

THỎA THUẬN TRỌNG TÀI – GÓC NHÌN SO SÁNH PHÁP LUẬT VIỆT NAM VỚI HÀN QUỐC TRONG MỐI LIÊN HỆ VỚI LUẬT MẪU 2006

*NCS. ThS. Nguyễn Trung Nam**

Xác lập thỏa thuận trọng tài có hiệu lực và có thể thi hành là điều kiện đầu tiên và quan trọng nhất cho việc thực hiện giải quyết tranh chấp bằng trọng tài, nó cũng là tiêu chí đánh giá quan trọng để xác định nơi xét xử pháp lý (seat of arbitration) có phải là một lựa chọn an toàn cho các bên giải quyết tranh chấp hay không. Vấn đề cốt lõi liên quan đến các thỏa thuận trọng tài là: liệu luật pháp quốc gia ở nơi xét xử có tôn trọng và tạo điều kiện cho các bên tự chủ tối đa trong việc thỏa thuận giải quyết tranh chấp bằng trọng tài hay không, hay cụ thể hơn, chúng ta phải trả lời các câu hỏi sau khi xem xét pháp luật về trọng tài của một quốc gia:

1. Hình thành thỏa thuận trọng tài:

- (i) Các tiêu chí/điều kiện để thỏa thuận trọng tài có hiệu lực có khó khăn không?
- (ii) Thỏa thuận trọng tài có thể được hình thành qua dẫn chiếu tới tài liệu khác hay không?

2. Hiệu lực của thỏa thuận trọng tài:

- (i) Luật quốc gia có quy định về khả năng tách biệt (separability) của thỏa thuận trọng tài với hợp đồng chính không?
- (ii) Có loại tranh chấp nào không thể phân xử bằng trọng tài được không?
- (iii) Ủy quyền và thẩm quyền ký kết có dễ dàng không?
- (iv) Phạm vi của thỏa thuận trọng tài có thể được hiểu theo nghĩa rộng không?
- (v) Có những trường hợp thỏa thuận trọng tài không thể thực thi được không?
- (vi) Thỏa thuận trọng tài bị lỗi và thỏa thuận trọng tài nhiều lựa chọn được giải quyết như thế nào?

3. Thay đổi/bổ sung các bên, các nội dung khác trong thỏa thuận trọng tài:

- (i) Chuyển giao và kế thừa thỏa thuận trọng tài.
- (ii) Những trường hợp cho phép bên thứ ba (ví dụ: công ty mẹ hoặc công ty con của một bên) có thể bị ràng buộc bởi một thỏa thuận trọng tài.
- (iii) Những trường hợp cho phép bên thứ ba xin tham gia vào quá trình phân xử trọng tài.
- (iv) Hợp nhất các thủ tục tố tụng trọng tài khác nhau.

Trong nhiều năm qua, Việt Nam đã đấu tranh để được UNCITRAL công nhận là một quốc gia tuân theo Luật Mẫu về Trọng tài Quốc tế (Luật Mẫu),¹ một trong những tiêu chí để Việt Nam được coi là một nơi xét xử bằng trọng tài thuận lợi, là bến đậu an toàn cho các bên tranh chấp quốc tế. Bài viết này sẽ sử dụng phương pháp so sánh để xem xét đánh giá các hệ thống pháp luật Việt Nam và Hàn Quốc về thỏa thuận trọng tài để xem luật pháp các quốc gia này giải quyết những vấn đề trên như thế nào. Bài viết cũng so sánh các quy định này với Luật Mẫu phiên bản 2006, nhằm tìm ra sự khác biệt và những tồn tại thiếu sót trong hệ thống pháp luật Việt Nam so với thực tiễn trọng tài thương mại quốc tế về vấn đề này.

** Nghiên cứu sinh Đại học Coventry (Anh Quốc), Giám đốc Học viện trọng tài Việt Nam, trọng tài viên Trung tâm Trọng tài Quốc tế Việt Nam (VIAC).*

¹ Năm 2013, đại diện UNCITRAL đã gửi tới Bộ Tư Pháp Việt Nam đánh giá không chính thức về các sai khác giữa quy định của Luật trọng tài thương mại 2010 (TTTT) so với Luật Mẫu, cùng các kiến nghị sửa đổi luật nhằm xóa bỏ các khác biệt này để Việt Nam được chấp nhận là một quốc gia theo Luật Mẫu.

A. PHÁP LUẬT VIỆT NAM

1. Hình thành thỏa thuận trọng tài

Theo quy định của pháp luật Việt Nam, việc hình thành thỏa thuận trọng tài cũng giống như hình thành bất kỳ hợp đồng nào khác, điều này phần lớn dựa trên nguyên tắc chấp nhận đề nghị của Bộ luật dân sự.² Ngoài ra, hình thức của các thỏa thuận trọng tài phải tuân theo Luật TTTM, quy định rằng thỏa thuận trọng tài phải được lập thành văn bản.³ Theo Luật TTTM, hình thức văn bản có thể bao gồm các thỏa thuận được thực hiện thông qua liên lạc giữa các bên bằng điện tín, fax, telex, email hoặc các hình thức khác được pháp luật quy định; các thỏa thuận được thực hiện thông qua trao đổi thông tin bằng văn bản giữa các bên; thỏa thuận được luật sư, công chứng viên hoặc tổ chức có thẩm quyền lập thành văn bản theo yêu cầu của các bên.⁴

Bằng chứng điện tử về văn bản

Việt Nam đã thông qua Luật mẫu của UNCITRAL về thương mại điện tử 1996 (“Luật mẫu 1996”) và Luật giao dịch điện tử 2005 (“LET2005”)⁵ quy định rằng một thông điệp dữ liệu sẽ được coi là đáp ứng điều kiện là 'bằng văn bản' nếu thông tin trong đó có thể truy cập được và có thể sử dụng để tham khảo khi cần thiết. Định nghĩa này đủ rộng để bao hàm tất cả các phương tiện của thông điệp dữ liệu và do đó phù hợp với Phương án 1 của Luật mẫu 2006.⁶

Mặt khác, Luật TTTM tương thích với tùy chọn 1 của Luật mẫu 2006⁷ trong việc quy định rằng các thỏa thuận trọng tài cũng có thể được thực hiện thông qua trao đổi các kiến nghị và tuyên bố tự vệ phản ánh sự tồn tại của một thỏa thuận do một bên đề xuất và không bị từ chối. bởi bên kia.

Tuy nhiên, trong thực tế, việc chấp nhận bằng chứng điện tử rất không rõ ràng. Trong một phán quyết vào năm 2012,⁸ Tòa án Nhân dân Thành phố Hồ Chí Minh đã xem xét một thỏa thuận trọng tài được cho là được hình thành từ việc các bên trao đổi qua email của một tài liệu hợp đồng được scan bởi một bên và một bộ tài liệu hợp đồng khác được ký bởi bên kia. Tòa cho rằng không có thỏa thuận trọng tài vì nguyên đơn không xuất trình được bản chính của hợp đồng đã ký giữa các bên. Quyết định này được đưa ra dựa trên Pháp lệnh Trọng tài Thương mại 2003 (‘Pháp lệnh 2003’)⁹ và điều đó có thể giải thích tại sao LET2005 đã không được tòa án đưa ra xem xét.

Yêu cầu về bản chính của văn bản hợp đồng thường gây ra khó khăn lớn cho việc xác định sự hình thành của thỏa thuận trọng tài. Tình huống khó khăn như vậy¹⁰ đã nảy sinh trong trường hợp các bên nộp hai bản gốc khác nhau của thỏa thuận hợp đồng. Bản sao của nguyên đơn có điều khoản trọng tài với điều kiện là mọi tranh chấp sẽ được giải quyết bằng trọng tài tại VIAC. Ngược lại, bản chính mà bị đơn giữ có phiên bản khác của điều khoản giải quyết tranh chấp, theo đó tranh chấp sẽ được giải quyết tại Tòa án có thẩm quyền của Việt Nam. Bị đơn từ chối giám định để xác nhận bản

² Xem Điều 386-401 BLDS 2015.

³ Điều 16.2 Luật TTTM.

⁴ Điều 16.2 Luật TTTM.

⁵ Điều 12, Luật Giao dịch Điện tử số 51/2005/QH11 ngày 29/11/2005 (LET2005).

⁶ Điều 7(4) Luật Mẫu 2006 (Lựa chọn 1).

⁷ Điều 7(5) Luật Mẫu 2006 (Lựa chọn 1).

⁸ Quyết định số 1598/2012/KDTM-QĐ ngày 31/10/2012 của Tòa án Nhân dân TP. HCM.

⁹ Pháp lệnh Trọng tài Thương mại số 08/2003/PL-UBTVQH ngày 25/2/2003.

¹⁰ Quyết định số 03/2014/QĐ-TTTM ngày 18/02/2014 của Tòa án Nhân dân Hà Nội.

chính mà họ đang lưu giữ, nhưng đề nghị rằng nếu nguyên đơn nhờ viện khoa học hình sự tiến hành giám định pháp y đối với bản sao y bản chính mà nguyên đơn lưu giữ, thì kết quả sẽ có giá trị ràng buộc đối với bị đơn. Tòa án cho rằng, tuân theo Điều 43 của Luật TTTM, trọng tài có trách nhiệm ra lệnh giám định bản gốc để xác định liệu thỏa thuận trọng tài có tồn tại hay không.

Một vấn đề khác nảy sinh trong thực tế là thách thức đối với thỏa thuận trọng tài, đó là thỏa thuận được ký nhưng không được đóng dấu của công ty. Trong một vụ án gần đây,¹¹ tòa án cho rằng theo Nghị định 62/CP ngày 22/9/1993 (quy định áp dụng tại thời điểm hợp đồng được ký kết), pháp nhân Việt Nam ký hợp đồng phải đáp ứng hai yêu cầu: (i) nó được ký bởi người có thẩm quyền; và (ii) nó được đóng bởi con dấu chính thức của công ty. Con dấu là nhằm để xác nhận rằng đó là pháp nhân chứ không phải là cá nhân ký kết tham gia giao dịch. Do đó, thỏa thuận trọng tài không được đóng dấu đã bị coi là vô hiệu. Tác giả cho rằng điều này sẽ không còn là vấn đề gây tranh cãi hiện nay, bởi vì kể từ khi Luật Doanh nghiệp 2020 mới được thông qua, việc sử dụng con dấu trong giao dịch thương mại không còn là yêu cầu bắt buộc (trừ trường hợp bắt buộc trong một số trường hợp cụ thể do pháp luật quy định).

Thành lập thỏa thuận trọng tài thông qua dẫn chiếu tới các tài liệu khác và thỏa thuận bổ sung/sửa đổi

Luật TTTM cũng cho phép xây dựng thỏa thuận trọng tài bằng cách viện dẫn đến một tài liệu như hợp đồng, tài liệu, điều lệ công ty hoặc các tài liệu tương tự khác có chứa thỏa thuận trọng tài. Cách tiếp cận này tương tự như Điều 7(6) của Luật Mẫu 2006.

Điều gì sẽ xảy ra nếu hợp đồng được ký, sau đó được sửa đổi bởi một thỏa thuận giải quyết tranh chấp? Quy định pháp luật Việt Nam theo hướng thỏa thuận mới nhất bao gồm thỏa thuận trọng tài sẽ được ưu tiên áp dụng.¹² Nếu hợp đồng sửa đổi mới nhất không bao gồm điều khoản trọng tài hoặc không tham chiếu đến điều khoản trọng tài trong hợp đồng gốc, thì điều khoản trọng tài sẽ áp dụng cho cả hợp đồng gốc và bản sửa đổi, trừ khi các bên đồng ý rằng thỏa thuận mới là một sự riêng biệt. thỏa thuận từ hợp đồng ban đầu.¹³

Tóm lại, về lý thuyết, việc xác lập thỏa thuận trọng tài theo pháp luật Việt Nam là khá phù hợp với các chuẩn mực quốc tế. Nhưng thực tế áp dụng các quy định pháp luật tạo ra một số rào cản về thủ tục hoặc hình thức (ví dụ bằng chứng điện tử), khiến giảm bớt tính ổn định và an toàn của việc xác lập thỏa thuận trọng tài.

2. Hiệu lực của thỏa thuận trọng tài

Sự tách biệt (*separability*) của điều khoản trọng tài với hợp đồng chính, nguyên tắc Tự quyết định thẩm quyền (*Kompetenz-kompetenz*) và không xét xử hai lần (*Res judicata*)

Pháp luật Việt Nam tôn trọng tính độc lập của điều khoản trọng tài so với thỏa thuận thực chất (nguyên tắc phân tách). Điều 19 của Luật TTTM quy định rằng việc sửa đổi, gia hạn, hủy bỏ, vô hiệu hoặc không thực thi của hợp đồng nội dung sẽ không làm mất hiệu lực của thỏa thuận trọng tài.¹⁴

¹¹ Quyết định số 01/2019/VKDTM-ST ngày 12/07/2019 Tòa án Nhân dân Tỉnh Thái Nguyên.

¹² Điều 7(1) Nghị quyết 01/2014.

¹³ Xem vụ kiện 890/2015/QĐ-PQTT ngày 03/09/2015.

¹⁴ Nguyên tắc này được các tòa án Việt Nam triệt để tôn trọng. Xem Quyết định số 06/2018/QĐ-PQTT ngày 11/09/2018 của Tòa án Nhân dân Hà Nội.

