

THƯƠNG MẠI ĐIỆN TỬ VÀ CÁC MẠNG LƯỚI PHÂN PHỐI KHÉP KÍN: ĐỀ XUẤT GIẢI QUYẾT CÁC VẤN ĐỀ PHÁP LÝ[✧]

Christophe Collard và Christophe Roquilly

Phòng khoa học pháp lý

Trường kinh doanh EDHEC Lille, Pháp

Tóm lược

Sự phát triển của Trang chủ Toàn cầu (www) và thương mại điện tử đã làm thay đổi hoàn toàn những chương trình tiếp thị truyền thống. Các nhà sản xuất thiết lập nên cơ chế “phân phối khép kín”, như là giảm giá đặc biệt hoặc mạng lưới phân phối lựa chọn (trong ngành công nghiệp xe hơi - Peugeot, Lan Rover) và trong khu vực mỹ phẩm (Channel, Yves St Laurent...) không đặc biệt hưởng ứng sự can thiệp này.

Những mạng lưới này bao gồm những nhà bán lẻ có uỷ quyền được lựa chọn trên những tiêu chí đặc biệt về số lượng, và những tiêu chí “xuất sắc” về chất lượng. Những nhà sản xuất này đặc biệt chú ý đến những vi phạm của những “nhà buôn tự do”. Nói cách khác, họ không muốn sản phẩm của mình được bán bên ngoài phạm vi các mạng lưới này. Hình thức tiếp thị dựa trên khung pháp lý này dựa trên nền tảng là các hợp đồng xác định các điều khoản và điều kiện bán hàng.

Các nhà sản xuất có thể khởi kiện chống lại nhà bán lẻ được uỷ quyền không tôn trọng các điều kiện này (đặc biệt là điều kiện cấm bán lại sản phẩm ngoài phạm vi hệ thống). Họ cũng có thể khởi kiện chống lại những “nhà buôn tự do”, trên cơ sở là hành vi của những nhà buôn này là hành vi cạnh tranh không công bằng và/hoặc vi phạm nhãn hiệu hàng hoá.

Sự phát triển công nghệ thông tin làm gián đoạn tổ chức pháp lý của mạng lưới và đặt ra một số câu hỏi:

- Nhà bán lẻ có uỷ quyền bán hàng, hoặc đơn thuần là quảng cáo sản phẩm trên trang chủ toàn cầu có phạm lỗi không? Hành vi này có phải là vi phạm hợp đồng không?

- Nhà buôn tự do có thực hiện hành vi cạnh tranh không công bằng qua việc bán, hoặc đơn thuần là quảng cáo sản phẩm, trên trang chủ toàn cầu hay không?

[✧] Bài đăng trên Tạp chí Thông tin luật và công nghệ, xuất bản ngày 30 tháng 6 năm 2000

- Trong mối quan hệ với thương mại điện tử, những hợp đồng hiện hành có đủ bảo đảm an toàn không?

- Trong môi trường thương mại toàn cầu, luật áp dụng cho các vụ kiện có thể xảy ra là luật nào? Câu hỏi này là quan trọng, với nhận thức là mạng lưới phân phối khép kín được bảo vệ rất tốt theo luật pháp của Pháp. Điều này không hoàn toàn đúng với các nước khác tại Cộng đồng Châu Âu.

- Một trang chủ có thể được coi là điểm bán hàng gắn liền với một mạng lưới lựa chọn hoặc chuyên biệt hay không? Nếu vậy, điểm bán hàng này sẽ được xem xét như thế nào trong hợp đồng?

Trong bài viết này, chúng tôi sẽ phân tích những vấn đề toàn cầu phát sinh từ sự đối lập giữa mạng lưới phân phối khép kín và thương mại điện tử. Chúng tôi sẽ chỉ ra các nhà sản xuất sẽ phản ứng với những công cụ pháp lý này như thế nào, với nhận thức rằng đó sẽ là vấn đề chiến lược của họ. Chúng tôi cố gắng đưa ra những giải pháp vận hành hiệu quả an toàn về pháp lý.

Từ khoá: Cạnh tranh, cạnh tranh không công bằng, mỹ phẩm, xe hơi, phân phối khép kín, thương mại điện tử, hợp đồng, nhãn hiệu thương mại, thoả thuận lựa chọn, thoả thuận chuyên biệt, nhà buôn tự do, điểm bán hàng điện tử.

1. Giới thiệu

Rất nhiều nhà sản xuất sử dụng các mạng lưới phân phối khép kín để tiếp thị sản phẩm của mình. Một số ngành nghề kinh doanh đặc biệt phù hợp với sự phát triển của mạng lưới phân phối dạng này, ví dụ, ngành công nghiệp xe hơi, các sản phẩm công nghệ cao, mỹ phẩm, đồ trang sức... Mặc dù hợp đồng xác định khung pháp lý của những mạng lưới này có thể khác nhau (hợp đồng bán lẻ theo uỷ quyền, hợp đồng bán hàng, hợp đồng về tư cách nhà bán lẻ chuyên biệt...), chúng đều có điểm chung là chúng đem lại cho những nhà sản xuất sử dụng hình thức hợp đồng này một cơ cấu tổ chức kinh doanh mà không cần phải thiết lập và sở hữu một hệ thống cơ sở hạ tầng các văn phòng chi nhánh rất tốn kém.¹ Những mạng lưới phân phối này dựa trên việc chọn lọc các nhà bán lẻ trên cơ sở những tiêu chí do nhà sản xuất đặt ra, đó là, khả năng tôn trọng tên tuổi của nhà sản xuất và tôn trọng các tập quán bán hàng của họ, khả năng thích ứng với sự điều phối hàng hoá, khả năng duy trì bộ phận dịch vụ khách hàng. Việc các nhà phân phối tuân thủ chính sách giá cả phù hợp với chiến lược tiếp thị và hình ảnh của hàng hoá là quan trọng đối với các nhà sản xuất.

¹ Xem C.Collard và C. Roquilly, *Droit de la concurrence et droit de la consommation*, trong *Droit de l'Entreprise*, Lamy biên tập, 2000, Paris, trang 587. Xem thêm, L. Amiel Cosme, *Les réseaux de distribution*, Bibliothèque de droit privé, tome 256, LGDJ, 1995.

Những mạng lưới phân phối này được gọi là “khép kín” bởi vì chúng ngăn chặn *từ trước* những nhà buôn ngoài mạng lưới có được nguồn cung cấp những sản phẩm này. Cơ cấu và sự vận hành của những mạng lưới phân phối khép kín (hoặc phân phối hợp nhất) khác nhau ở mỗi quốc gia thành viên Cộng đồng Châu Âu, chưa kể đến sự khác biệt với các hệ thống này tại Mỹ (thậm chí, có sự khác biệt giữa các bang), và Nhật Bản.

Có thể thấy trước sự mâu thuẫn giữa lý thuyết về các mạng lưới phân phối khép kín dành riêng cho một số lượng ít ỏi các nhà bán lẻ được nhà sản xuất lựa chọn (có điểm bán hàng phù hợp với chiến lược địa lý của nhà sản xuất) và sự phát triển của Internet. Thực tế, Internet đã vượt qua tất cả các biên giới và rào cản địa lý.² Điểm bán hàng trở thành điểm bán hàng ảo, và thị trường là thị trường điện tử. Đường tiếp cận đến kho hàng và đến từng sản phẩm là không hạn chế, đối với bất kỳ ai, ở bất kỳ đâu và bất kỳ lúc nào. Internet là ví dụ cơ bản nhất về một mạng lưới mở, đập tan lý thuyết của các mạng lưới phân phối hợp nhất. Các nhà sản xuất lo ngại về việc quảng cáo trực tuyến quá mức các sản phẩm của họ mà họ cảm thấy việc kiểm soát là không thể và quá tốn kém. Thêm vào đó, chính sách giá cả có thể bị ảnh hưởng mạnh bởi sự bóp méo về giá cả bởi những chào hàng đa phương trên Internet.³ Cuối cùng, Internet tạo cho những nhà phân phối song song (những người bán sản phẩm của các nhà sản xuất không nằm trong mạng lưới phân phối của nhà sản xuất) những cơ hội lớn để mở rộng chiến lược kinh doanh của họ tới một số lượng lớn khách hàng. Những phát triển này là nguyên nhân lo lắng cho các nhà sản xuất, trừ khi các nhà sản xuất dự tính được điều này và đưa ra những chiến lược kinh doanh và khung pháp lý. Các nhà sản xuất cần phản ứng ngay lập tức vì thương mại điện tử phát triển nhanh hơn nhiều so với luật.

2. Khung pháp lý bán hàng trên Internet đối với thành viên của mạng lưới

2.1. Mạng lưới phân phối: các yêu cầu pháp lý

Yêu cầu pháp lý tại các nước thành viên Cộng đồng Châu Âu là khác nhau, phụ thuộc và cơ cấu tổ chức kinh doanh và pháp lý mà nhà sản xuất lựa chọn. Hình thức cơ cấu tổ chức kinh doanh cũng có thể khác nhau trên cơ sở một số yếu tố, như là khuynh hướng phân phối và tiêu thụ của quốc gia, hoặc quy mô thị trường. Ví dụ, nhà sản xuất mỹ phẩm phân phối sản phẩm của mình tại Pháp thông qua mạng lưới các nhà phân phối độc lập, trong khi tại Ireland, việc phân phối mỹ phẩm được trao cho một đại lý độc quyền và đại lý

² Về quan điểm về biên giới và không gian tin học, xem D.R. Johnson và D.G. Post, *Law and Border: The Rise of Law in Cyberspace*, Stanford Law Review, 1996, trang 1367.

³ Xem C. Manara, *Web et distribution sélective: réseau contre réseau*, Dalloz Cahier droit des affaires, 1999, ghi chú 44, trang 726.

này phải tự tìm các nhà phân phối được uỷ quyền.⁴ Bài viết này tập trung chủ yếu vào các yêu cầu đối với những nhà phân phối của Pháp vì thị trường Pháp là thị trường có nhiều yêu cầu nhất.

2.2.1. Những yêu cầu tham gia vào mạng lưới

Như được thực hiện tại Pháp, mạng lưới phân phối lựa chọn có đặc điểm cơ bản là việc lựa chọn chất lượng của nhà phân phối là rất chặt chẽ. Quá trình lựa chọn chất lượng có thể được kết hợp với quá trình lựa chọn số lượng và không trao thẩm quyền chuyên biệt cho bất kỳ nhà bán lẻ được uỷ quyền nào. Mục tiêu cơ bản của nhà sản xuất là bảo vệ chất lượng phân phối và bảo đảm hình ảnh của công ty. Nếu xem xét các hợp đồng phân phối lựa chọn tại Pháp mà các nhà sản xuất mỹ phẩm nổi tiếng của Pháp sử dụng (Yves Saint - Laurent, Chanel, Lacôm, Dior...), chúng ta có thể nhận thấy ba tiêu chí lựa chọn lớn:

- Địa điểm và cơ cấu tổ chức của điểm bán hàng;
- Phạm vi dòng sản phẩm;
- Bảo đảm những yêu cầu xác định về trình độ của nhân viên bán hàng.

Đặc biệt, nhà sản xuất có thể yêu cầu nhà bán lẻ được uỷ quyền là vị trí, biển hiệu, và môi trường điểm bán hàng phải phù hợp với danh tiếng và hình ảnh của sản phẩm. Nhà sản xuất cũng có thể yêu cầu nhà bán lẻ đưa ra đề nghị về quy mô và số lượng hàng hoá.⁵

Yêu cầu tham gia vào mạng lưới chuyên biệt

Nhu cập thiết lập nên một hệ thống tiếp thị và bán hàng hiệu quả thích hợp với sản phẩm thậm chí trở nên quan trọng hơn khi cần phải đưa ra những dịch vụ liên quan (cố vấn về kỹ thuật), và dịch vụ chủ yếu sau đó (lắp đặt, bảo dưỡng, dịch vụ hậu mãi). Điều này đặc biệt đúng với xe hơi, một dạng sản phẩm phức tạp, tốn kém, và có thời gian sử dụng dài. Tiêu chuẩn của nhà phân phối là tiêu chuẩn kỹ thuật, và tiêu chuẩn này không chỉ liên quan đến hình ảnh của sản phẩm mặc dù yếu tố này không loại bỏ yếu tố kia. Để xây dựng nên một nhà bán lẻ xe hơi, cần phải có những đầu tư cơ bản, và phải lựa chọn những người bán lại. Những người bán lại này có quyền cung cấp chuyên biệt (quyền với một khu vực lãnh thổ) trong khu vực thương mại được xác định trong hợp đồng. Họ được bảo vệ khỏi những cạnh tranh trực tiếp.

⁴ Ví dụ về khung khổ phân phối tại Ireland, xem Quyết định của cơ quan quản lý cạnh tranh ngày 22 tháng 2 năm 1999 liên quan đến thủ tục tố tụng theo Điều 4 Luật cạnh tranh, 1991, Lưu ý N CA/24/95 - Cahill May Robert Ltd/Guerlain Ltd, Quyết định N538.

⁵ Xem thêm thông tin tại C. Roquyly, *Le droit des produits cosmétiques*, collec. Droit privé, Economica, 1991, trang 113 và C. Roquyly, *Le droit au service d'une stratégie d'entreprise: le cas des réseaux de distributionn sélective*, Droit et Patrimoine, 1997, ghi chú 55, trang 35.

2.1.2. Giá trị pháp lý của mạng lưới theo Luật cạnh tranh

Khuôn khổ pháp lý mà các hợp đồng phân phối chuyên biệt hoặc lựa chọn đặt ra như được chúng tôi mô tả tóm tắt ở đây, với bản chất và các ảnh hưởng của nó, dường như mâu thuẫn với các nguyên tắc của luật cạnh tranh. Nếu chúng ta xem xét điểm quan trọng nhất của vấn đề, những hợp đồng này tạo nên những hạn chế theo chiều dọc, ngầm định một sự phân biệt giữa những nhà bán lẻ trong mạng lưới, và những người khác. Tranh luận về vấn đề này diễn ra ở hai cấp độ: cấp độ quốc gia - khi xem xét ảnh hưởng của mạng lưới đến quá trình cạnh tranh trong phạm vi thị trường nội địa (ví dụ, Pháp hoặc Anh), và cấp độ Cộng đồng [Châu Âu] khi đánh giá những ảnh hưởng đó thông qua thương mại đa quốc gia. Khi mà những mạng lưới này thường vượt qua lãnh thổ quốc gia, các nhà sản xuất thường có khuynh hướng xây dựng mạng lưới của mình có hiệu lực ở cấp độ Cộng đồng Châu Âu.⁶

Trong lĩnh vực phân phối lựa chọn, một số nhà sản xuất (bao gồm Yves Saint - Laurent Parfums) đã được hưởng ngoại lệ riêng trước các cơ quan có thẩm quyền của Cộng đồng.⁷ Nói tóm tắt, Cộng đồng Châu Âu đã công nhận hiệu lực của những tiêu chí tuyển chọn về chất lượng khách quan bằng cách cho rằng những tiêu chí này không tạo nên những giới hạn cho quá trình cạnh tranh. Cộng đồng Châu Âu cũng đã loại bỏ một số điều khoản hợp đồng nhất định lập nên *từ trước* những giới hạn đối với cạnh tranh, nhưng những điều khoản đó là có lợi cho bảng cân đối kinh tế⁸ bằng cách lưu ý rằng những điều khoản hoặc hoạt động thực tiễn “có vấn đề” sẽ không được hưởng ngoại lệ.⁹ Cuối cùng, cần lưu ý rằng Cộng đồng Châu Âu cũng đã ra quyết định ủng hộ những điều khoản cấm nhà bán lẻ bán sản phẩm qua thư từ, quy định rằng chúng không loại trừ *từ trước* những hình thức phân phối hiện đại.

Đối với những hợp đồng phân phối xe hơi tại Châu Âu, những hợp đồng này thuộc vào một quy định ngoại lệ đặc biệt, Quy định của EC số N.1475/95 có hiệu lực đến tận năm 2002. Quy định này đưa ra một danh sách đen các điều khoản và hoạt động thực tiễn mà những điều khoản này, nếu được tuân thủ trong mối quan hệ giữa nhà sản xuất và nhà bán lẻ, có thể dẫn đến việc tự động mất quyền lợi được miễn trừ. Ví dụ, nhà phân phối không thể từ chối đề nghị mua của khách hàng, cũng không thể đưa ra giá cao hơn chỉ bởi vì khách hàng đó sống ở quốc gia thành viên khác. Nhà sản xuất và tất cả các nhà phân phối trong mạng lưới đó phải bảo hành, bảo dưỡng và sửa chữa xe hơi mang

⁶ Xem M. Analory và A. Casalonga, *La distribution sélective en droit communautaire*, Revue des Affaires Européennes, 1991, ghi chú 3, trang 45 và C. Roquilly, préc. Xem thêm *Summary of fine fragrances: a report on the supply in the UK for retail sale of fine fragrances*, <<http://www.nmc.gov.uk/342.htm>>

⁷ Thông tin của EC từ ngày 16 tháng 12 năm 1991, Yves St-Laurent Parfums, JOCE nL12, 18 tháng 1 năm 1992. Quyết định này đã được phê chuẩn bởi CFIEC, ngày 12 tháng 12 năm 1996, T-19-92.

⁸ Nghĩa vụ của các nhãn hiệu cạnh tranh về điểm bán hàng, tham gia giới thiệu sản phẩm mới, số lượng mua tối thiểu hàng năm...

⁹ Điều khoản giá bán lại tối thiểu, điều khoản mua chuyên biệt, điều khoản cấm phân phối chéo trong Cộng đồng Châu Âu giữa các thành viên của mạng lưới.

thương hiệu của mình, bất kể điểm mua hàng là ở đâu trong thị trường chung.

Có thể tìm thấy những phân tích khác nhau về những điều khoản phân phối có thể chấp nhận hoặc không thể chấp nhận trong tự do cạnh tranh tại Cộng đồng Châu Âu trong Quy định EC số N.2790/99 ngày 22 tháng 12 năm 1999, liên quan đến việc áp dụng khoản 3 điều 81, Hiệp định Rome áp dụng cho các thoả thuận theo chiều dọc và những hoạt động thực tiễn phối hợp.¹⁰ Các ngoại lệ này áp dụng cho tất cả các thoả thuận phân phối liên quan đến những cản trở cạnh tranh theo chiều dọc và những hợp đồng về địa vị của nhà bán lẻ chuyên biệt (nhưng quy định này rõ ràng không áp dụng cho những hợp đồng phân phối xe hơi thuộc sự điều chỉnh của quy định khác ít nhất là cho đến năm 2002). Tuy nhiên, quy định này cũng có những rủi ro. Nó quy định rằng Cộng đồng có thể rút lại lợi ích được miễn trừ nếu những mạng lưới thoả thuận theo chiều dọc đem lại những kết quả tương tự, làm giảm đáng kể con đường tiếp cận thị trường, hoặc đến cạnh tranh trên thị trường. Các mạng lưới phân phối lựa chọn được các nhà sản xuất mỹ phẩm thiết lập nên được ngầm định là đối tượng của quy định này.

Tính tương đồng giữa bán hàng trên Internet và thành viên các mạng lưới

2.2.1. Những tranh luận luật pháp mà những nhà sản xuất vận hành mạng lưới phân phối lựa chọn có thể sử dụng

Hiện tượng thành viên của các mạng lưới lựa chọn bán các sản phẩm do các nhà sản xuất cung cấp trên Internet là điều mới lạ. Những hình thức kinh doanh này chắc chắn sẽ phát triển, và nhà sản xuất cần phải tìm kiếm trong kho vũ khí luật pháp công cụ tự bảo vệ mình. Nếu họ không dự tính trước được những phát triển này, họ sẽ phải đối mặt với những vụ kiện tụng mà kết quả của chúng còn chưa rõ ràng.¹¹

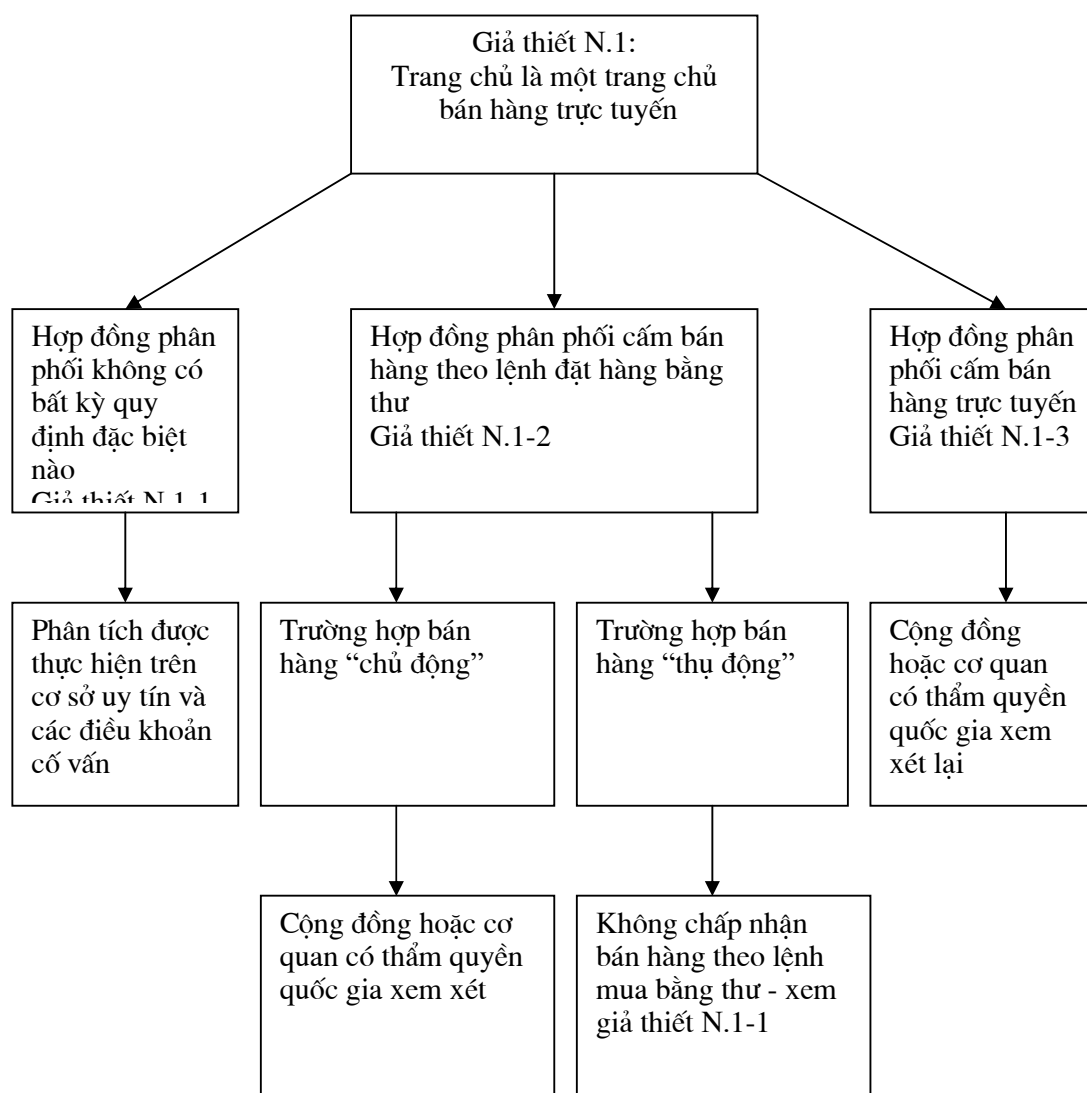
Để hiểu rõ hơn kịch bản có thể xảy ra, chúng tôi đưa ra cây quyết định dưới đây, dựa trên hai giả thiết:

- Giả thiết N.1: trang chủ là một trang chủ bán hàng trực tuyến;
- Giả thiết N.2: Trang chủ chỉ là trang chủ trưng bày trực tuyến hàng hoá, không bán (chúng tôi không phân tích giả thiết này)

Giả thiết N.1 có thể được biểu hiện như sau:

¹⁰ JOCE, L 336/21, 29 tháng 12 năm 1999.

¹¹ Vụ án đầu tiên tại Pháp (về mỹ phẩm do công ty Pierre Fabre sản xuất) đem lại một lệnh ưu tiên huỷ bỏ phán quyết của Toà phúc thẩm Varseilles (xem Tribunal de commerce de Pontoise, ngày 15 tháng 4 năm 1999, Sté Pierre Fabre Dermo Cossmestiques kiện A. Breckler, Dalloz Affaires, 1999, ghi chú 44, trang 735, lưu ý C. Manara; CA Varseilles, ngày 2 tháng 12 năm 1999, không xuất bản).



Giả thiết nhỏ thứ nhất trong ba giả thiết nhỏ này (N.1-1) xảy ra khi hợp đồng phân phối lựa chọn không có điều khoản cấm hoặc điều chỉnh chặt chẽ quá trình nhà cung cấp trong mạng lưới bán lại qua lệnh bằng thư, hoặc bán qua Internet từ xa. Rõ ràng, đây là trường hợp mà nhà sản xuất lo ngại nhất. Nếu hợp đồng không dự tính đến tình huống này, nhà sản xuất sẽ phải chứng minh tại sao quá trình bán hàng trực tuyến đó lại vi phạm nghĩa vụ của nhà phân phối với mình, như được quy định trong hợp đồng phân phối.

Nói chung, nhà sản xuất yêu cầu phải tôn trọng một số tiêu chí liên quan đến trưng bày hàng hoá và môi trường cho hàng hoá. Điểm bán hàng phải được nhận diện như là một khoảng không dành riêng cho việc bán những sản phẩm mỹ phẩm hoặc chăm sóc sắc đẹp. Điểm bán hàng phải lâu dài, và nhãn hiệu sản phẩm phải được trưng bày phù hợp với uy tín và tiếng tăm của nó. Đường đến điểm bán phải được chỉ rõ, tạo điều kiện tốt để cung cấp lời tư

vấn và dịch vụ chứng minh. Nhà phân phối phải luôn trình bày nhãn hiệu sản phẩm trong một môi trường thích đáng, và nhân viên phải có trình độ cần thiết. Điểm bán phải được trang bị cửa sổ trong và ngoài đủ lớn để trợ giúp cho việc quảng cáo nhãn hiệu sản phẩm. Sản phẩm phải được trưng bày hoàn toàn độc lập với sản phẩm của các hãng cạnh tranh khác, hoặc của những nhãn hiệu khác có thể làm phương hại đến hình ảnh của tên tuổi nhà sản xuất...

Khi không có những điều khoản cấm bán hàng trên mạng hoặc bán hàng qua lệnh mua bằng thư, nhà sản xuất có thể tìm thấy những lập luận khác trong các điều khoản của mình để chứng minh cho tình tiết là hình thức bán hàng đó đi ngược lại những cam kết mà nhà phân phối đã đưa ra. Trang chủ ít tên tuổi (sự chênh lệch giữa yếu tố mỹ thuật của trang chủ và thông tin được đưa ra), sản phẩm được trưng bày một cách nghèo nàn (chất lượng ảnh kém, tốc độ truy cập trang chủ chậm...), người vận hành trang chủ không đủ tiêu chuẩn (họ có phải là chuyên gia về mỹ học và cái đẹp không), thiếu tư vấn cần thiết (trả lời trực tiếp và đầy đủ cho các câu hỏi của khách hàng trên mạng) được coi là những vi phạm mà nhà sản xuất có thể buộc nhà phân phối khi mà đánh giá của họ là khách quan. Tuy nhiên, như chúng ta sẽ thấy dưới đây, việc đưa vào hợp đồng khả năng nhà phân phối bán hàng của mình trực tuyến và chấp nhận những điều khoản phù hợp với bản chất của điểm bán hàng điện tử là phục vụ lợi ích của nhà sản xuất.

Giả thiết nhỏ thứ hai N.1-2 là hợp đồng phân phối có điều khoản cấm nhà phân phối bán hàng theo lệnh mua hàng bằng thư. Ở đây, chúng ta phải dự tính hai giả thiết nhỏ này phụ thuộc vào hình thức bán hàng trên trang chủ (nghĩa là tích cực hay thụ động). Với thuật ngữ bán hàng qua lệnh mua bằng thư, chúng tôi nói đến việc bán hàng cho khách hàng từ xa sau khi khách hàng nhận và đọc tờ giới thiệu và catalogue hàng hoá.¹² Do vậy, bán hàng qua lệnh mua bằng thư chỉ một quá trình hành động tích cực của nhà phân phối đối với khách hàng. Nó chỉ thiết lập nên một phần của khái niệm bán hàng từ xa được luật của Pháp định nghĩa là “*bất kỳ kỹ thuật nào cho phép khách hàng ở ngoài địa điểm tiếp đón khách hàng thông thường ra lệnh mua một sản phẩm hoặc yêu cầu một dịch vụ. Truyền tải qua fax, điện thoại, video, bưu điện hoặc thư tín được xem là những kỹ thuật thông tin liên lạc từ xa*” (Điều 14 Lệnh ngày 3 tháng 12 năm 1987, JO ngày 10 tháng 12 năm 1987. Xem thêm Hướng dẫn N.97/7/CE ngày 20 tháng 5 năm 1997 của Cộng đồng Châu Âu).

Nếu nhà phân phối không cố gắng thu hút khách hàng đến với trang chủ của mình, ví dụ, bằng cách gửi đi các thông tin qua thư điện tử, không thể giải thích hình thức bán hàng này là bán hàng qua lệnh mua bằng thư.¹³ Điều khoản cấm bán hàng qua lệnh mua bằng thư trở thành không liên quan, và

¹² Xem C. Collard và C. Roquylly, như trên, trang 655.

¹³ Về ý kiến phản bác, xem A. Bensoussan, “*Le commerce électronique. Aspects juridiques*”, Hermès, Paris, 1998, n2.1.2.

điều này đem chúng ta quay lại giả thiết nhỏ N.1-1 đã được phân tích trên đây.

Mặt khác, nếu nhà phân phối duy trì một chiến lược chủ động thu hút khách hàng đến với trang chủ của mình, chúng ta có thể giải thích hình thức bán hàng này là bán hàng qua lệnh mua bằng thư. Chúng ta vẫn cần phải biết thêm nhà sản xuất có thể loại bỏ *từ trước* một số hình thức phân phối hay không, nếu tính đến những nguyên tắc cạnh tranh có thể áp dụng. Cộng đồng Châu Âu, và tiếp theo là CFIEC, đã quyết định rằng hợp đồng phân phối lựa chọn không được loại bỏ *từ trước* một số hình thức phân phối hiện đại.¹⁴ Tuy nhiên, tất cả đều nhất trí rằng điều khoản cấm trong hợp đồng áp dụng cho nhà phân phối bán hàng hóa của nhà sản xuất qua thư có thể giải thích được, phụ thuộc vào bản chất của hàng hoá. Nếu viện dẫn đến giải thích này, điều khoản loại trừ hình thức bán hàng qua thư không tạo nên bất kỳ một vấn đề nào liên quan đến luật cạnh tranh. Vi phạm điều khoản này tạo nên một cơ sở hợp pháp để chấm dứt hợp đồng phân phối¹⁵, có thể nhà phân phối phải đền bù thiệt hại cho nhà sản xuất, và có nghĩa vụ chấm dứt bán hàng qua trang chủ.

Nhưng phân tích trường hợp này không đơn giản chỉ có thế. Nếu chúng ta giả thiết rằng việc bán hàng trực tuyến là bán hàng qua lệnh mua bằng thư, nhà phân phối có thể chứng minh rằng nhà phân phối có đủ phương tiện kỹ thuật để bảo đảm phân phối hàng hoá một cách đúng đắn, tương thích với bản chất và uy tín của hàng hoá.¹⁶ Những phương tiện này rõ ràng là khác biệt với những phương tiện mà nhà phân phối có thể sử dụng trong bối cảnh bán hàng qua lệnh mua bằng thư “truyền thống”. Nhà phân phối bán hàng trực tuyến có thể cố vấn trực tuyến, có sử dụng biểu tượng, hình ảnh và thậm chí, cả hội nghị từ xa (xem phần 4). Trước hết, chúng ta cần phải xem xét đúng đắn trang chủ của nhà phân phối, và đặc biệt là những nỗ lực nhằm đáp ứng những yêu cầu thông tin mà khách hàng đưa ra.

Trường hợp cuối cùng được phân tích là giả thiết nhỏ N.1-3. Hợp đồng phân phối chọn lọc có điều khoản cấm bán hàng từ xa, hoặc chính xác hơn, cấm bán trên Internet. Phân tích liên quan đến giả thiết nhỏ N.1-2 (nửa sau) có thể áp dụng cho trường hợp này. Những nghiên cứu của chúng tôi về một số hợp đồng phân phối lựa chọn trong công nghiệp mỹ phẩm không tìm ra điều khoản nào như vậy. Tuy nhiên, dường như các nhà sản xuất nước hoa đang cân nhắc về việc đưa điều khoản đang được sử dụng trong những ngành công nghiệp khác này vào hợp đồng (ví dụ, nhãn hiệu quần áo).

2.2.2. Bán hàng trên mạng qua mạng lưới chuyên biệt: Phân phối xe hơi

¹⁴ Xem quyết định trong vụ Yves St-Laurent Parfums, préc. Các thẩm phán Pháp ra phán quyết tương tự (CA Paris, ngày 15 tháng 9 năm 1993, N.6, trang 45).

¹⁵ Xem C.A. Varseilles, ngày 23 tháng 2 năm 1995, RJDA 1995, 6, N.706.

¹⁶ Về một ý kiến tương tự, xem Y. Dietrich và A. Menais, “*La distribution sélective à l'épreuve du commerce électronique*”, Cahiers Lamy Droit de l'informatique et des réseaux, tháng 5 năm 1999, N.114.

Giả thiết về việc nhà bán lẻ thuộc một mạng lưới chuyên biệt bán xe hơi mới thông qua trang chủ có thể sát hơn trong trường hợp phân tích trên đây. Có nhiều lập luận ủng hộ ý kiến này:

- Xe hơi là sản phẩm đặc biệt. Việc mua xe hơi *từ trước* ít tương thích với việc sử dụng chuyên biệt Internet.

- Mỗi quan hệ giữa nhà bán lẻ xe hơi và những người được họ uỷ quyền dựa trên mối quan hệ phụ thuộc mà tính linh hoạt của nó trên thực tế bị giới hạn khá nhiều, đặc biệt là trong trường hợp kênh phân phối điện tử;

- Khung pháp lý về phân phối xe hơi, như được quy định trong quy định của Cộng đồng Châu Âu về ngoại lệ, cho phép nhà sản xuất cấm nhà bán lẻ của mình quảng cáo hoặc chủ động bán ngoài khu vực lãnh thổ của họ. Câu hỏi là: trang chủ có phải là “bán/quảng cáo chủ động” hay không?

Chúng tôi sẽ xem xét kỹ từng yếu tố:

1. Quá trình mua bán xe hơi là phức tạp và liên quan nhiều đến các điều khoản về tài chính: xe hơi là một trong những sản phẩm đắt đỏ nhất mà khách hàng mua (trừ nhà cửa). Do vậy, quá trình mua bán liên quan nhiều đến những yếu tố tâm lý: mua xe hơi vẫn là một quá trình liên quan nhiều đến cảm xúc, chứ không đơn thuần là lý trí. Vì vậy, Internet không phải là kênh phân phối thay thế theo ý nghĩa đúng và đầy đủ (nghĩa là thông qua những giao dịch mua bán xe hơi) cho thị trường xe hơi. Nhưng Internet có thể trợ giúp cho quá trình mua bán, ở những giai đoạn khác nhau trong quá trình quyết định. Internet cũng có thể được coi là một công cụ hiệu quả để tiến đến giao dịch cuối cùng trong khi có một vài bước được thực hiện ngoài Internet. Nhưng cuối cùng, không được coi tính phức tạp của quá trình mua bán xe hơi là một trở ngại đối với sự phát triển của quá trình bán xe hơn trên trang chủ của các đại lý.

2. Chúng ta có thể đưa ra những tranh luận mạnh hơn từ một chi tiết là quyền lực của nhà sản xuất trong mạng lưới phân phối lựa chọn, trong đó nhà bán lẻ được cấp giấy phép tham gia vào mạng lưới phân phối do nhà sản xuất thiết lập nên ở mức độ thấp hơn so với mạng lưới phân phối theo vùng, là mạnh hơn. Nói rộng hơn, mối quan hệ giữa nhà sản xuất và nhà bán lẻ dựa vào mức độ phụ thuộc giữa nhà bán lẻ và nhà sản xuất. Nếu nhà bán lẻ quyết định tham gia vào kênh phân phối đó, nhà bán lẻ sẽ phải tuân thủ một quá trình thống nhất do nhà sản xuất cầm đầu mạng lưới thiết lập ra và vận hành.

3. Cuối cùng, mạng lưới phân phối xe hơi ở Châu Âu dựa trên cơ sở sự phân chia thị trường theo khu vực, mỗi mạng lưới vận hành bởi một nhà sản xuất. Điều này dẫn đến việc mỗi nhà phân phối có độc quyền bán lẻ đối với

từng nhãn sản phẩm. Để bảo đảm tính thống nhất của toàn hệ thống, nhà sản xuất phải bảo đảm rằng các nhà bán lẻ không được có thái độ kinh doanh “quá khích” đối với vùng lãnh thổ kề cận. Do vậy, tất cả nhà bán lẻ bị cấm quảng cáo và/hoặc bán hàng “chủ động” ngoài vùng lãnh thổ của mình. Tuy nhiên, vì những điều khoản này giới hạn cạnh tranh, Quy định 1475/ 95 quy định về việc nhà bán hàng chào hàng chủ động ngoài lãnh thổ của mình. Dường như nhà sản xuất theo hợp đồng có thể cấm nhà bán lẻ chào hàng ngoài vùng lãnh thổ của mình thông qua những quảng cáo cá nhân. Theo các điều tra về hợp đồng của chúng tôi, nhà sản xuất không ngăn ngại sử dụng quyền này của mình do các ngoại lệ của luật trao cho. Mặt khác, chúng tôi có thể kết luận rằng được phép sử dụng tất cả các biện pháp chào hàng ngoài vùng lãnh thổ của mình, trừ quảng cáo cá nhân. Sách giải thích của Cộng đồng Châu Âu liệt kê một số ví dụ về một số biện pháp chào hàng bị coi là không được phép: chào hàng tận nhà, gửi thư chào hàng hàng loạt, điện thoại hoặc *bất kỳ phương tiện thông tin liên lạc nào khác*. Internet rõ ràng là một phương tiện thông tin liên lạc, nhưng chúng ta có thể xem xét đó có phải là một phương tiện thông tin liên lạc liên quan đến cách thức tiếp cận chủ động và cá nhân không. Rõ ràng, không thể coi việc nhà bán lẻ xây dựng lên một trang chủ Internet là quảng cáo cá nhân (trừ khi nó có chứa đựng những phương tiện điện tử nhằm vào một số người sử dụng Internet nhất định). Ngược lại, Internet nhằm vào công chúng nói chung, chứ không nhằm vào bất kỳ cá nhân ai. Nó chỉ là một cửa sổ giao diện. Tuy nhiên, chúng tôi đồng ý rằng bối cảnh đó cũng không khuyến khích nhà bán lẻ xây dựng những trang chủ bán xe hơi trên Internet theo sáng kiến riêng của mình.

Không thể loại trừ *từ trước* giả thiết nhà bán lẻ xây dựng lên một trang chủ bán hàng trên Internet mặc dù khả năng điều này xảy ra rất nhỏ. Điều khoản cấm chào hàng ngoài lãnh thổ không phải là lý do để nhà sản xuất cấm nhà bán lẻ xây dựng trang chủ bán hàng. Điều khoản trong hợp đồng đại lý bán lẻ cấm nhà bán lẻ xây dựng trang chủ có thể làm cho cả mạng lưới không được hưởng các ngoại lệ được giải thích rất chặt chẽ của Cộng đồng. Hiện tại, các hợp đồng không (và không thể, nếu xem xét luật chuyên biệt về phân phối xe hơi) có những quy định đặc biệt về vấn đề này. Trường hợp mà các nhà sản xuất có thể ngăn cản hợp pháp việc nhà bán lẻ xây dựng trang chủ rất tương đồng với trường hợp được đề cập trên đây (giả thiết N.1-1), đặc biệt là về các điều khoản về uy tín và tư vấn khách hàng.

3. Khung khổ luật pháp đối với việc bên thứ ba ngoài mạng lưới bán hàng trên mạng Internet

Những mạng lưới bán hàng “khép kín” thường tạo ra hệ thống bán lại song song. Một thị trường song song độc nhất đã phát triển với mục tiêu đem đến cho những người tiêu dùng Châu Âu những sản phẩm có tiếng ngoài mạng lưới phân phối “chính thức” với giá cả thấp hơn. Thị trường được gọi là “thị

trường xám” này là quan trọng trong những ngành hàng như mỹ phẩm, quần áo, xe hơi và đồ điện tử.

3.1. Phân tích pháp lý về hành vi bán lại song song

3.1.1. Bán lại song song và phân phối lựa chọn

Trong lĩnh vực bán hàng hoá song song với mạng lưới phân phối lựa chọn, chúng ta gặp phải hai giả thiết. Giả thiết thứ nhất là việc nhà phân phối được nhà sản xuất phê chuẩn, nhưng không thuộc bất kỳ mạng lưới lựa chọn nào của nhà sản xuất trong phạm vi Cộng đồng Châu Âu, bán lại sản phẩm tại bất kỳ quốc gia nào là thành viên của Cộng đồng Châu Âu. Ví dụ, đó có thể là nhà phân phối được trao quyền phân phối sản phẩm tại Malta, Nga, hoặc Ukraine và nhập khẩu hàng hoá trong Cộng đồng Châu Âu.¹⁷

Trường hợp thứ hai là bên thứ ba không thuộc mạng lưới và không có hợp đồng với nhà sản xuất về bất kỳ lãnh thổ nào bán lại song song tại một hoặc nhiều nước là thành viên của Cộng đồng Châu Âu.

Thị trường bán lại song song (thị trường nhập khẩu xám) được phát triển do giá cả của “xa xỉ” phẩm trong mạng lưới phân phối lựa chọn rất cao. Trong Báo cáo thứ 8 của mình, Hội đồng thương mại và công nghiệp của Anh đã lưu ý về sự chênh lệch giá đáng kể của các sản phẩm nhất định tại Mỹ và Anh.¹⁸ Sự chênh lệch giá cả này làm cho một số nhà phân phối, những người mà đơn xin tham gia mạng lưới phân phối lựa chọn của họ bị nhà sản xuất từ chối, tìm cách có được hàng hoá thông qua những nhà nhập khẩu song song. Trên thực tế, nhiều sản phẩm nổi tiếng đã vào thị trường Châu Âu thông qua nhập khẩu song song (ví dụ, Tommy Hilfiger). Thị trường xám trong công nghiệp mỹ phẩm chiếm khoảng 25-30% thị trường bán lẻ toàn cầu.

Cần xác định những công cụ pháp lý mà nhà sản xuất có thể sử dụng để chống lại việc bán lại song song. Luật về nhãn hiệu hàng hoá tạo nên một công cụ đặc quyền cho nhà sản xuất. Như là người chủ của nhãn hiệu gắn với hàng hoá của mình, nhà sản xuất có thể từ chối việc sử dụng bất hợp pháp nhãn hiệu. Tại điểm này, có thể áp dụng luật quốc gia. Tuy nhiên, luật của Cộng đồng Châu Âu dường như còn xa lạ với vấn đề này. Thực tế, quyền chuyên biệt của chủ sở hữu đối với nhãn hiệu hàng hoá của mình có thể mâu thuẫn với nguyên tắc tự do luân chuyển hàng hoá trong Cộng đồng Châu Âu (tương tự như quyền tác giả). Để giải quyết mâu thuẫn này, Toà án Công lý Châu Âu đã thiết lập nên một khuôn khổ pháp lý dựa trên điều 30 Hiệp định

¹⁷ Ví dụ, xem vụ kiện giữa Christian Dior và LCD Company Ltd và Shancel Entreprise Ltd, CA Aix-en-Provence, 5 tháng 6 năm 1999, bản án không xuất bản.

¹⁸ Ví dụ, một lọ nước hoa do Balmain sản xuất tại Pháp được bán với giá \$4 tại Mỹ và £9 tại Anh. Xem Hội đồng thương mại và công nghiệp, Báo cáo số 8, (phần III).

Rome, điều 7 Hướng dẫn N.89/10 ngày 21 tháng 12 năm 1988 thống nhất hoá luật về nhãn hiệu của các nước thành viên. Quá trình này dẫn đến nguyên tắc xem xét toàn diện luật về nhãn hiệu của Cộng đồng.¹⁹

Nói tóm tắt, nhà sản xuất lãnh đạo một mạng lưới phân phối lựa chọn có thể khiếu nại hợp pháp về nhãn hiệu của mình để ngăn chặn việc nhập khẩu vào một quốc gia trong Cộng đồng Châu Âu những hàng hoá được dán nhãn hiệu đó từ một nước thứ ba, mặc dù chính nhà sản xuất tiếp thị hoặc đồng ý tiếp thị hàng hoá đó tại thị trường của nước thứ ba. Việc nhà phân phối tìm cách bán lại sản phẩm tại Cộng đồng Châu Âu rõ ràng là bên thứ ba đối với mạng lưới, hoặc là nhà phân phối có quyền phân phối sản phẩm đó ngoài Cộng đồng Châu Âu không ảnh hưởng đến nguyên tắc này. Nguyên tắc này cũng được áp dụng cho quảng cáo. Tình tiết thông báo sản phẩm trên tờ giới thiệu sản phẩm hoặc trong các quảng cáo là vi phạm quyền nhãn hiệu thương mại của nhà sản xuất. Nhà sản xuất cũng có thể khởi kiện trong lãnh thổ quốc gia dựa vào luật nhãn hiệu hàng hoá để ngăn chặn việc bán lại song song, và có thể yêu cầu thu giữ hàng hoá.

Tuy nhiên, nguyên tắc sử dụng hết²⁰ luật nhãn hiệu thương mại (và luật quyền tác giả) không áp dụng khi nhà sản xuất có nhãn hiệu đó có thể đưa ra những lý do hợp pháp, như là thay đổi hoặc chuyển đổi sản phẩm, hoặc trong trường hợp một quảng cáo ảnh hưởng đến giá trị của nhãn hiệu qua việc làm phương hại đến uy tín và hình ảnh của sản phẩm liên quan. Sự tồn tại của mạng lưới sản phẩm không được coi là nguyên nhân đầy đủ.

Ngoài việc viện dẫn đến luật về nhãn hiệu hàng hoá, nhà sản xuất có thể viện dẫn luật cạnh tranh không công bằng để từ chối việc bán lại song song sản phẩm của mình. Đây chính là trường hợp của Pháp khi “Toà phá án” trong nhiều vụ kiện đã trừng phạt người bán lại sản phẩm song song hoặc nhà nhập khẩu song song khi họ không chứng minh được nguồn mua hàng, và những vận đơn của họ được ban hành bởi các công ty đứng tên được tuyên là chưa đầy đủ.²¹

3.1.2. Bán lại song song và Phân phối chuyên biệt

Bất kể đó là nhà sản xuất bán trực tiếp cho nhân viên, cho các công ty hay cho đại lý cho thuê xe hơi chuyên nghiệp, dự tính rằng khoảng 40% xe hơi được bán ngoài kênh bán hàng của nhà phân phối. Số lượng lớn xe hơi

¹⁹ ECCJ, ngày 16 tháng 7 năm 1998, Silhouette International Semhied GmbH & Co. KG kiện Harlauer mbH, Aff.C-355/96, Dalloz Affaires, 1998, n 133, trang 1592. Xem thêm C.Montalcino, “*Importations parallèles: coexistence du droit de la concurrence et du droit des marques*” Dalloz Affaires, 1999, n 178, trang 1479.

²⁰ Trademark exhaustion: theo học thuyết này, khi luật có quy định những đền bù về nhãn hiệu hàng hoá, phải sử dụng hết những đền bù này trước khi toà án có thể hành động. Học thuyết này yêu cầu phải sử dụng tất cả các thủ tục giải quyết tranh chấp nhãn hiệu hàng hoá khác tại các cơ quan hành chính trước khi yêu cầu toà án xét xử (ND).

²¹ Xem Cass.Com., 9 tháng 4 năm 1996, Dalloz Affaires. 1996, n 22, trang 681.

được bán ngoài phạm vi mạng lưới phân phối chuyên biệt này được coi là nuôi dưỡng thị trường xám mà từ đó, những người bán lại độc lập (người bán lẻ không phải là nhà phân phối có giấy phép, cũng không phải là người trung gian được người tiêu dùng cuối cùng uỷ quyền) có thể dễ dàng tìm ra nguồn cung cấp để đáp ứng nhu cầu của mình.

Tất nhiên, nhà sản xuất và nhà phân phối nỗ lực ngăn chặn sự phát triển những *nhà buôn tự do* này. Lập luận của họ có thể được tóm tắt như sau: a) khi họ tuân thủ các điều khoản trong quy định về ngoại lệ của Cộng đồng Châu Âu áp dụng với công nghiệp xe hơi, hợp đồng phân phối chuyên biệt được miễn trừ với các quy định cấm. b) từ thời điểm hợp đồng được miễn trừ, chúng là có thể thi hành chống lại những nhà bán lẻ độc lập, đặc biệt là khi chúng bảo lưu tính chuyên biệt của sản phẩm trong hợp đồng chỉ cho nhà bán lẻ được cấp phép. Những khiếu nại đầu tiên mà nhà sản xuất và nhà bán lẻ được cấp phép - những người cảm thấy mình là nạn nhân của việc bán hàng ngoài mạng lưới, dựa trên lập luận này. Mục tiêu của họ là nhằm đạt được một quyết định cấm những người bán lẻ ngoài mạng lưới bán những xe hơi mới.

Hai bản án đã được đưa ra ở cấp Cộng đồng giải quyết những lập luận này.²² Theo những bản án này, rõ ràng là khi Quy định N.1475/95 liên quan đến mối quan hệ giữa nhà cung cấp và nhà phân phối được cấp phép của họ, quy định này không điều chỉnh hành vi của bên thứ ba - người có thể hoạt động trên thị trường ngoài khuôn khổ thoả thuận phân phối đó. Nói cách khác, không thể dựa vào hợp đồng đại lý chuyên biệt xe hơi để chống lại bên thứ ba.

Nhưng tại nhiều nước thành viên của Cộng đồng Châu Âu, các thẩm phán đã ra những bản án chống lại một số khía cạnh của hệ thống bán lại ngoài mạng lưới. Tại Pháp, một thẩm phán đã trừng phạt những người bán lại độc lập khi họ từ chối tiết lộ nguồn hàng. Người bán lại ngoài mạng lưới cũng có thể bị trừng phạt cho những hành vi sai trái không chỉ liên quan đến hành vi bán lại độc lập, ví dụ như quảng cáo gian dối (ví dụ, về thời hạn bảo hành), quảng cáo tương tự bất hợp pháp, hành vi cạnh tranh không công bằng (hành vi của người bán lẻ cấp 2 tự xưng là chuyên gia của nhãn hiệu nào đó) ... Mặt khác, nhà sản xuất thường không sử dụng luật về nhãn hiệu hàng hoá, có lẽ bởi vì phần lớn các người bán lại này thường có nguồn cung cấp hàng trong lãnh thổ Cộng đồng Châu Âu (do đó, nguyên tắc xem xét toàn diện của Cộng đồng được áp dụng). Rõ ràng, dễ vận chuyển nước hoa qua biên giới hơn là vận chuyển xe hơi. Cần lưu ý rằng việc nhập khẩu xe hơi từ những nước không thuộc Cộng đồng Châu Âu thường được thực hiện với sự đồng lõa của các nhà sản xuất.²³

²² Vụ kiện C-309/94[1996] ECR I-677 và Vụ kiện C-226/94(1996) ECR I-651.

²³ Xem House of Commons - Công nghiệp và thương mại - báo cáo số 8, phần III, thương mại song song và thương mại xám tại Anh: “từ những chứng cứ mà chúng tôi đã nhận được, các nhà sản xuất xe máy và xe hơi đang cung cấp hàng hoá cho thị trường xám và làm mất uy tín thương mại, giả định là bằng cách ép buộc các mạng lưới bán hàng chính thức của họ”.

Kết luận lại, chúng tôi nhấn mạnh rằng trái với những cái chúng ta thấy từ phân phối lựa chọn (và đặc biệt là đối với công nghiệp mỹ phẩm), rõ ràng khuôn khổ pháp lý và kinh tế của phân phối xe hơi đã tạo ra những bản án ủng hộ hoạt động của các nhà bán lẻ độc lập.

3.2. Ảnh hưởng của Internet đối với hành vi bán lại song song

3.2.1. Tiếp cận pháp lý đối với phân phối song song trực tuyến trong công nghiệp mỹ phẩm

Việc áp dụng luận thuyết về luật nhãn hiệu hàng hoá trên đây - và đặc biệt là nguyên tắc sử dụng hết luật nhãn hiệu thương mại đối với bán hàng trực tuyến biểu hiện một nghịch lý “khôi hài”. Lý thuyết của Cộng đồng về nguyên tắc sử dụng hết nhãn hiệu hàng hoá (theo quan điểm kinh doanh dựa trên vùng, chứ không phải dựa vào biên giới) dường như không tương thích với bản chất thực của Internet.

Giả thiết thứ nhất rất đơn giản. Nhà bán lẻ song song sử dụng trang chủ để giới thiệu sản phẩm mà nhà bán lẻ có được thông qua nhà phân phối trong mạng lưới trong Cộng đồng. Nhà bán lẻ song song có viện dẫn đến quyền theo nguyên tắc sử dụng hết luật nhãn hiệu thương mại đối với nhà sản xuất. Tuy nhiên, chúng ta thấy rằng các quốc gia vẫn tự do chấp nhận việc sử dụng trái phép nhãn hiệu, phụ thuộc vào các quy định trong hệ thống luật pháp nội bộ của họ, nếu nhà sản xuất chứng minh được rằng có lý do hợp pháp. Theo quan điểm của chúng tôi, lý do này có thể nằm ở chỗ trình bày sản phẩm kém cỏi, hoặc trình bày của trang chủ không thích hợp làm ảnh hưởng nghiêm trọng đến hình ảnh của nhãn hiệu. Trên thực tế, việc chứng minh đó chỉ có thể thành công nếu những tiêu chí đánh giá biểu hiện của trang chủ là giống hệt với những yếu tố cần phải có đối với nhà phân phối thuộc mạng lưới bán hàng trên mạng (chúng tôi sẽ quay lại vấn đề này trong phần 4). Để giả thiết thứ nhất này có hiệu lực, nhà bán lẻ song song sẽ phải chứng minh có nguồn gốc cung cấp hàng hoá từ Cộng đồng.

Phân tích pháp lý của giả thiết thứ hai phức tạp hơn nhiều. Trong trường hợp này, hàng hoá không xuất phát từ Cộng đồng Châu Âu. Nhà bán lẻ song song có được hàng hoá thông qua những nhà phân phối bên ngoài Cộng đồng. Vấn đề là phải biết được từ thời điểm nào chúng ta cho rằng nhà bán lẻ tiếp thị sản phẩm hàng hoá trong lãnh thổ Châu Âu và vào lúc đó quyền về nhãn hiệu hàng hoá theo luật nhãn hiệu hàng hoá của nhà sản xuất đã được sử dụng hết.

