

MỘT SỐ LƯU Ý KHI SOẠN THẢO VÀ ĐÀM PHÁN CÁC ĐIỀU KHOẢN CHÍNH TRONG HỢP ĐỒNG MUA BÁN HÀNG HÓA QUỐC TẾ¹

Nguyễn Cương*

Tóm tắt

Bài viết đề cập đến những điều khoản cần thiết phải được đưa vào nội dung hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế nhằm tạo nên một cơ sở pháp lý đầy đủ nhất cho giao dịch. Bài viết chỉ ra rằng, các doanh nghiệp Việt Nam chưa chủ động trong việc soạn thảo hợp đồng phục vụ cho việc đàm phán mà chủ yếu đàm phán trên cơ sở hợp đồng mẫu do đối tác nước ngoài soạn. Không những vậy, doanh nghiệp nhiều khi không nắm rõ ý nghĩa của các điều khoản mà họ thỏa thuận, dẫn tới thua thiệt khi tranh chấp phát sinh. Bài viết phân tích những lưu ý quan trọng trong quá trình soạn thảo, đàm phán một số điều khoản chính trong hợp đồng mua bán quốc tế bao gồm: Tên hàng, số lượng/khối lượng, chất lượng, giá, thanh toán, giao hàng, phương thức giải quyết tranh chấp, bất khả kháng/miễn trách, luật áp dụng cho hợp đồng, chế tài đối với hành vi vi phạm hợp đồng, ngôn ngữ của hợp đồng, thời điểm hợp đồng bắt đầu có hiệu lực.

Từ khóa: Soạn thảo, đàm phán, hợp đồng, hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế, điều khoản, lưu ý.

Mã số: 112.201214. Ngày nhận bài: 20/12/2014. Ngày hoàn thành biên tập: 09/02/2015. Ngày duyệt đăng: 09/02/2015.

Đặt vấn đề:

Hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế (HĐMBHHQT) là cơ sở pháp lý quan trọng nhất quy định quyền lợi và nghĩa vụ của các chủ thể trong một quan hệ mua bán hàng hóa quốc tế cụ thể. Tuy nhiên, thực trạng công tác soạn thảo và đàm phán HĐMBHHQT của các doanh nghiệp Việt Nam còn nhiều bất cập như chưa chủ động soạn thảo hợp đồng trước khi đàm phán², nếu doanh nghiệp tự soạn thảo hợp đồng thì lại thường bỏ sót các điều khoản



* ThS, Trường Đại học Ngoại thương; Email: study_beatlesandyou@yahoo.com

¹ Bài viết nằm trong khuôn khổ đề tài nghiên cứu khoa học cấp trường đại học Ngoại thương “Đề xuất một số điều khoản mẫu trong hợp đồng mua bán quốc tế” năm 2014 do PGS, TS Nguyễn Văn Hồng làm chủ nhiệm đề tài

² Tỷ lệ các doanh nghiệp Việt Nam soạn thảo hợp đồng trước khi vào đàm phán chỉ là 36,96% (Nguyễn Văn Hồng, 2014)

quan trọng, chưa nắm rõ ý nghĩa của các điều khoản thỏa thuận... dẫn tới sự kém hiệu quả của các hợp đồng được ký kết và thực hiện trong thời gian qua mà điển hình là nhiều tranh chấp không đáng có phát sinh và phần thua thiệt thường thuộc về các doanh nghiệp Việt Nam. Bài viết này phân tích những khía cạnh cần lưu tâm khi soạn thảo và đàm phán các điều khoản quan trọng của HĐMBHHQT nhằm góp phần giúp các doanh nghiệp ký kết được những hợp đồng tối ưu.

1. Các nhóm điều khoản cần thỏa thuận trong HĐMBHHQT

Mặc dù tại **Điều 50, Luật thương mại 1997** (đã hết hiệu lực) nêu ra 06 điều khoản bắt buộc phải đưa vào hợp đồng mua bán hàng hóa (tên hàng, số lượng, chất lượng, giá, thanh toán, giao hàng) nhưng theo tinh thần của các nguồn luật điều chỉnh hợp đồng mua bán hàng hóa nói chung và HĐMBHHQT nói riêng của Việt Nam hiện hành, không có quy định về các điều khoản bắt buộc phải đưa vào HĐMBHHQT. Tuy nhiên, các doanh nghiệp vẫn nên đưa vào HĐMBHHQT 06 điều khoản như Luật thương mại 1997 đề cập nhằm văn bản hóa các nội dung quan trọng của hợp đồng cũng như thuận lợi hóa việc tiến hành các nghĩa vụ pháp lý khi thực hiện hợp đồng như nghĩa vụ làm thủ tục hải quan.

Ngoài những điều khoản được coi là quan trọng kể trên, một HĐMBHHQT thông thường nên có thêm một số điều khoản khác, tạo thành bốn nhóm điều khoản chính:

Nhóm điều khoản liên quan đến đối tượng của hợp đồng: Gồm các điều khoản chính: Tên hàng, Số lượng/ Khối lượng, Chất lượng, Bao bì và ký mã hiệu.

Nhóm điều khoản liên quan đến tài chính: Gồm các điều khoản chủ yếu: Giá, Thanh

toán, Đảm bảo thực hiện hợp đồng (đặt cọc, ký quỹ...).

Nhóm điều khoản liên quan đến giao nhận: Gồm các điều khoản cơ bản: Vận tải, Bảo hiểm, Giao hàng.