Ngoài ra, Luật TTTM được cho là công nhận nguyên tắc *Kompetenz-kompetenz*. Điều 42 (1) của Luật TTTM quy định rằng:

Trước khi xem xét nội dung vụ tranh chấp, Hội đồng trọng tài phải xem xét hiệu lực của thỏa thuận trọng tài; thỏa thuận trọng tài có thể thực hiện được hay không và xem xét thẩm quyền của mình. Trong trường hợp vụ việc thuộc thẩm quyền giải quyết của mình thì Hội đồng trọng tài tiến hành giải quyết tranh chấp theo quy định của Luật này. Trường hợp không thuộc thẩm quyền giải quyết của mình, thỏa thuận trọng tài vô hiệu hoặc xác định rõ thỏa thuận trọng tài không thể thực hiện được thì Hội đồng trọng tài quyết định đình chỉ việc giải quyết và thông báo ngay cho các bên biết.

Quy định trên không hoàn toàn phù hợp với ngôn từ của Luật mẫu, Luật Mẫu 2006 quy định rõ: 'hội đồng trọng tài có thể tự mình ra phán quyết về thẩm quyền của mình, bao gồm bất kỳ phản đối nào liên quan đến sự tồn tại hoặc hiệu lực của thỏa thuận trọng tài.¹⁵ Tuy nhiên, kết quả cuối cùng khi diễn giải các nội dung này không có sự khác biệt lớn. Một bên muốn phản đối thẩm quyền của hội đồng trọng tài phải gửi phản đối của mình lên hội đồng trọng tài để quyết định không muộn hơn ngày hội đồng trọng tài tuyên phán quyết (hoặc thời hạn được quy định trong quy tắc trọng tài trong trường hợp trọng tài tổ chức).¹⁶ Bộ quy tắc trọng tài của VIAC¹⁷ quy định rằng phản đối trên cơ sở được cho là không có thỏa thuận trọng tài hoặc thỏa thuận trọng tài không hợp lệ hoặc không có khả năng thực hiện phải được đệ trình trong tuyên bố bào chữa, nếu không sẽ mất ý kiến phản đối. bên phải. Cơ chế này sẽ dẫn đến kết quả tương tự như Luật Mẫu, trong đó yêu cầu phản đối thẩm quyền phải được nêu ra không muộn hơn khi nộp bản tự bảo vệ.

Một số học giả có thể lập luận rằng quy định của Luật TTTM đã buộc hội đồng trọng tài phải “phân đoạn” (*bifurcate*) quá trình tố tụng trọng tài theo ít nhất hai giai đoạn: (i) xác định thẩm quyền của hội đồng trọng tài; và (ii) một khi hội đồng trọng tài đã xác nhận thẩm quyền của mình, họ sẽ tiếp tục giải quyết tranh chấp về nội dung. Điều này hạn chế quyền lực của tòa trọng tài trong việc giải quyết thẩm quyền cùng lúc hay song song với tranh chấp nội dung, như nhiều hội đồng trọng tài quốc tế thường làm. Tuy nhiên, Nghị quyết 01/2014 đã giải tỏa mối lo ngại này bằng cách nêu rõ rằng nếu Hội đồng trọng tài không ban hành quyết định riêng về thẩm quyền của Hội đồng trọng tài thì người yêu cầu phải cung cấp những tài liệu, chứng cứ chứng minh việc Hội đồng trọng tài không có thẩm quyền giải quyết tranh chấp đó.¹⁸ Điều này ngụ ý rằng trọng tài vẫn có quyền quyết định phân tách hay kết hợp thủ tục xác định thẩm quyền và thủ tục tố tụng giải quyết nội dung.

Nếu trọng tài khi nhận được yêu cầu phản đối vẫn quyết định rằng mình có thẩm quyền giải quyết tranh chấp, thì bên không đồng ý với quyết định của trọng tài phải gửi đơn phản đối của mình lên tòa án có thẩm quyền trong vòng 5 ngày làm việc kể từ ngày ra quyết định của trọng tài.¹⁹ Nếu bên phản đối không đáp ứng thời hạn đó thì bên phản

¹⁵ Điều 16(1) Luật Mẫu.

¹⁶ Điều 43(2) Luật TTTM, Điều 6(1) Nghị quyết 01/2014.

¹⁷ Điều 9(1)(đ) Bộ quy tắc tố tụng trọng tài VIAC.

¹⁸ Điều 10(1) of Nghị quyết 01/2014.

¹⁹ Điều 44(1) Luật TTTM.

đổi sẽ bị mất quyền phản đối.²⁰ Điều đáng ngạc nhiên là thời hạn này ngắn hơn rất nhiều so với thời hạn 30 ngày được quy định theo Luật Mẫu.²¹

Trên thực tế, các tòa án Việt Nam đã vận dụng các quy định trên một cách triệt để nhằm bác bỏ ý kiến của các bên thua kiện phản đối thẩm quyền của Hội đồng trọng tài.²²

Nếu một bên trong thỏa thuận trọng tài cố gắng đưa tranh chấp ra tòa án thì sao? Theo nguyên tắc chung, nếu tòa án xét thấy các bên có thỏa thuận trọng tài hợp lệ, có hiệu lực thì phải từ chối đơn khởi kiện tại Tòa án, trừ trường hợp thỏa thuận trọng tài không thể thực hiện được.²³ Điều này đã đảm bảo hiệu lực của nguyên tắc không xét xử hai lần (*res judicata*) của phán quyết trọng tài, phán quyết này sẽ là cuối cùng và ràng buộc đối với các bên.

Các tranh chấp được phép xét xử bằng trọng tài

Liên quan đến khả năng phân xử của các tranh chấp bằng trọng tài, Luật TTTM dường như cho phép nhiều loại tranh chấp có thể phân xử hơn Luật mẫu. Đặc biệt, Điều 2 của Luật TTTM quy định rằng trọng tài có thẩm quyền giải quyết không chỉ các tranh chấp giữa các bên phát sinh từ hoạt động thương mại mà còn trong trường hợp ít nhất một trong các bên tiến hành hoạt động thương mại và các loại tranh chấp khác được pháp luật cho phép cũng có thể được giải quyết bằng trọng tài. Điều này hiểu theo nghĩa đen có nghĩa là tranh chấp có tính chất phi thương mại (ví dụ: tranh chấp lao động) có thể được đưa ra trọng tài nếu một trong các bên là pháp nhân thương mại (có hoạt động thương mại). Phạm vi áp dụng ở trên đủ rộng để bao gồm các loại tranh chấp khác nhau giữa các pháp nhân thương mại (B2B), giữa các pháp nhân thương mại với người tiêu dùng cá nhân (B2C). Phạm vi khả năng giải quyết của trọng tài này được coi là rộng hơn so với cách tiếp cận của Luật mẫu, vốn chỉ áp dụng cho trọng tài thương mại.²⁴ Mặc dù vậy, Luật Mẫu cũng đã giải thích thuật ngữ 'thương mại' đủ rộng để bao hàm:

Các vấn đề phát sinh từ tất cả các mối quan hệ có tính chất thương mại, cho dù có hợp đồng hay không. Các quan hệ có bản chất thương mại bao gồm nhưng không giới hạn ở các giao dịch sau: bất kỳ giao dịch thương mại nào để cung cấp hoặc trao đổi hàng hóa hoặc dịch vụ; thỏa thuận phân phối; đại diện thương mại hoặc đại lý; bao thanh toán; cho thuê; xây dựng công trình; sự tư vấn; kỹ thuật; cấp phép; sự đầu tư; tài trợ; ngân hàng; bảo hiểm; thỏa thuận khai thác hoặc nhượng quyền khai thác; liên doanh và các hình thức hợp tác công nghiệp hoặc kinh doanh khác; vận chuyển hàng hóa hoặc hành khách bằng đường hàng không, đường biển, đường sắt hoặc đường bộ.

Sự khác biệt về câu chữ ở trên có thể được xem xét qua thực tế bằng cách phân tích một số bản án của Việt Nam liên quan đến các tranh chấp có tính chất phi thương mại. Trong một vụ việc vào năm 2018,²⁵ tòa án đã phải giải quyết một tình huống phát sinh tranh chấp giữa người sử dụng lao động và người lao động về Thỏa thuận không tiết lộ và không cạnh tranh (DNA). Điều khoản trọng tài quy định rằng tranh chấp sẽ được

²⁰ Điều 13 Luật TTTM.

²¹ Điều 16(3) Luật Mẫu.

²² Xem các bản án số 1307/2017/QĐ-PQTT ngày 26/09/2017, bản án số 1358/2017/QĐ-PQTT ngày 28/09/2017, bản án số 440/2018/QĐ-PQTT ngày 13/04/2018.

²³ Điều 6 Luật TTTM.

²⁴ Điều 1(1) Luật Mẫu.

²⁵ Quyết định số 755/2018/QĐ-PQTT ngày 12/6/2018.

giải quyết bởi VIAC, và bị đơn đã nộp đơn xin bỏ phán quyết trọng tài trên cơ sở (trong số nhiều lý do khác) tranh chấp không thuộc phạm vi trọng tài và chỉ có thể được giải quyết bằng các tòa án. Tòa án viện dẫn Điều 2 của Luật TTTM và tuyên bố rằng nguyên đơn là thương nhân có đăng ký kinh doanh, có hoạt động thương mại theo Luật Thương mại 2005. Do đó, thỏa thuận trọng tài thuộc thẩm quyền của VIAC và có thể được giải quyết bằng trọng tài theo quy định. trong Điều 2 (2) của Luật TTTM.

Theo Bộ luật Lao động 2019, tranh chấp lao động sẽ được giải quyết bằng hòa giải lao động, trọng tài lao động và giải quyết tại Tòa án. Nếu giải thích quy định này theo nghĩa hẹp sẽ dẫn tới cách hiểu là các tranh chấp lao động không thể được giải quyết bằng trọng tài thương mại. Tuy nhiên, trường hợp trên cho thấy rằng các tòa án có thể không phải lúc nào cũng xem xét hạn chế này khi giải quyết các ý kiến phản đối liên quan đến khả năng phân xử của các tranh chấp bằng trọng tài.

Một ví dụ khác về tính linh hoạt này là các tranh chấp về giao dịch dân sự phi thương mại. Trong một vụ việc vào năm 2014,²⁶ bị đơn cho rằng Hội đồng trọng tài không có thẩm quyền đối với tranh chấp về cho thuê nhà đất. Tuy nhiên, tòa đã bác bỏ lập luận này với lý do Điều 2(2) của Luật TTTM không yêu cầu giao dịch đang tranh chấp phải có tính chất thương mại và chỉ cần một bên tranh chấp có hoạt động thương mại là đủ.

Tuy nhiên, Điều 470 của Bộ luật Tố tụng Dân sự đã thu hẹp tính linh hoạt trên khi quy định rằng các vụ kiện dân sự liên quan đến quyền đối với bất động sản trên lãnh thổ Việt Nam có yếu tố nước ngoài thuộc thẩm quyền riêng của Tòa án Việt Nam. Một loạt các hạn chế khác được đưa ra theo Điều 18 của Luật TTTM, trong đó quy định rằng các trường hợp sau đây sẽ làm cho thỏa thuận trọng tài vô hiệu:

1. Tranh chấp phát sinh trong các lĩnh vực không thuộc thẩm quyền của Trọng tài quy định tại Điều 2 của Luật TTTM.
2. Người xác lập thỏa thuận trọng tài không có thẩm quyền theo quy định của pháp luật.
3. Người xác lập thỏa thuận trọng tài không có năng lực hành vi dân sự theo quy định của Bộ luật dân sự.
4. Hình thức của thỏa thuận trọng tài không phù hợp với quy định tại Điều 16 của Luật TTTM.
5. Một trong các bên bị lừa dối, đe dọa, cưỡng ép trong quá trình xác lập thỏa thuận trọng tài và có yêu cầu tuyên bố thỏa thuận trọng tài đó là vô hiệu.
6. Thỏa thuận trọng tài vi phạm điều cấm của pháp luật.

Mặc dù các tình huống quy định tại Điều 18(1), (4), (5) và (6) ít xuất hiện trong thực tế, thực tiễn các vụ việc ở tòa án đã cho thấy rất nhiều thỏa thuận trọng tài đã bị tuyên vô hiệu theo lý do mục (2) và (3) ở trên.

Luật điều chỉnh thỏa thuận trọng tài

Luật Mẫu quy định rằng khi các tòa án xem xét hiệu lực của một thỏa thuận trọng tài, tòa án phải xem xét theo pháp luật mà các bên phải chịu sự điều chỉnh, hoặc nếu không có bất kỳ dấu hiệu nào ấn định pháp luật đó, thì sẽ xem xét theo luật của nơi xét xử (*lex fori*).²⁷ Điều này phản ánh quan điểm tương tự của Điều V (I) (a) của Công ước New York. Trong thực tế, các bên hiếm khi thỏa thuận lựa chọn ngay từ đầu luật điều chỉnh sự xác lập và hiệu lực của thỏa thuận trọng tài. Trong trường hợp đó, thông lệ

²⁶ Quyết định số 1222/2014/QĐ-PQTT ngày 14/10/2014 của Tòa án Nhân dân TP. HCM.

