

**BỘ GIÁO DỤC VÀ ĐÀO TẠO
TRƯỜNG ĐẠI HỌC NGOẠI THƯƠNG**

LUẬN ÁN TIẾN SĨ

**HỢP ĐỒNG THƯƠNG MẠI DỊCH VỤ
VÀ GIẢI QUYẾT TRANH CHẤP
VỀ HỢP ĐỒNG THƯƠNG MẠI DỊCH VỤ Ở VIỆT NAM**

Ngành: KINH DOANH

HÀ CÔNG ANH BẢO

Hà Nội – năm 2015

**BỘ GIÁO DỤC VÀ ĐÀO TẠO
TRƯỜNG ĐẠI HỌC NGOẠI THƯƠNG**

LUẬN ÁN TIẾN SĨ

**HỢP ĐỒNG THƯƠNG MẠI DỊCH VỤ
VÀ GIẢI QUYẾT TRANH CHẤP
VỀ HỢP ĐỒNG THƯƠNG MẠI DỊCH VỤ Ở VIỆT NAM**

Ngành : **Kinh doanh**
Chuyên ngành : **Quản trị kinh doanh**
Mã số : **62.34.01.02**

HÀ CÔNG ANH BẢO

Người hướng dẫn khoa học: GS, TS NGUYỄN THỊ MƠ

Hà Nội – năm 2015

LỜI CAM ĐOAN

Tôi xin cam đoan đây là công trình nghiên cứu của riêng tôi. Các số liệu nêu trong luận án là trung thực. Những kết luận khoa học của luận án không trùng lặp và chưa từng được công bố ở các công trình nghiên cứu trước đó.

Tác giả luận án

MỤC LỤC

LỜI CAM ĐOAN	i
MỤC LỤC	ii
DANH MỤC CHỮ VIẾT TẮT SỬ DỤNG TRONG ĐỀ TÀI	iv
DANH MỤC BẢNG BIỂU, ĐỒ THỊ, BIỂU ĐỒ, SƠ ĐỒ	vi
PHẦN MỞ ĐẦU	1
PHẦN A: TỔNG QUAN TÌNH HÌNH NGHIÊN CỨU VÀ CƠ SỞ LÝ THUYẾT CỦA ĐỀ TÀI	8
1. TỔNG QUAN TÌNH HÌNH NGHIÊN CỨU	8
2. CƠ SỞ LÝ THUYẾT VÀ HƯỚNG TIẾP CẬN CỦA ĐỀ TÀI	16
PHẦN B: NỘI DUNG NGHIÊN CỨU	20
Chương 1. CƠ SỞ LÝ LUẬN VỀ HỢP ĐỒNG THƯƠNG MẠI DỊCH VỤ VÀ GIẢI QUYẾT TRANH CHẤP VỀ HỢP ĐỒNG THƯƠNG MẠI DỊCH VỤ	20
1.1. Những vấn đề lý luận về hợp đồng thương mại dịch vụ và tranh chấp về hợp đồng thương mại dịch vụ.....	20
1.1.1. Hợp đồng thương mại dịch vụ.....	20
1.1.2. Tranh chấp về hợp đồng thương mại dịch vụ.....	34
1.2. Giải quyết tranh chấp về hợp đồng thương mại dịch vụ	46
1.2.1. Các phương thức giải quyết tranh chấp về hợp đồng thương mại dịch vụ.....	47
1.2.2. Những yếu tố tác động đến việc giải quyết tranh chấp về hợp đồng thương mại dịch vụ của doanh nghiệp	57
1.3. Đánh giá tác động của việc giải quyết tranh chấp về hợp đồng thương mại dịch vụ đối với hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp.....	59
1.3.1. Những tác động tích cực.....	59
1.3.2. Những tác động tiêu cực.....	62
Chương 2: THỰC TRẠNG KÝ KẾT, THỰC HIỆN HỢP ĐỒNG THƯƠNG MẠI DỊCH VỤ VÀ GIẢI QUYẾT TRANH CHẤP VỀ HỢP ĐỒNG THƯƠNG MẠI DỊCH VỤ Ở VIỆT NAM.....	64
2.1. Thực trạng ký kết, thực hiện hợp đồng thương mại dịch vụ ở Việt Nam	64
2.1.1. Số lượng các hợp đồng thương mại dịch vụ ngày càng tăng.....	64
2.1.2. Hợp đồng thương mại dịch vụ quốc tế gia tăng về số lượng và giá trị	64
2.1.3. Nhiều hợp đồng thương mại dịch vụ phức tạp được ký kết và thực hiện	65
2.2. Thực trạng giải quyết tranh chấp về hợp đồng thương mại dịch vụ tại Việt Nam	68
2.2.1. Giải quyết tranh chấp về hợp đồng thương mại dịch vụ thông qua thương lượng và hòa giải	69

2.2.2. Giải quyết tranh chấp về hợp đồng thương mại dịch vụ tại tòa án.....	75
2.2.3. Giải quyết tranh chấp về hợp đồng thương mại dịch vụ bằng trọng tài thương mại ...	87
2.3. Đánh giá về thực trạng ký kết, thực hiện hợp đồng thương mại dịch vụ và giải quyết tranh chấp về hợp đồng thương mại dịch vụ ở Việt Nam.....	98
2.3.1. Những thuận lợi và kết quả	98
2.3.2. Những khó khăn, bất cập và nguyên nhân.....	101
2.3.3. Phân tích một số vụ tranh chấp về hợp đồng thương mại dịch vụ	105
Chương 3 GIẢI PHÁP VÀ KIẾN NGHỊ ĐỂ DOANH NGHIỆP VIỆT NAM GIẢI QUYẾT THÀNH CÔNG CÁC TRANH CHẤP VỀ HỢP ĐỒNG THƯƠNG MẠI DỊCH VỤ	112
3.1. Dự báo về sự gia tăng các tranh chấp về hợp đồng thương mại dịch vụ tại Việt Nam trong thời gian tới	112
3.1.1. Cơ sở dự báo.....	112
3.1.2. Số liệu dự báo	115
3.2. Các giải pháp đối với doanh nghiệp.....	118
3.2.1. Nhóm giải pháp về việc ký kết hợp đồng thương mại dịch vụ.....	118
3.2.2. Nhóm giải pháp về thực hiện hợp đồng thương mại dịch vụ	126
3.2.3. Nhóm giải pháp về giải quyết tranh chấp hợp đồng thương mại dịch vụ.....	129
3.2.4. Nhóm giải pháp khác	134
3.3. Một số kiến nghị.....	135
3.3.1. Đối với Nhà nước	135
3.3.2. Đối với tòa án kinh tế	144
3.3.3. Đối với các trung tâm trọng tài thương mại	146
KẾT LUẬN	149
DANH MỤC CÁC CÔNG TRÌNH ĐÃ CÔNG BỐ CỦA TÁC GIẢ	151
DANH MỤC TÀI LIỆU THAM KHẢO	152
PHỤ LỤC	164

DANH MỤC CHỮ VIẾT TẮT SỬ DỤNG TRONG ĐỀ TÀI
Danh mục viết tắt bằng tiếng Anh

Từ viết tắt	Tiếng Anh	Nghĩa tiếng Việt
ASEAN	Association of Southeast Asian Nations	Hiệp hội các nước Đông Nam Á
APEC	Asia-Pacific Economic Cooperation	Diễn đàn Hợp tác Kinh tế Châu Á – Thái Bình Dương
ADR	Alternative Dispute Resolution	Giải quyết tranh chấp được lựa chọn
BTA VN-HK	Bilateral Trade Agreement Vietnam – USA	Hiệp định Thương mại Song phương Việt Nam – Hoa Kỳ
FDI	Foreign Direct Investment	Đầu tư trực tiếp nước ngoài
FTA	Free Trade Agreement	Hiệp định Thương mại Tự do
Hiệp định GATS	General Agreement on Trade in Services	Hiệp định chung về Thương mại Dịch vụ
GDP	Gross Domestic Product	Tổng sản phẩm quốc nội
Hiệp định TRIMS	Agreement on Trade-Related Investment Measures	Hiệp định về Các biện pháp Đầu tư liên quan đến Thương mại
IMF	International Monetary Fund	Quỹ Tiền tệ Quốc tế
ITC	International Trade Centre	Trung tâm Thương mại Quốc tế
OECD	Organization for Economic Cooperation and Development	Tổ chức Hợp tác và Phát triển Kinh tế
UCC	Uniform Commerce Code	Bộ luật Thương mại Thống nhất của Hoa kỳ
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law	Ủy ban Liên Hợp Quốc về Luật Thương mại Quốc Tế
VIAC	Vietnam International Arbitration Center	Trung tâm Trọng tài Quốc tế Việt Nam
WIPO	World Intellectual Property Organization	Tổ chức Sở hữu Trí tuệ Thế giới
WTO	World Trade Organization	Tổ chức Thương mại Thế giới

Danh mục viết tắt tiếng Việt

Từ viết tắt	Nghĩa đầy đủ
BLDS	Bộ luật Dân sự
NCS	Nghiên cứu sinh
DN	Doanh nghiệp
DNTN	Doanh nghiệp Tư nhân
DNVN	Doanh nghiệp Việt Nam
HĐKD	Hoạt động kinh doanh
HĐTMDV	Hợp đồng thương mại dịch vụ
HĐTT	Hội đồng trọng tài
MBHH	Mua bán hàng hóa
TAND	Tòa án Nhân dân
TMDV	Thương mại dịch vụ
TMHH	Thương mại hàng hóa
TTTM	Trọng tài thương mại
TTDS	Tổ tụng Dân sự
VN	Việt Nam

DANH MỤC BẢNG BIỂU, ĐỒ THỊ, BIỂU ĐỒ, SƠ ĐỒ

Bảng biểu

Bảng 2- 1: Số lượng các vụ tranh chấp về thương mại được giải quyết tại tòa sơ thẩm trong giai đoạn 2008-2012	79
Bảng 2- 2: Số lượng các tranh chấp về thương mại được giải quyết tại tòa án phúc thẩm trong giai đoạn 2008-2012	80
Bảng 2- 3: Số lượng các vụ tranh chấp về thương mại được giải quyết theo thủ tục giám đốc thẩm trong giai đoạn 2008-2012.....	82
Bảng 2- 4. Số vụ tranh chấp tại các trung tâm trọng tài ở Việt Nam	97
Bảng 3- 1 Tình hình xuất nhập khẩu dịch vụ Việt Nam từ năm 2005 - 2013	115
Bảng 3- 2 Chỉ tiêu dự báo phát triển kinh tế Việt Nam đến năm 2015	116
Bảng 3- 3 Các mục tiêu thương mại dịch vụ của Việt Nam.....	117
Bảng 3- 4 Sự khác nhau giữa hợp đồng TMHH và hợp đồng TMDV	124

Đồ thị

Đồ thị 2- 1: Số lượng vụ tranh chấp về hợp đồng thương mại dịch vụ được giải quyết tại tòa án sơ cấp giai đoạn 2008-2012.....	81
---	----

Biểu đồ

Biểu đồ 2- 1: Cách thức doanh nghiệp thực hiện trung gian, hòa giải	72
Biểu đồ 2- 2: Thời gian bắt đầu và kết thúc việc giải quyết tranh chấp về hợp đồng thương tại dịch vụ tại Tòa án	86
Biểu đồ 2- 3 Các loại hình tranh chấp được giải quyết tại VIAC từ 1993-2013.....	91
Biểu đồ 2- 4. Số vụ tranh chấp tại VIAC.....	92
Biểu đồ 2- 5: Sự khác biệt giữa hợp đồng thương mại dịch vụ và hợp đồng thương mại hàng hóa	98
Biểu đồ 2- 6: Hình thức ký kết hợp đồng thương mại dịch vụ.....	99
Biểu đồ 2- 7: Tình hình xây dựng hợp đồng mẫu về hợp đồng thương mại dịch vụ.....	100
Biểu đồ 2- 8: Bộ phận pháp chế của doanh nghiệp	102
Biểu đồ 2- 9: Cách thức soạn thảo hợp đồng của doanh nghiệp	103
Biểu đồ 2- 10: Những điều khoản thường xảy ra tranh chấp	104
Biểu đồ 2- 11: Số vụ tranh chấp về hợp đồng TMDV mà doanh nghiệp tham gia	104

Sơ đồ

Sơ đồ 3- 1: Những bước đàm phán và ký kết hợp đồng thương mại dịch vụ.....	120
Sơ đồ 3- 2: Mô hình quản lý hợp đồng thương mại dịch vụ	126
Sơ đồ 3- 3: Các bước doanh nghiệp cần làm khi tham gia vào tranh chấp	131

PHẦN MỞ ĐẦU

1. Tính cấp thiết của đề tài

Trong những năm gần đây, cùng với tiến trình mở cửa và hội nhập kinh tế quốc tế, thương mại dịch vụ (TMDV) của Việt Nam (VN) đã có những bước phát triển mạnh mẽ. Theo báo cáo của Tổng cục Thống kê trong năm 2013 dù GDP nước ta chỉ tăng trưởng 5,42% nhưng ngành TMDV lại tăng 6,56% (Tổng cục thống kê, 2014). Điều đó cho thấy TMDV ngày càng đóng vai trò quan trọng trong nền kinh tế quốc dân. Để đáp ứng yêu cầu của người sử dụng dịch vụ, các hợp đồng dịch vụ đã được ký kết nhằm tạo cơ sở pháp lý để các bên qui định quyền và nghĩa vụ đối với nhau. Dịch vụ càng phát triển, nhu cầu của con người cùng các đòi hỏi về chất lượng dịch vụ, giá cả và phương thức trao đổi dịch vụ ... cũng ngày càng trở nên đa dạng và phức tạp. Từ nhận thức cho rằng dịch vụ chỉ mang tính dân sự, giờ đây giá trị thương mại của dịch vụ gia tăng, dẫn đến nhận thức mới về mục đích của dịch vụ: Dịch vụ mang tính thương mại. Cùng với hàng hóa hữu hình, dịch vụ với ý nghĩa là hàng hóa vô hình đã được đem ra thị trường để trao đổi, mua bán nhằm mục đích sinh lợi. TMDV ra đời và phát triển đã tạo cơ sở để doanh nghiệp (DN) đa dạng hóa các hình thức và phương thức kinh doanh. Để quản lý hoạt động kinh doanh (HĐKD) dịch vụ, các DN đã sử dụng hợp đồng thương mại dịch vụ (HĐTMDV) như một phương tiện hữu hiệu để mở rộng thị trường, phát triển thương hiệu và đáp ứng yêu cầu của khách hàng.

Tuy nhiên, thực tế cho thấy số lượng các HĐTMDV gia tăng dẫn đến tranh chấp phát sinh từ loại hình hợp đồng này cũng ngày càng đa dạng và phức tạp. Điều này đã đặt các DNVN trước nhiều khó khăn: Hàng loạt các vụ tranh chấp về hợp đồng xây dựng, về hợp đồng vận chuyển hàng hóa, về hợp đồng dịch vụ logistics v.v... với những tình tiết mới cả về mặt nội dung, cả về mặt pháp lý đã gây thiệt hại lớn cho DN do phải chi trả chi phí tư vấn, chi phí luật sư ... và đặc biệt là chi phí do thiếu sự hiểu biết và sự bất cẩn trong việc ký kết các HĐTMDV. Với những HĐTMDV có giá trị kinh tế cao, việc thua thiệt trong các vụ tranh chấp đã và đang ảnh hưởng đến HĐKD của DN. Việc thua kiện trong các vụ tranh chấp về HĐTMDV đã đẩy nhiều doanh nghiệp Việt Nam (DNVN) đến bờ vực của sự phá sản. Việc thiếu đội ngũ nguồn nhân lực có kỹ năng ký kết hợp đồng tốt cũng như kỹ năng trong việc giải quyết tranh chấp (GQTC), phòng ngừa rủi ro do các vụ kiện vi phạm hợp đồng đồng nghĩa với việc DN

đang dần mất đi uy tín và thương hiệu của mình trên thương trường. Điển hình nhất là vụ việc tại tập đoàn Vinashin, tập đoàn Vinalines đã bị thất thoát, thua lỗ hàng ngàn tỉ đồng chỉ vì không chú trọng tới việc ký kết, thực hiện hợp đồng cũng như GQTC phát sinh ... Điều này đặt ra yêu cầu là trong giai đoạn hiện nay, để phát triển hoạt động thương mại nói chung và quản trị tốt hoạt động của mình, các DNVN phải am hiểu về việc GQTC liên quan đến HĐTMDV.

Trong thực tế, nhiều DNVN chưa thấy rõ được tính đặc thù của các tranh chấp về HĐTMDV và do đó, chưa có biện pháp để phòng ngừa, để giải quyết thành công tranh chấp về HĐTMDV. Nhiều DN chưa thấy được vai trò của việc GQTC về HĐTMDV đối với kết quả HĐKD của mình. Vấn đề đặt ra là GQTC về HĐTMDV có đặc điểm như thế nào? Việc GQTC liên quan đến HĐTMDV sẽ có ảnh hưởng như thế nào đến HĐKD của DN? Để có câu trả lời, cần phải nghiên cứu vấn đề này một cách cụ thể. Đó là lý do để vấn đề: **“Hợp đồng thương mại dịch vụ và giải quyết tranh chấp về hợp đồng thương mại dịch vụ ở Việt Nam”** được NCS lựa chọn làm đề tài nghiên cứu của luận án tiến sĩ quản trị kinh doanh này.

2. Tình hình nghiên cứu

Tình hình nghiên cứu được trình bày cụ thể tại Phần A của luận án

3. Mục đích và nhiệm vụ nghiên cứu

3.1. Mục đích nghiên cứu

Mục đích nghiên cứu của luận án là: Trên cơ sở làm rõ những vấn đề lý luận và thực tiễn về HĐTMDV, GQTC về HĐTMDV và nêu tác động của việc GQTC về HĐTMDV đối với HĐKD của DN, đề tài đề xuất các giải pháp và kiến nghị để các DNVN giải quyết thành công các tranh chấp về HĐTMDV nhằm giảm thiểu rủi ro và thiệt hại của DN trong hoạt động quản trị kinh doanh của mình.

3.2. Nhiệm vụ nghiên cứu: Để đạt được mục đích nghiên cứu nêu trên, luận án có các nhiệm vụ cụ thể sau đây:

- Làm rõ khái niệm, đặc điểm của HĐTMDV và tranh chấp về HĐTMDV;
- Phân tích tác động của việc GQTC về HĐTMDV đối với việc phát triển HĐKD của DN;

- Phân tích ưu nhược điểm của từng phương thức GQTC về HĐTMDV từ đó giúp các DN lựa chọn được phương thức phù hợp để giải quyết các tranh chấp phát sinh từ các HĐTMDV có liên quan đến HĐKD của DN;

- Đánh giá thực trạng GQTC về HĐTMDV ở VN, trong đó nêu bật những thuận lợi, khó khăn, bất cập và nguyên nhân của bất cập trong việc GQTC về HĐTMDV ở VN trong thời gian qua và những tác động của việc GQTC về HĐTMDV đến HĐKD của DN;

- Phân tích các tình huống, các vụ tranh chấp và GQTC điển hình về HĐTMDV để rút ra bài học kinh nghiệm cho các DNVN trong việc phòng tránh, hạn chế rủi ro và nâng cao năng lực cạnh tranh của DN trong nền kinh tế thị trường;

- Đề xuất giải pháp và kiến nghị để các DNVN giải quyết thành công các tranh chấp về HĐTMDV, từ đó nâng cao năng lực cạnh tranh của DN trên thị trường.

4. Đối tượng và phạm vi nghiên cứu

4.1. Đối tượng nghiên cứu

Đối tượng nghiên cứu của đề tài là những vấn đề về HĐTMDV, tranh chấp về HĐTMDV và GQTC về HĐTMDV. Đối tượng nghiên cứu của đề tài còn bao gồm cả các qui định của pháp luật VN, pháp luật quốc tế và pháp luật một số nước về các phương thức GQTC liên quan đến HĐTMDV. Vì luận án thuộc chuyên ngành Quản trị kinh doanh, do đó đối tượng nghiên cứu của luận án còn bao gồm những vấn đề về tác động của việc GQTC về HĐTMDV đối với HĐKD của DN, đặc biệt là đối với HĐKD của DNVN trong nền kinh tế thị trường, trong điều kiện VN đã và đang thực hiện các cam kết quốc tế về mở cửa thị trường TMDV.

4.2. Phạm vi nghiên cứu

- *Về nội dung:* HĐTMDV và GQTC về HĐTMDV là một vấn đề rất rộng, bao gồm các loại hợp đồng thương mại liên quan đến việc cung ứng dịch vụ, mà như WTO qui định có tới 12 ngành và 155 phân ngành dịch vụ (theo GATS). Ở mỗi phân ngành lại có các dịch vụ cụ thể mà, để thực hiện chúng, các DN phải ký kết HĐTMDV. Ví dụ, trong ngành dịch vụ vận chuyển có hợp đồng vận chuyển hành khách và hàng hóa bằng ô tô, bằng tàu biển, bằng máy bay vv... Mỗi loại HĐTMDV này lại có quyền và

nghĩa vụ khác nhau. Ví dụ, hợp đồng dịch vụ bảo hiểm hàng hóa khác với hợp đồng dịch vụ viễn thông; hợp đồng nhượng quyền thương mại khác với hợp đồng đại lý hoa hồng; hợp đồng dịch vụ ngân hàng khác với hợp đồng dịch vụ giáo dục ... Trong khuôn khổ của một luận án tiến sĩ, khi phân tích HĐTMDV, phạm vi nghiên cứu của luận án giới hạn ở việc phân tích HĐTMDV nói chung, không đi sâu vào một loại hình HĐTMDV cụ thể nào. Ngoài ra, vì vấn đề GQTC về HĐTMDV gồm nhiều nội dung như GQTC về ký kết HĐTMDV, GQTC về nội dung của HĐTMDV, GQTC theo các phương thức GQTC được pháp luật qui định ... Trong phạm vi của một luận án tiến sĩ, nội dung của vấn đề GQTC về HĐTMDV sẽ được giới hạn ở việc chỉ phân tích về các phương thức GQTC về HĐTMDV, không phân tích vấn đề GQTC về ký kết hay thực hiện HĐTMDV. Việc phân tích một số vụ tranh chấp cụ thể về HĐTMDV cũng chỉ nhằm để nêu bật những đặc thù của HĐTMDV, tranh chấp về HĐTMDV và GQTC về HĐTMDV nói chung.

Khi nghiên cứu các phương thức GQTC về HĐTMDV, luận án phân tích cả bốn phương thức là thương lượng, hòa giải, tòa án và trọng tài thương mại, trong đó nêu rõ ưu nhược điểm của mỗi phương thức để các DNVN có sự lựa chọn phù hợp với tình hình thực tế khi GQTC về HĐTMDV trong những năm gần đây.

- *Về không gian*: Khi nghiên cứu và phân tích thực trạng về HĐTMDV và GQTC về HĐTMDV, luận án giới hạn không gian tại Việt Nam, việc đề cập đến các phương thức GQTC ở nước ngoài chỉ nhấn mạnh những phương thức hiện nay đang được sử dụng tại VN.

- *Về thời gian*: Khi nghiên cứu thực trạng GQTC về HĐTMDV ở VN, luận án lấy mốc từ năm 2005 - năm Luật Thương mại VN (LTM) được sửa đổi trong đó lần đầu tiên đưa ra những qui định về hợp đồng cung ứng dịch vụ thương mại - cho đến hiện nay. Khi đề xuất giải pháp, luận án đề xuất các giải pháp và kiến nghị từ nay cho đến năm 2015, và xa hơn, cho đến những năm 2020.

5. Phương pháp nghiên cứu

5.1. Phương pháp luận nghiên cứu của đề tài

Phương pháp luận nghiên cứu của đề tài là Chủ nghĩa Mác Lênin về duy vật biện chứng và duy vật lịch sử. Tư tưởng Hồ Chí Minh và các quan điểm của Đảng và Nhà

nước ta về nền kinh tế thị trường, về TMDV, về quản trị HĐKD của DN trong điều kiện tự do hóa thương mại và hội nhập kinh tế quốc tế cũng là kim chỉ nam cho phương pháp luận nghiên cứu của đề tài.

5.2. Các phương pháp nghiên cứu cụ thể

Để thực hiện luận án, NCS đã sử dụng các phương pháp nghiên cứu tổng hợp như: phương pháp phân tích, phương pháp thống kê, phương pháp hệ thống hóa, phương pháp diễn giải và phương pháp so sánh. Cụ thể:

- *Phương pháp phân tích và tổng hợp* : Phương pháp này được sử dụng trong tất cả các chương của luận án . Cụ thể là được sử dụng để đi sâu vào tìm tòi , trình bày các hiện tượng, các quan điểm về hợp đồng thương mại, hợp đồng cung ứng dịch vụ, các quy định và thực tiễn thực hiện GQTC về loại hợp đồng này; khái quát lại để phân tích, rút ra những cái thuộc về bản chất của các hiện tượng , các quan điểm , quy định và hoạt động thực tiễn của GQTC về HĐTMDV (Chương 1, Chương 2); Từ đó rút ra các đánh giá, kết luận, kiến nghị và giải pháp phù hợp nhằm giúp cho các DNVN giải quyết thành công các tranh chấp về HĐTMDV (Chương 3).

- *Phương pháp kết hợp lý luận với thực tiễn* : Phương pháp này được sử dụng ở tất cả các chương của luận án . Cụ thể, NCS sử dụng lý luận về hợp đồng; về hợp đồng thương mại, về TMDV, về cung ứng dịch vụ, về tranh chấp và GQTC trong thương mại để phân tích , đánh giá các phương thức GQTC liên quan đến HĐTMDV trong thực tế; từ đó, khái quát lên thành những vấn đề có tính lý luận về HĐTMDV và GQTC về HĐTMDV ở VN (Chương 1, Chương 2); kết hợp giữa lý luận và thực tiễn làm cơ sở đề xuất các phương hướng và giải pháp để DNVN giải quyết tốt các tranh chấp về HĐTMDV nhằm giảm thiểu rủi ro và thiệt hại trong hoạt động thương mại của DN (Chương 3)...

- *Phương pháp hệ thống hóa* : Được sử dụng xuyên suốt toàn bộ luận án nhằm trình bày các vấn đề , các nội dung trong luận án theo một trình tự , một bố cục hợp lý , chặt chẽ, có sự gắn kết, kế thừa, phát triển các vấn đề , các nội dung để đạt được mục đích , yêu cầu đã được xác định cho luận án.

- *Phương pháp so sánh* : Phương pháp này chủ yếu được sử dụng tại Chương 1, Chương 2 của luận án. Cụ thể là được vận dụng trong việc tham khảo các lý thuyết về

HĐTMDV, về các phương thức GQTC để rút ra những đặc điểm của loại hợp đồng này cũng như đặc điểm của các phương thức GQTC. Ngoài ra, tại Chương 3 của luận án, NCS cũng sử dụng phương pháp này để so sánh và đề ra các kiến nghị và các giải pháp để DNVN giải quyết thành công các tranh chấp về HĐTMDV trong giai đoạn hiện nay và giai đoạn tới.

- *Phương pháp phân tích tình huống*: NCS sử dụng phương pháp phân tích tình huống dựa trên sự phân tích một số vụ tranh chấp cụ thể về HĐTMDV liên quan đến các DNVN và đã được xét xử tại Tòa án, TTTM VN nhằm rút ra những bài học kinh nghiệm cho các DNVN.

- *Phương pháp điều tra xã hội học*: Luận án sử dụng phương pháp điều tra xã hội học dựa trên việc xây dựng bảng câu hỏi (xem Phụ lục số 1 ở cuối Luận án) cho tổng số 602 DN cung cấp dịch vụ ở Thủ đô Hà Nội, ở Thành phố Hồ Chí Minh là hai thành phố có TMDV phát triển nhất ở VN. Đây là phương pháp vừa có ưu điểm nhưng vừa có nhược điểm. Nhược điểm của phương thức này là phụ thuộc hoàn toàn vào người tham gia, do đó việc lựa chọn đối tượng tham gia đóng vai trò quan trọng. Ngoài ra khi sử dụng phương pháp này người điều tra sẽ không có cơ hội để giải thích những điều mà người tham gia chưa hiểu rõ. Bên cạnh đó đối với những câu hỏi mở thì có thể thu thập dữ liệu rất lớn vì vậy sẽ mất thời gian để hoàn thành. Tuy nhiên NCS vẫn sử dụng phương pháp này vì nó có ưu điểm là có thể cô đọng được nội dung, từ đó hướng cho những người tham gia điều tra vào nội dung. Ngoài ra nó cũng thuận lợi cho vấn đề thời gian thu thập thông tin so với các phương thức khác.

- *Phương pháp phỏng vấn chuyên gia*: Luận án sử dụng phương pháp phỏng vấn chuyên sâu các chuyên gia trong lĩnh vực HĐTMDV bao gồm luật sư, nhân viên pháp chế, trọng tài viên của VIAC, thẩm phán tòa án, dựa trên bảng câu hỏi phỏng vấn (xem Phụ lục số 1 ở cuối Luận án). Mặc dù nhược điểm của phương pháp này là mất thời gian và số lượng người được phỏng vấn không nhiều, tuy nhiên thuận lợi mà nó mang lại đó là người nghiên cứu có thể đi sâu vào vấn đề trong quá trình phỏng vấn, chủ động điều chỉnh câu hỏi và có đối tượng phỏng vấn được chọn lọc.

6. Những đóng góp mới của luận án

- Luận án đã hệ thống hóa một số vấn đề lý luận liên quan đến HĐTMDV và GQTC

về HĐTMDV. Đặc biệt, luận án đã phân tích để làm rõ khái niệm về HĐTMDV, theo đó: *“Hợp đồng thương mại dịch vụ là sự thỏa thuận giữa các bên, căn cứ vào qui định của pháp luật nhằm xác lập, thay đổi hoặc chấm dứt quyền và nghĩa vụ đối với nhau trong việc mua bán, cung cấp, trao đổi dịch vụ nhằm mục đích sinh lợi”*;

- Luận án đã phân tích những tác động (cả tác động tích cực và cả tác động tiêu cực) của việc GQTC về HĐTMDV đến HĐKD của DN nói chung và đến công tác quản trị kinh doanh của DN nói riêng;

- Luận án đã phân tích thực trạng GQTC về HĐTMDV tại VN từ năm 2005 cho đến nay thông qua các phương thức GQTC cụ thể là thương lượng, hòa giải, trọng tài và tòa án đặt trong mối quan hệ với HĐKD của DN;

- Luận án đã đề xuất 4 nhóm giải pháp cho DNVN và những kiến nghị đối với Nhà nước và các cơ quan GQTC để DNVN giải quyết thành công các tranh chấp về HĐTMDV nhằm giảm thiểu rủi ro và thiệt hại trong HĐKD của DN trong thời gian tới.

7. Kết cấu của luận án

Theo qui định của Bộ Giáo dục và Đào tạo, bắt đầu từ năm 2012, tất cả các luận án tiến sĩ bảo vệ ở Việt Nam phải có phần Báo cáo tổng quan tình hình nghiên cứu và cơ sở lý thuyết của đề tài tách ra khỏi Phần mở đầu. Vì vậy, Luận án này, ngoài phần mở đầu, kết luận, danh mục tài liệu tham khảo, các phụ lục, kết cấu của Luận án gồm bao gồm 2 phần:

PHẦN A: TỔNG QUAN VỀ TÌNH HÌNH NGHIÊN CỨU VÀ CƠ SỞ LÝ THUYẾT CỦA ĐỀ TÀI

PHẦN B: NỘI DUNG NGHIÊN CỨU.

Phần này gồm 3 chương:

Chương 1. Cơ sở lý luận về hợp đồng thương mại dịch vụ và giải quyết tranh chấp về hợp đồng thương mại dịch vụ

Chương 2. Thực trạng ký kết, thực hiện hợp đồng thương mại dịch vụ và giải quyết tranh chấp về hợp đồng thương mại dịch vụ ở Việt Nam

Chương 3. Giải pháp và kiến nghị để doanh nghiệp Việt Nam giải quyết thành công các tranh chấp về hợp đồng thương mại dịch vụ.

PHẦN A: TỔNG QUAN TÌNH HÌNH NGHIÊN CỨU VÀ CƠ SỞ LÝ THUYẾT CỦA ĐỀ TÀI

1. TỔNG QUAN TÌNH HÌNH NGHIÊN CỨU

1.1. Tình hình nghiên cứu ở nước ngoài

Ở nước ngoài cũng đã có một số công trình nghiên cứu, bài viết đề cập đến từng vấn đề riêng lẻ về TMDV, HĐTMDV và các phương thức GQTC về TMDV. Tiêu biểu trong số đó có các công trình dưới đây:

1.1.1. Các công trình nghiên cứu về thương mại dịch vụ

Năm 2003, hai tác giả Takatoshi Ito và Anne O. Krueger công bố công trình có tên gọi: *“Trade in services in the Asia-Pacific region”*¹, trong đó phân tích về sự dịch chuyển của nền kinh tế hàng hóa sang nền kinh tế dịch vụ trên thế giới và chỉ ra thực tiễn của những nước trong khu vực Châu Á – Thái Bình Dương như Hàn Quốc, Nhật Bản, khu vực Đông Á, Đài Loan, Hồng Kông đang tập trung phát triển TMDV cũng như những thách thức họ đã, đang và sẽ phải đối mặt với việc thương mại hóa các sản phẩm dịch vụ. Công trình này nhấn mạnh rằng tự do hóa thương mại toàn cầu về dịch vụ sẽ là cơ hội để cho các quốc gia ở khu vực Châu Á – Thái Bình Dương xây dựng cho mình những chiến lược phát triển khác nhau về TMDV.

Năm 2009, Ngân hàng Thế giới (World Bank) đã xuất bản cuốn sách: *“Negotiating Trade in services: A practical Guide for developing countries”*,² trong đó khẳng định rằng TMDV cũng là vấn đề mà Vòng đàm phán Doha bế tắc khi các nước phát triển đã có kinh nghiệm phát triển TMDV còn các nước đang phát triển chưa có kinh nghiệm, do đó các nước này sẽ gặp nhiều khó khăn khi gia nhập WTO và Hiệp định GATS. Cuốn sách này đã đưa ra những chỉ dẫn cần thiết cho các nước đang phát triển khi họ tham gia đàm phán về TMDV.

1.1.2. Các công trình nghiên cứu về hợp đồng, hợp đồng thương mại dịch vụ và quản trị hợp đồng

Năm 2008, tác giả Anuj Saxna xuất bản cuốn sách: *“Enterprise contract management – A practical Guide to successfully implementing an ECM Solution”*³ nêu lên vấn đề về việc quản trị các hợp đồng không hiệu quả sẽ dẫn đến hậu quả là DN bị

¹ Dịch sang tiếng Việt là: Thương mại dịch vụ ở khu vực Châu Á Thái Bình Dương

² Dịch sang tiếng Việt là: Đàm phán thương mại dịch vụ: những hướng dẫn thực tiễn cho các nước đang phát triển

³ Dịch sang tiếng Việt là: Quản lý hợp đồng công ty – Hướng dẫn thực tiễn để áp dụng thành công giải pháp ECM

mất chi phí và các rủi ro sẽ ngày càng gia tăng. Ba hậu quả chính liên quan đến việc quản lý yếu kém các hợp đồng đã được ký kết là sẽ đẩy chi phí hoạt động tăng lên, giảm doanh thu và sự khó khăn trong vấn đề kiểm toán. Tác giả Anuj Saxna kết luận rằng: nếu DN không kiểm soát được hợp đồng, tức là DN không kiểm soát được HĐKD. Để kiểm soát được quá trình thực hiện hợp đồng tác giả này nhấn mạnh hai giải pháp là: Tăng cường sự kết hợp giữa công nghệ thông tin và phát triển nguồn nhân lực có trình độ để quản lý hợp đồng của DN.

Năm 2010, tác giả Richard Griffiths, trong công trình có tên gọi: *“Service Offerings and Agreements: A Guide for Exam Candidates”*,⁴ đã phân tích và đưa ra cách hiểu về dịch vụ, theo đó dịch vụ có nghĩa là: *“Việc cung cấp giá trị đến với khách hàng thông qua các sự tiện lợi cho khách hàng mà họ muốn chứ không phải chú trọng về chi phí và rủi ro”*. Trên cơ sở đó, tác giả này đã phân tích kỹ năng quản trị DN cho các nhà quản lý khi họ tham gia vào các mối quan hệ liên quan đến dịch vụ và TMDV.

Năm 2010, tác giả Michael Diathesopoulos đã công bố công trình: *“Relation contract theory and management contracts: A paradigm for the application of the Theory of the Norms”*⁵, trong đó tác giả này đã đưa ra một mô hình các mối quan hệ với hợp đồng nhằm kiểm chứng hiệu quả của việc quản lý hợp đồng dựa trên các mối quan hệ đó. Từ việc kiểm chứng này tác giả phân tích những nghĩa vụ đơn vụ và song vụ trong việc quản lý hợp đồng xuất phát từ phía người mua và người bán.

Năm 2010, Trung tâm Thương mại Quốc tế (ITC) xuất bản Cẩm nang dành cho các DN nhỏ mang tên: *“Model Contracts for Small Firms – Legal guidance for doing international business”*⁶, đưa ra các mẫu hợp đồng cho các DN tham khảo, trong đó có hợp đồng cung cấp dịch vụ với những điều khoản chi tiết và các phụ lục hợp đồng kèm theo, mang ý nghĩa hướng dẫn thực tiễn cho các DN nhỏ trong HĐKD quốc tế.

Năm 2012, Cơ quan Kiểm toán Nhà nước Australia (ANAO) đã xuất bản cuốn sách: *“Developing and Managing contracts – Getting the right outcome, Achieving value for money”*⁷, cuốn sách đã chỉ ra cách soạn thảo hợp đồng, phát triển hợp đồng thông qua sự kết hợp của quản lý rủi ro, phân cấp trách nhiệm cụ thể, ghi nhận những sự việc xảy ra hàng ngày, đạo đức nghề nghiệp, quản lý nguồn lực và quản lý các mối quan hệ. Từ

⁴ Dịch sang tiếng Việt là: Cung cấp dịch vụ và những thỏa thuận: cẩm nang cho nhà quản lý

⁵ Dịch sang tiếng Việt là: Mối liên hệ giữa lý thuyết và quản lý hợp đồng: Một mô hình cho áp dụng lý thuyết của mối quan hệ

⁶ Dịch sang tiếng Việt là: Các mẫu hợp đồng cho doanh nghiệp nhỏ - Cẩm nang hướng dẫn cho kinh doanh quốc tế

⁷ Dịch sang tiếng Việt là: Phát triển và quản lý hợp đồng – Nhận lấy những kết quả đúng và giá trị cho đồng tiền

những yếu tố này DN sẽ lên kế hoạch về các vấn đề có liên quan như luôn quan tâm đến hợp đồng, làm rõ mục đích cuối cùng của hợp đồng, tác động của việc quản lý đến hiệu quả của hợp đồng và các vấn đề cần lưu ý khi kết thúc một hợp đồng.

Năm 2012, hai tác giả Mark Anderson và Victor Warner đã cho tái bản lần thứ 3 cuốn sách: *“Drafting and negotiating commercial contracts”*⁸, hai tác giả đã chỉ ra những yêu cầu về mặt pháp lý đối với một hợp đồng thương mại như về hình thức hợp đồng, cấu trúc, kỹ năng soạn thảo hợp đồng và các điều khoản cần lưu ý khi soạn thảo một hợp đồng thương mại như điều khoản về nghĩa vụ, điều khoản thanh toán, điều khoản bảo mật ...

1.1.3. Các công trình nghiên cứu liên quan đến giải quyết tranh chấp và tác động của việc giải quyết tranh chấp về hợp đồng đến hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp

Năm 2004 các tác giả Alan Redfern, Martin Hunter, Nigel Blackaby và Constantine Partasides đã xuất bản cuốn sách: *“Dissenting Opinions in International Commercial Arbitration: Arbitration International”*⁹, trong đó, sau khi nêu ra và làm rõ khái niệm về hợp đồng thương mại các tác giả này đã giải thích lý do tại sao TTTM được các DN ưa chuộng hơn so với tòa án.

Năm 2005, UNCTAD và Trung tâm Trọng tài Quốc tế VN đã phối hợp để dịch ra tiếng Việt cuốn sách có tên gọi: *“Trọng tài và các phương pháp giải quyết tranh chấp được lựa chọn – giải quyết các tranh chấp thương mại như thế nào”*, trong đó phân tích một cách cụ thể và chuyên sâu về các phương thức GQTC không mang tính tài phán như hòa giải, trung gian và nêu lên những ưu việt của việc GQTC thương mại bằng trọng tài. Ngoài ra cuốn sách này cũng chỉ ra rằng lựa chọn tòa án hay trọng tài để GQTC là tùy thuộc vào hoàn cảnh cụ thể và do chính các DN tự quyết định sau khi nghiên cứu ưu nhược điểm của mỗi phương thức GQTC.

Năm 2005, hai tác giả Robert C. Bordone và Michael L. Moffitt đã công bố cuốn sách có tên gọi: *“The handbook of dispute resolution”*¹⁰; trong đó nêu lên những kinh nghiệm, kỹ năng về GQTC thương mại. Cuốn sách này được xem là cẩm nang của các DN trong việc GQTC.

⁸ Dịch sang tiếng Việt là: Soạn thảo và đàm phán hợp đồng thương mại

⁹ Dịch sang tiếng Việt: Pháp luật và thực tiễn Trọng tài thương mại quốc tế

¹⁰ Dịch sang tiếng Việt: Cẩm nang giải quyết tranh chấp

Năm 2008, tác giả Phong Bảo Thanh công bố công trình nghiên cứu dưới hình thức là sách chuyên khảo có tên gọi: “*Quản lý hợp đồng trong kinh doanh*” (được dịch ra tiếng Việt năm 2008), trong đó đã lưu ý các DN rằng một giám đốc DN khi cầm bút ký vào một hợp đồng mà không nghiên cứu kỹ, có thể dẫn đến rủi ro vì không nhận được hàng dù đã chuyển tiền chi trả cho người bán hoặc người bán không lấy được tiền dù đã chuyển hàng đến tay người mua v.v.. Tác giả nhấn mạnh việc ký kết, thực hiện và GQTC liên quan đến các hợp đồng đã được ký kết có mối quan hệ hữu cơ đối với kết quả HĐKD của DN.

Năm 2009, tác giả Gary L Kaplan xuất bản cuốn sách “*Executive Guide to Managing Disputes*”¹¹, trong đó lưu ý các DN về những thách thức mà DN phải đối mặt khi tranh chấp về hợp đồng phát sinh. Đặc biệt Gary L Kaplan đã làm rõ rằng để quản lý tốt các tranh chấp cần phải sử dụng mô hình kết hợp giữa việc sử dụng người hòa giải viên khảo cứu, trọng tài và hòa giải viên chuyên gia, đồng thời khuyên các DN trong tương lai cần sử dụng mô hình GQTC trực tuyến với việc sử dụng công nghệ thông tin để giảm chi phí trong việc GQTC phát sinh từ HĐKD.

Ngoài các công trình, sách tham khảo nêu trên, nhiều tác giả đã đăng tải các bài viết trên các tạp chí khoa học, cụ thể:

Năm 1993, hai tác giả Richard Dinapoli và Albert H. Bowers đã có bài viết với tựa đề: “*Avoiding contract disputes and litigation: lessons learned from ship repair contracts*”¹², trong đó đã trình bày nguyên nhân phát sinh tranh chấp trong hợp đồng sửa chữa tàu và đưa ra giải pháp để phòng tránh tranh chấp. Theo hai tác giả này, giải pháp tốt nhất để phòng tránh tranh chấp là DN phải có kiến thức đầy đủ về hợp đồng cũng như phải hiểu rõ bản chất của những quy định trong hợp đồng nhằm nhận biết được những rủi ro tiềm ẩn. Đặc biệt, với những hợp đồng thương mại quốc tế, sự bất đồng về ngôn ngữ hợp đồng cũng như sự bất cẩn trong lưu trữ hồ sơ cũng phải được chú ý nhằm hạn chế tranh chấp và những rủi ro phát sinh liên quan đến việc thực hiện hợp đồng.

Năm 1999, tác giả Bennett G. Picker đã có bài viết đăng Tạp chí Temple Law Review năm 1999, “*ADR: new challenges, new roles, and new opportunities*”,¹³ trong đó nhấn mạnh vai trò của luật sư tư vấn trong việc sử dụng các phương thức GQTC lựa chọn như thương lượng, hòa giải, trung gian.

¹¹ Dịch sang tiếng Việt: Hướng dẫn thực hành trong quản lý tranh chấp

¹² Dịch sang tiếng Việt: Phòng tránh các tranh chấp về hợp đồng và khiếu kiện: Bài học kinh nghiệm từ hợp đồng sửa chữa tàu biển

¹³ Dịch sang tiếng Việt là: Phương thức giải quyết tranh chấp lựa chọn: thách thức mới, vai trò mới và các cơ hội mới

Năm 2004, tác giả Lisa B. Bingham có bài “*Control over dispute – system design and mandatory commercial arbitration*”¹⁴ đăng tại tạp chí Duke Law, trong đó chỉ ra tầm quan trọng của quá trình lựa chọn phương thức GQTC, và xem xét liệu rằng việc GQTC bằng TTTM có vi phạm về vấn đề công bằng, thủ tục GQTC, về chi phí hay không. Tác giả này đã đưa ra kết luận rằng vấn đề không phải ở việc lựa chọn trọng tài để GQTC, mà ở chính sự kiểm soát của mỗi DN trong quá trình GQTC tại TTTM, bởi vì chính sự kiểm soát tốt quá trình GQTC sẽ đem lại thành công cho DN.

Tại Hội nghị lần thứ 9 về quản lý cung cấp dịch vụ quốc tế tại Hoa kỳ năm 2006, tác giả Rene. G. Rendon trình bày tham luận: “*Measuring Contract Management Process Maturity: A Tool for Enhancing the Value Chain*”¹⁵ trong đó chỉ ra rằng sự phát triển của quá trình quản lý hợp đồng sẽ làm tăng năng lực cạnh tranh của DN. Tác giả này cũng đưa ra một số nghiên cứu cho thấy các công ty với những hợp đồng dịch vụ dài hạn mà không có quá trình quản lý hợp đồng tốt thì thường không đạt được những lợi thế cạnh tranh do phải thường xuyên đối mặt với các vấn đề về đàm phán, về ký kết hợp đồng quá sơ hở, về không đủ năng lực để đảm bảo tuân thủ các điều khoản đã ký kết trong hợp đồng.

Những phân tích ở trên cho thấy ở nước ngoài có nhiều công trình nghiên cứu, nhiều bài viết đề cập đến TMDV, đến hợp đồng cung ứng dịch vụ, đến GQTC về hợp đồng dịch vụ cũng như mối quan hệ giữa HĐKD của DN, với vấn đề GQTC về hợp đồng... Tuy nhiên, chưa có công trình nào phân tích cụ thể về GQTC về HĐTMDV ở VN. Mặc dù vậy, những tài liệu liệt kê ở trên là nguồn tài liệu tham khảo rất cần thiết để tác giả thực hiện luận án này.

1.2. Tình hình nghiên cứu ở Việt Nam

Ở VN cũng đã có không ít công trình đề cập đến vấn đề TMDV, HĐTMDV và GQTC trong HĐKD của DN. Trong số đó tiêu biểu là:

1.2.1. Các công trình nghiên cứu về thương mại dịch vụ

Năm 2003 có đề tài nghiên cứu khoa học (cấp bộ) của tác giả Hoàng Văn Châu (mã số B2002-40-29 nghiệm thu năm 2003) có tên gọi “*Phương hướng phát triển ngành dịch vụ của thành phố Hồ Chí Minh đáp ứng yêu cầu Hiệp định thương mại Việt Mỹ trong lĩnh vực thương mại dịch vụ, TP Hồ Chí Minh*” đã nghiên cứu xu hướng phát

¹⁴ Dịch sang tiếng Việt là: Kiểm soát quá trình giải quyết tranh chấp – và sử dụng trọng tài thương mại

¹⁵ Dịch sang tiếng Việt là: Quản lý quá trình trưởng thành của hợp đồng: Một công cụ nâng cao chuỗi giá trị

triển ngành dịch vụ của TP Hồ Chí Minh sau khi Hiệp định thương mại Việt Nam – Hoa Kỳ (BTA VN-HK) được ký kết. Trên cơ sở đánh giá thực trạng phát triển ngành dịch vụ của TP Hồ Chí Minh trong giai đoạn từ 1995 đến 2000, tác giả này đã đề xuất phương hướng và giải pháp phát triển ngành dịch vụ của TP Hồ Chí Minh nhằm đáp ứng yêu cầu thực hiện Hiệp định BTA VN-HK.

Năm 2004, tác giả Nguyễn Thị Mơ công bố công trình nghiên cứu khoa học đã được xuất bản thành sách chuyên khảo: *“Lựa chọn bước đi và giải pháp để Việt Nam mở cửa về dịch vụ thương mại”*, trong đó phân tích khả năng mở cửa, từ góc độ quốc gia, thị trường dịch vụ VN theo cam kết quốc tế. Cuốn sách đã cung cấp cho người đọc một cái nhìn tổng quan về TMDV và sự cần thiết để VN mở cửa về thị trường dịch vụ thương mại, chuẩn bị điều kiện cần thiết để gia nhập WTO.

1.2.2. Các công trình nghiên cứu về hợp đồng, hợp đồng thương mại dịch vụ

Năm 2010, Phòng Thương mại và Công nghiệp Việt Nam đã xuất bản cuốn sách có nhan đề: *“Cẩm nang hợp đồng thương mại”*, trong đó phân tích những vấn đề chung về hợp đồng thương mại, và liệt kê một số loại HĐTMDV như hợp đồng đại diện thương mại, hợp đồng gia công hàng hóa cho thương nhân nước ngoài, hợp đồng chuyên chở, hợp đồng bảo hiểm thương mại, hợp đồng xây dựng. Cuốn sách này cung cấp một cái nhìn tổng quan về một số HĐTMDV chủ yếu trên thế giới và ở VN.

Bài viết của tác giả Đỗ Đức Hồng Hà có nhan đề: *“Hoàn thiện pháp luật về hợp đồng trong các văn bản pháp luật chuyên ngành”*, đăng trên tạp chí nghiên cứu lập pháp Điện tử năm 2012, đã chỉ ra những bất cập của pháp luật VN đối với các quy định về hợp đồng thương mại. Liên quan đến những vấn đề về hợp đồng cung ứng dịch vụ thương mại tác giả này cũng đề xuất một số giải pháp hoàn thiện đối với các quy định về hợp đồng dịch vụ như hợp đồng môi giới thương mại, hợp đồng quảng cáo.

1.2.3. Các công trình nghiên cứu liên quan đến giải quyết tranh chấp và tác động của việc giải quyết tranh chấp về hợp đồng đến hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp

Năm 2002 có luận án tiến sĩ kinh tế của tác giả Bùi Ngọc Sơn (bảo vệ năm 2002 tại Đại học Ngoại Thương) có tên gọi: *“Mối quan hệ giữa việc giải quyết tranh chấp trong mua bán quốc tế và hiệu quả kinh doanh của các doanh nghiệp xuất nhập khẩu ở Việt Nam”*. Mặc dù luận án không đi sâu vào việc nghiên cứu tranh chấp về

HĐTMDV và GQTC về HĐTMDV nhưng luận án này đã chỉ ra mối quan hệ và sự tác động hai chiều giữa HĐKD của DN với việc giải quyết các tranh chấp phát sinh từ hoặc có liên quan đến hoạt động xuất nhập khẩu của DN.

Năm 2011, tác giả Nguyễn Thị Hoài Phương đã công bố sách chuyên khảo về *“Thủ tục khởi kiện và giải quyết tranh chấp tại Tòa án, Trọng tài – Cơ chế hiện hữu bảo vệ quyền dân sự”*, trong đó nghiên cứu qui trình và thủ tục GQTC về hợp đồng tại Tòa án và TTTM. Tác giả này đã phân tích những quy định về thủ tục tố tụng tại Tòa án và TTTM ở VN, về vai trò của các bên khi tham gia tranh tụng tại Tòa án và TTTM, về mối quan hệ giữa tòa án và TTTM trong vấn đề về thủ tục tố tụng và về khả năng thi hành phán quyết của trọng tài trong thực tế.

Năm 2011, Sách chuyên khảo của hai tác giả Đỗ Văn Đại và Trần Hoàng Hải có tựa đề: *“Pháp luật Việt Nam về trọng tài thương mại”*, đã phân tích phương thức GQTC bằng trọng tài trên cả hai phương diện trọng tài quốc tế và trọng tài trong nước dưới góc độ luật học, theo đó đối với mỗi loại trọng tài sẽ chịu sự điều chỉnh của pháp luật tố tụng khác nhau. Với việc đối chiếu so sánh những quy định về TTTM theo Pháp lệnh TTTM Việt Nam 2003 và Luật TTTM Việt Nam 2010, cuốn sách này đã cho thấy rõ sự phát triển của pháp luật VN về TTTM nói chung và pháp luật về GQTC thương mại bằng TTTM nói riêng.

Ngoài ra, nhiều tác giả cũng đã đăng tải các bài viết trên các tạp chí khoa học quốc gia, tiêu biểu trong số đó có: Bài viết của tác giả Mai Minh Hương có nhan đề: *“Thẩm quyền quyết định thẩm quyền giải quyết tranh chấp kinh doanh quốc tế - Một số lưu ý khi lựa chọn trọng tài quy chế”*, đăng trên tạp chí Dân chủ và Pháp luật, số chuyên đề về pháp luật DN năm 2012, tác giả đã phân tích mối quan hệ giữa tòa án và TTTM đối với việc xem xét thẩm quyền GQTC về thương mại của TTTM. Sau khi phân tích thẩm quyền quyết định của TTTM, bài viết đưa ra những giải pháp và đề xuất nhằm tránh những tình huống dẫn đến TTTM bị mất quyền quyết định thẩm quyền xét xử của mình.

Bài viết của tác giả Nguyễn Đình Thơ có nhan đề: *“Giải quyết tranh chấp trong kinh doanh nên chọn cách nào?”* đăng trên Tạp chí Doanh nhân và Pháp luật số 19 năm 2009, đã đưa ra lời khuyên rằng các nhà quản lý phải cân nhắc thấu đáo khi lựa chọn phương thức GQTC sao cho vừa đảm bảo có lợi cho DN mình nhưng phải duy trì được mối quan hệ kinh doanh. Tác giả này cũng nêu rõ những ưu nhược điểm của việc

GQTC về thương mại tại tòa án và trọng tài để DN cân nhắc trước khi quyết định khởi kiện ra tòa án hoặc trọng tài.

Bài viết của tác giả Nguyễn Minh Đức có nhan đề “Cơ chế và kiến nghị hoàn thiện giải quyết tranh chấp trong kinh doanh bằng Tòa kinh tế”, đăng trên Trang điện tử của Bộ Tư pháp (năm 2011), trong đó tác giả này đã đưa ra kiến nghị hoàn thiện cơ chế GQTC trong kinh doanh tại Tòa kinh tế. Bài viết này đặc biệt phân tích những bất cập của Bộ luật Tố tụng Dân sự Việt Nam (Bộ luật TTDS) 2004 và những vướng mắc trong quá trình áp dụng qui định của Bộ luật TTDS liên quan đến thủ tục tố tụng tại Tòa kinh tế khi GQTC về thương mại.

Ngoài ra còn có các bài báo có nội dung liên quan như bài viết của tác giả Nguyễn Thị Mơ có nhan đề “Nhận dạng các loại hình tranh chấp thương mại” đăng trên Tạp chí Kinh tế Đối ngoại số 16 năm 2006; bài viết của tác giả Nguyễn Thị Vân Anh có nhan đề “Vấn đề pháp lí về quan hệ hợp đồng phát sinh trong hoạt động trung gian thương mại”, đăng trên tạp chí Luật học số 11 năm 2008; bài báo của tác giả Bùi Ngọc Cường có nhan đề: “Một số giải pháp chủ yếu nhằm hạn chế tranh chấp thương mại liên quan đến môi trường ở Việt Nam”, đăng trên Tạp chí Luật học số 3 năm 2009. Những công trình, bài viết nêu trên phân tích chủ yếu về vai trò của TMDV, về đặc điểm của hợp đồng thương mại hay một số loại HĐTMDV cụ thể, về các phương thức GQTC về hợp đồng thương mại nói chung.

1.3. Đánh giá tổng quan về tình hình nghiên cứu

Như đã đề cập ở trên, những công trình nghiên cứu, bài viết trong và ngoài nước đã phân tích dưới nhiều góc độ khác nhau về hợp đồng thương mại, hợp đồng cung ứng dịch vụ, về TMDV, về các phương thức GQTC cụ thể trong thương mại mà pháp luật cho phép hay những giải pháp mà các DN cần chú ý khi GQTC liên quan đến thương mại và hợp đồng thương mại. Qua tìm hiểu về tình hình nghiên cứu liên quan đến chủ đề nghiên cứu trong và ngoài nước, tác giả đưa ra một vài nhận xét như sau:

1.3.1. Những vấn đề đã được giải quyết

- Các công trình nghiên cứu trong và ngoài nước nêu trên đã phân tích để làm rõ khái niệm về hợp đồng, về dịch vụ và về TMDV;
- Đã có những phân tích nhất định về hợp đồng thương mại, HĐTMDV;

- Đã có nhiều phân tích về các phương thức GQTC về thương mại nói chung, như GQTC về thương mại bằng trọng tài, tòa án, hòa giải, thương lượng vv...

- Đã có một số công trình phân tích về vấn đề hợp đồng thương mại trong mối quan hệ với HĐKD của DN, như việc không chú ý đến kỹ năng ký kết hợp đồng có thể đẩy DN vào rủi ro do nguy cơ hợp đồng bị phá vỡ hoặc không thể bảo vệ được quyền và lợi ích của mình vì hợp đồng không có các qui định mang tính bảo vệ...

1.3.2. Những vấn đề chưa được giải quyết

- Chưa phân tích để làm rõ khái niệm về HĐTMDV và đặc điểm của HĐTMDV;

- Chưa làm rõ những điểm cần đặc biệt lưu ý khi GQTC về HĐTMDV và đặt nó trong mối quan hệ so sánh với việc GQTC về hợp đồng thương mại nói chung cũng như từ góc độ quản trị doanh nghiệp;

- Chưa phân tích để làm rõ mối quan hệ giữa việc GQTC về HĐTMDV đối với HĐKD của DN nói chung và hoạt động quản trị kinh doanh của DN nói riêng.

Ba vấn đề này cũng là 3 vấn đề mà Nghiên cứu sinh (NCS) phải nghiên cứu phân tích để làm rõ trong luận án này.

Tóm lại, NCS cho rằng cho đến nay chưa có công trình nào phân tích một cách cụ thể, chuyên sâu cả về lý luận và thực tiễn, về cả ba góc độ quản trị, kinh tế và pháp lý liên quan đến việc GQTC về HĐTMDV ở VN. Có thể nói, đây là luận án tiền sỹ đầu tiên nghiên cứu toàn diện các vấn đề về HĐTMDV và GQTC về HĐTMDV ở VN và đặt nó trong mối quan hệ với quản trị doanh nghiệp.

2. CƠ SỞ LÝ THUYẾT VÀ HƯỚNG TIẾP CẬN CỦA ĐỀ TÀI

2.1. Câu hỏi nghiên cứu

Để đạt mục đích nghiên cứu đặt ra ở trên và trên cơ sở phân tích tình hình nghiên cứu những vấn đề có liên quan đến nội dung và hướng tiếp cận của đề tài luận án, tác giả luận án xác định một số câu hỏi nghiên cứu cơ bản làm nền tảng cho việc nghiên cứu nội dung của luận án. Những câu hỏi đó là:

- *Thứ nhất*, HĐTMDV là gì? HĐTMDV có gì khác so với hợp đồng thương mại hàng hóa (TMHH)? HĐTMDV có đặc điểm gì? Nó được phân loại như thế nào? HĐTMDV có vai trò gì đối với HĐKD của DN?

- *Thứ hai*, tranh chấp là gì? Tranh chấp về HĐTMDV có điểm gì khác biệt so với tranh chấp về hợp đồng thương mại nói chung?

- *Thứ ba*, việc GQTC về HĐTMDV có mối quan hệ như thế nào đối với HĐKD của DN? Việc quản lý khâu ký kết hợp đồng và GQTC về hợp đồng có mối quan hệ như thế nào đối với công tác quản trị DN? Tình hình GQTC về HĐTMDV ở VN trong thời gian qua có đặc điểm gì cần lưu ý và các DNVN nên lưu ý gì khi tham gia vào quá trình GQTC về HĐTMDV tại tòa án, tại TTMT?

- *Thứ tư*, những yêu cầu gì đặt ra cho các DN trong việc ký kết, thực hiện và GQTC về HĐTMDV? Các DN cần phải làm gì để nâng cao chất lượng dịch vụ mà mình cung cấp cũng như nâng cao kỹ năng ký kết và GQTC về HĐTMDV? Nguyên nhân nào khiến cho tranh chấp về HĐTMDV trở nên phức tạp hơn và việc GQTC về HĐTMDV đòi hỏi ở DN những kỹ năng gì? Sự nắm vững qui trình, kỹ năng GQTC về HĐTMDV sẽ có ý nghĩa như thế nào trong việc quản trị kinh doanh của DNVN trong nền kinh tế thị trường hiện nay.

- *Thứ năm*, việc lựa chọn phương thức giải quyết tranh chấp cũng như việc giải quyết thành công hay không thành công tranh chấp về HĐTMDV sẽ có ảnh hưởng như thế nào đến HĐKD của DN nói chung và công tác quản trị DN nói riêng?

2.2. Lý thuyết nghiên cứu

- Lý thuyết liên quan đến TMDV , HĐTMDV: Hợp đồng thương mại, HĐTMDV, quản trị tranh chấp về HĐTMDV để ngăn ngừa rủi ro trong HĐKD của DN.

- Lý thuyết liên quan đến các phương thức và kỹ năng GQTC về HĐTMDV: lý thuyết về tác động của việc giải quyết tranh chấp nói chung và tranh chấp về HĐTMDV đối với HĐKD của DN.

2.3. Các giả thuyết nghiên cứu

(1). *Giả thuyết nghiên cứu là* : HĐTMDV là loại hợp đồng mua bán dịch vụ. Việc GQTC loại hợp đồng này mang tính phức tạp hơn so với hợp đồng TMHH vì tính chất của dịch vụ là vô hình, khó xác định.

Kết quả nghiên cứu (dự định) là hệ thống hóa những vấn đề lý luận và thực tiễn về HĐTMDV và GQTC về HĐTMDV.

(2). *Giả thuyết nghiên cứu là*: Từ khi VN gia nhập WTO thì số lượng HĐTMDV vụ gia tăng cả về số lượng và giá trị, đồng thời dẫn đến số lượng các tranh chấp về loại hợp đồng này cũng gia tăng.

Kết quả nghiên cứu (*dự định*) là đánh giá thực trạng việc sử dụng HĐTMDV ở VN và việc GQTC về HĐTMDV ở VN trong giai đoạn từ năm 2005 đến nay, từ đó nêu bật những thuận lợi, những khó khăn mà các DNVN gặp phải khi GQTC về HĐTMDV; đồng thời đề xuất giải pháp giảm thiểu những tranh chấp phát sinh về HĐTMDV.

(3). *Giả thuyết nghiên cứu là*: Những bất cập trong qui định của pháp luật về HĐTMDV và sự nhận thức yếu kém của DN về HĐTMDV là nguyên nhân chủ yếu dẫn đến tranh chấp xảy ra.

Kết quả nghiên cứu (*dự định*) là phân tích và chỉ rõ những bất cập trong qui định của pháp luật về HĐTMDV và thực trạng nhận thức của DN đối với loại hợp đồng này. Từ đó đưa ra những giải pháp cụ thể để khắc phục nguyên nhân trên.

(4). *Giả thuyết nghiên cứu là* : Việc GQTC về HĐTMDV thành công sẽ giúp cho các DNVN tránh khỏi những thiệt hại trong kinh doanh và nâng cao chất lượng cũng như uy tín của họ.

Do đó, kết quả nghiên cứu (*dự định*) là khẳng định và làm rõ sự ảnh hưởng và những tác động của việc GQTC về HĐTMDV đối với HĐKD của DN, đặc biệt là đối với công tác quản trị kinh doanh của DN. Đồng thời đưa ra những kiến nghị đối với Nhà nước, cơ quan GQTC và các giải pháp cho chính DN tham gia tranh chấp để giúp cho DN tránh khỏi những thiệt hại trong kinh doanh.

2.4. Hướng tiếp cận nghiên cứu của đề tài

2.4.1. Hướng tiếp cận từ góc độ quản trị kinh doanh

Đề tài nghiên cứu của luận án thuộc ngành kinh doanh, chuyên ngành Quản trị kinh doanh, do đó hướng tiếp cận của đề tài nghiên cứu là phân tích việc GQTC về HĐTMDV từ góc độ quản trị kinh doanh của DN.

Để thực hiện đề tài nghiên cứu này NCS, một mặt phải bám sát những vấn đề lý luận và thực tiễn về HĐTMDV, GQTC về HĐTMDV, mặt khác phải xuất phát từ góc độ quản trị DN. Nói cách khác, hướng tiếp cận của đề tài là phân tích vấn đề GQTC về HĐTMDV trong mối quan hệ với việc quản trị rủi ro để phát triển HĐKD của DN. Trong nền kinh tế thị trường hiện nay hầu hết các thương vụ, các hoạt động cụ thể của

DN đều được thực hiện dựa trên những hợp đồng thương mại nói chung và các HĐTMDV nói riêng; Hợp đồng được ký kết một cách chặt chẽ với những điều khoản hạn chế rủi ro thì tranh chấp sẽ được ngăn chặn; Ngược lại hợp đồng được ký kết một cách sơ hở, tranh chấp tất nhiên sẽ phát sinh; Tranh chấp phát sinh mà không được giải quyết tốt thì thương vụ sẽ đổ vỡ, uy tín DN bị ảnh hưởng và HĐKD sẽ không hiệu quả. Do đó, việc GQTC đòi hỏi DN phải vừa quản lý tốt các hợp đồng vừa phải có chiến lược phòng ngừa rủi ro, trong đó có rủi ro do có tranh chấp phát sinh. Vì vậy, cho dù là phân tích về các vấn đề liên quan đến nội dung của đề tài là GQTC nhưng luận án phải đặt nó trong mối quan hệ với quản trị doanh nghiệp. Đây là hướng tiếp cận xuyên suốt của luận án, từ phần lý luận, đánh giá thực trạng cho đến các giải pháp được nêu trong luận án.

2.4.2. Hướng tiếp cận từ góc độ luật học

Như tên gọi của đề tài luận án, HĐTMDV và GQTC về HĐTMDV đòi hỏi NCS khi phân tích nội dung của luận án vẫn không thể thoát rời khỏi những vấn đề lý luận và thực tiễn liên quan đến khía cạnh pháp lý của đề tài. Vì vậy, để hoàn thành Luận án này, hướng tiếp cận nghiên cứu của luận án còn đặt ra cho NCS nhiệm vụ phân tích về HĐTMDV và GQTC về HĐTMDV dưới góc độ luật học. Đây là góc độ ít được DNVN chú trọng trong thực tiễn quản trị kinh doanh của mình, bởi vì, để GQTC về HĐTMDV, DN phải am hiểu những quy định của pháp luật về HĐTMDV, về cơ chế GQTC và cả về kỹ năng GQTC. Vì vậy, bằng hướng tiếp cận nghiên cứu thứ hai này NCS muốn khẳng định rằng hoạt động kinh doanh của DN nói chung và công tác quản trị DN nói riêng không chỉ yêu cầu DN phải xây dựng chiến lược kinh doanh, chiến lược sản phẩm, chiến lược cạnh tranh... mà còn phải xây dựng chiến lược phòng ngừa và hạn chế rủi ro một khi có tranh chấp phát sinh về HĐTMDV liên quan đến hoạt động kinh doanh của DN.

Nói cách khác, đề tài của luận án sẽ được NCS phân tích mổ xẻ không chỉ từ góc độ pháp lý mà cả góc độ kinh doanh của DN, trong đó góc độ quản trị kinh doanh là phương pháp tiếp cận chủ yếu, xuyên suốt toàn bộ nội dung của luận án bên cạnh góc độ nghiệp vụ chuyên môn và góc độ luật học.

PHẦN B: NỘI DUNG NGHIÊN CỨU

Chương 1. CƠ SỞ LÝ LUẬN VỀ HỢP ĐỒNG THƯƠNG MẠI DỊCH VỤ VÀ GIẢI QUYẾT TRANH CHẤP VỀ HỢP ĐỒNG THƯƠNG MẠI DỊCH VỤ

1.1. Những vấn đề lý luận về hợp đồng thương mại dịch vụ và tranh chấp về hợp đồng thương mại dịch vụ

1.1.1. Hợp đồng thương mại dịch vụ

HĐTMDV là thuật ngữ được sử dụng nhiều trong sách báo, tài liệu, nhưng khái niệm về nó thì hầu như chưa có sự hiểu thống nhất. Đặc biệt, trong các văn bản pháp luật quốc tế và của VN cũng chưa quy định khái niệm về HĐTMDV. Vì vậy, việc phân tích để làm rõ khái niệm về HĐTMDV là điều quan trọng và cũng là nhiệm vụ đầu tiên của Luận án. Để làm rõ khái niệm về HĐTMDV, trước hết cần làm rõ khái niệm về dịch vụ, về hợp đồng, về TMDV.

1.1.1.1. Khái niệm về dịch vụ

Cho đến nay chưa có khái niệm thống nhất về dịch vụ. Ngoài ra, cách hiểu về dịch vụ ở những thời kỳ khác nhau thì khác nhau tùy thuộc vào trình độ phát triển của xã hội ở các thời kỳ đó.

Theo Karl, M cho rằng: *“Dịch vụ là con đẻ của nền kinh tế sản xuất hàng hóa, khi mà nền kinh tế hàng hóa phát triển mạnh, đòi hỏi một sự lưu thông thông suốt, trôi chảy, liên tục để thỏa mãn nhu cầu ngày càng cao đó của con người thì dịch vụ ngày càng phát triển”* (Karl, M.1890, tr 576). Khái niệm này nhấn mạnh vai trò quan trọng của dịch vụ, coi dịch vụ là “chất bôi trơn” cho quá trình lưu thông hàng hóa. Tuy nhiên, khái niệm này chưa cho thấy rõ dịch vụ là gì? Tác giả Adam tiếp cận dịch vụ với góc độ khác. Trong tác phẩm Cửa cái của các quốc gia, Adam cho rằng dịch vụ là “Không mang tính sản xuất” (non-productive) vì không để lại một sản phẩm vật chất hữu hình, trong đó những tầng lớp được coi trọng trong xã hội như cha đạo, luật sư, thầy thuốc, người viết thư thuê, nhạc công, ca sĩ opera, vũ công ... thực sự không sản sinh ra bất kỳ giá trị nào, và không được hàm chứa trong một vật thể xác định hay một loại mặt hàng có thể bán được, và công việc của tất cả những người này tàn lụi đúng lúc nó được sản xuất ra (Adam, S.1976, tr. 271). Adam đã tiếp cận khái niệm về dịch vụ bằng cách chỉ ra những đặc điểm cơ bản của dịch vụ, đó là tính không lưu trữ được và không cầm nắm được. Tuy nhiên, cách hiểu dịch vụ của ông chỉ mới dừng lại ở những hoạt động dịch vụ sơ khai, giản đơn nhằm phục vụ những yêu cầu thiết yếu của con người tại thời điểm đó.

Dưới góc độ kinh tế, tác giả Philip, K. cho rằng: *“Dịch vụ là một hoạt động hay lợi ích cung ứng nhằm để trao đổi, chủ yếu là vô hình và không dẫn đến việc chuyển quyền sở hữu. Việc thực hiện dịch vụ có thể gắn liền hoặc không gắn liền với sản phẩm vật chất”* (Philip, K. 2001, tr. 200). Khái niệm này cho thấy dịch vụ là một hoạt động của con người nhằm đem lại lợi ích cho người khác; Dịch vụ là vô hình và không phát sinh vấn đề chuyển quyền sở hữu khi đem dịch vụ ra trao đổi.

Trong bảng Tiêu chuẩn ISO 9001-2007 của Tổ chức Tiêu chuẩn hóa Quốc tế đưa ra khái niệm: *“Dịch vụ là kết quả của ít nhất một hoạt động cần được tiến hành tại nơi tương giao giữa nhà cung cấp và khách hàng và thường không hữu hình”* (Điều 3.4.2). Khái niệm này nhấn mạnh vào mối quan hệ tương tác giữa DN và khách hàng trong đó chỉ rõ rằng nhà cung cấp dịch vụ, khi cung cấp dịch vụ cho khách hàng thì phải xem xét nhu cầu của người sử dụng dịch vụ nhằm cung cấp dịch vụ sao cho thỏa mãn nhu cầu của khách hàng. Ở khái niệm này, dịch vụ đã gắn kết người cung cấp dịch vụ và người sử dụng dịch vụ và cũng nhấn mạnh đặc tính vô hình của dịch vụ.

Khái niệm về dịch vụ cũng được nêu trong từ điển Oxford Business English, theo đó: *“Dịch vụ là lợi ích mà thương nhân mang lại cho khách hàng nhưng không phải là hàng hóa”* (Oxford Business English Dictionary, 2005). Khái niệm này cho rằng dịch vụ là những lợi ích mà một thương gia có thể đem lại cho khách hàng. Tuy nhiên khái niệm này cho rằng dịch vụ không phải là hàng hóa.

Theo Luật Giá của VN năm 2012, dịch vụ được hiểu là *“Hàng hóa có tính vô hình, quá trình sản xuất và tiêu dùng không tách rời nhau, bao gồm các loại dịch vụ trong hệ thống ngành sản phẩm Việt Nam theo quy định của pháp luật.”* (Điều 4.2). Cách hiểu này cho thấy dịch vụ đã được xem là hàng hóa, tức là có thể được đem ra lưu thông, trao đổi mua bán trên thị trường và do đó, dịch vụ được xếp vào hệ thống ngành sản phẩm của VN như các loại hàng hóa nói chung.

Từ những phân tích ở trên, có thể thấy có nhiều khái niệm về dịch vụ. Tùy theo cách tiếp cận khác nhau mà dịch vụ được định nghĩa dưới những góc độ khác nhau. NCS tán thành với quan điểm của tác giả Nguyễn Thị Mơ khi cho rằng: *“Dịch vụ là hoạt động của con người, được kết tinh thành các loại sản phẩm vô hình và không thể cầm nắm được và có thể mang tính dân sự hoặc dịch vụ mang tính thương mại. Dịch vụ mang tính thương mại nếu nó được đem ra lưu thông, trao đổi trên thị trường nhằm mục đích sinh lợi”*. (Nguyễn Thị Mơ 2004, tr. 7). Đây là cách hiểu cụ thể, bao quát về dịch vụ trong đó nêu rõ rằng dịch vụ có thể mang tính thương mại hoặc không mang

tính thương mại nhưng dù mang tính thương mại hay phi thương mại, dịch vụ luôn là vô hình. Khái niệm này cũng cho thấy rõ đặc điểm của dịch vụ. Vì phạm vi nghiên cứu của đề tài là HĐTMDV, do đó đề tài không phân tích đặc điểm của dịch vụ nói chung mà chỉ phân tích đặc điểm của dịch vụ thương mại với ý nghĩa là hàng hóa vô hình.

1.1.1.2. Đặc điểm của dịch vụ

So với hàng hóa hữu hình, dịch vụ với ý nghĩa là hàng hóa vô hình có những đặc điểm dưới đây:

- *Thứ nhất*, dịch vụ là sản phẩm vô hình nên khó xác định và các tiêu chí có tính định lượng như trọng lượng, màu sắc, mùi vị ... tỏ ra không hoàn toàn phù hợp khi xác định đặc tính của dịch vụ. Vì vậy người ta chỉ có thể xác định chất lượng của dịch vụ thông qua sự hài lòng của người sử dụng dịch vụ. Sự hài lòng này ở mỗi người khác nhau sẽ khác nhau vì vậy sẽ rất khó để xác định được một thông số cụ thể khi đánh giá về dịch vụ. Ví dụ, cùng là một chuyến du lịch, nhưng với những hướng dẫn viên khác nhau thì sẽ mang lại cho các du khách những khung bậc hài lòng khác nhau. Chính vì vậy, các công tác lượng hoá, thống kê, đánh giá chất lượng và quy mô cung cấp dịch vụ của một công ty, nếu xét ở tầm vi mô và của một quốc gia, nếu xét ở tầm vĩ mô, trở nên khó khăn hơn so với hàng hoá hữu hình rất nhiều.

- *Thứ hai*, chất lượng của dịch vụ phụ thuộc vào hoàn cảnh, điều kiện kỹ năng, kinh nghiệm của người cung cấp. Ví dụ, một bác sĩ điều trị giỏi khi khám hay điều trị cho bệnh nhân không những phụ thuộc vào trình độ chuyên môn, kinh nghiệm, trang thiết bị hiện đại mà còn phụ thuộc vào cả hoàn cảnh, tâm trạng của bác sĩ trong lúc chẩn đoán.

- *Thứ ba*, quá trình sản xuất dịch vụ và tiêu dùng dịch vụ thường xảy ra đồng thời. Hàng hóa là hữu hình do đó nó có thể tách khỏi lưu thông và tiêu dùng để nhập kho, dự trữ hoặc chuyển đi nơi khác tùy vào mục đích của người sở hữu. Nhưng với dịch vụ, khi dịch vụ được sản xuất ra sẽ thường gắn liền với quá trình sử dụng. Đơn giản như dịch vụ gội đầu, thời điểm người thợ cung cấp dịch vụ cũng chính là thời điểm mà người được gội đầu sử dụng luôn dịch vụ đó; người gọi điện thoại cho thấy anh ta sử dụng dịch vụ điện thoại cùng lúc với thời điểm dịch vụ điện thoại được cung cấp...

- *Thứ tư*, dịch vụ không lưu trữ được (Carolina, L. 2006, tr. 3). Dịch vụ là vô hình do đó, sản phẩm dịch vụ không cần lưu giữ trong kho. Vì vậy, trong cung cấp dịch vụ không có khái niệm tồn kho hoặc kho dự trữ sản phẩm dịch vụ.

Đây là 4 đặc điểm cơ bản để phân biệt sản phẩm dịch vụ vô hình với sản phẩm hàng hóa hữu hình. Tuy nhiên cần phải thấy rằng sẽ không tồn tại một sự phân biệt tuyệt đối. Chẳng hạn, một số loại hình dịch vụ, khi kết thúc quá trình cung ứng sẽ tạo ra sản phẩm có hình thái vật chất như bản photocopy (đối với dịch vụ photocopy). Hệ thống dịch vụ trả lời điện thoại tự động không đòi hỏi sự tiếp xúc trực tiếp giữa người cung ứng và người tiêu dùng và, về một khía cạnh nào đó, có thể coi đó là sản phẩm “lưu trữ” được.

1.1.1.3. Khái niệm về hợp đồng

Bộ luật Thương mại Thống nhất của Hoa Kỳ tại Điều 1 quy định: *“Hợp đồng là sự tổng hợp các nghĩa vụ pháp lý phát sinh từ sự thỏa thuận của các bên”*. Trong Bản tuyên bố về hợp đồng năm 1979 của Hoa Kỳ thì một hợp đồng là *“Một lời hứa hoặc một tập hợp những lời hứa mà pháp luật đưa ra một phương tiện bảo vệ nếu vi phạm chúng, hay việc thực hiện chúng được pháp luật theo một cách nào đó công nhận như là một nghĩa vụ”*. (Restatement (second) of contracts 1979). Điều 2 Luật Hợp đồng năm 1999 của Trung Quốc quy định: *“Hợp đồng là sự thỏa thuận giữa các tự nhiên nhân, pháp nhân hoặc các tổ chức khác với địa vị pháp lý bình đẳng nhằm mục đích xác lập, thay đổi, chấm dứt quyền, nghĩa vụ dân sự”*

Tại VN, theo tác giả Nguyễn Mạnh Bách, trong xã hội phong kiến thì vấn đề pháp lý về hợp đồng dường như không tồn tại khi xã hội chịu ảnh hưởng sâu xa của nền luân lý Khổng Mạnh, luân lý này dạy rằng từ đáng Thiên tử cho đến kẻ thứ dân ai cũng lấy đạo tu thân làm gốc, nếu có xảy ra tranh chấp thì uy quyền của người gia trưởng, của Xã trưởng và của Thiên tử, cũng đủ để giải quyết, do đó không cần tới luật pháp (Nguyễn Mạnh Bách 1995, tr.10) . Năm 1930, dưới thời Pháp thuộc với việc hai Bộ luật Dân sự (BLDS) là BLDS Bắc kỳ được ban hành năm 1931 và BLDS trung kỳ được ban hành năm 1938 thì lần đầu tiên chế định hợp đồng được đưa vào luật. Tuy nhiên những điều khoản về hợp đồng trong hai Bộ dân luật này chủ yếu được sao chép lại gần nguyên vẹn các điều khoản trong BLDS của Pháp. Đến tận thập niên 80, VN mới có hai văn bản quy định về hợp đồng là: Pháp lệnh Hợp đồng kinh tế 1989 và Pháp lệnh về hợp đồng dân sự 1991. Hợp đồng kinh tế, theo Điều 1 của Pháp lệnh Hợp đồng kinh tế năm 1989, là: *“Sự thỏa thuận bằng văn bản, tài liệu giao dịch giữa các bên ký kết về việc thực hiện công việc sản xuất, trao đổi hàng hoá, dịch vụ, nghiên cứu, ứng dụng tiến bộ khoa học - kỹ thuật và các thỏa thuận khác có mục đích kinh doanh với sự quy định rõ ràng quyền và nghĩa vụ của mỗi bên để xây dựng và thực hiện kế hoạch của mình”*. Khái niệm này nhấn mạnh vào hình thức và mục đích của

hợp đồng kinh tế. Hợp đồng kinh tế là hợp đồng được ký kết bằng văn bản và có mục đích là kinh doanh. Hợp đồng dân sự được hiểu là: *“Sự thỏa thuận giữa các bên về việc xác lập, thay đổi hoặc chấm dứt quyền và nghĩa vụ của các bên trong mua bán, thuê, vay, mượn, tặng cho tài sản; làm hoặc không làm một việc, dịch vụ hoặc các thỏa thuận khác mà trong đó một hoặc các bên nhằm đáp ứng nhu cầu sinh hoạt của mình”* (Điều 1 Pháp lệnh Hợp đồng dân sự). Những phân tích này cho thấy ở VN trong giai đoạn này pháp luật phân biệt hai khái niệm là khái niệm về hợp đồng kinh tế và khái niệm về hợp đồng dân sự: Hợp đồng kinh tế có mục đích là sinh lời, còn hợp đồng dân sự nhằm thỏa mãn nhu cầu đời thường của con người.

Năm 1995, BLDS VN ra đời đã đưa ra khái niệm về hợp đồng dân sự tại Điều 394: *“Hợp đồng dân sự là sự thỏa thuận giữa các bên về việc xác lập, thay đổi hoặc chấm dứt quyền, nghĩa vụ dân sự”*. Khái niệm này được giữ nguyên trong BLDS 2005. Năm 1997, khi LTM – đạo luật đầu tiên điều chỉnh hoạt động thương mại của VN – ra đời, trong luật này đưa ra khái niệm về hoạt động thương mại và các loại hợp đồng mang tính thương mại. Tuy nhiên, LTM năm 1997 không nêu định nghĩa về hợp đồng thương mại. Năm 2005 khi LTM mới ra đời thay thế LTM 1997, khái niệm về hợp đồng thương mại nói chung và khái niệm HĐTMDV cũng không được qui định. Điều này có nghĩa là pháp luật của VN hiện hành không đưa ra khái niệm về HĐTMDV mà chỉ đưa ra khái niệm về hợp đồng dân sự, tại Điều 388 BLDS 2005 quy định: *“Hợp đồng dân sự là sự thỏa thuận giữa các bên về việc xác lập, thay đổi hoặc chấm dứt quyền, nghĩa vụ dân sự”*.

Theo đánh giá của giới nghiên cứu trong nước và nước ngoài, khái niệm hợp đồng dân sự trong BLDS 2005 có tầm khái quát và tương xứng với một khái niệm chung, áp dụng cho mọi loại hợp đồng chứ không chỉ dừng lại áp dụng cho hợp đồng dân sự (Đinh Thị Mai Phương 2005, tr. 50). Tuy nhiên, việc thiếu qui định khái niệm về hợp đồng thương mại cho thấy bất cập của pháp luật VN. Vì vậy, việc đưa ra một định nghĩa về hợp đồng thương mại là vấn đề cần thiết.

1.1.1.4. Khái niệm về hợp đồng thương mại dịch vụ

Từ việc phân tích khái niệm về hợp đồng hay hợp đồng dân sự theo quy định của pháp luật một số nước và của VN, có thể đưa ra định nghĩa sơ bộ về hợp đồng thương mại như sau: *“Hợp đồng thương mại là sự thỏa thuận giữa các bên, căn cứ vào quy định của pháp luật, nhằm quy định quyền và nghĩa vụ đối với nhau trong việc thực*

hiện hoạt động thương mại”. Hoạt động thương mại như đã được định nghĩa tại Điều 3.1 LTM 2005, là: *“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, tiêu chí quan trọng để phân biệt hợp đồng dân sự với hợp đồng thương mại là mục đích sinh lợi của hợp đồng. Ví dụ, hợp đồng mua bán một căn hộ để ở thì đó là hợp đồng dân sự. Song nếu hợp đồng mua bán căn hộ để làm trụ sở kinh doanh thì hợp đồng đó là hợp đồng thương mại. Pháp luật VN nhấn mạnh khía cạnh sinh lợi để nói lên tính chất của hoạt động thương mại, sinh lợi không chỉ hiểu đơn thuần là lợi nhuận thông qua các con số có thể nhìn thấy ngay lập tức, mà sinh lợi còn bao gồm cả lợi ích kinh tế và tăng trưởng, phát triển của các chủ thể kinh doanh thì họ tham gia hoạt động thương mại. Nói cách khác, mục đích sinh lợi của hợp đồng cho thấy tính thương mại của nó. Tính thương mại còn cho thấy rằng HĐTMDV thường do các DN ký kết và thực hiện. Từ đây, có thể hiểu hợp đồng thương mại là sự thỏa thuận giữa các DN để thực hiện các hoạt động thương mại nhằm mục đích sinh lợi.

Những phân tích ở trên cho thấy nội dung của hợp đồng thương mại thường rất đa dạng và phong phú: Có thể là mua bán, vay mượn... hoặc thuê tài sản, thuê mua vv... Nếu đối tượng của hợp đồng thương mại là hàng hóa thì đó là hợp đồng mua bán hàng hóa (MBHH) trong lĩnh vực thương mại. Ngược lại, nếu đối tượng của hợp đồng là dịch vụ thì đó là HĐTMDV. Như vậy, HĐTMDV cũng là hợp đồng thương mại nếu mục đích của chúng là sinh lợi.

Luật mẫu của UNCITRAL về TTTM quốc tế năm 1985 mở rộng khái niệm thương mại và giải thích rõ rằng: *“Thuật ngữ “thương mại” cần được giải thích theo nghĩa rộng liên quan đến tất cả các vấn đề phát sinh từ các quan hệ có bản chất thương mại, dù là quan hệ hợp đồng hoặc không phải là quan hệ hợp đồng. Những quan hệ có bản chất thương mại bao gồm, nhưng không giới hạn bởi các giao dịch sau: giao dịch thương mại để cung cấp hoặc trao đổi hàng hoá hoặc dịch vụ; thỏa thuận phân phối, đại diện hoặc đại lý thương mại; hoa hồng; thuê mua; xây dựng công trình; tư vấn; kỹ thuật; li-xăng; đầu tư; tài chính; ngân hàng; bảo hiểm; thỏa thuận thăm dò hoặc khai thác; liên doanh và các hình thức hợp tác công nghiệp hoặc kinh doanh khác; vận tải hàng hoá hoặc hành khách bằng đường hàng không; đường biển, đường sắt hoặc đường bộ”*. Khái niệm thương mại trong luật mẫu này đã mở rộng các giao dịch ngoài hợp đồng hoặc liên quan đến hợp đồng, trong đó, nhấn mạnh các giao dịch trao đổi hàng hóa và

dịch vụ. Đặc biệt, cách hiểu về dịch vụ thương mại theo luật mẫu này là khá rộng, bao gồm phân phối, đại lý, thuê mua, xây dựng, li-xăng, đầu tư, tài chính, ngân hàng, bảo hiểm, vận tải hàng hóa và hành khách ...

Những phân tích ở trên cho thấy HĐTMDV là hợp đồng cung ứng dịch vụ nhằm mục đích sinh lợi. Mục đích sinh lợi là tiêu chí để phân biệt hợp đồng cung ứng dịch vụ nhằm mục đích dân sự với hợp đồng cung ứng dịch vụ nhằm mục đích thương mại.

Khái niệm TMDV cũng được đề cập trong Hiệp định thương mại dịch vụ của WTO dựa trên các phương thức cung cấp dịch vụ: từ lãnh thổ của một Thành viên đến lãnh thổ của bất kỳ một Thành viên nào khác; trên lãnh thổ của một Thành viên cho người tiêu dùng dịch vụ của bất kỳ Thành viên nào khác; bởi một người cung cấp dịch vụ của một Thành viên, thông qua sự hiện diện thương mại trên lãnh thổ của bất kỳ Thành viên nào khác; bởi một người cung cấp dịch vụ của một Thành viên thông qua sự hiện diện thể nhân trên lãnh thổ của bất kỳ Thành viên nào khác. Tuy nhiên cách tiếp cận này chưa thể hiện được bản chất thế nào là TMDV trong HĐTMDV.

Trong Hiệp định BTA VN – HK, khái niệm cung ứng, hay chính xác hơn là cung cấp dịch vụ được hiểu là mua bán, lưu thông dịch vụ. Khoản 2 Điều 11 Chương III Hiệp định này quy định: *“Cung cấp một dịch vụ bao gồm việc sản xuất, phân phối, tiếp thị, bán và cung ứng một dịch vụ”*. Như vậy, cung ứng dịch vụ, hiểu theo tinh thần của Hiệp định BTA VN – HK, chính là mua bán dịch vụ.

Tuy nhiên, LTM 2005 không gọi hoạt động mua bán dịch vụ mà gọi là cung ứng dịch vụ, việc sử dụng từ “cung ứng” ở đây thay vì từ “mua bán” dịch vụ là xuất phát từ đặc điểm của nền kinh tế VN trong thời kỳ bao cấp, khi các ngành dịch vụ trong thời kỳ bao cấp đều do Nhà nước cung ứng cho người dân theo tinh thần là dịch vụ công, phi thương mại. Vì vậy, LTM 2005, gọi HĐTMDV là *“hợp đồng cung ứng dịch vụ”*, tại Điều 3.9 quy định: *“Cung ứng dịch vụ là hoạt động thương mại, theo đó một bên (gọi là bên cung ứng dịch vụ) có nghĩa vụ thực hiện dịch vụ cho bên khác và nhận thanh toán. Bên sử dụng dịch vụ (gọi là khách hàng) có nghĩa vụ thanh toán cho bên cung ứng dịch vụ và sử dụng dịch vụ theo thỏa thuận.”*

Từ những phân tích trên đây, NCS, có thể đưa ra khái niệm về HĐTMDV như sau: *Hợp đồng thương mại dịch vụ là sự thỏa thuận giữa các bên, căn cứ vào qui định của pháp luật, nhằm xác lập, thay đổi hoặc chấm dứt quyền và nghĩa vụ đối với nhau trong việc mua bán, cung cấp, trao đổi dịch vụ nhằm mục đích sinh lợi.*

Đứng từ góc độ của DN nói chung và quản trị DN nói riêng, HĐTMDV là hợp đồng mua bán trao đổi dịch vụ nhằm mục đích sinh lợi trong đó ít nhất một bên ký kết là các DN, các thương nhân.

1.1.1.5. Đặc điểm của hợp đồng thương mại dịch vụ

Là hợp đồng thương mại, HĐTMDV mang tất cả đặc điểm của hợp đồng thương mại nói chung. Đó là đặc điểm về mục đích sinh lợi; đặc điểm về chủ thể là các thương nhân, các chủ thể kinh doanh – thương mại. Bên cạnh đó, HĐTMDV còn có một số đặc điểm riêng của nó. Đó là:

Thứ nhất, đặc điểm về đối tượng của hợp đồng. Đối tượng của HĐTMDV là dịch vụ, là hàng hóa vô hình. Như ở trên đã phân tích, dịch vụ - sản phẩm vô hình không tồn tại dưới dạng vật chất - vì vậy, khi ký kết hợp đồng dịch vụ, các bên không cần quan tâm đến nơi chứa dịch vụ, không quan tâm tới việc cất giữ, tồn kho hay dự trữ dịch vụ. Điều quan trọng nhất là các bên mua bán dịch vụ phải mô tả rất kỹ về dịch vụ, đặt ra những yêu cầu cụ thể mà theo đó, khách hàng - người mua dịch vụ sẽ hài lòng về dịch vụ mà mình muốn có, còn người bán – tức là người cung cấp dịch vụ thì không chỉ phải cố gắng đáp ứng và làm cho khách hàng hài lòng về dịch vụ do mình cung cấp mà còn phải bảo đảm có các điều kiện cần thiết liên quan đến việc cung cấp dịch vụ, ví dụ như công ty vận tải thì phải có phương tiện vận tải, phải có tài xế có giấy phép lái xe ... Nói cách khác, trong nền kinh tế thị trường, khi hàng hóa vô hình được đem ra mua và bán thì yếu tố sự hài lòng của khách hàng là tiêu chí quan trọng để xem xét về chất lượng của dịch vụ. Điều này đòi hỏi các bên phải có sự am hiểu về tính chất của dịch vụ đó. Ví dụ, nếu hai bên mua bán một chiếc xe hơi bốn chỗ thì việc mô tả chiếc xe theo những tiêu chí có tính định lượng sẽ rất dễ dàng, như mô tả về màu sắc, kích thước, vận tốc, trọng tải v.v... Nhưng nếu hai bên mua bán dịch vụ, ví dụ dịch vụ nạo vét hồ hay dịch vụ sửa chữa tàu biển thì việc xác định các tiêu chí về dịch vụ nạo vét hồ hay dịch vụ sửa chữa tàu biển sẽ phải được mô tả một cách thật chi tiết, thật cụ thể và thật rõ ràng. Chẳng hạn: Nạo vét bùn hay nạo vét rác ở hồ, nạo vét đến đâu: Đáy hồ hay 1/3 đáy hồ? Nạo vét bằng thiết bị gì? Có bao nhiêu nhân công cho việc nạo vét? Thời gian nạo vét là bao lâu? ... Với dịch vụ sửa chữa tàu biển: Sửa chữa bộ phận nào? Sửa chữa trên tàu hay có thể tháo rời đưa vào đất liền để sửa chữa? Thời gian sửa chữa? Chi phí nhân công? Chi phí mua phụ tùng sửa chữa và giá cả của dịch vụ ...

