

TRƯỜNG ĐẠI HỌC LUẬT HÀ NỘI

**GIÁO TRÌNH
LUẬT THƯƠNG MẠI QUỐC TẾ**

Biên tập nội dung tiếng Anh
GS.TS. Surya P. Subedi
TS (Oxford); Luật sư (Vương quốc Anh)
Giáo sư Luật quốc tế
Trường Luật, Trường Đại học Tổng hợp Leeds, Vương quốc Anh

**NHÀ XUẤT BẢN CÔNG AN NHÂN DÂN
HÀ NỘI - 2012**

Giáo trình này được biên soạn với sự hỗ trợ tài chính của Liên minh châu Âu. Quan điểm trong Giáo trình này là của các tác giả và do đó không thể hiện quan điểm chính thức của Liên minh châu Âu hay Bộ Công Thương.

CÁC TÁC GIẢ

Nguyễn Thanh Tâm và Trịnh Hải Yến	Chương 1; và Chương 3 - Mục 1, Mục 2; và Chương 4 - Mục 3
Nguyễn Đăng Thắng	Chương 2 - Mục 1, Mục 2
Nguyễn Đức Kiên	Chương 2 - Mục 3 ; và Chương 5 - Mục 4
Federico Lupo Pasini	Chương 2 - Mục 4, Mục 7; và Chương 4 - Mục 1
Nguyễn Như Quỳnh	Chương 2 - Mục 5
Nguyễn Thị Thu Hiền	Chương 2 - Mục 6
Nguyễn Ngọc Hà	Chương 2 - Mục 8
Andrew Stephens	Chương 3 - Mục 3
Trịnh Hải Yến	Chương 3 - Mục 4; và Chương 4 - Mục 2
Lê Hoàng Oanh	Chương 3 - Mục 5
Nguyễn Minh Hằng	Chương 5 - Mục 1
Hồ Thúy Ngọc	Chương 5 - Mục 2, các Mục 3.4 và 3.5; và Chương 7 - Mục 6
Võ Sỹ Mạnh	Chương 5 - các Mục 3.1 và 3.3
Marcel Fontaine	Chương 5 - Mục 3.2
Nguyễn Bá Bình	Chương 6 - Mục 1
Nguyễn Thị Thanh Phúc	Chương 6 - Mục 2
Hà Công Anh Bảo	Chương 6 - Mục 3
Trịnh Đức Hải	Chương 7 - các Mục từ 1 đến 5

NGƯỜI BIÊN DỊCH

Nguyễn Anh Tùng	Lời mở đầu; và Chương 1; và Chương 2 - Mục 3; và Chương 3 - Mục 2
Nguyễn Ngọc Lan	Chương 2 - Mục 1 và Mục 2
Phạm Thị Thanh Phương	Chương 2 - Mục 3; và Chương 3 - Mục 1 và Mục 3
Nguyễn Quỳnh Trang	Chương 2 - Mục 4; và Chương 5 - Mục 3.2 và Mục 4
Nguyễn Như Quỳnh	Chương 2 - Mục 5
Nguyễn Thu Thủy	Chương 2 - Mục 6
Trần Thị Ngọc Anh	Chương 2 - Mục 7
Nguyễn Ngọc Hà	Chương 2 - Mục 8
Trịnh Hải Yến	Chương 3 - Mục 4; và Chương 4 - Mục 2 và Mục 3
Lê Hoàng Oanh	Chương 3 - Mục 5
Nguyễn Thị Anh Thơ	Chương 4 - Mục 1
Văn Khánh Thư	Chương 5 - Mục 1 và Mục 4
Hồ Thúy Ngọc	Chương 5 - Mục 2, Mục 3.4 và Mục 3.5; và Chương 7 - Mục 6
Võ Sỹ Mạnh	Chương 5 - Mục 3.1, Mục 3.3
Nguyễn Bá Bình	Chương 6 - Mục 1
Nguyễn Thị Thanh Phúc	Chương 6 - Mục 2
Hà Công Anh Bảo	Chương 6 - Mục 3
Trịnh Đức Hải	Chương 7 - các Mục từ 1 đến 5

LỜI GIỚI THIỆU

Giáo trình này được biên soạn với sự hỗ trợ của Dự án hỗ trợ thương mại đa biên giai đoạn III (EU-Việt Nam MUTRAP III) do Liên minh châu Âu tài trợ và là kết quả đóng góp của các chuyên gia trong nước, chuyên gia nước ngoài về luật thương mại quốc tế. Sự phối hợp giữa chuyên gia Việt Nam và chuyên gia quốc tế chứng tỏ Việt Nam đang trao đổi và tiếp nhận những tiến bộ của cộng đồng khoa học và văn hoá thế giới. Có được kết quả này một phần là do quá trình Việt Nam hội nhập thương mại và kinh tế đem lại, nhất là từ khi Việt Nam gia nhập WTO năm 2007. Rõ ràng là ngày càng có nhiều nhà khoa học và sinh viên Việt Nam tham gia vào các chương trình hợp tác, trao đổi khoa học quốc tế. Giáo trình này chính là một bằng chứng cho điều đó.

Với sự hỗ trợ của Dự án EU-Việt Nam MUTRAP III và các chương trình hợp tác phát triển khác, các trường đại học lớn ở Việt Nam đã cập nhật và đổi mới chương trình giảng dạy nhằm phản ánh diễn biến nhanh chóng của tình hình thương mại và kinh tế. Giáo trình này, chủ yếu dành cho sinh viên trình độ đại học, nhằm cung cấp bức tranh toàn cảnh về khía cạnh pháp luật trong hầu hết các vấn đề thương mại quốc tế. Mặc dù ghi nhận sự khác biệt giữa công pháp và tư pháp quốc tế, nhóm tác giả giáo trình cho rằng hai lĩnh vực pháp luật này không thể nghiên cứu tách rời nhau. Các luật gia phải có kiến thức toàn diện về tất cả các lĩnh vực liên quan đến giao dịch thương mại quốc tế, từ pháp luật điều chỉnh hợp đồng quốc tế cho đến quyền tiếp cận thị trường ở nước thứ ba được WTO bảo hộ. Bên cạnh đó, giáo trình này cũng tập hợp các quy định toàn cầu (WTO, Công ước Viên về hợp đồng mua bán hàng hoá quốc tế), quy định khu vực (EU, NAFTA và ASEAN), quy định song phương (các hiệp định giữa Việt Nam và một số đối tác), và các quy định có liên quan của pháp luật Việt Nam.

Giáo trình đã nhận được sự đóng góp của nhiều chuyên gia và các học giả am hiểu cả kiến thức chuyên môn và hiểu biết về khu vực. *Ví dụ,*

chuyên gia người Hoa Kỳ viết một nội dung về NAFTA, chuyên gia châu Âu viết phần liên quan đến châu Âu, còn chuyên gia Việt Nam lại tập trung vào những khía cạnh thương mại liên quan của Việt Nam. Sự kết hợp đó đã tạo ra một cuốn Giáo trình quy tụ nhiều quan điểm khác nhau về pháp luật thương mại quốc tế. Giáo trình là cẩm nang tốt về những tình huống mà luật gia Việt Nam có thể gặp phải: một thế giới với các quy tắc được hài hoà hoá, cách giải thích thuật ngữ giống nhau nhưng cách tiếp cận lại khác nhau trong từng trường hợp giao dịch thương mại hàng ngày. Nhu cầu tăng cường quan hệ thương mại, đặc biệt quan trọng đối với nền kinh tế mở như Việt Nam, đòi hỏi khả năng hiểu được các cách áp dụng khác nhau này và nếu có thể, khả năng xác định được các thông lệ quốc tế tốt nhất để áp dụng trong khuôn khổ pháp luật quốc gia.

Cuốn sách còn là công cụ hữu ích giúp cho các cán bộ chính phủ hàng ngày phải làm việc trong môi trường quốc tế đầy biến động, cũng như những cán bộ mong muốn tìm hiểu thêm những thông tin cơ bản liên quan đến các khía cạnh của pháp luật thương mại quốc tế.

Cuốn sách thực sự là bức tranh thu nhỏ thế giới mà các luật gia Việt Nam sẽ phải đối mặt, và là điểm khởi đầu rất tốt cho những ai yêu thích tìm hiểu và mong muốn có được những hiểu biết cơ bản nhất về hệ thống các quy định phức tạp về thương mại quốc tế.

Nguyễn Thị Hoàng Thúy

Giám đốc Dự án EU-Việt Nam MUTRAP III

LỜI MỞ ĐẦU

Pháp luật thương mại quốc tế một mặt góp phần nâng cao vị thế của các quốc gia trong một số lĩnh vực, tạo thuận lợi cho các quan hệ kinh doanh, thương mại cũng như các quan hệ khác diễn ra giữa các quốc gia và các tổ chức; nhưng mặt khác, cũng đặt ra những hạn chế trong một số lĩnh vực để bảo vệ lợi ích lớn hơn của các cá nhân và toàn xã hội, ở quy mô trong nước và quốc tế. Mục tiêu của lĩnh vực pháp luật này là đề ra các quy tắc công bằng trong các quan hệ kinh tế quốc tế, hướng đến xã hội công bằng hơn cho tất cả mọi người. Nói khác đi, vai trò của pháp luật thương mại quốc tế là đảm bảo sân chơi bình đẳng cho tất cả các quốc gia, cho phép các quốc gia phát huy tối đa tiềm năng và/hoặc tối ưu hoá các thế mạnh riêng có của mình. Mỗi con người sinh ra có những phẩm chất và năng lực riêng biệt; pháp luật của bất kì quốc gia nào cũng cần tạo điều kiện cho các cá nhân phát huy tốt nhất khả năng của mình mà không xâm hại tới lợi ích của người khác trong xã hội, để mỗi người có thể theo đuổi giấc mơ của mình - cho dù giấc mơ đó có ý nghĩa như thế nào với họ.

Với các quốc gia cũng vậy - về cơ bản, cộng đồng các quốc gia là tập hợp của những cá thể gắn kết với nhau bởi một số đặc điểm và mục đích tương đồng. Do đó, pháp luật thương mại quốc tế được xây dựng nhằm cho phép các quốc gia đóng góp cho cộng đồng quốc tế những gì mình có và nhận lại những gì do các quốc gia khác đóng góp. Sự có đi có lại và thúc đẩy lợi ích quốc gia là những yếu tố cốt lõi trong hành vi của con người, cũng như của các quốc gia. Điều này đặc biệt đúng đối với pháp luật thương mại quốc tế.

Khác với những lĩnh vực cụ thể khác của pháp luật quốc tế, pháp luật thương mại quốc tế liên quan trực tiếp đến nền kinh tế và sự thịnh vượng của quốc gia. Nói cách khác, nó liên quan trực tiếp đến những lợi ích kinh tế

cơ bản của quốc gia. Do đó, bất cứ quốc gia nào cũng rất thận trọng trong việc chấp nhận các quy tắc điều chỉnh thương mại quốc tế. Tuy nhiên, các quốc gia đều hiểu rằng nếu không chấp nhận một số nguyên tắc cơ bản của pháp luật thương mại quốc tế, thì sẽ không thể tiến hành thương mại với các quốc gia khác hay tham gia vào các hoạt động thương mại khác.

Điều nghịch lí trong thương mại quốc tế là quốc gia nào cũng muốn các quốc gia khác thực hiện chính sách tự do hoá thương mại và mở cửa thị trường càng rộng rãi càng tốt; nhưng ngược lại, chính mình lại cố gắng để đóng cánh cửa của mình chặt nhất, bằng cách theo đuổi chính sách bảo hộ. Chính trong tình huống này cần có sự can thiệp của pháp luật để đảm bảo ‘cuộc chơi’ công bằng, và nếu xảy ra hành vi ‘chơi xấu’ thì các tranh chấp cũng được giải quyết một cách công bằng. Pháp luật có vai trò cũng giống như vị trọng tài trong trận đấu thể thao, hướng tới mục đích đảm bảo sự công bằng. Gắn liền với ý tưởng về ‘cuộc chơi công bằng’ là sự hình thành ‘sân chơi bình đẳng’ cho các chủ thể tiến hành hoạt động thương mại quốc tế.

Thương mại là một trong những thuộc tính sơ khai trong hoạt động của con người. Khái niệm ‘thương mại’ có nghĩa là hoạt động kinh tế tự nguyện, dựa trên nguyên tắc có đi có lại. Từ thời cổ đại, con người trao đổi hàng lấy hàng; sau này, khi nghĩ ra tiền tệ, con người trao đổi hàng hoá lấy tiền. Thực tế là, chính thương mại đã góp phần cho sự ra đời của tiền tệ. Khi đã phát triển cả về phạm vi địa lí và quy mô, thương mại được điều chỉnh bởi các quy định, ban đầu là của giới thương nhân và sau đó là của các cơ quan nhà nước, để đảm bảo sự công bằng và không bị bóp méo.

Với mục đích sinh tồn và tìm kiếm sự thịnh vượng từ thương mại, phần lớn tiến trình phát triển của nền văn minh nhân loại đã luôn gắn liền và xoay quanh sự mở rộng của thương mại. Nhằm thúc đẩy thương mại, ban đầu việc điều tiết được thực hiện dưới hình thức các quy tắc ứng xử cơ bản đối với các chủ thể tham gia thương mại quốc tế. Các quy tắc ứng xử này được ban hành rất đúng lúc trong cả lĩnh vực công pháp và tư pháp quốc tế, làm phát triển các hoạt động thương mại. Bởi vậy, một trong những tầm nhìn về trật tự thế giới mới sau Chiến tranh thế giới lần thứ II chính là tự do hoá thương mại quốc tế để thúc đẩy tăng trưởng kinh tế thông qua việc thành lập Tổ chức thương mại quốc tế (‘ITO’).

Mặc dù ITO đã không ra đời nhưng tư tưởng của tổ chức này về tự do hóa thương mại quốc tế đã được GATT và một số văn kiện pháp lí quốc tế khác thực hiện; rất nhiều trong số đó sau này trở thành một phần của luật WTO khi tổ chức này được thành lập vào năm 1995, sau khi kết thúc Vòng đàm phán Uruguay về thương mại đa phương (1986 - 1993). Kể từ sau Chiến tranh thế giới lần thứ II, tư pháp quốc tế cũng phát triển để tạo thuận lợi, đồng thời điều tiết các hoạt động thương mại quốc tế. Bởi vậy, ngày nay có một phần đáng kể của cả công pháp quốc tế và tư pháp quốc tế cùng điều chỉnh các quan hệ thương mại quốc tế. Giáo trình Luật thương mại quốc tế này cũng nhằm cung cấp cái nhìn tổng quan toàn diện đó một cách ngắn gọn.

Giáo trình đề cập nhiều vấn đề của pháp luật thương mại quốc tế liên quan đến cả công pháp quốc tế và tư pháp quốc tế, là kết quả của dự án với nhiều tham vọng nhằm cung cấp công cụ học tập và nghiên cứu toàn diện cho sinh viên, công chức nhà nước, luật sư và học giả Việt Nam.

Năm 1986, Việt Nam bắt đầu thực hiện chính sách đổi mới kinh tế, tiến trên con đường tự do hoá và cải cách kinh tế. Là một phần của chính sách này, Việt Nam nộp đơn xin gia nhập WTO và đã chính thức trở thành thành viên của WTO vào năm 2007. Từ khi tiến hành ‘Đổi mới’ và đặc biệt là sau khi trở thành thành viên WTO, Việt Nam đã chứng kiến sự tăng trưởng rất lớn trong thương mại quốc tế và hoạt động kinh doanh. Thực tế đòi hỏi cần có các quy định pháp luật và chính sách mới để điều chỉnh những hoạt động này.

Việc trở thành thành viên WTO là chất xúc tác cho sự phát triển của hệ thống pháp luật Việt Nam, bởi để thực hiện các cam kết gia nhập WTO, Việt Nam cần ban hành nhiều chính sách và quy định pháp luật mới. Sự kiện này làm thay đổi môi trường pháp lí của Việt Nam. Giờ đây, Việt Nam không chỉ là thành viên chính thức của WTO với đầy đủ tư cách, mà còn là một nền kinh tế thị trường đang phát triển với hệ thống chính trị xã hội chủ nghĩa. Đất nước này trong thời gian qua đã thu hút lượng lớn vốn đầu tư nước ngoài và trở thành một trong những quốc gia có tốc độ tăng trưởng nhanh nhất thế giới. Cùng với những cơ hội là trách nhiệm của Việt Nam phải tuân thủ pháp luật thương mại quốc tế. Để đạt đến thành công, Việt Nam cũng cần có nguồn nhân lực được giáo dục và đào tạo tốt, có khả năng tương tác với các yếu tố toàn cầu, thúc đẩy và bảo vệ các lợi ích của quốc gia.

Việt Nam ngày càng tiếp xúc nhiều hơn với các yếu tố của thương mại quốc tế. Hệ thống pháp luật Việt Nam đã và đang đáp ứng với những thách thức và thay đổi diễn ra trong các hoạt động kinh tế và pháp luật quốc tế. Bởi vậy, Việt Nam cần chuẩn bị cho thế hệ mới các luật gia và công chức nhà nước những hiểu biết và khả năng ứng phó tốt với các vấn đề đặt ra do những thay đổi phi thường đang diễn ra cả ở trong nước và trên phạm vi quốc tế; giúp người dân tận dụng tối đa lợi ích và cơ hội từ những thay đổi này. Để làm được điều đó, họ cần có nguồn tài liệu tốt và Giáo trình Luật thương mại quốc tế được biên soạn nhằm đáp ứng một phần nhu cầu và đòi hỏi này.

Giáo trình bao gồm các chương do các tác giả Việt Nam và nước ngoài cùng biên soạn, giải quyết cả những vấn đề pháp lý quốc tế và những vấn đề pháp lý của Việt Nam, liên quan đến cả lĩnh vực pháp luật thương mại quốc tế công và pháp luật thương mại quốc tế tư. Cách tiếp cận tổng hợp này giúp sinh viên có thể nhìn nhận dưới cả góc độ quốc tế và góc độ Việt Nam về những lĩnh vực pháp luật được đề cập.

Các tác giả trình bày một cách toàn diện những chủ đề được đề cập trong Giáo trình này, như luật WTO, bao gồm cả lĩnh vực thương mại hàng hoá, dịch vụ, quyền sở hữu trí tuệ; vấn đề giải quyết tranh chấp thương mại quốc tế, bao gồm trọng tài thương mại quốc tế; các hiệp định thương mại khu vực hay các mô hình hội nhập kinh tế khu vực như NAFTA, EU và ASEAN; thương mại điện tử. Các chương trong Giáo trình vừa chứa đựng thông tin vừa có tính phân tích, được đóng góp bởi giới hàn lâm, các nhà thực hành luật, các nhà nghiên cứu thuộc những thể hệ khác nhau, có chuyên môn và khá nhiều kinh nghiệm trong những lĩnh vực liên quan.

Do được thiết kế chủ yếu dành cho đối tượng là sinh viên luật, công chức nhà nước, các nhà nghiên cứu và luật sư tại Việt Nam, Giáo trình này tiếp cận các vấn đề dưới góc độ pháp luật, dựa trên việc phân tích các văn bản pháp luật trong nước và quốc tế, án lệ hoặc các quan điểm của khoa học pháp lý và các tập quán thương mại quốc tế. Chúng tôi đã cố gắng biên soạn để Giáo trình này thân thiện nhất với độc giả và sinh viên. Các chương trong Giáo trình kết thúc bằng các câu hỏi để kích thích sự tư duy và phân tích của sinh viên và độc giả. Tương tự, các chương có danh mục tài liệu tham khảo cho những người muốn tìm hiểu sâu hơn về lĩnh vực pháp luật nhất định.

Mặc dù độ dài và phong cách trình bày của các chương có thể khác nhau do chúng được thực hiện bởi các tác giả khác nhau, với nền tảng pháp lí, thực tiễn và học thuật riêng biệt, nhưng chúng tôi đã cố gắng đảm bảo sự nhất quán tương đối trong toàn bộ Giáo trình, trình bày nó theo kết cấu chặt chẽ. Chúng tôi hi vọng rằng Giáo trình này sẽ là nguồn tư liệu tham khảo có giá trị đối với những người quan tâm đến pháp luật thương mại quốc tế, cũng như quan tâm đến việc áp dụng và phổ biến nó ở Việt Nam.

Được làm việc cùng với Ban điều phối tiêu dự án của Trường Đại học Luật Hà Nội (HLU) để thực hiện Giáo trình này là vinh dự của cá nhân tôi. Tôi xin gửi lời cảm ơn về sự hợp tác tuyệt vời của họ.

Giáo sư, Tiến sĩ Surya P. Subedi

Tiến sĩ (Oxford); Luật sư (Vương quốc Anh)

Giáo sư luật quốc tế

Trường Đại học tổng hợp Leeds, Vương quốc Anh

Người biên tập nội dung tiếng Anh

DANH MỤC NHỮNG TỪ VIẾT TẮT

AAA	Hiệp hội trọng tài Hoa Kỳ
AANZFTA	Khu vực thương mại tự do ASEAN-Australia-New Zealand
ABAC	Hội đồng tư vấn kinh doanh APEC
ACFA	Hiệp định khung về hợp tác kinh tế toàn diện giữa ASEAN-Trung Quốc
ACFTA	Khu vực thương mại tự do ASEAN-Trung Quốc
ACIA	Hiệp định đầu tư toàn diện ASEAN
ACP	Các nước châu Phi, Caribê và Thái Bình Dương
AD	Chống bán phá giá
ADA	Hiệp định chống bán phá giá của WTO
ADR	Phương thức giải quyết tranh chấp thay thế
AEC	Cộng đồng kinh tế ASEAN
AFAS	Hiệp định khung về dịch vụ ASEAN
AFT	Quỹ uỷ thác Á-Âu
AFTA	Khu vực thương mại tự do ASEAN
AHTN	Danh mục hài hoà thuế quan ASEAN
AIA	Khu vực đầu tư ASEAN
AITIG	Thương mại hàng hoá ASEAN-Ấn Độ
AJCEP	Hiệp định đối tác toàn diện ASEAN-Nhật Bản
AKAI	Hiệp định đầu tư ASEAN-Hàn Quốc
AKFA	Hiệp định khung về hợp tác kinh tế toàn diện ASEAN-Hàn Quốc
AKTIG	Hiệp định thương mại hàng hoá ASEAN-Hàn Quốc
AKTIS	Hiệp định thương mại dịch vụ ASEAN-Hàn Quốc
AMS (Total AMS)	Tổng lượng hỗ trợ tính gộp
APEC	Diễn đàn hợp tác kinh tế châu Á-Thái Bình Dương

APEC-MRA	Hiệp định công nhận lẫn nhau trong APEC
ASEAN	Hiệp hội các quốc gia Đông Nam Á
ASEM	Diễn đàn hợp tác kinh tế Á-Âu
ATC	Hiệp định về hàng dệt may của WTO
ATIGA	Hiệp định thương mại hàng hoá ASEAN
BDC	Nước đang phát triển là người thụ hưởng
BFTAs	Hiệp định thương mại tự do song phương
BIT	Hiệp định đầu tư song phương
BTA	Hiệp định thương mại song phương Việt Nam-Hoa Kỳ
BTAs	Hiệp định thương mại song phương
CAP	Chính sách nông nghiệp chung châu Âu
CDB	Công ước về đa dạng sinh học
CEPEA	Quan hệ đối tác kinh tế toàn diện Đông Á
CEPT	Hiệp định về chương trình ưu đãi thuế quan có hiệu lực chung trong Khu vực thương mại tự do ASEAN
CFI	Toà án cấp sơ thẩm
CFR	Tiền hàng và cước phí (trước đây viết tắt là C&F)
CIETAC	Ủy ban trọng tài kinh tế quốc tế và thương mại Trung Quốc
CIF	Tiền hàng, bảo hiểm và cước phí
CIP	Cước phí và phí bảo hiểm trả tới
CISG	Công ước Viên năm 1980 về hợp đồng mua bán hàng hoá quốc tế
CJ	Toà án công lí (trước đây là ECJ - Toà án công lí châu Âu)
CJEU	Toà án công lí Liên minh châu Âu
CLMV Countries	Các nước Cam-pu-chia, Lào, Mi-an-ma và Việt Nam
CM	Thị trường chung
COMESA	Thị trường chung Đông và Nam Phi
CPC	Hệ thống phân loại sản phẩm trung tâm của Liên hợp quốc
CPT	Cước phí trả tới
CTG	Hội đồng thương mại hàng hoá
CTS	Hội đồng thương mại dịch vụ
CU	Liên minh hải quan
CVA	Hiệp định của WTO về định giá hải quan

DAP	Giao tại nơi đến
DAT	Giao hàng tại bến
DCs	Các nước đang phát triển
DDP	Giao hàng đã nộp thuế
DSB	Cơ quan giải quyết tranh chấp của WTO
DSU	Hiệp định về quy tắc và thủ tục điều chỉnh việc giải quyết tranh chấp của WTO
EAFTA	Khu vực thương mại tự do Đông Á
EC	Cộng đồng châu Âu; hoặc Ủy ban châu Âu
ECB	Ngân hàng trung ương châu Âu
ECJ	Toà án công lý châu Âu (nay là CJ - Toà án công lý)
ECSC	Cộng đồng than và thép châu Âu
EDI	Trao đổi dữ liệu điện tử
EEC	Cộng đồng kinh tế châu Âu
EFTA	Khu vực thương tự do châu Âu
EMU	Liên minh kinh tế và tiền tệ
EP	Giá xuất khẩu
EPAs	Hiệp định quan hệ đối tác kinh tế
EU	Liên minh châu Âu
EURATOM	Cộng đồng năng lượng nguyên tử châu Âu
EXW	Giao tại xưởng
FAS	Giao dọc mạn tàu
FCA	Giao cho người chuyên chở
FDI	Đầu tư trực tiếp nước ngoài
FIOFA	Liên đoàn dầu, hạt và chất béo
FOB	Giao lên tàu
FPI	Đầu tư gián tiếp nước ngoài
FSIA	Luật về miễn trừ chủ quyền của quốc gia nước ngoài của Hoa Kỳ năm 1976
FTAs	Hiệp định thương mại tự do
GAFTA	Hiệp hội mua bán gạo và lúa mạch
GATS	Hiệp định chung về thương mại dịch vụ của WTO
GATT	Hiệp định chung về thuế quan và thương mại của WTO

GCC	Hội đồng hợp tác vùng Vịnh
GSP	Chương trình ưu đãi thuế quan phổ cập
HFCS	Ngô có hàm lượng fructose cao
IACAC	Ủy ban trọng tài thương mại liên Mỹ
IAP	Kế hoạch hành động quốc gia
IBRD	Ngân hàng tái thiết và phát triển quốc tế
ICA	Trọng tài thương mại quốc tế
ICC	Phòng thương mại quốc tế
ICDR	Trung tâm quốc tế về giải quyết tranh chấp
ICJ	Toà án quốc tế (Toà án quốc tế ở La Hay, thuộc hệ thống Liên hợp quốc)
ICSID	Trung tâm quốc tế về giải quyết tranh chấp đầu tư (thuộc Ngân hàng thế giới)
IEG	Nhóm chuyên gia về đầu tư
IGA	Hiệp định về khuyến khích và bảo hộ đầu tư ASEAN
IL	Danh sách giảm thuế
ILO	Tổ chức lao động quốc tế
ILP	Hiệp định về thủ tục cấp phép nhập khẩu của WTO
IMF	Quỹ tiền tệ quốc tế
INCOTERMS	Các điều kiện cơ sở giao hàng trong mua bán hàng hoá quốc tế
IPAP	Kế hoạch hành động xúc tiến đầu tư
IPRs	Quyền sở hữu trí tuệ
ISBP	Tập quán ngân hàng theo tiêu chuẩn quốc tế
ISP	Quy tắc thực hành về tín dụng dự phòng quốc tế
ITO	Tổ chức thương mại quốc tế
LCIA	Toà án trọng tài quốc tế Luân-đôn
LDCs	Các nước kém phát triển
LMAA	Hiệp hội trọng tài hàng hải Luân-đôn
LME	Sàn giao dịch kim loại Luân-đôn
MA	Tiếp cận thị trường
M&A	Sáp nhập và mua lại
MAC	Ủy ban trọng tài hàng hải

MERCOSUR	Thị trường chung Nam Mỹ
MFN	Tối huệ quốc
MMPA	Đạo luật bảo vệ động vật có vú ở biển
MNCs	Các công ty đa quốc gia
MTO	Các nhà khai thác vận tải đa phương thức
MUTRAP	Dự án hỗ trợ thương mại đa biên EU-Việt Nam do EU tài trợ
NAALC	Hiệp định về hợp tác lao động Bắc Mỹ
NAFTA	Khu vực thương mại tự do Bắc Mỹ
NGOs	Các tổ chức phi chính phủ
NME	Nền kinh tế phi thị trường
NT	Đối xử quốc gia
NTBs	Rào cản phi thuế quan
NTR	Quan hệ thương mại bình thường
NV	Giá trị thông thường
PCA	Hiệp định hợp tác và đối tác
PECL	Bộ nguyên tắc về luật hợp đồng châu Âu
PICC	Bộ nguyên tắc về hợp đồng thương mại quốc tế của UNIDROIT
PNTR	Quan hệ thương mại bình thường vĩnh viễn
PPM	Quy trình và phương thức sản xuất
PSI	Hiệp định về giám định hàng hoá trước khi xuống tàu của WTO
PTAs	Các hiệp định thương mại ưu tiên
ROK	Hàn Quốc
RoO	Hiệp định về quy tắc xuất xứ của WTO
RTAs	Các hiệp định thương mại khu vực
S&D	Đối xử đặc biệt và khác biệt
SA	Hiệp định tự vệ của WTO
SCC	Phòng thương mại Xtóc-khôm
SCM	Hiệp định về trợ cấp và các biện pháp đối kháng của WTO
SMEs	Các doanh nghiệp vừa và nhỏ
SMEWG	Nhóm công tác doanh nghiệp vừa và nhỏ của APEC
SOMs	Các cuộc họp quan chức cấp cao

SPS	Hiệp định về các biện pháp kiểm dịch động thực vật của WTO
SSG	Tự vệ đặc biệt
TBT	Hiệp định về rào cản kỹ thuật trong thương mại của WTO
TEC	Hiệp ước Cộng đồng châu Âu
TEL	Danh mục loại trừ tạm thời
TEU	Hiệp ước Liên minh châu Âu
TFAP	Kế hoạch hành động thuận lợi hoá thương mại
TFEU	Hiệp định về hoạt động của Liên minh châu Âu
TIFA	Hiệp định khung về thương mại và đầu tư
TIG	Hiệp định thương mại hàng hoá
TNC	Ủy ban đàm phán thương mại; hoặc Công ty xuyên quốc gia
TPP	Hiệp định đối tác kinh tế chiến lược xuyên Thái Bình Dương
TPRB	Cơ quan rà soát chính sách thương mại của WTO
TPRM	Cơ chế rà soát chính sách thương mại của WTO
TRIMs	Hiệp định về các biện pháp đầu tư liên quan đến thương mại của WTO
TRIPS	Hiệp định về quyền sở hữu trí tuệ liên quan đến thương mại của WTO
TRQs	Hạn ngạch thuế quan
UCC	Bộ luật thương mại thống nhất Hoa Kỳ
UCP	Quy tắc thực hành thống nhất về tín dụng chứng từ của ICC
UNCITRAL	Ủy ban của Liên hợp quốc về luật thương mại quốc tế
UNIDROIT	Viện quốc tế về thống nhất luật tư
URDG	Quy tắc thống nhất về bảo lãnh theo yêu cầu
USDOC	Bộ thương mại Hoa Kỳ
WCO	Tổ chức hải quan thế giới
WIPO	Tổ chức sở hữu trí tuệ thế giới
WTO	Tổ chức thương mại thế giới

MỤC LỤC

Giáo trình LUẬT THƯƠNG MẠI QUỐC TẾ

	<i>Trang</i>
Các tác giả	527
Người biên dịch	528
Lời giới thiệu	529
Lời mở đầu	531
Danh mục những từ viết tắt	536
PHẦN MỞ ĐẦU	545
Chương 1. Tổng quan	545
<i>Mục 1. Giao dịch thương mại quốc tế và các giao dịch có liên quan</i>	545
<i>Mục 2. Nguồn luật thương mại quốc tế</i>	561
<i>Tóm tắt Chương 1</i>	572
<i>Câu hỏi/Bài tập</i>	574
<i>Tài liệu cần đọc</i>	575
PHẦN 1: LUẬT THƯƠNG MẠI QUỐC TẾ CÓ SỰ THAM GIA CỦA NHÀ NƯỚC VÀ CÁC THỰC THỂ CÔNG	577
Chương 2. Luật WTO	577
<i>Mục 1. Giới thiệu</i>	577
<i>Mục 2. Một số nguyên tắc cơ bản của WTO và ngoại lệ</i>	590
<i>Mục 3. Thương mại hàng hoá và các hiệp định của WTO</i>	639
<i>Mục 4. Thương mại dịch vụ và Hiệp định GATS</i>	669
<i>Mục 5. Quyền sở hữu trí tuệ và Hiệp định TRIPS</i>	685
<i>Mục 6. Cơ chế giải quyết tranh chấp của WTO</i>	708

<i>Mục 7. Một số vấn đề mới của WTO</i>	720
<i>Mục 8. Việt Nam và các cam kết gia nhập WTO</i>	735
<i>Tóm tắt Chương 2</i>	746
<i>Câu hỏi/Bài tập</i>	747
<i>Tài liệu cần đọc</i>	748
Chương 3. Pháp luật hội nhập kinh tế khu vực	751
<i>Mục 1. Giới thiệu</i>	751
<i>Mục 2. Pháp luật về thị trường nội khối của Liên minh châu Âu (EU)</i>	759
<i>Mục 3. Hiệp định thương mại tự do Bắc Mỹ (NAFTA)</i>	781
<i>Mục 4. Pháp luật về hội nhập kinh tế ASEAN</i>	800
<i>Mục 5. Việt Nam hội nhập kinh tế khu vực</i>	812
<i>Tóm tắt Chương 3</i>	824
<i>Câu hỏi/Bài tập</i>	825
<i>Tài liệu cần đọc</i>	825
Chương 4. Các hiệp định hợp tác thương mại song phương giữa Việt Nam và một số đối tác	827
<i>Mục 1. Việt Nam-Liên minh châu Âu</i>	827
<i>Mục 2. Việt Nam-Hoa Kỳ</i>	839
<i>Mục 3. Việt Nam-Trung Quốc</i>	850
<i>Tóm tắt Chương 4</i>	860
<i>Câu hỏi/Bài tập</i>	862
<i>Tài liệu cần đọc</i>	863
PHẦN 2: LUẬT THƯƠNG MẠI QUỐC TẾ CÓ SỰ THAM GIA CHỦ YẾU CỦA THƯƠNG NHÂN	865
Chương 5. Pháp luật điều chỉnh quan hệ mua bán hàng hoá quốc tế	865
<i>Mục 1. Giới thiệu</i>	865
<i>Mục 2. Các điều kiện cơ sở giao hàng trong mua bán hàng hoá quốc tế - INCOTERMS</i>	876
<i>Mục 3. Pháp luật về hợp đồng mua bán hàng hoá quốc tế</i>	879
<i>Mục 4. Thanh toán hợp đồng mua bán hàng hoá quốc tế</i>	912
<i>Tóm tắt Chương 5</i>	939

<i>Câu hỏi/Bài tập</i>	939
<i>Tài liệu cần đọc</i>	941
Chương 6. Pháp luật điều chỉnh một số giao dịch kinh doanh quốc tế khác - Tổng quan	943
<i>Mục 1. Pháp luật về nhượng quyền thương mại quốc tế - Tổng quan</i>	943
<i>Mục 2. Pháp luật về logistics quốc tế - Tổng quan</i>	962
<i>Mục 3. Pháp luật về thương mại điện tử trong giao dịch kinh doanh quốc tế - Tổng quan</i>	976
<i>Tóm tắt Chương 6</i>	989
<i>Câu hỏi/Bài tập</i>	989
<i>Tài liệu cần đọc</i>	990
Chương 7. Giải quyết tranh chấp thương mại quốc tế giữa các thương nhân	991
<i>Mục 1. Giới thiệu</i>	991
<i>Mục 2. Các phương thức giải quyết tranh chấp - Sự lựa chọn</i>	995
<i>Mục 3. Chọn luật áp dụng và cơ quan tài phán trong giải quyết tranh chấp</i>	1022
<i>Mục 4. Công nhận và thi hành phán quyết của trọng tài nước ngoài</i>	1035
<i>Mục 5. Công nhận và thi hành bản án/quyết định của tòa án nước ngoài</i>	1040
<i>Mục 6. Pháp luật Việt Nam về giải quyết tranh chấp thương mại quốc tế giữa các thương nhân</i>	1045
<i>Tóm tắt Chương 7</i>	1052
<i>Câu hỏi/Bài tập</i>	1053
<i>Tài liệu cần đọc</i>	1054

PHẦN MỞ ĐẦU ^(*)

CHƯƠNG 1 TỔNG QUAN

Mục 1. GIAO DỊCH THƯƠNG MẠI QUỐC TẾ VÀ CÁC GIAO DỊCH CÓ LIÊN QUAN

1. Lịch sử phát triển của các giao dịch thương mại quốc tế

Các giao dịch thương mại quốc tế và pháp luật thương mại quốc tế không phải là hiện tượng mới. Các nhà sử học cho rằng, ngay từ thời cổ xưa, khi con người sống theo bộ lạc, họ đã biết trao đổi hàng hoá với nhau. Các khu chợ có thể đã xuất hiện ở khu vực giáp ranh giữa các lãnh thổ của các bộ lạc. Mạng lưới thương mại quốc tế đầu tiên mà các nhà khảo cổ biết đến xuất hiện vào khoảng 3.500 năm trước Công nguyên, tại khu vực Luỡng Hà cổ đại (lãnh thổ I-ran và I-rắc hiện nay). Ngoài ra, còn phải kể đến mạng lưới thương mại quốc tế xuất hiện ở Trung Quốc vào khoảng thời kì 1000-2000 năm trước Công nguyên, được gọi là ‘Con đường tơ lụa’. Trước khi xuất hiện kỉ nguyên văn minh Hy Lạp, vùng Địa Trung Hải là một trung tâm thương mại quốc tế được tổ chức rất thành công bởi người Phê-ni-xi. Các thành bang Hy Lạp bắt đầu cạnh tranh với người Phê-ni-xi từ khoảng năm 800 trước Công nguyên bằng việc phát triển hệ thống thương mại cùng với nền văn minh rực rỡ của họ. Cuộc chinh phục của A-léc-xan-đơ Đại Đế đã tạo ra những con đường thương mại kéo dài đến tận châu Á và Địa Trung Hải. Tiếp đó, người La Mã đã xây dựng đế chế thương mại hùng mạnh hơn hướng về phía Anh quốc và Bắc Âu ngày nay.

^(*) Tác giả: Nguyễn Thanh Tâm, Tiến sĩ, Trưởng Bộ môn Luật thương mại quốc tế, Trường Đại học Luật Hà Nội (HLU), và Trịnh Hải Yến, Thạc sĩ, Nghiên cứu sinh, Trường Đại học quốc gia Xinh-ga-po (NUS), Giảng viên, Học viện Ngoại giao Việt Nam (DAV). Người biên dịch: Nguyễn Anh Tùng, Cử nhân luật.

Thương mại quốc tế ở châu Âu thời kì tiền Trung cổ đã trải qua giai đoạn suy thoái sau sự suy tàn của Đế chế La Mã. Sau đó, trong suốt thời kì Trung cổ, truyền thống thương mại quốc tế được các thương nhân Ả rập tiếp tục phát triển. Họ xây dựng những mạng lưới thương mại rộng khắp quanh khu vực Vịnh Péc-xích, châu Phi, Ấn Độ, và cả Đông Nam Á. Trong thời kì này, quan hệ thương mại giữa Trung Quốc với Ấn Độ, Ma-lai-xi-a và Đông Nam Á cũng phát triển.

Chợ họp theo mùa bắt đầu xuất hiện ở các đô thị châu Âu thời Trung cổ. Đây là nơi các thương nhân mang hàng hoá từ nhiều nước đến bán. Kể từ thời kì này, các vua chúa, chẳng hạn như vị vua xứ Lông-bác-đi (Ý) thế kỉ XI, đã có chính sách đánh thuế buôn bán ở chợ và áp thuế quan đối với hàng hoá được vận chuyển đến các chợ.

Vào cuối thời kì Trung cổ, các mạng lưới thương mại ở tầm khu vực đã rất phát triển ở châu Âu, ví dụ, ở những khu vực như vùng ven biển Địa Trung Hải, Vơ-ni-dơ, Phờ-lô-ren-xơ, Giơ-noa hay Bắc Phi. Ở Bắc Âu, vào giữa thế kỉ XIV, khoảng 80 đô thị cùng với các thương nhân đã thiết lập liên kết chính trị mềm dẻo mang tên Liên minh Han-xi-tic, với các luật lệ thương mại chung và đầy đủ sức mạnh quân sự, chính trị để đương đầu với cả vua chúa lẫn cướp biển. Trong thời kì này, các vua chúa cũng bắt đầu kí kết các điều ước nhằm bảo vệ các lợi ích thương mại đồng thời áp dụng chính sách thuế quan thuận lợi cho các thương nhân.

Vào cuối thế kỉ XV, sự kiện Cri-xtốp Cô-lông phát kiến ra châu Mỹ cùng với các tiến bộ của khoa học-kỹ thuật và hàng hải đã mở ra kỉ nguyên chinh phục thương mại thế giới của người châu Âu. Thời kì này, các nước châu Âu đã thiết lập mạng lưới thuộc địa ở khắp nơi trên thế giới. Nhiệm vụ của các thuộc địa là cung cấp nguyên liệu thô để sản xuất thành phẩm tại chính quốc ở châu Âu, sau đó các thuộc địa sẽ nhập khẩu hàng hoá được sản xuất từ chính quốc.

Một trật tự kinh tế quốc tế mới bắt đầu xuất hiện khi Chiến tranh thế giới lần thứ II sắp kết thúc. Tại Hội nghị Brét-ton Út năm 1944, các tổ chức kinh tế toàn cầu - Quỹ tiền tệ quốc tế (viết tắt là 'IMF') và Ngân hàng quốc tế về tái thiết và phát triển (viết tắt là 'IBRD') đã ra đời. Một tổ chức thương mại toàn cầu cũng đã xuất hiện tại Hội nghị La Ha-ba-na năm 1948 - Tổ chức thương mại quốc tế (viết tắt là 'ITO'), nhưng tổ chức này đã không thể tồn tại được và bị thay thế bằng cơ chế điều chỉnh thương mại hàng hoá quốc tế 'tạm thời' - Hiệp định chung về thuế quan và thương mại năm 1947 (viết tắt là

‘GATT 1947’). Hiệp định ‘tạm thời’ này đã điều chỉnh thương mại hàng hoá toàn cầu trong suốt gần 50 năm, cho đến khi Tổ chức thương mại thế giới (viết tắt là ‘WTO’) ra đời năm 1995 (*xem* Chương 2 của Giáo trình).

Kể từ khi Chiến tranh thế giới lần thứ II kết thúc, hệ thống thương mại toàn cầu liên tục phát triển trong suốt hơn 65 năm qua và giờ đây đang đứng giữa ngã tư đường. WTO sẽ đi về đâu cùng với các cam kết toàn cầu về tự do hoá thương mại hàng hoá, thương mại dịch vụ, bảo hộ và thực thi quyền sở hữu trí tuệ, vấn đề đầu tư quốc tế...? Để đối phó với sự không hiệu quả của các cam kết tự do hoá thương mại toàn cầu, việc thành lập các liên kết kinh tế khu vực đã trở nên hợp lí trong chính sách kinh tế đối ngoại của hầu hết các quốc gia trên thế giới. Các mô hình liên kết kinh tế khu vực như Liên minh châu Âu (viết tắt là ‘EU’), Khu vực thương mại tự do Bắc Mỹ (viết tắt là ‘NAFTA’), Khu vực thương mại tự do ASEAN (viết tắt là ‘AFTA’) đã trở thành những chủ đề quen thuộc trong các giáo trình cơ bản về luật thương mại quốc tế (*xem* Chương 3 của Giáo trình). Bên cạnh đó, các hiệp định thương mại song phương cũng sẽ có vai trò quan trọng (*xem* Chương 4 của Giáo trình).

2. Sự phân biệt tương đối giữa lĩnh vực thương mại quốc tế có sự tham gia chủ yếu của quốc gia và các thực thể công (International Trade) và lĩnh vực thương mại quốc tế có sự tham gia chủ yếu của thương nhân (International Business Transactions)

A. Thương mại quốc tế (International Trade) và chính sách thương mại

1. Vì sao các quốc gia tiến hành hoạt động thương mại với nhau?

Có hai nguyên nhân chính được đưa ra nhằm giải thích tại sao các quốc gia tiến hành hoạt động thương mại với nhau, đó là: (a) Nguyên nhân kinh tế; và (b) Nguyên nhân chính trị.

(a) Nguyên nhân kinh tế

Thương mại tự do không phải là ý tưởng mới. Nó đã xuất hiện trong nhiều học thuyết kinh tế từ thế kỉ XV-XVIII ở châu Âu, như các học thuyết về chủ nghĩa trọng thương, học thuyết về lợi thế tuyệt đối của A-đam Xơ-mít, hay học thuyết về lợi thế so sánh của Đa-vít Ri-các-đô.

Theo A-đam Xơ-mít,

... [N]gười thợ may không nên đóng giày cho chính mình, mà nên mua

giày của người thợ đóng giày. Người thợ đóng giày cũng không nên tự may quần áo cho mình, mà nên mua quần áo của người thợ may... [Đ]iều gì là sự khôn ngoan trong cách ứng xử của từng gia đình, thì cũng nên làm như vậy đối với một vương quốc. Nếu một quốc gia nước ngoài có thể cung cấp cho chúng ta hàng hoá rẻ hơn của chúng ta, thì nên mua các hàng hoá đó... [c]húng ta sẽ có lợi...¹

Quan điểm của A-đam Xơ-mít về ‘chuyên môn hoá’ và ‘lợi thế tuyệt đối’ trong thương mại quốc tế như đã nêu trên được Đa-vít Ri-các-đô tiếp tục phát triển. Ông đã xây dựng học thuyết về ‘lợi thế so sánh’ trong tác phẩm *‘Những nguyên lí của kinh tế chính trị và thuế khoá’* xuất bản năm 1817. Lợi thế so sánh là khái niệm trung tâm của học thuyết về thương mại quốc tế, cho rằng quốc gia nên tập trung sản xuất và xuất khẩu những hàng hoá mà mình có ưu thế hơn, đồng thời nhập khẩu những hàng hoá mà mình không có ưu thế trong tương quan so sánh với các quốc gia khác. Đây là học thuyết làm nền tảng cho sự phát triển thịnh vượng về kinh tế của mỗi quốc gia thông qua thương mại quốc tế. Học thuyết này đề cao sự chuyên môn hoá sản xuất của quốc gia dựa trên những lợi thế như nguồn nguyên liệu thô dồi dào, đất đai màu mỡ, lao động có tay nghề, tích lũy tư bản... Học thuyết về lợi thế so sánh là lời giải cho câu hỏi vì sao các nước phát triển cũng như các nước đang phát triển (viết tắt là ‘DCs’) có thể và trên thực tế đều được hưởng lợi từ thương mại quốc tế. Theo học thuyết này, ngay cả những nước nghèo nhất và không có bất cứ lợi thế tuyệt đối nào cũng có thể hưởng lợi từ thương mại quốc tế, nhờ những lợi thế tương đối của mình. Có lẽ cũng không quá lời nếu nói rằng Đa-vít Ri-các-đô chính là vị ‘kiến trúc sư’ của WTO ngày nay. Các nhà kinh tế học của thế kỉ XIX-XX sau đó đã nỗ lực hoàn thiện các mô hình của Đa-vít Ri-các-đô và cho ra đời các mô hình như Heckscher-Ohlin, Pôn Sa-mu-en-xon, Giô-đép Xti-gơ-lít...

Các nhà kinh tế học qua các thời đại đều hiểu rõ rằng, người dân của một nước sẽ được hưởng lợi từ việc nhập khẩu với khối lượng càng lớn càng tốt để đổi lấy những gì họ đã xuất khẩu, hoặc tương tự, họ sẽ phải xuất khẩu càng ít càng tốt để chi cho nhập khẩu với khối lượng nhỏ. Việc mở cửa cho thương mại và đầu tư sẽ thúc đẩy tăng trưởng theo nhiều cách, đó là:² Khuyến khích nền kinh tế phát triển theo hướng chuyên môn hoá sản xuất

¹ Adam Smith, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, (1776), do E. Cannan biên tập, University of Chicago Press, (1976), tập 1, tr. 478-479.

² Simon Lester và các tác giả khác, *World Trade Law - Text, Materials and Commentary*, Hard Publishing, Oxford and Portland, Oregon, (2008), tr. 12-13.

những sản phẩm họ có lợi thế so sánh so với các nền kinh tế khác; Mở rộng thị trường đến những nơi mà các nhà sản xuất nội địa có thể tiếp cận; Phổ biến các công nghệ và ý tưởng mới, làm tăng năng lực sản xuất của người lao động và các nhà quản lí nội địa; Việc loại bỏ thuế nhập khẩu sẽ giúp người tiêu dùng tiếp cận sản phẩm giá rẻ hơn, làm tăng sức mua và mức sống của người tiêu dùng, đồng thời giúp các nhà sản xuất tiếp cận sản phẩm đầu vào giá rẻ hơn, làm giảm chi phí sản xuất và tăng khả năng cạnh tranh.³

Ở không ít nước, tự do hoá thương mại và tốc độ tăng trưởng nhanh được đánh giá là góp phần quan trọng vào việc giảm nghèo, ví dụ, Trung Quốc, Ấn Độ, Thái Lan và Việt Nam.⁴

(b) Nguyên nhân chính trị

Có câu nói: ‘*Nếu không phải là hàng hoá vượt qua biên giới thì sẽ là binh lính*’.⁵ Trong thực tế, bảo hộ thương mại thường là nguồn gốc của xung đột. Năm 1947, các đại diện đến từ 23 nước đã họp tại Giơ-ne-vơ (Thụy Sĩ) để đàm phán về GATT, nhằm giảm thuế nhập khẩu theo nguyên tắc không phân biệt đối xử và tôn trọng pháp luật, bởi vì tất cả các nước đều hiểu rõ rằng chính sách bảo hộ ‘lợi mình hại người’ (hay có thể được dịch là ‘nghèo hoá nước láng giềng’) (‘beggar-thy-neighbour’) của những năm 30 thực sự là thảm họa kinh tế của nhân loại, thậm chí có thể nói đó là một trong những nguyên nhân dẫn tới cuộc Chiến tranh thế giới thứ II. Vì vậy, thương mại quốc tế đã trở thành một trong những chính sách ngoại giao quan trọng của hầu hết các quốc gia ngày nay. Triết lí của vấn đề là: nếu các nước có quan hệ thương mại với nhau, thì nguy cơ chiến tranh và xung đột vũ trang giữa họ sẽ giảm.

Đối với rất nhiều nước DCs, sức mạnh kinh tế là nhân tố quyết định sự tồn tại và vị thế của quốc gia trên trường quốc tế. Họ nhận thức rõ ràng tác động của thương mại quốc tế đối với chính sách thương mại quốc gia. Bên cạnh đó, thương mại quốc tế cũng là công cụ rất quan trọng trong quá trình hội nhập quốc tế của các quốc gia.

Theo những người ủng hộ thương mại quốc tế, thương mại tự do giữa

³ AusAid, ‘Trade, Development and Poverty Reduction’, http://www.ausaid.gov.au/publications/pdf/trade_devel_poverty.pdf

⁴ D. Dollar và A. Kraay, ‘Trade, Growth and Poverty’, *World Bank Policy Research Working Paper*, (2001).

⁵ Peter Van den Bossche, *The Law and Policy of the World Trade Organization - Text, Cases and Materials*, Cambridge University Press, 2nd edn., (2008), tr. 19.

các quốc gia được xem như chìa khoá của tăng trưởng kinh tế, hoà bình và cuộc sống tốt đẹp hơn. Tuy nhiên, triết lí của thương mại tự do cũng vấp phải sự phản đối.

2. Vì sao các quốc gia hạn chế thương mại quốc tế?

Có nhiều nguyên nhân, cả về kinh tế và chính trị, khiến các quốc gia quyết định áp dụng những biện pháp hạn chế thương mại quốc tế. Có những học giả cho rằng: ‘Thương mại tự do không phải là một giải pháp tối ưu về mặt kinh tế. Chủ nghĩa bảo hộ và thực hành thương mại không công bằng được xem là đem lại những lợi ích kinh tế lớn hơn cho một quốc gia’.⁶

Ngay từ thế kỉ XV, các nhà kinh tế học đã tư vấn rằng các quốc gia nên thực hiện các chính sách nhằm thúc đẩy thương mại quốc tế phù hợp với lợi ích của mình và dựa trên lợi thế so sánh, tuy nhiên các chính khách không phải lúc nào cũng đánh giá cao lời khuyên này. Họ có nhiều lí do để theo đuổi chính sách bảo hộ thương mại.⁷ Lí do *thứ nhất* là bảo vệ ‘an ninh quốc gia’ và thực hiện chính sách ‘tự cung tự cấp’. Đây là lập luận của Chính phủ Hoa Kỳ khi bảo hộ ngành công nghiệp thép và các sản phẩm nông nghiệp. Hoa Kỳ cần có một ngành công nghiệp thép nội địa hùng mạnh vì mục đích quốc phòng. Lí do *thứ hai* là cần bảo hộ ‘ngành kinh tế non trẻ’. Đôi khi các quốc gia cần bảo hộ các ngành sản xuất trong nước và việc làm, trong đó có những ‘ngành kinh tế non trẻ’, trước sự cạnh tranh của hàng nhập khẩu, dịch vụ của nước ngoài hoặc các nhà cung ứng dịch vụ nước ngoài. Nếu một ngành kinh tế tiềm năng của quốc gia được bảo hộ khi nó còn ‘non trẻ’, thì nó sẽ có năng lực cạnh tranh bình đẳng trên thị trường thế giới. Lí do *thứ ba* là chính sách ‘lợi mình hại người’ (‘beggar-thy-neighbour’) (như đã nói ở trên). Thực tế cho thấy, chính sách thương mại quốc tế mang tính dân tộc chủ nghĩa này có thể dẫn tới nhiều khả năng trả đũa lẫn nhau giữa các nước. Bên cạnh đó, các vấn đề như đạo đức xã hội, sức khỏe cộng đồng, sự an toàn của người tiêu dùng, môi trường, bản sắc văn hoá và các giá trị xã hội khác cũng là lí do của chủ nghĩa bảo hộ thương mại. Chính phủ các nước có thể chịu ảnh hưởng từ áp lực của các nhóm lợi ích khác nhau, hoặc lợi ích quốc gia, và họ có thể quyết định thực hiện chính sách bảo hộ dưới nhiều hình thức đa dạng và tinh vi, nếu điều đó là cần thiết. Các quyết định bảo hộ thương mại, trong khá

⁶ Indira Carr, *International Trade Law*, Cavendish Publishing, 3rd edn., (2005), tr. 1xxxvii.

⁷ Simon Lester và các tác giả khác, *Sđd*, tr. 23-24; Peter Van den Bossche, *Sđd*, tr. 20-24.

hiều trường hợp, là sự lựa chọn chính trị khôn ngoan đối với chính phủ của cả các nước phát triển và các DCs.

3. Sự lựa chọn của các quốc gia là gì?

Câu trả lời phụ thuộc vào từng trường hợp. Các quốc gia nên lựa chọn con đường thương mại quốc tế hay chính sách cô lập? Bảo hộ thương mại hay tự do hoá thương mại? Ngày nay, quyết định của các quốc gia thường nghiêng về thương mại quốc tế, và sự lựa chọn này dựa trên logic về chính trị hơn là logic về kinh tế. Cũng như các điều ước quốc tế khác, cả chính sách đối nội (bị tác động bởi sức ép chính trị) và chính sách đối ngoại (trên cơ sở thoả hiệp) của các quốc gia đều tác động đến quá trình đàm phán và kết quả cuối cùng của một điều ước thương mại quốc tế.

4. Luật thương mại quốc tế có sự tham gia chủ yếu của quốc gia và các thực thể công (International Trade Law) là gì?

Hiểu đơn giản, đó là pháp luật điều chỉnh thương mại quốc tế có sự tham gia chủ yếu của quốc gia và các thực thể công. Nhưng thương mại quốc tế có sự tham gia chủ yếu của quốc gia và các thực thể công (International Trade) là gì? Ngoài quốc gia và các tổ chức kinh tế quốc tế là các chủ thể chủ yếu, thì ai có thể tham gia vào các quan hệ thương mại quốc tế này? Các quy định về thương mại quốc tế là gì?

(a) Thương mại quốc tế có sự tham gia chủ yếu của quốc gia và các thực thể công (International Trade) là gì?

Về cơ bản, thương mại quốc tế có sự tham gia chủ yếu của quốc gia và các thực thể công (International Trade) được hiểu là các quan hệ quốc tế ở cấp độ *chính sách* thương mại, ví dụ, chính sách thuế quan và phi thuế quan, chính sách thương mại tấn công hoặc phòng vệ, chính sách hội nhập kinh tế... của một quốc gia; hoặc sự lựa chọn hội nhập ở cấp độ toàn cầu, khu vực, song phương hoặc đơn phương trong hợp tác thương mại (*xem Phần 1 của Giáo trình*); hay mối quan hệ giữa việc thực hiện các cam kết thương mại quốc tế và pháp luật quốc gia. Hiện nay, vấn đề đối xử thương mại dành cho các DCs đang là một trong những mối quan tâm của thương mại quốc tế. Như vậy, chính sách thương mại sẽ được thể hiện rất rõ trong các điều ước thương mại quốc tế; và các mục tiêu kinh tế vẫn là trung tâm của bất kỳ điều ước thương mại quốc tế nào.

(b) Chủ thể của các quan hệ thương mại quốc tế này là ai?

Chủ thể chủ yếu của các quan hệ thương mại quốc tế nêu trên là *các quốc gia và các tổ chức kinh tế quốc tế*. Bên cạnh đó, trong ‘sân chơi’ thương mại quốc tế đang xuất hiện những ‘người chơi’ mới.

Nói một cách thực tế, thì các nước lớn và các nền kinh tế lớn vẫn đang thống trị thương mại thế giới. Tuy nhiên, thương mại quốc tế cũng rất quan trọng đối với các DCs và các nước chậm phát triển (viết tắt là ‘LDCs’). Hoa Kỳ, EU và Nhật Bản vẫn giữ vai trò quan trọng nhưng không còn áp đảo. Những ‘cường quốc mới nổi’ như Trung Quốc, Ấn Độ và Brazil cũng chiếm vị trí ngày càng nổi bật trong quan hệ thương mại quốc tế. Các nước này xuất hiện như những chủ thể chủ đạo trong hoạt động sản xuất hàng chế tạo và cung ứng dịch vụ trên thị trường thế giới, từ đó tạo ra xu hướng mới cho các DCs khác đi theo. Mặc dù chỉ chiếm tỉ trọng không đáng kể trong thương mại toàn cầu, nhưng về tổng thể, các LDCs lại là các nhà sản xuất lớn về hàng nguyên liệu, hàng nhiên liệu, hàng dệt may và thực phẩm. Lưu ý rằng năng lực kinh tế của các nước này không giống nhau, phụ thuộc vào nhiều yếu tố, trong đó có yếu tố ổn định chính trị và chính sách thương mại.

Các tổ chức kinh tế quốc tế cũng tham gia mạnh mẽ vào các quan hệ thương mại quốc tế, trong đó phải kể đến WTO, IMF, WB, EU, ASEAN v.v.. Mặc dù WTO không phải là tổ chức quốc tế duy nhất có liên quan, nhưng nó đúng là tổ chức quốc tế lớn nhất và toàn diện nhất, điều chỉnh cả các hiệp định thương mại khu vực và song phương trong phạm vi nhất định.

Có thể thấy rõ khả năng phát triển của các liên kết kinh tế khu vực. Chủ nghĩa khu vực ở châu Á sẽ có những tác động mang ý nghĩa toàn cầu, củng cố xu hướng hình thành ba khu vực thương mại với khả năng trở thành các khối liên kết là Bắc Mỹ, châu Âu và Đông Á (*xem Chương 3 của Giáo trình*). Sự hình thành của các khối này sẽ tác động đến khả năng đạt được những hiệp định toàn cầu trong khuôn khổ WTO trong tương lai. *Các liên kết kinh tế khu vực* cũng là chủ thể quan trọng trong quan hệ thương mại quốc tế, bên cạnh các chủ thể truyền thống là quốc gia.

Các chủ thể phi nhà nước, *ví dụ, các doanh nghiệp*, cũng có ảnh hưởng ngày càng tăng trong các hiệp định thương mại quốc tế vốn là ‘sân chơi’ của các quốc gia. *Ví dụ, Việc Hiệp định của WTO về quyền sở hữu trí tuệ liên quan đến thương mại (viết tắt là ‘TRIPS’)* thúc đẩy bảo hộ quyền sở hữu trí tuệ (viết tắt là ‘IPRs’) chặt chẽ hơn, rõ ràng là sự đáp ứng hoạt động

lobby của các công ty phương Tây đang sở hữu và phát triển các IPRs, như các công ty dược phẩm, công ty kinh doanh lĩnh vực giải trí, công ty phần mềm.⁸ Các *vùng lãnh thổ* (không có tư cách quốc gia) như Hồng Kông, Ma Cao, hiện nay có vị trí bình đẳng như các chủ thể khác trong quan hệ thương mại quốc tế. Hồng Kông và Ma Cao, cùng với Trung Quốc, đều là các thành viên độc lập của WTO.⁹

Sự đa dạng của các chủ thể tham gia ‘sân chơi’ này vừa có thể đem lại tiềm năng, vừa có thể dẫn nguy cơ đổ vỡ của hệ thống thương mại quốc tế.

(c) Các quy định về thương mại quốc tế là gì?

Luật thương mại quốc tế (International trade rules) quy định ‘luật chơi’ cho ‘cuộc chơi’ thương mại quốc tế. Đó là hàng loạt những quy định đồ sộ có tính ‘quốc tế’, liên quan đến ‘thương mại’ hoặc ‘kinh tế’, và có bản chất ‘pháp luật’.

Do các quy định này phản ánh chính sách thương mại, nên chúng có liên quan chặt chẽ với các vấn đề kinh tế hơn bất cứ lĩnh vực pháp luật nào khác. Các quy định về thương mại quốc tế tập trung vào các công cụ điều chỉnh dòng thương mại, bao gồm cả các điều ước quốc tế về thương mại và một phần pháp luật nội địa điều chỉnh thương mại quốc tế.

Các hiệp định của WTO là các điều ước toàn cầu gần như đầy đủ nhất về thương mại quốc tế, là một bộ các quy định mang tính ràng buộc, liên quan đến rất nhiều vấn đề thương mại quốc tế (*xem* Mục 1 và Mục 2 - Chương 2 của Giáo trình). Ngoài các hiệp định của WTO, còn có nhiều điều ước thương mại khu vực và song phương. Các điều ước ở tất cả các cấp độ này tạo thành một hệ thống các quy tắc thương mại đa phương (*xem* Phần 1 của Giáo trình). Các điều ước thương mại khu vực nổi bật nhất là các điều ước liên quan đến EU (*xem* Mục 2 - Chương 3 của Giáo trình), NAFTA (*xem* Mục 3 - Chương 3 của Giáo trình), MERCOSUR (Thị trường chung Nam Mỹ), và Khu vực thương mại tự do ASEAN (*xem* Mục 4 - Chương 3 của Giáo trình). Trong những năm gần đây, số lượng các điều ước thương mại song phương tăng nhanh, đồng thời thể hiện vai trò rất quan trọng của chúng trong chính sách thương mại của nhiều nước trên thế giới, trong đó có Việt Nam (*xem* Chương 4 của Giáo trình để hiểu về các hiệp định song phương giữa Việt Nam với một số đối tác thương mại, như EU, Hoa Kỳ và Trung Quốc).

⁸ Simon Lester và các tác giả khác, Sdd, tr. 42.

⁹ WTO, <http://www.wto.org>

Từ trước đến nay, các điều ước về đầu tư quốc tế thường dưới dạng các hiệp định đầu tư song phương (viết tắt là ‘BITs’). Tuy nhiên, trong thời gian gần đây, các quy định về đầu tư thường được đưa vào nhiều hiệp định thương mại song phương và khu vực, do đó cả hai vấn đề thương mại và đầu tư đều được điều chỉnh kết hợp trong cùng một hiệp định. *Ví dụ*, Hiệp định thương mại Việt Nam-Hoa Kỳ 2000 (viết tắt là ‘BTA’) (*xem* Mục 2 - Chương 4 của Giáo trình), và Hiệp định NAFTA (*xem* Mục 3 - Chương 3 của Giáo trình).

Ở tầm quốc gia, các quốc gia ban hành quy định điều chỉnh sự dịch chuyển qua biên giới của hàng hoá, dịch vụ, sức lao động, tư bản, tiền tệ... đồng thời kí kết các điều ước quốc tế với các quốc gia khác và các tổ chức quốc tế để tạo thuận lợi cho thương mại quốc tế. Nếu nhằm mục đích thúc đẩy thương mại quốc tế, thì quốc gia cần phải xây dựng môi trường pháp lí cho phép nâng cao sức cạnh tranh của hàng hoá, dịch vụ và sức lao động của mình so với quốc gia khác. Ngược lại, nếu mong muốn bảo hộ các ngành kinh tế trong nước, việc làm và công nghệ, hay ngăn ngừa ‘sự chảy máu’ về vốn, thì quốc gia đó cần phải xây dựng khuôn khổ pháp luật theo hướng ‘phòng vệ’.

Vậy, vai trò của các quy định điều chỉnh thương mại quốc tế là gì? Làm thế nào để các quy định này mang lại lợi ích cho các quốc gia trong thương mại quốc tế? Theo Bossche, về cơ bản, có 4 lí do giải thích sự cần thiết của các quy định pháp luật thương mại quốc tế.¹⁰ *Thứ nhất*, các quy định pháp luật này sẽ *kiềm chế* các nước áp dụng các biện pháp hạn chế thương mại, và giúp các nước tránh leo thang trong việc áp dụng các biện pháp hạn chế thương mại. *Thứ hai*, các quy định về thương mại quốc tế sẽ đáp ứng nhu cầu của các thương nhân và nhà đầu tư về *sự an toàn và tính có thể dự đoán* trong thương mại quốc tế, từ đó khuyến khích thương mại và đầu tư. *Thứ ba*, nó giúp các quốc gia *đối phó được với những thách thức của quá trình toàn cầu hoá*, liên quan đến y tế, môi trường, bản sắc văn hoá và các tiêu chuẩn lao động cơ bản... *Thứ tư*, đó là nhu cầu đạt được một giải pháp công bằng hơn trong quan hệ kinh tế quốc tế.

B. Thương mại quốc tế có sự tham gia chủ yếu của thương nhân (hay các giao dịch kinh doanh quốc tế - International Business Transactions)

1. Vì sao doanh nghiệp phải mở rộng hoạt động kinh doanh ra nước ngoài?

Trên thực tế, việc mở rộng hoạt động kinh doanh ra nước ngoài thường

¹⁰ Peter Van den Bossche, Sđd, tr. 33-35.

nhằm mục đích tăng doanh số và lợi nhuận, tạo ra thị trường mới, nâng cao vị thế của doanh nghiệp ở phạm vi quốc tế hoặc bảo đảm nguồn nguyên liệu. Trong trường hợp doanh nghiệp quyết định tiến hành kinh doanh ở tầm quốc tế, các kiến thức về pháp luật kinh doanh quốc tế và pháp luật có liên quan sẽ là rất cần thiết đối với doanh nghiệp.

2. *Luật thương mại quốc tế có sự tham gia chủ yếu của thương nhân (hay luật kinh doanh quốc tế - International Business Law) là gì?*

Đó là pháp luật điều chỉnh các quan hệ thương mại quốc tế có sự tham gia chủ yếu của thương nhân (hay các giao dịch kinh doanh quốc tế). Cách hiểu về thuật ngữ ‘International Business Law’ không quá xa so với cách hiểu về thuật ngữ ‘International Commercial Law’.

(a) Các giao dịch kinh doanh quốc tế (International Business Transactions) là gì?

Có nhiều hình thức giao dịch kinh doanh quốc tế. Cách đơn giản nhất để doanh nghiệp thực hiện hoạt động kinh doanh ở tầm quốc tế là thực hiện hoạt động *mua bán hàng hoá trực tiếp* với khách hàng ở nước ngoài, nghĩa là hoạt động xuất nhập khẩu (xem Chương 5 của Giáo trình). Tuy nhiên, trong một số trường hợp, việc tìm kiếm khách hàng và tìm hiểu thị trường nước ngoài có thể không dễ dàng. Do đó, doanh nghiệp có thể quyết định sử dụng *người trung gian* để giúp họ bán hàng hoá hoặc cung ứng dịch vụ của mình. Có hai loại trung gian thường gặp trong hoạt động kinh doanh quốc tế, đó là *đại lí* và *phân phối*.

Doanh nghiệp có thể quyết định sản xuất sản phẩm của mình ở nước ngoài thay vì sản xuất sản phẩm đó ở trong nước rồi xuất khẩu ra nước ngoài. Đây là trường hợp doanh nghiệp quyết định chuyển giao quyền sử dụng các đối tượng sở hữu trí tuệ (viết tắt là ‘IP’) cho doanh nghiệp khác ở nước ngoài và cho phép doanh nghiệp ở nước ngoài sản xuất và bán sản phẩm của mình. *Chuyển giao IPRs* ở tầm quốc tế là hoạt động kinh doanh hiệu quả để doanh nghiệp có cơ hội phổ biến IPRs của mình.

Các hoạt động chuyển giao IPRs tồn tại dưới nhiều hình thức, như chuyển giao các đối tượng sở hữu công nghiệp (license), chuyển giao quyền tác giả, chuyển giao công nghệ, nhượng quyền thương mại (franchising) (xem Mục 1 - Chương 6 của Giáo trình) v.v.. Một công ty dược của Hà Lan có thể chuyển giao sáng chế về loại thuốc nào đó cho một công ty sản xuất dược phẩm của Việt Nam, nghĩa là công ty dược phẩm của Việt Nam có thể

sử dụng sáng chế của công ty dược phẩm Hà Lan để sản xuất ra loại thuốc đó và bán tại Việt Nam. Tương tự, một công ty điện ảnh của Hoa Kỳ có thể chuyển giao quyền tác giả bộ phim cho một công ty của Pháp, để công ty này có thể nhân bản và bán bộ phim đó trên thị trường EU. Ngoài ra, nhiều công ty như KFC, McDonald, Pizza Hut cũng rất thành công trong hoạt động nhượng quyền thương mại quốc tế.

Với tầm nhìn chiến lược đối với thị trường nước ngoài, doanh nghiệp có thể quyết định đầu tư trực tiếp vào thị trường đó. *Đầu tư trực tiếp nước ngoài* (viết tắt là 'FDI') có thể được thực hiện dưới hình thức thành lập chi nhánh (branch), công ty con (subsidiary), liên doanh (joint-venture), thành lập doanh nghiệp 100% vốn nước ngoài, sáp nhập và mua lại doanh nghiệp nước ngoài (viết tắt là 'M&A').

Ngoài ra, có nhiều loại giao dịch kinh doanh quốc tế khác và các giao dịch có liên quan như hoạt động *logistics quốc tế*, bao gồm vận tải quốc tế (xem Mục 2 - Chương 6 của Giáo trình); cho vay, cho thuê, giao dịch việc làm, đầu tư gián tiếp nước ngoài (viết tắt là 'FPI'), giao dịch tài chính quốc tế (thuế, bảo hiểm quốc tế) v.v..

(b) Chủ thể của các giao dịch kinh doanh quốc tế là ai?

Có nhiều loại chủ thể khác nhau tham gia các giao dịch kinh doanh quốc tế.

i) Chủ thể phổ biến của các giao dịch này là *các thương nhân* - người tiến hành hoạt động thương mại (ví dụ, mua bán hàng hoá, cung ứng dịch vụ, FDI), bao gồm cả *cá nhân* và *doanh nghiệp*. Khái niệm 'thương nhân' được định nghĩa không hoàn toàn giống nhau theo luật quốc gia của các nước. Theo khoản 1 Điều 6 Luật thương mại Việt Nam 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 ký kinh doanh'. Theo Điều 1 Luật doanh nghiệp Việt Nam 2005, chủ thể của hoạt động kinh doanh tại Việt Nam bao gồm công ty trách nhiệm hữu hạn, công ty cổ phần, hợp danh, và các doanh nghiệp tư nhân. Trong thời gian gần đây, các công ty đa quốc gia (viết tắt là 'MNCs') ngày càng chứng tỏ vai trò quan trọng của mình trong các giao dịch kinh doanh quốc tế. Các MNCs thể hiện vai trò trung gian dịch chuyển vốn trong quan hệ đầu tư quốc tế.

ii) Bên cạnh đó, *một số tổ chức quốc tế* cũng có vai trò đáng kể đối với sự phát triển của các giao dịch kinh doanh quốc tế, như: Ủy ban của Liên hợp quốc về Luật thương mại quốc tế (United Nations Commission on International

Trade Law - viết tắt là ‘UNCITRAL’), Ủy ban của Liên hợp quốc về Thương mại và phát triển (United Nations Conference on Trade and Development - viết tắt là ‘UNCTAD’), Phòng thương mại quốc tế (International Chamber of Commerce - viết tắt là ‘ICC’).

UNCITRAL hướng tới việc soạn thảo các luật mẫu, nhằm cung cấp khung pháp lí cho các nước phê chuẩn và xây dựng pháp luật nước mình tương thích với luật mẫu, sao cho phù hợp với nhu cầu của các nước. Ví dụ, Luật mẫu về thương mại điện tử (xem Mục 3 - Chương 6 của Giáo trình). ICC cũng đóng vai trò chủ đạo trong việc bảo đảm một mức độ hài hoà hoá pháp luật giữa các nước, thông qua việc soạn thảo các quy định để các quốc gia có thể đưa chúng vào pháp luật kinh doanh quốc tế của nước mình (xem Mục 2 - Chương 1 dưới đây của Giáo trình). Liên đoàn hiệp hội các nhà vận chuyển hàng hoá quốc tế (International Federation of Freight Forwarders Association - viết tắt là ‘FIATA’) có vai trò quan trọng trong việc hài hoà hoá pháp luật thông qua việc khuyến khích và sử dụng các mẫu chứng từ chuẩn, như vận đơn vận tải đa phương thức của FIATA.

iii) Các quốc gia cũng tham gia vào các giao dịch kinh doanh quốc tế, nhưng với tư cách chủ thể ‘đặc biệt’ và đôi khi không ứng xử bình đẳng như các chủ thể khác, vì chủ thể này được hưởng quyền ‘miễn trừ tư pháp’.

Vậy, thế nào là quyền ‘miễn trừ tư pháp’ của quốc gia? Tại sao quốc gia lại trở thành chủ thể ‘đặc biệt’ trong các giao dịch kinh doanh quốc tế?

Theo nguyên tắc bình đẳng chủ quyền quốc gia, thẩm phán của quốc gia không thể phán quyết chống lại quốc gia khác nếu không có sự chấp thuận của quốc gia đó. Sự giải thích này xuất phát từ nguyên tắc ‘par in parem non habet jurisdictionem’ (‘những người ngang nhau không thể phán xét lẫn nhau’) được ghi nhận trong luật quốc tế từ thời cổ đại. Mặc dù đều công nhận quyền miễn trừ tư pháp của quốc gia, nhưng các nước lại có quan điểm không thống nhất về phạm vi của quyền miễn trừ là ‘tuyệt đối’ hay ‘hạn chế’.

Về quyền miễn trừ tư pháp trong luật quốc tế, câu hỏi đặt ra là: Các quốc gia, cơ quan nhà nước, hoặc doanh nghiệp thuộc sở hữu nhà nước có thể bị kiện trước toà án dân sự của quốc gia khác hay không? và có thể thi hành án đối với tài sản của quốc gia nước ngoài ở phạm vi nào? Trong luật quốc tế thời kì ban đầu, học thuyết về quyền miễn trừ ‘tuyệt đối’ chiếm ưu thế, tuy nhiên thực tiễn cho thấy rằng rất khó áp dụng học thuyết này nếu không được sự chấp thuận của quốc gia nước ngoài. Trên thực tế, học thuyết về quyền miễn trừ ‘hạn chế’ (hay miễn trừ ‘tương đối’) được áp dụng về cơ bản.

Học thuyết về quyền miễn trừ ‘tuyệt đối’ được ủng hộ bởi nguyên tắc bình đẳng chủ quyền quốc gia và học thuyết ‘Hành vi quốc gia’ (‘Act of State’ Doctrine). Học thuyết ‘Hành vi quốc gia’ xuất phát từ thực tiễn của tòa án Hoa Kỳ. Học thuyết này cho rằng mỗi quốc gia có chủ quyền trong phạm vi lãnh thổ của mình và những hành vi mà một quốc gia thực hiện trong lãnh thổ của mình phải được coi là hợp pháp và không thể bị tòa án nước ngoài xem xét lại. Học thuyết ‘Hành vi quốc gia’ được tuyên bố trong vụ *Underhill v. Hernandez* [1897], trong đó Tòa án Niu Y-oóc lập luận: ‘... [M]ỗi quốc gia có chủ quyền phải tôn trọng sự độc lập của các quốc gia có chủ quyền khác và tòa án của một quốc gia sẽ không xét xử hành vi của chính phủ của một quốc gia khác được thực hiện trong phạm vi lãnh thổ của quốc gia đó’.¹¹

Năm 1964, Tòa án tối cao Hoa Kỳ đã áp dụng học thuyết ‘Hành vi quốc gia’ trong một vụ nổi tiếng - *Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino* [1964]. Vụ việc này xảy ra khi Cu-ba tiến hành quốc hữu hoá ngành công nghiệp sản xuất đường, nắm quyền kiểm soát các nhà máy tinh chế đường và các nhà máy khác trong cuộc Cách mạng Cu-ba. Rất nhiều nhà đầu tư Hoa Kỳ đã bị thiệt hại do đầu tư vào các nhà máy này mà không được bồi thường sau khi Chính phủ Cu-ba lên nắm quyền. Mặc dù trong hoàn cảnh có rất nhiều công dân Hoa Kỳ bị thiệt hại, Tòa án tối cao Hoa Kỳ vẫn bảo vệ học thuyết ‘Hành vi quốc gia’, coi hành vi của Chính phủ Cu-ba là hợp pháp và bác yêu cầu của các công dân Hoa Kỳ chống lại Cu-ba do phải chịu những thiệt hại về đầu tư.¹²

Bên cạnh đó, lí lẽ ủng hộ quyền miễn trừ ‘hạn chế’ cũng đã xuất hiện từ lâu trong các án lệ của tòa án Bỉ, theo đó quyền miễn trừ tư pháp thường được áp dụng trong trường hợp quốc gia thực hiện hành vi mang tính chủ quyền (‘acta jure imperii’), không áp dụng trong trường hợp quốc gia thực hiện hành vi mang tính chất tư (‘acta jure gestionis’). Vào ngày 17/7/1878, lần đầu tiên tòa án Bỉ từ chối quyền miễn trừ tư pháp của Chính phủ Pê-ru trong xét xử vụ việc liên quan đến hợp đồng mua bán phân chim, với lí do đây là hợp đồng thương mại, do đó Chính phủ Pê-ru phải chấp nhận quyền tài phán của tòa thương mại Bỉ.¹³

Quyền miễn trừ tư pháp chỉ được áp dụng đối với cơ quan tài phán trong nước, không áp dụng đối với cơ quan tài phán quốc tế. ‘... [S]ự phân

¹¹ Vụ *Underhill v. Hernandez*, 168 U.S. 250 [1897].

¹² Vụ *Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino*, 376 U.S. 398 [1964].

¹³ Vụ *Rau, Vanden Abeele et Cie c/ Duruty, Pas.*, [1879], II, 175; BJ, 1880, 222.

biệt giữa ‘acta jure imperii’ và ‘acta jure gestionis’... [c]ủa một quốc gia hay một chủ thể luật quốc tế khác không có ý nghĩa đối với cơ quan tài phán quốc tế công có thẩm quyền’.¹⁴

Có nhiều cách giải thích khác nhau về quyền miễn trừ ‘hạn chế’. Trong bối cảnh các quan hệ thương mại quốc tế hiện nay, việc duy trì quyền miễn trừ ‘tuyệt đối’ sẽ khiến quốc gia trở thành chủ thể có ưu thế hơn so với các chủ thể khác trong các giao dịch thương mại quốc tế. Điều này khó chấp nhận, bởi vì nó ảnh hưởng đến sự cạnh tranh công bằng trong thương mại quốc tế.

Theo quan điểm về quyền miễn trừ ‘hạn chế’, quốc gia có thể tự hạn chế quyền miễn trừ tư pháp của mình để ứng xử như các chủ thể khác. Quan điểm này được thể hiện trong quy định pháp luật của một số quốc gia, nhất là Hoa Kỳ, và trong một số điều ước quốc tế. Đạo luật của Hoa Kỳ về quyền miễn trừ của quốc gia nước ngoài năm 1976 (Foreign Sovereign Immunities Act 1976 - viết tắt là ‘FSIA’) đã được pháp điển hoá trong Chương 97, bộ pháp điển USC 28, sửa đổi năm 2008. Quan điểm của Hoa Kỳ trong đạo luật này là:

Việc toà án Hoa Kỳ xác định yêu cầu của quốc gia nước ngoài về miễn trừ thẩm quyền của toà án Hoa Kỳ là nhằm phục vụ công lý và bảo vệ các quyền của quốc gia nước ngoài cũng như của các đương sự trước toà án Hoa Kỳ. Theo pháp luật quốc tế, các quốc gia không được hưởng miễn trừ thẩm quyền xét xử của toà án nước ngoài trong phạm vi các hoạt động thương mại có liên quan của họ, và các tài sản thương mại của các quốc gia nước ngoài có thể bị cưỡng chế theo bản án được tuyên chống lại họ liên quan đến các hoạt động thương mại của họ. Các yêu cầu hưởng miễn trừ của các quốc gia nước ngoài từ nay trở đi sẽ do toà án Hoa Kỳ và toà án các tiểu bang quyết định, phù hợp với các nguyên tắc quy định trong chương này.¹⁵

Chính phủ nước ngoài có thể bị kiện trước toà án Hoa Kỳ nếu mặc nhiên hoặc rõ ràng từ bỏ quyền miễn trừ tư pháp; hoặc vụ kiện được tiến hành trên cơ sở hoạt động thương mại hoặc hành vi thương mại của chính phủ nước ngoài thực hiện trên lãnh thổ Hoa Kỳ hay trên cơ sở hành vi thương mại thực hiện ngoài lãnh thổ Hoa Kỳ nhưng có ảnh hưởng trực tiếp đến Hoa Kỳ; hoặc liên quan đến các quyền tài sản do vi phạm pháp luật quốc tế, và tài sản đó hoặc tài sản để trao đổi với tài sản đó đang tồn tại ở Hoa Kỳ, và có liên quan đến hoạt động thương mại do chính phủ nước ngoài

¹⁴ Sent. Arb. Reinccius *et al.* v/ BIS, Partial Award, 22/11/2002, # 123, www.pca-cpa.org.

¹⁵ 2008 - Pub. L. 110-181, div. A, title X, Sec. 1083(a)(2), Jan. 28, 2008, 122 Stat. 341, added item 1605A; <http://uscode.house.gov>; <http://us-code.vlex.com>.

đó thực hiện tại Hoa Kỳ; hoặc tranh chấp liên quan đến quyền tài sản ở Hoa Kỳ có được do được kế thừa hoặc được tặng cho hoặc quyền đối với bất động sản ở Hoa Kỳ; hoặc liên quan đến các khoản bồi thường thiệt hại mà chính phủ nước ngoài đó phải chịu do thiệt hại gây ra ở Hoa Kỳ, do hành vi vi phạm pháp luật hoặc do sự cầu thả mà chính phủ nước ngoài hoặc các nhân viên của chính phủ nước ngoài gây ra khi thực hiện công vụ...

Bên cạnh đó, quan điểm về quyền miễn trừ ‘hạn chế’ còn được ghi nhận trong Công ước Oa-sinh-ton về Trung tâm giải quyết tranh chấp đầu tư quốc tế 1965 (viết tắt là ‘ICSID’), Đạo luật về miễn trừ quốc gia của Vương quốc Anh 1978 (United Kingdom State Immunities Act 1978), và các văn bản khác.

Quốc gia được hưởng quyền miễn trừ tư pháp, cho dù là ‘tuyệt đối’ hay ‘hạn chế’, cũng tạo nên tính ‘đặc biệt’ của chủ thể này trong các giao dịch kinh doanh quốc tế với các chủ thể khác.

(c) Các quy định điều chỉnh các giao dịch kinh doanh quốc tế là gì?

Các quy định liên quan đến quyền và nghĩa vụ của các chủ thể tham gia các giao dịch kinh doanh quốc tế cần phải được làm rõ và phải có tính chắc chắn. Sự thiếu tính chắc chắn về mặt pháp luật sẽ tạo cơ hội phát sinh rào cản cho hoạt động kinh doanh quốc tế.

Các quy định pháp luật này có nhiệm vụ điều chỉnh các giao dịch kinh doanh quốc tế đa dạng, ví dụ, hợp đồng mua bán hàng hoá quốc tế, vận chuyển hàng hoá, hợp đồng đại lí, hợp đồng phân phối, chuyển giao IPRs quốc tế, logistics quốc tế (bao gồm cả vận tải quốc tế), thanh toán quốc tế, giao dịch liên quan đến FDI, bảo hiểm quốc tế, thương mại điện tử, giải quyết tranh chấp thương mại quốc tế... (xem Phần 2 của Giáo trình).

Do có quá nhiều hệ thống pháp luật và sự khác biệt giữa chúng, nên hoạt động hài hoà hoá pháp luật, thông qua việc soạn thảo các điều ước quốc tế, được thừa nhận rộng rãi là một giải pháp lựa chọn tốt nhất.

(d) Góc nhìn đa văn hoá về pháp luật kinh doanh quốc tế

Ngày nay, các công ty phân đoạn các hoạt động kinh doanh của mình ở khắp nơi trên thế giới, từ thiết kế sản phẩm, sản xuất linh kiện cho tới lắp ráp và tiếp thị, hình thành nên những chuỗi sản xuất ở phạm vi quốc tế. Ngày càng có nhiều sản phẩm thực chất cần phải gắn mác ‘Sản xuất ở toàn thế giới’ (‘Made in the World’), thay vì ‘Sản xuất ở Anh’ (‘Made in England’) hay ‘Sản xuất ở Hoa Kỳ’ (‘Made in the USA’).

Các đối tác thương mại, khách hàng, nhà cung cấp và các đồng nghiệp trong quan hệ thương mại quốc tế có thể đến từ nhiều xã hội khác nhau, với những quan niệm khác nhau về thương mại và các giá trị xã hội. Do đó, khi vận dụng pháp luật thương mại quốc tế cần tính đến sự hài hoà giữa các quan niệm khác nhau về thương mại quốc tế, thậm chí đôi khi phải đề cao sự khác biệt, vận dụng sự khác biệt để cạnh tranh hiệu quả trên thị trường quốc tế.

Mục 2. NGUỒN LUẬT THƯƠNG MẠI QUỐC TẾ

Có một số tình huống xảy ra như sau:

Tình huống 1:

Một thương nhân Việt Nam kinh doanh quần áo thời trang có trụ sở công ty tại Hà Nội, tháng 11/2011 đến Ý và đặt mua 1.000 bộ quần áo thời trang đàn ông. Thương nhân Việt Nam này trở về Hà Nội và nhận được hàng do người bán người Ý gửi bằng đường tàu biển đến cảng Hải Phòng sau 1 tháng. Trong vụ kinh doanh này, các thương nhân có thể phải quan tâm đến những vấn đề pháp luật nào?

- Để đến Ý, thương nhân Việt Nam cần có hộ chiếu do cơ quan có thẩm quyền cấp và cần có thị thực nhập cảnh EU.
- Liệu hợp đồng mua bán quần áo của các thương nhân có thể chịu sự điều chỉnh của Công ước Viên năm 1980 của Liên hợp quốc về hợp đồng mua bán hàng hoá quốc tế (viết tắt là 'CISG') hay không, khi mà Việt Nam chưa phải là thành viên của Công ước?
- Pháp luật hải quan của Việt Nam và Ý có liên quan gì đến các hiệp định trong khuôn khổ WTO hay không?
- Trong trường hợp thương nhân Việt Nam cho rằng lô hàng mà đối tác Ý gửi là quần áo 'lỗi mốt', không phải hàng thời trang, thì các thương nhân có thể áp dụng luật nào, và đến toà án nào để giải quyết tranh chấp?
- Luật Ý, luật Việt Nam hay luật nào có thể áp dụng trong vụ kinh doanh quốc tế này?
- Các bên có được chọn luật áp dụng không? Chọn theo tiêu chí nào?
- Nếu bản án của toà án Ý xử thua cho thương nhân Ý, liệu bản án này có hiệu lực và có được thi hành tại Việt Nam hay không?

Việc áp dụng pháp luật thương mại quốc tế lại càng trở nên không đơn giản, khi vụ kinh doanh không phải là mua bán hàng hoá quốc tế, mà là hoạt động đầu tư trực tiếp nước ngoài (FDI), đầu tư gián tiếp nước ngoài (FPI), hoặc các giao dịch kinh doanh quốc tế phức tạp khác.

Tình huống 2:

Quốc gia A áp dụng thuế chống bán phá giá (viết tắt là ‘AD’) đối với cà phê nhập khẩu từ quốc gia B kể từ năm 2005. Bộ thương mại của quốc gia A (viết tắt là ‘DOC’) khởi xướng điều tra lần đầu vào tháng 1/2004 và ban hành quyết định áp thuế AD vào tháng 2/2005, sau đó đã tiến hành nhiều lần rà soát định kì và một lần rà soát cuối kì (‘Sunset Review’ - ‘Rà soát hoàng hôn’). DOC tính toán biên độ bán phá giá dựa trên sự so sánh ‘giá trị thông thường’ (viết tắt là ‘NV’) và ‘giá xuất khẩu’ tại quốc gia A (viết tắt là ‘EP’), hay ‘giá xuất khẩu áp đặt’ (‘Constructed Export Price’). Trong trường hợp này, NV được tính toán trong điều kiện ‘nền kinh tế phi thị trường’ (viết tắt là ‘NME’) của quốc gia B, dựa trên các yếu tố sản xuất của nhà sản xuất, bao gồm các khoản chi phí đầu vào cho nguyên liệu thô, lao động và năng lượng phù hợp với trình độ sản xuất thực tế của từng bị đơn. Các chi phí này được DOC tính toán dựa trên đơn giá ‘thay thế’ của một nước xuất khẩu khác, theo đó mức giá thay thế là mức mà tại đó các yếu tố của sản xuất tương tự có thể đạt được trong cùng điều kiện thị trường. Trong trường hợp của quốc gia B, nước ‘thay thế’ được chọn là quốc gia C. Sau đó, DOC áp dụng các tỉ lệ về chi phí gián tiếp, chi phí bán hàng, chi phí hành chính và lợi nhuận để tính toán NV của cà phê nhập khẩu từ quốc gia B. NV này được so sánh với EP là giá bán cho người mua độc lập đầu tiên.

Khi tiến hành điều tra, DOC sử dụng phương pháp ‘quy về không’ (‘zeroing’), theo đó tất cả các giao dịch có biên độ phá giá âm đều được ‘quy về không’ (0), thay vì được bù trừ cho các giao dịch có biên độ phá giá dương.

Tình huống này đặt ra nhiều câu hỏi cho các chuyên gia pháp luật.

- Liệu phương pháp ‘quy về không’ mà DOC áp dụng có phù hợp với các nghĩa vụ của quốc gia A trong khuôn khổ WTO và Hiệp định của WTO về chống bán phá giá (viết tắt là ‘ADA’) hay không?
- Liệu phương pháp ‘quy về không’ có ảnh hưởng gì đến việc DOC xác định biên độ phá giá hay không?
- Liệu quốc gia B có thể khiếu kiện việc quốc gia A áp dụng phương pháp này hay không?

- Trong vụ việc này, các bên có thể căn cứ vào những cơ sở pháp lí nào? ADA hay các án lệ của WTO?
- Án lệ nào sau đây có liên quan: án lệ *US-Zeroing (Japan)* [2009], án lệ *US-Zeroing (EC)* [2009], hay án lệ nào khác?
- Nghĩa vụ chứng minh thuộc về bên nào?
- Hậu quả pháp lí trong trường hợp có sự vi phạm nghĩa vụ theo các hiệp định của WTO là gì?...

Quan hệ thương mại quốc tế, dù là có sự tham gia của các quốc gia hay các thương nhân hay bất kì chủ thể nào khác, đều có thể được điều chỉnh đồng thời bằng nhiều loại nguồn luật như pháp luật quốc gia, pháp luật quốc tế (bao gồm các điều ước, tập quán thương mại quốc tế, án lệ quốc tế), và những nguồn luật khác.

1. Pháp luật quốc gia

A. Các loại nguồn luật liên quan đến pháp luật quốc gia

Pháp luật quốc gia có vị trí rất quan trọng trong thực tiễn thương mại quốc tế. Pháp luật quốc gia - nguồn luật đang đề cập, phân biệt với luật quốc tế, được hiểu là bao gồm cả pháp luật của quốc gia nước ngoài. Trên thực tế, việc tìm hiểu và áp dụng pháp luật nước ngoài luôn là ‘con ác mộng’ đối với các thương nhân và luật sư quốc tế.

Nguồn luật này rất đa dạng, có thể tập trung vào một số loại dưới đây.

1. Văn bản pháp luật

Từ thời cổ xưa, các quy tắc thương mại quốc tế đã được thiết lập nhằm bảo vệ các thương nhân nước ngoài và điều chỉnh hoạt động vận tải hàng hoá quốc tế. Các quy định pháp luật thành văn đầu tiên đã tồn tại trong Bộ luật Hăm-mu-ra-bi (năm 2500 trước Công nguyên), theo đó quy định việc bảo vệ các thương nhân nước ngoài và điều chỉnh hành vi vi phạm hợp đồng.

Về cơ bản, những quy định nào của pháp luật quốc gia được áp dụng cho giao dịch thương mại trong nước thì cũng được áp dụng cho giao dịch thương mại quốc tế. Ngoài ra, do các nước đều cần bảo vệ lợi ích quốc gia trong các giao dịch thương mại quốc tế, nên sẽ quy định về chính sách thương mại hàng hoá, chính sách về bán hàng v.v.. Cụ thể, hàng hoá, công nghệ nào thuộc diện bị cấm hoặc hạn chế xuất, nhập khẩu? Các đối tác thương mại nào không được hưởng đối xử ưu đãi? Có cần quy định kiểm

soát việc chuyển ngoại tệ mạnh ra nước ngoài hay không? Cần hạn chế FDI vào lĩnh vực nào? v.v..

Một nguồn quan trọng của pháp luật quốc gia về thương mại quốc tế nằm ở các đạo luật hay các văn bản dưới luật về thương mại và thương mại quốc tế. Ví dụ, trong hệ thống pháp luật Hoa Kỳ, Đạo luật thuế quan 1930, Đạo luật thương mại 1974, Đạo luật về các hiệp định thương mại 1979, Bộ luật thương mại thống nhất (US UCC), v.v.. là những nguồn quan trọng của pháp luật thương mại quốc tế. Bên cạnh đó, các văn bản pháp luật trong lĩnh vực luật hợp đồng, luật dân sự, luật tố tụng dân sự, v.v. trong hệ thống pháp luật của các quốc gia cũng là những nguồn luật thương mại quốc tế quan trọng. Trong các lĩnh vực này, phải kể đến các quy định pháp luật quốc gia điều chỉnh các biện pháp ‘khắc phục thương mại’ và hoạt động hải quan. Pháp luật về các biện pháp ‘khắc phục thương mại’ (chủ yếu là AD, chống trợ cấp và tự vệ thương mại) thực chất là các rào cản thương mại ‘hợp pháp’, nhằm chống lại cả thương mại công bằng và cạnh tranh không lành mạnh. Pháp luật hải quan cũng có tầm quan trọng tương tự, bởi vì đây là các quy định mà chính phủ phải dựa vào để thu thuế xuất nhập khẩu và điều chỉnh hoạt động xuất nhập khẩu.

Trong hệ thống pháp luật Việt Nam hiện hành, cần kể đến các văn bản pháp luật quan trọng là nguồn của pháp luật thương mại quốc tế như: Bộ luật dân sự 2005; Luật thương mại 2005; Bộ luật tố tụng dân sự 2004 (sửa đổi, bổ sung năm 2011); Luật doanh nghiệp 2005, Luật đầu tư 2005; Luật sở hữu trí tuệ 2005 (sửa đổi bổ sung năm 2009); Luật trọng tài thương mại 2010; Pháp lệnh chống bán phá giá hàng hoá nhập khẩu vào Việt Nam 2004; Pháp lệnh về chống trợ cấp đối với hàng hoá nhập khẩu vào Việt Nam 2004; Pháp lệnh về tự vệ trong nhập khẩu hàng hoá nước ngoài vào Việt Nam 2002; Pháp lệnh đối xử tối huệ quốc và đối xử quốc gia trong thương mại quốc tế 2002;... và các văn bản dưới luật.

2. Án lệ của toà án trong nước

Một nguồn khác của pháp luật quốc gia về thương mại quốc tế là án lệ. Có rất nhiều án lệ có ý nghĩa đối với các chuyên gia pháp luật, ví dụ, án lệ năm 1878 của toà án Bỉ về quyền miễn trừ tư pháp ‘hạn chế’ (xem Mục 1 - Chương 1 của Giáo trình); hay án lệ *United City Merchants (Investments) Ltd v. Royal Bank of Canada*, trong đó toà án của Anh làm rõ ngoại lệ về hành vi gian dối (fraud exception) của nguyên tắc về tính độc lập của thư tín dụng (principles

of the autonomy of the credit) trong lĩnh vực thanh toán quốc tế, trong khi UCP 600 không quy định về ngoại lệ này (xem Mục 4 - Chương 5 của Giáo trình);¹⁶ hoặc án lệ *Banco National de Cuba v. Manhattan Bank* liên quan đến áp dụng học thuyết ‘hành vi quốc gia’ của tòa án Hoa Kỳ.¹⁷

3. Các nguồn luật khác của pháp luật quốc gia

Pháp luật quốc gia còn bao gồm các tập quán thương mại của quốc gia và các nguyên tắc chung trong xét xử của tòa án quốc gia (*general principles ‘in foro domestico’*). Đây là những nguyên tắc được tất cả các hệ thống pháp luật trên thế giới công nhận. Chúng thường có nguồn gốc từ pháp luật La Mã và được thể hiện bằng ngôn ngữ La-tinh, ví dụ, ‘non bis in idem’ (không xét xử hai lần đối với cùng một tội phạm), ‘nemo judex in propria causa’ (không được xét xử vụ việc của chính mình hoặc liên quan đến lợi ích của mình), ‘ex injuria jus non oritur’ (quyền không sinh ra từ một hành vi bất hợp pháp) v.v.. Bên cạnh đó, các nguyên tắc như tuân thủ đúng các thủ tục (‘due process’), nguyên tắc tương xứng, nguyên tắc không áp dụng pháp luật hồi tố v.v. cũng được hầu hết các hệ thống pháp luật trên thế giới ghi nhận. Những nguyên tắc này chỉ được áp dụng như là nguồn luật bổ trợ, trong trường hợp không áp dụng được các nguồn luật khác.

B. Các giới hạn của pháp luật quốc gia trong việc điều chỉnh giao dịch thương mại quốc tế

Về cơ bản, pháp luật của quốc gia chỉ có hiệu lực điều chỉnh đối với hành vi của chủ thể mang quốc tịch quốc gia đó, hoặc hành vi được thực hiện trong phạm vi lãnh thổ quốc gia đó. Việc xác định quốc tịch của MNC rất phức tạp nhưng cũng rất quan trọng để chính phủ có thể bảo vệ lợi ích của doanh nghiệp nước mình trong các hoạt động kinh doanh quốc tế.¹⁸

Giới hạn điều chỉnh của pháp luật quốc gia đối với các giao dịch thương mại quốc tế đôi khi ‘va chạm’ với vấn đề quyền tài phán ngoài lãnh thổ. Quyền tài phán ngoài lãnh thổ của quốc gia là quyền điều chỉnh bằng pháp luật của quốc gia đó đối với:

- Hành vi vi phạm pháp luật của chủ thể mang quốc tịch nước mình,

¹⁶ Vụ *United City Merchants (Investments) Ltd v. Royal Bank of Canada*, The American Accord, [1983], 1 AC 168, House of Lords.

¹⁷ Vụ *Banco National de Cuba v Manhattan Bank*, 658 F. 2d 875 (2nd Cir. [1981]).

¹⁸ Tòa án quốc tế (ICJ), *Barcelona Traction, Belgium v. Spain* [1970], <http://www.icj-cij.org>.

trong trường hợp hành vi vi phạm pháp luật xảy ra bên ngoài lãnh thổ. Ví dụ, một Tổng giám đốc điều hành (viết tắt là ‘CEO’) là công dân Nhật Bản thực hiện hành vi hối lộ ở Việt Nam có thể bị toà án Nhật Bản xét xử.

- Hành vi của người nước ngoài thực hiện ở nước ngoài làm phương hại đến an ninh quốc gia hoặc các lợi ích khác của quốc gia.
- Hành vi vi phạm pháp luật ở nước ngoài mà nạn nhân của hành vi đó mang quốc tịch nước mình.
- Các tội phạm quốc tế như cướp biển, không tặc, buôn bán nô lệ, tội diệt chủng v.v..

Việc thực hiện quyền tài phán ngoài lãnh thổ thường kéo theo các sự cố trong quan hệ ngoại giao.

2. Pháp luật quốc tế

A. Tập quán thương mại quốc tế

1. Khái niệm tập quán thương mại quốc tế

Tập quán thương mại quốc tế là nguồn quan trọng của pháp luật thương mại quốc tế. Các thương nhân, những người cùng theo đuổi các mục tiêu kinh tế, luôn luôn nói ngôn ngữ chung, đó là các tập quán thương mại quốc tế.

Tập quán thương mại quốc tế có thể hiểu là tập hợp những quy tắc ứng xử bất thành văn hình thành từ các hành vi, cách ứng xử của thương nhân, và được các thương nhân coi là ‘luật’ của mình. Ví dụ, các điều kiện cơ sở giao hàng trong mua bán hàng hoá quốc tế (viết tắt là ‘INCOTERMS’) (xem Mục 2 - Chương 5 của Giáo trình); Quy tắc thực hành thống nhất về tín dụng chứng từ (viết tắt là ‘UCP’) (xem Mục 4 - Chương 5 của Giáo trình); Tập quán ngân hàng theo tiêu chuẩn quốc tế (viết tắt là ‘ISBP’) (xem Mục 4 - Chương 5 của Giáo trình).

2. *Lex mercatoria* (‘thương nhân luật’)

Pháp luật thương mại quốc tế thực sự phát triển kể từ thời kì Trung cổ, khi mà các tập quán thương mại quốc tế xuất hiện và phát triển tại các hội chợ thương mại ở châu Âu vào cuối thế kỉ VII. Các thương nhân từ các nước, các khu vực khác nhau đến mua bán hàng hoá ở các hội chợ mang theo các tập quán thương mại của mình. Qua thời gian, các vị vua chúa chấp nhận cho các thương nhân đến từ các nước, các vùng khác nhau được giải quyết

tranh chấp thương mại theo tập quán riêng của họ, do đó các tập quán thương mại này trở nên có hiệu lực pháp luật. Ngay từ ban đầu, *lex mercatoria* ('thương nhân luật') đã có tính 'quốc tế', bởi vì nó tồn tại độc lập với pháp luật của vua chúa. Nó dựa trên những tập quán thương mại chung của thương nhân vốn phổ biến khắp châu Âu lúc bấy giờ và được áp dụng thống nhất bởi các toà án thương nhân ở các nước khác nhau.

Trong suốt thời kì Trung cổ, *lex mercatoria* là tập quán thương mại quốc tế rất mạnh, quy định các quyền và nghĩa vụ của thương nhân. Phạm vi của *lex mercatoria* rất rộng, điều chỉnh rất nhiều vấn đề thương mại như giá trị và hiệu lực của hợp đồng, vi phạm hợp đồng, thư tín dụng, sổ sách kế toán, hối phiếu, vận đơn, thành lập công ty và hợp danh, phá sản, sáp nhập, nhãn hiệu hàng hoá, môn bài v.v.. *Lex mercatoria* nhấn mạnh quyền tự do thoả thuận trong hợp đồng và quyền tự do chuyển nhượng các động sản.

... [T]ranh chấp giữa các thương nhân được giải quyết bởi các toà án địa phương đặc biệt, như các toà án của hội chợ và đô thị, thẩm phán và hội thẩm chính là các thương nhân. Các toà án thương nhân này giải quyết tranh chấp rất nhanh chóng và áp dụng *lex mercatoria* chứ không áp dụng luật địa phương.¹⁹

Điều quan trọng nhất của *lex mercatoria* là các toà án thương nhân giải quyết vụ việc rất nhanh, tránh sử dụng những yếu tố chuyên môn phức tạp, và thường quyết định vụ việc theo nguyên tắc công bằng ('ex aequo et bono'). *Lex mercatoria* có hiệu lực nhờ sự chấp nhận tự nguyện của các thương nhân. *Lex mercatoria* thực sự phù hợp với nhu cầu của thương nhân trong suốt thời kì đó.

Là trung tâm thương mại của châu Âu một thời, nước Ý tự hào về vị trí của mình trong quá trình phát triển của *lex mercatoria* thời kì Trung cổ. Các thương nhân và luật sư ở đây đã rất sáng tạo trong việc phát triển nhiều loại quy tắc về hàng hải và thương mại, như vận đơn và hối phiếu, góp phần hình thành các quy định pháp luật nội dung dựa trên tập quán thương mại. Ảnh hưởng của các thương nhân Ý lan toả khắp châu Âu, ngay cả những hội chợ lớn ở Săm-pa-nhơ (Pháp) cũng bị chiếm lĩnh bởi thương nhân Ý.²⁰

Sau này, do các vua chúa ngày càng có nhiều quyền lực, cùng với sự hình thành các quốc gia-dân tộc vào cuối thời kì Trung cổ ở châu Âu, *lex*

¹⁹ L. S. Sealy và R. J. A. Hooley, *Commercial Law, Text, Cases, and Materials*, Oxford University Press, 4th edn., (2009), tr. 14.

²⁰ *Good on Commercial Law*, do Ewan McKendrick biên tập và chỉnh sửa toàn bộ, Penguin B, tr. 5.

mercatoria có xu hướng hoà nhập vào các hệ thống pháp luật quốc gia. Ví dụ: Ở Anh, *lex mercatoria* là một bộ phận của pháp luật được các toà thương mại áp dụng. *Lex mercatoria* đã hoàn toàn được đưa vào common law bằng công sức của Ngài John Holt - Chánh án Toà án tối cao (Chief Justice) trong thời kỳ 1689-1710, và Thượng nghị sĩ Mansfield - Chánh án Toà án tối cao (Chief Justice) trong thời kỳ 1756-1788.²¹ Tuy nhiên, phần lớn *lex mercatoria* bị thay đổi khi áp dụng ở các toà án tại các nước khác nhau.

Từ thế kỉ XIX, các quốc gia bắt đầu kí kết với nhau các điều ước về thương mại quốc tế. Kết quả là *lex mercatoria* dường như chỉ còn mang ý nghĩa lịch sử. Tuy nhiên, *lex mercatoria*, trong một số trường hợp được bổ sung bởi *lex maritima* ('luật thương nhân trên biển'),²² vẫn còn ảnh hưởng tới sự phát triển của luật thương mại quốc tế hiện đại trong những lĩnh vực như mua bán hàng hoá quốc tế, thanh toán quốc tế, vận tải hàng hoá quốc tế.

3. Phòng thương mại quốc tế ('ICC') và việc tập hợp các tập quán thương mại quốc tế

ICC là tổ chức quốc tế phi chính phủ hoạt động nhằm phục vụ hoạt động thương mại trên toàn thế giới. ICC đóng vai trò chủ đạo trong việc đảm bảo sự hài hoà trong thương mại quốc tế thông qua việc tập hợp hoá các tập quán thương mại quốc tế để các thương nhân có thể áp dụng khi thực hiện các giao dịch kinh doanh quốc tế. Nhiều quy tắc áp dụng thống nhất do ICC ban hành đã được sử dụng để điều chỉnh quan hệ hợp đồng. Có ba nhóm quy tắc: Ngân hàng và bảo hiểm, thương mại quốc tế và vận tải quốc tế.²³

Rất nhiều trong số các quy tắc này được lựa chọn từ các tập quán thương mại của các thương nhân được hình thành qua thời gian. Ví dụ, các điều kiện cơ sở giao hàng trong mua bán hàng hoá quốc tế ('INCOTERMS') (xem Mục 2 - Chương 5 của Giáo trình); Quy tắc thực hành thống nhất về tín dụng chứng từ ('UCP') (xem Mục 4 - Chương 5 của Giáo trình); Tập quán ngân hàng theo tiêu chuẩn quốc tế ('ISBP') (xem Mục 4 - Chương 5 của Giáo trình); Các quy tắc thực hành về tín dụng dự phòng quốc tế ('ISP') (xem Mục 4 - Chương 5 của Giáo trình); hoặc các quy tắc của UNCTAD/ICC về chứng từ trong vận tải đa phương thức. Các ngân hàng trên khắp thế giới đã áp dụng UCP - bộ quy tắc mà ngày nay được sử dụng trong hầu như tất cả các giao dịch tín dụng chứng từ.

²¹ L. S. Sealy và R. J. A Hooley, Sdd, tr. 15.

²² http://en.wikipedia.org/wiki/International_trade_law

²³ *Good on Commercial Law*, Sdd, tr. 15.

B. Điều ước

Các điều ước là nguồn chủ yếu của pháp luật thương mại quốc tế. Có nhiều cách khác nhau để phân loại các điều ước. Các điều ước về thương mại quốc tế có thể là điều ước song phương hoặc đa phương, ở cấp độ khu vực và toàn cầu.

Ở cấp độ toàn cầu, các ví dụ điển hình về điều ước thương mại quốc tế cần nói đến là: Các hiệp định của WTO (*xem* Chương 2 của Giáo trình); Công ước của Liên hợp quốc về hợp đồng mua bán hàng hoá quốc tế 1980 ('CISG') (*xem* Mục 3 - Chương 5 của Giáo trình); Công ước của Liên hợp quốc về công nhận và thi hành các phán quyết trọng tài nước ngoài 1958 (gọi tắt là 'Công ước Niu Y-oóc') (*xem* Mục 3 và Mục 4 - Chương 7 của Giáo trình); Quy tắc La Hay-Visby và Quy tắc Hãm-buốc (*xem* Mục 2 - Chương 6 của Giáo trình); v.v..

Trong khuôn khổ WTO có các hiệp định 'nhiều bên' (hay 'đa biên') ('Plurilateral' Trade Agreements). Đây là các hiệp định do một số thành viên của WTO tự nguyện kí kết và chỉ có hiệu lực đối với các thành viên kí kết, không có hiệu lực ràng buộc đối với các thành viên khác của WTO. Vào thời điểm WTO bắt đầu đi vào hoạt động (ngày 1/1/1995), có 4 hiệp định nhiều bên, bao gồm: Hiệp định về buôn bán sản phẩm sữa, Hiệp định về buôn bán sản phẩm thịt bò, Hiệp định về mua sắm của Chính phủ (viết tắt là 'GPA') và Hiệp định về buôn bán máy bay dân dụng. Hiệp định công nghệ thông tin 1996 (viết tắt là 'ITA') là hiệp định nhiều bên xuất hiện sau khi Vòng đàm phán U-ru-goay kết thúc. Đến cuối năm 1997, Hiệp định về buôn bán sản phẩm sữa và Hiệp định về buôn bán sản phẩm thịt bò hết hiệu lực. Việc kí kết các hiệp định nhiều bên nhằm cho phép một số nhóm thành viên WTO cam kết những vấn đề mà các thành viên này cho là quan trọng đối với họ - những vấn đề nằm ngoài cam kết gia nhập WTO.²⁴

Ở cấp độ khu vực, các nước thường kí kết các hiệp định thương mại tự do (viết tắt là 'FTAs'), ví dụ, NAFTA (*xem* Mục 3 - Chương 3 của Giáo trình), AFTA (*xem* Mục 4 - Chương 3 của Giáo trình); các hiệp định thương mại song phương (viết tắt là 'BTAs') v.v.. Các nước châu Âu đã kí kết Công ước về quyền tài phán và thi hành các bản án dân sự và thương mại EEC 1968 (Công ước Brúc-xen), Quy định của Hội đồng châu Âu (EC) No 593/2008 ngày 17/6/2008 về luật điều chỉnh các nghĩa vụ theo hợp đồng (còn gọi là Quy định Rô-ma I) v.v..

²⁴ WTO, <http://www.wto.org>.

Các điều ước về thương mại quốc tế có thể được áp dụng trực tiếp hoặc phải theo quy trình ‘nội luật hoá’ vào hệ thống pháp luật quốc gia.

C. Án lệ quốc tế

Án lệ của WTO và các cơ quan tài phán quốc tế (toà án quốc tế, trọng tài quốc tế) là nguồn quan trọng trong hệ thống nguồn luật thương mại quốc tế. Ví dụ, án lệ của WTO *Japan-Alcoholic Beverages* [1996] đã làm rõ khái niệm ‘sản phẩm tương tự’ (‘like product’) trong quá trình giải quyết vụ việc liên quan đến việc áp dụng nguyên tắc đối xử quốc gia (nguyên tắc ‘NT’), nguyên tắc nền tảng của pháp luật thương mại quốc tế, trong khi các quy định trong các hiệp định của WTO không đủ và không thể làm rõ được khái niệm này (xem Mục 2 - Chương 2 của Giáo trình).²⁵

Bên cạnh đó, các án lệ quốc tế trong lĩnh vực FDI cũng có ý nghĩa rất quan trọng. Trong vụ *Factory at Chorzow* [1927], vấn đề về quốc hữu hoá, trưng thu tài sản và các tiêu chuẩn bồi thường đã được Toà án quốc tế thường trực (viết tắt là ‘PCIJ’) giải thích rất rõ ràng.²⁶ Tương tự, vụ *Barcelona Traction* [1970] do Toà án quốc tế (viết tắt là ‘ICJ’) giải quyết đã chỉ ra nguyên tắc xác định quốc tịch của MNC.²⁷

Các án lệ của Toà án công lý châu Âu (nay là Toà án công lý - một bộ phận của Toà án công lý EU, xem Mục 2 - Chương 3 của Giáo trình) cũng là nguồn luật quan trọng có tính ràng buộc đối với các thiết chế của EU và các nước thành viên. Án lệ nổi tiếng *Van Gend en Loos* [1963]²⁸ là một ví dụ.

Những quyết định cuối cùng của cơ quan giải quyết tranh chấp (Panel) của NAFTA đã đóng góp quan trọng cho nguồn án lệ của luật thương mại quốc tế, và nhất là tạo nguồn cho luật trọng tài liên quan đến giải quyết tranh chấp giữa nhà đầu tư nước ngoài và chính phủ nước tiếp nhận đầu tư. Ví dụ, hai án lệ *Metalclad v. Mexico*²⁹ và *Thunderbird v. Mexico*³⁰ trong khuôn khổ NAFTA (xem Mục 3 - Chương 3 của Giáo trình).

²⁵ WTO, <http://www.wto.org>.

²⁶ Toà án quốc tế thường trực (PCIJ), Vụ *Factory at Chorzow* (Germ. v. Pol.), [1927] P.C.I.J. (ser. A) No 9 (July 26), http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1927.07.26_chorzow.htm

²⁷ Toà án quốc tế (ICJ), Vụ *Barcelona Traction, Belgium v. Spain*, [1970], <http://www.icj-cij.org>

²⁸ Toà án công lý châu Âu (ECJ), Case 26/62 *Van Gend en Loos v. Nederlandse Administratie der Belastingen*.

²⁹ NAFTA, vụ *Metalclad Corporation v. The United Mexican States*, Phán quyết ngày 30/8/2000; Án lệ số ARB(AF)/97/1 được giới thiệu lại năm 2001, 16 *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal* 168.

³⁰ NAFTA, vụ *International Thunderbird Gaming Corp. v. Mexico*, Phán quyết ngày 26/1/2006 (UNCITRAL/NAFTA), www.italaw.com/documents/ThunderbirdAward.pdf.

D. Các nguồn luật khác

Các nguyên tắc chung của pháp luật quốc tế rất có ý nghĩa đối với các vấn đề liên quan đến trách nhiệm của nhà nước, hay nguyên tắc bồi thường công bằng và thoả đáng trong lĩnh vực FDI v.v.. Một trong những nguyên tắc đó là nguyên tắc thiện chí, áp dụng trong việc kiểm soát các quốc gia thực thi các quyền của mình. Về cơ bản, các nguyên tắc chung của pháp luật quốc tế có tính ràng buộc đối với mọi quốc gia.

Theo khoản 1 Điều 38 Quy chế Tòa án quốc tế (ICJ), ‘*các học thuyết của các học giả nổi tiếng*’ là nguồn hỗ trợ được sử dụng để tìm ra các quy phạm luật quốc tế.

‘*Luật mềm*’ là khái niệm thường được giới học giả nhắc tới. Đây là những quy tắc không có giá trị ràng buộc về mặt pháp lí, tuy nhiên trong thực tiễn lại thường được các chủ thể tuân thủ chặt chẽ, ví dụ, phần lớn các nghị quyết và tuyên bố của Đại hội đồng Liên hợp quốc, các học thuyết pháp lí, các luật mẫu, các bộ quy tắc ứng xử, kế hoạch hành động v.v.. Có thể kể ra một số ‘*luật mềm*’ đáng chú ý như: Nghị quyết của Đại hội đồng Liên hợp quốc số 3201 năm 1974 về trật tự kinh tế thế giới mới (ngày 1/5/1974, UNGA, Res. 3201 (S-VI), UN Doc. A/9559); Nghị quyết số 1803 (XVII) năm 1962 của Đại hội đồng Liên hợp quốc về chủ quyền vĩnh viễn đối với nguồn tài nguyên thiên nhiên (17 UN GAOR Supp. (No.17), 115, UN Doc.5217 (1962)); Tuyên bố năm 1976 của OECD về đầu tư quốc tế và các MNCs; Học thuyết ‘*hành vi quốc gia*’ (xem Mục 1 - Chương 1 của Giáo trình); Học thuyết Can-vô; Học thuyết Dra-gô v.v..

Học thuyết Can-vô là học thuyết về chính sách đối ngoại, cho rằng quyền tài phán đối với các tranh chấp về đầu tư quốc tế phải thuộc về quốc gia nơi tiến hành hoạt động đầu tư. Do đó, học thuyết này cho rằng các nhà đầu tư cần phải chọn toà án của quốc gia sở tại để giải quyết các tranh chấp về đầu tư thay vì chọn toà án của quốc gia mình, và các chính phủ không được tiến hành ‘*bảo hộ ngoại giao*’ hoặc can thiệp quân sự để bảo vệ nhà đầu tư của mình. Học thuyết mang tên luật gia người Ác-hen-ti-na Các-lốt Can-vô được tuyên bố từ thế kỉ XIX và được áp dụng rộng rãi ở các nước châu Mỹ La tinh và một số khu vực khác trên thế giới. ‘*Học thuyết Dra-gô*’ được xây dựng dựa trên nguyên tắc của học thuyết Can-vô nhưng có phạm

vi áp dụng hẹp hơn.³¹

Những ‘luật mềm’ khác trong pháp luật thương mại quốc tế cũng cần nhắc đến, đó là Bộ nguyên tắc về hợp đồng thương mại quốc tế của UNIDROIT (viết tắt là ‘PICC’) (*xem* Mục 3 - Chương 5 của Giáo trình); Bộ nguyên tắc về luật hợp đồng châu Âu của Ủy ban về luật hợp đồng châu Âu (viết tắt là ‘PECL’) (*xem* Mục 3 - Chương 5 của Giáo trình); Luật mẫu về thương mại điện tử của UNCITRAL (*xem* Mục 3 - Chương 6 Giáo trình) v.v..

Mặc dù ‘luật mềm’ không mang tính ràng buộc pháp lí nhưng có tính khuyến nghị và định hướng rất cao đối với hoạt động lập pháp của các quốc gia, cũng như hoạt động đàm phán các điều ước quốc tế.

Không phải là không có lí khi các DCs cho rằng pháp luật thương mại quốc tế chủ yếu phản ánh lợi ích của các nước phát triển. *Lex mercatoria* ra đời từ trung tâm thương mại Địa Trung Hải và các hội chợ thương mại châu Âu thời Trung cổ. Pháp luật thương mại quốc tế hiện đại mặc dù đã cố gắng hài hoà ‘luật chơi’ thương mại khắp nơi trên thế giới nhưng cũng chưa quan tâm hoặc ít quan tâm đến kinh nghiệm và trình độ thương mại của các DCs. Câu hỏi đặt ra hiện nay là làm thế nào để điều hành một thế giới toàn cầu hoá với mức độ hội nhập sâu sắc và ngày càng nhiều các ‘cường quốc’?

Tóm tắt Chương 1

Thương mại quốc tế và pháp luật thương mại quốc tế đã trải qua lịch sử phát triển lâu dài và phong phú từ buổi ban đầu của nền văn minh nhân loại. Các cuộc cách mạng khoa học-công nghệ qua các thời đại đã tác động mạnh mẽ đến sự phát triển thương mại toàn cầu.

Các quan hệ thương mại quốc tế, cho dù có sự tham gia của quốc gia và các thực thể công hay các thương nhân, đều chịu sự điều chỉnh phức tạp của cả pháp luật quốc gia lẫn pháp luật quốc tế.

Vị trí của pháp luật thương mại quốc tế nằm trong vùng giao thoa giữa luật quốc tế và luật quốc gia. Pháp luật thương mại quốc tế là một trong những sản phẩm được sinh ra từ mối quan hệ phức tạp giữa luật quốc tế và luật quốc gia.

³¹ <http://en.wikipedia.org>

Giới hàn lâm trên thế giới và Việt Nam có quan niệm rất đa dạng về lĩnh vực pháp luật này. Các học giả diễn đạt toàn bộ hoặc một phần nội dung của lĩnh vực pháp luật này bằng các tên gọi đa dạng như: International Trade Law ('Luật thương mại quốc tế'); World Trade Law ('Luật thương mại thế giới'); Global Trade Law ('Luật thương mại toàn cầu'); International Trade Regulations (cũng được dịch ra tiếng Việt là 'Luật thương mại quốc tế'); International Commercial Law (cũng được dịch ra tiếng Việt là 'Luật thương mại quốc tế'); International Business Law ('Luật kinh doanh quốc tế'); International Economic Law ('Luật kinh tế quốc tế'); Droit Economic International ('Luật kinh tế quốc tế'); Droit de Commerce International (cũng được dịch ra tiếng Việt là 'Luật thương mại quốc tế') và rất nhiều tên gọi khác. Tuy nhiên, điều quan trọng là lĩnh vực pháp luật này điều chỉnh cả hai vấn đề, bao gồm: (i) vấn đề liên quan đến *chính sách* đối ngoại của nhà nước trong lĩnh vực thương mại quốc tế (như thuế quan và các hàng rào phi thuế quan, định giá hải quan, bán phá giá, trợ cấp xuất khẩu...); và (ii) vấn đề liên quan đến *hành vi* của các chủ thể (bao gồm cả nhà nước, các thực thể công và tư nhân) trong các giao dịch kinh doanh quốc tế (như hợp đồng mua bán hàng hoá quốc tế, thanh toán quốc tế, vận tải hàng hoá quốc tế...). Pháp luật thương mại quốc tế nên được xem như là tổng thể những câu trả lời của pháp luật đối với nhu cầu và thực tiễn của các quan hệ thương mại giữa các nhà nước với cộng đồng thương nhân.

Một hệ thống các quy định nhằm thúc đẩy thương mại tự do dường như chưa đủ để đẩy nhanh tốc độ phát triển thương mại. Để đạt được mục đích này, cần có khuôn khổ pháp lý phù hợp điều chỉnh toàn diện các lĩnh vực tác động đến thương mại quốc tế như vận tải, ngân hàng, tiếp thị, truyền thông v.v..

Do pháp luật thương mại quốc tế là sự thể hiện chính sách thương mại, nên nếu so với bất cứ lĩnh vực pháp luật nào khác, thì lĩnh vực pháp luật này có mối quan hệ chặt chẽ nhất với lĩnh vực kinh tế. Thêm vào đó, quan hệ thương mại quốc tế và pháp luật thương mại quốc tế sẽ không thể phát triển, nếu các chính khách chưa nhìn thấy những lợi ích mà thương mại quốc tế có thể mang lại. Một vấn đề có vẻ đơn giản về mặt pháp lý cũng có thể trở thành nan giải về ngoại giao và đòi hỏi phải thương lượng lâu dài. Lợi ích thương mại của các thương nhân có thể phải phụ thuộc vào

lợi ích chính trị của các quốc gia có liên quan. Ví dụ, trong vụ *Barcelona Traction* [1970], khi các chính khách mất lợi ích, các nhà đầu tư có thể mất tiền. Do vậy, trước khi quyết định tiến hành kinh doanh quốc tế, một doanh nghiệp cần đánh giá đầy đủ tác động của các điều ước thương mại quốc tế và pháp luật của các quốc gia liên quan đến giao dịch mình sẽ thực hiện, ví dụ, pháp luật về bảo vệ quyền sở hữu của doanh nghiệp (bao gồm cả IPRs), sự thiếu hiệu quả của điều ước quốc tế nào đó, hay tính phức tạp của các hệ thống pháp luật khác nhau... Như vậy, cần phải tiếp cận pháp luật thương mại quốc tế như là một lĩnh vực đa ngành, bao gồm kinh tế, chính trị, ngoại giao, giao tiếp giữa các nền văn hoá, và tất nhiên và chủ yếu là lĩnh vực pháp luật, bao gồm cả công pháp quốc tế và luật quốc gia, trong đó có tư pháp quốc tế.

Không có pháp luật nào hoàn hảo, mà nó có thể có những mâu thuẫn, sự thiếu rõ ràng và đôi khi cả sự không công bằng. Pháp luật thương mại quốc tế cũng còn nhiều vấn đề rất khó giải quyết. Giữa các nước vẫn tồn tại những khoảng cách về quan điểm trong một số lĩnh vực của pháp luật thương mại quốc tế.

Trong bối cảnh của Việt Nam - một nước nông nghiệp đang phát triển trong giai đoạn đầu của tiến trình hội nhập kinh tế quốc tế, việc học hỏi những kiến thức phức tạp về pháp luật thương mại quốc tế cũng giống như người bình dân thưởng thức nhạc giao hưởng quý phái. Điều này quả thật không dễ dàng nhưng lại rất cần thiết cho sự phát triển và hội nhập với thế giới của Việt Nam.

Câu hỏi/Bài tập

1. Tại sao các quốc gia tiến hành hoạt động thương mại với nhau?
2. Tại sao tiến trình hội nhập kinh tế ngày càng gia tăng?
3. Người ta buôn bán cái gì và ai tiến hành hoạt động thương mại quốc tế?
4. Thương mại đã, đang và vẫn tiếp tục đóng vai trò quan trọng trong nền kinh tế toàn cầu như thế nào?
5. Thương mại tự do là gì? Thương mại tự do có đem lại lợi ích cho tất cả mọi người hay không? Cái gì sẽ gây tác động cho cả người thắng và người thua trong thương mại quốc tế?
6. Ai được hưởng lợi từ pháp luật thương mại quốc tế và tại sao?

Tài liệu cần đọc

1. Peter Van den Bossche, *The Law and Policy of the World Trade Organization - Text, Cases and Materials*, Cambridge University Press, Cambridge, 2nd edn., (2008).
2. Raj Bhala, *International Trade Law: Interdisciplinary Theory and Practice*, LexisNexis, 3rd edn., (2008).
3. Raj Bhala, *Luật thương mại quốc tế: Những vấn đề lí luận và thực tiễn*, LexisNexis, Tái bản lần thứ hai, (2000), Sách dịch, Nhà xuất bản Tư pháp, (2006).
4. Folsom và các tác giả khác, *International Business Transactions*, 9th edn., (2006).
5. Surya P. Subedi, *International Economic Law*, University of London Press, London, (2006).
6. Simon Lester và các tác giả khác, *World Trade Law - Text, Materials and Commentary*, Hard Publishing, Oxford and Portland, Oregon, (2008).
7. Indira Carr, *International Trade Law*, Cavendish Publishing, 3rd edn., (2005).
8. *Good on Commercial Law*, Edited and fully revised by Ewan McKendrick, Penguin Books, 4th edn., (2010).
9. L. S. Sealy và R. J. A. Hooley, *Commercial Law, Text, Cases, and Materials*, Oxford University Press, 4th edn., (2009).

Websites hữu ích

<http://www.un.org>

<http://www.wto.org>

<http://www.imf.org>

<http://www.worldbank.org>

<http://www.iccwbo.org>

<http://europa.eu.int>

<http://www.worldtradelaw.net>

<http://www.law.georgetown.edu>

<http://www.cid.harvard.edu/cidtrade>

<http://www.commercialdiplomacy.org>

<http://www.nafta-sec-alena.org>

<http://www.aseansec.org>

<http://www.unctad.org>

<http://www.uncitral.org>

<http://uscode.house.gov>

<http://us-code.vlex.com>

<http://lexmercatoria.net>

<http://www.intertradelaw.hlu.edu.vn>

PHẦN 1

LUẬT THƯƠNG MẠI QUỐC TẾ CÓ SỰ THAM GIA CỦA NHÀ NƯỚC VÀ CÁC THỰC THỂ CÔNG

Hội nhập quốc tế trở thành chính sách đối ngoại lớn của Việt Nam trong thời kỳ hiện nay, trong đó hội nhập kinh tế quốc tế là trọng tâm và ở mọi cấp độ (toàn cầu, khu vực, và song phương). Việc trở thành thành viên chính thức của WTO ngày 11/1/2007 không phải là điểm bắt đầu, cũng không phải là điểm kết thúc của quá trình đổi mới và hội nhập kinh tế quốc tế của Việt Nam. Các hiệp định thương mại tự do khu vực và song phương còn có mức độ mở cửa cao hơn so với các cam kết trong WTO. Những khác biệt trong các cam kết giữa các hiệp định thương mại ở mọi cấp độ nêu trên có thể tạo ra các tác động khác nhau về thương mại và đầu tư. Để hiểu biết toàn diện và khái quát về nền tảng pháp luật thương mại quốc tế ở cả ba cấp độ nêu trên, Phần 1 này của Giáo trình giới thiệu ba chương, cụ thể là: Luật WTO - điều chỉnh quan hệ thương mại quốc tế ở tầm toàn cầu (*xem* Chương 2 của Giáo trình); Pháp luật hội nhập kinh tế khu vực (*xem* Chương 3 của Giáo trình); và các hiệp định hợp tác thương mại song phương giữa Việt Nam và một số đối tác (*xem* Chương 4 của Giáo trình).

CHƯƠNG 2

LUẬT WTO

Mục 1. GIỚI THIỆU (*)

Tổ chức thương mại thế giới ('WTO') là một trong những tổ chức quốc tế quan trọng nhất trên thế giới hiện nay. Dù là tổ chức còn tương đối non trẻ, chỉ chính thức được thành lập từ ngày 1/1/1995, nhưng hệ thống thương mại nguyên

(*) *Tác giả: Nguyễn Đăng Thắng, Thạc sĩ, Nghiên cứu sinh - Trường Đại học Tổng hợp Cambridge, Anh quốc; Chuyên gia pháp luật, Vụ pháp luật và điều ước quốc tế, Bộ Ngoại giao. Người biên dịch: Nguyễn Ngọc Lan, Cử nhân quan hệ quốc tế, Giảng viên, Học viện Ngoại giao Việt Nam (DAV).*

gốc của WTO đã có trước chính bản thân tổ chức này đến gần nửa thế kỉ. Do đó, để hiểu về WTO, cần hiểu về lịch sử của tổ chức và đặc biệt là GATT - nền tảng của hệ thống thương mại thế giới. Mục này xem xét sự phát triển của WTO và điểm qua những khía cạnh của WTO với tư cách là một tổ chức quốc tế.

1. Tiền đề lịch sử

Nguồn gốc của WTO bắt đầu từ những năm cuối của Chiến tranh thế giới thứ II, khi các nước đàm phán về kế hoạch hậu chiến. Các nhà hoạch định chính sách cho giai đoạn hậu chiến, đứng đầu là Trócs-trin (Thủ tướng Anh) và Ru-dơ-ven (Tổng thống Hoa Kỳ), đều muốn tránh lặp lại thảm họa kinh tế và chính trị giai đoạn giữa hai cuộc Chiến tranh thế giới,¹ mà một trong những nguyên nhân của nó chính là chính sách bảo hộ mậu dịch của các nước. Ngay từ giai đoạn ban đầu cho đến nay, ngoài lí do kinh tế như trình bày tại Chương 1, cơ sở lí luận cơ bản về luật thương mại quốc tế là khá đơn giản: Nếu muốn thúc đẩy thương mại xuyên biên giới thì cần phải hạn chế sự can thiệp của chính phủ vào việc việc buôn bán hàng hoá của các công ty tư nhân - chủ thể chủ yếu tiến hành hoạt động thương mại này. Chính từ suy nghĩ đó mà cuộc thảo luận giữa Anh và Hoa Kỳ về thương mại đã được tiến hành từ năm 1943 để từ đó cho ra đời tài liệu có tên gọi 'Các đề xuất để mở rộng thương mại và việc làm trên thế giới' (sau đây gọi là '*Bản đề xuất*') vào cuối năm 1945.² *Bản đề xuất* này dự kiến xây dựng bộ quy tắc điều chỉnh việc các chính phủ hạn chế thương mại quốc tế cũng như thành lập Tổ chức thương mại quốc tế (International Trade Organization - viết tắt là 'ITO') để giám sát việc thực hiện bộ quy tắc đó.

Đến đầu tháng 12/1945, sau khi công khai *Bản đề xuất*, Hoa Kỳ gửi thư mời 15 nước tham gia đàm phán về giảm thuế quan. Trừ Liên Xô, đến tháng 1/1946, tất cả các nước được mời đều nhận lời tham gia đàm phán. Tuy nhiên, cuộc đàm phán đã không được tổ chức sớm mà phải đợi đến đầu năm 1947.³

Hoa Kỳ cũng tận dụng kênh khác để thúc đẩy thực hiện *Bản đề xuất*, đó là thông qua Liên hợp quốc - tổ chức cũng được thành lập năm 1945. Tại cuộc họp đầu tiên vào tháng 2/1946, theo đề nghị của Hoa Kỳ, Ủy ban kinh tế và xã hội của Liên hợp quốc đã thông qua nghị quyết về việc triệu tập Hội

¹ Đồng thời cũng phải nói thêm rằng vào giai đoạn này, Hoa Kỳ đã sẵn sàng gánh vác vai trò lãnh đạo thế giới, và không chỉ hạn chế ảnh hưởng của mình ở Mỹ La-tinh.

² Tài liệu này được đưa ra tại cuộc họp báo của Bộ ngoại giao Hoa Kỳ ngày 6/12/1945, tái bản trong tài liệu 13 US Dept of State Bulletin 912-29, (1945). Trước khi chính thức được đưa ra công khai, tài liệu này đã được gửi cho chính phủ của một số nước.

³ 14 nước nhận lời là: Úc, Bỉ, Brazil, Ca-na-đa, Trung Quốc, Cu Ba, Tiệp Khắc, Pháp, Ấn Độ, Luých-xăm-bua, Hà Lan, Niu Di-lân, Nam Phi và Anh.

ngiht quốc tế về thương mại và việc làm, đồng thời chỉ định một uỷ ban trù bị để dự thảo tài liệu thảo luận tại Hội nghị. Mục đích của Hội nghị không chỉ giới hạn ở việc đàm phán về giảm thuế quan mà còn để chuẩn bị một hiến chương với nội dung rộng hơn cho ITO. Đáng chú ý là vào thời điểm đó, Hoa Kỳ đã sửa đổi *Bản đề xuất* năm 1945 thành Dự thảo Hiến chương⁴ để làm cơ sở cho việc đàm phán Hiến chương ITO.

Tổng cộng đã diễn ra bốn cuộc gặp để đàm phán Hiến chương ITO. Cuộc họp của Uỷ ban trù bị diễn ra tại Luân-đôn vào các tháng 11 và 12/1946 đã đưa ra được dự thảo đầu tiên của Hiến chương ITO và sau đó được sửa đổi lại sau cuộc họp thứ hai của Nhóm kỹ thuật (phụ trách soạn thảo văn bản) tại Lake Success, Niu Y-óc, vào đầu năm 1947. Cuộc họp chủ chốt cho việc chuẩn bị Hiến chương ITO là cuộc họp thứ ba diễn ra tại Giơ-ne-vơ từ tháng tư đến tháng 10/1947 và sau đó được tiếp nối bằng Hội nghị toàn thể về thương mại và việc làm do Liên hợp quốc tổ chức tại La Ha-ba-na từ tháng 11/1947 đến tháng 3/1948 để hoàn thành Hiến chương ITO. Tuy nhiên, Nghị viện Hoa Kỳ không ủng hộ Hiến chương ITO và Hoa Kỳ - nền kinh tế và quốc gia thương mại hàng đầu của thế giới, không thể trở thành thành viên của ITO. Điều này dẫn đến hệ quả là các nước khác cũng không còn mặn mà với việc thành lập ITO nữa và Hiến chương ITO không bao giờ có hiệu lực.

Tuy ITO không được thành lập, nhưng văn kiện tự do hoá thương mại quan trọng nhất của tổ chức này, Hiệp định chung về thuế quan và thương mại (General Agreement on Tariff and Trade - viết tắt là GATT 1947) lại vẫn tồn tại. GATT 1947 dự kiến ban đầu là Chương IV trong Dự thảo Hiến chương gồm bảy chương về ITO của Hoa Kỳ.⁵ Do đó, nội dung của GATT 1947 được xây dựng trong một loạt các cuộc đàm phán của Uỷ ban trù bị thành lập ITO nói trên. Cuộc họp đầu tiên của Uỷ ban trù bị tại Luân-đôn thảo luận các điều khoản của GATT 1947 trong khuôn khổ của cuộc thảo luận rộng hơn về các điều khoản của 'Hiến chương hoặc các điều khoản của Thoả thuận về Tổ chức thương mại quốc tế.'⁶ Tuy nhiên, phải đến cuộc họp tại Niu Y-óc thì các điều khoản của GATT 1947 mới được tách riêng khỏi dự thảo Hiến chương ITO.⁷ Cũng tại cuộc họp ở Niu Y-óc, các đoàn đàm

⁴ Dự thảo Hiến chương bao gồm bảy chương có tiêu đề là: I - Mục đích; II - Thành viên; III - Các điều khoản về việc làm; IV - Chính sách thương mại chung; V - Các phương thức kinh doanh hạn chế; VI - Các dàn xếp về hàng hoá liên chính phủ; và VII - Tổ chức. Các quy định tại Chương IV sau đó là cơ sở để đàm phán về GATT.

⁵ Như trên.

⁶ Xem tài liệu số E/PC/T/33, tr. 4.

⁷ Hai dự thảo có nhiều điều khoản giống nhau và phần lớn với lời văn giống nhau. Ngoại lệ đáng chú ý đó là về các biện pháp liên quan đến trợ cấp. Điều 30 trong Dự thảo Niu Y-óc về Hiến chương ITO bao gồm các biện pháp đối với cả trợ cấp xuất khẩu và nội địa, trong khi Điều XIV của dự thảo

phán thấy rằng nhiều khả năng là GATT 1947 sẽ có hiệu lực trước ITO.⁸ Cuộc họp tại Giơ-ne-vơ đưa ra rất ít sửa đổi thực chất đối với dự thảo GATT 1947 có từ cuộc họp tại Niu Y-óc. Tuy nhiên, tầm quan trọng của cuộc họp ở Giơ-ne-vơ là tại đó cuộc đàm phán đa phương đầu tiên về giảm thuế quan đã được tiến hành giữa Hoa Kỳ với 14 nước đồng ý tham gia đàm phán theo lời mời của Hoa Kỳ vào tháng 12/1945⁹ và 8 nước khác được Hoa Kỳ mời sau đó.¹⁰ Tại cuộc đàm phán đầu tiên này, trong thời gian từ tháng tư đến tháng 12/1947, 23 nước (sau này cũng là các thành viên sáng lập GATT 1947), đã tiến hành không ít hơn 123 cuộc gặp song phương để giải quyết 45.000 dòng thuế quan, có tác động đến khối lượng hàng hoá thương mại trị giá khoảng 10 tỉ USD¹¹ hay tương đương 1/2 giá trị thương mại thế giới.¹² Sau khi kết thúc cả đàm phán về dự thảo văn bản GATT 1947 lẫn về giảm thuế quan, GATT 1947 đã được mở kí ngày 30/10/1947¹³ và sau đó tạm thời có hiệu lực từ ngày 1/1/1948 thông qua Nghị định thư về việc áp dụng tạm thời.¹⁴ Cần giải thích ở đây lí do tại sao GATT 1947 chỉ được áp dụng tạm thời. Theo quy định tại Hiến pháp của một số nước, để GATT 1947 chính thức có hiệu lực thì văn bản này phải được trình lên nghị viện để phê chuẩn. Nhưng vì những nước này cũng dự kiến sẽ trình phê chuẩn Hiến chương ITO sau khi được thông qua, họ sợ rằng ‘việc sử dụng các nỗ lực chính trị để được cơ quan lập pháp phê chuẩn GATT sẽ làm ảnh hưởng đến nỗ lực thông qua ITO sau đó’,¹⁵ do vậy dự kiến sẽ trình đồng thời cả GATT 1947 và Hiến chương ITO.

Dù ITO không được thành lập, nhưng GATT 1947 đã được áp dụng ‘tạm thời’ trong gần 50 năm và chứng minh giá trị của nó qua thời gian.¹⁶

GATT 1947 sau cuộc họp ở Niu Y-óc chỉ điều chỉnh trợ cấp nội địa.

⁸ Lí do cho việc cần kết thúc đàm phán và thực hiện GATT 1947 sớm là vì đoàn đàm phán của Hoa Kỳ đàm phán theo thẩm quyền được quy định trong Luật thương mại Hoa Kỳ, theo đó họ sẽ không phải đệ trình GATT 1947 lên Nghị viện nhưng Luật đó sẽ hết hạn vào giữa năm 1948. Xem: J. H. Jackson, *The World Trading System: Law and Policy of International Economic Relations*, 2nd edn., (1997), tr. 40.

⁹ Như trên.

¹⁰ Các nước này gồm Mi-an-ma, Xây-lông, Chi Lê, Li Băng, Na Uy, Pa-ki-xtan, Nam Rô-đê-di và Si-ri.

¹¹ WTO, Information and External Relations Division, *Understanding the WTO*, 5th edn., (2011), tr. 15, <http://www.wto.org> (truy cập ngày 14/12/2011).

¹² D. A. Irwin và các tác giả khác, *The Genesis of GATT*, (2008), tr. 118.

¹³ 55 *United Nations Treaties Series* 187. GATT 1947 được kí kết sau tổng cộng 626 cuộc họp (453 cuộc tại Giơ-ne-vơ, 58 cuộc tại Lake Success và 150 cuộc tại Luân-đôn).

¹⁴ 55 *United Nations Treaties Series* 308. Tuy nhiên, khi mà rõ ràng là Hiến chương ITO sẽ không có hiệu lực, hình thức áp dụng tạm thời GATT 1947 vẫn cần phải duy trì để tránh có sự phân biệt giữa các nước đã thông qua GATT 1947 tạm thời và các nước thông qua GATT 1947 chính thức. Xem: Jackson, *World Trade and the Law of the GATT*, Bobbs-Merrill, Indianapolis, (1969), 60 ff, trích trong Irwin và các tác giả khác, *The Genesis of GATT*, tr. 119.

¹⁵ J. H. Jackson, Sđd, tr. 40.

¹⁶ Sau khi có hiệu lực vào ngày 1/1/1948, GATT đã được chỉnh sửa ngay sau Hội nghị La Ha-ba-na,

Dần dần, GATT 1947 đã trở thành ‘định chế’ quốc tế trên thực tế (‘de facto’), tạo diễn đàn cho các thành viên gặp gỡ và đàm phán giảm thuế quan cũng như các rào cản phi thuế quan. Trong thời gian từ năm 1947 đến 1979 đã diễn ra tổng cộng bảy vòng đàm phán. Nếu như năm vòng đàm phán đầu tiên chỉ tập trung vào vấn đề giảm thuế quan và tỏ ra khá thành công,¹⁷ thì các cuộc đàm phán từ vòng thứ sáu, còn gọi là Vòng Ken-nơ-đi (1964-1967) lại tỏ ra ít thành công hơn khi mà chủ đề đàm phán được mở rộng ra cả vấn đề rào cản thương mại phi thuế quan (viết tắt là ‘NTBs’) - vấn đề đang ngày càng trở nên nghiêm trọng hơn so với rào cản thuế quan.¹⁸ Vòng Tô-ky-ô (1973-1979), dù đạt được thành quả tốt hơn so với Vòng Ken-nơ-đi, nhưng lại có tác động hạn chế đối với thương mại toàn cầu, do các thoả thuận tại Vòng Tô-ky-ô chỉ có số lượng các thành viên tham gia hạn chế.¹⁹ Sau Vòng Tô-ky-ô, Hoa Kỳ và một số nước muốn tổ chức vòng đàm phán mới với chương trình nghị sự rộng lớn, bao gồm cả những chủ đề như thương mại dịch vụ và việc bảo hộ IPRs, trong khi đó các nước khác hoặc là không muốn tổ chức cuộc đàm phán có chương trình nghị sự rộng lớn, hoặc là không muốn tổ chức thêm cuộc đàm phán nào khác nữa. Tuy nhiên, cuối cùng thì Vòng U-ru-goay vẫn được tổ chức, dẫn đến việc thành lập WTO.

2. Vòng đàm phán U-ru-goay và sự ra đời của WTO

Tháng 9/1986, các bộ trưởng thương mại của thành viên GATT 1947 đã gặp nhau tại Punta del Este, U-ru-goay, và sau vài ngày tranh luận đã thống nhất tiến hành Vòng đàm phán thương mại đa phương lần thứ 8, còn được gọi là Vòng U-ru-goay, muộn nhất là vào ngày 31/10/1986. Tuyên bố Punta del Este cũng nêu rõ: ‘Việc tiến hành, tổ chức và thực hiện kết quả của việc đàm phán sẽ là một phần trong một cam kết đơn nhất.’ Tuyên bố vạch ra khoảng 15 chủ đề thảo luận, bao gồm từ những vấn đề như thương mại hàng hoá (nông sản và hàng dệt may), các NTBs, và đặc biệt là lần đầu tiên trong lịch sử, vấn đề thương mại dịch vụ được thảo luận. Phần lớn các cuộc đàm phán kết thúc tại Giơ-ne-vơ vào tháng 12/1993²⁰ (dù một số cuộc thảo luận về tiếp

sửa đổi tại Ki họp kiểm điểm năm 1955 và bổ sung Phần IV ‘Thương mại và phát triển’ vào năm 1965. Sau đó không có bất kỳ sửa đổi nào nữa.

¹⁷ Ngoài vòng thứ nhất tại Giơ-ne-vơ (1947) nói trên, bốn vòng khác là tại An-nơ-xi (1949), Tô-quay (1951), Giơ-ne-vơ (1956) và Đê-lông (1960-1961).

¹⁸ Vòng Ken-nơ-đi thực chất không đạt được mấy kết quả về NTBs, và một trong những lí do đó là việc thiếu khuôn khổ thể chế ‘hiện đại’ đáp ứng yêu cầu của cuộc đàm phán về phi thuế quan.

¹⁹ Thực chất cũng có thể lập luận rằng số lượng hạn chế các nước thành viên cho thấy việc thiếu đồng thuận giữa các đoàn đàm phán.

²⁰ Ngày 15/12/1993 trở thành hạn chót cho Hoa Kỳ, do ngày 16/4/1994 là ngày hết hạn thẩm quyền đàm phán ‘tất’ của Tổng thống theo đó Tổng thống Hoa Kỳ có thể đệ trình các thoả thuận lên

cận thị trường vẫn diễn ra) và thoả thuận được kí ngày 15/4/1994 tại Hội nghị bộ trưởng Ma-ra-két, Ma-rốc.²¹ Vòng U-ru-goay đã được bình luận như sau:

Vòng đàm phán đã diễn ra bảy năm rưỡi, gần như gấp đôi so với dự kiến. Đến cuối vòng đàm phán đã có 123 nước tham gia. Vòng đàm phán đã thảo luận hầu như tất cả các vấn đề về thương mại, từ bản chải đánh răng đến du thuyền, từ ngân hàng đến viễn thông, từ gien lúa đến biện pháp chữa AIDS. Nói đơn giản, đây là vòng đàm phán thương mại lớn nhất từ trước đến nay và có lẽ là vòng đàm phán lớn nhất trong lịch sử tất cả các cuộc đàm phán.²²

Thực vậy, Vòng U-ru-goay là vòng đàm phán thương mại đa phương ‘tham vọng’ nhất từ trước đến nay, tại đó thảo luận ‘gần như tất cả những vấn đề chính sách thương mại nổi bật.’²³ Đáng ngạc nhiên là Vòng U-ru-goay đã hoàn thành được phần lớn tham vọng nêu trong Tuyên bố Pun-ta đen Este. Hơn nữa, Vòng U-ru-goay còn vượt ra ngoài cả mục tiêu khiêm tốn được đặt ra ban đầu liên quan đến cải tổ thể chế của GATT 1947 bằng việc thành lập tổ chức quốc tế mới về thương mại, lấy tên là Tổ chức thương mại thế giới (‘WTO’).²⁴

Hiệp định Ma-ra-két thành lập WTO (Hiệp định WTO) nằm trong Định ước cuối cùng kí tại Hội nghị bộ trưởng Ma-ra-két nói trên²⁵ chính là hiến chương của tổ chức. Hiệp định này bao trùm lên tất cả các hiệp định cụ thể và kĩ thuật khác (kể cả các biểu cam kết). Tất cả các thoả thuận đạt được tại Vòng U-ru-goay được ghi trong bốn phụ lục của Hiệp định WTO. Ba phụ lục đầu tiên có tính bắt buộc (nghĩa là tất cả các thành viên đều phải chấp nhận), trong khi Phụ lục 4 chỉ có các ‘thoả thuận nhiều bên’ (plurilateral agreements) có tính tuỳ chọn.²⁶ Phụ lục 2 là ‘Hiệp định về quy tắc và thủ tục

Nghị viện trước 120 ngày và Nghị viện chỉ có thể bỏ phiếu thông qua hoặc không thông qua chứ không có quyền sửa đổi. Xem: A. F. Lowenfeld, *International Economic Law*, 2nd edn., (2008), tr. 69, chú thích 59.

²¹ Các mốc quan trọng khác trong Vòng U-ru-goay là: tháng 12/1988 (Mông-rê-an: kiểm điểm giữa kì cấp bộ trưởng); tháng 4/1989 (Giơ-ne-vơ: kiểm điểm giữa kì kết thúc); tháng 12/1990 (Brúc-xen: cuộc họp cấp bộ trưởng kết thúc bế tắc); tháng 12/1991 (Giơ-ne-vơ: dự thảo đầu tiên của Định ước cuối cùng hoàn thành); tháng 11/1992 (Oa-sinh-ton: Hoa Kỳ và EU đạt được đột phá trong lĩnh vực nông sản); tháng 7/1993 (Tô-ky-ô: Bộ tứ - Hoa Kỳ, EU, Nhật Bản và Ca-na-đa - đạt được đột phá về tiếp cận thị trường tại hội nghị thượng đỉnh G7).

²² WTO, *Understanding the WTO*, tr. 18.

²³ Như trên.

²⁴ Ý tưởng về việc thành lập một tổ chức mới được cho là do Bộ trưởng thương mại Ý Renato Ruggiero nêu lên vào tháng 2/1990. Tuy nhiên, Ca-na-đa là nước đề xuất chính thức về việc này vào tháng 5/1990 và lấy tên Tổ chức thương mại thế giới để đặt cho tổ chức quốc tế được thành lập nhằm giám sát các vấn kiện khác nhau liên quan đến thương mại. Tương tự, Cộng đồng châu Âu cũng đưa đề nghị vào tháng 7/1990, đề nghị thành lập một Tổ chức thương mại đa phương. Tuy nhiên, phải đến tháng 12/1993, Hoa Kỳ, sau khi bị cô lập trong vấn đề này, mới đồng ý về việc thành lập một tổ chức quốc tế mới với điều kiện là tên gọi do Ca-na-đa đề xuất được sử dụng.

²⁵ 1867 *United Nations Treaties Series* 3.

²⁶ Điều này ở mức độ nào đó đi ngược lại với ý tưởng về ‘cam kết cả gói’ trong Tuyên bố Pun-ta

giải quyết tranh chấp’, và Phụ lục 3 là ‘Hiệp định về rà soát chính sách thương mại’. Phụ lục 1 là nền tảng của hệ thống thương mại thế giới, được chia thành ba phần tương ứng với ba nhóm thoả thuận cơ bản về hàng hoá (GATT 1994²⁷ cùng các thoả thuận liên quan và các văn bản khác), về dịch vụ (GATS và các phụ lục) và các khía cạnh liên quan đến thương mại của quyền sở hữu trí tuệ (TRIPS).

Như dự kiến trong Định ước cuối cùng, Hiệp định WTO có hiệu lực chính thức từ ngày 1/1/1995. WTO giờ đây trở thành tổ chức quốc tế quan trọng thứ hai trên thế giới, chỉ sau Liên hợp quốc. Để tạo cơ sở cho các thảo luận về nội dung các quy tắc thương mại của WTO, phần tiếp theo ngay sau đây sẽ xem xét một số khía cạnh về tổ chức của WTO với tư cách là tổ chức quốc tế.

3. WTO với tư cách là một tổ chức quốc tế

A. Mục đích của WTO

Lí do cho việc hình thành và các mục tiêu về chính sách của WTO được nêu ra trong hai đoạn đầu tiên của Lời nói đầu Hiệp định WTO. Hai đoạn này quy định rằng:

Thừa nhận rằng tất cả những mối quan hệ của [các thành viên] trong lĩnh vực kinh tế và thương mại phải được thực hiện với mục tiêu nâng cao mức sống, bảo đảm đầy đủ việc làm và một khối lượng thu nhập và nhu cầu thực tế lớn và phát triển ổn định; mở rộng sản xuất, thương mại hàng hoá và dịch vụ, trong khi đó vẫn bảo đảm việc sử dụng tối ưu nguồn lực của thế giới theo đúng mục tiêu phát triển bền vững, bảo vệ và duy trì môi trường và nâng cao các biện pháp để thực hiện điều đó theo cách thức phù hợp với những nhu cầu và mối quan tâm riêng rẽ của mỗi bên ở các cấp độ phát triển kinh tế khác nhau;

Thừa nhận thêm rằng cần phải có nỗ lực tích cực để bảo đảm rằng các nước đang phát triển, đặc biệt là những nước kém phát triển nhất, duy trì được tỉ phần tăng trưởng trong thương mại quốc tế tương xứng với nhu cầu phát triển kinh tế của các quốc gia đó....

Peter Van den Bossche rút ra từ hai đoạn nêu trên bốn mục tiêu tối hậu của WTO là:

đen Este. Bốn thoả thuận nhiều bên được liệt kê trong Phụ lục 4, trong đó hai thoả thuận liên quan đến sản phẩm nông nghiệp (sữa và thịt bò) kết thúc vào năm 1997 còn hai thoả thuận khác về máy bay dân dụng và mua sắm chính phủ, được coi là được các nước công nghiệp phát triển quan tâm nhiều hơn là các DCs.

²⁷ GATT 1994 bao gồm GATT 1947 như được sửa đổi trước năm 1994, các nghị định thư liên quan đến giảm thuế quan, các nghị định thư gia nhập, các quyết định của thành viên GATT 1947 và một số các bản diễn giải.

- Nâng cao mức sống;
- Tạo công ăn việc làm đầy đủ;
- Tăng thu nhập và nhu cầu thực tế;
- Mở rộng sản xuất và thương mại trong lĩnh vực hàng hoá và dịch vụ.²⁸

Tuy nhiên, như Bossche cũng đã chỉ ra, hai đoạn nói trên cũng nhấn mạnh rằng việc thực hiện những mục tiêu này không được làm phương hại đến môi trường cũng như nhu cầu của các DCs.²⁹ Cơ quan phúc thẩm của WTO, trong vụ *US-Shrimp* cũng chỉ ra rằng các nhà đàm phán Hiệp định WTO thừa nhận tầm quan trọng của phát triển kinh tế bền vững.³⁰

B. Chức năng của WTO

Khoản 1 Điều 2 Hiệp định WTO quy định rằng chức năng chủ yếu của WTO là tạo ra: ‘Một khuôn khổ chung có tính định chế để triển khai các mối quan hệ thương mại giữa các thành viên của tổ chức về những vấn đề liên quan đến các thoả thuận và các văn bản pháp luật liên quan được nêu trong các phụ lục của Hiệp định này’.

Để đạt được mục tiêu này, Điều III, với tiêu đề là ‘Chức năng’, quy định 5 chức năng bao quát của WTO như sau:

1. WTO tạo điều kiện thuận lợi cho việc thực thi, quản lý và điều hành, những mục tiêu khác của Hiệp định này và các hiệp định thương mại đa phương và cũng là một khuôn khổ cho việc thực thi, quản lý và điều hành các hiệp định thương mại nhiều bên.
2. WTO là một diễn đàn cho các cuộc đàm phán giữa các thành viên về những mối quan hệ thương mại đa phương trong những vấn đề được điều chỉnh theo các thoả thuận quy định trong các phụ lục của Hiệp định này. WTO có thể là một diễn đàn cho các cuộc đàm phán tiếp theo giữa các thành viên về những mối quan hệ thương mại đa phương của họ và cũng là một cơ chế cho việc thực thi các kết quả của các cuộc đàm phán đó hay do Hội nghị bộ trưởng quyết định.
3. WTO sẽ giám sát Hiệp định về quy tắc và thủ tục giải quyết tranh chấp (dưới đây được gọi là ‘DSU’) trong Phụ lục 2 của Hiệp định này.
4. WTO sẽ giám sát cơ chế rà soát chính sách thương mại (dưới đây được gọi là ‘TPRM’) tại Phụ lục 3 của Hiệp định này.
5. Nhằm đạt được sự nhất quán cao hơn trong quá trình hoạch định chính sách kinh tế toàn cầu, WTO, khi cần thiết, sẽ hợp tác với Quỹ tiền tệ quốc tế, Ngân hàng quốc tế về tái thiết và phát triển và các cơ quan trực thuộc của nó.

²⁸ Peter Van den Bossche, Sđd, tr. 85.

²⁹ Như trên.

³⁰ WTO, Báo cáo của Cơ quan phúc thẩm, vụ *US-Shrimp*, đoạn 153.

Bên cạnh các chức năng được quy định rõ ràng tại Điều III, Bossche còn cho rằng việc trợ giúp kỹ thuật cho các thành viên DCs rõ ràng là chức năng quan trọng của WTO, vì nó cho phép các thành viên này hội nhập vào hệ thống thương mại thế giới.³¹

C. Thành viên của WTO

Không chỉ các quốc gia mới có thể trở thành thành viên của WTO. Các lãnh thổ hải quan có quyền độc lập hoàn toàn trong việc điều hành các mối quan hệ ngoại thương và các vấn đề khác quy định trong Hiệp định này đều có thể gia nhập WTO.³² Ví dụ, Hồng Kông - Trung Quốc (thường gọi tắt là Hồng Kông), Ma Cao - Trung Quốc (thường gọi tắt là Ma Cao). Cộng đồng châu Âu cũng là thành viên của WTO, nhưng đây là trường hợp duy nhất và đặc biệt theo quy định tại khoản 1 Điều XI của Hiệp định WTO.³³

Đến thời điểm tháng 2/2012, WTO đã có hơn 153 thành viên³⁴ và với việc Nga sẽ trở thành thành viên, WTO sẽ bao gồm tất cả các nền kinh tế chủ chốt trên thế giới,³⁵ chiếm 97% tổng giá trị thương mại thế giới.³⁶

D. Cơ cấu tổ chức của WTO

Cơ cấu tổ chức cơ bản của WTO được quy định tại Điều IV của Hiệp định WTO, tuy nhiên tùy theo nhu cầu, các tiểu ban và các nhóm làm việc cũng có thể được thành lập. Theo báo cáo của Phó tổng giám đốc WTO, hiện nay có tổng cộng khoảng 70 cơ quan thuộc WTO, trong đó có 34 cơ quan thường

³¹ Peter Van den Bossche, Sđd, tr. 88.

³² Điều XII Hiệp định WTO.

³³ Cần lưu ý rằng cả các Cộng đồng châu Âu và các nước thành viên của Liên minh châu Âu đều là thành viên WTO. Điều này thể hiện sự phân quyền giữa các Cộng đồng châu Âu và các nước thành viên trong các lĩnh vực khác nhau thuộc phạm vi điều chỉnh của Hiệp định WTO. Cũng lưu ý thêm rằng các Cộng đồng châu Âu chứ không phải là một Cộng đồng châu Âu cụ thể được liệt kê là thành viên WTO. Lí do cho đến tận ngày 15/11/1994 (sau khi Vòng U-ru-goay kết thúc), Tòa án công lý châu Âu (ECJ), trong Ý kiến số 1/94, mới xác định rõ ràng trong số ba Cộng đồng châu Âu lúc đó là Cộng đồng châu Âu, Cộng đồng than thép châu Âu, và Cộng đồng năng lượng nguyên tử châu Âu, chỉ có Cộng đồng châu Âu cần tham gia WTO.

³⁴ Đến ngày 23/7/2008, WTO có 153 thành viên. Tuy nhiên, tại Hội nghị bộ trưởng WTO từ ngày 15 đến 17/12/2011, ba nước Mông-tê-nê-grô, Xa-moa và Nga đã được chấp nhận là thành viên mới của WTO. Trước đó, tháng 10/2011, Đại hội đồng cũng đã chấp thuận đề Va-nu-a-tu trở thành thành viên của WTO. Xem WTO, <http://www.wto.org>.

³⁵ Ngày 16/12/2011, Hội nghị bộ trưởng WTO lần thứ 8 tại Gio-ne-vơ đã thông qua tư cách thành viên của Nga và Nga có 220 ngày để phê chuẩn văn kiện gia nhập. Việc đàm phán của Nga để gia nhập WTO kéo dài 18 năm, thời gian dài nhất trong số các thành viên của WTO từ trước đến nay. Trước đây, kì lục này thuộc về Trung Quốc với thời gian đàm phán là 15 năm.

³⁶ Phát biểu của Tổng giám đốc WTO, Pascal Lamy, nhân dịp thông qua quyết định về việc gia nhập của Liên bang Nga, xem WTO, <http://www.wto.org>.

trực.³⁷ Ở cấp cao nhất trong cấu trúc của WTO là Hội nghị bộ trưởng, đây là cơ quan tối cao của WTO bao gồm các đại diện cấp bộ trưởng của tất cả các thành viên và có thẩm quyền ra quyết định đối với tất cả các vấn đề về bất kỳ thoả thuận đa phương nào của WTO.

Ở cấp thứ hai là Đại hội đồng, Cơ quan giải quyết tranh chấp (viết tắt là 'DSB') và Cơ quan rà soát chính sách thương mại (viết tắt là 'TPRB'). Ba cơ quan này thực chất là một. Đại hội đồng, bao gồm các nhà ngoại giao ở cấp đại sứ, chịu trách nhiệm về việc quản lý thường nhật WTO cũng như các hoạt động của tổ chức. Giữa các kì họp của Hội nghị bộ trưởng, Đại hội đồng thực hiện toàn bộ thẩm quyền của Hội nghị bộ trưởng. Khi Đại hội đồng giám sát hệ thống giải quyết tranh chấp của WTO thì nó sẽ hoạt động với tư cách DSB, còn khi Đại hội đồng giám sát cơ chế rà soát chính sách thương mại của WTO thì nó hoạt động với tư cách TPRB.

Bên dưới Đại hội đồng, DSB và TPRB - là ba hội đồng chuyên môn về thương mại hàng hoá (CTG), thương mại dịch vụ (CTS), quyền sở hữu trí tuệ liên quan đến thương mại (Hội đồng TRIPS). Điều này được trù định theo khoản 5 Điều IV của Hiệp định WTO. Theo khoản 2 Điều IX của Hiệp định WTO, chức năng rõ ràng nhất của những hội đồng chuyên môn này là đưa ra các khuyến nghị để Hội nghị bộ trưởng và Đại hội đồng thông qua việc giải thích thoả thuận thương mại nêu tại Phụ lục I của Hiệp định WTO mà các hội đồng chuyên môn này chịu trách nhiệm giám sát. Theo khoản 3 Điều IX và khoản 1 Điều X của Hiệp định WTO, các hội đồng chuyên môn cũng có vai trò trong việc thông qua các quyết định về tạm dừng nghĩa vụ hoặc sửa đổi quy định của WTO. GATS và Hiệp định TRIPS cũng trao cho các Hội đồng chuyên môn một số chức năng riêng.³⁸ Tuy nhiên, các hội đồng chuyên môn này không được trao nhiều thẩm quyền cụ thể, và khó có thể suy từ những chức năng giám sát chung một thẩm quyền nào của các hội đồng này trong việc đưa ra các quyết định, dù là quyết định mang tính chính trị hay pháp lí.³⁹ Bên cạnh các hội đồng chuyên môn, có một số uỷ ban và nhóm làm việc được thành lập để hỗ trợ Hội nghị bộ trưởng và Đại hội đồng.

Tháng 11/2001, Hội nghị bộ trưởng tại phiên họp Đô-ha đã quyết định thành lập Uỷ ban đàm phán thương mại (viết tắt là 'TNC') có nhiệm vụ

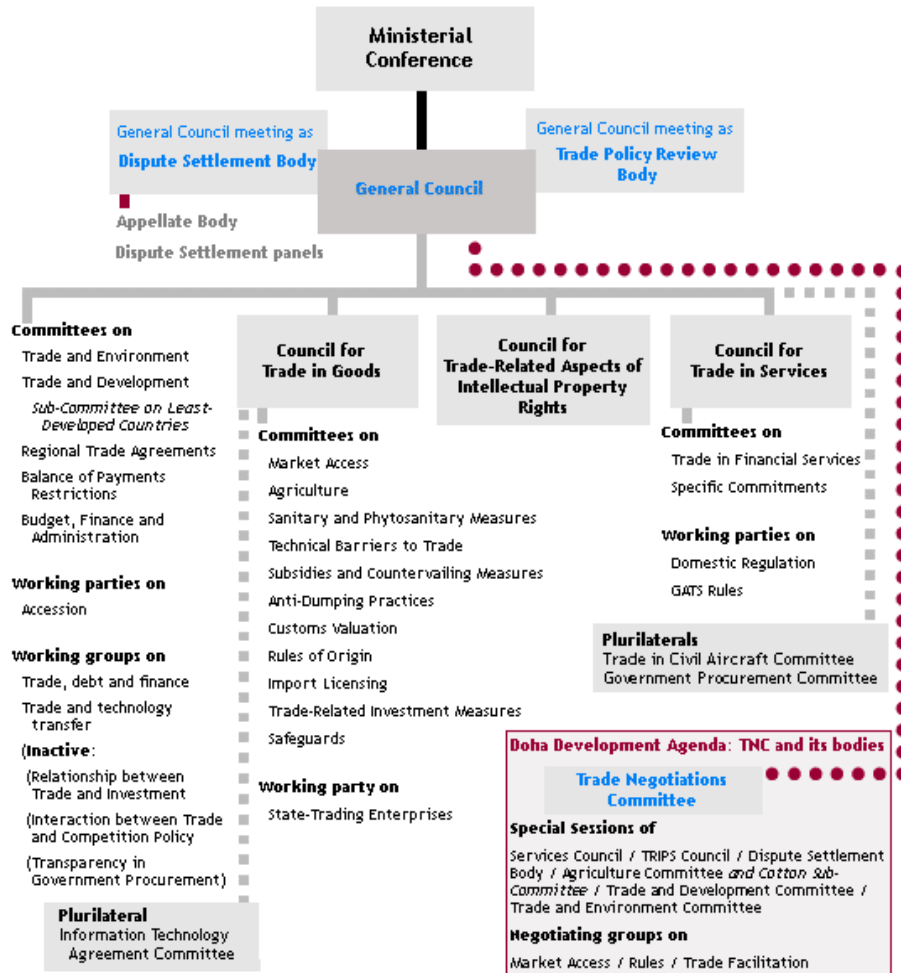
³⁷ Phát biểu của Miguel Rodriguez Mendoza trước Đại hội đồng ngày 13/2/2002, *Minutes of Meeting*, WT/GC/M/73, ngày 11/3/2002.

³⁸ Khoản 4 Điều VI GATS và khoản 1 Điều 66 Hiệp định TRIPS.

³⁹ P. J. Kuijper, 'Some Institutional Issues Presently Before the WTO' trong sách D. L. M. Kennedy và J. D. Southwick (chủ biên), *The Political Economy of International Trade Law: Essays in Honor of Robert E Hudec*, (2002), tr. 84.

cùng với các bộ phận đàm phán khác tổ chức các cuộc đàm phán trong Vòng đàm phán Đô-ha về phát triển. TNC báo cáo về tiến trình đàm phán cho các cuộc họp thường kì của Đại hội đồng.

Biểu đồ 2.1.1: Cơ cấu tổ chức của WTO⁴⁰



- Báo cáo lên Đại hội đồng (hoặc một cơ quan hỗ trợ)
- Báo cáo lên Cơ quan giải quyết tranh chấp (DSB)
- Các uỷ ban theo thoả thuận nhiều bên thông báo cho Đại hội đồng hoặc Hội đồng về hàng hoá về hoạt động của họ, dù rằng các thoả thuận nhiều bên không được tất cả các thành viên WTO kí.
- Uỷ ban đàm phán thương mại báo cáo lên Đại hội đồng.

⁴⁰ WTO, <http://www.wto.org>.

Cuối cùng, cũng giống như các tổ chức quốc tế khác, WTO có một Ban thư kí. Điều IV Hiệp định WTO quy định rằng WTO sẽ có một Ban thư kí do Tổng giám đốc lãnh đạo và Tổng giám đốc sẽ do Hội nghị bộ trưởng bầu ra. Ban thư kí WTO được đặt tại Giơ-ne-vơ với hơn 600 nhân viên.⁴¹ Giống như các tổ chức quốc tế khác, Ban thư kí WTO là cơ quan hành chính và Tổng giám đốc của nó không có bất kì thẩm quyền riêng biệt nào trong vấn đề ra quyết định. Thay vào đó, Tổng giám đốc và Ban thư kí hoạt động để ‘tạo thuận lợi’ cho tiến trình ra quyết định trong khuôn khổ WTO.⁴² Ban thư kí WTO có các nhiệm vụ sau:

- Cung cấp các hỗ trợ về kĩ thuật và nghiệp vụ cho các hội đồng và uỷ ban khác nhau;
- Cung cấp hỗ trợ kĩ thuật cho các DCs;
- Giám sát và phân tích biến động thương mại thế giới;
- Cung cấp thông tin cho công chúng và giới báo chí, đồng thời tổ chức các Hội nghị bộ trưởng;
- Cung cấp một số các hình thức hỗ trợ pháp lí trong quá trình giải quyết tranh chấp;
- Hướng dẫn các chính phủ về thủ tục để trở thành thành viên WTO.⁴³

E. Việc ra quyết định trong WTO

Thủ tục ra quyết định thông thường trong các cơ quan của WTO được quy định tại khoản 1 Điều IX của Hiệp định WTO như sau:

WTO sẽ tiếp tục thông lệ ra quyết định trên cơ sở *đồng thuận* như quy định trong GATT 1947. Trừ khi có quy định khác, nếu không thể đạt được một quyết định trên cơ sở *đồng thuận*, thì vấn đề cần giải quyết sẽ được quyết định bằng hình thức *bỏ phiếu*. Tại các cuộc họp của Hội nghị bộ trưởng và Đại hội đồng, mỗi thành viên của WTO có một phiếu... [T]rừ khi có quy định khác trong Hiệp định này hoặc trong Hiệp định thương mại đa phương có liên quan, các quyết định của Hội nghị bộ trưởng và Đại hội đồng được thông qua trên cơ sở *đa số phiếu*.

Như vậy, thủ tục ra quyết định của WTO được tiến hành theo hai bước. Trước hết các thành viên phải cố gắng đưa ra quyết định bằng *đồng*

⁴¹ WTO, *Overview of the WTO Secretariat*, nguồn: http://www.wto.org/english/thewto_e/secret_e/intro_e.htm

⁴² WTO, *Overview of the WTO Secretariat*; ‘Build Up: The Road to Mexico’, Phát biểu của Supachai Panitchpakdi, Tổng giám đốc WTO, ngày 8/1/2003, tại phiên họp toàn thể lần thứ XI của Hội nghị thượng đỉnh về quan hệ đối tác năm 2003, tại Hyderabad, http://www.wto.org/english/news_e/spsp_e/spsp09_e.htm (ngày 14/12/2011).

⁴³ WTO, *Overview of the WTO Secretariat*, nguồn: http://www.wto.org/english/thewto_e/secret_e/intro_e.htm

thuận. Thủ tục này được định nghĩa tại chú thích 1 của Điều IX như sau: ‘Cơ quan liên quan sẽ được coi là quyết định bằng đồng thuận đối với một vấn đề được đưa ra trước cơ quan đó để xem xét, nếu không có thành viên nào có mặt tại cuộc họp để đưa ra quyết định chính thức phản đối quyết định được thông qua’.

Nói cách khác, theo thủ tục đồng thuận, sẽ không diễn ra việc bỏ phiếu và quyết định sẽ được thông qua trừ phi có một thành viên công khai phản đối.

Khi thủ tục đồng thuận không đạt được, việc bỏ phiếu trên cơ sở mỗi thành viên một phiếu⁴⁴ sẽ được tiến hành. Trong trường hợp này, một quyết định sẽ được thông qua theo đa số phiếu.

Tuy nhiên, Hiệp định WTO cũng quy định một số ngoại lệ, được coi là luật riêng (*‘lex specialis’*) đối với quy tắc chung (thủ tục thông thường) về vấn đề ra quyết định. Các ngoại lệ đáng chú ý bao gồm việc ra quyết định trong DSB, việc giải thích chính thức, gia nhập, tạm dừng nghĩa vụ, sửa đổi quy định và các quy định liên quan đến vấn đề ngân sách hàng năm và tài chính. Đối với những vấn đề này, thủ tục ra quyết định riêng biệt là rất khác nhau, như quyết định chỉ được thông qua bằng đồng thuận (quyết định của DSB⁴⁵ hay tạm ngừng nghĩa vụ thành viên⁴⁶), theo đa số 3/4 (giải thích chính thức⁴⁷), đồng thuận sau đó theo đa số 2/3 (đối với thủ tục gia nhập,⁴⁸ sửa đổi⁴⁹), hoặc thậm chí là đa số 2/3 của hơn một nửa số thành viên WTO (quy định về tài chính và ngân sách hàng năm⁵⁰).

Dù vậy, cần nhấn mạnh rằng tuy Hiệp định WTO quy định về khả năng thông qua bằng bỏ phiếu, nhưng việc bỏ phiếu tại các cơ quan của WTO là rất hiếm hoi. Lí do cho việc ưu tiên thông qua các quyết định bằng đồng thuận so

⁴⁴ Vì cả Cộng đồng châu Âu và các thành viên của Cộng đồng đều là thành viên WTO, khoản 1 Điều IX của Hiệp định WTO và chú thích của Điều này quy định rằng trong mọi trường hợp, số phiếu của Cộng đồng châu Âu và các thành viên của nó cũng không được vượt quá tổng số phiếu của tất cả các thành viên. Nói cách khác, hoặc là Cộng đồng châu Âu bỏ phiếu hoặc là các thành viên của nó bỏ phiếu.

⁴⁵ Chú thích 3 của Điều IX, Hiệp định WTO, tại đó dẫn chiếu đến khoản 4 Điều 2 của Hiệp định về quy tắc và thủ tục giải quyết tranh chấp (Phụ lục 2).

⁴⁶ Dù khoản 3 Điều IX của Hiệp định WTO dự trù khả năng bỏ phiếu theo đa số 3/4, các thành viên WTO vào năm 1995 đã quyết định sẽ không áp dụng điều khoản này mà sẽ tiếp tục theo đuổi cơ chế đồng thuận.

⁴⁷ Khoản 2 Điều IX của Hiệp định WTO.

⁴⁸ Khoản 2 Điều XII của Hiệp định WTO quy định rằng một quyết định gia nhập sẽ được thông qua theo đa số 2/3. Tuy nhiên, Đại hội đồng đã thoả thuận vào ngày 15/11/1995 rằng đối với các quyết định gia nhập, trước hết cần nỗ lực đạt được đồng thuận.

⁴⁹ Khoản 1 Điều X Hiệp định WTO.

⁵⁰ Khoản 3 Điều VII Hiệp định WTO.

với bỏ phiếu không phải là khó hiểu. Thủ tục đồng thuận - thủ tục có tính chất tập thể - được coi là có tính chất ‘dân chủ hơn’ so với thủ tục bỏ phiếu.⁵¹ Tất nhiên, việc khẳng định gắn với thủ tục đồng thuận cũng có rủi ro, đó là việc cơ chế ra quyết định của WTO có thể đôi lúc bị tê liệt.

Mục 2. MỘT SỐ NGUYÊN TẮC CƠ BẢN CỦA WTO VÀ NGOẠI LỆ ^(*)

Cũng giống như GATT 1947 trước đây, bản thân WTO ngày nay không quy định trực tiếp về tự do hoá thương mại. Thay vào đó, GATT 1994 cũng như các hiệp định trong các phụ lục của Hiệp định WTO đặt ra một số nguyên tắc và quy tắc nhằm thúc đẩy và đảm bảo cho tự do hóa thương mại. Mục này sẽ thảo luận một số nguyên tắc và quy tắc cơ bản của WTO cũng như việc hạn chế áp dụng chúng (thông qua các ngoại lệ).

1. Một số nguyên tắc cơ bản của WTO

Ba hiệp định chủ chốt trong Phụ lục 1 của Hiệp định WTO bao gồm những quy tắc phức tạp về thương mại hàng hoá, dịch vụ cũng như việc bảo hộ IPRs. Những quy tắc này bao trùm phạm vi rộng lớn các vấn đề khác nhau, từ thuế quan, hạn ngạch (quota) nhập khẩu, thủ tục hải quan đến các biện pháp về an ninh quốc gia. Tuy nhiên, cũng có thể nhận thấy: xuyên suốt các hiệp định này là một số nguyên tắc cơ bản. Có thể nhận biết 5 nguyên tắc chính trong các hiệp định của WTO, đó là: (A) Thương mại không phân biệt đối xử; (B) Thương mại tự do hơn (dần dần và thông qua đàm phán); (C) Tính có thể dự đoán (thông qua các cam kết ràng buộc và minh bạch); (D) Thúc đẩy cạnh tranh lành mạnh; và (E) Khuyến khích phát triển và cải cách kinh tế.⁵² Nguyên tắc (A) được thể hiện trong hai nguyên tắc hay nghĩa vụ cơ bản về không phân biệt đối xử, đó là đối xử tối huệ quốc (viết tắt là ‘MFN’) và đối xử quốc gia (viết tắt là ‘NT’), trong khi các nguyên tắc (B) và (C) thực tế chứa đựng một số các quy tắc về tiếp cận thị trường và có thể gộp lại với

⁵¹ Như Mike Moore, Tổng giám đốc WTO, bình luận: ‘Nguyên tắc đồng thuận nằm ở trung tâm của hệ thống WTO, và là sự bảo đảm quan trọng về mặt dân chủ, không cần đàm phán nữa’. Xem Mike Moore, ‘Back on Track for Trade and Development’, bài diễn văn chính tại UNCTAD X, Băng Cốc, ngày 16/ 2/2000, nguồn: http://www.wto.org/english/news_e/spmm_e/spmm24_e.htm (ngày 14/12/2011).

^(*) Tác giả: Nguyễn Đăng Thắng, Thạc sĩ, Nghiên cứu sinh - Trường Đại học Tổng hợp Cambridge, Anh quốc; Chuyên gia pháp luật, Vụ pháp luật và điều ước quốc tế, Bộ Ngoại giao. Người biên dịch: Nguyễn Ngọc Lan, Cử nhân quan hệ quốc tế, Giảng viên, Học viện Ngoại giao Việt Nam (DAV).

⁵² WTO, *Understanding the WTO*, tr. 10-13.

nhau. Phần này trước tiên tập trung vào các nguyên tắc không phân biệt đối xử và các quy tắc về tiếp cận thị trường - những nguyên tắc và quy tắc được nêu trong Lời nói đầu của Hiệp định WTO - như là hai biện pháp để đạt được mục tiêu của WTO.

Bên cạnh các nghĩa vụ về không phân biệt đối xử mà bản thân chúng cũng bảo đảm các điều kiện công bằng hơn về thương mại, luật WTO còn có nhiều quy tắc để thực hiện nguyên tắc (D) về thúc đẩy cạnh tranh lành mạnh. Những quy tắc này được quy định không chỉ trong GATT 1994 mà còn trong các hiệp định về những lĩnh vực cụ thể như nông nghiệp, IPRs và dịch vụ.⁵³ Tất cả những thoả thuận này sẽ được xem xét ở các mục tiếp theo của chương này, do đó mục này chỉ tập trung vào hai loại thực tiễn phổ biến nhất về thương mại không công bằng về hàng hoá, đó là bán phá giá⁵⁴ và trợ cấp.

Nguyên tắc (E) về khuyến khích phát triển và cải cách kinh tế nhằm cân nhắc một thực tế là các thành viên DCs của WTO cần nhiều thời gian hơn để có thể thực hiện các hiệp định của WTO so với các thành viên khác giàu có hơn. Luật WTO quy định một số quy tắc, dưới hình thức các ngoại lệ có lợi cho các thành viên DCs, để thực hiện được nguyên tắc (E) này. Những quy tắc này sẽ được xem xét ngắn gọn khi thảo luận về các ngoại lệ trong luật WTO.⁵⁵

A. Thương mại không phân biệt đối xử hay nguyên tắc không phân biệt đối xử

Nguyên tắc không phân biệt đối xử là cốt lõi của luật WTO và được thể hiện trong tất cả các văn kiện chính của WTO (như GATT 1994, GATS, Hiệp định TRIPS...). Thực vậy, như nêu tại đoạn ba Lời nói đầu của Hiệp định WTO, ‘việc loại bỏ sự phân biệt đối xử trong các mối quan hệ thương mại quốc tế’ là một trong những biện pháp để đạt được các mục tiêu của WTO. Trong luật WTO có hai nguyên tắc về chống phân biệt đối xử, đó là MFN và NT. Nhìn chung, hai nguyên tắc này áp dụng trên cơ sở ‘xuất xứ quốc gia hoặc nơi đến’ của một hàng hóa hay dịch vụ, hoặc trên cơ sở ‘quốc tịch’ của người cung cấp dịch vụ.⁵⁶

⁵³ Ngoài ra, Hiệp định nhiều bên về mua sắm chính phủ cũng có thể coi là có cùng mục đích, dù chỉ có hiệu lực đối với một số lượng hạn chế các thành viên WTO. Biện pháp chống bán phá giá được thông báo với Ủy ban về hoạt động chống bán phá giá của WTO.

⁵⁴ M. J. Trebilcock và R. Howse, *The Regulation of International Trade*, (2005), tr. 232, cho rằng trong thời gian 1995 - 2002, có 2.160 đề xuất về việc áp dụng biện pháp AD được thông báo với Ủy ban về hoạt động chống bán phá giá của WTO.

⁵⁵ Xem ‘2. Một số ngoại lệ chung và ngoại lệ về an ninh’ dưới đây.

⁵⁶ Tuy các nghĩa vụ về không phân biệt đối xử MFN và NT cũng áp dụng trong bối cảnh Hiệp định

Nghĩa vụ đối xử MFN, hay còn gọi là nguyên tắc MFN, là quy tắc quan trọng nhất trong luật WTO và nếu thiếu nó thì hệ thống thương mại đa phương không thể tồn tại.⁵⁷ Việc nguyên tắc MFN được ghi nhận ngay tại Điều I của GATT 1994 (sau đây gọi là ‘GATT’) và tại Điều II (nhưng vẫn là quy định đầu tiên về nghĩa vụ chung) của GATS là minh chứng cho tầm quan trọng của nguyên tắc này.

Về bản chất, nghĩa vụ đối xử MFN cấm việc một thành viên WTO phân biệt đối xử giữa các nhà xuất khẩu hay nhà cung ứng dịch vụ nước ngoài khác nhau, trong khi nghĩa vụ NT ngăn cản thành viên WTO thực hiện việc phân biệt đối xử chống lại sản phẩm nước ngoài theo hướng có lợi cho sản phẩm, dịch vụ hay nhà cung ứng dịch vụ ‘tương tự’ trong nước. Tuy nhiên, do những nguyên tắc không phân biệt đối xử này có ý nghĩa khác nhau và được áp dụng khác nhau đối với thương mại hàng hoá và dịch vụ, nên cần thảo luận riêng rẽ việc áp dụng các nguyên tắc này trong từng lĩnh vực.

1. Đối xử MFN theo GATT

Nguyên tắc MFN trong thương mại hàng hoá được quy định trong khoản 1 Điều 1 của GATT như sau:

Với mọi khoản thuế quan và khoản thu thuộc bất cứ loại nào nhằm vào hay có liên hệ tới nhập khẩu và xuất khẩu hoặc đánh vào các khoản chuyên khoản để thanh toán hàng xuất nhập khẩu, hay phương thức đánh thuế hoặc áp dụng phụ thu nêu trên, hay với mọi luật lệ hay thủ tục trong xuất nhập khẩu và liên quan tới mọi nội dung đã được nêu tại khoản 2 và khoản 4 của Điều III, mọi lợi thế, ưu đãi, đặc quyền hay quyền miễn trừ được bất kỳ bên kí kết nào dành cho bất cứ một sản phẩm có xuất xứ từ hay được giao tới bất kỳ một nước nào khác sẽ được áp dụng cho sản phẩm tương tự có xuất xứ từ hay giao tới mọi bên kí kết khác ngay lập tức và vô điều kiện.

Cũng giống như các nghĩa vụ không phân biệt đối xử nói chung, mục đích chính của nghĩa vụ đối xử MFN là bảo đảm *sự bình đẳng về cơ hội* trong việc nhập khẩu hay xuất khẩu hàng hoá đến và đi từ các thành viên WTO.⁵⁸

TRIPS, nhưng do tính chất đặc thù của IPRs, các nghĩa vụ này được áp dụng một cách hạn chế hơn và khác với nghĩa vụ trong GATT và GATS. Mục này chỉ làm rõ các nghĩa vụ đối xử MFN và NT quy định trong GATT và GATS.

⁵⁷ Như Cơ quan phúc thẩm của WTO từng nhận xét: nghĩa vụ đối xử MFN nêu trong khoản 1 Điều 1 của GATT là ‘nền tảng của GATT’ và là ‘một trong những trụ cột của hệ thống thương mại WTO’. Xem: Báo cáo của Cơ quan phúc thẩm, vụ *EC-Tariff Preferences*, đoạn 101. Cũng xem Báo cáo của Cơ quan phúc thẩm, vụ *US-Section 211 Appropriations Act*, đoạn 297.

⁵⁸ WTO, Báo cáo của Cơ quan phúc thẩm, vụ *EC-Banana III*, đoạn 190:

Dù không có các từ ‘về mặt pháp luật’ (‘de jure’) và ‘trên thực tế’ (‘de facto’) trong lời văn, nhưng khoản 1 Điều I GATT được coi là áp dụng cả đối với phân biệt đối xử ‘về mặt pháp luật’ và ‘trên thực tế’. Nói cách khác, điều khoản này không chỉ cấm các biện pháp có tính chất phân biệt đối xử ngay khi nhìn vào văn bản luật, quy định hay chính sách, mà còn cấm cả các biện pháp nhìn bề ngoài thì là trung lập (không phân biệt đối xử), nhưng khi áp dụng trên thực tế thì lại dẫn đến sự phân biệt đối xử.⁵⁹

Để xác định xem liệu một biện pháp cụ thể có là phân biệt đối xử hay không, khoản 1 Điều I GATT đưa ra một quy trình kiểm tra gồm ba bước, đó là ba câu hỏi: (i) Liệu biện pháp gây tranh cãi có tạo ra một ‘loại thế, biệt đãi, đặc quyền hay quyền miễn trừ’ gì về mặt thương mại không? (ii) Liệu sản phẩm liên quan có phải là ‘sản phẩm tương tự’ không? và (iii) Liệu lợi thế được tạo ra có được trao cho ‘tất cả các sản phẩm tương tự ngay lập tức và vô điều kiện’ hay không?

Đối với câu hỏi thứ nhất, khoản 1 Điều I được thừa nhận là có phạm vi áp dụng rộng. Thực tế, nhiều biện pháp không được nêu tên cụ thể tại khoản 1 Điều I có thể được coi là nằm trong biện pháp này hay biện pháp khác nêu tại khoản 1 Điều I.⁶⁰ Mặt khác, dù khoản 1 Điều I có phạm vi áp dụng rộng, điều đó không có nghĩa là phạm vi đó là không có hạn chế. Ví dụ, Ban hội thẩm (Panel) trong vụ *EC-Commercial Vessels* lưu ý rằng do các biện pháp theo khoản 8(b) Điều III (về trợ cấp cho sản phẩm nội địa) không thuộc phạm vi áp dụng của khoản 2 và khoản 4 Điều III, mà lại được nêu tại khoản 1 Điều I, các biện pháp này cũng sẽ không thuộc phạm vi áp dụng của khoản 1 Điều I.⁶¹

Thuật ngữ ‘sản phẩm tương tự’ xuất hiện trong một số điều khoản của GATT, trong đó có khoản 1 Điều I. Việc hai sản phẩm có là ‘tương tự’ hay

Cốt lõi của các nghĩa vụ về không phân biệt đối xử đó là các sản phẩm giống nhau cần được đối xử bình đẳng, bất kể xuất xứ của chúng là gì. Vì các bên tranh chấp không có bất đồng gì về việc tất cả chuỗi đều là sản phẩm giống nhau, nên nghĩa vụ không phân biệt đối xử phải được áp dụng đối với tất cả các sản phẩm chuỗi nhập khẩu, bất kể việc một thành viên phân loại hay chia nhỏ các sản phẩm nhập khẩu để quản lý hay vì lý do nào khác.

⁵⁹ WTO, Báo cáo của Ban hội thẩm, vụ *Canada-Autos*, đoạn 10.40; WTO, Báo cáo của Cơ quan phúc thẩm, đoạn 78, theo đó cả Ban hội thẩm lẫn Cơ quan phúc thẩm đều bác bỏ lập luận của Canada rằng khoản 1 Điều I không áp dụng đối với những biện pháp mà nhìn bề ngoài thì là trung lập. Cũng xem các vụ việc trích dẫn tại WTO, Báo cáo của Cơ quan phúc thẩm.

⁶⁰ Xem Decision of the Contracting Parties của GATT 1947 tháng 8/1948 (‘thuế lãnh sự’ nằm trong cụm từ ‘các khoản thu khác’). WTO, Báo cáo của Ban hội thẩm, *US-MFN Footwear*, đoạn 6.8 (các quy tắc và quy định áp dụng đối với thuế đối kháng là ‘các quy tắc và quy định áp dụng liên quan đến nhập khẩu’); WTO, Báo cáo của Ban hội thẩm, vụ *US-Customs User Fee*, đoạn 122 (‘phí xử lý hàng hoá’ là khoản thu áp dụng đối với hay liên quan đến nhập khẩu).

⁶¹ WTO, Báo cáo của Ban hội thẩm, *EC-Commercial Vessels*, đoạn 7.83.

không là một vấn đề cốt yếu cho việc xác định xem có sự phân biệt đối xử theo khoản 1 Điều I hay không. Tuy nhiên, GATT không định nghĩa ‘sản phẩm tương tự’ là gì. Có ít án lệ về ‘sản phẩm tương tự’ nêu tại khoản 1 Điều I GATT hơn so với số lượng các án lệ về ‘sản phẩm tương tự’ nêu tại Điều III (xem nội dung tiếp theo dưới đây).⁶² Việc sử dụng từ điển để định nghĩa tính từ ‘tương tự’ cũng không có tác dụng gì,⁶³ vì ‘nghĩa trong từ điển để ngỏ, không trả lời nhiều câu hỏi cần phải được giải thích’.⁶⁴ Nhìn chung, khái niệm ‘sản phẩm tương tự’ được hiểu không giống nhau trong những bối cảnh khác nhau mà nó được sử dụng. Trong vụ *Japan-Alcoholic Beverages II*, Cơ quan phúc thẩm nhận xét về khái niệm này bằng việc so sánh nó như chiếc đàn ác-coóc-đê-ông như sau:

Chiếc đàn ác-coóc-đê-ông của ‘tính tương tự’ dẫn ra và co lại tại những vị trí khác nhau khi các điều khoản khác nhau của Hiệp định WTO được áp dụng. Độ rộng của đàn ác-coóc-đê-ông tại một vị trí cụ thể phải được xác định theo điều khoản cụ thể mà thuật ngữ ‘tương tự’ được viện dẫn, cũng như theo bối cảnh và hoàn cảnh của vụ việc cụ thể mà điều khoản đó được áp dụng.⁶⁵

Như vậy hai sản phẩm có thể là ‘tương tự’ theo điều khoản này nhưng lại ‘khác nhau’ theo điều khoản khác của GATT. Kinh nghiệm cho thấy, Ban hội thẩm của WTO khi xem xét liệu các sản phẩm có là ‘tương tự’ hay không thì cần xem xét: (i) Đặc điểm của sản phẩm; (ii) Người sử dụng cuối cùng; (iii) Quy định thuế quan của các thành viên khác.⁶⁶ Bossche cũng đề xuất rằng Ban hội thẩm của WTO cũng có thể cân nhắc đến thị hiếu và thói quen của người tiêu dùng khi quyết định tính ‘tương tự’ của các sản phẩm.⁶⁷

Cuối cùng, khoản 1 Điều I GATT đòi hỏi rằng thành viên WTO, nếu đã dành bất kỳ ưu đãi nào cho sản phẩm nhập khẩu từ thành viên khác, thì cũng sẽ phải dành ưu đãi đó ‘ngay lập tức và vô điều kiện’ cho sản phẩm nhập khẩu từ các thành viên khác nữa của WTO. Điều này có nghĩa là khi một thành viên

⁶² Do phạm vi của hai điều này khác nhau, nên cần rất thận trọng khi đánh giá về sự tương đồng của khái niệm ‘tương tự’.

⁶³ Cơ quan phúc thẩm trong vụ *EC-Asbestos*, đoạn 91, cho rằng nghĩa trong từ điển của từ ‘like’ cho thấy rằng ‘các sản phẩm tương tự’ là sản phẩm có một số đặc điểm giống hoặc tương tự nhau. Nhưng Cơ quan phúc thẩm ngay lập tức khẳng định rằng giải thích theo từ điển không có tính rõ ràng. Xem: vụ *EC-Asbestos*, đoạn 92.

⁶⁴ WTO, Báo cáo của Cơ quan phúc thẩm, vụ *Canada-Aircraft*, đoạn 153, trích lại trong WTO, Báo cáo của Cơ quan phúc thẩm, vụ *EC-Asbestos*, đoạn 92.

⁶⁵ WTO, Báo cáo của Cơ quan phúc thẩm, vụ *Japan-Alcoholic Beverages II*, tr. 114.

⁶⁶ Những tiêu chuẩn này được Ban hội thẩm GATT 1947 sử dụng trong vụ *Spain-Unroasted Coffee*.

⁶⁷ Peter Van den Bossche, Sđd, tr. 331.

WTO đã dành ưu đãi cho sản phẩm nhập khẩu từ một thành viên khác, thì thành viên đó không thể sử dụng ưu đãi đó để mặc cả và đòi hỏi ưu đãi hay nhượng bộ từ các thành viên WTO khác thì mới cho các thành viên WTO khác đó hưởng ưu đãi.⁶⁸ Án lệ điển hình liên quan đến vấn đề này là vụ *Belgium-Family Allowances*, khi Ban hội thẩm cho rằng luật của Bỉ quy định về việc miễn thuế cho các sản phẩm được mua từ những nước có hệ thống trợ cấp gia đình giống như Bỉ: ‘... [D]ẫn đến một sự phân biệt đối xử giữa các nước có hệ thống trợ cấp gia đình này và các nước có hệ thống trợ cấp gia đình khác, hay thậm chí không có hệ thống trợ cấp tương tự và đặt ra điều kiện cho việc miễn thuế.’⁶⁹

Mặt khác, việc thuật ngữ ‘vô điều kiện’ có cho phép phân biệt đối xử giữa các sản phẩm dựa trên xuất xứ của sản phẩm hay không, vẫn là vấn đề đang được Cơ quan phúc thẩm xem xét. Trong vụ *Canada-Autos* [2000], Ban hội thẩm cho rằng thuật ngữ ‘vô điều kiện’ loại trừ việc áp đặt các điều kiện, nếu các điều kiện này không phân biệt đối xử giữa các sản phẩm trên cơ sở xuất xứ của chúng,⁷⁰ trong khi đó Ban hội thẩm trong vụ *EC-Tariff Preferences* lại ủng hộ cách tiếp cận hẹp hơn đối với nghĩa của thuật ngữ ‘vô điều kiện’. Ban hội thẩm trong vụ *EC-Tariff Preferences* tuyên bố rằng họ không thấy có lí do gì để không giải thích thuật ngữ này theo nghĩa thông thường của nó - được hiểu theo khoản 1 Điều I, nghĩa là ‘không bị hạn chế hay chịu bất kì một điều kiện gì’.⁷¹ Tuy nhiên, Ban hội thẩm trong vụ *Colombia-Ports of Entry* [2009] lại ủng hộ cách tiếp cận của vụ *Canada-Autos*⁷² và điều này tiếp tục được Ban hội thẩm tái khẳng định trong vụ *US-Poultry from China* [2010].⁷³

2. Đối xử MFN theo GATS

Khoản 1 Điều II GATS nghiêm cấm việc phân biệt đối xử giữa các dịch vụ

⁶⁸ Báo cáo của Nhóm công tác về vấn đề Hung-ga-ri, L/3899, thông qua ngày 30/7/1973, BISD 20S/34, đoạn 12: ‘Điều kiện tiên quyết để có hợp đồng hợp tác nhằm hưởng mức thuế quan nhất định, dường như đặt ra điều kiện cho việc hưởng đối xử tối huệ quốc, do đó dường như không phù hợp với Hiệp định chung’.

⁶⁹ WTO, Báo cáo của Ban hội thẩm GATT, vụ *Belgium-Family Allowances*, đoạn 3. Báo cáo này được Ban hội thẩm viện dẫn trong vụ *Indonesia-Autos* khi xem xét vấn đề giống như vậy. Xem WTO, Báo cáo của Ban hội thẩm, vụ *Indonesia-Autos*, đoạn 14.144.

⁷⁰ WTO, Báo cáo của Ban hội thẩm, vụ *Canada-Autos*, đoạn 10.29.

⁷¹ WTO, Báo cáo của Ban hội thẩm, vụ *EC-Tariff Preferences*, đoạn 7.59.

⁷² WTO, Báo cáo của Ban hội thẩm, vụ *Colombia-Ports of Entry*, đoạn 7.361.

⁷³ WTO, Báo cáo của Ban hội thẩm, vụ *US-Poultry from China*, đoạn 7.437.

tương tự hay nhà cung ứng dịch vụ tương tự từ những thành viên khác nhau như sau:

Đối với bất kì biện pháp nào thuộc phạm vi điều chỉnh của Hiệp định này, mỗi thành viên phải dành ngay lập tức và vô điều kiện cho dịch vụ và các nhà cung ứng dịch vụ của bất kì thành viên nào khác, sự đối xử không kém thuận lợi hơn sự đối xử mà thành viên đó dành cho dịch vụ và các nhà cung ứng dịch vụ tương tự của bất kì thành viên nào khác.

Cũng giống như khoản 1 Điều I GATT, mục đích cơ bản của khoản 1 Điều II GATS là bảo đảm *sự bình đẳng về cơ hội* cho các dịch vụ và nhà cung ứng dịch vụ của *tất cả* các thành viên WTO. Khoản 1 Điều II của GATS được bổ sung bằng một số quy định khác về MFN hoặc tương tự như MFN trong GATS, bao gồm Điều VII (về công nhận); Điều VIII (về độc quyền và nhà cung ứng dịch vụ độc quyền); Điều X (về các quy tắc tương lai liên quan đến các biện pháp tự vệ khẩn cấp); Điều XII (về các biện pháp liên quan đến cán cân thanh toán); Điều XVI (về tiếp cận thị trường); và Điều XXI về (sửa đổi biểu cam kết).