²⁷ Điều 34(2)(a)(i) Luật Mẫu 2006.

phổ biến là chọn luật của nơi xét xử, hoặc luật điều chỉnh toàn bộ nội dung hợp đồng.²⁸ Gary Born²⁹ tin rằng quy tắc mặc định phù hợp với Công ước New York là áp dụng luật của nơi xét xử (*lex fori*) hoặc với cách tiếp cận ủng hộ trọng tài hơn, là thỏa thuận trọng tài phải được tuyên có hiệu lực nếu nó chỉ cần đáp ứng các yêu cầu có hiệu lực theo một trong số các pháp luật áp dụng cho thỏa thuận trọng tài đó. Trong mọi trường hợp, điều này có nghĩa là tòa án của các quốc gia thành viên phải có khả năng xem xét luật pháp của nước ngoài (luật do các bên lựa chọn cho hợp đồng hoặc luật của nơi xét xử) để xác định hiệu lực của thỏa thuận trọng tài. Đây là một thách thức lớn đối với các tòa án Việt Nam, như được giải thích rõ hơn dưới đây.

Hạn chế lớn nhất của Tòa án Việt Nam trong việc xem xét hiệu lực của các thỏa thuận trọng tài là các thẩm phán không có thói quen xem xét pháp luật nước ngoài trong khi ra quyết định của mình. Chưa có trường hợp nào được ghi nhận là tòa án Việt Nam áp dụng hoặc xem xét luật nước ngoài để đưa ra quyết định về thỏa thuận trọng tài. Kết quả của điều này là tòa án sẽ không thừa nhận khả năng thỏa thuận trọng tài có thể bị điều chỉnh bởi luật nước ngoài theo sự lựa chọn của các bên hoặc quyết định của hội đồng trọng tài. Do tòa án chỉ áp dụng pháp luật Việt Nam để xác định sự hình thành và/hoặc hiệu lực của thỏa thuận trọng tài nên thỏa thuận trọng tài sẽ được hiểu và giải thích theo quy định của pháp luật Việt Nam, bất kể các bên đã thỏa thuận những luật điều chỉnh nào. Điểm yếu này sẽ khiến cho các nguyên tắc *seperability* và *kompetenz-kompetenz* khó có thể thực hiện trên thực tế, vì nó hạn chế quyền của hội đồng trọng tài trong việc xác định hiệu lực của thỏa thuận trọng tài dựa trên luật điều chỉnh của nó. Trong nhiều vụ kiện trọng tài quốc tế, hội đồng trọng tài có thể xác định rằng luật điều chỉnh thỏa thuận trọng tài là luật điều chỉnh hợp đồng nội dung hoặc luật nơi xét xử, trong cả hai trường hợp, có nhiều khả năng luật điều chỉnh được lựa chọn không phải là luật Việt Nam. .

Năng lực pháp lý của các bên và thẩm quyền ký kết thỏa thuận trọng tài

Theo Luật Mẫu và Công ước New York, phán quyết trọng tài có thể bị hủy³⁰ hoặc bị từ chối công nhận nếu các bên của phán quyết đó không đủ năng lực theo luật áp dụng đối với họ.³¹ Điều này ngụ ý yêu cầu các tòa án phải xem xét năng lực pháp lý của các bên ký kết theo luật của nơi cư trú (với cá nhân) hoặc nơi thành lập (đối với tổ chức) của họ, mà trong bối cảnh trọng tài quốc tế có thể khác với luật của nơi xét xử. Rất tiếc, yêu cầu này không được quy định bởi các quy tắc trong nước, cũng như trong thực tiễn của các tòa án Việt Nam.

Việc thiếu năng lực pháp lý hoặc không có thẩm quyền ký kết các thỏa thuận trọng tài là một trong những lý do thường xuyên được viện dẫn nhất khiến Tòa án Việt Nam từ chối hoặc từ chối việc thi hành phán quyết trọng tài.³² Điều này một phần là do theo pháp luật Việt Nam, năng lực pháp luật của pháp nhân nước ngoài xác lập hoặc thực hiện các giao dịch dân sự tại Việt Nam được xác định theo pháp luật Việt Nam³³ chứ

²⁸ Xem Pieter Sanders (general editor), *ICCA'S Guide to the Interpretation of the New York Convention 1958: A Handbook For Judges* (ICCA, 2011) p. 51.

²⁹ Xem Gary Born, *International Arbitration: Law and Practice* (2nd edn, Kluwer 2016) 60.

³⁰ Điều 34(2)(a)(i) of the Luật Mẫu 2006.

³¹ Điều V(1)(a) Công ước New York 1958.

³² Trong số các vụ kiện liên quan tới trọng tài từ 2010-2021, yêu cầu hủy hoặc không công nhận phán quyết trọng tài với lý do bên ký kết không có năng lực ký hoặc thiếu thẩm quyền được viện dẫn 22 lần, và trong số đó có tới 17 tòa án xác định thỏa thuận trọng tài không có hiệu lực.

³³ Điều 676(3) BLDS 2015.

không phải pháp luật của quốc gia nơi pháp nhân đó đăng ký. Đây là cơ sở dẫn đến rủi ro cao rằng một thỏa thuận trọng tài sẽ không được thiết lập theo pháp luật Việt Nam do các quy định truyền thống hạn chế năng lực pháp luật của các tổ chức doanh nghiệp. Ví dụ, trước khi Bộ luật Dân sự 2015 có hiệu lực, pháp luật Việt Nam chưa cho phép một pháp nhân (tổ chức) ủy quyền cho tổ chức khác. Có trường hợp Tòa án áp dụng biện pháp này và bác bỏ hiệu lực của thỏa thuận trọng tài trên cơ sở cho rằng việc ủy quyền của tổ chức cho tổ chức khác giao kết hợp đồng với bên thứ ba là không phù hợp với pháp luật Việt Nam.

Trong một tình huống khác,³⁴ Tòa án Nhân dân Tối cao đã bác quyết định công nhận và cho thi hành phán quyết của Trọng tài nước ngoài của tòa cấp dưới trước đó với lý do một trong các bên không đủ năng lực tham gia tố tụng trọng tài. Tòa lập luận rằng bên thua kiện được xác định chỉ là một chi nhánh phụ thuộc của một tập đoàn và do đó không có năng lực pháp lý để làm người yêu cầu/bị đơn trong tố tụng pháp lý. Tác giả cho rằng đây không phải là một quyết định chính xác, bởi vì chi nhánh rõ ràng đã được công ty mẹ ủy quyền tham gia vào thỏa thuận trọng tài và phán quyết chống lại chi nhánh phải được coi là đã được áp dụng chống lại công ty mẹ.

Vấn đề càng trở nên phức tạp hơn khi một bên của hợp đồng là một bên đại diện cho Nhà nước Việt Nam. Trong một vụ kiện trọng tài tại ICC,³⁵ hội đồng trọng tài đã tuyên bố thẩm quyền giải quyết hợp đồng được ký giữa Ban quản lý dự án (“PMU”) thuộc Ủy ban nhân dân (UBND) tỉnh X và nhà đầu tư (nguyên đơn). Hội đồng trọng tài án xác định rằng BQLDA đã ký hợp đồng thay mặt cho PCPX và thẩm quyền của nó sau đó đã bị tòa án bác bỏ. Tòa án lý giải rằng không có văn bản rõ ràng nào của UBND tỉnh X ủy quyền cho BQLDA thay mặt mình ký hợp đồng và không có bằng chứng về việc có hợp đồng giữa PCPX và người yêu cầu bồi thường. Đây là một điểm rất lắt léo vì các BQLDA là các đơn vị chuyên môn do PCPX thành lập để thực hiện dự án và theo pháp luật của hầu hết các quốc gia (ví dụ luật Anh) sẽ được coi là người ủy quyền đương nhiên của UBND theo nguyên tắc thẩm quyền rõ ràng hoặc thẩm quyền đương nhiên.³⁶

Một vấn đề lớn khác đối với việc hình thành thỏa thuận trọng tài theo pháp luật Việt Nam là quy định về cơ quan đại diện và thẩm quyền ký kết thỏa thuận. Theo luật Việt Nam, pháp nhân có thể được đại diện bởi (i) người đại diện theo pháp luật hoặc (ii) người được ủy quyền.³⁷ Trong trường hợp thứ hai, phải có một thỏa thuận ủy quyền thích hợp và hầu hết các trường hợp cần phải có thư ủy quyền thể hiện bằng văn bản. Một giao dịch được thực hiện bởi một người không có thẩm quyền sẽ không ràng buộc bên ủy quyền, trừ trường hợp bên ủy quyền thừa nhận giao dịch đó; hoặc bên ủy quyền biết mà không phản đối trong thời gian hợp lý; hoặc bên ủy quyền có lỗi dẫn đến việc bên tham gia giao dịch còn lại không biết hoặc không thể biết về việc người đã xác lập, thực hiện giao dịch dân sự với mình không có quyền đại diện.³⁸ Theo truyền thống, các tòa án Việt Nam đã giải thích các nội dung này một cách rất hạn chế, như có thể thấy trong một số trường hợp dưới đây.

³⁴ Vụ việc số 01/2013/QDKDTM-ST (Thien Hung) ngày 23/5/2013.

³⁵ Quyết định số 625/2012/DQST-KDTM ngày 14/05/2012 của Tòa án Nhân dân TP. HCM.

³⁶ Xem án lệ Freeman & Lockyer v Buckhurst Park Properties (Mangal) Ltd [1964] 2B 480.

³⁷ Điều 85 BLDS 2015.

³⁸ Điều 142 Civil Code 2015.

Trong một vụ tranh chấp vào năm 2013,³⁹ hợp đồng đã được ký bởi một phó giám đốc không phải người đại diện hợp pháp của bị đơn ủy quyền, nguyên đơn lập luận rằng các bên đã thiết lập mối quan hệ thương mại nhiều năm và cùng một bên ký kết đã ký các hợp đồng khác mà anh ta được ủy quyền thích hợp người đại diện theo pháp luật của bị đơn, do đó các bên đã hình thành thói quen sử dụng theo Điều 12 Luật Thương mại 2005 và thỏa thuận trọng tài được thiết lập giữa họ. Tòa án đã bác bỏ đề nghị của nguyên đơn và tuyên bố rằng không có thỏa thuận nào do các bên thiết lập vì không có giấy ủy quyền nào được cấp cho người ký và không có bằng chứng cho thấy đại diện hợp pháp của bị đơn biết về thỏa thuận trọng tài và đồng ý nó.⁴⁰ Tòa án Nhân dân Tối cao đã đi một bước xa hơn khi bác bỏ sự tồn tại của thỏa thuận trọng tài trong một tình huống tương tự nhưng trong trường hợp này nguyên đơn là một công ty nước ngoài được thành lập theo luật Thụy Sĩ và hợp đồng (bao gồm cả điều khoản trọng tài) đã được ký bởi một người không có giấy ủy quyền rõ ràng từ các đại diện hợp pháp của nguyên đơn. Đại diện hợp pháp của nguyên đơn sau đó gửi xác nhận rằng người đã ký hợp đồng có toàn quyền ký hợp đồng và nguyên đơn cũng gửi ý kiến chuyên gia giải thích lý do tại sao giấy ủy quyền này là hợp pháp và hợp lệ theo luật của Thụy Sĩ và luật pháp của nơi xét xử (Anh Quốc). Đáng tiếc là tòa án đã bỏ qua những đệ trình này và căn cứ vào Điều 370 của Bộ luật Tố tụng Dân sự (sửa đổi năm 2011) để kết luận rằng người ký thỏa thuận trọng tài không có thẩm quyền ký kết.

Với nỗ lực giảm thiểu số lượng đáng báo động các thỏa thuận trọng tài vô hiệu do các tòa án ra quyết định, Tòa án Nhân dân Tối cao đã ban hành Nghị quyết 01/2014 vào năm 2014⁴¹ để hướng dẫn các thẩm phán đưa ra quyết định đúng đắn trong việc xem xét thẩm quyền ký kết. Điều 3(2) Nghị quyết quy định:

Trường hợp thỏa thuận trọng tài do người không có thẩm quyền xác lập nhưng trong quá trình xác lập, thực hiện thỏa thuận trọng tài hoặc trong tố tụng trọng tài mà người có thẩm quyền xác lập thỏa thuận trọng tài đã chấp nhận hoặc đã biết mà không phản đối thì thỏa thuận trọng tài không vô hiệu.

Quy định minh thị trên nhằm giảm số lượng các trường hợp từ chối các thỏa thuận trọng tài trên cơ sở người ký kết thiếu thẩm quyền.⁴² Tuy nhiên, cách tiếp cận chủ quan về việc yêu cầu người ủy quyền ‘biết và không phản đối’ thỏa thuận trọng tài vẫn cho phép tòa án giải thích yêu cầu theo hướng chủ quan để từ chối sự tồn tại của thỏa thuận trọng tài.

Trong một vụ việc hy hữu, khi thỏa thuận hợp đồng chính (bao gồm cả điều khoản trọng tài) được ký bởi một người được ủy quyền, Tòa án Nhân dân Cấp cao TP. HCM⁴³ đã bác bỏ ý kiến nguyên đơn cho rằng người phải thi hành (người ủy quyền) rõ ràng đã thực hiện giao hàng lần thứ hai, tức là đã biết về thỏa thuận trọng tài (không chỉ thỏa thuận chính của hợp đồng) và không hề phản đối nó. Tòa đã viện dẫn nguyên tắc thỏa thuận trọng tài hoàn toàn độc lập với hợp đồng (theo Điều 19 Luật TTTM) để cho rằng

³⁹ Quyết định số 01/2013/QĐKDTM-ST (Thien Hung) ngày 23 May 2013 of Binh Duong People’s Court.