Nói cách khác, vì dịch vụ khó có thể xác định bằng trọng lượng, mùi vị, màu sắc, do đó trong HĐTMDV, các bên phải tự đưa ra các yêu cầu, điều kiện mà mình mong muốn liên quan đến dịch vụ được cung cấp, và do đó, giá cả của dịch vụ cũng sẽ được xác định dựa trên các yêu cầu đó. Từ góc độ của DN nói chung và của nhà quản trị DN nói riêng, việc xác định rõ đối tượng của HĐTMDV sẽ đặt các DN cung cấp dịch vụ, các DN kinh doanh dịch vụ trước yêu cầu phải có sự chú ý đặc biệt ngay từ khâu tuyển dụng nhân sự, ví dụ, nếu là DN vận tải thì phải tuyển dụng các tài xế có trình độ đã qua đào tạo, có kinh nghiệm, có thâm niên v.v... Đặc biệt, các lãnh đạo DN cũng phải xây dựng chiến lược quản trị các HĐTMDV mà mình đã ký kết với khách hàng, theo dõi sát quá trình thực hiện hợp đồng và cả quá trình GQTC nếu có nhằm phòng ngừa rủi ro và giảm thiểu thiệt hại.

Thứ hai, trong HĐTMDV không có vấn đề chuyển giao quyền sở hữu về đối tượng. Các bên trong hợp đồng MBHH thường được gọi là bên bán và bên mua. Cách gọi này thể hiện được sự chuyển giao quyền sở hữu hàng hóa trong quan hệ MBHH giữa hai bên, khi nghĩa vụ của người bán không chỉ đơn thuần là giao hàng mà còn gắn liền với nghĩa vụ chuyển giao quyền sở hữu hàng hóa đó cho người mua. Còn trong HĐTMDV bên cung cấp dịch vụ không có nghĩa vụ chuyển giao quyền sở hữu dịch vụ đó, mà chỉ có nghĩa vụ làm hoặc không được làm một công việc, một hành vi nhằm đem lại lợi ích cho người sử dụng (người mua) dịch vụ. Điều mà các DN trong HĐTMDV quan tâm không phải là vấn đề chuyển quyền sở hữu mà là kết quả dịch vụ được cung cấp sẽ đem lại cho họ. Ví dụ, trong hợp đồng vận chuyển hàng hóa bằng ô tô: Các bên không quan tâm đến vấn đề chuyển quyền sở hữu mà chỉ quan tâm đến việc vận chuyển hàng hóa an toàn, đúng thời gian như hợp đồng qui định. Trong hợp đồng này, giá dịch vụ (tức là giá chi trả cho hành vi vận chuyển hàng hóa) đã được tính toán căn cứ vào phương tiện vận chuyển, khoảng cách vận chuyển, số lượng hàng hóa được vận chuyển v.v... Hàng hóa là của người thuê vận chuyển, còn phương tiện vận chuyển là của công ty vận chuyển. Giả sử hàng hóa là hàng hoa quả tươi thì người thuê vận chuyển sẽ phải yêu cầu công ty vận chuyển xếp hàng trong xe có khoang lạnh để bảo quản lô hoa quả sao cho không bị hư hỏng trong suốt quá trình vận chuyển.

Thứ ba, hình thức của HĐTMDV. Về nguyên tắc, hình thức của HĐTMDV có thể được lập bởi lời nói, văn bản hoặc xác lập bằng hành vi cụ thể. Tuy nhiên, trong thực tế, vì việc xác lập quyền và nghĩa vụ của các bên trong HĐTMDV thường phải được qui định rất cụ thể, do đó pháp luật thường qui định nhiều loại HĐTMDV phải được

xác lập bằng văn bản. Ví dụ, theo qui định của LTM 2005 thì các hợp đồng như hợp đồng dịch vụ khuyến mại (Điều 90), hợp đồng dịch vụ quảng cáo thương mại (Điều 110), hợp đồng dịch vụ trưng bày, giới thiệu hàng hoá, dịch vụ (Điều 124) ... phải được lập dưới hình thức văn bản.

Thứ tư, về tính chất của các loại nghĩa vụ của các bên cung ứng dịch vụ trong HĐTMDV. Để xác định nghĩa vụ của bên cung ứng dịch vụ, pháp luật thường chia nghĩa vụ này thành hai loại là nghĩa vụ theo kết quả công việc và nghĩa vụ theo nỗ lực và khả năng cao nhất, cụ thể: (i) *Nghĩa vụ theo kết quả công việc:* theo Điều 79 LTM 2005, trừ khi có thỏa thuận khác trong hợp đồng, nếu tính chất của loại dịch vụ được cung ứng yêu cầu bên cung ứng dịch vụ phải đạt được một kết quả nhất định thì bên cung ứng dịch vụ phải thực hiện việc cung ứng dịch vụ với kết quả phù hợp với các điều khoản và mục đích của hợp đồng. Qui định này nhấn mạnh nghĩa vụ của người cung cấp dịch vụ là phải cung cấp dịch vụ theo kết quả công việc. Nếu người cung cấp dịch vụ cam kết cung cấp dịch vụ theo kết quả cụ thể thì việc vi phạm nghĩa vụ sẽ dẫn đến trách nhiệm nặng nề rất khó bác bỏ. Ví dụ, người chuyên chở cam kết vận chuyển hàng hóa đến một địa điểm cụ thể, bằng một phương tiện cụ thể, vào một thời gian cụ thể. Nếu người chuyên chở vi phạm thì họ sẽ rất khó thoái thác trách nhiệm của mình; hoặc dịch vụ chuyển tiền là dịch vụ theo kết quả vì một khi người gửi tiền yêu cầu ngân hàng chuyển một số tiền nhất định cho một người khác (người thụ hưởng) mà ngân hàng không chuyển số tiền đó hoặc tiền không đến người thụ hưởng thì ngân hàng sẽ phải trả lại số tiền đó và bồi thường thiệt hại cho người gửi tiền; (ii) *Nghĩa vụ theo nỗ lực và khả năng cao nhất:* Theo Điều 80 LTM 2005, nếu tính chất của loại dịch vụ được cung ứng yêu cầu bên cung ứng dịch vụ phải nỗ lực cao nhất để đạt được kết quả mong muốn thì bên cung ứng dịch vụ phải thực hiện nghĩa vụ cung ứng dịch vụ đó với sự nỗ lực và khả năng cao nhất. Điều 80 sẽ được áp dụng cho những dịch vụ mà việc thực hiện chúng khó có một kết quả cụ thể. Ví dụ như dịch vụ huấn luyện bóng đá hay dịch vụ đào tạo ... là những dịch vụ mà người được theo học một chương trình đào tạo khó có thể khẳng định là mình sẽ thi đỗ hay đội bóng sẽ khó đạt được giải cao cho dù đã nỗ lực hết sức. Nói cách khác, theo qui định ở Điều 80, nghĩa vụ của bên cung cấp dịch vụ không căn cứ vào kết quả của dịch vụ mà căn cứ vào sự nỗ lực cao nhất của họ để cung cấp dịch vụ cho người sử dụng dịch vụ.

Những phân tích ở trên cho thấy đặc điểm của HĐTMDV liên quan đến nghĩa vụ và trách nhiệm của người cung cấp dịch vụ so với hợp đồng TMHH. Vì vậy, các DN ký kết HĐTMDV cần phải nắm được đặc điểm này khi ký kết và thực hiện HĐTMDV.

Thứ năm, HĐTMDV chịu sự điều chỉnh của các luật chuyên ngành. Do HĐTMDV có những đặc điểm nêu trên do đó, bên cạnh các qui định của LTM 2005, HĐTMDV còn chịu sự điều chỉnh của các văn bản pháp luật chuyên ngành, ví dụ Bộ luật Hàng hải năm 2005 điều chỉnh hợp đồng chuyên chở hàng hóa bằng đường biển; của Luật Kinh doanh bảo hiểm 2010 qui định về hợp đồng kinh doanh bảo hiểm; Luật Xây dựng năm 2003 điều chỉnh hợp đồng xây dựng; Luật Các tổ chức Tín dụng năm 2010 qui định về hợp đồng tín dụng ...

Điều này cho thấy nguồn luật điều chỉnh của HĐTMDV mang tính đa dạng, phức tạp hơn so với hợp đồng TMHH và đây cũng chính là đặc điểm mà các DN khi ký kết HĐTMDV đặc biệt phải chú ý.

1.1.1.6. Phân loại hợp đồng thương mại dịch vụ

Dựa trên các tiêu chí khác nhau, có thể phân HĐTMDV thành nhiều loại khác nhau:

- *Dựa vào phạm vi tác động của hợp đồng có thể chia HĐTMDV quốc tế và HĐTMDV trong nước.* Theo WTO thì tính chất quốc tế của HĐTMDV được thể hiện bởi 4 phương thức gồm: Phương thức 1: Cung cấp dịch vụ ngoài lãnh thổ, ví dụ, phần mềm được sản xuất tại một nước và được chuyển qua internet đến một quốc gia khác; Phương thức 2: Tiêu dùng dịch vụ ngoài lãnh thổ, ví dụ, một đoàn khách du lịch nước A nghỉ tại một khu nghỉ dưỡng ở nước B và mua các dịch vụ khách sạn, thức ăn và các dịch vụ khác ở đó; Phương thức 3: Hiện diện thương mại, ví dụ, một ngân hàng nước ngoài thành lập và hoạt động tại nước sở tại; Phương thức 4: Hiện diện thể nhân, ví dụ, khi một chuyên gia về viễn thông của nước A sang nước B để cung cấp dịch vụ viễn thông cho khách hàng của mình đang ở tại nước B. Tính chất quốc tế của HĐTMDV cũng được qui định tại Điều 75, khoản 1 mục b,c,d và khoản 2 mục b,c,d LTM 2005.

- *Căn cứ vào nội dung, HĐTMDV có thể chia thành HĐTMDV theo các ngành và phân ngành dịch vụ.* Ví dụ, theo qui định của Hiệp định GATS có 11 ngành dịch vụ và 155 phân ngành dịch vụ. Để thực hiện các dịch vụ này, có thể chia HĐTMDV thành các loại hợp đồng theo 11 ngành dịch vụ như hợp đồng cung cấp các dịch vụ kinh doanh; Hợp đồng cung cấp dịch vụ truyền thông; Hợp đồng cung cấp dịch vụ xây dựng và kỹ sư công trình; Hợp đồng cung cấp dịch vụ phân phối; Hợp đồng cung cấp dịch vụ giáo

dục; Hợp đồng cung cấp dịch vụ môi trường; Hợp đồng cung cấp dịch vụ tài chính; Hợp đồng cung cấp dịch vụ xã hội và liên quan đến sức khỏe; Hợp đồng cung cấp dịch vụ du lịch và lữ hành; Hợp đồng cung cấp dịch vụ văn hoá và giải trí; Hợp đồng cung cấp dịch vụ vận tải. Trong mỗi ngành dịch vụ, người ta có thể ký các hợp đồng thuộc từng phân ngành dịch vụ. Ví dụ, trong số các hợp đồng dịch vụ phân phối có hợp đồng nhượng quyền thương mại, hợp đồng đại lý thương mại, hợp đồng bán buôn vv...

- *Căn cứ vào nghĩa vụ của bên cung ứng dịch vụ, HĐTMDV có thể chia thành HĐTMDV theo kết quả công việc và HĐTMDV theo nỗ lực khả năng cao nhất.* HĐTMDV theo kết quả công việc là hợp đồng có tính chất của loại dịch vụ được cung cấp yêu cầu bên cung cấp dịch vụ phải đạt được một kết quả nhất định thì bên cung ứng dịch vụ phải thực hiện việc cung ứng dịch vụ với kết quả phù hợp với các điều khoản và mục đích hợp đồng. (Điều 79 LTM 2005), còn HĐTMDV theo nỗ lực khả năng cao nhất là hợp đồng có tính chất của loại dịch vụ được cung cấp yêu cầu bên cung cấp phải nỗ lực cao nhất để đạt được kết quả mong muốn thì bên cung cấp dịch vụ phải thực hiện nghĩa vụ cung cấp dịch vụ đó với nỗ lực và khả năng cao nhất. (Điều 80 LTM 2005).

1.1.1.7. Vai trò của hợp đồng thương mại dịch vụ đối với hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp

Như đã phân tích ở trên đặc điểm và cách phân loại HĐTMDV có thể thấy HĐTMDV là công cụ quan trọng để các DN thực hiện việc cung cấp dịch vụ nhằm mục đích sinh lợi. Khó có thể hình dung một ngày mà DN không ký kết HĐTMDV. Điều này cho thấy HĐTMDV đóng vai trò quan trọng đối với hoạt động của DN nói chung và đối với công tác quản trị DN nói riêng. Các vai trò đó là:

- *HĐTMDV là cơ sở pháp lý quan trọng để DN xác định quyền và nghĩa vụ cụ thể đối với nhau khi cung cấp dịch vụ thương mại.* Để thực hiện các hoạt động cung cấp dịch vụ nhằm mục đích sinh lợi, các DN phải ký với nhau các HĐTMDV nhằm qui định rõ quyền và nghĩa vụ đối với nhau. Căn cứ vào HĐTMDV, các DN bước vào một thỏa thuận với nhau thông qua niềm tin để đảm bảo rằng những thỏa thuận cung cấp dịch vụ đó sẽ ràng buộc các bên và sẽ được thực hiện. Do đó, HĐTMDV thường qui định rõ quyền và nghĩa vụ của mỗi bên.

Khi hợp đồng được thực hiện tốt thì cũng có nghĩa là DN sẽ có được lợi ích kinh tế, sẽ có doanh thu và có thể sẽ có lợi nhuận. Ngoài ra, việc thực hiện tốt các qui định trong

HĐTMDV sẽ giúp DN duy trì quan hệ đối tác với khách hàng cũng như giúp các DN luôn luôn tìm cách cải tiến, nâng cao chất lượng của dịch vụ từ đó, nâng cao năng lực cạnh tranh của DN trong lĩnh vực TMDV trên thị trường. Để thực hiện tốt HĐTMDV, các DN phải am hiểu về kỹ năng ký kết hợp đồng, am hiểu pháp luật về hợp đồng, điều này sẽ góp phần nâng cao năng lực cạnh tranh của DN về hợp đồng và HĐTMDV.

Thị trường TMDV hình thành và phát triển sẽ đặt ra yêu cầu đối với các DN: đó là phải tham gia thành công vào thị trường này. HĐTMDV chính là công cụ để DN tìm kiếm đối tác. Việc ký kết được HĐTMDV với đối tác sẽ tạo điều kiện để DN thâm nhập thị trường dịch vụ. Nhưng việc thực hiện thành công HĐTMDV sẽ không chỉ đem lại lợi nhuận cho DN mà nó còn là cơ sở để DN duy trì quan hệ đối tác, tiếp tục tìm kiếm khách hàng và mở rộng, trụ vững để phát triển thị trường TMDV.

Như vậy, HĐTMDV là cơ sở pháp lý qui định quyền, nghĩa vụ của DN, thúc đẩy DN có trách nhiệm với xã hội, với khách hàng. Có một HĐTMDV chặt chẽ và thực hiện thành công hợp đồng đó sẽ cơ sở nâng cao uy tín, nâng cao năng lực cạnh tranh của DN trước đối tác trong HĐKD của mình.

- HĐTMDV là công cụ quan trọng để DN nâng cao cạnh tranh của mình trên thương trường, đặc biệt là trên thị trường thương mại hàng hóa và dịch vụ. Sức cạnh tranh của DN trên thương trường phụ thuộc vào nhiều yếu tố như năng lực cạnh tranh của bản thân DN về đội ngũ quản lý, sức cạnh tranh về chất lượng hàng hóa dịch vụ, tiềm lực tài chính của DN, quan hệ khách hàng, khả năng thực hiện các thương vụ đã được ký kết ... Trong số các yếu tố này, khả năng thực hiện tốt các thương vụ đã được ký kết với đối tác đóng vai trò quan trọng. Để thực hiện tốt các thương vụ, DN phải ký kết hợp đồng thương mại, trong đó có HĐTMDV. HĐTMDV là công cụ quan trọng ngay cả với các DN chỉ thực hiện TMHH. Ví dụ, một DN chuyên sản xuất các loại quần áo sơ mi nam, nữ và việc kinh doanh sản phẩm loại quần áo sơ mi nam nữ là thế mạnh của DN này trên thị trường. Đương nhiên để kinh doanh sản phẩm may mặc này, DN phải ký các hợp đồng bán sản phẩm của mình ra thị trường. Một thực tế phát sinh là DN này sẽ phải ký các hợp đồng phân phối, hợp đồng vận chuyển sản phẩm may mặc và các hợp đồng bảo hiểm cho lô hàng nếu người mua yêu cầu. Như vậy, hợp đồng phân phối, hợp đồng vận chuyển hay hợp đồng bảo hiểm là HĐTMDV. HĐTMDV luôn phát sinh gắn liền với hợp đồng TMHH. Việc DN có đội ngũ cán bộ quản lý chuyên trách có trình độ và kỹ năng ký kết và thực hiện các HĐTMDV có liên quan sẽ bảo đảm DN luôn ở vị thế thành công, hạn chế được rủi ro và từ đó nâng cao sức cạnh tranh của mình trên thương

trường. Để có một HĐTMDV chặt chẽ, các DN cần phải đào tạo và đào tạo lại cho cán bộ của mình về chuyên môn, về nghiệp vụ hợp đồng, về sự cẩn trọng khi phân tích hợp đồng, ở góc độ pháp lý, sẽ góp phần quan trọng trong việc nâng cao năng lực cạnh tranh của DN. Năng lực về con người – đó là yếu tố quyết định thành bại của DN. Do đó, DN nào đặc biệt coi các HĐTMDV là công cụ quan trọng để thực hiện các HĐKD của mình, DN đó sẽ nâng cao sức cạnh tranh trên thương trường nói chung trong đó có thị trường TMHH và thị trường TMDV.

- *HĐTMDV là cơ sở để DN tham gia vào chuỗi cung ứng sản phẩm, mở rộng quan hệ đối tác và mở rộng thị trường trong nước.* Hoạt động TMDV ngày càng đóng vai trò quan trọng cả trong quá trình sản xuất, nó hỗ trợ cho hoạt động sản xuất. Khi sản xuất phát triển, bên cạnh việc thường xuyên tham gia vào các hợp đồng TMHH, các DN sản xuất luôn chú trọng tham gia vào các quan hệ để bảo đảm cung ứng những điều kiện cần thiết cho sản xuất, vận tải, áp dụng tiến bộ khoa học kỹ thuật và công nghệ mới, tăng năng suất lao động, cải tiến các dây chuyền sản xuất và phục vụ các nhu cầu sinh hoạt xã hội do đó nhu cầu cần các hoạt động dịch vụ hỗ trợ cũng sẽ tăng theo ví dụ như dịch vụ phân phối, dịch vụ đại diện, logistics cũng tăng lên và HĐTMDV sẽ là cơ sở để các DN cung cấp dịch vụ tham gia vào chuỗi cung ứng sản phẩm và ký kết các hợp đồng với nhiều đối tác khác nhau.

- *HĐTMDV là phương tiện hữu hiệu để DNVN thâm nhập thị trường TMDV quốc tế.* Cùng với xu hướng phát triển của nền kinh tế đặc biệt là trong thời kỳ hội nhập kinh tế quốc tế như hiện nay thì hoạt động cung cấp dịch vụ không chỉ gói gọn trong phạm vi lãnh thổ một quốc gia mà được mở rộng sang thị trường quốc tế. Đây là cơ hội cho các DNVN tiếp cận mở rộng thị trường cung cấp dịch vụ của mình. Thâm nhập thị trường TMDV nước ngoài không phải là điều dễ làm khi ở một môi trường mới khác biệt về văn hóa, pháp luật, chính trị. Vì vậy, chỉ bằng các HĐTMDV ký kết với các DN nước ngoài, các DNVN mới có thể thâm nhập thị trường nước ngoài. Ví dụ, muốn thâm nhập thị trường TMDV vận tải ở nước ngoài, các DNVN phải ký được các hợp đồng vận chuyển hàng hóa xuất nhập khẩu với các đối tác nước ngoài, phải dùng đội tàu biển của mình để vận chuyển hàng hóa ra nước ngoài. Các ngân hàng thương mại của VN muốn thâm nhập vào thị trường dịch vụ ngân hàng ở nước ngoài, thì phải ký hợp đồng cung cấp dịch vụ thanh toán quốc tế với các DN nước ngoài.

Trên cơ sở phân tích ở trên, có thể thấy HĐTMDV đóng vai trò quan trọng đối với HĐKD của DN. Đặc biệt, để phát huy vai trò của HĐTMDV đối với hoạt động quản

trị kinh doanh của mình, DN cần đặc biệt chú ý đến những tranh chấp có thể phát sinh và giải quyết thành các tranh chấp đó.

1.1.2. Tranh chấp về hợp đồng thương mại dịch vụ

1.1.2.1. Khái niệm tranh chấp về hợp đồng thương mại dịch vụ

Tranh chấp là một khái niệm được hiểu khác nhau tùy vào cách tiếp cận khác nhau. Trong đời sống hàng ngày tranh chấp được hiểu là những mâu thuẫn, những bất đồng, những xung đột phát sinh giữa các bên liên quan đến quyền và lợi ích của các bên trong một mối quan hệ về một vấn đề nhất định nào đó mà các bên không thể giải quyết được.

Nếu xét về giải nghĩa thuật ngữ, Từ điển Tiếng Việt của Viện ngôn ngữ học đã giải thích hai từ “tranh chấp” là: *“Giành nhau, một cách giằng co, cái không rõ thuộc về bên nào”* rộng hơn là *“Đấu tranh giằng co khi có ý kiến bất đồng, thường là trong vấn đề quyền lợi giữa hai bên”*. (Viện Ngôn ngữ học 1997, tr. 989). Khái niệm này nhấn mạnh yếu tố bất đồng ý kiến dẫn đến xung đột về quyền lợi của hai bên khi quyền và lợi ích này bị đụng chạm đến.

Theo từ điển Black’s Law, tranh chấp là: *“Một sự xung đột hay tranh cãi; sự mâu thuẫn về quyền khiếu nại hoặc quyền lợi; một sự đòi hỏi quyền lợi, khiếu nại hoặc yêu cầu đối với một bên mà trái với tuyên bố hoặc cáo buộc của bên còn lại”*. (Black’s Law 2005). Khái niệm này nhấn mạnh đến yếu tố mâu thuẫn về quyền lợi và sự mâu thuẫn giữa yêu cầu của một bên với cáo buộc của bên kia.

Xét dưới góc độ kinh tế, tranh chấp là những mâu thuẫn, những xung đột về lợi ích kinh tế mà các bên không thể dung hòa được.

NCS cho rằng tranh chấp là những mâu thuẫn, những xung đột về quyền và lợi ích mà sự xung đột mâu thuẫn này căng thẳng đến mức không thể dung hòa được. Trong đời sống, tranh chấp có thể phát sinh ở mọi lĩnh vực từ chính trị, tinh thần đến kinh tế, thương mại. Trong số các lĩnh vực này, tranh chấp về thương mại là loại hình tranh chấp phát sinh giữa các DN khi họ thực hiện các hoạt động thương mại. Như đã phân tích ở trên, HĐKD được các DN thực hiện thông qua các hợp đồng thương mại. Vì vậy, các tranh chấp về thương mại thường phát sinh từ hoặc liên quan đến hợp đồng thương mại. Theo LTM 1997 tranh chấp thương mại là: *“Tranh chấp phát sinh do việc không thực hiện hoặc thực hiện không đúng hợp đồng trong hoạt động thương mại”*. (Điều 238 LTM 1997). Khái niệm này giới hạn phạm vi tranh chấp thương mại là những tranh

chấp phát sinh do việc thực hiện không đúng hoặc không thực hiện hợp đồng thương mại. Đây là cách hiểu có nội dung hẹp về khái niệm tranh chấp thương mại vì trên thực tế có rất nhiều tranh chấp thương mại phát sinh ngoài hợp đồng hoặc trước khi có hợp đồng hay còn gọi là tranh chấp “tiền hợp đồng”.

LTM 2005 và cả Luật TTTM 2010 không đưa ra khái niệm về tranh chấp thương mại. Căn cứ vào cách qui định về hoạt động thương mại được nêu tại Điều 3.1 LTM 2005, theo đó: *“Hoạt động thương mại là hoạt động nhằm mục đích sinh lợi, bao gồm mua bán hàng hóa, cung ứng dịch vụ, đầu tư, xúc tiến thương mại và các hoạt động nhằm mục đích sinh lợi khác”*, có thể hiểu tranh chấp về thương mại là tranh chấp phát sinh liên quan đến hoạt động thương mại. Đó là những tranh chấp liên quan đến việc thực hiện các hoạt động thương mại của các chủ thể kinh doanh, các DN, các tổ chức, cá nhân ... nhằm mục đích sinh lợi. Tranh chấp về thương mại có thể phát sinh từ hợp đồng thương mại hoặc phát sinh ngoài hợp đồng thương mại. Trong các tranh chấp về hợp đồng thương mại có tranh chấp về HĐTMDV.

Từ những phân tích ở trên, NCS cho rằng: *Tranh chấp về HĐTMDV là những mâu thuẫn, những bất đồng, những xung đột về quyền và lợi ích của các bên ký kết HĐTMDV liên quan đến cả quá trình từ khi ký kết cho đến khi thực hiện HĐTMDV.*

1.1.2.2. Đặc điểm của tranh chấp về hợp đồng thương mại dịch vụ

So với tranh chấp về thương mại nói chung và tranh chấp về hợp đồng thương mại nói riêng, tranh chấp về HĐTMDV có những đặc điểm sau đây:

Thứ nhất, các bên tranh chấp trong HĐTMDV thường là các thương nhân hoạt động trong lĩnh vực TMDV. Thương nhân được hiểu là các tổ chức kinh tế được thành lập một cách hợp pháp, cá nhân hoạt động thương mại một cách độc lập, thường xuyên và có đăng ký kinh doanh (Điều 6, LTM 2005). Tuy nhiên, khác với hợp đồng thương mại nói chung, các bên tranh chấp trong HĐTMDV thường phải là, hoặc ít nhất một bên trong tranh chấp phải là các thương nhân hoạt động trong lĩnh vực TMDV. Đó là các DN hoạt động trong lĩnh vực kinh doanh vận chuyển hàng hóa, hành khách, các DN kinh doanh bảo hiểm; các DN kinh doanh dịch vụ tài chính ngân hàng vv... Như đã phân tích ở trên, lĩnh vực dịch vụ thường đòi hỏi bên cung cấp dịch vụ phải có năng lực về tài chính, về đội ngũ, về chuyên môn ... Do đó các thương nhân hoạt động trong lĩnh vực TMDV, thường phải đáp ứng các điều kiện về vốn, về con người, về cơ sở vật chất ... theo qui định của pháp luật. Ví dụ, thương nhân hoạt động trong lĩnh vực cung cấp dịch vụ tài

chính phải có vốn pháp định là 300 tỷ đồng (Nghị định 141/2006/NĐ-CP ngày 22/11/2006). Hoặc DN hoạt động trong lĩnh vực kinh doanh dịch vụ kế toán phải đáp ứng 2 điều kiện: Một là có đăng ký kinh doanh dịch vụ kế toán, hai là có ít nhất 02 người có chứng chỉ hành nghề kế toán hoặc chứng chỉ kiểm toán viên do Bộ Tài chính cấp, trong đó giám đốc DN phải là người có chứng chỉ hành nghề kế toán hoặc chứng chỉ kiểm toán viên từ 2 năm trở lên (Điều 2.3 Thông tư số 72/2007/TT-BTC ngày 27/6/2007 của Bộ Tài chính hướng dẫn việc đăng ký và quản lý hành nghề kế toán).

Thứ hai, tranh chấp về HĐTMDV thường phức tạp về tính chất và có giá trị lớn về qui mô do đó thời gian giải quyết tranh chấp thường bị kéo dài. Đối với hợp đồng MBHH, việc xác định quyền và nghĩa vụ của các bên khi thực hiện hợp đồng thường cụ thể và đơn giản do các bên có thể đưa ra các tiêu chí về định lượng để xác định số lượng, chất lượng hàng hóa là đối tượng của hợp đồng. Với HĐTMDV, do tính vô hình của dịch vụ, việc xác định chất lượng của dịch vụ thường khó khăn và vì vậy khi có tranh chấp phát sinh, việc xem xét tình tiết của vụ việc tranh chấp cũng trở nên phức tạp hơn. Ví dụ, hợp đồng cung cấp dịch vụ giám sát công trình xây dựng một khách sạn (hay một chung cư, một bệnh viện ...), khi có tranh chấp phát sinh, các bên thường bất đồng quan điểm về phạm vi trách nhiệm của nhà tư vấn giám sát khi công trình xây dựng có sự cố về thi công, về chi phí giám sát cho các đầu công việc phải giám sát, bởi vì trong hợp đồng các bên khó có thể tiên liệu hết được những tình huống phát sinh trong thực tiễn. Ngoài ra, với những HĐTMDV trong lĩnh vực xây dựng, tài chính ngân hàng, bảo hiểm, v.v... thì trị giá tranh chấp thường rất lớn, tình tiết tranh chấp thường phức tạp dẫn đến việc GQTC cũng khó khăn.

Thứ ba, để GQTC về HĐTMDV, cơ quan xét xử thường phải căn cứ nhiều văn bản pháp luật chuyên ngành. Như đã phân tích ở trên, các hoạt động TMDV do có những đặc thù riêng nên chịu sự điều chỉnh của nhiều văn bản pháp luật chuyên ngành hơn so với hoạt động TMHH. Ví dụ, hoạt động nhượng quyền thương mại bên cạnh chịu sự điều chỉnh bởi LTM, Nghị định số 35/2006/NĐ-CP ngày 31/3/2006 của Chính phủ qui định chi tiết Luật Thương mại về hoạt động nhượng quyền thương mại, Thông tư 09/2006/TT-BTM ngày 25/5/2006 của Bộ Thương mại hướng dẫn đăng ký hoạt động nhượng quyền thương mại thì còn các văn bản pháp luật liên quan đến vấn đề sở hữu trí tuệ như Luật Sở hữu trí tuệ 2005 và các văn bản dưới luật có liên quan hoặc trong lĩnh vực dịch vụ kế toán, các hợp đồng cung ứng dịch vụ kế toán vừa phải chịu sự điều chỉnh của LTM 2005 và các văn bản hướng dẫn có liên quan. Bên cạnh đó, với ý nghĩa là lĩnh

vực kinh doanh dịch vụ có điều kiện, các hợp đồng cung ứng dịch vụ kế toán còn phải chịu sự điều chỉnh của Luật Kế toán năm 2003 với ý nghĩa là luật chuyên ngành và các văn bản có liên quan như Nghị định số 129/2004/NĐ-CP ngày 31/5/2004 của Chính phủ quy định chi tiết thi hành và hướng dẫn thi hành một số điều của Luật Kế toán áp dụng trong HKKD; Thông tư số 72/2007/TT-BTC ngày 27/6/2007 của Bộ Tài chính hướng dẫn việc đăng ký và quản lý hành nghề kế toán ... thực tế này khiến cho việc xem xét các mối quan hệ phát sinh từ tranh chấp về hoạt động nhượng quyền thương mại, cơ quan xét xử bên cạnh việc phải xem xét các qui định có trong hợp đồng nhượng quyền còn phải xem xét cẩn trọng các qui định của các văn bản luật và dưới luật có liên quan.

1.1.2.3. Nguyên nhân tranh chấp về hợp đồng thương mại dịch vụ

Trong quá trình đàm phán ký kết hợp đồng hầu hết DN đều mong muốn không có tranh chấp xảy ra, tuy nhiên, trong hoạt động kinh doanh không phải lúc nào cũng được như mong muốn vì DN phải đối mặt với nhiều rủi ro. Chính những rủi ro này là những nguyên nhân dẫn đến tranh chấp về HĐTMDV.

Các nguyên nhân khách quan

- *Tác động của yếu tố chính trị - pháp luật.* Các yếu tố này bao gồm tình hình chính trị nói chung, các công cụ chính sách của nhà nước, cơ chế điều hành của Chính phủ, hệ thống pháp luật và các văn bản dưới luật. Trong một môi trường chính trị - pháp luật ổn định sẽ ít tác động đến sự ổn định trong hoạt động của DN, ngược lại khi môi trường chính trị bất ổn, pháp luật thường xuyên thay đổi dẫn đến các DN khó có thể chủ động trong HKKD của mình, điều này có ảnh hưởng đến các HĐTMDV mà DN ký kết, từ đó tạo ra nguyên nhân khách quan dẫn đến tranh chấp HĐTMDV. Đối với các HĐTMDV quốc tế thì yếu tố pháp luật càng dễ dẫn đến tranh chấp khi một dịch vụ có thể được xem là hợp pháp ở quốc gia này nhưng rất có thể là hành vi vi phạm pháp luật ở nước khác, ví dụ như dịch vụ massage cá bị cấm ở 15 bang của Hoa Kỳ nhưng tại VN vẫn đang phát triển mạnh (Văn Bôi, 2011). Do vậy nếu các bên không nắm bắt được kịp thời và đầy đủ các qui phạm pháp luật, tình hình chính trị thì sẽ khó tránh khỏi các tranh chấp phát sinh.

- *Tác động của khoa học kỹ thuật công nghệ.* Đây là yếu tố ảnh hưởng mạnh, trực tiếp đến DN. Đối với các DN TMDV, việc khai thác các thành tựu khoa học kỹ thuật, công nghệ sẽ góp phần nâng cao sức cạnh tranh của DN. Tuy nhiên, không phải DN nào cũng có thể tận dụng được công nghệ. Điều này đương nhiên có thể là nguyên nhân dẫn đến tranh chấp về HĐTMDV. Ví dụ, trong hợp đồng nhượng quyền thương mại, khi internet

chưa phát triển thì vấn đề thẩm quyền lãnh thổ của bên nhượng quyền và bên nhận quyền được giải quyết dễ dàng, nhưng khi hoạt động mua bán qua mạng trở nên phổ biến thì đã có những tranh chấp xảy ra về vấn đề này. Tại Hoa kỳ, vào năm 2000 đã có tranh chấp giữa công ty Drug Emporium với một số bên nhận quyền khi công ty cho phép người tiêu dùng trong khu vực của bên nhận quyền được mua sản phẩm mà Drug Emporium bán trực tiếp trên website của công ty này (Kenneth, W. 2006, tr. 722).

- *Tác động của yếu tố văn hóa - xã hội.* Văn hóa – xã hội có ảnh hưởng sâu sắc đến hoạt động quản trị và kinh doanh của một DN, từ đó ảnh hưởng đến việc ký kết, thực hiện HĐTMDV và cả quá trình GQTC về HĐTMDV của DN. Ví dụ, khi cung cấp dịch vụ du lịch, nếu không tìm hiểu rõ văn hóa, thói quen của khách hàng cũng sẽ dẫn đến tranh chấp giữa các bên ví dụ như đoàn khách du lịch là những người Đạo hồi nhưng trong bữa ăn lại chuẩn bị các món ăn liên quan đến thịt bò, là con vật linh thiêng của họ, sẽ dẫn đến sự không hài lòng thậm chí là tranh chấp ngay lập tức có thể xảy ra. Hoặc đối với các DN Hoa kỳ lời hứa thường được coi là cam kết thực sự, còn các nước châu Âu thì lời hứa chỉ mang tính xã giao hay ở Thái Lan các DN kinh doanh dịch vụ du lịch thông thường không cần ký hợp đồng mà chỉ cần trao đổi qua thư điện tử. Chính vì vậy dẫn đến sự hiểu không thống nhất giữa các bên khi một bên cho rằng hợp đồng đã được xác lập, còn bên kia thì không đồng ý (Bùi Ngọc Sơn 2002, tr.32).

- *Gặp các căn cứ miễn trách.* Các căn cứ miễn trách như gặp bất khả kháng hay khi một bên phải thực hiện quyết định của cơ quan có thẩm quyền (Điều 294 Khoản 1.b.d LTM 2005), đây là những nguyên nhân khách quan ngoài ý chí của các bên trong quá trình ký kết hợp đồng. Khi gặp các căn cứ miễn trách sẽ dẫn đến toàn bộ hợp đồng không thể thực hiện được hoặc một phần HĐTMDV không thực hiện được. Điều này tất yếu dẫn đến tranh chấp.

- *Sự suy thoái về kinh tế.* Những biến động của nền kinh tế thế giới theo hướng suy thoái cũng là nguyên nhân dẫn đến tranh chấp về HĐTMV. Ví dụ, cuộc khủng hoảng kinh tế 2008 dẫn đến sự suy thoái kinh tế ở phạm vi toàn cầu đã làm đổ vỡ nhiều hợp đồng do các DN không có khả năng thực hiện và từ đó tất yếu tranh chấp sẽ xảy ra.

Các nguyên nhân chủ quan

- *Hợp đồng ký kết chưa chặt chẽ, còn sơ hở.* Trong quá trình đàm phán ký kết hợp đồng các DN không chuẩn bị kỹ, chưa nắm bắt được đối tượng của hợp đồng, chưa lường trước được các sự việc có thể xảy ra, chưa tìm hiểu mong muốn của khách hàng. Vì vậy, khi thực hiện hợp đồng các tranh chấp xảy ra là điều tất yếu.

- *Do sự thiếu hiểu biết về pháp luật của các bên.* Hiện nay khi pháp luật về thành lập DN ngày càng thông thoáng với những qui định mở rộng quyền kinh doanh cho các DN, rất nhiều DN được thành lập nhưng không am hiểu về pháp luật, trình độ hiểu biết, kiến thức pháp luật liên quan còn rất hạn chế. Do đó dẫn đến nhiều trường hợp HĐTMDV được ký kết trái pháp luật, các DN đặt bản thân họ vào tình trạng bất lợi và phải gánh chịu nhiều hậu quả nặng nề. Tranh chấp phát sinh là tất yếu.

- *Trình độ của người có thẩm quyền ký kết hợp đồng còn hạn chế.* Hợp đồng là căn cứ quan trọng để các bên xác định quyền và nghĩa vụ của mình. Tuy nhiên, vì người ký kết không am hiểu pháp luật, không lường thấy trước được hậu quả khi có tranh chấp nên thường chủ quan khi ký kết hợp đồng với nhiều điều khoản bất lợi. Khi đã đặt bút ký thì không có cách gì để sửa sai.

- *DN chưa chuẩn bị tốt trong quá trình đàm phán HĐTMDV.* Quá trình đàm phán HĐTMDV là một trong những bước quan trọng để giúp cho DN có thể đạt được thành công, tuy nhiên các DNVN dường như vẫn chưa có sự chuẩn bị kỹ lưỡng cho quá trình này hay nói cách khác là chưa chú trọng cho giai đoạn tiền hợp đồng. Điều này có thể được lý giải bởi thực tế hiện nay kiến thức về kinh doanh nói chung và pháp luật trong kinh doanh của các DN này chưa nhiều, các chủ DN và giám đốc DN tư nhân (DNTN) chưa được đào tạo bài bản nên không có kiến thức tốt trong quá trình chuẩn bị đàm phán (Vũ Hạnh, 2012). Về phương diện pháp luật và quản trị DN có thể thấy những điểm chuẩn bị chưa tốt trong quá trình đàm phán HĐTMDV của các DN này như sau:

Chưa xây dựng qui trình ký kết hợp đồng. Đặc thù các DNVN là DN vừa và nhỏ chiếm đến 95% (Tô Hoài Nam, Hiệp hội doanh nghiệp nhỏ và vừa, 2014) do đó tạo ra sự chuyên môn hóa trong từng khâu là điều còn thiếu, việc ký kết HĐTMDV ở các DN này thường mang tính tự phát không theo một chuẩn mực nhất định. Rất nhiều DN hiện nay không có thói quen xây dựng qui trình ký kết hợp đồng, có nghĩa là khi có hợp đồng thì sẽ tự tiến hành ký kết mà không theo một trình tự nào cả. Thực tiễn này dẫn đến nhiều nguy cơ tiềm ẩn rủi ro cho DN khi mà quá trình ký kết không được kiểm soát theo đúng một quy trình được chuẩn hóa như người soạn thảo không có kỹ năng soạn thảo hợp đồng, người ký kết sơ ý không đọc và phân tích kỹ các điều khoản hay các bước chuẩn bị không được kỹ càng.

Chưa tìm hiểu đầy đủ thông tin về đối tác. Câu nói “biết người biết ta, trăm trận trăm thắng” đã thể hiện tầm quan trọng của việc tìm hiểu thông tin về đối tác nhằm xác thực được đối tác là ai? Có đáng tin cậy để giao kết hợp đồng hay không? Sự thiếu thông tin

về đối tác trong giao dịch đã được xây dựng thành học thuyết “*thông tin bất cân xứng*” (Asymmetric Information) từ những thập niên 70, theo đó thông tin bất cân xứng có thể xảy ra trước hoặc trong khi tiến hành ký kết hợp đồng, các bên tham gia giao dịch có tình che giấu thông tin. Dẫn đến lựa chọn bất lợi (adverse selection) cho các bên và gây ra hiện tượng tâm lý ỉ lại (moral hazard) sau khi hợp đồng đã được giao kết nhưng một bên có hành động che giấu thông tin dẫn đến bên kia khó lòng kiểm soát, hoặc muốn kiểm soát thì cũng phải tốn kém chi phí. (Nguyễn Thúy Anh, 2007). Ở các nước phát triển trên thế giới, xây dựng một hệ thống đánh giá về năng lực của các công ty là điều không mới, dựa vào dịch vụ cung cấp thông tin này các công ty dễ dàng biết được về đối tác của mình trong quá khứ để định ra được chiến lược tiếp theo. Đây là điều mà các DNVN nói chung và DN TMDV nói riêng đều cảm thấy thiếu, khi nguồn cung cấp thông tin ở VN là chưa có hoặc không đáng tin cậy. Ngoài ra vì yếu tố tài chính nên việc tiếp cận các nguồn thông tin về đối tác trong tương lai của các DN gặp khó khăn. Chủ yếu các DN vẫn sử dụng cách thức tìm kiếm thông tin trên mạng và dựa vào “niềm tin” trong những lần giao dịch đầu tiên với đối tác mới và dần mới đánh giá được chính xác về đối tác mình. Chính vì sự thiếu thông tin đã dẫn đến rất nhiều HĐTMDV bị phá vỡ.

Chưa đưa vào HĐTMDV các điều khoản về chế tài, về phạt nhằm hạn chế rủi ro. Nhiều điều khoản thưởng phạt mặc dù được đưa ra nhưng giá trị của nó không mang lại được ý nghĩa thực tiễn như DN mong đợi, ví dụ như không phải DN TMDV nào cũng biết pháp luật VN quy định giới hạn phạt trong hợp đồng thương mại là 8% trị giá phần hợp đồng vi phạm (Điều 301, LTM 2005), ngoài ra trong mỗi lĩnh vực thì lại có quy định cụ thể riêng ví dụ mức phạt vi phạm trong lĩnh vực xây dựng đối với những công trình có vốn của Nhà nước là không quá 12% giá trị hợp đồng bị vi phạm (Điều 101, Luật Xây dựng VN năm 2003). Điều này dẫn đến hiện tượng rằng nhiều điều khoản trong hợp đồng được soạn thảo là thừa nhưng thực tế vẫn là thiếu.

- *DN chưa chuẩn bị tốt về nguồn lực để thực hiện hợp đồng:* nguồn lực bao gồm tài chính, nhân lực, các công cụ hữu hình để thực hiện hợp đồng ... trong quá trình thực hiện HĐTMDV, sự thiếu hụt một trong các nguồn lực trên cũng có thể làm cho DN khó khăn trong việc thực hiện nghĩa vụ và tranh chấp có thể xảy ra bất kỳ khi nào. Ví dụ, DN không vay được tiền từ ngân hàng vì không đáp ứng đủ điều kiện để cho vay, dẫn đến phải vay tín dụng đen để chi trả cho HĐTMDV, sau một thời gian vì lãi tín dụng quá cao nên DN không kiểm soát được dòng tiền, dẫn đến không thể tiếp tục thực hiện HĐTMDV.

- *Sự yếu kém của đội ngũ nhân viên.* Đây cũng là nguyên nhân gây ra tranh chấp về HĐTMDV. Khác với TMHH khi vai trò của đội ngũ nhân viên, cán bộ quản lý không bị nặng nề trong việc cung cấp chất lượng hàng hóa, việc cung cấp dịch vụ luôn đòi hỏi cao về năng lực của đội ngũ cán bộ DN. Ví dụ, để sửa chữa được máy móc, đòi hỏi nhân viên phải có trình độ, có sự hiểu biết, để chuyển giao công nghệ, đòi hỏi bên chuyển giao phải có kỹ thuật, chuyên môn hiểu rõ về công nghệ đó chứ không phải đơn thuần là giao một cái máy, bán một sản phẩm là xong. Sự yếu kém về trình độ của nhân viên trong quá trình cung cấp dịch vụ có thể dẫn đến việc cung cấp, sử dụng dịch vụ không được tốt và tất yếu là khách hàng sẽ không hài lòng dẫn đến tranh chấp có thể xảy ra. Trong vụ tranh chấp giữa Ngân hàng Nông nghiệp và Phát triển Nông thôn Thanh Hóa – Chi nhánh Hoàng Hóa với Công ty Cổ phần Thương mại và Phát triển Gia súc TTĐN về tranh chấp hợp đồng tín dụng, nhân viên tín dụng khi tiến hành soạn thảo hợp đồng thì cũng không xác lập hợp đồng thế chấp tài sản như theo yêu cầu của Điều 19 Nghị định số 08/2000/NĐ-CP ngày 10/03/2000 của Chính phủ về đăng ký giao dịch bảo đảm mà chỉ xác lập Giấy thỏa thuận đăng ký lại nghĩa vụ được bảo đảm nợ vay Ngân hàng và cũng không ghi ngày cụ thể, chỉ ghi là 04/2005 (TAND Tối cao, Quyết định giám đốc thẩm số 02/2009). Chính sự bất cẩn này đã dẫn đến tranh chấp.

- *Chưa chú trọng vào hoạt động quản trị rủi ro đối với HĐTMDV nói riêng và quản trị rủi ro doanh nghiệp nói chung.* Những nguyên nhân dẫn đến tranh chấp về HĐTMDV được phân tích ở trên cho thấy DN TMDV chưa xây dựng một quy trình cho phép xác định, đánh giá, hoạch định và quản lý các loại rủi ro. Rủi ro được hiểu là bất cứ sự không chắc chắn nào có thể là nguy cơ đối với khả năng thực hiện thành công mục tiêu kinh doanh của doanh nghiệp (Merna, F. Al-Thani, 2005). Như vậy, rủi ro đối với HĐTMDV có thể đến từ chính nó và từ các vấn đề khác của DN. Khi DN không nhận diện được các rủi ro tiềm ẩn đối với HĐTMDV để quản lý thì tất yếu tranh chấp có thể xảy ra. Trong khi đó, nhiều lãnh đạo doanh nghiệp thường đặt nặng trọng tâm vào hoạt động kinh doanh, lợi nhuận, doanh thu thay vì tập trung nhiều đến quản lý rủi ro (Đức Lê, 2009, tr.1).

1.1.2.4. Phân loại tranh chấp về hợp đồng thương mại dịch vụ

Tranh chấp về HĐTMDV có nhiều loại tùy theo căn cứ phân loại chúng. Cụ thể:

- *Căn cứ vào phạm vi tranh chấp.* Căn cứ vào phạm vi tranh chấp có thể chia tranh chấp về HĐTMDV thành tranh chấp về HĐTMDV trong nước và tranh chấp về HĐTMDV có yếu tố quốc tế. Tranh chấp về HĐTMDV ở trong nước là tranh chấp liên

quan đến những HĐTMDV được ký kết giữa các DNVN với nhau và thực hiện tại VN, còn tranh chấp về HĐTMDV có yếu tố quốc tế là tranh chấp HĐTMDV phát sinh giữa DNVN với DN nước ngoài. Ví dụ, tranh chấp về hợp đồng bảo hiểm hàng hóa xuất nhập khẩu được ký kết giữa công ty A có trụ sở tại VN với công ty bảo hiểm B có trụ sở tại Luân Đôn, theo đó, công ty A mua bảo hiểm của công ty B theo điều kiện bảo hiểm mọi rủi ro cho lô hàng xuất khẩu từ VN sang Anh.

- *Căn cứ vào quá trình ký kết hợp đồng thương mại dịch vụ.* Tranh chấp liên quan đến giai đoạn ký kết HĐTMDV, đó là:

Tranh chấp liên quan đến việc vi phạm nguyên tắc tự nguyện của hợp đồng. Cũng như với hợp đồng MBHH, HĐTMDV cũng hay có tranh chấp do vi một hoặc các bên không tuân thủ nguyên tắc tự nguyện. Trong vụ việc tranh chấp hợp đồng bảo hiểm giữa Pjico và chủ hàng, lẽ ra trước ngày 1-11-2002 (thời điểm tàu Hanjin rời cảng Sài Gòn) thì chủ hàng đã phải mua bảo hiểm cho lô hàng tôm của mình, nhưng mãi đến ngày 11-11-2002 khi tàu bị hỏa hoạn tại Srilanka làm cho toàn bộ lô hàng tôm chở trên tàu bị thiệt hại, đại diện cho chủ hàng mới đến Pjico để mua bảo hiểm cho lô hàng. Vụ việc này chủ hàng đã vi phạm nguyên tắc tự nguyện, cụ thể là ở đây là chủ hàng đã lừa dối Pjico để ký kết hợp đồng bảo hiểm khi mà vụ tai nạn đã xảy ra (Trịnh Hữu Hạnh 2005).

Tranh chấp về chủ thể ký kết HĐTMDV. Tranh chấp về chủ thể ký kết HĐTMDV thường là tranh chấp về tư cách pháp lý của các bên ký kết hợp đồng, tranh chấp về thẩm quyền ký kết hợp đồng của người ký, ví dụ, tranh chấp về việc HĐTMDV do Chủ tịch Hội đồng quản trị của công ty cổ phần ký nhưng theo Điều lệ của công ty thì người này không phải là người đại diện cho công ty trước pháp luật. Thực tế đã có nhiều vụ kiện như vậy, như vụ kiện giữa ngân hàng TMCP Đông Nam Á (SeA Bank) và công ty Vinaconex Viettel về chứng thư bảo lãnh phát hành trái phiếu 150 tỷ đồng do Phó Tổng giám đốc ký kết. Trong tranh chấp này, phía ngân hàng dựa vào lập luận là bà Phó Tổng giám đốc đã ký vượt thẩm quyền của mình trong vụ việc trên để dẫn đến hợp đồng vô hiệu (Bích Diệp, 2012). Ngoài ra còn có tranh chấp về chức năng kinh doanh của chủ thể giao kết hợp đồng. Ví dụ, tranh chấp về việc bên cung cấp dịch vụ pháp lý lại không có đủ điều kiện cung cấp dịch vụ này do không thỏa mãn một số điều kiện theo quy định của pháp luật. Trong vụ kiện giữa ngân hàng TNHH Một Thành viên ANZ và công ty Thực phẩm quốc tế VN (interfood) trong năm 2010 liên quan đến vấn đề này, sau khi thất bại trong việc bảo lãnh phát hành trái phiếu để huy động vốn, Interfood đã kiện ANZ vì cho rằng ANZ không có chức năng bảo lãnh phát

hành khi chưa có giấy phép được cấp (Nhật Minh, 2012). Trong vụ việc giữa Ngân hàng TMCP Á Châu (ACB) và Công ty TNHH Đông Dương vào năm 2007 cũng xảy ra vấn đề tương tự khi TAND Tối cao tại Hà Nội tuyên hợp đồng vô hiệu vì thời điểm đó việc ACB kinh doanh giao dịch sản vàng trên sàn là chưa được quyền của cơ quan có thẩm quyền cho hoạt động (Báo mới, 2009).

Tranh chấp về hình thức của HĐTMDV. HĐTMDV, về mặt nguyên tắc, có thể được giao kết bằng lời nói, văn bản hoặc bằng hành vi cụ thể. Tuy nhiên, nếu pháp luật có quy định hợp đồng phải tuân thủ hình thức nhất định thì các chủ thể giao kết phải tuân thủ quy định đó. Việc các chủ thể giao kết hợp đồng không tuân thủ quy định pháp luật về mặt hình thức sẽ có khả năng dẫn đến tranh chấp. Ví dụ, theo LTM 2005, hợp đồng dịch vụ tổ chức đấu giá hàng hóa (Điều 195.1), hợp đồng dịch vụ khuyến mại (Điều 90), hợp đồng dịch vụ quảng cáo thương mại (Điều 110), hợp đồng dịch vụ trưng bày, giới thiệu hàng hoá (Điều 124) ... phải lập dưới hình thức là văn bản hoặc hình thức khác có giá trị tương đương văn bản. Nếu các bên ký hợp đồng này bằng lời nói thì vi phạm pháp luật và do đó, tranh chấp sẽ phát sinh. Tuy nhiên loại tranh chấp này không phổ biến.

- *Tranh chấp về nội dung của HĐTMDV.* Đó là những tranh chấp về việc không thực hiện hoặc không hoàn thành nghĩa vụ theo qui định của hợp đồng. Ví dụ, người chuyên chở có vận chuyển hàng nhưng lại giao sai địa điểm; người vận chuyển có giao hàng đúng địa điểm nhưng hàng lại để trong phương tiện vận chuyển không có máy lạnh, khiến hoa quả bị hư hỏng. Hoặc, trong hợp đồng giám sát xây dựng nhà máy điện, bên giám sát có cử kỹ sư giám sát đến tận công trình như hợp đồng qui định nhưng kỹ sư giám sát này lại không phải là kỹ sư chuyên về công trình xây dựng nhà máy điện. Do đó, kết quả là nhà máy điện vẫn được xây dựng và bàn giao nhưng số KW/giờ không đảm bảo như chủ đầu tư mong muốn. Ngoài ra, nội dung hợp đồng còn bị ràng buộc bởi các qui định của pháp luật mà dù các bên có đề cập đến trong hợp đồng hay không cũng phải tuân theo, trong tranh chấp giữa hai công ty ở TP Hồ Chí Minh (Phán quyết số 48, Các phán quyết Trọng tài quốc tế chọn lọc, 2010) về hợp đồng thuê tòa nhà làm siêu thị, mặc dù trong hợp đồng không qui định về trọng tải mặt sàn của tòa nhà nhưng khi đi vào vận hành thì các bên mới biết được những qui định của Nhà nước cụ thể về chịu lực của mặt sàn đối với siêu thị, điều này đã nằm ngoài sự tính toán của các bên trong lúc đàm phán và ký kết hợp đồng. Tranh chấp về nội dung là loại hình tranh chấp phổ biến trong việc thực hiện HĐTMDV. Vì vậy, liên quan đến tranh chấp nội dung, có thể chia tranh chấp ra 2 loại chủ yếu:

Tranh chấp liên quan đến Bên cung cấp dịch vụ: (i) *Dịch vụ được cung cấp cho khách hàng không đúng chất lượng như đã qui định trong hợp đồng.* Đây là một trong những tranh chấp xảy ra phổ biến trong HĐTMDV vì nó liên quan đến đối tượng của hợp đồng là dịch vụ. Ví dụ, trong năm 2013, Công ty cổ phần truyền thông Horizon đã đứng trước khả năng phá sản vì Công ty Ferroli Indochina đã không thanh toán 50% trị giá hợp đồng làm phim quảng cáo cho thương hiệu Ferroli của công ty này. Tìm hiểu nguyên nhân, Công ty Ferroli chỉ trả lời là băng phim quảng cáo do Công ty Horizon không đảm bảo chất lượng mà không giải thích cũng như không yêu cầu Horizon sản xuất lại, hoặc điều chỉnh chất lượng cho đạt yêu cầu (Báo Dân Trí, 2010); (ii) *Bên cung cấp dịch vụ không cung cấp đúng thời gian theo hợp đồng qui định.* Thời gian là yếu tố luôn được xếp vào tầm quan trọng bậc nhất trong HĐTMDV, nó cũng là yếu tố để bên sử dụng dịch vụ đánh giá về chất lượng dịch vụ đang sử dụng. Vì lý do khách quan hoặc chủ quan thì người cung cấp dịch vụ không thực hiện đúng thời gian như thỏa thuận trong hợp đồng, ví dụ như trong hợp đồng vận chuyển hàng hóa, bên chuyên chở đưa hàng đến cảng muộn, hoặc trong hợp đồng xây dựng bên cung cấp dịch vụ không hoàn thành công trình đúng như thời gian đã qui định trong hợp đồng. Những tranh chấp này xảy ra phổ biến trong các lĩnh vực xây dựng, vận tải, năm 2007, Công ty TNHH Xây dựng Song Hui cũng bị Công ty TNHH Thực phẩm Đài Việt Hưng kiện vì không thực hiện đúng tiến độ thi công công trình (Hội đồng thẩm phán TAND Tối cao, 2011); (iii) *Bên cung cấp dịch vụ thiếu sự cẩn thận và kỹ năng trong quá trình cung cấp dịch vụ.* Cung cấp dịch vụ yêu cầu bên cung cấp phải có kỹ năng cũng như sự cẩn thận nhất định trong quá trình cung cấp dịch vụ. Trong hợp đồng nhượng quyền thương mại, có thể thấy trách nhiệm của bên nhượng quyền bao gồm: Đào tạo huấn luyện; tư vấn; cung cấp nguyên vật liệu; quảng cáo và khuyến mại; hỗ trợ kinh doanh ... Những trách nhiệm này đòi hỏi bên nhượng quyền không chỉ có kỹ năng về “quyền thương mại” mà mình bán mà còn đòi hỏi sự tận tụy, cẩn thận trong việc đào tạo huấn luyện; cách tư vấn ... vì sau này có sự sai phạm nào từ những nhân viên của bên nhận quyền do việc đào tạo tập huấn sai của bên nhượng quyền thì họ phải chịu trách nhiệm hoặc các kỹ năng quảng cáo của bên nhượng quyền không đạt được kết quả tốt như mong đợi của bên nhận quyền cũng có thể là nguyên nhân phát sinh tranh chấp. Hoặc đối với hợp đồng chuyên chở hàng hóa, người vận chuyển mặc dù chỉ chịu trách nhiệm về bề ngoài của hàng hóa vận chuyển nhưng vì thiếu sự cẩn thận, kỹ năng sắp xếp hàng hóa trong khoang tàu dẫn đến hàng hóa bị hư hỏng thì sẽ bị kiện. Trong phán quyết số 18, các quyết định trọng tài

quốc tế chọn lọc, 2007, Người vận chuyển đã ký phát vận đơn sạch nhưng tại cảng dỡ hàng, hàng bị tổn thất nên đã phải bồi thường cho Nguyên đơn vì không có sự cần mẫn hợp lý trong quá trình vận chuyển; (iv) *Bên cung cấp dịch vụ không bảo quản và giao lại cho khách hàng tài liệu và phương tiện được giao để thực hiện dịch vụ sau khi hoàn thành công việc.* Đây là một trong những nghĩa vụ của bên cung cấp dịch vụ được qui định trong LTM, ví dụ trong hợp đồng gia công, bên đặt gia công sẽ gửi các mẫu cho bên gia công tuy nhiên bên gia công đã không bảo quản tốt dẫn đến các mẫu bị hư hỏng hoặc mất, điều này cũng gây thiệt hại cho bên đặt gia công hoặc trong hợp đồng biểu diễn thời trang, người mẫu phải có trách nhiệm bảo quản những đồ vật mà nhà tổ chức cung cấp để làm đẹp cho người mẫu.

Tranh chấp liên quan đến bên được cung cấp dịch vụ: (i) *Bên được cung cấp dịch vụ không thanh toán hoặc thanh toán chậm.* Một khi bên được cung cấp dịch vụ chậm thanh toán hoặc không thanh toán, tranh chấp sẽ xảy ra. Ví dụ, năm 2008, TAND Tối cao đã xử phúc thẩm tranh chấp về hợp đồng bảo hiểm liên quan đến việc không thanh toán tiền bảo hiểm, hợp đồng này được ký giữa Công ty TNHH sản xuất thương mại Khải Thành và Công ty cổ phần bảo hiểm Bưu điện (PTI), vào ngày 22/7/2003 và theo hợp đồng, hai bên thống nhất thời hạn bảo hiểm là một năm tính từ ngày 24/10/2003 đến ngày 23/10/2004. Thực hiện hợp đồng, PTI đã phát hành Thông báo thu phí bảo hiểm đến ngày 22/7/2003 đến Công ty Khải Thành nhưng Công ty Khải Thành không nộp phí bảo hiểm theo thông báo của PTI, không thực hiện đúng nội dung cam kết đóng phí bảo hiểm. Vì vậy, Tòa án đã ra phán quyết là hợp đồng bảo hiểm giữa nguyên đơn và bị đơn bị chấm dứt (TAND Tối cao, 2008). Tương tự như vậy, vụ tranh chấp giữa Công ty cổ phần xây dựng Cotec (Coteccons), là nguyên đơn, thắng kiện chủ đầu tư dự án Tricon Towers là Công ty Minh Việt vì Minh Việt không thanh toán đúng theo thời hạn đã thỏa thuận trong hợp đồng (Ngọc Lan, 2013); (i) *Bên được cung cấp dịch vụ không cung cấp đúng, đủ tài liệu cho bên bán dịch vụ.* Ví dụ, trong hợp đồng xây dựng, nhà thầu không chỉ phải thực hiện những công việc đã qui định trong hợp đồng mà còn phải thực hiện đúng theo chỉ dẫn trong Bản thiết kế kỹ thuật, trong Bản mô tả công việc xây lắp, trong các Bản vẽ, Bản chỉ dẫn... kèm theo hợp đồng. Do đó, kèm theo hợp đồng xây dựng là những tài liệu kỹ thuật có liên quan và những tài liệu này do nhà thầu cung cấp cho chủ đầu tư khi dự thầu. Nếu nhà thầu không cung cấp các tài liệu này (sau khi đã trúng thầu) để chủ đầu tư giám sát việc thực hiện hợp đồng thì tranh chấp sẽ phát sinh. Trong vụ tranh chấp giữa Tổng công ty xây dựng đường thủy (VINAWACO) với Công ty liên

doanh xi măng Holcim VN (MSC) về tranh chấp hợp đồng tín dụng, vì MSC đã cung cấp thông tin sai về khảo sát địa chất, để làm cơ sở cho dự thầu, ký hợp đồng, dẫn đến VINAWACO đã ký hợp đồng dựa trên bản thông tin sai lệch này, do đó khi thi công gặp trục trặc và tranh chấp xảy ra (TAND Tối cao, Quyết định giám đốc thẩm số 07/2008).

(iii) *Bên được cung cấp dịch vụ không nhận dịch vụ.* Khi bên bán dịch vụ hoàn thành nghĩa vụ của mình thì bên mua dịch vụ phải nhận dịch vụ, tuy nhiên vì nhiều lý do người sử dụng dịch vụ đã không nhận dịch vụ này và gây thiệt hại cho người bán dịch vụ. Ví dụ, người chuyên chở mang hàng đến cảng nhưng người thuê lại không nhận hàng dẫn đến người chuyên chở phải chịu chi phí lưu thuyền tại cảng. Hoặc nhà thầu hoàn thành công trình của mình nhưng bên chủ đầu tư lại không chịu ký biên bản nghiệm thu công trình. Thông thường đối với loại tranh chấp này sẽ gắn đối với những dịch vụ mà để lại kết quả cụ thể như kiến trúc, photocopy, vận tải vv...;

(iv) *Bên được cung cấp dịch vụ không sử dụng đúng dịch vụ theo hướng dẫn của Bên bán dịch vụ.* Đối với những dịch vụ có liên quan đến vận hành máy móc phức tạp, bên mua dịch vụ sử dụng không đúng những hướng dẫn sẽ dẫn đến hỏng hóc lúc đó bên bán dịch vụ sẽ không chịu bảo hành và dẫn đến tranh chấp. Ví dụ, Năm 2006, giữa công ty TNHH thương mại Sông Tiền (Sông Tiền) và Công ty cổ phần kỹ thuật công nghệ Á Châu (Astech Corp) cùng thỏa thuận ký hợp đồng giao nhận thầu. Trong đó Astech Corp sẽ bàn giao hệ thống thiết bị vận hành làm lạnh nước. Sau đó, Sông Tiền tự ý cho nạp ga và vận hành hệ thống. Mặt khác, trong suốt thời gian vận hành, Astech không nhận được thông báo nào từ Sông Tiền về tình trạng hoạt động của hệ thống ga, mức dầu, áp suất đẩy, áp suất hút... điều này dẫn đến thiết bị bị hư hỏng và các bên xảy ra tranh chấp (Phạm Hoài Tuấn, 2010).

1.2. Giải quyết tranh chấp về hợp đồng thương mại dịch vụ

GQTC về HĐTMDV quan trọng đối với các DN, cho dù đó là DN cung cấp dịch vụ hay DN được cung cấp dịch vụ. Việc giải quyết thành công các tranh chấp phát sinh từ HĐTMDV sẽ giúp các DN giảm thiểu chi phí, tiết kiệm thời gian và gia tăng khả năng quản trị rủi ro trong quá trình thực hiện các HĐKD của mình.

Như đã phân tích ở trên, tranh chấp về HĐTMDV phát sinh do nhiều nguyên nhân, cả nguyên nhân khách quan và nguyên nhân chủ quan. Một khi tranh chấp về HĐTMDV đã phát sinh, việc giải quyết thành công những tranh chấp này đòi hỏi các DN phải tìm hiểu cả nguyên nhân khách quan, chủ quan và phải nghiên cứu các qui định về hợp đồng, về pháp luật, về cách thức GQTC sao cho có hiệu quả nhất. Trong

thực tế, các DN thường rất am hiểu về nghiệp vụ kinh doanh, về các loại hình dịch vụ do mình bán hoặc mua. Tuy nhiên, việc am hiểu các qui định của pháp luật để vận dụng chúng khi phải GQTC phát sinh vẫn là thách thức lớn đối với các DN. Trong nhiều trường hợp, do thiếu am hiểu các qui định của pháp luật, thiếu kỹ năng GQTC... nhiều DN đã phải bỏ ra phí tổn lớn hơn và chi phí quản trị rủi ro sẽ cao hơn. Ví dụ, một khi tranh chấp về HĐTMDV phát sinh, vấn đề đầu tiên phải giải quyết là sẽ đưa vụ việc ra tòa án hay trọng tài? Để có câu trả lời, DN phải hiểu rõ về việc GQTC tại tòa án hay trọng tài có gì khác nhau? Ưu nhược điểm của mỗi phương thức giải quyết này? Phí trọng tài cao hay phí tòa án cao v.v... Hoặc, giả sử những tranh chấp về HĐTMDV phát sinh lại không được qui định trong HĐTMDV. Vậy thì làm thế nào để giải quyết? Trong trường hợp này DN phải có sự hiểu biết về luật áp dụng cho hợp đồng, tuy nhiên, luật thì rất nhiều văn bản, nhiều lĩnh vực .. vậy làm thế nào để tìm ra được các qui định có liên quan một cách nhanh nhất? Nên tự mình giải quyết hay thuê luật sư? Chi phí cho việc này sẽ như thế nào? Hàng loạt vấn đề sẽ phát sinh đòi hỏi DN phải xem xét.

Để giải quyết tốt tranh chấp về HĐTMDV, các DN cần phải nghiên cứu nhiều vấn đề trong đó có 2 vấn đề quan trọng nhất là các phương thức GQTC và các nhân tố tác động đến việc GQTC.

1.2.1. Các phương thức giải quyết tranh chấp về hợp đồng thương mại dịch vụ

Để GQTC về HĐTMDV các bên tranh chấp có thể lựa chọn nhiều phương thức giải quyết khác nhau và mỗi phương thức GQTC đều có ưu nhược điểm nhất định. Có 4 phương thức GQTC cơ bản là thương lượng, hòa giải, tòa án hoặc trọng tài. Bên cạnh đó, cũng có một số phương thức GQTC do các bên lựa chọn và qui định trong hợp đồng. Đó là: trung gian, tổ tụng mini, xét xử sơ khởi có bồi thẩm đoàn.

Để thấy được ưu nhược điểm của mỗi phương thức GQTC, phần dưới đây sẽ phân tích từng phương thức GQTC nêu trên.

1.2.1.1. Giải quyết tranh chấp bằng thương lượng

Thương lượng là phương thức GQTC không cần có sự tham gia của người thứ ba, theo đó các bên đương sự cùng nhau trao đổi, đấu tranh, nhân nhượng và thỏa thuận để tìm kiếm biện pháp nhằm GQTC (Nguyễn Thị Mơ, 2009, tr. 214).

Đặc điểm cơ bản của việc GQTC bằng thương lượng là các bên tranh chấp cùng nhau trình bày quan điểm, tìm ra các biện pháp thích hợp, trên cơ sở đó đi đến thống

nhất để giải quyết các bất đồng với mục đích chung là duy trì mối quan hệ kinh doanh tốt đẹp (Nguyễn Vũ Hoàng 2004, tr. 40). Tác giả Trần Đình Hảo chỉ ra rằng quá trình thương lượng giữa các bên cũng không chịu sự ràng buộc của bất kì nguyên tắc pháp lý hay những quy định mang tính khuôn mẫu nào của pháp luật về thủ tục GQTC (Trần Đình Hảo 2000, tr. 30). Nó không theo một cấu trúc hoặc một cách thức cụ thể và cũng không thực hiện một cách công khai (David, G. và Jeffrey, E. 1988, tr. 58).

Pháp luật của nhiều nước trên thế giới trong đó có VN khuyến khích các bên GQTC thông qua thương lượng. Nếu thương lượng bất thành mới sử dụng phương thức khác. Tuy nhiên, pháp luật VN không bắt buộc các bên phải thương lượng trước khi GQTC bằng các phương thức tài phán như tòa án hoặc trọng tài. Nói cách khác, đây không phải là thủ tục bắt buộc trước khi sử dụng các phương pháp khác như khởi kiện ra tòa án hoặc trọng tài.

Để giúp các DN có thể thương lượng thành công, Dự án Thương lượng của Harvard (Harvard Negotiation Project) nêu ra bảy yếu tố cần nghiên cứu khi tiến hành thương lượng. Đó là: Lợi ích (interest), tính chính đáng (legitimacy), mối quan hệ (relationship), các phương thức giải quyết khác nếu thương lượng không thành (alternative), các lựa chọn (options), các cam kết (commitments) và cách thức thực hiện (communication) (Michael, L. 2005, tr. 280).

Thương lượng có thể thực hiện bằng cách trực tiếp gặp gỡ các bên hoặc gián tiếp thông qua việc gửi đơn khiếu nại và trả lời khiếu nại (Nguyễn Thị Mơ 2009, tr.215). Việc gặp gỡ trực tiếp thông thường chỉ phù hợp đối với những hợp đồng mà các chủ thể có khoảng cách địa lý ở gần nhau, còn đối với những trường hợp các chủ thể ở xa nhau về mặt địa lý thì gửi đơn khiếu nại thường được các bên áp dụng. Để có thể khiếu nại thành công đối với HĐTMDV ngoài các điểm lưu ý như cần xác định đúng đối tượng, đúng vấn đề thương lượng, ví dụ đối với hợp đồng vận chuyển hàng hóa, khi hàng hóa xảy ra tổn thất thì DN phải xác định nguyên nhân do ai gây ra để có thể thương lượng, khiếu nại một cách cụ thể; Cùng với đơn khiếu nại, thời hạn khiếu nại, cách giải quyết khiếu nại thì cần phải lưu ý về bằng chứng khiếu nại.

GQTC bằng thương lượng là phương thức GQTC đầu tiên khi có tranh chấp về hợp đồng. Vì vậy, các DN cần am hiểu về thương lượng để tận dụng các ưu điểm của phương thức này là tiết kiệm chi phí, giữ được quan hệ đối tác và giữ được bí mật về thương vụ liên quan đến hợp đồng. Tuy nhiên, sự thành công của thương lượng phụ

thuộc rất lớn vào thái độ thiện chí, hợp tác của các bên. Điều này rất quan trọng đối với DN vì kinh doanh trong nền kinh tế thị trường đòi hỏi sự thiện chí của cả hai bên, sự tín nhiệm lòng tin đối với nhau sẽ giúp các DN duy trì quan hệ đối tác, củng cố uy tín và từng bước từ bỏ thói quen kinh doanh theo “kiểu chộp dặt”, thiếu bền vững.

1.2.1.2. Giải quyết tranh chấp bằng hòa giải

Một khi thương lượng bất thành, DN có thể GQTC bằng hòa giải. Hoà giải là quá trình các bên đàm phán với nhau về việc GQTC với sự trợ giúp của một bên thứ ba độc lập, gọi là người hoà giải. (Goldberg, S. 1992, tr.103). Hòa giải là phương thức GQTC một cách “hòa bình” tồn tại bổ sung trong hệ thống của tòa án và thực tiễn xét xử của trọng tài (Alessandra, S. 2004).

Cũng như thương lượng, hòa giải được thực hiện tự nguyện, tùy thuộc vào sự lựa chọn của các bên tranh chấp. Tuy nhiên, thương lượng là hình thức tự hòa giải, còn hòa giải là hình thức có sự tham gia của bên thứ ba vào quá trình giải quyết. Đây là điểm khác biệt quan trọng nhất giữa hai hình thức GQTC này. Dù vậy, sự giống nhau của hai phương thức này là cách thức GQTC do chính các bên tranh chấp tự thỏa thuận qui định trong hợp đồng và pháp luật ít chi phối đến thủ tục và qui trình GQTC.

Với hòa giải, người hòa giải không có quyền quyết định mà chỉ sử dụng kỹ năng và áp dụng các biện pháp mang tính kỹ thuật để giúp các bên đạt được giải pháp trung hòa, còn giải pháp có đạt được hay không vẫn là sự tự định đoạt của các bên. Khi tham gia vào quá trình hòa giải, các bên phải ký cam kết không tiết lộ những thông tin có được từ quá trình hòa giải. Nếu hòa giải không thành, các bên vẫn có thể sử dụng trọng tài hay tòa án để tiếp tục giải quyết vụ tranh chấp và khi đó những thông tin có được trong quá trình hòa giải sẽ không thể trở thành bằng chứng để chống lại một trong các bên và chúng cũng không phải là chứng cứ pháp lý được tòa án hay trọng tài thừa nhận.

Hòa giải được chia thành hai loại là hòa giải trong tố tụng và hòa giải ngoài tố tụng. Hòa giải trong tố tụng là việc cơ quan xét xử trước khi xem xét ra phán quyết, yêu cầu các bên tự hòa giải với nhau như một nỗ lực để GQTC trên tinh thần tôn trọng sự tự quyết của các bên. Hòa giải trong tố tụng được tiến hành tại tòa án hay trọng tài khi các cơ quan này được lựa chọn là cơ quan GQTC theo yêu cầu của các bên. Hòa giải ngoài tố tụng là hình thức hòa giải thông qua bên thứ ba được các bên lựa chọn GQTC. Hòa giải ngoài tố tụng thường do các tổ chức trọng tài (ví dụ, hòa giải theo Quy tắc

hòa giải Trung tâm Hệ thống Trọng tài châu Âu - Ả Rập, Quy tắc hòa giải của VIAC) hoặc các tổ chức hòa giải thương mại chuyên nghiệp tiến hành.

Về qui trình, không có một quy trình hòa giải mang tính thống nhất mà mỗi trung tâm hòa giải và mỗi người hòa giải sẽ áp dụng những quy trình riêng phù hợp với nội dung và tính chất của vụ tranh chấp. Nhìn chung, quy trình hòa giải thường bắt đầu bằng việc hai bên tranh chấp cùng đề nghị hòa giải với hòa giải viên hoặc một tổ chức hòa giải; một bên cũng có thể đơn phương liên hệ với hòa giải viên hoặc với một tổ chức hòa giải để yêu cầu tiến hành hòa giải, khi đó hòa giải viên hoặc tổ chức hòa giải sẽ liên hệ và thuyết phục phía bên kia tham gia hòa giải. Việc hòa giải chỉ được thực hiện sau khi có sự đồng ý của các bên tranh chấp. Trong quá trình hòa giải, người hòa giải sẽ áp dụng các kỹ năng GQTC của mình nhằm giúp các bên tìm ra giải pháp cuối cùng cho vụ tranh chấp. Một trong các bên hoặc bản thân người hòa giải có quyền chấm dứt hòa giải vào bất cứ giai đoạn nào của quá trình hòa giải khi thấy việc hòa giải sẽ không mang lại hiệu quả, ví dụ khi có bằng chứng để cho rằng một trong các bên thiếu thiện chí...

Hòa giải được tiến hành hết sức linh hoạt, theo đó các bên có thể thay đổi thái độ mà không gây căng thẳng. Các giải pháp đặt ra thường mang chiều hướng có lợi cho các bên, dựa trên những lợi ích mà các bên đạt được. Hòa giải là phương thức mang tính bảo mật cao, 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 GQTC hài hòa, bền vững và hiệu quả (Maurren, A. 2001, tr. 591). Mặc dù vậy, GQTC bằng hòa giải cũng có nhược điểm, theo Charles và Anna, thì không nên áp dụng phương thức hòa giải trong trường hợp tranh chấp chủ yếu xoay quanh vấn đề pháp lý hơn là các sự kiện, ví dụ như liên quan đến việc giải thích một thuật ngữ trong hợp đồng, bởi vì vấn đề đó chỉ có thể được giải quyết bằng tòa án (Charles, C. và Anna, L. 2008, tr. 11). Nếu hòa giải thành công các bên sẽ lập Biên bản hòa giải thành có chữ ký của các bên tranh chấp và chữ ký của người hòa giải. Tuy nhiên, nếu một bên không thiện chí tự nguyện thi hành thì Biên bản hòa giải bị vi phạm mà không có bất kỳ cơ chế bảo đảm thi hành nào hỗ trợ. Cũng như thương lượng, nếu hòa giải bất thành, các bên có thể đưa vụ việc tranh chấp ra Tòa án hoặc TTTM.

Từ góc độ quản trị doanh nghiệp, nếu so sánh giữa thương lượng và hòa giải thì GQTC bằng thương lượng sẽ giữ được bí mật KD và chi phí ít (vì không phải chi trả cho người hòa giải). Song, ở các nước phát triển, khi có tranh chấp phát sinh, các DN

thường kết hợp cả thương lượng và hòa giải, bởi vì, ở góc độ mở rộng quan hệ đối tác, việc GQTC bằng hòa giải sẽ giúp các DN hiểu biết thêm về bản thân, về đối tác do có sự giải thích và dẫn dắt của người hòa giải cũng như do sự lập luận về kỹ năng và hiểu biết của chính người hòa giải.

1.2.1.3. Giải quyết tranh chấp bằng trung gian, tố tụng mini và xét xử sơ khởi có bồi thẩm đoàn

Ngoài thương lượng, hòa giải còn có một số phương thức GQTC khác như trung gian, tố tụng mini (Mini trial) và xét xử sơ khởi có bồi thẩm đoàn (Summary Jury trial) cũng được các DN sử dụng phổ biến. Tuy nhiên, ở VN pháp luật hiện hành không qui định các phương thức này và trong thực tế các DNVN cũng không áp dụng. Nhưng NCS vẫn đề cập tới vì sẽ có nhiều DNVN tham gia vào các HĐTMDV quốc tế và rất có khả năng các phương thức này sẽ được DN nước ngoài đề xuất áp dụng.

Trung gian có thể được coi là một biến thể của hòa giải vì có sự cố gắng dàn xếp tranh chấp của bên thứ ba – Người trung gian.

Người trung gian này, cũng như Người hòa giải, là người vô tư, có kiến thức sâu rộng về các khía cạnh thương mại hay kỹ thuật chuyên môn, có hiểu biết nhất định về luật pháp (Nguyễn Minh Hằng 2012, tr. 455). Cũng giống như hòa giải, giải quyết bằng trung gian phải giữ bí mật về các thông tin liên quan đến tranh chấp. 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 GQTC, cho dù đó là giai đoạn sử dụng phương thức TTTM hay Tòa án (Trịnh Đức Hải 2012, tr.991).

Sự khác nhau giữa hòa giải và trung gian thể hiện qua vai trò khác nhau của hòa giải viên và người trung gian. Người trung gian sẽ đóng một vai trò trực tiếp tương đối trong việc GQTC và thậm chí đưa ra các lời khuyên cho các bên, họ được xem như nhân vật được ủy quyền để tìm ra cách thức giải quyết tốt nhất cho các bên và bản thân họ chứ không phải các bên là người sẽ đưa ra các đề nghị, các phương hướng để GQTC. Trong khi đó đối với người hòa giải thì họ luôn luôn giữ vị trí vai trò trung lập của mình và họ không có trách nhiệm đề xuất ra các phương hướng GQTC, thay vào đó họ sẽ làm việc với chính các bên như một người hỗ trợ để tìm ra cách thức GQTC tốt nhất thông qua việc để các bên tự thảo luận, trình bày quan điểm của mình. Người Trung Quốc ví hòa giải viên như người ‘làm dâu trăm họ’ (Donaldson 1992, tr.102).

Thông thường thì các bên lựa chọn hòa giải cho những vụ việc phức tạp hơn so với sử dụng trung gian (Alessandra, S. 2004).

Tổ tụng mini (có thể dịch là xử án thu hẹp) là *“một qui trình tố tụng ngoài tòa án theo đó một tranh chấp pháp lý được chuyển từ xét xử tại tòa án sang chính cho bên tranh chấp”* (Jame F. và Lynne J.1985, tr. 531). Tức là tố tụng mini đưa việc GQTC kinh doanh trở về lại cho chính các bên khởi kiện. Tố tụng mini là bí mật, thường được sử dụng ở Hoa Kỳ với ý nghĩa là phương thức GQTC thân thiện, không mang tính ràng buộc, không cạnh tranh với trọng tài (Nguyễn Thị Mơ 2009, tr. 242). Về lý thuyết của phương pháp này dựa trên quan điểm là các bên có thể GQTC bởi chính họ nếu những người đại diện khởi kiện biết được điểm mạnh và điểm yếu của các bên. Mục tiêu của tố tụng mini là tiến hành tranh tụng trước khi các bên bắt đầu đàm phán để tìm ra giải pháp GQTC thân thiện. Tố tụng mini là phương thức GQTC được áp dụng tại các nước phát triển nhưng ở VN, phương thức này hầu như chưa được các DN chú ý và cũng chưa được pháp luật qui định.

Xét xử sơ khởi có bồi thẩm đoàn là một phương thức GQTC thay thế rất phổ biến tại Mỹ, được phát triển bởi thẩm phán liên bang Thomas Lambros. Xét xử sơ khởi có bồi thẩm đoàn liên quan đến một thủ tục do tòa án quản lý, diễn ra sau khi vụ án được khởi kiện nhưng trước khi được xét xử. Trong xét xử sơ khởi có bồi thẩm đoàn, mỗi bên trình bày lý lẽ của mình cho một Bồi thẩm đoàn (thường gồm sáu người). Thông thường, các luật sư được dành một khoảng thời gian ngắn (từ 1 giờ trở xuống) để trình bày. Họ bị hạn chế trong việc chỉ trình bày những thông tin mà có thể được chấp nhận khi xét xử. Không có lời khai nào được lấy từ những nhân chứng đã tuyên thệ, và biên bản lưu trữ thông thường không được lập. Do biên bản lưu trữ này không có giá trị ràng buộc nên những quy định về thủ tục và bằng chứng trong xét xử sơ khởi có bồi thẩm đoàn linh động hơn so với một phiên tòa thông thường. Bồi thẩm đoàn đưa ra một quyết định mang tính cố vấn, không ràng buộc, trên cơ sở những lý lẽ được trình bày. Trong trường hợp này, lời tuyên án được xây dựng ra để có thể giúp cho các luật sư và khách hàng của họ nắm bắt tường tận vụ án. Nó cũng có thể tạo ra một cơ sở để GQTC. Phương thức này sẽ giúp cho các bên có thể đàm phán trên cơ sở phán quyết không ràng buộc của bồi thẩm đoàn do đó tránh những chi phí cao phải trả cho một phiên tòa thực sự, đồng thời vụ kiện cũng sẽ không bị ghi vào sổ của tòa án (Neil, V. và Jeffrey, R. 1991, tr. 96). Nếu tranh chấp không được giải quyết trong hoặc ngay sau khi xét xử sơ khởi có bồi thẩm đoàn thì một cuộc họp trước khi xét xử sẽ được tổ chức trước khi tòa án thảo luận việc

GQTC. Cuộc họp này sẽ được diễn ra trong vòng 60 ngày kể từ ngày xét xử bằng bồi thẩm đoàn (Hon, J. và Kathleen, D. 2004, tr. 6). Một trong những lợi thế quan trọng của việc xét xử sơ khởi có bồi thẩm đoàn là thời gian thực hiện. Một cuộc xét xử sơ khởi có bồi thẩm đoàn thường được tiến hành trong vòng chưa đến một ngày so với vài ngày hoặc vài tuần của những phiên tòa xét xử đầy đủ (USA Embassy 2001, tr 156). Tuy nhiên nó cũng sẽ mang lại nhược điểm bởi tính không ràng buộc của các phán quyết sẽ dẫn đến trường hợp tranh chấp không được giải quyết sẽ tốn thêm thời gian và chi phí cho tòa án hoặc trọng tài sau này (Neil, V. và Jeffrey, R. 1991, tr. 97). Tương tự như tố tụng mini, phương thức này chưa áp dụng ở VN.

Nghiên cứu các phương thức GQTC tại Mục 1.2.1.3 cho thấy một khi có tranh chấp phát sinh về HĐTMDV, các DN có thể lựa chọn nhiều phương thức khác nhau. Việc am hiểu về mỗi một trong các phương thức nêu trên cũng chính là cơ sở để DN nâng cao năng lực hiểu biết về pháp luật của mình, từ đó góp phần nâng cao năng lực cạnh tranh của chính DN.

Dù GQTC bằng bất cứ phương thức nào trong các phương thức nêu trên, một khi GQTC bất thành, DN có thể sử dụng phương thức GQTC tại tòa án.

1.2.1.4. Giải quyết tranh chấp tại tòa án

Tòa án là cơ quan tư pháp của một nước, được thành lập ra để xét xử tranh chấp phát sinh giữa các chủ thể pháp luật trong nội bộ nước đó, trong đó có tranh chấp về HĐTMDV. Tuy nhiên, để áp dụng phương thức này thành công, các DN cần phải có sự hiểu biết về những vấn đề dưới đây

- *Về thẩm quyền xét xử:* Tòa án không có thẩm quyền đương nhiên trong việc GQTC về HĐTMDV. Tòa án chỉ có thẩm quyền nếu trong HĐTMDV có quy định rằng tranh chấp sẽ do tòa án xét xử. DN sẽ bắt đầu khởi kiện tại tòa án mà DN tin rằng có thẩm quyền giải quyết, đến lúc đó tòa án mới xem xét xem mình có thẩm quyền xét xử đối với vụ kiện hay không. Có nhiều quy định liên quan tới thẩm quyền xét xử của tòa án: (i) *Thẩm quyền xét xử theo các cấp:* Ở các nước trên thế giới đều có sự phân cấp tòa án từ đó dẫn đến thẩm quyền xét xử theo cấp tòa án. Ví dụ ở Pháp các cấp tòa án được chia thành: Tòa sơ thẩm, tòa sơ Thẩm quyền rộng, Tòa thượng thẩm và Tòa pháp án; ở Hoa Kỳ thì có Tòa án Hạt, Tòa án phúc thẩm, Tòa án tối cao. Tại VN, hệ thống tòa án được chia thành 3 cấp là Tòa án cấp Huyện, Quận; Tòa án Tỉnh, Thành phố trực

thuộc trung ương và TAND Tối cao.¹⁶ (ii) *Thẩm quyền xét xử theo lãnh thổ*: Thẩm quyền theo lãnh thổ căn cứ vào nơi Bị đơn hoặc Nguyên đơn cư trú, nơi các bên có trụ sở thương mại.¹⁷

- *Về hai cấp xét xử của tòa án*: Về nguyên tắc tòa án của các nước trên thế giới thường có hai cấp xét xử là sơ thẩm và phúc thẩm. Theo đó, phán quyết của tòa án ở cấp sơ thẩm không có hiệu lực thi hành ngay (không có tính chung thẩm) mà phải đợi sau một khoảng thời gian nhất định (khoảng thời gian này được dành cho việc kháng cáo hay kháng nghị). Nếu có kháng cáo, kháng nghị có hiệu lực, bản án sẽ được xét lại ở cấp phúc thẩm. Từ góc độ quản trị DN, việc xét xử theo hai cấp có thể đẩy các DN vào tình thế phải chờ đợi, tốn thời gian và khó ổn định kế hoạch kinh doanh.

- *Về nguyên tắc xét xử*: Tòa án GQTC theo nguyên tắc công khai, chỉ trừ những trường hợp đặc biệt khi tranh chấp liên quan đến bí mật quốc gia, an ninh quốc phòng thì tranh chấp sẽ được giải quyết bí mật. Từ góc độ quản trị DN việc xét xử công khai cũng không hấp dẫn vì các DN thường không muốn các HĐKD của mình bị đem ra mổ xẻ trước công chúng.

So với việc GQTC thông qua thương lượng, hòa giải, GQTC bằng tòa án có ưu điểm là phán quyết mang tính thực thi cao: Tòa án nhân danh quyền lực nhà nước để GQTC về HĐTMDV, do đó khi tòa án đưa ra phán quyết là nhà nước đã gián tiếp tuyên bố lợi ích hợp pháp của các bên, phán quyết có tính thực thi cao, nếu không chấp hành sẽ bị cưỡng chế, khi đã đưa ra tòa án thì quyền lợi của người thắng kiện sẽ được đảm bảo nếu như bên thua kiện không tự nguyện thi hành phán quyết. Điều này giúp cho tranh chấp được giải quyết một cách triệt để và dứt khoát hơn.

Tuy nhiên, GQTC bằng Tòa án có 3 nhược điểm sau đây: (1) *Thời gian GQTC kéo dài*: Vì phải tuân theo những thủ tục chặt chẽ, cứng nhắc, phức tạp do pháp luật qui định. Ví dụ tại Hoa kỳ, quá trình tố tụng dân sự sẽ kéo dài từ 2,5 năm cho đến 5 năm (Gary, L. 2009, tr. 14). Ở VN trung bình cho một vụ tranh chấp được xét xử bằng tòa án là khoảng 2 năm và thông qua 57 thủ tục. Với DN, điều này dẫn đến những thiệt hại khác về vốn, về sức lực bỏ ra cho tranh chấp sẽ gia tăng; (2) *Quan hệ đối tác dễ bị đổ vỡ*: Khi tranh chấp được giải quyết bằng tòa án thường sẽ dẫn đến kết quả là sẽ có bên thắng, bên thua, vì vậy mối quan hệ giữa các bên sẽ trở nên căng thẳng và thường dẫn

¹⁶ Xem thêm tại Điều 33, 34 Bộ luật TTDS 2004

¹⁷ Xem thêm tại Điều 35 Bộ luật TTDS đã dẫn

đến thái độ thù địch, do vậy quan hệ sẽ bị rạn nứt, đổ vỡ. Ngoài ra, GQTC tại tòa án thông thường là công khai vì vậy uy tín và mối quan hệ giữa các bên sẽ bị tác động bởi yếu tố này dẫn đến dễ bị đổ vỡ; (3) *Khó khăn trong việc công nhận và thi hành phán quyết của tòa án nước ngoài*: Tòa án là cơ quan tài phán của quốc gia do đó phán quyết của tòa án sẽ có hiệu lực trong phạm vi quốc gia đó, nhưng đối với HĐTMDV quốc tế thì phán quyết của tòa án của một quốc gia sẽ khó được thi hành ở một quốc gia khác. Việc thi hành phải dựa trên pháp luật của quốc gia mà phán quyết được yêu cầu có cho phép thi hành hay không? Hiện nay việc công nhận và cho thi hành phán quyết của tòa án nước ngoài vẫn chủ yếu dựa trên các hiệp định tư pháp song phương giữa các quốc gia với nhau, hoặc được xem xét trong từng vụ việc cụ thể mà vẫn chưa có một điều ước quốc tế đa phương nào điều chỉnh vấn đề này.

Từ góc độ quản trị DN, đây cũng là thách thức không nhỏ nhất là khi tranh chấp phát sinh từ những HĐTMDV có yếu tố nước ngoài. Để tháo gỡ khó khăn này, các DN có thể đưa vụ việc tranh chấp ra TTTM.