Tương tự khoản 1 Điều I GATT, khoản 1 Điều II GATS áp dụng đối với cả hành vi phân biệt đối xử ‘theo pháp luật’ (*‘de jure’*) và ‘trên thực tế’ (*‘de facto’*) như Cơ quan phúc thẩm đã khẳng định trong vụ *EC-Bananas III*.⁷⁴

Phép thử về việc tuân thủ nghĩa vụ đối xử MFN quy định tại khoản 1 Điều II GATS, cũng giống như khoản 1 Điều I GATT, bao gồm ba bước. Cụ thể hơn, đó là cần phải trả lời ba câu hỏi sau: (i) Liệu biện pháp được nói đến có chịu sự điều chỉnh của GATS không? (ii) Liệu các dịch vụ hay nhà cung ứng dịch vụ có ‘tương tự’ không? và (iii) Liệu một sự đối xử kém thuận lợi hơn có xảy ra đối với các dịch vụ hay nhà cung ứng dịch vụ của của một thành viên hay không?

Như được chỉ ra tại khoản 1 Điều I GATS, để trả lời câu hỏi thứ nhất, cần xác định: Liệu biện pháp đang xem xét có phải (i) Là một biện pháp của một thành viên hay không? và (ii) Là biện pháp tác động đến thương mại dịch vụ hay không?

‘Một biện pháp của một thành viên’ là một khái niệm rộng và theo khoản 3 Điều I GATS, bao trùm tất cả các biện pháp: (i) Do các chính quyền và cơ quan ở trung ương, cấp vùng và địa phương thực hiện; và (ii) Thậm chí do cả các cơ quan phi chính phủ thực hiện những thẩm quyền do chính quyền hay cơ quan ở trung ương, cấp vùng và địa phương trao.

⁷⁴ WTO, Báo cáo của Cơ quan phúc thẩm, vụ *EC-Bananas III*, đoạn 233.

Để xác định xem liệu một biện pháp có phải là biện pháp ‘tác động đến thương mại dịch vụ’ hay không, Cơ quan phúc thẩm trong vụ *Canada-Autos* đã tuyên bố rằng cần xem xét hai vấn đề,⁷⁵ đó là: (i) Liệu có tồn tại ‘thương mại dịch vụ’ theo nghĩa của khoản 2 Điều I hay không? và (ii) Liệu biện pháp gây tranh cãi có ‘tác động’ đến hoạt động thương mại dịch vụ đó như quy định của khoản 1 Điều I hay không?

Khoản 2 Điều I GATS sẽ được thảo luận cụ thể hơn ở Mục 4 của chương này. Ở đây, chỉ cần nói ngắn gọn là khái niệm ‘thương mại dịch vụ’ là rất rộng. Như vậy, câu hỏi còn lại là biện pháp nào gây tác động đến thương mại dịch vụ? Cơ quan phúc thẩm trong vụ *EC-Bananas III* đã giải thích thuật ngữ ‘gây tác động’ như sau: ‘... [V]iệc sử dụng thuật ngữ ‘gây tác động’ (‘affecting’) thể hiện ý định của người soạn thảo là dành cho GATS một phạm vi áp dụng rộng. Theo nghĩa thông thường, từ ‘gây tác động’ ngụ ý rằng một biện pháp có ‘một tác động đối với’, điều này cho thấy một phạm vi áp dụng rất rộng’.

Việc giải thích như vậy được củng cố bằng kết luận của các Ban hội thẩm trước đây, theo đó ‘gây tác động’ trong bối cảnh Điều III GATT là rộng hơn so với phạm vi áp dụng của thuật ngữ ‘điều chỉnh’ (‘regulating’ hay ‘governing’).⁷⁶

Để một biện pháp có thể gây tác động đến thương mại dịch vụ, không cần thiết là biện pháp đó phải điều chỉnh việc cung ứng dịch vụ. Như Ban hội thẩm trong vụ *EC-Bananas III* đã chỉ ra, một biện pháp quy định một vấn đề khác vẫn có thể gây tác động đến thương mại dịch vụ, do đó chịu sự điều chỉnh của GATS.⁷⁷

Về câu hỏi liên quan đến ‘dịch vụ hoặc nhà cung ứng dịch vụ tương tự’, lưu ý là chỉ có định nghĩa về ‘nhà cung ứng dịch vụ’ được nêu ra tại Điều XXVIII(g), theo đó ‘nhà cung ứng dịch vụ’ là ‘bất kỳ người nào cung ứng dịch vụ’, kể cả thể nhân hay pháp nhân cũng như các nhà cung ứng dịch vụ thông qua các hình thức hiện diện thương mại. Trong khi GATS không đưa ra định nghĩa nào về ‘dịch vụ’, khoản 3(b) Điều I tuyên bố rằng: ‘dịch vụ’ bao gồm ‘bất kỳ loại dịch vụ nào ở trong bất kỳ lĩnh vực nào, trừ các dịch vụ được cung ứng để thực hiện quyền lực của chính phủ.’ GATS, cũng giống như GATT, không định nghĩa về tính ‘tương tự’ liên quan đến ‘dịch vụ’ và ‘nhà cung ứng dịch vụ’. Nhưng khác với GATT, cho đến nay vẫn

⁷⁵ WTO, Báo cáo của Cơ quan phúc thẩm, vụ *Canada-Autos*, đoạn 155.

⁷⁶ WTO, Báo cáo của Cơ quan phúc thẩm, vụ *EC-Bananas III*, đoạn 220.

⁷⁷ WTO, Báo cáo của Ban hội thẩm, vụ *EC-Bananas III*, đoạn 7.285.

chưa có án lệ nào liên quan đến GATS giúp làm sáng tỏ khái niệm khó xác định này. Tuy nhiên, Bossche đề xuất ba tiêu chí sau đây nên được áp dụng để xác định ‘tính tương tự’ của ‘dịch vụ’ và ‘nhà cung ứng dịch vụ’:⁷⁸

- Các đặc điểm của dịch vụ hay nhà cung ứng dịch vụ;
- Việc phân loại hay mô tả dịch vụ trong hệ thống Phân loại các sản phẩm trung tâm (‘CPC’) của Liên hợp quốc; và
- Thói quen và thị hiếu của người tiêu dùng đối với dịch vụ hay nhà cung ứng dịch vụ.

Bossche cũng nhận định rất đúng rằng hai nhà cung ứng dịch vụ, khi cùng đưa ra một dịch vụ tương tự, không nhất thiết là ‘nhà cung ứng dịch vụ tương tự’, vì các yếu tố như quy mô, tài sản, việc sử dụng công nghệ cũng như kinh nghiệm... cần phải được tính đến.⁷⁹

Câu hỏi cuối cùng liên quan đến đối xử MFN theo khoản 1 Điều II GATS là: Liệu các dịch vụ hay nhà cung ứng dịch vụ của các thành viên khác có chịu ‘sự đối xử kém thuận lợi hơn’ sự đối xử đã dành cho ‘dịch vụ tương tự’ hay ‘nhà cung ứng dịch vụ tương tự’ của một thành viên hay không? GATS không định nghĩa ‘sự đối xử kém thuận lợi hơn’ trong bối cảnh của điều khoản liên quan đến MFN nhưng lại có nêu trong bối cảnh của NT (Điều XVII - sẽ được trình bày dưới đây). Tuy nhiên, Cơ quan phúc thẩm trong vụ *EC-Bananas III* lưu ý rằng khi giải thích khoản 1 Điều II, đặc biệt là khái niệm ‘đối xử không kém thuận lợi hơn’, không nên mặc định rằng những chỉ dẫn của Điều XVII cũng áp dụng đối với Điều II.⁸⁰ Mặc khác, dù không có những ngôn từ tương đương trong khoản 1 Điều II, Cơ quan phúc thẩm trong chính vụ việc đó cũng cho rằng khái niệm ‘đối xử không kém thuận lợi hơn’ trong khoản 1 Điều II và Điều XVII GATS cần được giải thích là áp dụng đối với cả việc phân biệt đối xử ‘theo pháp luật’ (‘de jure’) và ‘trên thực tế’ (‘de facto’).⁸¹

3. NT trong GATT

NT được quy định tại Điều III GATT và điều này có phạm vi áp dụng chung. Nhìn chung, nghĩa vụ NT cấm một thành viên WTO hành động sự phân biệt đối xử đối với các sản phẩm nước ngoài để tạo thuận lợi cho sản phẩm nội địa. Ngoài ra NT còn có hai đặc điểm có tính chất chung khác

⁷⁸ Peter Van den Bossche, Sđd, tr. 340.

⁷⁹ Như trên.

⁸⁰ WTO, Báo cáo của Cơ quan phúc thẩm, vụ *EC-Bananas III*, đoạn 231.

⁸¹ WTO, Báo cáo của Cơ quan phúc thẩm, vụ *EC-Bananas III*, đoạn 234.

nữa. *Thứ nhất*, giống như Điều I, Điều III cũng áp dụng đối với cả phân biệt đối xử ‘theo pháp luật’ lẫn phân biệt đối xử ‘trên thực tế’. *Thứ hai*, Điều III chỉ áp dụng đối với những biện pháp trong nội địa, không phải là các biện pháp tại cửa khẩu.⁸²

Khoản 1 Điều III quy định mục đích chung của NT như sau:

Các bên kí kết thừa nhận rằng không được phép áp dụng các khoản thuế và khoản thu nội địa, cũng như pháp luật, hay quy tắc hay yêu cầu gây tác động tới việc bán hàng, chào hàng, mua hàng, vận tải, phân phối hay sử dụng sản phẩm trong nội địa, cùng với các quy tắc định lượng trong nước theo đó yêu cầu phải pha trộn, chế biến hay sử dụng sản phẩm với một khối lượng hoặc tỉ trọng xác định, đối với các sản phẩm nội địa hoặc nhập khẩu nhằm bảo hộ sản xuất nội địa.

Điều khoản nói trên chỉ ra mục tiêu đầu tiên và quan trọng của nghĩa vụ NT,⁸³ mục tiêu này cũng được thừa nhận rõ ràng trong nhiều báo cáo của Ban hội thẩm và Cơ quan phúc thẩm, đó là chống chủ nghĩa bảo hộ.⁸⁴ Bên cạnh khoản 1, các khoản 2 và 4 quy định thêm về nghĩa vụ chung (khác với các khoản khác chỉ quy định về các biện pháp cụ thể) và sẽ được thảo luận tiếp theo.

Khoản 2 về NT liên quan đến ‘thuế nội địa’ điều chỉnh hai loại sản phẩm, đó là ‘sản phẩm tương tự’ và ‘sản phẩm có thể thay thế hoặc cạnh tranh trực tiếp’. Loại sản phẩm đầu tiên được quy định tại câu đầu tiên của khoản 2 sẽ được xem xét trước. Câu đầu tiên của khoản 2 Điều III GATT có nội dung sau: ‘Hàng nhập khẩu từ lãnh thổ của bất cứ một bên kí kết nào sẽ không phải chịu, dù trực tiếp hay gián tiếp, các khoản thuế hay các khoản thu nội địa thuộc bất cứ loại nào vượt quá mức chúng được áp dụng, dù trực tiếp hay gián tiếp, với sản phẩm nội địa tương tự’.

Điều khoản trên đặt ra phép thử hai bước về việc tuân thủ NT đối với việc áp thuế nội địa đối với các sản phẩm ‘tương tự’. Như Cơ quan phúc

⁸² So sánh với Điều II (Nhượng bộ thuế quan) và Điều XI (Hạn chế số lượng), được áp dụng đối với các biện pháp tại cửa khẩu.

⁸³ So sánh với Báo cáo của Cơ quan phúc thẩm, vụ *Japan-Alcoholic Beverages II*, 16, nhấn mạnh rằng Điều III của GATT có mục đích rộng hơn.

⁸⁴ WTO, Báo cáo của Cơ quan phúc thẩm, vụ *Korea-Alcoholic Beverages*, đoạn 120; WTO, Báo cáo của Cơ quan phúc thẩm, vụ *Japan-Alcoholic Beverages II*, 109. Cũng xem WTO, Báo cáo của Ban hội thẩm GATT, vụ *US-Section 337*, đoạn 5.10 (cũng được Cơ quan phúc thẩm trong vụ *Japan-Alcoholic Beverages II* dẫn chiếu đến). Các Ban hội thẩm và các học giả cũng chỉ ra mục đích khác của nghĩa vụ NT, đó là bảo đảm các biện pháp nội bộ của các thành viên WTO không làm giảm các giá trị cam kết liên quan đến thuế quan theo Điều II. Xem WTO, Báo cáo của Ban hội thẩm, vụ *Japan-Alcoholic Beverages II*, đoạn 6.13.

thẩm trong vụ *Canada-Periodicals* đã chỉ ra:

Có hai câu hỏi cần được trả lời để có thể xác định xem khoản 2 Điều III của GATT có bị vi phạm hay không: (a) Liệu sản phẩm nhập khẩu và sản phẩm nội địa có phải là các sản phẩm tương tự hay không? và (b) Liệu sản phẩm tương tự có bị đánh thuế vượt quá so với sản phẩm nội địa không? Nếu câu trả lời cho cả hai câu hỏi trên là khẳng định, thì khoản 2 Điều III, câu đầu tiên, đã bị vi phạm.⁸⁵

Cũng giống như khái niệm ‘sản phẩm tương tự’ trong MFN, khái niệm ‘sản phẩm tương tự’ trong NT không được định nghĩa trong GATT. Tuy nhiên, khác với MFN, NT có số lượng các án lệ phong phú hơn nhiều. Rất nhiều báo cáo của Ban hội thẩm (từ thời GATT 1947) và của Cơ quan phúc thẩm đã làm sáng tỏ khái niệm ‘sản phẩm tương tự’ được ghi trong câu đầu tiên của khoản 2 Điều III.

Án lệ đầu tiên mà khoản 2 Điều III được xác định là bị vi phạm chính là vụ *Japan-Alcoholic Beverages* [1987], một vụ việc từ thời GATT 1947. Vụ này liên quan đến biện pháp thuế nội địa, theo đó các sản phẩm đồ uống có cồn được phân loại theo nồng độ cồn và các đặc tính khác. Khi xem xét ‘tính tương tự’ của sản phẩm, Ban hội thẩm đã trích dẫn Báo cáo của Nhóm công tác về ‘Điều chỉnh thuế tại biên giới’,⁸⁶ trong đó có kết luận rằng vấn đề nảy sinh từ việc giải thích thuật ngữ sản phẩm ‘tương tự’ hay ‘giống nhau’ cần được xem xét trên cơ sở từng vụ việc cụ thể, thông qua việc sử dụng ba tiêu chí, đó là: (i) Người sử dụng cuối cùng của sản phẩm tại thị trường; (ii) Thị hiếu và thói quen của người tiêu dùng - tiêu chí có thể được đánh giá không giống nhau ở từng nước; (iii) Đặc tính, bản chất và chất lượng của sản phẩm.

Điều thú vị là gần 10 năm sau, trong vụ *Japan-Alcoholic Beverages II*, Cơ quan phúc thẩm khẳng định tính đúng đắn của cách tiếp cận trong Báo cáo năm 1970 về điều chỉnh thuế tại biên giới trong việc xác định ‘tính tương tự’.⁸⁷ Cách tiếp cận này - được hầu hết các Ban hội thẩm áp dụng trong các vụ việc có liên quan đến khái niệm ‘sản phẩm tương tự’ từ sau năm 1970, tiếp tục là cách tiếp cận chủ chốt trong việc xác định ‘tính tương tự’ được quy định tại câu đầu tiên, khoản 2 Điều III.⁸⁸ Tuy nhiên, có hai

⁸⁵ WTO, Báo cáo của Cơ quan phúc thẩm, vụ *Canada-Periodicals*, tr. 468.

⁸⁶ Báo cáo của Nhóm công tác, ‘Điều chỉnh thuế tại biên giới’, thông qua ngày 2/12/1970, BISD 18S/102.

⁸⁷ WTO, Báo cáo của Cơ quan phúc thẩm, vụ *Japan-Alcoholic Beverages II*, tr. 113-114.

⁸⁸ Ngoài ra, có phương pháp khác, được gọi là phương pháp ‘ý định điều chỉnh’ (‘regulatory

điểm nữa cần lưu ý. *Thứ nhất*, Cơ quan phúc thẩm trong vụ *Japan-Alcoholic Beverages II*, khi ủng hộ cách tiếp cận trong Báo cáo năm 1970, lưu ý rằng phạm vi của ‘sản phẩm tương tự’ được quy định trong câu đầu tiên của khoản 2 Điều III GATT 1947 cần được duy trì ở phạm vi hẹp. *Thứ hai*, ba tiêu chí được liệt kê trong Báo cáo của Nhóm công tác về ‘Điều chỉnh thuế tại biên giới’ không bao gồm việc phân loại thuế quan của sản phẩm liên quan. Tuy nhiên, như Cơ quan phúc thẩm thừa nhận trong vụ *Japan-Alcoholic Beverages II*, việc phân loại thống nhất tên gọi thuế quan, do dựa trên hệ thống hài hòa hóa thuế quan, chứ không phải dựa trên cam kết ràng buộc thuế quan, nên có thể giúp ích cho việc xác định ‘tính tương tự’.⁸⁹

Đối với bước thứ hai trong phép thử về nghĩa vụ NT đối với thuế nội địa, cụ thể là về việc ‘thuế được áp quá mức’ so với thuế nội địa được áp đối với sản phẩm nội địa ‘tương tự’, Cơ quan phúc thẩm, trong vụ *Japan-Alcoholic Beverages II*, đã đặt ra tiêu chí chặt chẽ. Theo quan điểm của Cơ quan phúc thẩm, ‘... [t]hậm chí một sự “vượt quá” ở mức nhỏ nhất cũng là “quá mức”, và việc cấm các loại thuế có tính chất phân biệt đối xử theo câu thứ nhất, khoản 2 Điều III GATT 1994 không phụ thuộc vào “phép thử tác động thương mại”, cũng như không bị hạn chế bởi tiêu chuẩn về mức tối thiểu’.⁹⁰

Như đã nêu ở trên, câu thứ hai của khoản 2 Điều III GATT quy định về NT trong trường hợp thuế nội địa áp vào ‘sản phẩm có thể thay thế hay cạnh tranh trực tiếp’. Câu này có nội dung sau: ‘Hơn nữa, không một bên kí kết nào sẽ áp các loại thuế hay khoản thu khác trong nội địa đối với hàng nội địa hoặc hàng nhập khẩu trái với các nguyên tắc đã nêu tại khoản 1’.

Cần nhắc lại rằng nguyên tắc nêu trong khoản 1 Điều III là để tránh bảo hộ.

Câu thứ hai, khoản 2 Điều III GATT được giải thích là điều chỉnh một ‘loại sản phẩm rộng hơn’ các sản phẩm được quy định trong câu đầu tiên.⁹¹ Hơn nữa, câu này cũng có những phép thử khác liên quan đến việc tuân thủ

intent’), hay được gọi phổ biến hơn là phương pháp ‘mục đích và tác động’ do Ban hội thẩm trong vụ *US-Malt Beverages* đưa ra. Tuy nhiên, Ban hội thẩm trong vụ *Japan-Alcoholic Beverages II* bác bỏ phương pháp này. Xem: WTO, Báo cáo của Ban hội thẩm, vụ *Japan-Alcoholic Beverages II*, các đoạn 6, tr. 16-17. Việc bác bỏ này được Cơ quan phúc thẩm ngầm đồng ý trong vụ *Japan-Alcoholic Beverages II*.

⁸⁹ WTO, Báo cáo của Cơ quan phúc thẩm, vụ *Japan-Alcoholic Beverages II*, tr. 114-115.

⁹⁰ WTO, Báo cáo của Cơ quan phúc thẩm, vụ *Japan-Alcoholic Beverages II*, tr. 115.

⁹¹ WTO, Báo cáo của Cơ quan phúc thẩm, vụ *Japan-Alcoholic Beverages II*, tr. 112; WTO, Báo cáo của Cơ quan phúc thẩm, vụ *Canada-Periodicals*, tr. 470.

nghĩa vụ nêu tại đó. Trong vụ *Japan-Alcoholic Beverages II*, Cơ quan phúc thẩm tuyên bố rằng:

Không giống như câu thứ nhất của khoản 2 Điều III, ngôn ngữ của câu thứ hai khoản 2 Điều III viện dẫn cụ thể đến khoản 1 Điều III. Ý nghĩa của sự khác biệt là ở chỗ: trong khi khoản 1 Điều III có vai trò ngầm trong việc giải quyết hai vấn đề cần phải được xem xét khi áp dụng câu thứ nhất, thì nó có lại vai trò rõ ràng như là một vấn đề hoàn toàn riêng biệt cần phải được giải quyết cùng với hai vấn đề khác nổi lên khi áp dụng câu thứ hai. Cần nhắc đầy đủ đến nghĩa của lời văn cũng như bối cảnh của nó, có ba vấn đề riêng biệt cần được giải quyết để xác định xem liệu một biện pháp thuế nội địa có tuân thủ câu thứ hai khoản 2 Điều III hay không. Ba vấn đề này là:

1. Liệu sản phẩm nhập khẩu và sản phẩm nội địa có phải là ‘các sản phẩm cạnh tranh trực tiếp hoặc có thể thay thế’, và những sản phẩm này hiện có đang cạnh tranh với nhau hay không?
2. Liệu có phải sản phẩm nhập khẩu và sản phẩm nội địa trực tiếp cạnh tranh hoặc có thể thay thế nhau ‘không được áp thuế tương tự nhau’ hay không? và
3. Liệu việc áp thuế không tương tự nhau cho các sản phẩm nhập khẩu và sản phẩm nội địa trực tiếp cạnh tranh hoặc có thể thay thế nhau nhằm ‘... [t]ạo ra sự bảo hộ sản xuất nội địa’ hay không?

Một lần nữa, đây là ba vấn đề tách biệt. Nguyên đơn cần phải chứng minh riêng từng vấn đề cho Ban hội thẩm thấy rằng một thành viên của WTO đã áp dụng một biện pháp thuế không phù hợp với câu thứ hai của khoản 2 Điều III.⁹²

Như vậy, bài kiểm tra việc tuân thủ NT đối với việc áp thuế nội địa theo câu thứ hai, khoản 2 Điều III GATT bao gồm ba bước. *Bước thứ nhất*, cần phải xác định xem liệu các sản phẩm nhập khẩu và sản phẩm nội địa có phải là các ‘sản phẩm cạnh tranh trực tiếp hay có thể thay thế được’ hay không? Cũng giống như ‘sản phẩm tương tự’, bản thân nó là một tập con của ‘các sản phẩm cạnh tranh trực tiếp hoặc có thể thay thế’,⁹³ việc xác định loại ‘sản phẩm cạnh tranh trực tiếp hoặc có thể thay thế’ theo câu thứ hai, khoản 2 Điều III cần được tiến hành ‘trên cơ sở từng vụ việc cụ thể, có tính đến tất cả các yếu tố liên quan’.⁹⁴ Hơn nữa, việc nhìn vào sự cạnh tranh trên

⁹² WTO, Báo cáo của Cơ quan phúc thẩm, vụ *Japan-Alcoholic Beverages II*, tr. 116.

⁹³ WTO, Báo cáo của Cơ quan phúc thẩm, vụ *Korea-Alcoholic Beverages*, đoạn 118. Cũng xem WTO, Báo cáo của Cơ quan phúc thẩm, vụ *Japan-Alcoholic Beverages II* và WTO, Báo cáo của Cơ quan phúc thẩm, vụ *Canada-Periodicals*.

⁹⁴ WTO, Báo cáo của Cơ quan phúc thẩm, vụ *Korea-Alcoholic Beverages*, đoạn 137.

thị trường liên quan như là một trong những biện pháp để xác định các loại hình sản phẩm có thể được coi là ‘sản phẩm cạnh tranh trực tiếp hay có thể thay thế’ không phải là không phù hợp.⁹⁵ Cơ quan phúc thẩm giải thích rằng các sản phẩm được coi là ‘cạnh tranh trực tiếp hoặc có thể thay thế’, khi mà chúng có thể hoán đổi cho nhau hoặc khi chúng đưa ra được các cách thức khác để đáp ứng nhu cầu hay thị hiếu cụ thể.⁹⁶ Cuối cùng, trong vụ *Japan-Alcoholic Beverage II*, Cơ quan phúc thẩm cũng đồng ý với quan điểm của Ban hội thẩm rằng: ‘Tiêu chí quyết định để xác định xem hai sản phẩm có phải là cạnh tranh trực tiếp hoặc có thể thay thế nhau hay không - là liệu chúng có cùng chung mục tiêu sử dụng hay không? và một trong những cách thức để xem xét việc này là xem xét mức độ linh hoạt của sản phẩm thay thế.’⁹⁷

Sau khi xác định các sản phẩm cạnh tranh trực tiếp hoặc có thể thay thế, *bước thứ hai* là xác định xem các sản phẩm có được ‘áp thuế tương tự’ hay không? Trong vụ *Japan-Alcoholic Beverage II*, Cơ quan phúc thẩm cho rằng cụm từ này không có nghĩa giống như cụm từ ‘quá mức’, nếu không thì ‘sản phẩm tương tự’ và ‘sản phẩm cạnh tranh trực tiếp hay có thể thay thế’ sẽ chỉ là cùng một loại.⁹⁸ Cơ quan phúc thẩm cũng đồng ý với Ban hội thẩm rằng mức độ áp thuế chênh lệch phải lớn hơn mức tối thiểu (‘de minimis’) để được coi là ‘không được áp thuế tương tự’, và liệu mức độ áp thuế chênh lệch cụ thể đó có phải là tối thiểu (‘de minimis’) hay không, thì phải xác định trên cơ sở từng vụ việc cụ thể.⁹⁹

Bước cuối cùng trong phép thử NT theo khoản 2 Điều III sẽ chỉ được tiến hành khi xác định được rằng ‘sản phẩm cạnh tranh trực tiếp hay có thể thay thế’ không được ‘áp thuế tương tự’.¹⁰⁰ Trong trường hợp có sự áp thuế khác nhau, thì cần phải xác định xem liệu việc áp thuế có nhằm ‘tạo ra sự bảo hộ’ hay không? Theo Cơ quan phúc thẩm trong vụ *Japan-Alcoholic Beverages II*, đây là câu hỏi đòi hỏi phải có sự phân tích tổng thể và khách quan về cấu trúc cũng như việc áp dụng biện pháp gây tranh cãi liên quan

⁹⁵ WTO, Báo cáo của Cơ quan phúc thẩm, vụ *Japan-Alcoholic Beverages II*, tr. 117.

⁹⁶ WTO, Báo cáo của Cơ quan phúc thẩm, vụ *Korea-Alcoholic Beverages*, đoạn 115.

⁹⁷ WTO, Báo cáo của Cơ quan phúc thẩm, vụ *Japan-Alcoholic Beverages II*, tr. 117, trích WTO, Báo cáo của Ban hội thẩm đoạn 6.22.

⁹⁸ WTO, Báo cáo của Cơ quan phúc thẩm, vụ *Japan-Alcoholic Beverages II*, tr. 118.

⁹⁹ WTO, Báo cáo của Cơ quan phúc thẩm, vụ *Japan-Alcoholic Beverages II*.

¹⁰⁰ WTO, Báo cáo của Cơ quan phúc thẩm, vụ *Japan-Alcoholic Beverages II*, tr. 119.

đến sản phẩm nội địa và so sánh với sản phẩm nhập khẩu.¹⁰¹ Cơ quan phúc thẩm cũng cho rằng: ‘... [C]ó thể xem xét một cách khách quan các tiêu chuẩn làm nền tảng cho một biện pháp thuế cụ thể, cơ cấu cũng như việc áp dụng nó để có thể xác định xem liệu biện pháp đó có được áp dụng theo cách tạo ra sự bảo hộ cho sản phẩm nội địa hay không.’¹⁰²

Trong vụ *Chile-Alcohol*, việc xem xét như vậy rõ ràng là tương đồng với việc đặt câu hỏi xem liệu việc phân loại như vậy có thể được hiểu theo mục đích phi bảo hộ hay không, nếu nhìn một cách khách quan vào cơ cấu thuế. Như vậy, bằng việc từ bỏ việc tìm hiểu ý định chủ quan của cơ quan lập pháp, Cơ quan phúc thẩm trong vụ này đã ủng hộ việc xem xét vấn đề bảo hộ từ mục đích điều chỉnh, mục đích có thể được xác định từ những đặc điểm khách quan của cơ chế điều chỉnh đó.

Ba phép thử mà Cơ quan phúc thẩm nêu trong vụ *Japan-Alcoholic Beverages II* đã được các Ban hội thẩm tuân theo và cũng được hoàn chỉnh bởi Cơ quan phúc thẩm trong các án lệ khác có liên quan đến thuế nội địa hay các biện pháp điều chỉnh khác. Nhưng những phép thử này không dễ thực hiện. Ví dụ, trong vụ *Canada-Periodicals*, Ban hội thẩm cho rằng ‘tạp chí định kỳ có quảng cáo tách rời’ (‘split-run periodicals’) và ‘tạp chí định kỳ nội địa không có quảng cáo tách rời’ là các sản phẩm ‘tương tự’, nhưng Cơ quan phúc thẩm lại cho rằng đây không phải là các sản phẩm ‘tương tự’. mà là các sản phẩm ‘cạnh tranh trực tiếp hay có thể thay thế’.

Bên cạnh nghĩa vụ NT đối với các biện pháp tài chính nêu tại khoản 2 Điều III nêu trên, GATT cũng quy định nghĩa vụ NT đối với các biện pháp phi tài chính tại khoản 4 Điều III. Khoản 4 Điều III GATT quy định:

Sản phẩm nhập khẩu từ lãnh thổ của bất cứ một bên kí kết nào vào lãnh thổ của bất cứ một bên kí kết khác sẽ được hưởng đối xử không kém phần thuận lợi hơn sự đối xử dành cho sản phẩm tương tự có xuất xứ nội địa về mặt luật pháp, quy tắc và các quy định gây tác động đến bán hàng, chào hàng, mua hàng, vận tải, phân phối hoặc sử dụng hàng trên thị trường nội địa.

Theo ý kiến của Cơ quan phúc thẩm trong vụ *Korea-Various Measures*, để xác định xem có sự vi phạm điều khoản nói trên hay không, cần phải chứng minh được ba yếu tố: (i) Biện pháp bị khiếu kiện là ‘luật, quy định

¹⁰¹ WTO, Báo cáo của Cơ quan phúc thẩm, vụ *Japan-Alcoholic Beverages II*, tr. 120.

¹⁰² WTO, Báo cáo của Cơ quan phúc thẩm, vụ *Japan-Alcoholic Beverages II*.

hay yêu cầu' gây tác động đến việc bán hàng, chào hàng, mua hàng, vận tải, phân phối hay sử dụng sản phẩm nội địa và sản phẩm nhập khẩu trên thị trường nội địa; (ii) Sản phẩm nhập khẩu là 'tương tự' với sản phẩm nội địa được bán trong thị trường nội địa; và (iii) Sản phẩm nhập khẩu chịu sự đối xử kém thuận lợi hơn sản phẩm tương tự nội địa.¹⁰³

Yếu tố *thứ nhất* là phạm vi của nghĩa vụ. Trong những án lệ ban đầu, các Ban hội thẩm đã giải thích phạm vi nghĩa vụ này theo nghĩa rộng, cho rằng hành vi của chính phủ không nhất thiết phải dưới hình thức quy định mang tính bắt buộc để bị coi là nằm trong phạm vi của khoản 4 Điều III, mà chỉ cần là hành vi đó có tác động đến hành vi của đối tượng tư nhân bị điều chỉnh.¹⁰⁴ Tương tự, thuật ngữ 'gây tác động' ('affecting') cũng được giải thích theo nghĩa rộng.¹⁰⁵

Yếu tố *thứ hai* lại tiếp tục là khái niệm 'tính tương tự'. Vụ việc đầu tiên mà Cơ quan phúc thẩm giải quyết một tranh chấp liên quan đến khoản 4 Điều III GATT là vụ *Asbestos*. Cho đến thời điểm đó, Cơ quan phúc thẩm đã hình thành cách tiếp cận với khái niệm 'tính tương tự' quy định trong câu thứ nhất của khoản 2 Điều III.¹⁰⁶ Nhưng trong báo cáo của mình, Cơ quan phúc thẩm trước hết lưu ý rằng khái niệm 'sản phẩm tương tự' trong câu đầu tiên của khoản 2 Điều III đã được giải thích theo nghĩa hẹp. Tuy nhiên, Cơ quan phúc thẩm giải thích rằng cách giải thích theo nghĩa hẹp này là do việc tồn tại câu thứ hai của khoản 2 Điều III, trong khi đó khoản 4 Điều III không có câu thứ hai tương ứng.¹⁰⁷ Xét từ sự khác nhau về ngôn ngữ giữa các khoản 2 và 4 Điều III, Cơ quan phúc thẩm kết luận rằng: "chiếc đàn accordion" của "tính tương tự" được kéo theo hướng khác trong khoản 4 Điều III'.¹⁰⁸ Cơ quan phúc thẩm cũng lưu ý thêm rằng nghĩa của 'sản phẩm tương tự' trong khoản 4 Điều III phải được xác định theo nguyên tắc chống bảo hộ nêu tại khoản 1 Điều III. Do việc bảo hộ chỉ tồn tại trong mối quan hệ cạnh tranh, nên Cơ quan phúc thẩm đi đến kết luận rằng việc xác định liệu các sản phẩm nhập khẩu và nội địa có phải là 'sản phẩm tương tự' theo khoản 4 Điều III hay không, thực chất chính là việc xác định tính chất và mức độ của mối quan hệ cạnh tranh giữa các sản phẩm này.¹⁰⁹ Liên từ 'và'

¹⁰³ WTO, Báo cáo của Cơ quan phúc thẩm, vụ *Korea-Various Measures*, đoạn 133.

¹⁰⁴ WTO, Báo cáo của Ban hội thẩm, vụ *Japan-Film*, đoạn 10.376.

¹⁰⁵ WTO, Báo cáo của Cơ quan phúc thẩm, vụ *US-FSC (Điều 21.5-EC)*, các đoạn 208-210.

¹⁰⁶ Như trên.

¹⁰⁷ WTO, Báo cáo của Cơ quan phúc thẩm, vụ *EC-Asbestos*, đoạn 94.

¹⁰⁸ WTO, Báo cáo của Cơ quan phúc thẩm, vụ *EC-Asbestos*, đoạn 96.

¹⁰⁹ WTO, Báo cáo của Cơ quan phúc thẩm, vụ *EC-Asbestos*, đoạn 99.

chỉ ra rằng việc phân tích kinh tế đơn thuần của độ co giãn của cầu theo giá chéo đối với sản phẩm được xem xét sẽ là không đủ để xác định ‘tính tương tự’.¹¹⁰ Thay vào đó, ‘tính tương tự’ cần được xem xét cả định tính lẫn định lượng. Dù khó có thể chỉ ra một cách trừu tượng tính chất và mức độ của mối quan hệ cạnh tranh cần phải đạt được để các sản phẩm được coi là ‘tương tự’, nhưng vẫn có thể nói rằng khái niệm ‘sản phẩm tương tự’ tại khoản 4 Điều III là tương đối rộng và chắc chắn rộng hơn khái niệm ‘sản phẩm tương tự’ được giải thích theo nghĩa hẹp tại khoản 2 Điều III.¹¹¹ Nhưng Cơ quan phúc thẩm cũng kết luận rằng dù phạm vi của khái niệm ‘sản phẩm tương tự’ tại khoản 4 Điều III là rộng, nó cũng không thể rộng hơn phạm vi tổng hợp của hai khái niệm ‘sản phẩm tương tự’ và ‘sản phẩm cạnh tranh trực tiếp hoặc có thể thay thế’ tại câu thứ nhất và câu thứ hai của khoản 2 Điều III gộp lại.¹¹² Việc xác định ‘tính tương tự’ tại khoản 4 Điều III cuối cùng vẫn phải được tiến hành trên cơ sở từng vụ việc cụ thể.¹¹³ Cơ quan phúc thẩm trong vụ *EC-Asbestos* tiếp tục viện dẫn các tiêu chuẩn nêu trong Báo cáo của Nhóm công tác về ‘Điều chỉnh thuế tại biên giới’,¹¹⁴ nhưng cũng bổ sung rằng đây chỉ ‘đơn giản là những công cụ hỗ trợ cho việc thực hiện nhiệm vụ phân loại và xem xét các bằng chứng liên quan’.¹¹⁵ Cơ quan phúc thẩm cũng nhấn mạnh rằng những tiêu chuẩn này ‘không phải là tiêu chuẩn quy định trong văn bản điều ước và cũng không phải là tiêu chuẩn duy nhất để xác định tính chất pháp lý của sản phẩm’.¹¹⁶

Sau khi mỗi quan hệ cạnh tranh được xác lập với tính chất và mức độ có liên quan đến khoản 4 Điều III, yếu tố cuối cùng trong việc phân tích sẽ được tính đến. Chỉ khi việc đối xử khác nhau giữa những sản phẩm ‘tương tự’ dẫn đến ‘sự đối xử kém thuận lợi hơn’ của nhóm các sản phẩm nhập khẩu trong quan hệ với nhóm sản phẩm nội địa tương tự, thì khoản 4 Điều III mới bị vi phạm. Trong vụ *EC-Asbestos*, Cơ quan phúc thẩm không đưa ra kết luận nào về việc ‘đối xử kém thuận lợi hơn’, vì nó đã bảo lưu kết luận của Ban hội thẩm theo đó sản phẩm là ‘tương tự’. Tuy nhiên, Cơ quan phúc thẩm đã tuyên bố về cách tiếp cận đối với khái niệm ‘đối xử kém thuận lợi hơn’ trong một đoạn rất quan trọng. Cơ quan phúc thẩm lưu ý rằng:

¹¹⁰ So sánh với phương pháp của Ban hội thẩm trong vụ *Japan-Alcoholic Beverage* thảo luận ở trên.

¹¹¹ Như trên.

¹¹² Như trên.

¹¹³ Như trên, đoạn 101.

¹¹⁴ Như trên.

¹¹⁵ WTO, Báo cáo của Cơ quan phúc thẩm, vụ *EC-Asbestos*, đoạn 102.

¹¹⁶ Như trên.

Khái niệm ‘đổi xử kém thuận lợi hơn’ thể hiện nguyên tắc chung, tại khoản 1 Điều III, theo đó quy tắc nội địa ‘không được phép áp dụng... [t]heo hướng tạo ra sự bảo hộ sản xuất nội địa’. Nếu có sự ‘đổi xử kém thuận lợi hơn’ đối với một nhóm các sản phẩm nhập khẩu ‘tương tự’, thì cũng có nghĩa là có ‘sự bảo hộ’ đối với nhóm các sản phẩm nội địa ‘tương tự’.¹¹⁷

Cơ quan phúc thẩm thực chất tuyên bố rằng ngay cả khi các sản phẩm ở trong mỗi quan hệ cạnh tranh gần gũi đến mức được coi là ‘tương tự’, các thành viên của một nhóm các sản phẩm ‘tương tự’ có thể vẫn được phân biệt khi điều chỉnh, với điều kiện là việc này không dẫn đến sự đổi xử kém thuận lợi hơn, một việc được hiểu là đồng nghĩa với việc bảo hộ sản xuất nội địa.

4. NT trong GATS

NT được quy định tại khoản 1 Điều XVII GATS với lời văn như sau:

Trong những lĩnh vực được nêu trong Danh mục cam kết và tùy thuộc vào các điều kiện và tiêu chuẩn được quy định trong Danh mục đó, liên quan tới tất cả các biện pháp có tác động đến việc cung ứng dịch vụ, mỗi thành viên phải dành cho dịch vụ và nhà cung ứng dịch vụ của bất kỳ thành viên nào khác sự đối xử không kém thuận lợi hơn sự đối xử mà thành viên đó dành cho dịch vụ và nhà cung ứng dịch vụ của mình.

Như vậy, khác với nghĩa vụ NT trong GATT, một nghĩa vụ được áp dụng đối với tất cả hoạt động thương mại, nghĩa vụ NT đối với thương mại dịch vụ không có tính chất áp dụng chung mà chỉ áp dụng trong chừng mực mà thành viên WTO công khai cam kết trao ‘NT’ đối với lĩnh vực dịch vụ cụ thể. Những cam kết về NT như vậy được nêu ra trong Danh mục cam kết cụ thể về dịch vụ của thành viên và thường có đi kèm với một số điều kiện, hạn chế hoặc ngoại lệ. Ban thư kí WTO đã xác định 5 hạn chế phổ biến đối với việc áp dụng NT trong lĩnh vực dịch vụ như sau:¹¹⁸

- Quốc tịch hoặc yêu cầu về cư trú đối với ban điều hành công ty cung ứng dịch vụ;
- Yêu cầu về việc đầu tư một lượng nhất định bằng nội tệ;
- Hạn chế việc các nhà cung ứng dịch vụ nước ngoài được mua đất;
- Trợ cấp đặc biệt hoặc ưu đãi thuế chỉ dành cho các nhà cung ứng dịch vụ nội địa;
- Các yêu cầu về tài chính khác nhau cũng như giới hạn hoạt động đặc biệt áp dụng riêng đối với hoạt động của các nhà cung ứng dịch vụ nước ngoài.

¹¹⁷ WTO, Báo cáo của Cơ quan phúc thẩm, vụ *EC-Abestos*, đoạn 100.

¹¹⁸ Ban thư kí của WTO, *Market Access: Unfinished Business*, (2001), tr. 103.

Sau khi một thành viên WTO đã cam kết trao NT, thành viên đó phải trao cho dịch vụ và nhà cung ứng dịch vụ của bất kỳ thành viên nào khác sự đối xử không kém thuận lợi hơn sự đối xử mà họ đã dành cho dịch vụ hay nhà cung ứng dịch vụ của mình. Ban hội thẩm trong vụ *EC-Banana III* chỉ ra ba yếu tố cần chứng minh để xác định có sự vi phạm nghĩa vụ NT theo Điều XVII GATS. Những yếu tố này là: (i) Biện pháp mà thành viên áp dụng gây tác động đến thương mại dịch vụ; (ii) ‘Dịch vụ tương tự’ hoặc ‘nhà cung ứng dịch vụ tương tự’; và (iii) Việc đối xử không kém thuận lợi hơn. Do hai yếu tố đầu tiên, ‘biện pháp gây tác động đến thương mại dịch vụ’ và ‘dịch vụ tương tự’ và ‘nhà cung ứng dịch vụ tương tự’ đã được thảo luận ở trên trong mục về nghĩa vụ đối xử MFN theo Điều II GATS, ở đây chỉ tiếp tục xem xét yếu tố thứ ba và là yếu tố cuối cùng, đó là ‘sự đối xử không kém thuận lợi hơn’.

Các khoản 2 và 3 Điều XVII GATS làm rõ yêu cầu về ‘sự đối xử không kém thuận lợi hơn’ như sau:

...

- [2]. Một thành viên có thể đáp ứng những yêu cầu quy định tại khoản 1 bằng cách dành cho dịch vụ hoặc nhà cung ứng dịch vụ của bất kỳ một thành viên nào khác một sự đối xử tương tự về hình thức hoặc sự đối xử khác biệt về hình thức mà thành viên đó dành cho dịch vụ hoặc nhà cung ứng dịch vụ của mình.
3. Sự đối xử tương tự hoặc khác biệt về hình thức được coi là kém thuận lợi hơn, nếu nó làm thay đổi điều kiện cạnh tranh có lợi cho dịch vụ hay nhà cung ứng dịch vụ của thành viên đó so với dịch vụ hoặc nhà cung ứng dịch vụ tương tự của bất kỳ thành viên nào khác.

Khoản 3 rõ ràng cho thấy rằng thậm chí ngay cả khi đưa ra sự đối xử về mặt hình thức là giống hoàn toàn nhau giữa một bên là dịch vụ hay nhà cung ứng dịch vụ nước ngoài và bên kia là dịch vụ hay nhà cung ứng dịch vụ nội địa, thì một thành viên vẫn có thể bị coi là vi phạm nghĩa vụ NT, nếu những điều kiện về cạnh tranh được thay đổi theo hướng có lợi hơn cho các dịch vụ hay nhà cung ứng dịch vụ nội địa. Mặt khác, nếu một thành viên dành cho dịch vụ hay nhà cung ứng dịch vụ nước ngoài và nội địa sự đối xử về hình thức là khác nhau, thì cũng không có nghĩa là đã chắc chắn vi phạm nghĩa vụ NT, nếu như thành viên đó không thay đổi điều kiện thị trường theo hướng có lợi cho dịch vụ hay nhà cung ứng dịch vụ nội địa. Trong vụ *EC-Bananas III (Điều 21.5-Ecuador)*, Ban hội thẩm thấy rằng một số biện pháp nhất định của EC trên thực tế dành cho nhà cung ứng dịch vụ của Ê-cu-a-đo điều kiện cạnh

tranh kém thuận lợi hơn so với các nhà cung ứng dịch vụ tương tự của EC.¹¹⁹

Ở khía cạnh này, cần lưu ý là chú thích 10 của Điều XVII quy định: ‘Các cam kết cụ thể được đưa ra theo Điều này sẽ không được giải thích theo hướng yêu cầu một thành viên phải bù đắp cho những bất lợi cạnh tranh vốn có, những bất lợi bắt nguồn từ tính chất quốc tế của những dịch vụ hay nhà cung ứng dịch vụ liên quan’.

Tuy nhiên, Ban hội thẩm, trong vụ *Canada-Autos*, nhấn mạnh phạm vi hạn chế của điều khoản nói trên như sau:

Chú thích 10 của Điều XVII chỉ miễn trừ cho các thành viên khỏi nghĩa vụ bù đắp những bất lợi do tính chất quốc tế trong việc áp dụng quy định về đối xử quốc gia; nó không đưa ra bình phong cho các hành vi có thể thay đổi điều kiện cạnh tranh chống lại các dịch vụ hay nhà cung ứng dịch vụ vốn đã có những bất lợi do tính chất quốc tế của mình.¹²⁰

B. Nguyên tắc mở cửa thị trường (hay nguyên tắc tiếp cận thị trường)

Nguyên tắc tiếp cận thị trường (viết tắt là ‘MA’) là nguyên tắc cốt lõi của luật WTO. Thực vậy, như nêu tại đoạn 3 Lời nói đầu của Hiệp định WTO, ‘việc giảm đáng kể thuế quan và các rào cản khác đối với thương mại’ là một trong hai biện pháp để đạt được các mục tiêu của WTO về mức sống cao hơn, có đầy đủ việc làm, tăng trưởng và phát triển kinh tế bền vững.¹²¹ Đoạn đó trong Lời nói đầu cũng xác định hai loại rào cản đối với thương mại quốc tế, đó là ‘thuế quan’ và ‘rào cản phi thuế quan’ (‘NTBs’). Thuế quan có liên quan đến thương mại hàng hoá và không có mấy ý nghĩa đối với thương mại dịch vụ. Trong khi đó, các NTBs áp dụng đối với cả thương mại hàng hoá lẫn thương mại dịch vụ. Phần này sẽ trình bày ngắn gọn về đàm phán để giảm thuế quan đối với hàng hoá, cũng như nêu một số quy tắc liên quan đến việc loại bỏ các NTBs.

1. Đàm phán giảm thuế quan đối với thương mại hàng hoá

Thuế hải quan, hay thuế quan, là rào cản được sử dụng phổ biến nhất đối với việc tiếp cận thị trường của hàng hoá. Về nguyên tắc, các thành viên WTO được tự do áp đặt thuế đối với sản phẩm nhập khẩu. GATT không ngăn cấm việc áp thuế nhập khẩu. Tuy nhiên, GATT thừa nhận rằng thuế nhập khẩu là

¹¹⁹ WTO, Báo cáo của Ban hội thẩm, vụ *EC-Bananas III (Điều 21.5-Ecuador)*, đoạn 6.126.

¹²⁰ WTO, Báo cáo của Ban hội thẩm, vụ *Canada-Autos*, đoạn 10.300.

¹²¹ Mục tiêu khác là loại bỏ sự phân biệt đối xử, đã nêu ở trên.

rào cản đối với thương mại quốc tế và cũng thừa nhận tầm quan trọng của việc đàm phán giảm thuế quan. Điều XXVIIbis của GATT nêu rõ:

Các bên kí kết thừa nhận rằng thuế quan thường tạo thành rào cản nghiêm trọng đối với thương mại; do đó việc đàm phán trên cơ sở có đi có lại và cùng có lợi để hướng tới việc giảm đáng kể mức độ thuế quan nói chung cũng như các khoản thu khác đối với hàng hoá nhập khẩu và xuất khẩu, và cụ thể là việc giảm những khoản thuế quan cao gây cản trở cho việc nhập khẩu, dù chỉ ở khối lượng tối thiểu và được thực hiện trên cơ sở cân nhắc đầy đủ các mục tiêu của Hiệp định này, cũng như nhu cầu khác nhau của từng bên kí kết, cũng sẽ có ý nghĩa rất quan trọng đối với việc mở rộng thương mại quốc tế. Các thành viên có thể bảo trợ cho các cuộc đàm phán như vậy vào từng giai đoạn một.

Thực vậy, trong lịch sử của GATT, cuộc đàm phán đầu tiên về giảm thuế quan đã được tiến hành đồng thời với việc đàm phán văn bản GATT.¹²² Trong thời kì GATT 1947, việc giảm thuế quan luôn là một vấn đề quan trọng, nếu không nói là duy nhất, trong chương trình nghị sự của 8 vòng đàm phán.¹²³ Nhưng dù 8 vòng đàm phán có đạt được thành công nhất định, thuế quan vẫn là một trong những rào cản quan trọng đối với thương mại quốc tế trong thời kì WTO,¹²⁴ và việc đàm phán để tiếp tục giảm thuế quan vẫn luôn cần thiết.

Cả đoạn thứ ba trong Lời nói đầu của Hiệp định WTO về việc giảm rào cản thương mại nói chung lẫn Điều XXVIIIbis của GATT về đàm phán thuế quan đều đề cập nguyên tắc ‘có đi có lại và cùng có lợi’. Như vậy, nguyên tắc ‘có đi có lại và cùng có lợi’ là nguyên tắc cơ bản đầu tiên của việc đàm phán giảm thuế quan. Theo nguyên tắc này, khi một thành viên yêu cầu một thành viên khác giảm thuế quan đối với một số sản phẩm, thành viên đó cũng phải sẵn sàng giảm thuế quan của chính mình đối với một số sản phẩm theo yêu cầu của thành viên kia. Không có biện pháp cụ thể nào để xác định tính có đi có lại. Thay vào đó, mỗi thành viên tự xác định cho mình xem liệu giá trị kinh tế của việc giảm thuế quan nhận được, cũng như của việc giảm thuế quan cam kết cho thành viên khác, có tương đương nhau không.

¹²² ‘Mục 1. Giới thiệu’; WTO, Báo cáo của Ban hội thẩm, vụ *Canada-Autos*.

¹²³ Như trên.

¹²⁴ Peter Van den Bossche, Sdd, tr. 409, liệt kê ba lí do giải thích việc này: (i) Phần lớn các thành viên DCs vẫn đang duy trì mức thuế quan cao; (ii) Các thành viên phát triển vẫn duy trì thuế quan cao đối với một nhóm đối tượng các sản phẩm công nghiệp hoặc nông nghiệp nhạy cảm; (iii) Trong những thị trường cạnh tranh và trong thương mại giữa các nước láng giềng, thuế quan dù thấp vẫn tạo thành một rào cản.

Nghĩa vụ có đi có lại được bổ sung thêm bởi nghĩa vụ đối xử MFN như quy định tại khoản 1 Điều I của GATT - điều khoản áp dụng đối với cả ‘thuế quan và các khoản thu thuộc bất kì loại nào được nhằm vào hay có liên quan tới nhập khẩu và xuất khẩu...’ Theo nghĩa vụ về đối xử MFN, một khi việc giảm thuế quan được một thành viên trao cho một thành viên khác sau khi đàm phán về thuế quan, thì việc giảm thuế quan đó cũng sẽ được trao cho tất cả các thành viên khác ngay lập tức và vô điều kiện.

Kết quả của việc đàm phán thuế quan được thể hiện trong ‘nhượng bộ thuế quan’ hay ‘ràng buộc thuế quan’ - tức là cam kết không nâng mức thuế quan đối với một sản phẩm cao hơn mức đã thoả thuận. Nhượng bộ thuế quan của một thành viên được nêu ra trong Biểu nhượng bộ thuế quan của thành viên đó. Biểu này là kết quả của các cuộc đàm phán tại Vòng Uruguay và được đính kèm vào Nghị định thư Ma-ra-két của GATT và là một bộ phận không tách rời của GATT theo quy định tại khoản 7 Điều II.

Như đã nêu ở trên, ‘có đi có lại và cùng có lợi’ là nguyên tắc đầu tiên và cơ bản của việc đàm phán giảm thuế quan. Tuy nhiên, có ngoại lệ cho nguyên tắc ‘có đi có lại này’. Ngoại lệ nảy sinh trong trường hợp đàm phán về thuế quan giữa một bên là thành viên DCs và bên kia là thành viên phát triển. Khoản 8 Điều XXXVI của Phần IV (Thương mại và phát triển) của GATT quy định: ‘Các thành viên phát triển không chờ đợi sự đối xử có đi có lại khi cam kết trong đàm phán thương mại, bằng việc giảm hay loại bỏ thuế quan và các rào cản khác đối với thương mại của các thành viên kém phát triển hơn’.

Nguyên tắc này được cụ thể hoá tại đoạn 5 của ‘Điều khoản cho phép’ (‘Enabling Clause’) được thông qua tại Vòng Tô-ky-ô năm 1979,¹²⁵ trong đó quy định: ‘Các thành viên phát triển không được đòi hỏi... [v]à các thành viên đang phát triển không phải đưa ra các nhượng bộ không phù hợp với nhu cầu phát triển, tài chính và thương mại của các thành viên đang phát triển’.

‘Điều khoản cho phép’, tại khoản 6, yêu cầu các thành viên phát triển phải ‘kiềm chế tối đa’ trong việc tìm cách đạt được những nhượng bộ về cam kết từ các thành viên LDCs. Tuy nhiên, ‘Điều khoản cho phép’ cũng quy định tại phần liên quan của khoản 7 như sau:

Các thành viên đang phát triển hi vọng rằng khả năng của họ trong việc đưa ra các đóng góp cũng như các cam kết qua đàm phán... [s]ẽ được

¹²⁵ Quyết định về đối xử khác biệt và thuận lợi hơn, có đi có lại và tham gia đầy đủ hơn của các nước đang phát triển (Decision on Differential and More Favourable Treatment, Reciprocity and Fuller Participation of Developing Countries).

cải thiện cùng với sự phát triển liên tục nền kinh tế của họ cũng như sự cải thiện về tình hình thương mại của họ, đồng thời họ cũng hi vọng sẽ tham gia một cách đầy đủ hơn vào khuôn khổ quyền và nghĩa vụ theo Hiệp định chung về thuế quan và thương mại.

2. Các rào cản phi thuế quan ('NTBs')

(a) Đối với thương mại hàng hoá

NTBs bao gồm các biện pháp hạn chế số lượng (ví dụ, hạn ngạch) và các NTBs khác. GATT đặt ra nghĩa vụ chung là cấm áp dụng các biện pháp hạn chế số lượng đối với cả xuất khẩu lẫn nhập khẩu, tại khoản 1 Điều XI với tiêu đề 'Loại bỏ chung các biện pháp hạn chế số lượng' như sau:

Không một biện pháp cấm hay hạn chế nào khác, trừ thuế quan và các khoản thu khác, dù dưới hình thức hạn ngạch, giấy phép nhập khẩu hay xuất khẩu hoặc các biện pháp khác, sẽ được bất cứ một thành viên nào định ra hay duy trì, nhằm vào việc nhập khẩu từ lãnh thổ của bất kì thành viên nào khác, hay nhằm vào việc xuất khẩu hay bán hàng để xuất khẩu đến lãnh thổ của bất kì thành viên nào khác.

Ban hội thẩm trong vụ *Japan-Semi-Conductors* lưu ý rằng ngôn từ trong khoản 1 Điều XI là 'tổng quát' và áp dụng: '... [đ]ối với tất cả các biện pháp được thiết lập hay duy trì bởi một thành viên, nhằm cấm hay hạn chế việc nhập khẩu, xuất khẩu hoặc bán để xuất khẩu sản phẩm, trừ các biện pháp được tiến hành với hình thức là thuế quan, thuế hay các khoản thu khác'.¹²⁶

Tuy nhiên, quy định cấm áp dụng các biện pháp hạn chế số lượng nêu tại khoản 1 Điều XI GATT không phải là không có ngoại lệ. Ngoài các ngoại lệ chung và ngoại lệ về an ninh nêu tại Điều XX và Điều XXI GATT (thảo luận dưới đây), bản thân Điều XI cũng có một danh sách các ngoại lệ nêu tại khoản 2. Để hạn chế ảnh hưởng của những ngoại lệ này, Điều XIII của GATT đặt ra các quy định về việc giám sát các biện pháp hạn chế số lượng. Nói ngắn gọn, Điều XIII quy định ba quy tắc, đó là: (i) Quy tắc không phân biệt đối xử; (ii) Quy tắc về phân bổ thương mại; và (iii) Quy tắc về thủ tục cấp phép.

Đối với quy tắc không phân biệt đối xử, khoản 1 Điều XIII GATT quy định:

Không một biện pháp cấm hay hạn chế nào sẽ được bất kì một bên kí kết nào áp dụng đối với việc nhập khẩu bất kì một sản phẩm nào có xuất

¹²⁶ WTO, Báo cáo của Ban hội thẩm GATT, vụ *Japan-Semi-Conductors*, đoạn 104.

xử từ lãnh thổ của một bên kí kết khác, hay với một sản phẩm xuất khẩu đến lãnh thổ của bất kì một bên kí kết khác, trừ khi những biện pháp cấm hay hạn chế tương tự cũng được áp dụng với sản phẩm tương tự có xuất xứ từ một nước thứ ba hay với một sản phẩm tương tự xuất khẩu đi một nước thứ ba.

Như vậy, khoản 1 Điều XIII quy định nghĩa vụ tương tự như nghĩa vụ MFN, nếu một thành viên áp dụng biện pháp hạn chế số lượng, với tác dụng là: nếu một thành viên đặt ra một biện pháp hạn chế số lượng đối với sản phẩm đến hay tới từ một thành viên khác, thì biện pháp hạn chế số lượng đó cũng sẽ được áp dụng đối với các sản phẩm đến hoặc tới tất cả các thành viên khác.

Trong trường hợp biện pháp hạn chế số lượng không phải là biện pháp hạn chế số lượng tuyệt đối (cấm) được áp dụng đối với việc nhập khẩu hàng hoá, thì câu hỏi quan trọng được đặt ra là: sẽ phân bổ thương mại như thế nào giữa các thành viên khác nhau cùng xuất khẩu sản phẩm đó? Điều này đặt ra quy tắc về việc phân bổ thương mại. Điều kiện áp dụng khoản 2 Điều XIII GATT được quy định như sau: ‘Khi áp dụng biện pháp hạn chế nhập khẩu một sản phẩm nào đó, các thành viên sẽ cố gắng đạt đến sự phân bổ về thương mại sản phẩm đó gần nhất với tỉ lệ mà các thành viên khác nhau có thể có được trong hoàn cảnh không có các hạn chế đó...’

Cuối cùng, khi mà các biện pháp hạn chế số lượng được áp dụng dưới hình thức hạn ngạch hay hạn ngạch thuế quan, chúng sẽ được giám sát thông qua thủ tục cấp phép. Một thương nhân muốn nhập khẩu một sản phẩm chịu hạn ngạch hay hạn ngạch thuế quan, sẽ phải nộp đơn xin giấy phép nhập khẩu. Việc cấp giấy phép nhập khẩu sẽ phụ thuộc vào việc hạn ngạch đã được sử dụng hết hay chưa.¹²⁷ Điều 1 của Hiệp định về thủ tục cấp phép nhập khẩu tại Phụ lục 1A của Hiệp định WTO đặt ra các quy định về việc áp dụng và quản lí các quy tắc về cấp phép nhập khẩu, trong đó quan trọng nhất là quy định theo đó: ‘Các quy tắc về thủ tục cấp phép nhập khẩu sẽ được áp dụng theo cách trung lập và được quản lí theo phương thức công bằng và bình đẳng’.¹²⁸

Bên cạnh các rào cản về thuế quan và hạn chế số lượng tương đối dễ nhận biết, thương mại hàng hoá còn bị hạn chế bởi các NTBs khác. Không

¹²⁷ Tất nhiên, việc cấp phép còn phụ thuộc vào việc thương nhân đáp ứng các yêu cầu của việc cấp phép nhập khẩu.

¹²⁸ Khoản 3 Điều 1 Hiệp định về thủ tục cấp phép nhập khẩu.

có gì ngạc nhiên, khi đây là loại rào cản đa dạng nhất và có số lượng lớn nhất trong số các NTBs. Luật WTO (bao gồm GATT và các quy định khác) có một số quy định để xử lý vấn đề NTBs, cụ thể là đối với sự thiếu minh bạch trong quy định về thương mại, việc áp dụng không công bằng và tùy tiện các quy định về thương mại, thủ tục hải quan, các rào cản kỹ thuật đối với thương mại và hoạt động mua sắm chính phủ.

Để loại bỏ sự thiếu minh bạch trong các quy định về thương mại, khoản 1 Điều X GATT với tiêu đề ‘Công bố và quản lý các quy định về thương mại’, yêu cầu các thành viên phải công bố ‘nhANH chóng’ các luật, quy định, các quyết định của tòa án, các quy tắc hành chính có tính chất áp dụng chung và các thoả thuận quốc tế liên quan đến các vấn đề thương mại. Tuy nhiên, khoản 1 Điều X không quy định cụ thể việc này sẽ được làm như thế nào, mà chỉ nêu chung chung rằng những văn bản này phải được công bố ‘theo cách cho phép chính phủ và các thương nhân làm quen được với chúng’.

Đối với ‘các áp dụng không công bằng và tùy tiện các biện pháp thương mại’, đây là điều đi ngược lại với việc áp dụng công bằng và đúng đắn các biện pháp thương mại. Khoản 3(a) Điều X GATT quy định rằng ‘mỗi thành viên sẽ quản lý các luật, quy tắc, các quyết định hay quy chế đã nêu tại khoản 1 của điều khoản này một cách thống nhất, vô tư và hợp lý’. Cần nhấn mạnh rằng yêu cầu về sự thống nhất, vô tư và hợp lý chỉ áp dụng đối với việc quản lý các luật, quy định và phán quyết, chứ không phải với bản thân các văn bản này.

Đối với các thủ tục và trình tự hải quan, khoản 1(c) Điều VIII GATT quy định chung rằng: ‘Các thành viên... [t]hừa nhận nhu cầu hạn chế tối thiểu các tác động cũng như tính phức tạp của các thủ tục về xuất nhập khẩu và nhu cầu giảm bớt và đơn giản hoá yêu cầu về chứng từ thủ tục xuất nhập khẩu.’¹²⁹

Việc thiếu các quy tắc trong luật WTO về thủ tục và trình tự hải quan dẫn đến việc Hội nghị bộ trưởng tại phiên họp ở Xinh-ga-po năm 1996 đã yêu cầu Hội đồng thương mại hàng hoá ‘tiến hành công việc tìm tòi và phân tích... [v]ề việc đơn giản hoá thủ tục thương mại nhằm đánh giá phạm vi của các quy tắc WTO trong lĩnh vực này’.¹³⁰ Tại Hội nghị bộ trưởng Đô-ha năm

¹²⁹ Khoản 3 Điều VIII GATT quy định thêm là: chế tài đối với những vi phạm về quy định hải quan cũng như yêu cầu thủ tục phải tương xứng.

¹³⁰ Hội nghị bộ trưởng, *Singapore Ministerial Conference*, ngày 13/12/1996, WT/MIN(96)/DEC, đoạn 21.

2001, các thành viên đã thống nhất tổ chức đàm phán về ‘thuận lợi hóa thương mại’ sau phiên họp thứ năm của Hội nghị bộ trưởng năm 2003. Tuy nhiên, tại phiên họp thứ năm, các thành viên đã không thống nhất được về cách thức tiến hành đàm phán về bất kì vấn đề nào đã được nêu tại Hội nghị Xinh-ga-po. Năm 2004, các thành viên thống nhất rằng vấn đề thuận lợi hóa thương mại sẽ được đưa vào chương trình nghị sự của Vòng đàm phán phát triển Đô-ha.¹³¹

Cuối cùng, đối với rào cản kỹ thuật, luật WTO đặt ra các quy tắc cụ thể trong hai hiệp định riêng biệt, đó là Hiệp định về rào cản kỹ thuật đối với thương mại (viết tắt là ‘Hiệp định TBT’) và Hiệp định về áp dụng các biện pháp kiểm dịch động thực vật (viết tắt là ‘Hiệp định SPS’). Hiệp định thứ nhất điều chỉnh về các rào cản kỹ thuật đối với thương mại nói chung, còn Hiệp định thứ hai điều chỉnh về một loại rào cản riêng biệt, đó là các biện pháp kiểm dịch động thực vật. Hai hiệp định này, bản thân nó không cấm việc áp dụng các rào cản kỹ thuật đối với thương mại. Thay vào đó, chúng đặt ra các điều kiện cho việc áp dụng các rào cản đó. Khoản 2 Điều 2 Hiệp định TBT quy định: ‘Các thành viên sẽ bảo đảm rằng các quy định về kỹ thuật sẽ không được chuẩn bị, thông qua hay áp dụng nhằm mục đích hay với tác dụng tạo ra những rào cản không cần thiết cho thương mại quốc tế’.

Tương tự, Điều 2 Hiệp định SPS, sau khi công nhận quyền tiến hành các biện pháp SPS tại khoản 1, tiếp tục quy định tại khoản 2 rằng: ‘Bất kì biện pháp kiểm dịch động thực vật nào cũng chỉ được áp dụng trong chừng mực cần thiết để bảo vệ tính mạng và sức khỏe của người, động vật và thực vật’.

Đáng chú ý là các hiệp định TBT và SPS đã đi vượt quá nghĩa vụ của GATT về việc không phân biệt đối xử giữa các sản phẩm nhập khẩu hoặc chống lại các sản phẩm nhập khẩu. Hai hiệp định này thậm chí còn áp đặt một số quy tắc quốc tế liên quan đến sản phẩm, đặc điểm hay việc sản xuất chúng. Nói cách khác, hai hiệp định này thúc đẩy việc làm hài hoà các quy tắc quốc gia trên cơ sở tiêu chuẩn quốc tế.

(b) Đối với thương mại dịch vụ

Thương mại dịch vụ, khác với thương mại hàng hoá, không phải đối mặt với các biện pháp ở cửa khẩu. Thay vào đó, việc sản xuất và tiêu dùng dịch vụ lại chịu sự điều chỉnh của một số lượng lớn các quy định nội địa. Do vậy,

¹³¹ Đại hội đồng, *Doha Work Programme*, Quyết định ngày 1/8/2004, WT/L/579, đoạn 1(g).

những rào cản đối với thương mại dịch vụ chủ yếu là các quy định nội địa. Những rào cản này được phân loại thành ‘rào cản về tiếp cận thị trường’ và ‘các rào cản khác về thương mại dịch vụ’.

GATS bản thân nó không định nghĩa rõ ràng khái niệm ‘rào cản về tiếp cận thị trường’. Tuy nhiên, tại khoản 2 từ (a) đến (f) Điều XVI GATS, có một danh mục tất cả các biện pháp, đó là:

- Hạn chế số lượng nhà cung ứng dịch vụ, dù dưới hình thức hạn ngạch theo số lượng, độc quyền, đặc quyền cung ứng dịch vụ hoặc yêu cầu đáp ứng nhu cầu kinh tế;
- Hạn chế tổng trị giá các giao dịch về dịch vụ hoặc tài sản dưới hình thức hạn ngạch theo số lượng, hoặc yêu cầu phải đáp ứng nhu cầu kinh tế;
- Hạn chế tổng số các hoạt động dịch vụ hoặc tổng số lượng dịch vụ đầu ra tính theo số lượng đơn vị dưới hình thức hạn ngạch hoặc yêu cầu về nhu cầu kinh tế;
- Hạn chế về tổng số thể nhân có thể được tuyển dụng trong một lĩnh vực dịch vụ cụ thể hoặc một nhà cung ứng dịch vụ được phép tuyển dụng cần thiết hoặc trực tiếp liên quan tới việc cung ứng một dịch vụ cụ thể dưới hình thức hạn ngạch hoặc yêu cầu về nhu cầu kinh tế;
- Các biện pháp hạn chế hoặc yêu cầu các hình thức pháp nhân cụ thể hoặc liên doanh thông qua đó người cung ứng dịch vụ có thể cung ứng dịch vụ;
- Hạn chế về tỉ lệ vốn góp của bên nước ngoài bằng việc quy định tỉ lệ phần trăm tối đa cổ phần của bên nước ngoài hoặc tổng trị giá đầu tư nước ngoài tính đơn hoặc tính gộp.

GATS không đưa ra quy định chung nhằm cấm các ‘rào cản về tiếp cận thị trường’ liệt kê ở trên. Khác với GATT, GATS áp dụng cái gọi là ‘danh sách khẳng định’ hay cách tiếp cận ‘từ dưới lên’ đối với việc tự do hoá thương mại dịch vụ. Theo cách này, một thành viên sẽ chỉ bị hạn chế đối với những cam kết cụ thể mà thành viên đó đã đưa ra trong Biểu cam kết dịch vụ.¹³² Khi một thành viên đưa ra cam kết về MA, thành viên đó sẽ ràng buộc với mức độ MA nêu trong Biểu cam kết dịch vụ,¹³³ và đồng ý không áp dụng bất kì rào cản nào về MA có thể hạn chế việc tiếp cận thị trường hơn mức độ đã chỉ rõ.¹³⁴

Bên cạnh các rào cản về MA, thương mại dịch vụ còn có thể bị cản trở bởi hàng loạt các rào cản khác. Một số rào cản này tương tự như NTBs khác

¹³² Điều XVI GATS.

¹³³ Khoản 1 Điều XVI GATS.

¹³⁴ Khoản 2 Điều XVI GATS.

trong thương mại hàng hoá, ví dụ, thiếu minh bạch, hay áp dụng các biện pháp gây tác động đến thương mại dịch vụ một cách không công bằng hay tùy tiện. GATS xử lý những rào cản này theo cách tương tự như GATT.¹³⁵ Ngoài ra, còn có những rào cản đặc trưng của GATS, trong đó đáng chú ý là: (i) Quy định pháp luật trong nước; và (ii) Không công nhận bằng cấp hay chứng chỉ nghề nghiệp.

Như đã nói ở trên, quy định pháp luật trong nước là một trong những rào cản chủ yếu đối với thương mại dịch vụ. GATS không đưa ra quy tắc điều chỉnh việc áp dụng các quy định pháp luật trong nước. Tuy nhiên, đối với các quy định liên quan đến việc cấp phép và tiêu chuẩn kỹ thuật, khoản 5(a) Điều VI GATS quy định:

Trong những lĩnh vực mà thành viên đã cam kết cụ thể, thì trong thời gian chưa áp dụng các nguyên tắc được đề ra trong những lĩnh vực này phù hợp với khoản 4, thành viên đó không được áp dụng các yêu cầu về cấp phép và chuyên môn và các tiêu chuẩn kỹ thuật làm vô hiệu hoặc giảm mức cam kết đó theo cách thức:

- (i) Không phù hợp với các tiêu chí đã được nêu tại điểm 4(a), (b) hoặc (c); và
- (ii) Tại thời điểm các cam kết cụ thể trong các lĩnh vực đó được đưa ra, các thành viên đã không có ý định áp dụng các biện pháp này.

GATS nói riêng và luật WTO nói chung không yêu cầu các thành viên phải công nhận bằng cấp hay chứng chỉ nghề nghiệp của nhau. Tuy nhiên, GATS khuyến khích các thành viên làm như vậy. Khoản 1 Điều VII GATS quy định như sau: ‘Một thành viên có thể thừa nhận nền giáo dục hay các kinh nghiệm có được, yêu cầu đã được đáp ứng hay giấy phép hoặc chứng nhận do một quốc gia cụ thể cấp’.

C. Chống bán phá giá, trợ cấp và thuế đối kháng

Như đã nêu trên, hai hình thức phổ biến về thương mại không công bằng là bán phá giá và trợ cấp. Luật WTO đặt ra các quy tắc tương đối chi tiết đối với việc bán phá giá và điều chỉnh một số loại trợ cấp. Bên cạnh các quy định cụ thể trong GATT, cả hai loại hình thương mại không công bằng này đều được điều chỉnh bởi các hiệp định riêng, đó là Hiệp định về việc thực hiện Điều VI của Hiệp định chung về thuế quan và thương mại (Hiệp định

¹³⁵ Đối với ‘thiếu minh bạch’: so sánh Điều III GATS với Điều X GATT; về ‘việc áp dụng các biện pháp không công bằng và tùy tiện’, so sánh khoản 3 Điều VI GATS với khoản 3(a) Điều X GATT.

chống bán phá giá - viết tắt là ‘ADA’); và Hiệp định về trợ cấp và các biện pháp đối kháng (viết tắt là ‘Hiệp định SCM’).

1. Bán phá giá và các biện pháp chống bán phá giá

Điều VI GATT và khoản 1 Điều 2 ADA định nghĩa sản phẩm bán phá giá là một sản phẩm được đưa vào thị trường của một thành viên khác với giá thấp hơn ‘giá trị thông thường’ (‘NV’). Luật WTO không quy định cấm hành vi bán phá giá, nhưng áp đặt nghĩa vụ cho các thành viên WTO và điều chỉnh hành vi bán phá giá của các thành viên WTO. Do việc bán phá giá có thể gây thiệt hại cho ngành kinh tế nội địa của nước nhập khẩu, nên hành vi đó ‘bị lên án’.¹³⁶ Từ đó, cả Điều VI GATT và ADA đều đưa ra các quy tắc về nội dung và thủ tục điều chỉnh hành động của một thành viên khi họ phải chống lại hoặc ‘khắc phục’ thiệt hại từ việc bán phá giá bằng cách áp đặt các biện pháp chống bán phá giá (viết tắt là ‘AD’). Cần nhấn mạnh rằng các biện pháp AD không phải là bắt buộc, mà là một lựa chọn về chính sách của thành viên WTO. Tuy nhiên, việc áp dụng các biện pháp, chính sách này phải tuân thủ một số trình tự cụ thể được quy định trong GATT và ADA.¹³⁷

Theo Điều VI GATT và ADA, thành viên WTO có quyền áp đặt các biện pháp AD, nếu sau khi tiến hành điều tra phù hợp với ADA và trên cơ sở pháp luật hiện hành đã được thông báo cho WTO, đã xác định được rằng: (i) Có việc bán phá giá; (ii) Có thiệt hại đối với ngành kinh tế nội địa sản xuất sản phẩm tương tự; và (iii) Có mối liên hệ nhân quả giữa việc bán phá giá và sự thiệt hại. Như vậy, vấn đề cơ bản của luật WTO về chống bán phá giá là việc xác định hành vi bán phá giá, việc xác định thiệt hại cũng như việc chứng minh mối liên hệ nhân quả.

(a) Việc xác định hành vi bán phá giá

Như đã nêu trên, do bán phá giá là việc đưa một sản phẩm vào tiêu thụ tại nước khác với giá thấp hơn ‘NV’, nên việc xác định hành vi bán phá giá bắt đầu từ việc xác định ‘NV’. Khoản 1 Điều 2 ADA định nghĩa ‘NV’ của sản phẩm là ‘giá trị tương ứng, trong giao dịch thương mại bình thường của sản phẩm tương tự, khi được đưa đến tiêu thụ ở nước xuất khẩu’.

Cơ quan phúc thẩm trong vụ *US-Hot-Rolled Steel* cho rằng khoản 1 Điều 2 đặt ra bốn điều kiện để một giao dịch mua bán nội địa có thể được sử

¹³⁶ Điều VI GATT.

¹³⁷ Điều 1 ADA.

dụng nhằm xác định NV. Những điều kiện này là:

- (i) Việc bán hàng phải diễn ra ‘trong quá trình thương mại bình thường’;
- (ii) Hàng được bán phải là ‘sản phẩm tương tự’;
- (iii) Sản phẩm phải ‘được tiêu thụ tại nước xuất khẩu’; và
- (iv) Giá cả phải ‘so sánh được’.¹³⁸

Tuy nhiên, cũng có trường hợp không có ‘sản phẩm tương tự’ được ‘bán trong giao dịch thương mại thông thường’ tại ‘nước xuất khẩu’, hoặc do điều kiện thị trường cụ thể, hoặc do khối lượng bán hàng tại thị trường nội địa của nước xuất khẩu thấp, nên không cho phép so sánh chính xác các giao dịch bán hàng. Trong trường hợp này, khoản 2 Điều 2 ADA đưa ra hai cách tính thay thế nhau theo đó biên độ phá giá có thể được xác định, đó là thông qua việc so sánh với giá tương ứng của sản phẩm tương tự khi được xuất khẩu sang nước thứ ba phù hợp, hoặc thông qua việc ‘áp đặt giá trị thông thường’. Theo khoản 2 Điều 2 của ADA, việc ‘áp đặt giá trị thông thường’ được tính toán trên cơ sở chi phí sản xuất tại nước xuất xứ cộng với chi phí hợp lý về hành chính, bán hàng và chi phí chung cũng như lợi nhuận.

Sau khi xác định được NV, giá xuất khẩu (viết tắt là ‘EP’)¹³⁹ được so sánh với NV để xác định xem có việc bán phá giá hay không. Việc so sánh này cần phải là ‘công bằng’ như quy định tại khoản 4 Điều 2 ADA. Để bảo đảm việc so sánh công bằng giữa EP và NV, khoản 4 Điều 2 quy định thêm rằng cần có sự điều chỉnh đối với NV, EP hoặc cả hai. Khoản 4 Điều 2 quy định như sau:

Đối với từng trường hợp cụ thể, có thể có sự chiếu cố hợp lý về những sự khác biệt có thể ảnh hưởng đến việc so sánh giá, trong đó bao gồm sự khác biệt về điều kiện bán hàng, thuế, khối lượng thương mại, khối lượng, đặc tính vật lý và bất kỳ sự khác biệt nào khác có biểu hiện ảnh hưởng đến việc so sánh giá.

Trong vụ *Argentina Tiles*, Ban hội thẩm thấy rằng khoản 4 Điều 2 đã bị vi phạm do Ac-hen-ti-na chỉ tiến hành điều chỉnh đối với một số khác biệt vật lý nhất định mà không tiến hành điều chỉnh đối với những khác biệt

¹³⁸ WTO, Báo cáo của Cơ quan phúc thẩm, vụ *US-Hot-Rolled Steel*, đoạn 165.

¹³⁹ Trong trường hợp không có giá xuất khẩu, chẳng hạn do giao dịch là thuộc loại chuyển giao nội bộ hoặc trao đổi, khoản 3 Điều 2 ADA quy định phương pháp khác để ‘xác định’ giá xuất khẩu. Giá xuất khẩu được xác định theo cách này dựa trên giá sản phẩm được bán cho người mua độc lập. Nếu không thể tính giá theo cách này, cơ quan điều tra sẽ tự xác định giá hợp lý để tính giá xuất khẩu.

khác, do đó không được coi là đã ‘so sánh công bằng’.¹⁴⁰

(b) Việc xác định thiệt hại

Việc thứ hai cần xác định là có ‘thiệt hại’ do bán phá giá hay không? Vấn đề này được quy định tại Điều 3 ADA với tiêu đề ‘Xác định thiệt hại’. Thực vậy, Cơ quan phúc thẩm trong vụ *Thailand Steel* coi Điều 3 tập trung vào nghĩa vụ của một thành viên tiến hành việc xác định thiệt hại.¹⁴¹ Cơ quan phúc thẩm cũng chỉ ra rằng khoản 1 Điều 3 là ‘một điều khoản có tính bao trùm, đặt ra nghĩa vụ thực chất cơ bản của thành viên’ đối với việc xác định thiệt hại, và ‘định hướng cho các nghĩa vụ cụ thể hơn ở các khoản sau’.¹⁴² Khoản 1 Điều 3 quy định:

Việc xác định thiệt hại nhằm thực hiện Điều VI GATT 1994 phải được tiến hành dựa trên bằng chứng xác thực và thông qua điều tra khách quan cả về hai khía cạnh: (a) Khối lượng sản phẩm nhập khẩu được bán phá giá và ảnh hưởng của hàng hoá được bán phá giá đến giá trên thị trường nội địa của các sản phẩm tương tự; và (b) Hậu quả của hàng nhập khẩu này đối với các nhà sản xuất các sản phẩm trên ở trong nước.

Khoản 1 Điều 3 được làm rõ tại các khoản tiếp theo về:

- Việc xác định khối lượng nhập khẩu và tác động của chúng đối với giá (khoản 2 Điều 3);
- Tác động của hàng nhập khẩu bị bán phá giá đối với ngành kinh tế nội địa (khoản 4 Điều 3);
- Mối quan hệ nhân quả giữa hàng nhập khẩu bị bán phá giá và thiệt hại (khoản 5 Điều 3);
- Đánh giá việc sản xuất nội địa của sản phẩm tương tự (khoản 6 Điều 3); và
- Việc xác định mối đe dọa của việc xảy ra thiệt hại đáng kể (các khoản 7 và 8 Điều 3).

Trong vụ *Thailand Steel*, Cơ quan phúc thẩm chỉ ra rằng khoản 1 Điều 3 cho phép cơ quan điều tra xác định một thiệt hại dựa trên tất cả lập luận và tình tiết có liên quan mà họ có được, chứ không chỉ những lập luận hay tình tiết được tiết lộ hoặc được nhận thức rõ.¹⁴³ Trong vụ *US-Hot-Rolled Steel*, Cơ quan phúc thẩm mở rộng việc tranh luận về khoản 1 Điều 3 bằng việc đưa ra định nghĩa về ‘bằng chứng xác thực’ và ‘việc xem xét khách quan’.

¹⁴⁰ WTO, Báo cáo của Ban hội thẩm, vụ *Argentina-Tiles*, các đoạn 610-617.

¹⁴¹ WTO, Báo cáo của Cơ quan phúc thẩm, vụ *Thailand Steel*, đoạn 106.

¹⁴² Như trên.

¹⁴³ WTO, Báo cáo của Cơ quan phúc thẩm, vụ *Thailand Steel*, đoạn 111.

Theo Cơ quan phúc thẩm, ‘bằng chứng xác thực’ là những bằng chứng ‘có tính chất khẳng định, khách quan và có thể xác minh và phải có độ tin cậy’¹⁴⁴ trong khi ‘việc xem xét khách quan’ ‘đòi hỏi rằng ngành kinh tế nội địa và tác động của sản phẩm nhập khẩu bị phá giá được điều tra một cách không thiên vị và không ủng hộ lợi ích của bất kỳ một bên liên quan, hay một nhóm các bên liên quan nào trong quá trình điều tra.’¹⁴⁵

Như lưu ý nêu trên, khoản 1 Điều 3 đòi hỏi việc xác định thiệt hại đối với thị trường nội địa phải bao gồm việc xem xét: (i) Khối lượng sản phẩm nhập khẩu bị bán phá giá và tác động của chúng đối với giá (khoản 2 Điều 3); và (ii) Tác động của sản phẩm nhập khẩu bị bán phá giá đối với ngành kinh tế nội địa (khoản 4 Điều 3). Đối với yêu cầu của khoản 2 Điều 3, Cơ quan phúc thẩm trong vụ *EC-Bed Linen (Điều 21.5-India)* cho rằng sản phẩm nhập khẩu từ những nhà xuất khẩu không bị coi là bán phá giá sẽ không được tính gộp vào khối lượng sản phẩm nhập khẩu bị bán phá giá của một thành viên.¹⁴⁶ Đối với yêu cầu thứ hai, khoản 4 Điều 3 quy định: ‘Việc xem xét tác động của sản phẩm nhập khẩu bị bán phá giá đối với ngành kinh tế nội địa liên quan sẽ bao gồm việc đánh giá tất cả các yếu tố kinh tế liên quan’.

Khoản 4 Điều 3 sau đó liệt kê 15 yếu tố kinh tế liên quan, bao gồm: Các yếu tố và chỉ số có ảnh hưởng đến tình trạng của ngành kinh tế (ví dụ, mức suy giảm thực tế và tiềm ẩn của doanh số, lợi nhuận, sản lượng, thị phần, năng suất, tỉ lệ lãi đối với đầu tư, tỉ lệ năng lực được sử dụng); các yếu tố ảnh hưởng đến giá trong nước; mức độ của biên độ bán phá giá và ảnh hưởng bất lợi thực tế hoặc tiềm ẩn đối với luồng tiền, lượng lưu kho, công ăn việc làm, tiền lương, tăng trưởng, khả năng huy động vốn hoặc nguồn đầu tư. Khoản 4 Điều 3 cũng nói rõ rằng danh mục trên chưa phải là đầy đủ, và nhấn mạnh rằng việc xác định được một hoặc một số yếu tố cũng không nhất thiết dẫn đến kết luận mang tính quyết định. Ban hội thẩm trong vụ *Thailand-H-Beams* cho rằng danh mục các yếu tố nêu tại khoản 4 Điều 3 là ngưỡng tối thiểu bắt buộc.¹⁴⁷

¹⁴⁴ WTO, Báo cáo của Cơ quan phúc thẩm, vụ *US-Hot-Rolled Steel*, đoạn 192.

¹⁴⁵ WTO, Báo cáo của Cơ quan phúc thẩm, vụ *US-Hot-Rolled Steel*, đoạn 193. Về trường hợp cơ quan điều tra bị cho là không khách quan, xem: WTO, Báo cáo của Cơ quan phúc thẩm, vụ *EC-Bed Linen (Điều 21.5-India)*.

¹⁴⁶ WTO, Báo cáo của Cơ quan phúc thẩm, vụ *EC-Bed Linen (Điều 21.5-India)*, đoạn 111. Kết luận này được củng cố bằng việc xem xét khoản 5 Điều 3. Như trên, đoạn 112.

¹⁴⁷ WTO, Báo cáo của Ban hội thẩm, vụ *Thailand-H-Beams*, các đoạn 7.224-7.225. Cơ quan phúc thẩm khẳng định lại khía cạnh này trong Báo cáo của Ban hội thẩm.

Thuật ngữ ‘thiệt hại’ trong ADA được dùng để chỉ không những thiệt hại đáng kể, mà cả những đe dọa sẽ xảy ra thiệt hại đáng kể. Khoản 7 Điều 3 ADA liệt kê các yêu cầu đối với việc xác định ‘đe dọa sẽ xảy ra thiệt hại đáng kể’. Trong vụ *Mexico-Corn Syrup*, Cơ quan phúc thẩm tuyên bố rằng trong phạm vi khoản 7 Điều 3, cơ quan điều tra có thể đưa ra các giả định, vì các sự kiện trong tương lai ‘không bao giờ có thể chứng minh dứt khoát bằng thực tế’.¹⁴⁸ Tuy nhiên, khoản 7 Điều 3 chỉ ra rằng ‘tình huống mà việc bán phá giá gây thiệt hại phải được nhìn thấy trước một cách rõ ràng và phải hiện hữu.’¹⁴⁹ Liên quan đến vấn đề này, đáng lưu ý là khoản 8 Điều 3 ADA đòi hỏi rằng việc áp dụng các biện pháp chống bán phá giá phải được cân nhắc và quyết định với ‘sự cân trọng đặc biệt’ khi xác định sự đe dọa sẽ xảy ra thiệt hại đáng kể.

(c) Chứng minh mối liên hệ nhân quả giữa sự bán phá giá hàng nhập khẩu và thiệt hại gây ra cho ngành kinh tế nội địa

Sau khi xác định được thiệt hại, bước cuối cùng cần phải làm - đó là chứng minh mối liên hệ nhân quả. Khoản 5 Điều 3 ADA quy định rằng việc chứng minh mối quan hệ nhân quả giữa sự bán phá giá hàng nhập khẩu và thiệt hại gây ra cho ngành kinh tế nội địa phải dựa trên việc xem xét tất cả các bằng chứng liên quan. Khoản 5 Điều 3 yêu cầu về việc ‘không quy kết’ (‘non-attribution’) theo đó cần xem xét bất kỳ các yếu tố được biết đến nào khác ngoài sản phẩm nhập khẩu bị bán phá giá, những yếu tố cũng đồng thời gây thiệt hại đối với nền kinh tế nội địa. Những thiệt hại gây ra bởi các yếu tố này không được quy kết cho các sản phẩm nhập khẩu bị bán phá giá. Trong vụ *US-Hot-Rolled Steel*, Cơ quan phúc thẩm tuyên bố rằng nếu tác động của các yếu tố khác không thể tách rời khỏi sản phẩm nhập khẩu bị bán phá giá, thì cơ quan điều tra không được quy kết thiệt hại cho sản phẩm nhập khẩu đó.¹⁵⁰

2. Trợ cấp và thuế đối kháng

Như đã nêu trên, bên cạnh các quy tắc về bán phá giá, luật WTO cũng có các quy tắc về việc trợ cấp, coi đây như là hành vi thương mại không công bằng. Tuy nhiên, trợ cấp là vấn đề nhạy cảm trong quan hệ thương mại quốc tế, vì về mặt đối nội, việc trợ cấp có thể giúp theo đuổi hoặc thúc đẩy những

¹⁴⁸ WTO, Báo cáo của Cơ quan phúc thẩm, vụ *Mexico-Corn Syrup (Điều 21.5-US)*, đoạn 85.

¹⁴⁹ Như trên.

¹⁵⁰ WTO, Báo cáo của Cơ quan phúc thẩm, vụ *US-Hot-Rolled Steel*, đoạn 223. Cơ quan phúc thẩm trong vụ *US-Hot-Rolled Steel* thực chất bác bỏ các án lệ trước đây, theo đó không cần thiết xác định riêng biệt những tác động gây thiệt hại của các yếu tố khác; WTO, Báo cáo của Ban hội thẩm GATT, vụ *US-Norwegian Salmon AD*, đoạn 550.

mục tiêu chính sách kinh tế và xã hội, trong khi đó, về mặt đối ngoại, chúng có ảnh hưởng bất lợi đối với lợi ích của các đối tác thương mại khác - những đối tác có ngành kinh tế chịu sự cạnh tranh không lành mạnh với các sản phẩm được trợ cấp tại các thị trường nội địa và xuất khẩu.

Các quy tắc về trợ cấp được quy định tại Điều XVI của GATT, đồng thời tại Hiệp định về trợ cấp và các biện pháp đối kháng (Hiệp định SCM). Hiệp định SCM rất quan trọng, vì đây là lần đầu tiên trong lịch sử WTO, nó đưa ra một định nghĩa chi tiết và đầy đủ về ‘trợ cấp’.¹⁵¹ Khoản 1 Điều 1 Hiệp định SCM định nghĩa ‘trợ cấp’ là hành vi *đóng góp tài chính của chính phủ hoặc cơ quan của nhà nước* mà việc đóng góp đó tạo ra lợi nhuận.

Cần lưu ý rằng theo luật WTO, trợ cấp được phân thành ba loại, bao gồm loại trợ cấp có thể bị kiện, trợ cấp không thể bị kiện và trợ cấp bị cấm. Sự khác nhau giữa các loại trợ cấp này là ở hành vi mà một thành viên có thể tiến hành. Cụ thể, đối với trợ cấp có thể bị kiện và trợ cấp bị cấm, một thành viên có thể áp dụng một trong hai cách thức để phản ứng lại việc hàng hoá được trợ cấp, đó là: đưa vấn đề ra cơ quan giải quyết tranh chấp, hoặc áp đặt thuế đối kháng để bù trừ vào việc trợ cấp. Đối với trợ cấp không thể bị kiện, các thành viên WTO không được áp dụng hai cách vừa nêu.¹⁵² Tuy nhiên, loại trợ cấp này đã chấm dứt vào năm 2000 theo quy định tại Điều 31 Hiệp định SCM. *Như vậy, từ sau năm 2000, chỉ còn tồn tại hai loại trợ cấp - là trợ cấp bị cấm và trợ cấp có thể bị kiện.*

Trợ cấp bị cấm được quy định tại khoản 1 Điều 3 Hiệp định SCM, có tiêu đề ‘*Những quy định cấm*’. Khoản 1 Điều 3 quy định:

Trừ khi có quy định khác tại Hiệp định nông nghiệp, các khoản trợ cấp sau đây, theo định nghĩa tại Điều 1, sẽ bị cấm:

- (a) Trợ cấp căn cứ vào kết quả thực hiện xuất khẩu, bao gồm những khoản trợ cấp minh họa tại Phụ lục I, theo pháp luật hay trong thực tế, dù là một điều kiện riêng biệt hay kèm theo những điều kiện khác;
- (b) Trợ cấp căn cứ vào việc ưu tiên sử dụng hàng nội địa hơn hàng nhập khẩu, dù là một điều kiện riêng biệt hay kèm theo những điều kiện khác.

Nói một cách ngắn gọn, hai loại trợ cấp bị cấm là: (i) Trợ cấp xuất

¹⁵¹ WTO, Báo cáo của Ban hội thẩm, vụ *US-FSC*, đoạn 7.80, cho rằng đây là một trong những thành tựu quan trọng nhất của Vòng U-ru-goay trong lĩnh vực trợ cấp.

¹⁵² Trong trường hợp trợ cấp không thể bị kiện gây ra thiệt hại bất lợi nghiêm trọng đối với ngành kinh tế của một thành viên, Ủy ban trợ cấp có thể đưa ra khuyến nghị về việc sửa đổi chương trình này.

khẩu; và (ii) Trợ cấp thay thế nhập khẩu. Những khoản trợ cấp này, thường được gọi là trợ cấp ‘đền đồ’ và bị cấm, do chúng gây tác động đến thương mại, và có nhiều khả năng gây tác động bất lợi cho các thành viên khác.

Khoản 1(a) Điều 3 cấm việc trợ cấp căn cứ vào kết quả thực hiện xuất khẩu, cả ‘trên thực tế’ (‘de facto’) lẫn ‘theo pháp luật’ (‘de jure’). Điều khoản này cũng dẫn chiếu đến Phụ lục I, tại đó có danh mục không đầy đủ 11 loại trợ cấp xuất khẩu. Cơ quan phúc thẩm trong vụ *Canada-Aircraft* thừa nhận rằng từ ‘căn cứ vào’ (‘contingent’) có cùng nghĩa pháp lí trong cả hai trường hợp ‘căn cứ’ ‘theo pháp luật’ (‘de jure’) và ‘trên thực tế’ (‘de facto’), nghĩa là việc trợ cấp phải ‘có điều kiện’ hay ‘phụ thuộc vào sự tồn tại của một thứ gì đó khác’.¹⁵³ Sự khác nhau giữa việc căn cứ ‘theo pháp luật’ (‘de jure’) và ‘trên thực tế’ (‘de facto’) là ở chỗ: bằng chứng nào sẽ được sử dụng để chứng minh rằng sự trợ cấp đó căn cứ vào kết quả thực hiện xuất khẩu. Trong trường hợp ‘căn cứ’ là ‘theo pháp luật’ (‘de jure’), việc chứng minh nhất thiết phải sử dụng đến các ngôn từ trong văn bản pháp luật.¹⁵⁴ Đối với ‘căn cứ’ là dựa ‘trên thực tế’ (‘de facto’), chú thích 4 của Hiệp định SCM nói rằng tiêu chuẩn chỉ được đáp ứng, nếu các chứng cứ cho thấy rằng việc trợ cấp ‘trên thực tế gắn với việc xuất khẩu hay thu nhập từ xuất khẩu đang có hoặc dự kiến là sẽ có’.¹⁵⁵ Rõ ràng việc chứng minh sự tồn tại trợ cấp căn cứ vào kết quả xuất khẩu ‘trên thực tế’ (‘de facto’) là khó khăn hơn so với việc chứng minh sự tồn tại trợ cấp căn cứ kết quả xuất khẩu ‘theo pháp luật’ (‘de jure’). Cơ quan phúc thẩm trong vụ *Canada-Aircraft* tuyên bố rằng tiêu chuẩn cho việc xác định ‘căn cứ vào kết quả xuất khẩu’ ‘trên thực tế’ (‘de facto’), nêu tại chú thích 4, đòi hỏi có bằng chứng về ba yếu tố thực chất, đó là: (i) ‘có cấp tiền trợ cấp’ (‘the granting of a subsidy’); (ii) ‘gắn với’ (‘is ... tied to...’); và (iii) ‘việc xuất khẩu hay thu nhập từ xuất khẩu đang có hoặc dự kiến là sẽ có’, (‘actual or anticipated exportation or export earnings’).¹⁵⁶

Bên cạnh việc quy định cấm trợ cấp xuất khẩu, khoản 1 Điều 3 cũng quy định cấm trợ cấp thay thế nhập khẩu. Như định nghĩa tại khoản 1(b) Điều 3, trợ cấp thay thế nhập khẩu là trợ cấp căn cứ vào việc ưu tiên sử dụng hàng nội địa hơn so với hàng nhập khẩu. Dù các từ ‘de jure’ và ‘de facto’ không được ghi trong khoản 1(b) Điều 3, Cơ quan phúc thẩm trong vụ

¹⁵³ WTO, Báo cáo của Cơ quan phúc thẩm, vụ *Canada-Aircraft*, đoạn 166.

¹⁵⁴ WTO, Báo cáo của Cơ quan phúc thẩm, vụ *Canada-Autos*, đoạn 100.

¹⁵⁵ WTO, Báo cáo của Ban hội thẩm, vụ *Australia-Automotive Leather II*, đoạn 9.55, để xem giải thích về từ ‘gắn với’.

¹⁵⁶ WTO, Báo cáo của Cơ quan phúc thẩm, vụ *Canada-Aircraft*, đoạn 169.

Canada-Autos vẫn tuyên bố rằng khoản 1(b) Điều 3 áp dụng với cả việc ưu tiên sử dụng hàng nội địa hơn so với hàng nhập khẩu ‘theo pháp luật’ (‘de jure’) lẫn ‘trên thực tế’ (‘de facto’).¹⁵⁷

Loại trợ cấp không bị cấm và không bị kiện đã được thay thế bằng loại trợ cấp có thể bị kiện. Điều 5 Hiệp định SCM định nghĩa ‘trợ cấp có thể bị kiện’ là hình thức trợ cấp cụ thể của chính phủ cho các ngành nông nghiệp hay công nghiệp. Có ba căn cứ để phản đối một sự trợ cấp có thể bị kiện,¹⁵⁸ đó là:

- Việc trợ cấp gây thiệt hại cho ngành kinh tế nội địa của một thành viên khác (Điều 5(a));
- Việc trợ cấp làm vô hiệu hay phương hại đến lợi nhuận của thành viên khác (Điều 5(b)); hoặc
- Việc trợ cấp gây thiệt hại nghiêm trọng đến lợi ích của thành viên khác (Điều 5(c)).

Khái niệm ‘thiệt hại nghiêm trọng’ tại Điều 5(c) được giải thích tại khoản 3 Điều 6. Theo khoản 3 Điều 6, sự thiệt hại đó có thể nảy sinh nếu như nó có một trong những tác động sau: (a) Loại bỏ hay ngăn cản nhập khẩu một sản phẩm tương tự của một thành viên khác vào thị trường thành viên đang áp dụng trợ cấp; (b) Loại bỏ hay ngăn cản xuất khẩu một sản phẩm tương tự của một thành viên khác từ thị trường của một nước thứ ba; (c) Làm hạ giá của một sản phẩm được trợ cấp ở mức độ lớn so với giá của sản phẩm tương tự của một thành viên khác trên cùng một thị trường; hay gây ra ép giá, hạ giá hay giảm doanh số đáng kể trên cùng một thị trường; (d) Làm tăng thị phần trên thị trường thế giới của thành viên đang áp dụng trợ cấp cho một sản phẩm hoặc mặt hàng chưa chế biến được trợ cấp, so với mức thị phần trung bình của thành viên đó trong ba năm trước đó, hoặc việc tăng thị phần như vậy duy trì một tốc độ tăng đều trong thời kì được trợ cấp.

Các điều 5 và 7 Hiệp định SCM lần lượt quy định về các biện pháp khắc phục thương mại đa phương đối với các trợ cấp bị cấm hoặc trợ cấp có thể bị kiện. Đó là thủ tục theo đó một thành viên sẽ yêu cầu tham vấn với một thành viên khác liên quan đến việc trợ cấp bị cấm hay trợ cấp có thể bị kiện của thành viên khác đó. Nếu việc tham vấn không thành công, vấn đề

¹⁵⁷ WTO, Báo cáo của Cơ quan phúc thẩm, vụ *Canada-Autos*, đoạn 169. Cơ quan phúc thẩm lật lại kết luận của Ban hội thẩm rằng khoản 1(b) Điều 3 chỉ liên quan đến các biện pháp ‘theo pháp luật’ (‘de jure’).

¹⁵⁸ Trước đây, Điều 11 của Bộ luật Vòng Tô-ky-ô về trợ cấp liệt kê các căn cứ để chứng minh cho việc áp dụng trợ cấp nội địa. Tuy nhiên, Điều này đã bị bỏ tại Vòng U-ru-goay.

sẽ được đưa ra trước Cơ quan giải quyết tranh chấp để giải quyết.¹⁵⁹

Bên cạnh các biện pháp khắc phục thương mại đa phương, một thành viên phản đối một trợ cấp bị cấm hay trợ cấp có thể bị kiện, mà nó có thể gây ra những thiệt hại đối với nền kinh tế nội địa của mình, được phép áp dụng biện pháp đối kháng để bù đắp. Phần V Hiệp định SCM đặt ra các quy tắc cụ thể điều chỉnh việc tiến hành các biện pháp đối kháng.

2. Các ngoại lệ chung và ngoại lệ về an ninh

Mặc dù các nguyên tắc cơ bản của WTO trên đây đặt nền tảng cho hệ thống WTO, nhưng khi nghiên cứu các nguyên tắc này, chúng ta sẽ không thể hiểu một cách toàn diện, nếu không nói là sẽ có cái nhìn khá méo mó, trừ khi nhận thức rõ ràng rằng mỗi nguyên tắc này đều mang tính chất điều kiện. GATT và GATS, bên cạnh việc quy định ba nguyên tắc và các quy định cơ bản của luật WTO như đã nêu trên, còn đưa ra một số ngoại lệ. Mục đích của các ngoại lệ là nhằm cho phép các thành viên có thể biện minh cho các chính sách áp dụng biện pháp hạn chế thương mại, những chính sách bị coi là vi phạm luật WTO, nếu không dựa vào các ngoại lệ này. Do WTO được thành lập không chỉ nhằm nâng cao mức sống (bằng việc tự do hoá thương mại), mà còn để theo đuổi các mục tiêu lớn hơn, cụ thể là phát triển bền vững, nên sự tồn tại của các ngoại lệ là điều cần thiết, để có thể đạt được sự cân bằng giữa tự do hoá thương mại và các mục tiêu chính sách quan trọng khác mà các thành viên WTO theo đuổi. Với cách nhìn nhận như vậy, các ngoại lệ có thể được xem như các nguyên tắc của chính sách phi thương mại với chức năng là điều hoà các xung đột giữa tự do hoá thương mại và các giá trị và mối quan tâm xã hội khác.

Các hiệp định của WTO quy định về các ngoại lệ trên nhiều lĩnh vực, tuy nhiên có thể gộp chúng lại thành sáu nhóm chính, đó là: ‘các ngoại lệ chung’; ‘các ngoại lệ về an ninh’; ‘các ngoại lệ về các biện pháp kinh tế khẩn cấp’; ‘các ngoại lệ về hội nhập khu vực’; ‘các ngoại lệ về cán cân thanh toán’; và ‘các ngoại lệ về phát triển kinh tế’. Phần này sẽ tập trung xem xét ngoại lệ đầu tiên - ngoại lệ được coi là quan trọng nhất trong tất cả các ngoại lệ - và sau đó đi qua về ngoại lệ thứ hai - một ngoại lệ có chức năng tương tự như ngoại lệ thứ nhất. Tuy nhiên, trước hết, cũng cần đề cập ngắn gọn về các ngoại lệ còn lại.

¹⁵⁹ Đối với trợ cấp bị cấm, Ban hội thẩm có thể yêu cầu sự trợ giúp của Nhóm chuyên gia thường trực được thành lập theo Điều 24 Hiệp định SCM.

‘Ngoại lệ về các biện pháp kinh tế khẩn cấp’ được quy định tại Điều XIX GATT và được quy định cụ thể hơn tại Hiệp định về các biện pháp tự vệ. Về cơ bản, các ngoại lệ này cho phép một thành viên được áp dụng những biện pháp, vốn không phù hợp với GATT, đối với một sản phẩm đã được: ‘nhập khẩu vào lãnh thổ của mình, khi có sự gia tăng nhập khẩu tương đối hay tuyệt đối so với sản xuất nội địa, và theo đó có thể gây ra hoặc đe dọa gây ra thiệt hại nghiêm trọng cho ngành kinh tế nội địa sản xuất ra các sản phẩm tương tự hoặc các sản phẩm cạnh tranh trực tiếp’.¹⁶⁰

Tương tự, ‘ngoại lệ về hội nhập khu vực’ - được quy định tại Điều XXIV¹⁶¹ và Điều V GATS, cho phép các thành viên áp dụng các biện pháp, vốn không phù hợp với luật WTO, nhằm theo đuổi mục tiêu hội nhập kinh tế khu vực. Một thành viên cũng có thể viện dẫn ‘các ngoại lệ về cán cân thanh toán’ được quy định tại các Điều XII và XVIII:B GATT,¹⁶² cũng như Điều XII GATS để bảo vệ tình hình tài chính đối ngoại và cán cân thanh toán. Cuối cùng, luật WTO có một số quy tắc tạo thành ‘các ngoại lệ về phát triển kinh tế’ có lợi cho các thành viên DCs.

Những quy tắc này, như đã nêu trên, được xây dựng nhằm tính đến nhu cầu của các thành viên DCs - đó là cần có nhiều sự linh động về thời gian thực hiện các hiệp định của WTO. Nói cách khác, các thành viên DCs được hưởng ‘sự đối xử đặc biệt và khác biệt’ (viết tắt là ‘S&D’) trong việc thực hiện các nghĩa vụ của WTO để phục vụ lợi ích kinh tế của họ. Những quy định về S&D xuất hiện ở hầu hết các hiệp định của WTO và được Ban thư kí WTO phân chia thành 6 loại sau:

- (i) Các điều khoản nhằm tăng cơ hội thương mại cho các thành viên DCs;
- (ii) Các điều khoản theo đó các thành viên WTO cần bảo vệ lợi ích của các thành viên DCs;
- (iii) Sự linh hoạt trong các cam kết, hành động hay việc sử dụng các công cụ chính sách;
- (iv) Các giai đoạn quá độ;
- (v) Hỗ trợ kỹ thuật;
- (vi) Các quy định đối với các thành viên LDCs.¹⁶³

¹⁶⁰ Khoản 1(a) Điều XIX GATT; khoản 1 Điều 2 Hiệp định về các biện pháp tự vệ.

¹⁶¹ Lưu ý rằng tại Vòng U-ru-goay đã thông qua Thoả thuận về cách giải thích Điều XXIV của GATT 1994.

¹⁶² Lưu ý rằng tại Vòng U-ru-goay đã thông qua Thoả thuận về cách giải thích các điều khoản liên quan đến cán cân thanh toán GATT 1994.

¹⁶³ WTO, Ủy ban Thương mại và Phát triển, ‘Note by Secretariat: Implementation of Special and

Trong số 6 loại quy định về đối xử S&D, ‘Hệ thống ưu đãi phổ cập’ (viết tắt là ‘GSP’) là một ngoại lệ đặc biệt quan trọng và được quy định trong ‘Điều khoản cho phép’ (‘Enabling Clause’).¹⁶⁴ ‘Điều khoản cho phép’, bên cạnh việc đưa ra ngoại lệ đối với nguyên tắc có đi có lại trong đàm phán về thuế quan như nêu trên, cũng cho phép các thành viên phát triển trao ưu đãi về thuế quan cho các hàng hoá nhập khẩu từ các thành viên DCs,¹⁶⁵ nếu đáp ứng một số điều kiện về nội dung và thủ tục.¹⁶⁶ Tác dụng của quy định này là nghĩa vụ đối xử MFN không được áp dụng theo hướng có lợi cho các thành viên DCs. Hơn nữa, cũng có thể nói rằng, ‘Điều khoản cho phép’ thậm chí còn cho phép một thành viên phát triển trao ưu đãi về thuế quan cho ‘một số’, nhưng không phải tất cả, các thành viên DCs, nếu một số yêu cầu cụ thể được đáp ứng.¹⁶⁷

Nội dung dưới đây sẽ phân tích về ‘các ngoại lệ chung’ và ‘các ngoại lệ về an ninh’ được quy định tại các điều khoản riêng biệt trong GATT và GATS.

A. Các ngoại lệ chung

Các ngoại lệ chung là những quy định quan trọng của GATT và GATS. Các ngoại lệ này được đưa vào Điều XX GATT (sau đây gọi là Điều XX), và Điều XIV GATS (sau đây gọi là Điều XIV). Điều XX quy định như sau:

Với bảo lưu rằng các biện pháp đề cập ở đây không được theo cách tạo ra công cụ phân biệt đối xử tùy tiện hay vô căn cứ giữa các nước có cùng điều kiện như nhau, hay tạo ra một sự hạn chế trá hình với thương mại quốc tế, không có quy định nào trong Hiệp định này được hiểu là ngăn cản bất kì bên kí kết nào thi hành hay áp dụng các biện pháp:

- (a) Cần thiết để bảo vệ đạo đức công cộng;
- (b) Cần thiết để bảo vệ sức khoẻ của con người, thực vật hoặc động vật;

Differential Treatment Provisions in WTO Agreements and Decisions’, WT/COMTD/W/77, ngày 25/10/2000, đoạn 3.

¹⁶⁴ Như trên.

¹⁶⁵ ‘Điều khoản cho phép’, đoạn 2(a).

¹⁶⁶ Xem các quy định này tại các khoản 3 và 4 của ‘Điều khoản cho phép’.

¹⁶⁷ Điều này xuất phát từ ý kiến của Cơ quan phúc thẩm trong vụ *EC-Tariff Preferences* theo đó nguyên tắc không phân biệt đối xử khi áp dụng GSP ‘không ngăn cấm việc một thành viên phát triển trao thuế quan khác nhau cho các sản phẩm có xuất xứ từ các thành viên thụ hưởng GSP khác nhau, với điều kiện rằng việc đối xử thuế quan khác biệt đó đáp ứng những điều kiện còn lại của “Điều khoản cho phép”’, và rằng ‘theo quy định về không phân biệt đối xử, các nước khi trao ưu đãi cần bảo đảm sự đối xử như nhau đối với những thành viên thụ hưởng GSP có hoàn cảnh giống nhau, tức là tất cả các thành viên thụ hưởng GSP có “nhu cầu thương mại, tài chính và phát triển” mà ưu đãi đó được đưa ra để đáp ứng’. Xem WTO, Báo cáo của Cơ quan phúc thẩm, vụ *EC-Tariff Preferences*, đoạn 173.

...

- (d) [C]ần thiết để đảm bảo việc tuân thủ luật pháp và các quy định không trái với các điều khoản trong Hiệp định này, kể cả những quy định liên quan đến áp dụng các biện pháp hải quan, duy trì hiệu lực của chính sách độc quyền theo khoản 4 Điều II và Điều XVII, bảo hộ quyền tác giả, nhãn hiệu thương mại, và các biện pháp ngăn ngừa gian lận thương mại;

...

- (g) [L]iên quan đến việc bảo vệ nguồn tài nguyên thiên nhiên có thể bị cạn kiệt, nếu các biện pháp này được thực hiện kết hợp với các hạn chế sản xuất và tiêu thụ nội địa;

...¹⁶⁸

Điều XIV bắt đầu với quy định về điều kiện áp dụng ('chapeau') giống hệt như Điều XX nêu trên. Về nội dung chính, Điều XIV quy định các biện pháp:

- (a) Cần thiết để bảo vệ đạo đức công cộng và duy trì trật tự xã hội;
- (b) Cần thiết để vệ sức khoẻ của con người, động vật và thực vật;
- (c) Cần thiết để đảm bảo việc tuân thủ luật lệ và quy định không trái với các điều khoản của Hiệp định này bao gồm các biện pháp liên quan đến:
- (i) Việc ngăn ngừa các hành vi lừa đảo và gian lận hoặc để giải quyết hậu quả của việc không thanh toán hợp đồng dịch vụ;
 - (ii) Việc bảo vệ sự riêng tư của cá nhân liên quan đến việc xử lý và phân phối thông tin cá nhân và việc bảo mật các thông tin và tài khoản cá nhân;
 - (iii) An toàn;
- (d) Không phù hợp với Điều XVII, miễn là những khác biệt trong đối xử là nhằm đảm bảo việc áp dụng hoặc thu một cách công bằng và hiệu quả các loại thuế trực tiếp liên quan đến các dịch vụ hoặc các nhà cung ứng dịch vụ của các thành viên khác;
- (e) Không phù hợp với Điều II, miễn là sự khác biệt về đối xử là kết quả của một sự thoả thuận nhằm tránh việc đánh thuế hai lần hoặc các quy định về việc tránh đánh thuế hai lần trong bất kỳ một thoả thuận quốc tế nào khác ràng buộc các thành viên.

Mặc dù có những khác biệt về quy định giữa Điều XX và Điều XIV, theo Cơ quan phúc thẩm, trong vụ *US-Gambling*, hai điều khoản này có cùng cấu trúc, ngôn từ và chức năng, vì vậy có thể tham khảo lẫn nhau khi

¹⁶⁸ Sáu tiểu khoản khác (c), (e), (f), (h), (i) và (j) đề cập đến vấn đề các biện pháp liên quan đến vàng và bạc, sản phẩm do lao động tù nhân, di sản quốc gia, hiệp định hàng hoá quốc tế, nguyên liệu cần thiết cho ngành chế biến nội địa và các sản phẩm khan hiếm.

phân tích chúng.¹⁶⁹ Cơ quan phúc thẩm, khi tái khẳng định các án lệ trước đó, cũng chỉ ra ‘phép phân tích gồm hai bước’ đối với một biện pháp mà các thành viên muốn biện minh theo quy định này, đó là: *Thứ nhất*, phải xác định xem, liệu biện pháp đang xem xét có thuộc phạm vi của một trong các khoản của Điều XX về ngoại lệ chung hay không? *Thứ hai*, nếu biện pháp đang xem xét đúng là đã thuộc một trong các khoản của Điều này, khi đó cần phải xem xét liệu biện pháp này có thoả mãn yêu cầu tại điều kiện áp dụng của điều khoản này hay không? Do đó, việc xem xét các điều khoản sẽ được tiến hành theo trình tự hai bước đã được Cơ quan phúc thẩm nêu ra như trên. Nhưng trước khi thực hiện điều này, cần phải đưa ra một số nhận định về mục đích của hai điều khoản này và mối quan hệ giữa các biện pháp và các mục tiêu được nêu trong bốn khoản nhỏ.

Mục đích của các ngoại lệ chung là cho phép các thành viên áp dụng các biện pháp nhằm theo đuổi các mục tiêu chính sách được xem là ‘hợp lệ’ và ‘quan trọng.’ Cụm từ ‘không một điều khoản nào trong Hiệp định này’ trong đoạn viết về điều kiện áp dụng ngoại lệ, cho thấy các ngoại lệ được áp dụng đối với tất cả các nghĩa vụ được quy định trong GATT và GATS.¹⁷⁰ Mặt khác, Ban hội thẩm trong vụ *US-Section 337* đã chỉ ra rằng các ngoại lệ có ‘hạn chế và ‘có điều kiện’.¹⁷¹ Điều này có nghĩa là một thành viên chỉ có thể biện minh cho các biện pháp không phù hợp với GATT hoặc không phù hợp với GATS bằng việc viện dẫn một trong các mục tiêu chính sách nêu ra các tiểu khoản của Điều XX và Điều XIV.

Cần phải lưu ý rằng các phần có liên quan của Điều XX và Điều XIV nêu trên đều bao gồm ba tiểu khoản về ngoại lệ chung bắt đầu bằng từ ‘cần thiết’ và một tiểu khoản bắt đầu bằng từ ‘liên quan đến’. Từ này cho thấy một mức độ liên quan giữa biện pháp và mục tiêu đề ra. Cơ quan phúc thẩm trong vụ *Korea-Various Measures on Beef* lần đầu tiên đã xem xét ý nghĩa của từ ‘cần thiết’ trong quy định về ngoại lệ chung. Theo Cơ quan phúc thẩm, để có thể được xem là ‘cần thiết’, một biện pháp không cần phải là một biện pháp không thể thiếu để đạt được mục tiêu đề ra, cũng như không cần phải là sự đối phó không thể tránh khỏi cho vấn đề đặt ra. Mặt khác, tiêu chuẩn này sẽ không được thoả mãn, nếu như có các biện pháp khác mà bên bị đơn có thể

¹⁶⁹ WTO, Báo cáo của Cơ quan phúc thẩm, vụ *US-Gambling*, đoạn 291.

¹⁷⁰ WTO, Báo cáo của Cơ quan phúc thẩm, vụ *US-Gasoline*, đoạn 24.

¹⁷¹ WTO, Báo cáo của Ban hội thẩm, vụ *US-Section 337*, đoạn 5.9.

áp dụng được một cách hợp lí, không trái với Hiệp định WTO, mà vẫn có thể đạt được mục tiêu giống như biện pháp đang xem xét.

Đối với từ ‘liên quan đến’, Cơ quan phúc thẩm trong vụ *US-Gasoline* kết luận rằng không cần thiết phải có ‘cùng loại hoặc mức độ liên quan hoặc quan hệ giữa các biện pháp đang xem xét và lợi ích hoặc chính sách mà nước đó mong muốn thúc đẩy hoặc thực hiện’ như từ ‘cần thiết’.¹⁷² Trong vụ này, Cơ quan phúc thẩm đã chấp nhận rằng một biện pháp được coi là ‘liên quan’ đến mục tiêu, nếu nó ‘chủ yếu hướng đến’ mục tiêu đó.¹⁷³ Tuy nhiên, Cơ quan phúc thẩm cũng kết luận rằng phải ‘một mối quan hệ thực chất’ giữa biện pháp đang xem xét và mục tiêu mong muốn đạt được, và rằng một biện pháp chỉ liên quan một cách ‘tình cờ hoặc không chủ đích’ sẽ không thoả mãn phép thử.¹⁷⁴ Tiếp theo, từng mục tiêu chính sách được nêu trong các điều XX và XIV sẽ lần lượt được xem xét.

1. *Tiểu khoản (a): Đạo đức công cộng*

Khái niệm ‘đạo đức công cộng’ là khái niệm có bản chất khá khó hiểu, bao gồm một loạt các biện pháp có thể trùng lặp với các biện pháp được quy định trong các tiểu khoản khác. Mặc dù có phạm vi có thể khá rộng, ngoại lệ về đạo đức công cộng chưa bao giờ được viện dẫn trong thời kì GATT 1947. Trong án lệ của WTO, cho đến nay đã có hai vụ việc trong đó ngoại lệ này được viện dẫn. Vụ đầu tiên là *US-Gambling*, và vụ thứ hai là *China-Publications and Audiovisual Products*.

Trong vụ *US-Gambling*, các biện pháp gây ra tranh cãi là các biện pháp hạn chế việc cung ứng dịch vụ đánh bạc từ xa thông qua mạng Internet vào Hoa Kỳ. Ban hội thẩm, sau khi ghi nhận các khó khăn trong việc xác định phạm vi chính xác của ‘đạo đức công cộng’, lưu ý rằng tiền lệ án của Cơ quan phúc thẩm và các ngoại lệ chung khác cho thấy các thành viên cần có một mức độ tự do nhất định trong việc xác định xem đạo đức công cộng có nghĩa như thế nào trong xã hội của mình.¹⁷⁵ Ban hội thẩm sau đó đã dựa vào định nghĩa của ‘công cộng’ và ‘đạo đức’ theo từ điển và kết luận rằng cụm từ ‘đạo đức công cộng’ có nghĩa là ‘tiêu chuẩn về các hành vi đúng hoặc sai được duy trì bởi hoặc thay mặt cho một cộng đồng hoặc quốc

¹⁷² WTO, Báo cáo của Cơ quan phúc thẩm, vụ *US-Gasoline*, đoạn 18.

¹⁷³ WTO, Báo cáo của Cơ quan phúc thẩm, vụ *US-Gasoline*, đoạn 18-19.

¹⁷⁴ Như trên, đoạn 19.

¹⁷⁵ WTO, Báo cáo của Ban hội thẩm, vụ *US-Gambling*, đoạn 6.461.

gia.¹⁷⁶ Cơ quan phúc thẩm đã không thay đổi định nghĩa này, mặc dù điều này cũng không bị bên nguyên đơn phản đối một cách công khai.¹⁷⁷

Trong vụ thứ hai mà ‘đạo đức công cộng’ được viện dẫn, biện pháp được xem xét trong vụ việc đó là biện pháp hạn chế năng lực của các doanh nghiệp nước ngoài trong việc nhập khẩu và phân phối các ấn phẩm và sản phẩm nghe nhìn nước ngoài; đồng thời áp đặt các tiêu chuẩn kiểm định về nội dung đối với các sản phẩm nước ngoài nghiêm ngặt hơn so với các sản phẩm nội địa tương tự. Mặc dù Trung Quốc lập luận rằng các biện pháp của nước này là nhằm bảo vệ đạo đức công cộng, Hoa Kỳ cũng không phản đối điều này. Kết quả là, cả Ban hội thẩm và Cơ quan phúc thẩm đều mặc nhiên cho rằng các nội dung bị cấm mà các biện pháp nhằm vào có thể làm ảnh hưởng đến đạo đức công cộng của Trung Quốc.¹⁷⁸ Khi đưa ra nhận định như vậy, Ban hội thẩm đã xác nhận cách tiếp cận đối với từng nước, cho rằng ‘nội dung và phạm vi của “đạo đức công cộng” có thể thay đổi theo từng thành viên, bởi vì chúng bị ảnh hưởng bởi các giá trị xã hội, văn hoá, đạo đức và tôn giáo của từng thành viên’.¹⁷⁹

Có một sự khác biệt quan trọng giữa Điều XX(a) GATT và Điều XIV(a) GATS, đó là Điều XIV(a) GATS bao gồm các biện pháp nhằm ‘duy trì trật tự công cộng’ bên cạnh các ngoại lệ chung về ‘đạo đức công cộng’. Trong chú thích 5 cho Điều XIV GATS, điều này đã được làm rõ hơn như sau: ‘Ngoại lệ về trật tự công cộng có thể được viện dẫn chỉ khi có một mối đe dọa thực chất và đủ nghiêm trọng đối với một trong những lợi ích cơ bản của xã hội’.

Trong vụ *US-Gambling*, Ban hội thẩm kết luận rằng nghĩa theo từ điển của từ ‘trật tự’, theo chú thích 5 của Điều XIV(a) GATS và khái niệm ‘trật tự công cộng’ trong luật dân sự, ‘trật tự công cộng’ có nghĩa là ‘việc bảo vệ các lợi ích cơ bản của một xã hội, được thể hiện trong luật và chính sách công’.¹⁸⁰ Cách tiếp cận này đã được Cơ quan phúc thẩm đồng ý.¹⁸¹

2. Tiêu khoản (b): Cuộc sống và sức khoẻ của người, động vật hoặc thực vật

Tiêu khoản (b) của Điều XX GATT bao gồm các biện pháp được đưa ra

¹⁷⁶ WTO, Báo cáo của Ban hội thẩm, vụ *US-Gambling*, đoạn 6.465.

¹⁷⁷ WTO, Báo cáo của Cơ quan phúc thẩm, vụ *US-Gambling*, các đoạn 296-299.

¹⁷⁸ WTO, Báo cáo của Ban hội thẩm, vụ *China-Publications and Audiovisual Products*, đoạn 7.763; WTO, Báo cáo của Cơ quan phúc thẩm, đoạn 148.

¹⁷⁹ WTO, Báo cáo của Ban hội thẩm, vụ *China-Publications and Audiovisual Products*, đoạn 7.763.

¹⁸⁰ WTO, Báo cáo của Ban hội thẩm, vụ *US-Gambling*, các đoạn 6.466-6.470.

¹⁸¹ WTO, Báo cáo của Cơ quan phúc thẩm, vụ *US-Gambling*, các đoạn 296-299.

nhằm bảo vệ ‘cuộc sống và sức khoẻ của người, động vật và thực vật’. Đây là một phép thử tương đối dễ thoả mãn, vì bất kì biện pháp nào nhằm mục đích giảm ô nhiễm không khí,¹⁸² loại bỏ các nguy cơ gây ung thư¹⁸³ hoặc bảo vệ đời sống hoang dã¹⁸⁴ hoàn toàn có thể rơi vào phạm vi của tiểu khoản này.¹⁸⁵

Tuy nhiên, trong vụ *China-Raw Materials*, Ban hội thẩm đã ngầm hiểu rằng: một biện pháp được coi là bị điều chỉnh bởi Điều XX(b) phải được thiết kế một cách rõ ràng là nhằm bảo vệ sức khoẻ, và nếu chỉ là một sự liên quan giữa tác động của biện pháp và mục tiêu đề ra, thì điều này là không đủ.¹⁸⁶

Cuối cùng, liên quan đến vấn đề bảo vệ sức khoẻ, các biện pháp được viện dẫn theo Điều XX(b), cũng có thể được xem xét theo Hiệp định SPS,¹⁸⁷ vì Hiệp định này cũng áp dụng cho các biện pháp nhằm bảo vệ cuộc sống và sức khoẻ của con người, động vật và thực vật khỏi một số rủi ro nhất định. Hiệp định này, như được nêu trong Lời mở đầu, nhằm ‘soạn thảo các quy tắc để áp dụng các điều khoản của GATT 1994 liên quan đến việc sử dụng các biện pháp kiểm dịch’, cụ thể là Điều XX(b) GATT.

3. Tiểu khoản (d) Điều XX GATT và tiểu khoản (c) Điều XIV GATS: Ngăn ngừa các hành vi lừa đảo

Tiểu khoản (d) tương đối phức tạp hơn các tiểu khoản (a) và (b), do nó liên quan đến các biện pháp nhằm đảm bảo việc tuân thủ luật lệ và các quy định (không trái với GATT và GATS), trong khi các tiểu khoản (a) và (b) quy định các mục tiêu chính sách cụ thể. Tiểu khoản (d) của Điều XX GATT và tiểu khoản (c) của Điều XIV GATS đều bao gồm một danh sách không đầy đủ, nhằm liệt kê một số luật lệ và quy định có thể áp dụng ngoại lệ. Trong mối quan hệ này, cần lưu ý rằng hai danh sách này là khác nhau, thể hiện các đối tượng khác nhau trong GATT và GATS. Để xác định xem một biện pháp có thoả mãn yêu cầu của Điều XX(d) hay không, Cơ quan phúc thẩm trong vụ *Korea-Various Measures on Beef* đã đưa ra một phép thử gồm hai phần: ‘Thứ nhất, biện pháp đó phải là một biện pháp nhằm ‘đảm bảo việc tuân thủ’ các

¹⁸² WTO, Báo cáo của Ban hội thẩm, vụ *US-Gasoline*, đoạn 6.21.

¹⁸³ WTO, Báo cáo của Ban hội thẩm, vụ *EC-Asbestos*, các đoạn 8.173, 8.193-8.194.

¹⁸⁴ WTO, Báo cáo của Cơ quan phúc thẩm, vụ *US-Shrimp*, các đoạn 28, 127, 146.

¹⁸⁵ Dù rằng điều này không có nghĩa là không có những biện pháp nằm bên ngoài ngoại lệ này. Ví dụ, Ban hội thẩm trong vụ *EC-Tariff Preferences* thấy rằng một hệ thống trao ưu đãi thuế quan để khuyến khích các nước tranh với việc sản xuất và buôn bán ma tuý không nằm trong ngoại lệ nêu tại Điều XX(b) GATT.

¹⁸⁶ WTO, Báo cáo của Ban hội thẩm, vụ *China-Raw Materials*, đoạn 7.515.

¹⁸⁷ Phụ lục 1A Hiệp định WTO.

luật lệ hoặc quy định mà chúng không trái với các quy định của GATT 1994. *Thứ hai*, biện pháp đó phải ‘cần thiết’ để đảm bảo sự tuân thủ này’.¹⁸⁸

Yếu tố đầu tiên đã được Ban hội thẩm chia nhỏ hơn nữa trong vụ *Canada-Wheat Exports and Grain Imports* thành hai phần: (i) Biện pháp đó phải đảm bảo việc tuân thủ các luật lệ và quy định; và (ii) Các luật lệ và quy định đó không trái với GATT.¹⁸⁹

Đối với câu hỏi thứ hai, Cơ quan phúc thẩm trong vụ *Mexico-Taxes on Soft Drinks* lưu ý rằng ‘các luật lệ và quy định’ được hiểu là các luật và quy định pháp luật trong nước, và không bao gồm các nghĩa vụ theo luật quốc tế.¹⁹⁰

4. Tiểu khoản (g) Điều XX GATT: Bảo tồn các tài nguyên thiên nhiên có thể bị cạn kiệt

Ngoại lệ liên quan đến việc bảo tồn các nguồn tài nguyên thiên nhiên có thể bị cạn kiệt chỉ có trong Điều XX GATT và không có một tiểu khoản tương tự trong GATS. Điều XX(g) đưa ra hai điều kiện để viện dẫn biện pháp này: *Một là*, biện pháp này phải liên quan đến ‘việc bảo tồn các nguồn tài nguyên thiên nhiên có thể bị cạn kiệt’; và *hai là*, ‘biện pháp này phải được thực hiện một cách hiệu quả cùng với các hạn chế sản xuất và tiêu dùng nội địa’.

Trong án lệ của WTO, cụm từ ‘các tài nguyên thiên nhiên có thể bị cạn kiệt’ đã được giải thích theo nghĩa rộng, không chỉ giới hạn ở các khoáng sản và các tài nguyên phi sinh vật,¹⁹¹ mà còn bao gồm cả ‘không khí trong lành’¹⁹² và ‘động vật hoang dã’.¹⁹³

Liên quan đến điều kiện thứ hai, Cơ quan phúc thẩm trong vụ *US-Gasoline* đã giải thích cụm từ ‘được thực hiện một cách hiệu quả cùng với các hạn chế sản xuất và tiêu dùng nội địa’ nghĩa là đòi hỏi phải có ‘một sự công bằng trong việc áp đặt các hạn chế, dưới danh nghĩa là bảo tồn, đối với sản xuất và tiêu thụ các tài nguyên thiên nhiên có nguy cơ bị cạn kiệt’.¹⁹⁴ Cơ quan phúc thẩm cho rằng việc yêu cầu một sự đối xử giống hệt giữa các sản phẩm nội địa và nhập khẩu sẽ làm cho Điều XX(g), vốn dĩ không phù hợp

¹⁸⁸ WTO, Báo cáo của Cơ quan phúc thẩm, vụ *Korea-Various Measures on Beef*, đoạn 157.

¹⁸⁹ WTO, Báo cáo của Ban hội thẩm, vụ *Canada-Wheat Exports and Grain Imports*, đoạn 6.218.

¹⁹⁰ WTO, Báo cáo của Cơ quan phúc thẩm, vụ *Mexico-Taxes on Soft Drinks*, các đoạn 69-71.

¹⁹¹ WTO, Báo cáo của Cơ quan phúc thẩm, vụ *US-Shrimp*, đoạn 127.

¹⁹² WTO, Báo cáo của Ban hội thẩm, vụ *US-Gasoline*, đoạn 6.37. Ở giai đoạn phúc thẩm, Cơ quan phúc thẩm không xem xét điểm này vì lí do thủ tục, nhưng Cơ quan phúc thẩm cũng không bác bỏ ý kiến của Ban hội thẩm.

¹⁹³ WTO, Báo cáo của Cơ quan phúc thẩm, vụ *US-Shrimp*, đoạn 127, tr. 31.

¹⁹⁴ WTO, Báo cáo của Cơ quan phúc thẩm, vụ *US-Gasoline*, tr. 21.

với Điều III GATT (về NT), mất đi chức năng của nó với tư cách là một ngoại lệ.¹⁹⁵ Mặt khác, Cơ quan phúc thẩm cũng thừa nhận rằng một biện pháp rõ ràng sẽ không thoả mãn yêu cầu của Điều XX(g), nếu không có một hạn chế nào được áp đặt đối với việc sử dụng và tiêu thụ các sản phẩm nội địa tương tự.

Như đã nêu trên, sau khi cho rằng một biện pháp rơi vào phạm vi điều chỉnh của một trong các tiểu khoản của Điều XX và Điều XIV, điều kiện áp dụng của điều khoản này cần phải được xem xét để xác định xem liệu biện pháp đó có thoả mãn các yêu cầu của ngoại lệ chung hay không. Điều kiện áp dụng của Điều XX và Điều XIV bao gồm hai yêu cầu quan trọng, đó là: (i) Không được ‘phân biệt đối xử tùy tiện và vô căn cứ’ trong việc áp dụng biện pháp; và (ii) Biện pháp đó không phải là sự ‘hạn chế trá hình đối với thương mại quốc tế’. Nói cách khác, điều này liên quan đến cách thức mà biện pháp được áp dụng. Cơ quan phúc thẩm trong vụ *US-Gasoline*, trong một đoạn quan trọng đã giải thích mối quan hệ của việc cấm ‘hạn chế trá hình đối với thương mại quốc tế’ và hai quy định cấm khác trong đoạn về điều kiện áp dụng ngoại lệ, cụ thể là ‘phân biệt đối xử tùy tiện’ và ‘phân biệt đối xử vô căn cứ’.

Do đó, ‘phân biệt đối xử tùy tiện’, ‘phân biệt đối xử vô căn cứ’, và ‘hạn chế trá hình’ đối với thương mại quốc tế có thể được xem xét cùng với nhau; cụm từ này sẽ giúp làm sáng tỏ cụm từ kia. Rõ ràng ‘hạn chế trá hình’ bao gồm sự đối xử phân biệt trá hình trong thương mại quốc tế, và những hạn chế hoặc phân biệt đối xử bị che giấu hoặc không thông báo không phải là nghĩa đầy đủ của cụm từ ‘hạn chế trá hình’. Chúng tôi cho rằng ‘hạn chế trá hình’, dù cụm từ này có bao gồm thêm bất cứ điều gì đi nữa, có thể được hiểu một cách chính xác là bao gồm các hạn chế cấu thành phân biệt đối xử tùy tiện hoặc vô căn cứ trong thương mại quốc tế, được che đậy bằng một biện pháp mà về hình thức thì đáp ứng các điều kiện của một ngoại lệ được nêu trong Điều XX... [Y]ếu tố cơ bản đã được tìm thấy trong mục tiêu và đối tượng của việc tránh lạm dụng hoặc sử dụng một cách bất hợp pháp các ngoại lệ đối với các quy định thực chất trong Điều XX.¹⁹⁶

Liên quan đến điều kiện thứ nhất - không ‘phân biệt đối xử tùy tiện hoặc vô căn cứ’, vụ việc quan trọng nhất là vụ *US-Shrimp*. Trong vụ này, biện pháp của Hoa Kỳ,¹⁹⁷ được xem như chịu sự điều chỉnh của Điều

¹⁹⁵ Như trên.

¹⁹⁶ WTO, Báo cáo của Cơ quan phúc thẩm, vụ *US-Gasoline*, tr. 25.

¹⁹⁷ Đây là lệnh cấm nhập khẩu vào Hoa Kỳ các sản phẩm tôm từ những nước không yêu cầu người đánh bắt tôm thương mại phải sử dụng thiết bị lọc rùa (Turtle Excluder Devices). Xem: WTO,

XX(g), được kết luận là cấu thành một sự phân biệt đối xử ‘tùy tiện’ và ‘vô căn cứ’.¹⁹⁸ Biện pháp của Hoa Kỳ được xem là ‘phân biệt đối xử vô căn cứ’, bởi vì biện pháp này yêu cầu các nước khác phải áp dụng ‘về cơ bản một chương trình điều chỉnh toàn diện tương tự’ như chương trình mà Hoa Kỳ đang áp dụng một cách thiếu linh hoạt, không tính đến các điều kiện khác nhau ở các nước khác nhau.¹⁹⁹ Thêm vào đó, Cơ quan phúc thẩm cũng kết luận rằng biện pháp được áp dụng theo cách ‘phân biệt đối xử tùy tiện’, bởi vì quy trình chứng nhận để các nước có thể nhập khẩu tôm vào Hoa Kỳ không minh bạch, và các bên nguyên đơn đã bị Hoa Kỳ từ chối áp dụng nguyên tắc tuân thủ đúng các thủ tục (‘due process’).²⁰⁰

Trong vụ *Brazil-Retreated Tyres*, Cơ quan phúc thẩm đã phân tích một cách chi tiết hơn lập luận của mình trong vụ *US-Shrimp*. Theo Cơ quan phúc thẩm, việc áp dụng một biện pháp phân biệt đối xử sẽ là ‘tùy tiện hoặc vô căn cứ’, khi ‘việc phân biệt đối xử không có mối liên quan hợp lí nào với mục tiêu’ trong tiêu khoản của Điều XX, ‘hoặc đi ngược lại với mục tiêu đó’.²⁰¹

Đối với điều kiện thứ hai - ‘hạn chế trá hình đối với thương mại quốc tế’, án lệ trong các vụ việc trước đây của GATT đã khẳng định rằng một sự hạn chế có thể là ‘trá hình’, nếu như nó không được thông báo một cách rộng rãi.²⁰² Một số yếu tố khác cũng có thể cho thấy sự trá hình. Ví dụ, trong khuôn khổ của Hiệp định SPS, Cơ quan phúc thẩm trong vụ *Australia-Salmon* kết luận rằng các biện pháp của Úc hạn chế việc nhập khẩu cá hồi từ Ca-na-đa cấu thành ‘một sự hạn chế trá hình đối với thương mại quốc tế’, bởi vì một loạt các ‘dấu hiệu cảnh báo’ và ‘các yếu tố bổ sung’, kể cả việc các biện pháp được áp dụng mà không dựa trên yêu cầu về đánh giá rủi ro

Báo cáo của Cơ quan phúc thẩm, vụ *US-Shrimp*, các đoạn 3-5.

¹⁹⁸ Lưu ý rằng, sau khi đi đến kết luận, Cơ quan phúc thẩm rất cẩn thận giải thích rằng quyết định của mình không ngăn cản việc các thành viên khác áp dụng các biện pháp giống như Hoa Kỳ, với điều kiện là các biện pháp đó không vi phạm các yêu cầu nêu trong điều kiện áp dụng. Xem: WTO, Báo cáo của Cơ quan phúc thẩm, vụ *US-Shrimp*, các đoạn 185-186.

¹⁹⁹ WTO, Báo cáo của Cơ quan phúc thẩm, vụ *US-Shrimp*, đoạn 164. Cơ quan phúc thẩm cũng thấy rằng các biện pháp này cũng dẫn đến việc loại bỏ cả những con tôm được bắt bằng phương pháp có sử dụng thiết bị lọc rùa, và rằng Hoa Kỳ đã ‘có chọn lọc’ trong việc đàm phán các thoả thuận quốc tế về nhập khẩu tôm với các thành viên khác. Theo Cơ quan phúc thẩm, tác động tổng hợp của những khác biệt này cũng tạo nên ‘sự phân biệt đối xử không thể biện minh được’. Xem: WTO, Báo cáo của Cơ quan phúc thẩm, vụ *US-Shrimp*, các đoạn 166-176.

²⁰⁰ WTO, Báo cáo của Cơ quan phúc thẩm, vụ *US-Shrimp*, các đoạn 179-181, 184.

²⁰¹ WTO, Báo cáo của Cơ quan phúc thẩm, vụ *Brazil-Retreated Tyres*, các đoạn 226-227.

²⁰² GATT, Báo cáo của Ban hội thẩm, vụ *US-Tuna from Canada*, đoạn 4.8, vụ *United States-Automotive Springs*, GATT BISD 30S/107 (11 June 1982), đoạn 56, được trích dẫn trong Báo cáo của Ban hội thẩm, vụ *EC-Asbestos*, đoạn 8.233, n 194.

theo quy định tại khoản 1 Điều 5 Hiệp định SPS. Mặc dù yêu cầu đánh giá rủi ro không được quy định trong Điều XX GATT, nhưng cách tiếp cận của Cơ quan phúc thẩm trong vụ này đã có vai trò quan trọng trong việc chỉ ra khả năng sử dụng tổng hợp các dấu hiệu, nhằm chứng minh sự thiếu cơ sở trong việc áp dụng một biện pháp, và hỗ trợ trong việc xác định xem liệu có sự hạn chế trá hình đối với thương mại quốc tế hay không. Mặt khác, theo Ban hội thẩm trong vụ *EC-Asbestos*, nếu chỉ có một thực tế là biện pháp này có tác động bảo hộ các nhà sản xuất nội địa, thì điều này không đủ để chứng minh rằng biện pháp này là trá hình.²⁰³

B. Ngoại lệ về an ninh

Bên cạnh các ngoại lệ chung, Điều XXI GATT và Điều XIVbis GATS quy định các ngoại lệ mà các thành viên có thể viện dẫn để biện minh cho các hành động của mình liên quan đến các lợi ích an ninh thiết yếu. Điều XXI GATT quy định như sau:

Không một điều khoản nào trong Hiệp định này có thể được hiểu là:

- (a) Yêu cầu một bên kí kết đưa ra hoặc tiết lộ bất kì thông tin nào mà bên kí kết này cho rằng đi ngược lại với các lợi ích an ninh thiết yếu; hoặc
- (b) Ngăn không cho bất kì bên kí kết nào thực hiện các biện pháp mà bên kí kết này cho rằng cần thiết để bảo vệ các lợi ích an ninh thiết yếu của mình
 - (i) Liên quan đến nguyên liệu phân hạch hạt nhân hoặc các nguyên liệu sản sinh ra chúng;
 - (ii) Liên quan đến việc mua bán vũ khí, đạn dược và các thiết bị quân sự và việc buôn bán các hàng hoá và nguyên liệu khác trực tiếp hoặc gián tiếp nhằm mục đích trang bị cho quân đội;
 - (iii) Thực hiện trong thời gian chiến tranh hoặc các thời điểm khẩn cấp trong quan hệ quốc tế; hoặc
- (c) Ngăn không cho bất kì bên kí kết nào thực hiện các hành động theo nghĩa vụ của mình theo Hiến chương Liên hợp quốc nhằm duy trì hoà bình và an ninh quốc tế.

Các ngoại lệ về an ninh có thể có chức năng tương tự như ngoại lệ chung, khi chúng cho phép các thành viên biện minh các biện pháp hạn chế thương mại của mình dựa vào các lí do phi thương mại. Tuy nhiên, về mặt ngôn từ, giữa các khoản của hai loại ngoại lệ, vẫn có những sự khác biệt nhất định và những khác biệt này có thể có ý nghĩa quan trọng. *Thứ nhất,*

²⁰³ WTO, Báo cáo của Ban hội thẩm, vụ *EC-Asbestos*, đoạn 8.239.

các ngoại lệ an ninh không có đoạn đầu ghi điều kiện áp dụng. Điều này có thể được hiểu là các ngoại lệ an ninh không chịu sự điều chỉnh của việc cấm phân biệt đối xử tùy tiện hoặc vô căn cứ. Thứ hai, các thành viên chỉ cần phải xem xét rằng các lợi ích an ninh thiết yếu của mình là có liên quan, để có thể viện dẫn ngoại lệ về an ninh.²⁰⁴ Do đó, có ý kiến cho rằng Điều XXI GATT, đặc biệt là khoản (b), trao cho một thành viên rất nhiều tự do trong việc áp dụng các biện pháp an ninh quốc gia.²⁰⁵ Trong trường hợp này, cần phải duy trì một mức độ 'rà soát pháp lí' nhất định; nếu không, điều khoản này rất dễ bị lạm dụng mà không được đền bù.²⁰⁶

Trong thời kì GATT 1947, đã có một số vụ việc trong đó Điều XXI GATT có thể được viện dẫn.²⁰⁷ Vụ *US-Export Restrictions (Czechoslovakia)* [1949] là vụ việc đầu tiên và duy nhất trong đó ngoại lệ về an ninh được viện dẫn một cách thành công.²⁰⁸ Hoa Kỳ đã viện dẫn Điều XXI GATT 1947 để biện minh cho việc áp dụng quy chế giấy phép xuất khẩu mà Tiệp Khắc cho là đã được thực hiện trái với Điều I GATT 1947. Tại cuộc họp mà các bên kí kết đã bỏ phiếu cho rằng Hoa Kỳ đã thực hiện đúng các nghĩa vụ của mình, đại diện của Anh tuyên bố rằng: 'Hành động của Hoa Kỳ là hợp lí, bởi vì mỗi quốc gia cần phải có biện pháp cuối cùng mà quốc gia này có thể sử dụng liên quan đến an ninh của chính quốc gia mình'.²⁰⁹ Tuy nhiên, trong vụ việc gây nhiều tranh cãi *US-Trade Measures Affecting Nicaragua*, Ban hội thẩm, sau khi kết luận rằng không thể xác định được tính hợp pháp của việc Hoa Kỳ viện dẫn Điều XXI GATT 1947 do những quy định về thẩm quyền, đã đặt ra một câu hỏi:

²⁰⁴ Wesley A Cann Jr, 'Creating Standards and Accountability for the Use of the WTO Security Exceptions: Reducing the Role of Power-Based Relations and Establishing A New Balance between Sovereignty and Multilateralism', (2001), 26 *Yale Journal of International Law*, tr. 413.

²⁰⁵ Peter Van den Bossche, Sđd, tr. 666.

²⁰⁶ GATT's Panel Statement, *Activities 1986*, tr. 58-59.

²⁰⁷ WTO, Báo cáo của Ban hội thẩm, GATT, vụ *US-Export Restrictions (Czechoslovakia)*; WTO, Báo cáo của Ban hội thẩm, GATT, vụ *US-Trade Measures Affecting Nicaragua* (chưa thông qua); Vụ *Trade Measures Taken by the European Community against the Socialist Federal Republic of Yugoslavia*, (Communication from the European Communities). Vụ *United States-Imports of Sugar from Nicaragua* có thể là một án lệ nữa để tham khảo, nhưng Hoa Kỳ đã từ chối viện dẫn bất cứ ngoại lệ nào.

²⁰⁸ Trong vụ *Trade Measures Taken by the European Community against the Socialist Federal Republic of Yugoslavia*, Ban hội thẩm đã không được thành lập do có sự không rõ ràng về vấn đề thừa kế quy chế của Liên bang cộng hoà xã hội chủ nghĩa Nam Tư và Liên bang cộng hoà Nam Tư. Trong vụ *US-Trade Measures Affecting Nicaragua*, Ban hội thẩm bị hạn chế về thẩm quyền nên không xem xét được ngoại lệ về an ninh.

²⁰⁹ Contracting Parties, 3rd Session, *Summary Record of the Twenty-Second Meeting*, ngày 8/6/1949, tr. 3.

Nếu chúng ta thừa nhận rằng việc giải thích Điều XXI hoàn toàn phụ thuộc vào bên kí kết viện dẫn điều này, thì làm sao các bên kí kết có thể đảm bảo rằng ngoại lệ chung đối với mọi nghĩa vụ trong Hiệp định không bị viện dẫn một cách thái quá hoặc nhằm những mục đích không phải là mục đích được nêu ra trong điều khoản này?²¹⁰

Cả Điều XXI GATT và XIV GATS đều chưa được viện dẫn trong bất kì vụ việc nào trong thời kì WTO và câu hỏi trên vẫn còn để ngỏ.

Mục 3. THƯƠNG MẠI HÀNG HOÁ VÀ CÁC HIỆP ĐỊNH CỦA WTO (*)

Mục này trước hết giới thiệu tổng quan khung pháp lí của WTO điều chỉnh thương mại hàng hoá quốc tế; sau đó sẽ trình bày ngắn gọn những khía cạnh chính của thương mại hàng hoá quốc tế trong 6 tiểu mục, bao gồm: (1) Thuế quan - rào cản chính trong thương mại quốc tế; (2) Nông nghiệp - lĩnh vực đặc biệt và quan trọng; (3) Các vấn đề liên quan đến tiêu chuẩn và an toàn, đặc biệt là các biện pháp kiểm dịch động-thực vật và các rào cản kĩ thuật đối với thương mại; (4) Dệt may - giống như nông nghiệp, là lĩnh vực thương mại đặc thù; (5) Các biện pháp khắc phục thương mại và các biện pháp đối phó với những tình huống không thể lường trước trong thương mại quốc tế, trong đó đặc biệt quan trọng là các biện pháp chống bán phá giá, chống trợ cấp và tự vệ; (6) Các vấn đề liên quan đến rào cản phi thuế quan trong thương mại, bao gồm những vấn đề quan trọng nhất là cấp phép nhập khẩu, xác định trị giá tính thuế hải quan, giám định hàng hoá trước khi chuyển hàng và các biện pháp đầu tư liên quan đến thương mại.²¹¹ Mỗi tiểu mục sẽ mở đầu bằng phần tổng quan giới thiệu ngắn gọn về vấn đề sẽ trình bày, sau đó đề cập phạm vi của vấn đề và các định nghĩa có liên quan được đề cập trong hiệp định về vấn đề đó, và cuối cùng trình bày về những khía cạnh chính của vấn đề. Lời nói đầu và các điều khoản được đề cập trong mỗi tiểu mục là lời nói đầu và các điều khoản của hiệp định WTO đề cập tại tiểu mục đó.

Tổng quan về khung pháp lí

Theo Hiệp định WTO, thương mại hàng hoá được điều chỉnh bởi hệ thống

²¹⁰ WTO, Báo cáo của Ban hội thẩm, GATT, vụ *US-Trade Measures Affecting Nicaragua*, đoạn 5.17.

(*) *Tác giả: Nguyễn Đức Kiên*, Thạc sĩ, Chuyên gia pháp luật, Vụ Pháp luật Quốc tế, Bộ Tư pháp. *Người biên dịch: Phạm Thị Thanh Phương*, Thạc sĩ, Chuyên viên, Tòa án Nhân dân Thành phố Hà Nội; và *Nguyễn Anh Tùng*, Cử nhân Luật.

²¹¹ Cách phân loại này được sử dụng trong tài liệu: The WTO Secretariat, *Understanding the World Trade Organization*, (2003), <http://www.wto.org>.

các hiệp định có cấu trúc như sau:²¹²

- *Thứ nhất*, hệ thống này bắt đầu bằng việc quy định các nguyên tắc chung như MFN, NT trong GATT;
- *Tiếp đó* là các hiệp định bổ sung và các phụ lục để điều chỉnh những yêu cầu đặc thù của từng lĩnh vực thương mại hoặc các vấn đề cụ thể. Các hiệp định này bao gồm: Hiệp định về nông nghiệp, Hiệp định về việc áp dụng các biện pháp kiểm dịch động-thực vật, Hiệp định về dệt may, Hiệp định về các rào cản kỹ thuật đối với thương mại, Hiệp định về các biện pháp đầu tư liên quan đến thương mại; Hiệp định về thực thi Điều VI (chống bán phá giá); Hiệp định về thực thi Điều VII (định giá hải quan), Hiệp định về giám định hàng hoá trước khi xuất hàng; Hiệp định về quy tắc xuất xứ; Hiệp định về thủ tục cấp phép nhập khẩu, Hiệp định về trợ cấp và các biện pháp đối kháng và Hiệp định về các biện pháp tự vệ.
- *Cuối cùng* là các biểu cam kết dài và chi tiết hoặc danh sách những cam kết cụ thể của từng thành viên cho phép các loại sản phẩm cụ thể của nước ngoài tiếp cận thị trường của mình. Các cam kết này có hình thức: Đối với hàng hoá nói chung là cam kết ràng buộc về thuế quan; đối với một số sản phẩm nông nghiệp là sự kết hợp giữa thuế quan và hạn ngạch.²¹³

GATT được cấu thành bởi:

- Các quy định trong GATT 1947;
- Các quy định của những văn bản pháp lí có hiệu lực theo GATT 1947 trước ngày Hiệp định về thành lập WTO có hiệu lực, như các văn kiện và chứng nhận liên quan đến cam kết thuế quan; văn kiện gia nhập v.v..
- Các thoả thuận liên quan đến việc giải thích một số điều của GATT 1994 điều chỉnh các vấn đề pháp lí như các biểu cam kết về nhượng bộ thuế quan, doanh nghiệp nhà nước, cán cân thanh toán, các liên minh hải quan và khu vực thương mại tự do, các miễn trừ, sửa đổi các biểu cam kết trong GATT, và trường hợp không áp dụng của GATT.
- Nghị định thư Ma-ra-két về GATT 1994.

1. Thuế quan

A. Tổng quan

Thuế quan được điều chỉnh chủ yếu bằng GATT 1994 (sau đây gọi là ‘GATT’). Có thể nhận thấy sự ưu tiên mà Hiệp định này dành cho thuế quan

²¹² Ban thư kí WTO, như trên, tr. 1.

²¹³ WTO, http://wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/agrm1_e.htm.

so với các biện pháp bảo hộ khác. Thuế quan có thể được áp dụng trên cơ sở từng đơn vị hoặc trên cơ sở giá trị của hàng hoá ('ad valorem'). Các nhượng bộ thuế quan mà các nước đưa ra khi gia nhập WTO hoặc trong các cuộc đàm phán được ghi nhận trong biểu cam kết của những nước này là các mức thuế quan 'ràng buộc'. Theo Điều II GATT, các biểu cam kết này cấu thành bộ phận không tách rời của GATT. Chúng được xây dựng theo cách tiếp cận 'danh sách khẳng định', nghĩa là không có cam kết nào đối với các sản phẩm không nằm trong biểu cam kết. Đối với những sản phẩm được liệt kê, các thành viên sẽ không áp dụng mức thuế quan cao hơn mức trần cam kết trong biểu cam kết của mình đối các thành viên WTO.²¹⁴

B. Định nghĩa

Trong khuôn khổ WTO, thuế quan được hiểu là loại thuế áp dụng tại cửa khẩu đối với hàng hoá dịch chuyển từ một lãnh thổ hải quan này sang một lãnh thổ hải quan khác (Điều I GATT). Nó thường là thuế nhập khẩu. Tuy nhiên, một số thành viên WTO cũng áp dụng thuế xuất khẩu. Mặc dù vậy, mối quan tâm chính của GATT/WTO từ trước đến nay vẫn luôn là thuế nhập khẩu. Cần nói rõ thuế quan không phải là 'thuế nội địa', ví dụ, thuế giá trị gia tăng (khoản 2 Điều III GATT), cũng không phải là phí hay lệ phí nhập khẩu (Điều VIII GATT).

C. Những khía cạnh chính của thuế quan

1. Tính ràng buộc

Nhượng bộ thuế quan mà một thành viên WTO đưa ra có 'giá trị ràng buộc' và là mức thuế trần, không phải ở mức sàn. Điều đó có nghĩa rằng thành viên đó không thể áp dụng mức thuế suất cao hơn so với mức ràng buộc đã cam kết. Liên quan đến hiệu lực ràng buộc của thuế quan, các nước phát triển đã tăng số lượng dòng sản phẩm nhập khẩu chịu thuế suất 'ràng buộc' (tức là thuế suất đã cam kết và khó có thể tăng lên) từ mức 78% tổng số dòng lên mức 99%. Đối với các DCs, có sự gia tăng đáng kể từ 21% lên 73%. Các nền kinh tế trong quá trình chuyển đổi từ kinh tế kế hoạch hoá tập trung cũng tăng số dòng sản phẩm nhập khẩu chịu thuế cam kết ràng buộc từ 73% lên 98%. Tất cả đồng nghĩa với mức độ an toàn thị trường cao hơn

²¹⁴ Arvind Panagariya, *Core WTO Agreements: Trade in Goods and Services and Intellectual Property*, tr. 9.

đáng kể dành cho các thương nhân và nhà đầu tư.²¹⁵

2. Thuế quan phải được giảm dần

Ngoài tính ràng buộc, thuế quan còn có lộ trình giảm dần. Theo quy định của WTO, hầu hết lộ trình giảm thuế quan của các nước phát triển được chia thành các giai đoạn thực hiện trong vòng 5 năm kể từ ngày 1/1/1995. Kết quả là sẽ giảm 40% số dòng thuế đối với các sản phẩm công nghiệp, giảm từ mức thuế suất trung bình 6,3% xuống 3,8%. Giá trị của các sản phẩm nhập khẩu được miễn thuế từ các DCs sẽ tăng từ mức 20% lên 44%. Ngoài ra, số dòng sản phẩm phải chịu mức thuế suất cao cũng giảm. Tỷ lệ sản phẩm nhập khẩu vào các nước phát triển từ mọi nguồn đang chịu mức thuế cao hơn 15% sẽ giảm xuống từ 7% đến 5%. Tỷ lệ các sản phẩm xuất khẩu của các DCs đang chịu mức thuế trên 15% tại các nước phát triển sẽ giảm xuống còn từ 9% đến 5%.²¹⁶

2. Nông nghiệp²¹⁷

A. Tổng quan

Hiệp định về nông nghiệp (gọi tắt là ‘Hiệp định AoA’) có hiệu lực từ ngày 1/1/1995. Lời nói đầu của Hiệp định này ghi nhận mục tiêu lâu dài của quá trình cải cách, được khởi động trong chương trình cải cách của Vòng đàm phán U-ru-goay, là xây dựng một hệ thống thương mại về nông nghiệp công bằng và theo định hướng thị trường. Chương trình tái cấu trúc bao gồm các cam kết cụ thể nhằm giảm sự hỗ trợ và bảo hộ trong các lĩnh vực hỗ trợ nội địa, trợ cấp xuất khẩu và tiếp cận thị trường thông qua việc thiết lập các quy tắc mạnh hơn, hiệu quả thực thi cao hơn của GATT. Đồng thời, Hiệp định cũng xem xét những vấn đề phi thương mại như an ninh lương thực và nhu cầu bảo vệ môi trường; quy định về những đối xử S&D dành cho các DCs, trong đó có sự cải thiện về cơ hội và điều kiện tiếp cận thị trường của sản phẩm nông nghiệp mà các thành viên này có quan tâm cụ thể.²¹⁸

B. Phạm vi và định nghĩa

Điều 2 quy định rằng Hiệp định này áp dụng đối với các sản phẩm được liệt kê trong Phụ lục 1 của Hiệp định, sau đây gọi tắt là sản phẩm nông nghiệp. Tại Phụ lục 1, Hiệp định định nghĩa sản phẩm nông nghiệp bằng cách tham

²¹⁵ Ban thư kí WTO, như trên, tr. 16.

²¹⁶ Ban thư kí WTO, như trên, tr. 16.

²¹⁷ Ban thư kí WTO, *The WTO Agreements Series-Agriculture*, (2003).

²¹⁸ Phần mở đầu của Hiệp định AoA.

chiều đến hệ thống hài hoà hoá về phân loại sản phẩm - định nghĩa này bao quát không chỉ (i) Các sản phẩm nông nghiệp cơ bản như lúa mì, sữa và các động vật sống, mà cả (ii) Các sản phẩm có nguồn gốc từ chúng như bánh mì, bơ và thịt, cũng như (iii) Tất cả các sản phẩm nông nghiệp đã qua chế biến, như sô-cô-la và xúc xích. Định nghĩa này cũng bao hàm cả rượu vang, rượu mạnh, các sản phẩm thuốc lá, các loại sợi như len, bông và lụa, da động vật thô sử dụng trong sản xuất da. Cá, các sản phẩm từ cá và lâm sản không nằm trong phạm vi của sản phẩm nông nghiệp.²¹⁹

C. Những khía cạnh chính của Hiệp định AoA

Hiệp định thiết lập một số quy tắc áp dụng chung đối với các biện pháp nông nghiệp liên quan đến thương mại, chủ yếu trong các lĩnh vực tiếp cận thị trường, hỗ trợ nội địa và cạnh tranh xuất khẩu. Những quy định này liên quan đến các cam kết cụ thể của thành viên nhằm tăng khả năng tiếp cận thị trường và giảm các khoản trợ cấp bóp méo thương mại, được ghi nhận trong biểu cam kết của từng thành viên WTO và là một bộ phận không tách rời của GATT. Tiêu mục này sẽ phân tích những nét chính về các quy định của Hiệp định về MA, hỗ trợ nội địa và cạnh tranh xuất khẩu.

1. Tiếp cận thị trường ('MA')

(a) Chỉ bảo hộ bằng thuế quan

Liên quan đến MA, Vòng đàm phán U-ru-goay đạt được sự thay đổi quan trọng về hệ thống: Chuyển từ thực tế là có vô số các NTBs cản trở dòng chảy của thương mại nông nghiệp sang chế độ chỉ sử dụng thuế quan ràng buộc để bảo hộ và có cam kết cắt giảm. Khía cạnh quan trọng của sự thay đổi có tính căn bản này là nhằm kích thích đầu tư, sản xuất và thương mại trong nông nghiệp bằng cách: (i) Tăng tính minh bạch, tính có thể dự đoán và tính cạnh tranh của các điều kiện tiếp cận thị trường nông nghiệp; (ii) Thiết lập hoặc tăng cường mối liên kết giữa thị trường nông sản các quốc gia và quốc tế; và từ đó (iii) Căn cứ nhiều hơn vào thị trường để định hướng sử dụng các nguồn tài nguyên khan hiếm một cách hiệu quả nhất, cả trong lĩnh vực nông nghiệp lẫn ở phạm vi toàn bộ nền kinh tế. Trong nhiều trường hợp, thuế quan là hình thức bảo hộ duy nhất dành cho các sản phẩm nông nghiệp trong giai đoạn trước Vòng đàm phán U-ru-goay - Vòng đàm phán dẫn đến 'sự ràng buộc' trong khuôn khổ WTO về mức trần đối với thuế

²¹⁹ Ban thư ký WTO, như trên, tr. 4. Xem thêm Phụ lục 1 Hiệp định AoA.

quan. Tuy nhiên, đối với nhiều sản phẩm khác, các NTBs đã được sử dụng để hạn chế MA. Đây từng là tình trạng phổ biến đối với phần lớn các sản phẩm nông nghiệp ôn đới. Các cuộc đàm phán trong khuôn khổ Vòng Uruguay nhằm loại bỏ các rào cản như vậy. Với mục đích này, cùng với những kết quả khác, một gói ‘thuế quan hoá’ (hay ‘thuế hóa’) đã được nhất trí để thay thế các NTBs đối với nông nghiệp bằng thuế quan - biện pháp đảm bảo mức độ bảo hộ tương đương. Sau khi Hiệp định có hiệu lực, hiện nay đã có quy định cấm áp dụng các NTBs đối với nông nghiệp và mức thuế quan áp dụng đối với hầu hết các sản phẩm nông nghiệp được giao dịch quốc tế đều đã bị ràng buộc trong khuôn khổ WTO.²²⁰

(b) Giảm thuế quan

Hiệp định yêu cầu thành viên phát triển, trong giai đoạn 6 năm bắt đầu từ năm 1995, giảm thuế quan xuống mức trung bình 36% đối với tất cả các sản phẩm nông nghiệp, với mức giảm tối thiểu 15% cho bất kỳ sản phẩm nào. Đối với thành viên DCs, mức giảm tương ứng lần lượt là 24% và 10% và được thực hiện trong vòng 10 năm. Các thành viên DCs có mức thuế suất ràng buộc ở mức trần, trong nhiều trường hợp, đã không đưa ra cam kết giảm. Các thành viên LDCs được yêu cầu cam kết ràng buộc tất cả các loại thuế quan đối với hàng nông nghiệp, nhưng không phải thực hiện việc giảm thuế quan.²²¹

(c) Cấm áp dụng các biện pháp phi thuế quan (NTBs) tại cửa khẩu

Khoản 2 Điều 4 Hiệp định cấm áp dụng các NTBs đối với hàng nông nghiệp. Những biện pháp này bao gồm hạn chế số lượng nhập khẩu, biên thu nhập khẩu, giá sàn nhập khẩu, thủ tục cấp phép nhập khẩu tùy tiện, thỏa thuận hạn chế xuất khẩu tự nguyện và các NTBs được duy trì thông qua các doanh nghiệp thương mại nhà nước. Tất cả các biện pháp áp dụng tại cửa khẩu tương tự, mà không phải là ‘thuế quan thông thường’, cũng không còn được phép áp dụng. Tuy nhiên, khoản 2 Điều 4 Hiệp định không ngăn cấm việc áp dụng các biện pháp hạn chế nhập khẩu phi thuế quan phù hợp với quy định của GATT hoặc các hiệp định khác trong khuôn khổ WTO được áp dụng đối với hàng hoá nói chung.²²²

²²⁰ Ban thư kí WTO, như trên, tr. 5-6.

²²¹ Bộ Tư pháp, *Hội nhập kinh tế quốc tế - Tài liệu tập huấn dành cho các cơ quan tư pháp*, (2008), tr. 97.

²²² Những biện pháp này bao gồm những biện pháp được duy trì theo các quy định sau đây: các quy định về bảo đảm cân bằng thanh toán (Điều XII và Điều XVIII GATT); các quy định chung về tự vệ (Điều XIX GATT và các hiệp định WTO liên quan); các ngoại lệ chung (Điều XX GATT);

(d) Các quy định về biện pháp tự vệ đặc biệt

Như là yếu tố thứ ba của gói ‘thuế quan hoá’, các thành viên có quyền viện dẫn quy định về tự vệ đặc biệt của Hiệp định (Điều 5) đối với sản phẩm đã được thuế quan hoá, với điều kiện việc bảo lưu áp dụng quy định tự vệ đặc biệt (viết tắt là ‘SSG’) đối với sản phẩm này được thể hiện trong Biểu cam kết của thành viên. Quyền áp dụng SSG được 38 thành viên bảo lưu đối với một số lượng hạn chế các sản phẩm trong mỗi trường hợp. SSG cho phép một thành viên áp dụng thuế quan bổ sung khi đáp ứng các tiêu chí nhất định. Các tiêu chí này có thể là sự gia tăng nhập khẩu đột biến, hoặc trên cơ sở từng chuyến hàng, có sự sụt giảm của giá nhập khẩu xuống dưới mức giá tham chiếu định trước. Đối với trường hợp khởi phát về khối lượng, mức thuế cao hơn chỉ áp dụng cho đến hết năm liên quan. Đối với khởi phát về giá, thuế bổ sung chỉ được áp dụng đối với chuyến hàng có liên quan. Các khoản thuế bổ sung không thể được áp dụng với hàng hoá nhập khẩu trong hạn ngạch thuế quan.²²³

2. Hỗ trợ nội địa

WTO phân loại các ‘hỗ trợ nội địa’ (‘domestic support’) theo ba nhóm:

- Hộp màu hổ phách (‘Amber box’): bao gồm tất cả các biện pháp hỗ trợ nội địa, như trợ giá, được xem là bóp méo sản xuất và thương mại. Các loại trợ cấp thuộc nhóm này được thể hiện bằng ‘Tổng lượng hỗ trợ tính gộp’ (‘Total AMS’) - số liệu được cộng gộp từ tất cả các hỗ trợ. Các hỗ trợ nhóm hộp màu hổ phách là đối tượng của các cam kết giảm trong khuôn khổ WTO.
- Hộp màu xanh lơ (‘Blue Box’): bao gồm các khoản hỗ trợ chi trả trực tiếp trên cơ sở diện tích hoặc số lượng vật nuôi, nhưng kèm theo điều kiện về hạn chế sản xuất bằng cách áp đặt hạn ngạch sản xuất hoặc yêu cầu nông dân không sử dụng một phần đất của họ. Theo quy định của WTO, các biện pháp hỗ trợ này được coi là tách rời một phần với sản xuất và không thuộc đối tượng cam kết giảm. Ở EU, những hỗ trợ này được coi là các khoản chi trả trực tiếp.
- Hộp màu xanh lá cây (‘Green Box’): bao gồm các biện pháp hỗ trợ được coi là không bóp méo thương mại, hoặc chỉ gây ra tác động ở mức tối thiểu và không thuộc đối tượng cam kết giảm trong khuôn

Hiệp định SPS, Hiệp định TBT. Xem: Ban thư kí WTO, như trên, tr. 7-8.

²²³ Ban thư kí WTO, như trên, tr. 8-9.

khô WTO. Đối với EU và Hoa Kỳ, một trong những biện pháp hỗ trợ được phép áp dụng có ý nghĩa quan trọng nhất thuộc nhóm này là hỗ trợ độc lập, trực tiếp dành cho người sản xuất. Biện pháp hỗ trợ này không liên quan đến mức sản xuất hoặc giá cả hiện tại. Nó cũng có thể được áp dụng với điều kiện sự hỗ trợ không gắn với yêu cầu về sản xuất.²²⁴

3. Trợ cấp xuất khẩu

Theo Hiệp định, trợ cấp xuất khẩu chỉ được áp dụng trong bốn trường hợp:

- (i) Đối với trợ cấp xuất khẩu là đối tượng của cam kết giảm áp dụng đối với từng sản phẩm cụ thể, thì được phép áp dụng trong mức giới hạn quy định tại biểu cam kết của thành viên có liên quan;
- (ii) Bất kì khoản thặng dư nào của ngân sách chi tiêu dành cho trợ cấp xuất khẩu hoặc cho khối lượng xuất khẩu đã được trợ cấp vượt quá giới hạn quy định trong biểu cam kết mà được điều chỉnh bởi khoản 2(b) Điều 9 Hiệp định;
- (iii) Các loại trợ cấp xuất khẩu phù hợp với quy định về đối xử S&D dành cho các thành viên DCs (khoản 4 Điều 9 Hiệp định);
- (iv) Các loại trợ cấp xuất khẩu khác, ngoài những loại là đối tượng của cam kết giảm, với điều kiện chúng phù hợp với quy định về ngăn chặn việc trốn tránh các cam kết về trợ cấp xuất khẩu tại Điều 10 Hiệp định.

Trong tất cả những trường hợp khác, các biện pháp trợ cấp xuất khẩu dành cho sản phẩm nông nghiệp đều bị cấm áp dụng (khoản 3 Điều 3, các điều 8 và 10 Hiệp định).²²⁵

3. Tiêu chuẩn và an toàn

A. Các biện pháp kiểm dịch động-thực vật

1. Tổng quan

Trong khuôn khổ WTO, các biện pháp kiểm dịch động-thực vật được quy định tại GATT (Điều XX(b)) và Hiệp định về việc áp dụng các biện pháp kiểm dịch động-thực vật (sau đây gọi là ‘Hiệp định SPS’). Hiệp định SPS có 14 điều và 3 phụ lục đưa ra định nghĩa về các thuật ngữ và làm rõ một số

²²⁴ Actionaid, *Hiệp định của WTO về nông nghiệp*, tr. 5. Xem <http://www.actionaid.org>.

²²⁵ Ban thư kí WTO, như trên, tr. 17.

nghĩa vụ trong phần nội dung chính của Hiệp định. Hiệp định này liên quan đến việc áp dụng các biện pháp kiểm dịch động-thực vật; nói cách khác là liên quan đến các quy định về an toàn thực phẩm và sức khoẻ động-thực vật. Hiệp định ghi nhận rằng các chính phủ có quyền tiến hành các biện pháp kiểm dịch động-thực vật, nhưng chỉ trong phạm vi cần thiết để bảo vệ cuộc sống và sức khoẻ của con người, động vật hoặc thực vật, và không được phân biệt đối xử tùy tiện hoặc vô căn cứ giữa các thành viên có điều kiện giống nhau hoặc tương tự.²²⁶

2. Phạm vi và định nghĩa

Theo Phụ lục A Hiệp định SPS, các biện pháp kiểm dịch động-thực vật có nghĩa là bất kì biện pháp nào được áp dụng để:

- (i) Bảo vệ đời sống hoặc sức khoẻ của động vật hoặc thực vật trước những nguy cơ phát sinh từ sự xâm nhập, hình thành hay phát tán của sâu bệnh, dịch bệnh, sinh vật mang bệnh hoặc gây bệnh;
- (ii) Bảo vệ cuộc sống hay sức khoẻ của con người hoặc động vật khỏi các nguy cơ phát sinh từ các chất phụ gia, chất gây ô nhiễm, chất độc hoặc các sinh vật gây bệnh có trong thực phẩm, đồ uống hoặc thức ăn chăn nuôi;
- (iii) Bảo vệ cuộc sống hoặc sức khoẻ của con người khỏi các bệnh mang từ động vật, thực vật hoặc sản phẩm của chúng hoặc từ sự xâm nhập, hình thành hoặc phát tán của sâu bệnh; hoặc
- (iv) Ngăn chặn hoặc hạn chế các thiệt hại khác phát sinh do xâm nhập, hình thành hoặc phát tán của sâu bệnh.

3. Những khía cạnh chính của Hiệp định

Hiệp định SPS cho phép các thành viên thông qua và thực thi các biện pháp cần thiết để bảo vệ cuộc sống hoặc sức khoẻ của con người, động vật hoặc thực vật, với điều kiện các biện pháp này không được áp dụng để tạo ra sự phân biệt đối xử tùy tiện hoặc vô căn cứ giữa các thành viên có cùng điều kiện như nhau hoặc để dẫn đến sự hạn chế thương mại quốc tế (Lời nói đầu).

Hiệp định SPS quy định rằng việc sử dụng các biện pháp kiểm dịch động-thực vật phải phù hợp với những nguyên tắc cơ bản sau:²²⁷

²²⁶ WTO, http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/ursum_e.htm#gAgreement. Ban thư kí WTO, *The WTO Agreements Series-The SPS Agreement: An Overview*, (2003).

²²⁷ Bộ Tư pháp, Sđd, tr. 97.

(a) Không phân biệt đối xử

Hiệp định SPS đảm bảo rằng không có sự phân biệt đối xử giữa các thành viên trong việc sử dụng các biện pháp SPS. Các thành viên phải đảm bảo rằng các biện pháp kiểm dịch động-thực vật mà mình áp dụng không phân biệt đối xử một cách tùy tiện hoặc vô căn cứ giữa các thành viên có điều kiện giống hệt nhau hoặc tương tự nhau, kể cả giữa lãnh thổ của mình và của các thành viên khác (khoản 3 Điều 2).

(b) Hải hoà hoá

Để hải hoà hoá các biện pháp kiểm dịch động-thực vật trên cơ sở chung nhất có thể được, các thành viên phải lấy các tiêu chuẩn, hướng dẫn hay khuyến nghị quốc tế nơi chúng tồn tại làm cơ sở áp dụng các biện pháp này (khoản 1 Điều 3). Tuy nhiên, các thành viên có thể áp dụng hoặc duy trì các biện pháp kiểm dịch động-thực vật có mức độ bảo vệ cao hơn so với các biện pháp dựa trên các tiêu chuẩn, hướng dẫn hay khuyến nghị quốc tế có liên quan, nếu có sự khẳng định về khoa học hoặc là kết quả của mức độ bảo vệ động-thực vật mà một thành viên xác định là thích hợp, phù hợp với quy định của Hiệp định SPS (khoản 3 Điều 3).

(c) Tính tương đương

Các thành viên sẽ chấp nhận các biện pháp kiểm dịch động-thực vật của các thành viên khác là tương đương, ngay cả khi nếu các biện pháp này khác với các biện pháp của mình hoặc với các biện pháp mà những thành viên buôn bán cùng sản phẩm áp dụng, nếu thành viên xuất khẩu chứng minh được một cách khách quan với thành viên nhập khẩu rằng các biện pháp đó đạt được mức độ bảo vệ về vệ sinh động-thực vật của thành viên nhập khẩu (khoản 1 Điều 4).

(d) Mức độ bảo hộ phù hợp

Theo Hiệp định SPS, mức độ bảo hộ phù hợp (viết tắt là ‘ALOP’) là mức độ bảo hộ mà thành viên WTO cho là thích hợp để bảo vệ cuộc sống hoặc sức khoẻ của con người, động vật hoặc thực vật trong phạm vi lãnh thổ của mình. Các thành viên phải đảm bảo rằng bất kì biện pháp kiểm dịch động-thực vật nào cũng chỉ được áp dụng trong phạm vi cần thiết để bảo vệ cuộc sống hoặc sức khoẻ của con người, động vật hoặc thực vật, được dựa trên các nguyên tắc khoa học và không được duy trì mà không có bằng chứng khoa học xác đáng (khoản 2 Điều 2).

Mỗi thành viên WTO có quyền xác định ALOP riêng của mình. Tuy nhiên, khi xác định ALOP, các thành viên WTO sẽ tính đến mục tiêu giảm thiểu các tác động thương mại bất lợi. Ngoài ra, các thành viên WTO được yêu cầu áp dụng các khái niệm của ALOP một cách phù hợp, tức là họ phải ‘tránh sự phân biệt đối xử tùy tiện hoặc vô căn cứ’ ‘dẫn đến sự phân biệt đối xử hoặc sự hạn chế trá hình trong thương mại quốc tế’.²²⁸

(e) Đánh giá rủi ro

Trong việc đánh giá rủi ro đối với đời sống và sức khỏe của động vật hoặc thực vật và xác định biện pháp kiểm dịch sẽ áp dụng để đạt được mức độ thích hợp, bảo vệ động-thực vật khỏi nguy cơ đó, các thành viên phải xem xét tới chứng cứ khoa học hiện có và các phương pháp sản xuất và chế biến có liên quan; các phương pháp điều tra, lấy mẫu và kiểm định có liên quan; sự phổ biến của loại bệnh hoặc sâu hại cụ thể; sự tồn tại của các vùng không nhiễm sâu hại hoặc nhiễm bệnh; các điều kiện sinh thái và môi trường có liên quan; và biện pháp cách ly hoặc các biện pháp xử lý khác (khoản 2 Điều 5). Bên cạnh đó, trong việc giám định, các thành viên phải xem xét các yếu tố kinh tế có liên quan như: những thiệt hại có thể xảy ra do sụt giảm sản xuất, kinh doanh khi có sâu bệnh xâm nhập, hình thành và phát tán; chi phí để kiểm soát hay loại bỏ sâu bệnh trong lãnh thổ của thành viên nhập khẩu; tương quan hiệu quả - chi phí của các phương pháp thay thế nhằm hạn chế rủi ro (khoản 3 Điều 5).

Tuy nhiên, Hiệp định SPS cũng quy định rằng trong trường hợp chưa có đủ bằng chứng khoa học liên quan, một thành viên có thể tạm thời áp dụng các biện pháp kiểm dịch động-thực vật trên cơ sở thông tin chuyên môn sẵn có, bao gồm thông tin từ các tổ chức quốc tế liên quan cũng như từ các biện pháp kiểm dịch động-thực vật mà thành viên khác áp dụng (khoản 7 Điều 5).

(f) Sự minh bạch

Nguyên tắc minh bạch trong Hiệp định SPS yêu cầu các thành viên WTO cung cấp thông tin về các biện pháp SPS mà họ áp dụng và thông báo về sự thay đổi của các biện pháp này. Các thành viên cũng phải công bố các quy định SPS của họ. Các yêu cầu về thông báo được đáp ứng thông qua cơ quan thông báo quốc gia. Mỗi thành viên WTO cũng phải chỉ định một điểm

²²⁸ Chính phủ Úc, Bộ Nông nghiệp, Ngư nghiệp và Lâm nghiệp, AusAID, *The WTO Sanitary and Phytosanitary (SPS) Agreement - Why Do You Need to Know?*, tr. 12.

hỏi-đáp quốc gia để trả lời các câu hỏi liên quan đến SPS do các thành viên khác nêu ra. Hai chức năng thông báo và hỏi đáp có thể do cơ quan duy nhất đảm nhận.²²⁹ Ví dụ, Hiệp định SPS quy định rằng các thành viên phải thông báo về những sự thay đổi trong các biện pháp kiểm dịch động-thực vật và có trách nhiệm cung cấp thông tin về các biện pháp kiểm dịch động-thực vật của mình một cách phù hợp với quy định của Hiệp định này (Điều 7).

Để đảm bảo việc tuân thủ các nguyên tắc nêu trên, Hiệp định SPS quy định rằng khi thành viên có lí do để tin rằng biện pháp kiểm dịch động-thực vật cụ thể do thành viên khác áp dụng hoặc duy trì đang hạn chế hoặc có khả năng hạn chế hoạt động xuất khẩu của mình và biện pháp này không dựa trên các tiêu chuẩn, hướng dẫn hoặc khuyến nghị quốc tế có liên quan hoặc không tồn tại các tiêu chuẩn, hướng dẫn hoặc khuyến nghị như vậy, thì có thể yêu cầu thành viên đang duy trì biện pháp đó giải thích về lí do áp dụng biện pháp kiểm dịch này và thành viên này có nghĩa vụ giải đáp (khoản 8 Điều 5).

B. Các rào cản kỹ thuật đối với thương mại

1. Tổng quan

Trong WTO, các rào cản kỹ thuật đối với thương mại được quy định trong Hiệp định về các rào cản kỹ thuật đối với thương mại (sau đây gọi là ‘Hiệp định TBT’). Hiệp định TBT ra đời trong khuôn khổ của WTO, nhằm: (i) Ghi nhận sự cần thiết của các rào cản kỹ thuật đối với thương mại; đồng thời (ii) Kiểm soát những rào cản này để đảm bảo rằng các thành viên sử dụng chúng một cách phù hợp và hợp pháp, các rào cản này không được sử dụng như công cụ bảo hộ đơn thuần.²³⁰

Hiệp định TBT thừa nhận sự đóng góp quan trọng mà các tiêu chuẩn quốc tế và các hệ thống đánh giá hợp chuẩn có thể đem lại bằng việc cải thiện hiệu quả sản xuất và tạo thuận lợi cho thương mại quốc tế. Tuy nhiên, Hiệp định TBT muốn đảm bảo rằng các quy chuẩn kỹ thuật và tiêu chuẩn, bao gồm các yêu cầu về đóng gói, đánh dấu và ghi nhãn, cũng như các thủ tục đánh giá hợp chuẩn, hợp quy không gây ra trở ngại không cần thiết cho thương mại quốc tế. Hiệp định TBT thừa nhận rằng bất cứ thành viên nào cũng có quyền áp dụng các biện pháp cần thiết để đảm bảo chất lượng hàng hoá xuất khẩu của mình, hoặc để bảo vệ cuộc sống hay sức khoẻ của con

²²⁹ Chính phủ Úc, Bộ Nông nghiệp, Ngư nghiệp và Lâm nghiệp, AusAID, Sdd, tr. 18.

²³⁰ VCCI, *Các hiệp định của WTO và những nguyên tắc cơ bản: Các rào cản kỹ thuật đối với thương mại*, Hà Nội, Nxb Thông tấn, tr. 6.

người, động vật hoặc thực vật, bảo vệ môi trường, hoặc để ngăn ngừa các hành vi lừa đảo, ở mức độ mà các thành viên này xét thấy là thích hợp, với điều kiện các biện pháp này không được áp dụng theo cách sẽ gây ra sự phân biệt đối xử tùy tiện hoặc vô căn cứ giữa các thành viên có điều kiện tương tự nhau hoặc nhằm hạn chế một cách trá hình đối với thương mại quốc tế (Lời nói đầu).

2. Phạm vi và định nghĩa

Hiệp định TBT phân biệt ba loại rào cản kỹ thuật đối với thương mại như sau:

- Quy chuẩn kỹ thuật: là tài liệu đặt ra quy định về các đặc tính của sản phẩm hoặc các phương pháp sản xuất, chế biến liên quan, bao gồm các quy định hành chính bắt buộc phải tuân thủ.
- Tiêu chuẩn: là tài liệu được phê duyệt bởi tổ chức có uy tín, quy định các quy tắc, hướng dẫn hoặc đặc tính được áp dụng chung và lặp đi lặp lại đối với sản phẩm hoặc các phương pháp sản xuất và chế biến liên quan, mà việc tuân thủ chúng là không bắt buộc.²³¹
- Thủ tục đánh giá sự phù hợp: bất kỳ thủ tục nào được sử dụng, một cách trực tiếp hoặc gián tiếp, để xác định sự tuân thủ các yêu cầu liên quan của quy chuẩn kỹ thuật hoặc tiêu chuẩn.²³²

Các quy chuẩn kỹ thuật được đề cập trong phần nội dung chính của Hiệp định, và các quy định được đặt ra để đảm bảo rằng chúng không trở thành những trở ngại không cần thiết đối với thương mại. Các quy định của Hiệp định TBT áp dụng đối với các quy chuẩn kỹ thuật được ban hành bởi chính quyền trung ương và địa phương, cũng như bởi các cơ quan phi chính phủ. Các thành viên WTO chịu hoàn toàn trách nhiệm về việc đảm bảo thực thi tất cả các quy định của Hiệp định TBT liên quan đến quy chuẩn kỹ thuật. Tuy nhiên, các tiêu chuẩn được đề cập riêng tại 'Bộ luật về ứng xử tốt' ('Code of Good Practice'), là một trong các phụ lục của Hiệp định (Phụ lục 3). Hầu hết các nguyên tắc của Hiệp định áp dụng đối với quy chuẩn kỹ thuật, cũng được áp dụng với tiêu chuẩn thông qua 'Bộ luật' này. 'Bộ luật' đề nghị để các cơ quan tiêu chuẩn hoá của chính quyền trung ương, địa phương hoặc phi chính phủ (ở cấp quốc gia), cũng như các cơ quan tiêu chuẩn hoá chính phủ hoặc phi chính phủ ở cấp

²³¹ Cả quy chuẩn kỹ thuật và tiêu chuẩn đều có thể bao gồm hoặc quy định riêng về các yêu cầu về thuật ngữ, kí hiệu, đóng gói, đánh dấu, hoặc ghi nhãn áp dụng đối với một sản phẩm hoặc một phương pháp sản xuất hoặc chế biến. Chúng khác nhau ở chỗ, quy chuẩn kỹ thuật có tính bắt buộc tuân thủ, còn tiêu chuẩn thì không.

²³² Phụ lục 1 Hiệp định TBT.

khu vực chấp thuận áp dụng.²³³

3. Những khía cạnh chính của Hiệp định TBT

Hiệp định TBT quy định các nguyên tắc mà thành viên phải tuân thủ như sau:

(a) Không phân biệt đối xử

Các thành viên phải đảm bảo rằng, liên quan đến các quy chuẩn kỹ thuật, các sản phẩm nhập khẩu từ lãnh thổ của bất kỳ thành viên nào cũng phải được đối xử không kém thuận lợi hơn so với các sản phẩm tương tự có nguồn gốc nội địa hoặc có nguồn gốc từ bất kỳ nước nào khác (khoản 1 Điều 2).

(b) Không gây ra trở ngại không cần thiết cho thương mại quốc tế

Các thành viên phải đảm bảo rằng các quy chuẩn kỹ thuật không được chuẩn bị, thông qua hoặc áp dụng với mục đích hoặc hiệu ứng tạo ra các trở ngại không cần thiết đối với thương mại quốc tế. Với mục đích như vậy, các quy chuẩn kỹ thuật không được có tính chất hạn chế thương mại cao hơn mức cần thiết để đạt được một mục tiêu chính đáng, có tính đến những rủi ro mà sự không tuân thủ quy chuẩn có thể gây ra. Mục tiêu chính đáng có thể là yêu cầu về an ninh quốc gia, phòng ngừa hành vi lừa đảo, bảo vệ sức khỏe hoặc sự an toàn của con người, động vật hoặc thực vật, hoặc bảo vệ môi trường. Khi đánh giá rủi ro, các yếu tố có liên quan cần xem xét, bao gồm (nhưng không giới hạn): các thông tin khoa học và kỹ thuật sẵn có liên quan đến công nghệ chế biến hoặc mục đích sử dụng cuối cùng của sản phẩm (khoản 2 Điều 2).

(c) Minh bạch

Trong trường hợp không có tiêu chuẩn quốc tế liên quan, hoặc quy chuẩn kỹ thuật được đề xuất có nội dung kỹ thuật không phù hợp với nội dung kỹ thuật của tiêu chuẩn quốc tế có liên quan, và nếu quy chuẩn kỹ thuật này có thể gây tác động đáng kể đối với thương mại cho các thành viên khác; hoặc trong trường hợp khẩn cấp liên quan đến an toàn, sức khỏe, bảo vệ môi trường hoặc liên quan đến an ninh quốc gia phát sinh hoặc có nguy cơ phát sinh đối với thành viên, thì thành viên đó phải thông báo cho các thành viên khác; và khi có yêu cầu, thì phải cung cấp cho các thành viên khác bản sao của quy chuẩn kỹ thuật được đề xuất áp dụng; cho phép các thành viên khác

²³³ Doaa Abdel Motaal, *Overview of the World Trade Organization Agreement on Technical Barriers to Trade*. <http://www.who.int/mta/Doc8.doc>.

đóng góp ý kiến bằng văn bản (khoản 9 Điều 2; khoản 10 Điều 2; khoản 6 Điều 5; và khoản 7 Điều 5).

(d) Căn cứ khoa học

Khi chuẩn bị, ban hành hoặc áp dụng quy chuẩn kỹ thuật, thành viên phải dựa trên căn cứ khoa học và thực tiễn xác đáng. Không được duy trì các quy chuẩn kỹ thuật, nếu tình huống hoặc mục đích đòi hỏi phải áp dụng chúng không còn tồn tại, hoặc nếu tình huống hoặc mục đích áp dụng đã thay đổi và có thể được giải quyết bằng theo cách ít gây hạn chế thương mại hơn (khoản 3 Điều 2).

(e) Hải hoà hoá

Trong trường hợp thực tế đòi hỏi phải có các quy chuẩn kỹ thuật và đang có (hoặc chắc chắn sắp hoàn thành) các tiêu chuẩn quốc tế có liên quan, các thành viên có thể sử dụng các tiêu chuẩn quốc tế này hoặc các bộ phận có liên quan của chúng, để làm cơ sở cho các quy chuẩn kỹ thuật của mình, trừ một số trường hợp ngoại lệ. Nhằm mục đích hải hoà hoá các quy chuẩn kỹ thuật trên cơ sở chung nhất có thể, các thành viên phải tham gia đầy đủ, trong phạm vi khả năng cho phép, vào sự chuẩn bị của các cơ quan tiêu chuẩn hoá quốc tế để ban hành các tiêu chuẩn quốc tế cho sản phẩm mà các thành viên này đã ban hành quy chuẩn hoặc dự định ban hành quy chuẩn áp dụng cho sản phẩm đó (khoản 4 và khoản 6 Điều 2).

(f) Tính tương đương

Thành viên WTO cần xem xét một cách tích cực việc chấp nhận các quy chuẩn kỹ thuật của các thành viên khác là tương đương, kể cả khi các quy chuẩn này khác biệt so với các quy chuẩn của mình, nếu thành viên này hài lòng rằng các quy chuẩn kỹ thuật đó đáp ứng được các mục tiêu của các quy chuẩn của mình (khoản 7 Điều 2).

(g) Công nhận

Các thành viên được khuyến khích, trên cơ sở yêu cầu của các thành viên khác, sẵn sàng tham gia đàm phán, đi đến kí kết các thoả thuận về cùng công nhận kết quả của thủ tục của nhau về đánh giá sự phù hợp (khoản 3 Điều 6).

4. Dệt may

Từ năm 1995, Hiệp định về hàng dệt may của WTO (sau đây gọi là 'ATC') đã thay thế Hiệp định đa sợi ('MFA'). Tới năm 2005, lĩnh vực dệt may được

đưa trọn vẹn vào sự điều chỉnh theo các quy tắc điều chỉnh thương mại hàng hóa thông thường của GATT. Đặc biệt, hạn ngạch sẽ phải bị loại bỏ và nước nhập khẩu không được phân biệt đối xử giữa các nhà xuất khẩu nữa. Và ATC đã hết hiệu lực: đây là Hiệp định WTO duy nhất có điều khoản tự hủy.²³⁴ Tóm lại, từ năm 2005, hàng dệt may sẽ chịu sự điều chỉnh của GATT và các hiệp định liên quan như tất cả các hàng hoá khác.

5. Chống bán phá giá, trợ cấp, các biện pháp đối kháng và tự vệ

Ràng buộc thuế quan và áp dụng chúng bình đẳng với tất cả các đối tác thương mại (MFN) là vấn đề then chốt trong lưu thông của thương mại hàng hoá. Những hiệp định của WTO ủng hộ những nguyên tắc này nhưng đồng thời cũng cho phép các ngoại lệ trong 3 trường hợp sau: (A) Hành vi chống bán phá giá (bán với giá thấp không công bằng); (B) Trợ cấp và thuế đối kháng đặc biệt để bù đắp trợ cấp; và (C) Các biện pháp khẩn cấp để hạn chế nhập khẩu tạm thời, nhằm mục đích ‘bảo hộ’ những ngành kinh tế nội địa.²³⁵ Phần này sẽ đề cập cụ thể đến từng nội dung riêng biệt.

A. Các biện pháp chống bán phá giá

1. Khái quát

Các biện pháp chống bán phá giá (‘AD’) được quy định tại Điều VI GATT và ADA.

2. Phạm vi điều chỉnh và định nghĩa

Theo ADA, tại khoản 1 Điều 2:

Một sản phẩm được coi là bán phá giá, nghĩa là được đưa vào thị trường của một nước khác với giá thấp hơn giá trị thông thường, nếu giá xuất khẩu của một sản phẩm xuất khẩu từ một nước này sang nước khác thấp hơn giá có thể so sánh được, trong điều kiện thương mại thông thường, của sản phẩm tương tự tại nước xuất khẩu.

Vì vậy, bán phá giá sẽ xuất hiện khi sản phẩm được xuất khẩu với giá thấp hơn ‘giá trị thông thường’ (‘NV’) của sản phẩm đó. Theo ADA, ‘NV’ là:

- (i) Giá ở thị trường nội địa, khi sản phẩm được bán với giá cao hơn chi phí sản xuất;
- (ii) Giá của sản phẩm khi được bán ở mức giá cao hơn chi phí tại thị trường nước thứ ba;

²³⁴ Ban thư kí WTO, Sdd, tr. 20.

²³⁵ Ban thư kí WTO, Sdd, tr. 29.

- (iii) ‘Giá trị thông thường áp đặt’ (‘Constructed Normal Value’) được tính là tổng chi phí cho việc sản xuất sản phẩm đó cộng với một khoản hợp lý các chi phí bán hàng, chi phí quản lý, chi phí chung và lợi nhuận.²³⁶

3. Những nội dung chủ yếu của ADA

Vấn đề được quan tâm ở đây là: thiệt hại của việc hàng hoá nhập khẩu được bán với giá thấp ‘không công bằng’ (bán phá giá) cần được xử lý bằng biện pháp khắc phục thương mại. Đó là biện pháp chống bán phá giá (AD). Biện pháp khắc phục này thường là áp thuế nhập khẩu bổ sung, hoặc đàm phán về giá để bù đắp biên độ phá giá. Nếu biên độ bán phá giá còn tồn tại, thì thuế AD sẽ vẫn được duy trì.

(a) Tiền đề vụ kiện chống bán phá giá

Theo ADA, sau khi thực hiện điều tra chặt chẽ theo đơn kiện của một ngành kinh tế bị ảnh hưởng, cơ quan có thẩm quyền của nước nhập khẩu phải chứng minh ba điều kiện sau:

- Hàng nhập khẩu được bán phá giá (với biên độ phá giá không thấp hơn 2%);
- Có thiệt hại đáng kể, đe dọa gây thiệt hại đáng kể đối với ngành kinh tế nội địa, hoặc gây chậm trễ đáng kể cho việc thành lập ngành kinh tế nội địa;
- Có mối quan hệ nhân quả giữa hàng nhập khẩu bán phá giá và thiệt hại đối với ngành kinh tế nội địa.

(b) Xác định thiệt hại

Việc xác định thiệt hại được dựa trên những chứng cứ xác thực và thông qua điều tra khách quan về cả hai khía cạnh:

- (i) Khối lượng hàng hoá nhập khẩu được bán phá giá và tác động của hàng hoá được bán phá giá đến giá trên thị trường nội địa của các sản phẩm tương tự; và
- (ii) Hậu quả của việc nhập khẩu này đối với các nhà sản xuất các sản phẩm trên ở nội địa (khoản 1 Điều 3).

Đối với khối lượng hàng hoá nhập khẩu được bán phá giá, cơ quan điều tra phải xem xét: liệu hàng nhập khẩu được bán phá giá này có tăng lên đáng kể hay không? và việc tăng lên này là tăng tuyệt đối hay tương đối so

²³⁶ Khoản 2 Điều 2 ADA.

với mức sản xuất hoặc nhu cầu tiêu dùng tại nước nhập khẩu? Về tác động của hàng hoá nhập khẩu được bán phá giá đến giá cả, cơ quan điều tra phải xem xét: Liệu giá của hàng nhập khẩu được bán phá giá có giảm giá đáng kể so với giá của sản phẩm tương tự của nước nhập khẩu hay không? Hoặc liệu hàng nhập khẩu đó có tác động khác là làm giảm giá đáng kể hoặc ngăn không cho giá tăng lên đáng kể hay không? Điều đáng lẽ xảy ra nếu hàng nhập khẩu không được bán phá giá là gì? Không một hoặc một số yếu tố nào trong số tất cả các yếu tố trên đủ để có thể đưa ra các kết luận mang tính quyết định (khoản 2 Điều 3).

Việc xem xét tác động của hàng nhập khẩu được bán phá giá đối với ngành kinh tế nội địa có liên quan phải bao gồm việc đánh giá tất cả các yếu tố và chỉ số có ảnh hưởng đến tình trạng của ngành kinh tế, trong đó bao gồm mức suy giảm thực tế và tiềm ẩn của doanh số, lợi nhuận, sản lượng, thị phần, năng suất, tỉ lệ lãi đối với đầu tư, tỉ lệ năng lực được sử dụng; các yếu tố tác động đến giá nội địa; độ lớn của biên độ bán phá giá; các tác động tiêu cực có trên thực tế hoặc tiềm ẩn đối với lưu thông tiền mặt, lượng lưu kho, công ăn việc làm, tiền lương, tăng trưởng, khả năng huy động vốn hoặc nguồn đầu tư (khoản 4 Điều 3). Cần phải chứng minh rằng: thông qua những tác động của việc bán phá giá, hàng nhập khẩu được bán phá giá đã gây ra thiệt hại theo cách hiểu của Hiệp định này. Việc chứng minh mối quan hệ nhân quả giữa hàng nhập khẩu được bán phá giá với thiệt hại cho ngành kinh tế nội địa phải căn cứ vào việc xem xét tất cả các chứng cứ liên quan trước các cơ quan có thẩm quyền (khoản 5 Điều 3).

(c) Quyền khởi xướng vụ kiện chống bán phá giá

Cuộc điều tra nhằm xác định sự tồn tại, mức độ và ảnh hưởng của bất kì hành vi được coi là bán phá giá nào đều phải được bắt đầu khi có đơn yêu cầu bằng văn bản của ngành kinh tế nội địa hoặc của người đại diện ngành kinh tế nội địa (khoản 1 Điều 5). Đơn yêu cầu phải đưa ra những chứng cứ của (i) Việc bán phá giá; (ii) Thiệt hại; và (iii) Mối quan hệ nhân quả giữa hàng hoá nhập khẩu bán phá giá với thiệt hại đang nghi ngờ xảy ra (khoản 2 Điều 5).

Đơn yêu cầu sẽ được coi là yêu cầu của ngành kinh tế nội địa hoặc đại diện ngành kinh tế nội địa, nếu nó được sự ủng hộ của những nhà sản xuất nội địa chiếm tỉ lệ hơn 50% tổng sản lượng của sản phẩm tương tự được sản xuất bởi các nhà sản xuất nội địa bày tỏ ý kiến tán thành hoặc phản đối đơn yêu cầu. Tuy nhiên, việc điều tra cũng sẽ không được tiến hành, nếu nhà sản xuất nội địa bày tỏ sự ủng hộ đơn yêu cầu điều tra chiếm ít hơn 25% so với

tổng sản lượng hàng hoá tương tự được sản xuất bởi ngành kinh tế nội địa (khoản 4 Điều 5).

Trong hầu hết các trường hợp, vụ kiện chống bán phá giá được ngành kinh tế nội địa khởi xướng. Tuy nhiên, trong trường hợp đặc biệt, nếu cơ quan có thẩm quyền quyết định bắt đầu điều tra mà không nhận được đơn yêu cầu bằng văn bản hoặc nhân danh ngành kinh tế nội địa yêu cầu bắt đầu điều tra vụ việc đó, thì họ sẽ tiến hành điều tra chỉ khi có đủ các bằng chứng về việc bán phá giá, thiệt hại và mối quan hệ nhân quả để bắt đầu quá trình điều tra.

(d) Tiến hành vụ kiện chống bán phá giá và những vấn đề có liên quan

Thông thường, sau khi ngành kinh tế nội địa nộp đơn yêu cầu bằng văn bản yêu cầu xem xét hành vi bán phá giá với chứng cứ ban đầu, cơ quan có thẩm quyền sẽ quyết định tiến hành hoặc từ chối điều tra. ADA quy định trình tự cụ thể để tiến hành vụ kiện chống bán phá giá; cách thức tiến hành điều tra và các điều kiện cần phải hoàn thành để đảm bảo rằng tất cả các bên có quyền lợi liên quan đều có đầy đủ cơ hội đưa ra chứng cứ; áp dụng các biện pháp tạm thời (Điều 7); giá tự nguyện do bất kỳ nhà xuất khẩu nào cam kết nhằm điều chỉnh giá của mình, hoặc đình chỉ hành động bán phá giá vào khu vực đang điều tra để cơ quan có thẩm quyền tin rằng thiệt hại do việc bán phá giá gây ra đã được loại bỏ (Điều 8); quyết định áp thuế và thu thuế chống bán phá giá (Điều 9); thời hạn rà soát thuế chống bán phá giá và cam kết giá (Điều 11) v.v..