Bằng cụm từ đưa ra thị trường, chúng tôi nói đến việc tiếp thị hàng hoá, nghĩa là hàng hoá được đưa ra nhằm đáp ứng nhu cầu thị trường. Trong trường hợp của chúng ta, chúng tôi nghĩ rằng hàng hoá được tiếp thị vào thời điểm

chúng có sẵn để bán trên trang chủ của người bán lại. Khái niệm đưa ra thị trường chỉ có nghĩa nếu chúng ta xem xét nó từ khía cạnh kinh tế hơn là từ khía cạnh “vật lý”. Tiếp thị hàng hoá (đưa hàng hoá ra về mặt kinh tế) không diễn ra khi hàng được phân phối đến tay người tiêu dùng, mà khi chúng được đưa ra nhằm đáp ứng nhu cầu thị trường, và trước khi hợp đồng mua bán được tạo ra.²⁴ Nếu chúng ta theo đuổi cách thức phân tích này, ngầm định rằng việc đưa ra thị trường diễn ra khi lời chào hàng xuất hiện trên trang chủ. Câu hỏi tiếp theo lập tức phát sinh: lời chào hàng này được thực hiện trên thị trường địa lý nào? Chúng ta có thể trả lời một cách lý thuyết bằng cách viện dẫn là lời chào hàng được đưa ra trên một trang chủ được đặt tại một quốc gia nhất định. Nhưng câu trả lời này đi ngược lại với lý luận về nền kinh tế điện tử mới (kinh tế điện tử). Lời chào hàng này mang tính toàn cầu bởi vì có thể truy cập nó từ bất kỳ đâu, bao gồm châu Âu. Trong trường hợp này, chúng ta có thể nói rằng việc đưa ra thị trường, hoặc việc tiếp thị, xảy ra ở Châu Âu.

Nhà sản xuất cũng có thể tìm ra những nguồn luật trong luật cạnh tranh để trừng phạt nhà bán lẻ song song bán hàng hoá của họ trực tuyến. Điều này dựa trên giả thiết là có luật quốc gia liên quan có thể áp dụng. Một lần nữa, chúng ta phải xem xét những phương tiện hiện có mà nhà sản xuất có thể sử dụng để thi hành những quyết định có thể có lợi cho nhà bán lẻ, nếu trang chủ được đặt tại một quốc gia “sẵn sàng giúp đỡ” hoặc một quốc gia không có luật nào có những quy định về lý luận nói trên. Trong trường hợp mà chúng ta đang xem xét, cần phải đề cập rằng chúng ta vẫn đang gặp phải những câu hỏi cổ điển (đối với những hành vi liên quan đến trang chủ) của luật tư pháp quốc tế: Phải áp dụng luật nào? Thẩm phán nào xử? Liệu có thể có cơ hội giành được những đền bù có ý nghĩa hay không?

3.2.2. Cách thức tiếp cận luật pháp đối với phân phối song song trực tuyến trong ngành công nghiệp xe hơi

Ngày nay, Internet đưa ra nhiều trang chủ dành cho việc mua xe hơi mới nhiều hơn trang chủ bán hàng hoá đó. Dưới đây là một cuộc kiểm tra lý do của tình trạng này.

Bằng thuật ngữ trang chủ dành cho việc mua xe hơi mới, chúng tôi nói đến những trang chủ của một quá trình phức tạp để có được loại sản phẩm này: thông tin kỹ thuật, những kiểm tra tương thích, so sánh chi phí, tài chính, bảo hiểm...

Những trang chủ khác được dành cho việc **bán** (với nghĩa rộng của từ

²⁴ Về vấn đề trao đổi thoả thuận và thương mại điện tử rất thú vị, xem C. Gagnon, “L’Echange de consentement de le commerce électronique- de l’autonomie de la volonté à la volonté de la machine”, 1998, <http://www.droit.umontreal.ca/-gagnonc/travau/consentement.html>. L. Thoumyre, “L’ Echange des consentements dans le commerce électronique”, Revue Lex-Electronica, Volume 5 N.1 <<http://www.lex-electronica.org/articles/v5-1/thoumfr.htm>>.

này, tốt nhất là dùng từ *kinh doanh*) xe hơi. Tại những miền này, chúng ta phải lưu ý những điểm khác biệt sau:

- Internet được những nhà vận hành độc lập - người không tham gia kinh doanh bán lại (mua lại để bán), sử dụng.
- Internet được những nhà vận hành độc lập tham gia kinh doanh bán lại theo nghĩa hẹp của thuật ngữ này sử dụng.

Trong loại thứ nhất, việc sử dụng Internet là thường xuyên nhất. Hoạt động của nhà vận hành được xây dựng trên những công thức pháp lý cổ điển, nghĩa là uỷ quyền hoặc đại lý:

- Đại lý chịu trách nhiệm việc mua xe hơi nhân danh và nhằm phục vụ người sử dụng cuối cùng trên cơ sở một uỷ quyền rõ ràng. Hoạt động này được điều chỉnh bởi một khung các quy định áp dụng cho việc phân phối xe hơi.
- Công việc của nhà đại lý chỉ đơn thuần là giúp hai đối tác hợp đồng tiềm năng (người bán xe hơi mới và người mua) liên lạc với nhau. Đây là dạng kinh doanh phổ biến nhất qua Internet. Nó được Auto-By-Tel, trao cho các nhà bán lẻ thành viên cơ hội phản hồi những yêu cầu thông tin của người sử dụng dịch vụ này, bắt đầu tại Mỹ. Tại Pháp, Auto Valley thương lượng mức giá tốt nhất với những nhà bán lẻ lớn nhất.

Cả hai dạng hoạt động này đều khó có thể phê phán về mặt pháp lý (thậm chí luật của Cộng đồng Châu Âu còn ủng hộ việc kinh doanh của đại lý), trừ những trường hợp giáp ranh mà hoạt động của nhà đại lý đem lại những rủi ro về việc gây nhầm lẫn hoặc chỉ đơn thuần là hoạt động ăn bám, ví dụ, thông qua việc gây ra một ấn tượng là có một mối quan hệ kinh doanh giữa nhà vận hành độc lập và nhà sản xuất. Cuối cùng, đối với những nhà vận hành độc lập này, Toà án công lý của Cộng đồng Châu Âu đã phán quyết rõ ràng ủng hộ quyền sử dụng tên của nhà sản xuất xe hơi trong quảng cáo.²⁵ Về tổng thể, việc sử dụng Internet không ảnh hưởng đến cách thức tiếp cận pháp lý đối với hình thức kinh doanh này.

Có ít trường hợp các nhà vận hành độc lập sử dụng Internet tham gia vào các hoạt động bán lại hơn. Chúng tôi tự đặt mình vào giả thiết về một nhà phân phối độc lập bán xe hơi mới trên đây mà trong giả thiết đó, việc sử dụng Internet không ảnh hưởng đáng kể tới vấn đề trọng tâm. Trong công nghiệp xe hơi, chúng ta đã biết rằng hoạt động của người bán lại độc lập được hưởng quyền ngoại lệ nhằm bù đắp lại những tác dụng chống cạnh tranh của các mạng lưới chuyên biệt của nhà sản xuất. Không có gì ngăn cản được việc áp

²⁵ ECCJ, ngày 23 tháng 2 năm 1999, BMW kiện Ronald Karel Deenik, Vụ kiện N. C-63/97.

dụng cách thức đối xử ưu tiên này cho việc bán xe hơi trên mạng của nhà vận hành độc lập: thậm chí cách thức có thể khác nhau, nhưng vấn đề thì vẫn như vậy.

Tuy nhiên, cần phải nêu lên một số điểm khác biệt:

- Xe hơi mà nhà vận hành độc lập bán được mua từ các Quốc gia thành viên. Đây là trường hợp phổ biến nhất, đưa chúng ta quay trở lại phân tích được nêu trong phần 4.1.2.

- Xe hơi mà nhà vận hành độc lập bán có nguồn gốc từ nước thứ ba. Trường hợp này ít xảy ra hơn, nhưng không thể loại bỏ. Nhà sản xuất có thể dựa trên luật nhãn hiệu hàng hoá để phản đối hành vi này theo những mục được mô tả tương tự trong công nghiệp mỹ phẩm (xem phần 3.1.1. và 3.2.1). Theo kiến thức của chúng tôi, những vụ kiện như vậy là đặc biệt hiếm trong công nghiệp xe hơi vì những lý do mang tính thực tiễn và chiến lược hơn là lý do luật pháp.²⁶

Trong bất kỳ trường hợp nào, cho dù chúng ta đang nói về các mạng lưới phân phối chọn lọc hay chuyên biệt, nhà sản xuất có thể thấy họ không được bảo vệ khi phải đối mặt với tình trạng bán trực tuyến hàng hoá của họ thông qua các nhà phân phối song song, trừ khi, ví dụ, xây dựng được một tiêu chuẩn quốc tế về sử dụng hết quyền theo luật nhãn hiệu thương mại. Đây cũng là một yếu tố nữa thúc ép các nhà sản xuất suy nghĩ thêm về các dạng hợp đồng mà họ sử dụng như là một khung pháp lý cho việc bán trực tuyến do các nhà phân phối trong mạng lưới thực hiện.

4. Khung pháp lý để thiết lập nên một mạng lưới bán hàng điện tử

4.1. Hợp đồng là khung pháp lý đối với điểm bán hàng điện tử

Ngoài những thước đo pháp lý mà chúng ta sẽ xem xét trong phần này, quyết định của nhà sản xuất lãnh đạo một mạng lưới về việc tổ chức phân phối sản phẩm của mình trực tuyến rõ ràng sẽ phụ thuộc vào những yếu tố chiến lược kinh doanh và tiếp thị. Trên cơ sở thị trường, dạng sản phẩm, hoặc nhãn hiệu, nhà sản xuất có thể chọn một trong những quyết định mà chúng ta sẽ thảo luận dưới đây.

4.1.1. Khung hợp đồng cho việc bán trực tuyến mỹ phẩm

²⁶ Trong công nghiệp sản xuất xe máy, Honda Anh đã khởi kiện (tháng 11 năm 1998) chống lại bốn người bán lẻ không chính thức tại Anh bán song song các sản phẩm Honda (mua từ nguồn ngoài Cộng đồng). Honda khiếu nại rằng những người bán lẻ này đã vi phạm luật về nhãn hiệu hàng hoá. Mùa xuân năm 1999, Honda và những người bán lẻ song song này đã giải quyết vụ kiện ngoài toà án: những người bán lẻ song song thoả thuận không bán bất kỳ sản phẩm Honda nào có nguồn gốc từ ngoài Cộng đồng, và Honda Anh mua lại hàng hoá họ có. Những người nhập khẩu song song vẫn cho rằng họ vẫn có thể tìm đủ nguồn hàng trong Cộng đồng Châu Âu.

Lựa chọn đầu tiên cho nhà sản xuất là sử dụng Internet chỉ như là một công cụ quảng cáo và cung cấp thông tin mà không bán sản phẩm của mình trực tuyến (như hiện tại các hãng Chanel và Dior đang thực hiện). Trong giả thiết này, nhà sản xuất sẽ quy định trong hợp đồng không cho phép phân phối các sản phẩm của mình trên trang chủ. Điều khoản cấm trên cơ sở hợp đồng này biểu hiện rủi ro liên quan đến thẩm quyền của Cộng đồng (xem phần 3.2). Nhà sản xuất sẽ phải biện minh cho điều khoản cấm đoán của mình căn cứ vào bản chất riêng biệt của sản phẩm của họ (ví dụ, người tiêu dùng không thể thực sự tìm thấy sản phẩm trên trang chủ; mối liên lạc với nhà sản xuất phải là mối liên lạc thực tế, không phải là ảo; sản phẩm yêu cầu phải có những lời cố vấn cá nhân khó có thể thoả mãn được qua trao đổi thông tin từ xa, bất kể mức độ tương tác hoặc đồng bộ...) và/hoặc bởi hình ảnh của sản phẩm - chứa đựng một ấn tượng mạnh về sự sang trọng không thích hợp với một điểm bán hàng ảo. Nếu nhà sản xuất không đưa ra được những chứng cứ đó, hiệu lực của hợp đồng có thể sẽ bị xem xét lại theo luật cạnh tranh.

Lựa chọn thứ hai cho nhà sản xuất là tự mình trực tiếp xây dựng lên mạng phân phối trực tuyến bằng cách tạo nên trang chủ riêng của mình. Tuy nhiên, đây cũng có thể là một vấn đề khác theo luật cạnh tranh (xem phần 4.2 dưới đây). Tuy nhiên, nhà sản xuất có thể yêu cầu các nhà phân phối bảo đảm việc lưu trữ sản phẩm, và phân phối đến khách hàng (sau khi có lệnh mua và thanh toán trực tuyến), cũng như các dịch vụ hậu mãi.²⁷

Lựa chọn thứ ba cho các nhà sản xuất là cho phép các nhà phân phối ngoài Cộng đồng Châu Âu (hoặc những người được trao quyền kinh doanh tại những khu vực ngoài châu Âu) bán sản phẩm trên trang chủ, quy định rằng một số điều khoản hợp đồng và tiêu chuẩn kỹ thuật liên quan đến tính mỹ thuật và biểu hiện của trang chủ phải được tôn trọng. Có thể giải thích cho lựa chọn này qua một thực tiễn là các mạng lưới phân phối mà nhà sản xuất xây dựng tuân thủ chặt chẽ những điều kiện đặc biệt trong Công đồng Châu Âu và những điều kiện này đã được nới lỏng ngoài phạm vi Cộng đồng. Tuy nhiên, vấn đề mà lựa chọn này gây ra là cũng rõ ràng: những nhà phân phối trước đây thuộc Cộng đồng có thể thu hút những khách hàng sống tại Cộng đồng dựa trên những chi phí mà các nhà phân phối trong mạng lưới được tổ chức trong Cộng đồng Châu Âu bỏ ra.

Hợp đồng phân phối trực tuyến với nhà phân phối phải có điều khoản cấm bán lại cho khách hàng sống tại các nước thành viên. Với công nghệ ngày nay, chúng ta có phương tiện để thi hành điều khoản này. Nhà phân phối có thể kiểm tra mã số cá nhân của máy tính của khách hàng (con số này có mã

²⁷ Công ty Levi' đã quyết định chấm dứt bán sản phẩm trực tuyến. Công ty cho rằng đây không phải là lĩnh vực của mình, và cần nhắc xem liệu các nhà phân phối của công ty có thể thực hiện điều đó không. Mặt khác, Sony gần đây thông báo rằng công ty sẽ thiết lập hệ thống bán trực tuyến sản phẩm của mình, và điều này đã gây ra những phản ứng tiêu cực từ các nhà phân phối của công ty tại Nhật Bản.

đặc biệt dành cho từng nước). Đây không phải là sự bảo đảm tuyệt đối, nhưng có thể ngăn chặn những ý tưởng về “nhập khẩu song song”. Tuy nhiên, nhà sản xuất phải chịu những phí tổn mà điều khoản này gây ra (ví dụ, thông qua việc hàng tháng phải nộp bản thống kê mã số máy tính của những khách hàng đã ra lệnh mua trên trang chủ của nhà phân phối). Nhà sản xuất cũng phải đưa vào hợp đồng điều khoản bảo đảm tính khép kín của mạng lưới. Nhà phân phối phải đồng ý không đáp ứng những lệnh mua của các nhà phân phối hoặc nhà nhập khẩu không được phê chuẩn. Số khách hàng sẽ giúp đỡ nhà phân phối xác định những hàng vi bất thường của khách hàng, mặc dù cách thức giám sát này cũng không phải là hoàn toàn chắc chắn.

Lựa chọn thứ tư đối với nhà sản xuất là cho phép nhà phân phối thuộc mạng phân phối chọn lọc trong Cộng đồng Châu Âu bán sản phẩm trực tuyến. Theo giả thiết này, nhà sản xuất phải xây dựng nên điều khoản về phê chuẩn và tiếp tục thoả thuận. Từ khía cạnh chiến lược, cách thức này là nguy hiểm vì hai lý do.

Lý do thứ nhất là mối đe dọa về bán lẻ số lượng lớn đối với mạng lưới “khép kín”, bao gồm cả công nghiệp mỹ phẩm và quần áo. Nếu nhà sản xuất đặt ra các tiêu chí phê chuẩn (hoặc tiếp tục phê chuẩn) điểm bán ảo quá cao, điều này sẽ làm giảm đường tiếp cận phân phối trực tuyến tới phần lớn các nhà phân phối đang được phê chuẩn hiện tại. Nếu nhà sản xuất tỏ ra linh hoạt trong việc chấp nhận nhà phân phối tham gia vào mạng lưới phân phối trực tuyến, các công ty bán lẻ tổng hợp sẽ có nguồn công nghệ và tài chính lớn hơn so với các nhà phân phối thuộc mạng lưới. Tiếp theo đó, nhà sản xuất sẽ phải phê chuẩn điểm bán ảo của các công ty bán lẻ tổng hợp, hoặc họ sẽ vi phạm luật cạnh tranh (xem phần 4.3 dưới đây).

Lý do thứ hai là ở chỗ sự cạnh tranh ngày càng nghiêm trọng giữa các trang chủ được nhà sản xuất phê chuẩn mà chúng ta có thể tưởng tượng ra. Sự cạnh tranh này hiện đã có giữa những điểm bán thực tế; khách hàng hoàn toàn tự do lựa chọn mua hàng tại những nhà phân phối được phê chuẩn. Tuy nhiên, bán hàng trực tuyến có thể làm tăng rủi ro của nhà sản xuất làm cho đối thủ cạnh tranh của họ có tính cạnh tranh cao hơn.

Những tiêu chuẩn mà nhà sản xuất đặt ra cho nhà phân phối muốn trang chủ của mình được phê chuẩn phải bao gồm những yếu tố sau đây:

- Tên của trang chủ không được làm tổn hại đến hình ảnh của sản phẩm, và phải tương thích với địa vị sang trọng của tên hãng và sản phẩm của hãng (điều khoản này có thể tách biệt trang chủ với các trang chủ của các công ty bán lẻ tổng hợp; cần phải chứng minh về rủi ro của giả thiết này theo luật cạnh tranh).

- Điểm bán hàng ảo (trang chủ) phải được dành riêng cho bán các sản phẩm mỹ phẩm (trong trường hợp chúng ta đang phân tích).

- Không được có đường dẫn hoặc liên kết nội dung với các trang chủ khác, ngoài trang chủ của nhà sản xuất hoặc các nhà phân phối được phê chuẩn khác.

- Không được có quảng cáo hoặc biểu ngữ nào có thể làm phương hại đến hình ảnh và danh tiếng của nhà sản xuất hoặc sản phẩm của nhà sản xuất trên trang chủ đó.

- Trang chủ phải được cập nhật thường xuyên (xem các tiêu chuẩn kỹ thuật), do đó giá cả, sản phẩm mới, các chào hàng đặc biệt... luôn luôn phù hợp với thực tiễn và hàng hoá trong kho của nhà phân phối.

- Phải có địa chỉ thư điện tử và/hoặc dịch vụ phục vụ khách hàng để khách hàng có thể được trả lời lập tức những câu hỏi liên quan đến sản phẩm (xem tiêu chuẩn kỹ thuật).

- Phải có cố vấn bán hàng có bằng cấp hoặc kinh nghiệm liên quan để giải đáp các câu hỏi (xem tiêu chuẩn kỹ thuật).

- Các điều khoản thông thường về uy tín của điểm bán hàng và trình bày sản phẩm phải được làm phù hợp hoá với điểm bán hàng trực tuyến (hình ảnh và mỹ thuật của trang chủ, màu, khung, chất lượng ảnh...).

- Các điều khoản về doanh thu sổ sách, mục tiêu doanh thu cần phải được đưa vào hợp đồng.

Hoàn toàn có thể phù hợp hoá các hợp đồng phân phối lựa chọn theo những tiêu chuẩn kỹ thuật của việc bán hàng trực tuyến. Sự phù hợp hoá này cần phải có một cách thức tiếp cận khôn khéo để tìm ra sự cân bằng đúng đắn giữa mục tiêu bảo vệ hình ảnh mà nhà sản xuất tìm kiếm, khả năng phát triển của công nghệ thông tin, khả năng kỹ thuật và tài chính của nhà phân phối.

Vẫn còn một vấn đề có thể phá huỷ nền tảng kinh tế và lý luận của mạng lưới phân phối lựa chọn trong Cộng đồng Châu Âu. Làm thế nào chúng ta có thể ngăn chặn một nhà phân phối đang sống tại một Quốc gia thành viên tại đó giá cả thấp hơn đưa ra chào hàng trực tuyến, và đồng thời thu hút khách hàng sống tại quốc gia thành viên khác - những người thường xuyên mua hàng của các nhà phân phối?

Nhà sản xuất không thể cấm *từ trước* theo hợp đồng việc nhà phân phối chấp nhận lệnh mua hàng từ một quốc gia thành viên khác. Những điều khoản

như vậy sẽ không phù hợp với luật cạnh tranh. Tuy nhiên, có hai yếu tố ủng hộ nhà sản xuất. Thứ nhất, mặc dù giá cả thấp hơn, nhưng chi phí vận chuyển và thuế có thể làm cho giao dịch đó trở nên kém hấp dẫn hơn đối với khách hàng. Thứ hai, nếu nhà sản xuất có thể kiểm soát chính xác nhu cầu hàng hoá của nhà phân phối để đáp ứng nhu cầu của khách hàng, điều này làm cho nhà phân phối phải suy nghĩ trước khi thực hiện hành vi “quá đáng” nhằm thu hút khách hàng sống tại các quốc gia khác. Bằng cách chấp nhận có hệ thống những lệnh đặt hàng kiểu này, nhà phân phối sẽ phải đối mặt với rủi ro là không đáp ứng nổi nhu cầu của những khách hàng “truyền thống” nữa.

Phân tích này chỉ ra rằng nhà sản xuất chỉ cho phép xây dựng những điểm bán ảo đối với những nhà sản xuất nằm trong mạng lưới, những người đã được chấp nhận những điểm bán hàng thực tế; và trang chủ chỉ đơn thuần là một mở rộng của điểm bán hàng thực tế đó.

4.1.2. Khung hợp đồng cho bán hàng trực tuyến xe hơi

Các nhà sản xuất xe hơi dường như đã bám chặt lấy một thực tiễn là Internet có khả năng trở nên một kênh phân phối quan trọng cho nhãn hàng của họ trong vài năm tới. Nhiều yếu tố chỉ ra mối quan tâm tích cực của họ đến trang chủ không chỉ như là công cụ thông tin, mà còn là công cụ phân phối.

- Tại Mỹ, 25% người mua xe hơi năm 1998 trước hết đã tìm kiếm trên mạng.²⁸ Tỷ lệ này đạt tới 40% năm 1999, và đạt mức 60% năm 2000. Dự tính là 5% xe hơi bán tại Mỹ được thực hiện qua Internet.

- Theo một nghiên cứu do Gemini Consulting tiến hành tại Châu Âu, 42% những người sẽ mua xe hơi trong năm 2000 nói rằng họ sẽ tham khảo Internet trước khi gặp các đại lý. Các chuyên gia nói rằng đến năm 2005, 3% xe hơi bán tại Châu Âu sẽ được thực hiện hoàn toàn qua Internet, và 15% giao dịch sẽ được bắt đầu bằng các liên kết trang chủ.

Nhiều nhà sản xuất đã tiến hành những bước tiến ban đầu với thương mại điện tử. Tháng 9 năm 1999, Fiat quyết định (rất phổ biến trên báo chí) bán một loạt xe đặc biệt chuyên biệt trên Internet - Barchetta Web. Cùng lúc đó, sau khi thành lập bộ phận “thương mại điện tử” toàn cầu, Ford đã mua lại quyền lợi thiểu số của CarPoint (một công ty chi nhánh của Microsoft), một nhà phân phối xe hơi đa nhãn hiệu ảo.

Nói chi tiết, tất cả các hệ thống kinh doanh điện tử do các nhà sản xuất xe hơi bắt đầu đều theo một mẫu chung:

²⁸ Theo một nghiên cứu do hãng tư vấn JD Power thực hiện, “Auto.com: quand l’automobile se lance sur les autoroutes de l’information”, <http://www.lesechos.fr/connectis/ecommerce/ecommerce2.htm>.

- Khách hàng có thể có được thông tin nóng trên Internet về các dòng sản phẩm mà nhà sản xuất chào bán, bao gồm cả những loại xe họ có thể lựa chọn.

- Khách hàng có thể đặt xe họ muốn mua.

- Có thể đưa ra các dịch vụ liên quan: kiểm tra xe, kế hoạch tài chính...

- Cuối cùng, giai đoạn cuối của quá trình có thể đưa khách hàng đến một thành viên của mạng lưới phân phối chuyên biệt:

- Người sử dụng Internet có thể chỉ ra người bán lẻ thông qua nhãn hiệu xe.

- Người sử dụng Internet có thể được nối với nhà bán lẻ gần nhất, bao gồm cả việc hẹn gặp qua thư điện tử.

- Người sử dụng Internet được dẫn trực tiếp đến trang chủ của nhà bán lẻ.

- Trong trường hợp hoàn thành việc bán trên mạng, việc trao hàng sẽ được thực hiện bởi thành viên của mạng lưới được liên lạc qua Internet.

Chiến lược chung này của các nhà sản xuất xe hơi đối với kinh doanh điện tử góp phần làm giảm nhẹ những nghịch lý mà tổ chức pháp lý của kinh doanh điện tử phụ thuộc:

- Về sự phát triển nhanh chóng của Internet, nhà sản xuất rõ ràng mong muốn sử dụng các kênh bán hàng trực tuyến để phân phối sản phẩm riêng của mình. Mặt khác, họ cố bảo vệ mạng lưới các nhà bán lẻ chuyên biệt - những người luôn coi Internet là mối đe dọa.

- Nhà sản xuất cố gắng kiểm soát hoàn toàn việc kinh doanh điện tử sản phẩm của họ, như là họ đã làm - trên một quy mô chung hơn - bằng cách kiểm soát việc phân phối sản phẩm của họ (hệ thống hợp đồng về địa vị của đại lý chứng minh cho điều này). Cũng như trong các lĩnh vực khác, cách thức tiếp cận trong thương mại điện tử chắc chắn sẽ là “tập trung”. Mặt khác, nhà sản xuất sẽ phải đối mặt với một công cụ ((Internet) được sử dụng bởi các đại lý - những người thường có những sáng kiến không dễ quản lý. Các đại lý thường có khuynh hướng sử dụng các kênh phân phối cho phép họ đánh bại sự cạnh tranh có thể phát sinh (đặc biệt là với sự xuất hiện của những người bán lại độc lập).

- Nhà sản xuất cố gắng xây dựng một chiến lược thống nhất thương mại điện tử cho sản phẩm của mình. Như họ phải đối mặt với những người bán lại độc lập, những người có những sáng kiến không thể kiểm soát trước trên Internet, và với những người mới chỉ sử dụng Internet chuyên biệt (như là “người trợ giúp” hoặc thậm chí, nhà phân phối “ảo”).

Trong tình thế đó, những phương tiện mà nhà sản xuất có thể sử dụng để xây dựng chiến lược thương mại điện tử của mình về mặt pháp lý (phần lớn là các phương tiện tổ chức theo hợp đồng) bị giới hạn bởi các khung khổ pháp luật bên ngoài mang những cản trở đặc biệt (luật cạnh tranh):

1. Nhà sản xuất không thể cấm nhà phân phối chuyên biệt xây dựng trang chủ thương mại để quảng bá và bán sản phẩm của mình, trừ khi trang chủ đó chỉ hoàn toàn dựa trên cách thức tiếp cận bán hàng và quảng bá sản phẩm (đây là một hành động nhằm vào các khách hàng ngoài vùng lãnh thổ). Quan điểm chính trị của Châu Âu về thị trường mở ngăn cấm các hành vi “cấm đoán” của nhà sản xuất trong việc phân phối xe hơi.

2. Nhà sản xuất không thể thông qua hợp đồng bảo lưu quyền sử dụng Internet phân phối sản phẩm của mình, điều này tương đương với việc cấm nhà phân phối sử dụng kênh phân phối này (phân tích trên đây).

3. Cuối cùng, bản chất đặc biệt của sản phẩm xe hơi không phải là lý do để nhà sản xuất đưa ra tranh luận chống lại các kết luận trên đây. Những kết luận này là do hệ thống luật pháp áp dụng riêng cho phân phối xe hơi đưa ra. Không có yếu tố nào chỉ ra rằng những cái là đúng đối với phân phối xe hơi truyền thống sẽ không còn phù hợp với phân phối xe hơi trực tuyến. Do vậy, việc xem xét tính chuyên biệt của sản phẩm không thể hạn chế việc phân phối xe hơi trực tuyến vượt quá phạm vi những điều mà phân phối sản phẩm truyền thống đưa ra.

Nếu những nhà sản xuất không thể từ chối một cách thích hợp việc kinh doanh trực tuyến của những nhà phân phối của mình, chúng tôi đồng ý rằng nhà sản xuất có thể xây dựng những phương tiện luật pháp để “thống nhất hoá” những bước khởi đầu khác nhau của các thành viên trong mạng dưới biểu trưng của mình:

- Nhà sản xuất phải có khả năng áp đặt chức năng “trung tâm hoá” hoạt động kinh doanh điện tử của mình. Điều này có thể lý giải bằng việc cần phải duy trì hình ảnh nhãn hiệu ở mức độ cao, hoặc về chất lượng thông tin và dịch vụ cung cấp cho khách hàng. Ví dụ, nhà sản xuất có thể đưa ra một điều khoản trong hợp đồng phân phối quy định về quyết định của họ trong việc xây dựng hệ thống bán và quảng cáo xe hơi điện tử, bao gồm cả việc bán và quảng cáo qua Internet. Nhà bán lẻ sẽ trở thành thành viên của hệ thống này, và tự cam

kết tham gia vào hệ thống theo các điều khoản và điều kiện quy định trong hợp đồng.

- Trong giả thiết này, trang chủ của nhà bán lẻ phải đáp ứng những tiêu chuẩn mà nhà sản xuất đặt ra. Chúng ta có thể tưởng tượng rằng trang chủ của nhà bán lẻ đáp ứng các tiêu chuẩn này và các quy định kỹ thuật, theo một thể thống nhất và đóng góp vào quá trình hoạt động trơn tru của trang chủ riêng của nhà sản xuất - trái tim của hệ thống toàn cầu.

- Việc thống nhất hoá các yêu cầu kỹ thuật của hệ thống được quy định bởi nhà sản xuất cần phải đem lại khả năng đưa ra các nghĩa vụ liên quan đến việc trình bày các trang chủ của nhà phân phối. Những nghĩa vụ này có thể đóng góp cho việc củng cố hình ảnh nhãn hiệu của nhà sản xuất và chất lượng dịch vụ. Có thể thiết kế một mẫu đồ họa cho tất cả các trang chủ trong hệ thống.

Rõ ràng một hệ thống như vậy yêu cầu nhà sản xuất phải xây dựng nên những tiêu chí, hạn chế và tiêu chuẩn thống nhất về số lượng có thể giải thích được theo luật cạnh tranh và người bán lẻ phải tôn trọng chúng. Điều này cũng thay đổi một chút nên tăng tổ chức pháp lý của việc phân phối xe hơi thông qua việc củng cố các yếu tố lựa chọn hơn là các yếu tố chuyên biệt.

4.2. Rủi ro của hoạt động chống lại cạnh tranh của điểm bán hàng điện tử của mạng lưới bán hàng

4.2.1. Điểm bán hàng mỹ phẩm điện tử và luật cạnh tranh

Có thể tóm tắt **giả thiết thứ nhất** như sau: nhà sản xuất quyết định tự mình phân phối sản phẩm trên mạng thông qua trang chủ riêng của mình. Nhà sản xuất thông qua hợp đồng cấm các nhà phân phối trong mạng lưới của mình bán lại hàng hoá trên trang chủ mà họ xây dựng lên để bán hàng. Thái độ này của nhà sản xuất có hai rủi ro phụ thuộc vào từng trường hợp. Rủi ro thứ nhất là khả năng áp dụng điều 82 của Hiệp định Rome: hành vi của nhà sản xuất tạo nên việc lạm dụng địa vị thống trị trong thị trường chung, hoặc trong một bộ phận quan trọng của thị trường chung, và điều này có thể ảnh hưởng đến thương mại giữa các quốc gia thành viên. Sự lạm dụng này có đặc điểm là giới hạn sự mở rộng bằng chi phí của khách hàng (Điều 82-b Hiệp định Rome). Điều này chỉ áp dụng được nếu chứng minh được yếu tố nhà sản xuất đang thống trị thị trường. Cũng phải chứng minh việc nhà sản xuất lạm dụng địa vị thống trị này (ở đây, đó là việc nhà sản xuất cấm nhà phân phối bán lại hàng hoá trực tuyến), và tất nhiên, điều này làm ảnh hưởng đến thương mại giữa các Quốc gia thành viên (bởi vì sự cạnh tranh trên cơ sở giá cả không thể sử dụng được trong lĩnh vực bán hàng trên mạng, người tiêu dùng trở thành nạn nhân của việc giới hạn đường tiếp cận trên mạng áp đặt lên các nhà

phân phối trong mạng lưới). Cũng có khả năng áp dụng quy định này nếu nhà sản xuất buộc nhà phân phối cam kết theo hợp đồng phải cung cấp danh mục sản phẩm mà khách hàng mua trực tuyến hoặc sau khi cung cấp dịch vụ hậu mãi.

Dạng rủi ro thứ hai trong giả thiết này là việc đình chỉ các lợi ích của các ngoại lệ được nói trong phần 2.1. Làm sao có thể biện minh cho tính hợp pháp của mạng lưới phân phối lựa chọn dựa trên những tiêu chí chặt chẽ nếu nhà sản xuất từ bỏ những tiêu chí đó để bán hàng của mình trên Internet? Tuy nhiên, nhà sản xuất có thể chứng minh cho hành vi đó bằng cách chứng minh rằng tính chuyên biệt của việc bán hàng trực tuyến yêu cầu phải phù hợp hoá những tiêu chí của việc bán lại sản phẩm trong khi vẫn duy trì đặc tính của chúng (mức độ sang trọng, mức độ kinh nghiệm, rủi ro về sức khoẻ...)

Chúng tôi cũng muốn nói tới dạng rủi ro thứ ba có thể xảy ra khi tất cả các nhà sản xuất (ví dụ, trong công nghiệp mỹ phẩm) cấm các nhà phân phối tiếp thị sản phẩm trên mạng. Brussels có thể cho rằng có những ảnh hưởng hạn chế tương tự đối với cạnh tranh, chiếm hơn 50% của thị trường liên quan. Điều này có thể dẫn đến việc không thể áp dụng những quy định ngoại trừ (điều 15 Quy định N.2970/1999).

Giả thiết thứ hai như sau: nhà sản xuất chỉ cho phép những nhà bán lẻ được quyền phân phối ngoài Cộng đồng Châu Âu bán hàng trực tuyến, nhưng có nghĩa vụ từ chối những lệnh mua trực tuyến từ những khách hàng sống trong Cộng đồng. Về những rủi ro theo luật cạnh tranh, điều 81, khoản 1.b có thể được áp dụng, mặc dù rủi ro này là hạn chế. Nhà sản xuất trên thực tế có thể lập luận rằng biện pháp theo hợp đồng này (việc sử dụng phương tiện kỹ thuật để ngăn cản bán hàng trực tuyến cho các khách hàng sống tại Quốc gia thành viên) có ý nghĩa bảo đảm tính khép kín của mạng lưới phân phối trong Cộng đồng, và chính sách phân phối trong và ngoài Cộng đồng là khác nhau.

Giả thiết thứ ba như sau: nhà sản xuất cho phép nhà phân phối trong mạng lưới có địa điểm bán hàng được phê chuẩn mở rộng địa điểm bán hàng này trên mạng (điểm bán hàng thực tế phát triển thành điểm bán hàng ảo). Ở đây, nhà sản xuất phải chứng minh rằng đây không phải là một mạng lưới mới song song với mạng lưới truyền thống của mình. Tại đây, phân tích sẽ tập trung vào khả năng việc bán hàng trên mạng theo hợp đồng có cản trở việc họ tham gia vào khung được quy định trong Quy định N.2790/1999 không. Phải dự tính được hai rủi ro. Thứ nhất, thị trường liên quan có thể được chia thành hai “tiểu thị trường”: phân phối sản phẩm tại các điểm bán hàng thực tế, và phân phối trực tuyến. Sự phân chia này có thể làm tăng thị phần tối thiểu 30% của quá trình phân phối hàng trực tuyến, và do đó làm mất đi những quyền lợi của quy định về ngoại lệ. Thứ hai, những quyền lợi từ quy định về ngoại lệ có thể bị đình chỉ nếu những yêu cầu áp dụng cho trang chủ (mỹ thuật, duy trì...,

xem phần 4.1) trở nên linh hoạt hơn so với những yêu cầu về điểm bán hàng thực tế. Tranh luận về uy tín và hình ảnh của nhãn hiệu, nền tảng của mạng lưới “lựa chọn” và việc từ chối có hệ thống tham gia vào hệ thống bán lẻ đại trà (Auchan, Tesco...) sẽ bị suy giảm.

4.2.2. Điểm bán hàng điện tử đối với xe hơi và luật cạnh tranh

Khung pháp lý áp dụng cho phân phối xe hơi (và trong một phạm vi rộng hơn, khung pháp lý áp dụng cho mạng lưới phân phối chuyên biệt) không cho phép chúng tôi xem xét hai giả thiết đầu tiên được xây dựng cho công nghiệp mỹ phẩm.

Nếu xem xét kỹ quá trình phân phối xe hơi, chúng ta có thể nói rằng những kết luận đưa ra trên đây sẽ làm chúng ta phải xem xét lại cách thức đánh giá truyền thống với mạng lưới phân phối theo luật cạnh tranh.

Mạng lưới phân phối xe hơi dựa trên nguyên tắc cơ bản là mối quan hệ rõ ràng cần phải duy trì giữa việc bán hàng và dịch vụ hậu mãi. Quan điểm này được Quy định N.1475/95 ủng hộ, đặc biệt trong điểm 4, rằng xe hơi là *“hàng tiêu dùng lâu bền... mà theo những khoảng thời gian thường xuyên và không thường xuyên, cần phải có bảo dưỡng và sửa chữa của chuyên gia, thường không ở cùng một nơi. Các nhà sản xuất xe hơi cộng tác với những nhà bán lẻ và người sửa chữa được lựa chọn để cung cấp những dịch vụ chuyên môn cho sản phẩm”*. Do vậy, *“mối quan hệ giữa dịch vụ và phân phối phải được xem là hiệu quả hơn so với việc tách biệt giữa phân phối xe hơi mới một bên và bên kia là tổ chức dịch vụ, bao gồm cả việc cung cấp phụ tùng thay thế”*.

Những suy nghĩ này giải thích vai trò của hợp đồng đại lý xe hơi mà nhà sản xuất đưa ra như là một phần của hệ thống tiếp thị phù hợp với sản phẩm của họ.

Nhưng sự mở rộng của những người bán lại độc lập, kết hợp với việc sử dụng Internet ngày càng nhiều như là một công cụ tiếp thị xe hơi mới, đang thách thức khía cạnh quan trọng này của mạng lưới phân phối xe hơi. Ngày nay, có thể (và được phép) mua xe hơi mới từ một nhà vận hành tham gia chuyên biệt vào việc bán hàng (không có dịch vụ hậu mãi), dù là trực tiếp qua nhà vận hành đó (nhà bán lẻ độc lập), hay thông qua trang chủ Internet (được xây dựng bởi nhà bán lẻ độc lập hay nhà phân phối chính thức trong mạng lưới). Bằng cách phá vỡ mối quan hệ bán hàng và dịch vụ hậu mãi, Internet chỉ ra cái chết của mạng lưới phân phối xe hơi dựa trên sự độc quyền lãnh thổ. Những phát hiện này là quan trọng vào thời điểm mà tương lai của hệ thống phân phối xe hơi đang được xem xét tại Brussels (Quy định về ngoại lệ hết hiệu lực vào 2002, và có khả năng không được gia hạn).

Vượt qua những phát hiện ban đầu này, chúng tôi muốn phát triển ý tưởng sau đây. Thậm chí nếu việc phân phối xe hơi không còn hoàn toàn là chuyên biệt nữa, nó sẽ trở nên lựa chọn hơn.

Chúng ta đã thấy rằng hệ thống hợp đồng mà nhà sản xuất có thể sử dụng để đưa ra khuôn khổ pháp lý cho các sáng kiến về kinh doanh điện tử của các nhà bán lẻ của họ yêu cầu phải có các tiêu chí và tiêu chuẩn về chất lượng. Khi mà các tiêu chí còn khách quan, chỉ có hệ thống kiểu này có thể tránh được ảnh hưởng chống lại cạnh tranh có hại của các cản trở về kỹ thuật. Những yếu tố lựa chọn/tiêu chuẩn này có thể chuyển thành việc áp đặt những tiêu chuẩn thống nhất áp dụng cho việc thiết kế/biểu hiện/chức năng của các trang chủ kinh doanh của nhà phân phối.

Những tiêu chí chất lượng này có thể là một phần của các tiêu chí để tham gia vào mạng lưới. Có thể lý giải cho chúng trên cơ sở điều 81, 3 Hiệp định Rome. Chúng ta thấy rằng xe hơi có các đặc điểm của sản phẩm sang trọng và công nghệ cao:

- Thứ nhất, chúng ta có thể nói rằng phần lớn khách hàng mua xe hơi không đơn thuần tìm kiếm một “cái hộp” bốn bánh; xe hơi thể hiện một giấc mơ bắt nguồn từ hình ảnh và nhãn hiệu của nó.
- Thứ hai, xe hơi là hàng hoá tiện lợi phức tạp nhất, điều này dẫn đến việc khách hàng cần phải có càng nhiều thông tin và tư vấn càng tốt trước khi mua.

Như cách thức tiếp cận dựa trên tính lựa chọn có thể được mở rộng ra các nhà phân phối ngoài mạng lưới: không có chứng cứ nào chỉ ra rằng những điều đúng trong nội bộ mạng lưới lại không đúng đối với một nhà phân phối ngoài mạng lưới. Điều này có thể áp dụng với những tiêu chí được đặt ra để xây dựng và quản lý một trang chủ kinh doanh độc lập. Do vậy, điều này liệu có giá trị không đối với quá trình phân phối độc lập? Nói cách khác, thay vì viện dẫn đến đặc điểm chuyên biệt của mạng lưới phân phối của họ so với nhà phân phối độc lập, nhà sản xuất tại sao không mở rộng những tiêu chí chất lượng này sang các nhà phân phối độc lập như một tổng thể? Cách thức tiếp cận này đem lại sự chấm dứt của mạng lưới phân phối dựa trên tính chuyên biệt và thay chúng bằng hệ thống mang tính lựa chọn. Công nghiệp xe hơi khi đó sẽ được đối xử như công nghiệp mỹ phẩm.

Nếu như vậy, Internet không chỉ đóng góp vào sự phát triển của quá trình phân phối một số hàng hoá, mà còn vào tổ chức pháp lý các mạng lưới của chúng.

5. Kết luận

Theo quan điểm của chúng tôi, sự phát triển của các mạng lưới phân phối khép kín phải chuyển đổi để phù hợp với hai dạng mạng lưới lớn trên cơ sở lý luận về tính lựa chọn. Nói cách khác, sự phát triển của kinh doanh điện tử sẽ dẫn mạng lưới phân phối lựa chọn trở nên mang tính lựa chọn nhiều hơn, và mạng lưới phân phối chuyên biệt sẽ mang tính lựa chọn rõ ràng hơn:

- Trong phân phối mỹ phẩm, nước hoa, sản phẩm chăm sóc thân thể và các xa xỉ phẩm khác, hành động và phản ứng của các nhà sản xuất đối với việc phát triển kinh doanh điện tử hàng hoá của họ phải dựa trên cơ sở bản chất mạng lưới phân phối của họ: tính lựa chọn, có quan hệ với bản chất hàng hoá và nhãn hiệu của họ. Tính lựa chọn này phải được mở rộng đến điểm bán hàng điện tử (nếu chúng được công nhận), và có thể được dùng chống lại những người buôn bán tự do. Nhà sản xuất phải cảnh giác hơn với nhãn hiệu của mình. Nhãn hiệu và hình ảnh của nó là đặc biệt quan trọng. Điều này cũng giải thích tại sao luật nhãn hiệu là quan trọng với vai trò một công cụ để bảo vệ mạng lưới phân phối lựa chọn.

- Trong trường hợp phân phối xe hơi, bản chất của Internet mâu thuẫn với những tiêu chí làm nền tảng của hợp đồng đại lý, đó là tính chuyên biệt về lãnh thổ. Theo định nghĩa, Internet là không biên giới và không tuân thủ những hạn chế hạn hẹp về lãnh thổ dành cho người bán lẻ xe hơi. Người bán lẻ độc lập đã vi phạm các mạng lưới phân phối xe hơi. Những sáng kiến ban đầu độc lập trong kinh doanh điện tử sẽ làm cho những vi phạm này tăng lên. Lựa chọn về chất lượng sẽ trở thành một nguồn hành động hiệu quả cho các nhà sản xuất. Khi được áp dụng cho các trang chủ tiếp thị xe hơi mới, lựa chọn về chất lượng có thể được sử dụng cho toàn bộ mạng lưới phân phối.

Cuối cùng, có một nhân vật đóng vai trò trung tâm trong những mạng lưới phân phối này: khách hàng. Khách hàng phải là trung tâm của quá trình ra quyết định về pháp lý và chiến lược liên quan đến việc phân phối hàng hoá, đặc biệt là khi xem xét quá trình kinh doanh điện tử.

NHỮNG YÊU CẦU PHÁP LÝ BẢO ĐẢM AN NINH VÀ TẠO RA NHỮNG GIAO DỊCH ĐIỆN TỬ CÓ THỂ THI HÀNH

Thomas J. Smedinghoff²⁹
Baker & McKenzie

Nguyên tắc và yêu cầu trong tiến hành những giao dịch kinh doanh dưới hình thức điện tử là gì? Trong một môi trường thương mại, các bên tham gia vào rất nhiều dạng giao dịch khác nhau. Chúng bao gồm hợp đồng điều chỉnh việc mua và bán hàng hoá, thoả thuận thuê, những chứng từ có giá, thoả thuận về lãi xuất chứng khoán, giấy hẹn trả tiền và thoả thuận vay, đề nghị gửi tới các cơ quan chính phủ, chuyển giao quyền hoặc sở hữu hoặc quyền khác, thoả thuận cấp phép, hợp đồng bảo hiểm, thoả thuận ủy quyền, và những tài liệu tương tự. Vì Internet đã trở thành một phần không thể tách rời trong kinh doanh, việc tiến hành những giao dịch bằng các phương tiện điện tử ngày càng được mong đợi. Bài báo này sẽ nghiên cứu về các vấn đề pháp lý phát sinh trong quá trình tham gia vào một giao dịch sử dụng các thiết bị điện tử. Bài viết sẽ tập trung chủ yếu vào luật của Mỹ, mặc dù những vấn đề này là hoàn toàn tương tự trên toàn cầu.

Giống như tất cả các giao dịch khác, giao dịch điện tử bao gồm văn bản (thường được nói đến như là “tài liệu”³⁰, “tài liệu điện tử”³¹ hoặc “thông điệp dữ liệu”³²), và chữ ký (thường được gọi là “chữ ký điện tử”³³), được tạo nên,

²⁹ Thomas J. Smedinghoff là đối tác của hãng luật Baker & McKenzie và là Điều phối viên Bắc Mỹ về Hoạt động về Thương mại điện tử của Hãng. Ông từng là Chủ tịch Hội đồng tội phạm và thương mại điện tử bang Illinois và là tác giả của Luật an ninh thương mại điện tử Illinois, 5 III.Comp.Stat.175. Trong giai đoạn 1999-2000, ông là Chủ tịch Bộ phận luật khoa học và công nghệ Liên đoàn luật sư Mỹ (“ABA”), và hiện nay là chủ tịch Phòng thương mại điện tử của ABA. Ông là thành viên đoàn đại biểu của Mỹ trong Hội đồng luật thương mại quốc tế của Liên hợp quốc (“UNCITRAL”), và qua đó ông tham gia vào Nhóm làm việc về thương mại điện tử đang soạn thảo luật thương mại điện tử quốc tế, và là biên tập và tác giả chính của cuốn sách về thương mại điện tử mang tên: LUẬT TRỰC TUYẾN (1996).

³⁰ Thuật ngữ “tài liệu” thường được định nghĩa là “thông tin được biểu hiện trên một phương tiện nhìn thấy được hoặc được chứa đựng trong một phương tiện điện tử hoặc phương tiện khác và có thể truy cập được dưới một dạng hiểu được”. Xem Luật về chữ ký điện tử trong thương mại quốc gia và toàn cầu (E-SIGN”), 15 U.S.C §7006; Luật giao dịch điện tử thống nhất (“UETA”), § 2(13)

³¹ Thuật ngữ “tài liệu điện tử” nghĩa là “tài liệu được tạo ra, sinh ra, gửi, liên lạc, nhận hoặc lưu giữ bởi phương tiện điện tử.” E-SIGN, 15 U.S.C §7006 (4); (“UETA”), § 2(7)

³² Thuật ngữ “thông điệp dữ liệu” nghĩa là “thông tin được sinh ra, gửi, nhận hoặc được lưu giữ bởi phương tiện điện tử, cấp quang hoặc phương tiện tương tự, bao gồm, nhưng không giới hạn bởi, Trao đổi dữ liệu điện tử (EDI), thư điện tử, điện tín, telex, hoặc fax.” Luật mẫu về chữ ký điện tử của UNCITRAL, điều 2(c).

³³ Thuật ngữ “chữ ký điện tử” nghĩa là “một âm thanh, biểu tượng hoặc quy trình điện tử, gắn liền với hoặc kết hợp một cách logic với một hợp đồng hoặc tài liệu khác và được làm ra hoặc được chấp nhận bởi người có ý định ký tài liệu”. E-SIGN, 15 U.S.C §7006 (5); (“UETA”), § 2(8). Theo Hướng dẫn về chữ ký điện tử của Cộng đồng Châu Âu, “chữ ký điện tử” nghĩa là “dữ liệu dưới dạng điện tử gắn liền với hoặc kết hợp một cách logic với dữ liệu điện tử khác và phục vụ mục đích xác nhận”. Hướng dẫn về chữ ký điện tử, 1999/93/ EC (13 tháng 12 năm 1999), điều 2(1).

trao đổi, và lưu trữ dưới dạng điện tử.³⁴ Chúng có thể được tạo ra thông qua những lao động chân tay của cá nhân (ví dụ, đánh máy một thư điện tử), thông qua quá trình xử lý tự động của máy tính (ví dụ, bằng cách sử dụng phần mềm hoặc qua “đại lý điện tử”), hoặc thông qua việc con người giao tiếp với máy tính (ví dụ, khi một cá nhân vào một trang chủ và tham gia một thỏa thuận mua hàng). Chuyển nhượng điện tử được thông tin liên lạc thông qua phương tiện điện tử, như là Internet hoặc một hệ thống bổ sung giá trị của tư nhân, và chúng thường được lưu trữ trong những phương tiện máy tính có thể đọc được, như là đĩa mềm, băng, CD-ROM, hoặc DVD – ROM. Thường thường, chứng cứ của các chuyển nhượng điện tử không tồn tại dưới dạng giấy tờ, trừ khi cần phải cung cấp bản sao hoặc trình chứng cứ lên tòa án hoặc cơ quan điều tra khác.

1. Công nhận pháp lý đối với giao dịch điện tử

Câu hỏi đầu tiên cho bất kỳ loại giao dịch nào là liệu giao dịch đó có hiệu lực và có thể thi hành không nếu nó được thực hiện dưới dạng điện tử. Để trả lời câu hỏi này, cần phải nghĩ đến những rào cản luật pháp hiện có liên quan đến dạng giao dịch đó, và những yêu cầu bổ sung luật định về tính có thể thi hành căn cứ vào bản chất điện tử của giao dịch đó. Nhằm mục đích thảo luận, chúng ta sẽ giả thiết rằng có những yêu cầu pháp lý quan trọng đối với loại giao dịch đó và chúng đã được thỏa mãn. Ví dụ, nếu giao dịch điện tử liên quan đến việc giao kết một hợp đồng, bài viết này giả thiết rằng những yêu cầu cơ bản của một hợp đồng - đó là đề nghị, chấp thuận đề nghị, trao đổi giá trị...- là có, và chỉ tập trung vào những yêu cầu bổ sung về tính có thể thi hành phát sinh từ bản chất điện tử của giao dịch đó.

1.1. Những rào cản pháp lý đối với thương mại điện tử

Vì trước hết phải xem xét đến tính có thể thi hành của một giao dịch điện tử, có nhiều vấn đề khác nhau phải quan tâm. Ví dụ, có rất nhiều câu hỏi liên quan đến việc liệu tài liệu điện tử và chữ ký điện tử có đáp ứng yêu cầu về hình thức viết và về chữ ký trong các luật và quy định khác nhau hay không; liệu những thông tin được lưu trữ chỉ dưới dạng điện tử có đáp ứng những yêu cầu về lưu giữ thông tin pháp lý hay không; liệu người lưu giữ thông tin có thể xác nhận nguồn gốc và tính toàn vẹn của thông tin đó hay không; liệu tài liệu điện tử có phải là “gốc” xét từ góc độ chứng cứ hay không;³⁵ liệu tòa án có từ chối chấp nhận tài liệu điện tử và chữ ký điện tử do

³⁴ Dạng “điện tử” nghĩa là “liên quan đến công nghệ có khả năng điện tử, số, từ trường, không dây, cáp quang, điện từ trường hoặc khả năng tương tự”. E-SIGN, 15 U.S.C §7006 (2); (“UETA”), § 2(5). Xem thêm, 5 III. Comp.Stat.175/5-105 (1998)

³⁵ Thường có yêu cầu tài liệu phải là “gốc” trong rất nhiều bối cảnh khác nhau và vì nhiều lý do khác nhau. Trong rất nhiều trường hợp, tài liệu phải được truyền tải không hề thay đổi (nghĩa là dưới hình thức “gốc”), để các bên có thể tin tưởng vào nội dung của nó. Ví dụ về các tài liệu thường được yêu cầu bản “gốc” bao gồm những tài liệu thương mại (ví dụ, chứng chỉ khối lượng, chứng chỉ nông nghiệp, chứng chỉ khối lượng/số lượng, chứng chỉ bảo hiểm) và những tài liệu không liên quan đến kinh doanh (ví dụ, giấy khai sinh, khai tử).

hình thức điện tử của chúng hay không.

Cho đến nay, vấn đề lớn nhất là ở yêu cầu về hình thức viết và về chữ ký được quy định trong nhiều luật. Đặc biệt, trong nhiều trường hợp, luật yêu cầu là giao dịch phải được ghi nhận cả bằng “văn bản”, và được “ký” bởi người chịu sự ràng buộc, để giao dịch đó là có thể thi hành. Tất nhiên, Luật về lừa dối là ví dụ tốt nhất về loại luật yêu cầu như vậy.³⁶ Thêm vào đó, tại Mỹ, hàng ngàn luật và quy định của địa phương, bang và liên bang cũng yêu cầu nhiều dạng giao dịch phải được ghi nhận dưới dạng văn bản và chữ ký. Ví dụ, bang George có hơn 5 500 và bang Ohio có hơn 8 000 điều luật như vậy.³⁷

Những luật và quy định yêu cầu rằng giao dịch phải “bằng văn bản” và “được ký” thường được xem là những cản trở pháp lý đối với giao dịch điện tử. Mối quan ngại là ở chỗ tài liệu điện tử có thể không được xem là “văn bản”, và chữ ký điện tử có thể không được xem là “chữ ký”. Nói một cách khác, nhiều người cảm thấy rằng các yêu cầu về chữ ký và văn bản nói trên chỉ có thể được đáp ứng bằng mực trên giấy. Mối quan ngại chung về “tính hợp pháp” của tài liệu điện tử và chữ ký điện tử tồn tại dai dẳng, không chỉ bởi vì có một số bản án của toà án theo hướng ngược lại,³⁸ mà còn do thiếu những quy định pháp luật chuyên biệt.

Khi có những tài liệu này dưới dạng giấy tờ, chúng thường chỉ được chấp nhận nếu là bản “gốc”, bởi vì khó có thể tìm ra điểm bị thay đổi trên bản sao.

Yêu cầu về bản “gốc” cũng quan trọng xét từ góc độ chứng cứ. Đặc biệt, “nguyên tắc về chứng cứ tốt nhất” (đôi khi được gọi là “nguyên tắc tài liệu gốc”) yêu cầu rằng:

Khi chứng minh những điều khoản của một tài liệu viết, nếu điều khoản đó là quan trọng, bản viết gốc phải được xuất trình trừ khi chứng minh được là không thể có [bản gốc] vì lý do nào đó không phải là lỗi nghiêm trọng của người đề xuất.