1.2.1.5. Giải quyết tranh chấp bằng trọng tài thương mại

GQTC bằng TTTM là phương thức GQTC theo đó, vụ việc tranh chấp sẽ do trọng tài – cơ quan phi chính phủ - đứng ra giải quyết theo thủ tục tổ tụng do pháp luật về TTTM qui định. Với hợp đồng thương mại nói chung và HĐTMDV nói riêng, việc GQTC bằng TTTM đòi hỏi các DN cần chú ý đến vấn đề thẩm quyền của TTTM, về phán quyết của TTTM và về thi hành phán quyết của TTTM.

Thẩm quyền của TTTM được hiểu là giới hạn những vụ việc mà TTTM được quyền giải quyết, thể hiện ở hai nội dung cơ bản: Phạm vi các loại việc trọng tài được giải quyết và thẩm quyền của các trung tâm trọng tài về GQTC (Nguyễn Thị Hoài Phương 2010, tr. 134). Theo Điều 2 Luật TTTM 2010, TTTM có thẩm quyền GQTC: (i) Giữa các bên phát sinh từ hoạt động thương mại; (ii) Tranh chấp phát sinh giữa các bên trong đó ít nhất một bên có hoạt động thương mại; (iii) Tranh chấp khác giữa các bên mà pháp luật quy định được giải quyết bằng trọng tài. Như vậy, theo pháp luật VN thì TTTM có thẩm quyền GQTC về HĐTMDV.

Cơ sở để xác định thẩm quyền trọng tài là phải có thỏa thuận trọng tài (Điều 5.1 Luật TTTM 2010). Thỏa thuận trọng tài là thỏa thuận giữa các bên về việc giải quyết bằng trọng tài tranh chấp có thể phát sinh hoặc đã phát sinh (Điều 2.2 Luật TTTM 2010). Thỏa thuận trọng tài là điều kiện tiên quyết cho việc GQTC về HĐTMDV tại TTTM,

đồng thời cũng là cơ sở quan trọng để xem xét thẩm quyền của HĐTT trong quá trình tố tụng. Thông qua thỏa thuận trọng tài, các bên trong hợp đồng đồng ý giao tranh chấp cho trọng tài xét xử chứ không phải là tòa án. Có thể hiểu, thỏa thuận trọng tài là “Một hình thức pháp lý thể hiện sự thống nhất ý chí của các bên về việc đưa tranh chấp ra giải quyết tại tổ chức trọng tài do các bên lựa chọn”. (Nguyễn Bá Diên 2008, tr. 56). Thỏa thuận trọng tài được các nước trên thế giới thừa nhận và thông qua học thuyết “Thẩm quyền quyết định thẩm quyền” (Competence – competence Theory) thì thỏa thuận trọng tài là căn cứ quan trọng để loại trừ sự thẩm quyền giải quyết của tòa án.

So với tòa án, việc GQTC bằng TTTM có những ưu điểm như: (1) *Phán quyết của trọng tài là chung thẩm đối với bên đương sự*: Tức là phán quyết trọng tài có giá trị cuối cùng và trọng tài chỉ xét xử một lần duy nhất và các bên không có quyền kháng cáo hoặc kháng nghị. Nếu phán quyết của trọng tài không được các bên tự nguyện thi hành thì có cơ chế bảo đảm theo qui định của pháp luật: Đó là cưỡng chế thi hành tại cơ quan thi hành án; (2) *Quá trình GQTC không công khai*: Nghĩa là việc giải quyết tại trọng tài dựa trên nguyên tắc xử kín (in camera).; (3) *GQTC bằng Trọng tài có tính linh hoạt, mềm dẻo, năng động và dễ thích ứng hơn so với tòa án*: Luật trọng tài đưa ra các qui định mềm dẻo về tố tụng trọng tài như qui định về địa điểm xét xử linh hoạt, ngôn ngữ trọng tài đa dạng ... (4) *Tiết kiệm thời gian*: ví dụ theo thống kê của VIAC thì GQTC bằng VIAC thường kéo dài tối đa là 6 tháng, còn tại tòa án có thể kéo dài hàng năm; (5) *Trọng tài là phương thức GQTC thân thiện*: Việc xét xử tranh chấp bằng trọng tài có tính bí mật sẽ tránh cho các bên nguy cơ làm tổn thương đến mối quan hệ hợp tác. Trong khi đó, xét xử công khai tại tòa án thường dễ làm cho các bên rơi vào tình thế đối địch nhau với kết cục là một bên được thừa nhận như là người chiến thắng, còn bên kia thấy mình thật sự như một kẻ thua cuộc. Xét xử bằng trọng tài sẽ làm giảm mức độ xung đột căng thẳng của những bất đồng trên cơ sở những câu hỏi gợi mở, trong một không gian kín đáo nhẹ nhàng. Đó là những yếu tố tạo điều kiện để các bên duy trì được quan hệ đối tác, quan hệ thiện chí đối với nhau. (6) Việc cưỡng chế thi hành phán quyết của trọng tài dễ dàng hơn vì các nước đã ký Công ước New York 1958 về công nhận và thi hành phán quyết trọng tài nước ngoài, và VN đã gia nhập công ước này vào năm 1995.

Từ góc độ quản trị DN, 6 ưu điểm nêu trên nếu được DN tìm hiểu và phân tích cụ thể thì đó cũng là 6 cơ sở giúp DN tiết kiệm thời gian, chi phí khi lựa chọn TTTM làm cơ quan GQTC về HĐTMDV.

Tuy nhiên, GQTC bằng TTTM cũng có những điểm hạn chế nhất định. Đó là phán quyết trọng tài có thể bị tòa án tuyên bố hủy nếu vi phạm thủ tục tố tụng trọng tài. Nếu DN nắm được quy định này và tuân thủ đúng thủ tục TTTM thì việc tuyên bố hủy quyết định trọng tài của tòa án sẽ không xảy ra. Như vậy, từ góc độ quản trị DN việc am hiểu về hai phương thức này sẽ giúp DN đưa ra sự lựa chọn đúng đắn, từ đó góp phần giảm thiểu rủi ro.

Trên đây là các phương thức GQTC về HĐTMDV mà các bên tranh chấp trong HĐTMDV có thể lựa chọn. Mỗi phương thức GQTC đều có những ưu nhược điểm nhất định. Điều quan trọng là các bên tranh chấp phải am hiểu về từng phương thức này để vận dụng khi có tranh chấp phát sinh. Ví dụ, nếu các bên trong HĐTMDV muốn duy trì quan hệ đối tác, giữ quan hệ lâu dài và tránh căng thẳng thì có thể áp dụng các phương thức giải quyết như thương lượng, hòa giải như các nhà làm luật trên thế giới đã khuyến cáo các DN (David, G. và Jeffrey, E. 1988, tr. 74). Ngược lại, với các tranh chấp về HĐTMDV có yếu tố nước ngoài, GQTC bằng TTTM là phương thức được các DN ở các nước phát triển ưa chuộng.

1.2.2. Những yếu tố tác động đến việc giải quyết tranh chấp về hợp đồng thương mại dịch vụ của doanh nghiệp

Việc GQTC về HĐTMDV chịu sự tác động bởi các yếu tố sau:

- *Văn hóa kinh doanh*: Đối với các DNVN với tâm lý “ngại va chạm”, “ngại can dự vào các vấn đề liên quan đến pháp lý” (Lê Danh Dĩnh, 2009), thường thích giải quyết trong sự hòa bình, thân thiện, tránh va chạm. HĐTMDV lại thường phức tạp, chịu nhiều sự điều chỉnh của các văn bản pháp luật. Chính vì vậy, khi xảy ra tranh chấp HĐTMDV, các DN sẽ mong muốn lựa chọn những phương thức giải quyết mang tính hòa nhã, thân thiện như thương lượng, hòa giải hơn là sử dụng tòa án, trọng tài.

- *Vị thế của DN trong quá trình đàm phán ký kết hợp đồng*: Điều này tác động rất lớn đến sự lựa chọn phương thức GQTC, trên bàn đàm phán thông thường những DN lớn sẽ có lợi thế để đưa ra những đề xuất trong hợp đồng, trong đó có điều khoản giải quyết tranh chấp, và vì lợi ích kinh tế trong HĐTMDV sẽ đặt các DN nhỏ vào vị thế phải lựa chọn phương án mà đối tác đặt ra. Có thể thấy một xu hướng rằng các DN nước ngoài thường lựa chọn trọng tài làm cơ quan GQTC, trong khi đó DNVN thì thường lựa chọn tòa án (Trần Hữu Huỳnh, 2013).

- *Lợi ích và cân bằng lợi ích giữa các bên:* Khi tranh chấp phát sinh, các bên đều đặt lợi ích của mình lên “bàn cân”, lợi ích sẽ là kim chỉ nam để các DN hướng tới lựa chọn phương án phù hợp cho mình khi GQTC. Lợi ích không chỉ là những khoản tiền DN nhận được hay được giảm trừ trong tranh chấp mà phải xét đến tổng lợi ích trong các mối quan hệ của DN. Tuy nhiên, sẽ rất khó để GQTC thành công khi các bên đều muốn cân cân lợi ích nghiêng về phía mình vì vậy đòi hỏi các DN phải hướng tới cân bằng lợi ích giữa các bên.

- *Chi phí:* Đối với DN, chi phí là bài toán luôn được đề cập tới. Việc lựa chọn phương thức GQTC phụ thuộc chi phí mà DN phải chi trả ví dụ như án phí, phí trọng tài, phí thuê luật sư, chi phí đi lại, chi phí cơ hội, mức bồi thường thiệt hại, phạt, thậm chí còn chi phí cho sức khỏe cho lãnh đạo, nhân viên khi phải theo đuổi một vụ tranh chấp... DN luôn đặt ra bài toán họ được bao nhiêu và mất bao nhiêu khi tham gia vụ tranh chấp trước tòa án, TTTM hoặc khi lựa chọn hòa giải hay thương lượng DN phải “đặt lên bàn” tất cả các chi phí để tính toán. Ví dụ, phí trọng tài thường cao hơn tòa án, do đó, các DN nhỏ sẽ chọn tòa án làm cơ quan GQTC.

- *Thời gian:* Khi tham gia vào một vụ tranh chấp, yếu tố thời gian sẽ là một trong những yếu tố mà DN quan tâm. Có thể giải quyết được vụ tranh chấp nhưng giải quyết trong bao lâu cũng rất quan trọng. Một HĐTMDV bị tranh chấp bị kéo dài trong thời gian nhiều tháng, thậm chí hàng năm sẽ ảnh hưởng tới hoạt động của DN. DN sẽ bị đọng vốn, nhân viên không có việc làm nhưng vẫn phải trả lương ... Do đó khi lựa chọn phương thức GQTC, DN thường xem xét vấn đề thời gian GQTC và sẽ phải làm bài toán so sánh về thời gian để lựa chọn phương thức GQTC cũng như lựa chọn cách thức tham gia vào quá trình GQTC. Ví dụ, DN nào coi trọng thời gian họ sẽ lựa chọn trọng tài làm phương thức GQTC thay vì tòa án.

- *Vấn đề bảo mật và uy tín của DN:* Phương thức GQTC nào sẽ công khai kết quả vụ tranh chấp, và việc công khai này sẽ ảnh hưởng như thế nào đối với DN? Cũng là điều mà DN cân nhắc khi GQTC. Những bí mật kinh doanh, cách thức kinh doanh, các đối tác của DN có thể bị công khai đối với việc sử dụng tòa án. Còn trọng tài hay các phương thức thương lượng, hòa giải sẽ giúp cho DN giữ được những vấn đề đó. Ngoài ra, việc công khai tranh chấp hoặc phán quyết của tranh chấp cũng sẽ ảnh hưởng đến uy tín của DN. Vì vậy, trước một vụ tranh chấp, có thể DN biết được rằng sẽ mất nhiều hơn được về mặt tài chính, thời gian ... nhưng các DN vẫn kiên trì theo

đuổi nếu họ có đủ cơ sở pháp lý để tin rằng họ sẽ thắng trong vụ tranh chấp. Thắng trong vụ kiện có nghĩa là uy tín của DN trên thương trường sẽ được thừa nhận.

- *Trị giá hợp đồng*: Hợp đồng có giá trị lớn có thể làm thay đổi tình hình HĐKD của DN, do đó DN sẽ muốn có các biện pháp để đảm bảo lợi ích cho mình nếu có tranh chấp xảy ra, DN sẽ lựa chọn phương thức GQTC có thể ràng buộc được bên vi phạm nếu xảy ra tranh chấp như tòa án, trọng tài ...

- *Khả năng thực hiện quyết định GQTC*: Như đã phân tích ở trên, phán quyết của tòa án được bảo đảm thực thi bởi cơ chế do Nhà nước qui định. Trong khi đó, phán quyết của trọng tài có thể bị tuyên vô hiệu hoặc quyết định hòa giải, thương lượng không có ràng buộc pháp lý đối với các bên. Đây cũng là điều mà các DN thường cân nhắc đến khi GQTC về HĐTMDV.

1.3. Đánh giá tác động của việc giải quyết tranh chấp về hợp đồng thương mại dịch vụ đối với hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp

Việc GQTC về HĐTMDV thành công hay không thành công sẽ có những tác động đến hoạt động kinh doanh của DN. Những tác động này vừa mang tính tích cực vừa mang tính tiêu cực. Cụ thể:

1.3.1. Những tác động tích cực

- *GQTC về HĐTMDV thành công sẽ nâng cao năng lực cạnh tranh cho DN*: Trong lý luận và thực tiễn, hầu như chưa có tài liệu hay công trình nào phân tích mối quan hệ hữu cơ, sự tác động tích cực hay tiêu cực của việc GQTC về HĐTMDV đến năng lực cạnh tranh của DN. Tuy nhiên, với việc phân tích những vấn đề lý luận ở trên về HĐTMDV, vai trò của HĐTMDV đối với DN, thì GQTC về HĐTMDV, NCS cho rằng việc giải quyết thành công, nhanh chóng tranh chấp về HĐTMDV sẽ có tác động tích cực đến việc nâng cao năng lực cạnh tranh của doanh nghiệp. Theo Bộ Thương mại và Công nghiệp Anh (1988) thì: “*Đối với DN, năng lực cạnh tranh là khả năng sản xuất đúng sản phẩm, xác định đúng giá cả và vào đúng thời điểm. Điều đó có nghĩa là đáp ứng nhu cầu khách hàng với hiệu suất và hiệu quả hơn các DN khác*”. (Lê Hương Huệ 2011, tr.11). Như vậy năng lực cạnh tranh của DN TMDV được cấu thành bởi các yếu tố như năng lực cạnh tranh về chất lượng dịch vụ, năng lực cạnh tranh về giá thành của dịch vụ, năng lực cạnh tranh đáp ứng nhu cầu khách hàng ...Tưởng chừng như việc giải quyết thành công, nhanh chóng các tranh chấp về HĐTMDV không có liên quan gì đến năng lực cạnh tranh cũng như các yếu tố cấu

thành năng lực cạnh tranh, nhưng chính quá trình GQTC nhanh chóng, thành công sẽ đóng góp vào hiệu quả về mặt thời gian, tiết kiệm được chi phí và quan trọng nữa là các nhu cầu, các vấn đề của khách hàng sẽ được giải quyết.

- *GQTC về HĐTMDV một cách nhanh chóng và thành công sẽ khẳng định uy tín của DN trên thương trường:* Đó là uy tín về việc chấp hành tốt hay không tốt HĐTMDV đã được ký kết, uy tín về cơ sở vật chất, nguồn nhân lực hỗ trợ dịch vụ sau khi cung cấp; uy tín về khả năng tranh tụng trước tòa án, trọng tài; uy tín về kỹ năng soạn thảo HĐTMDV; uy tín về công tác quản lý các hợp đồng đã ký kết cũng như quản lý quá trình GQTC... những yếu tố cấu thành uy tín này chỉ thật sự thấy được khi DN có tranh chấp về HĐTMDV và đã GQTC về HĐTMDV thành công và nhanh chóng. Vì giải quyết nhanh chóng thành công tranh chấp phát sinh sẽ giúp DN tiết kiệm thời gian, chi phí, lấy lại “phong độ” và tự tin hơn khi tham gia vào thị trường TMDV.

- *GQTC kịp thời tranh chấp phát sinh từ hợp đồng sẽ tác động tích cực đến kết quả kinh doanh và giúp cho các DN rút ra các bài học kinh nghiệm cần thiết cho HĐKD của mình:* Kết quả kinh doanh của doanh nghiệp bao gồm cả doanh thu, chi phí và phần lợi nhuận thu được của DN. Một tranh chấp về HĐTMDV được giải quyết kịp thời sẽ giúp cho DN hoàn thành hợp đồng, thu được lợi ích, lợi nhuận, dòng tiền được lưu thông, có vốn để tái đầu tư... Bên cạnh đó, mỗi lần tranh chấp và GQTC thành công cũng là lúc DN nhìn lại các quá trình liên quan đến HĐTMDV, rút ra được những bài học quý báu trong việc quản lý HĐTMDV, quản lý tranh chấp nói riêng và trong việc quản trị kinh doanh nói chung của mình.

- *Giải quyết thành công tranh chấp về HĐTMDV giúp các lãnh đạo DN nhận thức về vai trò, sự cần thiết của quản trị rủi ro trong hoạt động kinh doanh của DN.* Rủi ro của HĐTMDV có thể đến từ nguyên nhân chủ quan, hay khách quan. Trong quá trình ký kết, thực hiện HĐTMDV nhiều DN chỉ tập chung xem xét về lợi nhuận có được, mà không đánh giá về những rủi ro có thể gặp phải, từ đó không xây dựng các qui trình quản trị rủi ro trong đó có quản trị rủi ro hợp đồng, dẫn đến khi xảy ra tranh chấp DN trở nên bị động. Quản trị rủi ro được hiểu là “*quá trình tiếp cận rủi ro một cách khoa học và có hệ thống nhằm nhận dạng, kiểm soát, phòng ngừa và giảm thiểu những tổn thất, mất mát, những ảnh hưởng bất lợi của rủi ro đồng thời tìm cách biến rủi ro thành những cơ hội thành công*”. (Hubbard, Douglas, 2009, tr.46). Để đánh giá cấp độ quản trị rủi ro của DN, có rất nhiều mô hình đã được đưa ra như phân tích PEST dựa trên phân tích yếu tố chính trị, kinh tế, xã hội, công nghệ; mô hình Hilson; ma trận rủi

ro; mô hình CCTA gồm 4 cấp độ chuyên môn hóa với sự tham gia của tất cả nhân viên, nhóm quản lý cao cấp, nhóm chuyên gia riêng biệt, cơ chế quản trị rủi ro hình thành, giao trách nhiệm cho tất cả nhân viên hay mô hình của Chapman.¹⁸ Trên cơ sở các mô hình này DN có thể nhận biết được DN mình đang quản trị rủi ro ở mức độ nào vừa từ đó sẽ xây dựng những qui trình quản trị rủi ro cụ thể như: quản trị rủi ro từ khách hàng, rủi ro từ thị trường TMDV, rủi ro do yếu tố pháp luật, văn hóa, rủi ro từ các sự kiện bất khả kháng, rủi ro về chi phí khi tham gia vụ tranh chấp, rủi ro mất uy tín ... Với sự chuẩn bị những phương án để đối phó những rủi ro đó, DN sẽ tránh và hạn chế được những tổn thất mà có thể gặp phải cho những tranh chấp về sau.

- *Việc GQTC về HĐTMDV thành công sẽ góp phần nâng cao ý thức và kỹ năng thực hiện HĐTMDV cho các cán bộ, nhân viên tại DN:* Giải quyết thành công vụ tranh chấp sẽ giảm áp lực cho những nhân viên, trong trường hợp họ là nguyên nhân tạo ra tranh chấp trong quá trình thực hiện hợp đồng, và nó cũng chính là động lực để toàn bộ những nhân viên, cán bộ thẳng thắn nhìn lại quá trình xảy ra tranh chấp, phân tích những lỗi, những tình huống gặp phải, từ đó sẽ giúp họ nâng cao ý thức, trách nhiệm của mình trong quá trình thực hiện HĐTMDV. Chắc chắn từ những bài học kinh nghiệm mà họ có từ quá trình GQTC sẽ luôn nhắc nhở họ phải chú ý, cẩn trọng tránh lặp lại những sai phạm đã xảy ra, đặc biệt đối với HĐTMDV thường đòi hỏi nhân viên phải có những kiến thức, kỹ năng, sự cẩn trọng về công việc được giao.

- *Việc giải quyết thành công các tranh chấp về hợp đồng TMDV sẽ tạo đà để DN nâng cao năng lực đàm phán, thương lượng và tự tin hơn khi tranh tụng tại tòa án, trọng tài:* Thành công trong việc GQTC không những giúp DN tự tin với chính bản thân khi đi đàm phán mà tiếng vang trong việc GQTC thành công còn giúp tăng vị thế của DN trong thương trường, có thể là một DN nhỏ về quy mô nhưng nếu đã khẳng định được uy tín, thể hiện sự tuân thủ pháp luật thông qua các vụ tranh chấp, sẽ là cơ sở để DN có thể đưa ra đàm phán đối với các đối tác. Ngoài ra, kinh nghiệm của vụ tranh chấp trước sẽ giúp cho DN nâng cao hiểu biết về pháp luật đối với dịch vụ mình cung cấp, hoặc sử dụng, đồng thời sẽ nắm bắt được quan điểm của cơ quan GQTC đối với loại hình dịch vụ, đối với tranh chấp về loại HĐTMDV, từ đó sẽ giúp DN có cơ sở, tự tin trong những lập luận trước tòa án hay trọng tài nếu sau này xảy ra tranh chấp.

¹⁸ Nội dung của các mô hình này được trình bày tại phụ lục 10 của Luận án

1.3.2. Những tác động tiêu cực

Những tác động tiêu cực sẽ không phải là ít khi DN không giải quyết thành công các tranh chấp về HĐTMDV, hoặc khi DN trì hoãn chậm trễ trong việc GQTC, Những tác động đó là:

- *Việc trì hoãn GQTC về HĐTMDV sẽ ảnh hưởng không tốt đến kết quả kinh doanh của DN.* Dù kết quả của vụ tranh chấp về HĐTMDV như thế nào, DN được tuyên bố là thắng, hay thua thì đều có thể ảnh hưởng đến kết quả kinh doanh của DN nếu không được giải quyết một cách nhanh chóng. Yếu tố thời gian đóng vai trò quan trọng vì trì hoãn GQTC có nghĩa là HĐTMDV đó sẽ bị trì hoãn và các hệ lụy sẽ kéo theo, ví dụ hợp đồng xây dựng xảy ra tranh chấp thì công trình sẽ bị ngừng thực hiện, DN cung cấp dịch vụ xây dựng sẽ bị kéo dài thời gian thu lại vốn từ HĐTMDV, mất chi phí cho nhân công, không xoay vòng vốn và bỏ lỡ các cơ hội kinh doanh khác ... Ngược lại, chủ đầu tư thì không có công trình để thực hiện kinh doanh của mình như không kịp giao nhà cho khách hàng, không có diện tích để cho thuê, tiền vốn bị ứ đọng tại công trình, các chi phí khác như lãi ngân hàng, bị khách hàng phạt ... điều này sẽ ảnh hưởng tới kết quả kinh doanh của DN.

- *Việc giải quyết không thành công các tranh chấp về HĐTMDV sẽ bị tác động xấu về mặt xã hội.* Trong một xã hội thông tin được lan truyền nhờ mạng internet, nếu DN nhận thất bại trong việc QGTC thì ngoài việc kết quả kinh doanh giảm, DN còn có thể bị ảnh hưởng về mặt uy tín, về mặt thương hiệu của mình trên thương trường. Uy tín, thương hiệu của DN được xây dựng là một quá trình hình thành dựa trên những nỗ lực, cố gắng của DN thông qua những HĐTMDV mà DN đã thực hiện tốt, làm thỏa mãn, hài lòng đối với khách hàng của mình, nhưng uy tín, thương hiệu nó cũng dễ dàng sụp đổ chỉ vì những thông tin về vụ tranh chấp mà DN theo đuổi đã thất bại lan truyền, đặc biệt sự thất bại đó được kết luận là do chính lỗi của DN. Các đối tác hiện tại của DN, khi biết tin này, họ sẽ phải xem lại những HĐTMDV mà họ đang thực hiện với DN để đánh giá DN có giữ uy tín, có làm đúng những thỏa thuận trong HĐTMDV đã có, hay DN cũng đang lặp lại những lỗi, những cách thức tương tự đối với HĐTMDV đã tranh chấp? Còn với những đối tác tiềm năng, họ sẽ có một sự thận trọng, thậm chí trong nhiều trường hợp sẽ gạt bỏ DN ra khỏi danh sách khách hàng có thể ký kết. Tác động về mặt xã hội không chỉ ảnh hưởng đến một mình DN, mà thậm chí còn ảnh hưởng đến cả ngành kinh doanh mà DN tham gia, thậm chí ảnh hưởng cả cộng đồng DN của Việt Nam. Ví dụ, điển hình về các vụ tranh chấp giữa Ngân hàng SeaBank với công ty

Vinaconex-Viettel, trước đó vì tin tưởng vào uy tín của Seabank (Theo thông cáo báo chí của Vinaconex-Viettel 2012, tr1) nên Vinaconex-Viettel đã ký hợp đồng để mua trái phiếu DN của Vina Megastar, là khách hàng SeaBank bảo lãnh phát hành, khi Vina Megastar gặp khó khăn tài chính, thì SeaBank cho rằng hợp đồng bảo lãnh được ký kết vượt quá thẩm quyền theo qui định của nội bộ ngân hàng. Khi vụ việc này xảy ra, lập tức các DN đã sử dụng dịch vụ bảo lãnh của Seabank đã xem lại HĐTMDV mà mình ký kết với Seabank thì có 11 DN phát hiện mình cũng rơi vào trường hợp tương tự (Giáo dục Việt Nam, 2014). Việc SeaBank không thực hiện hợp đồng này và qui trách nhiệm cho cá nhân bà Nguyễn Thị Hương Giang lại càng làm cho cộng đồng DNVN không đặt niềm tin trong giao dịch đối với các hoạt động dịch vụ bảo lãnh của ngân hàng, họ cho rằng những hợp đồng đó, ngân hàng luôn là người cầm “đằng chuôi”, vì DN không thể biết được qui định nội bộ của ngân hàng.

- *Việc GQTC về HĐTMDV kéo dài sẽ tác động đến tâm lý, sức khỏe của lãnh đạo DN, từ đó ảnh hưởng đến “sức khỏe” của DN.* Lãnh đạo DN là người đầu tàu, là người cầm lái cho DN phát triển. Khi tranh chấp xảy ra, họ cũng là người phải chịu nhiều áp lực nhất. Nếu không GQTC tốt, nhanh chóng thì sẽ dẫn đến áp lực về mặt tâm lý ngày càng cao, sẽ ảnh hưởng đến sức khỏe và tinh thần của nhà lãnh đạo DN. Khi họ không có sức khỏe, tinh thần tốt thì không thể có một trí tuệ tốt, minh mẫn để lãnh đạo DN một cách tốt nhất và chịu thiệt hại cho vấn đề này lại chính là DN.

- *Việc GQTC về HĐTMDV không thành công có thể ảnh hưởng xấu tới quan hệ bên trong của DN, từ đó ảnh hưởng đến HĐKD của DN.* Sau mỗi lần GQTC như đã phân tích, DN sẽ phải tìm hiểu và phân trách nhiệm cụ thể trong nội bộ DN của mình. Thất bại, tổn thất trong GQTC đồng nghĩa với DN phải hứng chịu những thiệt hại về mặt kinh tế, mặt uy tín, vậy ai phải chịu trách nhiệm về vấn đề này? Cần phải quy trách nhiệm cho những con người cụ thể. Sự vô hình của đối tượng hợp đồng, sự phức tạp về mặt kỹ thuật trong quá trình thực hiện của HĐTMDV dẫn đến khó xác định trách nhiệm của từng cá nhân. Nhưng nếu không chỉ rõ được nguyên nhân, không phân định được cụ thể trách nhiệm của các thành viên, không làm cho những người có liên quan “tâm phục, khẩu phục” nhận trách nhiệm của mình thì có thể dẫn đến mâu thuẫn trong chính nội bộ DN. Nhân viên thì đổ lỗi cho lãnh đạo, các lãnh đạo thì đổ lỗi cho nhau, dẫn đến nội bộ mất đoàn kết, nghi ngờ lẫn nhau làm đình trệ các hoạt động của DN và từ đó ảnh hưởng đến HĐKD của DN.

Chương 2: THỰC TRẠNG KÝ KẾT, THỰC HIỆN HỢP ĐỒNG THƯƠNG MẠI DỊCH VỤ VÀ GIẢI QUYẾT TRANH CHẤP VỀ HỢP ĐỒNG THƯƠNG MẠI DỊCH VỤ Ở VIỆT NAM

2.1. Thực trạng ký kết, thực hiện hợp đồng thương mại dịch vụ ở Việt Nam

2.1.1. Số lượng các hợp đồng thương mại dịch vụ ngày càng tăng

Khi đánh giá về tình hình ký kết và thực hiện HĐTMDV ở VN có thể khẳng định rằng chưa có một cơ quan nào, kể cả Tổng cục Thống kê VN, cung cấp số liệu về tình hình ký kết và thực hiện HĐTMDV ở VN. Do vậy, NCS gặp khó khăn trong việc đưa ra số liệu các HĐTMDV đã được ký kết và thực hiện. Mặc dù vậy, NCS cho rằng số lượng các loại hình HĐTMDV ngày càng gia tăng trong những năm gần đây. Để đưa ra kết luận này, NCS căn cứ vào 3 tiêu chí dưới đây:

- *Tiêu chí thứ nhất* là sự gia tăng về qui mô TMDV ở VN: Quy mô thương mại dịch vụ đã tăng liên tục từ giai đoạn 1991 đến hiện nay. Theo báo cáo của dự án hỗ trợ đa biên giai đoạn III (Mutrap III, 2011), TMDV đóng vai trò quan trọng trong nền kinh tế quốc dân một phần vì số lượng các DN TMDV chiếm hơn 62% tổng số DN trong nền kinh tế nước ta.

- *Tiêu chí thứ hai* là sự việc gia tăng số lượng DN cung ứng dịch vụ là cơ sở để cho thấy hoạt động TMDV của VN có xu hướng tăng mạnh, đồng thời HĐTMDV chính là công cụ để các DN này tồn tại, vì ngành nghề kinh doanh của họ là TMDV do đó việc số lượng DN TMDV gia tăng có thể dẫn đến kết luận rằng số lượng HĐTMDV cũng sẽ gia tăng theo tỷ lệ thuận. Trong đó, giáo dục, y tế, dịch vụ kinh doanh, khoa học và công nghệ là những lĩnh vực có số lượng DN tăng trưởng nhanh mạnh nhất khi VN thực hiện những cam kết mở cửa thị trường dịch vụ, cho phép nhiều loại hình DN tham gia cung cấp các loại dịch vụ này.

- *Tiêu chí thứ ba* là các tranh chấp về HĐTMDV gia tăng, theo thống kê GQTC của VIAC và Tòa án kinh tế thì từ năm 2008 cho đến nay số lượng tranh chấp về HĐTMDV không ngừng gia tăng (Số liệu cụ thể được trình bày ở phần sau).

2.1.2. Hợp đồng thương mại dịch vụ quốc tế gia tăng về số lượng và giá trị

Theo báo cáo của Bộ Công thương thì kể từ năm 2005 giá trị xuất khẩu và nhập khẩu về dịch vụ của nước ta không ngừng gia tăng. Trong đó ngành du lịch, vận tải là hai ngành có giá trị xuất khẩu tăng mạnh nhất khi năm 2013 dịch vụ du lịch đạt 7,5 tỷ USD, tăng 9,9%; dịch vụ vận tải 2,2 tỷ USD, tăng 5,8% so với năm 2012, giá trị xuất

khẩu của hai ngành này đã tăng hơn gấp đôi so với năm 2005 (Tổng cục thống kê, 2013). Nhập khẩu dịch vụ của VN lại tăng nhanh hơn xuất khẩu khi giá trị nhập khẩu ngành vận tải năm 2010 đã tăng hơn gấp 3 lần so với năm 2005. Mặc dù không có số liệu thống kê cụ thể về số lượng HĐTMDV quốc tế cũng như cụ thể giá trị của các hợp đồng này nhưng qua kết quả của tình hình xuất nhập khẩu được thống kê toàn diện cho thấy từ năm 2005 đến 2013 luôn gia tăng (xem cụ thể Bảng 3.1) có thể kết luận là về số lượng và giá trị của các hợp đồng này là ngày càng gia tăng.

2.1.3. Nhiều hợp đồng thương mại dịch vụ phức tạp được ký kết và thực hiện

2.1.3.1 Các hợp đồng môi trường và du lịch lữ hành

Hợp đồng thương mại các dịch vụ môi trường như dịch vụ thoát nước, dịch vụ thu gom rác, dịch vụ vệ sinh là những dịch vụ được chú ý hiện nay khi cuộc sống của con người được cải thiện. Dịch vụ về môi trường trước kia thông thường do Nhà nước cung cấp nhưng hiện nay rất nhiều công ty tham gia vào lĩnh vực này khi chính sách thuế ưu đãi cho loại hình công ty này là rất lớn như không phải chịu thuế giá trị gia tăng. Thông qua các công ty cung cấp dịch vụ này thì mỗi ngày có hàng ngàn hợp đồng lớn nhỏ được ký kết và thực hiện để xử lý rác thải cho VN.

HĐTMDV du lịch và lữ hành: du lịch của VN trong những năm vừa qua được đánh giá có sự tăng trưởng vượt bậc, theo đánh giá của tổ chức Giám sát Doanh nghiệp quốc tế (BMI) (2011) thì du lịch VN lên đứng đầu khu vực với số lượng thu hút khách là 5,58 triệu lượt khách quốc tế trong năm 2011, theo báo cáo của Bộ Văn hóa Thể thao Du lịch (2014) trong 6 tháng của năm 2014 ước đạt gần 4,3 triệu lượt khách, tăng 21,11% so với cùng kỳ năm 2013. Về xuất khẩu du lịch tại chỗ trong năm 2012, tăng 5% và bình quân tăng 6% hàng năm, tới năm 2022 đạt 4,3% tổng kim ngạch xuất khẩu quốc gia. Du lịch nội địa cũng được kích cầu với những hợp đồng liên kết giữa các hãng máy bay với các công ty du lịch cũng như các địa điểm tham quan trên cả nước, tính đến 6 tháng đầu năm 2014 thì khách du lịch nội địa đạt khoảng 23,4 triệu lượt, tăng 6,9% tổng thu từ khách du lịch đạt 125 tỷ đồng, tăng 22%, điều này chứng tỏ số lượng HĐTMDV trong lĩnh vực du lịch tăng trưởng cao.

2.1.3.2 Các hợp đồng dịch vụ văn hóa và giải trí

Hợp đồng thương mại các dịch vụ văn hoá và giải trí: Đây được xem là lĩnh vực mới nhưng lại phát triển với tốc độ nhanh chóng ở VN khi số lượng các công ty tham

gia vào thị trường này ngày càng gia tăng. Các khu vui chơi, văn hóa và giải trí của VN được xây dựng trên nhiều thành phố lớn được đầu tư với quy mô lớn, nhiều hình thức đa dạng và phong phú đã thu hút được số lượng khách hàng lớn.

2.1.3.3 Các hợp đồng dịch vụ vận tải

Các nhà cung cấp dịch vụ vận tải hầu hết là từ khu vực tư nhân. Điều này một phần là nhờ những thay đổi chính sách hỗ trợ nền kinh tế đa thành phần và khuyến khích sự phát triển của lĩnh vực tư nhân. Vận tải đường sắt cũng có sự đột biến khi trước kia chỉ có một nhà cung cấp duy nhất là Tổng công ty đường sắt VN nhưng hiện nay đã có các công ty tư nhân như Livitranss-Express vận hành tuyến Hà Nội - Lào Cai, Ratracos, Tulico. Vận tải đường biển là lĩnh vực vận tải có sự cạnh tranh lớn nhất khi số lượng DN vận tải nước ngoài tham gia vào thị trường này là khá nhiều với những nhà cung cấp có năng lực tài chính lớn với dịch vụ đa dạng như dịch vụ xếp dỡ, công ten nơ hóa. Các cảng biển của VN giữ vai trò quan trọng trong khu vực vì vậy số lượng hàng hóa được lưu thông là rất lớn, theo Cục Hàng hải VN (2011) thì năm 2011 lượng hàng hóa thông qua cảng biển VN đạt xấp xỉ 290 triệu Tấn. Dự báo lượng hàng thông qua toàn bộ hệ thống cảng biển như sau: 500 - 600 triệu Tấn/năm vào năm 2015; 900 - 1.100 triệu Tấn/năm vào năm 2020; 1.600 - 2.100 triệu Tấn/năm vào năm 2030. Dịch vụ vận tải hàng không cũng đánh dấu một mốc quan trọng khi không chỉ VN Airlines và Vasco là nhà cung cấp cho nội địa duy nhất ở VN mà còn Jetstar, Viet Jetair. Điều này cho thấy HĐTMDV về vận tải cũng gia tăng.

2.1.3.4. Hợp đồng thương mại dịch vụ trong lĩnh vực xây dựng

HĐTMDV dịch vụ xây dựng và kỹ sư công trình: Trong những năm qua, tốc độ phát triển kinh tế nhanh dẫn đến số lượng các công trình được xây dựng trên các thành phố lớn tăng lên nhanh chóng, Tp Hồ Chí Minh tự hào với tháp Betexco, Hà Nội thì có tòa nhà Keangnam, Quảng Ninh với cầu dây văng bãi cháy Hạ Long, đi kèm những công trình mang tính thế kỷ này là những hợp đồng thương mại về dịch vụ xây dựng và kỹ sư công trình, nó thể hiện rằng các DNVN đã đủ cung cấp các dịch vụ cho những công trình mang tầm vóc quốc tế, tham gia ký kết những hợp đồng có giá trị lớn. Ngoài ra, lĩnh vực này còn ghi nhận việc xuất hiện các DN nước ngoài tham gia.

Ngành xây dựng gắn liền với thị trường bất động sản, do đó có thể dựa vào thực trạng của thị trường bất động sản để phân tích thực trạng hợp đồng xây dựng hiện nay.

Thị trường bất động sản VN nóng lên trong giai đoạn 2008-2010 dẫn đến rất nhiều công trình, dự án được cấp phép và triển khai và kết quả số lượng các hợp đồng xây dựng cũng tăng cao trong giai đoạn này. Từ năm 2010 đến nay ảnh hưởng của suy thoái kinh tế cũng như thị trường bất động sản sau một thời gian tăng trưởng quá nóng dẫn đến hiện tượng suy thoái nặng nề, đặc biệt những tháng cuối năm 2012 và đầu năm 2013 điều này dẫn đến hệ lụy ngành xây dựng cũng bị ảnh hưởng và số lượng hợp đồng xây dựng cũng giảm sút mạnh, bên cạnh đó rất nhiều hợp đồng xây dựng không được hoàn thành và các công ty xây dựng bị rơi vào thua lỗ vì phải chờ vốn hoặc giá nguyên vật liệu, nhân công gia tăng so với khi ký hợp đồng. Theo báo cáo về tình hình sản xuất kinh doanh của các DN thuộc ngành xây dựng, và kinh doanh bất động sản mà Bộ Xây dựng (2014) tính đến 01/01/2014, tổng số DN ngành xây dựng đang hoạt động là 68.649 DN (năm 2012 là 55.870 DN, năm 2011 là 48.733 doanh nghiệp). Tổng số DN có lãi là 37.197 DN (năm 2011 là 33.362 DN), số DN kinh doanh thua lỗ là 17.000 DN (năm 2011 là 14.998 DN). Tổng số DN dừng hoạt động hoặc giải thể là 2.637 DN (năm 2011 là 2.411 DN). So với năm 2011, tỷ lệ DN xây dựng dừng hoạt động, giải thể tăng 6,2%, DN kinh doanh bất động sản tăng 24,1%. Trong năm 2013 chỉ có 80% DN xây dựng hoạt động có lãi, số DN kinh doanh thua lỗ là 15.296 DN (năm 2011 là 14.998 DN). Tuy nhiên giá trị của hợp đồng xây dựng vẫn tăng khi theo số liệu được Bộ Xây dựng cập nhật, thì giá trị tăng thêm của ngành xây dựng 6 tháng đầu năm 2014 (theo giá hiện hành) ước đạt 352.700 tỷ đồng, tăng 8,4% so với năm 2013 tương đương 6,1% GDP cả nước (Bộ Xây dựng, 2014).

2.1.3.5. Hợp đồng thương mại dịch vụ trong lĩnh vực bảo hiểm

Nền kinh tế đang rơi vào suy thoái nhưng thị trường bảo hiểm vẫn duy trì được sự tăng trưởng của mình, từ đó cho thấy số lượng HĐTMDV trong lĩnh vực bảo hiểm gia tăng. Theo báo cáo của Cục Quản lý và Giám sát Bảo hiểm (2014) thì tổng doanh thu phí bảo hiểm của toàn thị trường năm 2013 ước đạt 44.388 tỷ đồng, tăng 7,6% so với năm 2012, trong đó doanh thu phí bảo hiểm phi nhân thọ ước đạt 23.968 tỷ đồng, tăng 5%; doanh thu phí bảo hiểm nhân thọ ước đạt 20.420 tỷ đồng, tăng 11%. Tổng số tiền đầu tư ước đạt 109.000 tỷ đồng tăng 21,7% so với năm 2012, trong đó, DN nhân thọ khoảng 81.000 tỷ đồng, DN phi nhân thọ khoảng 28.000 tỷ đồng. Nhiều sản phẩm mới ra đời dẫn đến các loại hợp đồng bảo hiểm cũng đa dạng hơn và tổng giá trị hợp đồng cũng tăng lên. Theo báo cáo của Bộ Tài chính (2014) trong 3 tháng đầu năm 2014 nhìn

chung các hợp đồng nghiệp vụ đều tăng trưởng về giá trị hợp đồng trong đó hợp đồng bảo hiểm xe cơ giới dẫn đầu với doanh thu 1.950 tỷ đồng tăng trưởng 7.7%; Bảo hiểm hàng hóa vận chuyển đạt 494 tỷ đồng tăng trưởng 24,6% ..

2.1.3.6. Hợp đồng thương mại dịch vụ trong lĩnh vực ngân hàng

Hợp đồng thương mại các dịch vụ tài chính càng ngày càng đa dạng khi các tập đoàn tài chính ở VN đang ngày càng lớn mạnh và đóng vai trò lớn trong nền kinh tế của nước ta, các tập đoàn này cung cấp những sản phẩm mới cho đối tác và khách hàng ở VN nhằm thực hiện dịch vụ của mình. Ngoài ra, các tập đoàn tài chính, ngân hàng lớn của thế giới đã vào VN và thành lập các công ty 100% vốn nước ngoài như: Ngành ngân hàng có 14 ngân hàng nước ngoài như Ngân hàng ANZ VN, Deutsche Bank VN, City Bank VN, HSBC VN và 6 ngân hàng liên doanh. Sự xuất hiện này sẽ làm tăng sự cạnh tranh đối với các công ty dịch vụ tài chính của VN khi các tập đoàn này mang tới những sản phẩm mới và đa dạng như thanh toán điện tử, tài trợ thương mại, dịch vụ quản trị tiền mặt, dịch vụ ngân hàng đầu tư.

Giai đoạn 2005 - 2010 đánh dấu sự tăng trưởng của các hợp đồng tín dụng, tuy nhiên sau đó vì ảnh hưởng tình hình suy thoái kinh tế và các chính sách nhằm kiểm soát các rủi ro tín dụng dẫn đến số lượng hợp đồng tín dụng giảm trong năm 2011 và 2012. Tuy nhiên, theo kết quả cuộc điều tra xu hướng kinh doanh quý I năm 2014 do Vụ Dự báo Thống kê Tiền tệ (2014) thì các ngân hàng đang lạc quan hơn về tình hình kinh doanh, theo đó nhu cầu sử dụng dịch vụ tại các tổ chức tín dụng tiếp tục phục hồi, có xu hướng tăng nhẹ trong những tháng cuối năm 2013 và dự kiến tiếp tục tăng trong năm 2014, đặc biệt là nhu cầu gửi tiền và vay vốn. Qua đó có thể nhận định rằng HĐTMDV trong lĩnh vực tài chính ngân hàng sẽ phục hồi và tăng trưởng về số lượng và giá trị.

2.2. Thực trạng giải quyết tranh chấp về hợp đồng thương mại dịch vụ tại Việt Nam

Như đã phân tích ở chương 1, trong số các phương thức GQTC như thương lượng, hòa giải, trung gian, tổ tụng mini v.v... ở VN cả về pháp luật và trong thực tiễn, các DNVN chỉ sử dụng 4 phương thức GQTC là thương lượng, hòa giải, tòa án và trọng tài. Do đó, phần này NCS chỉ phân tích thực trạng GQTC về HĐTMDV theo những phương thức trên. Để dễ theo dõi, NCS chia phần này thành 3 mục là thực trạng GQTC về HĐTMDV bằng thương lượng, hòa giải và thực trạng GQTC về HĐTMDV bằng tòa án và trọng tài.

2.2.1. Giải quyết tranh chấp về hợp đồng thương mại dịch vụ thông qua thương lượng và hòa giải

2.2.1.1 Thực trạng các qui định của pháp luật Việt nam về giải quyết tranh chấp thông qua thương lượng và hòa giải

Đánh giá thực trạng pháp luật VN về GQTC thông qua thương lượng và hòa giải có thể rút ra một số thuận lợi dưới đây:

- *Pháp luật VN đã thừa nhận thương lượng và hòa giải là các phương thức GQTC trong kinh doanh, thương mại:* Hai phương thức này đã được đưa vào LTM 1997, theo Điều 239 LTM 1997 quy định về hình thức GQTC như sau: “*Các bên tranh chấp có thể thỏa thuận chọn một cơ quan, tổ chức hoặc cá nhân làm trung gian hòa giải*”. Đến năm 2005, trên cơ sở cải cách pháp luật, Chính phủ đã sửa đổi và ban hành LTM 2005, trong đó có quy định về nguyên tắc tự do, tự nguyện thỏa thuận trong hoạt động thương mại: “*Các bên có quyền tự do thỏa thuận không trái với các quy định của pháp luật, thuần phong mỹ tục và đạo đức xã hội để xác lập các quyền và nghĩa vụ của các bên trong hoạt động thương mại...*” (Điều 11 LTM 2005). Quy định này đã được cụ thể hóa tại Điều 317 của Luật này, theo đó thương lượng, hòa giải được coi là một trong những phương thức GQTC. Thương lượng, Hòa giải cũng được đề cập đến trong các phương thức GQTC liên quan đến đầu tư trong Luật Đầu tư 2005: “*Tranh chấp liên quan đến hoạt động đầu tư tại Việt Nam được giải quyết thông qua thương lượng, hoà giải, Trọng tài hoặc Tòa án theo quy định của pháp luật*” (Điều 12 Luật Đầu tư VN 2005).

- *Các điều ước quốc tế mà VN tham gia cũng qui định về thương lượng và hòa giải với ý nghĩa là phương thức GQTC:* Các Hiệp định bảo hộ và khuyến khích đầu tư, các Hiệp định thương mại song phương và đa phương cũng có những quy định về áp dụng phương thức thương lượng, hòa giải như là các biện pháp ưu tiên trong việc giải quyết các tranh chấp phát sinh. Ví dụ, tại Điều 8.1 Hiệp định khuyến khích và bảo hộ đầu tư lẫn nhau giữa Chính phủ CHXHCN Việt Nam với Chính phủ nước Cộng hòa Áo, quy định: “*Bất kỳ tranh chấp nào phát sinh từ đầu tư giữa một Bên ký kết và nhà đầu tư của Bên ký kết kia, trong chừng mực có thể, sẽ được giải quyết thông qua thương lượng hòa giải các Bên tranh chấp*”.

- *Thủ tục hòa giải cũng được qui định trong Bộ luật TTDS năm 2005:* Điều 12 BLDS năm 2005 quy định: “*Trong quan hệ dân sự, việc hòa giải giữa các bên phù*

hợp với quy định của pháp luật được khuyến khích. Không ai được dùng vũ lực hoặc đe dọa dùng vũ lực khi tham gia quan hệ dân sự, giải quyết các tranh chấp dân sự". Trong Bộ luật TTDS, hoà giải vừa được quy định với nghĩa là quyền tự định đoạt của đương sự, đồng thời cũng được ghi nhận là một trong những nguyên tắc đặc trưng của tố tụng dân sự. Điều 5.2 Bộ luật TTDS 2004 quy định: *"Trong quá trình giải quyết vụ việc dân sự, các đương sự có quyền... thoả thuận với nhau một cách tự nguyện, không trái pháp luật và đạo đức xã hội"*. Và toà án có trách nhiệm tiến hành hoà giải, tạo điều kiện thuận lợi để các đương sự thoả thuận với nhau về việc giải quyết vụ án theo quy định của Bộ luật TTDS.

- *Pháp luật về TTTM cũng quy định về thương lượng, hòa giải*: Luật TTTM 2010 cũng có một số quy định về hòa giải. Điều 4.1 quy định: *"Trọng tài viên phải tôn trọng thoả thuận của các bên nếu thoả thuận đó không vi phạm điều cấm và trái đạo đức xã hội"*. Bên cạnh đó, Điều 9 Luật TTTM quy định về thương lượng, hoà giải trong tố tụng trọng tài như sau: *"Trong quá trình tố tụng trọng tài, các bên có quyền tự do thương lượng, thoả thuận với nhau về việc giải quyết tranh chấp hoặc yêu cầu Hội đồng trọng tài hòa giải để các bên thoả thuận với nhau về việc giải quyết tranh chấp"*.

- *Các tổ chức TTTM phi chính phủ của VN cũng qui định về hòa giải*: Ví dụ, Trung tâm Trọng tài quốc tế VN bên cạnh Phòng Thương mại và Công nghiệp Việt Nam (VIAC) đã xây dựng quy trình hòa giải thương mại. Đây là một nỗ lực lớn của VIAC trong việc định hướng cho các bên lựa chọn hòa giải viên và khuyến nghị trình tự, thủ tục cho các bên lựa chọn làm căn cứ cho quá trình hòa giải ngoài tố tụng tư pháp. Quy tắc hoà giải của VIAC gồm 20 điều, có hiệu lực từ ngày 10/9/2007, được áp dụng cho việc hoà giải tranh chấp phát sinh từ hoặc liên quan tới quan hệ pháp lý trong hoạt động thương mại, khi các bên quyết định tiến hành hoà giải tranh chấp thông qua VIAC. Việc ban hành Quy tắc hòa giải của VIAC và việc xây dựng một số điều khoản về hòa giải và thương lượng trong Luật TTTM thể hiện rằng, hòa giải đã bắt đầu có xu hướng phát triển thành một phương thức GQTC kinh doanh thương mại độc lập ở VN.

Tuy nhiên, bên cạnh đó, pháp luật cũng còn tồn tại nhiều bất cập. Đó là:

- *Các qui định hướng dẫn về thương lượng, hòa giải còn thiếu*: Để phương thức GQTC bằng thương lượng và hòa giải được các DN quan tâm và áp dụng thường xuyên, pháp luật phải có những qui định hướng dẫn. Tuy nhiên, trong thực tế, pháp

luật VN hầu như không có qui định hướng dẫn, cụ thể là hòa giải ngoài tố tụng trong GQTC thương mại giống như thương lượng vẫn còn là hoạt động tự phát, chưa có tài liệu pháp lý hướng dẫn cụ thể và cũng không theo một nguyên tắc thống nhất nào mặc dù đã được thừa nhận trong các văn bản pháp luật chuyên ngành và cả luật chung như BLDS với tư cách là các phương thức GQTC. Hòa giải trong tố tụng tại tòa án nhìn chung vẫn còn mang tính hình thức, phụ thuộc phần lớn vào trình độ, khả năng của thẩm phán (Phạm Thị Hoài Phương, 2010, tr.36).

- *Có rất ít văn bản pháp luật chuyên ngành về TMDV qui định về thương lượng, hòa giải:* Trong lĩnh vực TMDV hiện nay ở VN phần lớn các văn bản pháp luật chuyên ngành chưa qui định về thương lượng, hòa giải ví dụ Luật Kinh doanh bảo hiểm năm 2000 không qui định về thương lượng, hòa giải, tương tự như vậy là Luật Kế toán 2003, Luật Kinh doanh bất động sản 2006. Chỉ có một số ít văn bản pháp luật có qui định về thương lượng, hòa giải như Luật Xây dựng 2003 (khoản 3 Điều 10), Luật Kiểm toán độc lập 2011 (Điều 61.1) ...

- *Pháp luật thương mại VN nói chung và các văn bản pháp luật về HĐTMDV nói riêng chưa qui định về các phương thức GQTC như tố tụng mi ni hay xét xử sơ khởi có bồi thẩm đoàn:* Hai phương thức này như đã phân tích ở chương 1 của Luận án, đã được các nước phát triển áp dụng và có nhiều thuận lợi cho các bên tham gia tranh chấp, được qui định một cách cụ thể các qui trình, thủ tục trong quá trình GQTC. Pháp luật VN không có những phương thức như vậy dẫn đến số lượng cách thức GQTC cho DN bị bó hẹp, trong khi những phương thức hiện tại thì lại không được qui định một cách chi tiết.

2.2.2.2. *Thực trạng giải quyết tranh chấp về hợp đồng thương mại dịch vụ thông qua thương lượng và hòa giải.*

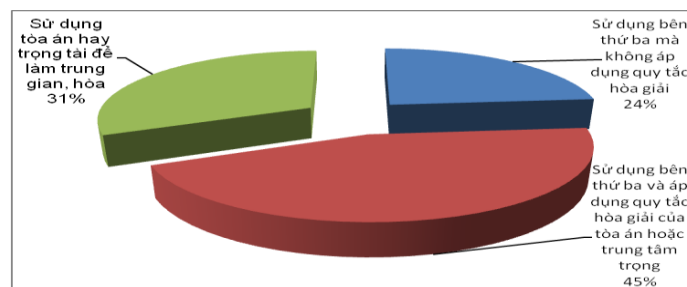
Việc GQTC về HĐMDV thông qua thương lượng và hòa giải tại VN trong thời gian qua có những thuận lợi dưới đây:

- *Các DNVN đều đã sử dụng thương lượng và hòa giải với ý nghĩa là phương thức GQTC phát sinh về HĐTMDV.* Khi bắt đầu xảy ra tranh chấp, các bên thường có tâm lý giải quyết như thế nào cho nhẹ nhàng và hợp tình hợp lý, tránh gây ra những mâu thuẫn căng thẳng. Theo kết quả điều tra do NCS thực hiện về các phương thức GQTC mà DN biết đến và sử dụng, tỉ lệ DN biết đến 2 phương thức này dường như là 100%; đồng thời cũng chiếm tỷ lệ cao nhất về phương thức DN đã sử dụng (Xem Phụ lục 1

Báo cáo kết quả điều tra ở cuối Luận án). Khi được đề cập về vấn đề ưu tiên thứ tự của các phương thức GQTC, thương lượng được 456 DN lựa chọn đầu tiên, hòa giải được 248 DN lựa chọn cho sự ưu tiên thứ hai (Xem Phụ lục 1 Báo cáo kết quả điều tra ở cuối Luận án). Đây là thuận lợi và kết quả đầu tiên liên quan đến việc GQTC HĐTMDV bằng thương lượng, hòa giải ở VN. Điều này cho thấy các DNVN đã có nhận thức tốt về 2 phương thức này.

- *DN đã biết áp dụng những quy tắc hòa giải để tiến hành hòa giải:* Mặc dù pháp luật về GQTC về HĐTMDV ở VN không bắt buộc các bên phải theo một quy trình thủ tục nào để thực hiện hòa giải giữa các bên, nhưng để tạo cơ sở pháp lý trong quá trình hòa giải, các DN đã biết lựa chọn bên thứ ba hoặc tòa án, trọng tài làm hòa giải. Ngoài ra, các DN đã biết lựa chọn các quy tắc hòa giải của các tổ chức này để tiến hành hoạt động hòa giải. Theo kết quả điều tra do NCS thực hiện thì chỉ có 108 DN sử dụng bên thứ ba mà không áp dụng quy tắc hòa giải nào, trong khi đó có đến 350 DN đã lựa chọn quy tắc hòa giải của tòa án hoặc trọng tài để tổ chức hòa giải (Xem Biểu đồ 2.1).

Biểu đồ 2- 1: Cách thức doanh nghiệp thực hiện trung gian, hòa giải



Nguồn: Tác giả tổng hợp từ kết quả điều tra

- *Đã xuất hiện các công ty cung cấp dịch vụ thương lượng, hòa giải thương mại:* Dịch vụ hòa giải đã được các công ty luật chú ý như công ty luật Law pro, công ty tư vấn luật, công ty Trí tuệ luật ... theo đó các công ty này sẽ tư vấn và tham gia thương lượng, hòa giải vụ việc giữa các bên. Ngoài ra, các công ty này cũng cung cấp các khóa đào tạo, thảo luận và tư vấn đối với các công ty luật và dịch vụ này cũng đóng vai trò quan trọng trong việc thiết kế quy trình (các bước) GQTC bằng cách sử dụng internet và tổ chức phiên hòa giải qua video, đặc biệt trong trường hợp các công ty đang đối mặt với vấn đề về khoảng cách địa lý.

- *Các tòa án đã chú trọng làm tốt công tác hoà giải trong quá trình GQTC, thông qua đó giúp đẩy nhanh quá trình GQTC:* Về cơ bản, các tòa án đã thực hiện đúng quy

định của pháp luật trong quá trình giải quyết vụ án và thực sự quan tâm làm tốt công tác hòa giải, nên tỷ lệ hòa giải thành đạt mức khá cao trong tổng số các vụ tranh chấp liên quan tới thương mại. Một số tòa án có tỷ lệ hòa giải thành cao là: TAND TP Hồ Chí Minh, TAND Hà Nội và các tỉnh Trà Vinh, Tây Ninh, Đồng Tháp, Long An, Bà Rịa Vũng Tàu, Lâm Đồng.... (TAND Tối cao 2013).

- *Số lượng tranh chấp được giải quyết bằng hòa giải tại VIAC cũng có bước phát triển:* Theo số liệu từ Sổ theo dõi các vụ kiện của VIAC, số vụ được giải quyết thông qua hòa giải chiếm tỷ lệ khá nhỏ nhưng có xu hướng tăng lên qua các năm, trung bình khoảng hơn 12,1% số vụ được đưa ra giải quyết tại VIAC trong giai đoạn 2002-2013. Cụ thể là từ không (0/19) vụ vào năm 2002, tăng dần lên một (1/15) vụ vào năm 2003, hai (2/30) vụ vào năm 2004, bốn (4/32) vụ vào năm 2006, đến năm 2008 con số này là 8/50 vụ, chiếm tỷ lệ 17,4% và năm 2012 là mười hai vụ (12/88) trên tổng số vụ tranh chấp được đưa ra giải quyết ở VIAC vào năm này.

- *Hòa giải được tiến hành dưới nhiều hình thức:* Vì đặc trưng của hòa giải là không bị ràng buộc bởi các quy định về thủ tục tố tụng, vì vậy các bên tranh chấp đã tạo dựng nên nhiều cách thức hòa giải như dựa vào các hiệp hội làm bên trung gian hòa giải để tiến hành hiệp thương giữa các bên đối với nhau. Ví dụ Hiệp hội doanh nghiệp Tiền Giang trong năm 2013 đã làm trung gian hòa giải thành công về các vấn đề giữa các DN, thành viên có khúc mắc với nhau (Việt Hà, 2013).

Tuy nhiên, những bất cập vẫn tồn tại. Đó là:

- *DN vẫn mắc những lỗi cơ bản khi tham gia thương lượng:* mặc dù thương lượng được nhiều DN lựa chọn đầu tiên để GQTC, nhưng để thực hiện thành công thương lượng đòi hỏi DN phải có một sự chuẩn bị kỹ lưỡng. Theo kết quả điều tra tại (Xem Phụ lục 1 Báo cáo kết quả điều tra ở cuối Luận án) thì các DNVN vẫn chưa có sự chuẩn bị tốt trong quá trình thương lượng. Những lỗi mà DN thường gặp khi thương lượng như là: Chưa chuẩn bị phương án thương lượng, thiếu chứng cứ để ràng buộc đối phương, ngồi vào bàn đàm phán với suy nghĩ mình luôn phải thắng, không chọn được thời điểm để kết thúc cuộc thương lượng còn chiếm tỉ lệ cao. Những lỗi này sẽ làm ảnh hưởng tiêu cực đến tâm lý cho các bên và sẽ dẫn đến những kết quả bất lợi như mất nhiều thời gian thương lượng, khó đạt được thỏa thuận khi GQTC trong quá trình thương lượng.

- *Vẫn ít DN tin tưởng vào những thỏa thuận đạt được từ quá trình thương lượng hay hòa giải:* Theo ông Dương Đăng Huệ, Vụ trưởng Vụ Pháp luật Dân sự Kinh tế Bộ Tư pháp, thì mặc dù pháp luật VN quy định 4 phương thức GQTC tuy nhiên theo thống kê thì DN chủ yếu lựa chọn tòa án, trọng tài còn thương lượng và hòa giải ít khi được lựa chọn cũng DN vẫn ít như tin tưởng vào hai phương thức này (Dương Đăng Huệ 2012).

- *Vẫn còn sai sót trong quy trình thủ tục hòa giải:* Pháp luật VN chưa có quy định về thủ tục hòa giải dẫn đến không ít những vụ hòa giải không được công nhận vì sai phạm về mặt thủ tục. TAND Hà Nội đã ra quyết định công nhận sự thỏa thuận của các đương sự số 129/2008/QĐST-KDTM ngày 5/9/2008 giữa nguyên đơn là Công ty TNHH công nghiệp và thương mại Á Châu và bị đơn là Công ty TNHH Bình Minh là vi phạm tố tụng vì trong Biên bản hoà giải thành này chỉ có chữ ký của Thẩm phán chủ trì buổi hoà giải mà thiếu toàn bộ chữ ký của đương sự tham gia hoà giải. Hay trong vụ kiện giữa nguyên đơn là Ngân hàng Công thương VN và bị đơn là Ông Nguyễn Thanh Tùng, TAND Tỉnh Vĩnh phúc đã ban hành Quyết định công nhận sự thỏa thuận của các đương sự số 07/2009/QĐST-KDTM ngày 22/4/2009, tuy nhiên sau đó Ngân hàng có đơn khiếu nại Quyết định công nhận sự thỏa thuận theo thủ tục giám đốc thẩm vì “Biên bản hoà giải” và “Biên bản hoà giải thành” cùng ngày 16/4/2009 đã có nội dung khác nhau, và so với Quyết định công nhận sự thỏa thuận cũng không thống nhất, dẫn đến việc đương sự khiếu nại. (Phùng Hải Hiệp 2012, tr 3).

Những bất cập nêu trên là do có một số nguyên nhân sau đây:

Thứ nhất, pháp luật VN quy định về thương lượng, hòa giải còn sơ sài, đặc biệt là thương lượng và hòa giải tranh chấp thương mại. Cho đến hiện nay, VN chưa có một khung pháp lý hoàn chỉnh, quy định cụ thể về cơ chế GQTC bằng hòa giải với tư cách là một biện pháp GQTC độc lập. Ví dụ, tính bí mật trong quá trình hòa giải đóng vai trò vô cùng quan trọng đối với các bên, tuy nhiên Bộ luật TTDS năm 2004 chưa có quy định cụ thể nào nhằm hạn chế quyền của tòa án trong việc triệu tập hòa giải viên như là một nhân chứng của vụ án. Điều 66, Bộ luật TTDS năm 2004 có quy định người làm chứng được từ chối khai báo nếu lời khai của mình liên quan đến bí mật nghề nghiệp. Liệu những thông tin mà hòa giải viên có được trong quá trình hòa giải có được coi là bí mật nghề nghiệp và hòa giải viên có quyền từ chối cung cấp những thông tin này vẫn chưa được quy định cụ thể? Điều đó khiến cho hoạt động hòa giải

tranh chấp thương mại tại VN thiếu tính chuyên nghiệp và là nguyên nhân khiến các DN còn e ngại khi sử dụng phương thức này.

Thứ hai, khả năng bảo đảm việc thi hành kết quả của thương lượng, hòa giải còn thấp. Do thương lượng, hòa giải được tiến hành dựa trên sự thỏa thuận của các bên, nên giá trị pháp lý của thỏa thuận hòa giải không có giá trị bắt buộc như phán quyết của tòa án hay trọng tài. Việc thi hành tùy thuộc vào ý chí và sự tự nguyện của các bên. Thực tiễn cho thấy, rất khó để bảo đảm việc các bên cam kết thi hành đúng các vấn đề đã được thỏa thuận trong phiên hòa giải cũng như trong Biên bản hòa giải thành.

Thứ ba, tại VN hiện nay còn thiếu các tổ chức hòa giải chuyên nghiệp. Một số trung tâm trọng tài cũng đã cung cấp dịch vụ hòa giải, nhưng ngoại trừ VIAC có các bộ quy tắc để áp dụng GQTC thông qua hòa giải, đặc biệt là VIAC còn ban hành quy tắc hòa giải của riêng mình, thì hoạt động của các trung tâm này còn manh mún, yếu về nhân lực, tổ chức và cơ sở vật chất chưa đáp ứng được nhu cầu thực tế. Hiệu quả hòa giải còn hạn chế do số vụ việc được TTTM thụ lý và giải quyết còn rất ít. Hơn nữa, đội ngũ hòa giải viên ở VN chủ yếu là tự phát, chưa chuyên nghiệp để hiểu tâm lý của các bên.

Bên cạnh đó, pháp luật VN cho đến nay vẫn chưa có quy định về vai trò của hòa giải viên và trình tự, thủ tục hòa giải. Đây là một thiếu sót lớn khiến cho những quy định về nguyên tắc hòa giải trong GQTC thương mại trong nước cũng như quốc tế vẫn mang nặng tính hình thức. Trong khi đó, VN đã gia nhập WTO và cam kết mở cửa dịch vụ hòa giải thương mại với tính chất là dịch vụ pháp lý, cam kết này đã có hiệu lực từ tháng 10 năm 2010. Điều này đặt ra sự cần thiết phải ban hành các quy định nội luật để thể chế hóa hoạt động hòa giải thương mại tại VN.

2.2.2. Giải quyết tranh chấp về hợp đồng thương mại dịch vụ tại tòa án

2.2.2.1. Thực trạng qui định của pháp luật Việt Nam về giải quyết tranh chấp tại Tòa án

- VN đã có khung pháp luật về thủ tục GQTC về HĐTMDV bằng tòa án: GQTC thương mại nói chung và HĐTMDV nói riêng bằng tòa án không phải là con đường truyền thống của VN khi từ giai đoạn 1945-1994 các tranh chấp này chủ yếu được giải quyết bằng cơ quan hành chính nhà nước hoặc trọng tài kinh tế nhà nước mà không có sự tham gia của tòa án. Việc ban hành Bộ luật TTDS 2004 với những điểm mới cơ bản,

trong đó có việc thống nhất trình tự tố tụng dân sự và tố tụng kinh tế là bước đột phá đầu tiên, cơ bản nhất của pháp luật GQTC thương mại bằng tòa án VN (Nguyễn Thị Hoài Phương 2010, tr. 99). Theo đó, các nguyên tắc tài phán nhà nước trong GQTC thương mại được thể hiện tương đối đầy đủ, cơ sở pháp lý cho việc tiến hành hoạt động tố tụng cũng được xác định rõ ràng, cụ thể hơn. Các văn bản pháp luật có liên quan tới chức năng nhiệm vụ của TAND như Nghị quyết về giao thẩm quyền các vụ việc dân sự cho TAND các cấp, các văn bản pháp luật về tố tụng dân sự, việc ban hành các văn bản chi tiết hướng dẫn thi hành pháp luật đã được xây dựng cụ thể và đầy đủ.

- *TAND Tối cao không ngừng ban hành các văn bản cụ thể hóa về thủ tục tố tụng tại tòa án để hướng dẫn áp dụng thống nhất giữa các tòa án trong phạm vi cả nước:* Trên cơ sở nghiên cứu các quy định mới của pháp luật và kết quả tổng kết kinh nghiệm xét xử của tòa án các cấp, Hội đồng Thẩm phán TAND Tối cao đã ban hành Nghị quyết hướng dẫn áp dụng thống nhất pháp luật như: Nghị quyết hướng dẫn thi hành Pháp lệnh Án phí, lệ phí tòa án năm 2012, Nghị quyết hướng dẫn thi hành một số quy định của Luật sửa đổi bổ sung một số điều của Bộ luật TTDS. Hiện nay, TAND Tối cao đang chỉ đạo tiếp tục xây dựng các nghị quyết của Hội đồng Thẩm phán TAND Tối cao hướng dẫn áp dụng thống nhất một số quy định của Bộ luật hàng hải, Pháp lệnh thủ tục bắt giữ tàu biển, Pháp lệnh thủ tục bắt giữ tàu bay; chủ trì, phối hợp với các cơ quan có liên quan xây dựng một số thông tư liên tịch hướng dẫn áp dụng một số quy định của Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Bộ luật TTDS.

Bên cạnh những thuận lợi nêu trên, vẫn còn những bất cập như sau:

- *Chưa có qui định khái niệm về HĐTMDV:* Việc thiếu khái niệm về HĐTMDV trong pháp luật thì sẽ dẫn đến các bên trong hợp đồng là DN hay chính cơ quan GQTC trong nhiều trường hợp cũng khó xác định tranh chấp đó là dân sự hay thương mại, và từ đó dẫn đến sự khó khăn trong việc áp dụng luật để GQTC.

- *Thời hiệu khởi kiện được quy định rải rác trong nhiều văn bản:* Quy định về thời hiệu khởi kiện hiện nay nằm rải rác ở các văn bản pháp luật nội dung, chuyên ngành (LTM tại Điều 319, Luật hàng hải tại Điều 97, Điều 118, Điều 137, tại Điều 142 ...) mà đáng lẽ phải được quy định ở văn bản luật tố tụng, điều này dẫn đến trong nhiều trường hợp các bên khó xác định được đâu là thời điểm bắt đầu và kết thúc thời hiệu vì không có sự thống nhất. Điều này gây bất lợi cho việc thực hiện quyền khởi kiện của các bên

và việc thụ lý giải quyết của tòa án trong tố tụng cũng gặp nhiều vướng mắc. Nhiều vụ việc khi chưa xác minh được có yếu tố hình sự dẫn đến các DN gửi đơn ra công an, sau thời gian đó thì mới được xác minh là không phải liên quan đến hình sự, lúc này các bên mới gửi ra Tòa án kinh tế để thụ lý, mặc dù quá trình xác minh ban đầu đã được TAND Tối cao hướng dẫn theo Công văn số 16/1999/KHXX ngày 1-2-1999 là không tính nhưng khi Bộ luật TTDS 2004 ra đời làm mất hiệu lực văn bản này, nhưng Bộ luật TTDS lại không quy định cụ thể về trường hợp này dẫn đến nhiều cách hiểu khác nhau, đặc biệt đối với HĐTMDV thì tính thời điểm quyền lợi và lợi ích hợp pháp bị xâm phạm cũng khó xác định khi đối tượng của hợp đồng là dịch vụ, là vô hình.

- *Chưa có điều ước quốc tế đa phương về công nhận và cho thi hành phán quyết của tòa án nước ngoài:* Đối với phán quyết của tòa án nước ngoài chủ yếu được công nhận dựa trên những quy định trong Bộ luật TTDS 2004 và các Hiệp định tương trợ tư pháp song phương giữa VN và các nước (Phụ lục 3). Vì trên thế giới hiện nay chưa có công ước, điều ước quốc tế đa phương về vấn đề này nên dẫn đến những khó khăn khi phán quyết của tòa án VN đối với các tranh chấp về HĐTMDV có yếu tố nước ngoài được tuyên ở VN nhưng hầu như không được thi hành ở nước ngoài. Điều này làm giảm sự hấp dẫn của việc GQTC bằng tòa án đối với các tranh chấp về HĐTMDV mà DNVN ký kết với các DN cung cấp dịch vụ nước ngoài.

2.2.2.2. *Thực trạng giải quyết tranh chấp về hợp đồng thương mại tại tòa án*

Trong thời gian qua, việc GQTC về HĐTMDV tại tòa án có những thuận lợi sau:

- *Bộ máy Tòa án Kinh tế trong TAND ngày càng được hoàn thiện nhằm đáp ứng nhu cầu GQTC nói chung và tranh chấp về HĐTMDV nói riêng:* Hệ thống TAND được tổ chức cùng với đơn vị hành chính từ cấp huyện đến cấp trung ương và có thẩm quyền xét xử chung đã tạo ra sự đồng bộ giữa cơ quan tố tụng và bộ trợ tư pháp của địa phương. Cơ cấu tổ chức bộ máy của mỗi cấp tòa án được tổ chức theo thẩm quyền xét xử và theo quy định của pháp luật tố tụng, do đó tương đối linh hoạt, đáp ứng các yêu cầu đòi hỏi của thực tiễn xét xử các loại vụ án, và đảm bảo sự phối hợp giữa các cơ quan tiến hành tố tụng, các cơ quan bộ trợ tư pháp với tòa án. Hiện nay, cả nước có 700 TAND cấp huyện, 63 TAND cấp tỉnh và TAND Tối Cao; tổng biên chế của TAND cấp tỉnh là 4088 người, trong đó có 1.170 Thẩm phán trung cấp; tổng biên chế

TAND cấp huyện là 10.427 người, trong đó có 4.865 Thẩm phán trung cấp và sơ cấp. (TAND Tối Cao, 2014)

- *Số lượng tranh chấp về HĐTMDV được Tòa án kinh tế thụ lý và giải quyết ngày càng gia tăng ở tất cả các cấp xét xử:* Theo số liệu thống kê (xem Bảng 2.1) số lượng các tranh chấp liên quan đến thương mại và kinh doanh nói chung và liên quan đến hợp đồng cung ứng dịch vụ ngày càng gia tăng trong giai đoạn 2008 – 2012. Số lượng vụ án liên quan đến hợp đồng cung ứng dịch vụ được thụ lý tại tòa sơ thẩm năm 2008 chỉ là 340 vụ, đến năm 2009 đã gia tăng lên 407, tăng 18%. Tỷ lệ % này tiếp tục gia tăng trong năm 2010 với 470 vụ, tăng 38%. Năm 2011 tiếp tục tăng với 561 vụ và 2012 có sự gia tăng đột biến nếu so với năm 2008 khi có đến 793 vụ việc được thụ lý về cung ứng dịch vụ, tức là trong vòng 5 năm số lượng vụ án đã tăng hơn 133%, cho thấy xu hướng ngày càng có nhiều tranh chấp về lĩnh vực này. Số liệu từ Bảng 2.1 cũng cho thấy số vụ tranh chấp về MBHH nhiều hơn so với vụ tranh chấp về cung ứng dịch vụ, tuy nhiên đây là dựa vào sự sắp xếp phân chia do TAND tối cao quy định, bởi vì nhìn vào Bảng 2.1 sẽ thấy bên cạnh các tranh chấp về cung ứng dịch vụ nói chung được tách riêng thì còn có các tranh chấp về các hợp đồng dịch vụ thương mại trong lĩnh vực phân phối, đại diện, đại lý, vận chuyển hàng hóa, bảo hiểm, tài chính, quảng cáo v.v... và như chương 1 đã phân tích thì thực chất đây là những tranh chấp về HĐTMDV. Do đó nếu xét tổng thể thì số lượng các tranh chấp liên quan đến HĐTMDV cũng không kém so với các vụ tranh chấp về TMHH được tòa án sơ thẩm giải quyết.

Trong các lĩnh vực dịch vụ được tách biệt cụ thể, thì có thể dễ dàng nhận thấy tranh chấp trong lĩnh vực tài chính, ngân hàng chiếm số lượng nhiều nhất. Nguyên nhân là do giai đoạn 2008 là giai đoạn bắt đầu suy thoái của thị trường tài chính của VN khi giai đoạn 2006, 2007 đánh dấu sự tăng trưởng mạnh mẽ của lĩnh vực này, cụ thể là thị trường chứng khoán phát triển dẫn đến hàng loạt các công ty tài chính ra đời, cung cấp các dịch vụ tài chính bao gồm cả đầu tư tài chính. Kết cục của sự tăng trưởng mạnh mẽ này đã dẫn tới sự không kiểm soát được về mặt quản lý vĩ mô của nhà nước và về mặt vi mô thì các DN, cá nhân nhà đầu tư trong lĩnh vực này gặp phải khó khăn và kết quả tất yếu là số vụ tranh chấp gia tăng như thực trạng thông qua các con số trên.

Bảng 2- 1: Số lượng các vụ tranh chấp về thương mại được giải quyết tại tòa sơ thẩm trong giai đoạn 2008-2012

Các loại hình tranh chấp	2008		2009		2010		2011		2012	
	Thụ lý	Giải quyết	Thụ lý	Giải quyết	Thụ lý	Giải quyết	Thụ lý	Giải quyết	Thụ lý	Giải quyết
1. MBHH	2158	1878	2532	2238	2777	2343	3331	2941	4296	3760
2. Cung ứng dịch vụ	340	294	403	327	470	401	561	476	793	671
3. Phân phối	11	7	11	9	22	19	23	23	12	11
4. Đại diện, đại lý	105	96	89	80	94	76	100	90	90	72
5. Ký gửi	4	4	5	4	8	7			3	2
6. Thuê, cho thuê, thuê mua	232	200	311	278	331	280	401	318	419	318
7. Xây dựng	227	197	238	179	251	176	293	215	363	288
8. Tư vấn kỹ thuật	16	14	15	11	20	11	18	15	21	16
9. Vận chuyển hàng hóa, hành khách bằng đường sắt	24	19	54	42	59	48	78	51	83	67
10. Vận chuyển hàng hóa, hành khách hàng không	25	21	37	31	27	25	8	8	15	11
11. Mua bán cổ phiếu, trái phiếu	17	13	235	208	199	175	121	100	67	49
12. Đầu tư tài chính, ngân hàng	971	915	1912	1717	2205	1986	2911	2697	4431	3977
13. Bảo hiểm	27	22	60	50	82	73	114	74	120	75
14. Thăm dò, khai thác	3	3	5	3	15	11	5	4	3	2
15. Tranh chấp về quyền sở hữu trí tuệ	11	9	14	10	24	19	31	22	32	21
16. Tranh chấp giữa công ty với các thành viên công ty...	109	87	137	95	152	94	197	136	222	138
17. Các tranh chấp khác	1098	963	1531	1271	1721	1285	1944	1510	3201	2439
18.1 Liên doanh liên kết									28	26
18.2 HĐ đầu tư									88	72
18.3 HĐ quảng cáo									3	2
Cộng	5378	4742	7589	6553	8457	7029	10136	8680	14290	12017

**Thụ lý là Tòa án tiếp nhận hồ sơ vụ tranh chấp theo đúng thủ tục*

**Giải quyết là Tòa án đã mở phiên xét xử để GQTC*

Nguồn: NCS tổng hợp từ tài liệu của TANDTC

**Bảng 2- 2: Số lượng các tranh chấp về thương mại được giải quyết tại
tòa án phúc thẩm trong giai đoạn 2008-2012**

Các loại hình tranh chấp	2008		2009		2010		2011		2012	
	Thụ lý	Giải quyết	Thụ lý	Giải quyết	Thụ lý	Giải quyết	Thụ lý	Giải quyết	Thụ lý	Giải quyết
1. MBHH	225	204	276	257	303	283	290	273	350	330
2. Cung ứng DV	23	22	38	37	65	65	55	53	57	53
3. Phân phối	2	2	1	1	1	1	3	3	7	7
4. Đại diện, đại lý	10	10	19	28	13	12	8	7	8	8
5. Ký gửi							1	1	0	0
6. Thuê, cho thuê, thuê mua	15	14	52	48	70	65	42	40	50	45
7. Xây dựng	27	25	38	35	52	49	52	51	61	54
8. Tư vấn kỹ thuật	2	2	2	2	6	6	2	2	3	2
9. Vận chuyển hàng hoá, hành khách đường sắt	6	5	7	5	11	6	16	10	14	9
10. Vận chuyển hàng hoá, hành khách bằng đường hàng không			1	1			2	2	2	1
11. Mua bán cổ phiếu, trái phiếu	4	4	16	12	27	24	22	18	17	15
12. Đầu tư tài chính, ngân hàng	54	38	124	101	195	164	235	184	346	306
13. Bảo hiểm	13	9	18	13	28	24	27	23	27	25
14. Thăm dò, khai thác	1	1							1	1
15. Tranh chấp về quyền SHTT	3	2	1	1	5	3	6	3	6	5
16. Tranh chấp giữa công ty với các thành viên công ty...	34	29	30	26	29	27	38	29	38	31
17. Tranh chấp khác	188	154	164	153	147	136	116	100	137	118
18. Liên doanh liên kết									1	1
19. HĐ đầu tư									2	2
20. Liên quan đến trọng tài							4	4		
Cộng	607	521	787	720	952	865	919	803	1127	1013

Nguồn: NCS tự tổng hợp từ tài liệu của TANDTC

- Số lượng các vụ tranh chấp được giải quyết tại Tòa phúc thẩm, thực hiện thủ tục giám đốc thẩm không nhiều cho thấy các bên hài lòng với kết quả GQTC tại Tòa án sơ thẩm về HĐTMDV mà không tiến hành kháng cáo hay kháng nghị lên tòa án cấp trên: Dù số lượng các vụ tranh chấp được giải quyết tại tòa án sơ thẩm rất nhiều nhưng trong

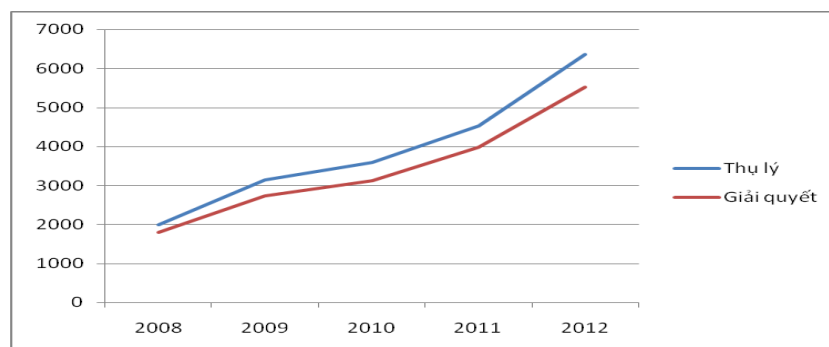
năm 2008 chỉ có 23 vụ tranh chấp được giải quyết ở cấp phúc thẩm; năm 2009 là 38 vụ, năm 2010 là 65 vụ, trong năm 2011 có sự giảm nhẹ khi chỉ có 55 vụ và năm 2012 là 57 vụ. Nếu so sánh số vụ tranh chấp liên quan đến hợp đồng TMHH thì số lượng vụ tranh chấp về HĐTMDV do tòa phúc thẩm xét xử ít hơn, thường chưa chiếm tới 10%. Tuy nhiên, như đã đề cập ở trên về cách phân loại tranh chấp của TAND Tối cao, khi phân tách các hợp đồng cung ứng dịch vụ ra khỏi các HĐTMDV cụ thể thì các vụ tranh chấp về HĐTMDV thấp hơn không đáng kể so với tranh chấp về TMHH (xem Bảng 2.2).

- *Số lượng các vụ tranh chấp về HĐTMDV trong lĩnh vực xây dựng và tài chính ngân hàng được giải quyết tại tòa phúc thẩm là nhiều nhất:* Điều này cũng phù hợp khi hai lĩnh vực này thường là những HĐTMDV có giá trị lớn và phức tạp và chịu nhiều sự tác động của sự phát triển của nền kinh tế trong giai đoạn 2008-2012, dẫn đến kết quả của tòa sơ thẩm có thể các bên không hài lòng và tiếp tục kháng cáo lên cấp phúc thẩm.

Bên cạnh những kết quả như đã nêu ở trên, việc GQTC về HĐTMDV tại Tòa án cũng còn nhiều bất cập, đó là:

- *Số lượng các vụ tranh chấp về HĐTMDV ở cấp Tòa sơ thẩm còn tồn đọng khá lớn:* Theo thống kê ở Bảng 2.1 ở trên thì hàng năm số lượng các vụ tranh chấp về HĐTMDV được thụ lý ở Tòa án cấp sơ thẩm thường tồn đọng 10%. Tình trạng này tồn tại trong suốt giai đoạn 2008-2012 (xem Đồ thị 2.1). Có hai nguyên nhân dẫn đến tình trạng tồn đọng này: *Thứ nhất*, số lượng các vụ tranh chấp về TMDV nói chung và về HĐTMDV nói riêng là quá tải so với thực trạng của bộ máy ngành Tòa án. *Thứ hai*, trình độ của cán bộ ngành Tòa án còn hạn chế, trong khi đó các tranh chấp về HĐTMDV thường phức tạp cả về tình tiết tranh chấp lẫn giá trị tranh chấp. *Thứ ba*, các qui định của pháp luật về các loại hình HĐTMDV còn thiếu, còn bất cập dẫn đến việc GQTC gặp nhiều khó khăn.

Đồ thị 2- 1: Số lượng vụ tranh chấp về hợp đồng thương mại dịch vụ được giải quyết tại tòa án sơ cấp giai đoạn 2008-2012



Nguồn: NCS tổng hợp từ số liệu của TAND Tối cao

- Vẫn còn có tình trạng vi phạm của tòa án trong việc ra phán quyết dẫn đến việc áp dụng thủ tục giám đốc thẩm gia tăng: Theo thống kê của TAND Tối cao, thủ tục giám đốc có xu hướng gia tăng trong các lĩnh vực theo từng năm, điều này cho thấy trong quá trình xét xử ở tòa các cấp đã có những vi phạm về thủ tục tố tụng dẫn đến các bên yêu cầu thực hiện thủ tục giám đốc thẩm. (Xem Bảng 2.3)

Bảng 2- 3: Số lượng các vụ tranh chấp về thương mại được giải quyết theo thủ tục giám đốc thẩm trong giai đoạn 2008-2012

Loại hình tranh chấp	2008		2009		2010		2011		2012	
	Thụ lý	Giải quyết	Thụ lý	Giải quyết	Thụ lý	Giải quyết	Thụ lý	Giải quyết	Thụ lý	Giải quyết
1. MBHH	4	4	26	26	10	10	15	10	33	26
2. Cung ứng dịch vụ	1	1	1	0	5	5	1	1	2	1
3. Phân phối	0	0	0	0	0	0	0	0	1	0
4. Đại diện, đại lý	0	0	0	0	0	0	2	1	2	1
6. Thuê, cho thuê, thuê mua	3	3	2	2	0	0	4	4	7	7
7. Xây dựng	0	0	8	5	4	4	6	4	14	8
8. Tư vấn kỹ thuật	0	0	3	3	0	0	0	0	0	0
9. Vận chuyển hàng hoá, hành khách đường sắt...	1	1	0	0	1	1	1	1	1	1
10. Đầu tư tài chính, ngân hàng	5	4	10	8	3	3	6	5	29	17
11. Bảo hiểm	2	1	3	3	0	0	3	1	4	2
12. Thăm dò, khai thác	0	0	0	0	1	1	0	0	0	0
13. Tranh chấp khác	1	1	2	2	1	1	16	11	5	4
Cộng	17	15	55	49	25	25	54	37	98	67

Nguồn: NCS tổng hợp từ số liệu của TANDTC

- Vẫn còn tình trạng có nhiều phán quyết sai, ảnh hưởng đến chất lượng xét xử của tòa án: Theo báo cáo tổng kết của ngành tòa án, hàng năm vẫn tồn tại những vấn đề như đánh giá chứng cứ trong một số trường hợp thiếu khách quan, thiếu toàn diện; Xác định không đúng quan hệ pháp luật có tranh chấp; Đánh giá không đúng mức độ lỗi của các bên trong quá trình giải quyết các tranh chấp; Tuyên bố hợp đồng vô hiệu không đúng quy định của pháp luật; Một số tòa án chưa xem xét đầy đủ yêu cầu của đương sự trong quá trình giải quyết vụ tranh chấp, dẫn tới việc giải quyết không đủ hoặc vượt quá yêu cầu của đương sự. Còn sai sót trong việc tính lãi suất đối với các tranh chấp về hợp đồng tín dụng v.v... Tình trạng này có thể thấy qua tranh chấp sau, trong vụ tranh chấp theo đó, Nguyên đơn là công ty Duy Linh và Bị đơn là Công ty bảo hiểm Bảo Long, Tòa cấp sơ thẩm và Tòa phúc thẩm đã có những quyết định sai như sau: Phán quyết vượt phạm vi đơn kiện khi mặc dù công ty Duy Linh không yêu

cầu Bảo Long phải hoàn trả 35.775.000 đồng tiền phí bảo hiểm nhưng tòa án tuyên buộc Bảo Long phải trả lại số tiền này. Trong vụ tranh chấp này tòa án đã vi phạm theo Điều 5.1 Bộ luật TTDS trong đó qui định rằng tòa án chỉ thụ lý giải quyết vụ việc khi có đơn khởi kiện, đơn yêu cầu của đương sự và chỉ giải quyết trong phạm vi đơn khởi kiện. Cũng trong vụ án này, hội đồng xét xử đã chưa làm rõ những tình tiết về chữ ký liệu thống nhất hay không, hồ sơ photo chưa công chứng, chưa có cơ sở thực tiễn để kết luận tàu bị chìm, chưa có sự phối hợp đối với Tổng cục cảnh sát Bộ Công An (C11-C15) mặc dù đã có sự cảnh báo về sự trục lợi bảo hiểm có thể xảy ra, kết quả là TAND Tối cao phải hủy bản án của tòa phúc thẩm. (TAND Tối cao, Quyết định Giám đốc thẩm số 02/2012/KDTM-GĐT).

Trong vụ tranh chấp giữa Nguyên đơn Tổng Công ty Điện lực Việt Nam (EVN) với Bị đơn Công ty TNHH Prezioso Việt Nam về vụ tranh chấp hợp đồng xây dựng: Quyết định giám đốc thẩm đã nhận định sự thiếu sót của tòa sơ thẩm và phúc thẩm khi chưa xác định rõ được khối lượng công việc của các bên, chưa xác định được tỷ lệ lỗi của các bên như thế nào? Cách tính lãi khi cho Prezioso được hưởng 10% cũng không có căn cứ, không dựa vào căn cứ của EVN đưa ra mà chỉ dựa vào chứng cứ của một bên như vậy là không thỏa đáng. (TAND Tối cao, Quyết định giám đốc thẩm số 13/2008/KDTM-GĐT).

- *Xác định tư cách tổ tụng của đương sự chưa đúng*: Việc xác định tư cách của các bên là rất quan trọng, tuy nhiên vẫn phổ biến các vụ án mà theo đó các bên không xác định được đúng đương sự, thường xảy ra đối với các hợp đồng tín dụng khi một bên là ngân hàng thương mại. Tại Quyết định công nhận sự thỏa thuận của các đương sự số 01/2007/QĐST-KDTM ngày 9/8/2007, TAND tỉnh Hậu Giang đã quyết định: *Ngân hàng BIDV Chi nhánh Hậu Giang chấp nhận cho Công ty cổ phần sinh học Thái Dương trả nợ gốc là ...* Nguyên đơn trong vụ việc này phải là Ngân hàng BIDV chứ không phải là chi nhánh của ngân hàng này tại Hậu Giang. Trong việc này đáng lý ra tòa sơ thẩm phải hướng dẫn cho đương sự về việc pháp nhân khởi kiện và ủy quyền khởi kiện. Hoặc đối với HĐTMDV có một bên là DNTN thì Theo quy định tại Điều 143.3 Luật Doanh nghiệp năm 2005 thì “*Chủ DNTN là nguyên đơn, bị đơn hoặc người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan trước Trọng tài hoặc Tòa án trong các tranh chấp liên quan đến DN*”. Nhưng nhiều vụ án các bên vẫn kiện DNTN chứ không phải là chủ của DNTN đó.

- *Vẫn còn những trường hợp phán quyết của các tòa không thống nhất:* Tòa án phúc thẩm ra phán quyết khác với Tòa án sơ thẩm, TAND Tối cao ra phán quyết khác với Tòa phúc thẩm là tình trạng không ít ở các tòa án và không phải khi nào tòa án cấp trên cũng ra quyết định đúng hơn so với tòa cấp dưới. Nghiên cứu các Quyết định giám đốc thẩm của TAND Tối cao từ năm 2006 tới nay thì hiện tượng này xảy ra khá phổ biến trong các quyết định của tòa án liên quan đến cả HĐTMDV và hợp đồng MBHH. Trong vụ án giữa Công ty TNHH Thi công Cơ giới Tiên Đạt với công ty TNHH Nhà nhựa Việt Nam, Tòa án sơ thẩm đã đúng khi quyết định Công ty nhà nhựa phải thanh toán cho Công ty Tiên Đạt số tiền còn thiếu theo Biên bản thanh lý hợp đồng, nhưng lên đến Tòa phúc thẩm thì đã không căn cứ vào hai văn bản này mà dựa vào đơn giá tự đặt ra, phán quyết này đã bị TAND Tối cao hủy giao xét xử lại theo hướng công nhận phán quyết của Tòa sơ thẩm là đúng; Điều này cũng xảy ra tương tự như trong vụ tranh chấp về hợp đồng tín dụng giữa ngân hàng BIDV với công ty XNK 277 Hà Nam khi Tòa án sơ thẩm ra phán quyết được TAND Tối cao thừa nhận là đúng, còn Tòa phúc thẩm thì sai.