Nhóm điều khoản liên quan đến pháp lý: Gồm các điều khoản quan trọng: Phương thức giải quyết tranh chấp (Khiếu nại, Giải quyết tranh chấp bằng trọng tài thương mại hoặc tòa án), Luật áp dụng cho hợp đồng, Chế tài đối với hành vi vi phạm hợp đồng, Bất khả kháng, Khó khăn trở ngại.

Bên cạnh bốn nhóm điều khoản trên, một số điều khoản khác như ngôn ngữ của hợp đồng, thời điểm hợp đồng bắt đầu có hiệu lực cũng nên được thỏa thuận

2. Một số lưu ý khi soạn thảo, đàm phán các điều khoản quan trọng trong HĐMBHHQT

2.1. Điều khoản tên hàng

Đây là điều khoản quan trọng nhất góp phần đặc định đối tượng mua bán. Các doanh nghiệp nên đàm phán, soạn thảo điều khoản này càng cụ thể càng tốt, đặc biệt khi nhập khẩu nhằm ràng buộc chặt chẽ nghĩa vụ cung cấp đúng hàng hóa của đối tác. Có nhiều phương pháp quy định tên hàng phù hợp với các hàng hóa khác nhau, ví dụ khi mua bán nông sản, nên quy định tên hàng kèm quy cách chính, xuất xứ và thời gian thu hoạch, ví dụ: *Gạo tẻ 5% tấm, miền Bắc Việt Nam, vụ mùa 2014*. Hay khi mua bán máy móc thiết bị nên quy định tên hàng kèm nhãn hiệu, nhà sản xuất, quy cách chính và thời gian sản xuất, ví dụ: *Ô tô Toyota Camry 3.0, loại 5 chỗ ngồi, hàng mới, sản xuất năm 2009*.

Nếu mua bán nhiều mặt hàng không đồng loại nên lập phụ lục các mặt hàng như một phần không tách rời của hợp đồng.

Một vấn đề doanh nghiệp cần lưu ý là tính hợp pháp của mặt hàng giao dịch. Cần tìm hiểu chính sách mặt hàng xuất nhập khẩu ở cả hai nước chứ không chỉ ở nước mình. Chẳng hạn một lệnh cấm xuất khẩu bất ngờ ở nước đối tác khiến họ không thể xuất khẩu được mặt hàng giao dịch trong khi đây được coi là sự cố bất khả kháng sẽ khiến doanh nghiệp nhập khẩu bất lợi.

2.2. Điều khoản số lượng/ khối lượng

Trước hết, mặt lượng của giao dịch cần phải nằm trong khả năng xuất khẩu hay nhập khẩu của doanh nghiệp.

Thứ hai, cần cụ thể hóa đơn vị tính khối lượng. Mặc dù đa số các nước đều dùng hệ đo lường Mét (metric system), nhưng nếu khối lượng giao dịch được tính theo đơn vị tấn, nên ghi cụ thể là MT (metric ton, 1MT = 1000kg), không nên ghi chung chung là T (ton), để phân biệt với ST (short ton, 1ST ≈ 907,185kg) và LT (long ton, 1LT ≈ 1.016kg) theo hệ đo lường Anh – Mỹ.

Thứ ba, nên quy định dung sai cho khối lượng để thuận lợi hóa quá trình giao nhận do ảnh hưởng của nhiều yếu tố: không chuẩn bị đủ hàng, không đủ tài chính nhập khẩu, không thuê được phương tiện vận tải chuyên chở đủ hàng, cân đo không thống nhất, mất mát hàng hóa...

Bên cạnh đó cần thỏa thuận cụ thể ai chọn dung sai vì người chọn có quyền giao, nhận nhiều hay ít trong khoảng dung sai. Ví dụ thỏa thuận: *Khối lượng 100MT dung sai 10% do người bán chọn*, thì người bán có quyền giao bất kỳ khối lượng nào trong khoảng từ 90MT đến 110MT. Trên thực tế quyền chọn dung sai nên dành cho người thuê phương tiện vận tải, chẳng hạn nếu giá CIF thì nên thỏa thuận người bán chọn dung sai để tạo sự chủ động

trong quá trình giao hàng tùy thuộc vào tàu mà người bán thuê.

Một vấn đề liên quan đến dung sai các doanh nghiệp cần lưu ý thỏa thuận là giá dung sai. Khi đàm phán nên thỏa thuận cụ thể dung sai được tính theo mức giá của hợp đồng hay một mức giá khác (giá hàng hóa tại thị trường nào đó tại thời điểm giao hàng chẳng hạn...) vì các bên có thể lợi dụng quyền chọn dung sai để giao nhận nhiều hay ít đi khi giá hàng hóa biến động. Ví dụ thỏa thuận *khối lượng 100MT dung sai 10% do người bán chọn, dung sai tính theo giá hợp đồng*, đơn giá hợp đồng là 1000USD/MT; giá hàng tăng lên 1.100USD/MT tại thời điểm giao hàng. Khi đó người bán thường sẽ lợi dụng quyền chọn dung sai để giao ở cận dưới dung sai tức 90MT, để được thanh toán 100MT x 1000USD - 10MT x 1000USD = 90.000USD vì nếu giao thêm 100MT thì chỉ được thanh toán mức giá 1000USD/MT cho phần khối lượng này, trong khi đó chắc chắn người mua muốn nhận ít nhất là đủ 100MT.

Khi áp dụng khối lượng thương mại mua bán những hàng hóa dễ biến động khối lượng do độ ẩm như bông, len... nên thỏa thuận cụ thể về độ ẩm tiêu chuẩn (Wtc) dựa trên tập quán mua bán hàng hóa đó.