Mc Cormick trong Chứng cứ § 230 trang 704 (Clearly biên tập, biên tập lần 3, 1984). Xem thêm Quy định về chứng cứ liên bang 1002 “Yêu cầu bản gốc” nói rằng “để chứng minh nội dung của một tài liệu viết, ghi âm hoặc ảnh, cần phải có bản viết gốc, ảnh gốc hoặc băng gốc, trừ khi được quy định này hoặc luật của Quốc hội quy định khác”.

³⁶ Yêu cầu thoả thuận phải được làm “dưới hình thức viết” phục vụ nhiều mục đích khác nhau. Chúng bao gồm: (1) đem lại một chứng cứ nhìn thấy được về sự tồn tại và bản chất của ý định của các bên đồng ý chịu sự ràng buộc với nhau; (2) cảnh báo các bên về kết quả của việc tham gia vào hợp đồng; (3) cung cấp một tài liệu rõ ràng cho tất cả mọi người, bao gồm cả người ngoài giao dịch; (4) cung cấp một tài liệu vĩnh viễn về giao dịch không thể thay đổi qua thời gian; (5) cho phép tái bản tài liệu để các bên có thể có bản sao giống nhau; (6) cho phép xác thực dữ liệu thông qua chữ ký; (7) cung cấp tài liệu ở một dạng có thể chấp nhận cho các cơ quan công và toà án; (8) hoàn thành ý định của tác giả văn bản và đem lại một tài liệu về ý định đó; (9) cho phép dễ dàng lưu trữ dữ liệu ở dạng đọc được; (10) tạo điều kiện thuận lợi cho việc quản lý và kiểm toán sau này cho mục đích kế toán, thuế; và (11) đem lại quyền và nghĩa vụ pháp lý trong những trường hợp cần phải dưới hình thức “viết” để có hiệu lực. Xem Liên hợp quốc, Luật mẫu về thương mại điện tử và Hướng dẫn ban hành 1996 của UNCITRAL, đoạn 48, hiện có tại www.un.or.at/uncitral/english/text/electcom/ml-ec.htm, và Hội đồng về tội phạm và thương mại điện tử Illinois, Báo cáo cuối cùng của Hội đồng về tội phạm và thương mại điện tử Illinois (26 tháng 5 năm 1998), hiện có tại www.bmck.com/cecc-fin.doc.

³⁷ Về Luật về lừa dối và các hợp đồng liên quan đến bán hàng hoá, xem U.C.C § 2-201 (1) (1988). Xem thêm U.C.C. § 1-206 (1988) (thi hành có giới hạn đối với các hợp đồng không có chữ ký, không dưới hình thức viết về bán chứng khoán có giá trị từ \$5000 trở lên). Xem TÁI TUYÊN BỐ VỀ HỢP ĐỒNG (LẦN THỨ HAI) § 110 lưu ý luật định, trang 284-85 (1982) về danh sách luật về lừa dối của từng bang.

³⁸ Xem báo cáo Hội nghị quốc gia các Uỷ viên luật thống nhất bang (NCCUSL), Luật về giao dịch điện tử thống nhất, Nhóm làm việc về loại bỏ luật bang (ngày 21 tháng 9 năm 1998), www.webcom/legal/ETAForum/docs/report4.html

1.2. Sự phản hồi lập pháp

Kết quả là nhiều nỗ lực lập pháp chuyên biệt được thực hiện nhằm vào tính có thể thi hành của giao dịch điện tử. Chính phủ liên bang Mỹ, tất cả 50 bang của Mỹ, và chính phủ của ít nhất 55 quốc gia khác đã ban hành hoặc hiện đang xem xét một số luật điều chỉnh tính có thể thi hành của giao dịch điện tử và tiến hành những giao dịch điện tử.³⁹

- Tại Mỹ, tính có thể thi hành của giao dịch điện tử trước hết được điều chỉnh bởi Luật về chữ ký điện tử trong thương mại quốc gia và toàn cầu (“E-SIGN”),⁴⁰ một luật liên bang được ban hành năm 2000 thay thế luật của các bang có nhiều mâu thuẫn, và Luật về giao dịch điện tử thống nhất (“UETA”),⁴¹ một luật thống nhất cho các bang được phê chuẩn bởi Hội nghị quốc gia các Ủy viên Luật thống nhất bang (“NCCUSL”) năm 1999 và hiện tại, được hơn 40 bang ban hành.⁴²

- Tại Cộng đồng Châu Âu, tính có thể thi hành của giao dịch điện tử được điều chỉnh bởi Hướng dẫn về chữ ký điện tử được phê chuẩn năm 1999,⁴³ và Hướng dẫn về thương mại điện tử được phê chuẩn năm 2000.⁴⁴

- Trên thế giới, luật mẫu điều chỉnh tính có thể thi hành của giao dịch điện tử đã được Nhóm làm việc về thương mại điện tử của Hội đồng luật thương mại quốc tế của Liên hợp quốc (“UNCITRAL”)⁴⁵ xây dựng. Nhóm làm việc đã hoàn thành công việc của mình về Luật mẫu về thương mại điện tử⁴⁶ năm 1996, hoàn thành và phê chuẩn Luật mẫu về chữ ký điện tử năm

³⁹ Ví dụ, xem Bộ vận tải kiện Norris, 474 S.E.2d trang 216 (Ga.Ct. App.1996) rev’d sub nom., Norris kiện Bộ vận tải bang Georgia, 486 S.E.2d trang 826 (1997) (tuyên rằng truyền tải qua fax không phải là hình thức viết).

⁴⁰ Xem Baker & McKenzie, Trang chủ luật thương mại điện tử toàn cầu www.bakernet.com/ecommerce (cung cấp tóm tắt thường xuyên được cập nhật về luật thương mại điện tử).

⁴¹ Luật về chữ ký điện tử trong thương mại quốc gia và toàn cầu (sau đây được gọi là “E-SIGN”), S.761, P.L.16-299, 15 U.S.C 7001, có hiệu lực ngày 1 tháng 9 năm 2000. E-SIGN hiện có tại http://frwebgate.access.gpo.gov/cgi-bin/getdoc.cgi?dbname=106_cong_bills&docid=f:s761enr.txt.pdf. E-SIGN thay thế tất cả các luật của bang mâu thuẫn, ngoài luật dạng UETA do NCCUSL công bố do các bang ban hành.

⁴² Luật về giao dịch điện tử thống nhất (sau đây được gọi là “UETA”), được phê chuẩn bởi Hội nghị quốc gia các Ủy viên Luật thống nhất bang (“NCCUSL”) ngày 23 tháng 7 năm 1999. Hiện có tại www.law.upenn.edu/blj/ulc/fnact99/1990s/ueta99.htm

⁴³ Tính đến ngày 1 tháng 9 năm 2002, 40 bang và Quận Columbia đã ban hành UETA. Về danh sách cập nhật các bang đã ban hành UETA, xem www.nccusl.org/nccusl/uniformact_factsheets/uniformact-fs-ueta.asp.

⁴⁴ Hướng dẫn 1999/93/EC ngày 13 tháng 9 năm 1999 về Khung về chữ ký điện tử của Cộng đồng (sau đây được gọi là “Hướng dẫn về chữ ký điện tử”). Bản sao của Hướng dẫn về chữ ký điện tử hiện có tại www.europa.eu.int/information_society/topics/ebusiness/ecommerce/8epolicy_elaw/law_ecommerce/legal/digital/index_en.htm.

⁴⁵ Hướng dẫn 2003/31/EC của Quốc hội Châu Âu và Hội đồng Châu Âu ngày 8 tháng 6 năm 2002 về một số khía cạnh nhất định của dịch vụ cộng đồng thông tin, đặc biệt là thương mại điện tử, trong thị trường nội bộ (sau đây được gọi là “Hướng dẫn về thương mại điện tử”); hiện có tại www.europa.eu.int/ISPO/ecommerce/legal/documents/2000_31ec/2000_31ec_en.pdf

⁴⁶ Hội đồng luật thương mại quốc tế của Liên hợp quốc (“UNCITRAL”) được thành lập bởi Đại hội đồng năm 1996 (Nghị quyết 2005 (XXI)) như là phương tiện qua đó Liên hợp quốc có thể đóng vai trò tích cực trong việc giảm và loại bỏ sự khác biệt trong luật quốc gia điều chỉnh thương mại quốc tế tạo nên những rào cản

2001.⁴⁷ Những luật mẫu này là cơ sở ban hành luật tại nhiều nước.

Các luật này (và nhiều luật khác) cho phép hầu hết các giao dịch⁴⁸ có thể được tiến hành dưới dạng điện tử.⁴⁹ Chúng đã loại bỏ một cách hiệu quả mối quan ngại đối với yêu cầu về văn bản giấy tờ và chữ ký bằng mực, cũng như những yêu cầu pháp lý không thống nhất đối với giao dịch điện tử có thể thi hành,⁵⁰ và cho phép tiến hành thương mại điện tử trên một cơ sở pháp lý cơ bản là thống nhất.

Để loại bỏ những rào cản ban đầu đối với việc sử dụng giao dịch điện tử, những luật này thường quy định rằng không được từ chối hiệu lực pháp lý của tài liệu điện tử và chữ ký điện tử cam kết một giao dịch chỉ trên cơ sở là chúng dưới dạng điện tử. Như vậy, ví dụ, E-SIGN chỉ đơn thuần quy định rằng, bất kể quy định tại các luật khác, “không được từ chối hiệu lực, giá trị và tính có thể thi hành của một chữ ký, hợp đồng hoặc thông tin khác liên quan đến một giao dịch... chỉ trên cơ sở là nó dưới dạng điện tử.”⁵¹ Tương tự, UETA quy định rằng “không được từ chối hiệu lực pháp lý hoặc tính có thể thi hành của một tài liệu hoặc chữ ký chỉ bởi vì nó dưới hình thức điện tử.”⁵² UETA còn tiến xa hơn, quy định một cách khẳng định là “nếu luật yêu cầu một tài liệu phải bằng văn bản, thì một tài liệu điện tử đáp ứng yêu cầu đó của luật”, và “nếu luật yêu cầu phải có chữ ký, thì chữ ký điện tử đáp ứng yêu cầu đó của luật”.⁵³ Cũng như vậy, Hướng dẫn về chữ ký điện tử của Cộng đồng Châu Âu yêu cầu các quốc gia thành viên “bảo đảm rằng chữ ký điện tử không bị từ chối hiệu lực pháp lý... chỉ trên cơ sở là chữ ký đó dưới hình thức điện tử...”⁵⁴ Ảnh hưởng của những quy định đơn giản này là quan trọng, bởi vì chúng không cho phép các tòa án tuyên rằng giao dịch liên quan là không thể thi

cho dòng thương mại. Nhiệm vụ chung của nó là thống nhất hoá và làm hài hoà luật thương mại quốc tế, và nó đã trở thành cơ quan chính trong hệ thống Liên hợp quốc trong lĩnh vực thương mại quốc tế. UNCITRAL bao gồm 36 quốc gia thành viên được Đại hội đồng lựa chọn là đại diện của các vùng địa lý khác nhau trên thế giới và các hệ thống pháp luật và kinh tế chính. Thông tin khác và danh sách các dự án đang tiến hành và đã hoàn thành có tại www.uncitral.org

⁴⁷ Xem Liên hợp quốc, Luật mẫu về thương mại điện tử và Hướng dẫn ban hành 1996 của UNCITRAL, hiện có tại www.uncitral.org/english/texts/electcom/ecommerceindex.htm

⁴⁸ Xem Liên hợp quốc, Luật mẫu về chữ ký điện tử 2001 của UNCITRAL, www.uncitral.org/english/texts/electcom/ml-electsig-e.pdf

⁴⁹ Thuật ngữ “giao dịch” được định nghĩa trong Luật E-SIGN là “một hành vi hoặc một loạt hành vi liên quan đến việc thực hiện việc kinh doanh, tiêu dùng hoặc công việc thương mại giữa hai hoặc nhiều người, bao gồm bất kỳ dạng hành vi nào dưới đây: (A) bán, cho thuê, trao đổi, cấp giấy phép, hoặc bất kỳ định đoạt nào về (i) tài sản cá nhân, bao gồm hàng hoá và vật vô hình, (ii) dịch vụ và (iii) bất kỳ sự kết hợp nào của chúng; và (B) bán, cho thuê, trao đổi, hoặc bất kỳ định đoạt nào của quyền lợi từ bất động sản, hoặc bất kỳ sự kết hợp nào của chúng.” E-SIGN, 15 U.S.C § 7006 (13); UETA định nghĩa “giao dịch” là “một hành vi hoặc một loạt hành vi diễn ra giữa hai hoặc nhiều người liên quan đến việc tiến hành kinh công việc kinh doanh, thương mại hoặc công việc của chính phủ”. UETA § 2(16).

⁵⁰ E-SIGN, 15 U.S.C § 7001 (a); UETA § 7.

⁵¹ Xem Thomas J. Smedinghoff và Ruth Hill Bro, “Chuyển động cùng thay đổi: Luật về chữ ký điện tử như là một phương tiện phát triển thương mại điện tử,” Tạp chí luật thông tin và máy tính John Marshall, Quyển XVII, số 3, mùa xuân 1999 trang 723. Bản sao của bài viết này hiện có tại www.bmck.com/moveart.doc

⁵² E-SIGN, 15 U.S.C § 7001 (a).

⁵³ UETA § 7(a).

⁵⁴ UETA § 7(a) và 7(d).

hành chỉ trên cơ sở tình tiết thực tế là chúng được thực hiện dưới dạng điện tử.

Tuy nhiên, phải luôn nhớ rằng luật quy định về việc công nhận chữ ký điện tử không loại bỏ những yêu cầu cơ bản được quy định trong luật nội dung điều chỉnh giao dịch đó dưới bất kỳ cách thức nào. Ví dụ, mặc dù luật thương mại điện tử cho phép công nhận pháp lý những hợp đồng điện tử, các bên vẫn phải đáp ứng những yêu cầu của hợp đồng đó, bao gồm phải có đề nghị, chấp thuận đề nghị, phải có những điều khoản tối thiểu,... Luật thương mại điện tử chỉ đơn thuần bảo đảm rằng những giao dịch trước đây phải được tiến hành dưới hình thức giấy tờ, nay có thể được thực hiện dưới dạng điện tử.

Luật cho phép sử dụng văn bản và chữ ký điện tử thường áp dụng cho hầu hết các loại việc kinh doanh, thương mại (bao gồm cả tiêu dùng), và các giao dịch của chính phủ. Tuy nhiên, có nhiều ngoại lệ về phạm vi giao dịch mà luật cho phép thực hiện dưới dạng điện tử. Ví dụ, tại Mỹ, những giao dịch được điều chỉnh bởi các luật dưới đây, hoặc việc sử dụng các loại văn bản dưới đây, rõ ràng bị loại bỏ khỏi phạm vi áp dụng của E-SIGN, UETA, hoặc cả hai luật này:

- Tất cả các điều khoản của UCC, ngoài điều 1-107 và 1-206, điều 2 và 2A;⁵⁵

- Luật điều chỉnh việc xây dựng và thi hành di chúc, bổ sung di chúc, ủy thác theo di chúc;

- Luật điều chỉnh những vấn đề gia đình như nhận con nuôi hay ly dị;

- Lệnh hoặc thông báo của tòa án, hoặc những tài liệu chính thức khác của tòa án yêu cầu phải thực hiện liên quan đến thủ tục tố tụng tại tòa án;

- Thông báo dừng hoặc chấm dứt hợp đồng cung cấp dịch vụ thiết yếu;

- Thông báo từ bỏ, tiến hành sớm, tái chiếm hữu, tịch thu hoặc trục xuất, hoặc về quyền sửa chữa, theo một cam cố hoặc thoả thuận thuê liên quan đến nơi ở chính của một cá nhân;

- Thông báo ngừng bảo hiểm y tế và lợi nhuận của bảo hiểm y tế, hoặc bảo hiểm nhân thọ (trừ tiền đóng hàng năm);

- Thông báo thu hồi sản phẩm, hoặc phần quan trọng của sản phẩm có thể đe dọa sức khỏe và an toàn; và

⁵⁵ Hướng dẫn về chữ ký điện tử, điều 5(2)

- Văn bản yêu cầu hộ tổng vận chuyển hoặc bàn giao những chất nguy hiểm, thuốc trừ sâu, hoặc những hoá chất độc hại hoặc nguy hiểm khác.⁵⁶

Tuy nhiên, đáng lưu ý là những luật cho phép tiến hành thương mại điện tử nói trên thường không ngăn cấm việc tiến hành bất kỳ dạng giao dịch nào nằm ngoài phạm vi áp dụng của chúng. Tính có thể thi hành của những dạng giao dịch này do luật khác quyết định.

1.3. E-SIGN hoặc UETA - áp dụng luật nào?

Mối quan hệ giữa E-SIGN và UETA đã gây ra một số nhầm lẫn. UETA được hoàn thành tháng 7 năm 1999 như là một luật thống nhất được thiết kế để các bang ban hành. Tuy nhiên, một năm sau đó, Quốc hội thông qua E-SIGN để đạt được cùng mục đích đó ở cấp quốc gia. Cả hai luật là tương đối giống nhau, mặc dù có một số khác biệt về nội dung, như là thông báo tổng hợp đối với khách hàng và yêu cầu về sự đồng ý có trong luật E-SIGN.

E-SIGN là luật có hiệu lực liên bang áp dụng cho tất cả những giao dịch “trong hoặc ảnh hưởng tới thương mại giữa các bang và với nước ngoài.”⁵⁷ Do vậy, E-SIGN thay thế tất cả các luật của bang không thống nhất khác.⁵⁸ Tuy nhiên, E-SIGN có các quy định trao cho các bang thẩm quyền “sửa đổi, giới hạn, hoặc thay thế những quy định trong điều 101” của E-SIGN.⁵⁹ Các bang có thể thực thi thẩm quyền này theo một trong hai cách thức sau:

- Ban hành phiên bản chính thức của UETA mà không có bất kỳ thay đổi nào, hoặc

- Ban hành luật xác định “thủ tục thay thế hoặc yêu cầu thay thế về sử dụng hoặc chấp nhận (hoặc cả hai) tài liệu điện tử và chữ ký điện tử”, quy định rằng những thủ tục thay thế đó phải phù hợp với E-SIGN và không yêu cầu, hoặc mang lại địa vị hoặc hiệu lực pháp lý cao hơn, việc thực hiện hoặc áp dụng công nghệ xác định hoặc nhận dạng kỹ thuật của thông tin hoặc chữ ký điện tử.⁶⁰

Quy định này tạo nên một tình huống là E-SIGN áp dụng cho một số

⁵⁶ Điều này nghĩa là, ví dụ, những giao dịch được điều chỉnh bởi điều 3 (chứng từ có giá), 4 (đặt cọc và thu tiền tại ngân hàng), 4A (chuyển quỹ), 6 (bán buôn), 7 (hoá đơn kho, vận đơn và các tài liệu khác về quyền), 8 (chứng khoán đầu tư) và 9 (giao dịch có bảo đảm; bán tài khoản...) của UCC không chịu sự điều chỉnh của E-SIGN và UETA. Tuy nhiên, lưu ý rằng một số trong các điều này đã có các quy định rõ ràng cho các giao dịch điện tử (như là điều 4A và điều 9)

⁵⁷ Về danh sách đầy đủ các ngoại lệ, xem E-SIGN, 15 U.S.C § 7003; UETA § 3(b).

⁵⁸ E-SIGN, 15 U.S.C § 7001.

⁵⁹ Xem Smedinghoff và Bro, ghi chú số 23 trên đây, về những cách thức tiếp cận khác nhau mà luật về chữ ký điện tử của các bang sử dụng trước khi ban hành E-SIGN.

⁶⁰ E-SIGN, 15 U.S.C § 7002(a).

giao dịch điện tử và UETA áp dụng cho các giao dịch khác, phần lớn phụ thuộc vào luật được ban hành tại bang mà luật của bang đó sẽ điều chỉnh giao dịch. Hơn nữa, vì phần lớn các bang ban hành UETA với một số thay đổi so với bản chính thức được NCCUSL ban hành, câu hỏi tiếp theo là liệu những luật dạng UETA được ban hành như vậy có thay thế E-SIGN hay không.

Bài viết này sẽ không nhằm giải quyết những vấn đề về sự thay thế các luật liên bang phức tạp liên quan.⁶¹ Tuy nhiên, để phân tích những yêu cầu pháp lý của giao dịch điện tử, cần phải lưu ý hai điểm. Thứ nhất, cách thức tiếp cận của E-SIGN và UETA là tương đối tương đồng. Cần lưu ý đến những khác biệt chính, như là quy định về sự đồng ý của khách hàng trong E-SIGN. Thứ hai, đối với những bên tham gia vào các giao dịch điện tử ở tầm quốc gia, có thể phải bàn bạc đến vấn đề thay thế, vì cuối cùng, cần phải tuân thủ luật của cả hai bang để bảo đảm tính có thể thi hành của giao dịch tại tất cả các bang liên quan.

2. Những vấn đề cơ bản của giao dịch điện tử

Khi đã có luật cho phép sử dụng tài liệu điện tử và chữ ký điện tử thay thế cho tài liệu giấy tờ và chữ ký viết tay, câu hỏi tiếp theo là: yêu cầu pháp lý nào phải được thoả mãn để tạo ra những giao dịch điện tử có hiệu lực và có thể thi hành. Mặc dù luật hiện hành khác nhau về vấn đề này, có ba câu hỏi cơ bản cần phải xem xét:

- Luật giao dịch điện tử đưa ra những yêu cầu nào? Giả thiết rằng theo luật hiện hành, một giao dịch nhất định (ví dụ, hợp đồng, giấy hẹn trả tiền, thư tín dụng,...) có thể được tiến hành dưới dạng điện tử, cần phải thoả mãn những yêu cầu bổ sung nào để phiên bản giao dịch điện tử là hợp pháp và có thể thi hành?

- Các bên có tin tưởng vào thông điệp hay không? Thậm chí khi những yêu cầu đó đã được thoả mãn, các bên tham gia giao dịch liệu có hoàn toàn yên tâm với tính xác thực và tính toàn vẹn của thông tin liên lạc và tài liệu cam kết giao dịch và từ đó họ muốn gửi sản phẩm đi, chuyển nhượng quỹ, cung cấp dịch vụ, thay đổi địa vị của mình, hoặc tiến hành những hành vi khác dựa vào tài liệu điện tử được liên lạc qua Internet, đặc biệt là khi họ được yêu cầu làm như vậy trong điều kiện cấp bách hay không?⁶²

- Luật nào điều chỉnh việc tiến hành giao dịch dưới dạng điện tử? Luật điều chỉnh hành vi của các bên liên quan đến việc tiến hành giao dịch qua các

⁶¹ E-SIGN, 15 U.S.C § 7002(a).

⁶² Về một thảo luận xuất sắc về vấn đề này, xem Robert A. Wwittie và Jane K. Winn, “Tài liệu điện tử và chữ ký điện tử theo Luật E-SIGN liên bang và UETA,” Luật sư kinh doanh, Quyển 56, số 1, tháng 11 năm 2000, trang 293.

phương tiện điện tử, như là luật về thời gian mà thông điệp điện tử được xem là được gửi đi, được nhận, địa điểm gửi và nhận,... là luật nào?

Bài viết này sẽ xem xét ba câu hỏi cơ bản này vì chúng áp dụng cho những giao dịch trong môi trường trực tuyến.

3. Những yêu cầu theo luật giao dịch điện tử

Dựa vào những luật hiện hành tại Mỹ và trên thế giới liên quan đến giao dịch điện tử, việc bảo đảm tính có thể thi hành yêu cầu các bên tập trung vào những câu hỏi sau:

- Thông báo và đồng ý. Các bên có đồng ý tiến hành giao dịch đó dưới hình thức điện tử hay không? Có gửi thông báo trước hay không?
- Chữ ký. Những quy định về chữ ký cho loại giao dịch này (nếu có) có được đáp ứng bởi dạng chữ ký điện tử được luật công nhận hay không?
- Truy cập tài liệu. Tất cả các bên có thể có được bản sao của các tài liệu điện tử cam kết giao không?
- Lưu giữ tài liệu. Những tài liệu điện tử của giao dịch này có đáp ứng những yêu cầu về lưu giữ thông tin theo luật đang có hiệu lực hay không?

Những phần dưới đây sẽ trình bày tóm tắt từng vấn đề.

3.1. Các yêu cầu về thông báo và đồng ý

Bởi vì giao dịch điện tử khác căn bản với những cách thức kinh doanh truyền thống, và vì giao dịch điện tử có thể mang lại rủi ro trên nhiều lĩnh vực khác, một số luật về giao dịch điện tử yêu cầu rõ ràng rằng các bên phải thực sự đồng ý tham gia vào giao dịch điện tử trước khi giao dịch đó trở nên có thể thi hành. Tại Mỹ, khái niệm này xuất hiện trong cả E-SIGN và UETA.

Ngay từ đầu, cả E-SIGN và UETA đều quy định rõ là mặc dù các luật này “cho phép” tiến hành giao dịch điện tử, không có quy định nào trong các luật khác yêu cầu các bên tiến hành giao dịch dưới hình thức điện tử.⁶³ Điều

⁶³ Tất nhiên, còn nhiều vấn đề khác liên quan đến lòng tin, bao gồm độ tin cậy của bên kia, sự tin tưởng về khả năng thực hiện của một bên,... Tuy nhiên, những vấn đề này vẫn tồn tại bất kể giao dịch được thực hiện trên giấy tờ hay bằng hình thức điện tử, và do vậy, không được đề cập đến trong bài viết này. Ở đây, chúng tôi tập trung vào niềm tin liên quan đến tính xác thực và tính toàn vẹn của tài liệu điện tử là nền tảng của giao dịch. Xét từ nhiều khía cạnh, điều này liên quan đến câu hỏi liệu chi tiết của giao dịch cuối cùng có thể chứng minh được và có thể thi hành tại toà án hay không.

này bảo lưu quyền của các bên⁶⁴ từ chối tham gia vào bất kỳ giao dịch nào dưới hình thức điện tử.⁶⁵

Tuy nhiên, UETA đi xa hơn, vì luật quy định rõ yêu cầu về sự đồng ý. Do vậy, không áp dụng luật này trừ khi các bên “đồng ý tiến hành giao dịch bằng các thiết bị điện tử.”⁶⁶ Việc các bên đã đồng ý tiến hành giao dịch bằng phương tiện điện tử hay không được xem xét trên cơ sở nội dung và những tình tiết liên quan, bao gồm cách thức xử sự của các bên,⁶⁷ và có thể là công khai hoặc ngầm định. Yêu cầu này chắc chắn được đáp ứng với mức độ rõ ràng tuyệt đối qua việc đạt được thỏa thuận công khai tiến hành kinh doanh dưới hình thức điện tử trước khi căn cứ vào giao dịch điện tử, những điều này là không cần thiết. Ví dụ, nếu một bên thiết lập nên một trang chủ có khả năng chấp nhận những thông tin liên lạc điện tử, và bên kia truy cập trang chủ đó và tham gia vào một giao dịch với bên đó, có thể suy ra rằng cả hai bên ngầm thỏa thuận tiến hành giao dịch của họ dưới hình thức điện tử.

Điều khoản về sự đồng ý của UETA áp dụng cho tất cả các giao dịch thuộc phạm vi áp dụng của nó, cả cho kinh doanh và tiêu dùng. Mặt khác, E-SIGN có điều khoản riêng về sự đồng ý và tiết lộ thông tin, nhưng chỉ dành cho một số dạng giao dịch tiêu dùng giới hạn nhất định. Nó chỉ áp dụng khi luật, quy định và những nguyên tắc luật khác yêu cầu rằng thông tin liên quan đến giao dịch phải được làm và cung cấp cho khách hàng dưới dạng văn bản.⁶⁸ Trong trường hợp này, việc sử dụng tài liệu điện tử để cung cấp những thông tin liên quan cho người tiêu dùng là có thể chấp nhận được chỉ khi người tiêu dùng đồng ý rõ ràng với việc nhận những tài liệu điện tử thay vì những tài liệu giấy, đưa ra sự chấp nhận dưới dạng điện tử, và làm như vậy theo một cách thức được chứng minh hợp lý rằng khách hàng có thể truy cập tài liệu điện tử dưới dạng mà chúng sẽ được sử dụng.⁶⁹

Hơn nữa, trước khi đồng ý, khách hàng phải được cung cấp một thông

⁶⁴ E-SIGN, 15 U.S.C § 7001(b)(2) (“Tiêu đề này không... yêu cầu bất kỳ ai đồng ý sử dụng hoặc chấp nhận tài liệu điện tử hoặc chữ ký điện tử, ngoài cơ quan chính phủ đối với một tài liệu không phải là hợp đồng mà cơ quan đó là một bên”); UETA § s5(a) (“[Luật] này không yêu cầu một tài liệu hay chữ ký phải được tạo ra, sinh ra, gửi đi, liên lạc, nhận về, lưu giữ, hoặc được xử lý dưới các cách thức khác hoặc được sử dụng bởi các phương tiện điện tử hoặc dưới hình thức điện tử”), và 5(c) (“Một bên đồng ý tiến hành một giao dịch bằng phương tiện điện tử có thể từ chối thực hiện các giao dịch khác bằng phương tiện điện tử. Không thể từ bỏ quyền mà mục này quy định bằng thỏa thuận”).

⁶⁵ Ngoài các cơ quan chính phủ, xem E-SIGN, 15 U.S.C § 7001(b)(2).

⁶⁶ Tất nhiên, không có quy định nào ngăn cản một doanh nghiệp thông báo cho khách hàng hoặc đối tác thương mại của mình rằng doanh nghiệp đó chỉ tiến hành kinh doanh với họ qua các giao dịch điện tử.

⁶⁷ UETA § 5(b). E-SIGN cũng có các quy định về sự đồng ý, nhưng chúng chỉ giới hạn trong phạm vi đồng ý nhận tài liệu dưới dạng điện tử trong giao dịch tiêu dùng khi nguyên tắc của luật yêu cầu rằng thông tin liên quan đến giao dịch phải được cung cấp cho khách hàng bằng văn bản. Xem E-SIGN, 15 U.S.C § 7001(c), được thảo luận ở dưới đây.

⁶⁸ UETA § 5(b), và bình luận 3. Một số luật dạng UETA do các bang ban hành (ví dụ, bang California) yêu cầu rằng đồng ý đó phải dưới dạng điện tử.

⁶⁹ E-SIGN, 15 U.S.C § 7001(c). Ví dụ bao gồm luật yêu cầu tiết lộ bằng văn bản mức lãi suất của giao dịch vay tiêu dùng, hoặc luật quy định rằng người tiêu dùng được cung cấp bản cân đối tài khoản viết định kỳ.

báo rõ ràng và:

- Khách hàng có thể lựa chọn được cung cấp thông tin trên giấy tờ;
- Sự đồng ý nhận thông tin dưới dạng điện tử áp dụng chỉ cho một giao dịch xác định tạo ra nghĩa vụ cung cấp thông tin, hay là với những loại tài liệu xác định có thể được tạo ra trong suốt giai đoạn quan hệ của các bên;
- Thủ tục khách hàng phải sử dụng để cập nhật thông tin cần thiết để liên lạc với khách hàng dưới hình thức điện tử;
- Sau khi đồng ý, làm thế nào khách hàng có thể có được bản sao trên giấy của các tài liệu điện tử, và chi phí kèm theo;
- Những yêu cầu về phần cứng và phần mềm để truy cập và lưu giữ tài liệu điện tử;
- Lựa chọn rút lại sự đồng ý của khách hàng, và thủ tục mà khách hàng phải sử dụng để rút lại sự đồng ý; và
- Điều kiện, hậu quả và phí do việc rút lại sự đồng ý.⁷⁰

Hướng dẫn về thương mại điện tử của Cộng đồng Châu Âu có cách thức tiếp cận khác một chút, mặc dù dường như nhằm để đạt được cùng một kết quả. Hướng dẫn không yêu cầu có sự đồng ý của các bên mà thay vào đó, yêu cầu nhà cung cấp dịch vụ thông tin (ví dụ, người bán hàng trên mạng) cung cấp nhiều dạng thông tin về giao dịch cho bên kia. Những thông tin yêu cầu bao gồm một tuyên bố rõ ràng và tổng hợp về các bước kỹ thuật cần phải tuân thủ để giao kết hợp đồng, hợp đồng được giao kết có được gửi cho nhà cung cấp dịch vụ hay không và nếu có thể truy cập được hợp đồng đó, phương tiện kỹ thuật xác định và sửa chữa những lỗi đầu vào trước khi đặt lệnh, và ngôn ngữ dùng để giao kết hợp đồng.⁷¹ Nhà cung cấp dịch vụ có nghĩa vụ xác nhận việc nhận được lệnh của người mua không chậm trễ và qua hình thức điện tử, và yêu cầu tạo cho người mua những phương tiện kỹ thuật có thể truy cập được, hiệu quả và thích hợp cho phép người mua xác định và sửa chữa những lỗi đầu vào trước khi đặt lệnh.⁷²

⁷⁰ E-SIGN, 15 U.S.C § 7001(c)(1)(A) và 7001(c)(1)(C). Theo luật này, không rõ ràng nghĩa vụ “chứng minh một cách hợp lý” khả năng truy cập thông tin được đáp ứng chưa nếu khách hàng chỉ đơn thuần nói trên một thông điệp điện tử rằng khách hàng có thể truy cập tài liệu điện tử dưới một dạng văn bản nhất định, hoặc xác nhận hay trả lời tích cực cho một yêu cầu điện tử hỏi xem khách hàng có thể truy cập tài liệu điện tử hay không. Nếu đọc kỹ ngôn ngữ, luật yêu cầu rằng khách hàng đồng ý theo một cách thức “chứng minh một cách hợp lý” rằng khách hàng có thể thực sự truy cập tài liệu điện tử ở dạng văn bản liên quan.

⁷¹ E-SIGN, 15 U.S.C § 7001(c)(1)(B).

⁷² Hướng dẫn về thương mại điện tử, điều 10(1).

3.2. Yêu cầu về chữ ký

Chữ ký trong giao dịch phục vụ nhiều mục đích khác nhau. Những cách thức sử dụng chữ ký cơ bản có thể được tóm tắt như sau:

- Biểu hiện ý định - Một chữ ký biểu hiện ý định của người ký về tài liệu được ký. Bản chất ý định của người ký có thể khác nhau, và trong phần lớn các trường hợp, chỉ có thể xác định ý định của người ký bằng cách xem xét bối cảnh người đó ký. Ví dụ, chữ ký có thể xác nhận ý định chịu sự ràng buộc bởi các điều khoản của hợp đồng, sự phê chuẩn yêu cầu phụ về cấp vốn cho một hợp đồng, cho phép ngân hàng chuyển quỹ, xác nhận rằng người ký đã đọc và xem nội dung của ghi nhớ, chỉ ra rằng người ký là tác giả của tài liệu, hoặc chỉ đơn thuần là nội dung của văn bản đã được trình lên người ký và người ký đã có cơ hội xem xét những nội dung đó.

- Thoả mãn các yêu cầu pháp lý – Một chữ ký thường được sử dụng để đáp ứng luật hoặc quy định yêu cầu phải có chữ ký trước khi tài liệu được xem là có hiệu lực pháp lý. Tất nhiên, Luật về lừa dối (yêu cầu những hợp đồng bán hàng hoá có giá trị hơn 500 đô la phải được “ký”), là ví dụ tốt nhất về các loại luật như vậy. Hơn nữa, có hàng ngàn luật, quy định cấp địa phương, bang và liên bang khác cũng yêu cầu một số dạng giao dịch nhất định phải được ghi nhận dưới dạng văn bản và có chữ ký.

- An ninh – Chữ ký có chức năng như là một thiết bị an ninh. Đó là, chữ ký có thể được sử dụng để (1) xác nhận một tài liệu (nghĩa là nhận dạng người ký và chỉ ra rằng người đó là nguồn, hoặc đã phê chuẩn, tài liệu), và/hoặc (2) bảo đảm tính toàn vẹn của văn bản (nghĩa là, bảo đảm rằng văn bản không bị thay đổi tính từ thời điểm nó được ký).⁷³

Theo truyền thống, theo luật Mỹ, bất kỳ biểu tượng nào được tạo ra với ý định để ký một văn bản có thể được xem là một chữ ký có hiệu lực. Do vậy, ví dụ, định nghĩa về “được ký” trong Luật thương mại thống nhất bao gồm “bất kỳ biểu tượng” nào khi mà nó “được thực hiện hoặc chấp nhận bởi một bên với ý định hiện tại là xác nhận một văn bản viết.”⁷⁴ Trọng tâm cơ bản là “ý định xác nhận” tài liệu, yếu tố phân biệt một tài liệu với bản sao bằng ảnh.

Cả E-SIGN và UETA mở rộng cách thức tiếp cận cơ bản này đối với khái niệm chữ ký điện tử. Để có thể thi hành theo luật Mỹ, chữ ký điện tử phải

⁷³ Hướng dẫn về thương mại điện tử, điều 11(1) và 11(2).

⁷⁴ Vì lý do này, ví dụ, các bên trong một hợp đồng nhiều trang thường ký nháy vào từng trang hợp đồng. Trong môi trường điện tử, một số dạng chữ ký nhất định (ví dụ, chữ ký số được tạo ra bởi việc dùng kỹ thuật mật mã hoá) có thể đóng vai trò quan trọng trong việc xác nhận tính toàn vẹn của toàn bộ văn bản.

có ba yếu tố:⁷⁵

- một âm thanh, biểu tượng hoặc quy trình,
- gắn hoặc kết hợp một cách logic với một tài liệu điện tử,⁷⁶ và
- được làm ra với ý định ký kết tài liệu điện tử.⁷⁷

Những chữ ký điện tử đáp ứng những yêu cầu này được xem là có thể thi hành thay cho những chữ ký tay cho phần lớn các giao dịch ở Mỹ.⁷⁸

Định nghĩa về chữ ký điện tử công nhận rằng có nhiều cách thức khác nhau thông qua đó có thể “ký” một tài liệu điện tử. Mặc dù chữ ký điện tử, căn cứ vào bản chất của nó, có thể được biểu hiện bằng kỹ thuật số (nghĩa là, một dãy các số 1 và 0) nên chúng có thể có rất nhiều dạng, và có thể được tạo ra bởi rất nhiều công nghệ khác nhau. Ví dụ về chữ ký điện tử (được E-SIGN và UETA chấp nhận) bao gồm:

- Tên người gửi do người gửi đánh ở cuối thư;⁷⁹
- Hình ảnh số hoá của chữ ký viết tay gắn vào tài liệu điện tử (đôi khi được làm bằng công nghệ dựa trên sinh trắc học được gọi là chữ ký động lực⁸⁰);
- Mã số bí mật, mật mã, hoặc con số nhận dạng cá nhân (PIN) để người nhận xác định người gửi (giống như được sử dụng ở thẻ rút tiền dùng máy rút tiền tự động hoặc thẻ tín dụng);
- Tín hiệu dựa trên sinh trắc học duy nhất, như là dấu tay, nhận dạng giọng nói, hoặc quét võng mạc;

⁷⁵ U.C.C điều 1, § 1-201(39) (1999).

⁷⁶ E-SIGN, 15 U.S.C § 7006(5) và UETA § 2(8) (định nghĩa “chữ ký điện tử”).

⁷⁷ Thứ hai, yêu cầu chữ ký được “gắn vào hoặc kết hợp một cách logic với” tài liệu được ký yêu cầu rằng các bên trong một giao dịch điện tử tiến hành một quy trình lưu giữ tài liệu mà trong tương lai có thể cung cấp chứng cứ rằng một chữ ký nhất định được áp dụng hoặc được sử dụng trong mối quan hệ với một tài liệu nhất định. Tất nhiên, cách thức dễ nhất để làm điều này là kết hợp chữ ký như là một phần của tài liệu điện tử được lưu giữ. Một cách thức lựa chọn khác là tạo ra một quy trình có thể chứng minh được và đáng tin cậy qua đó chữ ký (hoặc chứng cứ của việc hoàn thành quy trình) được lưu trữ tách biệt với tài liệu được ký, nhưng theo một cách thức cho phép hai thứ này được kết hợp với nhau trong trường hợp cần thiết để làm chứng cứ.

⁷⁸ Do vậy, chữ ký cần liên quan đến một tài liệu nhất định, và chứng cứ về ý định của người ký liên quan đến tài liệu đó. Ý định của người ký, đối với bất kỳ giao dịch nào, được xem xét bởi nội dung của tài liệu và/hoặc những tình tiết liên quan và tình huống ký.

⁷⁹ Xem UETA §§ 2(8) và 7(d) và E-SIGN, 15 U.S.C § 7001(a) và 7006(5). Hướng dẫn về chữ ký điện tử của Cộng đồng Châu Âu cũng sử dụng định nghĩa chữ ký điện tử tương tự. Theo Hướng dẫn, chữ ký điện tử phải có ba yếu tố: (1) dữ liệu dưới dạng điện tử, (2) được gắn hoặc kết hợp một cách logic với những dữ liệu điện tử khác, và (3) phục vụ cho mục đích xác nhận. Điều 2(1), Hướng dẫn về chữ ký điện tử.

⁸⁰ Shattuck kiện Klotzbach, 2001 Mass. Super. LEXIS 642 (11 tháng 12 năm 2001).

- Một lần nhấn chuột (như là nhấn vào nút “tôi đồng ý”);⁸¹
- Một âm thanh (ví dụ, âm thanh tạo ra bởi cách ấn phím 9 trên điện thoại của bạn để đồng ý); và
- “chữ ký số” (được tạo ra bởi việc sử dụng kỹ thuật mật mã hoá).⁸²

Tất nhiên, đây không phải là danh sách toàn bộ những biện pháp mà một người có thể ký một tài liệu dưới hình thức điện tử. Có những cách thức khác để ký một tài liệu điện tử, và giả thiết rằng sẽ có rất nhiều biện pháp khác được phát triển và ứng dụng trong tương lai. Tuy nhiên, tất cả các dạng của chữ ký điện tử đều phải đáp ứng ba yêu cầu đã nói trên đây.

Tuy nhiên, có sự khác biệt lớn giữa chữ ký điện tử chỉ đơn thuần đáp ứng các yêu cầu của E-SIGN và UETA, và chữ ký điện tử đáng tin cậy. Kết quả là, các bên muốn tham gia vào giao dịch điện tử có thể thấy rằng việc sử dụng chữ ký điện tử tuân thủ các yêu cầu pháp lý là chưa đủ. Như đã nói ở trên, việc nhấn vào nút “tôi đồng ý” hoặc đánh tên vào thư điện tử đáp ứng những yêu cầu luật định về chữ ký điện tử. Nhưng bản thân chúng không đưa ra một căn cứ nào về “ai” nhấn chuột hoặc đánh cái tên xuất hiện trên tài liệu điện tử. Vì vậy, nói rằng chúng là có thể thi hành về pháp lý có thể hơi viễn vông, vì khả năng của các bên xác nhận chữ ký hoặc sử dụng nó để xác nhận tính toàn vẹn của văn bản ít nhất là rất giới hạn. Vấn đề là phải xác nhận ai là người sử dụng biểu tượng hoặc tiến hành quá trình – nghĩa là biết (có khả năng chứng minh) ai đánh cái tên đó hoặc nhấn chuột vào nút “tôi đồng ý”.

Đối với giao dịch điện tử, những chức năng của chữ ký liên quan đến an ninh để nhận dạng và bảo đảm tính toàn vẹn có thể là mấu chốt. Khi mà giao dịch là tự động, và được thực hiện từ những khoảng cách rất xa và có thể sử dụng công nghệ có thể thay đổi dễ dàng, nhu cầu về một cách thức bảo đảm nhận dạng của người gửi/người ký và tính toàn vẹn của văn bản trở nên cực kỳ quan trọng. Do vậy, khi loại bỏ “cản trở” chữ ký đối với các giao dịch điện tử có thể là một bước lập pháp quan trọng, điều quan trọng là phải nhận thức được rằng chữ ký điện tử, bản thân nó, có thể đem lại một sự an toàn mà chữ ký tay có trên những giao dịch bằng giấy tờ. Nhu cầu về an ninh này - để có

⁸¹ Chữ ký động lực bao gồm việc đo cách thức một người viết chữ ký của mình bằng tay trên một mặt bằng như tốc độ, áp lực, góc nghiêng, cỡ chữ... và gộp các chỉ số này vào một thông điệp.

⁸² Bằng cách thêm thuật ngữ “quy trình” vào định nghĩa của chữ ký điện tử, cả E-SIGN và UETA đều nói rõ rằng “quy trình” bấm chuột có thể được xem là chữ ký nếu đáp ứng được tất cả những yêu cầu khác. Như được nói trong thông báo của Báo cáo viên về UETA, “định nghĩa này bao gồm cả quy trình nhấn chuột trên trang chủ chuẩn như là chữ ký điện tử. Ví dụ, nếu muốn người ra lệnh mua hàng hoá hoặc dịch vụ thông qua một trang chủ bán hàng, người đó sẽ được yêu cầu cung cấp những thông tin nhất định như là một phần của quá trình dẫn đến việc nhận được hàng hoá hoặc dịch vụ. Cuối cùng, khách hàng tiến đến bước cuối cùng và nhấn nút “tôi đồng ý”, người đó đã chấp nhận quá trình đó và làm như vậy với ý định gắn kết mình với toàn tài liệu của quy trình đó”. UETA § 2, bình luận 7. Không rõ là liệu “quy trình” nhấn chuột vào nút “Tôi đồng ý” có đáp ứng những yêu cầu về chữ ký của Hướng dẫn về chữ ký điện tử của EU hay không, vì định nghĩa đó yêu cầu rằng chữ ký phải tạo nên “dữ liệu dưới dạng điện tử”. Xem Hướng dẫn EU, điều 2(1).

thể tin tưởng vào giao dịch - được giải quyết trong phần 4 dưới đây.

3.3. Yêu cầu về tính có thể truy cập của tài liệu

Một yêu cầu quan trọng khác về tính có thể thi hành của giao dịch điện tử là các tài liệu cấu thành giao dịch phải được thông tin dưới hình thức có thể được lưu giữ và tái bản một cách chính xác bởi bên nhận. Tại Mỹ, luật E-SIGN liên bang quy định rằng kết quả pháp lý, hiệu lực và tính có thể thi hành của tài liệu điện tử “có thể bị từ chối nếu tài liệu điện tử đó không phải theo một hình thức có khả năng lưu giữ và tái bản lại để tham khảo sau đó bởi tất cả các bên hoặc người có quyền lưu giữ hợp đồng và các tài liệu khác.”⁸³ Tương tự, UETA quy định “nếu người gửi cản trở khả năng của người nhận lưu giữ hoặc in ấn một tài liệu điện tử, tài liệu đó là không có khả năng thi hành đối với người nhận.”⁸⁴

Hướng dẫn về thương mại điện tử của Cộng đồng Châu Âu có những yêu cầu tương tự điều chỉnh những hợp đồng sử dụng dịch vụ thông tin chung (ví dụ, bán hàng hoá). Theo hướng dẫn, các điều khoản hợp đồng và các điều kiện chung “phải được làm theo một cách thức cho phép lưu trữ và tái bản chúng”.⁸⁵

Tất nhiên, yêu cầu này không giới hạn các giao dịch điện tử đối với các bên có khả năng công nghệ tải xuống và in tài liệu. Thay vào đó, trọng tâm là hình thức văn bản được thông tin bởi bên gửi, và cơ bản yêu cầu rằng người gửi không được làm bất kỳ điều gì để ngăn cản khả năng tải xuống, lưu trữ và in những tài liệu áp dụng của người nhận. Tình tiết là người nhận chọn sử dụng những thiết bị không có những khả năng này (ví dụ, thiết bị cầm tay không có khả năng in) không ảnh hưởng đến tính có thể thi hành của giao dịch. Mặt khác, những quy định này đặt ra câu hỏi về dạng thoả thuận “click-wrap” thường được sử dụng trên nhiều trang chủ mà tại đó, thoả thuận được biểu hiện trên một cửa sổ riêng không thể tải xuống hoặc in ấn được.

3.4. Yêu cầu lưu giữ tài liệu

⁸³ Nói chi tiết hơn về kỹ thuật, một chữ ký điện tử là một dãy các bit được tạo nên bởi việc chạy một thông điệp điện tử trên chức năng chia nhỏ một chiều để tạo ra một phiên bản dữ liệu duy nhất (hoặc “dấu tay”) và sau đó sử dụng quá trình mã hoá khoá chung để mã hoá thông điệp được tạo ra với khoá riêng của người gửi. Quá trình mã hoá khoá chung sử dụng một thuật toán có hai khoá mã khác nhau nhưng có liên hệ với nhau về toán học. Một khoá để tạo nên một chữ ký số hoặc chuyển dữ liệu sang dạng không đọc được, và một khoá khác để xác nhận chữ ký số hoặc chuyển thông điệp về dạng gốc. Tổng quan về công nghệ này và về tạo nên chữ ký số như thế nào, xem Hội đồng an ninh thông tin, Bộ phận thương mại điện tử, Phòng Luật công nghệ và khoa học ABA, Hướng dẫn về chữ ký số, tháng 8 năm 1996, hiện có tại www.abanet.org/scitech/cc/isc/dsgfree.html; Thomas J Smedinghoff, biên tập, Luật trực tuyến, các chương 3., 4, 31 (Addison Wesley, 1996); Wwarwick Ford và Michael Baum, An ninh thương mại điện tử (Prentice Hall, 1997).

⁸⁴ E-SIGN, 15 U.S.C. § 7001(e).

⁸⁵ UETA § 8(a).

Một yếu tố cơ bản về tính có thể thi hành của tất cả các giao dịch là lưu giữ tài liệu. Trong trường hợp có tranh chấp, cần phải xuất trình những chứng cứ đáng tin cậy ghi nhận lại những điều khoản của giao dịch và thoả thuận của các bên. Cũng có những yêu cầu tương tự, ví dụ, để đáp ứng những yêu cầu luật định (ví dụ, quy định điều chỉnh lĩnh vực bảo hiểm, chứng khoán, công nghiệp ngân hàng...), cũng như yêu cầu của các cơ quan chính phủ, như là IRS. Đối với các giao dịch điện tử, vấn đề trở thành liệu những tài liệu điện tử có đáp ứng những yêu cầu của luật, các quy định có hiệu lực, quy định về chứng cứ, và nếu có, các tài liệu điện tử có thể chấp nhận phải đáp ứng những yêu cầu nào.

Cả E-SIGN và UETA giải quyết trực tiếp vấn đề này, đặt ra những yêu cầu tương tự. Về cơ bản, việc lưu giữ những tài liệu điện tử sẽ đáp ứng yêu cầu lưu giữ tài liệu pháp lý nếu bản sao tài liệu điện tử được lưu giữ:

- Phản ánh đúng đắn thông tin được nêu trong tài liệu⁸⁶ và
- Có thể truy cập được để tham chiếu sau này.⁸⁷

Về các nguyên tắc về chứng cứ, cả E-SIGN và UETA cũng quy định rằng nếu nguyên tắc của luật chứng cứ hoặc nguyên tắc pháp luật khác yêu cầu rằng tài liệu liên quan đến giao dịch phải được cung cấp và lưu giữ dưới dạng gốc, thì nghĩa vụ này được đáp ứng bằng cách đáp ứng yêu cầu về tính chính xác và tính có thể truy cập được liệt kê trên đây.⁸⁸ Những quy định này làm rõ rằng tài liệu có thể được giữ dưới dạng điện tử. Hơn nữa, nó cho phép một mức độ linh hoạt lớn hơn cho các bên từ góc độ họ có thể lưu giữ tài liệu như thế nào, khi nào và họ có đưa tài liệu vào một phương tiện lưu giữ mới không, và đáp ứng những yêu cầu về chứng cứ đang có hiệu lực.

4. An ninh – Giao dịch có đáng tin cậy không?⁸⁹

Ngoài việc tuân thủ những yêu cầu luật định về tính có thể thi hành pháp lý, một mối quan ngại của các bên trong giao dịch điện tử là câu hỏi mấu chốt về “lòng tin”. Nói rằng giao dịch điện tử tuân thủ những yêu cầu pháp lý là một chuyện. Có được một mức độ tin cậy vào giao dịch điện tử đến mức mà một người nào đó sẵn sàng gửi hàng đi, chuyển quỹ, hoặc tham gia vào một

⁸⁶ Hướng dẫn 2003/31/EC (Hướng dẫn về thương mại điện tử), điều 10(3).

⁸⁷ Cả E-SIGN và UETA quy định rõ ràng yêu cầu này không mở rộng đến những thông tin nhằm mục đích làm cho hợp đồng hoặc tài liệu khác có thể được gửi đi, được truyền tải hoặc được nhận. E-SIGN, 15 U.S.C. § 7001(d)(2); UETA § 12(b).

⁸⁸ UETA § 12(a); E-SIGN, 15 U.S.C. § 7001(d). E-SIGN yêu cầu rằng mọi người có quyền truy cập theo luật, theo quy định, theo nguyên tắc luật pháp phải tiếp tục có khả năng truy cập tài liệu điện tử được lưu giữ, trong suốt giai đoạn mà luật, quy định hoặc nguyên tắc luật pháp đó quy định, dưới hình thức bảo đảm khả năng tài bản chính xác để tham khảo sau này, bằng cách truyền tải, in ấn, hoặc các cách thức khác.

⁸⁹ E-SIGN, 15 U.S.C. § 7001(d)(3); UETA § 12(d).

cam kết hợp đồng có tính ràng buộc với thời hạn cụ thể lại là chuyện khác.

Việc mất lòng tin có những ảnh hưởng quan trọng. Ví dụ, ngày 26 tháng 8 năm 2002, hãng tin Reuter thông báo rằng các nhà đầu tư lớn của Hàn Quốc đã ngừng buôn bán chứng khoán trực tuyến sau tiết lộ của Deawoo Securities, nhà kinh doanh chứng khoán lớn thứ tư Hàn Quốc, rằng một người không được phép đã sử dụng tài khoản của một khách hàng của mình mua gần 22 triệu đô la tiền cổ phiếu. Vụ buôn bán này bao gồm cả việc mua rõ ràng là trái phép 5 triệu cổ phiếu của công ty Delta Information and Communications trong vòng 90 giây.⁹⁰ Tất nhiên, việc mất lòng tin xảy ra ngay lập tức. Bài báo đã trích một câu nói của một trong những nhà đầu tư lớn nhất Hàn Quốc: “bắt đầu từ hôm nay, chúng tôi tạm thời ngừng buôn bán trực tuyến vì những rủi ro về an ninh”.

4.1. Yêu cầu về lòng tin

Tất nhiên, lòng tin đóng vai trò quan trọng đối với tất cả các giao dịch thương mại. Bất kể công việc được tiến hành trong không gian ảo hay trong thế giới giấy tờ truyền thống, mỗi bên tham gia giao dịch phải có một mức độ tin cậy nào đó trước khi họ muốn tiến hành giao dịch. Nhưng lòng tin có những cấu phần khác nhau. Đối tác kinh doanh đáng tin cậy là rất quan trọng (ví dụ, họ có danh tiếng và đáng tin cậy không? liệu họ có làm những điều đã cam kết không?). Nhưng trong môi trường kinh doanh điện tử ngày nay, các công ty cần phải tin vào chính bản thân giao dịch.

