng tài giải quyết vụ tranh chấp, nếu quyền và lợi ích hợp pháp của mình bị xâm hại hoặc có nguy cơ trực tiếp bị xâm hại thì các bên có quyền làm đơn đến toà án cấp tỉnh nơi hội đồng trọng tài thụ lí giải quyết vụ tranh chấp yêu cầu áp dụng một hoặc một số biện pháp khẩn cấp tạm thời sau đây:

- Bảo toàn chứng cứ trong trường hợp chứng cứ đang bị tiêu huỷ hoặc có nguy cơ bị tiêu huỷ;
- Kê biên tài sản tranh chấp;
- Cấm chuyển dịch tài sản tranh chấp;
- Cấm thay đổi hiện trạng tài sản tranh chấp;
- Kê biên và niêm phong tài sản ở nơi gửi giữ;
- Phong toả tài khoản tại ngân hàng.

Bên có đơn yêu cầu áp dụng các biện pháp khẩn cấp tạm thời phải có bằng chứng chứng minh việc áp dụng các biện pháp đó là cần thiết và phải chịu trách nhiệm về yêu cầu của mình. Trong trường hợp yêu cầu áp dụng các biện pháp khẩn cấp tạm thời không đúng và gây thiệt hại thì phải bồi thường.

Ngoài ra, bên yêu cầu áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời phải nộp một khoản tiền bảo đảm do toà án ấn định nhưng không quá nghĩa vụ tài sản mà người có nghĩa vụ phải thực hiện để bảo vệ lợi ích của bị đơn và ngăn ngừa sự lạm dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời từ phía người có yêu cầu.

4. Toà án có thể quyết định huỷ hay không huỷ quyết định trọng tài

Tổ tụng trọng tài không có nhiều giai đoạn xét xử, không có thủ tục phúc thẩm, giám đốc thẩm, tái thẩm. Không ai có thể đảm bảo rằng quyết định giải quyết tranh chấp của trọng tài luôn luôn đúng về mọi phương diện. Để có thể hạn chế tối đa những sai sót trong quá trình giải quyết tranh chấp tại trọng tài, bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của đương sự, Pháp lệnh trọng tài quy định bên không đồng ý với quyết định trọng tài có quyền làm đơn gửi toà án cấp tỉnh nơi hội đồng trọng tài đã ra quyết định trọng tài yêu cầu huỷ quyết định trọng tài. Trên cơ sở đơn yêu cầu đó, toà án có quyền ra quyết định huỷ hay không huỷ quyết định trọng tài (xem các điều từ Điều 50 đến Điều 56 Pháp lệnh trọng tài thương mại).

4. Toà án có thể quyết định huỷ hay không huỷ quyết định trọng tài

Tổ tụng trọng tài không có nhiều giai đoạn xét xử, không có thủ tục phúc thẩm, giám đốc thẩm, tái thẩm. Không ai có thể đảm bảo rằng quyết định giải quyết tranh chấp của trọng tài luôn luôn đúng về mọi phương diện. Để có thể hạn chế tối đa những sai sót trong quá trình giải quyết tranh chấp tại trọng tài, bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của đương sự, Pháp lệnh trọng tài quy định bên không đồng ý với quyết định trọng tài có quyền làm đơn gửi toà án cấp tỉnh nơi hội đồng trọng tài đã ra quyết định trọng tài yêu cầu huỷ quyết định trọng tài. Trên cơ sở đơn yêu cầu đó, toà án có quyền ra quyết định huỷ hay không huỷ quyết định trọng tài (xem các điều từ Điều 50 đến Điều 56 Pháp lệnh trọng tài thương mại).

MỤC LỤC

Trang

Chương IX

	PHÁP LUẬT VỀ MUA BÁN HÀNG HOÁ	5
I	Khái quát về mua bán hàng hoá	5
II	Hợp đồng mua bán hàng hoá trong thương mại	14
III	Mua bán hàng hoá qua sở giao dịch	62

Chương X

	PHÁP LUẬT VỀ DỊCH VỤ TRUNG GIAN THƯƠNG MẠI	75
I	Khái quát về dịch vụ trung gian thương mại và 75 pháp luật về dịch vụ trung gian thương mại	
II	Đại diện cho thương nhân	87
III	Môi giới thương mại	101
IV	Ủy thác mua bán hàng hoá	108
V	Đại lý thương mại	115

MỤC LỤC

	<i>Trang</i>
Chương IX	
PHÁP LUẬT VỀ MUA BÁN HÀNG HOÁ	
I	5
II	14
III	62
Chương X	
PHÁP LUẬT VỀ DỊCH VỤ TRUNG GIAN	
THƯƠNG MẠI	
I	75
II	87
III	101
IV	108
V	115
Chương XI	
PHÁP LUẬT VỀ XÚC TIẾN THƯƠNG MẠI 125	
CỬA THƯƠNG NHÂN	
I	125
II	142