B. Trợ cấp và các biện pháp đối kháng

1. Khái quát

Trợ cấp và các biện pháp đối kháng được quy định tại Hiệp định trợ cấp và các biện pháp đối kháng (Hiệp định SCM). Hiệp định SCM có hai chức năng: đưa ra khuôn khổ cho việc áp dụng trợ cấp, và điều chỉnh các hành động có thể được các thành viên thực hiện để đối kháng lại các tác động của trợ cấp. Hiệp định quy định một nước có thể sử dụng thủ tục giải quyết tranh chấp của WTO để làm cho nước xuất khẩu rút lại biện pháp trợ cấp, hoặc loại bỏ những tác động tiêu cực của trợ cấp. Hoặc nước đó có thể tự tiến hành điều tra và cuối cùng áp thuế nhập khẩu bổ sung (được gọi là ‘thuế đối kháng’) đối với hàng hoá nhập khẩu được trợ cấp và được cho là gây thiệt hại cho nhà sản xuất nội địa.²³⁷

²³⁷ Ban thư kí WTO, Sdd, tr. 30.

Trong khuôn khổ WTO, trợ cấp không hoàn toàn bị cấm. Trợ cấp được phép thực hiện trong những điều kiện và hạn chế nhất định. WTO có hai nhóm hiệp định về trợ cấp, tùy thuộc vào loại sản phẩm được trợ cấp, đó là: (i) Hiệp định SCM áp dụng cho cả hàng công nghiệp và hàng nông nghiệp; và (ii) Hiệp định AoA áp dụng cho hàng nông nghiệp.²³⁸

2. Phạm vi điều chỉnh và định nghĩa

Theo khoản 1 Điều 1 Hiệp định SCM, trợ cấp được cho là tồn tại khi có sự đóng góp về tài chính của chính phủ hoặc của bất kì cơ quan công quyền nào nằm trong lãnh thổ của một thành viên theo một trong các cách mang lại lợi nhuận, đáng chú ý là những cách sau:

- (i) Chính phủ chuyển vốn trực tiếp (ví dụ, tài trợ, cho vay và góp cổ phần), có khả năng chuyển hoặc nhận nợ trực tiếp (ví dụ, bảo lãnh tiền vay);
- (ii) Các khoản thu nộp cho chính phủ đã được bỏ qua hay không thu (ví dụ, ưu đãi tài chính như miễn thuế);
- (iii) Chính phủ cung cấp hàng hoá hoặc dịch vụ không phải là cơ sở hạ tầng chung hoặc mua hàng hoá;
- (iv) Chính phủ góp tiền vào một cơ chế tài trợ, hoặc giao hoặc lệnh cho một tổ chức tư nhân thực thi một hoặc nhiều chức năng đã nêu từ (i) đến (iii) nêu trên - là những chức năng thông thường được giao cho chính phủ, và công việc của tổ chức tư nhân trên thực tế không khác gì với những hoạt động thông thường của chính phủ.

3. Những nội dung chủ yếu của Hiệp định

Kể từ năm 2000, Hiệp định SCM điều chỉnh hai loại trợ cấp: trợ cấp bị cấm, và trợ cấp có thể bị kiện. Hiệp định áp dụng đối với hàng nông nghiệp cũng như hàng công nghiệp, ngoại trừ những trợ cấp theo Hiệp định AoA.²³⁹

(a) Trợ cấp bị cấm

Trợ cấp bị cấm là trợ cấp có điều kiện theo đó người được trợ cấp phải đáp ứng những mục tiêu xuất khẩu nhất định ('trợ cấp xuất khẩu'), hoặc phải sử dụng hàng nội địa thay cho hàng nhập khẩu ('trợ cấp thay thế nhập khẩu'). Trợ cấp này bị cấm bởi vì chúng bóp méo thương mại quốc tế, do đó có khả năng gây thiệt hại đến thương mại của thành viên khác.

²³⁸ Hiệp định AoA.

²³⁹ Ban thư kí WTO, Sdd, tr. 31-32.

(b) Trợ cấp có thể bị kiện

Đối với loại trợ cấp này, thành viên khởi kiện phải chỉ ra rằng trợ cấp có tác động tiêu cực đến lợi ích của họ. Nhưng mặt khác, trợ cấp này không bị cấm. Hiệp định nêu rõ ba loại thiệt hại mà trợ cấp có thể gây ra. *Thứ nhất*, gây thiệt hại cho ngành kinh tế nội địa của nước nhập khẩu; *thứ hai*, gây thiệt hại cho các đối thủ xuất khẩu từ một nước khác, khi cả hai cạnh tranh ở thị trường nước thứ ba; và *thứ ba*, gây thiệt hại cho những nhà xuất khẩu đang cạnh tranh tại thị trường nội địa của nước trợ cấp.

Theo Hiệp định, thuế đối kháng chỉ có được áp dụng sau khi nước nhập khẩu đã tiến hành điều tra chi tiết, tương tự như việc điều tra hành vi AD. Có những quy tắc cụ thể nhằm xác định liệu một mặt hàng có được trợ cấp hay không (việc xác định này không phải luôn luôn dễ dàng); tiêu chuẩn để xác định việc nhập khẩu hàng hoá được trợ cấp đang gây thiệt hại cho ngành kinh tế nội địa; thủ tục bắt đầu và thực hiện điều tra; và những quy định về việc thực thi và thời hạn áp dụng các biện pháp đối kháng trợ cấp (thông thường là 5 năm).²⁴⁰

C. Biện pháp tự vệ*1. Khái quát*

Biện pháp tự vệ được quy định tại Hiệp định về các biện pháp tự vệ (viết tắt là 'SA'), đề cập đến việc bảo hộ khẩn cấp ngành kinh tế nội địa khỏi sự cạnh tranh của hàng nhập khẩu. Thành viên WTO có thể tạm thời hạn chế nhập khẩu hàng hoá (thực hiện hành động 'tự vệ'), nếu ngành kinh tế nội địa của họ bị thiệt hại hay bị đe dọa gây thiệt hại bởi sự gia tăng nhập khẩu. Trong trường hợp này, thiệt hại phải là 'nghiêm trọng'. Các biện pháp tự vệ đã được quy định từ thời GATT 1947 (tại Điều XIX).²⁴¹ SA làm rõ và củng cố các quy tắc của GATT, nhất là các quy tắc tại Điều XIX (Hành động khẩn cấp đối với việc nhập khẩu hàng hoá đặc biệt), nhằm tái lập sự kiểm soát đa phương đối với các biện pháp tự vệ và loại trừ những biện pháp vượt khỏi tầm kiểm soát (Lời nói đầu).

*2. Những nội dung chủ yếu của Hiệp định*²⁴²

Hiệp định dành phần lớn nội dung để xây dựng quy định cấm đối với những biện pháp được gọi là 'vùng xám' và thiết lập một 'điều khoản hoàng hôn'

²⁴⁰ Ban thư kí WTO, Sdd, tr. 30.

²⁴¹ Ban thư kí WTO, Sdd, tr. 30.

²⁴² WTO, http://wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/agrm1_e.htm.

đối với tất cả các hành động tự vệ. Hiệp định quy định rằng một thành viên không được dự kiến, ban hành hay duy trì bất kỳ hành động hạn chế xuất khẩu tự nguyện nào, thoả thuận marketing có trật tự hoặc bất cứ các biện pháp tương tự nào khác đối với bên xuất khẩu hoặc bên nhập khẩu.

Hiệp định đề ra những thủ tục điều tra tự vệ, bao gồm thông báo thăm vấn công khai và các biện pháp thích hợp khác để các bên có liên quan đưa ra các chứng cứ, bao gồm chứng cứ về việc liệu một biện pháp có vì lợi ích chung hay không. Trong những trường hợp nghiêm trọng, có thể áp dụng biện pháp tự vệ tạm thời dựa trên sự xác định sơ bộ về thiệt hại nghiêm trọng.

Hiệp định đưa ra tiêu chuẩn của ‘thiệt hại nghiêm trọng’ và những yếu tố cần được xem xét để xác định tác động của nhập khẩu. Biện pháp tự vệ chỉ nên áp dụng ở giới hạn cần thiết nhằm ngăn chặn hay khắc phục những thiệt hại nghiêm trọng và tạo thuận lợi cho việc điều chỉnh.

Hiệp định ấn định thời hạn cho tất cả các biện pháp tự vệ. Nhìn chung, thời hạn áp dụng một biện pháp tự vệ không quá 4 năm, tuy nhiên thời hạn này có thể được gia hạn tối đa 8 năm, với điều kiện cơ quan có thẩm quyền của nước nhập khẩu xác định sự cần thiết phải kéo dài thời hạn, và nêu có bằng chứng rằng ngành kinh tế đó đang được điều chỉnh. Bất cứ biện pháp nào, khi được gia hạn với thời gian hơn một năm, phải được tiếp tục nói lỏng trong thời gian gia hạn.

6. Rào cản phi thuế quan (NTBs)

A. Cấp phép nhập khẩu

1. Khái quát

Hiệp định về thủ tục cấp phép nhập khẩu của WTO (sau đây gọi là ‘Hiệp định ILP’) đặt ra những quy tắc cho tất cả các thành viên trong việc sử dụng hệ thống cấp phép nhập khẩu để điều chỉnh hoạt động thương mại của mình. Hiệp định này bao gồm những hướng dẫn về cách áp dụng thủ tục cấp phép nhập khẩu công bằng và không phân biệt đối xử, với mục tiêu bảo vệ các thành viên khỏi những yêu cầu bất hợp lý hoặc chậm trễ cấp phép.

Hiệp định nhấn mạnh rằng việc cấp phép nhập khẩu, đặc biệt là cấp phép nhập khẩu tự động, phải được thực hiện một cách minh bạch và có thể dự đoán được; thủ tục cấp phép không tự động không được tạo ra gánh nặng hành chính quá mức cần thiết để thực thi các biện pháp liên quan; mong muốn đơn giản hoá và minh bạch hoá các thủ tục hành chính và thực tiễn áp dụng trong thương mại quốc tế để đảm bảo việc áp dụng, quản lý các thủ tục và thực tiễn đó được bình đẳng và công bằng (Lời nói đầu).

2. Phạm vi điều chỉnh và định nghĩa

Cấp phép nhập khẩu được hiểu là các thủ tục hành chính được sử dụng để thực hiện chế độ cấp phép nhập khẩu, yêu cầu phải nộp đơn xin nhập khẩu hoặc các loại giấy tờ khác (không phải giấy tờ cần thiết cho các mục đích hải quan) cho cơ quan hành chính liên quan như là điều kiện đặt ra trước khi nhập khẩu hàng vào lãnh thổ hải quan của thành viên nhập khẩu (khoản 1 Điều 1). Bên cạnh việc cấp phép nhập khẩu, Hiệp định còn quy định các thủ tục liên quan đến một số hoạt động gắn liền với thực tiễn, bao gồm chấp thuận nhập khẩu, cho phép hay giấy phép nhập khẩu và các giấy phép hoạt động cần thiết cho việc nhập khẩu.

3. Những nội dung chủ yếu của Hiệp định

Hiệp định quy định cả hệ thống cấp phép ‘tự động’ - chỉ nhằm kiểm soát chứ không nhằm điều chỉnh nhập khẩu, và hệ thống cấp phép ‘không tự động’, theo đó những điều kiện nhất định phải được đáp ứng trước khi cấp giấy phép nhập khẩu. Chính phủ thường sử dụng việc cấp giấy phép ‘không tự động’ để thực hiện các biện pháp hạn chế nhập khẩu, ví dụ, hạn ngạch, hạn ngạch thuế quan (viết tắt là ‘TRQs’), hoặc để quản lý sự an toàn hay những yêu cầu khác (ví dụ, đối với hàng hoá độc hại, vũ khí, đồ cổ v.v.). Những yêu cầu đối với cấp phép nhập khẩu, giấy chứng nhận chất lượng, giấy chứng nhận vệ sinh và giấy chứng nhận các quy định kỹ thuật cũng là đối tượng điều chỉnh của Hiệp định ILP.²⁴³

B. Hiệp định xác định trị giá hải quan

1. Khái quát

Hiệp định về thực thi Điều VII (Hiệp định xác định trị giá hải quan - viết tắt là CVA) công nhận sự cần thiết của hệ thống xác định giá hàng hoá một cách thoả đáng, thống nhất và vô tư vì các mục đích thuế quan, nhằm ngăn chặn việc sử dụng cách xác định trị giá hải quan một cách tùy tiện hay thái quá; trong phạm vi rộng nhất có thể, cơ sở để xác định trị giá hàng hoá vì mục đích thuế quan cần phải là giá trị giao dịch của hàng hoá được định giá; việc xác định trị giá hải quan cần dựa trên tiêu chí đơn giản và công bằng, phù hợp với các thông lệ thương mại, và những thủ tục xác định trị giá này phải được áp dụng chung mà không có sự phân biệt giữa các nguồn cung cấp (Lời nói đầu). Do đó, Hiệp định đề ra 6 phương pháp xác định trị giá hải quan, trong đó

²⁴³ USTR, <http://www.ustr.gov/trade-agreements/wto-multilateral-affairs/wto-issues/import-licensing>

phương pháp xác định trị giá giao dịch được ưu tiên hàng đầu và là phương pháp quan trọng nhất.

2. Phạm vi điều chỉnh và định nghĩa

Theo CVA, xác định trị giá tính thuế hải quan có nghĩa là thủ tục hải quan được áp dụng để xác định giá trị tính thuế hải quan của hàng hoá nhập khẩu. Nếu tính tỉ lệ thuế theo giá hàng, trị giá hải quan có ý nghĩa quan trọng trong việc xác định thuế phải trả trên hàng hoá được nhập khẩu. Vì vậy, Hiệp định này rất quan trọng đối với cả cơ quan có thẩm quyền về hải quan và những nhà xuất khẩu.

3. Nội dung của Hiệp định

Khoản 2(a) Điều VII GATT quy định rằng việc xác định trị giá tính thuế hải quan của hàng nhập khẩu phải dựa vào giá trị thực của hàng nhập khẩu, hoặc trị giá thực của hàng tương tự, không được phép căn cứ vào trị giá của hàng có xuất xứ nội địa, hay trị giá mang tính áp đặt, hoặc được đưa ra một cách vô căn cứ.

Hiệp định quy định 6 phương pháp xác định trị giá hải quan, đó là: (i) Trị giá giao dịch (phương pháp đầu tiên và quan trọng nhất); (ii) Trị giá giao dịch của hàng hoá giống hệt ('identical goods'); (iii) Trị giá giao dịch của hàng hoá tương tự ('similar goods'); (iv) Trị giá khấu trừ; (v) Trị giá tính toán; và (vi) Phương pháp suy luận - là phương pháp được áp dụng cuối cùng.

Thông thường, trị giá tính thuế hải quan của hàng hoá nhập khẩu sẽ là giá trị giao dịch, đó là giá thực tế đã thanh toán cho hàng hoá được bán để xuất khẩu đến nước nhập khẩu với điều kiện sau (khoản 1 Điều 1):

- (a) Không có sự hạn chế nào trong việc người mua định đoạt hay sử dụng hàng hoá, trừ những hạn chế:
 - (i) Đã được áp dụng hoặc quy định bởi pháp luật hoặc bởi các cơ quan có thẩm quyền tại nước nhập khẩu;
 - (ii) Nhằm giới hạn những khu vực địa lí mà hàng hoá có thể được phép bán lại; hoặc
 - (iii) Không gây ảnh hưởng lớn tới giá trị hàng hoá.
- (b) Việc mua bán hoặc giá cả không phụ thuộc vào điều kiện hoặc suy xét nào đó khiến không thể xác định được giá trị của hàng hoá đang được định giá.
- (c) Người bán sẽ không được trực tiếp hoặc gián tiếp hưởng bất kì phần nào từ số tiền do người mua thu được qua bán lại, nhượng lại hoặc sử dụng hàng hoá này, trừ một số điều chỉnh hợp lí được phép thực hiện theo quy định tại Điều 8; và

- (d) Người mua và người bán không có liên hệ, hoặc trong trường hợp đó thì giá trị giao dịch chỉ được chấp nhận cho mục đích hải quan theo các quy định tại khoản 2.

Tuy nhiên, cơ quan hải quan có quyền ‘tự chứng minh về tính đúng đắn và tính chính xác của bất kì báo cáo, văn bản hoặc tuyên bố nào đã được đưa ra nhằm mục đích xác định trị giá hải quan’ (Điều 17). Vì vậy, nếu nghi ngờ về trị giá giao dịch đã khai báo, cơ quan hải quan có thể yêu cầu nhà nhập khẩu giải thích rõ hơn rằng giá trị đã khai báo thể hiện được tổng số giá trị thực tế đã thanh toán hoặc phải thanh toán cho hàng hoá nhập khẩu. Nếu những nghi ngờ hợp lí vẫn tồn tại, cơ quan hải quan có thể quyết định rằng trị giá hải quan không thể được xác định theo phương pháp trị giá giao dịch. Trước khi đưa ra quyết định cuối cùng, cơ quan hải quan phải thông báo lập luận của họ cho nhà nhập khẩu, ngược lại, nhà nhập khẩu phải được dành khoảng thời gian hợp lí để phản hồi. Lập luận cho quyết định cuối cùng phải được thông báo bằng văn bản cho nhà nhập khẩu.

Nếu trị giá hải quan của hàng nhập khẩu không thể được xác định theo phương pháp trị giá giao dịch, thì trị giá hải quan sẽ là trị giá giao dịch của hàng hoá giống hệt được bán để xuất khẩu sang cùng nước nhập khẩu đó và được xuất khẩu vào cùng thời điểm mà hàng hoá đó được xác định trị giá. Trị giá giao dịch của hàng hoá giống hệt, được bán với cùng cấp lưu thông và về cơ bản cùng số lượng tại thời điểm hàng hoá đó được xác định trị giá, sẽ được sử dụng để xác định trị giá hải quan (Điều 2).

Nếu trị giá hải quan của hàng nhập khẩu không thể được xác định theo cả phương pháp trị giá giao dịch hoặc trị giá giao dịch của hàng giống hệt, thì trị giá hải quan sẽ là trị giá giao dịch của hàng hoá tương tự được bán để xuất khẩu sang cùng nước nhập khẩu đó và được xuất khẩu vào cùng thời điểm mà hàng hoá đó đang được xác định trị giá. Trị giá giao dịch của hàng hoá tương tự, được bán với cùng cấp lưu thông và về cơ bản cùng số lượng tại thời điểm hàng hoá đang được xác định trị giá, sẽ được sử dụng để xác định trị giá hải quan (Điều 3).

Nếu hàng hoá nhập khẩu, hoặc hàng hoá nhập khẩu giống hệt hay tương tự được bán tại nước nhập khẩu theo điều kiện nhập khẩu, thì trị giá hải quan của hàng hoá nhập khẩu đó sẽ phải được tính toán dựa trên giá của đơn vị hàng hoá mà hàng hoá nhập khẩu, hoặc hàng hoá nhập khẩu giống hệt hoặc tương tự, được bán với tổng số lượng lớn nhất, vào cùng hoặc khoảng cùng thời gian nhập khẩu hàng hoá đang được xác định trị giá, bán cho người mà người đó không có liên hệ với người bán hàng hoá đó, có khấu trừ các chi phí được quy định tại Điều 5.

Nếu trị giá hải quan vẫn chưa xác định được, thì nó sẽ phải được xác định dựa trên trị giá tính toán. Trị giá tính toán là tổng của các khoản sau:

- (a) Các chi phí hoặc giá trị của nguyên vật liệu và quá trình sản xuất hoặc chế biến được sử dụng trong việc sản xuất ra hàng nhập khẩu đó;
- (b) Khoản lợi nhuận và các chi phí chung tương đương với lợi nhuận thường có trong việc bán hàng hoá có cùng phẩm cấp và chủng loại như hàng hoá đang được xác định trị giá, do các nhà sản xuất của nước xuất khẩu sản xuất để xuất khẩu sang nước nhập khẩu;
- (c) Các chi phí hoặc giá trị của các phí tổn cần thiết (Điều 6).

Nếu trị giá hải quan của hàng nhập khẩu không thể xác định được theo tất cả các phương pháp trên, thì nó sẽ được xác định bằng cách sử dụng các phương pháp hợp lý phù hợp với các nguyên tắc và quy định chung của Hiệp định này và Điều VII GATT, và trên cơ sở những dữ liệu sẵn có của nước nhập khẩu. Tuy nhiên, không được xác định trị giá hải quan trên cơ sở:

- (a) Giá bán tại nước nhập khẩu của hàng hoá sản xuất tại nước đó;
- (b) Quy tắc cho phép chấp nhận giá trị cao hơn trong hai giá trị lựa chọn, nhằm mục đích hải quan;
- (c) Giá hàng hoá trên thị trường nội địa của nước xuất khẩu;
- (d) Chi phí sản xuất ngoài trị giá tính toán đã được xác định đối với hàng hoá giống hệt hoặc tương tự theo các quy định tại Điều 6;
- (e) Giá của hàng hoá xuất khẩu sang nước khác không phải là nước nhập khẩu;
- (f) Trị giá hải quan tối thiểu; hoặc
- (g) Các giá trị tùy tiện hoặc không có thực.

C. Giám định hàng hoá trước khi xếp hàng xuống tàu²⁴⁴

1. Khái quát

Hiệp định về giám định hàng hoá trước khi xếp hàng xuống tàu (viết tắt là 'Hiệp định PSI') công nhận sự cần thiết phải giám định chất lượng, số lượng hoặc giá cả của hàng hoá nhập khẩu của các DCs trong thời hạn và mức độ những nước này thấy phù hợp; nhận thức rằng việc thực hiện những hoạt động giám định không được tạo thêm trì hoãn không cần thiết hoặc gây đôi xử không công bằng. Vì vậy, Hiệp định đã xác lập khuôn khổ quốc tế thống nhất về quyền và nghĩa vụ của cả các thành viên sử dụng công cụ này và các thành viên xuất khẩu; mong muốn làm minh bạch hoá hoạt động của cơ quan giám định hàng hoá, pháp luật và các quy định liên quan về giám định hàng hoá (Lời nói đầu).

²⁴⁴ WTO, http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/ursum_e.htm#gAgreement

2. Phạm vi điều chỉnh và định nghĩa

Hiệp định điều chỉnh mọi hoạt động giám định hàng hoá được thực hiện trên lãnh thổ của các thành viên dưới hình thức kí hợp đồng hoặc uỷ quyền của chính phủ hoặc bất kì cơ quan chính phủ nào của thành viên (khoản 1 Điều 1).

Hoạt động giám định hàng hoá là mọi hoạt động liên quan đến việc thẩm định số lượng, chất lượng và giá cả, kể cả tỉ giá hối đoái và các điều kiện tài chính, và/hoặc phân loại hải quan của hàng hoá xuất khẩu đến lãnh thổ thành viên sử dụng (khoản 3 Điều 1).

3. Nội dung chủ yếu của Hiệp định²⁴⁵

Hiệp định này được các DCs áp dụng nhằm bảo hộ những lợi ích tài chính quốc gia (ví dụ: ngăn chặn thất thoát vốn và gian lận thương mại cũng như việc trốn thuế quan) và nhằm đền bù cho những thiếu hụt về cơ sở hạ tầng hành chính.

Hiệp định thừa nhận rằng những nguyên tắc và nghĩa vụ của GATT sẽ được áp dụng cho những hoạt động của các cơ quan giám định hàng hoá trước khi xếp hàng do chính phủ ủy thác. Những nghĩa vụ quy định cho chính phủ thành viên giám định bao gồm nghĩa vụ không phân biệt đối xử, minh bạch, đảm bảo bí mật thông tin kinh doanh, tránh trì hoãn không có lí do chính đáng, sử dụng những hướng dẫn cụ thể để tiến hành thẩm định giá, và tránh xung đột lợi ích của các cơ quan giám định trước khi xếp hàng xuống tàu.

Nghĩa vụ của các bên trong hợp đồng xuất khẩu đối với thành viên sử dụng hoạt động giám định hàng hoá bao gồm: Không phân biệt đối xử trong việc áp dụng pháp luật quốc gia; Nhanh chóng công bố pháp luật và những quy định về trợ giúp kĩ thuật khi được yêu cầu. Hiệp định xác lập thủ tục rà soát độc lập - do cơ quan đại diện cho cơ quan giám định và cơ quan đại diện cho nhà xuất khẩu cùng nhau thực hiện và quản lí - để giải quyết tranh chấp giữa nhà nhập khẩu và cơ quan giám định.

D. Quy tắc xuất xứ hàng hoá

1. Khái quát

Mục đích của Hiệp định về quy tắc xuất xứ hàng hoá (viết tắt là ‘Hiệp định RoO’) là hướng tới sự hài hoà lâu dài những quy tắc xuất xứ hàng hoá, hơn là chỉ quan tâm tới các quy tắc xuất xứ hàng hoá nhằm mục đích trao ưu đãi thuế quan; và Hiệp định RoO nhằm đảm bảo rằng các quy tắc xuất xứ hàng hoá tự chúng không tạo ra trở ngại không cần thiết đối với thương mại; đảm

²⁴⁵ WTO, http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/ursum_e.htm#gAgreement.

bảo rằng các quy tắc xuất xứ phải được chuẩn bị và áp dụng một cách vô tư, công khai, có thể dự đoán được, nhất quán và trung lập (Lời nói đầu).

2. Phạm vi điều chỉnh và định nghĩa

Quy tắc xuất xứ được định nghĩa là những luật, quy định, quyết định hành chính chung do các thành viên áp dụng để xác định nước xuất xứ của hàng hoá, với điều kiện là quy tắc xuất xứ này không liên quan đến thoả thuận thương mại hoặc chế độ thương mại tự chủ có áp dụng ưu đãi thuế quan ngoài phạm vi điều chỉnh của khoản 1 Điều I GATT.

3. Những nội dung chủ yếu của Hiệp định

Hiệp định xác lập chương trình hài hoà hoá được thực hiện ngay sau khi kết thúc Vòng đàm phán U-ru-goay và được hoàn thành trong vòng 3 năm (khoản 2 Điều 9). Chương trình hài hoà hóa dựa trên cơ sở một nhóm các nguyên tắc, bao gồm quy tắc xuất xứ khách quan, dễ hiểu và có thể dự đoán được (Phần IV Hiệp định).

Hiệp định xác lập những quy chế quản lý việc áp dụng quy tắc xuất xứ, được chia làm 2 giai đoạn như sau:

- Điều 2 - Quy tắc trong thời gian quá độ: cho đến khi hoàn thành chương trình hài hoà hoá quy tắc xuất xứ hàng hoá quy định tại Phần IV, các thành viên phải đảm bảo rằng:
 - (a) Khi ban hành quyết định hành chính để áp dụng chung cần phải định nghĩa rõ ràng các yêu cầu;
 - (b) Các quy tắc xuất xứ của chúng không được sử dụng để trực tiếp hay gián tiếp theo đuổi mục tiêu chính sách đó;
 - (c) Quy tắc xuất xứ bản thân nó không được tạo ra các tác động hạn chế, bóp méo hay làm rối loạn thương mại quốc tế;
 - (d) Quy tắc xuất xứ áp dụng đối với hàng hoá xuất khẩu và nhập khẩu không được chặt chẽ hơn quy tắc xuất xứ áp dụng để xác định xem một hàng hoá có phải là hàng nội địa hay không và không được phân biệt đối xử giữa các thành viên khác, bất kể đến mối liên hệ giữa công ty mẹ, công ty con hay chi nhánh;
 - (e) Quy tắc xuất xứ phải được quản lý nhất quán, thống nhất, vô tư và hợp lý;
 - (f) Quy tắc xuất xứ trong đó nêu những gì không tạo nên xuất xứ hàng hoá ('tiêu chuẩn phủ định') cũng được phép coi như một phần của phân loại 'tiêu chuẩn khẳng định', hoặc trong một số trường hợp cá biệt khi việc xác định các 'tiêu chuẩn khẳng định' của xuất xứ là không cần thiết;
 - (g) Các luật, quy định dưới luật, quyết định tư pháp và hành chính để

- áp dụng chung liên quan đến quy tắc xuất xứ sẽ được công bố;
- (h) Khi có thay đổi trong quy tắc xuất xứ hoặc ban hành các quy tắc xuất xứ mới, các thành viên không được áp dụng hồi tố những thay đổi này, dù các luật, quy định dưới luật có thể quy định như vậy, và không vì thế làm tổn hại đến chúng;
 - (i) Bất kỳ một hành động hành chính nào liên quan đến xác định xuất xứ có thể được toà án, trọng tài hoặc toà án hành chính, độc lập với cơ quan đã ra quyết định xem xét lại một cách nhanh chóng, và có thể sửa đổi hoặc huỷ bỏ quyết định hành chính đó; và
 - (j) Tất cả các thông tin bí mật, hoặc được cung cấp trên cơ sở bí mật nhằm thực thi các quy tắc xuất xứ phải được các cơ quan có liên quan bảo đảm tuyệt mật.
- Điều 3 - Các quy tắc sau thời gian quá độ: Xét rằng mọi thành viên đều hướng tới lập ra các quy tắc xuất xứ hài hoà, sau khi có kết quả của chương trình hài hoà các quy tắc này, ngay khi triển khai kết quả của chương trình đó, các thành viên sẽ bảo đảm rằng:
- (a) Áp dụng quy tắc xuất xứ như nhau cho tất cả các mục đích nêu tại Điều 1;
 - (b) Theo quy tắc xuất xứ của mình, một nước được xác định là nước xuất xứ của một hàng hoá cụ thể, nếu hàng hoá được hoàn toàn sản xuất ra ở nước đó; hoặc trong trường hợp nhiều nước cùng tham gia vào quá trình sản xuất ra hàng hoá đó, thì nước xuất xứ hàng hoá là nước thực hiện công đoạn chế biến cơ bản cuối cùng;
 - (c) Các nguyên tắc tương tự khác trong thời gian quá độ.

Bên cạnh đó, Hiệp định cũng xác lập những thủ tục thông báo, rà soát, tư vấn và giải quyết tranh chấp trong Phần III.

7. Các biện pháp đầu tư liên quan đến thương mại

Hiệp định về các biện pháp đầu tư liên quan đến thương mại (viết tắt là ‘Hiệp định TRIMs’) thừa nhận rằng một số biện pháp đầu tư có tác động làm hạn chế và bóp méo thương mại. Hiệp định quy định rằng các thành viên không được áp dụng bất cứ biện pháp đầu tư liên quan đến thương mại nào không phù hợp với Điều III (‘NT’) và Điều XI (cấm hạn chế số lượng) của GATT (khoản 1 Điều 2 Hiệp định TRIMs). Tóm lại, danh mục minh họa TRIMs không phù hợp với quy định tại các điều trên được nêu tại Phụ lục của Hiệp định như sau:

- TRIMs không phù hợp với các nghĩa vụ về NT được quy định tại Điều III GATT bao gồm những biện pháp mang tính bắt buộc, hoặc

được thực thi thông qua luật trong nước và các quyết định mang tính hành chính, hoặc các điều kiện mà chỉ khi tuân thủ các điều kiện này mới được hưởng một ưu đãi nào đó, mà biện pháp này quy định:

- (a) Doanh nghiệp phải mua hoặc sử dụng các sản phẩm có xuất xứ nội địa, hoặc từ một nguồn cung cấp nội địa, dù yêu cầu đó được xác định theo sản phẩm nhất định, theo số lượng hoặc giá trị sản phẩm hoặc theo tỉ lệ về số lượng hoặc giá trị của sản xuất nội địa; hoặc
 - (b) Doanh nghiệp chỉ được mua hoặc sử dụng các sản phẩm nhập khẩu bị giới hạn trong một tổng số tính theo số lượng hoặc giá trị sản phẩm nội địa mà doanh nghiệp này xuất khẩu.
- TRIMs không phù hợp với nghĩa vụ loại bỏ chung các biện pháp hạn chế số lượng được quy định tại khoản 1 Điều XI GATT bao gồm những biện pháp mang tính bắt buộc, hoặc được thực thi thông qua luật trong nước và các quyết định mang tính hành chính, hoặc các điều kiện mà chỉ khi tuân thủ các điều kiện này mới được hưởng một ưu đãi nào đó, và biện pháp này hạn chế:
- (a) Việc doanh nghiệp nhập khẩu sản phẩm để sử dụng hoặc liên quan đến sản xuất nội địa dưới hình thức hạn chế chung hoặc hạn chế trong một tổng thể liên quan đến số lượng hoặc giá trị sản xuất nội địa mà doanh nghiệp đó xuất khẩu;
 - (b) Việc doanh nghiệp nhập khẩu sản phẩm để sử dụng hoặc liên quan đến sản xuất nội địa bằng cách hạn chế khả năng tiếp cận nguồn ngoại hối chỉ ở mức liên quan đến nguồn thu ngoại hối của doanh nghiệp này;
 - (c) Việc doanh nghiệp xuất khẩu hoặc bán để xuất khẩu các sản phẩm, cho dù được quy định dưới hình thức sản phẩm cụ thể hay dưới hình thức số lượng, hoặc giá trị sản phẩm hoặc theo một tỉ lệ về số lượng, hoặc giá trị sản xuất nội địa của doanh nghiệp.

Hiệp định TRIMs bắt buộc các bên phải thông báo những biện pháp đầu tư liên quan đến thương mại không phù hợp với Hiệp định trong thời hạn 5 năm đối với các DCs và 7 năm đối với các LDCs (Điều 5). Hiệp định thành lập một Hội đồng TRIMs có nhiệm vụ kiểm soát việc thực hiện những cam kết này. Hiệp định còn quy định xem xét liệu sau này có cần bổ sung thêm vào Hiệp định những quy định về đầu tư và chính sách cạnh tranh rộng hơn nữa hay không (Điều 9).²⁴⁶

²⁴⁶ WTO, http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/ursum_e.htm#g1Agreement

Mục 4. THƯƠNG MẠI DỊCH VỤ VÀ HIỆP ĐỊNH GATS ^(*)

1. Hoàn cảnh ra đời

Hiệp định chung về thương mại dịch vụ (viết tắt là ‘GATS’) là một hiệp định trong khuôn khổ WTO và điều chỉnh các vấn đề về thương mại dịch vụ giữa các thành viên WTO. Không giống những lĩnh vực thương mại khác, trong các cuộc đàm phán thương mại, thương mại dịch vụ chưa được định hình rõ rệt, cho đến những năm 80-90 của thế kỉ XX, khi các chuyên gia kinh tế và các nhà hoạch định chính sách bắt đầu phải đối mặt với nhu cầu cần có sự điều chỉnh một vấn đề ngày càng trở nên quan trọng trong hoạt động kinh tế. Thật vậy, ngày nay các ngành kinh tế dịch vụ chiếm 70-80% GDP trong các nền kinh tế phát triển và trên dưới 40% GDP ở các DCs. Không giống bất kì lĩnh vực nào khác, do việc thực hiện nhiều chức năng quan trọng khác nhau trong nền kinh tế, dịch vụ được coi như phương tiện thật sự của tăng trưởng kinh tế. Trước tiên, dịch vụ cung ứng đầu vào cho tất cả các lĩnh vực của nền kinh tế. Ví dụ, nếu không có dịch vụ tài chính, viễn thông, vận tải hay năng lượng, thì sẽ không thể có hệ thống các ngành kinh tế hiệu quả và vững mạnh. Như vậy, một lĩnh vực dịch vụ không hiệu quả cũng sẽ giống như một mức thuế nội địa cao, vì nó sẽ làm tăng giá cuối cùng của sản phẩm. Dịch vụ cũng thực hiện những chức năng quan trọng là phục vụ cộng đồng. Ví dụ: ngành giáo dục, chăm sóc sức khỏe, năng lượng đã thực hiện chức năng cần thiết phục vụ cộng đồng. Các học thuyết kinh tế đã chứng minh rằng, ở đâu lợi thế so sánh của một nước được coi là hợp pháp, thì ở đó các ngành dịch vụ sẽ thúc đẩy tăng trưởng kinh tế.

Các ngành dịch vụ có một vài đặc điểm khiến cho việc điều chỉnh và tự do hoá gặp những khó khăn đặc biệt. Trước tiên, chức năng chiến lược của hầu hết các ngành kinh tế dịch vụ khiến cho dịch vụ thường trở thành đối tượng chịu sự chi phối độc quyền. Cho đến vài thập kỉ trở lại đây, thậm chí ở các nước phát triển, các ngành dịch vụ quan trọng như viễn thông, năng lượng hay vận tải vẫn thuộc về chính phủ. Ngày nay, các ngành dịch vụ khác, như chăm sóc sức khỏe hay giáo dục, một phần lớn vẫn ở trong tay chính phủ. Khi vị trí của nhà nước trong các ngành kinh tế dịch vụ có thể đảm bảo dịch vụ được cung ứng ở mức giá thấp, thì đồng thời điều đó cũng có thể có tác động ngược lại về chất lượng dịch vụ, ảnh hưởng trực tiếp tới

^(*) Tác giả: Federico Lupo Pasini, Chuyên gia chính sách và luật kinh tế quốc tế, thành viên Trung tâm Luật Quốc tế, Trường Đại học quốc gia Xinh-ga-po (NUS), Nghiên cứu sinh CUTS International. Người biên dịch: Nguyễn Quỳnh Trang, Thạc sĩ, Giảng viên, Trường Đại học Luật Hà Nội (HLU).

tất các các lĩnh vực của nền kinh tế. Đặc điểm khác của dịch vụ là sự phụ thuộc của chúng vào các yếu tố sản xuất như nhân công, vốn và công nghệ. Thông thường, sự tự do hoá các ngành kinh tế dịch vụ cần dựa vào sự tự do hoá các yếu tố sản xuất, mà trong một số trường hợp rất khó đạt được từ góc độ chính trị, như trường hợp dịch chuyển lao động. Từ góc độ kinh tế, dịch vụ phụ thuộc vào thị trường không hoàn hảo - nghĩa là thị trường cần có sự can thiệp của nhà nước. Từ góc độ kinh tế - chính trị, cường độ điều chỉnh của các ngành kinh tế dịch vụ thể hiện sự kết hợp đặc biệt, nhằm đạt được sự tự do hoá, khi mà sự tự do hóa này đòi hỏi loại bỏ những rào cản. Điểm khác biệt cơ bản giữa thương mại hàng hoá và thương mại dịch vụ dựa trên hình thức bảo hộ đối với các ngành kinh tế dịch vụ. Khi các rào cản trong thương mại hàng hoá bao gồm thuế nội địa hay hạn ngạch, dễ nhận ra và dễ định lượng, thì trong thương mại dịch vụ, các rào cản lại vô hình. Các rào cản này là các quy định, luật lệ, sự độc quyền mà việc nhận diện hay loại bỏ chúng đều khó khăn. Hơn nữa, không giống các ngành kinh tế khác, việc tự do hoá thương mại dịch vụ đòi hỏi phải có một khuôn khổ pháp luật tốt, giúp ngăn ngừa các tác động ngược, như trong trường hợp tự do hoá sớm các dịch vụ tài chính. Vì vậy, tự do hoá thương mại dịch vụ thường không phụ thuộc vào sự mặc cả có đi có lại như trong trường hợp thương mại hàng hoá, mà đúng hơn, kinh nghiệm cho thấy rằng tự do hóa thương mại dịch vụ được thực hiện chủ yếu như là kết quả của áp lực trong nước đối với việc nâng cao tính hiệu quả của nền kinh tế.

2. GATS và cấu trúc của GATS

GATS được coi là một trong những kết quả quan trọng nhất của Vòng đàm phán U-ru-goay. Khi các bên đàm phán bắt đầu thảo luận làm thế nào để điều chỉnh thương mại dịch vụ và đặt ra nguyên tắc cho vấn đề này, thì cũng ngay lập tức các bên thấy rõ rằng không thể coi dịch vụ giống như các lĩnh vực thương mại khác. Khó khăn thực chất để tạo ra cơ sở pháp luật cho thương mại dịch vụ và những đặc trưng của việc điều chỉnh đối với một số lĩnh vực dịch vụ đã thách thức các nhà đàm phán và các nhà hoạch định chính sách hơn một thập kỉ. Năm 1994, cuối cùng GATS đã phát sinh hiệu lực như một phụ lục độc lập của Hiệp định Ma-ra-két về thành lập WTO, và là một phần của 'Gói cam kết'. Điều này có nghĩa các thành viên khi gia nhập WTO phải có nghĩa vụ tuân thủ GATS.

Cấu trúc các quy định điều chỉnh thương mại dịch vụ trong GATS có thể chia thành 3 phần cơ bản. *Thứ nhất*, chính văn bản GATS, bao gồm 28 điều, đưa ra các nguyên tắc cơ bản trong thương mại dịch vụ. *Thứ hai*, đính

kèm GATS có 8 phụ lục nêu ra hoặc làm rõ các điều khoản đặc biệt. *Thứ ba* là Biểu cam kết của các thành viên.

GATS là văn bản cung cấp một khuôn khổ pháp luật toàn diện cho giao dịch dịch vụ. Hiệp định được cấu trúc thành 6 phần. Phần I (bao gồm Điều I) định nghĩa phạm vi áp dụng của Hiệp định và cung cấp khái niệm chung về các phương thức cung ứng dịch vụ. Phần II (bao gồm các điều từ Điều II đến Điều XV), còn gọi là ‘các nghĩa vụ và nguyên tắc chung’, bao gồm 14 điều được áp dụng cho tất cả các ngành dịch vụ. Trái lại, Phần III (bao gồm các điều từ Điều XVI đến Điều XVIII) - ‘các cam kết cụ thể’ bao gồm 3 điều chỉ áp dụng cho các ngành dịch vụ cụ thể và những phương thức cung ứng mà các thành viên cam kết. Điều này có nghĩa là: trong khi các điều khoản của Phần II được áp dụng cho bất kì ngành dịch vụ nào, thì cho dù thành viên đã đưa ra cam kết cho ngành đó, cam kết này cũng vẫn không nằm trong nghĩa vụ của Phần III - phần chỉ được áp dụng nếu thành viên chấp thuận cam kết các nghĩa vụ. Phần IV (bao gồm các điều từ Điều XIX đến Điều XXI); và Phần V (bao gồm các điều từ Điều XXII đến Điều XXVI) bao gồm các điều khoản liên quan đến phương thức đàm phán và ‘Những quy định về thể chế’. Cuối cùng, Phần VI - ‘Điều khoản cuối cùng’, liên quan đến khước từ quyền lợi, các định nghĩa và các phụ lục.

GATS được bổ sung 8 phụ lục, các phụ lục chia thành 3 nhóm chính tùy thuộc vào quan hệ pháp lí của mỗi nhóm. Tất cả phụ lục tạo thành bộ phận không thể tách rời của GATS. Phụ lục 1 bao gồm các nguyên tắc và quy định về điều kiện áp dụng ngoại lệ của Điều II (liên quan đến MFN). Nhóm Phụ lục 2 bao gồm những phụ lục điều chỉnh và làm rõ các định nghĩa về các ngành dịch vụ cụ thể. Trong nhóm này có Phụ lục về di chuyển thể nhân; Phụ lục về các dịch vụ tài chính; Phụ lục về vận tải hàng không; và Phụ lục về dịch vụ viễn thông. Nhóm 3 bao gồm Phụ lục 2 về dịch vụ tài chính; Phụ lục về dịch vụ viễn thông cơ bản; và Phụ lục về vận tải hàng hải. Không giống những phụ lục khác, những văn bản này chỉ cung cấp các hướng dẫn và phương thức đàm phán, mà không chứa đựng bất kì điều khoản nào điều chỉnh về nội dung.

Tương tự như GATT, trong GATS, các thành viên có nghĩa vụ đưa ra các cam kết, tạo thành bộ phận không thể tách rời của Hiệp định. Biểu cam kết được chia thành các cam kết chung, - áp dụng đối với tất cả các ngành dịch vụ; và cam kết cụ thể - chỉ áp dụng cho dịch vụ và phương thức cung ứng dịch vụ đã được các thành viên chỉ rõ. Biểu cam kết cụ thể được thiết kế theo cách cho phép các thành viên chỉ rõ việc thành viên đó có tuân thủ hay không nghĩa vụ MA (Điều XVI), NT (Điều XVII) hay các cam kết bổ sung

(Điều XVIII) đối với mỗi ngành dịch vụ và mỗi phương thức cung ứng dịch vụ. GATS đưa ra phương pháp tiếp cận đặc biệt cho phép các thành viên vẫn có được sự linh hoạt trong các cam kết, nhằm đảm bảo một không gian chính sách đối với các ngành kinh tế dịch vụ được tự do hoá.

Bảng 2.4.1. Thí dụ về cam kết của Việt Nam về dịch vụ lữ hành

Phương thức cung ứng: 1) Cung ứng qua biên giới; 2) Tiêu dùng ở nước ngoài; 3) Hiện diện thương mại; 4) Hiện diện thể nhân			
Ngành và phân ngành	Hạn chế tiếp cận thị trường	Hạn chế đối xử quốc gia	Cam kết bổ sung
B. Dịch vụ đại lí lữ hành và điều hành tour du lịch (CPC 7471)	1) Không hạn chế. 2) Không hạn chế. 3) Không hạn chế, trừ việc: các nhà cung ứng dịch vụ nước ngoài được phép cung ứng dịch vụ dưới hình thức liên doanh với đối tác Việt Nam mà không bị hạn chế phần góp vốn của phía nước ngoài. 4) Chưa cam kết, trừ các cam kết chung.	1) Không hạn chế. 2) Không hạn chế. 3) Không hạn chế, trừ việc: hướng dẫn viên du lịch trong doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài phải là công dân Việt Nam. Các doanh nghiệp cung ứng dịch vụ có vốn đầu tư nước ngoài chỉ được phép cung ứng dịch vụ đưa khách vào Việt Nam du lịch và lữ hành nội địa đối với khách du lịch vào Việt Nam như là một phần của dịch vụ đưa khách vào du lịch Việt Nam. 4) Chưa cam kết, trừ các cam kết chung.	

Hướng dẫn đọc Biểu cam kết

Nếu không có hạn chế nào được đưa ra trong cột MA và cột NT đối với ngành dịch vụ và phương thức cung ứng dịch vụ, thì trong Biểu cam kết thể hiện không hạn chế ('None'). Tuy nhiên, cần lưu ý rằng khi mà thuật ngữ 'không hạn chế' được dùng trong Phần 2 hoặc trong phần các dịch vụ cụ thể của biểu cam kết, nó sẽ có nghĩa là không có hạn chế cụ thể nào cho ngành dịch vụ này. Nhưng phải ghi nhớ rằng, như đã lưu ý ở trên, có thể nó có liên quan đến các hạn chế chung ở phần đầu tiên của biểu cam kết.

Tất cả các cam kết trong Biểu đều phải được thành viên tuân thủ, trừ khi có quy định khác. Trong trường hợp thành viên không muốn thực hiện tự do hóa một ngành dịch vụ và phương thức cung ứng dịch vụ nào đó, nhằm thiết lập hay duy trì các biện pháp đi ngược lại với nguyên tắc MA và nguyên tắc NT, thì thành viên đó sẽ đưa vào khung tương ứng thuật ngữ 'chưa cam kết' ('Unbound').

3. Dịch vụ và phương thức cung ứng dịch vụ

Một trong những thách thức lớn nhất mà các nhà đàm phán phải đối mặt khi soạn thảo các điều khoản của GATS là định nghĩa dịch vụ. Đáng ngạc nhiên là GATS không đưa ra bất kỳ định nghĩa nào về dịch vụ. Điều I nêu ra phạm vi áp dụng của GATS, theo đó GATS ‘áp dụng cho các biện pháp tác động đến thương mại dịch vụ của các thành viên’.²⁴⁷ Điều này cho thấy rõ là: dịch vụ - đối tượng điều chỉnh của GATS - chỉ là các dịch vụ được đưa ra trên cơ sở cạnh tranh. Thật vậy, khoản 3 Điều I nói rõ GATS loại trừ khỏi phạm vi áp dụng của mình những dịch vụ ‘được cung ứng để thi hành thẩm quyền của chính phủ’.²⁴⁸ Bởi vậy, quy định này đã loại trừ khỏi phạm vi áp dụng của Hiệp định tất cả những dịch vụ công mà chính phủ cung ứng nhằm thực hiện chức năng công, đó là các dịch vụ ‘được cung ứng không trên cơ sở thương mại và cũng không trên cơ sở cạnh tranh với một hoặc nhiều nhà cung ứng dịch vụ’,²⁴⁹ như dịch vụ chăm sóc sức khỏe, giáo dục, viễn thông hay năng lượng.

Hiệp định không đưa ra khái niệm dịch vụ, nhưng ngược lại, Hiệp định lại mô tả dịch vụ theo phương thức cung ứng dịch vụ. Các phương thức cung ứng dịch vụ là một trong những trụ cột của GATS, và một dịch vụ tương tự có thể được cam kết và đối xử khác nhau phụ thuộc vào phương thức mà nó được cung ứng. GATS phân biệt 4 phương thức cung ứng dịch vụ. Các phương thức khác nhau tùy thuộc vào quy chế pháp lý của nhà cung ứng dịch vụ (pháp nhân hoặc thể nhân), và dựa trên sự dịch chuyển của người tiêu dùng hoặc người cung ứng dịch vụ.

A. Cung ứng dịch vụ qua biên giới

Đây là dịch vụ được cung ứng từ lãnh thổ của một thành viên vào lãnh thổ một thành viên khác. Phương thức cung ứng này là việc cung ứng những dịch vụ không đòi hỏi sự dịch chuyển vật lý của cả người tiêu dùng và người cung ứng dịch vụ. Ví dụ, một kiến trúc sư hay một luật sư ở nước A cung ứng dịch vụ theo yêu cầu của người tiêu dùng ở nước B, theo đó họ cung ứng một bản báo cáo nghiên cứu pháp luật (legal memorandum), hoặc một bản kế hoạch cho khách hàng, mà không phải rời khỏi văn phòng của mình. Một ví dụ khác, một trung tâm điện thoại đặt tại nước A cung ứng sự hỗ trợ qua điện thoại cho khách hàng ở các nước khác. Trong cả hai ví dụ trên, khách hàng và nhà cung ứng dịch vụ đều không phải dịch chuyển, trong khi

²⁴⁷ Khoản 1 Điều I GATS.

²⁴⁸ Khoản 3(b) Điều I GATS.

²⁴⁹ Khoản 3(c) Điều I GATS.

dịch vụ vẫn được cung ứng qua biên giới.

B. Tiêu dùng dịch vụ ở nước ngoài

Đây là dịch vụ được cung ứng trên lãnh thổ một thành viên cho người tiêu dùng dịch vụ của bất kì thành viên nào khác. Phương thức cung ứng này là đặc trưng của một số ngành dịch vụ, như dịch vụ du lịch, hay dịch vụ chăm sóc sức khoẻ. Trong phương thức cung ứng này, nhà cung ứng dịch vụ vẫn ở tại nước của mình và họ cung ứng dịch vụ cho người tiêu dùng đã dịch chuyển đến nước của người cung ứng dịch vụ để nhận dịch vụ. Vì vậy, trong ‘tiêu dùng dịch vụ ở nước ngoài’, người tiêu dùng dịch vụ phải dịch chuyển để nhận một dịch vụ. *Ví dụ*, một khách du lịch dịch chuyển từ nước của họ sang một khách sạn hoặc một khu nghỉ dưỡng đặt tại một nước khác.

C. Hiện diện thương mại

Đây là phương thức cung ứng dịch vụ, theo đó dịch vụ được cung ứng bởi một nhà cung ứng dịch vụ của một thành viên, thông qua việc thành lập một hiện diện thương mại ở lãnh thổ một thành viên khác. Phương thức cung ứng này là hoạt động đầu tư và nó tạo thành phần cốt yếu của thương mại dịch vụ. Trong phương thức này, một công ty dịch chuyển đến một nước khác để cung ứng dịch vụ thông qua việc thành lập một hiện diện thương mại. *Ví dụ*, một ngân hàng hoặc công ty viễn thông di chuyển từ nước A đến nước B, nơi mà họ sẽ thành lập chi nhánh hoặc công ty con. Trong trường hợp này, người tiêu dùng không dịch chuyển mà nhà cung ứng dịch vụ phải dịch chuyển.

D. Hiện diện thể nhân

Đây là phương thức cung ứng dịch vụ, theo đó dịch vụ được cung ứng bởi nhà cung ứng của một thành viên, thông qua hiện diện của nhà cung ứng này ở lãnh thổ một thành viên khác. Trong phương thức cung ứng này, nhà cung ứng dịch vụ không phải là một doanh nghiệp, mà là một thể nhân. Giống như trường hợp trước, người tiêu dùng vẫn ở tại lãnh thổ của mình, chỉ có người cung ứng dịch vụ dịch chuyển đến với người tiêu dùng để cung ứng dịch vụ. *Ví dụ*, một bác sĩ hoặc một y tá dịch chuyển đến một nước khác để cung ứng dịch vụ y tế chuyên môn.

4. Nguyên tắc chủ yếu

Nguyên tắc chủ yếu trong thương mại dịch vụ được quy định tại 14 điều - từ Điều II đến Điều XV GATS. Những điều khoản này quy định các nghĩa vụ chung trong GATS, và không giống như những điều khoản về MA và NT,

các điều khoản này áp dụng cho tất cả các ngành dịch vụ, bất kể các ngành này đã được tất cả các thành viên cam kết hay chưa.

A. Tối huệ quốc (MFN) (Điều II)

Tương tự GATT, điều khoản đầu tiên của GATS là MFN. Điều khoản này, giống với Điều I GATT, chủ yếu quy định nghĩa vụ của thành viên nhằm thống nhất sự đối xử giống nhau dành cho các nhà cung ứng dịch vụ tương tự của bất kỳ thành viên nào khác. Phần nội dung chính của điều khoản như sau:

... Đối với bất kỳ biện pháp nào thuộc phạm vi điều chỉnh của Hiệp định này, mỗi thành viên phải ngay lập tức và vô điều kiện dành cho dịch vụ và các nhà cung ứng dịch vụ của bất kỳ thành viên nào khác, sự đối xử không kém thuận lợi hơn sự đối xử mà thành viên đó dành cho dịch vụ và các nhà cung ứng dịch vụ tương tự của bất kỳ nước nào khác.²⁵⁰

Như lưu ý của Cơ quan phúc thẩm trong vụ *EC-Bananas*²⁵¹, đối xử MFN buộc các thành viên thống nhất sự đối xử ‘de jure’ hoặc ‘de facto’ cho các nhà cung ứng dịch vụ tương tự, bất kể trên thực tế họ đã cam kết các nhượng bộ có đi có lại với thành viên khác hay chưa. Tương tự GATT, MFN trong GATS cấm sự phân biệt đối xử dựa trên quốc tịch của các nhà cung ứng dịch vụ. Theo quy định này, một thành viên sẽ không được chỉ cho phép các công ty đến từ một nước cụ thể thành lập văn phòng, hoặc chỉ từ chối các lao động nước ngoài đến từ một nước cụ thể.

Nhưng không giống GATT, theo GATS, các thành viên được đưa vào biểu cam kết những ngoại lệ nhằm phân biệt đối xử giữa các thành viên. Điều này được quy định đặc biệt tại Phụ lục ngoại lệ của Điều II. Sự phân biệt này mang tính đơn phương, có nghĩa là các thành viên không cần phải biện minh hay được chấp thuận bằng bất kỳ cam kết nào. Tuy nhiên, ngoại lệ không được mở rộng đối với toàn bộ một ngành dịch vụ, mà phải cụ thể tới từng biện pháp riêng biệt. Hơn nữa, Phụ lục của Điều II ghi rõ rằng sự hạn chế chỉ mang tính tạm thời và nó phải được đưa ra tại thời điểm gia nhập.

B. Minh bạch (Điều III)

Điều III GATS đặt ra nghĩa vụ cho các thành viên phải công bố ‘tất cả các

²⁵⁰ Khoản I Điều II GATS.

²⁵¹ WTO, Báo cáo của Cơ quan phúc thẩm, vụ *European Communities-Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas (EC-Bananas)*, WT/DS27/AB/R, ngày 9/9/1997, đoạn 220.

biện pháp chung được áp dụng chung, gắn liền hoặc có ảnh hưởng đến sự áp dụng của GATS'. Trừ tình huống khẩn cấp, các thành viên có nghĩa vụ công bố tất cả các luật, quy định, văn bản hướng dẫn hay thậm chí các thoả thuận quốc tế có ảnh hưởng đến hoạt động của GATS. Vào thời điểm gia nhập, các thành viên phải công bố tất cả luật và quy định liên quan đến thương mại dịch vụ và phải trả lời chất vấn từ các thành viên khác. Để các cuộc đối thoại về pháp luật thương mại dịch vụ thuận tiện hơn, trong vòng 2 năm kể từ khi gia nhập, các thành viên phải lập ra một cơ quan thông tin về GATS. Hơn nữa, các thành viên cũng cam kết hàng năm sẽ thông báo cho Ủy ban GATS về bất cứ thay đổi nào về luật hay quy định liên quan đến thương mại dịch vụ. Đối với một số ngành dịch vụ giữ vị trí quan trọng chiến lược đối với an ninh quốc gia, các thành viên có thể không có nghĩa vụ công bố các thông tin (i) Cản trở việc thi hành pháp luật; (ii) Chống lại lợi ích cộng đồng; hoặc (iii) Xâm hại lợi ích chính đáng của một doanh nghiệp tư nhân hay doanh nghiệp nhà nước cụ thể.

Nghĩa vụ minh bạch mang tầm quan trọng lâu dài trong quá trình tự do hoá thương mại dịch vụ. Không giống như thương mại hàng hoá, rào cản cơ bản của dịch vụ bao gồm các quy định có thể xuất hiện ở tất cả các cấp độ lập pháp. Vì vậy, một sự thay đổi trong lập pháp có thể hủy hoại nghiêm trọng các nhượng bộ thương mại về NT và MA. Vì vậy, các thành viên cần thường xuyên cung cấp thông tin cho cơ quan có thẩm quyền của các thành viên khác biết về quá trình điều chỉnh chính sách, nhằm ngăn chặn việc những biện pháp trong nước có thể hủy hoại các nhượng bộ thương mại.

C. Các quy định pháp luật trong nước (Điều VI)

Nhìn chung, các ngành kinh tế dịch vụ chịu sự điều chỉnh lớn của nhà nước. Điều này đúng với các ngành dịch vụ như năng lượng, viễn thông hoặc các dịch vụ tài chính, ở đó sự điều chỉnh thường theo hướng khắc phục sự không hiệu quả của thị trường tự do trong việc phân bổ hàng hóa và dịch vụ ('market failures'). Như đã nêu trên, các quy định pháp luật trong nước là công cụ nền tảng trong việc xây dựng chính sách kinh tế, nhưng đôi khi các quy định này cũng đặt ra các rào cản không thể coi thường cho các nhà đầu tư nước ngoài. Các rào cản đó thường liên quan đến nghĩa vụ NT (Điều XVII), hay MA (Điều XVI). Tuy nhiên, trong vài trường hợp, các quy định về dịch vụ cũng khắt khe đến nỗi chúng có thể trở thành một rào cản thương mại, ngay cả khi nó không mang tính phân biệt đối xử. Điều VI GATS đảm bảo rằng các quy định pháp luật trong nước không tạo ra những rào cản

thương mại không cần thiết. Để làm được việc này, Điều VI đã đưa ra một số nguyên tắc quan trọng sau đây:

Khoản 1 đặt ra cho các thành viên nghĩa vụ quản lý các biện pháp tác động đến thương mại dịch vụ một cách hợp lý, khách quan và bình đẳng. Không giống nghĩa vụ về MA và NT - quan tâm đến việc điều chỉnh nội dung các quy định cụ thể, Điều VI điều chỉnh việc áp dụng và thực thi các quy định.

Khoản 2 yêu cầu các thành viên phải thiết lập các tòa án hoặc thủ tục để rà soát khách quan và vô tư các quyết định hành chính tác động đến thương mại dịch vụ, nhằm hạn chế việc đưa ra các quyết định tùy tiện mà nó có thể hủy hoại thương mại dịch vụ.

Khoản 3 thừa nhận rằng các thủ tục cấp phép có thể được áp dụng để trì hoãn các nhượng bộ MA. Do đó, Khoản 3 quy định rằng tất cả các thủ tục cấp phép nên được thực hiện trong một khoảng thời gian hợp lý và buộc các thành viên cung cấp mọi thông tin về hiện trạng của đơn xin phép.

Khoản 4 đề ra ba dạng quy định (về yêu cầu cấp phép; yêu cầu và thủ tục chuyên môn; và tiêu chuẩn kỹ thuật) có liên quan cụ thể đến rào cản trong thương mại dịch vụ, do sự áp dụng phổ biến và tầm quan trọng của các quy định này trong việc điều chỉnh thương mại dịch vụ. Cụ thể như sau:

Nhằm đảm bảo để các biện pháp liên quan tới yêu cầu chuyên môn, thủ tục, tiêu chuẩn kỹ thuật và yêu cầu cấp phép không tạo ra những rào cản không cần thiết cho thương mại dịch vụ, thông qua những cơ quan thích hợp có thể được thành lập, Hội đồng thương mại dịch vụ sẽ phát triển bất kỳ nguyên tắc cần thiết nào. Những nguyên tắc đó nhằm đảm bảo rằng các yêu cầu sau đây:

- (a) Dựa trên những tiêu chí khách quan và minh bạch, như năng lực và khả năng cung ứng dịch vụ;
- (b) Không phiền hà hơn mức cần thiết để đảm bảo chất lượng dịch vụ;
- (c) Trong trường hợp áp dụng thủ tục cấp phép, không trở thành hạn chế về cung ứng dịch vụ.

Mặt khác, Khoản 5 lại chỉ áp dụng cho các ngành dịch vụ có cam kết, và nó buộc các thành viên không được áp dụng giấy phép, yêu cầu chuyên môn và tiêu chuẩn kỹ thuật, nếu nó làm giảm bớt hoặc vô hiệu hóa các cam kết cụ thể theo cách thức không phù hợp với các tiêu chí đã nêu ra tại Khoản 4, và theo cách mà tại thời điểm các cam kết cụ thể được đưa ra, thành viên không có ý định áp dụng các biện pháp này. Để xác định xem các tiêu chí này có được đáp ứng hay không, cần tính đến các tiêu chuẩn của các tổ chức quốc tế liên quan được thành viên đó áp dụng.

D. Công nhận (Điều VII)

Trong các ngành dịch vụ mà phương thức cung ứng dịch vụ dựa vào sự dịch chuyển của thể nhân, như các dịch vụ chuyên môn, các dịch vụ y tế hay các dịch vụ tư vấn kỹ thuật, việc các nhà cung ứng dịch vụ được công nhận như một chuyên gia hợp pháp có tầm quan trọng chủ chốt. Sự công nhận này thường dựa trên trình độ hoặc một cuộc sát hạch tại nước xuất xứ. Hầu hết các nước đều không có các tiêu chuẩn đồng nhất đối với việc tiếp cận một nghề nghiệp. Do đó, việc không công nhận trình độ nước ngoài, kinh nghiệm hay trình độ chuyên môn nào đó có thể trở thành một rào cản đối với thương mại dịch vụ. Điều VII đề cập vấn đề này và đưa ra các hướng dẫn cho các thành viên về việc làm thế nào để xây dựng và thực thi các thỏa thuận công nhận.

Để khắc phục sự không thống nhất về công nhận, các thành viên được khuyến khích hài hòa hóa pháp luật hoặc kí kết các hiệp định song phương.²⁵² Để ngăn chặn việc các hiệp định trên có thể dẫn đến kết quả là sự phân biệt đối xử đối với các thành viên không tham gia hiệp định hoặc các quy định không được hài hòa hóa, Điều VII buộc các thành viên không được đưa ra sự công nhận theo cách mà nó có thể tạo ra sự phân biệt đối xử, hoặc hạn chế trá hình đối với thương mại dịch vụ trong việc áp dụng các tiêu chuẩn, tiêu chí để cấp phép hoặc chứng nhận cho nhà cung ứng dịch vụ.²⁵³

Trong trường hợp các thành viên tuân thủ các tiêu chí đã giải thích rõ ở quy định này, việc công nhận được coi như phù hợp với đòi hỏi của Điều II (MFN) mà Điều VII là một ngoại lệ.

5. Cam kết cụ thể

A. Tiếp cận thị trường (MA) (Điều XVI)

Cùng với nguyên tắc NT quy định tại Điều XVII, quy định về MA là nền tảng của GATS. Bởi vì theo Điều XVI, các nhà cung ứng dịch vụ của các thành viên được trao quyền tiếp cận vào thị trường nội địa, dựa trên các cam kết trong Biểu cam kết đã được các thành viên đàm phán. Các nguyên tắc và quy định tại Điều XVI chỉ áp dụng trong phạm vi mà một thành viên đã ghi các cam kết cụ thể vào cột Tiếp cận thị trường.

Đối với một ngành dịch vụ có đưa ra các cam kết về MA, thành viên có nghĩa vụ: ‘Dành cho dịch vụ hoặc người cung ứng dịch vụ của các thành viên

²⁵² Khoản 1 Điều VII GATS.

²⁵³ Khoản 3 Điều VII GATS.

khác sự đối xử không kém thuận lợi hơn sự đối xử theo những điều kiện, điều khoản và hạn chế đã được thoả thuận và quy định tại Danh mục cam kết cụ thể.²⁵⁴

Nghĩa vụ đảm bảo MA không chỉ không bắt buộc đối với các thành viên, mà còn có thể thích hợp với các phương thức cung ứng cụ thể bất kỳ một dịch vụ nào. Điều này có nghĩa rằng: nếu các thành viên muốn mở cửa thị trường đối với các dịch vụ ngân hàng, thì có thể chọn lựa tự do hoá thị trường giới hạn chỉ ở phương thức 1 (Cung ứng dịch vụ qua biên giới), hoặc chỉ ở phương thức 3 (Hiện diện thương mại), và đóng cửa các phương thức cung ứng khác nhằm hạn chế cạnh tranh nước ngoài. Trong phạm vi tự do hóa một ngành dịch vụ, các thành viên không được ban hành bất kỳ biện pháp nào có thể hủy hoại các nhượng bộ về MA. Không giống thương mại hàng hoá, các hạn chế về MA không dễ nhận dạng và có thể tồn tại dưới nhiều hình thức khác nhau. Khoản 2 Điều XVI đưa ra danh sách các biện pháp, về nguyên tắc, không được áp dụng:

- (a) Hạn chế số lượng nhà cung ứng dịch vụ dù dưới hình thức hạn ngạch theo số lượng, độc quyền, đặc quyền cung ứng dịch vụ hoặc yêu cầu đáp ứng nhu cầu kinh tế;
- (b) Hạn chế tổng trị giá các giao dịch về dịch vụ hoặc tài sản dưới hình thức hạn ngạch theo số lượng, hoặc yêu cầu phải đáp ứng nhu cầu kinh tế;
- (c) Hạn chế tổng số các hoạt động dịch vụ hoặc tổng số lượng dịch vụ đầu ra tính theo số lượng đơn vị dưới hình thức hạn ngạch hoặc yêu cầu về nhu cầu kinh tế;
- (d) Hạn chế về tổng số thể nhân có thể được tuyển dụng trong một ngành dịch vụ cụ thể, hoặc một nhà cung ứng dịch vụ được phép tuyển dụng cần thiết hoặc trực tiếp liên quan tới việc cung ứng một dịch vụ cụ thể dưới hình thức hạn ngạch hoặc yêu cầu về nhu cầu kinh tế;
- (e) Các biện pháp hạn chế hoặc yêu cầu các hình thức pháp nhân cụ thể hoặc liên doanh, thông qua đó nhà cung ứng dịch vụ có thể cung ứng dịch vụ;
- (f) Hạn chế về tỉ lệ vốn góp của bên nước ngoài bằng việc quy định tỉ lệ phần trăm tối đa cổ phần của bên nước ngoài, hoặc tổng trị giá đầu tư nước ngoài tính đơn lẻ hoặc tính gộp.

Có một vài điểm cần lưu ý khi giải thích các yêu cầu trên. *Thứ nhất*, các yêu cầu đặt ra cho các thành viên có ý nghĩa như những yêu cầu tối thiểu. Do đó, không hạn chế một thành viên đưa ra các đối xử ưu đãi hơn, nếu thành viên đó mong muốn. *Ví dụ*, mặc dù Danh mục cam kết chỉ cho

²⁵⁴ Khoản 1 Điều XVI GATS.

phép tối đa 3 nhà cung ứng dịch vụ tham gia khai thác thị trường, nhưng thành viên đó vẫn luôn luôn được tự do cho phép 5 hay nhiều hơn nữa các nhà cung ứng dịch vụ tham gia. *Thứ hai*, các quy định tại Khoản 2 khá thấu đáo, theo đó một thành viên được phép đưa ra hạn chế MA, nếu nó không thuộc phạm vi 6 hạn chế nêu trên. *Ví dụ*: một thành viên có thể được phép đưa ra chế độ thuế cao đối một ngành dịch vụ nào đó, mà thực tế có thể dẫn đến việc ngăn cản hoặc không khuyến khích gia nhập thị trường. Trong trường hợp này, biện pháp thuế có thể phù hợp với Điều XVI. Tuy nhiên, như đã giải thích, quy định tại Điều VI (về quy định pháp luật trong nước) đóng vai trò như một nghĩa vụ bao quát đảm bảo rằng, mặc dù không có các cam kết cụ thể, thì việc áp dụng một biện pháp cũng không được nhằm tạo ra một rào cản thương mại phiền toái không cần thiết.

B. Đối xử quốc gia (NT) (Điều XVII)

NT là một trụ cột nữa của GATS, và tương tự như Điều XVI, chỉ được áp dụng đối với các dịch vụ và phương thức cung ứng đã được thành viên đưa vào danh mục. Cũng như Điều III GATT, Điều XVII GATS đưa ra nghĩa vụ cho các thành viên đảm bảo cho các nhà cung ứng dịch vụ của một thành viên khác các điều kiện cạnh tranh bình đẳng với các nhà cung ứng dịch vụ nội địa. Không giống Điều III GATT, chỉ áp dụng cho sản phẩm, quy định này không chỉ áp dụng đối với nhà cung ứng dịch vụ, mà còn mở rộng tới người tiêu dùng. Tuy nhiên, phạm vi áp dụng thực sự của quy định này hạn chế hơn GATT, do nó chỉ áp dụng với các biện pháp ‘gây tác động tới việc cung ứng dịch vụ’. Các biện pháp nội địa mà thực chất không gây tác động tới việc cung ứng dịch vụ được loại trừ khỏi phạm vi áp dụng của quy định này. Điều XVII được quy định cụ thể như sau:

1. Trong những lĩnh vực được nêu trong Danh mục cam kết, tùy thuộc vào các điều kiện và tiêu chuẩn được quy định trong Danh mục đó, liên quan tới tất cả các biện pháp có tác động đến việc cung ứng dịch vụ, mỗi thành viên phải dành cho dịch vụ và nhà cung ứng dịch vụ của bất kỳ thành viên nào khác sự đối xử không kém thuận lợi hơn sự đối xử mà thành viên đó dành cho dịch vụ và nhà cung ứng dịch vụ của mình.
2. Một thành viên có thể đáp ứng những yêu cầu quy định tại khoản 1 bằng cách dành cho dịch vụ hoặc nhà cung ứng dịch vụ của bất kỳ một thành viên nào khác một sự đối xử tương tự về hình thức hoặc sự đối xử khác biệt về hình thức mà thành viên đó dành cho dịch vụ hoặc nhà cung ứng dịch vụ của mình.
3. Sự đối xử tương tự hoặc khác biệt về hình thức được coi là kém

thuận lợi hơn, nếu nó làm thay đổi điều kiện cạnh tranh có lợi cho dịch vụ hay nhà cung ứng dịch vụ của thành viên đó so với dịch vụ hoặc nhà cung ứng dịch vụ tương tự của bất kỳ thành viên nào khác.

6. Tự vệ và ngoại lệ

A. Cán cân thanh toán (BoP) (Điều XII)

Điều XII của GATS đưa ra các điều kiện theo đó một thành viên có thể không phải thực hiện nghĩa vụ thành viên trong trường hợp gặp khó khăn về BoP. Quy định này, cùng với những loại trừ khỏi quy định của Điều 2 tại Phụ lục về các dịch vụ tài chính, đã quy định quyền của thành viên trong việc tạm dừng những nhượng bộ thương mại để bảo vệ sự ổn định tài chính và tiền tệ nước mình.

Trong trường hợp BoP và tài chính đối ngoại gặp khó khăn nghiêm trọng hoặc bị đe dọa gặp khó khăn nghiêm trọng, một thành viên có thể thông qua hoặc duy trì các hạn chế về thương mại dịch vụ trong những lĩnh vực đã cam kết cụ thể, bao gồm cả việc thanh toán hoặc chuyển tiền trong các giao dịch liên quan đến các cam kết cụ thể đó. Thừa nhận rằng trong quá trình phát triển hoặc chuyển đổi kinh tế, những sức ép nhất định đối với BoP có thể dẫn tới sự cần thiết phải sử dụng các hạn chế để đảm bảo việc duy trì mức độ dự trữ tài chính phù hợp với yêu cầu thực hiện các chương trình phát triển kinh tế hoặc chuyển đổi kinh tế.

Quy định này cho phép các thành viên tránh thực hiện các cam kết về thương mại dịch vụ trong trường hợp cả BoP và tài chính đối ngoại đều gặp khó khăn và cả trong trường hợp có đe dọa khủng hoảng. Tình huống đặc biệt trong quy định này xuất hiện khi dự trữ ngoại tệ của một thành viên ở mức thấp đến nỗi thành viên đó không thể thanh toán cho hoạt động nhập khẩu. Trong trường hợp này, Điều XII cho phép tạm ngừng các nhượng bộ thương mại, và đặc biệt tạm ngừng nghĩa vụ thực hiện tự do thanh toán hoặc chuyển tiền đối với các giao dịch dịch vụ. Sự chiếu cố đặc biệt này dành cho các DCs, những nước được coi là có xu hướng không ổn định tiền tệ do việc mở tài khoản vốn. Để viện dẫn Điều XII, các thành viên phải chứng minh rằng:

- (i) Biện pháp không tạo ra sự phân biệt đối xử giữa các thành viên;
- (ii) Phù hợp với Điều lệ của Quỹ tiền tệ quốc tế (IMF) (theo đó IMF cho phép hạn chế các điểm mở về chính sách chỉ đối với những hạn chế tài khoản vốn) và những hạn chế tài khoản vãng lai, nếu có sự chấp thuận của IMF²⁵⁵;

²⁵⁵ Diễn hình là những hạn chế tài khoản vốn và tài khoản vãng lai đã được IMF chấp thuận ở Ai-xơ-

- (iii) Không gây thiệt hại không cần thiết cho các thành viên khác;
- (iv) Không vượt quá mức cần thiết để giải quyết những trường hợp mô tả ở trên, và chỉ mang tính tạm thời.

Nếu đáp ứng tất cả các điều kiện trên, Ủy ban BoP cho phép thành viên duy trì việc tạm ngừng thực hiện nhượng bộ thương mại, và việc này sẽ chấm dứt khi tình hình được cải thiện.

B. Ngoại lệ chung và ngoại lệ về an ninh (Điều XIV và Điều XIVbis)

Ngoài trường hợp khẩn cấp về kinh tế, các thành viên còn có quyền tạm ngừng nghĩa vụ nếu viện dẫn được các lí do liên quan đến ngoại lệ chung và lí do an ninh. Điều XIV đưa ra danh sách các lí do liên quan đến ngoại lệ chung mà về nguyên tắc, có thể biện minh cho việc không thực hiện các cam kết và nghĩa vụ. Đó là, bảo vệ đạo đức công cộng và duy trì trật tự công cộng; bảo vệ cuộc sống và sức khoẻ con người, động vật, thực vật; bí mật đòi tư; lí do an toàn; hay chính sách thuế. Hơn nữa, Điều XIVbis đưa ra danh sách các ngoại lệ đối với nghĩa vụ minh bạch và các nguyên tắc cơ bản khác nhằm bảo vệ an ninh quốc gia. Ví dụ, Khoản 1 Điều XIVbis cho phép không thực hiện nghĩa vụ minh bạch nhằm tránh tiết lộ các thông tin thiết yếu về an ninh quốc gia. Thêm vào đó, Khoản 2 cho phép thành viên có thể có bất kì hành động cần thiết nào để bảo vệ lợi ích an ninh quốc gia.

Để chứng minh rằng các biện pháp cần áp dụng phù hợp với những đòi hỏi của Điều XIV và Điều XIVbis, các thành viên cần vượt qua một phép thử bao gồm hai nội dung. Thứ nhất, cần chứng minh rằng biện pháp đặc biệt được viện dẫn từ một trong các ngoại lệ nêu trên. Thứ hai, phải chứng minh rằng các biện pháp này ‘... [k]hông hề được áp dụng theo cách có thể tạo ra một công cụ phân biệt đối xử tùy tiện và vô căn cứ giữa các nước hoặc một hạn chế trá hình trong thương mại dịch vụ’.²⁵⁶

7. Chương trình nghị sự không trọn vẹn: Các quy định thiếu thiện chí về thương mại dịch vụ

A. Tự vệ trong thương mại dịch vụ (Điều X)

Điều XIX GATT cho phép các thành viên đưa ra các hạn chế nhập khẩu tạm thời trong trường hợp có sự gia tăng hàng nhập khẩu không lường trước được, gây ra khó khăn nghiêm trọng cho các ngành kinh tế nội địa sản xuất

len trong suốt thời gian khủng hoảng tài chính năm 2008. Để được chấp thuận, Ai-xơ-len phải tuân thủ các khuyến cáo của IMF.

²⁵⁶ Khoản 1 Điều XIV GATS.

sản phẩm tương tự. Khi tình huống trên xuất hiện, thành viên có quyền tạm dừng nhượng bộ thương mại đối với các ngành sản xuất chịu tác động, đổi lại là phải thực hiện nghĩa vụ bồi thường. Cơ sở của biện pháp tự vệ là nhằm thực hiện chức năng của ‘van an toàn’ cho các ngành sản xuất chịu tác động nghiêm trọng do bất cứ hậu quả không lường trước được nào của việc tự do hoá thương mại. Trong khi tầm quan trọng của các biện pháp tự vệ trong thương mại dịch vụ cũng đã rõ ràng, thì Điều X GATS lại không đưa ra bất kì nguyên tắc nào. Ngược lại, Điều X chỉ quy định: ‘Sẽ có các cuộc đàm phán đa phương về các biện pháp tự vệ khẩn cấp được tiến hành dựa trên nguyên tắc không phân biệt đối xử’.²⁵⁷ Do không có định nghĩa cụ thể về tự vệ trong GATS, tương tự như trong thương mại hàng hoá, tự vệ trong dịch vụ nên được xây dựng như: ‘Một cơ chế mà các chính phủ có thể viện dẫn, theo các điều kiện đặc biệt, để áp đặt hoặc gia tăng sự bảo hộ tạm thời, nhằm giảm bớt khó khăn hay sức ép phát sinh do các cam kết tự do hoá và do việc thực hiện nghĩa vụ theo các hiệp định thương mại’.²⁵⁸

Cho đến năm 2012, không có một cố gắng nào được thực hiện nhằm tạo ra một khuôn khổ pháp luật về tự vệ trong thương mại dịch vụ.

B. Trợ cấp trong thương mại dịch vụ (Điều XV)

Trong khuôn khổ WTO, một biện pháp của chính phủ đem lại sự hỗ trợ tài chính từ bên ngoài cho một ngành kinh tế tư nhân được coi là trợ cấp. Bất kể sự can thiệp nào của chính phủ mang đến cho các doanh nghiệp tư nhân lợi ích một cách không bình thường trong thị trường tự do, thì bị coi là đã tạo ra sự xâm phạm làm biến đổi các điều kiện cạnh tranh thông thường giữa các doanh nghiệp. Trong thương mại quốc tế, mặc dù trợ cấp được các nước trên thế giới áp dụng rộng rãi và có thể là một công cụ hữu ích nhằm tăng các ảnh hưởng ngoại lai có lợi, hoặc điều chỉnh sự không hiệu quả trong việc phân bổ hàng hóa và dịch vụ trong thị trường tự do (‘market failures’), nhưng nó lại gây tác động bóp méo thương mại, và điều này giải thích tại sao những hình thức can thiệp đặc biệt này của chính phủ lại không nhận được sự khoan dung.²⁵⁹ Trong GATS, Điều XV là quy định cụ thể duy nhất đề cập đến vấn đề trợ cấp. Quy định này không đưa ra khái niệm rõ

²⁵⁷ Khoản 1 Điều X GATS.

²⁵⁸ Pierre Sauvé, ‘Completing the GATS Framework: Addressing the Uruguay Round Leftovers’, *Aussenwirtschaft*, Vol. 57, No 3, (2002). Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=350840> or doi:10.2139/ssrn.350840.

²⁵⁹ John Jackson nói về ‘sự phức tạp của trợ cấp trong thương mại quốc tế’. Xem J. J. Jackson, Sdd, Chương 11.

ràng trợ cấp là gì. Quả thực, sự nguy hiểm trong các quy định của GATS và đặc điểm lai tạp của dịch vụ đã tạo ra khó khăn cho việc hạn chế trợ cấp trong các dịch vụ, hoặc chỉ trong một dạng can thiệp tài chính cụ thể. Hơn nữa, sự khác biệt đặc thù của các dịch vụ theo 4 phương thức cung ứng dịch vụ và ý nghĩa của việc xác định tác động thương mại của trợ cấp lên các thành viên khác, đã đặt ra nhiều thách thức hơn trong việc tạo ra một khái niệm chuẩn xác về các ngành dịch vụ, mà nó phải thể hiện được tất cả các yếu tố kinh tế và chính trị của trợ cấp.²⁶⁰ Tuy nhiên, dù không đưa ra định nghĩa trợ cấp, song Hiệp định cũng thừa nhận rằng: ‘Trong những tình huống nhất định, trợ cấp có thể gây tác động bóp méo thương mại dịch vụ’.²⁶¹ Đáng tiếc, tương tự như tự vệ, Điều XV không đưa ra bất kì nguyên tắc nào về vấn đề này, mà chỉ hô hào các thành viên ‘tham gia vào các cuộc đàm phán nhằm phát triển nguyên tắc đa phương cần thiết để ngăn ngừa những tác động bóp méo thương mại’.²⁶² Ngay cả trong trường hợp này, cho đến năm 2012, các thành viên cũng chưa thể đưa ra bất kì cam kết nào về bất kì nguyên tắc nào liên quan đến trợ cấp trong thương mại dịch vụ.

8. Ngành dịch vụ cụ thể - GATS và các dịch vụ tài chính

Phụ lục về các dịch vụ tài chính là một thỏa thuận cụ thể trong GATS với mục đích làm rõ hơn các quy định của GATS khi chúng được áp dụng cho những đặc trưng của ngành dịch vụ tài chính. Không giống như các ngành khác, các quy định tài chính là công cụ thiết yếu để duy trì sự ổn định tài chính. Đôi lúc, việc ban hành các quy định trên có thể mâu thuẫn với nghĩa vụ của GATS. Điều 2 của Phụ lục, được biết đến như ‘sự loại trừ thận trọng’, đảm bảo cho các thành viên được tự do đưa ra bất kì biện pháp nào nhằm mục đích duy trì sự vững mạnh của hệ thống tài chính. Đây là một trong những điều khoản quan trọng của GATS và được thể hiện như sau:

Dù có các quy định khác trong Hiệp định này, một thành viên không bị cản trở trong việc thực hiện những biện pháp vì lí do thận trọng, bao gồm các biện pháp để bảo hộ nhà đầu tư, người gửi tiền, người nắm giữ hợp đồng bảo hiểm hoặc những người nắm chứng từ tài chính đáo hạn

²⁶⁰ Mark Benitah đưa ra khái niệm trợ cấp cho nhà cung ứng dịch vụ là:

Một sự đóng góp cụ thể do chính phủ thực hiện, dành cho một công ty có trụ sở hoặc không có trụ sở trên lãnh thổ của chính phủ đó, và cung cấp lợi ích trong thị trường tự do của một trong những nước liên quan đến dây chuyền sản xuất dịch vụ.

Để có một cái nhìn tổng thể về vấn đề này, xem M. Benitah, ‘Subsidies, Services and Sustainable Development’, *The International Centre for Sustainable Development (ICTSD)*, Geneva, (2004).

²⁶¹ Khoản 1 Điều XV GATS.

²⁶² Khoản 1 Điều XV GATS.

thuộc sở hữu của một nhà cung ứng dịch vụ tài chính, hoặc để đảm bảo tính thống nhất và ổn định của hệ thống tài chính. Khi các biện pháp nói trên trái với các quy định của Hiệp định này, thì các biện pháp đó không được sử dụng như một phương tiện để lẩn tránh các cam kết hoặc nghĩa vụ theo Hiệp định này.²⁶³

Trên cơ sở Điều 2, bất cứ biện pháp trong nước nào không phù hợp với Điều XVI hoặc Điều VI GATS, như trong trường hợp các biện pháp an toàn tài chính, vẫn có thể được viện dẫn vì lí do ‘thận trọng’, khi chứng minh biện pháp được đưa ra nhằm hướng tới mục tiêu ‘thận trọng’ và ổn định tài chính. Tóm lại, trên cơ sở giữ ổn định kinh tế vĩ mô, chống lại những tác động của tự do hoá thương mại, điều khoản này có tác dụng như một ‘điều khoản giải thoát’ khỏi các nghĩa vụ chung của GATS.

Mục 5. QUYỀN SỞ HỮU TRÍ TUỆ VÀ HIỆP ĐỊNH TRIPS (*)

Xuất phát từ đặc tính vô hình và khía cạnh thương mại, tài sản trí tuệ dễ dàng vượt qua biên giới quốc gia và là thành tố gắn bó mật thiết với hoạt động thương mại quốc tế.²⁶⁴ Quyền sở hữu trí tuệ (viết tắt là IPRs) có mối quan hệ chặt chẽ với thương mại quốc tế, cho dù IPRs có tính lãnh thổ. IPRs có thể tham gia vào các giao dịch thương mại quốc tế dưới hai dạng: (i) Gắn với hàng hoá xuất nhập khẩu được bảo hộ IPRs (bao gồm hàng hoá xuất khẩu/nhập khẩu theo các kênh phân phối chính thức được sự cho phép của chủ thể nắm giữ IPRs và hàng hoá xuất khẩu/nhập khẩu song song theo các kênh nhập khẩu/xuất khẩu song song);²⁶⁵ và (ii) Là đối tượng trực tiếp trong các giao

²⁶³ Điểm 2(a) Phụ lục về các dịch vụ tài chính.

(*) Tác giả: Nguyễn Như Quỳnh, Tiến sĩ, Giảng viên, Phó Giám đốc Trung tâm Luật sở hữu trí tuệ, Trường Đại học Luật Hà Nội (HLU).

²⁶⁴ Bàn về mối quan hệ giữa tài sản trí tuệ và thương mại quốc tế, Daniel C. K Chow và Edward Lee cho rằng:

Tài sản trí tuệ liên quan đến hoạt động ngoại thương, ở thời kì Phục hưng, Vơ-ni-dơ ban hành đạo luật sáng chế đầu tiên nhằm mục đích thu hút các nhà đầu tư nước ngoài đến thành phố. Sự thật là bảo hộ tài sản trí tuệ và mở rộng thị trường nước ngoài là yếu tố thúc đẩy sự ra đời của nhiều điều ước quốc tế cơ bản đầu tiên về sở hữu trí tuệ, ví dụ như Công ước Pa-ri và Công ước Béc-nơ.

Xem: Daniel C. K. Chow và Edward Lee, *International Intellectual Property: Problems, Cases, and Materials*, Thomson West, (2006), tr. 4.

²⁶⁵ Để hiểu thêm về nhập khẩu song song và xuất khẩu song song, xem: Mattias Ganslandt và Keith E. Maskus, *IPRs, Parallel Imports and Strategic Behavior*, IFN Working Paper No 704, (2007), Research Institute of Industrial Economics, Sweden; Carsten Fink và Keith E. Maskus (chủ biên), *Intellectual Property and Development: Lessons from Recent Economic Research*, A co-publication of the World Bank and Oxford University Press, (2005); Christopher Heath, *Parallel*

dịch thương mại quốc tế liên quan đến IPRs như chuyển nhượng IPRs, chuyển giao quyền sử dụng đối tượng sở hữu trí tuệ, nhượng quyền thương mại và chuyển giao công nghệ. Mỗi quan hệ giữa IPRs và thương mại quốc tế rất rõ ràng trong một số lĩnh vực. Ví dụ, kiểu dáng công nghiệp có mối quan hệ không thể phủ nhận với lĩnh vực dệt may, và chỉ dẫn địa lí có mối quan hệ chặt chẽ với hoạt động thương mại liên quan đến các sản phẩm nông nghiệp.

Trong bối cảnh hội nhập quốc tế và toàn cầu hoá, tài sản trí tuệ đóng vai trò quan trọng hơn bao giờ hết trong các giao dịch thương mại quốc tế.²⁶⁶ Thực tế chỉ ra rằng thực thi IPRs có thể thúc đẩy hoặc tạo ra những rào cản cho thương mại quốc tế.

1. Tổng quan về Hiệp định TRIPS

A. Lịch sử của Hiệp định TRIPS

Hiệp định TRIPS được thiết lập với ý nghĩa là một phần của những thoả thuận thương mại đa phương trong Vòng đàm phán U-ru-goay. Đây là lần đầu tiên các khía cạnh thương mại của IPRs được đàm phán.²⁶⁷ Kết quả của các cuộc đàm phán đó được thể hiện trong Phụ lục 1C của Hiệp định thành lập WTO, được thông qua tại Ma-ra-két ngày 15/4/1994 và có hiệu lực bắt buộc đối với tất cả các thành viên WTO từ ngày 1/1/1995. Hiệp định TRIPS là một trong những trụ cột quan trọng nhất của WTO và bảo hộ sở hữu trí tuệ trở thành một phần không thể tách rời trong hệ thống thương mại đa phương của WTO.

B. Hiệp định TRIPS: Quyền sở hữu trí tuệ và thương mại quốc tế

1. Hiệp định TRIPS: Hiệp định đa phương toàn diện nhất về sở hữu trí tuệ cho đến nay

Trong mối tương quan với các thoả thuận quốc tế khác về IPRs, Hiệp định TRIPS được coi là toàn diện nhất xuất phát từ những đặc điểm sau đây của

Imports and International Trade, nguồn:

http://www.wipo.int/edocs/mdocs/sme/en/atrip_gva_99/atrip_gva_99_6.pdf; Christopher Heath (chủ biên), *Parallel Imports in Asia*, Kluwer Law International, (2004); Frederik M. Abbott, *Parallel Importation: Economic and Social Welfare Dimensions*, the International Institute of Sustainable Development (2007), nguồn: http://www.iisd.org/pdf/2007/parallel_importation.pdf; Tomasso Valetti và Stefan Szymanski, 'Parallel Trade, International Exhaustion and IPRs: A welfare Analysis', *Journal of Industrial Economics*, (2006), 54: 499-526.

²⁶⁶ Daniel C. K. Chow và Edward Lee, Sđd, tr. 4.

²⁶⁷ WIPO, *WIPO Intellectual Property Handbook: Policy, Law and Use*, WIPO Publication No 489, (2004), tr. 345, nguồn: <http://www.wipo.int/about-ip/en/iprm/>; Nuno Pires de Carvalho, *The TRIPS Regime of Trademarks and Designs*, Kluwer Law International, (2006), tr. 36.

Hiệp định: (i) Là kết quả của sự kết hợp một số công ước quốc tế ra đời trước đó; (ii) Thiết lập các tiêu chuẩn bảo hộ tối thiểu trong thời hạn cụ thể cho hầu hết các đối tượng sở hữu trí tuệ, đó là quyền tác giả và quyền liên quan, nhãn hiệu, chỉ dẫn địa lí, kiểu dáng công nghiệp, sáng chế (bao gồm giống cây trồng), thiết kế bố trí mạch tích hợp, thông tin bí mật; (iii) Chứa đựng những quy định mở; và (iv) Thiết lập những quy định thực thi IPRs.

Thứ nhất, Hiệp định TRIPS là kết quả của sự kết hợp những điều ước quốc tế quan trọng nhất trong lĩnh vực sở hữu trí tuệ. Những điều ước quốc tế này là Công ước Pa-ri, Công ước Béc-nơ, Công ước Rô-ma, Công ước Oa-sinh-ton. Quy định của những điều ước quốc tế này có hiệu lực bắt buộc thậm chí đối với những nước chưa phê chuẩn điều ước, trừ Công ước Rô-ma có hiệu lực bắt buộc với những nước đã là thành viên của Công ước.

Sự kết hợp của các công ước quốc tế về sở hữu trí tuệ nêu trên trong Hiệp định TRIPS được xem xét và giải thích trong khuôn khổ cơ chế giải quyết tranh chấp của WTO trong các vụ *US-Section 211 Appropriations Act (US-Havana Club)*²⁶⁸ và *EC-Bananas (Article 22.6-Ecuador)*.²⁶⁹ Trong vụ *US-Section 211 Appropriations Act (US-Havana Club)*, Cơ quan phúc thẩm chỉ ra rằng các thành viên có nghĩa vụ bảo hộ tên thương mại theo Điều 8 Công ước Pa-ri (1967), bởi vì quy định này đã được chuyển tải vào Điều 2 Hiệp định TRIPS.²⁷⁰

Thứ hai, Hiệp định TRIPS thiết lập các tiêu chuẩn tối thiểu về bảo hộ IPRs cho tất cả các thành viên WTO, bất kể trình độ phát triển. Đối với mỗi đối tượng sở hữu trí tuệ, Hiệp định TRIPS thiết lập những tiêu chuẩn bảo hộ tối thiểu mà các thành viên phải tuân thủ. Nội dung chính của những tiêu chuẩn này là đối tượng được bảo hộ, đối tượng không được bảo hộ, quyền (bao gồm thời hạn bảo hộ tối thiểu), những trường hợp ngoại lệ của những tiêu chuẩn bảo hộ tối thiểu. Những tiêu chuẩn này được thể hiện trong Hiệp định TRIPS dưới hai dạng. *Thứ nhất*, Hiệp định TRIPS đòi hỏi các thành viên WTO tuân thủ những quy định cơ bản và quan trọng của Công ước Pa-ri và Công ước Béc-nơ đã được chuyển tải vào Hiệp định TRIPS. *Thứ hai*, Hiệp định TRIPS quy định thêm một số nghĩa vụ cho các thành viên WTO mà những nghĩa vụ này không quy định trong Công ước Pa-ri và Công ước Béc-nơ.

²⁶⁸ WTO, Báo cáo của Ban hội thẩm, vụ *United States-Section 211 Omnibus Appropriations Acts of 1988 (US-Havana Club)*, WT/DS176/R, ngày 6/8/2001.

²⁶⁹ WTO, Trọng tài, vụ *EC-Bananas (Article 22.6-Ecuador)*, WT/DS27/ARB/ECU, ngày 24/3/2000.

²⁷⁰ WTO, Báo cáo của Ban hội thẩm, vụ *United States-Section 211 Omnibus Appropriation Acts of 1988 (US-Havana Club)*, WT/DS176/R, ngày 6/8/2001, các đoạn 336, 337, và 341.

Các thành viên WTO có nghĩa vụ tuân thủ và áp dụng các tiêu chuẩn bảo hộ do Hiệp định TRIPS thiết lập. Đối với những vấn đề Hiệp định TRIPS đã thiết lập tiêu chuẩn tối thiểu, các thành viên không thể áp dụng tiêu chuẩn bảo hộ ở mức thấp hơn mức do Hiệp định TRIPS thiết lập. Đồng thời, các thành viên không có nghĩa vụ đưa ra mức bảo hộ cao hơn. ‘Thực tế là Hiệp định đã thiết lập cái mà các thành viên cho là nguyên tắc và tiêu chuẩn “thích hợp” trong lĩnh vực này.’²⁷¹ Hiệp định TRIPS không có quy chế đặc biệt nào dành cho các DCs và LDCs, trừ các quy định từ Điều 65 đến Điều 67 về giai đoạn chuyển đổi.²⁷²

Những tiêu chuẩn bảo hộ tối thiểu được thiết lập trong Hiệp định TRIPS loại bỏ sự không đối xứng mà khoản 1 Điều 2 Công ước Pa-ri tạo ra khi quy định về nguyên tắc NT.²⁷³ Cụ thể, theo khoản 1 Điều 2 Công ước Pa-ri, trong trường hợp Công ước Pa-ri không thiết lập các tiêu chuẩn bảo hộ tối thiểu, thì các nước thành viên của Liên minh được tự do dành sự bảo hộ cho công dân của các nước thành viên khác mà không dành cho công dân của nước mình. Sự tự do này làm phát sinh những khác biệt về mức độ bảo hộ giữa các nước thành viên của Liên minh, và đôi khi sự khác biệt được coi là không tương xứng.²⁷⁴

Thứ ba, Hiệp định TRIPS trao cho các thành viên WTO quyền tự quyết nhất định. Bên cạnh những tiêu chuẩn bảo hộ tối thiểu, Hiệp định TRIPS dành quyền tự quyết cho các thành viên trong một số lĩnh vực, nhằm giúp các thành viên thiết lập tiêu chuẩn quốc gia về bảo hộ IPRs theo chính sách của các thành viên này trên cơ sở các ‘quy định linh hoạt’ (*flexible provisions*).

Theo giải thích của Tổ chức sở hữu trí tuệ thế giới (‘WIPO’), các ‘quy

²⁷¹ Carlos M. Correa, *Trade Related Aspects of IPRs - A Commentary on the TRIPS Agreement*, Oxford University Press, (2007), tr. 8.

²⁷² Ngân hàng thế giới chỉ trích rằng: ‘Một cỡ không thể vừa với tất cả’. Xem: World Bank, *Global Economic Prospects and the Developing Countries*, Washington DC, (2001), tr. 129.

²⁷³ Khoản 1 Điều 2 Công ước Pa-ri quy định:

Trong lĩnh vực bảo hộ quyền sở hữu công nghiệp, công dân của bất kì nước thành viên nào cũng đều được hưởng những điều kiện thuận lợi như công dân của tất cả các nước thành viên khác mà luật tương ứng của các nước đó quy định hoặc sẽ quy định; hoàn toàn không ảnh hưởng đến các quyền được quy định riêng trong Công ước này. Do đó, họ được hưởng sự bảo hộ và công cụ bảo hộ của pháp luật chống mọi hành vi xâm phạm quyền của mình như những công dân của nước thành viên khác, miễn là tuân thủ các điều kiện và thủ tục quy định đối với công dân nước đó.

²⁷⁴ WIPO, *Patent Related Flexibilities in the Multilateral Legal Framework and Their Legislative Implementation at the National and Regional Levels CDIP/5/4*, Committee on Development and IP, Fifth Session, Geneva, 26-30/4/2010, đoạn 6(ii), nguồn: http://www.wipo.int/meetings/en/doc_details.jsp?doc_id=131629.

định linh hoạt' là những cách thức khác nhau mà thông qua đó các nghĩa vụ do Hiệp định TRIPS thiết lập sẽ được chuyển tải vào pháp luật quốc gia sao cho phù hợp với lợi ích quốc gia, nhưng vẫn tương thích với các quy định và nguyên tắc của Hiệp định TRIPS.²⁷⁵ Từ 'linh hoạt' được nhấn mạnh trong đoạn 6 Lời nói đầu của Hiệp định TRIPS và ý nghĩa của từ này được tìm thấy trong nhiều quy định của Hiệp định TRIPS. Những 'quy định linh hoạt' của Hiệp định TRIPS được chia thành bốn nhóm,²⁷⁶ bao gồm: (i) Những quy định linh hoạt tại đoạn 6 Lời nói đầu về giai đoạn chuyển đổi; (ii) Những quy định linh hoạt tại khoản 1 Điều 1 về cách thức thi hành các nghĩa vụ trong Hiệp định TRIPS; (iii) Những quy định linh hoạt tại Điều 6, khoản 1 Điều 8, Điều 17, Điều 18, Điều 20, khoản 4 Điều 23, khoản 5 Điều 23, khoản 9 Điều 23, khoản 8 Điều 24, khoản 2 Điều 26, khoản 3 Điều 26, Điều 30, Điều 31, Điều 33, Điều 37, và Điều 38 về tiêu chuẩn bảo hộ; và (iv) Các quy định linh hoạt tại khoản 5 Điều 41 về vấn đề thực thi.²⁷⁷

Thứ tư, lần đầu tiên Hiệp định TRIPS thiết lập cơ chế thực thi IPRs hiệu quả. Một trong những khác biệt lớn nhất giữa Hiệp định TRIPS và các điều ước quốc tế đa phương về sở hữu trí tuệ được ban hành trước Hiệp định là: Hiệp định bao gồm các quy định chi tiết hơn nhằm đảm bảo thực thi những cam kết của Hiệp định. Những tranh chấp sở hữu trí tuệ thuộc phạm vi điều chỉnh của Hiệp định TRIPS có thể được giải quyết bằng nhiều biện pháp khác nhau như dân sự, hành chính, biện pháp tạm thời, biện pháp kiểm soát biên giới và biện pháp hình sự.²⁷⁸ Những tranh chấp phát sinh thuộc phạm vi điều chỉnh của Hiệp định TRIPS được giải quyết theo thủ tục giải quyết tranh chấp của WTO. Tức là, về nguyên tắc, các nguyên tắc của WTO được quy định trong GATT cũng như cơ chế giải quyết tranh chấp của WTO được áp dụng.

Với những đổi mới nêu trên, cho đến nay, Hiệp định TRIPS được đánh

²⁷⁵ WIPO, *Patent Related Flexibilities in the Multilateral Legal Framework and Their Legislative Implementation at the National and Regional Levels CDIP/5/4*, Committee on Development and IP, Fifth Session, Geneva, 26-30/4/2010, đoạn 34, nguồn: http://www.wipo.int/meetings/en/doc_details.jsp?doc_id=131629.

²⁷⁶ Nuno Pires de Carvalho, *WIPO Seminar for Certain Asia Countries on Flexible Implementation of TRIPS Provisions*, Singapore, ngày 28-30/7/2008.

²⁷⁷ Theo WIPO, có thể phân loại các điều khoản linh hoạt của Hiệp định TRIPS theo một cách khác, theo đó các điều khoản này được chia thành ba loại, căn cứ vào các thời điểm nối tiếp nhau: xác lập quyền; quyền đã được xác lập; sử dụng và thực thi quyền. Xem: WIPO, *Patent Related Flexibilities in the Multilateral Legal Framework and Their Legislative Implementation at the National and Regional Levels CDIP/5/4*, Committee on Development and IP Fifth Session, Geneva, 26-30/4/2010, đoạn 35, nguồn: http://www.wipo.int/meetings/en/doc_details.jsp?doc_id=131629.

²⁷⁸ Từ Điều 41 đến Điều 61 Hiệp định TRIPS.

giá là thoả thuận đa phương về sở hữu trí tuệ toàn diện nhất.²⁷⁹ Hiệp định là sự củng cố có ý nghĩa quan trọng nhất đối với những tiêu chuẩn toàn cầu trong lĩnh vực sở hữu trí tuệ.²⁸⁰

2. Hiệp định TRIPS: Mục tiêu cơ bản nhất là thúc đẩy thương mại quốc tế

Phù hợp với mục tiêu của WTO, mục tiêu của Hiệp định TRIPS là thúc đẩy thương mại quốc tế bằng cách bảo hộ IPRs, đồng thời ngăn chặn các thành viên sử dụng IPRs như những rào cản trong thương mại quốc tế.²⁸¹ Theo Lời nói đầu của Hiệp định TRIPS:

... Một trong những hiểu lầm phổ biến nhất về Hiệp định TRIPS là mục tiêu chính của Hiệp định là đề cao bảo hộ IPRs. Tuy nhiên, điều này không đúng. Mục tiêu chính - nếu không phải là mục tiêu duy nhất - của Hiệp định TRIPS, cũng như mục tiêu của toàn bộ Hiệp định thành lập WTO, là thúc đẩy thương mại tự do.²⁸²

Như đã nhấn mạnh trong Lời nói đầu của Hiệp định TRIPS, mục tiêu cơ bản đầu tiên của Hiệp định là: ‘Giảm sự bóp méo và rào cản trong thương mại quốc tế... và bảo đảm rằng các biện pháp và thủ tục thực thi IPRs không tự chúng tạo thành những rào cản cho thương mại hợp pháp’.²⁸³

Mục tiêu này nên được đặt trong mối quan hệ với Điều 7 và Điều 8 của Hiệp định TRIPS. Theo đó, bảo hộ và thực thi IPRs phải góp phần thúc đẩy đổi mới công nghệ, chuyển giao và phổ biến công nghệ, đem lại lợi ích chung cho người tạo ra và người sử dụng kiến thức công nghệ, đem lại lợi ích xã hội và lợi ích kinh tế, tạo ra sự cân bằng giữa quyền và nghĩa vụ (Điều 7). Các thành viên WTO được phép áp dụng các biện pháp bảo vệ sức khoẻ cộng đồng cũng như những lợi ích công cộng khác, và được phép ngăn chặn lạm dụng IPRs hoặc những hành vi cản trở thương mại bất hợp lý hoặc

²⁷⁹ Về vai trò của Hiệp định TRIPS, xem: Carlos M. Correa, *IPRs, the WTO and Developing Countries: The TRIPS Agreement and Policy Options*, Zed Books Ltd. (2000); Carolyn Deere, *The Implementation Game: The TRIPS Agreement and the Global Politics of Intellectual Property Reform in Developing Countries*, Oxford University Press, (2009); Gary W. Smith, ‘IPRs, Developing Countries, and TRIPS: An Overview of Issues of Consideration during the Millennium Round of Multilateral Trade Negotiations’, *Journal of World Intellectual Property*, Vol. 2, Issue 6, (1999); WTO, *Overview: the TRIPS Agreement*, nguồn: http://www.wto.org/english/tratop_e/TRIPS_e/intel2_e.htm.

²⁸⁰ Keith E. Maskus, *IPRs in the Global Economy*, Institute for International Economics, Washington DC, (2000), tr. 16.

²⁸¹ Lời nói đầu của Hiệp định TRIPS.

²⁸² Nuno Pires de Carvalho, *The TRIPS Regime of Trademarks and Designs*, Kluwer Law International, (2006), tr. 47.

²⁸³ Đoạn đầu tiên trong Lời nói đầu của Hiệp định TRIPS (một số từ được tác giả lược bỏ).

ảnh hưởng xấu đến chuyển giao công nghệ quốc tế (Điều 8).

Ngoài Lời nói đầu, nhiều quy định của Hiệp định TRIPS cũng thể hiện mục tiêu thúc đẩy thương mại tự do. Ví dụ: Hiệp định TRIPS yêu cầu các thành viên WTO áp dụng các biện pháp thực thi ‘sao cho tránh tạo ra những rào cản cho thương mại hợp pháp’ theo quy định tại Điều 41. Điều 48, khoản 3 Điều 50, khoản 7 Điều 50 và Điều 56 là những ví dụ khác về các quy định nhằm ngăn chặn và xử lý việc lạm dụng các biện pháp thực thi của chủ thể nắm giữ quyền (hoặc người được cho là chủ thể nắm giữ quyền) có thể cản trở thương mại quốc tế hợp pháp.²⁸⁴

C. Các nguyên tắc của Hiệp định TRIPS

Tương tự như các hiệp định khác của WTO, như GATT và GATS, Hiệp định TRIPS có quy định về ba nguyên tắc cơ bản. Đó là nguyên tắc NT, nguyên tắc MFN, và nguyên tắc minh bạch.²⁸⁵ Các vấn đề liên quan đến khả năng đạt được, phạm vi, sử dụng và thực thi IPRs liên quan đến thương mại trong Hiệp định TRIPS là đối tượng của hai nguyên tắc đầu tiên.²⁸⁶ Nguyên tắc thứ ba nhằm duy trì tính công khai, ổn định, dự báo của pháp luật sở hữu trí tuệ.

1. Nguyên tắc đối xử quốc gia (NT)

Nguyên tắc NT về sở hữu trí tuệ được quy định lần đầu tiên trong Công ước Pa-ri (Điều 2). Tuy nhiên, việc áp dụng nguyên tắc này theo Công ước Pa-ri làm phát sinh những khác biệt về mức độ bảo hộ quyền sở hữu công nghiệp giữa các nước thành viên của Liên minh và hệ quả là tạo ra những rào cản cho xuất khẩu hàng hoá, dịch vụ mang đối tượng sở hữu trí tuệ được bảo hộ. Do đó, các nước thành viên ở Vòng đàm phán U-ru-goay đã nhất trí thiết lập một công thức mới cho nguyên tắc NT tại Điều 3 Hiệp định TRIPS.

Nguyên tắc NT trong Hiệp định TRIPS được Cơ quan giải quyết tranh chấp của WTO (DSB) xem xét và giải thích kỹ lưỡng. Nguyên tắc này đã được làm rõ trong một số vụ sau đây: *European Communities-Protection of*

²⁸⁴ Nuno Pires de Carvalho, *The TRIPS Regime of Trademarks and Designs*, Sđd, tr. 44.

²⁸⁵ Điều 3, Điều 4, Điều 63 Hiệp định TRIPS; Điều III, Điều I, Điều X GATT; Điều 17, Điều 2, Điều 3 GATS.

²⁸⁶ Chú thích 3 của Hiệp định TRIPS; Daniel Gervais, *The TRIPS Agreement: Drafting History and Analysis*, Sweet and Maxwell, (1998), tr. 45-59; UNCTAD-ICTSD Project on IPRs and Sustainable Development, *Resource Book on TRIPS and Development*, Cambridge University Press, (2005), tr. 61-91.

Trademark and Geographical Indications for Agricultural Products and Foodstuffs do Hoa Kỳ khởi kiện; *European Communities-Protection of Trademark and Geographical Indications for Agricultural Products and Foodstuffs* do Úc khởi kiện; *Indonesia-Autos*; và *US-Section 211 Appropriations Act (US-Havana Club)*.²⁸⁷ Theo đó, không còn tồn tại sự bảo hộ mà một thành viên dành cho công dân của các thành viên khác không giống với sự bảo hộ dành cho công dân của mình (như quy định trong Công ước Pa-ri); Hiệp định TRIPS đòi hỏi mỗi thành viên WTO dành sự bảo hộ cho công dân các thành viên khác ‘không kém thuận lợi hơn’ sự bảo hộ dành cho công dân của mình. Nói cách khác, bất kể mức độ bảo hộ nào một thành viên dành cho công dân của mình, thành viên này buộc phải áp dụng tiêu chuẩn bảo hộ tối thiểu do Hiệp định TRIPS thiết lập cho công dân của các thành viên khác. Nếu mức độ bảo hộ của thành viên đó thấp hơn hoặc ngang bằng với mức độ bảo hộ do Hiệp định TRIPS thiết lập, thì thành viên đó có thể giới hạn mức độ bảo hộ cho công dân của các thành viên theo tiêu chuẩn bảo hộ của Hiệp định TRIPS. Nếu mức độ bảo hộ của thành viên đó cao hơn mức độ bảo hộ do Hiệp định TRIPS thiết lập, thì thành viên đó phải dành mức độ bảo hộ cao tương tự cho công dân của các thành viên khác.²⁸⁸

2. Nguyên tắc đối xử tối huệ quốc (MFN)

Nguyên tắc MFN được quy định tại Điều 4 Hiệp định TRIPS. Nguyên tắc này không được đề cập trong những điều ước về sở hữu trí tuệ được thiết lập trước Hiệp định TRIPS nhưng được quy định trong các hiệp định khác của WTO, như GATT (Điều I) và GATS (Điều II). Trong khi nguyên tắc NT cấm một thành viên phân biệt đối xử giữa công dân của mình và công dân của các thành viên khác, thì nguyên tắc MFN cấm một thành viên phân biệt đối xử giữa công dân của hai thành viên khác. Đối với bảo hộ IPRs, Điều 4 Hiệp định TRIPS đòi hỏi các thành viên của WTO dành sự bảo hộ ‘ngay lập tức và vô điều kiện’, ‘ưu tiên, chiếu cố, đặc quyền hoặc miễn trừ’ cho ‘công

²⁸⁷ WTO, vụ *European Communities-Protection of Trademark and Geographical Indications for Agricultural Products and Foodstuffs* (kiếu kiện của Hoa Kỳ), WT/DS174/R, ngày 15/3/2005; và WT/DS174/23, ngày 25/4/2005; WTO, vụ *European Communities-Protection of Trademark and Geographical Indications for Agricultural Products and Foodstuff* (kiếu kiện của Úc), WT/DS290/R, ngày 15/3/2005; và WT/DS290/21, ngày 25/4/2005; WTO, Báo cáo của Ban hội thẩm, vụ *Indonesia-Autos*, WT/DS54/R, WT/DS55R/, WT/DS59/R, WT/DS64/R, ngày 2/7/1998; WTO, Báo cáo của Ban hội thẩm, vụ *United States-Section 211 Omnibus Appropriations Acts of 1988 (US- Havana Club)*, WT/DS176/R, ngày 6/8/2001.

²⁸⁸ WTO, *Principles of Trading System*, nguồn: http://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/fact2_e.htm#national.

dân của bất kì nước nào khác' (bao gồm cả công dân của nước không phải là thành viên của WTO) như sự bảo hộ dành cho công dân của mình. Nguyên tắc MFN được làm rõ trong một số vụ sau đây: *European Communities-Protection of Trademark and Geographical Indications for Agricultural Products and Foodstuffs* (kiếu kiện của Hoa Kỳ); và *US-Section 211 Appropriations Act (US-Havana Club)*.²⁸⁹

3. Nguyên tắc minh bạch

Nguyên tắc minh bạch được biết đến lần đầu tiên trong Điều X GATT 1947. Trong Hiệp định TRIPS, nguyên tắc này được quy định tại Điều 63. Điều 63 yêu cầu các thành viên của WTO công bố các nguyên tắc liên quan đến IPRs. Theo khoản 1 Điều 63, các nguyên tắc liên quan đến IPRs bao gồm các luật, quy định, quyết định xét xử cuối cùng, quyết định hành chính, thoả thuận giữa chính phủ của thành viên hoặc cơ quan chính phủ với chính phủ hoặc cơ quan chính phủ của thành viên khác. Nghĩa vụ công bố này được thực hiện thông qua ba phương thức, đó là: (i) Công bố chính thức (khoản 1 Điều 63); (ii) Thông báo cho Hội đồng TRIPS (khoản 2 Điều 63); và (iii) Yêu cầu thành viên khác cung cấp thông tin và cho phép tiếp cận thông tin (khoản 3 Điều 63). Mục đích của nguyên tắc minh bạch là: 'Giúp cho chính phủ và các chủ thể khác được thông báo về khả năng thay đổi của pháp luật sở hữu trí tuệ của thành viên nhằm góp phần đảm bảo môi trường pháp lí ổn định và có thể dự đoán được'.²⁹⁰

Cần lưu ý rằng Hiệp định TRIPS cũng quy định một số ngoại lệ đối với ba nguyên tắc nêu trên. Ngoại lệ đối với nguyên tắc NT được quy định tại khoản 2 Điều 3; ngoại lệ đối với nguyên tắc MFN được quy định tại Điều 4(a), (b), (c), (d); ngoại lệ đối với nguyên tắc minh bạch được quy định tại khoản 4 Điều 63.²⁹¹

²⁸⁹ WTO, *European Communities-Protection of Trademark and Geographical Indications for Agricultural Products and Foodstuffs* (kiếu kiện của Hoa Kỳ), WT/DS174/R, ngày 15/3/2005; WTO, Báo cáo của Ban hội thẩm, vụ *United States-Section 211 Omnibus Appropriations Acts of 1988 (US-Havana Club)*, WT/DS176/R, ngày 6/8/2001.

²⁹⁰ UNCTAD-ICTSD Project on IPRs and Sustainable Development, *Resource Book on TRIPS and Development*, Cambridge University Press, (2005), tr. 641. Để có thêm chi tiết về nguyên tắc minh bạch, xem: UNCTAD-ICTSD Project on IPRs and Sustainable Development, *Resource Book on TRIPS and Development*, Cambridge University Press, (2005), tr. 637-650; WTO, *Transparency, Working Group on the Relationship between Trade and Investment*, Noted by the WTO Secretariat, WT/WGTI/W/109, ngày 27/3/2002.

²⁹¹ Để có thêm chi tiết, xem: UNCTAD-ICTSD Project on IPRs and Sustainable Development, *Resource Book on TRIPS and Development*, Cambridge University Press, (2005), tr. 75 (nguyên tắc NT); tr.

2. Nội dung chính của Hiệp định TRIPS

Bên cạnh những quy định chung và những nguyên tắc cơ bản (quy định tại Phần I Hiệp định TRIPS),²⁹² Hiệp định TRIPS bao gồm những nội dung chính sau đây: (A) Các tiêu chuẩn liên quan đến khả năng đạt được, phạm vi và sử dụng IPRs đối với bảy đối tượng sở hữu trí tuệ, bao gồm quyền tác giả và quyền liên quan, nhãn hiệu, chỉ dẫn địa lý, kiểu dáng công nghiệp, sáng chế (bao gồm giống cây trồng), thiết kế bố trí mạch tích hợp và thông tin bí mật; (B) Hiệp định TRIPS bao gồm những quy định về kiểm soát hành vi hạn chế cạnh tranh liên quan đến IPRs; (C) Hiệp định TRIPS quy định chi tiết về thực thi IPRs; (D) Quy định về giải quyết tranh chấp liên quan đến sở hữu trí tuệ theo cơ chế giải quyết tranh chấp của WTO.²⁹³

A. Các tiêu chuẩn liên quan đến khả năng đạt được, phạm vi và sử dụng IPRs

1. Quyền tác giả và quyền liên quan

(a) Quyền tác giả

Hiệp định TRIPS khẳng định phạm vi bảo hộ quyền tác giả bao gồm sự thể hiện và không bao gồm các ý tưởng, trình tự, phương pháp tính toán hoặc các khái niệm toán học (khoản 2 Điều 9). Các chương trình máy tính, dù dưới dạng mã nguồn hay mã máy, đều phải được bảo hộ quyền tác giả như những tác phẩm văn học (khoản 1 Điều 10). Các cơ sở dữ liệu, bộ sưu tập dữ liệu hoặc tư liệu khác đều phải được bảo hộ quyền tác giả thậm chí cả cơ sở dữ liệu chứa đựng dữ liệu không được bảo hộ quyền tác giả (khoản 2 Điều 10).

Ít nhất là đối với chương trình máy tính và tác phẩm điện ảnh, các thành viên phải dành cho tác giả và người thừa kế hợp pháp của họ quyền cho phép hoặc cấm việc cho công chúng thuê bản gốc hoặc bản sao các tác phẩm của họ nhằm mục đích thương mại (Điều 11).

Theo quy định tại Điều 12, nếu thời hạn bảo hộ tác phẩm (trừ tác phẩm nhiếp ảnh và tác phẩm nghệ thuật ứng dụng) không được tính theo đời người, thì thời hạn đó không được dưới 50 năm kể từ khi kết thúc năm dương lịch mà tác phẩm được công bố một cách hợp pháp, hoặc 50 năm tính

78-82 (nguyên tắc MFN); tr. 646 (nguyên tắc minh bạch).

²⁹² Những nội dung của Phần I đã được đề cập trong mục '2. Tổng quan về Hiệp định TRIPS'.

²⁹³ Cần lưu ý rằng, còn một số nội dung khác trong Hiệp định TRIPS, đó là: (i) Các thủ tục để đạt được và duy trì IPRs và các thủ tục liên quan (Phần IV); (ii) Các điều khoản chuyển tiếp (Phần VI); (iii) Các quy định về cơ chế; điều khoản cuối cùng (Phần VII). Tuy nhiên, trong phạm vi và mục tiêu của Giáo trình, những nội dung này không phải là nội dung chính.

từ khi kết thúc năm dương lịch mà tác phẩm được tạo ra nếu tác phẩm không được công bố một cách hợp pháp trong vòng 50 năm từ ngày tạo ra tác phẩm. Hiệp định TRIPS yêu cầu các thành viên WTO giới hạn những hạn chế và ngoại lệ đối với các độc quyền trong những trường hợp đặc biệt nhất định, nhưng với điều kiện không được mâu thuẫn với việc khai thác bình thường tác phẩm và không làm tổn hại một cách bất hợp lý đến lợi ích hợp pháp của chủ thể nắm giữ quyền (Điều 13). Trong vụ *US-Section 110(5) Copyright Act*,²⁹⁴ Ban hội thẩm đã giải thích Điều 13 Hiệp định TRIPS, cụ thể về các nội dung: phạm vi,²⁹⁵ mối quan hệ với các quy định khác²⁹⁶ và điều kiện áp dụng.²⁹⁷

(b) Quyền liên quan đến quyền tác giả

Hiệp định TRIPS bao gồm những quy định về bảo hộ người biểu diễn, nhà sản xuất bản ghi âm và các tổ chức phát thanh, truyền hình. Theo Hiệp định, người biểu diễn có quyền ngăn cấm ghi thu, lưu định cuộc biểu diễn bằng phương tiện ghi âm. Quyền ghi thu, lưu định của người biểu diễn chỉ liên quan đến âm thanh chứ không liên quan đến cả âm thanh và hình ảnh. Người biểu diễn còn có quyền ngăn cấm tái tạo, nhân bản bản ghi âm. Người biểu diễn cũng có quyền ngăn cấm phát qua phương tiện vô tuyến và truyền cho công chúng buổi biểu diễn trực tiếp của họ (khoản 1 Điều 14). Hiệp định TRIPS yêu cầu các thành viên WTO cho phép nhà sản xuất bản ghi âm độc quyền sao chép các bản ghi âm của họ (khoản 2 Điều 14). Thêm vào đó, theo khoản 4 Điều 14, nhà sản xuất bản ghi âm còn có độc quyền cho thuê bản ghi âm. Các tổ chức phát thanh, truyền hình phải có quyền ngăn cấm các hành vi sau đây nếu thực hiện mà không được họ cho phép: ghi, sao chép bản ghi, phát lại qua phương tiện vô tuyến chương trình, cũng như truyền hình cho công chúng các chương trình (khoản 2 Điều 14).

Thời hạn bảo hộ người biểu diễn và nhà sản xuất bản ghi âm ít nhất là 50 năm tính từ khi kết thúc năm dương lịch mà việc ghi âm hoặc buổi biểu diễn được tiến hành, và thời hạn bảo hộ tổ chức phát sóng ít nhất là 20 năm

²⁹⁴ WTO, Báo cáo của Ban hội thẩm, vụ *US-Section 110(5) of the US Copyright Act*, WT/DS160/R, ngày 15/6/2000.

²⁹⁵ WTO, Báo cáo của Ban hội thẩm, vụ *US-Section 110(5) of the US Copyright Act*, WT/DS160/R, ngày 15/6/2000, đoạn 6.80.

²⁹⁶ WTO, Báo cáo của Ban hội thẩm, vụ *US-Section 110(5) of the US Copyright Act*, WT/DS160/R, ngày 15/6/2000, các đoạn 6.94, 6.87-6.89, 6.90.

²⁹⁷ WTO, Báo cáo của Ban hội thẩm, vụ *US-Section 110(5) of the US Copyright Act*, WT/DS160/R, ngày 15/6/2000, các đoạn 6.112, 6.165, 6.166-6.167, 6.222, 6.223-6.225.

tính khi kết thúc năm dương lịch mà chương trình phát thanh, truyền hình được thực hiện (khoản 5 Điều 14). Hiệp định TRIPS cho phép các thành viên WTO quy định về các điều kiện, hạn chế, ngoại lệ và bảo lưu đối với những quyền được quy định cho người biểu diễn, nhà sản xuất bản ghi âm và tổ chức phát thanh, truyền hình trong phạm vi quy định của Công ước Rô-ma (khoản 6 Điều 14).

2. *Nhãn hiệu*

Hiệp định TRIPS quy định rất rộng về phạm vi các dấu hiệu có khả năng được bảo hộ với danh nghĩa nhãn hiệu, đó là bất kỳ một dấu hiệu hoặc tổ hợp các dấu hiệu, bao gồm dấu hiệu nhìn thấy được (như các chữ cái, các chữ số, các yếu tố hình họa) và dấu hiệu không nhìn thấy được (như âm thanh, mùi, vị) có khả năng phân biệt hàng hoá hoặc dịch vụ của một doanh nghiệp với hàng hoá hoặc dịch vụ của các doanh nghiệp khác, đều có thể được đăng ký làm nhãn hiệu (khoản 1 Điều 15). Các thành viên WTO có thể quy định khả năng được đăng ký phụ thuộc vào ‘tính phân biệt đạt được thông qua việc sử dụng’ khi bản thân các dấu hiệu không có khả năng phân biệt hàng hoá hoặc dịch vụ tương ứng.

Chủ sở hữu nhãn hiệu đã đăng ký có độc quyền ngăn cấm những người khác, nếu không có sự đồng ý của mình, sử dụng trong hoạt động kinh doanh các dấu hiệu trùng hoặc tương tự cho hàng hoá hoặc dịch vụ trùng hoặc tương tự với những hàng hoá hoặc dịch vụ được đăng ký kèm theo nhãn hiệu đó, nếu việc sử dụng như vậy có nguy cơ gây nhầm lẫn. Khoản 1 Điều 16 Hiệp định TRIPS quy định: ‘Việc sử dụng cùng một dấu hiệu cho cùng một loại hàng hoá hoặc dịch vụ phải bị coi là có nguy cơ gây nhầm lẫn’.

Vấn đề bảo hộ nhãn hiệu nổi tiếng được quy định tại khoản 2 Điều 16 và khoản 3 Điều 16 Hiệp định TRIPS. Những quy định này của Hiệp định TRIPS cung cấp sự bảo hộ bổ sung cho nhãn hiệu nổi tiếng đã được quy định tại Điều 6bis Công ước Pa-ri. Trước hết, Hiệp định TRIPS khẳng định rằng ‘Điều 6bis Công ước Pa-ri (1967) phải được áp dụng, với những sửa đổi thích hợp, đối với các dịch vụ’. Để xác định nhãn hiệu có nổi tiếng hay không, không chỉ phải xem xét danh tiếng của nhãn hiệu đó trong bộ phận công chúng có liên quan thông qua sử dụng nhãn hiệu, mà còn thông qua hoạt động quảng cáo nhãn hiệu. Hơn nữa, bảo hộ nhãn hiệu nổi tiếng mở rộng đối với hàng hoá hoặc dịch vụ không tương tự với những hàng hoá hoặc dịch vụ được đăng ký kèm theo nhãn hiệu nổi tiếng, với điều kiện việc sử dụng nhãn hiệu đó thể hiện mối liên hệ giữa hàng hoá hoặc dịch vụ này

với chủ sở hữu nhãn hiệu đã đăng ký và lợi ích của chủ sở hữu nhãn hiệu đã đăng ký có nguy cơ bị tổn hại do việc sử dụng nhãn hiệu.

Theo quy định tại Điều 17, các thành viên WTO có thể quy định một số ngoại lệ đối với các quyền đã quy định cho chủ sở hữu nhãn hiệu, *ví dụ*, sử dụng lành mạnh các thuật ngữ mang tính chất mô tả, với điều kiện những ngoại lệ đó không ảnh hưởng đến lợi ích hợp pháp của chủ sở hữu nhãn hiệu và của bên thứ ba. Thời hạn bảo hộ nhãn hiệu cho lần đầu đăng ký và mỗi lần gia hạn ít nhất là 7 năm. Số lần gia hạn hiệu lực đăng ký nhãn hiệu không bị giới hạn (Điều 18).

Về yêu cầu sử dụng nhãn hiệu, Hiệp định TRIPS quy định như sau: chỉ được hủy bỏ một nhãn hiệu trên cơ sở không sử dụng, nếu việc không sử dụng diễn ra ít nhất ba năm liên tục, trừ trường hợp chủ sở hữu nhãn hiệu đưa ra những lí do chính đáng cản trở việc sử dụng nhãn hiệu. Các trường hợp không sử dụng nhãn hiệu không phụ thuộc vào ý chí của chủ sở hữu nhãn hiệu, *ví dụ*, việc hạn chế nhập khẩu hoặc những hạn chế khác của chính phủ, được coi là lí do chính đáng cho việc không sử dụng nhãn hiệu. Việc người khác sử dụng nhãn hiệu dưới sự kiểm soát của chủ sở hữu nhãn hiệu phải được công nhận là sử dụng nhãn hiệu nhằm duy trì hiệu lực đăng ký nhãn hiệu (Điều 19).

3. Chỉ dẫn địa lí

Định nghĩa chỉ dẫn địa lí được đưa ra tại khoản 1 Điều 22 Hiệp định TRIPS. Theo đó, 'chỉ dẫn địa lí là những chỉ dẫn về hàng hoá bắt nguồn từ lãnh thổ của một thành viên hoặc từ khu vực hay địa phương thuộc lãnh thổ đó, có chất lượng, uy tín hoặc đặc tính nhất định chủ yếu do xuất xứ địa lí quyết định'.

Hiệp định yêu cầu các thành viên WTO cung cấp các phương tiện pháp lí để ngăn chặn việc sử dụng chỉ dẫn gây nhầm lẫn cho công chúng về nguồn gốc địa lí của hàng hoá và việc sử dụng đó cấu thành hành vi cạnh tranh không lành mạnh theo nghĩa của Điều 10bis Công ước Pa-ri (khoản 2 Điều 22).

Mối quan hệ giữa nhãn hiệu và chỉ dẫn địa lí được đề cập tại khoản 3 Điều 22. Cụ thể, phải từ chối đăng ký nhãn hiệu hoặc hủy bỏ hiệu lực của nhãn hiệu đã đăng ký theo quy định của pháp luật hoặc theo yêu cầu của các bên liên quan, nếu nhãn hiệu sử dụng chỉ dẫn địa lí gây nhầm lẫn cho công chúng về xuất xứ thực của hàng hoá.

Cần lưu ý rằng Hiệp định TRIPS cung cấp sự bảo hộ đặc biệt đối với các chỉ dẫn địa lí dùng cho rượu vang và rượu mạnh (Điều 23). Theo đó, các

thành viên WTO phải cung cấp những biện pháp pháp lí để ngăn ngừa việc sử dụng một chỉ dẫn địa lí của rượu vang cho những loại rượu vang không bắt nguồn từ lãnh thổ tương ứng với chỉ dẫn địa lí đó. Quy định này cũng được áp dụng trong trường hợp công chúng không nhầm lẫn, không cấu thành hành vi cạnh tranh không lành mạnh và nguồn gốc thực sự của hàng hoá được chỉ ra hoặc chỉ dẫn địa lí được sử dụng gắn với các từ như ‘loại’, ‘kiểu’, ‘dạng’, ‘phỏng theo’ hoặc tương tự như vậy. Việc bảo hộ tương tự được áp dụng cho rượu mạnh và cho nhãn hiệu. Các trường hợp ngoại lệ đối với bảo hộ chỉ dẫn địa lí được quy định tại Điều 24.

4. Kiểu dáng công nghiệp

Hiệp định TRIPS yêu cầu các thành viên WTO bảo hộ các kiểu dáng công nghiệp mới hoặc nguyên gốc được tạo ra một cách độc lập và sự bảo hộ đó không áp dụng cho những kiểu dáng công nghiệp chủ yếu do đặc tính kĩ thuật và chức năng quyết định (khoản 1 Điều 25).

Xuất phát từ mối liên hệ không thể phủ nhận giữa kiểu dáng công nghiệp và ngành công nghiệp dệt, thời gian tồn tại ngắn của những kiểu dáng mới trong lĩnh vực dệt, Hiệp định TRIPS bao gồm một quy định riêng về bảo hộ kiểu dáng công nghiệp cho hàng dệt. Khoản 2 Điều 25 Hiệp định TRIPS quy định:

Bảo hộ đối với các kiểu dáng hàng dệt, đặc biệt là yêu cầu về lệ phí, xét nghiệm hoặc công bố, không làm giảm một cách bất hợp lí cơ hội tìm kiếm và đạt được sự bảo hộ đó. Các thành viên được tự do lựa chọn áp dụng pháp luật kiểu dáng công nghiệp hoặc pháp luật về quyền tác giả để thực hiện nghĩa vụ này.

Khoản 1 Điều 26 yêu cầu các thành viên WTO trao cho chủ sở hữu kiểu dáng công nghiệp quyền ngăn cấm những người không được sự đồng ý của mình sản xuất, bán hoặc nhập khẩu các sản phẩm mang hoặc thể hiện một kiểu dáng là bản sao, hoặc về cơ bản là bản sao, của kiểu dáng đã được bảo hộ, nếu các hành vi này nhằm mục đích thương mại. Các thành viên được phép quy định các ngoại lệ đối với việc bảo hộ kiểu dáng công nghiệp, với điều kiện các ngoại lệ đó không mâu thuẫn bất hợp lí với việc khai thác bình thường kiểu dáng công nghiệp được bảo hộ, và không làm tổn hại một cách bất hợp lí lợi ích hợp pháp của chủ sở hữu kiểu dáng công nghiệp đã được bảo hộ, và trong trường hợp này cần xem xét cả lợi ích của các bên thứ ba (khoản 2 Điều 26). Thời hạn bảo hộ kiểu dáng công nghiệp tối thiểu là 10 năm (khoản 3 Điều 26).

5. Sáng chế

Hiệp định TRIPS đòi hỏi các thành viên bảo hộ sáng chế cho sản phẩm hoặc quy trình thuộc mọi lĩnh vực công nghệ với điều kiện sản phẩm hoặc quy trình có tính mới, có trình độ sáng tạo và khả năng áp dụng công nghiệp (khoản 1 Điều 27). Có thể loại trừ không cấp bằng độc quyền sáng chế trong ba trường hợp. *Thứ nhất*, đối với những sáng chế trái ngược với trật tự công cộng hoặc đạo đức xã hội; bao gồm những sáng chế gây nguy hiểm cho sức khoẻ của con người và động vật hoặc thực vật hoặc để tránh gây nguy hại nghiêm trọng cho môi trường (khoản 2 Điều 27). *Thứ hai*, các thành viên có thể không cấp bằng độc quyền sáng chế cho các phương pháp chẩn đoán bệnh, các phương pháp nội và ngoại khoa để chữa bệnh cho người và động vật (khoản 3(a) Điều 27). *Thứ ba*, các thành viên có thể không cấp bằng độc quyền sáng chế cho thực vật và động vật, chủ yếu mang tính chất sinh học và không phải là các quy trình phi sinh học hoặc vi sinh. Tuy nhiên, bất kỳ thành viên nào không bảo hộ giống cây trồng theo hệ thống sáng chế đều phải quy định hệ thống bảo hộ riêng hữu hiệu đối với giống cây trồng (khoản 3(b) Điều 27).

Chủ sở hữu sáng chế có quyền sản xuất, sử dụng, chào hàng, bán sản phẩm và nhập khẩu sản phẩm để thực hiện những mục đích nêu trên. Nếu sáng chế là một quy trình, chủ sở hữu sáng chế không chỉ có quyền đối với quy trình mà còn có quyền đối với sản phẩm tạo ra trực tiếp bằng quy trình đó. Chủ sở hữu sáng chế cũng có quyền chuyển nhượng, để lại thừa kế quyền đối với sáng chế và giao kết các hợp đồng chuyển giao quyền sử dụng sáng chế (Điều 28). Các thành viên WTO có thể quy định những ngoại lệ đối với các quyền nêu trên, với điều kiện những ngoại lệ đó không mâu thuẫn bất hợp lý với việc khai thác bình thường sáng chế và không gây tổn hại bất hợp lý đến lợi ích hợp pháp của chủ sở hữu sáng chế và lợi ích hợp pháp của bên thứ ba (Điều 30). Trong vụ *Canada-Pharmaceutical Patents*,²⁹⁸ Ban hội thẩm đã làm rõ các quyền của chủ sở hữu sáng chế được quy định tại Điều 28 và những ngoại lệ đối với các quyền này được quy định tại Điều 30.

Thời hạn bảo hộ sáng chế không được ngắn hơn 20 năm tính từ ngày nộp đơn (Điều 33). Trong vụ *Canada-Term of Patent Protection*,²⁹⁹ Cơ quan

²⁹⁸ WTO, Báo cáo của Ban hội thẩm, vụ *Canada-Patent Protection of Pharmaceutical Products*, WT/DS114/R, ngày 17/3/2000.

²⁹⁹ WTO, Báo cáo của Ban hội thẩm, vụ *Canada-The term of Patent Protection*, WT/DS170/AB/R, ngày 18/9/2000.

phúc thẩm kết luận rằng: thời hạn bảo hộ sáng chế là 17 năm (tính từ ngày cấp văn bằng bảo hộ) cho những đơn đăng kí sáng chế được nộp trước ngày 1/10/1989 và thường kết thúc trước 20 năm tính từ ngày nộp đơn theo quy định tại Phần 45 Đạo luật sáng chế Ca-na-đa là không phù hợp với quy định tại Điều 33 Hiệp định TRIPS.

Pháp luật quốc gia được phép quy định về việc bắt buộc chuyển giao quyền sử dụng sáng chế (li-xăng bắt buộc), hoặc sử dụng sáng chế do chính phủ thực hiện mà không được phép của chủ thể nắm giữ quyền được thừa nhận, nhưng với những điều kiện nhất định nhằm bảo vệ lợi ích hợp pháp của chủ thể nắm giữ quyền (Điều 31). Điều kiện áp dụng bắt buộc chuyển giao quyền sử dụng sáng chế được giảm nhẹ nhằm xử lí các hành vi hạn chế cạnh tranh. Các điều kiện áp dụng này phải được xem xét trong mối quan hệ với các quy định liên quan tại khoản 1 Điều 27 Hiệp định TRIPS.

6. Thiết kế bố trí mạch tích hợp

Theo Hiệp định TRIPS, việc bảo hộ thiết kế bố trí mạch tích hợp dựa trên các quy định của Hiệp ước về sở hữu trí tuệ đối với mạch tích hợp (Điều 35) và một số quy định bổ sung của Hiệp định TRIPS (từ Điều 36 đến Điều 38). Trong đó, Hiệp ước về sở hữu trí tuệ đối với mạch tích hợp bao gồm định nghĩa ‘mạch tích hợp’ và ‘thiết kế bố trí’, các điều kiện bảo hộ, các độc quyền, những giới hạn và khai thác, đăng kí, mở thiết kế bố trí mạch tích hợp.³⁰⁰ Các quy định về thiết kế bố trí mạch tích hợp trong Hiệp định TRIPS bổ sung ba vấn đề quan trọng đáng kể cho Hiệp ước về sở hữu trí tuệ đối với mạch tích hợp. Đó là: (i) Khả năng bảo hộ sản phẩm chứa thiết kế bố trí bất hợp pháp (Điều 36); (ii) Xử lí người vi phạm không có lỗi - đó là việc người thực hiện hành vi nhập khẩu, bán hoặc phân phối mạch tích hợp chứa thiết kế bố trí bị sao chép bất hợp pháp, hoặc bất kì sản phẩm nào chứa mạch tích hợp như vậy, dưới hình thức khác, nhằm mục đích thương mại, nếu tại thời điểm tiếp nhận mạch tích hợp hoặc sản phẩm chứa mạch tích hợp đó mà không biết, hoặc không có căn cứ hợp lí để biết rằng trong đó chứa thiết kế bố trí bị sao chép bất hợp pháp (khoản 1 Điều 37); và (iii) Áp dụng các quy định tại Điều 31 Hiệp định TRIPS đối với chuyển giao không tự nguyện quyền sử dụng thiết kế bố trí, hoặc sử dụng thiết kế bố trí do chính phủ thực hiện mà không được phép của chủ thể nắm giữ quyền, thay cho các quy định về bắt buộc chuyển giao quyền sử dụng thiết kế bố trí (li-xăng bắt buộc) trong Hiệp ước về sở hữu trí tuệ đối với thiết kế bố trí mạch tích hợp (khoản 2 Điều 37).

³⁰⁰ Xem các điều 2, 3, 6, và 7 Hiệp ước về sở hữu trí tuệ đối với mạch tích hợp.

7. Thông tin bí mật

Khác với 6 đối tượng sở hữu trí tuệ đã đề cập ở trên, Hiệp định TRIPS chỉ rõ rằng việc bảo hộ thông tin bí mật nhằm bảo đảm ‘chống cạnh tranh không lành mạnh một cách hiệu quả’ (khoản 1 Điều 39). Bên cạnh đó, Hiệp định bao gồm định nghĩa ‘thông tin bí mật’ tại khoản 2 Điều 39. Theo quy định này, thông tin này phải có tính chất bí mật, có giá trị thương mại vì có tính chất bí mật, được giữ bí mật bằng các biện pháp hợp lí. Hiệp định TRIPS cũng quy định về dữ liệu thử nghiệm và các dữ liệu bí mật khác trong trường hợp phải nộp dữ liệu theo yêu cầu của chính phủ để được phép tiếp thị dược phẩm hoặc các sản phẩm hoá nông có chứa những thành phần hoá học mới (khoản 3 Điều 39). Trong trường hợp như vậy, các thành viên WTO phải bảo hộ để các dữ liệu đó không bị sử dụng trong thương mại một cách không lành mạnh và không bị tiết lộ, trừ trường hợp cần bảo vệ công chúng hoặc trừ khi áp dụng các biện pháp nhằm bảo đảm các dữ liệu đó không bị sử dụng trong thương mại một cách không lành mạnh.

B. Kiểm soát hành vi hạn chế cạnh tranh liên quan đến IPRs

Hiệp định TRIPS bao gồm một số quy định về hành vi hạn chế cạnh tranh liên quan đến IPRs, cụ thể là khoản 2 Điều 8, Điều 31(k) và Điều 40.³⁰¹ Vấn đề thoả thuận giới hạn trong hợp đồng liên quan đến IPRs chỉ được hiểu thông qua quy định tại khoản 2 Điều 8 và Điều 40.³⁰² Theo những quy định này, sự lạm dụng IPRs và những hành vi hạn chế cạnh tranh liên quan đến IPRs có thể hạn chế cạnh tranh, do đó một mặt Hiệp định TRIPS dành quyền cho các thành viên WTO điều chỉnh các hành vi này, mặt khác yêu cầu các thành viên WTO tuân thủ những nghĩa vụ nhất định.

1. Những quy định linh hoạt

Các quy định linh hoạt, được quy định tại khoản 2 Điều 8 và khoản 2 Điều 40 Hiệp định TRIPS, cho phép các thành viên áp dụng ‘các biện pháp thích hợp’ để ngăn chặn, xử lí những hành vi hạn chế cạnh tranh liên quan đến IPRs. Với quy định tại khoản 2 Điều 8, các thành viên thừa nhận rằng: những hành vi hạn chế cạnh tranh liên quan đến IPRs ‘có thể cần... phải được ngăn ngừa’, và các thành viên được trao quyền xử lí những hành vi này. Cụm từ ‘có thể

³⁰¹ Trong một chừng mực nhất định, các Điều 6, Điều 31(c), khoản 2 Điều 37 Hiệp định TRIPS cũng có thể được coi là những quy định về cạnh tranh.

³⁰² Điều 31(k) chỉ liên quan tới hành vi lạm dụng IPRs đơn phương chứ không phải hợp đồng.

cần' thừa nhận thẩm quyền của các thành viên đối với những hành vi hạn chế cạnh tranh liên quan đến IPRs. Những hành vi này bao gồm lạm dụng IPRs bởi những người nắm giữ quyền, cản trở hoạt động thương mại một cách bất hợp pháp, gây ảnh hưởng xấu đến chuyển giao công nghệ quốc tế.

Quyền kiểm soát các hành vi hạn chế cạnh tranh phát sinh từ hợp đồng chuyển giao quyền sử dụng đối tượng sở hữu trí tuệ được quy định tại Điều 40. Điều 40 bao gồm bốn khoản, trong đó các khoản 1 và 2 quy định về nội dung, còn các khoản 3 và 4 quy định về các vấn đề thực thi. Điều 40 là quy định 'đặc biệt' trong mối quan hệ với khoản 2 Điều 8, theo đó Điều 40 nêu giới hạn phạm vi của khoản 2 Điều 8 và chỉ liên quan đến một số hành vi của chủ thể nắm giữ IPRs được liệt kê tại khoản 2 Điều 8.³⁰³ Điều 40 thuộc Mục 8 của Hiệp định TRIPS và mục này có tiêu đề 'Kiểm soát hành vi hạn chế cạnh tranh trong hợp đồng chuyển giao quyền sử dụng đối tượng sở hữu trí tuệ'. Tuy nhiên, khoản 1 Điều 40 đề cập thuật ngữ chung 'một số hoạt động hoặc điều kiện chuyển giao quyền sử dụng đối tượng sở hữu trí tuệ' bao hàm tất cả các hành vi xoay quanh việc xác lập và thực hiện hợp đồng chuyển giao quyền sử dụng đối tượng sở hữu trí tuệ. Do đó, hành vi đơn phương và các điều khoản hợp đồng mang tính giới hạn liên quan đến IPRs đều thuộc phạm vi điều chỉnh của khoản 1 Điều 40. Khoản 1 Điều 40 thừa nhận rằng: 'Một số hoạt động hoặc điều kiện chuyển giao quyền sử dụng đối tượng sở hữu trí tuệ liên quan đến IPRs có tính chất hạn chế cạnh tranh có thể ảnh hưởng xấu đến hoạt động thương mại và có thể cản trở việc chuyển giao và phổ biến công nghệ'.

Do đó, khoản 1 Điều 40 cũng 'nước đôi' như khoản 2 Điều 8.³⁰⁴

Trong khi khoản 1 Điều 40 không liệt kê những hoạt động hoặc điều kiện chuyển giao quyền sử dụng đối tượng sở hữu trí tuệ bị coi là hạn chế cạnh tranh, khoản 2 Điều 40 liệt kê một số hoạt động này như 'điều kiện chuyển giao IPRs dưới hình thức độc quyền, điều kiện ngăn cấm việc không thừa nhận hiệu lực và việc chuyển giao quyền sử dụng trọn gói'. Tuy nhiên, từ 'chẳng hạn' cho thấy đây không phải là danh mục được liệt kê đầy đủ.

³⁰³ UNCTAD-ICTSD Project on IPRs and Sustainable Development, *Resource Book on TRIPS and Development*, Cambridge University Press, (2005), tr. 554. Bên cạnh quan điểm cho rằng Điều 40 là quy định đặc biệt trong mối quan hệ với khoản 2 Điều 8, có quan điểm cho rằng khoản 2 Điều 8 là một tuyên bố chung và được thực thi bởi Điều 40. Xem: Daniel Gervais, *The TRIPS Agreement: Drafting History and Analysis*, Sweet and Maxwell, (1998), tr. 68, đoạn 2.49.

³⁰⁴ Daniel Gervais, *The TRIPS Agreement: Drafting History and Analysis*, Sweet and Maxwell, (1998), đoạn 191; Heinemann, 'Antitrust Law of Intellectual Property in the TRIPS Agreement of the World Trade Organization', in Schriker Beier (ed.), *From GATT to TRIPS*, Weinheim, (1996), tr. 245.

Điều này cho phép các thành viên WTO định nghĩa ‘điều kiện và hoạt động chuyển giao quyền sử dụng đối tượng sở hữu trí tuệ’. Hơn nữa, khoản 2 Điều 40 nhấn mạnh việc cho phép các thành viên WTO thiết lập và xác định nội dung pháp luật cạnh tranh nhằm không chế hoặc ngăn chặn điều kiện và hoạt động chuyển giao quyền sử dụng đối tượng sở hữu trí tuệ bị coi là hạn chế cạnh tranh. Bên cạnh đó, khoản 2 Điều 40 ghi nhận thẩm quyền của các thành viên được ‘áp dụng các biện pháp thích hợp để ngăn ngừa, không chế’ những hoạt động đó, đồng thời đòi hỏi các thành viên tuân thủ những nghĩa vụ tối thiểu nhất định.

Tóm lại, khoản 2 Điều 8, khoản 1 Điều 40 và khoản 2 Điều 40 cho phép các thành viên WTO được tự do trong việc xử lý những hành vi hạn chế cạnh tranh liên quan đến IPRs. Cụ thể, các thành viên có quyền xử lý những hành vi đó; định nghĩa hành vi hạn chế cạnh tranh liên quan đến IPRs, và điều kiện hoặc hoạt động chuyển giao quyền sử dụng đối tượng sở hữu trí tuệ; thiết lập và xác định nội dung của pháp luật cạnh tranh nhằm không chế hoặc ngăn chặn những hành vi nêu trên.

2. Những tiêu chuẩn tối thiểu

Bên cạnh những quy định linh hoạt về hành vi hạn chế cạnh tranh liên quan đến IPRs, khoản 2 Điều 8 và khoản 2 Điều 40 Hiệp định TRIPS quy định những tiêu chuẩn tối thiểu cho các biện pháp ngăn chặn hành vi hạn chế cạnh tranh liên quan đến IPRs. Cụ thể, các thành viên có quyền quyết định điều chỉnh hay không điều chỉnh hành vi hạn chế cạnh tranh liên quan đến IPRs bằng pháp luật cạnh tranh của nước mình. Nếu các thành viên điều chỉnh hành vi này, thì pháp luật cạnh tranh của nước này phải phù hợp với các quy định khác của Hiệp định TRIPS và thích hợp để ngăn chặn những hành vi hạn chế cạnh tranh liên quan đến IPRs. Nói cách khác, những biện pháp này phải đáp ứng hai điều kiện là sự ‘phù hợp’ và ‘thích hợp’. Hơn nữa, các khoản 3 và 4 Điều 40 yêu cầu các thành viên WTO có nghĩa vụ thương lượng và hợp tác trong kiểm soát hành vi hạn chế cạnh tranh liên quan đến IPRs. *Thứ nhất*, khoản 2 Điều 8 và khoản 2 Điều 40 yêu cầu các biện pháp kiểm soát hoặc ngăn chặn hành vi hạn chế cạnh tranh liên quan đến IPRs phải ‘phù hợp’ với các quy định khác của Hiệp định TRIPS. *Thứ hai*, khoản 2 Điều 8 và khoản 2 Điều 40 yêu cầu các biện pháp này phải ‘thích hợp’ và ‘cần thiết’. Yêu cầu về sự ‘thích hợp’ được giải thích trong một số văn bản của WTO³⁰⁵ và được WTO giải thích chi tiết hơn trong một số án lệ liên

³⁰⁵ WTO Working Party on Domestic Regulation, ‘Necessity Test’ in the WTO, Note by the

quan đến GATT/GATS. Ví dụ: các vụ *Korea-Measures Affecting Import of Fresh, Chilled and Frozen Beef*; *European Communities-Measures Affecting Asbestos-containing Products*; *European Communities-Trade Description of Sardines*; *Japan-Measures Affecting the Importation of Apples*; *United States-Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services*; *European Communities- Measures Affecting the Approval and Marketing of Biotech Products*.³⁰⁶ Thứ ba, các khoản 3 và 4 Điều 40 thiết lập nghĩa vụ thương lượng và hợp tác trong kiểm soát hành vi hạn chế cạnh tranh liên quan đến hợp đồng chuyển giao quyền sử dụng đối tượng sở hữu trí tuệ. Đây là thoả thuận quốc tế đa phương đầu tiên thiết lập nghĩa vụ hợp tác trong thực thi pháp luật chống độc quyền.³⁰⁷

C. Thực thi IPRs

1. Các nghĩa vụ chung

Theo yêu cầu của Hiệp định TRIPS, pháp luật quốc gia của các thành viên WTO phải quy định các thủ tục thực thi, cho phép hành động một cách có hiệu quả chống lại hành vi xâm phạm IPRs được đề cập trong Hiệp định, trong đó bao gồm các chế tài khẩn cấp nhằm ngăn chặn các hành vi xâm phạm và các chế tài nhằm ngăn chặn các hành vi xâm phạm tiếp theo. Các thủ tục thực thi phải được áp dụng theo cách thức nhằm tránh tạo ra những rào cản cho hoạt động thương mại hợp pháp và nhằm quy định những biện pháp chống lạm dụng các thủ tục thực thi (khoản 1 Điều 41). Hơn nữa, các thủ tục thực thi phải đúng đắn và công bằng, không phức tạp và tốn kém một cách không cần thiết, không bao gồm những thời hạn bất hợp lý hoặc những trì hoãn không có lý do chính đáng (khoản 2 Điều 41). Trong vụ *Canada-The term of Patent Protection*,³⁰⁸ Ban hội thẩm chỉ ra rằng:

Secretariat, S/WPDR/W/27, ngày 2/12/2003, đoạn 4.

³⁰⁶ WTO, vụ *Korea-Measures Affecting Import of Fresh, Chilled and Frozen Beef*, WT/DS161/AB/R; và WT/DS169/AB/R, ngày 11/12/2000; WTO, vụ *European Communities-Measures Affecting Asbestos-containing Products*, WT/DS135/AB/R, ngày 12/3/2001, các đoạn 168-175; WTO, vụ *European Communities- Trade Description of Sardines*, WT/DS231/AB/R, ngày 26/12/2002, các đoạn 285-291; WTO, vụ *Japan-Measures Affecting the Importation of Apples*, WT/DS245/R, ngày 15/7/2003, các đoạn 8.180-8.198; và WT/DS245/AB/R, ngày 26/11/2003, các đoạn 163-165; WTO, vụ *United States- Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services*, WT/DS285/AB/R, ngày 7/4/2005, các đoạn 309-311; WTO, vụ *European Communities-Measures Affecting the Approval and Marketing of Biotech Products*, WT/DS291/R, WT/DS292/R; và WT/DS293/R, ngày 29/9/2006, đoạn 7.1423.

³⁰⁷ UNCTAD-ICTSD Project on IPRs and Sustainable Development, *Resource Book on TRIPS and Development*, Cambridge University Press, (2005), tr. 561-562.

³⁰⁸ WTO, Báo cáo của Cơ quan phúc thẩm, vụ *Canada-The term of Patent Protection*, WT/DS170/AB/R, ngày 18/9/2000.

Những chậm trễ mà người nộp đơn phải gánh chịu do sự không sát sao của người nộp đơn, do sắp đặt lại thủ tục, do không thanh toán phí và không phúc đáp thông báo của xét nghiệm viên sáng chế bị coi là không phù hợp với nguyên tắc chung rằng thủ tục thực thi không được phức tạp một cách không cần thiết như quy định nhấn mạnh tại khoản 2 Điều 41.³⁰⁹

Các quyết định xử lý vụ việc cần phải được: thể hiện bằng văn bản và nêu rõ lý do; ít nhất phải được trao cho các bên tham gia khiếu kiện mà không được chậm trễ quá mức; phải dựa vào chứng cứ mà các bên đã có cơ hội trình bày (khoản 3 Điều 41). Các bên tham gia khiếu kiện phải có cơ hội yêu cầu cơ quan tư pháp xem xét lại các quyết định hành chính cuối cùng và ít nhất là các khía cạnh pháp lý của các quyết định xét xử vụ việc ở cấp sơ thẩm. Quy định này không áp dụng cho những tuyên bố vô tội trong các vụ án hình sự (khoản 4 Điều 41).

2. Các chế tài, thủ tục dân sự và hành chính

Hiệp định TRIPS bao gồm những quy định chi tiết về thực thi IPRs bằng biện pháp dân sự và hành chính. Những quy định này tập trung vào các vấn đề sau đây: (i) Yêu cầu thủ tục thực thi phải đúng đắn và công bằng (Điều 42);³¹⁰ (ii) Chứng cứ (Điều 43)³¹¹; (iii) Lệnh của tòa án (Điều 44); (iv) Bồi thường thiệt hại (Điều 45); (v) Các biện pháp chế tài khác, ví dụ: cơ quan có thẩm quyền ra lệnh tiêu hủy hàng hoá vi phạm hoặc các vật liệu và phương tiện được sử dụng để tạo ra hàng hoá vi phạm (Điều 46); (vi) Quyền được thông tin (Điều 47); (vii) Bồi thường cho bị đơn (Điều 48); và (viii) Áp dụng những hướng dẫn nêu trên trong thực thi IPRs bằng biện pháp hành chính (Điều 49).

3. Các biện pháp tạm thời

Các biện pháp tạm thời được áp dụng nhằm ngăn chặn hành vi xâm phạm IPRs, đặc biệt nhằm ngăn chặn hàng hoá vào các kênh thương mại, trong đó bao gồm hàng hoá nhập khẩu ngay sau khi hoàn thành thủ tục hải quan và nhằm lưu giữ các chứng cứ liên quan đến hành vi bị khiếu kiện là xâm phạm

³⁰⁹ WTO, Báo cáo của Cơ quan phúc thẩm, vụ *Canada-The term of Patent Protection*, WT/DS170/AB/R, ngày 18/9/2000, các đoạn 6.117-6.118.

³¹⁰ Điều 42 bao gồm một số nguyên tắc nhằm bảo đảm các thủ tục thích hợp cho chủ thể quyền. Trong vụ *US-Section 211 Appropriations Act (US-Havana Club)*, Cơ quan phúc thẩm cho rằng chủ thể quyền bao gồm không chỉ chủ sở hữu quyền mà còn những người đã khiếu kiện nhằm có được địa vị pháp lý để xác nhận quyền. Xem: WTO, Báo cáo của Ban hội thẩm, vụ *United States-Section 211 Omnibus Appropriations Acts of 1988 (US-Havana Club)*, WT/DS176/R, ngày 6/8/2001, đoạn 217.

³¹¹ Quy định này đã được giải thích trong khuôn khổ cơ chế giải quyết tranh chấp của WTO, xem: WTO, Báo cáo của Ban hội thẩm, vụ *India-Patents (EC)*, WT/DS79/R, ngày 24/8/1998.

quyền (khoản 1 Điều 50). Các biện pháp tạm thời cũng được áp dụng, ‘khi mà bất kì sự chậm trễ nào cũng có thể tạo nguy cơ gây hậu quả không khắc phục được cho chủ thể nắm giữ quyền, hoặc khi thấy rằng chứng cứ đang có nguy cơ bị tiêu hủy’ (khoản 2 Điều 50). Cơ quan xét xử và cơ quan hành chính có thẩm quyền áp dụng các biện pháp tạm thời.

Nhằm chống lại sự lạm dụng các biện pháp tạm thời, Hiệp định TRIPS quy định cơ quan xét xử có thể yêu cầu nguyên đơn: (i) Cung cấp bất kì chứng cứ nào có thể có được một cách hợp lí, đủ sức thuyết phục rằng nguyên đơn là chủ thể quyền, và quyền của nguyên đơn đang bị xâm phạm hoặc rõ ràng có nguy cơ bị xâm phạm (khoản 3 Điều 50); và (ii) Buộc nguyên đơn nộp một khoản bảo đảm hoặc bảo hiểm tương đương đủ để bảo vệ bị đơn và ngăn chặn sự lạm dụng (khoản 3 Điều 50). Bên cạnh đó, trong một thời hạn hợp lí, bị đơn có quyền yêu cầu xem xét lại lệnh áp dụng các biện pháp tạm thời để quyết định những biện pháp này có phải sửa đổi, hủy bỏ hay nên giữ nguyên (khoản 4 Điều 50).

4. Những yêu cầu đặc biệt liên quan đến các biện pháp kiểm soát biên giới

Các biện pháp kiểm soát biên giới được quy định nhằm xử lí hàng hoá giả mạo nhãn hiệu hoặc hàng hoá sao chép lậu (Điều 51). Các biện pháp này cho phép cơ quan hải quan ngăn chặn hàng hoá nhập khẩu là hàng hoá giả mạo nhãn hiệu hoặc hàng hoá sao chép lậu được đưa vào lưu thông tự do. Theo quy định tại Điều 60, các thành viên có thể không áp dụng quy định này trong trường hợp nhập khẩu với số lượng nhỏ và không có mục đích thương mại, ví dụ, hàng hoá trong hành lí cá nhân của hành khách hoặc hàng hoá nhỏ được kí gửi. Hiệp định TRIPS dành quyền tự quyết cho các thành viên WTO trong áp dụng các thủ tục tương ứng đối với những hàng hoá xâm phạm được tập kết để xuất khẩu ra khỏi lãnh thổ của mình (Điều 51).

Tương tự như đối với các biện pháp tạm thời, Hiệp định TRIPS đưa ra một số quy định nhằm ngăn chặn lạm dụng các biện pháp kiểm soát biên giới. Cụ thể, cơ quan có thẩm quyền có thể yêu cầu nguyên đơn nộp khoản bảo đảm hoặc bảo hiểm tương đương đủ để bảo vệ bị đơn và các cơ quan có thẩm quyền, đồng thời ngăn chặn sự lạm dụng. Người nhập khẩu và nguyên đơn phải được thông báo ngay về việc đình chỉ thông quan đối với hàng hoá (Điều 54). Nếu chủ thể nắm giữ quyền thất bại trong việc đề xướng các thủ tục ra quyết định giải quyết vụ việc trong thời hạn 10 ngày làm việc, thì thông thường hàng hoá sẽ phải được thông quan (Điều 55). Trong trường hợp hàng hoá được cho là vi phạm liên quan đến kiểu dáng công nghiệp, sáng chế, thiết kế bố trí hoặc thông tin bí mật, hàng hoá sẽ được thông quan

nếu người nhập khẩu nộp khoản bảo đảm đủ bảo vệ chủ thể nắm giữ quyền đối với bất kì xâm phạm nào, thậm chí khi các thủ tục ra quyết định giải quyết vụ việc đã được tiến hành (khoản 2 Điều 53).

Về chế tài, cơ quan có thẩm quyền có quyền ra lệnh tiêu hủy hàng hoá vi phạm hoặc đưa những hàng hoá này ra khỏi các kênh thương mại theo cách thức không gây tổn hại tới các quyền khiếu kiện của chủ thể nắm giữ quyền (Điều 59).

5. Các biện pháp hình sự

Hiệp định TRIPS yêu cầu các thành viên quy định các biện pháp hình sự và hình phạt được áp dụng ít nhất đối với các trường hợp cố ý giả mạo nhãn hiệu hoặc sao chép lậu với quy mô thương mại. Các thành viên cũng phải quy định các chế tài như phạt tù, phạt tiền, tịch thu, trưng thu, tiêu hủy hàng hoá vi phạm và bất kì vật liệu, phương tiện nào được sử dụng chủ yếu để thực hiện hành vi phạm tội (Điều 61).

D. Giải quyết tranh chấp

Giải quyết các tranh chấp liên quan đến IPRs theo cơ chế giải quyết tranh chấp của WTO là một trong những nội dung quan trọng nhất của Hiệp định TRIPS.

Khoản 2 Điều 3 Hiệp định của WTO về các quy tắc và thủ tục giải quyết tranh chấp (viết tắt là 'DSU') ghi nhận:

Hệ thống giải quyết tranh chấp của WTO là yếu tố chính trong việc cung cấp sự an toàn và tính có thể dự đoán cho hệ thống thương mại đa phương... bảo đảm các quyền và nghĩa vụ của các thành viên được quy định trong các hiệp định, và giải thích các quy định hiện hành trong những hiệp định này, phù hợp với các quy tắc tập quán về giải thích pháp luật của công pháp quốc tế.³¹²

Hoạt động của hệ thống giải quyết tranh chấp liên quan đến Ban hội thẩm, Cơ quan phúc thẩm, Ban thư kí WTO, các trọng tài viên, các chuyên gia độc lập và một số bộ phận chuyên trách.

Hiệp định TRIPS viện dẫn các quy định của Điều XXII và Điều XXIII GATT 1994 - đã được chi tiết hoá trong DSU - để áp dụng đối với việc thương lượng và giải quyết tranh chấp theo Hiệp định TRIPS (Điều 64). Kết quả là, các tranh chấp IPRs trong khuôn khổ Hiệp định TRIPS được giải quyết theo cơ chế giải quyết tranh chấp của WTO.

³¹² Khoản 2 Điều 3 DSU (một số từ được tác giả lược bỏ và thêm vào).

Mục 6. CƠ CHẾ GIẢI QUYẾT TRANH CHẤP CỦA WTO (*)

1. Tổng quan

A. Hệ thống giải quyết tranh chấp - từ GATT đến WTO

Hệ thống giải quyết tranh chấp của WTO, được vận hành từ ngày 1/1/1995 đến nay, vốn không phải là hệ thống mới. Thực chất, hệ thống này được xây dựng trên cơ sở hệ thống giải quyết tranh chấp của GATT 1947.³¹³ Trong suốt gần 50 năm trước khi WTO ra đời, hệ thống giải quyết tranh chấp của GATT 1947 được vận hành chỉ dựa trên hai điều khoản ngắn gọn - Điều XXII và Điều XXIII GATT 1947, cùng với một số nguyên tắc cũng như thông lệ được hệ thống hoá trong các quyết định và thoả thuận của các bên kí kết GATT 1947.³¹⁴ Vì vậy, cũng dễ hiểu khi hệ thống giải quyết tranh chấp của GATT đã không thể đưa ra những thủ tục cụ thể để giải quyết các tranh chấp một cách hiệu quả. Hơn thế nữa, hệ thống giải quyết tranh chấp của GATT 1947 còn có nhiều điểm hạn chế đáng kể, dẫn đến việc nảy sinh những vấn đề phức tạp vào những năm 1980.³¹⁵ Do đó, rất nhiều bên kí kết của GATT 1947, kể cả các DCs và các nước phát triển, đều nhận thấy rằng cần phải thay thế hệ thống giải quyết tranh chấp của GATT 1947, vốn đã lạc hậu, đơn giản, được vận hành dựa trên sức mạnh, và giải quyết các tranh chấp chủ yếu thông qua các cuộc đàm phán mang tính ngoại giao, bằng một hệ thống cụ thể và được vận hành dựa trên các quy tắc để giải quyết các tranh chấp thông qua việc xét xử. Trên cơ sở đó, sau các cuộc tranh luận kéo

(*) *Tác giả: Nguyễn Thị Thu Hiền, Thạc sĩ, Nghiên cứu sinh, Giảng viên, Phó Bộ môn Luật Thương mại Quốc tế, Trường Đại học Luật Hà Nội (HLU). Người biên dịch: Nguyễn Thu Thủy, Cử nhân Luật, Giảng viên, Trường Đại học Luật Hà Nội (HLU).*

³¹³ Khoản 1 Điều 3 DSU. Hệ thống hiện hành của WTO giữ nguyên các nguyên tắc giải quyết tranh chấp được quy định tại Điều XXII và Điều XXIII GATT 1947.

³¹⁴ Các nước thành viên của GATT 1947 đã từng bước hệ thống hoá và sửa đổi một số thông lệ mới về thủ tục giải quyết tranh chấp. Các quyết định và thoả thuận quan trọng nhất đạt được trước Vòng đàm phán U-ru-goay là:

- Quyết định ngày 5/4/1966 về các thủ tục theo Điều XXIII;
- Thoả thuận về khai báo, tham vấn, giải quyết tranh chấp và giám sát, được thông qua ngày 28/11/1979;
- Quyết định về giải quyết tranh chấp, ban hành kèm theo Tuyên bố cấp bộ trưởng ngày 29/11/1982;
- Quyết định về giải quyết tranh chấp ngày 30/11/1984.

Xem: http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_settlement_cbt_e/c2s1p1_e.htm, truy cập ngày 1/12/2011.

³¹⁵ Peter Van den Bossche, Sdd, tr. 170. Xem *Weaknesses of the GATT Dispute Settlement System*, nguồn: http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_settlement_cbt_e/c2s1p1_e.htm, truy cập ngày 1/12/2011.

dài, một hệ thống giải quyết tranh chấp của WTO, được đàm phán trong khuôn khổ Vòng đàm phán U-ru-goay, đã được thiết lập. Hệ thống này được hình thành chủ yếu nhằm đưa ra một cơ chế giải quyết tranh chấp nhanh chóng giữa các thành viên WTO liên quan đến các quyền và nghĩa vụ của họ theo quy định của WTO, cũng như nhằm bảo vệ an ninh và cung cấp khả năng có thể dự đoán của hệ thống thương mại đa phương.³¹⁶ Hệ thống giải quyết tranh chấp của WTO được vận hành dựa trên các nguyên tắc cơ bản như nguyên tắc ‘đồng thuận nghịch’, nguyên tắc bí mật trong tố tụng, nguyên tắc bình đẳng trong giải quyết tranh chấp và nguyên tắc dành sự đối xử đặc biệt cho các thành viên DCs.

Mặc dù hệ thống giải quyết tranh chấp của WTO được xây dựng trên cơ sở các quy định và thực tiễn giải quyết tranh chấp của GATT 1947, nhưng nó vẫn có một số thay đổi đáng kể, đó là:

- Sự xuất hiện của nguyên tắc ‘đồng thuận nghịch’;
- Việc đẩy nhanh các thủ tục với những khung thời hạn cụ thể cho các hoạt động tố tụng tại WTO;
- Bổ sung thủ tục phúc thẩm nhằm mang lại cho các bên tranh chấp cơ hội tiếp theo để bảo vệ các quyền và lợi ích chính đáng của mình theo quy định của WTO; và
- Bổ sung tính bắt buộc và xây dựng cơ chế thực thi nhằm đảm bảo tốt hơn việc bảo vệ quyền lợi cho các thành viên WTO.

Bên cạnh những thành công đáng kể, hệ thống giải quyết tranh chấp của WTO vẫn còn tồn tại nhiều vấn đề cần phải được giải quyết thông qua đàm phán trong khuôn khổ WTO, như vấn đề về khả năng và tính hiệu quả của việc áp dụng các biện pháp trả đũa, về phạm vi xem xét phúc thẩm, cũng như việc áp dụng các biện pháp tạm thời. Các thành viên WTO cũng đã nhất trí việc tiến hành đàm phán nhằm cải tiến và làm rõ các quy định của DSU. Trên thực tế, các cuộc đàm phán để rà soát và sửa đổi DSU đã diễn ra từ năm 1998 nhưng cho đến nay vẫn chưa đạt được bất kỳ thoả thuận nào.³¹⁷

³¹⁶ Peter Van den Bossche, Sđd, tr. 171-172.

³¹⁷ WTO, *New Negotiations on the Dispute Settlement Understanding*, nguồn: http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_e.htm, truy cập ngày 1/12/2011. Xem: Thomas A. Zimmermann, ‘The DSU Review (1998-2004): Negotiations, Problems and Perspective’, trong sách của Dencho Georgiev và Kim Van der Borght (chủ biên), *Reform and Development of the WTO Dispute Settlement System*, Cameron May Ltd, (2006).

B. Hiệp định về giải quyết tranh chấp của WTO (DSU)

Hiệp định về các quy tắc và thủ tục giải quyết tranh chấp, thường được gọi là Hiệp định về giải quyết tranh chấp hay DSU,³¹⁸ thường được xem như là một trong những thành công đáng kể nhất của Vòng đàm phán U-ru-goay. DSU đưa ra một cơ chế giải quyết tranh chấp duy nhất áp dụng cho tất cả các hiệp định của WTO được liệt kê trong Phụ lục 1 của DSU, bao gồm Hiệp định thành lập WTO; 12 hiệp định đa phương trong lĩnh vực thương mại hàng hoá; Hiệp định GATS; Hiệp định TRIPS; Hiệp định về mua sắm chính phủ; Hiệp định về mua bán máy bay dân dụng; và chính DSU.

Về cấu trúc, DSU gồm có 27 điều và 4 phụ lục. DSU quy định về phạm vi thẩm quyền và chức năng cơ bản của các thiết chế trong việc giải quyết tranh chấp tại WTO. Bốn phụ lục của DSU đã cụ thể hoá các hiệp định có liên quan; phân nhóm các quy tắc và thủ tục đặc biệt và bổ sung được quy định trong các hiệp định có liên quan; quy định những thủ tục làm việc cơ bản và kế hoạch làm việc dự kiến của Ban hội thẩm và đưa ra những quy tắc và thủ tục được áp dụng cho bất kì nhóm chuyên gia rà soát nào có thể được thành lập bởi Ban hội thẩm.³¹⁹

C. Các cơ quan của WTO tham gia vào quá trình giải quyết tranh chấp

Các cơ quan chính của WTO tham gia vào quá trình giải quyết tranh chấp đó là: Cơ quan giải quyết tranh chấp (viết tắt là 'DSB'), Ban hội thẩm, Cơ quan phúc thẩm, Tổng giám đốc và Ban thư kí của WTO, các trọng tài viên, các chuyên gia độc lập và các cơ quan chuyên môn khác. Nội dung của mục này chủ yếu trình bày về DSB, Ban hội thẩm và Cơ quan phúc thẩm.

Đại hội đồng sẽ thực hiện nhiệm vụ của mình theo quy định của DSU thông qua DSB.³²⁰ Giống như Đại hội đồng, DSB là cơ quan chính trị bao gồm đại diện của tất cả các thành viên WTO. Theo khoản 1 Điều 2 DSU, DSB có thẩm quyền thành lập Ban hội thẩm để giải quyết tranh chấp, thông qua các báo cáo của Ban hội thẩm và Cơ quan phúc thẩm, duy trì sự giám sát việc áp dụng các phán quyết và khuyến nghị mà cơ quan này thông qua và cho phép đình chỉ các nhượng bộ và các nghĩa vụ khác theo các hiệp định có liên quan, nếu các phán quyết và khuyến nghị đó không được các thành

³¹⁸ Phụ lục 2 của Hiệp định WTO về các thủ tục giải quyết tranh chấp thương mại.

³¹⁹ David Palmeter và Petros C. Mavroidis, *Dispute Settlement in the World Trade Organization: Practice and Procedure*, (2004), tr. 16.

³²⁰ Khoản 3 Điều IV Hiệp định thành lập WTO.

viên thực hiện trong khoảng thời gian hợp lí. DSB có một Chủ tịch riêng, thường là người đứng đầu của phái đoàn thường trực tại Giơ-ne-vơ của một trong các thành viên³²¹ và được hỗ trợ bởi Ban thư kí WTO.³²²

Ban hội thẩm là một cơ quan bán tư pháp và độc lập, do DSB thành lập để xem xét các tranh chấp không thể giải quyết được ở giai đoạn tham vấn. Khoản 1 Điều 6 của DSU quy định rằng Ban hội thẩm được thành lập chậm nhất là vào ngày cuộc họp tiếp theo của DSU, mà tại đó yêu cầu thành lập Ban hội thẩm lần đầu tiên được đưa ra như một nội dung trong chương trình nghị sự của DSB, trừ trường hợp tại cuộc họp đó, DSB quyết định trên cơ sở đồng thuận không thành lập Ban hội thẩm. Mỗi Ban hội thẩm thường bao gồm ba, trong trường hợp đặc biệt là năm chuyên gia có trình độ và độc lập được lựa chọn trên cơ sở ‘ad hoc’ (theo từng vụ việc).³²³ Theo khoản 10 Điều 8 DSU, trong trường hợp tranh chấp xảy ra giữa một thành viên DC và một thành viên phát triển, nếu thành viên DC có yêu cầu thì trong thành phần Ban hội thẩm sẽ phải có ít nhất một hội thẩm viên là công dân của một thành viên DC. Chức năng của Ban hội thẩm là đưa ra các đánh giá khách quan về cả nội dung sự kiện và nội dung pháp luật của vụ việc, và đệ trình một báo cáo lên DSB, trong đó Ban hội thẩm đưa ra các kết luận của mình bao gồm cả những khuyến nghị, trong trường hợp phát hiện có sự vi phạm nghĩa vụ của một thành viên WTO.³²⁴

Cơ quan phúc thẩm là cấp xét xử thứ hai và cũng là cấp xét xử cuối cùng của hệ thống giải quyết tranh chấp. Giống như Ban hội thẩm, Cơ quan phúc thẩm là cơ quan bán tư pháp và độc lập, nhưng khác với Ban hội thẩm, Cơ quan phúc thẩm là cơ quan thường trực bao gồm bảy thành viên, trong đó mỗi thành viên có nhiệm kỳ bốn năm và có thể được tái bổ nhiệm một lần.³²⁵ Theo khoản 3 Điều 17 DSU, các thành viên Cơ quan phúc thẩm phải là những người có uy tín, có kinh nghiệm chuyên môn về pháp luật, về thương mại quốc tế và những lĩnh vực thuộc diện điều chỉnh của các hiệp định nói chung; đồng thời họ cũng không được liên kết với bất kì chính phủ nào. Trong trường hợp có kháng cáo đối với báo cáo của Ban hội thẩm, Cơ quan phúc thẩm sẽ tiến hành xem xét lại các nội dung pháp luật bị kháng cáo và đệ trình báo cáo lên DSB, trong đó Cơ quan phúc thẩm có thể giữ nguyên, hủy bỏ

³²¹ David Palmeter và Petros C. Mavroidis, Sdd, tr. 15.

³²² Khoản 1 Điều 27 DSU.

³²³ Các khoản 1 và 2 Điều 8 DSU.

³²⁴ Điều 11 và Điều 19 DSU.

³²⁵ Khoản 2 Điều 17 DSU.

hoặc sửa đổi kết luận của Ban hội thẩm, nhưng chỉ trong phạm vi các nội dung pháp lí đã được nêu và việc giải thích pháp luật.³²⁶ Một điều cần lưu ý là trong các kết luận và khuyến nghị của mình, Ban hội thẩm và Cơ quan phúc thẩm không thể bổ sung hay hạn chế các quyền và nghĩa vụ của bất cứ thành viên WTO nào được quy định trong các hiệp định có liên quan.³²⁷

Ngoài ba cơ quan nêu trên, trong khuôn khổ WTO, còn có một số cơ quan khác cũng đóng vai trò quan trọng trong quá trình giải quyết tranh chấp, như Tổng giám đốc và Ban thư kí của WTO,³²⁸ các trọng tài viên,³²⁹ các chuyên gia độc lập và các cơ quan chuyên môn.³³⁰

D. Các bên tham gia vào hệ thống giải quyết tranh chấp

Cơ chế giải quyết tranh chấp của WTO là cơ chế giải quyết giữa chính phủ với chính phủ, vì vậy chỉ các thành viên WTO mới có thể sử dụng hệ thống giải quyết tranh chấp của WTO với tư cách là các bên tranh chấp hoặc các bên thứ ba. Do đó, bất kì ngành kinh tế hoặc cá nhân của một thành viên WTO muốn sử dụng hệ thống giải quyết tranh chấp của WTO để chống lại chính phủ của thành viên WTO khác thì trước hết, họ phải thuyết phục được chính phủ nước mình đệ đơn khởi kiện chống lại thành viên WTO khác đó.³³¹ Điều đó cũng có nghĩa rằng, Ban thư kí WTO, các quan sát viên của WTO, các tổ chức quốc tế khác và các chính quyền địa phương, nếu không phải là thành viên của WTO, thì không có quyền đề xuất khởi xướng các thủ tục giải quyết tranh chấp trong khuôn khổ WTO.³³² Tương tự, các tổ chức phi chính phủ (viết tắt là 'NGOs') cũng không có quyền này. Các NGOs không có quyền tham gia trực tiếp vào hệ thống giải quyết tranh chấp của WTO, nhưng họ có thể có vai trò trong tiến trình giải quyết tranh chấp của

³²⁶ Các khoản 6 và 13 Điều 17 DSU.

³²⁷ Khoản 2 Điều 19 DSU.

³²⁸ Liên quan đến trách nhiệm của Tổng giám đốc WTO, xem khoản 6 Điều 5, khoản 7 Điều 8, chú thích 12 của khoản 3(c) Điều 21, khoản 6 Điều 22 và khoản 2 Điều 24 DSU. Liên quan đến trách nhiệm của Ban thư kí WTO, xem khoản 6 Điều 8, các khoản 1, 2 và 3 Điều 27 DSU.

³²⁹ Liên quan đến các trọng tài viên, xem Điều 22 và Điều 25 DSU.

³³⁰ Liên quan đến các chuyên gia, xem Điều 13 và Phụ lục 4 DSU; Khoản 2 Điều 11 Hiệp định SPS; Các khoản 2 và 3 Điều 14 và Phụ lục 2 Hiệp định TBT; Các khoản 3 và 4 Điều 19 và Phụ lục 2 CVA; Khoản 5 Điều 4 và Khoản 3 Điều 24 Hiệp định SCM.

³³¹ Bruce Wilson, 'The WTO Dispute Settlement System and Its Operation: A Brief Overview of the First Ten Years', trong sách Rufus Yerxa và Bruce Wilson (chủ biên), *Key Issues in WTO Dispute Settlement*, (2005), tr. 16.

³³² WTO, *Participants in the Dispute Settlement System*, nguồn: http://www.wto.org/en_english/tratop_e/dispu_e/disp_settlement_cbt_e/c1s4p1_e.htm, truy cập ngày 1/12/2011.

WTO bằng cách đệ trình các ý kiến theo hình thức ‘amicus curiae’ tới Ban hội thẩm hoặc Cơ quan phúc thẩm.³³³

E. Các phương thức giải quyết tranh chấp trong khuôn khổ WTO

Cần lưu ý rằng sự tham gia của Ban hội thẩm và Cơ quan phúc thẩm không phải là cách thức duy nhất để giải quyết tranh chấp giữa các thành viên WTO. Trong khuôn khổ WTO, các bên tranh chấp có thể lựa chọn nhiều phương thức khác nhau, ngoài việc sử dụng Ban hội thẩm và Cơ quan phúc thẩm. Những phương thức khác đó bao gồm tham vấn; môi giới, hoà giải và trung gian; trọng tài. Trong nhiều trường hợp, các bên lại thích sử dụng các phương thức nêu trên hơn là phải viện dẫn đến sự phân xử của Ban hội thẩm và Cơ quan phúc thẩm. Tuy nhiên, điều đó không có nghĩa là các bên có thể tiến hành việc giải quyết tranh chấp theo bất cứ cách thức nào mà các bên mong muốn, mặc dù việc tìm ra giải pháp được chấp nhận chung luôn là ưu tiên của hệ thống giải quyết tranh chấp của WTO. Khi sử dụng những phương thức khác, theo quy định của DSU, các bên phải bảo đảm sự tin cậy và không được xâm phạm đến quyền của bất kì thành viên WTO nào khác.

Tham vấn là phương thức trong đó các bên tự thương lượng với nhau để đưa ra giải pháp thống nhất nhằm giải quyết tranh chấp. Tham vấn có thể là ‘một phương thức giải quyết tranh chấp thay thế’, như phương thức thương lượng, hoặc có thể là ‘một giai đoạn bắt buộc’ trong quy trình giải quyết tranh chấp của WTO - giai đoạn luôn phải tiến hành trước khi bước sang giai đoạn xét xử. Trong trường hợp đó, nếu việc tham vấn không giải quyết được tranh chấp, thì bên nguyên đơn có thể yêu cầu thành lập Ban hội thẩm.

Môi giới, hoà giải và trung gian là các thủ tục tự nguyện và đòi hỏi phải có sự chấp thuận của các bên tham gia.³³⁴ Theo khoản 3 Điều 5 của DSU, những phương thức nêu trên có thể được một thành viên yêu cầu vào thời điểm bất kì và về bất cứ vấn đề tranh chấp nào. Các phương thức này cũng có thể kết thúc vào bất kì thời điểm nào, và khi kết thúc, bên nguyên đơn có quyền yêu cầu thành lập Ban hội thẩm. Trong trường hợp các bên chấp thuận, các thủ tục môi giới, hoà giải hoặc trung gian có thể được tiếp tục ngay cả khi Ban hội thẩm đang tiến hành các thủ tục tố tụng.³³⁵

³³³ Trong những trường hợp này, theo các quy định của WTO, Ban hội thẩm và Cơ quan phúc thẩm có quyền chấp nhận hoặc từ chối những ý kiến này và không có nghĩa vụ phải xem xét chúng. Xem: David Palmeter và Petros C. Mavroidis, Sdd, tr. 39.

³³⁴ Khoản 1 Điều 5 DSU.

³³⁵ Khoản 5 Điều 5 DSU.

Trọng tài có thể được sử dụng như phương thức giải quyết tranh chấp thay thế nhằm tìm ra giải pháp cho các tranh chấp cụ thể giữa các thành viên WTO liên quan đến các vấn đề đã được các bên tranh chấp xác định rõ ràng. Theo Điều 25 của DSU, nếu các bên quyết định sử dụng trọng tài, thì các bên sẽ phải tuân thủ các thủ tục cụ thể mà họ đã thống nhất, đồng thời phải tuân thủ các phán quyết của trọng tài.³³⁶ Tuy nhiên, điều cần thiết là phải phân biệt giữa thủ tục trọng tài theo Điều 25 DSU và thủ tục trọng tài khác, được quy định tại khoản 3 Điều 21 và khoản 6 Điều 22 của DSU, vốn không phải là ‘phương thức giải quyết tranh chấp thay thế’.³³⁷

2. Thủ tục giải quyết tranh chấp của WTO

Thủ tục giải quyết tranh chấp của WTO bao gồm 4 giai đoạn sau:

- Giai đoạn tham vấn (A);
- Giai đoạn hội thẩm (B);
- Giai đoạn phúc thẩm (C);
- Thi hành phán quyết (D).

A. Giai đoạn tham vấn

Tham vấn là giai đoạn đầu tiên và là giai đoạn bắt buộc trong trình tự giải quyết tranh chấp tại WTO. Các quy định và thủ tục tham vấn trong khuôn khổ WTO được quy định tại Điều 4 của DSU.

Việc giải quyết tranh chấp sẽ được bắt đầu bằng một yêu cầu tham vấn chính thức. Yêu cầu tham vấn phải được lập thành văn bản và một bản sao phải được gửi cho DSB, các hội đồng và uỷ ban có liên quan của WTO. Yêu cầu tham vấn cũng phải đưa ra lí do yêu cầu, kể cả việc xác định mức độ của vấn đề và chỉ ra cơ sở pháp lí cho việc khiếu kiện. Trong một số trường hợp, một thành viên WTO không phải là nguyên đơn hay bị đơn cũng có thể yêu cầu tham gia tham vấn.³³⁸ Yêu cầu được tham gia này phải được gửi

³³⁶ Cần nhấn mạnh rằng quyết định trọng tài phải phù hợp với các hiệp định của WTO. Xem: Khoản 5 Điều 3 DSU.

³³⁷ Theo khoản 3 Điều 21 và khoản 6 Điều 22 DSU, thủ tục trọng tài xem xét một số vấn đề cụ thể phát sinh từ tranh chấp như xác định khoảng thời gian hợp lí để thi hành và mức độ trả đũa phù hợp.

³³⁸ Nếu thành viên WTO có lợi ích thương mại đáng kể trong vấn đề đang tranh chấp, và nếu việc tham vấn được yêu cầu trên cơ sở khoản 1 Điều XXII GATT, khoản 1 Điều XXII GATS hoặc các điều khoản tương tự trong các hiệp định liên quan khác. Ngoài ra, việc tham gia của thành viên có lợi ích liên quan phải được thành viên là bị đơn chấp nhận. Nếu bị đơn không nhất trí rằng tuyên bố về lợi ích thương mại đáng kể là có đủ căn cứ, thì thành viên có lợi ích liên quan không thể đòi hỏi được tham gia tham vấn. Trong trường hợp đó, theo khoản 11 Điều 4 DSU, thành viên có lợi

cho các thành viên tham vấn và DSB trong vòng 10 ngày kể từ ngày yêu cầu tham vấn được gửi.

Theo khoản 3 Điều 4 của DSU, trừ trường hợp có thoả thuận khác, bên được yêu cầu tham vấn phải tuân theo hai mốc thời hạn sau: Trong vòng 10 ngày phải trả lời yêu cầu tham vấn, và trong vòng 30 ngày kể từ ngày nhận được yêu cầu tham vấn hoặc trong khoảng thời gian do các bên thoả thuận phải tiến hành tham vấn, nếu chấp nhận tham vấn. Nếu bên được yêu cầu tham vấn không tuân thủ bất cứ thời hạn nào nói trên, nguyên đơn có thể ngay lập tức yêu cầu DSB thành lập Ban hội thẩm. Ngoài ra, nguyên đơn cũng có thể yêu cầu thành lập Ban hội thẩm, nếu trong thời hạn 60 ngày kể từ ngày nhận được yêu cầu tham vấn, các bên không đưa ra được một giải pháp phù hợp cho việc tham vấn; hoặc nếu các bên tham vấn đều cho rằng việc tham vấn không thể giải quyết được tranh chấp, dù thời hạn 60 ngày chưa kết thúc.³³⁹ Trong trường hợp khẩn cấp, các thời hạn trên có thể được rút ngắn.³⁴⁰

B. Giai đoạn hội thẩm

Trong trường hợp việc tham vấn không giải quyết được tranh chấp, nguyên đơn có thể yêu cầu DSB thành lập Ban hội thẩm. Trong trường hợp này, theo khoản 1 Điều 6 của DSU, Ban hội thẩm sẽ được thành lập chậm nhất là vào ngày họp tiếp theo của DSB mà tại đó yêu cầu thành lập Ban hội thẩm lần đầu tiên được đưa ra như một nội dung trong chương trình nghị sự của DSB, trừ trường hợp DSB quyết định, trên cơ sở đồng thuận, không thành lập Ban hội thẩm. Yêu cầu thành lập Ban hội thẩm phải được lập thành văn bản, trong đó phải chỉ rõ thủ tục tham vấn đã được tiến hành hay chưa, xác định cụ thể các biện pháp là đối tượng của tranh chấp và cung cấp bản tóm tắt ngắn gọn, rõ ràng về cơ sở pháp luật của đơn kiện.³⁴¹

Ban hội thẩm sẽ được thành lập cho từng vụ tranh chấp. Về thành phần của Ban hội thẩm, nếu không có thoả thuận nào giữa các bên trong vòng 20 ngày kể từ ngày DSB quyết định thành lập Ban hội thẩm, mỗi bên đều có thể yêu cầu Tổng giám đốc của WTO quyết định. Tổng giám đốc,

ích liên quan có thể yêu cầu tham vấn trực tiếp với bị đơn và việc này sẽ là sự khởi đầu cho trình tự giải quyết tranh chấp mới, độc lập.

³³⁹ Khoản 7 Điều 4 DSU.

³⁴⁰ Theo khoản 8 Điều 4 của DSU, trong trường hợp khẩn cấp, kể cả các trường hợp liên quan đến hàng hoá dễ bị hư hỏng, thời hạn để tham gia tham vấn là 10 ngày kể từ ngày nhận được yêu cầu tham vấn, và thời hạn yêu cầu thành lập Ban hội thẩm là 20 ngày kể từ ngày nhận được yêu cầu tham vấn.

³⁴¹ Khoản 2 Điều 6 DSU.

trong thời hạn 10 ngày sau khi gửi yêu cầu này tới Chủ tịch của DSB, sẽ chỉ định các thành viên Ban hội thẩm trên cơ sở tham vấn với Chủ tịch của DSB và Chủ tịch của các hội đồng hoặc Ủy ban có liên quan, sau khi đã tham vấn với các bên tranh chấp.³⁴²

Ban hội thẩm có thể bắt đầu công việc với việc đưa ra kế hoạch làm việc, thông thường sẽ tuân theo thời gian biểu được khuyến nghị tại Phụ lục 3 DSU và thông báo cho các bên. Kế hoạch làm việc có thể được điều chỉnh tùy thuộc vào hoàn cảnh cụ thể của mỗi vụ việc. Các bước chính trong giai đoạn phúc thẩm cũng được thể hiện trong kế hoạch làm việc (xem Bảng 2.6.1).

Bảng 2.6.1. Thủ tục làm việc và thời gian dự kiến đối với hoạt động của Ban hội thẩm theo Phụ lục 3 DSU

1.	Tiếp nhận các văn bản đệ trình đầu tiên của các bên: (a) Bên nguyên đơn (b) Bên bị đơn	3-6 tuần 2-3 tuần
2.	Cuộc họp chính thức đầu tiên với các bên; Phiên làm việc với bên thứ ba	1-2 tuần
3.	Nhận văn bản phản bác của các bên	2-3 tuần
4.	Cuộc họp chính thức thứ hai với các bên	1-2 tuần
5.	Đưa ra phân mô tả của báo cáo cho các bên	2-4 tuần
6.	Nhận ý kiến của các bên về phân mô tả của báo cáo	2 tuần
7.	Đưa ra báo cáo sơ bộ, bao gồm các kết quả điều tra và kết luận, cho các bên	2-4 tuần
8.	Thời hạn cuối cùng cho các bên đưa ra yêu cầu xem xét lại (các) phần của báo cáo	1 tuần
9.	Thời hạn để Ban hội thẩm xem xét lại báo cáo, kể cả các cuộc họp có thể bổ sung với các bên	2 tuần
10.	Đưa ra báo cáo cuối cùng cho các bên tranh chấp	2 tuần
11.	Gửi báo cáo cuối cùng cho các thành viên	3 tuần

Báo cáo cuối cùng của Ban hội thẩm sẽ được gửi cho các bên tranh chấp và được gửi cho tất cả các thành viên WTO và trở thành văn kiện WT/DS công khai. Nếu báo cáo của Ban hội thẩm bị kháng cáo, tranh chấp sẽ được đưa ra giải quyết tại Cơ quan phúc thẩm. Nếu không, báo cáo của

³⁴² Khoản 7 Điều 8 DSU.

Ban hội thẩm sẽ được DSB thông qua theo nguyên tắc ‘đồng thuận nghịch’. Báo cáo của Ban hội thẩm sẽ không được thông qua trước ngày thứ 20 sau ngày báo cáo này được ban hành, và trong trường hợp không có đơn kháng cáo cũng như không có sự đồng thuận phủ quyết việc thông qua, thì Báo cáo của Ban hội thẩm sẽ phải được thông qua trong thời hạn 60 ngày kể từ ngày báo cáo được gửi.³⁴³

C. Giai đoạn phúc thẩm

Trong trường hợp báo cáo của Ban hội thẩm bị kháng cáo, tranh chấp sẽ được đưa ra giải quyết tại Cơ quan phúc thẩm. Một điều cần lưu ý là báo cáo của Ban hội thẩm phải bị kháng cáo trước khi được DSB thông qua.

Cần phải nhấn mạnh rằng chỉ có các bên tranh chấp, cụ thể là ‘bên thắng kiện’ và ‘bên thua kiện’, chứ không phải là bên thứ ba, mới có quyền kháng cáo đối với báo cáo của Ban hội thẩm. Tuy nhiên, các bên thứ ba đã tham gia trong giai đoạn hội thẩm vẫn có thể tiếp tục đóng vai trò là ‘bên thứ ba’ trong giai đoạn phúc thẩm. Họ có thể đệ trình văn bản kiến nghị và có cơ hội được trình bày tại giai đoạn phúc thẩm.³⁴⁴

Giai đoạn phúc thẩm được bắt đầu với một thông báo bằng văn bản gửi tới DSB và một đơn kháng cáo đã được điền đầy đủ gửi tới Ban thư kí. Trong trường hợp này, một Ban phúc thẩm gồm ba thành viên được lựa chọn trong số bảy thành viên của Cơ quan phúc thẩm sẽ được thành lập để xem xét kháng cáo.³⁴⁵ Ban phúc thẩm này sẽ chuẩn bị kế hoạch làm việc. Theo khoản 5 Điều 17 DSU, nhìn chung thủ tục kháng cáo phải hoàn thành trong vòng 60 ngày³⁴⁶ và không thể kéo dài quá 90 ngày kể từ ngày gửi đơn kháng cáo. Báo cáo của Cơ quan phúc thẩm sẽ được DSB thông qua theo nguyên tắc ‘đồng thuận nghịch’ trong vòng 30 ngày kể từ ngày báo cáo này được gửi tới các thành viên, và nếu nó được thông qua thì các bên tranh chấp phải chấp nhận vô điều kiện. Cần lưu ý rằng, khác với thủ tục xét xử tại Ban hội thẩm, trong giai đoạn phúc thẩm sẽ không có việc xem xét sơ bộ.

Các bước chính trong giai đoạn phúc thẩm được đưa ra trong bảng sau (xem Bảng 2.6.2):

³⁴³ Các khoản 1 và 4 Điều 16 DSU.

³⁴⁴ Khoản 4 Điều 17 DSU.

³⁴⁵ Quy tắc 6 trong Thủ tục làm việc của quá trình xét xử phúc thẩm được ban hành ngày 16/8/2010 và được áp dụng cho các kháng cáo được gửi từ hoặc sau ngày 15/9/2010 (sau đây gọi là Thủ tục làm việc của quá trình xét xử phúc thẩm).

³⁴⁶ Nếu thủ tục kháng cáo kéo dài hơn 60 ngày, Cơ quan phúc thẩm phải thông báo cho DSB về nguyên nhân chậm trễ và đưa ra khoảng thời gian dự kiến để chuyển báo cáo cho các thành viên.

Bảng 2.6.2. Thủ tục làm việc và thời gian biểu cho các kháng cáo chung được quy định tại Phụ lục 1 trong thủ tục làm việc của quá trình xét xử phúc thẩm

Đơn kháng cáo	0
Đệ trình của bên kháng cáo	0
Đơn kháng cáo khác	5
Đệ trình của bên kháng cáo khác	5
Đệ trình của bên bị kháng cáo	18
Đệ trình của bên thứ ba	21
Thông báo của bên thứ ba	21
Đối chất	30 - 45
Chuyển Báo cáo phúc thẩm	60 - 90
Phiên họp của DSB để thông qua báo cáo	90 - 120

D. Thi hành phán quyết

DSB là cơ quan của WTO chịu trách nhiệm giám sát việc thi hành các báo cáo của Ban hội thẩm và Cơ quan phúc thẩm. Khi một báo cáo được thông qua, các khuyến nghị và quyết định của báo cáo đó sẽ trở thành phán quyết của DSB. Trong trường hợp đó, theo khoản 3 Điều 21 DSU, các khuyến nghị và quyết định đã được DSB thông qua phải được thi hành ngay lập tức, và nếu không thể thực hiện ngay được thì thành viên thua kiện sẽ có khoảng thời gian hợp lí để thi hành.³⁴⁷ Nếu thành viên thua kiện không thực hiện các khuyến nghị và quyết định trong khoảng thời gian hợp lí, và thoả thuận về bồi thường không đạt được trong thời hạn 20 ngày kể từ ngày kết thúc khoảng thời gian hợp lí nói trên, thành viên thắng kiện có thể yêu cầu DSB cho phép tạm hoãn thi hành các nghĩa vụ thành viên WTO, thường được gọi là ‘biện pháp trả đũa’ hay ‘các biện pháp trừng phạt’.³⁴⁸ Tuy nhiên, việc tạm

³⁴⁷ Về việc xác định khoảng thời gian hợp lí, khoảng thời gian đó có thể: (i) Được thành viên liên quan đề xuất và được DSB đồng thuận thông qua; (ii) Do các bên tranh chấp thoả thuận với nhau trong thời hạn 45 ngày kể từ khi báo cáo được thông qua; hoặc (iii) Do trọng tài viên quyết định. Xem khoản 3 Điều 21 DSU.

³⁴⁸ Theo khoản 3 Điều 22 DSU, có 3 hình thức áp dụng biện pháp tạm hoãn thi hành nghĩa vụ: (i) Áp dụng các biện pháp trả đũa đối với cùng lĩnh vực mà Ban hội thẩm hoặc Cơ quan phúc thẩm đã kết luận là có vi phạm hoặc làm vô hiệu hoặc gây phương hại (thường được gọi một cách không chính thức là trả đũa ‘song hành’); (ii) Áp dụng các biện pháp trả đũa đối với những lĩnh vực khác nhưng vẫn thuộc cùng một hiệp định, nếu bên nguyên đơn cho rằng việc trả đũa trong cùng một lĩnh vực là không thể thực hiện được, hoặc không mang lại hiệu quả (thường được gọi một cách không chính thức là trả đũa ‘chéo lĩnh vực’); và (iii) Áp dụng các biện pháp trả đũa đối với hiệp

hoãn thi hành các nghĩa vụ phải được áp dụng trên cơ sở có sự phân biệt đối xử và chỉ dành cho thành viên không thi hành phán quyết. Ngoài ra, mức độ trả đũa còn phải ‘tương xứng’ với mức độ thiệt hại hoặc bị vi phạm.³⁴⁹ Nếu thành viên thua kiện không đồng ý với hình thức trả đũa mà thành viên thắng kiện đề xuất, thì nước đó có thể yêu cầu trọng tài xem xét.³⁵⁰ DSB sẽ tiếp tục giám sát việc thi hành cho đến khi các khuyến nghị và quyết định được thi hành.

3. Các thành viên đang phát triển và hệ thống giải quyết tranh chấp của WTO

Các thành viên DCs, chiếm đa số các thành viên của WTO, ngày càng sử dụng hệ thống giải quyết tranh chấp của WTO một cách thường xuyên hơn và đã có những chiến thắng trước nhiều thành viên phát triển. Vụ *US-Underwear* do Cốt-xta Ri-ca khởi xướng, hay vụ *US-Gambling* với nguyên đơn là An-ti-go-a, chính là những ví dụ điển hình cho câu chuyện ‘Đa-vít chiến thắng Gô-li-a’ khi sử dụng thành công hệ thống giải quyết tranh chấp này.³⁵¹ Tiếp đó, sự thành công của Thái Lan và Việt Nam trước Hoa Kỳ trong các vụ *US-Shrimp (Thailand)* và *US-Shrimp (Viet Nam)* cũng là những điểm nhấn rất đáng kể.

Tuy nhiên, trong hầu hết các trường hợp, các thành viên DCs gặp phải nhiều bất lợi hơn khi muốn sử dụng hệ thống giải quyết tranh chấp của WTO, như việc thiếu các chuyên gia hiểu biết về pháp luật WTO và các thủ tục giải quyết tranh chấp; thiếu năng lực tài chính và cả những khó khăn trong việc sử dụng các biện pháp trả đũa. Ở mức độ nhất định, WTO đã nhận thức được các khó khăn của các thành viên DCs khi tham gia vào hệ thống giải quyết tranh chấp của WTO, vì vậy WTO đã dành sự đối xử S&D cũng như sự trợ giúp pháp lí cho các thành viên này.³⁵² Tuy nhiên, cần phải lưu ý rằng, những ưu đãi và sự trợ giúp nói trên sẽ không làm hạn chế các nghĩa vụ cũng như tăng cường quyền hạn cho các thành viên này. Đơn giản, chúng chỉ hỗ

định khác, nếu bên nguyên đơn cho rằng việc trả đũa trong cùng một hiệp định là không thể thực hiện được, hoặc không mang lại hiệu quả, đồng thời tình huống xảy ra phải đủ nghiêm trọng (thường được gọi một cách không chính thức là trả đũa ‘chéo hiệp định’)

³⁴⁹ Khoản 4 Điều 22 DSU.