Ví dụ: *Thỏa thuận trong hợp đồng mua bán bông: Khối lượng thanh toán được tính theo công thức (Phạm Duy Liên, 2012):*

$$G_{TM} = G_{TT} \times \frac{100 + Wtc}{100 + Wtt}$$

Trong đó: $Wtc = 10\%$; G_{TT} : Khối lượng bông xác định bằng phương pháp cân thực tế; Wtt : Độ ẩm của bông tại thời điểm xác định G_{TT} .

Giả sử khi ký hợp đồng hai bên thỏa thuận: Khối lượng 100MT, dung sai 10% do người bán chọn; $Wtc = 10\%$; giấy chứng nhận khối

lượng do VinaControl Việt Nam cấp tại nước xuất khẩu có giá trị pháp lý cuối cùng. Trước khi giao hàng, VinaControl kiểm tra và cấp giấy chứng nhận khối lượng bông (G_{TT}) là 110MT, tuy nhiên độ ẩm của bông tại thời điểm kiểm tra khối lượng (Wt) là 20%. Do đó, người bán không được thanh toán với khối lượng thực tế 110MT mà khối lượng thanh toán sẽ là:

$$G_{TM} = 110MT \times \frac{100 + 10}{100 + 20} \approx 100,83MT$$

2.3. Điều khoản chất lượng

Cần thỏa thuận phương pháp quy định chất lượng phù hợp với hàng hóa giao dịch. Chẳng hạn máy móc thiết bị nên dựa theo tài liệu kỹ thuật, nông sản nên dựa theo hàm lượng thành phần chủ yếu.

Nên dùng phương pháp thuận lợi cho việc kiểm tra, đối chiếu. Ví dụ không nên đơn thuần dùng phương pháp mô tả để quy định chất lượng vì phương pháp này mang tính chủ quan cao và khó kiểm tra, chẳng hạn mô tả chất lượng cà phê: *Màu, mùi và vị tự nhiên của cà phê; kích cỡ hạt đều nhau...* không cụ thể, rất dễ gây tranh chấp. Hay như hiện nay nhiều hợp đồng quy định chất lượng bằng cụm từ “*Brand new*” (hàng mới) rất mập mờ, khó có thể ràng buộc chặt chẽ nghĩa vụ người bán về phẩm chất hàng hóa mình giao.

Vấn đề kiểm tra chất lượng cần được hết sức quan tâm cũng như kiểm tra khối lượng. Nhiều hợp đồng tách việc kiểm tra chất lượng và khối lượng thành một điều khoản riêng (Inspection) nhưng cũng có thể quy định ngay trong nội dung điều khoản chất lượng và khối lượng. Cần quy định cụ thể các vấn đề sau: Địa điểm kiểm tra, người kiểm tra, giá trị của giấy chứng nhận.

Về mặt lôgic, địa điểm kiểm tra để cấp giấy chứng nhận chứng minh người bán hoàn thành

nghĩa vụ giao hàng về chất lượng và khối lượng là địa điểm di chuyển rủi ro theo điều kiện Incoterms áp dụng cho hợp đồng (ví dụ FOB kiểm tra ở nơi đi, DAT ở nơi đến). Tuy nhiên thông thường việc kiểm tra được tiến hành trước khi giao hàng (Preshipment Inspection) ở nơi đi để người bán lấy được giấy chứng nhận, lập bộ chứng từ thanh toán, do đó trong trường hợp mua bán theo nhóm D Incoterms cần thỏa thuận quyền kiểm tra lại tại nơi đến của người mua, nếu không thỏa thuận, người mua lưu ý không được đơn phương kiểm tra lại chất lượng, khối lượng ở nơi đến khi nghi ngờ tổn thất mà phải thông báo cho người bán để cùng phối hợp thực hiện.

Các bên nên thỏa thuận một cơ quan trung gian tiến hành kiểm tra và cấp giấy chứng nhận để đảm bảo tính khách quan. Nên thỏa thuận giấy chứng nhận được cấp có giá trị pháp lý cuối cùng.

2.4. Điều khoản giá

Trước hết cần lựa chọn phương pháp quy định giá phù hợp có thể hạn chế được tổn thất do biến động giá trong quá trình thực hiện hợp đồng. Đa phần các doanh nghiệp Việt Nam hiện nay dùng giá cố định, tức là giá không thay đổi trong suốt quá trình thực hiện HĐMBHHQT, điều này rất rủi ro khi giá trị giao dịch cao, giá hàng hóa giao dịch thường xuyên biến động với mức độ lớn, thời gian giao dịch kéo dài. Với những lô hàng như vậy, doanh nghiệp nên chuyển sang dùng giá linh hoạt (giá có thể xét lại), bằng cách quy định thêm điều kiện và phương thức xét lại giá của hợp đồng hoặc giá quy định sau. Ví dụ điều khoản giá linh hoạt trong hợp đồng xuất khẩu cà phê:

Đơn giá: 2.500USD/MT. Tại thời điểm 10 ngày trước ngày giao hàng, nếu giá cà phê thế giới cùng loại biến động tăng hoặc giảm

quá 10% so với mức giá này thì hai bên sẽ tiến hành đàm phán lại giá.

Như vậy doanh nghiệp có thể hạn chế mức độ rủi ro về biến động giá dưới 10% và chỉ chịu rủi ro trong 10 ngày trước ngày giao hàng.

Thứ hai, cần quy định đầy đủ nội dung điều khoản giá: Đơn giá, tổng giá (bằng số và chữ), giảm giá (nếu có), các chi phí liên quan (bao bì, bốc, dỡ hàng...) và nên dẫn chiếu tới điều kiện Incoterms thỏa thuận.