Tin tưởng vào giao dịch có nghĩa là gì? Khi những giao dịch kinh doanh đầy sức sống phụ thuộc vào máy tính và tính sẵn sàng của mạng, các bên cần phải chắc chắn rằng chúng sẽ hoạt động đúng đắn và không bị gián đoạn. Khi mà thông tin liên lạc từ xa thay cho gặp mặt trực tiếp hoặc những phương tiện đáng tin cậy như thư từ, các bên cần làm rõ nhận dạng của bên kia. Khi mà những tài liệu điện tử dễ dàng sao chép hoặc thay đổi thay cho những tài liệu giấy được ký, các bên cần bảo đảm rằng những tài liệu này là xác thực và không bị thay đổi. Và khi những thông tin nhạy cảm được lưu giữ dưới dạng điện tử, các bên phải bảo đảm rằng dữ liệu phải được bảo vệ và có thể truy cập được.⁹¹

Tầm quan trọng về lòng tin đối với thành công của thương mại điện tử được công nhận rộng rãi. Ví dụ, Hội đồng của Cộng đồng Châu Âu lưu ý:

Mục tiêu đầu tiên là xây dựng lòng tin và sự tin cậy. Để thương mại

⁹⁰ Phần này được lấy từ Thomas J.Smedinghoff, biên tập, Luật trực tuyến, Chương 3, Lorijean G.Oei viết (1996).

⁹¹ “Deawoo Securities bị lừa dối thương mại trực tuyến”, Hãng tin Reuters, ngày 26 tháng 8 năm 2002, tại Yahoo, <http://asia.tech.yahoo.com/020826/reuters/asia-122181-tech.html>.

điện tử phát triển, cả khách hàng và doanh nghiệp phải tin tưởng rằng giao dịch của họ không bị nghe trộm và sửa đổi, và người bán và người mua [thực sự] là những người nói rằng họ là người bán và người mua, và đã có các cơ chế giao dịch hợp pháp và bảo đảm. Xây dựng lòng tin và độ tin cậy như vậy là điều kiện tiên quyết để doanh nghiệp và khách hàng đến với thương mại điện tử.⁹²

Từ góc độ pháp lý, việc bảo đảm rằng giao dịch điện tử là đáng tin cậy yêu cầu xem xét bốn yếu tố: tính xác thực, tính toàn vẹn, tính bí mật và tính không thể không thừa nhận.

a. Tính xác thực – Ai gửi thông điệp?

Tính xác thực liên quan đến nguồn hoặc nguồn gốc của tài liệu hoặc thông điệp.⁹³ Ai tạo ra và ký thông điệp? Ai gửi thông điệp? Nó là nguyên gốc hay là giả mạo?

Một bên tham gia vào giao dịch dựa vào một thông điệp điện tử cần phải tin tưởng về nguồn gốc của thông điệp đó. Ví dụ, khi một ngân hàng nhận được lệnh thanh toán điện tử từ một khách hàng yêu cầu phải trả tiền cho một bên thứ ba, ngân hàng phải có khả năng xác định nguồn của yêu cầu và bảo đảm rằng mình đang không giao dịch với kẻ lừa đảo.⁹⁴

Tương tự, các bên phải tạo nên tính xác thực cho các giao dịch điện tử của mình khi các tranh chấp phát sinh. Các bên phải lưu giữ các tài liệu về tất cả những thông tin liên lạc liên quan đến giao dịch và giữ những tài liệu này theo một cách thức có thể chứng minh rằng những tài liệu đó là xác thực. Ví dụ, nếu một bên hợp đồng sau này có tranh chấp về phạm vi nghĩa vụ của mình, bên kia cần phải chứng minh các điều khoản của hợp đồng với tòa án. Tuy nhiên, tòa án đầu tiên sẽ yêu cầu rằng bên đó chứng minh tính xác thực của chứng cứ mà các bên lưu giữ về thông tin liên lạc đó trước khi tòa án coi đó là chứng cứ.⁹⁵

⁹² Tất nhiên, những yêu cầu về sự tin tưởng là một khái niệm tương đối và khác nhau tùy theo từng giao dịch, chủ yếu phụ thuộc vào giá trị giao dịch đó là bao nhiêu. Ví dụ, mức độ tin tưởng đối với một thương gia để gửi \$200,000 giá trị hàng hoá đi phải cao hơn nhiều so với mức độ tin tưởng mà một cửa hàng sách cần có để gửi một cuốn sách trị giá \$20 đi. Cửa hàng sách có thể không yêu cầu mức độ tin tưởng cao cho mỗi giao dịch, đặc biệt là khi khách hàng đã cung cấp số tài khoản tín dụng và rủi ro do lừa dối (ví dụ, \$20) là rất thấp. Mặt khác, gửi \$200,000 giá trị hàng hoá đi căn cứ vào một thông điệp điện tử đòi hỏi một mức độ tin tưởng cao hơn. Tương tự, ngân hàng thậm chí còn yêu cầu một mức độ tin cậy cao hơn nữa trước khi tiến hành những chuyển quỹ trị giá nhiều triệu đô la ngay lập tức dựa trên một thông điệp điện tử. Ít nhất, tùy thuộc vào bản chất và quy mô của giao dịch, vẫn phải chấp nhận một mức độ rủi ro nào đó về thông điệp lừa dối.

⁹³ Hội đồng Cộng đồng Châu Âu, Sáng kiến về thương mại điện tử của Châu Âu, COM (97) 157, (16 tháng 4 năm 1997), hiện có tại www.cordis.lu/esprit/src/ecomcom.htm

⁹⁴ Xem FED.R.EVID.901(a) (1995)

⁹⁵ Xem U.C.C §§ 4A-202, 4A-203&cmt.(1998). § 4A-202 giải quyết vấn đề này cho ngân hàng và khách hàng – những người đồng ý giao dịch bằng điện tử và chịu sự điều chỉnh của điều 4A. Nếu ngân hàng xác minh một lệnh thanh toán bằng cách sử dụng một quá trình an ninh thích hợp về thương mại, thì khách hàng phải chịu ràng buộc bởi giao dịch đó mặc dù trên thực tế, khách hàng không ra lệnh thanh toán. § 4A-202(b).

Có thể sử dụng chữ ký để xác thực nguồn của tài liệu. Công việc này được làm rất tốt với chữ ký viết tay trên tài liệu giấy, vì những chữ ký đó thường liên quan đến một người nhất định, và thông qua việc phân tích chữ ký nếu cần thiết. Nhưng phần lớn các chữ ký điện tử không thực hiện chức năng này, hoặc đem lại một mức độ xác thực rất thấp, gần như có rất ít hoặc không có giá trị chứng cứ để xác thực.⁹⁶ Ví dụ, khi mà cả E-SIGN và UETA đều công nhận rằng đánh tên một ai đó, nhấn nút chuột, hoặc hầu hết các loại âm thanh và biểu tượng có thể tạo nên những chữ ký điện tử có giá trị, rõ ràng rằng bản thân những chữ ký đó gần như rất ít giá trị xác nhận nguồn của tài liệu. Câu hỏi cuối cùng – ai đánh cái tên đó, ai nhấn chuột – vẫn chưa được trả lời.

Một số luật về thương mại điện tử cố gắng giải quyết vấn đề này bằng cách yêu cầu rằng chữ ký điện tử phải chứa đựng cả thông tin mà từ đó có thể nhận dạng được người ký và mức độ an ninh được thiết kế để bảo đảm rằng chữ ký trên thực tế là do người được nhận dạng làm ra.⁹⁷

Tuy nhiên, tất cả các luật về giao dịch điện tử (bao gồm E-SIGN và UETA) công nhận giá trị của chữ ký điện tử mà trên nhiều khía cạnh, giống như việc ký một hợp đồng giấy với ký hiệu “X”. Chúng để lại một câu hỏi chưa được trả lời về chứng minh nhận dạng của người ký.

b. Tính toàn vẹn – Tài liệu có bị thay đổi không?

Tính toàn vẹn liên quan đến tính chính xác và tính hoàn chỉnh của thông tin liên lạc. Tài liệu mà người nhận nhận được có giống với tài liệu mà gửi đi không? Nó có hoàn chỉnh không? Liệu tài liệu có bị thay đổi trong quá trình truyền tải hoặc lưu giữ không?

Vấn đề về tính toàn vẹn phát sinh từ thực tế là tài liệu điện tử có thể dễ dàng bị thay đổi theo một cách thức khó phát hiện. Hơn nữa, vì mỗi bản sao của một tài liệu điện tử là một bản tái bản hoàn chỉnh, không có cái gọi là tài liệu điện tử gốc. Do vậy, không giống tài liệu bằng giấy tờ, tài liệu điện tử không có những đặc trưng vốn có về tính toàn vẹn.

Người nhận thông điệp phải tin tưởng vào tính toàn vẹn của thông tin liên lạc trước khi người nhận tin cậy và hành động trên cơ sở thông điệp đó.

Tuy nhiên, nếu khách hàng có thể chứng minh rằng người gửi lệnh thanh toán lừa đảo không có được những thông tin cần thiết để gửi lệnh đó đi từ một đại lý hoặc từ một nguồn do khách hàng kiểm soát, thì thiệt hại lại được chuyển ngược lại cho ngân hàng. § 4A-203(a)(2). Nếu ngân hàng không tuân thủ quá trình an ninh và lệnh là lệnh lừa đảo, ngân hàng nói chung phải chịu thiệt hại.

⁹⁶ Ví dụ, xem Mỹ kiện Eisenberg, 807 F.2d 1446 (8th Cir.1986) (tranh chấp về tính xác thực của một bức thư); Mỹ kiện Grand 620 F.2d 1026 (4th Cir.1980) (tranh chấp về tính xác thực của vận đơn), 449 U.S.830, trang 919 (1980).

⁹⁷ Một số dạng chữ ký điện tử, như là chữ ký số được mã hoá, nếu được thực hiện đúng đắn, có thể xác nhận tốt cho nguồn của chữ ký. Một số kỹ thuật sinh trắc học cũng có thể đạt được kết quả tương tự.

Tính toàn vẹn là thiết yếu đối với thương mại điện tử khi đàm phán và xây dựng lên hợp đồng trực tuyến, đưa ra những nội dung trên cơ sở kỹ thuật số, và thực hiện thanh toán điện tử, cũng như chứng minh rằng những giao dịch này sử dụng tài liệu điện tử ở một thời điểm sau này. Ví dụ, xem xét trường hợp một nhà thầu muốn tách hợp đồng của nhà thầu phụ và đệ trình đề xuất của mình lên chính phủ trực tuyến. Nhà thầu phải có khả năng làm rõ ràng thông điệp chứa đựng chào thầu mà mình dựa vào đó để xây dựng đề xuất phải không bị thay đổi. Tương tự, nếu nhà thầu cần chứng minh giá trị phần thầu của nhà thầu phụ, tòa án trước hết sẽ yêu cầu rằng nhà thầu chứng minh tính toàn vẹn của tài liệu mà nhà thầu giữ trước khi tòa án coi đó là chứng cứ.⁹⁸

Chữ ký có thể được dùng để xác nhận tính toàn vẹn của tài liệu. Điều này được thực hiện tốt với tài liệu giấy tờ khi chữ ký viết tay (hoặc ký hiệu đầu tiên) được viết dưới mỗi trang thường được xem là cách thức tin cậy để ngăn chặn những thay đổi khó phát hiện. Nhưng tất cả các loại chữ ký điện tử luật công nhận không thực hiện được chức năng này. Việc nhấn chuột hoặc đánh tên người vào một tài liệu có thể thay đổi dễ dàng không phải là bảo đảm cho tính toàn vẹn của tài liệu. Thông thường, việc sử dụng thuật toán mã hoá, kết hợp với chữ ký số, là cách thức duy nhất phát hiện ra những thay đổi trên tài liệu điện tử.

c. Tính bảo mật

Tính bảo mật liên quan đến kiểm soát việc tiết lộ thông tin. Nó bao gồm: (1) bảo vệ thông tin để người không được quyền không thể truy cập được nó, và/hoặc (2) bảo vệ thông tin ở mức thậm chí nếu bị truy cập bất hợp pháp, cũng không thể đọc được thông tin (ví dụ, bằng cách mã hoá thông tin).

Tính bảo mật trong không phải là vấn đề trong tất cả các tình huống. Tuy nhiên, trong một vài trường hợp, nó là quan trọng. Cần phải giữ bí mật những thông tin nhất định để duy trì lợi thế cạnh tranh, hoặc vì lý do kinh doanh khác. Thêm vào đó, luật và các quy định được thiết kế để bảo vệ tính riêng tư của các thông tin nhận dạng cá nhân thương yêu cầu rằng các thông tin này được giữ bí mật, trừ khi chúng được sử dụng theo những cách thức mà luật cho phép.⁹⁹ Tương tự, tính bảo mật cũng là cần thiết để bảo vệ quyền tài sản trong thông tin, như là quyền về bí mật thương mại. Thông tin chỉ được coi là bí mật thương mại nếu nó chưa được biết đến rộng rãi, và những cảnh báo an ninh hợp lý được thực hiện để bảo đảm tính bí mật.¹⁰⁰ Thêm vào đó,

⁹⁸ Ví dụ, Luật mẫu về chữ ký điện tử của UNCITRAL yêu cầu rằng chữ ký xác định người ký và phải “được tin tưởng là thích hợp nhằm mục đích” mà nó được sinh ra hoặc được thông tin. Bằng cách đưa những yếu tố này vào định nghĩa của chữ ký điện tử, Luật mẫu nhằm đưa ra yêu cầu tối thiểu về an ninh trước khi chữ ký đó được xem là có thể thi hành. Luật mẫu về chữ ký điện tử của UNCITRAL, điều 2(a) và 6(1).

⁹⁹ Ví dụ, xem *Victorie Med. Hosp* kiện *Rice*, 493 N.E.2d 117 (Ill.Ap.Ct.1986).

¹⁰⁰ Ví dụ, xem luật điều chỉnh “các tiêu chuẩn về tính riêng tư của các thông tin về sức khoẻ gắn liền với cá nhân” 45C.F.R. phần 160 và 164, ngày 14 tháng 8 năm 2002.

tính bảo mật có thể là cần thiết để tuân thủ những nghĩa vụ pháp lý nhất định, như là nghĩa vụ của luật sư không tiết lộ nội dung trao đổi thông tin với khách hàng,¹⁰¹ hoặc nghĩa vụ phát sinh từ những cam kết hợp đồng. Tính bảo mật cũng có thể là quan trọng để ngăn chặn việc truy cập và sử dụng thông tin có thể phương hại đến chủ thông tin, như là số thẻ tín dụng hoặc số tài khoản ngân hàng, số bảo hiểm xã hội.

d. Tính không thể không thừa nhận – Có thể chứng minh về thông điệp tại toà án không?

Tính không thể không thừa nhận phát sinh từ tính xác thực và tính toàn vẹn. Đó là khả năng chứng minh rằng người tạo ra những tài liệu trong một giao dịch điện tử có ý định chịu sự ràng buộc của các điều khoản hợp đồng - đó là, ràng buộc người gửi với thông tin liên lạc trong trường hợp có tranh chấp.¹⁰² Ý nguyện của một người muốn dựa vào một thông tin liên lạc, một hợp đồng hoặc chuyển nhượng quỹ thường phụ thuộc vào việc có một mức độ tin tưởng nào đó là mình có thể ngăn chặn người gửi từ chối việc mình đã gửi thông tin liên lạc đó (nếu trên thực tế, người đó đã gửi), hoặc khiếu nại rằng nội dung của thông tin liên lạc khi nhận không phải là nội dung mà người đó đã gửi (nếu trên thực tế, đó là những thông tin được gửi đi). Ví dụ, nhà môi giới chứng khoán chấp nhận một lệnh bán/mua thông qua Internet không muốn khách hàng của mình có khả năng đưa ra những lệnh về những hàng hóa để thay đổi, như là hợp đồng mua tương lai, và sau đó có thể xác nhận hợp đồng nếu thị trường tăng lên, và không thừa nhận lệnh nếu thị trường đi xuống.¹⁰³

4.2. Thách thức của môi trường điện tử

Với những giao dịch trên giấy tờ, một bên có thể dựa vào rất nhiều dấu hiệu của sự tin cậy để bảo đảm cho tính xác thực, tính toàn vẹn, tính bảo mật và tính không thể không thừa nhận của tài liệu. Những yếu tố này bao gồm việc sử dụng giấy (đôi khi với những tiêu đề, dấu mực, mẫu nền, và nhiều chỉ báo khác về độ tin cậy) trên đó thông điệp được in ấn và không dễ thay đổi, chữ ký viết tay, phong bì đóng dấu và được chuyển qua bên thứ ba đáng tin cậy (ví dụ, Dịch vụ bưu điện Mỹ), liên lạc cá nhân giữa các bên, và những cách thức tương tự. Tuy nhiên, việc sử dụng tài liệu điện tử và liên lạc điện tử được thực hiện từ xa thông qua Internet, không có những dấu hiệu của sự tin

¹⁰¹ Ví dụ, xem 1 Melvin F. Jager, Luật về bí mật thương mại §§ 3.04[6], [7], 5.05[2] (1995).

¹⁰² Ví dụ, xem Cal.Evid.Code §§ 950 et seq; Liên đoàn luật sư Mỹ, Luật mẫu về các quy định về xử sự nghề nghiệp, điều 1.6 (1992).

¹⁰³ Xem Hội đồng an ninh thông tin, Bộ phận luật thương mại điện tử, Phòng luật công nghệ và khoa học của ABA, Hướng dẫn về chữ ký số, tháng 8 năm 1996, hiện có tại www.abanet.org/scitech/cc/isc/dsgfree.html. Một định nghĩa về tính không thể không công nhận là “một chứng cứ mạnh và cơ bản xác nhận người ký thông điệp và về tính toàn vẹn của thông điệp, đủ để ngăn chặn một bên có thể từ chối nguồn gốc, từ chối việc đệ trình hoặc phân phối thông điệp và từ chối về tính toàn vẹn về nội dung của nó.” Như trên, § 1.20.

cây này. Tất cả có thể được liên lạc là những ký hiệu bit (0 và 1), giống nhau về mọi khía cạnh và có thể sao chép vào sửa lại dễ dàng mà không thể nhận ra.

Do vậy, đưa giao dịch vào môi trường điện tử có hai hậu quả quan trọng. Thứ nhất, trong nhiều trường hợp, khó biết rằng liệu một người có thể tin cậy vào tính toàn vẹn và tính xác thực của thông điệp điện tử hay không. Tất nhiên, điều này làm cho khó có thể đưa ra những quyết định như tham gia vào giao dịch, chuyển hàng đi, thực hiện việc thanh toán, hoặc những hành vi tương tự làm thay đổi vị trí của mình dựa vào một thông điệp điện tử, đặc biệt là đối với những giao dịch lớn. Thứ hai, sự thiếu tin tưởng này làm cho việc chứng minh vụ kiện của mình tại toà án là rất khó. Ví dụ, nếu bị đơn từ chối rằng mình đã đưa ra “chữ ký” gắn với tài liệu điện tử, rõ ràng là nguyên đơn không thể chứng minh tính xác thực của chứng cứ đó, nếu không có các chứng cứ bổ sung.

Tất nhiên, để thương mại điện tử phát huy hết khả năng của nó, các bên phải có khả năng tin tưởng vào thông tin liên lạc điện tử cho một phạm vi rộng các giao dịch, đặc biệt là khi quy mô của giao dịch là lớn hoặc bản chất của giao dịch là có tính rủi ro cao. Trong những trường hợp này, bên dựa vào thông tin liên lạc điện tử cần phải biết vào thời điểm đó, liệu thông điệp có phải là xác thực, liệu tính toàn vẹn của nội dung toàn vẹn, và cũng quan trọng như vậy, liệu bên đó có thể chứng minh cả hai tình tiết này tại toà án nếu tranh chấp phát sinh không (nghĩa là, tính không thể không thừa nhận).

4.3. Luật và sự tin cậy vào giao dịch điện tử

Thiết lập nên sự tin cậy trong giao dịch điện tử yêu cầu sự an toàn - đặc biệt là việc sử dụng những thủ tục an ninh¹⁰⁴ được thiết kế để bảo đảm tính xác thực, tính toàn vẹn, tính bảo mật và/hoặc tính không thể không thừa nhận của tài liệu và thông điệp điện tử. Có một số thủ tục an ninh có thể được sử dụng để tạo lập nên niềm tin vào thông tin liên lạc điện tử. Những thủ tục này bao gồm:

- Thuật toán hay mã số¹⁰⁵
- Mã hoá và chữ ký số
- Chữ hoặc số nhận dạng

¹⁰⁴ Nói chung, xem John Browning, Tiếp theo tiền tệ – một thị trường chứng khoán mới xuất hiện trên Internet, SCI. AM.31 (tháng 7 năm 1995), và “Deawoo Securities bị lừa dối thương mại trực tuyến”, Hãng tin Reuters, ngày 26 tháng 8 năm 2002, tại Yahoo, <http://asia.tech.yahoo.com/020826/reuters/asia-122181-tech.html>.

¹⁰⁵ Thủ tục an ninh là thủ tục nhằm mục đích xác nhận rằng một tài liệu, chữ ký hoặc hành vi điện tử là của một người xác định hoặc để phát hiện ra những thay đổi hoặc lỗi thông tin trong tài liệu điện tử. UETA, 2 §14 và U.C.C. điều 4A § 201.

- Trả lời và công nhận
- Lặp lại và công nhận
- Sử dụng hệ thống hoặc quá trình tự động¹⁰⁶
- Đóng dấu ngày/thời gian
- Sử dụng bên thứ ba tin cậy giữ bản sao các thông tin liên lạc điện tử
- Mã hoá

Bất kể sử dụng biện pháp an ninh nào, điều quan trọng phải nhớ là luật tiếp tục công nhận tầm quan trọng của các thủ tục an ninh khi xem xét tính có thể thi hành của giao dịch điện tử và phân chia rủi ro trong trường hợp có thiệt hại. Việc công nhận chính thức đầu tiên về hiệu lực luật pháp của thủ tục an ninh diễn ra năm 1989 qua việc phê chuẩn điều 4A của UCC.¹⁰⁷

Điều 4A quy định về giao dịch điện tử qua điện tín.¹⁰⁸ Một người muốn chuyển một quỹ qua hình thức điện tử có thể làm như vậy bằng cách gửi đi một thông điệp điện tử, gọi là lệnh thanh toán, tới ngân hàng của mình. Bởi vì thông điệp điện tử không thể mang chữ ký bằng mực, cần phải sử dụng thủ tục an ninh thay thế. UCC nhận ra điều này và thực tế là ngân hàng nhận được lệnh thanh toán phải có một cái gì đó khách quan để có thể dựa vào đó khi đánh giá xem có thể hành động một cách an toàn theo lệnh đó hay không.¹⁰⁹ Điều 4A hiện đại hoá luật bằng cách quy định rằng ngân hàng có thể dựa vào thủ tục an ninh thay thế cho yêu cầu về thời gian kiểm tra truyền thống đối với chữ ký để bảo đảm tính xác thực và tính toàn vẹn của thông điệp. Do vậy, theo điều 4A, một thông điệp điện tử được giả thiết là từ khách hàng của ngân hàng ra lệnh cho ngân hàng chuyển quỹ cho người nhận được xem là có hiệu lực, và ngân hàng được uỷ quyền chuyển quỹ theo lệnh nếu tính xác thực và tính toàn vẹn của lệnh được “xác nhận” theo “thủ tục an ninh” hợp lý về thương mại, bất kể là lệnh đó có thực sự được khách hàng uỷ quyền hay không. Dòng cuối cùng là điều 4A chấp thuận “thủ tục an ninh” thay cho “chữ ký” như là cơ sở xác nhận giao dịch điện tử và trách nhiệm.

Từ khi có điều 4A, luật bắt đầu nhận ra rằng an ninh đóng vai trò quan trọng trong giao dịch điện tử. Tuy nhiên, cách thức tiếp cận là khác nhau, và các luật về giao dịch điện tử thuộc các dạng dưới đây xét từ góc độ an ninh:

¹⁰⁶ Nói chung, xem Warick Ford và Michael Baum, *An ninh thương mại điện tử* (1997).

¹⁰⁷ Xem Fed. R.Evid.901(b)(9)(1995).

¹⁰⁸ Xem U.C.C. Điều 4A, chuyển quỹ (1989). Điều 4A được hơn 50 bang phê chuẩn.

¹⁰⁹ Xem U.C.C. Điều 4A, Phần mở đầu (1990).

- Không nêu vấn đề an ninh: Nhiều luật không nói gì về vai trò của an ninh. Các luật này chỉ đơn thuần cho phép sử dụng tài liệu điện tử và chữ ký điện tử thay cho tài liệu giấy và chữ ký (và trong một vài trường hợp, quy định về một số yêu cầu về giao dịch khác, như là sự đồng ý), nhưng không nói gì về, hoặc không đưa ra hiệu quả pháp lý cho, những thủ tục an ninh. Đây là cách thức tiếp cận của E-SIGN và UETA.

- An ninh là điều kiện cho tính có thể thi hành. Một số luật yêu cầu các biện pháp an ninh, ở mức độ nào đó, trước khi giao dịch (hoặc một số khía cạnh của giao dịch) là có thể thi hành về pháp lý. Ví dụ, Luật mẫu về chữ ký điện tử của UNCITRAL yêu cầu yếu tố “đáng tin cậy” – nghĩa là một chữ ký điện tử là đáng tin cậy nếu thích hợp cho hoàn cảnh, trước khi chữ ký điện tử được xem là có hiệu lực. Tương tự, chữ ký điện tử phải có khả năng xác định được người ký, và những khía cạnh khác của an ninh. Rất nhiều luật về chữ ký điện tử được ban hành tại nhiều bang của Mỹ cũng áp dụng cách thức tiếp cận tương tự (mặc dù nay chúng đã được thay thế bằng E-SIGN).¹¹⁰

- Khuyến khích cho an ninh – giả thiết luật pháp. Một số luật quy định rằng hầu hết các chữ ký điện tử là có thể thi hành và đáp ứng các yêu cầu luật định về chữ ký, trong khi vẫn công nhận rằng một số chữ ký điện tử là đáng tin cậy hơn các chữ ký khác.¹¹¹ Để khuyến khích sử dụng các chữ ký điện tử có độ tin cậy cao hơn, và cung cấp cho người nhận thông điệp một mức độ bảo đảm cao hơn vào thời điểm hành động căn cứ vào thông điệp liên quan đến tích xác thực và tính toàn vẹn của thông điệp sử dụng những chữ ký đó, những luật này thường quy định về lợi ích pháp lý dưới hình thức một giả thiết về chứng cứ liên quan đến nhận dạng của người gửi và/hoặc tính toàn vẹn của tài

¹¹⁰ Xem U.C.C. Điều 4A – Bình luận chính thức 203.

¹¹¹ Nhiều bang đã ban hành luật về chữ ký điện tử chấp nhận những yêu cầu về an ninh từ quyết định của Tổng kiểm toán Mỹ. Xem Tổng kiểm toán Mỹ, “Vấn đề của Viện công nghệ và tiêu chuẩn quốc gia, sử dụng công nghệ trao đổi dữ liệu điện tử để xây dựng lên những nghĩa vụ có hiệu lực”, 71 Comp.Gen.109 (1991); (13 tháng 12 năm 1991). Theo những luật này, chữ ký điện tử chỉ có giá trị pháp lý như chữ ký thường nếu: (1) là duy nhất đối với người sử dụng nó; (2) có khả năng xác nhận; (3) được kiểm soát duy nhất bởi người sử dụng nó; và (4) được liên kết với dữ liệu theo cách thức là nếu dữ liệu bị thay đổi, chữ ký sẽ bị vô hiệu. Cách thức tiếp cận này yêu cầu coi an ninh như là điều kiện có trước đó để bản thân chữ ký có hiệu lực, một yếu tố không có đối với chữ ký trên giấy. Những bang có luật sử dụng cách thức tiếp cận này bao gồm ALASKA STAT. § 09.25.510 (Michie 1999) (áp dụng chung cho tất cả các thông tin liên lạc); CAL. GOV'T CODE § 16.5 (áp dụng chung cho tất cả các thông tin liên lạc); IDAHO CODE § 67-2357 (1998) áp dụng giới hạn cho việc nộp và ban hành văn bản bởi hoặc với các cơ quan công của bang và địa phương); 15 ILL.COMP. STAT. 705/5 (West 1998) (áp dụng giới hạn cho thông tin liên lạc giữa cơ quan công của bang và kiểm toán); 205 ILL.COMP. STAT. 705/5 (West 1998) (áp dụng giới hạn cho thông tin liên lạc giữa các tổ chức tài chính và khách hàng của mình); IOWA CODE ANN. §1555A.27 (West 1999) (áp dụng giới hạn cho đơn thuốc); KAN.STAT. ANN. § 60-2616 (1997) (áp dụng chung cho tất cả thông tin liên lạc); KY. REV. STAT. ANN. § 369.020 (Banks Balwin 1999) (áp dụng chung cho tất cả các loại thông tin liên lạc); MD. CODE. ANN. STATE GOV'T § 8-504 (1998) (áp dụng giới hạn cho tất cả thông tin liên lạc giữa các cơ quan chính phủ bang); NEB. REV.STAT§ 86-1701 (1998) (áp dụng chung cho tất cả thông tin liên lạc); N.H. REV.STAT.ANN 294-D: 4 (1999) (áp dụng giới hạn cho thông tin liên lạc giữa bang và các cơ quan của bang hoặc văn bản của bang); N.C.GEN.STAT § 66-58.1 (1999) (áp dụng giới hạn cho việc nộp yêu cầu cho các cơ quan công); OKLA.STAT.ANN.TIT 15 § 965 (West 1999) (áp dụng chung cho tất cả thông tin liên lạc); R.I.GEN.LAWS § 42-127-4 (1998) (áp dụng chung cho các giao dịch giữa các cơ quan công của bang).

liệu. Như vậy, những đạo luật này dù về ngôn ngữ không yêu cầu an ninh như là một điều kiện có trước đối với tính có thể thi hành của giao dịch điện tử, chúng đem lại những khuyến khích cho việc sử dụng biện pháp an ninh bằng cách quy định lợi ích pháp lý (giả thiết) đối với những người sử dụng biện pháp an ninh để giúp họ bảo đảm rằng giao dịch là có thể thi hành.

- An ninh là phương tiện xác định rủi ro. Cuối cùng, một số luật sử dụng việc có áp dụng hay không áp dụng biện pháp an ninh như là phương tiện phân định rủi ro. Ví dụ, UETA trong một số trường hợp phân định rủi ro về thiệt hại gây ra do sai lầm hoặc nhầm lẫn cho bên không tiến hành các thủ tục an ninh được thoả thuận. Tương tự, điều 4A UCC phân định rủi ro về thiệt hại gây ra bởi lệnh thanh toán điện tử dựa trên cơ sở có áp dụng hay không áp dụng thủ tục an ninh đã thoả thuận.

Một ví dụ tốt về luật quy định về giả thiết lập pháp là Luật an ninh thương mại điện tử Illinois, luật này tạo ra một loại chữ ký đáng tin cậy trung gian gọi là “chữ ký điện tử an toàn.”¹¹² Khi mà tất cả các chữ ký điện tử là có thể thi hành theo Luật này, một chữ ký điện tử được xem là chữ ký điện tử an toàn được hưởng một giả thiết không thể tranh cãi là chữ ký đó là của người mà nó liên quan.¹¹³ Hướng dẫn về chữ ký điện tử của Cộng đồng Châu Âu cũng đi theo cách thức tiếp cận này. Theo Hướng dẫn, khi mà không thể từ chối tính có thể thi hành của chữ ký điện tử chỉ dựa trên yếu tố chúng dưới hình thức điện tử, một dạng chữ ký điện tử an toàn hơn – được gọi là “chữ ký điện tử cao cấp” - được coi là đáp ứng những yêu cầu luật định về chữ ký, được công nhận là chứng cứ trong các thủ tục tố tụng pháp lý.¹¹⁴

Những luật chuyên sâu về công nghệ cũng quy định về giả thiết lập pháp đó đối với những “chữ ký số” được tạo ra bằng cách mã hoá đã được ban hành tại Minnesota, Missouri, Utah và Washington.¹¹⁵ Để bảo đảm rằng chữ ký số có được mức độ tin cậy đủ để bảo đảm được công nhận pháp lý ở mức độ cao, những luật này áp đặt một cấu trúc luật định cho cơ quan xác nhận tự nguyện được Bang cho phép.¹¹⁶ Dựa trên một giả thiết rõ ràng là tất cả những giấy chứng nhận được cơ quan xác nhận cấp là đáng tin cậy, và chữ ký số

¹¹² Chữ ký điện tử, giống như chữ ký truyền thống bằng mực trên giấy, có mức độ an ninh khác nhau. Ví dụ, một chữ ký tay, là đáng tin cậy hơn nhiều so với dấu “X”, và chữ ký được công chứng đáng tin cậy hơn cả hai loại chữ ký trên. Vì luật quy định một số lợi ích nhất định cho những dạng chữ ký đáng tin cậy hơn (ví dụ, xem FED.R.EVID.901(a)(1995) (xác nhận rằng chữ ký được công chứng được xem là có giá trị tự xác nhận)), những luật về chữ ký điện tử này tìm cách xác định những đặc điểm cần phải có của một chữ ký đáng tin cậy (hoặc an ninh).

¹¹³ 5 ILL.COMP.STAT.175/10-110 (1998). Luật này cũng định nghĩa loại tài liệu điện tử an ninh. Như trên, tại 10-110. Nói chung, xem Hội đồng tội phạm và thương mại điện tử, Báo cáo cuối cùng của Hội đồng tội phạm và thương mại điện tử (ngày 26 tháng 5 năm 1998), hiện có tại www.bakernet.com/ecommerce.

¹¹⁴ 5 ILL.COMP.STAT.175/10-120.

¹¹⁵ Hướng dẫn về chữ ký điện tử, điều 5(1).

¹¹⁶ Ví dụ, xem MINN.STAT.ANN § 325 K.20(West 1998); MO ANN.STAT. § 28.677 (West 1998); UTAH CODE ANN. § 46-3-101 (1998); WASH.REV.CODE § 19/34/900 (West 1998).

được tạo ra bằng cách sử dụng những mã số cá nhân tương đương với mã số công được nêu trong chứng nhận là một chữ ký đáng tin cậy, luật coi những thông điệp có thể được xác nhận bởi những chứng nhận đó là đáng tin cậy.¹¹⁷

Tất nhiên, có rất nhiều tranh cãi về vấn đề luật có cần giải quyết hay không, và giải quyết như thế nào, về vai trò của an ninh trong giao dịch điện tử. Những bất kể kết quả của những tranh luận về chính sách chung đó như thế nào, không thể từ chối sự thực là an ninh là vấn đề lo ngại ngày càng tăng đối với giao dịch điện tử. Và thậm chí nếu an ninh không được công nhận đặc biệt trong luật, cuối cùng, nó sẽ trở thành quan trọng trong quá trình chứng cứ trong trường hợp có tranh chấp. Liệu một tài liệu điện tử có được công nhận không, hoặc giá trị chứng cứ của tài liệu đó ở mức độ nào cuối cùng sẽ phụ thuộc vào những yếu tố trong tài liệu điện tử để xác định tính xác nhận và tính toàn vẹn của chúng – những yếu tố then chốt về việc có sử dụng đầy đủ các biện pháp an ninh trong bối cảnh đó hay không.

5. Luật nào điều chỉnh giao dịch?

Cuối cùng, đối với bất kỳ giao dịch điện tử nào, các bên cần phải biết luật nào điều chỉnh việc họ sử dụng phương tiện điện tử để thông tin liên lạc và lưu trữ. Những luật này có thể khác biệt đáng kể so với luật điều chỉnh giao dịch được biểu hiện trên giấy tờ. Những vấn đề cần phải xem xét, ví dụ bao gồm luật về thời gian và địa điểm gửi và nhận tài liệu điện tử, công chứng tài liệu điện tử, ảnh hưởng của những lỗi trong quá trình trao đổi thông tin.

Cuối cùng, tất cả các luật về giao dịch điện tử được ban hành ho đến nay đều không nói gì hoặc quy định rất ít về những nguyên tắc điều chỉnh cách thức xử sự của các bên sử dụng tài liệu hoặc chữ ký điện tử. Tuy nhiên, UETA, và E-SIGN - ở một mức độ thấp hơn, đưa ra những hướng dẫn về một số trong những vấn đề này.

5.1. Nguyên tắc về thời gian

Khi nào thì một tài liệu điện tử được xem là được gửi đi? Khi nào nó được xem là được nhận? Những vấn đề về thời gian này có tầm quan trọng trong việc quyết định một số vấn đề, như là một hợp đồng có hiệu lực ràng buộc đã được tạo ra hay chưa (đặc biệt là trong trường hợp trong đề nghị hợp đồng có quy định thời hạn chấp nhận), liệu một tài liệu nào đó có được nộp cho cơ quan chính phủ kịp thời hay không, công việc buôn bán đã hoàn thành chưa, vân vân. Ví dụ, trong một vụ kiện, toà án quyết định rằng việc truyền tải

¹¹⁷ Ví dụ, xem MINN.STAT.ANN § 325K.20; MO ANN.STAT. § 28.677; UTAH CODE ANN. § 46-3-101; WASH.REV.CODE § 19/34/100. Luật về chữ ký số được ban hành tại Đức, Ý và Malaysia cũng có cách thức tiếp cận tương tự.

bằng fax là không có hiệu lực, bởi vì mặc dù nó bắt đầu trước khi hết hạn, nhưng nó chưa kết thúc sau khi thời hạn chấm dứt.¹¹⁸ Truyền tải tài liệu điện tử cũng có những vấn đề như vậy, đặc biệt là có thể có khoảng chậm trễ giữa thời điểm gửi và thời điểm nhận.

UETA quy định rằng thời điểm mà một tài liệu điện tử được xem là được gửi đi là thời điểm tài liệu đó “đi vào hệ thống xử lý thông tin ngoài tầm kiểm soát của người gửi” (trong trường hợp thông điệp được gửi từ một hệ thống máy tính này đến hệ thống máy tính khác), hoặc “đi vào vùng của hệ thống xử lý thông tin được ủy quyền hoặc được sử dụng bởi người nhận và dưới sự kiểm sát của người nhận” (trong trường hợp thông điệp được gửi từ người này sang người khác trong cùng hệ thống, như là trường hợp cả hai bên đều trên mạng AOL).¹¹⁹ Tài liệu điện tử sẽ được xem là được gửi đi vào thời điểm đó, quy định rằng nó được định hướng một cách đúng đắn đến hệ thống xử lý thông tin mà người nhận đã chỉ định hoặc sử dụng để nhận tài liệu điện tử và từ đó người nhận có thể truy cập tài liệu điện tử, và quy định thêm rằng tài liệu phải dưới một hình thức mà hệ thống đó có thể xử lý được.¹²⁰

Ngược lại, UETA quy định rằng một tài liệu điện tử được xem là được người nhận dự định nhận khi nó đi vào hệ thống xử lý thông tin mà người nhận chỉ định hay sử dụng nhằm nhận tài liệu điện tử thuộc loại được gửi và từ đó người nhận có thể truy cập được tài liệu điện tử và dưới một dạng mà hệ thống đó có thể xử lý được.¹²¹ Điều quan trọng cần lưu ý là tài liệu điện tử được xem là được nhận cho dù không ai biết về việc đã nhận được nó. Giống như thư loại một, đó là khi thông điệp được phân phát và việc người nhận đã thực sự mở thư chưa không tạo nên khác biệt nào.

5.2. Nguyên tắc về địa điểm

Một câu hỏi quan trọng khác, và câu hỏi này phải nhớ đến khi xem xét luật nào áp dụng cho giao dịch, là câu hỏi tài liệu được xem là được gửi đi và nhận được ở đâu.

Theo nguyên tắc vắng mặt, UETA quy định tài liệu điện tử được xem là được gửi đi từ nơi kinh doanh của người gửi, và nhận được tại nơi kinh doanh

¹¹⁸ Ví dụ, xem UTAH CODE ANN. § 406(3). Luật về chữ ký số của bang Utah quy định rằng nếu một chữ ký điện tử được xác nhận bởi các khoá mã công được nêu trong chứng nhận có hiệu lực do cơ quan xác nhận được cấp phép ban hành, thì tòa án của bang Utah sẽ “giả thiết rằng”: (a) chữ ký số đó là chữ ký của người được nêu trong chứng nhận đó; và (b) chữ ký số đó được người đó dính vào tài liệu nhằm mục đích ký thông điệp. Như trên.

¹¹⁹ *Bomen Inc.*, Comp Gen B-234562, ngày 17 tháng 5 năm 1989, 3 CGEN (CHH) đoạn 103,198 (1989) (23 trang được gửi đi, nhưng chưa nhận xong trước khi thời hạn chấm dứt).

¹²⁰ UETA § 15(3).

¹²¹ UETA § 15(a)(1) và 15(a)(2).

của người nhận.¹²² Nếu người gửi và người nhận có nhiều địa điểm kinh doanh, nơi kinh doanh có liên quan được xem là nơi có quan hệ gần gũi nhất đến giao dịch đó. Nếu người gửi và người nhận không có nơi kinh doanh, thì địa điểm gửi và nhận được xem là nơi ở của người gửi và người nhận, nếu có thể.¹²³ E-SIGN không quy định về vấn đề này.

5.3. Những yêu cầu để tạo ra một hợp đồng điện tử

Một hợp đồng có thể được làm ra dưới bất kỳ cách thức nào đủ để biểu hiện một thoả thuận, bao gồm đề nghị và chấp nhận đề nghị, hoặc hành vi công nhận sự tồn tại của một hợp đồng.¹²⁴ Về lý thuyết, những nguyên tắc này cũng phải được áp dụng cho hợp đồng điện tử, mặc dù có rất ít luật về chủ đề này. Có một số quy định quan trọng trong E-SIGN, UETA và Luật mẫu về thương mại của UNCITRAL ủng hộ cho hiệu lực của hợp đồng điện tử, nhưng không còn gì hơn. Một phần của thực tiễn này là vào năm 2001, UNCITRAL đã bắt đầu một dự án xây dựng một công ước quốc tế về giao kết hợp đồng điện tử.¹²⁵ Tương tự, tại Mỹ, một nhóm công nghiệp là Nhóm cố vấn dịch vụ tài chính điện tử đã bắt đầu dự án Tiêu chuẩn và thủ tục của tài liệu và chữ ký điện tử (SpeRS) để giải quyết những vấn đề này và phát triển những tiêu chuẩn thích hợp.¹²⁶

E-SIGN quy định “không thể từ chối hiệu lực pháp lý, thời hạn, hoặc tính có thể thi hành của hợp đồng liên quan đến giao dịch đó chỉ trên cơ sở tài liệu điện tử hoặc chữ ký điện tử đã được sử dụng trong quá trình tạo lập hợp đồng.”¹²⁷ Tương tự, UETA quy định “không thể từ chối hiệu lực pháp lý hoặc tính có thể thi hành của một hợp đồng chỉ bởi vì tài liệu điện tử được sử dụng trong quá trình tạo lập hợp đồng.”¹²⁸ Cuối cùng, Luật mẫu về thương mại điện tử của UNCITRAL tiến xa hơn một chút khi quy định rằng “đề nghị và chấp thuận đề nghị có thể được thể hiện bằng các thông điệp dữ liệu”, và “khi một thông điệp điện tử được sử dụng trong quá trình tạo lập hợp đồng, không thể từ chối hiệu lực và tính có thể thi hành của hợp đồng chỉ trên cơ sở duy nhất là thông điệp dữ liệu đã được sử dụng cho mục đích đó”.¹²⁹

Như một nguyên tắc chung, đề nghị hợp đồng có thể được làm bằng miệng, bằng văn bản, hoặc bằng hành vi xử sự. Không có lý do nào tại sao một đề nghị được truyền tải qua con đường điện tử lại có hiệu lực thấp hơn

¹²² UETA § 15(b).

¹²³ UETA § 15(d).

¹²⁴ UETA § 15(d).

¹²⁵ UCC 2-204.

¹²⁶ Xem www.uncitral.org/en-index.html

¹²⁷ Xem www.spers.org

¹²⁸ E-SIGN, § 101(a)(2).

¹²⁹ UETA § 7(b).

một đề nghị bằng miệng hoặc bằng văn bản.¹³⁰ Để có hiệu lực, đề nghị phải được thông tin liên lạc tới người nhận nó, và khi đề nghị được chấp nhận, hợp đồng được thiết lập.

Một đề nghị có thể được chấp nhận “theo bất kỳ cách thức nào và bằng bất kỳ phương tiện nào thích hợp trong hoàn cảnh đó.”¹³¹ Những chấp nhận đề nghị thông thường được thực hiện ngoài mạng bao gồm liên lạc viết hoặc bằng miệng, cũng như chấp nhận bằng hành vi xử sự. Những đối tác trực tuyến của nó bao gồm chấp nhận bằng thư điện tử hoặc các hình thức thông điệp điện tử khác, thông qua đại lý điện tử, và bằng hành vi như là nhấn chuột vào một nút nào đó hoặc tải nội dung xuống.

Do vậy, nếu một đề nghị được làm bằng thư điện tử, bất kỳ ai cũng phải có khả năng chấp nhận nó bằng cùng phương tiện đó.¹³² Nhưng sẽ thế nào nếu đề nghị được làm bằng một số cách thức khác, ví dụ, qua thư hoặc fax? Thư đề nghị không nhất thiết phải được gửi đi theo cùng cách thức gửi đề nghị.¹³³ Tuy nhiên, UETA quy định rằng một tài liệu điện tử được xem là được nhận chỉ khi nó đi vào hệ thống máy tính “mà người nhận chỉ định hoặc sử dụng nhằm mục đích nhận tài liệu điện tử cùng loại với tài liệu được gửi đi”.¹³⁴ Do vậy, nếu các bên trước đây thường xuyên liên lạc với nhau bằng thư điện tử, thì một chấp nhận đề nghị bằng thư điện tử được gửi vào địa chỉ thư điện tử của người đề nghị được coi là có hiệu lực. Tuy nhiên, trong một số trường hợp, nhiều người có nhiều địa chỉ thư điện tử được sử dụng cho nhiều mục đích khác nhau, và một số địa chỉ này hiếm khi được sử dụng hoặc kiểm tra. Do vậy, mục đích của yêu cầu trên đây là bảo đảm rằng bên nhận có thể chỉ định địa chỉ thư điện tử hoặc hệ thống điện tử được sử dụng cho một giao dịch nhất định.

5.4. Giao dịch tự động

Liệu một hành vi của máy tính (không có sự tham gia của con người) có thể tạo nên một hợp đồng không? Câu trả lời là có, tùy thuộc vào bối cảnh.

Một máy tính có thể tạo ra một đề nghị. Ví dụ, hệ thống quản lý kho có thể tính khi nào nguồn hàng là thấp, và tự động đưa ra một lệnh mua điện tử gửi đến cho bên bán. Liệu đó có phải là một đề nghị ràng buộc không? Khi mà chưa có vụ kiện nào trực tiếp liên quan đến điều này, một vụ kiện tương tự

¹³⁰ Luật mẫu về thương mại điện tử của UNCITRAL, điều 11(1).

¹³¹ Tất nhiên, có thể có những câu hỏi về độ tin cậy của thông tin liên lạc điện tử, làm cho việc đưa ra chứng cứ tại toà án khó khăn hơn. Những vấn đề về an ninh được thảo luận trong phần 4 trên đây.

¹³² UCC 2-206(1)(a).

¹³³ Việc gửi chấp thuận đề nghị bằng cùng cách thức gửi đề nghị thường được coi là đúng đắn, trừ khi trong đề nghị có quy định khác. Xem Tái tuyên bố về Hợp đồng (lần 2) § 65.

¹³⁴ Ví dụ, xem Market Development Corp. kiện Flame-Glo Ltd., 1990 WL 116319 (E.D.Pa. 18 tháng 8 năm 1999) (có thể chấp nhận một đề nghị gửi qua thư điện tử qua fax).

đã ủng hộ hiệu lực của một gia hạn hợp đồng bảo hiểm do máy tính làm ra.¹³⁵ Lập luận rằng máy tính chỉ vận hành theo thông tin và lệnh mà lập trình viên của nó cung cấp, toà án tuyên rằng công ty bảo hiểm bị ràng buộc bởi thông báo gia hạn do máy tính tạo ra.

Chấp thuận đề nghị cũng có thể do máy tính sinh ra. Tuy nhiên, vấn đề là ở chỗ thông điệp trả lời là một chấp nhận đề nghị hay chỉ đơn thuần là xác nhận đã nhận được. Trong phần lớn các trường hợp, điều này phụ thuộc vào bản chất của trả lời. Ví dụ, trong một vụ kiện liên quan đến hệ thống nhận lệnh bằng máy tính, lệnh được nhận thông qua điện thoại, và hệ thống tự đánh số cho mỗi lệnh. Khi người bán từ chối bán theo lệnh cho người mua, bên mua kiện. Toà án tuyên rằng không có hợp đồng, vì số của lệnh chỉ đơn thuần nhằm mục đích quản lý hành chính, và không phải là sự chấp thuận đề nghị.¹³⁶

Chắc chắn vấn đề này sẽ phát sinh trong các chuyển nhượng EDI, khi một máy tính có thể tự động xác nhận việc nhận được một lệnh mua điện tử. Tuy nhiên, dạng xác nhận này thường chỉ có nghĩa là máy tính đã nhận được thông điệp dưới một hình thức mà nó có thể đọc được.¹³⁷ Điều này không có nghĩa là lệnh đã được chấp nhận. Dạng thông điệp EDI khác, như là xác nhận lệnh mua, có thể là một chấp nhận lệnh mua đúng nghĩa. UETA cũng quy định rằng việc nhận được một xác nhận điện tử từ một máy tính chỉ ra rằng tài liệu đã được máy tính nhận, nhưng bản thân nó không chỉ ra rằng nội dung được gửi đi đúng với nội dung nhận được.¹³⁸ Điều này không nhất thiết nghĩa là lệnh đã được chấp nhận. Các dạng thông điệp EDI khác, như là xác nhận lệnh mua, có thể được coi là sự chấp nhận. UETA cũng quy định rằng việc nhận được xác nhận điện tử từ một máy tính xác chứng tỏ rằng tài liệu đã được máy tính đó nhận, nhưng không chứng tỏ rằng nội dung được gửi đi đúng tương ứng với nội dung nhận được.¹³⁹

Câu hỏi về tính có thể thi hành của một hợp đồng được thiết lập thông qua đại lý điện tử cũng liên quan đến vấn đề này. Một đại lý điện tử là một chương trình máy tính hoặc thiết bị tự động khác được sử dụng để bắt đầu một hành động hoặc trả lời cho các tài liệu điện tử, hoặc thực hiện toàn bộ hoặc một phần mà không có sự xem xét lại hoặc can thiệp của một cá nhân vào thời điểm thực hiện hành động hoặc trả lời.¹⁴⁰

¹³⁵ UETA § 15(b)(1).

¹³⁶ State Farm Mutual Auto Inc kiện Brockhurst, 453 F.2d 533 (10 th Cir. 1972).

¹³⁷ Corinthian Pharmaceutical Systems kiện Lederle Labs, 724 F.Supp.605 (S.D.Ind. 1989). Những thư từ khác của bên bán tuyên bố rằng lệnh không có giá trị trừ khi được bên bán chấp nhận.

¹³⁸ “Một xác nhận hoạt động” của EDI xác nhận rằng thông điệp đã hoàn thành – nghĩa là tất cả các vùng trên tài liệu đã được hoàn thành dưới dạng có thể đọc được. Nó không phải là chấp nhận đề nghị với các điều khoản về nội dung.

¹³⁹ UETA §15(f).

¹⁴⁰ Xem E-SIGN § 106(3); UETA § (2)(6).

Cả E-SIGN và UETA đều công nhận hiệu lực của hợp đồng được tạo nên bởi đại lý điện tử. E-SIGN quy định không thể từ chối hiệu lực hoặc hậu quả pháp lý của một hợp đồng hoặc tài liệu khác liên quan đến một giao dịch chỉ bởi vì việc xây dựng, thành lập hoặc phân phối liên quan đến hoạt động của một hoặc nhiều đại lý điện tử khi mà hành vi của đại lý điện tử đó là đặc trưng pháp lý của người chịu ràng buộc.¹⁴¹ Tương tự, UETA công nhận rằng một hợp đồng có thể được thành lập với sự tác động của đại lý điện tử của các bên, thậm chí khi không cá nhân nào nhận thấy hoặc xem lại hoạt động của đại lý điện tử hoặc điều khoản và thoả thuận sinh ra.¹⁴² Thêm vào đó, UETA công nhận rằng hợp đồng có thể được thiết lập bởi sự tác động của một đại lý điện tử và một cá nhân.¹⁴³

5.5. Lỗi trong quá trình truyền tải

Một vấn đề quan trọng khác đối với giao dịch điện tử là vấn đề thay đổi hoặc lỗi có thể xuất hiện trong tài liệu điện tử, hoặc do hệ thống hoặc do lỗi truyền tải, hay do thay đổi chủ ý.

E-SIGN không quy định về vấn đề này. Tuy nhiên, UETA có một quy định giới hạn. Như là một nguyên tắc chung, UETA quy định rằng nếu các bên đồng ý sử dụng thủ tục an ninh để phát hiện lỗi hoặc thay đổi trong tài liệu điện tử, và một bên tuân theo thủ tục này nhưng bên kia không tuân theo, nếu có lỗi hoặc thay đổi xảy ra mà bên không tuân thủ phát hiện ra, bên tuân thủ có thể từ chối hậu quả của tài liệu đã bị thay đổi hoặc có lỗi.¹⁴⁴ Tương tự, trong trường hợp giao dịch tự động liên quan đến cá nhân, cá nhân có thể tránh được hậu quả phát sinh bởi lỗi của cá nhân nếu đại lý điện tử của bên kia không cho phép cá nhân đó cơ hội ngăn chặn hoặc sửa lỗi, và cá nhân đó ngay lập tức thông báo cho người khác về lỗi, tiến hành những bước thích hợp để gửi trả hoặc hủy cái nhận được như là kết quả của tài liệu sai, và không sử dụng hoặc nhận bất kỳ lợi nhuận hoặc giá trị nào từ cái nhận được, nếu có.¹⁴⁵

5.6. Yêu cầu công chứng hoặc người làm chứng

Trong nhiều trường hợp, luật quy định rằng chữ ký hoặc tài liệu phải được công chứng, xác nhận, hoặc có lời thề. Cả UETA và E-SIGN đều công nhận rằng yêu cầu này cũng được các giao dịch điện tử đáp ứng, khi mà chữ ký điện tử của người được uỷ quyền thực hiện hành động này, cùng với tất cả những thông tin khác cần thiết được ghi lại.¹⁴⁶ Tuy nhiên, điều quan trọng là

¹⁴¹ E-SIGN § 101(h).

¹⁴² UETA § 14(1).

¹⁴³ UETA § 14(2).

¹⁴⁴ UETA § 10(1).

¹⁴⁵ UETA § 10(2).

¹⁴⁶ E-SIGN § 101(g); UETA § 11.

phải lưu ý rằng quy định này không loại bỏ bất kỳ yêu cầu nào khác của luật về công chứng (như là sử dụng tem và dấu). Nó chỉ đơn thuần cho phép việc ký kết có thể được thực hiện qua các phương tiện điện tử. Một số bang, như là Florida, đã ban hành luật công chứng điện tử được thiết kế để giải quyết vấn đề những yêu cầu khác về công chứng có thể được đáp ứng như thế nào trên phương tiện điện tử. Tuy nhiên, đối với các bang chưa có luật, giá trị của điều khoản này là rất giới hạn.

5.7. Quyền tự quyết của các bên

Điểm cuối cùng đáng chú ý. Khi mà có quá nhiều luật, một cách thức tiếp cận chung để các bên thường xuyên tham gia vào các giao dịch điện tử với nhau là đơn thuần giao kết hợp đồng của họ để quyết định luật nào sẽ điều chỉnh hành vi trực tuyến của họ. Khái niệm về quyền tự chủ của các bên này – nghĩa là quyền của các bên tự thoả thuận với nhau về luật điều chỉnh giao dịch của họ – là trọng tâm trong quan điểm của chính phủ Mỹ đối với thương mại điện tử.

Phù hợp với quan điểm này, UETA quy định rõ ràng rằng, ngoài một số ngoại lệ, hiệu lực của một số quy định trong UETA có thể được thay đổi qua thoả thuận.¹⁴⁷ Tuy nhiên, E-SIGN, giống như hầu hết các luật khác, không nói gì về quyền tự quyết của các bên. Và một số luật (như luật bảo vệ người tiêu dùng) thực tế cấm thay đổi điều khoản của nó qua các thoả thuận.