³⁵⁰ Các khoản 6 và 7 Điều 22 DSU.

³⁵¹ Peter Van den Bossche, Sđd, tr. 232.

³⁵² Đối xử S&D dành cho các thành viên DCs và LDCs được quy định trong nhiều điều khoản về thủ tục giải quyết tranh chấp của WTO, như khoản 10 Điều 4, khoản 10 Điều 8, khoản 10 Điều 12, khoản 11 Điều 12, các khoản 2 và 8 Điều 21 DSU. Ngoài ra, Ban thư kí và Trung tâm tư vấn của WTO đặt tại Giơ-ne-vơ sẽ cung cấp sự trợ giúp pháp lí.

trợ cho các thành viên DCs bằng cách quy định các thủ tục bổ sung hoặc thủ tục đặc biệt, hoặc kéo dài hay rút ngắn các thời hạn. Theo đó, các thành viên DCs có thể lựa chọn thủ tục rút gọn, yêu cầu tăng thời hạn hoặc yêu cầu được trợ giúp pháp lí.³⁵³

Việt Nam được công nhận là thành viên DC khi gia nhập WTO năm 2007. Cho tới năm 2012, Việt Nam đã tham gia tổng cộng mười lần với tư cách là bên thứ ba và hai lần với tư cách là bên nguyên đơn vào hệ thống giải quyết tranh chấp của WTO.³⁵⁴ Rõ ràng, mặc dù sự tham gia của Việt Nam vào hệ thống giải quyết tranh chấp của WTO vẫn còn hạn chế nhưng qua đó, Việt Nam đã thu được nhiều bài học kinh nghiệm quý báu, đồng thời có được những cơ hội để có thể tác động đến hệ thống quy định của WTO theo hướng nhằm bảo vệ các lợi ích thương mại của mình. Tuy nhiên, cũng giống như các thành viên DCs khác, Việt Nam vẫn còn gặp rất nhiều thách thức trong khuôn khổ WTO; vì vậy, Việt Nam cần phải tăng cường năng lực và kinh nghiệm để có thể tự bảo vệ mình trước những tranh chấp có thể xảy ra trong tương lai, bằng việc sử dụng hiệu quả hệ thống giải quyết tranh chấp của WTO.

Mục 7. MỘT SỐ VẤN ĐỀ MỚI CỦA WTO (*)

1. Thương mại và môi trường

Sự mở rộng hoạt động thương mại khiến cho mối tương quan giữa thương mại và môi trường trở thành vấn đề đáng lưu tâm. Không thể phủ nhận rằng dòng chảy thương mại và các quy tắc chi phối chúng đã gây ra những thay đổi về môi trường. Đa số các chỉ số về môi trường trên thế giới đang suy giảm và thương mại quốc tế là tác nhân ngày càng đóng vai trò to lớn trong sự suy giảm này. Tuy nhiên, đồng thời, thương mại cũng có thể hỗ trợ để đạt được những mục tiêu về môi trường.

Càng ngày những vấn đề về môi trường liên quan đến thương mại và

³⁵³ WTO, *Developing Country Members and the Dispute Settlement System*, nguồn: http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/disp_settlement_cbt_e/c1s6p1_e.htm, truy cập ngày 1/12/2011.

³⁵⁴ WTO, *Dispute Cases Involving Viet Nam*, nguồn: http://www.wto.org/english/thewto_e/countries_e/vietnam_e.htm.

(*) *Tác giả: Federico Lupo Pasini*, Chuyên gia chính sách và luật kinh tế quốc tế, thành viên Trung tâm Luật Quốc tế, Trường Đại học Quốc gia Xinh-ga-po (NUS), Nghiên cứu sinh CUTS International. *Người biên dịch: Trần Thị Ngọc Anh*, Cử nhân Luật.

vai trò của WTO trong lĩnh vực thương mại và môi trường càng được quan tâm. Lời nói đầu của Hiệp định Ma-ra-két (Hiệp định thành lập WTO) đã nhắc đến tầm quan trọng của việc hướng tới sự phát triển bền vững. Các thành viên của WTO thừa nhận rằng:

... [M]ối quan hệ của họ trong các nỗ lực kinh tế và thương mại cần được thực hiện với mục tiêu nâng cao mức sống... [t]rong khi vẫn cho phép sử dụng tối ưu các nguồn tài nguyên trên thế giới theo đúng mục tiêu phát triển bền vững, bảo vệ và gìn giữ môi trường; nâng cao các biện pháp để thực hiện điều đó theo cách thức phù hợp với nhu cầu và mối quan tâm của họ ở các cấp độ phát triển kinh tế khác nhau.

Luật thương mại quốc tế ngày càng quy định rõ cách thức xây dựng luật trong nước liên quan đến các lĩnh vực như bảo vệ môi trường. Hiểu biết rộng hơn về mối quan hệ giữa hai đối tượng này là chìa khoá để nắm bắt mục tiêu cần đạt được. Mục tiêu của phần này là thúc đẩy sự hiểu biết về mối quan hệ giữa môi trường và thương mại từ góc độ pháp luật. Hay nói chính xác hơn, Mục này sẽ nghiên cứu sự tương tác giữa môi trường và luật thương mại quốc tế bằng cách đi vào chi tiết các điều khoản liên quan của GATT cũng như các hiệp định của WTO có liên quan trực tiếp tới vấn đề môi trường. Sau đó sẽ tập trung vào các hiệp định CBD (Công ước về đa dạng sinh học) và TRIPS, trước khi đề cập đến các tranh chấp liên quan đến môi trường.

A. Các điều khoản liên quan của GATT/WTO

1. GATT: Điều I và Điều III về không phân biệt đối xử

Các quy định thương mại quốc tế chủ yếu dựa trên cơ sở nguyên tắc không phân biệt đối xử. Điều I GATT quy định về nguyên tắc MFN, và Điều III quy định về NT, do đó cả hai điều này đều quy định về nguyên tắc không phân biệt đối xử.

Khoản 1 Điều I quy định:

Với mọi khoản thuế quan và khoản thu thuộc bất cứ loại nào nhằm vào hay có liên quan tới nhập khẩu và xuất khẩu, hoặc đánh vào các khoản chuyển khoản để thanh toán hàng xuất nhập khẩu, hay cách thức áp thuế hoặc áp dụng phụ thu nêu trên, hay với mọi luật lệ hay thủ tục trong xuất nhập khẩu và liên quan tới mọi nội dung đã được nêu tại khoản 2 và khoản 4 Điều III, mọi lợi thế, biệt đãi, đặc quyền hay quyền miễn trừ được bất kì bên kí kết nào dành cho bất cứ một sản phẩm có xuất xứ từ hay được giao tới bất kì một nước nào khác, sẽ được áp dụng cho sản phẩm tương tự có xuất xứ từ hay giao tới mọi bên kí kết khác ngay lập tức và vô điều kiện.

Khoản 4 Điều III quy định:

Các sản phẩm từ lãnh thổ của bất kì bên kí kết nào được nhập khẩu vào lãnh thổ của bên kí kết khác sẽ được hưởng đối xử không kém phần thuận lợi hơn sự đối xử dành cho các sản phẩm tương tự nội địa về mặt pháp luật, quy tắc và các quy định ảnh hưởng đến việc bán hàng, chào bán, mua, vận chuyển, phân phối hoặc sử dụng ở thị trường nội địa.

Yếu tố cấu thành đầu tiên của nguyên tắc không phân biệt đối xử đạt được khi tất cả các thành viên WTO đều bình đẳng theo nguyên tắc MFN. Điều I đảm bảo rằng các thành viên sẽ không được đưa ra bất kì lợi thế thương mại đặc biệt nào cho thành viên khác hay phân biệt đối xử chống lại thành viên đó. Yếu tố cấu thành thứ hai của nguyên tắc không phân biệt đối xử được quy định trong Điều III cũng đạt được khi hàng hoá nhập khẩu vào một nước được hưởng sự đối xử giống như hàng hoá nội địa.

Về vấn đề môi trường liên quan đến thương mại, nguyên tắc không phân biệt đối xử đảm bảo rằng các thành viên sẽ không ban hành các chính sách trong nước về bảo vệ môi trường theo kiểu phân biệt đối xử tùy tiện giữa sản phẩm nội địa và sản phẩm nhập khẩu. Nguyên tắc này cũng hướng tới việc ngăn chặn bất kì sự phân biệt đối xử nào giữa sản phẩm nhập khẩu tương tự từ các đối tác thương mại khác nhau. Mục đích là tránh việc sử dụng và lạm dụng các chính sách môi trường như là các rào cản trá hình trong thương mại quốc tế.

2. GATT: Điều XI về loại bỏ các hạn chế số lượng

Điều XI GATT tập trung vào việc quy định loại bỏ các hạn chế số lượng đối với hàng hoá xuất nhập khẩu được các thành viên đặt ra hoặc duy trì. Mục đích của việc ngăn cấm các hạn chế như vậy là để khuyến khích các thành viên chuyển các công cụ hạn chế số lượng thành công cụ thuế quan - biện pháp có tính minh bạch hơn. Đoạn đầu tiên của Điều XI quy định:

Không biện pháp cấm hay hạn chế nào khác, trừ thuế quan và các khoản thu khác, dù dưới hình thức hạn ngạch, giấy phép nhập khẩu hay xuất khẩu hoặc các biện pháp khác, sẽ được bất cứ một bên kí kết nào định ra hay duy trì nhằm vào việc nhập khẩu từ lãnh thổ của bất kì bên kí kết nào, hay nhằm vào việc xuất khẩu hay bán hàng để xuất khẩu đến lãnh thổ của bất kì bên kí kết nào.

Quy định này có liên quan đến các tranh luận về thương mại và môi trường bởi vì quy định này đã bị vi phạm trong một số tranh chấp về môi trường khi các nước áp đặt lệnh cấm nhập khẩu đối với các sản phẩm nhất định.

3. GATT: Điều XX về các ngoại lệ chung

Điều XX về các ngoại lệ chung đưa ra một số trường hợp cụ thể, theo đó các thành viên WTO có thể được miễn áp dụng các quy định của GATT. Hai trường hợp ngoại lệ quy định tại đoạn (b) và đoạn (g) đều liên quan đến vấn đề bảo vệ môi trường. Điều XX quy định:

[V]ới yêu cầu rằng các biện pháp này không được áp dụng theo cách có thể tạo ra công cụ phân biệt đối xử tùy tiện và vô căn cứ giữa các nước nơi có các điều kiện tương tự, hoặc tạo thành một hạn chế trá hình trong thương mại quốc tế, không có quy định nào trong Hiệp định này được hiểu là ngăn cản bất kỳ bên kí kết nào ban hành hoặc thực thi các biện pháp:

(...)

(b) [C]ần thiết để bảo vệ cuộc sống và sức khỏe của con người, động vật hoặc thực vật;

(...)

(g) [L]iên quan đến việc bảo tồn nguồn tài nguyên thiên nhiên có thể cạn kiệt, nếu các biện pháp này cũng được áp dụng hạn chế với sản xuất hoặc tiêu dùng trong nước.

Hai ngoại lệ trên cho phép các thành viên của WTO có thể biện minh cho các biện pháp chính sách không phù hợp với GATT, nếu như chúng hoặc là ‘cần thiết’ để bảo vệ cuộc sống và sức khỏe của con người, động vật hoặc thực vật, hoặc là các biện pháp này liên quan đến việc bảo tồn các tài nguyên thiên nhiên có thể cạn kiệt. Điều XX quy định rằng những biện pháp này không được phép dẫn tới bất kỳ phân biệt đối xử tùy tiện và vô căn cứ nào. Và cũng cần đảm bảo rằng các ngoại lệ này sẽ không tạo ra những hạn chế trá hình trong thương mại quốc tế.

4. GATS: Điều XIV

GATS quy định các ngoại lệ chung tại Điều XIV, giống như Điều XX GATT. Trong việc giải quyết các vấn đề về môi trường, Điều XIV(b) GATS cho phép các thành viên của WTO duy trì các biện pháp chính sách không phù hợp với GATS, nếu điều này là ‘cần thiết để bảo vệ cuộc sống và sức khỏe con người, động vật hoặc thực vật’, tương tự như Điều XX(b) GATT. Tương tự, các ngoại lệ này không được tạo ra bất kỳ sự phân biệt đối xử tùy tiện và vô căn cứ nào, cũng như bất kỳ hạn chế trá hình nào trong thương mại quốc tế.

5. Hiệp định TBT: Khoản 2 Điều 2

Hiệp định TBT đảm bảo rằng đặc điểm kỹ thuật của sản phẩm (quy chuẩn và tiêu chuẩn kỹ thuật), cũng như các thủ tục đánh giá sự phù hợp với các đặc điểm kỹ thuật đó, không tạo ra trở ngại không cần thiết đối với thương mại. Mặt khác, việc bảo vệ cuộc sống và sức khỏe của con người, động vật và thực vật và việc bảo vệ môi trường được coi là mục tiêu chính đáng của các thành viên. Khoản 2 Điều 2 quy định:

Các thành viên phải đảm bảo rằng các quy định về kỹ thuật không được soạn thảo, thông qua hoặc áp dụng với mục đích tạo ra các trở ngại không cần thiết đối với thương mại quốc tế. Với mục đích này, các quy định về kỹ thuật sẽ không được phép hạn chế thương mại nhiều hơn mức cần thiết để thực hiện một mục tiêu chính đáng, có tính đến những rủi ro từ việc không thực hiện các mục tiêu. Các mục tiêu chính đáng gồm có: các yêu cầu về an ninh quốc gia; ngăn ngừa các hành vi lừa đảo; bảo vệ sức khỏe và sự an toàn cho con người, cuộc sống và sức khỏe cho động-thực vật, hoặc môi trường. Khi đánh giá các rủi ro, các yếu tố có liên quan được cân nhắc gồm có: thông tin khoa học kỹ thuật hiện có, công nghệ xử lý liên quan hoặc mục đích sử dụng cuối cùng theo dự tính của sản phẩm.

6. Hiệp định SPS

Hiệp định SPS và Hiệp định TBT bổ sung cho nhau. SPS điều chỉnh nhóm các biện pháp hẹp hơn so với TBT, bao gồm các biện pháp được các thành viên thực thi để đảm bảo an toàn vệ sinh thực phẩm, đồ uống và thức ăn gia súc khỏi các phụ gia, độc chất hoặc chất gây bệnh. Ngoài ra, SPS còn bao gồm cả các biện pháp ngăn chặn sự lây lan của dịch bệnh. Các biện pháp SPS chỉ nên được áp dụng ở mức độ cần thiết để bảo vệ sức khỏe và cuộc sống của con người, động vật và thực vật. Những biện pháp này không được phép phân biệt đối xử tùy tiện và vô căn cứ giữa các thành viên có điều kiện tương tự.

7. Hiệp định TRIPS và Công ước về đa dạng sinh học (CBD)

Hiệp định TRIPS đặt ra những tiêu chuẩn tối thiểu về pháp luật được các chính phủ sử dụng nhằm nâng cao sự bảo hộ IPRs đầy đủ và hiệu quả. IPRs bao gồm rất nhiều chức năng, như khuyến khích sáng kiến và công khai thông tin về sáng chế, trong đó có các công nghệ về môi trường. Đối với thương mại và môi trường, Hiệp định TRIPS thực sự có tầm quan trọng đặc biệt. Một số điều khoản của Hiệp định TRIPS được xây dựng để giải

quyết các vấn đề liên quan đến môi trường trong việc bảo hộ IPRs. Vấn đề môi trường được đề cập một cách trực tiếp ở Điều 27, Mục 5 (về Bằng sáng chế). Khoản 2 quy định rằng các thành viên có thể loại bỏ bằng sáng chế, nếu việc bảo hộ nó có thể gây tổn thất nghiêm trọng đến môi trường:

[C]ác thành viên có thể loại trừ việc cấp bằng sáng chế cho những sáng chế cần phải bị cấm khai thác nhằm mục đích thương mại trong lãnh thổ của mình để bảo vệ trật tự công cộng hoặc đạo đức xã hội, kể cả để bảo vệ cuộc sống và sức khỏe của con người và động vật hoặc thực vật hoặc để tránh gây tổn thất nghiêm trọng cho môi trường, với điều kiện những ngoại lệ đó được quy định không chỉ vì lí do duy nhất là việc khai thác các sáng chế tương ứng bị pháp luật của nước đó ngăn cấm.

Ngoài việc ngăn chặn sự nguy hiểm cho môi trường, sự ngăn chặn này cũng có thể được áp dụng trên lãnh thổ các thành viên nếu thấy cần thiết để bảo vệ sức khỏe và cuộc sống của con người, động vật và thực vật. Theo Hiệp định, các thành viên có thể ngăn chặn việc cấp bằng sáng chế cho các giống động-thực vật (không bao gồm vi sinh vật), và các quy trình sản xuất động thực vật (không bao gồm các quy trình phi sinh học hoặc vi sinh học). Khoản 3(b) quy định: ‘Các thành viên có thể ngăn chặn việc cấp bằng sáng chế: ... (b) [T]hực vật và động vật không phải là các chủng vi sinh, và các quy trình sản xuất thực vật và động vật, chủ yếu mang tính chất sinh học và không phải là các quy trình phi sinh học hoặc vi sinh’.

Khoản này còn bổ sung rằng các thành viên phải bảo hộ các giống cây trồng khác nhau nhằm mục tiêu đa dạng sinh học, bằng việc cấp bằng sáng chế hoặc các biện pháp khác được đề cập trong Hiệp định.

Hiệp định TRIPS mang tính cấm đoán tích cực. Điều này khiến cho Hiệp định TRIPS trở thành duy nhất trong hệ thống quy tắc của WTO, vốn thường mô tả những việc mà các thành viên không nên làm. Hiệp định còn đặc biệt bởi nó đề cập các quyền cá nhân (quyền của các nhà sáng tạo và các nhà cải tiến), trong khi các quy định khác của WTO đề cập đến các quyền và nghĩa vụ của chính phủ.

Mặt khác, Công ước đa dạng sinh học (CBD) yêu cầu các bên tham gia hợp tác để đảm bảo rằng các bằng sáng chế và IPRs khác ‘hỗ trợ và không đi ngược lại’ các mục tiêu của họ. Một số xung đột thực sự có thể xảy ra giữa CBD và các đặc điểm nhất định của IPRs. Vấn đề tiềm ẩn có thể xảy ra, bởi vì CBD cho phép các thành viên có toàn quyền kiểm soát về

nguồn tài nguyên di truyền. Qua đó, họ có thể điều chỉnh và kiểm soát quyền tiếp cận nguồn tài nguyên di truyền trong lãnh thổ của họ. Nguồn tài nguyên di truyền có thể được thể hiện trong đa dạng giống cây trồng với các mã di truyền có giá trị, hoặc thậm chí cả kiến thức truyền thống.

Nguồn tài nguyên này là mục tiêu tìm kiếm của rất nhiều lợi ích thương mại, bao gồm dược phẩm và thảo dược, công nghệ sinh học, nông nghiệp v.v.. CBD đòi hỏi rằng bất kỳ tiếp cận nào đến các nguồn tài nguyên di truyền đều phải dựa trên các điều kiện có lợi cho cả hai bên, và nước chủ nhà cần phải được thông báo trước. Bên cạnh đó, nó đảm bảo nước cung cấp nguồn tài nguyên di truyền cũng được hưởng lợi từ doanh thu của việc thương mại hoá công bằng sản phẩm hoặc thuốc mới. Điều này tránh việc cấp bằng sáng chế dựa trên nguyên liệu di truyền ‘ăn cắp’, vi phạm các quy tắc trong cam kết.

B. Các tranh chấp liên quan đến môi trường

*1. Vụ cá ngừ Hoa Kỳ/Ca-na-đa (United State-Prohibition of Imports of Tuna and Tuna Products from Canada)*³⁵⁵

Ca-na-đa tịch thu tàu đánh cá và bắt giữ ngư dân của Hoa Kỳ, vì họ đánh bắt cá ngừ vây dài mà không được sự cho phép của chính quyền Ca-na-đa. Vụ việc diễn ra tại vùng biển mà Ca-na-đa cho là nằm trong phạm vi quyền tài phán của họ. Ngược lại, Hoa Kỳ không công nhận quyền tài phán này của Ca-na-đa và bắt đầu thực hiện các lệnh cấm nhập khẩu để trả đũa Ca-na-đa theo Đạo luật bảo tồn và quản lí nghề cá của Hoa Kỳ. Ban hội thẩm tuyên bố rằng việc cấm nhập khẩu là đi ngược lại với khoản 1 Điều XI GATT và không thể biện minh bởi khoản 2 Điều XI và Điều XX(g).

*2. Vụ Hoa Kỳ/Ca-na-đa về cá hồi và cá trích (Canada-Measures Affecting Exports of Unprocessed Herring and Salmon)*³⁵⁶

Ca-na-đa vẫn duy trì các quy định cấm xuất khẩu hoặc bán để xuất khẩu một số mặt hàng cá hồi và cá trích chưa qua chế biến, theo Đạo luật thủy sản Ca-na-đa 1970. Điều XI GATT được Hoa Kỳ viện dẫn để chỉ trích các biện pháp này là không phù hợp. Ca-na-đa thì cho rằng việc áp dụng Điều XX(g)

³⁵⁵ WTO, vụ *United State-Prohibition of Imports of Tuna and Tuna Products from Canada* (BISD 29S/91), <http://www.wto.org>.

³⁵⁶ WTO, vụ *Canada-Measures Affecting Exports of Unprocessed Herring and Salmon* (BISD 35S/98), <http://www.wto.org>.

là đúng trong hoàn cảnh này, vì việc hạn chế xuất khẩu là một phần trong việc quản lí nguồn lợi thủy sản hướng tới bảo tồn nguồn cá. Mặc dù vậy, Ban hội thẩm tuyên bố rằng các biện pháp mà phía Ca-na-đa áp dụng đã đi ngược lại với khoản 1 Điều XI GATT và không phù hợp với khoản 2(b) Điều XI hoặc Điều XX(g).

3. Vụ cá heo và cá ngừ³⁵⁷

Đạo luật bảo vệ động vật biển có vú của Hoa Kỳ (viết tắt là ‘MMPA’) quy định cấm đánh bắt các loại động vật biển có vú khi săn bắt cá ngừ vây vàng trên vùng biển nhiệt đới Đông Thái Bình Dương. Vùng biển này trên thực tế được biết đến với sự xuất hiện của đàn cá heo bơi phía trên đàn cá ngừ. Đồng thời, MMPA cấm nhập khẩu các động vật biển có vú (trừ khi được cho phép rõ ràng). Bên cạnh đó, nếu việc đánh cá sử dụng các công nghệ đánh cá thương mại gây giết hại ngẫu nhiên hoặc làm tổn thương nghiêm trọng cho động vật biển có vú, thì việc nhập khẩu cá sẽ bị cấm. Trong trường hợp cụ thể đối với cá ngừ, việc nhập khẩu bị cấm, trừ khi cơ quan có thẩm quyền của Hoa Kỳ cho rằng: (i) Chính quyền của nước khai thác có một ‘chương trình quy định việc đánh bắt các loài động vật biển có vú tương tự như Hoa Kỳ’, và (ii) ‘Tỉ lệ trung bình của việc ngẫu nhiên đánh bắt các loại động vật biển có vú của các tàu của nước khai thác phải ngang bằng với tỉ lệ trung bình của các tàu Hoa Kỳ’. Thêm vào đó, Hoa Kỳ cũng cấm việc nhập khẩu cá ngừ từ các nước mua cá ngừ của một nước chịu lệnh cấm vận chính. Mê-hi-cô cho rằng lệnh cấm nhập khẩu cá ngừ và các chế phẩm từ cá ngừ là không phù hợp với các Điều XI, XIII và III. Hoa Kỳ lập luận rằng việc cấm vận này phù hợp với Điều III, và trong mọi trường hợp đều thuộc phạm vi áp dụng Điều XX(b) và (g). Hoa Kỳ cũng bổ sung thêm rằng lệnh cấm ‘qua trung gian’ là phù hợp với Điều III và có thể biện minh theo Điều XX(b), (d) và (g).

Theo ý nghĩa của Điều III, Ban hội thẩm cho rằng việc cấm nhập khẩu theo các cách cấm trực tiếp và ‘qua trung gian’ là không phù hợp với khoản 1 Điều XI, và không thể biện minh bởi Điều XX(b) và (g). Lệnh cấm ‘qua trung gian’ cũng không thể biện minh theo Điều XX(d).

³⁵⁷ Vụ kiện này do Mê-hi-cô và một số nước khác khởi kiện chống lại Hoa Kỳ trên cơ sở GATT 1947. Mặc dù Báo cáo của Ban hội thẩm đã được ban hành năm 1991, nhưng nó không được thông qua. Vì thế, vụ việc này không được xem như một giải thích pháp luật về luật GATT. Hai phía Hoa Kỳ và Mê-hi-cô sau đó đã giải quyết vụ việc này ‘bên ngoài toà án’.

4. *Vụ Hoa Kỳ-Xăng dầu (United States-Standards for Reformulated and Conventional Gasoline)*³⁵⁸

Hoa Kỳ ban hành Luật xăng dầu quy định về thành phần và hiệu ứng khí thải của xăng dầu, nhằm mục tiêu giảm khí thải. Từ thời điểm Luật này được ban hành, chỉ được phép bán xăng dầu đạt mức độ sạch theo quy định (gọi là ‘xăng đã xử lí’) cho người tiêu dùng trong các vùng bị ô nhiễm nhiều nhất. Tại các vùng khác, chỉ được phép bán xăng dầu không ‘bẩn’ hơn xăng dầu được bán năm 1990 (gọi là ‘xăng truyền thống’). Điều này được áp dụng cho tất cả các nhà máy lọc dầu, pha trộn dầu hoặc nhập khẩu dầu của Hoa Kỳ. Nó đòi hỏi các nhà máy lọc dầu nội địa tự thiết lập các tiêu chuẩn lọc dầu cho riêng mình. Và tiêu chuẩn này cần thể hiện chất lượng xăng dầu được sản xuất bởi cơ sở lọc dầu đó vào năm 1990.

Vê-nê-zu-ê-la và Brazil chỉ ra sự không phù hợp của Luật xăng dầu Hoa Kỳ với Điều III của GATT và tiếp đó tuyên bố rằng nó không được biện minh theo Điều XX. Theo quan điểm của Hoa Kỳ, Luật xăng dầu Hoa Kỳ phù hợp với Điều III, và trong mọi trường hợp, được biện minh bằng các ngoại lệ quy định ở đoạn (b), (g) và (d) của Điều XX.

Mặc dù vậy, Ban hội thẩm tuyên bố rằng Luật xăng dầu Hoa Kỳ không phù hợp với Điều III và không thể biện minh được theo Điều XX(b), (d) hoặc (g). Kết luận của Ban hội thẩm liên quan đến Điều XX bị kháng cáo, tại đây Cơ quan phúc thẩm kết luận rằng việc thiết lập tiêu chuẩn lọc dầu là nằm trong giới hạn của Điều XX(g), nhưng không đáp ứng đòi hỏi về điều kiện áp dụng của Điều XX.

5. *Vụ EC-A-mi-ăng (European Communities-Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products)*³⁵⁹

Sau khi Pháp cấm sử dụng a-mi-ăng trắng, Ca-na-đa lập luận rằng không nên cấm hoàn toàn mà thay vào đó chỉ cần hạn chế sử dụng a-mi-ăng trắng. Ca-na-đa cũng bày tỏ không hài lòng về sự phân biệt đối xử của Pháp đối với các sản phẩm thay thế a-mi-ăng trắng. Ban hội thẩm tuyên bố rằng việc áp dụng lệnh cấm có thể biện minh để bảo vệ cho sức khỏe của công nhân Pháp, trên cơ sở Điều XX(b) - cho phép áp dụng ngoại lệ của luật WTO

³⁵⁸ WTO, vụ *United States-Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*, Vụ việc số 2 và 4 của WTO. Phán quyết được thông qua ngày 20/5/1996, <http://www.wto.org>.

³⁵⁹ WTO, Báo cáo của Cơ quan phúc thẩm, vụ *European Communities-Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products*, [WT/DS135/AB/R, ngày 12/3/2001], <http://www.wto.org>.

bằng việc áp dụng các biện pháp cần thiết để bảo vệ sức khỏe con người. Tuy nhiên, Ban hội thẩm cũng đồng ý với phía Ca-na-đa rằng Pháp đã phân biệt đối xử đối với a-mi-ăng của Ca-na-đa. Ban hội thẩm kết luận rằng a-mi-ăng trắng và các loại sợi thay thế nội địa ít độc hại là các sản phẩm tương tự theo khoản 4 Điều III. Vì thế, tại thị trường Pháp, các sản phẩm này, về nguyên tắc, cần phải được đối xử như nhau. Cơ quan phúc thẩm tán thành kết luận của Ban hội thẩm liên quan đến Điều XX(b), tuy nhiên lại hủy bỏ kết luận của Ban hội thẩm liên quan đến khoản 4 Điều III.

2. Thương mại và quyền xã hội

A. Thương mại quốc tế và tiêu chuẩn lao động

Sự tương tác của thương mại quốc tế và các tiêu chuẩn lao động là vấn đề nổi cộm giữa các nước phát triển và các DCs. GATT không nói đến các cân nhắc về lao động và xã hội. Tuy nhiên, phần mở đầu của Hiệp định thành lập WTO tuyên bố rằng ‘thương mại cần được tiến hành với quan điểm nâng cao chất lượng cuộc sống, đảm bảo công ăn việc làm ... [h]ướng đến mục tiêu phát triển bền vững’. Dù vậy, trong các điều khoản thương mại hiện hành, chỉ có một số ít các tham chiếu gián tiếp tới các vấn đề liên quan đến lao động. Các tiêu chuẩn lao động và các hoạt động thương mại liên quan đến lao động cũng không được quy định. Trên thực tế, các tiêu chuẩn này được quy định bởi Tổ chức lao động quốc tế (viết tắt là ‘ILO’). Mặc dù vậy, các thành viên của WTO khẳng định trong Tuyên bố cấp bộ trưởng tại Xinh-ga-po sự cam kết của họ đối với các quyền và nghĩa vụ được quy định bởi ILO. Họ tuyên bố rằng: ‘Chúng tôi nhắc lại cam kết của chúng tôi đối với việc tuân thủ các tiêu chuẩn lao động cơ bản được công nhận trên toàn thế giới... [v]à chúng tôi khẳng định chúng tôi sẽ hỗ trợ cho hoạt động [của ILO] nhằm thúc đẩy các tiêu chuẩn đó’.³⁶⁰

Tuy nhiên, vì đây chỉ là Tuyên bố cấp bộ trưởng nên không tạo ra một nghĩa vụ nào. Mối quan hệ pháp lý giữa các tiêu chuẩn của WTO và tiêu chuẩn lao động vẫn sẽ là mối quan hệ đáng quan tâm và cần phát triển. Mục này sẽ xem xét sâu hơn về cách giải thích và áp dụng các quyền và nghĩa vụ WTO trong mối liên quan với các tiêu chuẩn lao động cơ bản.

³⁶⁰ WTO, Tuyên bố cấp bộ trưởng tại Xinh-ga-po, WT/MIN(96)/DEC, ngày 13/12/1996.

B. Các biện pháp nhân quyền liên quan đến thương mại và GATT

1. Hạn chế pháp lí về các biện pháp nhân quyền liên quan đến thương mại

Ban đầu, hệ thống của WTO được thiết lập chỉ để điều chỉnh các mối quan hệ thương mại giữa các thành viên. Do đó, việc áp đặt các biện pháp nhân quyền liên quan đến thương mại đối với một thành viên, trước tiên, phải luôn tuân thủ các quy định của WTO. Nếu một biện pháp không tuân thủ các quy định của WTO, thì nó được coi là không hợp pháp theo luật WTO. Ví dụ, áp dụng biện pháp cấm vận thương mại đối với các sản phẩm của một thành viên cụ thể, do thành viên này vi phạm nhân quyền. Trường hợp này vi phạm Điều I GATT - quy định về MFN, bởi vì tình hình nhân quyền thường không ảnh hưởng đến chất lượng sản phẩm. Một ví dụ khác là lệnh cấm nhập khẩu những mặt hàng nhất định được sản xuất bằng sức lao động trẻ em và/hoặc trong điều kiện làm việc nặng nhọc và vi phạm những tiêu chuẩn lao động cơ bản. Lệnh cấm này sẽ vi phạm Điều XI GATT - quy định cấm mọi biện pháp hạn chế thương mại. Cuối cùng và đặc biệt là: giải quyết thế nào đối với trường hợp một mặt cho phép nhập khẩu, nhưng mặt khác lại áp loại thuế đặc biệt đối với các sản phẩm được sản xuất trong điều kiện lao động không đảm bảo? Việc này lại là một sự vi phạm nguyên tắc NT được quy định tại Điều III GATT, do không có loại thuế tương tự được áp đối với các sản phẩm nội địa tương tự.

2. Sự biện hộ theo các ngoại lệ của Điều XX GATT

Như đã giải thích trong phần trước liên quan đến môi trường, khả năng áp dụng các biện pháp hạn chế thương mại của một thành viên luôn bị giới hạn. Điều XX GATT mặc dù quy định các ngoại lệ chung, nhưng đòi hỏi những điều kiện áp dụng nghiêm ngặt. Điều khoản này liệt kê các trường hợp liên quan đến chính sách công rất cụ thể, có thể biện minh cho việc làm trái với các nguyên tắc của GATT. Các trường hợp này bao gồm: bảo vệ đạo đức xã hội - thể hiện trong đoạn (a); bảo vệ cuộc sống và sức khỏe của người, động vật và thực vật - thể hiện trong đoạn (b); và các biện pháp liên quan đến lao động tù nhân - thể hiện trong đoạn (e). Việc sử dụng các biện pháp nêu trên phải tuân theo các điều kiện áp dụng được quy định ở phần đầu của Điều XX, đó là: tuân thủ nguyên tắc không phân biệt đối xử, và không tạo thành rào cản trá hình đối với thương mại quốc tế. Vì thế, ngay cả khi Điều XX không bao gồm khoản nào về xã hội, thì sự vi phạm các quyền xã hội cũng có thể được điều chỉnh bằng quy định hiện hành về các ngoại lệ cụ thể.

Trong khi đoạn (a) và (e) hiếm khi được áp dụng hoặc đề cập trong bất kỳ báo cáo nào của các cơ quan giải quyết tranh chấp, thì đoạn (b) lại thường được viện dẫn để biện minh cho các biện pháp về bảo vệ sức khoẻ. Tuy nhiên, đoạn (a) Điều XX vẫn có thể được viện dẫn làm cơ sở pháp lí. Ngoại lệ về đạo đức xã hội được thể hiện trong đoạn (a) có thể được diễn giải như việc cấm văn hoá phẩm đồi trụy, vì chúng được sản xuất dựa trên sự ngược đãi nghiêm trọng phụ nữ, và thậm chí cả trẻ em. Đoạn (e) bao gồm các biện pháp có liên quan tới các sản phẩm được sản xuất bằng sức lao động của tù nhân. Ngoại lệ này thậm chí có thể được mở rộng cho các trường hợp lao động nô dịch. Cả hai ngoại lệ (a) và (e) đều có khả năng được sử dụng để biện minh cho các biện pháp hạn chế thương mại liên quan đến việc vi phạm các tiêu chuẩn lao động và tiêu chuẩn xã hội. Tương tự, đoạn (b) có thể được sử dụng trong các trường hợp liên quan đến bảo vệ nhân quyền, để biện minh cho các biện pháp về y tế công cộng, cũng là khía cạnh của nhân quyền liên quan đến sức khoẻ. Tương tự, ngoại lệ này cũng bao gồm việc điều chỉnh các biện pháp phòng ngừa các điều kiện làm việc đặc biệt nguy hiểm cho con người.

Trong bất kỳ trường hợp nào, các điều kiện áp dụng của Điều XX luôn nhằm mục đích tránh việc lạm dụng các ngoại lệ này, bằng cách đòi hỏi đảm bảo hai điều kiện: (i) Không được phép áp dụng biện pháp theo cách tùy tiện và phân biệt đối xử giữa các thành viên có điều kiện tương tự; và (ii) Không được phép áp dụng các biện pháp này như các công cụ hạn chế trá hình đối với thương mại quốc tế.

C. Các án lệ của GATT

Các quyền về lao động và xã hội thường bị vi phạm thông qua điều kiện làm việc: lao động trẻ em, điều kiện làm việc như nô lệ, thiếu hoàn toàn các quyền cơ bản của công nhân... là một vài ví dụ của cái gọi là ‘quy trình và phương pháp sản xuất’ (viết tắt là ‘PPM’), theo cách nói của WTO. Người ta sử dụng các biện pháp hạn chế nhập khẩu đối với các sản phẩm được sản xuất dưới điều kiện lao động như thế, nhằm đòi hỏi việc sản xuất hàng hoá phải đảm bảo thoả mãn các tiêu chuẩn về PPM.

Theo các quy định của GATT, nguyên tắc không phân biệt đối xử đã bị vi phạm thông qua hạn chế về PPM, vốn được áp dụng cho các sản phẩm tương tự. Các sản phẩm tương tự được xác định thông qua chất lượng, chức năng hoặc mục đích sử dụng cuối cùng trên thị trường. PPM thường không ảnh hưởng gì đến các tiêu chuẩn này, do đó không được phép đối xử khác nhau với các sản phẩm tương tự dựa theo PPM.

Ví dụ, việc một thành viên cấm nhập khẩu hoặc áp thuế nhập khẩu bổ sung đối với sản phẩm giày dép được sản xuất bởi lao động trẻ em là vi phạm Điều III hoặc Điều XI GATT. Trên thực tế, không có sự khác biệt về chất lượng, chức năng hoặc công dụng giữa các sản phẩm giày dép được sản xuất bởi lao động của người trưởng thành và lao động trẻ em.

Một số nhà bình luận cho rằng các ngoại lệ tại đoạn (e) của Điều XX có thể sẽ cho phép PPM và các biện pháp liên quan đến các sản phẩm của lao động tù nhân trở thành ngoại lệ hợp lệ. Nhưng thực tế là cho đến nay, điều khoản này chưa bao giờ được viện dẫn hoặc giải quyết bởi DSB. Tuy nhiên, trong vụ tôm của Hoa Kỳ (*US-Shrimp*), Cơ quan phúc thẩm đã nêu trong phần chú thích rằng điều khoản này không cho phép các nước nhập khẩu được nhập khẩu các sản phẩm được sản xuất theo chính sách về lao động tù nhân của nước xuất khẩu.³⁶¹ Vì thế, có thể hiểu là điều khoản này sẽ được giải thích một cách rất hạn chế.

Tuy nhiên, một thành viên sẽ được phép bảo vệ các mối quan tâm phi thương mại của mình theo Điều XX, trong trường hợp cụ thể của chính thành viên đó. *Ví dụ*, việc áp đặt các biện pháp để bảo vệ sức khoẻ công nhân trong một nước là được cho phép theo luật WTO. Đó là vụ A-mi-ăng (*Asbestos*), theo đó lệnh cấm nhập khẩu a-mi-ăng chứa các chất độc hại là để nhằm bảo vệ sức khoẻ của công nhân Pháp.

Mặt khác, quan điểm của án lệ là hạn chế thừa nhận các biện pháp có tính trị ngoại lãnh thổ, được biết đến như việc buộc các thành viên khác của WTO phải áp dụng các tiêu chuẩn quốc gia của nước đưa ra sự áp đặt. Vụ cá ngừ của Hoa Kỳ đã thực sự nhấn mạnh việc cấm các biện pháp có tính trị ngoại lãnh thổ. Nếu không, các biện pháp này sẽ cho phép các thành viên đơn phương quyết định các chính sách mà các thành viên khác phải làm theo, để được hưởng các quyền theo GATT.

Nếu xem xét phạm vi áp dụng theo lãnh thổ của các nghĩa vụ nhân quyền, thì nhân quyền cần được đảm bảo cho tất cả mọi người trong một quốc gia, nhưng nhìn chung không có nghĩa vụ nào đòi hỏi việc khuyến khích hoặc bảo vệ nhân quyền ở ngoài lãnh thổ. Vì thế, việc cấm lao động trẻ em được áp dụng cho mọi trẻ em trong lãnh thổ một thành viên nào đó, và không thể được thực thi ở ngoài lãnh thổ. Vấn đề áp dụng luật quốc gia ở ngoài lãnh thổ thực sự là vấn đề khó giải quyết theo luật quốc tế, vì nó vi

³⁶¹ WTO, vụ *United States-Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, DS58, <http://www.wto.org>.

phạm chủ quyền của các quốc gia khác.

Tuy nhiên, một số công ước về nhân quyền đưa ra nghĩa vụ áp dụng nhân quyền phổ cập nhằm thúc đẩy nhân quyền thông qua hợp tác quốc tế, như Tuyên bố của Liên hợp quốc về quyền phát triển. Tuyên bố này nêu rõ nghĩa vụ thúc đẩy nhân quyền trên bình diện quốc tế. Việc này có thể được thực hiện tại các tổ chức quốc tế, như WTO. Mặc dù vậy, nó không cho phép thực thi luật quốc gia ở ngoài lãnh thổ, vì điều này vi phạm chủ quyền của các quốc gia khác.

3. Hiệp định thương mại song phương và khu vực

Các hiệp định thương mại khu vực và hiệp định thương mại song phương ngày càng phát triển mạnh mẽ. Hầu hết các thành viên của WTO đều theo đuổi các hiệp định song phương hoặc khu vực. Có thể nói tới Hiệp định hợp tác lao động Bắc Mỹ ('NAALC'), được đàm phán với tư cách là Hiệp định bổ sung của Hiệp định thương mại tự do Bắc Mỹ (NAFTA)³⁶² và có hiệu lực vào ngày 1/1/1994. Hiệp định bao gồm 11 nguyên tắc lao động cơ bản và yêu cầu các nước Mê-hi-cô, Hoa Kỳ và Ca-na-đa cải thiện tình hình thực thi các tiêu chuẩn và quyền lao động nêu trên.

Chính xác hơn, trong phần mở đầu của NAALC đã khẳng định tầm quan trọng của việc cải thiện tiêu chuẩn lao động và sinh hoạt. Bản thân Hiệp định đòi hỏi 'Các bên tham gia thúc đẩy việc tuân thủ và thực thi hiệu quả luật lao động thông qua các hành động phù hợp của chính phủ' và vạch ra các lĩnh vực khác nhau theo đó các bên nên hợp tác để đạt được sự phát triển. Mặc dù vậy, NAALC không thiết lập một bộ các quyền và tiêu chuẩn lao động quốc tế mà chỉ đề cập các luật lao động quốc gia và đòi hỏi các bên tham gia đảm bảo rằng luật lao động của từng nước đưa ra các tiêu chuẩn lao động cao. Hơn nữa, Hiệp định này đòi hỏi các bên tham gia phải quy định các thủ tục khiếu nại đối với các vi phạm luật quốc gia. Tuy nhiên, cơ chế thực thi còn yếu, Toà án trong khuôn khổ NAALC chưa xét xử vụ nào mà dẫn đến việc bên vi phạm phải thi hành nghĩa vụ sửa đổi các quy định về lao động của nước mình.

Sau Hiệp định NAFTA, Hoa Kỳ đã đàm phán nhiều hiệp định khác có các điều khoản cụ thể về quyền lao động. Hầu hết các điều khoản của Hoa Kỳ giới hạn trong cam kết của các bên về việc thực thi luật lao động trong

³⁶² NAFTA là hiệp định thương mại tự do có phạm vi rộng, bao hàm hoạt động thương mại hàng hoá và dịch vụ, sở hữu trí tuệ, đầu tư, mua sắm chính phủ, tự do dịch chuyển của thương nhân, cạnh tranh, và một cơ chế giải quyết tranh chấp. Xem Mục 3 - Chương 3 của Giáo trình.

nước. Ví dụ, Hiệp định thương mại tự do Trung Mỹ - Cộng hoà Đô-mi-ni-ca ('CAFTA'), bao gồm Hoa Kỳ, Hôn-đu-rát, Ni-ca-ra-go-a, Cốt-xta Ri-ca, Goa-tê-ma-la, En San-va-đo và Cộng hoà Đô-mi-ni-ca, quy định về quyền của người lao động. Nội dung mấu chốt của Hiệp định này là các nghĩa vụ lao động. Các điều khoản bao gồm cam kết của các nước CAFTA về việc tăng khả năng cho người lao động tiếp cận các thủ tục bảo vệ quyền lợi của họ. Nhìn chung, Hiệp định đòi hỏi các bên thực thi luật lao động trong nước của mình, phù hợp với các tiêu chuẩn quốc tế. Các bên cũng được yêu cầu phải làm việc với ILO nhằm cải thiện luật lao động hiện hành và vấn đề thực thi. Mặc dù vậy, Công ước cơ bản của ILO về phân biệt đối xử lại không được nhắc đến trong Hiệp định. Bên cạnh đó, các nước không có nghĩa vụ phải đưa ra các thủ tục đảm bảo hoặc biện pháp trừng phạt để điều chỉnh các hành vi vi phạm.

Thị trường chung Nam Mỹ ('MERCOSUR') là liên minh hải quan với sự tham gia của các nước Ác-hen-ti-na, Brazil, Pa-ra-goay và U-ru-goay, có hiệu lực năm 1991. Bốn chính phủ thành viên kí bản Tuyên bố về xã hội và lao động 1998 - một bản Tuyên bố có phạm vi rất rộng. Trên thực tế, bản Tuyên bố vượt quá các công ước cơ bản của ILO và bao gồm cả đối thoại xã hội, việc làm, đề bạt, bảo trợ thất nghiệp, an toàn và y tế, và bảo trợ xã hội. Tuyên bố cũng bắt buộc thành lập Ủy ban để theo dõi việc tuân thủ Tuyên bố và đưa ra các khuyến nghị về các biện pháp đảm bảo việc tuân thủ.

Liên minh châu Âu ('EU') đã đặc biệt tích cực trong lĩnh vực này, với tuyên bố của Ủy ban châu Âu về việc thúc đẩy mối liên kết giữa thương mại và phát triển xã hội theo nhiều cách. Xuất phát điểm từ Hiệp định than thép châu Âu 1951, EU đã trở thành một trong những ví dụ sớm nhất và phát triển nhất về hiệp định thương mại. Kể từ đó, EU đã phát triển cả về số lượng thành viên lẫn phạm vi áp dụng và trở thành thị trường chung về hàng hoá và dịch vụ với sự tự do dịch chuyển lao động trong nội bộ EU. Trong các hiệp định thương mại, 'Chương về chính sách xã hội' đã quy định cụ thể các quyền cơ bản của người lao động cần được tôn trọng trên toàn lãnh thổ các nước thành viên EU. Tương tự, sự quan tâm hàng đầu của EU tới các vấn đề xã hội cũng được nhấn mạnh trong các hiệp định giữa EU và các nước khác. Mặc dù vậy, các hiệp định song phương của EU lại tập trung nhiều hơn vào vấn đề nhân quyền, phát triển, hợp tác kỹ thuật và đối thoại chính trị. Đa số các hiệp định đều có đoạn nói rằng các bên tham gia sẽ phải tôn trọng nhân quyền, nhưng không có các điều khoản cụ thể và rõ ràng về thực thi quyền lao động.

Mục 8. VIỆT NAM VÀ CAM KẾT GIA NHẬP WTO (*)

1. Tiến trình đàm phán gia nhập WTO của Việt Nam³⁶³

Bắt đầu từ năm 1986, theo đường lối đổi mới của Đảng và Nhà nước, Việt Nam đã tiến hành thực hiện quá trình cải cách và mở cửa, trong đó việc chuyển đổi từ nền kinh tế kế hoạch hoá tập trung sang nền kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa và hội nhập vào nền kinh tế thế giới là những mục tiêu chính mà Việt Nam hướng tới.³⁶⁴ Ở trong nước, đường lối đổi mới tập trung vào việc tái cơ cấu nền kinh tế, thúc đẩy sản xuất hướng về xuất khẩu. Về đối ngoại, Việt Nam thực hiện chủ trương đa phương hoá, đa dạng hoá các mối quan hệ quốc tế, trong đó có việc thiết lập các mối quan hệ kinh tế với thế giới. Nhằm tăng cường các quan hệ kinh tế quốc tế, ở cấp độ song phương, Việt Nam đã thiết lập và mở rộng quan hệ với nhiều nước trên thế giới. Năm 1994, việc Hoa Kỳ bỏ lệnh cấm vận kinh tế đối với Việt Nam đã đánh dấu sự chuyển mình quan trọng trong quan hệ kinh tế song phương đó. Ở cấp độ khu vực, Việt Nam đã gia nhập Hiệp hội các quốc gia Đông Nam Á (ASEAN) vào năm 1995, Hội nghị cấp cao Á-Âu ('ASEM') năm 1996 và Diễn đàn hợp tác kinh tế châu Á-Thái Bình Dương ('APEC') năm 1998. Có thể nói, việc tham gia vào các thể chế khu vực nói trên đã tạo ra bước chuẩn bị cần thiết cho Việt Nam tham gia vào các quan hệ kinh tế-thương mại toàn cầu, trong đó gia nhập WTO là mục tiêu mà Việt Nam hướng tới, bởi điều đó đánh dấu sự hội nhập đầy đủ của Việt Nam vào nền kinh tế thế giới.

Ngày 4/1/1995, Việt Nam đã chính thức đệ trình đơn xin gia nhập lên WTO. Đại hội đồng WTO, sau đó, đã chấp thuận đơn xin gia nhập của Việt Nam và chính thức thành lập Nhóm công tác về việc Việt Nam gia nhập WTO. Các thành viên của Nhóm công tác này bao gồm Úc, Argentina, Brazil, Bru-nây, Bun-ga-ri, Cam-pu-chia, Ca-na-đa, Chi-lê, Trung Quốc,

(*) *Tác giả: Nguyễn Ngọc Hà (Mr.), Thạc sĩ, Nghiên cứu sinh tại Pháp, Giảng viên, Trường Đại học Ngoại thương Hà Nội (FTU).*

³⁶³ Về tiến trình đàm phán gia nhập WTO, xem: WTO, *Membership, Alliances and Bureaucracy*, tại: http://wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/org3_e.htm (ngày 16/12/2011); WTO, *Understanding the World Trade Organization*, tại: http://wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/tif_e.htm (ngày 16/12/2011). Xem thêm: Peter Van den Bossche, Sdd, tr. 108-112; GS.TS. Nguyễn Thị Mơ (chủ biên), *Giáo trình Pháp luật thương mại quốc tế*, Hà Nội, (2011).

³⁶⁴ Đảng Cộng sản Việt Nam, *Phương hướng, mục tiêu chủ yếu phát triển kinh tế, xã hội trong năm 1986-1990, Báo cáo của Ban chấp hành hành Trung ương Đảng Cộng sản Việt Nam tại Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ VI của Đảng*, xem tại: http://123.30.190.43:8080/tiengviet/tulieuvankien/vankiendang/details.asp?topic=191&subtopic=8&leader_topic=223&id=BT2540630903 (ngày 17/12/2011).

Cô-lôm-bi-a, Crô-a-ti-a, Cu Ba, Cộng hoà Đô-mi-ni-ca, Ai Cập, En San-va-đo, EU và các nước thành viên, Hôn-đu-rát, Hồng Kông, Ai-xơ-len, Ấn Độ, In-đô-nê-xi-a, Nhật Bản, Hàn Quốc, Cộng hoà Kiéc-gy-zi, Ma-lai-xi-a, Mê-hi-cô, Ma-rốc, Mi-an-ma, Niu Di-lân, Na Uy, Pa-ki-xtan, Pa-na-ma, Pa-ra-goay, Phi-líp-pin, Ru-ma-ni, Xinh-ga-po, Xri Lan-ka, Thụy Sĩ, Đài Loan, Thái Lan, Thổ Nhĩ Kỳ, Hoa Kỳ và U-ru-goay. Chủ tịch Nhóm công tác trong giai đoạn 1998-2004 là Đại sứ Seung Ho (người Hàn Quốc), và trong giai đoạn 2004-2006 là Đại sứ Eirik Glene (người Na Uy).³⁶⁵

Tháng 8/1996, Việt Nam hoàn thành Bị vong lục (Memorandum) về chế độ ngoại thương của Việt Nam và đệ trình văn kiện này tới Ban thư kí WTO để chuyển tới các thành viên của Nhóm công tác. Bị vong lục không chỉ giới thiệu tổng quan về nền kinh tế, các chính sách kinh tế vĩ mô, cơ sở hoạch định và thực thi chính sách, mà còn cung cấp các thông tin chi tiết về các chính sách liên quan đến thương mại hàng hoá, thương mại dịch vụ và IPRs. Sau khi gửi Bị vong lục, Việt Nam đã nhận được khoảng 3.516 câu hỏi của các thành viên Nhóm công tác đưa ra.³⁶⁶ Với danh mục 3.516 câu hỏi này, Việt Nam nhận thấy không thể gia nhập WTO ‘một sớm, một chiều’, bởi vì để có thể trả lời được hết những câu hỏi đó, cần phải có những sự thay đổi đáng kể và quan trọng, mang tính hệ thống, của nền kinh tế và hệ thống pháp luật Việt Nam. Ngoài ra, những lo ngại về chính trị cũng như những yêu cầu Việt Nam phải đưa ra những nhượng bộ lớn hơn³⁶⁷ cũng đã kéo dài thời gian đàm phán gia nhập WTO của Việt Nam.

Thực tế cho thấy, ngay từ giai đoạn chuẩn bị đầu tiên, Việt Nam đã gặp phải những khó khăn nêu trên. Dù Bị vong lục được hoàn thành và đệ trình cho Nhóm công tác vào năm 1996, nhưng phải đến năm 1998, Nhóm công tác mới hoàn thành việc xây dựng kế hoạch cho các cuộc đàm phán đa phương, và Việt Nam phải trải qua 14 phiên đàm phán đa phương với Nhóm công tác. Phiên đàm phán đầu tiên diễn ra trong hai ngày 30-31/7/1998 và phiên cuối cùng kết thúc vào ngày 26/10/2006.³⁶⁸

³⁶⁵ Dự án hỗ trợ thương mại đa biên giai đoạn II (MUTRAP II), *Vị trí, vai trò và cơ chế hoạt động của Tổ chức thương mại thế giới trong hệ thống thương mại đa phương*, Nxb. Lao động-Xã hội, (2007), tr. 72.

³⁶⁶ Dự án hỗ trợ thương mại đa biên giai đoạn II (MUTRAP II), Sdd, tr. 73.

³⁶⁷ MUTRAP II, *Việt Nam gia nhập WTO: Giải thích các điều kiện gia nhập*, Nxb. Lao động-Xã hội, Hà Nội, (2008), tr. 23.

³⁶⁸ WTO, *Accessions: Vietnam*, http://wto.org/english/thewto_e/acc_e/a1_vietnam_e.htm, truy cập ngày 18/12/2011.

Tại phiên đàm phán lần thứ 5 của Nhóm công tác, diễn ra vào ngày 7/1/2002, Việt Nam đưa ra Bản chào đầu tiên về mở cửa thị trường hàng hoá và dịch vụ, sau đó Bản chào này được sửa đổi và bổ sung ba lần vào các năm 2004, 2005 và 2006. Trong các lần sửa đổi này, Bản chào được đưa ra vào phiên họp thứ 8 của Nhóm công tác vào tháng 6/2004 đã tạo ra bước thay đổi quan trọng cho quá trình đàm phán gia nhập WTO của Việt Nam, với sự hoan nghênh của các thành viên Nhóm công tác. Sau một số phiên đàm phán, các đối tác thương mại của Việt Nam đồng ý bắt đầu dự thảo Báo cáo của Nhóm công tác về việc Việt Nam gia nhập WTO.

Về đàm phán song phương, lúc đầu có khoảng hơn 40 thành viên WTO đề nghị đàm phán song phương với Việt Nam. Tuy nhiên, nhờ những nỗ lực ngoại giao, cuối cùng số thành viên WTO đề nghị đàm phán song phương rút lại còn 28, trong đó có Hoa Kỳ, EU (được tính là một thành viên đại diện cho 25 quốc gia thành viên) và Trung Quốc. Ngay trong năm 2004 - năm bắt đầu các cuộc đàm phán song phương, Việt Nam đã đạt được thoả thuận với đối tác quan trọng là EU. Thoả thuận với Trung Quốc hoàn thành vào năm 2005. Đối với đối tác quan trọng nhất - Hoa Kỳ, Việt Nam đã phải trải qua quá trình đàm phán song phương rất khó khăn, vì Hoa Kỳ đã đưa ra những yêu cầu khá cao mà một số yêu cầu có thể được coi là ‘không thể chấp nhận được’ đối với Việt Nam. Những yêu cầu đó đã làm cho kế hoạch mà Việt Nam đặt ra là gia nhập WTO vào cuối năm 2005 đã không thành hiện thực, bởi quan điểm của đoàn đàm phán Việt Nam là ‘không gia nhập WTO bằng mọi giá’.³⁶⁹

Thoả thuận kết thúc đàm phán song phương với Hoa Kỳ chỉ đạt được vào tháng 5/2006. Đây cũng là thoả thuận đàm phán song phương thứ 28 mà Việt Nam đạt được. Việc kí thoả thuận này cho phép Tổng thống Hoa Kỳ có thẩm quyền cần thiết để dành cho Việt Nam quy chế ‘Quan hệ thương mại bình thường vĩnh viễn’ (‘Permanent Normal Trade Relations’, viết tắt là ‘PNTR’)³⁷⁰. Đạo luật về trao PNTR cho Việt Nam đã được Hạ viện và Thượng viện Hoa Kỳ, sau nhiều lần trì hoãn, bỏ phiếu thông qua vào ngày 9/12/2006 và được Tổng thống Bush kí phê chuẩn vào ngày 20/12/2006. Việc trao cho Việt Nam PNTR một mặt đánh dấu ‘sự bình thường hoá hoàn

³⁶⁹ *Không gia nhập WTO bằng mọi giá*, <http://www.tienphong.vn/Kinh-Te/27613/%E2%80%9CKhông-gia-nhap-WTO-bang-moi-gia%E2%80%9D.html>, truy cập ngày 19/12/2011.

³⁷⁰ *Quy chế thương mại bình thường vĩnh viễn-Permanent Normal Trade Relations Status-PNTR*, http://world.hbu.edu.vn/index.php?option=com_content&view=article&id=140:quy-ch-thng-mi-binh-thng-vnh-vin-permanent-normal-trade-relations-status-pntr-&catid=55:goc-hc-tp&Itemid=100 (ngày 19/12/2011).

toàn quan hệ song phương Việt Nam-Hoa Kỳ', mặt khác mở đường cho Việt Nam thực hiện các cam kết gia nhập WTO.³⁷¹

Đàm phán song phương kết thúc là điều kiện tiên quyết để kết thúc quá trình đàm phán đa phương về việc gia nhập WTO của Việt Nam. Vào ngày 19/10/2006, Nhóm công tác họp phiên thứ 13 để xem xét và hoàn chỉnh Báo cáo gia nhập WTO của Việt Nam. Tuy nhiên, Bộ vẫn kiên về việc Việt Nam gia nhập WTO, bao gồm Báo cáo của Nhóm công tác, Dự thảo Nghị định thư gia nhập và các cam kết gia nhập WTO của Việt Nam, chỉ được hoàn tất ở phiên họp thứ 14 diễn ra vào ngày 26/10/2006.

Quá trình đàm phán gia nhập WTO của Việt Nam kết thúc vào ngày 7/11/2006, khi Đại hội đồng họp phiên đặc biệt để xem xét và biểu quyết kết nạp Việt Nam trở thành thành viên của WTO. Nghị định thư gia nhập được Quốc hội Việt Nam phê chuẩn vào ngày 28/11/2006. Ngày 12/12/2006, WTO nhận được văn bản phê chuẩn Nghị định thư gia nhập WTO của Việt Nam. Một tháng sau đó, ngày 11/1/2007, Việt Nam chính thức trở thành thành viên thứ 150 của tổ chức này và một ngày sau, những quyền và nghĩa vụ của Việt Nam, với tư cách là thành viên mới của WTO sẽ bắt đầu được thực thi.

2. Tóm tắt cam kết gia nhập WTO của Việt Nam

Bộ văn kiện gia nhập WTO của Việt Nam đã được thông qua bao gồm Báo cáo của Nhóm công tác về việc Việt Nam gia nhập WTO, Nghị định thư gia nhập đã được Quốc hội Việt Nam phê chuẩn và các Biểu cam kết về hàng hoá và dịch vụ.³⁷² Bộ văn kiện này, dày khoảng 1.200 trang, nêu lên toàn bộ các cam kết của Việt Nam về mở cửa thị trường hàng hoá, dịch vụ và các cam kết khác có liên quan và được tóm tắt dưới đây.

A. Cam kết đa phương

Việt Nam đồng ý tuân thủ toàn bộ các hiệp định và các quy định mang tính ràng buộc của WTO từ thời điểm gia nhập. Tuy nhiên, do là DC ở trình độ thấp, lại đang trong quá trình chuyển đổi nên theo yêu cầu của Việt Nam, WTO đã chấp nhận cho Việt Nam hưởng một thời gian chuyển đổi để thực hiện một

³⁷¹ Về những khó khăn mà Việt Nam đã gặp phải trong quá trình đàm phán gia nhập WTO, xem: Tư Giang, *Điều thuốc ông Tuyển*, tại: <http://vtc.vn/1-8907/kinh-doanh/dieu-thuoc-ong-tuyen.htm>, truy cập ngày 19/12/2011.

³⁷² Dự án hỗ trợ thương mại đa biên giai đoạn II (MUTRAP II), *Cam kết gia nhập WTO của Việt Nam*, Hà Nội, (2007), <http://www.mutrap.org.vn/en/library/MUTRAPII/Forms/AllItems.aspx>, truy cập ngày 19/12/2011.

số cam kết có liên quan đến thuế tiêu thụ đặc biệt, trợ cấp cho lĩnh vực phi nông nghiệp, quyền kinh doanh v.v.. Cụ thể các cam kết đa phương như sau:

1. Nền kinh tế phi thị trường (NME)

Việt Nam chấp nhận bị coi là NME trong 12 năm (không muộn hơn ngày 31/12/2018). Tuy nhiên, trước thời điểm trên, nếu chứng minh được với đối tác nào đó là nền kinh tế Việt Nam đã hoàn toàn hoạt động theo cơ chế thị trường, thì đối tác đó sẽ ngừng áp dụng cơ chế ‘phi thị trường’. Cơ chế ‘phi thị trường’ nói trên có ý nghĩa trong các vụ kiện AD.

2. Dệt may

- Các thành viên WTO sẽ không được áp dụng hạn ngạch đối với hàng dệt may của Việt Nam. Trong trường hợp Việt Nam vi phạm quy định của WTO về trợ cấp bị cấm đối với hàng dệt may, thì một số thành viên có thể áp dụng biện pháp trả đũa nhất định.
- Thành viên WTO cũng sẽ không được áp dụng biện pháp tự vệ đặc biệt đối với hàng dệt may của Việt Nam.

3. Trợ cấp phi nông nghiệp

- Loại bỏ hoàn toàn các loại trợ cấp bị cấm theo quy định của WTO (‘trợ cấp xuất khẩu’ và ‘trợ cấp thay thế nhập khẩu’);
- Đối với các ưu đãi đầu tư dành cho hàng xuất khẩu đã cấp trước ngày gia nhập WTO, Việt Nam được bảo lưu với thời gian quá độ là 5 năm (trừ ngành dệt may).

4. Trợ cấp nông nghiệp

- Không áp dụng trợ cấp xuất khẩu đối với nông sản từ thời điểm gia nhập. Đối với những loại hỗ trợ mà WTO quy định phải giảm, Việt Nam thoả thuận được duy trì ở mức không quá 10% ‘tổng lượng hỗ trợ tính gộp’ (‘AMS’). Ngoài mức này, Việt Nam còn bảo lưu thêm một số khoản hỗ trợ nữa vào khoảng 4.000 tỉ đồng mỗi năm.
- Bảo lưu quyền được hưởng một số quy định về đối xử S&D của WTO dành cho DCs trong lĩnh vực này.
- Đối với các loại hỗ trợ mang tính chất khuyến nông hay phục vụ phát triển nông nghiệp được WTO cho phép, Việt Nam có quyền áp dụng không hạn chế.

5. *Quyền kinh doanh (quyền xuất khẩu, nhập khẩu hàng hoá)*

- Cho phép doanh nghiệp và cá nhân nước ngoài được quyền xuất, nhập khẩu hàng hoá như người Việt Nam kể từ khi gia nhập, trừ đối với các mặt hàng thuộc danh mục thương mại nhà nước như: xăng dầu, thuốc lá điếu, xì gà, băng đĩa hình, báo chí và một số mặt hàng nhạy cảm khác mà Việt Nam chỉ cho phép xuất khẩu hoặc nhập khẩu sau một thời gian chuyển đổi, như gạo và dược phẩm.
- Cho phép doanh nghiệp và cá nhân nước ngoài không có hiện diện tại Việt Nam được đăng kí quyền xuất nhập khẩu tại Việt Nam. Đây chỉ là quyền đứng tên trên tờ khai hải quan để làm thủ tục xuất nhập khẩu.
- Trong mọi trường hợp, doanh nghiệp và cá nhân nước ngoài sẽ không được tự động tham gia vào hệ thống phân phối trong nước. Các cam kết về quyền kinh doanh sẽ không ảnh hưởng đến quyền của Việt Nam trong việc đưa ra các quy định để quản lí dịch vụ phân phối, đặc biệt đối với sản phẩm nhạy cảm như dược phẩm, xăng dầu, báo-tạp chí...

6. *Thuế tiêu thụ đặc biệt đối với rượu và bia*

- Việt Nam có thời gian chuyển đổi không quá ba năm để điều chỉnh lại thuế tiêu thụ đặc biệt đối với rượu và bia cho phù hợp với quy định của WTO.
- Đối với rượu trên 20 độ cồn, Việt Nam hoặc sẽ áp dụng một mức thuế tuyệt đối hoặc một mức thuế phần trăm. Đối với bia, Việt Nam sẽ chỉ áp dụng một mức thuế phần trăm.

7. *Doanh nghiệp nhà nước/doanh nghiệp thương mại nhà nước*

- Nhà nước sẽ không can thiệp trực tiếp hay gián tiếp vào hoạt động của doanh nghiệp nhà nước.
- Với tư cách là một cổ đông, nhà nước có quyền can thiệp bình đẳng vào hoạt động của doanh nghiệp như các cổ đông khác.
- Việt Nam cũng đồng ý cách hiểu mua sắm của doanh nghiệp nhà nước không phải là mua sắm chính phủ.

8. *Tỉ lệ cổ phần để thông qua quyết định tại doanh nghiệp*

Việt Nam cho phép các bên tham gia liên doanh được thoả thuận về tỉ lệ vốn góp hoặc tỉ lệ cổ phần để thông qua quyết định trong điều lệ công ty.

9. Một số biện pháp hạn chế nhập khẩu

- Việt Nam đồng ý cho nhập khẩu xe máy phân khối lớn không muộn hơn ngày 31/5/2007.
- Với thuốc lá điếu và xì gà, Việt Nam đồng ý bỏ biện pháp cấm nhập khẩu từ thời điểm gia nhập. Tuy nhiên, sẽ chỉ có một doanh nghiệp nhà nước được quyền nhập khẩu toàn bộ thuốc lá điếu và xì gà (VINATABA).
- Với ô-tô cũ, Việt Nam cho phép nhập khẩu các loại xe đã qua sử dụng không quá 5 năm.

10. Minh bạch hoá

Việt Nam cam kết ngay từ khi gia nhập sẽ công bố dự thảo các văn bản quy phạm pháp luật do Quốc hội, Ủy ban thường vụ Quốc hội và Chính phủ ban hành để lấy ý kiến nhân dân. Thời hạn dành cho việc góp ý và sửa đổi tối thiểu là 60 ngày. Việt Nam cũng cam kết sẽ công bố công khai các văn bản pháp luật trên.

11. Một số nội dung khác

Về thuế xuất khẩu, Việt Nam chỉ cam kết sẽ giảm thuế xuất khẩu đối với phế liệu kim loại đen và phế liệu kim loại màu theo lộ trình, không cam kết về thuế xuất khẩu của các sản phẩm khác.

Việt Nam còn đàm phán một số vấn đề khác như bảo hộ IPRs, đặc biệt là sử dụng phần mềm hợp pháp trong cơ quan nhà nước; xác định trị giá tính thuế hải quan; các biện pháp đầu tư liên quan đến thương mại; các rào cản kỹ thuật trong thương mại... Với các nội dung này, Việt Nam cam kết tuân thủ các quy định của WTO kể từ khi gia nhập.

B. Cam kết về thuế nhập khẩu

1. Mức cam kết chung

- Việt Nam đồng ý ràng buộc mức trần cho toàn bộ biểu thuế (10.600 dòng thuế).
- Mức thuế bình quân toàn biểu được giảm từ mức hiện hành 17,4% xuống còn 13,4%, thực hiện giảm dần với lộ trình 5-7 năm. Mức thuế bình quân đối với hàng nông sản giảm từ mức hiện hành

23,5% xuống còn 20,9%, với hàng công nghiệp giảm từ 16,8% xuống còn 12,6% (xem Bảng 2.8.1).

Bảng 2.8.1: Diễn giải mức thuế bình quân mà Việt Nam cam kết khi gia nhập WTO

Bình quân chung và theo ngành	Thuế suất MFN hiện hành (%)	Thuế suất cam kết khi gia nhập WTO (%)	Thuế suất cam kết vào cuối lộ trình (%)	Mức giảm so với thuế MFN hiện hành (%)	Cam kết WTO của Trung Quốc	Mức giảm thuế chung tại Vòng U-ru-goay	
						Nước phát triển	Nước đang phát triển
Nông sản	23,5	25,2	21,0	10,6	16,7	giảm 40%	Giảm 30%
Hàng công nghiệp	16,6	16,1	12,6	23,9	9,6	giảm 37%	Giảm 24%
Chung toàn biểu	17,4	17,2	13,4	23,0	10,1		

Nguồn: http://vnexpress.net/Vietnam/Kinh-doanh/Duong-vao-WTO/2006/11/3B9_F0224/ (truy cập ngày 17/12/2011).

2. Mức cam kết cụ thể

- Có khoảng hơn 1/3 số dòng thuế sẽ phải giảm, chủ yếu là các dòng có thuế suất trên 20%. Các mặt hàng trọng yếu, nhạy cảm đối với nền kinh tế như nông sản, xi măng, sắt thép, vật liệu xây dựng, ô-tô-xe máy... vẫn duy trì được mức bảo hộ nhất định.
- Những ngành có mức giảm thuế nhiều nhất bao gồm: dệt may, cá và sản phẩm cá, gỗ và giấy, hàng chế tạo khác, máy móc và thiết bị điện-điện tử.
- Việt Nam cam kết giảm thuế theo một số hiệp định nhiều bên của WTO giảm thuế xuống 0% hoặc mức thấp. Hiệp định nhiều bên mà Việt Nam tham gia là Hiệp định về các sản phẩm công nghệ thông tin (Hiệp định ITA). Việt Nam cũng tham gia một phần với thời gian thực hiện từ 3-5 năm đối với các hiệp định về thiết bị máy bay, hoá chất và thiết bị xây dựng.
- Về hạn ngạch thuế quan, Việt Nam bảo lưu quyền áp dụng đối với đường, trứng gia cầm, lá thuốc lá và muối (xem Bảng 2.8.2).

Bảng 2.8.2: Tổng hợp cam kết giảm thuế nhập khẩu trong WTO đối với một số nhóm hàng quan trọng của Việt Nam

TT	Ngành hàng/Mức thuế suất	Cam kết với WTO			
		Thuế suất MFN	Thuế suất khi gia nhập	Thuế suất cuối cùng	Thời gian thực hiện
1.	Một số sản phẩm nông nghiệp				
	- Thịt bò	20	20	14	5 năm
	- Thịt lợn	30	30	15	5 năm
	- Sữa nguyên liệu	20	20	18	2 năm
	- Sữa thành phẩm	30	30	25	5 năm
	- Thịt chế biến	50	40	22	5 năm
	- Bánh kẹo (thuế suất bình quân)	39,3	34,4	25,3	3-5 năm
	- Bia	80	65	35	5 năm
	- Rượu	65	65	45-50	5-6 năm
	- Thuốc lá điều	100	150	135	5 năm
	- Xi gà	100	150	100	5 năm
- Thức ăn gia súc	10	10	7	2 năm	
2.	Một số sản phẩm công nghiệp				
	- Xăng dầu	0-10	38,7	38,7	
	- Sắt thép (thuế suất bình quân)	7,5	17,7	13	5-7 năm
	- Xi măng	40	40	32	2 năm
	- Phân hoá học (thuế suất bình quân)	0,7	6,5	6,4	2 năm
	- Giấy (thuế suất bình quân)	22,3	20,7	15,1	5 năm
	- Ti-vi	50	40	25	5 năm
	- Điều hoà	50	40	25	3 năm
	- Máy giặt	40	38	25	4 năm
	- Dệt may (thuế suất bình quân)	37,3	13,7	13,7	Ngay khi gia nhập (thực tế đã thực hiện theo các Hiệp định dệt may với Hoa Kỳ và EU)
- Giày dép	50	40	30	5 năm	

- Xe ô-tô con				
+ Xe từ 2.500 cc trở lên, chạy xăng	90	90	52	12 năm
+ Xe từ 2.500 cc trở lên, loại 2 cầu	90	90	47	10 năm
+ Dưới 2.500 cc và các loại khác	90	100	70	7 năm
- Xe tải				
+ Loại không quá 5 tấn	100	80	50	10 năm
+ Loại thuế suất khác hiện hành 80%	80	100	70	7 năm
+ Loại thuế suất khác hiện hành 60%	60	60	50	5 năm
- Phụ tùng ô-tô	20,9	24,3	20,5	3-5 năm
- Xe máy				
+ Loại từ 800 cc trở lên	100	100	40	8 năm

Nguồn: <http://vnexpress.net/Vietnam/Kinh-doanh/Duong-va-WTO/2006/11/3B9F0224/> (truy cập ngày 17/12/2011).

C. Cam kết về mở cửa thị trường dịch vụ

Theo thỏa thuận với WTO, Việt Nam cam kết mở cửa đủ 11 ngành dịch vụ, với 110 tiểu ngành so với cam kết mở cửa 8 ngành và 65 tiểu ngành trong Hiệp định thương mại Việt Nam-Hoa Kỳ (viết tắt là 'BTA').

Với hầu hết các ngành dịch vụ, trong đó có những ngành nhạy cảm như bảo hiểm, phân phối, du lịch... Việt Nam giữ được mức độ cam kết gần như trong BTA. Riêng với dịch vụ viễn thông, dịch vụ ngân hàng và chứng khoán, để sớm kết thúc đàm phán, Việt Nam đã có một số bước tiến, nhưng nhìn chung không vượt quá so với tình hình hiện tại và đều phù hợp với định hướng phát triển đã được phê duyệt cho các ngành này.

Nội dung cam kết của một số dịch vụ chính như sau:

1. Cam kết chung cho các ngành dịch vụ

- Công ty nước ngoài không được hiện diện tại Việt Nam dưới hình thức chi nhánh, trừ trường hợp được Việt Nam cho phép đối với từng ngành dịch vụ cụ thể và thực tế những cam kết đó là không nhiều.
- Cho phép tổ chức và cá nhân nước ngoài được mua cổ phần trong các doanh nghiệp Việt Nam, nhưng tỉ lệ phải phù hợp với mức độ

mở cửa thị trường của ngành đó. Riêng với dịch vụ ngân hàng, Việt Nam chỉ cho phép ngân hàng nước ngoài được mua tối đa 30% vốn điều lệ của các ngân hàng Việt Nam.

- Công ty nước ngoài được phép đưa cán bộ quản lý vào làm việc tại Việt Nam, nhưng ít nhất 20% cán bộ quản lý của công ty phải là người Việt Nam.

2. Cam kết cụ thể đối với một số dịch vụ cụ thể

(a) Dịch vụ khai thác, hỗ trợ dầu khí

- Cho phép các doanh nghiệp nước ngoài được thành lập công ty 100% vốn nước ngoài sau 5 năm kể từ khi gia nhập để cung ứng dịch vụ hỗ trợ khai thác dầu khí. Tất cả các công ty vào Việt Nam cung ứng dịch vụ hỗ trợ dầu khí đều phải đăng kí với cơ quan có thẩm quyền.
- Việt Nam vẫn giữ nguyên quyền quản lý các hoạt động trên biển, thềm lục địa và quyền chỉ định các công ty thăm dò, khai thác tài nguyên. Việt Nam cũng bảo lưu được một danh mục các dịch vụ dành riêng cho các doanh nghiệp Việt Nam như dịch vụ bay, dịch vụ cung cấp trang thiết bị và vật phẩm cho dàn khoan xa bờ.

(b) Dịch vụ viễn thông

- Cho phép thành lập liên doanh đa số vốn nước ngoài để cung ứng dịch vụ viễn thông không gắn với hạ tầng mạng (phải thuê mạng do doanh nghiệp Việt Nam nắm quyền kiểm soát).
- Đối với dịch vụ viễn thông có gắn với hạ tầng mạng: Chỉ các doanh nghiệp mà nhà nước nắm đa số vốn mới đầu tư hạ tầng mạng, nước ngoài chỉ được góp vốn đến 49% và cũng chỉ được liên doanh với đối tác Việt Nam đã được cấp phép.

(c) Dịch vụ phân phối

- Kể từ ngày 1/1/2009, cho phép thành lập doanh nghiệp 100% vốn nước ngoài.
- Không mở cửa thị trường phân phối xăng dầu, dược phẩm, sách báo, tạp chí, băng hình, thuốc lá, gạo, đường và kim loại quý cho nước ngoài.
- Sau ba năm kể từ ngày gia nhập WTO, mở cửa thị trường đối với một số sản phẩm nhạy cảm như sắt thép, xi măng, phân bón.

- Việc mở điểm bán lẻ thứ hai trở đi của doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài phải được Việt Nam cho phép theo từng trường hợp cụ thể.

(d) Dịch vụ bảo hiểm

Về tổng thể, mức độ cam kết tương đương BTA, tuy nhiên, Việt Nam đồng ý cho Hoa Kỳ thành lập chi nhánh bảo hiểm phi nhân thọ sau 5 năm kể từ ngày gia nhập.

(e) Dịch vụ ngân hàng

- Cho phép thành lập ngân hàng con 100% vốn nước ngoài không muợn hơn ngày 1/4/2007.
- Ngân hàng nước ngoài được thành lập chi nhánh tại Việt Nam nhưng chi nhánh đó không được phép mở chi nhánh phụ và vẫn phải chịu hạn chế về huy động tiền gửi bằng đồng Việt Nam (VND) từ thể nhân Việt Nam trong vòng 5 năm kể từ khi Việt Nam gia nhập WTO.
- Phía nước ngoài chỉ được mua tối đa 30% vốn điều lệ của các ngân hàng Việt Nam.

(f) Dịch vụ chứng khoán: Sau 5 năm kể từ khi gia nhập WTO, cho phép thành lập công ty chứng khoán 100% vốn nước ngoài.

(g) Các cam kết khác: Với các ngành dịch vụ còn lại như du lịch, giáo dục, pháp lí, kế toán, xây dựng, vận tải..., mức độ cam kết cơ bản không khác so với BTA. Ngoài ra, Việt Nam không mở cửa dịch vụ in ấn-xuất bản.

Tóm tắt Chương 2

Trong luật thương mại quốc tế, các quy tắc của WTO đóng vai trò trọng yếu do phạm vi áp dụng và tính toàn diện của chúng. Mặc dù các thành viên WTO liên tục đàm phán để đưa ra các quy tắc tốt hơn trong nhiều vấn đề của thương mại quốc tế, như có thể thấy trong vòng đàm phán gần đây nhất của WTO, Vòng đàm phán Đô-ha, các quy định hiện hành đã đặt ra được những nguyên tắc cơ bản tạo nên các trụ cột cho hệ thống thương mại đa phương hoạt động. Các quy định này cũng điều chỉnh những lĩnh vực chính của thương mại quốc tế, như đã được trình bày trong Chương này, như thương mại hàng hoá, thương mại dịch vụ, IPRs và giải quyết tranh chấp. Vấn đề môi trường, nhân quyền và các hiệp định thương mại khu vực đang đặt ra nhưng thách thức cho WTO trong việc giải quyết mối quan hệ giữa các

quy định thương mại của WTO và các quy tắc khác. Cùng với hơn 150 thành viên khác của WTO, Việt Nam hiện đang tích cực tham gia vào thương mại quốc tế theo các quy tắc đặt ra trong các hiệp định của WTO. Phần viết về quá trình gia nhập WTO của Việt Nam năm 2007 và các cam kết của Việt Nam đã làm sáng tỏ quá trình không dễ dàng này cũng như những nghĩa vụ cụ thể của Việt Nam trong các hoạt động kinh tế của mình. Chương này đã trình bày ngắn gọn và rõ ràng các nội dung nêu trên, trong đó có cả những vấn đề mang tính chuyên môn cao như chống bán phá giá ('AD'), trợ cấp và các biện pháp vệ sinh dịch tễ. Đây có thể được xem như xuất phát điểm trong việc tìm hiểu các quy định của WTO của các sinh viên Việt Nam. Các tài liệu đọc thêm được gợi ý ở cuối Chương sẽ là nguồn tham khảo tốt cho sinh viên trên con đường khám phá hơn nữa việc áp dụng các quy định cụ thể của WTO trong thương mại quốc tế. Rất nhiều trong số các quy tắc này đã góp phần phát triển các án lệ của WTO, mà chúng ta có thể dễ dàng tìm đọc trên trang web của WTO về các vụ kiện và phần phân tích. Hệ thống này vẫn đang phát triển với việc các nước tiếp tục nộp đơn xin gia nhập và nhu cầu thiết yếu phải áp dụng thường nhật các quy tắc của nó trong thương mại quốc tế. Là 'người chơi' trong hệ thống đó, Việt Nam cần được trang bị nguồn nhân lực đầy đủ với khả năng nắm vững các quy tắc của hệ thống thương mại đa phương. Chương này là một trong các nỗ lực để đáp ứng nhu cầu đó.

Câu hỏi/Bài tập

1. Những đối tượng nào có thể tham gia WTO?
2. Những nguyên tắc cơ bản của luật WTO là gì?
3. Việc trợ cấp có hoàn toàn bị cấm theo luật WTO không? Tại sao?
4. Điều XX và Điều XXI GATT có cần thiết không? Tại sao?
5. Trong thương mại hàng hoá trong khuôn khổ WTO, tại sao biện pháp thuế quan được đánh giá là tốt hơn biện pháp phi thuế quan (NTBs)?
6. Liệu WTO có cần Hiệp định riêng biệt về nông nghiệp? Tại sao?
7. Bằng cách nào để phân biệt giữa các biện pháp vệ sinh và kiểm dịch động-thực vật (SPS) với các biện pháp rào cản kỹ thuật đối với thương mại (TBT)?
8. Tại sao cần phải có các biện pháp chống bán phá giá (AD), biện pháp đối kháng (CVD) và biện pháp tự vệ? Các biện pháp đó có trái với các nguyên tắc chung của WTO về tự do hoá thương mại hay không? Tại sao?

9. Tại sao WTO không có hiệp định đầu tư toàn diện?
10. Hãy giải thích về tác động của nguyên tắc MFN đối với việc thực hiện các cam kết liên quan đến mở cửa thị trường dịch vụ của một thành viên WTO.
11. Tại sao Hiệp định TRIPS được coi là một trong những trụ cột quan trọng nhất của luật WTO?
12. Tại sao khẳng định rằng: ‘Cho đến nay Hiệp định TRIPS là thỏa thuận đa phương toàn diện nhất về IPRs’?
13. Hãy trình bày những khía cạnh thương mại của IPRs được đề cập trong Hiệp định TRIPS?
14. Các DCs được hưởng lợi hay phải gánh chịu những bất lợi từ cơ chế bảo hộ IPRs của Hiệp định TRIPS? Tại sao?
15. Hãy nêu những điểm khác nhau giữa hệ thống giải quyết tranh chấp của WTO và hệ thống giải quyết tranh chấp của GATT 1947?
16. Hãy nêu những cơ hội và thách thức đối với các thành viên DCs trong hệ thống giải quyết tranh chấp của WTO?
17. Mục tiêu của các hiệp định của WTO là gì?

Tài liệu cần đọc

1. Ban thư kí WTO, *Guide to the Uruguay Round Agreements*, (1999);
2. Ban thư kí WTO, *Understanding the World Trade Organization*, (2003).
3. Bộ Tư pháp, *International Economic Integration - A Training Guidelines for Judicial Agencies*, (2008).
4. Doaa Abdel Motaal, *Overview of the World Trade Organization Agreement on Technical Barriers to Trade*, nguồn: http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/ursum_e.htm#gAgreement.
5. Aaditya Mattoo và các tác giả khác (chủ biên), *A Handbook of International Trade in Services*, Oxford, Oxford University Press, (2008).
6. Eric H. Leroux, ‘Eleven Years of GATS Case Law: What Have We Learned?’, *Journal of International Economic Law* 10(4), (2007).
7. Abbott, Frederik M., *Parallel Importation: Economic and Social Welfare Dimensions*, the International Institute of Sustainable Development, (2007), nguồn: http://www.iisd.org/pdf/2007/parallel_importation.pdf

8. Daniel C. K. Chow và Edward Lee, *International Intellectual Property: Problems, Cases, and Materials*, Thomson West, (2006).
9. Christopher Heath, *Parallel Imports and International Trade*, nguồn: www.wipo.int/edocs/mdocs/sme/en/atrip_gva_99/atrip_gva_99_6.pdf
10. Heinemann, ‘Antitrust Law of Intellectual Property in the TRIPS Agreement of the World Trade Organization’, in Beier, Schriker (ed.), *From GATT to TRIPS*, Weinheim, (1996).
11. Keith E. Maskus, *IPRs in the Global Economy*, Institute for International Economics, Washington DC, (2000).
12. Peter Van den Bossche, *The Law and Policy of the World Trade Organization: Text, Cases and Materials*, Cambridge, Cambridge University Press, 2nd edn., (2008).
13. Gabrielle Marceau, ‘Trade and Labor’, trong sách của D. Bethlehem và các tác giả khác (chủ biên), *The Oxford Handbook of International Trade Law*, Oxford, Oxford University Press, (2009).
14. Lorand Bartels, ‘Trade and Human Rights’, trong sách của D. Bethlehem và các tác giả khác (chủ biên), *The Oxford Handbook of International Trade Law*, Oxford, Oxford University Press, (2009).
15. UNEP/WTO, *Trade and Climate Change*, Geneva, World Trade Organization, (2009).
16. Erich Vranes, *Trade and Environment, Fundamental Issues in International Law, WTO Law and Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, (2009).
17. Surya P. Subedi, *International Economic Law*, University of London Press, London, (2006).
18. Surya P. Subedi, ‘WTO Dispute Settlement Mechanism as A New Technique for Settling Disputes in International Law’, trong sách của Duncan French và các tác giả khác (chủ biên), *International Law and Dispute Settlement: New Problems and Techniques*, Hart Publishing, Oxford, (2010).
19. Surya P. Subedi, ‘The Challenge of Managing the “Second Agricultural Revolution” through International Law: Liberalization of Trade in Agriculture and Sustainable Development’, trong sách của Nico Schrijver

và Friedl Weiss (chủ biên), *International Law and Sustainable Development: Principles and Practice*, Martinus Nijhoff, The Hague, (2004).

20. Surya P. Subedi, 'Sustainable Development Perspectives in International Economic Law', trong sách của Asif H. Qureshi (chủ biên), *Perspectives in International Economic Law*, Kluwer Law International, The Hague, (2002).

Websites hữu ích

<http://www.wto.org>

<http://www.wipo.int>

<http://www.mutrap.org.vn>

<http://www.intertradelaw.hlu.edu.vn>

CHƯƠNG 3 PHÁP LUẬT HỘI NHẬP KINH TẾ KHU VỰC

Mục 1. GIỚI THIỆU (*)

Chủ nghĩa khu vực được mô tả là các hoạt động của chính phủ nhằm tự do hoá hoặc tạo thuận lợi cho thương mại trên nền tảng khu vực, thường dưới hình thức các liên minh hải quan (viết tắt là ‘CUs’) hoặc các khu vực thương mại tự do (viết tắt là ‘FTAs’).

Từ những năm 1990, số lượng các hiệp định thương mại khu vực đã tăng lên và tốc độ kí kết các hiệp định thương mại khu vực cũng trở nên nhanh hơn. Tính đến ngày 15/11/2011, 505 hiệp định thương mại khu vực đã được thông báo cho GATT/WTO. Trong số này, 367 hiệp định được kí kết theo Điều XXIV GATT; 36 hiệp định theo ‘Điều khoản cho phép’ (‘Enabling Clause’) và 102 hiệp định theo Điều V GATS. Cùng ngày, 313 hiệp định thương mại khu vực có hiệu lực.¹

Trong số các hiệp định này, có một số các hiệp định rất nổi tiếng, ví dụ: Hiệp định về Liên minh châu Âu (EU), Hiệp định thương mại tự do châu Âu (EFTA), Hiệp định thương mại tự do Bắc Mỹ (NAFTA), Thị trường chung Nam Mỹ (MERCOSUR), Hiệp định khu vực thương mại tự do ASEAN (AFTA) và Thị trường chung Đông và Nam Phi (COMESA).²

1. Quy định của WTO về hội nhập kinh tế khu vực và những ngoại lệ³

Đặc điểm chủ yếu của các hiệp định thương mại khu vực (viết tắt là ‘RTAs’)

(*) Tác giả: Nguyễn Thanh Tâm, Tiến sĩ, Giảng viên, Trưởng Bộ môn Luật Thương mại Quốc tế, Trường Đại học Luật Hà Nội (HLU), và Trịnh Hải Yến, Thạc sĩ, Nghiên cứu sinh, Trường Đại học quốc gia Xinh-ga-po (NUS), Giảng viên, Học viện Ngoại giao Việt Nam (DAV). Người biên dịch: Phạm Thị Thanh Phương, Thạc sĩ, Chuyên viên, Tòa án nhân dân Thành phố Hà Nội.

¹ WTO, <http://www.wto.org>

² WTO, <http://www.wto.org>

³ WTO, <http://www.wto.org>

là các bên tham gia hiệp định dành cho nhau sự đối xử ưu đãi hơn về thương mại so với các đối tác thương mại khác. Sự phân biệt đối xử đó là trái ngược với nghĩa vụ đối xử MFN - một trong những nguyên tắc cơ bản của luật WTO. Tuy nhiên, sự phân biệt đối xử đó được chấp nhận theo quy định tại các điều khoản sau đây: Điều XXIV GATT, Điều V GATS và ‘Điều khoản cho phép’ và các quy định khác, theo đó các CUs hoặc FTAs được phép thành lập với những điều kiện nhất định. Các án lệ của WTO cũng là nguồn luật rất quan trọng về vấn đề này, đặc biệt là án lệ *Turkey-Restriction on Imports of Textiles and Other Clothing Products* [1999],⁴ và án lệ *US-Definitive Safeguard Measures on Imports of Circular Welded Carbon Quality Line Pipe from Korea*, [2002].⁵ Các quy định nói trên đã tạo ra các ‘ngoại lệ hội nhập kinh tế khu vực’ của nguyên tắc cơ bản MFN.

A. Cơ sở pháp lý của RTAs

Các thành viên WTO được phép gia nhập RTA theo quy định của những điều khoản dưới đây:

- Điều XXIV GATT (từ khoản 4 đến khoản 10) và các điều khoản có liên quan quy định về việc thành lập và hoạt động của CU và FTA trong lĩnh vực thương mại hàng hoá;
- Quyết định năm 1979 về đối xử khác biệt và ưu đãi hơn, có đi có lại và tham gia đầy đủ hơn của các DCs, được gọi là ‘Điều khoản cho phép’, đề cập đến các thoả thuận thương mại ưu tiên (viết tắt là ‘PTAs’) trong thương mại hàng hoá giữa các DCs;
- Điều V GATS điều chỉnh việc kí kết RTA trong lĩnh vực thương mại dịch vụ, dành cho cả các nước phát triển và các DCs; và Điều Vbis GATS quy định về các thoả thuận hội nhập kinh tế trong lĩnh vực dịch vụ;
- Các án lệ có liên quan của WTO, đặc biệt là án lệ *Turkey-Restriction on Imports of Textiles and Other Clothing Products* [1999] và án lệ *US-Definitive Safeguard Measures on Imports of Circular Welded Carbon Quality Line Pipe from Korea*, [2002].

⁴ WTO, Báo cáo của Cơ quan phúc thẩm, vụ *Turkey-Restriction on Imports of Textiles and Other Clothing Products* [1999], WT/DS34/AB/R, thông qua ngày 19/11/1999, <http://www.wto.org>.

⁵ WTO, Báo cáo của Ban hội thẩm, vụ *US-Definitive Safeguard Measures on Imports of Circular Welded Carbon Quality Line Pipe from Korea* [2002], WT/DS202/R, thông qua ngày 8/3/2002, <http://www.wto.org>.

1. Điều XXIV GATT và các điều khoản có liên quan

Điều XXIV GATT ban đầu được bổ sung bằng ‘Điều khoản bổ sung Điều XXIV’, đã được cập nhật vào năm 1994 bằng Hiệp định của Vòng đàm phán U-ru-goay về Điều XXIV GATT.

Theo Điều XXIV GATT, trong trường hợp CU hoặc FTA được thành lập, thuế quan và các rào cản thương mại khác sẽ được giảm hoặc loại bỏ về cơ bản đối với tất cả các lĩnh vực thương mại trong CU hoặc FTA đó.

Điều XXIV:5 GATT quy định về ngoại lệ có điều kiện và có giới hạn như sau: ‘Các quy định của Hiệp định này không ngăn cản... [s]ự thành lập liên minh hải quan hoặc khu vực thương mại tự do, hoặc việc thông qua hiệp định tạm thời cần thiết cho sự hình thành liên minh hải quan hoặc khu vực thương mại tự do’.

Với điều kiện thuế quan đối ngoại và các quy chế thương mại khác ‘về tổng thể... [k]hông cao hơn hoặc hạn chế hơn những tác động chung so với trước khi thành lập liên minh hải quan hoặc khu vực thương mại tự do đó’. Đây là điều kiện ‘đối ngoại’.

Ngoài ra, hiệu lực của ngoại lệ (Điều XXIV GATT) phụ thuộc vào sự tồn tại của CU hoặc FTA hoặc hiệp định tạm thời. Theo Điều XXIV GATT, nếu CU hoặc FTA được định nghĩa theo cách hạn chế, thì nó sẽ phải tiếp tục tuân thủ điều kiện ‘đối nội’. Điều kiện này nằm trong khoản 8(a) Điều XXIV GATT, quy định rằng thuế quan và các quy chế thương mại hạn chế khác phải bị loại bỏ đối với hầu hết các lĩnh vực thương mại. Các điều kiện ‘đối nội’ và ‘đối ngoại’ nói trên bao gồm nhiều vấn đề rất khó giải thích.

Bên cạnh đó, Hiệp định của Vòng đàm phán U-ru-goay về Điều XXIV GATT cũng quy định một số giải thích và các yêu cầu bổ sung đối với các RTAs.

2. Điều V GATS

Điều V GATS đóng vai trò tương đương như Điều XXIV của GATT nhưng khác với Điều XXIV GATT. Điều V GATS quy định về các thoả thuận hội nhập kinh tế trong lĩnh vực dịch vụ. Khoản 1 của điều này quy định: ‘Hiệp định này không ngăn cản bất kì thành viên nào trở thành một bên hoặc gia nhập hiệp định tự do hoá thương mại dịch vụ giữa các bên tham gia hiệp định đó’. Bên cạnh đó, Điều Vbis GATS còn quy định về các thoả thuận hội nhập thị trường lao động.

3. 'Điều khoản cho phép'

'Quyết định năm 1979 về đối xử khác biệt và ưu đãi hơn, có đi có lại và tham gia đầy đủ hơn của các nước đang phát triển' hoặc 'Quyết định ngày 28/11/1979 (L/4903)', hay còn gọi là 'Điều khoản cho phép' cho phép các DCs gia nhập các hiệp định toàn cầu hoặc khu vực, trong đó quy định giảm hoặc loại bỏ thuế quan và các rào cản phi thuế quan trong thương mại giữa các nước này với nhau. Nó cho phép vi phạm nguyên tắc MFN theo hướng có lợi cho các DCs.

'Điều khoản cho phép' năm 1979 đã trở thành bộ phận của luật WTO theo Phụ lục 1A Hiệp định Ma-ra-két, quy định các ngoại lệ của nghĩa vụ đối xử MFN theo hai cách. *Thứ nhất*, cho phép các bên kí kết dành sự đối xử ưu đãi một chiều cho hàng hoá nhập khẩu từ các DCs. *Thứ hai*, cho phép thiết lập các RTAs giữa các LDCs.

4. Các án lệ của WTO

Trong án lệ *Turkey-Restriction on Imports of Textiles and Other Clothing Products* [1999], Ấn Độ khiếu nại rằng việc Thổ Nhĩ Kỳ áp đặt các biện pháp hạn chế số lượng đối với 19 sản phẩm dệt may của nước này là 'không cần thiết' theo Quyết định số 1/952 (1995) của Hội đồng Hiệp hội Thổ Nhĩ Kỳ-EC, theo đó vạch ra quy tắc thực thi giai đoạn cuối của việc thành lập CU giữa Thổ Nhĩ Kỳ và Cộng đồng châu Âu, đồng thời ghi nhận điều khoản theo đó Thổ Nhĩ Kỳ phải áp dụng 'chính sách thương mại, về cơ bản, giống như Cộng đồng châu Âu, đối với lĩnh vực hàng dệt may, bao gồm các hiệp định hoặc thoả thuận về thương mại hàng dệt may'. Thổ Nhĩ Kỳ phản bác rằng: do việc áp đặt hạn ngạch đối với hàng dệt may được thực hiện theo quy định về thành lập CU, nên nó phù hợp với Điều XXIV GATT.⁶ Trong vụ này, Cơ quan phúc thẩm xem xét mối quan hệ giữa Điều XXIV GATT và các điều khoản khác của GATT. Đặc biệt, câu hỏi đặt ra là liệu có phải Điều XXIV của GATT được áp dụng chỉ nhằm tạo ra ngoại lệ của riêng nguyên tắc MFN, hay nó còn tạo ra ngoại lệ của các nguyên tắc khác của GATT?⁷

Trong vụ *US-Definitive Safeguard Measures on Imports of Circular Welded Carbon Quality Line Pipe from Korea* [2002], Hàn Quốc khiếu kiện

⁶ WTO, Báo cáo của Cơ quan phúc thẩm, vụ *Turkey-Restriction on Imports of Textiles and Other Clothing Products* [1999], <http://www.wto.org>.

⁷ Joel P. Trachtman, *Handbook of International Economic Law*, 'Chapter on International Trade: Regionalism', (2006). http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=885660

ràng với việc không áp dụng biện pháp tự vệ (dưới hình thức hạn ngạch thuế quan) đối với mặt hàng đường ống của Mê-hi-cô và Ca-na-đa, Hoa Kỳ đã vi phạm nguyên tắc MFN quy định tại Điều I, khoản 1 Điều XIII, và Điều XIX của GATT, và khoản 2 Điều 2 Hiệp định Tự vệ (viết tắt là ‘SA’). Hoa Kỳ phản biện bằng cách lập luận rằng sự đối xử khác biệt dành cho hàng nhập khẩu từ Mê-hi-cô và Ca-na-đa (cả hai nước này đều là thành viên của NAFTA) được biện minh trên cơ sở ‘ngoại lệ hạn chế’ theo Điều XXIV GATT.⁸

B. Tại sao các quy định điều chỉnh RTAs được quy định trong luật WTO?⁹

Có nhiều lí do giải thích tại sao các quy định điều chỉnh RTAs lại được quy định trong luật WTO. Có thể nêu một số lí do sau đây:

Thứ nhất, RTAs có thể hỗ trợ cho hệ thống thương mại đa phương của WTO. RTAs cho phép một nhóm nước đàm phán các quy định và cam kết vượt ra ngoài giới hạn các cam kết của WTO.

Thứ hai, một số quy định có vai trò mở đường cho thoả thuận trong WTO. Dịch vụ, sở hữu trí tuệ và tiêu chuẩn môi trường, đầu tư và chính sách cạnh tranh là tất cả các vấn đề được đưa ra trong các cuộc đàm phán RTAs, và sau đó phát triển thành các thoả thuận được bàn bạc nhiều trong khuôn khổ WTO.

Thứ ba, các hiệp định của WTO thừa nhận rằng RTAs và hội nhập kinh tế sâu sắc hơn có thể đem lại lợi ích cho các nước. Thông thường, việc thiết lập CU hoặc FTA thường trái với các nguyên tắc của WTO về đối xử bình đẳng áp dụng cho tất cả các đối tác thương mại (nguyên tắc MFN). Tuy nhiên, Điều XXIV GATT cho phép RTAs được thành lập như một trường hợp ngoại lệ, với điều kiện đáp ứng được các tiêu chuẩn chặt chẽ nhất định.

Thứ tư, RTA có thể giúp dòng chảy thương mại được tự do hơn giữa các nước trong nhóm mà không có các rào cản, nghĩa là có thể bổ sung cho hệ thống thương mại toàn cầu mà không hề đe dọa sự tồn tại của hệ thống thương mại toàn cầu.

C. Lí do kinh tế của việc thành lập RTAs

Người ta cho rằng tự do hoá thương mại sẽ diễn ra nhanh hơn nếu nó được

⁸ WTO, Báo cáo của Ban hội thẩm, vụ *US-Definitive Safeguard Measures on Imports of Circular Welded Carbon Quality Line Pipe from Korea* [2002], WT/DS202/R, thông qua ngày 8/3/2002, <http://www.wto.org>.

⁹ WTO, <http://www.wto.org>.

tiến hành trong khối thương mại khu vực. Mặc dù động cơ kinh tế đóng vai trò quyết định trong việc cho ra đời một RTA, nhưng các lợi ích kinh tế lại không luôn luôn được đánh giá cao như vậy. Đối với các DCs, nhu cầu mở rộng thị trường xuất khẩu luôn luôn là động cơ chủ yếu của việc quyết định đàm phán RTA, đặc biệt trong trường hợp thành viên của RTA là thị trường xuất khẩu quan trọng. Đối với các nước phát triển như Nhật Bản, EU và Hoa Kỳ, lợi ích kinh tế do RTAs tạo ra luôn luôn được đánh giá trong bối cảnh rộng hơn. Thông qua RTAs, các nước phát triển sẽ có thể đẩy 'biên giới kinh tế' vượt xa hơn biên giới hải quan truyền thống. Sự khác nhau về lợi ích giữa chính các bên là lí do tại sao các cuộc đàm phán RTAs giữa các DCs và các nước phát triển đôi khi trở nên khó khăn.

D. Lí do chính trị của việc thành lập RTAs

Dưới đây là một số lí do:

- Trong trường hợp hội nhập châu Âu, thông qua hội nhập kinh tế, các nước thành viên EU đã cố gắng thành lập và đã thành công trong việc thành lập một liên minh gắn bó chặt chẽ hơn bao giờ hết giữa các dân tộc châu Âu, nhằm ngăn ngừa chiến tranh tái diễn.
- RTAs có thể tăng cường sự tham gia của các nước thành viên trong WTO, đặc biệt là trường hợp của các DCs, như trường hợp Việt Nam gia nhập WTO.
- Thông qua RTAs, một nước thành viên có thể duy trì khả năng cạnh tranh và ảnh hưởng của nó đối với các bên tham gia thương mại. Việc thiết lập RTAs giữa Trung Quốc, Nhật Bản, Hàn Quốc, Úc, Ấn Độ với ASEAN, hoặc RTA giữa ASEAN và EU, Hiệp định đối tác kinh tế chiến lược xuyên Thái Bình Dương (viết tắt là 'TPP') là các ví dụ điển hình cho các động cơ chính trị này.
- Các RTAs thường thúc ép các nước thành viên phải thay đổi trong nhiều lĩnh vực - những lĩnh vực không được điều chỉnh toàn diện trong các hiệp định của WTO - như môi trường, lao động và đầu tư.

2. Hội nhập kinh tế khu vực - Khái niệm truyền thống và sự phát triển

A. Các cấp độ hội nhập kinh tế khu vực truyền thống

Bằng chứng đầu tiên của hội nhập kinh tế khu vực đã tồn tại từ đầu thế kỉ XVI. Lúc đó, một nhóm các thành phố ở Bắc Âu đã thành lập Liên minh Han-xi-tic nhằm mục đích bảo vệ lợi ích thương mại của họ trên cơ sở

nguyên tắc có đi có lại.

Kể từ khi thành lập vào năm 1957, Cộng đồng kinh tế châu Âu ('EEC') đã là ví dụ điển hình của chủ nghĩa khu vực. Từ năm 1957, theo quan điểm của châu Âu về hội nhập kinh tế khu vực, *bước đầu tiên* của quá trình hội nhập đó bắt đầu bằng FTA, trong đó thuế quan và các rào cản phi thuế quan ('NTBs') được loại bỏ đối với hàng nhập khẩu trong nội bộ khu vực, nhưng mỗi thành viên vẫn duy trì rào cản thương mại đối ngoại của mình. FTA truyền thống được hiểu là: 'Một nhóm hai hoặc nhiều nước cùng nhau loại bỏ thuế quan và hầu hết các rào cản phi thuế quan gây tác động đến thương mại giữa các nước, trong khi đó mỗi nước vẫn áp dụng lộ trình thuế quan độc lập của riêng mình đối với hàng hoá nhập khẩu từ nước không phải là thành viên'.¹⁰

Điều XXIV GATT nói trên nêu lên ý nghĩa của FTA trong GATT và chi rõ hiệu lực của các quy định khác của GATT liên quan đến FTAs.

Bước thứ hai của hội nhập kinh tế khu vực là xây dựng CU - vốn được coi là 'FTA+' với thuế quan đối ngoại chung. *Bước thứ ba* là xây dựng thị trường chung (viết tắt là 'CM') bao gồm sự tự do dịch chuyển vốn và lao động. Trong CM, các thành viên có thể phối hợp mạnh mẽ hơn nữa các chính sách thương mại đối ngoại. *Bước thứ tư* là xây dựng liên minh tiền tệ và kinh tế (viết tắt là 'EMU') bao gồm sự tự do dịch chuyển tất cả các yếu tố kinh tế như hàng hoá, dịch vụ, lao động và vốn. Bên cạnh đó, EMU còn nhằm mục đích thống nhất các chính sách tiền tệ, tài chính và xã hội (*xem* Mục 2 - Chương 3 của Giáo trình).

B. Sự phát triển của các mô hình hội nhập kinh tế khu vực

1. Sự đa dạng của các hiệp định thương mại tự do

Phạm vi điều chỉnh và chiều sâu của sự đối xử ưu đãi được ghi nhận trong các RTAs không giống nhau. Các RTAs hiện đại, và không chỉ các RTAs liên quan đến các nền kinh tế phát triển nhất, có khuynh hướng không dừng lại ở cam kết giảm thuế quan. Các hiệp định đó đề ra các quy định ngày càng phức tạp nhằm điều chỉnh thương mại nội ngành (*ví dụ* liên quan đến tiêu chuẩn sản phẩm, các điều khoản về tự vệ, quản lý hải quan v.v.) và cũng đề ra khuôn khổ quy định ưu đãi đối với thương mại dịch vụ có đi có lại. Các RTAs tinh vi nhất đã vượt ra khỏi các cơ chế chính sách thương mại

¹⁰ Ralph H. Folsom và các tác giả, *2003 Documents Supplement to International Business Transactions - A Problem-Oriented Coursebook*, American Casebook Series, Thomson West, 6th edn., (2003), tr. 9.

truyền thống, nó bao gồm các quy định khu vực điều chỉnh đầu tư, cạnh tranh, môi trường và lao động. Các RTAs hiện nay được mở rộng về mặt địa lí, với các thoả thuận xuyên lục địa, không chỉ bó hẹp trong nội bộ khu vực. Các RTAs có thể là các thoả thuận giữa các nước không nhất thiết nằm trong cùng khu vực địa lí, ví dụ FTA giữa Hoa Kỳ và Xinh-ga-po. Vì thế, Joel P. Trachtman cho rằng ‘Thuật ngữ chính xác hơn [về RTA]... [c]ó thể là “hội nhập tiểu đa phương” hay “hiệp định thương mại ưu tiên” (‘PTA’)’.¹¹

Xu hướng của các FTAs không phải là hiện tượng mới. Tuy nhiên, nó thực sự là hiện tượng đang tăng nhanh kể từ những năm 1990 đến nay.

Trước kia, các FTAs ‘truyền thống’ được thiết lập thường xuyên giữa các nước có những điểm tương đồng nhất định về chế độ chính trị, trình độ phát triển, khu vực địa lí hoặc cơ cấu thị trường. Những hiệp định này được gọi là các FTAs ‘Bắc-Bắc’ (như Cộng đồng kinh tế châu Âu - EEC trước đây), hoặc các FTAs ‘Nam-Nam’ (như AFTA, MERCOSUR). Gần đây, các FTAs đã hình thành một cách linh hoạt hơn và chấp nhận sự khác biệt về địa lí và quan điểm chính trị giữa các nước thành viên, đặc biệt là khi có sự tham gia của ‘các nền kinh tế mới nổi’ (ví dụ, Trung Quốc, Ấn Độ, Liên bang Nga và Brazil).

Bên cạnh EU, NAFTA là ví dụ điển hình khác của hội nhập kinh tế khu vực. NAFTA là FTA trong đó có sự tự do dịch chuyển hàng hoá, dịch vụ, lao động, vốn và sự hợp tác chặt chẽ về lĩnh vực IPR (xem Mục 3 - Chương 3 của Giáo trình).

2. Hiệp định đối tác kinh tế chiến lược xuyên Thái Bình Dương (‘TPP’)¹²

Hiệp định đối tác kinh tế chiến lược xuyên Thái Bình Dương (viết tắt là ‘TPP’) được kí kết năm 2005 giữa 4 quốc gia Thái Bình Dương (Chi-lê, Xinh-ga-po, Bru-nây Đa-rút-xa-lam và Niu Di-lân), được gọi là ‘Hiệp định P-4’. Đến thời điểm tháng 3/2012, có 9 nước tham gia TPP (bao gồm Úc, Bru-nây, Chi-lê, Ma-lai-xi-a, Niu Di-lân, Pê-ru, Xinh-ga-po, Việt Nam, và Hoa Kỳ) với tham vọng sẽ cùng nhau kí kết một hiệp định thương mại ‘thế hệ tiếp theo’. Các

¹¹ Joel P. Trachtman, *Handbook of International Economic Law*, ‘Chapter on International Trade: Regionalism’, (2006). http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=885660.

¹² MUTRAP III, *Tổng quan về Hiệp định đối tác kinh tế chiến lược xuyên Thái Bình Dương*, ngày 16/8/2011. <http://www.mutrap.org.vn>; Trần Công, *Xuyên Thái Bình Dương*, Số 264 The World & Vietnam Report - Thế giới và Việt Nam, <http://www.tgvn.com.vn>; và Cơ quan đại diện thương mại Hoa Kỳ (USTR), <http://www.ustr.gov.tpp>.

nước khác hiện cũng đang bày tỏ ý muốn tham gia đàm phán, như Ca-na-đa, Nhật Bản, Thái Lan, Phi-líp-pin, và In-đô-nê-xi-a. Từ tháng 3/2010 đến tháng 3/2012, TPP đã trải qua 11 vòng đàm phán. Cho đến thời điểm tháng 2/2012, TPP dường như là ‘Câu lạc bộ’ chưa có sự tham gia của Trung Quốc.

Mục tiêu dự kiến của TPP là sẽ trở thành khuôn khổ thương mại toàn diện với chất lượng cao và là ‘mô hình’ của hiệp định thương mại của thế kỷ XXI, bao trùm khu vực châu Á-Thái Bình Dương, chiếm hơn nửa tổng sản phẩm toàn cầu và chiếm trên 40% thương mại thế giới. Phạm vi điều chỉnh của TPP rộng hơn cả WTO, bao gồm thương mại hàng hoá, thương mại dịch vụ, các biện pháp vệ sinh an toàn thực phẩm và kiểm dịch động thực vật và hàng rào kỹ thuật trong thương mại, chính sách cạnh tranh, sở hữu trí tuệ, môi trường, tiêu chuẩn lao động, chuỗi cung ứng dịch vụ, các doanh nghiệp vừa và nhỏ (SMEs), mua sắm chính phủ và nguyên tắc minh bạch. Bên cạnh đó, nó còn bao gồm một chương về hợp tác và hai phụ lục kèm theo về hợp tác môi trường và hợp tác lao động.

Mục 2. PHÁP LUẬT VỀ THỊ TRƯỜNG NỘI KHỐI CỦA LIÊN MINH CHÂU ÂU (EU)^{(*)13}

Tính đến thời điểm tháng 2/2012, với 27 quốc gia thành viên, 500 triệu dân và sử dụng 23 ngôn ngữ chính thức, Liên minh châu Âu (EU) là tổ chức có quyền lực pháp lý rất lớn. EU tạo ra một trật tự pháp luật không phải là luật quốc gia cũng không giống với luật quốc tế truyền thống, mà đó là ‘luật siêu quốc gia’. Tôn chỉ của EU là ‘Thống nhất trong đa dạng’. Ngày 9/5 hàng năm là ‘Ngày châu Âu’.

Các đối tác thương mại của các nước thành viên EU và các doanh nghiệp có quan hệ kinh doanh với các doanh nghiệp của các nước thành viên EU đều cần hiểu biết về luật EU nói chung và các quy định của luật EU điều chỉnh quan hệ thương mại nội khối và quan hệ thương mại quốc tế của các nước thành viên EU.

^(*) Tác giả: Nguyễn Thanh Tâm, Tiến sĩ, Giảng viên, Trưởng Bộ môn Luật Thương mại Quốc tế, Trường Đại học Luật Hà Nội (HLU), và Trịnh Hải Yến, Thạc sĩ, Nghiên cứu sinh, Trường Đại học Quốc gia Xinh-ga-po (NUS), Giảng viên, Học viện Ngoại giao Việt Nam (DAV). Người biên dịch: Nguyễn Anh Tùng, Cử nhân Luật.

¹³ EU, <http://europa.eu>

1. Tổng quan về luật EU và các quan hệ thương mại đối ngoại của EU

A. Luật EU

1. Quá trình phát triển của EU

(a) Ý tưởng về EU và những người sáng lập EU

EU được thành lập sau Chiến tranh thế giới lần thứ II. Những bước đầu tiên được thực hiện nhằm thúc đẩy tiến trình hợp tác kinh tế, với triết lí khi các nước tiến hành thương mại với nhau thì sẽ phụ thuộc lẫn nhau về mặt kinh tế, từ đó tránh được các xung đột. Cha đẻ của ý tưởng này là Uyn-xton Tróc-trin, Kôn-rát A-đơ-nô-ê, An-xi-đơ Đờ Ga-xơ-ri, Rô-be Su-man và Giảng Môn-ne.

(b) Quá trình mở rộng của EU

Từ 6 quốc gia thành viên ban đầu, hiện nay EU đã mở rộng thành liên minh gồm 27 thành viên.

- Năm 1951, Cộng đồng than thép châu Âu (viết tắt là 'ECSC') được thành lập bởi 6 nước thành viên sáng lập: Pháp, Đức, Bỉ, Hà Lan, Luých-xăm-bua và Ý.
- Năm 1973, mở rộng lần đầu tiên - thêm các thành viên: Đan Mạch, Ai-len và Vương quốc Anh.
- Năm 1981, mở rộng lần thứ hai - thêm Hy Lạp.
- Năm 1986, mở rộng lần thứ ba - thêm Tây Ban Nha và Bồ Đào Nha.
- Năm 1995, mở rộng lần thứ tư - thêm Áo, Phần Lan, Thụy Điển.
- Năm 2004, mở rộng lần thứ năm - thêm Síp, Séc, Éc-tô-ni-a, Hung-ga-ri, Lát-vi-a, Lít-va, Man-ta, Phần Lan, Xi-lô-va-ki-a và Xi-lô-vê-ni-a.
- Năm 2007, mở rộng lần thứ sáu - thêm Bun-ga-ri và Ru-ma-ni.

Ngoài ra, hiện nay các nước ứng cử gia nhập EU bao gồm Crô-a-ti-a, Cộng hoà Ma-xê-đô-ni-a (thuộc Nam Tư cũ), Thổ Nhĩ Kỳ, Ai-xơ-len, và Mông-tê-nê-grô.

(c) Các tiêu chí gia nhập EU

- Có nền dân chủ và pháp quyền;
- Có nền kinh tế thị trường đang vận hành;
- Đủ năng lực thực thi pháp luật EU.

Con đường đi đến một Thị trường châu Âu thống nhất thực sự không

hệ bằng phẳng. Bên cạnh những khác biệt tương đối về chính trị và văn hoá, sự không đồng đều về trình độ kinh tế giữa các nước thành viên cũng tạo ra những rào cản nhất định trong tiến trình hội nhập khu vực.

2. Các thiết chế của EU

(a) Hội đồng châu Âu (European Council)

Đây là Hội nghị thượng đỉnh của những người đứng đầu nhà nước và chính phủ các nước EU. Đây là cơ quan quan trọng của EU - đại diện cho các chính phủ của 27 nước thành viên, nhưng không phải là một thiết chế trong bộ máy của EU. Hội đồng châu Âu họp ít nhất bốn lần một năm. Cơ quan này đề ra những định hướng tổng thể cho các chính sách của EU, và xử lý những vấn đề phức tạp và nhạy cảm đã không thể giải quyết được ở cấp độ hợp tác liên chính phủ thấp hơn. Tuy nhiên, cơ quan này không có thẩm quyền lập pháp.

Hội đồng châu Âu quyết định trên cơ sở đồng thuận, trừ khi các hiệp ước thành lập EU quy định khác. Trong một số trường hợp, quyết định được thông qua trên cơ sở nhất trí hoặc đa số tuyệt đối, tùy theo quy định của các hiệp ước nêu trên.

(b) Nghị viện châu Âu (European Parliament)

Nghị viện châu Âu được thành lập thông qua bầu cử trực tiếp và đại diện cho tiếng nói của người dân EU, nhiệm kỳ 5 năm. Nghị viện châu Âu là một trong những thiết chế lập pháp chủ yếu của EU, quyết định những vấn đề về pháp luật và ngân sách của EU cùng với Hội đồng bộ trưởng, giám sát toàn diện các công việc của EU, có quyền miễn nhiệm Ủy ban châu Âu và áp dụng quyền phủ quyết đối với việc gia nhập EU của nước ứng cử viên.

(c) Hội đồng bộ trưởng hay Hội đồng Liên minh châu Âu (Council of Ministers) - Tiếng nói của các nước thành viên EU.

Đây là cơ quan có quyền quyết định cao nhất của EU. Mỗi thành viên EU có một đại diện tại Hội đồng bộ trưởng, thường là bộ trưởng ngoại giao hoặc bộ trưởng chịu trách nhiệm về vấn đề được thảo luận. Vị trí chủ tịch Hội đồng được quay vòng sáu tháng một lần. Hội đồng bộ trưởng quyết định những vấn đề về pháp luật và ngân sách của EU cùng với Nghị viện châu Âu, đồng thời điều hành chính sách chung về ngoại giao và an ninh.

Số phiếu biểu quyết của mỗi nước thành viên EU tại Hội đồng bộ trưởng (2010)

Đức, Pháp, Ý, Vương quốc Anh	29
Tây Ban Nha và Ba Lan	27
Ru-ma-ni	14
Hà Lan	13
Bỉ, Séc, Hy Lạp, Hung-ga-ri và Bồ Đào Nha	12
Áo, Bun-ga-ri và Thụy Điển	10
Đan Mạch, Ai-len, Lit-va, Xi-lô-va-ki-a và Phần Lan	7
Ét-xtô-ni-a, Síp, Lát-vi-a, Luých-xăm-bua và Xi-lô-vê-ni-a	4
Man-ta	3
Tổng:	345

Hiện nay, về cơ bản, nhiều quyết định được thông qua khi được đa số các nước thành viên biểu quyết thông qua (đôi khi thậm chí đa số 2/3 trong tổng số 27 nước thành viên) với tỉ lệ đa số tối thiểu là 255 phiếu. Tuy nhiên, kể từ năm 2014, tỉ lệ đa số các nước tham gia bỏ phiếu tối thiểu sẽ là 15 nước, và tối thiểu 65% dân số EU ủng hộ, hay còn gọi là ‘đa số kép’.

Hội đồng bộ trưởng có các nhiệm vụ sau đây:

- i) Thông qua luật EU;
- ii) Điều phối chính sách kinh tế của các nước thành viên EU;
- iii) Kí kết điều ước giữa EU với các nước khác;
- iv) Phê duyệt ngân sách hàng năm của EU;
- v) Phát triển chính sách đối ngoại và phòng vệ của EU;
- vi) Điều phối hoạt động hợp tác giữa toà án và các lực lượng cảnh sát của các nước thành viên.

(d) Ủy ban châu Âu (European Commission) - Thiết chế thúc đẩy các lợi ích chung.

Ủy ban châu Âu bao gồm 27 ủy viên độc lập, mỗi ủy viên là đại diện của một nước EU. Ủy ban châu Âu là cơ quan chấp hành của EU, có thẩm quyền đề xuất pháp luật. Đồng thời, đây là cơ quan giám sát thực thi các điều ước quốc tế, đảm bảo việc thực thi pháp luật và không vi phạm các điều ước quốc tế của các nước thành viên EU. Ủy ban châu Âu đại diện cho EU trên trường quốc tế.

(e) Toà án công lí EU (Court of Justice of the European Union)

Toà án công lí EU là cơ quan xét xử của EU và Cộng đồng năng lượng nguyên tử châu Âu (viết tắt là ‘EURATOM’), bao gồm 3 toà án: i) Toà án công

lí ('Court of Justice'); ii) Tòa án chung ('General Court') (thành lập năm 1988); và iii) 'Tòa công chức' ('Civil Service Tribunal') (thành lập năm 2004). Nhiệm vụ cơ bản của các cơ quan này là xem xét tính hợp pháp của các biện pháp của EU và bảo đảm tính thống nhất trong việc giải thích và áp dụng luật EU.

i) 'Tòa án công lí' ('Court of Justice'): Trước khi Hiệp ước Li-xbon có hiệu lực ngày 1/12/2009, tòa án này được gọi là 'Tòa án công lí châu Âu' ('European Court of Justice', viết tắt là 'ECJ'). Tòa án công lí bao gồm 27 thẩm phán (mỗi nước EU được cử một thẩm phán), được trợ giúp bởi 8 tổng chưởng lí ('Advocates-general') - thực hiện nhiệm vụ trình bày ý kiến về vụ việc được khởi kiện trước Tòa án công lí. Họ được bổ nhiệm với nhiệm kỳ 6 năm và có thể được tái bổ nhiệm. Tòa án công lí có nhiệm vụ sau đây: (i) Giải thích luật EU, nhằm bảo đảm rằng luật EU phải được áp dụng thống nhất ở tất cả các nước thành viên EU; (ii) Giải quyết tranh chấp về pháp luật giữa các chính phủ các nước thành viên EU và các thiết chế của EU; ngoài ra, các cá nhân, công ty, tổ chức cũng có thể khởi kiện trước Tòa án công lí, nếu quyền của họ bị xâm phạm bởi một thiết chế của EU.

ii) 'Tòa án chung' ('General Court'): Trước khi Hiệp ước Li-xbon có hiệu lực ngày 1/12/2009, tòa án này được gọi là 'Tòa sơ thẩm châu Âu' ('Court of First Instance', viết tắt là 'CFI'). Để giúp Tòa án công lí xử lý một số lượng lớn các vụ kiện và giúp cho các công dân được bảo vệ tốt hơn về mặt pháp luật, một Tòa án chung (General Court) đã được thành lập năm 1988 (khi đó là CFI) để giải quyết các vụ kiện của cá nhân, công ty và một số tổ chức, và các vụ kiện liên quan đến luật cạnh tranh. Tòa án chung bao gồm ít nhất 27 thẩm phán (trong đó mỗi nước thành viên cử đến một thẩm phán), với nhiệm kỳ 6 năm và có thể được tái bổ nhiệm. Không giống Tòa án công lí, Tòa án chung không có tổng chưởng lí thường trực ('Advocates-general'). Trong trường hợp đặc biệt, nhiệm vụ của tổng chưởng lí sẽ do một thẩm phán thực hiện.

iii) 'Tòa công chức' ('Civil Service Tribunal'): được thành lập năm 2004, thực hiện nhiệm vụ giải quyết tranh chấp giữa EU và các công chức EU. Tòa công chức bao gồm 7 thẩm phán do Hội đồng châu Âu bổ nhiệm với thời hạn 6 năm và có thể được tái bổ nhiệm.

(f) Tòa kiểm toán châu Âu (European Court of Auditors) - Thiết chế giám sát các hoạt động tài chính của EU. Tòa kiểm toán bao gồm 27 thành viên độc lập, mỗi thành viên đến từ một nước EU. Nhiệm vụ của cơ quan này là kiểm tra việc các khoản tài chính của EU có được sử dụng hợp lí hay không thông qua tiến hành kiểm toán đối với các cá nhân và tổ chức sử dụng nguồn tiền của EU.

(g) Ủy ban kinh tế và xã hội châu Âu (European Economic and Social

Committee) là ủy ban tư vấn, đại diện cho tiếng nói của các cộng đồng dân sự như các nghiệp đoàn, người sử dụng lao động, nông dân, người tiêu dùng v.v. tham gia tư vấn về pháp luật và chính sách mới của EU. Ủy ban này thúc đẩy sự tham gia của các cộng đồng dân sự trong các vấn đề của EU.

(h) Ủy ban các vùng (Committee of the Regions) cũng là ủy ban tư vấn của EU, đại diện cho tiếng nói của chính quyền địa phương. Ủy ban này đại diện cho các thành phố và các vùng, tham gia tư vấn pháp luật và chính sách của EU, nhằm thúc đẩy sự tham gia của chính quyền địa phương trong các vấn đề của EU.

(i) Ngân hàng trung ương châu Âu (European Central Bank - viết tắt là 'ECB') là thiết chế điều hành chính sách tiền tệ của Khu vực đồng tiền chung châu Âu ('Eurozone'), bao gồm 17 nước thành viên. ECB đảm bảo sự ổn định của giá cả, quản lý nguồn cung tiền và ấn định lãi suất. Cơ quan này hoạt động độc lập với chính phủ các nước thành viên.

(j) Các thiết chế khác của EU, *ví dụ*, Ngân hàng đầu tư châu Âu (European Investment Bank) và các cơ quan khác.

Cần tránh sự nhầm lẫn giữa Hội đồng châu Âu (European Council), Hội đồng bộ trưởng hay Hội đồng liên minh châu Âu (Council of Ministers hay Council of the EU), và Hội đồng châu Âu (Council of Europe). Hội đồng châu Âu (Council of Europe) không phải là một thiết chế của EU. Đây là tổ chức quốc tế được thành lập năm 1949 với mục đích bảo vệ nhân quyền và củng cố nền dân chủ trên khắp châu Âu, đồng thời thúc đẩy những đặc trưng văn hoá của châu Âu, và là cầu nối giữa Đông Âu và Tây Âu.

3. Thủ tục thông thường để ban hành các quyết định của EU



Thủ tục thông thường để ban hành quyết định của EU được gọi là ‘Thủ tục lập pháp thông thường’ (‘Ordinary Legislative Procedure’), theo đó luật EU do Nghị viện châu Âu cùng với Hội đồng châu Âu phê chuẩn. Còn Ủy ban châu Âu là cơ quan lập dự thảo và thực thi pháp luật.

4. Cấu trúc của luật EU: Ba trụ cột

Pháp luật EU được cấu trúc dựa trên ba trụ cột.

- Trụ cột thứ nhất là pháp luật liên quan đến các quyền kinh tế và xã hội, bao gồm Hiệp ước thành lập Cộng đồng châu Âu (viết tắt là ‘TEC’), được kí kết tại Rô-ma năm 1957 và sau này được sửa đổi, bổ sung bởi các Hiệp ước kí kết giữa các nước thành viên. Trụ cột thứ nhất của pháp luật EU chính là luật cộng đồng châu Âu (EC Law). Sau khi Hiệp ước Li-xbon có hiệu lực ngày 1/12/2009, luật cộng đồng châu Âu đã trở thành luật EU.
- Trụ cột thứ hai liên quan đến chính sách ngoại giao và an ninh chung của EU (‘CFSP’), hình thành theo Hiệp ước Liên minh châu Âu (viết tắt là ‘TEU’) kí kết tại Maastricht năm 1992.
- Trụ cột thứ ba liên quan đến hợp tác về cảnh sát và tư pháp trong các vấn đề hình sự (từng được gọi là vấn đề ‘tư pháp và nội vụ’), hình thành theo ‘TEU’.

Ba trụ cột nêu trên tạo thành luật Liên minh châu Âu (‘EU Law’).

5. Nguồn của luật EU

(a) Luật văn bản

Luật văn bản của EU được phân chia thành hai bộ phận: Luật ‘chính yếu’ (‘primary’ legislation) và luật ‘thứ yếu’ (‘secondary’ legislation). Các điều ước giữa các nước thành viên (luật chính yếu) là cơ sở, nền tảng điều chỉnh mọi hoạt động của EU. Luật thứ yếu bao gồm các Quy định, Chỉ thị, Quyết định v.v. được xây dựng dựa trên các nguyên tắc và mục tiêu mà các điều ước đề ra.

i) Luật chính yếu (các điều ước)

Luật chính yếu hay các điều ước, thực chất là ‘hiến pháp’ của EU. Chúng được hình thành trên cơ sở sự nhất trí của chính phủ các nước thành viên EU. Các điều ước đề ra những mục tiêu và các quy tắc của việc tổ chức EU, cách thức đưa ra quyết định, mối quan hệ giữa EU và các nước thành viên, những chính sách cơ bản của EU, các thủ tục lập pháp và các quyền

hạn của EU. Điều ước là bản thoả thuận ràng buộc giữa các nước thành viên EU. Theo các điều ước của EU, các thiết chế của EU có quyền ban hành pháp luật và các nước thành viên sau đó phải thực hiện.

Các điều ước chính của EU bao gồm:¹⁴

- Hiệp ước thành lập Cộng đồng than thép châu Âu ('ECSC'), kí kết tại Pa-ri năm 1951 và bắt đầu có hiệu lực vào năm 1952. Mục đích của Hiệp ước này là tạo ra sự phụ thuộc lẫn nhau về than và thép giữa các nước thành viên, nhờ đó đảm bảo rằng không nước thành viên nào có thể huy động sức mạnh vũ trang mà không bị các nước thành viên khác biết được. Hiệp ước này cũng loại bỏ các rào cản trong thương mại than thép và thiết lập thị trường chung cho sản phẩm này. ECSC hết hiệu lực năm 2002.
- Các hiệp ước thành lập Cộng đồng kinh tế châu Âu - ECC ('TEC'), thành lập Cộng đồng năng lượng nguyên tử châu Âu - EURATOM, kí kết tại Rô-ma năm 1957 và bắt đầu có hiệu lực vào năm 1958. TEC vạch ra các nguyên tắc cơ bản của Cộng đồng, các thiết chế của Cộng đồng và tạo ra pháp luật cộng đồng điều chỉnh chính sách trong các lĩnh vực nông nghiệp, vận tải và cạnh tranh.
- Đạo luật châu Âu thống nhất 1986. Mục đích của đạo luật này là tái cơ cấu các thiết chế để chuẩn bị cho sự gia nhập của Bồ Đào Nha và Tây Ban Nha vào thời điểm đó, đồng thời đẩy nhanh tiến trình ra quyết định, chuẩn bị cho sự ra đời của một thị trường thống nhất.
- Hiệp ước Liên minh châu Âu ('TEU') được kí kết tại Maastricht ngày 29/7/1992 và có hiệu lực kể từ ngày 1/1/1993. Mục đích của TEU là chuẩn bị cho sự ra đời của Liên minh tiền tệ châu Âu, đồng thời đề cập đến các yếu tố của một liên minh chính trị, như quốc tịch và chính sách chung về đối nội và đối ngoại.
- Hiệp ước Am-xtéc-đam sửa đổi Hiệp ước Liên minh châu Âu, Hiệp ước thành lập Cộng đồng châu Âu và các đạo luật liên quan, được kí kết tại Am-xtéc-đam vào ngày 10/10/1997, bắt đầu có hiệu lực vào năm 1999.
- Hiệp ước Ni-xơ sửa đổi Hiệp ước Liên minh châu Âu, Hiệp ước

¹⁴ Văn bản chính thức của các hiệp ước này được truy cập miễn phí tại 'Europa' (xem <http://eur-lex.europa.eu>). Các nguồn tư liệu bằng giấy có thể tìm thấy trong *Encyclopedia of European Union Law: Constitutional Texts* và *Blackstone's EU Treaties and Legislation*.

thành lập Cộng đồng châu Âu và các đạo luật liên quan, được kí kết tại Ni-xơ vào ngày 10/3/2001, bắt đầu có hiệu lực kể từ năm 2003.

- Hiệp ước Li-xbon sửa đổi Hiệp ước Liên minh châu Âu, Hiệp ước thành lập Cộng đồng châu Âu, được kí kết tại Li-xbon vào ngày 13/12/2007, có hiệu lực kể từ ngày 1/12/2009.

Hiệp ước Li-xbon sửa đổi hai hiệp định nền tảng của EU là Hiệp ước Liên minh châu Âu ('TEU') và Hiệp ước thành lập Cộng đồng châu Âu ('TEC'). TEC được đổi tên thành Hiệp ước về hoạt động của Liên minh châu Âu (viết tắt là 'TFEU'). Ngoài ra, kèm theo Hiệp ước này còn có một số nghị định thư và tuyên bố. Hiệp ước này được kì vọng sẽ nâng cao tính hiệu quả, dân chủ, minh bạch của EU, sự thống nhất của EU trên trường quốc tế cũng như sự chắc chắn của một tiếng nói chung.

Các phụ lục, nghị định được ban hành kèm theo các hiệp ước cũng được coi là nguồn pháp luật chính yếu.

Cần lưu ý rằng, mặc dù vào năm 2004, nguyên thủ các nước thành viên EU đã kí Hiệp ước về Hiến chương của châu Âu, nhưng Hiệp ước này sau đó đã không được phê chuẩn.

ii) Luật thứ yếu

Luật thứ yếu của EU nhằm quy định cách thức thực hiện các mục tiêu của các hiệp ước (luật chính yếu). Nghị viện châu Âu, Ủy ban châu Âu và Hội đồng bộ trưởng được các hiệp ước trao quyền lập pháp trong tất cả các vấn đề thuộc thẩm quyền của EU. Các cơ quan này ban hành pháp luật thứ yếu, bao gồm: Quy định ('Regulation'), Chỉ thị ('Directives'), Quyết định ('Decisions'), Khuyến nghị ('Recommendations'), Ý kiến ('Opinions') và thoả thuận liên thiết chế ('Inter-institutional agreement').

'Quy định' ('Regulation') là loại văn bản pháp luật có hiệu lực ràng buộc do Ủy ban châu Âu ban hành và được phê chuẩn bởi Hội đồng bộ trưởng. Nó được áp dụng đầy đủ trên toàn lãnh thổ các nước thành viên EU. 'Quy định' được áp dụng trực tiếp cho các nước thành viên, không cần 'nội luật hoá' vào luật quốc gia của nước thành viên. Ví dụ, Quy định của Ủy ban (EC) No 2/2009 ngày 5/1/2009 thiết lập các giá trị nhập khẩu chuẩn để xác định giá đầu vào của một số loại rau và hoa quả.

'Chỉ thị' ('Directive') là loại văn bản pháp luật do Ủy ban châu Âu ban hành và được Hội đồng bộ trưởng phê chuẩn, vạch ra mục tiêu mà tất cả các thành viên EU phải đạt được nhưng cho phép các thành viên quyết định

cách thức đạt được mục tiêu đó. Các nước thành viên phải ban hành văn bản pháp luật nhằm thực hiện các chỉ thị của EU trong một thời hạn được ấn định. *Ví dụ*, Chỉ thị về giờ làm việc quy định làm việc ngoài giờ quá nhiều là bất hợp pháp. Chỉ thị này đề ra mức thời gian nghỉ ngơi tối thiểu và mức thời gian làm việc tối đa, nhưng cho phép mỗi thành viên quyết định cách thực thi quy định này.

‘*Quyết định*’ (‘Decision’) là loại văn bản pháp luật do Tòa án công lý hoặc Ủy ban châu Âu ban hành, có hiệu lực ràng buộc và được áp dụng trực tiếp đối với các chủ thể mà quyết định đề cập, có thể là nước thành viên EU hoặc một công ty riêng lẻ. *Ví dụ* Quyết định số 2009/78/EC của Ủy ban châu Âu về việc thành lập Ủy ban điều chỉnh chứng khoán châu Âu ngày 23/1/2009.

‘*Khuyến nghị*’ (‘Recommendation’) là loại văn bản không có tính ràng buộc. Thông qua việc ban hành khuyến nghị, các thiết chế của EU có thể thể hiện quan điểm của mình và đưa ra những gợi ý hành động mà không áp đặt nghĩa vụ pháp lý lên chủ thể mà khuyến nghị hướng đến. *Ví dụ* Khuyến nghị của Ủy ban ngày 11/2/2009 về thực hiện kiểm soát hạt nhân bởi các nhà máy hạt nhân.

‘*Ý kiến*’ (‘Opinion’) cũng là một loại văn bản không có tính ràng buộc. Nó có thể được ban hành bởi tất cả các thiết chế chính của EU (như Ủy ban châu Âu, Hội đồng châu Âu, hay Nghị viện châu Âu), Ủy ban các vùng và Ủy ban kinh tế và xã hội châu Âu. *Ví dụ*, Ủy ban các vùng đã ban hành Ý kiến về cách thức đóng góp của các vùng vào các mục tiêu về năng lượng của EU.

(b) Án lệ của Tòa án công lý EU¹⁵

Các án lệ của ‘Tòa án công lý EU’, bao gồm ‘Tòa án công lý’ và ‘Tòa án chung’, cũng là nguồn luật quan trọng có tính ràng buộc đối với các thiết chế của EU và các nước thành viên, đóng góp quan trọng vào việc tạo nên trật tự pháp luật EU. Tất cả các phán quyết của Tòa án công lý EU đều có thể được truy cập miễn phí tại website Curia trong Europa¹⁶.

Luật án lệ có nhiều công lao trong việc tạo ra các nguyên tắc cơ bản của luật EU. Bắt đầu từ án lệ nổi tiếng *Van Gend en Loos v. Nederlandse Administratie der Belastingen* [1963],¹⁷ Tòa án công lý châu Âu (ECJ), nay

¹⁵ EU, <http://curia.europa.eu>

¹⁶ EU, <http://curia.europa.eu>

¹⁷ Tòa án công lý châu Âu (ECJ), nay là Tòa án công lý, Case 26/62 *Van Gend en Loos v. Nederlandse Administratie der Belastingen* [1962].

là Tòa án công lí, đã đưa ra nguyên tắc ‘hiệu lực trực tiếp của luật cộng đồng’, theo đó luật cộng đồng được áp dụng trực tiếp trong trật tự pháp luật quốc gia của các nước thành viên, cho phép công dân các nước EU áp dụng trực tiếp luật EU để khởi kiện trước tòa án quốc gia của nước mình. Theo án lệ *Costa v. ENEL* [1964]¹⁸, nguyên tắc ‘tính tối cao của pháp luật cộng đồng’ so với luật quốc gia của nước thành viên được thừa nhận. Năm 1991, với án lệ *Francovich* [1991] và các án lệ khác, ECJ đã phát triển những khái niệm và nguyên tắc mới cho luật EU - đó là ‘trách nhiệm bồi thường của nước thành viên dành cho cá nhân do nhà nước vi phạm luật cộng đồng’.

Luật án lệ cũng rất có ý nghĩa trong việc củng cố pháp luật về thị trường nội khối EU. Kể từ sau án lệ *Cassis de Dijon* [1979] - khẳng định nguyên tắc tự do dịch chuyển hàng hoá, các thương nhân có thể nhập khẩu vào nước mình bất cứ sản phẩm gì của nước khác trong nội bộ EU, nếu sản phẩm đó được sản xuất hợp pháp và đưa vào thị trường nước đó, và nếu không có lí do nào rất quan trọng liên quan đến bảo vệ sức khỏe hoặc môi trường nhằm ngăn cản nhập khẩu vào nước có nhu cầu tiêu thụ. Nguyên tắc tự do dịch chuyển người lao động cũng được khẳng định trong một số án lệ đáng chú ý, như án lệ *Kraus* [1993] và án lệ *Bosman* [1995]. Ngoài ra, ECJ cũng đã ra một số phán quyết nhằm bảo đảm quyền tự do cung ứng dịch vụ, bảo đảm đối xử bình đẳng nam nữ và các quyền xã hội khác. Trong án lệ *Defrenne v. Sabena* [1976]¹⁹, một nữ chiêu đãi viên hàng không (tên là Defrenne) đã khởi kiện người sử dụng lao động (hãng hàng không Sabena của Bỉ) vì đã phân biệt đối xử trong việc trả tiền lương, theo đó đồng nghiệp nam, làm cùng một loại công việc, được trả lương cao hơn. Trong án lệ *BECTU* [2001], ECJ đã phán quyết rằng quyền được trả lương trong thời gian nghỉ phép hàng năm là một quyền xã hội của mọi người lao động được quy định trong luật cộng đồng. Vụ này xuất phát từ năm 1999, BECTU - một tổ chức công đoàn ở Anh, đã khởi kiện về việc luật của Anh không thừa nhận quyền được trả lương trong thời gian nghỉ phép của người lao động hợp đồng ngắn hạn, trên cơ sở theo đó luật này không phù hợp với một Chỉ thị của Cộng đồng về tổ chức thời gian làm việc.

Án lệ của ‘Tòa án chung’ cũng rất quan trọng trong điều chỉnh lĩnh vực IP (án lệ *Henkel v. OHIM* [2001]), lĩnh vực cạnh tranh (các án lệ *Piau v.*

¹⁸ Tòa án công lí châu Âu (ECJ), nay là Tòa án công lí, Case 6/64, *Falminio Costa v. ENEL* [1964] ECR 585, 593.

¹⁹ Tòa án công lí châu Âu (ECJ), nay là Tòa án công lí, C-43/75 *Defrenne v. Sabena* [1976] ECR 455.

Commission [2005], *Airtours v. Commission* [2002], *HFB and Others v. Commission* [2002]), trợ cấp của nhà nước (án lệ *Westdeutsche Landesbank Girozentrale and Land Nordrhein-Westfalen v. Commission* [2003]).

(c) Các nguồn luật khác

Các nguồn luật khác của luật EU bao gồm các hiệp định kí kết giữa các thiết chế của EU với nước ngoài, tập quán quốc tế, những nguyên tắc cơ bản của luật quốc gia ('in foro domestico') và những nguyên tắc cơ bản của luật quốc tế.

3. Các nguyên tắc của luật EU

(a) Tính tối cao của luật EU

Trong trường hợp có sự không thống nhất giữa luật EU và luật quốc gia của nước thành viên, luật EU sẽ được ưu tiên áp dụng. Luật EU có hiệu lực cao hơn luật quốc gia trong rất nhiều lĩnh vực, đặc biệt là các lĩnh vực liên quan đến chính sách kinh tế-xã hội và thậm chí có hiệu lực cao hơn cả hiến pháp của các nước thành viên. Nguyên tắc 'tính tối cao của luật EU' xuất phát từ án lệ *Costa v. ENEL* [1964] của ECJ.²⁰

(b) Luật EU có hiệu lực trực tiếp

Nguyên tắc 'hiệu lực trực tiếp của luật cộng đồng' bắt nguồn từ án lệ *Van Gend en Loos v. Nederlandse Administratie der Belastingen* [1963],²¹ theo đó luật cộng đồng được áp dụng trực tiếp trong trật tự pháp luật quốc gia của các nước thành viên, cho phép công dân các nước EU áp dụng trực tiếp luật EU để khởi kiện trước tòa án quốc gia của nước mình.

Có hai loại hiệu lực trực tiếp: Hiệu lực trực tiếp theo 'chiều ngang' và hiệu lực trực tiếp theo 'chiều dọc'.

i) Hiệu lực trực tiếp theo 'chiều ngang': Một số văn bản pháp luật của EU, ví dụ Hiệp ước hoặc Quy định, có hiệu lực trực tiếp theo chiều ngang. Nghĩa là, mặc dù các nước thành viên không cần 'nội luật hoá' các hiệp ước hoặc quy định của EU vào luật quốc gia, các công dân vẫn có thể trực tiếp dựa trên các văn bản pháp luật này để khởi kiện lẫn nhau.

ii) Hiệu lực trực tiếp theo 'chiều dọc': Khác với Hiệp ước và Quy

²⁰ Tòa án công lý châu Âu (ECJ), nay là Tòa án công lý, Case 6/64, *Falminio Costa v. ENEL* [1964] ECR 585, 593.

²¹ Tòa án công lý châu Âu (ECJ), nay là Tòa án công lý, Case 26/62 *Van Gend en Loos v. Nederlandse Administratie der Belastingen*.

định, Chỉ thị là loại văn bản có hiệu lực trực tiếp theo chiều dọc. Các chỉ thị cho phép các nước thành viên lựa chọn việc ‘nội luật hoá’ như thế nào. Thông thường, các thành viên thực hiện điều này bằng việc ban hành một hoặc một số đạo luật, *ví dụ*, dưới hình thức ‘luật của nghị viện’ hay ‘các văn bản quy phạm pháp luật’ ở Anh. Các công dân không thể viện dẫn Chỉ thị của EU để khởi kiện, nhưng có thể kiện ‘dọc’ chính phủ của mình vì không tuân thủ đúng Chỉ thị đó.

Ngoài ra, một số nguyên tắc khác cũng có ý nghĩa quan trọng trong quá trình phát triển của luật EU như nguyên tắc bổ trợ (‘subsidiarity’), nguyên tắc tương xứng (‘proportionality’), nguyên tắc hội ý (‘conferral’), nguyên tắc phòng ngừa (‘precaution’).

Để đạt tới EU như ngày hôm nay, các nước thành viên EU đã phải trao một phần quyền lực của mình cho các thiết chế của EU, chấp nhận tính tối cao của pháp luật Liên minh so với pháp luật của các nước thành viên và hiệu lực trực tiếp của pháp luật Liên minh trong trật tự pháp luật các nước thành viên.

B. Tổng quan về các quan hệ thương mại đối ngoại của EU

Là một trong những khu vực thương mại dẫn đầu trên thế giới, EU rất quan tâm đến vấn đề mở cửa thị trường và xây dựng khuôn khổ pháp luật rõ ràng, đồng thời cần củng cố khả năng cạnh tranh của mình trên thị trường thế giới. Ngoài ra, EU còn có nghĩa vụ trước các công dân của mình cũng như với phần còn lại của thế giới. Các quan hệ thương mại đối ngoại, hay chính sách thương mại của EU, là chính sách công điều chỉnh quan hệ thương mại giữa EU với các nước, cần được phân biệt với chính sách điều chỉnh các quan hệ trong thị trường nội khối.

Ưu tiên mới và cách tiếp cận mới của EU - ‘Châu Âu toàn cầu: Cạnh tranh trên thế giới’, được trình bày trong một kế hoạch hành động đầy tham vọng, bao gồm cả các khía cạnh đối nội và đối ngoại. Kế hoạch này sẽ cho phép chính sách thương mại EU đáp ứng các mục tiêu tăng trưởng và việc làm được vạch ra trong Chiến lược Li-xbon, cũng như đối phó với những thách thức mà toàn cầu hoá đặt ra. Nội dung cơ bản của kế hoạch này là việc nói không với chủ nghĩa bảo hộ ở châu Âu, mở cửa ra các thị trường chính ở bên ngoài châu Âu, và thống nhất các chính sách đối nội và đối ngoại của EU.

Đối diện với những thách thức của toàn cầu hoá, EU cần củng cố khả năng cạnh tranh của mình thông qua việc áp dụng các quy định minh bạch và hiệu quả. Chính sách cạnh tranh của châu Âu *trước tiên* dựa trên các

chính sách đối nội, bao gồm chính sách về các thị trường cạnh tranh, mở cửa kinh tế, công bằng xã hội; *thứ hai* là dựa trên các cam kết mở cửa ra các thị trường nước ngoài ở các quốc gia ‘mới nổi’ - một yếu tố đóng góp vào tăng trưởng thương mại toàn cầu.

1. Các mục tiêu của các quan hệ thương mại đối ngoại hay chính sách thương mại của EU

(a) Hai mục tiêu chính của chính sách thương mại của EU

Thứ nhất, hạ thấp các rào cản đối với xuất khẩu hàng hoá và đầu tư của EU thông qua đàm phán và giải quyết tranh chấp khi cần thiết;

Thứ hai, tạo thuận lợi cho các nhà kinh doanh của các nước thứ ba nhập khẩu vào EU (đặc biệt là từ các DCs).

(b) Các mục tiêu khác

- Không chỉ sử dụng thuế quan mà cả các rào cản khác trong các quan hệ thương mại đối ngoại, như tiêu chuẩn sản phẩm, thủ tục cấp phép, thuế nội địa, mua sắm chính phủ, IPRs, v.v.. Các cam kết liên quan đến mua sắm chính phủ và IPRs trở thành các điều khoản được đưa vào các hiệp định thương mại tự do song phương (viết tắt là ‘BFTAs’) và các hiệp định thương mại tự do khu vực (‘regional FTAs’) của EU. Tăng cường đối thoại chính trị về IPRs.
- Những vấn đề mới trong chính sách thương mại của EU là mối quan hệ giữa thương mại với môi trường, giữa thương mại với quyền của người lao động và giữa thương mại với nhân quyền.

2. Các cấp độ của chính sách thương mại của EU

(a) Cấp độ đa phương

Liên quan đến vấn đề đối ngoại, EU duy trì cam kết về chủ nghĩa đa phương. Theo đó, EU đề xuất các biện pháp nhằm loại bỏ các rào cản trong thương mại. WTO là khuôn khổ để EU đạt được những mục đích này và EU ủng hộ việc tiếp tục tiến hành đàm phán thương mại tại Vòng đàm phán Đô-ha.

(b) Cấp độ song phương

Cùng với chủ nghĩa đa phương, EU nỗ lực thúc đẩy thương mại tự do tiến nhanh hơn và toàn diện hơn trong khuôn khổ các quan hệ thương mại song phương. Các BFTAs sẽ đóng vai trò chủ đạo để đạt đến mục tiêu này. Bên cạnh đó còn có các thoả thuận đối tác thương mại (Economic Partnership Agreements - viết tắt là ‘EPAs’) đang được EU đàm phán với các nước châu

Phi, Ca-ri-bê và Thái Bình Dương ('ACP countries'), hay các thoả thuận liên kết ('Association agreements') kí với các nước Mỹ La-tinh và Cộng đồng Andes.

EU cần phải xác định các tiêu chí kinh tế làm cơ sở cho đàm phán và kí kết các BFTAs cũng như để xác định các đối tác của mình, *ví dụ* xác định tiềm năng của các thị trường dựa trên yếu tố quy mô và tăng trưởng kinh tế, mức độ bảo hộ áp dụng đối với hàng hoá xuất khẩu từ EU v.v.. Các đối tác thoả mãn những tiêu chí này đang được hưởng ưu đãi của EU là: các nước ASEAN, Hàn Quốc và Ấn Độ, cũng như MERCOSUR, Nga, Hội đồng hợp tác Vùng Vịnh và Trung Quốc. Về nội dung, các thoả thuận này cần phải toàn diện hơn, tham vọng hơn và phạm vi điều chỉnh rộng hơn để bao quát cả lĩnh vực thương mại dịch vụ, đầu tư và IPRs.

Thương mại xuyên Đại Tây Dương là vấn đề trung tâm trong các quan hệ thương mại song phương của EU, đặc biệt là với mục đích đối phó với các thách thức toàn cầu. EU sẽ tiếp tục khuyến khích việc loại bỏ các rào cản thương mại phi thuế quan, tạo ra lợi ích kinh tế của tự do hoá thương mại toàn diện giữa các đối tác.

EU và các đối tác cần thống nhất về việc hành động nhiều hơn để tôn trọng IPRs. Liên quan đến các đàm phán gia nhập, những đối tác chính cần đặc biệt quan tâm trong lĩnh vực này là Trung Quốc, Nga, các nước ASEAN, Hàn Quốc, MERCOSUR, Chi-lê, U-crai-na và Thổ Nhĩ Kỳ.

(c) Cấp độ đơn phương

EU tiếp tục chính sách áp dụng chế độ thuế quan ưu đãi phổ cập ('GSP') đối với các DCs, nếu các nước này đáp ứng các điều kiện về nhân quyền và quản lí tốt.

EU đã tích cực ban hành pháp luật về các biện pháp khắc phục thương mại, như các quy định về chống bán phá giá, chống trợ cấp và biện pháp tự vệ. *Ví dụ*, Quy định của Hội đồng bộ trưởng (EC) số 1225/2009 ngày 30/11/2009 về bảo hộ chống lại hàng nhập khẩu bán phá giá từ các nước ngoài Cộng đồng châu Âu; Quy định của Hội đồng bộ trưởng (EC) số 597/2009 ngày 11/6/2009 về bảo hộ chống lại hàng hoá nhập khẩu được trợ cấp từ các nước ngoài Cộng đồng châu Âu.

EU cũng ban hành các quy định áp dụng chung về xuất nhập khẩu, *ví dụ*, Quy định của Hội đồng bộ trưởng (EC) số 1061/2009 ngày 19/10/2009 ban hành các quy định áp dụng chung đối với hàng hoá xuất khẩu; Quy định của Hội đồng bộ trưởng (EC) số 260/2009 ngày 26/2/2009 ban hành các quy

định áp dụng chung đối với hàng hoá nhập khẩu; và đặc biệt là Quy định của Hội đồng bộ trưởng (EC) số 625/2009 ngày 7/7/2009 về các quy định áp dụng chung đối với hàng hoá nhập khẩu từ một số nước thứ ba.

Quy định của Hội đồng bộ trưởng (EC) số 625/2009 ngày 7/7/2009 ban hành các quy định áp dụng chung đối với hàng hoá nhập khẩu vào EU có nguồn gốc từ một số nước bên ngoài EU. Quy định này cũng đặt ra các thủ tục cho phép EU áp dụng các biện pháp giám sát và tự vệ để bảo vệ lợi ích của EU. Theo Quy định này, hàng hoá nhập khẩu không phải là đối tượng của biện pháp hạn chế số lượng, nhưng có thể là đối tượng của biện pháp tự vệ. Quy định này được áp dụng đối với hàng hoá có xuất xứ từ bất cứ nước nào sau đây: Ác-mê-ni, A-zéc-bai-gian, Bê-la-ru-xơ, Ka-zắc-xtan, Hàn Quốc, Liên bang Nga, Tát-gi-ki-xtan, Tuyéc-mê-ni-xtan, U-dơ-bê-ki-xtan và Việt Nam. Các sản phẩm dệt may không thuộc phạm vi điều chỉnh của Quy định này, mà được điều chỉnh bởi các quy định đặc biệt trong các quy định áp dụng chung đối với hàng hoá nhập khẩu.

2. Pháp luật về thị trường nội khối EU

A. Thị trường nội khối - Khung pháp lý chung

Pháp luật về thị trường nội khối là một trong các trụ cột của luật EU. Thị trường chung hay thị trường nội khối, khái niệm được định nghĩa bởi ‘bốn tự do’ là cốt lõi của Cộng đồng châu Âu với các chính sách về tự do dịch chuyển hàng hoá, người, dịch vụ, và tư bản, nhằm đảm bảo xây dựng một liên minh gắn bó chặt chẽ về kinh tế, tiền tệ và chính trị. Kể từ khi được thành lập năm 1993, thị trường chung đã tạo điều kiện tốt hơn cho cạnh tranh, tạo ra nhiều việc làm mới, định hình giá cả hợp lý hơn cho người tiêu dùng, và giúp cho các doanh nghiệp và người dân hưởng lợi nhờ có sự lựa chọn phong phú hơn về hàng hoá và dịch vụ. Để đảm bảo rằng một thị trường chung có thể đem lại lợi ích nhiều nhất cho tất cả mọi người, bao gồm cả người dân và doanh nghiệp, EU tập trung vào việc loại bỏ các rào cản cản trở hoạt động của thị trường. EU cố gắng hài hoà về lập pháp để đối phó tốt hơn với những thách thức của toàn cầu hoá và sự thay đổi của công nghệ.

Theo Điều 2 TEC, mục tiêu ban đầu của TEC là: ‘Cộng đồng sẽ có nhiệm vụ xây dựng thị trường chung và từng bước hài hoà chính sách kinh tế của các nước thành viên’.

Theo Điều 3 của TEC, nhằm đạt được mục tiêu nêu trên, các nước thành viên sẽ phải loại bỏ việc áp dụng thuế quan và các biện pháp hạn chế

số lượng trong quan hệ thương mại hàng hoá giữa các nước thành viên; thiết lập biểu thuế quan chung của các nước thành viên trong quan hệ thương mại với các nước ngoài cộng đồng; loại bỏ các rào cản để tạo thuận lợi cho sự tự do dịch chuyển người, dịch vụ và tư bản ('bốn tự do') giữa các nước thành viên; chấp nhận chính sách nông nghiệp chung châu Âu, chính sách vận tải chung châu Âu; hình thành chính sách cạnh tranh của châu Âu; hài hoà hoá pháp luật giữa các nước thành viên nhằm đảm bảo sự vận hành phù hợp của thị trường chung; xây dựng Quỹ xã hội châu Âu nhằm tăng cường cơ hội việc làm cho người lao động và góp phần nâng cao mức sống của họ; thành lập Ngân hàng đầu tư châu Âu...

Sau này, Điều 26 TFEU quy định:

1. Liên minh sẽ áp dụng các biện pháp nhằm thiết lập hoặc đảm bảo sự vận hành của thị trường nội khối, phù hợp với các quy định liên quan của các hiệp ước.
2. Thị trường nội khối được cấu thành bởi một khu vực không có các rào cản bên trong, trong đó sự tự do dịch chuyển hàng hoá, người, dịch vụ và tư bản được bảo đảm, phù hợp với các quy định của các hiệp ước.

Mục đích thiết lập thị trường chung được đề cập trong TEC và các hiệp định khác, như: Đạo luật châu Âu thống nhất 1986, và TFEU. Những hiệp định này cũng thúc đẩy mạnh mẽ sự phát triển của Liên minh kinh tế và tiền tệ châu Âu.

Gần đây, Đạo luật thị trường chung được ban hành vào tháng 4/2011 nhằm cải thiện vấn đề việc làm, kinh doanh và trao đổi của người dân EU.

B. Các quy định về 'bốn tự do cơ bản'

Cốt lõi của chính sách kinh tế và xã hội của EU được đúc kết trong ý tưởng về 'bốn tự do cơ bản' - tự do dịch chuyển hàng hoá, người lao động, vốn và tự do cung cấp dịch vụ.

1. Thị trường chung cho hàng hoá - Tự do dịch chuyển hàng hoá

(a) Tổng quan

Sự tự do dịch chuyển hàng hoá, nhằm mục đích bảo đảm thương mại trong nội khối EU, là yếu tố quan trọng nhất của thị trường chung. Việc cấm sử dụng các biện pháp hạn chế xuất nhập khẩu giữa các thành viên và nguyên tắc công nhận lẫn nhau đảm bảo sự tuân thủ của các thành viên dưới sự giám sát của Ủy ban châu Âu. Kể từ tháng 1/1993, việc kiểm soát dịch

chuyển hàng hoá trong thị trường nội khối đã được loại bỏ, biến EU trở thành lãnh thổ thống nhất, không có các biên giới nội bộ. Việc loại bỏ thuế quan thúc đẩy thương mại nội khối, đóng góp phần lớn vào tổng giá trị xuất nhập khẩu của các nước thành viên.

Tự do dịch chuyển hàng hoá bao gồm ba khía cạnh:

- (i) Thành lập liên minh hải quan (Điều 23 TEC - Điều 28 TFEU)
 - Cấm áp thuế quan và phí có tác động tương đương thuế quan đối với hàng hoá xuất khẩu và nhập khẩu;
 - Thiết lập biểu thuế quan thống nhất áp dụng đối với hàng hoá nhập khẩu vào EU.
- (ii) Cấm áp dụng các khoản thuế nội địa có tính phân biệt đối xử (Điều 90 TEC - Điều 110 TFEU).
- (iii) Cấm áp dụng các biện pháp hạn chế số lượng và các biện pháp có tác động tương đương biện pháp hạn chế số lượng đối với hàng hoá xuất khẩu và nhập khẩu.

Điều 28 TEC - Điều 34 TFEU quy định: ‘Các biện pháp hạn chế số lượng nhập khẩu và tất cả các biện pháp có tác động tương đương biện pháp hạn chế số lượng bị cấm áp dụng giữa các nước thành viên.’

Điều 29 TEC - Điều 35 TFEU quy định tương tự liên quan đến hàng hoá xuất khẩu. Cần lưu ý rằng các biện pháp hạn chế số lượng chỉ bị cấm áp dụng giữa các nước thành viên EU.

Điều 30 TEC - Điều 36 TFEU quy định những ngoại lệ như sau:

Các quy định của Điều 28 và Điều 29 không loại trừ việc cấm hoặc hạn chế xuất nhập khẩu hàng hoá xuất phát từ nhu cầu bảo vệ đạo đức xã hội, chính sách công hoặc an ninh công cộng; để bảo vệ sức khỏe và đời sống con người, động vật hay thực vật; để bảo vệ các tài sản quốc gia có giá trị về nghệ thuật, lịch sử hay khảo cổ; hoặc để bảo vệ tài sản công nghiệp và thương mại. Tuy nhiên, việc cấm hoặc hạn chế đó không được tạo thành một công cụ phân biệt đối xử tùy tiện hoặc hạn chế thương mại trá hình giữa các nước thành viên.

Căn cứ vào Điều 30 TEC - Điều 36 TFEU, các nước thành viên EU vẫn có thể áp dụng những rào cản thương mại nhất định, trong các trường hợp đạo đức xã hội, chính sách và an ninh công cộng, sức khỏe, văn hoá hoặc các tài sản thương mại bị đe dọa do sự loại bỏ hoàn toàn các rào cản này. Trong cuộc khủng hoảng ‘dịch bò điên’ ở nước Anh, nước Pháp đã áp đặt rào cản đối với thịt bò nhập khẩu từ quốc gia này.

(b) Tự do dịch chuyển hàng hoá và chính sách nông nghiệp chung

Chính sách nông nghiệp chung ('Common Agricultural Policy' - CAP) được quy định tại Tít II TEC. Khoản 1 Điều 34 quy định 'sự phối hợp bắt buộc giữa các tổ chức thị trường của các nước' với tổ chức thị trường chung của châu Âu.

CAP ra đời từ những ngày đầu của quá trình hội nhập châu Âu, khi các nước thành viên cam kết tái cơ cấu và tăng cường sản xuất lương thực, vốn đã bị tàn phá bởi Chiến tranh thế giới lần thứ II. Ngày nay, CAP vẫn có một vai trò then chốt trong EU, không chỉ vì đất nông nghiệp và rừng chiếm hơn 90% diện tích đất đai của EU, mà còn bởi nó đã trở thành cơ chế rất quan trọng để EU đối mặt với những thách thức mới về chất lượng thực phẩm, bảo vệ môi trường và thương mại.

CAP có hai mục tiêu chính: *Thứ nhất*, giúp xây dựng khả năng cạnh tranh cho người nông dân châu Âu; *thứ hai*, thúc đẩy phát triển nông thôn, đặc biệt là những vùng ít thuận lợi nhất.

Như đã đề cập ở trên, luật án lệ cũng rất có ý nghĩa trong việc củng cố pháp luật về thị trường nội khối EU. Án lệ *Cassis de Dijon* [1979] là một trong những án lệ quan trọng của luật EU khẳng định nguyên tắc tự do dịch chuyển hàng hoá.

2. Tự do dịch chuyển người lao động

Nhờ có sự loại bỏ các rào cản giữa các nước EU, người dân EU giờ đây có thể tự do dịch chuyển trong phần lớn lãnh thổ EU. Việc một người sống và làm việc tại nước EU khác cũng dễ dàng hơn. Trong 'Vùng Schengen', mọi người được tự do dịch chuyển mà không phải kiểm tra an ninh hay hải quan ở biên giới của phần lớn các nước EU. Tuy nhiên, các hoạt động kiểm soát được tăng cường ở các biên giới bên ngoài của EU và có sự hợp tác chặt chẽ hơn giữa cảnh sát các nước EU.

3. Tự do dịch chuyển vốn (tư bản)

Đạo luật châu Âu thống nhất 1986 là một bước đi quyết định đối với sự tự do dịch chuyển vốn. Nó dẫn tới việc thông qua Chỉ thị 88/361/EEC vào ngày 24/6/1988, nhằm thiết lập một khuôn khổ tài chính đầy đủ cho thị trường chung. Chỉ thị này thực thi Điều 67 TEC.

Chỉ thị 88/361/EEC đảm bảo nguyên tắc tự do hoá hoàn toàn hoạt động dịch chuyển vốn giữa các nước thành viên, có hiệu lực từ ngày 1/7/1990. Ủy ban châu Âu nỗ lực loại bỏ những thoả thuận chung có mục đích hạn chế sự

dịch chuyển vốn giữa những người cư trú ở các nước thành viên. ‘Dịch chuyển vốn’ được hiểu là tất cả những hoạt động cần thiết để cá nhân hoặc pháp nhân có thể thực hiện việc dịch chuyển vốn, bao gồm hoạt động đầu tư trực tiếp, đầu tư bất động sản, các hoạt động liên quan đến chứng khoán và các tài khoản vãng lai và tài khoản tiền gửi, các khoản vay và tín dụng.

4. Thị trường chung cho dịch vụ - Tự do cung ứng dịch vụ và tự do thành lập doanh nghiệp

Quyền tự do cung ứng dịch vụ và quyền tự do thành lập doanh nghiệp, quy định tại Điều 49 và Điều 56 TFEU là rất cần thiết cho sự vận hành của thị trường nội khối. Với các quyền này, các nhà kinh doanh có thể tiến hành hoạt động kinh doanh liên tục và ổn định ở một hay nhiều nước EU và/hoặc tạm thời cung ứng dịch vụ ở nước EU khác mà không cần phải thành lập cơ sở kinh doanh ở đó. Năm 2006, EU thông qua Chỉ thị về dịch vụ nhằm loại bỏ các rào cản đối với thương mại và dịch vụ, tạo thuận lợi cho các hoạt động thương mại xuyên biên giới.

Điều 49 TFEU (Điều 43 TEC) quy định về quyền tự do thành lập doanh nghiệp. Những hạn chế đối với quyền tự do thành lập doanh nghiệp đều bị cấm. Quy định cấm này áp dụng đối với những hạn chế về việc thành lập chi nhánh, đại lí, công ty con của công dân của một nước thành viên tại một nước thành viên khác.

C. Các quy định trong những lĩnh vực khác

1. Chương về chính sách xã hội

Chương về chính sách xã hội là bộ phận của TEC quy định về vấn đề bình đẳng giới (Điều 141 TEC) và về thời gian làm việc (quy định tại Chỉ thị về thời gian làm việc). Một trong những văn bản về chống phân biệt đối xử được ban hành gần đây là Chỉ thị 2006/54/EC về thực hiện nguyên tắc bình đẳng về cơ hội và đối xử giữa nam và nữ liên quan đến việc làm và nghề nghiệp. Bên cạnh đó, án lệ *Defrenne v. Sabena* [1976] cũng là án lệ quan trọng trong lĩnh vực này.²² Trong vụ này, một nữ chiêu đãi viên hàng không (tên là Defrenne) đã khởi kiện người sử dụng lao động (hãng hàng không Sabena của Bỉ) vì đã phân biệt đối xử trong việc trả tiền lương, theo đó đồng nghiệp nam, làm cùng một loại công việc, được trả lương cao hơn. Trong án

²² Toà án công lý châu Âu (ECJ), nay là Toà án công lý, C-43/75 *Defrenne v. Sabena* [1976] ECR 455.

lệ *BECTU* [2001], ECJ đã phán quyết rằng quyền được trả lương trong thời gian nghỉ phép hàng năm là một quyền xã hội của mọi người lao động được quy định trong luật cộng đồng. Vụ này xuất phát từ năm 1999, BECTU - một tổ chức công đoàn ở Anh, đã khởi kiện về việc luật của Anh không thừa nhận quyền được trả lương trong thời gian nghỉ phép của người lao động hợp đồng ngắn hạn, trên cơ sở theo đó luật này không phù hợp với một Chỉ thị của Cộng đồng về tổ chức thời gian làm việc.

2. Pháp luật cạnh tranh của EU

Ở EU, pháp luật cạnh tranh là bộ phận quan trọng, đảm bảo cho sự thành công của thị trường nội khối, với sự tự do dịch chuyển hàng hoá, dịch vụ, người lao động và vốn trong một châu Âu không biên giới.

Bốn lĩnh vực chủ yếu trong chính sách của EU về cạnh tranh bao gồm:

Thứ nhất, quy định về các-ten (Cartel), hay kiểm soát hành vi thông đồng và các hành vi phản cạnh tranh khác gây tác động đến EU - quy định tại Điều 81 TEC - Điều 101 TFEU.

Thứ hai, quy định về độc quyền, hay ngăn chặn sự lạm dụng vị trí thống lĩnh thị trường của các doanh nghiệp - quy định tại Điều 82 TEC - Điều 102 TFEU.

Thứ ba, quy định về sáp nhập, kiểm soát đề xuất sáp nhập, mua lại và liên doanh liên quan đến doanh nghiệp có mức doanh thu nhất định ở EU/EEA - điều chỉnh bởi quy định của Hội đồng bộ trưởng số 139/2004 EC (Quy định về sáp nhập).

Thứ tư, quy định về hỗ trợ của nhà nước, kiểm soát các khoản hỗ trợ trực tiếp và gián tiếp mà các nước thành viên EU dành cho các doanh nghiệp - quy định tại Điều 87 TEC - Điều 107 TFEU.

Án lệ của 'Toà án chung' cũng rất quan trọng trong điều chỉnh lĩnh vực IP (án lệ *Henkel v. OHIM* [2001]), lĩnh vực cạnh tranh (các án lệ *Piau v. Commission* [2005], *Airtours v. Commission* [2002], *HFB and Others v. Commission* [2002]), trợ cấp của nhà nước (án lệ *Westdeutsche Landesbank Girozentrale and Land Nordrhein-Westfalen v. Commission* [2003]).

3. Chính sách tiền tệ

Liên minh kinh tế và tiền tệ ('EMU'), được quy định tại Tít VII TEC, đòi hỏi sự điều phối chặt chẽ về chính sách kinh tế giữa các nước thành viên ở cấp độ EU, yêu cầu các nước thành viên tránh để xảy ra thâm hụt ngân sách quá mức

(‘Hiệp định về ổn định và tăng trưởng’). EMU đã cho ra đời một đồng tiền chung của khối: Đồng Euro. Đồng tiền này được áp dụng từ ngày 1/1/1999.

Đồng tiền Euro là minh chứng sống động cho sự hội nhập của EU - đồng tiền này được sử dụng hàng ngày bởi khoảng 327 triệu người ở 17 trong số 27 nước EU. Các nước trong Khu vực đồng tiền chung châu Âu (Eurozone) là Áo, Bỉ, Síp, É-t-x-tô-ni-a, Phần Lan, Pháp, Đức, Hy Lạp, Ai-len, Ý, Luých-xăm-bua, Man-ta, Hà Lan, Bồ Đào Nha, Xi-lô-va-ki-a, Xi-lô-vê-ni-a, và Tây Ban Nha.

Đồng tiền chung đem lại rất nhiều lợi ích, *ví dụ*, loại trừ biến động tỉ giá và chi phí chuyển đổi tiền tệ. Các doanh nghiệp thuận lợi hơn khi tiến hành các hoạt động thương mại xuyên biên giới, nền kinh tế cũng ổn định hơn, nhờ đó kinh tế tăng trưởng và người tiêu dùng có nhiều lựa chọn hơn. Đồng tiền chung cũng khuyến khích người dân đi du lịch và mua sắm ở các nước EU khác. Ở cấp độ toàn cầu, đồng Euro đã trở thành một trong những đồng tiền quốc tế quan trọng nhất.

D. Chiến lược hội nhập pháp luật

Trong nỗ lực xây dựng một EU không có biên giới nội bộ, các thiết chế của EU đã vận dụng ba chiến lược chủ yếu nhằm tiến hành hội nhập pháp luật:

Thứ nhất, nhất thể hoá pháp luật: Tạo ra luật cộng đồng áp dụng thống nhất với tất cả các nước thành viên EU trong một số lĩnh vực kinh tế và thương mại, như thuế quan, thủ tục hải quan, cạnh tranh, vận tải, luật công ty v.v..

Thứ hai, hài hoà hoá pháp luật các nước thành viên: Chiến lược này để được chấp nhận hơn dưới góc độ chính trị, áp dụng trong các lĩnh vực như pháp luật lao động, thuế nội địa v.v. (khoản 1 Điều 114 TFEU - khoản 1 Điều 95 TEC).

Thứ ba, công nhận lẫn nhau giữa các nước thành viên trên cơ sở có đi có lại về các tiêu chuẩn như: Tiêu chuẩn hàng hoá, bằng cấp đào tạo, v.v.. Việc công nhận đảm bảo sự tự do dịch chuyển hàng hoá và dịch vụ mà không cần phải hài hoà hoá pháp luật giữa các nước thành viên. *Ví dụ*, hàng hoá được sản xuất hợp pháp ở một nước thành viên này sẽ không bị cấm bán trên lãnh thổ của một nước thành viên khác, kể cả khi các tiêu chuẩn về kỹ thuật và chất lượng ở thị trường này khác với những tiêu chuẩn mà nhà sản xuất đã áp dụng.

EU đã trải qua sáu mươi năm hoà bình, ổn định và thịnh vượng, góp phần nâng cao điều kiện sống của người dân, cho ra đời đồng tiền chung châu Âu và từng bước xây dựng thị trường thống nhất trên toàn châu Âu,

cho phép con người, hàng hoá, dịch vụ và vốn dịch chuyển tự do giữa các nước thành viên như trong nội bộ một nước. Thành tựu này không phải là món quà của Thượng đế. Các nước thành viên đã phải trao cho EU một số quyền lực lập pháp của mình trong các lĩnh vực chính sách nhất định, như nông nghiệp và thủy sản. Trong những lĩnh vực khác như văn hoá, EU và chính phủ các nước thành viên phải cùng nhau chia sẻ thẩm quyền hoạch định chính sách.

Các nước thành viên EU đã lựa chọn cả hai con đường phát triển EU theo ‘chiều rộng’ và theo ‘chiều sâu’. EU hiện tại đã mở rộng lên 27 thành viên và đã đi vào chiều sâu bằng việc tăng cường các chính sách kinh tế và sử dụng đồng tiền chung Euro, đồng thời áp dụng chính sách chung về đối ngoại, phòng vệ và tư pháp. Ngày nay sẽ dễ dàng tìm thấy một mặt hàng ‘Made in EU’ hơn là ‘Made in France’ hay ‘Made in Italy’.

EU không phải là chính phủ liên bang, cũng không phải là tổ chức liên chính phủ truyền thống. Và luật EU không phải là luật quốc tế truyền thống, cũng không phải là luật quốc gia hay luật liên bang. Đó là luật siêu quốc gia, và nó đã tạo thành một trật tự pháp luật sáng tạo và độc đáo. Trong án lệ nổi tiếng 26/62 *Van Gend en Loos v. Nederlandse Administratie der Belastingen* [1962], ECJ đã phán quyết rằng Cộng đồng châu Âu ‘tạo nên một trật tự pháp luật mới của luật quốc tế, hướng đến lợi ích mà vì nó các nước đã tự giới hạn chủ quyền của mình trong một số lĩnh vực’.²³

EU giờ đây là ví dụ điển hình về hội nhập kinh tế khu vực, có tiếng nói quan trọng trong rất nhiều vấn đề của thế giới.

Mục 3. HIỆP ĐỊNH THƯƠNG MẠI TỰ DO BẮC MỸ (NAFTA) (*)

1. NAFTA là gì?

A. Giới thiệu chung về Hiệp định thương mại tự do Bắc Mỹ

Hiệp định thương mại tự do Bắc Mỹ, hay còn lại là ‘NAFTA’, là Hiệp định thương mại tự do giữa Ca-na-đa, Mê-hi-cô và Hoa Kỳ. Với tổng GDP năm

²³ Tòa án công lý quốc tế (ECJ), nay là Tòa án quốc tế, Case 26/62 *Van Gend en Loos v. Nederlandse Administratie der Belastingen*.

(*) Tác giả: Andrew Stephens, Chuyên gia cao cấp Dự án Hỗ trợ thi hành pháp luật về hội nhập kinh tế quốc tế do USAID tài trợ. Người biên dịch: Phạm Thị Thanh Phương, Thạc sĩ, Chuyên viên, Tòa án Nhân dân Thành phố Hà Nội.

2010 là 17,6 nghìn tỉ USD, NAFTA là khu vực thương mại tự do lớn nhất thế giới.²⁴ Hiệp định NAFTA được đàm phán từ năm 1991 đến năm 1993, và được cơ quan lập pháp quốc gia của ba nước thông qua vào năm 1993, có hiệu lực pháp luật vào ngày 1/1/1994.

Hiệp định NAFTA là mô hình quan trọng của FTAs hiện đại, bởi mức độ tự do hoá rất cao của nó. Hiệp định ngay lập tức đã loại bỏ thuế quan đối với phần lớn giao dịch thương mại hàng hoá giữa ba nước, đồng thời những hạn chế khác đối với thương mại, dịch vụ và đầu tư cũng được loại bỏ trong thời hạn 15 năm.

Phần giới thiệu dưới đây về NAFTA sẽ trình bày một số nội dung chủ yếu, bao gồm: Chương 3 - Tự do hoá thương mại hàng hoá; Chương 11 - Tự do hoá đầu tư; và Chương 12 - Tự do hoá thương mại dịch vụ; và các Chương 11, 19 và 20 - Quy trình giải quyết tranh chấp.

B. Những nội dung chủ yếu của NAFTA

NAFTA loại bỏ hoặc áp đặt những quy tắc nghiêm ngặt đối với một số rào cản thương mại và đầu tư. Những nội dung chủ yếu của Hiệp định bao gồm:²⁵

- Mở cửa cơ chế mua sắm chính phủ cho các doanh nghiệp ở cả ba nước;
- Loại bỏ những hạn chế về đầu tư nước ngoài (trừ một số ít lĩnh vực bị hạn chế do mỗi bên xác định) và đảm bảo không phân biệt đối xử đối với những công ty nội địa thuộc sở hữu của những nhà đầu tư ở các nước NAFTA khác;
- Loại bỏ những hàng rào ngăn cản các công ty dịch vụ hoạt động xuyên biên giới các nước Bắc Mỹ, bao gồm các lĩnh vực chủ chốt như dịch vụ tài chính;
- Quy định các nguyên tắc toàn diện để bảo hộ IPRs; và
- Quy định ba cơ chế giải quyết tranh chấp, đó là: tranh chấp giữa chính phủ với chính phủ; tranh chấp giữa chính phủ nước tiếp nhận đầu tư và nhà đầu tư nước ngoài; và tranh chấp về các biện pháp chống bán phá giá và thuế chống trợ cấp (thuế đối kháng).

²⁴ Hiệp định thương mại tự do Bắc Mỹ, tháng 12/1992, nguồn: www.nafta-sec-alena.org/; Xếp hạng GDP, xem: http://en.wikipedia.org/wiki/List_of_countries_by_GDP_%28nominal%29

²⁵ Tóm tắt từ: http://www.usembassy-mexico.gov/bbf/bfdossier_NAFTA.htm;

2. Tại sao nghiên cứu NAFTA?

A. NAFTA là ví dụ điển hình về một FTA toàn diện và tự do hoá

Các nhà bình luận đã nhận xét rằng NAFTA là một mô hình FTA hiện đại xuất hiện sớm nhất, sau đó đã trở thành khuôn mẫu cho các FTAs toàn diện và nhiều tham vọng noi theo.

Kể từ giữa những năm 1990, các nước châu Mỹ đã đi tiên phong trong việc đàm phán NAFTA - hiệp định thương mại tự do - đặc trưng bởi tính tham vọng và mục tiêu thực hiện tự do hoá thương mại và hội nhập không chỉ đối với hàng hoá, mà còn cả dịch vụ, cũng như các yếu tố quan trọng khác, như đầu tư, sở hữu trí tuệ và mua sắm chính phủ.²⁶

Một học giả người Ca-na-đa nhận xét rằng Hiệp định này là một FTA toàn diện đầu tiên được thiết lập giữa các nền kinh tế phát triển và đang phát triển:

NAFTA là sự kiện quan trọng đáng nhớ trong biên niên sử của hội nhập kinh tế và thương mại quốc tế. Lần đầu tiên từ trước đến nay, một hiệp định thương mại tự do toàn diện đã được thiết lập giữa các nước phát triển và nước đang phát triển. Hơn nữa, nó không chỉ mở rộng phạm vi của các hiệp định thương mại tự do truyền thống bằng cách bao quát các quyền sở hữu, đầu tư nước ngoài và dịch vụ, mà còn công nhận tầm quan trọng của những quyền và lợi ích về lao động và môi trường, mặc dù nó đề cập đến các vấn đề này chỉ nhằm mục đích để các nước thi hành pháp luật hiện hành của họ trong hai lĩnh vực này, hơn là đưa ra một số nguyên tắc chung và hành động thực thi.²⁷

B. NAFTA là ví dụ về một hiệp định thương mại tự do đầy ý nghĩa về thương mại

Những nhà xuất khẩu và cung ứng dịch vụ đánh giá giá trị của một FTA bất kỳ trên cơ sở giá trị của những cơ hội tiếp cận thị trường mới do hiệp định đưa ra. Những thương nhân này sẽ đặt ra những câu hỏi như:

- FTA có loại bỏ nhanh chóng thuế quan ở thị trường nước ngoài đối với những sản phẩm có tầm quan trọng về thương mại hay không?
- FTA có loại bỏ những NTBs và thuận lợi hoá thủ tục như thông quan hay không?

²⁶ Stephenson, S., và M. Robert, 'Evaluating the Contributions of Regional Trade Agreements to Governance of Services Trade', *ADBI Working Paper 307*, (2011), <http://www.adbi.org/working-paper/2011/08/30/4684.evaluating.contributions.regional.trade.agreements>.

²⁷ Courchene, *FTA at 15, NAFTA at 10: A Canadian Perspective on North American Integration*, (2003), tr. 271, <http://dspace.cigilibrary.org/jspui/bitstream/123456789/710/1/FTA%20at%2015%20NAFTA%20at%2010%20a%20Canadian%20perspective%20on%20North%20American%20integration.pdf?1>

- FTA có bao gồm nghĩa vụ nhằm bảo hộ IPRs một cách hiệu quả ở thị trường xuất khẩu hay không?
- Bằng cách nào FTA quy định về sự tiếp cận thị trường trong lĩnh vực thương mại dịch vụ? Hiệp định có quy định nghĩa vụ dành đối xử NT cho nhà cung ứng dịch vụ nước ngoài hay không?

Nội dung của văn bản hiệp định sẽ trả lời cho những câu hỏi mang tính thương mại này, và chỉ trên cơ sở những cân nhắc mang tính thương mại như vậy, thì một FTA mới có thể được đánh giá là có tạo ra cơ hội tiếp cận thị trường một cách có ý nghĩa cho nước xuất khẩu hay không? Với tư cách là luật sư hay nhà tư vấn, sự phân tích văn bản hiệp định sẽ không sâu sắc đối với khách hàng, nếu bạn không đề cập đến phần nội dung của hiệp định liên quan đến lợi ích xuất khẩu mang tính thương mại, hoặc những lợi ích của các bên tham gia mà chính họ không mong muốn tự do hoá thị trường nội địa.

Những nhà đàm phán thay mặt quốc gia mình đàm phán để đi đến kí kết văn bản FTA có thể chấp thuận một FTA chất lượng cao, chỉ khi tất cả các chính phủ tham gia đàm phán cùng có chung tham vọng và ý chí chính trị cao để đạt được những mục tiêu này. Những cuộc đàm phán FTA chỉ có thể kết thúc thành công nếu giải quyết được cả những lợi ích xuất khẩu và những nhạy cảm về nhập khẩu của tất cả các bên. Điều này khiến việc đàm phán một hiệp định chất lượng cao trở thành thách thức lớn. Nói một cách đơn giản, những nhà đàm phán chỉ có thể nhận được từ phía đối tác sự nhượng bộ, nếu họ cũng nhượng bộ lại đối tác.

Khi phân tích những quan tâm mang tính thương mại nói trên, chúng ta thấy rằng NAFTA là một hiệp định mang tính tự do hoá cao. Thuế quan đối với hầu hết các sản phẩm đã được loại bỏ hoàn toàn trong thời gian 15 năm (chỉ còn lại thuế quan đối với một số nông sản buôn bán giữa Hoa Kỳ và Ca-na-đa). Bên cạnh đó, còn có những cam kết quan trọng nhằm thúc đẩy đầu tư và thương mại trong lĩnh vực dịch vụ. Việc hiểu được rằng làm thế nào mà NAFTA đã đạt được mức độ tự do hoá cao như thế có thể giúp chúng ta hiểu được ý nghĩa thương mại của những FTAs khác.

C. NAFTA thường xuyên bị tranh chấp

Những cơ chế giải quyết tranh chấp được đề ra trong NAFTA được chính phủ của các bên NAFTA và các nhà đầu tư của họ sử dụng thường xuyên.²⁸

²⁸ Xem: khoản 17 Điều 20 của NAFTA. Xem thêm: Những thủ tục bổ sung theo Quy tắc 35 về khả năng về thông tin trong những nguyên tắc mẫu. Nguyên tắc mẫu về thủ tục cho Chương 20 của NAFTA, nguồn: <http://www.nafta-sec-alena.org/en/view.aspx?conID=657&mtpiID=ALL>

Theo quy tắc giải quyết tranh chấp của NAFTA, phán quyết cuối cùng của cơ quan giải quyết tranh chấp (panel) được tuyên bố công khai, và các bên có thể tuyên bố cho công chúng nhiều tài liệu đã được đệ trình trong quá trình kiện tụng. Kết quả là những phán quyết được tuyên bố công khai này đã đóng góp quan trọng cho nguồn án lệ của luật thương mại quốc tế, và nhất là tạo nguồn luật trọng tài liên quan đến giải quyết tranh chấp giữa nhà đầu tư nước ngoài và chính phủ nước tiếp nhận đầu tư. Để hiểu được án lệ, cần phải hiểu những nghĩa vụ được quy định trong NAFTA.

D. NAFTA là hình mẫu cho những FTAs ký kết với Hoa Kỳ sau này

Kể từ khi NAFTA được đàm phán, Hoa Kỳ đã đàm phán FTAs với 18 nước, bao gồm một số nước ở Trung Mỹ, Trung Đông, cũng như Xinh-ga-po và Hàn Quốc ở châu Á. Năm 2012, Hoa Kỳ và Việt Nam đang trong quá trình đàm phán Hiệp định TPP với 7 quốc gia khác trong khu vực châu Á-Thái Bình Dương.

Tuy rằng mỗi văn bản FTA sau này là sản phẩm duy nhất của quá trình đàm phán giữa các đối tác thương mại, nhưng cấu trúc và nội dung của NAFTA đã trở thành hình mẫu cho những cuộc đàm phán FTA giữa Hoa Kỳ với các nước Tây bán cầu khác.

Những nội dung như loại bỏ thuế quan toàn diện và tự do hoá thương mại dịch vụ, cũng như cam kết bảo hộ IPRs, quyền lao động và bảo vệ môi trường, là những mục tiêu đàm phán tiếp tục của Hoa Kỳ. Việc nghiên cứu nội dung văn bản NAFTA có thể giúp hiểu được vấn đề: làm thế nào để những mục tiêu này được phản ánh trong Hiệp định?

2. Tự do hoá thương mại hàng hoá trong NAFTA

A. Những thách thức của việc đàm phán loại bỏ thuế quan

Trọng tâm của bất kỳ FTA nào cũng là giảm và loại bỏ thuế quan đối với hàng hoá buôn bán giữa các bên. Biểu thuế quan hài hoà được các nước trên thế giới sử dụng bao gồm hơn 5.000 dòng thuế đối với những loại hàng hoá cụ thể ở mức 6 con số trong 96 chương. Biểu thuế quan quốc gia thường có nhiều dòng thuế hơn để mô tả cụ thể hơn về sản phẩm ở mức 8 và 10 con số (biểu thuế quan của Hoa Kỳ hiện có hơn 17.000 dòng thuế ở mức 10 con số).

Những nhà đàm phán FTA phải thương lượng về việc xử lý thuế quan đối với mỗi sản phẩm này. *Ví dụ* nếu nước A quy định thuế nhập khẩu gạo là 20%, thì liệu thuế nhập khẩu này có được loại bỏ hoàn toàn không? Cho phép bao nhiêu năm để loại bỏ thuế quan? Việc giảm thuế quan được thực

hiện đều đặn hàng năm, hay sẽ bị trì hoãn rồi sau đó sẽ giảm nhanh vào giai đoạn cuối? Những quyết định liên quan đến ứng xử về thuế quan đối với mỗi sản phẩm phải được ghi nhận trong phần phụ lục của FTA và phải công bố để các chính phủ và các bên liên quan có thể biết được những cam kết giảm thuế quan này.

Quá trình đàm phán thường xuyên dẫn đến những thoả thuận FTA không đạt được mức tự do hoá cao. *Ví dụ*, những bên có liên quan trong những ngành kinh tế nhập khẩu nhạy cảm ở nước A sẽ tìm cách để không giảm thuế quan đối với những sản phẩm xi măng của họ, để họ sẽ không phải đối mặt với sự cạnh tranh lớn hơn của xi măng nhập khẩu theo FTA. Trong một kịch bản điển hình, những nhà đàm phán của nước B sẽ chấp thuận đề xuất của nước A, chỉ khi nào những mặt hàng ưu tiên xuất khẩu của nước B được tiếp cận thị trường nhiều hơn, hoặc khi nước B cũng không phải giảm thuế quan đối với những sản phẩm của những ngành kinh tế nhập khẩu nhạy cảm của họ.

Nếu cả nước A và nước B đều được chấp thuận không phải giảm thuế quan, thì mức độ tự do hoá có thể bị giảm rất nhanh, do số lượng thuế quan không phải giảm tăng lên. *Ví dụ*, nếu nước A tìm cách duy trì vĩnh viễn thuế quan đối với xi măng, thì nước B chỉ có thể chấp nhận điều này khi mà họ cũng được phép duy trì việc áp thuế quan đối với gạo. Quá trình này có thể giảm dần: nếu nhìn vào kết quả đàm phán về xi măng và gạo, thì ta thấy rằng nước A sẽ không thể tiếp cận thị trường gạo của nước B, do đó nước A sẽ không muốn dành mức thuế thấp đối với ngô cho nước B. Nếu quá trình này tiếp tục diễn ra, thì thoả thuận đạt được sẽ không thể tạo ra những cơ hội có ý nghĩa cho sự tăng trưởng.

B. Loại bỏ thuế quan trong NAFTA

NAFTA phản ánh những cam kết rất mạnh mẽ về tự do hoá thương mại, bởi nó loại bỏ thuế quan đối với hầu hết các sản phẩm được trao đổi giữa ba nước. NAFTA bao gồm cả các điều khoản của Hiệp định thương mại tự do Hoa Kỳ-Ca-na-đa đã được kí kết năm 1988. FTA này cho phép duy trì vĩnh viễn thuế quan đối với những nông sản sau: thực phẩm chế biến từ sữa, gia cầm và trứng nhập khẩu từ Hoa Kỳ vào Ca-na-đa; đường, thực phẩm chế biến từ sữa và lạc nhập khẩu từ Ca-na-đa vào Hoa Kỳ. Tất cả các loại thuế quan khác giữa các bên NAFTA đều được loại bỏ.

Sự khó khăn trong quá trình đàm phán và thực thi việc loại bỏ thuế

quan đối với tất cả các sản phẩm trong NAFTA có thể được hiểu rõ hơn khi xem xét tính nhạy cảm về xã hội, chính trị và kinh tế của một số sản phẩm và ngành dịch vụ. Trước khi đàm phán NAFTA, một số ngành kinh tế như dệt may, thép và một số loại hình công nghiệp ô-tô được hưởng lợi do thuế nhập khẩu ở mức từ 10% đến 50% hoặc cao hơn. Thuế quan đối với nông sản thường cao hơn thuế quan đối với sản phẩm công nghiệp, và một số nông sản được hưởng lợi từ hạn ngạch và trợ cấp nhằm duy trì mức giá nội địa của một số sản phẩm, như đường và lúa mì, cho chủ trang trại. Tự do thương mại có thể khiến cho việc trợ cấp và hạn chế tiếp thị trở nên rất tốn kém để duy trì mức giá nội địa cao đối với nông sản, trong khi phải cạnh tranh với những sản phẩm nhập khẩu ở mức giá thấp.

Một trong những vấn đề thuế quan phức tạp và nhạy cảm nhất, đó là việc loại bỏ thuế quan đối với mật hàng đường và những chất làm ngọt được buôn bán giữa Hoa Kỳ và Mê-hi-cô. Theo văn bản thoả thuận cuối cùng, hạn ngạch thuế quan sẽ được duy trì trong 15 năm đối với nhập khẩu đường của Mê-hi-cô vào Hoa Kỳ. Sau 15 năm, hạn ngạch thuế quan và tất cả thuế quan đối với mật hàng đường sẽ được loại bỏ. Tuy nhiên, văn bản NAFTA lúc ban đầu có một quy định có thể cho phép Mê-hi-cô tiếp cận không hạn chế vào thị trường đường của Hoa Kỳ rất sớm, từ năm 2001 (thay vì năm 2008). Tuy nhiên, sau này, khi rõ ràng là Nghị viện Hoa Kỳ sẽ không thông qua một hiệp định với quy định nêu trên, Hoa Kỳ và Mê-hi-cô đã phải đàm phán những điều khoản mới về mật hàng đường thông qua một ‘lá thư bên lề’ (‘side letter’) với việc quy định hạn chế nhập khẩu mật hàng đường của Mê-hi-cô vào Hoa Kỳ ở mức 250.000 tấn một năm hoặc thấp hơn.²⁹

Sau khi NAFTA được thực thi, Mê-hi-cô đã cố gắng hạn chế nhập khẩu sản phẩm tương tự đường từ Hoa Kỳ. Sản phẩm này tên là ‘Chất làm ngọt với lượng fructose cao làm từ ngô’ (viết tắt là ‘HFCS’), là một chất làm ngọt được làm từ ngô nguyên chất. HFCS có thể được dùng để làm ngọt đồ uống không cồn. Những nhà sản xuất đường tại Mê-hi-cô thuyết phục Nghị viện Mê-hi-cô áp mức thuế nội địa 20% đối với nước ngọt có chứa chất HFCS, trong khi nước ngọt có đường làm từ đường mía không phải chịu thuế bổ sung. Năm 2006, Hoa Kỳ đã kiện thành công vụ *Mexico-Taxes on Soft Drinks* [2006] trước Cơ quan giải quyết tranh chấp của WTO (DSB),

²⁹ Huffbauer, *NAFTA Revisited: Achievements and Challenges*, Institute for International Economics, (2006), tr. 326, nguồn: <http://bookstore.piie.com/book-store/332.html>

phản đối loại thuế này, bởi đó là sự vi phạm nghĩa vụ NT trong WTO.³⁰

Những cuộc đàm phán khó khăn về mặt hàng đường trong ‘lá thư bên lề’ của Hiệp định và tranh chấp WTO về chất làm ngọt HFCS phản ánh tính kinh tế-chính trị phức tạp của mặt hàng đường ở Hoa Kỳ và Mê-hi-cô:

... [V]ấn đề cơ bản là cả Hoa Kỳ và Mê-hi-cô đều không tuân thủ nguyên tắc thị trường tự do đối với việc mua bán mặt hàng đường. Cả hai nước đều theo đuổi việc duy trì giá đường cao hơn giá thế giới, không phải để hạn chế tiêu dùng [vì lí do sức khoẻ], mà đúng hơn là để tăng doanh thu của nhà sản xuất đường.³¹

Đối với hàng công nghiệp, NAFTA loại bỏ tất cả các loại thuế quan đối với tất cả các sản phẩm trong giai đoạn 10 năm. Thuế quan đối với ô-tô là một trong những loại thuế quan ở mức cao nhất đối với hàng công nghiệp. ‘Tuyên bố về hoạt động hành chính’ (viết tắt là ‘SAA’) do Tổng thống Hoa Kỳ Clinton trình lên Nghị viện Hoa Kỳ bao gồm bản tóm tắt về việc xử lí giảm thuế quan đối với ô-tô và phụ tùng ô-tô:

... [T]ất cả thuế quan đối với mặt hàng ô-tô có xuất xứ Bắc Mỹ sẽ được loại bỏ trong vòng 10 năm. Mê-hi-cô sẽ giảm 20% thuế quan đối với xe chở khách và xe tải nhẹ xuống 10% ngay khi thực thi NAFTA, và sẽ giảm dần 10% còn lại trong vòng 5 năm đối với xe tải hạng nhẹ và 10 năm cho xe chở khách. Hoa Kỳ cũng sẽ loại bỏ thuế quan đối với hầu hết phụ tùng do Mê-hi-cô sản xuất trong quá trình thực thi Hiệp định, hoặc sau 5 năm. Thuế quan đối với một số ít phụ tùng sẽ được giảm dần trong vòng 10 năm. Thuế quan 2,5% hiện hành đối với xe chở khách sẽ được loại bỏ ngay, và thuế quan đối với xe tải hạng nhẹ [25%] sẽ được giảm xuống còn 10% ngay khi thực thi Hiệp định và được giảm dần sau 5 năm.³²

Việc loại bỏ thuế quan đối với ô-tô và phụ tùng ô-tô trong NAFTA làm tăng thêm sự hội nhập khu vực và sự cạnh tranh của ngành công nghiệp ô-tô ở Bắc Mỹ với sản lượng hàng năm đạt hơn 12 triệu xe. Những nhà sản xuất ô-tô từ châu Á và châu Âu đã mở nhà máy ở các bên NAFTA, và một phần động cơ của họ khi đầu tư vào Bắc Mỹ là nhằm tận dụng cơ hội từ những lợi ích của Hiệp định NAFTA.³³

³⁰ WTO, vụ *Mexico-Taxes on Soft Drinks*, DS 308, ngày 6/3/2006, http://wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/1pagesum_e/ds308sum_e.pdf

³¹ Như trên.

³² Hoa Kỳ, *North American Free Trade Agreement Implementation Act, Statement of Administrative Action*, (1993), tr. 37, nguồn: <http://womenontheborder.org/wp/wp-content/uploads/2011/06/NAFTA-PROVISIONS.pdf>

³³ I. Studer, *IRPP Working Paper: The American Automobile Industry*, (2004), tr. 1, nguồn: http://www.irpp.org/miscpubs/archive/na_integ/wp2004-09o.pdf

C. Loại bỏ thuế quan: So sánh NAFTA với một số FTAs của ASEAN

Ngược lại với việc loại bỏ toàn diện hầu hết các thuế quan trong vòng 15 năm ở NAFTA, những FTAs của ASEAN, mà Việt Nam tham gia, cho phép duy trì vĩnh viễn nhiều loại thuế quan nhập khẩu.

Theo quy định của FTA ASEAN-Hàn Quốc (AKFTA), các bên đã thiết lập một bộ các ‘thể thức’ hoặc những quy tắc đàm phán cho phép mỗi bên loại trừ (exempt) khỏi bất kỳ nhượng bộ thuế quan nào khoảng 40 dòng thuế ở mức 6 con số. Những sản phẩm loại trừ được xác định trong phụ lục của Hiệp định có tên là ‘Nhóm E (Những dòng thuế không phải nhượng bộ)’.³⁴

Sử dụng những thể thức này, mỗi bên Hàn Quốc và Việt Nam đã loại trừ những sản phẩm nhạy cảm về chính trị mà nước kia đã sản xuất đủ. Ví dụ, Hàn Quốc không giảm thuế quan đối với thịt bò, thịt lợn, thịt gia cầm và nhiều loại hải sản, hoa quả, rau tươi, và gạo. Việt Nam không giảm thuế quan đối với một số loại thép nhất định và hầu hết xe máy, ô-tô, xe tải, xe buýt cũng như một số phụ tùng ô-tô.³⁵ Nếu thuế quan đối với tất cả các sản phẩm này được giảm, thì rất có thể việc buôn bán những sản phẩm này giữa hai nước sẽ tăng lên đáng kể. Việt Nam đã loại trừ những sản phẩm tương tự ra khỏi lộ trình giảm thuế quan trong FTA ASEAN-Úc-Niu Di-lân (‘AANZFTA’).³⁶ Trong FTA ASEAN-Ấn Độ, Việt Nam cũng loại trừ vĩnh viễn một số lượng lớn sản phẩm ra khỏi lộ trình giảm thuế quan, bao gồm trứng chim, đường, thuốc lá, muối, dầu, phân bón u-rê, kính tằm, xi măng, thép, sản phẩm sữa, mô-tô, ô-tô, và phụ tùng ô-tô.³⁷

Việc quy định thuế quan vĩnh viễn trong những FTAs của ASEAN khiến những hiệp định này ít ý nghĩa hơn đối với nhà xuất khẩu. Ví dụ, việc loại trừ vĩnh viễn một số sản phẩm ra khỏi lộ trình giảm thuế quan trong

D. Winter, ‘North America to See Painfully Slow Climb in 2012’ WardsAuto.com, Nov 28, 2011, nguồn: http://wardsauto.com/reports/2011/soi2/2011_year_NorthAmerica_111024/

³⁴ ASEAN-Korea FTA, Appendix 2 Highly Sensitive List: Group E, nguồn: <http://www.aseansec.org/AKFTA%20documents%20signed%20at%20aem-rok,24aug06,KL-pdf/Appendix%20to%20Annex%20-%20asean%20version%20HSL%20changes-final%20formatted.%2018aug06.pdf>

³⁵ Như trên, xem *Danh sách những sản phẩm nhạy cảm của Việt Nam*, tr. 222.