- *Tòa án không xác định đúng bản chất vụ việc là dân sự hay thương mại, đặc biệt là những HĐTMDV mang tính chuyên ngành:* Dù đã có văn bản hướng dẫn của TAND Tối cao về việc xác định giữa hợp đồng dân sự và hợp đồng thương mại, kinh doanh, tuy nhiên sự nhầm lẫn này vẫn thường xảy ra, dẫn đến việc áp dụng các quy định của BLDS mà không áp dụng quy định luật chuyên ngành. Trong vụ tranh chấp hợp đồng cho thuê tài chính giữa công ty cho thuê tài chính KEXIM Việt Nam và DNTN sản xuất Thắng Lợi, Tòa án phúc thẩm không căn cứ vào quy định của pháp luật về cho thuê tài chính để giải quyết mà lại giải quyết như một tranh chấp hợp đồng cho thuê tài sản thông thường, quyết định này về sau đã bị TAND Tối cao hủy. (TAND Tối cao, Quyết định giám đốc thẩm số 02/2008).

Những bất cập nêu trên do nhiều nguyên nhân, mà trước hết là các nguyên nhân sau:

- *Việc xét xử tranh chấp về HĐTMDV tại các Tòa án kinh tế cấp sơ thẩm chưa được chuyên môn hóa:* Các vụ án được xét xử trình tự từ tòa án sơ thẩm sau đó lên phúc thẩm nếu có kháng cáo hoặc kháng nghị, tuy nhiên vì số lượng TAND cấp huyện hiện nay được tổ chức đơn giản, không theo lĩnh vực xét xử, một Thẩm phán thường phải tham gia xét xử nhiều lĩnh vực, dẫn đến khó khăn trong việc đầu tư, đào tạo chuyên ngành cho các Thẩm phán, Chánh án, Phó Chánh án TAND cấp huyện, ảnh hưởng đến chất lượng công tác xét xử, nhất là công tác xét xử các loại vụ án đòi hỏi

chuyên môn sâu, ví dụ như giải quyết các tranh chấp mang tính đặc thù như tranh chấp về hợp đồng vận tải, hợp đồng bảo hiểm, hợp đồng cung cấp dịch vụ ngân hàng v.v...

- *Thẩm quyền GQTC về HĐTMDV giữa các tòa chưa được phân bổ hợp lý:* Thực hiện cải cách tư pháp đã dẫn đến tăng thẩm quyền cho TAND cấp huyện, dẫn đến số lượng vụ án TAND cấp tỉnh xét xử sơ thẩm có xu hướng giảm đi, số lượng các vụ án xét xử theo trình tự phúc thẩm của TAND cấp tỉnh có xu hướng tăng. Tuy nhiên, chính sự quy định này dẫn đến một cấp tòa án có thể xét xử cả sơ thẩm, phúc thẩm và giám đốc thẩm, tài thẩm (TAND cấp Tỉnh). Khó khăn lớn nhất của TAND Tối cao hiện nay là tình trạng quá tải về xem xét giải quyết đơn đề nghị theo thủ tục giám đốc thẩm, tái thẩm. Tình trạng này ảnh hưởng đến các hoạt động khác của TAND Tối cao. Một trong những nguyên nhân của tình trạng nêu trên là do pháp luật hiện hành quy định về thẩm quyền, và cơ cấu tổ chức của TAND Tối cao. Thể hiện ở chỗ TAND Tối cao vừa có thẩm quyền xét xử giám đốc thẩm, tái thẩm vừa có thẩm quyền xét xử phúc thẩm, nên phải dàn trải nguồn lực để thực hiện 2 nhiệm vụ này, trong khi đó không thể phân cấp cho tòa án cấp dưới thực hiện. Về cơ cấu tổ chức, trong đó có quy định Hội đồng Thẩm phán TAND Tối cao khi mở phiên họp để xét xử giám đốc thẩm, tái thẩm phải có ít nhất 2/3 tổng số thành viên tham gia, quyết định của Hội đồng phải được quá nửa tổng số thành viên tán thành nghĩa là thành viên Hội đồng Thẩm phán phải tham gia đầy đủ các phiên họp, mà các thành viên Hội đồng Thẩm phán TAND Tối cao đều giữ các chức vụ chủ chốt của TAND Tối cao.

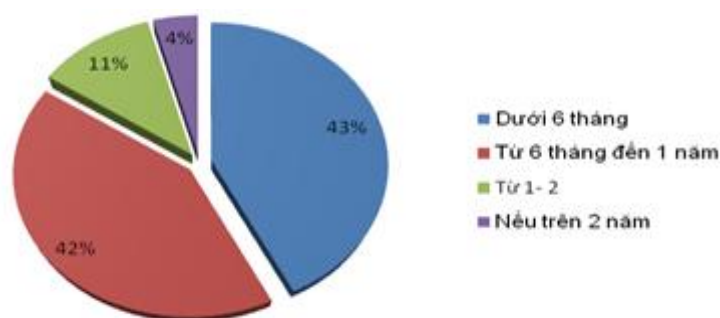
- *Một số Thẩm phán, Hội thẩm nhân dân còn hạn chế về năng lực, về trình độ, về nghiệp vụ:* Do hạn chế về trình độ và nghiệp vụ nên vẫn còn tồn tại tình trạng các thẩm phán nghiên cứu hồ sơ vụ tranh chấp chưa kỹ, đánh giá chứng cứ chưa toàn diện, áp dụng pháp luật chưa chính xác. Theo báo cáo của TAND Tối Cao trong tổng kết ngành tòa án hàng năm thì vẫn xảy ra nhiều trường hợp các Thẩm phán ra phán quyết sai.

- *Vẫn còn có sự thiếu hợp tác giữa các bên tranh chấp đối với tòa án trong quá trình GQTC:* Trong nhiều vụ tranh chấp, các bên tranh chấp chưa thật sự hợp tác với tòa án, cố tình né tránh, gây khó khăn nhằm kéo dài vụ việc để chậm thực hiện nghĩa vụ. Ví dụ, nhiều DN không thực hiện nghĩa vụ cung cấp chứng cứ; không chấp hành giấy triệu tập của Tòa án; không cung cấp được địa chỉ mới của bị đơn hoặc người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan; nhiều trường hợp còn cản trở khi tòa án tiến hành thẩm định tại chỗ... Đối với TAND Tối Cao, việc để một số vụ tranh chấp về HĐTMDV quá thời hạn xét xử theo thủ tục giám đốc thẩm, tái thẩm là do phần lớn đây là các vụ tranh chấp có tính tiết

phức tạp, cần có thời gian nghiên cứu, chuẩn bị v.v... Điều này làm giảm tiến độ GQTC của tòa án đối với các tranh chấp về HĐTMDV.

Thông qua việc phân tích thực trạng việc GQTC về HĐTMDV bằng tòa án nói trên đối chiếu với kết quả điều tra mà NCS nhận được từ việc khảo sát các DN cho thấy trong các phương thức GQTC thì việc GQTC về HĐTMDV tại tòa án là điều mà phần lớn các DN trong nước lựa chọn sau cùng khi có tới 276 DN dành cho tòa án là sự lựa chọn thứ 5 và 6, chỉ có 23 DN lựa chọn ưu tiên hàng đầu là tòa án nếu tranh chấp xảy ra. Điều này cho thấy niềm tin của DNVN đối với việc GQTC về HĐTMDV tại Tòa án chưa cao (Xem Phụ lục 1 Báo cáo kết quả điều tra ở cuối Luận án). Tuy nhiên một điều ngạc nhiên về quan điểm của DN về thời gian bắt đầu và kết thúc tranh chấp HĐTMDV bằng tòa án khi hầu hết các DN lựa chọn dưới 2 năm (xem Biểu đồ 2.2), chỉ có 17 DN (chiếm 4%) cho rằng thời gian sẽ kéo dài hơn 2 năm. Như vậy, một trong những vấn đề bị xem là nhược điểm của việc GQTC về HĐTMDV bằng tòa án là thời gian đã có một cách nhìn cải thiện trong mắt các DN.

Biểu đồ 2- 2: Thời gian bắt đầu và kết thúc việc giải quyết tranh chấp về hợp đồng thương mại dịch vụ tại Tòa án



Nguồn: NCS tổng hợp từ báo cáo điều tra

Trong số 602 DN tham gia điều tra thì có 69 DN đã sử dụng tòa án để giải quyết tranh chấp. Kết quả điều tra cho thấy khi lựa chọn tòa án để GQTC về HĐTMDV, yếu tố mà các DN này quan tâm nhiều nhất là khả năng giành chiến thắng của vụ kiện, điều này là dễ hiểu vì chiến thắng sẽ bảo vệ được lợi ích cho DN, tiếp đến là vấn đề thực hiện phán quyết và chi phí giải quyết chấp như thế nào. Vấn đề DN ít quan tâm đến đó là thời hiệu khởi kiện và khả năng duy trì đối tác. Điều này chứng tỏ DN đã xác định khi lựa chọn tòa án để GQTC, thì họ xác định khả năng duy trì quan hệ bạn hàng sẽ không được tốt đẹp như trước nữa. Cũng theo kết quả điều tra từ các 69 DN này, sau khi sử dụng tòa án để GQTC về HĐTMDV, thì khả năng DN giữ được mối quan hệ với đối tác là thấp, chi phí GQTC cao, đồng thời uy tín, hình ảnh của DN bị ảnh hưởng

hiều. Sự tự nguyện thi hành phán quyết của các bên và khả năng thi hành phán quyết theo đánh giá của DN là cao. (Xem Phụ lục 1 Báo cáo kết quả điều tra ở cuối luận án).

2.2.3. Giải quyết tranh chấp về hợp đồng thương mại dịch vụ bằng trọng tài thương mại

2.2.3.1. Thực trạng qui định của pháp luật Việt Nam về giải quyết tranh chấp bằng trọng tài thương mại

Đánh giá thực trạng pháp luật VN về GQTC bằng TTTM có thể rút ra một số thuận lợi sau:

- *Khung pháp luật về TTTM ngày càng được hoàn thiện:* Năm 2003 Pháp lệnh TTTM ra đời đã tạo cơ sở pháp lý phù hợp cho việc GQTC bằng TTTM trong đó có GQTC về HĐTMDV. Đặc biệt, Pháp lệnh TTTM 2003 qui định về thẩm quyền xét xử của TTTM, tính chung thẩm của phán quyết TTTM, những trường hợp hủy phán quyết TTTM, các biện pháp khẩn cấp tạm thời mà trọng tài có quyền áp dụng v.v. Những qui định này trong Pháp lệnh TTTM 2003 đã tạo khung pháp luật quan trọng ở VN cho việc GQTC bằng TTTM. Đặc biệt, với tư cách là tổ chức phi chính phủ, các Trung tâm TTTM được thành lập theo Pháp lệnh TTTM 2003 ra đời, điều này đã tạo điều kiện để các DNVN có thể lựa chọn một trong số nhiều Trung tâm TTTM làm cơ quan GQTC. Mặc dù vậy, Pháp lệnh TTTM 2003 vẫn còn nhiều bất cập. Năm 2010, Pháp lệnh này đã được thay thế bằng Luật TTTM năm 2010 (có hiệu lực từ ngày 01/01/2011). Luật TTTM VN năm 2010 ra đời đã thay thế Pháp lệnh TTTM 2003 trên cơ sở kế thừa những chế định tiến bộ, phù hợp kết hợp với những quy định mới, hoàn chỉnh hơn nhằm tạo dựng cơ sở pháp lý đầy đủ cho việc thực hiện chủ trương của Nhà nước khuyến khích các bên sử dụng trọng tài trong giải quyết các tranh chấp thương mại nói chung và tranh chấp về HĐTMDV nói riêng. Điều 1 của Luật TTTM 2010 xác định rõ luật này áp dụng đối với hoạt động TTTM tại VN bao gồm cả hoạt động của trọng tài trong nước và trọng tài nước ngoài. Luật TTTM 2010 đã khắc phục hạn chế của Pháp lệnh TTTM năm 2003 trong việc phân định không rõ ràng phạm vi thẩm quyền của trọng tài đối với các tranh chấp thương mại, bảo đảm sự tương thích với các văn bản pháp luật hiện hành như Bộ luật Dân sự 2005, BLTTDS 2004, LTM 2005, Luật Đầu tư 2005 và các luật chuyên ngành khác (Bộ tư pháp, Hội luật gia VN 2010, tr 5,6).

- *Chính phủ đã ban hành Nghị định số 63/2011/NĐ-CP Qui định chi tiết và hướng dẫn thi hành một số điều của Luật TTTM nhằm hoàn thiện pháp luật về TTTM:* Phạm vi điều chỉnh của Nghị định chủ yếu quy định về các trình tự, thủ tục hành chính liên

quan đến tổ chức trọng tài, không hướng dẫn về tổ tụng trọng tài vì vấn đề này đã được quy định trong Luật TTTM 2010.

- *Luật Thi hành án dân sự 2008 là cơ sở để cho các DN đặt niềm tin vào TTTM:* Về nguyên tắc thì sẽ có sự bình đẳng, không có sự phân biệt hoặc ưu tiên nào trong việc thi hành án, quyết định của tòa án hoặc quyết định của trọng tài hay quyết định của Hội đồng xử lý vụ việc cạnh tranh. Luật Thi hành án dân sự cũng qui định hai cơ chế thi hành án, đó là chủ động thi hành án và thi hành án theo đơn yêu cầu. Đối với quyết định áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời của trọng tài được thi hành theo thủ tục chủ động thi hành án, tức là Thủ trưởng cơ quan thi hành án chủ động ra quyết định thi hành án và tổ chức việc thi hành loại việc này sau khi nhận được quyết định do trọng tài chuyển giao. Đối với phán quyết của trọng tài về xử lý vụ việc trọng tài thì đây là việc thi hành án theo đơn yêu cầu. Cho thấy pháp luật về thi hành án dân sự đã đưa ra các hướng dẫn cụ thể cho từng loại phán quyết của trọng tài. Căn cứ vào Luật Thi hành án dân sự 2008 đã có rất nhiều quyết định trọng tài cưỡng chế như: Quyết định trọng tài vụ kiện số 14/08 ngày 25/02/2009 của VIAC giữa Nguyên đơn là Công ty cổ phần chế biến và xuất nhập khẩu thủy sản Cadovimex và Bị đơn là Công ty South China Seafoods; Quyết định trọng tài vụ kiện số 02/06 ngày 21/6/2006 Của VIAC giữa Nguyên đơn là Công ty Voest-Alpine Intertrading AV và Bị đơn là Công ty Vạn Lợi ...

- *Các Trung tâm TTTM đã xây dựng Quy tắc tổ tụng riêng của mình nhằm hướng dẫn các bên tranh chấp về thủ tục, tổ tụng trọng tài:* Để tạo thuận lợi cho việc GQTC tại trọng tài (ở VN hiện nay có 7 trung tâm TTTM) thì tất cả các Trung tâm TTTM tại VN đã có quy tắc tổ tụng riêng của mình, được soạn theo hướng đơn giản nhằm giảm thiểu tối đa các thủ tục hành chính.

- *VN đã gia nhập Công ước New York năm 1958 về Công nhận và Thi hành Phán quyết Trọng tài nước ngoài nhằm tạo điều kiện để phán quyết của TTTM VN được thi hành thuận lợi ở nước ngoài:* Công ước này áp dụng đối với việc công nhận và thi hành các quyết định trọng tài được ban hành tại lãnh thổ của một Quốc gia khác với Quốc gia nơi có yêu cầu công nhận và thi hành quyết định trọng tài đó, xuất phát từ các tranh chấp giữa các thể nhân hay pháp nhân. Công ước còn được áp dụng cho những quyết định trong nước tại Quốc gia nơi việc công nhận và thi hành chúng được yêu cầu (Điều 3, Công ước New York 1958). Như vậy, phán quyết của trọng tài được tòa án công nhận có giá trị ràng buộc. Công ước này không những bắt buộc tòa án các nước thành viên phải công nhận phán quyết trọng tài nước ngoài mà không cho phép

các tòa án xét xử lại phán quyết trọng tài theo trình tự phúc thẩm. Ngoài ra các nước thành viên cũng không được đặt ra các điều kiện rõ ràng nghiêm khắc hơn, lệ phí hoặc chi phí tư pháp cao hơn cho việc công nhận và thi hành phán quyết trọng tài trong nước. Quy định này được đưa ra nhằm tránh trường hợp các nước lẩn tránh việc công nhận và cho thi hành phán quyết trọng tài nước ngoài bằng cách đặt ra các lệ phí quá cao hay các điều kiện quá nghiêm khắc. Hiện nay có hơn 145 nước là thành viên của công ước này. Dựa vào Công ước này mà năm 2006 VIAC đã giải quyết thành công vụ tranh chấp về HĐTMDV giữa Tổng công ty VINACONEX và Công ty BMI của Cộng Hòa Liên Bang Đức về vấn đề xuất khẩu lao động. Phán quyết được VIAC đưa ra yêu cầu Công ty BMI phải chuyển số tiền 247.000 USD vì đã không thanh toán tiền lương lao động cho công nhân của VINACONEX (Trần Thị Túy, 2008). Căn cứ Công ước New York 1958, VIAC đã làm thủ tục yêu cầu đề nghị công nhận và cho thi hành phán quyết trọng tài VN tại tòa án có thẩm quyền Cộng Hòa Liên Bang Đức và đã được tòa án này công nhận và cho thi hành phán quyết.

- *Nghị quyết số 01/2014/NQ-HĐTP ngày 20/03/2014 của Hội đồng Thẩm phán TAND Tối cao hướng dẫn thi hành một số quy định của Luật TTTM 2010:* Hiện nay các hoạt động của tòa án hỗ trợ hoạt động trọng tài bao gồm: thu thập chứng cứ, triệu tập người làm chứng, áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời; đăng ký phán quyết TTTM; xét đơn yêu cầu hủy phán quyết của TTTM. Các quy định của Luật TTTM 2010 mặc dù đã được xây dựng đầy đủ và toàn diện nhưng một số quy định của Luật còn có những cách hiểu khác nhau, đặc biệt là các quy định về việc phân định thẩm quyền của trọng tài và tòa án, quy định về thỏa thuận trọng tài, hủy phán quyết trọng tài ... Do đó, để đảm bảo tính khả thi cũng như hiệu quả thi hành của Luật TTTM 2010 thì năm 2014 Hội đồng Thẩm phán đã ban hành Nghị quyết hướng dẫn theo đó Nghị quyết tập chung vào các vấn đề: Phân biệt thẩm quyền TTTM và thẩm quyền của tòa án đối với trọng tài; Thỏa thuận trọng tài vô hiệu và thỏa thuận trọng tài không thể thực hiện được; Thành lập HĐTT vụ việc, thay đổi trọng tài viên, căn cứ hủy quyết định của Trọng tài.

2.2.3.2. Thực trạng giải quyết tranh chấp về hợp đồng thương mại tại các trung tâm Trọng tài thương mại tại Việt Nam

Việc GQTC về HĐTMDV bằng TTTM đạt được những kết quả sau đây:

GQTC về HĐTMDV tại các trung tâm TTTM nhìn chung diễn ra khá thông suốt. Mỗi năm đều có sự gia tăng về số lượng vụ việc thụ lý, cũng như chất lượng giải quyết. Cụ thể, tại VIAC số lượng vụ việc sau năm 2007 có sự gia tăng đột biến vào năm trước.

Bức tranh toàn cảnh về GQTC HĐTMDV bằng trọng tài của VN trong thời gian qua (đặc biệt là sau thời điểm có hiệu lực thi hành của Luật TTTM 2010) có nhiều dấu hiệu khởi sắc, dần dần trở thành một kênh lựa chọn quan trọng của DN khi phát sinh tranh chấp. Đây là tín hiệu cho thấy sự quan tâm của các DN đối với tổ tụng trọng tài đã bắt đầu có những biến chuyển nhất định, đặc biệt là đối với những DN có yếu tố nước ngoài. Không những số lượng vụ kiện tăng lên, mà giá trị tranh chấp cũng tăng lên đáng kể (có đến 20 vụ kiện tranh chấp có giá trị trên 1 triệu USD, vụ kiện lớn nhất lên đến 4.5 triệu USD theo báo cáo của VIAC) với sự phức tạp về tình tiết vụ việc, luật áp dụng. Điều này phản ánh phần nào những thay đổi đáng kể từ chính hoạt động của các trung tâm trọng tài của VN, đang dần có vị trí trong những mối quan tâm của DN, dần thay đổi lối suy nghĩ cũ là hễ tranh chấp xảy ra lại mang đến tòa án.

Nhu cầu GQTC về HĐTMDV bằng trọng tài được chuyên môn hóa trong lĩnh vực về tài chính gia tăng khi năm 2012, Bộ Tư pháp đã cấp phép thành lập thêm 2 tổ chức trọng tài mang tính chuyên môn đặc thù về phân tích tài chính là TTTM Tài chính Ngân hàng VN và TTTT Tài chính, điều này cho thấy ngành dịch vụ tài chính sẽ là lĩnh vực thường xuyên xảy ra tranh chấp.

Các DN là các bên tranh chấp trong HĐTMDV có xu hướng lựa chọn trọng tài vì HĐTMDV nó mang tính đặc thù vì mỗi một loại dịch vụ sẽ có tính chất pháp lý và kỹ thuật phức tạp khác nhau, vì vậy khi có tranh chấp từng loại HĐTMDV cụ thể, các bên thường hướng tới việc tìm các chuyên gia trong từng lĩnh vực cụ thể để giải quyết nhằm mang lại những phán quyết hợp lý. Điều này thì chỉ có trọng tài mới giải quyết được, vì đội ngũ trọng tài viên của các trung tâm TTTM không chỉ là các luật gia, luật sư mà còn bao gồm các chuyên gia trong lĩnh vực tài chính ngân hàng, bảo hiểm, vận tải, xây dựng v.v... Do đó, các bên tranh chấp về HĐTMDV cho rằng việc GQTC tại trọng tài sẽ tốt hơn tại Tòa án.

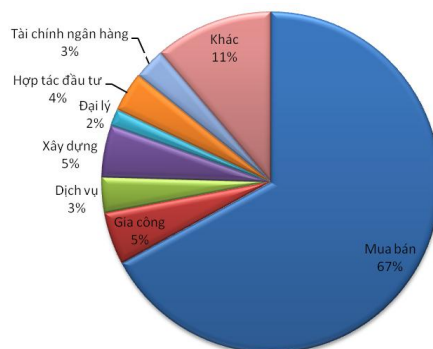
Có được kết quả trên là một phần nhờ vào hoạt động tuyên truyền về vấn đề thỏa thuận trọng tài vô hiệu đã được thực hiện khá phổ biến, đa dạng về hình thức, hiệu quả nhằm mục đích hướng dẫn các DN có những thỏa thuận chuẩn xác nếu có nguyện vọng tranh chấp được giải quyết tại trọng tài. Điển hình tại VIAC đã phối hợp với Phòng Thương mại và Công nghiệp Việt Nam tổ chức trên 100 khóa học tại 40 Tỉnh, Thành trong cả nước với nhiều chuyên đề bổ ích nhằm hỗ trợ DN trong việc soạn thảo, ký kết hợp đồng, đặc biệt là khuyến nghị đối với điều khoản hợp đồng. Tham gia những khóa học này còn có rất nhiều đối tượng như các luật sư, phóng viên báo chí ... mà Trung tâm

với mong muốn phổ biến thêm kiến thức về tố tụng trọng tài để giúp cho những đối tượng này có thêm tìm hiểu, quảng bá những ưu việt trong GQTC tại Trọng tài.

GQTC hợp đồng thương mại dịch vụ tại VIAC:

Tại VN hiện có 7 trung tâm TTTM (gồm: Trung tâm TTTM Á Châu, VIAC, TTTM TP. HCM, TTTM Cần Thơ, TTTM Quốc tế Thái Bình Dương; TTTM Tài chính Ngân hàng VN (VIFIBAR) và TTTM Tài chính (FCCA)). Trong đó VIAC là trung tâm có nhiều kinh nghiệm và uy tín trong GQTC về HĐTMDV. Theo quy định của Luật TTTM năm 2010, bắt đầu từ năm 2011, các trung tâm TTTM không chỉ có thẩm quyền giải quyết các tranh chấp phát sinh từ hoạt động thương mại (hiểu theo nghĩa rộng) như quy định của Pháp lệnh TTTM năm 2003 mà còn có cả các *“Tranh chấp phát sinh giữa các bên trong đó có ít nhất một bên có hoạt động thương mại”* và *“Tranh chấp khác giữa các bên mà pháp luật quy định được giải quyết bằng trọng tài”*. Trên cơ sở đó, tranh chấp từ HĐTMDV của VIAC chiếm 21% trong tổng số các vụ tranh chấp về hợp đồng thương mại do VIAC giải quyết (xem Biểu đồ 2.3 dưới đây).

Biểu đồ 2- 3 Các loại hình tranh chấp được giải quyết tại VIAC từ 1993-2013



Nguồn: Báo cáo tổng hợp các vụ kiện của VIAC, 2014

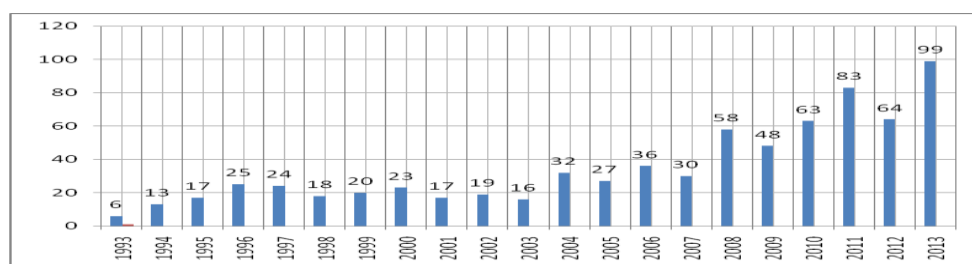
Từ Biểu đồ 2.3 cho thấy tranh chấp về MBHH chiếm 67%, tranh chấp về dịch vụ chiếm 3%, về xây dựng chiếm 5%, về đại lý chiếm 2%, về đầu tư chiếm 4%, về gia công chiếm 5%, về tài chính ngân hàng chiếm 3% đây là loại hình tranh chấp mới được xuất hiện tại VIAC. Tuy nhiên, đây là cách phân loại của VIAC. Còn theo quan điểm của NCS, xây dựng, đầu tư (dù đầu tư có nhiều hình thức như hợp tác kinh doanh, BOT, BT nhưng một phần nào đó phản ánh được tính dịch vụ trong hoạt động đầu tư), đại lý và tài chính ngân hàng cũng là hoạt động dịch vụ, do đó có thể thấy tranh chấp về hoạt động TMDV do VIAC GQTC từ năm 1993 đến năm 2013 là 22%.

Xét xử là hoạt động trọng tâm của VIAC. Theo thống kê, số lượng vụ kiện giải quyết tại VIAC ngày càng tăng theo các năm. Nếu như trước năm 2002, số lượng vụ

kiện tại VIAC chỉ khoảng trên dưới 10 vụ/năm, thì trong giai đoạn 2002 – 2013, con số này đã tăng lên khoảng 37 vụ/năm. Riêng năm 2013, số lượng vụ kiện tăng cao nhất, đạt 99 vụ, tiếp đó là năm 2011, đạt 83 vụ và 2012 đạt 64 vụ (Biểu đồ 2.4). Tuy nhiên trong đó thì chủ yếu là GQTC về hợp đồng MBHH chiếm đa số (67%), trong khi đó các vụ GQTC về HĐTMDV chỉ chiếm 22%. Điều đó cho thấy, việc GQTC về lĩnh vực dịch vụ vẫn còn hạn chế.

Biểu đồ 2- 4. Số vụ tranh chấp tại VIAC

Đơn vị: số vụ



Nguồn: Báo cáo tổng hợp các vụ kiện của VIAC, 2014

Nếu như trước đây, nội dung của các vụ tranh chấp thường tập trung vào lĩnh vực MBHH, thanh toán, vận tải, bảo hiểm thì nay đã xuất hiện các loại tranh chấp mới hoặc trước đây ít gặp như: Tranh chấp giữa các bên trong hợp đồng liên doanh hoặc hợp đồng hợp tác kinh doanh, về quyền và nghĩa vụ giữa các bên trong đầu tư, trong xây dựng (ví dụ như dịch vụ giám sát công trình xây dựng, dịch vụ nghiệm thu, đánh giá các hạng mục xây dựng...), trong đào tạo vận hành thiết bị từ hợp đồng chuyển giao công nghệ, trong lĩnh vực tín dụng, tài chính ngân hàng v.v... Số liệu thống kê của VIAC cho thấy, từ năm 2005 đến năm 2013, trong tổng số các vụ tranh chấp do VIAC thụ lý có: MBHH (495 vụ), gia công (37 vụ), phân phối (6 vụ), thuê mua (6 vụ), dịch vụ (22 vụ), xây dựng (37 vụ), đại lý (15 vụ), hợp tác đầu tư (30 vụ), tài chính ngân hàng (22 vụ) và các tranh chấp trong lĩnh vực khác (81 vụ) và như vậy, rõ ràng tranh chấp về HĐTMDV ngày càng gia tăng về số lượng và phức tạp về tình tiết vụ việc.

Các DNVN chủ yếu là bên bị vi phạm và chịu nhiều thiệt hại trong các hợp đồng thương mại quốc tế đặc biệt là những hợp đồng có trị giá lớn. Trong số 149 vụ kiện quốc tế thì có 104 vụ (chiếm 70%) bên nguyên đơn là phía VN. Thực tế này một mặt nói lên các DNVN đã chủ động bảo vệ quyền và lợi ích của mình, mặt khác các DNVN còn thiếu thận trọng trong việc tìm hiểu đối tác, đàm phán, ký kết hợp đồng với nước ngoài. Bên cạnh đó, các DN cũng chưa thực sự chú ý tìm hiểu pháp luật và tập quán thương mại của nước ngoài để chủ động kinh doanh và hạn chế tối đa các rủi ro.

Số vụ kiện có tính chất phức tạp ngày càng nhiều, một số vụ phải trưng cầu giám định, kéo dài thời gian. Tuy nhiên, nhờ sự miễn cưỡng nghiên cứu của các HĐTT, nhờ trình độ chuyên sâu về chuyên môn, nghiệp vụ, kỹ năng giải quyết bằng trọng tài của các trọng tài viên ngày càng tốt hơn nên phần lớn số vụ đều được giải quyết đạt chất lượng cao trong một thời gian ngắn, tiết kiệm được thời gian, tiền bạc cho các bên tranh chấp. Tính trung bình, thời gian giải quyết một vụ kiện là 6 tháng, trong đó nhiều vụ tranh chấp được giải quyết trong vòng 3 tháng. Đặc biệt, theo thỏa thuận của các bên, có vụ được giải quyết chỉ trong vòng 10 ngày. Nếu so với các tổ chức trọng tài quốc tế khác thì thời gian giải quyết vụ kiện tại VIAC là tương đối ngắn.

Một trong những yếu tố thể hiện hiệu quả của hoạt động GQTC tại Trung tâm là số vụ các bên đạt được hòa giải hoặc nguyên đơn rút đơn kiện chiếm tỷ lệ cao (30%) (Vũ Ánh Dương, 2012). Rõ ràng, trong các vụ việc này, VIAC có vai trò rất quan trọng vì thông qua VIAC, các bên đã thể hiện thiện chí cùng chia sẻ thiệt hại trên cơ sở hiểu biết lẫn nhau để tự GQTC, không cần có sự quyết định phân xử của bên thứ ba, từ đó tiết kiệm được thời gian và chi phí. Bên cạnh đó, trong bất cứ giai đoạn nào của quá trình tổ tụng trọng tài, VIAC và các HĐTT đều khuyến nghị các bên tự hòa giải hoặc hòa giải với sự tham gia của HĐTT. Điều này thể hiện tính linh hoạt, mềm dẻo, tôn trọng ý chí thỏa thuận của các bên trong suốt quá trình GQTC tại trọng tài. Đối với các tranh chấp có yếu tố nước ngoài thì 80% nguyên đơn là phía VN theo thống kê của VIAC. DNVN vẫn bị xem là còn chưa có kinh nghiệm trên đấu trường quốc tế khi ký kết những hợp đồng không có lợi cho mình.

Việc GQTC HĐTMDV bằng TTTM gặp phải những khó khăn và bất cập sau:

- *Các DNVN vẫn ít chọn trọng tài để GQTC về HĐTMDV trong nước:* Nhất là hợp đồng có giá trị lớn hầu như các DN không lựa chọn trọng tài tại VN để giải quyết. Trong khi đó các tranh chấp ở VN hiện nay vẫn chủ yếu được giải quyết thông qua hệ thống tòa án hoặc trọng tài nước ngoài. Theo thống kê của Trung tâm trọng tài quốc tế Singapore (SIAC) thì hàng năm đều có từ 3-5 vụ việc mà một bên là phía VN được giải quyết tại SIAC vì vậy không ngạc nhiên khi tại website của SIAC quy tắc tổ tụng của tổ chức này ngoài tiếng Anh, tiếng Nhật, tiếng Trung còn thấy cả định dạng của tiếng Việt. Nếu so sánh với tòa án thì số vụ tranh chấp về thương mại nói chung được giải quyết bằng tòa án ở VN chiếm tới 99% vụ tranh chấp. Theo khảo sát của Bộ Tư pháp về mức độ ưu tiên lựa chọn trong các phương thức GQTC thì trong 237 cá nhân, tổ chức kinh doanh chỉ có 16,9% là cho rằng sẽ sử dụng TTTM, còn lại phần lớn lựa

chọn hình thức thương lượng hoặc tòa án (Hội Luật gia VN, 2009). Điều đó cho thấy các DN ở VN chưa quan tâm nhiều tới hình thức GQTC bằng TTTM. Cũng theo kết quả cuộc khảo sát này thì có tới 84% số DN được hỏi cho rằng chưa bao giờ GQTC bằng trọng tài. Chỉ có 16% số DN đã từng lựa chọn trọng tài làm phương thức GQTC và ghi thỏa thuận trọng tài trong hợp đồng. Điều này cũng phản ánh việc các DNVN có thói quen kinh doanh theo lối cũ, nghĩa là tin tưởng nhau là chính và ít nghĩ đến các vấn đề xảy ra ngoài mong muốn, đến khi xảy ra tranh chấp thì dựa vào cơ quan chủ quản hoặc Bộ chủ quản giải quyết.

- *Vẫn còn tình trạng thỏa thuận trọng tài do các bên qui định trong HĐTMDV bị tòa án tuyên bố vô hiệu:* Lý do vì có sự không thống nhất giữa bản bản hợp đồng bằng tiếng Anh và tiếng Việt, các bên có những thỏa thuận trọng tài không đúng theo qui định hoặc thỏa thuận trọng tài và tòa án theo nước đôi điều này dẫn đến trọng tài không có đủ thẩm quyền giải quyết. Ví dụ trong năm 2010, VIAC đã phải giải quyết một vụ tranh chấp liên quan đến HĐTMDV, trong đó Nguyên đơn là một công ty Nhật, bị đơn là phía VN trong đó thỏa thuận trọng tài được quy định trong bản hợp đồng bằng tiếng Anh là chọn VIAC là cơ quan GQTC, còn bản bằng tiếng Việt thì lựa chọn Tòa án kinh tế của VN là cơ quan GQTC. Điều đáng tiếc là trong hợp đồng này đều công nhận giá trị pháp lý của 2 bản tiếng Anh và tiếng Việt là ngang nhau. VIAC đã phải tiến hành phiên họp và cuối cùng ra phán quyết là VIAC không có thẩm quyền GQTC vì giữa hai bên không thống nhất được với nhau về thẩm quyền của trọng tài.

- *Nhiều phán quyết của TTTM vẫn bị tòa án tuyên bố hủy do vi phạm tố tụng trọng tài:* Mặc dù phán quyết của TTTM là chung thẩm nhưng trong một số trường hợp phán quyết này vẫn bị hủy bởi tòa án nếu thỏa mãn những điều kiện được nêu ra ở Điều 68 của Luật TTTM 2010. Chính vì pháp luật trao quyền cho tòa án trong việc hủy phán quyết TTTM cho nên dẫn đến niềm tin vào TTTM bị giảm sút. Thống kê của VIAC cho thấy từ năm 2006 đến 2011 chỉ có khoảng 3 phán quyết trọng tài của VIAC bị tòa án tuyên hủy. Thế nhưng từ khi Luật TTTM 2010 chính thức có hiệu lực từ 1/1/2011 thì tỷ lệ phán quyết trọng tài bị hủy là 5 phán quyết. Hay trong tháng 11 năm 2012, có 3 phán quyết trọng tài bị hủy, tỷ lệ phán quyết trọng tài bị hủy trong vòng 1 năm đã bằng tổng số 8 năm về trước. Trên thực tế có nhiều phán quyết của TTTM bị hủy chỉ dựa vào những cách hiểu khác nhau về thủ tục qui trình tố tụng giữa tòa án và TTTM, khi tòa án chủ yếu dựa vào các thủ tục trong Bộ luật TTDS 2004 để áp dụng vào xem xét các quyết định của TTTM. Trong năm 2012, tòa án đã ra quyết định hủy phán

quyết TTTM chỉ vì đơn triệu tập lại được viết thành “thư mời” nên các bên có thể đến hoặc không đến do đó không đúng qui trình GQTC (Vũ Ánh Dương 2012, tr 20), mặc dù thông báo này nêu rõ thời gian và địa điểm tổ chức phiên họp, được gửi hợp lệ đến các bên tranh chấp. Một số phán quyết khác bị hủy không với lý do không chính đáng dẫn đến các bên tranh chấp không ngờ tới vì việc áp dụng luật không thống nhất. Chẳng hạn, theo quy định tại Điều 81 Luật TTTM 2010, đối với các thoả thuận trọng tài ký trước ngày luật có hiệu lực thì áp dụng pháp luật tại thời điểm ký thoả thuận trọng tài. Tuân thủ quy định này, các HĐTT đã áp dụng Pháp lệnh TTTM 2003 đối với các vụ kiện có thoả thuận trọng tài ký trước ngày Luật Trọng tài có hiệu lực. Tuy nhiên, toà án đã tuyên hủy các phán quyết này với lý do HĐTT không áp dụng các quy định của Luật TTTM 2010 vì phán quyết trọng tài được tuyên tại thời điểm Luật TTTM 2010 đã có hiệu lực. Cũng liên quan tới việc áp dụng luật, HĐTT không triệu tập người có quyền lợi và nghĩa vụ liên quan vì quá trình tố tụng trọng tài chỉ ràng buộc đối với các bên ký thoả thuận trọng tài. Trong tố tụng trọng tài không có khái niệm người có quyền lợi và nghĩa vụ liên quan như trong tố tụng toà án. Vì vậy, HĐTT không có thẩm quyền triệu tập người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan. Thế nhưng có những phán quyết bị hủy chỉ với lý do HĐTT đã không triệu tập người có quyền lợi nghĩa vụ liên quan. VIAC cho biết thực tế số phán quyết bị hủy có thể nhiều hơn con số thống kê với một số phán quyết bị hủy mà VIAC cũng không biết Toà án không thông báo cho dù Luật TTTM năm 2010 quy định việc gửi Quyết định hủy hoặc không hủy phán quyết trọng tài phải được gửi cho các trung tâm trọng tài sau 05 ngày tòa án ra quyết định.

- *Bên thua kiện chưa tự nguyện thi hành phán quyết của TTTM khiến cho hiệu lực của phán quyết trọng tài giảm:* Phán quyết trọng tài được thi hành dựa trên nguyên tắc tự thỏa thuận của các bên. Đối với DN nước ngoài thì uy tín của DN luôn được đặt lên hàng đầu do đó họ luôn tự giác thực hiện các quyết định trọng tài. Tuy nhiên, các DNVN hiện nay vẫn chưa xem trọng việc GQTC bằng trọng tài vì đây không phải cơ quan Nhà nước nên chưa có ý thực tự giác. Ngoài ra, việc thi hành quyết định trọng tài gặp khó khăn do điều kiện khách quan vì việc thi hành phán quyết trọng tài là rất đa dạng, liên quan đến nhiều địa bàn, nhiều DN, nhiều trường hợp còn liên quan đến nhiều quốc gia, tài sản ở nhiều nơi. Bên cạnh đó, bên phải thi hành án không có tài sản để thi hành án hoặc tài sản nhỏ, khó xử lý nên việc thi hành gặp không ít khó khăn.

Nguyên nhân của những khó khăn và bất cập trên là vì:

- *Phí trọng tài cao*: Hiện nay, pháp luật không quy định mức phí trọng tài cụ thể mà phí trọng tài do các trung tâm trọng tài quyết định (trường hợp vụ tranh chấp được giải quyết bởi Trọng tài vụ việc, phí trọng tài do HĐTT ấn định). So sánh biểu phí của VIAC, Trung tâm Trọng tài Cần Thơ với mức án phí sơ thẩm đối với các vụ án về tranh chấp kinh doanh, thương mại tại Tòa án (Xem Phụ lục 5 và Phụ lục 6 ở cuối Luận án) thì có thể nhận thấy nếu lựa chọn TTTM là cơ quan GQTC sẽ dẫn đến khả năng các DN sẽ mất một khoản phí lớn trong việc GQTC gấp nhiều lần so với lựa chọn tòa án.

- *Chưa có sự phối hợp chặt chẽ, thường xuyên và kịp thời giữa tòa án và trọng tài trong việc thi hành phán quyết trọng tài*: Theo quy định của Luật TTTM 2010, phán quyết trọng tài được thi hành theo quy định của pháp luật về thi hành án dân sự. Tòa án và cơ quan thi hành án là cơ quan nhà nước hỗ trợ trực tiếp cho hoạt động trọng tài nhưng thực tế sự phối hợp giữa các cơ quan này với trọng tài còn lỏng lẻo, nhìn chung chưa hiệu quả. Thực tiễn trọng tài cho thấy có ít phán quyết của trọng tài VN được thi hành. Bên cạnh đó còn có sự khác nhau giữa Luật Thi hành án dân sự 2008 và Luật TTTM 2010 khi quy định người được thi hành án, người phải thi hành án đều có quyền yêu cầu thi hành án, Luật TTTM 2010 (Điều 66) chỉ quy định 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. Vậy, trong trường hợp bên phải thi hành muốn làm đơn yêu cầu thi hành phán quyết trọng tài khi bên được thi hành chưa yêu cầu thì có được không?

- *Việc tuyên truyền về TTTM tại VN còn hạn chế*: Các DN chưa được phổ biến rộng rãi về vị trí, vai trò và tính ưu việt của việc GQTC bằng con đường trọng tài, nên vẫn có thói quen hình thành từ xưa là lựa chọn Tòa án. Trong các trung tâm trọng tài thì chỉ VIAC là trung tâm đẩy mạnh việc quảng bá hình ảnh và tuyên truyền về TTTM, còn các trung tâm TTTM khác dường như không chú tâm vào vấn đề này dẫn đến số lượng DN biết về các trung tâm TTTM còn lại là không nhiều.

Ngoài ra, ngoại trừ VIAC được tổ chức khá chặt chẽ và hoạt động tương đối bài bản, các trung tâm trọng tài khác hoạt động manh mún. Nguyên nhân có thể có nhiều, tuy nhiên, theo NCS là do các trung tâm trọng tài này mới được thành lập, yếu về nhân sự, tổ chức, chưa được nhiều DNVN và quốc tế biết đến do chưa có kinh nghiệm cũng như chưa có thương hiệu. Cụ thể là Trung tâm Trọng tài Quốc tế Châu Á Thái Bình Dương và Trung tâm Trọng tài Viễn Đông theo số liệu ở Bảng 2.4 dưới đây từ khi thành lập đến

năm 2011 chưa giải quyết vụ tranh chấp nào. Kết quả dẫn đến trong tháng 9/2013, 2 trong số 7 trung tâm TTTM đã bị thu hồi giấy phép đó là TTTM Hà Nội và Viễn Đông.

Bảng 2- 4. Số vụ tranh chấp tại các trung tâm trọng tài ở Việt Nam

Trung tâm	2005	2006	2008	2009	2010	2011
Trung tâm TTTM Á Châu	6	7	0	0	0	0
Trung tâm TT Quốc tế Việt Nam	17	31	58	48	63	83
Trung tâm TTTM TP.HCM	3	5	8	10	6	6
Trung tâm TTTM Hà Nội	9	3	0	0	0	0
Trung tâm TTTM Cần Thơ	0	0	0	0	1	3
Trung tâm TTTT Quốc tế Thái Bình Dương	0	0	0	0	0	0
Trung tâm Trọng tài Viễn Đông	0	0	0	0	0	0

Nguồn: Vũ Ánh Dương, 2012

Trên đây là về phía các Trung tâm TTTM, còn đối với các DN theo kết quả điều tra cho thấy có 59 DN trong 602 DN đã sử dụng TTTM để giải quyết tranh chấp thì vấn đề họ quan tâm nhất vẫn là khả năng chiến thắng của vụ kiện, điều này cũng tương tự như đối việc sử dụng tòa án. Sự quan tâm tiếp theo là uy tín của DN khi tham gia vào tranh chấp, thời gian giải quyết tranh chấp cũng là yếu tố mà doanh nghiệp quan tâm. Trong khi đó vấn đề ai là trọng tài viên để GQTC thì DN cũng không trú trọng bằng các yếu tố trên, điều này cho thấy các DN có lòng tin đối với đội ngũ trọng tài viên. Sau khi đã sử dụng TTTM để giải quyết tranh chấp về HĐTMDV, theo kết quả của điều tra cho thấy DN vẫn có khả năng giữ được mối quan hệ đối tác, chi phí giải quyết tranh chấp cao. Dù TTTM là xét xử kín nhưng theo đánh giá của DN thì uy tín, hình ảnh của doanh nghiệp cũng bị ảnh hưởng. Việc tự nguyện thực thi phán quyết và khả năng thi hành phán quyết nhanh cũng là kết quả tích cực mà các DN có được khi sử dụng TTTM làm cơ quan giải quyết tranh chấp. (Xem Phụ lục 1 Báo cáo kết quả điều tra ở cuối Luận án).

Như vậy qua việc phân tích các đặc điểm, nguyên tắc GQTC HĐTMDV bằng TTTM có thể thấy đây là phương pháp GQTC có nhiều ưu điểm, tuy nhiên trên thực tế số lượng các vụ việc GQTC bằng hình thức này vẫn còn ở mức độ thấp, chưa phổ biến. Điều này xuất phát từ nhiều lý do như mạng lưới trọng tài còn thưa thớt, các DN chưa am hiểu và có niềm tin về phương thức này. Chính vì vậy để áp dụng phương pháp này trong thực tế chúng ta cần tiếp tục tìm hiểu những nguyên nhân và đưa ra các giải pháp khắc phục chúng.

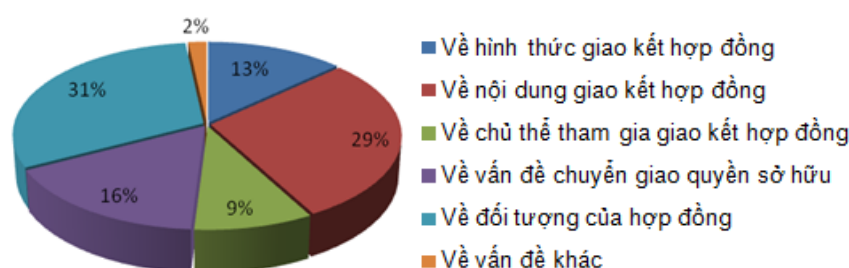
2.3. Đánh giá về thực trạng ký kết, thực hiện hợp đồng thương mại dịch vụ và giải quyết tranh chấp về hợp đồng thương mại dịch vụ ở Việt Nam

2.3.1. Những thuận lợi và kết quả

2.3.1.1. Doanh nghiệp Việt Nam đã cẩn trọng hơn khi ký kết hợp đồng thương mại dịch vụ

Nhận thức được sự khác nhau giữa hợp đồng TMHH và HĐTMDV, các DN đã cẩn trọng hơn khi ký kết HĐTMDV. Từ kết quả lấy phiếu điều tra mà NCS thực hiện với 602 DN tham gia thì có 336 DN nhận thức được sự khác nhau giữa 2 loại hợp đồng này và đã chú ý hơn khi ký HĐTMDV (xem Phụ lục 1 báo cáo kết quả điều tra do NCS thực hiện ở cuối Luận án). Cụ thể, đối với HĐTMDV các bên đã chú ý hơn về đối tượng của hợp đồng như là tên của loại dịch vụ được cung cấp trong hợp đồng tư vấn pháp luật, hợp đồng tín dụng, vv... So với hợp đồng TMHH, các DN đều nhận thấy việc mô tả đối tượng hợp đồng của HĐTMDV thường dài và phức tạp hơn so với việc mô tả đối tượng của hợp đồng TMHH. Trong khảo sát ý kiến về sự khác nhau về đối tượng của HĐTMDV và hợp đồng TMHH có đến có 314 DN cho rằng có sự khác biệt nữa về nội dung hợp đồng. Dường như các DN chỉ chú ý đến 2 yếu tố trên còn những yếu tố như chuyển giao quyền sở hữu, thời điểm chuyển giao rủi ro, chủ thể giao kết hợp đồng ... thì ít được DN chú ý. Điều này cho thấy DN mới chỉ nhìn thấy điểm khác nhau cơ bản của hai loại hợp đồng này. (Xem Biểu đồ 2.5)

Biểu đồ 2- 5: Sự khác biệt giữa hợp đồng thương mại dịch vụ và hợp đồng thương mại hàng hóa



Nguồn: NCS tổng hợp từ kết quả điều tra

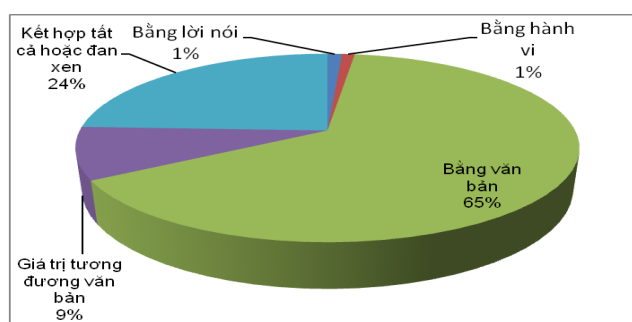
Mặc dù vậy, có thể thấy rằng các DNVN đã đặc biệt chú ý đến đối tượng của HĐTMDV, do đó, khi qui định về các điều khoản tên dịch vụ, chất lượng dịch vụ, thời hạn cung cấp dịch vụ ... trong các HĐTMDV đã được các bên ký kết hợp đồng nghiên cứu kỹ lưỡng. Vì vậy, các tranh chấp sẽ được ngăn chặn và hạn chế. Đây là thuận lợi cơ bản liên quan đến việc ký kết HĐTMDV.

Ngoài ra, kết quả điều tra cho thấy DNVN đã có chuẩn bị khi giao kết hợp đồng nhất là các phương án thương lượng và đàm phán, hầu hết các DN đều có sự chuẩn bị này, chỉ có 11 DN là không chuẩn bị, điều này là hợp lý vì khi đàm phán hợp đồng với việc có nhiều phương án sẽ giúp cho DN có nhiều lựa chọn. Để mua hoặc bán một dịch vụ, đòi hỏi DN cần hiểu về dịch vụ đó nên vấn đề thông tin về dịch vụ được hơn 93% DN tiến hành tìm hiểu. Tuy nhiên, là một nhược điểm cố hữu của các DNVN, như đã phân tích về thông tin đối tác có hơn 53% DN là không tìm hiểu hoặc ít khi tìm hiểu. Điều này có thể đẩy DN vào tình huống khó khăn khi không biết mình đang ký kết hợp đồng với ai, có thật sự họ muốn ký kết hợp đồng với mình không, năng lực của họ như thế nào. Ngoài ra những thông tin khác DN cũng đề cập tới như là đối thủ cạnh tranh như thế nào ... nhưng chỉ chiếm một tỷ lệ thấp trong câu trả lời. (Số liệu lấy Phụ lục 1 Báo cáo kết quả điều tra ở cuối Luận án).

2.3.1.2. Các HĐTMDV phần lớn được ký kết dưới hình thức văn bản đã góp phần cung cấp cơ sở pháp lý làm bằng chứng cho các vụ việc được giải quyết tranh chấp tại tòa án, trọng tài thương mại

Theo số liệu điều tra của NCS, có đến 98% DN được hỏi cho biết họ lựa chọn hình thức giao kết là bằng văn bản (hoặc tương đương văn bản) (xem Biểu đồ 2.6).

Biểu đồ 2- 6: Hình thức ký kết hợp đồng thương mại dịch vụ



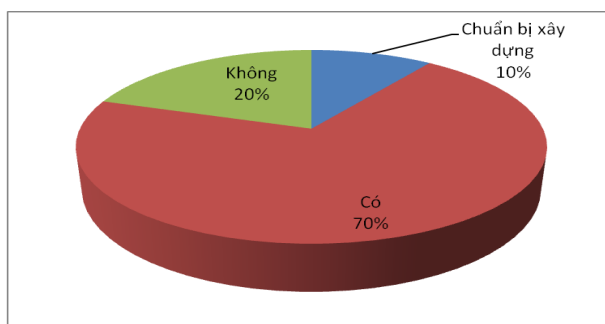
Nguồn: NCS tổng hợp từ kết quả điều tra

Điều này, một mặt tạo thuận lợi cho tòa án, trọng tài khi tìm kiếm cơ sở pháp lý cho việc GQTC, mặt khác giúp các bên tranh chấp dễ dàng xác định được quyền và nghĩa vụ cụ thể của mình. Việc ký kết HĐTMDV bằng văn bản chính là một thuận lợi trong việc GQTC phát sinh, đồng thời sẽ làm cho quá trình GQTC về HĐTMDV trở nên dễ dàng hơn cho cả các bên cũng như cho cả tòa án và trọng tài.

2.3.1.3. Các doanh nghiệp Việt Nam đã xây dựng các mẫu hợp đồng thương mại dịch vụ nhằm tiết kiệm thời gian đàm phán và có phương án đào tạo nguồn nhân lực cho việc thực hiện hợp đồng thương mại dịch vụ

Trong kết quả điều tra có 70% DN trả lời đã có hợp đồng mẫu về HĐTMDV (xem Biểu đồ 2.7).

Biểu đồ 2- 7: Tình hình xây dựng hợp đồng mẫu về hợp đồng thương mại dịch vụ



Nguồn: NCS tổng hợp từ kết quả điều tra

Điều này sẽ tạo thuận lợi cho DN trong việc tiết kiệm thời gian đàm phán. Mặt khác, khi đã xây dựng được mẫu hợp đồng về TMDV, DN sẽ chủ động trong việc bố trí nguồn nhân lực chuyên trách để thực hiện hợp đồng một khi hợp đồng được ký kết theo mẫu. Ngoài ra, việc xây dựng mẫu hợp đồng về TMDV cũng sẽ góp phần tạo được các bằng chứng cho việc GQTC phát sinh.

2.3.1.4. Các doanh nghiệp cung cấp dịch vụ thương mại đã xác định được những vấn đề cần đặc biệt phải chú ý khi có tranh chấp

Có 11 vấn đề được đặt ra để xem DN quan tâm đến vấn đề nào nhất khi tranh chấp phát sinh thì có đến 75.6% DN chú ý đến khả năng giành phần thắng trong các vụ tranh chấp (Số liệu lấy từ Phụ lục 1 Báo cáo kết quả điều tra ở cuối Luận án). Để DN có thể giành phần thắng, các DN đã cố gắng lưu trữ các chứng cứ, tăng cường trang bị kỹ năng tranh tụng trước tòa án, trọng tài, thậm chí nhiều DN đã thuê luật sư bào chữa nhằm rút kinh nghiệm cho các vụ tranh chấp sau này. Đây là thuận lợi cơ bản và thuận lợi này đã đem đến kết quả là việc GQTC sẽ hữu hiệu hơn nhờ DN xác định rõ những vấn đề cần đặc biệt chú ý khi giải quyết.

2.3.1.5. Một số doanh nghiệp đã chú trọng vào quản trị rủi ro hợp đồng thương mại dịch vụ nói riêng và quản trị rủi ro doanh nghiệp nói chung

Để giảm thiểu các rủi ro và tranh chấp phát sinh từ HĐTMDV, các doanh nghiệp trong lĩnh vực ngân hàng, bảo hiểm, xây dựng đã xây dựng và áp dụng các mô hình kiểm soát rủi ro đối với các hợp đồng tín dụng, hợp đồng bảo hiểm hay hợp đồng xây dựng... Ví dụ, các ngân hàng đã áp dụng các tiêu chuẩn của Hiệp ước vốn Basel II để quản trị rủi ro hoạt động hay việc áp dụng các tiêu chuẩn ISO 31000:2011 và ISO

31010:2013 về quản lý rủi ro tại các DN công nghệ thông tin như tập đoàn CMC; hay mô hình rủi ro thiên tai (CAT model) của tập đoàn Bảo Việt ...

2.3.2. Những khó khăn, bất cập và nguyên nhân

2.3.2.1. Các qui định của pháp luật về hợp đồng thương mại dịch vụ còn nhiều bất cập, gây khó khăn cho các doanh nghiệp khi ký kết, thực hiện hợp đồng thương mại dịch vụ, là nguyên nhân dẫn đến tranh chấp xảy ra

Bất cập lớn nhất là pháp luật VN chưa qui định khái niệm về HĐTMDV. Trong LTM 2005 không nêu khái niệm về HĐTMDV, ngược lại, chỉ nêu khái niệm về hợp đồng cung ứng dịch vụ. Ngoài ra việc dùng 2 từ cung ứng dịch vụ trong LTM 2005 khiến cho DN chưa thể hiểu rõ được bản chất của hợp đồng cung ứng dịch vụ cũng là mua bán dịch vụ. Điều này không chỉ gây khó khăn cho các DN trong việc ký kết HĐTMDV mà còn khiến tòa án hoặc trọng tài lúng túng trong việc áp dụng luật cho các loại HĐTMDV cụ thể.

Bên cạnh đó, sự mâu thuẫn chồng chéo trong nhiều quy định về HĐTMDV cũng gây khó khăn cho việc GQTC về HĐTMDV. Pháp luật về HĐTMDV ở VN hiện nay nằm rải rác trong rất nhiều văn bản pháp luật khác nhau với hiệu lực pháp lý cao thấp khác nhau, chưa tạo ra được sự thống nhất và tính hệ thống. Có nhiều văn bản pháp luật có thể được lựa chọn để điều chỉnh HĐTMDV, đặc biệt là BLDS năm 2005, LTM năm 2005 và các luật chuyên ngành. Với trình tự áp dụng theo thông lệ pháp lý và quy định tại Điều 4 LTM 2005 thì sẽ ưu tiên áp dụng các qui định của luật chuyên ngành, nếu luật chuyên ngành không qui định thì áp dụng các qui định của LTM, sau đó mới áp dụng đến các qui định liên quan trong BLDS. Trên thực tế, qui định trong BLDS về một số nội dung còn chi tiết hơn trong LTM năm 2005.

Những phân tích trên là phù hợp với kết quả điều tra DN khi 88% DN tham gia điều tra đã đồng ý là các qui định pháp luật về HĐTMDV ở VN là chưa rõ ràng, chưa thống nhất. (Số liệu lấy Phụ lục 1 Báo cáo kết quả điều tra ở cuối Luận án)

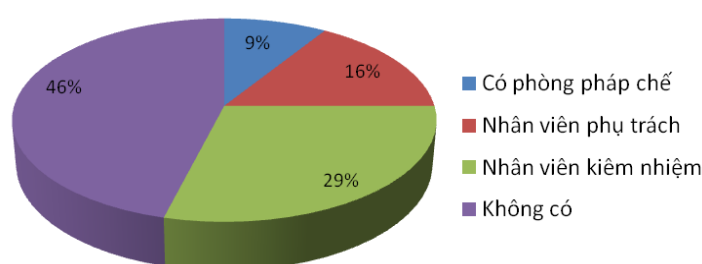
2.3.2.2. Nhiều doanh nghiệp Việt nam chưa có sự chuẩn bị tốt khi đàm phán để ký kết hợp đồng thương mại dịch vụ cũng như chưa chú trọng vào vấn đề quản trị rủi ro hợp đồng thương mại dịch vụ

Kết quả điều tra từ DN cho thấy việc tìm hiểu thông tin về đối tác đàm phán là một điểm yếu của DNVN, khi đàm phán để ký kết HĐTMDV: Chỉ có 11,6% DN chưa gặp phải khó khăn này bao giờ nhưng có đến 47% DN thường xuyên hoặc luôn luôn đối

mặt với vấn đề này. Điều này dẫn đến khả năng DN sẽ gặp phải hiện tượng thông tin bất cân xứng khi giao kết HĐTMDV. Kết quả điều tra cũng cho thấy có đến 83,4% DN gặp khó khăn do thiếu hiểu biết và kỹ năng trong giao kết HĐTMDV. (Số liệu lấy từ Phụ lục 1 Báo cáo kết quả điều tra ở cuối Luận án).

Nhiều DN hoạt động trong lĩnh vực TMDV chưa thành lập bộ phận pháp chế: Số liệu điều tra cho thấy trong tổng số 598 số lượng các DN được hỏi thì chỉ có 54 DN là đã có phòng pháp chế, chiếm 9% (xem Biểu đồ 2.8). Điều này cho thấy nhiều DN chưa hiểu được vai trò của bộ phận pháp chế trong DN. Trong thực tế, TMDV nói chung và HĐTMDV là lĩnh vực phức tạp, liên quan đến nhiều qui định, nhiều văn bản pháp luật chuyên ngành. Khi có tranh chấp xảy ra, nếu DN không có bộ phận pháp chế thì sẽ phải thuê luật sư. Điều này sẽ gây tốn kém cho DN.

Biểu đồ 2- 8: Bộ phận pháp chế của doanh nghiệp



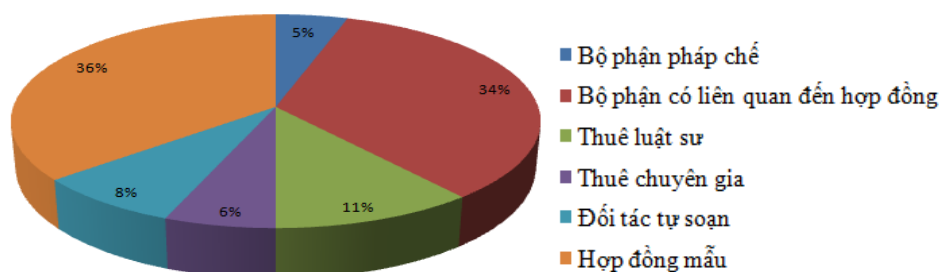
Nguồn: NCS tổng hợp từ kết quả điều tra

Nhiều DN chưa xây dựng quy trình giao kết hợp đồng: Rất nhiều DN thực hiện việc ký kết hợp đồng mang tính tự phát, không có xây dựng một quy trình cụ thể, chủ yếu dựa trên thói quen được xây dựng từ trước (47% DN không có quy trình nhưng thực tiễn vẫn áp dụng theo một quy trình cụ thể). Đôi khi việc xây dựng quy trình cũng chỉ mang tính hình thức (19 DN có quy trình ký kết hợp đồng nhưng không áp dụng). Chính sự chủ quan cũng như tính thiếu chuyên nghiệp này có thể dẫn đến những sai sót trong khi ký kết hợp đồng, việc xây dựng một quy trình sẽ đảm bảo các bước giao kết hợp đồng sẽ được kiểm tra kỹ lưỡng hơn là làm việc dựa trên thói quen. (Số liệu lấy từ Phụ lục 1 Báo cáo kết quả điều tra ở cuối Luận án).

Việc chưa có thói quen sử dụng dịch vụ tư vấn pháp lý trong việc soạn thảo HĐTMDV cũng làm cho việc ký kết HĐTMDV chưa chặt chẽ, từ đó làm phát sinh tranh chấp. Sử dụng tư vấn hay luật sư dường như không phải thói quen phổ biến đối với các DNVN, khi chỉ khoảng 17% trên tổng sự lựa chọn. Có thể giải thích cho kết quả này, đó là sự dè dặt của DN khi sử dụng lực lượng bên ngoài để soạn thảo hợp đồng có thể tổn

kém chi phí hoặc lộ bí mật kinh doanh, tuy nhiên quan điểm này có thể không hợp lý vì để tiết kiệm chi phí khi soạn thảo hợp đồng như vậy DN sẽ có khả năng phải đối mặt với các vụ kiện sau và sẽ tốn kém không chỉ tiền mà còn thời gian, công sức. Đây cũng là nguyên nhân lý giải vì sao các DN thường gặp những tranh chấp phát sinh chính từ việc soạn thảo hợp đồng không rõ ràng hoặc không đầy đủ.

Biểu đồ 2- 9: Cách thức soạn thảo hợp đồng của doanh nghiệp



Nguồn: NCS tổng hợp từ kết quả điều tra

Việc chưa hiểu rõ các điều khoản trong HĐTMDV cũng là nguyên nhân khiến cho việc soạn thảo HĐTMDV thiếu chặt chẽ, dẫn đến tranh chấp phát sinh. Điều khoản giá cả là điều khoản quan trọng vì nó liên quan trực tiếp đến lợi nhuận của DN, nhưng có đến 15% DN lựa chọn là không hoặc tùy thuộc sẽ đưa điều khoản này vào hợp đồng cho thấy DN chưa ý thức được tầm quan trọng của nó. Tuy nhiên nó cũng phản ánh là đặc thù của loại HĐTMDV khi thực tiễn các DN sử dụng dịch vụ nhưng không đàm phán cụ thể về dịch vụ, do đó không quy định cụ thể chi tiết về giá. Về điều khoản GQTC chỉ xấp xỉ 60% DN luôn đưa điều khoản này vào hợp đồng đã chỉ ra rằng DN dường như không chú trọng vào khả năng có thể xảy ra tranh chấp trong thực hiện hợp đồng. Bên cạnh đó vấn đề về chi phí GQTC được tính như thế nào thì cũng không được nhiều các DN cho vào điều khoản hợp đồng. (Số liệu lấy từ Phụ lục 1 Báo cáo kết quả điều tra ở cuối Luận án).

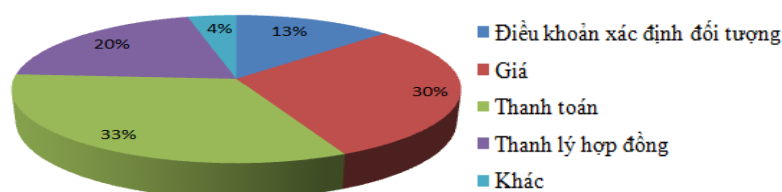
Từ những phân tích trên, cho thấy công tác quản trị rủi ro của các DNVN chưa được chú trọng nhất là khi họ lại thiếu thông tin về đối tác, thiếu kiến thức và kỹ năng về HĐTMDV nhưng lại không xây dựng cho mình các quy trình ký kết HĐTMDV cụ thể hoặc không có thói quen sử dụng các dịch vụ tư vấn.

2.3.2.3. Doanh nghiệp Việt Nam vẫn chưa thấy được tính chất đặc thù của các tranh chấp về hợp đồng thương mại dịch vụ

- DN vẫn chưa nhìn thấy được tính vô hình của dịch vụ là nguyên nhân căn bản làm phát sinh tranh chấp: Chỉ một số DN trong phiếu điều tra cho rằng điều khoản đối tượng là

phức tạp và dễ xảy ra tranh chấp nhất, chiếm 13%, trong khi đó DN chủ yếu cho rằng điều khoản giá cả và thanh toán là phức tạp và dễ dàng gây tranh chấp, chiếm 60% sự lựa chọn, (xem Biểu đồ 2.10), quan điểm này cũng phù hợp vì điều khoản giá và cách thức thanh toán luôn ảnh hưởng tới hoạt động DN nhưng bản chất đằng sau sự tranh chấp về giá và thanh toán đó là gì, dường như DN chưa thấy được, ví dụ nếu một hợp đồng không quy định cụ thể về tiến độ thực hiện dẫn đến khi thực hiện hợp đồng DN cung cấp thực hiện chậm so với kỳ vọng của bên sử dụng dịch vụ, kết quả bên sử dụng dịch vụ không chịu thanh toán, vậy bản chất của việc tranh chấp này là điều khoản về thanh toán hay là điều khoản về thời gian thực hiện hợp đồng?

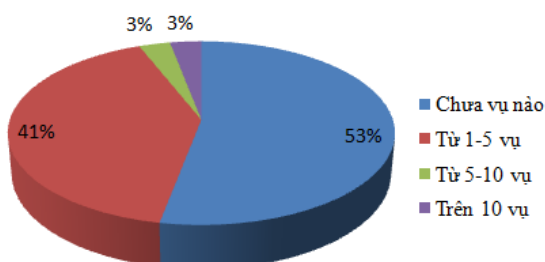
Biểu đồ 2- 10: Những điều khoản thường xảy ra tranh chấp



Nguồn: NCS tổng hợp kết quả báo cáo điều tra

- Chưa nhận thức cụ thể thế nào là tranh chấp: Về ý thức của DN đối với các tranh chấp phát sinh, từ kết quả điều tra do NCS tiến hành thì có đến 300 DN lựa chọn là chưa tham gia vụ tranh chấp nào. Tuy nhiên khi NCS phỏng vấn trực tiếp lại một số DN lựa chọn trong số đó thì các DN cho rằng phải ra tòa án hoặc trọng tài mới là tranh chấp, còn nếu có mâu thuẫn gì mà DN tự giải quyết được thông qua việc thương lượng với đối tác thì đó chưa được xem là tranh chấp. Chính vì lý do đó mà số lượng DN chọn đã có tranh chấp rồi chỉ chiếm chưa tới 50%. (Xem Biểu đồ 2.11)

Biểu đồ 2- 11: Số vụ tranh chấp về hợp đồng TMDV mà doanh nghiệp tham gia



Nguồn: NCS tổng hợp kết quả báo cáo điều tra

- DN chưa hiểu rõ về các phương thức GQTC: Đề cập về vấn đề các phương thức GQTC hiện tại mà được DN biết đến trong được Phiếu điều tra. Kết quả điều tra cho

thấy 16 DN vẫn chưa nắm được những phương thức đang được áp dụng tại VN khi số DN cho rằng Tổ tụng mini và Xét xử Sơ khởi có Bồi thẩm đoàn được áp dụng tại VN, nhưng theo LTM thì tại VN không có 2 phương thức này. Bên cạnh đó, các DN cũng chỉ ra một số biện pháp GQTC khác như hiệp thương, ủy ban phân xử, tuy nhiên xét về bản chất nó sẽ là một sự biến thể của phương thức hòa giải. (Số liệu lấy từ Phụ lục 1 Báo cáo kết quả điều tra ở cuối Luận án).

2.3.3. Phân tích một số vụ tranh chấp về hợp đồng thương mại dịch vụ

Như đã phân tích ở trên, tranh chấp về HĐTMDV có nhiều loại với nhiều đặc điểm khác nhau. Do đó, việc GQTC về HĐTMDV cũng đặt ra nhiều vấn đề. Những vấn đề này chỉ có thể được tháo gỡ nếu tìm được nguyên nhân cốt yếu của nó. Để làm rõ điều này, dưới đây NCS phân tích 3 vụ tranh chấp điển hình về HĐTMDV và từ đó rút ra nhận xét của mình.

2.3.3.1. Tranh chấp về hợp đồng dịch vụ thiết kế kiến trúc

Tóm tắt vụ việc:¹⁹ Nguyên đơn là công ty xây dựng và Bị đơn là chủ đầu tư ký Hợp đồng dịch vụ thiết kế kiến trúc công trình. Giá trị hợp đồng: 40.000 USD bao gồm dịch vụ thiết kế nội thất: 25.000 USD, dịch vụ quản lý công trình: 15.000 USD. Thời gian thực hiện: Dịch vụ thiết kế nội thất là 08 tuần, kể từ ngày Nguyên đơn nhận thanh toán tiền đợt 1; Dịch vụ quản lý công trình là 18 tuần kể từ khi hoàn thành thiết kế kiến trúc và nội thất. Thanh toán: dịch vụ thiết kế nội thất: 20% tạm ứng ngay sau khi ký hợp đồng; 20% sau khi hoàn tất hồ sơ thiết kế; 35% sau khi hoàn tất ý tưởng thiết kế nội thất; 25% sau khi hoàn tất hồ sơ thiết kế chi tiết nội thất. Nguyên đơn đã nhận tiền của Bị đơn hai lần với tổng số tiền là 10.000 USD.

Tuy nhiên, các bên chỉ mới tiến hành thực hiện công việc về lập hồ sơ thiết kế kiến trúc và nội thất thì xảy ra tranh chấp. Nguyên đơn đã khởi kiện tại trọng tài yêu cầu Bị đơn phải có nghĩa vụ hoàn trả: Số tiền nợ gốc là 15.000 USD và trả lãi cho số tiền trả chậm; Trả tiền thiệt hại về sự vi phạm hợp đồng; Buộc Bị đơn trả các chi phí và phí trọng tài. Bị đơn gửi Đơn kiện lại Nguyên đơn cho rằng chính Nguyên đơn vi phạm hợp đồng khi đã giao bản vẽ chậm hơn hai tháng đã gây thiệt hại cho Bị đơn. Ngoài ra, sân Tennis do Nguyên đơn thiết kế sai hoàn toàn về kích thước theo tiêu chuẩn do

¹⁹ Phần chi tiết nội dung vụ tranh chấp xem Phụ lục số 2 cuối Luận án

Ủy ban Thể dục Thể thao Việt Nam ban hành dẫn đến Bị đơn đã phải cho ép cọc lại ở vị trí khác, việc làm này đã làm cho chi phí phát sinh. Vì vậy, Bị đơn yêu cầu trọng tài: Buộc Nguyên đơn hoàn trả lại cho Bị đơn số tiền đã tạm ứng là 10.000 USD; Bồi thường số tiền 10.000 do đã gây ra thiệt hại cho Bị đơn.

Cơ quan giải quyết tranh chấp: Trọng tài thương mại

Tranh chấp này liên quan đến: Đối tượng hợp đồng, Bên cung cấp dịch vụ không hoàn thành nghĩa vụ của mình, thủ tục bàn giao công việc và Bên thuê dịch vụ vi phạm nghĩa vụ thanh toán.

Thứ nhất, qua tình huống này một lần nữa vấn đề các DN mắc phải là đối tượng của hợp đồng, khi các bên không qui định cụ thể về đối tượng hợp đồng là dịch vụ theo tiêu chuẩn nào VN hay quốc tế. Không nắm vững các qui định pháp luật về dịch vụ mình cung cấp khi thiết kế sân tennis không đáp ứng tiêu chuẩn đặt ra, cho thấy bên thiết kế thiếu kỹ năng và kiến thức trong quá trình cung cấp dịch vụ.

Thứ hai, trong quá trình thực hiện hợp đồng các bên đã không có sự phối hợp chặt chẽ giữa các bên với nhau, đối với những HĐTMDV phức tạp thì trong quá trình thực hiện hợp đồng luôn đòi hỏi phải có sự giám sát của cả hai bên để khi xảy ra sự cố nứt, đổ cấu kiện xây dựng thì chủ đầu tư, nhà thầu, tư vấn thiết kế phải có mặt tại hiện trường để ghi nhận, lập biên bản, giám định nguyên nhân gây hư hỏng, mức độ hư hỏng làm cơ sở cho việc xem xét, xử lý bồi thường thiệt hại.

Thứ ba, khi sửa đổi, bổ sung thiết kế phải có ý kiến thống nhất bằng văn bản giữa chủ đầu tư và tổ chức tư vấn thiết kế, trong đó nêu rõ nội dung sửa đổi, bổ sung và thời gian thực hiện. Ngoài ra, vì đây là hợp đồng giữa các pháp nhân với nhau, do đó mọi văn bản đều phải có chữ ký của người đại diện và đóng dấu kèm theo.

Thứ tư, soạn thảo một điều khoản về thời hạn thanh toán có liên quan đến thời hạn thực hiện hợp đồng như vậy là không nên. Vì Nguyên đơn có thể sử dụng việc kéo dài nhận tiền trong đợt một để kéo dài thời gian thực hiện công việc. Ngoài ra, khi thấy Nguyên đơn đưa bản thiết kế từng phần một, nghĩa là chưa hoàn chỉnh công việc thiết kế thì Bị đơn nên có động thái nhắc nhở Nguyên đơn để họ đẩy nhanh tiến độ. Vì dịch vụ bao gồm một chuỗi các hoạt động gắn liền với nhau, việc không hoàn thành một trong các hoạt động sẽ dẫn tới tổng thể của dịch vụ cung cấp không hoàn thành. Điều này cho thấy sự khác biệt đối với hợp đồng MBHH khi người mua luôn phải có trách

nhiệm nhắc nhở đốc thúc đối với người bán dịch vụ. Ngoài ra hàng hóa nếu có giao thành nhiều lần thì vẫn sử dụng được, còn dịch vụ thì không.

Thứ năm, khi khởi kiện các bên đều có quyền yêu cầu bồi thường thiệt hại nhưng quan trọng là phải có cơ sở, bằng chứng để chứng minh sự sai phạm của bên kia là nguyên nhân gây ra thiệt hại cho mình và phải cụ thể được bằng con số và các chứng cứ kèm theo thì mới hy vọng đòi được tiền, chứ không để một cách chung chung. Ngoài ra khi quyết định đi kiện thì các DN cũng phải tính tới trường hợp sẽ bị kiện lại, để từ đó cân nhắc xem kết quả vụ kiện sẽ mang lại lợi ích hay trong nhiều trường hợp đơn kiện lại của Bị đơn còn mang đến thiệt hại nhiều hơn cho Nguyên đơn.

Thứ sáu, các bên phải có thiện chí với nhau trong việc thực hiện hợp đồng. Vì HĐTMDV này phụ thuộc vào khả năng sản xuất của bên bán dịch vụ ở đây là trí tuệ của người thiết kế, chứ không đơn thuần là nạp nguyên liệu đầu vào và cho ra sản phẩm như sản xuất hàng hóa. Ngoài ra, vì sản phẩm của trí tuệ nên khi qui định về các điều khoản thưởng phạt, các bên cũng cần phải cân trọng xem có đáp ứng được không. Khi đã xác định được khả năng của mình thì điều khoản thưởng, phạt phải được các bên tham gia thống nhất và ghi rõ trong hợp đồng cho từng trường hợp cụ thể như: Thưởng do rút ngắn thời gian thực hiện hay phạt do chậm trễ tiến độ đã cam kết. Việc thưởng, phạt phải quy định mức cụ thể (%) để có cơ sở xem xét, xử lý tranh chấp. HĐTMDV luôn đòi hỏi yếu tố thời gian, vì vậy bên cung cấp dịch vụ trong quá trình đàm phán cũng như thực hiện hợp đồng, phải luôn đưa yếu tố này làm nòng cốt, quan trọng để đánh giá xem năng lực của mình có đáp ứng được thời gian đặt ra không từ đó có những điều khoản thưởng, phạt cho phù hợp.

2.3.3.2. Tranh chấp về hợp đồng dịch vụ tư vấn

Tóm tắt vụ tranh chấp:²⁰ Nguyên đơn là Công ty TNHH TMDV Hồng Kông (Việt Nam), bị đơn là Công ty Eta Star International Limited (Ả Rập).

Theo hợp đồng tư vấn thì Nguyên đơn sẽ cung cấp dịch vụ tư vấn để hỗ trợ bị đơn xin Giấy chứng nhận đầu tư cho dự án cao ốc căn hộ tại Tp. HCM. Hợp đồng được chia làm hai giai đoạn, giai đoạn 1 là xin cấp Giấy chứng nhận đầu tư cho dự án, giai đoạn 2 là xin cấp Giấy chứng nhận quyền sử dụng lô đất và cấp Giấy phép xây dựng cho 95.000

²⁰ Phân chi tiết nội dung vụ tranh chấp xem Phụ lục số 2 ở cuối Luận án

m2 diện tích sàn. Mặc dù, giai đoạn 1 của hợp đồng bên Nguyên đơn đã xin được Giấy chứng nhận đầu tư cho dự án nhưng thời gian bị kéo dài so với thỏa thuận trong hợp đồng, dẫn đến Bị đơn muốn chấm dứt hợp đồng và chuyển giai đoạn 2 cho một công ty khác, đồng thời không thanh toán cho bên Nguyên đơn phần giai đoạn 1 và yêu cầu tòa án tuyên bố hợp đồng vô hiệu vì trong giấy phép kinh doanh của Nguyên đơn không có chức năng tư vấn xin giấy phép đầu tư. Về phía Nguyên đơn, họ yêu cầu bị đơn trả số tiền của giai đoạn 1 và tiếp tục thực hiện phần còn lại của hợp đồng.

Cơ quan giải quyết tranh chấp: TAND TP. HCM

Tranh chấp này liên quan đến: quyền cung cấp dịch vụ, văn bản pháp luật điều chỉnh, nghĩa vụ của bên sử dụng dịch vụ, thời điểm tính thời gian hoàn thành nghĩa vụ, tính dự liệu kém các yếu tố khách quan khi thực hiện hợp đồng, xác định mức bồi thường thiệt hại, giá dịch vụ, đạo đức của DN, phương thức GQTC.

Vụ tranh chấp cho thấy những sơ hở của các bên khi tham gia ký kết hợp đồng. *Thứ nhất*, về thẩm quyền ký kết hợp đồng tư vấn, bên bị đơn khi ký kết đã không xem xét thời điểm ký kết bên nguyên đơn có được phép cung cấp dịch vụ tư vấn để hỗ trợ xin Giấy chứng nhận đầu tư hay không? Chính điều này đã đẩy bị đơn vào vị thế bất lợi liên quan đến vấn đề xác định khả năng cung cấp dịch vụ của nguyên đơn sau này. Thông qua việc xác định thẩm quyền này cũng cho thấy cơ quan GQTC phải viện dẫn rất nhiều văn bản dưới luật và Nghị quyết hướng dẫn của TAND Tối cao để xác định về thẩm quyền cung cấp dịch vụ của nguyên đơn, điều này thường không xảy ra đối với các hợp đồng MBHH.

Thứ hai, thời gian thực hiện của dịch vụ mặc dù được quy định là 45 ngày nhưng thời điểm bắt đầu tính thì các bên không ghi cụ thể trong hợp đồng, điều này dẫn đến sự bất lợi cho Bị đơn khi bên Nguyên đơn viện dẫn thỏa thuận: “*Chịu trách nhiệm cung cấp cho bên tư vấn bất kỳ thông tin nào do bên Tư vấn yêu cầu hợp lý cũng như mọi thông tin cần thiết khác cần thiết để bên tư vấn có thể thực hiện các nghĩa vụ của mình theo hợp đồng này*”, do đó thời điểm tính bắt đầu khi bị đơn giao đầy đủ các giấy tờ. Đây là căn cứ để tòa tuyên bố là bị đơn chưa hoàn thành nghĩa vụ của mình.

Thứ ba, về tác động của yếu tố khách quan mà các bên không lường trước được: trong vụ việc này, một phần hợp đồng bị thực hiện chậm do cơ quan chức năng chậm trễ trong việc trả kết quả hồ sơ (cấp giấy hẹn ngày 28/8/2008 nhận kết quả nhưng đến

ngày 15/09/2008 mới tổ chức họp rà soát), đây được xem là yếu tố khách quan. Mặc dù đây là yếu tố khách quan nhưng xét về phương diện một công ty tư vấn chuyên nghiệp thì bên Nguyên đơn đã dự liệu kém tình huống này, vì những vấn đề kéo dài thủ tục hành chính thường hay xảy ra ở VN.

Thứ tư, sự phức tạp trong xác định giá cả (phí tư vấn): Bị đơn đã cho rằng phải trả phí tư vấn quá cao, điều này cho thấy Bị đơn trước khi ký kết hợp đồng đã không có sự cân trọng trong tính toán giữa chi phí bỏ ra và doanh thu thu lại được, ngoài ra nó cũng cho thấy sự phức tạp của HĐTMDV so với hợp đồng MBHH khi cơ sở để xác định mức phí tư vấn thế nào là phù hợp không phải dễ dàng, còn đối với hợp đồng MBHH thì có thể dựa vào các mặt hàng tương tự trong hoàn cảnh tương tự (theo Điều 52 LTM) để xem xét giá của có hợp lý không?.

Thứ năm, xác định mức bồi thường thiệt hại là vô cùng phức tạp: Trong vụ tranh chấp này cũng cần lưu ý khi các bên đưa ra con số cũng không trùng với quyết định của tòa án, cụ thể Nguyên đơn đòi: 4.311.375 USD; Bị đơn cho rằng phí tư vấn chỉ là 3.298.201,88 USD và phán quyết cuối cùng của tòa án là: 3.664.668,75 USD. Điều này cho thấy các DN cần phải tính toán chính xác về mức bồi thường thiệt hại.

Cuối cùng, trong tranh chấp này xét về phương diện chuyên nghiệp thì bên Bị đơn chưa thể hiện được, Bị đơn đã không trao đổi thông tin với Nguyên đơn khi nhận được giấy chứng nhận đầu tư vào ngày 19/11/2008, dẫn đến việc Nguyên đơn vẫn tiếp tục thực hiện những công việc của mình cho giai đoạn 2 của hợp đồng, tận ngày 29/12/2008 thì Bị đơn mới gửi công văn cho Nguyên đơn tuyên bố chấm dứt hợp đồng. Đúng trên quan điểm khách quan thì việc Bị đơn sau khi nhận được giấy chứng nhận đầu tư, không thông báo cho Nguyên đơn, đồng thời chuyển công việc tiếp theo là xin giấy Chứng nhận quyền sử dụng lô đất và cấp Giấy phép xây dựng cho một công ty khác thể hiện đạo đức trong kinh doanh của Bị đơn cần phải được xem xét. Bên cạnh đó, các bên đã không có sự lựa chọn phương thức GQTC một cách hợp lý, mặc dù đã đề cập đến vấn đề hòa giải để tìm ra cách thức giải quyết giữa các bên, nhưng các bên đã không tổ chức bất kỳ hoạt động hòa giải nào và Nguyên đơn đã lựa chọn tòa án làm phương thức GQTC. Nếu các bên lựa chọn ngồi lại với nhau thương lượng và hòa giải thì kết quả của vụ tranh chấp có thể sẽ khác đi và dù kết quả thế nào đi nữa thì uy tín của các DN trong vụ tranh chấp này cũng sẽ bị ảnh hưởng. Ngoài ra, bên thua kiện còn bị thiệt hại thêm phần án phí cho tòa án.

2.3.3.3. Tranh chấp về hợp đồng tín dụng

Tóm tắt vụ việc:²¹ Bị đơn là công ty CPXD 16-Vinaconex có Xí nghiệp 4 là thành viên trực thuộc đã ký hợp đồng tín dụng vay tiền của Nguyên đơn là Ngân hàng Công Thương. Hợp đồng tín dụng được bảo lãnh một phần bởi quyền sử dụng đất của Bên thứ 3 là phó giám đốc của Xí nghiệp 4. Do kinh doanh thua lỗ, Xí nghiệp 4 không có khả năng trả nợ, Nguyên đơn phát mãi tài sản đảm bảo, trong đó có tài sản đảm bảo là quyền sử dụng đất của Bên thứ 3 là Phó giám đốc của Xí nghiệp 4. Tuy nhiên, tranh chấp phát sinh khi Bên thứ 3 cho rằng hợp đồng bảo lãnh là vô hiệu, đồng thời Bị đơn là Vinaconex 16 không chịu thực hiện phần nghĩa vụ còn lại cho Xí nghiệp 4.

Cơ quan giải quyết tranh chấp: TAND Tối cao

Tranh chấp này liên quan đến: Sự phức tạp của hợp đồng tín dụng; Rủi ro và quản trị rủi ro; Thời gian giải quyết tranh chấp; Đạo đức kinh doanh.

Vụ tranh chấp này đã chỉ ra những vấn đề sau: *Thứ nhất*, hợp đồng tín dụng là loại HĐTMDV phức tạp về mặt kỹ thuật, nội dung và chịu nhiều rủi ro. Tính phức tạp về mặt kỹ thuật và nội dung của hợp đồng tín dụng liên quan đến việc đánh giá, định giá các tài sản đảm bảo cho hợp đồng tín dụng, ngoài ra sự phức tạp đó còn được thể hiện khi hợp đồng tín dụng không chỉ liên quan đến bên vay và bên cho vay mà có thể phát sinh Bên thứ 3 có quyền và nghĩa vụ liên quan với vai trò là người bảo lãnh cho bên đi vay. Chính sự phức tạp đó dẫn đến hợp đồng tín dụng có nhiều khe hở và nhiều rủi ro cho các bên. Trong vụ kiện này, Nguyên đơn gặp rủi ro đối với hợp đồng bảo lãnh khi tài sản bảo đảm là tài sản chung của vợ chồng Bên thứ 3 nhưng người vợ cho rằng chữ ký trong hợp đồng bảo lãnh là giả, không phải của mình đồng thời cũng không biết đến sự tồn tại của hợp đồng bảo lãnh này. Chưa bàn đến sự thật vấn đề này là gì, nhưng qua đó cho thấy rủi ro về chủ thể hợp pháp trong HĐTMDV là điều các bên vẫn cần lưu ý, cụ thể đối với vụ kiện này đó là rủi ro về tính pháp lý của chữ ký các bên trong hợp đồng. Do đó Ngân hàng cần phải rút kinh nghiệm và có cách thức đối phó với rủi ro đó.

Thứ hai, vấn đề quản trị DN nói chung và quản trị rủi ro nói riêng của Bị đơn cần được xem xét đến. Về phía Xí nghiệp 4 khi ký hợp đồng tín dụng đã không đánh giá hết tất cả các rủi ro trong kinh doanh cũng như không quản trị được các rủi ro này dẫn đến

²¹ Phần chi tiết nội dung vụ tranh chấp xem ở phụ lục số 2 của luận án

thua lỗ, không có khả năng thanh toán hợp đồng tín dụng và chịu thiệt hại. Về phía Bị đơn Vinaconex 16 thể hiện khả năng quản lý kém, thiếu chuyên nghiệp, dù đã ban hành công văn không đồng ý cho Xí nghiệp 4 vay vốn ngân hàng nhưng sau đó Bị đơn biết Nguyên đơn ký hợp đồng tín dụng với Xí nghiệp 4 mà không có bất kỳ động thái nào phản đối, ngược lại vẫn yêu cầu xí nghiệp 4 báo cáo về tình hình vay vốn ngân hàng theo định kỳ, chính sự quản lý yếu kém đó đã đẩy Bị đơn vào vụ tranh chấp này. Bên cạnh đó, việc Nguyên đơn nêu rằng không nhận được bất kỳ công văn nào từ Bị đơn Vinaconex 16 về việc đề nghị không cho vay vốn Xí nghiệp 4 cũng chỉ ra rủi ro có thể đến từ mọi vấn đề tương chừng đơn giản nhất. Để hạn chế rủi ro này, các DN cần phải nhận diện được các rủi ro và phải xây dựng được qui trình đối phó với các rủi ro đó, cụ thể đối với vấn đề này của vụ tranh chấp thì Bị đơn phải quản lý các công văn đi và đến, trong đó phải xác minh được liệu đối tác đã nhận được công văn của mình hay chưa.

Thứ ba, thời gian giải quyết tranh chấp bằng tòa án có khả năng kéo dài sẽ ảnh hưởng đến HĐKD của các bên. Hợp đồng được ký từ năm 2001, đến năm 2008 xảy ra tranh chấp và được tòa án thụ lý giải quyết qua các cấp sơ thẩm, phúc thẩm và đến năm 2013 thì vụ án lại được TAND Tối cao thụ lý theo thủ tục giám đốc thẩm với quyết định là trả lại hồ sơ để xét xử lại sơ thẩm. Như vậy, lựa chọn tòa án để GQTC thì các bên phải tính đến rủi ro về vấn đề thời gian GQTC sẽ bị kéo dài, các bên sẽ bị đọng vốn, tài sản bị phong tỏa dẫn đến ảnh hưởng trực tiếp hoặc gián tiếp đến HĐKD. Do đó khi soạn thảo HĐTMDV, các bên phải cân nhắc đến vấn đề khi lựa chọn phương thức GQTC.

Thứ tư, đạo đức kinh doanh của các DN cần phải xem xét. Trong tranh chấp này, dù vấn đề chữ ký có phải giả mạo hay không, công văn của Bị đơn gửi cho Nguyên đơn có nhận được hay không hay việc Bị đơn có biết tồn tại hợp đồng tín dụng giữa Nguyên đơn với Xí nghiệp 4 hay không đã cho thấy các bên hoặc một trong các bên đã chưa trú trọng vào đạo đức kinh doanh, vì lợi ích của mình họ có thể “bẻ cong” sự thật, HĐTMDV càng phức tạp thì lại càng có nhiều sơ hở để các bên tìm kiếm lợi ích cho mình và khi những lợi ích bị xâm phạm thì tất yếu tranh chấp sẽ xảy ra.

Tóm lại, chương 2 của luận án đã phân tích thực trạng GQTC về hợp đồng TMDV ở VN, trong đó nhấn mạnh vào những thuận lợi, kết quả, những khó khăn, bất cập và nguyên nhân của những bất cập. Trên cơ sở phân tích ở chương 2, tại chương 3 sau đây của luận án sẽ đề xuất giải pháp và kiến nghị để việc GQTC về hợp đồng TMDV thành công.

Chương 3 GIẢI PHÁP VÀ KIẾN NGHỊ ĐỂ DOANH NGHIỆP VIỆT NAM GIẢI QUYẾT THÀNH CÔNG CÁC TRANH CHẤP VỀ HỢP ĐỒNG THƯƠNG MẠI DỊCH VỤ

3.1. Dự báo về sự gia tăng các tranh chấp về hợp đồng thương mại dịch vụ tại Việt Nam trong thời gian tới

3.1.1. Cơ sở dự báo

3.1.1.1. Sự hội nhập ngày càng toàn diện của Việt Nam vào nền kinh tế thế giới tạo cơ hội để các doanh nghiệp Việt Nam ký kết nhiều hợp đồng thương mại dịch vụ nhưng cũng sẽ làm gia tăng tranh chấp về hợp đồng thương mại dịch vụ.