Khi mà không có quy định cấm thay đổi luật bằng thoả thuận của các bên,¹⁴⁸ toà án thường ủng hộ những thoả thuận đó.¹⁴⁹ Toà án tối cao nói “không có những xem xét về thủ tục ngăn cản việc thi hành hợp đồng, toà án tuyên rằng thoả thuận từ bỏ những quy định về chứng cứ nói chung là có thể thi hành thậm chí sau đó có bên phản đối”.¹⁵⁰ Tuy nhiên, toà án lưu ý “có thể có một số nguyên tắc về chứng cứ là quá quan trọng đối với tính đáng tin cậy của quá trình tìm ra sự thật mà không thể bị từ bỏ mà không phải là mất tin

¹⁴⁷ UETA § 5(d).

¹⁴⁸ Ví dụ, UETA § 5(c) quy định rằng “bên đồng ý tiến hành một giao dịch bằng phương tiện điện tử có thể từ chối tiến hành các giao dịch khác bằng phương tiện điện tử. Không thể từ bỏ quyền mà điều luật này trao thông qua thoả thuận”.

¹⁴⁹ Ví dụ, toà án đã xác nhận quy định về từ bỏ quyền từ chối tin đồn (Sac and Fox Indians of Mississippi in Oklahoma, 220 U.S. 481, trang 488-489 (1911)), đã tuyên rằng những quy định về tính có thể chấp nhận của tài liệu loại bỏ sự từ chối sau đó về tính xác thực (Tupman Thurlow Co. kiện S.S. Cap Castillo, 490 F.2d 302, trang 309 (2nd Cir.1974); Mỹ kiện Wing, 450 F.2d 806, trang 911 (9th Cir.1971)), và tuyên rằng quy định về tính có thể chấp nhận loại bỏ quyền từ chối tin đồn tại phiên toà (xem Mỹ kiện Bonnet, 877 F.2d 1450, trang 1458-1459 (10th Cir. 1989). Toà án cũng đã phê chuẩn quy định từ bỏ quy tắc về chứng cứ tốt nhất (Finch, Van Slyk & McConville kiện Le Sueur County Co-op Co., 128 Minn.73, 150 N.W.226 (1914); Skibsaktieselskapet Bestum III kiện Duke, 131 Wash. 467, 230 P.650 (1924)), hoặc về từ bỏ các tiêu chuẩn của nhân chứng chuyên môn (Brinck kiện Bradburry, 179 Cal.376, 176 P 690 (1919)).

¹⁵⁰ Mỹ kiện Mezzanatto, 513 U.S. 196, 115 S.Ct.797, trang 804 (1995), trích 21 C.Wright & K. Graham, Thủ tục và hoạt động thực tiễn liên bang § 5039, trang 207-208 (1977).

tưởng nghiêm trọng...[vào] toà án”.¹⁵¹

Do vậy, một số hợp đồng nhằm hay đổi quy định pháp lý hiện hành đã bị tuyên là không thể thi hành. Ví dụ, trong một vụ kiện, toà án từ chối thi hành một thoả thuận là chỉ có một số dạng đánh giá nhất định được công nhận, trên cơ sở là quy định đó “nhằm thay thế hoàn toàn toà án trong việc xem xét những chứng cứ có hiệu lực pháp lý”.¹⁵² Trong vụ án khác, toà án tuyên rằng bên được cấp phép có thể tranh chấp về một quy định bổ sung hợp đồng là vi phạm nhãn hiệu thương mại là chứng cứ quyết định về thiệt hại không thể khắc phục.¹⁵³ Và trong vụ án khác, toà án tuyên bố rằng “rất đáng ngờ rằng các bên, thông qua hợp đồng, phân chia nghĩa vụ chứng minh, thiết lập nên những tiêu chuẩn của chứng cứ, hoặc về những khía cạnh khác, kiểm soát quá trình tìm ra sự thực tư pháp trong những vụ kiện phát sinh từ hợp đồng của họ.”¹⁵⁴ Cuối cùng, một số toà án đã ủng hộ quy định trong các chính sách bảo hiểm thay đổi giả thiết pháp lý về cái chết sau khi vắng mặt sau bảy năm, mặc dù nhiều toà án khác từ chối thi hành những thoả thuận như vậy.¹⁵⁵

Tuy nhiên, trong tất cả các vụ kiện, hợp đồng giữa các đối tác kinh doanh (đặc biệt trong bối cảnh cùng nhằm mục đích kinh doanh) thiết lập nên quy định cho các giao dịch điện tử mà trước đây chưa hề có, hoặc thay đổi những quy định hiện tại, sẽ được thi hành. Cho đến khi luật điều chỉnh giao dịch điện tử phát triển hơn, điều này thường là cách thức tốt nhất để bảo đảm tính có thể thi hành và an ninh cần thiết.

¹⁵¹ Mezzanatto, 513 U.S. 196, 115 S.Ct, trang 803.

¹⁵² Cronk kiện Bang, 420 N.Y.S.2d 113 (N.Y.Ct.Cl.1979).

¹⁵³ Oleg Cassini, Inc kiện Couture Coordinate, Inc, 297 F.Supp.821, trang 833 (S.D.N.Y 1969).

¹⁵⁴ Transamerica Insurance Co. kiện Bloomfield, 55 Or.App.31,637 P.2d 176, trang 180 (1981)

¹⁵⁵ Xem Hợp đồng của Williston (biên tập lần 4), Quyển 7, § 15.13, trang 274-275 (1997).

NHỮNG VẤN ĐỀ VỀ THẨM QUYỀN VÀ BẢO VỆ NGƯỜI TIÊU DÙNG TRONG KHÔNG GIAN ẢO: CÁI NHÌN TỪ DƯỚI LÊN*

1. Giới thiệu

Rất nhiều giao dịch trong không gian ảo liên quan đến mối liên hệ giữa người tiêu dùng và người bán hàng hoá hoặc dịch vụ. Trong bối cảnh có thể dễ dàng giao kết những giao dịch này vượt qua những khoảng không gian địa lý lớn, rất nhiều giao dịch sẽ mang tính quốc tế dưới góc độ các bên tham gia giao dịch đang sống ở những nước khác nhau. Ví dụ, một người tiêu dùng đang sống tại Úc có thể mua một đôi giày từ một nhà kinh doanh tại Thụy Điển thông qua trang chủ của nhà kinh doanh đó. Trên bề mặt, giao dịch này có mối liên kết với hai quốc gia: Úc và Thụy Điển. Đồng thời, quan hệ với các quốc gia khác cũng có thể phát sinh, ví dụ, khi trang chủ của nhà kinh doanh Thụy Điển được trợ giúp bởi một máy chủ đặt tại Mỹ, hoặc nếu đôi giày đó do một nhà máy đặt tại Trung Quốc sản xuất.

Những loại chuyển nhượng này không chỉ thường có liên hệ tới nhiều nước; chúng thường liên quan hoặc có khả năng có quan hệ tới nhiều hệ thống pháp luật. Do vậy, chúng không chỉ được xem là có đặc điểm quốc tế, mà còn liên quan đến nhiều hệ thống luật pháp.

Khi tranh chấp liên quan đến những giao dịch này xảy ra, cần phải giải quyết ba vấn đề chính. Thứ nhất, cần phải quyết định xem toà án nước nào có thẩm quyền giải quyết tranh chấp. Vấn đề này thường được tóm gọn trong thuật ngữ *thẩm quyền địa lý* hay đơn giản là *thẩm quyền*. Vấn đề thứ hai liên quan đến luật của nước nào sẽ được áp dụng để giải quyết tranh chấp. Vấn đề này thường được tóm gọn trong thuật ngữ *thẩm quyền lập pháp* hay *thẩm quyền tương ứng* hoặc đơn giản là *chọn luật*. Vấn đề thứ ba liên quan đến việc một bản án do một quốc gia ban hành một có thể được công nhận và thi hành ở quốc gia khác như thế nào. Vấn đề này thường được tóm gọn bởi thuật ngữ *thẩm quyền thi hành* hay đơn giản là *tính có thể thi hành*.

Kết quả của từng vấn đề này sẽ có ảnh hưởng lớn đến người tiêu dùng. Quay trở lại ví dụ giả thiết về việc một người tiêu dùng Úc mua đôi giày từ nhà kinh doanh Thụy Điển, giả thiết rằng người tiêu dùng nhận thấy đôi giày mình nhận được không đáp ứng những mô tả được đưa ra trong trang chủ của người bán (<www.rightshoes.com>). Rõ ràng, người tiêu dùng sẽ thấy việc

* Lee A Bygrave và Dan Svantesson, [2001] CyberLRes 12

yêu cầu đền bù thông qua toà án Úc sẽ rẻ hơn rất nhiều so với việc khởi kiện tại toà án Thụy Điển. Vấn đề chọn luật cũng rất quan trọng đối với người tiêu dùng trong bối cảnh có những khác biệt đáng kể trong luật tương ứng của các nước này về hợp đồng và bảo vệ người tiêu dùng. Cuối cùng, thậm chí nếu người tiêu dùng thắng trong vụ kiện, bản án có lợi của toà án địa phương cũng không giúp đỡ được gì nhiều nếu không thể thi hành được bản án đó ở nước ngoài.

Trong bài báo này, chúng tôi sẽ tập trung vào những vấn đề liên quan đến thẩm quyền địa lý. Do hạn chế về thời gian và trong phạm vi một bài báo, chúng tôi sẽ không bàn luận về tất cả các khía cạnh liên quan mà chỉ tập trung vào một số vấn đề chính được lựa chọn. Cũng cần phải nhấn mạnh rằng chúng tôi chủ yếu quan tâm đến những tình huống trong đó (ít nhất) một bên trong giao dịch Internet sống tại Úc và (ít nhất) một bên trong giao dịch sống ngoài nước Úc. Vấn đề về thẩm quyền giữa các bang trong toàn bộ nước Úc không được bàn luận đến.

2. Quy định về thẩm quyền

2.1. Nhận xét chung

Những nguyên tắc điều chỉnh về thẩm quyền cơ bản mang tính chất quốc gia; nghĩa là, chúng là một bộ phận, và phát sinh từ, hệ thống luật pháp nội địa của quốc gia. Hơn nữa, khi xem xét xem mình có thẩm quyền đối với một vấn đề nhất định hay không, toà án sẽ áp dụng luật của quốc gia đó (*lex forum*).

Nguyên tắc xác định thẩm quyền của các nước rất khác nhau. Thường có sự khác biệt trong phạm vi thẩm quyền mà một quốc gia trao cho toà án của mình đối với những vụ việc chỉ liên quan một phần, không phải là toàn bộ, đến lãnh thổ của nước đó. Điểm khác biệt cũng phát sinh, ví dụ, khi một quốc gia có những nguyên tắc về thẩm quyền đặc biệt đối với những vấn đề liên quan đến người tiêu dùng. Chúng tôi sẽ xem xét thêm về những nguyên tắc này ở phần dưới đây.

Đồng thời, một số nguyên tắc về thẩm quyền dựa trên, hoặc được đưa vào, một số các hiệp định hoặc văn kiện quốc tế nhất định. Ví dụ về những văn kiện này được đưa ra dưới đây. Đặc biệt là tại Tây Âu, những nguyên tắc quốc gia về thẩm quyền đã được thống nhất hoá trong các văn kiện quốc tế. Khi được áp dụng, những văn kiện này sẽ xác định những giới hạn về thẩm quyền của quốc gia.

2.2. Tóm tắt những nguyên tắc của Úc

Tại Úc, vấn đề thẩm quyền được chia làm hai vấn đề nhỏ: thẩm quyền

cá nhân: liệu tòa án có thẩm quyền áp dụng thủ tục tố tụng của mình đối với một bị đơn xác định không; và thẩm quyền vụ việc: tòa án có thẩm quyền xét xử một loại khiếu nại nhất định hay không. Phải có cả hai thẩm quyền này trước khi một tòa án có thể thi hành quyền lực của mình đối với một tranh chấp pháp lý.

Về thẩm quyền cá nhân, điểm xuất phát theo luật thông pháp là bị đơn sẽ thuộc thẩm quyền của tòa án nếu bị đơn (i) hiện đang ở trong vùng lãnh thổ của tòa án vào thời điểm tổng đạt lệnh hoặc (ii) đề nghị tòa án đó xét xử. Theo quy định của tòa án,¹⁵⁶ tổng đạt *ex iuris* cũng có thể được thực hiện theo quyết định của tòa án trong những trường hợp nhất định. Có thể tổng đạt *ex iuris* quyết định mở thủ tục tố tụng vụ kiện đền bù thiệt hại ngoài hợp đồng nếu:

- Hành vi gây thiệt hại ngoài hợp đồng xảy ra trong lãnh thổ;¹⁵⁷ hoặc
- Hành vi gây ra thiệt hại trong lãnh thổ.¹⁵⁸

Có thể tổng đạt *ex iuris* trong thủ tục thi hành một hợp đồng hoặc thi hành đền bù thiệt hại nếu:

- Hợp đồng được ký kết trong lãnh thổ;
- Hợp đồng bị vi phạm trong lãnh thổ; hoặc
- Hợp đồng được điều chỉnh bằng luật của lãnh thổ đó.¹⁵⁹

Có thể cho phép tổng đạt *ex iuris* nếu nguyên đơn yêu cầu ra lệnh chấm dứt hoặc ngừng một hành vi của bị đơn, trong vùng lãnh thổ, vi phạm quyền của nguyên đơn trong vùng lãnh thổ đó.¹⁶⁰

Về thẩm quyền vụ việc, nếu vụ kiện liên quan đến hành vi gây thiệt hại ngoài hợp đồng được thực hiện bên ngoài vùng lãnh thổ, cần phải đáp ứng điều kiện về “tính có thể khởi kiện kép” độc lập với việc đáp ứng thẩm quyền cá nhân. Điều kiện này là:

(a) sự kiện đó là nguyên nhân gây ra một vụ kiện tương đương với vụ kiện đền bù thiệt hại ngoài hợp đồng nếu sự kiện đó xảy ra tại Úc;

(b) sự kiện đó là nguyên nhân gây ra một vụ kiện làm phát sinh một nghĩa vụ thuộc cùng loại nghĩa vụ theo luật của nơi sự kiện đó xảy ra.¹⁶¹

¹⁵⁶ Về luật của bang New South Wales, xem Quy định của Tòa án tối cao 1970 Pt 10.

¹⁵⁷ Xem Quy định của Tòa án tối cao 1970 (NSW), Pt 10 r 1A(1)(d).

¹⁵⁸ Xem Quy định của Tòa án tối cao 1970 (NSW), Pt 10 r 1A(1)(e).

¹⁵⁹ PE Nygh, *Xung đột luật tại Úc*, (Nhà xuất bản Butterworths, 1995, biên tập lần 6), trang 50.

¹⁶⁰ Xem Quy định của Tòa án tối cao 1970 (NSW), Pt 10 r 1A(1)(d).

¹⁶¹ Vụ *McKain kiện Miller* (1991) 174 CLR 1.

Nếu chỉ đáp ứng một trong những điều kiện tổng đạt *ex iuris* kể trên, có thể đình chỉ thủ tục tố tụng nếu chứng minh được rằng toà án đó “là một nơi rõ ràng không thích hợp” để xét xử vụ kiện.¹⁶² Những điều kiện này phần nào khác với những điều kiện về “địa điểm rõ ràng là thích hợp hơn”.¹⁶³ Khó có thể đáp ứng những điều kiện này.¹⁶⁴ Đồng thời, việc yêu cầu áp dụng các điều kiện này làm cho các toà án Úc dễ dàng hơn, ít nhất là trên lý thuyết, trong việc áp đặt thẩm quyền của mình đối với những giao dịch không gian ảo nhất định.

Luật của Úc biểu hiện khái niệm thường được gọi chung là nguyên tắc về quyền tự quyết của các bên. Nguyên tắc này nghĩa là các bên trong một hợp đồng hoàn toàn tự do đưa ra những thoả thuận ràng buộc giữa các bên về việc toà án của nước nào sẽ có thẩm quyền xét xử các tranh chấp giữa các bên liên quan đến hợp đồng và luật nước nào sẽ được áp dụng để giải quyết tranh chấp.¹⁶⁵

Nếu không có thoả thuận có hiệu lực giữa các bên về thẩm quyền địa lý, những nguyên tắc tóm tắt trên đây sẽ được áp dụng. Nếu các bên không có những thoả thuận có hiệu lực về luật áp dụng cho hợp đồng, hợp đồng nói chung sẽ được điều chỉnh bởi luật của nơi mà hợp đồng có quan hệ chặt chẽ nhất.¹⁶⁶

2.3. Bảo vệ người tiêu dùng

Tại Châu Âu, có một số hạn chế đối với nguyên tắc về quyền tự quyết của các bên. Những hạn chế thường được áp dụng trong những tình huống có một mức độ khác biệt nhận thấy được trong sức mạnh thương lượng của các bên. Một ví dụ quan trọng cho tình huống này là khi một nhà kinh doanh bán hàng hoá hoặc dịch vụ cho người tiêu dùng; người tiêu dùng được xem là ở một vị trí yếu hơn so với nhà kinh doanh. Do vậy, những nguyên tắc về thẩm quyền của Châu Âu quy định rằng người bán hàng chỉ có thể kiện người tiêu dùng tại quốc gia người tiêu dùng sống, trong khi người tiêu dùng có thể khởi kiện người bán tại nước người tiêu dùng sống.¹⁶⁷ Người tiêu dùng cũng được bảo vệ đặc biệt trong việc chọn luật.¹⁶⁸

Úc không có những quy định này. Tuy nhiên, một số luật, tiêu biểu nhất

¹⁶² Xem *Voth kiện Manildra Flour Mills Pty Ltd* (1990) 171 CLR 538, 565.

¹⁶³ Xem *Spiliada Maritime Corporation kiện Consulex Ltd* [1987] 1 AC 460, 477.

¹⁶⁴ Xem thêm R Garnett, “Đình chỉ vụ kiện tại Úc: một phép thử rõ ràng là không thích hợp?” (1999) 23 *Melbourne University Law Review* 30.

¹⁶⁵ Xem Nygh, *ghi chú số 4 trên đây*, trang 292.

¹⁶⁶ Như trên, trang 34.

¹⁶⁷ Xem Công ước Brussels 1968 về thẩm quyền và thi hành bản án về các vụ việc dân sự và thương mại, Điều 13-15; Công ước Lugano 1988 về Thẩm quyền và Thi hành bản án về các vụ việc dân sự và thương mại, Điều 13-15; Quy định của Cộng đồng Châu Âu số 44/2001 ngày 22 tháng 12 năm 2000 về thẩm quyền và công nhận và thi hành bản án về các vụ việc dân sự và thương mại, Điều 15-17.

¹⁶⁸ Xem Công ước Rome 1980 về Luật áp dụng cho các nghĩa vụ hợp đồng, Điều 5(3).

là Luật thực hành thương mại 1974 (Khối thịnh vượng chung) (sau đây được gọi là TPA) quy định một biện pháp bảo vệ đặc biệt cho khách hàng về vấn đề thẩm quyền. Điều 67 TPA quy định rằng trong trường hợp luật của Úc thường điều chỉnh hoạt động của một hợp đồng cung cấp hàng hoá hoặc dịch vụ của một công ty cho một cá nhân, những điều kiện và bảo đảm quy định tại điều 2 phần 5 của Luật sẽ được áp dụng bất kể điều khoản của hợp đồng quy định rằng luật nước ngoài điều chỉnh việc thực hiện hợp đồng đó.

3. Sự phức tạp pháp lý trong không gian ảo

3.1. Những nhận xét chung

Những quy định hiện tại điều chỉnh về thẩm quyền phân lớn được đặt ra trên những tiêu chí về địa lý. Thường phải xác định địa điểm thực tế nơi nhiều hành vi khác nhau diễn ra. Ví dụ, trong trường hợp hợp đồng, có thể đặt ra nhiều câu hỏi như: hợp đồng được giao kết ở đâu? nghĩa vụ hợp đồng bị vi phạm ở đâu? Đối với các giao dịch thông qua Internet, khó có thể trả lời dứt khoát những câu hỏi này. Trên Internet, chúng ta thiếu những điểm viện dẫn mà chúng ta thường sử dụng trong thế giới thực tại, ngoài mạng. Internet là một diễn đàn bỏ qua biên giới quốc gia. Có thể gọi Internet là không biên giới.

Đồng thời, trong nhiều giao dịch trực tuyến, khó có thể xác định những thước đo đầy đủ của giao dịch, bao gồm nhận dạng, nơi sinh sống và địa vị của các bên trong giao dịch. Ví dụ, một địa chỉ thư điện tử thường không phải là một chỉ dẫn đáng tin cậy về nơi một người đang sống hoặc nơi một tổ chức đóng trụ sở.

Những điểm không rõ ràng này càng tăng thêm bởi những quy định không rõ ràng hoặc những chỗ trống trong luật về thẩm quyền. Những quy định này chủ yếu phát sinh từ thời kỳ trước Internet và không tính đến thương mại diễn ra trong bối cảnh kỹ thuật số. Do vậy, việc áp dụng chúng vào những hợp đồng được giao kết qua Internet thường gây ra những vấn đề. Ví dụ, hàng hoá “số hoá” (được định nghĩa dưới đây) được phân loại như là “hàng hoá” hay “dịch vụ” ở mức độ nào? Một trang chủ có thể được coi là trụ sở hay địa điểm kinh doanh hay không? Một trang chủ có thể là một “lời mời đặc biệt” được gửi cho những khách hàng nhất định hay không?

Trong phần tiếp theo, chúng ta sẽ xem xét kỹ lưỡng hơn những câu hỏi này.

Có rất ít án lệ trả lời trực tiếp những câu hỏi này. Thêm vào đó, có rất ít án lệ nói chung liên quan đến những giao dịch không gian ảo. Điều này đặc biệt đúng đối với Úc.

Từ trước tới nay, chỉ có một án lệ của Úc trả lời trực tiếp những vấn đề

về thẩm quyền trong không gian ảo: xem *Macquarie Bank Ltd kiện Berg*.¹⁶⁹ Trong vụ kiện này, toà án từ chối ra lệnh tạm thời cấm bị đơn, một người sống tại Mỹ, xuất bản trên trang chủ đặt ngoài Úc một tài liệu bị cáo buộc là nói xấu theo luật của New South Wales. Toà án chứng minh cho quyết định của mình bằng các cơ sở sau: (a) tính có thể thi hành của lệnh này là không chắc chắn; (b) không muốn áp dụng những quy định về nói xấu của NSW cho các nơi khác trên thế giới (trong bối cảnh nhà điều hành trang chủ đó có thể sẽ gặp những khó khăn về kỹ thuật trong việc tuân thủ một lệnh của toà án chống lại việc xuất bản tài liệu chỉ ở bang NSW); (c) lo ngại về quyền tự do biểu hiện.

Từ vụ kiện này, khó có thể rút ra kết luận các toà án Úc sẽ xử lý những vấn đề liên quan đến nhiều hệ thống luật pháp như thế nào trong không gian ảo.

Không có gì là ngạc nhiên khi quốc gia có phần án lệ chuyên biệt lớn nhất về những vấn đề thẩm quyền phát sinh do việc sử dụng Internet là Mỹ. Phần lớn các án lệ này có bản chất xuyên quốc gia. Rất nhiều vụ kiện phát sinh về vi phạm luật nhãn hiệu thương mại. Nguyên tắc cơ bản phát sinh từ những án lệ này là thẩm quyền (cá nhân) cơ bản được quyết định trên cơ sở đánh giá đặc điểm và mức độ liên lạc, cả trên Internet và ngoài Internet, giữa bị đơn và quốc gia nơi nguyên đơn sống.¹⁷⁰ Yếu tố trọng tâm được tính đến là mức độ tương tác của trang chủ của nguyên đơn. Mức độ tương tác giữa trang chủ và một quốc gia nào đó càng lớn thì khả năng quốc gia đó có thẩm quyền đối với người vận hành trang chủ càng cao. Đồng thời, tình tiết thực tế là có thể truy cập trang chủ từ quốc gia đó không đủ để thiết lập thẩm quyền. Dường như những án lệ này sẽ có những ảnh hưởng nhất định đến các toà án Úc.

3.2. Những vấn đề lựa chọn

3.2.1. Nơi đặt máy chủ

Trong một số vụ án,¹⁷¹ quan điểm cho rằng địa điểm địa lý của máy chủ trợ giúp cho trang chủ sẽ được sử dụng làm cơ sở xác định thẩm quyền đang bị tranh cãi. Đây là một cách nghĩ khá ngây thơ; địa điểm đặt máy chủ không phải là tiêu chí thích hợp để xác định thẩm quyền.¹⁷² Máy chủ được đặt ở đâu nói rất ít về vùng lãnh thổ hoặc các vùng lãnh thổ mà trang chủ có liên hệ chặt

¹⁶⁹ Không xuất bản, Toà án tối cao bang New South Wales, thẩm phán Simpson, 2.6.1999.

¹⁷⁰ Ví dụ, xem *Zippo Manufacturing Co kiện Zippo Dot Com, Inc*, 952 F Supp 1119 (WD Pa 1997); *Cybersell, Inc kiện Cybersell, Inc*, 130 F3d 414 (9th Cir 1997); *Compuserve, Inc kiện Patterson*, 89 F3d 1257 (6th Cir 1996). Tổng kết và phân tích về những án lệ này, xem RE Kaye, “Những hoạt động trên trang chủ Internet của công ty hoặc cá nhân không cư trú tại quốc gia có tạo nên thẩm quyền cá nhân theo luật và theo điều khoản về thủ tục tố tụng đúng đắn không?” (2000) 81 *American Law Reports* 41..

¹⁷¹ Xem *Compuserve, Inc kiện Patterson*, 89 F3d 1257 (6th Cir 1996).

¹⁷² Tuy nhiên, địa điểm đặt máy chủ có thể ảnh hưởng đến tính có thể thi hành của quyết định toà án.

chẽ nhất trên thực tế. Ví dụ, một đài phát thanh của Thụy Điển sử dụng một trang chủ tiếng Thụy Điển để phát động một chiến dịch chống người Semite – một hành vi rõ ràng là bất hợp pháp theo luật Thụy Điển. Tình tiết đơn thuần là máy chủ được đặt tại Mỹ không phải là lý do đúng đắn ngăn chặn các toà án Thụy Điển thực thi thẩm quyền của mình.¹⁷³ Hơn nữa, người tiêu dùng hiếm khi biết được địa điểm của trang chủ mà người tiêu dùng đó truy cập, cũng như người bán cũng không biết điều này khi họ thuê bộ nhớ chứa dữ liệu từ máy chủ đó. Hơn nữa, nếu địa điểm của máy chủ được coi là yếu tố quyết định, người bán hàng có thể dễ dàng tránh được các quốc gia bảo vệ người tiêu dùng mạnh áp đặt thẩm quyền với mình bằng cách đơn giản là đặt trang chủ của mình vào những máy chủ đặt tại các quốc gia có hệ thống bảo vệ người tiêu dùng kém.

Những lập luận tương tự cũng áp dụng đối với quan điểm là trang chủ sẽ có mối quan hệ mạnh hơn với một quốc gia nhất định so với các quốc gia khác chỉ trên cơ sở nơi sống của người bán vận hành trang chủ. Không có mối quan hệ cần thiết giữa quốc gia nơi người bán sống và nơi nào là nơi mà trang chủ có mối quan hệ chủ yếu.

3.2.2. Việc trình bày hàng hoá trên trang chủ có phải là đề nghị không?

Theo truyền thống, việc trình bày hàng hoá trong danh mục quảng cáo¹⁷⁴ và trình bày hàng hoá trong cửa hàng¹⁷⁵ được phân loại là một lời mời giao dịch, không phải là một đề nghị. Từ đây, có thể thấy việc trình bày hàng hoá trên trang chủ không tạo nên một đề nghị. Đây là nguyên tắc chính. Tuy nhiên, nếu ngôn ngữ sử dụng trong trình bày tại cửa hàng ẩn dấu ngôn ngữ sử dụng trong đề nghị, lời mời giao dịch đó sẽ được xem là đề nghị, là đối tượng của việc chấp nhận.¹⁷⁶

Hơn nữa, trong vụ *Lefkowitz kiện Great Minneapolis Surplus Stores*¹⁷⁷ của Mỹ, bản án tuyên rằng một quảng cáo bán áo lông trị giá \$139.50 với giá \$1 với điều kiện “người đến trước mua trước” là một đề nghị. Toà án tuyên rằng nếu đề nghị đang tranh cãi là rõ ràng, dứt khoát và công khai, không còn gì để thương lượng,¹⁷⁸ thì nó tạo nên một đề nghị.

Áp dụng *Lefkowitz* vào Internet là một kinh nghiệm khá thú vị. Ví dụ, nếu một nhà kinh doanh bán một phần mềm có thể tải xuống thông qua một trang chủ hoàn toàn tự động, thì đề nghị đang tranh cãi đó là rõ ràng, dứt khoát, công khai và không còn gì phải thương lượng. Hơn nữa, vì có lẽ số

¹⁷³ Ví dụ này được lấy từ T Carlen-Wendels, *Notjuridik* (Norstedts, 2:1, 1998) 47.

¹⁷⁴ *Partridge kiện Crittendon* [1968] 2 All ER 421.

¹⁷⁵ *Pharmaceutical Society of Great Britain kiện Boots Cash Chemists (Southern) Ltd* [1953] 1 QB 401.

¹⁷⁶ *Esso Petroleum Ltd kiện Commissioners of Customs and Excise* [1976] 1 All ER 117; *Reardon kiện Morley Ford Pty Ltd* (1980) 49 FLR 401.

¹⁷⁷ *Lefkowitz kiện Great Minneapolis Surplus Stores* (1957) 86 NW 2d 689.

¹⁷⁸ Như trên.

lượng bản sao phần mềm người bán có thể bán là không giới hạn, quan điểm là nền tảng của quy tắc về lời mời giao dịch trở thành không liên quan.

Lý luận cơ bản đằng sau việc giới hạn hiệu lực của đề nghị được đưa ra chỉ là một đề nghị giao dịch là ở chỗ thương gia không thể nào biết được bao nhiêu người sẽ quan tâm đến đề nghị được đưa ra và do vậy, có thể là không công bằng nếu coi thương gia đó là vi phạm nghĩa vụ hợp đồng nếu thương gia đó không thể bán thêm do hết hàng. Lập luận này không liên quan gì đến ví dụ nói trên.

Cuối cùng, thậm chí nếu tuyên bố đưa ra không sử dụng ngôn ngữ đủ để làm cho nó tương đương với một đề nghị, nó vẫn có thể làm phát sinh nghĩa vụ pháp lý nếu theo luật, ví dụ, Luật thực hành thương mại, tuyên bố đó là lừa đảo hoặc sai trái.¹⁷⁹

3.2.3. Sản phẩm số hoá

Hiện đang có tranh luận về việc liệu sản phẩm số hoá phải được coi là hàng hoá, dịch vụ hay là một loại sản phẩm mới.¹⁸⁰ Một sản phẩm số hoá là một sản phẩm được chuyển thể từ một vật thể hữu hình sang dạng một kết hợp số hoá đơn thuần các mã nhị nguyên. Ví dụ thông dụng nhất về các sản phẩm này là đĩa CD, băng video, phần mềm và sách.

Vấn đề này liên quan đến việc áp dụng một số điều khoản bảo vệ người tiêu dùng trong TPA – luật này chỉ áp dụng cho hợp đồng cung cấp hàng hoá và dịch vụ.¹⁸¹ Điều 4(1) TPA đưa ra định nghĩa chuyên biệt về hàng hoá, bao gồm cả hàng hoá “điện tử”, nhưng không giải quyết dứt khoát được vấn đề. Những luật khác không giải quyết được vấn đề hàng hoá số hoá có được coi là hàng hoá hay không. Một số án lệ của Úc lập luận rằng phần mềm có thể được chấp nhận là hàng hoá.¹⁸² Một số án lệ khác tuyên rằng việc bán phần mềm phải được xử lý như là bán hàng hoá.¹⁸³

Đồng thời, sự phân biệt giữa hàng hoá và dịch vụ trong bối cảnh trực tuyến có thể là khá đơn giản (giả thiết rằng hàng hoá phải là vật thể hữu hình, qua đó có phải tuân thủ việc chuyển quyền sở hữu). Nếu người tiêu dùng giao kết hợp đồng cung cấp một hàng hoá số hoá, và đến khi hoàn thành hợp đồng, nhận được một vật thể hữu hình, thì tốt nhất là phân loại giao dịch đó là giao dịch cung cấp hàng hoá. Mặt khác, nếu người tiêu dùng không nhận được một vật thể hữu hình, thì giao dịch tốt nhất được phân loại là hợp đồng cung cấp

¹⁷⁹ Điều 52 TPA liên quan nhiều nhất đến điểm này.

¹⁸⁰ Xem M Foss và LA Bygrave, “Người tiêu dùng quốc tế mua hàng qua Internet: những vấn đề về thẩm quyền theo Luật Châu Âu”, (2000) 8 *International Journal of Law and Information Technology* 99.

¹⁸¹ Ví dụ, xem điều 56 và 67.

¹⁸² Xem *Toby Constructions Products Pty Ltd kiện Computa Bar (Sales) Pty Ltd* [1983] 2 NSWLR 48, trong đó thẩm phán Rogers J tuyên rằng phần cứng và phần mềm là hàng hoá.

¹⁸³ *Caslec Industries Pty Ltd kiện Windhover Data Systems Pty Ltd*, NSW (không xuất bản) 1992; Fed #580.

dịch vụ. Ví dụ, nếu người tiêu dùng mua sản phẩm in ấn của bộ Bách khoa toàn thư tại một cửa hàng sách thông thường, rõ ràng, đây là một giao dịch cung cấp hàng hoá. Nếu người tiêu dùng ra lệnh mua bản in của bộ Bách khoa toàn thư thông qua Internet, đây cũng là giao dịch cung cấp hàng hoá. Nếu người tiêu dùng mua bộ Bách khoa toàn thư qua Internet và nhận được phiên bản số hoá, đây vẫn là hợp đồng cung cấp hàng hoá. Những nếu người tiêu dùng giao kết với trang chủ Britanica.com để có được đường dẫn đến trang chủ này, thì người tiêu dùng đã cam kết một hợp đồng cung cấp dịch vụ, vì khác với ba ví dụ trên, người tiêu dùng không nhận được một vật thể hữu hình nào vào thời điểm hợp đồng được hoàn thành.

3.2.4. Lời từ chối trên trang chủ

Vì có thể truy cập một trang chủ từ bất kỳ nơi nào trên thế giới và điều này có thể gây ra những hậu quả pháp lý ở bất kỳ nước nào, trong nhiều trường hợp, các doanh nghiệp thực hiện những biện pháp để giới hạn những hậu quả này bằng cách đưa ra những lời từ chối pháp lý trên trang chủ của mình.

Có sự khác biệt rất lớn giữa các quốc gia về phạm vi mà những lời từ chối này có thể giới hạn các nghĩa vụ pháp lý. Việc xây dựng lên một lời từ chối có hiệu lực toàn cầu gần như là không thể, và tất nhiên là rất tốn kém, vì nó yêu cầu phải hiểu biết về tất cả các hệ thống luật pháp trên toàn thế giới. Một vấn đề khác là ngôn ngữ. Một lời từ chối bằng tiếng Đan Mạch sẽ có ít tác dụng trước một toà án Úc.

Lời từ chối chứa đựng một điều khoản chọn luật có rất nhiều vấn đề. Thứ nhất, lời từ chối này không được công nhận trong mọi tình huống,¹⁸⁴ và nói chung, hiệu lực của điều khoản không chỉ được quyết định bởi luật được tuyên bố trong điều khoản đó, mà còn bởi luật của quốc gia nơi có bên bị ảnh hưởng bởi điều khoản đó. Cũng rất khó chứng minh rằng người truy cập trang chủ không chỉ đọc mà đã chấp nhận điều khoản chọn luật.

Hiệu lực của lời từ chối cũng khác nhau trong mối quan hệ với nghĩa vụ pháp lý mà lời từ chối thực sự nhằm tránh. Ngoài lời từ chối có điều khoản chọn luật vừa được thảo luận, có bốn dạng lời từ chối thông dụng:

1. Tuyên bố về nghĩa vụ: Đối với tất cả các loại trang chủ, thường có đường dẫn tới các trang chủ khác. Tuyên bố về nghĩa vụ thường nói rằng người đưa thông tin lên trang chủ đó không có nghĩa vụ gì về nội dung của các trang chủ khác mà trang chủ đó có đường dẫn kết nối.

2. Tuyên bố về trách nhiệm pháp lý: Những tuyên bố này nhằm từ chối trách nhiệm pháp lý phát sinh từ nội dung của trang chủ. Hiệu lực của lời từ

¹⁸⁴ Ví dụ, xem Điều 67 TPA đề cập trên đây.

chối này phụ thuộc rất nhiều vào dạng trách nhiệm pháp lý mà họ chỉ ra. Rõ ràng, nếu một người tự gây thương tật cho mình hoặc chịu tổn thất về tài sản, do tin tưởng vào nội dung của trang chủ, thì lời từ chối đó không hề có hiệu lực pháp lý. Hơn nữa, một số quốc gia còn quy định việc tìm cách từ chối một số loại trách nhiệm pháp lý nhất định là tội phạm.

3. Tuyên bố về vùng lãnh thổ: Do những khó khăn về kỹ thuật trong việc giới hạn truy cập một trang chủ sử dụng tiêu chuẩn về địa lý, khuynh hướng sử dụng những tuyên bố từ chối là trang chủ chỉ sử dụng để liên lạc với những người từ một số nước nhất định ngày càng tăng. Những giới hạn này là đáng mong đợi xét từ một số góc độ; ví dụ, để giới hạn rủi ro vi phạm luật nhãn hiệu thương mại và/hoặc giới hạn rủi ro quảng cáo một sản phẩm nào đó rõ ràng là không hợp pháp ở những nước nhất định.

4. Tuyên bố về quyền tác giả: Những lời từ chối có chứa đựng, hoặc được trình bày cùng với, những tuyên bố về việc sử dụng thông tin trên trang chủ như thế nào cũng khá thông dụng.

Hiệu lực pháp lý của tuyên bố từ chối đã được thảo luận trong nhiều vụ kiện của Úc. Chúng được coi là có những giá trị nào đó, ví dụ, trong mối quan hệ với điều 52 TPA.¹⁸⁵ Nhưng rõ ràng là giá trị của chúng được dự tính trên cơ sở chúng có thu hút đầy đủ sự chú ý của những người mà chúng nhằm đến hay không.¹⁸⁶ Và rõ ràng là toà án đánh giá giá trị của những tuyên bố từ chối này phụ thuộc vào việc đánh giá tất cả những tình tiết liên quan trong vụ kiện cụ thể.¹⁸⁷ Đối với những tuyên bố từ chối về lãnh thổ, ví dụ, toà án dường như không đánh giá cao giá trị của một tuyên bố trên trang chủ nói rằng “dự định chỉ dành cho những người sống tại Anh” khi người vận hành trang chủ nhằm vào người sử dụng trang chủ tại Úc (ví dụ, bằng cách gửi quảng cáo qua thư điện tử đến những người sử dụng tại Úc).

3.2.5. Áp dụng TPA ngoài vùng lãnh thổ

Vấn đề chính đối với người tiêu dùng Úc trong các giao dịch Internet là phạm vi áp dụng của Luật thực hành thương mại 1974 (Khởi thịnh vượng chung) đối với nhà vận hành trang chủ đặt bên ngoài lãnh thổ Úc. TPA áp dụng cho những vi phạm nếu do các công ty Úc hoặc nước ngoài thực hiện bên trong lãnh thổ Úc, và đối với những vi phạm do các công ty được thành lập tại Úc hoặc kinh doanh tại Úc, do công dân Úc hoặc người cư trú tại Úc, thực hiện bên ngoài lãnh thổ Úc (điều 5(1)). Chỉ có thể khởi kiện những vi phạm ngoài lãnh thổ Úc nếu có sự đồng ý của Bộ trưởng Bộ tư pháp (điều

¹⁸⁵ Xem *Motor Accidents Authority of New South Wales kiện North Cronulla Investments Pty Ltd* [1999] FCA 972.

¹⁸⁶ *Britt Allcroft (Thomas) LLC kiện Miller* [2000] FCA 699.

¹⁸⁷ Như trên.

5(3)).

Do vậy, để một vụ kiện chống lại một nhà vận hành trang chủ đặt tại nước ngoài thành công, phải chứng minh được rằng nhà vận hành tiến hành kinh doanh tại Úc hoặc vi phạm TPA tại Úc. Hiện chưa có án lệ nào đặc biệt liên quan đến TPA từ khía cạnh các nhà vận hành trang chủ này.

Về các khiếu nại theo điều 52 (cấm hành vi cung cấp thông tin sai trái hoặc lừa dối trong buôn bán hoặc thương mại), án lệ lập luận rằng sự vi phạm không xảy ra tại địa điểm mà hành vi vi phạm phát sinh mà tại nơi mà hành vi dự định gây ra hậu quả.¹⁸⁸ Lập luận này làm cho việc khởi kiện, ví dụ, chống lại hành vi quảng cáo sai trái trên một trang chủ nước ngoài theo quy định của TPA, dễ dàng hơn. Tuy nhiên, quảng cáo “bị động” đơn thuần, không nhằm vào người tiêu dùng Úc hoặc không tạo ra quan hệ tương tác thương mại với người tiêu dùng Úc, có thể không đủ để đưa ra khiếu nại theo Luật này.¹⁸⁹

6. Những phát triển quốc tế

6.1. Nhận xét chung

Đã có nhiều bước tiến nhằm thống nhất hoá và hài hoà hoá những hệ thống luật quốc gia về tư pháp quốc tế. Quá trình thống nhất hoá này chủ yếu thông qua việc chấp thuận các hiệp định đa phương và được phát triển mạnh nhất tại Châu Âu. Như đã nói trên đây, một vài hiệp định của Châu Âu chứa đựng những nguyên tắc đưa ra những quy định đặc biệt về một số hợp đồng nhất định với người tiêu dùng trên cơ sở một yếu tố thực tế là người tiêu dùng thường có vị trí yếu hơn nhà kinh doanh mà họ giao kết trong hợp đồng.

Như được tóm tắt dưới đây, hiện đang tiến hành công việc sửa đổi những hiệp định này nhằm một phần phản ánh những tiến bộ của thương mại điện tử. Trong quá trình sửa đổi, việc liệu những nguyên tắc về thẩm quyền có lợi cho người tiêu dùng có được áp dụng cho môi trường trực tuyến hay không đang được tranh cãi, và nhiều nhà kinh doanh phê phán mạnh mẽ sự áp dụng đó.¹⁹⁰

Tuy nhiên, cho đến nay, những bảo vệ người tiêu dùng đặc biệt vẫn được duy trì và hoàn thiện phần nào trong việc xây dựng những văn kiện mới - một sự phát triển tốt. Nhu cầu được bảo vệ của người tiêu dùng trong bối cảnh

¹⁸⁸ Xem *Hunter Grain Pty Ltd kiện Hyundai Merchant Marine Co Ltd* (1993) 117 ALR 507, 518-520. Xem thêm *New Zealand Post kiện Leng* (không xuất bản, Toà pháp án New Zealand, thẩm phán Williams, 17.12.1998).

¹⁸⁹ Xem lập luận của Toà án Mỹ được tóm tắt trên đây.

¹⁹⁰ Xem những kiến nghị của các nhóm kinh doanh trong phiên họp công khai về “Thương mại điện tử: thẩm quyền và luật áp dụng” do Hội đồng Châu Âu tổ chức tại Brussels, 4-5 tháng 11 năm 1999. Xem thêm Pullen, “Những đề xuất sửa đổi các Công ước Brussels và Rome: Công nghiệp thương mại điện tử của Châu Âu bị đe dọa”, (1999) *Commercial Communications*, 11 tháng 8; và Powell và Turner-Kerr, “Đặt thương mại điện tử lên Brussels và Rome” (2000) 16 *Computer Law & Security Report* 23.

thương mại điện tử cũng lớn như trong thương mại truyền thống. Và thương mại điện tử sẽ không thể nở hoa được nếu người tiêu dùng không tin tưởng vào khả năng duy trì và theo đuổi những quyền pháp lý trong nước của họ một cách không tốn kém. Hơn nữa, tính toán của người bán về rủi ro bị khởi kiện tại toà án nước ngoài cũng không giảm đi trong các giao dịch thương mại điện tử; nếu có, khả năng này còn cao hơn. Thậm chí, nếu người bán phải đối mặt với những điểm không rõ ràng và chi phí gây ra bởi việc áp dụng những nguyên tắc về thẩm quyền điều chỉnh những hợp đồng với người tiêu dùng xuyên quốc gia trong môi trường trực tuyến, họ vẫn có khả năng và vị trí tốt hơn khách hàng để xử lý những vấn đề này.

6.2. Đề xuất Công ước Hague

Đã có một đề xuất về một công ước điều chỉnh thẩm quyền quốc tế và thi hành các bản án quốc tế – Công ước Hague.¹⁹¹ Năm 1992, khi bắt đầu công việc soạn thảo Công ước, không ai có thể dự đoán trước được sự phát triển quá mạnh của Internet và những ảnh hưởng mà sự phát triển này đem lại về số lượng hợp đồng giữa các cá nhân, công ty và tổ chức tại các quốc gia khác nhau. Điều này càng làm tầm quan trọng của Công ước, như là một văn kiện pháp lý nhằm điều chỉnh những thực tiễn phát sinh từ không gian ảo, tăng lên.

Hiện tại có 47 quốc gia, từ khắp thế giới, tham gia thương lượng. Trong bối cảnh đó, không nghi ngờ gì nữa, khi có hiệu lực, Công ước sẽ đóng vai trò rất lớn trong sự phát triển của các giao dịch xuyên quốc gia.

Điều 7 Công ước điều chỉnh chuyên biệt các hợp đồng với người tiêu dùng. Phiên bản mới nhất của điều 7 (cuối tháng 4 năm 2001 trong phiên họp tại Edinburg) như sau:¹⁹²

“Điều 7. Hợp đồng người tiêu dùng giao kết

1. Điều khoản này áp dụng cho các hợp đồng được giao kết giữa một cá nhân, người giao kết hợp đồng chủ yếu nhằm mục đích phục vụ cá nhân, gia đình hoặc nội trợ (người tiêu dùng), và người giao kết hợp đồng nhằm phục vụ mục đích buôn bán hoặc nghề nghiệp của mình (nhà kinh doanh) [trừ khi nhà kinh doanh chứng minh rằng họ không biết hoặc không có lý do để biết rằng người tiêu dùng giao kết hợp đồng chủ yếu nhằm mục đích cá nhân, gia đình hoặc nội trợ và sẽ không giao kết hợp đồng nếu biết được điều đó].

2. Người tiêu dùng có thể khởi kiện tại toà án của quốc gia mà người

¹⁹¹ Công ước Hague về thẩm quyền và thi hành bản án nước ngoài về các vấn đề dân sự và thương mại, (hiện có tại <<http://www.hcch.net/e/workprog/jdgm.html>>). Tổng hợp về quá trình soạn thảo và Công ước được đề xuất sẽ ảnh hưởng thế nào đến luật Úc, xem Bộ trưởng Bộ Tư pháp, *Thẩm quyền quốc tế và thi hành bản án nước ngoài*, Tài liệu số 1 (<<http://law.gov.au/publications/haguepaper/Welcome.html>>), Tài liệu số 2 (<<http://law.gov.au/publications/hagueissue2/issuesspaper2.html>>) và tài liệu số 3 (<<http://law.gov.au/publications/hagueissues3.html>>).

¹⁹² Ngoại vương là những phần có nhiều ý kiến phản đối, cần được thảo luận thêm.

tiêu dùng sống nếu việc giao kết hợp đồng liên quan đến khiếu nại phát sinh từ hoạt động kinh doanh mà nhà kinh doanh thực hiện tại quốc gia đó, hoặc nhằm vào quốc gia đó [, trừ khi:

3. người tiêu dùng tiến hành những bước cần thiết để giao kết hợp đồng tại quốc gia khác; và

4. {hàng hoá và dịch vụ được cung cấp cho khách hàng khi khách hàng có mặt tại quốc gia khác đó}}].

5. Theo khoản (2), hoạt động của nhà kinh doanh:

6. bao gồm việc quảng cáo, cố vấn và thương lượng hợp đồng; và

7. [không được xem là nhằm vào một Quốc gia nếu nhà kinh doanh chứng minh rằng mình đã tiến hành những bước cần thiết để tránh giao kết hợp đồng với người tiêu dùng đang sống tại Quốc gia đó].

8. Nhà kinh doanh chỉ có thể khởi kiện chống lại người tiêu dùng theo Công ước này:

9. Tại Toà án của Quốc gia nơi người tiêu dùng sống; hoặc

10. Nếu nhà kinh doanh và người tiêu dùng có thoả thuận theo đó khoản 5(a) hoặc (c) hoặc (d) được áp dụng, tại toà án mà thoả thuận đó chỉ định.

11. Điều 4 chỉ áp dụng cho thoả thuận giữa nhà kinh doanh và người tiêu dùng;

12. Nếu thoả thuận được giao kết sau khi tranh chấp đã phát sinh; hoặc

b. trong phạm vi thoả thuận đó cho phép người tiêu dùng khởi kiện tại toà án ở quốc gia khác với Quốc gia nơi người tiêu dùng sống; hoặc

c. [nếu vào thời điểm giao kết thoả thuận, cả người tiêu dùng và nhà kinh doanh đều sống tại một Quốc gia, và thoả thuận nói đến thẩm quyền của toà án của Quốc gia đó, quy định rằng thoả thuận không trái với luật của Quốc gia đó; hoặc]

d. trong phạm vi thoả thuận ràng buộc người tiêu dùng theo luật của Quốc gia nơi người tiêu dùng sống vào thời điểm hoàn thành thoả thuận.”

Điều 7 căn cứ một cách lỏng lẻo trên các nguyên tắc bảo vệ người tiêu dùng mà Công ước Brussels 1968 đưa ra. Nguyên tắc chính là nhà kinh doanh chỉ có thể kiện người tiêu dùng tại quốc gia người tiêu dùng sống (Điều 7(4a)). Điều 7(4b) và 7(5), cùng với nhau, quy định một số ngoại lệ của nguyên tắc này. Một ngoại lệ tranh cãi nhất là trong điều 7(5d). Điều này bị phê phán vì cho phép Điều 7 hoạt động độc lập với luật quốc gia.

Cũng không phải là bí mật khi nói rằng điều 7 bị phản đối mạnh. Đối với nhiều quốc gia, đặc biệt là những nước ngoài Châu Âu, hình thức bảo vệ này là rất lạ lẫm.

Điều 7 định nghĩa người tiêu dùng là “cá nhân, người giao kết hợp đồng chủ yếu nhằm phục vụ mục đích cá nhân, gia đình hoặc nội trợ”. Việc thêm từ “*chủ yếu*” là rất quan trọng. Đã có phản đối về định nghĩa hẹp về người tiêu dùng được sử dụng trước đây, và đã có nhiều kiến nghị về việc xác định người tiêu dùng như thế nào.¹⁹³ Việc thêm từ “*chủ yếu*” tạo ra một số tình huống, ví dụ, một người mua một phần mềm chủ yếu để viết thư tình, nhưng đôi khi cũng sử dụng để viết tài liệu kinh doanh.

Định nghĩa “nhà kinh doanh” tương đối trực tiếp và phần trong ngoặc vuông rõ ràng nhằm bảo vệ tính trung thực của nhà kinh doanh. Việc quy định nhà kinh doanh dựa trên điều khoản về tính trung thực phải thực hiện một số bước thích hợp để tránh giao kết hợp đồng với người tiêu dùng là hợp lý.

Điều 7(2) quy định trong tình huống nào người tiêu dùng có thể khởi kiện nhà kinh doanh tại tòa án nước mình. Điều này có thể được thực hiện trong mọi trường hợp, trừ khi, ví dụ, người sống tại Quốc gia A đến Quốc gia B và mua hàng, nhận hàng tại Quốc gia B. Tuy nhiên, Internet đưa ra một số viễn cảnh thú vị liên quan đến việc sử dụng cụm “*thực hiện tại Quốc gia đó, hoặc nhằm vào Quốc gia đó*”. Hiện tại, chưa có sự nhất trí thực sự về việc Internet có thích hợp với cụm này hay không.

Điều 7(3) chỉ đơn thuần được xem là một ví dụ hữu ích, nhưng không phải là tất cả, cho những dạng hành vi có thể được tiến hành.¹⁹⁴

Điều 7(3b) trao cho nhà kinh doanh cơ hội tránh rủi ro giao kết hợp đồng tại một địa điểm không mong muốn. Điều này vô cùng quan trọng trong những tình huống liên quan đến Internet bởi vì có thể truy cập một trang chủ từ bất kỳ đâu trên toàn cầu. Đã có thảo luận về cái gì sẽ là “*những bước thích hợp*”. Tương đối rõ ràng là nhà kinh doanh sử dụng biện hộ này phải chứng minh rằng mình đã thực hiện một số biện pháp tránh liên lạc.¹⁹⁵

Về công việc tương lai, hội nghị ngoại giao gần nhất về Công ước sẽ được tổ chức vào tháng 6 năm 2001. Hội nghị thứ hai được sắp xếp và cuối năm 2001 hoặc đầu năm 2002. Về ngày mà Công ước dự định có hiệu lực, dường như có một mong muốn rất lớn về việc ban hành Công ước, nhưng vẫn còn nhiều vấn đề tranh cãi chưa được giải quyết. Vấn đề bảo vệ người tiêu dùng chỉ là một trong những vấn đề đó.

¹⁹³ Ví dụ, Jeff Kovar (đại diện phái đoàn Mỹ), trong bối cảnh không chính thức, đã đề xuất nơi một người đề nghị được hoàn thuế có thể được sử dụng để đánh giá ai được xem là người tiêu dùng.

¹⁹⁴ Báo cáo của Nhóm làm việc về hợp đồng của người tiêu dùng tại phiên họp II ở Ottawa, do ông David Goddard soạn thảo ngày 22.3.2001.

¹⁹⁵ Như trên.

6.3. Quy định mới của Cộng đồng Châu Âu

Quy định của EC được ban hành tháng 12 năm 2000 nhằm cập nhật và thay thế Công ước Brussels 1968 về thẩm quyền và thi hành bản án về các vấn đề dân sự và thương mại.¹⁹⁶ Quy định này giải quyết các vấn đề về thẩm quyền và thi hành bản án chỉ trong phạm vi các nước thành viên Cộng đồng Châu Âu. Quy định này có hiệu lực từ ngày 1 tháng 3 năm 2002.

Điều 15 của Quy định này rất quan trọng đối với thảo luận của chúng ta. Điều này sửa đổi và thay thế Điều 13 Công ước Brussels về thẩm quyền đối với một số loại hợp đồng với người tiêu dùng nhất định. Điều 15 như sau:¹⁹⁷

“Về những vấn đề liên quan đến một hợp đồng giao kết bởi một người, người tiêu dùng, nhằm mục đích có thể được xem là ngoài mục đích thương mại và nghề nghiệp, thẩm quyền sẽ được quyết định bởi Điều này, không ảnh hưởng đến Điều 4 và Điều 5(5), nếu:

- đó là một hợp đồng bán hàng hoá với điều khoản tín dụng trả dần; hoặc

- đó là một hợp đồng vay mượn có thể trả dần, hoặc cho bất kỳ hình thức tín dụng nào khác, được thực hiện để cung cấp tài chính cho việc bán hàng hoá, hoặc

- trong tất cả các trường hợp khác, hợp đồng được giao kết với người thực hiện các hoạt động thương mại hoặc chuyên môn tại Quốc gia thành viên nơi người tiêu dùng sống hoặc, bằng các phương tiện khác, hướng những hoạt động này đến Quốc gia thành viên đó hoặc đến nhiều Quốc gia bao gồm Quốc gia thành viên đó, và hợp đồng thuộc phạm vi của những hoạt động này.