Không có quy định bắt buộc phải dẫn chiếu Incoterms vào điều khoản giá nhưng một mặt đây là tập quán khi soạn thảo HĐMBHHQT, mặt khác Incoterms là cơ sở quan trọng để so sánh giá do liên quan tới nhiều chi phí cấu thành giá nên doanh nghiệp nên dẫn chiếu Incoterms vào điều khoản này.

2.5. Điều khoản thanh toán

Thứ nhất, lựa chọn phương thức thanh toán hợp lý. Hiện nay, có hai phương thức thanh toán quốc tế phổ biến nhất là tín dụng chứng từ (LC) và chuyển tiền (TT), trong đó LC là phương thức an toàn hơn cho người bán. Nên dùng LC với những đối tác mới, hợp đồng trị giá cao. Người bán cần hiểu rõ những rủi ro tiềm ẩn trong thanh toán, không chỉ là rủi ro người mua thanh toán chậm hay không thanh toán mà còn có rủi ro khi người mua không nhận hàng đã được chuyển tới nước họ nên không thanh toán. Với phương thức LC, rủi ro người mua không nhận hàng khi người bán giao hàng đúng hợp đồng không xảy ra do ngân hàng là người đứng ra cam kết thanh toán khi nhận được bộ chứng từ giao hàng hợp lệ từ người bán.

Thứ hai, quy định đầy đủ nội dung điều khoản thanh toán, bao gồm: Phương thức, thời hạn, loại tiền, giá trị, các bên liên quan, bộ chứng từ thanh toán.

Người bán cần hết sức lưu ý tới bộ chứng từ thanh toán, đặc biệt trong thanh toán LC vì đây là những chứng từ người bán phải xuất trình tới ngân hàng để đòi tiền. Thỏa thuận thanh toán giữa ngân hàng và người bán chính là LC chứ không phải HĐMBHHQT, do đó người bán cần chắc chắn sẽ lập và xuất trình được bộ chứng từ đúng quy định của LC tới ngân hàng thanh toán trong thời hạn hiệu lực của LC, đồng thời cũng phải kiểm tra thật kỹ nội dung LC khi ngân hàng phát hành chuyển tới để đảm bảo nội dung LC thống nhất với HĐMBHHQT đã ký trước đó (về chứng từ xuất trình và các nội dung khác). Trên thực tế bộ chứng từ thanh toán có thể được đưa vào một điều khoản riêng (Required documents hoặc Negotiation documents), tuy nhiên nên đưa vào điều khoản thanh toán để đảm bảo tính đồng bộ và đầy đủ cho điều khoản này.

2.6. Điều khoản giao hàng

Các nội dung cần quy định trong điều khoản giao hàng gồm: Thời hạn, địa điểm, thông báo, quy định chi tiết về quá trình giao hàng và những quy định bổ sung.

Về thời hạn giao hàng nên quy định theo cách có định kỳ, không nên quy định chung chung như: *Giao khi thuê được tàu, giao ngay...*

Nếu khối lượng hàng giao ít có thể quy định giao vào một ngày cụ thể. Ngoài ra nên quy định thời gian giao hàng đủ dài như quy định ngày giao hàng cuối cùng, một khoảng thời gian giao hàng để việc giao hàng diễn ra thuận lợi, hạn chế ảnh hưởng của các tình huống như chưa chuẩn bị xong hàng, chưa thuê được phương tiện vận tải. Quy định ngày giao hàng cuối cùng nên áp dụng khi người bán thuê phương tiện vận tải nhằm tạo sự chủ động cho người bán. Tuy nhiên người mua nên thỏa thuận thời hạn giao hàng theo

một khoảng thời gian (ví dụ: giao hàng trong tháng 01 năm 2015) nhằm tránh tình trạng người bán giao hàng quá sớm dẫn tới việc phải bảo quản hàng hóa trong thời gian dài trước khi tiêu thụ.

Địa điểm giao hàng cần cụ thể nơi đi, nơi đến. Trong những trường hợp chưa cụ thể hóa (ví dụ mua bán CIF có thể quy định cảng bốc là cảng bất kỳ ở nước người bán) thì cũng cần thông báo rõ cảng bốc sau khi giao hàng.

Thông báo giao hàng cần có các nội dung cơ bản: Thời gian, phương thức và nội dung thông báo. Nên lưu ý số lần thông báo giao hàng cần thiết, ví dụ như nên thông báo 03 lần theo FOB. Việc vi phạm nghĩa vụ thông báo giao hàng gây cản trở quá trình giao nhận và có thể dẫn tới hậu quả của việc di chuyển rủi ro sớm hơn thời điểm được quy định theo điều kiện Incoterms áp dụng cho hợp đồng.

Khi khối lượng hàng lớn, thời gian giao hàng kéo dài như các hợp đồng mua bán khoáng sản, nên thỏa thuận thêm về mốc và cách tính thời gian giao hàng, thưởng phạt bốc dỡ... Ngoài ra cần quy định cụ thể trong điều khoản giao hàng nếu cho phép giao từng phần hoặc chuyển tải.

2.7. Điều khoản về phương thức giải quyết tranh chấp

Có bốn phương thức giải quyết tranh chấp cơ bản: Khiếu nại, hòa giải, kiện ra trọng tài và tòa án.

Khiếu nại:

Trước hết, doanh nghiệp cần quán triệt tư tưởng chỉ nên đi kiện (trọng tài, tòa án) khi mọi nỗ lực khiếu nại không mang lại kết quả vì một số nguyên nhân sau:

Khiếu nại đỡ tốn kém chi phí và duy trì được quan hệ đối tác. Bản chất của khiếu nại

là việc đàm phán giữa hai bên về cách giải quyết thiệt hại phát sinh trong quá trình thực hiện hợp đồng nên được coi là phương thức “nhẹ nhàng và tiết kiệm”.