VN trở thành thành viên chính thức WTO và đã mở cửa thị trường TMDV theo những cam kết quốc tế là cơ sở để TMDV phát triển ở VN cũng như những cam kết này sẽ tạo cơ sở để các DN kinh doanh dịch vụ của VN thâm nhập thị trường dịch vụ nước ngoài thông qua việc tăng cường ký kết các HĐTMDV. Đặc biệt, sau năm 2012, thời điểm VN mở cửa hầu hết các thị trường dịch vụ sẽ cho phép các DN 100% vốn nước ngoài tham gia kinh doanh các dịch vụ theo cam kết WTO sẽ dẫn đến sự cạnh tranh mạnh mẽ trên thị trường dịch vụ VN. Đây là động lực để các DN TMDV trong nước phải tự đổi mới, nâng cao chất lượng dịch vụ vì sự sống còn của DN. Thông qua mở cửa các nhà cung cấp dịch vụ sẽ có điều kiện để phát triển các phương thức dịch vụ mới ở VN, điều đó sẽ dẫn đến gia tăng nhu cầu ký kết HĐTMDV. Các HĐTMDV được ký kết ngày càng nhiều tất yếu các tranh chấp có thể phát sinh từ các HĐTMDV nói riêng sẽ theo đó mà tăng lên.

Ở VN có thể khẳng định rằng chưa có một cơ quan nào, kể cả Tổng cục Thống kê VN, cung cấp số liệu về tình hình ký kết và thực hiện HĐTMDV ở VN. Do vậy, NCS gặp khó khăn trong việc đưa ra số liệu các HĐTMDV đã được ký kết và thực hiện trong mối quan hệ với hợp đồng TMHH quốc tế. Mặc dù vậy, NCS cho rằng số lượng các loại hình HĐTMDV ngày càng gia tăng trong những năm gần đây. Để đưa ra kết luận này, NCS căn cứ vào 3 cơ sở dưới đây:

- Cơ sở thứ nhất là sự gia tăng về qui mô TMDV ở VN: Quy mô TMDV đã tăng liên tục từ giai đoạn 1991 đến hiện nay. Theo Báo cáo của Tổng cục Thống kê năm 2012 tổng sản lượng trong nước của dịch vụ là 1353479 tỷ đồng chiếm 41,7% GDP, năm 2013 tổng sản lượng trong nước của dịch vụ là 1552352 tỷ đồng chiếm 43,31%

GDP (Tổng cục thống kê, 2014). Trong 6 tháng đầu năm 2014, TMDV cũng là ngành tăng trưởng mạnh nhất với 6% so với năm 2013. (Cổng Thông tin Điện tử Chính phủ nước CHXHCN VN, 2014). Điều này cho thấy TMDV của VN không chỉ gia tăng về mặt giá trị sản lượng mà còn gia tăng về mặt tỷ trọng trong nền kinh tế.

- Cơ sở thứ hai là sự gia tăng về số lượng các DN cung cấp dịch vụ thương mại là cơ sở để cho thấy hoạt động TMDV của VN có xu hướng tăng mạnh và HĐTMDV thực hiện các hoạt động TMDV. Do đó việc số lượng DN TMDV gia tăng có thể dẫn đến kết luận rằng số lượng các HĐTMDV cũng sẽ gia tăng theo tỷ lệ thuận.

- Cơ sở thứ ba là các tranh chấp về HĐTMDV ngày càng gia tăng, dựa trên thống kê về GQTC của VIAC, của tòa án và kết quả điều tra của NCS như đã trình bày ở chương 2.

3.1.1.2 Các doanh nghiệp nước ngoài quan tâm đến thị trường thương mại dịch vụ Việt Nam do đó nhiều hợp đồng thương mại dịch vụ được ký kết trong khi nhiều DNVN còn yếu về kinh nghiệm, kỹ năng thực hiện hợp đồng, dẫn đến tranh chấp sẽ gia tăng

VN gia nhập WTO luôn đặt ra bài toán cho các DNVN về vấn đề thách thức từ sự mở cửa thị trường cũng như sự thâm nhập vào những thị trường mới, trong đó TMDV cũng không nằm ngoài lệ. Với tiềm lực tài chính dồi dào, cũng như kinh nghiệm cùng với sự tồn tại trong nhiều năm của các DN nước ngoài thì họ dễ dàng tiếp cận và chiếm lĩnh thị trường TMDV nội địa hiện nay và đẩy các DN thương mại VN đứng trước những sự lựa chọn là tìm thị trường ngách, giải thể hay trở thành một mắt xích trong chuỗi cung ứng dịch vụ của họ. DNVN có thể tìm một thị trường mới như các nước châu Á, Nam phi, châu Mỹ và các thị trường khó tính như Bắc Mỹ và châu Âu. Tuy nhiên, mỗi thị trường có những đặc điểm khác nhau như về khách hàng, văn hóa và đặc biệt là các qui định pháp luật khác nhau. Trong khi đó, việc tiếp cận thông tin về thị trường, đối tác đối với các DNVN là khó khăn. Đối với các nước phát triển, các công ty với tiềm lực tài chính mạnh họ có thể mua thông tin và tìm hiểu được đối tác của mình trước khi đi vào ký kết hợp đồng, do đó có thể phần nào lựa chọn và hạn chế những rủi ro có thể xảy ra trong HĐTMDV. Với các DNVN, một phần vì chưa chuyên nghiệp, một phần do những nguyên nhân khách quan, họ đã ký kết những HĐTMDV một cách vội vã khi chưa tìm hiểu kỹ về thị trường, về đối tác dẫn đến khi thực hiện hợp đồng thường xuyên xảy ra tranh chấp, từ đó nhu cầu GQTC cũng tăng lên.

3.1.1.3. Sự thiếu tính chuyên nghiệp trong việc ký kết và thực hiện các hợp đồng thương mại dịch vụ của các doanh nghiệp Việt Nam cũng sẽ làm gia tăng tranh chấp trong quá trình thực hiện hợp đồng

Ở nhiều DNVN, tính tự chủ không cao, khả năng vận hành và tính thích ứng với sự thay đổi của môi trường kinh doanh còn hạn chế. Khi gia nhập WTO, các DN thuộc mọi thành phần kinh tế phải đối mặt với sự cạnh tranh quyết liệt với các DN nước ngoài về thị trường hàng hóa và dịch vụ. Đặc biệt là, với trình độ hiểu biết pháp luật chưa sâu, các DN đã gặp phải những thách thức lớn khi gia nhập thị trường thế giới. Sự thiếu sót trong kiến thức pháp luật cùng với sức ép của cạnh tranh ngày một lớn, khiến các DNVN phải đứng trước hai sự lựa chọn. Một là, chấp nhận sự cạnh tranh, học hỏi kiến thức về luật pháp để có thể thuận lợi giao dịch với các bạn hàng trên thế giới, không bị lấy mất thị trường do việc thực hiện không đúng luật. Hai là, DN sẽ bị đào thải khỏi sân chơi quốc tế do không nắm chắc luật.

HĐTMDV như đã đề cập là loại hợp đồng phức tạp do tính chất vô hình của đối tượng hợp đồng, mỗi loại dịch vụ lại có một đặc điểm riêng, đòi hỏi nhiều điều kiện khác nhau đối với DN. Điều này đòi hỏi các DN khi cung cấp hay sử dụng dịch vụ cần phải biết về nó. Ngoài ra pháp luật cũng có những qui định khác nhau về các loại HDTMDV và thông thường mang tính chặt chẽ hơn so với hợp đồng MBHH. Nếu chỉ nắm về dịch vụ mà không hiểu biết về các qui định pháp luật liên quan đến HDTMDV cũng dẫn đến khả năng tranh chấp xảy ra trong quá trình thực hiện hợp đồng. Phần lớn các DN cung cấp dịch vụ của VN là DN nhỏ và vừa. Hầu hết các DN có dưới 9 lao động và rất ít DN có trên 200 lao động. (Báo cáo dự án Mutrap III 2010). Chiến lược cạnh tranh hiện nay của các DN chủ yếu dựa vào giá thay vì chất lượng dịch vụ, thiếu các biện pháp để thúc đẩy nhu cầu cao hơn của khách hàng. Tổ chức Global Competition Review 2013-2014 xếp VN đứng thứ 70 xét về độ phát triển phức tạp của các HĐKD. Điều này cũng đồng nghĩa với mức độ phức tạp trong các điều khoản của HDTMDV ngày càng gia tăng, do đó tranh chấp sẽ xảy ra nhiều hơn.

3.1.1.4. Tình trạng khó khăn của nền kinh tế thế giới và nền kinh tế Việt Nam dưới tác động của cuộc khủng hoảng kinh tế thế giới giai đoạn 2008 đến nay cũng góp phần làm gia tăng các tranh chấp về hợp đồng thương mại dịch vụ.

Bên cạnh nhiều cơ hội, tiềm năng để phát triển, thị trường TMDV vẫn gặp nhiều khó khăn trong giai đoạn khủng hoảng kinh tế như hiện nay. Khi suy thoái xuất hiện sẽ dẫn đến một hệ quả kèm theo đó là thu nhập của người dân giảm xuống, họ sẽ thắt chặt

chi tiêu hơn, người tiêu dùng sẽ từ bỏ những thói quen sử dụng những dịch vụ không mang tính thiết yếu trong cuộc sống, điều này sẽ dẫn đến hiệu ứng lan truyền đó là “không có tiêu dùng sẽ không có sản xuất, không có sản xuất sẽ không có dịch vụ”, như vậy các DN TMDV sẽ bị ảnh hưởng và sẽ phát sinh ra những khó khăn mà họ phải gặp phải, dẫn đến các HĐTMDV không thực hiện được và tranh chấp sẽ gia tăng nhiều hơn.

Qua những dự báo ở trên về nhu cầu GQTC về HĐTMDV trong thời gian tới có thể thấy rõ xu hướng gia tăng tranh chấp về HĐTMDV.

3.1.2. Số liệu dự báo

Trong những năm qua TMDV VN đã đạt được những kết quả khá ấn tượng khi kim ngạch xuất nhập khẩu dịch vụ tăng đều từ 2005 – 2013 (xem Bảng 3.1).

Bảng 3- 1 Tình hình xuất nhập khẩu dịch vụ Việt Nam từ năm 2005 - 2013

Đơn vị: triệu đô la Mỹ

	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013
Xuất khẩu	4265	5100	6460	7006	5766	7460	8879	9400	10500
DV Vận tải	1167	1540	1879	2356	2062	2306	2505	2070	2190
Bưu chính VT	100	120	110	80	124	137	145	138	150
DV du lịch	2300	2850	3750	3930	3050	4450	5620	6850	7530
DV tài chính	220	270	332	230	175	192	208	150	160
DV bảo hiểm	45	50	65	60	65	70	81	64	68
DV Chính phủ	33	40	45	50	100	105	110	110	120
Dịch vụ khác	400	230	279	300	190	200	210	238	282
Nhập khẩu	4450	5122	7177	7956	8187	9921	11859	12520	13200
DV vận tải	2190	2580	4079	4974	5508	6596	8226	8715	9120
Bưu chính VT	31	30	47	54	59	79	67	57	48
DV du lịch	900	1050	1220	1300	1100	1470	1710	1856	2050
DV tài chính	230	270	300	230	153	195	217	175	190
DV bảo hiểm	249	302	461	473	406	481	567	582	627
DV Chính phủ	30	40	40	75	141	150	152	167	185
Dịch vụ khác	820	850	1030	850	820	950	920	968	980

Nguồn: Tác giả tổng hợp từ số liệu của Tổng cục thống kê

Đây là số liệu quan trọng để có thể khẳng định số lượng HĐTMDV sẽ gia tăng về chất và lượng. Cụ thể trong năm 2013 kim ngạch vẫn tăng cho thấy đây là sự tăng trưởng bền vững của ngành dịch vụ VN.

Đối với tổng sản phẩm quốc dân, TMDV vẫn luôn giữ được vị trí quan trọng khi chiếm đến 41% GDP của cả nước. Theo chỉ tiêu dự báo phát triển kinh tế VN đến năm

2015 thì tỷ lệ này sẽ gia tăng từ 43-45% GDP. (xem Bảng 3.2), và dự báo phát triển các ngành TMDV đến năm 2020 (xem Phụ lục 7) đã cho thấy tương lai phát triển của TMDV VN

Bảng 3- 2 Chỉ tiêu dự báo phát triển kinh tế Việt Nam đến năm 2015

Khu vực kinh tế	Tỷ trọng trong GDP (%)			
	2012	2013	2014	Dự báo 2015
Dịch vụ	41,7	43,31	43,38	43 - 45

Nguồn: Tác giả tổng hợp từ thông tin tình hình kinh tế xã hội hàng năm của Tổng cục Thống kê

Trong chiến lược phát triển kinh tế - xã hội 2011-2020 của Chính phủ thì đã đề ra chiến lược: “*Phát triển mạnh các ngành dịch vụ, nhất là các dịch vụ có giá trị cao, tiềm năng lớn và có sức cạnh tranh. Phát triển khu vực dịch vụ đạt tốc độ tăng trưởng cao hơn các khu vực sản xuất và cao hơn tốc độ tăng GDP là một hướng quan trọng chuyển dịch cơ cấu kinh tế*”. (Chính phủ 2011, tr.8). Trong những năm tới số lượng HĐTMDV trong lĩnh vực giáo dục, vận tải và dịch vụ kinh doanh sẽ có sự gia tăng mạnh khi đây là những ngành được xác định là ưu tiên nhất. Bên cạnh đó, HĐTMDV trong các lĩnh vực ưu tiên khác là viễn thông, du lịch, ngân hàng và tài chính cũng sẽ gia tăng khi số lượng nhà cung cấp cũng như người sử dụng các dịch vụ này không ngừng gia tăng. Không những vậy, các ngành này sẽ tạo ra mối liên hệ lẫn nhau mật thiết với các lĩnh vực kinh tế khác và một số ngành (đặc biệt là vận tải và truyền thông) sẽ cung cấp các đầu vào chính cho sản xuất từ đó sẽ làm đa dạng hóa các loại hình của HĐTMDV.

Theo kết quả đánh giá về môi trường kinh doanh của VN trong 3 năm từ 2010-2012 (Xem Phụ lục 8 ở cuối Luận án) cho thấy sự biến động lớn về môi trường kinh doanh khi năm 2011 VN có sự tiến bộ vượt bậc xếp thứ 77/188 nước tham gia đánh giá nhưng đến năm 2012 thì tụt xuống thứ 98/188; điều này được lý giải bởi trong năm 2012 là năm mà hệ thống tài chính ngân hàng của VN bị ảnh hưởng mạnh mẽ bởi tác động của suy thoái kinh tế, dẫn đến hệ lụy là các chỉ tiêu liên quan đến tăng trưởng tín dụng, xử lý DN mất khả năng thanh toán, đăng ký tài sản bị giảm sút nhanh chóng. Tuy nhiên các yếu tố khác như vấn đề bảo vệ nhà đầu tư, cấp giấy phép xây dựng lại có bước tiến vượt bậc, cho thấy những rào cản về thủ tục hành chính dần đang được VN dỡ bỏ, từ đó tạo điều kiện để thu hút nhà đầu tư nước ngoài nói chung và lĩnh vực TMDV nói riêng. Theo dự báo của PWC (PricewaterhouseCoopers) thì vào năm 2025 nền kinh tế VN có thể trở thành nền kinh tế lớn thứ 28 thế giới với GDP theo sức mua

đạt hơn 850 tỷ USD (Tổng cục Thống kê, 2013). Đây là những cơ sở quan trọng để có thể dự báo về môi trường kinh doanh VN sẽ tiếp tục thu hút nhiều nhà đầu tư nước ngoài.

Một trong những cơ sở để dự báo về số lượng HĐTMDV của VN sẽ ngày càng gia tăng trong tương lai khi VN đã hoạch định những mục tiêu cụ thể của mình trong từng lĩnh vực TMDV (Xem bảng 3.3). Theo đó mục tiêu đến năm 2020 giá trị xuất khẩu dịch vụ đạt khoảng 57,8 tỷ USD, tốc độ tăng trưởng bình quân giai đoạn 2015 - 2020 là 15,15%. Đối với từng ngành dịch vụ cụ thể như dịch vụ tài chính ngân hàng tốc độ tăng trưởng bình quân là 15%; dịch vụ vận tải tốc độ tăng trưởng bình quân là 12%; Dịch vụ bưu chính viễn thông tốc độ tăng trưởng bình quân là 5%/năm; Dịch vụ bảo hiểm đạt tốc độ tăng trưởng bình quân đạt 16%; dịch vụ vận tải biển đạt tốc độ tăng trưởng bình quân đạt 21%; dịch vụ du lịch đạt 29,8 tỷ USD, tốc độ tăng trưởng bình quân 14%/năm.

Bảng 3- 3 Các mục tiêu thương mại dịch vụ của Việt Nam

Đơn vị: triệu USD

	2010	2015	BQ10-15	2020	BQ15-20
Xuất khẩu	12.037	28.569	18,87	57.827	15,15
Dịch vụ TC-NH	550	1258	18,00	2531	15,00
Dịch vụ Hàng không	2092	4207	15,00	7415	12,00
Dịch vụ BCVT	123	181	8,00	231	5,00
Dịch vụ Bảo hiểm	142	353	20,00	742	16,00
Dịch vụ Hàng hải	1919	5857	25,00	15191	21,00
Dịch vụ Du lịch	6504	15521	19,00	29884	14,00
Dịch vụ khác	707	1192	11,00	1834	9,00

Nguồn: Báo cáo chiến lược tổng thể phát triển ngành dịch vụ tới năm 2020 của Dự án Mutrap III

HĐTMDV sẽ gia tăng mạnh ở khu vực phía Nam khi theo phê duyệt quy hoạch tổng thể phát triển kinh tế xã hội vùng Đông Nam Bộ năm 2020, VN sẽ xây dựng TP Hồ Chí Minh thành trung tâm dịch vụ khu vực Đông Nam Á, và sẽ là trung tâm dịch vụ tổng hợp mang tính quốc gia và quốc tế, với sự hỗ trợ của các tỉnh Bà Rịa – Vũng Tàu là trung tâm du lịch và khai thác dầu khí, Đồng Nai, Bình Dương là trung tâm dịch vụ lớn phục vụ phát triển công nghiệp; Bình Phước và Tây Ninh sẽ là các trung tâm dịch vụ tỉnh và đầu mối dịch vụ kết nối các tỉnh Tây Nguyên và Campuchia. Dự kiến năm 2020,

khu vực này sẽ có khoảng 18 triệu người và giải quyết việc làm cho khoảng 300.000 người lao động mỗi năm, tỷ lệ đô thị hóa đạt 75% (Hữu Công, 2012).

Từ những số liệu và các cơ sở dự báo được đưa ra kết hợp với thực tiễn số vụ tranh chấp về TMDV được giải quyết tại Tòa án và TTTM ngày càng gia tăng có thể khẳng định rằng trong tương lai sắp tới khi mà TMDV ngày càng đóng vai trò quan trọng sẽ dẫn tới số lượng các tranh chấp về loại hợp đồng này sẽ gia tăng và càng ngày càng mang tính phức tạp hơn.

3.2. Các giải pháp đối với doanh nghiệp

3.2.1. Nhóm giải pháp về việc ký kết hợp đồng thương mại dịch vụ

Cách GQTC tốt nhất là cách tránh để xảy ra tranh chấp. Vì vậy ngay từ khâu ký kết, DN cần chú trọng đến vai trò của việc phòng tránh những tranh chấp có thể xảy ra hay việc quản trị rủi ro cần phải được chú trọng. Để làm việc đó, DN cần làm những việc cụ thể sau:

3.2.1.1. Doanh nghiệp cần chủ động tìm hiểu, nghiên cứu để nâng cao kiến thức và sự hiểu biết pháp luật về HĐTMDV

Trong một môi trường pháp lý phức tạp và chưa hoàn thiện như ở VN, các DN cần phải nghiên cứu, cập nhật những qui định về pháp luật nói chung, LTM 2005 và cụ thể là luật và các văn bản dưới luật có liên quan đến các loại HĐTMDV như Luật Các Tổ chức Tín dụng VN 2010; Luật Kinh doanh bảo hiểm VN sửa đổi 2010; Luật Xây dựng VN 2003 vv... để tuân thủ và áp dụng vào hoạt động cung ứng dịch vụ của mình. Ngoài ra, các DN cần phải nghiên cứu những cam kết của WTO; của các Hiệp định tự do thương mại về lĩnh vực TMDV mà mình đang cung cấp hoặc sử dụng. Điều này là rất quan trọng, vì chỉ khi nào DN thực sự hiểu pháp luật, DN mới biết pháp luật cho DN những quyền gì, DN phải có những nghĩa vụ gì, pháp luật qui định như thế nào, nhờ đó sẽ không vi phạm pháp luật. Trong năm 2014, vụ việc công ty cổ phần chứng khoán Artex giảm sút 10% trị giá tài sản sau khi hoàn trả lại khoản phạt 86,92 tỷ đồng cho công ty TNHH MTV FLC Land vì mức phạt các bên qui định trong hợp đồng vượt quá mức phạt 8% theo Điều 301 LTM đã cho thấy sự thiếu hiểu biết của các bên đối với các qui định về pháp luật hợp đồng. (Ủy ban chứng khoán, 2014).

Bên cạnh đó, các thương nhân cần phải tự giác tôn trọng và tuân thủ những qui định pháp luật về TMDV. Đây là một yêu cầu quan trọng đảm bảo cho sự vận hành thông suốt của cả hệ thống TMDV ở nước ta.

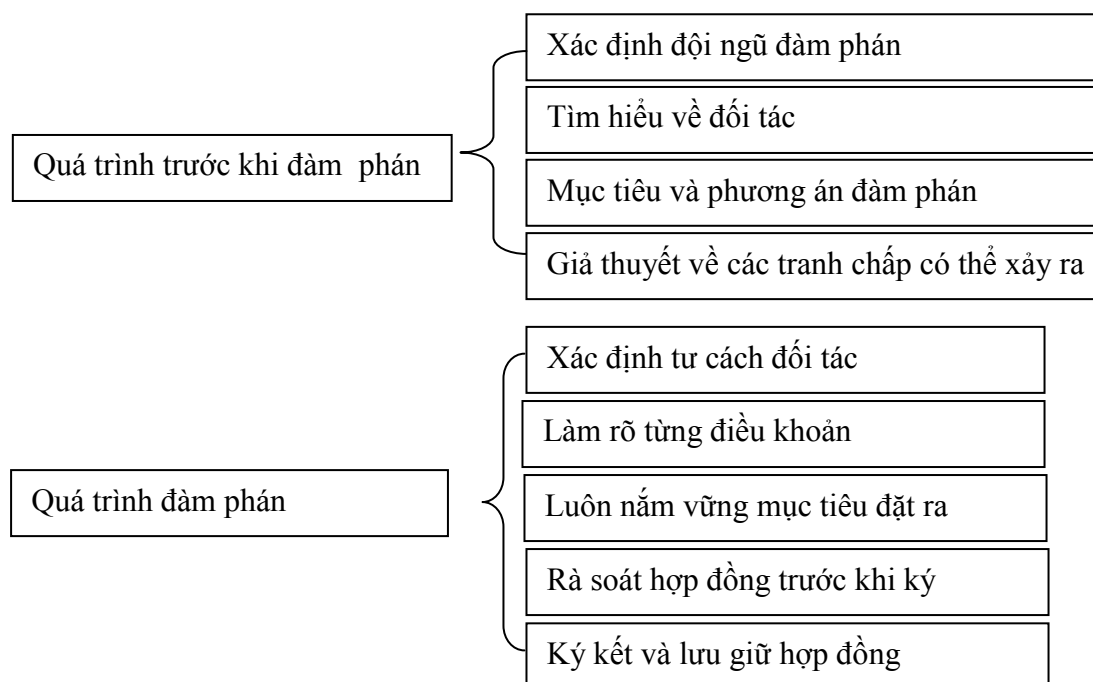
3.2.1.2. Các doanh nghiệp cần thành lập các bộ phận chuyên trách nghiên cứu về từng loại hình dịch vụ cụ thể do doanh nghiệp mình cung cấp

Kinh doanh dịch vụ luôn được đánh giá là khó khăn so với hàng hóa, vì cung cấp dịch vụ là sự mang tới sự thỏa mãn cho khách hàng thông qua dịch vụ vô hình mình cung cấp chứ không phải đơn thuần là sản phẩm hiện hữu. Vì vậy, để thực hiện tốt, làm hài lòng khách hàng trong việc cung cấp dịch vụ hay nói cách khác là thực hiện tốt các HĐTMDV thì các DN nên thành lập các bộ phận chuyên trách nghiên cứu cụ thể từng loại dịch vụ mà mình cung cấp trên tổng thể các khía cạnh như: Pháp lý, chính sách của Nhà nước để nắm bắt hiện nay Nhà nước có chính sách như thế nào đối với dịch vụ mình cung cấp, có khuyến khích, hạn chế không; Nghiên cứu bản chất dịch vụ, để biết được rằng cung cấp dịch vụ như thế nào để có thể mang lại sự hài lòng, thỏa mãn cao nhất của khách hàng; Nghiên cứu thị hiếu để biết được xu hướng hiện nay khách hàng họ muốn sử dụng loại hình dịch vụ nào, cung cấp ra sao, có bị lôi kéo theo xu hướng sử dụng hay không; Nghiên cứu những rủi ro có thể xảy ra đối với dịch vụ để có các giải pháp quản trị rủi ro; Nghiên cứu nhu cầu để biết được khách hàng có nhu cầu thực tế ra sao để xác định được phân khúc thị trường cho DN của mình. Bộ phận này nếu ở các DN lớn đó có thể là sự kết hợp của phòng Marketing, phòng Nghiên cứu và phát triển dịch vụ và ban pháp lý, nhưng ở những DN nhỏ vì qui mô không cho phép nên các DN có thể lựa chọn cán bộ, nhân viên chuyên trách về những vấn đề trên, tạo ra sự liên kết giữa các nhân viên này nhằm hướng tới việc cung cấp dịch vụ một cách tốt nhất.

3.2.1.3. Tăng cường kỹ năng ký kết hợp đồng thương mại dịch vụ

Những điểm bất cập trong phần thực trạng sử dụng HĐTMDV cho thấy các DNVN còn thiếu kinh nghiệm trong quá trình ký kết HĐTMDV, để khắc phục vấn đề này DN cần có những bước chuẩn bị kỹ lưỡng trước khi vào một cuộc đàm phán. Đàm phán hợp đồng là hoạt động vừa mang tính khoa học vừa mang tính nghệ thuật. DN cần chú trọng đào tạo, xây dựng được đội ngũ đàm phán về các kỹ năng cần thiết trong đàm phán, để làm việc này DN có thể mở hoặc phối hợp với các trung tâm đào tạo để đào tạo cho đội ngũ của mình. Nhằm thực hiện tốt quá trình đàm phán và ký kết HĐTMDV và tăng

cường hoạt động quản trị rủi ro HĐ TMDV, NCS đề xuất qui trình về những bước đàm phán và ký kết HĐTMDV để các DN tham khảo theo Sơ đồ 3.1 dưới đây.



Nguồn: NCS tự xây dựng

Sơ đồ 3- 1: Những bước đàm phán và ký kết hợp đồng thương mại dịch vụ

Đội ngũ đàm phán không chỉ đóng vai trò quan trọng trong quá trình đàm phán mà còn cả quá trình thực hiện HĐTMDV về sau. Đội ngũ đàm phán phải bao gồm người có thẩm quyền ký kết hợp đồng, đồng thời có đội ngũ tư vấn hỗ trợ trong quá trình đàm phán. NCS đề xuất đội ngũ đó cần phải có: Cán bộ chuyên môn, cán bộ thương mại và cán bộ pháp chế am hiểu về lĩnh vực HĐTMDV được đàm phán nhằm hỗ trợ cho nhau về pháp lý, kinh tế và chuyên môn. Trong trường hợp, DN không có cán bộ pháp chế thì phải thuê luật sư hoặc các chuyên gia pháp lý. Thành viên của đội đàm phán cũng phải giỏi về các kỹ năng trong đàm phán như lắng nghe, đặt câu hỏi, diễn thuyết, thuyết phục, biết tạo thế cạnh một cách công khai. (Đoàn Thị Hồng Vân 2012, tr.185)

Tìm hiểu rõ thông tin về đối tác là điều cần thiết trước mỗi cuộc đàm phán. Xem xét về lịch sử HĐKD của công ty đối tác, hình thức tổ chức, địa vị pháp nhân, kinh nghiệm và uy tín cũng như phương hướng phát triển công ty đó ra sao; công ty có được cung cấp dịch vụ không và có đủ năng lực cung cấp dịch vụ hay không, đồng thời tìm hiểu về thông tin sản phẩm dịch vụ hoặc nếu đối tác là bên mua sản phẩm dịch vụ thì phải xem vì sao họ lại mua sản phẩm dịch vụ của công ty mình. Việc xác định thông tin là rất cần thiết vì điều quan trọng nhất của hợp đồng đó là sự tự nguyện thực hiện những cam kết của các bên, do đó nếu không nắm vững được những thông tin về

đối tác, sản phẩm dịch vụ trên thị trường sẽ dẫn đến hiện tượng thông tin bất cân xứng và hậu quả là nhiều tranh chấp xảy ra về sau, thậm chí nhiều trường hợp DN sẽ bị mất trắng HĐTMDV. Những nguồn thông tin mà DN có thể khai thác được như từ: Các thư viện, các phòng thương mại, các hiệp hội ngành hàng, các cơ quan chính phủ như Bộ Công Thương, Bộ Ngoại giao, Đại sứ quán hoặc qua internet ... Trong nhiều trường hợp thậm chí DN có thể chấp nhận trả phí để có được những thông tin chính xác về đối tác của mình như từ các hàng thông tin lớn và có uy tín trên thế giới là: Fitch, Standard & Poor, Moody ... Bên cạnh đó DN cần nắm bắt về văn hóa, phong tục của đối tác trong những HĐTMDV quốc tế để có sự chuẩn bị tốt cho quá trình đàm phán. Hiểu văn hóa của người nước ngoài sẽ giúp cho đối tác có cảm nhận thiện chí đầu tiên đối với DN, từ đó tạo thuận lợi hơn trong quá trình đàm phán.

DN phải xác định được các mục tiêu đàm phán. Mục tiêu đàm phán bao gồm mục tiêu cần đạt được và giới hạn của sự thỏa thuận. Mục tiêu đạt được có thể là mục tiêu tối đa, mục tiêu tối thiểu, mục tiêu chính; Giới hạn của sự thỏa thuận bao gồm DN có thể đàm phán tới đâu? DN có thể mất gì? Khi nào nên ngừng đàm phán?. (Đoàn Thị Hồng Vân 2012, 189).

Bên cạnh mục tiêu thì DN cần đưa ra các giả thiết có thể xảy ra. Giả thiết phải bao gồm cả những rủi ro, những tình huống tranh chấp có thể xảy ra, dù không DN nào mong muốn, đây là điều quan trọng vì đặc thù các tranh chấp về HĐTMDV thường hay phức tạp và có nhiều tình huống khó lường trước được so với hợp đồng TMHH. Để làm được vậy, DN phải nghiên cứu, tích lũy kinh nghiệm từ chính những HĐTMDV mà mình đã thực hiện, từ chính những loại hình tranh chấp về HĐTMDV mà đã trải qua hoặc nghiên cứu bài học từ các DN khác gặp phải đối với HĐTMDV.

Bước vào quá trình đàm phán, điều đầu tiên DN phải làm là xem xét về tư cách pháp lý của người đàm phán với mình, xem xét người có quyền đàm phán là người đại diện theo pháp luật hoặc là người đại diện có ủy quyền hay không?. Trong trường hợp người đại diện có ủy quyền thì phải xem xét văn bản ủy quyền để biết được giới hạn, phạm vi và thời hạn ủy quyền, đồng thời lưu văn bản này như một phần của hợp đồng, tránh trường hợp sau này đối tác chối bỏ về văn bản ủy quyền đó. Đây là những trường hợp phổ biến mà các DN hiện nay thường sử dụng để làm công cụ trong trường hợp họ muốn hủy hợp đồng vì người ký kết không có thẩm quyền hoặc vượt thẩm quyền mà mình được phép.

Soạn thảo các HĐTMDV với những điều khoản chủ yếu là điều các DN luôn phải ghi nhớ, vì với các điều khoản chủ yếu này thì DN phần nào đó sẽ được pháp luật bảo vệ. HĐTMDV với đặc trưng là sự vô hình của dịch vụ do đó sẽ đòi hỏi phải có những thỏa thuận rõ ràng và chi tiết về dịch vụ cũng như phương thức cung cấp và sử dụng dịch vụ. Tránh trường hợp qui định một cách chung chung về quyền và nghĩa vụ của các bên, điều này đòi hỏi các bên phải tiếp tục nghiên cứu các văn bản dưới luật có liên quan, cũng như phải tiếp tục cụ thể hóa hơn nữa quyền, nghĩa vụ và trách nhiệm của mỗi bên trong HĐTMDV, cần lưu ý làm rõ những thuật ngữ trong hợp đồng vì đây là những điều khoản mang tính điều chỉnh xuyên suốt và tạo cách hiểu thống nhất trong cả hợp đồng. Những quy định của LTM 2005 về hợp đồng mua bán (cung ứng) dịch vụ còn rất cơ bản, thiếu cụ thể và chi tiết, vì vậy, lời khuyên cho các DN là nên quy định chi tiết, đầy đủ, cụ thể quyền, nghĩa vụ và trách nhiệm của các bên trong hợp đồng cung ứng dịch vụ. Ví dụ như qui định cụ thể về chất lượng dịch vụ (những gì có thể đo đếm được); Cách đánh giá về hoàn thành chất lượng thông qua các chỉ tiêu định tính và định lượng như đạt các yêu cầu có thể lượng hóa; Đo lường sự hài lòng của khách hàng. Phương thức cung ứng một lần hay nhiều lần, từ xa hay trực tiếp, hoặc có cần nhà thầu phụ hay không trong lĩnh vực xây dựng, logistics.

Ngoài ra, những điều khoản tùy nghi DN cũng cần cân nhắc khi đưa vào HĐTMDV. Ví dụ, điều khoản thưởng, phạt, đây là điều khoản mang tính đặc trưng thường được đưa vào một số HĐTMDV như hợp đồng chuyên chở hàng hóa, hợp đồng xây dựng, nhưng một số HĐTMDV khác như hợp đồng tư vấn, hợp đồng bảo hiểm, hợp đồng dịch vụ ngân hàng thì thường không có. Điều khoản thưởng, phạt giống như “con dao hai lưỡi” đối với DN, nó có thể mang lại thêm lợi nhuận cho DN nếu làm tốt, nhưng cũng làm cho DN bị thiệt hại nếu không hoàn thành tốt nghĩa vụ của mình. Đặc thù HĐTMDV là quá trình thực hiện hợp đồng thường kéo dài hơn so với hợp đồng MBHH, cũng chính vì vậy nó thường nảy sinh việc bổ sung, sửa chữa hợp đồng như hợp đồng xây dựng, hợp đồng tín dụng ngân hàng, hợp đồng bảo hiểm ... DN cần phải đưa điều khoản về việc chỉnh sửa, bổ sung trong hợp đồng.

Một HĐTMDV “có chất lượng” chỉ được tạo nên do kết quả của quá trình đàm phán. Khi đàm phán HĐTMDV, DN cần theo sát những mục tiêu đã đặt ra trong giai đoạn chuẩn bị đàm phán, cũng như áp dụng một cách linh hoạt các phương án đàm phán đã chuẩn bị trước để dành được quyền chủ động trong quá trình đàm phán. Đồng thời, đội ngũ đàm phán cho DN luôn phải tập thói quen ghi chú trong quá trình đàm

phán, việc ghi chú rành mạch giúp cho người đàm phán có thể nhìn lại toàn bộ quá trình đàm phán và ghi nhớ những vấn đề mình đề cập.

Sau khi đã soạn thảo các điều khoản, các bên cần dành thời gian để cùng thống nhất lại toàn bộ nội dung hợp đồng, đọc kỹ từng câu chữ của hợp đồng để có cái nhìn toàn diện về văn bản vừa được lập nhằm tránh những sai sót về từ ngữ, chính tả, nhất là đối với những hợp đồng lập bằng ngôn ngữ nước ngoài. Nếu trong trường hợp đối tác sử dụng hợp đồng mẫu, DN cần thận trọng để nghiên cứu, đàm phán các điều khoản cụ thể. Nếu được, nên sắp xếp một khoảng thời gian nghiên cứu, bàn luận trong đội ngũ đàm phán, trước khi ra quyết định về việc ký kết HĐTMDV.

Sau khi ký kết, DN phải lưu giữ hợp đồng, vì một DN có thể có rất nhiều hợp đồng, do đó khâu lưu trữ là điều cần chú trọng tới nhằm tránh những trường hợp thất lạc hợp đồng. Thậm chí đối với những hợp đồng được ký kết qua thư điện tử, DN cũng cần in và lưu thêm bản cứng để thuận lợi cho công việc xem xét, thực hiện hợp đồng. Ngoài ra, để tránh nhầm lẫn thì DN cần đánh số thứ tự, ký mã hiệu từng loại hợp đồng theo cách thức quy định của DN.

3.2.1.4. Hình thức hợp đồng bằng văn bản bao gồm cả quá trình sửa đổi, bổ sung hợp đồng

Các DN cần phải lưu ý rằng mặc dù nhiều HĐTMDV pháp luật không quy định phải được lập bằng hình thức văn bản, tuy nhiên nếu lập bằng các hình thức khác như lời nói, hành vi thì việc chứng minh những thỏa thuận giữa các bên sau này là vô cùng khó khăn, thông thường đòi hỏi phải có chứng cứ hoặc có người làm chứng. HĐTMDV lại là loại hợp đồng có tính phức tạp và các bên khi tham gia ký kết thì không dễ dàng dự đoán những phát sinh có thể xảy ra. Hình thức bằng văn bản của hợp đồng còn kéo dài cả trong quá trình thực hiện sửa đổi hợp đồng. Nhất là đối với những HĐTMDV có thời gian kéo dài như hợp đồng xây dựng, hợp đồng gia công thì việc sửa đổi, bổ sung hợp đồng là thường xuyên xảy ra. Nếu không quy định về hình thức bằng văn bản trong quá trình sửa đổi, bổ sung này thì sẽ dẫn tới những tranh chấp có thể xảy ra sau này cho các DN. Bên cạnh đó, DN cần lưu ý về giá trị pháp lý của các giấy tờ giao dịch như có được gửi từ địa chỉ thư điện tử của đối tác không, thời gian ghi trên giấy tờ, có chữ ký của người đại diện, con dấu của đối tác hay không ... để tránh trường hợp phải xác định giấy tờ đó là thật hay là giả sau này nếu có tranh chấp xảy ra như một số vụ tranh chấp đã nêu trên.

3.2.1.5. Xây dựng mẫu hợp đồng thương mại dịch vụ

Một trong những cách để DN chủ động trong HĐKD của mình và hạn chế được những rủi ro có thể xảy ra đó là soạn thảo những hợp đồng mẫu. Khi soạn thảo HĐTMDV các DN phải chú ý những điểm khác biệt của loại hợp đồng này so với hợp đồng MBHH như sau:

Bảng 3- 4 Sự khác nhau giữa hợp đồng TMHH và hợp đồng TMDV

STT	Tiêu chí so sánh	Hợp đồng TMHH	HĐ TMDV
1	Đối tượng	Sản phẩm hữu hình nhìn thấy được	Sản phẩm vô hình không nhìn thấy được
2	Sự khác biệt về điều khoản của hợp đồng	Điều khoản tên hàng	Điều khoản công việc
3	Chất lượng	Dễ dàng xác định và kiểm soát	Khó xác định
4	Chủ thể của hợp đồng	Bên bán và bên mua	Bên bán dịch vụ và mua dịch vụ
5	Nghĩa vụ của các bên trong hợp đồng	Người bán phải giao hàng theo thỏa thuận, người mua nhận hàng và thanh toán tiền hàng đầy đủ, đúng hạn	Nghĩa vụ theo kết quả công việc hoặc theo nỗ lực và khả năng cao nhất
6	Chuyển giao quyền sở hữu	Quy định thời điểm chuyển giao quyền sở hữu	Không có
7	Thời hạn giao hàng	Thỏa thuận hoặc theo quy định của pháp luật, nếu quá thời hạn người mua có quyền hủy hợp đồng hoặc đòi bồi thường nếu vẫn chấp nhận lấy hàng.	Thường kéo dài trong khoảng thời gian nhất định, có thể kéo dài nếu không ảnh hưởng đến quyền lợi của bên thuê.
8	Vấn đề bảo mật	Ít khi được đề cập tới	Thường xuyên

Nguồn: NCS tự tổng hợp

Như đã phân tích sự khác biệt lớn nhất của HĐTMDV và hợp đồng TMHH chính là nằm ở điều khoản đối tượng của hợp đồng. Trong HĐTMDV, điều khoản đối tượng thường được các bên qui định một cách chi tiết, tỉ mỉ, sử dụng nhiều các thuật ngữ miêu tả tại điều khoản chất lượng của dịch vụ và kèm theo đó là qui định về chuyên môn hoặc quyền được pháp luật cho phép cung cấp dịch vụ của bên cung cấp dịch vụ, ví dụ như luật sư phải có bằng luật sư, ngân hàng thương mại phải được Ngân hàng Nhà nước cấp phép các hoạt động ngân hàng đang cung cấp. Trong khi đó hợp đồng TMHH thường qui định điều khoản đối tượng thông qua: mẫu, tiêu chuẩn cụ thể, vì hàng hóa là vật hữu hình, có thể nhìn thấy được, có thể cầm nắm được do đó các bên dễ dàng quy định về nó thông qua điều khoản chất lượng.

Để qui định trách nhiệm của bên bán dịch vụ trong HĐTMDV các bên dựa vào kết quả công việc hoặc dựa vào nỗ lực khả năng cao nhất, còn hợp đồng MBHH thì không có cách qui định này mà chỉ dựa vào kết quả hàng hóa nhận được mà thôi.

Ngoài ra, trong hợp đồng MBHH sẽ có điều khoản qui định về thời điểm chuyển giao quyền sở hữu của hàng hóa, còn HĐTMDV thì không vì dịch vụ là vô hình, nên sẽ không có sự chuyển giao quyền sở hữu về đối tượng của hợp đồng.

HĐTMDV thường có thời gian kéo dài so với hợp đồng MBHH do đó thường có những điều khoản qui định việc trao đổi thông tin giữa bên bán dịch vụ và bên mua dịch vụ để tạo ra được sản phẩm “dịch vụ” thỏa mãn cho bên mua dịch vụ; còn với hợp đồng MBHH vì hàng hóa có sẵn và theo qui chuẩn cụ thể nên các bên ít khi qui định điều khoản này.

Điều khoản bảo mật thường xuất hiện trong HĐTMDV, còn với hợp đồng MBHH thì rất ít khi các bên qui định về điều khoản này.

Đối với những HĐTMDV được lập bằng tiếng nước ngoài, DN cần nghiên cứu kỹ câu chữ của hợp đồng vì mỗi ngôn ngữ có một đặc thù riêng, một cách hiểu riêng. Ví dụ, đối với điều khoản đối tượng dịch vụ đòi hỏi người cung cấp phải có nghĩa vụ cẩn thận (Duty of care), tuy nhiên không nên sử dụng những từ như “tốt nhất” (best, good) mà chỉ sử dụng từ “hợp lý” (reasonable) hoặc theo “tập quán” (customary) vì từ tốt nhất sẽ dẫn đến cách hiểu rằng dịch vụ phải luôn được cung cấp trong mọi trường hợp, kể cả trường hợp bất khả kháng. Ngoài ra, các DN có thể tham khảo những hợp đồng mẫu về cung cấp dịch vụ của các công ty lớn, các tổ chức thương mại để từ đó soạn thảo những hợp đồng mẫu cho riêng mình. Có thể xem thêm hợp đồng cung cấp dịch vụ mẫu bằng tiếng Anh của Trung tâm Thương mại Quốc tế (International Trade Centre – ITC) tại trang web <http://www.intracen.org>. Tuy nhiên, việc tham khảo và soạn hợp đồng mẫu cần phải được thực hiện bởi các chuyên gia pháp lý, chuyên gia chuyên môn, tránh tình trạng sao chép các hợp đồng mẫu một cách công nghiệp, dẫn đến không phù hợp đối với tình hình cụ thể của DN hoặc của loại hình dịch vụ mà mình cung cấp hay sử dụng.

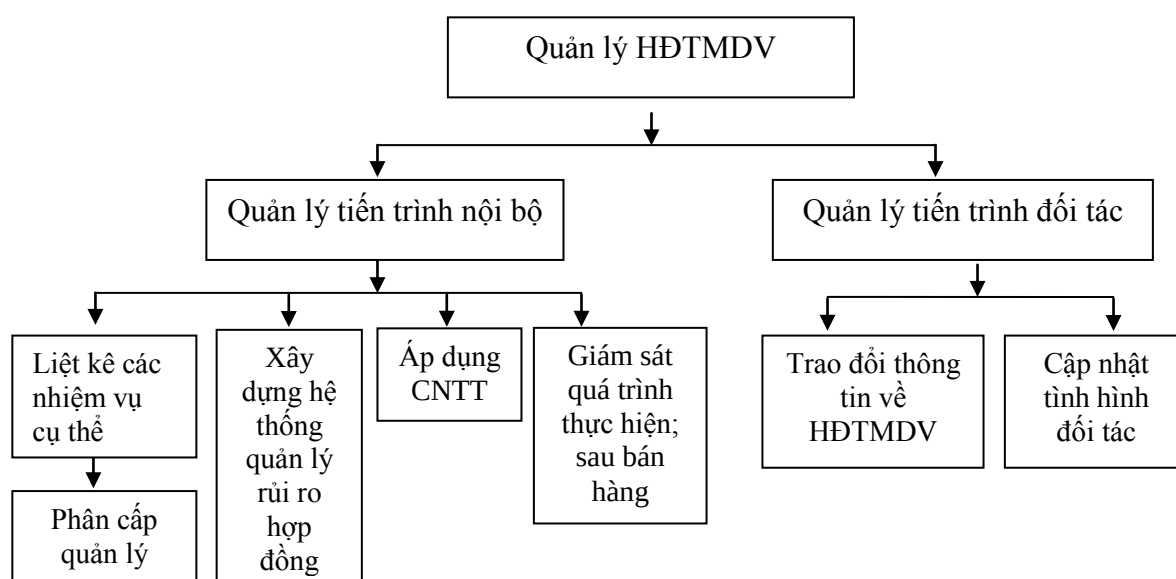
Trong bối cảnh mà DNVN luôn bị đánh giá là yếu về qui mô hoạt động cũng như tầm ảnh hưởng thì việc giao kết với các DN nước ngoài là cơ hội để các DN TMDV nước ta phát triển, tuy nhiên chính vì điều này mà nhiều DNVN sẵn sàng bước vào một HĐTMDV không công bằng, vì sợ mất khách hàng cũng như cơ hội tiếp cận các thị trường mới, chúng ta đã chịu thiệt trong quá trình đàm phán. Trên thực tế việc “cá lớn

nuốt cá bé” là điều thường xuyên xảy ra trong kinh doanh, các tập đoàn lớn với nhưng ưu thế của mình luôn chiếm thế thượng phong trong quá trình giao kết hợp đồng, họ thường xuyên sử dụng quyền này để buộc các DN nhỏ hơn “ký hoặc không ký” (take it or leave it) vào hợp đồng mẫu mà họ đưa ra chứ không cho họ có quyền đàm phán. Trong trường hợp như vậy DNVN cần phải cân nhắc giữa thiệt hơn vì đối với những hợp đồng đó phần có lợi luôn nằm ở phía DN lớn, chúng ta chấp nhận những hợp đồng này nhưng có thể phải “ăn cám trả vàng” khi có những tranh chấp về sau, do đó trong nhiều trường hợp các DN không nên giao kết đối với những loại hợp đồng như vậy.

3.2.2. Nhóm giải pháp về thực hiện hợp đồng thương mại dịch vụ

3.2.2.1. Các doanh nghiệp cần tăng cường công tác quản lý các hợp đồng thương mại dịch vụ đã được ký kết, thực hiện

Để có một hợp đồng hiệu quả thì các DN không chỉ dừng lại ở bước tìm kiếm khách hàng và ký kết hợp đồng, mà vấn đề sẽ đặt ra ở việc thực hiện hợp đồng được tiến hành ra sao, có đạt được những gì các bên đã cam kết trong hợp đồng hay không. Vì vậy, DN phải có sự quản lý, theo dõi chặt chẽ quá trình thực hiện HĐTMDV nhằm hạn chế những rủi ro có thể xảy ra. Quá trình quản lý này sẽ được tiến hành ở hai phương diện, cả phương diện quản lý bản thân DN và phương diện quản lý đối tác. Sau khi nghiên cứu những tình huống tranh chấp xảy ra trong thực tiễn, NCS đã xây dựng mô hình quản lý hợp đồng được sơ đồ hóa ở Sơ đồ 3.2.



Nguồn: NCS xây dựng dựa trên nghiên cứu các vụ tranh chấp và các mô hình quản trị rủi ro

Sơ đồ 3- 2: Mô hình quản lý hợp đồng thương mại dịch vụ

Về phương diện bản thân DN thì các DN cần phải thiết lập một qui trình cụ thể cho việc quản lý này tùy thuộc vào qui mô và thực tiễn hoạt động của mình, đầu tiên DN phải lên danh sách, liệt kê những công việc, nhiệm vụ cụ thể để thực hiện hợp đồng, sau đó tiến hành phân cấp thẩm quyền giám sát, ai là người có trách nhiệm thực hiện hợp đồng, những vấn đề này đều phải giao cho những người có hiểu biết, có chuyên môn, có kinh nghiệm về lĩnh vực đó. Quản lý hợp đồng không chỉ dừng lại ở thời điểm hợp đồng kết thúc mà còn liên quan đến vấn đề hậu bán hàng, khi hiện nay các DN để tạo sự cạnh tranh họ vẫn đưa ra những dịch vụ hậu bán hàng, vì vậy nếu DN không tiếp tục thực hiện quản lý chặt chẽ vấn đề này thì dễ dẫn tới những tranh chấp xảy ra, dù hợp đồng đã kết thúc.

DN cũng phải xây dựng được quy trình quản trị rủi ro cho HĐTMDV thật chặt chẽ. Quy trình này phải bao quát, dự phòng được các trường hợp xảy ra do các yếu tố khách quan cho đến các yếu tố chủ quan có thể làm ảnh hưởng đến HĐTMDV, ví dụ thời tiết xấu trong khi thi công công trình thì phải có những phương án dự phòng nào? Công nhân không đủ thì phải huy động từ công trình nào về? Xe chở hàng bị trục trặc thì xử lý thế nào? ... Ngoài ra, để quản lý hiệu quả các HĐTMDV thì các DN nên áp dụng công nghệ thông tin vào quản lý hợp đồng và quản lý HĐKD của DN. Áp dụng công nghệ vào quản lý giúp DN giảm bớt hồ sơ giấy tờ nhưng cũng mang lại những rủi ro nhất định, cần chú trọng trường hợp lợi dụng các thủ thuật công nghệ thông tin để trục lợi. Đặc biệt cần lưu ý đối với các hợp đồng của ngân hàng, khi hệ thống quản trị rủi ro không đảm bảo và không được tiến hành chặt chẽ thì chính nhân viên của ngân hàng có thể lợi dụng những kẽ hở để thực hiện các hành vi vi phạm pháp luật như những vụ án mà một số ngân hàng như ngân hàng TMCP Công Thương trong vụ án Huyền Như hay ngân hàng TMCP Đông Nam Á trong vụ án Nguyễn Thị Hương Giang đã gặp phải.

DN có thể tham khảo các mô hình quản lý quá trình thực hiện hợp đồng cũng như hệ thống quản trị rủi ro hợp đồng của các công ty nổi tiếng trên thế giới hoặc các mô hình đã được kiểm chứng như: mô hình năm mức độ phát triển trong quản lý hợp đồng kinh doanh (Five maturity level) và các công cụ quản lý của các nhà kinh doanh như quản lý chuỗi cung ứng (Supply chain management), PEST, mô hình quản trị rủi ro của Chapman hoặc những danh sách những câu hỏi đặt ra cho nhà lãnh đạo doanh nghiệp khi quản lý HĐTMDV như Cơ quan kiểm toán quốc gia Australia khuyến nghị (Phụ lục 9 ở cuối Luận án) ...

Về phương diện quản lý đối tác, để đánh giá được mức độ thực hiện của dịch vụ thì các bên phải thường xuyên trao đổi với nhau, đưa ra ý kiến về loại dịch vụ đó, xem liệu rằng đã thỏa mãn những gì các bên đã đặt ra trong hợp đồng chưa. Kinh nghiệm rút ra từ các vụ tranh chấp về hợp đồng dịch vụ tư vấn, hợp đồng dịch vụ thiết kế ở chương 2 đã chỉ ra tầm quan trọng của trao đổi thông tin giữa các bên trong quá trình thực hiện HĐTMDV nhằm tránh được những tranh chấp xảy ra như thế nào. Mỗi lần trao đổi nên yêu cầu lập thành biên bản những vấn đề được nêu ra và có xác nhận của người có thẩm quyền giữa các bên. Chính sự quản lý, trao đổi trong quá trình thực hiện hợp đồng sẽ giúp các bên nhìn nhận rõ được vấn đề, và làm sáng tỏ bức tranh vô hình là dịch vụ, để chuyển hóa nó thành “hữu hình” trong cách hiểu của các bên. Tránh tình trạng các bên không hiểu nhau hoặc không biết đối tác mình đang làm gì đối với hợp đồng.

Bên cạnh đó, nắm bắt tình hình của đối tác cũng quan trọng để DN có thể phán đoán thiện chí của đối tác đối với việc thực hiện hợp đồng. Ví dụ, nếu đối tác đang trong tình trạng kinh doanh khó khăn, gặp những vấn đề bất lợi thì khả năng họ không thể tiếp tục thực hiện hợp đồng cho dù không phải là sự chủ ý là có thể xảy ra, ngược lại nếu mọi thứ thuận lợi thì có thể dự báo hợp đồng sẽ được thực hiện theo đúng tiến trình.

Sau khi kết thúc HĐTMDV, DN nên cùng đối tác trao đổi, đánh giá lại quá trình thực hiện hợp đồng. Một mặt, nhằm xem lại những vấn đề gì thiếu sót để rút kinh nghiệm, đồng thời trao trả các văn bản, giấy tờ, tài liệu liên quan, hai là củng cố mối quan hệ giữa các bên, để có cơ hội tiếp tục cộng tác trong tương lai.

3.2.2.2. Nâng cao trình độ chuyên môn nghiệp vụ, kỹ năng cho nhân viên cung cấp, sử dụng dịch vụ

Để có thể thực hiện tốt HĐTMDV, DN cần xây dựng được đội ngũ nhân viên, người trực tiếp thực hiện hợp đồng, am hiểu về dịch vụ và có những kỹ năng để thực hiện công việc. Ví dụ như nhân viên thanh toán quốc tế của một ngân hàng phải nắm được các kiến thức về các phương thức thanh toán, phải giỏi ngoại ngữ để đọc được chứng từ, phải có kỹ năng xem xét hồ sơ một cách nhanh chóng và chính xác; Giám sát của một dự án xây dựng phải biết đọc bản vẽ, biết phân công công việc trên công trường hay hướng dẫn viên du lịch phải có kiến thức về địa danh, văn hóa vùng miền, phải có kỹ năng xử lý những tình huống bất ngờ xảy ra ... Vì vậy, để thực hiện tốt HĐTMDV, DN nên mở các lớp học về nghiệp vụ cho nhân viên thanh toán quốc tế của ngân hàng để cập nhật thêm kiến thức về thanh toán quốc tế, cho nhân viên giám sát học những lớp liên quan các chỉ số, tiêu chuẩn mới trong xây dựng, cung cấp kiến thức cho hướng dẫn

viên về phong tục, tập quán của đoàn khách mới qua ... Có được một đội ngũ nhân viên vững về kiến thức, giỏi về kỹ năng, là một trong những lợi thế lớn, là nền tảng cốt lõi để thực hiện tốt những HĐTMDV mà DN đã ký kết.

3.2.2.3. Nâng cao nhận thức của nhân viên về mối quan hệ giữa lợi ích của doanh nghiệp với việc thực hiện hợp đồng thương mại dịch vụ đã được ký kết

Nguyên nhân xảy ra tranh chấp có thể là khách quan hoặc chủ quan như đã phân tích. Vì vậy DN cần phải hạn chế mọi yếu tố chủ quan có thể là nguyên nhân của tranh chấp, trong đó nhận thức của nhân viên về vấn đề này là vô cùng quan trọng vì họ là những người thực hiện trực tiếp HĐTMDV, nhất là yếu tố dịch vụ đòi hỏi người cung cấp dựa trên một tinh thần nỗ lực hết mình, nếu không tập chung có thể dẫn đến sự không hài lòng của đối tác và tất yếu là những mâu thuẫn, tranh chấp xảy ra. Do đó đối với HĐTMDV, vấn đề chủ quan hay lơ đãng trong khi thực hiện công việc là điều DN kiên quyết không thể để xảy ra. Nâng cao nhận thức, trách nhiệm của nhân viên trong quá trình thực hiện hợp đồng là quan trọng để giảm thiểu những trường hợp tranh chấp xảy ra, nhân viên khi nhận thức được nếu để xảy ra tranh chấp có thể dẫn đến DN bị phá sản, bị thiệt hại thì chắc chắn khi thực hiện bất kỳ hành động gì, họ đều có sự cân nhắc, cẩn trọng cho DN. Để làm được vậy cần tổ chức những lớp đào tạo về đạo đức nghề nghiệp, huấn luyện kỹ năng xử lý tình huống cho nhân viên, đặc biệt là những người trực tiếp thực hiện hợp đồng.

3.2.3. Nhóm giải pháp về giải quyết tranh chấp hợp đồng thương mại dịch vụ

3.2.3.1. Nghiên cứu kỹ các phương thức giải quyết tranh chấp để lựa chọn phương thức phù hợp đối với lĩnh vực kinh doanh của mình

Không phải đến khi tranh chấp xảy ra chúng ta mới tiến hành nghiên cứu các phương thức GQTC vì thực tiễn trong quá trình đàm phán, ký kết hợp đồng các DN đã phải nắm vững về các phương thức này khi đưa nó vào hợp đồng. Hiện nay pháp luật VN quy định có 4 phương thức GQTC trong hoạt động thương mại, điều đó cũng có nghĩa là các tranh chấp về HĐTMDV các DN sẽ được lựa chọn các phương thức đó, bao gồm thương lượng, hòa giải, tòa án hoặc trọng tài. Tuy nhiên như phân tích ở chương 2 cho thấy nhiều DN chưa nắm bắt được hết kiến thức về các phương thức này. Trong năm 2014, vụ tranh chấp HĐTMDV giữa tập đoàn Vinalines và nhà thầu công ty SK E&C của Hàn Quốc, sau khi nhận được phán quyết trọng tài (VIAC) là Vinalines phải trả 65 tỷ thì lãnh đạo Vinalines đã phát văn bản khẩn đề nghị Bộ Giao thông - Vận tải có ý

kiến với Chính phủ, các cơ quan tư pháp hỗ trợ để hủy phán quyết của VIAC, (Anh Minh 2014). Cho thấy một DN lớn như Vinalines nhưng cũng không nắm đầy đủ kiến thức về GQTC bằng trọng tài vì theo Nguyễn Hải Chi (2014) thì: “Luật TTTM không quy định về thủ tục gửi thư khiếu nại đến cơ quan nhà nước”. Ngay từ khi đàm phán ký kết hợp đồng các DN đã phải có những kiến thức cần thiết về các phương thức GQTC này vì nó cũng là một trong các điều khoản của hợp đồng mà DN ký kết.

Nghiên cứu các phương thức này một cách kỹ lưỡng sẽ giúp cho DN nhìn được tổng quát về ưu, nhược điểm của từng phương thức để từ đó xác định được phương thức nào sẽ sử dụng nếu xảy ra tranh chấp phát sinh nhằm giảm thiểu những rủi ro trong quá trình tranh chấp có thể xảy ra sau này. Một vấn đề lưu ý nếu HĐTMDV có yếu tố nước ngoài thì các DNVN nên cố gắng lựa chọn cơ quan xét xử của VN vì nó giúp cho DN tiết kiệm được thời gian cũng như chi phí đi lại.

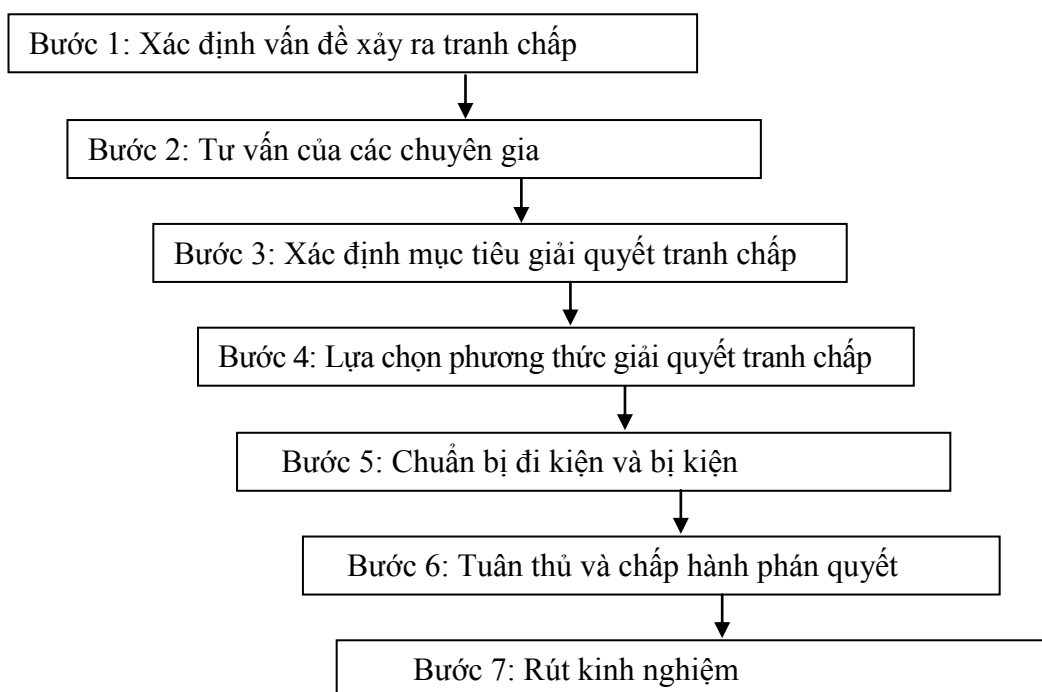
3.2.3.2. Luôn sẵn sàng có giải pháp phù hợp để giải quyết tranh chấp phát sinh từ các hợp đồng thương mại dịch vụ đã ký kết và đang thực hiện

Từ sự nghiên cứu các phương thức tranh chấp ở trên, nếu như có tranh chấp phát sinh, thì DN cũng đã có cái nhìn toàn diện và đầy đủ về các phương thức GQTC, nên sẽ không lúng túng và bị động trong lựa chọn phương thức phù hợp để đảm bảo quyền lợi của mình. Đồng thời, DN còn có thể tiết kiệm thời gian, chi phí, công sức và giữ được mối quan hệ đối tác. DN cũng nên nhấn mạnh phương châm là “phòng còn hơn chống” đối với tranh chấp, do đó khi đối tác gửi thông báo phản nản, bất đồng, không hài lòng về HĐTMDV, DN cần thể hiện thái độ chuyên nghiệp bằng cách trả lời những khúc mắc của đối tác một cách thỏa đáng, tránh trường hợp im lặng hoặc cố tình đẩy những bất đồng, tranh chấp lên cao.

Sau khi nghiên cứu các vụ tranh chấp, NCS đề xuất những bước DN cần làm khi tham gia vào vụ tranh chấp gồm 7 bước như sau (Sơ đồ 3.3):

Bước 1- Xác định vấn đề xảy ra tranh chấp: Đây là mấu chốt quan trọng vì nếu không xác định được vấn đề tranh chấp, thì không GQTC được. Các bên phải làm rõ vấn đề mà đang tranh chấp như liên quan đến thanh toán, đối tượng hợp đồng hay quá trình thực hiện hợp đồng vv... Ngoài ra các yếu tố liên quan đến tranh chấp như chi phí, uy tín, quan hệ đối tác vv... sẽ tác động lớn đến việc DN quyết định tham gia vụ tranh chấp hay không.

Bước 2 - Nhờ sự tư vấn của các chuyên gia: Hiện các DN có bộ phận pháp lý thường là các DN lớn còn các DN vừa và nhỏ do hạn chế về khả năng tài chính, quy mô hoạt động nhỏ nên không duy trì bộ phận này, tuy nhiên khi vướng vào tranh chấp thì không thể tiết kiệm được chi phí này, DN phải thuê luật sư, chuyên gia tư vấn hoặc xin tham vấn từ các trung tâm tư vấn pháp lý để khắc phục khó khăn này. Sự tư vấn của các chuyên gia sẽ giúp cho các DN nhìn rõ hơn vấn đề cũng như có thể nhận định được tình hình của vụ tranh chấp, chỉ ra được những rủi ro, khó khăn mà DN có thể gặp phải, những lợi ích mà DN có thể có được, từ đó tiến hành các hành động để GQTC.



Nguồn: NCS tự xây dựng dựa trên những lý thuyết và thực tiễn đã nghiên cứu

Sơ đồ 3- 3: Các bước doanh nghiệp cần làm khi tham gia vào tranh chấp

Bước 3 – Xác định mục tiêu GQTC: Sau khi nhận được sự tư vấn của các chuyên gia, DN cần phải xác định mục tiêu mình hướng đến trong GQTC. Những mục tiêu mà DN xác định hướng tới có thể là chi phí liên quan đến vụ tranh chấp liệu rằng nếu thắng thì có bù đắp được chi phí mà DN phải bỏ ra để theo đuổi vụ tranh chấp không, thời gian là trong bao lâu, nó ảnh hưởng đến HĐKD như thế nào, quan hệ đối tác có giữ được sau khi GQTC không và về giữ uy tín của DN bị tác động như thế nào nếu theo đuổi vụ tranh chấp... Việc xác định mục tiêu trong việc GQTC đóng vai trò quan trọng để DN chuyển sang bước thứ 4.

Bước 4 - Lựa chọn phương thức tranh chấp: Lựa chọn đúng phương thức GQTC sẽ giúp cho DN giảm thiểu được chi phí, tiết kiệm thời gian và trong một số trường hợp vẫn duy trì được đối tác. Phương thức GQTC đã được qui định trong hợp đồng,

nên DN phải tuân theo qui định đó. Tuy nhiên, trong điều khoản GQTC các DN thường có sự kết hợp giữa thương lượng, hòa giải với tòa án hoặc trọng tài, do đó DN cần phải lưu ý không nên bỏ qua những phương thức GQTC thân thiện như hòa giải, thương lượng vì một phần sẽ tiết kiệm được chi phí, hai là sẽ giữ được mối quan hệ với khách hàng. Chiến lược thương lượng cả 2 bên cùng thắng (Win –Win negotiation) là điều các DN luôn phải đặt lên hàng đầu trong việc GQTC, vì nếu xảy ra tranh chấp mà xác định chỉ có một bên sẽ giành được những lợi ích thì khả năng lớn là bên còn lại sẽ không chấp nhận những đề xuất, giải pháp được đưa ra. Nếu các bên có thể chấm dứt được tranh chấp sau khi thương lượng, hòa giải thì phải thực hiện đúng những cam kết, thỏa thuận trong quá trình thương lượng, hòa giải đó.

Những nỗ lực GQTC bằng thương lượng, hòa giải không thành thì mới sử dụng các phương thức tòa án hoặc trọng tài, tuy nhiên vì lựa chọn tòa án hay trọng tài thì đều chịu sự tác động bởi thời hiệu khởi kiện, do đó DN phải xác định thời gian hợp lý để kết thúc thương lượng, hòa giải để không quá thời hiệu khởi kiện. Ngoài ra, tòa án và trọng tài là hai phương thức thay thế cho nhau nên phải dựa trên những thỏa thuận trong hợp đồng cụ thể để xác định phương thức nào sẽ được lựa chọn. Tránh trường hợp đã chọn trọng tài để giải quyết tranh chấp, nhưng lại mang đơn kiện ra tòa án hoặc ngược lại vì mất thời gian, đồng thời bộc lộ sự thiếu hiểu biết về pháp lý đối với DN.

Bước 5 - Chuẩn bị tinh thần đi kiện và bị kiện ngược lại: Khi đã tham gia vào một vụ tranh chấp, DN phải luôn đặt mình trong một trạng thái sẵn sàng tham gia vụ kiện, dù đã áp dụng các phương thức giải quyết mang tính thân thiện. Việc xác định đúng đối tượng bị kiện, đúng vấn đề bị kiện là quan trọng. Tránh những sai phạm phổ biến trong những ví dụ về tranh chấp HĐTMDV đã nêu ra như về kiện sai chủ thể, không xác định yêu cầu vụ kiện vv... Để có được thuận lợi trong GQTC bằng con đường đi kiện thì DN phải tập hợp các chứng cứ, hồ sơ để thể hiện quan điểm của mình, do đó trong quá trình thực hiện hợp đồng các DN phải chú trọng vào công tác lưu trữ hồ sơ, chứng cứ. Lưu ý vì HĐTMDV có đối tượng là “vô hình” do đó những cam kết, thỏa thuận trong hợp đồng cần được nghiên cứu kỹ trước khi đi kiện để từ đó làm rõ ràng tính vô hình của loại hợp đồng này, tránh trường hợp ra đến cơ quan GQTC, bên còn lại sẽ sử dụng đặc tính này để làm cho những thỏa thuận giữa các bên trở nên không rõ ràng. Ví dụ trong vụ việc hợp đồng thi công nạo vét luồng lạch được ký kết giữa Tổng Công ty xây dựng đường thủy (Vinawaco – gọi là bên B) kiện đòi Công ty Liên doanh Xi măng Holcim Việt Nam (MSC – gọi là bên A) bồi thường gần 5, 5 triệu USD, do

Tòa Phúc thẩm – TAND Tối cao tại thành phố Hồ Chí Minh đã xét xử ngày 17/01/2007. Năm 1995, bên A thuê bên B đào một luồng tàu và một vũng quay tàu tại dự án xây dựng Nhà máy xi măng Sao Mai ở Hòn Chông, Kiên Giang. Trong phụ lục quy định: *“Trong khi thi công nếu thiết bị của DI (nhà thầu phụ của B) gặp phải sỏi đá và san hô/đất sét cứng gây thiệt hại máy móc, tăng phí tổn thì DI được trả thêm chi phí căn cứ vào kết luận giám định của Giám định viên độc lập”*. Thực tế khi thực hiện hợp đồng, thì *“hệ thống nạo vét luồng gặp sự trở ngại, hao mòn nặng cho máy móc và đường ống dẫn cũng như giảm năng suất thi công”*. Theo B và DI, sự cố này thuộc trường hợp được nêu trong phụ lục nói trên, nên bên B đã phải thuê và mua sắm thêm các thiết bị mới, chuyên dụng hơn để tiếp tục thực hiện hợp đồng, dẫn đến phát sinh chi phí so với cam kết ban đầu trong hợp đồng, với số tiền được bên B nêu ra là 2.866.650 USD. Biên bản thỏa thuận tăng giá thành giữa B với nhà thầu phụ DI được đại diện của A xác nhận. Sau khi thực hiện xong hợp đồng, bên B yêu cầu bên A thanh toán chi phí phát sinh này, nhưng bên A từ chối. B khởi kiện A ra tòa, những yêu cầu này của B đều đã bị cả tòa sơ thẩm và phúc thẩm bác bỏ. Lý do: cách thức chứng minh trở ngại khách quan của B là không có căn cứ và giá trị tăng thêm nếu có phải do bên B chịu, chứ bên A không có nghĩa vụ phải thanh toán thêm vì trong hợp đồng không cam kết, cũng như theo pháp luật thì bên A không phải chịu trách nhiệm về những chi phí này. (TAND TC tại TP Hồ Chí Minh, Bản án phúc thẩm số 04/2007/KDTM-PT)

Cho dù là nguyên đơn nhưng các DN cũng cần chuẩn bị tinh thần sẽ bị kiện ngược lại, đây là điều phổ biến trong các phiên tòa, phiên xét xử ở VN và trên thế giới. Nhiều trường hợp các bên không chuẩn bị kỹ càng, dẫn đến khi ra tòa hoặc trọng tài DN lại bị kiện lại và rơi vào trạng thái bị động dẫn đến kết quả thiệt hại hơn là so với không đi kiện. Để có những thuận lợi trong quá trình đi kiện, DN lựa chọn cho mình những luật sư, chuyên gia, nhân viên pháp chế có kinh nghiệm và kiến thức chuyên sâu về lĩnh vực đang xảy ra tranh chấp để theo vụ kiện, những người này không chỉ nắm bắt về pháp luật nội dung và còn phải am hiểu cả pháp luật về tố tụng nếu trong trường hợp lựa chọn tòa án là cơ quan giải quyết. Ngoài ra sự chuẩn bị về tài chính cho các vụ kiện là quan trọng vì nhiều vụ kiện có thể bị kéo dài hàng năm thậm chí hơn 10 năm vẫn chưa giải quyết xong, một kế hoạch tài chính dài hơi để chuẩn bị cho tình huống có thể xảy ra, bao gồm cả các chi phí liên quan đến luật sư, phí chuyên gia, án phí, phí trọng tài và các chi phí khác là điều DN cần phải chuẩn bị.

Bước 6 - Tuân thủ và thực thi các phán quyết của cơ quan xét xử: Có thể phán quyết dẫn đến DN bị thiệt hại trong vụ kiện, tuy nhiên nếu sau khi kết thúc các quy trình tố tụng, quy trình GQTC, phán quyết tòa án hay trọng tài được ban hành thì các DN cần phải nhờ người tư vấn xem lại có thiếu sót, sai phạm gì trong quá trình tòa án hay trọng tài xét xử không? Nếu có thì chuẩn bị các hồ sơ, giấy tờ để yêu cầu kháng cáo lên tòa án cấp trên hoặc nếu phát hiện thỏa thuận trọng tài vô hiệu hoặc phán quyết trọng tài nằm trong một trong số trường hợp bị hủy phán quyết như Điều 68 Luật TTTM 2010 quy định thì yêu cầu tòa án xem xét hủy phán quyết của trọng tài. Nếu DN không phát hiện gì thì DN cần phải tôn trọng những gì mình đã thỏa thuận và nên thực hiện một cách tự nguyện các quyết định này. Tránh trường hợp phải tiến hành cưỡng chế thi hành án, sẽ dẫn đến DN vừa bị thiệt hại về kinh tế, vừa bị thiệt hại về uy tín.

Bước 7 - Rút kinh nghiệm: Mỗi lần tranh chấp và GQTC sẽ là bài học sâu sắc cho DN, cần phải tiến hành xem xét lại toàn bộ quá trình sự việc từ giai đoạn ký kết hợp đồng cho đến khi GQTC xong, DN cần chỉ ra được những điểm đúng, điểm sai cũng như những vấn đề làm phát sinh tranh chấp, trong nhiều trường hợp cần thiết thì phải làm rõ những ai phải chịu trách nhiệm về vấn đề xảy ra tranh chấp, do nhân viên, do yếu tố khách quan hay do lãnh đạo DN. Từ đó rút ra những bài học kinh nghiệm nhằm tránh những tranh chấp có thể phát sinh trong tương lai.

3.2.4. Nhóm giải pháp khác

3.2.4.1. Nâng cao ý thức và trách nhiệm trong hoạt động kinh doanh nói chung và trong thực hiện hợp đồng thương mại dịch vụ nói riêng.

Tranh chấp xảy ra có thể là do yếu tố khách quan nhưng yếu tố chủ quan vẫn luôn đóng vai trò chủ yếu. Vấn đề đặt ra rằng các DN bị ràng buộc vào tranh chấp có luôn thực hiện đúng đạo đức kinh doanh hay không? Đạo đức kinh doanh thể hiện ở chỗ các bên không chỉ tôn trọng lợi ích của nhau, tôn trọng phương pháp, cách thức làm việc của nhau mà còn tôn trọng những cam kết, thỏa thuận thể hiện trong hợp đồng và các thỏa thuận khác trong quá trình giao dịch, thực hiện hợp đồng. Nếu bên mua dịch vụ và bên bán dịch vụ thực hiện được điều đó, hợp đồng sẽ được thực hiện tốt hơn, các tranh chấp sẽ được hạn chế. Ngược lại nếu các bên không chú ý đến vấn đề này thì dễ vi phạm hợp đồng, dẫn đến tranh chấp phát sinh, khi đó, hiệu quả trước mắt không được đảm bảo và hiệu quả lâu dài cũng khó đạt được. (Bùi Ngọc Sơn 2002, tr 116).

Bài học về đạo đức kinh doanh ở VN đã có nhiều nhưng các DN hiện nay vẫn chưa chú trọng về vấn đề này, một phần vì các DN vẫn bị ảnh hưởng bởi tập quán du di, “chín

bỏ làm mười” của nền kinh tế tiểu nông, chữ tín không được đề cao (Dương Thị Liễu, 2009), thứ hai vì các DN bị lợi nhuận trước mắt nên sẵn sàng đánh mất bạn hàng, đánh mất uy tín, đánh mất thương hiệu trên thương trường, đồng thời kéo theo những tranh chấp xảy ra. Ví dụ, trong năm 2013 công ty du lịch Travel life Việt Nam không có giấy phép được cung cấp dịch vụ du lịch quốc tế nhưng đã liên kết với các công ty khác để cung cấp dịch vụ cho 700 hành khách sang Thái Lan. Tuy nhiên, Travel life đã không kiểm soát được chi phí cũng như không thực hiện đúng chức năng của nhà môi giới khi không ký hợp đồng với đối tác Thái Lan là công ty Thai 2020 để cung cấp dịch vụ theo thông thường, dẫn đến 700 hành khách Việt Nam dù đã trả tiền nhưng bị bỏ rơi ở sân bay (Thị Hà, 2013). Đây là một hành động xét về đạo đức DN thì công ty du lịch Travel life VN đã vi phạm nghiêm trọng, nó không chỉ làm ảnh hưởng đến khách hàng, mà có thể ảnh hưởng đến cộng đồng DNVN trong con mắt bạn hàng quốc tế.

Trước thực trạng đó, các DNVN muốn ngăn ngừa tranh chấp phát sinh cần tôn trọng các thỏa thuận đã đạt được với đối tác, thực hiện tốt nghĩa vụ của mình trong hợp đồng, hay nói cách khác, các DN cần phải có đạo đức kinh doanh.

3.2.4.2. Chủ động cập nhật thông tin và tham gia vào những chương trình hỗ trợ tư pháp, hỗ trợ kinh doanh của chính phủ, tổ chức phi chính phủ

Điểm yếu của DNVN như đã phân tích là thiếu thông tin về đối tác cũng như kiến thức về pháp luật và kinh doanh. Hiện nay VN đang có những dự án hỗ trợ DN như chương trình hỗ trợ pháp lý liên ngành dành cho DN giai đoạn 2010 - 2014 với mục tiêu nhằm triển khai đồng bộ các hoạt động hỗ trợ pháp lý cho DN, tạo chuyển biến căn bản về nhận thức pháp lý, ý thức pháp luật và thói quen tuân thủ pháp luật của DN; trở thành thành viên của phòng thương mại công nghiệp VN, đây là nơi mà các DN có thể cập nhật được thông tin về tình hình TMDV trên thế giới, trong nước; hoặc câu lạc bộ pháp chế DN của Bộ Tư pháp. Tùy thuộc vào lĩnh vực TMDV hoạt động, DN chủ động tham gia vào các hiệp hội để tạo sự liên kết, trao đổi kinh nghiệm, kiến thức, thông tin về lĩnh vực đó.

3.3. Một số kiến nghị

3.3.1. Đối với Nhà nước

3.3.1.1 Hoàn thiện các qui định của pháp luật về hợp đồng thương mại dịch vụ và giải quyết tranh chấp hợp đồng thương mại dịch vụ

Thứ nhất, cần sửa đổi, bổ sung khái niệm về hợp đồng và HĐTMDV. Hiện nay chưa có một văn bản luật nào qui định về HĐTMDV cũng chưa có văn bản hướng dẫn thi hành các quy định trong LTM về HĐTMDV nói chung. Sửa đổi và bổ sung các luật cũng như đưa các sửa đổi bổ sung đó vào thực tiễn thường đòi hỏi nhiều thời gian, công sức, chi phí. Trong khi đó để đáp ứng nhu cầu thực tiễn việc ban hành các văn bản dưới luật với dung lượng nhỏ và thời gian đi vào đời sống nhanh hơn là một biện pháp hữu hiệu để tăng tính chặt chẽ và hướng dẫn kịp thời cho các hoạt động phát sinh trong thực tiễn hoạt động TMDV. Cụ thể: Sửa đổi khái niệm hợp đồng dân sự trong BLDS năm 2005 để làm nền tảng chung cho khái niệm hợp đồng trong mọi lĩnh vực, vì ở các LTM chuyên ngành đều không quy định cụ thể về các loại hợp đồng. Vì vậy, nên loại bỏ hai chữ DÂN SỰ trong khái niệm HỢP ĐỒNG DÂN SỰ ở Điều 388 BLDS đồng thời bổ sung 3 từ *đối với nhau* vào sau hai từ nghĩa vụ để thay thế hai cho từ dân sự. Nghĩa là, Điều 388 chỉ nêu khái niệm về hợp đồng và được sửa lại như sau: Điều 388 “Hợp đồng là sự thỏa thuận giữa các bên về việc xác lập, thay đổi hoặc chấm dứt quyền, nghĩa vụ *đối với nhau*” (Nguyễn Thị Mơ 2013, tr 2). Trong Bản Dự thảo sửa đổi BLDS ngày 17/06/2014, Điều 388 này đã được thay thế bằng Điều 396 với nội dung “Hợp đồng là sự thỏa thuận giữa các bên về việc xác lập, thay đổi hoặc chấm dứt quyền, nghĩa vụ *đối với nhau*”, NCS hoàn toàn tán thành qui định này của dự thảo. Bổ sung khái niệm về HĐTMDV vào LTM 2005, NCS kiến nghị bổ sung khái niệm về HĐTMDV vào Điều 3 của LTM 2005 và đặt nó ở khoản 8 với nội dung: *Hợp đồng thương mại dịch vụ là sự thỏa thuận giữa các bên, căn cứ vào qui định của pháp luật, nhằm xác lập, thay đổi hoặc chấm dứt quyền và nghĩa vụ đối với nhau trong việc mua bán, cung cấp, trao đổi dịch vụ nhằm mục đích sinh lợi.*

Loại bỏ những điểm mâu thuẫn, chồng chéo trong giữa BLDS 2005 và LTM 2005, có thể dễ dàng nhận thấy là bố cục và cách sắp xếp của BLDS 2005 và LTM 2005 về hợp đồng dịch vụ là không giống nhau, điều này có thể gây ra sự hiểu nhầm ví dụ, trong BLDS 2005, phần hợp đồng dịch vụ được sắp xếp trong mục 7 chương XVIII về hợp đồng dân sự thông dụng, đồng thời những hợp đồng như hợp đồng vận chuyển, hợp đồng gia công, hợp đồng bảo hiểm được xếp trong mục 8, mục 9, mục 10 tức là sẽ ngang hàng cùng với hợp đồng dịch vụ, mặc dù xét về bản chất những hợp đồng này đều là hợp đồng dịch vụ. Lý giải cho điều này thì có quan điểm cho rằng những loại hợp đồng này sẽ là những hợp đồng dịch vụ mang tên cụ thể, còn những dịch vụ khác mà không được nêu ra trong BLDS 2005 thì sẽ điều chỉnh theo hợp đồng dịch vụ nói chung ở mục 8, nhưng với cách sắp xếp như vậy sẽ dễ gây cho người đọc nhầm tưởng

hợp đồng dịch vụ là hợp đồng độc lập, khác biệt và không bao trùm lên các hợp đồng dịch vụ khác được nêu cụ thể trong luật. Điều này khác với bố cục của LTM 2005, khi Hợp đồng cung ứng dịch vụ nằm trong chương III, còn các loại HĐTMDV cụ thể thì nằm trong chương V: Các hoạt động trung gian thương mại và chương VI một số hoạt động thương mại cụ thể khác, với cách qui định như vậy LTM 2005 giúp người đọc giúp người đọc có thể hình dung được bức tranh tổng quát về HĐTMDV và phạm vi điều chỉnh của loại hợp đồng này đối với những HĐTMDV cụ thể được nêu ra trong LTM. Theo NCS thì BLDS 2005 nên đi theo cách của LTM 2005.

Hạn chế tới mức tối đa việc liên tục dẫn chiếu đến các qui định ở các văn bản khác về vấn đề có thể qui định gọn ngay trong văn bản luật, ví dụ như không nên sử dụng những cách qui định như: “Theo qui định khác của pháp luật”, vì điều này sẽ làm khó cho các DN khi họ không biết được rằng ngoài điều khoản đó thì các qui định khác nằm ở đâu, và qui định vấn đề đó như thế nào.

Tương tự, khi so sánh LTM năm 2005 với các luật chuyên ngành, thì các luật chuyên ngành phải nêu được những nét đặc thù riêng biệt của loại hợp đồng dịch vụ cụ thể đó. Nhiệm vụ còn lại của các văn bản dưới luật chỉ là bổ sung, hướng dẫn, làm rõ hoặc cụ thể hóa một hoặc một số nội dung đã được đề cập trong các luật. Áp dụng nguyên tắc nói trên vào việc rà soát và sắp xếp hệ thống các quy phạm pháp luật hiện có về HĐTMDV, khi cần quy định các nội dung tương tự với BLDS, LTM có thể sử dụng phương pháp viện dẫn. Ngoài ra, các luật hoặc văn bản dưới luật có giá trị pháp lý thấp hơn và ban hành sau cũng có thể dùng kỹ thuật soạn thảo này để trình bày những nội dung tương tự mà các đạo luật trước đã nêu.

Khẩn trương ban hành các văn bản dưới luật hướng dẫn thực thi các qui định và sửa đổi các văn bản đã trở nên bắt cập trong LTM 2005 về HĐTMDV: Mặc dù LTM 2005 đã ra đời hơn 9 năm nhưng các văn bản hướng dẫn thực thi vẫn còn thiếu và không phù hợp về một số văn bản. Vì vậy để LTM đi vào cuộc sống sâu sát hơn nữa bên cạnh những văn bản đã có, cần phải cần khẩn trương ban hành và sửa đổi các văn bản dưới luật dưới đây:

- Ban hành Thông tư hướng dẫn cụ thể về dịch vụ giám định thương mại;
- Ban hành Thông tư hướng dẫn về dịch vụ đại diện cho thương nhân;
- Ban hành Thông tư hướng dẫn về dịch vụ quá cảnh;

- Sửa đổi Nghị định 43/2009/NĐ-CP ngày 7 tháng 5 năm 2009 về việc quy định các dịch vụ cấm kinh doanh, dịch vụ hạn chế kinh doanh và dịch vụ kinh doanh có điều kiện theo hướng chi tiết và thống nhất các yêu cầu và ràng buộc đối với thương nhân nước ngoài, đặc biệt tôn trọng tuyệt đối các cam kết của VN khi gia nhập WTO. Thêm vào đó, cần quy định chi tiết các dịch vụ thuộc diện cấm kinh doanh, dịch vụ hạn chế kinh doanh, dịch vụ kinh doanh có điều kiện và các giấy phép bắt buộc trong một văn bản thống nhất để tránh tình trạng chồng chéo giữa các văn bản quy phạm pháp luật.

Thứ hai, Sửa đổi những qui định về HĐTMDV trong LTM 2005: Mặc dù có rất nhiều điểm tiến bộ so với LTM 1997, tuy nhiên, như đã phân tích ở các phần trên, LTM 2005 hoàn thành trong điều kiện khẩn trương nhằm tạo cơ sở cho VN gia nhập WTO. Giờ đây, trong giai đoạn *hậu* gia nhập WTO, cần phải có sự rà soát toàn bộ nội dung của Luật, đối chiếu với các cam kết cụ thể của VN trong từng hiệp định đa biên của WTO để bổ sung, sửa đổi hoặc loại bỏ những qui định chưa phù hợp, chưa rõ ràng, cản trở các DNVN trong việc ký kết và thực hiện HĐTMDV. Vì vậy luật này cần được hoàn thiện theo hướng phải tuân thủ luật chơi chung của tổ chức này trong đó có nguyên tắc: *“Mỗi nước thành viên sẽ phải đảm bảo sự thống nhất các luật, các quy định và các thủ tục hành chính với những nghĩa vụ của mình được quy định trong các hiệp định”* (Khoản 4 Điều XVI Hiệp định Marrakesh). Cụ thể:

- Bổ sung quyền của các bên trong HĐTMDV: Giá trị cơ bản của HĐTMDV là cung cấp một cơ sở pháp lý để hai bên xác định quyền và nghĩa vụ của mình. Quyền và nghĩa vụ các bên vì thế có thể coi là nội dung quan trọng nhất trong hợp đồng. Việc LTM 2005 chỉ quy định về nghĩa vụ của các bên mà không đề cập đến quyền của họ là bất hợp lý bởi không phải bất kỳ nghĩa vụ nào của bên này cũng sẽ được suy luận là quyền tương ứng của bên kia. Trong khi đó, BLDS 2005 lại có quy định về quyền mà các bên được hưởng khi giao kết hợp đồng dịch vụ. Do đó, LTM có thể kế thừa các quy định đó đồng thời bổ sung những quyền cần thiết khác để đảm bảo cho lợi ích của cả hai bên khi thực hiện hợp đồng.

- Luật Thương mại mới chỉ dừng lại ở việc nêu các quy định liên quan đến thực hiện HĐTMDV mà chưa đề cập đến việc chấm dứt thực hiện hợp đồng và căn cứ để các bên đơn phương chấm dứt thực hiện hợp đồng. Một điểm cần chú ý liên quan đến quyền đơn phương chấm dứt hợp đồng được nêu trong BLDS là khách hàng có quyền đơn phương chấm dứt thực hiện hợp đồng trong trường hợp các bên cung ứng dịch vụ vi phạm nghiêm trọng dịch vụ. Ở đây, cần làm rõ khái niệm vi phạm nghiêm trọng bởi

đó là căn cứ tiên quyết để khách hàng có thể đơn phương chấm dứt thực hiện hợp đồng mà không phải bồi thường. Nếu bổ sung vào LTM quyền đơn phương chấm dứt hợp đồng thì cần lưu ý đến thuật ngữ này. Ngoài ra, quyền đơn phương chấm dứt hợp đồng khi có sự vi phạm nghiêm trọng cần được quy định cho cả hai bên chứ không chỉ riêng bên khách hàng.

- LTM 2005 nên có thêm các quy định về việc sử dụng hợp đồng mẫu hay điều khoản mẫu. Đây là loại hợp đồng xuất hiện rất nhiều trong thực tiễn hoạt động TMDV, cụ thể như hợp đồng cung cấp điện, hợp đồng cung cấp dịch vụ ngân hàng, hợp đồng bảo hiểm, hợp đồng vận tải... Hợp đồng mẫu xuất hiện trong những ngành mà lượng cầu lớn, nhà cung cấp phải cung cấp một dịch vụ với các điều kiện giống nhau cho số lượng lớn khách hàng. Điều đó đặt ra nhu cầu tiêu chuẩn hóa các điều khoản trong hợp đồng. Trên thực tế, các DN cung ứng dịch vụ loại này thường đưa ra các hợp đồng được lập sẵn với các điều khoản có lợi cho bên cung ứng. Trong một số trường hợp, các nhà cung ứng còn lợi dụng hợp đồng mẫu để hình thành quy tắc riêng của mình trong kinh doanh, chèn ép khách hàng, dồn khách hàng vào thế khó lựa chọn. Bên cung ứng cũng có thể dùng các thủ thuật pháp lý trong soạn thảo hợp đồng để phân chia rủi ro và lợi ích một cách không công bằng, qua đó gây bất lợi cho khách hàng. Trên lý thuyết, hợp đồng mẫu mang tính tùy nghi tức là sau khi xem xét các điều khoản của hợp đồng, khách hàng có thể lựa chọn chấp thuận hoặc không chấp thuận ký kết. Tuy nhiên, trong thực tiễn, khách hàng thường có sự tin tưởng nhất định ở nhà cung cấp hoặc không đủ kiến thức chuyên môn và pháp luật để nhận biết những bất lợi ẩn chứa trong hợp đồng. Vì những lý do trên, luật nên có những quy định theo hướng bảo vệ quyền lợi cho bên khách hàng khi bên cung ứng sử dụng hợp đồng mẫu.

- Về nghĩa vụ của bên cung ứng, luật nên bổ sung các tiêu chí để xác định khi nào nghĩa vụ của bên cung ứng là theo kết quả và khi nào là theo nỗ lực và khả năng cao nhất. Đây là cách phân loại khá hay và mới mẻ của LTM 2005, tuy nhiên cần được hoàn thiện thêm để bên cung ứng xác định được rõ ràng hơn nghĩa vụ của mình trong từng trường hợp cụ thể.

- Cần quy định quyền và nghĩa vụ của các bên trong một số HĐTMDV được chi tiết trong LTM 2005.

Trên đây là một số điểm trong LTM 2005 cần được sửa đổi và bổ sung. Ngoài ra, quy định về các điều khoản cơ bản của hợp đồng, điều kiện hình thành HĐTMDV... cũng là các nội dung nên được xem xét. Bên cạnh đó, khi sửa đổi LTM 2005 cần chú ý

gắn những quy định trong luật với các quy định của các điều ước quốc tế như Hiệp định GATS, Hiệp định khung ASEAN về dịch vụ, BTA VN- Hoa Kỳ 2001...