³⁶ Xem: *AANZA FTA Phụ lục 1: Lộ trình cam kết thuế quan của Việt Nam*, nguồn: <http://www.dfat.gov.au/fta/aanzfta/annexes/hs2007/Goods-Vietnam-AANZFTA-HS2007-Tariff-Schedule-and-Appendices-final-confirmed.pdf>. Đối với thịt gà, xem H.S. Chapter 02.07. Đối với thép, xem H.S. Chapter 72. Đối với ô-tô, xem, e.g., H.S. Code 8703.24.86

³⁷ Xem ASEAN-India FTA (AIFTA), Annex 1 Schedule of Tariff Commitments-Vietnam. Đối với trứng chim (0407), đường (HS 1701), thuốc lá (HS2401), muối (HS 2501), dầu (HS 2709), phân bón u-rê (HS 3102), kính tằm (HS 7003), xi măng (HS 2523), thép sản phẩm sữa (HS 72), mô-tô (HS 8711), ô-tô (HS 8702), phụ tùng ô-tô (HS 8409). Xem: http://www.fta.gov.sg/fta_c_aifta.asp?hl=46

FTA ASEAN-Hàn Quốc làm cho người nông dân trồng lúa ở Việt Nam không thể tiếp cận hơn được với thị trường gạo sinh lợi ở Hàn Quốc. Tháng 12/2010, theo Tổ chức nông lương thế giới ('FAO'), giá bán lẻ trung bình 1 kg gạo ở Hàn Quốc là 1,76 USD, so với giá ở Việt Nam là 0,44 USD.³⁸

D. Quy tắc xuất xứ của NAFTA

1. Quy tắc xuất xứ là gì và tại sao những FTAs lại có quy tắc xuất xứ?

Quy tắc xuất xứ ('RoO') là một phần của mọi FTA, nhằm đảm bảo rằng hàng hoá xuất khẩu từ một nước thành viên được áp dụng thuế quan thấp hơn và nhận được sự đối xử ưu tiên khác. RoO cũng được xây dựng nhằm đảm bảo rằng sự đối xử ưu tiên sẽ không dành cho hàng có xuất xứ từ các nước không phải là thành viên của Hiệp định. Dưới hình thức đơn giản nhất, RoO có thể chỉ ra rằng một sản phẩm là sản phẩm 'có xuất xứ' và thích hợp để được hưởng sự đối xử ưu tiên, nếu sản phẩm đó hoàn toàn được chế tạo hoặc sản xuất ra tại một nước là một bên tham gia Hiệp định. Bởi vì hiện nay, chuỗi cung ứng của rất nhiều sản phẩm đều mang tính đa quốc gia, nên các RoOs đã phát triển theo hướng cho phép một phần nguyên liệu đầu vào có thể có được ở nước thứ ba.

SAA mô tả quy tắc xuất xứ của NAFTA được áp dụng cho hầu hết các sản phẩm theo cách sau đây:

Chương 4 quy định rằng hàng hoá được sản xuất hoặc có được hoàn toàn trên lãnh thổ của một hay nhiều bên của NAFTA (*ví dụ*, cây trồng trên đất của một bên, khoáng chất được lấy từ mỏ của thành viên đó) là 'những hàng hoá có xuất xứ' và do đó thích hợp để được áp dụng đối xử ưu tiên.

Hàng hoá được sản xuất toàn bộ hoặc một phần từ những nguyên liệu không có xuất xứ (không có xuất xứ NAFTA) có thể trở thành hàng hoá có xuất xứ, nếu nguyên liệu không có xuất xứ được xử lý tại một hoặc nhiều bên của NAFTA, trong quá trình gia công hoặc lắp ráp, đủ để dẫn đến việc thay đổi đã được xác định rõ trong bảng phân loại thuế quan theo Hệ thống thuế quan hài hoà được quy định cụ thể trong Phụ lục 401. Sự thay đổi trong bảng phân loại thuế quan đảm bảo rằng quá trình gia công hoặc lắp ráp diễn ra ở các vùng lãnh thổ NAFTA dẫn đến sự thay đổi về sản phẩm, sự thay đổi có ý nghĩa về mặt vật lý và thương mại.³⁹

³⁸ 'FAO Rice Market Monitor-January 2011', tr. 22, nguồn: <http://www.fao.org/docrep/013/am156e/am156e00.pdf>

³⁹ SAA, điểm 8, mục 41.

Theo những quy tắc nêu trên, hàng hoá được coi là ‘có xuất xứ’ và không bị áp thuế quan, nếu chúng được sản xuất hoàn toàn tại một bên của NAFTA, hoặc nếu chúng chứa đựng những nguyên liệu không có xuất xứ NAFTA, nhưng đã được gia công hoặc lắp ráp theo những cách thức dẫn đến kết quả làm thay đổi sự phân loại thuế quan, và quá trình gia công đó dẫn đến những thay đổi có ý nghĩa về mặt vật lí và thương mại.

NAFTA, giống như nhiều FTAs khác, quy định về quy tắc xuất xứ khắt khe hơn đối với những sản phẩm đặc biệt, như hàng dệt may - một sản phẩm nhập khẩu nhạy cảm quen thuộc ở nhiều nước. SAA của Hoa Kỳ mô tả quy tắc xuất xứ đặc biệt đối với hàng dệt may như sau:

Quy tắc xuất xứ chung của NAFTA đối với hầu hết sản phẩm dệt may có thể được mô tả như là quy tắc ‘từ sợi chỉ trở đi’, theo đó đòi hỏi hàm lượng ‘Bắc Mỹ’ phải từ giai đoạn sản xuất sợi cho đến thành phẩm, trước khi một sản phẩm cụ thể được hưởng sự đối xử ưu tiên về thuế quan và các biện pháp hạn chế số lượng. Ví dụ, để một bộ quần áo đáp ứng được quy tắc xuất xứ của NAFTA:

- Sản phẩm đó phải được cắt và khâu tại một nước NAFTA;
- Vải may phải được sản xuất tại một nước NAFTA; và
- Sợi dùng để sản xuất vải phải được sản xuất ở một nước NAFTA.⁴⁰

Quy tắc xuất xứ ‘từ sợi chỉ trở đi’ của NAFTA cấm những nhà sản xuất quần áo sử dụng vải từ các nước bên ngoài NAFTA để sản xuất quần áo. Nếu một số loại vải không đủ cung hoặc đắt hơn trong phạm vi các nước thành viên của Hiệp định, thì quy tắc này sẽ cho phép hạn chế cơ hội xuất khẩu của các nhà sản xuất quần áo. Tương tự, có thể thấy những quy tắc xuất xứ mang tính hạn chế như vậy trong một số FTAs của ASEAN. Một nhà bình luận, sau khi phân tích quy tắc xuất xứ trong những FTAs của ASEAN, đã nhận thấy rằng hàng dệt may và ô-tô là những sản phẩm nhạy cảm nhất đối với các bên tham gia đàm phán, và những sản phẩm này đã trở thành đối tượng của những quy tắc xuất xứ khắt khe hơn.⁴¹ Quy tắc xuất xứ áp dụng cho mặt hàng dệt may theo Hiệp định đối tác kinh tế chung ASEAN-Nhật Bản (viết tắt là ‘AJCEP’) rất giống quy tắc ‘từ sợi chỉ trở đi’ của NAFTA.⁴²

⁴⁰ Như trên.

⁴¹ Medalla và Balboa, ‘ASEAN Rules of Origin: Lessons and Recommendations for Best Practice’, Philippine Institute for Development Studies, (2009), nguồn: <http://www3.pids.gov.ph/ris/dps/pidsdps0936.pdf>

Khi so sánh quy tắc xuất xứ trong ASEAN và các FTAs ASEAN+1, những lĩnh vực sau được đánh giá là lĩnh vực nhạy cảm nhất đối với hầu hết các nước, bao gồm ô-tô, hàng dệt may.

⁴² Đây là một ví dụ về RoO cho mặt hàng dệt quy định tại AJCEP:

4. Tự do hoá thương mại dịch vụ trong NAFTA

A. Nghĩa vụ đối xử quốc gia (NT) và đối xử tối huệ quốc (MFN) dành cho những nhà cung ứng dịch vụ qua biên giới theo quy định của NAFTA

Trong Chương 12 của NAFTA, ba bên đồng ý dành đối xử MFN theo Điều 1203 và NT theo Điều 1204 cho những nhà cung ứng dịch vụ qua biên giới của các bên NAFTA.

Khoản 2 Điều 1213 đưa ra định nghĩa về thương mại dịch vụ qua biên giới như sau:

Cung ứng dịch vụ qua biên giới hay thương mại dịch vụ qua biên giới có nghĩa là cung ứng một dịch vụ:

- (a) Từ lãnh thổ của một bên vào lãnh thổ của một bên khác;
- (b) Trong lãnh thổ của một bên bởi một người của bên đó cho một người của một bên khác;
- (c) Bởi công dân của một bên trong lãnh thổ của một bên khác.

Định nghĩa trên bao gồm cả việc cung ứng dịch vụ từ bên này cho bên kia. Ví dụ, một kiến trúc sư ở Mê-hi-cô chuẩn bị bản thiết kế toà nhà và gửi các kế hoạch thiết kế cho khách hàng của mình ở Hoa Kỳ. Định nghĩa trên cũng bao gồm việc cung ứng dịch vụ ‘trên lãnh thổ của một bên khác’. Ví dụ, kiến trúc sư người Mê-hi-cô đi đến Hoa Kỳ để thiết kế toà nhà ở đó.

SAA tóm tắt nghĩa vụ MFN và NT như sau:

... [Đ]iều 1202 và Điều 1203 yêu cầu mỗi chính phủ chấp thuận không phân biệt đối xử đối với các công ty cung ứng dịch vụ từ những bên NAFTA khác... [T]heo Điều 1202, chính phủ của bên NAFTA đó không được đối xử thiên vị đối với các công ty địa phương. Ở cấp quốc gia, cấp tỉnh và địa phương, yêu cầu chính phủ phải dành cho nhà cung ứng dịch vụ từ các bên NAFTA khác sự đối xử ‘không kém thuận lợi hơn’ so với những công ty dịch vụ trong nước, trong những hoàn cảnh tương tự.

Ngoài ra, Điều 1203 yêu cầu chính phủ các bên NAFTA phải dành đối xử ‘tối huệ quốc’ cho các nhà cung ứng dịch vụ từ các bên NAFTA khác. Điều đó nghĩa là một chính phủ phải đối xử với nhà cung ứng đó giống như đối xử với các công ty đến từ bất kì nước nào (bao gồm cả

Đối với sản phẩm ‘Vải dệt từ sợi nhô nhân tạo’ quy định tại dòng thuế 54.08, RoO cho phép chỉ tơ, nếu không có xuất xứ ở nước thứ ba, sẽ được sử dụng để sản xuất vải, chỉ khi nào chỉ tơ được xe thành sợi, hoặc được nhuộm hoặc in hoàn toàn ở một hoặc nhiều bên, và việc nhuộm hoặc in đi kèm với hai hay nhiều quy trình hoàn thiện bổ sung.

Có thể xem chi tiết về quy tắc xuất xứ AJCEP trong lộ trình và ghi chú của AJCEP, nguồn: <http://www.mofa.go.jp/policy/economy/fta/asean/annex2.pdf>

những nước bên ngoài NAFTA) trong những hoàn cảnh giống nhau...

[T]iêu chuẩn ‘không kém thuận lợi hơn’ quy định tại Điều 1202 và Điều 1203 không đòi hỏi nhà cung ứng dịch vụ từ bên NAFTA khác phải nhận được sự đối xử giống hoặc thậm chí ngang bằng như dành cho những công ty trong nước hoặc những công ty nước ngoài khác. Những nhà cung ứng dịch vụ nước ngoài có thể được đối xử khác, nếu hoàn cảnh cho phép. *Ví dụ*, nếu cần thiết, một tiểu bang có thể áp đặt những yêu cầu đặc biệt đối với những nhà cung ứng dịch vụ từ Ca-na-đa và Mê-hi-cô để bảo vệ người tiêu dùng ở một mức độ giống như đối với những công ty trong nước. Những quy định không phân biệt đối xử của NAFTA cấm chính phủ các bên áp đặt luật lệ và những quy định nhằm bóp méo những quy định về cạnh tranh để ủng hộ cho những công ty trong nước; chúng không được cản trở sự phân biệt về mặt pháp luật giữa những công ty đó và nhà cung ứng dịch vụ nước ngoài.⁴³

Theo Chương 12, chính phủ của các bên NAFTA được phép duy trì ‘những phân biệt đối xử chính đáng theo quy định của pháp luật’ giữa những nhà cung ứng dịch vụ nội địa và nước ngoài. Ngoài ra, các chính phủ được phép tiếp tục yêu cầu những nhà cung ứng dịch vụ chuyên môn, như trong lĩnh vực y khoa và pháp luật, phải có giấy phép của cơ quan có thẩm quyền ở cấp quốc gia hoặc cấp tỉnh, nơi thực hiện dịch vụ, và chính phủ của các bên NAFTA không bắt buộc phải cấp giấy phép chuyên môn tại nước của họ, đơn giản vì người đó có giấy phép chuyên môn hoặc đã được đào tạo nghề nghiệp tại một bên NAFTA khác.⁴⁴

B. Phương pháp ‘Danh sách phủ định’ đối với tự do hoá thương mại dịch vụ trong NAFTA

Phạm vi và nội dung của tự do hoá thương mại dịch vụ khá rộng, bởi vì NAFTA sử dụng một ‘danh sách phủ định’ trong cấu trúc của những cam kết cho mỗi bên. Theo phương pháp ‘danh sách phủ định’, tất cả các loại dịch vụ đều được tự do hoá, trừ ngành dịch vụ được liệt kê trong ‘danh sách phủ định’, theo đó xác định những ngành dịch vụ không được tự do hoá. Danh sách này nằm trong Phụ lục NAFTA về biểu cam kết dịch vụ dành cho mỗi bên. *Ví dụ*, Mê-hi-cô đưa vào ‘danh sách phủ định’ của nước mình một trường hợp loại ra khỏi quá trình tự do hoá thương mại dịch vụ, đó là

⁴³ SAA, tr. 153.

⁴⁴ Khoản 2 Điều 1210 NAFTA quy định: ‘Không có gì tại Điều 1203 được hiểu là đòi hỏi một bên phải công nhận nền giáo dục, kinh nghiệm, giấy phép hoặc chứng chỉ có được trên lãnh thổ của một bên khác’.

trường hợp ‘Nhân sự chuyên môn của ngành vận tải hàng hải’. Trường hợp loại trừ này được liệt kê như sau:

Hình thức hạn chế:

- Đối xử quốc gia (NT) (Điều 1202)
- Đối xử tối huệ quốc (MFN) (Điều 1203)
- Sự hiện diện tại địa phương (Điều 1205)

Chỉ có người có quốc tịch Mê-hi-cô do sinh ra có thể làm nghề:

- (a) Cơ trưởng, hoa tiêu, thuyền trưởng, thợ máy, thợ cơ khí và thủy thủ trên tàu thủy hoặc tàu bay mang cờ Mê-hi-cô;
- (b) Hoa tiêu cảng, chỉ huy cảng và điều hành sân bay; và
- (c) Cán bộ hải quan.⁴⁵

Trong ví dụ này, Mê-hi-cô đã ‘hạn chế’ hoặc loại trừ khỏi cam kết của mình, theo Chương 12 của NAFTA, nghĩa vụ dành NT, MFN và quyền hiện diện tại địa phương cho nhà cung ứng dịch vụ đến từ các bên NAFTA.

Ngược lại, hầu hết các FTA được đàm phán bởi ASEAN và các thành viên ASEAN đều sử dụng phương pháp ‘danh sách khẳng định’, theo đó chỉ tự do hoá những ngành dịch vụ được liệt kê cụ thể trong biểu cam kết dịch vụ.

Những FTAs có Hoa Kỳ tham gia đều theo phương pháp ‘danh sách phủ định’ (tất cả các dịch vụ đều được tự do hoá, trừ những ngành được liệt kê) và đã đạt được nhiều sự tự do hoá hơn. Tuy nhiên, hiệu quả tương đối của sức mạnh đàm phán của Hoa Kỳ, thông tin và những lợi ích khác của phương pháp ‘danh sách phủ định’ đã không được xác định rõ. Phần lớn những FTAs trong nội bộ châu Á đều không cam kết dành MFN cho các đối tác tham gia hiệp định, hoặc chỉ bao gồm những nghĩa vụ nhẹ nhàng về mặt này.⁴⁶

Nhà cung ứng dịch vụ qua biên giới và pháp luật nhập cư:

Trong GATS, các nhà đàm phán đã thiết lập bốn phương thức cung ứng dịch vụ, trong đó phương thức 4 được hiểu là việc cung ứng dịch vụ bởi thể nhân hiện diện trên lãnh thổ của một bên khác. Nói cách khác, nếu nước A cam kết với nước B theo phương thức 4, thì điều đó nghĩa là cam kết cho người của nước B được phép làm việc ở nước A bằng cách cung ứng dịch vụ tại nước A. Nhập cư có thể là vấn đề nhạy cảm trong các cuộc đàm phán

⁴⁵ NAFTA, Phụ lục 1 (Mexico’s Schedule of Services).

⁴⁶ Trewin và các tác giả khác, *East Asian Free Trade Agreements in Services: Facilitating Free Flow of Services in ASEAN*, (2008). Dự thảo báo cáo tại tr. xi-xii, http://pc-web01.squiz.net/_data/assets/pdf_file/0011/95942/sub032-attachment2.pdf

thương mại, vì vậy cam kết theo phương thức 4 có xu hướng khá hạn chế trong WTO và các FTAs.

Trong NAFTA, các bên không cam kết theo phương thức 4 liên quan đến việc cho phép thể nhân làm việc tại các nước theo biểu cam kết dịch vụ trong Chương 12. Thay vào đó, NAFTA giải quyết tất cả các vấn đề về việc làm và nhập cảnh tạm thời trong Chương 16 - 'Nhập cảnh tạm thời cho nhà kinh doanh'. Theo Chương 16, các bên đồng ý cho nhà kinh doanh, thương nhân và nhà đầu tư, người nhận chuyển nhượng trong nội bộ công ty và một số loại nghề nghiệp nhất định được phép tạm thời nhập cảnh vào lãnh thổ của các bên NAFTA bằng một loại 'thị thực không nhập cư' ('non-immigrant visa') để thực hiện hoạt động kinh doanh của mình. Những loại nghề nghiệp được cấp thị thực bao gồm kế toán, kỹ sư, luật sư, chuyên gia y tế, nhà khoa học và giáo sư đại học.⁴⁷

5. Tự do hoá đầu tư theo NAFTA

Chương 11 của NAFTA được chia làm hai phần. Phần A quy định bốn bảo đảm cơ bản cho nhà đầu tư NAFTA, đó là: (i) Không phân biệt đối xử; (ii) Không bị yêu cầu thực hiện các biện pháp đầu tư bị cấm ('performance requirements'); (iii) Tự do chuyển vốn liên quan đến một khoản đầu tư; và (iv) Chi bị trưng thu theo đúng pháp luật quốc tế.⁴⁸ Điều 1105 của NAFTA cũng đòi hỏi rằng nhà đầu tư phải được nhận 'sự đối xử theo tiêu chuẩn tối thiểu... [b]ao gồm sự đối xử công bằng và thoả đáng, sự bảo hộ đầy đủ và an toàn.' Những nghĩa vụ không phân biệt đối xử này tương tự như những nghĩa vụ NT và MFN dành cho nhà cung ứng dịch vụ qua biên giới được quy định tại Chương 12.

Những nghĩa vụ liên quan đến trưng thu được tóm tắt trong SAA như sau:

Theo Điều 1110, chính phủ của một bên NAFTA không được phép trưng thu khoản đầu tư của nhà đầu tư từ những bên NAFTA ngoài mục đích công, trên cơ sở không phân biệt đối xử và tuân thủ đúng thủ tục (due process). Khoản bồi thường thiệt hại phải được thanh toán không chậm trễ theo giá trị thị trường công bằng của khoản đầu tư bị trưng thu, cùng với bất kì khoản lãi thích hợp nào, và phải thực hiện được và chuyển nhượng được.⁴⁹

Các bên của NAFTA không đồng ý cho phép đầu tư vào tất cả các

⁴⁷ NAFTA, Phụ lục 1603.D.1.

⁴⁸ SAA, tr. 141.

⁴⁹ SAA, tr. 145.

ngành kinh tế. Ví dụ, Mê-hi-cô đưa ra hạn chế để loại trừ những ngành sau ra khỏi quá trình tự do hoá: ‘vệ tinh và liên lạc điện báo, vận tải đường sắt, năng lượng hạt nhân, sản xuất và phân phối điện năng như một ngành dịch vụ công, và các hoạt động liên quan đến việc sản xuất, phân phối và mua bán những sản phẩm năng lượng và hoá dầu cơ bản’.⁵⁰

6. Cơ chế giải quyết tranh chấp trong NAFTA

A. Ba thủ tục giải quyết tranh chấp trong NAFTA

NAFTA có ba thủ tục giải quyết tranh chấp riêng biệt được quy định tại Chương 11, Chương 19 và Chương 20. Thủ tục thu hút sự chú ý của các học giả là hệ thống giải quyết tranh chấp giữa chính phủ nước tiếp nhận đầu tư và nhà đầu tư được quy định tại Chương 11. Thủ tục giải quyết tranh chấp giữa chính phủ nước tiếp nhận đầu tư và nhà đầu tư tương tự như thủ tục trọng tài đầu tư quốc tế được quy định tại nhiều hiệp định đầu tư song phương (viết tắt là ‘BITS’).

1. Giải quyết tranh chấp giữa chính phủ nước tiếp nhận đầu tư và nhà đầu tư theo Chương 11

Nếu một nhà đầu tư NAFTA thấy rằng những hoạt động của chính phủ một bên NAFTA dẫn đến việc trung thu hay phân biệt đối xử và vi phạm những nghĩa vụ của NAFTA quy định tại Chương 11, thì nhà đầu tư có thể yêu cầu phân xử trọng tài giữa chính phủ nước tiếp nhận đầu tư và nhà đầu tư. Chương 11 cho phép nhà đầu tư yêu cầu thiết lập một hội đồng trọng tài căn cứ theo những quy tắc của Trung tâm giải quyết tranh chấp đầu tư quốc tế của Ngân hàng thế giới (viết tắt là ‘ICSID’) và ‘Những nguyên tắc tạo thuận lợi hơn’ (‘Additional Facility’) của ICSID, hoặc căn cứ theo những quy tắc của Ủy ban Liên hợp quốc về luật thương mại quốc tế (‘UNCITRAL’).

Căn cứ theo những quy tắc này, hội đồng trọng tài phán quyết vụ việc bao gồm một hội đồng ba luật sư được trao quyền quyết định - liệu chính phủ có bồi thường thiệt hại cho nhà đầu tư nước ngoài hay không?

Căn cứ theo Điều 1122 của NAFTA, ba chính phủ của NAFTA đều đồng ý phương thức trọng tài. Sự đồng ý này đảm bảo rằng chính phủ nước tiếp nhận đầu tư không thể chống lại cố gắng phân xử trọng tài bằng việc giữ nguyên ý kiến của riêng mình.⁵¹ Điều 1136 của NAFTA quy định rằng ‘Mỗi bên quy định việc thực thi phán quyết trọng tài trên lãnh thổ của

⁵⁰ Như trên, tr. 144.

⁵¹ Như trên, tr. 147.

mình'. Cả Điều 1122 và Điều 1136 đều dẫn chiếu tới Công ước Niu Y-oóc về thi hành phán quyết trọng tài và Công ước liên Mỹ về trọng tài thương mại quốc tế,⁵² theo đó đảm bảo rằng thủ tục công nhận và thi hành một phán quyết trọng tài quốc tế tại toà án quốc gia của thành viên NAFTA, được thiết lập theo những công ước này, có thể được thực hiện.

Nhà đầu tư nước ngoài tại Việt Nam có những quyền tương tự, theo đó yêu cầu phân xử trọng tài giữa chính phủ nước tiếp nhận đầu tư và nhà đầu tư có tính bắt buộc, căn cứ vào những điều khoản trong những hiệp định đầu tư ASEAN và hơn 40 BITs mà Chính phủ Việt Nam đã kí kết.

Mặc dù những quy định về giải quyết tranh chấp giữa chính phủ nước tiếp nhận đầu tư và nhà đầu tư của NAFTA tương tự như những quy định cơ bản của BITs và các FTAs khác, nhưng chúng vẫn là đối tượng được bình luận sâu rộng theo cách hàn lâm. Lí do một phần của điều này là: những quy tắc của NAFTA và quy phạm của các bên đã làm cho thủ tục kiện tụng quy định tại Chương 11 của NAFTA rất minh bạch. Theo Phụ lục 1137.4, phán quyết trọng tài cuối cùng có thể được chính phủ hoặc nhà đầu tư đang có tranh chấp công bố.

Để hiểu biết hơn về phương thức trọng tài giữa chính phủ nước tiếp nhận đầu tư và nhà đầu tư theo Chương 11 của NAFTA, chúng ta có thể xem hai án lệ, *Metalclad v. Mexico*,⁵³ và *Thunderbird v. Mexico*.⁵⁴

Trong vụ *Metalclad v. Mexico*, một doanh nghiệp của Hoa Kỳ đầu tư vào Mê-hi-cô để xây dựng công trình chôn lấp chất thải độc hại. Trước khi thực hiện đầu tư, nhà đầu tư nhận được những đảm bảo từ Chính phủ liên bang Mê-hi-cô rằng sẽ được cấp tất cả những giấy phép cần thiết cho đầu tư. Nhà đầu tư nhận được các giấy phép cấp liên bang nhưng không nhận được giấy phép xây dựng của thành phố. *Metalclad* yêu cầu cấp giấy phép xây dựng của thành phố, nhưng Hội đồng thành phố đã từ chối cấp phép sau khi họ nhận được yêu cầu 13 tháng, trong một cuộc họp Hội đồng thành phố mà *Metalclad* không được mời tham dự.⁵⁵ Ngay sau khi công trình được hoàn thành, chính quyền thành phố ngăn cản công trình hoạt động và Thống đốc

⁵² Công ước Liên hợp quốc về công nhận và thi hành phán quyết trọng tài nước ngoài, kí tại Niu Y-oóc, ngày 10/6/1958; Công ước liên Mỹ về trọng tài thương mại quốc tế, kí tại Pa-na-ma, ngày 30/1/1975.

⁵³ ICSID, Vụ *Metalclad Corporation v. The United Mexican States*, Phán quyết ngày 30/8/2000, (Án lệ số ARB(AF)/97/1) được giới thiệu lại năm 2001, 16 *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal* 168.

⁵⁴ NAFTA, vụ *International Thunderbird Gaming Corp. v. Mexico*, Phán quyết ngày 26/1/2006 (UNCITRAL/NAFTA), nguồn: www.italaw.com/documents/ThunderbirdAward.pdf

⁵⁵ NAFTA, vụ *Metalclad*, tr. 91.

bang tuyên bố khu vực xung quanh công trình là khu vực bảo tồn sinh thái, nhằm bảo vệ loài xương rồng hiếm, do đó cấm vĩnh viễn công trình xử lý chất thải hoạt động trong khu vực.⁵⁶

Năm 2000, một toà án của NAFTA đã xác định rằng hành động của chính quyền địa phương được coi là hành động trung thu không bồi thường thiệt hại, do đó vi phạm Điều 110 của NAFTA. Toà án cũng xác định rằng Chính phủ Mê-hi-cô đã không đối xử công bằng và thoả đáng theo quy định của luật pháp quốc tế theo đòi hỏi của Điều 1105 NAFTA. Toà án đã phán quyết *Metalclad* được bồi thường 16.685.000 USD. Chính phủ Mê-hi-cô đã đồng ý trả 15,6 triệu USD vào năm 2001.

Trong vụ *Thunderbird v. Mexico*, một nhà đầu tư Ca-na-đa xin cấp giấy phép kinh doanh trò chơi sử dụng máy chơi game điện tử. Luật sư của *Thunderbird* đã viết cho cơ quan quản lý đánh bạc của Mê-hi-cô yêu cầu cơ quan này trả lời bằng văn bản có giá trị pháp lý, xác nhận rằng việc *Thunderbird* cung ứng các dịch vụ chơi game bằng loại máy này cho khách hàng là hợp pháp. Cơ quan quản lý của Mê-hi-cô đã ban hành văn bản pháp lý trên Công báo, tuyên bố rằng nếu loại máy đó được sử dụng để chơi những trò chơi may rủi thì sẽ không được coi là hợp pháp. Tuy nhiên, nếu loại máy đó chỉ dùng để chơi những trò chơi rèn luyện kỹ năng thì được hoạt động hợp pháp. Kết quả là Chính phủ Mê-hi-cô xác định loại máy này liên quan đến trò chơi may rủi, do đó là bất hợp pháp theo pháp luật về đánh bạc của Mê-hi-cô. *Thunderbird* đã nộp đơn yêu cầu phân xử trọng tài và cho rằng Mê-hi-cô đã vi phạm nghĩa vụ NT được quy định tại Chương 11 và đã trưng thu khoản đầu tư của *Thunderbird* vào ngành dịch vụ máy chơi game.

Trong quá trình phân xử trọng tài, Mê-hi-cô đưa ra chứng cứ chứng minh rằng loại máy do *Thunderbird* sử dụng thực chất dựa vào may rủi, bởi vì loại máy đó có máy tính sử dụng hệ thống tạo ra những con số ngẫu nhiên để nhằm xác định kết quả của trò chơi.⁵⁷ Hội đồng thấy rằng bằng cách không công bố rõ chức năng thực sự của máy, *Thunderbird* đã đưa ra những thông tin không đầy đủ và không chính xác về máy chơi game, trong khi họ lại yêu cầu Chính phủ Mê-hi-cô phải trả lời bằng văn bản có giá trị pháp lý.⁵⁸ Kết quả là *Thunderbird* đã không thể đòi hỏi rằng mình có ‘hi vọng chính đáng’, khi mà Công báo của Mê-hi-cô tuyên bố ngăn cản các trò chơi bị coi

⁵⁶ Như trên, các đoạn 59, 91.

⁵⁷ NAFTA, vụ *Thunderbird*, như trên, đoạn 136.

⁵⁸ Như trên, đoạn 151.

là bất hợp pháp.⁵⁹ *Thunderbird* không được nhận tiền bồi thường do bị trưng thu tài sản, bởi vì: ‘...[S]ẽ không phải trả tiền bồi thường cho những hành vi chiếm đoạt theo đúng pháp luật, khi mà nhà đầu tư hoặc khoản đầu tư chưa bao giờ được hưởng quyền trong hoạt động kinh doanh mà sau này bị cấm’.⁶⁰

Hội đồng xác định rằng việc Mê-hi-cô cấm sử dụng loại máy của *Thunderbird*, bởi chúng được coi là những máy đánh bạc bất hợp pháp, là việc sử dụng hợp pháp quyền kiểm soát trật tự công cộng và không vi phạm nghĩa vụ của Mê-hi-cô trong NAFTA.

2. Giải quyết tranh chấp liên quan đến các biện pháp khắc phục thương mại theo Chương 19

Chương 19 quy định thủ tục giải quyết tranh chấp liên quan đến việc xem xét lại những phán quyết về các biện pháp khắc phục thương mại của các bên NAFTA. Thủ tục này là giải pháp thay thế cho thủ tục xem xét lại những phán quyết về các biện pháp khắc phục thương mại của tòa án trong nước. Đối với Hoa Kỳ, hệ thống giải quyết tranh chấp liên quan đến các biện pháp khắc phục thương mại tại Chương 19 là hệ thống giải quyết tranh chấp duy nhất trong lĩnh vực này. Bởi vì Hoa Kỳ đã không chấp nhận đưa vấn đề khắc phục thương mại ra giải quyết theo thủ tục giải quyết tranh chấp của bất kì FTA nào, trừ NAFTA. Tuy nhiên, những phán quyết về các biện pháp khắc phục thương mại của Hoa Kỳ và tất cả các thành viên WTO khác đều là đối tượng của thủ tục giải quyết tranh chấp của WTO.

3. Giải quyết tranh chấp giữa quốc gia với quốc gia tại Chương 20

Chương 20 của NAFTA quy định thủ tục giải quyết tranh chấp giữa các chính phủ thành viên của NAFTA trong việc giải thích và áp dụng NAFTA. Những thủ tục giải quyết tranh chấp quy định tại Chương 20 tương tự như hệ thống giải quyết tranh chấp của Cơ quan giải quyết tranh chấp của WTO (DSB). Các bên của NAFTA cố gắng đạt được một quyết định trọng tài theo đó xác định xem liệu những hành động của một bên NAFTA có phù hợp với NAFTA hay không, hoặc có làm vô hiệu hoá hoặc làm suy giảm những lợi ích của Hiệp định hay không (những quy định về vô hiệu hoá hoặc làm suy giảm lợi ích của Hiệp định được quy định tại Phụ lục 2004 của NAFTA).

Những nghĩa vụ pháp lý quy định trong NAFTA là nghĩa vụ ‘WTO+’,

⁵⁹ Như trên, đoạn 166.

⁶⁰ Như trên, đoạn 208.

bởi vì chúng bao gồm những cam kết về tự do hoá bổ sung cho những cam kết mà các bên NAFTA đã cam kết trong WTO. Có thể cho rằng, Chương 20 của NAFTA quy định về một cơ quan tài phán năng động cho phân xử trọng tài, để giải quyết tranh chấp giữa chính phủ với chính phủ, bởi vì Chương 20 quy định về một cơ quan tài phán duy nhất để thực thi những nghĩa vụ ‘WTO+’ này. Trên thực tế, WTO là cơ quan tài phán năng động hơn nhiều trong việc giải quyết tranh chấp giữa ba nước thành viên NAFTA. Từ khi NAFTA có hiệu lực vào năm 1994, mới chỉ có ba vụ tranh chấp được giải quyết theo thủ tục trọng tài theo Điều 20. Đó là vụ tranh chấp năm 1995 về việc Ca-na-đa áp thuế quan đối với một số nông sản của Hoa Kỳ; vụ tranh chấp năm 1997 liên quan đến việc Hoa Kỳ áp thuế quan tự vệ đối với cây đậu chổi; và vụ tranh chấp năm 1998 liên quan đến việc Hoa Kỳ không thực hiện nghĩa vụ mở cửa thị trường dịch vụ xe tải xuyên biên giới. Ngược lại, từ năm 1995, ba nước NAFTA đã 35 lần trình lên WTO yêu cầu tham vấn giải quyết tranh chấp giữa các nước này với nhau. Con số này cho thấy DSB là cơ quan tài phán ưa thích để giải quyết tranh chấp giữa các bên của NAFTA khi có sự lựa chọn cơ quan tài phán giữa WTO và NAFTA.

7. Kết luận

NAFTA đã thành công trong việc tự do hoá thương mại và đầu tư giữa Ca-na-đa, Mê-hi-cô và Hoa Kỳ. Mặc dù Hiệp định đã làm tăng thêm giao dịch thương mại và tăng cường hội nhập kinh tế của ba nước, nhưng quá trình thực hiện luôn luôn không hề dễ dàng. Kể từ khi Hiệp định có hiệu lực vào năm 1994, đã có những tranh chấp thương mại, căng thẳng chính trị, những vụ AD và những phiên xử trọng tài giữa ba nước. Tuy nhiên, thông tin tổng thể về việc thực hiện NAFTA cho thấy một FTA toàn diện và tham vọng có thể đem lại lợi ích cho những nước phát triển và DCs như thế nào.

Mục 4. PHÁP LUẬT VỀ HỘI NHẬP KINH TẾ ASEAN^(*)

Hiệp hội các nước Đông Nam Á (‘ASEAN’) do năm thành viên sáng lập là In-đô-nê-xi-a, Ma-lai-xi-a, Phi-líp-pin, Xinh-ga-po và Thái Lan thành lập vào ngày 8/8/1967 ở Băng Cốc, Thái Lan. Bru-nây tham gia ASEAN ngày 7/1/1984, Việt Nam tham gia ngày 28/7/1995, Lào và Mi-an-ma tham gia

^(*) Tác giả: *Trịnh Hải Yến*, Thạc sĩ, Nghiên cứu sinh, Trường Đại học quốc gia Xinh-ga-po (NUS), Giảng viên, Học viện Ngoại giao Việt Nam (DAV).

ngày 23/7/1997, và Cam-pu-chia tham gia ngày 30/4/1999. Văn bản thành lập tổ chức này là Tuyên bố Băng Cốc, nêu rõ một trong các mục tiêu chính của ASEAN là thúc đẩy tăng trưởng kinh tế trong khu vực.

Các nước thành viên ASEAN đã kí kết nhiều hiệp định để đáp ứng nhu cầu hội nhập khu vực ngày càng tăng. Hoạt động kí kết các điều ước trong lĩnh vực này diễn ra rất sôi động trong những năm gần đây, vì ASEAN quyết tâm nâng cao tính cạnh tranh của khu vực. Tuyên bố hoà hợp Ba-li năm 2003 nói rõ việc hình thành Cộng đồng kinh tế ASEAN sẽ là mục tiêu của hoạt động hội nhập kinh tế tới năm 2020. Tuyên bố này nêu:

Trong quá trình hướng tới Cộng đồng kinh tế ASEAN, ASEAN sẽ thiết lập các cơ chế và đưa ra các biện pháp mới để tăng cường việc thực thi các sáng kiến kinh tế hiện tại, trong đó có Khu vực tự do thương mại ASEAN (AFTA), Hiệp định khung về dịch vụ (AFAS) và Khu vực đầu tư ASEAN (AIA).

Hơn nữa, Hiến chương ASEAN được thông qua năm 2007, đã quy định rõ ràng tư cách pháp lí và một cơ cấu phức tạp hơn cho tổ chức này, tạo ra cơ sở để tiến hành các nỗ lực hội nhập tích cực nhằm xây dựng các cộng đồng an ninh, kinh tế, xã hội và văn hoá. Phần này sẽ xem xét các quy định hiện hành của ASEAN điều chỉnh hội nhập thương mại hàng hoá, thương mại dịch vụ và đầu tư trong Hiệp hội và giữa Hiệp hội với các nước bên ngoài.

1. Hội nhập kinh tế trong ASEAN

A. Các quy định về thương mại hàng hoá

1. Hiệp định về chương trình ưu đãi thuế quan có hiệu lực chung của Khu vực thương mại tự do ASEAN ('CEPT')

Tại Hội nghị thượng đỉnh lần thứ tư của ASEAN, vào ngày 28/1/1992, các nước thành viên ASEAN thông qua Hiệp định khung về tăng cường hợp tác kinh tế để xây dựng khung pháp lí cho hội nhập kinh tế trong thương mại, công nghiệp, khoáng sản, năng lượng, tài chính, ngân hàng, thực phẩm, nông nghiệp, lâm nghiệp, vận tải và truyền thông. Trong khi các lĩnh vực hợp tác khác chỉ có một số cam kết mang tính khuyến khích thực hiện để thúc đẩy hội nhập, thì phần về thương mại hàng hoá của Hiệp định này nêu ra các quy định chi tiết bằng việc dẫn chiếu tới Hiệp định về chương trình ưu đãi thuế quan có hiệu lực chung của Khu vực thương mại tự do ASEAN ('CEPT') cũng được thông qua cùng ngày. CEPT là cơ chế

chính để thực hiện AFTA, theo đó các nước ASEAN cam kết giảm thuế quan, loại bỏ các biện pháp hạn chế số lượng và các rào cản phi thuế quan khác. Cơ chế này áp dụng đối với mọi sản phẩm chế tạo và sản phẩm nông nghiệp liệt kê trong bốn danh sách khác nhau trong các biểu cam kết của từng nước ASEAN.

Thứ nhất, Danh mục giảm thuế (viết tắt là ‘IL’) bao gồm những sản phẩm mà các nước ASEAN đã sẵn sàng cam kết giảm thuế nhập khẩu, loại bỏ các biện pháp hạn chế số lượng và các rào cản phi thuế quan khác. Lộ trình cam kết hoàn thành của các nước ASEAN-6 (Bru-nây, In-đô-nê-xi-a, Ma-lai-xi-a, Phi-líp-pin, Xinh-ga-po và Thái Lan) trong danh sách của mỗi nước là không muộn hơn ngày 1/1/2010, trong khi hạn hoàn thành của các nước CLMV (Cam-pu-chia, Lào, Mi-an-ma và Việt Nam) là không muộn hơn ngày 1/1/2015. Tuy nhiên, các nước thành viên có thể liệt kê số lượng nhất định các sản phẩm trong Danh mục loại trừ tạm thời (viết tắt là ‘TEL’) để tự do hoá thương mại đối với các sản phẩm này theo lộ trình chậm hơn và dần dần đưa chúng vào Danh mục IL.

Thứ hai, Nghị định thư của ASEAN về thực thi Danh mục TEL, kí kết ngày 23/11/2000, cho phép ‘một nước thành viên tạm thời trì hoãn việc chuyển một sản phẩm từ Danh mục TEL của mình sang Danh mục IL’, hoặc ‘tạm thời ngừng các nhượng bộ của mình đối một sản phẩm đã được đưa sang Danh mục IL’. Nghị định thư này chỉ áp dụng đối với các sản phẩm chế tạo trong Danh mục TEL từ ngày 31/12/1999, hoặc ngày tương ứng đối với Cam-pu-chia, Lào, Mi-an-ma và Việt Nam.⁶¹ Để viện dẫn các quy định của Nghị định thư này, một nước ASEAN sẽ phải nộp đơn cho Hội đồng khu vực thương mại tự do ASEAN (Hội đồng AFTA), nêu ra thời gian yêu cầu được hoãn hay tạm thời ngừng nhượng bộ thương mại, lí do của yêu cầu đó và vấn đề thực sự đang gặp phải.⁶²

Thứ ba, Danh mục nhạy cảm và nhạy cảm cao (viết tắt là ‘SL’). Ngày 30/9/1999, các nước ASEAN đã kí Nghị định thư về các thoả thuận đặc biệt về những sản phẩm nhạy cảm và nhạy cảm cao. Theo đó, các nước ASEAN-6 phải bắt đầu loại bỏ dần các sản phẩm nhạy cảm theo cơ chế CEPT từ ngày 1/1/2001 với sự linh hoạt nhất định, nhưng không được muộn hơn

⁶¹ Xem: Nghị định thư của ASEAN về thực thi Danh mục loại trừ tạm thời của cơ chế CEPT, khoản 2 Điều 1.

⁶² Như trên, Điều 2.

ngày 1/1/2003 và sẽ hoàn thành quá trình này vào ngày 1/1/2010.⁶³ Đối với Cam-pu-chia, Lào, Mi-an-ma và Việt Nam, lộ trình được điều chỉnh theo ngày gia nhập ASEAN của họ.⁶⁴

Cuối cùng, các nước thành viên ASEAN được phép loại trừ vĩnh viễn một số sản phẩm khỏi quá trình tự do hoá bằng cách liệt kê chúng trong Danh sách ngoại lệ chung (viết tắt là ‘GEL’) nhằm bảo vệ an ninh quốc gia, bảo vệ đạo đức xã hội, bảo vệ sức khoẻ của con người và động thực vật, bảo vệ các tác phẩm có giá trị nghệ thuật, lịch sử và khảo cổ học.⁶⁵

Từ ngày 1/1/2010, các nước ASEAN-6 đã loại bỏ thuế nhập khẩu đối với 99,65% dòng thuế quan, trong khi đó các nước CLMV đã giảm được 98,86% dòng thuế quan của họ xuống còn 0-5%.⁶⁶

Bên cạnh giảm thuế quan, các nước ASEAN còn kí kết các hiệp định khác để loại bỏ các NTBs và biện pháp hạn chế số lượng, hài hoà hoá biểu thuế quan, xác định trị giá tính thuế hải quan và thủ tục hải quan, đồng thời xây dựng tiêu chuẩn chung về chứng nhận sản phẩm. Các điều ước này bao gồm Thỏa thuận ưu đãi thương mại của ASEAN 1977, Hiệp định ASEAN về Hải quan 1997, Hiệp định khung của ASEAN về các thỏa thuận công nhận lẫn nhau 1998, Hiệp định khung E-ASEAN 2000, Nghị định thư điều chỉnh việc thực thi hệ thống biểu thuế quan hài hoà hoá 2003, Hiệp định khung ASEAN về hội nhập các ngành ưu tiên 2004, Hiệp định thiết lập và thực thi cơ chế một cửa ASEAN 2005. Các hiệp định này góp phần thúc đẩy tự do dịch chuyển hàng hoá trong khu vực.

2. Hiệp định ASEAN về thương mại hàng hoá (‘ATIGA’)

Nhằm đạt được mục tiêu thiết lập một thị trường và cơ sở sản xuất thống nhất với sự tự do dịch chuyển hàng hoá trong Cộng đồng kinh tế ASEAN vào năm 2015, các ngoại trưởng ASEAN đã nhất trí vào tháng 8/2007 về việc nâng cấp cơ chếCEPT-AFTA thành một văn kiện pháp lí toàn diện hơn. Hơn nữa, rất cần thiết phải có một điều ước mới của ASEAN để tăng

⁶³ Xem: Nghị định thư về các thỏa thuận đặc biệt về những sản phẩm nhạy cảm và nhạy cảm cao, Điều II.

⁶⁴ Như trên.

⁶⁵ Xem: Điều 9 của Hiệp định về chương trình ưu đãi thuế quan có hiệu lực chung của Khu vực thương mại tự do ASEAN.

⁶⁶ Xem: Thông cáo báo chí chung của Hội nghị các ngoại trưởng kinh tế ASEAN lần thứ 42 (AEM) (Hội đồng AFTA-Các vấn đề liên quan), Đà Nẵng, Việt Nam, ngày 24-25/8/2010 (đoạn 6), <http://www.aseansec.org/25051.htm>.

cường năng lực cạnh tranh của ASEAN khi ASEAN tích cực tiến hành đàm phán các hiệp định thương mại hàng hoá (viết tắt là 'TIGs') với các nước đối tác của ASEAN như Trung Quốc, Hàn Quốc, Nhật Bản, Úc và Niu Di-lân. Bởi vậy, dựa trên các hiệp định hiện hành của ASEAN như đã nêu ở phần trước, Hiệp định ASEAN về thương mại hàng hoá (viết tắt là 'ATIGA') đã được kí kết ngày 26/2/2009 và có hiệu lực ngày 17/5/2010.

Các điểm chính của Hiệp định này là:

- Hiệp định hợp nhất mọi sáng kiến, nghĩa vụ và cam kết hiện hành về thương mại hàng hoá trong nội khối ASEAN, bao gồm cả các quy định về thuế quan và NTBs, trong một văn kiện toàn diện duy nhất. Danh sách các hiệp định sẽ được thay thế bởi Hiệp định ATIGA, như Hiệp định CEPT và một số nghị định thư, đang được hoàn tất để đưa vào phần phụ lục của ATIGA.
- Phụ lục 2 của Hiệp định quy định lộ trình giảm thuế quan đầy đủ của mỗi thành viên và các mức thuế quan được áp dụng cho mỗi sản phẩm trong mỗi năm cho tới năm 2015. Hiệp định ATIGA đưa thêm một yếu tố mới so với cơ chế CEPT - một điều khoản về tạm thời sửa đổi và ngừng các nhượng bộ thương mại, trong đó quy định chi tiết hướng dẫn về việc bồi thường phát sinh từ bất kì biện pháp tăng thuế nhập khẩu nào trong các cam kết hiện tại (Điều 23).
- Hiệp định còn có các điều khoản đảm bảo hiện thực hoá dòng dịch chuyển hàng hoá tự do trong ASEAN như tự do hoá thuế quan (Chương 2), quy tắc xuất xứ (Chương 3), loại bỏ các NTBs (Chương 4), xúc tiến thương mại (Chương 5), hải quan (Chương 6), quy chuẩn, tiêu chuẩn kỹ thuật, các thủ tục đánh giá sự hoà hợp (Chương 7), các biện pháp vệ sinh dịch tễ (Chương 8) và các biện pháp khắc phục thương mại (Chương 9).

Hiệp định ATIGA với công thức 'tất cả trong một' nâng cao tính minh bạch và tính dễ dự đoán của khung pháp lí của ASEAN về thương mại hàng hoá. Điều ước này cũng sẽ thúc đẩy và tăng cường hơn nữa thương mại trong nội khối ASEAN. Hiệp định có ý nghĩa quan trọng cho việc gia tăng hội nhập kinh tế hướng tới thực hiện Cộng đồng kinh tế ASEAN năm 2015.

B. Các quy định về thương mại dịch vụ

Các nước ASEAN kí kết Hiệp định khung ASEAN về dịch vụ ('AFAS') vào ngày 15/12/1995 nhằm thúc đẩy thương mại dịch vụ trong khu vực.

Các mục tiêu chính của AFAS là:⁶⁷

- (a) Tăng cường hợp tác trong lĩnh vực dịch vụ giữa các nước thành viên, nhằm nâng cao tính hiệu quả và cạnh tranh, đa dạng hoá năng lực sản xuất, cung ứng và phân phối dịch vụ của các nhà cung ứng dịch vụ trong và ngoài ASEAN;
- (b) Loại bỏ đáng kể các hạn chế đối với thương mại dịch vụ giữa các nước thành viên;
- (c) Tự do hoá thương mại dịch vụ bằng cách mở rộng phạm vi và làm sâu sắc quá trình tự do hoá, vượt ra ngoài các cam kết mà các nước thành viên đã đưa ra trong khuôn khổ Hiệp định GATS, với mục đích thực hiện một khu vực thương mại tự do về dịch vụ.

Hiệp định AFAS đưa ra các hướng dẫn chung để các nước thành viên ASEAN dần dần cải thiện việc tiếp cận thị trường và đảm bảo áp dụng NT bình đẳng cho các nhà cung ứng dịch vụ trong các nước ASEAN ở cả bốn phương thức cung ứng dịch vụ: Phương thức 1 (cung ứng dịch vụ qua biên giới); phương thức 2 (tiêu dùng dịch vụ ở nước ngoài); phương thức 3 (hiện diện thương mại); phương thức 4 (hiện diện của thể nhân). Hơn nữa, Hiệp định AFAS cũng đặt ra các quy tắc về các khía cạnh liên quan của thương mại dịch vụ như công nhận lẫn nhau, giải quyết tranh chấp, thể chế, cũng như các lĩnh vực hợp tác khác về dịch vụ. Hiệp định AFAS hướng tới các cam kết cao hơn các cam kết của các nước thành viên trong GATS. Trong Hiệp định này, các nước ASEAN cam kết tự do hoá một số lượng đáng kể các ngành dịch vụ theo một lộ trình thích hợp. Kể từ năm 1996, ASEAN đã kí kết tám gói cam kết dịch vụ như sau:

- Nghị định thư thực thi Gói cam kết ban đầu trong khuôn khổ Hiệp định AFAS kí ngày 15/12/1997;
- Nghị định thư thực thi Gói cam kết thứ hai trong khuôn khổ Hiệp định AFAS kí ngày 16/12/1998;
- Nghị định thư thực thi Gói cam kết thứ ba trong khuôn khổ Hiệp định AFAS kí ngày 31/12/2001;

⁶⁷ Điều I AFAS.

- Nghị định thư thực thi Gói cam kết thứ tư trong khuôn khổ Hiệp định AFAS kí ngày 3/9/2004;
- Nghị định thư thực thi Gói cam kết thứ năm trong khuôn khổ Hiệp định AFAS kí ngày 8/12/2006;
- Nghị định thư thực thi Gói cam kết thứ sáu trong khuôn khổ Hiệp định AFAS kí ngày 19/11/2007;
- Nghị định thư thực thi Gói cam kết thứ bảy trong khuôn khổ Hiệp định AFAS kí ngày 26/2/2009.
- Nghị định thư thực thi Gói cam kết thứ tám trong khuôn khổ Hiệp định AFAS kí ngày 28/10/2010.

Các cam kết này được đưa ra với rất nhiều ngành dịch vụ như các dịch vụ kinh doanh, các dịch vụ chuyên môn, xây dựng, phân phối, giáo dục, dịch vụ môi trường, y tế, vận tải biển, bưu chính viễn thông và du lịch. Có bốn gói cam kết về dịch vụ tài chính đã được các bộ trưởng tài chính ASEAN kí kết và sáu gói cam kết về vận tải hàng không do các bộ trưởng vận tải ASEAN kí kết.

C. Các quy định về đầu tư nước ngoài

Các văn bản pháp luật hiện hành của ASEAN điều chỉnh đầu tư nội khối bao gồm:⁶⁸

- Hiệp định ASEAN về thúc đẩy và bảo hộ đầu tư (viết tắt là 'IGA') kí ngày 15/12/1987 và Nghị định thư năm 1996;
- Hiệp định khung về khu vực đầu tư ASEAN (viết tắt là 'AIA') kí ngày 7/10/1998 và Nghị định thư năm 2001;
- Nghị định thư tăng cường về cơ chế giải quyết tranh chấp kí ngày 29/11/2004.⁶⁹
- Hiệp định toàn diện của ASEAN về đầu tư (viết tắt là 'ACIA') kí ngày 26/2/2009.

Hiệp định năm 1987 chứa đựng các tiêu chuẩn bảo hộ tương tự như nhiều điều ước về đầu tư khác, như bảo hộ đầy đủ, đối xử công bằng và thoả

⁶⁸ Xem thêm: Trịnh Hải Yến, 'East Asian Investment Treaties in the Integration Process: Quo Vadis?', *East Asian Economic Integration: Law, Trade and Finance*, ed. Ross Buckley, Richard W. Hu, và Douglas W. Arner, Cheltenham, Northampton: Edward Elgar Publishing Ltd, (2011).

⁶⁹ Nghị định thư này điều chỉnh các tranh chấp đầu tư giữa chính phủ với chính phủ.

đáng, điều khoản bao trùm ('an umbrella clause'), chuyển vốn và thu nhập về nước mình, và giải quyết tranh chấp. Quy định về đối xử NT và MFN để các nhà đầu tư ASEAN có thể vào các nước ASEAN một cách thuận lợi hơn không được đặt ra trong Hiệp định năm 1987. Thay vào đó, các chế độ này được quy định tại Hiệp AIA 11 năm sau đó. Việc kí kết Hiệp định khung này nhằm thiết lập một khu vực đầu tư ASEAN mang tính cạnh tranh với môi trường đầu tư tự do và minh bạch trong ASEAN.

Tuy nhiên, cả hai hiệp định cần được sửa đổi vì thuật ngữ pháp lí ở một số đoạn rất chung chung và mơ hồ, có thể bị giải thích theo nhiều cách. Do vậy, ASEAN đã kí kết Hiệp định ACIA vào năm 2009. Điều ước mới này có mục tiêu tạo ra một khung pháp lí về đầu tư cởi mở và tự do thông qua tự do hoá dần dần các quy định về đầu tư của các nước ASEAN và tăng cường sự bảo hộ đối với các nhà đầu tư trong nội khối ASEAN.⁷⁰ Hiệp định ACIA chưa có hiệu lực vì không phải tất cả mười nước ASEAN đã phê chuẩn Hiệp định.⁷¹ Các nước thành viên ASEAN đang hoàn tất các danh mục bảo lưu của ACIA và Hiệp định dự kiến sẽ sớm có hiệu lực⁷² khi Thái Lan phê chuẩn, nước duy nhất trong số mười nước thành viên vẫn chưa phê chuẩn ACIA.⁷³ Hiệp định này sẽ thay thế các hiệp định năm 1987 và 1998 khi có hiệu lực. Tuy nhiên, các nhà đầu tư, nếu có các khoản đầu tư được bảo hộ bởi cả ba hiệp định, thì sẽ có quyền viện dẫn một trong ba hiệp định này trong thời gian ba năm kể từ khi các hiệp định 1987 và 1998 hết hiệu lực.

Hiệp định ACIA nhằm 'tạo ra một khuôn khổ về đầu tư tự do và cởi mở trong ASEAN để đạt được mục tiêu cuối cùng của hội nhập kinh tế trong AEC (Cộng đồng kinh tế ASEAN)'.⁷⁴ Với 49 điều khoản và hai phụ lục, Hiệp định làm rõ và sửa đổi những điều khoản ngắn và mơ hồ của AIA và IGA về giải quyết tranh chấp giữa chính phủ nước tiếp nhận đầu tư và nhà đầu tư, vấn đề chuyển tiền về nước, và chế độ đối xử đối với đầu tư.

⁷⁰ Điều 1 ACIA.

⁷¹ Xem: Bảng các điều ước/hiệp định của ASEAN và việc phê chuẩn; Xem: tại <http://www.aseansec.org/Ratification.pdf> (truy cập ngày 15/12/2011).

⁷² Xem: Thông cáo báo chí chung của Hội nghị các ngoại trưởng kinh tế ASEAN lần thứ 43 (AEM), ngày 10-11/8/2011, đoạn 23; Xem: tại <http://www.aseansec.org/26587.htm> (truy cập ngày 14/10/2011).

⁷³ Tám nước ASEAN đã phê chuẩn hiệp định theo bảng các điều ước/hiệp định của ASEAN và việc phê chuẩn; Xem: tại <http://www.aseansec.org/Ratification.pdf> (ngày 14 tháng 10 năm 2011).

⁷⁴ Tháng 8/2011, In-đô-nê-xi-a đã phê chuẩn Hiệp định. Xem: tin tức về việc phê chuẩn ACIA của In-đô-nê-xi-a tại <http://www.legal500.com/c/Indonesia/developments/15399>.

⁷⁴ Điều 1 ACIA.

Hiệp định cũng đưa ra các điều khoản mới về cấm yêu cầu thực hiện các biện pháp đầu tư bị cấm ('Performance Requirements'), và về nhân sự quản lí cấp cao và hội đồng quản trị, để từ đó thúc đẩy dòng chảy vào của nguồn nhân lực quản lí chủ chốt từ nước ngoài.⁷⁵

2. Các FTAs giữa ASEAN và các đối tác

A. ASEAN-Trung Quốc

Đối với Trung Quốc, các quan hệ thương mại và kinh tế giữa ASEAN và Trung Quốc đã phát triển mạnh mẽ trong những năm vừa qua. Các cuộc đàm phán về Khu vực thương mại tự do ASEAN-Trung Quốc (viết tắt là 'ACFTA') đã chính thức được tiến hành từ năm 2001. Sau sáu vòng đàm phán, hai bên đã kí kết Hiệp định khung về hợp tác kinh tế toàn diện giữa ASEAN và Trung Quốc (viết tắt là 'ACFA') tại Hội nghị cấp cao ASEAN-Trung Quốc vào ngày 4/11/2002. Cho tới nay, năm nước ASEAN đã phê chuẩn Hiệp định này.⁷⁶ Hiệp định khung không đặt ra các quy định chi tiết về hội nhập kinh tế. Thay vào đó, theo Hiệp định ACFA, các nước ASEAN và Trung Quốc đã kí kết bốn hiệp định cụ thể khác. Hiệp định về thương mại hàng hoá năm 2004 quy định phương thức giảm thuế quan và loại bỏ thuế quan trong các dòng thuế đã liệt kê trong Danh mục IL hoặc Danh mục SL. Hiệp định về thương mại dịch vụ giữa các nước thành viên ASEAN và Trung Quốc được kí kết ngày 14/1/2007. Mức độ tự do hoá trong các cam kết của Hiệp định này cao hơn các cam kết mà các bên kí kết đưa ra trong GATS. Hiệp định về đầu tư của ASEAN và Trung Quốc được kí ngày 15/8/2009 và có hiệu lực ngày 1/1/2010. Tranh chấp giữa chính phủ với chính phủ phát sinh theo Hiệp định khung và các hiệp định liên quan do Hiệp định về cơ chế giải quyết tranh chấp của Hiệp định khung về hợp tác kinh tế toàn diện giữa ASEAN và Trung Quốc, kí ngày 29/11/2004, điều chỉnh.

⁷⁵ Phân tích chi tiết các điều khoản của ACIA, xem thêm: Trịnh Hải Yến, 'State Commitments-Controlling Elements in the ASEAN Comprehensive Investment Agreement', *Trading Arrangements in the Pacific Rim: ASEAN and APEC*, ed. Paul Davidson.

⁷⁶ Xem: Bảng các điều ước/hiệp định của ASEAN và việc phê chuẩn, nguồn: <http://www.aseansec.org/Ratification.pdf>

B. ASEAN-Hàn Quốc

Sau khi hoàn thành các nghiên cứu về tính khả thi trong một năm, Hàn Quốc tuyên bố tại Hội nghị cấp cao ASEAN+3 vào tháng 12/2004 là nước này sẽ tiến hành đàm phán FTA với ASEAN vào năm 2005. Sau đó, Hiệp định khung về hợp tác kinh tế toàn diện giữa ASEAN và Hàn Quốc (viết tắt là 'AKFA') và Nghị định thư của Hiệp định đã được kí kết tại Hội nghị cấp cao ASEAN-Hàn Quốc lần thứ 9 vào ngày 13/12/2005. Tương tự như Hiệp định ACFA, Hiệp định AKFA cũng có hiệu lực ngày 1/7/2006 khi Hàn Quốc và ít nhất một nước thành viên ASEAN phê chuẩn. Hiện nay, đã có năm nước ASEAN phê chuẩn Hiệp định.⁷⁷ Trong khuôn khổ Hiệp định AKFA, bốn Hiệp định chi tiết khác đã được kí kết và là các văn kiện pháp lí thiết lập FTA của ASEAN với Hàn Quốc.⁷⁸ Hiệp định ASEAN-Hàn Quốc về thương mại hàng hoá (viết tắt là 'AKTIG'), kí ngày 24/8/2006, đặt ra các thoả thuận thương mại ưu đãi giữa mười nước thành viên ASEAN và Hàn Quốc. Hiệp định ASEAN-Hàn Quốc về thương mại dịch vụ (viết tắt là 'AKTIS'), kí ngày 21/11/2007, quy định các cam kết cao hơn các quy tắc hiện hành của GATS. Hiệp định này có thêm các ngành hay tiểu ngành mới trong danh mục cam kết và nới lỏng các hạn chế gia nhập thị trường và chế độ đối xử đối với nhiều lĩnh vực dịch vụ như kinh doanh, xây dựng, giáo dục, dịch vụ truyền thông, môi trường, dịch vụ du lịch và dịch vụ vận tải. Các điều khoản của Hiệp định ASEAN-Hàn Quốc về đầu tư (viết tắt là AKAI), kí ngày 2/6/2009, khá giống với các hiệp định khác của ASEAN về đầu tư để thiết lập môi trường pháp lí minh bạch và bảo đảm cho các nhà đầu tư của ASEAN và Hàn Quốc cũng như các khoản đầu tư của họ. Hiệp định ASEAN-Hàn Quốc về cơ chế giải quyết tranh chấp, kí ngày 13/12/2005, quy định cơ chế giải quyết tranh chấp giữa chính phủ với chính phủ phát sinh từ các hiệp định nói trên, bao gồm cả Hiệp định khung, trừ các tranh chấp giữa nhà đầu tư và chính phủ nước tiếp nhận đầu tư thì theo quy định của Hiệp định AKAI.

C. ASEAN-Nhật Bản

Theo Dữ liệu thống kê ASEAN FDI, kể từ tháng 5/2009, trong số các đối tác của ASEAN, Nhật Bản là nước có dòng vốn FDI vào ASEAN lớn thứ hai. Tháng 1/2002, Thủ tướng Nhật Bản Kô-i-du-mi đã đề xuất ý tưởng một

⁷⁷ Xem: Bảng các điều ước/hiệp định của ASEAN và việc phê chuẩn, nguồn: <http://www.aseansec.org/Ratification.pdf>

⁷⁸ Xem: khoản 4(1) Điều 1 AKFA.

hiệp định đối tác toàn diện ASEAN-Nhật Bản. Hiệp định đối tác toàn diện ASEAN-Nhật Bản (viết tắt là 'AJCEP') sau đó đã được kí kết ngày 8/10/2003. Hiệp định này quy định các biện pháp thúc đẩy và hợp tác đàm phán các quy tắc về thương mại hàng hoá, dịch vụ và đầu tư giữa các bên. Các cuộc đàm phán AJCEP được bắt đầu ở Tô-ky-ô vào tháng 4/2005. Sau ba năm, ASEAN và Nhật Bản kí kết Hiệp định AJCEP vào ngày 7/4/2008. ASEAN và Nhật Bản không áp dụng cách tiếp cận của ASEAN và Trung Quốc hay Hàn Quốc. Hai bên không đàm phán các hiệp định riêng rẽ về từng lĩnh vực cụ thể. Thay vào đó, AJCEP là hiệp định toàn diện với 10 chương và 80 điều khoản, quy định các biện pháp thúc đẩy và hợp tác, cũng như tự do hoá thương mại hàng hoá, dịch vụ và đầu tư và giải quyết tranh chấp. Hiệp định có hiệu lực ngày 1/12/2008. Tám nước ASEAN và Nhật Bản đã phê chuẩn Hiệp định này.⁷⁹

D. ASEAN-Ấn Độ

Hiệp định khung ASEAN-Ấn Độ về hợp tác kinh tế toàn diện, trong đó bao gồm một khu vực thương mại tự do về hàng hoá, dịch vụ và đầu tư, đã được kí kết ngày 8/10/2003. Trong khuôn khổ Hiệp định khung này, các hiệp định sau đây đã được kí kết: Hiệp định ASEAN-Ấn Độ về thương mại hàng hoá (AITIG) và Hiệp định ASEAN-Ấn Độ về cơ chế giải quyết tranh chấp, cả hai cùng được kí ngày 13/8/2009. ASEAN và Ấn Độ hiện đang đàm phán các Hiệp định ASEAN-Ấn Độ về thương mại dịch vụ và đầu tư.

E. ASEAN-Úc và Niu Di-lân

Giống như trong mối quan hệ pháp lí về hội nhập kinh tế giữa ASEAN và Nhật Bản, các quy tắc điều chỉnh hợp tác kinh tế giữa ASEAN, Úc và Niu Di-lân được quy định trong một văn kiện toàn diện, Hiệp định thành lập Khu vực thương mại tự do ASEAN-Úc-Niu-Di-lân (viết tắt là 'AANZFTA') kí ở Thái Lan ngày 27/2/2009. Bốn nước ASEAN đã phê chuẩn Hiệp định.⁸⁰

Hiệp định AANZFTA điều chỉnh thương mại hàng hoá và dịch vụ, thương mại điện tử, dịch chuyển của thể nhân, đầu tư, hợp tác kinh tế, giải

⁷⁹ Xem: Bảng các điều ước/hiệp định của ASEAN và việc phê chuẩn, <http://www.aseansec.org/Ratification.pdf>

⁸⁰ Xem: Bảng các điều ước/hiệp định của ASEAN và việc phê chuẩn, <http://www.aseansec.org/Ratification.pdf>

quyết tranh chấp và các điều khoản chi tiết về thủ tục hải quan, các biện pháp vệ sinh dịch tễ, tiêu chuẩn và quy chuẩn kỹ thuật, IPRs và cạnh tranh. Các bên cam kết:⁸¹

- Tự do hoá dần dần thuế quan kể từ khi Hiệp định có hiệu lực và giảm thuế quan ít nhất 90% tất cả các dòng thuế quan trong các lộ trình cụ thể;
- Loại bỏ dần dần các rào cản thương mại dịch vụ và cho phép các nhà cung ứng dịch vụ của các bên kí kết khác có được khả năng tiếp cận thị trường nhiều hơn;
- Tạo thuận lợi cho sự dịch chuyển của thể nhân - là những người tham gia các hoạt động thương mại và đầu tư trong khu vực;
- Bảo hộ các khoản đầu tư trong phạm vi điều chỉnh;
- Tạo thuận lợi cho sự dịch chuyển hàng hoá bằng việc thực thi các điều khoản cụ thể về quy tắc xuất xứ, thủ tục hải quan, các biện pháp SPS; tiêu chuẩn, quy chuẩn kỹ thuật và các thủ tục đánh giá sự phù hợp.

Các phụ lục của Hiệp định AANZFTA chứa đựng các biểu cam kết cụ thể của các bên.

ASEAN đã rất tích cực trong việc đưa ra các quy tắc về hội nhập kinh tế trong khu vực và giữa ASEAN với các đối tác. Phân khái quát trên về khuôn khổ pháp lí của ASEAN cho thấy quyết tâm xây dựng Cộng đồng kinh tế ASEAN (AEC) như đã được nêu ra trong Bản kế hoạch chi tiết về AEC rằng:

AEC là việc hiện thực hoá mục tiêu cuối cùng của hội nhập kinh tế như được nêu trong Tầm nhìn 2020, vẫn kiên định được xây dựng trên sự hội tụ các lợi ích của các nước thành viên ASEAN, nhằm làm cho hội nhập kinh tế sâu và rộng hơn nữa thông qua các sáng kiến mới và hiện có với lộ trình rõ ràng. Khi thiết lập AEC, ASEAN sẽ hành động theo các nguyên tắc của một nền kinh tế mở, có tầm nhìn xa, mở rộng và kinh tế thị trường, phù hợp với các quy tắc đa phương cũng như tuân thủ luật pháp, nhằm đạt được sự tuân thủ và thực thi hiệu quả các cam kết kinh tế.

⁸¹ Xem: Ban thư kí ASEAN, *ASEAN Economic Community Factbook*, Gia-các-ta, tháng 2/2011, tr. 89-90.

Mục 5. VIỆT NAM HỘI NHẬP KINH TẾ KHU VỰC ^(*)

1. Việt Nam hội nhập ASEAN

A. Việt Nam tham gia Khu vực thương mại tự do ASEAN ('AFTA') và Hiệp định về Chương trình thuế quan ưu đãi hiệu lực chung ('CEPT')

Việt Nam tham gia AFTA, thực hiện CEPT từ ngày 1/1/1996 và cam kết giảm thuế quan đối với 6.130 mặt hàng xuống 0-5% trước ngày 1/1/2006. Danh mục hàng hoá thực hiện CEPT của Việt Nam được xây dựng theo các nguyên tắc cơ bản sau đây:

- Không gây ảnh hưởng lớn đến nguồn thu ngân sách;
- Bảo hộ hợp lí sản xuất nội địa;
- Tạo điều kiện khuyến khích việc chuyển giao kĩ thuật và đổi mới công nghệ cho sản xuất nội địa;
- Hợp tác với các nước ASEAN trên cơ sở các quy định của CEPT để tranh thủ ưu đãi, mở rộng thị trường cho xuất khẩu và thu hút đầu tư nước ngoài.

Tại thời điểm nêu trên, Việt Nam đã hoàn thành nghĩa vụ giảm thuế quan theo cam kết. Tính đến năm 2010, Việt Nam đã hoàn thành giảm thuế nhập khẩu cho 10.054 dòng thuế xuống mức 0-5%, chiếm 97,8% số dòng thuế, trong đó có 5.488 dòng thuế ở mức thuế suất 0%.

B. Việt Nam tham gia xây dựng và phát triển Cộng đồng kinh tế ASEAN (AEC)

Những năm gần đây, các nước thành viên ASEAN đã tích cực đẩy mạnh tiềm năng, thế mạnh của ASEAN. Tại Hội nghị cấp cao ASEAN lần thứ 9 tại Ba-li, In-đô-nê-xi-a vào tháng 10/2003, lãnh đạo của 10 nước ASEAN đã kí kết Tuyên bố hoà hợp ASEAN II (còn gọi là Tuyên bố Ba-li II) thông qua khuôn khổ xây dựng Cộng đồng ASEAN, bao gồm ba trụ cột là Cộng đồng an ninh-chính trị, Cộng đồng kinh tế và Cộng đồng văn hoá-xã hội.

Tại Hội nghị cấp cao ASEAN lần thứ 13 tại Xinh-ga-po tháng 11/2007, ASEAN đã thông qua Kế hoạch tổng thể và lộ trình chiến lược thực hiện Cộng đồng kinh tế ASEAN ('AEC'), được coi là 'kim chỉ nam' của ASEAN cho mục tiêu thiết lập AEC.

^(*) Tác giả: Lê Hoàng Oanh, Tiến sĩ, Chuyên gia pháp luật, Phó Cục trưởng Cục Xúc tiến thương mại, Bộ Công thương.

Năm 2009, năm đầu tiên Hiến chương ASEAN được thực hiện với nhiều mục tiêu, trong đó có việc xây dựng một Cộng đồng kinh tế ASEAN ('AEC') vào năm 2015. ASEAN chủ trương xây dựng AEC dựa trên sự liên kết về chất giữa các ngành chủ chốt, đang có ưu thế hoặc nhiều tiềm năng phát triển trong nền kinh tế ASEAN bằng các biện pháp cụ thể như: Đẩy nhanh tự do hoá thương mại các sản phẩm, dịch vụ liên quan, hài hoà tiêu chuẩn, đơn giản hoá thủ tục hải quan, thuận lợi hoá thương mại v.v.. Một số ngành được lựa chọn ưu tiên đẩy nhanh hội nhập trong ASEAN bao gồm: Sản phẩm gỗ, nông sản, ô-tô, sản phẩm cao su, điện tử, dệt may, thủy sản, ASEAN điện tử, vận tải hàng không, du lịch và y tế.

Các chương trình liên kết và tự do hoá thương mại của ASEAN trong khuôn khổ của AEC đều được thể chế hoá bằng các hiệp định như: Hiệp định thương mại hàng hoá ASEAN ('ATIGA'), thay thế cho CEPT; Hiệp định khung về thương mại dịch vụ của ASEAN ('AFAS'); Hiệp định đầu tư toàn diện ASEAN ('ACIA')...

Trong những năm qua, Việt Nam đã tham gia xây dựng AEC với thái độ chủ động và tích cực:

- Đến năm 2010, Việt Nam đã giảm thuế nhập khẩu cho 10.054 dòng thuế xuống mức 0-5% theo CEPT/AFTA, chiếm 97,8% số dòng thuế trong biểu thuế, trong đó có 5.488 dòng thuế ở mức thuế suất 0%.
- Việt Nam sẽ hoàn thành việc chuyển dần các sản phẩm trong Danh mục nhảy cảm vào Kế hoạch cắt giảm thuế theo Hiệp định CEPT và giảm thuế quan đối với những sản phẩm này xuống mức 0-5% vào ngày 1/1/2013.⁸²
- Việt Nam tham gia hợp tác một cách toàn diện với các nước thành viên ASEAN trong các lĩnh vực như: Thương mại hàng hoá, dịch vụ, đầu tư, nông nghiệp, giao thông vận tải, viễn thông, bảo hộ IPRs, chính sách cạnh tranh, bảo vệ người tiêu dùng. Đến nay, Việt Nam là một trong bốn thành viên ASEAN có tỉ lệ hoàn thành tốt nhất các cam kết trong Lộ trình tổng thể thực hiện AEC.
- AEC vẫn được Việt Nam lựa chọn là một nội dung quan trọng nhất trong Chương trình nghị sự của ASEAN trong năm 2010. Tại Hội nghị cấp cao ASEAN lần thứ 16 tại Hà Nội, dưới sự chủ trì của

⁸² Lộ trình xây dựng Cộng đồng ASEAN 2009-2015, Nxb. Thời đại, tr. 53-54.

Việt Nam, các nhà lãnh đạo ASEAN đã ra Tuyên bố về phục hồi và phát triển bền vững, khẳng định quyết tâm củng cố và xây dựng Cộng đồng kinh tế ASEAN vào năm 2015.

Hội đồng AEC nhất trí xây dựng công cụ mới là Biểu đánh giá thực hiện AEC là một cơ chế giám sát minh bạch và chặt chẽ tiến độ thực hiện AEC của từng thành viên. Năm 2010, lần đầu tiên, Biểu đánh giá AEC cho giai đoạn 2007-2010 đã được hoàn thành.

C. Việt Nam tham gia chương trình loại bỏ các biện pháp phi thuế quan (NTBs)

Song song với Chương trình giảm thuế quan, Việt Nam cần phối hợp với các nước ASEAN triển khai Chương trình loại bỏ các NTBs. Cụ thể như:

- Các biện pháp hạn chế số lượng nhập khẩu (quota, cấm nhập khẩu) được loại bỏ khi thuế suất của mặt hàng đó đã được giảm xuống dưới 20% theo lộ trình giảm thuế quan;
- Các NTBs khác được loại bỏ dần trong vòng 5 năm tiếp theo, nhưng không muộn hơn năm 2006.

Các NTBs đã được Việt Nam loại bỏ tương đối nhanh. Trước năm 2000, Việt Nam áp dụng khá nhiều NTBs để quản lý xuất nhập khẩu nông sản như: Đầu mối và hạn ngạch xuất khẩu đối với gạo; giấy phép nhập khẩu đối với gạo, cà phê; đầu mối xuất khẩu cao su tại cửa khẩu đối với Trung Quốc; hạn chế nhập khẩu ngoại tệ đối với nhập khẩu hàng tiêu dùng. Đến năm 2006, về cơ bản Việt Nam hoàn thành việc loại bỏ các biện pháp hạn chế số lượng đối với hàng hoá trao đổi trong khuôn khổ Hiệp định CEPT và tiến tới loại bỏ các NTBs khác. Việt Nam chỉ còn áp dụng biện pháp giấy phép theo chế độ hạn ngạch thuế quan đối với bốn mặt hàng: Muối, đường (tinh luyện, thô), trứng gia cầm và thuốc lá nguyên liệu⁸³.

Việc loại bỏ các NTBs cũng là một trong các nội dung quan trọng của tiến trình AEC. Các nước thành viên ASEAN, trong đó có Việt Nam, sẽ tập trung vào việc loại bỏ hoàn toàn các NTBs vào năm 2015, đặc biệt tăng cường tính minh bạch trong việc phát triển và ứng dụng các tiêu chuẩn kỹ thuật và thủ tục đánh giá tính hợp chuẩn phù hợp với Hiệp định TBT và Hướng dẫn chính sách ASEAN về tiêu chuẩn và hợp chuẩn.

⁸³ Việt Nam và các tổ chức kinh tế quốc tế, Nxb. Tài chính, (2010), tr. 131.

D. Việt Nam tham gia chương trình thống nhất hoạt động hải quan

Việt Nam đã tham gia tích cực Chương trình thống nhất hoạt động hải quan của ASEAN với các nội dung cụ thể sau đây:

- Điều hoà thống nhất danh mục biểu thuế: Từ ngày 1/7/2003, Việt Nam áp dụng Danh mục biểu thuế quan chung trong ASEAN (viết tắt là 'AHTN'), thay cho Danh mục biểu thuế quan hiện hành để tính thuế đối với hàng xuất nhập khẩu (xây dựng hệ thống danh mục biểu thuế ASEAN thống nhất ở cấp độ 8 chữ số theo quy định của Công ước HS của WCO).
- Điều hoà thống nhất hệ thống xác định trị giá tính thuế hải quan theo quy định của Hiệp định CVA.
- Điều hoà thống nhất quy trình thủ tục hải quan: Hải quan các nước ASEAN đã thống nhất quy định về 'hành lang xanh', nhằm tạo thuận lợi cho hàng hoá lưu thông theo quy định của CEPT. Trong đó cơ chế 'Một cửa ASEAN', như các biện pháp đơn giản hoá, hài hoà hoá và tiêu chuẩn hoá thương mại và hải quan, quy trình, thủ tục hải quan cũng như áp dụng công nghệ tin học trong tất cả các lĩnh vực liên quan đến thuận lợi hoá thương mại là điểm cốt yếu để thực hiện mục tiêu cuối cùng xây dựng cơ chế 'Một cửa ASEAN'.⁸⁴
- Triển khai Hiệp định hải quan ASEAN: Việt Nam đã ban hành Luật hải quan mới vào năm 2001, sửa đổi và bổ sung năm 2005, và các văn bản hướng dẫn thi hành phù hợp với thông lệ và yêu cầu của tiến trình hội nhập kinh tế khu vực và quốc tế.

Để đẩy nhanh tiến trình xây dựng AEC, việc thực hiện Tầm nhìn hải quan ASEAN cũng được thúc đẩy hướng tới mốc thời gian là 2015.

E. Quan hệ thương mại Việt Nam-ASEAN

AEC là lựa chọn chính sách mang tầm chiến lược của ASEAN nhưng xuất phát điểm là tận dụng, khai thác tiềm năng hội nhập của mỗi nước thành viên, trong đó có Việt Nam. Xét trên phương diện chính trị, kinh tế và thương mại, ASEAN là đối tác thương mại quan trọng hàng đầu của Việt Nam và là động lực chủ yếu giúp nền kinh tế Việt Nam duy trì tốc độ tăng trưởng và xuất khẩu trong nhiều năm qua.

⁸⁴ Việt Nam và các tổ chức kinh tế quốc tế, Nxb. Tài chính, (2008), tr. 135-138.

Với lợi thế là một khu vực phát triển năng động, gần gũi về địa lí, quan hệ thương mại giữa Việt Nam và ASEAN có mức tăng trưởng cao. So với năm 2002, thương mại hai chiều ASEAN và Việt Nam đã tăng hơn 3 lần, đạt gần 30 tỉ USD vào năm 2008, chiếm 25% tổng kim ngạch của Việt Nam. Cũng trong giai đoạn này, tốc độ tăng trưởng xuất khẩu trung bình của Việt Nam sang ASEAN là 28,4% và nhập khẩu là 27%. Kim ngạch xuất khẩu của Việt Nam sang ASEAN tăng từ 2,9 tỉ USD năm 2003 lên tới 8,9 tỉ USD năm 2009. Năm 2009, Việt Nam đã xuất khẩu sang Xinh-ga-po, Thái Lan, Phi-lip-pin và Cam-pu-chia đều đã đạt trên 1 tỉ USD. Tính đến tháng 11/2011, tăng trưởng xuất khẩu của Việt Nam đã đạt được con số ấn tượng, gần 87,2 tỉ USD, tăng 34,7% so với cùng kì năm 2010, trong đó xuất khẩu sang khu vực ASEAN tăng 30,6% so với cùng kì và nhập siêu có xu hướng giảm từ khu vực này. ASEAN giữ vững vị trí đối tác thương mại lớn nhất của Việt Nam, vượt qua cả EU, Nhật Bản, Trung Quốc hay Hoa Kỳ. Cơ cấu xuất khẩu của Việt Nam sang ASEAN đang chuyển biến theo chiều hướng tích cực, cả về chất lượng và giá trị. Từ những mặt hàng nông sản sơ chế và nguyên, nhiên liệu như gạo, cà phê, cao su, dầu thô có hàm lượng chế biến thấp, Việt Nam đã xuất khẩu nhiều mặt hàng tiêu dùng, hàng công nghiệp như linh kiện máy tính, dệt may, nông sản chế biến, mỹ phẩm với giá trị cao và ổn định. Việt Nam và các nước ASEAN khác cùng gia nhập các câu lạc bộ các nước xuất khẩu lớn nhất trên thế giới về gạo, cao su, cà phê, hạt điều, hàng dệt may.⁸⁵

Bên cạnh những thuận lợi và cơ hội từ hội nhập ASEAN, Việt Nam cũng phải đối mặt với nhiều thách thức, đặc biệt trong việc triển khai và áp dụng các cam kết của AEC.

2. Việt Nam hội nhập APEC

A. Mục tiêu và nguyên tắc hoạt động của APEC

Diễn đàn hợp tác kinh tế châu Á-Thái Bình Dương ('APEC') được thành lập từ tháng 11/1989 tại Can-bê-ra (Úc), nhằm thúc đẩy tăng trưởng kinh tế và sự thịnh vượng trong khu vực, đồng thời thắt chặt các mối quan hệ trong cộng đồng châu Á-Thái Bình Dương cũng như đáp ứng xu hướng toàn cầu hoá đời sống kinh tế-thương mại thế giới. APEC có 21 thành

⁸⁵ Bộ Công thương, *Báo cáo tình hình hoạt động công nghiệp và thương mại tháng 11 năm 2011*; Bộ Công thương, *Báo cáo kế hoạch 2012 và kế hoạch 5 năm 2011-2015*.

viên, bao gồm: Úc, Hoa Kỳ, Ca-na-đa, Nhật Bản, Hàn Quốc, Bru-nây, In-đô-nê-xi-a, Xinh-ga-po, Ma-lai-xi-a, Phi-lip-pin, Thái Lan, Niu Di-lân, Trung Quốc, Hồng Kông, Đài Loan, Chi-lê, Mê-hi-cô, Pa-pua Niu Ghi-nê, Việt Nam, Nga và Pê-ru. Hiện nay, APEC đang ngừng kết nạp thành viên mới để củng cố tổ chức.

1. Nguyên tắc hoạt động cơ bản của APEC

- Toàn diện: Thực hiện tự do hoá và thuận lợi hoá trên tất cả các lĩnh vực;
- Phù hợp với GATT/WTO;
- Đảm bảo môi trường đồng giữa các thành viên trong việc thực hiện tự do hoá và thuận lợi hoá thương mại và đầu tư;
- Không phân biệt đối xử: Không chỉ áp dụng cho các thành viên APEC mà cả với các nền kinh tế không phải là thành viên;
- Minh bạch: Minh bạch hoá mọi chính sách, quy định hiện hành tại các thành viên APEC;
- Lấy mức bảo hộ hiện tại làm mốc ('Standstill'): Chỉ giảm, không tăng mức bảo hộ;
- 'Cùng xuất phát, quá trình liên tục và thời gian biểu khác nhau': Các nền kinh tế thành viên có các thời gian biểu khác nhau và ưu tiên về thời gian đối với nền kinh tế đang phát triển là 10 năm so với nền kinh tế phát triển;
- Linh hoạt, vì trình độ phát triển kinh tế của các thành viên APEC khác nhau;
- Hợp tác kĩ thuật.

2. Các đặc điểm cơ bản của APEC

- APEC là diễn đàn đối thoại, không phải là diễn đàn thương lượng. Do vậy, xét về tổng thể, những cam kết trong khuôn khổ APEC không có tính ràng buộc cao như trong ASEAN và WTO;
- APEC gắn chặt cam kết của mình với việc thực hiện các cam kết trong khuôn khổ WTO theo hướng thực hiện sâu hơn và sớm hơn trong khuôn khổ APEC;
- Luôn gắn hoạt động của APEC với các sự kiện chính trị lớn trên thế giới, trên cơ sở quan hệ hữu nghị và hợp tác.

B. Việt Nam tham gia APEC

Trong APEC, Việt Nam là thành viên năng động và tích cực với việc chủ động tham gia ngày càng sâu rộng vào hầu hết các chương trình hợp tác của APEC về tự do hoá và thuận lợi hoá thương mại, đầu tư, hợp tác kinh tế-kỹ thuật và tạo thuận lợi cho cộng đồng doanh nghiệp.

Việc tham gia APEC đã mang lại nhiều lợi ích cho Việt Nam. Thực tế là những năm gần đây, Việt Nam thu hút khoảng 75% vốn đầu tư trực tiếp của nước ngoài và hơn 50% vốn ODA từ các nền kinh tế thành viên APEC. Kim ngạch xuất khẩu sang thị trường gần 3 tỉ dân này chiếm khoảng 70% tổng kim ngạch xuất nhập khẩu của Việt Nam. Những mặt hàng Việt Nam có thể mạnh xuất khẩu hoặc mang tính chiến lược đều có nhiều đối tác nhập khẩu ở các thành viên APEC. Việt Nam cũng có nhiều đối tác quan trọng trong APEC như: Các nước ASEAN, Nhật Bản, Trung Quốc, Hoa Kỳ, Úc... Một số thành viên APEC đang dần trở thành đối tác chiến lược trong kế hoạch phát triển quan hệ kinh tế, thương mại và đầu tư chặt chẽ, toàn diện hơn của Việt Nam.

1. Lĩnh vực thuế quan và rào cản phi thuế quan (NTBs)

Việt Nam cam kết giảm thuế quan, minh bạch hoá chính sách thuế quan trong dài hạn, loại bỏ dần các NTBs gây cản trở thương mại quốc tế, phù hợp với các cam kết trong ASEAN và WTO.

2. Lĩnh vực hải quan

Việt Nam đã cùng các thành viên triển khai Kế hoạch hành động về thuận lợi hoá thương mại để giảm chi phí giao dịch trong khu vực APEC; cam kết hài hoà hoá các thủ tục hải quan phù hợp với thông lệ quốc tế, đặc biệt cam kết tuân thủ các quy định của WTO. Việt Nam cũng đã tham gia Sáng kiến về hải quan một cửa, tạo thuận lợi cho thương mại và đầu tư.

3. Lĩnh vực thương mại dịch vụ

Việt Nam cam kết liên tục giảm những hạn chế để mở cửa thị trường thương mại dịch vụ, áp dụng MFN và NT nhằm tạo thuận lợi, công bằng và minh bạch cho các nhà cung ứng dịch vụ của các nền kinh tế thành viên, cũng như cơ hội cho các nhà cung ứng dịch vụ Việt Nam hướng ra thị trường toàn khối. Việt Nam đã thực hiện bảo mật dữ liệu trong giao dịch thương mại điện tử, tham gia Chương trình thẻ đi lại của doanh nhân APEC, để tạo

thuận lợi cho các doanh nhân APEC được nhập cảnh vào Việt Nam vì mục đích kinh doanh, thương mại và đầu tư.

4. Tiêu chuẩn và hài hoà hoá

Việt Nam đã dần dần đưa danh mục các tiêu chuẩn ưu tiên hài hoà trong APEC vào kế hoạch xây dựng tiêu chuẩn của Việt Nam, trong số đó đã có nhiều tiêu chuẩn được chấp nhận thành tiêu chuẩn quốc gia của Việt Nam. Cho đến nay, Việt Nam đã hài hoà được trên 200 tiêu chuẩn quốc gia với tiêu chuẩn quốc tế.

Việt Nam đã tham gia vào thoả thuận công nhận lẫn nhau về tiêu chuẩn trong APEC (APEC-MRA) đối với các sản phẩm điện, điện tử, đồ chơi, thực phẩm..., điều này giúp Việt Nam thuận lợi hơn trong việc tiếp cận các thị trường ‘khó tính’ của các nền kinh tế APEC như Hoa Kỳ, Nhật Bản, Úc, Niu Di-lân...⁸⁶

5. Hợp tác trong thời gian tới

Việt Nam tiếp tục hợp tác với các thành viên APEC để hướng tới thực hiện mục tiêu Bô-go về thương mại và đầu tư tự do và mở cửa vào năm 2020, cải thiện hơn nữa môi trường kinh doanh cho doanh nghiệp thông qua các hoạt động sau:

- Loại bỏ các rào cản tại biên giới, trong đó có việc giảm thuế quan và NTBs trong khuôn khổ Kế hoạch hành động quốc gia (viết tắt là ‘IAP’) để thúc đẩy thương mại, đầu tư trong khu vực APEC; phối hợp với các nền kinh tế APEC nghiên cứu hài hoà hoá quy tắc xuất xứ để tạo thuận lợi cho hàng hoá xuất khẩu; thực hiện cơ chế hải quan ‘một cửa’ để rút ngắn thời gian thông quan hàng hoá và giảm chi phí cho doanh nghiệp; tiếp tục tham gia chương trình tạo thuận lợi cho đi lại của doanh nhân trong khu vực APEC;
- Loại bỏ các rào cản sau biên giới thông qua việc thực hiện các chương trình cải cách cơ chế quản lý nhằm tạo thuận lợi cho môi trường kinh doanh, trong đó có việc thành lập doanh nghiệp và các thủ tục để tạo thuận lợi cho quá trình sản xuất kinh doanh của doanh nghiệp;
- Tăng cường kết nối ‘qua biên giới’ để tạo thuận lợi cho hoạt động vận tải hàng hoá giữa các thành viên, trong đó có việc loại bỏ các

⁸⁶ Việt Nam và các tổ chức kinh tế quốc tế, Nxb. Tài chính, (2008), tr. 189 và 192.

- rào cản trong lĩnh vực hậu cần thương mại (logistics);
- Tăng cường hợp tác với các thành viên APEC trong việc nâng cao năng lực cho các doanh nghiệp vừa và nhỏ trong khuôn khổ hoạt động của Nhóm công tác về doanh nghiệp vừa và nhỏ của APEC ('SMEWG');
 - Thúc đẩy hợp tác doanh nghiệp thông qua Hội đồng tư vấn kinh doanh APEC ('ABAC') như là kênh trao đổi thông tin và khuyến nghị giữa chính phủ và doanh nghiệp, đồng thời là đầu mối để kết nối giữa các doanh nghiệp Việt Nam và các doanh nghiệp ở các thành viên APEC.⁸⁷

3. Việt Nam hội nhập ASEM

A. Mục tiêu và nguyên tắc hoạt động của ASEM

Diễn đàn hợp tác Á-Âu (viết tắt là 'ASEM') được thành lập tháng 3/1995 tại Băng Cốc (Thái Lan) nhằm thúc đẩy đối thoại chính trị để tăng cường hơn nữa sự hiểu biết lẫn nhau và thống nhất quan điểm của hai châu lục đối với các vấn đề chính trị và xã hội của thế giới; thúc đẩy trao đổi thương mại và đầu tư giữa các nước thành viên và tăng cường hợp tác trong lĩnh vực khoa học, kỹ thuật, môi trường, phát triển nguồn nhân lực... nhằm tạo ra sự tăng trưởng bền vững ở cả châu Á và châu Âu.

1. Mục tiêu cơ bản

- Thúc đẩy giao lưu, hỗ trợ giữa các doanh nghiệp;
- Cải thiện môi trường kinh doanh nhằm thúc đẩy thương mại và đầu tư;
- Tạo sự tăng trưởng kinh tế ổn định và bền vững.

2. Một số nguyên tắc hoạt động cơ bản

- Bình đẳng, tôn trọng lẫn nhau và đôi bên cùng có lợi;
- Đồng thuận;
- Đối thoại;
- Hợp tác đồng đều trên các lĩnh vực: tăng cường đối thoại chính trị, củng cố hợp tác kinh tế và xúc tiến hợp tác trong các lĩnh vực khác;
- Tự nguyện.

⁸⁷ Phát biểu của Bộ Công thương tại Hội nghị ABAC ngày 25/8/2009 tại Việt Nam.

B. Việt Nam tham gia ASEM

1. Lĩnh vực chính trị

- Việt Nam đã tham gia đầy đủ và tích cực vào các sinh hoạt chính trị của ASEM tại các hội nghị cấp cao, hội nghị bộ trưởng, các cuộc họp ASEM SOM, họp điều phối viên.
- Tham gia xây dựng các văn kiện như khuôn khổ hợp tác Á-Âu, các tuyên bố của chủ tịch hội nghị nhằm xác định mục tiêu, nguyên tắc, cơ chế, ưu tiên, định hướng cho hợp tác ASEM.
- Đề xuất đưa hợp tác ASEM, nhất là hợp tác kinh tế, đi vào thực chất tại Hội nghị cấp cao ASEM 5 và đã được các thành viên ủng hộ.
- Đăng cai Hội nghị thượng đỉnh ASEM 5 tại Hà Nội năm 2004.

2. Lĩnh vực kinh tế

- Việt Nam đã tham gia xây dựng và triển khai Kế hoạch hành động thuận lợi hoá thương mại ('TFAP'): Xây dựng Danh sách các rào cản chung trong thương mại trên 8 lĩnh vực ưu tiên ban đầu của TFAP và một số rào cản chung khác.
- Việt Nam đã tham gia xây dựng và triển khai Kế hoạch hành động xúc tiến đầu tư ('IPAP'); trong đó tham gia mạng thông tin về đầu tư ASEM, cung cấp thông tin cập nhật về tình hình đầu tư nước ngoài, các văn bản pháp luật, chính sách khuyến khích đầu tư nước ngoài tại Việt Nam; cử người tham gia Nhóm chuyên gia về đầu tư ('IEG').
- Việt Nam tích cực trao đổi tài chính, tham gia các chương trình hợp tác chống rửa tiền, trao đổi kinh nghiệm về quản lý nợ công. Việt Nam đã tận dụng được Quỹ tín thác ASEM ('AFT') cho tiến trình cải cách hệ thống tài chính-ngân hàng và hệ thống an ninh xã hội với sự trợ giúp hơn 20 dự án, giá trị trên 13 triệu USD. Một số dự án triển khai có hiệu quả như: Cải cách và phát triển hệ thống ngân hàng; cải cách các doanh nghiệp nhà nước Việt Nam; thúc đẩy và cổ phần hoá các doanh nghiệp nhà nước trong khu vực giao thông vận tải; Chương trình phát triển mạng lưới bảo đảm xã hội và tạo công ăn việc làm; cơ cấu khu vực ngân hàng; cung ứng dịch vụ chăm sóc sức khỏe cho người nghèo và đào tạo các nhà lãnh đạo và quản lý về quản trị doanh nghiệp...

3. Một số khó khăn trong hợp tác ASEM

Kể từ ASEM-5 tại Hà Nội, hợp tác kinh tế ASEM không có nhiều biến chuyển. Các hội nghị thường niên chính thức của kênh kinh tế như Hội nghị bộ trưởng kinh tế ASEM, Hội nghị các quan chức cao cấp về thương mại và đầu tư ASEM đều không thể tổ chức hoặc tổ chức không thành công do nhiều nguyên nhân khác nhau, không chỉ do sự bất đồng quan điểm về tính định hướng của một số thành viên ASEM mà còn xuất phát từ bản thân cơ chế hợp tác của ASEM.

Kể từ đầu năm 2004 đến nay, các vấn đề lớn liên quan đến nội dung kinh tế hầu như chưa được khai thông và định hướng. Chỉ có ba hội nghị chính thức của ASEM về kinh tế được tổ chức (sau khi trì hoãn nhiều lần), đó là Hội nghị các quan chức cao cấp (cấp vụ) về thương mại và đầu tư lần thứ 10 (SOMTI-10) tại Trung Quốc tháng 7/2005, Hội nghị không chính thức các quan chức cao cấp ASEM tại Hà Lan tháng 10/2005 và mới đây nhất là Hội nghị các quan chức cao cấp về thương mại và đầu tư ASEM lần thứ 11 (SOMTI-11) tại Xiô-vê-ni-a tháng 4/2008, song các hội nghị này chỉ mang tính chất gặp gỡ và trao đổi.

Trong năm 2011, Việt Nam đã tham dự Hội nghị các quan chức cao cấp về thương mại và đầu tư ASEM, được tổ chức tại Brúc-xen, Bỉ vào tháng 2/2011 và cũng đã tranh thủ vận động các thành viên ASEM nói lại hợp tác kinh tế, trong đó có việc tổ chức Hội nghị bộ trưởng kinh tế ASEM đã bị trì hoãn trong nhiều năm qua.

4. Việt Nam tham gia các FTAs

A. Tổng quan

Đối với Việt Nam, FTAs không phải là sân chơi mới mẻ. Việt Nam đã tham gia AFTA từ năm 1996 và từ đó đến nay đã đàm phán, tham gia 7 FTAs khu vực và song phương với nhiều hình thức và nội dung khác nhau.

Trong khuôn khổ ASEAN, Việt Nam đã kí kết và triển khai thực hiện Hiệp định thương mại tự do ASEAN ('AFTA'), Hiệp định thương mại tự do ASEAN-Trung Quốc ('ACFTA'), Hiệp định thương mại tự do ASEAN-Hàn Quốc ('AKFTA'), Hiệp định đối tác kinh tế toàn diện ASEAN-Nhật Bản ('AJCEP'), Hiệp định thương mại tự do ASEAN-Úc-Niu Di-lân ('AANZFTA'), và Hiệp định thương mại tự do ASEAN-Ấn Độ ('AIFTA'). Ngoài ra, đến thời điểm tháng 2/2012, Hiệp định thương mại tự do ASEAN-EU đang tiếp tục đàm phán.

Hiệp định đối tác kinh tế toàn diện Việt Nam-Nhật Bản là FTA song phương đầu tiên của Việt Nam, tiếp theo là FTA song phương với Chi-lê.

Một số cam kết của Việt Nam trong FTAs đã cao hơn so với cam kết trong khuôn khổ gia nhập WTO. Trong thời gian tới, Việt Nam đứng trước cơ hội tham gia nhiều ‘sân chơi’ phức tạp hơn, như việc thực hiện Lộ trình hướng đến Cộng đồng kinh tế ASEAN vào năm 2015, đàm phán Hiệp định đối tác kinh tế xuyên Thái Bình Dương (‘TPP’), FTA song phương Việt Nam-EU, Hiệp định FTA Việt Nam với Khu vực thương mại tự do châu Âu (‘EFTA’), FTA Việt Nam-Liên bang Nga.

Đối với Việt Nam, việc tham gia các FTAs sẽ nhằm thực hiện đường lối, chủ trương hội nhập kinh tế quốc tế của Đảng và Nhà nước ta.

B. Những cơ hội và thách thức của Việt Nam khi đàm phán Hiệp định TPP

Ngày 15/11/2010, Chủ tịch nước Việt Nam thông báo quyết định tham gia đàm phán Hiệp định TPP. Đây là lần đầu tiên Việt Nam tham gia đàm phán một FTA đa phương với tốc độ đàm phán nhanh, quy mô sâu rộng, mức độ cam kết cao và phức tạp, trong bối cảnh Việt Nam có trình độ phát triển thấp nhất trong số các nước tham gia đàm phán TPP.

1. Cơ hội

- Việt Nam có cơ hội tham gia vào một FTA khu vực có phạm vi toàn diện; có cơ hội tiếp cận thị trường tất cả các nước thành viên TPP với điều kiện ưu đãi; kết nối nền kinh tế Việt Nam với nền kinh tế của Hoa Kỳ và các thành viên TPP khác, góp phần thúc đẩy đầu tư của Hoa Kỳ và các nước TPP vào Việt Nam.
- Giúp Việt Nam phát triển về thương mại hàng hoá, thương mại dịch vụ, phát triển khuôn khổ pháp luật nhằm tạo thuận lợi cho thương mại quốc tế.
- Giúp Việt Nam có điều kiện tranh thủ sự hợp tác quốc tế để phục vụ chiến lược phát triển kinh tế-xã hội, triển khai chiến lược hội nhập quốc tế nói chung và chiến lược đối ngoại ở khu vực châu Á-Thái Bình Dương nói riêng, nâng cao vị thế của Việt Nam trên trường quốc tế.

2. Thách thức

- Pháp luật lao động sẽ cần phải sửa đổi đạt tiêu chuẩn của các nước thành viên TPP, nhất là liên quan đến thoả ước lao động tập thể,

- quyền tổ chức nghiệp đoàn;
- Việc tham gia TPP không làm cải thiện hơn quy chế nền kinh tế thị trường của Việt Nam;
 - Việt Nam có thể phải chấp nhận các cam kết ‘TRIPS+’ trong lĩnh vực IPRs và nhiều cam kết hơn trong lĩnh vực môi trường;
 - Việt Nam có thể phải chấp nhận gia nhập Hiệp định mua sắm chính phủ (‘GPA’).

Tóm tắt Chương 3

Những hiệp định thương mại khu vực (‘RTAs’) thông thường nhằm mục đích hội nhập kinh tế, làm giảm những rào cản đối với sự dịch chuyển qua biên giới của các yếu tố kinh tế. RTAs có thể bao gồm một, một số hoặc tất cả ‘bốn tự do cơ bản’ - tự do dịch chuyển hàng hoá, tự do dịch chuyển dịch vụ, tự do dịch chuyển đầu tư, và tự do dịch chuyển lao động. Bên cạnh đó, các quan điểm chính trị đóng vai trò chỉ đạo trong việc kí kết các RTAs.

Một trong những câu hỏi quan trọng trong chính sách thương mại quốc tế hiện nay là mối quan hệ giữa hội nhập khu vực và hội nhập toàn cầu. Các RTAs được điều chỉnh bởi những quy định của WTO. Mối quan hệ giữa các RTAs và luật WTO thường phức tạp trong việc áp dụng cả những quy định của RTAs và luật WTO. Những quy định của WTO đảm bảo rằng các RTAs sẽ tạo thuận lợi cho thương mại hơn là làm chệch hướng thương mại. Tuy nhiên, vẫn chưa rõ ràng rằng trên thực tế RTAs làm chệch hướng hay khuyến khích thương mại toàn cầu.

Pascal Lamy, Tổng thư kí WTO đã từng nói rằng: ‘...[T]ôi thấy rằng cuộc tranh luận về vấn đề chủ nghĩa khu vực là tốt hay xấu vẫn chưa có kết quả. Đây không phải là vấn đề chính. Chúng ta cần xem xét cách thức RTAs hoạt động và tác động của chúng đối với việc mở rộng thương mại và việc tạo ra các cơ hội kinh tế mới...’⁸⁸

Trên thực tế, RTAs có thể đồng thời làm chệch hướng và hỗ trợ hội nhập kinh tế toàn cầu. Hiện nay, các hiệp định khu vực và hiệp định song phương (*xem* Chương 4 của Giáo trình) là công cụ hỗ trợ cho hệ thống thương mại toàn cầu, nhưng chúng không nhất thiết là công cụ thay thế. Sự

⁸⁸ Peter Van den Bossche, Sđd, tr. 699.

thành công của hội nhập khu vực, dù là EU, NAFTA hay ASEAN, cũng phải dựa trên cơ sở thoả thuận và nhất trí được về lợi ích chính trị, kinh tế và dựa trên nền tảng pháp luật chung của các thành viên.

Câu hỏi/Bài tập

1. Tại sao cần nghiên cứu về RTAs?
2. Bình luận về mối quan hệ giữa hội nhập khu vực và hội nhập toàn cầu.
3. So sánh ba mô hình của Hiệp định thương mại khu vực (RTAs) - EU, NAFTA và các FTAs của ASEAN.
4. Bình luận về vấn đề hội nhập kinh tế khu vực của Việt Nam.

Tài liệu cần đọc

1. Peter Van den Bossche, *The Law and Policy of the World Trade Organization - Text, Cases and Materials*, Cambridge University Press, Cambridge, 2nd edn., (2008).
2. Kaczorowska, *European Union Law*, Routledge, London, 2nd edn., (2010).
3. Barnard, *European Substantive Law. The Four Fundamental Freedoms*, Oxford University Press, 2nd edn., (2010),
4. EU, *The European Union Trade Policy*, (2011), <http://ec.europa.eu/trade>.
5. S. Stephenson và M. Robert, 'Evaluating the Contributions of Regional Trade Agreements to Governance of Services Trade', *ADB Working Paper 307*, (2011), <http://www.adbi.org/working-paper/2011/08/30/4684.evaluating.contributions.regional.trade.agreements>
6. Huffbauer, *NAFTA Revisited: Achievements and Challenges*, *Institute for International Economics*, (2006), <http://bookstore.piie.com/bookstore/332.html>
7. WTO, *Mexico-Taxes on Soft Drinks*, DS 308, [2006], <http://www.wto.org>
8. WTO, Appellate Body Report, *Turkey-Restriction on Imports of Textiles and Other Clothing Products*, WT/DS34/AB/R, adopted 19/11/1999, <http://www.wto.org>;
9. WTO, Appellate Body Report, *Argentina-Footwear (EC)*, <http://www.worldtradelaw.net>

Websites hữu ích

<http://www.wto.org>

<http://www.mutrap.org.vn>

<http://europa.eu>

<http://trade.ec.europa.eu>

<http://eur-lex.europa.eu>

<http://curia.europa.eu>

<http://www.aseansec.org>

<http://www.nafta-sec-alena.org>

<http://www.worldtradelaw.net>

<http://www.ustr.gov/tpp>

<http://www.intertradelaw.hlu.edu.vn>

CHƯƠNG 4

CÁC HIỆP ĐỊNH HỢP TÁC THƯƠNG MẠI SONG PHƯƠNG GIỮA VIỆT NAM VÀ MỘT SỐ ĐỐI TÁC

Trong tiến trình chủ động và tích cực hội nhập quốc tế, những thành công trong hội nhập toàn cầu và khu vực đã thực sự là cơ hội để Việt Nam đưa các mối quan hệ thương mại song phương với nhiều đối tác đi vào chiều sâu, với việc kí kết ngày càng nhiều hiệp định hợp tác thương mại song phương. Năm 2008, Việt Nam đã kí Hiệp định thương mại tự do song phương với Nhật Bản. Tại Hội nghị cấp cao ASEM lần thứ 8 tại Bỉ, ngày 4/10/2010, Việt Nam đã kí Hiệp định đối tác và hợp tác toàn diện với EU (viết tắt là 'PCA'), và khởi động đàm phán Hiệp định thương mại tự do song phương với EU.¹ Tại Hội nghị cấp cao APEC lần thứ 19 tại Honolulu (Hawaii, Hoa Kỳ) ngày 11/11/2011, Việt Nam và Chi-lê đã kí kết Hiệp định thương mại tự do song phương.

Sau đây là các hiệp định hợp tác thương mại song phương giữa Việt Nam với EU, Hoa Kỳ và Trung Quốc.

Mục 1. VIỆT NAM-LIÊN MINH CHÂU ÂU (*)

1. Lịch sử mối quan hệ kinh tế giữa Việt Nam và Liên minh châu Âu (EU)

Cho tới năm 1992, hợp tác kinh tế giữa Việt Nam và EU mới thực sự bắt đầu, khi Việt Nam và Cộng đồng châu Âu (nay là EU) kí kết Hiệp định dệt may - một trong những thoả thuận thương mại đầu tiên của Việt Nam với đối tác ngoài hệ thống xã hội chủ nghĩa. Hai năm trước đó, Cộng đồng châu

¹ Đài tiếng nói Việt Nam, *Vietnam-EU: Bright Prospect*, <http://english.vov.vn/Home/VietnamEU-bright-prospect/201011/121814.vov>, 11:52 AM, ngày 28/11/2010.

(*) *Tác giả: Federico Lupo Pasini*, Thạc sĩ, Chuyên gia quốc tế, Nghiên cứu sinh, Trường Đại học Quốc gia Xinh-ga-po (NUS). *Người biên dịch: Nguyễn Thị Anh Thơ*, Cử nhân Kinh tế đối ngoại, Giảng viên, Trường Đại học Luật Hà Nội (HLU).

Âu đã thiết lập mối quan hệ ngoại giao đầu tiên với Việt Nam thông qua việc hỗ trợ phát triển cho một nền kinh tế mới thực hiện tiến trình cải cách.

Hợp tác chính trị và kinh tế giữa hai đối tác ngày càng được thắt chặt. Ngày 17/7/1995, Việt Nam và Cộng đồng châu Âu đã kí kết Hiệp định khung về hợp tác kinh tế. Hiệp định này có hiệu lực từ ngày 1/6/1996, thiết lập mối quan hệ kinh tế giữa hai đối tác dựa trên bốn mục tiêu: (i) Tăng cường thương mại và đầu tư song phương; (ii) Hỗ trợ phát triển kinh tế bền vững cho Việt Nam và nâng cao điều kiện sống cho người nghèo; (iii) Hỗ trợ cho nỗ lực tái cấu trúc nền kinh tế của Việt Nam nhằm tiến tới nền kinh tế thị trường; (iv) Bảo vệ môi trường. Xét về triển vọng thương mại, thành tựu quan trọng nhất của Việt Nam là giành được MFN đối với hàng xuất khẩu, nhờ đó giảm được rào cản thương mại đáng kể cho những nhà sản xuất của Việt Nam khi xuất khẩu sang thị trường EU, thông qua đó tăng cường luồng thương mại giữa hai bên. Hiệp định đã thành lập Ủy ban hỗn hợp Việt Nam-EU, tạo ra diễn đàn thảo luận cấp cao về phát triển kinh tế và chính trị giữa Việt Nam và EU. Ủy ban này sẽ thảo luận về biện pháp tăng cường mối quan hệ thương mại và đầu tư, nâng cao năng lực của Việt Nam, tăng cường cải cách thể chế và quản lí, đẩy mạnh hợp tác phát triển, khoa học và công nghệ.

Trong khuôn khổ hợp tác, EU đã và đang hỗ trợ Việt Nam phát triển kinh tế thông qua nhiều dự án và các chương trình phát triển. Một trong những lĩnh vực trọng điểm là thương mại quốc tế. Theo đó, một trong những dự án nổi bật nhất đó là Dự án hỗ trợ thương mại đa biên (viết tắt là 'MUTRAP'), đã được thực hiện đến giai đoạn III, tính đến năm 2012, tạo tiền đề cho Việt Nam gia nhập WTO. EU luôn ủng hộ Việt Nam gia nhập WTO, đồng thời EU cũng là đối tác đầu tiên của Việt Nam trong các vòng đàm phán song phương tại WTO. Đây là kết quả của quá trình hợp tác thương mại ngày càng sâu rộng giữa hai đối tác. Đến năm 2004, Việt Nam và EU đã kí Hiệp định tiếp cận thị trường, theo đó loại bỏ hạn ngạch dệt may cho Việt Nam và tăng cường khả năng tiếp cận thị trường Việt Nam cho các nhà đầu tư và các doanh nghiệp của EU.

Việt Nam đã gia nhập WTO ngày 11/1/2007. Kể từ đó, mối quan hệ thương mại giữa hai đối tác chịu sự điều chỉnh của luật WTO. Tuy nhiên, hai đối tác vẫn tăng cường hợp tác sâu rộng hơn về các vấn đề thương mại. Nhân dịp chuyến viếng thăm chính thức lần đầu tiên tới Việt Nam của Chủ tịch Ủy ban châu Âu từ ngày 25 đến ngày 27/11/2007, Việt Nam và EU đã tăng cường mối quan hệ song phương thông qua việc khởi động quá trình đàm phán Hiệp định về đối tác và hợp tác toàn diện ('PCA'). Vòng đàm phán đầu

tiên diễn ra vào tháng 6/2008, và đến tháng 7/2009, Việt Nam và EU đã hoàn thành bốn vòng đàm phán. Tại Hội nghị cấp cao ASEM lần thứ 8 tại Bỉ, ngày 4/10/2010, Việt Nam đã kí Hiệp định khung về đối tác và hợp tác toàn diện với EU.²

2. Cam kết của EU tại Đông Nam Á và chiến lược ‘châu Âu toàn cầu’

EU đã và đang kí kết hiệp định thương mại ưu tiên với nhiều nước. Năm 2007, Ủy ban châu Âu triển khai chiến lược thương mại mới với tham vọng đàm phán các FTAs với nhiều đối tác chiến lược. Ủy ban châu Âu đã chính thức thiết lập chiến lược châu Âu mới với thông điệp ‘châu Âu toàn cầu - cạnh tranh trên thế giới’, như là một chính sách thương mại mới của EU. Trong khuôn khổ chính sách đó, một trong những ưu tiên của EU là kí những FTAs mới đầy tham vọng với các đối tác chiến lược. Về nội dung, mục tiêu của ‘châu Âu toàn cầu’ hướng tới những FTAs mạnh, toàn diện, theo mô hình ‘WTO+’. Thuế quan và các biện pháp hạn chế số lượng cần phải loại bỏ, và có thể sẽ áp dụng đối với ít nhất 90-95% dòng thuế quan và quy mô thương mại, nhằm tuân thủ yêu cầu của Điều XXIV GATT. Tự do hoá phải mở rộng ra cả lĩnh vực thương mại dịch vụ và đầu tư. Những điều khoản về thương mại dịch vụ phải phù hợp với yêu cầu tại Điều V GATS. Một hiệp định đầu tư mẫu của EU đã được dự tính và phát triển dựa trên sự hợp tác với các nước thành viên EU. Phải có những điều khoản ngoài những quy định của WTO về cạnh tranh, mua sắm chính phủ, IPRs và thuận lợi hoá thương mại, tiêu chuẩn lao động và môi trường. Quy tắc xuất xứ (‘RoO’) phải được đơn giản hoá. Nhìn chung, phải có các quy định điều chỉnh rõ ràng và hợp tác quản lí, đặc biệt là thảo luận về các NTBs, đồng thời phải tăng cường các nghĩa vụ minh bạch, các thoả thuận công nhận lẫn nhau, hài hoà hoá pháp luật, đối thoại về pháp luật và hỗ trợ kĩ thuật.

Trên cơ sở chiến lược mới này, ngày 23/4/2007, Hội đồng châu Âu (Hội đồng bộ trưởng EU) đã uỷ quyền cho Ủy ban châu Âu bắt đầu đàm phán một FTA với ASEAN. Các cuộc đàm phán chính thức được khởi động tại cuộc tham vấn giữa EU và các bộ trưởng kinh tế ASEAN diễn ra tại Brunây Đa-ru-xa-lam vào ngày 4/5/2007. Các cuộc đàm phán giữa EU và ASEAN được dự định diễn ra theo cách tiếp cận ‘khu vực-khu vực’, trong khi đó thừa nhận và có tính đến những mức độ phát triển và năng lực khác nhau

² Đài tiếng nói Việt Nam, *Vietnam-EU: Bright Prospect*, <http://english.vov.vn/Home/VietnamEU-bright-prospect/201011/121814.vov>, 11:52 AM, ngày 28/11/2010.

của từng thành viên ASEAN. Do tiến trình đàm phán EU-ASEAN diễn ra chậm, nên tháng 3/2009, cả hai bên đã nhất trí thoả thuận hoãn vòng đàm phán. Ngày 22/12/2009, Ủy ban châu Âu đã thông báo rằng các nước thành viên EU đã uỷ quyền cho Ủy ban châu Âu tiến hành đàm phán các FTAs với từng nước thành viên ASEAN. Các cuộc đàm phán về FTA mới giữa Việt Nam và EU đã được khởi động trong khuôn khổ chiến lược mới này.

3. Hiệp định thương mại tự do Việt Nam-EU (FTA Việt Nam-EU)

FTAs đã ngày càng trở thành công cụ chính sách thương mại tinh vi và phức tạp. EU đã bắt đầu sử dụng các FTAs một cách có hệ thống từ những năm 1990 để mở rộng tầm ảnh hưởng kinh tế đối với các nước láng giềng. Đồng thời, các FTAs cũng nhằm tới các vấn đề phi thương mại. Thế hệ các FTAs mới có thể được mô tả như những công cụ chính sách kinh tế đối ngoại chín muồi giúp giảm các rào cản thương mại một cách hiệu quả. Được đàm phán trong khuôn khổ của sáng kiến ‘châu Âu toàn cầu’, làn sóng các FTAs mới đã mang lại một trật tự pháp luật được cấu trúc một cách công bằng. Ngoài vấn đề thương mại cổ điển như thương mại hàng hoá và thương mại dịch vụ, các FTAs hiện đại còn bao gồm các quy định về môi trường, cạnh tranh, mua sắm chính phủ và đầu tư. Mục này sẽ mô tả nội dung chính của FTA trong tương lai và sẽ đưa ra những phân tích chính sách theo cách chúng sẽ được áp dụng trong bối cảnh quan hệ thương mại với Việt Nam.

A. Giảm thuế quan

Giảm thuế quan đã luôn là vấn đề cốt lõi của bất kì FTA nào và FTA Việt Nam-EU cũng không phải là ngoại lệ. Tùy thuộc vào đối tác thương mại trong FTA và đặc biệt là đối với các DCs, việc giảm thuế quan đối với ‘hầu hết thương mại’ luôn là vấn đề trọng tâm của các cuộc đàm phán. Tất nhiên, việc giảm thuế quan sẽ được cả hai bên thực hiện; nhưng Việt Nam sẽ phải chịu gánh nặng lớn hơn. Trên thực tế, khi xem xét mức thuế quan của EU đối với hàng hoá, có thể thấy rõ thuế quan áp đối với tất cả các sản phẩm đều thấp, trừ trường hợp duy nhất đáng chú ý là thủy sản và nông sản. Trong các cuộc đàm phán thương mại, châu Âu sẽ luôn duy trì các rào cản thương mại đối với nông sản và thủy sản ở mức cao, nhưng lại giảm thuế quan đối với các sản phẩm khác.

Bởi vì các nước đối tác không thể chấp nhận sự bất cân xứng của các nhượng bộ thương mại, do đó EU thường thỏa hiệp về các vấn đề khác để cân bằng lại các nhượng bộ thương mại. *Ví dụ*, ngăn cản nông sản được trợ

cấp của EU xâm nhập thị trường nội địa của Việt Nam. EU thường xuyên loại trừ hoặc hạn chế nghiêm ngặt nhượng bộ thương mại về các sản phẩm như thịt bò, đường, một loạt các sản phẩm sữa, một số ngũ cốc và các sản phẩm ngũ cốc, gạo, một số loại hoa quả tươi và rau, một số hoa cắt cành và thủy sản. Các nhà đàm phán EU cũng sẽ dành cho các nước đối tác thời gian lâu hơn để đạt được tự do hoá theo lộ trình đối với thương mại hàng hoá. Về khía cạnh này, trong khi thông thường EU sẽ hoàn thành quá trình tự do hoá trong vòng 5 năm, Việt Nam có thể được gia hạn trong khoảng thời gian từ 5 đến 15 năm. Việc loại bỏ thuế quan được thực hiện qua một giai đoạn chuyển tiếp để sản xuất nội địa có thể dần dần thích ứng với việc giảm thuế quan. Người tiêu dùng sẽ được hưởng lợi từ giá cả thấp hơn và nhà xuất khẩu có thể tăng cường khả năng cạnh tranh.

B. Rào cản phi thuế quan (NTBs)

Trong bối cảnh chiến lược ‘châu Âu toàn cầu’ mới, EU tìm cách tiếp cận thị trường sâu rộng hơn thông qua việc loại bỏ các NTBs. Rào cản này tồn tại dưới nhiều hình thức khác nhau như tiêu chuẩn, yêu cầu, quy định, thủ tục kiểm tra và chứng nhận, và thường được phân loại thành rào cản kỹ thuật trong thương mại (‘TBT’) - áp dụng đối với hàng công nghiệp, và các biện pháp vệ sinh, kiểm dịch động-thực vật (‘SPS’) - áp dụng đối với động vật và sản phẩm từ động vật, thực vật và các sản phẩm thực vật. Các chi phí do NTBs gây ra là gánh nặng lớn, thường cao hơn so với thuế quan, đặc biệt là cho các doanh nghiệp nhỏ và vừa (‘SMEs’). Tuy nhiên, do hầu hết các NTBs đều hợp pháp, vì chúng theo đuổi các mục tiêu chính sách công cộng, nên thường khó xác định và loại bỏ chúng. Các FTAs hiện đại của EU bao gồm một hoặc nhiều phụ lục nhằm xử lý hiệu quả những rào cản này, và những rào khác được xác định như là những trở ngại quan trọng nhất để tiếp cận các thị trường nước ngoài trong các lĩnh vực có liên quan. Về bản chất, rất khó nhận diện và tiếp cận sâu vào thực tiễn quản lý của các đối tác thương mại. Do đó, các quy định về NTBs phần lớn chỉ có thể có giá trị thực tế khi được dựa trên mô hình pháp luật châu Âu.

Trong bối cảnh của chiến lược NTBs, các FTAs của EU thường bao gồm một chương nhắc lại các quy định của Hiệp định TBT của WTO. Ngoài ra, các FTAs cũng ghi lại các điều khoản để hợp tác dựa trên các tiêu chuẩn và các quy định, và khi thích hợp sẽ thiết lập đối thoại giữa các nhà quản lý, với ý định đơn giản hoá và tránh sự mâu thuẫn không cần thiết về các yêu cầu kỹ thuật áp dụng cho sản phẩm. Hiệp định bao gồm cam kết cụ thể về thực

hành quản lý tốt: minh bạch trong lập pháp, sử dụng các tiêu chuẩn quốc tế nếu có thể, cho đối tác cơ hội để thảo luận về các quy định pháp luật trước khi thực hiện và cho đối tác đủ thời gian nhận xét và phê chuẩn. Tương tự, cam kết này cũng được áp dụng đối với các tiêu chuẩn kỹ thuật. Ngoài ra còn có quy định về đánh dấu và dán nhãn, theo đó yêu cầu về đánh dấu hoặc dán nhãn sản phẩm sẽ được giảm càng nhiều càng tốt và sẽ không phân biệt đối xử. Cuối cùng là cơ chế phối hợp được thiết lập giữa các thành viên FTA nhằm xem xét và giải quyết bất kỳ vấn đề cụ thể nào. Các phụ lục nhằm làm hài hoà sự bất đối xứng trong các quy định giữa hai nước. Thông thường điều này diễn ra khi công nhận tiêu chuẩn quốc tế tương đương với tiêu chuẩn nội địa. Về FTA Việt Nam-EU, sẽ là hợp lý nếu có phụ lục về các ngành ô-tô, điện tử và máy móc - những lợi ích xuất khẩu chủ yếu của EU sang thị trường Việt Nam.

Chiến lược NTB³

Dường như khó có khả năng giảm rào cản SPS và TBT. Ngay cả sau khi chiến lược ‘châu Âu toàn cầu’ của EU được đưa ra, thì chính sách của EU vẫn không thay đổi: chính sách này nhằm mục đích xử lý các NTBs, nhưng trước hết phải phục vụ lợi ích của các nhà xuất khẩu EU. Điều khả quan hơn là FTA Việt Nam-EU tạo ra một khuôn khổ hỗ trợ kỹ thuật, thảo luận và tiếp tục hợp tác về các vấn đề SPS và TBT. Cần phải chú trọng việc đàm phán các điều khoản hợp tác toàn diện. Về khía cạnh này, các hiệp định được kí kết giữa EU với các nước ACP có thể được coi là chuẩn mực về mức độ hợp tác mà theo đó Việt Nam có thể hi vọng thoả thuận được với EU về vấn đề SPS và TBT. Trong các hiệp định này, hợp tác cũng bao gồm hỗ trợ kỹ thuật, đào tạo và các biện pháp thúc đẩy chuyển giao tri thức và tăng cường các dịch vụ công. Việt Nam có thể yêu cầu được đối xử ngang bằng với những kết quả mà các nước ACP đạt được và yêu cầu trợ giúp kỹ thuật từ phía EU trong bối cảnh các cuộc đàm phán FTA.

Cuối cùng, để giảm chi phí khi thực hiện các yêu cầu của EU về SPS và TBT, Việt Nam cần nỗ lực để đạt được các hiệp định về công nhận lẫn nhau, hay công nhận tương đương ‘ad hoc’ với EU. Mặc dù khó đạt được những hiệp định về thuận lợi hoá thương mại này, nhưng rõ ràng là mục tiêu của chúng, trong khuôn khổ một FTA, nên được ưu tiên. Việc kí kết các hiệp định này, nhất là trong lĩnh vực mà Việt Nam đang có hoặc sẽ có cơ hội xuất khẩu sang thị trường EU, sẽ giúp cho các nhà sản xuất, xuất khẩu và thương nhân của Việt Nam khai thác những lợi thế so sánh quan trọng và những điều kiện tiếp cận thị trường ‘ưu đãi’ ngang bằng hoặc lớn hơn so với những nhượng bộ thuế quan sẽ được thiết lập trong FTA Việt Nam-EU.

³ J. M. Philippe, E. Laurenza, F. Lupo Pasini, *The Free Trade Agreement between Vietnam and the European Union: Quantitative and Qualitative Impact Analysis*, MUTRAP Report, Hà Nội, MUTRAP III, (2010).

C. Các biện pháp khắc phục thương mại và tình trạng nền kinh tế thị trường

Chương liên quan đến các biện pháp khắc phục thương mại trong FTA Việt Nam-EU sẽ bao gồm các điều khoản liên quan đến việc sử dụng các công cụ phòng vệ thương mại truyền thống đã tồn tại trong luật WTO (AD, CVD và tự vệ). Nguyên tắc chỉ đạo quan trọng liên quan đến các công cụ phòng vệ truyền thống nhằm mục đích tái khẳng định sự cần thiết phải tôn trọng các quyền và nghĩa vụ đã được vạch ra trong luật WTO, trong khi đó đồng thời đưa ra những quy tắc để hạn chế việc sử dụng các công cụ này trong những tình huống cần thiết, và để đảm bảo đối xử công bằng cho tất cả các bên liên quan. Đó là những tiêu chuẩn trong luật EU.

Ví dụ, FTA yêu cầu mức thuế quan phải thấp hơn so với toàn bộ số tiền bán phá giá hoặc trợ cấp, và ở mức độ vừa đủ để loại bỏ thiệt hại. Đồng thời, FTA cũng đưa ra các phương thức có thể kiểm nghiệm được lợi ích công, từ đó cân bằng với lợi ích khác, và xem xét tác động mà thuế quan có thể gây ra cho các chủ thể tham gia hoạt động kinh tế, trước khi áp đặt bất kỳ biện pháp nào.

Bên cạnh đó, FTA còn có các điều khoản nhằm tăng tính minh bạch của quá trình điều tra. Đồng thời, các chủ thể tham gia hoạt động kinh tế, khi tham gia tố tụng, có thể đệ trình tài liệu bằng tiếng Anh. Việc này giúp các bên có thể thực thi tốt hơn các quyền phòng vệ của mình và tránh được chi phí dịch thuật tốn kém.

Hiệp định sẽ bao gồm một điều khoản tự vệ song phương cho phép một trong hai bên tạm thời áp dụng mức thuế quan ưu đãi thông thường cho các thành viên WTO, trong trường hợp nhập khẩu tăng gây ra hoặc đe dọa gây ra thiệt hại *ngghiêm trọng*. EU sẽ giám sát thị trường trong các lĩnh vực nhạy cảm và sẽ sẵn sàng kích hoạt các thủ tục tự vệ bất cứ khi nào các điều kiện áp dụng biện pháp tự vệ được đáp ứng. Đồng thời, khi hiệp định có hiệu lực, EU sẽ ban hành một bản Quy định (EU 'Regulation') về các thủ tục nhanh chóng và hiệu quả nhằm thực hiện điều khoản tự vệ song phương.

Cuối cùng, Nhóm công tác về các biện pháp khắc phục thương mại đã được thành lập nhằm tạo ra một diễn đàn đối thoại về hợp tác liên quan đến các biện pháp khắc phục thương mại. Nhờ đó, các cơ quan điều tra của mỗi bên sẽ có hiểu biết rộng hơn về các thực tiễn tương ứng của mỗi bên và trao đổi ý kiến nhằm tăng cường các tiêu chuẩn được sử dụng trong các vụ kiện về phòng vệ thương mại.

Tình trạng ‘nền kinh tế thị trường’ của Việt Nam⁴

Bên cạnh mục tiêu giảm thuế quan EU và hạn chế việc áp dụng các NTBs, thì Việt Nam còn hi vọng đàm phán FTA với EU. Thách thức phi thuế quan lớn nhất mà hàng xuất khẩu của Việt Nam sang thị trường EU phải đối diện, đó là các công cụ phòng vệ thương mại của EU, đặc biệt là các biện pháp AD, SPS và TBT.

Về các công cụ phòng vệ thương mại, trong bối cảnh đàm phán FTA đang diễn ra, vẫn không rõ liệu đề nghị đàm phán của EU liên quan tới vấn đề AD và CVD có bao gồm các điều khoản về hợp tác tăng cường và một tập hợp các nghĩa vụ ‘WTO+’ hay không, hay chỉ đơn giản đưa ra một yêu cầu thông báo bắt buộc và xác định lại các quyền và nghĩa vụ của các bên theo các hiệp định WTO? EU sẽ không nhượng bộ về thuế AD và CVD cho Việt Nam. FTA sẽ có thể không có bất kỳ tác động tích cực đáng kể nào đối với vấn đề AD và CVD của EU. Trái lại, nó có thể đưa ra các yêu cầu chặt chẽ hơn đối với Việt Nam trong lĩnh vực trợ cấp, bán phá giá và sử dụng các công cụ phòng vệ thương mại, trừ khi EU đồng ý, trong các cuộc đàm phán FTA, công nhận Việt Nam là một nền kinh tế thị trường trước thời hạn của WTO. Tương tự, việc thừa nhận ngay lập tức tình trạng nền kinh tế thị trường được coi như ưu tiên đàm phán của Việt Nam trong bối cảnh FTA với EU. Trong trường hợp Việt Nam không được EU công nhận ngay lập tức là nền kinh tế thị trường, Việt Nam nên đàm phán một khung thời gian thích hợp để được công nhận và đảm bảo ít nhất ngang bằng tiêu chuẩn của WTO về việc công nhận nền kinh tế thị trường đối với trường hợp của Trung Quốc.

D. Thương mại dịch vụ và đầu tư

Các FTAs mới của EU chủ yếu dựa trên tiếp cận thị trường dịch vụ và cố gắng đạt được nhượng bộ thương mại vượt xa GATS. Cho tới thời điểm năm 2012, ngược lại với các FTAs của các nước khác, các FTAs của EU không thiết kế một chương riêng về thương mại dịch vụ và đầu tư. Hơn nữa, trong một mục tập hợp tất cả các nhượng bộ về dịch vụ và đầu tư, chúng chỉ được giới hạn ở phương thức hiện diện thương mại. Có thể Việt Nam sẽ phải tuân thủ theo các quy tắc đầu tư quốc tế trong một chương về đầu tư. Điều này không khó đối với Việt Nam, vì Việt Nam đã tham gia nhiều BITs với một số nước thành viên EU.

Tiêu đề dịch vụ bao gồm khoảng 6-7 chương. Chương đầu tiên đưa ra các quy định chung. Chương thứ hai giải quyết vấn đề hiện diện thương mại, thành lập doanh nghiệp, áp dụng theo các hiệp định mẫu của NAFTA đối với cả hoạt động kinh tế dịch vụ và phi dịch vụ. Chương thứ ba liên quan đến thương mại dịch vụ qua biên giới. Chương thứ tư giải quyết vấn đề dịch chuyển tạm thời của thể nhân, và chương thứ năm đưa ra các khuôn

⁴ J. M. Philippe, E. Laurenza, F. Lupo Pasini, Sdd.

khô pháp luật. Chương thứ sáu giải quyết vấn đề thương mại điện tử; chương thứ bảy đưa ra các gói hợp tác (viện trợ thương mại) cho dịch vụ. Bên cạnh đó, các FTAs của EU còn bao gồm các phụ lục cụ thể về các ngành kinh tế được lựa chọn, như giao thông vận tải, viễn thông, tài chính, dịch vụ pháp luật, dịch vụ môi trường, vận tải biển và xây dựng. Bên cạnh tiêu đề dịch vụ, các FTAs của EU cũng bao gồm các quy định về tự do dịch chuyển vốn, nhằm đảm bảo cho các hiệp định được thực hiện thuận lợi. Những hiệp định này bao gồm các biện pháp tự vệ tiêu chuẩn cho cả hai bên, nhằm đảm bảo sự ổn định của hệ thống tài chính.

Tác động của FTA đối với đầu tư⁵

Thị trường Việt Nam là một trong những điểm đến hấp dẫn nhất cho FDI, thậm chí không cần tới bất cứ FTA nào. Câu hỏi được đặt ra là liệu việc kí kết một FTA với EU có mang lại các luồng đầu tư thêm, từ EU và các nước thứ ba, đổ vào lĩnh vực mà nguồn vốn đầu tư hướng tới, và liệu những khoản đầu tư này có tăng cường năng lực cạnh tranh cho nền kinh tế của Việt Nam hay không? Về mặt này, Việt Nam đã nhận được nguồn vốn FDI đáng kể, tuy nhiên dường như chất lượng của hoạt động đầu tư vẫn chưa cao. Việt Nam sẽ phải nhận được nhiều lợi ích từ một FTA với EU, về cả thương mại lẫn tăng cường đầu tư. Dưới góc độ phân tích chất lượng, thì dường như lợi ích lớn nhất mà Việt Nam có thể đạt được (không chỉ về quy mô và chất lượng của FDI, mà còn về lợi ích kinh tế nói chung) là từ việc tự do hoá dịch vụ.

Khả năng cạnh tranh của Việt Nam trong lĩnh vực sản xuất thì không cần phải nghi ngờ. Sự kết hợp giữa yếu tố lực lượng lao động giá thành rẻ với việc tự do tiếp cận thị trường trong khu vực 'ASEAN+' giúp cho Việt Nam trở thành trung tâm xuất khẩu tiềm năng tới các nước trong toàn khu vực. Sự tồn tại của một FTA với EU không chỉ tăng xu hướng đầu tư cho các công ty của EU sang Việt Nam, mà nó còn đem lại lợi ích gia tăng cho nền kinh tế của Việt Nam. Lợi ích này có được là do sức lôi cuốn của thị trường Việt Nam ngày càng tăng, nhờ vào điều kiện sản xuất và xuất khẩu (hàng hoá rẻ hơn và tốt hơn từ châu Âu, thị trường rộng lớn hơn với 3,5 triệu người; tăng cường chuyển giao công nghệ sang Việt Nam), nhờ đó sẽ thu hút được nhiều nguồn vốn đầu tư hơn với chất lượng tốt hơn từ trong và ngoài khu vực FTA.

Mặc dù có khả năng là nguồn vốn FDI vào ngành sản xuất sẽ gia tăng, nhưng dường như Việt Nam có thể đạt được lợi ích lớn hơn từ việc tự do hoá một số ngành dịch vụ. Những thành tựu đạt được không chỉ dựa trên những tác động kinh tế rộng lớn xuất phát từ tự do hoá dịch vụ, mà còn nhờ vào các mô hình FDI của EU. Thật vậy, xu hướng xuất khẩu mạnh trong ngành dịch vụ của EU dường như hoàn toàn phù hợp với nhu cầu nâng cao năng lực sản xuất ngày càng tăng của Việt Nam, hơn nữa, Việt Nam tiếp tục phát triển hướng tới các

⁵ J. M. Philippe, E. Laurenza, F. Lupo Pasini, Sdd.

tiêu chuẩn phù hợp với các nước thu nhập trung bình, những nước mà tăng trưởng dựa trên ngành dịch vụ năng động. Mặc dù vậy, kinh nghiệm dường như cho thấy rằng yếu tố kinh tế-chính trị của tự do hoá dịch vụ gây khó khăn cho việc tự do hoá thương mại dịch vụ trên cơ sở ưu đãi. Một giải pháp có thể được đề xuất, đó là sử dụng FTA để ủng hộ các cải cách pháp luật nội địa và nền kinh tế, theo kinh nghiệm của nhiều FTAs ‘Bắc-Nam’.

E. Mua sắm chính phủ

Trong tất cả các FTAs của EU đều có một chương về mua sắm chính phủ. Chương này điều chỉnh hoạt động mua sắm công đối với cả hàng hoá và dịch vụ. Trong chiến lược ‘châu Âu toàn cầu’, EU xác định mua sắm chính phủ là lĩnh vực chính sách then chốt giúp các công ty của EU cạnh tranh mạnh hơn trên thị trường quốc tế. Trong bối cảnh đàm phán FTA, có lẽ có hai động cơ giải thích tại sao EU mong muốn đưa chương mua sắm chính phủ vào trong FTA. *Thứ nhất* và thẳng thắn nhất, nó giúp EU nâng cao khả năng tiếp cận thị trường mua sắm công của các đối tác trong FTA. *Thứ hai*, tạo nền tảng để thúc đẩy các lợi ích kinh tế tiềm năng đối với một phần các nước đối tác FTA, thông qua việc cải thiện môi trường kinh doanh, giúp chống tham nhũng, cải thiện khuôn khổ pháp luật và thủ tục hành chính trong nước.

F. Cạnh tranh

Trong nhiều FTAs của EU có một chương về cạnh tranh. Trong chương cạnh tranh, các bên đồng ý cấm và áp dụng chế tài đối với một số thực tiễn và giao dịch hàng hoá, dịch vụ gây tác động bóp méo cạnh tranh và thương mại. Điều này ngụ ý rằng các hành vi hạn chế cạnh tranh (như các-ten) hoặc các công ty có hành vi lạm dụng vị trí thống lĩnh thị trường và sáp nhập phi cạnh tranh, sẽ không được các bên chấp nhận và sẽ bị cưỡng chế, vì những hành vi này gây hại cho người tiêu dùng và làm cho người tiêu dùng phải trả giá cao hơn. Phần lớn sự hợp tác là tự nguyện. Tuy nhiên, có những quy tắc phải được tôn trọng khi hợp tác. *Ví dụ*, các cơ quan cạnh tranh của hai bên được yêu cầu phải thông báo cho nhau về việc thực thi thủ tục tố tụng đối với hoạt động kinh doanh phi cạnh tranh thuộc phạm vi của chương này và đang diễn ra trong lãnh thổ của các bên.

Trong FTA EU-Hàn Quốc, có một mục về trợ cấp, theo đó các bên đồng ý khắc phục hay loại bỏ các trợ cấp gây tác động bóp méo cạnh tranh và thương mại quốc tế. Mục này đặc biệt quan trọng, vì nó cấm các loại trợ cấp được cho là đặc biệt bóp méo cạnh tranh. Đó là:

- Trợ cấp bao gồm các khoản nợ hoặc nợ phải trả của doanh nghiệp mà không có bất kì giới hạn nào, trong pháp luật hoặc trong thực tế, về số lượng hoặc thời gian;
- Trợ cấp cho các doanh nghiệp yếu kém, mà không có một kế hoạch tái cơ cấu đáng tin cậy nào dựa trên các giả định thực tế, theo đó có thể giúp cho người nhận trợ cấp duy trì được sự tồn tại trong dài hạn mà không cần phụ thuộc vào sự hỗ trợ của nhà nước.

G. Quyền sở hữu trí tuệ (IPRs)

Việc bảo hộ và thực thi IPRs là vấn đề sống còn đối với khả năng cạnh tranh của EU. Để duy trì các tiêu chuẩn bảo hộ được áp dụng ở các nước EU, các FTAs của EU đều quy định một chương về IPRs, có cấu trúc khác nhau, tùy thuộc vào từng đối tác. Chương IPRs tham vọng nhất đã được quy định trong FTA EU-Hàn Quốc, chứa đựng các điều khoản rất phát triển, nhất là về quyền tác giả, kiểu dáng công nghiệp và chỉ dẫn địa lí nhằm bổ sung và cập nhật Hiệp định TRIPS. Chương này cũng bao gồm một phần quan trọng về thực thi IPRs dựa trên các quy tắc nội bộ của EU quy định trong Chi thị về thực thi IPRs của EU.

H. Thương mại và phát triển bền vững

Các FTAs của EU bao gồm những điều khoản quy định các cam kết và khuôn khổ hợp tác về thương mại và phát triển bền vững. Các hiệp định tạo ra sự đột phá trong lĩnh vực thương mại và phát triển bền vững, tạo diễn đàn đối thoại chặt chẽ và tiếp tục các cam kết giữa EU và các nước đối tác trong lĩnh vực môi trường và lao động. Chương về thương mại và phát triển bền vững bao gồm cam kết mạnh mẽ của cả hai bên về các tiêu chuẩn lao động và môi trường. Các hiệp định cũng thiết lập cấu trúc thiết chế để thực thi và giám sát các cam kết giữa các bên, bao gồm sự tham gia của xã hội dân sự.

I. Hải quan và thuận lợi hoá thương mại

Hải quan và thuận lợi hoá thương mại là thành phần quan trọng của thương mại quốc tế. Thật vậy, sự thiếu hiệu quả và sự chậm trễ trong các hoạt động hải quan hoặc logistics thường được coi là một trong những rào cản chính đối với thương mại. Các FTAs của EU bao gồm một chương nhằm mục đích giảm chi phí và tăng hiệu quả của thủ tục hải quan, bằng cách tăng cường hoạt động hợp tác song phương về hải quan và các vấn đề liên quan đến hải

quan. Đặc biệt, EU và Việt Nam có thể cam kết: (i) Hải hoà các yêu cầu về tài liệu và dữ liệu; (ii) Tăng cường việc giao tiếp hiệu quả với khu vực doanh nghiệp; (iii) Hỗ trợ nhau trong các vấn đề liên quan đến phân loại thuế quan, xác định trị giá tính thuế hải quan và xuất xứ ưu đãi của hàng hoá; (iv) Thúc đẩy việc thực thi IPRs trong hoạt động nhập khẩu, xuất khẩu, quá cảnh một cách mạnh mẽ và hiệu quả; và (v) Tăng cường an ninh cho vận tải biển và nhập khẩu hàng hoá bằng đường biển, chuyên tàu hoặc quá cảnh tại các bên, nhưng đồng thời tạo thuận lợi cho thương mại.

4. Phương án khác

Trong trường hợp các cuộc đàm phán FTA giữa EU và Việt Nam không đi đến thoả thuận cuối cùng, phương án thay thế duy nhất cho FTA được WTO cho phép, đó là duy trì hệ thống ưu đãi thuế quan phổ cập ('GSP') dành cho tất cả các DCs. GSP này bao gồm:

- (i) Một thoả thuận chung;
- (ii) Một thoả thuận khuyến khích đặc biệt dành cho phát triển bền vững và quản lí tốt, gọi là 'GSP+';
- (iii) Một thoả thuận đặc biệt dành cho các LDCs.

Thoả thuận chung miễn thuế quan cho các sản phẩm không nhạy cảm, và giảm thuế quan từ 3,5% đến 20% cho các sản phẩm nhạy cảm (Ủy ban châu Âu có thẩm quyền ấn định danh sách các sản phẩm nhạy cảm). Thoả thuận khuyến khích đặc biệt 'GSP+' miễn thuế quan cho gần như tất cả các sản phẩm, nhạy cảm hoặc không nhạy cảm. Chỉ có một số nước được thụ hưởng 'GSP+', theo điều kiện phải phê chuẩn và thực hiện một số điều ước quốc tế về nhân quyền, quyền lao động, môi trường và các nguyên tắc quản lí tốt. Việt Nam hiện nay được thụ hưởng GSP của EU; tuy nhiên, không giống FTA, các ưu đãi GSP được xem xét lại theo định kì. GSP của EU dành cho Việt Nam đã được sửa đổi năm 2008.

FTA Việt Nam-EU sẽ giúp cho Việt Nam có thể tự do tiếp cận thị trường EU, nhưng không giống GSP, FTA sẽ được thực hiện trên cơ sở có đi có lại và bắt buộc Việt Nam phải mở cửa thị trường nhập khẩu cho EU. Ngoài ra, cần cân nhắc một số yếu tố khác rất quan trọng: khía cạnh chính trị, và sự tác động đối với hội nhập khu vực ASEAN, hiện tượng tái xuất khẩu, bản chất đơn phương của GSP, trong khi đó đặc điểm của các ưu đãi từ FTA là thương lượng.

Mục 2. VIỆT NAM-HOÀ KỶ^(*)

1. Khái quát về hợp tác và các hiệp định thương mại song phương giữa Việt Nam và Hoa Kỳ

Quan hệ thương mại giữa Việt Nam và Hoa Kỳ bắt đầu phát triển từ những năm 1990. Hai bên đã kí Hiệp định giữa Chính phủ nước Cộng hoà xã hội chủ nghĩa Việt Nam và Chính phủ Hợp chúng quốc Hoa Kỳ về thiết lập quan hệ quyền tác giả vào năm 1997. Mốc quan trọng trong quan hệ thương mại Việt Nam-Hoa Kỳ là việc kí kết Hiệp định thương mại song phương (viết tắt là BTA) năm 2000 điều chỉnh tất cả các lĩnh vực chính trong hợp tác kinh tế giữa hai nước. Theo Hiệp định này, Hoa Kỳ dành cho Việt Nam đối xử MFN có điều kiện, còn gọi là ‘Quy chế quan hệ thương mại bình thường’ (viết tắt là ‘NTR’).⁶

Năm 2003, hai nước kí kết Hiệp định dệt may Việt Nam-Hoa Kỳ. Quan hệ kinh tế và thương mại của giữa hai nước được tăng cường hơn nữa khi Hoa Kỳ trao cho Việt Nam ‘Quy chế quan hệ thương mại bình thường vĩnh viễn’ (viết tắt là ‘PNTR’) vào ngày 29/12/2006, là một phần của quá trình gia nhập WTO của Việt Nam.⁷ Việt Nam chính thức yêu cầu được tham gia vào chương trình Hệ thống ưu đãi thuế quan phổ cập của Hoa Kỳ (viết tắt là ‘GSP’) với tư cách là ‘nước đang phát triển được thụ hưởng’ (viết tắt là ‘BDC’) từ tháng 5/2008, nhưng vẫn chưa có quyết định chính thức về đơn tham gia GSP của Việt Nam.⁸ Hai nước đã kí kết Hiệp định khung về thương mại và đầu tư (viết tắt là ‘TIFA’) vào năm 2007. Hiện nay, hai nước đang đàm phán để cùng tham gia Hiệp định đối tác kinh tế chiến lược xuyên Thái Bình Dương (viết tắt là ‘TPP’), cũng như Hiệp định đầu tư song phương (viết tắt là ‘BITs’). Với những nỗ lực như vậy, thương mại hai chiều giữa hai bên đã tăng từ khoảng 220 triệu USD năm 1994 lên hơn 20 tỉ USD vào năm 2011.⁹ Mục này sẽ tập trung vào khuôn khổ pháp luật về hợp tác thương mại giữa Việt Nam và Hoa Kỳ.

^(*) Tác giả: Trịnh Hải Yến, Thạc sĩ, Nghiên cứu sinh, Trường Đại học Quốc gia Xinh-ga-po (NUS), Giảng viên, Học viện Ngoại giao Việt Nam (DAV).

⁶ Điều 1 Chương 1 BTA.

⁷ Michael F. Martin, CRS Report for Congress R41550, *US-Vietnam Economic và Trade Relations: Issues for the 112th Congress*, ngày 5/4/2011, tr. 1.

⁸ Michael F. Martin, Sđd, tr. 5.

⁹ *Thương mại Việt-Mỹ tăng lên 20 tỷ USD sau 10 năm*, <http://dantri.com.vn/c20/s696-546070/thuong-mai-vietmy-tang-len-20-ty-usd-sau-10-nam.htm>, Thứ sáu, ngày 09/12/2011 - 20:56, Theo Thu Hà, TTXVN/Vietnam+.



Bảng 4.2.1. Đồ thị tăng trưởng thương mại song phương Việt Nam-Hoa Kỳ và GDP bình quân đầu người của Việt Nam.¹⁰

2. Hiệp định Việt Nam-Hoa Kỳ về thiết lập quan hệ quyền tác giả 1997

Hiệp định giữa Chính phủ nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam và Chính phủ Hợp chúng quốc Hoa Kỳ về thiết lập quan hệ quyền tác giả được kí kết vào ngày 27/6/1997. Hiệp định có hiệu lực từ ngày 23/12/1998. Hiệp định bảo hộ mọi loại tác phẩm và bản ghi âm có thể được bảo hộ quyền tác giả, bất kể hình thức định hình của chúng, bao gồm cả hình thức điện tử. Các tác phẩm được bảo hộ được định nghĩa là:

Tác phẩm mà một công dân hoặc người thường trú của một trong các bên kí kết có những quyền kinh tế theo luật quyền tác giả tại lãnh thổ của bên kia, hoặc khi những quyền nói trên thuộc về pháp nhân do bất kì công dân hoặc người thường trú nào của bên kia kiểm soát trực tiếp, gián tiếp hoặc có quyền sở hữu đối với phần lớn cổ phần hoặc tài sản của pháp nhân, miễn là quyền sở hữu nói trên phát sinh trong vòng một năm, kể từ ngày công bố lần đầu các tác phẩm đó tại một nước thành viên của một điều ước đa phương về quyền tác giả mà một trong các bên kí kết là thành viên tại thời điểm Hiệp định này có hiệu lực.¹¹

Hiệp định yêu cầu các bên đảm bảo đối xử NT, theo đó, mỗi bên, theo pháp luật và thủ tục của nước mình, sẽ dành cho các tác phẩm của những tác giả, nhà sáng tạo và nghệ sĩ là công dân hoặc người thường trú của bên kí

¹⁰ Nam Phong, *Quan hệ thương mại Việt-Mỹ sau 10 năm tăng 1.200%*, <http://giaoduc.net.vn/Xa-hoi/Quan-he-thuong-mai-Viet-My-sau-10-nam-tang-1200/82854.gd>, Thứ sáu, ngày 09/12/2011, 06:51

¹¹ Khoản 3 Điều 1 và Điều 3 Hiệp định Việt Nam-Hoa Kỳ về thiết lập quan hệ quyền tác giả.

kết kia và cho các tác phẩm công bố lần đầu tại lãnh thổ của bên kí kết kia, sự bảo hộ quyền tác giả không kém thuận lợi hơn sự bảo hộ mà bên đó dành cho công dân nước mình.¹² Hiệp định cũng nêu rõ những quyền độc quyền của chủ sở hữu quyền tác giả đối với tác phẩm tại Điều 5, theo đó người này sẽ có quyền độc quyền cho phép hoặc cấm:

- Việc sao chép tác phẩm, sáng tạo tác phẩm khác dựa trên tác phẩm đó và phân phối bản sao của các tác phẩm đó;
- Việc trình diễn tác phẩm trước công chúng, trong trường hợp đó là những tác phẩm văn học, âm nhạc, kịch và múa, kịch câm, phim và tác phẩm nghe nhìn; và
- Việc trình bày các tác phẩm được bảo hộ quyền tác giả trước công chúng, trong trường hợp đó là tác phẩm văn học, âm nhạc, kịch, múa, kịch câm, hội họa, đồ họa, tạo hình, bao gồm cả các ảnh đơn lẻ của một bộ phim hoặc tác phẩm nghe nhìn khác.

3. Hiệp định thương mại song phương Việt Nam-Hoa Kỳ 2000

Vào ngày 13/7/2000, Hiệp định giữa nước Cộng hoà xã hội chủ nghĩa Việt Nam và Hợp chúng quốc Hoa Kỳ về quan hệ thương mại (viết tắt là 'BTA') đã được kí kết. Hiệp định đã đưa quan hệ thương mại và đầu tư song phương giữa hai nước lên tầm cao mới.¹³ Hiệp định đã tạo cơ hội cho các doanh nghiệp Việt Nam tham gia vào các thị trường lớn tại Hoa Kỳ và khuyến khích Việt Nam cải thiện môi trường kinh doanh.¹⁴ BTA có hiệu lực từ ngày 10/12/2001. BTA đặt nền tảng cho việc tiến hành và tăng cường các quan hệ thương mại và đầu tư. Với hơn 100 trang và bảng biểu,¹⁵ BTA quy định các nghĩa vụ chi tiết trong các lĩnh vực hợp tác thương mại chủ yếu của hai bên, như: thương mại hàng hoá, bảo hộ IPRs, thương mại dịch vụ, đầu tư, tạo thuận lợi cho kinh doanh, tính minh bạch và giải quyết tranh chấp.

Các chương và phụ lục của BTA bao gồm:

- Chương I: Thương mại hàng hoá
- Chương II: Quyền sở hữu trí tuệ

¹² Điều 2 Hiệp định Việt Nam-Hoa Kỳ về thiết lập quan hệ quyền tác giả.

¹³ Vietnam's Ministry of Planning, Investment's Central Institute of Economic Management and Foreign Investment Agency and the US Agency for International Development-Funded Support for Trade Acceleration (STAR) Project, *Assessment of the Five-Year Impact of the US-Viet Nam Bilateral Trade Agreement on Viet Nam's Trade, Investment, and Economic Structure*, tháng 7/2007.

¹⁴ Như trên.

¹⁵ Văn bản BTA bằng tiếng Anh có trên website của Cơ quan Đại diện thương mại Hoa Kỳ (USTR) (<http://www.ustr.gov>). Văn bản bằng tiếng Việt được xuất bản trong Công báo của Chính phủ Việt Nam và cũng có trên website của Ủy ban quốc gia về hợp tác kinh tế quốc tế của Việt Nam.

- Chương III: Thương mại dịch vụ
- Chương IV: Phát triển quan hệ đầu tư
- Chương V: Tạo thuận lợi cho kinh doanh
- Chương VI: Các quy định liên quan tới tính minh bạch, công khai và quyền khiếu kiện
- Chương VII: Những điều khoản chung

Các phụ lục bao gồm:

- Phụ lục A: Việt Nam: Ngoại lệ đối xử quốc gia
- Phụ lục B: Việt Nam: Thời kì chuyển tiếp (Hạn chế số lượng)
 - Phụ lục B1: Hạn chế số lượng nhập khẩu - sản phẩm nông nghiệp
 - Phụ lục B1: Hạn chế số lượng nhập khẩu - sản phẩm công nghiệp
 - Phụ lục B2: Hạn chế số lượng xuất khẩu
 - Phụ lục B3: Hàng hoá cấm nhập khẩu
 - Phụ lục B4: Hàng hoá cấm xuất khẩu
- Phụ lục C: Việt Nam: Thời kì chuyển tiếp (Thương mại nhà nước)
 - Phụ lục C1: Hàng hoá nhập khẩu thuộc diện điều chỉnh của các quy định về thương mại nhà nước và lịch trình loại bỏ
 - Phụ lục C2: Hàng hoá xuất khẩu thuộc diện điều chỉnh của các quy định về thương mại nhà nước và lịch trình loại bỏ
- Phụ lục D: Việt Nam: Thời kì chuyển tiếp (Quyền kinh doanh nhập khẩu và quyền phân phối)
 - Phụ lục D1: Lịch trình loại bỏ hạn chế về quyền kinh doanh nhập khẩu và quyền phân phối - Sản phẩm công nghiệp
 - Phụ lục D2: Lịch trình loại bỏ hạn chế về quyền kinh doanh xuất khẩu
- Phụ lục E: Việt Nam: Thuế nhập khẩu nông nghiệp, thuế xuất khẩu sản phẩm công nghiệp
- Phụ lục F: Phụ lục về dịch vụ tài chính, dịch chuyển thể nhân, viễn thông và tài liệu tham chiếu về viễn thông
- Phụ lục G: Hoa Kỳ: Danh sách các trường hợp miễn trừ theo Điều 2 và Biểu cam kết thương mại dịch vụ cụ thể
- Phụ lục H - Việt Nam, Hoa Kỳ - Các ngoại lệ
- Phụ lục I - Danh mục minh họa các biện pháp đầu tư liên quan đến thương mại (TRIMs).

Các quy định chính của BTA được tóm tắt dưới đây.¹⁶

A. Các quy định về thương mại hàng hoá

Việt Nam và Hoa Kỳ nhất trí dành cho nhau MFN, theo đó các bên sẽ dành cho hàng hoá của nhau sự đối xử tương tự như hàng hoá tương tự sản xuất ở các nước khác. Ngoại lệ của nguyên tắc MFN bao gồm đối xử đặc biệt dành cho các nước trong cùng một FTA như AFTA hay NAFTA, và các thủ tục đặc biệt đối với thương mại ở biên giới.¹⁷ Hơn nữa, BTA yêu cầu Việt Nam và Hoa Kỳ dành NT cho hàng nhập khẩu của nhau. Hai nước có nghĩa vụ đối xử với hàng nhập khẩu của nhau không kém thuận lợi hơn sự đối xử dành cho hàng hoá do công dân của mình sản xuất.¹⁸ Các bên phải loại bỏ tất cả NTBs, bao gồm cả hạn chế nhập khẩu và xuất khẩu, hạn ngạch, yêu cầu cấp phép, và kiểm soát đối với tất cả các loại hàng hoá và dịch vụ, trong thời gian từ 3 đến 7 năm, tùy thuộc vào từng loại sản phẩm.¹⁹ Cơ quan hải quan hay cơ quan có thẩm quyền khác của các bên không được phép áp bất cứ loại phí hay phụ phí hành chính nào liên quan đến việc nhập khẩu hay xuất khẩu hàng hóa vượt quá chi phí thực của dịch vụ được tiến hành bởi cơ quan đó.²⁰ Việt Nam áp thuế quan cho hàng hoá có xuất xứ từ lãnh thổ hải quan Hoa Kỳ theo cam kết tại Phụ lục E của Hiệp định.²¹

Về các biện pháp tự vệ đối với hàng nhập khẩu, Các bên nhất trí tham vấn nhanh chóng theo yêu cầu của bên kia, khi việc nhập khẩu hàng hoá có xuất xứ từ lãnh thổ của bên kí kết kia, tại thời điểm hiện tại hay tương lai, gây ra hay đe dọa gây ra, hay góp phần đáng kể làm rối loạn thị trường.

Sự ‘rối loạn thị trường’ (‘Market disruptions’) xảy ra khi việc tăng nhanh lượng nhập khẩu hàng hoá tương tự của nước khác là nguyên nhân đáng kể gây ra, hoặc đe dọa gây ra thiệt hại đáng kể cho ngành kinh tế nội địa đó.²² Trong trường hợp các bên không thể đưa ra biện pháp khắc phục thông qua tham vấn, Hiệp định cho phép một bên bảo hộ ngành kinh tế nội địa của mình bằng cách áp dụng các biện pháp tự vệ đối với hàng nhập

¹⁶ Ngoài văn bản BTA, phần này dựa trên tóm tắt BTA trên website của Hội đồng thương mại Việt Nam-Hoa Kỳ.

¹⁷ Điều 1 Chương I BTA.

¹⁸ Điều 2 Chương I BTA.

¹⁹ Khoản 1 Điều 3 và khoản 2 Điều 3 Chương I BTA.

²⁰ Khoản 3 Điều 3 Chương I BTA.

²¹ Khoản 6 Điều 3 và Phụ lục E Chương I BTA.

²² Khoản 1 Điều 6 Chương I BTA.

khẩu, dưới hình thức hạn chế số lượng, tăng thuế hoặc những hạn chế khác để chống lại sự 'rối loạn thị trường'. Về giải quyết tranh chấp thương mại giữa các thương nhân, BTA quy định nguyên tắc NT trong việc giải quyết tranh chấp tại các toà án và cơ quan hành chính trên lãnh thổ của các bên kí kết, khuyến khích giải quyết tranh chấp bằng trọng tài theo những quy tắc đã được công nhận ở tầm quốc tế và quy định việc thực thi các phán quyết trọng tài.²³

B. Các quy định về quyền sở hữu trí tuệ (IPRs)

Chương II về IPRs của BTA được xây dựng theo mô hình của Hiệp định TRIPS của WTO, theo đó yêu cầu các bên tuân thủ những quy định cơ bản của Công ước Pa-ri về bảo hộ sở hữu công nghiệp và Công ước Béc-nơ về bảo hộ tác phẩm văn học và nghệ thuật. Ngoài ra, các bên cũng phải tuân thủ những quy định kinh tế cơ bản của Công ước Giơ-ne-vơ về bảo hộ người sản xuất bản ghi âm chống lại sự sao chép trái phép, Công ước quốc tế về bảo hộ giống thực vật mới (Công ước UPOV) và Công ước liên quan đến việc phân phối tín hiệu mang chương trình truyền qua vệ tinh (Công ước Brúc-xen). BTA quy định NT trong việc xác lập, bảo hộ, hưởng và thực thi IPRs, trừ một số trường hợp nhất định.²⁴ Tuy nhiên, khác với Hiệp định TRIPS, BTA không yêu cầu các bên áp dụng MFN cho các nghĩa vụ trong chương này. Chương II quy định những tiêu chuẩn tối thiểu đối với việc bảo hộ và thực thi IPRs, bao gồm quyền tác giả và các quyền liên quan, tín hiệu vệ tinh mang chương trình được mã hoá, nhãn hiệu hàng hoá, sáng chế, thiết kế bố trí mạch tích hợp, thông tin bí mật (bí mật thương mại) và kiểu dáng công nghiệp. Chương này cũng yêu cầu có các biện pháp bảo đảm thực thi để đưa ra các chế tài kịp thời nhằm ngăn chặn vi phạm, và các chế tài đủ mạnh để ngăn ngừa các vi phạm có thể tái diễn trong tương lai.

C. Các quy định về thương mại dịch vụ

Chương III về thương mại dịch vụ được xây dựng theo mô hình của Hiệp định GATS của WTO. Hiệp định này định nghĩa thương mại dịch vụ theo bốn phương thức cung ứng:

1. Cung ứng dịch vụ qua biên giới (cung ứng dịch vụ từ lãnh thổ của bên này vào lãnh thổ của bên kia);
2. Tiêu dùng ở nước ngoài (cung ứng dịch vụ tại lãnh thổ của một bên cho người sử dụng dịch vụ của bên kia);

²³ Điều 7 Chương I BTA.

²⁴ Khoản 1 Điều 3 Chương II BTA.

3. Hiện diện thương mại (một nhà cung ứng dịch vụ của một bên cung ứng một dịch vụ thông qua sự hiện diện thương mại trên lãnh thổ của bên kia); và
4. Hiện diện của thể nhân (một nhà cung ứng dịch vụ của một bên cung ứng một dịch vụ bằng sự hiện diện của thể nhân trên lãnh thổ của bên kia).

Các bên nhất trí dành MFN cho dịch vụ và các nhà cung ứng dịch vụ của nhau.²⁵ Mỗi bên phải đảm bảo sự tiếp cận thị trường cho dịch vụ và các nhà cung ứng dịch vụ của bên kia theo đúng quy định trong biểu cam kết của mình. BTA cấm sáu loại hạn chế tiếp cận thị trường trong các ngành dịch vụ đã được quy định trong biểu cam kết, trong đó có: hạn chế số lượng nhà cung ứng dịch vụ; hạn chế tổng giá trị các giao dịch dịch vụ; hạn chế về tổng số lượng đầu ra của dịch vụ; và hạn chế về loại hình pháp nhân hay liên doanh thông qua đó dịch vụ được cung ứng.²⁶ Ngoài ra, các bên đã đưa vào Phụ lục về dịch vụ tài chính, Phụ lục về dịch chuyển của thể nhân, và Phụ lục về viễn thông của Hiệp định GATS và các tài liệu tham chiếu viễn thông của WTO.

D. Các quy định về đầu tư

Chương IV của BTA đặt ra các quy tắc nhằm khuyến khích đầu tư giữa hai nước. Các tiêu chuẩn chính về bảo hộ và khuyến khích đầu tư trong chương này là:

1. MFN;
2. NT;
3. Cấm trưng thu mà không bồi thường nhanh chóng, đầy đủ và hiệu quả;
4. Quyền lựa chọn các nhân viên quản lý cấp cao;
5. Chuyển vốn về nước;
6. Đảm bảo đối xử công bằng và thoả đáng, bảo vệ và an ninh đầy đủ, đối xử phù hợp với luật tập quán quốc tế, và không áp dụng các biện pháp tùy tiện và phân biệt đối xử; và
7. Cấm áp dụng các yêu cầu bị cấm về chuyển giao công nghệ và các TRIMs bị cấm.

Về việc giải quyết tranh chấp giữa nhà đầu tư và chính phủ nước tiếp nhận đầu tư, chương này đưa ra nhiều lựa chọn cho nhà đầu tư, bao gồm tòa

²⁵ Điều 2 và 7 Chương II BTA.

²⁶ Điều 6 Chương II BTA.

án hoặc cơ quan tài phán hành chính có thẩm quyền của nước tiếp nhận đầu tư, hoặc bất kì thủ tục giải quyết tranh chấp nào đã được thoả thuận trước đó và giải quyết bằng trọng tài.

D. Tạo thuận lợi cho kinh doanh

Cả hai bên cam kết phát triển quan hệ đầu tư và tạo thuận lợi cho các hoạt động kinh doanh liên quan tới thương mại hàng hoá và dịch vụ. Mỗi bên đồng ý:²⁷

- Cho phép các công dân và công ty của bên kia được nhập khẩu và sử dụng, phù hợp với các thực tiễn thương mại thông thường, thiết bị văn phòng và các thiết bị khác, như máy chữ, máy photocopy, máy tính, máy fax liên quan đến việc tiến hành các hoạt động của họ trên lãnh thổ của mình;
- Tùy thuộc vào pháp luật và thủ tục của mình về nhập cảnh và các cơ quan đại diện nước ngoài, cho phép các công dân và các công ty của bên kia được tiếp cận và sử dụng nơi làm việc và nơi ở trên cơ sở không phân biệt đối xử và theo giá thị trường;
- Tùy thuộc vào pháp luật, quy định và thủ tục của mình về nhập cảnh và các cơ quan đại diện nước ngoài, cho phép các công dân và công ty của bên kia thuê các đại lí, nhà tư vấn và nhà phân phối của một trong hai bên cho hoạt động sản xuất và đầu tư của họ, theo giá cả và điều kiện được thoả thuận giữa các bên.
- Cho phép các công dân và công ty của bên kia quảng cáo các sản phẩm và dịch vụ của họ (i) bằng cách thoả thuận trực tiếp với các tổ chức thông tin quảng cáo, bao gồm đài truyền hình, đài phát thanh, đơn vị kinh doanh in ấn và bảng hiệu; và (ii) bằng cách gửi thư trực tiếp, bao gồm cả việc sử dụng các phong bì thư và bưu thiếp được ghi sẵn địa chỉ đến công dân hoặc công ty đó;
- Khuyến khích sự tiếp xúc và cho phép mua bán hàng hoá và dịch vụ trực tiếp giữa các công dân và công ty của bên kia với người sử dụng cuối cùng và các khách hàng khác, và khuyến khích liên hệ trực tiếp với các cơ quan, tổ chức mà quyết định của họ sẽ ảnh hưởng đến khả năng bán hàng;

²⁷ Điều 1 Chương V BTA.

- Cho phép các công dân và các công ty của bên kia tiến hành nghiên cứu thị trường trên lãnh thổ của mình một cách trực tiếp hoặc thông qua hợp đồng;
- Cho phép các công dân và công ti của bên kia được dự trữ đầy đủ hàng mẫu và phụ tùng thay thế phục vụ dịch vụ sau bán hàng đối với các sản phẩm của đầu tư; và
- Cho phép các công dân và công ty của bên kia tiếp cận các sản phẩm và dịch vụ do chính phủ cung cấp, bao gồm các tiện ích công cộng, trên cơ sở không phân biệt đối xử và theo giá cả công bằng và thoả đáng (và trong mọi trường hợp, không cao hơn giá áp cho các công dân và công ty của các nước thứ ba, khi các giá đó được quy định hoặc kiểm soát bởi chính phủ liên quan đến hoạt động của các hiện diện thương mại của họ).

E. Các quy định liên quan đến tính minh bạch và quyền khiếu kiện

Các bên có nghĩa vụ công bố định kì và kịp thời tất cả các luật, quy định và thủ tục hành chính có tính áp dụng chung, liên quan đến bất kì vấn đề nào được quy định trong BTA.²⁸ Ở mức độ có thể, mỗi bên cho phép bên kia và các công dân của bên kia cơ hội đóng góp ý kiến đối với việc xây dựng pháp luật, quy định và thủ tục hành chính đó.²⁹ Mỗi bên cũng cho phép các công dân và công ty của bên kia được tiếp cận dữ liệu về nền kinh tế quốc dân và từng ngành kinh tế, kể cả những thông tin về ngoại thương.³⁰ Mỗi bên giao cho một tạp chí chính thức đăng tất cả các biện pháp có tính áp dụng chung và sẽ điều hành một cách thống nhất, vô tư và hợp lí các biện pháp đó.³¹ Hai bên sẽ duy trì các cơ quan tài phán hành chính và tư pháp, nhằm xem xét và sửa đổi nhanh chóng các quyết định hành chính liên quan đến các vấn đề được quy định tại Hiệp định này, và sẽ cho phép người bị tác động bởi quyết định có liên quan được quyền khiếu kiện mà không bị trừng phạt.³² Cuối cùng, các bên đảm bảo rằng các thủ tục cấp phép nhập khẩu, tự động và không tự động, được thực hiện theo cách thức minh bạch và có thể dự đoán trước được, và phù hợp với các tiêu chuẩn của Hiệp định của WTO về thủ tục cấp phép nhập khẩu (Hiệp định ILP).

²⁸ Điều 1 Chương VI BTA.

²⁹ Điều 3 Chương VI BTA.

³⁰ Điều 2 Chương VI BTA.

³¹ Điều 5 và Điều 6 Chương VI BTA.

³² Điều 7 Chương VI BTA.

4. Hiệp định dệt may Việt Nam-Hoa Kỳ 2003

Trong khuôn khổ BTA, ngày 25/4/2003, sau ba tuần đàm phán, Việt Nam và Hoa Kỳ đã kí Hiệp định dệt may song phương.³³ Hiệp định này đặt ra hạn ngạch cho 38 loại sản phẩm may mặc nhập khẩu từ Việt Nam. Cả hai bên nhất trí hợp tác trong việc thực thi, bao gồm chia sẻ thông tin và tạo thuận lợi cho các chuyến thăm nhà máy, điều tra và phạt vi phạm.

Hiệp định dệt may Việt Nam-Hoa Kỳ có hiệu lực từ ngày 1/5/2003 tới ngày 31/12/2004. Hiệp định có thể gia hạn hàng năm và đã được gia hạn hai lần vào năm 2004 và năm 2005. Điều 20 của Hiệp định quy định rằng khi Việt Nam gia nhập WTO, các quy định của WTO sẽ thay thế các quy định trong thoả thuận song phương. Hiệp định này đã hết hiệu lực khi Việt Nam gia nhập WTO vào tháng 1/2007.

5. Hiệp định khung về thương mại và đầu tư Việt Nam-Hoa Kỳ 2007

Ngay sau khi Việt Nam gia nhập WTO, vào tháng 6/2007, Hiệp định khung về thương mại và đầu tư giữa Chính phủ nước Cộng hoà xã hội chủ nghĩa Việt Nam và Chính phủ Hợp chúng quốc Hoa Kỳ (viết tắt là TIFA) đã được kí kết nhằm thúc đẩy ‘môi trường đầu tư hấp dẫn’ và ‘mở rộng và đa dạng hoá thương mại hàng hoá và dịch vụ’.³⁴ TIFA thành lập Hội đồng thương mại và đầu tư Việt Nam-Hoa Kỳ, cơ quan xem xét rất nhiều vấn đề về quan hệ thương mại và đầu tư giữa hai bên, bao gồm:³⁵

- Thực thi các nghĩa vụ theo Hiệp định WTO và BTA;
- Bảo hộ IPRs;
- Các vấn đề chính sách gây tác động tới thương mại và đầu tư;
- Thương mại dịch vụ;
- Các vấn đề TBT;
- Các vấn đề SPS;
- Các vấn đề về quyền của người lao động được công nhận ở tầm quốc tế;
- Các biện pháp khắc phục thương mại, bao gồm cả vấn đề coi Việt Nam là một nền kinh tế thị trường;
- GSP;

³³ Mark Manyin và Amanda Douglas, CRS Report for Congress, *The Vietnam-US Textile Agreement*, ngày 18/6/2003. Xem thêm Nicole J. Sayres, CRS Report for Congress RL31470, *The Vietnam-US Textile Agreement Debate: Trade Patterns, Interests, and Labor Rights*, ngày 1/6/2002.

³⁴ Điều 1 TIFA.

³⁵ Các Điều 2 và 3 và Phụ lục TIFA.

- Phối hợp trong các vấn đề về WTO và APEC mà hai bên cùng quan tâm;
- Hỗ trợ kỹ thuật và xây dựng năng lực; và
- Các lĩnh vực khác mà hai bên cùng quan tâm, nhằm thúc đẩy thương mại, đầu tư và hợp tác kinh tế giữa các bên.

Theo TIFA, Việt Nam và Hoa Kỳ tiến hành các cuộc họp và đối thoại thường xuyên để rà soát việc thực thi các cam kết WTO của Việt Nam, và xem xét các sáng kiến khác nhằm cải thiện quan hệ thương mại và đầu tư của hai bên. Hiệp định TIFA cùng với cơ chế mà Hiệp định thiết lập đã đặt nền tảng cho việc đàm phán các hiệp định toàn diện về thương mại và đầu tư giữa hai nước.

6. Các đàm phán đang tiến hành giữa Việt Nam và Hoa Kỳ về các hiệp định thương mại và đầu tư

Vào tháng 6/2008, Việt Nam và Hoa Kỳ khởi động đàm phán một hiệp định đầu tư song phương (viết tắt là 'BIT') nhằm cải thiện môi trường đầu tư cho các nhà đầu tư của hai bên. Hiệp định này nhằm thiết lập các thủ tục giải quyết tranh chấp chi tiết và bảo hộ nhà đầu tư của hai bên, để các nhà đầu tư không bị áp đặt các yêu cầu thực hiện các biện pháp đầu tư bị cấm ('Performance Requirements'), hạn chế chuyển tiền về nước và bị trưng thu tùy tiện trên lãnh thổ của bên kia. Nhìn chung, các cuộc đàm phán của Hoa Kỳ về BITs dựa trên Hiệp định BIT mẫu năm 2004 của Hoa Kỳ. Hơn nữa, BTA hiện có giữa Việt Nam và Hoa Kỳ đã bao gồm một chương quy định về đầu tư và đàm phán trong tương lai một BIT. Trong khuôn khổ ASEAN, Việt Nam đã ký kết vài điều ước mới về đầu tư hay hiệp định thương mại có chương về đầu tư.³⁶ Các tài liệu này chắc chắn sẽ được tham khảo trong các cuộc đàm phán BIT giữa Việt Nam và Hoa Kỳ.

Ngoài ra, hai bên đang đàm phán để trở thành thành viên của Hiệp định đối tác kinh tế chiến lược xuyên Thái Bình Dương (viết tắt là 'TPP'), nhằm tăng cường hội nhập kinh tế của hai nước trong khu vực châu Á-Thái Bình Dương.

³⁶ Xem Mục 4 - Chương 3 của Giáo trình.

Mục 3. VIỆT NAM-TRUNG QUỐC (*)

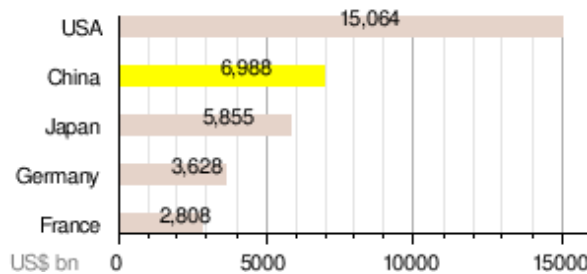
1. Tổng quan về quan hệ thương mại Việt Nam-Trung Quốc

Kể từ khi khởi xướng công cuộc cải cách kinh tế năm 1979, Cộng hòa nhân dân Trung Hoa (Trung Quốc) luôn theo đuổi chính sách tự do hóa thương mại, sản xuất hướng về xuất khẩu, đạt tăng trưởng cao và xóa đói giảm nghèo. Nền kinh tế của Trung Quốc, từ một nước nông nghiệp, đã nhanh chóng trở thành một trong những nền kinh tế sản xuất hàng hóa năng động nhất, đang dần dần trở thành một trong những nền kinh tế phát triển nhanh nhất thế giới, là nước xuất khẩu lớn nhất thế giới và là nước nhập khẩu lớn thứ hai thế giới, với tổng giá trị xuất nhập khẩu là 2,97 nghìn tỉ USD, trong đó xuất khẩu là 1,58 nghìn tỉ và nhập khẩu là 1,39 nghìn tỉ. Trung Quốc là nền kinh tế lớn thứ hai thế giới, sau Hoa Kỳ, xét trên cả tiêu chí GDP danh nghĩa (tổng sản phẩm quốc nội) và PPP (ngang giá sức mua). Theo IMF, GDP danh nghĩa/đầu người và PPP/đầu người của Trung Quốc năm 2011 được xếp hạng tương ứng đứng thứ 90 và 91. Tăng trưởng GDP trung bình hàng năm của Trung Quốc giai đoạn 2001-2010 đạt 10,5%, và dự đoán trong giai đoạn 2011-2015 sẽ đạt 9,5%. Trong giai đoạn 2007-2011, mức tăng trưởng kinh tế của Trung Quốc tương đương với tổng mức tăng trưởng của tất cả các nước G7 cộng lại. Dự trữ ngoại tệ của Trung Quốc đạt 2,85 nghìn tỉ USD vào thời điểm cuối năm 2010. Trung Quốc hiện đang sở hữu khoảng 1,6 nghìn tỉ USD chứng khoán Hoa Kỳ. Bằng việc nắm giữ 1,16 nghìn tỉ USD trái phiếu kho bạc Hoa Kỳ, Trung Quốc đang là chủ nợ công nước ngoài lớn nhất của Hoa Kỳ. Trung Quốc đang là chủ nợ công nước ngoài lớn nhất của Hoa Kỳ. Trung Quốc là nước tiếp nhận FDI lớn thứ ba thế giới, thu hút 106 tỉ USD năm 2010. Với tổng số vốn đầu tư ra nước ngoài 52,2 tỉ USD năm 2008, Trung Quốc được xếp hạng là nước đầu tư lớn thứ 6 trên thế giới. Trung Quốc đã trở thành thành viên của WTO năm 2001. Thương mại quốc tế tiếp tục đóng vai trò chủ đạo trong nền kinh tế đang bùng nổ của Trung Quốc.³⁷

(*) Tác giả: Nguyễn Thanh Tâm, Tiến sĩ, Giảng viên, Trường Bộ môn Luật Thương mại Quốc tế, Trường Đại học Luật Hà Nội; và Trịnh Hải Yến, Thạc sĩ, Nghiên cứu sinh, Trường Đại học Quốc gia Xinh-ga-po (NUS), Giảng viên, Học viện Ngoại giao Việt Nam (DAV).

³⁷ <http://en.wikipedia.org/wiki/China>

Bảng 4.3.1. Đồ thị so sánh GDP năm 2011 của các nền kinh tế lớn, theo số liệu của IMF



Tương tự, Việt Nam bắt đầu tiến hành ‘Đổi mới’ từ năm 1986, với sự chuyển đổi từng bước từ nền kinh tế kế hoạch sang nền kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa. Nền kinh tế Việt Nam đã đạt được sự tăng trưởng nhanh chóng trong sản xuất nông nghiệp và công nghiệp, xây dựng, xuất khẩu và đầu tư nước ngoài. Nhờ cải cách kinh tế, Việt Nam đã đạt được mức tăng trưởng GDP hàng năm khoảng 8% trong giai đoạn 1990-1997 và 7% trong giai đoạn 2000-2005, đưa Việt Nam trở thành một trong những nền kinh tế tăng trưởng nhanh nhất thế giới. Kể cả trong thời kì thế giới phải đối mặt với khủng hoảng kinh tế toàn cầu cuối những năm 2000, tăng trưởng vẫn rất mạnh mẽ và giữ ở mức 6,8% năm 2010. Theo IMF, năm 2010, GDP danh nghĩa của Việt Nam đạt 103,574 tỉ USD và GDP danh nghĩa/đầu người đạt 1.173 USD. Việt Nam đã trở thành thành viên của WTO ngày 11/1/2007. Hiện tại, Việt Nam là một trong những nền kinh tế mở nhất của châu Á. Các đối tác thương mại chủ yếu của Việt Nam là Trung Quốc, Nhật Bản, Úc, các nước ASEAN, Hoa Kỳ và EU.³⁸

Kể từ năm 1991, khi hai nước chính thức bình thường hoá quan hệ cho đến nay, quan hệ thương mại Việt Nam-Trung Quốc đã có những phát triển vượt bậc. Hai nước đã mở lại đường hàng không, đường sắt, đường biển và đường bộ, tạo thuận lợi cho vận chuyển hàng hoá và người giữa hai nước, đồng thời mở 7 cặp cửa khẩu cấp quốc gia trong vùng biên giới giữa hai nước. Từ năm 2004, Trung Quốc đã trở thành đối tác thương mại lớn nhất của Việt Nam.

Sau chuyến thăm Trung Quốc tháng 5/2007 của Chủ tịch nước Việt Nam Nguyễn Minh Triết, các dự án trong khuôn khổ hợp tác ‘hai hành lang,

³⁸ <http://en.wikipedia.org/wiki/Vietnam>

một vành đai kinh tế' giữa hai nước được xúc tiến thực hiện.³⁹

A. Thương mại hàng hoá Việt Nam-Trung Quốc

Thương mại hàng hoá giữa Việt Nam và Trung Quốc chủ yếu được thực hiện theo hai phương thức: Thương mại chính ngạch và thương mại biên giới.

1. Thương mại chính ngạch

Năm 1991, tổng kim ngạch thương mại hai nước chỉ đạt 32 triệu USD. Trong thời gian gần đây, tổng kim ngạch thương mại hai chiều đã tăng mạnh, năm 2011 đạt khoảng 30 tỉ USD.⁴⁰ Tuy nhiên, kể từ năm 2001, Việt Nam luôn ở tình trạng thâm hụt thương mại trong quan hệ với Trung Quốc. Do đó, từng bước cân bằng cán cân thương mại là mục tiêu mà cả hai bên cùng đang hướng tới.

Bảng 4.3.2: Số liệu thương mại Việt Nam-Trung Quốc

(Đơn vị tính: triệu USD)

Năm	Tổng XNK	Tăng trưởng (%)	VN XK	VN NK
2000	2.957	132,9	1.534	1.423
2001	3.047	3,04	1.418	1.629
2002	3.654	19,9	1.495	2.158
2003	4.870	33,3	1.747	3.120
2004	7.191	47,6	2.735	4.456
2005	8.739,9	21,52	2.961	5.778,9
2006	9.950	21,4	2.490	7.460
2007	15.858	51,9	3.356	12.502
2008	19.464	28,8	4.343	15.122
2009	21.048	8,1	4.747	16.301
2010	27.328	29,8	7.309	20.019
6 tháng đầu năm 2011	15.699		4.588	11.111

³⁹ Đại sứ quán Việt Nam tại Trung Quốc, [http://www.vnemba.org.cn/en; http://en.wikipedia.org/wiki/Foreign_relations_of_Vietnam](http://www.vnemba.org.cn/en;http://en.wikipedia.org/wiki/Foreign_relations_of_Vietnam)

⁴⁰ China Radio International (CRI), *China, Vietnam Seek Ways to Improve Bilateral Relations*, 2011-10-05 16:58:19, Xinhua, Crienglish.com, <http://english.cri.cn>, Web Editor: Zhangxu.

Hiện nay, Việt Nam xuất khẩu sang Trung Quốc hơn 100 mặt hàng, gồm 4 nhóm hàng chính: (i) Hàng nhiên, nguyên liệu: Dầu thô, than, quặng kim loại, các loại hạt có dầu, dược liệu (cây làm thuốc)...; (ii) Hàng nông sản: Lương thực (gạo, sắn khô), rau củ quả (đặc biệt là các loại hoa quả nhiệt đới như: Chuối, xoài, chôm chôm, thanh long...), chè, hạt điều; (iii) Hàng thủy sản: Thủy sản tươi sống, thủy sản đông lạnh, một số loại mang tính đặc sản như: rắn, rùa, ba ba tự nhiên hoặc được nuôi thả; (iv) Hàng tiêu dùng: Hàng thủ công mỹ nghệ, giày dép, đồ gỗ cao cấp, bột giặt, bánh kẹo...⁴¹, trong khi đó Trung Quốc xuất khẩu sang Việt Nam các sản phẩm công nghiệp chế tạo, công nghiệp chế biến (xăng dầu, máy móc thiết bị, phụ tùng ô-tô, phân bón, dược phẩm...).

Do nhu cầu của Việt Nam về nhập khẩu các loại hàng hoá từ Trung Quốc còn rất lớn và cùng với việc miễn giảm thuế nhập khẩu theo quy định của Hiệp định ACFTA, hàng nhập khẩu từ Trung Quốc sẽ tiếp tục tăng mạnh. Trong khi xuất khẩu của Việt Nam tăng ở mức độ nhất định và các giải pháp hạn chế nhập siêu chưa thể phát huy tốt hiệu quả, thì tình hình nhập siêu từ Trung Quốc giai đoạn 2007-2015 sẽ chưa thể có sự thay đổi lớn. Tuy nhiên, có thể hiểu rằng việc tăng nhập khẩu của Việt Nam trong quan hệ thương mại với Trung Quốc là điều kiện để tăng xuất khẩu ở thị trường khác.

2. Thương mại biên giới

Nói chung, thương mại biên giới được hiểu là sự dịch chuyển hàng hoá và dịch vụ qua biên giới quốc tế trên bộ giữa các quốc gia. Như vậy, thương mại biên giới là một phần của hoạt động thương mại quốc tế thông thường giữa các nước. Tuy nhiên, thương mại biên giới có tác động kinh tế-xã hội và chính trị sâu sắc hơn nhiều so với hoạt động thương mại thông thường diễn ra ở các cảng biển và cảng hàng không.

Việt Nam và Trung Quốc có đường biên giới trên bộ chạy qua 2 tỉnh của Trung Quốc và 6 tỉnh của Việt Nam. Hai tỉnh Quảng Tây và Vân Nam (Trung Quốc) có điều kiện địa lý đặc biệt thuận lợi để phát triển kinh tế-thương mại với Việt Nam. Có thể nói thương mại biên giới đóng vai trò quan trọng trong kim ngạch buôn bán hai chiều Việt Nam-Trung Quốc.

Kể từ khi thực hiện cải cách kinh tế năm 1979, Chính phủ Trung Quốc

⁴¹ Tổng cục Hải quan Việt Nam, *Số liệu tháng 6/2011*.

đã có chính sách ưu tiên phát triển kinh tế các vùng biên giới, coi thương mại biên giới là ‘khâu đột phá’, nhằm khai thác lợi thế so sánh của các vùng này với các nước láng giềng. Hai tỉnh Vân Nam và Quảng Tây nằm trong vành đai kinh tế ‘đại Tây Nam’ của Trung Quốc, bao gồm Tứ Xuyên, Vân Nam, Quý Châu, Tây Tạng và Quảng Tây, trong đó Quảng Tây được xem là ‘hành lang’ ra biển cho toàn bộ vùng Tây Nam Trung Quốc.

Trong giai đoạn 2006-2011, tốc độ tăng trưởng thương mại biên giới Việt Nam-Trung Quốc trung bình 29%/năm,⁴² góp phần quan trọng vào thương mại hai chiều giữa hai nước. Tổng thương mại biên giới hai nước đạt 2,8 tỉ USD năm 2006, trên 7,1 tỉ USD năm 2010 và trên 6,3 tỉ USD năm 2011.⁴³

Nhìn chung, thương mại biên giới Việt Nam-Trung Quốc phát triển có tác động quan trọng làm thay đổi diện mạo nghèo nàn của khu vực biên giới, mở rộng thương mại quốc tế, nâng cao đời sống cho nhân dân biên giới hai nước. Tuy nhiên, trong quan hệ thương mại biên giới giữa hai nước cũng nảy sinh những vấn đề phức tạp, đòi hỏi sự quản lí và những điều chỉnh kịp thời bằng chính sách và các quy định pháp luật của cả hai nước nhằm ổn định và phát triển các hoạt động thương mại khá đặc thù này, vì lợi ích của cả hai nước và tuân thủ các quy định pháp luật quốc tế, nhất là khi Việt Nam và Trung Quốc đều đã trở thành thành viên chính thức của WTO và cùng tham gia vào Hiệp định ACFTA. Cần xây dựng một chiến lược dài hạn và hiệu quả nhằm phát triển thương mại biên giới Việt Nam-Trung Quốc, hỗ trợ hoạt động xuất khẩu của cả hai nước.

B. Thương mại dịch vụ Việt Nam-Trung Quốc

Hợp tác du lịch Việt Nam-Trung Quốc cũng là điểm nổi bật trong quan hệ thương mại giữa hai nước. Hiệp định hợp tác du lịch hai nước ngày 8/4/1994 đã tạo cơ sở pháp lí cho quan hệ hợp tác du lịch giữa hai nước. Lượng khách Trung Quốc đến Việt Nam ngày càng gia tăng. Từ năm 1996 đến nay, Trung Quốc luôn đứng đầu và vượt xa nước đứng thứ hai trong danh sách các nước và vùng lãnh thổ có số khách đến Việt Nam đông nhất. Số người Việt Nam đi du lịch Trung Quốc cũng ngày một tăng.

Thương mại dịch vụ dự đoán sẽ phát triển nhanh. Thương mại dịch vụ

⁴² 2006-2011 Sino-Vietnamese Border Trade with An Average Annual Growth Rate of 29%, <http://www.bdex.cn>.

⁴³ QĐND, *Boosting Vietnam-China Border Trade*, Chủ nhật, ngày 20/11/2011, 20:56 (GMT+7), <http://www.qdnd.vn>.

giai đoạn 2007-2015 sẽ phát triển mạnh hơn so với thương mại hàng hoá. Trong số các lĩnh vực dịch vụ thương mại, dịch vụ vận tải, kho ngoại quan và cảng biển sẽ phát triển rất nhanh, đặc biệt là sau 2010. Dự báo, hàng quá cảnh của Trung Quốc qua cảng Hải Phòng có thể sẽ lên tới 1 triệu tấn vào năm 2010 và 5 triệu tấn vào năm 2015.

C. Quan hệ đầu tư Việt Nam-Trung Quốc

Tính đến tháng 7/2011, Trung Quốc có 805 dự án đầu tư còn hiệu lực tại Việt Nam, với tổng vốn đăng ký 4,1 tỉ USD, đứng thứ 14 trên tổng số 92 quốc gia và vùng lãnh thổ có đầu tư tại Việt Nam. Dự án lớn nhất của Trung Quốc đang đầu tư tại Việt Nam hiện nay là dự án thép Fuco tại Bà Rịa-Vũng Tàu, với tổng vốn đầu tư 180 triệu USD. Ngoài ra, còn một số dự án lớn khác như Công ty TNHH khoáng sản và luyện kim Việt-Trung, vốn đầu tư 175 triệu USD; khu công nghiệp An Dương (Hải Phòng), vốn đầu tư 175 triệu USD... Tính đến năm 2011, Việt Nam có 10 dự án đầu tư sang Trung Quốc, với tổng vốn đăng ký 13 triệu USD. Những con số này cho thấy đầu tư hai chiều Việt-Trung còn thấp so với tiềm năng, lợi thế và mong muốn của cả hai nước. Theo đánh giá của Cục đầu tư nước ngoài (Bộ kế hoạch và đầu tư), các dự án đầu tư của Trung Quốc chủ yếu từ các doanh nghiệp nhỏ và tư nhân, chưa có nhiều dự án từ các tập đoàn kinh tế lớn.⁴⁴

Quan hệ đầu tư Việt Nam-Trung Quốc có một số đặc điểm sau:

Thứ nhất, khác với quan hệ xuất nhập khẩu giữa hai nước là quan hệ hai chiều, quan hệ đầu tư chủ yếu chỉ có một chiều từ phía Trung Quốc vào Việt Nam. Bởi vì so với Việt Nam, Trung Quốc là nước có tiềm lực kinh tế mạnh hơn. Việt Nam đầu tư vào Trung Quốc không đáng kể, chỉ tập trung tại hai tỉnh Vân Nam và Quảng Tây.

Thứ hai, số lượng và tốc độ đầu tư đạt mức trung bình. Cho đến nay, Trung Quốc không phải là nhà đầu tư lớn tại Việt Nam.

Thứ ba, các chỉ tiêu chất lượng của đầu tư chưa cao.

Thứ tư, bên cạnh việc đầu tư theo hình thức FDI, Trung Quốc còn viện trợ phát triển cho Việt Nam theo các dự án ODA.

Thứ năm, đầu tư của Trung Quốc vào Việt Nam đã góp phần nhất định vào sự phát triển kinh tế của Việt Nam. Tuy nhiên, xét cả về tiềm

⁴⁴ Kinh tế và Dự báo, ECONOMY & FORECAST REVIEW, *Xung lực mới cho hợp tác Việt-Trung*, ngày 17/10/2011 10:56:30, <http://kinhtevadubao.vn>.

năng lẫn sự phát triển mọi mặt của quan hệ hai bên, lượng đầu tư như vậy chưa tương xứng với tiềm năng của thương mại hai nước, đặc biệt là của phía Trung Quốc.

Trung Quốc đã là ‘thành viên của câu lạc bộ nghìn tỉ đô-la GDP’, dự trữ ngoại tệ 2,85 nghìn tỉ USD tính đến cuối năm 2010, đầu tư trên phạm vi thế giới đạt 52,2 tỉ USD năm 2008 và được xếp hạng là nhà đầu tư lớn thứ 6 của thế giới.⁴⁵ Tuy nhiên, con số về đầu tư của Trung Quốc vào Việt Nam trong những năm qua chưa tương xứng với vị thế địa-kinh tế của Việt Nam - nước được coi là cầu nối thị trường Trung Quốc không lồ đầy tiềm năng với Đông Nam Á.

2. Khái quát về các hiệp định thương mại giữa Việt Nam và Trung Quốc

Đến thời điểm năm 2012, hai nước đã kí kết trên 50 hiệp định, đặt cơ sở pháp lí cho quan hệ hợp tác lâu dài giữa hai nước, trong đó có các hiệp định tạo hành lang pháp lí cơ bản cho quan hệ thương mại hai nước, như Hiệp định thương mại; Hiệp định mua bán hàng hoá tại vùng biên giới; Hiệp định hợp tác du lịch; Hiệp định về thành lập Ủy ban hợp tác kinh tế; Hiệp định thanh toán; các hiệp định về giao thông, vận tải đường sắt, đường bộ, đường hàng không. Từ tháng 2/2002, Trung Quốc đã dành cho Việt Nam đối xử MFN về thuế suất đối với hàng xuất khẩu vào thị trường Trung Quốc, tạo thuận lợi cho các doanh nghiệp Việt Nam tăng cường xuất khẩu vào thị trường đầy tiềm năng này.

Trong quan hệ hợp tác thương mại song phương, Việt Nam và Trung Quốc đã kí kết một số hiệp định điều chỉnh quan hệ thương mại biên giới, như: Hiệp định mậu dịch Việt Nam-Trung Quốc 1991; Hiệp định về mua bán hàng hoá ở vùng biên giới giữa Việt Nam và Trung Quốc 1998; Hiệp định về lĩnh vực bảo vệ và kiểm dịch thực vật Việt Nam-Trung Quốc 2007...

Hai nước đã nhất trí tiếp tục mở rộng và làm sâu sắc hơn quan hệ hợp tác kinh tế, thương mại thông qua việc kí kết ‘Quy hoạch phát triển 5 năm hợp tác kinh tế-thương mại giai đoạn 2012-2016’ vào ngày 15/10/2011. Quy hoạch này sẽ tạo xung lực mới cho hợp tác kinh tế, thương mại giữa hai nước. Mục tiêu chủ yếu của quy hoạch là tiếp tục mở rộng và làm sâu sắc hơn quan hệ hợp tác kinh tế-thương mại Việt-Trung, đồng thời làm phong phú thêm nội dung hợp tác, tạo ra phương thức hợp

⁴⁵ <http://en.wikipedia.org/wiki/China>

tác mới; nghiên cứu những biện pháp nhằm giảm mức độ mất cân bằng trong cán cân thương mại giữa hai nước. Theo thoả thuận được kí kết, hai bên xác định 7 lĩnh vực hợp tác trọng điểm, bao gồm: (i) Nông nghiệp và nghề cá; (ii) Giao thông-vận tải; (iii) Năng lượng; (iv) Khoáng sản; (v) Công nghiệp chế tạo và công nghiệp phụ trợ; (vi) Dịch vụ; và (vii) Hợp tác 'Hai hành lang, một vành đai kinh tế'.⁴⁶

3. Pháp luật trong nước của Việt Nam và Trung Quốc liên quan đến quan hệ thương mại song phương giữa hai nước

Thứ nhất, cần lưu ý pháp luật điều chỉnh chung quan hệ thương mại giữa hai nước, như: Luật ngoại thương của Trung Quốc, Nghị định số 12/2006/NĐ-CP ngày 23/1/2006 của Chính phủ Việt Nam quy định chi tiết thi hành Luật thương mại về hoạt động mua bán hàng hoá quốc tế và các hoạt động đại lí, mua, bán, gia công và quá cảnh hàng hoá với nước ngoài.

Thứ hai, về pháp luật điều chỉnh thương mại biên giới giữa hai nước.

Trên cơ sở Hiệp định về mua bán hàng hoá ở vùng biên giới giữa Việt Nam và Trung Quốc 1998, mỗi nước đều ban hành các quy định pháp luật điều chỉnh thương mại biên giới Việt Nam-Trung Quốc với các mục tiêu cơ bản như sau:

- Thúc đẩy hợp tác thương mại ở vùng biên giới giữa hai nước trên cơ sở bình đẳng, cùng có lợi;
- Khuyến khích, thúc đẩy hoạt động mua bán hàng hoá ở vùng biên giới phát triển lành mạnh, liên tục, ổn định và có biện pháp tăng cường phối hợp chống buôn lậu, gian lận thương mại;
- Tạo điều kiện thuận lợi cho các hoạt động xúc tiến thương mại, thúc đẩy mua bán hàng hoá ở vùng biên giới giữa hai nước;
- Hoạt động mua bán hàng hoá ở vùng biên giới phải được tiến hành trên cơ sở phù hợp với các cam kết của hai nước và pháp luật của mỗi nước.

Thứ ba, hệ thống thương mại biên giới của Trung Quốc chịu sự quản lí kết hợp của cả trung ương và địa phương. Mặc dù chính quyền địa phương có vai trò quan trọng trong việc quản lí thương mại biên giới nhưng cũng phải tuân thủ sự quản lí thống nhất của trung ương, vì thương mại biên

⁴⁶ Khánh An, *Việt Nam-Trung Quốc: Năm 2012 có nhiều việc phải làm*, The World & Vietnam Report - Thế giới và Việt Nam, Báo Xuân 2012, thứ năm, ngày 19/01/2012, 3:29 PM, <http://www.tgvn.com.vn>.

giới cũng là bộ phận của ngoại thương Trung Quốc. Thương mại biên giới đã trở thành sức mạnh kinh tế chủ đạo và đóng vai trò cơ bản trong việc thực hiện mục tiêu của nhà nước Trung Quốc - là 'tăng cường sức sống cho vùng biên giới, xây dựng xã hội phong lưu, mang lại lợi ích cho nhân dân và ổn định đất nước'. Cơ sở pháp lý chủ yếu của chính sách thương mại biên giới của Trung Quốc là Luật về khu tự trị dân tộc thiểu số và Luật ngoại thương. Điều 42 của Luật ngoại thương Trung Quốc quy định: Nhà nước áp dụng các biện pháp linh hoạt và tạo thuận lợi cho thương mại giữa các thị xã ở các vùng biên giới và các thị xã của các nước láng giềng, cũng như thương mại của cư dân biên giới.