⁴⁰ Trong vụ án số 02/2013 / QĐKDTM-ST (Thiên Nam) ngày 23/5/2013 của Tòa án nhân dân tỉnh Bình Dương tòa án cũng có lập luận tương tự và đã được Tòa án tối cao xác nhận. Xem thêm bản án số 54/2015 / VKDTM-PT ngày 22/05/2015 của Tòa án Nhân dân thành phố Hà Nội trong đó Tòa án ra phán quyết về việc Phó giám đốc chi nhánh không có thẩm quyền ký thỏa thuận trọng tài nhân danh công ty mẹ.

⁴¹ Nghị quyết 01/2014/NQ-HDTP ngày 20/3/2014 hướng dẫn Luật Trọng tài thương mại của Hội đồng Thẩm phán Tòa án Nhân dân Tối cao (“**Nghị quyết 01/2014**”).

⁴² Xem e.g. case No. 810/2017/QĐ-PQTT ngày 29/06/2017 của Tòa án Nhân dân TP. HCM.

⁴³ Xem case No. 25/2018/QĐKDTM-PT ngày 28/06/2018 of the Ho Chi Minh City High Court.

việc thay đổi, gia hạn, hủy bỏ hợp đồng, hợp đồng vô hiệu hoặc không thể thực hiện được không làm mất hiệu lực của thỏa thuận trọng tài. Tác giả không nhất trí với lập luận trên, theo tác giả cách áp dụng nguyên tắc separability trong trường hợp này hoàn toàn trái ngược với mục đích cơ bản của nguyên tắc này là nhằm đảm bảo thỏa thuận trọng tài được xem xét độc lập và không bị mất giá trị hiệu lực ngay cả khi hợp đồng chính bị tuyên vô hiệu. Trên thực tế, không ai có thể đọc được suy nghĩ của người đại diện theo ủy quyền cho một bên đang cố tình trốn tránh việc giải quyết tranh chấp bằng trọng tài, nếu người đại diện pháp luật một mực phủ nhận không nhận biết về điều khoản trọng tài và không ngầm thừa nhận nó (vì lý do biết mà không phản đối).

Thỏa thuận trọng tài có thể được điều chỉnh bởi luật nước ngoài và các bên có thể chọn trọng tài nước ngoài không?

Luật TTTM không quy định gì về luật điều chỉnh thỏa thuận trọng tài. Tuy nhiên, theo nguyên tắc chung của Bộ luật Dân sự 2015 và Luật Thương mại 2005, các bên có thể áp dụng pháp luật nước ngoài, tập quán thương mại quốc tế trong hợp đồng thương mại của mình miễn là giao dịch có yếu tố nước ngoài.⁴⁴ Điều này cũng ngụ ý rằng các bên Việt Nam có giao dịch không có yếu tố nước ngoài không thể lựa chọn pháp luật nước ngoài để điều chỉnh thỏa thuận trọng tài của mình.

Các vấn đề đã nảy sinh khi tòa án được yêu cầu xác định sự tồn tại và các điều khoản của thỏa thuận trọng tài được điều chỉnh bởi luật nước ngoài, điều này đương nhiên không hề thuận tiện cho việc xét xử của các thẩm phán Việt Nam. Trên thực tế, các tòa án đã không giải quyết trực tiếp câu hỏi này nhưng trong hầu hết các trường hợp đều cho rằng thỏa thuận trọng tài được đánh giá dưới góc độ luật pháp Việt Nam.⁴⁵

Một số luật cụ thể, chẳng hạn như Luật Đối tác Công tư (“Luật PPP”)⁴⁶ đưa ra những hạn chế hơn nữa đối với việc giải quyết tranh chấp bằng trọng tài nước ngoài. Điều 97 (2) của Luật PPP quy định các tranh chấp giữa cơ quan có thẩm quyền, cơ quan ký kết và nhà đầu tư trong nước hoặc doanh nghiệp dự án PPP do nhà đầu tư trong nước thành lập; tranh chấp giữa các nhà đầu tư trong nước; tranh chấp giữa nhà đầu tư trong nước hoặc doanh nghiệp thực hiện dự án PPP do nhà đầu tư trong nước thành lập với tổ chức kinh tế Việt Nam sẽ chỉ có thể được giải quyết bởi Trọng tài hoặc Tòa án Việt Nam. Hơn nữa, theo mặc định, tranh chấp giữa cơ quan có thẩm quyền, cơ quan ký kết và nhà đầu tư nước ngoài hoặc doanh nghiệp dự án PPP do nhà đầu tư nước ngoài thành lập sẽ được giải quyết tại Trọng tài Việt Nam hoặc Tòa án Việt Nam, trừ trường hợp có thỏa thuận khác theo hợp đồng hoặc điều ước quốc tế mà Việt Nam là thành viên.

Thỏa thuận trọng tài không thể thực thi, thỏa thuận trọng tài bị lỗi

Pháp luật Việt Nam làm rõ các trường hợp sau đây khi thỏa thuận trọng tài được coi là không thể thi hành:⁴⁷

⁴⁴ Điều 663-671 BLDS 2015, Điều 5(2) Luật Thương mại 2005. ‘Có yếu tố nước ngoài’ được định nghĩa bởi Điều 663 BLDS 2015 như sau:

- a) Có ít nhất một trong các bên tham gia là cá nhân, pháp nhân nước ngoài;
- b) Các bên tham gia đều là công dân Việt Nam, pháp nhân Việt Nam nhưng việc xác lập, thay đổi, thực hiện hoặc chấm dứt quan hệ đó xảy ra tại nước ngoài;
- c) Các bên tham gia đều là công dân Việt Nam, pháp nhân Việt Nam nhưng đối tượng của quan hệ dân sự đó ở nước ngoài.

⁴⁵ Ví dụ xem bản án số 58/2014/QDKDTM-PT ngày 02/10/2014 Tòa án Nhân dân TP.HCM.

⁴⁶ Luật số 64/2020/QH14 ngày 18/6/2020.

⁴⁷ Điều 4 Nghị quyết 01/2014.

(i) Trung tâm trọng tài được thỏa thuận của các bên đã ngừng hoạt động mà không có tổ chức thừa kế và các bên không đạt được thỏa thuận về một trung tâm trọng tài thay thế.

(ii) Các bên đã có thỏa thuận cụ thể về việc lựa chọn Trọng tài viên trọng tài vụ việc, nhưng tại thời điểm xảy ra tranh chấp, vì sự kiện bất khả kháng hoặc trở ngại khách quan mà Trọng tài viên không thể tham gia giải quyết tranh chấp, hoặc Trung tâm trọng tài, Tòa án không thể tìm được Trọng tài viên như các bên thỏa thuận và các bên không thỏa thuận được việc lựa chọn Trọng tài viên khác để thay thế.

(iii) Các bên đã có thỏa thuận cụ thể về việc lựa chọn Trọng tài viên trọng tài vụ việc, nhưng tại thời điểm xảy ra tranh chấp, Trọng tài viên từ chối việc được chỉ định hoặc Trung tâm trọng tài từ chối việc chỉ định Trọng tài viên và các bên không thỏa thuận được việc lựa chọn Trọng tài viên khác để thay thế.

(iv) Các bên có thỏa thuận giải quyết tranh chấp tại một Trung tâm trọng tài nhưng lại thỏa thuận áp dụng Quy tắc tố tụng của Trung tâm trọng tài khác, điều lệ của Trung tâm trọng tài do các bên lựa chọn không cho phép điều này và các bên không thỏa thuận được về việc lựa chọn Quy tắc tố tụng trọng tài thay thế.

(v) Trong giao dịch với người tiêu dùng, các điều khoản và điều kiện chung của người bán có điều khoản trọng tài, nhưng người tiêu dùng từ chối đưa tranh chấp ra trọng tài.

Ngoài các hạn chế nêu trên, pháp luật Việt Nam cung cấp một cách tiếp cận khá linh hoạt và thân thiện với trọng tài trong việc xử lý các điều khoản trọng tài có khiếm khuyết. Ví dụ, trong trường hợp thỏa thuận trọng tài không chỉ ra hình thức trọng tài hoặc không xác định được một tổ chức trọng tài cụ thể thì khi tranh chấp phát sinh, các bên sẽ thương lượng và thống nhất về hình thức trọng tài hoặc một tổ chức trọng tài cụ thể để giải quyết tranh chấp. Nếu không thể đạt được thỏa thuận, nguyên đơn sẽ quyết định hình thức trọng tài hoặc tổ chức trọng tài cụ thể để giải quyết tranh chấp.⁴⁸

Trong trường hợp điều khoản trọng tài nhiều lựa chọn/không bắt buộc (điều khoản giải quyết tranh chấp cung cấp quyền lựa chọn cho một trong hai bên đưa tranh chấp ra trọng tài hoặc tòa án để giải quyết), quan điểm của pháp luật Việt Nam là nếu một trong hai bên đưa tranh chấp ra tòa án và không bên nào đưa tranh chấp ra trọng tài thì tòa án sẽ thụ lý đơn kiện. Tuy nhiên, nếu vụ việc đã được nộp hoặc giải quyết bằng trọng tài, thì tòa án sẽ từ chối việc nhận đơn khởi kiện, bất kể một bên có yêu cầu tiến hành giải quyết tranh chấp bằng tòa án.⁴⁹

Trong trường hợp điều khoản trọng tài đa tầng, Luật TTTM không có quy định về hậu quả của việc một bên không thực hiện thỏa thuận tiền tố tụng của các bên (ví dụ: thương lượng, hòa giải) trước khi tiến hành trọng tài. Về nguyên tắc chung của pháp luật hợp đồng, nếu một bên coi yêu cầu khởi kiện trước là điều kiện để thỏa thuận trọng tài có hiệu lực, thì việc một bên không thực hiện trước sẽ làm cho thỏa thuận trọng tài vô hiệu. Mặt khác, nếu một người coi hành vi trước khi khởi kiện chỉ là một nghĩa vụ độc lập theo thỏa thuận trọng tài, thì việc một trong hai bên không thực hiện bước đó sẽ chỉ tạo ra quyền cho bên kia được yêu cầu bồi thường thiệt hại, hoặc hay thường được thấy trong thực tiễn trọng tài quốc tế, là quyền yêu cầu hội đồng trọng tài đưa ra phán quyết mang tính hình phạt về phân bổ chi phí trọng tài và phí luật sư đối với bên vi phạm thỏa thuận tiền tố tụng.

⁴⁸ Điều 43(5) Luật TTTM.

⁴⁹ Xem Quyết định số 1222/2014/QĐ-PQTT ngày 14/10/2014 của Tòa án Nhân dân TP. HCM.

Tòa án Việt Nam có xu hướng lựa chọn theo cách tiếp đầu tiên, tức thiếu thân thiện hơn với hoạt động trọng tài. Trong một vụ việc năm 2014,⁵⁰ tòa án nhận thấy việc các bên đưa tranh chấp ra trọng tài mà các bên chưa nỗ lực giải quyết theo thỏa thuận trọng tài là không đúng với thỏa thuận của các bên và điều này trái với quy định của pháp luật. Điều 68 (2) (b) của Luật TTTM (thủ tục tố tụng trọng tài phải phù hợp với thỏa thuận của các bên). Do đó, việc chấp nhận của hội đồng trọng tài có thẩm quyền của mình trong khi các yêu cầu trước khi khởi kiện chưa được đáp ứng là vi phạm pháp luật Việt Nam. Cách tiếp cận này đã được xác nhận lại trong một trường hợp gần đây vào năm 2019 liên quan đến hội đồng giải quyết tranh chấp trong các tranh chấp xây dựng theo hình thức FIDIC.

3. Chuyển giao thỏa thuận trọng tài, bổ sung các bên tham gia tố tụng trọng tài

Theo quy định của pháp luật Việt Nam, khi có sự chuyển giao quyền và nghĩa vụ theo hợp đồng nội dung (có thỏa thuận trọng tài có hiệu lực) thì thỏa thuận trọng tài đó sẽ được áp dụng cho cả bên nhận và bên chuyển giao, trừ trường hợp các bên có thỏa thuận khác.⁵¹

Thực tiễn tòa án chỉ ra rằng quy định trên được tòa án giải thích theo nghĩa hẹp. Trong vụ việc số 01/2016/QĐ-PQTT, A (bên bảo hiểm) và B (bên được bảo hiểm) giao kết hợp đồng bảo hiểm cho lô hàng. Sau đó B ký hợp đồng vận chuyển hàng hoá với C và C giao hợp đồng vận chuyển hàng hoá cho D. Sau đó hàng hoá bị hư hỏng trên đường đi và A phải bồi thường thiệt hại cho B. Căn cứ vào hợp đồng vận chuyển hàng hoá, A làm đơn kiện C. Hội đồng trọng tài tuyên bồi thường thiệt hại cho C trên cơ sở các quyền của B theo hợp đồng vận chuyển hàng hoá đã được thế quyền cho A (theo một văn bản thế quyền). Tuy nhiên, tòa án đã bác bỏ cách tiếp cận này và tuyên bố rằng không có thỏa thuận trọng tài nào giữa A và C cho phép A có quyền giải quyết tranh chấp với C bằng trọng tài và cũng không có bất kỳ điều khoản nào trong hợp đồng vận chuyển hàng hoá cho phép A thay thế quyền của B.