Khi người tiêu dùng giao kết hợp đồng với một bên, người không sống tại Quốc gia thành viên đó, nhưng có chi nhánh, đại lý hoặc trụ sở ở một trong các Quốc gia thành viên, khi tranh chấp phát sinh từ hoạt động của một trong các chi nhánh, đại lý hay trụ sở đó, thì bên đó được xem là sống tại Quốc gia thành viên đó.

Quy định này không áp dụng cho hợp đồng vận chuyển ngoài hợp đồng quy định kết hợp cả đi lại và chỗ ở, với giá cả tổng hợp.”

Những thay đổi mà Điều 15 tạo ra nhằm tạo điều kiện dễ dàng hơn trong việc đưa hoạt động tiếp thị trên Internet và hoạt động của hợp đồng dựa trên Internet vào phạm vi của những nguyên tắc thẩm quyền đặc biệt đối với

¹⁹⁶ Xem Quy định của Hội đồng (EC) số 44/2001 ngày 22 tháng 12 năm 2000 về thẩm quyền và công nhận và thi hành bản án về các vấn đề dân sự và thương mại. Công ước Lugano 1988 (ghi chú 12 trên đây) điều chỉnh những vấn đề về thẩm quyền đối với các thành viên của Hiệp hội thương mại tự do Châu Âu (EFTA) cũng đang được sửa đổi theo tinh thần của Quy định.

¹⁹⁷ Phần chữ in đậm là những điểm khác với Điều 13 của Công ước Brussels.

hợp đồng với người tiêu dùng. Tuy nhiên, Điều 15 vẫn tiếp tục không rõ ràng ở nhiều điểm quan trọng liên quan đến thương mại điện tử. Ví dụ, không có hướng dẫn chi tiết về ý nghĩa của cụm “hướng các hoạt động đó” (Điều 15(1)(3)) trong bối cảnh tiếp thị và giao kết hợp đồng dựa trên Internet. Trong Ghi nhớ giải thích về dự thảo trước của Quy định, Cộng đồng Châu Âu dường như muốn giới hạn việc đưa các hoạt động của trang chủ trong phạm vi của Điều 15(1)(3) chỉ đối với các hoạt động này được thực hiện thông qua trang chủ tương tác; chỉ một tình tiết thực tế là có thể truy cập trang chủ của người bán từ một quốc gia xác định rõ ràng là không đủ để coi người bán “hướng” hoạt động tới quốc gia đó theo Điều 15(1)(3).¹⁹⁸ Hội đồng không làm rõ trang chủ tương tác chính xác nghĩa là gì. Có thể giả thiết tính tương tác nhằm chỉ những phương tiện trao đổi thông tin giữa trang chủ và người truy cập, bao gồm thiết bị để đặt lệnh mua.

Những điểm còn chưa rõ ràng bao gồm:

- sản phẩm “số hoá” có được coi là hàng hoá hay không;
- một trang chủ có phải là “chi nhánh, đại lý hay trụ sở” theo điều 15(2) không; và
- vấn đề bảo vệ tính trung thực của người bán (bao gồm phạm vi bảo vệ).¹⁹⁹

Đồng thời, điều 15 bỏ qua quy định được đưa ra trong Điều 13(1)(3)(b) của Công ước Brussels (là “người tiêu dùng thực hiện những bước cần thiết để giao kết hợp đồng tại Quốc gia đó”)²⁰⁰. Sự bỏ qua này phá vỡ giả thiết mà dựa vào đó, luật hiện hành xây dựng và làm cho người tiêu dùng đang sống, ví dụ, Quốc gia của người bán khi người tiêu dùng giao kết hợp đồng điện tử với người bán, có thể có quyền hưởng bảo vệ đặc biệt theo Điều 15 khi có nghi ngờ về việc người tiêu dùng mong muốn hoặc phải được quyền mong đợi rằng người tiêu dùng có thể kiện tại toà án của quốc gia mà người tiêu dùng sống.²⁰¹

7. Nhận xét cuối cùng

Khi thảo luận về những khía cạnh về thẩm quyền của các giao dịch Internet, một luật gia Thụy Điển, Thomas Carlen-Wendels, đã nhận xét rằng “khi mà các quốc gia khác nhau có luật pháp và văn hoá khác nhau, không có nguyên tắc tốt về thẩm quyền, mà chỉ có nguyên tắc đỡ xấu hơn”.²⁰²

¹⁹⁸ COM(1999) 348 final, 14.07.1999, trang 16.

¹⁹⁹ Xem thêm Foss và Bygrave, ghi chú 25 trên đây.

²⁰⁰ Điều 7(2)(a) của Dự thảo Công ước Hague về thẩm quyền và bản án về các vấn đề dân sự và thương mại vẫn duy trì yêu cầu này.

²⁰¹ Xem thêm Foss và Bygrave, ghi chú 25 trên đây.

²⁰² Carlen-Wendels, ghi chú 18, trang 38 (chúng tôi dịch).

Nhận xét này là thích hợp. Nó cũng ấn dấu một sự thực là những cơ chế pháp lý giải quyết tranh chấp phát sinh từ các giao dịch xuyên quốc gia không phải luôn luôn thích hợp.

Thêm vào đó, những chứng cứ hiện có chỉ ra rằng những nguyên tắc hiện tại về thẩm quyền đối với các hợp đồng đối với người tiêu dùng tại Châu Âu thường không đem lại sự bảo vệ hiệu quả cho người tiêu dùng trong những tranh chấp pháp lý xuyên quốc gia, đặc biệt là khi liên quan đến những khiếu nại nhỏ.²⁰³ Đa số các tranh chấp của người tiêu dùng là khiếu nại nhỏ. Tố tụng toà án trong những trường hợp đó thường là quá mất thời gian và tốn kém đối với người tiêu dùng.

Do vậy, trong tương lai, cần thiết lập và sử dụng những cơ quan phi tư pháp để giải quyết những tranh chấp pháp lý (liên quan đến nhiều hệ thống luật pháp) liên quan đến người tiêu dùng một cách nhanh và không tốn kém. Hướng dẫn của EC về thương mại điện tử đã đưa ra những điều khoản chuyên biệt khuyến khích thành lập những cơ quan này.²⁰⁴ Đồng thời, hàng loạt vấn đề liên quan đến thẩm quyền, quyền thi hành, địa điểm và hoạt động của các cơ quan này cũng phát sinh. Ví dụ, những cơ quan này chỉ xử lý những tranh chấp liên quan đến Internet ở mức độ nào? Các cơ quan này chủ yếu hoạt động như những cơ quan trực tuyến “ảo” ở mức độ nào? Chúng ta sẽ không tìm hiểu thêm về những vấn đề này tại đây, nhưng cần phải quan tâm đến chúng.

²⁰³ Về tóm tắt các chứng cứ, xem Hội đồng Châu Âu “Kế hoạch hành động về tiếp cận công lý cho người tiêu dùng và giải quyết tranh chấp của người tiêu dùng trong thị trường nội địa”, (COM (96) 13 final, 14.02.1996, trang 8-11.

²⁰⁴ Xem điều 17 Hướng dẫn 2000/31/EC ngày 8 tháng 6 năm 2000 về một số khía cạnh pháp lý về dịch vụ xã hội thông tin, đặc biệt là trong thương mại điện tử, trong Thị trường nội địa.

LUẬT MẪU VỀ THƯƠNG MẠI ĐIỆN TỬ UNCITRAL

[Bản gốc: tiếng A-rập, Trung quốc, Anh, Pháp, Nga, Tây Ba Nha]

PHẦN MỘT THƯƠNG MẠI ĐIỆN TỬ NÓI CHUNG

CHƯƠNG I. NHỮNG QUY ĐỊNH CHUNG

Điều 1. Phạm vi áp dụng*

Luật này** áp dụng cho bất kỳ loại thông tin nào dưới dạng một thông điệp dữ liệu trong bối cảnh*** các hoạt động thương mại****.

Điều 2. Định nghĩa

Trong Luật này:

(a) “Thông điệp dữ liệu” nghĩa là những thông tin được tạo ra, gửi, nhận hoặc lưu giữ bằng những phương tiện điện tử, quang học hoặc phương tiện tương tự, bao gồm, nhưng không bị giới hạn bởi, trao đổi dữ liệu điện tử (EDI), thư điện tử, telegram, telex hoặc telecopy;

(b) “Trao đổi dữ liệu điện tử (EDI)” nghĩa là chuyển giao thông tin điện tử từ máy tính đến máy tính sử dụng những tiêu chuẩn được thoả thuận để tạo nên thông tin;

* Hội đồng kiến nghị rằng các Quốc gia có thể sử dụng quy định sau để giới hạn tính có thể áp dụng của Luật này đối với các thông điệp dữ liệu quốc tế:

“Luật này áp dụng cho các thông điệp dữ liệu được định nghĩa trong đoạn (1) Điều 2 nếu những thông điệp dữ liệu này liên quan đến thương mại quốc tế”

** Luật này không bao trùm lên bất kỳ những quy định luật pháp nào nhằm bảo vệ khách hàng.

*** Hội đồng kiến nghị rằng quy định sau đây sẽ được các quốc gia sử dụng để mở rộng tính có thể áp dụng của Luật này:

“Luật này áp dụng cho bất kỳ loại thông tin nào dưới dạng một thông điệp dữ liệu, trừ các trường hợp sau:[...]”

**** Cần giải thích khái niệm “thương mại” theo nghĩa rộng nhằm bao hàm những vấn đề phát sinh từ tất cả các quan hệ có bản chất thương mại, dù là quan hệ hợp đồng hay không. Những quan hệ thương mại bao gồm, nhưng không bị giới hạn bởi, những chuyển nhượng sau đây: chuyển nhượng thương mại nhằm cung cấp hoặc trao đổi hàng hoá hoặc dịch vụ; thoả thuận về phân phối; đại diện hoặc đại lý thương mại; sản xuất; cho thuê; xây dựng; cố vấn; thiết kế; trao quyền sử dụng; đầu tư; tài chính; ngân hàng; bảo hiểm; thoả thuận hoặc cho phép khai thác; liên doanh hoặc các dạng tổ chức kinh doanh hoặc công nghiệp khác; vận chuyển hàng hoá hoặc hành khách bằng đường không, đường biển, đường bộ hoặc đường sắt.

(c) “Người tạo ra” một thông điệp dữ liệu là người mà bởi người đó, hoặc nhân danh người đó, thông điệp điện tử được gửi đi hoặc được tạo ra trước khi lưu giữ, nếu có, nhưng không bao gồm người hành động dưới tư cách trung gian đối với thông điệp dữ liệu;

(d) “Người nhận” thông điệp dữ liệu là người được người tạo ra dự định sẽ là người nhận thông điệp đó, nhưng không bao gồm người hành động dưới tư cách trung gian đối với thông điệp dữ liệu đó;

(e) “Người trung gian”, đối với một thông điệp dữ liệu xác định, là người gửi, nhận, hoặc lưu trữ thông điệp dữ liệu hoặc cung cấp những dịch vụ cho thông điệp dữ liệu đó nhân danh người khác;

(f) “Hệ thống thông tin” nghĩa là hệ thống tạo ra, gửi, nhận, lưu trữ hoặc xử lý thông điệp dữ liệu dưới những hình thức khác.

Điều 3. Giải thích

(1) Khi giải thích Luật này, phải lưu ý đến bản gốc quốc tế của nó cũng như sự cần thiết phải tăng cường sự thống nhất trong áp dụng Luật này và tuân thủ nguyên tắc trung thực.

(2) Những câu hỏi liên quan đến các vấn đề do Luật này điều chỉnh không được Luật này giải quyết trong chính văn bản Luật phải được giải thích thống nhất với những nguyên tắc là cơ sở của Luật này.

Điều 4. Thay đổi bằng thoả thuận

(1) Đối với các bên liên quan trong việc làm ra, gửi, nhận và lưu trữ hoặc xử lý thông điệp dữ liệu dưới các hình thức khác, trừ trường hợp luật quy định khác, thì những quy định của Chương III có thể được thay đổi thông qua các thoả thuận.

(2) Đoạn (1) không ảnh hưởng đến bất kỳ quyền nào nhằm sửa đổi bằng thoả thuận những quy định được nói đến trong Chương II.

CHƯƠNG II. ÁP DỤNG NHỮNG YÊU CẦU PHÁP LÝ ĐỐI VỚI THÔNG ĐIỆP DỮ LIỆU

Điều 5. Công nhận pháp lý các thông điệp dữ liệu

Không thể từ chối hiệu lực pháp lý, giá trị và tính có thể thi hành của thông tin chỉ trên cơ sở là những thông tin này dưới hình thức là một thông điệp dữ liệu.

Điều 6. Viết

(1) Nếu luật yêu cầu thông tin phải dưới hình thức viết thì thông điệp dữ liệu đáp ứng yêu cầu này nếu thông tin được chứa đựng trong thông điệp dữ liệu đó có thể tiếp cận được và do vậy, có thể sử dụng được cho việc tham khảo sau này.

(2) Đoạn (1) được áp dụng dù yêu cầu này là dưới dạng một nghĩa vụ hay luật chỉ đơn thuần quy định về hậu quả đối với những thông tin không dưới hình thức viết.

(3) Những quy định của điều này không áp dụng cho những trường hợp sau:....

Điều 7. Chữ ký

(1) Nếu luật yêu cầu phải có chữ ký của một người thì một thông điệp dữ liệu sẽ đáp ứng yêu cầu này nếu:

(a) có một biện pháp được sử dụng để xác định người này và để chỉ ra sự phê chuẩn của người này đối với những thông tin trong thông điệp dữ liệu; và

(b) biện pháp này được tin rằng là thích hợp đối với mục đích tạo ra hoặc thông tin thông điệp dữ liệu, trong bối cảnh liên quan, bao gồm tất cả những thoả thuận có liên quan.

(2) Đoạn (1) được áp dụng dù yêu cầu này dưới hình thức một nghĩa vụ hay luật chỉ đơn thuần quy định về hậu quả của việc thiếu chữ ký.

(3) Những yêu cầu của điều này không áp dụng trong các trường hợp sau:...

Điều 8. Bản gốc

(1) Nếu luật quy định là thông tin phải được biểu hiện hoặc lưu giữ ở dạng gốc thì một thông điệp dữ liệu đáp ứng yêu cầu này nếu:

(a) có sự bảo đảm đáng tin cậy về tính toàn vẹn của thông tin từ thời điểm nó được tạo ra lần đầu tiên ở dạng chính thức, như là một thông điệp dữ liệu hay dưới dạng khác; và

(b) khi có yêu cầu trình bày thông tin đó, thông tin này có thể được biểu

diễn cho người mà nó cần được gửi tới.

(2) Đoạn (1) áp dụng dù yêu cầu này là dưới dạng một nghĩa vụ hay khi luật chỉ đơn thuần quy định hậu quả của việc thông tin không được trình bày hoặc lưu giữ dưới dạng gốc của nó.

(3) Phục vụ cho đoạn (a) của khoản (1):

(a) những tiêu chuẩn xem xét tính toàn vẹn sẽ là thông tin có được duy trì một cách hoàn chỉnh và không thể thay đổi, ngoài những phần bổ sung bởi việc xác nhận hay bởi những thay đổi phát sinh trong hoạt động thông tin liên lạc, lưu trữ hoặc biểu hiện thông thường, hay không; và

(b) tiêu chuẩn của tính đáng tin cậy cần thiết phải được xem xét căn cứ vào mục đích tạo ra thông điệp và trong bối cảnh liên quan.

(4) Những quy định này không được áp dụng trong những trường hợp sau:...

Điều 9. Tính có thể được công nhận và giá trị chứng cứ của thông điệp dữ liệu

(1) Trong bất kỳ quá trình tố tụng nào, không thể áp dụng những quy định của luật về chứng cứ nhằm từ chối tính có thể được công nhận của thông điệp dữ liệu như là một chứng cứ:

(a) chỉ trên cơ sở đó là một thông điệp dữ liệu; và

(b) nếu thông điệp này là chứng cứ tốt nhất mà người viện dẫn đến nó có thể có được, trên cơ sở rằng nó không phải ở dạng gốc.

(2) Thông tin dưới dạng một thông điệp dữ liệu phải được công nhận có giá trị chứng cứ. Khi xem xét giá trị chứng cứ của một thông điệp dữ liệu, phải xem xét đến tính đáng tin cậy của cách thức tạo ra, lưu trữ hoặc thông tin thông điệp dữ liệu, tính đáng tin cậy của phương thức duy trì tính toàn vẹn của thông tin, của cách thức xác định người gửi, và tới những yếu tố thực tế khác có liên quan.

Điều 10. Lưu trữ thông điệp dữ liệu

(1) Nếu luật quy định rằng những văn bản, số liệu hoặc thông tin nhất định phải được lưu giữ, thì yêu cầu này được đáp ứng bằng cách lưu giữ thông điệp dữ liệu, quy định rằng những điều kiện sau đây phải được đáp ứng:

(a) thông tin chứa đựng trong đó phải là có thể tiếp cận được và do vậy, có thể sử dụng được cho việc tham khảo sau này; và

(b) thông điệp dữ liệu được lưu trữ ở dạng mà nó được tạo ra, gửi đi hoặc nhận về, hoặc ở dạng có thể chứng minh rằng nó biểu hiện chính xác những thông tin được tạo ra, gửi đi hoặc nhận về; và

(c) những thông tin này, nếu có, được lưu giữ cho phép xác định nguồn gốc và nơi đến của thông điệp dữ liệu và ngày và thời điểm nó được gửi hoặc nhận.

(2) Nghĩa vụ lưu trữ tài liệu, số liệu hoặc thông tin theo quy định của đoạn (1) không mở rộng tới những thông tin chỉ nhằm mục đích cho phép gửi và nhận dữ liệu.

(3) Một người có thể đáp ứng những yêu cầu được nêu trong đoạn (1) bằng cách sử dụng dịch vụ của người khác cung cấp, quy định rằng những điều kiện được quy định trong các điểm (a), (b) và (c) của đoạn (1) được đáp ứng.

CHƯƠNG III. THÔNG TIN THÔNG ĐIỆP DỮ LIỆU

Điều 11. Thiết lập và giá trị của hợp đồng

(1) Trong lĩnh vực thiết lập hợp đồng, trừ khi các bên có thỏa thuận khác, một đề nghị và một chấp nhận đề nghị có thể được biểu hiện bằng các thông điệp dữ liệu. Nếu thông điệp dữ liệu được sử dụng trong việc thiết lập nên một hợp đồng, không thể từ chối tính có hiệu lực và tính có thể thi hành của hợp đồng đó chỉ trên cơ sở là đã sử dụng thông điệp dữ liệu để thiết lập hợp đồng.

(2) Những quy định của điều này không được áp dụng cho các trường hợp sau:...

Điều 12. Các bên công nhận thông điệp dữ liệu

(1) Trong mối quan hệ giữa người tạo ra và người nhận một thông điệp dữ liệu, không thể từ chối hậu quả pháp lý, hiệu lực và tính có thể thi hành của một tuyên bố về ý định hoặc tuyên bố khác chỉ trên cơ sở là tuyên bố được đưa ra dưới dạng một thông điệp dữ liệu.

(2) Những quy định của điều này không được áp dụng cho các trường hợp sau:...

Điều 13. Xác định nguồn gốc của thông điệp dữ liệu

(1) Một thông điệp dữ liệu là của người tạo ra nếu thông điệp dữ liệu này được chính người tạo ra gửi đi.

(2) Trong mối quan hệ giữa người tạo ra và người nhận, một thông điệp dữ liệu sẽ được coi là của người tạo ra nếu nó được gửi đi:

(a) bởi một người có quyền hành động nhân danh người tạo ra thông điệp dữ liệu đó; hoặc

(b) bởi một hệ thống thông tin được người tạo ra, hoặc người nhân danh người tạo ra, sắp xếp chương trình để hoạt động tự động.

(3) Trong mối quan hệ giữa người tạo ra và người nhận, người nhận có quyền coi một thông điệp dữ liệu là của người tạo ra, và hành động trên cơ sở giả thiết này, nếu:

(a) để xác định rõ xem thông điệp dữ liệu có phải là của người tạo ra hay không, người nhận đã áp dụng đúng đắn thủ tục đã được thoả thuận trước giữa hai bên để xác định người tạo ra; hoặc

(b) thông điệp dữ liệu mà người nhận nhận được là kết quả hoạt động của một người mà mối quan hệ của người này với người tạo ra hoặc với bất kỳ đại diện nào của người tạo ra cho phép người đó có được cách thức tiếp cận biện pháp mà người tạo ra sử dụng để xác định thông điệp dữ liệu là của mình.

(4) Đoạn (3) sẽ không áp dụng:

(a) từ thời điểm người nhận nhận được thông báo từ người tạo ra nói rằng thông điệp đó là không phải của người tạo ra, và có thời gian thích hợp để hành động một cách phù hợp; hoặc

(b) trong trường hợp quy định tại điểm (3)(b), tại bất kỳ thời điểm nào nếu người nhận biết hoặc buộc phải biết, sau khi đã xem xét một cách hợp lý hoặc đã sử dụng thủ tục được thoả thuận, rằng thông điệp dữ liệu là không phải là của người tạo ra.

(5) Nếu thông điệp dữ liệu là của người tạo ra hoặc được coi là của người tạo ra, thì người nhận được quyền hành động trên cơ sở giả thiết này, và do vậy, trong mối quan hệ giữa người nhận và người tạo ra, người nhận được quyền coi thông điệp dữ liệu nhận được là người tạo ra dự định gửi đi, và hành động trên giả thiết này. Người nhận sẽ không có quyền này nếu người nhận biết, hoặc buộc phải biết, sau khi đã xem xét một cách hợp lý hoặc đã sử

dụng thủ tục đã thoả thuận, rằng việc truyền tin đã gây ra lỗi trên thông điệp dữ liệu nhận được.

(6) Người nhận được quyền coi mỗi thông điệp dữ liệu nhận được là một thông điệp dữ liệu riêng rẽ và hành động trên giả thiết này, trừ trường hợp thông điệp dữ liệu là bản nhân bản của một thông điệp dữ liệu khác và bên nhận biết hoặc buộc phải biết, sau khi đã xem xét một cách hợp lý hoặc đã sử dụng thủ tục thoả thuận, rằng thông điệp dữ liệu là một bản nhân bản.

Điều 14. Thông báo nhận được

(1) Các đoạn (2) đến (4) của điều này được áp dụng khi, trong hoặc trước khi gửi thông điệp dữ liệu, hoặc bằng cách thức chuyển thông điệp dữ liệu đó, người tạo ra yêu cầu hoặc thoả thuận với người nhận rằng phải thông báo việc nhận được thông điệp dữ liệu đó.

(2) Nếu người tạo ra không thoả thuận với người nhận rằng thông báo phải được làm dưới một hình thức nhất định hoặc bằng một phương pháp nhất định, thì một thông báo nhận được có thể được thực hiện qua

(a) bất kỳ việc thông tin, tự động hay dưới hình thức nào khác; hoặc

(b) bất kỳ hành động nào của người nhận, đủ để chỉ cho người tạo ra biết đã nhận được thông điệp dữ liệu.

(3) Nếu người tạo ra tuyên bố rằng thông điệp dữ liệu là có điều kiện là phải có thông báo nhận được, thì thông điệp dữ liệu được coi là chưa được gửi đi cho đến khi nhận được thông báo nhận được.

(4) Nếu người tạo ra không tuyên bố rằng thông điệp dữ liệu là có điều kiện là phải có thông báo nhận được, và người nhận không nhận được thông báo này trong khoảng thời gian xác định hoặc đã thoả thuận, hoặc không có thoả thuận hoặc quy định nào về thời gian này, thì trong một khoảng thời gian thích hợp, người tạo ra:

(a) có thể gửi một thông báo cho người nhận nói rằng chưa nhận được thông báo nào và đưa ra một khoảng thời gian thích hợp mà trong khoảng thời gian này, phải có thông báo nhận được; và

(b) nếu không nhận được thông báo nhận được trong khoảng thời gian quy định tại điểm (a), có thể, qua một thông báo gửi cho người nhận, coi thông điệp dữ liệu như chưa bao giờ được gửi đi, hoặc thực hiện bất kỳ quyền nào mình có.

(5) Nếu người tạo ra nhận được thông báo nhận được của người nhận, thì bên đó có thể coi rằng người nhận đã nhận được thông điệp dữ liệu có liên quan. Giả thiết này không hàm ý rằng thông điệp dữ liệu là tương ứng với thông điệp nhận được.

(6) Nếu thông báo nhận được nói rằng thông điệp dữ liệu có liên quan đáp ứng những yêu cầu kỹ thuật, dù là theo thoả thuận hoặc được quy định theo những tiêu chuẩn áp dụng, thì có thể coi rằng những yêu cầu này đã được đáp ứng.

(7) Ngoại trừ việc liên quan đến gửi và nhận thông điệp dữ liệu như đã nói ở trên, điều khoản này không nhằm quy định về hậu quả pháp lý có thể phát sinh từ thông điệp dữ liệu đó hoặc từ thông báo nhận được thông điệp dữ liệu.

Điều 15. Thời gian và địa điểm gửi và nhận thông điệp dữ liệu

(1) Trừ trường hợp người tạo ra và người nhận có thoả thuận khác, việc gửi thông điệp dữ liệu xảy ra vào thời điểm thông điệp đi vào một hệ thống thông tin nằm ngoài tầm kiểm soát của người tạo ra hoặc của người gửi thông điệp nhân danh người gửi.

(2) Trừ trường hợp người tạo ra và người nhận có thoả thuận khác, thời điểm nhận thông điệp dữ liệu được xác định như sau:

(a) nếu người nhận trao quyền cho một hệ thống thông tin nhận thông điệp dữ liệu, việc nhận này xảy ra:

(i) tại thời điểm thông điệp dữ liệu đi vào hệ thống được giao quyền; hoặc

(ii) nếu thông điệp dữ liệu được gửi tới một hệ thống thông tin của người nhận không phải hệ thống thông tin thông tin được giao quyền, thì tại thời điểm mà thông điệp được người nhận truy cập;

(b) nếu người nhận không giao quyền cho một hệ thống thông tin, thì việc nhận xảy ra tại thời điểm thông điệp đi vào hệ thống thông tin của người nhận.

(3) Đoạn (2) được áp dụng bất kể việc địa điểm đặt hệ thống thông tin có thể khác với địa điểm mà tại đó thông điệp được dự tính là được nhận theo quy định của đoạn (4).

(4) Trừ trường hợp người tạo ra và người nhận có thoả thuận khác, một thông điệp dữ liệu được coi là được gửi đi tại địa điểm kinh doanh của người tạo ra, và được coi là được nhận tại địa điểm kinh doanh của người nhận. Phục

vụ mục đích của đoạn này:

(a) nếu người nhận hoặc người tạo ra có nhiều địa điểm kinh doanh, thì địa điểm kinh doanh là địa điểm kinh doanh có quan hệ chặt chẽ nhất với chuyển nhượng liên quan, hoặc trong trường hợp không có chuyển nhượng, thì địa điểm kinh doanh là địa điểm kinh doanh chính;

(b) nếu người tạo ra hoặc người nhận không có địa điểm kinh doanh, thì phải việc dẫn đến nơi cư trú.

(5) Những quy định của điều khoản này không áp dụng cho những trường hợp sau đây:...

PHẦN HAI

THƯƠNG MẠI ĐIỆN TỬ TRONG MỘT SỐ LĨNH VỰC ĐẶC BIỆT

CHƯƠNG I. VẬN CHUYỂN HÀNG HOÁ

Điều 16. Những hoạt động liên quan đến hợp đồng vận chuyển hàng hoá

Không làm suy yếu những quy định tại phần I của Luật này, Chương này được áp dụng cho bất kỳ hoạt động nào liên quan đến, hoặc phù hợp với, một hợp đồng vận chuyển hàng hoá, bao gồm, nhưng không giới hạn bởi:

- (a) (i) cung cấp nhãn hiệu, số, số lượng, và cân nặng của hàng hoá;
(ii) tuyên bố hoặc kê khai bản chất và giá trị của hàng hoá;
(iii) ban hành hóa đơn cho hàng hoá;
(iv) xác nhận hàng hoá đã được đưa lên phương tiện;
- (b) (i) thông báo cho một người về điều khoản và điều kiện của hợp đồng;
(ii) đưa ra hướng dẫn người vận chuyển;
- (c) (i) khiếu nại về việc giao hàng;
(ii) cho phép giải phóng hàng;
(iii) thông báo về việc mất, thiệt hại hàng hoá;
- (d) đưa ra một thông báo hoặc một tuyên bố liên quan đến việc thực hiện hợp đồng;
- (e) thực hiện việc giao hàng tới người được chỉ định hoặc người được uỷ quyền yêu cầu giao hàng;

(f) ban hành, nhận, thông báo, chuyển giao, trao quyền hoặc đàm phán các quyền liên quan đến hàng hoá;

(g) nhận hoặc chuyển giao quyền và nghĩa vụ theo hợp đồng.

Điều 17. Các tài liệu vận tải

(1) Là đối tượng điều chỉnh của đoạn (3), nếu luật yêu cầu rằng một hành vi nào đó được nói đến tại điều 16 phải được thực hiện bằng văn bản hoặc sử dụng những tài liệu giấy tờ, thì yêu cầu này được đáp ứng nếu hoạt động này được thực hiện bằng cách sử dụng một hoặc nhiều thông điệp dữ liệu.

(2) Đoạn (1) được áp dụng dù yêu cầu này là dưới dạng một nghĩa vụ hay luật chỉ đơn thuần quy định hậu quả của việc không thực hiện hoạt động bằng văn bản hoặc sử dụng những tài liệu giấy tờ.

(3) Nếu có một quyền hoặc nghĩa vụ nào được chuyển giao cho một người xác định, chứ không phải là bất kỳ ai khác, và nếu luật quy định như rằng để thực hiện điều này, quyền và nghĩa vụ phải được chuyển giao cho người này bằng việc chuyển giao hoặc sử dụng những tài liệu giấy tờ, thì yêu cầu này được đáp ứng nếu quyền và nghĩa vụ được chuyển giao bằng cách sử dụng một hoặc nhiều thông điệp dữ liệu, quy định rằng phải sử dụng những biện pháp tin cậy để trao đổi thông điệp gốc.

(4) Phục vụ mục tiêu của đoạn (3), tiêu chuẩn của độ tin cậy cần thiết cần phải được xem xét căn cứ vào mục tiêu của việc chuyển giao và căn cứ vào bối cảnh liên quan, bao gồm cả những thoả thuận liên quan.

(5) Nếu một hoặc nhiều thông điệp dữ liệu được sử dụng để thực hiện bất kỳ hoạt động nào được quy định trong khoản (f) và (g) của điều 16, không có tài liệu nào được sử dụng để thực hiện hoạt động này là có hiệu lực trừ khi việc sử dụng thông điệp dữ liệu đã kết thúc và được thay thế bằng việc sử dụng tài liệu giấy. Một tài liệu giấy được ban hành trong những bối cảnh này phải chứa đựng một tuyên bố về việc kết thúc sử dụng thông điệp dữ liệu. Việc thay thế sử dụng thông điệp dữ liệu bằng tài liệu giấy sẽ không làm ảnh hưởng đến quyền và nghĩa vụ của các bên liên quan.

(6) Nếu quy định của luật là bắt buộc phải áp dụng cho hợp đồng vận chuyển hàng hoá được nói đến trong, hoặc được xác nhận bởi, một văn bản, thì quy định này không thể không được áp dụng cho hợp đồng vận chuyển hàng hoá được xác nhận trong một hoặc nhiều thông điệp dữ liệu chỉ bởi vì một sự thực là hợp đồng này được xác nhận trong một hoặc nhiều thông điệp dữ liệu chứ không phải tại một văn bản.

(7) Những quy định của điều này không áp dụng cho những trường hợp sau:...

HƯỚNG DẪN BAN HÀNH LUẬT MẪU VỀ THƯƠNG MẠI ĐIỆN TỬ UNCITRAL (1996)

Mục đích của Hướng dẫn này

Khi soạn thảo và ban hành Luật Mẫu về Thương mại điện tử UNCITRAL (được gọi là "Luật Mẫu"), Hội đồng Luật Thương mại Quốc tế của Liên hợp quốc (UNCITRAL) đã nhận thấy rằng Luật Mẫu sẽ là một công cụ hiệu quả cao cho các Quốc gia nhằm hiện đại hoá hệ thống luật pháp của mình nếu những khái niệm cơ bản và thông tin giải thích được cung cấp cho các cơ quan hành pháp của Chính phủ và các nhà lập pháp nhằm giúp đỡ họ trong việc sử dụng Luật Mẫu. Hội đồng cũng đã nhận thức được khả năng là Luật Mẫu cũng có thể được sử dụng tại một số nước ít sử dụng những kỹ thuật thông tin liên lạc được điều chỉnh bởi Luật Mẫu. Hướng dẫn này, mà phần lớn nội dung được rút ra từ *travaux préparatoires* của Luật Mẫu, có lẽ là rất hữu ích cho những người sử dụng các phương tiện thông tin liên lạc điện tử cũng như những nhà nghiên cứu trong lĩnh vực này. Trong quá trình soạn thảo Luật Mẫu, thấy rằng cần phải ban hành Dự thảo Luật Mẫu này kèm theo Hướng dẫn. Ví dụ, một số vấn đề được quyết định là không nên đưa vào dự thảo Luật Mẫu sẽ được đưa vào Hướng dẫn này nhằm cung cấp hướng dẫn cho các Quốc gia ban hành dự thảo Luật Mẫu. Những thông tin chứa đựng trong Hướng dẫn này nhằm giải thích tại sao lại đưa ra những quy định của Luật Mẫu như vậy, và đây là cơ sở quan trọng cho các văn bản luật pháp được thiết kế nhằm đạt được những mục tiêu của Luật Mẫu. Những thông tin này có thể giúp đỡ các Quốc gia trong việc xem xét xem có quy định nào của Luật Mẫu cần phải được thay đổi có tính đến những hoàn cảnh đặc biệt của quốc gia.

I. GIỚI THIỆU VỀ LUẬT MẪU

A. Mục tiêu

1. Việc sử dụng những phương tiện thông tin liên lạc hiện đại như là thư điện tử hoặc trao đổi dữ liệu điện tử (EDI) để thực hiện những chuyển nhượng thương mại quốc tế đang tăng nhanh chóng và được dự đoán là sẽ tiếp tục tăng vì những phương tiện trợ giúp kỹ thuật như là xa lộ thông tin hoặc INTERNET đã trở nên dễ dàng tiếp cận rộng rãi. Tuy nhiên, việc trao đổi những thông tin có giá trị pháp lý cao dưới dạng một thông điệp không sử dụng giấy tờ có thể bị hạn chế bởi những khó khăn pháp lý đối với việc sử dụng các thông điệp này, hoặc bởi sự không rõ ràng về hiệu lực và giá trị pháp lý của chúng. Mục tiêu của Luật này là cung cấp cho các nhà lập pháp những quy định có thể chấp nhận trong phạm vi quốc tế liên quan đến việc làm thế nào để loại bỏ những khó khăn này, và làm thế nào để xây dựng lên được một môi trường luật pháp an toàn hơn cho khái niệm "thương mại điện tử". Những nguyên tắc được biểu hiện trong Luật Mẫu cũng nhằm áp dụng cho những cá nhân sử dụng thương mại điện tử trong việc soạn thảo một số điều khoản hợp đồng

cần thiết để khắc phục những khó khăn luật pháp nhằm tăng cường việc sử dụng thương mại điện tử.

2. Quyết định của UNCITRAL về việc xây dựng lên một luật mẫu về thương mại điện tử được đưa ra nhằm đáp ứng một thực tế là tại nhiều nước, luật pháp hiện tại điều chỉnh lĩnh vực thông tin liên lạc và lưu trữ thông tin là không đầy đủ và lạc hậu bởi vì nó chưa tính đến việc sử dụng thương mại điện tử. Trong một số tình huống cụ thể, luật pháp hiện tại quy định hoặc ngầm định những hạn chế việc sử dụng những phương tiện thông tin liên lạc hiện đại, ví dụ như quy định về việc sử dụng những tài liệu "viết", "ký" hoặc "gốc". Khi mà có một số nước đã ban hành những quy định đặc biệt nhằm điều chỉnh một số khía cạnh nhất định của thương mại điện tử, thì chưa có luật nào điều chỉnh lĩnh vực thương mại điện tử một cách toàn diện. Điều này có thể dẫn đến sự thiếu rõ ràng về bản chất và giá trị pháp lý của những thông tin được biểu hiện dưới những hình thức khác với những tài liệu giấy tờ truyền thống. Hơn nữa, khi mà tại những quốc gia mà ở đó việc sử dụng thư điện tử hay EDI là phổ biến thì cần những luật và tập quán tốt, các nước khác cũng đã thấy được nhu cầu này thông qua việc sử dụng những phương tiện thông tin khác như telecopy và telex.

3. Luật Mẫu cũng có thể giúp đỡ khắc phục những hạn chế phát sinh ra một thực tế là luật pháp không đầy đủ ở mức độ quốc gia gây ra những hạn chế cho việc thương mại quốc tế, mà một số lượng lớn của chúng có liên quan đến việc sử dụng những kỹ thuật thông tin liên lạc hiện đại. Sự khác nhau và sự không rõ ràng trong hệ thống luật pháp quốc gia điều chỉnh việc sử dụng những thông tin liên lạc hiện đại có thể góp phần vào việc hạn chế những giới hạn mà việc kinh doanh có thể với tới những thị trường quốc tế.

4. Hơn nữa, ở mức độ quốc tế, Luật Mẫu có thể là hữu ích trong nhiều trường hợp cụ thể như là một công cụ để giải thích những hiệp ước quốc tế và những tài liệu quốc tế khác hiện tại chứa đựng những hạn chế pháp lý đối với việc sử dụng thương mại điện tử, ví dụ như quy định rằng một số tài liệu nhất định hoặc điều khoản hợp đồng nhất định phải được làm dưới hình thức viết. Đối với các bên ký kết các hiệp định quốc tế đó, việc ban hành Luật Mẫu như là một công cụ để giải thích có thể đem lại những phương tiện để công nhận việc sử dụng thương mại điện tử và công nhận nhu cầu về việc thảo luận về một nghị định thư cho tài liệu quốc tế đó.

5. Những mục tiêu của Luật Mẫu, bao gồm cho phép hoặc tạo điều kiện thuận lợi cho việc sử dụng thương mại điện tử và đem lại một cách thức đối xử bình đẳng cho những người sử dụng giấy tờ tài liệu và những người sử dụng hệ thống thông tin dựa vào máy tính, là rất quan trọng trong việc phát triển tính kinh tế và hiệu quả của thương mại quốc tế. Bằng cách kết hợp những thủ tục được quy định trong Luật Mẫu vào luật pháp quốc gia của mình cho những trường hợp các bên có thể lựa chọn sử dụng phương tiện thông tin liên lạc điện tử, Quốc gia ban hành có thể xây dựng nên một môi trường thông tin đại chúng trung lập.

B. Trọng tâm

6. Tiêu đề của Luật Mẫu nói về “thương mại điện tử”. Định nghĩa của “trao

đổi dữ liệu điện tử” được nói đến tại điều 2, và Luật Mẫu không xác định ý nghĩa của “thương mại điện tử”. Trong quá trình soạn thảo Luật Mẫu, Hội đồng đã quyết định rằng khi xem xét vấn đề này, Hội đồng đã có một khái niệm rất rộng về EDI, bao gồm rất nhiều cách thức sử dụng EDI liên quan đến thương mại có thể được đề cập đến dưới đề mục “thương mại điện tử” (xem A/CN.9/360 đoạn 28-29), mặc dù cũng có thể sử dụng những khái niệm mô tả khác. Một số những hình thức thông tin liên lạc được biểu hiện trong khái niệm “thương mại điện tử” là những hình thức trao đổi thông tin dựa trên cơ sở sử dụng những kỹ thuật điện tử sau đây: thông tin liên lạc sử dụng EDI theo nghĩa hẹp là chuyển dữ liệu dưới dạng tiêu chuẩn từ máy tính đến máy tính; chuyển những thông điệp điện tử có sử dụng những tiêu chuẩn kỹ thuật chung hiện có hoặc những tiêu chuẩn độc quyền; chuyển những nội dung dưới hình thức tùy ý thông qua phương tiện điện tử, ví dụ thông qua INTERNET. Cũng cần lưu ý rằng trong một số tình huống đặc biệt, khái niệm “thương mại điện tử” có thể bao gồm cả việc sử dụng những kỹ thuật như telex hay telecopy.

7. Cần lưu ý rằng vì Luật Mẫu thường xuyên viện dẫn đến những kỹ thuật thông tin liên lạc hiện đại, ví dụ, EDI và thư điện tử, những nguyên tắc mà Luật Mẫu và những quy định của nó lấy làm nền tảng cũng là nhằm để áp dụng trong bối cảnh mà kỹ thuật thông tin liên lạc kém hiện đại hơn, như là telecopy. Sẽ có những tình huống mà những thông tin số hoá đầu tiên được gửi đi dưới dạng một thông điệp EDI tiêu chuẩn, tại một thời điểm nào đó trong chuỗi liên lạc giữa người tạo ra và người nhận, lại được gửi đi dưới dạng telex của máy tính hoặc dạng ảnh của một bản in từ máy tính. Một thông điệp dữ liệu có thể được bắt đầu dưới dạng trao đổi miệng và kết thúc dưới dạng một ảnh, hoặc được bắt đầu dưới dạng ảnh và kết thúc dưới dạng một thông điệp EDI. Một đặc điểm của thương mại điện tử là nó bao gồm cả những thông điệp về chương trình, và phần về chương trình máy tính của nó là sự khác biệt rất quan trọng giữa những thông điệp này và những tài liệu giấy tờ. Luật Mẫu cũng điều chỉnh những tình huống này, dựa trên sự cân nhắc về nhu cầu của người sử dụng phải có một hệ thống luật pháp thống nhất điều chỉnh những dạng kỹ thuật thông tin khác nhau có thể được sử dụng thay thế nhau. Nói rộng hơn, cần phải lưu ý rằng về nguyên tắc, không một kỹ thuật thông tin liên lạc nào bị loại trừ khỏi nội dung của Luật Mẫu vì những phát triển kỹ thuật trong tương lai cần phải được khuyến khích.

8. Những mục tiêu của Luật Mẫu có thể đạt được bằng cách áp dụng Luật Mẫu này một cách rộng rãi nhất. Do vậy, dù trong Luật Mẫu có những quy định loại trừ một số trường hợp cụ thể trong các điều 6, 7, 8, 11, 12, 15 và 16, quốc gia ban hành có thể quyết định không ban hành những hạn chế cơ bản trong luật pháp của mình về phạm vi áp dụng của Luật Mẫu.

9. Luật Mẫu phải được xem là một bộ luật riêng biệt và cân bằng, một bộ luật nên được ban hành như là một bộ luật độc lập. Tuy vậy, tùy thuộc vào thực tiễn của quốc gia ban hành, Luật Mẫu có thể được thực hiện bằng những cách thức khác nhau, như là một bộ luật độc lập hay là như những phần của luật pháp. (Xem dưới đây, đoạn 143).

C. Cấu trúc

10. Luật Mẫu được chia làm hai phần, một phần quy định về thương mại điện tử nói chung và một phần quy định về thương mại điện tử trong những lĩnh vực nhất định. Phải lưu ý rằng phần thứ hai của Luật Mẫu, phần quy định về thương mại điện tử trong những lĩnh vực nhất định, chỉ bao gồm Chương I liên quan đến thương mại điện tử trong lĩnh vực vận chuyển hàng hoá. Những khía cạnh khác của thương mại điện tử cần được quy định trong tương lai, và Luật Mẫu có thể được xem là một bộ luật chưa kết thúc, và sẽ được hoàn thiện trong tương lai.

11. UNCITRAL có ý định tiếp tục giám sát những phát triển về kỹ thuật, luật pháp và thương mại ảnh hưởng đến Luật Mẫu. Khi thấy cần thiết, UNCITRAL sẽ bổ sung những quy định mới vào Luật Mẫu và sửa đổi Luật Mẫu hiện tại.

D. Một luật “khung” cần được bổ sung bằng những quy định kỹ thuật.

12. Luật Mẫu nhằm cung cấp những thủ tục cần thiết và những nguyên tắc để tạo điều kiện thuận lợi cho việc sử dụng những kỹ thuật hiện đại để ghi lại và trao đổi thông tin trong rất nhiều tình huống khác nhau. Tuy nhiên, Luật này là một “luật khung”, bản thân nó không quy định tất cả những nguyên tắc và điều khoản cần thiết để thực hiện những kỹ thuật này tại quốc gia ban hành. Hơn nữa, Luật Mẫu không nhằm điều chỉnh mọi khía cạnh của việc sử dụng thương mại điện tử. Do vậy, quốc gia ban hành có thể ban hành những quy định để bổ sung chi tiết cho các thủ tục mà Luật Mẫu cho phép và để điều chỉnh những thay đổi đặc biệt có thể có, điều chỉnh những tình huống tại nước ban hành mà không làm phương hại đến những mục tiêu của Luật Mẫu này. Xin kiến nghị rằng nếu cần thiết phải ban hành luật này, Quốc gia ban hành phải chú ý đến nhu cầu duy trì tính linh hoạt có lợi của những quy định trong Luật Mẫu.

13. Cần lưu ý rằng những kỹ thuật ghi và trao đổi thông tin được Luật Mẫu xem xét, ngoài việc chúng có thể gây ra những vấn đề về thủ tục cần phải được đưa ra trong khi quy định luật về kỹ thuật, chúng cũng có thể đem lại một số vấn đề pháp lý mà câu trả lời cho những vấn đề này không cần thiết phải được đưa vào Luật Mẫu, mà nên đưa vào các luật khác. Ví dụ, những luật khác này có thể là luật thủ tục tố tụng dân sự, hình sự, hợp đồng, hành chính, những lĩnh vực mà Luật Mẫu không nhằm điều chỉnh.

E. Cách thức tiếp cận “chức năng tương đương”

14. Luật Mẫu dựa trên cơ sở một nhận định là những yêu cầu pháp lý quy định về việc sử dụng văn bản giấy tờ tạo nên những cản trở chủ yếu cho việc phát triển những phương tiện thông tin liên lạc hiện đại. Khi soạn thảo Luật Mẫu, đã cần nhắc đến khả năng xử lý những trở ngại cho việc sử dụng thương mại điện tử do những yêu cầu trong luật quốc gia gây ra đối với việc sử dụng thương mại điện tử bằng cách mở rộng trọng tâm của những khái niệm như là “viết”, “chữ ký” hay là “gốc”, với quan điểm nhằm bao hàm cả những kỹ thuật dựa vào điện tử. Phương

pháp tiếp cận này được sử dụng trong nhiều văn bản pháp luật, như là điều 7 Luật Mẫu về Trọng tài Thương mại Quốc tế UNCITRAL và điều 13 của Công ước về Hợp đồng Buôn bán Hàng hoá của Liên hợp quốc. Nhận thấy rằng Luật Mẫu cần phải để cho các quốc gia ban hành luật trong nước của mình về những phát triển của kỹ thuật thông tin liên lạc có thể áp dụng cho luật thương mại mà không cần thiết phải loại bỏ toàn bộ những yêu cầu dựa trên cơ sở giấy tờ và làm ảnh hưởng đến những khái niệm pháp lý và những cách thức tiếp cận làm nền tảng cho những yêu cầu này. Đồng thời, có quan điểm cho rằng việc đáp ứng những yêu cầu về viết thông qua phương tiện điện tử có thể làm phát sinh nhu cầu xây dựng một luật mới. Điều này là do một trong rất nhiều sự khác nhau giữa thông điệp EDI và những văn bản giấy tờ, đó là, văn bản giấy tờ có thể đọc được bằng mắt thường, còn thông điệp EDI thì không thể đọc được bằng mắt thường trừ khi nó được chuyển sang dạng giấy tờ hoặc được biểu hiện lên trên màn hình.

15. Do vậy, Luật Mẫu dựa trên cách thức tiếp cận mới, thường được đề cập đến dưới tên gọi “cách thức tiếp cận chức năng tương đương”, dựa trên nền tảng phân tích về mục tiêu và chức năng của những yêu cầu truyền thống về văn bản giấy tờ và với quan điểm xem xét xem những chức năng và mục tiêu này có thể đạt được thông qua những kỹ thuật thương mại điện tử như thế nào. Ví dụ, những chức năng của những tài liệu giấy tờ là: cung cấp một tài liệu mà mọi người có thể đọc được; cung cấp một tài liệu giữ nguyên nội dung theo thời gian; cho phép việc tái bản tài liệu để mỗi bên liên quan có thể có được bản sao với cùng nội dung; cho phép phê chuẩn văn bản bằng chữ ký; cung cấp một tài liệu dưới một hình thức mà các cơ quan nhà nước và toà án có thể chấp nhận. Cần lưu ý rằng trong số tất cả những chức năng của hình thức giấy tờ nói ở trên, thì những tài liệu điện tử có thể bảo đảm ở một mức độ an toàn tương tự như tài liệu giấy tờ, và có độ tin cậy và tốc độ cao hơn nhiều, đặc biệt là về khía cạnh xác định nguồn và nội dung của dữ liệu, với điều kiện là những yêu cầu về luật pháp và kỹ thuật được đáp ứng. Tuy nhiên, việc chấp nhận cách thức tiếp cận chức năng tương đương không thể dẫn đến việc bắt người sử dụng thương mại điện tử phải tuân thủ những tiêu chuẩn kỹ thuật quá khắt khe về bảo đảm an toàn (thường dẫn đến những chi phí rất cao) so với những yêu cầu này trong môi trường sử dụng giấy tờ.

16. Nội dung của một thông điệp dữ liệu hoặc chính thông điệp dữ liệu đó không thể được coi là tài liệu tương đương với một tài liệu giấy nếu nó có một bản chất khác và nội dung này hoặc chính thông điệp không nhất thiết phải đáp ứng tất cả các chức năng của tài liệu giấy tờ. Đó là lý do tại sao Luật Mẫu lại chấp thuận một tiêu chuẩn linh hoạt, có tính đến những yêu cầu hiện tại khác nhau trong môi trường làm việc bằng giấy tờ: khi chấp thuận cách thức tiếp cận “chức năng tương đương”, cấu trúc của các yêu cầu về hình thức đem lại độ tin cậy, tính không thay đổi và tính có thể truy cập ở mức độ khác nhau trong môi trường làm việc bằng giấy tờ đã được lưu ý. Ví dụ, không được nhầm lẫn yêu cầu là dữ liệu phải được biểu hiện dưới hình thức viết (yêu cầu sơ đẳng nhất) với những yêu cầu khắt khe hơn như là “chữ ký viết tay”; “chữ ký gốc” hoặc “có xác nhận”.

17. Luật Mẫu không cố gắng đưa ra định nghĩa “tài liệu có chức năng tương đương trên cơ sở máy tính” đối với bất kỳ một tài liệu giấy tờ nào. Thay vào đó, Luật Mẫu chỉ ra những chức năng cơ bản của những yêu cầu về hình thức đối với tài

liệu giấy tờ, với ý tưởng là đưa ra những tiêu chuẩn nếu được một thông điệp dữ liệu đáp ứng thì nó làm cho thông điệp dữ liệu này được luật pháp công nhận ở mức độ tương đương với tài liệu giấy tờ thực hiện cùng một chức năng. Cần lưu ý rằng cách tiếp cận chức năng tương đương được đưa vào điều 6 và điều 8 của Luật Mẫu liên quan đến các khái niệm “viết”, “chữ ký” và “gốc”, chứ không liên quan đến các khái niệm pháp lý khác trong Luật Mẫu. Ví dụ, điều 10 không nhằm để thiết lập nên những yêu cầu có chức năng tương đương của những yêu cầu về lưu trữ hiện hành.

F. Nguyên tắc về lỗi và luật bắt buộc

18. Quyết định soạn thảo Luật Mẫu dựa trên một nhận thức là trên thực tiễn, những giải pháp cho phần lớn những khó khăn pháp lý do việc sử dụng phương tiện thông tin liên lạc hiện đại đem lại thường được tìm thấy trong chính các hợp đồng. Luật Mẫu quy định nguyên tắc về quyền tự chủ của các bên trong điều 4 liên quan đến những quy định tại Chương III của phần một. Chương III của phần một chứa đựng một loạt các quy định thuộc loại có thể được tìm thấy trong các thoả thuận giữa các bên, ví dụ, thoả thuận trao đổi hoặc các “nguyên tắc hệ thống”. Cần lưu ý rằng khái niệm “các nguyên tắc hệ thống” có thể bao gồm hai loại nguyên tắc, đó là những quy định chung do hệ thống thông tin liên lạc đặt ra và những quy định riêng về quan hệ tay đôi giữa người tạo ra và người nhận thông điệp dữ liệu. Điều 4 (và khái niệm “thoả thuận” trong điều này) nhằm bao hàm cả hai loại quy định hệ thống.

19. Những quy định tại Chương III của phần một có thể được các bên sử dụng làm cơ sở để đưa ra những thoả thuận này. Cũng có thể dùng chúng để bổ sung cho những điều khoản thoả thuận trong trường hợp có chỗ hổng hoặc có thiếu sót trong những quy định của hợp đồng. Thêm vào đó, chúng có thể được xem là đặt ra những tiêu chuẩn cơ bản cho những tình huống mà các bên trao đổi thông điệp dữ liệu mà không có những thoả thuận trước của các bên tham gia thông tin, ví dụ, trong bối cảnh mạng thông tin mở.

20. Những quy định tại Chương II của phần một có bản chất hoàn toàn khác. Một trong những mục tiêu chính của Luật Mẫu là tạo điều kiện thuận lợi cho việc sử dụng những kỹ thuật thông tin liên lạc hiện đại và đem lại sự rõ ràng đối với việc sử dụng những kỹ thuật này khi những rào cản hoặc sự không rõ ràng do những quy định luật pháp gây ra là không thể tránh được bằng những quy định hợp đồng. Những quy định tại Chương II, ở một số mức độ nào đó, có thể được xem là một bộ sưu tập những ngoại lệ cũng như là những quy định tốt liên quan đến hình thức của các chuyển nhượng pháp lý. Những quy định tốt này thường có bản chất bắt buộc vì chúng thường phản ánh những quyết định về chính sách chung. Những quy định tại Chương II phải được xem là đưa ra những yêu cầu về hình thức tối thiểu có thể được chấp nhận và vì vậy, chúng có bản chất bắt buộc, trừ khi các điều khoản khác của pháp luật quy định khác. Dấu hiệu là những yêu cầu về hình thức này được coi là những tiêu chuẩn tối thiểu có thể được chấp nhận, tuy nhiên, không thể được giải thích là đề nghị các Quốc gia quy định những yêu cầu chặt chẽ hơn những quy định được đưa ra trong Luật Mẫu.

G. Sự giúp đỡ từ Ban thư ký UNCITRAL

21. Cùng với việc tổ chức đào tạo và các hoạt động trợ giúp, Ban thư ký UNCITRAL cũng có thể cung cấp những cố vấn kỹ thuật cho các Chính phủ soạn thảo luật dựa trên Luật Mẫu về Thương mại Điện tử của UNCITRAL, nếu các Chính phủ xem xét luật của mình dựa trên cơ sở các luật mẫu UNCITRAL khác, hoặc cân nhắc đến tính thích hợp với một hoặc nhiều hiệp ước luật thương mại quốc tế do UNCITRAL soạn thảo.

22. Những thông tin khác liên quan đến Luật Mẫu cũng như Hướng dẫn và các hiệp định và luật mẫu khác được UNCITRAL xây dựng lên có thể có được thông qua Ban thư ký theo địa chỉ dưới đây. Ban thư ký rất vui mừng nhận được những bình luận liên quan đến Luật Mẫu và Hướng dẫn, cũng như những thông tin liên quan đến việc ban hành luật dựa trên Luật Mẫu.