Quan hệ thương mại biên giới Việt Nam-Trung Quốc được đặc trưng bởi các thoả thuận thương mại quy mô nhỏ và linh hoạt.⁴⁷

Thứ tư, theo Quyết định số 1151/QĐ-TTg của Thủ tướng Chính phủ Việt Nam ngày 30/08/2007 về việc phê duyệt Quy hoạch xây dựng vùng biên giới Việt-Trung đến năm 2020, Việt Nam đã ban hành hàng loạt các chính sách và văn bản pháp luật điều chỉnh các quan hệ thương mại diễn ra ở khu vực biên giới Việt Nam-Trung Quốc. Hành lang pháp luật thông thoáng mà Việt Nam xây dựng đã tạo thuận lợi và thúc đẩy các hoạt động thương mại biên giới Việt Nam-Trung Quốc phát triển.

Các vấn đề pháp luật về thương mại biên giới Việt Nam-Trung Quốc được quy định trong rất nhiều văn bản pháp luật khác nhau của Việt Nam, trong đó chủ yếu phải kể đến một số văn bản như:

- Nghị định số 12/2006/NĐ-CP ngày 23/1/2006 của Chính phủ quy định chi tiết thi hành Luật thương mại về hoạt động mua bán hàng hoá quốc tế và các hoạt động đại lý mua, bán, gia công và quá cảnh hàng hoá với nước ngoài;
- Quyết định số 254/2006/QĐ-TTg ngày 07/11/2006 của Thủ tướng Chính phủ về việc quản lý hoạt động thương mại biên giới với các nước có chung biên giới;
- Quyết định số 44/QĐ-BTC ngày 29/8/2006 của Bộ tài chính về việc ban hành tờ khai hải quan dùng cho phương tiện vận tải xuất nhập cảnh qua cửa khẩu biên giới đường bộ;

⁴⁷ Hao Hongmay, 'Chapter 6. China's Trade and Economic Relations with CLMV', tr. 171-208, <http://www.eria.org>.

- Công văn số 1244/TCHQ-GSQL của Tổng cục hải quan ngày 27/2/2007 về thủ tục hải quan đối với hàng hoá qua các cửa khẩu biên giới;
- Công văn số 4848/TCHQ-GSQL của Tổng cục hải quan ngày 23/8/2007 về thủ tục hải quan đối với hàng hoá qua cửa khẩu biên giới đường bộ;
- Quyết định số 689/2004/QĐ-NHNN ngày 07/06/2004 của Thống đốc ngân hàng Nhà nước Việt Nam về việc ban hành quy chế thanh toán trong mua bán, trao đổi hàng hoá và dịch vụ tại khu vực biên giới và khu kinh tế cửa khẩu giữa Việt Nam và Trung Quốc...

Quan hệ thương mại của Việt Nam với các nước nói chung cũng như các quan hệ thương mại biên giới nói riêng không thể không chịu sự tác động mạnh mẽ của quá trình hội nhập sâu rộng và mạnh mẽ của Việt Nam, sau khi Việt Nam gia nhập WTO và cả hai nước đã cùng tham gia vào Hiệp định ACFTA. Trước đây, hoạt động xuất nhập khẩu giữa hai nước chủ yếu dựa vào quan hệ song phương. Hiện nay, các quan hệ đó còn phải được tiến hành trên cơ sở các cam kết chặt chẽ trong khuôn khổ WTO và các liên kết khu vực. Do vậy, Việt Nam cũng như Trung Quốc phải điều chỉnh chính sách và pháp luật về thương mại của mình nhằm thực hiện các nguyên tắc cơ bản của pháp luật thương mại quốc tế (như các nguyên tắc MFN, NT, mở cửa thị trường, thương mại công bằng và minh bạch hoá) đối với tất cả các hoạt động thương mại, không phân biệt là hoạt động đó diễn ra ở đâu, biên giới hay trong nội địa, không phân biệt đối tác là ai, bạn hàng Trung Quốc hay bạn hàng đến từ các nước thành viên WTO khác.

Tiềm năng phát triển của mối quan hệ Việt Nam-Trung Quốc là rất lớn. Với sự cố gắng chung của cả hai nước, mối quan hệ đó sẽ không ngừng được củng cố và phát triển tốt đẹp hơn với phương châm ‘láng giềng hữu nghị, hợp tác toàn diện, ổn định lâu dài, hướng tới tương lai’, nhằm hướng tới việc đưa hai nước trở thành ‘láng giềng tốt, bạn bè tốt, đồng chí tốt, đối tác tốt’. Trong xu hướng phát triển chung đó, hoạt động thương mại Việt Nam-Trung Quốc giữ vai trò quan trọng trong việc thúc đẩy giao lưu và hợp tác, không chỉ trong lĩnh vực thương mại mà còn trong các lĩnh vực văn hoá, xã hội, chính trị giữa hai nước.

Tóm tắt Chương 4

Quan hệ thương mại song phương Việt Nam-EU đã và đang phát triển vững chắc từ những năm 1990. EU đã và đang là đối tác thương mại và đầu tư quan trọng hàng đầu của Việt Nam trong tiến trình hội nhập kinh tế toàn cầu. Hàng xuất khẩu của Việt Nam sang thị trường EU được hưởng ưu đãi GSP, một trong những yếu tố góp phần tạo nên thành tích xuất khẩu ấn tượng của Việt Nam. EU tiếp tục cung cấp nguồn vốn FDI quan trọng cho Việt Nam với mức cam kết 1.767 tỉ USD, chiếm trên 12% tổng vốn FDI cam kết của Việt Nam năm 2011. EU là đối tác đầu tư lớn thứ tư của Việt Nam năm 2011. EU đã và đang ủng hộ Việt Nam trong hành trình hội nhập quốc tế đầy khó khăn, thông qua các chương trình hợp tác, trong đó có Dự án hỗ trợ thương mại đa biên (MUTRAP) rất nổi tiếng - là công cụ hỗ trợ cho những cố gắng của Việt Nam trong đàm phán gia nhập WTO, và tiếp tục giúp Việt Nam trong giai đoạn thực thi các cam kết gia nhập WTO.

Hiệp định thương mại hàng dệt may giữa Việt Nam và Cộng đồng châu Âu (nay là EU) 1992 là hiệp định thương mại đầu tiên giữa Việt Nam và EU. Hiệp định này được tiếp nối bằng Hiệp định khung về hợp tác kinh tế 1995 với phạm vi rộng hơn, theo đó trao cho Việt Nam đối xử MFN trong quan hệ thương mại với EU. EU là người ủng hộ đáng tin cậy trong quá trình Việt Nam gia nhập WTO. Tháng 10/2004, EU là đối tác thương mại lớn đầu tiên kết thúc đàm phán song phương trong thủ tục gia nhập WTO của Việt Nam, tạo động lực quan trọng cho toàn bộ tiến trình xin gia nhập WTO. Tiếp theo, trong Hiệp định tiếp cận thị trường kí kết tháng 12/2004, EU đã đồng ý loại bỏ hoàn toàn việc áp dụng các biện pháp hạn chế số lượng đối với hàng dệt may của Việt Nam xuất khẩu sang thị trường EU kể từ ngày 1/1/2005. Đây là một bước rất quan trọng giúp Việt Nam tiến tới gia nhập WTO. Đổi lại, Việt Nam cũng đồng ý mở cửa thị trường cho một số lĩnh vực thương mại mà EU có lợi ích. Để tiếp tục quan hệ hợp tác song phương, ngày 4/10/2010, Việt Nam và EU đã kí kết Hiệp định khung về quan hệ đối tác và hợp tác toàn diện, nhằm củng cố các hoạt động thương mại song phương theo chiều sâu, đồng thời mở rộng các thỏa thuận thương mại và tài trợ sang các lĩnh vực mới. Thêm vào đó, công việc

chuẩn bị cho khởi động đàm phán FTA Việt Nam-EU vẫn đang tiến triển từ năm 2010. FTA Việt Nam-EU trong tương lai sẽ là cột mốc quan trọng trong quan hệ Việt Nam-EU và tạo cơ hội tiếp cận thị trường cho cả hai bên, đồng thời góp phần làm sâu sắc thêm tiến trình tự do hóa thương mại ở phạm vi khu vực và toàn cầu.⁴⁸

Đối với đối tác Hoa Kỳ, kể từ khi hai nước Việt Nam và Hoa Kỳ bình thường hóa quan hệ ngoại giao năm 1995, quan hệ thương mại giữa hai nước ngày càng phát triển. Năm 2010, Việt Nam là đối tác thương mại hàng hóa đứng thứ 30 của Hoa Kỳ, với tổng thương mại hai chiều 18,6 tỉ USD.⁴⁹ Đến thời điểm năm 2011, thương mại hai nước đạt hơn 20 tỉ USD, tăng gấp hơn 90 lần so với thương mại hai chiều 220 triệu USD năm 1994. Hoa Kỳ đứng thứ 6 trong danh sách các đối tác đầu tư nước ngoài lớn ở Việt Nam, với tổng vốn cam kết khoảng 15 tỉ USD vào thời điểm năm 2010. Người tiêu dùng Hoa Kỳ đã biết đến hàng may mặc, giày dép, cà phê, đồ gỗ, tôm, cá của Việt Nam; và người Việt Nam cũng biết Citibank, Intel, Microsoft, GE, Chevron, máy bay Boeing... của Hoa Kỳ. Đạt được những thành công bước đầu ấy là nhờ có Hiệp định thương mại song phương 2000 ('BTA'), Quy chế thương mại bình thường vĩnh viễn 2006 ('PNTR'), Hiệp định khung về thương mại và đầu tư 2007 ('TIFA'), và nhiều hiệp định khác được kí kết giữa hai nước. Trong tương lai, hai nước sẽ ký kết Hiệp định đầu tư song phương ('BIT') và sẽ cùng tham gia Hiệp định đối tác kinh tế chiến lược xuyên Thái Bình Dương ('TPP'). Trong quan hệ thương mại Việt Nam-Hoa Kỳ, vẫn còn một số vấn đề cần tiếp tục phát triển, như đàm phán về quy chế nền kinh tế thị trường của Việt Nam, và việc hàng hóa của Việt Nam được hưởng ưu đãi GSP từ phía Hoa Kỳ.

Trong quan hệ thương mại song phương Việt Nam-Trung Quốc, đến thời điểm năm 2012, hai nước đã kí kết trên 50 hiệp định, đặt cơ sở pháp lí cho quan hệ hợp tác lâu dài giữa hai nước, trong đó có các hiệp định tạo hành lang pháp lí cơ bản cho quan hệ thương mại hai nước, như

⁴⁸ Phái đoàn EU tại Việt Nam, http://eeas.europa.eu/delegations/vietnam/eu_vietnam/political_relations/index_en.htm

⁴⁹ Cơ quan Đại diện thương mại Hoa Kỳ (USTR), <http://www.ustr.gov/countries-regions/southeast-asia-pacific/vietnam>.

Hiệp định thương mại; Hiệp định mua bán hàng hoá tại vùng biên giới; Hiệp định hợp tác du lịch; Hiệp định về thành lập Ủy ban hợp tác kinh tế; Hiệp định thanh toán; các hiệp định về giao thông, vận tải đường sắt, đường bộ, đường hàng không. Không giống quan hệ thương mại song phương với EU hay Hoa Kỳ, bên cạnh thương mại chính ngạch, giữa Việt Nam và Trung Quốc còn có một bộ phận rất quan trọng nữa của thương mại quốc tế - đó là thương mại biên giới. Hai nước đã ký kết một số hiệp định điều chỉnh quan hệ thương mại biên giới, như: Hiệp định mậu dịch Việt Nam-Trung Quốc 1991; Hiệp định về mua bán hàng hoá ở vùng biên giới giữa Việt Nam và Trung Quốc 1998; Hiệp định về lĩnh vực bảo vệ và kiểm dịch thực vật Việt Nam-Trung Quốc 2007... Hai nước đã nhất trí tiếp tục mở rộng và làm sâu sắc hơn quan hệ hợp tác kinh tế-thương mại thông qua việc ký kết 'Quy hoạch phát triển 5 năm hợp tác kinh tế-thương mại giai đoạn 2012-2016' vào ngày 15/10/2011. Quy hoạch này sẽ tạo xung lực mới cho hợp tác kinh tế-thương mại giữa hai nước, với mục tiêu chủ yếu là tiếp tục mở rộng và làm sâu sắc hơn quan hệ hợp tác kinh tế-thương mại Việt Nam-Trung Quốc, đồng thời làm phong phú thêm nội dung hợp tác, tạo ra phương thức hợp tác mới; nghiên cứu những biện pháp nhằm giảm mức độ mất cân bằng trong cán cân thương mại giữa hai nước. Năm 2010, thương mại hai chiều chiếm khoảng 14,07% tổng kim ngạch ngoại thương của Việt Nam, nhưng chỉ chiếm 0,78% tổng kim ngạch ngoại thương của Trung Quốc.

Tiếp tục chính sách đa phương hóa, đa dạng hóa quan hệ đối ngoại, trong những năm tới, về quan hệ thương mại song phương, Việt Nam sẽ ưu tiên phát triển quan hệ hợp tác và hữu nghị truyền thống với các nước láng giềng có chung biên giới (Trung Quốc, Lào, và Cam-pu-chia), đồng thời nỗ lực làm sâu sắc hơn nữa quan hệ với các đối tác thương mại chủ chốt, trên cơ sở đảm bảo lợi ích của cả Việt Nam và các đối tác trong quan hệ thương mại song phương.

Câu hỏi/Bài tập

1. Tại sao EU quyết định tiến hành các cuộc đàm phán thương mại song phương với Việt Nam?
2. Tác động của các quy định về TBT của EU đối với Việt Nam là gì?

Việt Nam cần có chiến lược gì để vượt qua các rào cản này?

3. FTA Việt Nam-EU sẽ điều chỉnh vấn đề AD như thế nào? Vấn đề chủ yếu đối với Việt Nam là gì?
4. Theo anh/chị, khi đàm phán FTA Việt Nam-EU, lợi ích của Việt Nam và EU là gì?
5. Bình luận về các hiệp định điều chỉnh quan hệ thương mại Việt Nam-Hoa Kỳ.
6. Bình luận về các hiệp định điều chỉnh quan hệ thương mại Việt Nam-Trung Quốc.

Tài liệu cần đọc

1. J. M. Philippe, E. Laurenza, F. Lupo Pasini, *The Free Trade Agreement between Vietnam and the European Union: Quantitative and Qualitative Impact Analysis*, MUTRAP Report, Hà Nội, MUTRAP III, (2010).
2. Razeen, Sally, *Looking East: The European Union's New FTA Negotiations in Asia*, Jan Tumlrir Policy Essays No 3, ECIPE, (2007).
3. Stephen Woolcock, *European Union Policy Towards Free Trade Agreements*, ECIPE Working Paper No 3/2007, ECIPE, (2007).
4. Stephen Woolcock, *The Treaty of Lisbon and the European Union as An Actor in International Trade*, ECIPE Working Paper No 01/2010, ECIPE, (2010).
5. Jennifer Hillman và David Kleimann, *Trading Places: The New Dynamics of EU Trade Policy under the Treaty of Lisbon*, Economic Policy Paper Series, (2010), The German Marshall Fund of the United States, (2010).
6. Sung-Hoon Park và Heungchong Kim, *Asia Strategy of the European Union and Asia-EU Economic Relations: Basic Concepts and New Developments*.
7. The Vietnam-US Trade Council and Ministry of Trade, *The Summary of the Vietnam-US Bilateral Trade Agreement*, <http://www.usvtc.org>

Websites hữu ích

<http://europa.eu>

http://eeas.europa.eu/delegations/vietnam/eu_vietnam/political_relations/index_en.htm

<http://www.mutrap.org.vn>

<http://www.usvtc.org>

<http://www.ustr.gov>

<http://www.chinhphu.vn>

<http://www.mofa.gov.vn>

<http://www.nciec.gov.vn>

<http://www.intertradelaw.hlu.edu.vn>

PHẦN 2
LUẬT THƯƠNG MẠI QUỐC TẾ
CÓ SỰ THAM GIA CHỦ YẾU CỦA THƯƠNG NHÂN

CHƯƠNG 5
PHÁP LUẬT ĐIỀU CHỈNH
QUAN HỆ MUA BÁN HÀNG HOÁ QUỐC TẾ

Mục 1. GIỚI THIỆU (*)

1. Thế nào là mua bán hàng hoá quốc tế?

Trong hoạt động kinh doanh nói chung và kinh doanh quốc tế nói riêng, mua bán hàng hoá là một giao dịch chủ yếu. Ở quy mô trong nước, mua bán hàng hoá thực hiện chức năng trao đổi hàng hoá trong xã hội; ở quy mô quốc tế, nó làm nhiệm vụ trao đổi hàng hoá giữa các nước thông qua các hoạt động xuất khẩu, nhập khẩu hàng hoá.

Việc mua bán giữa các thương nhân thuộc các nước khác nhau là một tất yếu khách quan, xuất phát từ lợi thế so sánh giữa các nước. Về cơ bản, mỗi nước có những lợi thế tương đối so với nước khác về một số lĩnh vực hàng hoá, vì vậy, nước đó sẽ xuất khẩu những mặt hàng này và sẽ nhập khẩu những mặt hàng khác mà mình ít có lợi thế hơn.

Tuy những loại hình giao dịch kinh doanh quốc tế mới xuất hiện ngày càng nhiều, như cung ứng dịch vụ quốc tế, đầu tư quốc tế, v.v. song mua bán hàng hoá quốc tế - một giao dịch mặc dù được coi là truyền thống và cổ điển - vẫn có giá trị quan trọng bậc nhất trong các giao dịch kinh doanh quốc tế.

(*) Tác giả: Nguyễn Minh Hằng, Tiến sĩ, Giảng viên, Giám đốc Trung tâm nghiên cứu về pháp luật thương mại quốc tế, Trường Đại học Ngoại thương Hà Nội (FTU). Người biên dịch: Văn Khánh Thư, Thạc sĩ, Chuyên viên, Ban Thư ký, Bộ Tư pháp.

Điều 27 Luật thương mại Việt Nam 2005 nêu rõ mua bán hàng hoá quốc tế ‘được thực hiện dưới các hình thức xuất khẩu, nhập khẩu, tạm nhập, tái xuất, tạm xuất tái nhập và chuyển khẩu’.

Hoạt động mua bán hàng hoá quốc tế là hoạt động mua bán hàng hoá vượt ra ngoài phạm vi một quốc gia, diễn ra tại nhiều nước khác nhau, với nhiều yếu tố khác biệt về địa lí, lịch sử, khí hậu, cũng như các yếu tố kinh tế, chính trị, luật pháp, văn hoá, tôn giáo... Chính vì vậy, hoạt động này mang tính phức tạp hơn hoạt động mua bán hàng hoá trong nước và có nhiều rủi ro hơn. Những rào cản về văn hoá có thể gây nên những bất đồng và xung đột về quan niệm, về phong cách làm việc, thói quen kinh doanh, thị hiếu tiêu dùng... Yếu tố địa lí, khí hậu của một nước đôi khi cũng là một vấn đề quan trọng cần phải được các nhà kinh doanh quốc tế quan tâm, vì nó có thể ảnh hưởng trực tiếp tới sự chấp nhận sản phẩm mới trên thị trường¹.

Yếu tố quốc tế trong mua bán hàng hoá cũng sẽ làm phát sinh những vấn đề pháp lí đặc thù so với mua bán hàng hoá trong nước, như vấn đề rủi ro đối với hàng hoá trong quá trình vận tải từ nước này sang nước khác, rủi ro trong thanh toán, chuyển tiền quốc tế, hay sự xuất hiện thường xuyên của hiện tượng xung đột luật, v.v.. Đó cũng là những vấn đề mà pháp luật về mua bán hàng hoá quốc tế phải giải quyết.

2. Pháp luật mua bán hàng hoá quốc tế

Nhiều nguồn luật khác nhau có thể được áp dụng để điều chỉnh giao dịch mua bán hàng hoá quốc tế, trong đó có ba nguồn luật chủ yếu là: luật quốc gia, điều ước quốc tế và tập quán thương mại quốc tế.

A. Luật quốc gia

Mua bán hàng hoá là một hoạt động cơ bản của bất kì nền kinh tế nào, vì thế, nước nào cũng có các quy tắc pháp luật điều chỉnh hợp đồng mua bán hàng hoá. Ở một số nước, có những văn bản riêng điều chỉnh hợp đồng mua

¹ Độ cao, độ ẩm, nhiệt độ là những đặc điểm khí hậu ảnh hưởng tới công dụng và chức năng của sản phẩm. Sản phẩm được xem là hoàn hảo ở những nước ôn đới cũng có thể bị hư hỏng nhanh chóng tại những nước nhiệt đới. Ví dụ, các nhà sản xuất nhận ra rằng khi các thiết bị xây dựng ở Hoa Kỳ được đem bán tại sa mạc Sa-ha-ra thì cần phải điều chỉnh nhiều, để có thể chịu đựng được cái nóng và bụi gay gắt của vùng sa mạc này. Khí hậu khác nhau ở châu Âu khiến cho hãng Bosch-Siemens buộc phải sửa đổi những chiếc máy giặt của họ. Bởi vì ở Đức không có nhiều ánh nắng mặt trời, nên những chiếc máy giặt phải có đặc điểm là tốc độ vắt cao khoảng 1000-1600 vòng/phút. Quần áo phải khô hơn khi ra khỏi máy giặt, vì người sử dụng không thể chờ có quần áo khô khi phải phơi thêm ngoài trời cả ngày. Ngược lại, ở Ý và Tây Ban Nha thì lượng ánh sáng mặt trời hàng năm cao hơn rất nhiều, nên tốc độ quay của máy giặt chỉ khoảng 500 vòng/phút.

bán hàng hoá, ví dụ, ở Anh có Luật mua bán hàng hoá 1979. Ở một số nước khác, pháp luật về mua bán hàng hoá được quy định như một phần của luật thương mại (ví dụ, pháp luật Việt Nam). Ở Trung Quốc, chế định về hợp đồng mua bán hàng hoá là một chương trong Luật hợp đồng 1999.

Tuy vậy, một hợp đồng mua bán hàng hoá quốc tế có thể được điều chỉnh cùng một lúc bởi pháp luật của nhiều nước. Ví dụ, một doanh nghiệp Việt Nam xuất khẩu hàng hoá sang Hoa Kỳ bằng đường biển. Doanh nghiệp kí hợp đồng chuyên chở đường biển với người chuyên chở của Xinh-ga-po. Không may, trong hành trình, tàu gặp bão và phải vào một cảng lánh nạn ở Ma-lai-xi-a. Người bảo hiểm của lô hàng là một công ty Hồng Kông. Một giao dịch như vậy chịu sự tác động không phải của một mà của nhiều hệ thống pháp luật quốc gia khác nhau, và hợp đồng ‘có tính quốc tế’ này có thể được điều chỉnh bởi pháp luật quốc gia của các chủ thể hợp đồng, pháp luật của nước nơi kí kết hợp đồng, nơi thực hiện hợp đồng, nơi xảy ra tranh chấp, nơi có tài sản là đối tượng của hợp đồng...

Khi pháp luật của các nước này có những quy định khác nhau về cùng một vấn đề đang tranh chấp, thì sẽ làm phát sinh vấn đề xung đột luật. Ví dụ, xung đột luật về hình thức hợp đồng, hay xung đột luật về nội dung của hợp đồng.

- *Xung đột luật về hình thức hợp đồng*: Luật của các nước quy định khác nhau về hình thức của hợp đồng mua bán hàng hoá quốc tế. Theo luật của một số nước, như Anh, Pháp, Hoa Kỳ, Đức, hợp đồng mua bán hàng hoá quốc tế có thể được giao kết bằng văn bản, bằng lời nói hoặc bằng hành vi cụ thể, trừ trường hợp mua bán bất động sản². Trong khi đó, theo luật của một số nước khác, như Việt Nam, Trung Quốc, hợp đồng mua bán hàng hoá quốc tế phải được giao kết bằng văn bản.³ Như vậy, các hợp đồng được giao kết bằng lời nói, hoặc bằng hành vi⁴ sẽ có hiệu lực theo pháp luật của một số nước, song theo pháp luật của một số nước khác sẽ chưa phát sinh hiệu lực pháp luật.

² GS.TS. Nguyễn Thị Mơ, *Giáo trình pháp lý đại cương*, Nxb. Giáo dục, Hà Nội, (2005), tr. 191.

³ Khoản 2 Điều 27 Luật thương mại Việt Nam năm 2005 quy định: ‘Mua bán hàng hoá quốc tế phải được thực hiện trên cơ sở hợp đồng bằng văn bản hoặc bằng hình thức khác có giá trị pháp lý tương đương’. Các hình thức có giá trị tương đương văn bản bao gồm điện báo, telex, fax, thông điệp dữ liệu và các hình thức khác theo quy định của pháp luật (Khoản 15 Điều 3); thông điệp dữ liệu là thông tin được tạo ra, gửi đi, nhận và lưu giữ bằng phương tiện điện tử (Khoản 5 Điều 3).

⁴ Ví dụ, người được chào hàng chấp nhận đơn chào hàng bằng việc mở L/C, gửi tiền ứng trước cho người chào hàng.

- *Xung đột luật về nội dung hợp đồng*: Nói đến nội dung của hợp đồng thương mại quốc tế là đề cập nhiều vấn đề phức tạp, như quyền và nghĩa vụ của các bên, các điều khoản cần phải được thoả thuận trong hợp đồng (điều khoản chủ yếu của hợp đồng), việc áp dụng các biện pháp khắc phục khi có sự vi phạm hợp đồng, trong trường hợp nào được áp dụng chế tài nghiêm khắc nhất (chế tài hủy hợp đồng), v.v. Về vấn đề này, luật của các nước quy định không giống nhau. Ví dụ, theo luật của Pháp, Đức, Nhật Bản, điều khoản chủ yếu của hợp đồng bao gồm đối tượng của hợp đồng và giá cả, trong khi theo luật của Anh, Hoa Kỳ, Úc, chỉ cần hai bên xác định rõ đối tượng hợp đồng là đủ.⁵ Về quyền và nghĩa vụ của người mua và người bán trong hợp đồng mua bán, luật của Pháp quy định theo hướng bảo vệ quyền lợi của người mua (người tiêu dùng), trong khi luật của Đức lại bảo vệ cho người bán.⁶ Về vấn đề bất khả kháng trong thực hiện hợp đồng, theo pháp luật của một số nước, đình công được coi là trường hợp bất khả kháng, nhưng ở một số nước khác thì không.

Để giải quyết xung đột luật, cách tốt nhất là các bên trong hợp đồng thoả thuận lựa chọn một luật quốc gia nào đó để điều chỉnh hợp đồng của họ. Pháp luật quốc gia cũng như các điều ước quốc tế có liên quan⁷ đều khẳng định quyền tự do lựa chọn luật áp dụng của các bên tham gia vào một giao dịch kinh doanh quốc tế. Quyền tự do này được thừa nhận trong nhiều văn bản pháp luật của Việt Nam liên quan đến việc điều chỉnh các loại hợp đồng khác nhau.⁸ Nhưng cần lưu ý là quyền tự do này luôn được giới hạn trong khuôn khổ pháp luật và không được trái với các quy phạm được gọi là ‘trật tự công cộng quốc tế’, ‘các nguyên tắc cơ bản của pháp luật’, hay các ‘quy phạm mệnh lệnh’ áp dụng cho một số tình huống nhất định, cho dù luật điều chỉnh hợp đồng là luật nào.

Nếu các bên trong hợp đồng mua bán hàng hoá quốc tế không lựa chọn luật áp dụng, thì theo các nguyên tắc chung của tư pháp quốc tế, luật áp dụng cho hợp đồng sẽ được xác định bằng cách áp dụng các quy phạm xung đột.

⁵ GS.TS. Nguyễn Thị Mơ, Sdd, tr. 192.

⁶ VCCI và Danida, *Cẩm nang hợp đồng thương mại*, Hà Nội, (2007), tr. 93-94.

⁷ Khoản 1 Điều 3 Công ước Rô-ma năm 1980 về luật áp dụng cho các nghĩa vụ hợp đồng.

⁸ Đoạn 2 Khoản 3 Điều 759 Bộ luật dân sự 2005; Khoản 2 Điều 5 Luật thương mại 2005; Khoản 2 Điều 4 Bộ luật hàng hải 2005.

Quy phạm xung đột là quy phạm chỉ ra hệ thống pháp luật nào trong số các hệ thống pháp luật đang xung đột được áp dụng cho các giao dịch kinh doanh quốc tế trong từng trường hợp cụ thể.⁹ Quy phạm xung đột không trực tiếp quy định quyền và nghĩa vụ của các chủ thể khi tham gia quan hệ pháp luật, mà chỉ mang tính chất ‘dẫn chiếu’. Nó thực hiện nhiệm vụ hướng dẫn việc lựa chọn một cách khách quan luật áp dụng, mà luật đó có liên quan nhiều nhất và có hiệu lực áp dụng nhất cho loại quan hệ pháp luật nhất định. Khi quy phạm xung đột dẫn chiếu tới luật nào đó, thì luật được áp dụng có thể là luật của nước nơi có toà án giải quyết tranh chấp (‘lex fori’), hoặc là luật của một nước khác.

Hầu hết các nước đều có các quy phạm xung đột, nhằm giúp toà án nước mình lựa chọn luật áp dụng khi giải quyết các tranh chấp kinh doanh quốc tế nói chung và các tranh chấp về hợp đồng mua bán hàng hoá nói riêng. Pháp luật Việt Nam có các quy phạm xung đột được quy định trong nhiều văn bản pháp luật. Bộ luật dân sự Việt Nam 2005 đưa ra quy phạm giải quyết xung đột về địa vị pháp lí của cá nhân là người nước ngoài, của pháp nhân nước ngoài, xung đột về hợp đồng¹⁰ hay về trách nhiệm bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng,¹¹ v.v... Ngoài ra, các quy phạm xung đột còn được quy định trong một số văn bản khác, như: Luật đầu tư 2005, Bộ luật hàng hải 2005, Luật thương mại 2005, v.v. Một số nước ban hành riêng một Bộ luật tư pháp quốc tế. Ví dụ: Ba Lan có Bộ luật Tư pháp quốc tế 1965 điều chỉnh các quan hệ dân sự, hôn nhân gia đình, lao động;¹² Bỉ có Luật tư pháp quốc tế 2004.

Như vậy, luật quốc gia áp dụng cho hợp đồng mua bán hàng hoá quốc tế có thể là các quy phạm luật thực chất (trực tiếp quy định quyền và nghĩa vụ của các bên trong hợp đồng), có thể là các quy phạm xung đột (quy phạm ‘dẫn chiếu’ tới luật của một quốc gia cụ thể và luật đó sẽ được áp dụng để điều chỉnh hợp đồng).

B. Điều ước quốc tế

Hiện tượng xung đột luật trong hợp đồng mua bán hàng hoá quốc tế có thể

⁹ GS.TS. Nguyễn Thị Mơ (Chủ biên), Sđd, tr. 195; Trường Đại học Luật Hà Nội, *Giáo trình tư pháp quốc tế*, Nxb. Tư pháp, (2006), tr. 39.

¹⁰ Khoản 1 Điều 769 Bộ luật dân sự Việt Nam 2005 quy định: ‘Quyền và nghĩa vụ của các bên theo hợp đồng được xác định theo pháp luật của nước nơi thực hiện hợp đồng, nếu không có thoả thuận khác’.

¹¹ Khoản 1 Điều 773 Bộ luật dân sự Việt Nam 2005 quy định: ‘Việc bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng được xác định theo pháp luật của nước nơi xảy ra hành vi gây thiệt hại hoặc phát sinh hậu quả thực tế của hành vi gây thiệt hại’.

¹² GS.TS. Nguyễn Thị Mơ (Chủ biên), Sđd, tr. 174.

gây ra những tranh chấp, xung đột trong thực tiễn. Vì vậy, để tránh hiện tượng nói trên, các nước thường cùng nhau đàm phán để kí kết các điều ước quốc tế có liên quan, nhằm thống nhất một số quy tắc pháp luật điều chỉnh các quan hệ này. Có hai loại điều ước quốc tế liên quan: điều ước quốc tế thống nhất luật thực chất, và điều ước quốc tế thống nhất luật xung đột. Các điều ước này có thể là song phương hoặc đa phương.

1. Điều ước quốc tế thống nhất luật thực chất

Thống nhất luật thực chất là việc các nước cùng nhau thoả thuận xây dựng các quy phạm thực chất để điều chỉnh các quan hệ mua bán hàng hoá quốc tế. Từ những thập kỉ 20 của thế kỉ XX đã xuất hiện rất nhiều điều ước thương mại quốc tế chứa đựng các quy phạm thực chất thống nhất được kí kết và thực hiện như một xu hướng phát triển kinh tế tất yếu của thế giới.

Trong lĩnh vực mua bán hàng hoá quốc tế, có một số điều ước quốc tế quan trọng như sau:

- *Hai Công ước La Hay 1964 về mua bán quốc tế động sản hữu hình*

Công ước thứ nhất mang tên ‘Luật thống nhất về giao kết hợp đồng mua bán quốc tế các động sản hữu hình’ (Convention on Uniform Law on the Formation of Contracts for the International Sales - viết tắt là ‘ULF’). Công ước thứ hai là ‘Luật thống nhất về mua bán quốc tế các động sản hữu hình’ (Convention on Uniform Law on the International Sales of Goods - viết tắt là ‘ULIS’).¹³ Hai công ước này trên thực tế rất ít được áp dụng. Hiện nay, các nước gia nhập Công ước Viên 1980 (viết tắt là ‘CISG’) đều đã tuyên bố từ bỏ hai công ước nói trên.

- *Công ước Viên 1980 của Liên hợp quốc về hợp đồng mua bán hàng hoá quốc tế* (United Nations Convention on Contracts for International Sale of Goods, viết tắt là ‘CISG’)

Công ước này được kí tại Viên (Áo) vào ngày 11/4/1980 và chính thức có hiệu lực từ ngày 01/01/1988. CISG được soạn thảo bởi Ủy ban của Liên hợp quốc về Luật thương mại quốc tế (‘UNCITRAL’) trong một nỗ lực tạo ra một văn bản thống nhất luật thực chất cho hợp đồng mua bán hàng hoá quốc tế. Công ước này là công ước được áp dụng rộng rãi nhất và có sức ảnh hưởng mạnh nhất trong giao dịch mua bán hàng hoá quốc tế hiện nay. Ngày

¹³ Hai công ước này đã được 7 quốc gia phê chuẩn: Đức, Bỉ, Găm-bi-a, Ý, Hà Lan, Anh, Saint Martin và I-xơ-ra-en.

1/8/2011, UNCITRAL báo cáo đã có 77 nước thông qua Công ước¹⁴ và ước tính Công ước điều chỉnh các giao dịch chiếm ba phần tư thương mại hàng hoá thế giới. Công ước này góp phần quan trọng vào việc loại bỏ các xung đột luật giữa các quốc gia. Các hợp đồng được kí kết giữa các bên có trụ sở thương mại tại các nước thành viên của Công ước Viên sẽ được điều chỉnh thống nhất bởi Công ước này, mà không còn tranh cãi về luật của nước nào sẽ được áp dụng nữa. Công ước quy định cụ thể về quyền và nghĩa vụ của người bán, người mua, trách nhiệm của mỗi bên khi vi phạm hợp đồng, các trường hợp miễn trách nhiệm... Các quy định của Công ước thường là khách quan, không gắn với hệ thống pháp luật quốc gia nào và có tính đến các vấn đề pháp lí thường phát sinh trong thực tiễn mua bán hàng hoá, vì thế tạo ra các giải pháp an toàn, công bằng cho các bên trong hợp đồng. Nội dung về Công ước này sẽ được trình bày kĩ hơn tại Mục 3 của chương này.

2. Điều ước quốc tế thống nhất luật xung đột

Thực tiễn giải quyết xung đột pháp luật của các quốc gia cho thấy, đối với cùng một quan hệ pháp luật cụ thể, các nước có các quy phạm xung đột không giống nhau. Nếu liên quan đến cùng một vấn đề (cùng một phạm vi) mà các nước có các quy phạm xung đột khác nhau (với các hệ thuộc khác nhau), thì sẽ nảy sinh hiện tượng ‘xung đột của quy phạm xung đột’. Điều này khiến cho việc giải quyết xung đột luật bằng quy phạm xung đột trở thành một phương pháp chứa đựng nhiều khó khăn và rủi ro. Ví dụ, cùng một tranh chấp về hợp đồng kinh doanh quốc tế, nếu được xét xử tại toà án nước A và áp dụng quy phạm xung đột của nước A, thì luật điều chỉnh hợp đồng có thể sẽ khác với luật điều chỉnh do toà án nước B lựa chọn theo quy phạm xung đột của nước B. Điều này sẽ khiến các bên khó dự đoán về luật áp dụng, vì tranh chấp của họ có thể sẽ được giải quyết ở nhiều toà án khác nhau. Đây là một khó khăn rất lớn khi áp dụng các quy phạm xung đột để giải quyết tranh chấp trong mua bán hàng hoá quốc tế. Chính vì thế, các nước hiện nay có xu hướng đàm phán và kí kết các điều ước quốc tế để thống nhất các quy phạm xung đột.

Các quy phạm xung đột thống nhất có thể được quy định trong các điều ước quốc tế song phương hoặc đa phương.

Các điều ước quốc tế song phương có liên quan đến vấn đề này là các hiệp định tương trợ tư pháp. Trước năm 1992, khi còn tồn tại Liên Xô và

¹⁴ CISG: *Table of Contracting States*, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/countries/cntries.html>.

các nước xã hội chủ nghĩa cũ ở Đông Âu, Việt Nam đã kí kết 6 hiệp định tương trợ tư pháp song phương với các nước Cộng hoà dân chủ Đức, Liên Xô, Tiệp Khắc, Cu-ba, Hung-ga-ri, và Bun-ga-ri¹⁵. Sau năm 1992, kể từ khi có Hiến pháp mới cho đến nay, Việt Nam đã kí thêm 9 hiệp định tương trợ tư pháp với Ba Lan, Lào, Trung Quốc, Liên bang Nga, Pháp, U-cơ-rai-na, Mông Cổ, Bê-la-ru-xi-a, và Cộng hoà dân chủ nhân dân Triều Tiên. Trong các hiệp định này (trừ các hiệp định với Pháp và Trung Quốc), đều có các quy phạm xung đột được áp dụng thống nhất với các nước kí kết, ví dụ, các quy phạm xác định luật áp dụng cho các quan hệ dân sự theo nghĩa rộng có yếu tố nước ngoài, và quy phạm xác định cơ quan tư pháp có thẩm quyền. Tuy vậy, có một nhận xét chung là các quy phạm này thường chỉ tập trung vào các quan hệ hôn nhân gia đình, quan hệ thừa kế, mà ít có những quy phạm xung đột liên quan đến lĩnh vực thương mại quốc tế.

Các điều ước quốc tế đa phương về thống nhất quy phạm xung đột thường được thông qua trong khuôn khổ một tổ chức quốc tế, trong đó quan trọng nhất là Hội nghị La Hay về tư pháp quốc tế. Hội nghị La Hay là thiết chế thường trực có nhiệm vụ thống nhất tư pháp quốc tế trên phạm vi toàn cầu.¹⁶ Hội nghị này đã xây dựng và thông qua hàng chục điều ước quốc tế, trong đó có một số điều ước quốc tế đã được áp dụng khá rộng rãi và có tầm quan trọng đáng kể trong việc giải quyết xung đột luật trong mua bán hàng hoá quốc tế.

Trong các điều ước quốc tế đa phương thống nhất quy phạm xung đột, các điều ước quốc tế sau đây được áp dụng khá rộng rãi:

- *Công ước La Hay 1955 về luật áp dụng đối với mua bán quốc tế các động sản hữu hình (The Hague Convention 1955 on the Law Applicable to International Sales of Goods)*

Theo Công ước này, hợp đồng mua bán hàng hoá quốc tế phải tuân thủ luật mà các bên lựa chọn. Nếu không có sự thoả thuận thống nhất của các bên về luật áp dụng, thì luật của nước nơi người bán có trụ sở kinh doanh vào lúc nhận được đơn đặt hàng, sẽ được áp dụng, trừ các trường hợp ngoại lệ sau: (i) Khi đơn đặt hàng được giao cho một chi nhánh của người bán thực hiện, thì luật của nước nơi có chi nhánh được áp dụng; (ii) Khi đơn đặt hàng được giao cho người bán hoặc đại lí của người bán ở nước người

¹⁵ Đến nay, Hiệp định với Cộng hoà dân chủ Đức đã hết hiệu lực, Hiệp định với Liên Xô được Liên bang Nga kế thừa (mặc dù giữa Việt Nam và Liên bang Nga đã kí hiệp định mới, nhưng hiệp định mới này hiện chưa có hiệu lực), Hiệp định với Tiệp Khắc được cả Séc và Xlô-va-ki-a kế thừa.

¹⁶ Xem: Danh sách 69 nước thành viên của Tổ chức này, http://www.hcch.net/index_en.php?act=states.listing

mua, thì luật của nước nơi người mua thường trú được áp dụng (Điều 3). Công ước này có hiệu lực năm 1964 và hiện nay đã có 8 nước thành viên (Đan Mạch, Phần Lan, Pháp, Ý, Na Uy, Thụy Điển, Thụy Sĩ và Ni-giê).¹⁷

- *Công ước Rô-ma 1980 về luật áp dụng đối với các nghĩa vụ phát sinh từ hợp đồng (The Rome Convention 1980 on the Law Applicable to Contractual Obligations)*

Công ước này có 9 nước thành viên châu Âu, bao gồm Bỉ, Đan Mạch, Pháp, Đức, Ai-len, Ý, Luych-xăm-bua, Hà Lan và Anh. Sau đó, Công ước này lần lượt được sự tham gia của 6 nước khác là Hy Lạp, Tây Ban Nha, Bồ Đào Nha, Áo, Phần Lan và Thụy Điển. Đây là một Công ước được áp dụng rất rộng rãi tại các nước châu Âu.

Công ước được áp dụng đối với các nghĩa vụ phát sinh từ hợp đồng. Theo Công ước, một hợp đồng sẽ được điều chỉnh bởi luật do các bên lựa chọn. Sự lựa chọn này phải được thể hiện rõ trong các điều khoản của hợp đồng hoặc theo hoàn cảnh của vụ việc. Các bên có thể lựa chọn luật áp dụng cho toàn bộ hoặc chỉ một phần của hợp đồng.

Trong trường hợp các bên không lựa chọn luật áp dụng cho hợp đồng, thì hợp đồng sẽ được điều chỉnh theo luật của ‘các nước có mối liên hệ mật thiết nhất’ với hợp đồng đang tranh chấp. ‘Nước có mối liên hệ mật thiết nhất’ với hợp đồng đang tranh chấp được xác định theo nguyên tắc tại khoản 2 Điều 4 của Công ước. Theo nguyên tắc này, ‘nước có mối liên hệ mật thiết nhất’ với hợp đồng là nước có địa bàn kinh doanh chính của bên thực hiện nghĩa vụ chính.

C. Tập quán thương mại quốc tế

Tập quán thương mại quốc tế cũng là nguồn luật quan trọng điều chỉnh hợp đồng mua bán hàng hoá quốc tế. Tập quán thương mại quốc tế là những thói quen phổ biến được thừa nhận và áp dụng rộng rãi trong hoạt động kinh doanh ở một khu vực nhất định hoặc trên phạm vi toàn cầu. Những tập quán quốc tế được áp dụng phổ biến trong mua bán hàng hoá quốc tế bao gồm: Các điều kiện cơ sở giao hàng trong mua bán hàng hoá quốc tế (viết tắt là ‘INCOTERMS’) được Phòng thương mại quốc tế (‘ICC’) tập hợp và ban hành từ năm 1936 (và đã được sửa đổi vào các năm 1953, 1968, 1976, 1980, 1990, 2000 và 2010) (xem Mục 2 của Chương này); Tập quán và thực hành thống nhất về tín dụng chứng từ (viết tắt là ‘UCP’) (xem Mục 4 của Chương này).

¹⁷ http://hcch.e-vision.nl/index_en.php?act=conventions.status&cid=31

Các tập quán được hình thành lâu đời trong các quan hệ thương mại quốc tế, thường quy định về những vấn đề đặc thù trong mua bán hàng hoá quốc tế (mà thường luật quốc gia không có quy định), như việc chuyển giao rủi ro từ người bán sang người mua, nghĩa vụ của mỗi bên liên quan đến vận tải hàng hoá, mua bảo hiểm cho hàng hoá, thực hiện các thủ tục hải quan ở nước xuất khẩu và ở nước nhập khẩu. Các tập quán thương mại quốc tế chỉ có tính chất hướng dẫn chứ không có tính chất bắt buộc, tuy vậy, khi một tập quán được các bên thoả thuận ghi nhận hoặc dẫn chiếu vào hợp đồng mua bán hàng hoá quốc tế, thì sẽ có hiệu lực áp dụng bắt buộc đối với các chủ thể.

D. Các nguồn luật khác

Ngoài ra, có một số nguồn luật khác cũng đang ngày càng trở nên quan trọng trong việc điều chỉnh các hợp đồng thương mại quốc tế nói chung và hợp đồng mua bán hàng hoá quốc tế nói riêng, và có tính chất pháp lý tương tự như các tập quán thương mại quốc tế - đó là các 'hợp đồng mẫu' và các 'nguyên tắc chung của luật hợp đồng'.¹⁸

Trước hết, về các 'hợp đồng mẫu': cần phân biệt các hợp đồng mẫu do một hiệp hội nghề nghiệp soạn thảo và các hợp đồng mẫu được đưa ra bởi các tổ chức độc lập đối với các bên.

Trong thương mại quốc tế, loại 'hợp đồng mẫu' đầu tiên rất phổ biến. Trong nhiều lĩnh vực, các hiệp hội nghề nghiệp đã soạn thảo các hợp đồng mẫu, ví dụ, hợp đồng mẫu mua bán ngũ cốc (hợp đồng GAFTA), mua bán dầu (hợp đồng FOSFA), mua bán cà phê, ca-cao hay bông, v.v.. Các hợp đồng nói trên được soạn thảo với những nội dung phù hợp với đặc điểm của từng lĩnh vực kinh doanh tương ứng. Tuy nhiên, đôi khi các quy định của hợp đồng bị chỉ trích là có lợi hơn về mặt pháp lý cho các thành viên của hiệp hội.

Bên cạnh đó, các hợp đồng mẫu do các tổ chức độc lập soạn thảo thì thường không gặp phải những chỉ trích tương tự. Mục tiêu của các tổ chức này là cung cấp cho các nhà hoạt động thực tiễn các hợp đồng đầy đủ và công bằng cho quyền lợi của các bên. Phổ biến nhất là các hợp đồng mẫu và điều khoản mẫu do Phòng thương mại quốc tế (ICC) soạn thảo. Năm 1985, ICC đã ban hành điều khoản mẫu về bất khả kháng. Từ năm 1991, ICC đã xuất bản một loạt các hợp đồng mẫu trong nhiều lĩnh vực, trong đó có lĩnh

¹⁸ Một số nhà nghiên cứu gọi các nguồn luật này là 'luật mềm' ('soft law'), với ý nghĩa là những quy tắc pháp lý được ban hành bởi các tổ chức tư, hoặc đôi khi của các tổ chức công, nhưng không có giá trị bắt buộc.

vực mua bán hàng hoá. Các hợp đồng này có tính chắc chắn và độ tin cậy về mặt pháp lí, do chúng được soạn thảo bởi các chuyên gia trong lĩnh vực có liên quan. Hơn nữa, các quy định trong hợp đồng thường không liên quan đến một hệ thống pháp luật quốc gia cụ thể nào.

Hợp đồng mẫu sẽ trở thành nguồn luật cho hợp đồng mua bán hàng hoá quốc tế khi các bên dẫn chiếu đến hợp đồng mẫu hoặc đến một/một số điều khoản của hợp đồng mẫu.

Về ‘các nguyên tắc chung của luật hợp đồng’: đó thông thường là những nguyên tắc được đúc rút từ thực tiễn kinh doanh quốc tế, được các thương nhân thừa nhận và áp dụng cho các quan hệ hợp đồng thương mại quốc tế của mình và trở thành phổ biến: Nguyên tắc tự do hợp đồng, nguyên tắc hợp tác, nguyên tắc thiện chí, nguyên tắc phòng ngừa và hạn chế thiệt hại... Hầu hết các nguyên tắc này cũng được quy định thống nhất trong luật của các quốc gia, vì vậy dễ dàng được công nhận và trở nên phổ biến trong thương mại quốc tế. Đặc biệt, các tổ chức trọng tài thường dẫn chiếu đến các nguyên tắc này trong việc giải thích hợp đồng và giải quyết các tranh chấp phát sinh.¹⁹

Hiện nay, xu hướng áp dụng các nguyên tắc chung của pháp luật ngày càng gia tăng trong kinh doanh quốc tế. Lí do là: vì các nguyên tắc này tồn tại một cách độc lập với các hệ thống pháp luật quốc gia, nên sẽ dễ dàng đạt được sự chấp nhận của các bên trong hợp đồng. Hơn nữa, được hình thành từ thực tiễn kinh doanh quốc tế, các nguyên tắc này chứa đựng các quy phạm phù hợp với thực tiễn kinh doanh quốc tế luôn biến đổi, vận động. Xu hướng này được thể hiện ở việc: các nguyên tắc chung của pháp luật đã và đang được tập hợp lại và được ban hành dưới dạng các Bộ nguyên tắc. Có thể kể đến Bộ nguyên tắc về hợp đồng thương mại quốc tế (Principles of International Commercial Contracts - viết tắt là ‘PICC’) do Viện nghiên cứu quốc tế về thống nhất luật tư (International Institute for Unification of Private Law - viết tắt là ‘UNIDROIT’) biên soạn.²⁰ Bên cạnh đó còn có Bộ nguyên tắc về luật hợp đồng châu Âu (Principles of European Contract Law - viết tắt là PECL) do Ủy ban về luật hợp đồng châu Âu (thường được gọi là Ủy ban Lan-đô²¹) soạn thảo và ban hành. Nội dung của các Bộ nguyên tắc này sẽ được trình bày kĩ hơn tại Mục 3 của Chương này.

¹⁹ Những nguyên tắc này được các luật gia nói đến như các quy phạm pháp luật ‘siêu quốc gia’ hay ‘thương nhân luật’, hoặc theo thuật ngữ La-tinh là ‘*lex mercatoria*’.

²⁰ Xem toàn bộ nội dung của PICC từ website <http://www.unidroit.org>

²¹ Ủy ban này do Giáo sư, luật sư Ô-lê Lan-đô chủ trì.

Về tính chất pháp lí, các Bộ nguyên tắc này chỉ mang tính chất tham khảo, không bắt buộc đối với các bên trong hợp đồng. Nói cách khác, các Bộ nguyên tắc này không được áp dụng tự động hay bắt buộc đối với hợp đồng, mà chỉ được áp dụng khi các bên trong hợp đồng lựa chọn. Như vậy, các Bộ nguyên tắc này có giá trị giống như những tập quán thương mại quốc tế. Tuy vậy, nếu các tập quán thương mại quốc tế như INCOTERMS hay UCP chỉ điều chỉnh một hay một số vấn đề liên quan đến việc giao kết và thực hiện hợp đồng mua bán hàng hoá quốc tế, thì các Bộ nguyên tắc này chứa đựng một hệ thống các quy phạm tương đối hoàn chỉnh, điều chỉnh hầu hết mọi vấn đề pháp lí phát sinh trong việc giao kết và thực hiện hợp đồng thương mại quốc tế.

Các mục dưới đây của Chương này sẽ trình bày kĩ hơn về các nguồn luật quan trọng điều chỉnh hợp đồng mua bán hàng hoá quốc tế.

Mục 2. CÁC ĐIỀU KIỆN CƠ SỞ GIAO HÀNG TRONG MUA BÁN HÀNG HÓA QUỐC TẾ - INCOTERMS^(*)

1. Tổng quan về INCOTERMS

Các hợp đồng mua bán hàng hoá thường chứa đựng những điều kiện cơ sở giao hàng ở dạng viết tắt, mô tả thời gian và địa điểm người mua sẽ nhận hàng, địa điểm thanh toán, giá cả và thời điểm chuyển giao rủi ro đối với mất mát của hàng hoá dịch chuyển từ người bán sang người mua, và chi phí vận tải. Những điều kiện cơ sở giao hàng này được sử dụng rộng rãi trong thương mại quốc tế và nội dung thay đổi tùy thuộc vào luật điều chỉnh.

Nhóm điều kiện cơ sở giao hàng được sử dụng rộng rãi nhất hiện nay là những điều kiện được ICC tập hợp và xuất bản. Đó là INCOTERMS, được sử dụng tại nhiều nước trên thế giới. Hội đồng thương mại, toà án và các luật sư quốc tế đều khuyến khích sử dụng các điều kiện cơ sở giao hàng này. Phiên bản đầu tiên được ấn hành năm 1936 và phiên bản gần đây nhất là INCOTERMS 2010.

Phiên bản 2000 có một số thay đổi so với phiên bản trước đó, INCOTERMS 1990. Phiên bản 1990 cũng có những thay đổi đáng kể so với các phiên bản trước nữa, nhằm thích ứng với những thay đổi về công nghệ và thực tiễn giao nhận hàng hoá trong thập kỉ 80. Theo ICC, 'lí do cơ bản

^(*) Tác giả: Hồ Thúy Ngọc, Tiến sĩ, Giảng viên, Trưởng Bộ môn Luật, Trường Đại học Ngoại thương Hà Nội (FTU).

cho sự ra đời của phiên bản 1990 là mong muốn các điều kiện cơ sở giao hàng thích ứng với sự xuất hiện của dữ liệu điện tử (EDI)'. Theo đó, các điều kiện cơ sở giao hàng cho phép các bên chuyển giao chứng từ ở dạng dữ liệu điện tử, kể cả vận đơn, khi hợp đồng chỉ rõ việc chuyển giao bằng phương thức này. Lí do tiếp theo là phiên bản này bắt nguồn từ 'các kĩ thuật vận tải, đặc biệt là việc vận tải hàng hoá bằng công-ten-nơ, vận tải đa phương thức, giao nhận "roll-on roll-off" bằng đường bộ và đường sắt'. Những điều kiện cơ sở giao hàng mà trước đây chỉ áp dụng cho vận tải đường bộ và hàng không như *Free on Rail* (FOR), *Free on Truck* (FOT) và *FOB Airport* (*FOB sân bay*), nay đã bị loại bỏ, và thay vào đó là điều kiện *Free Carrier* được mở rộng.²²

INCOTERMS 2010 bỏ đi 4 điều kiện (DAF, DES, DEQ và DDU) và bổ sung 2 điều kiện (DAP - *Delivered at Place*, và DAT - *Delivered at Terminal*), dẫn đến tổng số điều kiện cơ sở giao hàng là 11. INCOTERMS 2010 chính thức thừa nhận việc áp dụng các điều kiện cơ sở giao hàng trong thương mại nội địa và quốc tế. EXW - *Ex Work* đã chỉ ra rất rõ ràng là điều kiện này chỉ phù hợp với thương mại nội địa.

Phiên bản mới này không loại trừ hiệu lực của những phiên bản cũ. Do đó, các bên khi sử dụng INCOTERMS hay các điều kiện cơ sở giao hàng khác, phải chỉ rõ điều kiện cơ sở giao hàng theo nguồn nào mà họ muốn sử dụng. Ví dụ, nếu các bên sử dụng FOB trong hợp đồng mua bán, các bên phải làm rõ là FOB INCOTERMS 2000 hay FOB US UCC, vì cùng là chữ viết tắt FOB, nhưng nghĩa của chúng lại khác nhau. Bộ luật thương mại thống nhất Hoa Kỳ (UCC) quy định tại §2-319 về các điều kiện FOB và FAS, theo đó 'khi sử dụng FOB tên điểm đến, người bán phải chịu mọi rủi ro và chi phí để đưa hàng tới điểm đó và giao chúng theo đúng quy định tại điều này'. Tuy nhiên, FOB INCOTERMS 2000 chuyển giao rủi ro từ người bán sang người mua tại cảng đi.

Nếu các bên không chỉ rõ điều kiện cơ sở giao hàng nào được sử dụng, thì toà án hay trọng tài sẽ áp dụng nội dung của điều kiện cơ sở giao hàng mà luật nước họ sử dụng.²³ Các bên cũng không nên chấp nhận việc sử dụng bất kì một điều kiện cơ sở giao hàng cụ thể nào.

INCOTERMS của ICC được coi là bộ quy tắc hoàn hảo nhất, được

²² Ray August, *International Business Law: Text, Cases, and Readings*, 4th edn., Pearson Prentice Hall, (2004), [CISG reviewed in Chapter 10: Sales], tr. 535-592.

²³ Ray August, Sđd.

nghiên cứu nhiều thời gian và cần trọng nhất. Các bên được quyền sửa đổi nội dung của những điều kiện cụ thể mà họ muốn sử dụng, nhưng không được làm sai bản chất của điều kiện đó. Ví dụ, FOB đã quy định rủi ro chuyển giao từ người bán sang người mua khi hàng qua lan can tàu tại cảng đi, thì các bên không thể sửa đổi là rủi ro chuyển giao từ người bán sang người mua tại cảng đến. Khi đó, toà án hay trọng tài sẽ bỏ qua phần sửa đổi này hoặc họ sẽ coi điều kiện này là vô hiệu.

2. Khái quát về các điều kiện cụ thể

Phần này tập trung vào các điều kiện của INCOTERMS 2010, vì đây là phiên bản cập nhật nhất cho tới thời điểm hiện nay (năm 2012).

INCOTERMS 2010 chia các điều kiện thành 4 nhóm theo nghĩa vụ của các bên. Nhóm 'E' (nghĩa là *Ex Works* [EXW]) đòi hỏi người mua phải nhận hàng tại nhà xưởng của người bán. Nhóm 'F' (nghĩa là *Free Carrier* [FCA]; *Free Alongside Ship* [FAS]; và *Free on Board* [FOB]) đòi hỏi người bán phải giao hàng cho người chuyên chở. Nhóm 'C' (nghĩa là *Cost and Freight* [CFR]; *Cost, Insurance, and Freight* [CIF]; *Carriage Paid To* [CPT] và *Carriage and Insurance Paid To* [CIP]) yêu cầu người bán phải thu xếp và thanh toán cho việc vận tải hàng hoá, nhưng không chịu rủi ro về hàng hoá khi chúng đã được giao cho người chuyên chở. Nhóm 'D' (nghĩa là *Delivered at Terminal* [DAT], *Delivered at Place* [DEP] và *Delivered Duty Paid* [DDP]) yêu cầu người bán chịu mọi chi phí và rủi ro mang hàng hoá đến nước người mua.

Những điều kiện này chỉ áp dụng cho những phương thức vận tải nhất định. FAS, FOB, CFR, CIF chỉ áp dụng cho vận tải đường biển và đường thủy nội địa. Các điều kiện khác - EXW, FCA, CPT, CIP, DAT, DAP và DDP áp dụng cho bất kì hình thức vận tải nào.

Một số điều kiện bắt đầu bằng chữ 'Free', đó là *Free Alongside the Ship* (FAS - 'Giao dọc mạn tàu'), *Free on Board* (FOB - 'Giao lên tàu'), *Free Carrier* (FCA - 'Giao cho người chuyên chở đầu tiên'). 'Free' nghĩa là người bán có nghĩa vụ giao hàng cho người chuyên chở tới cảng được chỉ định. Điều kiện FAS ('giao dọc mạn tàu') yêu cầu người bán giao hàng tại cảng được chỉ định, và đặt hàng hoá dọc theo mạn tàu do người mua chỉ định theo phương cách truyền thống tại cảng đó. 'Alongside' thường có nghĩa là hàng hoá phải trong phạm vi tay cầm. Như vậy, người bán có thể sẽ phải thuê xà lan để chở hàng ra tàu vào vị trí quy định. Về những nội dung khác thì FAS cũng giống như FOB. Người bán có nghĩa vụ giao hàng dọc mạn tàu.

Một số điều kiện bắt đầu bằng ‘C’ (*‘Cost’*) (nghĩa là ‘chi phí’). Điều kiện ‘C’ có thể đi kèm hoặc không đi kèm với điều kiện ‘I’ (*‘Insurance’*) (nghĩa là ‘bảo hiểm’) và điều kiện ‘F’ (*‘Freight’*) (nghĩa là ‘cước phí tàu biển’) hoặc điều kiện ‘P’ (*‘Paid to’*) (nghĩa là ‘trả tới’). Điều kiện ‘C’ thường được người mua ưa chuộng, vì người mua chỉ có ít nghĩa vụ với hàng hoá, khi hàng hoá tới cảng đích hoặc điểm đích tại nước họ. Các điều kiện ‘C’ yêu cầu người bán thu xếp việc vận tải bằng đường biển tới cảng đích và chuyển giao chứng từ cần thiết, để người mua nhận hàng từ người chuyên chở, và có thể khiếu nại người bảo hiểm trong trường hợp mất hàng hoặc hàng bị thiệt hại. Tuy nhiên, các điều kiện ‘C’ và điều kiện ‘Free’ là các điều kiện theo đó rủi ro được chuyển giao từ người bán sang người mua tại cảng đi. Nghĩa là, rủi ro chuyển giao từ người bán sang người mua khi hàng lên tàu theo CIF, FOB INCOTERMS 2010. Đây là một ưu điểm của INCOTERMS 2010 so với INCOTERMS 2000, vì INCOTERMS 2000 tạo ra ranh giới chuyển giao rủi ro trong tưởng tượng là lan can tàu.

Các điều kiện ‘D’ yêu cầu người bán giao hàng cho người mua tại địa điểm theo thoả thuận. Điều kiện ‘C’ khác với điều kiện ‘D’, mặc dù nghĩa vụ của người bán trong hai nhóm điều kiện này là tương tự nhau. Người bán, theo nhóm điều kiện ‘D’, phải chịu mọi rủi ro về hàng hoá cho đến khi giao hàng cho người mua.

Mục 3. PHÁP LUẬT VỀ HỢP ĐỒNG MUA BÁN HÀNG HOÁ QUỐC TẾ

1. Công ước Viên 1980 về hợp đồng mua bán hàng hoá quốc tế (*‘CISG’*)^(*)

Công ước Viên về hợp đồng mua bán hàng hoá quốc tế (sau đây gọi là *‘CISG’*) do Ủy ban Liên hợp quốc về Luật thương mại quốc tế (*‘UNCITRAL’*) soạn thảo và được thông qua tại Viên năm 1980. CISG được soạn thảo trên cơ sở nỗ lực xây dựng luật thống nhất về mua bán hàng hoá quốc tế, dựa trên hai công ước đã có trước đó - Công ước liên quan đến Luật thống nhất về giao kết hợp đồng mua bán hàng hoá quốc tế (*Uniform Law on the Formation of Contracts for the International Sales ‘ULF’*), và Công ước liên quan đến Luật thống nhất về mua bán hàng hoá quốc tế (*Uniform Law on the International Sales of Goods - ‘ULIS’*) đều được thông qua ở La Hay năm 1964. Tuy nhiên, hai công ước này không được sử dụng rộng rãi. Ngày nay,

^(*) Tác giả: Võ Sỹ Mạnh, Thạc sĩ, Nghiên cứu sinh, Giảng viên, Trường Đại học Ngoại thương Hà Nội (FTU).

CISG đã được chấp nhận trên phạm vi toàn cầu²⁴ và được xem là công ước thành công nhất góp phần thúc đẩy thương mại quốc tế. Kể từ khi CISG có hiệu lực vào ngày 1/1/1988, đến thời điểm ngày 1/8/2011, UNCITRAL báo cáo số lượng thành viên của CISG đã tăng lên 77 nước.²⁵

CISG bao gồm 101 điều khoản và được chia thành 4 phần:

- Phần I (từ Điều 1 đến Điều 13) quy định về phạm vi áp dụng Công ước và các điều khoản chung;
- Phần II (từ Điều 14 đến Điều 24) quy định về giao kết hợp đồng;
- Phần III (từ Điều 25 đến Điều 88) bao gồm các quy định thực chất điều chỉnh hợp đồng mua bán, trong đó quy định quyền và nghĩa vụ của các bên, và các biện pháp khắc phục vi phạm hợp đồng;
- Phần IV (từ Điều 89 đến Điều 101) quy định việc phê chuẩn và hiệu lực của Công ước, bao gồm cả quy định về bảo lưu Công ước.

Quy định bảo lưu Công ước rất quan trọng, vì một nước, khi quyết định có thông qua CISG hay không, luôn xem xét các quy định về bảo lưu. Các nước phê chuẩn Công ước có thể lựa chọn 3 cách sau để bảo lưu việc áp dụng Công ước: *Thứ nhất*, việc bảo lưu áp dụng Công ước có thể *ngăn cấm* việc áp dụng CISG, *ví dụ*, CISG có thể không được áp dụng trên toàn lãnh thổ của một nhà nước liên bang (Điều 93); CISG có thể không áp dụng giữa các nước đã có sự thoả thuận có đi có lại về việc này²⁶; CISG không thể áp dụng khoản 1(b) Điều 1²⁷ mà chỉ áp dụng khoản 1(a) Điều 1. *Thứ hai*, việc bảo lưu nhằm *hạn chế* áp dụng CISG như quy định tại Điều 92, theo đó Phần II hoặc Phần III của Công ước được loại trừ.²⁸ Điều này chứng tỏ CISG là một ‘công ước kép’, bao gồm cả ULF (điều chỉnh việc giao kết hợp đồng) và ULIS (quy phạm thực chất). *Thứ ba*, việc bảo lưu làm *thay đổi* nội dung của CISG. *Ví dụ*, bảo lưu việc áp dụng Điều 11, theo đó hợp đồng phải được giao kết bằng hình thức viết.²⁹

CISG thể hiện một số nội dung chính như sau: (A) Tiêu chí xác định

²⁴ Peter Schlechtriem và Ingeborg Schwenzer, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Oxford University Press, 2nd edn., (2005), tr. 1.

²⁵ *CISG: Table of Contracting States*, xem chi tiết tại website: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/countries/cntries.html>.

²⁶ Bảo lưu bởi các nước Xcăng-đi-na-vi.

²⁷ Bảo lưu bởi Hoa Kỳ, Trung Quốc, Xi-lô-va-ki-a, Xinh-ga-po và Cộng hoà Séc.

²⁸ Bảo lưu bởi Đan Mạch, nhằm loại trừ áp dụng Phần II CISG. Do đó, tư pháp quốc tế sẽ được áp dụng để xác định luật điều chỉnh việc giao kết hợp đồng.

²⁹ Bảo lưu này là kết quả của các yêu cầu của Liên Xô và các nước Đông Âu tại các hội nghị ngoại giao, theo đó đòi hỏi phải quy định chặt chẽ về việc điều chỉnh hợp đồng mua bán hàng hoá quốc tế.

một hợp đồng mua bán hàng hoá quốc tế theo quy định của CISG; (B) Phạm vi áp dụng CISG; (C) Giao kết hợp đồng mua bán hàng hoá quốc tế; (D) Nghĩa vụ của bên bán và bên mua; và (E) Các biện pháp khắc phục vi phạm hợp đồng mua bán hàng hoá quốc tế.

A. Tiêu chí xác định một hợp đồng mua bán hàng hoá quốc tế theo quy định của CISG

Điều 1 của CISG quy định về ‘trụ sở kinh doanh của các bên tham gia hợp đồng’ như là tiêu chí để xác định một hợp đồng là hợp đồng mua bán hàng hoá quốc tế, theo đó một hợp đồng được xem là hợp đồng mua bán hàng hoá quốc tế, nếu các bên tham gia kí kết hợp đồng có trụ sở kinh doanh tại các nước khác nhau, khi mà các nước này là thành viên của CISG, hoặc khi mà quy phạm tư pháp quốc tế dẫn chiếu đến việc áp dụng luật của một nước thành viên của CISG. Như vậy, yếu tố quốc tịch hay tính chất thương mại hay dân sự của các bên trong hợp đồng không ảnh hưởng đến việc xác định ‘tính quốc tế’ của hợp đồng mua bán hàng hoá theo quy định của CISG.

B. Phạm vi áp dụng CISG

1. CISG được áp dụng cho hợp đồng mua bán hàng hoá quốc tế trong hai trường hợp sau:

Thứ nhất, nếu có điều khoản chọn luật áp dụng dẫn chiếu tới CISG, thì CISG sẽ được áp dụng. Nếu cơ quan tài phán tôn trọng quyền tự do hợp đồng của các bên, thì các bên trong hợp đồng mua bán hàng hoá quốc tế có thể tự do lựa chọn CISG là luật điều chỉnh hợp đồng mua bán của họ.³⁰

Thứ hai, nếu các bên tham gia hợp đồng không thoả thuận rõ ràng hoặc thoả thuận ngầm về việc coi luật áp dụng cho hợp đồng là CISG, thì lúc đó CISG sẽ được áp dụng theo khoản 1 Điều 1.

Theo khoản 1(a) Điều 1, nếu không có quy phạm tư pháp quốc tế nào được áp dụng, thì CISG sẽ được áp dụng. Theo khoản 1(b) Điều 1, nếu các quy phạm tư pháp quốc tế dẫn chiếu đến luật của một nước kí kết, thì luật áp dụng sẽ là CISG.

2. CISG không được áp dụng trong ba trường hợp sau đây:

Thứ nhất, không được áp dụng CISG để điều chỉnh một số giao dịch nhất định theo quy định của Điều 2, từ (a) đến (d) - mua bán hàng tiêu dùng,

³⁰ Lưu ý rằng một số cơ quan tài phán có thể không tôn trọng sự lựa chọn luật áp dụng, nếu giao dịch mua bán hàng hoá không có yếu tố xuyên quốc gia.

hàng bán đấu giá, hoặc nhằm thực thi pháp luật hoặc quyền lực khác theo luật, và mua bán chứng khoán.

Thứ hai, không được áp dụng CISG để điều chỉnh một số giao dịch liên quan đến một số hàng hoá nhất định theo quy định tại Điều 2 từ (e) đến (f) và Điều 3 - tàu thủy, máy bay, điện, bất động sản; và các hợp đồng trong đó phần lớn nghĩa vụ của bên cung ứng hàng hoá là cung ứng lao động hoặc thực hiện các dịch vụ khác.

Thứ ba, không áp dụng CISG để điều chỉnh một số vấn đề quy định tại Điều 4 và Điều 5 - tính hiệu lực của hợp đồng, sự tác động có thể phát sinh từ hợp đồng đối với quyền sở hữu hàng hoá đối tượng của hợp đồng mua bán, trách nhiệm của người bán đối với thiệt hại mà hàng hoá gây ra cho bất kì người nào.

C. Giao kết hợp đồng mua bán hàng hoá quốc tế

Theo CISG, hợp đồng mua bán quốc tế được giao kết ‘khi chấp nhận chào hàng có hiệu lực phù hợp với các quy định của Công ước.’³¹ Điều này có nghĩa là CISG chấp nhận mô hình cổ điển về trao đổi chào hàng và chấp nhận chào hàng, và không đòi hỏi thêm các yếu tố khác như hình thức hợp đồng,³² hay sự ‘cân nhắc lợi ích’ (‘consideration’).

1. Chào hàng

Một chào hàng là sự thể hiện rõ ràng ý chí của người chào hàng (muốn tự ràng buộc mình), được gửi đến cho một hay nhiều người xác định. Một lời đề nghị không được gửi đến cho một hay nhiều người xác định, chỉ có thể được coi là chào hàng, nếu điều này đã được biểu thị rõ ràng bởi người đưa ra chào hàng.³³ CISG không yêu cầu nhất thiết phải ấn định giá cả thì hợp đồng mới có hiệu lực. Một chào hàng được coi là đủ chính xác, khi bao gồm các điều khoản ấn định giá cả một cách trực tiếp hoặc gián tiếp.³⁴ Việc gửi bảng giá, ca-ta-lô và đặt quảng cáo, cũng như các việc tương tự khác, về nguyên tắc, không phải là chào hàng.³⁵ Chào hàng có hiệu lực khi nó tới nơi người được chào hàng.³⁶ Chào hàng, dù là loại chào hàng không thể bị huỷ

³¹ Điều 23 CISG.

³² Điều 11 CISG, theo đó một hợp đồng không cần phải ở dạng văn bản, trừ khi bảo lưu ở Điều 96 cho phép Điều 12 có hiệu lực tại nước kí kết CISG.

³³ Khoản 1 Điều 14 CISG.

³⁴ Khoản 1 Điều 14 CISG.

³⁵ Toà án tối cao Hung-ga-ri, ngày 25/9/1992 (1993) ZEuP 79.

³⁶ Khoản 1 Điều 15 CISG.

(‘irrevocable’), sẽ mất hiệu lực khi người chào hàng nhận được thông báo về việc từ chối chào hàng.³⁷

Theo khoản 2 Điều 15, người chào hàng vẫn có thể thu hồi chào hàng, nếu thông báo thu hồi chào hàng đến được³⁸ người được chào hàng trước hoặc cùng lúc với chào hàng. Điều này được áp dụng đối với cả chào hàng không thể bị huỷ. Hơn nữa, người chào hàng vẫn có thể huỷ chào hàng sau khi chào hàng đã đến người được chào hàng, nhưng trước khi bên được chào hàng chấp nhận lời chào hàng. Quy định về việc *huỷ chào hàng*³⁹ xuất hiện như một sự thỏa hiệp sau các cuộc thảo luận dai dẳng giữa đại diện của các hệ thống common law và civil law. Việc huỷ chào hàng, về cơ bản, không có gì khác so với quy định vốn có của hệ thống common law. Không thể huỷ chào hàng, nếu đó là chào hàng không thể bị huỷ (được thể hiện một cách rõ ràng hay ẩn ý), hoặc nếu bên được chào hàng đã tiến hành hoạt động theo chào hàng.

2. Chấp nhận chào hàng

Bằng việc chấp nhận chào hàng, người được chào hàng thể hiện sự đồng ý của mình đối với chào hàng.⁴⁰ Ngay khi người chào hàng nhận được sự đồng ý đối với chào hàng, thì chấp nhận chào hàng sẽ có hiệu lực và hợp đồng được giao kết. Các hành vi của người chấp nhận chào hàng, ví dụ như giao hàng hay thanh toán tiền, có thể biểu lộ sự chấp nhận chào hàng gián tiếp. Điều này có thể xảy ra khi chào hàng đã thể hiện rõ là cho phép việc chấp nhận chào hàng như vậy, hoặc việc chấp nhận chào hàng gián tiếp đã trở thành tập quán, hoặc điều đó phù hợp với tập quán thương mại.⁴¹ Hợp đồng sau đó sẽ có hiệu lực tại thời điểm chấp nhận chào hàng gián tiếp. Tuy nhiên, sự im lặng hoặc không hành động tự nó không được coi là chấp nhận chào hàng. Một chấp nhận chào hàng thông thường sẽ không có hiệu lực, nếu chấp nhận chào hàng đó không đến được người chào hàng trong một khoảng thời gian hợp lí, hoặc trong một khoảng thời gian nhất định.⁴² Chấp nhận chào hàng có thể được rút lại, nếu việc rút lại chấp nhận chào hàng đến người chào hàng cùng lúc, hoặc trước khi chấp nhận chào hàng có hiệu lực.⁴³

³⁷ Điều 17 CISG.

³⁸ Theo Điều 24 CISG, ‘đến được’ nghĩa là lời chào hàng, tuyên bố chấp nhận chào hàng, hoặc bất kì sự biểu lộ nào khác được nói ra hoặc được thể hiện bởi bất kì phương thức nào khác, đến được người chào hàng, trụ sở kinh doanh hoặc địa chỉ email hoặc nơi thường trú của người chào hàng.

³⁹ Điều 16 CISG.

⁴⁰ Khoản 1 Điều 18 CISG

⁴¹ Khoản 3 Điều 18 CISG

⁴² Điều 18 và Điều 20 CISG

⁴³ Điều 22 CISG

Nếu chấp nhận chào hàng đến muộn, người chào hàng có thể chấp nhận điều này, nhưng phải thông báo cho người được chào hàng trong thời gian sớm nhất có thể. Ngược lại, nếu chấp nhận chào hàng đến muộn (ví dụ điển hình như các vấn đề về giao hàng, bưu chính đình công...), nhưng lẽ ra là đến kịp trong điều kiện bình thường, thì người chào hàng ngay lập tức phải thông báo cho người được chào hàng, nếu người chào hàng không chấp nhận điều này.⁴⁴

Một chấp nhận chào hàng làm thay đổi chào hàng ban đầu, thông thường sẽ là ‘chào hàng ngược’, ‘chào hàng đối’, ‘chào hàng mới’ hay ‘hoàn giá chào’ (‘counter-offer’), nếu những thay đổi/sửa đổi đó là cơ bản.⁴⁵ Sau đó, ‘chào hàng mới’ này phải được người chào hàng ban đầu chấp nhận.

D. Nghĩa vụ của bên mua và bên bán

Về nguyên tắc, nghĩa vụ của bên mua và bên bán được xác định theo hợp đồng và theo CISG, với tư cách luật áp dụng cho hợp đồng. Tuy nhiên, theo quy định tại Điều 9, các bên bị ràng buộc bởi bất kì tập quán nào mà họ đã thoả thuận, hoặc bởi bất kì thói quen nào mà họ đã thiết lập. Do đó, bên mua và bên bán phải thực hiện các nghĩa vụ theo hợp đồng, theo CISG, và các thói quen và tập quán. Theo CISG, bên mua và bên bán phải tuân theo các nghĩa vụ sau:

1. Nghĩa vụ của bên bán

(a) Bên bán phải giao hàng phù hợp và không phụ thuộc vào bên thứ ba

Giao hàng là sự bàn giao thực tế hàng hoá cho bên mua. Nếu không có thoả thuận nào về nơi giao hàng, thì bên bán, về nguyên tắc, phải giao hàng tại nơi bên bán có địa điểm/trụ sở kinh doanh tại thời điểm giao kết hợp đồng. Bên bán phải giao hàng vào ngày đã được thoả thuận trong hợp đồng hoặc được hiểu ngầm trong hợp đồng. Nếu ngày giao hàng không được ấn định, thì nguyên tắc về sự hợp lí sẽ được áp dụng.

Hàng hoá được giao phải phù hợp. Tính phù hợp của hàng hoá⁴⁶ được hiểu là hàng hoá phải đúng chất lượng, số lượng và mô tả ghi trong hợp đồng và được đóng gói theo cách thức đã được yêu cầu rõ ràng trong hợp đồng,⁴⁷ hoặc như khi bán hàng mẫu.⁴⁸

⁴⁴ Điều 21 CISG

⁴⁵ Về thay đổi cơ bản, xem chi tiết hơn ở khoản 2 Điều 19 CISG

⁴⁶ Điều 35 CISG.

⁴⁷ Khoản 1 Điều 35 CISG.

⁴⁸ Khoản 2 Điều 35 CISG.

Thêm vào đó, bên bán phải giao những hàng hoá không bị phụ thuộc vào bất cứ quyền hạn hay khiếu nại nào của bên thứ ba, trừ trường hợp người mua đồng ý nhận loại hàng bị phụ thuộc vào quyền hạn và khiếu nại như vậy.⁴⁹ Bên bán phải bảo vệ bên mua không chỉ để chống lại những khiếu nại đủ căn cứ, mà còn cả những khiếu nại thiếu căn cứ. Bên mua phải thông báo⁵⁰ cho bên bán trong một khoảng thời gian hợp lý về sự tồn tại của bất kì quyền hạn hay khiếu nại nào, trừ khi bên bán đã biết về điều đó. CISG có quy định riêng đối với hàng hoá là đối tượng khiếu nại liên quan đến IPRs.⁵¹

(b) Bên bán phải giao các tài liệu, chứng từ liên quan đến hàng hoá được giao.

2. Nghĩa vụ của bên mua

(a) Bên mua phải nhận hàng

Việc nhận hàng⁵² có quan hệ chặt chẽ với việc chuyển giao rủi ro. Bên mua phải làm tất cả mọi việc để việc giao hàng có thể diễn ra.⁵³ Do đó, bên mua, nếu cần thiết, phải thông báo cho bên bán địa điểm giao hàng cụ thể. Bên mua phải thật sự sở hữu hàng hoá.⁵⁴ Về nguyên tắc, rủi ro được chuyển giao tại nơi giao nhận hàng. Nếu bên mua không nhận hàng, thì sẽ bị coi là vi phạm hợp đồng. Điều này có thể sẽ khiến bên mua phải chịu trách nhiệm về bất kì thiệt hại nào xảy ra đối với hàng hoá. Vấn đề chuyển giao rủi ro được quy định tại các điều từ Điều 66 đến Điều 70.⁵⁵ Chuyển giao rủi ro liên quan đến hợp đồng, bao gồm vận tải, được quy định tại Điều 67; nếu liên quan đến hàng hoá quá cảnh, thì xem quy định tại Điều 68.

(b) Bên mua phải thanh toán tiền hàng

Thanh toán tiền hàng là nghĩa vụ chính của bên mua.⁵⁶ Nghĩa vụ thanh toán bao gồm 4 yếu tố chính: Xác định giá hàng; Nơi thanh toán; Thời điểm thanh toán; và Phương thức thanh toán. Các yếu tố này thông thường đã được thoả thuận trong hợp đồng. Tuy nhiên, trong hợp đồng, các yếu tố này

⁴⁹ Điều 41 CISG.

⁵⁰ Thông báo về trách nhiệm của người mua, xem: Điều 43 và Điều 44 CISG.

⁵¹ Điều 42 CISG.

⁵² Điều 53 và Điều 60 CISG.

⁵³ Điều 60(a) CISG.

⁵⁴ Điều 60(b) CISG.

⁵⁵ Neil Gary Oberman, 'Transfer of Risk from Seller to Buyer in International Commercial Contracts: A Comparative Analysis of Risk Allocation under the CISG, UCC and INCOTERMS', Luận văn Thạc sĩ, xem toàn văn tại, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/thesis/Oberman.html>.

⁵⁶ Từ Điều 54 đến Điều 59 CISG.

có thể vẫn có những sự mơ hồ, khó hiểu. Trong trường hợp đó, các quy định bổ sung của CISG sẽ được áp dụng. Vì vậy, trừ khi hợp đồng quy định khác đi, bên mua phải thanh toán tại trụ sở kinh doanh của bên bán hoặc tại nơi giao hàng,⁵⁷ mà không cần phải thông báo⁵⁸ khi nào hàng hoá hoặc tài liệu, chứng từ thuộc quyền kiểm soát của bên mua.⁵⁹ Thủ tục thanh toán cũng là trách nhiệm của bên mua.

E. Các biện pháp khắc phục vi phạm hợp đồng

Trong quá trình thực hiện hợp đồng mua bán hàng hoá quốc tế, nếu một bên vi phạm hợp đồng, bên kia có thể áp dụng các biện pháp khắc phục đã được thống nhất trong hợp đồng, hoặc đã được quy định trong CISG. Cần phải ghi nhớ rằng việc áp dụng các biện pháp khắc phục trong CISG phụ thuộc vào việc liệu đã xảy ra vi phạm hợp đồng hay chưa. Tiếc rằng, CISG lại không định nghĩa thế nào là vi phạm hợp đồng. Tuy nhiên, vi phạm hợp đồng có thể được hiểu thông qua hệ thống các biện pháp khắc phục vi phạm hợp đồng theo quy định của CISG⁶⁰ và khoản 1 Điều 79,⁶¹ theo đó ‘vi phạm hợp đồng’ bao gồm tất cả các hình thức thực hiện không đúng, cũng như hoàn toàn không thực hiện hợp đồng. Nghĩa vụ theo hợp đồng có thể hoặc là được xác định rõ ràng trong CISG (*ví dụ*: Giao hàng đúng thời gian,⁶² đúng địa điểm⁶³ và giao đúng hàng,⁶⁴ v.v..), hoặc là được thiết lập và xác định bởi các bên.

Bên cạnh đó, để lựa chọn biện pháp khắc phục vi phạm hợp đồng, việc

⁵⁷ Điều 57 CISG.

⁵⁸ Điều 59 CISG.

⁵⁹ Điều 58 CISG.

⁶⁰ Điều 45 CISG liệt kê các biện pháp khắc phục vi phạm hợp đồng mà bên mua có thể áp dụng:

(1) Nếu người bán không thực hiện bất kỳ một nghĩa vụ nào đó của họ theo hợp đồng hay theo Công ước này, bên mua có thể:

(a) Thực hiện các quyền của mình theo quy định tại các điều từ Điều 46 đến Điều 52 CISG;
(b) Đòi bồi thường thiệt hại theo quy định tại các điều từ Điều 74 đến Điều 77.

Theo Điều 61,

(1) Nếu người mua không thực hiện một nghĩa vụ nào đó theo hợp đồng mua bán hoặc theo Công ước này, người bán có thể:

(a) Thực hiện các quyền theo quy định tại các điều từ Điều 62 đến Điều 65;
(b) Đòi bồi thường thiệt hại theo quy định tại các điều từ Điều 74 đến Điều 77 CISG.

⁶¹ ‘Một bên không phải chịu trách nhiệm về việc không thực hiện bất kỳ nghĩa vụ nào, nếu chứng minh được rằng việc không thực hiện nghĩa vụ là do trở ngại vượt ngoài khả năng kiểm soát của mình, và do vậy cũng hợp lý khi không thể hi vọng rằng anh ta lường trước được trở ngại đó tại thời điểm kí kết hợp đồng’.

⁶² Điều 33 CISG (thời gian giao hàng).

⁶³ Điều 31 CISG (địa điểm giao hàng).

⁶⁴ Điều 35 CISG (tính phù hợp của hàng hoá).

biết được liệu một vi phạm có được coi là ‘vi phạm hợp đồng cơ bản’⁶⁵ hay không, rất quan trọng. Một vi phạm hợp đồng cơ bản bao gồm hai yếu tố: (i) Phải có sự thiệt hại đáng kể, làm cho bên chịu thiệt hại mất đi những gì anh ta có quyền chờ đợi trên cơ sở hợp đồng; (ii) Có thể tiên liệu được hậu quả của vi phạm. Do đó, việc của bên vi phạm là phải chứng minh được rằng anh ta, hay bất kì người nào có lí trí bình thường, không thể tiên liệu được hậu quả, khi ở vào địa vị và hoàn cảnh tương tự.⁶⁶

1. Các biện pháp khắc phục vi phạm hợp đồng được áp dụng bởi bên mua

Nếu bên bán không thực hiện bất kì nghĩa vụ nào của mình, bên mua có thể, tùy hoàn cảnh cụ thể, áp dụng một số biện pháp khắc phục như sau:

- Buộc thực hiện đúng hợp đồng⁶⁷;
- Gia hạn thời gian thực hiện nghĩa vụ⁶⁸;
- Tuyên bố huỷ hợp đồng,⁶⁹ yêu cầu được thông báo theo Điều 26;⁷⁰
- Giảm giá;⁷¹
- Áp dụng các biện pháp khắc phục đối với việc chỉ giao hàng từng phần, hoặc giao hàng không phù hợp;⁷²
- Bồi thường thiệt hại.⁷³

Trước khi áp dụng các biện pháp khắc phục nêu trên, bên mua cũng có thể gia hạn cho bên bán để bên bán thực hiện nghĩa vụ của mình. Khi nhận thấy rõ ràng rằng bên bán sẽ không hoàn thành các nghĩa vụ của mình, bên mua có thể tạm ngừng hoặc huỷ hợp đồng, kể cả đó là vi phạm cơ bản ban đầu. Số tiền bồi thường thiệt hại được xác định trên cơ sở mức độ thiệt hại, bao gồm cả lợi nhuận bị mất.⁷⁴

⁶⁵ Điều 25 CISG; và A. Lorenz, *Fundamental Breach under CISG*, nguồn: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/lorenz.html>

⁶⁶ Điều 25 CISG.

⁶⁷ Điều 46 và Điều 28 CISG.

⁶⁸ Điều 47 và Điều 48 CISG.

⁶⁹ Điều 49 CISG.

⁷⁰ Điều 49 CISG.

⁷¹ Điều 50 CISG.

⁷² Điều 51 CISG.

⁷³ Từ Điều 74 đến Điều 77 CISG.

⁷⁴ Một vấn đề quan trọng khác nữa là việc lượng hoá tiền bồi thường thiệt hại. Xem: các điều từ Điều 74 đến Điều 78 CISG. Điều 74 CISG quy định có lợi cho trường hợp bồi thường thiệt hại trên cơ sở doanh thu bị mất và chi phí cho việc thiết kế một phần mềm mới. Để xác định các vấn đề pháp lí liên quan đến các điều khoản CISG, xem <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/cisgthes.html> (UNCITRAL CISG Thesaurus - Outline of Legal Issues). Re damages and

Cần phải lưu ý rằng trong trường hợp liên quan đến giao hàng không phù hợp/giao hàng sai, bên mua phải kiểm tra hàng hoá và thông báo về việc hàng không phù hợp trong một khoảng thời gian hợp lí. Nếu bên mua không thực hiện điều này, thì bên mua sẽ bị mất hoàn toàn quyền áp dụng các biện pháp khắc phục vi phạm hợp đồng.

2. Biện pháp khắc phục vi phạm hợp đồng được áp dụng bởi bên bán

Các biện pháp khắc phục vi phạm hợp đồng được áp dụng bởi bên bán cũng giống như bởi bên mua⁷⁵: Bên bán cũng có thể yêu cầu buộc thực hiện đúng hợp đồng, tuyên bố huỷ hợp đồng và đòi bồi thường thiệt hại. Bên bán cũng có thể cho bên mua thêm thời gian thực hiện nghĩa vụ của mình. Cũng giống như bên mua, bên bán có thể ngừng thực hiện các nghĩa vụ của mình hoặc huỷ hợp đồng, nếu nhận thấy rõ ràng rằng bên mua sẽ không thực hiện các nghĩa vụ của mình.

CISG quy định các biện pháp khắc phục vi phạm hợp đồng tương đương cho cả bên mua và bên bán. Hơn nữa, sự miễn trừ cũng áp dụng đối với cả hai bên. Điều này có nghĩa là bên mua hoặc bên bán không phải chịu trách nhiệm khi không thực hiện nghĩa vụ của mình, nếu việc đó là do có sự cản trở nằm ngoài khả năng kiểm soát của bên mua hoặc bên bán, làm cho họ không thể thực hiện được nghĩa vụ của mình. Sự cản trở này được hiểu là bất khả kháng,⁷⁶ và không thực hiện được nghĩa vụ do hành động thiếu sót của bên kia.⁷⁷ Hơn nữa, cả bên mua và bên bán đều phải cố gắng hạn chế thiệt hại cho đối tác kinh doanh của mình.⁷⁸

Nhìn chung, qua các điều khoản của CISG, có thể thấy rằng CISG

quantification of damages *cf.* Joanne Darkey, 'A U.S. Court's Interpretation of Damage Provisions under the U.N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods: A Preliminary Step towards an International Jurisprudence of CISG or a Missed Opportunity?', 15 *Journal of Law & Commerce (J. Int'l L. & Com.)*, tr. 139-152 (1995), <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/darkey2.html>; Arthur Murphey, 'Consequential Damages in Contracts for the International Sale of Goods and the Legacy of Hadley', 23 *George Washington Journal of International Law & Economics*, (1989), tr. 415-474, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/murhey.html>; Eric Schneider, 'Consequential Damages in the International Sale of Goods: Analysis of Two Decisions' [*Delchi Carrier S.p.A. v. Rotorex Corp.* (CISG decision: U.S. Dist. Ct. 1994) and *Bundesgerichtshof*, 24 November 1980 (ULIS decision: BGH)] 16 *Journal of International Business Law* (1996), tr. 615-688; Jeffrey Sutton, 'Measuring Damages under the United Nations Convention on the International Sale of Goods', 50 *Ohio St. L.J.* (1989), tr. 737-752, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/sutton.html>

⁷⁵ Các điều từ Điều 61 đến Điều 65 CISG.

⁷⁶ Điều 79 CISG.

⁷⁷ Điều 80 CISG.

⁷⁸ Điều 77 CISG.

dường như là một trong những minh chứng thành công nhất về việc thống nhất luật điều chỉnh hợp đồng mua bán hàng hoá quốc tế.

2. Bộ nguyên tắc của UNIDROIT về hợp đồng thương mại quốc tế năm 2010 - PICC (*)

Bộ nguyên tắc của UNIDROIT về hợp đồng thương mại quốc tế (viết tắt là ‘PICC’) là một công cụ quan trọng khác của luật thương mại quốc tế, có liên quan đến hoạt động mua bán hàng hoá quốc tế.

Mục A dưới đây sẽ làm rõ hơn các nguyên tắc trên là gì và sự ảnh hưởng ngày càng lớn của chúng đối với luật hợp đồng quốc tế nói chung. Mục B sẽ nghiên cứu phạm vi áp dụng của các nguyên tắc này đối với hợp đồng mua bán hàng hoá quốc tế.

A. Khái quát về PICC

UNIDROIT là tổ chức liên chính phủ, trụ sở tại Rô-ma (Ý), hoạt động như tên gọi của nó - hài hoà hoá pháp luật. Cùng với các sáng kiến khác, UNIDROIT giữ vai trò quan trọng trong việc tạo ra những cố gắng ban đầu nhằm hài hoà hoá pháp luật về hợp đồng mua bán hàng hoá quốc tế. Trong thời gian gần đây, PICC là một trong những thành quả nổi bật của UNIDROIT. Đề án được bắt đầu vào năm 1971. Bản dự thảo đầu tiên được soạn thảo công phu bởi ba luật sư danh tiếng trong lĩnh vực luật so sánh - Giáo sư R. Đa-vít (thuộc hệ thống civil law), Giáo sư C. Schmithoff (thuộc hệ thống common law), và Giáo sư T. Popescu (thuộc hệ thống luật xã hội chủ nghĩa). Năm 1980, một Nhóm công tác đã tiếp tục công việc một cách hiệu quả và thành thạo dưới sự chủ trì của Giáo sư J. Bonell (Ý). Qua nhiều năm, các thành viên của Nhóm cũng thay đổi, tuy nhiên mỗi quan tâm hàng đầu luôn được đặt ra là cố gắng đảm bảo tính đại diện của các hệ thống luật pháp cơ bản trên toàn thế giới.⁷⁹ Từ giai đoạn thứ hai của đề án, các quan sát viên đã được mời tham dự các cuộc họp, nhằm hướng đến lợi ích từ hoạt động phản biện của các tổ chức như Hội nghị La Hay, UNCTAD, Hiệp hội luật sư quốc tế (‘IBA’), ICC và các tổ chức trọng tài khác.

PICC là sự pháp điển hoá luật hợp đồng nói chung, mà chính các quy định này (còn được gọi là ‘black letter rules’ - ‘quy định cơ bản’) sẽ được

(*) Tác giả: *Marcel Fontaine*, Giáo sư danh dự, Tiến sĩ, Trường Đại học Louvain, Vương quốc Bỉ. Người biên dịch: *Nguyễn Quỳnh Trang*, Thạc sĩ, Giảng viên, Trường Đại học Luật Hà Nội (HLU).

⁷⁹ Châu Á có đại diện là các chuyên gia đến từ Nhật Bản và Trung Quốc.

bình luận và minh họa. Điểm cơ bản là Bộ nguyên tắc này không phải là dự thảo cho một công ước quốc tế trong tương lai, như CISG (*xem* nội dung ở trên). Bộ nguyên tắc này được coi như một công cụ ‘luật mềm’, không mang bất kì giá trị quy phạm nào - tương tự như INCOTERMS được soạn thảo bởi ICC. PICC được xuất bản đơn giản như một cuốn sách⁸⁰ và bất kì ai quan tâm cũng có thể sử dụng các nội dung trong cuốn sách đó.

Những trường hợp có thể áp dụng và bản chất của PICC được đề cập trong Lời nói đầu:

Bộ nguyên tắc đưa ra các quy tắc chung dưới đây cho hợp đồng thương mại quốc tế.

Bộ nguyên tắc này được áp dụng khi các bên thoả thuận rằng hợp đồng của họ sẽ được điều chỉnh bằng Bộ nguyên tắc này.

Bộ nguyên tắc này có thể được áp dụng khi các bên thoả thuận rằng hợp đồng của họ sẽ được điều chỉnh bởi các nguyên tắc chung của pháp luật, ‘*lex mercatoria*’ hoặc cách diễn đạt tương tự như vậy.

Bộ nguyên tắc này có thể được áp dụng khi các bên không chọn luật điều chỉnh hợp đồng của họ.

Bộ nguyên tắc này có thể được sử dụng để bổ sung hoặc giải thích các văn bản luật quốc tế thống nhất.

Bộ nguyên tắc này có thể được sử dụng để bổ sung hoặc giải thích cho luật trong nước.

Bộ nguyên tắc này có thể được sử dụng làm mẫu cho các nhà làm luật quốc gia và quốc tế.

Sau khi xuất bản lần đầu tiên vào năm 1994, PICC đã nhanh chóng trở thành nguồn tham khảo chính. Trong giới hàn lâm, PICC cũng không hề bị thờ ơ mà ngày càng được quan tâm. Phải thừa nhận ở nhiều góc độ rằng, hầu hết các mục đích được đề cập trong Lời nói đầu đều đã đạt được.

Mặc dù việc thu thập dữ liệu chính xác về vấn đề này không phải dễ dàng, nhưng thực tế đã diễn ra việc các bên trong hợp đồng quốc tế lựa chọn PICC như là luật điều chỉnh quan hệ hợp đồng của họ.⁸¹ Tuy nhiên, còn nhiều

⁸⁰ UNIDROIT *Principles of International Commercial Contracts 2010*, UNIDROIT, Rome.

⁸¹ PICC cũng khuyến nghị các bên phải đưa vào hợp đồng thoả thuận sau: ‘Hợp đồng này sẽ được điều chỉnh bởi Bộ nguyên tắc của UNIDROIT (2010) [ngoại trừ Điều...].’ Nếu các bên muốn bổ sung việc áp dụng luật của cơ quan xét xử nào đó, thì nên diễn đạt: ‘Hợp đồng này sẽ được điều

tranh cãi về việc các bên có nên hay không nên lựa chọn các quy phạm ‘luật mềm’ để thay thế cho việc áp dụng các quy phạm của hệ thống pháp luật quốc gia, khi sử dụng chúng với tư cách là luật áp dụng cho hợp đồng của họ.

Trong bất kì trường hợp nào, PICC cũng giữ vai trò quan trọng khi mà các bên quyết định rằng hợp đồng của họ sẽ chịu sự điều chỉnh của *lex mercatoria* hay tập quán thương mại quốc tế. Nhiều phán quyết, cơ bản là của tổ chức trọng tài chứ không phải các tòa trong nước, đều nhắc đến PICC nhằm chứng minh cho nội dung của công thức chung này. Thực tiễn cũng cho thấy sự dẫn chiếu thường xuyên đến PICC còn nhằm để hỗ trợ cho phán quyết được đưa ra trên cơ sở luật quốc gia hoặc luật quốc tế.⁸²

Mặt khác, hiện nay PICC còn giữ vị trí hàng đầu trong số các động cơ thúc đẩy quá trình cải cách lập pháp đã và sẽ diễn ra ở một số nước, như Pháp, Đức, Nga, Lit-va, Êt-xtô-ni-a, Hung-ga-ri, Thổ Nhĩ Kỳ và Trung Quốc. Trong tổ chức OHADA của 16 nước châu Phi, theo đề nghị của Hội đồng bộ trưởng, bản dự thảo Đạo luật thống nhất về luật hợp đồng đã lấy PICC làm mẫu.⁸³

Hiện nay, một số hợp đồng mẫu được ICC cũng như Trung tâm thương mại quốc tế của WTO xây dựng cũng đưa ra lời khuyên cho các bên nên dẫn chiếu đến PICC để điều chỉnh những vấn đề chưa được đề cập trong hợp đồng mẫu.⁸⁴

Bản đầu tiên của PICC được xuất bản vào năm 1994. Bản thứ hai được xuất bản vào năm 2004 và đã bổ sung một số chương mới về quyền đại diện, quyền của bên thứ ba (set-off), nhượng quyền, chuyển giao nghĩa vụ, chuyển giao hợp đồng và thời hiệu. Bản thứ ba xuất bản vào năm 2010

chính bởi Bộ nguyên tắc của UNIDROIT (2010) [ngoại trừ Điều...], khi cần thiết sẽ được bổ sung bằng các quy định của [cơ quan xét xử X] .

⁸² Về vấn đề áp dụng PICC bởi các tổ chức trọng tài và tòa án trong nước, xem: M. J. BONELL, *An International Restatement of Contract Law, The UNIDROIT Principles of International Commercial Contract*, Transnational Publishers, Ardsley, New York, 3rd edn., (2005), tr. 277-300, cũng như ngân hàng dữ liệu UNILEX (<http://www.unilex.info>). Tòa án tối cao của Bỉ (*Cour de Cassation*) đã tham gia vào đội ngũ các tòa án quốc gia có tham chiếu đến PICC (Cass., 19 June 2009, *D.A.O.R.* (2010), at 149, obs. PHILIPPE, *R.D.C.* (2010) at 879, obs. MALFLIET).

⁸³ Về sự ảnh hưởng của PICC đối với cải cách lập pháp, xem M. J. BONELL, Sđd, tr. 268-271. Cụ thể hơn về dự thảo Đạo luật thống nhất của OHADA, xem ‘The Draft OHADA Uniform Act on Contracts and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts’, *Unif. Law Rev.* (2004), tr. 573-584. PICC cũng được tham khảo trong các dự án hiện hành khác về hài hoà hoá luật hợp đồng ở các nước châu Phi nói tiếng Anh.

⁸⁴ Ví dụ: hợp đồng mẫu của ICC về nhượng quyền thương mại (Điều 32) và về đại diện (Điều 24); hợp đồng mẫu về liên doanh của Trung tâm thương mại quốc tế của WTO (Điều 31 về hợp đồng ba bên, Điều 23 về hợp đồng hai bên).

đã mang đến sự đổi mới cơ bản trong các vấn đề về hiệu lực, bồi thường, điều kiện và hợp đồng nhiều bên.⁸⁵

PICC 2010 bao gồm 211 điều (trong khi đó chỉ có 120 điều ở bản năm 1994 và 185 điều ở bản năm 2004). Sau Lời nói đầu là 11 chương, bao gồm: (i) Điều khoản chung; (ii) Giao kết hợp đồng và quyền đại diện; (iii) Hiệu lực; (iv) Giải thích hợp đồng; (v) Nội dung, quyền của bên thứ ba và các điều kiện của hợp đồng; (vi) Thực hiện hợp đồng; (vii) Không thực hiện hợp đồng; (viii) Thực hiện bù nghĩa vụ (Set-off); (ix) Nhượng quyền, chuyển giao nghĩa vụ và chuyển giao hợp đồng; (x) Thời hiệu; (xi) Hợp đồng nhiều bên.⁸⁶

Những giá trị tương ứng của common law và civil law đối với việc thúc đẩy hiệu quả kinh tế và phát triển là đối tượng của nhiều tranh cãi này lựa, được khơi mào trong các báo cáo *Doing Business* của Ngân hàng thế giới.⁸⁷ Về khía cạnh này, PICC là một ‘sản phẩm’ độc đáo, ra đời từ sự hội tụ của nhiều nguồn cảm hứng đa dạng - phản ánh thành phần mang tính đại diện toàn cầu của Nhóm công tác. CISG, bản thân nó là sản phẩm của những cuộc tranh luận giữa đại diện của các hệ thống luật pháp khác nhau, cũng trở thành hình mẫu cho một số điều khoản trong PICC (*xem* nội dung dưới đây).⁸⁸

Điểm cuối cùng trong phần giới thiệu ngắn gọn này về PICC: Nhóm công tác thường xuyên quan tâm đến các nhu cầu và kì vọng của những nhà

⁸⁵ Những điểm mới của bản PICC 2010 sẽ được phân tích trong số tạp chí sắp tới của *Uniform Law Review*, do UNIDROIT xuất bản.

⁸⁶ Sự sắp xếp theo trình tự những vấn đề khác nhau này không phải lúc nào cũng như ý, bởi vì đây là mối quan tâm lớn, khi các chương mới được bổ sung vào bản xuất bản đầu tiên, để làm sao việc đánh số các điều khoản chỉ phải chỉnh sửa một cách ít nhất có thể.

⁸⁷ Những báo cáo hàng năm này cố gắng xếp hạng những hệ thống pháp luật quốc gia khác nhau theo khả năng tạo thuận lợi cho kinh doanh của chúng; các báo cáo nhìn chung chỉ trích hệ thống civil law, trong khi đó lại vạch ra nhiều điểm tốt của hệ thống common law một cách không có căn cứ. Về quan điểm chỉ trích các báo cáo này, xem bài phân tích mở rộng của Association Henri Capitant, ‘Les droits de la tradition civiliste en question. A propos des rapports *Doing Business* de la Banque Mondiale’, Paris, S.L.C. (2006).

⁸⁸ Một cách tổng thể, PICC xuất hiện như một công cụ civil law, vì chúng có hình thức của một công trình pháp điển hoá có hệ thống. Nhưng sự đóng góp của common law là không thể phủ nhận, ví dụ, như điều khoản về ngăn ngừa vi phạm hợp đồng (Điều 7.3.3). *Restatement Second on Contracts* và *UCC (Bộ luật thương mại thống nhất Hoa Kỳ)* đã luôn luôn được đưa ra thảo luận. Một điều khoản như Điều 6.1.4, quy định về thực hiện hợp đồng song phương, đã chịu ảnh hưởng trực tiếp từ các quy định tương ứng của *Restatement* (§ 234). Mặt khác, các luật sư civil law sẽ cảm thấy thoải mái với các điều khoản chịu sự ảnh hưởng từ các quy định thuộc hệ thống pháp luật của họ, ví dụ, luật Đức (*Nachfrist* trong Điều 7.1.5), luật Ý (sự đồng ý trước của bên kia trong Điều 9.2.4 và Điều 9.3.4), hay luật Pháp (thừa nhận sự phân biệt giữa ‘nghĩa vụ phải thực hiện các biện pháp theo quy định của pháp luật’ - ‘obligations de moyens’, và ‘nghĩa vụ đạt kết quả theo quy định của pháp luật’ - ‘obligations de résultat’ trong Điều 5.1.4 và Điều 5.1.5). Điều quan trọng nhất là việc đưa các quy định pháp luật quốc gia vào PICC luôn luôn là kết quả của sự đồng thuận giữa các thành viên của Nhóm công tác, sau những cuộc thảo luận so sánh kĩ lưỡng.

thực hành luật trong lĩnh vực hợp đồng quốc tế. PICC dành sự chú ý đặc biệt dành cho các điều khoản bị từ chối trong hoạt động pháp điển hoá quốc gia nói chung, nhưng lại xuất hiện vô cùng thường xuyên trong các hợp đồng thực tế.⁸⁹ Ví dụ: các điều từ Điều 2.1.2 đến Điều 2.1.22 của phần Giao kết hợp đồng,⁹⁰ cũng như các điều khoản về trở ngại (từ Điều 6.2.1. đến 6.2.3) và sự kiện bất khả kháng (Điều 7.1.7). Sự quan tâm rõ ràng đó đã góp phần giúp PICC trở thành nguồn tham khảo hấp dẫn đối với các bên tham gia hoạt động thương mại quốc tế.

B. PICC và hợp đồng mua bán hàng hoá quốc tế

PICC có thể giữ vai trò gì liên quan đến hợp đồng mua bán hàng hoá quốc tế? Cụ thể, các nguyên tắc này có mối quan hệ thế nào tới các công cụ chuyên sâu hơn, như INCOTERMS và CISG, mà cả hai đều liên quan đến hợp đồng mua bán hàng hoá quốc tế?

Không giống như hai văn bản trên, PICC không được soạn thảo để điều chỉnh chuyên về hợp đồng mua bán hàng hoá quốc tế. PICC là các quy phạm có thể áp dụng cho hợp đồng thương mại nói chung; chúng được xây dựng để điều chỉnh bất kì loại hợp đồng nào, không dành riêng cho hợp đồng mua bán hàng hoá quốc tế, mà áp dụng cho các loại hợp đồng đa dạng như hợp đồng cho thuê, hợp đồng xây dựng, hợp đồng phân phối, hợp đồng chuyên giao công nghệ hay hợp đồng cung ứng. PICC nêu rõ các quy phạm chung liên quan chủ yếu đến giao kết hợp đồng, thực hiện hợp đồng và không thực hiện hợp đồng.

Điểm khác nhau cơ bản này đã đưa ra câu trả lời cho câu hỏi nêu trên. PICC, một mặt, giống với INCOTERMS và CISG, mặt khác cũng chứa đựng nhiều bổ sung. Trên thực tế, cả ba văn bản trên đều bổ sung cho nhau, mỗi văn bản thể hiện ở một mức độ khác nhau về tính khái quát và tính cụ thể.

CISG xây dựng các quy phạm để điều chỉnh nhiều khía cạnh quan trọng nhất của một hợp đồng mua bán hàng hoá quốc tế, như: Giao kết hợp đồng; Nghĩa vụ của bên bán (giao hàng, sự phù hợp của hàng hoá, quyền của bên thứ ba) và các biện pháp khắc phục vi phạm hợp đồng tương ứng cho người mua; Nghĩa vụ của người mua (thanh toán tiền hàng, nhận hàng) và các biện

⁸⁹ Về các điều khoản này trong thực tiễn, xem M. Fontaine và F. De Ly, *Drafting International Contracts. An Analysis of Contract Clauses*, (2006).

⁹⁰ Xem: các điều khoản về xác nhận bằng văn bản (Điều 2.1.12); giao kết hợp đồng phụ thuộc vào sự thoả thuận về hình thức và nội dung (Điều 2.1.13); hợp đồng với các điều khoản sẽ được quy định sau (Điều 2.1.14); nghĩa vụ bảo mật (Điều 2.1.16), các điều khoản về sáp nhập (Điều 2.1.17); và sửa đổi bằng hình thức đặc biệt (Điều 2.1.18).

pháp khắc phục vi phạm hợp đồng tương ứng cho người bán; chuyển rủi ro; cũng như một số điều khoản áp dụng chung cho nghĩa vụ của cả hai bên.

INCOTERMS cũng điều chỉnh cụ thể về hợp đồng mua bán hàng hoá quốc tế, nhưng các quy định trong INCOTERMS chỉ điều chỉnh một vài vấn đề cụ thể, cơ bản là giao hàng và chuyển rủi ro, mỗi điều kiện cơ sở giao hàng đưa ra sự lựa chọn giữa những sắp xếp khác nhau, phù hợp với nhu cầu của các bên, và phụ thuộc vào bối cảnh kinh doanh của chính các bên. Một điều có thể thấy ngay rằng vấn đề chủ đạo của INCOTERMS đã được một số điều khoản của CISG điều chỉnh, đó là các vấn đề về giao hàng và chuyển rủi ro. Tuy nhiên, các quy phạm này của CISG là các quy định chung, áp dụng cho bất kì hợp đồng mua bán hàng hoá quốc tế nào, trong khi đối với giao dịch mua bán cụ thể, các bên thường ưa chuộng các quy phạm cụ thể và tinh tế như INCOTERMS hơn là các quy định chung. Trong hoàn cảnh đó, việc lựa chọn một quy định theo INCOTERMS là hoàn toàn tương thích với việc áp dụng CISG, điều này đơn giản là INCOTERMS sẽ thay thế các điều khoản tương ứng của CISG (điều này được cho phép bởi Điều 6 CISG). Mặc khác, có thể thấy rằng, với tất cả các điều khoản khác giải quyết các vấn đề không được INCOTERMS điều chỉnh (giao kết hợp đồng, thanh toán tiền hàng, khắc phục vi phạm hợp đồng, v.v.), CISG vẫn có phạm vi áp dụng rộng trong quan hệ hợp đồng mua bán hàng hoá quốc tế.

Tương tự INCOTERMS nhưng ở mức độ khái quát cao hơn, PICC có thể áp dụng cho các hợp đồng mua bán kết hợp với CISG (cũng như kết hợp với INCOTERMS). CISG bao trùm nhiều lĩnh vực của quan hệ hợp đồng giữa bên mua và bên bán, tuy nhiên không phải là tất cả. Ví dụ, CISG đã tuyên bố rõ rằng nó không điều chỉnh vấn đề hiệu lực của hợp đồng (Điều 4), một vấn đề được PICC quy định chi tiết (từ Điều 3.1.1 đến Điều 3.3.2)⁹¹. Có nhiều vấn đề khác CISG không điều chỉnh, vì các vấn đề đó không phải vấn đề riêng của hợp đồng mua bán hàng hoá quốc tế, như quyền đại diện, giải thích hợp đồng, các quy phạm chung về nội dung và thực hiện hợp đồng, thực hiện bù nghĩa vụ ('set-off'), nhượng quyền, chuyển giao nghĩa vụ và chuyển giao hợp đồng, thời hiệu và hợp đồng nhiều bên. Nếu các bên muốn hưởng lợi ích từ việc được áp dụng một bộ các quy tắc điều chỉnh hợp đồng mua bán của mình, họ có thể thoả thuận rằng, ngoài CISG và

⁹¹ Cũng trong Điều 4 nêu rõ rằng CISG không điều chỉnh vấn đề hậu quả của hợp đồng mua bán có thể xảy ra đối với việc sở hữu hàng hoá đã bán; về vấn đề này, PICC không đưa ra bất kì giải pháp nào.

INCOTERMS, hợp đồng của họ sẽ chịu sự điều chỉnh của PICC.⁹²

Theo nguyên tắc ‘luật riêng’ (*‘lex specialis’*) được ưu tiên áp dụng so với luật chung, INCOTERMS sẽ chiếm ưu thế hơn so với các quy định của CISG về giao nhận hàng hoá và chuyển rủi ro; đồng thời chính bản thân CISG sẽ chiếm ưu thế hơn so với PICC khi điều chỉnh các vấn đề như nghĩa vụ của các bên và biện pháp khắc phục vi phạm hợp đồng tương ứng. Tất nhiên, không có gì ngăn cản các bên làm giảm hiệu lực của điều khoản nào đó của CISG bằng việc ủng hộ các quy định của PICC (ví dụ, về vấn đề giao kết hợp đồng, hoặc về biện pháp khắc phục vi phạm hợp đồng nào đó).

Sự kết hợp các công cụ nói trên có thể diễn ra một cách trôi chảy, vì chính PICC cũng chịu ảnh hưởng của CISG, mà cơ bản là liên quan đến một vài điều khoản về giao kết hợp đồng (so sánh các điều từ Điều 14 đến Điều 24 của CISG, với các điều từ Điều 2.1.1 đến Điều 2.1.11 của PICC), và các biện pháp khắc phục áp dụng đối với việc không thực hiện hợp đồng (so sánh các điều từ Điều 45 đến Điều 52 và các điều từ Điều 61 đến Điều 65 của CISG, với các điều từ Điều 7.1.1 đến Điều 7.4.13 của PICC). Hai công cụ trên đạt được tính tương thích ở mức độ cao và dường như không có vấn đề gì khi kết hợp chúng với nhau.

Kết luận

Với tư cách là một Bộ nguyên tắc được xây dựng để điều chỉnh chung về hợp đồng, PICC đã đưa ra sự hỗ trợ đáng quý cho các quy định điều chỉnh hợp đồng mua bán hàng hoá quốc tế của CISG. Giống như CISG, PICC được soạn thảo công phu với hi vọng thoả mãn nhu cầu của các bên tham gia thương mại quốc tế, và cố gắng duy trì những giải pháp có thể chấp nhận được ở cả hai hệ thống common law và civil law. Vì PICC là công cụ ‘luật mềm’, nên các bên thường lựa chọn áp dụng. Tuy nhiên, trọng tài (đôi khi là cả trọng tài trong nước) ngày càng có xu hướng dẫn chiếu đến PICC, khi các bên trong hợp đồng lựa chọn các nguyên tắc chung về thương mại quốc tế để điều chỉnh quan hệ hợp đồng của họ.

3. Bộ nguyên tắc của luật hợp đồng châu Âu (PECL) (*)

Bộ nguyên tắc của luật hợp đồng châu Âu (sau đây gọi là ‘PECL’) là kết quả công việc của Ủy ban Luật hợp đồng châu Âu, một tổ chức của các luật

⁹² Như trên.

(*) Tác giả: Võ Sỹ Mạnh, Thạc sĩ, Nghiên cứu sinh, Giảng viên, Trường Đại học Ngoại thương Hà Nội (FTU).

sự đến từ các quốc gia thành viên của Cộng đồng châu Âu, do Giáo sư Ô-lê Lan-đô đứng đầu. PECL đáp ứng yêu cầu của Cộng đồng châu Âu - đó là cần có nền tảng cho luật hợp đồng, nhằm tăng cường sự phát triển nhanh chóng số lượng các văn bản pháp luật của Cộng đồng châu Âu điều chỉnh các loại hợp đồng cụ thể.⁹³

PECL gồm có Phần I, Phần II và Phần III, bao gồm các quy định nền tảng về hợp đồng, giao kết hợp đồng, quyền đại diện, hiệu lực hợp đồng, giải thích hợp đồng, nội dung hợp đồng, thực hiện hợp đồng, không thực hiện hợp đồng (vi phạm) và các biện pháp khắc phục vi phạm hợp đồng. Phần I và Phần II của PECL (từ Chương 1 đến Chương 9) được thông qua vào năm 1999, Phần III (từ Chương 10 đến Chương 17), được xem xét lại vào năm 2002, bao gồm các quy định điều chỉnh hợp đồng có nhiều bên tham gia, nhượng quyền khiếu nại, thay thế nợ mới, chuyển giao hợp đồng, thực hiện bù nghĩa vụ ('set-off'), thời hiệu, tính bất hợp pháp, các điều kiện hợp đồng, và tư bản hoá lợi tức.

Có thể nói rằng ngày nay, PECL được xem là quy định hữu ích điều chỉnh hợp đồng mua bán quốc tế, nhưng chỉ trong mối liên hệ với các quốc gia châu Âu. Việc áp dụng PECL, nguyên tắc tự do hợp đồng, giao kết hợp đồng và các biện pháp khắc phục khi không thực hiện hợp đồng theo PECL sẽ được đề cập dưới đây.

A. Áp dụng PECL

Cũng giống như CISG, PECL đưa ra giải pháp cho vấn đề phát sinh mà hệ thống luật hoặc các quy định của luật áp dụng không giải quyết vấn đề đó. Tuy nhiên, PECL có thể chỉ được áp dụng cho các hợp đồng mua bán hàng hoá quốc tế có liên quan đến châu Âu.

Theo Điều 1:101, PECL sẽ được áp dụng cho những trường hợp sau:

- Các bên thoả thuận đưa PECL vào hợp đồng, hoặc hợp đồng sẽ được điều chỉnh bởi các nguyên tắc PECL.
- Các bên thoả thuận rằng hợp đồng của họ sẽ được điều chỉnh bởi 'các nguyên tắc chung của pháp luật', *lex mercatoria*, hoặc những quy định tương tự;
- Các bên không chọn bất kỳ hệ thống luật hay quy định pháp luật nào để điều chỉnh hợp đồng. Đồng thời, mặc dù không có điều khoản lựa

⁹³ Chi tiết về Ủy ban về Luật hợp đồng châu Âu, xem tại : http://web.cbs.dk/departments/law/staff/ol/commission_on_ecl/members.htm. Xem đầy đủ văn bản PECL tại http://web.cbs.dk/departments/law/staff/ol/commission_on_ecl/

chọn luật nào được quy định trong hợp đồng, nhưng phải liên quan tới châu Âu.

B. Nguyên tắc tự do hợp đồng

Nguyên tắc tự do hợp đồng là một nguyên tắc cơ bản. Phần lớn các quy định trong PECL là những áp dụng cụ thể của nguyên tắc tự do hợp đồng.

Việc áp dụng trực tiếp nguyên tắc tự do hợp đồng được quy định tại Điều 1:102 PECL. Các bên được tự do giao kết hợp đồng và quyết định nội dung của hợp đồng, tùy thuộc vào sự thiện chí, tính công bằng và các quy định bắt buộc của PECL. Tuy nhiên, các bên có thể không áp dụng bất kỳ quy định nào của PECL, hoặc làm giảm hoặc thay đổi hiệu lực của các quy định đó, trừ khi PECL có quy định khác.⁹⁴

Về yêu cầu thiện chí, PECL quy định rằng, trước khi bảo lưu trách nhiệm của bên đàm phán thiếu thiện chí, PECL ghi nhận quyền tự do đàm phán của các bên, mà không có gì khác, ngoài việc thể hiện sự tự do hợp đồng ở giai đoạn trước khi ký kết hợp đồng.⁹⁵

Điều 1:103 của PECL quy định chi tiết giới hạn của tự do hợp đồng bằng các quy định bắt buộc. Trong trường hợp luật áp dụng đã được xác định bởi quy tắc chọn luật của tòa án trước khi diễn ra tranh chấp, thì điều khoản này vẫn cho phép các bên 'lựa chọn PECL làm luật điều chỉnh hợp đồng của họ, theo đó sẽ không phải áp dụng các quy định bắt buộc của luật quốc gia',⁹⁶ trừ những quy định luôn luôn được áp dụng, bất kể luật điều chỉnh là luật nào.⁹⁷

Do đó, việc các bên có quyền tự do áp dụng PECL cho hợp đồng có thể cho phép họ trốn tránh áp dụng một số quy phạm mệnh lệnh của luật quốc gia, những quy phạm được gọi là luật bắt buộc 'thông thường', sẽ đối lập với cái gọi là 'luật áp dụng trực tiếp' - luật được áp dụng mà không cần quan tâm đến luật nào điều chỉnh hợp đồng.⁹⁸ Những quy định áp dụng trực

⁹⁴ Điều 6 CISG.

⁹⁵ Điều 2:301 PECL:

(1) Một bên được tự do đàm phán và không phải chịu trách nhiệm khi không đạt được thoả thuận.
(2) Tuy nhiên, nếu một bên đàm phán hoặc phá hủy đàm phán trái với thiện chí và công bằng, thì phải chịu trách nhiệm về những thiệt hại gây ra cho bên kia. (...).

⁹⁶ Khoản 1 Điều 1:103 PECL.

⁹⁷ Khoản 2 Điều 1:103 PECL.

⁹⁸ *Principles of European Contract Law, Parts I and II*, được chuẩn bị bởi Ủy ban châu Âu về luật hợp đồng, Phần I và Phần II được chỉnh sửa bởi Ô-lê Lan-đô và Hugh BEALE, (2000), tr. 102. *Principles of European Contract Law, Part III* được chỉnh sửa bởi Ô-lê Lan-đô, Eric Cli-vo, Ắng-đờ-rê Prum và Reinhard ZIMMERMANN.

tiếp là những quy định ‘mang ý nghĩa của một chính sách công cơ bản của quốc gia ban hành quy định đó, và nó phải có hiệu lực điều chỉnh hợp đồng, khi hợp đồng có mối quan hệ mật thiết với quốc gia này’.⁹⁹ Do đó, trong bất kỳ trường hợp nào, quyền tự do áp dụng PECL cho hợp đồng của các bên không có nghĩa là cho phép các bên trốn tránh việc áp dụng các quy phạm mệnh lệnh của luật quốc gia, luật siêu quốc gia hay luật quốc tế, mà những quy phạm mệnh lệnh này luôn được áp dụng cho hợp đồng, bất kể luật điều chỉnh hợp đồng là luật nào. Quyền tự do hợp đồng của các bên bị giới hạn một cách có hệ thống bởi các quy phạm mệnh lệnh cơ bản.

Tự do quyết định nội dung của hợp đồng nghĩa là tự do quy định các nghĩa vụ, nơi thực hiện nghĩa vụ,¹⁰⁰ ngày thực hiện hợp đồng,¹⁰¹ hoặc đồng tiền được sử dụng để thanh toán.¹⁰²

PECL giữ lại nhiều khái niệm về các nguyên tắc cơ bản và bỏ đi những khái niệm không nhất quán của pháp luật các nước, về ‘trái đạo đức’, ‘tính bất hợp pháp’, ‘chính sách công’ và ‘đạo đức’.¹⁰³ Bình luận về Điều 15:102 chỉ ra rằng mặc dù PECL tạo ra một hệ thống các quy định độc lập, áp dụng cho các hợp đồng được điều chỉnh bởi PECL, song vẫn không thể bỏ qua tất cả các điều khoản của luật quốc gia hay các quy định khác của luật áp dụng cho những hợp đồng đó, cụ thể là những quy định hoặc lệnh cấm công khai hoặc hiểu ngầm, làm cho hợp đồng trở nên vô hiệu, không có hiệu lực (không có giá trị), có thể bị huỷ hoặc không thể thực hiện được trong một số hoàn cảnh nhất định. Do đó, việc tiếp tục phân biệt các quy phạm mệnh lệnh tại Điều 1:103 của PECL là cần thiết.¹⁰⁴

C. Giao kết hợp đồng

Nên lưu ý rằng các điều kiện giao kết hợp đồng cũng được quy định trong PECL. Mặc dù không đặt tên nguyên tắc, nhưng PECL đã quy định về

⁹⁹ Sđd tr. 101.

¹⁰⁰ Khoản 1 Điều 7:101 PECL.

¹⁰¹ Điều 7:102 PECL.

¹⁰² Điều 7:108 PECL.

¹⁰³ *Principles of European Contract Law, Part III* được chỉnh sửa bởi Ô-lê Lan-đô, E-ric Cli-vo, Ăng-đờ-rê Prüm và Reinhard Zimmermann, tr. 211.

¹⁰⁴ Điều 1:103:

(1) Nếu luật áp dụng quy định khác, các bên có thể chọn Bộ nguyên tắc để điều chỉnh hợp đồng của họ, theo đó các quy phạm mệnh lệnh của luật quốc gia không được áp dụng.

(2) Tuy nhiên, nếu các quy định của luật quốc gia, luật xuyên quốc gia và luật quốc tế đó có hiệu lực, phù hợp với tư pháp quốc tế, thì chúng sẽ được áp dụng mà không xét đến luật nào điều chỉnh hợp đồng.

nguyên tắc đồng thuận, khi trước tiên nêu rõ rằng hợp đồng được giao kết nếu có sự thoả thuận của các bên, đó là ý định chịu sự ràng buộc về mặt pháp luật và đạt được thoả thuận đầy đủ mà ‘không cần phải có thêm bất kỳ yêu cầu nào’.¹⁰⁵ Thêm vào đó, có thể nhận thấy rõ ràng rằng: ‘Một hợp đồng không cần phải giao kết hoặc chứng minh bằng văn bản, cũng không cần phải phụ thuộc vào bất kỳ yêu cầu nào về hình thức (...)’.¹⁰⁶

Như đã đề cập ở trên, theo PECL, một hợp đồng được giao kết trên cơ sở thoả thuận giữa các bên,¹⁰⁷ việc giao kết hợp đồng được thực hiện chủ yếu thông qua trao đổi chào hàng và chấp nhận chào hàng. Một chào hàng có thể bị huỷ cho đến lúc được chấp nhận chào hàng, trừ khi chào hàng đó được xem là chào hàng cố định.¹⁰⁸ Chấp nhận chào hàng không phù hợp với chào hàng được xem là ‘chào hàng mới’ (‘counter-offer’), trừ khi những thay đổi đó là không cơ bản.¹⁰⁹ Đàm phán phải được tiến hành và tiếp tục trên cơ sở thiện chí.¹¹⁰

Mặc dù rõ ràng là PECL điều chỉnh việc giao kết hợp đồng thông qua trao đổi chào hàng và chấp nhận chào hàng, PECL cũng làm rõ rằng: các quy định về giao kết hợp đồng sẽ được xem là luật áp dụng, kể cả trong trường hợp hợp đồng được giao kết theo một cách khác. Điều này gián tiếp thừa nhận rằng hợp đồng được phép giao kết theo nhiều cách khác nữa.

D. Các biện pháp khắc phục khi không thực hiện hợp đồng

PECL quy định các biện pháp khắc phục vi phạm hợp đồng như sau:

- Buộc thực hiện đúng hợp đồng;
- Giảm giá;
- Chấm dứt hợp đồng.

Biện pháp buộc thực hiện đúng hợp đồng được giới hạn bởi một vài điều khoản.¹¹¹ Theo PECL, biện pháp buộc thực hiện đúng hợp đồng không được thừa nhận, nếu việc đó là bất hợp pháp hoặc bất khả thi, hoặc việc đó

¹⁰⁵ Khoản 1 Điều 2:101 PECL.

¹⁰⁶ Khoản 2 Điều 2:101 PECL. So sánh sự giống nhau với Điều 11:104 PECL, theo đó quy định rằng ‘chuyển nhượng không cần thiết phải ở dạng văn bản, và không phụ thuộc vào bất kỳ yêu cầu nào về hình thức. Nó có thể được chứng minh bằng bất kỳ phương thức nào, bao gồm cả nhân chứng’.

¹⁰⁷ Khoản 1 Điều 2:101 PECL.

¹⁰⁸ Điều 2:202 PECL.

¹⁰⁹ Điều 2:208 PECL.

¹¹⁰ Điều 2:301 PECL.

¹¹¹ Điều 9:102 PECL.

sẽ gây phiền toái bất hợp lí, hoặc việc đó có thể đạt được bằng các cách khác. Ngoài ra, PECL cũng mở rộng các hạn chế này để đối với biện pháp khắc phục áp dụng đối với hành vi thực hiện không đúng hợp đồng ('defective performance').¹¹²

PECL cũng quy định biện pháp giảm giá.¹¹³ Biện pháp chấm dứt hợp đồng phụ thuộc vào việc vi phạm đó có phải là vi phạm cơ bản hay không, hoặc bên không thực hiện hợp đồng đã được thông báo gia hạn hợp đồng hay chưa.¹¹⁴

Bên cạnh những biện pháp khắc phục vi phạm nêu trên, biện pháp bồi thường thiệt hại cũng được đưa ra.¹¹⁵ PECL giả định rằng thiệt hại có thể được bồi thường trên cơ sở trách nhiệm nghiêm ngặt, do đó không đòi hỏi phải chứng minh sự sơ suất/bất cẩn của bên không thực hiện hợp đồng. Tuy nhiên, PECL cũng tạo ra ngoại lệ cho tình huống theo đó việc thực hiện hợp đồng bị ngăn cản, do xuất hiện một sự kiện vượt quá khả năng kiểm soát của bên vi phạm.¹¹⁶

Về vấn đề tính toán bồi thường thiệt hại, PECL quy định rằng tổng số tiền trả cho bên không vi phạm sẽ bằng số tiền mà đáng lẽ ra hợp đồng được thực hiện đúng, và phải bao gồm các chi phí phát sinh cũng như lợi nhuận bị mất.¹¹⁷

Về mức độ của thiệt hại, PECL áp dụng tiêu chí 'khả năng có thể tiên liệu được thiệt hại'¹¹⁸ như là hậu quả tiềm tàng của vi phạm. Tuy nhiên, cần lưu ý rằng về vấn đề này, PECL quy định tiêu chí 'cẩu thả hiển nhiên' ('gross negligence') hoặc 'cố ý làm sai' ('intentional misconduct'). Nếu hành vi của bên vi phạm là 'cẩu thả hiển nhiên' ('gross negligence') hoặc 'cố ý làm sai' ('intentional misconduct'), thì việc bồi thường thiệt hại sẽ không giới hạn ở những thiệt hại có thể tiên liệu được.

Về miễn trừ trách nhiệm do có trở ngại nằm ngoài khả năng kiểm soát của bên vi phạm, các biện pháp khắc phục như bồi thường thiệt hại và buộc thực hiện đúng hợp đồng sẽ không được thừa nhận.¹¹⁹ Sự miễn trừ trách nhiệm sẽ được duy trì, khi mà tác động của những trở ngại đó vẫn còn tồn tại.¹²⁰ Tác

¹¹² Khoản 1 Điều 9:102 PECL.

¹¹³ Điều 9:401 PECL.

¹¹⁴ Điều 9:301 PECL.

¹¹⁵ Điều 8:101 và 8:102 PECL.

¹¹⁶ Điều 8:108 PECL.

¹¹⁷ Điều 9:502 PECL.

¹¹⁸ Điều 9:503 PECL.

¹¹⁹ Khoản 2 Điều 8:101 PECL.

¹²⁰ Khoản 2 Điều 8:108 PECL.

động của những trở ngại nêu trên sẽ là điều kiện cho phép bên chịu thiệt hại được đàm phán lại, hoặc yêu cầu toà án phán quyết chấm dứt hợp đồng.¹²¹

Mặc dù có một vài điều khoản trong PECL giới hạn phạm vi áp dụng của PECL chỉ ở phạm vi Âu, nhưng PECL vẫn đóng vai trò hết sức quan trọng trong việc thống nhất các quy định điều chỉnh hợp đồng mua bán hàng hoá quốc tế trên thế giới.

4. Pháp luật Việt Nam điều chỉnh hoạt động mua bán hàng hoá quốc tế (*)

A. Nguồn luật điều chỉnh

Trước năm 2005, pháp luật Việt Nam điều chỉnh hoạt động mua bán hàng hoá quốc tế nằm rải rác ở nhiều văn bản quy phạm pháp luật khác nhau như Bộ luật dân sự 1995, Luật thương mại 1997, Pháp lệnh hợp đồng kinh tế 1989 và vô số các văn bản dưới luật khác có liên quan. Không chỉ nằm tản mát ở các văn bản khác nhau, các quy định pháp luật này còn thường xuyên chồng chéo. Năm 2005 được coi là năm bản lề cho hoạt động lập pháp của Việt Nam, với việc ban hành nhiều văn bản luật nhằm làm cho hệ thống pháp luật của Việt Nam tương thích với các quy định của WTO. Trong số các văn bản luật này phải kể đến Bộ luật dân sự 2005 và Luật thương mại 2005. Hiện nay, các quy định pháp luật cơ bản cho hoạt động mua bán hàng hoá quốc tế của Việt Nam được thể hiện trong Bộ luật dân sự 2005 (sau đây gọi tắt là Bộ luật dân sự) và Luật thương mại 2005 (sau đây gọi tắt là Luật thương mại).

Điều 1 Bộ luật dân sự quy định:

‘Bộ luật dân sự quy định địa vị pháp lí, chuẩn mực pháp lí cho cách ứng xử của 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, lao động (sau đây gọi chung là quan hệ dân sự).’

Như vậy, giao dịch mua bán hàng hoá quốc tế trước hết sẽ được điều chỉnh bởi Bộ luật dân sự. Bộ luật dân sự đề ra những quy tắc chung nhất về hợp đồng như hình thức hợp đồng, các biện pháp khắc phục vi phạm hợp đồng, v.v.. Để tránh tình trạng chồng chéo như thời kì trước năm 2005, Điều 4 Luật thương mại đã xác định rõ ràng thứ tự áp dụng luật điều chỉnh cho hợp đồng mua bán hàng hoá quốc tế trong trường hợp luật điều chỉnh hợp

¹²¹ Điều 6:111 PECL.

(*) Tác giả: Hồ Thúy Ngọc, Tiến sĩ, Giảng viên, Trưởng Bộ môn Luật, Trường Đại học Ngoại thương Hà Nội (FTU).

đồng là luật Việt Nam như sau:

1. Hoạt động thương mại phải tuân theo Luật thương mại và pháp luật có liên quan.
2. Hoạt động thương mại đặc thù được quy định trong luật khác thì áp dụng quy định của luật đó.
3. Hoạt động thương mại không được quy định trong Luật thương mại và trong các luật khác thì áp dụng quy định của Bộ luật dân sự.

Cả Điều 12 và Điều 13 Luật thương mại đều quy định rằng các bên sẽ bị ràng buộc bởi những thói quen được hình thành giữa các bên, và những tập quán thương mại mà các bên đã biết hoặc phải biết, đối với loại hợp đồng trong hoạt động thương mại cụ thể. Điều 13 cũng chỉ ra thứ tự áp dụng hai nguồn luật này, theo đó thói quen hình thành giữa các bên sẽ được ưu tiên áp dụng so với tập quán thương mại.

B. Khái niệm hợp đồng mua bán hàng hoá quốc tế

Luật thương mại không trực tiếp định nghĩa hoạt động mua bán hàng hoá quốc tế. Thay vào đó, Luật này liệt kê những hoạt động được coi là hoạt động mua bán hàng hoá quốc tế tại Điều 27, đó là xuất khẩu, nhập khẩu, tạm xuất tái nhập, tạm nhập tái xuất, chuyển khẩu.

‘Xuất khẩu’ hàng hoá là việc hàng hoá được đưa ra khỏi lãnh thổ Việt Nam hoặc đưa vào khu vực đặc biệt nằm trên lãnh thổ Việt Nam - được coi là khu vực hải quan riêng theo quy định của pháp luật (Khoản 1 Điều 28 Luật thương mại).

‘Nhập khẩu’ hàng hoá là việc hàng hoá được đưa vào lãnh thổ Việt Nam từ nước ngoài hoặc từ khu vực đặc biệt nằm trên lãnh thổ Việt Nam - được coi là khu vực hải quan riêng theo quy định của pháp luật (Khoản 2 Điều 28 Luật thương mại).

‘Tạm nhập, tái xuất’ hàng hoá là việc hàng hoá được đưa từ nước ngoài hoặc từ các khu vực đặc biệt nằm trên lãnh thổ Việt Nam - được coi là khu vực hải quan riêng theo quy định của pháp luật, 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 (Khoản 1 Điều 29 Luật thương mại).

‘Tạm xuất, tái nhập’ hàng hoá là việc hàng hoá được đưa ra nước ngoài hoặc đưa vào các khu vực đặc biệt nằm trên lãnh thổ Việt Nam - được coi là khu vực hải quan riêng theo quy định của pháp luật, có làm thủ tục

xuất khẩu ra khỏi Việt Nam và làm thủ tục nhập khẩu lại chính hàng hoá đó vào Việt Nam (Khoản 2 Điều 29 Luật thương mại).

‘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 (Khoản 1 Điều 30 Luật thương mại).

Từ những khái niệm trên, có thể thấy rằng hàng hoá phải là (i) động sản; và (ii) có thể dịch chuyển qua biên giới. Mua bán bất động sản với người nước ngoài không thuộc nhóm hoạt động mua bán hàng hoá quốc tế.

C. Hình thức của hợp đồng

Hợp đồng mua bán hàng hoá quốc tế phải được thực hiện trên cơ sở hợp đồng bằng văn bản hoặc bằng hình thức khác có giá trị pháp lý tương đương. Điều 15 Luật thương mại quy định theo đó các thông điệp dữ liệu đáp ứng các điều kiện, tiêu chuẩn kỹ thuật theo quy định của pháp luật thì được thừa nhận là có giá trị pháp lý tương đương văn bản.

D. Giao kết hợp đồng

Luật thương mại không quy định về giao kết hợp đồng, vì những nội dung này đã được điều chỉnh bởi Bộ luật dân sự. Hợp đồng được giao kết và các bên sẽ bị ràng buộc khi chào hàng được chấp nhận. Các quy tắc về chào hàng và chấp nhận chào hàng này khá tương tự với các quy định của CISG. Nội dung dưới đây chỉ làm rõ những điểm khác biệt.

Người bán gửi chào hàng cho người mua. Người mua có thể gửi chấp nhận chào hàng với sự sửa đổi một số nội dung của chào hàng. Theo CISG, nếu những sửa đổi/bổ sung này là cơ bản, thì sẽ trở thành một ‘chào hàng mới’ như quy định tại khoản 3 Điều 19 CISG. Tuy nhiên, pháp luật Việt Nam đòi hỏi rằng chấp nhận chào hàng phải vô điều kiện. Nói cách khác, chấp nhận chào hàng phải phản ánh chính xác nội dung của chào hàng. Điều 395 Bộ luật dân sự quy định rằng mọi sửa đổi/bổ sung đối với đề nghị giao kết hợp đồng (chào hàng) hình thành nên một ‘chào hàng mới’.

Thông thường, im lặng không được coi là chấp nhận. Tuy nhiên, khoản 2 Điều 404 Bộ luật dân sự công nhận im lặng là chấp nhận, nếu các bên thoả thuận với nhau im lặng là chấp nhận giao kết hợp đồng.

Đối với những nước theo hệ thống common law, thời điểm chấp nhận chào hàng có hiệu lực phụ thuộc vào việc áp dụng học thuyết nào, học

thuyết ‘tổng phát’ hay học thuyết ‘tiếp thu’. Pháp luật Việt Nam không thừa nhận học thuyết ‘tổng phát’. Khoản 1 Điều 404 Bộ luật dân sự quy định thời điểm chấp nhận chào hàng có hiệu lực là thời điểm bên đề nghị giao kết hợp đồng nhận được trả lời chấp nhận chào hàng.

E. Nội dung của hợp đồng

Trước năm 2005, pháp luật Việt Nam quy định hợp đồng phải có các điều khoản chủ yếu. Tuy nhiên, từ năm 2005, hợp đồng nói chung và hợp đồng mua bán hàng hoá quốc tế nói riêng không nhất thiết phải có những điều khoản này. Các bên có thể thoả thuận các điều khoản về (i) Hàng hoá; (ii) Số lượng và chất lượng; (iii) Giá cả và phương thức thanh toán; (iv) Thời hạn, địa điểm thực hiện; (v) Nghĩa vụ của các bên; (vi) Trách nhiệm của các bên; (vii) Phạt vi phạm và các điều khoản khác. Đồng thời, pháp luật Việt Nam cũng đưa ra các phương pháp giải quyết trong một số trường hợp nhất định, khi hợp đồng thiếu những điều khoản cụ thể.

Trong trường hợp hợp đồng không quy định giá cả, mặc dù thực tế ít khi xảy ra, Điều 52 Luật thương mại quy định giá của hàng hoá sẽ 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 cả.

Trong trường hợp không có thoả thuận về địa điểm thanh toán, Điều 54 Luật thương mại yêu cầu người mua sẽ phải thanh toán tại một trong những địa điểm sau: (i) 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; hoặc (ii) Địa điểm giao hàng hoặc giao chứng từ, nếu việc thanh toán được tiến hành đồng thời với việc giao hàng hoặc giao chứng từ.

Trong trường hợp không có thoả thuận về thời gian giao hàng, người bán phải giao hàng trong một khoảng thời gian hợp lí sau khi hợp đồng được giao kết. Tuy nhiên, pháp luật Việt Nam không đưa ra các tiêu chí xác định thế nào là ‘thời gian hợp lí’.

F. Chuyển giao rủi ro

Mất mát hàng hoá có thể xảy ra bất kì lúc nào và trong phần lớn các trường hợp, bảo hiểm sẽ chi trả cho thiệt hại này. Vấn đề là phải xác định người bán hay người mua có nghĩa vụ đòi bảo hiểm? Không giống như luật quốc gia của một số nước, pháp luật Việt Nam cho phép các bên phân bổ rủi ro giữa hai bên và tự xác định thời điểm chuyển giao rủi ro. Trong trường hợp không có

thoả thuận cụ thể, Luật thương mại quy định chuyển giao rủi ro từ người bán sang người mua khi người mua nhận hàng tại địa điểm giao hàng. Nếu không có thoả thuận cụ thể về địa điểm nhận hàng, thì rủi ro sẽ chuyển sang cho người mua khi người mua nhận được giấy tờ sở hữu hoặc giấy tờ xác nhận việc chiếm hữu hàng hoá của mình. Nếu người mua không phải là người nhận hàng từ người bán, thì rủi ro sẽ chuyển cho người mua khi hàng hoá được giao cho người vận chuyển đầu tiên. Trong các trường hợp khác, chuyển giao rủi ro theo quy định của pháp luật Việt Nam khá giống với CISG.

G. Thực hiện hợp đồng

Tương tự như CISG, pháp luật Việt Nam quy định nghĩa vụ cơ bản của người bán và người mua trong việc thực hiện hợp đồng. Nhìn chung, các bên có quyền được nhận từ hợp đồng những gì mà họ mong muốn. Một bên không thực hiện nghĩa vụ của mình sẽ bị coi là vi phạm hợp đồng, và bên vi phạm sẽ phải chịu chế tài nặng nhất như huỷ hợp đồng hoặc chấm dứt hợp đồng, nếu vi phạm đó là vi phạm cơ bản. Pháp luật Việt Nam định nghĩa vi phạm cơ bản hơi khác so với CISG. Khoản 13 Điều 3 Luật thương mại quy định 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. Mục đích giao kết hợp đồng đôi khi không tương đồng với những gì mà bên bị vi phạm có quyền được nhận như quy định tại Điều 25 CISG.

H. Các biện pháp khắc phục vi phạm hợp đồng

Khi một bên vi phạm hợp đồng, bên kia có quyền yêu cầu áp dụng các biện pháp khắc phục vi phạm. Các biện pháp này được liệt kê tại Điều 292 Luật thương mại là: Buộc thực hiện đúng hợp đồng; Phạt vi phạm, Bồi thường thiệt hại; Tạm ngừng thực hiện hợp đồng; Đình chỉ thực hiện hợp đồng; Huỷ hợp đồng; và các biện pháp khác theo thoả thuận giữa các bên.

Pháp luật Việt Nam cho phép bên bị vi phạm đòi thực hiện biện pháp buộc thực hiện đúng hợp đồng, nếu một bên không thực hiện nghĩa vụ. Ví dụ, khi bên bán giao hàng thiếu thì bên mua sẽ yêu cầu bên bán giao hàng đủ; hoặc khi bên bán giao hàng có khuyết tật thì bên mua có quyền yêu cầu khắc phục những khuyết tật này hoặc giao hàng khác thay thế. Bên vi phạm không thể dùng tiền hoặc hàng khác loại để thay thế, trừ trường hợp có sự đồng ý của bên kia.

Pháp luật Việt Nam sử dụng biện pháp phạt vi phạm nhằm phạt bên vi phạm. Biện pháp này thường sẽ không có hiệu lực theo quy định của

common law, nếu mục đích của biện pháp là phạt chứ không phải là bù đắp cho bên bị vi phạm. Để bảo đảm tính công bằng của hợp đồng, pháp luật Việt Nam yêu cầu các bên phải đưa vào hợp đồng điều khoản phạt với mức phạt không quá 8% giá trị hợp đồng bị vi phạm (Điều 301 Luật thương mại).

Đối với biện pháp bồi thường thiệt hại, pháp luật Việt Nam không yêu cầu mức bồi thường thiệt hại phải không vượt quá thiệt hại mà bên vi phạm lường trước, hoặc phải lường trước, vào thời điểm giao kết hợp đồng, trên cơ sở những dữ liệu mà anh ta đã biết hoặc phải biết, như quy định tại Điều 74 CISG. Pháp luật Việt Nam cho phép bên bị vi phạm đòi bồi thường tất cả các thiệt hại, bao gồm giá trị hàng hoá bị thiệt hại, thiệt hại trực tiếp và lợi ích trực tiếp mà bên bị vi phạm lẽ ra được hưởng nếu vi phạm không xảy ra. Điều đó có nghĩa là yêu cầu 'lường trước được' là yêu cầu không bắt buộc. Bên đòi bồi thường thiệt hại có nghĩa vụ thực hiện tất cả những biện pháp cần thiết để giảm tới đa thiệt hại. Nếu bên khiếu nại không thực hiện nghĩa vụ này, bên kia có quyền yêu cầu giảm một phần giá trị bồi thường. Nếu người mua chậm thanh toán, người bán có quyền đòi lãi chậm trả. Mức lãi suất là mức trung bình đối với nợ quá hạn trên thị trường vào thời điểm thanh toán, trừ trường hợp các bên có thoả thuận khác hoặc pháp luật có quy định khác.

Pháp luật Việt Nam cho phép bên bị vi phạm yêu cầu tạm dừng thực hiện hợp đồng, chấm dứt hợp đồng hoặc huỷ hợp đồng khi xảy ra những điều kiện tạm dừng thực hiện hợp đồng, chấm dứt hợp đồng hoặc huỷ hợp đồng theo thoả thuận của các bên, hoặc khi một bên vi phạm cơ bản hợp đồng. Như vậy, các biện pháp khắc phục vi phạm hợp đồng theo quy định của pháp luật Việt Nam không áp dụng với những vi phạm dự kiến như CISG. Nếu có căn cứ rõ ràng là một bên sẽ không thực hiện nghĩa vụ của mình theo hợp đồng, thì bên kia cũng không thể đòi áp dụng các biện pháp khắc phục vi phạm ngay, mà phải chờ đến khi vi phạm thực sự xảy ra. Ví dụ, người bán có thể biết người mua không thể trả được tiền hàng, nhưng không thể khiếu nại, mà phải chờ đến khi hết hạn thanh toán và người mua chưa thanh toán. Bên bị vi phạm phải thông báo cho bên vi phạm biết biện pháp khắc phục mà mình lựa chọn.

Khi sử dụng chế tài huỷ hợp đồng, bên bị vi phạm có quyền yêu cầu huỷ một phần hoặc toàn bộ hợp đồng. Việc huỷ một phần hợp đồng không làm ảnh hưởng tới hiệu lực của những nội dung còn lại của hợp đồng.

Bên bị vi phạm chỉ có quyền đòi áp dụng chế tài buộc thực hiện đúng hợp đồng cùng với chế tài phạt và bồi thường thiệt hại. Việc đòi bồi thường

thiệt hại không cản trở bên bị vi phạm yêu cầu áp dụng các biện pháp khắc phục khác.

I. Các trường hợp miễn trách nhiệm do vi phạm hợp đồng

Điều 294 Luật thương mại đưa ra bốn trường hợp miễn trách cho hành vi vi phạm hợp đồng. Đó là: (i) Xảy ra trường hợp miễn trách nhiệm mà các bên đã thoả thuận; (ii) Xảy ra sự kiện bất khả kháng; (iii) Hành vi vi phạm của một bên hoàn toàn do lỗi của bên kia; (iv) Hành vi vi phạm của một bên do thực hiện quyết định của cơ quan quản lí nhà nước có thẩm quyền mà các bên không thể biết được vào thời điểm giao kết hợp đồng. Bên vi phạm hợp đồng 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. Khi những cản trở không còn nữa, bên vi phạm hợp đồng phải thông báo ngay cho bên kia biết.

Điều 161 Bộ luật dân sự quy định 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 với khả năng cho phép. Trong trường hợp bất khả kháng, các bên 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 sự kiện bất khả kháng cộng với thời gian hợp lí để khắc phục hậu quả. Tuy nhiên, thời gian kéo dài không được quá 5 tháng đối với hàng hoá, dịch vụ mà thời hạn giao hàng, cung ứng dịch vụ được thoả thuận không quá 12 tháng, kể từ khi giao kết hợp đồng; hoặc 8 tháng đối với hàng hoá, dịch vụ mà thời hạn giao hàng, cung ứng dịch vụ được thoả thuận trên 12 tháng, kể từ khi giao kết hợp đồng.

5. Chọn luật áp dụng cho hợp đồng mua bán hàng hoá quốc tế^(*)

Hợp đồng mua bán hàng hoá quốc tế, dù được kí kết hoàn chỉnh đến đâu, thì bản thân nó cũng không thể dự kiến và điều chỉnh được mọi vấn đề và tình huống có thể phát sinh trong thực tế. Do đó, cần quy định điều khoản chọn luật điều chỉnh trong hợp đồng, nhằm tạo một cơ sở pháp lí cụ thể, giúp các bên dựa vào đó để xác định quyền và nghĩa vụ của mình.

Bằng việc sử dụng điều khoản chọn luật, các bên có thể thoả thuận luật áp dụng. Ví dụ, các bên có thể đưa vào hợp đồng điều khoản với nội dung sau: ‘Hợp đồng được lập giữa các bên sẽ được điều chỉnh và giải thích theo luật

^(*) Tác giả: Hồ Thúy Ngọc, Tiến sĩ, Giảng viên, Trưởng Bộ môn Luật, Trường Đại học Ngoại thương Hà Nội (FTU).

của Ca-na-đa...’, hoặc có thể là ‘Luật áp dụng hiệu lực và việc thực hiện hợp đồng này sẽ được điều chỉnh bởi luật của nước người mua ghi trên đơn đặt hàng này’. Sau khi các bên thoả thuận chọn luật áp dụng, mặc dù các bên có thể không có bất kì một mối liên hệ nào với hệ thống luật điều chỉnh mà họ đã lựa chọn, thì sự lựa chọn của họ vẫn có hiệu lực. Luật áp dụng có thể là luật quốc gia, điều ước quốc tế hoặc các tập quán thương mại quốc tế.

A. Luật quốc gia

Luật quốc gia trở thành luật điều chỉnh hợp đồng mua bán hàng hoá quốc tế khi:

- Các bên thoả thuận trong hợp đồng, nghĩa là ngay từ lúc đàm phán, kí kết hợp đồng, các bên có thể thoả thuận điều này;
- Các bên thoả thuận lựa chọn luật áp dụng cho hợp đồng sau khi hợp đồng được kí kết. Có thể vào lúc giao kết hợp đồng, vì lí do chủ quan hoặc khách quan, các bên đã không thoả thuận luật áp dụng cho hợp đồng, khi có tranh chấp xảy ra hoặc sau khi kí hợp đồng, các bên vẫn có thể đàm phán với nhau để thoả thuận chọn luật áp dụng.
- Nếu điều ước quốc tế dẫn chiếu tới luật quốc gia, thì luật quốc gia sẽ trở thành luật điều chỉnh hợp đồng. Ví dụ, Công ước La Hay 1955 về luật áp dụng cho hợp đồng mua bán hàng hoá quốc tế dẫn chiếu đến luật nước người bán tại Điều 3 như sau:

Trong trường hợp các bên không thoả thuận luật áp dụng cho hợp đồng, thì hợp đồng sẽ được điều chỉnh bởi luật quốc gia của nước mà người bán cư trú tại thời điểm người bán nhận được đơn đặt hàng. Nếu đơn đặt hàng gửi tới trụ sở của người bán, thì hợp đồng sẽ được điều chỉnh bởi luật quốc gia nơi thành lập trụ sở của người bán.
- Cơ quan giải quyết tranh chấp chọn luật điều chỉnh. Lúc này, nếu cơ quan giải quyết tranh chấp chọn luật quốc gia, căn cứ vào các học thuyết khác nhau, thì luật quốc gia sẽ trở thành luật điều chỉnh hợp đồng.

Theo học thuyết ‘trao quyền’ (‘vested right’ doctrine), toà án hoặc trọng tài sẽ áp dụng luật của nước nơi có quyền của các bên trong tranh chấp. Đó có thể là luật của nơi giao kết hợp đồng nếu tranh chấp liên quan đến hiệu lực của hợp đồng, và có thể là luật của nơi thực hiện hợp đồng nếu tranh chấp liên quan đến việc thực hiện hợp đồng.

Học thuyết ‘trao quyền’ này là căn cứ truyền thống để toà án hoặc trọng tài xác định luật áp dụng. Tuy nhiên, đây không phải là căn cứ duy nhất. Những năm gần đây, nhiều nước theo hệ thống civil law thay đổi nguyên tắc chọn luật áp dụng, vì họ cho rằng học thuyết ‘trao quyền’ quá cứng nhắc và không phản ánh chính xác lợi ích thực sự của các nước mà luật của các nước này có thể hoặc không thể được áp dụng. Phần lớn các nước chọn luật áp dụng dựa trên học thuyết ‘nước có quan hệ mật thiết nhất’ (‘most significant relationship’ doctrine). Một số nước lại chọn học thuyết ‘lợi ích nhà nước’ (‘governmental interests’ doctrine).¹²²

Học thuyết ‘nước có quan hệ mật thiết nhất’ chỉ ra rằng toà án hoặc trọng tài sẽ áp dụng luật của nước có mối liên hệ mật thiết nhất với các bên và với giao dịch của họ. Thực chất, toà án sẽ xem xét những yếu tố sau trong mọi trường hợp: (i) Luật nước nào thúc đẩy tốt nhất các nhu cầu của hệ thống quốc tế? (ii) Luật nước nào sẽ được thúc đẩy, thông qua việc áp dụng vào vụ việc cụ thể? và (iii) Luật nước nào sẽ thúc đẩy tốt nhất những chính sách, pháp luật có liên quan? Ngoài ra, toà án sẽ xem xét ‘các yếu tố cụ thể’, căn cứ vào từng loại tranh chấp mà toà án phải giải quyết. Và những yếu tố cụ thể trong các tranh chấp hợp đồng thường là: (i) Nơi giao kết hợp đồng; (ii) Nơi đàm phán hợp đồng; (iii) Nơi thực hiện hợp đồng; (iv) Nơi có đối tượng tranh chấp; và (v) Quốc tịch, nơi cư trú, nơi thường trú, nơi có trụ sở doanh nghiệp của các bên.¹²³

Nếu toà án áp dụng học thuyết ‘lợi ích nhà nước’, trước hết, sẽ không chọn luật áp dụng, trừ trường hợp các bên yêu cầu. Nếu các bên không yêu cầu, toà án sẽ chọn luật nước họ để giải quyết. Nếu các bên yêu cầu, toà án sẽ nghiên cứu xem nước nào có lợi ích chính đáng trong việc xác định kết quả của tranh chấp. Nếu chỉ có nước có toà án có lợi ích (trường hợp xung đột giả), tất nhiên, toà án sẽ chọn luật nước mình. Nếu cả nước có toà án và nước khác cùng có lợi ích chính đáng (trường hợp xung đột thật), thì toà án sẽ áp dụng luật của nước có toà án, vì đương nhiên là toà án sẽ hiểu các lợi ích này rõ hơn. Nếu hai nước, đều không phải là nước có toà án, và đều có lợi ích chính đáng (cũng là trường hợp xung đột thật), thì toà án sẽ bỏ vụ kiện, nếu nước, nơi có toà án, muốn áp dụng học thuyết ‘toà án không thích hợp’ (‘forum non conveniens’) (xem Mục 2 - Chương 7 của Giáo trình). Nếu không, toà án sẽ chọn luật của bất kì nước nào mà toà án cho là thích hợp

¹²² Ray August, *Sdd*

¹²³ Ray August, *Sdd*

nhất, và thông thường sẽ là luật của nước nơi có toà án¹²⁴.

Pháp luật Việt Nam quy định một số hạn chế trong việc chọn luật áp dụng. Điều 769 Bộ luật dân sự quy định như sau: ‘Hợp đồng được giao kết tại Việt Nam và thực hiện hoàn toàn tại Việt Nam thì phải tuân theo pháp luật nước Cộng hoà xã hội chủ nghĩa Việt Nam’. Như vậy, nếu hợp đồng được giao kết và thực hiện hoàn toàn tại Việt Nam, thì toà án Việt Nam, khi thụ lí, sẽ luôn áp dụng pháp luật Việt Nam, kể cả khi các bên lựa chọn luật áp dụng là luật của nước khác. Tương tự, Điều 770 Bộ luật dân sự cũng từ chối chọn luật điều chỉnh hình thức của hợp đồng.

Luật do các bên lựa chọn sẽ không được thừa nhận, nếu luật đó hoặc hậu quả của việc áp dụng luật đó trái với trật tự công cộng và các nguyên tắc cơ bản của nước mà một trong các bên chủ thể của tranh chấp mang quốc tịch, và luật đó cũng sẽ vô hiệu.¹²⁵ Các nguyên tắc chung của pháp luật Việt Nam được ghi nhận từ Điều 10 đến Điều 15 Luật Thương mại, và 9 nguyên tắc cơ bản của pháp luật dân sự được nêu rõ trong các điều từ Điều 4 đến Điều 12 Bộ luật dân sự.¹²⁶

B. Điều ước quốc tế

Điều ước quốc tế là sự thoả thuận bằng văn bản có giá trị ràng buộc về pháp luật giữa hai hay nhiều nước hay chủ thể khác của pháp luật quốc tế. Khoản 1 Điều 2 Luật kí kết, gia nhập và thực hiện điều ước quốc tế 2005 quy định:

‘Điều ước quốc tế là thoả thuận bằng văn bản được kí kết hoặc gia nhập nhân danh Nhà nước hoặc nhân danh Chính phủ với một hoặc nhiều quốc gia, tổ chức quốc tế hoặc chủ thể khác của pháp luật quốc tế, không phụ thuộc vào tên gọi là hiệp ước, công ước, hiệp định, định ước, thoả thuận, nghị định thư, bản ghi nhớ, công hàm trao đổi hoặc văn kiện có tên gọi khác.’

Điều ước quốc tế sẽ điều chỉnh hợp đồng mua bán hàng hoá quốc tế khi: (i) Các bên mang quốc tịch của các nước là thành viên của điều ước; hoặc (ii) Quy phạm tư pháp quốc tế dẫn chiếu đến việc áp dụng luật của nước thành viên của điều ước. Ví dụ, CISG vẫn có thể điều chỉnh hợp đồng,

¹²⁴ Ray August, Sdd.

¹²⁵ Khoản 3 và Khoản 4 Điều 759 Bộ luật dân sự; và Khoản 2 Điều 5 Luật Thương mại.

¹²⁶ Đó là 9 nguyên tắc: công bằng, tự do giao kết hợp đồng, thiện chí, chịu trách nhiệm dân sự, tôn trọng truyền thống đạo đức, bảo vệ quyền dân sự, bảo vệ lợi ích của nhà nước, tuân thủ pháp luật, và hoà giải.

trong trường hợp trụ sở kinh doanh của người bán và người mua không phải là ở các nước thành viên của CISG. Giả sử người bán có trụ sở kinh doanh ở nước A (không phải là nước thành viên), và người mua có trụ sở kinh doanh ở nước B (cũng không phải là nước thành viên). Người bán và người mua giao kết hợp đồng tại nước C (là nước thành viên của CISG). Và người bán vi phạm nghĩa vụ thực hiện hợp đồng tại nước C. Người mua khiếu kiện tại nước B, và quy tắc chọn luật của nước B dẫn chiếu đến luật áp dụng là luật của nước C. Vì nước C là thành viên của CISG và đây là hợp đồng mua bán hàng hoá quốc tế, nên nó sẽ được điều chỉnh bởi CISG.¹²⁷

Trong trường hợp điều ước quốc tế quy định việc áp dụng luật nước ngoài, tập quán thương mại quốc tế hoặc những điều khoản khác với luật quốc gia, thì quy định của điều ước quốc tế sẽ được ưu tiên áp dụng. Nguyên tắc này được thừa nhận ở nhiều nước, trong đó có Việt Nam.¹²⁸

C. Tập quán thương mại quốc tế

Để một thói quen trở thành tập quán thương mại quốc tế, cần phải thoả mãn hai điều kiện. *Thứ nhất*, đó phải là thói quen, thuật ngữ La-tinh là ‘*usus*’, đòi hỏi sự lặp đi lặp lại và nhất quán ở các nước. Bằng chứng của sự lặp đi lặp lại này thể hiện trong các tuyên bố chính thức của chính phủ, bao gồm thư từ ngoại giao, chính sách, thông cáo báo chí, quan điểm của các luật gia, văn bản dưới luật. Tính nhất quán và lặp đi lặp lại không căn cứ theo thời gian, mà thể hiện ở việc nước đó coi đó là quy tắc ứng xử, và cũng như không có nghĩa là tất cả các nước đều phải tuân theo quy tắc này. Ngoài ra, quy tắc này phải được nhiều nước áp dụng, trong một thời gian đủ dài, để toà án thừa nhận như một tập quán duy nhất và nhất quán.

Thứ hai, về mặt tâm lí, thói quen đó phải được thừa nhận là ‘luật’. Các nước thường sử dụng tiêu chí ‘thừa nhận’ trong việc xác định một tập quán có tính ràng buộc về mặt pháp luật hay không? Điều này được thể hiện bằng thuật ngữ La-tinh ‘*opinio juris sive necessitatis*’.¹²⁹

Tập quán thương mại quốc tế sẽ là luật áp dụng cho hợp đồng, khi các bên thoả thuận trong hợp đồng hoặc khi chúng được dẫn chiếu đến. Khi luật áp dụng không giải quyết được tranh chấp thì tập quán thương mại quốc tế cũng thường được dẫn chiếu để giải quyết.

¹²⁷ Ray August, Sđd.

¹²⁸ Khoản 1 Điều 5 Luật Thương mại.

¹²⁹ Ray August, Sđd.

Mục 4. THANH TOÁN HỢP ĐỒNG MUA BÁN HÀNG HOÁ QUỐC TẾ ^(*)

1. Giới thiệu

Mục này tập trung nghiên cứu về thanh toán trong thương mại quốc tế, đặc biệt là thanh toán hợp đồng mua bán hàng hoá quốc tế. Theo Điều 1 CISG, hợp đồng mua bán hàng hoá phải được kí kết giữa các bên có trụ sở kinh doanh đặt tại các nước khác nhau.

Do người mua và người bán ở những nước khác nhau, nên vấn đề quan trọng đặt ra là làm thế nào để thực hiện hoạt động thanh toán. Người bán sau khi giao hàng, nhận vận đơn vận tải luôn muốn được thanh toán ngay lập tức, tuy nhiên, người mua khi chưa nhận được hàng sẽ chưa muốn thanh toán. Người mua có thể chỉ muốn thanh toán sau khi nhận hàng và chắc chắn là hàng đã đủ số lượng cũng như đạt yêu cầu về chất lượng. Cơ chế thanh toán trong trường hợp này cần sự tham gia của bên thứ ba, thường là ngân hàng - giữ vai trò như bên trung gian, để đảm bảo rằng người bán sẽ được thanh toán đúng thời hạn.

Thông thường, sau khi gửi hàng hoá đi, người bán sẽ kí phát một hồi phiếu ghi giá trị hàng được gửi, kèm theo vận đơn và các chứng từ cụ thể khác, trình hồi phiếu cho ngân hàng - thường là ở nước người bán cư trú, để thanh toán hoặc chuyển nhượng. Người mua, thông qua ngân hàng ở nước người mua, sẽ trả tiền khi họ nhận được các chứng từ theo yêu cầu.

Mục này đề cập đến hai loại thủ tục thanh toán trong thương mại quốc tế. *Thứ nhất*, hồi phiếu kèm chứng từ và tín dụng chứng từ, có chức năng chủ yếu là đảm bảo an toàn thanh toán cho hàng hoá và dịch vụ khi chứng từ được xuất trình; và *thứ hai*, tín dụng dự phòng, thư bảo đảm và bảo lãnh với chức năng chủ yếu là đảm bảo sự an toàn trước trường hợp mất khả năng thanh toán hợp đồng cơ sở.

2. Hồi phiếu kèm chứng từ

Trong hoạt động mua bán hàng hoá quốc tế, thuật ngữ ‘hồi phiếu kèm chứng từ’ có nghĩa là một loại hồi phiếu đi kèm chứng từ vận tải và sẽ được chấp nhận hoặc thanh toán khi chuyển giao chứng từ, ngược lại với một dạng hồi phiếu là hồi phiếu ‘trơn’.¹³⁰ Theo một khái niệm tương tự, ‘hồi phiếu kèm chứng từ’ là

^(*) Tác giả: Nguyễn Đức Kiên, Thạc sĩ, chuyên gia pháp luật, Vụ pháp luật quốc tế, Bộ Tư pháp. Người biên dịch: Văn Khánh Thư, Thạc sĩ, Chuyên viên, Ban Thư ký, Bộ Tư pháp (MOJ); và Nguyễn Quỳnh Trang, Thạc sĩ, Giảng viên, Trường Đại học Luật Hà Nội (HLU).

¹³⁰ R. Goode, Sđd, tr. 1054.

loại hối phiếu có đính kèm vận đơn (hay chứng từ sở hữu).¹³¹

Do đó, hối phiếu kèm chứng từ có thể được cấu trúc một bộ gồm: (A) Hối phiếu; và (B) Chứng từ vận tải - một chứng từ sở hữu, mà hình thức thông dụng nhất trong mua bán hàng hoá quốc tế chính là vận đơn. Để hiểu hối phiếu kèm chứng từ là gì, cần giải thích khái niệm về hối phiếu và chứng từ vận tải với chức năng là chứng từ sở hữu. Phần tiếp theo bắt đầu với khái niệm và chức năng của hối phiếu, sau đó đưa ra giới thiệu ngắn gọn về chức năng của chứng từ sở hữu, và cuối cùng sẽ phân tích hoạt động của hối phiếu kèm chứng từ.

A. Hối phiếu

Trên bình diện quốc tế, Công ước Liên hợp quốc về hối phiếu và trái phiếu quốc tế đã được thông qua vào năm 1988 với mục đích, như nhiều công ước quốc tế khác, hướng tới sự hài hoà hóa các quy định liên quan đến hối phiếu. Công ước này trước tiên hướng tới hối phiếu quốc tế với định nghĩa tại khoản 1 Điều 2.

Theo luật Anh, mục 3(1) Đạo luật hối phiếu năm 1882 định nghĩa hối phiếu là ‘Một văn bản yêu cầu vô điều kiện do một người kí phát cho một người khác, đòi hỏi người này, theo yêu cầu, tại một thời điểm ấn định hay có thể ấn định trong tương lai, phải thanh toán một khoản tiền nhất định cho người cầm hối phiếu hay một người cụ thể hoặc theo yêu cầu của người này.’

Hối phiếu (hay còn gọi là ‘draft’), cùng với những phương tiện thanh toán khác (ví dụ, séc), thuộc về nhóm chứng từ gọi là giấy tờ có giá. Một giấy tờ có giá, chứng minh nghĩa vụ trả tiền của người này cho người khác, có hai đặc điểm nổi bật. *Thứ nhất*, nó có thể được chuyển nhượng và với sự chuyển nhượng, các quyền đi kèm cũng được chuyển nhượng, theo đó người được chuyển nhượng có thể nhân danh chính mình sử dụng giấy tờ có giá và dĩ nhiên không cần báo trước cho người mang nghĩa vụ về sự chuyển nhượng. *Thứ hai*, khi người được chuyển nhượng có thiện chí, họ sẽ nhận hối phiếu mà không đưa ra yêu sách đối với người chuyển nhượng. Hối phiếu là hợp đồng độc lập và không bị tác động do những vi phạm hợp đồng cơ sở mà dựa vào đó đã tạo ra hối phiếu. Do những đặc trưng nêu trên, hối phiếu được coi như tiền mặt.¹³²

Trong trường hợp hối phiếu được chuyển nhượng có quyền truy đòi, người chuyển nhượng hối phiếu có thể phải chịu trách nhiệm trước người giữ

¹³¹ L. S. Sealy và R. J. A. Hooley, Sđd, tr. 847.

¹³² Indira. Carr, Sđd, tr. 466.

hối phiếu tiếp theo, nếu người có trách nhiệm thanh toán hối phiếu không thực hiện nghĩa vụ thanh toán, trong trường hợp người giữ hối phiếu tiếp theo đã thông báo về việc không thực hiện đó. Trong trường hợp hối phiếu được chuyển nhượng không có quyền truy đòi, người chuyển nhượng không chịu trách nhiệm, và vì vậy, người giữ hối phiếu tiếp theo phải chịu thiệt hại. Vấn đề khác là hối phiếu có thể là hối phiếu trả ngay hoặc hối phiếu kì hạn. Hối phiếu trả ngay phải được thanh toán ngay khi xuất trình. Hối phiếu kì hạn phải được thanh toán dựa vào việc xuất trình hối phiếu, khi hối phiếu đến kì thanh toán (ví dụ, 90 ngày) sau khi kí. Hối phiếu kì hạn có thể được bán lấy tiền mặt, tuy nhiên, chắc chắn rằng giá trị của chúng (hối suất trả ngay) có thể thấp hơn mệnh giá của hối phiếu (do tiền hoa hồng hoặc tiền lãi).

B. Chức năng của chứng từ vận tải

Sau khi giao hàng, người bán sẽ nhận được chứng từ vận tải, thông thường bao gồm vận đơn hoặc các chứng từ sở hữu khác. Một chứng từ sở hữu sẽ có giá trị chuyển quyền chiếm hữu hợp pháp đối với hàng hoá. Ví dụ, theo tập quán của các thương nhân, vận đơn được thừa nhận như một chứng từ sở hữu. Chỉ người giữ chứng từ sở hữu mới có thể nhận hàng hoá vận tải ở nơi đến. Vì vậy, vận đơn có thể được chuyển nhượng để người giữ vận đơn bán lại hàng hoá hoặc dùng hàng hoá thế chấp với ngân hàng nhằm mục đích tăng tiền bảo đảm. Tóm lại, chứng từ vận tải trao cho người mua quyền nhận hàng hoá tại cảng đến.

C. Hoạt động của hối phiếu kèm chứng từ

Các bên của hợp đồng mua bán hàng hoá quốc tế có thể thoả thuận thực hiện thanh toán qua hối phiếu kèm chứng từ. Người bán sẽ gửi một hối phiếu kèm chứng từ cho người mua để bảo đảm rằng người mua không nhận vận đơn, chứng từ cho phép người mua có quyền chuyển nhượng hàng hoá mà không chấp nhận hay thanh toán hối phiếu như thoả thuận trước đó giữa các bên. Nếu người mua không chấp nhận hoặc không thanh toán hối phiếu (phụ thuộc vào việc hối phiếu trả ngay hay hối phiếu kì hạn), thì người mua chắc chắn sẽ hoàn trả hối phiếu cho người bán, và nếu người mua chiếm giữ vận đơn bất hợp pháp, thì quyền sở hữu hàng hoá sẽ không chuyển sang cho người mua.¹³³

Thuận lợi của người bán là khi hối phiếu được người mua chấp nhận, người bán có thể nhận được tiền trước khi đến kì hạn của hối phiếu, bằng

¹³³ L. S. Sealy và R. J. A. Hooley, Sđd, tr. 847.

việc bán cho một ngân hàng với giá thấp hơn. Đối với người mua, người mua được hoãn việc thanh toán cho đến khi hối phiếu hết kỳ hạn. Tuy nhiên, với hối phiếu kèm chứng từ, khó khăn chính đối với người bán là người mua có thể không thực hiện nghĩa vụ thanh toán hối phiếu. Trong trường hợp đó, bên được người bán giảm giá hối phiếu có thể truy đòi người bán.¹³⁴

Trong trường hợp người mua không thực hiện nghĩa vụ thanh toán, có thể phát sinh vấn đề là người mua có thể tiến hành bán hàng hoá mà người mua có vận đơn - một chứng từ sở hữu. Đây là hành vi bất hợp pháp hay còn gọi là hành vi gian lận của người mua khi quyền sở hữu hàng hoá chưa thực sự chuyển giao cho người mua, bởi vì họ chưa chấp nhận hay thanh toán hối phiếu. Để tránh rủi ro do sự gian lận của người mua mà không thực hiện nghĩa vụ thanh toán hối phiếu, người bán sẽ nghĩ đến việc nhờ thu qua ngân hàng. Ngân hàng của người bán (ngân hàng nhờ thu) có thể gửi đi hối phiếu và chứng từ vận tải cho ngân hàng đại lí của mình (ngân hàng thu hộ) tại nước người mua với mệnh lệnh không tách rời các chứng từ, trừ khi người mua chấp nhận hoặc thanh toán hối phiếu. Ngân hàng thu hộ sẽ xuất trình bộ chứng từ cho người mua, yêu cầu họ chấp nhận hoặc thanh toán hối phiếu. Mối quan hệ giữa người bán và ngân hàng trả tiền, người trả tiền và ngân hàng nhờ thu thường được điều chỉnh bởi Bộ quy tắc nhờ thu của ICC (bản mới nhất là URC 522 xuất bản năm 1995)¹³⁵, thường được biết dưới tên gọi Bộ quy tắc thống nhất về nhờ thu hoặc URC. Thực tế, trong trường hợp này, đã có sự kết hợp của hai phương thức thanh toán trong thương mại quốc tế, đó là hối phiếu kèm chứng từ và nhờ thu; nói cách khác, đó là phương thức nhờ thu với sự hỗ trợ của chứng từ (nhờ thu kèm chứng từ).

D. Nhờ thu kèm chứng từ¹³⁶

Các quy tắc trên đưa ra thủ tục mà các bên liên quan phải tuân thủ, bao gồm nghĩa vụ và trách nhiệm pháp lí của ngân hàng và khách hàng liên quan đến giao dịch nhờ thu. Với nỗ lực vượt qua những trở ngại (do sự khác biệt trong thủ tục và cách viết) ở các nước khác nhau, các thông lệ tiêu chuẩn mà các ngân hàng có thể áp dụng đã được đưa ra.

Người bán có thể thay đổi bất kì thủ tục chuẩn nào cho phù hợp với đòi hỏi của chính họ, bằng cách gửi các mệnh lệnh cụ thể bằng văn bản đến

¹³⁴ Indira. Carr, Sđd, tr. 470.

¹³⁵ R. Goode, Sđd, tr. 1054.

¹³⁶ Technical Officers, Global International Trade and Business Finance, National Australia Bank Limited, *Finance of International Trade*, (2000).

ngân hàng của họ, đối với hối phiếu cá nhân và tùy thuộc vào thoả thuận của ngân hàng. Các quy tắc trong URC thừa nhận những quy tắc địa phương là các quy tắc ràng buộc tất cả các bên ‘...[n]ếu không trái với các quy định hoặc luật lệ không thể tách rời của một nước, một bang hay một địa phương’.

Ví dụ, ở một vài nước, việc thanh toán được thực hiện bằng nội tệ mà không chú ý đến tiền tệ dưới dạng hối phiếu và sau đó thành lập các quỹ công trái, ủy thác, rủi ro hối đoái của người bán cho tới khi có thể có được dự trữ ngoại tệ.

1. Các bên trong phương thức nhờ thu kèm chứng từ

Khi việc thanh toán được thực hiện bằng phương thức nhờ thu kèm chứng từ, các bên tham gia giao dịch bao gồm:

- *Người ủy thác* (thường là người kí phát hối phiếu) - người bán chuẩn bị các chứng từ nhờ thu và giao chúng cho ngân hàng của người bán với mệnh lệnh nhờ thu.
- *Ngân hàng nhờ thu* - thường là ngân hàng của người bán, sẽ chuyển các chứng từ cùng với mệnh lệnh của người bán tới ngân hàng thu hộ.
- *Ngân hàng thu hộ* - là bất kì ngân hàng nào (khác với ngân hàng nhờ thu) liên quan đến quá trình nhờ thu, và thông thường là đại lí của ngân hàng nhờ thu tại nước của người mua.
- *Ngân hàng xuất trình*, thông thường là ngân hàng của người mua, trình ra cho người chịu trách nhiệm thanh toán hối phiếu (người mua) các chứng từ nhờ thu và tiếp nhận việc thanh toán hoặc đạt được sự chấp thuận thanh toán từ người này. Ngân hàng thu hộ hay ngân hàng xuất trình thường là một ngân hàng.
- *Người chịu trách nhiệm thanh toán* - người mua sẽ thanh toán hoặc chấp nhận thanh toán cho người xuất trình chứng từ.

Ngân hàng thường yêu cầu người bán phải điền đầy đủ vào một mẫu mệnh lệnh cho mỗi hối phiếu kèm chứng từ được ủy thác nhờ thu hoặc được thu mua. Các mệnh lệnh phải chính xác và đầy đủ, vì mệnh lệnh sẽ được chuyển cho ngân hàng thu hộ ở nước ngoài để thực hiện việc nhờ thu đáp ứng yêu cầu của người bán.

2. Phương pháp hối phiếu nhờ thu

Ngay khi hàng hoá được vận chuyển, người bán kí phát một hối phiếu trả

ngay hoặc hối phiếu kì hạn cho người mua ở nước ngoài, kèm theo các chứng từ vận tải (thường là bản sao) và chuyển các chứng từ đó cho ngân hàng của mình (ngân hàng nhờ thu) cùng với những mệnh lệnh mà theo đó ngân hàng sẽ thực hiện việc nhờ thu. Ngân hàng của người bán chuyển hối phiếu và chứng từ cho ngân hàng thu hộ (mệnh lệnh của người bán sẽ được chuyển cho ngân hàng này). Nếu người bán kí phát một hối phiếu ‘trả ngay’ hoặc một hối phiếu ‘theo yêu cầu’, thì mệnh lệnh sẽ cho phép các chứng từ có thể được chuyển nhượng, chỉ khi hối phiếu đã được thanh toán (D/P). Trong trường hợp hối phiếu có kì hạn, mệnh lệnh thường cho phép các chứng từ được chuyển nhượng, khi hối phiếu được chấp nhận thanh toán (D/A) với việc xuất trình tiếp theo để thanh toán khi đến hạn.

Ngân hàng thu hộ nên thường xuyên cho ngân hàng nhờ thu biết về tình trạng của hối phiếu. Tuy nhiên, ngân hàng thu hộ ở một số nước có thể khá lóng lẻo trong việc cập nhật tin tức, và thường khi ngân hàng nhờ thu yêu cầu thì việc này mới được thực hiện.

Khi hối phiếu đã được thanh toán, ngân hàng thu hộ sẽ báo cho ngân hàng nhờ thu - ngân hàng sẽ sử dụng số tiền thu được theo mệnh lệnh của người bán.

3. Xuất trình khi hàng tới nơi đến (PAG)

Một người bán có thể nhận ra rằng người mua không sẵn sàng cho việc thanh toán hoặc chấp nhận hối phiếu mình kí phát trước khi hàng hoá tới nơi đến. Ở một số nước, có thông lệ tạm hoãn việc thanh toán hoặc chấp nhận hối phiếu trước khi hàng tới nơi đến. Thuật ngữ dùng cho tiêu đề của nội dung này, ‘PAG’, được dùng để diễn đạt thông lệ này. Nó cũng được mô tả là ‘thanh toán khi tàu vận tải đến nơi’.

Ngân hàng gửi đi hối phiếu kèm chứng từ xuất khẩu bằng đường hàng không hoặc chuyển phát nhanh như đã mô tả, nhưng việc chuyển mệnh lệnh của người bán cho ngân hàng tại nước nhập khẩu - ngân hàng xuất trình hối phiếu cho người chịu trách nhiệm thanh toán hối phiếu, sẽ bị hoãn cho đến khi hàng tới nơi, hoặc có thể yêu cầu hoãn xuất trình hối phiếu, nếu người chịu trách nhiệm thanh toán hối phiếu mong muốn điều đó.

Trong hầu hết các trường hợp, ngân hàng nhờ thu sẽ bán hạ giá hối phiếu trước khi nó được người mua chấp nhận hay thanh toán. Hối phiếu bị giảm giá khi ngân hàng tin rằng tài khoản của người bán có lượng hối phiếu đã đạt đến giới hạn tối đa (ít hơn phí ngân hàng), hoặc khi ngân hàng thoả thuận trả trước cho bên bán một tỉ lệ mệnh giá của hối phiếu, nhưng từ chối

không quyết toán cho đến khi người mua thanh toán hối phiếu. Điều này mang lại thuận lợi về việc chuyển giao vốn cho người bán ở thời điểm sớm hơn, nếu người bán phải đợi hối phiếu đến kì thanh toán. Tuy nhiên, ngân hàng nhờ thu sẽ thường duy trì quyền truy đòi đối với người bán.

Nếu người mua không thực hiện nghĩa vụ với hối phiếu bằng việc không chấp nhận hoặc không thanh toán, thì ngân hàng có thể kiện người bán. Điều này nêu bật lên một bất lợi thực sự, từ góc độ người bán, về việc thanh toán theo phương thức hối phiếu kèm chứng từ nhờ ngân hàng thu hoặc bán hạ giá cho ngân hàng. Người mua có thể chấp nhận hối phiếu, vì vậy vận đơn sẽ được chuyển nhượng cho họ. Tuy nhiên, người bán không chắc chắn rằng người mua sẽ thanh toán khi hối phiếu đến hạn.¹³⁷ Vấn đề này sẽ được khắc phục khi sử dụng phương thức tín dụng chứng từ - được trình bày dưới đây. Đó cũng chính là nguyên nhân vì sao tín dụng chứng từ hoặc thư tín dụng được ưa thích hơn khi so sánh với phương thức hối phiếu kèm chứng từ.

3. Tín dụng chứng từ

Tín dụng chứng từ (còn được biết tới như tín dụng thương mại hay thư tín dụng) có nhiều ưu điểm có thể lựa chọn thay cho hối phiếu kèm chứng từ. Loại tín dụng này được sử dụng rộng rãi trên thế giới. Sự phổ biến của chúng trong thương mại quốc tế đã khiến cho nhiều chuyên gia mô tả tín dụng chứng từ như ‘nhân tố quyết định của thương mại quốc tế’, và người ta nói rằng các thương nhân trên khắp thế giới đã gắn bó và tiếp tục gắn bó hết lòng với phương thức này, và nhiều luật điều chỉnh thư tín dụng đều dựa vào tập quán và thực tiễn thương mại.¹³⁸

Quy tắc thực hành thống nhất về tín dụng chứng từ (viết tắt là ‘UCP’), Phụ lục của UCP về xuất trình chứng từ điện tử (‘e-UCP’), và tập quán ngân hàng theo tiêu chuẩn quốc tế được áp dụng cho việc kiểm tra chứng từ trong phương thức tín dụng chứng từ (viết tắt là ‘ISBP’).

Mặc dù tín dụng chứng từ được sử dụng rộng rãi, nhưng việc cố gắng hài hoà các quy định điều chỉnh tín dụng chứng từ thông qua đàm phán và kí kết các điều ước quốc tế đều chưa thành công. Tuy nhiên, sự thống nhất trên phạm vi gần như toàn cầu đã đạt được bằng nỗ lực lớn của ICC - tổ chức soạn thảo và chịu trách nhiệm về Quy tắc thực hành thống nhất về tín dụng chứng từ UCP. Một học giả xuất sắc về luật thương mại ở Anh, Giáo sư R. M.

¹³⁷ L. S. Sealy và R. J. A Hooley, Sdd, tr. 848.

¹³⁸ Indira Carr, Sdd, tr. 471.

Goode, đã mô tả UCP như là ‘biện pháp hài hoà thành công nhất trong lịch sử thương mại quốc tế’. Sự thống nhất các quy tắc, theo Giáo sư E. P. Ellinger, chuyên gia hàng đầu về thư tín dụng, là kết quả của sự thông dụng và cần thiết của ngân hàng, với tư cách là các tác nhân trong thương mại quốc tế.¹³⁹

UCP được xem như bộ luật chuẩn hoá (i) các điều kiện mà theo đó các ngân hàng được chuẩn bị để phát hành tín dụng chứng từ theo yêu cầu của thương nhân - người tự nguyện thu xếp việc thanh toán cho hàng hoá giao dịch của mình thông qua tín dụng chứng từ; và (ii) việc giải thích thực tiễn tín dụng chứng từ.¹⁴⁰ UCP cũng được coi như một bộ quy tắc điều chỉnh việc sử dụng tín dụng chứng từ. Phần lớn thương nhân và ngân hàng ở hầu hết các nước trên thế giới đều chào đón và chấp thuận sử dụng UCP cho việc thanh toán hàng hoá.

UCP được ICC xuất bản lần đầu tiên vào năm 1993 và được sửa đổi 6 lần cho đến nay. Bản mới nhất là UCP 600, có hiệu lực từ ngày 01/07/2007. UCP 600 thay thế cho bản năm 1993 (UCP 500).¹⁴¹ Bổ sung cho UCP 600, một phụ lục của UCP (gọi là ‘e-UCP’) cũng được ban hành để giải quyết việc xuất trình chứng từ điện tử.

A. Áp dụng UCP

Điều 1 của UCP quy định:

Quy tắc thực hành thống nhất về tín dụng chứng từ, bản 2007, xuất bản phẩm số 600 của ICC (UCP) là các quy tắc áp dụng cho bất kỳ tín dụng chứng từ (‘credit’) nào (bao gồm cả thư tín dụng dự phòng, trong chừng mực mà các quy tắc này có thể áp dụng), khi nội dung của tín dụng chỉ rõ nó là đối tượng của các quy tắc này. Các quy tắc này ràng buộc tất cả các bên, trừ khi điều này bị thay đổi hay loại bỏ một cách rõ ràng.

Từ phạm vi áp dụng trên, có ba vấn đề pháp lí cần xem xét:

1. Các quy tắc UCP áp dụng đối với thư tín dụng

Việc áp dụng UCP có liên quan nhiều đến việc xác định thư tín dụng là gì. Khái niệm và các loại thư tín dụng sẽ được trình bày ở phần sau. UCP cũng áp dụng đối với thư tín dụng dự phòng, nhưng thực tiễn thương mại quốc tế

¹³⁹ Indira Carr, Sdd, tr. 471-472.

¹⁴⁰ National Australia Bank Limited, Sdd, tr. 5.

¹⁴¹ Điều này không có nghĩa là UCP 500 không được áp dụng nữa. Các bên có thể lựa chọn áp dụng UCP 500 hay thậm chí là các bản UCP trước đó của UCP, bằng việc đưa chúng vào hợp đồng của mình kèm theo hoặc không kèm theo những sửa đổi. Thực sự, UCP chỉ là luật mẫu đưa ra chỉ dẫn, còn việc nó có được áp dụng hay không là do các bên lựa chọn.

đã chỉ ra rằng nó không phù hợp đối với loại thư tín dụng này, và các thương nhân cũng không sẵn sàng áp dụng UCP đối với thư tín dụng dự phòng. Điều đó giải thích tại sao Điều 1 của UCP quy định rằng nó chỉ áp dụng đối với thư tín dụng dự phòng ‘trong chừng mực mà các quy tắc này có thể áp dụng’.

2. Áp dụng khi nội dung của tín dụng chỉ rõ nó là đối tượng của các quy tắc này

Tuy nhiên, vì là luật mẫu, UCP không tự động phát sinh giá trị pháp lí. Các thương nhân, hay chính xác hơn, các bên trong hợp đồng thương mại có quyền tự do đưa vào hợp đồng của mình tất cả hoặc bất kì quy tắc nào của UCP, và nếu đã đưa vào hợp đồng, thì UCP sẽ điều chỉnh tất cả các vấn đề của thoả thuận thư tín dụng chứng từ, trừ vấn đề liên quan đến mối quan hệ giữa người thụ hưởng và người mở thư tín dụng theo hợp đồng cơ sở, nghĩa là giữa người bán và người mua theo hợp đồng mua bán hàng hoá, vì hợp đồng này thường không đưa các quy tắc của UCP vào.

3. UCP ràng buộc tất cả các bên, trừ khi điều này bị thay đổi hoặc loại bỏ một cách rõ ràng

Khi được đưa vào hợp đồng cơ sở, ví dụ, hợp đồng mua bán hàng hoá quốc tế, UCP sẽ tự động trở thành một phần tham khảo không thể thiếu của hợp đồng, và tất cả các thuật ngữ và điều kiện được dùng trong thư tín dụng chứng từ, cũng như các điều khoản khác của UCP, sẽ trở thành thoả thuận do các bên xây dựng nên. Các thoả thuận trên ‘ràng buộc tất cả các bên’, vì thực chất chúng là một phần của hợp đồng và thoả thuận giữa người bán và người mua. Tuy nhiên, vì là các thoả thuận, nên các bên được tự do thay đổi, chỉnh sửa, bổ sung hay thậm chí cả loại bỏ việc áp dụng UCP trong thoả thuận tín dụng của mình. Nhưng thực tiễn đã cho thấy, trừ trường hợp ngoại lệ, các thương nhân không cần chỉnh sửa hay thay đổi nhiều quy tắc của UCP, vì chúng luôn trợ giúp cho sự phát triển lâu dài và bền vững cũng như sự lưu thông mạnh mẽ hàng hoá và dịch vụ trong thương mại quốc tế.

B. Định nghĩa tín dụng chứng từ

Các nhà nghiên cứu trên toàn thế giới đã đưa ra một số định nghĩa về tín dụng chứng từ. Ví dụ, một trong những định nghĩa ngắn gọn và chính xác nhất là: thư tín dụng, về bản chất, là sự bảo đảm thanh toán của ngân hàng khi có sự xuất trình một số chứng từ nhất định.¹⁴² Thư tín dụng còn có thể

¹⁴² Được định nghĩa bởi R. M. Goode, chuyên gia hàng đầu trong lĩnh vực luật thương mại ở Anh và trên thế giới. Xem: R. Goode, Sđd, tr. 1059.

được hiểu là thông báo của ngân hàng nhằm thanh toán cho một bên xác định hoặc người thụ hưởng, với điều kiện người thụ hưởng xuất trình các chứng từ xác định (thường đi kèm với hối phiếu ghi rõ số tiền phải trả) nhằm chứng minh rằng nghĩa vụ giao hàng đã hoàn thành. Thông báo này đề ra các điều khoản và điều kiện nghiêm ngặt cần được thực hiện.¹⁴³

Điều 2 UCP quy định: ‘Thư tín dụng là bất cứ thoả thuận có tên gọi hoặc mô tả như thế nào, có giá trị không thể bị huỷ, từ đó xác định rõ nghĩa vụ của ngân hàng phát hành nhằm bảo đảm thanh toán khi có sự xuất trình hồ sơ phù hợp.’

Do vậy, thư tín dụng có thể được hiểu là loại tín dụng (theo định nghĩa tại Điều 2 UCP) nhằm dàn xếp việc bên mua (‘người yêu cầu’ hoặc ‘người xin mở thư tín dụng’) trả tiền cho bên bán (‘người thụ hưởng’) khi có sự xuất trình một số chứng từ xác định (đây là lí do tại sao loại tín dụng này còn được gọi là tín dụng ‘chứng từ’).

Để hiểu rõ hơn khái niệm của thư tín dụng theo quy định tại Điều 2 UCP, cần làm rõ các thuật ngữ liên quan tại Điều này theo quy định của UCP như sau:

- ‘Ngân hàng phát hành’ [‘Issuing bank’] là ngân hàng cung cấp thư tín dụng theo đề nghị của người yêu cầu (người mở thư tín dụng), hoặc với danh nghĩa của chính ngân hàng.
- ‘Thanh toán’ [‘Honour’] nghĩa là:
 - + Việc trả tiền ngay, nếu thư tín dụng có giá trị trả ngay.
 - + Cam kết trả chậm và trả khi đáo hạn, nếu thư tín dụng có giá trị trả chậm.
 - + Sự chấp nhận hối phiếu [‘draft’] do người thụ hưởng kí phát và trả khi đáo hạn, nếu thư tín dụng có giá trị chấp nhận.
- ‘Xuất trình hợp lệ’ [‘Complying presentation’] là sự xuất trình [chứng từ] phù hợp với các điều kiện và điều khoản nêu tại thư tín dụng, với các điều khoản có thể áp dụng của Quy tắc này [UCP] và với thực tiễn hoạt động ngân hàng tiêu chuẩn quốc tế.

Tóm lại, thư tín dụng là thoả thuận không thể bị huỷ, và xác định rõ nghĩa vụ của ‘ngân hàng phát hành’ phải ‘thanh toán’, thực chất là việc trả tiền cho giá trị hàng hoá, khi bộ chứng từ xuất trình tại ngân hàng được coi là ‘xuất trình hợp lệ’.

¹⁴³ National Australia Bank Limited, Sđd, tr. 5.

C. Các loại tín dụng chứng từ (thư tín dụng)

1. Thư tín dụng không huỷ ngang và thư tín dụng huỷ ngang

(a) Thư tín dụng không huỷ ngang (không thể bị huỷ) (Irrevocable credit)

Điều 3 UCP quy định rằng một thư tín dụng không thể bị huỷ ngay cả khi không có chỉ dẫn về điều này. Thư tín dụng không huỷ ngang thiết lập sự cam kết rõ ràng của ngân hàng phát hành rằng ngân hàng sẽ thanh toán cho thư tín dụng, với điều kiện các chứng từ, xác định rõ trong thư tín dụng, được xuất trình hợp lệ (Điều 2 và Điều 7(a) UCP). Trừ các trường hợp được quy định tại Điều 38 UCP (thư tín dụng chuyển nhượng), thư tín dụng không huỷ ngang không thể được sửa đổi hoặc huỷ bỏ sau khi đã được truyền đạt tới bên bán với tư cách người thụ hưởng, không cần phải có sự đồng ý của bên bán, ngân hàng phát hành và ngân hàng xác nhận, nếu có (Điều 10(a) UCP 600).

Khi thư tín dụng không huỷ ngang được phát hành dưới dạng thông báo, người thụ hưởng được bảo đảm rằng thư tín dụng đó chứa đựng cam kết rõ ràng từ phía ngân hàng phát hành, hay nói khác đi, hàm ý từ việc sử dụng thuật ngữ 'không huỷ ngang' có nghĩa là các hoạt động kí phát sẽ được thực hiện chỉ trả đúng hẹn, với điều kiện các điều khoản và điều kiện nêu trong thư tín dụng đã được thực hiện đúng. Đây là lí do tại sao những thư tín dụng này có giá trị cao trong giới thương mại, khi được phát hành bởi các ngân hàng có uy tín và là loại thư tín dụng thường được yêu cầu trong các giao dịch thương mại.¹⁴⁴

(b) Thư tín dụng huỷ ngang (có thể bị huỷ) (Revocable Credit)

Thư tín dụng huỷ ngang là thư tín dụng có thể bị huỷ, hoặc các điều khoản của nó có thể được sửa đổi bất kì lúc nào mà không cần có sự đồng ý từ người thụ hưởng. Thư tín dụng huỷ ngang, do đó, không đem lại, hoặc đem lại với mức rất thấp, sự bảo vệ an toàn cho người thụ hưởng. Thư tín dụng huỷ ngang rất hiếm gặp và có xu hướng được sử dụng chỉ trong trường hợp các bên không quan tâm tới an toàn tín dụng (ví dụ, mức độ tin tưởng giữa họ là rất cao). Tuy nhiên, dễ nhận thấy rằng UCP 600 chỉ áp dụng cho thư tín dụng không huỷ ngang mà không áp dụng cho thư tín dụng huỷ ngang. Vì vậy, nếu các bên trong hợp đồng muốn sử dụng hình thức thư tín dụng huỷ ngang, họ cần chỉ rõ rằng thư tín dụng áp dụng trong giao dịch là thư tín dụng được điều chỉnh bởi UCP 500, phiên bản trước của UCP 600, có điều

¹⁴⁴ National Australia Bank Limited, Sđd, tr. 51.

chính thư tín dụng huỷ ngang.

2. Thư tín dụng chưa xác nhận (*Unconfirmed Credit*) và thư tín dụng xác nhận (*Confirm Credit*)

Ý nghĩa của sự ‘xác nhận’ thư tín dụng không huỷ ngang được nêu rõ, cùng với những vấn đề khác, tại Điều 2 UCP như sau: ‘Xác nhận là sự cam kết rõ ràng của ngân hàng xác nhận, ngoài cam kết của ngân hàng phát hành, nhằm thanh toán hoặc thương lượng thanh toán trên cơ sở việc xuất trình [chứng từ] hợp lệ.’

Vì vậy, trong loại thư tín dụng chưa xác nhận, chỉ có ngân hàng phát hành cam kết trả tiền cho người thụ hưởng, mặc dù thư tín dụng sẽ được phát hành dưới dạng thông báo bởi ngân hàng (làm nhiệm vụ) thông báo thư tín dụng tới bên bán, nhưng ngân hàng thông báo sẽ không có nghĩa vụ trả tiền. Tuy nhiên, trong loại thư tín dụng xác nhận, sẽ có thêm cam kết từ một ngân hàng không phải ngân hàng phát hành (thường là ngân hàng thông báo). Do đó, người thụ hưởng được bảo đảm rằng anh ta sẽ được hưởng thêm một cam kết thanh toán rõ ràng nữa bên cạnh cam kết của ngân hàng phát hành. Hơn nữa, điều này sẽ tạo thuận lợi cho người thụ hưởng, vì ngân hàng xác nhận (ngân hàng thông báo) thường có trụ sở tại nước sở tại, do đó làm tăng tâm lý thoải mái, tin tưởng cho người thụ hưởng.

Cam kết ‘được xác nhận’ có thể được trình bày cụ thể trong thông báo tín dụng, phát hành bởi ngân hàng xác nhận. Nếu không, việc sử dụng cụm từ ‘Thư tín dụng này được chúng tôi bảo đảm’ hoặc các cụm từ tương tự, là đủ để thể hiện hàm ý cam kết từ phía ngân hàng xác nhận.

(a) Thư tín dụng ‘xác nhận’ kèm theo ‘không huỷ ngang’

Thư tín dụng không huỷ ngang và được xác nhận bởi một ngân hàng uy tín có trụ sở tại nước sở tại là điều lí tưởng cho bên bán, bảo đảm rằng anh ta sẽ được trả tiền, vì thư tín dụng loại này là sự xác lập cam kết trả tiền của hai ngân hàng. Hình thức này có vị trí cao hơn thư tín dụng không huỷ ngang nhưng tốn kém hơn, do ngân hàng xác nhận sẽ tính phí xác nhận mà về bản chất là nhận rủi ro về phía mình thông qua việc cam kết trả tiền, để đổi lại phí xác nhận đó.

(b) Khi nào thư tín dụng cần được ‘xác nhận’?