Luật pháp Việt Nam không có quy định về khả năng tham gia của bên thứ ba vào một vụ việc trọng tài hiện có. Theo nguyên tắc chung về hợp đồng, thỏa thuận trọng tài chỉ có giá trị ràng buộc đối với các bên tham gia hợp đồng và không có hiệu lực đối với bên thứ ba. Theo luật Việt Nam, nhiều hợp đồng có thể được hợp nhất trong các trường hợp sau:

- a. Các bên thỏa thuận đồng ý gộp nhiều quan hệ pháp luật tranh chấp vào giải quyết trong cùng một vụ kiện;
- b. Quy tắc tố tụng trọng tài cho phép gộp nhiều quan hệ pháp luật tranh chấp vào giải quyết trong cùng một vụ kiện.⁵²

Quy tắc trọng tài của VIAC, trung tâm trọng tài có ảnh hưởng nhất tại Việt Nam, chỉ cho phép nhiều tranh chấp được hợp nhất nếu (i) các bên đồng ý; và (ii) sau khi xem xét các vấn đề liên quan, VIAC quyết định rằng các vụ kiện trọng tài này nên được hợp nhất. Cách tiếp cận này khá hạn chế và một mặt, nó đảm bảo chắc chắn sau này không bên nào có thể phản đối phán quyết trọng tài trên cơ sở không tồn tại thỏa thuận trọng

⁵⁰ Quyết định số 10-2014-QĐ-PQTT ngày 28/10/2014 của Tòa án Nhân dân Hà Nội.

⁵¹ Điều 7(3) Nghị quyết 01/2014.

⁵² Điều 7(4) of the Nghị quyết 01/2014.

tài giữa các bên hiện có của trọng tài và bên thứ ba, nếu có. Mặt khác, nó không cho phép có lựa chọn nào để đưa thêm một bên tham gia tố tụng trọng tài trái với ý muốn của bên đó.

Về chuyển giao thỏa thuận trọng tài, theo pháp luật Việt Nam, khi có sự chuyển giao quyền và nghĩa vụ theo hợp đồng chính (bao gồm thỏa thuận trọng tài có hiệu lực) thì thỏa thuận trọng tài đó sẽ được áp dụng cho cả bên nhận và bên chuyển giao, trừ trường hợp các bên có thỏa thuận khác.⁵³

B. PHÁP LUẬT HÀN QUỐC

1. Hình thành thỏa thuận trọng tài

Sau những sửa đổi của Đạo luật Trọng tài vào năm 2016, luật của Hàn Quốc hầu như nhất quán với Luật Mẫu (phương án I) về các yêu cầu để xác lập một thỏa thuận trọng tài.⁵⁴ Thỏa thuận trọng tài chỉ yêu cầu được thể hiện bằng văn bản theo nghĩa rộng nhất của nó (mọi ý định được truyền đạt bằng điện tín, telex, fax, thư điện tử hoặc bất kỳ phương tiện giao tiếp nào khác có chứa thỏa thuận trọng tài).⁵⁵ Một khác biệt nhỏ so với Luật Mẫu 2006 là có ngoại lệ (hay chính xác hơn là một giới hạn) đối với nghĩa rộng ở trên của thỏa thuận trọng tài theo Điều 8 (3), trong đó quy định rằng giao tiếp điện tử sẽ không tạo thành một thỏa thuận trọng tài nếu nội dung hoặc các điều khoản của trọng tài không thể được xác minh.⁵⁶ Sự sai lệch này được cho là không có nhiều ý nghĩa trong thực tế, bởi vì trong khi phần đầu tiên của Điều 8 (3) là về hình thức (giao tiếp điện tử) của thỏa thuận, thì ngoại lệ trên là về nội dung của thỏa thuận trọng tài. Nếu ý định cơ bản của các bên để thỏa thuận trọng tài không thể được thiết lập, thì dù nội dung thỏa thuận dưới bất kỳ hình thức nào mà nó được ghi lại sẽ không còn được đặt ra nữa.

Thỏa thuận trọng tài có thể ở dưới dạng một thỏa thuận riêng biệt hoặc dưới dạng một điều khoản trọng tài trong một hợp đồng chính.⁵⁷ Bản thân tranh chấp có thể liên quan đến "các mối quan hệ pháp lý được xác định, cho dù có hợp đồng hay không".⁵⁸ Cách tiếp cận rất rộng này đã cho phép xác lập thỏa thuận trọng tài để giải quyết các khiếu nại bồi thường ngoài hợp đồng, các khiếu nại liên quan đến quan hệ hợp đồng của bên thứ ba hoặc yêu cầu bồi thường thiệt hại phát sinh do cạnh tranh không lành mạnh, v.v., thường phát sinh trong quá trình thực hiện hợp đồng.⁵⁹

Để làm rõ cách các tòa án Hàn Quốc xác định việc hình thành các thỏa thuận trọng tài, Tòa án tối cao trong vụ việc *Rotern*⁶⁰ đã tuyên bố:

⁵³ Điều 7(3) of the Nghị quyết 01/2014.

⁵⁴ Điều 8 of Đạo luật Trọng tài 2016.

⁵⁵ Điều 8(3) of Đạo luật Trọng tài 2016.

⁵⁶ Hai bản dịch tiếng Anh của Đạo luật Trọng tài 2016, bởi Pernet (accessed 08/01/2022 tại <http://pernetmartial.eu/sites/default/files/lois/Korea%20South-Loi-d-arbitrage-arbitration-act-ley-de-arbitraje.pdf>) và bản dịch khác của Joongi Kim (note 61, p. 445) có nội dung khác biệt khá lớn. Bản trước ghi như sau: "provided that the cases where *terms and conditions of such arbitration agreement are not verifiable shall be excluded herefrom*"; bản dịch sau ghi: "yet, excluding where *the content of the arbitration agreement cannot be confirmed.*"

⁵⁷ Điều 8(1) of Đạo luật Trọng tài 2016.

⁵⁸ Điều 3(2) of Đạo luật Trọng tài 2016, trùng khít với Điều 7(1) Luật Mẫu.

⁵⁹ Đối với các khiếu nại bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng, vui lòng xem thêm các nội dung về khả năng phân xử bằng trọng tài trong bài viết này. Xem thêm Kap-You Kim, John Bang, *Arbitration Law of Korea: Practice and Procedure* (Juris, 2012) trang 58-59.

⁶⁰ *Rotern Co. v Republic of Korea*, 2003 Da 318 22 August 2003 (Tòa án tối cao). Vụ việc được báo cáo trong *Arbitration-related Decisions of the Korean Courts 1995-2004* (Seoul IDRC, 2018) p.99.

Thỏa thuận trọng tài có hiệu lực khi các bên đồng ý giải quyết bằng trọng tài bằng văn bản đối với tất cả hoặc một số tranh chấp đã xảy ra hoặc có thể xảy ra trong tương lai liên quan đến các mối quan hệ pháp luật đã xác định. Do đó, để một thỏa thuận trọng tài cụ thể được coi là có hiệu lực, người ta phải xem xét các trường hợp cụ thể mà các bên đã đạt được thỏa thuận trọng tài, nội dung của thỏa thuận trọng tài dựa trên khái niệm trọng tài và bản chất hoặc phương pháp quy định trong một thỏa thuận trọng tài theo quy định của Đạo luật Trọng tài.

Trên thực tế, các tòa án Hàn Quốc thường xem xét việc xác lập thỏa thuận trọng tài theo cách tiếp cận hỗ trợ và ủng hộ. Thỏa thuận trọng tài chỉ cần có ý định rõ ràng về trọng tài và không yêu cầu bất kỳ yếu tố nào khác.⁶¹ Ngay cả một thỏa thuận trọng tài bằng chữ viết tắt cũng đã được coi là một thỏa thuận trọng tài hợp lệ.⁶² Dưới đây là một số bằng chứng khác về phương pháp tiếp cận theo trọng tài này.

Bằng chứng điện tử về thỏa thuận bằng văn bản

Không giống như Việt Nam, luật pháp Hàn Quốc khá cởi mở trong việc xác lập hợp đồng điện tử. Đạo luật khung về tài liệu và giao dịch điện tử⁶³ quy định rằng, trừ khi có quy định khác trong một quy chế khác, hợp đồng điện tử không thể bị từ chối hiệu lực pháp lý chỉ vì nó ở dạng điện tử. Do đó, các tòa án Hàn Quốc không có cơ sở pháp lý để bác bỏ sự tồn tại của các thỏa thuận trọng tài chỉ vì thiếu bằng chứng bản in về thỏa thuận đó.

Liên quan đến chữ ký điện tử, Đạo luật Chữ ký điện tử⁶⁴ mới được sửa đổi đã loại bỏ yêu cầu trước đây về chữ ký điện tử được chứng thực (được chứng nhận bởi tổ chức chứng nhận được cấp phép do Bộ Khoa học và CNTT-TT chỉ định). Theo đó, mọi chữ ký điện tử, chữ ký và con dấu, hoặc tên và con dấu được các bên đồng ý sẽ có hiệu lực như dự kiến. Điều này tiến bộ hơn rất nhiều so với luật pháp Việt Nam khi mà các yêu cầu hiện tại vẫn là chữ ký điện tử phải được chứng thực bằng chứng chỉ có thẩm quyền.

Thành lập thỏa thuận trọng tài thông qua dẫn chiếu tới các tài liệu khác và thỏa thuận bổ sung/sửa đổi

Điều 8 (4) của Đạo luật Trọng tài 2016 quy định rằng khi hợp đồng trích dẫn tài liệu có điều khoản trọng tài, thì một trọng tài sẽ được coi là đã được thực hiện, với điều kiện điều khoản [trọng tài] đó cấu thành một phần của hợp đồng.

Pháp luật Hàn Quốc không quy định rõ khi nào một điều khoản trọng tài được ngầm định là một phần của hợp đồng. Một số nhà bình luận đã trích dẫn các trường hợp mà tòa án Hàn Quốc đã nhiều lần chấp nhận sự tồn tại của các thỏa thuận trọng tài có trong các điều khoản và điều kiện tiêu chuẩn đã được đưa vào hợp đồng theo cách tham chiếu.⁶⁵ Trong trường hợp điều khoản trọng tài nằm trong một tài liệu riêng, cách tiếp cận chung của Tòa án tối cao là chấp nhận hiệu lực khi hợp đồng đề cập đến một tài

⁶¹ Xem Joongi Kim, *International Arbitration in Korea* (Oxford, 2017) 2.05, 2.08, trích dẫn *Hanjin Heavy Industries & Construction Co. v Hanshin Steel Construction Co.*, 2005 Da 74344, 31/5/2007 (Tòa tối cao) and *Shagang Shipping Co., Ltd. v IDS Co., Ltd.*, 2005 Na 102982 10/11/2006 (Tòa cấp cao Seoul).

⁶² Xem case *Shagang Shipping* (note 61).

⁶³ Điều 4(1) của Đạo luật khung về Chứng từ và Giao dịch Điện tử năm 2002 được sửa đổi mới nhất bởi Đạo luật số 14907 vào ngày 24/10/2017.

⁶⁴ Đạo luật Chữ ký Điện tử được sửa đổi vào ngày 9/6/2020.

⁶⁵ Kap-You Kim & John Bang (chủ thích 59) tại trang 103 đã trích dẫn Phán quyết tòa tối cao 89DaKa20252, ngày 10/4/1990 (Tòa tối cao chấp nhận một phán quyết trọng tài của Anh dựa trên một thỏa thuận trọng tài được tìm thấy trong một bản điều khoản và điều kiện tiêu chuẩn được cung cấp ở mặt sau của một tài liệu hợp đồng).

liệu khác có điều khoản trọng tài và các bên coi đó là một phần của hợp đồng.⁶⁶ Ví dụ, trong trường hợp vận đơn được phát hành theo hợp đồng thuê tàu có điều khoản trọng tài, Tòa án tối cao đã cho rằng thỏa thuận trọng tài được coi là đã được thiết lập bằng cách tham chiếu chỉ khi (1) ngôn ngữ tham chiếu nêu rõ điều khoản trọng tài, hoặc có thể chắc chắn từ ngôn ngữ tham chiếu rằng các điều khoản và điều kiện chung của hợp đồng thuê tàu sẽ được đưa vào trở thành một phần của B/L (vận đơn); hoặc (2) các điều kiện sau được đáp ứng:

- i. Người được chuyển nhượng (người nắm giữ) B/L đã biết hoặc đã có thể dễ dàng phát hiện ra sự tồn tại của điều khoản trọng tài được tham chiếu;
- ii. Điều khoản trọng tài này không mâu thuẫn với các quy định khác của B/L; và
- iii. Điều khoản trọng tài này nêu rõ rằng nó không chỉ áp dụng cho các tranh chấp giữa chủ sở hữu và người thuê tàu mà còn áp dụng đối với các bên thứ ba, tức là người giữ B/L.⁶⁷

So với cách tiếp cận của Việt Nam, có thể thấy rằng cách tiếp cận của pháp luật Hàn Quốc tập trung nhiều hơn vào sự nhận biết của các bên về việc đưa điều khoản trọng tài vào hợp đồng nội dung thông qua dẫn chiếu tới điều khoản điều kiện chung.