Thứ ba, Hoàn thiện quy định về thời hiệu khởi kiện: Đối với các quy định về thời hiệu khởi kiện chỉ nên quy định trong một văn bản pháp luật duy nhất là Bộ luật TTDS nhằm đảm bảo tính thống nhất. Thời hiệu khởi kiện tại tòa án và tại TTTM phải giống nhau đối với cùng một loại tranh chấp để tạo sự bình đẳng cho các DN khi lựa chọn phương thức tài phán khác nhau. Bộ luật TTDS cũng cần quy định rõ về cách tính thời hiệu khởi kiện.

Thứ tư, Hoàn thiện quy định pháp luật về phương thức GQTC bằng thương lượng, hòa giải nhằm khuyến khích các bên lựa chọn hai phương thức này: Mặc dù đã có một số quy định của các phương thức này nhưng để bảo đảm tính hiệu lực của hình thức trung gian hòa giải thương mại, cần tạo ra những cơ sở pháp lý vững chắc hơn, cũng giống như đã làm đối với TTTM. Có thể nói rằng, thời gian qua, chúng ta đã nhìn nhận đúng và đã tạo được những cơ sở pháp lý cần thiết cho hoạt động trọng tài đáp ứng yêu cầu của kinh tế thị trường, của HĐKD và của quá trình hội nhập quốc tế. Thiết nghĩ, việc ban hành Luật hòa giải thương mại sẽ là một bước đi tiếp theo mang tính logic và tính hệ thống của hoạt động xây dựng pháp luật ở nước ta. Trong đó cần quy định trình tự, thủ tục mang tính giống tổ tụng cho các hình thức hòa giải với tính cách là những thủ tục GQTC thương mại. Thủ tục đó nhất thiết phải cho phép làm rõ thiện ý của các bên giải quyết các bất đồng của họ bằng hình thức thương lượng hoặc hòa giải: bằng hình thức nào, bắt đầu như thế nào, chủ thể là ai v.v.. đều thể hiện thiện chí đích thực đó? Nếu thiếu sự rõ ràng đó thì quá trình hòa giải, dù có bắt đầu, cũng không thể có khả năng tạo ra sự ràng buộc của các bên. Tính chính thức của thủ tục này còn cần được xác định bởi việc pháp luật coi đó như một phương thức GQTC, một phần của quá trình GQTC.

Thứ năm, Tăng cường ký kết Hiệp định tương trợ tư pháp: Một trong những thuận lợi của xét xử bằng TTTM so với tòa án kinh tế ở VN là VN đã trở thành thành viên của Công ước New York 1958 với số lượng quốc gia thành viên hơn 130. Vì vậy, để cho các DN có thể yên tâm khi lựa chọn tòa án làm phương thức giải quyết các tranh chấp HĐTMDV quốc tế thì VN cần phải tích cực chủ động tham gia những hiệp định song phương, đa phương về công nhận và cho thi hành phán quyết tòa án nước ngoài.

Thứ sáu, Tích cực tham khảo và tiếp thu từ các đạo luật và các văn bản pháp luật có liên quan của các nước phát triển, các nước có trình độ lập pháp cao, các hiệp định,

điều ước của các tổ chức đa quốc gia để từ đó rút ra những bài học kinh nghiệm áp dụng cho pháp luật điều chỉnh HĐTMDV tại VN.

3.3.1.2. Tăng cường công tác phổ biến tuyên truyền pháp luật về thương mại, về hợp đồng thương mại dịch vụ đến các doanh nghiệp

Vẫn còn nhiều DN chưa có điều kiện tiếp cận các kiến thức về pháp luật thương mại nói chung và về HĐTMDV. Nhằm thúc đẩy hoạt động TMDV và hạn chế những tranh chấp về HĐTMDV, các cơ quan có thẩm quyền cần tăng cường công tác phổ biến tuyên truyền những kiến thức này đến cộng đồng DN thông qua các hoạt động như tổ chức hội thảo, tuyên truyền pháp luật, chương trình truyền hình ... Bên cạnh đó, vì các DN vẫn có xu thế lựa chọn tòa án để GQTC, tuy nhiên như đã phân tích thì tòa án có những nhược điểm trong đó liên quan đến sự quá tải tại các tòa án. Để thúc đẩy hoạt động GQTC hiệu quả thì nhà nước nên tuyên truyền phổ biến về GQTC bằng trọng tài. Một trong những rào cản lớn nhất đối với phương thức GQTC bằng TTTM nhanh chóng phát triển ở VN đó chính là các DN và cộng đồng người dân chưa thực sự hiểu biết nhiều về pháp luật về trọng tài, chưa biết đến nhiều về trọng tài và vẫn còn e ngại trong việc GQTC bằng trọng tài. Để giải quyết vấn đề này, cần phải tăng cường công tác tuyên truyền, phổ biến pháp luật trọng tài vào trong cuộc sống.

3.3.1.3. Đặt ra nhiệm vụ cụ thể cho các cơ quan quản lý về hợp đồng thương mại dịch vụ.

Để thực hiện đầy đủ chức năng hoạch định, hướng dẫn, giám sát việc thực hiện các quy định của nhà nước về việc cung cấp dịch vụ đối với các DN. Các cơ quan quản lý nhà nước về thương mại, cụ thể là Bộ Công thương cần từng bước nâng cao năng lực của mình. Có như vậy Nhà nước mới thực hiện được vai trò là người hỗ trợ, người hướng dẫn và kiểm tra, giám sát để nâng cao hiệu quả thực hiện HĐTMDV tại các DN. Cụ thể:

- Cần nâng cao hiểu biết về kỹ thuật nghiệp vụ, kiến thức về quản lý kinh tế, quản trị kinh doanh trong điều kiện hội nhập kinh tế quốc tế cho các cán bộ tại các cơ quan có liên quan đến việc tổ chức, quản lý và giám sát thực hiện về lĩnh vực TMDV. Có như vậy, các quy định về TMDV mới rõ ràng, cụ thể và chỉ có thể hiểu theo một nghĩa. Điều này rất quan trọng để giúp các DN có thể hiểu và làm đúng pháp luật, tránh những sai lầm và hậu quả đáng tiếc xảy ra do DN không hiểu hoặc hiểu không đúng các quy định pháp luật của Nhà nước.

- Tiếp tục thực hiện cải cách hành chính mạnh mẽ trong các cơ quan quản lý Nhà nước về thương mại nói chung và TMDV nói riêng, đơn giản hóa và thuận lợi hóa các thủ tục kinh doanh nhằm tạo điều kiện cho việc cung cấp dịch vụ được lưu thông một cách dễ dàng, tránh hiện tượng DN không thể triển khai thực hiện hợp đồng mình đã ký kết do chờ làm thủ tục.

- Tăng cường công tác kiểm tra, giám sát việc thực hiện cung cấp dịch vụ trên thị trường. Cần có sự phối hợp kiểm tra giám sát của các cơ quan chức năng như: cơ quan thuế, hải quan, công an kinh tế, cơ quan quản lý thị trường để chống gian lận thương mại, hành vi lừa đảo nhằm trục lợi.

- Yêu cầu Tổng cục thống kê phải thống kê về số lượng HĐTMDV được ký kết, số lượng HĐMDV được thực hiện và số lượng vụ tranh chấp về HĐTMDV: Việc thống kê rất quan trọng vì thông qua số liệu được công bố các DN có thể đánh giá được tình hình thực tiễn các HĐTMDV đang diễn ra như thế nào, từ đó giúp cho các DN nắm bắt được thị trường TMDV mà họ đang cung cấp hoặc sử dụng, cũng như Nhà nước sẽ có những chính sách hợp lý để quản lý và tạo điều kiện cho TMDV phát triển. Trong website của Tổng cục thống kê chỉ có một số các chỉ số cơ bản, số liệu ngành một cách chung chung, chưa có các báo cáo một cách tổng quát, cụ thể.

- Cùng với việc VN chính thức trở thành thành viên của WTO, các DNVN có nhiều cơ hội mở rộng trong việc ký kết HĐTMDV với DN của 159 nước thành viên còn lại của WTO. Cơ hội rộng mở nhưng thách thức và khó khăn cũng không phải là ít. Một trong những khó khăn, thách thức mà DNVN phải đối mặt khi giao kết các HĐTMDV (kể cả ở VN và ở phạm vi quốc tế) là pháp luật về HĐTMDV của VN còn nhiều bất cập, nhiều quy định chưa phù hợp với nền kinh tế thị trường và các cam kết quốc tế. Bên cạnh đó, những khó khăn về quy mô hoạt động, yếu tố vốn cũng là rào cản lớn đối với các DN TMDV VN. Vì vậy việc nghiên cứu về thực trạng HĐTMDV tại VN trên cả hai khía cạnh pháp lý và kinh doanh là điều hoàn toàn cần thiết trong hoàn cảnh nền kinh tế hiện nay.

3.3.1.4. Chủ trương thành lập mạng lưới các trung tâm hòa giải thương mại

Để phương thức GQTC bằng hòa giải thương mại phát triển, Nhà nước nên khuyến khích thành lập các trung tâm hòa giải thương mại, từ đó đưa ra chủ trương thành lập mạng lưới các trung tâm hòa giải thương mại này. Bên cạnh đó, để thực sự phát huy hiệu quả và vai trò của mình, trung tâm hòa giải cần tập trung vào một số nhiệm vụ chính sau: Đào tạo và công nhận hoà giải viên; Thúc đẩy đào tạo và nghiên cứu về các

phương pháp GQTC được lựa chọn (ADR: Alternative Dispute Resolution); Cập nhật các thông tin về ADR trong nước và quốc tế cho các thành viên; Cung cấp các dịch vụ đào tạo nhằm nâng cao trình độ chuyên môn một cách liên tục cho các hoà giải viên chuyên nghiệp; Tạo điều kiện tiếp cận đơn giản và có hiệu quả với các hoà giải viên chuyên nghiệp; Hỗ trợ các tổ chức trong việc phát triển các quy trình GQTC bằng ADR có hiệu quả. Bên cạnh đó, cần hình thành, đào tạo và bồi dưỡng đội ngũ hoà giải viên; Xây dựng các bộ quy tắc ứng xử cho hoà giải viên; tiêu chuẩn đối với hoà giải viên; Hướng dẫn và giám sát việc áp dụng, thực thi các tiêu chuẩn này v.v.... Cần nghiên cứu, tham khảo những bộ quy tắc hòa giải hiện đại và được áp dụng rộng rãi trong thực tiễn GQTC thương mại như Quy tắc hòa giải của UNCITRAL, ICC, ICSID, đặc biệt là Bộ Quy tắc hòa giải của UNCITRAL được Đại hội đồng Liên hiệp quốc giới thiệu tháng 12/1980. Ngoài ra, năm 2002, UNCITRAL xuất bản Luật mẫu về Hòa giải thương mại quốc tế. Giống như Luật mẫu của UNCITRAL về TTTM quốc tế, Luật này được dùng như một bản hướng dẫn và khuyến cáo cho các quốc gia muốn ban hành pháp luật về hòa giải.

3.3.1.5. Bộ Tư pháp tiếp tục rà soát, sắp xếp lại những trung tâm trọng tài hoạt động không có hiệu quả

Dù số lượng trung tâm TTTM hiện nay là 7 và trong thời gian qua Bộ Tư pháp đã rút giấy phép 2 trung tâm và cấp mới cho 2 trung tâm. Tuy nhiên vẫn chỉ có một số trung tâm hoạt động có hiệu quả, còn lại là dường như không hoạt động, do đó có thể ảnh hưởng đến uy tín và sự nhìn nhận của DN về trọng tài. Vì vậy nhà nước, các cơ quan chức năng có thẩm quyền, cụ thể ở đây là Bộ Tư pháp phải tiếp tục tiến hành xem xét lại việc chấm dứt sự tồn tại của các trung tâm trọng tài này hoặc tiến hành sắp xếp, cơ cấu lại để các trung tâm trọng tài ở VN hoạt động hiệu quả hơn.

3.3.1.6. Tăng cường vai trò của đội ngũ luật sư, chuyên gia trong việc hướng doanh nghiệp vào các phương thức giải quyết tranh chấp phù hợp

Luật sư, các chuyên gia có thể tham gia HĐTMDV ngay từ bước đàm phán hợp đồng, vì vậy họ đóng vai trò quan trọng trong việc hướng dẫn DN làm thế nào để soạn thảo được những hợp đồng có lợi và có thể loại bỏ một cách tối đa những tranh chấp có thể xảy ra. Chính từ quá trình này thì đội ngũ luật sư, chuyên gia cũng đã đưa vào những điều khoản GQTC, vì vậy họ đóng vai trò rất lớn trong việc giúp DN lựa chọn phương thức GQTC. Khi xảy ra tranh chấp, luật sư sẽ hỗ trợ DN trong việc thu thập hồ sơ, chứng cứ, cách thức GQTC, cách thức bảo vệ quyền lợi, lợi ích trước tòa án hoặc

trọng tài. Vì vậy để có thể GQTC tốt thì đội ngũ này cần phải được xây dựng, đào tạo một cách bài bản.

3.3.2. Đối với Tòa án kinh tế

- *Tòa án cần đổi mới cơ cấu tổ chức theo định hướng cải cách tư pháp:* Hiện nay Tòa án kinh tế tồn tại độc lập và song song với tòa án dân sự, tuy nhiên vai trò của tòa án kinh tế đôi lúc bị mờ nhạt khi sự phân định thẩm quyền chưa rõ ràng từ các khái niệm trong tranh chấp kinh doanh, tranh chấp thương mại, tranh chấp dân sự chính vì vậy đôi lúc các tòa án sẽ bị “dẫm chân” lên nhau. Hiện nay, có một số quan điểm nên bỏ Tòa án kinh tế đi chỉ duy trì tòa án dân sự theo mô hình của các nước Anh – Mỹ, tuy nhiên NCS không đồng tình với quan điểm này mà vẫn tiếp tục duy trì sự tồn tại của tòa án kinh tế, nhưng cần hoàn chỉnh mô hình và cơ cấu. NCS đề xuất như sau: Tòa kinh tế được tổ chức theo mô hình tòa án khu vực và theo nguyên tắc hai cấp xét xử sơ thẩm, phúc thẩm. TAND Tối cao giám đốc thẩm, tái thẩm, tổng kết và hướng dẫn xét xử.

- *Rút ngắn các quy trình thủ tục xét xử:* Một trong những nhược điểm mà tòa án mang lại cho các bên đương sự là thời gian. Vì vậy, để khuyến khích DN lựa chọn tòa án làm phương thức GQTC thì cần phải hoàn thiện pháp luật tố tụng theo cách thừa nhận thủ tục rút gọn trong hoạt động GQTC kinh doanh, thương mại tại tòa án.

- *Tăng cường sự hỗ trợ của tòa án đối với TTTM:* Nhằm tăng cường sự nhận thức và lựa chọn của DN đối với phương thức GQTC bằng trọng tài ở VN, cũng như giảm thiểu sự quá tải GQTC tại tòa án thì tòa án phải tạo điều kiện cho trọng tài phát triển. Thông qua việc giám sát trong hoạt động tố tụng trọng tài theo hướng mang lại hiệu quả tích cực chứ không phải là sự can thiệp vào quá trình tố tụng của trọng tài sẽ giúp cho DN tăng cường niềm tin với trọng tài hơn, đồng thời tòa án cũng tích cực tham gia hỗ trợ trọng tài trong việc áp dụng các biện pháp khẩn cấp tạm thời, triệu tập nhân chứng, hướng dẫn trọng tài tránh xảy ra những trường hợp vi phạm tố tụng để tránh việc hủy phán quyết trọng tài. Bên cạnh đó tòa án cũng nên đào tạo một đội ngũ thẩm phán có kiến thức chuyên sâu về trọng tài, để có thể nắm bắt tinh thần xét xử bằng trọng tài, tránh tình trạng kéo dài thời gian vì thẩm phán chưa hiểu rõ về những vụ việc liên quan đến trọng tài.

- Công bố những bản án, quyết định của tòa án trên các trang Website của tòa để cho DN tham khảo nhằm rút ra những bài học kinh nghiệm khi giao kết, thực hiện HĐTMDV.

Bên cạnh đó thì đối với đội ngũ thẩm phán, hội thẩm nhân dân thì cần phải:

- *Nâng cao tinh thần trách nhiệm, bản lĩnh nghề nghiệp, phẩm chất đạo đức, lối sống của cán bộ, công chức tòa án các cấp, nhất là đội ngũ Thẩm phán:* Họ là những người cầm cân nảy mực, là người có thẩm quyền để quyết định một vụ tranh chấp vì vậy luôn phải rèn luyện, nghiên cứu về chuyên môn, đồng thời kiên quyết không chịu sức ép của cá nhân, cơ quan, tổ chức nào, bảo đảm nguyên tắc độc lập và chỉ tuân theo pháp luật. Xác định rõ trách nhiệm của cá nhân Thẩm phán và Hội đồng xét xử đối với những sai sót do lỗi chủ quan. Những trường hợp Thẩm phán xét xử oan người không có tội hoặc bỏ lọt tội phạm thì phải kiểm điểm nghiêm khắc, làm rõ trách nhiệm của Thẩm phán, trường hợp do thiếu tinh thần trách nhiệm hoặc do năng lực yếu kém thì phải bị miễn nhiệm, cách chức hoặc không được bổ nhiệm lại chức danh Thẩm phán. Những Thẩm phán có bản án, quyết định bị huỷ hoặc sửa do sai lầm nghiêm trọng, cho bị cáo hưởng án treo không đúng quy định của pháp luật hoặc có những bản án tuyên không rõ ràng, gây khó khăn cho công tác thi hành án dân sự..., thì phải bị kiểm điểm, đánh giá về năng lực, trình độ và tinh thần trách nhiệm, tùy theo tính chất và mức độ vi phạm để có biện pháp xử lý phù hợp. Tăng cường công tác giám đốc việc xét xử của tòa án cấp trên đối với các tòa án cấp dưới, kịp thời phát hiện để uốn nắn, rút kinh nghiệm trong toàn ngành về những sai sót trong hoạt động xét xử.

- *Tiến hành công tác đào tạo chuyên môn, nghiệp vụ, kỹ năng xét xử cho các Thẩm phán:* TAND Tối cao sẽ quan tâm làm tốt hơn nữa công tác đào tạo, đào tạo lại để nâng cao trình độ chuyên môn nghiệp vụ cho cán bộ, công chức trong toàn ngành; chú trọng hơn tới công tác tổng kết thực tiễn xét xử, hướng dẫn áp dụng thống nhất pháp luật và rút kinh nghiệm công tác xét xử. Vì HĐTMDV đa dạng và phức tạp nên cần phải xây dựng một đội ngũ thẩm phán chuyên sâu về từng loại hợp đồng này, đồng thời các Chánh án của các tòa án khi phân công Thẩm phán phải biết lựa chọn các Thẩm phán có chuyên môn về loại HĐTMDV đó.

- *Xây dựng đội ngũ Hội thẩm nhân dân tham gia xét xử các vụ tranh chấp kinh doanh, thương mại dịch vụ:* Vai trò của Hội thẩm nhân dân trong xét xử tòa án ngày càng tăng khi hội thẩm chiếm đa số trong Hội đồng xét xử sơ thẩm và lại ngang quyền với Thẩm phán, tuy nhiên tại VN số lượng Hội thẩm nhân dân có chất lượng tốt thì không nhiều, vì vậy cần phải có những quy định khắt khe hơn về Hội thẩm nhân dân theo đó họ phải là các thương gia, những người có kiến thức, kinh nghiệm về lĩnh vực đang xảy ra tranh chấp. Đối với từng loại HĐTMDV, thì phải có những Hội thẩm nhân

dân chuyên sâu về từng loại hợp đồng này, vì họ sẽ là nguồn hỗ trợ đắc lực cho tòa án khi các thương nhân này thường xuyên phải tiếp xúc, va chạm thực tiễn đối với các loại HĐTMDV này.

3.3.3. Đối với các trung tâm trọng tài thương mại

Các trung tâm TTTM đóng vai trò quan trọng trong việc phát triển của hình thức trọng tài. Tuy rằng, Luật TTTM 2010 đã công nhận hình thức trọng tài Ad hoc, nhưng với sự phát triển chưa sâu sắc của hình thức này tại VN, thì hình thức này vẫn chưa được nhiều người áp dụng như hình thức trọng tài quy chế. Như vậy, tức là các trung tâm trọng tài sẽ là đối tượng chính cần quan tâm đến trong việc thúc đẩy trọng tài phát triển.

Về việc áp dụng Luật TTTM 2010, đối với trung tâm trọng tài là một điểm chú ý đặc biệt. Vì Luật TTTM 2010 được kiến tạo với mục đích điều chỉnh sự hoạt động của TTTM, nên việc nắm và hiểu rõ nội dung luật này là điều đương nhiên phải thực hiện của các trung tâm TTTM. Trước tiên, các trung tâm này cần phải sâu sát các trọng tài viên trong việc hướng dẫn họ áp dụng Luật TTTM 2010, vì trọng tài viên là nòng cốt cơ bản của HĐTT, là người nhân danh công lý đưa ra phán quyết cho vụ kiện, nên việc áp dụng đúng Luật TTTM 2010 hay không sẽ là một nhân tố cơ bản ảnh hưởng đến việc Luật TTTM 2010 được áp dụng vào đời sống. Tiếp theo, các trung tâm trọng tài nên sửa đổi các quy tắc tổ tụng của mình cho phù hợp với Luật TTTM 2010 dựa trên sự góp ý của các trọng tài viên của mình - những người nhất thiết cần phải hiểu rõ Luật TTTM.

Việc quy tắc của trung tâm trọng tài thay đổi cho phù hợp với Luật TTTM 2010 cũng là một biện pháp giúp Luật TTTM 2010 đến gần với người dân hơn. Tăng thêm cho các đối tượng này là sự hiểu biết về Luật TTTM 2010 thông qua tìm hiểu quy tắc tổ tụng của trung tâm, qua đó, tạo tiền đề cho việc áp dụng Luật TTTM 2010 thêm sâu sắc trong xã hội. Tuy nhiên, việc thúc đẩy sự mở rộng hơn nữa Luật TTTM 2010 lại được quyết định bởi nhân tố trọng tài viên có tăng được uy tín của mình trong lòng các đương sự hay không. Đây là một điều rất quan trọng đóng góp cho sự phát triển lâu dài của TTTM. Và để tăng được uy tín này, trọng tài viên không những cần nắm chắc Luật TTTM 2010 mà còn phải thường xuyên trau dồi học hỏi thêm kiến thức, kinh nghiệm để tăng trình độ, tăng sự tin tưởng của các bên đương sự vào sự phán quyết của mình.

Hoàn thiện hơn nữa đội ngũ trọng tài viên về số lượng và chất lượng: Bằng cách thường xuyên bổ sung trọng tài viên mới là người có kiến thức chuyên môn nghiệp vụ cao đồng thời phải nắm vững những kiến thức về pháp luật dựa trên một qui trình tuyển

chọn có chọn lọc, cụ thể nhằm lựa chọn những người vừa có trình độ vừa có đạo đức. Ngoài ra, thường xuyên tổ chức các khóa đào tạo về kỹ năng xét xử cho các trọng tài viên, tiến hành giao lưu, trao đổi kinh nghiệm đối với các tổ chức trọng tài quốc tế đảm bảo cho các trọng tài viên được cập nhật kiến thức và bồi dưỡng trình độ. Bên cạnh đó, các trung tâm trọng tài cần phải cập nhật các thông tin về hoạt động xét xử của mình trên Website để các DN có thể tham khảo về tình hình GQTC tại các trung tâm này như thế nào, đây là cách làm mà các trung tâm trọng tài trong khu vực đã làm từ lâu nay, nó cũng là cách để trọng tài quảng bá hình ảnh của mình đối với cộng đồng DN.

Mặc dù số lượng các trung tâm TTTM hiện nay ở VN là bảy tuy nhiên hoạt động của các trung tâm này lại khá tản mạn, hoạt động theo khu vực. Giữa các trung tâm này không hề có sự liên kết, hỗ trợ để tạo ra một tập thể, một đội ngũ mạnh. Chính vì hoạt động khá độc lập, nếu không muốn nói là nhỏ lẻ, manh mún, nên một số trung tâm đã rơi vào cảnh không có khách hàng, không có trụ sở riêng, không đủ lợi nhuận để duy trì bộ máy hành chính, hoạt động vốn đã khó khăn lại càng khó khăn hơn. Chính vì vậy, các trung tâm trọng tài nên tạo ra một “mái nhà chung” để tập hợp lực lượng, nâng cao cả về số lượng và chất lượng của đội ngũ trọng tài viên. Sự tập hợp nhau lại sẽ tạo ra sức mạnh to lớn cả về cơ sở vật chất và con người, đồng thời việc quảng bá hình ảnh TTTM ở VN sẽ có hiệu quả cao hơn. Các nước Mỹ, Nhật Bản đều có hiệp hội trọng tài cho riêng mình. Sự ra đời của Hiệp hội trọng tài sẽ là cơ hội để trọng tài VN thiết lập quan hệ với Hiệp hội thương mại, Hiệp hội DN của giới doanh nhân và xa hơn nữa là thiết lập quan hệ hợp tác với các trung tâm trọng tài có uy tín trong khu vực và của các nước phát triển về tài phán trọng tài.

Như vậy, cùng với sự ra đời của Luật TTTM 2010, ngoài những giải pháp việc các trung tâm TTTM cần phải thực hiện nêu trên thì chính bản thân các trọng tài viên cũng cần chuyển mình thay đổi theo để áp dụng cho đúng luật này. Giải pháp đối với trọng tài viên cần thực hiện như sau:

- Nhà nước cần phải khuyến khích sự tự giác, trách nhiệm của họ trong việc nâng cao kiến thức pháp luật về thương mại nói chung và TMDV nói riêng. Có thể phân trọng tài viên thành hai loại: trọng tài viên thuộc quy chế của trung tâm TTTM và trọng tài viên không thuộc quy chế của các trung tâm này nhưng đủ trình độ, được các bên tranh chấp TMDV tin tưởng giao cho giải quyết vụ tranh chấp. Đối với các trọng tài viên thuộc quy chế của trung tâm TTTM, các trung tâm này hoàn toàn có thể sâu sát các trọng tài viên trong việc thực hiện đúng pháp luật cũng như khuyến khích

thường xuyên sự mở rộng vốn hiểu biết pháp luật của mỗi trọng tài viên trong trung tâm mình. Tuy nhiên, đối với các trọng tài viên thuộc loại còn lại, thì vấn đề giám sát đúng pháp luật cũng như khuyến khích mở rộng vốn hiểu biết luật pháp các trọng tài viên sẽ khó có tổ chức nào có thể đảm đương vì phạm vi lựa chọn trọng tài viên mà các bên có quyền là rất rộng. Vì vậy, đối với các trọng tài viên này, việc tự giác nhận thức được trách nhiệm, nâng cao nhận thức pháp luật là rất quan trọng.

- Về cơ bản sự tự giác nhận thức được trách nhiệm phải nâng cao hơn nữa kiến thức pháp luật không chỉ là vấn đề quan trọng của các trọng tài viên không thuộc quy chế của các trung tâm TTTM, mà còn là vấn đề thiết yếu đối với bất kỳ trọng tài viên nào. Vì để có thể đưa ra phán quyết chính xác và công bằng cho các vụ tranh chấp TMDV, không chỉ cần thiết yêu cầu của các trọng tài viên tinh thần đạo đức công tâm, vô tư; mà còn đòi hỏi ở bên thứ ba đứng ra xét xử này vốn kiến thức rộng rãi, uyên bác về pháp luật thương mại. Phạm vi kiến thức pháp luật về TMDV là rất rộng, trước hết, trọng tài viên cần nắm bắt hành lang pháp lý về thương mại trong nước, sau đó liên tục mở rộng hiểu biết về pháp luật điều chỉnh thương mại nói chung và TMDV nói riêng của các quốc gia khác cũng như về những quy định chung của những lĩnh vực thương mại trên toàn thế giới. Ngoài ra, trọng tài viên cũng cần nắm rõ những khung pháp lý điều chỉnh hình thức GQTC về TMDV bằng trọng tài trong nước cũng như trên thế giới, mà cụ thể ở đây trước hết sẽ là Luật TTTM 2010. Như vậy, với một phạm vi rất rộng về kiến thức pháp luật cần phải được trao dồi liên tục như trên, các trọng tài viên nhất thiết cần phải có một quá trình nỗ lực, tự giác, nghiêm túc nâng cao vốn hiểu biết pháp luật của mình để có thể đưa ra những phán quyết công bằng, chính xác nhất cho các vụ tranh chấp về HĐTMDV.

Trên cơ sở phân tích một số vấn đề lý luận về HĐTMDV, về tình hình GQTC về HĐTMDV và những vấn đề đặt ra đối với DN và các tổ chức tham gia GQTC HĐTMDV ở chương 1, chương 2, chương 3 đã đưa ra được dự báo sự gia tăng tranh chấp về loại hợp đồng này trong tương lai khi VN ngày càng mở rộng thị trường TMDV, đồng thời đưa ra những giải pháp cụ thể cho DN từ khía cạnh quản trị hợp đồng của DN cho đến khía cạnh pháp lý và kinh tế cho DN. Ngoài ra, chương 3 cũng đưa ra được các kiến nghị đồng bộ cho các cơ quan có thẩm quyền về việc GQTC HĐTMDV và về phía Nhà nước nhằm tạo điều kiện cho HĐTMDV phát triển và hạn chế những tranh chấp có thể xảy ra.

KẾT LUẬN

Số lượng HĐTMDV ngày càng gia tăng, đã mang lại nhiều thành công cho các DN cũng như cho ngành TMDV nói chung của VN, tuy nhiên sau những thành công đó thì cũng nhiều DN vướng vào những tranh chấp của loại hợp đồng này dẫn đến DN có thể bị phá sản bởi các HĐTMDV có giá trị lớn. Với đặc tính vô hình của dịch vụ, đã làm cho HĐTMDV trở nên phức tạp hơn, khi khó có thể cụ thể hóa sự vô hình này. Việc nghiên cứu về loại hợp đồng này là rất cần thiết đối với các DN, từ đó làm nổi bật được những vấn đề có thể xảy ra tranh chấp nhằm đề xuất những giải pháp hạn chế những tranh chấp xảy ra liên quan đến loại hợp đồng này là có ý nghĩa quan trọng. Qua nghiên cứu luận án, NCS nhận thấy:

1. HĐTMDV là hợp đồng mang tính phức tạp vì đối tượng của hợp đồng là vô hình, dẫn đến các DN tham gia ký kết hợp đồng khó thể dự đoán được hết những rủi ro, tranh chấp mà loại hợp đồng này mang lại. Bên cạnh đó, vì chịu sự điều chỉnh của nhiều văn bản pháp luật nhiều hơn so với hợp đồng TMHH và hệ thống pháp luật của VN hiện nay còn những bất cập nên việc ký kết, thực hiện hợp đồng và GQTC về HĐTMDV cũng phức tạp hơn;

2. Từ kết quả điều tra trên 600 DN và nghiên cứu hơn 30 vụ tranh chấp HĐTMDV điển hình cho thấy DN hiện nay tham gia ký kết và thực hiện HĐTMDV vẫn yếu về sự hiểu biết pháp luật, thiếu thông tin về khách hàng và dẫn đến những sai lầm cơ bản như: Không kiểm tra tư cách của bên cung cấp dịch vụ, không kiểm tra thẩm quyền người ký kết hợp đồng, không nghiên cứu kỹ các quy định pháp lý về dịch vụ được cung cấp, chưa dự phòng những rủi ro có thể xảy ra, chưa chú trọng vào quản trị rủi ro doanh nghiệp ...

3. VN gia nhập tổ chức WTO là cơ hội để ngành TMDV ngày càng phát triển và dẫn đến các HĐTMDV sẽ gia tăng về số lượng và giá trị. Tuy nhiên với số liệu thu thập được từ các cơ quan GQTC và chính từ các DN tham gia cung cấp dịch vụ cho thấy số lượng vụ tranh chấp về HĐTMDV cũng sẽ gia tăng về số lượng và giá trị vụ tranh chấp;

4. Để hạn chế tranh chấp HĐTMDV và GQTC về HĐTMDV này như thế nào để giúp các DN giảm thiểu những thiệt hại xảy ra, đòi hỏi cần phải có những giải pháp kết

hợp từ phía chính sách vĩ mô của Nhà nước, cải tiến quá trình GQTC tại các cơ quan GQTC như tòa án và trọng tài thương mại và quan trọng nhất là từ phía DN. DN cần phải xây dựng cho mình một quy trình ký kết, thực hiện HĐTMDV cụ thể trong đó có sự kết hợp của các chuyên gia về dịch vụ, chuyên gia về pháp lý; có sự giám sát, phối hợp với khách hàng của mình để đảm bảo dịch vụ được cung cấp, được sử dụng đúng với những thỏa thuận, yêu cầu đặt ra trong HĐTMDV; nghiên cứu các phương thức GQTC phù hợp nhằm giảm thiểu những rủi ro, thiệt hại mà mình phải gánh chịu, đồng thời nâng cao uy tín của DN trong lĩnh vực kinh doanh.

Như vậy, kết quả nghiên cứu của đề tài cho thấy vai trò của HĐTMDV và việc GQTC về HĐTMDV đối với các DN. Để HĐTMDV ngày càng phát triển và hạn chế những tranh chấp có thể xảy ra từ loại hợp đồng này; NCS xin đề xuất hướng nghiên cứu tiếp theo như sau:

- Trên cơ sở tiền đề về lý luận và thực tiễn mà luận án mang lại thì cần tiếp tục nghiên cứu chuyên sâu cụ thể từng loại HĐTMDV ở VN
- Tiếp tục nghiên cứu về GQTC của từng loại HĐTMDV ở VN cũng như trên thế giới từ đó rút ra thêm những bài học cho các DN và các cơ quan nhà nước VN
- Nghiên cứu chuyên sâu về vấn đề quản trị rủi ro HĐTMDV nhằm làm rõ những khía cạnh quản trị kinh doanh mà DNVN cần hướng tới

Trong quá trình nghiên cứu lý luận và thực tiễn, NCS đã có cơ hội nghiên cứu, tập hợp, điều tra, phân tích và làm việc với các nhà chuyên gia, nhà khoa học, luật sư, trọng tài viên là những người có kiến thức chuyên sâu về lĩnh vực này nhằm đưa ra các quan điểm, ý kiến về vấn đề HĐTMDV và GQTC về HĐTMDV tại VN. Tuy nhiên, đây là một đề tài có phạm vi nghiên cứu rộng, cho nên không thể tránh khỏi những sai sót, rất mong nhận được những ý kiến đóng góp của các nhà nghiên cứu, DN, các chuyên gia về các giải pháp cụ thể để phát triển loại hợp đồng này cả số lượng và giá trị, cũng như hạn chế được những tranh chấp có thể xảy ra để luận án mang tính thực tiễn và khả thi cao hơn.

-----***-----

DANH MỤC CÁC CÔNG TRÌNH ĐÃ CÔNG BỐ CỦA TÁC GIẢ

1. Hà Công Anh Bảo, *Nghĩa vụ tiền hợp đồng và những vấn đề doanh nghiệp cần lưu ý*, Tạp chí Kinh tế Đối ngoại, số 68/2014, tr. 32-38.
2. Hà Công Anh Bảo, *Hợp đồng thương mại dịch vụ và các vấn đề đặt ra đối với doanh nghiệp cung cấp dịch vụ ở Việt Nam*. Tạp chí Kinh tế Đối ngoại, số 61/2014, tr 57-67.
3. Hà Công Anh Bảo, *Học thuyết Competence – Competence về vấn đề thẩm quyền quyết định thẩm quyền giải quyết tranh chấp của trọng tài*, Tạp chí Kinh tế Đối ngoại, số 54/2012, tr 95-103.
4. Hà Công Anh Bảo, Bùi Thu Trang, *Thực trạng hoạt động nhượng quyền thương mại tại Việt Nam*, Tạp chí Kinh tế Đối ngoại, số 27/2007, tr 79-85.
5. Hà Công Anh Bảo, Võ Sỹ Mạnh, *Khả năng phát triển phương thức kinh doanh kỳ hạn của doanh nghiệp Việt Nam trong điều kiện hội nhập kinh tế quốc tế*, Tạp chí Kinh tế Đối ngoại, số 28/2007, tr. 61-68.

DANH MỤC TÀI LIỆU THAM KHẢO

I. Tài liệu tiếng Việt

1. Nguyễn Thị Vân Anh. (2008), *Vấn đề pháp lý về quan hệ hợp đồng phát sinh trong hoạt động trung gian thương mại*, tạp chí Luật học.
2. Nguyễn Mạnh Bách. (1995), *Pháp luật về hợp đồng*, Nxb. CTQG, H. 1995.
3. Hoàng Văn Châu. (2003), *Phương hướng phát triển ngành dịch vụ của thành phố Hồ Chí Minh đáp ứng yêu cầu Hiệp định thương mại Việt Mỹ trong lĩnh vực thương mại dịch vụ*, TP Hồ Chí Minh, Đề tài cấp Bộ
4. Lê Thành Chân. (1993), *Pháp luật về hợp đồng và giải quyết tranh chấp hợp đồng có nhân tố nước ngoài*, NXB TP. HCM
5. Bùi Ngọc Cường. (2009), *Một số giải pháp chủ yếu nhằm hạn chế tranh chấp thương mại liên quan đến môi trường ở Việt Nam*, tạp chí Luật học số 3
6. Nguyễn Thị Dung. (2009), *Pháp luật về hợp đồng trong thương mại và đầu tư – những vấn đề pháp lý cơ bản*, NXB Chính trị quốc gia, Hà Nội
7. Nguyễn Bá Diên. (2005), *Giáo trình Luật Thương mại quốc tế*, ĐH quốc gia Hà Nội, trang 623
8. Vũ Ánh Dương. (2012), *Thực tiễn thi hành Luật Trọng tài thương mại 2010 tại VIAC*, Kỷ yếu hội thảo về trọng tài 2012
9. Đỗ Văn Đại. (2008) *Luật Hợp đồng Việt Nam – Bản án và Bình luận bản án*, Nxb Chính trị quốc gia
10. Đỗ Văn Đại. (2010), *Các biện pháp xử lý việc không thực hiện đúng hợp đồng trong pháp luật Việt Nam*, NXB Chính trị quốc gia.
11. Đỗ Văn Đại, Trần Hoàng Hải. (2011), *Pháp luật Việt Nam về trọng tài thương mại*, NXB chính trị quốc gia.
12. Đặng Đình Đào, Hoàng Minh Đường. (1994), *Cẩm nang thương mại dịch vụ*, NXB Thống kê
13. Nguyễn Ngọc Điện. (2001), *Bình luận các hợp đồng thông dụng trong luật dân sự Việt Nam*, Nxb. Trẻ.
14. Nguyễn Minh Đức. (2011), *Cơ chế và kiến nghị hoàn thiện giải quyết tranh chấp trong kinh doanh bằng Tòa Kinh tế*, Trang điện tử của Bộ Tư pháp

15. Đỗ Đức Hồng Hà. (2012), *Hoàn thiện pháp luật về hợp đồng trong các văn bản pháp luật chuyên ngành*, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp Điện tử
16. Lê Thu Hà. (2005), *Bình luận khoa học về Pháp luật dân sự và thực tiễn xét xử*, Nxb. Tư pháp, Hà Nội
17. Trịnh Đức Hải. (2012), *Chương VII Giáo trình luật thương mại và kinh doanh quốc tế*, Đại học Luật Hà Nội, NXB Công an Nhân dân
18. Trần Đình Hào. (2000), *Hòa giải, thương lượng trong việc giải quyết tranh chấp hợp đồng kinh tế*”, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, số 1/2000, tr. 30.
19. Phùng Hải Hiệp. (2012), *Chuyên đề 4c, Một số sai sót trong quá trình giải quyết tranh chấp kinh doanh thương mại*, TAND Tối Cao.
20. Ngô Quang Huân, Nguyễn Quang Thu. (1998), *Quản trị rủi ro*, NXB Giáo dục
21. Lê Hương Huệ. (2011), *Luận văn thạc sỹ kinh tế: Một số giải pháp nâng cao năng lực cạnh tranh của công ty MAP PACIFIC Việt Nam đến 2015*, tr 11, Trường đại học Lạc hồng,
22. Quang Hưng, Minh Đức. (2008), *Quản lý doanh nghiệp những kinh nghiệm kinh điển*, Nxb Lao động.
23. Mai Minh Hương. (2012), *Thẩm quyền quyết định thẩm quyền giải quyết tranh chấp kinh doanh quốc tế - Một số lưu ý khi lựa chọn trọng tài quy chế*, Tạp chí Dân chủ và Pháp luật, số chuyên đề về pháp luật doanh nghiệp năm 2012.
24. Nguyễn Liên Hương. (2004), *Nghiên cứu vấn đề rủi ro và các biện pháp quản trị rủi ro trong hoạt động sản xuất kinh doanh của các doanh nghiệp xây dựng*, Luận án TSKT Đại học Kinh tế Quốc dân.
25. Vũ Khiêu, Thành Duy. (2000), *Đạo đức và Pháp luật trong triết lý phát triển ở Việt Nam*, Nxb. KHXH, H. 2000.
26. Đức Lê. (2009), *Quản lý rủi ro Doanh nghiệp tốt – Chìa khóa để tận dụng cơ hội sau suy thoái*, Tham luận tại Hội nghị thường niên VNR 500 do Vietnam report tổ chức tháng 7/2009 tại Tp Hồ Chí Minh với chủ đề “Tận dụng cơ hội sau suy thoái”.
27. Dương Thị Liễu, Nguyễn Văn Hà. (2009), *Văn hóa kinh doanh Việt Nam*, Tạp chí Hoạt động Khoa học Việt Nam, số 11.
28. Nguyễn Thị Lực. (2005), *Giáo trình nghiệp vụ kinh doanh thương mại – dịch vụ*, NXB HN

29. Nguyễn Thị Mơ. (1996), *Xây dựng hệ thống pháp luật phù hợp nhằm tạo môi trường pháp lý thuận lợi cho hoạt động của các doanh nghiệp Việt Nam trong cơ chế thị trường hiện nay*, Kỷ yếu đề tài NCKH cấp Bộ, MS B 94 23 18
30. Nguyễn Thị Mơ. (2002), “*Những bất cập của pháp luật thương mại Việt Nam trước yêu cầu Việt Nam hội nhập về thương mại – Kiến nghị về phương hướng và giải pháp tiếp tục hoàn thiện*”, Tạp chí Kinh tế đối ngoại.
31. Nguyễn Thị Mơ. (2004), “*Lựa chọn bước đi và giải pháp để Việt Nam mở cửa về dịch vụ thương mại*”, NXB Lý luận Chính trị
32. Nguyễn Thị Mơ. (2006), “*Nhận dạng các loại hình tranh chấp thương mại*”, Tạp chí Kinh tế Đối ngoại, số 16.
33. Nguyễn Thị Mơ. (2009), *Giáo trình pháp luật trong hoạt động kinh tế đối ngoại*, NXB Thông tin và truyền Thông.
34. Nguyễn Thị Mơ. (2011), *Giáo trình Pháp luật thương mại quốc tế*, NXB lao động.
35. Nguyễn Thị Mơ. (2013), *Quy định của Bộ luật Dân sự năm 2005 về hợp đồng – Những bất cập đặt ra từ thực tiễn giao kết hợp đồng của doanh nghiệp và giải pháp sửa đổi*, Hội thảo VCCI ngày 01 tháng 03 năm 2013, Tr 2.
36. Tô Hoài Nam. (2014), *Phó chủ tịch – Tổng thư ký Hiệp hội doanh nghiệp vừa và nhỏ Việt Nam, Phát biểu tại tọa đàm nâng cao năng lực cho cán bộ hỗ trợ pháp lý cho doanh nghiệp vừa và nhỏ*, Tổ chức tại Đại học Ngoại Thương ngày 07/12/2014
37. Lê Nét, Vũ Thanh Minh. (2010), *Hợp đồng nhượng quyền thương mại*, LCT Lawyer
38. Phạm Duy Nghĩa. (2004), *Luật Kinh tế - Chuyên khảo (chương trình sau đại học)*, Nxb. Đại học Quốc gia, Hà Nội.
39. Đinh Thị Mai Phương. (2005), *Đổi mới pháp luật hợp đồng ở Việt Nam trong giai đoạn hiện nay - Những yêu cầu về mặt lý luận và thực tiễn*, Nhà nước và Pháp luật, số 4(204), tr. 49 - 53.
40. Đinh Thị Mai Phương. (2001), *Một số vấn đề cơ sở lý luận và thực tiễn về hợp đồng dân sự Việt Nam*, Thông tin Khoa học Pháp lý, Chuyên đề 11+12, tr. 158 – 173.
41. Nguyễn Thị Hoài Phương. (2010), *Pháp luật giải quyết tranh chấp kinh doanh thương mại bằng tài phán ở Việt Nam*, NXB Chính trị quốc gia.
42. Nguyễn Thị Hoài Phương. (2011), *Thủ tục khởi kiện và giải quyết tranh chấp tại Tòa án, Trọng tài – Cơ chế hiện hữu bảo vệ quyền dân sự*, NXB Lao động

43. Đoàn Thị Hồng Vân. (2012), *Đàm phán trong kinh doanh quốc tế*, NXB Lao động, Hà Nội
44. Hồ Văn Tĩnh. (2006), *Thương mại dịch vụ - Một số vấn đề lý luận và thực tiễn*, Tạp chí Cộng sản số 108, (<http://trungtamwto.vn>), cập nhật ngày 20/12/2011
45. Hoàng Ngọc Thiết. (2002), *Tranh chấp từ hợp đồng xuất nhập khẩu, án lệ trọng tài và kinh nghiệm*, NXB Tư pháp
46. Nguyễn Đình Thor. (2009), *Giải quyết tranh chấp trong kinh doanh nên chọn cách nào?*, Tạp chí doanh nhân và pháp luật
47. Nguyễn Quang Thu. (2002), *Quản trị rủi ro doanh nghiệp*, NXB Thống Kê
48. Phan Hữu Thư. (2002), *Kỹ năng hành nghề luật sư*, Tập 3 – Hợp đồng và tư vấn pháp luật, Nxb. CAND, Hà Nội.
49. Bùi Ngọc Sơn. (2002), “*Mối quan hệ giữa việc giải quyết tranh chấp trong mua bán quốc tế và hiệu quả kinh doanh của các doanh nghiệp xuất nhập khẩu ở Việt Nam*”, Luận án Tiến sĩ Trường Đại học Ngoại thương
50. Bộ Tư Pháp, Trung tâm thông tin tư vấn pháp luật và bồi dưỡng nghiệp vụ, GTZ.(2010), *Cẩm nang pháp luật kinh doanh dành cho doanh nghiệp Nhỏ và Vừa* tập I, II, NXB Tư pháp
51. Chính phủ. (2010), *Chiến lược phát triển kinh tế xã hội 2011-2020*, tr 8
52. Dự án Mutrap II. (2006), *Cẩm nang cam kết thương mại dịch vụ của Việt Nam trong WTO*.
53. Dự án Mutrap III. (2011), *Báo cáo chiến lược tổng thể phát triển ngành dịch vụ tới năm 2020 và tầm nhìn tới năm 2025*
54. Phòng công nghiệp thương mại Việt Nam, dự án DANIDA. (2007), *Các quyết định trọng tài quốc tế chọn lọc*. NXB Tư pháp, Hà Nội
55. Phòng công nghiệp thương mại Việt Nam, dự án DANIDA. (2010), *cẩm nang hợp đồng thương mại*, NXB Lao động.
56. Phòng công nghiệp thương mại Việt Nam, Trung tâm trọng tài quốc tế Việt Nam. (2010), *Các phán quyết trọng tài quốc tế chọn lọc*. NXB Tư pháp, Hà Nội
57. Tòa án Nhân dân Tối cao. (2008) *Các Quyết định Giám đốc thẩm của Hội đồng thẩm phán Tòa án Nhân dân Tối cao năm 2005*, Hà Nội.
58. Tòa án Nhân dân Tối cao. (2008), *Các Quyết định Giám đốc thẩm của Hội đồng thẩm phán Tòa án Nhân dân Tối cao năm 2006*, Hà Nội

59. Tòa án Nhân dân Tối cao. (2012), *Các Quyết định Giám đốc thẩm của Hội đồng thẩm phán Tòa án Nhân dân Tối cao năm 2009*, Hà Nội

60. Tòa án Nhân dân Tối cao.(2007), *Báo cáo tổng kết công tác năm 2006 và Phương hướng nhiệm vụ công tác năm 2007 của ngành tòa án nhân dân*, Hà Nội, tháng 01/2007.

61. Tòa án Nhân dân Tối cao. (2004), *Quyết định Giám đốc thẩm của Hội đồng thẩm phán Tòa án Nhân dân Tối cao*, Quyển 1, Đặc san của Tạp chí Tòa án Nhân dân, Hà Nội.

62. Từ điển tiếng Việt. (1997), NXB Đà Nẵng và Trung tâm từ điển học, Hà Nội – Đà Nẵng, tr. 989

63. Trung tâm thương mại quốc tế, Trung tâm Trọng tài Quốc tế Việt Nam. (2001), *Trọng tài và các phương thức giải quyết tranh chấp lựa chọn, Giải quyết các tranh chấp thương mại như thế nào*, Hà Nội

64. Trung tâm Trọng tài Quốc tế Việt Nam. (2002), *50 phán quyết trọng tài quốc tế chọn lọc*, Hà Nội

65. Trung tâm Trọng tài Quốc tế Việt Nam. (2014), *Báo cáo hoạt động tổ tụng của trung tâm*, Hà Nội

II. Các văn bản pháp luật có liên quan

66. Bộ luật Dân sự Bắc kỳ năm 1931, Nghị Định của Nguyên Thống sứ Bắc kỳ ngày 30/3/1931.

67. Bộ luật Dân sự Trung kỳ năm 1938, Nghị Định của Nguyên Thống sứ Trung kỳ ngày 08/01/1938.

68. Bộ luật Dân sự Việt Nam năm 1995, Quốc hội nước Cộng Hòa Xã Hội Chủ Nghĩa Việt Nam ban hành ngày 28/10/1995.

69. Bộ luật Dân sự Việt Nam năm 2005, Quốc hội nước Cộng Hòa Xã Hội Chủ Nghĩa Việt Nam ban hành ngày 14/06/2005.

70. Bộ luật Tố tụng Dân sự Việt Nam năm 2004, Quốc hội nước Cộng Hòa Xã Hội Chủ Nghĩa Việt Nam ban hành ngày 15/06/2004.

71. Bộ luật Thương mại Thống nhất của Hoa kỳ năm 1952.

72. Bản tuyên bố về hợp đồng của Hoa kỳ năm 1979.

73. Công ước New York năm 1958 về Công nhận và thi hành phán quyết trọng tài nước ngoài, ban hành ngày 10/06/1958.

74. Dự thảo sửa đổi Bộ luật Dân sự ngày 30/06/2014.
75. Luật Đầu tư Việt Nam năm 2005, Quốc hội nước Cộng Hòa Xã Hội Chủ Nghĩa Việt Nam ban hành ngày 29/11/2005.
76. Luật Giá Việt Nam 2012, Quốc hội nước Cộng Hòa Xã Hội Chủ Nghĩa Việt Nam ban hành ngày 20/06/2012.
77. Luật Kinh doanh bảo hiểm Việt Nam 2000, Quốc hội nước Cộng Hòa Xã Hội Chủ Nghĩa Việt Nam ban hành ngày 09/12/2000.
78. Luật Hợp đồng của Trung Quốc năm 1999, Quốc hội nước Cộng Hòa Nhân Dân Trung Hoa thông qua ngày 15/03/1999.
79. Luật mẫu về Trọng tài Thương mại Quốc tế năm 1985, Ủy ban liên hiệp quốc về Luật thương mại quốc tế.
80. Luật Quảng cáo Việt Nam 2013, Quốc hội nước Cộng Hòa Xã Hội Chủ Nghĩa Việt Nam ban hành ngày 21/06/2012.
81. Luật Thi hành án dân sự Việt Nam 2008, Quốc hội nước Cộng Hòa Xã Hội Chủ Nghĩa Việt Nam ban hành ngày 14/11/2008.
82. Luật Thương mại Việt Nam 1997, Quốc hội nước Cộng Hòa Xã Hội Chủ Nghĩa Việt Nam ban hành ngày 10/05/1997.
83. Luật Thương mại Việt Nam 2005, Quốc hội nước Cộng Hòa Xã Hội Chủ Nghĩa Việt Nam ban hành ngày 14/06/2005.
84. Luật Trọng tài thương mại Việt Nam 2010, Quốc hội nước Cộng Hòa Xã Hội Chủ Nghĩa Việt Nam ban hành ngày 17/06/2010.
85. Luật mẫu về Trọng tài Thương mại của Ủy ban Liên hiệp về Luật Thương mại quốc tế, được thông qua ngày 21/06/1985.
86. Luật Xây dựng số 2003, Quốc hội nước Cộng Hòa Xã Hội Chủ Nghĩa Việt Nam ban hành ngày 26/11/2003.
87. Hiệp định thương mại song phương Việt Nam – Hoa kỳ 2001.
88. Hiệp định chung về thương mại dịch vụ số 203/WTO.
89. Nghị định 59/2006 ND-CP, quy định chi tiết Luật Thương mại về hàng hóa, dịch vụ cấm kinh doanh, hạn chế kinh doanh và kinh doanh có điều kiện, Chính phủ nước Cộng Hòa Xã Hội Chủ Nghĩa Việt Nam ban hành.

90. Nghị định 35/2006 ND-CP, quy định chi tiết Luật Thương mại về hoạt động nhượng quyền thương mại, Chính phủ nước Cộng Hòa Xã Hội Chủ Nghĩa Việt Nam ban hành
91. Pháp lệnh hợp đồng kinh tế năm 1989, Pháp lệnh số 24/LCT/HĐNN8 của Hội đồng Nhà nước, ban hành ngày 29/09/1989.
92. Pháp lệnh Hợp đồng Dân sự năm 1991, Pháp lệnh số 52/LCT/HĐNN8 của Hội đồng Nhà nước, ban hành ngày 07/05/1991.
93. Pháp lệnh Trọng tài Thương mại Việt Nam 2003, Pháp lệnh số 08/2003/PL-UBTVQH11 của Ủy ban Thường vụ Quốc hội ban hành ngày 25/02/2003

III. Tài liệu tiếng Anh

94. Adam Smith. (1975), *An inquiry into the nature and causes of the wealth of nation*, Pennsylvania State University, USA.
95. Albert Jan Vandenberg. (2010), *Trọng tài quốc tế và tòa án quốc gia: Câu chuyện không hồi kết*, NXB Lao động, Hà Nội.
96. Alan Redfern, Martin Hunter. (2004), *Dissenting Opinions in International Commercial Arbitration: Arbitration International*, Oxford University press.
97. Anuj Saxna. (2008), *Enterprise contract management – A practical Guide to Successfully implementing an ECM Solution*, J. Ross Publishing, Florida, USA.
98. Australian National Audit Office. (2012), *Developing and managing contract – Getting the right outcome, Achieving value for money*, AUS.
99. Bryan A. Garner. (2005), *Black's Law dictionary*, Thomson.
100. Bennett G. Picker. (1999), *ADR: new challenges, new roles, and new opportunities*, Temple Law Review.
101. Carolina, L. (2006), *Trade in services and Trade in good: Differences and complementarities*, Paris Jourdan Sciences Economiques, Tr 3.
102. Charles Chatterjee, Anna Lefcovitch. (2008), *Alternative Dispute Resolution: A practical Guide*, tr. 11, Routledge Chapman & Hall.
103. David A. Hillson. (1997), Towards a risk maturity model, The international Journal of Project & Business Risk Management, Vol 1, No.1, Spring, Tr. 35-45
104. David G. Scalise, Jeffrey E. Engels. (1988), *Alternative dispute resolution: A commercial guide for dispute management*, International Computer Law Advisor, USA.

105. Donaldson. (1992), *Alternative Disputes Resolutions*, tr.102, JCI Arb. 2
106. Dilys Parkinson. (2005), *Oxford Business English Dictionary*, Oxford University Press.
107. Gabrielle Kaufmann-Kohler, Thomas Schultz. (2004), *Online dispute resolution: Challenges for contemporary justice*, Kluwer Law International, Netherlands.
108. Gary L Kaplan. (2009), *Executive Guide to Managing Disputes*, Beard Books, Washington, D.C, USA.
109. Hubbard, Douglas (2009). *The Failure of Risk Management: Why It's Broken and How to Fix It*. John Wiley & Sons. p. 46.
110. Hon. J và Kathleen D. Krauz. (2004), *New York State supreme court Chautauqua county eight judicial district summary jury trial program*, 2nd Edition, USA
111. International trade center. (2010), *Model contracts for small firms – Guidance legal for doing international business*, Geneva, Switzerland.
112. K. Marx, Ph. Angghen. (1890), *Toàn tập*, Phần II, NXB Chính trị quốc gia, Hà Nội xuất bản năm 1995.
113. Kenneth W. Clarkson. (2006), *West's business Law*, Thomson, USA, tr. 722.
114. Lisa B. Bingham. (2004), *Control over dispute – system design and mandatory commercial arbitration*, Duke Law.
115. Mark Anderson, Victor Warner. (2012), *Drafting and negotiating commercial contracts*, tái bản lần thứ 3, Bloomsbury Professional Ltd, UK.
116. Michael L. Moffitt, Robert C. Bordone. (2005), *The handbook of dispute resolution*, John Wiley and Son.
117. Michael Diathesopoulos. (2010), *Relational contract theory and management contracts: A paradigm for the application of the Theory of the Norms*, Cambridge University.
118. Neil Vidmar và Jeffrey Rice. (1991), *Jury-determined settlements and summary jury trials: Observations about alternative dispute resolution in an adversary culture*, Vol.19:89, Florida state university law review.
119. Jame F. Davis, Lynne J. Omlie. (1985), *Minitrials: The courtroom in the boardroom*, 21 Willamette L. Rev. 531 1985, Heinonline.
120. Phong Bảo Thanh. (2008), *Quản lý hợp đồng trong kinh doanh*, NXB Đại học Bắc Kinh, sách dịch.

121. Philip Kotler. (2001), *Marketing Management Millenium Edition*, Prentice-Hall, USA
122. Prosidian Consulting. (2011), *the increased importance of contracts as as risk magement tools*, USA.
123. Takatoshi Ito, Anne O. Krueger. (2003), *Trade in services in the Asia-Pacific region*, National Bureau of Economic Research East Asia Seminar on Economics.
124. Richard Dinapoli, Albert H. Bowers. (1993), *Avoiding contract disputes and litigation: lessons learned from ship repair contracts*, Fisher Maritime Transportation Counselors, Ine, Australia.
125. Richard Griffiths. (2010), *Service Offerings and Agreements: A Guide for Exam Candidates*, The Chartered Institute for IT, UK.
126. Roberto J. Chapman. (2011), *Simple tools and techniques for Enterprise Risk Management*, A John Wiley & Sons, Ltd, UK.
127. UNCTAD, VCCI. (2005), *Trọng tài và các phương pháp giải quyết tranh chấp được lựa chọn – giải quyết các tranh chấp thương mại như thế nào*, Sách dịch.
128. USA Embassy. (2001), *Outline of the U.S Legal System*, Congressional Quarterly, Inc.
129. World Bank. (2011), *A Handbook of International Trade in Services*, Oxford University
130. World Bank. (2009), *Negotiating trade in services – a practical guide for developing countries*.

IV. Trang web

131. Minh Anh. (2014), *Vinalines kêu cứu Thủ tướng vụ thua kiện 3 triệu USD*, <http://docbao.vn/tin-tuc/24-07-2014/Vinalines-keu-cuu-Thu-tuong-vu-thua-kien-3-trieu-USD/30/249731/>, truy cập ngày 31/07/2014
132. Nguyễn Thúy Anh. (2007), *Thông tin bất cân xứng – rủi ro tiềm ẩn*, Tạp chí Tia sáng <http://tiasang.com.vn/Default.aspx?tabid=62&News=1687&CategoryID=7>, truy cập ngày 01/01/2015
133. Báo dân trí. (2013), *doanh nghiệp sập tiệm vì Công ty Ferroli Indochina chậm thanh toán tiền*, <http://dantri.com.vn/ban-doc/doanh-nghiep-sap-tiem-vi-cong-ty-ferroli-indochina-cham-thanh-toan-tien-713425.htm>, truy cập ngày 12/02/2014

134. Báo mới. (2009), *tranh chấp tín dụng kinh doanh vàng qua tài khoản*, <http://luatlongha.vn/bai-viet/tranh-chap-tin-dung-kinh-doanh-vang-qua-tai-khoan.html>, truy cập ngày 12/9/2013
135. Báo Giáo dục Việt Nam (2014), *Cầm dao đằng lưỡi khi bão lãnh tín dụng tại SeaBank*, <http://news.go.vn/kinh-te/tin-1703021/cam-dao-dang-luoi-khi-bao-lanh-tin-dung-tai-seabank.htm>, truy cập ngày 09/07/2014
136. Bộ văn hóa thể thao du lịch, 2014, *Khách quốc tế đến Việt Nam tháng 6 và 6 tháng năm 2014*, <http://vietnamtourism.gov.vn/index.php/items/14759>, truy cập ngày 08/07/2014
137. Báo Xây dựng (2014), <http://www.baoxaydung.com.vn/news/vn/lanh-dao-bo/nganh-xay-dung-tong-ket-cong-tac-nam-2013-va-trien-khai-ke-hoach-nam-2014.html>, 08/07/2014
138. Tạp chí tài chính (2014), *Tổng quan thị trường bảo hiểm Việt Nam 3 tháng đầu năm 2014*, http://tapchitaichinh.vn/Uploaded/tranhuyentrang/2014_07_09/1.%20Tong%20quan%20thi%20truong%203%20thang%202014.pdf, 08/07/2014
139. Tổng cục Thống kê, *Thông cáo báo chí về số liệu thống kê kinh tế - xã hội chín tháng năm 2013*, <http://www.gso.gov.vn/default.aspx?tabid=507&idmid=&ItemID=11988>, truy cập ngày 20/12/2011
140. Lê Danh Dĩnh. (2009), *Bài phỏng vấn “vượt qua tâm lý ngại va chạm”*, <http://www.thesaigontimes.vn/Home/doanhnghiep/phapluat/23743/>, Thời báo Kinh tế Sài Gòn, truy cập ngày 10/07/2014
141. Bích Diệp. (2012), *Hé lộ “cuộc chiến 150 tỷ” quanh chứng thư bảo lãnh của Seabank*, <http://dantri.com.vn/kinh-doanh/he-lo-cuoc-chien-150-ty-quanh-chung-thu-bao-lanh-cua-seabank-668141.htm>, truy cập ngày 10/12/2013
142. Nguyễn Minh Đức (2011), *Cơ chế kiến nghị và hoàn thiện giải quyết tranh chấp trong kinh doanh bằng tòa án kinh tế*, http://moj.gov.vn/ct/tintuc/Lists/Nghin%20cu%20trao%20i/View_Detail.aspx?ItemID=4410, truy cập ngày 30/05/2013
143. Thi Hà. (2013), *Công ty Thái Lan trần tình việc 700 du khách Việt bị bỏ rơi*, <http://kinhdoanh.vnexpress.net/tin-tuc/doanh-nghiep/cong-ty-thai-lan-tran-tinh-viec-700-du-khach-viet-bi-bo-roi-2834695.html>, truy cập ngày 15/08/2013
144. Việt Hà. (2013), *Hiệp hội Doanh nghiệp Tiền Giang họp BCH mở rộng sơ kết công tác 6 tháng đầu năm 2013*,

<http://www.rachgam.com/modules.php?name=News&op=viewst&sid=253>, truy cập ngày 01/01/2014

145. Trịnh Hữu Hạnh. (2005), *Gian lận, trục lợi trong bảo hiểm tài sản Một số vấn đề đáng quan*

ngại, http://www.mof.gov.vn/portal/page/portal/mof_vn/1370586?pers_id=2177079&item_id=2650394&p_details=1, truy cập ngày 01/01/2013

146. Phùng Vũ Hiệp. *Chuyên đề 4c: Một số sai sót trong quá trình giải quyết tranh chấp kinh doanh thương mại*, Tòa án nhân dân tối cao,

http://toaan.gov.vn/portal/page/portal/tandtc/Baiviet?p_page_id=1754190&p_cateid=1751909&article_details=1&item_id=20650267, truy cập ngày 01/01/2014

147. Dương Đăng Huệ. (2012), *Chương trình kinh doanh và pháp luật*, Đài truyền hình Việt Nam

148. Vũ Hạnh. (2012), *nhận diện yếu kém của doanh nghiệp Việt Nam*, <http://vov.vn/Kinh-te/Nhan-dien-yeu-kem-cua-doanh-nghiep-Viet-Nam/203604.vov>, truy cập ngày 20/10/2012

149. Ngọc Lan. (2013), *Dự án Tricons: chủ đầu tư và nhà đầu tư kiện nhau*, <http://landtoday.net/vn/doanhnghiep/45775/du-an-tricons-chu-dau-tu-va-nha-thau-kien-nhau.aspx>, truy cập ngày 30/12/2013

150. Nguyễn Văn Lộc. (2010), *Giải quyết tranh chấp bằng trọng tài tại Việt Nam*, <http://vietship.vn/showthread.php?t=4491>, truy cập ngày 30/05/2013

151. Nhật Minh. (2012), *ANZ thắng kiện trong vụ tranh chấp với đối thủ*, <http://www.khoinghiiep.info/phap-luat-kinh-doanh/cac-tranh-chap-dien-hinh/3864-anz-thang-kien-trong-vu-tranh-chap-voi-doi-tac.html>, truy cập ngày 10/5/2013

152. Phương Nguyễn. (2012), *Hàng loạt ngân hàng xử hợp đồng bảo lãnh*, <http://hn.24h.com.vn/tai-chinh-bat-dong-san/hang-loat-ngan-hang-xu-hop-dong-bao-lanh-c161a502988.html>, truy cập ngày 01/03/2013

153. Anh Thư. (2006), *Các Tổng Công ty cần bộ phận pháp chế*, <http://vnexpress.net/gl/phap-luat/2006/04/3b9e9383/>, truy cập ngày 21/12/2012

154. Xuân Thân. (2012), *kinh tế suy giảm, tranh chấp thương mại sẽ gia tăng*, <http://vov.vn/Kinh-te/Kinh-te-suy-giam-tranh-chap-thuong-mai-se-gia-tang/215142.vov>, truy cập ngày 06/07/2013

155. Phạm Hoài Tuấn. (2010), *Nghĩa vụ theo hợp đồng song vụ*, <http://ddd.com.vn/phap-luat/nghia-vu-theo-hop-dong-song-vu-2010072911071740.htm>, truy cập ngày 20/12/2013

156. Trần Thị Túy. (2008), doanh nghiệp hội nhập: kinh nghiệm giải quyết tranh chấp thương mại và đầu tư, <http://moj.gov.vn/ct/tintuc/Pages/thong-tin-khac.aspx?ItemID=3332>, truy cập ngày 06/08/2013
157. Ngành ngân hàng lạc quan về tình hình năm 2014, http://www.doisongphapluat.com/kinh-doanh/doanh-nghiep/nganh-ngan-hang-1ac-quan-ve-tinh-hinh-nam-2014-a17145.html#.U8Y6GNJ_sb8
158. Alessandra Sgubini, Mara Frieditis & Andrea Marighetto. (2004), *Arbitration, Mediation and Conciliation: differences and similarities from an International and Italian business perspective*, <http://www.mediate.com/articles/sgubinia2.cfm>, truy cập ngày 26/07/2013
159. Sam Grover, *eHow Contributor*, *Standard Service Contract Vs. Commercial Lease*, http://www.ehow.com/facts_7181941_standard-contract-vs_-commercial-lease.html, truy cập ngày 20/12/2011
160. Ủy ban chứng khoán, Công bố thông tin trên cổng thông tin điện tử của ủy ban Chứng khoán, <http://www.hsx.vn/hsx/Uploaded/2014/02/28/20140228%20-%20ART%20-%20ton%20that%20tu%2010%25%20gia%20tri%20tai%20san%20-%20file%20dinh%20kem.pdf>
161. ITC. (2013), *model contracts for small firms*, http://www.intracen.org/uploadedFiles/intracenorg/Content/Exporters/Exporting_Better/Templates_of_contracts/8%20International%20Supply%20of%20Services.pdf, truy cập ngày 29/04/2013
162. IMF. (2012), *the world's largest economies 2012*, <http://www.therichest.org/world/worlds-largest-economies/>, truy cập ngày 03/01/2013
163. Wipo. (2013), *Classification de Nice, publication officielle*, http://web2.wipo.int/nicepub/edition-20130101/taxonomy/?pagination=no&lang=en&mode=flat&explanatory_notes=hide&basic_numbers=show, truy cập ngày 05/06/2013.

PHỤ LỤC

Phụ lục 1: Báo cáo kết quả điều tra do NCS tiến hành

- Báo cáo kết quả điều tra
- Mẫu phiếu điều tra
- Mẫu phiếu phỏng vấn

Phụ lục 2: Các vụ tranh chấp của trọng tài, tòa án về hợp đồng thương mại dịch vụ

- Tranh chấp về hợp đồng xây dựng
- Tranh chấp về hợp đồng dịch vụ tư vấn
- Tranh chấp về hợp đồng gia công

Phụ lục 3: Danh mục Hiệp định tương trợ tư pháp Việt Nam đã ký kết tính đến năm 2015

Phụ lục 4: Danh mục ngành nghề kinh doanh yêu cầu có chứng chỉ hành nghề và vốn pháp định

Phụ lục 5: Biểu phí của một số Trung tâm trọng tài thương mại

Phụ lục 6: Mức án phí sơ thẩm tại tòa kinh tế

Phụ lục 7: Dự báo phát triển các ngành thương mại dịch vụ Việt Nam đến năm 2020

Phụ lục 8: Đánh giá môi trường kinh doanh của Việt Nam 3 năm 2010-2012

Phụ lục 9: Những câu hỏi đặt ra cho nhà lãnh đạo doanh nghiệp khi quản lý hợp đồng thương mại dịch vụ.

Phụ lục 10: Một số mô hình quản trị rủi ro hợp đồng thương mại dịch vụ và doanh nghiệp.

Phụ lục 1: BÁO CÁO KẾT QUẢ ĐIỀU TRA DO NHIÊN CỨU SINH TIẾN HÀNH

A. TỔNG QUAN VỀ QUÁ TRÌNH ĐIỀU TRA

Mục đích của cuộc khảo sát nhằm tìm hiểu xem tình hình ký kết, thực hiện HĐTMDV của các doanh nghiệp cung cấp hoặc sử dụng dịch vụ ở Việt Nam hiện nay như thế nào, đồng thời xem xét các doanh nghiệp có sự chuẩn bị gì, đã làm gì khi tham gia vào những tranh chấp về HĐTMDV.

NCS tiến hành điều tra các doanh nghiệp trên địa bàn Hà Nội và Thành phố Hồ Chí Minh, đây là hai địa phương có tình hình kinh tế phát triển trong cả nước, trong đó TMDV chiếm tỷ trọng lớn và cũng có số lượng các doanh nghiệp TMDV lớn nhất trong cả nước.

Bảng câu hỏi được chia thành 3 phần lớn, phần A: gồm 5 câu hỏi về thông tin doanh nghiệp nhằm xác định về quy mô, lĩnh vực của công ty, đồng thời cung cấp các thông tin cơ bản khác về doanh nghiệp; phần B: gồm 12 câu hỏi nhằm mục đích xác định tình hình giao kết và thực hiện HĐTMDV của doanh nghiệp được điều tra như thế nào; phần C: gồm 15 câu hỏi nhằm tìm hiểu việc giải quyết tranh chấp của doanh nghiệp về loại hợp đồng này ra sao. Các câu hỏi được thiết kế dựa trên những lý thuyết của chương I luận án về HĐTMDV và các phương pháp giải quyết tranh chấp HĐTMDV, ngoài ra còn dựa trên những thông tin thứ cấp mà NCS thu thập được trong quá trình nghiên cứu nhằm làm minh chứng cho những giả thuyết nghiên cứu mà NCS đặt ra trong phần tổng quan luận án.

Để xác định số lượng mẫu khảo sát bao nhiêu là phù hợp, luận án đã tìm kiếm các tài liệu đề cập về kích thước mẫu khảo sát phù hợp. Kết quả cho thấy hiện nay chưa có một lý thuyết thống kê nào để xác định kích thước tập mẫu tối thiểu (N) trong phân tích nhân tố nên là bao nhiêu là đủ. Có rất nhiều công trình khoa học nghiên cứu đề xuất nhiều giá trị khác nhau về kích thước tập mẫu. Trong khuôn khổ một luận án, NCS đã gửi 2000 phiếu điều tra thông qua thư bưu điện, email và trực tiếp đến gặp các doanh nghiệp. Việc khảo sát cũng gặp nhiều khó khăn, khi không phải doanh nghiệp nào cũng sẵn sàng tham gia trả lời phiếu khảo sát, nhất là khi người tham gia phải là người nắm vị trí quản lý của công ty để biết được tổng thể về hoạt động của công ty đó. Sau cùng số phiếu thu về là 602 doanh nghiệp bao gồm 198 doanh nghiệp ở Thành phố Hồ Chí Minh và 404 doanh nghiệp ở Hà Nội. Tuy nhiên

trong số các doanh nghiệp này, NCS cũng gặp khó khăn khi không phải câu trả lời nào cũng được các doanh nghiệp trả lời, vì vậy dẫn đến một số câu hỏi sẽ có tổng số doanh nghiệp trả lời khác nhau. Về loại hình công ty tham gia điều tra là khá đa dạng bao gồm 324 là TNHH, 246 là cổ phần; 16 DNTN, trong đó có cả các doanh nghiệp Nhà nước các HĐTMDV.

Để có thể phân tích kết quả khảo sát nhằm trả lời cho những vấn đề mà luận án đặt ra, luận án sử dụng SPSS 16.0 để xử lý dữ liệu. Dữ liệu thu thập về từ kết quả điều tra bao gồm cả dữ liệu định tính và dữ liệu định lượng. Dựa vào từng câu hỏi mà chi cụ thể thêm là dữ liệu định tính theo thang đo danh nghĩa hay thang đo thứ bậc; dữ liệu định lượng là thang đo khoảng cách hay thang đo tỉ lệ. Sau đó NCS đã làm sạch dữ liệu và tiến hành phân tích số liệu và cho các kết quả dưới đây:

B. TÌNH HÌNH GIAO KẾT VÀ THỰC HIỆN HỢP ĐỒNG THƯƠNG MẠI DỊCH VỤ.

1. Bảng 1: Theo anh chị hợp đồng thương mại dịch vụ (HĐTMDV) và hợp đồng thương mại hàng hóa có những điểm gì khác nhau:

	Số lượng	Tỉ lệ %		Số lượng	Tỉ lệ %
Về hình thức giao kết hợp đồng	143	13	Về vấn đề chuyển giao quyền sở hữu	178	16
Về nội dung giao kết hợp đồng	314	29	Về đối tượng của hợp đồng	336	31
Về chủ thể tham gia giao kết hợp đồng	98	9	Về vấn đề khác	19	2
			Tổng	1088	100

2. Bảng 2: Từ khi Việt Nam gia nhập WTO, thì tại doanh nghiệp tình hình HĐTMDV về:

	Số lượng HĐTMDV			Tính đa dạng về lĩnh vực			Số lượng đối tác giao kết			Sự phức tạp về nội dung			Khác		
	Số lượng	Tỉ lệ %	% cộng dồn	Số lượng	Tỉ lệ %	% cộng dồn	Số lượng	Tỉ lệ %	% cộng dồn	Số lượng	Tỉ lệ %	% cộng dồn	Số lượng	Tỉ lệ %	% cộng dồn
Giảm nhiều	3	.5	.5	1	.2	.2	5	.8	.8	8	1.4	1.4	11	3.1	3.1
Giảm ít	39	6.5	7.0	14	2.3	2.5	20	3.3	4.2	38	6.4	7.8	30	8.5	11.6
Không đổi	147	24.6	31.6	205	34.3	36.8	132	22.1	26.3	195	33.0	40.8	269	76.4	88.1
Tăng nhẹ	267	44.6	76.3	242	40.5	77.3	282	47.2	73.4	218	36.9	77.7	26	7.4	95.5
Tăng nhiều	142	23.7	100.0	136	22.7	100.0	159	26.6	100.0	132	22.3	100.0	16	4.5	100.0
Tổng	598	100.0		598	100.0		598	100.0		591	100.0		352	100.0	

Thống kê mô tả

	Số lượng	Cực tiểu	Cực đại	Trung vị	Std. Deviation
Số lượng các HĐTMDV	598	1	5	3.85	.876
Tính đa dạng về lĩnh vực HĐTMDV	598	1	5	3.83	.808
Số lượng đối tác giao kết HĐTMDV	598	1	5	3.95	.833
Sự phức tạp về nội dung HĐTMDV	591	1	5	3.72	.926
Khác	352	1	5	3.02	.683
Valid N (listwise)	350				

3. Bảng 3: Những khó khăn nào doanh nghiệp hay gặp phải khi ký kết HĐTMDV:

	Tìm hiểu thông tin về đối tác			Yếu thế trong đàm phán HĐTMDV			Sự hiểu biết và kỹ năng giao kết HĐ còn hạn chế			Các quy định pháp lý về HĐTMDV chưa rõ ràng			Khác		
	Số lượng	Tỉ lệ %	% cộng dồn	Số lượng	Tỉ lệ %	% cộng dồn	Số lượng	Tỉ lệ %	% cộng dồn	Số lượng	Tỉ lệ %	% cộng dồn	Số lượng	Tỉ lệ %	% cộng dồn
Không	69	11.6	11.6	118	20.1	20.1	98	16.6	16.6	70	12.0	12.0	459	83	83
Ít khi	251	42.1	53.7	298	50.7	70.7	239	40.6	57.2	209	35.7	47.7	75	13.4	96.4
Thường xuyên	235	39.4	93.1	152	25.9	96.6	224	38.0	95.2	257	43.9	91.6	18	3.2	99.6
Luôn luôn	41	6.9	100.0	20	3.4	100.0	28	4.8	100.0	49	8.4	100.0	6	1	100
Tổng	596	100.0		588	100.0		589	100.0		585	100.0		585	100	

4. Bảng 4: Hình thức giao kết chủ yếu của HĐTMDV ở doanh nghiệp**5. Bảng 5: Doanh nghiệp có bộ phận pháp chế không?**

	Số lượng	Tỷ lệ %
Bằng lời nói	7	
Bằng hành vi	6	
Bằng văn bản	403	
Bằng hình thức có giá trị tương đương văn bản	56	
Bằng kết hợp tất cả hoặc đan xen	152	
Tổng		

	Số lượng	Tỉ lệ %	% cộng dồn
Có phòng pháp chế riêng biệt	54	9.0	9.0
Có nhân viên chuyên trách	93	15.6	24.6
Nhân viên kiêm nhiệm	175	29.3	53.8
Không có	276	46.2	100.0
Tổng	598	100.0	

6. Bảng 6: Xây dựng quy trình soạn thảo HĐTMDV không?**7. Bảng 7: Xây dựng HĐ mẫu trong lĩnh vực dịch vụ không?**

	Số lượng	Tỷ lệ %	Cộng dồn
Có quy trình chính thức nhưng không áp dụng	19	3.2	3.2
Có quy trình chính thức bằng văn bản và áp dụng	220	36.7	39.8
Không, nhưng thực tế vẫn theo quy trình nhất định	283	47.2	87.0
Không xây dựng	78	13.0	100.0
Tổng	600	100.0	

	Số lượng	Tỷ lệ %	Cộng dồn
Có	414	69.6	69.6
Không	120	20.2	89.7
Chuẩn bị xây dựng	61	10.3	100.0
Tổng	595	100.0	

8. Bảng 8: Để soạn thảo HĐTMDV, doanh nghiệp sử dụng:

	Số lượng	Tỉ lệ %		Số lượng	Tỉ lệ %
Bộ phận pháp chế	40	5.3	Thuê chuyên gia	44	5.8
Bộ phận có liên quan đến hợp đồng	261	34.5	Đề đối tác tự soạn thảo	59	7.8
Thuê Luật sư	82	10.9	Sử dụng hợp đồng mẫu	269	35.6
Tổng				755	100

9. Bảng 9: Bước vào cuộc đàm phán ký kết HĐTMDV, doanh nghiệp đã chuẩn bị những gì?

	Tìm hiểu thông tin về đối tác			Tìm hiểu thông tin về dịch vụ được cung cấp			Tìm hiểu pháp luật điều chỉnh về dịch vụ			Soạn sẵn HĐTMDV			Đặt ra các phương án thương lượng và đàm phán			Khác		
	Số lượng	Tỉ lệ %	% cộng dồn	Số lượng	Tỉ lệ %	% cộng dồn	Số lượng	Tỉ lệ %	% cộng dồn	Số lượng	Tỉ lệ %	% cộng dồn	Số lượng	Tỉ lệ %	% cộng dồn	Số lượng	Tỉ lệ %	% cộng dồn
Không	69	11.6	11.6	7	1.2	1.2	22	3.7	3.7	24	4.0	4.0	11	1.9	1.9	377	78.8	78.8
Ít khi	251	42.1	53.7	37	6.2	7.4	158	26.7	30.5	131	21.9	26.0	126	21.4	23.3	58	12.1	80.9
Thường xuyên	235	39.4	93.1	327	54.8	62.1	277	46.9	77.3	303	50.8	76.7	306	52.0	75.2	37	7.7	93
Luôn Luôn	41	6.9	100.0	226	37.9	100.0	134	22.7	100.0	139	23.3	100.0	146	24.8	100.0	6	1.3	100.0
Tổng	596	100.0		597	100.0		591	100.0		597	100.0		589	100.0		478	100	

Thống kê mô tả

	Số lượng	Cực tiểu	Cực đại	Trung vị	Std. Deviation
Tìm hiểu thông tin về đối tác	597	1	4	3.27	.608
Tìm hiểu thông tin về dịch vụ được cung cấp	597	1	4	3.29	.634
Tìm hiểu pháp luật điều chỉnh	591	1	4	2.88	.794
Doanh nghiệp soạn thảo HĐTMDV	597	1	4	2.93	.781
Đặt ra các phương án thương lượng và đàm phán	589	1	4	3.00	.733
Valid N (listwise)	586				

10. Bảng 10: Đánh giá vai trò và tầm quan trọng của HĐTMDV đối với doanh nghiệp:

	Là công cụ quan trọng để DN nâng cao sức cạnh tranh của mình trong hoạt động kinh doanh			Là công cụ hữu hiệu để DNVN thâm nhập thị trường dịch vụ trong nước và nước ngoài			Là cơ sở pháp lý để DN thực hiện việc cung ứng dịch vụ thương mại cho khách hàng			Là cơ sở pháp lý, căn cứ để giải quyết những tranh chấp liên quan đến những vấn đề đã thỏa thuận		
	Số lượng	Tỉ lệ %	% cộng dồn	Số lượng	Tỉ lệ %	% cộng dồn	Số lượng	Tỉ lệ %	% cộng dồn	Số lượng	Tỉ lệ %	% cộng dồn
Không	14	2.4	2.4	24	4.1	4.1	8	1.3	1.3	25	4.2	4.2
Ít khi	122	20.7	23.1	138	23.6	27.7	50	8.4	9.7	59	9.9	14.2
Thường xuyên	386	65.6	88.8	345	59.1	86.8	396	66.4	76.2	331	55.8	70.0
Luôn Luôn	66	11.2	100.0	77	13.2	100.0	142	23.8	100.0	178	30.0	100.0
Tổng	588	100.0		584	100.0		596	100.0		593	100.0	

11. Bảng 11: Khi soạn thảo HĐTMDV, những điều khoản nào dưới đây được doanh nghiệp thường sử dụng:

[illegible]

	Bảo mật thông tin			Sửa đổi và bổ sung hợp đồng			Chậm dứt HĐ trước thời hạn			Trách nhiệm do vi phạm hợp đồng			Giải quyết tranh chấp			Chi phí giải quyết tranh chấp			Luật áp dụng		
	Số lượng	Tỉ lệ %	% cộng dồn	Số lượng	Tỉ lệ %	% cộng dồn	Số lượng	Tỉ lệ %	% cộng dồn	Số lượng	Tỉ lệ %	% cộng dồn	Số lượng	Tỉ lệ %	% cộng dồn	Số lượng	Tỉ lệ %	% cộng dồn	Số lượng	Tỉ lệ %	% cộng dồn
Không có	66	11.0	11.0	57	9.5	9.5	68	11.4	11.4	38	6.3	6.3	44	7.3	7.3	82	13.7	13.7	60	10.0	10.0
Tùy thuộc	291	48.6	59.6	355	59.3	68.8	336	56.1	67.4	175	29.2	35.6	207	34.6	41.9	297	49.6	63.3	210	35.1	45.1
Luôn có	242	40.4	100.0	187	31.2	100.0	195	32.6	100.0	386	64.4	100.0	348	58.1	100.0	220	36.7	100.0	329	54.9	100.0
Tổng	599	100.0		599	100.0		599	100.0		599	100.0		599	100.0		599	100.0		599	100.0	

	Cam kết của các bên			Bất khả kháng			Phạt vi phạm HĐ			Điều khoản chung			Thanh lý hợp đồng			Khác		
	Số lượng	Tỉ lệ %	% cộng dồn	Số lượng	Tỉ lệ %	% cộng dồn	Số lượng	Tỉ lệ %	% cộng dồn	Số lượng	Tỉ lệ %	% cộng dồn	Số lượng	Tỉ lệ %	% cộng dồn	Số lượng	Tỉ lệ %	% cộng dồn
Không có	9	1.5	1.5	76	12.7	12.7	54	9.0	9.0	46	7.7	7.7				38	6.3	6.3
Tùy thuộc	106	17.7	19.2	257	42.9	55.6	205	34.2	43.2	169	28.2	35.9				175	29.2	35.6
Luôn có	484	80.8	100.0	266	44.4	100.0	340	56.8	100.0	384	64.1	100.0				386	64.4	100.0
Tổng	599	100.0		599	100.0		599	100.0		599	100.0					599	100.0	

12. Bảng 12: Khi ký kết HĐTMDV thì điều khoản nào là phức tạp và dễ gây tranh chấp nhất:

	Số lượng	Tỉ lệ %		Số lượng	Tỉ lệ %
Điều khoản về xác định đối tượng	95	12.8	Điều khoản về thanh lý hợp đồng	151	20.4
Điều khoản về giá cả	221	29.8	Điều khoản khác	31	4.2
Điều khoản về thanh toán	243	32.8	Tổng	741	

C. GIẢI QUYẾT TRANH CHẤP HỢP ĐỒNG THƯƠNG MẠI DỊCH VỤ

1. Bảng 1: Những vấn đề tranh chấp nào mà doanh nghiệp gặp phải khi ký kết HĐTMDV

	Thẩm quyền người ký kết			Thời gian ký kết			Địa điểm ký kết			Quyền và nghĩa vụ các bên			Nguồn luật điều chỉnh		
	Số lượng	Tỉ lệ %	% cộng dồn	Số lượng	Tỉ lệ %	% cộng dồn	Số lượng	Tỉ lệ %	% cộng dồn	Số lượng	Tỉ lệ %	% cộng dồn	Số lượng	Tỉ lệ %	% cộng dồn
Chưa gặp	325	55.1	55.1	232	39.5	39.5	397	67.9	67.9	169	29.5	29.5	247	43.1	43.1
Rất ít	243	41.2	96.3	284	48.3	87.8	171	29.2	97.1	215	37.5	67.0	241	42.1	85.2
Thường xuyên	22	3.7	100.0	72	12.2	100.0	17	2.9	100.0	189	33.0	100.0	85	14.8	100.0
Tổng	590	100.0		588	100.0		585	100.0		573	100.0		573	100.0	
	Cơ quan giải quyết tranh chấp			Quá trình thực hiện hợp đồng			Thời điểm hiệu lực của hợp đồng			Trách nhiệm của người cung cấp DV sau bán hàng			Khác:		
	Số lượng	Tỉ lệ %	% cộng dồn	Số lượng	Tỉ lệ %	% cộng dồn	Số lượng	Tỉ lệ %	% cộng dồn	Số lượng	Tỉ lệ %	% cộng dồn	Số lượng	Tỉ lệ %	% cộng dồn
Chưa gặp	263	46.1	46.1	171	29.9	29.9	226	39.5	39.5	180	31.4	31.4	437	90.1	90.1
Rất ít	234	41.0	87.0	272	47.6	77.4	247	43.2	82.7	238	41.5	72.9	41	8.5	98.6
Thường xuyên	74	13.0	100.0	129	22.6	100.0	99	17.3	100.0	155	27.1	100.0	7	1.4	100.0
Tổng	571	100.0		572	100.0		572	100.0		573	100.0		485	100.0	

2. Bảng 2: Từ khi thành lập cho đến nay, doanh nghiệp đã tham gia bao nhiêu vụ tranh chấp liên quan đến HĐTMDV:

	Số lượng	Tỷ lệ %	% Cộng dồn		Số lượng	Tỷ lệ %	% Cộng dồn
Chưa vụ nào	308	53.0	53.0	Từ 5-10 vụ	18	3.1	96.6
Từ 1 -5 vụ	235	40.4	93.5	Trên 10 vụ	20	3.4	100.0
				Tổng	581	100.0	

3. Bảng 3: Trong những phương thức giải quyết tranh chấp dưới đây, doanh nghiệp biết đến những phương thức giải quyết tranh chấp nào; phương thức nào đã được áp dụng ở Việt Nam và doanh nghiệp đã từng sử dụng phương thức nào để giải quyết tranh chấp

Các phương thức	Các phương thức biết đến	Các phương thức áp dụng ở Việt Nam	Các phương thức mà đã sử dụng
Thương lượng	545	24	283
Trung gian	438	229	110
Hòa giải	467	286	159
Tổ tụng mini	319	157	20
Xét xử sơ khởi có bồi thẩm đoàn	351	214	16
Tòa án	489	374	69
Trọng tài thương mại	463	288	59
Khác (xin nêu rõ: _____)	29	18	3
Tổng	3101	1590	719

4. Bảng 4: Khi gặp tranh chấp về HĐTMDV, thứ tự các phương thức giải quyết tranh chấp mà doanh nghiệp ưa chuộng là: (đánh số theo thứ tự ưu tiên bắt đầu từ 1)

Các tranh chấp trong nước

	Thương lượng			Trung gian			Hòa giải			Tổ tụng mini			Xét xử sơ khởi			Tòa án			Trọng tài thương mại			Khác		
	Số lượng	Tỉ lệ %	% cộng dồn	Số lượng	Tỉ lệ %	% cộng dồn	Số lượng	Tỉ lệ %	% cộng dồn	Số lượng	Tỉ lệ %	% cộng dồn	Số lượng	Tỉ lệ %	% cộng dồn	Số lượng	Tỉ lệ %	% cộng dồn	Số lượng	Tỉ lệ %	% cộng dồn	Số lượng	Tỉ lệ %	% cộng dồn
1	456	86.2	86.2	12	3.8	3.8	62	12.9	12.9	3	.8	.8	1	.3	.3	7	1.4	1.4	3	.7	.7			
2	56	10.6	96.8	127	40.3	44.1	248	51.5	64.3	9	2.4	3.1	4	1.0	1.3	15	3.0	4.5	3	.7	1.4			
3	15	2.8	99.6	120	38.1	82.2	151	31.3	95.6	29	7.6	10.7	12	3.1	4.3	52	10.6	15.0	46	10.6	11.9			
4	2	.4		34	10.8	93.0	14	2.9	98.5	172	45.0	55.8	40	10.2	14.6	84	17.1	32.1	116	26.6	38.5			
5				8	2.5	95.6	5	1.0	99.6	106	27.7	83.5	169	43.2	57.8	58	11.8	43.9	63	14.4	53.0			
6				9	2.9	98.4	2	.4		44	11.5	95.0	119	30.4	88.2	155	31.5	75.4	47	10.8	63.8			
7				4	1.3	99.7				19	5.0		46	11.8		121	24.6		157	36.0	99.8	1	.9	.9

8				1	3	100.0												1	.2		106	99.1		
Tổng	529	100.0	100.0		315		482	100.0	100.0	382	100.0	100.0	391	100.0	100.0	492	100.0	100.0	436	100.	100.0	107	100.0	100.0

Có yếu tố nước ngoài

	Thương lượng			Trung gian			Hòa giải			Tổ tụng mini			Xét xử sơ khởi có bồi thẩm đoàn			Tòa án			Trọng tài thương mại			Khác		
	Số lượng	Tỉ lệ %	% cộng dồn	Số lượng	Tỉ lệ %	% cộng dồn	Số lượng	Tỉ lệ %	% cộng dồn	Số lượng	Tỉ lệ %	% cộng dồn	Số lượng	Tỉ lệ %	% cộng dồn	Số lượng	Tỉ lệ %	% cộng dồn	Số lượng	Tỉ lệ %	% cộng dồn	Số lượng	Tỉ lệ %	% cộng dồn
1	261	76.8	76.8	12	3.8	3.8	10	3.2	3.8	8	3.0	3.0	2	.7	.7	8	2.6	2.6	21	6.1	6.1	1	1.1	1.1
2	48	14.1	90.9	127	40.3	44.1	107	35.1	38.3	4	1.5	4.4	9	3.2	3.9	20	6.4	8.9	26	7.5	13.6			
3	17	5.0	95.9	120	38.1	82.2	122	40.0	78.3	22	8.1	12.5	10	3.6	7.5	17	5.4	14.4	48	13.9	27.5			
4	4	1.2	97.1	34	10.8	93.0	36	12	90.3	75	27.7	40.2	34	12.1	19.6	37	11.8	26.2	114	33.0	60.6	1	1.1	2.2
5	3	.9	97.9	8	2.5	95.6	10	3.2	93.5	94	34.7	74.9	89	31.7	51.2	44	14.1	40.3	31	9.0	69.6			
6	1	.3	98.2	9	2.9	98.4	15	4.9	98.4	42	15.5	90.4	109	38.8	90.0	77	24.6	64.9	24	7.0	76.5			
7	6	1.8	100.0	4	1.3	99.7	3	1	99.4	26	9.6		28	10.0		109	34.8	99.7	80	23.2	99.7			
8				1	.3		2	0.6								1	.3		1	.3		88	97.8	
Tổng	340	100.0	100.0	315	100.0	100.0	305	100.0	100.0	271	100.0	100.0	281	100.0	100.0	313	100.0	100.0	345	100.0	100.0	90	100.0	100.0

5. Bảng 5: Những lỗi nào doanh nghiệp gặp phải khi thương lượng để giải quyết tranh chấp về HĐTMDV

	Ngồi vào bàn đàm phán với suy nghĩ mình luôn phải thắng			Không xác định được thế mạnh của mình là gì			Chỉ đưa được ra một phương án thương lượng duy nhất			Không kiểm soát được những yếu tố quan trọng như: thời gian, vấn đề cân giải quyết		
	Số lượng	Tỉ lệ %	% cộng dồn	Số lượng	Tỉ lệ %	% cộng dồn	Số lượng	Tỉ lệ %	% cộng dồn	Số lượng	Tỉ lệ %	% cộng dồn
Chưa gặp	125	22.4	22.4	166	29.8	29.8	139	25.1	25.1	151	27.3	27.3
Rất ít	149	26.7	49.1	254	45.6	75.4	271	48.9	74.0	252	45.5	72.7
Nhiều	236	42.3	91.4	128	23.0	98.4	134	24.2	98.2	134	24.2	96.9
Rất nhiều	48	8.6	100.0	9	1.6	100.0	10	1.8	100.0	17	3.1	100.0
Tổng	558	100.0		557	100.0		554	100.0		554	100.0	

	Bỏ mất cơ hội đề nghị trước			Vội vã rời khỏi cuộc thương lượng khi vừa bắt đầu đi vào bế tắc			Không chọn được thời điểm kết thúc cuộc thương lượng			Khác:		
	Số lượng	Tỉ lệ %	% cộng dồn	Số lượng	Tỉ lệ %	% cộng dồn	Số lượng	Tỉ lệ %	% cộng dồn	Số lượng	Tỉ lệ %	% cộng dồn
Chưa gặp	165	29.8	29.8	239	43.1	43.1	207	37.4	37.4	436		
Rất ít	261	47.1	76.9	206	37.2	80.3	177	31.9	69.3	32		
Nhiều	111	20.0	96.9	102	18.4	98.7	147	26.5	95.8	20		
Rất nhiều	17	3.1	100.0	7	1.3	100.0	23	4.2	100.0	6		
Tổng	554	100.0		554	100.0		554	100.0				

Descriptive Statistics

	N	Minimum	Maximum	Mean	Std. Deviation
Ngoi vào ban đàm phán với suy nghĩ mình luôn phải thắng	558	1	4	2.37	.925
Không xác định được thế mạnh của mình là gì	557	1	4	1.96	.770
Chỉ đưa được ra một phương án thương lượng duy nhất	554	1	4	2.03	.752
Không kiểm soát được những yếu tố quan trọng	554	1	4	2.03	.798
Bỏ mất cơ hội đề nghị trước	554	1	4	1.96	.788
Vội vã rời khỏi cuộc thương lượng khi vừa bắt đầu đi vào bế tắc	554	1	4	1.78	.786
Valid N (listwise)	553				

6. Bảng 6: Nếu đã từng sử dụng trung gian, hòa giải thì cách thức doanh nghiệp thực hiện sẽ là:

	Số lượng	Tỉ lệ %
Sử dụng bên thứ ba mà không áp dụng quy tắc hòa giải nào	108	23.5
Sử dụng bên thứ ba và áp dụng quy tắc hòa giải của tòa án hoặc trung tâm trọng tài	206	45
Sử dụng tòa án hay trọng tài để làm trung gian, hòa	144	31.5
Tổng	458	100

7. 8. Bảng 7.8: Thời gian bắt đầu và kết thúc trong bao lâu?