Trong trường hợp ngân hàng phát hành là ngân hàng nổi tiếng, hạng nhất hoặc có thứ hạng cao, đặt trụ sở tại nước có môi trường kinh tế và chính trị ổn định, việc xác nhận có rất ít giá trị thực tiễn. Tuy nhiên, nếu ngân hàng phát hành ít được biết đến và là ngân hàng nhỏ, hoặc nếu nước - nơi thư tín

dụng được phát hành gặp vấn đề về chính trị hoặc kinh tế, thì dễ hiểu rằng người thụ hưởng có thể tìm cách để thư tín dụng được xác nhận bởi một ngân hàng ở nước của mình, theo đó uy tín và vị trí của ngân hàng này cũng có thể được anh ta đánh giá một cách dễ dàng hơn.¹⁴⁵

(c) Quy trình xác nhận thư tín dụng

Việc yêu cầu ngân hàng thông báo xác nhận thư tín dụng phải được ngân hàng phát hành thực hiện. Ngân hàng phát hành sẽ chịu trách nhiệm trả phí xác nhận, trừ khi chính ngân hàng đó yêu cầu rằng người thụ hưởng sẽ phải trả khoản phí đó. Trường hợp người thụ hưởng yêu cầu xác nhận, khi nhận được một thư tín dụng không có điều khoản xác nhận, ngân hàng thông báo có trách nhiệm chuyển yêu cầu tới ngân hàng phát hành để được cấp phép xác nhận. Mặc dù ngân hàng thông báo hiếm khi từ chối yêu cầu xác nhận thư tín dụng từ ngân hàng phát hành, nhưng họ có thể từ chối xác nhận trong trường hợp không thể thoả thuận được với ngân hàng phát hành về phạm vi trách nhiệm mà ngân hàng xác nhận phải gánh chịu khi thực hiện xác nhận thư tín dụng.¹⁴⁶

(d) Xác nhận ngầm

Xác nhận ngầm không thuộc phạm vi điều chỉnh của UCP. Xác nhận ngầm là cam kết của một ngân hàng (theo yêu cầu của người thụ hưởng, không phải theo yêu cầu của ngân hàng phát hành hoặc được ngân hàng phát hành cấp phép xác nhận) nhằm bổ sung nghĩa vụ trả tiền của mình vào thư tín dụng căn cứ theo các điều khoản của thư tín dụng, với điều kiện các chứng từ được xuất trình theo thứ tự. Do vậy, những giao dịch này chỉ được dành riêng cho một số khách hàng nhất định, đáp ứng được các tiêu chuẩn ngặt nghèo từ phía ngân hàng. Việc cung cấp xác nhận ngầm được đánh giá và quyết định thuần túy dựa trên sự suy xét cẩn trọng của ngân hàng được yêu cầu bổ sung xác nhận ngầm.¹⁴⁷

3. Thư tín dụng trả ngay, chấp nhận và trả chậm

Căn cứ vào thời điểm bên bán có quyền nhận thanh toán, thư tín dụng có thể

¹⁴⁵ National Australia Bank Limited, Sđd, tr. 53.

¹⁴⁶ Như trên.

¹⁴⁷ Các tiêu chí sau đây có thể là những yếu tố quyết định trong việc đánh giá một yêu cầu xác nhận ngầm từ người thụ hưởng: (i) Thương nhân giàu kinh nghiệm; (ii) Đánh giá tín dụng của ngân hàng phát hành; (iii) Mối quan hệ giữa khách hàng với ngân hàng; (iv) Kiểm soát hàng hoá thông qua vận đơn; (v) Khả năng từ chối thực hiện hợp đồng do loại hàng hoá xuất khẩu; và (vi) Bảo hiểm xuất khẩu là điều kiện tiên quyết ở một số quốc gia. Xem National Australia Bank Limited, Sđd, tr. 3-54.

được phân loại như sau¹⁴⁸:

- ‘Trả ngay’ (‘payment at sight’): Ngân hàng cam kết thanh toán cho bên bán (người thụ hưởng theo thư tín dụng) ngay khi chứng từ được xuất trình hợp lệ. Thông thường, ngân hàng sẽ yêu cầu bên bán kí phát một hối phiếu thanh toán ngay và xuất trình cùng với các chứng từ khác để được nhận thanh toán;
- ‘Trả chậm’ (‘deferred payment’): Ngân hàng cam kết thanh toán cho bên bán tại một ngày trong tương lai được xác định căn cứ theo các điều khoản của thư tín dụng, ví dụ, 90 ngày, kể từ ngày chuyển hàng. Bất kể khi nào việc trả tiền trong tương lai của ngân hàng không phải cho một hối phiếu đã được chấp nhận (thư tín dụng theo hình thức chấp nhận), thì tín dụng đó được gọi là tín dụng trả chậm. Tín dụng này có thể được chiết khấu trước khi đến hạn thanh toán bởi một ngân hàng chiết khấu tham gia chuyển nhượng quyền của người thụ hưởng căn cứ theo thư tín dụng;
- ‘Thư tín dụng chấp nhận’ (‘acceptance credit’): Ngân hàng cam kết chấp nhận hối phiếu kí phát bởi bên bán. Hối phiếu thường ở dạng thanh toán trong tương lai. Do vậy, bằng việc chấp nhận hối phiếu, ngân hàng đồng ý trả tiền trên mệnh giá của hối phiếu khi đến hạn thanh toán cho bên xuất trình hối phiếu. Giữa thời điểm chấp nhận và hạn thanh toán của hối phiếu, bên bán có thể chiết khấu cho ngân hàng của anh ta để nhận tiền mặt.

4. Thư tín dụng trả thẳng (hoặc đặc biệt khuyến cáo) và thư tín dụng có giá trị chiết khấu (hoặc thương lượng thanh toán - ND)

Trong một số thư tín dụng, được gọi là ‘thư tín dụng trả thẳng’ (straight credit), cam kết thanh toán của ngân hàng phát hành chỉ được gửi tới bên bán. Trong một số thư tín dụng khác, được gọi là ‘thư tín dụng chiết khấu’ (negotiation credit) (hoặc thư tín dụng thương lượng thanh toán - ND), cam kết thanh toán của ngân hàng phát hành không chỉ dành cho bên bán mà còn mở rộng tới một ‘ngân hàng được chỉ định’ được ủy quyền thương lượng thanh toán mua hối phiếu kí phát bởi bên bán.

Điều 2 UCP quy định: ‘Thương lượng thanh toán là việc mua lại hối phiếu và/hoặc chứng từ khi xuất trình hợp lệ của một ngân hàng được chỉ

¹⁴⁸ L. S. Sealy và R. J. A. Hooley, Sđd, tr. 853-854.

định (được kí phát bởi một ngân hàng khác ngoài ngân hàng được chỉ định), bằng cách tạm ứng hoặc đồng ý tạm ứng cho người thụ hưởng trong hoặc trước ngày làm việc của ngân hàng mà vào ngày đó, số tiền hoàn trả đến hạn phải trả cho ngân hàng được chỉ định.’

Đối với thư tín dụng mở có giá trị chiết khấu, cam kết thanh toán được mở rộng tới tất cả các ngân hàng. Ngân hàng, sau khi đã thương lượng thanh toán với người thụ hưởng về hối phiếu hoặc chứng từ, có thể xuất trình các giấy tờ này theo thư tín dụng và nhận thanh toán khi đến hạn (Điều 7(c) và Điều 8(c) UCP 600).

5. *Thư tín dụng ‘điều khoản đỏ’ và thư tín dụng ‘điều khoản xanh’*

Thư tín dụng ‘điều khoản đỏ’ (‘Red clause’ credit) là thư tín dụng cho phép bên bán kí phát thư tín dụng trước khi chuyển hàng. Việc tạm ứng được thực hiện trên cơ sở biên lai kho hàng (để chứng minh là có đủ hàng để giao theo thoả thuận - ND), mặc dù người thụ hưởng có khả năng xử lí lô hàng (chuyển hàng đi - ND). Loại thư tín dụng này dần dần được gọi là thư tín dụng ‘điều khoản đỏ’, do các điều khoản được in bằng mực đỏ. Mặc dù nguồn gốc của loại thư tín dụng này là từ lĩnh vực kinh doanh len sợi, nhưng việc sử dụng nó ngày nay không chỉ giới hạn trong ngành này. Do bên bán có khả năng xử lí lô hàng, loại thư tín dụng này được sử dụng khi các bên trong hợp đồng tin tưởng nhau ở mức độ cao.

Thư tín dụng ‘điều khoản xanh’ (‘Green clause’ credit) được đưa vào sử dụng trong kinh doanh cà phê ở Dai-a và có tác dụng tương tự như thư tín dụng ‘điều khoản đỏ’. Khác biệt duy nhất ở loại thư tín dụng này là hàng hoá được lưu kho dưới tên của ngân hàng.¹⁴⁹

6. *Thư tín dụng tuần hoàn (Revolving Credit)*

Thư tín dụng, thay vì chỉ được sử dụng để thanh toán một khoản tiền xác định hoặc chỉ có giá trị trong một thời điểm cố định, có thể được phục hồi lại về giá trị hoặc thời gian. Thư tín dụng tuần hoàn về giá trị cho phép người thụ hưởng xuất trình chứng từ một cách thường xuyên theo mong muốn trong khoảng thời gian còn hiệu lực của thư tín dụng, miễn là không vượt quá tổng giới hạn được quy định trong thư tín dụng. Còn thư tín dụng tuần hoàn về thời gian cho phép người thụ hưởng rút khoản tiền nhất định trong một tháng theo giai đoạn được ghi trong thư tín dụng, cho phép hoặc không cho phép người

¹⁴⁹ Indira Carr, Sđd, tr. 493-494.

thụ hưởng chuyển số tiền chưa rút từ tháng này sang tháng sau.¹⁵⁰

7. *Thư tín dụng chuyển nhượng (transferable credit) và thư tín dụng không được chuyển nhượng (non-transferable credit)*

Thư tín dụng có thể chuyển nhượng hoặc không được chuyển nhượng. Thư tín dụng chuyển nhượng cho phép bên bán (người thụ hưởng ban đầu của thư tín dụng) chuyển giao quyền lợi trong thư tín dụng cho bên thứ ba, ví dụ, như các nhà cung ứng của bên bán. Điều 38 UCP quy định việc chuyển nhượng thư tín dụng được tiến hành khi đáp ứng đầy đủ một số điều kiện. Nổi bật trong số này là các yêu cầu mà ngân hàng chuyển nhượng phải tuyệt đối tuân thủ về mức độ và cách thức chuyển giao (Điều 38(a)), và thư tín dụng phải được ghi rõ là ‘có thể được chuyển nhượng’ bởi ngân hàng phát hành (Điều 38(b)).

Tuy nhiên, thuật ngữ ‘chuyển nhượng’ phần nào gây hiểu lầm. ‘Có thể chuyển nhượng’ không có nghĩa là ‘có thể thương lượng thanh toán’. Thư tín dụng là văn bản không thể thương lượng thanh toán, nhưng lại có thể chuyển nhượng từ người này sang người khác, thông qua việc kí hậu (ghi rõ ra mặt sau - ND) (endorsement) và chuyển giao. Trên thực tế, khi người thụ hưởng thứ nhất (bên bán) muốn chuyển nhượng thư tín dụng cho người thụ hưởng thứ hai (thường là nhà cung ứng của bên bán), anh ta sẽ trả lại thư tín dụng cho ngân hàng chuyển nhượng; ngân hàng này, theo yêu cầu của người thụ hưởng thứ nhất, sẽ phát hành một thư tín dụng mới tới người thụ hưởng thứ hai về toàn bộ hoặc một phần tiền ghi trong thư tín dụng gốc. Nếu người thụ hưởng thứ nhất chỉ chuyển nhượng một phần giá trị ghi trong thư tín dụng, anh ta vẫn có thể nhận tiền từ số dư. Trừ trường hợp khác được ghi rõ trong thư tín dụng, thư tín dụng chuyển nhượng chỉ được chuyển nhượng một lần duy nhất (Điều 38(d) UCP 600). Điều này nghĩa là người thụ hưởng thứ hai không thể tiếp tục chuyển nhượng một phần (giá trị của) thư tín dụng nhằm phục vụ lợi ích cho nhà cung ứng của anh ta, nhưng người thụ hưởng thứ nhất lại không bị ngăn cản trong việc chuyển nhượng một phần (giá trị của) thư tín dụng cho nhiều người khác nhau, miễn là tổng số chuyển nhượng không vượt quá giá trị của thư tín dụng, đồng thời việc chuyển một phần hàng và rút một phần tiền không bị cấm theo các điều khoản ghi trong thư tín dụng (Điều 38(d) và (g) UCP 600).¹⁵¹

¹⁵⁰ R. M. Goode, Sđd, tr. 1075-1076.

¹⁵¹ L. S. Sealy và R. J. A. Hooley, Sđd, tr. 855-856.

8. Thư tín dụng bảo lãnh theo yêu cầu (Demand Guarantees Credit) và thư tín dụng dự phòng (Standby Credit)

Các loại thư tín dụng này thuộc phạm vi điều chỉnh của UCP nhưng có tính chất khác với các loại hình thư tín dụng thông thường và sẽ được đề cập ở tiêu mục sau.

D. Sự vận hành của thư tín dụng

Giả sử rằng giao dịch dưới đây là một hợp đồng mua bán hàng hoá quốc tế, thì giao dịch thư tín dụng thông thường sẽ được vận hành như sau¹⁵²:

- Bên bán và bên mua thoả thuận trong hợp đồng mua bán là việc trả tiền sẽ được thực hiện thông qua thư tín dụng;
- Bên mua (với tư cách ‘người yêu cầu’ trong thư tín dụng) yêu cầu một ngân hàng tại nước mình (‘ngân hàng phát hành’) mở thư tín dụng phục vụ lợi ích của bên bán (‘người thụ hưởng’) dựa trên các điều khoản xác định bởi bên mua theo mệnh lệnh của anh ta (thường được nêu tại yêu cầu mở thư tín dụng);
- Ngân hàng phát hành mở một thư tín dụng không huỷ ngang¹⁵³, bằng các điều khoản trong thư tín dụng, cam kết (i) Trả số tiền nêu trong hợp đồng; hoặc (ii) Cam kết trả chậm và trả khi đến hạn; hoặc (iii) Chấp nhận hối phiếu kí phát bởi người thụ hưởng và trả khi đến hạn¹⁵⁴ với điều kiện các chứng từ được xuất trình đúng hạn¹⁵⁵ và phù hợp với các điều khoản và điều kiện nêu tại thư tín dụng;
- Ngân hàng phát hành mở thư tín dụng bằng cách gửi thông báo trực tiếp cho bên bán; ngoài ra, trong nhiều trường hợp, ngân hàng phát hành còn có thể sắp xếp cho một ngân hàng trong nước của bên bán (ngân hàng ‘thông báo’ hoặc ‘chuyển phát’) để thông báo tới bên bán là thư tín dụng đã được mở;
- Ngân hàng phát hành cũng có thể yêu cầu ngân hàng thông báo bổ sung sự ‘xác nhận’ của mình vào thư tín dụng. Nếu ngân hàng đồng ý làm như vậy, ngân hàng thông báo (bây giờ được gọi là ngân hàng

¹⁵² L. S Sealy và R. J. A. Hooley, Sdd, tr. 849-850.

¹⁵³ Thư tín dụng huỷ ngang không thuộc phạm vi điều chỉnh của UCP 600 (xem tại Điều 2 về định nghĩa thư tín dụng) và trên thực tế rất hiếm khi được sử dụng.

¹⁵⁴ Phụ thuộc vào loại thư tín dụng là loại trả ngay, chấp nhận hay trả chậm.

¹⁵⁵ Trong trường hợp các chứng từ vận tải, ví dụ, vận đơn, hợp đồng bảo hiểm, hoá đơn tài chính và các chứng từ khác, quy định rõ tại thư tín dụng, như chứng nhận xuất xứ, giấy chứng nhận chất lượng và danh sách đóng gói.

- ‘xác nhận’) cam kết thanh toán riêng cho bên bán, căn cứ vào các điều khoản tương tự được đặt ra bởi ngân hàng phát hành, người bán sẽ được hưởng lợi từ nghĩa vụ thanh toán ngay tại nước mình;
- Bên bán chuyển hàng và đệ trình các chứng từ bắt buộc (thường thông qua ngân hàng của bên bán, với tư cách đại diện) tới ngân hàng thông báo (với tư cách ngân hàng được chỉ định¹⁵⁶) hoặc ngân hàng xác nhận. Nếu bộ chứng từ phù hợp với các điều khoản của thư tín dụng, ngân hàng thông báo (với tư cách ngân hàng được chỉ định¹⁵⁷) hoặc ngân hàng xác nhận sẽ (i) trả số tiền nêu trong hợp đồng; hoặc (ii) cam kết trả chậm và trả khi đến hạn; hoặc (iii) chấp nhận hối phiếu và trả khi đến hạn; hoặc (iv) thương lượng thanh toán mua lại hối phiếu và nhận số tiền hoàn lại từ ngân hàng phát hành;
 - Trước khi hoàn lại chứng từ cho bên mua, đến lượt mình, ngân hàng phát hành sẽ yêu cầu được thanh toán. Nếu bên mua không thể thanh toán vì chưa bán lại được hàng hoá, thì ngân hàng phát hành có thể hoàn lại chứng từ cho bên mua theo một ‘biên lai ủy thác’¹⁵⁸ (‘trust-receipt’), theo đó bên mua có quyền tiếp cận hàng khi hàng được vận tải tới nơi mà không làm thiệt hại đến lợi ích bảo đảm của ngân hàng đối với hàng hoá và trong quá trình mua bán.

E. Các hợp đồng phát sinh từ giao dịch thư tín dụng

Giao dịch thư tín dụng được triển khai đồng thời với chuỗi các quan hệ hợp đồng có liên quan đến nhau. *Thứ nhất*, đó là hợp đồng mua bán giữa bên bán và bên mua. *Thứ hai*, khi ngân hàng phát hành đồng ý thực hiện theo mệnh lệnh của bên mua, giữa họ đã tồn tại một hợp đồng. *Thứ ba*, khi ngân hàng chuyển phát đồng ý thực hiện theo mệnh lệnh của ngân hàng phát hành

¹⁵⁶ ‘Ngân hàng được chỉ định’ là ngân hàng được ủy quyền trong thư tín dụng để thanh toán hoặc thương lượng thanh toán, hoặc bất kỳ ngân hàng nào, trong trường hợp thư tín dụng không quy định (Điều 2 và Điều 6(a) UCP 600).

¹⁵⁷ Trừ trường hợp ngân hàng được chỉ định chính là ngân hàng xác nhận, sự ủy quyền thanh toán hoặc thương lượng thanh toán không làm phát sinh nghĩa vụ thanh toán hoặc thương lượng thanh toán của ngân hàng được chỉ định, trừ trường hợp có thoả thuận rõ ràng từ phía ngân hàng được chỉ định và đã được truyền đạt tới người thụ hưởng (Điều 12(a) UCP 600). Việc tiếp nhận, kiểm tra và chuyển tiếp chứng từ do một ngân hàng được chỉ định thực hiện, không đồng thời là ngân hàng xác nhận, không làm phát sinh trách nhiệm thanh toán hoặc thương lượng thanh toán, cũng không xác lập cam kết thanh toán hoặc thương lượng thanh toán (Điều 12(c) UCP 600).

¹⁵⁸ Trong trường hợp này, bên mua nhận chứng từ, bao gồm cả vận đơn, từ đó có quyền nhận hàng từ bên vận tải. Tuy nhiên, quyền sở hữu hàng hoá hợp pháp vẫn thuộc về ngân hàng, do đó ngân hàng có các lợi ích bảo đảm cần thiết.

và thông báo hoặc xác nhận thư tín dụng, giữa hai ngân hàng này cũng có quan hệ hợp đồng. *Cuối cùng*, chính cam kết trả tiền cho bên bán của ngân hàng phát hành và ngân hàng xác nhận trong giao dịch thư tín dụng cũng là quan hệ mang bản chất hợp đồng.¹⁵⁹

F. Cam kết của ngân hàng phát hành và ngân hàng xác nhận

Thông thường, nếu thư tín dụng là thư tín dụng xác nhận, thì người thụ hưởng sẽ được nhận thanh toán từ ngân hàng xác nhận. Nếu thư tín dụng là không xác nhận, thì người thụ hưởng sẽ được nhận thanh toán từ ngân hàng phát hành. Nếu có sự tham gia của ngân hàng được chỉ định,¹⁶⁰ thì người thụ hưởng sẽ được nhận thanh toán từ ngân hàng này. Nếu ngân hàng được chỉ định không thực hiện thanh toán, thì người thụ hưởng sẽ quay lại ngân hàng xác nhận hoặc ngân hàng phát hành. Do vậy, về mặt pháp lí, cam kết của ngân hàng phát hành và ngân hàng xác nhận đối với các bên liên quan, chẳng hạn cam kết trả tiền, là rất quan trọng đối với người thụ hưởng theo thư tín dụng (tức là bên mua).

Đối với cam kết của ngân hàng phát hành, Điều 7 UCP quy định như sau:

- a. Với điều kiện các chứng từ theo quy định được nộp cho ngân hàng được chỉ định hoặc ngân hàng phát hành, và với điều kiện chứng từ được xuất trình hợp lệ, ngân hàng phát hành phải thanh toán, nếu thư tín dụng ghi rõ:
 - i. Thư tín dụng có giá trị trả ngay, trả chậm hoặc chấp nhận tại ngân hàng phát hành;
 - ii. Trả ngay tại một ngân hàng được chỉ định mà ngân hàng được chỉ định đó không thanh toán;
 - iii. Trả chậm tại một ngân hàng được chỉ định mà ngân hàng được chỉ định đó không cam kết về nghĩa vụ trả chậm, hoặc có cam kết về nghĩa vụ trả chậm nhưng không thanh toán khi đến hạn;
 - iv. Chấp nhận [hối phiếu] tại một ngân hàng được chỉ định mà ngân hàng được chỉ định đó không chấp nhận hối phiếu đã kí phát, hoặc đã chấp nhận hối phiếu đã kí phát mà không thanh toán khi đến hạn;
 - v. Thương lượng thanh toán với một ngân hàng được chỉ định mà ngân hàng được chỉ định đó không thương lượng thanh toán.

¹⁵⁹ L. S. Sealy và R. J. A. Hooley, Sdd, tr. 850. Xem thêm sự phân tích sâu hơn về chuỗi quan hệ có tính hợp đồng này theo pháp luật Anh quốc: R. Goode, Sdd, tr. 1085-1096.

¹⁶⁰ Ngân hàng được chỉ định là ngân hàng được ghi rõ trong thư tín dụng, hoặc là ngân hàng bất kì, trong trường hợp thư tín dụng không xác định (Điều 2 UCP).

- b. Ngân hàng phát hành bị ràng buộc bởi nghĩa vụ thanh toán không thể huỷ bỏ ngay khi phát hành thư tín dụng.
- c. Ngân hàng phát hành cam kết hoàn trả cho ngân hàng được chỉ định, mà ngân hàng này đã thanh toán hoặc thương lượng thanh toán trên cơ sở sự xuất trình chứng từ hợp lệ và chuyển các chứng từ này tới ngân hàng phát hành. Việc hoàn trả trên cơ sở xuất trình hợp lệ theo thư tín dụng có giá trị thanh toán bằng cách chấp nhận hoặc trả chậm là vào lúc đáo hạn, không phụ thuộc vào việc ngân hàng được xác định đã trả trước hoặc mua trước khi đến hạn. Cam kết hoàn trả của ngân hàng phát hành đối với ngân hàng được chỉ định là độc lập với cam kết thanh toán của ngân hàng phát hành với người thụ hưởng.

Đối với cam kết của ngân hàng xác nhận, Điều 8 UCP quy định như sau:

- A. Với điều kiện các chứng từ theo quy định được nộp cho ngân hàng xác nhận hoặc cho bất kì ngân hàng được chỉ định nào, và với điều kiện chứng từ được xuất trình hợp lệ, ngân hàng xác nhận phải:
 - i. Thanh toán, nếu thư tín dụng có giá trị thanh toán theo cách:
 - a. Trả ngay, trả chậm hoặc chấp nhận thanh toán tại ngân hàng xác nhận;
 - b. Trả ngay với một ngân hàng được chỉ định khác mà ngân hàng được chỉ định này không thanh toán;
 - c. Trả chậm với một ngân hàng được chỉ định khác mà ngân hàng được chỉ định này không cam kết trả chậm, hoặc có cam kết trả chậm mà không thanh toán khi đáo hạn;
 - d. Chấp nhận [hối phiếu] với một ngân hàng được chỉ định khác mà ngân hàng được chỉ định này không chấp nhận hối phiếu đã kí phát, hoặc đã chấp nhận hối phiếu đã kí phát mà không thanh toán khi đến hạn;
 - e. Thương lượng thanh toán với một ngân hàng được chỉ định khác mà ngân hàng được chỉ định này không thương lượng thanh toán.
 - ii. Thương lượng thanh toán và không truy đòi, nếu thư tín dụng có giá trị thương lượng thanh toán tại ngân hàng xác nhận.
- B. Ngân hàng xác nhận bị ràng buộc bởi nghĩa vụ thanh toán không thể huỷ bỏ, ngay khi xác nhận thư tín dụng.
- C. Ngân hàng xác nhận cam kết hoàn trả cho một ngân hàng được chỉ định khác, mà ngân hàng này đã thanh toán hoặc thương lượng thanh toán trên cơ sở sự xuất trình chứng từ hợp lệ và chuyển các chứng từ này cho ngân hàng xác nhận. Việc hoàn trả trên cơ sở xuất trình hợp lệ theo thư tín dụng có giá trị thanh toán bằng cách chấp nhận hoặc trả chậm là vào lúc đáo hạn, không phụ thuộc vào việc

một ngân hàng được xác định khác đã trả trước hoặc mua trước khi đến hạn. Cam kết hoàn trả của ngân hàng xác nhận cho một ngân hàng được chỉ định khác là độc lập với cam kết thanh toán của ngân hàng xác nhận cho người thụ hưởng.

- D. Trường hợp một ngân hàng được ủy quyền hoặc được yêu cầu xác nhận thư tín dụng bởi ngân hàng phát hành mà không sẵn sàng làm việc đó, thì phải thông báo cho ngân hàng phát hành ngay lập tức và có thể thông báo thư tín dụng mà không cần xác nhận.

G. Các nội dung cơ bản

1. Nguyên tắc về tính độc lập của thư tín dụng

Thư tín dụng được xem là riêng biệt và độc lập với hợp đồng cơ bản giữa bên bán với bên mua và mối quan hệ giữa ngân hàng phát hành với bên mua. Vì vậy, nói chung, ngay cả khi bên bán [được coi là] đã vi phạm hợp đồng mua bán với bên mua, thì ngân hàng phát hành (hoặc ngân hàng xác nhận) vẫn không thể từ chối thực hiện cam kết thanh toán của mình. Thư tín dụng vẫn sẽ được thực hiện ngay cả khi bên mua đưa ra các cáo buộc, ví dụ, chất lượng của lô hàng được chuyển tới không đạt yêu cầu, không phù hợp với mục đích của họ hoặc có sự thiếu hụt trong khi giao hàng. Do đó, ngân hàng phát hành không thể từ chối cam kết thanh toán của mình, chỉ vì bên mua không làm tròn nghĩa vụ thanh toán.¹⁶¹

Nguyên tắc về tính độc lập của thư tín dụng được ghi nhận tại Điều 4 UCP như sau:

- a. Về bản chất, thư tín dụng là giao dịch riêng biệt với hợp đồng mua bán hoặc các hợp đồng khác là cơ sở của thư tín dụng. Ngân hàng không thể liên quan đến hoặc bị ràng buộc bởi các hợp đồng này, ngay cả khi có bất kỳ sự dẫn chiếu nào tới chúng được nêu trong thư tín dụng. Vì vậy, cam kết của ngân hàng đối với việc thanh toán, thương lượng thanh toán hoặc thực hiện bất kỳ nghĩa vụ nào khác theo thư tín dụng không phụ thuộc vào các khiếu nại hoặc cáo buộc từ phía người yêu cầu mở thư tín dụng phát sinh từ mối quan hệ của họ với ngân hàng phát hành, hoặc người thụ hưởng. Người thụ hưởng, trong mọi trường hợp, không thể lợi dụng các quan hệ hợp đồng giữa các ngân hàng với nhau hoặc giữa người yêu cầu mở thư tín dụng với ngân hàng phát hành.
- b. Ngân hàng phát hành không được phép ủng hộ mọi cố gắng của

¹⁶¹ L. S. Sealy và R. J. A. Hooley, Sđd, tr. 865.

người yêu cầu mở thư tín dụng trong việc đưa các bản sao của hợp đồng cơ sở, hoá đơn quy ước và các chứng từ tương tự trở thành bộ phận không tách rời của thư tín dụng.

Lí do của nguyên tắc về tính độc lập của thư tín dụng:

Trong trường hợp bên mua đã chấp nhận một hối phiếu đòi nợ nhưng phát hiện ra rằng bên bán đã phá vỡ một số nghĩa vụ của mình trong hợp đồng mua bán, đáng chú ý nhất là số hàng hoá có chất lượng hoặc số lượng không như mong đợi. Thông thường, những gì bên mua cố gắng làm là ngăn chặn khoản tiền sẽ được ngân hàng thanh toán cho bên bán. Tuy nhiên, thực tế rất khó để làm điều này, trừ một số trường hợp ngoại lệ.¹⁶²

Lí do đằng sau thực tế này được một thẩm phán người Anh giải thích như sau:

Bên mua thường kiếm tìm một lệnh của toà án nhằm ngăn chặn ngân hàng trả tiền khi hàng hoá không phù hợp với mô tả trong hợp đồng, nhưng toà án không sẵn sàng ban hành lệnh đó. Lí do của việc này là: Nghĩa vụ thanh toán của ngân hàng theo thư tín dụng được tách khỏi hợp đồng mua bán, và toà án sẽ chỉ can thiệp khi có hậu quả đủ nghiêm trọng xảy ra. Việc cho phép bên mua can thiệp vào thoả thuận thanh toán giữa ngân hàng phát hành và bên bán (người thụ hưởng), khi hàng hoá không phù hợp với mô tả trong hợp đồng, sẽ gây tác động nghiêm trọng tới thương mại quốc tế, bởi vì bên bán, khi tham gia vào hợp đồng mua bán có hình thức thanh toán thông qua thư tín dụng, đã có niềm tin rằng anh ta sẽ được trả tiền thông qua một thư tín dụng không thể bị huỷ, và có thể dựa vào quy định tại thư tín dụng để mua hàng từ nhà sản xuất hoặc tự mình sản xuất hàng hoá. Nếu toà án can thiệp, thì tính vững chắc của việc thanh toán, thường gắn liền với thư tín dụng thương mại, sẽ bị tác động nghiêm trọng.¹⁶³

2. Tiêu chuẩn kiểm tra chứng từ

Điều 14 UCP quy định rằng:

- a. Ngân hàng được chỉ định hành động theo sự chỉ định, [với tư cách] ngân hàng xác nhận, nếu có, và ngân hàng phát hành phải kiểm tra việc xuất trình [chứng từ], chỉ dựa trên cơ sở chứng từ, để quyết định các chứng từ xuất hiện trước mặt họ có phải là sự xuất trình [chứng

¹⁶² Ví dụ, trong trường hợp gian lận hoặc bất hợp pháp theo quy định của pháp luật Anh quốc. Tuy nhiên, vì vấn đề rất phức tạp và có thể khác nhau theo các hệ thống pháp luật khác nhau nên không được đề cập ở đây.

¹⁶³ Tranh luận của thẩm phán Megarry J. trong vụ việc *Discount Records Ltd v Barclays Bank Ltd* [1975] 1 Lloyd's Rep 444.

từ] hợp lệ hay không.

- b. Ngân hàng được chỉ định hành động theo sự chỉ định, [với tư cách] ngân hàng xác nhận, nếu có, và ngân hàng phát hành sẽ có, cho mỗi ngân hàng, tối đa là năm ngày làm việc của ngân hàng sau ngày [chứng từ được] xuất trình để quyết định việc xuất trình [chứng từ] có hợp lệ hay không. Thời hạn này không bị rút ngắn hoặc không bị tác động bằng bất cứ cách nào khác, nếu ngày hết hạn hoặc ngày xuất trình cuối cùng rơi đúng vào hoặc sau ngày xuất trình.

Trên thực tế, theo quy định tại Điều 14 UCP, ngân hàng được chỉ định, ngân hàng xác nhận (nếu có) và ngân hàng phát hành, thường chỉ quan tâm đến việc nhằm bảo đảm rằng chứng từ được xuất trình trước mặt họ là sự xuất trình [chứng từ] hợp lệ, không phải để kiểm tra tính xác thực của các thông tin trong chứng từ, lại càng không phải để kiểm tra hàng hoá là đối tượng của hợp đồng mua bán.

Ngoài ra, Điều 5 UCP cũng nhấn mạnh rằng: ‘Ngân hàng xử lý chứng từ, không xử lý hàng hoá, dịch vụ hoặc sự thực hiện [các việc khác] có liên quan tới các chứng từ’. Do đó, nếu chứng từ được xuất trình đúng trình tự, thì ngân hàng, nói chung, sau đó, sẽ có cả quyền và nghĩa vụ thanh toán. Ngược lại, nếu chứng từ không đúng theo quy định của thư tín dụng, thì ngân hàng có quyền từ chối thanh toán, ngay cả khi sự sai lệch này không hề quan trọng trên thực tế.¹⁶⁴

H. Luật điều chỉnh tín dụng chứng từ (thư tín dụng)

Như đã nêu ở trên, trong một giao dịch thư tín dụng, có một số quan hệ hợp đồng khác nhau. Bỏ qua hợp đồng mua bán cơ sở, có các loại hợp đồng khác giữa: (i) Bên mua và ngân hàng phát hành; (ii) Ngân hàng phát hành và ngân hàng xác nhận; (iii) Ngân hàng xác nhận và bên bán; và (iv) Ngân hàng phát hành và bên bán.

Khi có tranh chấp phát sinh hoặc có liên quan tới quan hệ hợp đồng như vậy, câu hỏi quan trọng về mặt pháp luật có thể phát sinh là: Luật nào điều chỉnh thư tín dụng (hoặc tín dụng chứng từ)? Do mỗi quan hệ như vậy có tính chất phức tạp và liên quan tới nhiều nước, nên câu trả lời là không dễ dàng. Tuy nhiên, về nguyên tắc, Công ước Rô-ma về Luật áp dụng cho các nghĩa vụ hợp đồng (sau đây gọi là ‘Công ước Rô-ma’) có thể tích cực hỗ trợ giải quyết vấn đề.

¹⁶⁴ R. M. Goods, Sđd, tr. 1082.

Khoản 1 Điều 3 của Công ước quy định rằng luật thích hợp để điều chỉnh loại hợp đồng này, bất kể hợp đồng được thực hiện như thế nào, phải được xác định theo các quy định tại Công ước. Điều 4 Công ước, điều khoản hữu ích nhất, nhằm xác định luật điều chỉnh thứ tự dụng, quy định như sau:

1. Khi không có sự lựa chọn luật áp dụng cho hợp đồng theo quy định tại Điều 3, hợp đồng sẽ được điều chỉnh bởi luật của nước mà nó có mối liên hệ mật thiết nhất. Tuy nhiên, một số phần của hợp đồng có mối liên hệ mật thiết hơn với một nước khác có thể là ngoại lệ và được điều chỉnh bởi luật của nước khác đó.
2. Theo quy định tại khoản 5 của Điều này, hợp đồng có thể được coi là có mối liên hệ mật thiết nhất với nước nơi bên có tác động tới sự thực hiện hợp đồng mà sự thực hiện này tạo nên tính chất của hợp đồng đó, tại thời điểm giao kết hợp đồng, có địa chỉ thường trú, hoặc trong trường hợp một nhóm hợp nhất hoặc không hợp nhất, là cơ quan hành chính trung tâm (của nhóm đó). Tuy vậy, nếu hợp đồng được đưa vào thực hiện trong hoạt động kinh doanh hoặc nghề nghiệp của bên đó, thì nước có mối liên hệ mật thiết nhất với hợp đồng sẽ là nước nơi bên đó có địa bàn kinh doanh chính, hoặc, nếu căn cứ theo các điều khoản của hợp đồng, việc thực hiện hợp đồng có hiệu lực tại một địa bàn kinh doanh khác với địa bàn kinh doanh chính, thì nước có địa bàn kinh doanh khác đó sẽ là nước có mối liên hệ mật thiết nhất với hợp đồng.

4. Thư tín dụng dự phòng (Standby Credits), trái phiếu bảo lãnh (Performance Bonds) và bảo lãnh (Guarantees)

Thư tín dụng dự phòng, trái phiếu bảo lãnh và bảo lãnh có chức năng khác với thư tín dụng (hay tín dụng chứng từ). Nếu như chức năng của thư tín dụng là nhằm thanh toán cho hàng hoá hoặc dịch vụ trên cơ sở chứng từ, thì chức năng của các công cụ nêu trên (thư tín dụng dự phòng, trái phiếu bảo lãnh và bảo lãnh) là nhằm bảo đảm trong trường hợp một bên không hoàn thành nghĩa vụ khi thực hiện hợp đồng cơ sở. Mặc dù thư tín dụng dự phòng, trái phiếu bảo lãnh và bảo lãnh có thể được sử dụng để bảo đảm việc thực hiện hợp đồng của bên mua và (thường là) bên bán trong hợp đồng mua bán hàng hoá quốc tế, các loại công cụ này thường được sử dụng trong các hợp đồng xây dựng quốc tế, khi bên sử dụng lao động ở nước ngoài yêu cầu sự bảo đảm tài chính từ bên thứ ba có uy tín (thường là ngân hàng), để phòng trường hợp nhà thầu không hoàn thành nghĩa vụ thực hiện hợp đồng.¹⁶⁵

¹⁶⁵ L. S. Sealy và R. J. A. Hooley, Sđd, tr. 913.

A. *Thư tín dụng dự phòng*

Thư tín dụng dự phòng giống như thư tín dụng thông thường ở chỗ nó được phát hành bởi một ngân hàng, gắn với cam kết thanh toán cho bên thứ ba (người thụ hưởng) hoặc chấp nhận hối phiếu được kí phát bởi bên thứ ba này, với điều kiện người thụ hưởng xuất trình được các chứng từ phù hợp. Tuy nhiên, nếu như thư tín dụng là cơ chế thanh toán chính trong việc hoàn thành nghĩa vụ thanh toán được nêu trong hợp đồng cơ sở (nói khác đi, ngân hàng phát hành hoặc ngân hàng xác nhận là nơi đầu tiên thực hiện việc trả tiền), thì thư tín dụng dự phòng được lập ra như là biện pháp bảo đảm với mục đích là việc rút tiền chỉ được thực hiện khi bên thực hiện công việc, hoặc cung ứng hàng hoá, dịch vụ không hoàn thành việc thực hiện nghĩa vụ hợp đồng đối với người thụ hưởng.¹⁶⁶

Trách nhiệm của ngân hàng trong thư tín dụng dự phòng được dự kiến là trách nhiệm thứ cấp, đứng sau bên chịu trách nhiệm chính (mặc dù, về mặt kĩ thuật, mẫu thư tín dụng dự phòng có thể khiến ngân hàng có vẻ như là bên chịu trách nhiệm chính), và thư tín dụng dự phòng thực hiện chức năng bảo đảm như một ngân hàng làm nhiệm vụ bảo lãnh. Tuy nhiên, khác với trường hợp bảo lãnh, thư tín dụng dự phòng có thể được sử dụng bằng cách đệ trình các chứng từ đã được xác định mà bên thụ hưởng không phải chứng minh sự vi phạm hợp đồng từ bên chịu trách nhiệm chính, *ví dụ*: chứng từ đã được xác định có thể chỉ đơn giản là yêu cầu hoặc lời khai của người thụ hưởng rằng bên có trách nhiệm chính đã vi phạm hợp đồng.

Thư tín dụng dự phòng được UCP điều chỉnh, do đó nói chung là nguyên tắc về tính độc lập của thư tín dụng cũng được áp dụng cho thư tín dụng dự phòng. Tuy nhiên, do UCP bị đánh giá là không phù hợp với bản chất bảo đảm của thư tín dụng dự phòng, nên ICC đã cộng tác với Viện Luật và thực tiễn ngân hàng quốc tế (Institute of International Banking Law and Practice) cho ra đời Quy tắc về thực hành thư tín dụng dự phòng quốc tế (Rules on International Standby Credit Practices) (Ấn phẩm của ICC, số 590) (viết tắt là 'ISP 98'), có hiệu lực từ ngày 1/1/1999. Thư tín dụng dự phòng có thể được coi là thuộc phạm vi điều chỉnh của UCP hoặc của Quy tắc nêu trên, tùy thuộc vào ý chí của các bên.¹⁶⁷

¹⁶⁶ L. S. Sealy và R. J. A. Hooley, Sdd, tr. 914.

¹⁶⁷ Lời nói đầu của ISP 98.

ISP 98 đã phản ánh ‘thông lệ và tập quán được chấp nhận’¹⁶⁸ liên quan tới thư tín dụng dự phòng. ISP 98 điều chỉnh nhiều nghĩa vụ như: cam kết thanh toán của bên phát hành, việc xuất trình chứng từ theo yêu cầu, sự kiểm tra chứng từ hợp lệ và các loại chứng từ dự phòng, và sự chuyển nhượng quyền nhận thanh toán. ISP 98 có nhiều điểm tương đồng với UCP, nhưng được ban hành nhằm đặc biệt điều chỉnh thư tín dụng dự phòng, ví dụ, có quy tắc cho phép chuyển nhượng nhiều lần (Quy tắc 6.02), rút một phần tiền (Quy tắc 3.08).

Song song với UCP và ISP 98, còn một công cụ khác có thể được áp dụng để điều chỉnh thư tín dụng dự phòng. Đó là Công ước 1995 của Liên hợp quốc về bảo lãnh độc lập và thư tín dụng dự phòng (the United Nations Convention on Independent Guarantees and Standby Letters of Credit 1995). Mục tiêu của Công ước là nhằm cung cấp một tập hợp quy tắc đã được hài hoà hoá phục vụ cho việc sử dụng thư tín dụng dự phòng và các biện pháp bảo lãnh độc lập (thực hiện/yêu cầu bảo lãnh) và bảo đảm sự độc lập của các cam kết độc lập thông qua những nguyên tắc được Công ước đặt ra. Phạm vi áp dụng của Công ước được nêu tại Điều 1. Công ước áp dụng cho cam kết quốc tế, khi mà người bảo lãnh/phát hành thường trú ở một nước thành viên Công ước, hoặc trong trường hợp quy phạm tư pháp quốc tế dẫn chiếu tới việc áp dụng luật của một nước thành viên Công ước. Các bên có thể tùy ý loại trừ việc áp dụng Công ước.

B. Trái phiếu bảo lãnh (*Performance Bonds*) và bảo lãnh (*Guarantees*)

Thuật ngữ ‘trái phiếu bảo lãnh’ và ‘bảo lãnh thực hiện’ đôi khi được gọi là trái phiếu bảo lãnh theo yêu cầu hoặc bảo lãnh theo yêu cầu (sau đây được gọi là ‘bảo lãnh theo yêu cầu’ (‘demand guarantee’)). Ngân hàng chấp nhận bảo lãnh theo yêu cầu, theo đó đồng ý thanh toán theo yêu cầu bằng văn bản cho người thụ hưởng, hoặc tuyên bố của người thụ hưởng về việc không thực hiện đúng các nghĩa vụ hợp đồng của bên có trách nhiệm chính. Người thụ hưởng chỉ cần yêu cầu thanh toán mà không phải chứng minh rằng bên có trách nhiệm chính đã không thực hiện đúng các nghĩa vụ theo hợp đồng cơ sở (mặc dù đôi khi yêu cầu có thể phải kèm theo các chứng từ xác định như giấy chứng nhận của bên thứ ba độc lập về việc bên có trách nhiệm chính đã không thực hiện đúng hợp đồng, hoặc khoản thanh toán đã đáo hạn). Bảo lãnh theo yêu cầu có thể được chấp nhận bởi một ngân hàng tại

¹⁶⁸ Lời nói đầu của ISP 98.

nước của người thụ hưởng, trên cơ sở bảo lãnh đối ứng từ ngân hàng của bên có trách nhiệm chính (bảo lãnh theo yêu cầu gồm 4 bên). Trong bất cứ trường hợp nào, ngân hàng của bên có trách nhiệm chính cũng sẽ yêu cầu được bồi thường ngược lại từ khách hàng của mình.¹⁶⁹

Đối với bảo lãnh theo yêu cầu, bước tiến quan trọng gần đây là việc thông qua ‘Quy tắc thống nhất về bảo lãnh theo yêu cầu (URDG), ấn phẩm số 758’ (‘Uniform Rules for Demand Guarantees, Brochure No 758’) (viết tắt là ‘URDG’) trên phạm vi toàn thế giới với đa số phiếu, tại cuộc họp của Ủy ban ICC về kỹ thuật và thực tiễn ngân hàng (ICC Commission on Banking Technique and Practice) ngày 24/11/2009. Tập hợp các quy tắc này (35 điều) sẽ mang đến câu trả lời và giải pháp công bằng cho lợi ích của các bên trong mọi trường hợp. Các quy tắc sẽ giúp tránh được sự do dự, hiểu lầm và hoang mang dẫn tới các vụ kiện kéo dài không cần thiết. Việc viện dẫn và áp dụng phổ biến các quy tắc này trong thế giới ngày nay nhằm mục đích lấp đầy các lỗ hổng trong thực tiễn, thuận tụy dựa trên cơ sở đánh giá các điều khoản đã được thoả thuận. Trong nhiều trường hợp, thực tiễn cho thấy bảo lãnh là công cụ nhằm cứu vãn các tình huống khó và gây tranh cãi. Việc các bên chấp nhận các quy tắc, trừ trường hợp có sự sửa đổi hoặc loại bỏ, sẽ hỗ trợ chính họ trong công việc của mình, đồng thời tạo thuận lợi và đơn giản hoá cách thức thực hiện kinh doanh quốc tế.

Tóm tắt Chương 5

Chương 5 này giới thiệu khuôn khổ pháp luật điều chỉnh các quyền và nghĩa vụ của các chủ thể tham gia giao dịch mua bán hàng hoá quốc tế - một loại giao dịch thương mại quốc tế quan trọng bậc nhất. Năm mục của chương này nhằm mục đích cung cấp cái nhìn tổng thể về những vấn đề phức tạp của giao dịch mua bán hàng hoá quốc tế và luật điều chỉnh loại giao dịch quan trọng này. Bên cạnh việc xem xét nghĩa vụ của người bán và người mua theo các điều kiện giao hàng cơ sở được sử dụng trong hợp đồng mua bán hàng hoá quốc tế (‘INCOTERMS’), Chương này tập trung nghiên cứu Công ước của Liên hợp quốc năm 1980 về hợp đồng mua bán hàng hoá quốc tế (Công ước Viên), do tầm ảnh hưởng toàn cầu của nó đối với việc xác định nghĩa vụ của người bán và người mua, cũng như các biện pháp khắc phục vi phạm hợp đồng. Các sáng kiến mới về luật điều chỉnh hợp đồng mua bán hàng hoá quốc tế cũng được đề cập trong Chương này, đó là Bộ nguyên tắc về hợp đồng

¹⁶⁹ L. S. Sealy và R. J. A. Hooley, Sđd, tr. 914-915.

thương mại quốc tế do UNIDROIT soạn thảo ('PICC'), và Bộ nguyên tắc về luật hợp đồng châu Âu ('PECL').

Do thanh toán là nội dung không thể thiếu của hợp đồng mua bán hàng hoá quốc tế, nên Chương này cũng giới thiệu khá nhiều phương thức thanh toán, *ví dụ*, thư tín dụng dự phòng. Việc lựa chọn phương thức thanh toán nào còn phụ thuộc vào nhiều yếu tố, như khả năng thoả thuận của các bên trong hợp đồng mua bán hàng hoá quốc tế, độ tin cậy mà các bên dành cho nhau, môi trường kinh tế và pháp luật, sự ổn định chính trị của nước xuất khẩu cũng như nước nhập khẩu và các nước khác có liên quan đến giao dịch thương mại quốc tế này.

Câu hỏi/Bài tập

1. Tại sao INCOTERMS 2010 bỏ điều kiện cơ sở giao hàng DES, DEQ và DDU?
2. Nêu điểm tương tự giữa CIF và FOB.
3. Nêu điểm khác nhau giữa CIF và DAT.
4. Ưu điểm của CISG là gì? Ưu điểm đó có thực tế không hay chỉ là nhận thức?
5. So sánh các biện pháp khắc phục vi phạm hợp đồng trong CISG và trong Luật thương mại Việt Nam.
6. So sánh quy định về bất khả kháng theo pháp luật Việt Nam và theo CISG.
7. Giải thích nguyên tắc tự do hợp đồng theo PECL? Lợi thế của nguyên tắc này là gì?
8. So sánh giao kết hợp đồng theo PECL và theo CISG.
9. So sánh các biện pháp khắc phục vi phạm hợp đồng trong PECL và trong Luật Thương mại Việt Nam.
10. Có ý kiến cho rằng 'Trong thực tế, việc áp dụng PECL là rất hạn chế. Vì vậy, PECL dường như không có thật'. Hãy bình luận ý kiến nêu trên.
11. Nêu những khác biệt giữa hối phiếu kèm chứng từ (documentary bill) và tín dụng chứng từ (thư tín dụng). Nêu những lợi thế và bất lợi của từng loại?
12. Nguyên tắc tính độc lập của tín dụng chứng từ (thư tín dụng) là gì? Lí do của nguyên tắc này là gì?
13. Sự khác biệt giữa tín dụng chứng từ (thư tín dụng) và thư tín dụng dự phòng là gì?

14. Có bao nhiêu loại tín dụng chứng từ (thư tín dụng)? Loại nào là tốt nhất cho bên bán?
15. Trình bày về luật điều chỉnh tín dụng chứng từ (thư tín dụng).
16. Nieuwenhuis Vo.f, một công ty Hà Lan từ Alkmaar, cung cấp 1.500 kg pho mát Leerdammer cho Công ty Brown, một công ty được thành lập ở Anh. Người mua ở Anh chỉ trả một nửa giá, và tuyên bố rằng ông chỉ nhận được một nửa số lượng pho mát ông đã đặt hàng. Vì đây là yêu cầu vô lý, người bán ở Hà Lan đề nghị người mua ở Anh thanh toán phần còn lại.
Hỏi: Liệu CISG có thể được áp dụng trong trường hợp này hay không?
17. Anders, một công ty được thành lập tại Đức chào hàng cho Egberts, một công ti được thành lập ở Hà Lan, một lô hàng cà phê. Anders thông báo Egberts bằng văn bản rằng thời hạn cho Egberts để chấp nhận chào hàng là ba tháng. Một tháng sau khi chào hàng cho Egberts, Anders có cơ hội bán hàng cho Christensen, một công ty Đan Mạch với mức giá cao hơn nhiều. Anders hủy bỏ chào hàng cho Egberts. Tuy nhiên Egberts chấp nhận chào hàng sau khi Anders đã hủy nó.
Hỏi: Trong tình huống này, liệu hợp đồng đã được giao kết hay chưa?
18. Abels, một công ty được thành lập ở Hà Lan, bán cho Bartels, một công ty được thành lập ở Đức, một số máy thu phát với mức giá 150.000 Euro. Khi máy thu phát được giao cho Bartels thì phát hiện các máy thu phát đó bị lỗi điện tử.
Hỏi: Người bán đã thực hiện đầy đủ nghĩa vụ pháp lí của mình hay chưa?
19. Người bán Hoa Kỳ bán 1000 MT khoai tây FOB Tokyo cho người mua Nhật Bản. Người mua chỉ định tàu SS Sunset để nhận hàng tại cầu cảng. Tuy nhiên, do một con tàu khác dỡ hàng chậm nên SS Sunset không cập cảng được, phải thả neo ở ngoài cầu cảng. Người bán phải dùng sà lan để chuyển khoai tây ra chỗ tàu neo đậu. Khi công-ten-nơ hàng qua lan can tàu thì dây cầu đứt, công-ten-nơ rơi xuống sà lan và làm sà lan lật úp. Toàn bộ khoai tây bị rơi xuống biển. Người mua kiện người bán không giao hàng.
Hỏi: Người bán có phải chịu trách nhiệm không?
20. Bạn đang đàm phán một hợp đồng mua bán hàng hoá quốc tế với bên mua là người nước ngoài, và CISG được chọn là luật áp dụng. Bạn có nghe về Bộ nguyên tắc của UNIDROIT về hợp đồng thương mại quốc tế và bạn đề xuất áp dụng chúng như là các quy phạm pháp luật để điều

chính hợp đồng. Bên kia phản đối rằng việc đó là vô nghĩa, vì CISG đã cung cấp các quy phạm pháp luật cần thiết; bên cạnh đó, bên mua lập luận rằng ‘luật mềm’, như Bộ nguyên tắc của UNIDROIT, không thể được lựa chọn như một nguồn luật áp dụng đối với hợp đồng.

Hỏi: Hãy cho biết ý kiến của bạn.

Tài liệu cần đọc

1. ICC, *INCOTERMS 2010*.
2. The Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods 1980
3. *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2010*, UNIDROIT, Rome.
4. Ray August, *International Business Law: Text, Cases, and Readings*, 4th edn., Pearson Prentice Hall, (2004), [CISG reviewed in Chapter 10: Sales], at 535-592.
5. Peter Schlechtriem and Ingeborg Schwenzer, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Oxford University Press, 2nd edn., (2005).
6. Lorenz, *Fundamental Breach under CISG*, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/lorenz.html>
7. Joseph Lookofsky, *Understanding the CISG: A Compact Guide to the 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Kluwer Law International, Wolters Kluwer Law & Business, (2008).
8. Peter Schlechtriem, Petra Butler, *UN Law on International Sales, The UN Convention on the International Sale of Goods*, Springer, (2009).
9. Franco Ferrari, *The CISG and Its Impact on National Legal Systems*, Sellier, European Law Publishers, (2008).
10. Bruno Zeller, *CISG and the Unification of International Trade Law*, Routledge-Cavendish, (2007).
11. Peter Huber, Alastair Mullis, *The CISG: A New Textbook for Students and Practitioners*, Sellier, European Law Publishers, (2007).
12. M. J. BONELL, *An International Restatement of Contract Law, The UNIDROIT Principles of International Commercial Contract*, Transnational Publishers, Ardsley, New York, 3rd edn., (2005).

13. *Principles of European Contract Law, Part I and II*: Prepared by The Commission on European Contract Law and Part I and II edited by Ole LANDO and Hugh BEALE.
14. *Principles of European Contract Law, Part III* edited by Ole LANDO, Eric CLIVE, André PRÜM and Reinhard ZIMMERMANN.
15. Lando, *The Principles of European Contract Law*, Kluwer Law International, (2000)
16. Neil Gary Oberman, 'Transfer of Risk from Seller to Buyer in International Commercial Contracts: A Comparative Analysis of Risk Allocation under the CISG, UCC and INCOTERMS' (Luận văn Thạc sĩ, xem <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/thesis/Oberman.html>)
17. R. Goode, *Goode on Commercial Law*, Penguin Books, 4th edn., (2010).
18. L. S. Sealy và R. J. A. Hooley, *Commercial Law, Text, Cases and Materials*, Oxford University Press, 4th edn., (2009).
19. P. Todd, *Cases and Materials on International Trade Law*, London: Sweet and Maxwell, (2002).
20. Indira Carr, *International Trade Law*, Cavendish Publishing Limited, 3rd edn., (2005).
21. Technical Officers, Global International Trade and Business Finance, National Australia Bank Limited, *Finance of International Trade*, (2000).
22. D. X. Trinh và D. T. Nhan, *Financing of International Trade Textbook*, Science and Technology Publishing House, (2011).

Websites hữu ích

<http://www.cisg.law.pace.edu>

<http://www.unidroit.org>

<http://www.iccwbo.org/>

<http://pecl.php.net/>

<http://www.intertradelaw.hlu.edu.vn>

CHƯƠNG 6

PHÁP LUẬT ĐIỀU CHỈNH MỘT SỐ GIAO DỊCH KINH DOANH QUỐC TẾ KHÁC - TỔNG QUAN

Chương này tập trung trình bày tổng quan các quy định pháp luật điều chỉnh một số giao dịch kinh doanh quốc tế khác, ngoài giao dịch mua bán hàng hoá quốc tế đã trình bày ở Chương 5. Đó là các giao dịch về nhượng quyền thương mại quốc tế, logistics quốc tế và thương mại điện tử. Sau khi học xong Chương này, sinh viên có kiến thức cơ bản về khái niệm nhượng quyền thương mại, logistics và thương mại điện tử; vai trò quan trọng của các giao dịch nhượng quyền thương mại, logistics và thương mại điện tử trong kinh doanh quốc tế; các quy định pháp luật quốc tế và khung pháp luật Việt Nam điều chỉnh ba giao dịch kinh doanh quốc tế này. Sinh viên cũng có khả năng độc lập nghiên cứu sâu sắc thêm về các quy định pháp luật có liên quan, cũng như xác định các quy định pháp luật áp dụng cho các giao dịch quốc tế về nhượng quyền thương mại, logistics hay thương mại điện tử.

Mục 1. PHÁP LUẬT VỀ NHƯỢNG QUYỀN THƯƠNG MẠI QUỐC TẾ - TỔNG QUAN^(*)

1. Khái niệm nhượng quyền thương mại

Nhượng quyền thương mại là cách thức tổ chức kinh doanh đã tạo nên một cuộc cách mạng trong lĩnh vực phân phối hàng hoá và dịch vụ trong hầu hết các ngành kinh tế và làm thay đổi tình hình kinh tế của hầu hết các nước. Nghĩa gốc của thuật ngữ ‘nhượng quyền thương mại’ là trao cho ai đó quyền tự do thực hiện việc gì đó hoặc quyền sử dụng cái gì đó ở một địa điểm nhất định. Thuật ngữ này bắt nguồn từ động từ tiếng Pháp ‘affranchir’ có nghĩa là

^(*) Tác giả: Nguyễn Bá Bình, Thạc sĩ, Nghiên cứu sinh về Luật và Nhượng quyền thương mại, Trường Đại học New South Wales, Úc, Giảng viên, Trường Đại học Luật Hà Nội (HLU).

‘được tự do làm’.¹ Tuy vậy, ngày nay thuật ngữ nhượng quyền thương mại thường đề cập mối quan hệ thương mại trong phân phối hàng hoá và dịch vụ.² Ở nghĩa rộng nhất, nhượng quyền thương mại có thể được diễn giải là

Các giao dịch trong đó một bên trao quyền cho bên khác được khai thác quyền sở hữu trí tuệ có thể liên quan tới, nhưng không hàm nghĩa toàn bộ, tên thương mại, sáng chế, nhãn hiệu, phân phối trang thiết bị, nhân vật hư cấu, hoặc tên của nhân vật nổi tiếng, hoặc bản thiết kế kinh doanh - được coi là yếu tố cơ bản trong nhượng quyền công thức kinh doanh.³

Nhượng quyền thương mại thường được chia thành ba loại: ‘Nhượng quyền thương mại sản phẩm’ (the ‘product franchise’), ‘nhượng quyền thương mại sản xuất hoặc chế biến’ (the ‘processing or manufacturing franchise’), và ‘nhượng quyền công thức kinh doanh’ (the ‘business format franchise’). Trong ‘nhượng quyền thương mại sản phẩm’ (the ‘product franchise’), bên nhận quyền là nhà phân phối, bán buôn hoặc bán lẻ, đối với một loại sản phẩm nhất định trong một phạm vi lãnh thổ nào đó và gắn liền với nhãn hiệu của bên nhượng quyền. Đối với ‘nhượng quyền sản xuất hoặc chế biến’ (the ‘processing or manufacturing franchise’), bên nhượng quyền chuyển giao bí quyết hoặc nguyên liệu thiết yếu cho bên nhận quyền và có thể sử dụng dưới nhãn hiệu của bên nhượng quyền trong một phạm vi lãnh thổ nhất định. Cả hai loại nhượng quyền này được gọi chung là ‘nhượng quyền sản phẩm và tên thương mại’ (the ‘product and trade name franchises’). Trong ‘nhượng quyền công thức kinh doanh’ (the ‘business format franchise’), bên nhượng quyền cho phép bên nhận quyền sử dụng một công thức kinh doanh đặc biệt trong phạm vi lãnh thổ nào đó và dưới nhãn hiệu của bên nhượng quyền.

Quan hệ nhượng quyền thương mại bao gồm ‘thỏa thuận nhượng quyền đơn cơ sở’ (‘single-unit franchise arrangement’) và ‘thỏa thuận nhượng quyền đa cơ sở’ (‘multi-unit franchise arrangement’). ‘Nhượng quyền đơn cơ sở’ là thỏa thuận theo đó bên nhượng quyền cho phép bên nhận quyền được mở một cơ sở nhượng quyền. ‘Nhượng quyền đa cơ sở’ là thỏa thuận theo đó bên nhượng quyền cho phép bên nhận quyền được mở từ hai cơ sở nhượng quyền trở lên. ‘Nhượng quyền đa cơ sở’ có hai loại: ‘nhượng quyền phát triển

¹ Dov Izraeli, *Franchising and the Total Distribution System* (1972), tr. 3.

² Andrew Terry, ‘Business Format Franchising: The Cloning of Australian Business’, trong sách *Business Format Franchising in Australia* (1991), tr. 2.

³ Martin Mendelsohn, *The Guide to Franchising* (1992), tr. 37.

khu vực' (the 'area development franchise'⁴) và 'nhượng quyền thương mại tổng thể' (the 'master franchise'⁵). 'Nhượng quyền phát triển khu vực' là thoả thuận theo đó bên nhượng quyền trao cho bên nhận quyền (còn gọi là 'nhà phát triển khu vực') các quyền và nghĩa vụ để mở và vận hành từ hai cơ sở nhượng quyền trở lên trong một khu vực địa lí nhất định. 'Nhượng quyền thương mại tổng thể' là thoả thuận theo đó bên nhượng quyền trao cho bên nhận quyền quyền khai thác một khu vực địa lí nhất định, thông qua việc cho phép bên nhận quyền cấp lại quyền thương mại mà mình đã nhận từ bên nhượng quyền ban đầu cho bên nhận quyền thứ cấp, và trong hầu hết trường hợp còn được phép mở và tự vận hành các cơ sở nhượng quyền.

2. Sự phát triển của nhượng quyền thương mại

Có người cho rằng hoạt động nhượng quyền thương mại đầu tiên là các thoả thuận tài chính và cho phép bán sản phẩm bia giữa các xưởng sản xuất bia và chủ quán rượu ở Đức và ở Anh từ trước thế kỉ XVIII. Các học giả khác thì khẳng định nhượng quyền thương mại xuất hiện lần đầu tiên khi Nữ hoàng I-da-ben-la của Tây Ban Nha cho phép Cri-xtốp Cô-lông tìm đường tới phương Đông.⁶ Tuy nhiên, người ta cũng chấp nhận rộng rãi rằng nhượng quyền thương mại sớm nhất xuất hiện ở Hoa Kỳ khi công ty Máy khâu Xanh-gie ('Singer Sewing Machine') thiết lập hệ thống phân phối vào khoảng năm 1850. Tuy thế, phải đến đầu thế kỉ XX thì nhượng quyền thương mại mới trở nên phổ biến. Sự thành công của cách mạng công nghiệp ở Hoa Kỳ trong thời kì chuyển giao từ thế kỉ XIX sang thế kỉ XX mang lại bước phát triển lớn về kĩ thuật, giao thông và truyền thông và đã tạo nên xã hội sản xuất phồn thịnh. Trong bối cảnh đó, các nhà sản xuất nhận ra rằng việc phân phối sản phẩm tới các thị trường địa phương là chìa khoá cho thành công.⁷ Các nhà sản xuất đồ uống và ô-tô đi tiên phong trong việc sử dụng nhượng quyền thương mại như phương thức phân phối hiệu quả và nhượng quyền thương mại đã được sử dụng ngày càng phổ biến

⁴ Pháp luật nhượng quyền thương mại Việt Nam hiện hành sử dụng thuật ngữ 'hợp đồng phát triển quyền thương mại' để đề cập loại hình nhượng quyền này (xem khoản 8 Điều 3 Nghị định của Chính phủ số 35/2006/NĐ-CP ngày 31/3/2006 quy định chi tiết Luật thương mại về hoạt động nhượng quyền thương mại).

⁵ Pháp luật nhượng quyền thương mại Việt Nam hiện hành sử dụng thuật ngữ 'quyền thương mại chung' để đề cập loại hình nhượng quyền này (xem: khoản 9 Điều 3 Nghị định của Chính phủ số 35/2006/NĐ-CP ngày 31/3/2006 quy định chi tiết Luật thương mại về hoạt động nhượng quyền thương mại).

⁶ Donald W. Hackett, *Franchising: The State of the Art* (1977), tr. 5.

⁷ Donald W. Hackett, *supra*, tr. 12.

trong giai đoạn 1920-1949. Kể từ những năm cuối thập niên thứ tư của thế kỉ XX, sau khi Chiến tranh thế giới thứ II kết thúc, nhượng quyền thương mại đã phát triển như vũ bão ở nhiều quốc gia. Mặc dù tốc độ phát triển nhượng quyền thương mại bị giảm nhẹ do ảnh hưởng của khủng hoảng kinh tế toàn cầu trong thời gian vừa qua, nhưng nhượng quyền thương mại vẫn là một xu hướng kinh tế phổ biến và có thể giúp phục hồi kinh tế.⁸

Nhượng quyền thương mại phôi thai ở Việt Nam từ giữa những năm 90 của thế kỉ trước. Giống như hầu hết các nước, nhượng quyền thương mại bắt đầu xuất hiện ở Việt Nam thông qua sự xâm nhập của các nhà nhượng quyền nước ngoài. Các hệ thống nhượng quyền đồ ăn nhanh nước ngoài như *Jollibee* (xuất xứ Phi-líp-pin, đến Việt Nam năm 1996), *Lotteria* (xuất xứ Nhật Bản, đến Việt Nam năm 1997), và *KFC* (xuất xứ Hoa Kỳ, đến Việt Nam năm 1997) là những nhà nhượng quyền tiên phong ở Việt Nam. Sự xâm nhập của các nhà nhượng quyền nước ngoài này đã giới thiệu hình ảnh rất thực tế về nhượng quyền và thu hút sự quan tâm của các doanh nghiệp nội địa. Các doanh nghiệp Việt Nam đã nhanh chóng tiếp thu mô hình nhượng quyền. Mặc dù các doanh nghiệp trong nước rất quan tâm đến hoạt động nhượng quyền thương mại, nhưng sự phát triển của nhượng quyền thương mại ở Việt Nam đã bị kìm hãm trong suốt thập niên 1996-2005 do sự thiếu vắng một khuôn khổ pháp luật rõ ràng cho lĩnh vực này. Nhượng quyền thương mại chuyển sang một giai đoạn phát triển ổn định kể từ khi Việt Nam giới thiệu các quy định pháp luật điều chỉnh riêng về nhượng quyền thương mại vào năm 2005.

3. Nhượng quyền thương mại quốc tế

Nhượng quyền thương mại quốc tế là ‘phương thức xâm nhập thị trường nước ngoài liên quan tới mối quan hệ giữa bên xâm nhập (bên nhượng quyền) với một pháp nhân thuộc nước sở tại (bên nhận quyền), theo đó bên nhượng quyền thông qua hợp đồng chuyển giao một gói kinh doanh (hoặc công thức kinh doanh) thuộc sở hữu và được phát triển bởi bên nhượng quyền cho bên nhận quyền’.⁹ Nhượng quyền thương mại đã và đang phát triển nhanh trên khắp thế giới trong những năm gần đây dưới sự ảnh hưởng

⁸ Alisa Harrison, ‘Franchise Businesses Can Help Lead the Economic Recovery with Access to Capital’, ngày 10/6/2009, <http://www.franchise.org/Franchise-News-Detail.aspx?id=45912>.

⁹ F. N. Burton và A. R. Cross, ‘Franchising and Foreign Market Entry’, trong sách của Stanley J. Paliwoda và John K. Ryans (chủ biên), *International Marketing Reader* (1995).

của việc mở rộng các hệ thống nhượng quyền của Hoa Kỳ do phải đối mặt với sự tập trung ngày càng cao ở thị trường trong nước. Sự mở rộng ra quốc tế của nhượng quyền thương mại bắt đầu từ cuối thập niên thứ sáu và đầu thập niên thứ bảy của thế kỉ XX bởi các nhà nhượng quyền tiên phong của Hoa Kỳ như McDonald, KFC và Pizza Hut. Sự mở rộng ra quốc tế của những nhà nhượng quyền này đã giới thiệu khái niệm nhượng quyền thương mại tới các nước khác và kích thích sự phát triển của nhượng quyền thương mại ở nước sở tại. Quá trình xâm nhập nước ngoài của các nhà nhượng quyền Hoa Kỳ đầu tiên là vào thị trường các nước phát triển như Anh, Úc và Ca-na-đa, sau đó lan rộng tới các DCs. Các nhà nhượng quyền ở nước sở tại đã không chỉ tiếp thu và áp dụng mô hình nhượng quyền thương mại, mà rốt cục còn triển khai nhượng quyền ra nước ngoài.

Có sáu cách thức xâm nhập thị trường nước ngoài của các nhà nhượng quyền thương mại, bao gồm: ‘Nhượng quyền thương mại trực tiếp’ (‘direct franchising’), ‘nhượng quyền thương mại tổng thể’ (‘master franchising’), ‘hợp đồng phát triển khu vực’ (‘area development agreement’), ‘lập chi nhánh’ (‘branch’), ‘lập công ty con’ (‘subsidiary’), và ‘lập liên doanh’ (‘joint-venture’). ‘Nhượng quyền thương mại trực tiếp’ là việc bên nhượng quyền trực tiếp kí hợp đồng nhượng quyền với từng bên nhận quyền ở nước sở tại mà không hề qua bất kì bên trung gian nào. Đối với việc xâm nhập thị trường nước ngoài bằng việc lập công ty con, bên nhượng quyền sẽ tiến hành thành lập công ty con ở nước sở tại. Công ty con này là một pháp nhân có tư cách pháp lí độc lập với bên nhượng quyền. Công ty con có thể mở cửa hàng thuộc sở hữu của mình hoặc kí hợp đồng nhượng quyền với bên nhận quyền ở nước sở tại. Trong trường hợp thiết lập chi nhánh ở nước sở tại, chi nhánh đó không phải là pháp nhân độc lập, vì thế bên nhượng quyền vẫn phải gánh chịu các trách nhiệm pháp lí đối với hoạt động kinh doanh của chi nhánh ở nước sở tại. Nếu xâm nhập thị trường nước ngoài qua con đường lập liên doanh, bên nhượng quyền sẽ kí hợp đồng liên doanh với đối tác - thường mang quốc tịch nước sở tại, theo đó thông thường một công ty liên doanh sẽ được ra đời, tuy nhiên cũng có trường hợp việc liên doanh chỉ đơn thuần là quan hệ hợp đồng. Bên nhượng quyền khi đó sẽ có thể kí ‘hợp đồng phát triển khu vực’ hoặc ‘hợp đồng nhượng quyền tổng thể’ với liên doanh, và kết quả là sự ra đời các cửa hàng nhượng quyền thuộc sở hữu của liên doanh hoặc các cửa hàng được nhượng quyền bởi liên doanh.

4. Pháp luật về nhượng quyền thương mại quốc tế

Với tư cách là hoạt động thương mại quốc tế, nhượng quyền thương mại quốc tế chịu sự điều chỉnh của pháp luật nước sở tại cũng như các điều ước quốc tế và tập quán quốc tế. Tính đến nay, chưa có bất kỳ điều ước quốc tế hay tập quán quốc tế nào chuyên biệt về nhượng quyền thương mại quốc tế. Tuy nhiên, nhượng quyền thương mại quốc tế có thể được điều chỉnh bằng các điều ước quốc tế và tập quán quốc tế áp dụng chung cho các giao dịch quốc tế, như: CISG, PICC, các hiệp định tương trợ tư pháp giữa các nước, và INCOTERMS.

ICC và UNIDROIT đã cố gắng khuyến khích sự thống nhất pháp luật về nhượng quyền thương mại. ICC giới thiệu Hợp đồng nhượng quyền thương mại quốc tế mẫu (Model International Franchise Contract) vào năm 2000 và sửa đổi vào năm 2010. UNIDROIT công bố sách hướng dẫn về ‘thỏa thuận nhượng quyền thương mại tổng thể’ quốc tế (Guide to International Master Franchise Arrangements) vào năm 1998. Tuy nhiên, đến nay vẫn chưa có quy tắc chung cho việc điều chỉnh nhượng quyền thương mại quốc tế trên phạm vi toàn cầu. Hầu hết các nước đơn thuần dựa vào pháp luật thương mại nói chung hoặc thậm chí là các bộ quy tắc về thực tiễn và người tiêu dùng để điều chỉnh nhượng quyền thương mại. Tuy nhiên, hai thập niên vừa qua đã chứng kiến một xu hướng mạnh mẽ của việc ban hành pháp luật riêng về nhượng quyền thương mại. Đến nay, khoảng 33 nước, trong đó có Việt Nam, đã ban hành quy định riêng về nhượng quyền thương mại. Tuy nhiên, chỉ một số nước như Trung Quốc, In-đô-nê-xi-a, Ma-lai-xi-a và Việt Nam ấn định một số điều khoản dành riêng cho các nhà nhượng quyền nước ngoài - nhìn chung đó là các vấn đề về đăng kí nhượng quyền và chấp thuận nhượng quyền. Mặc dù bị điều chỉnh trực tiếp bởi các quy định riêng về nhượng quyền, nhưng nhượng quyền thương mại ở những nước này vẫn chịu sự tác động của pháp luật thương mại nói chung.

Ở các nước ban hành pháp luật về nhượng quyền thương mại, thường có bốn loại công cụ được sử dụng để điều chỉnh nhượng quyền thương mại: Bản giới thiệu nhượng quyền thương mại (disclosure), sử dụng phương thức giải quyết tranh chấp thay thế (alternative dispute resolution), đăng kí nhượng quyền (registration), và hướng dẫn trách nhiệm thực thi của bên nhượng quyền và bên nhận quyền (standards of conduct). Trên cơ sở sử dụng đơn lẻ hoặc kết hợp các loại công cụ này, 33 nước nói trên đã quy định riêng về nhượng quyền thương mại theo một trong 9 mô hình sau đây:

Các mô hình pháp luật	Các nước áp dụng
Bản giới thiệu nhượng quyền thương mại	Bi, Brazil, Pháp, Nhật Bản, Thụy Điển, Đài Loan
Bản giới thiệu nhượng quyền thương mại và hướng dẫn trách nhiệm thực thi của bên nhượng quyền và bên nhận quyền	An-ba-ni, Ca-na-đa (bang An-bơ-ta, bang Niu Brun-x-uých, bang Ô-n-ta-ri-o, Đảo Prin-xơ Ét-uốt, tỉnh Kê-béc), Georgia, Ý, Ru-ma-ni
Bản giới thiệu nhượng quyền thương mại và đăng kí nhượng quyền	In-đô-nê-xi-a, Mê-hi-cô, Tây Ban Nha
Bản giới thiệu nhượng quyền thương mại, đăng kí nhượng quyền và hướng dẫn trách nhiệm thực thi của bên nhượng quyền và bên nhận quyền	Trung Quốc, Ma Cao, Ma-lai-xi-a, Môn-đô-va, Việt Nam
Bản giới thiệu nhượng quyền thương mại, hướng dẫn trách nhiệm thực thi của bên nhượng quyền và bên nhận quyền và giải quyết tranh chấp	Hàn Quốc, Úc
Đăng kí nhượng quyền	Crô-a-ti-a, Bắc-ba-đô-xơ
Hướng dẫn trách nhiệm thực thi của bên nhượng quyền và bên nhận quyền	Ét-xtô-ni-a, Lit-va, Nga, U-cơ-rai-na, Vê-nê-du-ê-la
Đăng kí nhượng quyền và hướng dẫn trách nhiệm thực thi của bên nhượng quyền và bên nhận quyền	Bê-la-ru-xi-a, Ka-dắc-xtan, Kiéc-ghi-di, Ả rập Xê út
Mô hình Hoa Kỳ	<ul style="list-style-type: none"> - Bản giới thiệu nhượng quyền thương mại: Áp dụng ở cấp liên bang. - Hướng dẫn trách nhiệm thực thi của bên nhượng quyền và bên nhận quyền: cấp liên bang (ô-tô/xăng dầu) và hầu hết các bang. - Đăng kí nhượng quyền: Áp dụng ở cấp bang (14 bang).

A. Đăng kí nhượng quyền và báo cáo

Mặc dù cơ chế đăng kí nhượng quyền được áp dụng ở Hoa Kỳ từ rất sớm theo quy định của pháp luật bang Ca-li-phoóc-ni-a và được tiếp tục áp dụng ở 13 bang khác, nhưng đã không nhận được nhiều sự ủng hộ của các nước khác. Chỉ có 14 bang của Hoa Kỳ và 14 nước khác áp đặt nghĩa vụ đăng kí nhượng quyền, và nghĩa vụ này cũng rất đa dạng, từ việc yêu cầu nộp một báo cáo kiểm toán đầy đủ cho tới đơn giản chỉ là việc lưu trữ thông tin. 14 bang

của Hoa Kỳ giới thiệu cơ chế kiểm toán và đăng kí nhượng quyền nặng nề nhất, cho dù có sự khác biệt nhất định về mức độ kiểm soát giữa các bang cũng như đối với từng nhà nhượng quyền thương mại. Các bang của Hoa Kỳ và 5 nước khác có áp dụng cơ chế đăng kí nhượng quyền (Trung Quốc, In-đô-nê-xi-a, Ma-lai-xi-a, Tây Ban Nha và Việt Nam) cũng yêu cầu nghĩa vụ thông báo thường niên đối với các nhà nhượng quyền thương mại.

B. Bản giới thiệu nhượng quyền thương mại

Bản giới thiệu nhượng quyền thương mại là nhân tố then chốt trong pháp luật về nhượng quyền. Nó được chấp nhận rộng rãi như công cụ để xử lí sự bất cân xứng thông tin cố hữu trong các quan hệ nhượng quyền. Công cụ này góp phần làm thuận lợi hoá việc tiếp cận các thông tin tin cậy và đầy đủ về hệ thống nhượng quyền, điều này hết sức hữu ích và cần thiết cho các bên dự kiến nhận quyền trong việc đưa ra quyết định nhận quyền thương mại một cách sáng suốt. Mặc dù các nhà nhượng quyền nói chung không ưa thích các vấn đề khác thuộc pháp luật riêng về nhượng quyền, ‘nhưng có một sự đồng thuận rằng bản giới thiệu nhượng quyền đầy đủ dành cho các bên dự kiến nhận quyền giúp cải thiện quá trình tuyển dụng bên nhận quyền, và nhìn chung là tốt cho hoạt động nhượng quyền’.¹⁰ Theo một trong những báo cáo đầu tiên của Úc, bản giới thiệu nhượng quyền thương mại không bị coi là sự hạn chế kinh doanh, mà là ‘lẽ đương nhiên và nền tảng vững chắc cho việc kinh doanh, trong một mối quan hệ khăng khít đặc biệt như nhượng quyền thương mại, và nó phù hợp với thực tiễn kinh doanh thông thường’.¹¹

Trên thực tế, nghĩa vụ cung cấp bản giới thiệu nhượng quyền là yếu tố thống nhất trong pháp luật nhượng quyền của các nước trên thế giới, trừ Ka-dắc-xtan, Lít-va và Nga.¹² Ấn phẩm ‘Luật mẫu về bản giới thiệu nhượng quyền thương mại’ (Model Franchise Disclosure Law) của UNIDROIT, với sự gợi ý về nội dung tối thiểu của bản giới thiệu nhượng quyền, được mong đợi sẽ ảnh hưởng tới việc đẩy mạnh sự chấp thuận luật về bản giới thiệu nhượng quyền thương mại cũng như định hướng nội dung của nó.¹³

¹⁰ Lewis G. Rudnick, ‘Trends: Where do Franchisors and Franchisees Stand on Regulation?’ trong *Franchising World* (1999), tr. 24.

¹¹ Parliament of Australia Trade Practices Consultative Committee, *Small Business and the Trade Practices Act* (1979), [11.32].

¹² Andrew Terry, ‘A Census of International Franchise Regulation’, Bài tham luận trình bày tại Hội thảo lần thứ 21 của Hiệp hội nhượng quyền quốc tế, Las Vegas, Nevada, Hoa Kỳ, (2007).

¹³ Lena Peters, ‘UNIDROIT Prepares a Model Franchise Disclosure Law’, trong *Business Law International* (2000), tr. 279.

Mặc dù bản giới thiệu nhượng quyền được chấp nhận rộng rãi trong luật nhượng quyền của hầu hết các nước, chỉ có vài nước đòi hỏi bản nhượng quyền theo mẫu với việc chứa đựng các nội dung bắt buộc. Ở các nước có yêu cầu bản nhượng quyền thương mại bắt buộc, thì nhìn chung còn yêu cầu việc cập nhật thông tin hàng năm. Yêu cầu về bản nhượng quyền thương mại theo mẫu, cũng như việc báo cáo cập nhật thông tin hàng năm, được cho là sẽ làm thuận lợi hoá việc sưu tập số liệu về lĩnh vực này.

C. Hợp đồng nhượng quyền thương mại

Hợp đồng nhượng quyền là điểm tham chiếu cốt lõi trong việc làm rõ mối quan hệ giữa bên nhượng quyền và bên nhận quyền. Tuy nhiên, không phải tất cả các nước đều đòi hỏi hợp đồng nhượng quyền phải bằng văn bản. Hơn nữa, chỉ có một số nước quy định nội dung bắt buộc của hợp đồng nhượng quyền thương mại. Đối với các nước không yêu cầu nội dung bắt buộc của hợp đồng nhượng quyền thương mại, thì phần lớn bắt buộc bản giới thiệu nhượng quyền thương mại phải có ít nhất một vài điều khoản hợp đồng then chốt. Chỉ có pháp luật Úc yêu cầu một điều khoản hợp lí rằng trước khi kí hợp đồng, bên dự kiến nhận quyền phải xác nhận rằng đã nhận được sự tư vấn từ nhà tư vấn kinh doanh hoặc nhà tư vấn pháp luật độc lập, hoặc kế toán viên độc lập hoặc đã được khuyến cáo có sự tư vấn như thế nhưng chưa tiến hành tìm kiếm. Pháp luật Úc và Ma-lai-xi-a còn cho phép bên nhận quyền một giai đoạn ‘cân nhắc’ (‘cooling off’), theo đó bên nhận quyền có thể rút lại đề nghị kí kết hợp đồng và được bồi hoàn các khoản phí, sau khi đã trừ đi các chi phí hợp lí mà bên nhượng quyền phải gánh chịu, với điều kiện là điều này được ghi rõ trong hợp đồng.

D. Các vấn đề về tiêu chuẩn thực thi, hay quan hệ giữa bên nhượng quyền và bên nhận quyền

Hầu hết các nước có luật về nhượng quyền thương mại đều quy định về các vấn đề cụ thể trong quan hệ giữa bên nhượng quyền và bên nhận quyền. Đa phần các nước (trừ Nhật Bản) ấn định các hạn chế đối với việc đơn phương chấm dứt hợp đồng bởi bên nhượng quyền, với công thức phổ biến nhất là đưa ra các sự kiện được phép chấm dứt hợp đồng, và/hoặc thông báo về vi phạm và cơ hội khắc phục. Thay vì quy định một thời hạn cố định cho mỗi quan hệ nhượng quyền, pháp luật nhượng quyền của hầu hết nước chỉ đơn thuần yêu cầu một thời hạn đủ dài cho bên nhận quyền thu hồi khoản đầu tư ban đầu. Trong khi quyền gia hạn hợp đồng không được ấn định bởi hầu hết

nước có luật về nhượng quyền thương mại, thì việc phải thông báo trước về việc không gia hạn được quy định rất phổ biến. Hầu hết các nước sử dụng cơ chế điều chỉnh bằng bản giới thiệu nhượng quyền thương mại đều yêu cầu thông báo về việc chuyển giao hợp đồng, nhưng chỉ một vài nước trong đó quy định quyền được chuyển giao hợp đồng. Rất nhiều vấn đề khác về quan hệ giữa bên nhượng quyền và bên nhận quyền cũng được điều chỉnh một cách đặc thù như vấn đề vi phạm hợp đồng, thay đổi đơn phương, miễn trách nhiệm, quyền liên kết, bảo mật, không cạnh tranh. Tuy nhiên, không có ‘một cách tiếp cận chung trên phạm vi toàn thế giới về pháp luật điều chỉnh quan hệ giữa bên nhượng quyền và bên nhận quyền’.¹⁴

Các chuẩn mực thực thi chung đối với bên nhượng quyền và bên nhận quyền được ấn định bởi pháp luật một vài nước (bang) như các bang của Ca-na-đa, Trung Quốc, Ý, Hàn Quốc, và Ma-lai-xi-a, bao gồm yêu cầu về ‘buôn bán ngay thẳng’ (Ca-na-đa), ‘buôn bán ngay thẳng và trung thực’ (Trung Quốc), ‘thiện chí’ (Ý và Hàn Quốc), và ‘kinh doanh nhượng quyền tốt nhất theo thời gian và khu vực’ (Ma-lai-xi-a). Ở các nước khác, các vấn đề này được quy định bởi luật chung. Pháp luật Úc là trường hợp điển hình, khi quy định cấm thực hiện ‘hành vi lừa dối’ và ‘hành vi trái đạo đức’ trong Luật về người tiêu dùng và cạnh tranh (the Competition and Consumer Act) 2010, nhằm nâng tiêu chuẩn thực thi của các bên trong lĩnh vực nhượng quyền thương mại. Một vài nước như Hàn Quốc và Nhật Bản quy định cấm các hành vi hạn chế cạnh tranh theo chiều dọc, các hành vi vốn thường được ghi nhận trong luật cạnh tranh của nhiều nước khác. Cũng cần lưu ý rằng ở một số nước, đặc biệt là các DCs, các quyền và nghĩa vụ của bên nhượng quyền và bên nhận quyền cũng được quy định rõ và điều này hết sức có ý nghĩa ở khía cạnh ‘giáo dục’.

E. Giải quyết tranh chấp

Rất nhiều nước quy định rằng quy trình giải quyết tranh chấp phải được nêu rõ trong hợp đồng hoặc bản giới thiệu nhượng quyền thương mại. Tuy nhiên, chỉ một số nước (bang) như Úc, An-bơ-ta (Ca-na-đa) và Hàn Quốc ấn định thủ tục hoà giải như là yêu cầu tiên quyết trước khi đưa ra kiện tụng. Úc đã rất thành công trong việc sử dụng hoà giải như là một giai đoạn không thể thiếu của cơ chế điều chỉnh pháp luật. Hơn 75% tranh chấp được gửi tới Văn phòng cố vấn hoà giải nhượng quyền thương mại (Văn phòng

¹⁴ Andrew Terry, Sdd.

này thành lập theo Bộ luật thực thi nhượng quyền thương mại ở Úc (Franchising Code of Conduct in Australia) - được Chính phủ bảo trợ - để hoà giải và được giải quyết chỉ trong vòng 1 ngày với chi phí rất thấp trong tương quan so sánh với giải quyết tranh chấp theo kiểu truyền thống.

5. Pháp luật Việt Nam về nhượng quyền thương mại quốc tế

Ngày 12/7/1999, Bộ khoa học, công nghệ và môi trường (nay là Bộ khoa học và công nghệ) của Việt Nam đã ban hành Thông tư số 1254/1999/TT-BKCNMT hướng dẫn Nghị định của Chính phủ số 45/1998/NĐ-CP về chuyển giao công nghệ, trong đó thuật ngữ ‘cấp phép đặc quyền kinh doanh’, nghĩa là ‘nhượng quyền thương mại’ (*franchise*), lần đầu tiên được đề cập trong một văn bản quy phạm pháp luật. Tại Thông tư này, mặc dù chưa có định nghĩa nào về nhượng quyền thương mại, nhưng qua nội dung của mục 4.1.1.a, nhượng quyền thương mại có thể được hiểu là một hợp đồng chứa đựng các điều khoản liên quan tới việc cấp quyền sử dụng nhãn hiệu gắn liền với sản phẩm hoặc bí quyết kinh doanh. Cách quan niệm này chỉ đơn thuần là sự kết hợp giữa li-xăng nhãn hiệu với việc mua bán sản phẩm hoặc bí quyết kinh doanh, và rõ ràng điều này hết sức xa lạ với khái niệm nhượng quyền thương mại ở các nước phương Tây, và phản ánh sự hiểu biết chưa đầy đủ về nhượng quyền thương mại ở Việt Nam lúc đó. Ở đây đã có sự nhầm lẫn giữa nhượng quyền thương mại và chuyển giao công nghệ. Được điều chỉnh bởi văn bản quy phạm pháp luật về chuyển giao công nghệ, theo Thông tư số 1254/1999/TT-BKCNMT, nhượng quyền thương mại chỉ được coi như một dạng chuyển giao công nghệ mà không phải là cách thức tổ chức kinh doanh riêng biệt.

Khoảng một thập niên sau khi nhượng quyền thương mại xuất hiện ở Việt Nam và cũng là khoảng sau 6 năm được điều chỉnh bởi các quy định pháp luật về chuyển giao công nghệ, như là một phần của tiến trình hiện đại hoá pháp luật chuẩn bị cho việc gia nhập WTO, Việt Nam đã ban hành quy định pháp luật riêng biệt về nhượng quyền thương mại (sau đây gọi tắt là Luật riêng về nhượng quyền thương mại) nhằm tạo dựng khuôn khổ cho sự phát triển vững chắc của lĩnh vực này ở Việt Nam. Luật riêng về nhượng quyền thương mại bao gồm Mục 8 Chương VI Luật thương mại 2005 (sau đây gọi tắt là Luật Thương mại), Nghị định của Chính phủ số 35/2006/NĐ-CP ngày 31/3/2006 quy định chi tiết Luật thương mại về hoạt động nhượng quyền thương mại (sau đây gọi tắt là Nghị định 35), Thông tư của Bộ thương mại số 09/2006/TT-BTM ngày 25/5/2006 hướng dẫn đăng kí hoạt

động nhượng quyền thương mại (sau đây gọi tắt là Thông tư 09) và Quyết định của Bộ trưởng Bộ tài chính số 106/2008/QĐ-BTC ngày 17/11/2008 về việc quy định mức thu, nộp, quản lý và sử dụng lệ phí đăng ký hoạt động nhượng quyền thương mại.

Luật riêng về nhượng quyền thương mại áp dụng đối với tất cả các hoạt động nhượng quyền thương mại tại Việt Nam, được thực hiện bởi thương nhân Việt Nam và thương nhân nước ngoài (Điều 1 và Điều 2 Nghị định 35). Luật riêng về nhượng quyền thương mại nhìn chung tuân theo mô hình pháp luật rất quen thuộc - đó là quy định nghĩa vụ cung cấp bản giới thiệu nhượng quyền thương mại kết hợp với các yêu cầu về tiêu chuẩn thực thi và đăng ký nhượng quyền ở mức độ vừa phải.

A. Định nghĩa nhượng quyền thương mại

Luật thương mại bao gồm định nghĩa tổng quát về nhượng quyền thương mại tại Điều 284:

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. Bên nhượng quyền có quyền kiểm soát và trợ giúp cho bên nhận quyền trong việc điều hành công việc kinh doanh.

Nghị định 35 tiếp tục làm rõ: nhượng quyền thương mại bao gồm ‘nhượng quyền thương mại tổng thể’ - ‘master franchising’ (các quyền được bên nhượng quyền trao cho bên nhượng quyền thứ cấp được phép cấp lại quyền thương mại cho bên nhận quyền thứ cấp), và ‘hợp đồng phát triển khu vực’ - ‘franchise development contracts’ (các quyền được bên nhượng quyền trao cho bên nhận quyền được phép thành lập nhiều hơn một cơ sở của mình để kinh doanh theo phương thức nhượng quyền thương mại trong phạm vi một khu vực địa lý nhất định) (Điều 3). Nghị định 35 ngăn cấm việc bên nhận quyền thứ cấp cấp lại quyền thương mại đó (Điều 3).

B. Điều kiện đối với bên nhượng quyền và bên nhận quyền

Theo quy định của Nghị định 35, bên nhượng quyền phải đáp ứng các điều kiện sau đây:

Hệ thống kinh doanh dự định dùng để nhượng quyền đã được hoạt động ít nhất 1 năm;
 Đã đăng kí hoạt động nhượng quyền thương mại với cơ quan có thẩm quyền;
 Hàng hoá, dịch vụ kinh doanh thuộc đối tượng của quyền thương mại không vi phạm quy định pháp luật.

Chỉ có duy nhất một yêu cầu tiên quyết cho bên nhận quyền - đó là phải có đăng kí kinh doanh ngành nghề phù hợp với đối tượng của quyền thương mại (Điều 6 Nghị định 35).

Yêu cầu về 1 năm hoạt động: Nghị định 35 yêu cầu các nhà nhượng quyền, cả nước ngoài lẫn Việt Nam, phải hoạt động ít nhất là 1 năm trước khi nhượng quyền vào Việt Nam hoặc nhượng quyền cho một thương nhân Việt Nam khác (khoản 1 Điều 5 Nghị định 35). Trong trường hợp thương nhân Việt Nam là bên nhận quyền sơ cấp từ bên nhượng quyền nước ngoài, thì thương nhân Việt Nam đó phải kinh doanh hệ thống được nhượng quyền ít nhất 1 năm trước khi cấp lại quyền thương mại (khoản 1 Điều 5 Nghị định 35).

Hàng hoá, dịch vụ được phép kinh doanh nhượng quyền: Bất kì hàng hoá hoặc dịch vụ nào đều có thể được nhượng quyền với điều kiện là: (i) Hàng hoá, dịch vụ không thuộc Danh mục hàng hoá, dịch vụ cấm kinh doanh; và (ii) Trong trường hợp hàng hoá, dịch vụ thuộc Danh mục hàng hoá, dịch vụ hạn chế kinh doanh, Danh mục hàng hoá, dịch vụ kinh doanh có điều kiện, thì doanh nghiệp chỉ được phép kinh doanh sau khi được cơ quan quản lí ngành cấp giấy phép kinh doanh, giấy tờ có giá trị tương đương, hoặc có đủ điều kiện kinh doanh (Điều 7 Nghị định 35). Nhà nhượng quyền nước ngoài phải đối mặt thêm với một hạn chế. Doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài chuyên hoạt động mua bán hàng hoá và các hoạt động liên quan trực tiếp đến mua bán hàng hoá chỉ được thực hiện hoạt động nhượng quyền thương mại đối với những mặt hàng mà doanh nghiệp đó được kinh doanh dịch vụ phân phối theo cam kết quốc tế của Việt Nam (khoản 2 Điều 2 Nghị định 35).¹⁵

C. Bản giới thiệu nhượng quyền thương mại

Bên nhượng quyền phải cung cấp bản sao hợp đồng nhượng quyền và bản giới thiệu nhượng quyền thương mại ít nhất 15 ngày làm việc trước khi kí kết hợp đồng nhượng quyền thương mại, ‘nếu các bên không có thoả thuận khác’

¹⁵ Các cam kết quốc tế của Việt Nam đã được nội luật hoá trong Quyết định của Bộ thương mại số 10/2007/QĐ-BTM ngày 21/5/2007.

(khoản 1 Điều 8 Nghị định 35). Nghị định 35 quy định Bộ thương mại (nay là Bộ công thương) có trách nhiệm quy định và công bố các nội dung bắt buộc của bản giới thiệu nhượng quyền thương mại, và các nội dung này đã được ban hành tại Phụ lục III - Bản giới thiệu về nhượng quyền thương mại của Thông tư 09. Bản giới thiệu nhượng quyền thương mại phải bao gồm một ‘cảnh báo’ cho bên dự kiến nhận quyền phải nghiên cứu kỹ lưỡng (và đưa ra lời khuyên đối với bên nhận quyền cần tìm kiếm các tư vấn độc lập, thảo luận với những nhà nhận quyền khác và tham gia các khoá đào tạo). Bên dự kiến nhận quyền đòi hỏi phải có một loạt các thông tin cụ thể về các chủ đề sau đây:

- Thông tin chung về bên nhượng quyền;
- Nhãn hiệu hàng hoá/dịch vụ và IPRs;
- Chi phí ban đầu mà bên nhận quyền phải trả;
- Các nghĩa vụ tài chính khác của bên nhận quyền;
- Đầu tư ban đầu của bên nhận quyền;
- Nghĩa vụ của bên nhận quyền phải mua hoặc thuê những thiết bị để phù hợp với hệ thống kinh doanh do bên nhượng quyền quy định;
- Nghĩa vụ của bên nhượng quyền;
- Mô tả thị trường của hàng hoá/dịch vụ được kinh doanh theo phương thức nhượng quyền thương mại;
- Hợp đồng nhượng quyền thương mại mẫu;
- Thông tin về hệ thống nhượng quyền thương mại;
- Báo cáo tài chính của bên nhượng quyền;
- Phần thưởng, sự công nhận sẽ nhận được hoặc tổ chức cần phải tham gia.

Cùng với bản giới thiệu nhượng quyền thương mại, Nghị định 35 còn yêu cầu bên nhượng quyền phải ‘thông báo ngay cho tất cả các bên nhận quyền về mọi thay đổi quan trọng trong hệ thống nhượng quyền thương mại làm ảnh hưởng đến hoạt động kinh doanh theo phương thức nhượng quyền thương mại của bên nhận quyền’ (khoản 2 Điều 8)

Trong trường hợp nhượng quyền thương mại thứ cấp, bên nhượng quyền thứ cấp phải cung cấp cho bên nhận quyền thứ cấp không chỉ bản giới thiệu nhượng quyền thương mại mà còn là thông tin về bên nhượng quyền đã cấp quyền thương mại cho mình, nội dung của ‘hợp đồng nhượng quyền thương mại tổng thể’ (‘master franchising agreement’), và cách thức xử lý hợp đồng nhượng quyền thương mại thứ cấp, trong trường hợp chấm dứt ‘hợp đồng nhượng quyền thương mại tổng thể’ (khoản 3 Điều 8).

Nghị định 35 cũng yêu cầu việc tiết lộ thông tin của bên nhận quyền: Bên dự kiến nhận quyền phải cung cấp cho bên nhượng quyền các thông tin

mà bên nhượng quyền yêu cầu một cách hợp lí để quyết định việc trao quyền thương mại cho bên dự kiến nhận quyền (Điều 9).

D. Hợp đồng nhượng quyền thương mại

Luật thương mại chỉ quy định hợp đồng nhượng quyền thương mại ‘phải được lập thành văn bản¹⁶ hoặc bằng hình thức khác có giá trị pháp lí tương đương’ (Điều 285). Nghị định 35 cũng theo nguyên tắc của Bộ luật dân sự 2005 (có hiệu lực từ ngày 1/1/2006) (sau đây gọi tắt là Bộ luật dân sự) về quyền tự do thoả thuận trong hợp đồng để thiết lập các quyền và nghĩa vụ, với điều kiện là các cam kết đó không trái với pháp luật hoặc trật tự công cộng. Nghị định 35 chỉ đơn thuần quy định tại Điều 11 rằng hợp đồng nhượng quyền thương mại có thể có các nội dung chủ yếu sau đây, nếu các bên lựa chọn áp dụng pháp luật Việt Nam:

- Nội dung của quyền thương mại;
- Quyền, nghĩa vụ của bên nhượng quyền;
- Quyền, nghĩa vụ của bên nhận quyền;
- Giá cả, phí nhượng quyền định kì và phương thức thanh toán;
- Thời hạn hiệu lực của hợp đồng;
- Giá hạn, chấm dứt hợp đồng;
- Giải quyết tranh chấp.

Thời hạn của hợp đồng nhượng quyền thương mại do các bên thoả thuận (Điều 13 Nghị định 35) và hợp đồng có hiệu lực từ thời điểm giao kết, trừ trường hợp các bên có thoả thuận khác (Điều 14 Nghị định 35).

Nếu bên nhượng quyền chuyển giao quyền sử dụng các đối tượng IPs cùng với các nội dung của quyền thương mại, thì việc chuyển giao quyền sử dụng các đối tượng IPs đó có thể lập thành một phần riêng trong hợp đồng nhượng quyền thương mại. Việc chuyển giao IPRs trong hợp đồng nhượng quyền thương mại phải phù hợp với pháp luật về IP của Việt Nam (Điều 10 Nghị định 35).

E. Các vấn đề về tiêu chuẩn thực thi và quan hệ giữa bên nhượng quyền và bên nhận quyền

Luật thương mại quy định 5 điều khoản khá cơ bản về các quyền và nghĩa

¹⁶ Trừ trường hợp nhượng quyền thương mại từ Việt Nam ra nước ngoài, theo đó các bên có thể thoả thuận về ngôn ngữ của hợp đồng, còn lại hợp đồng nhượng quyền thương mại phải được lập bằng tiếng Việt (Điều 12 Nghị định 35).

vụ của bên nhượng quyền (các Điều 286 và 287) và bên nhận quyền (các điều 288, 289 và 290). Bên nhận quyền có quyền nhận tiền phí nhượng quyền, tổ chức quảng cáo cho hệ thống nhượng quyền thương mại và kiểm tra bên nhận quyền để đảm bảo sự thống nhất của hệ thống nhượng quyền thương mại và sự ổn định về chất lượng hàng hoá, dịch vụ. Bên nhượng quyền có nghĩa vụ: cung cấp bản giới thiệu nhượng quyền thương mại, đào tạo ban đầu, trợ giúp kỹ thuật thường xuyên và bảo đảm IPRs đối với các đối tượng được ghi trong hợp đồng nhượng quyền; thiết kế và sắp xếp địa điểm bán hàng, cung ứng dịch vụ bằng chi phí của thương nhân nhận quyền; đối xử bình đẳng với các bên nhận quyền trong cùng hệ thống nhượng quyền thương mại. Bên nhận quyền có quyền yêu cầu bên nhượng quyền cung ứng các hỗ trợ kỹ thuật, đối xử bình đẳng với các bên nhận quyền khác trong cùng hệ thống nhượng quyền thương mại, và có quyền cấp lại quyền thương mại cho bên thứ ba nếu được sự đồng ý của bên nhượng quyền. Bên nhận quyền có nghĩa vụ: Trả các khoản thanh toán theo hợp đồng nhượng quyền thương mại, đầu tư cơ sở vật chất, tài chính và nhân lực; chấp nhận sự kiểm soát, giám sát và hướng dẫn của bên nhượng quyền; giữ bí mật về bí quyết kinh doanh đã được nhượng quyền trong suốt thời gian nhận nhượng quyền và kể cả sau khi hết hợp đồng nhượng quyền; ngừng sử dụng nhãn hiệu hàng hoá, tên thương mại, khẩu hiệu kinh doanh và các IPRs khác (nếu có), hoặc hệ thống của bên nhượng quyền khi kết thúc hoặc chấm dứt hợp đồng nhượng quyền thương mại; vận hành kinh doanh phù hợp với hệ thống nhượng quyền thương mại; không được nhượng quyền lại nếu không có sự đồng ý của bên nhượng quyền.

Chuyển giao quyền thương mại: Nghị định 35 cho phép bên nhận quyền được chuyển giao quyền thương mại cho bên dự kiến nhận quyền khác (Điều 15), nếu bên dự kiến nhận chuyển giao có đăng kí ngành nghề kinh doanh phù hợp với đối tượng của quyền thương mại và được sự đồng ý của bên nhượng quyền. Bên nhượng quyền trực tiếp chỉ có quyền từ chối việc chuyển giao quyền thương mại của bên nhận quyền, khi có một trong các lí do như sau:

Bên dự kiến nhận chuyển giao không đáp ứng được các nghĩa vụ tài chính mà bên dự kiến nhận chuyển giao phải thực hiện theo hợp đồng nhượng quyền thương mại;

Bên dự kiến nhận chuyển giao chưa đáp ứng được các tiêu chuẩn lựa chọn của bên nhượng quyền trực tiếp;

Việc chuyển giao quyền thương mại sẽ có ảnh hưởng bất lợi lớn đối

với hệ thống nhượng quyền thương mại hiện tại;

Bên dự kiến nhận chuyển giao không đồng ý bằng văn bản sẽ tuân thủ các nghĩa vụ của bên nhận quyền theo hợp đồng nhượng quyền thương mại;

Bên nhận quyền chưa hoàn thành các nghĩa vụ đối với bên nhượng quyền trực tiếp, trừ trường hợp bên dự kiến nhận chuyển giao cam kết bằng văn bản thực hiện các nghĩa vụ đó thay cho bên nhận quyền.

Bên nhận quyền dự định chuyển giao quyền thương mại phải gửi yêu cầu bằng văn bản về việc chuyển giao quyền thương mại cho bên nhượng quyền trực tiếp, và trong vòng 15 ngày, bên nhượng quyền trực tiếp phải có văn bản trả lời, trong đó nêu rõ chấp thuận hoặc từ chối dựa trên một trong các lí do nêu trên. Trong thời hạn 15 ngày, nếu bên nhận quyền không nhận được văn bản trả lời của bên nhượng quyền trực tiếp, thì coi như việc dự kiến chuyển giao quyền thương mại được chấp thuận bởi bên nhượng quyền trực tiếp. Đối với việc chuyển giao quyền thương mại, tất cả các quyền và nghĩa vụ liên quan đến quyền thương mại của bên chuyển giao đều được chuyển cho bên nhận chuyển giao, trừ trường hợp các bên có thoả thuận khác.

Chấm dứt hợp đồng nhượng quyền thương mại: Bên nhận quyền có quyền đơn phương chấm dứt hợp đồng nhượng quyền thương mại (Điều 16 Nghị định 35), nếu bên nhượng quyền vi phạm nghĩa vụ quy định tại Điều 287 Luật thương mại:

Cung cấp bản giới thiệu nhượng quyền thương mại cho bên nhận quyền;

Đào tạo ban đầu và hỗ trợ kĩ thuật thường xuyên cho bên nhận quyền để đảm bảo sự hoạt động của hệ thống nhượng quyền thương mại;

Thiết kế và sắp xếp địa điểm bán hàng, cung ứng dịch vụ bằng chi phí của bên nhận quyền;

Đảm bảo tính hiệu lực của IPRs được chuyển giao trong hợp đồng nhượng quyền thương mại;

Đối xử bình đẳng đối với các bên nhận quyền trong cùng hệ thống nhượng quyền thương mại.

Bên nhượng quyền có quyền đơn phương chấm dứt hợp đồng nhượng quyền thương mại (Điều 16 Nghị định 35) trong các trường hợp sau đây:

Bên nhận quyền không còn giấy phép kinh doanh hoặc giấy tờ có giá trị tương đương, mà theo quy định của pháp luật bên nhận quyền phải có để tiến hành công việc kinh doanh theo phương thức nhượng quyền thương mại;

Bên nhận quyền bị giải thể hoặc bị phá sản theo quy định của pháp luật Việt Nam;

Bên nhận quyền ‘vi phạm pháp luật nghiêm trọng’, có khả năng gây thiệt hại lớn cho uy tín của hệ thống nhượng quyền thương mại;
Bên nhận quyền không khắc phục những vi phạm không cơ bản trong hợp đồng nhượng quyền thương mại trong một thời gian hợp lí, mặc dù đã nhận được thông báo bằng văn bản yêu cầu khắc phục vi phạm đó từ bên nhượng quyền.

F. Đăng kí nhượng quyền và báo cáo

Theo Luật thương mại, trước khi nhượng quyền, ‘bên dự kiến nhượng quyền phải đăng kí với Bộ thương mại’ (nay là Bộ công thương), và Chính phủ sẽ quy định chi tiết ‘điều kiện kinh doanh theo phương thức nhượng quyền thương mại và trình tự, thủ tục đăng kí nhượng quyền thương mại’ (Điều 291). Việc đăng kí cũng được quy định tại Nghị định 35, theo đó các hoạt động nhượng quyền thương mại - chứ không phải bên dự kiến nhượng quyền - phải được đăng kí (Điều 17). Chi tiết về việc đăng kí nhượng quyền thương mại được quy định tại Thông tư 09. Bên nhượng quyền chỉ phải đăng kí một lần thay vì từng lần một cho từng hợp đồng nhượng quyền thương mại.

Bộ thương mại (nay là Bộ công thương) chịu trách nhiệm thực hiện việc đăng kí hoạt động nhượng quyền thương mại từ nước ngoài vào Việt Nam và từ Việt Nam ra nước ngoài. Trong các trường hợp khác, Sở thương mại (nay là Sở công thương) ở các tỉnh, nơi bên nhượng quyền đăng kí kinh doanh, sẽ thực hiện đăng kí hoạt động nhượng quyền trong nước (Điều 18). Bên nhượng quyền phải lập hồ sơ đề nghị đăng kí hoạt động nhượng quyền thương mại theo mẫu quy định và kèm theo là bản giới thiệu nhượng quyền thương mại, các văn bản xác nhận về tư cách pháp lí của bên nhượng quyền, các văn bằng bảo hộ quyền sở hữu công nghiệp tại Việt Nam hoặc tại nước ngoài, nếu bên nhượng quyền có chuyển giao quyền sử dụng các đối tượng sở hữu công nghiệp đó. Nếu bất kì giấy tờ nào thuộc hồ sơ đề nghị đăng kí hoạt động nhượng quyền thương mại được lập bằng tiếng nước ngoài, thì sẽ phải được dịch ra tiếng Việt và được công chứng phù hợp với quy định tại Nghị định 35. Nếu thương nhân nộp đơn là bên nhượng quyền thứ cấp, thì còn phải nộp giấy tờ chứng minh sự cho phép nhượng quyền lại từ bên nhượng quyền ban đầu (Điều 19 Nghị định 35 và Thông tư 09).

Việc đăng kí hoạt động nhượng quyền có thể bị hủy bỏ, nếu bên nhượng quyền ngừng kinh doanh, hoặc chuyển đổi ngành nghề kinh doanh, hoặc bị thu hồi giấy chứng nhận đăng kí kinh doanh hoặc giấy chứng nhận đầu tư (Điều 22 Nghị định 35).

Ngoài ra luật riêng về nhượng quyền thương mại còn yêu cầu việc báo cáo thường niên của bên nhượng quyền cho cơ quan nhà nước đăng ký hoạt động nhượng quyền. Bên nhượng quyền phải thông báo cho cơ quan đăng ký hoạt động nhượng quyền thương mại về các thay đổi thông tin thuộc về thông tin chung về bên nhượng quyền, và nhãn hiệu hàng hoá/dịch vụ và IPRs khác trong vòng 30 ngày, kể từ ngày có thay đổi các thông tin đó (Thông tư 09). Bên nhượng quyền cũng phải thông báo thường niên cho cơ quan đăng ký về các thông tin về bên nhượng quyền, chi phí ban đầu mà bên nhận quyền phải trả, các nghĩa vụ tài chính khác của bên nhận quyền, đầu tư ban đầu của bên nhận quyền, nghĩa vụ của bên nhận quyền phải mua hoặc thuê những thiết bị phù hợp với hệ thống kinh doanh do bên nhượng quyền quy định, nghĩa vụ của bên nhượng quyền, mô tả thị trường của hàng hoá/dịch vụ được kinh doanh theo phương thức nhượng quyền thương mại, hợp đồng nhượng quyền thương mại mẫu, thông tin về hệ thống nhượng quyền thương mại, báo cáo tài chính của bên nhượng quyền, và phần thưởng, sự công nhận sẽ nhận được hoặc tổ chức cần phải tham gia, chậm nhất là ngày 15/1 hàng năm (Thông tư 09).

G. Bên nhượng quyền nước ngoài

Mặc dù áp dụng cơ chế pháp lý khá thống nhất cho cả bên nhượng quyền nước ngoài và trong nước giống như thực tiễn pháp luật các nước trên thế giới, Việt Nam đã từng đưa ra một số hạn chế đối với các doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài hoạt động nhượng quyền thương mại. Những hạn chế này đã được loại bỏ cho phù hợp với các cam kết về mở cửa thị trường dịch vụ của Việt Nam khi gia nhập WTO. Tất cả các hạn chế về các hình thức doanh nghiệp đầu tư nước ngoài bị loại bỏ vào ngày 1/1/2009. Cho tới ngày 1/1/2008, các doanh nghiệp đầu tư nước ngoài tham gia hoạt động nhượng quyền thương mại phải dưới hình thức doanh nghiệp liên doanh với mức vốn góp tối đa của bên nước ngoài là 49%. Giới hạn về vốn góp của bên nước ngoài được loại bỏ vào ngày 1/1/2008, nhưng yêu cầu về hình thức doanh nghiệp liên doanh thì vẫn được duy trì. Từ ngày 1/1/2009, các doanh nghiệp đầu tư nước ngoài được thành lập ở Việt Nam tham gia vào hoạt động nhượng quyền thương mại có thể là doanh nghiệp 100% vốn đầu tư nước ngoài.

Luật riêng về nhượng quyền thương mại của Việt Nam không quy định trực tiếp về vấn đề chọn luật áp dụng cho các hợp đồng nhượng quyền thương mại, trừ việc đưa ra cụm từ ‘trong trường hợp các bên lựa chọn áp dụng luật

Việt Nam' mở đầu cho điều luật về nội dung của hợp đồng nhượng quyền thương mại (Điều 11 Nghị định 35). Cụm từ này ám chỉ khả năng lựa chọn pháp luật nước ngoài áp dụng cho các hợp đồng nhượng quyền thương mại giữa bên Việt Nam và bên nước ngoài. Điều đó có nghĩa là mặc dù bên nhượng quyền nước ngoài vẫn phải tuân thủ luật riêng về nhượng quyền thương mại của Việt Nam về các vấn đề khác như đăng kí hoạt động nhượng quyền thương mại, điều kiện của bên nhượng quyền và bản giới thiệu nhượng quyền thương mại, nhưng các bên trong hợp đồng nhượng quyền thương mại vẫn có thể lựa chọn hệ thống pháp luật nước ngoài để áp dụng cho hợp đồng. Là một dạng quan hệ dân sự, việc lựa chọn luật áp dụng cho hợp đồng nhượng quyền thương mại phải tuân thủ các nguyên tắc quy định tại Bộ luật dân sự - được coi như đạo luật 'mẹ' điều chỉnh các quan hệ dân sự nói chung.

Mục 2. PHÁP LUẬT VỀ LOGISTICS QUỐC TẾ - TỔNG QUAN ^(*)

1. Giới thiệu

Một trong những thách thức mà người hoạt động trong lĩnh vực logistics phải đối mặt khi quản lí sự dịch chuyển của dòng hàng hoá, dịch vụ và thông tin liên quan giữa các nước, hay còn gọi là quản lí logistics quốc tế, là hệ thống pháp luật.¹⁷ Khi một hoạt động logistics vượt qua biên giới một quốc gia, nó không chỉ chịu sự điều chỉnh của pháp luật của nước nơi dòng logistics xuất phát, mà nó còn có thể chịu sự điều chỉnh của pháp luật tại các nước liên quan (ví dụ, nước đến hay nước quá cảnh), hoặc pháp luật quốc tế. Do hệ thống pháp luật quốc tế điều chỉnh logistics và các dịch vụ liên quan đến logistics quá rộng, Mục này chỉ tập trung vào một số quy định pháp luật quốc tế phổ biến mà những người hoạt động trong lĩnh vực logistics tại Việt Nam cần biết.

Trong khi pháp luật điều chỉnh dịch vụ logistics và các dịch vụ liên quan phụ thuộc vào nội hàm của khái niệm logistics, thì định nghĩa logistics vẫn còn nhiều điểm không thống nhất. Vì vậy, việc điếm qua các quan điểm phổ biến về logistics là điều cần thiết.

Mục này được chia thành 4 nội dung: (i) Giới thiệu; (ii) Các cách tiếp cận khác nhau về khái niệm logistics và hoạt động logistics; (iii) Giới thiệu tổng quan pháp luật điều chỉnh logistics quốc tế; và (iv) Kết luận.

^(*) Tác giả: Nguyễn Thị Thanh Phúc, Tiến sĩ, Giảng viên, Trường Đại học Ngoại thương Hà Nội (FTU).

¹⁷ D. F. Wood, *International Logistics* (1995).

2. Khái niệm chung về logistics

Hiện nay có rất nhiều định nghĩa khác nhau về logistics và nội hàm của khái niệm này cũng có nhiều điểm còn tranh cãi. Ví dụ, theo Johnson và Wood,¹⁸ logistics là một bộ phận chức năng chịu trách nhiệm về dòng vật chất đi vào, dịch chuyển bên trong và ra khỏi một tổ chức. Tuy nhiên, theo Wood,¹⁹ logistics còn bao gồm cả dòng dịch vụ và nhân sự. Theo Lummus,²⁰ quá trình logistics bắt đầu từ người cung cấp trực tiếp đến người tiêu dùng trực tiếp của một doanh nghiệp, trong khi đó theo Waters²¹ thì quá trình này có thể bao gồm nhiều cấp người cung ứng và tiêu dùng, thậm chí có thể mở rộng từ người cung ứng đầu tiên cho đến người tiêu dùng cuối cùng của chuỗi cung ứng. Cũng có nhiều quan điểm khác nhau về hai khái niệm ‘logistics’ và ‘quản lý chuỗi cung ứng’. Waters²² và Ballou²³ cho rằng logistics và quản lý chuỗi cung ứng là hai thuật ngữ mô tả cùng một khái niệm. Tuy nhiên, Hội đồng các nhà quản lý chuỗi cung ứng chuyên nghiệp (Council of Supply Chain Management Professionals²⁴) và Mentzer²⁵ lại phân biệt rõ ràng giữa hai khái niệm này, theo đó logistics là một khái niệm hẹp hơn, chỉ là một phần của quản lý chuỗi cung ứng.

Do sự thiếu thống nhất trong định nghĩa logistics, người đọc có thể sẽ gặp khó khăn trong việc tìm hiểu khái niệm logistics và các chủ đề liên quan, ví dụ như luật điều chỉnh logistics quốc tế. Vì vậy, trước khi đi vào chủ đề chính của phần này, chúng ta cần phải phân loại các khái niệm về logistics.

A. Định nghĩa logistics

Theo quan điểm thứ nhất, logistics là một bộ phận chức năng trực thuộc một doanh nghiệp quản lý dòng dịch chuyển và bảo quản một số đối tượng bắt đầu từ người cung ứng trực tiếp và kết thúc ở người tiêu dùng trực tiếp của doanh nghiệp đó. Một số đối tượng của dòng logistics bao gồm: Sản phẩm

¹⁸ J. C. Johnson và D. F. Wood, *Contemporary Logistics* (1996).

¹⁹ D. F. Wood, Sdd.

²⁰ Lummus và các tác giả khác, ‘The Relationship of Logistics to Supply Chain Management: Developing a Common Industry Definition’, 101 *Industrial Management + Data Systems*, tr. 426.

²¹ C. D. J. Waters, *Logistics: An Introduction to Supply Chain Management*, (2003).

²² Như trên.

²³ R. H. Ballou, *Business Logistics/Supply Chain Management: Planning, Organizing, and Controlling the Supply Chain* (2004).

²⁴ CSCMP *Supply Chain Management Definitions*, <http://www.cscmp.org/aboutcscmp/definitions.asp>.

²⁵ J. T. Mentzer, *Fundamentals of Supply Chain Management: Twelve Drivers of Competitive Advantage* (2004).

vật chất;^{26 27 28 29} Sản phẩm vật chất và thông tin;³⁰ Sản phẩm vật chất và dịch vụ;^{31 32} Hàng hoá, dịch vụ và con người;³³ Hàng hoá, dịch vụ và thông tin liên quan.^{34 35} Nói một cách đơn giản, theo quan điểm này, dòng logistics bắt đầu từ người cung ứng trực tiếp đến người tiêu dùng trực tiếp, và đó có thể là dòng hàng hoá, dịch vụ, thông tin liên quan và đôi khi là cả con người.

Theo quan điểm thứ hai, logistics có phạm vi rộng hơn, trải dài cả kênh marketing hay chuỗi cung ứng chứ không phải chỉ giới hạn trong phạm vi từ người cung ứng trực tiếp đến người tiêu dùng trực tiếp. Theo Bowersox,³⁶ quan điểm này là sự phát triển quan trọng nhất trong tư duy logistics. Chính vì vậy, Waters³⁷ và Ballou³⁸ coi khái niệm logistics và quản lý chuỗi cung ứng là giống nhau.

Tuy nhiên, theo Hội đồng các nhà quản lý chuỗi cung ứng chuyên nghiệp (Council of Supply Chain Management Professionals³⁹) và Mentzer,⁴⁰ quản lý chuỗi cung ứng khác với logistics. Quản lý chuỗi cung ứng là việc quản lý dòng hàng hoá, dịch vụ, thông tin và tài chính cũng như các quá trình có liên quan đến các dòng này, ví dụ: mua bán, sản xuất, tiếp thị, dịch vụ sau bán hàng, nhân sự và hệ thống thông tin trong chuỗi cung ứng. Như vậy, quản lý chuỗi cung ứng là khái niệm rộng hơn logistics rất nhiều, cả về nội hàm lẫn phạm vi. Quản lý chuỗi cung ứng bao gồm cả những yếu tố không có trong khái niệm logistics, ví dụ: các quá trình và thông tin không liên quan đến việc dịch chuyển và bảo quản hàng hoá và dịch vụ. Thêm nữa, quản lý chuỗi cung ứng trải dài cả chuỗi cung ứng⁴¹ chứ

²⁶ Bureau of Transport Economics of Australia, *Logistics in Australia: A Preliminary Analysis* (2001).

²⁷ J. F. Cox và J. H. Blackstone, *APICS: Dictionary* (1998).

²⁸ J. C. Johnson và D. F. Wood, *Contemporary Logistics* (1996).

²⁹ R. Demkes và các tác giả khác, *TRILOG-Europe Summary Report* (1999).

³⁰ M. Christopher, *Logistics and Supply Chain Management: Strategies for Reducing Costs and Improving Services* (1992).

³¹ Allen, 'The Logistics Revolution and Transportation', 553 *The Annals of the American Academy of Political and Social Science* (1997), tr. 106-116.

³² Lummus và các tác giả khác, Sđd, tr. 426.

³³ D. F. Wood, Sđd.

³⁴ J. T. Mentzer, Sđd.

³⁵ CSCMP *Supply Chain Management Definitions*, <http://www.cscmp.org/aboutcscmp/definitions.asp>.

³⁶ D. J. Bowersox và các tác giả khác, *21st Century Logistics: Making Supply Chain Integration A Reality* (1999).

³⁷ C. D. J. Waters, Sđd.

³⁸ R.H. Ballou, Sđd.

³⁹ CSCMP *Supply Chain Management Definitions*, <http://www.cscmp.org/aboutcscmp/definitions.asp>.

⁴⁰ J. T. Mentzer, Sđd.

⁴¹ Như trên.

không chỉ giữa người cung ứng trực tiếp và khách hàng trực tiếp của một doanh nghiệp nào đó. Vì vậy, Hội đồng các quản lý chuỗi cung ứng chuyên nghiệp (Council of Supply Chain Management Professionals (2011))⁴² coi logistics là một bộ phận của quản lý chuỗi cung ứng.

Tuy Hội đồng các nhà quản lý chuỗi cung ứng chuyên nghiệp (Council of Supply Chain Management Professionals⁴³) và Mentzer⁴⁴ đã phân biệt rõ ràng hai khái niệm quản lý chuỗi cung ứng và logistics, nhưng vì logistics tương tác chặt chẽ với khái niệm quản lý chuỗi cung ứng (ví dụ: sản xuất, tiếp thị và kế toán), nên trên thực tế vẫn có sự nhầm lẫn giữa hai khái niệm này. Ví dụ, rất khó có thể phân biệt rạch ròi thông tin logistics (là các thông tin liên quan đến sự dịch chuyển, bảo quản hàng hoá và dịch vụ) với các thông tin khác. Thêm nữa, việc phân biệt trách nhiệm của bộ phận logistics và bộ phận sản xuất trong việc quản lý dòng nguyên liệu và bán thành phẩm trong quá trình sản xuất cũng không hề đơn giản. Vì vậy, Arlbjorn và Halldorsson⁴⁵ đã đưa ra một cách định nghĩa logistics khác, trong đó sử dụng khái niệm ‘hạt nhân’ và ‘vành đai bảo vệ’ của Lakatos.⁴⁶ Thuật ngữ ‘hạt nhân’ dùng để mô tả bản chất của vấn đề nào đó và bản chất này không thay đổi trong khi ‘vành đai bảo vệ’ bao gồm tất cả những gì có thể giúp hiểu thêm về ‘hạt nhân’.⁴⁷ Hạt nhân của logistics ‘hướng tới dòng nguyên liệu, thông tin và dịch vụ, theo chiều dọc hoặc chiều ngang của chuỗi giá trị (hay còn gọi là chuỗi cung ứng), nhằm liên kết các dòng này và có nền tảng là tư duy hệ thống (cách nhìn tổng thể), và đơn vị phân tích là dòng’.⁴⁸ ‘Vành đai bảo vệ’ của logistics có thể mở rộng, dường như là không có giới hạn, bao gồm tất cả mọi thứ có liên quan đến logistics. Ví dụ, đó có thể là vấn đề về động lực (một khái niệm trong học thuyết về tổ chức), nếu khái niệm này được áp dụng trong logistics. Điều đó có nghĩa là ‘vành đai bảo vệ’ của logistics có thể vô cùng lớn.⁴⁹

⁴² CSCMP Supply Chain Management Definitions, <http://www.cscmp.org/aboutcscmp/definitions.asp>.

⁴³ Như trên.

⁴⁴ J.T. Mentzer, Sdd.

⁴⁵ Arlbjorn và Halldorsson, ‘Logistics Knowledge Creation: Reflections on Content, Context and Processes’, *32 International Journal of Physical Distribution & Logistics Management* (2002), tr. 22.

⁴⁶ Lakatos, ‘Falsification and the Methodology of Scientific Research Programmes’, trong sách của I. Lakatos and A. Musgrave (chủ biên), *Criticism and the Growth of Knowledge* (1970), tr. 91-196.

⁴⁷ Như trên.

⁴⁸ Arlbjorn và Halldorsson, Sdd, tr. 22.

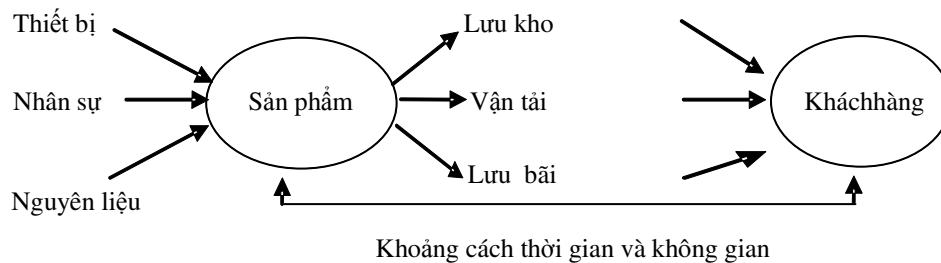
⁴⁹ Như trên.

Trong Mục này, định nghĩa logistics của Hội đồng các nhà quản lí chuỗi cung ứng chuyên nghiệp (Council of Supply Chain Management Professionals⁵⁰) được sử dụng, theo đó: Quản lí logistics là một bộ phận của quản lí chuỗi cung ứng, có chức năng lên kế hoạch, thực hiện và kiểm soát một cách hiệu quả việc dịch chuyển (xuôi hoặc ngược) và bảo quản hàng hoá, dịch vụ và thông tin có liên quan từ điểm bắt đầu đến điểm tiêu dùng thoả mãn yêu cầu của khách hàng.⁵¹

B. Các hoạt động logistics

Về bản chất, logistics là quá trình liên kết nhiều hoạt động khác nhau nhằm đạt được sự dịch chuyển và bảo quản hàng hoá, dịch vụ và thông tin liên quan một cách hiệu quả nhất. Vì vậy, chúng ta có thể xác định được các hoạt động logistics bằng cách bám theo các dòng logistics.

Hàng hoá tạo ra các dòng vật chất bên trong và giữa các tổ chức. Đối với sản phẩm hữu hình, có khoảng cách về không gian và thời gian giữa sản xuất và tiêu dùng.⁵² Hàng hoá có thể lưu kho, lưu bãi và vận chuyển từ nơi cung ứng đến nơi có nhu cầu. Do vậy, việc quản lí dòng sản phẩm hữu hình sẽ bao gồm các hoạt động như xử lí đơn hàng, vận tải, lưu kho, bảo quản, xử lí nguyên liệu, bao gói bao bì như mô tả trong hình 6.2.1 dưới đây.⁵³



Hình 6.2.1: Các hoạt động logistics đối với dòng sản phẩm hữu hình

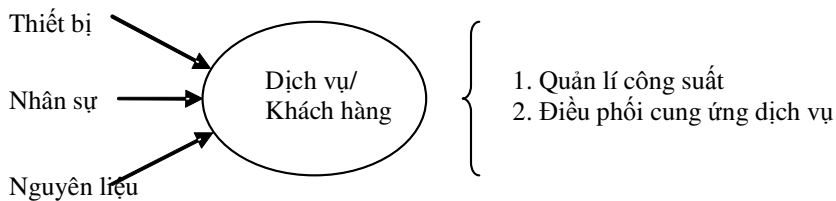
⁵⁰ CSCMP Supply Chain Management Definitions, <http://www.cscmp.org/aboutcscmp/definitions.asp>.

⁵¹ Như trên.

⁵² K. Marx, Sdd.

⁵³ D.G. Bloomberg và các tác giả khác, *Logistics* (2002).

Sản phẩm vật chất là hữu hình, còn dịch vụ thì vô hình. Đối với dịch vụ, quá trình sản xuất và tiêu dùng diễn ra cùng một lúc. Khi quá trình sản xuất bắt đầu, quá trình tiêu dùng cũng bắt đầu. Dịch vụ sẽ được tiêu dùng hết khi quá trình sản xuất kết thúc.⁵⁴ Đối với dịch vụ, không có khoảng cách không gian và thời gian giữa sản xuất và tiêu dùng. Vì vậy trong quản lý dịch vụ, không có một số khái niệm giống như trong ngành sản xuất.



Hình 6.2.2: Các hoạt động logistics đối với dòng dịch vụ

Như mô tả trong hình 6.2.1 và hình 6.2.2, việc quản lý ‘sự dịch chuyển và bảo quản dịch vụ’ đòi hỏi những công việc hoàn toàn khác so với việc quản lý dòng sản phẩm hữu hình. Đối với dịch vụ, không phải là vận tải, lưu kho lưu bãi, xử lý nguyên vật liệu hay bao bì đóng gói. Để cung ứng dịch vụ cho khách hàng, người cung ứng dịch vụ phải quản lý khả năng cung ứng dịch vụ⁵⁵ và điều phối việc cung ứng dịch vụ.⁵⁶

Quản lý khả năng cung ứng dịch vụ bao gồm nhiều việc như dự đoán nhu cầu và xác định công suất cần thiết để đáp ứng nhu cầu đó. Quản lý khả năng cung ứng dịch vụ nhằm ‘đảm bảo đủ công suất khi nhu cầu đạt đỉnh và giảm thiểu công suất khi cần thiết’.⁵⁷ Ngược lại, quản lý cầu đòi hỏi ‘điều chỉnh thời điểm phát sinh nhu cầu sao cho “giảm bớt” nhu cầu lúc cao điểm, và chuyển sang lúc nhàn rỗi khi công suất cung ứng dịch vụ dư thừa’.⁵⁸ Trong quản lý cung cầu, luôn nhớ rằng công suất quá nhiều sẽ làm tăng chi phí, trong khi thiếu công suất sẽ mất khách hàng.⁵⁹ Tuy nhiên, các quyết định dài hạn liên quan đến việc quản lý khả năng cung cấp dịch vụ, ví dụ như việc thành lập chi

⁵⁴ K. Marx, Sđd.

⁵⁵ D. G. Bloomberg và các tác giả khác, Sđd.

⁵⁶ Davis và Mandrodt, ‘Teaching Service Response Logistics’, 13 *Journal of Business Logistics* (1992), tr. 199-229.

⁵⁷ R. W. Schmenner, *Service Operations Management* (1995), tr. 133.

⁵⁸ R. W. Schmenner, Sđd, tr. 134.

⁵⁹ A. D. Little và The Pennsylvania State University, *Logistics in the Service Industries* (1991).

nhánh mới, là vấn đề của các nhà quản lý cấp cao chứ không chỉ do bộ phận logistics quyết định.⁶⁰ Tất nhiên, việc ra những quyết định dài hạn như vậy cũng một phần dựa trên những thông tin và ý kiến của các giám đốc logistics.⁶¹

Điều phối việc cung ứng dịch vụ cũng là một trong những hoạt động cơ bản của quản lý logistics trong ngành dịch vụ. Công việc này bao gồm lên kế hoạch một cách linh hoạt, thực hiện việc cung ứng dịch vụ và thu thập ý kiến phản hồi. Mục tiêu chính của việc này là để đảm bảo cho các bộ phận trong công ty phối hợp chặt chẽ với nhau, nhằm cung ứng dịch vụ chất lượng tốt.⁶²

Gắn liền với việc quản lý dòng hàng hoá và dịch vụ là quản lý thông tin logistics. Thông tin logistics cho biết chính xác địa điểm phát sinh cung cầu trong hệ thống logistics. Để hoạt động logistics hiệu quả, thông tin logistics phải chính xác, kịp thời với giá cả hợp lý.⁶³ Quản lý thông tin logistics thực chất là một bộ phận cấu thành của việc quản lý dòng hàng hoá và dịch vụ. Công việc quản lý thông tin logistics phổ biến nhất cho đến nay là áp dụng công nghệ thông tin (ví dụ: Internet và các phần mềm khác nhau) trong quản lý thông tin trong chuỗi cung ứng.⁶⁴

Có thể thấy, logistics là quá trình bao gồm nhiều hoạt động khác nhau. Vì thế, logistics cũng chịu sự điều chỉnh của nhiều quy định pháp luật trong các lĩnh vực tương ứng như vận tải, kho bãi, bao bì, xếp dỡ hàng hoá, môi giới dịch vụ (ví dụ, giao nhận), bảo hiểm, thương mại và kinh doanh, cạnh tranh, đầu tư và doanh nghiệp. Thêm nữa, pháp luật trong mỗi lĩnh vực lại có nhiều cấp độ khác nhau, bao gồm cấp độ quốc gia, cấp độ song phương, cấp độ khu vực/tiểu khu vực và cấp độ toàn cầu.

Riêng các quy định pháp luật ở cấp độ toàn cầu trong lĩnh vực logistics cũng rất rộng. Ví dụ, luật trong lĩnh vực hàng hải được chia thành nhiều nhóm, bao gồm: Trọng tài và thủ tục tố tụng, bắt giữ, chuyên chở hàng hoá và hành khách, tổn thất chung, luật biển, cầm cố, giới hạn trách nhiệm, ô nhiễm và môi trường, an toàn hàng hải, cứu hộ cứu nạn, người đi biển và thủ tục hải quan. Trong mỗi nhóm lại có nhiều luật cụ thể khác nhau. Ví dụ, một số công ước quốc tế thuộc nhóm ‘trọng tài và thủ tục tố tụng’ như sau: Công ước về việc công nhận và thi hành phán quyết của

⁶⁰ R. W. Schmenner, *Service Operations Management* (1995).

⁶¹ R. H. Ballou, Sdd.

⁶² Davis và Mandrodt, Sdd, tr. 199-229.

⁶³ D. J. Bowersox và các tác giả khác, *Supply Chain Logistics Management* (2010).

⁶⁴ Power, ‘Supply Chain Management Integration and Implementation: A Literature Review’, 10 *Supply Chain Management: An International Journal*, tr. 252-263.

trọng tài nước ngoài 1958; Công ước La Hay 1971 về công nhận và thi hành phán quyết của toà án nước ngoài về các vấn đề dân sự và thương mại; Công ước La Hay 1970 về việc xem xét bằng chứng nước ngoài trong những vấn đề dân sự và thương mại.⁶⁵ Do hệ thống luật pháp quốc tế liên quan đến logistics quá rộng, nội dung tiếp theo chỉ tập trung giới thiệu: (A) Một số công ước phổ biến ở cấp độ toàn cầu liên quan đến vận tải hàng hoá; và (B) Một số hiệp định ASEAN trong lĩnh vực vận tải mà các nhà hoạt động logistics tại Việt Nam cần biết.

3. Các công ước toàn cầu về vận tải hàng hoá và các hiệp định ASEAN về vận tải

A. Các công ước toàn cầu về vận tải hàng hoá

1. Vận tải đường sắt

(a) Các Quy tắc thống nhất về hợp đồng vận tải hàng hoá quốc tế bằng đường sắt (Uniform Rules Concerning the Contract for International Carriage of Goods by Rail - CIM): Các Quy tắc này được kí lần đầu tiên tại Béc-nơ năm 1890. Tháng 5/1980, các Quy tắc này được đưa vào Phụ lục B của Công ước về vận tải quốc tế bằng đường sắt (gọi là 'COTIF 1980'). Tháng 6/1999, theo Nghị định thư Vin-nhi-u-xơ (còn gọi là 'Nghị định thư 1999'), 'COTIF 1980' được sửa đổi và trở thành 'COTIF 1999'. Trong phiên bản 'COTIF 1999', các Quy tắc 'CIM' vẫn nằm trong Phụ lục B và có hiệu lực từ ngày 1/7/2006.

Các Quy tắc 'CIM' trong 'COTIFF 1999' áp dụng cho vận tải hàng hoá bằng đường sắt, nếu nơi nhận hàng và nơi giao hàng ở hai nước khác nhau, trong đó ít nhất một bên là thành viên của Công ước 'CIM' và các bên đồng ý chọn 'CIM' làm luật điều chỉnh hợp đồng.⁶⁶

(b) Hiệp định vận tải hàng hoá quốc tế bằng đường sắt-1951 (Agreement 1951 on International Goods Transport by Rail) (hay còn gọi là Hiệp định 'SMGS'). Hiệp định này được sửa đổi và cập nhật một số lần vào các năm 1953, 1997 và 2007. Hiệp định này áp dụng khi hàng hoá được vận tải bằng đường sắt giữa các nước thành viên.⁶⁷

(c) Hiện nay, dự án CIT/OSJD đang được thực hiện nhằm hài hoà hoá hai hệ

⁶⁵ *International Conventions*, <http://www.admiraltylawguide.com/interconv.html#CG>.

⁶⁶ Hoàng Văn Châu và các tác giả khác, *Các công ước quốc tế về vận tải và hàng hải* (1999).

⁶⁷ *Organization for Cooperation between Railways*, <http://www.osjd.org>.

thống luật trên với nhau. Dự án dự kiến thực hiện trong ba giai đoạn: (i) Giấy gửi hàng chung CIM/SMGS; (ii) Tiêu chuẩn hoá cơ chế giải quyết khiếu nại; và (iii) Hải hoà hoá CIM/SMGS. Dự án đang trong quá trình thực hiện giai đoạn 1.⁶⁸

2. Vận tải ô-tô

Công ước về hợp đồng vận tải hàng hoá quốc tế bằng đường ô-tô 1956 (Convention 1956 on the Contract for the International Carriage of Goods by Road – ‘CMR’): Công ước này áp dụng cho việc vận tải hàng hoá bằng ô-tô bắt đầu hoặc kết thúc tại nước phê chuẩn Công ước này.⁶⁹

3. Vận tải biển

(a) Công ước quốc tế thống nhất một số quy tắc về vận đơn đường biển 1924 (International Convention for the Unification of Certain Rules Relating to Bills of Lading) (hay còn gọi là Quy tắc La Hay hoặc Công ước Brúc-xen): Quy tắc La Hay ra đời khi cộng đồng quốc tế lần đầu tiên nỗ lực tìm kiếm một giải pháp thống nhất và khả thi để giải quyết tình trạng các chủ tàu thường trốn tránh toàn bộ trách nhiệm đối với mất mát, tổn thất của hàng hoá. Theo Quy tắc La Hay, người gửi hàng phải chịu trách nhiệm về hàng hoá bị mất mát hoặc hư hỏng, nếu họ không thể chứng minh được tàu không có đủ khả năng đi biển, không đủ nhân sự hoặc không đủ điều kiện để vận tải và bảo quản hàng hoá một cách an toàn. Nói cách khác, người chuyên chở có thể thoát trách nhiệm đối với rủi ro do lỗi nhân công, nếu họ chứng minh được đã làm việc mẫn cán một cách thích đáng và tàu được trang bị đủ nhân sự và có đủ khả năng đi biển.⁷⁰

(b) Nghị định thư 1968 sửa đổi Công ước quốc tế thống nhất một số quy tắc liên quan đến vận đơn đường biển 1924 (hay còn gọi là Quy tắc La Hay/Visby): Quy tắc La Hay/Visby áp dụng trong trường hợp vận đơn được phát hành tại một nước tham gia Công ước, hoặc hành trình vận tải bắt đầu từ một cảng ở một nước kí Công ước, hoặc vận đơn hoặc hợp đồng vận tải ghi rõ luật điều chỉnh là Công ước. Những thay đổi cơ bản so với Quy tắc La Hay là (i) Cách tính toán bồi thường trong trường hợp hàng hoá chuyên chở trong công-ten-nơ, tấm nâng hàng (pallet) hay xe moóc (trailer); và (ii) Thay đổi giới hạn

⁶⁸ Như trên.

⁶⁹ Hoàng Văn Châu và các tác giả khác, Sdd.

⁷⁰ *Hague Rules of 1924*, <http://www.bws.dk/conditions/sea-transport/hague-rules.aspx>.

trách nhiệm (10.000 francs/kiện hoặc đơn vị, hoặc 30 francs/kg tổng trọng lượng hàng bị mất mát, hư hỏng, tùy theo giới hạn nào cao hơn thì tính).⁷¹

(c) Nghị định thư 1979 sửa đổi Công ước quốc tế thống nhất một số quy tắc về vận đơn đường biển 1924 đã được sửa đổi bởi Nghị định thư 1968: Nghị định thư này quy định giới hạn trách nhiệm của người chuyên chở được tính tiền bằng ‘quyền rút vốn đặc biệt’ (‘SDR’) theo định nghĩa của Quỹ tiền tệ quốc tế (IMF).⁷²

(d) Công ước của Liên hợp quốc về vận tải hàng hoá bằng đường biển 1978 (hay còn gọi là Quy tắc Hăm-buốc): Quy tắc Hăm-buốc ra đời nhằm giải quyết sự bất bình đẳng về quyền lợi giữa chủ tàu và người gửi hàng, cũng như để bắt kịp tình hình mới (ví dụ, chủng loại hàng hoá chuyên chở tăng lên, công nghệ và phương pháp xếp dỡ mới và các vấn đề khác tồn tại do chậm giao hàng). Công ước áp dụng quan điểm mới về trách nhiệm đối với hàng hoá. Theo Công ước này, người chuyên chở phải chịu trách nhiệm về mất mát hay tổn thất đối với hàng hoá khi hàng hoá đang nằm trong sự quản lí của họ, trừ khi họ chứng minh được rằng họ đã áp dụng mọi biện pháp cần thiết để tránh tổn thất hay mất mát. Giới hạn trách nhiệm cũng cao hơn so với Quy tắc La Hay và La Hay/Visby.⁷³

(e) Công ước của Liên hợp quốc về hợp đồng vận tải hàng hoá hoàn toàn hoặc một phần bằng đường biển 2008 (hay còn gọi là Quy tắc Rô-téc-đam):

Quy tắc Rô-téc-đam mở rộng và hiện đại hoá các quy tắc quốc tế hiện hành liên quan đến vận tải hàng hoá bằng đường biển. Mục đích của Công ước này là: (i) Thay thế Quy tắc La Hay, Quy tắc La Hay/Visby và Quy tắc Hăm-buốc; (ii) Đạt được sự thống nhất về mặt pháp luật trong lĩnh vực vận tải hàng hải; (iii) Đáp ứng nhu cầu mới đối với vận tải ‘từ điểm xuất phát đến điểm đến’ (‘door-to-door’). Quy tắc Rô-téc-đam là những quy tắc đầu tiên điều chỉnh cả việc vận tải hàng hoá bằng đường biển và chặng chuyên chở chuyển tải, hoặc trước đó trên đất liền.⁷⁴

4. Vận tải hàng không

(a) Công ước về thống nhất một số quy tắc về vận tải quốc tế bằng đường hàng không 1929 (hay còn gọi là Công ước hay Quy tắc Vác-xa-va): Công

⁷¹ Hoàng Văn Châu và các tác giả khác, Sdd.

⁷² Như trên.

⁷³ *Hamburg Rules of 1978*, <http://www.bws.dk/conditions/sea-transport/hague-rules.aspx>.

⁷⁴ *Rotterdam Rules*, <http://www.rotterdamrules2009.com>.

ước Vác-xa-va điều chỉnh việc vận tải hàng hoá bằng máy bay thuê hoặc để thu phí khi nơi khởi hành và nơi đến cùng nằm trên lãnh thổ quốc gia kí Công ước. Đặc biệt, Công ước Vác-xa-va: (i) Quy định người chuyên chở phải phát hành vé hành khách; (ii) Yêu cầu người chuyên chở phải phát hành phiếu hành lí đối với hành lí kí gửi; và (iii) Quy định giới hạn trách nhiệm của người chuyên chở là 17 SDR/kg hàng hoá hay hành lí kí gửi.⁷⁵

(b) Nghị định thư sửa đổi Công ước Vác-xa-va 1955 (hay còn gọi là Nghị định thư La Hay): Nghị định thư La Hay điều chỉnh cơ sở trách nhiệm của người chuyên chở.⁷⁶

(c) Nghị định thư Goa-đa-la-gia-ra sửa đổi Công ước Vác-xa-va 1961 (hay còn gọi là ‘Nghị định thư 1961’): Nghị định thư này bổ sung trách nhiệm của người chuyên chở trong trường hợp vận tải hàng không quốc tế được tiến hành bởi người không phải là người chuyên chở theo hợp đồng.⁷⁷

(d) Nghị định thư Mông-rê-an sửa đổi Công ước Vác-xa-va 1966 (hay còn gọi là ‘Nghị định thư Mông-rê-an 1966’): Nghị định thư này sửa đổi Công ước Vác-xa-va đã được sửa đổi theo Nghị định thư La Hay 1955.⁷⁸

(e) Nghị định thư sửa đổi Công ước Vác-xa-va đã được sửa đổi bởi Nghị định thư La Hay 1955 kí tại thành phố Goa-tê-ma-la năm 1971 (hay còn gọi là ‘Nghị định thư Goa-tê-ma-la 1971’): Nghị định thư này quy định chi tiết hơn về việc tính toán mức bồi thường.⁷⁹

(f) Các nghị định thư bổ sung số 1, 2, 3 và Nghị định thư Mông-rê-an số 4 sửa đổi Công ước Vác-xa-va đã được sửa đổi theo Nghị định thư La Hay 1955, hoặc được sửa đổi theo cả hai Nghị định thư La Hay 1955 và Goa-tê-ma-la 1971, kí tại Mông-rê-an năm 1975: Những nghị định thư này sửa đổi giới hạn trách nhiệm của người chuyên chở hàng không.⁸⁰

(g) Công ước thống nhất một số quy tắc vận tải quốc tế bằng đường hàng không 1999 (hay còn gọi là Công ước Mông-rê-an): Công ước này nhằm hiện đại hoá và thống nhất Công ước Vác-xa-va và các nghị định thư sửa đổi. Công ước áp dụng cho tất cả hành trình chuyên chở hành khách, hành lí hay hàng hoá bằng máy bay thuê hay để thu phí, cũng như việc chuyên chở

⁷⁵ Hoàng Văn Châu và các tác giả khác, Sđd.

⁷⁶ Như trên.

⁷⁷ Như trên.

⁷⁸ Như trên.

⁷⁹ Như trên.

⁸⁰ Như trên.

không thu phí bằng hàng không.⁸¹

5. Vận tải đa phương thức

(a) Công ước của Liên hợp quốc về vận tải hàng hoá quốc tế đa phương thức 1980: Công ước áp dụng cho tất cả hợp đồng vận tải đa phương thức giữa hai nước, nếu nơi nhận hàng hoặc nơi giao hàng nằm ở một nước tham gia Công ước. Nhà vận tải đa phương thức (MTO) chịu trách nhiệm đối với mất mát, tổn thất hàng hoá cũng như tổn thất do chậm giao hàng, trừ khi anh ta chứng minh được rằng anh ta, người làm công, đại lí hay thầu phụ, đã thực hiện mọi biện pháp hợp lí để tránh tổn thất cũng như hậu quả của tổn thất.⁸²

(b) Quy tắc của UNCTAD/ICC về chứng từ vận tải đa phương thức 1992: Quy tắc này không phải là luật mà chỉ mang tính chất thoả thuận thuần tuý, và chỉ có hiệu lực nếu được đưa vào hợp đồng, cho dù đó là vận tải đơn hay đa phương thức, hay chứng từ vận tải có được phát hành hay không. MTO phải chịu trách nhiệm về mất mát, tổn thất đối với hàng hoá cũng như chậm giao hàng, trừ trường hợp MTO chứng minh được rằng anh ta, hay người làm công, đại lí hoặc thầu phụ, không có lỗi trong việc gây ra tổn thất, mất mát hay chậm giao hàng.⁸³

6. *Pháp luật điều chỉnh hợp đồng*: bao gồm một số quy định quan trọng, như CISG, INCOTERMS, PICC (*xem* Chương 5 của Giáo trình).

7. Các công ước quốc tế về hải quan

(a) Công ước quốc tế về đơn giản hoá và hài hoà hoá thủ tục hải quan 1973 (còn gọi là ‘Công ước Ky-ô-tô’): Công ước này nhằm đạt được sự đơn giản hoá và hài hoà hoá các thủ tục hải quan của các bên tham gia công ước ở mức độ cao, nhằm góp phần thúc đẩy sự phát triển thương mại quốc tế và các trao đổi quốc tế khác, và nhằm tuân thủ các tiêu chuẩn và thực tiễn quy định trong phụ lục của Công ước.⁸⁴

(b) Công ước hải quan về vận tải hàng hoá quốc tế theo giấy gửi hàng TIR 1975 (còn gọi là ‘Công ước TIR’): TIR là một trong những công ước về vận tải quốc tế thành công nhất, và cho đến nay là hệ thống chuyển tải hải quan toàn cầu duy nhất đang có hiệu lực. Đến thời điểm tháng 2/2012, có 68 quốc

⁸¹ Như trên

⁸² Như trên

⁸³ Như trên

⁸⁴ Nguyễn Hồng Đàm và các tác giả khác, *Vận tải và giao nhận trong ngoại thương* (2005).

gia kí kết Công nước này, bao gồm cả EU. Mỗi năm có hơn 40 nghìn nhà vận tải được phép sử dụng hệ thống TIR và khoảng 3 triệu hành trình vận tải TIR được thực hiện.⁸⁵

B. Các hiệp định ASEAN

ASEAN hướng tới thành lập Cộng đồng kinh tế ASEAN (AEC) vào năm 2015. Theo kế hoạch này, AEC sẽ trở thành: (i) Một cơ sở sản xuất và thị trường thống nhất (có nghĩa là trong khu vực này, hàng hoá, dịch vụ, đầu tư, lao động có tay nghề sẽ được tự do dịch chuyển); (ii) Một khu vực kinh tế có tính cạnh tranh cao; (iii) Một khu vực phát triển kinh tế công bằng; và (iv) Một khu vực hội nhập hoàn toàn với nền kinh tế toàn cầu.⁸⁶

Nhằm đạt được sự tự do dịch chuyển của hàng hoá và dịch vụ, nhiều biện pháp đã được đề ra và thực thi, *ví dụ*: Loại bỏ các hàng rào thuế quan và phi thuế quan, thuận lợi hoá thương mại, liên kết hải quan, đơn giản hoá, hài hoà hoá và tiêu chuẩn hoá thương mại, hải quan, các quy trình, thủ tục cũng như ứng dụng công nghệ thông tin trong tất cả các lĩnh vực liên quan đến thuận lợi hoá thương mại, tự do hoá một số ngành dịch vụ như vận tải hàng không, ASEAN điện tử, chăm sóc sức khoẻ, du lịch và thừa nhận bằng cấp chuyên môn.⁸⁷

Trong đó, hợp tác vận tải được coi là một trong những biện pháp cơ bản nhằm đạt được hai mục tiêu đầu tiên của AEC. Cho đến nay, nhiều hiệp định, thoả thuận đã được kí kết giữa các nước thành viên ASEAN và giữa ASEAN và các nước khác,⁸⁸ *ví dụ*:

- Thoả thuận về vận tải hàng không giữa ASEAN và Trung Quốc, kí tại Ban-đa Sê-ri Bê-ga-oăn, ngày 12/11/2010;
- Kế hoạch hành động Bru-nây (hay còn gọi là Kế hoạch vận tải chiến lược ASEAN) 2011-2015;
- Thoả thuận đa phương ASEAN về tự do hoá hoàn toàn dịch vụ vận tải hành khách bằng đường hàng không, kí tại Ban-đa Sê-ri Bê-ga-oăn, ngày 12/11/2010;
- Nghị định thư số 1 về quyền vận tải tự do không giới hạn thứ 3 và thứ 4 giữa bất kì địa điểm nào trong các nước thành viên, kí tại

⁸⁵ *Introducing TIR*, <http://www.unece.org/tir>.

⁸⁶ *ASEAN Economic Community Blueprint*, <http://www.aseansec.org>.

⁸⁷ Như trên.

⁸⁸ *Agreements on Transportation and Communication*, <http://www.aseansec.org/19867.htm>

- Ban-đa Sê-ri Bê-ga-oăn, ngày 12/11/2010;
- Nghị định thư số 2 về quyền vận tải tự do không giới hạn thứ 5 kí tại Ban-đa Sê-ri Bê-ga-oăn, ngày 12/11/2010;
 - Biên bản ghi nhớ giữa chính phủ các nước thành viên ASEAN và chính phủ nước Cộng hoà nhân dân Trung Hoa về cơ chế tư vấn hàng hải, kí tại Ban-đa Sê-ri Bê-ga-oăn, ngày 12/11/2010;
 - Hiệp định khung ASEAN về thuận lợi hoá vận tải giữa các nước, kí tại Ma-ni-la, ngày 10/10/2009;
 - Hiệp định đa phương ASEAN về dịch vụ hàng không, kí tại Ma-ni-la, ngày 20/05/2009;
 - Biên bản ghi nhớ ASEAN về hợp tác liên quan đến tai nạn và điều tra sự cố hàng không, kí tại Xê-bu, Phi-líp-pin, ngày 29/05/2008;
 - Thoả thuận về vận tải hàng hải giữa chính phủ các nước thành viên ASEAN và Chính phủ Cộng hoà nhân dân Trung Hoa, kí tại Xinh-ga-po, ngày 2/11/2007;
 - Nghị định thư hội nhập ngành dịch vụ ASEAN liên quan đến ngành dịch vụ logistics, kí tại Ma-ka-ti, Phi-líp-pin, ngày 24/08/2007;
 - Nghị định thư số 1 - Chỉ định tuyến vận tải trung chuyển và phụ lục danh sách các tuyến vận tải trung chuyển, kí tại Băng Cốc, ngày 8/2/2007;
 - Tuyên bố cấp bộ trưởng ASEAN - Nhật Bản về an ninh vận tải, kí tại Băng Cốc, ngày 9/2/2007;
 - Hiệp định khung ASEAN về vận tải đa phương thức 2005;
 - Kế hoạch hành động vận tải ASEAN 2005-2010;
 - Tuyên bố Ma-ni-la 2002;
 - Biên bản ghi nhớ cấp bộ trưởng về phát triển dự án mạng lưới đường cao tốc ASEAN 1999;
 - Hiệp định khung ASEAN về thuận lợi hoá trung chuyển hàng hoá, kí tại Hà Nội, ngày 16/12/1998;
 - Thoả thuận về việc công nhận chứng chỉ thanh tra xe thương mại đối với xe vận tải hàng hoá và xe vận tải dịch vụ công cộng do các nước thành viên ASEAN cấp 1998;
 - Thoả thuận về việc tạo thuận lợi cho việc tìm kiếm tàu biển gặp nạn

và cứu hộ nạn nhân sống sót sau tai nạn tàu biển 1975;

- Thoả thuận về việc tạo thuận lợi cho việc tìm kiếm máy bay gặp nạn và cứu hộ nạn nhân sống sót sau tai nạn máy bay 1972.

4. Kết luận

Logistics là khái niệm bao gồm nhiều hoạt động trong nhiều lĩnh vực khác nhau. Vì vậy, nguồn luật điều chỉnh logistics cấp độ quốc gia, cấp độ khu vực/tiểu khu vực hay cấp độ quốc tế rất rộng. Như bước đầu nghiên cứu luật điều chỉnh logistics. Mục này trình bày ngắn gọn một số công ước quốc tế phổ biến và một số thoả thuận ASEAN liên quan đến dòng dịch chuyển của hàng hoá mà những người hoạt động logistics tại Việt Nam cần biết. Điều quan trọng là: để đạt được thành công trong hoạt động logistics, các nhà logistics phải thường xuyên tích lũy và cập nhật kiến thức về lĩnh vực pháp luật này.

Mục 3. PHÁP LUẬT VỀ THƯƠNG MẠI ĐIỆN TỬ TRONG GIAO DỊCH KINH DOANH QUỐC TẾ - TỔNG QUAN ^(*)

Đặt vấn đề

Cùng với sự bùng nổ của công nghệ thông tin và Internet,⁸⁹ kinh doanh quốc tế đã có một công cụ hữu hiệu để hỗ trợ và phát triển các hoạt động thương mại của nó, đó là thương mại điện tử. Thương mại điện tử - công cụ được mong đợi là sẽ mang lại tác động to lớn đến nền kinh tế, và trên thực tế chúng đã có sự tác động qua lại với nhau, còn có nhiều tên gọi khác, ví dụ: thương mại trực tuyến, thương mại trên mạng, thương mại phi giấy tờ, hay kinh doanh điện tử. Sự phát triển của thương mại điện tử và ảnh hưởng của nó đến thực tiễn thương mại đã trở thành một hiện tượng.⁹⁰ Nó giảm chi phí và tiết kiệm thời gian cho cả thương mại quốc tế lẫn thương mại nội địa - đó chính là đòi hỏi đặt ra đối với kinh doanh, do đó đã thu hút mạnh mẽ sự quan tâm của các cá nhân, các tập đoàn cũng như các chính phủ. Tuy nhiên, thương mại điện tử với đặc tính là không biên giới và vô hình, luôn làm phát

^(*) Tác giả: Hà Công Anh Báo, Thạc sĩ, Giảng viên, Trường Đại học Ngoại thương Hà Nội (FTU).

⁸⁹ Số lượng người sử dụng Internet từ năm 2000 đến 2011 tăng 480,4%, <http://www.internetworldstats.com/stats.htm>.

⁹⁰ Schimithopff, 'Chapter 33: Electronic Commerce and Electronic Data Interchange', trong sách *Export Trade: The Law and Practice of International Trade*, Thompson, tr. 858.

sinh nhiều vấn đề, đó là những tác động của công nghệ đến kinh tế, đạo đức và xã hội, đó là các cơ hội mới cho hành vi lừa đảo hoặc các tội phạm khác.⁹¹ Thương mại điện tử hiện còn thiếu khuôn khổ pháp luật để tạo nên quyền và nghĩa vụ cho các chủ thể⁹² tham gia sử dụng công nghệ này.⁹³ Một thương nhân sử dụng thương mại điện tử phải nhận biết được tất cả những vấn đề nêu trên để giảm thiểu rủi ro cho chính mình. Trong mục này sẽ đề cập những khía cạnh hài hoà hoá pháp luật trong một số vấn đề nhất định có liên quan đến thương mại điện tử nói chung, và hợp đồng thương mại điện tử và chữ kí điện tử nói riêng, theo các quy định của một số tổ chức quốc tế, bao gồm UNCITRAL, EU và ICC. Những vấn đề khác như giải quyết tranh chấp, luật áp dụng, bảo vệ dữ liệu và thông tin cá nhân, IPRs, pháp luật điều chỉnh tội phạm liên quan đến Internet sẽ không thuộc phạm vi của mục này.

1. Thương mại điện tử - Những vấn đề pháp lí và sự hài hoà hoá

A. Thương mại điện tử và trao đổi dữ liệu điện tử ('EDI')

Với sự phát triển của thương mại điện tử nói chung, EDI đã ngày càng được sử dụng phổ biến trong mô hình kinh doanh 'doanh nghiệp với doanh nghiệp' ('business-to-business' - viết tắt là 'B2B'). Mặc dù thường xuyên gây nên sự nhầm lẫn, nhưng thương mại điện tử và EDI là không giống nhau. Thương mại điện tử là thuật ngữ chung bao gồm cả EDI và các công nghệ liên lạc điện tử khác, ví dụ: thư điện tử và Internet.⁹⁴ EDI được định nghĩa là: 'Việc chuyển giao thông tin từ máy tính này sang máy tính khác của những giao dịch tiêu chuẩn theo một định dạng tiêu chuẩn nhất định, cho phép các bên tiếp nhận để thực hiện các giao dịch dự kiến'.⁹⁵ Mặt nổi bật nhất của EDI, đó là tạo ra môi trường trao đổi dữ liệu điện tử thuần túy - môi trường không có sự can thiệp của con người và các máy tính liên lạc trực tiếp với nhau trong suốt quá trình cung cấp và xử lí số liệu. Chức năng của EDI cực kì đa dạng và là trao đổi thông tin giữa các máy tính, do đó có

⁹¹ Sharon Curry, *An Inside Look at E-commerce Fraud - Prevention and Solutions*, (2000).

⁹² Các bên tham gia thương mại điện tử có thể là: Người mua, người bán, người cung ứng dịch vụ, nhưng thường được xem như là: Khách hàng, doanh nghiệp và chính phủ. Mặc dù có rất nhiều mô hình thương mại điện tử như B2C, B2B, B2G, C2B, C2C, C2G, G2B, G2C, G2G, nhưng nghĩa thực tế của thương mại điện tử thì chỉ đề cập đến mô hình B2B, xem: Michael Chissick và Alistair Kelman, *Electronic Commerce: Law and Practice*, Sweet & Maxwell, 3rd edn., London, (2002), tr. 143.

⁹³ Indira Carr, *supra*, tr. 103.

⁹⁴ Theo Liên hợp quốc, sáu công cụ của thương mại điện tử có thể là: Điện thoại, fax, ti-vi, thanh toán điện tử và hệ thống chuyên tiền, trao đổi dữ liệu điện tử và Internet.

⁹⁵ Sokol, *Electronic Data Interchange: The Competitive Edge*, McGraw-Hill, (1989).

thể làm thay đổi năng suất sản xuất của một công ty, với tốc độ xử lý các đơn đặt hàng và chuẩn bị hàng hoá để gửi đi nhanh hơn. Rào cản lớn nhất mà thương mại điện tử nói chung và EDI nói riêng phải vượt qua, đó là làm sao để hai hoặc nhiều bên có thể trao đổi dữ liệu với nhau, bởi vì mỗi bên sử dụng những máy tính và phần mềm khác nhau. Do đó, để loại bỏ tình huống mà các bên phải đàm phán các điều khoản, nội dung và cấu trúc của thông điệp trước khi họ có thể liên lạc với nhau, ở đây chưa đề cập đến vấn đề thương mại, thì cần phải có một tiêu chuẩn được quốc tế chấp nhận. Các ngành công nghiệp như công nghiệp mô-tô ở châu Âu đã tự xây dựng một tiêu chuẩn riêng trong ODETTE,⁹⁶ hoặc tiêu chuẩn ngành công nghiệp hoá học được quy định bởi CEFIC.⁹⁷ Sau đó, UNECE⁹⁸ và ISO⁹⁹ đã xây dựng những nguyên tắc UN/EDIFACT¹⁰⁰ và trở thành tiêu chuẩn chung toàn cầu cho cấu trúc thông điệp của EDI. EDIFACT hoạt động với nguyên tắc là các bên cần thiết lập những dạng thông điệp để các bên có thể được liên lạc, nhưng trong những dạng thông điệp này có mức độ linh hoạt cho phép người sử dụng có thể xác định yêu cầu riêng của họ. Để thuận tiện trong việc sử dụng EDI trong thương mại quốc tế, vào tháng 9/1987, ICC đã xây dựng nên một bộ nguyên tắc được biết dưới cái tên là UNCID và cũng được phê chuẩn bởi UNECE, với mục đích giúp người sử dụng EDI tham gia các hợp đồng liên lạc một cách công bằng (những thoả thuận trao đổi dữ liệu).¹⁰¹ Rất nhiều điều khoản trong Luật mẫu của UNCITRAL về thương mại điện tử sau này dựa trên những ý tưởng của UNCID. Sau khi ban hành UNCID (chỉ áp dụng đối với mạng khép kín),¹⁰² ICC tiếp tục ban hành các hướng dẫn mang tính quốc tế cho thương mại điện tử với mạng mở,¹⁰³ trong đó tập trung vào các vấn đề như các thiết bị xác thực, chính sách chứng thực, chứng nhận chìa khoá công khai và lưu trữ hồ sơ.

⁹⁶ Tổ chức trao đổi dữ liệu bằng truyền hình viễn thông châu Âu, <http://www.odette.org>.

⁹⁷ Conseil Européen des Fédérations de l'Industrie Chimique, <http://www.cefic.be>.

⁹⁸ Ủy ban kinh tế của Liên hợp quốc về châu Âu. Xem thêm: Troye, *The Development of Legal Issues of EDI under the European Union TEDIS Programmer* (1994).

⁹⁹ Tổ chức tiêu chuẩn quốc tế.

¹⁰⁰ Liên hợp quốc, Trao đổi thông điệp dữ liệu cho quản lý, thương mại và vận tải.

¹⁰¹ Andreas Mitrakas, *Open EDI and Law in Europe: A Regulatory Framework*, Kluwer Law International, Netherlands, (1997), tr. 170. UNCID được thiết kế chuyên biệt cho mạng khép kín và không đủ để tạo lập sự tin tưởng và tin cậy trong các mạng mở, sau này được xuất bản trong cuốn *General Usage for International Digitally Ensured Commerce (GUIDEC)* năm 1997 và tài liệu hướng dẫn *GUIDEC II* kèm theo vào năm 2001.

¹⁰² *GUIDEC General Usage for International Digitally Ensured Commerce*.

¹⁰³ Như trên.

B. Luật mẫu của UNCITRAL về thương mại điện tử năm 1996

Việc nghiên cứu về những vấn đề pháp lý liên quan đến thương mại quốc tế và thương mại điện tử sẽ là không hoàn chỉnh, nếu không biết đến những công trình của UNCITRAL. Một Luật mẫu đã được UNCITRAL soạn thảo vào năm 1996, trong bối cảnh chưa có những quy định thống nhất của pháp luật các nước trên toàn thế giới, trong đó một phần lớn liên quan đến vấn đề sử dụng kỹ thuật liên lạc hiện đại. Cùng với Luật mẫu này, một văn bản hướng dẫn đi kèm cũng được ban hành trong cùng năm. Mục đích của Luật mẫu này, bao gồm cả việc cho phép và tạo thuận lợi cho việc sử dụng thương mại điện tử, đồng thời đối xử bình đẳng giữa người sử dụng tài liệu bằng giấy tờ và người sử dụng dữ liệu qua máy tính, nhằm thúc đẩy nền kinh tế và tính hiệu quả trong thương mại quốc tế.¹⁰⁴ Luật mẫu này áp dụng với tất cả các loại thông tin dưới dạng một thông điệp dữ liệu¹⁰⁵ được sử dụng trong hoạt động thương mại.¹⁰⁶ Các nước có thể giới hạn phạm vi của thông điệp dữ liệu liên quan đến hoạt động thương mại quốc tế.¹⁰⁷ Tuy nhiên, trong văn bản hướng dẫn nêu khuyến nghị rằng Luật mẫu có thể được áp dụng càng rộng rãi càng tốt,¹⁰⁸ khi mà mục đích của nó là thúc đẩy tính chắc chắn của pháp luật. Ví dụ, rất nhiều thủ tục, được điều chỉnh bởi Luật mẫu (từ Điều 6 đến Điều 8), có thể cho phép giới hạn việc sử dụng thông điệp dữ liệu, nếu cần thiết.

Dựa vào Luật mẫu, nhiều nước thành viên của Liên hợp quốc đã ban hành văn bản pháp luật nước mình, với ý nghĩa là luật ‘khung’ về thương mại điện tử.¹⁰⁹

Kết cấu của Luật mẫu được chia làm hai phần với 17 điều khoản, phần thứ nhất đề cập đến thương mại điện tử nói chung, và phần còn lại đề cập đến thương mại điện tử trong một số hoạt động cụ thể, bao gồm:

- Phần I với ba chương: Chương I đề cập các nguyên tắc chung với 4 điều khoản về phạm vi áp dụng, giải thích từ ngữ có liên quan, giải

¹⁰⁴ Xem thêm: Mục đích của Luật mẫu, *UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce with Guide to Enactment* (1996), tr. 16.

¹⁰⁵ Thông điệp dữ liệu được định nghĩa ở Điều 2 của Luật mẫu.

¹⁰⁶ Điều 1, Luật mẫu.

¹⁰⁷ Như trên.

¹⁰⁸ Văn bản hướng dẫn, đoạn 29, tr. 25.

¹⁰⁹ Ví dụ, Úc (1999), Trung Quốc (2004), Pháp (2000), Xinh-ga-po (1998), các lãnh thổ của Vương quốc Anh và 48 bang của Hoa Kỳ. Các nước Đông Nam Á ban đầu chậm chạp trong việc áp dụng Luật mẫu, nhưng sự tiên phong của Thái Lan và Hàn Quốc đã khuyến khích các nước khác thông qua các văn bản pháp luật phù hợp với Luật mẫu. Việt Nam cũng đã ban hành Luật giao dịch điện tử 2005, về cơ bản dựa trên Luật mẫu.

thích luật và các trường hợp ngoại lệ theo thoả thuận của các bên. Chương II quy định các điều kiện luật định đối với thông điệp dữ liệu, với 6 điều khoản (từ Điều 5 đến Điều 10) công nhận giá trị pháp lí của thông điệp dữ liệu; về văn bản; chữ kí; bản gốc của thông điệp dữ liệu; tính xác thực và khả năng được chấp nhận của thông điệp dữ liệu. Chương III (từ Điều 11 đến Điều 15) đề cập đến thông tin liên lạc bằng thông điệp dữ liệu, ví dụ: giá trị pháp lí của thông điệp.

- Phần II bao gồm một chương với Điều 16 và Điều 17 liên quan đến một số hoạt động cụ thể, bao gồm vấn đề hợp đồng vận tải hàng hoá và chứng từ vận tải.

Cần lưu ý một số nội dung quan trọng sau đây của Luật mẫu:

- Khẳng định giá trị pháp lí của thông điệp dữ liệu, vì vậy nó đã loại bỏ và giải quyết được những rào cản từ những quy định khác nhau trong hệ thống pháp luật của các nước, về yêu cầu thông tin phải được thể hiện hoặc lưu giữ dưới dạng bản gốc của nó: là văn bản.
- Khẳng định rằng thông điệp dữ liệu thoả mãn những yêu cầu của một văn bản.
- Về chữ kí điện tử (Điều 7), Luật đã khẳng định là nó có giá trị tương đương với chữ kí truyền thống, nếu nó đáp ứng những yêu cầu tại các khoản 1(a) và 1(b) Điều 7.¹¹⁰ Hơn nữa, chữ kí điện tử không chỉ sử dụng nhằm mục đích nhận dạng mà còn để mã hoá một tài liệu.¹¹¹ Ngoài ra, để hỗ trợ cho giá trị pháp lí của thông điệp dữ liệu, Điều 8 và Điều 9 quy định không được từ chối bản gốc; chấp nhận và bằng chứng của thông điệp dữ liệu.
- Điều 11 quy định công nhận việc giao kết và giá trị của hợp đồng điện tử:

Trong bối cảnh giao kết hợp đồng, trừ trường hợp các bên có thoả thuận khác, chào hàng và chấp nhận chào hàng được phép thể hiện bằng phương tiện thông điệp dữ liệu. Khi một thông điệp dữ liệu

¹¹⁰ Điều 7.1:

(a) Có sử dụng một phương pháp nào đó để xác minh được người ấy, và chứng tỏ được sự xác nhận của người ấy về thông tin chứa đựng trong thông điệp dữ liệu đó;

(b) Phương pháp ấy là đủ tin cậy với nghĩa là thích hợp cho mục đích mà theo đó thông điệp dữ liệu ấy đã được tạo ra và truyền đi, tính đến tất cả các tình huống, bao gồm cả các thoả thuận bất kì có liên quan.

¹¹¹ Văn bản hướng dẫn, Chương 4, Đoạn 126, tr. 28.

được sử dụng trong việc giao kết hợp đồng, thì giá trị và hiệu lực thi hành của hợp đồng đó không thể bị phủ nhận chỉ với lí do rằng đã sử dụng một thông điệp dữ liệu vào mục đích ấy.

Mặc dù không thể bao quát hết tất cả khía cạnh của hợp đồng, nhưng Điều 11 này là nền tảng pháp lí cho những giao dịch kinh doanh quốc tế được thiết lập bởi thương mại điện tử, và không phải lo ngại rằng hiệu lực pháp lí và giá trị của giao dịch này sẽ bị phủ nhận, chỉ bởi vì nó được sử dụng hoàn toàn trong môi trường thông điệp (Điều 12).

- Sự điều chỉnh về thời gian và địa điểm của việc gửi/nhận thông điệp có thể làm chấm dứt sự xung đột giữa nguyên tắc ‘tổng phát’ trong hệ thống luật common law với các hệ thống pháp luật khác. Gửi một thông điệp dữ liệu, nghĩa là khi thông điệp ấy bước vào một hệ thống thông tin nằm ngoài sự kiểm soát của người khởi tạo, và thời điểm nhận được thông điệp dữ liệu được xác định khi thông điệp dữ liệu đó vào hệ thống thông tin của người nhận.¹¹²
- Trong Phần II, Luật mẫu cung cấp khuôn khổ pháp lí cho giao dịch vận tải hàng hoá sử dụng chứng từ vận tải điện tử, như vận đơn hàng không, vận đơn đường biển, chứng từ vận tải đa phương thức và thuê tàu chuyên, vì vậy nó không chỉ áp dụng trong lĩnh vực hàng hải mà còn các lĩnh vực vận tải khác.¹¹³

Tất cả các nội dung nói trên đã khẳng định giá trị pháp lí của thông điệp dữ liệu, hợp đồng điện tử và chữ kí điện tử. Đó là khẳng định mang tính chất nền tảng cho việc công nhận và sử dụng thương mại điện tử. Mặc dù Luật mẫu không có giá trị pháp lí như điều ước, và có lẽ nó không dẫn tới sự thống nhất luật, nhưng nó là tài liệu có giá trị để UNCITRAL và các nước tiếp tục nghiên cứu sâu hơn và ban hành các văn bản pháp lí khác về thương mại điện tử.

C. Chỉ thị của EU về thương mại điện tử

Châu Âu là một trong những khu vực đi đầu trong việc phát triển thương mại điện tử. Để tạo ra môi trường pháp lí cho hoạt động này, năm 1997, tài liệu mang tên ‘Sáng kiến châu Âu trong thương mại điện tử’ (‘A European Initiative in Electronic Commerce’) đã được Uỷ ban châu Âu ban hành. Dựa

¹¹² Điều 15 Luật mẫu.

¹¹³ Bao gồm: Đường bộ, đường không, đường sắt và vận tải đa phương thức.

vào tài liệu đầu tiên này, rất nhiều quy định đã được ban hành sau đó, trong số đó là Chỉ thị số 2000/31/EC về một số quy định liên quan đến những khía cạnh của dịch vụ xã hội thông tin, về thương mại điện tử nói riêng trong thị trường chung. Mục đích của Chỉ thị này nhằm đưa ra khuôn khổ pháp luật nói chung bao trùm tất cả các khía cạnh pháp lý về thương mại điện tử, để bảo đảm sự tự do dịch chuyển của ‘dịch vụ xã hội thông tin’¹¹⁴ giữa các nước thành viên và bảo vệ khách hàng trực tuyến.

Kết cấu của Chỉ thị bao gồm 4 chương với 24 điều khoản. Sau đây là một số điểm cơ bản của Chỉ thị:

- Điều 1 của Chỉ thị nhấn mạnh rằng phạm vi điều chỉnh không bao gồm vấn đề thuế và luật về các-ten (thỏa thuận hạn chế cạnh tranh),¹¹⁵ và ủng hộ dịch chuyển tự do của dịch vụ xã hội thông tin, theo đó Điều 4 loại bỏ thủ tục cho phép trước của các nước thành viên. Chỉ thị quy định rằng những thông tin của người nhận dịch vụ và cơ quan có thẩm quyền phải cung cấp là: Tên, địa chỉ đăng ký và các chi tiết khác.¹¹⁶
- Những vấn đề về hợp đồng được đề cập ở Điều 9 như sau: Yêu cầu tất cả các nước thành viên phải thừa nhận giá trị của hợp đồng điện tử, không gây cản trở cho việc sử dụng các hợp đồng điện tử hay loại bỏ hiệu lực pháp lý và giá trị của những hợp đồng này chỉ vì chúng được giao kết bằng phương tiện điện tử. Một số loại hợp đồng nằm ngoài phạm vi điều chỉnh¹¹⁷ mặc dù sự loại trừ này không liên quan đến phạm vi của Chỉ thị này, và địa điểm chào hàng¹¹⁸ cũng được đề cập. Với điều khoản này thì hợp đồng điện tử ở châu Âu có thể có giá trị không chỉ ở từng nước thành viên EU, mà còn có giá trị trên toàn bộ lãnh thổ EU. Quy định này cũng giống với Luật mẫu về thương mại điện tử của UNCITRAL về hợp đồng điện tử.
- Trách nhiệm pháp lý của bên thứ ba là người cung ứng dịch vụ cũng được quy định trong Phần 4 của Chỉ thị, nhằm giúp các bên liên

¹¹⁴ Dịch vụ xã hội thông tin bao gồm các dịch vụ cung ứng bình thường như tiền thù lao, với một khoảng cách, bằng các phương tiện điện tử cho quá trình (bao gồm cả nền kỹ thuật số) và lưu trữ dữ liệu và theo yêu cầu cá nhân của người sử dụng dịch vụ. Xem: Phụ lục V của Chỉ thị số 98/34/EC để rõ hơn về dịch vụ xã hội thông tin. Khoản 5 Điều 1 của Chỉ thị này đã đưa một số loại dịch vụ xã hội thông tin ra ngoài phạm vi điều chỉnh của nó.

¹¹⁵ Khoản 5 Điều 1 của Chỉ thị 2000/31/EC.

¹¹⁶ Điều 5 của Chỉ thị 2000/31/EC.

¹¹⁷ Khoản 2 Điều 9 của Chỉ thị 2000/31/EC.

¹¹⁸ Điều 11 của Chỉ thị 2000/31/EC.

quan có thể biết được quyền và nghĩa vụ của những người cung ứng dịch vụ Internet.

- Vấn đề thực thi cũng được quy định tại Điều 20 của Chỉ thị: Các nước thành viên được tự do xác định chế tài đối với hành vi vi phạm các quy định pháp luật trong nước được soạn thảo và thông qua trên cơ sở của Chỉ thị này.

Luật mẫu về thương mại điện tử của UNCITRAL và Chỉ thị của EU chỉ điều chỉnh một số vấn đề về tạo thuận lợi cho giao dịch điện tử. Một vấn đề phức tạp khác trong thương mại điện tử là chữ kí điện tử - là công cụ hỗ trợ cho tính xác thực và chứng thực của một thông điệp, cũng được UNCITRAL và EU quan tâm và soạn thảo luật để điều chỉnh. Phần tiếp theo sẽ nghiên cứu một số quy định của các luật về vấn đề này.

2. Chữ kí điện tử

A. UNCITRAL - Luật mẫu về chữ kí điện tử

Năm năm sau khi ban hành Luật mẫu về thương mại điện tử, vào ngày 5/7/2001¹¹⁹, UNCITRAL đã thông qua Luật mẫu khác liên quan cụ thể đến các vấn đề về chữ kí điện tử, đó là Luật mẫu về chữ kí điện tử. Mục đích của Luật mẫu này là mở rộng những nguyên tắc đã được nêu ra trong Điều 7 của Luật mẫu về thương mại điện tử trong việc khuyến khích sử dụng các biện pháp điện tử tương đương để thay thế chữ kí tay.¹²⁰ Phạm vi của Luật mẫu bao gồm các hoạt động thương mại,¹²¹ và nó không hướng tới việc loại bỏ luật bảo vệ người tiêu dùng.¹²² Luật mẫu bao gồm 12 điều khoản với các nội dung chính sau đây:

- Thừa nhận giá trị pháp lí của chữ kí điện tử;
- Đưa ra những điều kiện tin cậy để một chữ kí điện tử có hiệu lực pháp lí.¹²³ Một chữ kí được xem là tin cậy, nếu dữ liệu tạo ra chữ kí đó được liên kết chỉ với người tạo ra nó chứ không với ai khác, và dữ liệu tạo ra chữ kí đó tại thời điểm kí phải dưới sự kiểm soát của

¹¹⁹ Được phê duyệt bởi Đại hội đồng, xem tài liệu A/Res/56/80, ngày 24/02/2002.

¹²⁰ Chữ kí điện tử có nghĩa rộng hơn với chữ kí số. Chữ kí điện tử có thể là một chữ kí số, một hình ảnh được số hoá và một hình ảnh của chữ kí bằng tay dựa vào sinh trắc học như một vân tay hoặc tròng mắt được quét bằng máy.

¹²¹ Hoạt động thương mại ở đây được giải thích theo nghĩa rộng. Xem thêm: Điều 1 của Luật mẫu về chữ kí điện tử.

¹²² Như trên.

¹²³ Như trên, Điều 6.

người kí chữ không phải ai khác, tất cả các thay thế chữ kí điện tử sau thời điểm kí đều phải được phát hiện.

- Chỉ thị cũng quy định trách nhiệm của các bên liên quan, bao gồm: Người kí; người chấp nhận chữ kí điện tử và người cung ứng dịch vụ chứng nhận chữ kí điện tử hay còn gọi là bên thứ ba.¹²⁴
- Nhận thức được vai trò của chữ kí điện tử và chứng thực chữ kí điện tử trong thương mại quốc tế, Điều 12 quy định rằng trong việc xác định phạm vi có hiệu lực pháp lí của chữ kí điện tử và chứng thực chữ kí điện tử, sẽ không xem xét về vị trí địa lí nơi nó được tạo ra, hoặc nơi cư trú của người sử dụng chữ kí điện tử; tiếp theo, chữ kí điện tử có giá trị pháp lí tương đương với chữ kí tay, bất kể nó có được kí ở nước thành viên kí kết hay không.

Với nội dung trên, Luật mẫu đã đưa ra những quy định để loại bỏ sự phân biệt và các rào cản trong việc sử dụng chữ kí điện tử. Nó tạo ra niềm tin trong giao dịch kinh doanh quốc tế khi sử dụng chữ kí điện tử. Trên một mặt cụ thể nào đó, Luật mẫu đã đóng góp cho việc hài hoà hoá các quy định về chữ kí điện tử và nó sẽ trở thành công cụ hữu ích cho các nước soạn thảo các văn bản pháp luật của nước mình.

B. Chỉ thị của EU về chữ kí điện tử

Nhận thức được tầm quan trọng và sự phức tạp của chữ kí điện tử trong giao dịch kinh doanh quốc tế, vào ngày 19/02/2000, Ủy ban châu Âu đã ban hành Chỉ thị số 1999/93/EC liên quan đến khuôn khổ pháp lí về chữ kí điện tử của Cộng đồng, với những nội dung tương tự Luật mẫu về chữ kí điện tử của UNCITRAL. Tuy nhiên, phạm vi điều chỉnh của Chỉ thị này chỉ nhằm khuyến khích sự phát triển của thị trường nội khối, bao gồm các nhu cầu của khách hàng. Tại Điều 5, Chỉ thị nhấn mạnh rằng: ‘Tất cả các nước thành viên phải đảm bảo rằng giá trị pháp lí, việc công nhận như bằng chứng pháp lí của một chữ kí điện tử, không thể bị phủ nhận chỉ vì lí do chữ kí này được thể hiện dưới dạng điện tử’. Điều này cho thấy chữ kí điện tử có giá trị tương đương như chữ kí tay. Để làm rõ hơn về chữ kí điện tử, Chỉ thị này đưa ra định nghĩa về chữ kí điện tử cao cấp (advanced electronic signature),¹²⁵ bao gồm những

¹²⁴ Như trên, xem: Điều 2 - những định nghĩa; Điều 8 và Điều 9 quy định trách nhiệm cụ thể cho các bên.

¹²⁵ Chỉ thị EU về chữ kí điện tử, định nghĩa ở Điều 2 như sau:

quy định mà một chữ kí điện tử thường phải đáp ứng để được tin cậy.

Cũng giống như Chỉ thị của EU về thương mại điện tử, Chỉ thị này cũng đảm bảo sự tự do dịch chuyên của dịch vụ. Các nước thành viên không thể tạo ra các quy định theo đó đòi hỏi việc cung ứng dịch vụ chứng nhận chữ kí điện tử cần phải có sự cho phép trước của cơ quan có thẩm quyền,¹²⁶ nhưng cho phép các nước ‘giới thiệu hoặc duy trì những các đề án công nhận tự nguyện, nhằm mục đích nâng cao cấp độ của những quy định về dịch vụ chứng nhận,¹²⁷ với điều kiện là các dự án đó phải “khách quan, minh bạch, tương xứng và không phân biệt đối xử”’.

Trên cơ sở phân biệt hai khái niệm ‘chứng nhận’ và ‘chứng nhận chất lượng cao’¹²⁸, Chỉ thị quy định trách nhiệm và yêu cầu của người cung ứng dịch vụ ‘chứng nhận chất lượng cao’ ở Phụ lục II. Theo đó, họ phải chứng minh được sự tin cậy của sự chứng nhận¹²⁹ và quản lí hệ thống, năng lực của đội ngũ nhân sự, và dịch vụ mà họ cung ứng. Họ cũng phải chịu trách nhiệm đối với những thiệt hại gây ra cho những tổ chức hay cá nhân¹³⁰ đã tin tưởng vào sự chứng nhận mà họ cung ứng.¹³¹ Bên cạnh đó, Chỉ thị cũng đưa ra những quy định liên quan đến yếu tố quốc tế, để chấp nhận ‘chứng nhận chất lượng cao’ do người cung cấp dịch vụ chứng nhận lập ở một bên thứ ba.¹³²

Việc bảo vệ dữ liệu là vấn đề mới xuất hiện và được đề cập trong Chỉ thị của EU về chữ kí điện tử. Điều 8 yêu cầu các nước thành viên phải bảo đảm rằng người cung ứng dịch vụ chứng nhận phải tuân thủ Chỉ thị số 95/96¹³³ về bảo vệ cá nhân liên quan đến quá trình tạo dữ liệu cá nhân và sự tự do dịch chuyên của dữ liệu. Vì vậy, những người cung ứng dịch vụ chứng nhận chỉ có thể tập hợp dữ liệu trực tiếp từ chủ thể của dữ liệu hoặc sau khi có sự cho phép của họ.

... [M]ột chữ kí điện tử phải đáp ứng những yêu cầu sau đây:

- (a) Chữ kí phải gắn liền với một người kí;
- (b) Người kí phải được xác minh cụ thể;
- (c) Chữ kí phải được tạo ra bằng các cách thức mà người kí có thể hoàn toàn kiểm soát được;
- (d) Chữ kí phải được gắn liền với những dữ liệu đi liền với nó sao cho có thể loại trừ mọi sự sửa đổi dữ liệu.

¹²⁶ Như trên, khoản 1 Điều 3.

¹²⁷ Như trên, khoản 2 Điều 3.

¹²⁸ Xem: Định nghĩa tại Điều 2 và các yêu cầu cho ‘chứng nhận chất lượng cao’ ở Phụ lục I.

¹²⁹ Xuất phát từ việc nhận dạng người chứng nhận thông qua sự bảo vệ và tin cậy của hệ thống và sản phẩm được sử dụng.

¹³⁰ Bao gồm pháp nhân và cá nhân.

¹³¹ Chỉ thị của EU, khoản 1 Điều 6.

¹³² Như trên, Điều 7.

¹³³ Chỉ thị số 95/46/EC của Nghị viện châu Âu và Hội đồng châu Âu ngày 24/10/1995.

3. Công ước của Liên hợp quốc về sử dụng phương tiện điện tử trong hợp đồng quốc tế 2005

Hai luật mẫu về thương mại điện tử và chữ kí điện tử đã được UNCITRAL ban hành. Năm 2005, Đại hội đồng Liên hợp quốc tiếp tục thông qua Công ước về sử dụng phương tiện điện tử trong hợp đồng quốc tế. Đây là Công ước đầu tiên xây dựng khuôn khổ pháp lí về kí kết và thực thi hợp đồng điện tử quốc tế. Nền tảng của Công ước này là phê chuẩn việc sử dụng phương tiện điện tử trong thương mại quốc tế.¹³⁴ Công ước này có mối quan hệ chặt chẽ với CISG và Luật mẫu về thương mại điện tử 1996.¹³⁵ Công ước bao gồm 25 điều khoản được quy định trong 4 chương, và chỉ áp dụng đối với những hợp đồng giữa các bên có trụ sở thương mại ở các nước khác nhau, mà không quan tâm đến quốc tịch của các bên hoặc tính chất thương mại hay dân sự của hợp đồng,¹³⁶ với những lĩnh vực được loại trừ trong Điều 2 của Công ước.¹³⁷ Công ước là một bước đi tích cực trong việc giải quyết và làm rõ ràng các vấn đề cần thiết, như về thời gian và địa điểm gửi và nhận phương tiện điện tử, cũng như ý nghĩa của hệ thống tự động trong giao kết hợp đồng. Một số vấn đề của Công ước cần được biết như sau:

- Định nghĩa về hợp đồng điện tử được hiểu với ý nghĩa rộng hơn, không chỉ đơn thuần là hợp đồng mua bán hàng hoá mà còn là những cam kết của các bên, ví dụ: thoả thuận về trọng tài.
- Để xác định địa điểm của các bên - đây là vấn đề quan trọng để xác định hợp đồng được kí kết ở đâu. Điều 6 chỉ ra rằng trong trường hợp không xác định được địa điểm kinh doanh, hoặc có nhiều hơn một địa điểm kinh doanh, thì địa điểm kinh doanh sẽ là nơi 'có mối quan hệ gần gũi nhất với hợp đồng, xét trong từng hoàn cảnh', tại thời điểm hợp đồng được lập.
- Giá trị pháp lí của phương tiện điện tử được thể hiện tại Điều 8, theo đó một sự liên lạc hoặc một hợp đồng sẽ không bị phủ nhận

¹³⁴ Amelia H. Boss, Wolfgang Kilian, *United Nations Convention on the Use of Electronic Communication in International Contracts - An In-depth Guide and Sourcebook*, Kluwer Law, Netherlands, (2008), tr. 4.

¹³⁵ Bởi vì Công ước chỉ đề cập về khía cạnh sử dụng phương tiện điện tử trong thương mại quốc tế, còn các khía cạnh khác vẫn được điều chỉnh bởi luật nội dung như CISG hoặc luật quốc gia.

¹³⁶ Công ước, Điều 1.

¹³⁷ Những hợp đồng vì mục đích cá nhân hay gia đình; những giao dịch liên quan đến các quy định về ngoại hối; chuyển tiền liên ngân hàng; và chuyển quyền trong chứng khoán; hoá đơn chuyển tiền, vận đơn, giấy nhận kho hoặc bất kì giấy tờ chuyển nhượng nào liên quan đến việc giao và trả tiền đối với hàng hoá.

giá trị pháp lí hoặc hiệu lực thực thi chỉ bởi vì nó được lập dưới dạng một phương tiện điện tử.

- Điều 9 đảm bảo rằng không có một phương tiện hoặc một hợp đồng nào bắt buộc phải được lập hoặc chứng minh bởi một hình thức cụ thể, và Công ước không yêu cầu rằng một phương tiện hoặc hợp đồng phải được thực hiện dưới dạng văn bản hoặc tạo ra một hậu quả khi không có văn bản, và phương tiện điện tử cũng đáp ứng những yêu cầu đó.
- Thời gian và địa điểm để gửi và nhận được quy định trong Điều 10 như sau: Khi một thông tin rời khỏi (gửi đi) và đến hệ thống của người nhận, và có khả năng lấy lại (khôi phục) được (nhận được).
- Công ước chỉ áp dụng đối với các giao dịch điện tử và hợp đồng điện tử giữa ‘doanh nghiệp với doanh nghiệp’ (‘business-to-business’ - viết tắt là ‘B2B’). Những hợp đồng được thực hiện bởi ‘khách hàng với khách hàng’ (‘customer-to-customer’ - viết tắt là ‘C2C’); ‘khách hàng với doanh nghiệp’ (‘customer-to-business’ - viết tắt là ‘C2B’); và ‘doanh nghiệp với khách hàng’ (‘business-to-customer’ - viết tắt là ‘B2C’) nằm ngoài phạm vi điều chỉnh của Công ước này.

Công ước đã hướng tới việc tạo thuận lợi cho hài hoà hoá pháp luật của các nước về sử dụng phương tiện điện tử trong hợp đồng quốc tế.

4. Pháp luật Việt Nam về thương mại điện tử

Vào tháng 11/1997, Internet đã xuất hiện ở Việt Nam và phát triển với tốc độ rất nhanh. Tuy nhiên, cho đến năm 2004, mới chỉ có một số giao dịch được thành lập theo mô hình ‘doanh nghiệp với khách hàng’ (‘business-to-customer’ - viết tắt là ‘B2C’), hầu hết trong số đó là giải quyết các thủ tục hành chính và trao đổi thông tin.¹³⁸ Để phát triển thương mại điện tử, Việt Nam đã kí Hiệp định khung e-ASEAN,¹³⁹ theo đó cam kết phát triển cơ sở hạ tầng thông tin của ASEAN. Để tạo thuận lợi cho thương mại điện tử, Việt Nam cũng xây dựng khuôn khổ pháp luật với những nghị định, thông tư, quyết định, chỉ thị để hướng dẫn và ủng hộ cho sự phát triển của thương mại điện tử. Nền tảng quan trọng cho sự phát triển của khuôn khổ pháp luật về thương mại điện tử chính là Luật giao dịch điện tử với 54 điều khoản

¹³⁸ GS.TS. Nguyễn Thị Mơ, *Cẩm nang hợp đồng điện tử*, Nxb. Lao động, Việt Nam, (2005), tr. 133.

¹³⁹ Tại kì họp lần thứ 4 của ASEAN ở Xin-ga-po, ngày 22-25/12/2000.

được quy định trong 8 chương, được ban hành ngày 29/11/2005. Phạm vi áp dụng của Luật rất rộng, bao gồm tất cả các giao dịch điện tử trong lĩnh vực hành chính, dân sự và thương mại.¹⁴⁰ Định nghĩa về hợp đồng điện tử¹⁴¹; giao dịch hợp đồng điện tử¹⁴² và các quy định về giao dịch điện tử¹⁴³ đã được đề cập. Luật cũng nhấn mạnh rằng giá trị pháp lý của giao dịch điện tử không thể bị phủ nhận chỉ vì nó là thông điệp dữ liệu.¹⁴⁴ Hơn nữa, chữ kí điện tử, các quy định sử dụng chữ kí điện tử, dịch vụ chứng nhận chữ kí điện tử cũng được quy định trong luật. Có thể nói, luật giao dịch điện tử được soạn thảo dựa trên sự kết hợp của những luật mẫu và công ước mà chúng ta vừa đề cập ở trên. Mặc dù, Luật giao dịch điện tử không thể bao trùm hết tất cả các lĩnh vực của thương mại điện tử, nhưng nó là nền tảng cơ bản để xây dựng những nghị định và các văn bản hướng dẫn khác¹⁴⁵ nhằm điều chỉnh hoạt động thương mại điện tử ở Việt Nam.

Kết luận

Mục này đã giới thiệu tổng quan các khía cạnh pháp lý về thương mại điện tử được quy định trong Luật mẫu của UNCITRAL, Chỉ thị của EU, cũng như Hướng dẫn của ICC trong nỗ lực hài hoà hoá pháp luật các nước về thương mại điện tử trong giao dịch kinh doanh quốc tế nói chung và chữ kí điện tử, hợp đồng điện tử nói riêng. Nền tảng của sự hài hoà hoá này là thừa nhận giá trị pháp lý của việc sử dụng phương tiện điện tử trong thương mại quốc tế, đồng thời loại bỏ những phân biệt, rào cản để phát triển thương mại điện tử. Trong tương lai, với sự phát triển nhanh chóng của công nghệ số và sự mở rộng của mạng lưới máy tính, thương mại điện tử sẽ được sử dụng ngày càng nhiều trong các giao dịch kinh doanh quốc tế. Vì vậy, những quy tắc này sẽ là nền tảng để các nước soạn thảo khuôn khổ pháp luật nhằm phát triển thương mại điện tử.

¹⁴⁰ Điều 1 Luật giao dịch điện tử 2005.

¹⁴¹ Như trên, Điều 33.

¹⁴² Như trên, Điều 37.

¹⁴³ Như trên, Điều 36.

¹⁴⁴ Như trên, Điều 34.

¹⁴⁵ Việt Nam đã ban hành Thông tư số 09/2008/TT-BCT ngày 21/7/2008 về giao dịch hợp đồng trên website thương mại điện tử; Nghị định số 106/2011/NĐ-CP về sửa đổi và bổ sung một số điều khoản của Nghị định số 26/2007/NĐ-CP hướng dẫn chi tiết về thi hành Luật giao dịch điện tử, cung cấp dịch vụ chứng thực chữ kí điện tử và các văn bản pháp luật chuyên ngành khác.

Tóm tắt Chương 6

Chương này nêu tổng quát các nguồn luật điều chỉnh ba lĩnh vực quan trọng trong giao dịch kinh doanh quốc tế: Nhượng quyền thương mại (Franchising), logistics và thương mại điện tử. Trước mỗi phần chính của Chương, các tác giả cung cấp thông tin cơ bản về franchising, logistics và thương mại điện tử. Một điều cần lưu ý là Chương này không thể trình bày tất cả các quy định pháp luật liên quan đến ba lĩnh vực nêu trên. Tuy nhiên, trên cơ sở các nguồn luật được đưa ra, sinh viên và người làm việc trong các lĩnh vực này có thể nghiên cứu thêm để xác định và tìm kiếm những quy định điều chỉnh một giao dịch trong lĩnh vực liên quan.

Câu hỏi/Bài tập

1. *Business format franchising* và *product and trade name franchising* khác nhau như thế nào?
2. Hãy trình bày các hình thức xâm nhập thị trường cơ bản trong franchising?
3. Các nguồn luật có thể ảnh hưởng đến franchising quốc tế là gì?
4. Theo pháp luật về nhượng quyền thương mại của Việt Nam, người nhượng quyền nước ngoài phải thoả mãn những yêu cầu pháp luật nào, nếu họ muốn mở rộng thị trường vào Việt Nam?
5. Xác định trách nhiệm của người chuyên chở trong các công ước quốc tế về vận tải (đường sắt, đường ô-tô, đường biển, hàng không, vận tải đa phương thức) theo ba tiêu chí sau đây: Cơ sở trách nhiệm; thời hạn trách nhiệm; và giới hạn trách nhiệm.
6. Thương mại điện tử là gì? Sự khác nhau giữa EDI (Trao đổi dữ liệu điện tử) và thương mại điện tử là gì?
7. So sánh phạm vi điều chỉnh của Luật mẫu UNCITRAL với Chỉ thị của EU về thương mại điện tử.
8. Trình bày trách nhiệm và yêu cầu của người cung ứng dịch vụ xác nhận chữ ký điện tử theo Chỉ thị của EU về chữ ký điện tử.
9. Một công ty Việt Nam có trụ sở ở Hà Nội nhập khẩu máy điều hoà không khí (máy công suất lớn dùng cho công nghiệp) từ Xinh-ga-po theo điều kiện FOB cảng Xinh-ga-po (INCOTERMS 2010). Hàng hoá sẽ được vận tải bằng đường biển. Hãy mô tả dòng hàng hoá của giao dịch trên, cũng như các hoạt động logistics và luật quốc tế điều chỉnh các hoạt động nêu trên.
10. Ông Phi-líp là thương nhân có trụ sở công ty tại Đức. Trong một

chuyến bay từ Bắc Kinh đến Luân-đôn, ông đặt mua 1.000 chiếc đồng hồ qua website alibaba.com. Hãy xác định thời gian và địa điểm kí kết hợp đồng này?

11. Ông Nam là người Việt Nam. Công ty của ông có trụ sở tại Pa-ri và kí hợp đồng điện tử với một công ty khác ở Niu Y-oóc. Luật nào về thương mại điện tử trình bày trong chương này sẽ điều chỉnh giao dịch này?

Tài liệu cần đọc

1. F. N. Burton và A. R. Cross, 'Franchising and Foreign Market Entry', trong sách của Stanley J. Paliwoda và John K. Ryans (chủ biên), *International Marketing Reader* (1995).
2. R. H. Ballou, *Business Logistics/Supply Chain Management: Planning, Organizing, and Controlling the Supply Chain* (2004).
3. J. T. Mentzer, *Fundamentals of Supply Chain Management: Twelve Drivers of Competitive Advantage* (2004).
4. D. J. Bowersox và các tác giả khác, *Supply Chain Logistics Management* (2010).
5. Schmitthopff, 'Chapter 33: Electronic Commerce and Electronic Data Interchange', *Export Trade: the Law and Practice of International Trade*, Thompson.

Websites hữu ích

<http://www.aseansec.org>

<http://www.bws.dk>

<http://www.cscmp.org/aboutcscmp/definitions.asp>.