2. Hiệu lực của thỏa thuận trọng tài

Sự tách biệt (*separability*) của điều khoản trọng tài với hợp đồng chính, nguyên tắc Tự quyết định thẩm quyền (*Kompetenz-kompetenz*) và không xét xử hai lần (*Res judicata*)

Luật pháp Hàn Quốc tôn trọng tính độc lập của điều khoản trọng tài so với thỏa thuận thực chất (*separability*) và quyền của hội đồng trọng tài tự quyết định thẩm quyền của mình (*Kompetenz-kompetenz*). Điều 17 (1) của Đạo luật Trọng tài 2016 quy định rằng hội đồng trọng tài có thể tự ra phán quyết về thẩm quyền của mình, bao gồm mọi phần đối liên quan đến sự tồn tại hoặc hiệu lực của thỏa thuận trọng tài. Nó cũng quy định rằng một điều khoản trọng tài trong một hợp đồng chính sẽ được coi là một thỏa thuận độc lập với các điều khoản khác của hợp đồng. Điều này có nghĩa là ngay cả khi hợp đồng chính bị coi là vô hiệu hoặc chấm dứt, một hội đồng trọng tài vẫn có thể tiến hành phân xử trên cơ sở hội đồng này xác định mình có thẩm quyền đối với tranh chấp phát sinh từ hợp đồng đó.⁶⁸

Điều gì sẽ xảy ra nếu một bên trong thỏa thuận trọng tài cố gắng đưa tranh chấp ra tòa án? Nếu và khi bị đơn đưa ra nghi ngờ về sự tồn tại của thỏa thuận trọng tài, tòa án phải bác bỏ yêu cầu đối với một vấn đề là đối tượng của thỏa thuận trọng tài, trừ khi thỏa thuận đó vô hiệu, không bắt buộc hoặc không có khả năng thực hiện.⁶⁹ Điều này đảm bảo nguyên tắc không xét xử hai lần (*res judicata*) của phán quyết trọng tài, phán quyết này sẽ là cuối cùng và ràng buộc đối với các bên. Tòa án Tối cao trong một phán quyết vào năm 2004⁷⁰ đã xác nhận quan điểm này theo luật pháp Hàn Quốc, tuyên bố

⁶⁶ *Keumjung Co. v Gyeong-Deok Seo (II)*, 99 Da 13577, 10/4/2001 (Tòa tối cao), *Andre et Cie SA v Daewoo Co.*, 99 Da 45543, 12/10/2001 (Tòa tối cao).

⁶⁷ *Livestock Products Marketing Organisation v Hwa-Kyoung*, 96 Da 24385, 25/2/1997 (Tòa tối cao).

⁶⁸ Xem Kap-You Kim & John Bang (chủ thích 5961) trang 61, Yang Byeong-Hoi, *Juseok Jujebeop [Commentaries on the Arbitration Act]* (KCAB/Korean Association of Arbitration Studies, 2005) trang 75.

⁶⁹ Điều 9 of Đạo luật Trọng tài 2016.

⁷⁰ *Sung-rim Industrial Jingeung Co. Ltd v. Yeon-ho Jeong, the Trustee in Bankruptcy of a Bankrupt Company and 3 others* (Tòa tối cao, 23/12/2005).

rằng khi phán quyết trọng tài được đưa ra theo Đạo luật Trọng tài [cũ], nguyên tắc *res judicata* được đi kèm theo sự xác nhận tồn tại của khiếu kiện.

Đáng chú ý là tòa án Hàn Quốc chỉ xem xét giải quyết câu hỏi về sự tồn tại của thỏa thuận trọng tài nếu bị đơn có yêu cầu, như vậy nghĩa vụ chứng minh sẽ thuộc về bị đơn. Cách tiếp cận trên là phù hợp với Luật mẫu, tuy nhiên nó có một chút khác biệt so với pháp luật Việt Nam. Theo quy định của pháp luật Việt Nam, khi một bên tham gia thỏa thuận trọng tài tìm cách đưa tranh chấp ra tòa án thì tòa án sẽ đóng vai trò tích cực trong việc yêu cầu các bên tuyên bố thỏa thuận trọng tài có tồn tại hay không, do đó cả hai bên đều có nghĩa vụ thể hiện quan điểm của mình đối với tòa án.

Các tranh chấp được phép xét xử bằng trọng tài

Một vấn đề quan trọng trong việc xác định hiệu lực của thỏa thuận trọng tài là liệu đối tượng của tranh chấp có khả năng giải quyết bằng trọng tài hay không, hoặc nếu thỏa thuận trọng tài này hoàn toàn thuộc thẩm quyền của các tòa án quốc gia. Về vấn đề này, Đạo luật Trọng tài 2016 đủ rộng để điều chỉnh bất kỳ tranh chấp nào theo pháp luật tư.⁷¹ Tương tự như trường hợp pháp luật Việt Nam, các nhà bình luận cho rằng định nghĩa trọng tài theo Đạo luật trọng tài 2016 thực sự rộng hơn so với cách tiếp cận của Luật mẫu, trong đó vấn đề không chỉ giới hạn ở tranh chấp có tính chất “thương mại”, mà có thể được mở rộng đến những tranh chấp như bồi thường ngoài hợp đồng, tranh chấp không liên quan đến tài sản, chẳng hạn như tranh chấp trong các hiệp ước, v.v.

Điều này có nghĩa là chỉ những vấn đề thuộc luật công, chẳng hạn như tranh chấp liên quan đến các vấn đề luật hình sự, hiến pháp hoặc hành chính sẽ không thể đem ra phân xử bằng trọng tài. Các tranh chấp trong các lĩnh vực nhạy cảm khác còn chưa được chấp nhận theo luật pháp các quốc gia khác (bao gồm cả Việt Nam) như khiếu nại bồi thường ngoài hợp đồng, quan hệ lao động, tranh chấp bất động sản, luật SHTT, luật chống độc quyền hoặc luật cạnh tranh, v.v. vẫn hoàn toàn có thể được xét xử bằng trọng tài theo luật pháp Hàn Quốc. Như nhận xét của Kim và Bang,⁷² chỉ có một số rất ít phiên tòa Hàn Quốc đã xem xét các giới hạn về các vụ việc có thể xét xử bằng trọng tài, các tòa án đã bày tỏ quan điểm chung rằng không tồn tại cơ sở pháp lý theo đó các tranh chấp về quyền sở hữu công nghiệp bị cấm phân xử bằng trọng tài, mặc dù thực tế là trong quá khứ, các tranh chấp về thương mại không công bằng (theo luật chống độc quyền) và quyền sở hữu trí tuệ được xem là không thể giải quyết bằng trọng tài.⁷³ Nguyên tắc này cũng bao trùm các lĩnh vực khác, miễn là chúng không can thiệp vào chính sách công của Hàn Quốc.⁷⁴

Tóm lại, luật pháp Hàn Quốc rất ủng hộ trọng tài về mở rộng giới hạn các lĩnh vực có thể giải quyết tranh chấp bằng trọng tài và có rất ít giới hạn về các tranh chấp không thể giải quyết bằng trọng tài.

Luật điều chỉnh thỏa thuận trọng tài

Mặc dù Đạo luật trọng tài 2016 và các đạo luật trước đó đều không có quy định cụ thể nào về việc xác định luật điều chỉnh thỏa thuận trọng tài, nhưng các tòa án Hàn Quốc đã chọn cách tiếp cận (i) trước hết là áp dụng luật điều chỉnh hợp đồng nội dung

⁷¹ Điều 3(1) of Đạo luật Trọng tài 2016.

⁷² Xem Kap-You Kim & John Bang (chú thích 59) 60-61.

⁷³ Xem case 92 Na 34829, 14 September 1993 (Tòa Cao cấp Seoul).

⁷⁴ Xem Kap-You Kim & John Bang (chú thích 59) 60-61.

do các bên lựa chọn, và (ii) thứ hai, trong trường hợp không có luật điều chỉnh đã thỏa thuận, tòa án sẽ xem xét áp dụng luật của nơi xét xử hay còn gọi là *lex fori*.⁷⁵

Khác với các thẩm phán đồng nghiệp ở Việt Nam, tòa án Hàn Quốc thường xuyên viện dẫn luật nước ngoài để xác định hiệu lực của thỏa thuận trọng tài. Tại vụ việc *Yantai Marine Fisheries Co., Ltd v Kang*,⁷⁶ các bên đã không có thỏa thuận về luật điều chỉnh thỏa thuận nội dung. Tòa án đã tham khảo luật của quốc gia nơi phán quyết được đưa ra và luật của quốc gia nơi diễn ra trọng tài (Trung Quốc), và xác định rằng theo luật đó, thỏa thuận trọng tài được coi là hợp lệ. Trong vụ việc *Shagang Shipping*,⁷⁷ tòa án đã áp dụng luật Anh (luật điều chỉnh hợp đồng nội dung) để xác định tính hợp lệ của một trọng tài mà nơi xét xử trọng tài là Hồng Kông. Trong vụ *Dongkuk Steel Group v Yun's Marine Co.*,⁷⁸ tòa án đã áp dụng luật của Nhật Bản (điều chỉnh cả hợp đồng nội dung và thủ tục tố tụng trọng tài) để xác định hiệu lực của thỏa thuận trọng tài. Mặc dù đôi lúc có tòa án dường như nhầm lẫn giữa luật áp dụng cho tranh chấp nội dung và luật của quốc gia nơi xét xử trọng tài,⁷⁹ việc sẵn sàng xem xét luật nước ngoài để xác định hiệu lực của thỏa thuận trọng tài làm cho hoạt động trọng tài của Hàn Quốc phù hợp hơn rất nhiều với Công ước New York và các thông lệ quốc tế so với của Việt Nam.

Năng lực pháp lý của các bên và ủy quyền ký kết thỏa thuận trọng tài

Khác với Việt Nam, pháp luật Hàn Quốc công nhận nguyên tắc năng lực pháp luật của một cá nhân được xác định theo luật quốc tịch của người đó⁸⁰ và năng lực pháp luật của một công ty hoặc tổ chức khác được điều chỉnh bởi pháp luật mà tổ chức đó được thành lập.⁸¹ Như vậy, năng lực của một bên tham gia thỏa thuận trọng tài sẽ được coi là phù hợp với pháp luật nơi thỏa thuận trọng tài được đăng ký.⁸² Quy tắc này phù hợp với Công ước New York⁸³ và Luật mẫu,⁸⁴ đề cập đến luật “áp dụng” cho các bên ký kết. Trong khi luật pháp Việt Nam dễ gây nhầm lẫn về tư cách pháp nhân của các tổ chức đại diện nhà nước, các tổ chức chính phủ Hàn Quốc và chính phủ Hàn Quốc thường được tòa án chấp nhận là có đầy đủ năng lực để ký kết các thỏa thuận trọng tài mà không bị các bên hoặc tòa án đưa ra bất kỳ khúc mắc nào. Cũng có trường hợp được ghi lại trong đó phán quyết trọng tài của KCAB chống lại Hàn Quốc đã được Tòa án tối cao chấp nhận cho thi hành.⁸⁵

⁷⁵ Xem Joongi Kim (chú thích 61) 159.

⁷⁶ 2000 Da 35795, 8 December 2000 (Tòa tối cao).

⁷⁷ *Shagang Shipping* (note 61). Xem thêm *National Agricultural Cooperative Federation v Pan Ocean Shipping Co., Ltd.* 88 Daka 23735, 13/2/1990 (Tòa tối cao) trong đó tòa án đã áp dụng luật nơi xét xử (luật Anh).

⁷⁸ *Dongkuk Steel Group v Yun's Marine Co.* 2009 Da 66723 15 July 2010 (Tòa tối cao).

⁷⁹ Ví dụ, trong vụ việc *National Agricultural Cooperative Federation v Pan Ocean Shipping Co., Ltd.* (chú thích 77) tòa án tuyên bố rằng luật của Mỹ (hợp đồng thuê tàu giữa bị đơn và người gửi hàng không phải là đương sự quy định giải quyết tranh chấp bằng trọng tài ở New York) không thể là luật điều chỉnh vì thủ tục trọng tài đã được bắt đầu ở Anh.

⁸⁰ Điều 11 Đạo luật luật tư quốc tế.

⁸¹ Điều 16 Đạo luật luật tư quốc tế. Có một ngoại lệ đối với nguyên tắc này, khi một công ty được thành lập bên ngoài Hàn Quốc duy trì văn phòng kinh doanh chính tại Hàn Quốc hoặc giao dịch kinh doanh chính tại Hàn Quốc, thì năng lực pháp nhân của công ty đó sẽ được xác định theo luật pháp Hàn Quốc.

⁸² Xem thảo luận chi tiết về năng lực của các bên tham gia thỏa thuận trọng tài trong Kap-You Kim & John Bang (chú thích 59) 72.

⁸³ Điều V(1)(a) Công ước New York 1958.

⁸⁴ Điều 34(2)(a)(i) of the Luật Mẫu 2006.

⁸⁵ Xem Tòa tối cao Decision 2004 Da 13878, 24 June 2005.

Về vấn đề ủy quyền, pháp luật của Hàn Quốc có học thuyết về thẩm quyền rõ ràng (*apparent authority*), vận hành theo cách rất giống với luật của Anh. Theo Đạo luật Thương mại 2011, một công ty có thể phải chịu trách nhiệm về các hành vi trái phép của giám đốc hoặc người đại diện khác, người đã sử dụng các chức danh có thể được hiểu là có quyền đại diện cho công ty. Việc ủy quyền theo cách nói rộng này có thể tránh được một số trường hợp mà theo pháp luật Việt Nam, thỏa thuận trọng tài bị coi là vô hiệu vì người ký bị coi là không có đủ thẩm quyền. Cho đến nay, chưa có bất kỳ tòa án nào được ghi nhận tại Hàn Quốc mà trong đó tòa án ra quyết định phủ nhận hiệu lực của thỏa thuận trọng tài dựa trên việc người ký vượt quá thẩm quyền.