III	Quảng cáo thương mại	150
IV	Trung bày giới thiệu hàng hoá, dịch vụ	166
V	Hội chợ, triển lãm thương mại	171

Chương XII

PHÁP LUẬT VỀ ĐẤU GIÁ HÀNG HOÁ 177 VÀ ĐẤU THẦU HÀNG HOÁ, DỊCH VỤ

I	Đấu giá hàng hoá	177
II	Đấu thầu hàng hoá, dịch vụ	201

Chương XIII

PHÁP LUẬT VỀ VẬN CHUYỂN, GIAO NHẬN 227 VA GIÁM ĐỊNH HÀNG HOÁ

I	Dịch vụ vận chuyển hàng hoá	227
II	Dịch vụ giao nhận hàng hoá (dịch vụ logistics)	256
III	Dịch vụ giám định	265

Chương XIV

PHÁP LUẬT VỀ SỞ HỮU CÔNG NGHIỆP 275 TRONG HOẠT ĐỘNG THƯƠNG MẠI

I	Tính thương mại của quyền sở hữu công nghiệp 275	
---	--	--

Chương XI

PHÁP LUẬT VỀ XÚC TIẾN THƯƠNG MẠI 125 CỦA THƯƠNG NHÂN

I	Khái quát chung về xúc tiến thương mại và pháp 125 luật về xúc tiến thương mại	
II	Khuyến mại	142
III	Quảng cáo thương mại	150

IV	Trung bày giới thiệu hàng hoá, dịch vụ	166
V	Hội chợ, triển lãm thương mại	171

Chương XII

PHÁP LUẬT VỀ ĐẤU GIÁ HÀNG HOÁ VÀ ĐẤU THẦU HÀNG HOÁ, DỊCH VỤ

I	Đấu giá hàng hoá	177
II	Đấu thầu hàng hoá, dịch vụ	201

Chương XIII

PHÁP LUẬT VỀ VẬN CHUYỂN, GIAO NHẬN 227 VÀ GIÁM ĐỊNH HÀNG HOÁ

I	Dịch vụ vận chuyển hàng hoá	227
II	Dịch vụ giao nhận hàng hoá (dịch vụ logistics)	256
III	Dịch vụ giám định	265

Chương XIV

PHÁP LUẬT VỀ SỞ HỮU CÔNG NGHIỆP 275 TRONG HOẠT ĐỘNG THƯƠNG MẠI

I	Tính thương mại của quyền sở hữu công nghiệp 275	
---	--	--

II Những vấn đề cơ bản của pháp luật về sở hữu 290
công nghiệp trong hoạt động thương mại

Chương XV

KHÁI QUÁT VỀ PHÁP SỬ 331

VÀ PHÁP LUẬT PHÁP SỬ

- I Khái quát về pháp sử 331
- II Khái quát về pháp luật pháp sử 351

Chương XVI

THỦ TỤC PHÁP SỬ DOANH NGHIỆP, 367

HỢP TÁC XÃ

- I Nộp đơn yêu cầu và mở thủ tục pháp sử 368
- II Phục hồi hoạt động kinh doanh 403
- III Thanh lý tài sản, các khoản nợ 412
- IV Tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã bị pháp sử 422

Chương XVII

CÁC PHƯƠNG THỨC GIẢI QUYẾT 427

TRANH CHẤP THƯƠNG MẠI

- I Khái quát về tranh chấp thương mại và phương 427 thức giải quyết tranh chấp thương mại
- II Thương lượng và hoà giải 436
- III Trọng tài thương mại 446
- IV Tòa án 465

II Những vấn đề cơ bản của pháp luật về sở hữu 290
công nghiệp trong hoạt động thương mại

Chương XV

KHÁI QUÁT VỀ PHÁ SẢN 331

VÀ PHÁP LUẬT PHÁ SẢN

- | | | |
|----|--------------------------------|-----|
| I | Khái quát về phá sản | 331 |
| II | Khái quát về pháp luật phá sản | 351 |

Chương XVI

THỦ TỤC PHÁ SẢN DOANH NGHIỆP, 367

HỢP TÁC XÃ

- | | | |
|-----|--|-----|
| I | Nộp đơn yêu cầu và mở thủ tục phá sản | 368 |
| II | Phục hồi hoạt động kinh doanh | 403 |
| III | Thanh lý tài sản, các khoản nợ | 412 |
| IV | Tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã bị phá sản | 422 |