<http://www.admiraltylawguide.com/interconv.html#CG>

<http://europa.eu>

<http://www.intertradelaw.hlu.edu.vn>

CHƯƠNG 7

GIẢI QUYẾT TRANH CHẤP THƯƠNG MẠI QUỐC TẾ GIỮA CÁC THƯƠNG NHÂN

Mục 1. GIỚI THIỆU (*)

Trong một nền kinh tế thế giới năng động như hiện nay, thể hiện sinh động bởi sự bùng nổ các quan hệ thương mại quốc tế, thì số lượng những vụ tranh chấp thương mại quốc tế tăng nhanh là điều dễ hiểu. Những tranh chấp thương mại quốc tế, với đặc trưng là tính pháp lý phức tạp, quá trình giải quyết kéo dài và chi phí rất tốn kém, nếu xảy ra thì thường đem đến những khó khăn to lớn cho các bên tranh chấp. Khi các bên kí kết hợp đồng thương mại quốc tế, điều mà họ phải cân nhắc trước tiên, nhằm giảm bớt sự khắc nghiệt của tranh chấp, là phương thức nào sẽ được áp dụng để giải quyết tranh chấp, một khi tranh chấp xảy ra. Họ có thể chọn một phương thức giải quyết tranh chấp, trước hoặc trong quá trình giải quyết tranh chấp, sau khi đã cân nhắc kĩ những ưu, nhược điểm của từng phương thức, tính tương thích của từng phương thức đối với từng quan hệ thương mại cụ thể, cũng như xem xét cơ sở pháp lý, kinh tế và thương mại của tranh chấp đó. Cho tới nay, các bên tranh chấp có thể sử dụng một số phương thức phổ biến để giải quyết các tranh chấp thương mại quốc tế, ví dụ: thương lượng, trung gian/hoà giải, trọng tài và tranh tụng trước toà án. Theo phương thức truyền thống, các bên đưa tranh chấp của họ ra toà án tại một địa phương được lựa chọn, và tranh chấp sẽ được giải quyết theo các quy định pháp luật nghiêm ngặt. Tuy nhiên, các bên hiện nay ngày càng sử dụng thịnh hành các phương thức giải quyết tranh chấp thay thế tranh tụng trước toà án (viết tắt là 'ADR'). Do vậy, các bên có thể thoả thuận trong hợp đồng việc sử dụng các phương thức ADR không mang tính ràng buộc, ví dụ: thương lượng, trung

(*) Tác giả của các Mục 1, 2, 3, 4, và 5: Trịnh Đức Hải, Tiến sĩ, Chuyên gia tư vấn pháp luật cao cấp, Công ty Luật Gide Loyrette & Nouel.

gian/hoà giải. Nếu các phương thức này thất bại, họ sẽ sử dụng phương thức ADR mang tính ràng buộc, ví dụ: trọng tài. Cũng cần nhấn mạnh rằng trọng tài đang là phương thức chủ đạo để giải quyết các tranh chấp thương mại quốc tế giữa các bên tư nhân,¹ vì trên thực tế, các bên không thể có được nhiều lợi ích, nếu sử dụng phương thức tranh tụng trước tòa án.² Hơn thế nữa, các bên có thể tận dụng các phương thức ADR không mang tính ràng buộc khác, như thương lượng, trung gian/hoà giải để trợ giúp phương thức trọng tài hoặc tranh tụng trước tòa án, nhằm đạt được kết quả có lợi hơn cho các bên tranh chấp.

Mục 2 của Chương này sẽ giới thiệu sơ bộ lần lượt từng phương thức giải quyết tranh chấp thương mại quốc tế, bao gồm: thương lượng, trung gian/hoà giải, trọng tài và tranh tụng trước tòa án, và quyền lựa chọn luật áp dụng của các bên tranh chấp. Đồng thời, Mục 2 cũng nhằm đưa ra một số khuyến nghị đối với các bên tranh chấp khi lựa chọn các phương thức này để giải quyết tranh chấp thương mại quốc tế của họ.

Tuy nhiên, lựa chọn được phương thức giải quyết tranh chấp không có nghĩa rằng tranh chấp đó sẽ được giải quyết theo cách mà các bên mong muốn. Quy trình và kết quả giải quyết tranh chấp còn phụ thuộc rất nhiều vào tính hiệu quả của quyền tài phán và luật áp dụng (bao gồm cả luật hình thức và luật nội dung). Trong tranh tụng trước tòa án, luật điều chỉnh gần như chắc chắn là luật dựa trên quyền tài phán của tòa án đó, mặc dù trong một số vụ việc, luật nước ngoài có thể được áp dụng, nếu tòa án đó cho là cần thiết. Điều này có nghĩa là sự lựa chọn quyền tài phán của các bên tranh chấp đồng nghĩa với việc họ ngầm chọn luật áp dụng để giải quyết tranh chấp. Thực ra, trong trường hợp này, luật áp dụng được chọn là luật quốc gia, theo đó quy phạm xung đột của luật quốc gia này sẽ được viện dẫn để giải quyết vụ việc. Điều này chứng tỏ rằng quy trình giải quyết tranh chấp bằng phương thức tranh tụng tại tòa án không dễ dự đoán và cũng không rõ ràng. Theo phương thức trọng tài, tình hình lại hơi khác một chút. Nguyên tắc tôn trọng quyền tự định đoạt của các bên được coi trọng hơn rất nhiều.

¹ Richard Garnett và các tác giả, *A Practical Guide to International Commercial Arbitration* (2000), tr. 1.

² Mỗi bên có thể chọn một tổ hợp bao gồm tổ chức trọng tài, ngôn ngữ xét xử và luật áp dụng; xem: Pieter Sanders, *Quo Vadis Arbitration?: Sixty Years of Arbitration Practice* (1999), tr. 7-9; Sự đơn giản, chi phí thấp, tính bảo mật, tốc độ giải quyết tranh chấp nhanh chóng là những lí do khiến phương thức trọng tài được ưa chuộng hơn phương thức tranh tụng trước tòa án, xem: Stephen M. Ferguson, 'Interim Measures of Protection in International Arbitration: Problems, Proposed Solutions and Anticipated Results', trong tập 55 *International Trade Law Journal* (2003).

Các bên tranh chấp có quyền tự do nhiều hơn trong việc xây dựng quy trình giải quyết tranh chấp của riêng họ. Các bên có thể chọn một tổ chức trọng tài 'thiết chế' (hay 'thường trực') với những quy tắc trọng tài đã được thiết lập, hoặc một trọng tài 'vụ việc' ('ad hoc') với những quy tắc linh hoạt. Họ cũng có thể chọn địa điểm trọng tài, với lưu ý rằng địa điểm này sẽ đóng vai trò quan trọng đối với việc thi hành phán quyết trọng tài. Ngoài ra, các bên tranh chấp được phép soạn thảo những quy chế riêng của họ để giải quyết tranh chấp trong hầu hết các trọng tài 'vụ việc' ('ad hoc'). Tuy nhiên, chúng ta cần lưu ý rằng luật áp dụng càng linh hoạt bao nhiêu, thì nó càng khó dự đoán bấy nhiêu. Đó là chưa nói đến một số vụ việc, trong đó việc chọn luật áp dụng phải được hiểu ngầm, không khả thi hoặc xung đột với những quy định liên quan khác, dẫn đến những khó khăn nan giải cho trọng tài viên giải quyết vụ việc. Hoặc trong một số vụ việc khác, nếu không có bất kì thoả thuận nào giữa các bên tranh chấp về chọn luật áp dụng, thì việc giải quyết vụ việc còn phức tạp hơn nhiều.

Mục 3 của Chương này sẽ trình bày về sự lựa chọn luật áp dụng và quyền tài phán của các bên tranh chấp. Trong khi cố gắng đề cập đến những rắc rối chính của chủ đề, mục này cũng sẽ giới thiệu một vài công ước quốc tế giúp cho các bên tranh chấp thoát ra khỏi 'cánh rừng pháp luật' phức tạp. Cũng cần thừa nhận rằng, các quy định pháp luật quốc tế về chọn luật áp dụng và quyền tài phán được bắt nguồn chủ yếu từ hệ thống common law và civil law. Do vậy, mục này sẽ nêu một vài ví dụ điển hình về quy định của pháp luật Anh và pháp luật châu Âu để minh họa. Đồng thời, mục này cũng nhằm khuyến khích các bên tranh chấp, trước khi kí kết hợp đồng thương mại quốc tế, cần thoả thuận về luật áp dụng và quyền tài phán nhằm giải quyết tranh chấp, một khi chúng xảy ra. Điều này có thể là điểm quyết định trong một số vụ việc, mà các bên phải bỏ ra khoản chi phí khổng lồ chỉ để được phán xử luật nào sẽ được áp dụng cho hợp đồng của họ.

Tại giai đoạn cuối cùng của một quy trình giải quyết tranh chấp, một bản án của toà án hoặc một phán quyết của trọng tài thường sẽ được đưa ra. Điều tối quan trọng đối với bên thắng cuộc là phải đạt được sự công nhận và thi hành bản án hoặc phán quyết này. Sẽ không phải là vấn đề lớn, nếu việc công nhận và cho thi hành bản án của toà án hoặc phán quyết trọng tài được yêu cầu trong khu vực thuộc quyền tài phán của toà án hoặc trọng tài đã đưa ra bản án hoặc phán quyết đó. Tuy nhiên, câu chuyện sẽ khác rất nhiều, nếu bên thắng kiện muốn thực thi bản án của toà án hoặc phán quyết của trọng tài ở khu vực thuộc quyền tài phán của nước ngoài. Liên quan đến phán quyết

của trọng tài, đã có quy định pháp luật quốc tế tạo thuận lợi cho việc công nhận và thi hành phán quyết của trọng tài nước ngoài tại hơn 140 nước. Đó là Công ước Niu Y-óc 1958 về công nhận và thi hành phán quyết của trọng tài nước ngoài (sau đây gọi là 'Công ước Niu Y-óc'). Việc giới thiệu những quy định chủ yếu của Công ước Niu Y-óc sẽ là rất cần thiết, để hiểu lí do tại sao phương thức trọng tài chiếm ưu thế hơn so với phương thức tranh tụng trước toà án trong lĩnh vực giải quyết tranh chấp thương mại quốc tế vài thập kỉ trở lại đây. Theo Công ước Niu Y-óc, việc viện dẫn lí do từ chối thi hành phán quyết của trọng tài nước ngoài thường được xem xét rất ngặt nghèo. Tuy nhiên, cũng không phải là lạ nếu một phán quyết của trọng tài nước ngoài bị từ chối thi hành dựa trên những cơ sở hạn hẹp như 'làm tổn hại chính sách công' của nước được yêu cầu thi hành. Tính chất của phán quyết trọng tài là không bị xét xử lại, nhưng để thi hành phán quyết này, đôi khi cần thực hiện thêm các hành vi khác nữa. Tuy vậy, khía cạnh gai góc nhất của việc thi hành phán quyết trọng tài nước ngoài lại là sự lựa chọn nơi thi hành và luật quốc gia của nơi thi hành. Những yếu tố khác cũng sẽ nảy sinh, trong trường hợp bên thắng kiện muốn thi hành phán quyết của trọng tài tại nước không phải là thành viên của Công ước Niu Y-óc. Và như vậy, số phận của phán quyết đó tùy thuộc hoàn toàn vào luật quốc gia điều chỉnh việc công nhận và thi hành phán quyết của trọng tài nước ngoài của nước này.

Mục 4 sẽ trình bày về việc thi hành phán quyết của trọng tài nước ngoài theo Công ước Niu Y-óc, và nghiên cứu việc thi hành phán quyết trong trường hợp Công ước Niu Y-óc không được viện dẫn.

Trong trường hợp cản trở thi hành bản án của toà án tại khu vực thuộc quyền tài phán nước ngoài, thì điều này thậm chí còn phức tạp và khó khăn hơn nhiều, bởi vì quan điểm chủ đạo là bản án của toà án nước ngoài không có hiệu lực pháp lí ở nước khác. Mặc dù đã có một số quy định ở tầm khu vực nhằm tăng tính thi hành của bản án của toà án nước ngoài, tuy nhiên những quy định tương tự đã không thành công trên bình diện toàn cầu. Bản án của toà án nước ngoài thường vẫn phải trải qua một quy trình phức tạp để được xem xét thi hành, và đôi khi bị vướng mắc bởi những cái bẫy pháp luật. Cho đến nay, tất cả những nỗ lực quốc tế nhằm cải thiện vấn đề này trên bình diện toàn cầu đều đã thất bại, cùng với sự thất bại của Công ước La Hay về công nhận và thi hành bản án của toà án nước ngoài. Phía trước vẫn là chặng đường dài cho đến khi bản án của toà án nước ngoài có thể được đối xử như phán quyết của trọng tài, trong khía cạnh công nhận và cho thi hành ở nước ngoài.

Mục 5 sẽ đề cập vấn đề thi hành của bản án của toà án nước ngoài, tập trung vào một số quy định nổi bật ở tầm khu vực cũng như ở bình diện quốc gia. Tuy nhiên, chúng ta cần lưu ý rằng việc một quốc gia cho thi hành bản án của toà án nước ngoài thường phụ thuộc rất nhiều vào quan điểm về chủ quyền của quốc gia đó.

Tại cuối Chương này, Mục 6 sẽ giới thiệu những quy định hiện hành của Việt Nam về giải quyết tranh chấp thương mại quốc tế, nhằm đánh giá Việt Nam đã đi đến đâu trong chặng đường hội nhập pháp luật quốc tế trong lĩnh vực này. Mục đích của mục này là khuyến nghị Việt Nam nên gia nhập những điều ước quốc tế đã được thiết lập và đã được hài hoà hoá, nhằm tạo thuận lợi cho việc giải quyết tranh chấp thương mại quốc tế, và qua đó nâng cao uy tín của Việt Nam như là một nước thiện chí với giải quyết tranh chấp thương mại quốc tế.

Mục 2. CÁC PHƯƠNG THỨC GIẢI QUYẾT TRANH CHẤP - SỰ LỰA CHỌN

1. Thương lượng

Thương lượng là bước tiếp cận đầu tiên mà các bên sử dụng nhằm giải quyết tranh chấp nảy sinh trong giao dịch thương mại quốc tế. Mặc dù các tranh chấp thường không được giải quyết dứt điểm bằng phương thức này, nhưng nó giúp các bên nắm bắt được vấn đề của tranh chấp và hiểu rõ hơn quan điểm của bên kia. Ngoài ra, các bên cũng có thể nói lại thương lượng vào bất kì giai đoạn nào thích hợp, không liên quan đến việc phương thức giải quyết khác đang được tiến hành để giải quyết tranh chấp giữa họ, nhằm mục đích sớm đạt được thoả thuận chấm dứt tranh chấp. Do vậy, mục này sẽ cố gắng trình bày một cách toàn diện nhất những chiến thuật và chiến lược đã và đang được áp dụng trong thương lượng.

A. Tại sao phải thương lượng?

Thương lượng có thể được định nghĩa là sự trao đổi qua lại nhằm đạt được thoả thuận giữa hai hoặc nhiều bên, chia sẻ một số lợi ích chung khi có xung đột, hoặc đơn giản là khi bất đồng về một số lợi ích khác.³ Như vậy, thương lượng là một trong những phương pháp cơ bản nhất của sự tương tác, và nó

³ R. Fisher và các tác giả khác, *Getting to YES: Negotiating Agreement without Giving in*, New York: Penguin, (1991).

tồn tại trong bất kì hành động nào, đồng thời, nó là một phương thức giải quyết vấn đề và giải quyết tranh chấp. Thương lượng có thể dưới dạng ngôn ngữ hoặc ngầm hiểu, công khai hoặc không công khai, trực tiếp hoặc thông qua các trung gian, bằng lời nói hoặc văn bản hoặc qua thư từ, email.

Khi các bên tham gia thương lượng, họ nên cân nhắc một mô hình khung gồm bảy yếu tố được tổng kết bởi Dự án thương lượng Ha-vớt để có thể đạt được hiệu quả tối đa. Mô hình này bao gồm: lợi ích,⁴ sự công bằng, tính chính đáng,⁵ quan hệ,⁶ các lựa chọn,⁷ những cam kết⁸ và cách thức thực hiện.⁹ Các chuyên gia thương lượng có toàn quyền lựa chọn những chiến thuật hoặc chiến lược về quy trình để điều hành cuộc thương lượng, tuy nhiên, những yếu tố này sẽ là cơ sở cho các bên xác định được nền tảng chung của quá trình thương lượng giữa họ.

B. Quá trình thương lượng

Rất dễ nắm bắt và ghi nhớ bảy yếu tố đạt đến thành công trong thương lượng, tuy nhiên, kết hợp bảy biến số này cùng một lúc trong cả quá trình thương lượng thì hoàn toàn là câu chuyện khác. Các nhà thương thuyết không có bất kì ràng buộc hoặc giới hạn nào trong việc họ nhấn mạnh hoặc coi nhẹ một số yếu tố nào đó, hoặc cách mà họ đưa những yếu tố đó vào quá trình thương

⁴ Nhu cầu, mong muốn, hoặc động cơ của một bên thường được hiểu là lợi ích của bên đó. Lợi ích là kim chỉ nam cho thương lượng. Người ta thương lượng bởi vì họ mong muốn rằng những lợi ích của họ sẽ được thoả mãn tốt hơn bằng một thoả thuận, hơn là bằng các phương thức khác. Thước đo của thành công trong thương lượng là những lợi ích của bạn đạt được đến đâu, đây cũng là điều kiện để xem xét, so sánh và lựa chọn giữa các kết quả có thể đạt được.

⁵ Sự công bằng và chính đáng là một trong những mong muốn mãnh liệt nhất của con người, do vậy nó tạo ra một loại lợi ích đặc biệt. Thường thì chúng đóng vai trò rất lớn trong quá trình thương lượng, tuy nhiên, nhiều khi chúng lại chỉ được xem xét một cách hời hợt. Không thiếu các trường hợp thương lượng bị đổ vỡ, nhưng không phải bởi vì các lựa chọn được đưa ra không thể chấp nhận được, mà là vì nó không có vẻ công bằng đối với một bên hoặc thậm chí là cả hai bên. Quả thực, bạn trả tiền cũng chỉ để nhằm tránh việc phải chấp nhận một giải pháp không công bằng.

⁶ Quan hệ giữa người thương lượng với đối tác và cả với bất cứ ai khác cũng gây tác động đến cuộc thương lượng. Đôi khi, đối với các đối tác kinh tế hoặc quan hệ làm ăn lâu dài, việc duy trì một dạng quan hệ nhất định có thể còn quan trọng hơn nhiều so với những vấn đề cụ thể trong tranh chấp.

⁷ Lí do cơ bản của phương thức thương lượng là mong muốn đạt được một kết quả mang lại giá trị lớn nhất so với việc sử dụng các biện pháp giải quyết tranh chấp khác, và đủ để trang trải sự đầu tư về thời gian và công sức vào thương lượng. Các lựa chọn là các thoả thuận có thể đạt được, hoặc một phần của một thoả thuận khả thi mà quá trình thương lượng có thể đạt được. Một dạng cơ bản nhất của lựa chọn là sự đánh đổi - 'Tôi cho anh cái này, đổi lại anh cho tôi cái kia'.

⁸ Một cam kết là một thoả thuận, một yêu cầu, một đề nghị hoặc một lời hứa được đưa ra bởi một hoặc nhiều bên và bất cứ hình thức nào của thoả thuận dạng này.

⁹ Cách thức thực hiện ở đây hàm ý là cách thức mà các bên thương lượng với nhau và sử dụng 6 yếu tố trên của phương thức thương lượng. Cách thức này có thể là đối kháng, thân thiện, đe dọa, hoặc nhượng bộ, hoặc thăm dò nhưng không cam kết.

lượng. Tuy nhiên, trong thực tiễn, có bốn cách tiếp cận cơ bản nhất, bao gồm:

1. Mặc cả quan điểm

Thể thức đơn giản nhất và thông dụng nhất là thoả hiệp hoặc mặc cả về lập trường của các bên. Một bên đưa ra một quan điểm cao (hoặc thấp) mở đầu (theo dạng yêu cầu hoặc là đề nghị) và bên kia đáp lại bằng một yêu cầu thấp (hoặc cao). Một loạt các thoả hiệp trên cơ sở có đi có lại được đưa ra cho đến khi đạt được một thoả thuận trong quá trình này, hoặc không đạt được thoả thuận nào, và các bên kết thúc thương lượng để tìm kiếm một phương thức giải quyết tranh chấp khác.

Ngoài tính đơn giản, phương thức ‘mặc cả quan điểm’ còn có ưu điểm là nó được hiểu và phổ biến trên toàn thế giới, dễ dự đoán và bền vững. Nhiều lợi ích chiến lược đạt được từ việc đưa ra một lời đề nghị dễ chịu đối với bên kia một cách hiệu quả. Tuy nhiên, tính đơn giản của cách tiếp cận này và tâm điểm của nó là những cam kết của các bên cũng có nhiều bất lợi. Có thể thấy rõ nhất là việc không chú trọng vào việc khai thác lợi ích của các bên, nên phương thức này khó tìm ra các lựa chọn sáng tạo nhằm tối đa hoá lợi ích. Vì không biết rõ lợi ích của các bên, nên khó có thể có cơ hội cho họ trở lại quá trình thương lượng. Hơn thế nữa, cách tiếp cận này nói chung chỉ tập trung vào những cam kết, nên không khuyến khích sự sáng tạo và động não. Hai nữa là cách tiếp cận này có vẻ chậm và không hiệu quả. Mỗi bên đều cố gắng đưa ra sự thoả hiệp càng nhỏ càng tốt, và thậm chí chỉ thoả hiệp khi thấy cần thiết để tránh thương lượng đổ vỡ. Điều thứ ba là cách tiếp cận này có xu hướng dẫn đến kết quả dựa trên sự chia sẻ thiệt hại mà không có cơ sở rõ ràng, nên thường khó đáp ứng được mong muốn của các bên về tính công bằng, và thường khó giải thích và không có tính tiền lệ nhằm giảm bớt nhu cầu thương lượng thêm (thường mất rất nhiều thời gian) giữa các bên trong tương lai. Cuối cùng, cách tiếp cận này có thể dẫn đến mối quan hệ đối kháng. Cách tiếp cận này chỉ tập trung vào lĩnh vực có xung đột giữa các bên và tạo ra một kết quả theo dạng ‘thắng-thua’ một cách tương đối.

2. Xin đặc ân trước và ghi nợ

Cách tiếp cận thứ hai cũng sử dụng sự trao đổi các cam kết, bằng cách tận dụng quan hệ sẵn có giữa các bên, để đạt được những kết quả sáng tạo hơn và mang lại nhiều lợi ích hơn. Căn bản là sự thoả thuận về một kết quả có lợi cho một bên trước, để đổi lại một sự đền đáp trong tương lai. Khi đó các

nhà thương thuyết sẽ giữ một ‘sổ ghi chép’ ai nợ ai cái gì. Kết quả là một cách thức rất sáng tạo để làm tăng lợi ích, bằng cách giãn thời gian, cho các sự đánh đổi, điều này thường dẫn đến các thoả thuận và giải quyết tranh chấp mà các phương thức giải quyết tranh chấp khác không thể có được.

3. Cách tiếp cận theo kiểu ‘con gà’

Dạng thứ ba của thương lượng tập trung vào những cách thức thay thế - những biện pháp thay thế của bên nào tốt hơn và bên nào có thể làm cho bên kia bất lợi nhiều hơn. ‘Tôi không thương lượng thì anh mất nhiều hơn tôi và hơn thế nữa chúng ta sẽ càng bất lợi nếu...’. Cách này thường được gọi là trò chơi ‘con gà’ - ‘một là anh chấp nhận đề nghị của tôi, hai là tôi sẽ kết liễu cả hai chúng ta’.

4. Vòng tuần hoàn của giá trị dựa trên cơ chế ‘giải quyết vấn đề’

Khi các học giả sử dụng những thống kê hệ thống về quá trình thương lượng, kết quả cho thấy những nhược điểm rất rõ ràng của phương thức ‘mặc cả quan điểm’. Một phương thức ‘giải quyết vấn đề’ thay thế đã được xây dựng dựa trên sự kết hợp giữa nghiên cứu lí thuyết, các vụ việc, và phép loại suy từ những dạng thương lượng. Ví dụ, có quan điểm cho rằng: (i) Những người thương lượng nên làm việc cùng nhau như đồng nghiệp để xác định liệu có thể đạt được thoả thuận tốt hơn so với việc chẳng có thoả thuận nào hay không; (ii) Bằng cách làm như vậy, họ nên hoãn các cam kết trong khi tìm hiểu làm cách nào để tối đa hoá giá trị và phân phối công bằng giá trị của bất cứ thoả thuận nào; và (iii) Điều này vẫn là hợp lí, nếu một bên tiếp cận tranh chấp theo cách này, bất chấp bên kia có tiếp cận theo cách này hay không. Cách tiếp cận dựa trên cơ chế ‘giải quyết vấn đề’ nhằm khắc phục những hạn chế của phương thức ‘mặc cả quan điểm’ truyền thống, bằng cách tập trung vào lợi ích của các bên, tìm cách tối đa hoá lợi ích chung và không đưa ra cam kết nào cho đến khi kết thúc thương lượng; khuyến khích những kết quả có thể lí giải được một cách hợp lí mà có thể tạo ra tiền lệ lâu dài; cho phép các bên duy trì và thiết lập quan hệ ngay cả khi họ bất đồng, bằng cách tách riêng mức độ thân thiện trong quan hệ của họ và mức độ của thoả thuận. Có quan điểm cho rằng cách tiếp cận dựa trên cơ chế ‘giải quyết vấn đề’ còn có thể giúp các bên kiểm soát được ba loại căng thẳng giữa họ. Loại căng thẳng thứ nhất, giữa việc tạo ra giá trị và phân phối giá trị, thường còn được gọi là ‘sự tiến thoái lưỡng nan của người thương lượng’, bởi vì muốn tạo ra giá trị thì cần các bên phải nói ra những lợi ích của họ, nhưng việc công khai

những lợi ích này trước có thể đưa họ vào thế bất lợi chiến lược trong mục tiêu đạt được giá trị của kết quả. Cách tiếp cận này cũng giúp điều tiết sự căng thẳng giữa việc tạo ra giá trị và phân phối giá trị, bằng cách tăng cường quan hệ làm việc phối hợp mà nó cho phép sự công khai dần dần trên cơ sở có đi có lại về những lợi ích của mỗi bên trong quá trình đưa ra ý tưởng về các lựa chọn mà không đưa ra cam kết, và điều này còn giúp các nhà thương lượng cùng nhau giải đáp các thắc mắc về phân phối giá trị theo những tiêu chuẩn khách quan, hơn là bằng cách đưa ra những ‘hạch sách’ đối kháng và những sự định giá chủ quan.

Phương thức ‘giải quyết vấn đề’ trong thương lượng thường được gọi là cách tiếp cận theo kiểu ‘vòng tuần hoàn của giá trị’,¹⁰ bởi vì tâm điểm của quá trình này liên quan đến việc nhà thương thuyết cần tìm các lựa chọn để tạo ra giá trị và phân phối giá trị, thông qua sự phối hợp, cùng làm và cùng ‘giải quyết vấn đề’. Cách thức làm việc cùng nhau này đòi hỏi phải được tạo ra và duy trì một cách cẩn thận, giống như một không gian đặc biệt hoặc một ‘vòng tuần hoàn’.

2. Hoà giải/Trung gian

Trong thực tiễn, phương thức hoà giải/trung gian hiếm khi được vận dụng trong các tranh chấp thương mại quốc tế. Thông thường, phương thức này được áp dụng phù hợp hơn trong giải quyết các tranh chấp liên quan đến môi trường. Trong các tranh chấp thương mại, các phương thức này thường được kết hợp với các phương thức giải quyết tranh chấp khác, nhằm đáp ứng mong muốn của các bên. Điều này có thể được minh họa bởi cơ chế trọng tài-trung gian (mediation-arbitration mechanism). Mục này sẽ giới thiệu khái quát và không đi vào chi tiết về hai phương thức này.

A. Hoà giải (*Conciliation*)

1. Khái niệm

Hoà giải là quá trình trong đó bên thứ ba, do các bên tranh chấp chỉ định, dàn xếp giữa các bên tranh chấp trước hoặc sau khi họ khởi kiện hoặc sử dụng phương thức trọng tài. Các nỗ lực hoà giải giúp cho các bên thấy được các mặt đối lập của tranh chấp, nhằm đưa các bên xích lại gần nhau và hướng tới một giải pháp thường đạt được trên cơ sở sự thoả hiệp của cả hai

¹⁰ B. Patton, ‘Building Relationship and the Bottom Line: The Circle of Value Approach to Negotiation’, trong *7 Negotiation* (2004), tr. 4 và 7.

bên. Có rất nhiều hình thức hoà giải và trong một số hệ thống pháp luật, hoà giải được thể hiện dưới phương thức rất hiện đại.

2. *Áp dụng phương thức hoà giải*

Phương thức hoà giải đã được đề cập trong các công ước gần đây nhất về trọng tài. Công ước Oa-sinh-ton 1965 chỉ ra rằng, một ủy ban hoà giải nên được thiết lập, theo yêu cầu của một nước thành viên hoặc một cá nhân của nước thành viên đó, và quy định về thủ tục của ủy ban.¹¹ Hoà giải cũng được đề cập trong Quy tắc trọng tài quốc tế của Hiệp hội trọng tài Hoa Kỳ, và được điều chỉnh như đối với phương thức trọng tài thương mại trong nước bởi Quy tắc hoà giải thương mại.¹² Phương thức hoà giải cũng có thể được tham khảo tại Quy tắc trọng tài quốc tế của Hội đồng trọng tài Mi-lan-nô,¹³ Ủy ban trọng tài thương mại liên Mỹ (IACAC).¹⁴ Mặc dù không được nhắc đến tại Quy tắc trọng tài của Viện trọng tài thuộc Phòng thương mại Xtóc-khôm năm 1999, tuy nhiên cùng thời gian này, Phòng thương mại Xtóc-khôm đã thành lập Viện hoà giải của Phòng thương mại Xtóc-khôm và đã công khai bộ quy tắc của Viện. Phương thức hoà giải cũng được nhắc đến nhiều trong Quy tắc của Phòng thương mại châu Âu-Ả rập.¹⁵

B. Trung gian (Mediation)

1. *Giới thiệu chung*

Phương thức trung gian là hình thức can thiệp của bên thứ ba, với sự chấp thuận của các bên liên quan trong tranh chấp. Chức năng của người trung gian là đưa ra giải pháp cho tranh chấp với mong muốn được các bên chấp thuận. Người trung gian sẽ là một cá nhân trung lập, với kiến thức chuyên sâu liên quan đến lĩnh vực tranh chấp.¹⁶

Người trung gian sẽ nỗ lực giúp các bên hiểu lập trường, quan điểm của nhau, sẽ gặp gỡ riêng với từng bên, lắng nghe quan điểm của mỗi bên, nhấn mạnh các lợi ích chung và nỗ lực giúp các bên tiến tới một giải pháp

¹¹ Công ước giải quyết tranh chấp đầu tư giữa chính phủ nước tiếp nhận đầu tư và nhà đầu tư nước ngoài, Oa-sinh-ton, ngày 18/3/1965.

¹² Điều 10 Quy tắc trọng tài quốc tế của Hiệp hội trọng tài Hoa Kỳ (AAA).

¹³ Quy tắc của Hội đồng trọng tài quốc gia và quốc tế Mi-lan-nô (Hội đồng đã dành cả Chương I viết về vấn đề này - Quy trình hoà giải), từ Điều 12 đến Điều 17.

¹⁴ Xem: Giới thiệu khái quát tại <http://www.sice.oas.org/dispute/comarb/iacac/iacac1e.asp>

¹⁵ Quy tắc hoà giải, trọng tài và chuyên gia của Phòng thương mại châu Âu-Ả rập, Pa-ri, 1983, từ Điều 12 đến Điều 18.

¹⁶ Charles Chatterjee và Anna Lefcovitch, *Alternative Dispute Resolution: A Practical Guide* (2008), tr. 20.

chung. Phương thức trung gian mang tính bí mật. Thông thường, có một điều khoản trong luật được chọn quy định rằng không được phép tiết lộ thông tin của quá trình trung gian ở giai đoạn tiếp theo của quá trình giải quyết tranh chấp, cho dù đó là giai đoạn sử dụng phương thức trọng tài hay tranh tụng tại toà án. Nếu luật được chọn không quy định nội dung này, thì nên soạn thảo một thoả thuận bằng văn bản trong đó cam kết rằng mọi thông tin của quá trình trung gian sẽ không được phép tiết lộ ở giai đoạn tiếp theo của quá trình giải quyết tranh chấp, trừ trường hợp các thông tin này được lấy từ các văn bản không được tạo ra để thực hiện phương thức trung gian.

Phương thức trung gian có thể được áp dụng tại bất cứ thời điểm nào trong quá trình giải quyết tranh chấp. Nếu các bên đạt được đồng thuận về phương thức giải quyết tranh chấp trong quá trình tranh tụng tại toà án hoặc trọng tài, và nếu cần sự giúp đỡ, họ có thể viện đến sự trợ giúp của người trung gian. Phương thức trung gian cũng có thể được áp dụng trong giai đoạn đàm phán kí kết hợp đồng, khi quá trình đàm phán rơi vào thế bế tắc nhưng các bên liên quan thực sự muốn đi đến thoả thuận cuối cùng. Bởi vì người trung gian có thể hiểu và dàn xếp lợi ích của các bên liên quan, nên phương thức trung gian đôi khi được xem như một thủ tục dựa trên ‘lợi ích’, trong khi trọng tài thường được xem như một thủ tục dựa trên các ‘quyền’ của các bên.

2. Áp dụng phương thức trung gian

Thông thường, đề xuất phương thức trung gian là vấn đề khó khăn nhất, bởi tại thời điểm đó, mối quan hệ giữa các bên liên quan đã trở nên căng thẳng, do vậy sự can thiệp của bên thứ ba nhằm đưa ra một giải pháp thân thiện là một nhiệm vụ hết sức khó khăn. Tuy nhiên, có thể cần đến một bên thứ ba trung lập nhằm đưa ra những gợi ý với đối phương mà không để lại ấn tượng rằng bên đề xuất phương thức trung gian có vẻ yếu thế. Vấn đề pháp lí ở đây là trong trường hợp một bên từ chối tham gia ADR để giải quyết tranh chấp liên quan, thì cũng không cần phải nêu ra sự vi phạm nghĩa vụ theo hợp đồng, bởi vì ADR không được quy định trong hợp đồng. Có bốn cách khác nhau để đề xuất phương thức trung gian: Các bên liên quan tiếp cận nhau, các luật sư tiếp cận nhau, sự thuyết phục của bên thứ ba; và đặc quyền của một bên được đề xuất phương thức trung gian. Trong trường hợp một tranh chấp đang được giải quyết trước toà hoặc liên quan đến những cáo buộc lớn hoặc những vấn đề pháp lí phức tạp, các bên có thể có các luật sư tư vấn và luật sư tranh tụng tham gia vào quá trình trung gian. Trong trường hợp đó, phương thức trung gian trở thành quá trình bị định hướng

bởi pháp luật và có thể bị phụ thuộc vào vai trò của các luật sư, và các luật sư rất có thể đưa ra các ý tưởng pháp lý phức tạp, khó hiểu mà các bên liên quan rất khó nắm bắt. Trên thực tế, khi các luật sư được phép làm người đại diện pháp luật, người trung gian thường được yêu cầu nhắc nhở các luật sư về giới hạn quyền hạn của họ, nhằm đảm bảo rằng đây không phải là toà án để áp đặt các thể thức và quy trình như tranh tụng trước toà án.¹⁷ Điều cần thiết là người trung gian phải xác định được vấn đề gì mà người đại diện pháp luật được phép trình bày (cần phải trình bày rõ ràng các luận điểm, nhưng không được phép lạm dụng).

3. Ưu điểm của phương thức trung gian

Phương thức trung gian là tiến trình hết sức linh hoạt so với tranh tụng trước toà án, theo đó các bên có thể thay đổi thái độ mà không bị ‘mất mặt’. Một phương thức trung gian thành công thường tạo ra không khí thân thiện, cởi mở, bởi mỗi bên đều là người chiến thắng. Không giống như trường hợp đưa ra toà án, trung gian sẽ hạn chế các nguyên nhân gây thù địch giữa các bên. Đặc điểm này của phương thức trung gian là đặc biệt quan trọng, một khi các bên phải hợp tác hoặc mong muốn tiếp tục hợp tác, như trong các trường hợp liên quan đến quan hệ lao động, kinh doanh hoặc mâu thuẫn gia đình.¹⁸

Phương thức trung gian - một ADR với tiền đề nhằm cung cấp cho các bên liên quan một tiến trình bảo mật, tự nguyện, thích ứng với nhu cầu và lợi ích của các bên và luôn trong tầm kiểm soát của các bên, đã trở thành một giải pháp giải quyết tranh chấp hài hoà, bền vững và hiệu quả.¹⁹ Phương thức trung gian khá độc đáo, bởi nó không ràng buộc, và người trung gian có chức năng thúc đẩy giao tiếp và đàm phán giữa các bên, và không áp đặt phương thức giải quyết tranh chấp đối với các bên.²⁰

4. Nhược điểm của phương thức trung gian

Không nên áp dụng phương thức trung gian trong trường hợp tranh chấp chủ yếu xoay quanh vấn đề pháp lý hơn là các sự kiện,²¹ hoặc trong trường

¹⁷ Charles Chatterjee và Anna Lefcovitch, Sđd, tr. 70.

¹⁸ Sam Kagel, Kathy Kelly, *The Anatomy of Mediation: What Makes It Work* (1989), tr. 192.

¹⁹ Maureen A. Weston, ‘Checks on Participant Conduct in Compulsory ADR: Reconciling the Tension in the Need for Good- Faith Participation, Autonomy, and Confidentiality’, 76 *IND. L.J.* 591, 592, (2001).

²⁰ Maureen A. Weston, Sđd, tr. 598.

²¹ Nếu một tranh chấp liên quan đến việc giải thích một thuật ngữ trong hợp đồng, một sự vi phạm dẫn đến áp dụng chế tài, và nếu một tranh chấp liên quan đến việc giải thích một văn bản luật, thì

hợp mà một hoặc cả hai bên sẽ không tham gia với tinh thần xây dựng.²² Ngoài ra, nếu tranh chấp dựa trên cơ sở hợp đồng thì các bên phải lưu ý đến vấn đề thời hạn. Trong những hợp đồng đơn giản, thời hạn thường là 6 năm kể từ khi vi phạm hợp đồng xảy ra. Nếu bản hợp đồng đã được định sẵn thì thời hạn sẽ là 12 năm. Sẽ là không khôn ngoan nếu bắt đầu phương thức trung gian vào thời điểm mà thời hạn sắp kết thúc. Khi đó, các bên sẽ khó có được sự công bằng trong việc trao đổi quan điểm. Điều này không đến mức quá rõ ràng, tuy nhiên nó cũng thường là yếu tố quan trọng.

3. Sự khác nhau giữa phương thức trung gian và phương thức hoà giải

Vậy đâu là sự khác biệt giữa phương thức trung gian và phương thức hoà giải? Thường thì hai cụm từ này được dùng lẫn với nhau. Tuy nhiên, giữa hai phương thức này có sự khác biệt mang tính kỹ thuật. Một hoà giải viên lắng nghe từ cả hai bên, nắm được quan điểm khác nhau giữa họ và sau đó dự thảo một thoả thuận hoà giải nêu rõ những gì hoà giải viên cho là một thoả hiệp công bằng đối với tranh chấp đó. Nếu dự thảo thoả thuận không giải quyết được tranh chấp, hoà giải viên có thể soạn thảo một thoả thuận hoà giải khác.

Mặc dù người trung gian cố gắng khuyến khích các bên tự tìm ra một thoả thuận giải quyết tranh chấp, giống như hoà giải viên thường làm, nhưng họ cũng có thể soạn ra một yêu cầu riêng biệt theo yêu cầu của các bên.

Thượng nghị sĩ Đô-nan-xơn đưa ra cách giải thích khác về sự khác biệt giữa trung gian và hoà giải như sau:

Trong quá trình hoà giải, bên trung lập lắng nghe những phản ánh của các bên tranh chấp và tìm cách thu hẹp sự tranh cãi giữa các bên. Người Trung Quốc ví hoà giải viên như người 'làm dâu trăm họ'. Trong khi đó, người trung gian cũng tiến hành những chức năng của hoà giải viên, nhưng lại có thể đưa ra quan điểm riêng của mình để giải quyết tranh chấp một cách hợp lý.²³

Hoặc theo một nhận xét tương tự của thượng nghị sĩ Uyn-bơ-phót-xơ, bản thân là một thượng nghị sĩ về luật:

Sự khác biệt giữa hai phương thức giải quyết tranh chấp này có thể là ở

không nên sử dụng các phương thức ADR, bởi vì vấn đề đó chỉ có thể được giải quyết bằng phương thức tranh tụng trước tòa án; Xem Charles Chatterjee và Anna Lefcovitch, Sdd, tr. 11.

²² Ví dụ: Một hoặc cả hai bên sẵn sàng nói phóng đại hoặc nói dối người trung gian và không đưa ra cam kết thực tế nào để giải quyết tranh chấp; một trong các bên mong muốn kéo dài quá trình trung gian càng lâu càng tốt.

²³ Donaldson, 'Alternative Disputes Resolutions', (1992), tr. 58, *JCI Arb.* 2, tr. 102.

chỗ: mục đích của hoà giải viên là chỉ ra cho các bên nhận thức được điều gì có lợi mà họ có thể đạt được từ việc giải quyết không qua toà án theo bất kể cách thức nào mà họ cho là thuận tiện nhất. Trong khi đó phương thức trung gian có mục tiêu rõ ràng hơn, đó là tư vấn cho mỗi bên từ bỏ một phần đòi hỏi của họ, nhằm đạt được việc giải quyết tranh chấp thông qua ‘aliquid datum’ và ‘aliquid retentum’ (từ bỏ một phần đòi hỏi của mình để nhận lại toàn bộ phần còn lại).²⁴

Sự phân biệt này có thể chỉ mang tính lí thuyết và có vẻ không thuyết phục. Sự khác biệt thực sự giữa hai phương thức này là ở sự trao quyền cho bên thứ ba, để bên thứ ba đưa ra một kết quả mang tính ràng buộc cuối cùng.

4. Trọng tài thương mại quốc tế (‘ICA’)

A. Tại sao phải sử dụng trọng tài?

Tranh chấp trong giao dịch thương mại quốc tế, dù xảy ra ở bất cứ đâu, đều có thể được giải quyết theo các phương thức đa dạng, từ tham vấn thân thiện cho đến tranh tụng trước toà án. Đối với các nước châu Á, thì trước khi chuyển sang phương thức tranh tụng trước toà án, các bên thường tận dụng tối đa các phương thức không mang tính bắt buộc, bao gồm trung gian và hoà giải, để có thể đạt được sự thoả hiệp. Trong giai đoạn này, các bên cũng có thể tính đến khả năng sử dụng phương thức ICA. ICA đã và đang được ứng dụng hết sức mạnh mẽ trong nhiều thập niên gần đây, nhất là tại các nước Bắc Mỹ, Tây Âu, Trung Đông và Đông Á. Do đó, phương thức ICA sẽ là trọng tâm của Chương này. Các bên tham gia hợp đồng thương mại quốc tế có thể ghi điều khoản về cơ quan tài phán trong hợp đồng của họ.

Sự phát triển mạnh mẽ của ICA một phần là giải pháp nhằm tránh sự bất cập và không rõ ràng của phương thức tranh tụng trước toà án trong giao dịch kinh doanh quốc tế. Nói một cách tích cực hơn, thì ICA, với tính có thể dự đoán và trung lập, được coi như một cơ quan tài phán và là nơi mà các chuyên gia trong từng chuyên ngành có thể tham gia giải quyết tranh chấp (thay vì các thẩm phán - những người thường có kiến thức hạn chế về luật thương mại quốc tế). ICA cũng cho phép các bên lựa chọn và quy định về quy trình và chi phí của việc giải quyết tranh chấp. Tất nhiên là ICA có cả những ưu điểm và nhược điểm. Tuy nhiên, dù có so sánh như thế nào giữa ưu và nhược điểm của phương thức giải quyết tranh chấp này, thì thực tế là ICA đang ngày càng trở nên phổ biến.

²⁴ Donaldson, Sdd, tr. 104.

Một trong những ưu điểm lớn nhất của phương thức ICA là khả năng thi hành phán quyết trọng tài tại toà án trong nước theo quy định của Công ước Niu Y-óóc. Hiện nay đã có trên 140 nước tham gia Công ước này. Trong khi đó, không có một công ước nào với nội dung tương tự liên quan đến việc thi hành bản án của toà án ở nước ngoài, mặc dù Công ước La Hay về quyền tài phán và thi hành bản án của toà án nước ngoài đang được soạn thảo.

Một ưu điểm lớn khác của phương thức ICA là phương thức này thậm chí nhận được sự ủng hộ của cả các hệ thống pháp luật không thiện chí lắm với thoả thuận trọng tài của các bên tranh chấp. Ví dụ: ở Hoa Kỳ, Luật trọng tài liên bang quy định mức độ kiểm soát pháp lí - quy định rất xa lạ với tranh tụng thương mại quốc tế. Rất nhiều nước khác cũng có những quy định kiểu này, do đó tránh được những vấn đề phát sinh từ ‘thẩm quyền xét xử dựa trên vấn đề’ hay ‘thẩm quyền xét xử đối với cá nhân’ người tham gia tranh chấp, hay vấn đề ‘toà án không thích hợp’ (‘forum non conveniens’) (xem nội dung dưới đây), và những vấn đề tương tự. Trọng tài quốc tế đã trở thành một phương thức hữu hiệu để giải quyết tranh chấp thương mại quốc tế.²⁵ Các nước trên thế giới đều đang tích cực hiện đại hoá pháp luật quốc gia mình về trọng tài để bắt kịp xu thế này. Những trung tâm trọng tài mới cũng đang được thành lập và nhanh chóng tham gia vào giải quyết tranh chấp. Luật và thực tiễn về ICA cũng đã là môn học được giảng dạy tại nhiều trường đại học trên thế giới.

ICA thực chất là phương thức giải quyết tranh chấp riêng tư, được các bên tranh chấp lựa chọn như là cách thức để chấm dứt xung đột giữa họ mà không cần viện đến toà án. Phương thức trọng tài được thực hành tại nhiều nước với những đặc tính về pháp lí và văn hoá khác nhau, và dưới các hình thức vô cùng đa dạng, không theo quy chuẩn cụ thể nào. ICA mang lại cho các bên quyền tự định đoạt và sự kiểm soát đối với quá trình giải quyết tranh chấp, nhằm định đoạt tranh chấp của chính họ. Các bên có thể quyết định theo đó tổ tụng trọng tài sẽ được điều hành bởi một trọng tài ‘thiết chế’, hoặc trọng tài ‘vụ việc’ (‘ad hoc’). Luật áp dụng có thể là quy tắc của một tổ chức trọng tài thiết chế nào đó hoặc luật được các bên lựa chọn. Ngoài việc được quyền chỉ định trọng tài viên và luật áp dụng, các bên có thể lựa chọn địa điểm và ngôn ngữ sử dụng trong tổ tụng trọng tài. Điều này có ý nghĩa rất quan trọng trong giải quyết tranh chấp thương mại quốc tế, vì mỗi bên đều không muốn

²⁵ Alan Redfern và các tác giả khác, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, Thomson, Sweet and Maxwell, 4th edn., (2004).

mình sẽ là đối tượng của quyền tài phán của hệ thống toà án của nước bên kia. Mỗi bên đều lo ngại về nguy cơ có sự thiên vị của toà án dành cho công dân hoặc pháp nhân của nước có toà án đó. Trong khi đó, trọng tài đem đến cho các bên tranh chấp một cơ quan tài phán trung lập hơn, nơi mà mỗi bên có thể tin tưởng rằng họ sẽ được phán xử công bằng. Hơn thế nữa, tính linh hoạt của trọng tài trong việc tạo ra quy trình giải quyết tranh chấp phù hợp với yêu cầu của các bên tranh chấp, và cơ hội lựa chọn trọng tài viên là người có kiến thức về vấn đề đang tranh chấp, làm cho phương thức trọng tài trở nên đặc biệt hấp dẫn. Ngày nay, ICA đã trở thành phương thức giải quyết tranh chấp chủ đạo đối với hầu hết các giao dịch thương mại quốc tế.

Phán quyết trọng tài nói chung thường dễ được công nhận và cho thi hành trên bình diện quốc tế hơn là bản án của một toà án quốc gia. Theo Công ước Niu Y-óóc, các toà án có nghĩa vụ phải thi hành phán quyết trọng tài, trừ khi có những sai phạm nghiêm trọng về thủ tục giải quyết bằng phương thức trọng tài, hoặc những vấn đề liên quan đến tính trung thực của quá trình giải quyết tranh chấp bằng phương thức trọng tài. Công ước Niu Y-óóc ủng hộ tối đa việc thi hành phán quyết trọng tài, do vậy hầu hết các toà án sẽ rất hạn chế giải thích theo hướng phủ nhận việc thi hành này, từ đó dẫn đến thực tế là hầu hết các phán quyết trọng tài đều được thi hành.

Những ưu thế khác của trọng tài bao gồm khả năng giữ bí mật về quy trình và kết quả giải quyết tranh chấp. Tính bí mật được quy định tại một số Quy tắc của các thiết chế và có thể mang tính ràng buộc (đối với cả những nhân chứng và các chuyên gia) theo thoả thuận của các bên, theo đó những cá nhân này bị ràng buộc bởi một thoả thuận về không tiết lộ thông tin. Rất nhiều doanh nghiệp muốn sử dụng các quy trình kín, bởi vì họ không muốn thông tin bị rò rỉ về doanh nghiệp và những hoạt động kinh doanh của mình, hoặc loại tranh chấp nào họ đang phải giải quyết, và họ cũng không muốn công khai một phán quyết bất lợi trong giải quyết tranh chấp.

Các bên còn muốn chọn trọng tài viên là những người có kiến thức chuyên môn về vấn đề đang tranh chấp. Thêm vào đó, họ hài lòng với thực tế rằng giải quyết tranh chấp bằng phương thức trọng tài sẽ thực hiện ít hoạt động điều tra hơn, do đó việc giải quyết tranh chấp sẽ nhanh hơn so với quy trình tranh tụng trước toà án. Chính việc ít cơ hội cho phức tạp trong phương thức trọng tài cũng là một điểm hấp dẫn của phương thức này. Đối với các doanh nhân, việc chấm dứt tranh chấp có ý nghĩa to lớn, vì như thế họ mới có thể tiếp tục công việc kinh doanh của mình bình thường.

Một vài nước Tây Âu từ lâu đã quy định trong pháp luật quốc gia của mình về phương thức trọng tài (*ví dụ*, Luật trọng tài của nước Anh năm 1889; Luật trọng tài của nước Anh năm 1950 sửa đổi bởi Luật trọng tài năm 1979); Toà án trọng tài Luân-đôn, một tổ chức trọng tài tư nhân, đã được thiết lập từ năm 1892. Các điều khoản về trọng tài trong hợp đồng thương mại quốc tế cũng đã được ưa chuộng tại Trung Quốc, thông qua Ủy ban trọng tài kinh tế và thương mại quốc tế Trung Quốc ('CIETAC'), hoặc Ủy ban trọng tài hàng hải Trung Quốc ('MAC'). Xét theo khía cạnh số lượng vụ việc, CIETAC hiện là trung tâm trọng tài lớn nhất thế giới. Ngoài ra, Ủy ban trọng tài thương mại Nhật Bản cũng đã vận hành từ năm 1953. Hầu hết các nước châu Mỹ La tinh, châu Á và châu Phi đều có luật trọng tài và các trung tâm trọng tài thương mại quốc tế hoặc toà án thương mại quốc tế.

B. Nhược điểm của phương thức trọng tài

Những ưu thế của trọng tài, nếu nhìn theo một góc độ khác, thì cũng có thể bị coi là những nhược điểm ở mức độ nhất định. *Ví dụ*, thông thường, việc ít hoạt động điều tra có thể được coi như một lợi thế. Tuy nhiên, một số tranh chấp cụ thể đòi hỏi phải điều tra kỹ, như tranh chấp về chống độc quyền, loại tranh chấp đang được giải quyết ngày càng nhiều bằng phương thức trọng tài. Những tranh chấp loại này thường đòi hỏi bên khởi kiện phải chứng minh được vi phạm, mà vi phạm chỉ có thể được chứng minh, nếu bên đó được quyền tiếp cận mạnh mẽ những tài liệu thuộc sự kiểm soát của bên bị đơn. Do vậy, việc ít hoạt động điều tra đối với dạng tranh chấp này đồng nghĩa với ít cơ hội cho bên nguyên đơn đáp ứng yêu cầu về chứng cứ.

Hơn thế nữa, việc thiếu quyền phúc thẩm có thể là lợi thế theo tiêu chí mong muốn kết thúc sớm tranh chấp, nhưng nếu trọng tài viên ra phán quyết rõ ràng là sai, so với pháp luật hoặc theo thực tế, thì việc thiếu quyền phúc thẩm sẽ là một điều thất vọng đối với một bên tranh chấp. Một nhược điểm khác là: trên thực tế, trọng tài viên không có quyền cưỡng chế thi hành phán quyết trọng tài. Họ không có quyền cưỡng chế ai đó phải làm một việc, cũng không có quyền trừng phạt người đó nếu người đó không làm. *Ví dụ*, toà án có thể áp đặt một lệnh phạt vì tội vi phạm nội quy của toà án, nếu ai đó không chấp hành lệnh của toà. Ngược lại, trọng tài viên không thể áp đặt lệnh phạt, mặc dù họ có thể đưa ra suy luận bất lợi, nếu một bên không tuân thủ lệnh của trọng tài. Hơn nữa, đối với những đối tượng không phải là một bên tranh chấp, trọng tài viên thường không có bất cứ quyền gì để cưỡng

chế họ. Do vậy, nhiều khi trọng tài, hoặc các bên, phải cố gắng đạt được sự hỗ trợ từ toà án (*ví dụ*: trong trường hợp cố gắng đạt được việc thi hành một biện pháp khẩn cấp tạm thời),²⁶ khi mà sự cưỡng chế là cần thiết để đảm bảo sự tuân thủ các mệnh lệnh của toà án.

Trong các tranh chấp có nhiều bên tham gia, một tổ chức trọng tài thường không có quyền triệu tập tất cả các bên, mặc dù tất cả các bên đều liên quan đến một nội dung nào đó của cùng một vụ tranh chấp. Bởi vì quyền hạn của trọng tài chỉ xuất phát từ sự thoả thuận giữa các bên, nếu một bên không đồng ý tham gia quá trình trọng tài thì thông thường họ không bị bắt buộc phải tham gia vào quá trình này. Một tổ chức trọng tài thường không có quyền gộp những đơn kiện tương tự nhau của những bên khác nhau, mặc dù điều đó có thể là thuận tiện hơn cho tất cả các bên liên quan.

Cuối cùng, có thể coi là một nhược điểm của phương thức trọng tài, đó là việc giới trọng tài viên quốc tế hiện nay không đa dạng về giới và dân tộc. Mặc dù một vài thiết chế và một số thành viên đơn lẻ trong giới trọng tài đã cố gắng mở rộng sự đa dạng này, nhưng về tổng thể thì vẫn chưa có nhiều thay đổi tích cực.

C. Các hình thức trọng tài thương mại quốc tế

Có hai hình thức: ICA thiết chế và ICA ‘vụ việc’ (‘ad hoc’). Trong trọng tài ‘ad hoc’, các bên lựa chọn trọng tài viên và quy chế trọng tài. Cách thức thông thường là các bên liên quan lựa chọn một trọng tài viên, tiếp đó, các trọng tài viên này sẽ chọn ra một trọng tài viên thứ ba. Hội đồng trọng tài ‘vụ việc’ sẽ tự lựa chọn quy tắc thủ tục trọng tài (*ví dụ*, Quy tắc trọng tài UNCITRAL). Trọng tài ‘vụ việc’ có thể được thoả thuận trước, hoặc sau khi tranh chấp phát sinh. Trọng tài ‘vụ việc’ giả định trước về sự thiện chí và tính linh hoạt của các bên. Nó có thể giúp giải quyết tranh chấp nhanh hơn và giảm chi phí trọng tài hơn so với trọng tài thiết chế.

Trong trọng tài thiết chế, cần phải lựa chọn một trung tâm trọng tài cụ thể và quy tắc tố tụng trọng tài của trung tâm đó. Trọng tài thiết chế là trọng tài chuyên nghiệp, chất lượng cao mà đôi khi trọng tài ‘vụ việc’ không thể có. Phán quyết trọng tài được đưa ra bởi trung tâm trọng tài (bao gồm cả phán

²⁶ Các biện pháp khẩn cấp tạm thời nói chung có thể được hiểu là các ‘phán quyết’ hoặc ‘lệnh’ của toà án mà các bên cố gắng đạt được, nhằm bảo vệ quyền của họ không bị xâm hại trong quá trình giải quyết tranh chấp bằng phương thức trọng tài; *xem*: Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* (2009), tr. 194.

quyết có tính mặc định) dường như là có nhiều khả năng được công nhận tại toà án hơn, nếu việc thực thi phán quyết đó là cần thiết. Rất nhiều trung tâm trọng tài hiện nay cung cấp dịch vụ ‘giải quyết nhanh’ hoặc ‘rút gọn’ cho cộng đồng kinh doanh quốc tế. Một trong những việc các bên phải làm, khi họ lựa chọn phương thức giải quyết tranh chấp bằng trọng tài, là lựa chọn hình thức giải quyết vụ việc của mình bằng trọng tài thiết chế hay trọng tài ‘ad hoc’.²⁷

1. Trọng tài thiết chế

Đối với trọng tài thiết chế, ưu điểm của nó là thực hiện các chức năng hành chính quan trọng. Những chức năng này đảm bảo cho các trọng tài viên được chỉ định một cách kịp thời, đảm bảo cho hoạt động trọng tài diễn biến hợp lý và đảm bảo các khoản lệ phí và chi phí trọng tài được chi trả trước. Xét từ quan điểm của trọng tài viên, đây là điểm thuận lợi vì họ không phải làm việc với các bên về các khoản tiền thù lao, vì vấn đề này đã được trung tâm trọng tài giải quyết. Hơn nữa, quy tắc trọng tài của trung tâm trọng tài đã được thời gian thử thách và khá hiệu quả trong việc giải quyết các trường hợp phát sinh. Một lợi thế nữa là nếu phán quyết trọng tài được đưa ra bởi một trung tâm trọng tài nổi tiếng, thì sẽ có uy tín đối với cộng đồng quốc tế và toà án. Điều này có thể khuyến khích bên thua kiện thừa nhận phán quyết của trọng tài.

(a) Toà trọng tài quốc tế của ICC

Toà trọng tài quốc tế của ICC là một tổ chức trọng tài nổi tiếng và uy tín nhất. Toà trọng tài quốc tế của ICC không phải là toà án theo nghĩa thông thường của thuật ngữ, cũng không phải là một phần của hệ thống tư pháp. Toà trọng tài chính xác là cơ quan hành chính chịu trách nhiệm giám sát quy trình tố tụng trọng tài. Các thành viên của Toà trọng tài bao gồm các chuyên gia pháp luật từ khắp nơi trên thế giới. Ngoài ra, Toà trọng tài có một Ban thư kí với đội ngũ nhân sự hành chính chuyên nghiệp và thường trực. Toà trọng tài của ICC khác với các tổ chức trọng tài khác là các phán quyết đều được xem xét kỹ lưỡng, theo đó các phán quyết đó sẽ không được đưa ra cho các bên cho đến khi được Toà trọng tài xem xét lại.

(b) Trung tâm giải quyết tranh chấp quốc tế (‘ICDR’) của AAA

Số lượng vụ việc giải quyết tranh chấp bằng trọng tài tại ICDR tăng hàng năm.

²⁷ Chú ý là trọng tài ‘ad hoc’ không được coi là một lựa chọn ở Trung Quốc, xem: Jingzhou Tao và Clarisse von Wunscheim, ‘Articles 16 and 18 of the PRC Arbitration Law - The Great Wall of China for Foreign Arbitration Institutions,’ 23 *Arb. Int.* 309 (2007), tr. 324.

Số liệu về giải quyết tranh chấp trong 10 năm, từ 1993 đến 2003, tăng ba lần, từ 206 lên 646 vụ việc. Hơn nữa, ICDR đã mở văn phòng ở nhiều nước khác.

(c) Tòa Trọng tài quốc tế Luân-đôn ('LCIA')

Đây cũng không phải là cơ quan toà án theo nghĩa pháp lí, mà đúng hơn là cơ quan chịu trách nhiệm giám sát tổ chức trọng tài. Tòa LCIA là cơ quan có thẩm quyền áp dụng các Quy tắc của LCIA. Nó cũng chịu trách nhiệm chỉ định hội đồng trọng tài, giải quyết các yêu cầu phản đối trọng tài viên và kiểm soát chi phí trọng tài. LCIA là tổ chức trọng tài quốc tế lâu đời nhất được thành lập từ cuối thế kỉ XIX. Người đứng đầu Ban thư kí của LCIA là một trợ lí hành chính và chịu trách nhiệm về các công việc hành chính, phục vụ cho hoạt động giải quyết tranh chấp của LCIA. Mặc dù LCIA có trụ sở chính ở Luân-đôn, nhưng tổ chức trọng tài sẽ chịu trách nhiệm giải quyết các vụ việc và áp dụng quy chế trọng tài của mình tại bất kì địa điểm giải quyết tranh chấp nào do các bên lựa chọn.

(d) Các tổ chức trọng tài khác

Tổ chức trọng tài của Phòng thương mại Xtốc-khôm ('SCC') đã trở nên đặc biệt nổi tiếng về giải quyết tranh chấp bằng phương thức trọng tài tại Đông Âu và Tây Âu; Ủy ban trọng tài kinh tế và thương mại quốc tế Trung Quốc ('CIETAC') đã thông qua Bản quy tắc tổ tụng trọng tài mới năm 2005; Trung tâm trọng tài và trung gian/hoà giải của WIPO có Quy tắc trung gian/hoà giải và trọng tài rất thích hợp trong lĩnh vực công nghệ, giải trí và các tranh chấp khác liên quan đến IPRs. Trọng tài quốc tế được đảm nhận bởi các cơ quan trọng tài tại Hồng Kông, Thụy Sĩ, Viên, Cai-rô, Đức, Vê-nê-du-ê-la, Mê-hi-cô và rất nhiều nước khác. Ngoài ra, còn có một số tổ chức trọng tài chuyên ngành như Hiệp hội thương mại ngũ cốc và thức ăn gia súc ('GAFTA'), Hiệp hội trọng tài hàng hải Luân-đôn ('LMAA'), Hiệp hội về dầu, hạt giống và chất béo liên bang ('FIOFA'), và Tổ chức trao đổi kim loại Luân-đôn ('LME'). Tất cả các trung tâm trọng tài này đều có các quy tắc hoạt động và thủ tục tổ tụng trọng tài dựa trên cơ sở hoạt động của ngành kinh tế đó để giải quyết tranh chấp cho các thành viên của mình.²⁸

²⁸ Margret L. Moses, *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*, Cambridge University Press, (2008), tr. 13-14.

2. Quy tắc trọng tài UNCITRAL

Quy tắc trọng tài UNCITRAL được phát hành năm 1976 sau 10 năm nghiên cứu. Quy tắc trọng tài UNCITRAL dự kiến sẽ được chấp nhận tại tất cả hệ thống pháp luật của tất cả các nước trên thế giới. Các DCs nhanh chóng ủng hộ Quy tắc trọng tài UNCITRAL, vì các nước này đang sử dụng nó trong quá trình soạn thảo quy tắc trọng tài, và cũng bởi vì UNCITRAL là diễn đàn để phát triển các quy tắc trọng tài mà trong đó các mối quan tâm của họ được lắng nghe. Viện trọng tài của Phòng thương mại Xtóc-khôm đã và đang sẵn sàng hoạt động theo các quy tắc UNCITRAL, giống như Toà trọng tài Luân-đôn. Toà trọng tài giải quyết yêu cầu bồi thường I-ran - Hoa Kỳ đã và đang sử dụng Quy tắc UNCITRAL.

Quy tắc UNCITRAL quy định rằng việc chỉ định trọng tài viên do các bên lựa chọn, hoặc nếu các bên không đi đến thoả thuận nào về nội dung này, thì việc lựa chọn sẽ được trao cho Tổng thư kí của Toà trọng tài thường trực La Hay (bao gồm các cá nhân luôn sẵn sàng làm trọng tài viên, nếu được yêu cầu). Quy tắc UNCITRAL cũng bao gồm quy định về yêu cầu thông báo, đại diện của các bên, phản đối trọng tài viên, chứng cứ, các phiên xét xử, địa điểm giải quyết tranh chấp, ngôn ngữ, các tuyên bố về yêu sách và biện hộ, các yêu cầu giải quyết về thẩm quyền của trọng tài viên, các biện pháp khẩn cấp tạm thời, các biện pháp khắc phục vi phạm, chuyên gia, các quy định về vắng mặt trong tố tụng, quy tắc về miễn trừ, hình thức và tác động của phán quyết trọng tài, luật áp dụng, giải quyết tranh chấp, việc giải thích các phán quyết và chi phí trọng tài.

Cùng với Quy tắc trọng tài mẫu 1976, UNCITRAL đã ban hành Luật mẫu về Trọng tài thương mại quốc tế 1985. Luật mẫu đã được áp dụng tại Úc, Hồng Kông và Xcôt-len. Nó cũng được thông qua và trở thành luật nội địa của một số bang của Hoa Kỳ, bao gồm Ca-li-phoóc-ni-a, Phờ-lo-ri-đa, Bắc Ca-rô-lai-na, Con-néc-ti-côt, Gioóc-gi-a, Ô-hai-ô, Ô-re-gon và Téc-dát.

Theo Luật mẫu của UNCITRAL, các bên có thể đệ trình giải quyết tranh chấp và yêu cầu một trọng tài 'vụ việc' để giải quyết một tranh chấp cụ thể, nhưng điều đó gần như đã được xác định từ trước khi xảy ra tranh chấp, theo điều khoản trọng tài trong hợp đồng. Theo Điều 8 của Luật mẫu, một thoả thuận trọng tài phải có tính thực thi cụ thể. UNCITRAL giới thiệu điều khoản trọng tài mẫu sau đây: 'Bất kỳ tranh chấp, tranh cãi hoặc khiếu nại nào phát sinh từ hoặc liên quan tới hợp đồng này, hoặc vi phạm hợp đồng hoặc chấm dứt hợp đồng hoặc hợp đồng vô hiệu, sẽ phải được giải quyết bằng trọng tài theo các Quy tắc trọng tài UNCITRAL còn hiệu lực thi hành'.

3. Quy tắc và điều khoản trọng tài ICC và LCIA

Rất nhiều các điều khoản trọng tài sử dụng Quy tắc của Tòa trọng tài ICC tại Pa-ri. ICC giới thiệu điều khoản mẫu như sau: ‘Tất cả các tranh chấp phát sinh có liên quan đến hợp đồng này sẽ được giải quyết theo Quy tắc về hoà giải và trọng tài của Phòng thương mại quốc tế bởi một hoặc nhiều trọng tài viên được chỉ định theo Quy tắc nói trên.’

Các bên mong muốn giải quyết bất kì tranh chấp nào ở Tòa trọng tài Luân-đôn đều có thể sử dụng điều khoản mẫu sau:

Giá trị, giao kết, và thực hiện hợp đồng (thỏa thuận) này sẽ được điều chỉnh bởi pháp luật của Anh; và bất kì tranh chấp nào phát sinh từ hoặc có liên quan đến hợp đồng (thỏa thuận) này, bao gồm cả giá trị, giao kết và thực hiện hợp đồng (thỏa thuận) này, sẽ được giải quyết bằng phương thức trọng tài theo Quy tắc của Tòa trọng tài Luân-đôn, từ ngày mà theo Quy tắc này, nếu các vấn đề không được Quy tắc này điều chỉnh, thì sẽ được kết hợp áp dụng Quy tắc trọng tài UNCITRAL. Các bên đồng ý rằng bất kì thông báo nào có liên quan tới trọng tài sẽ được tới địa chỉ của các bên đã nêu trong hợp đồng (thỏa thuận) này (hoặc sau đó thay đổi bằng văn bản giữa các bên) sẽ được coi là hợp lệ và đầy đủ.

D. Thi hành các phán quyết của trọng tài theo quy định của Công ước Niu Y-óoc

Công ước Niu Y-óoc đã tạo thuận lợi cho việc thi hành các phán quyết của trọng tài nước ngoài ở hơn 140 nước. Công ước Niu Y-óoc yêu cầu toà án ở nước thành viên có nghĩa vụ công nhận và cho thi hành các điều khoản trọng tài và thỏa thuận trọng tài như là giải pháp cho tranh chấp thương mại quốc tế. Trong trường hợp toà án thừa nhận rằng các bên có điều khoản hoặc thỏa thuận trọng tài, thì toà án ‘phải... [đ]ưa vụ việc giải quyết tại trọng tài, trừ trường hợp thỏa thuận trọng tài đó vô hiệu, thỏa thuận trọng tài không hoặc không thể thực hiện được’. Công ước Niu Y-óoc cũng cam kết rằng toà án của các nước thành viên phải công nhận và cho thi hành (theo luật tố tụng của nước đó) phán quyết của trọng tài nước ngoài theo điều khoản hoặc thỏa thuận trọng tài, cũng như quy định các căn cứ nhất định cho việc từ chối công nhận và cho thi hành các phán quyết của trọng tài nước ngoài. Theo Công ước Niu Y-óoc, các căn cứ không công nhận phán quyết của trọng tài nước ngoài bao gồm:

- ‘Chiếu theo luật áp dụng’ của một bên, thì thỏa thuận về trọng tài là vô hiệu hoặc không có thỏa thuận trọng tài;

- Thiếu thông báo kịp thời về quá trình tố tụng trọng tài, chỉ định trọng tài viên và các lí do hợp lí khác để từ chối cơ hội thoả đáng trình bày lời biện hộ;
- Phán quyết trọng tài không nằm trong điều khoản mà các bên đưa ra giải quyết bằng phương thức trọng tài; hoặc quyết định về những vấn đề ngoài phạm vi của nội dung đề nghị trọng tài giải quyết;
- Thành phần hội đồng trọng tài không phù hợp với thoả thuận trọng tài của các bên hoặc luật áp dụng; và
- Theo luật áp dụng, phán quyết của trọng tài không phải là chung thẩm.

Ngoài những căn cứ nêu trên, việc công nhận và cho thi hành phán quyết của trọng tài nước ngoài cũng có thể bị từ chối, nếu phán quyết đó trái với chính sách công tại nước được yêu cầu thi hành phán quyết; hoặc nếu nội dung vụ tranh chấp không thể giải quyết được bằng phương thức trọng tài theo luật của nước đó. Toà án ở Hoa Kỳ đưa ra quan điểm theo đó ‘sự giới hạn về chính sách công theo Công ước Niu Y-óc được giải thích theo nghĩa hẹp [và] chỉ được áp dụng khi việc thi hành phán quyết trọng tài đó vi phạm khái niệm gần như cơ bản của pháp luật của bang có toà án về đạo đức và công lí’. Trong trường hợp không có sự vi phạm nêu trên, thì sự viện dẫn những giới hạn khác của Công ước Niu Y-óc để không áp dụng các quy định đó, sẽ bị soi xét theo đúng luật tố tụng. Việc Công ước Niu Y-óc có được áp dụng hay không là tùy thuộc vào nơi mà phán quyết trọng tài đã hoặc sẽ được đưa ra, chứ không phụ thuộc vào quốc tịch của các bên tranh chấp.

Thoả thuận trọng tài, theo truyền thống được gọi là thoả hiệp, tồn tại dưới rất nhiều hình thức khác nhau. Nhiều trung tâm trọng tài thường đưa ra điều khoản mẫu để đưa vào các thoả thuận kinh doanh. Sự tồn tại và giá trị pháp lí của một thoả thuận trọng tài phải được chứng minh hoặc quyết định theo phương thức tranh tụng trước toà án, trước khi diễn ra tố tụng trọng tài. Điều II Công ước Niu Y-óc yêu cầu các nước phải công nhận thoả thuận trọng tài bằng văn bản có chữ kí của các bên, ‘hoặc được xác lập qua trao đổi giữa các bên bằng thư từ hoặc điện tín’. Hầu hết các cơ quan tài phán đều chấp nhận nội dung trao đổi của các bên bằng fax, thư điện tử hoặc các hình thức tương tự khác có chứa đựng thoả thuận trọng tài. Tuy nhiên, điều khoản trọng tài trong các đơn mua hàng không có chữ kí sẽ không được coi là thoả thuận trọng tài bằng văn bản. Việc trì hoãn tiến hành các thủ tục bắt đầu tố tụng trọng tài hoặc sự viện dẫn các quyền tố tụng tại toà án có thể dẫn đến việc mất quyền giải quyết tranh chấp bằng phương thức trọng tài.

Trong trường hợp các phán quyết trọng tài vô hiệu, toà án tại nơi được đề nghị thi hành phán quyết trọng tài đó thường có quan điểm khác nhau về việc thi hành phán quyết này. Toà án của Pháp đã cho thi hành một phán quyết trọng tài, mà trước đó đã bị vô hiệu, một cách vô lí và gây thiệt hại cho nguyên đơn - người đã thắng trong vụ giải quyết tranh chấp tại trọng tài lần thứ hai (vụ *Hilmarton v. OTV*, [1997], Rev. Arb. 376). Một toà án cấp liên bang ở Hoa Kỳ đã từ chối chấp nhận việc tuyên bố vô hiệu một cách hợp pháp của một toà án Hy Lạp đối với phán quyết trọng tài, bởi vì các bên tranh chấp đã thoả thuận không phúc thẩm phán quyết trọng tài (vụ *Chromalloy Aeroservices v. Egypt*, 939 F. Supp. 907 (DDC [1996])). Toà án tối cao Hoa Kỳ đã tái khẳng định rằng trọng tài viên có thẩm quyền quyết định thẩm quyền xét xử của mình. Sự im lặng hoặc không rõ ràng về sự tham gia của trọng tài viên cần phải được xem xét theo quy tắc tố tụng toà án. Các toà án Hoa Kỳ cũng có ý kiến khác nhau về việc các bên tranh chấp có thể thay đổi phạm vi xem xét lại của toà án đối với các phán quyết của trọng tài hay không.²⁹

5. Tranh tụng thương mại quốc tế trước toà án

A. Giới thiệu chung

Trọng tài thường được sử dụng trong các hợp đồng thương mại. Các hiệp định thương mại đã xây dựng những quy trình riêng cho giải quyết tranh chấp, đặc biệt là quy trình thành lập hội đồng giải quyết tranh chấp thường được kết hợp với các phương thức tranh tụng trước toà án và trọng tài. Tuy nhiên, nhiều tranh chấp thương mại quốc tế được giải quyết bằng phương thức tranh tụng truyền thống.

Nếu so sánh với thương lượng, hoà giải và thậm chí với trọng tài, thì tranh tụng trước toà án là quy trình giải quyết tranh chấp có tính thể thức và tính tổ chức cao. Với các quy định và thủ tục đã được thiết lập rất chặt chẽ, toà án giải quyết hầu hết mọi chi tiết nhỏ của quá trình tranh tụng, từ thời điểm bắt đầu vụ kiện cho đến khi có bản án cuối cùng và thi hành án. Điều này có ưu điểm là làm cho các khía cạnh về thủ tục tố tụng của vụ việc có thể được dự đoán một cách hợp lí. Các bên tham gia đều ý thức được các giai đoạn cơ bản của quy trình tố tụng, các bước trong từng giai đoạn tố tụng và thời hạn tương ứng, kể từ khi vụ kiện được đưa ra toà hoặc ngay sau đó.

Tranh tụng từ trước đến nay nhấn mạnh vào thủ tục và quy trình, yêu

²⁹ Vụ *Kyocera Corp. v. Prudential-Bache Trade Services, Inc.*, 341 F. 3d 987 (9th Cir. [2003]).

cầu tuân thủ nghiêm ngặt các quy định về chứng cứ, cơ hội để kháng cáo đối với các bản án không có lợi và các đặc điểm khác mà thường làm cho các vụ kiện bị kéo dài và thêm phức tạp. Những người ủng hộ ADR thường phàn nàn rằng tranh tụng trước toà án sẽ mất nhiều thời gian, gây tốn kém chi phí hơn các phương thức giải quyết tranh chấp khác. Tuy vậy, do trọng tài có thể được coi là có tính tổ chức và thể thức tương đương với phương thức tranh tụng trước toà án, nên không chắc chắn rằng giải quyết tranh chấp bằng trọng tài sẽ nhanh hơn với chi phí thấp hơn.³⁰ Trên thực tế, một số bên tranh chấp lại mong muốn một quá trình giải quyết tranh chấp tốn kém và mất thời gian hơn, bởi vì họ có nguồn lực tài chính tốt hơn, do đó ít nhu cầu cần giải quyết vụ việc nhanh chóng hơn so với bên tranh chấp còn lại.

Có thể nói một cách chính xác là phương thức tranh tụng trước toà án thường bao gồm nhiều thủ tục phức tạp, các bên tranh tụng thường bị lôi kéo vào các trò chơi chiến thuật để trì hoãn các hoạt động tố tụng, buộc đối thủ của họ phải trả những chi phí không cần thiết hoặc chỉ đạt được các lợi ích không liên quan đến vụ án. Một thẩm phán có thể áp đặt mức phạt đối với bên lạm dụng quy trình tố tụng, tuy nhiên, toà án đang quá tải và không thể kiểm soát tất cả các ứng xử đáng nghi ngờ.³¹

B. Các lợi thế của phương thức tranh tụng trước toà án

Một trong những lợi thế của phương thức tranh tụng trước toà án là: khi người tham gia tranh chấp không còn muốn thoả thuận hoặc hợp tác với bên kia, thì họ không cần phải cố gắng thỏa thuận hoặc hợp tác nữa. Một toà án độc lập sẽ xem xét các tranh chấp và đưa ra quyết định có giá trị pháp lí bắt buộc với các bên, cho dù một hoặc các bên có liên quan trong tranh chấp không hợp tác. Nếu một bên không sẵn sàng hợp tác giải quyết tranh chấp với bên kia, thì phương thức tranh tụng sẽ đảm bảo cơ hội để đền bù các quyền lợi đã được công nhận một cách hợp pháp. Tất nhiên, có nhiều trường hợp theo đó các bên, sau khi đệ trình vụ việc lên toà án để giải quyết, có thể phải thất vọng về kết quả giải quyết vụ việc.

Thẩm phán có thẩm quyền quyết định các nội dung quan trọng trong quy trình tố tụng. Toà án có thể buộc một bên tiết lộ thông tin mặc dù bên này không muốn cung cấp, ấn định ngày xét xử và ngày điều tra trước xét xử không theo mong muốn của các bên, cũng như áp đặt các trách nhiệm

³⁰ Public Citizen, *The Costs of Arbitration*, <http://www.ubliccitizen.org/publications/release.cfm?ID=7173>

³¹ Ví dụ: Xem vụ kiện *Chambers v NASCO, Inc*, 501 U.S. 32, [1991], tr. 44.

khác mà một hoặc nhiều bên tranh tụng phản đối. Cần nhấn mạnh thêm rằng một trong những lợi thế của việc bắt buộc bên thứ ba tham gia và quyền ra quyết định mang tính ràng buộc đối với tất cả các bên khiến cho quá trình giải quyết này sẽ vẫn tiến triển, bất chấp việc các bên tranh tụng không muốn hoặc không sẵn sàng hợp tác. Một bên có khả năng làm cho bên kia phải tuân theo ý chí của mình, nếu họ có thể thuyết phục tòa án theo quan điểm của họ đối với các vấn đề về quy trình thủ tục mà hai bên có ý kiến khác biệt. Ngược lại, đối thủ của một bên tranh chấp có thể thuyết phục tòa án áp đặt các yêu cầu mà bên kia không mong muốn.

Một trong những ưu điểm rõ ràng của tranh tụng trước tòa án là khả năng bắt buộc bên kia phải đáp lại khiếu nại của bên khiếu kiện. Không giống như hòa giải, trọng tài và các phương thức ADR khác, hoạt động tranh tụng trước tòa án vẫn được tiếp tục, dù có hay không có sự đồng thuận của tất cả các bên. Bên nào chủ định phớt lờ những cáo buộc chống lại mình, thì sẽ phải tự bảo vệ mình trước tòa, nếu không thì sẽ phải chịu hậu quả vì đã không làm như vậy. Theo đó, tổ tụng tại tòa án đảm bảo việc đưa ra giải pháp giải quyết tranh chấp, đảm bảo rằng các yêu cầu của nguyên đơn được giải quyết tại tòa án và khiếu kiện đó sẽ được gửi đến tòa án đúng thẩm quyền để giải quyết. Tuy nhiên, khi vụ việc được đệ trình đến tòa án, thì vụ kiện sẽ mặc nhiên được thúc đẩy theo một hành trình định sẵn của riêng nó. Người bị kiện ban đầu có thể thuyết phục tòa án rằng phía bên kia có khả năng phải chịu trách nhiệm pháp lí, hoặc một người không phải là các bên trong tranh chấp có thể thuyết phục tòa án rằng họ có lợi ích liên quan tới phán quyết của tòa, và do vậy phải được tham gia quá trình tổ tụng. Các vụ kiện khác nhau phát sinh từ một sự kiện hoặc một giao dịch không thành công có thể được gộp lại với nhau để cùng xem xét, nhằm hạn chế khả năng đưa ra những quyết định không thống nhất. Nếu xảy ra trường hợp đó, những mệnh lệnh trong vụ kiện không luôn luôn bị coi là gây tác động tiêu cực; tuy nhiên, nó sẽ tác động tới một bên trong vụ kiện. Trong khi đó, nếu tham gia quy trình giải quyết tranh chấp theo phương thức khác, thì những người tham gia thường có quyền kiểm soát lớn hơn (so với tranh tụng trước tòa án) về sự tham gia của các thành viên mới, và bên tranh chấp cùng với luật sư của họ coi đó là một đặc điểm hấp dẫn của các phương thức ADR.

Do quy trình tổ tụng có tính thể thức rất nghiêm ngặt và luật áp dụng đối với vụ việc có thể mang nặng tính kĩ thuật, nên rất khó hiểu và khó diễn giải đối với người không phải là luật sư. Các đương sự thường phải thuê luật

sư làm đại diện cho họ trong suốt quá trình tố tụng. Những ví dụ về việc luật sư làm phức tạp hoá các vụ kiện và các vấn đề khác là nhiều vô kể. Nguyên tắc điều tra sẽ được các toà án áp dụng cường bức đối với các bên tranh tụng không tự nguyện thi hành, để đảm bảo lượng thông tin pháp lí có liên quan đến vụ tranh chấp sẽ được các bên trao đổi là lớn nhất. Các thông tin hữu ích đối với một bên mà phía bên kia nắm giữ có thể hoặc không thể được trao đổi trong quy trình giải quyết tranh chấp theo phương thức khác. Mặc dù trong quy trình tố tụng trọng tài có quy định về vấn đề tiết lộ thông tin, tuy nhiên việc tiết lộ thông tin có thể bị hạn chế bằng một điều khoản trọng tài mà các bên đã cam kết trước khi phát sinh tranh chấp hoặc bị hạn chế bởi các quy tắc hoạt động của tổ chức trọng tài.

Với các đặc điểm của quy trình tố tụng tại toà án nêu trên, đã làm cho thủ tục tố tụng này trở nên không khoan nhượng đối với các bên tranh tụng, và có thể gia tăng xung đột dẫn đến tranh chấp leo thang trước khi nó được giải quyết. Tố tụng tại toà án, với tư cách là một thiết chế xã hội, đôi khi dẫn đến ‘cơ chế đối kháng’, trong đó rất nhiều thủ tục thực sự khuyến khích cách ứng xử cạnh tranh hơn là hợp tác. Trong giai đoạn tiền tranh tụng, các bên và luật sư của họ chủ yếu trao đổi về văn bản để trình lên toà án và chuyển giao văn bản cho bên kia bằng thư tín. Với những văn bản này, những hoạt động thu thập chứng cứ, thường là rất phức tạp và tốn kém, sẽ được thu xếp nhằm củng cố quan điểm của bên đó và làm suy yếu lập luận của bên kia. Hầu hết các vụ kiện đều theo thể thức các cuộc tranh luận, trong đó bên tranh tụng nghe phía bên kia trình bày, chủ yếu để thu thập thông tin và nhằm chống lại lập luận của bên kia. Trường hợp các bên tranh chấp không còn mong muốn hợp tác nữa hoặc không kì vọng vào việc hợp tác sau kiện tụng, họ có thể nhất trí với việc quy trình tố tụng cho phép họ đối kháng trực tiếp với nhau. Tuy nhiên, trong trường hợp các bên mong muốn tiếp tục duy trì mối quan hệ hoặc hợp tác kinh doanh, họ sẽ bỏ lỡ cơ hội quan trọng để bắt đầu hướng quan hệ giữa họ theo cách mang tính xây dựng hơn, một khi họ chọn tố tụng trước toà như là phương pháp để tránh mặt nhau. Thậm chí, trong trường hợp các bên dù không mong muốn duy trì mối quan hệ sau khi tranh chấp được giải quyết, thì các mối lo về việc tố tụng có khả năng tiếp diễn còn lớn hơn nhiều so với mối lo đến từ việc phải giải quyết tranh chấp với một bên khác bằng phương thức thương lượng hoặc hoà giải - quy trình mà tranh chấp thường được giải quyết nhanh hơn nhiều.

Sự công khai tương đối của tố tụng tại toà án là một ưu điểm cho các

bên trong việc nâng cao sự quan tâm của dư luận đối với các cáo buộc và quan điểm của họ. Tuy nhiên, một hoặc các bên tranh chấp có thể mong muốn giải quyết vụ việc kín đáo hơn, đặc biệt là trong các tranh chấp thương mại.

C. Thẩm quyền của tòa án

1. Khái niệm về thẩm quyền của tòa án

Thẩm quyền của tòa án có thể được xem xét theo những cách khác nhau. Nhiều quy định về thẩm quyền xét xử hoàn toàn mang tính địa phương (trong nước). Cái gọi là ‘thẩm quyền xét xử dựa trên vấn đề’ (‘subject-matter jurisdiction’) là một ví dụ. Khái niệm này sẽ trả lời câu hỏi: liệu một tòa án có thẩm quyền giải quyết một vấn đề cụ thể nào đó không? Tòa chuyên ngành chỉ có thẩm quyền xét xử đối với một số vấn đề nhất định, nghĩa là tòa không có thẩm quyền xét xử các vấn đề khác. *Ví dụ*, tòa chuyên ngành về thuế không thể giải quyết vụ việc về li hôn. Tại Hoa Kỳ, ‘thẩm quyền xét xử dựa trên vấn đề’ được hiểu theo các cách khác nhau. Vấn đề này liên quan đến câu hỏi: liệu tòa liên bang có thể thụ lý một vụ việc cụ thể hay không, hay vụ việc đó phải được giải quyết ở tòa cấp bang?

2. Các loại thẩm quyền của tòa án: Thẩm quyền của tòa án đối với cá nhân (‘in personam’) hoặc thẩm quyền của tòa án đối với tài sản (‘in rem’)

Thẩm quyền của tòa án có thể được phân tích trên kết quả mà bản án nhằm đạt được. Hiện nay, việc phân loại hình thức thẩm quyền xét xử của tòa án phổ biến nhất là việc phân loại giữa ‘thẩm quyền của tòa án đối với cá nhân’ (‘in personam’), và ‘thẩm quyền của tòa án đối với tài sản’ (‘in rem’). Ngoài ra còn có các thủ tục tố tụng nhất định khác, *ví dụ*, thủ tục về li hôn và giám hộ - không phù hợp với cả hai loại trên, nhưng cũng không thuộc phạm vi phân tích của Giáo trình.

(a) Thẩm quyền của tòa án đối với cá nhân

Một số lĩnh vực trong pháp luật Hoa Kỳ hoặc pháp luật Anh rất khó có thể giải thích được cho các luật gia thuộc hệ thống civil law, *ví dụ*, vấn đề ‘thẩm quyền của tòa án đối với cá nhân’. Lịch sử về thẩm quyền của tòa án Hoa Kỳ đối với cá nhân gắn liền với những khái niệm rất khó và phức tạp về ‘mối quan hệ tối thiểu’ (‘minimum contacts’) và ‘tuân thủ đúng các thủ tục’ (‘due process’) theo Hiến pháp Hoa Kỳ. Khi một vụ kiện được khởi xướng tại Hoa Kỳ và nếu bên bị đơn cho rằng phải áp dụng nguyên tắc ‘tòa án thích hợp’ (‘forum conveniens’) để giải quyết tranh chấp, thì những sai sót có thể xảy ra

về quyền tài phán sẽ được xem xét, hoặc bị hoãn để chờ được quyết định theo nguyên tắc ‘toà án không thích hợp’ (‘forum non conveniens’) (*xem* nội dung dưới đây). Lí do của việc này có thể do việc dự đoán kết quả cho câu hỏi về thẩm quyền xét xử là khó khăn hơn so với việc dự đoán câu trả lời về ‘toà án không thích hợp’ (‘forum non conveniens’). Việc yêu cầu phải có những ‘mối quan hệ tối thiểu’ là cần thiết để đáp ứng đòi hỏi về ‘tuân thủ đúng các thủ tục’ (‘due process’) theo bản sửa đổi Hiến pháp Hoa Kỳ lần thứ XIV. Nếu tiêu chí ‘mối quan hệ tối thiểu’ được chứng minh, thì toà án sẽ cân nhắc những điều kiện khác về tính hợp lí, *ví dụ*, liệu thẩm quyền đang được thực hiện có đáp ứng khái niệm về tính công bằng và công lí thực sự hay không?

Việc xác định thẩm quyền của toà án đối với cá nhân sẽ dẫn đến bản án có tính ràng buộc đối với bị đơn, theo đó cưỡng chế bị đơn phải trả tiền, chuyển giao tài sản, hoặc phải thực hiện hoặc không thực hiện một hành vi khác nào đó. Một bản án trên cơ sở ‘thẩm quyền của toà án đối với cá nhân’ là bản án mang tính cưỡng chế chỉ đối với một hoặc một vài cá nhân cụ thể, và bắt buộc cá nhân đó làm hoặc không làm một việc gì đó (thường là bồi thường thiệt hại bằng tiền). Đây là hình thức phổ biến nhất của bản án.

Ở Anh, có ba loại quy tắc điều chỉnh thẩm quyền của toà án đối với cá nhân. Loại quy tắc *thứ nhất* có nguồn gốc châu Âu, đó là Quy định Brúc-xen I (có nguồn gốc từ Công ước Brúc-xen về thẩm quyền và thực thi các bản án về dân sự và thương mại). Mô hình *thứ hai* là phiên bản có sửa đổi các quy tắc của châu Âu về thẩm quyền xét xử, theo đó, trong một số trường hợp nhất định sẽ trao thẩm quyền xét xử trong phạm vi nước Anh. *Thứ ba*, các quy tắc mang tính truyền thống sẽ được áp dụng trong trường hợp không thể áp dụng các quy tắc của châu Âu và/hoặc phiên bản sửa đổi trong đó quy định về thẩm quyền xét xử trong phạm vi nước Anh.

Theo common law, thẩm quyền của toà án Anh đối với cá nhân dựa trên cơ sở theo đó bị đơn phải thuộc thẩm quyền xét xử của toà án đó. Nếu bị đơn có mặt ở Anh, quy trình tố tụng đó sẽ được áp dụng đối với người này tại Anh. Nếu bị đơn không ở Anh tại thời điểm bắt đầu của hoạt động tố tụng, nhưng anh ta đã chấp nhận việc đang bị kiện ở Anh, thì toà án Anh có thẩm quyền xét xử. Nếu bị đơn không thể thực hiện hoạt động tố tụng tại Anh và không chấp nhận thẩm quyền xét xử đó, thì toà án có thể vẫn có quyền tài phán theo Quy tắc 6.20 của Bản quy tắc tố tụng dân sự (viết tắt là ‘Quy tắc 6.20 CPR’) bằng cách cho phép quy trình tố tụng áp dụng đối với bị đơn đang ở ngoài phạm vi tài phán của toà án. Tuy nhiên, thẩm quyền này chỉ phát sinh

trong trường hợp bị đơn là người nước ngoài và những sự kiện hoặc vấn đề tranh chấp có liên quan đến nước Anh. Tòa án sẽ không được trao thẩm quyền, trừ trường hợp chứng minh được rằng nước Anh 'là nơi thích hợp để khiếu kiện'. Trong vụ kiện *Seaconsar Far East Ltd v. Bank Markazi Jomhuri Islami Iran*, Thượng nghị viện đã khẳng định rằng có ba vấn đề cần phải cân nhắc: *thứ nhất*, nguyên đơn bắt buộc phải chứng minh rằng vấn đề sẽ xét xử là nghiêm trọng; *thứ hai*, nguyên đơn phải chứng minh rằng khiếu kiện của mình thuộc trường hợp được quy định trong Quy tắc 6.20 CPR; và *thứ ba*, tòa án phải được thuyết phục rằng nước Anh là 'forum conveniens' - nơi thích hợp cho việc xét xử, và là nơi mà vụ việc có thể được xét xử tốt nhất cho lợi ích của các bên cũng như mục đích cuối cùng của công lí.

(b) Thẩm quyền của tòa án đối với tài sản

Thẩm quyền của tòa án đối với tài sản dẫn đến một bản án về tài sản, và có tính ràng buộc đối với bất cứ ai trên thế giới, nếu người đó có lợi ích liên quan đến tài sản trong vụ kiện. Theo pháp luật của Anh, các vụ kiện này liên quan trực tiếp tài sản, thường là một con tàu. Chẳng có gì là lạ nếu một con tàu bị coi là 'bị đơn' trong vụ kiện về tài sản, nhưng trên thực tế thì hành động khiếu kiện lại nhằm vào chủ sở hữu của con tàu.³² Điển hình là trường hợp người khởi kiện gửi đơn kiện chống lại một chủ tàu liên quan đến hoạt động của con tàu đó. *Ví dụ*, trường hợp hàng hoá của nguyên đơn bị hư hại do những sai phạm về hàng hải của con tàu. Nguyên đơn thường sẽ tìm cách bắt giữ con tàu, do đó con tàu có thể được bán để đáp ứng bất kì bản án nào của tòa án sao cho có lợi cho nguyên đơn. Chỉ có một số loại khiếu kiện nhất định liên quan đến tình huống nêu trên. *Ví dụ*, khiếu kiện của chủ sở hữu hàng hoá đối với hàng hoá bị hư hỏng, khiếu kiện của thủy thủ về tiền lương, và khiếu kiện của người sửa chữa tàu về chi phí sửa chữa. Nếu khiếu kiện chỉ liên quan đến tài sản, thì việc thi hành bản án của tòa án cũng chỉ có tính cưỡng chế đối với tài sản đó mà thôi - bằng cách tịch thu hoặc bán tài sản đó theo lệnh của tòa án. Vì vậy, không thể đạt được một giá trị cao hơn giá trị của tài sản đó (con tàu). Khi các khiếu kiện chỉ đơn thuần về tài sản, nguyên đơn bị giới hạn về giá trị của bản án chỉ bằng khoản tiền có thể thu được sau khi bán tài sản đó, nhưng đối với các khiếu kiện cả về tài sản và cá nhân bị đơn, thì nguyên đơn không bị giới hạn như vậy.

³² Vụ *Republic of India v. India Steamship Co* (N2) [1998] AC 878.

D. Tổng đạt giấy tờ trong quá trình tố tụng

Tổng đạt giấy tờ trong quá trình tố tụng ở nước ngoài được quy định tại Công ước La Hay về tổng đạt ra nước ngoài văn bản tố tụng và ngoài tố tụng trong lĩnh vực dân sự và thương mại 1965. Tổng đạt giấy tờ theo Công ước La Hay đang được thực hiện ở hơn 40 nước. Tổng đạt giấy tờ được thực hiện bởi một ‘cơ quan trung ương’ của một quốc gia nước ngoài và cơ quan này sẽ chuyển hồ sơ tổng đạt tới một cơ quan thích hợp. Mặc dù việc gửi hồ sơ tổng đạt bằng thư tín thường bị hạn chế, nhưng việc này liệu có được coi là một hình thức tổng đạt hay không thì vẫn còn nhiều ý kiến khác nhau. Nếu việc tổng đạt giấy tờ không tuân thủ một công ước, thì gần như chắc chắn dẫn đến việc bản án đó bị từ chối thi hành ở nước ngoài. Chính phủ Đức đã quy định rất rõ trong vụ kiện *Schlunk* rằng: toà án Đức sẽ không cho thi hành bản án, trừ trường hợp việc tổng đạt giấy tờ đã được thực hiện theo Công ước La Hay.

E. Toà án không thích hợp (*forum non conveniens*)

Học thuyết ‘toà án không thích hợp’ thể hiện sự công bằng. Nó cho phép toà án bác bỏ vụ kiện, nếu toà án tin rằng vụ kiện đó nên được giải quyết ở một nơi khác. Không phải tất cả các nước đều công nhận học thuyết này, nhưng cũng đưa ra kết luận tương tự với những tên gọi khác. Học thuyết này ở Hoa Kỳ có nguồn gốc từ vụ kiện *Gulf Oil Corp. v. Gilbert*, một vụ kiện liên quan đến toà án ở Hoa Kỳ. Trong vụ này, Toà án tối cao cho phép các toà án từ chối thẩm quyền xét xử của mình, nếu những yếu tố công và tư đều ủng hộ việc đưa vụ kiện giải quyết ở một toà án khác.

Tuyên bố ‘toà án không thích hợp’ sẽ được bị đơn đề xuất như là một phần của chiến lược tranh tụng. Nếu họ thành công, vụ kiện có thể bị chuyển tới một toà án ở một nơi rất xa và vụ kiện sẽ chìm xuống. Vụ kiện chìm xuống vì lúc đó các luật sư Hoa Kỳ không còn hy vọng vào việc đạt được một bản án bồi thường thiệt hại nhiều hơn. Thực tế là họ không còn cơ hội để tham gia vào vụ kiện với tư cách là luật sư, một khi vụ kiện này được giải quyết ở một toà án nước ngoài.

Một vấn đề đặt ra đối với bị đơn sau khi có được tuyên bố ‘toà án không thích hợp’ là việc bị mất hoặc giảm quyền kiểm soát đối với vụ việc. Nếu vụ kiện được đưa ra nước ngoài, thì luật sư của họ sẽ không thể đại diện cho họ trước toà án nước ngoài, và như vậy họ phải thuê luật sư nước ngoài. Bị đơn sẽ phải tìm hiểu về luật và hệ thống pháp luật nước ngoài. Sự lựa chọn tốt hơn cho các bị đơn là tiếp tục giữ vụ việc giải quyết tại toà án

Hoa Kỳ, nhưng có thể áp dụng luật nước ngoài trong quá trình xét xử. Trong nhiều trường hợp như vậy, luật nước ngoài đã được viện dẫn, tuy nhiên, khi toà án gặp khó khăn trong xét xử bằng luật nước ngoài, thì gánh nặng không thể gánh vác này có thể sẽ đặt lên vai nguyên đơn. Luật là một sản phẩm của sự công bằng, và giống như sự công bằng, nó là một thứ gì đó trừu tượng và khó lường trước được.

Mục 3. CHỌN LUẬT ÁP DỤNG VÀ CƠ QUAN TÀI PHÁN TRONG GIẢI QUYẾT TRANH CHẤP

1. Giải quyết tranh chấp bằng phương thức trọng tài

A. Chọn địa điểm trọng tài và hệ quả của nó

Địa điểm trọng tài là nơi mà các thủ tục trọng tài được tiến hành. Xét dưới khía cạnh này, có thể so sánh địa điểm trọng tài với trụ sở của toà án. Trong tố tụng tại toà án, địa điểm mà thẩm phán kí vào bản án không phải là vấn đề quan trọng, vì bản án này luôn được coi là bản án của toà án, không phụ thuộc vào địa điểm mà thẩm phán kí vào bản án. Ngược lại, trong tố tụng trọng tài, việc chọn địa điểm trọng tài sẽ làm phát sinh một số hệ quả dưới nhiều khía cạnh khác nhau. *Thứ nhất*, các quy phạm mệnh lệnh của ‘lex fori’ (pháp luật của nước nơi địa điểm trọng tài được chọn) sẽ được áp dụng. *Thứ hai*, ở một số nước, các trọng tài viên, cũng giống như các thẩm phán, sẽ áp dụng luật nội dung của nước đó trong quá trình tố tụng. *Thứ ba*, việc chọn địa điểm trọng tài có thể tác động đến hiệu lực pháp lí của thoả thuận trọng tài. Tùy thuộc vào nước được lựa chọn, việc chọn địa điểm trọng tài có thể dẫn đến việc cho phép hoặc ngăn cản toà án của nước đó can thiệp vào quá trình tố tụng trọng tài, hoặc can thiệp để hỗ trợ thủ tục tố tụng trọng tài. *Thứ tư*, việc chọn địa điểm trọng tài có thể sẽ đem lại lợi thế cho một bên tranh chấp về khía cạnh khoảng cách địa lí, chi phí đi lại³³ và nhu cầu cần thiết trong việc chỉ đạo phối hợp với luật sư sở tại. Một bên có thể tạo cho mình một vị thế có lợi hơn bên đối phương, và việc lựa chọn này có thể tác động đến khả năng cho một bên bảo vệ vụ kiện của mình dễ dàng hơn,³⁴

³³ Ví dụ: việc đi lại gặp gỡ của các bên, luật sư và nhân chứng.

³⁴ Đây là một trong những nguồn của việc biện hộ dựa trên học thuyết ‘toà án không thích hợp’ (‘forum non conveniens’).

hoặc bảo đảm việc có mặt của các nhân chứng của họ tại phiên tòa.³⁵ Việc công nhận phán quyết trọng tài ở một số nước, nơi các bên cư trú, cũng phụ thuộc vào địa điểm trọng tài, mà vụ *Keban* là một ví dụ.³⁶

Việc chọn địa điểm trọng tài cũng dẫn đến một số hệ quả khác. Trong trường hợp các bên không chọn luật tố tụng, cơ quan chỉ định được lựa chọn sẽ có cơ hội tốt để tác động đến việc chọn luật tố tụng. Thậm chí ngay cả khi không thể tác động đến việc này, luật tố tụng được áp dụng cũng phải tuân thủ các nguyên tắc cơ bản của pháp luật tố tụng của nước nơi địa điểm trọng tài được chọn.³⁷ Vì tất cả những lí do này, địa điểm trọng tài là một yếu tố có ý nghĩa quan trọng nhất trong tố tụng trọng tài, và việc lựa chọn nó cần phải được quan tâm đặc biệt.

B. Chọn luật

1. Luật điều chỉnh thoả thuận trọng tài

Trọng tài là một quá trình tố tụng theo thoả thuận và nó phụ thuộc vào thoả thuận trọng tài, với tư cách là một thoả thuận có hiệu lực pháp lí ràng buộc các bên. Các thoả thuận trọng tài không thuộc phạm vi điều chỉnh của Công ước Rô-ma về các nghĩa vụ theo hợp đồng (khoản 2(d) Điều 1). Như vậy, hiệu lực và nội dung của thoả thuận trọng tài được điều chỉnh bằng luật riêng của nó, được xác định bằng nguyên tắc chung của pháp luật. Luật riêng về hiệu lực của thoả thuận trọng tài có thể khác với luật điều chỉnh tranh chấp thực chất giữa các bên. Nếu hợp đồng có quy định rõ ràng về việc chọn luật, thì luật được chọn cũng điều chỉnh điều khoản trọng tài. Nếu hợp đồng không quy định việc chọn luật, thì luật điều chỉnh hợp đồng (và thoả thuận trọng tài) thông thường được hiểu ngầm là luật của nước là nơi có địa điểm trọng tài. *Ví dụ*, nếu các bên thoả thuận địa điểm trọng tài là nước Anh nhưng không quy định rõ ràng về luật điều chỉnh hợp đồng, thì luật riêng để điều chỉnh thoả

³⁵ *Ví dụ*: trong trường hợp tố tụng trọng tài diễn ra tại các nước Ả rập, việc có mặt của các nhân chứng quốc tịch I-xơ-ra-en sẽ trở nên khó khăn.

³⁶ Vụ kiện trọng tài giữa một bên là các nhà thầu Ý và Pháp, và một bên là Bộ giao thông công chính Thổ Nhĩ Kỳ với địa điểm trọng tài là Thụy Sĩ. Giữa Thổ Nhĩ Kỳ và Thụy Sĩ không có hiệp định song phương về công nhận phán quyết trọng tài. Khi các nhà thầu là bên thắng kiện muốn thi hành phán quyết trọng tài tại Thổ Nhĩ Kỳ, phía Thổ Nhĩ Kỳ đã từ chối công nhận phán quyết trọng tài dựa trên lí do này và một số lí do khác. Xem *Compagnie de Constructions Internationales, Compagnie Francaise d'Entreprise et Societe Impregilo v. DSI, Court of Cassation* (Thổ Nhĩ Kỳ), Nghị định số 76/1052, ngày 10/3/1976, Arbitration, Vol. 46, No 4, December 1980, tr. 241.

³⁷ Cho dù 'lex loci arbitri' không điều chỉnh tố tụng trọng tài, nhưng nó cũng đưa ra các chỉ dẫn cho ứng xử của trọng tài viên.

thuận trọng tài thông thường sẽ được xác định là luật của nước Anh.³⁸ Nếu các bên không quy định rõ ràng về việc chọn luật và không chỉ định địa điểm trọng tài, thì luật riêng điều chỉnh thoả thuận trọng tài, theo nguyên tắc chung của pháp luật, là luật của nước có mối liên hệ chặt chẽ nhất với hợp đồng. Chỉ trong những trường hợp ngoại lệ, thì luật điều chỉnh thoả thuận trọng tài có thể khác với luật điều chỉnh thực chất hợp đồng³⁹.

Trong bối cảnh thi hành phán quyết trọng tài theo Công ước Niu Y-oóc, có thể phản đối phán quyết trọng tài dựa trên căn cứ theo đó thoả thuận trọng tài không có hiệu lực (khoản 2(a) Điều V Công ước Niu Y-oóc).

2. Luật điều chỉnh tố tụng trọng tài

Luật điều chỉnh tố tụng trọng tài ('lex arbitri'), thông thường là luật của nước nơi địa điểm trọng tài được chọn. Trên thực tế, 'lex arbitri' chủ yếu là luật tố tụng nhưng đôi lúc cũng có những yếu tố thuộc luật nội dung. Tuy nhiên, không phải lúc nào ranh giới giữa các yếu tố luật nội dung và luật tố tụng cũng thực sự rõ ràng. Quan trọng là phải hiểu được loại vấn đề nào được điều chỉnh bởi 'lex arbitri', và luật này tương tác như thế nào với các quy phạm do các bên lựa chọn và luật nội dung điều chỉnh hợp đồng chính.

Tố tụng trọng tài bao gồm hai yếu tố: *Thứ nhất*, trọng tài phải tuân thủ thủ tục tố tụng và quyền hạn của trọng tài được quy định trong thủ tục này (thủ tục nội bộ); và *thứ hai*, quyền hạn của toà án trong việc hỗ trợ và giám sát hoạt động trọng tài (thủ tục bên ngoài). Quyền hạn hỗ trợ của toà án bao gồm: *ví dụ*, quyền chỉ định trọng tài viên và ban hành lệnh tạm thời (*ví dụ*: phong toả tài sản của bị đơn). Quyền hạn giám sát quan trọng nhất của toà án là quyền không cho thi hành phán quyết trọng tài, trong trường hợp trọng tài viên đã vượt quá thẩm quyền xét xử của mình, hoặc đã có những vi phạm nghiêm trọng ảnh hưởng đến hoạt động trọng tài hoặc phán quyết trọng tài. Phạm vi mà toà án thực hiện quyền giám sát đối với trọng tài không giống nhau ở mỗi nước.

Các quy phạm xác định luật điều chỉnh tố tụng trọng tài cố gắng đáp ứng hai mục tiêu mà bản thân chúng có thể mâu thuẫn nhau. Một mặt, nước mà địa điểm trọng tài được lựa chọn có lợi ích chính đáng trong việc thực hiện biện pháp kiểm soát đối với quá trình trọng tài, nhằm bảo đảm rằng quá

³⁸ Vụ *Hamlyn Co v. Talisker Distillery* [1894] AC 202, trích dẫn trong C. M. V. Clarkson và Jonathan Hill, *The Conflict of Laws*, 3rd edn., Oxford, (2006), tr. 252.

³⁹ Dicey và Morris, *The Conflict of Laws*, 13th edn., (2000), tr. 598.

trình tố tụng trọng tài đáp ứng các tiêu chí tối thiểu về tính công bằng. Mặt khác, trọng tài là một quá trình thoả thuận, và như một nguyên tắc chung của pháp luật, các bên có quyền tự do xác định việc giải quyết tranh chấp của họ theo cách nào.

Luật trọng tài năm 1996 của Anh có những điều khoản nhằm dung hoà hai mục tiêu mâu thuẫn nêu trên. Theo nguyên tắc chung của pháp luật, các quy định của Luật này sẽ mặc nhiên được ưu tiên áp dụng, nếu nước Anh là địa điểm trọng tài. Như vậy, nếu hai công ty nước ngoài thoả thuận giải quyết tranh chấp bằng trọng tài tại Anh, thì toà án Anh sẽ có quyền loại bỏ trọng tài viên trên cơ sở nghi ngờ về tính khách quan của người này, hoặc không cho thi hành phán quyết trọng tài, nếu một bên đã lừa dối để có được phán quyết này. Phần lớn các quyền hạn của toà án mà Luật này quy định có tính chất tuỳ thuộc vào sự xem xét của toà án, và toà án sẽ căn cứ vào mối liên hệ của các bên với nước Anh khi xem xét liệu có phải thực hiện hay không thực hiện các quyền hạn của toà án theo quy định của Luật nêu trên? Trong trường hợp địa điểm trọng tài ở bên ngoài nước Anh, thì luật của Anh sẽ không phù hợp để áp dụng đối với phần lớn các vấn đề về tố tụng. Tuy nhiên, một vài điều khoản của Luật nêu trên vẫn được áp dụng mà không phụ thuộc vào địa điểm trọng tài. Ví dụ, các quy định liên quan đến việc tạm hoãn xét xử do vi phạm điều khoản trọng tài. Nhưng sẽ không có chuyện không công nhận phán quyết trọng tài nếu địa điểm trọng tài ở ngoài nước Anh, ngay cả khi các bên thoả thuận rõ ràng là luật Anh sẽ áp dụng đối với tố tụng trọng tài.

Quy trình pháp luật theo Luật trọng tài năm 1996 của Anh được điều chỉnh bởi Bộ quy tắc tố tụng dân sự ('CPR'). Để toà án có quyền tài phán, đơn kiện trọng tài phải được tổng đạt cho bị đơn phù hợp với các thủ tục tố tụng có liên quan. Trong trường hợp thích hợp, toà án sẽ cho phép việc tổng đạt được thực hiện bên ngoài phạm vi tài phán của nước Anh.

3. Luật điều chỉnh các nội dung thực chất của tranh chấp (luật nội dung)

Các tranh chấp được đưa ra giải quyết bằng trọng tài thường là các tranh chấp phát sinh từ hợp đồng. Hội đồng trọng tài sẽ áp dụng các quy định nào để giải quyết tranh chấp? Hội đồng trọng tài sẽ phải áp dụng các quy phạm về chọn luật theo luật của nước nơi đặt địa điểm trọng tài. Trong common law, các trọng tài viên của Anh được giả định là phải áp dụng các quy phạm về chọn luật của các toà án Anh. Quy tắc này là hệ quả của cách tiếp cận truyền thống của Anh, theo đó phán quyết trọng tài có thể bị toà án xem xét lại về mặt pháp lí, bao gồm cả các vấn đề chọn luật. Một số nước khác có cách tiếp

cận khác và luật về trọng tài nước ngoài quy định các nguyên tắc đặc biệt điều chỉnh vấn đề chọn luật áp dụng cho trọng tài. Luật trọng tài năm 1996 của Anh nêu trên đã từ bỏ cách tiếp cận truyền thống của Anh, bằng cách đưa vào luật Anh các quy định mới. Các quy định về chọn luật ở Mục 46 đề cập đến tình huống: *Thứ nhất*, các bên đưa ra lựa chọn; *thứ hai*, các bên lựa chọn ‘các căn cứ khác’; và *thứ ba*, các bên không đưa ra lựa chọn.

Theo nguyên tắc thứ nhất, hội đồng trọng tài sẽ giải quyết tranh chấp ‘phù hợp với luật được các bên lựa chọn, với tư cách là luật áp dụng cho nội dung của tranh chấp’. Học thuyết ‘dẫn chiếu ngược’ (*renvoi*) bị loại bỏ.⁴⁰

Đôi khi, trọng tài được xem như là cơ chế để tránh những chuẩn mực riêng của pháp luật quốc gia. Vậy thì tại sao các bên không cho phép hội đồng trọng tài giải quyết tranh chấp trên cơ sở tham chiếu các chuẩn mực khác? Có nhiều lựa chọn khác nhau để các bên có thể xem xét. *Thứ nhất*, nếu một bên thuộc Anh và một bên thuộc Pháp, các bên có thể thoả thuận rằng hợp đồng sẽ được điều chỉnh bởi các nguyên tắc chung áp dụng cho cả pháp luật của Anh và của Pháp,⁴¹ hoặc các bên có thể thoả thuận áp dụng các nguyên tắc chung áp dụng cho cả pháp luật nước X nào đó và công pháp quốc tế. *Thứ hai*, các bên có thể chọn các quy định không gắn với một hệ thống pháp luật riêng biệt nào. Điều khoản chọn luật có thể quy định, *ví dụ*: ‘các nguyên tắc pháp luật điều chỉnh các quan hệ hợp đồng được chấp nhận ở phạm vi quốc tế’ (*ví dụ*: *lex mercatoria*), hoặc một bộ phận các quy tắc phi quốc gia (*ví dụ*: PICC của UNIDROIT - xem Mục 3 - Chương 5 của Giáo trình), hoặc luật tôn giáo (*ví dụ*, luật Do thái hoặc luật Sharia Hồi giáo). *Thứ ba*, các bên có thể mong muốn hội đồng trọng tài giải quyết tranh chấp trên cơ sở tham chiếu các nguyên tắc công bằng hoặc ‘lẽ phải’, hơn là các quy phạm pháp luật nghiêm ngặt. Điều khoản cho phép hội đồng trọng tài giải quyết tranh chấp trên cơ sở ‘công bằng’ được thể hiện bằng thuật ngữ La-tinh là ‘arbitration ex aequo et bono’, hoặc trong tiếng Pháp là ‘*amicable composition*’. Luật năm 1996 của Anh nêu trên cho phép các bên được lựa chọn bất kỳ phương án nào. Ngoài ra, Luật này cũng quy định rằng nếu các bên đồng ý, hội đồng trọng tài sẽ giải quyết tranh chấp ‘phù hợp với các căn cứ khác, theo thoả thuận của các bên, hoặc theo sự ấn định của hội đồng trọng tài’.

⁴⁰ Vụ *Orion Compani Espanola de Seguros v. Belfort Maatschappij voor Algemene Verzekeringe* [1962] 2 Lloyd’s Rep 27.

⁴¹ Đây là sự lựa chọn của các bên trong một số hợp đồng liên quan đến dự án đường hầm qua eo biển Măng-sơ giữa Anh và Pháp. Xem Redfern và Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 4th edn., (2004), tr. 125-127.

Nếu các bên không chọn luật áp dụng, Luật trọng tài năm 1996 của Anh quy định rằng ‘hội đồng trọng tài sẽ áp dụng luật được xác định trên cơ sở các quy phạm xung đột mà toà cho rằng có thể áp dụng’. Không có gì không bình thường khi các bên, dù không có hoặc có ít liên hệ với nước Anh, nhưng lại chọn nước Anh làm địa điểm trọng tài. Trên thực tế, các bên có thể chọn Luân-đôn làm địa điểm trọng tài, vì đây là địa điểm trung lập. Trong trường hợp này, các trọng tài viên có thể sẽ chọn các quy phạm xung đột được áp dụng chung trong luật quốc gia của các bên. Ví dụ, khi nguyên đơn Xinh-ga-po và bị đơn Niu Di-lân chọn nước Anh làm địa điểm trọng tài, hội đồng trọng tài có thể quyết định rằng luật điều chỉnh sẽ được xác định bởi học thuyết ‘luật thích hợp’ (‘proper law’) trong common law, chứ không áp dụng các quy định về chọn luật trong Công ước Rô-ma, bởi vì học thuyết ‘luật thích hợp’ là học thuyết được áp dụng chung ở cả Xinh-ga-po và Niu Di-lân. Ưu điểm của cách tiếp cận này là: nó sẽ giúp giảm thiểu khả năng theo đó kết quả giải quyết tranh chấp sẽ đơn giản chỉ phụ thuộc vào địa điểm nơi diễn ra quá trình trọng tài. Khi không được sự cho phép của các bên, hội đồng trọng tài không có quyền bỏ qua các quy định về chọn luật và giải quyết tranh chấp phù hợp với *lex mercatoria* hoặc dẫn chiếu đến quan điểm riêng của các trọng tài viên về sự công bằng; hội đồng trọng tài phải áp dụng ‘luật’, một phạm trù không thích hợp để diễn tả các nguyên tắc công bằng hay *lex mercatoria*.

Nếu các bên không lựa chọn luật áp dụng, và các trọng tài viên có quyền tự do lựa chọn các quy phạm xung đột để xác định luật áp dụng theo ý của họ, thì sẽ có nguy cơ là các bên sẽ được phép lẩn tránh các quy phạm mệnh lệnh được áp đặt vì lợi ích công cộng. Trong khi đó, nếu các bên lựa chọn toà án để giải quyết tranh chấp, thì toà án chắc chắn sẽ áp dụng quy phạm mệnh lệnh. Giới hạn mà các trọng tài viên phải tuân thủ các quy phạm mệnh lệnh là vấn đề gây tranh cãi. Thực tế là: nếu các trọng tài viên bỏ qua các quy phạm mệnh lệnh trong luật quốc gia của nước có mối liên hệ chặt chẽ với trọng tài (nước là địa điểm trọng tài, hoặc nước nơi thi hành phán quyết trọng tài), thì sẽ có nhiều khả năng là phán quyết trọng tài sẽ không có hiệu lực pháp luật. Nếu nước Anh là địa điểm trọng tài, thì một bên có thể phản đối hiệu lực của phán quyết trọng tài trên cơ sở có vi phạm nghiêm trọng. Ví dụ, toà án có thể không thừa nhận hiệu lực của phán quyết trọng tài, nếu phán quyết này đi ngược lại trật tự công cộng. Một phán quyết trọng tài không được thừa nhận hiệu lực, bởi quyết định của toà án của nước nơi phán quyết trọng tài được tuyên, sẽ vô hiệu, và việc thi hành phán quyết trọng tài này có thể bị từ chối ở bất kỳ nước nào là thành viên Công ước Niu

Y-oóc. Công ước Niu Y-oóc cũng quy định rằng việc thi hành phán quyết trọng tài có thể bị từ chối, nếu phán quyết này vi phạm trật tự công cộng của nước nơi phán quyết này được yêu cầu thi hành.

Ví dụ sau đây sẽ minh họa về tác động có thể xảy ra của bảo lưu trật tự công cộng. Hình dung là có hai công ty của Hoa Kỳ kí thoả thuận hạn chế cạnh tranh để thực hiện hợp đồng đặc quyền ở châu Âu. Thoả thuận này vô hiệu theo Điều 81 Hiệp định EC (TEC) (Điều 101 TFEU) (xem Mục 2 - Chương 3 Giáo trình), nhưng lại có hiệu lực theo luật của bang Niu Y-oóc, là luật áp dụng theo sự lựa chọn của các bên. Khi xảy ra tranh chấp, các bên đưa ra giải quyết tại trọng tài ở Anh. Kết quả trọng tài sẽ như thế nào, nếu trọng tài Anh công nhận hiệu lực của thoả thuận này dựa trên cơ sở rằng thoả thuận này có hiệu lực theo luật của bang Niu Y-oóc? Câu trả lời sẽ là: bên thua kiện được phép hi vọng rằng hiệu lực của phán quyết trọng tài sẽ không được thừa nhận, vì thoả thuận hạn chế cạnh tranh này vi phạm trật tự công cộng của nước Anh (bao gồm cả trật tự công cộng của châu Âu). Trên cơ sở phân tích này, các trọng tài viên sẽ phải cân nhắc các quy phạm mệnh lệnh mà các bên có thể phải áp dụng, nếu không muốn toàn bộ quá trình tố tụng trọng tài trở lên vô ích về thời gian và tiền bạc, khi mà cuối cùng, phán quyết trọng tài lại không được thi hành (vì phán quyết này vi phạm trật tự công cộng của nước là địa điểm trọng tài).

Khi các bên không chọn luật áp dụng, thì việc chọn luật áp dụng trong trọng tài quốc tế thường xuyên là một trong những vấn đề khó khăn nhất mà các trọng tài viên phải quyết định.⁴² Thay thế cho pháp luật quốc gia, các trọng tài viên có thể áp dụng các nguyên tắc của luật quốc tế, các nguyên tắc chung của pháp luật quốc gia ('in foro domestico'), hoặc *lex mercatoria*.

4. Các nguyên tắc của luật quốc tế và các nguyên tắc chung của pháp luật

Cần phải đề cập đến những trường hợp, mặc dù không thường xuyên xảy ra, khi các bên dẫn chiếu đến các nguyên tắc của luật quốc tế hoặc các nguyên tắc chung của pháp luật. Các nguồn luật này được sử dụng nhằm giới hạn phạm vi áp dụng hệ thống pháp luật quốc gia, hoặc để bổ sung những nội dung chưa được pháp luật quốc gia điều chỉnh.

5. *Lex mercatoria* ('Thương nhân luật')

Lex mercatoria có thể hiểu là hệ thống các nguyên tắc, quy phạm và chuẩn

⁴² O. Lando, *The Law Applicable to the Merits of the Dispute, Arbitration International* (1986), tr. 104.

mục của pháp luật xuyên quốc gia, được hình thành từ tập quán và thực tiễn thương mại quốc tế,⁴³ hoặc nói cách khác, từ luật tập quán thương mại.⁴⁴ *Lex mercatoria* không dựa trên bất kì hệ thống pháp luật nào, mà là tập hợp các quy định thương mại quốc tế, các nguyên tắc chung của pháp luật, các chuẩn mực và tập quán thương mại. Một ví dụ về *lex mercatoria* hiện đại là PICC của UNIDROIT (xem Mục 3 - Chương 5 Giáo trình).⁴⁵ Các nguyên tắc này không phải là ‘luật’ theo đúng nghĩa của nó, bởi vì chúng không được bất kì nước nào thông qua như là luật. Nhưng trên thực tế, những nguyên tắc này là quy tắc điều chỉnh hợp đồng thương mại quốc tế. *Lex mercatoria* cũng bao gồm các quy tắc khác, ví dụ, UCP 600 của ICC (xem Mục 4 - Chương 5 của Giáo trình), là những quy tắc điều chỉnh gần như toàn bộ tín dụng thư; và INCOTERMS của ICC là những điều kiện giao hàng cơ sở trong hợp đồng mua bán hàng hoá quốc tế, ví dụ, điều kiện FOB và điều kiện CIF (xem Mục 2 - Chương 5 của Giáo trình). Một số nhà bình luận còn đưa vào phạm vi của *lex mercatoria* các phán quyết trọng tài quốc tế cũng như các nguyên tắc phái sinh từ các công ước quốc tế hoặc công pháp quốc tế. Mặc dù *lex mercatoria* không phải là ‘luật’, nhưng nó sẽ được chấp nhận để điều chỉnh tố tụng trọng tài nếu các bên thoả thuận lựa chọn nó. Tuy nhiên, cũng cần phải ghi nhận rằng nhiều luật sư kiên quyết chống lại việc dẫn chiếu *lex mercatoria* khi họ soạn thảo các hợp đồng thương mại quốc tế giữa các bên tư nhân, bởi vì thông thường, các bên muốn luật áp dụng phải là luật có thể tiếp cận được, rõ ràng và xác định được, để có thể cung cấp cho các bên một khuôn khổ pháp luật chắc chắn. Chính các trọng tài viên, khi sử dụng một số quy định xuyên quốc gia, cũng ngần ngại khi dựa trên *lex mercatoria*. Tuy nhiên, cũng có những tình huống,⁴⁶ mà *lex mercatoria* được thể hiện là rất hữu ích.

6. Pháp luật quốc gia của nước không có liên quan đến các bên

Nếu các bên không thoả thuận được về việc chọn luật quốc gia của một

⁴³ L. Yves Fortier, ‘The New *Lex mercatoria*, or, Back to the Future’, 17 *Arb. Int.* 121, (2001), tr. 128.

⁴⁴ Roy Goode, ‘The Role of the *Lex Loci Arbitri* in International Commercial Arbitration’, 17 *Arb. Int.* (2001), tr. 21.

⁴⁵ UNIDROIT (the International Institute for the Unification of Private Law) là tổ chức liên chính phủ độc lập có trụ sở ở Rô-ma, Ý. Mục đích của tổ chức này là soạn thảo các công ước, luật mẫu và những hướng dẫn pháp lí khác nhằm giúp hài hoà hoá luật thương mại quốc tế, xem tại: <http://www.unidroit.org>.

⁴⁶ Ví dụ: hợp đồng thương mại giữa các quốc gia hoặc giữa các pháp nhân nhà nước; hợp đồng thương mại giữa một nước và một công ty tư nhân; *lex mercatoria* thường được sử dụng, vì thực tế không một quốc gia có chủ quyền nào muốn mình là đối tượng điều chỉnh của luật của bất cứ quốc gia có chủ quyền nào khác.

trong các bên, và nếu họ không muốn chọn các nguyên tắc chung của pháp luật, thì có thể có một sự lựa chọn khác - đó là chọn pháp luật của một nước trung lập, là nước không có mối liên hệ đặc biệt nào với bất kỳ bên nào. Các bên có thể muốn chọn luật của nước nào đó rất phát triển ở lĩnh vực nhất định, hoặc đơn giản là muốn chọn luật của nước mà ở đó có nhiều giao dịch quốc tế diễn ra. Một số công ước quốc tế ủng hộ quyền tự do của các bên trong việc lựa chọn luật áp dụng đối với trọng tài. Tuy nhiên, quyền tự do của các bên bị giới hạn bởi các quy phạm mệnh lệnh (các quy phạm mà các bên không thể không tuân thủ) và chính sách công cộng của một quốc gia.

Ở Hoa Kỳ, các bên không có quyền tự do lựa chọn luật áp dụng bất kỳ. Cần thiết phải có mối quan hệ thực chất giữa một bên hoặc giao dịch với luật được chọn, hoặc cần phải có cơ sở hợp lý cho sự lựa chọn của các bên (*xem* The Restatements (Second) of Conflict of Laws). Như vậy, tòa án sẽ không công nhận luật của bang Phờ-lo-ri-đa là luật áp dụng để điều chỉnh giao dịch giữa một công ty Đức và một công ty Nhật, nếu giao dịch này không có liên hệ nào với bang Phờ-lo-ri-đa. Nhưng luật của bang Niu Y-oóc lại là trường hợp đặc biệt. Tòa án bang Niu Y-oóc sẽ chấp nhận sự lựa chọn luật Niu Y-oóc bởi các bên trong những điều kiện nhất định, ngay cả khi không có mối liên hệ hợp lý nào với bang này. Hợp đồng (mà tòa án bang Niu Y-oóc xem xét) không được liên quan đến nhân sự hoặc dịch vụ tại nhà, hoặc lao động, và trị giá hợp đồng phải ít nhất là 250.000 USD. Hơn nữa, nếu luật bang Niu Y-oóc là luật điều chỉnh hợp đồng, thì tòa án bang Niu Y-oóc sẽ có thẩm quyền xét xử đối với cá nhân, và không thể từ chối thụ lý vì lý do 'tòa án không thích hợp' ('forum non conveniens'), nếu trị giá hợp đồng ít nhất là 1.000.000 USD. Bằng việc tạo thuận lợi cho các bên có những giao dịch hợp đồng trị giá lớn có thể tiếp cận hệ thống pháp luật và tòa án của mình, Niu Y-oóc rõ ràng là muốn cố gắng bảo toàn và tăng cường uy tín của mình như là một trung tâm kinh doanh toàn cầu.

2. Giải quyết tranh chấp bằng phương thức tranh tụng trước tòa án

'Quyền tài phán' (thẩm quyền xét xử) ở nghĩa rộng nhất, đó là vấn đề liệu một tòa án có thể có thẩm quyền xét xử và quyết định một vấn đề tranh chấp trong bản án/quyết định của mình hay không.

A. Lựa chọn quyền tài phán

Ban đầu, quyền lựa chọn tòa án có quyền tài phán thuộc về nguyên đơn. Nguyên đơn sẽ bắt đầu vụ kiện tại tòa án của nước mà nguyên đơn tin rằng

có thẩm quyền xét xử vụ kiện. Tuy nhiên, cũng có công ty, khi được thông báo là sẽ phải đối mặt với vụ kiện quan trọng, đã quyết định khởi xướng trước vụ kiện (ví dụ: để đạt được bản án/quyết định của tòa án tuyên rằng công ty không có liên quan trong vụ này). Hệ quả của việc này là: công ty sẽ cố gắng bảo đảm sao cho các bước tố tụng tại tòa án (có quyền tài phán) mang lại lợi ích tốt nhất cho mình.

Cơ sở pháp lý quốc tế cho việc lựa chọn quyền tài phán

Vấn đề liệu tòa án của một nước có quyền tài phán đối với vụ kiện hay không, sẽ được xác định phù hợp với các điều ước quốc tế mà nước này tham gia, hoặc quy tắc tư pháp quốc tế của nước đó (nói cách khác là các quy phạm xung đột).

Lựa chọn tòa án có quyền tài phán theo Quy định Brúc-xen

Trong khuôn khổ EU, có nhiều điều ước có liên quan đến vấn đề này. Quy định Brúc-xen số 44/2001 về công nhận và thi hành các bản án dân sự và thương mại đã được ban hành ngày 22/12/2000. Quy định này áp dụng đối với các vụ kiện chống lại các bị đơn cư trú trên lãnh thổ EU, hoặc đối với các vụ kiện được tiến hành tại các nước thành viên EU. Quy định Brúc-xen có những quy định chi tiết về quyền tài phán trong khuôn khổ EU và xác định nước nào có quyền tài phán đối với vụ kiện cụ thể. Quy định này giúp làm giảm thiểu khả năng theo đó nguyên đơn có thể lựa chọn một hoặc nhiều tòa án để tiến hành vụ kiện.

Lựa chọn tòa án có quyền tài phán theo Công ước Lu-ga-nô

Ngày 16/9/1988, tại Lu-ga-nô, các nước thành viên EFTA (Hiệp hội thương mại tự do châu Âu), bao gồm Áo, Phần Lan, Ai-xơ-len, Na Uy, Thụy Điển và Thụy Sĩ đã ký kết Công ước Lu-ga-nô về quyền tài phán và thi hành các bản án dân sự và thương mại với các nước thành viên EC. Công ước Lu-ga-nô cũng có những quy định tương tự như Quy định Brúc-xen và phần lớn đã bị Quy định này thay thế. Công ước Lu-ga-nô hiện nay vẫn có hiệu lực ở Na Uy và Thụy Sĩ, với tư cách là thành viên còn lại của EFTA, cùng với Pháp, Ý, Luých-xăm-bua, Hà Lan, Bồ Đào Nha và Anh với tư cách là thành viên EU.

Ngoài EU, trên thế giới, hầu như hiện nay không có điều ước quốc tế quan trọng nào về vấn đề này. Điều đó có nghĩa là không có một sự hài hòa pháp luật nào. Các quy định của mỗi nước và sự tương tác giữa chúng là điều cần phải được xem xét khi lựa chọn tòa án của nước nào có quyền tài

phán. Hiện nay đề xuất về Công ước La Hay về quyền tài phán quốc tế và các bản án dân sự và thương mại có thể sẽ đem lại mức độ hài hoà hoá pháp luật ở tầm toàn cầu.

B. Chọn luật áp dụng

Vấn đề toà án sẽ áp dụng luật nào để giải quyết tranh chấp phát sinh từ một hợp đồng quốc tế được điều chỉnh bởi các điều ước quốc tế có liên quan (*ví dụ*: các quy định và chỉ thị của EU), và/hoặc các quy định pháp luật quốc gia có liên quan (*ví dụ* như các quy định tư pháp quốc tế của các nước có liên quan). Câu hỏi theo đó luật nào sẽ được áp dụng để giải quyết tranh chấp không phải lúc nào cũng có những câu trả lời giống nhau.

1. Chọn luật theo CISG

Không có công ước toàn cầu nào đề cập đến vấn đề chọn luật áp dụng cho các hợp đồng thương mại quốc tế. Công ước quan trọng nhất ngoài khuôn khổ EU và đề cập thực chất đến vấn đề chọn luật trong các hợp đồng mua bán hàng hoá quốc tế là CISG (*xem* Mục 3 - Chương 5 của Giáo trình).

2. Chọn luật theo Quy định Rô-ma I

Ở Anh, theo các quy định truyền thống, ‘luật thích hợp’ (‘luật riêng’) của hợp đồng được xác định trước hết trên cơ sở tham chiếu đến thoả thuận rõ ràng về lựa chọn luật trong hợp đồng kí kết giữa các bên. Chỉ trong trường hợp không có sự lựa chọn rõ ràng hoặc có lựa chọn nhưng sự lựa chọn không có giá trị, khi đó sẽ dựa trên khái niệm ‘luật được lựa chọn ngầm’ hoặc ‘luật có mối liên hệ chặt chẽ nhất’. *Ví dụ*, Quy định Rô-ma I⁴⁷ quy định rằng hợp đồng được điều chỉnh bởi luật do các bên lựa chọn và việc lựa chọn này có thể được thể hiện rõ ràng trong các điều khoản của hợp đồng.⁴⁸ Nếu các bên không đặt điều kiện theo đó việc lựa chọn rõ ràng luật áp dụng phải được thực hiện bằng văn bản hay bằng một hình thức khác, thì một thoả thuận miệng về luật áp dụng, đạt được trong khuôn khổ đàm phán để đi đến kí kết một hợp đồng bằng văn bản, cũng được công nhận là có hiệu lực.⁴⁹ Bất kì sự lựa chọn luật rõ ràng nào, thông thường, cũng sẽ được ghi nhận trong một điều khoản của hợp đồng. Khoản 2 Điều 3 của bản Quy định

⁴⁷ Xem văn bản [2008] OJ L177/6, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ>

⁴⁸ Khoản 1 Điều 3 Quy định Rô-ma I.

⁴⁹ Vụ *Oakley v. Ultra Vehicle Design Ltd* [2005] EWHC 872 (Ch) (Lloyd LJ), hoặc ghi chú 27 trong Indira Carr, *supra*, tr. 567.

này cho phép thỏa thuận một sự lựa chọn rõ ràng giữa các bên sau khi đã kí kết hợp đồng. Có thể một sự lựa chọn sau khi đã kí kết hợp đồng, thông thường, sẽ có hiệu lực hồi tố, trừ khi các bên thể hiện ý định khác.

Trong trường hợp các bên không có sự lựa chọn rõ ràng, Điều 3 Quy định Rô-ma I quy định theo đó tòa án sẽ xem xét khả năng có thể chấp nhận một sự lựa chọn ngầm giữa các bên hay không? Theo Điều 3, sự lựa chọn ngầm của các bên chỉ cần ‘được thể hiện rõ ràng trong các điều khoản của hợp đồng hoặc bối cảnh đi đến kí kết hợp đồng’ là đủ. Quy định Rô-ma I phù hợp với các quy định truyền thống của pháp luật Anh sau Chiến tranh thế giới thứ II, và đưa ra cách tiếp cận hạn chế khi xác định có hay không có một sự lựa chọn ngầm giữa các bên về luật điều chỉnh hợp đồng. Trong trường hợp không có sự lựa chọn rõ ràng hay lựa chọn ngầm có hiệu lực giữa các bên, ‘luật thích hợp’ để điều chỉnh hợp đồng sẽ được xác định phù hợp với các quy định dự kiến tại Điều 4 và Điều 5 Quy định Rô-ma I. Những quy định này ưu tiên áp dụng luật của ‘nước có mối liên hệ chặt chẽ nhất’ với việc thực hiện hợp đồng.

Luật áp dụng trong trường hợp các bên không lựa chọn

Phù hợp với khoản 1 Điều 4 Quy định Rô-ma I, trong trường hợp các bên không lựa chọn rõ ràng hay lựa chọn ngầm, hợp đồng sẽ được điều chỉnh bởi luật của ‘nước có mối liên hệ chặt chẽ nhất’ với hợp đồng. Với điều kiện không trái với quy định tại khoản 5 Điều này, hợp đồng được suy đoán là có mối liên hệ chặt chẽ nhất với nước mà vào thời điểm kí kết hợp đồng, bên thụ hưởng việc thực hiện hợp đồng có nơi thường trú (nếu là thể nhân), hoặc nơi mà bên đó có trụ sở chính (nếu là pháp nhân). Tuy nhiên, nếu hợp đồng được kí kết trong quá trình hoạt động thương mại hoặc nghề nghiệp của bên đó, thì ‘nước có mối liên hệ chặt chẽ nhất’ là nước mà ở đó bên thụ hưởng từ việc thực hiện hợp đồng có hoạt động kinh doanh chính, hoặc nơi mà bên đó có hoạt động kinh doanh mà việc thực hiện hợp đồng được thực hiện thông qua nơi có hoạt động kinh doanh này, chứ không phải nơi có địa điểm kinh doanh chính. Các quy định có phần mập mờ này được đưa ra để điều chỉnh một số tình huống đặc thù. Ví dụ, trong tranh chấp liên quan đến bất động sản, thông thường luật của nước nơi có bất động sản sẽ được áp dụng. Nếu một bên ở vị thế yếu hơn, luật áp dụng sẽ là luật nào có khả năng bảo vệ bên đó nhiều nhất. Tương tự trong trường hợp người tiêu dùng, luật của nước mà người tiêu dùng có nơi thường trú sẽ là luật áp dụng.

Suy đoán chung tại khoản 2 Điều 4 không áp dụng đối với các hợp

đồng liên quan đến quyền về bất động sản, cũng không áp dụng đối với các hợp đồng vận chuyển hàng hoá. Các suy đoán đặc biệt được quy định tại các khoản 3 và 4:

Hợp đồng liên quan đến các quyền về bất động sản. Khoản 3 Điều 4 quy định: Trong phạm vi theo đó đối tượng điều chỉnh của hợp đồng là quyền về bất động sản hoặc quyền sử dụng bất động sản, thì ‘nước có mối liên hệ chặt chẽ nhất’ được suy đoán là nước nơi có bất động sản.

Hợp đồng vận chuyển hàng hoá: Hợp đồng vận chuyển hàng hoá được suy đoán là có mối liên hệ chặt chẽ nhất với nước mà bên vận chuyển có trụ sở kinh doanh chính vào thời điểm kí kết hợp đồng, nếu nước đó cũng là nơi có địa điểm bốc hàng hoặc dỡ hàng, hoặc nơi có trụ sở kinh doanh chính của bên thuê vận chuyển. Nếu nước mà bên vận chuyển có trụ sở kinh doanh chính không phải là một trong những nước có một trong ba yếu tố này, thì suy đoán theo khoản 4 sẽ không được áp dụng.

C. Đề xuất

1. Đề xuất về tổng đạt tài liệu tố tụng

Nếu bị đơn không thường trú trên lãnh thổ của nước thực hiện quyền tài phán, thì trát hầu toà (giấy triệu tập tham gia phiên toà) có thể được tổng đạt bên ngoài lãnh thổ nước đó. Nếu công ty kí kết hợp đồng thương mại với một bên nước ngoài, thì cần thiết phải có điều khoản về ‘đại diện tiếp nhận tài liệu tố tụng’ (‘agent for service’). Điều khoản này có nghĩa là bên kia sẽ chỉ định bên thứ ba, thường trú trên lãnh thổ bên kia, thay mặt mình tiếp nhận các tài liệu tố tụng. Sự chỉ định này sẽ loại bỏ sự cần thiết phải tổng đạt lệnh triệu tập của toà án bên ngoài lãnh thổ. Điều khoản mẫu về ‘đại diện tố tụng’ có nội dung như sau: ‘X chỉ định không huỷ ngang Y làm đại diện tố tụng cho mình, vì mục đích thay mặt mình tiếp nhận tất cả các giấy tờ và tài liệu tố tụng’. Điều khoản này có lợi cho các công ty Việt Nam khi kí kết hợp đồng thương mại quốc tế với các đối tác nước ngoài. Điều khoản này cũng giúp các doanh nghiệp Việt Nam tránh được những phức tạp và yếu kém trong nhiều vụ việc.⁵⁰

⁵⁰ Vụ tàu Cần Giờ bị bắt giữ tại Tan-da-ni-a theo lệnh của toà án nước này, để bảo đảm việc bồi thường thiệt hại cho công ty Tan-da-ni-a là bên thắng kiện trong vụ kiện với doanh nghiệp nhà nước của Việt Nam.

2. Điều khoản về quyền tài phán⁵¹

Trong các hợp đồng thương mại quốc tế, thường sẽ có tình trạng toà án của nhiều nước đều có quyền tài phán. Để tránh những tranh cãi về việc toà án nào có quyền tài phán đối với vụ kiện, các bên tốt nhất là nên đưa vào hợp đồng điều khoản về toà án có quyền tài phán. Ví dụ: ‘Các bên đồng ý không huỷ ngang rằng toà án Việt Nam có thẩm quyền riêng biệt đối với tất cả các tranh chấp liên quan đến hợp đồng này’. Điều khoản về quyền tài phán sẽ bảo đảm rằng toà án được các bên lựa chọn sẽ giải quyết vụ kiện. Tuy nhiên, cũng cần phải lưu ý rằng có những nước đặt ra những quy phạm mệnh lệnh về quyền tài phán của toà án nước này.

Nếu một bên bắt đầu khởi kiện ở một nước và bên kia không cho rằng nước đó là sự lựa chọn thích hợp để thực hiện quyền tài phán, thì thông thường, bên đó sẽ phải phản bác quyền tài phán trước khi đi vào biện hộ về nội dung. Bên phản bác cần thiết phải chứng minh tại toà án đầu tiên rằng toà án của nước khác mới là toà án thích hợp nhất để giải quyết vụ kiện. Chỉ khi toà án đầu tiên quyết định rằng toà án của nước khác là thích hợp hơn, thì đơn khởi kiện ban đầu sẽ bị huỷ bỏ và trình tự tố tụng sẽ được khuyến nghị thực hiện ở toà án nước thứ hai. Nếu bên phản bác muốn tiến hành các hành vi tố tụng ở toà án nước thứ hai, trong khi chờ toà án thứ nhất ra quyết định, thì các hành vi này sẽ bị tạm hoãn. Bên tranh chấp kia sẽ có khả năng thành công trong việc yêu cầu tạm hoãn các hành vi tố tụng tại toà án thứ hai, với lập luận rằng có vụ kiện khác đang được giải quyết tại toà án nước khác.

MỤC 4. CÔNG NHẬN VÀ THI HÀNH PHÁN QUYẾT CỦA TRỌNG TÀI NƯỚC NGOÀI

Như đã trình bày ở trên, một trong những lí do hàng đầu của việc đưa điều khoản trọng tài vào hợp đồng quốc tế, đó là mức độ có thể dự đoán chắc chắn về khả năng thi hành phán quyết trọng tài. Việc thi hành các phán quyết trọng tài có tính khả thi cao là do có rất nhiều nước đã gia nhập các điều ước quốc tế tạo thuận lợi cho việc thi hành các phán quyết trọng tài nước ngoài, và các nước này chỉ quy định một số ít lí do từ chối việc thi hành. Mục này sẽ đề cập đến một số vấn đề và thủ tục liên quan đến việc công nhận và thi hành các phán quyết trọng tài theo các điều ước quốc tế và pháp luật quốc gia, cũng như các lí do từ chối việc thi hành chúng.

⁵¹ Trong các thoả thuận ICA.

1. Việc áp dụng các điều ước quốc tế

A. Công ước Niu Y-oóc

Công ước Niu Y-oóc yêu cầu toà án của các nước thành viên phải thi hành các thoả thuận và phán quyết trọng tài. Hiện có hơn 140 nước tham gia Công ước này. Công ước này đã góp phần vào sự phát triển của chế định trọng tài quốc tế, vì các bên tin tưởng rằng nếu họ thắng kiện tại tổ tụng trọng tài, họ sẽ được bồi thường. Một nghiên cứu gần đây cho thấy, đối với luật sư của doanh nghiệp, lí do quan trọng nhất để lựa chọn hình thức trọng tài thay cho toà án để giải quyết tranh chấp, chính là khả năng thi hành cao của phán quyết trọng tài.⁵² Bởi vì Công ước Niu Y-oóc là công ước quan trọng nhất về công nhận và thi hành phán quyết trọng tài, mục này sẽ tập trung chủ yếu vào việc phân tích các chức năng, điều kiện và hiệu lực của Công ước này.

Điều III Công ước Niu Y-oóc yêu cầu toà án các nước thành viên công nhận các phán quyết trọng tài có giá trị ràng buộc và thi hành chúng phù hợp với pháp luật quốc gia và các quy định của Công ước này. Mặc dù thuật ngữ ‘công nhận’ và ‘thi hành’ thường đi cùng với nhau, nhưng chúng có ý nghĩa khác nhau. Khi toà án ‘công nhận’ một phán quyết trọng tài, điều đó có nghĩa là toà án công nhận phán quyết này có hiệu lực và mang tính ràng buộc, và như vậy toà án sẽ công nhận phán quyết trọng tài có hiệu lực pháp luật như bản án của toà án. Như vậy, một phán quyết trọng tài được công nhận có thể được dùng làm cơ sở để biện hộ trong một vụ kiện tại toà án hoặc trọng tài. Do phán quyết trọng tài được chính thức công nhận có hiệu lực pháp luật, nên các vấn đề đã được giải quyết trong phán quyết trọng tài thông thường sẽ không thể bị xem xét lại tại toà án hoặc trọng tài.⁵³

Ví dụ: bị đơn là bên thắng kiện tại tổ tụng trọng tài và phán quyết trọng tài chỉ đơn giản nói rằng bị đơn không phải chịu trách nhiệm gì. Bị đơn có thể sẽ muốn phán quyết này được công nhận vì mục đích ngăn chặn các vụ kiện dựa trên cùng các sự kiện và có thể được tiến hành trước một toà án hoặc hội đồng trọng tài khác. Việc ‘thi hành’ phán quyết trọng tài có nghĩa là sử dụng bất kì biện pháp chính thức nào để thu hồi tiền hoặc thực thi bất kì một sự uỷ quyền nào trong phán quyết trọng tài.

⁵² Loukas Mistelis, *International Arbitration-Corporate Attitudes and Practices - 12 Perceptions Tested: Myths, Data and Analysis Research Report*, 15 *American Review of International Arbitration* 525, 545, mô tả kết quả các cuộc điều tra thực hiện trong năm 2005.

⁵³ Ở Hoa Kỳ, quyết định trọng tài có hiệu lực pháp luật (‘res judicata’) thậm chí ngay cả khi chưa được khẳng định hoặc công nhận. Xem: Gary Born, *International Commercial Arbitration* (2001), tr. 916.

Khi phán quyết trọng tài nói rằng bị đơn phải bồi thường thiệt hại bằng tiền cho nguyên đơn, và bị đơn lại không tỏ ra sốt sắng thực hiện trách nhiệm trả tiền, khi đó nguyên đơn có thể tìm cách trước hết là công nhận và sau đó là sử dụng cơ chế thực thi pháp luật của toà án để thi hành phán quyết trọng tài. Khi phán quyết được công nhận, nguyên đơn có thể sử dụng bất kỳ biện pháp nào được pháp luật cho phép để thi hành phán quyết này, ví dụ: sai áp tài sản của bị đơn phù hợp với các thủ tục pháp luật ở nước mà nguyên đơn muốn thi hành phán quyết trọng tài. Ở một số nước, hầu như không có sự khác nhau trên thực tế giữa thủ tục công nhận và thi hành phán quyết trọng tài. Khi một phán quyết được thi hành, điều đó có nghĩa là nó đã được công nhận từ trước đó.

B. Việc lựa chọn cơ chế tài phán có lợi nhất để thi hành phán quyết của trọng tài nước ngoài

‘Forum shopping’ là việc một bên trong thoả thuận trọng tài tìm kiếm cơ chế tài phán có lợi nhất để tiến hành các hành vi tố tụng, hoặc nơi thuận lợi nhất để thi hành hoặc huỷ phán quyết trọng tài. Căn cứ của việc lựa chọn này là việc xác định tài sản của bên thua kiện tại các nước khác nhau. Nếu tài sản chỉ có ở một nước, sẽ không có sự lựa chọn nào khác để thay thế.

Nếu tồn tại những căn cứ thực tế cho việc lựa chọn, khi đó bên quan tâm đến việc này sẽ so sánh các ưu điểm và nhược điểm ở mỗi nước. Những yếu tố cơ bản cần phải xem xét bao gồm: Mức độ tự do ở nước đó trong việc công nhận các phán quyết trọng tài nước ngoài, mức độ nước đó tham gia và thực hiện Công ước Niu Y-oóc, điều khoản bảo lưu trật tự công cộng trong pháp luật của nước đó có ngặt nghèo không? và nó tác động như thế nào đến việc thi hành phán quyết trọng tài? liệu các thủ tục thi hành có thể bị tạm đình chỉ thực hiện không và trong thời gian bao lâu? liệu các cơ quan chính phủ có được hưởng quyền miễn trừ thi hành không và trong trường hợp nào? cơ sở nào để huỷ phán quyết trọng tài? và thời hạn thực hiện các thủ tục có liên quan ra sao?

C. Công nhận và thi hành phán quyết trọng tài nước ngoài theo Công ước Niu Y-oóc

Công ước Niu Y-oóc là một trong những điều ước quốc tế đa phương thành công nhất. Cùng với các điều ước quốc tế khác ủng hộ việc thi hành các phán quyết trọng tài quốc tế, Công ước này đã đóng góp vào việc phát triển trọng tài quốc tế như là một phương thức ưu tiên trong việc giải quyết các

tranh chấp thương mại. Các bên mong muốn sử dụng trọng tài quốc tế bởi vì họ tin rằng nếu họ đạt được phán quyết trọng tài, thì phán quyết này sẽ dễ dàng được thực hiện ở hầu như tất cả các nước trên thế giới, nơi có thể tìm thấy tài sản của bên thua kiện.

1. Các yêu cầu đối với việc thi hành phán quyết trọng tài

(a) Phạm vi

Công ước có phạm vi áp dụng là các phán quyết trọng tài quốc tế và nói rõ là Công ước này điều chỉnh các phán quyết trọng tài được tuyên ở nước khác với nước mà phán quyết đó được thi hành.⁵⁴ Công ước này cũng cho phép thi hành các phán quyết trọng tài được toà án của nước nơi thi hành coi như ‘không phải phán quyết trọng tài nội địa’.⁵⁵

(b) Quyền tài phán và vấn đề ‘toà án không thích hợp’ (‘forum non conveniens’)

Trong trường hợp bên thắng kiện muốn thi hành phán quyết trọng tài ở một nước thành viên Công ước, thì việc bên thua kiện có tài sản ở nước đó đã đủ để toà án nước đó có quyền tài phán và cho phép thi hành phán quyết trọng tài theo Công ước. Tuy nhiên, ở Hoa Kỳ, một số toà án đã từ chối cho thi hành phán quyết trọng tài dựa trên cơ sở rằng toà án Hoa Kỳ không có quyền tài phán đối với bên thua kiện, hoặc toà án được yêu cầu thi hành phán quyết trọng tài không phải là toà án thích hợp theo học thuyết ‘toà án không thích hợp’.⁵⁶ Mặc dù học thuyết này bị chỉ trích ở phạm vi quốc tế khi áp dụng đối với việc thi hành các phán quyết trọng tài theo Công ước Niu Y-óóc, nhưng thực tế là một số toà án ở Hoa Kỳ đã từ chối cho thi hành phán quyết trọng tài dựa trên học thuyết này. Điều này cần phải được các bên cân nhắc trong điều khoản trọng tài, khi có ý định thi hành phán quyết trọng tài ở Hoa Kỳ.

2. Thủ tục thi hành

Thủ tục thi hành phán quyết trọng tài thay đổi theo từng nước, vì các nước kí kết Công ước cho thi hành phán quyết trọng tài phù hợp với pháp luật và

⁵⁴ Điều I Công ước Niu Y-óóc.

⁵⁵ Như trên.

⁵⁶ Xem: phán quyết nổi tiếng của Toà phúc thẩm trong vụ *Base Metal Trading, Ltd. v. OJSC 283 F3d 208*, [2002]; Cũng xem: vụ *Monegasque de Reassurances v. Nak Naftogaz of Ukraine and State of Ukraine 311 F.3d 488 498*, [2002] được trình bày trong Margaret L. Moses, *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*, Cambridge, (2008), tr. 20.

thực tiễn của nước mình.⁵⁷ Tuy nhiên, nước nơi phán quyết được yêu cầu thi hành không thể áp đặt mức án phí cao hơn hoặc đặt ra những điều kiện tốn kém hơn so với những điều kiện áp dụng đối với việc thi hành phán quyết trọng tài nội địa.⁵⁸ Điều kiện duy nhất mà Công ước quy định, đó là bên đề nghị công nhận và thi hành phải cung cấp cho toà án bản gốc hoặc bản sao có chứng thực phán quyết trọng tài, và bản chính hoặc bản sao có chứng thực thoả thuận trọng tài. Nếu ngôn ngữ của phán quyết hoặc thoả thuận trọng tài không cùng ngôn ngữ được toà án chính thức sử dụng, thì bên đề nghị phải cung cấp bản dịch có chứng thực các tài liệu này.⁵⁹ Thủ tục công nhận và thi hành phán quyết trọng tài do mỗi nước tự quy định, tuy nhiên, thường là giống với thủ tục được sử dụng ở nước đó trong việc công nhận và thi hành các bản án của toà án nước ngoài.⁶⁰

Tuy nhiên, Công ước quy định một số lí do để bác việc thi hành phán quyết trọng tài, bao gồm: Phán quyết không có khả năng thi hành và không có hiệu lực; không được thông báo hoặc không công bằng; trọng tài viên hành động vượt quá thẩm quyền của mình; hội đồng trọng tài hoặc thủ tục không phù hợp với thoả thuận của các bên; phán quyết trọng tài chưa có hiệu lực hoặc đã bị huỷ.⁶¹ Lí do khác để bác việc thi hành phán quyết trọng tài là: vụ tranh chấp không thích hợp để giải quyết bằng trọng tài hoặc có sự vi phạm điều khoản bảo lưu trật tự công cộng ở nước được yêu cầu thi hành.⁶² Đặc điểm quan trọng nhất của các lí do biện hộ cho việc không thi hành phán quyết trọng tài, đó là các lập luận này không dựa trên lí lẽ phải trái của phán quyết trọng tài. Trên thực tế, ước tính có khoảng 98% các phán quyết trọng tài được thi hành trên cơ sở các bên tự nguyện thi hành, cộng với việc đề nghị toà án cho thi hành phán quyết trọng tài.⁶³

2. Thi hành phán quyết trọng tài nước ngoài trong trường hợp không có điều ước quốc tế

Trong trường hợp không có điều ước quốc tế, mỗi nước sẽ áp dụng quy định tổ tụng của nước mình để thi hành phán quyết trọng tài nước ngoài trên lãnh thổ nước mình, bằng việc cho thi hành hoặc đơn giản chỉ là công nhận phán

⁵⁷ Điều III Công ước Niu Y-oóc.

⁵⁸ Như trên.

⁵⁹ Điều IV Công ước Niu Y-oóc.

⁶⁰ Margaret L. Moses, Sđd, tr. 207.

⁶¹ Khoản 1 Điều V Công ước Niu Y-oóc.

⁶² Khoản 2 Điều V Công ước Niu Y-oóc.

⁶³ Michael Kerr, 'Concord and Conflict in International Arbitration', 121 *Arb. Int.*, (1997), tr. 128.

quyết này. Dưới đây là khảo sát ngắn gọn về thực tiễn của một số nước.

A. Theo luật của Ý

Một phán quyết trọng tài nước ngoài muốn có hiệu lực ở Ý thì phải được đệ trình lên Chánh án tòa phúc thẩm có thẩm quyền cùng với bản gốc hoặc bản sao có chứng thực của phán quyết này và hợp đồng có điều khoản trọng tài. Chánh án tòa phúc thẩm, sau khi kiểm tra phán quyết trọng tài và thấy đáp ứng các điều kiện về thủ tục đối với phán quyết trọng tài, và khẳng định rằng tranh chấp có thể được giải quyết bằng tố tụng trọng tài theo pháp luật Ý, và phán quyết trọng tài không vi phạm điều khoản bảo lưu trật tự công cộng của Ý, sẽ ra án lệnh cho phép thi hành phán quyết trọng tài. Lệnh này có thể bị kháng cáo dựa trên nhiều lí do, và nếu không bị kháng cáo thì sẽ có hiệu lực chung thẩm. Những lí do để kháng cáo lệnh này cũng giống như những lí do được quy định trong Công ước Niu Y-oóc. Quyết định của Tòa phúc thẩm có thể bị Tòa phá án ('Court of Cassation') (Tòa án tư pháp tối cao của Ý) xem xét lại⁶⁴ nếu đáp ứng các điều kiện theo luật định.

B. Theo luật Hy Lạp

Nếu phán quyết của trọng tài nước ngoài đáp ứng các điều kiện (*ví dụ*, tranh chấp có thể giải quyết bằng tố tụng trọng tài, thỏa thuận trọng tài có hiệu lực, quyền bào chữa và biện hộ của các bên được tôn trọng, và các bằng chứng trong vụ kiện không bị phản đối), thì phán quyết này sẽ được tuyên là được thi hành bởi thẩm phán của tòa sơ thẩm. Phán quyết của trọng tài nước ngoài cũng không được mâu thuẫn với một phán quyết được tuyên trước đó của tòa án Hy Lạp (phán quyết của tòa án Hy Lạp có hiệu lực 'res judicata') hoặc vi phạm điều khoản bảo lưu trật tự công cộng của Hy Lạp.⁶⁵

Mục 5. CÔNG NHẬN VÀ THI HÀNH BẢN ÁN/QUYẾT ĐỊNH CỦA TOÀ ÁN NƯỚC NGOÀI

1. Các cách tiếp cận chung về công nhận và thi hành bản án/quyết định của tòa án nước ngoài

Nguyên tắc cơ bản nhất của việc công nhận bản án/quyết định của tòa án nước ngoài, là: về nguyên tắc, bản án/quyết định của tòa án nước ngoài

⁶⁴ Điều 395 Bộ luật tố tụng dân sự Ý.

⁶⁵ Luật trọng tài ở châu Âu, tr. 215.

không có hiệu lực trên lãnh thổ nước khác.⁶⁶ Nếu bên thắng kiện muốn sử dụng bản án/quyết định này để yêu cầu bên thua kiện thi hành, thì phải tuân theo một thủ tục pháp lý chính thức tại tòa án nước sở tại để công nhận bản án/quyết định của tòa án nước ngoài có hiệu lực pháp luật trên lãnh thổ nước sở tại. Một thủ tục chính thức về công nhận bản án/quyết định của tòa án nước ngoài sẽ kéo theo việc tòa án nước sở tại phải xem xét một số vấn đề tổ tụng khác, ví dụ, quyền tài phán của tòa án nước ngoài; hiệu lực chung thẩm của bản án/quyết định của tòa án nước ngoài; việc tuân thủ các nguyên tắc của công lý và nguyên tắc tuân thủ đúng các thủ tục ('due process'); không có mâu thuẫn giữa bản án/quyết định của tòa án nước ngoài và điều khoản bảo lưu trật tự công cộng của nước sở tại. Việc xem xét các vấn đề này không bao hàm việc xem xét lại các lý lẽ và lập luận nêu trong bản án/quyết định, vì tranh chấp đã được giải quyết tại tòa án nước ngoài.

Mỗi nước, trên cơ sở chủ quyền của mình, sẽ đơn phương xác định liệu tòa án nước mình có sử dụng hay không và sử dụng như thế nào bản án/quyết định của tòa án nước ngoài? Thông thường, các nước chỉ công nhận hiệu lực pháp luật của bản án/quyết định của tòa án nước ngoài, nếu việc công nhận này là vì lợi ích tốt nhất của nước đó. Trường hợp của Trung Quốc là một ví dụ thú vị. Pháp luật Trung Quốc chính thức cho phép khả năng công nhận các bản án/quyết định của tòa án nước ngoài, tuy nhiên, trên thực tế, các bản án/quyết định của tòa án nước ngoài rất hiếm khi được tòa án của Trung Quốc công nhận.⁶⁷

Về vấn đề này có hai giả thuyết. Giả thuyết *thứ nhất* dựa trên lý thuyết 'trò chơi' trong luật quốc tế.⁶⁸ Mỗi một nước đều có mong muốn là các bản án/quyết định của tòa án nước mình được càng nhiều nước công nhận càng tốt, vì việc được công nhận rộng rãi sẽ khuyến khích các bên tranh chấp lựa chọn nước đó để giải quyết tranh chấp và bảo đảm rằng bản án/quyết định mà tòa án nước đó tuyên là có ý nghĩa và có hiệu lực thực thi trên thực tế.⁶⁹

⁶⁶ Ví dụ, vụ *Hilton v. Guyot*, 159 US 113, 163 [1895]. Trong vụ này 'không có luật nào có hiệu lực vượt ra ngoài giới hạn của chủ quyền quốc gia. Mức độ mà quy định pháp luật của một quốc gia, cho dù là do cơ quan lập pháp, hành pháp hay tư pháp ban hành, có hiệu lực trên lãnh thổ quốc gia khác, phụ thuộc vào khái niệm mà các đại luật gia gọi là 'lễ nhượng quốc tế', xem: Lawrence Collins và các tác giả khác, (chủ biên), *Dacey, Morris and Collins on the Conflict of Laws*, Sweet & Marwell, 14th edn., (2006), tr. 567.

⁶⁷ Lu Song, 'The EOS Engineering Corporation Case and the Nemo Debet Bis Vexari Pro Una et Eadem Causa Principle in China', 7 *Chinese Journal of International Law*, (2008), tr. 143 và 156.

⁶⁸ Về việc giải thích về lý thuyết 'trò chơi' trong các bối cảnh khác nhau trong luật quốc tế, xem Andrew T. Guzman, *How International Law Works: A Rational Choice Theory*, Oxford, (2008), tr. 30-32.

⁶⁹ Như trên, tr. 421-423.

Đối với hệ thống pháp luật quốc tế, việc kí kết một điều ước đa phương về công nhận các bản án/quyết định của toà án nước ngoài sẽ là một giải pháp lí tưởng. Sự hợp tác quốc tế trong lĩnh vực này sẽ giúp làm giảm thiểu các chi phí giải quyết tranh chấp tại toà án. Tuy nhiên, thực tế cho thấy là không có nước nào tỏ ra sốt sắng trong việc công nhận các bản án/quyết định của toà án nước ngoài.⁷⁰ Việc các nước không nhiệt tình trong việc công nhận các bản án/quyết định của toà án nước ngoài được giải thích là để bảo vệ các bị đơn của nước sở tại, khuyến khích việc chuyển giao tài sản và vốn vào nước mình, tạo điều kiện để nhiều tranh chấp được giải quyết tại toà án nước mình và tăng thu nhập cho các nhóm lợi ích có ảnh hưởng. Là một chủ thể có chủ quyền, không nước nào có thể bị bắt buộc phải công nhận bản án/quyết định của toà án nước khác.

Giả thuyết *thứ hai* lập luận rằng các nước ít nhất cũng nên công nhận một số bản án/quyết định của toà án nước ngoài, bởi vì điều này có lợi cho chính họ thông qua việc tiết kiệm chi phí và khuyến khích các nước khác có ứng xử tương tự. Việc công nhận bản án/quyết định của toà án nước ngoài sẽ giúp giảm thiểu chi phí tranh tụng cho các bên và giúp giảm thiểu tình trạng quá tải về số lượng các vụ kiện mà toà án sở tại phải giải quyết. Giả thuyết phù hợp nhất là: việc công nhận bản án/quyết định của toà án nước ngoài sẽ là một quá trình tổ tụng đỡ tốn kém hơn việc bắt đầu một vụ kiện thứ hai. Hiệu lực của việc công nhận tại các nước khác là quan trọng nhưng chỉ đứng hàng thứ hai. Công nhận là một chiến lược bao trùm và hữu ích như các chiến lược giải quyết tranh chấp khác, thậm chí có thể hữu ích hơn các chiến lược khác, tùy thuộc vào việc các đối tác sẽ ứng xử như thế nào. Như vậy, ngay cả khi một nước khác không hợp tác, việc toà án nước này công nhận một vài bản án/quyết định của toà án nước khác cũng là một điều tốt.

Không có giả thuyết nào chiếm ưu thế cho đến hiện nay. Các bằng chứng thực tế đều ủng hộ cả hai giả thuyết nêu trên.⁷¹

2. Công nhận và thi hành các bản án/quyết định của toà án nước ngoài theo các điều ước quốc tế

Việc theo đuổi các điều ước về công nhận và thi hành các bản án/quyết định của toà án nước ngoài được một số nước cho là có kết quả. Tuy nhiên, có rất ít các điều ước như vậy được thực hiện. Ví dụ, Hoa Kỳ không kí kết bất kì

⁷⁰ Như trên, tr. 421-422.

⁷¹ Yaad Rotem, 'The Problem of Selective or Sporadic Recognition: A New Economic Rationale for the Law of Foreign Country Judgments', 10 *Chicago Journal of International Law* (2010) 2, tr. 510.

điều ước nào như vậy,⁷² và nhiều nỗ lực để kí kết các thoả thuận như vậy với Hoa Kỳ đã không thành công.⁷³ Chỉ có rất ít nước tham gia vào rất ít những điều ước như vậy.⁷⁴ Cũng chỉ có rất ít các điều ước đa phương về công nhận bản án/quyết định của toà án nước ngoài. Đó là hai công ước của EU;⁷⁵ Công ước liên Mỹ về quyền tài phán ở phạm vi quốc tế đối với hiệu lực trị ngoại lãnh thổ của bản án/quyết định của toà án nước ngoài;⁷⁶ và ba công ước về thu hồi tiền trợ cấp nuôi con ở nước ngoài.⁷⁷ Nỗ lực được nói đến gần đây của Hội nghị La Hay về tư pháp quốc tế nhằm thông qua một công ước đa phương về công nhận lẫn nhau đối với các bản án/quyết định cũng đã thất bại.⁷⁸ Tuy nhiên, cũng cần thiết phải đề cập đến một số nội dung của Công ước này để hiểu được những nỗ lực quốc tế trong vấn đề này.

A. Công ước La Hay về thoả thuận chọn toà án

Công ước này được coi là đối tác về giải quyết tranh chấp thông qua toà án với Công ước Niu Y-oóc,⁷⁹ được ban hành vào ngày 30/6/2005. Hội nghị đã công bố báo cáo giải thích về Công ước này vào tháng 9/2007.⁸⁰ Sẽ không bao giờ có thể đạt được một hiệp định đa phương toàn cầu, do có sự khác biệt về luật nội dung và luật tố tụng và văn hoá pháp lí giữa các nước. Khác với trọng tài thương mại, toà án được coi như là sự thể hiện chủ quyền quốc gia và các chính phủ rất khó có thể thoả hiệp, ngay cả khi các chính phủ có nhu cầu hợp tác nhằm thúc đẩy tăng trưởng kinh tế.

⁷² Brian R. Paige, 'Comment, Foreign Judgments in American and English Courts: A Comparative Analysis', 26 *Seattle U L Rev* 591, (2003), tr. 621-622.

⁷³ Ví dụ: việc đàm phán với Anh trong những năm 70 đã kết thúc mà không đem lại kết quả gì vào năm 1981. Xem: Brian R. Paige, Sđd, tr. 622.

⁷⁴ Một số nước như Anh, Úc, Ca-na-đa thiết lập hệ thống đăng kí các bản án của toà án các nước khác trên cơ sở có đi có lại; tuy nhiên, không phải nước nào có bản án được phép đăng kí để công nhận cũng có thoả thuận về công nhận với nước kia.

⁷⁵ Quy định số 44/2001 của Hội đồng châu Âu (Council Regulation 44/2001), OJ 2001 (L 12) 1 (Quy định Brúc-xen I); và Quy định số 1347/2000 (Council Regulation 1347/2000), OJ 2000 (L 160) 19, (Quy định Brúc-xen II).

⁷⁶ Inter-American Convention on Jurisdiction in the International Sphere for Extraterritorial Validity of Foreign Judgments, 24 ILM 468 (1985).

⁷⁷ 1956 UN Convention on the Recovery Abroad of Maintenance; The 1958 Hague Convention Concerning the Recognition and Enforcement of Decisions Concerning Maintenance Toward Children; và 1973 The Hague Convention on the Recognition and Enforcement of Decisions Relative to Maintenance Obligations. Xem: David F. Cavers, International Enforcement of Family Support, 81 *Colum L Rev* 994, (1981).

⁷⁸ Eckart Gottschalk và các tác giả khác, *Conflict of Laws in A Globalized World*, (2007), tr. 29-31.

⁷⁹ Spigelman J. J., 'International Commercial Litigation: An Asian Perspective', 37(2007) *Hong Kong LJ*, tr. 859.

⁸⁰ Hatley T. và Dogauchi M., *Explanatory Report on The 2005 Hague Choice of Court Convention*, http://www.hcch.net/index_en.php?act=publications.details&pid=3959.

B. Công ước Brúc-xen và Công ước Lu-ga-nô

Hiện nay, có hai loại thủ tục về công nhận và thi hành bản án/quyết định của toà án nước ngoài, tùy thuộc vào việc bản án/quyết định được tuyên ở nước nào. Nếu bản án/quyết định được tuyên bởi toà án một nước thành viên EC/EFTA về dân sự hoặc thương mại, khi đó vấn đề này ở Anh sẽ hoàn toàn do Luật về quyền tài phán và bản án dân sự năm 1982 và năm 1991 điều chỉnh ('CJJA'). Tuy nhiên, nếu phán quyết được tuyên ở nước không phải thành viên EC/EFTA, thì các quy định truyền thống sẽ được áp dụng. Vấn đề trở nên phức tạp hơn, khi có đến ba loại quy định truyền thống điều chỉnh vấn đề này. Loại quy định *thứ nhất* điều chỉnh việc công nhận bản án/quyết định của toà án các nước thành viên Khối thịnh vượng chung ('Commonwealth') trên cơ sở áp dụng Luật về quản lí tư pháp 1920 (The Administration of Justice Act 1920) (viết tắt là Luật AJA 1920). Loại quy định *thứ hai* áp dụng đối với bản án/quyết định của toà án các nước có thoả thuận áp dụng nguyên tắc có đi có lại với nước Anh trên cơ sở Luật về bản án của toà án nước ngoài (thi hành có đi có lại) 1933 (Foreign Judgments (Reciprocal Enforcement) Act 1933) (viết tắt là Luật FJA 1933). Và loại thủ tục *thứ ba* là các quy định common law áp dụng đối với bản án của toà án các nước còn lại.

3. Việc công nhận và thi hành bản án/quyết định của toà án nước ngoài trong common law của nước Anh

Trong lịch sử common law, các bản án/quyết định của toà án nước ngoài đã từng được công nhận và thi hành bởi các toà án ở Anh từ thế kỉ XVII. Việc này được bắt đầu trên cơ sở 'xã giao' ('comity'). Tuy nhiên, học thuyết này đã được thay thế bằng 'học thuyết về nghĩa vụ' được phát triển trong án lệ *Schibsby v. Westenholz* [1870].⁸¹

Các điều kiện cần đáp ứng để một bản án/quyết định của toà án nước ngoài có thể được công nhận và thi hành: Trong common law, nếu bên thắng kiện muốn thi hành bản án/quyết định của toà án nước ngoài ở Anh, thì cần phải tiến hành một thủ tục pháp lí mới dựa trên nghĩa vụ mà bên thua kiện phải thực hiện theo bản án của toà án nước ngoài. Một giải pháp thay thế là bên thắng kiện có thể biện hộ trong bất kì vụ kiện nào về vấn đề tương

⁸¹ Nguyên tắc theo đó các bản án của toà án nước ngoài được thi hành ở Anh là bản án của một toà án có quyền tài phán, đã tạo ra cho bị đơn nghĩa vụ phải trả một khoản tiền được xác định trong bản án đó, mà toà án của nước đó có trách nhiệm cho thi hành; như vậy bất kì hành vi nào phủ nhận nghĩa vụ này, hoặc để biện luận cho việc không thực hiện nghĩa vụ này, sẽ bị coi là hành vi biện hộ. Xem: Abla Mayss, *Principles of Conflict of Laws*, Cavendish Publishing Limited (1999).

tự dựa trên cơ sở bản án của tòa án nước ngoài là ‘res judicata’ (‘vụ việc đã được giải quyết xong tại tòa án’). Nếu một đơn kiện lần đầu được đệ trình tại tòa án Anh, thì bên nguyên đơn có thể yêu cầu tòa án thực hiện thủ tục xét xử rút gọn theo quy tắc tố tụng dân sự, chừng nào mà bị đơn không đưa ra các lập luận biện hộ, như đã được xác định trong án lệ *Grant v. Easton* [1883], với điều kiện là đơn kiện nộp tại tòa án Anh đã tuân thủ các quy định về quyền tài phán, và thủ tục tổng đạt lệnh hầu tòa đã được thực hiện với bị đơn ở nước ngoài.

Điều kiện quan trọng nhất để một bản án của tòa án nước ngoài được công nhận và thi hành ở Anh, cho dù là theo common law hay theo Luật AJA 1920 và Luật FJA 1933 - đó là: ‘tòa án nước ngoài đã tuyên bản án đó phải có quyền tài phán theo nghĩa quốc tế để giải quyết vụ kiện đó. Nói cách khác, tòa án Anh sẽ không công nhận hiệu lực của bản án của tòa án nước ngoài, nếu tòa án nước ngoài không có quyền tài phán phù hợp với quy phạm xung đột theo luật của Anh’.

Mục 6. PHÁP LUẬT VIỆT NAM VỀ GIẢI QUYẾT TRANH CHẤP THƯƠNG MẠI QUỐC TẾ GIỮA CÁC THƯƠNG NHÂN ^(*)

Khi các bên trong hợp đồng thương mại quốc tế quyết định chọn Việt Nam là nơi giải quyết tranh chấp hợp đồng, pháp luật Việt Nam sẽ điều chỉnh quá trình giải quyết tranh chấp này.

1. Nguồn luật

Pháp luật Việt Nam điều chỉnh việc giải quyết tranh chấp thương mại quốc tế bao gồm các quy định trong Bộ luật tố tụng dân sự 2004 (sau đây gọi là ‘Bộ luật tố tụng dân sự’), Luật trọng tài thương mại 2010 (sau đây gọi là ‘Luật trọng tài thương mại’), Luật thương mại, Luật đầu tư 2005 (sau đây gọi là ‘Luật đầu tư’) và các văn bản dưới luật có liên quan.

2. Định nghĩa tranh chấp thương mại

Hiện nay, không có định nghĩa chính thức về tranh chấp thương mại trong pháp luật Việt Nam. Có thể hiểu khái niệm tranh chấp thương mại một cách gián tiếp là tranh chấp phát sinh giữa các bên trong hoạt động thương

^(*) Tác giả: Hồ Thúy Ngọc, Tiến sĩ, Giảng viên, Trưởng Bộ môn Luật, Trường Đại học Ngoại thương Hà Nội (FTU).

mại, hoặc phát sinh giữa các bên trong đó ít nhất một bên có hoạt động thương mại như quy định tại các khoản 1 và 2 Điều 2 Luật trọng tài thương mại. Đồng thời, khoản 1 Điều 3 Luật thương mại mô tả hoạt động thương mại là hoạt động nhằm mục đích sinh lợi, bao gồm mua bán hàng hoá, cung ứng dịch vụ, đầu tư, xúc tiến thương mại và các hoạt động nhằm mục đích sinh lợi khác. Như vậy, tranh chấp phát sinh giữa các bên liên quan đến hoạt động mà ít nhất một trong các bên vì mục đích lợi nhuận là tranh chấp thương mại. Những tranh chấp này có thể được giải quyết tại toà án hoặc trọng tài, tùy thuộc vào điều khoản chọn nơi giải quyết tranh chấp trong hợp đồng thương mại quốc tế.

3. Giải quyết tranh chấp thương mại quốc tế theo phương thức tranh tụng trước toà án

A. Hệ thống toà án Việt Nam và thẩm quyền

Hệ thống toà án Việt Nam gồm ba cấp. Cấp thấp nhất là toà án nhân dân cấp quận, huyện trực thuộc tỉnh, cao hơn là toà án nhân dân cấp tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương. Toà án cấp cao nhất ở Việt Nam là Toà án nhân dân tối cao. Toà án nhân dân cấp tỉnh, Toà án nhân dân tối cao có các toà chuyên trách. Toà án nhân dân cấp quận, huyện trực thuộc tỉnh không phân chia các toà chuyên trách. Các toà chuyên trách bao gồm toà dân sự, toà hình sự, toà lao động, toà hành chính, toà kinh tế. Các tranh chấp thương mại sẽ do toà kinh tế thuộc toà án nhân dân cấp tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương và Toà án nhân dân tối cao giải quyết.

Điều 33 Bộ luật tố tụng dân sự quy định:

1. Toà án nhân dân huyện, quận, thị xã, thành phố thuộc tỉnh (sau đây gọi chung là toà án nhân dân cấp huyện) có thẩm quyền giải quyết theo thủ tục sơ thẩm những tranh chấp sau đây:
 - ...
 - b) [T]ranh chấp về kinh doanh, thương mại ...
 - ...
3. [N]hững tranh chấp, yêu cầu theo quy định tại khoản 1 và khoản 2 Điều này 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 không thuộc thẩm quyền giải quyết của toà án nhân dân cấp huyện.

Điều 33 đã loại bỏ thẩm quyền của toà án nhân dân cấp huyện giải quyết các tranh chấp thương mại quốc tế. Những tranh chấp này sẽ thuộc thẩm quyền

xét xử sơ thẩm của toà án nhân dân cấp tỉnh. Ngoài ra, khoản 1 Điều 29 Bộ luật tố tụng dân sự cũng quy định tranh chấp phát sinh trong hoạt động kinh doanh, thương mại giữa các cá nhân, tổ chức có đăng kí kinh doanh với nhau và đều có mục đích lợi nhuận. Như vậy, nếu một bên tham gia hợp đồng không nhằm mục đích lợi nhuận, tranh chấp giữa bên đó với bên kia sẽ không được coi là tranh chấp về kinh doanh, thương mại thuộc thẩm quyền của toà án. Chúng sẽ trở thành các tranh chấp dân sự thông thường.

B. Nguyên tắc xét xử

Nguyên tắc xét xử tại toà án được quy định từ Điều 3 đến Điều 24 của Bộ luật tố tụng dân sự. Bên cạnh những nguyên tắc chung giống như pháp luật của các nước khác, pháp luật Việt Nam cũng có một số nguyên tắc đặc thù. Về nguyên tắc, toà án xét xử công khai. Toà án chỉ xét xử kín trong những trường hợp đặc biệt theo quy định của pháp luật. Toà án có trách nhiệm tiến hành hoà giải và tạo điều kiện để các đương sự thoả thuận với nhau về việc giải quyết vụ việc dân sự theo quy định của Bộ luật này.

Trong quá trình xét xử, toà án không tiến hành xác minh, thu thập chứng cứ. Các bên có nghĩa vụ cung cấp chứng cứ, chứng minh cho yêu cầu của mình.

Nhìn chung, toà án xét xử và quyết định theo đa số, tức là hội đồng xét xử gồm 1 hoặc 3 đến 5 thẩm phán.

Tiếng nói và chữ viết sử dụng trong tố tụng dân sự là tiếng Việt. Nghĩa là, bên nước ngoài trong tranh chấp phải tự thuê phiên dịch và biên dịch tài liệu cho mình.

Toà án thực hiện chế độ hai cấp xét xử. Bản án/quyết định sơ thẩm của toà án có thể bị kháng cáo. Nếu bản án/quyết định sơ thẩm không bị kháng cáo, kháng nghị theo thủ tục phúc thẩm trong thời gian do Bộ luật tố tụng dân sự quy định, thì có hiệu lực pháp luật. Nếu bản án/quyết định sơ thẩm bị kháng cáo, kháng nghị, thì vụ án phải được xét xử phúc thẩm. Bản án/quyết định phúc thẩm có hiệu lực pháp luật. Nếu bản án/quyết định của toà án đã có hiệu lực pháp luật mà phát hiện có vi phạm pháp luật hoặc có tình tiết mới, thì được xem xét lại theo thủ tục giám đốc thẩm hoặc tái thẩm theo quy định của pháp luật.

C. Thủ tục tố tụng

Việc khởi kiện được thực hiện khi một bên gửi đơn kiện bằng văn bản đến

toà án. Đơn kiện có thể do đại diện theo ủy quyền của nguyên đơn, ví dụ, luật sư, hoặc bản thân nguyên đơn nộp. Nguyên đơn phải tạm ứng án phí. Thời gian trung bình để giải quyết một vụ tranh chấp khoảng một năm, tùy thuộc vào từng vụ tranh chấp cụ thể.

Trong trường hợp pháp luật không quy định khác về thời hiệu khởi kiện, thì thời hiệu khởi kiện để yêu cầu toà án giải quyết vụ án dân sự là hai năm, kể từ ngày quyền và lợi ích hợp pháp của cá nhân, tổ chức bị xâm phạm.

D. Công nhận và cho thi hành bản án/quyết định của toà án nước ngoài ở Việt Nam

Đơn yêu cầu công nhận và cho thi hành bản án/quyết định của toà án nước ngoài ở Việt Nam phải được gửi đến Bộ tư pháp Việt Nam. Bộ tư pháp, trong thời hạn bảy ngày, phải chuyển hồ sơ đến toà án có thẩm quyền cùng toàn bộ tài liệu có liên quan. Toà án có thẩm quyền là toà án nhân dân cấp tỉnh như quy định tại Điều 352 và khoản 1(b) Điều 34 và Điều 30 Bộ luật tố tụng dân sự. Trong thời hạn ba ngày làm việc, kể từ ngày nhận được hồ sơ do Bộ tư pháp chuyển đến, toà án có thẩm quyền phải thụ lí và thông báo cho viện kiểm sát cùng cấp biết.

Trong thời hạn chuẩn bị xét đơn yêu cầu, toà án có quyền yêu cầu người gửi đơn hoặc toà án nước ngoài đã ra bản án phải giải thích những điểm chưa rõ trong hồ sơ. Văn bản yêu cầu giải thích và văn bản trả lời phải được gửi thông qua Bộ tư pháp. Việc xét đơn yêu cầu được tiến hành tại phiên họp do một hội đồng xét đơn yêu cầu gồm ba thẩm phán, trong đó một thẩm phán làm chủ tọa theo sự phân công của chánh án toà án.

Lưu ý rằng kiểm sát viên của viện kiểm sát cùng cấp phải tham gia phiên họp. Nếu kiểm sát viên vắng mặt thì phải hoãn phiên họp.

Cơ sở từ chối đơn yêu cầu công nhận và cho thi hành bản án/quyết định của toà án nước ngoài tại Việt Nam bao gồm: (i) Bản án/quyết định chưa có hiệu lực pháp luật theo quy định của pháp luật của nước có toà án đã ra bản án/quyết định đó; (ii) Người phải thi hành hoặc người đại diện hợp pháp của người đó đã vắng mặt tại phiên toà của toà án nước ngoài do không được triệu tập hợp lệ; (iii) Vụ án thuộc thẩm quyền xét xử riêng biệt của toà án Việt Nam; (iv) Cùng vụ án này, đã có bản án/quyết định dân sự đã có hiệu lực pháp luật của toà án Việt Nam, hoặc của toà án nước ngoài đã được toà án Việt Nam công nhận, hoặc trước khi cơ quan xét xử của nước

ngoài thụ lý vụ án, toà án Việt Nam đã thụ lý và đang giải quyết vụ án đó; (v) Đã hết thời hiệu thi hành án theo pháp luật của nước có toà án đã ra bản án/quyết định dân sự đó hoặc theo pháp luật Việt Nam; và (vi) Việc công nhận và cho thi hành bản án/quyết định dân sự của toà án nước ngoài tại Việt Nam trái với nguyên tắc cơ bản của pháp luật Việt Nam.

4. Giải quyết tranh chấp thương mại quốc tế bằng phương thức trọng tài

A. Thẩm quyền

Khi các bên muốn giải quyết tranh chấp thương mại quốc tế bằng trọng tài, các bên phải thể hiện ý chí này bằng thoả thuận trọng tài. Theo quy định của pháp luật Việt Nam, thoả thuận trọng tài phải bằng văn bản. Văn bản được hiểu là sự trao đổi giữa các bên, có thể do một bên đề xuất và bên kia không phản đối. Thoả thuận trọng tài có thể được lập trước hoặc sau khi tranh chấp phát sinh.

Khi các bên trong tranh chấp có thoả thuận trọng tài và một bên gửi đơn kiện ra toà án, toà án phải từ chối vì không có thẩm quyền, trừ trường hợp thoả thuận trọng tài vô hiệu hoặc không thể thực hiện được.

Theo pháp luật hiện hành, các bên có thể thoả thuận hình thức trọng tài ('thiết chế' hay 'vụ việc'), ngôn ngữ xét xử, địa điểm xét xử (ở Việt Nam hay nước ngoài) cũng như thủ tục trọng tài trong trường hợp trọng tài 'vụ việc'.

B. Các nguyên tắc

Giải quyết tranh chấp bằng trọng tài được tiến hành không công khai, trừ trường hợp các bên có thoả thuận khác.

Các bên có thể tự mình tham gia quá trình giải quyết tranh chấp hoặc ủy quyền cho người đại diện tham dự; các bên có quyền mời nhân chứng và người bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của mình. Hội đồng trọng tài cho phép người khác tham dự quá trình xét xử, nếu các bên đồng ý.

Ngôn ngữ sử dụng trong xét xử bằng trọng tài do các bên thoả thuận. Nếu các bên không có thoả thuận, thì hội đồng trọng tài sẽ quyết định ngôn ngữ được sử dụng trong quá trình xét xử.

Hội đồng trọng tài sẽ ra phán quyết trên cơ sở biểu quyết theo nguyên tắc đa số. Nếu biểu quyết không đạt được đa số thì phán quyết trọng tài được lập theo ý kiến của chủ tịch hội đồng trọng tài.

C. Thủ tục trọng tài

Một bên sẽ gửi đơn kiện bằng văn bản tới trung tâm trọng tài trong trường hợp trọng tài được sử dụng là trọng tài thiết chế, hoặc gửi tới bên bị kiện trong trường hợp trọng tài được sử dụng là trọng tài ‘vụ việc’.

Trừ trường hợp có thoả thuận khác giữa các bên, hoặc thủ tục trọng tài của trung tâm trọng tài có quy định khác, trong thời gian mười ngày kể từ ngày nhận được đơn khởi kiện cùng các tài liệu kèm theo và chứng từ tạm ứng phí trọng tài, trung tâm trọng tài phải gửi cho bị đơn bản sao đơn khởi kiện của nguyên đơn và những tài liệu kèm theo.

Bị đơn có quyền kiện lại nguyên đơn về những vấn đề liên quan đến tranh chấp. Đơn kiện lại của bị đơn phải gửi cho trung tâm trọng tài. Trong trường hợp trọng tài được sử dụng là trọng tài ‘vụ việc’, thì đơn kiện lại phải được gửi cho hội đồng trọng tài và bị đơn. Đơn kiện lại phải được nộp cùng thời điểm với bản tự bảo vệ.

Hội đồng trọng tài gồm một hoặc nhiều trọng tài viên, tùy theo sự thoả thuận của các bên. Nếu các bên không thoả thuận về số lượng trọng tài viên, thì hội đồng trọng tài sẽ gồm ba trọng tài viên.

Phán quyết trọng tài phải bằng văn bản. Phán quyết trọng tài được gửi đến các bên ngay sau ngày ban hành. Phán quyết trọng tài là chung thẩm và có hiệu lực pháp luật ngay từ ngày ban hành.

D. Cường chế thi hành

Các bên tự nguyện thi hành phán quyết trọng tài. Hết thời hạn thi hành phán quyết trọng tài mà bên phải thi hành phán quyết không tự nguyện thi hành, và cũng không yêu cầu hủy phán quyết trọng tài theo quy định của pháp luật, thì bên được thi hành phán quyết trọng tài có quyền làm đơn yêu cầu cơ quan thi hành án dân sự có thẩm quyền thi hành phán quyết trọng tài.

E. Phán quyết của trọng tài nước ngoài

Việc cưỡng chế thi hành phán quyết của trọng tài nước ngoài chỉ có thể thực hiện được khi toà án Việt Nam công nhận và cho thi hành theo quy định của Bộ luật tố tụng dân sự. Việt Nam là thành viên của Công ước Niu Y-oóc từ năm 1995, do đó, theo Công ước, phán quyết của trọng tài của bất kì một nước thành viên nào của Công ước cũng sẽ được thi hành tại Việt Nam và ngược lại. Đối với những nước không phải thành viên của Công ước và không tham gia các hiệp định song phương có liên quan với

Việt Nam, thì phán quyết của trọng tài phải được công nhận và thi hành trên cơ sở có đi có lại và sự công nhận này phải không trái với các nguyên tắc cơ bản của pháp luật Việt Nam.

Thủ tục công nhận và cho thi hành phán quyết của trọng tài nước ngoài tại Việt Nam được quy định từ Điều 364 đến Điều 374 Bộ luật tố tụng dân sự. Theo đó, đơn xin công nhận và cho thi hành phán quyết của trọng tài nước ngoài tại Việt Nam phải được gửi lên Bộ tư pháp Việt Nam. Đơn viết bằng tiếng nước ngoài phải được dịch sang tiếng Việt và có hợp pháp hoá lãnh sự. Trong thời gian 7 ngày kể từ ngày nhận được đơn và các chứng từ kèm theo, Bộ tư pháp sẽ chuyển đơn và các tài liệu này cho toà án nhân dân cấp tỉnh. Trong vòng ba ngày làm việc kể từ ngày nhận được hồ sơ từ Bộ tư pháp, toà án có thẩm quyền phải thụ lí và thông báo cho các bên phải thi hành và viện kiểm sát cùng cấp biết. Trong thời hạn hai tháng kể từ ngày thụ lí, toà án có thẩm quyền sẽ đưa ra một trong các quyết định sau, tùy từng trường hợp cụ thể: (i) Tạm đình chỉ việc xét đơn yêu cầu, trong trường hợp nhận được thông báo bằng văn bản của Bộ tư pháp về việc cơ quan có thẩm quyền của nước ngoài đang xem xét quyết định của trọng tài nước ngoài; (ii) Đình chỉ việc xét đơn yêu cầu, nếu bên phải thi hành phán quyết tự nguyện thi hành phán quyết, hoặc bên được thi hành là tổ chức bị giải thể hoặc phá sản, mà quyền và nghĩa vụ của bên được thi hành này đã được giải quyết theo quy định của pháp luật, hoặc cá nhân phải thi hành đã chết mà quyền và nghĩa vụ của cá nhân này không được thừa kế; (iii) Đình chỉ việc xét đơn yêu cầu, trong trường hợp nhận được thông báo bằng văn bản của Bộ tư pháp về việc cơ quan có thẩm quyền của nước ngoài đã hủy bỏ hoặc đình chỉ thi hành phán quyết của trọng tài nước ngoài; (iv) Đình chỉ việc xét đơn yêu cầu và trả lại hồ sơ cho Bộ tư pháp, trong trường hợp không đúng thẩm quyền, hoặc bên phải thi hành phán quyết không có trụ sở tại Việt Nam, hoặc không xác định được địa điểm nơi có tài sản liên quan đến việc thi hành tại Việt Nam; (v) Mở phiên họp xét đơn yêu cầu.

F. Toà án và phán quyết trọng tài ở Việt Nam

Toà án có quyền hủy phán quyết trọng tài, nếu một bên có đầy đủ bằng chứng chứng minh rằng không có thoả thuận trọng tài, hoặc thoả thuận trọng tài vô hiệu, hoặc thành phần của hội đồng trọng tài, hoặc thủ tục xét xử trọng tài không đúng theo thoả thuận của các bên hoặc trái với quy định của pháp luật, hoặc tranh chấp không thuộc phạm vi thẩm quyền của trọng

tài, hoặc bằng chứng do các bên cung cấp làm cơ sở ban hành phán quyết của trọng tài là giả, hoặc phán quyết của trọng tài trái với các nguyên tắc cơ bản của pháp luật Việt Nam.

Tóm tắt Chương 7

Các bên trong hợp đồng thương mại quốc tế thường quan tâm trước tiên đến việc làm thế nào giải quyết được tranh chấp, khi nó có thể phát sinh bất cứ lúc nào. Ngoài phương thức trọng tài được coi là chiếm ưu thế nhất, những phương thức giải quyết tranh chấp quen thuộc khác cũng thường được các bên dự liệu, bao gồm thương lượng, trung gian/hoà giải, và tranh tụng trước toà án. Cần lưu ý rằng, chỉ có kết quả của phương thức trọng tài và phương thức tranh tụng trước toà án là có tính ràng buộc pháp lí đối với các bên, trong khi đó các phương thức thương lượng, trung gian/hoà giải chỉ có thể tạo thuận lợi cho các bên tự giải quyết tranh chấp của mình bằng thiện chí. Mặc dù các phương thức này thường có thể cho ra kết quả là cả hai bên ‘cùng thắng’ (‘win-win’), nhưng thực tế cho thấy chỉ có rất ít tranh chấp thương mại quốc tế được giải quyết chỉ bằng các phương thức không ràng buộc này. Thay vào đó, các phương thức này có thể được sử dụng với sự hỗ trợ của phương thức trọng tài và/hoặc phương thức tranh tụng trước toà án để giải quyết tranh chấp, theo cách đáp ứng tối đa lợi ích của các bên tranh chấp.

Quy trình và kết quả của phương thức trọng tài hoặc phương thức tranh tụng trước toà án có khả năng phụ thuộc nhiều vào các câu hỏi: luật nào (cả luật tố tụng và luật nội dung) được áp dụng cho một tranh chấp cụ thể? và cơ quan tài phán nào có thẩm quyền giải quyết tranh chấp? Theo nguyên tắc tôn trọng quyền tự định đoạt của các bên trong hợp đồng, các bên được phép chọn luật áp dụng và cơ quan tài phán cho tranh chấp của họ. Trong nhiều trường hợp, các bên phải tìm ra câu trả lời cho các câu hỏi nêu trên bằng cách áp dụng các điều ước quốc tế có liên quan, tập quán quốc tế, hoặc các quy định tư pháp quốc tế theo luật quốc gia của các nước có liên quan.

Ở giai đoạn cuối của quy trình giải quyết tranh chấp, các cơ quan tài phán thường tuyên phán quyết (của trọng tài) hoặc bản án/quyết định (của toà án). Điều tối quan trọng đối với bên thắng kiện là phải cố gắng đạt được sự thi hành phán quyết, bản án/quyết định đó. Nhờ có Công ước Niu Y-oóc, việc thi hành phán quyết của trọng tài nước ngoài được sự ủng hộ rộng rãi của hơn 140 nước kí kết Công ước. Theo Công ước này, những lí do của việc không thi hành phán quyết trọng tài nước ngoài sẽ được giải thích theo nghĩa rất hẹp.

Ngược lại, thực tiễn thi hành bản án/quyết định của toà án nước ngoài lại rất hạn chế. Có một số quy tắc ở tầm khu vực điều chỉnh việc thi hành bản án của toà án nước ngoài, nhưng lại không có các thỏa thuận ở tầm toàn cầu về vấn đề này. Phía trước vẫn là chặng đường dài để phấn đấu cho các bản án của toà án nước ngoài được thi hành như các phán quyết của trọng tài nước ngoài.

Chương này cũng giới thiệu ngắn gọn về cơ chế giải quyết tranh chấp thương mại quốc tế theo quy định của pháp luật Việt Nam, nhằm giúp người đọc có cái nhìn so sánh. Điều đó cũng có nghĩa là Việt Nam đang rất cần tăng tốc trong việc hoàn thiện pháp luật theo hướng tương thích với pháp luật quốc tế, để trở thành nơi có cơ quan tài phán thuận lợi cho giải quyết tranh chấp thương mại quốc tế.

Câu hỏi/Bài tập

1. Thế nào là thương lượng, trung gian/hoà giải, trọng tài và tranh tụng trước toà án? Các phương thức giải quyết tranh chấp này khác nhau như thế nào?
2. Nêu điểm khác nhau giữa trọng tài ‘ad hoc’ và trọng tài thiết chế.
3. Toà án hỗ trợ hội đồng trọng tài trong việc giải quyết tranh chấp thương mại quốc tế bằng cách nào?
4. Theo anh/chị, pháp luật của các nước common law có ảnh hưởng như thế nào đối với việc giải quyết tranh chấp thương mại quốc tế trên thế giới?
5. Việc chọn địa điểm trọng tài có thể tác động như thế nào đối với quy trình và kết quả của tố tụng trọng tài?
6. Nêu sự khác biệt giữa nguyên tắc tôn trọng quyền tự định đoạt của các bên trong hợp đồng trong bối cảnh tố tụng trọng tài và cũng nguyên tắc này trong bối cảnh tranh tụng trước toà án.
7. Bên thắng kiện cần phải được công nhận và thi hành phán quyết trọng tài ở đâu?
8. Cần phân biệt ‘công nhận’ và ‘thi hành’ phán quyết trọng tài nước ngoài trong trường hợp nào?
9. Anh/chị có đồng ý với giả thiết cho rằng ‘bản án của toà án nước ngoài không có hiệu lực ở nước khác’? Theo anh/chị, cần phải ủng hộ việc thi hành bản án của toà án nước ngoài trong trường hợp nào?

10. Trình bày về Công ước La Hay về lựa chọn toà án. Anh/chị có tin tưởng vào sự thành công của Công ước này trong tương lai không? Tại sao?
11. Anh/chị có cho rằng một bản án của toà án nước ngoài có thể được thi hành dễ dàng hơn ở nước có hệ thống pháp luật theo common law? Bản án này có thể được thi hành bằng cách nào?
12. Trình bày ưu điểm và hạn chế của tố tụng toà án ở Việt Nam.
13. Trình bày ưu điểm và hạn chế của tố tụng trọng tài ở Việt Nam.

Tài liệu cần đọc

1. Trevor C. Hartley, *International Commercial Litigation: Texts, Cases and Materials on Private International Law*, Cambridge, (2009);
2. Global Legal Group, *The International Comparative Legal Guide to: Litigation & Dispute Resolution*, GLG, (2009);
3. Hon J. J. Spigelman AC, 'The Hague Choice of Court Convention and International Commercial Litigation', *ALJ*, (2009);
4. Michael L. Moffitt và Robert C. Bordone (chủ biên), *The Handbook of Dispute Resolution*, Jossey-Bass, (2005);
5. Margaret L. Moses, *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*, Cambridge University Press, (2008);
6. Rebecca Attree, *A Specially Commission Report: International Commercial Agreement*, Thorogood, (2002);
7. Arthur W. Rovine, *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: The Fordham Papers 2007*, Martinus Nijhoff, (2008);
8. Indira Carr, *International Trade Law*, Routledge-Cavendish, 4th edn., (2010);
9. Mauro Robino-Sammartano, *International Arbitration: Law and Practice*, Kluwer Law International, 2nd edn., (2001);
10. Robert E. Lutz, *A Lawyer's Handbook for: Enforcing Foreign Judgments in the United States and Abroad*, Cambridge University Press, (2007);
11. Abla Mayss, *Principles of Conflict of Laws*, Cavendish, 3rd edn., (1999);
12. Born B. Gary, *International Commercial Arbitration*, (2009), vol. 1;
13. Born B. Gary, *International Commercial Arbitration*, (2009), vol. 2;
14. Born G. và Rutledge P., *International Civil Litigation in United States Courts*, (2007);

15. Binder Peter, *International Commercial Arbitration and Conciliation in UNCITRAL Model Law Jurisdiction*, (2005);
16. Bockstiegel Hienz Karl, 'The Role of Party Autonomy in International Commercial Arbitration', *52 Dispute Resolution Journal* 24, (1997);
17. Sanders Pierter, *Quo Vadis Arbitration?: Sixty Years of Arbitration Practice*, (1999);
18. Van Den Berg A., *The New York Arbitration Convention of 1958*, (1981).

Websites hữu ích

<http://www.uncitral.org/uncitral/en/index.html>

<http://www.lcia.org/Default.aspx>

<http://www.iccwbo.org/court/english/arbitration/rules.asp>

<http://www.sccinstitute.com/hem-3.aspx>

<http://www.unidroit.org>

<http://www.intertradelaw.hlu.edu.vn>

GIÁO TRÌNH LUẬT THƯƠNG MẠI QUỐC TẾ

Chịu trách nhiệm xuất bản
Đại tá PHÙNG THIÊN TÂN

Biên tập
ĐỖ HƯƠNG CÚC

Thiết kế bìa
ĐẶNG VINH QUANG

Trình bày và chế bản
PHÒNG BIÊN TẬP SÁCH VÀ TRỊ SỰ TẠP CHÍ
TRƯỜNG ĐẠI HỌC LUẬT HÀ NỘI

In 1.000 cuốn khổ 16 x 24cm tại Xí nghiệp in Nhà xuất bản Lao động-xã hội – Minh Khai, Hai Bà Trưng, Hà Nội. Số đăng kí KHXB: 80-2012/CXB/106-90/CAND. Quyết định xuất bản số 13/CAND ngày 17/02/2012 của Giám đốc Nhà xuất bản công an nhân dân. In xong, nộp lưu chiểu quý II năm 2012.