Thỏa thuận trọng tài có thể được điều chỉnh bởi luật nước ngoài và các bên có thể chọn trọng tài nước ngoài không?⁸⁶

Cách tiếp cận chung của luật pháp Hàn Quốc là trọng tài có thể được điều chỉnh bởi luật nước ngoài và các bên được tự do lựa chọn trọng tài nước ngoài. Điều này bất kể cả hai bên đều là người Hàn Quốc. Trong Trường hợp *Falkland Squid Case*,⁸⁷ các bên đã tham gia vào một hợp đồng thuê tàu áp dụng hợp đồng mẫu Gencon Charter Party (1994). Điều 19 - Luật và Trọng tài quy định luật điều chỉnh và nơi phân xử sẽ là luật của Anh và Luân Đôn (theo mặc định); hoặc Tiêu đề 9 của Bộ luật Hoa Kỳ và Luật hàng hải Hoa Kỳ và New York; hoặc sự lựa chọn của các bên. Nguyên đơn lập luận rằng cả hai bên đều là người Hàn Quốc, vì vậy tranh chấp sẽ được giải quyết tại tòa án Hàn Quốc, và ngay cả khi đã có thỏa thuận trọng tài, tranh chấp không có mối liên hệ hợp lý hoặc thực tế với Vương quốc Anh và trọng tài được tổ chức tại Vương quốc Anh sẽ tạo ra gánh nặng bất công về chi phí cho các bên Hàn Quốc. Tòa án quận Busan cho rằng khó có thể chấp nhận rằng “mối liên hệ hợp lý và thiết thực” là cần thiết đối với thỏa thuận trọng tài, vì xét cho cùng, một thỏa thuận trọng tài sẽ loại trừ thẩm quyền của các tòa án Hàn Quốc.

Thỏa thuận trọng tài không thể thực thi và bị lỗi

Tòa án Hàn Quốc có xu hướng chấp nhận hiệu lực của thỏa thuận trọng tài bất chấp những khiếm khuyết, miễn là bằng chứng bằng văn bản thể hiện rõ ý định giải quyết tranh chấp bằng trọng tài của các bên.⁸⁸ Trong các trường hợp điều khoản trọng tài có khuyết tật, chẳng hạn như tham chiếu đến hai tổ chức trọng tài, hoặc các tổ chức được đặt tên sai hoặc không tồn tại, tòa án vẫn chấp nhận thỏa thuận trọng tài có tồn tại.⁸⁹ Trong một trường hợp vào năm 2011, Tòa án quận Seoul thậm chí đã xác nhận sự tồn tại của một thỏa thuận trọng tài hợp lệ khi đưa ra điều kiện rằng một bên có thể kháng cáo phán quyết trọng tài.⁹⁰

⁸⁶ Liên quan tới phạm vi ủy quyền theo nguyên tắc *ultra vires* xem các quyết định Tòa tối cao 86DaKa1349 8/9/1987, quyết định của Tòa tối cao 86DaKa1522, 13/10/1987. Xem Joong-Gi Lee, ‘The Doctrine of ultra vires in English and Korean Laws’ [in Korean], (2005) SNU Law Journal 36.

⁸⁷ *P Trading v D Corp*, 2008 Gahap 7003, 24/9/2008 (Tòa án Quận Busan).

⁸⁸ Xem Kap-You Kim & John Bang (chủ thích 59) 108.

⁸⁹ Xem *Jeil Shipping v Construction Industry*, 83 Gahap 7051, 12/4/1984 (Tòa án quận Seoul) khi tòa án đã chấp nhận một thỏa thuận trọng tài viện dẫn tên hai tổ chức trọng tài, một tổ chức trọng tài bị sai tên; tại vụ kiện *Quangzhou Shipping v Eagle Shiping*, 91 Gahap 45511, ngày 1/5/1992 (Tòa án quận Seoul), thỏa thuận trọng tài đề cập đến hội đồng trọng tài thương mại của Anh (không tồn tại), tòa án đã chấp nhận nó như một “tham chiếu chung tới một tổ chức trọng tài giải quyết tranh chấp thương mại trong số các tổ chức trọng tài ở Vương quốc Anh.”

⁹⁰ Xem *Dae Kyoung Civil Engineering and Construction v Samsung C&T*, 2011 Gahap 29968, 1/6/2011 (Tòa án Quận Seoul) còn gọi là vụ việc *Dae Kyoung*.

Tương tự, trong điều khoản giải quyết tranh chấp đa tầng (nghĩa là với điều kiện các bên chỉ tiến hành trọng tài sau khi đã thử các hình thức giải quyết tranh chấp không ràng buộc khác), không có quy định pháp luật hoặc trường hợp tòa án nào đề cập cụ thể đến vấn đề này, nhưng quan điểm chung của giới học thuật Hàn Quốc cho rằng điều khoản giải quyết tranh chấp nhiều tầng như vậy không ảnh hưởng đến hiệu lực của thỏa thuận trọng tài⁹¹ (xem ngoại lệ của điều khoản trọng tài tùy chọn bên dưới).

Tuy nhiên, đáng chú ý là trong một vụ trước đó *Kimho v Daeun Shipping*, 80 Na 535, ngày 26 tháng 6 năm 1980 (Tòa án cấp cao Seoul), tòa án đã xác định rằng một thỏa thuận trọng tài quy định tranh chấp được xét xử bởi Phòng Thương mại Hàn Quốc (tổ chức tiền thân của KCAB) là thỏa thuận không thể được thực hiện, bởi vì tổ chức này không giải quyết tranh chấp bằng trọng tài thương mại vào thời điểm đó. Vào năm 1971 công việc trọng tài của nó đã được chuyển giao cho Hiệp hội Trọng tài Thương mại Hàn Quốc, sau này trở thành KCAB. Quyết định của tòa án trong vụ việc này đã bị chỉ trích nặng nề,⁹² và nhiều học giả Hàn Quốc cho rằng quyết định này sẽ không được các tòa án trong tương lai áp dụng theo.

Thái độ ủng hộ trọng tài của tòa án Hàn Quốc đối với các điều khoản trọng tài khuyết tật có một ngoại lệ quan trọng. Trong tình huống điều khoản trọng tài tùy chọn (nghĩa là các bên có thể lựa chọn giữa hòa giải hoặc trọng tài, hoặc trọng tài hoặc tranh tụng tại tòa án),⁹³ hầu hết các tòa án Hàn Quốc đều xác định rằng thỏa thuận trọng tài tùy chọn đó sẽ không có hiệu lực nếu một bên phản đối yêu cầu của một bên về trọng tài.⁹⁴ Trong một trường hợp gần đây vào năm 2011,⁹⁵ tòa án quận Daegu đã giải thích trong hai tình huống, nếu hai phương pháp giải quyết tranh chấp được xếp hạng về mức độ ưu tiên, thì có thể xem nó như một thỏa thuận trọng tài độc quyền (có hiệu lực). Tuy nhiên, khi điều khoản trọng tài không xếp hạng các phương pháp giải quyết thay thế nhau và chỉ đưa ra một lựa chọn trong số các lựa chọn thay thế, thì về cơ bản là không đủ cơ sở để giải thích rằng nếu một bên lần đầu tiên lựa chọn giữa trọng tài hoặc phán quyết của tòa án, thì bên còn lại phải tuân theo sự lựa chọn đó. Trích dẫn các quyết định của các tòa án trước đó, tòa án này đã khẳng định rằng không có thỏa thuận trọng tài hợp lệ.

Cách tiếp cận trên về cơ bản khác với cách tiếp cận của Việt Nam, trong đó các tòa án thường chấp nhận rằng việc lựa chọn tố tụng trọng tài sẽ được giao cho nguyên đơn, bất kể bị đơn phản đối. Cách tiếp cận của tòa án Hàn Quốc gây nhiều tranh cãi khi có một số tòa án cấp dưới đã chấp nhận hiệu lực của điều khoản trọng tài tùy chọn.

3. Phạm vi của thỏa thuận trọng tài

Đạo luật Trọng tài 2016 đã tạo ra một cơ hội để giải thích thỏa thuận trọng tài bao gồm tất cả các loại tranh chấp bao gồm tranh chấp về quyền tài sản và những tranh chấp

⁹¹ Xem Kap-You Kim & John Bang (chú thích 59) 106.

⁹² Xem Joongi Kim (chú thích 61) đoạn 2.24 & 2.31.

⁹³ Một số nhà bình luận gọi điều khoản này là điều khoản giải quyết tranh chấp “chia tách” (“split”) hoặc “có lựa chọn” (“elective”). Xem Kap-You Kim & John Bang (chú thích 59) 113.

⁹⁴ Xem *Korea Rail Network Authority v Doosan Industrial Development*, 2004 Da 42166, 11/11/2004 (Tòa tối cao), *Korea Rail Network Authority, the Successor to the Proceedings of the Korean High Speed Rail Construction Authority v. Samsung Engineering Co. Ltd. and 4 Others* 2005 Da 12452, 27/5/2005 (Tòa tối cao), *Republic of Korea v Shinwha Construction Corp.’s Receiver A*, 2004 Da 25192, 28/1/2005, (Tòa tối cao), *Shinwha Environment v Siheung Tourist Hotel*, 2004 Da 66513 24/6/2005 (Tòa tối cao).

⁹⁵ *A Corp. v. B Corp.* 2011 Gahap 4463, 20/7/2011 (Tòa án quận Daegu, The 16th Civil Division), sau đây gọi là vụ việc “Solar Power Hot Water”.

về quyền phi tài sản, theo hợp đồng và ngoài hợp đồng, miễn là chúng nằm trong phạm vi “pháp luật tư.”⁹⁶

Trên thực tế, các tòa án Hàn Quốc có xu hướng giải thích phạm vi trọng tài rộng hơn so với các tòa án Việt Nam. Trong khi các quyết định của tòa án Việt Nam không chắc chắn về các khiếu nại bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng, Tòa án Tối cao Hàn Quốc khá nhất quán về việc cho phép các khiếu nại bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng có liên quan đến hợp đồng. Trong một phán quyết của Tòa án Tối cao năm 1992,⁹⁷ Tòa án cho rằng cụm từ “tranh chấp pháp lý về các điều khoản của Thỏa thuận” nên được hiểu rộng hơn là chỉ nói về các tranh chấp có liên quan trực tiếp hoặc chặt chẽ đến việc hình thành, thực hiện hoặc tồn tại/không tồn tại của các điều khoản và điều kiện của Thỏa thuận.”

4. Các bên bổ sung và chuyển nhượng thỏa thuận trọng tài

Theo Đạo luật Trọng tài 2016, bên thứ ba có thể bị ràng buộc bởi một thỏa thuận trọng tài nếu họ tham gia tổ tụng trọng tài và không đưa ra phản đối về quyền tài phán bằng tuyên bố đầu tiên về vụ việc.⁹⁸ Các tòa án Hàn Quốc cũng đã áp dụng một cách nhất quán “học thuyết xem nhẹ tư cách pháp lý công ty”, tương tự như học thuyết vén/xuyên màn che công ty (piercing the corporate veil) trong luật Anh, trong việc ràng buộc các pháp nhân mẹ hoặc công ty con của một công ty vào hợp đồng do công ty đó ký kết. Nếu một cá nhân tự quyết định công ty và sử dụng tài sản cho mục đích riêng của mình, công ty không có lực lượng lao động và thiếu sự tách biệt giữa tài sản của cá nhân và tài sản của công ty anh ta sở hữu, thì không chỉ pháp nhân mà còn người kiểm soát nó sẽ phải chịu trách nhiệm về hành vi do pháp nhân thực hiện.⁹⁹ Trong tình huống tương tự, một công ty con ở Liberia đã cố gắng chặn quyền ràng buộc nợ đối với con tàu của mình đối với khiếu kiện chống lại công ty mẹ ở Hồng Kông. Tòa án cho rằng công ty con rõ ràng là một thực thể vỏ bọc, nó chia sẻ địa chỉ văn phòng với công ty mẹ, số điện thoại và telex, và quyền quản lý (bởi hai anh em chủ công ty). Do đó, nó sẽ là “vi phạm nguyên tắc thiện chí, hoặc là lạm dụng hình thức công ty.”¹⁰⁰

Nguyên tắc trên có một hạn chế, đó là các tòa án Hàn Quốc cho đến nay vẫn chưa chấp nhận học thuyết “Nhóm công ty” một cách minh thị để ràng buộc một bên không ký kết thỏa thuận trọng tài.

Tóm lại, luật Hàn Quốc linh hoạt hơn luật Việt Nam trong việc cho phép bên thứ ba tham gia tổ tụng trọng tài hoặc chịu trách nhiệm do mối quan hệ thân thiết với một bên.

Liên quan đến việc chuyển giao và kế thừa thỏa thuận trọng tài, bên được chuyển giao lợi ích có thể trở thành một bên của thỏa thuận trọng tài hiện có.¹⁰¹ Tòa án Hàn Quốc cũng đã tuyên bố rằng người môi giới¹⁰² hoặc người đại diện¹⁰³ cũng có thể có thể đưa tranh chấp ra trọng tài thay mặt cho một bên của thỏa thuận trọng tài.

C. MỘT SỐ ĐÁNH GIÁ VÀ KẾT LUẬN

⁹⁶ Điều 1 and 3(1) of Đạo luật Trọng tài 2016.

⁹⁷ Quyết định của Tòa tối cao 91 Da 17146, 91 Da 17153, 14/4/1992, trích dẫn trong Kap-You Kim, John Bang (chủ thích 59) chú thích 108.

⁹⁸ Điều 17(2) of Đạo luật Trọng tài 2016.