Khiếu nại không làm lộ bí mật kinh doanh của các bên, giúp họ duy trì uy tín trên thương trường.

Trọng tài và tòa án đều ưu tiên giải quyết tranh chấp theo con đường nội bộ (khiếu nại) trước.

Khi soạn thảo, đàm phán điều khoản khiếu nại các bên cần quan tâm tới thủ tục khiếu nại và thời hạn khiếu nại (căn cứ theo nguồn luật thỏa thuận điều chỉnh hợp đồng). Mặt khác, nên chú ý tránh những điều khoản khiếu nại mang tính chất đơn vụ, ví dụ: Điều khoản trong hợp đồng mua bán thiết bị thể dục thể thao số hiệu No.30/Yeekang.1/2014 ký ngày 22 tháng 04 năm 2014 giữa người nhập khẩu là công ty cổ phần Động Lực và người xuất khẩu là công ty Shanxi Yeekang của Trung Quốc quy định: “*Trong trường hợp khiếu nại người bán về khối lượng và chất lượng hàng hóa, người mua phải thông báo chính thức cho người bán và gửi biên bản giám định của Vinacontrol cho người bán trong vòng 30 ngày kể từ ngày hàng đến cảng đích*”. Có thể thấy việc quy định như vậy chỉ dành quyền khiếu nại cho người nhập khẩu, bất lợi cho người xuất khẩu.

Hòa giải:

Đây là phương thức giải quyết tranh chấp ít được thỏa thuận trong các HĐMBHHQT của doanh nghiệp Việt Nam. Mặc dù năm 2007, trung tâm trọng tài quốc tế Việt Nam (VIAC) đã đưa ra quy tắc hòa giải của mình, theo đó các bên có thể lựa chọn hòa giải tại VIAC như một phương thức giải quyết tranh chấp độc lập. Tuy nhiên, trên thực tế

tại Việt Nam hòa giải thường được tiến hành lồng ghép trong các phương thức trọng tài và tòa án. Tuy vậy, doanh nghiệp nên quan tâm nhiều hơn đến phương thức này vì hòa giải có rất nhiều ưu điểm:

Hiệu quả, tiết kiệm thời gian, chi phí: Chẳng hạn, tại Singapore, theo số liệu thống kê của Trung tâm hòa giải Singapore (SMC), tính tới tháng 4/2009, tỷ lệ hòa giải thành công tại trung tâm này là khoảng 75%, trong đó trên 90% số vụ được giải quyết chỉ trong vòng một ngày làm việc. Các bên cũng tiết kiệm được rất nhiều chi phí khi sử dụng phương thức hòa giải, đối với một vụ tranh chấp thuộc thẩm quyền của Tòa trung thẩm (High Court), nếu các bên chọn con đường hòa giải tại SMC, các bên có thể tiết kiệm được tới 80.000 đô la Singapore (*Lưu Hương Ly, 2011*).

Bí mật: Hòa giải viên và các bên phải cam kết giữ bí mật mọi vấn đề liên quan tới quá trình hòa giải, kể cả thỏa thuận hòa giải.

Linh hoạt, mềm dẻo: Các bên có thể đề xuất phương thức giải quyết tranh chấp với hòa giải viên. Hòa giải linh hoạt hơn phương thức trọng tài, theo đó các bên có thể đưa tranh chấp ra trọng tài hoặc tòa án nếu không muốn tiếp tục hòa giải⁵. Trong khi đó nếu các bên đã có thỏa thuận trọng tài mà một bên lại khởi kiện tại tòa án thì tòa án phải từ chối thụ lý tranh chấp đó, trừ trường hợp thỏa thuận trọng tài vô hiệu hoặc thỏa thuận trọng tài không thể thực hiện được.

Trọng tài, tòa án:

Đây đều là các cơ quan trung gian được các bên thỏa thuận sẽ giải quyết tranh chấp phát

sinh từ hoặc liên quan tới hợp đồng. Trong tương quan với phương thức kiện ra tòa án thì trọng tài được cho là phương thức giải quyết tranh chấp nên được ưu tiên vì tính linh hoạt, bí mật, hiệu quả. Theo đề tài nghiên cứu cấp trường đại học Ngoại Thương của PGS, TS Nguyễn Văn Hồng làm chủ nhiệm, đa số các HĐMBHHQT của doanh nghiệp Việt Nam được thu thập sử dụng phương thức giải quyết tranh chấp bằng trọng tài (*Nguyễn Văn Hồng, 2014*). Một số lưu ý cho doanh nghiệp khi thỏa thuận trọng tài:

Trước hết, nên thỏa thuận điều khoản trọng tài ngay trong HĐMBHHQT, mặc dù điều khoản này có thể được thỏa thuận trước hoặc sau khi tranh chấp phát sinh. Lý do là tranh chấp chỉ được trọng tài giải quyết khi các bên có thỏa thuận trọng tài, vì vậy nếu muốn dùng phương thức trọng tài, doanh nghiệp nên thỏa thuận ngay với đối tác khi ký hợp đồng, tránh tình trạng không thể thỏa thuận dùng phương thức này khi tranh chấp xảy ra do đối tác không đồng ý.

Thứ hai, nên thỏa thuận trọng tài quy chế. Việc sử dụng trọng tài vụ việc đòi hỏi các bên phải am hiểu về pháp luật trọng tài để thỏa thuận quy tắc xét xử, tổ tụng vốn rất phức tạp. Nếu dùng trọng tài quy chế, các bên nên tìm hiểu kỹ quy tắc tổ tụng của tổ chức trọng tài được lựa chọn và sử dụng điều khoản trọng tài mẫu do tổ chức trọng tài đó cung cấp khi ký hợp đồng.