	Tòa án		Trọng tài	
	Số lượng	Tỉ lệ %	Số lượng	Tỉ lệ %
Dưới 6 tháng	172	32	197	52
Từ 6 tháng đến 1 năm	206	38	135	35
Từ 1- 2 năm	144	27	45	12
Nếu trên 2 năm	17	3	4	1
Tổng	539		381	

9. Bảng 9: Khi giải quyết tranh chấp thì điều gì khiến doanh nghiệp quan tâm:

	Thời hiệu khởi kiện			Ai là luật sư hoặc trọng tài của các bên			Cơ quan giải quyết tranh chấp			Thủ tục giải quyết tranh chấp			Chi phí giải quyết tranh chấp			Thời gian giải quyết tranh chấp		
	Số lượng	Tỉ lệ %	% cộng dồn	Số lượng	Tỉ lệ %	% cộng dồn	Số lượng	Tỉ lệ %	% cộng dồn	Số lượng	Tỉ lệ %	% cộng dồn	Số lượng	Tỉ lệ %	% cộng dồn	Số lượng	Tỉ lệ %	% cộng dồn
Không quan tâm	28	5.1	5.1	16	2.9	2.9	10	1.8	1.8	11	2.0	2.0	12	2.2	2.2	16	2.9	2.9
Ít quan tâm	84	15.2	20.3	63	11.4	14.3	39	7.0	8.8	23	4.1	6.1	32	5.8	7.9	25	4.5	7.4
Bình thường	231	41.9	62.3	204	36.8	51.1	158	28.5	37.3	164	29.5	35.6	148	26.6	34.5	138	24.8	32.2
Rất quan tâm	208	37.8	100.0	271	48.9	100.0	342	62.7	100.0	358	64.4	100.0	364	65.5	100.0	377	67.8	100.0
Tổng	551	100.0		554	100.0		555	100.0		556	100.0		556	100.0		556	100.0	

	Uy tín của doanh nghiệp			Duy trì mối quan hệ với đối tác			Khả năng giành chiến thắng trong vụ kiện			Khả năng thực hiện phán quyết của các bên			Khác:		
	Số lượng	Tỉ lệ %	% cộng dồn	Số lượng	Tỉ lệ %	% cộng dồn	Số lượng	Tỉ lệ %	% cộng dồn	Số lượng	Tỉ lệ %	% cộng dồn	Số lượng	Tỉ lệ %	% cộng dồn
Kô quan tâm	12	2.2	2.2	17	3.1	3.1	12	2.2	2.2	26	4.7	4.7	417	87.2	87.
Ít quan tâm	37	6.7	8.8	28	5.0	8.1	15	2.7	4.9	29	5.2	9.9	27	5.6	92.9
Bình thường	91	16.4	25.2	163	29.3	37.3	109	19.6	24.5	149	26.8	36.7	25	5.2	98.1
Rất quan tâm	415	74.8	100.0	349	62.7	100.0	420	75.6	100.0	352	63.4	100.0	9	1.9	100.0
Tổng	555	100.0		557	100.0		556	100.0		556	100.0		478	100.0	

10. Bảng 10: Những băn khoăn của doanh nghiệp khi lựa chọn phương thức giải quyết tranh chấp HĐTMDV:

	DN bị lún sâu vào vụ tranh chấp dẫn đến mất thời gian, chi phí			Các thủ tục tiến hành giải quyết tranh chấp phức tạp			Không tin tưởng vào sự công bằng của cơ quan GQTC			Không tin tưởng vào trình độ của các cơ quan giải quyết tranh chấp		
	Số lượng	Tỉ lệ %	% cộng dồn	Số lượng	Tỉ lệ %	% cộng dồn	Số lượng	Tỉ lệ %	% cộng dồn	Số lượng	Tỉ lệ %	% cộng dồn
Không có	50	9.0	9.0	29	5.2	5.2	72	12.9	12.9	93	16.7	16.7
Rất thấp	48	8.6	17.6	51	9.2	14.4	102	18.3	31.2	103	18.5	35.2
Thấp	93	16.7	34.3	112	20.1	34.5	226	40.6	71.8	259	46.5	81.7
Cao	272	48.8	83.1	278	49.9	84.4	125	22.4	94.3	78	14.0	95.7
Rất cao	94	16.9	100.0	87	15.6	100.0	32	5.7	100.0	24	4.3	100.0
Tổng	557	100.0		557	100.0		557	100.0		557	100.0	

	Chi phí giải quyết tranh chấp			Không nắm vững pháp luật về HĐTMDV			Không tin tưởng vào khả năng chấp hành phán quyết			Khác		
	Số lượng	Tỉ lệ %	% cộng dồn	Số lượng	Tỉ lệ %	% cộng dồn	Số lượng	Tỉ lệ %	% cộng dồn	Số lượng	Tỉ lệ %	% cộng dồn
Không có	12	2.2	2.2	72	13.0	13.0	76	13.7	13.7	431	89.8	89.8
Rất thấp	32	5.8	7.9	146	26.4	39.4	156	28.2	42.0	8	1.7	91.5
Thấp	148	26.6	34.5	182	32.9	72.3	173	31.3	73.2	27	5.6	97.1
Cao	363	65.3	99.8	128	23.1	95.5	120	21.7	94.9	7	1.5	98.5
Rất cao	1	0.2	100.0	25	4.5	100.0	28	5.1	100.0	7	1.5	100.0
Tổng	556	100.0		553	100.0		553	100.0		480	100.0	

Trong số 602 doanh nghiệp thì có 69 doanh nghiệp đã sử dụng tòa án để giải quyết tranh chấp, 59 doanh nghiệp đã sử dụng trọng tài để giải quyết tranh chấp. Bảng sau cho biết điểm trung bình cộng của các doanh nghiệp này khi sử dụng tòa án hoặc trọng tài làm cơ quan GQTC

Bảng 10.a. Những vấn đề mà những doanh nghiệp quan tâm khi sử dụng tòa án hoặc trọng tài để giải quyết tranh chấp

Mối quan tâm	DN đã sử dụng tòa án để GQTC	DN đã sử dụng trọng tài
Thời hiệu khởi kiện	3.35	3.24
Ài là luật sư của các bên	3.57	3.44
Cơ quan giải quyết tranh chấp	3.72	3.58

Thủ tục giải quyết tranh chấp	3.54	3.54
Chi phí giải quyết tranh chấp	3.72	3.58
Thời gian giải quyết tranh chấp	3.68	3.63
Uy tín của doanh nghiệp	3.68	3.69
Duy trì mối quan hệ với đối tác	3.43	3.49
Khả năng giành chiến thắng trong vụ kiện	3.84	3.71
Khả năng thực hiện phán quyết của các bên	3.74	3.66
Khác:	1.47	1.45

11. Bảng 11: Doanh nghiệp biết và đã sử dụng dịch vụ của nhữngTTTTTM nào ở Việt Nam sau đây:

	VIAC			HCAC			ACIAC			TRACENT		
	Số lượng	Tỉ lệ %	% cộng dồn	Số lượng	Tỉ lệ %	% cộng dồn	Số lượng	Tỉ lệ %	% cộng dồn	Số lượng	Tỉ lệ %	% cộng dồn
Không biết	153	25.9	25.9	218	36.9	36.9	330	55.9	55.9	314	53.2	53.2
Đã biết	382	64.7	90.7	319	54.1	91.0	243	41.2	97.1	259	43.9	97.1
Đã sử dụng	55	9.3	100.0	53	9.0	100.0	17	2.9	100.0	17	2.9	100.0
Tổng	590	100.0		590	100.0		590	100.0		590	100.0	

	PIAC			Cần Thơ			Viễn Đông			Khác		
	Số lượng	Tỉ lệ %	% cộng dồn	Số lượng	Tỉ lệ %	% cộng dồn	Số lượng	Tỉ lệ %	% cộng dồn	Số lượng	Tỉ lệ %	% cộng dồn
Không biết	375	63.6	63.6	449	76.1	76.1	432	73.3	73.3	431	89.8	89.8
Đã biết	202	34.2	97.8	137	23.2	99.3	157	26.7	100.0	8	1.7	91.5
Đã sử dụng	13	2.2	100.0	4	.7	100.0				27	5.6	97.1
Tổng	590	100.0		590	100.0		589	100.0		7	1.5	98.5

12. Bảng 12: Sau khi giải quyết tranh chấp những kết quả nào mà doanh nghiệp gặp phải:

	Khả năng giữ được mối quan hệ với đối tác			Chi phí giải quyết tranh chấp			Uy tín, hình ảnh của doanh nghiệp bị ảnh hưởng			Tình hình tự nguyện thực thi phán quyết của các bên			Khả năng thi hành phán quyết nhanh			Khác		
	Số lượng	Tỉ lệ %	% cộng dồn	Số lượng	Tỉ lệ %	% cộng dồn	Số lượng	Tỉ lệ %	% cộng dồn	Số lượng	Tỉ lệ %	% cộng dồn	Số lượng	Tỉ lệ %	% cộng dồn	Số lượng	Tỉ lệ %	% cộng dồn
Rất thấp	91	17.0	17.0	17	3.2	3.2	47	8.8	8.8	58	11.0	11.0	53	10.0	10.0	149	82.8	82.8
Thấp	294	55.0	72.0	152	28.7	31.9	204	38.3	47.1	226	42.7	53.7	288	54.4	64.5	15	8.3	91.1
Cao	135	25.2	97.2	346	65.3	97.2	252	47.3	94.4	222	42.0	95.7	169	31.9	96.4	15	8.3	99.4
Rất cao	15	2.8	100.0	15	2.8	100.0	30	5.6	100.0	23	4.3	100.0	19	3.6	100.0	1	.6	100.0
Tổng	535	100.0		530	100.0		533	100.0		529	100.0		529	100.0		180	100.0	

Bảng 12.a dưới đây sẽ cho biết điểm trung bình cộng của kết quả đạt được sau khi giải quyết tranh chấp của 69 doanh nghiệp sử dụng tòa án, 59 doanh nghiệp sử dụng trọng tài để giải quyết tranh chấp. Điểm trung bình cộng được tính trên 4 với 4 cấp độ là rất thấp, thấp, cao, rất cao trong bảng hỏi

Bảng 12.a Kết quả doanh nghiệp đạt được sau khi giải quyết tranh chấp

Các kết quả	Tòa án	Trọng tài
Khả năng giữ được mối quan hệ với đối tác	1.9/4	2.08/4
Chi phí giải quyết tranh chấp	2.96/4	2.93/4
Uy tín, hình ảnh của doanh nghiệp bị ảnh hưởng	2.63/4	2.67/4
Tình hình tự nguyện thực thi phán quyết của các bên	2.62/4	2.6/4
Khả năng thi hành phán quyết nhanh	2.31/4	2.33/4

13. Bảng 13: Doanh nghiệp có tiến hành họp và rút kinh nghiệm sau mỗi vụ tranh chấp?

	Số lượng	Tỉ lệ %
Không, vì những thông tin về tranh chấp cần giữ kín	26	4.7
Không, vì tin rằng doanh nghiệp sẽ không gặp lại sự việc tương tự	36	6.5
Có, chỉ tiến hành truyền đạt và rút kinh nghiệm cho những người liên quan vụ tranh chấp	334	60.4
Có, với toàn bộ nhân viên của doanh nghiệp	157	28.4
Tổng	553	100

14. Pháp luật về HĐTMDV của Việt Nam ở vào tình trạng nào?

14.1. Bảng 14.1. Những bất cập

	Số lượng	Tỉ lệ %
Chưa có định nghĩa cụ thể về HĐTMDV	111	16.8
Chưa có chế tài phù hợp khi vi phạm HĐTMDV	311	47.3
Chưa có văn bản dưới luật hướng dẫn thực hiện HĐTMDV	224	34
Bất cập khác: Các văn bản luật còn chồng chéo, mâu thuẫn, quy định rải rác	12	1.8
Tổng	768	100

14.2. Bảng 14.2. Những kết quả

	Số lượng	Tỉ lệ %
Đã qui định rõ khái niệm về dịch vụ	174	28.3
Có hướng dẫn cụ thể về hình thức của HĐTMDV	202	32.9
Có văn bản hướng dẫn thực hiện TMDV ở các lĩnh vực như giám định thương mại, logistics	228	37.1
Kết quả khác	11	1.8
Tổng	615	100

15. Doanh nghiệp có kiến nghị gì với các cơ quan giải quyết tranh chấp và Nhà nước không

- Khi doanh nghiệp có tranh chấp giữa các bên tranh chấp thì đề nghị các cơ quan giải quyết tranh chấp cần công bằng, minh bạch và khách quan, không để cho bên nào thiệt hại, bên nào vi phạm thì phải đền bù cho bên kia
- Gia tăng sự thống nhất giữa các phán quyết của những tranh chấp có tình tiết gần tương tự. Gia tăng sự thống nhất của các nguồn luật điều chỉnh
- Có định nghĩa cụ thể về HĐTMDV; TMDV nếu không doanh nghiệp sẽ trở nên yếu thế khi có tranh chấp
- Quy định một số loại tranh chấp thường gặp trong thực tiễn và không giới hạn trong những tranh chấp được pháp luật liệt kê cụ thể; Quy định cụ thể về chủ thể của các tranh chấp; Để bao quát được mọi tranh chấp trong HĐKD nên sử dụng khái niệm "Tranh chấp kinh doanh"
- Đơn giản hóa thủ tục giải quyết tranh chấp; Rút ngắn thời gian giải quyết; Nâng cao chất lượng giải quyết vụ việc của cơ quan giải quyết tranh chấp; Tăng cường biện pháp để thực thi quyết định
- Nâng cao năng lực chuyên môn sâu về lĩnh vực nghiệp vụ, có các chế tài phù hợp cho các sai phạm trong hợp đồng dịch vụ
- Kiến nghị về thời gian giải quyết tranh chấp kéo dài, doanh nghiệp mất nhiều thời gian khi giải quyết tranh chấp với khách hàng; Nhà nước cần có thêm các quy định chặt chẽ hơn về việc ký kết, thực hiện các HĐTMDV, các doanh nghiệp có phần hơi lạm dụng việc ký kết hợp đồng
- Giảm mức phí phát sinh; Kéo dài thời gian được quyền khởi kiện

- Đề nghị các cơ quan giải quyết tranh chấp "công chính liên minh" nhằm tạo sự công bằng giữa các doanh nghiệp; đề nghị các cấp lãnh đạo tạo điều kiện để các doanh nghiệp có cơ hội tiếp cận với thị trường quốc tế
- Đào tạo và nâng cao nghiệp vụ, kiến thức chuyên môn cho Trọng tài viên; Đẩy nhanh quá trình giải quyết tranh chấp; Tham gia sâu rộng hơn vào các tổ chức Trọng tài viên quốc tế
- Xây dựng cổng thông tin điện tử tập hợp các thông tin về CQGQTC, các vụ kiện tiêu biểu ở VN và thế giới; các diễn đàn tư vấn pháp luật. Triển khai phổ biến thông tin về những sửa đổi trong luật pháp và thông tin về các CQGQTC thường xuyên và rộng rãi hơn
- Việc giải quyết tranh chấp về hợp đồng kinh tế và HĐTMDV nếu do các cơ quan Tòa án các cấp giải quyết còn gặp nhiều khó khăn, tính công bằng không được đề cao. Căn cứ để bảo vệ tính đúng đắn của doanh nghiệp đôi khi còn được hiểu theo chủ quan của cơ quan giải quyết tranh chấp. Đề nghị Nhà nước có biện pháp giáo dục cán bộ công chức để công lý được thực thi công bằng hơn
- Các Luật liên quan đến TMDV cần quy định rõ ràng, đầy đủ, chi tiết
- Các cơ quan giải quyết tranh chấp cần đề cao tính cường chế thi hành phán quyết. Nhà nước cần có các quy định, hướng dẫn cụ thể việc thực hiện TMDV
- Quy định rõ các chế tài phạt vi phạm hợp đồng với các bên tham gia HĐTMDV
- Với nhà nước: luật văn bản liên quan cần thống nhất, chặt chẽ, rõ ràng, tránh hiểu nhầm về từ ngữ. Với cơ quan giải quyết: thủ tục giải quyết cần nhanh chóng, cụ thể, tiết kiệm chi phí cho các bên và hiệu quả thi hành phán quyết nhanh chóng
- Nâng cao kiến thức có liên quan trực tiếp đến đối tượng tranh chấp cần được xét xử tại tòa án; nâng cao hơn nữa chức năng cường chế thi hành phán quyết của tòa án hoặc trọng tài nước ngoài thông qua các hiệp định tương trợ tư pháp song phương và đa phương cũng như công ước New York 1958
- Cần cải thiện nền tảng kiến thức vững chắc hơn cho doanh nghiệp và cơ quan giải quyết tranh chấp để giải quyết tranh chấp công bằng, đúng luật
- Cần hoàn thiện các văn bản về HĐTMDV nhằm tạo điều kiện thuận lợi cho DN khi ký kết các HĐ
- Cần có những sửa đổi về luật thương mại để có thể trở thành 1 nguồn luật điều chỉnh hài hòa hơn để khi ký kết hợp đồng các DN trong nước có thể chọn nguồn luật điều chỉnh khi ký kết với đối tác nước ngoài
- Nâng cao kiến thức Luật cho các trọng tài viên tại các trung tâm trọng tài vì đây là hình thức đang được sử dụng nhiều trong thời gian hiện tại và sắp tới

- Thắt chặt các quy định về thực hiện hợp đồng
- Các cơ quan nên nhờ nhà nước hỗ trợ tuyên truyền về luật TM VN và cách giải quyết tranh chấp đến các công ty trong và ngoài nước ở VN, nên tăng thêm chế tài để ràng buộc người có lỗi phải hoàn thành nghĩa vụ của mình 1 cách nhanh chóng và hiệu quả (Các hình thức tuyên truyền nên bằng văn bản, đĩa VCD)
- Cần hướng dẫn thường xuyên các quy định, chế tài trong lĩnh vực hoạt động TMDV
- Quản lý vĩ mô thiếu minh bạch
- Giảm chi phí ngoài luồng khi giải quyết tranh chấp
- Thống nhất các văn bản QPPL; Sử dụng một số điều khoản của luật quốc tế

MẪU PHIẾU ĐIỀU TRA DOANH NGHIỆP**TRƯỜNG ĐẠI HỌC NGOẠI THƯƠNG**

91 Chùa Láng, Đống Đa, Hà Nội

Tel: 3.8356.800 – Fax: 3.8343.605

Website: www.ftu.edu.vn Email: baohca@ftu.edu.vn**PHIẾU ĐIỀU TRA****THỰC TRẠNG KÝ KẾT, THỰC HIỆN VÀ GIẢI QUYẾT TRANH CHẤP
HỢP ĐỒNG THƯƠNG MẠI DỊCH VỤ****Để thực hiện Luận án tiến sĩ - Đề tài “Hợp đồng thương mại dịch vụ và giải quyết tranh chấp về hợp đồng thương mại dịch vụ tại Việt Nam”**

Lưu ý: Những thông tin thu thập được giữ bí mật và chỉ dùng cho mục đích khảo sát, tổng hợp về hiện trạng ký kết; thực hiện và giải quyết tranh chấp về hợp đồng thương mại dịch vụ tại Việt Nam hiện nay. Đối tượng của phiếu điều tra là các doanh nghiệp cung cấp hoặc sử dụng dịch vụ.

Hướng dẫn trả lời:

Xin vui lòng đánh dấu (X) vào các câu trả lời phù hợp. Đối với một số câu hỏi sẽ có những chỉ dẫn cụ thể khác. Xin vui lòng trả lời theo đúng thứ tự các câu hỏi trong phiếu này.

A. THÔNG TIN VỀ DOANH NGHIỆP

1. Tên doanh nghiệp:
2. Địa chỉ:
3. Thông tin người điền phiếu:
 - Họ và tên: Vị trí công tác:
 - Điện thoại: Email:
 - Website công ty:
4. Năm thành lập doanh nghiệp: Số lượng nhân viên:
5. Lĩnh vực dịch vụ cung cấp hoặc sử dụng:

B. TÌNH HÌNH GIAO KẾT VÀ THỰC HIỆN HĐ THƯƠNG MẠI DỊCH VỤ.

1. Theo anh chị hợp đồng thương mại dịch vụ (HĐTMDV) và hợp đồng thương mại hàng hóa có những điểm gì khác nhau:

-
- ☐ Về hình thức giao kết hợp đồng
 - ☐ Về nội dung giao kết hợp đồng
 - ☐ Về chủ thể tham gia giao kết hợp đồng

- ☐ Về vấn đề chuyển giao quyền sở hữu
- ☐ Về đối tượng của hợp đồng
- ☐ Về vấn đề khác _____

2. Từ khi Việt Nam gia nhập WTO, thì tại doanh nghiệp:

Các vấn đề	Giảm nhiều	Giảm ít	Không đổi	Tăng nhẹ	Tăng nhiều
Số lượng các HĐTMDV	☐	☐	☐	☐	☐
Tính đa dạng về lĩnh vực của HĐTMDV	☐	☐	☐	☐	☐
Số lượng đối tác giao kết HĐTMDV	☐	☐	☐	☐	☐
Sự phức tạp về nội dung HĐTMDV	☐	☐	☐	☐	☐
Khác:	☐	☐	☐	☐	☐

3. Những khó khăn nào doanh nghiệp hay gặp phải khi ký kết HĐTMDV:

Những khó khăn	Không	Ít khi	Thường xuyên	Luôn Luôn
Tìm hiểu thông tin về đối tác	☐	☐	☐	☐
Yếu thế trong đàm phán HĐTMDV	☐	☐	☐	☐
Sự hiểu biết và kỹ năng giao kết về HĐTMDV còn hạn chế	☐	☐	☐	☐
Các quy định pháp lý về HĐTMDV chưa rõ ràng	☐	☐	☐	☐
Khác:	☐	☐	☐	☐

4. Hình thức giao kết chủ yếu của HĐTMDV ở doanh nghiệp

- ☐ Bằng lời nói
- ☐ Bằng hành vi
- ☐ Bằng văn bản
- ☐ Bằng hình thức có giá trị tương đương văn bản
- ☐ Bằng kết hợp tất cả hoặc đan xen

5. Doanh nghiệp có bộ phận pháp chế không?

- ☐ Có phòng pháp chế riêng biệt
- ☐ Có nhân viên chuyên trách về pháp luật
- ☐ Nhân viên kiêm nhiệm
- ☐ Không có

6. Doanh nghiệp có xây dựng quy trình soạn thảo HĐTMDV không?

- ☐ Có quy trình chính thức bằng văn bản nhưng không áp dụng
- ☐ Có quy trình chính thức bằng văn bản và áp dụng
- ☐ Không có quy trình chính thức bằng văn bản, nhưng thực tế vẫn theo quy trình nhất định
- ☐ Không xây dựng

7. Doanh nghiệp có xây dựng hợp đồng mẫu trong lĩnh vực dịch vụ không?

- ☐ Có
- ☐ Không
- ☐ Chuẩn bị xây dựng

8. Để soạn thảo HĐTMDV, doanh nghiệp sử dụng:

- ☐ Bộ phận pháp chế
- ☐ Bộ phận có liên quan đến hợp đồng
- ☐ Thuê Luật sư
- ☐ Thuê chuyên gia
- ☐ Để đối tác tự soạn thảo
- ☐ Sử dụng hợp đồng mẫu

9. Bước vào cuộc đàm phán ký kết HĐTMDV, doanh nghiệp đã chuẩn bị những gì?

Các công việc chuẩn bị	Không	Ít khi	Thường xuyên	Luôn Luôn
Tìm hiểu thông tin về đối tác	☐	☐	☐	☐
Tìm hiểu thông tin về dịch vụ được cung cấp	☐	☐	☐	☐
Tìm hiểu pháp luật điều chỉnh về dịch vụ	☐	☐	☐	☐
Soạn sẵn HĐTMDV	☐	☐	☐	☐
Đặt ra các phương án thương lượng và đàm phán	☐	☐	☐	☐
Khác:	☐	☐	☐	☐

10. Đánh giá vai trò và tầm quan trọng của HĐTMDV đối với doanh nghiệp:

Các vai trò và tầm quan trọng	Rất thấp	Thấp	Cao	Rất cao
Là công cụ quan trọng để doanh nghiệp nâng cao sức cạnh tranh của mình trong hoạt động kinh doanh	☐	☐	☐	☐

Là công cụ hữu hiệu để doanh nghiệp Việt Nam thâm nhập thị trường dịch vụ trong nước và nước ngoài	☐	☐	☐	☐
Là cơ sở pháp lý để doanh nghiệp thực hiện việc cung ứng dịch vụ thương mại cho khách hàng	☐	☐	☐	☐
Là cơ sở pháp lý, căn cứ để giải quyết những tranh chấp liên quan đến những vấn đề các bên đã thỏa thuận	☐	☐	☐	☐

11. Khi soạn thảo HĐTMDV, những điều khoản nào dưới đây được doanh nghiệp thường sử dụng:

Các điều khoản	Không có	Tùy thuộc	Luôn có
Các định nghĩa có liên quan	☐	☐	☐
Phạm vi, nội dung dịch vụ	☐	☐	☐
Phương thức, phương tiện cung cấp dịch vụ	☐	☐	☐
Tiến độ thực hiện hợp đồng	☐	☐	☐
Giá cả	☐	☐	☐
Phương thức và hình thức thanh toán	☐	☐	☐
Thời gian thực hiện dịch vụ	☐	☐	☐
Cam kết của các bên	☐	☐	☐
Bảo mật thông tin	☐	☐	☐
Sửa đổi và bổ sung hợp đồng	☐	☐	☐
Chấm dứt hợp đồng trước thời hạn	☐	☐	☐
Trách nhiệm do vi phạm hợp đồng	☐	☐	☐
Giải quyết tranh chấp	☐	☐	☐
Chi phí giải quyết tranh chấp	☐	☐	☐
Luật áp dụng	☐	☐	☐
Bất khả kháng	☐	☐	☐
Phạt vi phạm hợp đồng	☐	☐	☐
Những điều khoản chung	☐	☐	☐
Thanh lý hợp đồng	☐	☐	☐
Khác (xin hãy nêu rõ:_____)	☐	☐	☐

12. Khi ký kết HĐTMDV thì điều khoản nào là phức tạp và dễ gây tranh chấp nhất:

- ☐ Điều khoản về xác định đối tượng
☐ Điều khoản về giá cả
☐ Điều khoản về thanh toán
☐ Điều khoản về thanh lý hợp đồng
☐ Điều khoản khác _____

C. GIẢI QUYẾT TRANH CHẤP HỢP ĐỒNG THƯƠNG MẠI DỊCH VỤ

1. Những vấn đề tranh chấp nào mà doanh nghiệp gặp phải khi ký kết HĐTMDV

Các loại tranh chấp	Chưa gặp	Rất ít	Thường xuyên
Thẩm quyền người ký kết	☐	☐	☐
Thời gian ký kết	☐	☐	☐
Địa điểm ký kết	☐	☐	☐
Quyền và nghĩa vụ của các bên	☐	☐	☐
Nguồn luật điều chỉnh	☐	☐	☐
Cơ quan giải quyết tranh chấp	☐	☐	☐
Quá trình thực hiện hợp đồng	☐	☐	☐
Thời điểm hiệu lực của hợp đồng	☐	☐	☐
Trách nhiệm sau bán hàng	☐	☐	☐
Khác:	☐	☐	☐

2. Từ khi thành lập cho đến nay, doanh nghiệp đã tham gia bao nhiêu vụ tranh chấp liên quan đến HĐTMDV:

- ☐ Chưa vụ nào
☐ Từ 1 -5 vụ
☐ Từ 5-10 vụ
☐ Trên 10 vụ

3. Trong những phương thức giải quyết tranh chấp dưới đây, doanh nghiệp biết đến những phương thức giải quyết tranh chấp nào; phương thức nào đã được áp dụng ở Việt Nam và doanh nghiệp đã từng sử dụng phương thức nào để giải quyết tranh chấp

Các phương thức giải quyết tranh chấp	Các phương thức mà doanh nghiệp biết đến	Các phương thức đang được áp dụng ở Việt Nam	Các phương thức mà doanh nghiệp đã sử dụng
Thương lượng	☐	☐	☐
Trung gian	☐	☐	☐
Hòa giải	☐	☐	☐
Tổ tụng mini	☐	☐	☐
Xét xử sơ khởi có bồi thẩm đoàn	☐	☐	☐
Tòa án	☐	☐	☐

Trọng tài thương mại	☐	☐	☐
Khác (xin nêu rõ: _____)	☐	☐	☐

4. Khi gặp tranh chấp về HĐTMDV, thứ tự các phương thức giải quyết tranh chấp mà doanh nghiệp ưa chuộng là: (đánh số theo thứ tự ưu tiên bắt đầu từ 1)

Các phương thức giải quyết tranh chấp	Các tranh chấp trong nước	Các tranh chấp có yếu tố nước ngoài
Thương lượng	☐	☐
Trung gian	☐	☐
Hòa giải	☐	☐
Tổ tụng mini	☐	☐
Xét xử sơ khởi có bồi thẩm đoàn	☐	☐
Tòa án	☐	☐
Trọng tài thương mại	☐	☐
Khác (xin nêu rõ: _____)	☐	☐

5. Những lỗi nào doanh nghiệp gặp phải khi thương lượng để giải quyết tranh chấp về HĐTMDV

Các lỗi gặp phải khi thương lượng	Chưa gặp	Rất ít	Nhiều	Rất nhiều
Ngồi vào bàn đàm phán với suy nghĩ mình luôn phải thắng	☐	☐	☐	☐
Không xác định được thế mạnh của mình là gì	☐	☐	☐	☐
Chỉ đưa được ra một phương án thương lượng duy nhất	☐	☐	☐	☐
Không kiểm soát được những yếu tố quan trọng như: thời gian, vấn đề cần giải quyết	☐	☐	☐	☐
Bỏ mất cơ hội đề nghị trước	☐	☐	☐	☐
Vội vã rời khỏi cuộc thương lượng khi vừa bắt đầu đi vào bế tắc	☐	☐	☐	☐
Không chọn được thời điểm kết thúc cuộc thương lượng	☐	☐	☐	☐
Khác:	☐	☐	☐	☐

6. Nếu đã từng sử dụng trung gian, hòa giải thì cách thức doanh nghiệp thực hiện sẽ là:

- ☐ Sử dụng bên thứ ba mà không áp dụng quy tắc hòa giải nào cả
- ☐ Sử dụng bên thứ ba và áp dụng quy tắc hòa giải của tòa án hoặc trung tâm trọng tài
- ☐ Sử dụng tòa án hay trọng tài để làm trung gian, hòa giải

7. Nếu doanh nghiệp giải quyết bằng tòa án, thời gian bắt đầu và kết thúc trong bao lâu

- ☐ Dưới 6 tháng
☐ Từ 6 tháng đến 1 năm
☐ Từ 1- 2 năm
☐ Nếu trên 2 năm, xin mời ghi rõ thời gian _____

8. Nếu doanh nghiệp giải quyết bằng trọng tài, thời gian bắt đầu và kết thúc trong bao lâu

- ☐ 6 tháng
☐ Dưới 1 năm
☐ Từ 1- 2 năm
☐ Nếu trên 2 năm, xin mời ghi rõ thời gian _____

9. Khi giải quyết tranh chấp thì điều gì khiến doanh nghiệp quan tâm:

Mối quan tâm	Không quan tâm	Ít quan tâm	Bình thường	Rất quan tâm
Thời hiệu khởi kiện	☐	☐	☐	☐
Ai là luật sư hoặc trọng tài của các bên	☐	☐	☐	☐
Cơ quan giải quyết tranh chấp	☐	☐	☐	☐
Thủ tục giải quyết tranh chấp	☐	☐	☐	☐
Chi phí giải quyết tranh chấp	☐	☐	☐	☐
Thời gian giải quyết tranh chấp	☐	☐	☐	☐
Uy tín của doanh nghiệp	☐	☐	☐	☐
Duy trì mối quan hệ với đối tác	☐	☐	☐	☐
Khả năng giành chiến thắng	☐	☐	☐	☐
Khả năng thực hiện phán quyết	☐	☐	☐	☐
Khác:	☐	☐	☐	☐

10. Những bất khoản của doanh nghiệp khi lựa chọn phương thức giải quyết tranh chấp HĐTMDV:

Những bất khoản	Không có	Rất thấp	Thấp	Cao	Rất cao
Doanh nghiệp bị lún sâu vào vụ tranh chấp dẫn đến mất thời gian, chi phí	☐	☐	☐	☐	☐
Các thủ tục tiến hành giải quyết tranh chấp phức tạp	☐	☐	☐	☐	☐

Không tin tưởng vào sự công bằng của cơ quan giải quyết tranh chấp	☐	☐	☐	☐	☐
Không tin tưởng vào trình độ của các cơ quan giải quyết tranh chấp	☐	☐	☐	☐	☐
Không nắm vững pháp luật về HĐTMDV	☐	☐	☐	☐	☐
Không tin tưởng vào khả năng chấp hành phán quyết của các bên	☐	☐	☐	☐	☐
Khác:	☐	☐	☐	☐	☐

11. Doanh nghiệp biết và đã sử dụng dịch vụ của những trung tâm trọng tài thương mại nào ở Việt Nam sau đây:

Các trung tâm trọng tài	Không biết	Đã biết	Đã sử dụng
TTTT trọng tài quốc tế Việt Nam (VIAC)	☐	☐	☐
TTTT thương mại Hà Nội (HCAC)	☐	☐	☐
TTTT thương mại Quốc tế Á Châu (ACIAC)	☐	☐	☐
TTTT thương mại TP. Hồ Chí Minh (TRACENT)	☐	☐	☐
TTTT thương mại Quốc tế Thái Bình Dương (PIAC)	☐	☐	☐
TTTT thương mại Cần Thơ	☐	☐	☐
TTTT Viễn Đông	☐	☐	☐

12. Sau khi giải quyết tranh chấp những kết quả nào mà doanh nghiệp gặp phải:

Các kết quả	Rất thấp	Thấp	Cao	Rất cao
Khả năng giữ được mối quan hệ với đối tác	☐	☐	☐	☐
Chi phí giải quyết tranh chấp	☐	☐	☐	☐
Uy tín, hình ảnh của doanh nghiệp bị ảnh hưởng	☐	☐	☐	☐
Tình hình tự nguyện thực thi phán quyết của các bên	☐	☐	☐	☐
Khả năng thi hành phán quyết nhanh	☐	☐	☐	☐
Khác:	☐	☐	☐	☐

13. Doanh nghiệp có tiến hành họp và rút kinh nghiệm sau mỗi vụ tranh chấp?

- ☐ Không, vì những thông tin về tranh chấp cần giữ kín
- ☐ Không, vì tin rằng doanh nghiệp sẽ không gặp lại sự việc tương tự
- ☐ Có, chỉ tiến hành truyền đạt, rút kinh nghiệm cho những người liên quan vụ tranh chấp
- ☐ Có, với toàn bộ nhân viên của doanh nghiệp

14. Pháp luật về HĐTMDV của Việt Nam ở vào tình trạng nào?

14.1. Những bất cập

- ☐ Chưa có định nghĩa cụ thể về HĐTMDV
- ☐ Chưa có chế tài phù hợp khi vi phạm HĐTMDV
- ☐ Chưa có văn bản dưới luật hướng dẫn thực hiện HĐTMDV
- ☐ Bất cập khác: _____

14.2. Những kết quả

- ☐ Đã qui định rõ khái niệm về dịch vụ
- ☐ Có hướng dẫn cụ thể về hình thức của HĐTMDV
- ☐ Có văn bản hướng dẫn thực hiện TMDV ở các lĩnh vực như giám định thương mại, logistics, ...
- ☐ Kết quả khác: _____

15. Doanh nghiệp có kiến nghị gì với các cơ quan giải quyết tranh chấp và Nhà nước không?

.....

.....

.....

.....

XIN TRÂN TRỌNG CẢM ƠN SỰ GIÚP ĐỖ CỦA ÔNG/BÀ.

Kính chúc Quý Doanh nghiệp an khang, thịnh vượng và đạt nhiều thành công.

Mọi chi tiết xin vui lòng liên hệ: ThS. Hà Công Anh Bảo, Tel: 091.2425.009

Phiếu điều tra số:

Ngày thực hiện:/...../.....

Xác nhận của đơn vị trả lời phiếu điều tra

(Ký tên, đóng dấu)

MẪU PHIẾU PHÒNG VẤN CHUYÊN GIA



TRƯỜNG ĐẠI HỌC NGOẠI THƯƠNG

91 Chùa Láng, Đống Đa, Hà Nội

Tel: 3.8356.800 – Fax: 3.8343.605

Website: www.ftu.edu.vn Email: baohca@ftu.edu.vn

**PHIẾU PHÒNG VẤN CÁC CHUYÊN GIA VỀ
THỰC TRẠNG KÝ KẾT, THỰC HIỆN VÀ GIẢI QUYẾT TRANH CHẤP
HỢP ĐỒNG THƯƠNG MẠI DỊCH VỤ**

Để thực hiện Luận án tiến sĩ - Đề tài “Hợp đồng thương mại dịch vụ và giải quyết tranh chấp về hợp đồng thương mại dịch vụ tại Việt Nam”

Lưu ý: Những thông tin thu thập được giữ bí mật và chỉ dùng cho mục đích khảo sát, tổng hợp về hiện trạng ký kết; thực hiện và giải quyết tranh chấp về hợp đồng thương mại dịch vụ tại Việt Nam hiện nay. Đối tượng của phỏng vấn là các chuyên gia về hợp đồng thương mại dịch vụ

Thông tin người được phỏng vấn:

- Họ và tên:
- Vị trí công tác:
- Điện thoại: Email:.....

Câu 1: Xin ông/bà cho biết hợp đồng thương mại dịch vụ là gì? Có gì khác so với hợp đồng mua bán hàng hóa?

.....

Câu 2: Để ký kết, thực hiện hợp đồng thương mại dịch vụ, doanh nghiệp cần chú ý những điều gì để có được một hợp đồng thương mại dịch vụ tốt?

.....

Câu 3: Theo ông/bà tranh chấp vấn đề nào của hợp đồng thương mại dịch vụ thường xảy ra tranh chấp?

.....

Câu 4: Ở Việt Nam hiện nay có những phương thức giải quyết tranh chấp nào về hợp đồng thương mại dịch vụ? Ưu điểm và nhược điểm của các phương thức này?

.....

Câu 5: Ông/bà có lời khuyên nào đối với doanh nghiệp tham gia vào một tranh chấp hợp đồng thương mại dịch vụ?

.....

Câu 6: Theo ông/bà thì trong thời gian tới số lượng hợp đồng thương mại dịch vụ cũng như số vụ tranh chấp về loại hợp đồng này sẽ như thế nào?

.....

XIN TRÂN TRỌNG CẢM ƠN ÔNG/BÀ.

Phụ lục 2: CÁC VỤ TRANH CHẤP DO TRỌNG TÀI, TÒA ÁN XÉT XỬ

(i) Tranh chấp thứ nhất: Tranh chấp về hợp đồng xây dựng²²

Tóm tắt vụ việc: Nguyên đơn: công ty xây dựng (Bên B) và Bị đơn: chủ đầu tư (Bên A) ký Hợp đồng dịch vụ thiết kế kiến trúc công trình ngày 22/10/2003 với nội dung như sau: Giá trị hợp đồng: 40.000 USD, trong đó, dịch vụ thiết kế nội thất: 25.000 USD, dịch vụ quản lý công trình: 15.000 USD.

Thời gian thực hiện:

- Dịch vụ thiết kế nội thất: Theo khoản 4.1 Điều 4 hợp đồng thời gian sẽ là 08 tuần, kể từ ngày Nguyên đơn nhận thanh toán tiền đợt 1.

- Dịch vụ quản lý công trình: theo thời gian xây dựng là 18 tuần kể từ khi hoàn thành thiết kế kiến trúc và nội thất.

- Thanh toán: Mục 3.1 Điều 3 của hợp đồng thì dịch vụ thiết kế kiến trúc và nội thất: 20% tạm ứng ngay sau khi ký hợp đồng; 20% sau khi hoàn tất hồ sơ thiết kế; 35% sau khi hoàn tất ý tưởng thiết kế nội thất; 25% sau khi hoàn tất hồ sơ thiết kế chi tiết nội thất. Nguyên đơn đã nhận tiền của Bị đơn hai lần với tổng số tiền là 10.000 USD.

Tháng 8/2004, bản vẽ công trình do Nguyên đơn giao cho Bị đơn được ông X ký tên tiếp nhận trên hồ sơ thiết kế do Nguyên đơn giao (không có đóng dấu của Bị đơn).

Ngày 11/8/2006, Nguyên đơn đã khởi kiện tại Trọng tài yêu cầu Trọng tài buộc Bị đơn phải có nghĩa vụ hoàn trả: Số tiền nợ gốc là 15.000 USD và trả lãi cho số tiền trả chậm từ ngày 15/10/2004 ở mức lãi suất phạt chính thức là 12% năm theo quy định của Ngân hàng Nhà nước Việt Nam cho đến lúc đi kiện là 3.420 USD nhưng mức xác định sau cùng là vào ngày đưa ra quyết định của HĐTT;

- Công nhận việc đơn phương vi phạm hai hợp đồng nêu trên đây của Bị đơn; Buộc Bị đơn phải trả tiền thiệt hại về sự vi phạm đó ở mức 5.000 USD; Buộc Bị đơn trả các chi phí và phí trọng tài.

Ngày 22/9/2006, Bị đơn đã gửi Đơn kiện lại Nguyên đơn với nội dung:

Khoản 4.1 Điều 4 của Hợp đồng quy định: *“thời gian hoàn tất hồ sơ thiết kế kiến trúc và nội thất là 8 tuần, kể từ ngày bên B nhận thanh toán tiền đợt 1”*. Tuy nhiên, đến giữa tháng 8/2004, Nguyên đơn mới mang hồ sơ đến văn phòng Bị đơn yêu cầu ký nhận đồng ý với thiết kế (chưa bàn giao). Việc Nguyên đơn vi phạm hợp đồng chậm trễ hơn hai tháng đã gây thiệt hại cho Bị đơn do chậm đưa công trình vào sử dụng.

²² Nguồn: Phòng công nghiệp thương mại Việt Nam, Trung tâm trọng tài quốc tế Việt Nam. (2010), *Các phán quyết trọng tài quốc tế chọn lọc*. NXB Tư pháp, Hà Nội)

Trong Đơn kiện lại, Bị đơn chứng minh rằng sân Tennis do Nguyên đơn thiết kế sai hoàn toàn về kích thước theo tiêu chuẩn của “*Hướng dẫn thiết kế xây dựng công trình thể thao*” do Ủy ban Thể dục Thể thao Việt Nam ban hành; Dựa vào bản vẽ, thiết kế tổng thể mặt bằng và dưới sự hướng dẫn của các kỹ sư của Nguyên đơn, Bị đơn đã phải cho ép cọc lại ở vị trí khác, việc làm này đã làm cho chi phí phát sinh.

Căn cứ vào thỏa thuận của các bên tại Điều 6 của Hợp đồng, Bị đơn đã khởi kiện ra Trọng tài thương mại, với yêu cầu:

- Buộc Nguyên đơn hoàn trả lại cho Bị đơn số tiền đã tạm ứng là 10.000 USD ;
- Bồi thường số tiền 10.000 do đã gây ra thiệt hại cho Bị đơn.

Quyết định của trọng tài

(i) Về đơn kiện của Nguyên đơn

HĐTT nhận thấy các bên trong Hợp đồng chỉ mới tiến hành thực hiện các công việc về lập hồ sơ thiết kế kiến trúc và nội thất thì xảy ra tranh chấp. Do vậy, HĐTT không xem xét vấn đề quản lý công trình.

Theo thỏa thuận tại mục 3.1 của Điều 3 trong Hợp đồng và căn cứ vào các chứng từ do các bên cung cấp trong hồ sơ vụ kiện và việc thừa nhận của Nguyên đơn trong Đơn kiện, HĐTT nhận thấy, Bị đơn đã thanh toán cho Nguyên đơn làm hai đợt tổng cộng là 10.000 USD (đợt 1 vào ngày 16/3/2004 là: 5.000 USD bằng 20% giá trị thiết kế kiến trúc và nội thất; đợt 2 vào ngày 08/6/2004 là: 5.000 USD bằng 20% giá trị thiết kế kiến trúc và nội thất). Bị đơn còn nợ 15.000 USD theo Hợp đồng.

Bên B (Nguyên đơn) đã giao cho Bị đơn (bên A) bộ Hồ sơ thiết kế (có ký nhận của ông X- đại diện cho bên A) gồm: Hồ sơ thiết kế mặt bằng, mặt cắt đề ngày 17/5/2004; và hồ sơ thiết kế nội thất đề ngày 12/7/2004 và ngày 02/8/2004. Bảng liệt kê tọa độ cắm mốc công trình đề ngày 11/8/2004. Như vậy bộ hồ sơ được bên B (Nguyên đơn) giao cho bên A (Bị đơn) là ngày 11/8/2004 (ngày của bộ hồ sơ cuối cùng được giao) vì theo thỏa thuận của các bên trong Hợp đồng tại Điều 1 là lập bộ hồ sơ kiến trúc và nội thất bao gồm tất cả các tài liệu cần thiết (bản vẽ chi tiết, khối lượng...).

Sau khi xem xét, các tài liệu và các câu hỏi, trả lời của các bên tại phiên họp giải quyết tranh chấp ngày 05/4/2007, HĐTT nhận thấy:

- Sau khi ký hợp đồng thì Bị đơn không đưa tiền tạm ứng ngay như đã thỏa thuận mà đến ngày 16/3/2004 (theo biên nhận), ông X mới thanh toán tiền cho bên B (Nguyên đơn) nhưng vì Nguyên đơn không đến trụ sở cơ quan của Bị đơn để nhận tiền tạm ứng. Do vậy, HĐTT cho rằng ngày thanh toán tiền theo thỏa thuận trong hợp đồng là ngày 16/3/2004.

- Theo thỏa thuận tại mục 4.1 Điều 4 thì: “*thời gian **hoàn tất** hồ sơ thiết kế kiến trúc và nội thất là 8 tuần kể từ ngày nhận tiền đợt 1*”. Căn cứ vào thỏa thuận này, thì ngày hoàn tất hồ sơ

thiết kế sẽ là ngày 02/8/2004. Như vậy, Nguyên đơn (bên B) đã giao hồ sơ thiết kế chậm hơn 02 tháng so với thời hạn quy định trong hợp đồng.

- Việc ông X ký nhận vào 10 bản vẽ (trong tổng số 12 bản vẽ) do Bị đơn thực hiện, theo Hợp đồng được ký kết giữa các bên, được coi là sự chấp thuận bản vẽ của Nguyên đơn đưa ra tương đương với 83% công việc mà Nguyên đơn đã hoàn thành theo Hợp đồng. Căn cứ vào mức độ hoàn thành công việc theo thỏa thuận trong Hợp đồng, HĐTT cho rằng, Nguyên đơn chỉ được nhận một khoản tiền công thực hiện hợp đồng là 20.750 USD tương đương với 83% khối lượng công việc đã hoàn thành.

- Nguyên đơn yêu cầu Bị đơn phải trả lãi cho số tiền trả chậm từ ngày 15/10/2004 nhưng không đưa ra được các bằng chứng về mức trả lãi quy định bởi Ngân hàng Nhà nước Việt Nam vào thời điểm mà Nguyên đơn yêu cầu. Do vậy, HĐTT không chấp nhận yêu cầu này của Nguyên đơn.

- HĐTT bác bỏ và không công nhận yêu cầu của Nguyên đơn nêu ở mục 3; mục 4 trong Đơn kiện (công nhận việc đơn phương vi phạm 2 hợp đồng nêu trên đây của Bị đơn; buộc Bị đơn phải trả tiền thiệt hại về sự vi phạm đó ở mức 5.000 USD).

- Chấp nhận một phần yêu cầu của Nguyên đơn ở mục 5 trong đơn kiện.

(ii) Về đơn kiện lại của Bị đơn

- Việc thiết kế sân tennis của Nguyên đơn là không đúng tiêu chuẩn quy định của Ủy ban Thể dục Thể thao Việt Nam.

- Việc Nguyên đơn gây thiệt hại cho Bị đơn là có thật, song Bị đơn đã không chứng minh được mối liên hệ giữa việc thiết kế sai kích thước, do đó định vị, ép cọc sai cho phần sân tennis, dẫn đến hậu quả thiệt hại cho toàn bộ tường rào của công trình, mà chỉ đưa ra bản “Chứng thư giám định giá” cho thiệt hại của tường rào (51 m x 1.850.000 đồng/m) là 94.350.000 đồng. Do vậy, HĐTT chỉ chấp nhận cho phần thiệt hại trong giới hạn 18 m chiều ngang của sân tennis giáp với tường rào là 33.300.000 đồng (18 m x 1.850.000 đồng/m = 33.300.000 đồng).

Từ những nhận định trên, HĐTT quyết định:

- Thứ nhất: Bị đơn phải có nghĩa vụ trả cho Nguyên đơn số tiền 10.750 USD là số tiền còn thiếu theo thỏa thuận trong Hợp đồng.

- Thứ hai: phạt vi phạm Hợp đồng của Nguyên đơn do không thực hiện đúng như quy định tại mục 4.1 Điều 4 của Hợp đồng là 8% giá trị hợp đồng phần thiết kế kiến trúc và thiết kế nội thất tương đương 2.000 USD.

- Thứ ba: phạt vi phạm hợp đồng của Nguyên đơn do thiết kế sai kích thước sân tennis gây thiệt hại cho Bị đơn là 33.300.000 đồng.

(ii) Tranh chấp thứ 2: Tranh chấp về hợp đồng dịch vụ tư vấn

**TÒA ÁN NHÂN DÂN
THÀNH PHỐ HỒ CHÍ MINH**

**CỘNG HÒA XÃ HỘI CHỦ NGHĨA VIỆT NAM
Độc lập – Tự do – Hạnh phúc**

Bản án số: 115/2010/KDTMST

Ngày: 21/10/2010

V/v “Tranh chấp hợp đồng dịch
vụ”

NHÂN DANH

NƯỚC CỘNG HÒA XÃ HỘI CHỦ NGHĨA VIỆT NAM

TÒA ÁN NHÂN DÂN THÀNH PHỐ HỒ CHÍ MINH

Với thành phần hội đồng xét xử sơ thẩm gồm có:

Thẩm phán – Chủ tọa phiên tòa: Ông Nguyễn Văn Xuân

Các Hội thẩm nhân dân:

1. Bà Nguyễn Thị Nhung
2. Bà Nguyễn Thị Thanh Mai

Thư ký Tòa án ghi biên bản phiên tòa: Bà Trần Mỹ Phương, cán bộ Tòa án nhân dân thành phố Hồ Chí Minh.

Mở phiên tòa công khai ngày 14 tháng 01 năm 2010 và tuyên án ngày 21/01/2010 tại trụ sở Tòa án nhân dân thành phố Hồ Chí Minh để xét xử sơ thẩm công khai vụ án kinh doanh thương mại sơ thẩm đã thụ lý số 343/KTST ngày 27/5/2009 về việc “Tranh chấp hợp đồng dịch vụ” Theo quyết định đưa vụ án ra xét xử số: 65/QĐXX-KT ngày 13/01/2010 giữa các đương sự:

Nguyên đơn: **Công ty trách nhiệm hữu hạn thương mại dịch vụ Hồng Kông.**

Địa chỉ: 262/25 Huỳnh Văn Bánh, phường 11, quận Phú Nhuận, thành phố Hồ Chí Minh.

Đại diện pháp luật: Bà Nguyễn Thị Thanh Hiền – Giám đốc.

Đại diện ủy quyền: ông Nguyễn Thành Long. Sinh năm 1966.

(theo giấy ủy quyền số 78/2009/GUQ/CNSG ngày 13/5/2009)

Bị đơn: **Công ty Eta Star International Limited.**

Địa chỉ: Po Box 29193 Dubai, Các tiểu vương quốc Ả Rập

Địa chỉ liên lạc: 65 Lê Lợi, phường Bến Nghé, quận 1, thành phố Hồ Chí Minh.

Đại diện ủy quyền: Ông Parthasarathy Balaji. Sinh năm 1970. Quốc tịch: Cộng hòa Ấn Độ. (theo văn bản ủy quyền lập ngày 19/6/2009)

Người bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp cho bị đơn: Ông Bùi Quang Nghiêm – Luật sư thuộc Đoàn luật sư thành phố Hồ Chí Minh.

Người phiên dịch: Ông Trương Linh Duy (Tên tiếng Việt: Trương Linh Duy). Sinh năm 1975.

Địa chỉ: 66/23 Phạm Ngọc Thạch, quận 3, thành phố Hồ Chí Minh

Quốc tịch: Hoa Kỳ.

Người có quyền lợi và nghĩa vụ liên quan:

1. Công ty trách nhiệm hữu hạn Phúc Lưu Quang.

Địa chỉ: 21 Phan Kế Bính, phường Đakao, quận 1, thành phố Hồ Chí Minh

Đại diện pháp luật: Ông Nguyễn Thanh Quang. Sinh năm 1971

Địa chỉ: 61 Nam Kỳ Khởi Nghĩa, phường Bến Thành, quận 1, thành phố Hồ Chí Minh

2. Ông Nguyễn Ngọc Tuấn. Sinh năm 1974

Địa chỉ: 33/2C Phạm Văn Chiêu, phường 14. Quận Gò Vấp, thành phố Hồ Chí Minh

Đại diện ủy quyền: Ông Nguyễn Xuân Hưng

Địa chỉ: 203 lô E, chung cư KCN Tân Bình, phường Tây Thạnh, Quận Tân Phú, thành phố Hồ Chí Minh.

Người bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp cho ông Tuấn: Ông Phạm Ngọc Quang – Luật sư thuộc Đoàn luật sư tỉnh Long An.

Tại phiên tòa các đương sự đều có mặt. Đại diện Công ty Trách nhiệm hữu hạn Phúc Lưu Quang có yêu cầu xin được vắng mặt trong các lần hòa giải, xét xử của Tòa án.

NHẬN THẤY:

Căn cứ yêu cầu khởi kiện của nguyên đơn, lời khai của nguyên đơn trước Tòa án đại diện Công ty Trách nhiệm hữu hạn Thương mại Dịch vụ Hồng Kông trình bày: Ngày 21/5/2008 nguyên đơn và bị đơn (nhân danh chính mình và thay mặt đối tác Việt Nam là Công ty Trách nhiệm hữu hạn Phúc Lưu Quang) đã ký hợp đồng tư vấn (đính kèm tại phụ lục 4) theo đó nguyên đơn sẽ cung cấp dịch vụ tư vấn để hỗ trợ bị đơn xin được Giấy chứng nhận đầu tư cho dự án cao ốc căn hộ cao tầng trên khu đất 11.497m² tại đường tỉnh lộ 25B, phường Thạch Mỹ Lợi, quận 2, thành phố Hồ Chí Minh. Theo hợp đồng, nguyên đơn phải tư vấn và hỗ trợ để bị đơn được:

Cấp giấy chứng nhận đầu tư cho dự án;

Cấp giấy chứng nhận quyền sử dụng lô đất cho Công ty liên doanh;

Cấp giấy phép xây dựng cho 95.000 m² diện tích sàn.

(ba nội dung trên đã được bị đơn xác nhận một lần nữa tại công văn ngày 30/3/2009 gửi cho nguyên đơn (đính kèm phụ lục 5).

Thực hiện nghĩa vụ của mình theo Điều 3 của hợp đồng, nguyên đơn đã nhận được và giao lại cho bị đơn giấy chứng nhận đầu tư cho dự án do Sở kế hoạch đầu tư thành phố Hồ Chí Minh cấp ngày 29/11/2008. Căn cứ vào quy định tại Điều 6.2 hợp đồng, nguyên đơn đã có văn bản yêu cầu bị đơn thanh toán 30% giá trị hợp đồng trong thời hạn 15 ngày kể từ ngày Giấy chứng nhận đầu tư được cấp (đính kèm phụ lục 6). Nhưng sau đó bị đơn không thanh toán vì cho rằng nguyên đơn đã không nhận được Giấy chứng nhận đầu tư trong vòng 45 ngày

làm việc tính từ ngày nộp hồ sơ (hồ sơ nộp ngày 17/7/2008 theo biên nhận đính kèm Phụ lục 7), tức bị đơn cho rằng nguyên đơn vi phạm Điều 3(c) của hợp đồng.

Trên thực tế, khi nộp hồ sơ xin cấp Giấy chứng nhận đầu tư ngày 17/7/2008 thì nguyên đơn đã được Sở Kế hoạch và Đầu tư thành phố Hồ Chí Minh cấp giấy hẹn ngày 28/8/2008 là nhận kết quả. Nhưng đến ngày này thì Sở vẫn chưa có kết quả, mãi đến ngày 15/9/2008 (tức khoảng 42 ngày làm việc sau khi nguyên đơn nộp hồ sơ) thì Sở Kế hoạch và Đầu tư thành phố Hồ Chí Minh mới có thư mời đối tác Việt Nam trong dự án và các cơ quan liên ngành họp ngày 18/9/2008 để “Rà soát tình trạng pháp lý khu đất dự án và các chỉ tiêu quy hoạch – kiến trúc của dự án” (thư mời của Sở kế hoạch – Đầu tư thành phố Hồ Chí Minh đính kèm phụ lục 8). Nội dung này cho thấy bộ hồ sơ xin cấp Giấy chứng nhận đầu tư đã đầy đủ, nhưng Sở kế hoạch – Đầu tư thành phố Hồ Chí Minh muốn rà soát lại hai vấn đề, gồm vấn đề đất đai (dùng góp vốn) và vấn đề kiến trúc quy hoạch.

Trên thực tế vướng mắc là việc thực hiện nghĩa vụ tài chính với 387m² đất rạch trong dự án 11.479m² mà đối tác Việt Nam của bị đơn (tức công ty Phúc Lưu Quang) được Ủy ban nhân dân thành phố Hồ Chí Minh điều chỉnh việc giao đất từ công ty Việt Hà sang cho công ty Phúc Lưu Quang theo quyết định số 3336/QĐ-UBND ngày 05/07/2005 (đính kèm phụ lục 9). Phía công ty Phúc Lưu Quang nghĩ rằng mọi nghĩa vụ tài chính với khu đất đã được giải quyết xong khi đã trả đủ tiền chuyển nhượng dự án từ công ty Việt Hà. Tuy nhiên, phía cơ quan có thẩm quyền vẫn cho rằng công ty Phúc Lưu Quang chưa giải quyết xong vấn đề bồi thường đối với phần 387m² đất rạch. Đây là vấn đề xảy ra ngoài dự kiến với phía đối tác Việt Nam của bị đơn. Trong khi đó nghĩa vụ của bị đơn quy định tại Điều 2(b) Hợp đồng là: “Chịu trách nhiệm cung cấp cho bên tư vấn bất kỳ thông tin nào do bên tư vấn yêu cầu hợp lý cũng như mọi thông tin cần thiết khác cần thiết để bên tư vấn có thể thực hiện nghĩa vụ của mình theo hợp đồng này” thì công ty Phúc Lưu Quang không thể cung cấp thông tin phải trả tiền bồi thường phần 387m² đất rạch trong dự án ngay từ đầu đã gây cản trở cho nguyên đơn hoàn thành nghĩa vụ xin được cấp Giấy chứng nhận đầu tư đúng thời hạn theo hợp đồng. Thực tế cũng cho thấy rằng nguyên đơn đã có những nỗ lực vượt bậc sau buổi họp ngày 18/9/2009 với cơ quan ban ngành để giải quyết dứt điểm vấn đề 382m³ đất rạch, nhờ đó mà đến ngày 14/11/2008 Ủy ban nhân dân thành phố Hồ Chí Minh đã có công văn số 7068/UBND-ĐTMT chấp nhận cho Công ty Phúc Lưu Quang nộp ngân sách thành phố số tiền 476.010.000 đồng là tiền bồi thường 387 m² đất rạch (đính kèm phụ lục 10) và chỉ sau đó: 10 ngày thì giấy chứng nhận đầu tư mới được cấp.

Như vậy việc chậm nhận được được giấy chứng nhận đầu tư là không phải do lỗi của nguyên đơn.

Quan trọng hơn, vào ngày 6/10/2008, mặc dù đã trễ hạn 45 ngày đề cập ở Điều 3, điểm c hợp đồng nhưng bị đơn có văn thư gửi cho nguyên đơn xác định rõ ràng rằng bị đơn không quyết định chọn cách chấm dứt hợp đồng (đính kèm phụ lục 11). Câu chữ này được hiểu rằng bị đơn đồng ý để nguyên đơn tiếp tục thực hiện dịch vụ theo hợp đồng đã ký. Mặc dù trong thư bị đơn có nêu “chúng tôi sẽ chấm dứt hợp đồng trong tương lai” nhưng mãi cho đến ngày 19/11/2008 (ngày Giấy chứng nhận đầu tư được cấp) bị đơn không có thông báo nào chấm dứt hợp đồng. Do đó, theo căn cứ quy định tại Điều 526 Bộ luật dân sự về “Tiếp tục thực hiện

hợp đồng dịch vụ”, thì nguyên đơn không bị cho là đã vi phạm về thời hạn ấn định cho việc xin được giấy chứng nhận đầu tư theo quy định của hợp đồng.

Trên cơ sở đó, nguyên đơn cho rằng tuyên bố của bị đơn thông qua ngày 29/12/2008 (do Công ty Luật Mayer Brown JSM Việt Nam ký) thay mặt bị đơn (đính kèm Phụ lục 12). Về việc bị đơn quyết định đơn phương chấm dứt hợp đồng vì cho rằng nguyên đơn vi phạm thời hạn quy định tại Điều 3.c hợp đồng là không có cơ sở. Căn cứ Điều 526 Bộ luật dân sự thì nguyên đơn không vi phạm thời hạn ghi tại Điều 3.c hợp đồng thì bị đơn phải có trách nhiệm thanh toán đủ 30% giá trị hợp đồng cộng lãi suất chậm trả của giai đoạn 1 cho nguyên đơn.

Ngoài ra do đặc thù và yêu cầu của bộ hồ sơ xin cấp phép thực hiện dự án đầu tư, tức là ngay trong giai đoạn xem xét xấp giấy chứng nhận đầu tư được cấp, thì bộ hồ sơ phải có ý kiến chấp thuận trước của các cơ quan chức năng liên quan (trong trường hợp này là ý kiến thể hiện tại công văn của Sở quy hoạch kiến trúc thành phố Hồ Chí Minh, công văn của Ủy ban nhân dân thành phố Hồ Chí Minh yêu cầu Ủy ban nhân dân quận 2 có ý kiến về quy hoạch dự án, công văn trả lời của Ủy ban nhân dân quận 2 và các công văn chấp thuận của Bộ xây dựng, bộ tài nguyên và môi trường về vấn đề góp vốn dự án, đính kèm phụ lục 13). Chính vì vậy, hai nội dung công việc còn lại của hợp đồng (sau khi dự án đã được giấy chứng nhận đầu tư) gồm xin:

Cấp giấy chứng nhận quyền sử dụng lô đất cho Công ty liên doanh

Cấp Giấy phép xây dựng cho 98.000m² diện tích sàn.

Là những công việc mà trên thực tế nó đã được giải quyết xong một cách cơ bản từ giai đoạn xin cấp giấy chứng nhận đầu tư dự án. Do vậy ngay sau khi Giấy chứng nhận đầu tư đã được cấp rồi thì hai nội dung công việc này chỉ còn là vấn đề thời gian và đương nhiên sẽ được các cơ quan ban ngành thành phố Hồ Chí Minh giải quyết nhanh chóng căn cứ vào nội dung giấy chứng nhận đầu tư mà Ủy ban nhân dân thành phố Hồ Chí Minh đã ký. Trên cơ sở đó, nay bị đơn đơn phương chấm dứt hợp đồng không để cho nguyên đơn thực hiện tiếp hai nội dung công việc còn lại là trái pháp luật và trái quy định hợp đồng. Vì vậy nguyên đơn yêu cầu được tiếp tục thực hiện hợp đồng để hoàn thành xong hai nội dung công việc còn lại nói trên. Trong trường hợp bị đơn không đồng ý tiếp tục thực hiện hợp đồng thì trên cơ sở trình bày trên đây rằng hai nội dung công việc còn lại về cơ bản đã được giải quyết xong ở giai đoạn 1 (khi chuẩn bị bộ hồ sơ xin cấp giấy chứng nhận đầu tư) nên nguyên đơn yêu cầu bị đơn phải trả đủ phí dịch vụ theo hợp đồng cho hai nội dung này, tức là 70% phí còn lại tương ứng cho giai đoạn 2 và 3.

Tại phiên tòa sơ thẩm đại diện nguyên đơn đề nghị bị đơn phản hồi bồi thường cho nguyên đơn số tiền gồm:

Giai đoạn 1: Số tiền tương ứng với 30% giá trị hợp đồng gồm: 1.293,413 USD.

Thời gian trả chậm được tính từ ngày 5/12/2008 đến ngày 14/1/2010 là 13 tháng với mức lãi suất huy động tiền gửi ngân hàng USD trung bình của các Ngân hàng hiện nay là 3%/năm và bộ Luật Dân sự cho phép lãi suất chậm trả được tính bằng 150% lãi suất trung bình nên mức lãi suất chậm trả được áp dụng là 4,5%/năm theo đó thì số tiền lãi chậm trả là 63.053 USD.

Tổng cộng phí dịch vụ giai đoạn 1 cả gốc lẫn lãi là: 1.356.466 USD

Đề nghị cho biết tiếp tục giai đoạn 2 và 3 của hợp đồng kinh tế mà 2 bên đã ký kết. Nếu không tiếp tục thực hiện hợp đồng thì yêu cầu bên đơn phải thanh toán phí dịch vụ giai đoạn 2 là 60% giá trị hợp đồng, tương đương 2.586.825 USD.

Tổng cộng số tiền bồi thường các khoản mà Công ty Hồng Kong yêu cầu công ty Eta Star phải thanh toán là 3.943.291 USD.

Bị đơn có lời khai trình bày: Ngày 21/5/2009 Công ty Eta Star International Limited (viết tắt là ETA) và Công ty trách nhiệm hữu hạn Phúc Lưu Quang (viết tắt là PLQ) ký kết hợp đồng tư vấn với Công ty Trách nhiệm hữu hạn thương mại dịch vụ Hồng Kông (viết tắt là HKTS) là nhà đầu tư lần đầu đầu tư tại Việt Nam, ETA không biết các thủ tục, quy định và quy tắc cần để thực hiện dự án phát triển của mình. HKTS đề nghị cung ứng các dịch vụ tư vấn nhằm giải quyết các vấn đề này để ETA có thể thực hiện dự án phát triển của mình càng nhanh càng tốt. ETA đã thông báo cho HKTS rằng thời gian là yếu tố quan trọng và HKTS đã thỏa thuận sẽ xin được giấy phép dưới đây thay mặt cho Công ty liên doanh ETA/PLQ (viết tắt là CTLD).

a. Giấy chứng nhận đầu tư cho dự án thành lập CTLD trong thời hạn 45 ngày làm việc kể từ ngày nộp xin cấp giấy chứng nhận đầu tư.

b. Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất cho CTLD trong thời hạn 60 ngày dương lịch kể từ ngày cấp giấy chứng nhận đầu tư.

c. Giấy phép xây dựng cho dự án của CLLD trong thời hạn 45 ngày dương lịch kể từ ngày nộp hồ sơ xin cấp Giấy phép xây dựng.

Hồ sơ của CTLD xin cấp giấy chứng nhận đầu tư được nộp cho Sở kế hoạch đầu tư thành phố Hồ Chí Minh ngày 17/07/2008. Như vậy theo Điều 3(c) trong hợp đồng, HKTS có nghĩa vụ xin được giấy chứng nhận đầu tư cho dự án thành lập CTLD chậm nhất là ngày 19/9/2008 (hạn chót cấp giấy chứng nhận đầu tư). Hợp đồng cũng quy định rõ ràng rằng nếu HKTS không xin được giấy chứng nhận đầu tư “Trong thời hạn quy định” thì phần phí dịch vụ liên quan đến việc xin giấy chứng nhận đầu tư sẽ không được thanh toán.

Ngày 19/11/2008, hai tháng sau hạn chót cấp giấy chứng nhận đầu tư và không có sự hỗ trợ của HKTS và bằng sự can thiệp đáng kể của ETA và PLQ, giấy chứng nhận đầu tư số 411022000342 (GCNĐT) cuối cùng đã được cấp cho CTLD cho dự án đầu tư có tên ETASTAI

Đề nghị Tòa án tuyên bố hợp đồng vô hiệu do nguyên đơn đã không tiến hành kinh doanh theo đúng giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh của nguyên đơn: Điều 9.1 luật Doanh nghiệp quy định rằng một doanh nghiệp có nghĩa vụ “Hoạt động kinh doanh theo đúng ngành, nghề đã ghi trong giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh” Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh của nguyên đơn không hề ghi nguyên đơn có chức năng cung ứng các dịch vụ tư vấn bất động sản, tuy nhiên HKTS đã đồng ý cung ứng các dịch vụ đó cho ETA theo hợp đồng. Do đó, có thể thấy rằng các hoạt động của nguyên đơn đã không được cấp phép hợp lệ và do đó vi phạm điều cấm này của pháp luật là có cơ sở để đề nghị Tòa án tuyên bố hợp đồng vô hiệu. Điều 128 của Bộ luật dân sự Việt Nam quy định rằng: “Giao dịch dân sự có mục tiêu và nội dung vi phạm điều cấm của pháp luật thì vô hiệu”. Do đó, đề nghị Tòa án tuyên bố hợp đồng vô hiệu bởi vì nguyên đơn đã vi phạm điều cấm của pháp luật do không tiến hành kinh doanh theo đúng nội dung ghi trong giấy phép đăng ký kinh doanh.

Hậu quả pháp lý của việc hợp đồng bị vô hiệu được quy định tại Điều 137 của Bộ Luật dân sự là “Khi giao dịch dân sự vô hiệu thì các bên khôi phục lại tình trạng ban đầu, hoàn trả cho nhau những gì đã nhận”. Trong trường hợp này ETA đã không nhận được bất kỳ điều gì có giá trị từ HKTS như kết quả của việc ký kết hợp đồng. Do đó, đề nghị Tòa án cho các bên khôi phục tình trạng ban đầu bằng cách tuyên bố hợp đồng vô hiệu.

Đề nghị Tòa án tuyên hợp đồng vô hiệu bởi vì nguyên đơn đã dẫn dụ bị đơn ký kết hợp đồng bằng cách lừa dối: Điều 132 của Bộ luật Dân sự quy định rằng hành vi cố ý lừa dối của một bên nhằm làm cho bên kia xác lập giao dịch là cơ sở để tuyên bố vô hiệu giao dịch đó. Trong trường hợp này, bị đơn bị lừa dối ký kết hợp đồng bằng các khẳng định được làm sai lệch một cách cố ý và những khó khăn trong việc xin được phê chuẩn của Nhà nước để thực hiện dự án của bị đơn tại Việt Nam. Nguyên đơn sử dụng những khẳng định sai lệch này để biện minh và dẫn dụ bị đơn đồng ý mức phí tư vấn quá cao theo hợp đồng. Ngoài ra nguyên đơn còn trình bày sai lệch một cách cố ý và nghiêm trọng sự kiện nguyên đơn có kinh nghiệm và chuyên môn cần thiết để cung cấp cho bị đơn chất lượng dịch vụ theo yêu cầu tại Hợp đồng. Do đó, đề nghị tòa án tuyên hợp đồng vô hiệu vì nguyên đơn đã lừa dối bị đơn bằng cách khẳng định sai lệch cố ý và bị đơn đã ký hợp đồng dựa trên các khẳng định sai lệch đó.

Đề nghị Tòa án tuyên chấm dứt hợp đồng bởi vì nguyên đơn không thực hiện đúng hợp đồng hoàn toàn giải trừ cho bị đơn khỏi nghĩa vụ hợp đồng đối với nguyên đơn:

- Việc không thực hiện thứ nhất: Việc nguyên đơn không xin được giấy chứng nhận đầu tư theo hợp đồng hoàn toàn giải trừ cho bị đơn khỏi nghĩa vụ hợp đồng của bị đơn đối với nguyên đơn. Điều 3(c) của hợp đồng quy định rằng nguyên đơn phải xin được Giấy chứng nhận đầu tư, Giấy chứng nhận đầu tư chưa được cấp đúng tên liên doanh. Do đó nguyên đơn đã vi phạm nghiêm trọng hợp đồng.

ETA thuê HKTS cụ thể là cho mục đích xem xét cẩn trọng hồ sơ xin cấp giấy chứng nhận đầu tư cho CTLD và lấy được giấy chứng nhận đầu tư trong một khoảng thời gian quy định. ETA đã nhấn mạnh rằng thời gian là yếu tố quan trọng và HKTS đã sẵn lòng ký kết hợp đồng với nhận thức đó, ETA hành động theo sự ủy thác nghiêm ngặt là phải thực hiện dự án càng sớm càng tốt, do đó ETA đã thuê nguyên đơn với kỳ vọng là nguyên đơn có thể lấy được giấy chứng nhận đầu tư theo hạn chót cấp giấy chứng nhận đầu tư. Nguyên đơn đã đồng ý bị ràng buộc bởi thời gian nghiêm ngặt quy định tại Điều 6.2 của hợp đồng. Ngoài ra, theo Điều 82 của Luật thương mại, nguyên đơn có nghĩa vụ tuân thủ thời hạn đã thỏa thuận trong hợp đồng. Việc nguyên đơn không xin được Giấy chứng nhận đầu tư theo hạn chót cấp giấy chứng nhận đầu tư đã vi phạm nghiêm trọng hợp đồng và Tòa án có thể thấy rằng vi phạm đó hoàn toàn giải trừ cho bị đơn khỏi nghĩa vụ hợp đồng đối với nguyên đơn.

- Việc không thực hiện thứ hai: Nguyên đơn đã vi phạm các nghĩa vụ theo quy định của Luật thương mại đối với bên cung ứng dịch vụ do đó Tòa án có thể thấy rằng các vi phạm đó hoàn toàn giải trừ cho bị đơn khỏi nghĩa vụ hợp đồng đối với nguyên đơn: Luật thương mại là văn bản pháp luật liên quan cần được áp dụng trong vụ kiện này, luật thương mại áp dụng cho các doanh nghiệp hoạt động thương mại trong toàn lãnh thổ Việt Nam. Theo Điều 3.9 của Luật thương mại, hoạt động thương mại bao gồm cung cấp các dịch vụ theo hợp đồng. Cả ETA lẫn HKTS đều là doanh nghiệp và hợp đồng tư vấn giữa ETA và HKTS đáp ứng định

nghĩa hoạt động thương mại tại Việt Nam. Do đó rõ ràng rằng Luật thương mại là văn bản pháp luật đầu tiên xin Tòa án áp dụng để xác định các quyền và nghĩa vụ các bên trong tranh chấp này.

Nguyên đơn đã không tuân thủ các nghĩa vụ sau đây với tư cách là Bên cung ứng dịch vụ theo Luật thương mại:

Điều 78.1 Nghĩa vụ của các bên cung ứng dịch vụ; Điều 79 nghĩa vụ của các bên cung ứng dịch vụ trên cơ sở kết quả thực tiễn; Điều 82 thời hạn hoàn thành dịch vụ, căn cứ vào các hành vi vi phạm của nguyên đơn đối với các điều trên, Tòa án có thể thấy rằng các vi phạm đó hoàn toàn giải trừ cho bị đơn khỏi các nghĩa vụ hợp đồng đối với nguyên đơn.

Bị đơn đã chấm dứt hợp đồng một cách hợp pháp bằng thư của bị đơn ngày 29/12/2008 và do đó yêu cầu được tiếp tục thực hiện dịch vụ là không có cơ sở pháp lý hoặc cơ sở theo luật công bằng. Sau khi đã nộp đơn của Công ty liên doanh xin cấp giấy chứng nhận đầu tư ngày 17/7/2008, bị đơn không nhận được bất kỳ thông tin liên lạc nào của nguyên đơn về tình hình xin chấp giấy chứng nhận đầu tư. Khi gần đến hạn chót cấp giấy chứng nhận đầu tư, bị đơn đã không nhận được thông tin cập nhật hình hình nào từ nguyên đơn và nguyên đơn cũng không yêu cầu gia hạn. Hạn chót cấp giấy chứng nhận đầu tư, đã quá hạn chót cấp giấy chứng nhận đầu tư, nguyên đơn vẫn không liên lạc với bị đơn về việc quá hạn đó. Do đó, ngày 6/10/2008, bị đơn gửi thư cho nguyên đơn thông báo cho nguyên đơn biết rằng việc thanh toán liên quan đến việc xin cấp giấy chứng nhận đầu tư sẽ không được thực hiện do nguyên đơn đã vi phạm Điều 3(c) của hợp đồng một cách không thể khắc phục. Sau khi ETA gửi thư đề ngày 06/10/2008, ETA trên tinh thần thiện chí, đã cho phép HKTS tiếp tục thực hiện phần còn lại của các dịch vụ theo hợp đồng (cụ thể để lấy chứng nhận quyền sử dụng đất và giấy phép xây dựng). Tuy nhiên, HKTS đã gửi thư cho ETA thư đề ngày 19/11/2008, qua đó nguyên đơn đề nghị chấm dứt hợp đồng và đề xuất Eta thuê Công ty xây dựng Kiến Dung thực hiện các dịch vụ còn lại. Sau đó, bị đơn nhận được thư đề ngày 20/12/2008 của nguyên đơn cho thấy nguyên đơn không có ý định thực hiện các dịch vụ cần thiết để lấy giấy chứng nhận quyền sử dụng đất và giấy phép xây dựng.

Nhận được thư ngày 29/11/2008 và thư ngày 20/12/2008, bị đơn chỉ có thể giả định rằng nguyên đơn đã ngừng cung ứng đã lâu các dịch vụ theo hợp đồng. Sau đó bị đơn đã chấm dứt hợp đồng bằng thư ngày 29/12/2009 (thư chấm dứt hợp đồng) gửi HKTS trên cơ sở nguyên đơn đã vi phạm nghiêm trọng Điều 3(c) của hợp đồng nói trên và việc nguyên đơn không cung cấp bất kỳ dịch vụ nào cho bị đơn theo quy định tại hợp đồng.

Do đó, có thể thấy rằng việc nguyên đơn vi phạm nghiêm trọng Điều 3(c) của hợp đồng và việc nguyên đơn ngừng cung cấp dịch vụ theo hợp đồng là có cơ sở hợp đồng hợp lệ để ETA chấm dứt hợp đồng một cách hợp pháp và ngoài ra, bất kỳ yêu cầu đòi bồi thường nào cho việc tiếp tục thực hiện các dịch vụ đều không có cơ sở pháp lý hoặc cơ sở theo luật công bằng.

Tại phiên tòa đại diện của bị đơn cho rằng

Yêu cầu của bị đơn đề nghị Tòa án tuyên hợp đồng vô hiệu do nguyên đơn đã không tiến hành kinh doanh theo đúng Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh là không có giá trị, nguyên đơn đã phân biệt không đúng giữa Nghĩa vụ và Điều cấm khi mà trong thực tế, không có sự

phân biệt đó. Việc nguyên đơn không tuân thủ Điều 9.1 của Luật doanh nghiệp nên xem là vi phạm một nghĩa vụ hoặc việc vi phạm đó có thể xem là vi phạm một điều cấm là không có liên quan.

Điều 128 Bộ Luật Dân sự năm 2005 quy định “giao dịch dân sự có mục đích và nội dung vi phạm điều cấm của pháp luật, trái đạo đức xã hội thì vô hiệu”. Ở đây nguyên đơn đã vi phạm điều cấm của pháp luật.

Lập luận của bị đơn là bị lừa dối khi giao kết hợp đồng là không có tính thuyết phục: Nguyên đơn cho rằng các bên đã ký kết hợp đồng tư vấn một cách tự nguyện để củng cố lập luận này, nguyên đơn nói rằng các bên đã ký kết một hợp đồng ký quỹ trong đó ngân hàng Hồng Kong Thượng Hải (HSBC) là đại lý ký quỹ. Tuy nhiên bị đơn cho rằng việc ký kết hợp đồng ký quỹ này không có liên quan gì đến việc bị đơn bị dẫn dụ giao kết hợp đồng tư vấn. Nếu không vì các khẳng định sai lạc cố ý của nguyên đơn về những khó khăn trong việc xin các phê duyệt cần thiết của cơ quan nhà nước để thực hiện dự án phát triển của bị đơn tại Việt Nam thì bị đơn đã ngay từ đầu không ký kết hợp đồng tư vấn. Hợp đồng ký quỹ được ký kết sau đó chỉ có mục đích thực hiện một điều khoản thương mại trong Hợp đồng tư vấn. Đề nghị Tòa án xem xét việc nguyên đơn đưa hợp đồng ký quỹ như bằng chứng về ý định của các bên là không có tính thuyết phục vì không đưa ra tình tiết hoặc chứng cứ nào mới để bác lại lập luận của bị đơn bị lừa dối khi giao kết hợp đồng.

Ngoài ra, nguyên đơn còn khẳng định một cách không phù hợp và không đúng là bị đơn sẽ bán căn hộ hoàn chỉnh với giá từ 1.500 đến 2.000 USD mỗi mét vuông, từ đó suy ra mức phí tư vấn không cao. Bị đơn bác bỏ giả định vô căn cứ này của nguyên đơn.

Phản bác của nguyên đơn đối với lập luận của bị đơn cần áp dụng luật Thương mại là không thuyết phục.

Lập luận của nguyên đơn thực hiện nội dung dịch vụ đã được gia hạn là không thuyết phục.

Cáo buộc của nguyên đơn cho rằng bị đơn nộp “chứng cứ giả mạo” cho quý Tòa là có thể bị kiện.

Tổng số tiền nguyên đơn yêu cầu đã được thổi phồng do phí tư vấn theo hợp đồng được dự tính trên cơ sở tổng diện tích sàn xây dựng xin được báo cho dự án: Điều 6.1 của hợp đồng tư vấn quy định rằng phí dịch vụ được thanh toán cho nguyên đơn theo tổng diện tích sàn xây dựng được chấp thuận cho dự án. Nếu tổng diện tích sàn xây dựng giảm đi 1% (từ 95.000 m²) thì phí cũng được giảm đi 1%” Tổng diện tích sàn xây dựng cuối cùng cho dự án chỉ có 80.479 m², nghĩa là giảm đi 15% theo quy định Điều 6.1. Do vậy giá trị thực tế của hợp đồng chỉ tối đa bằng 3.664.668,75 USD (được tính từ 4.311.375 USD x 85%), nguyên đơn bỏ 10% cuối cùng vào chi phí tư vấn. Như vậy xét nội dung của Điều 6.1 và văn bản của nguyên đơn ngày 27/10/2009, giá trị chi phí tối đa mà nguyên đơn có thể yêu cầu thanh toán là 3.298.201,88 USD (ba triệu hai trăm chín mươi tám ngàn hai trăm linh một đô la Mỹ và tám mươi tám xu, được tính từ 3.664.668,75 USD x 90%).

Do đó bị đơn đề nghị Tòa án xem xét về mặt tổn thất về mặt tài chính của bị đơn do việc nguyên đơn không xin được tổng diện tích sàn xây dựng ở mức tối thiểu 95.000 m², thực tế

chỉ xin được cho dự án ít hơn mức tối thiểu, vì thế mô hình tài chính của bị đơn bị ảnh hưởng bất lợi.

Đề nghị Tòa án nhân dân thành phố Hồ Chí Minh chấp thuận các yêu cầu sau đây của bị đơn và bác bỏ toàn bộ các yêu cầu của nguyên đơn:

1. Đề nghị Tòa án tuyên Hợp đồng vô hiệu bởi vì nguyên đơn đã không tiến hành các hoạt động kinh doanh theo đúng giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh của nguyên đơn.
2. Đề nghị Tòa án tuyên hợp đồng vô hiệu bởi vì nguyên đơn đã lừa dối bị đơn giao kết hợp đồng.
3. Mặt khác, đề nghị Tòa án tuyên hợp đồng chấm dứt vì việc nguyên đơn không thực hiện hợp đồng hoàn toàn giải trừ bị đơn khỏi các nghĩa vụ hợp đồng đối với nguyên đơn.
4. Bị đơn đã chấm dứt hợp đồng một cách hợp pháp bằng thư ngày 29/12/2008 và do đó, yêu cầu đòi tiếp tục thực hiện các dịch vụ là không có cơ sở pháp lý.
5. Nguyên đơn đã không lấy được giấy chứng nhận đầu tư theo Điều 3(c) của hợp đồng tư vấn ngày 21/5/2008, do đó bị đơn không có nghĩa vụ thanh toán cho nguyên đơn bất kỳ khoản phí nào liên quan đến việc cấp Giấy chứng nhận đầu tư.
6. Bị đơn đã không hề gây ra hoặc dưới bất kỳ hình thức nào góp phần làm chậm trễ các nỗ lực xin cấp giấy chứng nhận đầu tư của nguyên đơn
7. Yêu cầu của nguyên đơn được tiếp tục thực hiện hợp đồng tư vấn hoặc thay vào đó, được thanh toán giá trị còn lại của hợp đồng tư vấn (không kể phần xin Giấy chứng nhận đầu tư) là không có cơ sở pháp lý.

Tại phiên tòa đại diện của nguyên đơn cho rằng:

Nguyên nhân của hợp đồng thực hiện chậm là do bộ hồ sơ của Công ty ETA được khẳng định ngay từ lúc đầu được gọi là đầy đủ. Nguyên nhân hợp đồng không thực hiện đúng 45 ngày là do sự chậm trễ trong khâu quy hoạch là do cần phải kiểm tra tính hợp pháp của dự án của Sở kế Hoạch đầu tư và các ngành chức năng.

Nguyên nhân là do mảnh đất góp vốn vào Công ty liên doanh của một đối tác của Công ty liên doanh là Công ty Phúc Lưu Quang chưa được cấp giấy chứng nhận quyền sử dụng đất (Bìa đỏ). Về nguyên tắc phía bị đơn phải cung cấp cho nguyên đơn đầy đủ giấy tờ để nguyên đơn làm thủ tục nhưng phía bị đơn cung cấp cho nguyên đơn các giấy tờ như quyết định cấp đất của cơ quan nhà nước có thẩm quyền, các quyết định của cơ quan nhà nước về miễn thuế. Mãi đến tháng 12/2008 Công ty TNHH Phúc Lưu Quang mới được cấp bìa đỏ đối với mảnh đất nói trên. Và giấy đỏ được cấp ngày 05/12/2008 ngày sau khi Giấy chứng nhận đầu tư được cấp ngày 19/11/2008.

Hợp đồng tư vấn ngày 21/5/2008 không thể bị xem là giao dịch dân sự vô hiệu theo quy định tại Điều 128 Bộ luật dân sự.

Lập luận vô hiệu vì lý do vi phạm điều cấm của pháp luật.

Bị đơn cho rằng theo giấy đăng ký kinh doanh thì Công ty Hồng Kông (nguyên đơn) chỉ có chức năng “Môi giới bất động sản” nhưng nguyên đơn lại ký hợp đồng cung cấp dịch vụ tư vấn bất động sản, nên hợp đồng đó bị coi là vô hiệu. Cụ thể theo bị đơn khi kinh doanh như vậy thì nguyên đơn đã vi phạm nghĩa vụ doanh nghiệp là phải “hoạt động kinh doanh theo

đúng ngành nghề đã ghi trong giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh”. Từ đây bị đơn suy diễn rằng việc nguyên đơn cung cấp dịch vụ tư vấn bất động sản là vi phạm điều cấm của pháp luật nên hợp đồng dân sự bị vô hiệu theo quy định tại Điều 128 Bộ luật dân sự.

Kết luận như vậy là bị đơn đã không tìm hiểu hết quy định của Luật Doanh nghiệp để phân biệt thế nào là “điều cấm” quy định tại khoản 1 Điều 9 Luật Doanh nghiệp. Còn điều cấm mà bị đơn nói đều là được quy định tại Điều 11 Luật Doanh nghiệp và điều này chỉ cấm đối với các hành vi sau:

- Kinh doanh dưới hình thức doanh nghiệp mà không có đăng ký kinh doanh (khoản 2);
- Hoạt động trái pháp luật, lừa đảo, kinh doanh các ngành nghề cấm kinh doanh (khoản 5);
- Kinh doanh ngành nghề kinh doanh có điều kiện khi chưa đủ các điều kiện kinh doanh theo quy định của pháp luật (khoản 6).

Trường hợp của nguyên đơn không rơi vào bất cứ “điều cấm” nào nêu trên.

Lập luận vô hiệu vì bị đơn bị lừa dối khi giao kết hợp đồng với nguyên đơn: Công ty ETA Star International Limited là một công ty liên doanh bất động sản có tầm cỡ quốc tế, có hoạt động đầu tư ở nhiều quốc gia trên thế giới trước khi đến Việt nam. Khi vào tìm hiểu điều kiện, môi trường đầu tư ở Việt nam thì công ty này cũng đã nghiên cứu và tham vấn ý kiến luật sư nên không thể nói họ thiếu thông tin và không biết gì về thủ tục đầu tư ở Việt Nam để rồi bị nguyên đơn “lừa dối” ký kết hợp đồng tư vấn với chi phí cao. Việc ký hợp đồng là hai bên hoàn toàn tự nguyện, thể hiện ý chí của hai bên. Hai bên không chỉ ký 1 hợp đồng mà ký 2 hợp đồng. Đó là hợp đồng tư vấn này và một hợp đồng tay ba mở tài khoản lý quỹ với một ngân hàng toàn cầu nổi tiếng là Ngân hàng Hồng Kông Thượng Hải (HSBC) tại thành phố Hồ Chí Minh. Điều đó cho thấy quyết tâm của cả hai bên về việc thực hiện hợp đồng đã giao kết nên không thể có sự nhầm lẫn hay lừa dối nào ở đây.