Chương XVII

CÁC PHƯƠNG THỨC GIẢI QUYẾT 427

TRANH CHẤP THƯƠNG MẠI

- | | | |
|-----|---|-----|
| I | Khái quát về tranh chấp thương mại và phương 427 thức
giải quyết tranh chấp thương mại | |
| II | Thương lượng và hoà giải | 436 |
| III | Trọng tài thương mại | 446 |
| IV | Toà án | 465 |

Chương XVIII

THỦ TỤC GIẢI QUYẾT TRANH CHẤP THƯƠNG MẠI MẠI BẰNG TRỌNG TÀI THƯỜNG MẠI

- I Các nguyên tắc giải quyết tranh chấp thương mại bằng trọng tài 471
- II Thẩm quyền của trọng tài thương mại 479
- III Trình tự giải quyết tranh chấp tại trọng tài thương mại 480
- IV Thi hành quyết định trọng tài 494
- V Sự hỗ trợ của toà án đối với hoạt động của trọng tài thương mại 496

Chương XVIII

THỦ TỤC GIẢI QUYẾT TRANH CHẤP THƯƠNG MẠI 471 MẠI BẰNG TRỌNG TÀI THƯƠNG MẠI

- I Các nguyên tắc giải quyết tranh chấp thương mại bằng trọng tài 471
- II Thẩm quyền của trọng tài thương mại 479
- III Trình tự giải quyết tranh chấp tại trọng tài thương mại 480
- IV Thi hành quyết định trọng tài 494
- V Sự hỗ trợ của toà án đối với hoạt động của trọng tài thương mại 496

Giáo trình
LUẬT THƯƠNG MẠI
TẬP II

Chịu trách nhiệm xuất bản
Đại tá NGUYỄN HỒNG THÁI

Chịu trách nhiệm nội dung
ThS.-MÃ DUY QUÂN

Biên tập
ĐỖ HƯƠNG CÚC

Thiết kế bìa
ĐẶNG VINH QUANG

Trình bày và chế bản tại
PHÒNG BIÊN TẬP SÁCH VÀ TRỊ SỰ TẠP CHÍ
TRƯỜNG ĐẠI HỌC LUẬT HÀ NỘI

In 2.000cuôh khổ 14,5 X 20,5cm tại Xí nghiệp in Nhà xuất bản Lao động-xã hội “
Minh Khai, Hai Bà Trưng, Hà Nội. Số xác nhận đăng kí xuất bản: 160-2015/
CXBIPH/135-868/CAND. Quyết định xuất bản số 588/QDXB-NXBCAND ngày
14/5/2015 của Giám đốc Nhà xuất bản Công an nhân dân. In xong và nộp lưu chiểu
quý II năm 2015.

ISBN: 978 - 604 - 72 ■ 0677 - 3

Giáo trình
LUẬT THƯƠNG MẠI
TẬP II

Chịu trách nhiệm xuất bản
Đại tá NGUYỄN HỒNG THÁI

Chịu trách nhiệm nội dung
ThS.-MÃ DUY QUÂN

Biên tập
ĐỖ HƯƠNG CÚC

Thiết kế bìa
ĐẶNG VINH QUANG

Trình bày và chế bản tại
PHÒNG BIÊN TẬP SÁCH VÀ TRỊ SỰ TẬP CHÍ
TRƯỜNG ĐẠI HỌC LUẬT HÀ NỘI

In 2.000 cuốn khổ 14,5 X 20,5cm tại Xí nghiệp in Nhà xuất bản Lao động-xã hội “
Minh Khai, Hai Bà Trưng, Hà Nội. Số xác nhận đăng ký xuất bản: 160-2015/
CXBIPH/135-868/CAND. Quyết định xuất bản số 588/QDXB-NXBCAND ngày
14/5/2015 của Giám đốc Nhà xuất bản Công an nhân dân. In xong và nộp lưu chiểu
quý II năm 2015.

(2).Xem: Khoản 9 Điều 3 Luật thương mại.

ISBN: 978 - 604 - 72 ■ 0677 - 3

(1) . Các bên trong hợp đồng mua bán hàng hoá quốc tế có thể lựa chọn áp dụng pháp luật nước ngoài nếu pháp luật nước ngoài không trái với những nguyên tắc cơ bản của pháp luật Việt Nam (khoản 2 Điều 5 Luật thương mại).

(1) . Các bên trong hợp đồng mua bán hàng hoá quốc tế có thể lựa chọn áp dụng pháp luật nước ngoài nếu pháp luật nước ngoài không trái với những nguyên tắc cơ bản của pháp luật Việt Nam (khoản 2 Điều 5 Luật thương mại).

(2).Xem: Phần "Khái niệm luật thương mại", Chương 1.