2.8. Điều khoản bất khả kháng/miễn trách

Điều khoản này miễn cho bên trì hoãn hoặc chấm dứt thực hiện hợp đồng bởi những nguyên nhân được coi là bất khả kháng/ miễn

⁵ Theo quy tắc hòa giải của VIAC, mặc dù các bên phải cam kết không đưa tranh chấp ra trọng tài hoặc tòa án trong suốt quá trình hòa giải nhưng nếu một bên kiện ra trọng tài hoặc tòa án thì việc hòa giải mặc nhiên bị coi là chấm dứt.

trách không phải bồi thường thiệt hại, không bị phạt hợp đồng và chịu các hình thức phạt khác. Khi soạn thảo, đàm phán điều khoản này cần lưu ý:

Định nghĩa rõ ràng, nêu đầy đủ các tiêu chí phải thỏa mãn, tránh liệt kê đơn thuần. Công ước Viên 1980 không đề cập trực tiếp tới khái niệm bất khả kháng, tuy nhiên tại điều 79 thuộc mục 4 về Miễn trách quy định: *“Một bên không chịu trách nhiệm về việc không thực hiện bất kỳ một nghĩa vụ nào đó của họ nếu chứng minh được rằng việc không thực hiện ấy là do một trở ngại nằm ngoài sự kiểm soát của họ và người ta không thể chờ đợi một cách hợp lý rằng họ phải tính tới trở ngại đó vào lúc ký kết hợp đồng hoặc là tránh được hay khắc phục các hậu quả của nó”*. Tại điều 7.1.7 Bộ nguyên tắc hợp đồng thương mại quốc tế (PICC 2010) về trường hợp bất khả kháng quy định: *“Việc không thực hiện của một bên sẽ được miễn trừ trách nhiệm, nếu bên này chứng minh được rằng việc không thực hiện là do những trở ngại ngoài tầm kiểm soát của họ, và những trở ngại dù đã cân nhắc kỹ, vẫn không thể lường được vào thời điểm giao kết hợp đồng, hoặc các trở ngại này là không thể tránh hoặc vượt qua được”*. Theo điều 161, Bộ luật dân sự Việt Nam 2005 : *“Sự kiện bất khả kháng 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”*. Như vậy có thể thấy, một sự kiện được coi là bất khả kháng cần thỏa mãn đồng thời các tiêu chí sau: Xảy ra sau khi giao kết hợp đồng, khách quan, không thể lường trước được vào lúc giao kết hợp đồng, không thể khắc phục được dù đã hết sức cố gắng và gây nên hậu quả cản trở việc thực hiện nghĩa vụ hợp đồng của các bên.

Hiểu rõ cụm từ “miễn trách”: Điều khoản này còn được là điều khoản “Miễn trách”, hàm ý bên gặp sự cố bất khả kháng sẽ được miễn/miễn trừ trách nhiệm. Tuy nhiên trường hợp được miễn trách không chỉ duy nhất là khi gặp bất khả kháng. Theo quy định tại Điều 294, Luật thương mại Việt Nam 2005, có 04 trường hợp miễn trách, bên cạnh bất khả kháng còn có: Xảy ra trường hợp miễn trách nhiệm mà các bên đã thỏa thuận; Hành vi vi phạm của một bên hoàn toàn do lỗi của bên kia và 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.

Mặt khác việc miễn trách do gặp bất khả kháng không có nghĩa là được quyền từ bỏ nghĩa vụ hợp đồng ngay khi gặp sự kiện đó. Mục 2 điều 7.1.7 PICC 2010, quy định: *“Khi trở ngại chỉ có ý nghĩa tạm thời, sự miễn trừ chỉ áp dụng trong một thời hạn hợp lý, cho đến khi trở ngại đó vẫn còn cản trở việc thực hiện hợp đồng”*, hay mục 3 điều 79 Công ước Viên 1980 quy định: *“Sự miễn trách được quy định tại điều này chỉ có hiệu lực trong thời kỳ tồn tại trở ngại đó”*.

Khi gặp bất khả kháng, ban đầu bên gặp sự kiện chỉ được kéo dài thời gian thực hiện nghĩa vụ bị ảnh hưởng trong một khoảng thời gian hợp lý do các bên thỏa thuận hoặc theo luật điều chỉnh hợp đồng quy định. Chỉ khi thời gian này kéo dài qua một giới hạn luật định hoặc hậu quả bất khả kháng quá nghiêm trọng khiến bên gặp sự kiện này không thể tiếp tục thực hiện hợp đồng thì mới được quyền chấm dứt việc tiếp tục thực hiện hợp đồng. Ví dụ, theo quy định tại Điều 296 Luật thương mại Việt Nam 2005 về việc kéo dài thời hạn, từ chối thực hiện hợp đồng trong trường hợp bất khả kháng quy định: Trong

trường hợp bất khả kháng, nếu các bên không có thỏa thuận hoặc không thỏa thuận được thời gian gia hạn cho việc thực hiện nghĩa vụ hợp đồng của bên gặp bất khả kháng thì thời gian này được tính bằng thời gian xảy ra bất khả kháng cộng với thời gian hợp lý để khắc phục hậu quả, nhưng nếu thời gian này kéo dài quá 05 tháng đối với hợp đồng có thời hạn giao hàng không quá 12 tháng kể từ khi ký kết thì các bên có quyền từ chối thực hiện hợp đồng và không bên nào có quyền yêu cầu bên kia bồi thường thiệt hại.