Riêng về chi phí dịch vụ, tại Điều 6.1 của Hợp đồng đã ghi rõ: Phí tư vấn là tính theo tổng m² sàn xây dựng mà nguyên đơn xin được cho dự án, với 1 m² sàn có giá trị là 45,38 USD (với diện tích sàn xây dựng mà nguyên đơn cam kết xin được cho bị đơn là 95.000 m², nên chi phí dịch vụ tương đương 4.311.375 USD). Giá p hí dịch vụ dự án chung cư cao tầng 1 m² = 45,38 USD là mặt bằng giá chung trên thị trường bất động sản tại thời điểm đó, nó hoàn toàn không cao nếu tính rằng mỗi m² căn hộ cao cấp của bị đơn sau này bán với giá 1.500 đến 2.000 USD.

Về áp dụng pháp luật để điều chỉnh quan hệ tranh chấp.

Tại khoản 2 Điều 4 Luật thương mại về “Áp dụng luật thương mại và pháp luật có liên quan” đã quy định rõ: “Hoạt động thương mại đặc thù được quy định trong luật khác thì áp dụng quy định của luật đó”. Đề nghị áp dụng Luật kinh doanh bất động sản và Bộ luật dân sự để giải quyết.

Về thời hạn thực hiện nội dung dịch vụ xin Giấy chứng nhận đầu tư:

Bị đơn nêu trong bản tự khai rằng: “Sau khi ETA gửi thư ngày 6/10/2008 ETA, trên tinh thần thiện chí, đã cho phép nguyên đơn tiếp tục thực hiện phần còn lại của dịch vụ theo Hợp đồng (cụ thể để lấy giấy chứng nhận quyền sử dụng đất và giấy phép xây dựng”. (trích điểm 4 Mục II bản tự khai).

Nếu thông báo kết thúc tại phần đầu thì có thể hiểu rằng thông điệp của bị đơn là sẽ không trả tiền cho nguyên đơn cho dù nguyên đơn có tiếp tục công việc xin Giấy chứng nhận đầu tư hay không. Nhưng thực tế thì Thông báo còn có phần sau và phần sau này lại nêu: “Ngoài ra, theo Điều 7.3 của Hợp đồng, chúng tôi sẽ có quyền chấm dứt hoàn toàn hợp đồng. Vào thời điểm này, chúng tôi không quyết định chọn cách chấm dứt hợp đồng, tuy nhiên chúng tôi có quyền chấm dứt Hợp đồng trong tương lai khi bên tư vấn vi phạm các nghĩa vụ của mình tại điều 3(c)”.

Ngoài ra, việc bị đơn cho phép nguyên đơn tiếp tục thực hiện dịch vụ xin giấy chứng nhận đầu tư sau thông báo ngày 6/10/2008 còn thể hiện ở việc bị đơn đồng ý nhận Giấy chứng nhận đầu tư từ nguyên đơn ngay sau khi Giấy này được cơ quan có thẩm quyền cấp. Nói cách khác, bị đơn đã chấp nhận kết quả dịch vụ do nguyên đơn thực hiện vì nội dung giấy phép đã đáp ứng mọi tiêu chí dự án mà hợp đồng quy định về “Tiếp tục hợp đồng dịch vụ” thì thời hạn của phần công việc giai đoạn 1 (xin Giấy chứng nhận đầu tư được cấp). Do vậy, nguyên đơn hoàn toàn không có hành vi vi phạm hợp đồng nên nghĩa vụ của bị đơn là phải trả đủ chi phí dịch vụ theo hợp đồng cho nguyên đơn và để cho nguyên đơn tiếp tục thực hiện các giai đoạn 2 và 3 của Hợp đồng.

Bị đơn cho rằng nguyên đơn đã có văn bản chủ động đề nghị chấm dứt Hợp đồng và đề xuất bị đơn thuê Công ty xây dựng Kiến Dựng thực hiện công đoạn còn lại là căn cứ vào chứng cứ giả. Bị đơn xuất trình cho Tòa án văn bản ngày 19/11/2008 của nguyên đơn gửi cho bị đơn, nguyên đơn cho rằng văn bản này là giả, là không hợp lệ. Cụ thể văn bản này được chuyển đến bị đơn không phải bằng đường email (thư điện tử) nhưng lại không có chữ ký của đại diện bên nguyên đơn và cũng không có con dấu xác nhận của nguyên đơn. Nội dung của bức thư này cũng rất vô lý, vì không có lý do gì để nguyên đơn đề xuất bị đơn đồng ý cho Công ty xây dựng Kiến Dựng làm tiếp công việc còn lại và càng vô lý hơn, khi việc thanh toán (30% giá trị hợp đồng) được chuyển vào tài khoản chung của nguyên đơn và Công ty xây dựng Kiến Dựng. Rõ ràng, việc cung cấp chứng cứ này là sự câu kết của bị đơn với một số cá nhân của công ty xây dựng Kiến Dựng với ý đồ buộc nguyên đơn phải rút khỏi hợp đồng để họ hưởng lợi toàn bộ 70% giá trị còn lại của hợp đồng.

Tại phiên tòa, người bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của người có quyền lợi và nghĩa vụ liên quan cho rằng: Giai đoạn 1 của hợp đồng Công ty TNHH Hồng Kông và Công ty Eta Star International Limited hợp đồng được thực hiện là do ông Nguyễn Ngọc Tấn thực hiện. Sau khi có hợp đồng trên hợp đồng tư vấn giữa bà Hiền và ông Tuấn đã được ký kết ngày 31/10/2008, hợp đồng ký phải hoàn thành trong thời hạn 7 ngày kể từ ngày có công văn của Sở kế hoạch đầu tư thành phố Hồ Chí Minh chuyển cho UBND thành phố Hồ Chí Minh ngày 13/11/2008. Ông Tuấn đã thực hiện xong việc cấp giấy phép đầu tư chỉ trong thời hạn có 6 ngày. Nay ông đề nghị Công ty Eta Star International Limited phải thanh toán trả trực tiếp cho ông không thông qua bà Hiền, số tiền gốc là 3 tỷ đồng Việt Nam và tiền lãi là 390.000.000 đồng. Tổng cộng số tiền là 3.390.000.000 đồng.

XÉT THẤY:

Về hình thức:

Về áp dụng luật hình thức:

Xét hợp đồng kinh tế đã được các bên ký kết giữa một bên là Công ty TNHH dịch vụ thương mại Hồng Kông và một bên là Công ty Eta Star International Limited hội đồng xét xử thấy rằng đây là tranh chấp về kinh doanh thương mại thuộc thẩm quyền của Tòa án bởi vì căn cứ Khoản 4 Điều 29 Bộ luật Tố tụng thì tranh chấp này có đủ 2 điều kiện:

Đây là tranh chấp về kinh doanh thương mại theo định nghĩa của Luật – có quy định cụ thể trong Luật thương mại lẫn trong luật chuyên ngành nhưng phát sinh trong hoạt động thương mại (là hoạt động mà các bên tham gia đều nhằm mục đích lợi nhuận theo định nghĩa tại Khoản 1 Điều 3 của Luật Thương mại 2005. Mặt khác theo hướng dẫn tại điểm b tiểu mục i.1 mục 1 phần 1 của Nghị quyết số 01/2005/NQ-HĐTP ngày 31/3/2005 của Hội đồng thẩm phán Tòa án nhân dân Tối cao quy định và theo quy định tại Điều 2, Điều 7 của Luật thương mại năm 2005 thì các tranh chấp này không đòi hỏi điều kiện các bên phải có đăng ký kinh doanh (mà chỉ cần điều kiện các bên đều có mục đích lợi nhuận) do đó tranh chấp này là tranh chấp kinh doanh thương mại.

Theo quy định tại Điều 317 Luật thương mại năm 2005 vụ án thuộc thẩm quyền của Tòa án.

Theo quy định tại Khoản 4 Điều 29, Điểm a Khoản 1 Điều 34, Điều 35 Bộ luật tố tụng dân sự vụ án thuộc thẩm quyền của Tòa án nhân dân thành phố Hồ Chí Minh.

Trong vụ án này còn có người có quyền lợi và nghĩa vụ liên quan là ông Nguyễn Ngọc Tuấn có đơn khởi kiện bà Nguyễn Thị Thanh Hiền có ký hợp đồng dịch vụ với ông để ông làm thủ tục xin cấp Giấy phép đầu tư cho bị đơn nay ông đã có đơn khởi kiện tại Tòa án nhân dân quận 3, thành phố Hồ Chí Minh. Ông đã có đơn đề nghị nhập vụ án về Tòa án nhân dân thành phố Hồ Chí Minh để giải quyết dứt điểm trong cùng một vụ án và Tòa án nhân dân quận 3 đã có quyết định số 23/2009/QĐST-DS-CVA ngày 17/9/2009 chuyển vụ án về Tòa án nhân dân thành phố Hồ Chí Minh quyết, đồng thời ông đã có đơn khởi kiện bổ sung ngày 16/12/2009 gửi Tòa án nhân dân thành phố Hồ Chí Minh. Nhưng xét quan hệ pháp luật giữa đương sự trong vụ kiện, nguyên đơn trong vụ kiện này là Công ty trách nhiệm hữu hạn thương mại dịch vụ Hồng Kông và bị đơn là công ty Eta Star International Limited còn bà Hiền chỉ là một cá nhân nằm trong Công ty Trách nhiệm hữu hạn thương mại dịch vụ Hồng Kông. Do đó, Tòa án nhân dân thành phố Hồ Chí Minh đã có quyết định số 3420/QĐST-KDTM 26/11/2009 chuyển vụ án về Tòa án nhân dân quận 3 để giải quyết theo quyền. Do đó, để đảm bảo quyền và lợi ích của các đương sự cần tách hợp đồng giữa ông Nguyễn Ngọc Tuấn và bà Nguyễn Thị Thanh Hiền đã quyết thành vụ kiện khác theo thẩm quyền. Mặt khác trong vụ án này, Nguyễn Ngọc Tuấn không nộp tiền tạm ứng án phí sơ thẩm nên Tòa án không xét yêu cầu của ông Tuấn với tư cách là người có quyền lợi và nghĩa vụ liên quan có yêu cầu độc lập.

Về việc áp dụng luật nội dung:

Xét quan hệ hợp đồng kinh tế đã được các bên ký kết hội đồng xét xử thấy rằng: Đây là hợp đồng dịch vụ được quy định tại Điều 518 đến 526 Bộ luật dân sự. Do đó, theo quy định của pháp luật, khi luật chuyên ngành là Luật thương mại năm 2005 không có chế định quy định cụ thể điều chỉnh các quan hệ liên quan đến hợp đồng dịch vụ thì phải áp dụng quy định của Bộ luật dân sự. Do đó khi áp dụng cần thiết phải áp dụng chế tài liên quan đến Luật thương mại và Bộ luật dân sự để điều chỉnh quan hệ pháp luật nêu trên .

Về nội dung: Xét hợp đồng dịch vụ đã được các bên ký kết với đề là: “Hợp đồng tư vấn” giữa đại diện một bên là Liên doanh giữa Công ty Eta Star International Limited với Công ty TNHH Phúc Lưu Quang (Gọi là Công ty) và một bên là đại diện Công ty Trách nhiệm hữu hạn thương mại dịch vụ Hồng Kông (gọi tắt là bên Tư vấn), hợp đồng được ký kết ngày 21/5/2008. Trong đó quy định quyền và nghĩa vụ của các bên tham gia quan hệ hợp đồng. Hợp đồng được lập thành 2 bản chính bằng tiếng Anh và hai bản chính bằng tiếng Việt để mỗi bên giữ một bản chính.

Đây là hợp đồng kinh tế được điều chỉnh bằng quan hệ Luật thương mại và Bộ luật dân sự năm 2005. Trong quá trình ký kết hợp đồng một bên Công ty trách nhiệm hữu hạn thương mại dịch vụ Hồng Kông tại thời điểm ký kết hợp đồng không có chức năng kinh doanh tư vấn nên theo yêu cầu của bị đơn đề nghị tuyên bố giao dịch trên là vô hiệu, xét yêu cầu của các đương sự căn cứ vào các tài liệu có trong hồ sơ đối chiếu với Điều 122 Bộ luật dân sự: **hội đồng xét xử thấy rằng nguyên đơn đã ký kết hợp đồng kinh tế nêu trên là** chưa đủ điều kiện nhưng không vi phạm điều cấm của pháp luật được quy định tại Nghị định của Chính phủ số 59/2006/NĐ-CP ngày 12/6/2006. Nghị định quy định chi tiết Luật thương mại về hàng hóa, dịch vụ cấm kinh doanh, hạn chế kinh doanh và kinh doanh có điều kiện. Mặt khác, hiện nay nguyên đơn đã được cấp bổ sung ngành nghề kinh doanh hoạt động tư vấn đầu tư do Sở kế hoạch đầu tư cấp do đó căn cứ theo điểm b, khoản 1 Nghị quyết số 04/2003/NQ-Hội đồng thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao ngày 27/5/2003 hướng dẫn áp dụng một số quy định của pháp luật trong việc giải quyết các vụ án kinh tế không coi hợp đồng kinh tế trên là vô hiệu. Do đó yêu cầu của bị đơn đề nghị Tòa án tuyên bố hợp đồng kinh tế trên là vô hiệu là không có cơ sở và không được chấp nhận.

Quá trình thực hiện hợp đồng: Sau khi hợp đồng được các bên ký kết ngày 21/5/2008, các bên đã tiến hành triển khai thực hiện hợp đồng kinh tế **mà hai bên đã ký kết, phía nguyên đơn đã có sự nỗ lực triển khai thực hiện** giai đoạn một của hợp đồng là cấp Giấy phép đầu tư cho công ty doanh, thể hiện qua các văn bản sau:

Sở quy hoạch kiến trúc thành phố Hồ Chí Minh đã có công văn số 1194/SQHKT-QHKTT ngày 03/4/2008 gửi UBND thành phố Hồ Chí Minh về việc báo cáo xin ý kiến về quy hoạch - kiến trúc dự án khu nhà ở cao tầng tại khu đất 11.497m² đường tỉnh lộ 25B, phường Thạnh Mỹ Lợi, quận 2, thành phố Hồ Chí Minh và văn bản số 339/BXD-HĐXD ngày 21/8/2008 của Bộ xây dựng về việc góp ý dự án thành lập Công ty phát triển bất động sản Eta Star Sài Gòn .

Ngày 31/7/2008 Sở Tài nguyên và Môi trường thành phố Hồ Chí Minh có công văn số 4826/SKHĐT-DN ngày 31/7/2008 gửi Bộ Tài nguyên và môi trường đề nghị cho ý kiến thẩm tra về điều kiện khi thực hiện cấp giấy chứng nhận đầu tư thành lập Công ty TNHH phát triển bất động sản Eta Star Sài Gòn. Bộ tài nguyên và môi trường có công văn gửi Sở kế hoạch và đầu tư thành phố Hồ Chí Minh số 3279/BTNMT-TCQLDD ngày 27/8/2008 về việc điều kiện cấp giấy chứng nhận đầu tư của Công ty TNHH phát triển bất động sản Eta Star Sài Gòn. Ngày 15/9/2008 Sở Kế hoạch và đầu tư thành phố Hồ Chí Minh có công văn số 383/MH-SKHĐT gửi các sở ban ngành bàn về việc cấp Giấy chứng nhận đầu tư cho dự án.

Ngày 14/11/2008 Ủy ban nhân dân thành phố Hồ Chí Minh có công văn số 7068/UBND-ĐTMT gửi các sở ban ngành với nội dung về bồi thường đất do Nhà nước trực tiếp quản lý khi giao đất cho Công ty TNHH Phúc Lưu Quang tại phường Thạnh Mỹ Lợi, quận 2, thành

phổ Hồ Chí Minh. Như vậy căn cứ các tài liệu có trong hồ sơ thể hiện nguyên nhân chính làm cho hợp đồng thực hiện chậm tiến độ, theo nguyên đơn là do mảnh đất góp vốn vào Công ty liên doanh của một đối tác của Công ty liên doanh là Công ty TNHH Phúc Lưu Quang chưa được cấp giấy chứng nhận quyền sử dụng đất (giấy đỏ). Mặt khác, phần diện tích 387 m² đất nằm trong diện tích quy hoạch dự án chưa được giải quyết xong phần đền bù cho Nhà nước, về nguyên tắc phía bị đơn phải cung cấp cho nguyên đơn đầy đủ giấy tờ để nguyên đơn làm thủ tục. Trách nhiệm của bị đơn được quy định tại Điều 2(b) Hợp đồng là : “Chịu trách nhiệm cung cấp cho bên tư vấn bất kỳ thông tin nào do bên Tư vấn yêu cầu hợp lý cũng như mọi thông tin cần thiết khác cần thiết để bên tư vấn có thể thực hiện các nghĩa vụ của mình theo hợp đồng này”, nhưng phía bị đơn không cung cấp cho nguyên đơn đầy đủ các giấy tờ như hai bên đã cam kết.

Mãi đến tháng 05/12/2008, công ty TNHH Phúc Lưu Quang mới được cấp giấy sổ đỏ đối với mảnh đất nói trên. Như vậy một phần hợp đồng không thực hiện được là do bên “Công ty” đã không cung cấp đủ tài liệu liên quan đến việc hoàn thiện hồ sơ cho dự án, lỗi này hoàn toàn thuộc về phía “Công ty” được quy định tại Điều 2(b) của hợp đồng hai bên đã ký.

Sau đó đến ngày 06/10/2008, phía bị đơn có công văn gửi công ty TNHH thương mại dịch vụ Hồng Kông với tiêu đề: “Về việc thương lượng lại hợp đồng tư vấn” với nội dung: Nhắc nhở phía bị đơn thực hiện nghĩa vụ mà mình đã cam kết trong hợp đồng và yêu cầu hai bên bàn cách tiếp tục hòa giải để bàn biện pháp thực hiện hợp đồng”... Về vấn đề bồi thường thiệt hại và do chúng tôi hoãn quyết định chọn cách thức chấm dứt hợp đồng, chúng tôi yêu cầu bên tư vấn xem xét việc thương lượng lại các điều khoản của hợp đồng. Chúng tôi đề nghị hai bên có cuộc họp vào thời điểm thuận tiện cho quý Công ty để thảo luận nội dung thương lượng lại trên tinh thần thiện chí...”

Tiếp sau công văn này cả hai bên không có cuộc họp nào bàn về việc tiếp tục thực hiện hợp đồng. Đến ngày 10/11/2008 thì Giấy chứng nhận đầu tư đã được cấp cho Công ty Liên doanh và Công ty Liên doanh (phía bị đơn nhận Giấy chứng nhận đầu tư mà không có ý kiến gì. Như vậy bên bị đơn đã chấp nhận yêu cầu của mình cũng như kết quả công việc mà bên nguyên đơn đã thực hiện cho bên bị đơn. Điều đó có thể nhận định rằng công việc giai đoạn 1 đã được hoàn thành, đối chiếu với quy định tại Điều 524 trả tiền dịch vụ thì bên bị đơn phải có nghĩa vụ thanh toán số tiền giai đoạn 1 như hợp đồng hai bên đã ký là có cơ sở và do vậy yêu cầu khởi kiện của phía nguyên đơn là có cơ sở và được chấp nhận.

Đối với giai đoạn 2 sau khi nhận được Giấy chứng nhận đầu tư ngày 19/11/2008 phía bị đơn đã không có thiện chí tiếp tục thực hiện hợp đồng, do đó ngày 29/12/2008, văn phòng luật sư đại diện cho bên bị đơn đã có công văn gửi cho nguyên đơn tuyên bố chấm dứt hợp đồng mà hai bên đã ký kết. Việc này bị đơn cũng đã có lời khai thừa nhận và tại Tòa, bị đơn cũng thừa nhận là không có yêu cầu nguyên đơn tiếp tục thực hiện giai đoạn 2 và 4 của hợp đồng, nhưng đến giai đoạn này hợp đồng chưa thực hiện được là do hai bên chưa ngồi với nhau để bàn bạc về việc tiếp tục thực hiện hợp đồng mà hai bên đã ký kết.

Sau khi được cấp Giấy chứng nhận đầu tư, bên bị đơn đã nhận Giấy chứng nhận đầu tư, do đó căn cứ vào Điều 526 Bộ luật dân sự quy định: “Sau khi đã kết thúc thời hạn dịch vụ mà công việc chưa hoàn thành và bên cung ứng dịch vụ vẫn tiếp tục thực hiện công việc, còn bên thuê dịch vụ biết nhưng không phản đối thì hợp đồng dịch vụ đương nhiên được tiếp tục thực

hiện theo nội dung đã thỏa thuận cho đến khi công việc được hoàn thành”. Hiện nay hợp đồng dịch vụ đang được các bên triển khai một cách tích cực để đảm bảo quyền và lợi ích hợp pháp chính đáng cho các bên đương sự. Phía nguyên đơn cũng đã được Sở kế hoạch và đầu tư thành phố Hồ Chí Minh cấp giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh bổ sung ngành nghề: Hoạt động tư vấn đầu tư số 0304133844 ngày 20/7/2009. Do đó cần thiết để các bên tiếp tục thực hiện hợp đồng hai bên đã cam kết, có như vậy mới đảm bảo quyền và lợi ích hợp pháp của nhà đầu tư.

Và do vậy yêu cầu khởi kiện của nguyên đơn là có cơ sở và được chấp nhận. Số tiền nguyên đơn yêu cầu bị đơn phải thanh toán là tổng cộng phí dịch vụ giai đoạn 1 cả gốc lẫn lãi là 1.356.466 USD.

Đồng thời yêu cầu các bên phải có nghĩa vụ tiếp tục thực hiện giai đoạn 2, 3 của hợp đồng kinh tế mà hai bên đã ký kết. Nếu không tiếp tục thực hiện hợp đồng thì yêu cầu bị đơn phải thanh toán phí dịch vụ giai đoạn 2 là 60% giá trị hợp đồng, tương đương 2.198.801,25 USD.

Về án phí các đương sự phải chịu án phí đối với yêu cầu của mình không được Tòa án chấp nhận và được quy đổi ra tiền Việt Nam tại thời điểm xét xử sơ thẩm ngày 21/01/2009 theo tỷ giá 1USD = 17.941 đồng.

Tổng số tiền bị đơn phải chịu án phí là $2.135.466 \text{ USD} \times 17.941 \text{ đồng} = 24.366.356.506$ đồng. Mức án phí phải chịu là 51.336.356 đồng.

Bởi các lẽ trên:

QUYẾT ĐỊNH

Căn cứ các Điều 29 Khoản 4; Điểm a khoản 1 Điều 34; Điều 35; Bộ luật tố tụng dân sự năm 2004;

Căn cứ các Điều 2; Khoản 1 Điều 3; Khoản 2 Điều 4, Điều 7; Điều 217 Luật thương mại năm 2005;

Căn cứ các Điều 518; 519; 520; 521; 522; 523; 524; 526 Bộ luật dân sự năm 2005;

Căn cứ điểm b tiểu mục 1.1 mục 1 phần 1 của Nghị quyết số 01/2005/NQ-HĐTP ngày 31/3/2005 của Hội đồng thẩm phán Tòa án nhân dân Tối cao;

Căn cứ điểm b khoản 1 Nghị quyết số 04/2003/NQ-HĐTP ngày 27/5/2003 của Hội đồng thẩm phán Tòa án nhân dân Tối cao hướng dẫn áp dụng một số quy định của pháp luật trong việc giải quyết các vụ án kinh tế;

Căn cứ Thông tư liên tịch số 01/TTLT ngày 19/06/1997 của Tòa án nhân dân Tối cao, Viện Kiểm sát nhân dân Tối cao, Bộ Tư pháp, Bộ Tài chính hướng dẫn việc xét xử và thi hành án về tài sản;

Căn cứ Nghị định 70/CP ngày 12/06/1997 của Chính phủ quy định về án phí lệ phí Tòa án.

Tuyên xử: Chấp nhận yêu cầu khởi kiện của nguyên đơn Công ty trách nhiệm hữu hạn thương mại dịch vụ Hồng Kông. Cụ thể:

1. Buộc Công ty Eta Star International Limited phải có trách nhiệm thanh toán trả cho Công ty trách nhiệm hữu hạn thương mại dịch vụ Hồng Kông số tiền đô la Mỹ là: 1.356.466

USD. Được quy đổi ra Tiền Việt Nam tại thời điểm thi hành án theo tỷ giá của Ngân hàng Nhà nước Việt Nam quy định.

2. Buộc các bên phải có nghĩa vụ thực hiện giai đoạn 2, 3 của hợp đồng kinh tế mà hai bên đã ký kết ngày 21/05/2008. Nếu không tiếp tục thực hiện hợp đồng kinh tế mà hai bên đã ký thì bị đơn Công ty Eta Star International Limited phải có trách nhiệm thanh toán trả cho Công ty trách nhiệm hữu hạn thương mại dịch vụ Hồng Kông phí dịch vụ giai đoạn 2 và 3 là (60% giá trị của hợp đồng 3.664.668,75 USD) 2.198.801,25 USD được quy đổi ra tiền Việt Nam tại thời điểm thi hành án theo tỷ giá của Ngân hàng Nhà nước Việt Nam quy định.

3. Án phí kinh doanh thương mại sơ thẩm Công ty Eta Star International Limited phải nộp là 51.336.356 đồng. Số tiền tạm ứng án phí kinh doanh thương mại sơ thẩm Công ty trách nhiệm hữu hạn thương mại dịch vụ Hồng Kông đã nộp 50.398.596 đồng theo biên lai thu tiền tạm ứng án phí số 011910 ngày 22/5/2009 tại Thi hành án dân sự thành phố Hồ Chí Minh được hoàn lại.

Kể từ ngày người được thi hành án có đơn đề nghị thi hành án, người phải thi hành án không tự nguyện thi hành án thì hàng tháng còn phải chịu lãi suất theo mức lãi suất cơ bản do Ngân hàng Nhà nước quy định đối với số tiền chưa thi hành án tương ứng với thời hạn chưa thi hành án.

4. Trường hợp bản án, quyết định được thi hành án theo quy định tại Điều 2 Luật thi hành án dân sự thì người được thi hành án dân sự, người phải thi hành án dân sự có quyền thỏa thuận thi hành án, quyền yêu cầu thi hành án, tự nguyện thi hành án hoặc bị cưỡng chế thi hành án theo quy định tại các Điều 6, 7 và 9 Luật thi hành án dân sự, thời hiệu thi hành án được thực hiện theo quy định tại Điều 30 Luật thi hành án dân sự. Thi hành tại cơ quan thi hành án dân sự có thẩm quyền.

Án xử sơ thẩm các đương sự có quyền kháng cáo trong thời hạn 15 ngày kể từ ngày tuyên án, đương sự vắng mặt có quyền kháng cáo trong thời hạn 15 ngày kể từ ngày nhận được bản sao bản án.

Nơi nhận:

- Tòa án nhân dân tối cao;
- Viện Kiểm sát nhân dân Tp;
- Thi hành án dân sự;
- Các đương sự (để thi hành);
- Lưu.

**TM. HỘI ĐỒNG XÉT XỬ PHÚC THẨM
THẨM PHÁN – CHỦ TỌA PHIÊN TÒA**

(đã ký và đóng dấu)

Nguyễn Văn Xuân

(iii) Tranh chấp thứ 3: Tranh chấp về hợp đồng tín dụng²³

Ngày 25 tháng 4 năm 2013, tại trụ sở Tòa án nhân dân tối cao đã mở phiên tòa giám đốc thẩm xét xử vụ án kinh doanh, thương mại “tranh chấp về hợp đồng tín dụng” giữa các đương sự:

Nguyên đơn: Ngân hàng TMCP Công thương Việt Nam; có trụ sở chính tại: số 108 Trần Hưng Đạo, quận Hoàn Kiếm, thành phố Hà Nội; do ông Trần Ngọc Bắc - Phó giám đốc Chi nhánh Ngân hàng TMCP Công thương Việt Nam tại Nghệ An làm đại diện theo Giấy ủy quyền số 009/CV-NHCT18 ngày 02/01/2009 của Tổng giám đốc Ngân hàng TMCP Công thương Việt Nam.

Bị đơn: Công ty cổ phần xây dựng 16 - Vinaconex; có trụ sở tại: số 03 Lê Hồng Phong, thành phố Vinh, tỉnh Nghệ An; do ông Đặng Thái Thuận - Phó giám đốc Công ty làm đại diện theo Giấy ủy quyền ngày 08/4/2008 của Giám đốc Công ty.

Người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan:

- **Xí nghiệp xây dựng 4** (thuộc Công ty cổ phần xây dựng Vinaconex); có trụ sở tại: khối 3, phường Trường Thi, thành phố Vinh, tỉnh Nghệ An; do ông Nguyễn Hồng Tâm, nguyên Giám đốc Xí nghiệp làm đại diện.

- **Ông Trần Quốc Toàn và bà Phạm Thị Nga** (vợ ông Toàn); đều trú tại: khối Trung Tiến, phường Hưng Dũng, thành phố Vinh, tỉnh Nghệ An.

- **Ông Nguyễn Ngọc Hòa;** trú tại: 44 Lê Hồng Phong, phường Đông Sơn, thành phố Đồng Hới, tỉnh Quảng Bình.

NHẬN THẤY:

Theo đơn khởi kiện đề ngày 18/12/2006 của nguyên đơn - Ngân hàng TMCP Công thương Việt Nam và các tài liệu, chứng cứ có trong hồ sơ vụ án thì thấy:

Ngày 14/5/2001, Ngân hàng Công thương Việt Nam (nay là Ngân hàng TMCP Công thương Việt Nam, sau đây gọi tắt là Ngân hàng) - Chi nhánh Nghệ An và Xí nghiệp xây dựng 4 - Công ty Xây dựng số II (nay là Công ty cổ phần xây dựng 16 - Vinaconex) do ông Nguyễn Hồng Tâm, Giám đốc Xí nghiệp làm đại diện ký Hợp đồng tín dụng số 01/HĐTD vay 2 tỷ đồng, lãi suất 0,75%/tháng, thời hạn cho vay từ 14/5/2001 đến 14/8/2005, mục đích vay để đầu tư mua máy móc thiết bị nâng cao năng lực thi công; tài sản bảo đảm là toàn bộ tài sản hình thành từ vốn vay, 02 ngôi nhà và quyền sử dụng đất của 02 thành viên trong Xí nghiệp là ông Nguyễn Hồng Tâm (nguyên Giám đốc Xí nghiệp 4) và ông Trần Quốc Toàn (nguyên Phó giám đốc Xí nghiệp 4).

Ngân hàng Công thương Việt Nam - Chi nhánh Nghệ An đã duyệt và giải ngân cho Xí nghiệp xây dựng 4 vay tổng số tiền là 1.905.976.000 đồng.

Do kinh doanh thua lỗ, Xí nghiệp xây dựng 4 không có khả năng trả nợ nên Ngân hàng đã xử lý phát mại một phần tài sản thế chấp và bảo lãnh để thu hồi nợ được 779.078.000 đồng. Một trong những tài sản bảo đảm chưa bị Ngân hàng xử lý thu hồi nợ là nhà ở và quyền sử dụng đất của gia đình ông Trần Quốc Toàn và bà Phạm Thị Nga (vợ ông Toàn) bảo lãnh cho số tiền vay 296.000.000 đồng tại Ngân hàng. Đến nay ông Toàn đã trả được một phần nợ vay bảo lãnh là 750.000.000 đồng, hiện còn dư nợ gốc bảo lãnh là 221.000.000 đồng.

²³ Nguồn: *Tòa án Nhân dân Tối cao*, Quyết định giám đốc thẩm số 10/2013/KDTM-GĐT ngày 25/04/2013 về vụ án kinh doanh thương mại "Tranh chấp về hợp đồng tín dụng" giữa nguyên đơn Ngân hàng Công Thương và Bị đơn Công ty cổ phần xây dựng 16 - Vinaconex

Tổng dư nợ gốc và lãi vay của Xí nghiệp xây dựng 4 đến ngày khởi kiện là 1.382.040.000 đồng, trong đó nợ gốc là 1.126.898.000 đồng, nợ lãi là 255.142.000 đồng.

Do hiện nay Xí nghiệp xây dựng 4 trực thuộc Công ty cổ phần xây dựng 16-Vinaconex nên Ngân hàng TMCP Công thương Việt Nam yêu cầu Công ty cổ phần xây dựng 16 - Vinaconex phải có trách nhiệm thanh toán khoản nợ nói trên, đồng thời yêu cầu Tòa án xử lý tài sản đã thế chấp, bảo lãnh để thu hồi nợ cho Ngân hàng.

Ông Nguyễn Hữu Thuận - Giám đốc Công ty xây dựng số II (nay là Công ty cổ phần xây dựng 16 - Vinaconex) trình bày: Ngày 25/02/2001, ông Bạch Văn Thìn là Giám đốc Công ty có làm Công văn số 23 về việc nhất trí cho Xí nghiệp xây dựng 4 vay vốn tại Ngân hàng Công thương Việt Nam - Chi nhánh Nghệ An. Nhưng ngày 13/3/2001, ông Thuận được bổ nhiệm làm Giám đốc thay ông Bạch Văn Thìn, đã không đồng ý cho Xí nghiệp xây dựng 4 vay vốn Ngân hàng nữa. Khi đó, Xí nghiệp xây dựng 4 mới ký kết hợp đồng tín dụng với Ngân hàng ngày 14/5/2001, đến ngày 05/6/2001 và ngày 14/12/2001 mới rút tiền từ Ngân hàng. Thời điểm đó ông Thuận không bảo lãnh hay ký một văn bản nào cho Xí nghiệp xây dựng 4 vay vốn. Ngân hàng cho Xí nghiệp xây dựng 4 vay vốn sai nguyên tắc thì phải tự chịu trách nhiệm, Công ty cổ phần xây dựng 16 - Vinaconex không chịu trách nhiệm.

Ông Bạch Văn Thìn, nguyên Giám đốc Công ty xây dựng số II (nay là Công ty cổ phần xây dựng 16 - Vinaconex) trình bày: Xí nghiệp xây dựng 4 được Sở kế hoạch và đầu tư tỉnh Nghệ An duyệt dự án cho mua sắm thiết bị chuyên dùng để sản xuất kinh doanh. Để thực hiện dự án, theo đề nghị của Xí nghiệp xây dựng 4 và sau khi tham khảo ý kiến của các phòng nghiệp vụ, ông Thìn đã ký văn bản gửi và được Ngân hàng đồng ý cho Xí nghiệp xây dựng 4 vay vốn theo dự án với điều kiện: 1/ Lấy hồ sơ đất và tài sản trên đất mà văn phòng Xí nghiệp được Công ty cấp để làm thế chấp với Ngân hàng; 2/ Lấy sổ thiết bị mua được theo dự án làm thế chấp với Ngân hàng. Như vậy, Xí nghiệp xây dựng 4 vay vốn theo dự án nhưng có thể chấp đầy đủ bằng tài sản, nếu không có khả năng trả nợ thì thu hồi tài sản đã thế chấp theo hợp đồng. Phía Công ty cổ phần xây dựng 16 - Vinaconex có trách nhiệm liên đới đối với khoản nợ của Xí nghiệp xây dựng 4.

Ông Nguyễn Hồng Tâm, nguyên Giám đốc Xí nghiệp xây dựng 4 trình bày: Ông Tâm thừa nhận việc vay vốn đúng như đại diện Ngân hàng trình bày. Số tiền Xí nghiệp xây dựng 4 vay là theo dự án của Ủy ban nhân dân tỉnh Nghệ An nhằm nâng cấp năng lực sản xuất của Xí nghiệp xây dựng 4. Do trong quá trình thi công công trình, Xí nghiệp còn nợ tiền tại Quảng Bình nên bị giữ 03 máy đã cầm cố cho Ngân hàng. Ông Tâm sẽ có trách nhiệm quyết toán với Tổng công ty để trả cho chủ nợ và lấy máy móc về cho Ngân hàng xử lý thu hồi nợ, đồng thời phía Công ty cũng phải chịu trách nhiệm trả nợ cho Ngân hàng theo quy định của pháp luật.

Ông Trần Quốc Toàn, nguyên Phó giám đốc Xí nghiệp xây dựng 4 trình bày: Lúc đó Xí nghiệp xây dựng 4 cần vốn để thực hiện dự án, vì trách nhiệm chung, ông Toàn đã lấy giấy chứng nhận quyền sử dụng đất mang tên vợ là Phạm Thị Nga để ký hợp đồng bảo lãnh số tiền vay cho Xí nghiệp là 296.000.000 đồng. Khi ông ký hợp đồng bảo lãnh trên vợ ông không biết, không ký tên và cũng không ủy quyền cho ông ký thay. Do ông xác định trách nhiệm của mình đối với hợp đồng bảo lãnh nên ông đã trả được cho Ngân hàng 75.000.000 đồng. Hiện ông không có khả năng bảo lãnh để trả nợ thay cho Xí nghiệp xây dựng 4 nữa, mà Công ty cổ phần xây dựng 16 - Vinaconex phải chịu trách nhiệm trả nợ cho Ngân hàng, đồng thời khi Xí nghiệp xây dựng 4 thu hồi được công nợ thì phải thanh toán cho ông số tiền 75.000.000 đồng mà ông đã trả thay.

Bà Phạm Thị Nga (vợ ông Toàn) trình bày: ông Toàn đã lấy giấy chứng nhận quyền sử dụng đất mang tên bà để ký hợp đồng bảo lãnh vốn vay cho Xí nghiệp xây dựng 4 nhưng bà không được biết. Chữ ký “Phạm Thị Nga” tại mục đại diện đồng sở hữu trong hợp đồng bảo lãnh không phải chữ ký của bà. Bà Nga không đồng ý xử lý tài sản của bà và yêu cầu Ngân hàng trả lại giấy chứng nhận quyền sử dụng đất cho bà.

Ông Nguyễn Ngọc Hòa trình bày: ông thừa nhận do ông Nguyễn Hồng Tâm còn nợ tiền vật liệu và tiền công của ông cùng một số người khác ở Quảng Bình nên ông Tâm đã thế chấp cho ông 02 chiếc máy gồm: 01 máy ủi hiệu COMATSU; 01 máy lu rung hiệu SAKAI đều do Nhật Bản sản xuất. Khi ông Tâm thanh toán đủ tiền nợ cho ông và mọi người thì ông sẽ giao lại số máy trên cho ông Tâm đúng hiện trạng khi nhận và địa điểm ông Tâm yêu cầu.

Tại Bản án kinh doanh, thương mại sơ thẩm số 01/2008/KDTM-ST ngày 27/10/2008, Tòa án nhân dân tỉnh Nghệ An đã căn cứ vào các Điều 122, 127, 132, 137, 141, 332, 333, 336, 337, 471, 474, 476 Bộ luật dân sự, quyết định:

- Buộc Công ty cổ phần xây dựng 16 - Vinaconex phải thanh toán cho Ngân hàng Công thương Việt Nam (ủy quyền Chi nhánh tại Nghệ An) số tiền là 1.382.040.000 đồng. Trong đó: nợ gốc là 1.126.898.000 đồng, nợ lãi là 255.142.000 đồng.

- Buộc Công ty cổ phần xây dựng 16 - Vinaconex phải thanh toán cho ông Trần Quốc Toàn số tiền là 75.000.000 đồng.

- Hợp đồng bảo lãnh số 02/HĐTC ngày 10/5/2001 giữa Ngân hàng Công thương (Chi nhánh tại Nghệ An) với ông Trần Quốc Toàn vô hiệu.

- Bảo thủ hai chiếc máy, trong đó:

- + 01 chiếc máy ủi hiệu COMATSU do Nhật Bản sản xuất.

- + 01 máy lu rung hiệu SAKAI do Nhật Bản sản xuất.

Hiện ông Nguyễn Ngọc Hòa ở số 30 Hồng Phong, phường Đồng Sơn, thành phố Đồng Hới, tỉnh Quảng Bình đang quản lý để đảm bảo thi hành án.

Ngoài ra, Tòa án cấp sơ thẩm còn tuyên về án phí và quyền kháng cáo của các đương sự theo luật định.

Sau khi xét xử sơ thẩm, Ngân hàng TMCP Công thương Việt Nam, Công ty cổ phần xây dựng 16 - Vinaconex và ông Nguyễn Ngọc Hòa đều có đơn kháng cáo.

Tại Bản án kinh doanh, thương mại phúc thẩm số 95/2009/KDTM-PT ngày 07/7/2009, Tòa phúc thẩm Tòa án nhân dân tối cao tại Hà Nội đã căn cứ vào khoản 1,2 Điều 275, khoản 1 Điều 276 Bộ luật tố tụng dân sự, quyết định (tóm tắt):

- Không chấp nhận kháng cáo của bị đơn là Công ty cổ phần xây dựng 16 - Vinaconex; không chấp nhận kháng cáo của người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan là ông Nguyễn Ngọc Hòa, chấp nhận kháng cáo của nguyên đơn là Ngân hàng Công thương Việt Nam.

- Giữ nguyên quyết định của Bản án kinh doanh, thương mại sơ thẩm số 01/2008/KDTM-ST ngày 27/10/2008 của Tòa án nhân dân tỉnh Nghệ An phần liên quan đến trách nhiệm của Công ty cổ phần xây dựng 16 - Vinaconex và trách nhiệm của ông Nguyễn Ngọc Hòa. Sửa bản án sơ thẩm phần liên quan đến trách nhiệm bảo lãnh của ông Trần Quốc Toàn; như sau:

Áp dụng các Điều 141, 471, 474, 476 Bộ luật dân sự, xử: Buộc Công ty cổ phần xây dựng 16 - Vinaconex phải thanh toán trả nợ Ngân hàng Công thương Việt Nam (đã ủy quyền cho Chi nhánh tại Nghệ An) số tiền nợ 1.382.040.000 đồng, trong đó nợ gốc 1.126.898.000 đồng, nợ lãi 255.142.000 đồng.

Áp dụng các Điều 122, 132, 135 và 136 Bộ luật dân sự, tuyên bố: Hợp đồng bảo lãnh số 02/HĐBL ngày 10/5/2001 giữa Chi nhánh Ngân hàng Công thương Nghệ An và ông Trần Quốc Toàn vô hiệu phần liên quan đến bà Phạm Thị Nga (vợ ông Toàn), phần còn lại vẫn có hiệu lực. Ông Toàn phải thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh theo hợp đồng bảo lãnh, trả cho Chi nhánh Ngân hàng Công thương tại Nghệ An số tiền nợ bảo lãnh là 296.000.000 đồng, ông Toàn đã trả được

75.000.000 đồng, còn phải trả tiếp số tiền 221.000.000 đồng nữa để cùng với Công ty cổ phần xây dựng 16 - Vinaconex trả đủ cho Ngân

hàng tổng số tiền 1.382.040.000 đồng.

Tuyên bố kê biên $\frac{1}{2}$ giá trị nhà ở và quyền sử dụng đất của ông Toàn, bà Nga nêu trong Hợp đồng bảo lãnh số 02/HĐBL ngày 10/5/2001 cho đến khi ông Toàn thực hiện xong nghĩa vụ bảo lãnh.

Sau khi thực hiện xong nghĩa vụ bảo lãnh ông Toàn có quyền yêu cầu Công ty cổ phần xây dựng 16 - Vinaconex trả lại cho ông số tiền ông đã trả nợ thay Công ty cho Ngân hàng và có quyền yêu cầu Ngân hàng trả lại giấy tờ chứng nhận quyền sở hữu nhà và quyền sử dụng đất của vợ chồng ông Toàn, bà Nga.

Áp dụng các Điều 332, 333, 336 và 337 Bộ luật dân sự, tuyên bố: Bảo thủ 01 chiếc máy ủi hiệu Comatsu và 01 chiếc máy lu rung hiệu Sakai do Nhật Bản sản xuất hiện do ông Nguyễn Ngọc Hòa quản lý theo các văn bản thỏa thuận và biên bản tạm giữ tài sản ngày 26/6/2002 và ngày 27/7/2003 giữa ông Hòa và đại diện Xí nghiệp xây dựng số 4 và Biên bản xem xét thẩm định tại chỗ ngày 23/9/2008 giữa đại diện Tòa án nhân dân tỉnh Nghệ An, Tòa án nhân dân tỉnh Quảng Bình, ủy ban nhân dân phường Đồng Sơn, thành phố Đồng Hới, tỉnh Quảng Bình, ông Hòa và ông Toàn để bảo đảm thi hành án.

Ngoài ra, Tòa án cấp phúc thẩm còn quyết định về án phí.

Sau khi xét xử phúc thẩm, Công ty cổ phần xây dựng 16 - Vinaconex và vợ chồng ông Trần Quốc Toàn, bà Phạm Thị Nga đều có đơn đề nghị xem xét lại bản án phúc thẩm nêu trên theo thủ tục giám đốc thẩm.

Tại Quyết định kháng nghị số 19/2012/KDTM-KN ngày 02/7/2012, Chánh án Tòa án nhân dân tối cao đề nghị Hội đồng Thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao xét xử theo thủ tục giám đốc thẩm theo hướng hủy Bản án kinh doanh, thương mại phúc thẩm số 95/2009/KDTM-PT ngày 07/7/2009 của Tòa phúc thẩm Tòa án nhân dân tối cao tại Hà Nội; giao hồ sơ vụ án cho Tòa phúc thẩm Tòa án nhân dân tối cao tại Hà Nội xét xử phúc thẩm lại theo đúng quy định của pháp luật.

Tại phiên tòa giám đốc thẩm, đại diện Viện kiểm sát nhân dân tối cao phát biểu ý kiến nhất trí với quyết định kháng nghị của Chánh án Tòa án nhân dân tối cao.

XÉT THẤY:

1-Về việc vay tiền của Xí nghiệp xây dựng 4: Xí nghiệp xây dựng 4 là đơn vị trực thuộc Công ty xây dựng số II Nghệ An (nay là Công ty cổ phần xây dựng 16 - Vinaconex). Trên cơ sở ý kiến của Ủy ban nhân dân tỉnh Nghệ An tại Văn bản số 3400/CV-UB ngày 04/12/2000; ý kiến của Sở Kế hoạch và đầu tư tỉnh Nghệ An tại Văn bản số 43/CV-SKH ngày 17/01/2001; Quyết định số 02/QĐ-CT ngày 09/02/2001 của Công ty xây dựng số II Nghệ An về việc phê duyệt dự án đầu tư “Mua sắm máy móc thiết bị của Xí nghiệp xây dựng 4” và đề nghị của Xí nghiệp xây dựng 4, ngày 25/02/2001, Tổng giám đốc Công ty xây dựng số II Nghệ An có Văn bản số 23 CV/TCT thông báo cho Chi nhánh Ngân hàng Công thương Nghệ An (nay là Ngân hàng TMCP Công thương Việt Nam - Chi nhánh Nghệ An) biết việc Công ty đồng ý cho Xí nghiệp xây dựng 4 trực tiếp vay vốn tại Chi nhánh Ngân hàng Công thương Nghệ An.

Theo tài liệu do Công ty xây dựng số II Nghệ An xuất trình thì ngày 26/3/2001, Công ty xây dựng số II có Công văn số 263 CV/XD2.TCKT quy định về việc vay vốn tín dụng của các đơn vị trực thuộc và ngày 06/4/2001, Công ty xây dựng số II Nghệ An có Công văn số 064CV/XDII.TCKT gửi Chi nhánh Ngân hàng Công thương Nghệ An trong đó có nội dung “đề nghị Ngân hàng Công thương Nghệ An không cho các Xí nghiệp thuộc Công ty xây dựng

số II Nghệ An vay vốn khi chưa có bảo lãnh vay vốn của Công ty kể từ ngày 06/4/2001...” và “Các văn bản của Công ty liên quan tới vay vốn tại Ngân hàng Công thương Nghệ An ban hành trước ngày 06/4/2001 đều bãi bỏ”, nhưng ngày 14/5/2001 Ngân hàng vẫn ký Hợp đồng tín dụng số 01/HĐTD cho Xí nghiệp xây dựng 4 vay tiền. Vì vậy, Công ty xây dựng số II (nay là Công ty cổ phần xây dựng 16 - Vinaconex) không đồng ý thanh toán nợ gốc và lãi theo yêu cầu của Ngân hàng. Còn Ngân hàng TMCP Công thương Việt Nam trình bày: Do không nhận được Công văn số 064CV/XDII.TCKT ngày 06/4/2001 của Công ty xây dựng số II Nghệ An nên đã ký Hợp đồng tín dụng số 01/HĐTD ngày 14/5/2001 cho Xí nghiệp xây dựng 4 thuộc Công ty xây dựng số II Nghệ An vay 2.000.000.000 đồng và đã giải ngân cho Xí nghiệp xây dựng 4 với tổng số tiền là 1.905.976.000 đồng. Công ty xây dựng số II không cung cấp được tài liệu để chứng minh Ngân hàng đã nhận được Công văn số 064CV/XDII.TCKT ngày 06/4/2001.

Khi nhận được tiền, Xí nghiệp xây dựng 4 đã mua máy móc phục vụ công việc được Công ty giao và “cứ 6 tháng Xí nghiệp có báo cáo tài chính một lần” nên Ban giám đốc Công ty đều biết việc vay vốn Ngân hàng của Xí nghiệp xây dựng 4 và không phản đối. Hơn nữa, ngày 28/10/2002, Công ty xây dựng số II Nghệ An có Công văn số 44/QĐ/CTII điều chuyển một số máy móc, phương tiện vận tải của Xí nghiệp xây dựng 4 (trong đó có một số thiết bị, máy móc hình thành từ vốn vay Ngân hàng theo hợp đồng tín dụng trên) về văn phòng cơ quan để phục vụ thi công một số công trình do Công ty thực hiện.

Mặt khác, ngày 29/10/2004, Công ty cổ phần xây dựng 16 - Vinaconex có văn bản (thư xác nhận số dư) yêu cầu Ngân hàng Công thương Nghệ An xác nhận công nợ của Xí nghiệp xây dựng 4 Công ty xây dựng số II Nghệ An tính đến ngày 30/6/2004; Chi nhánh Ngân hàng Công thương Nghệ An đã xác nhận vào Thư xác nhận dư nợ: Xí nghiệp xây dựng 4 còn nợ 1.731.000.000 đồng.

Như vậy, sau khi Xí nghiệp xây dựng 4 vay tiền Ngân hàng, Công ty xây dựng số II Nghệ An biết và không phản đối nên Công ty xây dựng số II Nghệ An (nay là Công ty cổ phần xây dựng 16 - Vinaconex) phải chịu trách nhiệm trả khoản nợ này. Tòa án cấp sơ thẩm và Tòa án cấp phúc thẩm buộc Công ty cổ phần xây dựng 16 - Vinaconex phải trả khoản tiền nợ gốc và lãi (1.382.040.000 đồng) cho Ngân hàng TMCP Công thương Việt Nam là có căn cứ.

2-Xét Hợp đồng bảo lãnh bằng tài sản để vay vốn ngân hàng số 02/HĐBL ngày 10/5/2001 giữa ông Trần Quốc Toàn (Bên bảo lãnh - Bên A) với Ngân hàng Công thương Việt Nam - Chi nhánh Nghệ An (Bên nhận bảo lãnh - Bên B) và Xí nghiệp xây dựng 4 (Bên được bảo lãnh - Bên C) (được đăng ký tại UBND phường Hưng Dũng, thành phố Vinh, tỉnh Nghệ An ngày 10/5/2001) thấy: Theo hợp đồng bảo lãnh, ông Toàn dùng nhà ở 2 tầng (và đất - viết thêm) trị giá 424.000.000 đồng theo Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất số Q278344 ngày 29/12/2000 do Ủy ban nhân dân tỉnh Nghệ An cấp cho bà Phạm Thị Nga để bảo lãnh cho Xí nghiệp xây dựng 4 vay 296.000.000 đồng/ 2.000.000.000 đồng theo Hợp đồng tín dụng số 01/HĐTD ngày 14/5/2001 giữa Ngân hàng với Xí nghiệp xây dựng 4. Trong hợp đồng bảo lãnh, đại diện chủ sở hữu có chữ ký của cả ông Toàn và bà Nga, nhưng theo ông Toàn trình bày thì chữ ký và chữ viết Phạm Thị Nga ở mục “Bên bảo lãnh - Đại diện đồng sở hữu” trong hợp đồng bảo lãnh là do ông Toàn ký và viết; bà Nga không thừa nhận chữ ký và chữ viết của mình trong hợp đồng bảo lãnh và theo bà Nga trình bày thì bà không biết việc ông Toàn bảo lãnh cho Xí nghiệp xây dựng 4 vay tiền; đại diện Ngân hàng không khẳng định đó là chữ ký và chữ viết của bà Nga. Tòa án cấp sơ thẩm chưa xác minh việc Ủy ban nhân dân phường Hưng Dũng, thành phố Vinh, tỉnh Nghệ An xác nhận đăng ký thế chấp bảo lãnh của ông Toàn và bà Nga và cũng không tiến hành giám định chữ viết và chữ ký mang tên Phạm Thị Nga ở mục: “Bên bảo lãnh - Đại diện đồng sở hữu” trong hợp đồng bảo lãnh mà đã xác định hợp đồng bảo lãnh bị vô hiệu toàn bộ là chưa đủ căn cứ.

Tòa án cấp phúc thẩm xác định tài sản mà ông Toàn đem bảo lãnh là tài sản chung của ông Toàn, bà Nga nhưng lại tuyên bố hợp đồng bảo lãnh “vô hiệu phần liên quan đến bà Phạm Thị Nga (vợ ông Toàn), phần còn lại vẫn có hiệu lực” là không đúng. Bởi theo quy định tại Điều 144, Điều 232, Điều 233 Bộ luật dân sự năm 1995 (nay là Điều 135, Điều 217, Điều 219 Bộ luật dân sự năm 2005) thì tài sản chung của vợ chồng bị vô hiệu từng phần khi “một phần của giao dịch vô hiệu nhưng không ảnh hưởng đến hiệu lực của các phần còn lại của giao dịch”. Trong trường hợp này, tài sản mà ông Toàn đem thế chấp, bảo lãnh do bà Nga đứng tên trong giấy chứng nhận; tài sản này là tài sản chung của vợ chồng hay của riêng bà Nga chưa được Tòa án các cấp làm rõ; khối tài sản này không thể phân chia. Mặt khác, nếu xác định tài sản chung của vợ chồng thì theo quy định tại khoản 2 Điều 237 Bộ luật dân sự năm 1995 (nay là khoản 2 Điều 223 Bộ luật dân sự năm 2005) “việc định đoạt tài sản chung hợp nhất được thực hiện theo thỏa thuận của các chủ sở hữu chung hoặc theo quy định của pháp luật”. Nếu hợp đồng bảo lãnh chỉ có mình ông Toàn ký, bà Nga không ký và không biết việc ông Toàn bảo lãnh cho Xí nghiệp xây dựng 4 vay tiền Ngân hàng và sau đó bà Nga không đồng ý thì hợp đồng bảo lãnh bị vô hiệu toàn bộ chứ không phải bị vô hiệu một phần như Tòa án cấp phúc thẩm đã nhận định, quyết định.

3-Tại Biên bản xem xét thẩm định tại chỗ ngày 23/9/2008 có xác định 01 máy lu rung hiệu Sakai và 01 máy ủi hiệu Comatsu do Nhật Bản sản xuất hiện đang do ông Nguyễn Ngọc Hòa quản lý. Tòa án cấp sơ thẩm và Tòa án cấp phúc thẩm tuyên “bảo thủ” 02 chiếc máy trên là chưa thật chính xác; lẽ ra phải tuyên ông Hòa có nghĩa vụ bảo quản, giữ gìn tài sản cầm cố này mới đúng.

Bởi các lẽ trên, căn cứ vào khoản 3 Điều 297 và Điều 299 Bộ luật tố tụng dân sự (đã được sửa đổi, bổ sung năm 2011),

QUYẾT ĐỊNH:

Hủy Bản án kinh doanh, thương mại phúc thẩm số 95/2009/KDTM-PT ngày 07/7/2009 của Tòa phúc thẩm Tòa án nhân dân tối cao tại Hà Nội và Bản án kinh doanh, thương mại sơ thẩm số 01/2008/KDTM-ST ngày 27/10/2008 của Tòa án nhân dân tỉnh Nghệ An; giao hồ sơ vụ án cho Tòa án nhân dân tỉnh Nghệ An xét xử sơ thẩm lại theo đúng quy định của pháp luật.

Phụ lục 3: DANH MỤC HIỆP ĐỊNH TƯƠNG TRỢ TƯ PHÁP
VIỆT NAM ĐÃ KÝ KẾT TÍNH ĐẾN NĂM 2014

Tên nước	Tên điều ước	Ngày ký	Ngày có hiệu lực
Ấn Độ	Hiệp định về tương trợ tư pháp về hình sự	8/10/2007	11/17/2008
An-giê-ri	Hiệp định tương trợ tư pháp về hình sự	14/4/2010	Chưa hiệu lực
An-giê-ri (VN - FR - AR)	Hiệp định tương trợ tư pháp trong lĩnh vực dân sự và thương mại	14/4/2010	24/6/2012
Anh (EN - VN)	Hiệp định về tương trợ tư pháp về hình sự	13/1/2009	30/9/2009
Ba Lan	Hiệp định tương trợ tư pháp về các vấn đề dân sự, gia đình và hình sự	22/3/1993	18/1/1995
Bê-la-rút (RU - VN)	Hiệp định tương trợ tư pháp và pháp lý về các vấn đề dân sự, gia đình, lao động và hình sự	14/9/2000	18/10/2001
Bun-ga-ri	Hiệp định tương trợ tư pháp về các vấn đề dân sự, gia đình và hình sự	3/10/1986	Đang có hiệu lực
Cu Ba	Hiệp định tương trợ tư pháp về các vấn đề dân sự, gia đình, lao động và hình sự	30/11/1984	Đang có hiệu lực
Đài Loan Trung Quốc	Thỏa thuận tương trợ tư pháp trong lĩnh vực dân sự và thương mại	12/4/2010	2/12/2011
Hàn Quốc	Hiệp định về tương trợ tư pháp về hình sự	15/9/2003	19/4/2005
Hung-ga-ri	Hiệp định tương trợ tư pháp về các vấn đề dân sự, gia đình và hình sự	18/1/1985	Đang có hiệu lực
Lào	Hiệp định tương trợ tư pháp về dân sự và hình sự	6/7/1998	19/2/2000
Liên Xô (Nga kế thừa) (RU - VN)	Hiệp định tương trợ tư pháp và pháp lý về các vấn đề dân sự, gia đình và hình sự	10/12/1981	10/10/1982
Mông Cổ	Hiệp định tương trợ tư pháp về các vấn đề dân sự, gia đình và hình sự	17/4/2000	13/6/2002
Nga (RU - VN)	Hiệp định tương trợ tư pháp và pháp lý về các vấn đề dân sự và hình sự	25/8/1998	27/8/2012
Nga	Nghị định thư bổ sung Hiệp định tương trợ tư pháp về và pháp lý về các vấn đề dân sự và hình sự	23/4/2003	27/7/2012
Pháp	Hiệp định tương trợ tư pháp về các vấn đề dân sự	24/2/1999	1/5/2001
Tiệp Khắc (Séc và Xlô-va-ki-a kế thừa)	Hiệp định tương trợ tư pháp và pháp lý về dân sự và hình sự	12/10/1982	16/4/1984
Triều Tiên	Hiệp định về tương trợ tư pháp trong các vấn đề dân sự và hình sự	4/5/2002	24/2/2004
Trung Quốc	Hiệp định tương trợ tư pháp về các vấn đề dân sự và hình sự	19/10/1998	25/12/1999
U-crai-na	Hiệp định tương trợ tư pháp và pháp lý về các vấn đề dân sự và hình sự	6/4/2000	19/8/2002
ASEAN	Hiệp định ASEAN về tương trợ tư pháp trong lĩnh vực hình sự	29/11/2004	20/9/2005 (giữa các nước đã phê chuẩn)
Kazakhstan (EN - VN)	Hiệp định tương trợ tư pháp về các vấn đề dân sự	31/10/2011	Chưa có hiệu lực

Phụ lục 4: DANH MỤC NGÀNH NGHỀ KINH DOANH YÊU CẦU CÓ CHỨNG CHỈ HÀNH NGHỀ VÀ VỐN PHÁP ĐỊNH

I. Danh mục ngành nghề kinh doanh yêu cầu có chứng chỉ hành nghề

1. Kinh doanh dịch vụ pháp lý;
2. Kinh doanh dịch vụ khám, chữa bệnh và kinh doanh dược phẩm;
3. Kinh doanh dịch vụ thú y và kinh doanh thuốc thú y;
4. Kinh doanh dịch vụ thiết kế quy hoạch xây dựng, khảo sát xây dựng, thiết kế xây dựng công trình, giám sát thi công xây dựng;
5. Kinh doanh dịch vụ kiểm toán;
6. Sản xuất, gia công, sang chai, đóng gói, mua bán thuốc bảo vệ thực vật;
7. Kinh doanh dịch vụ xông hơi khử trùng;
8. Kinh doanh dịch vụ thiết kế phương tiện vận tải;
9. Mua bán di vật, cổ vật, bảo vật quốc gia;
10. Kinh doanh dịch vụ kế toán;
11. Dịch vụ môi giới bất động sản
 - Dịch vụ định giá bất động sản;
 - Dịch vụ sàn giao dịch bất động sản.

II. Danh mục các ngành nghề có vốn pháp định

1. Tổ chức tín dụng (Nghị định 141/2006/NĐ-CP ngày 22/11/2006)
 - Ngân hàng thương mại cổ phần: 3000 tỷ đồng
 - Chi nhánh ngân hàng nước ngoài: 15 triệu USD
2. Quỹ tín dụng nhân dân (Nghị định 141/2006/NĐ-CP ngày 22/11/2006)
 1. Quỹ tín dụng nhân dân trung ương: 1000 tỷ đồng
 2. Quỹ tín dụng nhân dân cơ sở: 0.1 tỷ đồng
3. Tổ chức tín dụng phi ngân hàng (Nghị định 141/2006/NĐ-CP ngày 22/11/2006)
 - A. Công ty tài chính: 300 tỷ đồng
 - B. Công ty cho thuê tài chính: 100 tỷ đồng
4. Kinh doanh bất động sản: 6 tỷ đồng (Điều 3 Nghị định 153/2007/NĐ-CP ngày 15/10/2007)
5. Dịch vụ đòi nợ: 2 tỷ đồng (Điều 13 Nghị định 104/2007/NĐ-CP ngày 14/6/2007)
6. Dịch vụ bảo vệ: 2 tỷ đồng (không được kinh doanh các ngành, nghề và dịch vụ khác ngoài Dịch vụ bảo vệ) (Nghị định 52/2008/NĐ-CP ngày 22/4/2008)

7. Dịch vụ đưa người lao động đi làm việc ở nước ngoài: 5 tỷ đồng (Điều 3 Nghị định 126/2007/NĐ-CP ngày 1/8/2007)

8. Sản xuất phim: Doanh nghiệp phải có giấy chứng nhận đủ điều kiện kinh doanh do Cục Điện ảnh cấp trước khi đăng ký kinh doanh (Điều 14 Luật Điện ảnh)

9. Kinh doanh cảng hàng không: (Khoản 1 Điều 22 Nghị định 83/2007/NĐ-CP ngày 25/5/2007)

A. Kinh doanh tại cảng hàng không quốc tế: 100 tỷ đồng

B. Kinh doanh tại cảng hàng không nội địa: 30 tỷ đồng

10. Cung cấp dịch vụ hàng không mà không phải là doanh nghiệp cảng hàng không:

(Khoản 2 Điều 22 Nghị định 83/2007/NĐ-CP ngày 25/5/2007)

A. Kinh doanh tại cảng hàng không quốc tế: 30 tỷ đồng

B. Kinh doanh tại cảng hàng không nội địa: 10 tỷ đồng

11. Kinh doanh vận chuyển hàng không: (Khoản 1 Điều 8 Nghị định 76/2007/NĐ-CP ngày 9/5/2007)

A. Vận chuyển hàng không quốc tế:

- Khai thác từ 1 đến 10 tàu bay: 500 tỷ đồng

- Khai thác từ 11 đến 30 tàu bay: 800 tỷ đồng

- Khai thác trên 30 tàu bay: 1000 tỷ đồng

B. Vận chuyển hàng không nội địa:

- Khai thác từ 1 đến 10 tàu bay: 200 tỷ đồng

- Khai thác từ 11 đến 30 tàu bay: 400 tỷ đồng

- Khai thác trên 30 tàu bay: 500 tỷ đồng

12. Kinh doanh hàng không chung: 50 tỷ đồng (Khoản 2 Điều 8 Nghị định 76/2007/NĐ-CP ngày 9/5/2007)

Phụ lục 5: BIỂU PHÍ CỦA MỘT SỐ TRUNG TÂM TRỌNG TÀI THƯƠNG MẠI

Phí trọng tài tại VIAC	
Trị giá tranh chấp	Phí trọng tài
500.000.000 trở xuống	45 triệu
500.000.001 đến 1 tỷ	45 triệu + 7,0% số tiền vượt quá 500 triệu
1.000.000.001 đến 5 tỷ	80 triệu + 4,0% số tiền vượt quá 1 tỷ
5.000.000.001 đến 10 tỷ	240 triệu + 2,5% số tiền vượt quá 5 tỷ
10.000.000.001 đến 50 tỷ	365 triệu + 1,5% số tiền vượt quá 10 tỷ
50.000.000.001 đến 100 tỷ	965 triệu + 1,0% số tiền vượt quá 50 tỷ
100.000.000.001 đến 500 tỷ	1 tỷ 465 triệu + 0,4% số tiền vượt quá 100 tỷ
500.000.000.001 trở lên	3 tỷ 65 triệu + 0,1% số tiền vượt quá 500 tỷ
Phí trọng tài tại TTTT Cần Thơ	
Từ 200.000.000đ trở xuống	10.000.000đ
Từ 200.000.001đ – 500.000.000đ	10.000.000đ + 3% số tiền vượt quá 200.000.000đ
Từ 500.000.001đ - 1.000.000.000đ	19.000.000đ + 2% số tiền vượt quá 500.000.000đ
Từ 1.000.000.001 trở lên	29.000.000đ + 0,5% số tiền vượt quá 1.000.000.000đ

Phụ lục 6: Mức án phí sơ thẩm tại tòa kinh tế

Giá trị tranh chấp kinh tế	Mức án phí
Từ 40 triệu trở xuống	2.000.000 đồng
Từ trên 40 triệu - 400 triệu	5% của giá trị tranh chấp
Trên 400 triệu – 800 triệu	20 triệu + 4% của phần giá trị tranh chấp vượt quá 400 triệu
Từ trên 800 triệu – 2 tỷ	36 triệu + 3% của phần giá trị tranh chấp vượt quá 800 triệu
Từ trên 2 tỷ - 4 tỷ	72 triệu + 2% của phần giá trị tranh chấp vượt quá 2 tỷ
Từ trên 4 tỷ	112 triệu + 0,1% của phần giá trị tranh chấp vượt quá 4 tỷ

Phụ lục 7: DỰ BÁO PHÁT TRIỂN CÁC NGÀNH THƯƠNG MẠI DỊCH VỤ VIỆT NAM ĐẾN NĂM 2020

Chỉ tiêu	2014	2015	BQ	2016	2017	2018	2019	2020	BQ
Thương nghiệp và sửa chữa	134.396,33	147.163,98	9.5	161.880,38	178.068,41	195.875,26	215.462,78	237.009,06	10
Tỷ lệ tăng trưởng	109,50	109,50		110,00	110,00	110,00	110,00	110,00	
Khách sạn	30.021,61	33.023,77	10	37.977,34	43.673,94	50.225,03	57.758,78	66.422,60	15
Tỷ lệ tăng trưởng	110	110		115	115	115	115	115	
Vận tải, kho bãi và TTLL	40.257,52	45.088,42	12	51.851,69	57.036,86	62.740,54	69.014,60	75.916,06	10,98
Tỷ lệ tăng trưởng	112,00	112,00		115,00	110,00	110,00	110,00	110,00	
Tài chính, tín dụng	16.894,70	18.415,22	9	20.256,75	22.282,42	24.510,66	26.961,73	29.657,90	10
Tỷ lệ tăng trưởng	109,00	109,00		110,00	110,00	110,00	110,00	110,00	
Khoa học và công nghệ	4.255,69	4.553,59	7	4.917,88	5.311,31	5.736,21	6.195,11	6.690,72	8
Tỷ lệ tăng trưởng	107,00	107,00		108,00	108,00	108,00	108,00	108,00	
Giáo dục và đào tạo	25.453,25	27.489,51	8	29.826,12	32.361,34	35.112,05	38.096,58	41.334,79	8,5
Tỷ lệ tăng trưởng	108,00	108,00		108,50	108,50	108,50	108,50	108,50	
KD tài sản và DV tư vấn	21.493,52	22.568,20	5	24.147,97	25.838,33	27.647,01	29.582,30	31.653,06	7
Tỷ lệ tăng trưởng	105,00	105,00		107,00	107,00	107,00	107,00	107,00	
Dịch vụ cho cá nhân và cộng đồng	13.728,24	14.689,21	7	15.790,90	16.975,22	18.248,36	19.616,99	21.088,27	7,50
Tỷ lệ tăng trưởng	107,00	107,00		107,80	107,80	107,80	107,80	107,80	

**Phụ lục 8. ĐÁNH GIÁ MÔI TRƯỜNG KINH DOANH CỦA VIỆT NAM
TỪ 2010-2012**

Các tiêu chí đánh giá	Năm 2010	Năm 2011	Năm 2012
1. Mức độ thuận lợi kinh doanh	114	100	99
2. Cấp phép xây dựng	70	62	28
3. Tiếp cận điện năng	165	160	155
4. Đăng ký tài sản	39	43	48
5. Vay vốn tín dụng	30	15	40
6. Bảo vệ nhà đầu tư	172	173	169
7. Nộp thuế	146	124	138
8. Thương mại quốc tế	59	63	74
9. Thực thi hợp đồng	31	31	44
10. Xử lý DN mất khả năng thanh toán	125	124	149
Xếp hạng/ 188 nước tham gia	88	78	99

Nguồn: NCS tự tổng hợp từ số liệu Ngân hàng Thế giới công bố

Phụ lục 9: NHỮNG CÂU HỎI ĐẶT RA CHO NHÀ LÃNH ĐẠO DOANH NGHIỆP KHI QUẢN LÝ HỢP ĐỒNG THƯƠNG MẠI DỊCH VỤ

(Theo hướng dẫn của cơ quan kiểm toán quốc gia Australia)

I. Bắt đầu hợp đồng

Người quản lý hợp đồng đã có đủ kinh nghiệm và kỹ năng hay chưa?
 Người quản lý hợp đồng đã hiểu về hợp đồng và các vấn đề liên quan chưa?
 Đã nhận dạng được những rủi ro đối với hợp đồng và cách đối phó với nó?
 Ai là người chịu trách nhiệm để xử lý các rủi ro đó?
 Đã chỉ định cụ thể người quản lý các khía cạnh liên quan đến hợp đồng?
 Đã có sự ủy quyền cho việc phê duyệt hợp đồng, chi tiêu và thay đổi hợp đồng?
 Đã thông báo đến những người liên quan đến hợp đồng và ý kiến gì không?
 Có lợi nhuận gì trong biểu đồ nội bộ không, ví dụ sự leo thang của tranh chấp có thể xảy ra, đã lưu ý chưa?

II. Thực hiện hợp đồng

Việc chi trả có thỏa mãn với việc thực hiện hợp đồng không?
 Hóa đơn, tài liệu kèm theo có phù hợp với yêu cầu của hợp đồng không?
 Thời gian thực hiện có phù hợp với hợp đồng yêu cầu không?
 Những thay đổi về hợp đồng có được nhất trí dựa trên số tiền phát sinh không?
 Sự điều chỉnh của hợp đồng có được xem là chính thức không? Có bản ghi nhận về sự thay đổi này không?
 Khi việc thực hiện hợp đồng không thỏa mãn, thì đã có những hành động và có những bằng chứng gì?
 Đối với những hợp đồng dài hạn, có thường xuyên kiểm tra định kỳ đối tượng của hợp đồng không?
 Các tranh chấp có được giải quyết trong thời gian hợp lý và đã có những nỗ lực để giải quyết chưa?
 Việc quản lý hợp đồng một cách chủ động có mang lại hiệu quả như mong đợi không?

III. Ký tiếp hoặc gia hạn hợp đồng

Quy trình hoặc hệ thống cho đủ điều kiện để ký tiếp hợp đồng hoặc gia hạn hợp đồng không?
 Các phần gia hạn hoặc ký tiếp của hợp đồng có phù hợp với giá trị không?
 Đã xem lại tính trung thực trong thời gian kéo dài hợp đồng chưa?

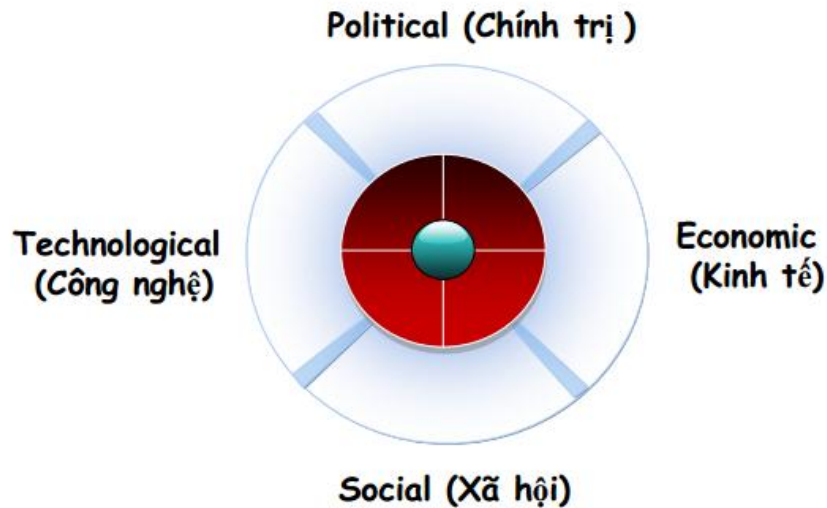
IV. Kết thúc hợp đồng

Đối tác đã thực hiện đầy đủ những cam kết trong hợp đồng chưa?
 Đối tác đã trả lại những thiết bị, tài liệu mà sử dụng chưa?
 Đã đánh giá hợp đồng chưa và rút ra những bài học kinh nghiệm gì cho tương lai?
 Đã gửi thông tin phản hồi về kết quả cho đối tác chưa?

Phụ lục 10: MỘT SỐ MÔ HÌNH QUẢN TRỊ RỦI RO DOANH NGHIỆP VÀ QUẢN TRỊ RỦI RO HỢP ĐỒNG THƯƠNG MẠI DỊCH VỤ

10.1 MÔ HÌNH PEST:

Mô hình phân tích PEST



Phân tích PEST giúp DN xác định được các yếu tố bên ngoài mà có khả năng là cơ hội hoặc thách thức đối với DN:

P (Politics) - Các yếu tố chính trị và luật pháp có thể tác động tới ngành kinh doanh của DN, ví dụ Luật Doanh nghiệp và Luật Đầu tư 2005

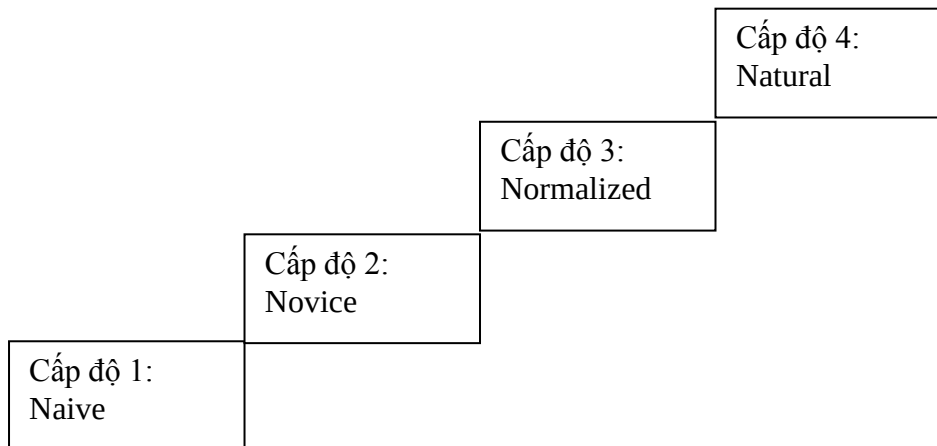
E (Economics)- Các yếu tố kinh tế, ví dụ như thay đổi trong giá dầu, hoặc GDP tăng trưởng cao

S (Social)- Các yếu tố xã hội như thay đổi về niềm tin hoặc thái độ từ việc tăng thu nhập hoặc tiếp cận với các xu hướng quốc tế

T (Technology) - Các yếu tố về kỹ thuật như tăng việc sử dụng Internet hoặc có thêm nhiều thông tin trên mạng về lĩnh vực kinh doanh của bạn.

PEST là công cụ phân tích liên quan đến những yếu tố vĩ mô, bên ngoài môi trường kinh doanh của mỗi doanh nghiệp. Thường dùng trong các phân tích chiến lược kinh doanh, chiến lược marketing và là công cụ để quản trị rủi ro cho DN

10.2 MÔ HÌNH HILTON – MÔ HÌNH PHÁT TIỀN RỦI RO (Risk Maturity Model – RMM)



Cấp độ 1: DN chưa nhận biết được sự cần thiết của quản trị rủi ro, và cũng không có phương thức phòng bị cho những rủi ro có thể xảy ra. Quá trình quản lý mang tính lập đi lập lại và phản ứng theo vụ việc mà không có sự chuẩn bị hoặc xem lại những bài học trong quá khứ để đối phó đối với những điều không chắc chắn trong tương lai;

Cấp độ 2: DN bắt đầu thử nghiệm việc áp dụng quản trị rủi ro, thông thường bắt đầu từ những cá nhân được chỉ định, nhưng không thực hiện một cách chính thức, không có qui trình cụ thể. Mặc dù có những nhận thức về lợi ích của quản trị rủi ro, nhưng DN vẫn chưa thực hiện được quản trị rủi ro.

Cấp độ 3: DN đã xây dựng quản trị rủi ro trong tất cả các hoạt động của mình. Quá trình kiểm soát rủi ro được ban hành thành qui trình và áp dụng rộng rãi, lợi ích của nó đã được toàn bộ mọi cấp độ của DN nhận thức mặc dù họ không tuân thủ trong mọi trường hợp

Cấp độ 4: Nhận thức về rủi ro trong hoạt động trở thành văn hóa của DN, Quản trị rủi ro được thực hiện trong mọi khía cạnh của hoạt động kinh doanh của DN. Các thông tin về rủi ro được chủ động sử dụng nhằm cải thiện quá trình kinh doanh và tạo nên lợi thế cạnh tranh. Quản trị rủi ro được sử dụng để quản lý những cơ hội cũng như những mặt tác động tiêu cực tiềm năng có thể xảy ra.

Áp dụng mô hình này sẽ giúp cho các DN biết được mình đang ở giai đoạn nào trong quá trình quản trị rủi ro. Việc áp dụng mô hình này có thể thực hiện bởi nhiều cách, ví dụ như DN muốn hỗ trợ năng lực kiểm soát rủi ro, hay đưa ra chiến lược để hỗ trợ quản trị rủi ro hiệu quả hơn hoặc nó cũng có thể là chìa khóa để DN có lợi thế cạnh tranh trên thị trường.

10.3. MA TRẬN RỦI RO – Jones và Sutherland năm 1997

Ma trận rủi ro của Jones và Sutherland cung cấp những chỉ dẫn trong quá trình nhận dạng các rủi ro, đánh giá các rủi ro, xác định số lượng chi tiết các rủi ro và rủi ro nào cần được ưu tiên quản lý.

Kinh doanh

Chiến lược kinh doanh sai lầm
 Cạnh tranh về giá/ thị phần
 Những vấn đề kinh tế toàn cầu
 Những vấn đề kinh tế khu vực
 Rủi ro chính trị
 Sản phẩm thay thế
 Chính sách bất lợi của chính phủ
 Sự suy giảm của ngành
 Không kiểm soát được mục tiêu
 Đổi mới chậm
 Vốn
 Không hòa nhập tốt

Tài chính

Rủi ro thanh khoản
 Rủi ro thị trường
 Rủi ro tín dụng
 Rủi ro lãi suất
 Rủi ro tiền tệ
 Chi phí vốn cao
 Rủi ro nguồn vốn
 Hệ thống kế toán có vấn đề
 Tin tặc
 Quyết định dựa trên những thông tin sai lệch
 Nhiều thông tin
 Rủi ro nhầm lẫn liên quan đến thông tin tài chính được công khai
 Rủi ro về lưu giữ
 Sử dụng nguồn tài chính sai lệch
 Không giữ đúng lời hứa với khách hàng

Sự tuân thủ

Phá vỡ những qui luật
 Phá vỡ những nguyên tắc tài chính
 Phá vỡ pháp luật về công ty
 Rủi ro pháp lý
 Vi phạm luật cạnh tranh
 Vấn đề thuế VAT

Vi phạm các qui định pháp luật khác

Phạt thuế

Rủi ro về sức khỏe và an toàn

Vấn đề về môi trường

Hoạt động và các vấn đề khác

Quá trình kinh doanh không tuân thủ theo chiến lược

Đánh mất bản sắc của doanh nghiệp

Thất bại trong những thay đổi chính

Thiếu các nguyên liệu

Thiếu kỹ năng

Thiệt hại tài sản vô hình

Vi phạm bảo mật

Thiệt hại tài sản hữu hình

Thiếu tính liên tục trong kinh doanh

Thiếu những nhân vật chủ chốt

Những vấn đề thành công

Thất bại trong việc tạo và khám phá những tài sản vô hình

Bất lực trong giảm chi phí

Thất bại trong sản phẩm hoặc dịch vụ mới

Dịch vụ yếu kém

Thất bại trong vấn đề làm khách hàng thỏa mãn

Vấn đề về chất lượng

Sử dụng Internet

Không thực hiện được sự thay đổi

Vấn đề về lưu trữ văn bản

Thiếu các đơn đặt hàng

Thiếu những hợp đồng chủ đạo

Nhân viên thiếu động lực và chủ động

Quản lý thương hiệu kém

Trách nhiệm sản phẩm

Thất bại trong việc áp dụng công nghệ

Vấn đề của ngành công nghiệp

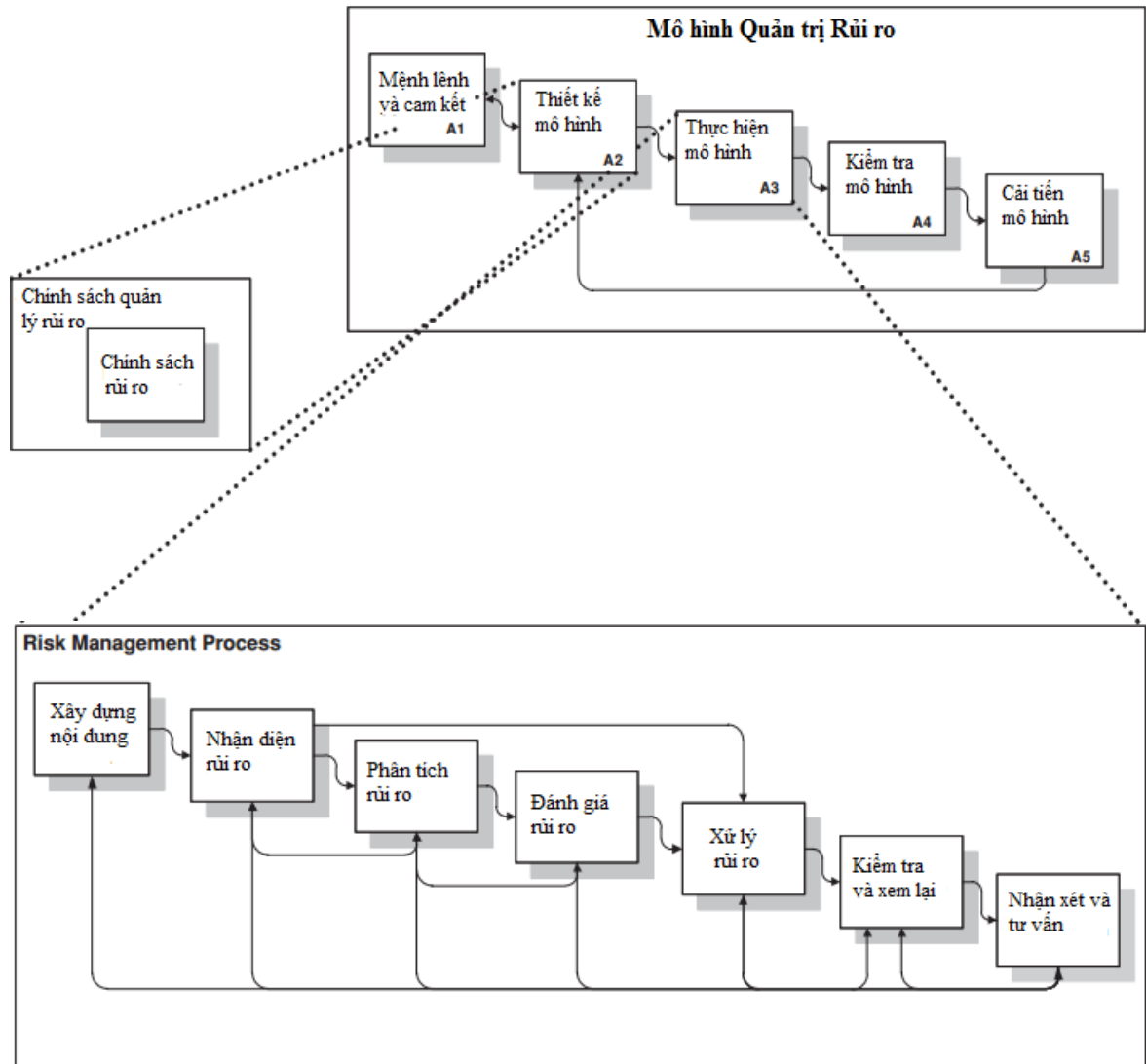
Các vấn đề liên quan đến danh tiếng của doanh nghiệp

Mất cơ hội kinh doanh

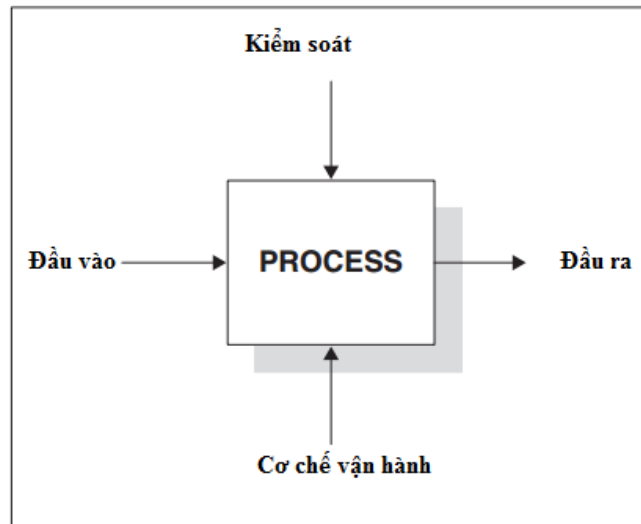
Các vấn đề ưu tiên khác của kinh doanh

10.4. MÔ HÌNH QUẢN TRỊ RỦI RO CỦA CHAPMAN

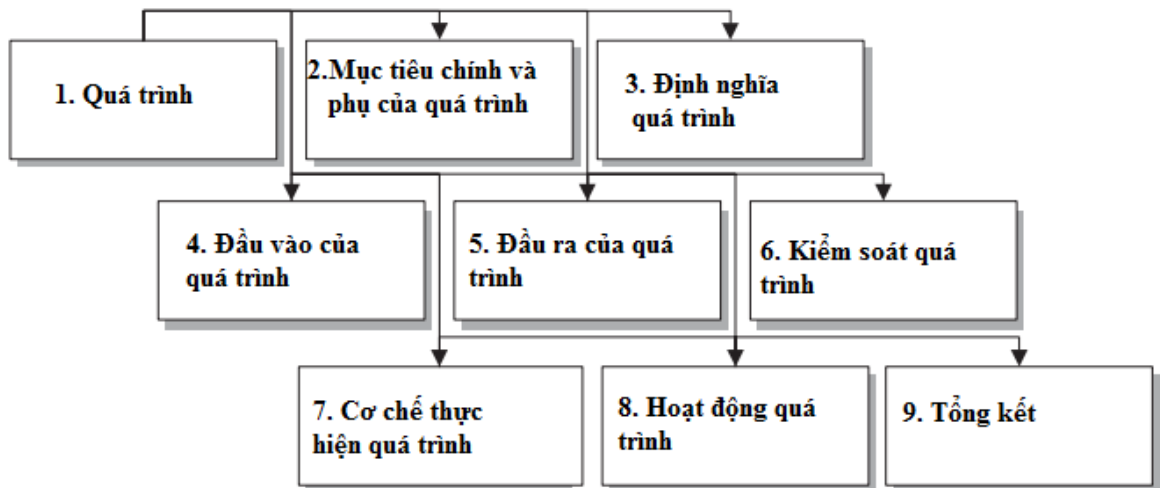
Mô hình này đề cập đến trật tự thứ bậc trong quản trị rủi ro, cũng như cụ thể hóa từng bước trong quá trình quản trị rủi ro. Hoạt động thiết kế mô hình rủi ro nằm trong tổng thể của quá trình quản trị rủi ro bao gồm cả nhiệm vụ thiết lập các chính sách về quản trị rủi ro.



Khi xây dựng bất kỳ qui trình nào thì đều bị tác động bởi yếu tố đầu vào, đầu ra, sự kiểm soát và cơ chế thực hiện



Trong mỗi bước của mô hình đều phải thực hiện 9 bước nhỏ như sau:



Bước	Đầu vào	Đầu ra	Kiểm soát	Cơ chế
Xây dựng nội dung	- Chỉ thị - Bản đồ quá trình - Mục tiêu và kế hoạch kinh doanh - Chuỗi giá trị - Ban kiểm toán - Kiểm soát nội bộ - Kế hoạch quản trị rủi ro - Báo cáo tài chính - Kế hoạch tiếp thị	- Tìm ra những phân tích về doanh nghiệp	- Văn hóa quản trị rủi ro của doanh nghiệp - Nguồn lực quản trị rủi ro - Kế hoạch quản trị rủi ro - Các thông số quản trị rủi ro	- Công cụ phân tích tài chính - Chuẩn đoán quá trình quản trị rủi ro - Câu hỏi SWOT - Câu hỏi PEST
Nhận dạng rủi ro	- Phân tích doanh nghiệp - Các giả định - Những sự kiện không chắc chắn - Những bài học kinh nghiệm	- Nhận dạng rủi ro	- Văn hóa quản trị rủi ro của doanh nghiệp - Nguồn lực quản trị rủi ro - Kế hoạch quản trị rủi ro	- Danh sách rủi ro - Danh sách nhắc lại những rủi ro - Phân tích lại PEST - Phân tích lại

	- Vấn đề		- Các thông số quản trị rủi ro	SWOT - Dữ liệu rủi ro - Sơ đồ quá trình - Câu hỏi về rủi ro
Phân tích rủi ro	- Nhận diện rủi ro - Đăng ký rủi ro - Lợi nhuận và chi phí - Bảng cân đối kế toán - Chỉ số của ngành	- Rủi ro đăng ký bao gồm cả đánh giá	- Nguồn lực quản trị rủi ro - Kế hoạch quản trị rủi ro - Các thông số quản trị rủi ro	- Đồ thị tác động
Đánh giá rủi ro	- Đăng ký rủi ro	- Đăng ký rủi ro - Kết quả mô hình - Cây ra quyết định - Kết quả định lượng - Mô hình mẫu - Phân tích độ nhạy	- Nguồn lực quản trị rủi ro - Kế hoạch quản trị rủi ro - Các thông số quản trị rủi ro	- Cây xác suất - Giá trị tiền tệ dự kiến - Học thuyết về tiện ích - Chuỗi Markov - Thăm định đầu tư
Xử lý rủi ro	- Rủi ro đăng ký - Chính sách bảo hiểm hiện tại - Khả năng đối phó rủi ro - Chỉ số ngành	- Đối phó rủi ro - Điều chỉnh đăng ký rủi ro	Nguồn lực quản trị rủi ro - Kế hoạch quản trị rủi ro - Các thông số quản trị rủi ro	- Đồ thị đối phó rủi ro - Chiến lược đối phó
Kiểm soát và kiểm tra	- Dữ liệu rủi ro - Đăng ký rủi ro - Đối phó rủi ro	- Lịch họp - Mẫu báo cáo - Các chỉ số cảnh báo sớm - Chỉ số đánh giá hoạt động	- Văn hóa quản trị rủi ro của doanh nghiệp - Nguồn lực quản trị rủi ro - Kế hoạch quản trị rủi ro - Các thông số quản trị rủi ro	- Chương trình họp - Bản báo cáo chính thức
Truyền thông rủi ro và tư vấn	- Đăng ký rủi ro - Đối phó rủi ro - Quá trình đối phó rủi ro - Chỉ số EWIs và KPI	- Báo cáo rủi ro - Thông cáo báo chí - Thư nội bộ - Bổ sung vào mạng công ty - Áp phích - Bản tin nội bộ	- Văn hóa quản trị rủi ro của doanh nghiệp - Nguồn lực quản trị rủi ro - Kế hoạch quản trị rủi ro - Các thông số quản trị rủi ro	- Kế hoạch truyền thông và tư vấn rủi ro - Mẫu cho áp phích và bản tin nội bộ - Biểu đồ dự án