Địa chỉ: International Trade Law Branch, Office of Legal Affairs,
United Nations
Vienna International Centre P.O Box 500
Tel : (43-1) 21345a-4060 or 4061
Telefax: (43 1) 21345a-5813 or (43-1) 232156b
Telex : 135612 uno a
E-mail : uncitral@unov.un.or.at
Internet Home Page: <http://www.un.or.at/uncitral>

II. GHI CHÚ VỀ TỪNG ĐIỀU KHOẢN

Phần một - Thương mại điện tử nói chung

CHƯƠNG I. NHỮNG ĐIỀU KHOẢN CHUNG.

Điều 1. Trọng tâm áp dụng

23. Mục tiêu của điều 1, phải được nghiên cứu cùng với định nghĩa "thông điệp dữ liệu" tại điều 2(a), nhằm chỉ ra phạm vi áp dụng của Luật Mẫu. Cách thức tiếp cận sử dụng trong Luật Mẫu là nhằm đưa ra nguyên tắc bao hàm tất cả những tình huống thực tế mà thông tin được tạo ra, được lưu trữ hay được trao đổi, không kể đến phương tiện trung gian gắn liền với thông tin. Trong quá trình soạn thảo Luật Mẫu, thấy rằng việc loại trừ bất kỳ hình thức nào hoặc loại trừ phương tiện trung gian nào đều có thể đem lại những khó khăn thực tiễn và sẽ chông chéo lên mục tiêu quy định về những nguyên tắc về "thông tin trung lập" thực sự. Tuy nhiên, trọng tâm của Luật Mẫu nhằm vào những phương tiện thông tin liên lạc không bằng giấy tờ và trừ những vấn đề được Luật Mẫu quy định rõ ràng, Luật Mẫu không nhằm thay thế những quy định truyền thống về thông tin liên lạc dựa trên giấy tờ.

24. Hơn nữa, nhận thấy rằng Luật Mẫu sẽ phải chứa đựng dấu hiệu chỉ ra

ràng trọng tâm của nó là tập trung vào những loại tình huống phát sinh trong lĩnh vực thương mại và luật được soạn thảo trên cơ sở những quan hệ thương mại. Vì lý do này, điều 1 nói về "các hoạt động thương mại" và quy định trong ghi chú *** những dấu hiệu về ý nghĩa của nó. Những dấu hiệu này là rất hữu ích cho những quốc gia không có một bộ phận luật riêng về thương mại và được chuẩn mẫu để bảo đảm tính thống nhất trong ghi chú của điều 1 của Luật Mẫu về Trọng tài Thương mại Quốc tế UNCITRAL. Tại một số nước nhất định, việc sử dụng ghi chú trong một tài liệu luật pháp sẽ không thể được chấp nhận. Vì vậy, những cơ quan có thẩm quyền của quốc gia ban hành Luật Mẫu có thể xem xét việc đưa nội dung của ghi chú vào nội dung văn bản.

25. Luật Mẫu áp dụng cho tất cả các loại thông điệp dữ liệu có thể được tạo ra, lưu trữ hoặc trao đổi, và không có quy định nào trong Luật Mẫu ngăn cản Quốc gia ban hành mở rộng trọng tâm áp dụng của Luật Mẫu nhằm bao hàm cả việc sử dụng thương mại điện tử ngoài môi trường thương mại. Ví dụ, dù trọng tâm của Luật Mẫu không phải là mối quan hệ giữa người sử dụng thương mại điện tử và các cơ quan có thẩm quyền, Luật Mẫu cũng có thể được áp dụng cho những quan hệ này. Ghi chú *** quy định một cách thức sử dụng ngôn ngữ có thể lựa chọn và được xem là hợp lý để mở rộng trọng tâm áp dụng của Luật Mẫu ra ngoài môi trường thương mại mà các Quốc gia ban hành có thể sử dụng.

26. Nhiều quốc gia có luật bảo vệ người tiêu dùng riêng nhằm điều chỉnh một số khía cạnh của việc sử dụng hệ thống thông tin. Đối với những luật bảo vệ người tiêu dùng đó, như là những tài liệu trước đây của UNCITRAL (ví dụ, Luật Mẫu về Chuyển nhượng Tín dụng Quốc tế UNCITRAL), nhận thấy rằng cần phải đưa ra một chỉ dẫn là Luật Mẫu được soạn thảo mà không có một sự chú ý đặc biệt nào về những vấn đề có thể phát sinh trong lĩnh vực bảo vệ người tiêu dùng. Đồng thời, cũng nhận thấy rằng không có lý do nào về việc tại sao phải loại trừ những tình huống liên quan đến người tiêu dùng khỏi trọng tâm Luật Mẫu bằng những điều khoản chung, đặc biệt là khi những quy định của Luật Mẫu có thể được coi là phù hợp cho việc bảo vệ người tiêu dùng, phụ thuộc vào luật pháp của mỗi Quốc gia ban hành. Do vậy, ghi chú ** ghi nhận rằng bất kỳ luật bảo vệ người tiêu dùng nào đều có thể trở thành tiền lệ pháp so với những quy định của Luật Mẫu. Các nhà làm luật có thể muốn xem xét xem có thể áp dụng một tài liệu luật ban hành Luật Mẫu cho người tiêu dùng hay không. Câu hỏi về cá nhân nào hay tổ chức nào có thể được xem là "người tiêu dùng" là phụ thuộc vào luật áp dụng, chứ không phụ thuộc vào Luật Mẫu.

27. Bất kỳ giới hạn có thể nào khác về trọng tâm của Luật Mẫu được đưa vào ghi chú đầu tiên. Về nguyên tắc, Luật Mẫu được áp dụng cho việc sử dụng thông điệp điện tử nội địa và quốc tế. Ghi chú * nhằm để Quốc gia ban hành muốn giới hạn tính có thể áp dụng của Luật Mẫu đối với các trường hợp quốc tế sử dụng. Nó đã đưa ra thử nghiệm có thể áp dụng về tính quốc tế để các Quốc gia ban hành sử dụng như những tiêu chí để phân biệt những trường hợp nội địa và quốc tế. Tuy nhiên, cần phải lưu ý rằng tại một số nước, đặc biệt là những nước theo hình thức liên bang, có thể có những khó khăn đáng kể trong việc phân biệt thương mại quốc tế và thương mại nội địa. Không được giải thích Luật Mẫu là khuyến khích các Quốc gia ban hành hạn chế tính có thể áp dụng Luật Mẫu trong các trường hợp

quốc tế.

28. Được kiến nghị rằng phạm vi áp dụng của Luật Mẫu cần phải càng rộng càng tốt. Phải đặc biệt thận trọng trong việc loại bỏ phạm vi áp dụng của Luật Mẫu bằng cách giới hạn phạm vi áp dụng của nó đối với việc sử dụng thông điệp điện tử quốc tế, vì giới hạn này có thể được xem là chưa đạt được đầy đủ những mục tiêu của Luật Mẫu. Hơn nữa, những thủ tục đa dạng theo Luật Mẫu (đặc biệt là trong điều 6 và điều 8) để giới hạn việc sử dụng thông điệp dữ liệu nếu cần thiết (ví dụ, để phục vụ chính sách chung) có thể làm cho nhu cầu giới hạn phạm vi áp dụng của Luật Mẫu giảm xuống. Vì Luật Mẫu có một số điều khoản (điều 6, 7, 8, 11, 12, 15 và 17) cho phép các Quốc gia ban hành có thể linh hoạt trong việc giới hạn trọng tâm áp dụng của Luật Mẫu trong một số lĩnh vực nhất định, thì việc thu hẹp trọng tâm áp dụng đối với thương mại quốc tế có thể là không cần thiết. Hơn nữa, việc phân chia thông tin liên lạc trong thương mại quốc tế thành các phần thuần nhất nội địa và quốc tế là rất khó khăn trên thực tiễn. Tính rõ ràng của Luật Mẫu là cần thiết cho cả thương mại nội địa và quốc tế, và tính hai mặt của luật điều chỉnh việc sử dụng phương tiện điện tử để ghi và thông tin dữ liệu có thể gây ra những khó khăn thực sự cho việc sử dụng những phương tiện này.

Viện dẫn:^c

A/50/17 các đoạn 213-219; A/CN.9/407, các đoạn 37-40; A/CN.9/406, các đoạn 80-85; A/CN.9/WG.IV/WP.62 điều 1; A/CN.9/390, các đoạn 41-43; A/CN.9/WG.IV/WP.60 điều 1; A/CN.9/387, các đoạn 15-28; A/CN.9/WG.IV/WP.57 điều 1; A/CN.9/373, các đoạn 21-25, 29-33; A/CN.9/WG.IV/WP.55 các đoạn 15-20;

Điều 2. Định nghĩa

"Thông điệp dữ liệu"

29. Khái niệm "thông điệp dữ liệu" không chỉ giới hạn trong thông tin liên lạc mà còn nhằm bao hàm cả những số liệu máy tính tạo ra không nhằm đưa vào thông tin liên lạc. Do vậy, khái niệm "thông điệp" bao gồm cả khái niệm "số liệu". Tuy nhiên, có thể thêm định nghĩa "số liệu" cùng với những yếu tố về đặc điểm của "viết" vào điều 6 nếu thấy cần thiết.

30. Viện dẫn đến "những phương tiện tương tự" nhằm phản ánh một sự thực là Luật Mẫu không chỉ nhằm để áp dụng trong bối cảnh những kỹ thuật thông tin

^c Những tài liệu viện dẫn được liệt kê bằng biểu tượng trong Hướng dẫn này bao gồm ba nhóm tài liệu: A/50/17 và A/51/17 là những báo cáo của UNCITRAL với Đại hội đồng về công việc của các phiên làm việc lần thứ hai mươi tám và hai mươi chín, vào năm 1995 và 1996; Tài liệu A/CN.9/... là những báo cáo và ghi nhớ được UNCITRAL thảo luận trong những phiên họp hàng năm của mình, bao gồm cả những báo cáo của Nhóm làm việc với Hội đồng; Tài liệu A/CN.9/WG.IV/... là những tài liệu làm việc của Nhóm làm việc về Thương mại điện tử của UNCITRAL (trước đây gọi là Nhóm làm việc về Trao đổi Dữ liệu Điện tử UNCITRAL) trong quá trình soạn thảo Luật Mẫu.

liên lạc hiện có mà còn tạo điều kiện cho sự phát triển kỹ thuật có thể dự đoán trước. Mục tiêu của định nghĩa "thông điệp dữ liệu" là nhằm bao hàm tất cả những loại thông điệp được tạo ra, được lưu giữ không dưới dạng giấy tờ. Vì mục tiêu này, tất cả những phương tiện thông tin liên lạc và lưu giữ thông tin có thể được sử dụng để thực hiện những chức năng song song với những chức năng được thực hiện bằng các phương tiện được liệt kê trong định nghĩa được bao hàm bằng viện dẫn đến "phương tiện tương tự", mặc dù, ví dụ, nói một cách chặt chẽ, phương tiện liên lạc "điện tử" và "quang học" là tương tự. Phục vụ những mục tiêu của Luật Mẫu, từ "tương tự" ý nói "có chức năng tương đương".

31. Định nghĩa "thông điệp dữ liệu" cũng nhằm bao hàm trường hợp huỷ bỏ hoặc sửa đổi. Một thông điệp dữ liệu được giả thiết là có một nội dung thông tin cố định nhưng nội dung này có thể bị huỷ bỏ hoặc thay đổi bởi một thông điệp dữ liệu khác.

"Trao đổi dữ liệu điện tử (EDI)"

32. Định nghĩa của EDI được rút ra từ định nghĩa mà Nhóm làm việc về Tạo điều kiện thuận lợi cho các Thủ tục Thương mại Quốc tế của Hội đồng Kinh tế Châu Âu, cơ quan của Liên hợp quốc chịu trách nhiệm về phát triển những tiêu chuẩn kỹ thuật UN/EDIFACT chấp thuận (WP.4).

33. Luật Mẫu không giải quyết câu hỏi định nghĩa EDI có cần phải chỉ ra rằng những thông điệp EDI được trao đổi bằng điện tử từ máy tính đến máy tính hay không, hoặc định nghĩa này ngoài việc chỉ đơn thuần bao hàm những tình huống chung khi thông điệp dữ liệu được thông tin liên lạc thông qua hệ thống thông tin liên lạc, có cần bao hàm cả những dạng tình huống ngoại lệ hoặc tình cờ khi một dữ liệu được xây dựng dưới dạng một thông điệp EDI có thể được trao đổi bằng một cách thức không hề liên quan đến hệ thống thông tin liên lạc, ví dụ, như trường hợp một đĩa từ có chứa những dữ liệu EDI được đưa đến cho người nhận. Tuy vậy, không kể rằng việc dữ liệu số được chuyển bằng tay hay dữ liệu không được bao hàm trong định nghĩa EDI, cần phải xem rằng chúng được bao hàm trong định nghĩa "thông điệp dữ liệu" theo Luật Mẫu.

"Người tạo ra" và "Người nhận"

34. Tại phần lớn các hệ thống pháp luật, khái niệm "người" được sử dụng để chỉ ra chủ thể quyền và nghĩa vụ và phải được giải thích là bao hàm cả con người tự nhiên và các thể nhân khác. Những thông điệp dữ liệu được tạo ra một cách tự động mà không có sự can thiệp của con người được bao hàm trong điểm (c). Tuy nhiên, không được giải thích sai Luật Mẫu là nó cho phép một máy tính trở thành chủ thể của quyền và nghĩa vụ. Những thông điệp dữ liệu được máy tính tự động tạo ra không có sự can thiệp của con người phải được xem là "gửi đi" từ một pháp nhân mà nhân danh pháp nhân này máy tính được vận hành. Những vấn đề liên quan đến đại lý có thể phát sinh trong tình huống này được giải quyết bằng những nguyên tắc luật không nằm trong Luật Mẫu.

35. "Người nhận" theo Luật Mẫu là người mà người tạo nên dự định trao đổi

thông tin bằng cách truyền thông điệp dữ liệu, và đối lập với người có thể nhận, gửi hoặc sao thông điệp dữ liệu trong quá trình truyền tin. "Người tạo nên" là người tạo ra thông điệp dữ liệu dù cho thông điệp này được người khác truyền đi. Định nghĩa "người tạo ra" đối lập với định nghĩa "người nhận" khi định nghĩa người tạo ra không tập trung vào ý định. Cần lưu ý rằng theo định nghĩa "người tạo ra" và "người nhận" trong Luật Mẫu, người tạo ra và người nhận của một thông điệp dữ liệu có thể là cùng một người, ví dụ khi thông điệp được dự định để lưu bằng chính tác giả của nó. Tuy nhiên, người nhận lưu giữ thông điệp do người tạo ra chuyển đến không nhằm được bao hàm trong định nghĩa "người tạo ra".

36. Định nghĩa "người tạo ra" sẽ phải bao gồm không chỉ tình huống thông tin được tạo ra và được trao đổi, mà cả tình huống thông tin này được tạo ra và được lưu giữ mà không được liên lạc. Tuy nhiên, định nghĩa "người tạo ra" nhằm loại trừ khả năng một người nhận đơn thuần lưu giữ thông tin có thể bị xem là người tạo ra.

"Trung gian"

37. Trọng tâm của Luật Mẫu nhằm vào mối quan hệ giữa người tạo ra và người nhận, chứ không phải là mối quan hệ giữa người tạo ra hoặc người nhận với bất kỳ người trung gian nào. Tuy nhiên, Luật Mẫu không bỏ qua tầm quan trọng rất lớn của người trung gian trong môi trường thông tin liên lạc điện tử. Thêm vào đó, khái niệm "người tạo ra" là cần thiết đối với Luật Mẫu để xây dựng lên sự khác biệt cần thiết giữa người tạo ra và người nhận đối với những người thứ ba.

38. Định nghĩa "người trung gian" nhằm bao gồm cả người trung gian chuyên nghiệp và không chuyên nghiệp, nghĩa là bất kỳ người nào (không phải là người tạo ra và người nhận) thực hiện những chức năng như là một người trung gian. Những chức năng chính của người trung gian được liệt kê trong điểm (e), đó là nhận, truyền hoặc lưu giữ thông điệp dữ liệu nhân danh người khác. "Những dịch vụ làm tăng giá trị" thêm có thể được thực hiện bởi người vận hành hệ thống mạng hoặc những người trung gian khác, như là việc trang trí lại, dịch, ghi lại, xác nhận hoặc bảo vệ thông điệp dữ liệu và cung cấp dịch vụ an ninh cho những chuyển nhượng điện tử. "Người trung gian" theo Luật Mẫu được định nghĩa không phải như là một loại người chung, mà là trong mối quan hệ đối với từng thông điệp dữ liệu, do đó có thể thấy rằng một người cụ thể có thể là người tạo ra hoặc người gửi đối với một thông điệp dữ liệu nào đó những cũng có thể là người trung gian đối với một thông điệp khác. Luật Mẫu, với trọng tâm là mối quan hệ giữa người tạo ra và người nhận, nói chung không quy định về quyền và nghĩa vụ của người trung gian.

"Hệ thống thông tin"

39. Định nghĩa "hệ thống thông tin" nhằm bao hàm một phạm vi tổng thể các phương tiện kỹ thuật được sử dụng để truyền, nhận và lưu giữ thông tin. Ví dụ, phụ thuộc vào từng tình huống thực tế, khái niệm "hệ thống thông tin" có thể nhằm chỉ ra một mạng thông tin liên lạc, và trong những trường hợp khác thì có thể chỉ đơn giản là một hộp thư điện tử hoặc một máy telecopy. Luật Mẫu không đặt ra câu hỏi về việc hệ thống thông tin này có cần phải được đặt trong toà nhà của người nhận hay không hay có thể tại toà nhà khác, vì địa điểm đặt hệ thống thông tin không

phải là một tiêu chí thực tiễn theo Luật Mẫu.

Viện dẫn.

A/51/17, các đoạn 116-138;
A/CN.9/407, các đoạn 41-52;
A/CN.9/406, các đoạn 132-156;
A/CN.9/WG.IV/WP.62 điều 2;
A/CN.9/390, các đoạn 44-65;
A/CN.9/WG.IV/WP.60 điều 2;

A/CN.9/387, các đoạn 29-52;
A/CN.9/WG.IV/WP.57 điều 1;
A/CN.9/373, các đoạn 11-12; 26-28; 35-36;
A/CN.9/WG.IV/WP.55, các đoạn 23-26;
A/CN.9/30, các đoạn 29-31;
A/CN.9/WG.IV/WP.53 các đoạn 25-33.

Điều 3. Giải thích

40. Điều 3 được rút ra từ điều 7 Công ước Hợp đồng Mua bán Hàng hoá Quốc tế của Liên hợp quốc. Nó nhằm đem lại một hướng dẫn cho việc giải thích Luật Mẫu của Tòa án và các cơ quan có thẩm quyền quốc gia khác. Ảnh hưởng dự tính của điều 3 là nhằm hạn chế việc một nội dung thống nhất, khi được kết hợp vào luật pháp địa phương, chỉ được giải thích bằng cách viện dẫn đến các khái niệm trong luật địa phương.

41. Mục tiêu của đoạn (1) là thu hút sự chú ý của tòa án và các cơ quan có thẩm quyền khác về một thực tế là những quy định của Luật Mẫu (hoặc những quy định của tài liệu nhằm thực thi Luật Mẫu), khi được ban hành như là một bộ phận của luật nội địa và do vậy mang những đặc tính của luật nội địa, phải được giải thích với viện dẫn đến bản gốc quốc tế của nó nhằm bảo đảm tính thống nhất trong việc giải thích Luật Mẫu ở những nước khác nhau.

42. Về những nguyên tắc làm cơ sở cho Luật Mẫu, có thể xem xét đến danh sách chưa hoàn thiện sau: (1) tạo điều kiện thuận lợi cho thương mại điện tử giữa và trong nội bộ các quốc gia; (2) công nhận hiệu lực pháp luật của những chuyển nhượng được thiết lập bằng những phương tiện kỹ thuật thông tin mới; (3) khuyến khích và đẩy mạnh việc ứng dụng những kỹ thuật thông tin mới; (4) tăng cường tính thống nhất của luật pháp; và (5) giúp đỡ các hoạt động thương mại. Vì mục tiêu chính của Luật Mẫu là tạo điều kiện thuận tiện cho việc sử dụng những phương tiện thông tin liên lạc điện tử, không thể giải thích Luật Mẫu như là bắt buộc phải sử dụng các phương tiện này.

Viện dẫn

A/50/17, các đoạn 220-224;
A/CN.9/407, các đoạn 53-54;
A/CN.9/406, các đoạn 86-87;
A/CN.9/WG.IV/WP.62 điều 3;
A/CN.9/390, các đoạn 66-73;
A/CN.9/WG.IV/WP.60 điều 3;

A/CN.9/387, các đoạn 53-58;
A/CN.9/WG.IV/WP.57 điều 3;
A/CN.9/373, các đoạn 38-42;
A/CN.9/WG.IV/WP.55, các đoạn 30-31;

Điều 4. Thay đổi bằng thoả thuận

43. Quyết định thực hiện việc soạn thảo Luật Mẫu dựa trên một nhận xét là trên thực tiễn, có thể tìm thấy giải pháp cho các khó khăn luật pháp do việc sử dụng phương tiện thông tin liên lạc hiện đại gây ra trong chính các hợp đồng. Do vậy, Luật Mẫu nhằm ủng hộ nguyên tắc về tính tự quyết của các bên. Tuy nhiên, nguyên tắc này chỉ được biểu hiện qua các quy định của Luật Mẫu trong Chương III của phần một. Lý do của điều này là những quy định tại Chương III của phần một, ở một mức độ nào đó, có thể được xem là một bộ sưu tập những ngoại lệ đối với những quy định tốt về hình thức của những chuyển nhượng thương mại hợp pháp. Những quy định tốt này thường có bản chất bắt buộc vì chúng phản ánh những quyết định về chính sách chung. Một tuyên bố không chuẩn mực liên quan đến quyền tự do của các bên làm suy yếu Luật Mẫu có thể vì vậy được hiểu sai là cho phép các bên, thông qua sự vi phạm Luật Mẫu này, làm suy giảm những nguyên tắc được ban hành để bảo vệ chính sách chung. Những quy định tại Chương II của phần một phải được xem là những yêu cầu tối thiểu về hình thức có thể được chấp nhận và vì vậy, là bắt buộc, trừ khi được quy định theo một cách thức khác. Tuy nhiên, không thể giải thích dấu hiệu đó là những tiêu chuẩn tối thiểu về hình thức có thể được chấp nhận là đề nghị các Quốc gia thiết lập nên những yêu cầu cao hơn những yêu cầu được nêu ra trong Luật Mẫu.

44. Điều 4 nhằm áp dụng không chỉ cho mối quan hệ giữa người tạo ra và người nhận thông điệp dữ liệu mà còn trong mối quan hệ có sự tham gia của người trung gian. Do vậy, những quy định tại Chương III phần một có thể được thay đổi bằng những thoả thuận song phương hoặc đa phương giữa các bên, hoặc bằng những quy định về hệ thống được các bên chấp nhận. Tuy nhiên, nội dung này rõ ràng hạn chế quyền tự quyết của các bên trong phạm vi những quyền và nghĩa vụ phát sinh giữa các bên và không hề đưa ra bất kỳ hàm ý nào nói về quyền và nghĩa vụ của bên thứ ba.

Viện dẫn

A/51/17, các đoạn 69, 90-93; 110, 137 188 và 207 (điều 10);	A/CN.9/390, các đoạn 74-78; A/CN.9/WG.IV/WP.60 điều 5;
A/50/17, các đoạn 271-274 (điều 5);	A/CN.9/398, các đoạn 62-65;
A/CN.9/407, đoạn 85;	A/CN.9/373, đoạn 37;
A/CN.9/406, các đoạn 88-89;	A/CN.9/WG.IV/WP.57, điều 5;
A/CN.9/WG.IV/WP.62, điều 5;	A/CN.9/WG.IV/WP.55, các đoạn 27-29.

CHƯƠNG II. ÁP DỤNG NHỮNG QUY ĐỊNH PHÁP LÝ ĐỐI VỚI THÔNG ĐIỆP DỮ LIỆU

Điều 5. Công nhận pháp lý thông điệp dữ liệu

45. Điều 5 biểu hiện một nguyên tắc quan trọng là không thể phân biệt đối xử đối với thông điệp dữ liệu, nghĩa là sẽ không có sự khác nhau nào trong việc xem xét thông điệp dữ liệu và những tài liệu giấy tờ. Điều này nhằm áp dụng bất kể những yêu cầu luật định nào về “viết” hoặc bản gốc. Nguyên tắc quan trọng này

nhằm để tìm kiếm sự áp dụng chung và trọng tâm của nó không thể bị giới hạn trong lĩnh vực chứng cứ hoặc những vấn đề khác nói điều chỉnh bởi Chương II. Tuy nhiên, cần lưu ý rằng nguyên tắc này không nhằm xâm phạm bất kỳ quy định nào tại các điều 6 và 10. Qua tuyên bố “không thể từ chối hiệu lực pháp lý, tính có hiệu lực hoặc tính có thể thi hành của thông tin chỉ dựa trên căn cứ là thông tin này dưới hình thức một thông điệp dữ liệu”, điều 5 chỉ đơn thuần chỉ ra rằng hình thức biểu hiện hoặc lưu giữ của một thông tin cụ thể không thể được sử dụng làm lý do mà vì nó, hiệu lực pháp luật, tính có hiệu lực và tính có thể thi hành của thông tin bị từ chối. Tuy nhiên, không thể giải thích điều 5 một cách sai lầm là nó thiết lập nên giá trị pháp lý của bất kỳ một thông điệp dữ liệu nào hoặc của thông tin chứa đựng trong thông điệp dữ liệu đó.

Viện dẫn

A/51/17, các đoạn 92 và 97;
A/50/17, các đoạn 225-227;
A/CN.9/407, đoạn 55;
A/CN.9/409, các đoạn 91-94;
A/CN.9/WG.IV/WP.62, điều 5;

A/CN.9/390, các đoạn 79-87;
A/CN.9/WG.IV/WP.60 điều 5;
A/CN.9/387, các đoạn 93-94;

Điều 6. Viết

46. Điều 6 nhằm để định nghĩa những tiêu chuẩn cơ bản mà thông điệp điện tử phải thoả mãn để được xem là đáp ứng những yêu cầu (có thể được quy định trong một luật, văn bản viết hoặc một án lệ) là thông tin đó được lưu giữ hoặc được biểu hiện “dưới hình thức viết” (hoặc thông tin được chứa đựng trong một văn bản hoặc những tài liệu dựa trên giấy tờ khác). Cần lưu ý rằng điều 6 chỉ là một phần của một nhóm gồm 3 điều (điều 6, 7 và 8) có cùng cấu trúc và phải được nghiên cứu trong mối quan hệ qua lại lẫn nhau.

47. Khi soạn thảo Luật Mẫu, đã lưu ý đến những chức năng được thực hiện bởi những hình thức “viết” khác nhau trong một môi trường hoạt động dựa trên giấy tờ. Ví dụ: danh sách chưa đầy đủ dưới đây chỉ ra những nguyên nhân tại sao luật pháp quốc gia yêu cầu sử dụng “hình thức viết”: (1) để bảo đảm rằng sẽ có chứng cứ nhìn thấy được về sự tồn tại và bản chất của ý định của các bên chịu sự ràng buộc lẫn nhau; (2) nhằm giúp đỡ các bên nhận biết được hậu quả của việc họ tham gia vào hợp đồng; (3) để cung cấp một tài liệu mà tất cả mọi người có thể đọc được; (4) để cung cấp một tài liệu không thay đổi theo thời gian và cung cấp một tài liệu lâu dài về một thương vụ; (5) để cho phép tạo ra một tài liệu mà các bên có thể có những bản sao như nhau về những dữ liệu; (6) cho phép xác nhận dữ liệu bằng chữ ký; (7) cung cấp một tài liệu dưới một hình thức mà toà án và các cơ quan có thẩm quyền có thể chấp nhận; (8) chính thức hoá ý định của tác giả của tài liệu “viết” và cung cấp một ghi nhận về dự định này; (9) cho phép lưu trữ dữ liệu dưới dạng nhìn thấy được dễ dàng hơn; (10) tạo điều kiện thuận tiện cho quản lý và kiểm toán sau này nhằm phục vụ những mục đích kế toán, thuế và những yêu cầu luật định khác; và (11) để những quyền và nghĩa vụ luật định có hiệu lực trong những trường hợp “hình thức viết” là yêu cầu bắt buộc để tài liệu có hiệu lực.

48. Tuy nhiên, khi soạn thảo Luật Mẫu, nhận thấy rằng sẽ không hợp lý nếu chấp thuận toàn bộ khái niệm tổng thể của những chức năng được thực hiện bởi hình thức viết. Những yêu cầu hiện tại về việc dữ liệu phải được biểu hiện dưới hình thức viết thường kết hợp với những yêu cầu về “hình thức viết” hoàn toàn khác với viết, ví dụ như chữ ký hoặc bản gốc. Do vậy, khi chấp thuận hướng tiếp cận theo chức năng, phải lưu ý đến một thực tiễn là yêu cầu “hình thức viết” phải được xem là nấc thấp nhất trong hệ thống những yêu cầu về hình thức quy định những cấp độ khác nhau của độ tin cậy, tính có thể truy cập và tính không thể thay đổi của những tài liệu giấy. Yêu cầu về việc dữ liệu phải được biểu hiện dưới hình thức viết (yêu cầu này có thể được xem là “yêu cầu tối thiểu”) không thể bị nhầm lẫn với những yêu cầu chặt chẽ hơn như “viết có chữ ký”, “chữ ký gốc” hoặc “tài liệu có xác nhận”. Ví dụ, theo một số luật quốc gia cụ thể, một văn bản viết không được đề ngày, cũng không được ký, và tác giả của văn bản cũng không được xác định hoặc chỉ được xác định qua những thông tin đầu thư, vẫn có thể được xem là “có hình thức viết” dù nó có rất ít giá trị chứng cứ nếu thiếu những chứng cứ khác (ví dụ, lời khai) liên quan đến tác giả của văn bản. Thêm vào đó, không được xem xét khái niệm về tính không bị thay đổi như là nhằm quy định một yêu cầu tuyệt đối vì “viết” bằng bút chì vẫn được xem là “viết” theo những định nghĩa luật pháp cụ thể hiện hành. Cần nhắc đến cách thức mà những vấn đề này được kết hợp với những dữ liệu và việc bảo vệ chống lại việc lừa dối được giải quyết trong môi trường văn bản giấy tờ, dù sao, một văn bản mang tính lừa dối vẫn được xem là văn bản “viết”. Nói chung, những khái niệm như là “chứng cứ” hay “ý định chịu sự ràng buộc của các bên” thường được gắn chặt vào những khái niệm chung về độ tin cậy và việc xác nhận dữ liệu và không được bao hàm trong định nghĩa về “hình thức viết”.

49. Mục đích của điều 6 không nhằm đưa ra một yêu cầu là trong mọi trường hợp, những thông điệp dữ liệu phải hoàn thành mọi chức năng có thể hiểu được của một “văn bản viết”, ví dụ, chức năng chứng cứ trong lĩnh vực luật thuế hoặc chức năng cảnh báo trong luật dân sự, điều 6 tập trung vào cơ sở là khái niệm thông tin được làm ra và được đọc như thế nào. Khái niệm đó được biểu hiện trong điều 6 qua những điều khoản được xem là một phân loại có mục tiêu, đó là thông tin trong một thông điệp dữ liệu phải tiếp cận được và có thể sử dụng được để tham khảo sau này. Việc sử dụng từ “có thể tiếp cận được” ngụ ý rằng thông tin dưới dạng dữ liệu máy tính phải là có thể đọc được và hiểu được, và như vậy phần mềm cần thiết để làm ra những thông tin có thể đọc được phải được lắp đặt. Từ “có thể đọc được” không chỉ nhằm nói về việc con người sử dụng được mà còn nói về việc xử lý của máy tính. Đối với khái niệm “tham khảo sau này”, khái niệm này nói về “tính bền vững” và “tính không thay đổi”, những đặc tính có thể là quá nghiêm khắc, và những khái niệm như là “tính có thể đọc được” và “tính có thể hiểu được”, những khái niệm có thể là quá chuyên biệt.

50. Những nguyên tắc được biểu hiện trong đoạn (3) của các điều 6 và 7, và trong đoạn 4 của điều 8, là quốc gia ban hành có thể loại bỏ việc áp dụng những điều khoản này trong một số tình huống xác định được quy định trong luật của Quốc gia ban hành. Một Quốc gia ban hành có thể muốn loại bỏ một số loại tình huống xác định, phụ thuộc vào tính đặc biệt của mục đích về yêu cầu hình thức đang được xem xét. Một trong những tình huống này có thể là trong trường hợp những yêu cầu

về hình thức nhằm để thông báo hoặc cảnh báo về những rủi ro thực tế hoặc luật pháp, ví dụ, yêu cầu về cảnh báo phải được ghi nhận trên một số loại sản phẩm. Một ví dụ khác, có thể xem xét loại trừ trong lĩnh vực những yêu cầu về hình thức cần thiết theo những nghĩa vụ của các hiệp ước quốc tế của Quốc gia ban hành, ví dụ, yêu cầu là sec được làm dưới hình thức viết theo Công ước quy định về Luật Thống nhất về Sec, (Geneva, 1931) và những dạng tình huống và lĩnh vực luật pháp khác nằm ngoài khả năng thay đổi của nước ký kết thông qua luật.

51. Đoạn (3) được quy định nhằm tăng cường tính có thể chấp nhận của Luật Mẫu. Đoạn này ghi nhận rằng vấn đề xác định những ngoại lệ phải được dành cho quốc gia ban hành quyết định, một cách thức tiếp cận có tính toán tốt hơn đến sự khác nhau của các quốc gia. Tuy nhiên, cần lưu ý rằng sẽ không đạt được những mục tiêu của Luật Mẫu nếu đoạn (3) được sử dụng như là một ngoại lệ bỏ trống, và phải tránh được những trường hợp mà đoạn (3) đã quy định. Có rất nhiều ngoại lệ trong nội dung của điều 6 và 8 sẽ đem lại những khó khăn không cần thiết cho việc phát triển những kỹ thuật thông tin hiện đại khi mà nội dung Luật Mẫu là những nguyên tắc và cách thức tiếp cận rất cơ bản cần thiết để tìm ra những áp dụng chung.

Điều 7. Chữ ký

52. Điều 7 dựa trên sự nhận biết về những chức năng của chữ ký trong môi trường giấy tờ. Khi soạn thảo Luật Mẫu, những chức năng sau đây của chữ ký đã được xem xét: để xác định một người; để cung cấp tính xác thực về sự tham gia của một cá nhân thông qua hành vi ký; để ràng buộc người này với nội dung của văn bản. Thêm vào đó, cần lưu ý rằng chữ ký có thể thực hiện những chức năng khác nhau phụ thuộc vào bản chất của văn bản được ký. Ví dụ, một chữ ký có thể biểu hiện ý định chịu sự ràng buộc của một bên theo những nội dung của hợp đồng được ký; ý định của một người xác nhận tác giả của phần nội dung; ý định của một người ràng buộc bản thân mình với nội dung văn bản được một người khác chuẩn bị; và về sự thực, về thời gian mà người ký có mặt tại một địa điểm nào đó.

53. Cần lưu ý rằng, cùng với chữ ký viết tay truyền thống, có rất nhiều những thủ tục khác nhau (ví dụ: dán tem, đục lỗ...) nhiều khi được đề cập đến như chữ ký và những thủ tục này có mức độ rõ ràng khác nhau. Ví dụ, tại nhiều nước, có một yêu cầu là hợp đồng bán hàng hoá với trên một số lượng hàng hoá nào đó phải được ký thì mới có hiệu lực thi hành. Tuy nhiên, khái niệm “chữ ký” có thể được chấp thuận trong bối cảnh đó thông qua việc dán tem, đục lỗ hoặc thậm chí chữ ký đánh máy hoặc phần đầu của thư in cũng có thể được coi là đầy đủ để đáp ứng yêu cầu về chữ ký. Mặt khác, còn có những yêu cầu khác nhằm kết hợp chữ ký truyền thống viết tay với những thủ tục an toàn bổ sung như là xác nhận chữ ký của nhân chứng.

54. Cần xây dựng những chức năng tương đương cho mỗi loại và mỗi mức độ của các yêu cầu về chữ ký hiện tại. Cách thức tiếp cận này sẽ làm tăng tính rõ ràng của mức độ công nhận pháp lý có thể có được trong việc sử dụng những phương tiện xác nhận khác nhau được sử dụng trong thực tiễn thương mại điện tử để thay thế cho “chữ ký”. Tuy nhiên, khái niệm chữ ký thực chất vẫn liên quan đến việc sử dụng giấy. Hơn nữa, cố gắng nhằm xây dựng những nguyên tắc về tiêu chuẩn và thủ tục được sử dụng để thay thế cho những trường hợp “chữ ký” cụ thể có thể gây

ra một rủi ro cho việc chuẩn hoá khung pháp luật bằng Luật Mẫu đối với việc phát triển kỹ thuật.

55. Với quan điểm nhằm bảo đảm rằng một thông điệp cần được xác nhận sẽ không bị từ chối giá trị pháp lý chỉ vì lý do là thông điệp này không được xác nhận theo một thủ tục tương tự đối với một tài liệu giấy, điều 7 chấp nhận một cách thức tiếp cận tổng hợp hơn. Nó quy định những điều kiện mà theo đó một thông điệp điện tử sẽ được coi là được xác nhận với đầy đủ độ tin cậy và sẽ có hiệu lực thi hành đúng trên phương diện những yêu cầu về chữ ký hiện đang là rào cản đối với thương mại điện tử. Điều 7 tập trung trên hai chức năng cơ bản của chữ ký, đó là xác định tác giả của tài liệu và để xác nhận rằng tác giả đã chứng nhận nội dung của tài liệu đó. Đoạn (1) (a) thiết lập nên một nguyên tắc là trong môi trường điện tử, những chức năng luật pháp cơ bản của chữ ký được thực hiện bằng một cách thức nhằm xác định người tạo ra thông điệp dữ liệu đó và xác nhận rằng người tạo ra đã chứng nhận nội dung của thông điệp dữ liệu.

56. Đoạn (1)(b) thiết lập nên một cách thức tiếp cận linh hoạt về mức độ an toàn mà biện pháp xác định được sử dụng trong đoạn (a) cần phải đạt được. Biện pháp sử dụng trong đoạn (1)(a) phải đạt được độ tin cậy và thích hợp với mục tiêu tạo ra và thông tin thông điệp dữ liệu, trong mọi hoàn cảnh, bao gồm bất kỳ thoả thuận nào giữa người tạo ra và người nhận thông điệp dữ liệu đó.

57. Khi xem xét biện pháp được sử dụng trong đoạn (1) là có thích hợp hay không, những yếu tố luật pháp, kỹ thuật và thương mại cần phải được tính đến bao gồm: (1) độ phức tạp của thiết bị mà các bên sử dụng; (2) bản chất của hoạt động thương mại; (3) mật độ các giao dịch thương mại các bên tiến hành; (4) loại và mức độ giao dịch; (5) chức năng của yêu cầu chữ ký trong môi trường luật pháp đó; (6) khả năng của hệ thống thông tin liên lạc; (7) việc tuân thủ thủ tục xác nhận được bên trung gian quy định; (8) phạm vi của thủ tục xác nhận hiện có của bất kỳ bên trung gian nào; (9) việc tuân thủ những tập quán và thực tiễn hoạt động thương mại; (10) sự tồn tại của cơ cấu bao hiểm đối với những thông điệp không được phép; (11) tầm quan trọng và giá trị của thông tin trong thông điệp dữ liệu; (12) tính sẵn có của những biện pháp xác định có thể lựa chọn và chi phí thực hiện; (13) mức độ chấp thuận và không chấp thuận của những biện pháp xác định trong ngành công nghiệp liên quan hoặc trong lĩnh vực mà cả yếu tố thời gian và yếu tố phương pháp đã được thoả thuận và thời gian thông điệp dữ liệu được gửi đi; và (14) bất kỳ yếu tố nào khác có liên quan.

58. Điều 7 không nêu lên sự khác nhau trong trường hợp người sử dụng thương mại điện tử có một thoả thuận về thông tin liên lạc và tình huống các bên không có quan hệ hợp đồng trước liên quan đến việc sử dụng thương mại điện tử. Do vậy, có thể xem là điều 7 thiết lập nên những tiêu chuẩn gốc về phê chuẩn những thông điệp dữ liệu có thể được thay thế trong trường hợp trước đó không có một quan hệ hợp đồng và đồng thời, đưa ra hướng dẫn về cái gì có thể thay thế cho chữ ký nếu các bên sử dụng thông tin liên lạc điện tử trong bối cảnh có một thoả thuận về thông tin liên lạc. Luật Mẫu nhằm cung cấp một hướng dẫn có ích trong bối cảnh là luật quốc gia nên để vấn đề xác nhận thông điệp dữ liệu lại cho các bên quyết định và trong bối cảnh nếu có những yêu cầu về chữ ký do luật quốc gia quy định thì

các bên cần có quyền lựa chọn thông qua việc thoả thuận về những yêu cầu này.

59. Khái niệm “thoả thuận giữa người tạo ra và người nhận một thông điệp dữ liệu” được giải thích là bao gồm không chỉ những thoả thuận song phương và đa phương giữa các bên trực tiếp tham gia trao đổi thông điệp dữ liệu (ví dụ : “thoả thuận giữa các đối tác thương mại”, “thoả thuận thông tin liên lạc” hoặc “thoả thuận trao đổi”), mà bao gồm cả những thoả thuận liên quan đến những người trung gian (ví dụ, “thoả thuận dịch vụ của bên thứ ba”). Nhưng thoả thuận xác lập giữa các bên sử dụng hệ thống thông tin thương mại điện tử có thể kết hợp “những quy định của hệ thống”, nghĩa là những quy định và thủ tục được áp dụng khi thông tin thông điệp dữ liệu. Tuy nhiên, một thoả thuận giữa người nhận và người tạo ra thông điệp dữ liệu về việc sử dụng phương pháp xác nhận sẽ không phải là chứng cứ cuối cùng về tính đáng tin cậy của biện pháp đó.

60. Cần lưu ý rằng theo Luật Mẫu, việc ký vào một thông điệp dữ liệu bằng những phương tiện có chức năng tương đương với chữ ký viết tay là không nhằm chỉ ra giá trị pháp lý của thông điệp dữ liệu. Vấn đề thông điệp dữ liệu có đáp ứng những yêu cầu về chữ ký có giá trị pháp lý hay không sẽ được luật khác, chứ không phải Luật Mẫu, giải quyết.

Viện dẫn

A/51/17, các đoạn 180 và 181; A/50/17, các đoạn 242-248 (điều 6); A/CN.9/407, đoạn 64-67; A/CN.9/406, các đoạn 102-105; A/CN.9/WG.IV/WP.62 điều 7; A/CN.9/390, các đoạn 97-109; A/CN.9/WG.IV/WP.60 điều 7; A/CN.9/WG.IV/WP.57 điều 7; A/CN.9/WG.IV/WP.58, phụ lục; A/CN.9/373, các đoạn 63-76; A/CN.9/WG.IV/WP.55 các đoạn 50-63; A/CN.9/360, các đoạn 71-75; A/CN.9/WG.IV/WP.53 các đoạn 61-66; A/CN.9/350, các đoạn 86-89; A/CN.9/333, các đoạn 50-59; A/CN.9/265, các đoạn 49-58; và 79-80

Điều 8. Gốc

62. Nếu “gốc” được định nghĩa là phương tiện mà trên đó thông tin được thiết lập lần đầu tiên, thì có lẽ không thể nói về một thông điệp dữ liệu “gốc”, vì người nhận một thông điệp dữ liệu thường xuyên nhận được một bản sao của nó. Tuy nhiên, điều 8 phải được đặt vào một bối cảnh khác. Khái niệm “gốc” trong điều 8 là rất có ích khi mà trên thực tế có rất nhiều tranh chấp liên quan đến tính gốc của các tài liệu, và trong thương mại điện tử, yêu cầu phải có được bản gốc tạo ra một trong những cản trở chính mà Luật Mẫu muốn loại bỏ. Mặc dù tại một số nước, các khái niệm “viết”, gốc và “chữ ký” thường đan xen nhau, Luật Mẫu tiếp cận những khái niệm này như là những khái niệm khác nhau và riêng biệt. Điều 8 cũng rất hữu ích để làm rõ khái niệm “viết” và “gốc”, đặc biệt là từ khía cạnh tầm quan trọng của chúng xét từ góc độ chứng cứ.

63. Điều 8 rất thích hợp với những văn bản về quyền và văn bản có thể đàm

phán trong đó khái niệm về tính gốc của bản gốc có mối liên quan đặc biệt. Tuy nhiên, sự thực là Luật mẫu không chỉ nhằm áp dụng cho những văn bản về quyền hoặc văn bản có thể thoả thuận, hoặc áp dụng cho những lĩnh vực luật pháp có những yêu cầu đặc biệt liên quan đến việc đăng ký hay công chứng “bản viết”, ví dụ, những vấn đề về gia đình hay về bất động sản, rất được lưu ý. Những ví dụ về những tài liệu cần phải có bản gốc là những tài liệu như là chứng chỉ về khối lượng, chứng chỉ nông nghiệp, chứng chỉ về số lượng và chất lượng, báo cáo kiểm tra, chứng chỉ bảo hiểm... Vì những tài liệu trên là không thể thoả thuận và được sử dụng để chuyển giao quyền hoặc quyền sở hữu, điều rất quan trọng là những tài liệu này phải được chuyển giao không hề thay đổi, có nghĩa là dưới hình thức “gốc” của chúng, và như vậy các bên khác tham gia vào thương mại quốc tế có thể tin tưởng vào nội dung của chúng. Trong môi trường giấy tờ, những dạng tài liệu này thường chỉ được chấp nhận nếu chúng là “gốc” nhằm hạn chế khả năng chúng bị thay đổi, một điều khó có thể phát hiện ra trên các bản sao. Có sẵn nhiều phương tiện kỹ thuật để xác định nội dung của một thông điệp dữ liệu nhằm bảo đảm “tính gốc” của nó. Nếu không có tài liệu có chức năng tương đương với bản gốc này, việc bán hàng hoá sử dụng thương mại điện tử có thể bị ảnh hưởng nghiêm trọng vì những người bán hàng những tài liệu này sẽ được yêu cầu chuyển nhiều lần mỗi thông điệp điện tử tại mỗi thời điểm hàng hóa được bán ra, hoặc các bên sẽ buộc phải sử dụng những tài liệu giấy để bổ sung cho những chuyển nhượng thương mại điện tử.

64. Điều 8 phải được xem là đưa ra những tiêu chuẩn về hình thức tối thiểu có thể chấp nhận mà thông điệp dữ liệu phải đáp ứng để chúng có thể được coi là phương tiện có chức năng tương đương với bản gốc của chúng. Những quy định của điều 8 phải được xem là bắt buộc, tương tự như việc những quy định hiện tại về việc sử dụng những tài liệu gốc bằng giấy tờ được coi là yêu cầu bắt buộc. Tuy nhiên, không được phép giải thích chỉ dẫn về những yêu cầu về hình thức được quy định trong điều 8 được xem là “có thể chấp nhận được” là nhằm khuyến khích các Quốc gia thiết lập nên những yêu cầu chặt hơn những yêu cầu được đưa ra trong Luật Mẫu.

65. Điều 8 nhấn mạnh tầm quan trọng của tính toàn vẹn về tính gốc của thông tin và đưa ra những tiêu chí phải được tính toán đến khi xem xét tính toàn vẹn bằng cách tham chiếu đến việc ghi lại thông tin có hệ thống, bảo đảm rằng thông tin được ghi nhận không có một thiếu sót nào và bảo vệ thông tin chống lại bất kỳ thay đổi nào. Nó nối liền khái niệm về tính gốc với phương pháp xác nhận và đặt trọng tâm vào phương pháp xác nhận cần được tuân thủ nhằm đáp ứng yêu cầu. Nó dựa trên những yếu tố sau: một tiêu chí đơn giản về “tính toàn vẹn” của dữ liệu; mô tả những yếu tố cần phải xem xét khi kiểm tra tính toàn vẹn; yếu tố linh hoạt, có nghĩa là viện dẫn đến hoàn cảnh thực tế.

66. Về cụm từ “thời điểm mà nó được tạo ra lần đầu tiên dưới hình thức chính thức” tại đoạn (1)(a), cần lưu ý rằng quy định này bao hàm trường hợp thông tin được tạo thành lần đầu tiên dưới dạng giấy tờ và sau đó được chuyển vào máy tính. Trong trường hợp này, đoạn (1) (a) cần được giải thích là nó yêu cầu sự bảo đảm là thông tin được hoàn toàn giữ nguyên, không thay đổi tính từ thời điểm nó được tạo nên dưới dạng giấy tờ trước đó, và không chỉ từ thời điểm nó được chuyển thành dạng điện tử. Tuy nhiên, nếu có nhiều bản thảo được tạo ra và được lưu trữ trước khi tạo nên một thông điệp chính thức, không thể giải thích đoạn (1) (a) là nó yêu cầu

bảo đảm tính toàn vẹn của các bản thảo.

67. Đoạn (3)(a) quy định tiêu chuẩn xem xét tính toàn vẹn, có quan tâm đến những bổ sung cần thiết cho thông điệp dữ liệu đầu tiên (“gốc”) như là việc xác nhận, phê chuẩn, công chứng... so với những tài liệu thay thế khác. Khi nội dung của thông điệp dữ liệu là không thay đổi và hoàn chỉnh, những bổ sung cần thiết này không ảnh hưởng đến “tính gốc” của nó. Do vậy, khi phân phê xác nhận được thêm vào đoạn cuối của một thông điệp dữ liệu “gốc” để chứng thực “tính gốc” của thông điệp dữ liệu đó, hoặc khi hệ thống thông tin tự động thêm dữ liệu vào phần đầu hoặc phần cuối của một thông điệp dữ liệu để truyền thông điệp, thì những phần thêm vào này được coi là tài liệu bổ sung cho một tài liệu “gốc”, hoặc như là phong bì và con dấu của tài liệu “gốc” đó.

68. Cũng như tại các điều khoản khác của Chương II của phần một, từ “luật” trong đoạn mở đầu của điều 8 được hiểu là bao gồm không chỉ luật thành văn mà còn bao gồm cả luật án lệ và các luật thủ tục khác. Tại một số nước theo hệ thống luật thông pháp nhất định, nơi mà từ “luật” thường được hiểu là nói về những quy định của luật án lệ, đối lại với những yêu cầu của luật thành văn, cần lưu ý rằng trong bối cảnh Luật Mẫu, từ “luật” là nhằm bao hàm nhiều nguồn luật khác nhau. Tuy nhiên, “luật”, như được sử dụng trong Luật Mẫu, không nhằm bao hàm những lĩnh vực luật chưa trở thành một bộ phận của luật của một Quốc gia và đôi khi, có thể chưa được chính xác hoàn toàn, nó được đề cập đến bằng những thành ngữ như là “lex mercatoria” hay “luật của thương nhân”.

69. Đoạn (4), cũng tương tự như những quy định tương đương tại điều 6 và điều 7, được quy định với tinh thần là nhằm củng cố tính có thể được chấp nhận của Luật Mẫu. Nó ghi nhận rằng vấn đề xác định các ngoại lệ phải do các Quốc gia ban hành quyết định, một cách thức tiếp cận có cân nhắc tốt hơn đến sự khác nhau trong bối cảnh quốc gia. Tuy nhiên, cần lưu ý rằng sẽ không đạt được những mục tiêu của Luật Mẫu nếu đoạn (4) được sử dụng nhằm đưa ra những ngoại lệ có tính bao trùm. Có rất nhiều ngoại lệ của trọng tâm các điều từ 6 đến 8 sẽ gây ra những cản trở không cần thiết cho sự phát triển của các kỹ thuật thông tin liên lạc hiện đại, vì những điều mà Luật Mẫu quy định là những quy luật và cách thức tiếp cận quan trọng đã được cân nhắc nhằm tạo ra một áp dụng chung.

Viện dẫn

A/51/17, các đoạn 180 và 181 và 185-187; A/CN.9/WG.IV/WP.58, phụ lục;
A/50/17, các đoạn 249-255 (điều 7); A/CN.9/373 các đoạn 77-96;
A/CN.9/407, đoạn 72-79; A/CN.9/WG.IV/WP.55, các đoạn 64-70;
A/CN.9/406, các đoạn 106-110; A/CN.9/360 các đoạn 56-60;
A/CN.9/WG.IV/WP.62 điều 8; A/CN.9/WG.IV/WP.53, các đoạn 56-60;
A/CN.9/390, các đoạn 110-133; A/CN.9/350, các đoạn 84-85;
A/CN.9/WG.IV/WP.60 điều 8; A/CN.9/265, các đoạn 43-48;
A/CN.9/387 các đoạn 91-97;
A/CN.9/WG.IV/WP.57, điều 8;

Điều 9. Tính có thể được công nhận và sức mạnh chứng cứ của thông điệp dữ liệu

70. Mục tiêu của điều 9 là quy định về tính có thể được công nhận là chứng cứ của một thông điệp dữ liệu trong tố tụng và giá trị chứng cứ của nó. Về tính có thể được công nhận, đoạn (1), quy định rằng tính có thể được công nhận của chứng cứ không thể bị từ chối chỉ trên cơ sở là nó được biểu hiện dưới dạng điện tử, đã đặt trọng tâm vào nguyên tắc chung được nói đến trong điều 4 và là cần thiết để làm cho nó có thể áp dụng đối với tính có thể được công nhận của chứng cứ, một lĩnh vực trong đó những vấn đề phức tạp có thể nảy sinh tại những nước nhất định. Khái niệm “chứng cứ tốt nhất” là một khái niệm được hiểu tại, và là cần thiết cho, một số nước theo luật thông pháp. Tuy nhiên, khái niệm “chứng cứ tốt nhất” có thể đem lại một sự không rõ ràng đáng kể tại những nước mà nguyên tắc này không tồn tại. Những nước mà tại đó khái niệm này được xem là vô nghĩa và có thể dẫn đến những hiểu nhầm có thể ban hành Luật Mẫu mà không cần nói đến nguyên tắc “chứng cứ tốt nhất” được quy định trong đoạn (1).

71. Về việc kiểm tra sức mạnh chứng cứ của một thông điệp dữ liệu, đoạn (2) cung cấp một hướng dẫn có ích về việc giá trị chứng cứ của một thông điệp dữ liệu sẽ phải được xem xét như thế nào (ví dụ, phụ thuộc vào việc thông điệp có được làm ra, gửi đi hoặc lưu giữ theo một cách thức đáng tin cậy hay không).

Viện dẫn

A/50/17, các đoạn 256-263;	A/CN.9/373, các đoạn 97-108;
A/CN.9/907, các đoạn 80-81 (điều 8);	A/CN.9/WG.IV/WP.55, các đoạn 71-81;
A/CN.9/406, các đoạn 111-113;	A/CN.9/360, các đoạn 44-59;
A/CN.9/WG.IV/WP.62, điều 9;	A/CN.9/WG.IV/WP.53, các đoạn 46-55;
A/CN.9/390, các đoạn 134-143;	A/CN.9/350, các đoạn 79-83, 90-91;
A/CN.9/WG.IV/WP.60, điều 9;	A/CN.9/333, các đoạn 29-41;
A/CN.9/387, các đoạn 98-109	A/CN.9/265, các đoạn 27-48;
A/CN.9/WG.IV/WP.57 điều 9;	
A/CN.9/WG.IV/WP.58, phụ lục;	

Điều 10. Lưu giữ thông điệp dữ liệu

72. Điều 10 đưa ra những nguyên tắc có thể lựa chọn thay thế cho những yêu cầu hiện tại liên quan đến lưu trữ thông tin (ví dụ, nhằm mục đích thuế hay kế toán) có thể gây ra những cản trở cho việc phát triển thương mại hiện đại.