Tránh soạn thảo, đàm phán điều khoản bất khả kháng một chiều: Cũng giống như điều khoản khiếu nại, một số hợp đồng chỉ quy định quyền hưởng lợi từ bất khả kháng cho một bên. Ví dụ điều khoản bất khả kháng trong hợp đồng mua bán giấy số hiệu GEM 11-11 ký ngày 07 tháng 11 năm 2013 giữa người nhập khẩu là công ty Hải Tiên của Việt Nam và người xuất khẩu là công ty Morim Paper của Hàn Quốc quy định: “Người bán sẽ không chịu trách nhiệm về việc không thực hiện, chậm thực hiện toàn bộ hay một phần nghĩa vụ hợp đồng do các quy định, chính sách của chính phủ, thiên tai, chiến tranh, phong tỏa, đình công, nổi loạn hay bất kỳ nguyên nhân, tình huống nằm ngoài tầm kiểm soát của người bán. Người bán sẽ được quyền lựa chọn trì hoãn việc giao hàng cho tới khi những nguyên nhân đó trôi qua hoặc hủy bỏ bất kỳ nghĩa vụ hợp đồng nào chưa hoàn thành”. Có thể thấy hợp đồng không hề đề cập tới bất khả kháng xảy ra đối với người nhập khẩu. Ngoài ra cần quy định cụ thể nghĩa vụ của bên gặp bất khả kháng: Nhiều hợp đồng chỉ quy định quyền của bên gặp bất khả kháng mà bỏ qua nghĩa vụ. Trên thực tế bên gặp bất khả kháng phải có nghĩa vụ thông báo, chứng minh bất khả kháng.

2.9. Điều khoản Luật áp dụng cho hợp đồng

Khi đàm phán, soạn thảo điều khoản này cần lưu ý về việc xác định nguồn luật điều chỉnh hợp đồng và phạm vi điều chỉnh của các nguồn luật đó:

Có nhiều nguồn luật có thể áp dụng cho HĐMBHHQT: Luật quốc gia, điều ước thương mại quốc tế, tập quán thương mại quốc tế... Về cơ bản, luật pháp các nước tôn trọng quyền tự do thỏa thuận luật áp dụng cho hợp đồng của các chủ thể, tuy nhiên trong một số trường hợp, nguồn luật các bên thỏa thuận lại không được cơ quan giải quyết tranh chấp (ví dụ trọng tài thương mại) áp dụng. Do đó các bên cần tìm hiểu luật của nước có trọng tài, các điều ước quốc tế mà nước đó là thành viên cũng như quy tắc trọng tài được trung tâm trọng tài áp dụng (*Bành Quốc Tuấn, 2013*).

Một HĐMBHHQT có thể đồng thời chịu sự điều chỉnh bởi nhiều nguồn luật, nếu có sự giải thích khác biệt giữa các nguồn luật đó sẽ có nguồn luật được ưu tiên áp dụng. Chẳng hạn như nếu điều ước thương mại quốc tế mà Việt Nam là thành viên có quy định khác với quy định của Luật Thương mại 2005 thì ưu tiên dùng điều ước quốc tế (*Khoản 1, điều 5, Luật Thương mại 2005*). Do đó, khi ký HĐMBHHQT với các doanh nghiệp thuộc quốc gia có điều ước thương mại quốc tế với Việt Nam (chẳng hạn như các quốc gia đối tác FTA), doanh nghiệp Việt Nam cần tìm hiểu nội dung của các điều ước thương mại quốc tế đó.

Nếu dùng luật quốc gia, nên quy định chung chung, ví dụ: *Luật điều chỉnh hợp đồng là Luật Việt Nam* chứ không nên quy định cụ thể một luật nào như: *Luật điều chỉnh hợp đồng là Luật Thương mại Việt Nam 2005* vì có những vấn đề của hợp đồng cần phối hợp

nhiều luật để điều chỉnh. Để khách quan nên chọn luật của một nước trung gian.

Nếu dùng tập quán thương mại quốc tế cần hiểu rõ phạm vi điều chỉnh của tập quán đó. Chẳng hạn Incoterms chỉ điều chỉnh vấn đề giao nhận hàng hóa, nên thỏa thuận “*Mọi vấn đề chưa được đề cập trong hợp đồng này được giải thích bởi Incoterms 2010*” vốn xuất hiện trong không ít HĐMBHHQT của các doanh nghiệp Việt Nam là không đúng bản chất của Incoterms.

2.10. Điều khoản chế tài đối với hành vi vi phạm hợp đồng

Những chế tài đối với hành vi vi phạm hợp đồng được thỏa thuận phổ biến nhất trong các HĐMBHHQT của các doanh nghiệp Việt Nam là phạt và hủy hợp đồng.

Đối với chế tài phạt vi phạm cần lưu ý mức phạt phải tuân thủ quy định của luật điều chỉnh hợp đồng. Không ít hợp đồng dùng Luật Việt Nam điều chỉnh thỏa thuận mức phạt vi phạm rất cao nhằm hạn chế động lực vi phạm hợp đồng của đối tác, nhưng theo quy định tại **Điều 301 Luật Thương mại Việt Nam 2005**: “*Mức phạt đối với vi phạm nghĩa vụ hợp đồng hoặc tổng mức phạt đối với nhiều vi phạm do các bên thỏa thuận trong hợp đồng, nhưng không quá 8% giá trị phần nghĩa vụ hợp đồng bị vi phạm*”.

Chế tài hủy hợp đồng chỉ được áp dụng khi xảy ra hành vi vi phạm mà các bên thỏa thuận là điều kiện để hủy hợp đồng hoặc cấu thành vi phạm cơ bản hợp đồng. Cần lưu ý quy định về vi phạm cơ bản hợp đồng trong nhiều nguồn luật được quy định rất “mơ hồ”, chẳng hạn quy định tại **Khoản 13 Điều 3 Luật Thương mại Việt Nam 2005**: “*Vi phạm cơ bản 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*”.