⁹⁹ Xem Quyết định của Tòa tối cao số 97 Da 21604, 19/1/2001.

¹⁰⁰ Xem Quyết định của Tòa tối cao số 87 DaKa 1671, 22/11/1988.

¹⁰¹ Xem Quyết định của Tòa quận Tây Seoul 2001 GaHap 6107, 5/7/2002.

¹⁰² *Molax Maritime v Clarkson Asia Pte Ltd*, 2008 Na 20361, 15/10/2008 (Tòa án quận Seoul).

¹⁰³ Xem quyết định của Tòa cấp cao Seoul 2000 Na 23725, 27/2/2001.

Dựa trên các phân tích về pháp luật Việt Nam và Hàn Quốc trong mối quan hệ so sánh với Luật Mẫu 2006, tác giả rút ra một số nhận xét sau:

1. Đánh giá chung:

Pháp luật thực định của Việt Nam mặc dù có những chi tiết cụ thể không hoàn toàn trùng khớp với Luật Mẫu về việc xác lập và nội dung thỏa thuận trọng tài, nhưng khi đánh giá tổng thể các quy định này thì cho kết quả không khác biệt nhiều với Luật Mẫu. Vì vậy, đánh giá về khả năng phải sửa đổi quy định của Luật TTTM về thỏa thuận trọng tài, tác giả cho rằng bất kỳ sửa đổi nào cũng không tạo ra sự thay đổi mạnh mẽ trong việc xác lập thỏa thuận trọng tài theo luật Việt Nam, cũng như xem xét phạm vi thỏa thuận trọng tài. Thậm chí trong một số vấn đề (ví dụ các tranh chấp được phép xét xử bằng trọng tài), Luật TTTM cho phép có những cách hiểu rộng hơn và linh hoạt hơn Luật Mẫu.

Trong khi đó, với tư cách là một quốc gia theo Luật Mẫu, Đạo luật Trọng tài 2016 của Hàn Quốc hoàn toàn tiệm cận với Luật Mẫu phiên bản mới nhất 2006. Tương tự như Việt Nam, luật Hàn Quốc cũng có một số quy định cho phép nói rộng sự linh hoạt trong giải quyết tranh chấp bằng trọng tài trong cả những tranh chấp không thuần túy về thương mại, hoặc trong những lĩnh vực vốn nhạy cảm như sở hữu trí tuệ, tài sản là bất động sản...

Tuy nhiên khi đi sâu tới việc thi hành pháp luật trọng tài trong thực tế, các hạn chế trong pháp luật Việt Nam có liên quan và quan điểm diễn giải pháp luật của các tòa án Việt Nam đã tạo ra rất nhiều bất cập khiến việc chấp nhận sự tồn tại và giá trị hiệu lực của thỏa thuận trọng tài trở nên rất khó khăn, thiếu sự chắc chắn và có nhiều rủi ro bị từ chối. Các nội dung cụ thể được tổng hợp trong các nội dung dưới đây.

2. Vấn đề xác lập thỏa thuận trọng tài và hình thức văn bản của thỏa thuận trọng tài:

Việc xác lập thỏa thuận trọng tài trong luật Việt Nam là phù hợp với thực tiễn quốc tế. Luật Việt Nam cũng cho phép xác lập thỏa thuận trọng tài thông qua việc dẫn chiếu tới các hợp đồng mẫu có chứa thỏa thuận trọng tài. So với cách tiếp cận của Việt Nam, cách tiếp cận của pháp luật Hàn Quốc tập trung nhiều hơn vào sự nhận biết của các bên về việc đưa điều khoản trọng tài vào hợp đồng nội dung thông qua dẫn chiếu tới điều khoản điều kiện chung.

Ngoài ra, về hình thức văn bản thì luật Việt Nam có nhiều giới hạn trong thực tiễn. Bất chấp việc Việt Nam đã thi hành Luật giao dịch điện tử 2005 và Luật Doanh nghiệp 2020, theo đó, các yêu cầu về bản gốc, về con dấu không còn là yếu tố bắt buộc để xác thực giá trị thỏa thuận trọng tài bằng văn bản, thực tiễn cho thấy quan điểm truyền thống của tòa án vẫn không thay đổi, tòa án thường yêu cầu xuất trình bản chính hợp đồng. Liên quan tới chữ ký điện tử, pháp luật Việt Nam chưa cho phép các bên tự do sử dụng các phần mềm chữ ký điện tử có đầu cuối của quốc tế (như DocuSign), mà phải thông qua chữ ký số được mã hóa bởi các tổ chức do cơ quan có thẩm quyền Việt Nam cấp phép. Điều này khiến tạo ra nhiều khó khăn xác định thỏa thuận trọng tài khi các bên tham gia thỏa thuận trọng tài có thói quen sử dụng các phương tiện điện tử.

Trái lại, pháp luật Hàn Quốc đã rất cởi mở trong việc xác lập hợp đồng điện tử cũng như sử dụng chữ ký điện tử. Sự tự do này giúp cho các bên tham gia giao dịch thương mại quốc tế dễ dàng xác lập thỏa thuận trọng tài như một phần của thỏa thuận chính, và không phải chịu gánh nặng chứng minh các yếu tố về hình thức nêu trên.

3. Vấn đề luật áp dụng cho thỏa thuận trọng tài:

Khác với luật pháp của Hàn Quốc và không phù hợp với Luật Mẫu, luật pháp Việt Nam có những giới hạn ràng buộc nhất định về luật áp dụng cho thỏa thuận trọng tài, cụ thể là (i) khi thỏa thuận trọng tài không có yếu tố nước ngoài thì các bên không thể áp dụng pháp luật nước ngoài; (ii) một số luật chuyên ngành (như Luật PPP) đưa ra những hạn chế về một số trường hợp tranh chấp chỉ có thể được giải quyết bằng trọng tài hoặc tòa án Việt Nam. Đặc biệt, trong thực tiễn xem xét hiệu lực của thỏa thuận trọng tài, các tòa án Việt Nam không có thói quen nghiên cứu và quyết định vấn đề hiệu lực dưới lăng kính pháp luật áp dụng cho thỏa thuận trọng tài, nếu pháp luật đó không phải pháp luật Việt Nam.

4. Vấn đề hiệu lực của thỏa thuận trọng tài:

Tương tự với luật pháp của Hàn Quốc, luật pháp Việt Nam về trọng tài tôn trọng các nguyên tắc cơ bản của trọng tài quốc tế như sự tách biệt (*separability*) của điều khoản trọng tài với hợp đồng chính, nguyên tắc Tự quyết định thẩm quyền (*Kompetenz-kompetenz*) và không xét xử hai lần (*Res judicata*). Một lưu ý nhỏ là Luật TTTM có sự khác biệt so với Luật Mẫu (cũng như luật Hàn Quốc) ở việc quy định yêu cầu hội đồng trọng tài phải “phân đoạn” (*bifurcate*) quá trình tố tụng trọng tài theo hai giai đoạn: (i) xác định thẩm quyền của hội đồng trọng tài; và (ii) một khi hội đồng trọng tài đã xác nhận thẩm quyền của mình, họ sẽ tiếp tục giải quyết tranh chấp về nội dung. Quy định này trên thực tế đã được dung hòa bởi Nghị quyết 01/2014, theo đó cho phép hội đồng trọng tài xem xét thẩm quyền cùng lúc với giải quyết nội dung vụ kiện.

Về các tranh chấp có thể xét xử bằng trọng tài, luật TTTM có quy định nói rộng hơn Luật Mẫu. Mặc dù vậy, so với luật Hàn Quốc, luật pháp Việt Nam có những hạn chế liên quan đến các tranh chấp thuộc thẩm quyền riêng biệt của Tòa án Việt Nam (ví dụ như tranh chấp liên quan tới quyền đối với bất động sản theo Điều 470 Bộ luật TTDS).

Điểm yếu mấu chốt về hiệu lực của thỏa thuận trọng tài trong pháp luật Việt Nam, đặc biệt trong thực tiễn xét xử, nằm ở các bất cập về thẩm quyền ký kết của người xác lập thỏa thuận trọng tài, cũng như năng lực hành vi dân sự của bên ký kết. Trái với nguyên tắc chung của pháp luật quốc tế, cũng như quy định của luật pháp Hàn Quốc, luật Việt Nam yêu cầu xác định năng lực pháp luật của pháp nhân nước ngoài theo quy định pháp luật Việt Nam mà không phải theo pháp luật của quốc gia nơi pháp nhân đó đăng ký. Cùng với quy định này, thực tiễn tòa án trong việc xem xét quá hẹp và nghiêm ngặt thẩm quyền ký kết của người được đại diện trong pháp luật Việt Nam cho thấy cách hiểu của tòa án là rất cứng nhắc và không phù hợp với thực tiễn thương mại quốc tế. Nó tạo ra kết quả rất nhiều giao dịch được các bên ký kết, thực hiện và sau đó xảy ra tranh chấp đã bị tòa án tuyên không có hiệu lực và đồng thời thỏa thuận trọng tài cũng bị tuyên bố không có hiệu lực. Với cùng những tình huống tương tự thì pháp luật Hàn Quốc luôn cho ra kết quả thỏa thuận trọng tài đã được xác lập thông qua người giao kết có thẩm quyền mở rộng hoặc rõ ràng.

Về vấn đề thỏa thuận trọng tài bị lỗi, thỏa thuận trọng tài có lựa chọn và thỏa thuận trọng tài đa tầng, cả pháp luật minh thị và thực tiễn Việt Nam đều cho thấy quan điểm thoáng và ủng hộ việc cho phép xác lập thỏa thuận trọng tài. Trong một số trường hợp (ví dụ thỏa thuận trọng tài không bắt buộc), các tòa án Việt Nam có quan điểm thậm chí linh hoạt hơn các tòa án Hàn Quốc, khi các tòa này thường tuyên bố thỏa thuận trọng tài loại này sẽ không thể xác lập nếu một bên phản đối.

5. Vấn đề chuyển giao thỏa thuận trọng tài và bổ sung bên thứ ba tham gia tố tụng trọng tài:

Về vấn đề chuyển giao thỏa thuận trọng tài, luật pháp Việt Nam có khác biệt với pháp luật Hàn Quốc ở chỗ thỏa thuận sau khi chuyển giao sẽ có hiệu lực cho cả bên nhận và bên chuyển giao. Ngoài ra, pháp luật Việt Nam cũng như thực tiễn của các trung tâm trọng tài cho thấy quan điểm thận trọng khi yêu cầu tất cả các bên tham gia tố tụng trọng tài phải có thỏa thuận đồng ý tham gia vào quá trình tố tụng đó. Điều này khác với Luật Mẫu và luật Hàn Quốc, theo đó cho phép đưa một bên thứ ba tham gia vào tố tụng trong một số trường hợp bất chấp ý chí của bên đó.

6. Kết luận:

Qua nghiên cứu và phân tích trên đây, có thể kết luận bức tranh pháp luật Việt Nam về thỏa thuận trọng tài là một bức tranh nhiều màu sắc. Trong đó, có những điểm sáng, linh hoạt và thân thiện với hoạt động trọng tài, đặc biệt trong các quy định pháp luật thể hiện tại Luật TTTM và Nghị quyết 01/2014. Ngược lại, thực tiễn áp dụng pháp luật về trọng tài thương mại của tòa án cho thấy một bức tranh tối màu với rất nhiều vấn đề bất cập mà việc sửa đổi, cập nhật Luật TTTM không thể giải quyết tận gốc được. Tác giả cho rằng với những bất cập nêu trên, Việt Nam nên cải thiện hoạt động trọng tài của mình theo mô hình phát triển của Hàn Quốc với ít nhất ba nội dung chính:

(i) Một là, cải thiện, nâng cao kiến thức về trọng tài quốc tế, kiến thức chung về pháp luật hợp đồng và doanh nghiệp, đại diện của các thẩm phán đặc biệt là khả năng xem xét và nghiên cứu pháp luật nước ngoài về các vấn đề trên.

(ii) Hai là, sửa đổi, điều chỉnh một số quy định pháp luật hoặc thói quen truyền thống không còn phù hợp với pháp luật hiện đại về vấn đề xác lập thỏa thuận hợp đồng, đặc biệt về vấn đề xác lập thẩm quyền ký kết và năng lực pháp luật của các bên ký kết. Cần chú ý rằng luật pháp các quốc gia thân thiện về trọng tài, trong đó có Hàn Quốc, luôn có những quy định linh hoạt hơn đối với việc xác lập thỏa thuận trọng tài so với các hợp đồng dân sự thông thường, với mục đích tạo điều kiện tốt nhất để tôn trọng thỏa thuận của các bên về việc giải quyết tranh chấp của mình bằng trọng tài.

(iii) Ba là, tăng cường việc cho phép các tòa án xem xét và tham khảo các bản án, quyết định của các tòa án khác khi xét xử các vụ việc về trọng tài, đặc biệt là các quyết định của Tòa án Nhân dân Tối cao. Việc này sẽ giúp nâng cao chất lượng xét xử và tiêu chuẩn hóa các điều kiện xác lập thỏa thuận trọng tài.

Tác giả tin rằng, với các biện pháp trên, cùng với việc nâng cao năng lực và trình độ của tất cả các cá nhân tổ chức tham gia vào hoạt động trọng tài, sẽ giúp đưa Việt Nam tiệm cận sát hơn với thực tiễn quốc tế, để trở thành một quốc gia thực sự thân thiện về trọng tài, một nơi xét xử an toàn!