Vấn đề xác định mục đích của việc giao kết hợp đồng không phải là câu hỏi dễ trả lời, trên thực tế các cơ quan giải quyết tranh chấp tại Việt Nam có vẻ chưa phân định rạch ròi giữa hai khái niệm “vi phạm cơ bản hợp đồng” và “vi phạm nghiêm trọng hợp đồng” (Võ Sỹ Mạnh, 2014). Do đó, khi soạn thảo, đàm phán nên lượng hóa hay thỏa thuận cụ thể điều kiện cấu thành vi phạm cơ bản hợp đồng để chế tài hủy hợp đồng khả thi hơn.

2.11. Một số điều khoản khác

Điều khoản ngôn ngữ của hợp đồng:

Nên chọn ngôn ngữ mình thông thạo, nếu cần có thể sử dụng chuyên gia ngôn ngữ. Việc không am hiểu ngôn ngữ của hợp đồng có thể dẫn tới hậu quả như trường hợp một công ty Thụy Sĩ nhập khẩu gà đông lạnh từ một công ty Hoa Kỳ, ngôn ngữ của hợp đồng là tiếng Đức. Trong tiếng Đức, từ Huhn (gà) bao gồm cả Supenhuhn (gà ngâm nước), do không am hiểu tiếng Đức nên công ty Thụy Sĩ bị tòa án NewYork bác đơn kiện về việc công ty Hoa Kỳ giao hàng không đúng chủng loại khi gà ngâm nước không thể dùng để rán theo mục đích sử dụng của họ (VCCI, 2010).

Nếu hợp đồng được lập thành nhiều hơn một thứ tiếng, nên thỏa thuận ngôn ngữ ưu tiên dùng làm căn cứ nếu có sự khác biệt. Ví dụ “*Hợp đồng được lập thành hai bản, một bằng tiếng Anh và một bằng tiếng Pháp, nếu có mâu thuẫn về nội dung giữa hai bản, bản tiếng Anh sẽ được dùng làm căn cứ*”.

Điều khoản thời điểm hợp đồng bắt đầu có hiệu lực:

Với điều khoản này nên quy định cụ thể thời điểm bắt đầu hiệu lực của hợp đồng, ví dụ: “*Hợp đồng này có hiệu lực kể từ ngày ký*” hay “*Hợp đồng này có hiệu lực kể từ ngày 01/01/2015*”.

Không nên quy định thời điểm này kèm điều kiện, ví dụ: “*Hợp đồng này có hiệu lực kể từ khi ngày người bán xin được giấy phép xuất khẩu*” hoặc “*Hợp đồng này có hiệu lực kể từ ngày người bán nhận được khoản tiền ứng trước quy định trong hợp đồng*”. Những điều kiện như vậy nếu không xảy ra sẽ khiến các bên mất mọi chi phí bỏ ra trước đó dù mục đích có liên quan tới hợp đồng bởi vì hợp đồng chưa có giá trị pháp lý.

Thay cho lời kết:

Thực tế cho thấy hiện nay đa phần các doanh nghiệp xuất nhập khẩu Việt Nam đàm

phán, ký kết HĐMBHHQT trên cơ sở hợp đồng mẫu do đối tác nước ngoài soạn thảo sẵn. Câu chuyện bây giờ không thể còn được giải thích theo kiểu “kỹ năng viết” thường khó hơn “kỹ năng đọc”, việc thiếu nghiệp vụ và sự chủ động trong công tác soạn thảo hợp đồng đã và đang đẩy nhiều doanh nghiệp Việt Nam vào vị thế bị động trên bàn đàm phán, dẫn tới việc họ thường chịu thua thiệt trong các thỏa thuận. Một trong số những giải pháp cấp bách hiện nay nhằm nâng cao hiệu quả của hoạt động xuất nhập khẩu là cần phải nâng cao chất lượng soạn thảo, đàm phán HĐMBHHQT cho các doanh nghiệp Việt Nam. □

Tài liệu tham khảo

1. Bành Quốc Tuấn, 2013, *Giải quyết tranh chấp phát sinh từ hợp đồng thương mại quốc tế thông qua các điều khoản đặc biệt của hợp đồng*, Tạp chí Nghiên cứu & trao đổi, số 9 (19), tháng 03–04/2013.
2. Lưu Hương Ly, 2011, *Hòa giải trong thương mại và phát triển phương thức hòa giải trong thương mại ở Việt Nam* (http://www.toaan.gov.vn/portal/page/portal/tandtc/Baiviet?p_page_id=&p_cateid=1751909&article_details=1&item_id=8610752).
3. Nguyễn Văn Hồng, 2014, Đề xuất một số điều khoản mẫu trong hợp đồng mua bán quốc tế, Đề tài nghiên cứu khoa học cấp trường, Đại học Ngoại Thương.
4. Phạm Duy Liên, 2012, *Giáo trình Giao dịch thương mại quốc tế*, NXB Thống kê.
5. UNIDROIT, 2010, *Những nguyên tắc hợp đồng thương mại quốc tế* (<http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/>).
6. VCCI, 2010, *Cẩm nang hợp đồng thương mại*, Nhà xuất bản Lao động.
7. Võ Sỹ Mạnh, 2014, *Vi phạm cơ bản hợp đồng trong pháp luật Việt Nam: Một số bất cập và định hướng hoàn thiện*, Tạp chí Kinh tế đối ngoại số 67/2014.