73. Đoạn (1) nhằm đặt ra những điều kiện theo đó nghĩa vụ lưu giữ thông điệp dữ liệu theo luật hiện hành có thể được đáp ứng. Điểm (a) giới thiệu lại những điều kiện được thiết lập theo điều 6 để một thông điệp dữ liệu đáp ứng quy định về biểu hiện của “viết”. Điểm (b) nhất mạnh rằng thông điệp dữ liệu không nhất thiết là phải được lưu giữ không được thay đổi nếu những thông tin được lưu trữ một cách đúng đắn phản ánh đúng thông điệp dữ liệu đã được gửi đi. Sẽ là không hợp lý nếu yêu cầu rằng thông tin phải được lưu giữ không thay đổi, vì thông thường các thông

điệp được mã hóa, nén hoặc chuyển đổi nhằm để lưu trữ.

74. Điểm (c) nhằm bao trùm tất cả các loại thông tin cần được lưu trữ, bao gồm, ngoài chính bản thân thông điệp, những thông tin nhất định về truyền số liệu cần thiết cho việc nhận dạng dữ liệu. Điểm (c), bằng cách yêu cầu phải lưu giữ những thông tin về truyền dữ liệu gắn liền với thông điệp dữ liệu, xây dựng nên một tiêu chuẩn cao hơn cả những tiêu chuẩn cao nhất có được trong luật quốc gia về việc lưu giữ những tài liệu thông tin liên lạc trên cơ sở giấy tờ. Tuy nhiên, không thể hiểu quy định này như là nó đưa ra một nghĩa vụ lưu giữ những thông tin về truyền dữ liệu bổ sung vào những thông tin chính trong thông điệp dữ liệu khi thông điệp được tạo ra, lưu giữ hay được truyền đi, hoặc những thông tin trong một thông điệp riêng rẽ, như là thông báo nhận được. Hơn nữa, khi có những thông tin truyền dẫn là rất quan trọng và cần được lưu giữ, những thông tin khác có thể được loại bỏ mà không ảnh hưởng gì đến việc bảo đảm tính toàn vẹn của thông điệp dữ liệu. Đó chính là nguyên nhân tại sao điểm (c) đưa ra sự khác biệt giữa những thông tin truyền dẫn quan trọng cho việc nhận dạng thông điệp và một số ít ỏi những yếu tố thông tin truyền dẫn trong đoạn (2) (ví dụ, quy định về thông tin liên lạc) không có một giá trị nào đối với thông điệp dữ liệu mà thường được in kèm vào thông điệp dữ liệu đang đến bởi máy tính nhận thông điệp trước khi thông điệp dữ liệu thực tế đi vào hệ thống thông tin của người nhận.

75. Trên thực tiễn, việc lưu giữ thông tin, và đặc biệt những thông tin về truyền dữ liệu, đôi khi được thực hiện bởi những người không phải là người tạo ra hoặc người nhận, như là người trung gian. Tuy nhiên, điều dự định là người có nghĩa vụ lưu giữ những thông tin về truyền dẫn nhất định sẽ không thể không đáp ứng nghĩa vụ này chỉ bởi vì, ví dụ, hệ thống máy tính do người đó vận hành không ghi lại những thông tin được yêu cầu. Điều này nhằm ngăn chặn những hoạt động xấu hoặc cố tình làm sai. Đoạn (3) quy định rằng qua việc đáp ứng những nghĩa vụ của mình theo đoạn (1), người nhận hoặc người tạo ra có thể sử dụng dịch vụ của bên thứ ba, chứ không chỉ đơn thuần là của người trung gian.

Viện dẫn

A/51/17, đoạn 185-187;
A/50/17, đoạn 264-270 (điều 9);
A/CN.9/407, các đoạn 82-84;
A/CN.9/406, các đoạn 59-72;
A/CN.9/WG.IV/WP.60, điều 14;

A/CN.9/387, các đoạn 164-168;
A/CN.9/WG.IV/WP.55, điều 14;
A/CN.9/373, các đoạn 123-125;
A/CN.9/WG.IV/WP.55, đoạn 94;

CHƯƠNG III. THÔNG TIN LIÊN LẠC THÔNG ĐIỆP DỮ LIỆU

Điều 11. Thiết lập và hiệu lực của hợp đồng

76. Điều 11 không nhằm làm ảnh hưởng đến luật về thiết lập hợp đồng mà nó khuyến khích thương mại quốc tế bằng cách quy định rõ ràng hơn về luật liên quan đến việc thiết lập một hợp đồng bằng những phương tiện điện tử. Điều này không chỉ điều chỉnh vấn đề thiết lập nên hợp đồng, mà còn cả về hình thức biểu hiện của

tài liệu chào hàng và chấp nhận chào hàng. Tại một số nước nhất định, một quy định theo hướng của đoạn (1) có thể được xem là chỉ đơn thuần nói về những tài liệu nói trên, nghĩa là về đề nghị và chấp thuận, cũng như bất kỳ cách thức thể hiện ý định nào khác, có thể được trao đổi bằng bất kỳ hình thức nào, kể cả thông điệp dữ liệu. Tuy nhiên, cần phải có quy định này trong bối cảnh là hiện còn một số điều chưa rõ ràng tại nhiều nước về vấn đề là một hợp đồng có thể được thiết lập hợp pháp thông qua những thông điệp dữ liệu hay không. Những điều chưa rõ ràng này phát sinh từ một thực tế là trong nhiều trường hợp cụ thể, thông điệp dữ liệu biểu hiện đề nghị hoặc chấp thuận được máy tính làm ra mà không có sự can thiệp trung gian của con người, do vậy gây ra những ngờ vực về sự biểu hiện ý định của các bên. Một nguyên nhân khác phát sinh từ hình thức thông tin liên lạc và là kết quả của việc không có những tài liệu giấy.

77. Cũng cần lưu ý rằng đoạn (1), trong lĩnh vực thành lập hợp đồng, củng cố hơn nữa nguyên tắc được quy định trong các điều khoản khác của Luật Mẫu, như là các điều 5, 9 và 13 quy định về hiệu lực luật pháp của thông điệp dữ liệu. Tuy nhiên, đoạn (1) là cần thiết vì một sự thực là thông điệp điện tử có thể có hiệu lực pháp luật như là chứng cứ và có một số tác dụng, bao gồm những tác dụng được quy định tại điều 9 và 13, không có nghĩa là chúng có thể được sử dụng vào mục đích thiết lập nên hiệu lực của hợp đồng.

78. Đoạn (1) không chỉ bao hàm những trường hợp mà cả đề nghị và chấp thuận được liên lạc thông qua phương tiện điện tử mà cả những trường hợp chỉ đề nghị hoặc chỉ chấp thuận được liên lạc bằng con đường điện tử. Về thời gian và địa điểm thiết lập hợp đồng trong những trường hợp mà cả đề nghị và chấp thuận đề nghị được đưa ra dưới hình thức thông điệp dữ liệu, Luật Mẫu không quy định một nguyên tắc nào nhằm mục đích không can thiệp vào luật quốc gia quy định về thành lập hợp đồng. Những quy định này có thể là vượt quá mục tiêu của Luật Mẫu, mục tiêu cần được giới hạn ở mức độ quy định rằng những liên lạc điện tử phải đạt được cùng một mức độ rõ ràng về luật pháp như là hình thức thông tin liên lạc bằng giấy tờ có được. Việc kết hợp những nguyên tắc hiện hành về thiết lập hợp đồng với những quy định chứa đựng tại điều 15 được thiết kế nhằm loại bỏ sự không rõ ràng về thời gian và địa điểm thiết lập hợp đồng trong những trường hợp đề nghị và chấp thuận được trao đổi bằng con đường điện tử.

79. Cụm từ "trừ khi các bên có thoả thuận khác" trong khung cảnh thiết lập hợp đồng, chỉ đơn thuần khẳng định lại việc ghi nhận quyền tự thoả thuận của các bên được quy định trong điều 4, nhằm làm rõ ràng mục tiêu của Luật Mẫu không nhằm bắt các bên sử dụng những phương tiện điện tử, những người thường xuyên sử dụng phương tiện giấy tờ để thiết lập hợp đồng. Như vậy, không thể giải thích điều 11 như là hạn chế quyền của các bên bằng bất cứ cách thức nào đối với các bên không tham gia vào việc sử dụng thông tin điện tử.

80. Trong quá trình soạn thảo đoạn (1), có cảm giác rằng quy định này có thể có những tác hại đến những quy định chung của luật quốc gia điều chỉnh lĩnh vực này, những luật quy định về những hình thức đặc biệt để thiết lập nên những loại hợp đồng nhất định. Những hình thức này bao gồm công chứng và những yêu cầu khác về "viết", và đáp ứng những yêu cầu trong việc cân nhắc những chính sách

chung, như là nhu cầu cần phải bảo vệ các bên nhất định hoặc cảnh báo họ về những rủi ro cụ thể. Ví lý do này, đoạn (2) quy định rằng Quốc gia ban hành có thể loại bỏ việc áp dụng đoạn (1) trong những trường hợp cụ thể được quy định trong hệ thống luật pháp của Quốc gia ban hành Luật Mẫu.

Điều 12. Việc công nhận thông điệp dữ liệu của các bên

81. Điều 12 được thêm vào trong giai đoạn cuối soạn thảo Luật Mẫu, căn cứ vào một thực tiễn là điều 11 được giới hạn trong việc điều chỉnh những thông điệp dữ liệu liên quan đến việc ký kết một hợp đồng, nhưng dự thảo Luật Mẫu không có những quy định cụ thể về thông điệp dữ liệu không liên quan đến việc ký kết mà liên quan đến việc thực hiện những nghĩa vụ hợp đồng (ví dụ, thông báo về hàng hỏng, đề nghị thanh toán, thông báo về địa điểm thực hiện hợp đồng, công nhận nợ). Vì những phương tiện liên lạc hiện đại được sử dụng trong một môi trường luật pháp còn chưa rõ ràng, tại phần lớn các nước không có luật chuyên biệt, có lẽ đối với Luật Mẫu, hợp lý nhất là Luật này không chỉ thiết lập nên những nguyên tắc chung mà những người sử dụng phương tiện liên lạc điện tử không được vi phạm, như được quy định tại điều 5, mà còn bao hàm những ví dụ của quy luật này. Việc thiết lập hợp đồng là một trong những lĩnh vực mà ví dụ chứng minh này là hữu ích và hiệu lực pháp lý của một biểu hiện ý chí song phương, cũng như những thông báo và tuyên bố khác có thể được ban hành dưới dạng thông điệp dữ liệu, cũng cần được đề cập tới.

82. Cũng như điều 11, điều 12 không bắt buộc phải sử dụng những phương tiện điện tử mà nó nhằm công nhận giá trị của việc sử dụng phương tiện liên lạc điện tử này, một đối tượng mà các bên có thể thoả thuận. Do vậy, điều 12 không thể được sử dụng như là cơ sở để áp đặt hiệu lực của một thông điệp dữ liệu cho người nhận, nếu việc sử dụng những phương tiện liên lạc không phải là giấy tờ có thể làm người nhận ngạc nhiên.

Viện dẫn

A/51/17, các đoạn 95-99 (điều 13 mới)

Điều 13. Xác định nguồn gốc của thông điệp dữ liệu

83. Điều 13 có nguồn gốc từ điều 5 Luật Mẫu về Chuyển nhượng Tín dụng Quốc tế UNCITRAL, nêu lên định nghĩa về nghĩa vụ của người gửi một lệnh thanh toán. Điều 13 được áp dụng khi phát sinh câu hỏi là có phải thông điệp dữ liệu thực sự được gửi đi bởi người tạo ra nó hay không. Trong trường hợp liên lạc dựa trên cơ sở giấy tờ, vấn đề này có thể phát sinh nếu có sự nghi ngờ giả mạo chữ ký của người tạo ra. Trong môi trường điện tử, một người không được uỷ quyền có thể gửi thông điệp và xác nhận bằng mã số, mật mã hoặc những ký hiệu khác có thể xảy ra. Mục tiêu của điều 13 không phải quy trách nhiệm. Nó giải quyết việc xác nhận nguồn gốc của thông điệp dữ liệu bằng cách thiết lập nên một giả thiết rằng trong những trường hợp cụ thể, một thông điệp dữ liệu có thể được xem là một thông điệp của người tạo ra, và mô tả giả thiết này trong những trường hợp người nhận biết hoặc có

thể phải biết nhận biết rằng thông điệp dữ liệu đó không phải là của người gửi.

84. Đoạn (1) quy định về một nguyên tắc là người tạo ra phải chịu trách nhiệm về thông điệp dữ liệu nếu người đó đã gửi thông điệp dữ liệu đi. Đoạn (2) nói về trường hợp thông điệp được một người không phải là người tạo ra gửi đi và người này được uỷ quyền hành động nhân danh người tạo ra. Đoạn (2) không nhằm thay thế luật quốc gia về người đại diện hay đại lý, và câu hỏi là người khác đó trên thực tế và theo luật có quyền hành động nhân danh người tạo ra hay không sẽ do các luật khác, chứ không phải Luật Mẫu, điều chỉnh.

85. Đoạn (3) quy định về hai tình huống trong đó người nhận có thể xem là thông điệp đó là của người tạo ra; thứ nhất, là tình huống mà người tạo ra đã áp dụng đúng thủ tục xác nhận đã thoả thuận từ trước với người tạo ra; và thứ hai, tình huống mà thông điệp dữ liệu là kết quả của hoạt động của một người, từ mối quan hệ của người đó với người tạo ra, có đường tiếp cận với thủ tục và phương tiện phê chuẩn của người tạo ra. Bằng cách quy định rằng người nhận "có quyền coi thông điệp là của người tạo ra", đoạn 3 khi kết hợp với đoạn (4)(b) nhằm chỉ ra rằng người nhận có thể hành động dựa trên giả thiết rằng thông điệp dữ liệu là của người tạo ra cho đến thời điểm nhận được thông báo của người tạo ra là thông điệp đó không phải là của mình, hoặc đến thời điểm mà người đó biết hoặc buộc phải biết rằng thông điệp này không phải là của người tạo ra.

86. Theo đoạn (3)(a), nếu người nhận áp dụng bất kỳ một thủ tục xác nhận nào đã thoả thuận trước với người tạo ra và là việc xác nhận chỉ ra rằng người tạo ra là nguồn của thông điệp, thông điệp sẽ được giả thiết là của người tạo ra. Quy định này không chỉ bao hàm tình huống đã có thủ tục xác nhận được hai bên thoả thuận trước giữa người tạo ra và người nhận, mà cả những trường hợp khi người tạo ra, đơn phương hoặc theo một thoả thuận với một người trung gian, chỉ ra một thủ tục và chấp nhận bị ràng buộc bởi một thông điệp dữ liệu đáp ứng được những yêu cầu của thủ tục đó. Do vậy, những thoả thuận này có hiệu lực không phải thông qua thoả thuận trực tiếp giữa người tạo ra và người nhận mà thông qua sự tham gia của một người cung cấp dịch vụ thứ ba được đoạn (3) (a) điều chỉnh. Tuy nhiên, cần lưu ý rằng đoạn (3)(a) chỉ áp dụng khi việc thông tin liên lạc giữa người tạo ra và người nhận là dựa trên cơ sở một thoả thuận có trước, và không áp dụng trong một môi trường thông tin liên lạc mở.

87. Hiệu lực của đoạn (3)(b), khi kết hợp với đoạn (4)(b), là người tạo ra hoặc người nhận, tùy từng trường hợp, phải chịu trách nhiệm về những thông điệp dữ liệu không được uỷ quyền được chứng minh là được gửi vì sự cầu thả của các bên.

88. Không được giải thích sai đoạn (4)(a) là nhằm giải phóng người tạo ra khỏi hậu quả của việc gửi đi một thông điệp dữ liệu có hiệu lực hồi tố, bất kể người nhận có hành động trên giả thiết là thông điệp dữ liệu là của người tạo ra hay không. Đoạn (4) không nhằm để quy định rằng việc nhận được thông báo theo khoản (a) sẽ làm giảm hiệu lực của thông điệp trong khoảng thời gian trước đó. Theo khoản (a), người tạo ra sẽ được giải phóng khỏi sự ràng buộc đối với hậu quả của thông điệp sau khi thông báo được nhận, không phải trước khi thông báo được nhận. Tuy nhiên, không nên hiểu đoạn (4) là cho phép người tạo ra tránh khỏi việc bị ràng buộc

bởi thông điệp dữ liệu bằng cách gửi thông báo cho người nhận theo đoạn (a), trong trường hợp trên thực tế, thông điệp đã được người tạo ra gửi đến người nhận đúng đắn theo cách thức đã thoả thuận hoặc đã áp dụng thủ tục xác nhận. Nếu người nhận có thể chứng minh được rằng thông điệp đó là của người tạo ra, đoạn (1) sẽ được áp dụng, chứ không phải là đoạn (4)(a). Về ý nghĩa của cụm "thời gian hợp lý", thông báo phải cung cấp cho người nhận một khoảng thời gian đủ để phản ứng. Ví dụ, trong trường hợp cung cấp hàng đúng thời hạn, thì người nhận phải được có đủ thời gian để điều chỉnh dây chuyền sản xuất của mình.

89. Về khoản (4)(b), cần lưu ý rằng Luật Mẫu có thể dẫn đến một kết quả là người nhận có thể được quyền tin tưởng vào thông điệp dữ liệu theo đoạn (3)(a) nếu người nhận đã áp dụng đúng đắn thủ tục xác nhận đã thoả thuận, thậm chí ngay cả khi người đó biết rằng thông điệp này không phải là của người tạo ra. Khi soạn thảo Luật Mẫu, nhận thấy rằng rủi ro trong tình huống này là có thể chấp nhận được, với quan điểm là nhằm duy trì độ tin cậy của thủ tục xác nhận đã được thoả thuận.

90. Đoạn (5) nhằm để loại bỏ việc người tạo ra bác bỏ thông điệp đã được gửi đi, trừ khi người nhận biết, hoặc phải biết, là thông điệp đó không phải là của người tạo ra. Thêm vào đó, đoạn (5) nhằm để giải quyết những lỗi trong nội dung của thông điệp có thể phát sinh từ lỗi của việc truyền thông tin.

91. Đoạn (6) giải quyết việc nhân bản thông điệp dữ liệu, một vấn đề có tầm quan trọng thực tiễn đặc biệt. Nó thiết lập nên những tiêu chuẩn về sự cẩn thận cần phải được người nhận áp dụng để loại trừ việc nhân bản thông điệp dữ liệu từ một thông điệp dữ liệu riêng biệt.

92. Trong những bản thảo đầu tiên, đoạn 13 có thêm một đoạn, đưa ra một nguyên tắc là việc xác định tác giả của thông điệp dữ liệu, tức là người tạo ra, không được ảnh hưởng đến những hậu quả pháp lý của thông điệp đó, và điều này phải được xem xét dưới góc độ luật pháp quốc gia hiện hành có liên quan. Sau đó, nhận thấy rằng không cần thiết phải ghi rõ nguyên tắc này trong Luật Mẫu nhưng phải đề cập đến nguyên tắc này trong bản Hướng dẫn.

Viện dẫn

A/51/17, các đoạn 189-194;	A/CN.9/387, các đoạn 110-132;
A/50/17, các đoạn 257-303 (điều 11);	A/CN.9/WG.IV/WP.57, điều 10;
A/CN.9/407, các đoạn 86-89;	A/CN.9/373, các đoạn 109-115;
A/CN.9/406, các đoạn 114-131;	A/CN.9/WG.IV/WP.55, các đoạn 82-86;
A/CN.9/390 các đoạn 144-153;	A/CN.9/WG.IV/WP.60, điều 10;

Điều 14. Thông báo nhận được

93. Việc sử dụng thông báo chức năng là quyết định kinh doanh của người sử dụng thương mại điện tử; Luật Mẫu không nhằm bắt buộc phải sử dụng thủ tục này. Tuy nhiên, nếu tính đến giá trị thương mại của hệ thống thông báo về việc nhận được và việc sử dụng rộng rãi hệ thống này trong lĩnh vực thương mại điện tử, nhận thấy rằng Luật Mẫu phải chỉ ra một số những vấn đề luật pháp phát sinh từ việc sử

dụng thủ tục thông báo. Cần lưu ý rằng khái niệm "thông báo" thường được sử dụng để bao hàm rất nhiều thủ tục khác nhau, từ việc thông báo đơn thuần về việc nhận được một thông điệp không xác định, cho đến việc biểu hiện sự đồng ý với nội dung một thông điệp nào đó. Trong rất nhiều trường hợp, thủ tục "thông báo" gần như tương đồng với thủ tục "yêu cầu thông báo nhận được" trong hệ thống bưu điện. Thông báo nhận được có thể được yêu cầu trong nhiều loại văn bản khác nhau, ví dụ trong chính thông điệp dữ liệu, trong thoả thuận về thông tin liên lạc song phương hoặc đa phương giữa các bên, hoặc theo "quy định của hệ thống". Cũng cần lưu ý rằng sự khác nhau giữa các thủ tục thông báo sẽ dẫn đến sự khác nhau về chi phí liên quan. Những quy định của điều 14 dựa trên cơ sở một giả thiết là những thủ tục thông báo được sử dụng tùy theo quyết định của người tạo ra. Điều 14 không nhằm giải quyết hậu quả pháp luật có thể phát sinh từ việc gửi một thông báo về việc nhận được, khác với việc làm ra thông báo nhận được thông điệp dữ liệu. Ví dụ, khi người tạo ra gửi một đề nghị dưới dạng thông điệp dữ liệu và yêu cầu gửi lại thông báo nhận được, thông báo nhận được chỉ đơn thuần chứng minh rằng đã nhận được đề nghị. Dù có hay không, việc gửi thông báo này trong mối quan hệ với việc chấp nhận đề nghị hay không cũng không được điều chỉnh bởi Luật Mẫu, mà bởi Luật hợp đồng.

94. Mục tiêu của đoạn (2) là hợp pháp hoá thông báo nhận được qua việc thông tin liên lạc hoặc qua cách thức xử sự của người gửi (ví dụ, việc vận chuyển hàng hoá là thông báo nhận được lệnh mua) khi người tạo ra không thoả thuận với người nhận là thông báo phải được chuẩn bị dưới một hình thức đặc biệt. Trường hợp người tạo ra đơn phương yêu cầu thông báo nhận được phải được làm dưới một dạng đặc biệt không được quy định rõ trong điều 14, việc này có thể dẫn đến một kết quả là yêu cầu đơn phương về hình thức của thông báo nhận được của người tạo ra sẽ không làm ảnh hưởng đến quyền của người nhận trong việc làm thông báo nhận được thông qua hệ thống thông tin hoặc bằng một hành động đủ để chỉ cho người tạo ra biết là đã nhận được thông điệp. Việc giải thích đoạn (2) như vậy gây ra một nhu cầu quan trọng đặc biệt là cần phải nhấn mạnh trong Luật Mẫu sự khác biệt giữa hậu quả của một thông báo nhận được thông điệp dữ liệu và của việc thông tin liên lạc trả lời về nội dung của thông điệp dữ liệu đó và đây là lý do tại sao cần phải có đoạn (7).

95. Đoạn (3), quy định về trường hợp người tạo ra tuyên bố rằng thông điệp dữ liệu là có điều kiện là phụ thuộc vào thông báo nhận được, sẽ được áp dụng cho dù người tạo ra có chỉ rõ rằng thông báo nhận được này phải được gửi cho người tạo ra trong một khoảng thời gian xác định hay không.

96. Mục đích của đoạn (4) là nhằm quy định về một tình huống chung hơn khi việc thông báo nhận được là cần thiết, và người tạo ra không đưa ra một tuyên bố nào về việc thông điệp sẽ không có hiệu lực cho tới khi nhận được thông báo này. Quy định này là cần thiết để thiết lập nên thời điểm khi người tạo ra một thông điệp dữ liệu, người yêu cầu phải có thông báo nhận được, được giải phóng khỏi những hậu quả luật pháp của việc gửi thông điệp dữ liệu nếu không nhận được thông báo nhận được. Một ví dụ về tình huống thực tế trong nội dung của đoạn (4) sẽ đặc biệt hữu ích nếu người tạo ra thông điệp đưa ra một đề nghị hợp đồng và sau đó không nhận được thông báo nhận được từ người nhận đề nghị thì người này cần biết thời

điểm mà người này được tự do chuyển đề nghị đến một bên khác. Cần lưu ý rằng quy định này không thiết lập nên bất kỳ một nghĩa vụ nào ràng buộc người tạo ra, mà chỉ thiết lập nên cách thức mà qua đó, nếu người tạo ra mong muốn, có thể làm rõ địa vị của mình khi người này chưa nhận được thông báo được yêu cầu. Cũng cần lưu ý rằng quy định này không thiết lập nên bất kỳ một nghĩa vụ nào ràng buộc người nhận thông điệp dữ liệu, người mà trong phần lớn các trường hợp có quyền tự do căn cứ hoặc không căn cứ vào bất kỳ thông điệp dữ liệu nào, quy định rằng họ phải chịu rủi ro do những thông điệp dữ liệu trở nên không đáng tin cậy vì thiếu thông báo nhận được. Tuy nhiên, người nhận được bảo vệ vì người tạo ra chưa nhận được thông báo nhận được không thể tự mình coi thông điệp như là chưa bao giờ được gửi, mà không cung cấp thêm bất kỳ một thông báo nào cho người nhận. Thủ tục được quy định theo đoạn (4) đơn thuần chỉ do người tạo ra quyết định. Ví dụ, người tạo ra gửi đi một thông điệp dữ liệu mà theo thoả thuận giữa các bên, thông điệp này phải được nhận trong một khoảng thời gian nhất định, và người tạo ra yêu cầu phải có thông báo nhận được, thì người nhận không thể từ chối hiệu lực của thông điệp chỉ trên cơ sở từ chối cung cấp thông báo nhận được.

97. Giả thiết về việc từ chối được quy định trong đoạn (5) là cần thiết để thiết lập nên sự cụ thể và sẽ đặc biệt hữu ích trong bối cảnh liên lạc điện tử giữa các bên không có những thoả thuận đối tác thương mại. Câu thứ hai của đoạn (5) phải được kết hợp với đoạn (5) của điều 13, đoạn quy định về những điều kiện mà theo đó, khi nội dung của thông điệp gửi đi và nội dung của bản nhận được là không giống nhau, thì bản nhận được sẽ chiến thắng.

98. Đoạn (6) nói về những loại thông báo nhận được cụ thể, ví dụ, thông điệp EDIFACT quy định rằng thông điệp nhận được là chính xác, có nghĩa là nó có thể được xử lý bằng máy tính nhận. Những dẫn chiếu đến yêu cầu kỹ thuật, những yêu cầu được giải thích đơn giản là nói về những “thông điệp cú pháp” trong bối cảnh liên lạc EDI, có thể ít liên quan hơn trong bối cảnh sử dụng những phương tiện thông tin liên lạc khác, như là telegram hay telex. Thêm vào sự phù hợp thuần nhất với những nguyên tắc về “thông điệp cú pháp”, những yêu cầu kỹ thuật được quy định trong những tiêu chuẩn được áp dụng có thể bao gồm, ví dụ, sử dụng những thủ tục để xác nhận tính tính toàn vẹn của nội dung thông điệp dữ liệu.

99. Đoạn (7) nhằm để loại bỏ sự thiếu rõ ràng đối với hiệu lực pháp lý của thông báo nhận được. Ví dụ, đoạn (7) chỉ ra rằng một thông báo nhận được không thể bị nhầm lẫn với bất kỳ việc thông tin liên lạc nào liên quan đến nội dung của thông điệp nhận được.

Viện dẫn

A/51/17, các đoạn 63-88 (điều 12); A/CN.9/406, các đoạn 15-33;
A/CN.9/407, các đoạn 90-92; A/CN.9/WG.IV/WP.60, điều 11;
A/CN.9/387, các đoạn 133-134; A/CN.9/360, đoạn 125;
A/CN.9/373, các đoạn 116-122; A/CN.9/350, đoạn 92;
A/CN.9/WG.IV/WP.55, các đoạn 87-93; A/CN.9/333 các đoạn 48-49;

Điều 15. Thời gian và địa điểm gửi và nhận thông điệp dữ liệu

100. Điều 15 phát sinh từ một nhận thức là để phục vụ cho hoạt động của luật pháp hiện hành, điều quan trọng là phải xác định rõ thời gian và địa điểm nhận thông tin. Việc sử dụng những kỹ thuật thông tin liên lạc điện tử làm cho việc xác định rõ những thông tin này trở nên khó khăn. Những người sử dụng thương mại điện tử thường không liên lạc từ nước này sang nước khác nếu không biết rõ địa điểm của hệ thống thông tin thông qua đó việc liên lạc được thực hiện. Thêm vào đó, địa điểm của một hệ thống thông tin liên lạc cụ thể có thể bị thay đổi mà không bên nào nhận biết về sự thay đổi này. Do vậy, mục tiêu của Luật Mẫu nhằm phản ánh một sự thực là địa điểm của hệ thống thông tin là không liên quan và quy định một tiêu chuẩn trực tiếp hơn là địa điểm kinh doanh của các bên. Trong bối cảnh đó, cần lưu ý rằng điều 15 không nhằm thiết lập nên nguyên tắc xung đột pháp luật.

101. Đoạn (1) định nghĩa thời điểm gửi thông điệp dữ liệu là thời điểm mà thông điệp dữ liệu đó đi vào một hệ thống thông tin nằm ngoài tầm kiểm soát của người tạo ra, có thể là hệ thống thông tin của người trung gian hoặc người nhận. Khái niệm “gửi” nói đến sự bắt đầu của việc truyền thông điệp dữ liệu bằng điện tử. Vì ý nghĩa của khái niệm “gửi” đã được quy định, điều 15 được sử dụng để bổ sung cho luật quốc gia về phần định nghĩa này chứ không nhằm thay thế những quy định của luật quốc gia. Nếu việc gửi xảy ra vào thời điểm thông điệp tiếp cận hệ thống thông tin của người nhận, thì việc gửi theo đoạn (1) và việc nhận theo đoạn (2) xảy ra đồng thời, trừ trường hợp thông điệp được gửi tới hệ thống thông tin của người nhận không phải là hệ thống được chỉ định theo đoạn (2)(a).

102. Đoạn (2), với mục đích là định nghĩa thời điểm nhận một thông điệp dữ liệu, đưa ra tình huống khi người nhận đơn phương chỉ định một hệ thống thông tin để nhận thông điệp (trong trường hợp này, hệ thống thông tin được chỉ định có thể, hoặc không phải, là hệ thống thông tin của người nhận), và thông điệp dữ liệu đã đến hệ thống thông tin không phải là hệ thống thông tin được chỉ định. Trong trường hợp này, thời điểm nhận sẽ là thời điểm người nhận truy nhập thông tin. Qua khái niệm “hệ thống thông tin chỉ định”, Luật Mẫu nhằm bao trùm cả hệ thống thông tin mà các bên chỉ định đặc biệt, ví dụ như trường hợp đề nghị chỉ rõ một địa chỉ mà tài liệu chấp thuận sẽ phải được gửi tới. Những chỉ định đơn thuần về thư điện tử hoặc địa chỉ fax trên đầu trang của một bức thư hoặc của tài liệu không thể được coi là sự chỉ định của một hoặc một vài hệ thống thông tin.

103. Cần lưu ý đến khái niệm “đi vào” hệ thống thông tin được sử dụng trong cả hai định nghĩa về gửi và nhận một thông điệp dữ liệu. Một thông điệp dữ liệu đi vào hệ thống thông tin tại thời điểm mà nó trở nên sẵn sàng cho quá trình xử lý của hệ thống thông tin đó. Việc người nhận có thể đọc được hay có thể sử dụng được thông điệp khi đi vào hệ thống thông tin là hay không nằm ngoài phạm vi của Luật Mẫu. Luật Mẫu không định quy định chồng chéo luật quốc gia điều chỉnh việc nhận một thông điệp dữ liệu khi thông điệp này đi vào môi trường hoạt động của người nhận, bất kể người nhận có thể đọc được hay có thể sử dụng được thông điệp hay không. Luật Mẫu cũng không nhằm quy định chồng chéo những thực tiễn thương mại theo đó những thông điệp cụ thể được mã hoá được coi là nhận được thậm chí trước khi người đọc có thể đọc được hoặc có thể sử dụng được thông điệp này. Quan

điểm ở đây là Luật Mẫu không được thiết lập nên những quy định chặt chẽ hơn những quy định hiện tại trong môi trường giấy tờ mà tại đó một thông điệp có thể được coi là nhận được thậm chí trước khi người nhận có thể đọc được (ví dụ, dữ liệu được mã hóa được chuyển đến người lưu giữ chỉ nhằm mục đích là lưu trữ trong bối cảnh nhằm bảo vệ quyền sở hữu trí tuệ).

104. Một thông điệp dữ liệu không thể được coi là đã được gửi đi nếu thông điệp này mới chỉ đơn thuần đến được hệ thống thông tin của người nhận nhưng không thể đi vào hệ thống này. Cần lưu ý rằng Luật Mẫu không chỉ rõ rằng vấn đề hệ thống thông tin có thể hoạt động sai chức năng sẽ là cơ sở quy trách nhiệm. Chi tiết hơn, nếu hệ thống thông tin của người gửi không hoạt động hoặc hoạt động sai, hoặc nếu hệ thống hoạt động đúng nhưng thông điệp không thể đi vào được (ví dụ, trong trường hợp đường thông tin liên tục bận), thì việc gửi theo quan điểm của Luật Mẫu không xảy ra. Trong quá trình soạn thảo Luật Mẫu, quan điểm chính là không thể đặt người nhận dưới một nghĩa vụ rất nặng nề là bảo đảm hệ thống thông tin của mình luôn hoạt động chính xác bằng cách quy định một điều khoản luật.

105. Mục đích của khoản (4) là quy định về địa điểm nhận thông điệp dữ liệu. Nguyên nhân gốc của việc quy định một nguyên tắc về nhận thông điệp dữ liệu là chỉ ra những hoàn cảnh đặc biệt của thương mại điện tử chưa được hệ thống luật pháp hiện tại xử lý tốt, đó là thông thường hệ thống thông tin nhận thông điệp hoặc truy cập thông điệp được đặt ở ngoài địa điểm mà người nhận thông điệp đóng trụ sở. Do vậy, lý luận ẩn dấu sau quy định này là nhằm bảo đảm rằng địa điểm của hệ thống thông tin không phải là yếu tố chủ đạo, và phải có một mối quan hệ đúng đắn giữa người nhận và khái niệm địa điểm nhận, và người tạo ra có thể làm rõ địa điểm này. Luật Mẫu không có điều khoản quy định về cách thức chỉ định một hệ thống thông tin, cũng như những thay đổi về việc chỉ định này mà người nhận có thể thực hiện sau đó.

106. Đoạn (4) chứa đựng viện dẫn đến “những chuyển nhượng quan trọng” là nhằm nói đến cả những chuyển nhượng quan trọng thực tế và dự định. Những viện dẫn đến “địa điểm kinh doanh”, “địa điểm kinh doanh chính” và “địa điểm cư trú thường xuyên” được chấp thuận nhằm quy định nội dung cho phù hợp với Công ước về Hợp đồng Mua bán Hàng hoá Quốc tế của Liên hợp quốc.

107. Tác dụng của đoạn (4) là đưa ra sự khác nhau giữa nơi nhận giả định và nơi mà thông điệp dữ liệu thực tế tới tại thời điểm nhận được nó trong đoạn (2). Không được giải thích sự phân biệt này là nhằm tính tỷ lệ rủi ro giữa người tạo ra và người nhận trong trường hợp có thiệt hại hoặc mất mát đối với thông điệp giữa khoảng thời gian nhận được theo quy định của đoạn (2) và thời điểm thông điệp đến điểm nhận theo quy định của đoạn (4). Đoạn (4) chỉ thiết lập nên một giả định không thể tranh cãi liên quan đến thực tiễn pháp lý, được sử dụng khi một bộ phận luật nào đó (ví dụ, thời điểm thiết lập hợp đồng hoặc tranh chấp về luật) yêu cầu phải có yếu tố địa điểm nhận thông điệp dữ liệu. Tuy nhiên, trong khi soạn thảo Luật Mẫu, quan điểm chính là việc đưa ra nơi nhận giả định thông điệp dữ liệu, khác với địa điểm thông điệp tới trong thời gian nhận, sẽ là không hợp lý nếu nằm ngoài bối cảnh truyền thông điệp dữ liệu qua máy tính (ví dụ, trong bối cảnh nếu truyền thông điệp bằng telex hay telegram). Do vậy, quy định này chỉ giới hạn với trọng

tâm là việc truyền thông điệp dữ liệu được thực hiện bằng máy tính. Một giới hạn tiếp theo được quy định trong đoạn (5) nhắc lại những quy định đã được nói đến trong các điều 6,7, 8,11 và 12 (xem ở trên, đoạn 69).

Viện dẫn

A/51/17, các đoạn 100-115 (điều 14);	A/CN.9/393, các đoạn 134-146;
A/CN.9/407, các đoạn 94-99;	A/CN.9/WG.IV/WP.55, các đoạn 103-108;
A/CN.9/406, các đoạn 42-58;	A/CN.9/360, các đoạn 87-89;
A/CN.9/WG.IV/WP.60, điều 13;	A/CN.9/WG.IV/WP.53, các đoạn 74-76;
A/CN.9/387, các đoạn 152-163;	A/CN.9/350, đoạn 97-100;
A/CN.9/WG.IV/WP.57, điều 13;	A/CN.9/333 các đoạn 69-75;

Phần 2 - Thương mại điện tử trong những lĩnh vực đặc biệt

108. Khác với những quy định áp dụng cho thương mại điện tử chung được nói đến trong phần 1 của Luật Mẫu, phần 2 chứa đựng những quy định có bản chất riêng biệt. Khi soạn thảo Luật Mẫu, Hội đồng đã thoả thuận là những nguyên tắc liên quan đến việc sử dụng thương mại điện tử đặc biệt phải được quy định trong Luật Mẫu theo một cách thức nhằm phản ánh cả đặc điểm riêng của điều khoản và địa vị pháp lý của nó, cũng tương tự như những quy định chung được nói ở phần 1 của Luật Mẫu. Hội đồng khi phê chuẩn Luật Mẫu, chỉ xem xét những quy định đặc biệt này trong phạm vi những tài liệu về vận tải và đã thoả thuận rằng những quy định này phải được đưa vào chương I của phần 2 Luật Mẫu. Quan điểm là việc ban hành luật với cấu trúc luật mở này sẽ làm cho việc bổ sung những điều khoản đặc biệt vào Luật Mẫu dễ dàng hơn khi có nhu cầu bằng cách làm thêm những chương bổ sung trong phần 2.

109. Việc ban hành một nhóm những điều khoản đặc biệt điều chỉnh những lĩnh vực sử dụng thương mại điện tử riêng biệt, như là việc sử dụng thông điệp EDI thay thế cho những tài liệu về vận tải không ngụ ý rằng những quy định khác của Luật Mẫu không áp dụng cho những tài liệu này. Đặc biệt, những điều khoản của phần 2, như là điều 16 và 17 liên quan đến chuyển nhượng quyền liên quan đến hàng hoá, đã giả định là những bảo đảm về độ tin cậy là tính có xác nhận quy định tại điều 6 và 8 của Luật Mẫu cũng được áp dụng cho những tài liệu điện tử tương đương với những tài liệu về vận tải. Phần 2 của Luật Mẫu không hạn chế hoặc giới hạn những lĩnh vực áp dụng của những quy định chung trong Luật Mẫu bằng bất kỳ cách thức nào.

CHƯƠNG I. VẬN CHUYỂN HÀNG HOÁ

110. Khi soạn thảo Luật Mẫu, Hội đồng đã lưu ý rằng vận chuyển hàng hoá là lĩnh vực thông tin liên lạc điện tử đường như được sử dụng nhiều nhất và là lĩnh vực một khung luật pháp tạo điều kiện cho việc thông tin liên lạc điện tử này là một nhu cầu cấp bách. Điều 16 và 17 chứa đựng những quy định áp dụng như nhau cho những tài liệu vận tải không thể thoả thuận được và cho việc chuyển nhượng quyền

liên quan đến hàng hoá bằng cách chuyển nhượng vận đơn. Những nguyên tắc được biểu hiện trong điều 16 và 17 được áp dụng không chỉ cho vận chuyển hàng hoá bằng đường biển, mà còn cho những hình thức vận tải khác như đường sắt, đường bộ hoặc đường không.

Điều 16. Những hoạt động liên quan đến hợp đồng vận chuyển hàng hoá

111. Điều 16 là trọng tâm của chương 1 trong phần 2 của Luật Mẫu được soạn thảo rất rộng. Điều này bao gồm một phạm vi rộng những tài liệu sử dụng trong lĩnh vực vận chuyển hàng hoá, bao gồm, ví dụ, thuê tàu. Khi soạn thảo Luật Mẫu, Hội đồng nhận thấy rằng bằng cách xem xét tổng hợp những hợp đồng vận chuyển hàng hoá, điều 16 phù hợp với nhu cầu xem xét toàn bộ các tài liệu vận tải, dù là có thể thương lượng hay không thể thương lượng, mà không cần loại bỏ bất kỳ loại hợp đồng đặc biệt nào như thuê tàu. Điều được chỉ ra là nếu một Quốc gia ban hành không muốn chương 1 của phần 2 được áp dụng cho một loại tài liệu hoặc hợp đồng nào đó, ví dụ, nếu việc quy định cả hợp đồng thuê tàu trong phạm vi của chương này là không phù hợp với luật quốc gia của nước ban hành, thì nước này có thể sử dụng điều khoản loại trừ trong đoạn (7) của điều 17.

112. Điều 16 mang bản chất chứng minh và nếu những hoạt động được đề cập đến trong điều khoản này là rất thông dụng trong thương mại đường biển, thì nó không chỉ dành riêng cho hoạt động này và có thể được thực hiện trong lĩnh vực vận tải đường không hay vận tải dưới nhiều hình thức.

Điều 17. Tài liệu vận tải

113. Đoạn (1) và (2) được rút ra từ điều 16. Trong phạm vi những tài liệu vận tải, cần phải thiết lập không chỉ những chức năng tương đương với những thông tin viết về những hoạt động được nói đến trong điều 16, mà cả những chức năng tương đương với việc thực hiện những hoạt động này thông qua việc sử dụng những tài liệu giấy. Những chức năng tương đương đặc biệt cần thiết cho việc chuyển giao quyền và nghĩa vụ thông qua việc chuyển giao những tài liệu giấy. Ví dụ, đoạn (1) và (2) nhằm thay thế cả những hợp đồng vận chuyển viết và yêu cầu xác nhận và chuyển giao sở hữu vận đơn. Trong quá trình soạn thảo Luật Mẫu, quan điểm là những hoạt động trong điều 16 phải được biểu hiện rõ ràng, đặc biệt với những khó khăn có thể nảy sinh tại một số nước nhất định trong việc công nhận việc chuyển những thông điệp điện tử là có chức năng tương đương với việc chuyển giao vật lý hàng hoá, hoặc chuyển giao những giấy tờ về quyền liên quan đến hàng hoá.

114. Viện dẫn đến “một hoặc nhiều thông điệp dữ liệu” trong đoạn (1), (3) và (6) không nhằm được giải thích khác với viện dẫn đến “thông điệp dữ liệu” trong các điều khoản khác của Luật Mẫu, viện dẫn phải được hiểu nhằm bao hàm một cách công bằng những tình huống khi chỉ một thông điệp dữ liệu được gửi đi hoặc khi nhiều thông điệp dữ liệu được gửi đi như là một phần bổ sung cho những thông tin. Việc quy định chi tiết hơn được thực hiện trong điều 17 chỉ nhằm phản ánh một thực tiễn là một số chức năng thường được thực hiện thông qua việc chuyển giao đơn thuần từ vận đơn cần phải được thực hiện thông qua việc chuyển giao một hoặc nhiều thông điệp dữ liệu và trên thực tế, việc này không được gây ra những hậu quả

xấu đến tính có thể chấp thuận của thương mại điện tử trong lĩnh vực này.

115. Đoạn (3), cùng với đoạn (4) được nhằm để bảo đảm rằng một quyền chỉ có thể được chuyển giao cho một người, và không thể có nhiều người trong bất kỳ thời gian nào có thể đưa ra những khiếu nại về quyền này. Tác dụng của hai đoạn này là đưa ra một yêu cầu có thể được coi là yêu cầu về “bảo đảm tính đơn nhất”. Nếu những thủ tục được tạo nên nhằm cho phép một quyền hoặc nghĩa vụ có thể được chuyển giao bằng những phương tiện điện tử thay thế cho việc sử dụng những tài liệu giấy tờ, thì việc bảo đảm tính đơn nhất là đặc điểm quan trọng nhất của những thủ tục này. Những thiết bị an toàn kỹ thuật đem lại việc bảo đảm tính đơn nhất này cần phải được xây dựng trong bất kỳ hệ thống thông tin liên lạc nào được sử dụng trong cộng đồng thương mại và cần phải chứng minh được độ tin cậy của chúng. Tuy nhiên, cũng có một nhu cầu khắc phục những yêu cầu của luật về việc bảo đảm tính đơn nhất phải được chứng minh, ví dụ trong trường hợp những tài liệu giấy như là vận đơn thường được sử dụng. Một quy định theo tinh thần của đoạn (3) là cần thiết để cho phép sử dụng thông tin liên lạc điện tử thay cho những tài liệu giấy.

116. Không thể giải thích cụm từ “một người và không có người nào khác” là loại trừ việc nhiều người cùng có chung quyền với hàng hoá. Ví dụ, viện dẫn đến “một người” không nhằm loại trừ quyền của đồng sở hữu chủ đối với hàng hoá hoặc những quyền khác được nêu trong vận đơn.

117. Khái niệm thông điệp dữ liệu phải là “gốc” cần được giải thích rõ hơn vì bản thân khái niệm này có thể dẫn đến việc giải thích sai. Một mặt, bất kỳ thông điệp dữ liệu nào cũng cần phải là “gốc”, thậm chí nếu thông điệp đó là nhân bản của một thông điệp khác trước đó vì mỗi thông điệp dữ liệu được gửi vào các thời điểm khác nhau nếu so với một thông điệp dữ liệu trước đó đến cùng một người. Nếu thông điệp dữ liệu được gửi đến một người khác, thì việc thông điệp đó là gốc lại càng rõ ràng hơn, thậm chí nếu nội dung thông điệp này nhằm chuyển nhượng cùng quyền và nghĩa vụ. Tuy vậy, lần chuyển thông tin lần đầu tiên có thể là lừa dối. Mặt khác, nếu “gốc” được giải thích là nhằm nói đến một thông điệp ở dạng gốc, hoặc được chuyển đi dưới dạng gốc, thì với quan điểm này không có thông điệp dữ liệu nào là gốc, và cũng sẽ không có việc chuyển thông tin nào thông qua thông điệp dữ liệu là gốc. Cần nhắc đến những rủi ro từ việc giải thích sai này, Hội đồng quyết định duy trì khái niệm “tính gốc” của thông điệp dữ liệu và tính gốc của việc chuyển theo mục đích của điều 17, dựa trên bối cảnh thực tế là khái niệm “tính gốc” hoặc “tính đơn nhất” của những tài liệu vận tải không được những người thi hành luật vận tải và những người sử dụng luật này biết đến. Tuy nhiên, đã quyết định là Hướng dẫn này làm rõ cụm từ “biện pháp đáng tin cậy để tạo ra thông điệp dữ liệu đó hoặc những thông điệp gốc” có nghĩa là nói đến việc sử dụng một biện pháp đáng tin cậy để bảo đảm rằng những thông điệp dữ liệu nhằm chuyển giao quyền hoặc nghĩa vụ của một người sẽ không thể được sử dụng bởi, hay nhân danh người đó trái với bất kỳ thông điệp dữ liệu nào khác mà qua thông điệp này quyền hoặc nghĩa vụ đã được chuyển giao bởi, hoặc nhân danh người đó.

118. Đoạn (5) là cần thiết để bảo đảm tính đơn nhất được quy định trong đoạn (3). Nhu cầu phải có sự bảo đảm này là một yêu cầu bao trùm và cơ bản để

bảo đảm rằng không chỉ biện pháp được sử dụng đem lại sự bảo đảm hợp lý về việc thông điệp dữ liệu đó không được nhân bản, mà còn bảo đảm rằng không có hai hệ thống thông tin cùng được sử dụng đồng thời cho cùng một mục đích. Đoạn (5) chỉ ra một nhu cầu quan trọng nhằm tránh sự rủi ro tạo ra những tài liệu vận tải nhân bản.

119. Việc giải thích viện dẫn về "chấm dứt" việc sử dụng thông điệp dữ liệu là để ngỏ. Đặc biệt, Luật Mẫu không cung cấp thông tin về ai có thể thực hiện việc chấm dứt. Các Quốc gia ban hành phải tự quyết định về những quy định thêm về vấn đề này. Ví dụ, các nước này có thể mong muốn, vì thương mại điện tử thường căn cứ vào thoả thuận giữa các bên, quy định rằng việc quay lại sử dụng thông tin liên lạc qua giấy tờ cũng phải là chủ thể để các bên thoả thuận. Nếu khác đi, người gửi thông điệp có thể được trao quyền đơn phương chọn cách thức thông tin liên lạc. Một cách lựa chọn nữa là Quốc gia ban hành có thể quy định rằng, vì người đang có vận đơn có thể áp dụng đoạn (5), người giữ vận đơn có toàn quyền quyết định thực hiện những quyền của mình trên cơ sở vận đơn giấy tờ hay tài liệu điện tử tương đương với vận đơn, và phải chịu những chi phí phát sinh từ quyết định của mình.

120. Đoạn (5), dùng để quy định về tình huống khi việc sử dụng những thông điệp điện tử được thay thế bằng việc sử dụng những tài liệu giấy tờ, không nhằm loại trừ tình huống ngược lại. Việc thay đổi giữa sử dụng thông điệp dữ liệu bằng việc sử dụng tài liệu giấy tờ không ảnh hưởng đến những quyền có được khi trao lại những tài liệu giấy tờ cho người ban hành và bắt đầu sử dụng thông điệp dữ liệu trở lại.

121. Mục tiêu của đoạn (6) dùng để quy định trực tiếp về áp dụng những luật cụ thể về hợp đồng liên quan đến vận chuyển hàng hoá bằng đường biển. Ví dụ, theo Luật Hague và Hague-Visby, một hợp đồng vận chuyển là một hợp đồng được quy định trong một vận đơn. Việc sử dụng vận đơn hoặc tài liệu tương đương về quyền dẫn đến việc áp dụng bắt buộc luật Hague và Hague-Visby vào các hợp đồng vận chuyển. Những nguyên tắc này không thể tự động được áp dụng cho các hợp đồng được thiết lập bởi một hay một số thông điệp dữ liệu. Do vậy, những quy định tương tự như đoạn (6) là cần thiết để bảo đảm rằng việc áp dụng những nguyên tắc này không bị loại bỏ chỉ bởi vì một sự thực đơn thuần là đã sử dụng những thông điệp điện tử thay cho vận đơn bằng giấy tờ. Khi đoạn (1) bảo đảm rằng thông điệp dữ liệu là một phương tiện có hiệu quả để thực hiện bất kỳ một hoạt động nào được nêu trong điều 16, quy định này không quy định về luật nội dung áp dụng cho loại hợp đồng có liên quan, hoặc được thể hiện qua các thông điệp dữ liệu.

122. Về ý nghĩa của đoạn " luật này không phải là không thể áp dụng được" trong đoạn (6), một cách thức đơn giản hơn để biểu hiện cùng một ý nghĩa là luật có thể được áp dụng cho những hợp đồng vận chuyển biểu hiện qua giấy tờ cần phải được áp dụng cho những hợp đồng vận chuyển biểu hiện qua các thông điệp dữ liệu. Tuy nhiên, trong bối cảnh phạm vi áp dụng rộng của Điều 17, điều luật điều chỉnh không chỉ vận đơn mà còn điều chỉnh nhiều loại giấy tờ vận chuyển khác, thì cách quy định đơn giản hoá như vậy có thể dẫn tới những hậu quả không tiên liệu trước liên quan đến việc mở rộng phạm vi áp dụng của những luật như Luật Hamburg hay Luật Hague-Visby đối với những hợp đồng mà các luật này không hề nhằm điều

chính. Hội đồng thấy rằng cách thức sử dụng ngôn từ này có lẽ là phù hợp hơn để khắc phục những khó khăn phát sinh từ một thực tế là Luật Hague-Visby và những luật khác áp dụng bắt buộc cho vận đơn sẽ không tự động được áp dụng cho những hợp đồng vận chuyển biểu hiện qua các thông điệp dữ liệu, mà không ảnh hưởng vô hại đến việc áp dụng những luật này cho các loại hợp đồng khác.

Viện dẫn

A/51/17, các đoạn 139-172 và 189-204; A/CN.9/407, các đoạn 106-118;
(dự thảo điều x); A/CN.9/WG.IV/WP.67, phụ lục;
A/CN.9/421, các đoạn 53-103; A/CN.9/WG.IV/WP.66, phụ lục II;
A/CN.9/WG.IV/WP.69, các đoạn 82-95 A/49/17, các đoạn 178, 179 và 201;
A/50/17, các đoạn 307-309; A/CN.9/390, đoạn 158;

III. LỊCH SỬ VÀ CƠ SỞ CỦA LUẬT MẪU

123. Luật Mẫu về Thương mại Điện tử UNCITRAL được Hội đồng Luật Thương mại Quốc tế (UNCITRAL) thông qua năm 1996 trong quá trình tiếp tục khuyến khích sự thống nhất và tổng hợp của luật thương mại quốc tế, cũng như loại bỏ những khó khăn không cần thiết trong thương mại quốc tế do sự bất hợp lý và tính riêng rẽ của các luật điều chỉnh thương mại gây ra. Trong suốt một phần tư thế kỷ gần đây, UNCITRAL, mà thành viên của nó bao gồm các quốc gia từ khắp các khu vực và ở tất cả các cấp độ phát triển kinh tế, đã thực hiện nhiệm vụ của mình bằng cách thiết lập nên các công ước quốc tế (Công ước về Hợp đồng Mua bán Hàng hóa Quốc tế của Liên Hợp quốc, Công ước về Giới hạn Thời gian trong Bán Hàng hoá quốc tế, Công ước Vận chuyển Hàng hoá Đường biển, 1978 ("Hamburg Rules"), về Nghĩa vụ của Người vận hành Cảng, Bến vận tải trong Thương mại Quốc tế, về Hối phiếu Quốc tế và Ngân phiếu Quốc tế, và về Người bảo lãnh Độc lập và Thư Tín dụng), những luật mẫu (Luật Mẫu UNCITRAL về Trọng tài Thương mại Quốc tế, về Tín dụng Quốc tế và Mua bán Hàng hoá, Xây dựng và Dịch vụ), Luật Trọng tài UNCITRAL, Nguyên tắc về Thương lượng UNCITRAL, và các hướng dẫn luật (về hợp đồng xây dựng, chuyển nhượng thương mại trao đổi, chuyển nhượng tài khoản điện tử).

124. Luật Mẫu được soạn thảo nhằm đáp ứng những thay đổi về hình thức thông tin liên lạc giữa các bên sử dụng máy tính và các kỹ thuật hiện đại khác trong quá trình kinh doanh (thường được nói đến như là "đối tác thương mại"). Luật Mẫu đóng vai trò như là khuôn mẫu cho các nước trong việc đánh giá và hiện đại hoá những khía cạnh trong hệ thống luật pháp và trong thực tiễn của họ trong lĩnh vực các quan hệ thương mại liên quan đến sử dụng những kỹ thuật thông tin hiện đại hoặc vi tính hoá, và việc thiết lập nên những luật liên quan khi chưa có luật này. Nội dung của Luật Mẫu, như được nói ở trên, được quy định trong phụ lục 1 của báo cáo UNCITRAL về hoạt động của mình trong phiên làm việc lần thứ 29²⁰⁵.

²⁰⁵ Báo cáo chính thức của Đại Hội đồng, phiên họp thứ 51, bản 17, phụ lục 1.

125. Hội đồng tại cuộc phiên làm việc lần thứ 17 đã xem xét một báo cáo của Tổng thư ký nhan đề "Những khía cạnh pháp lý của việc xử lý dữ liệu tự động" (A/CN.9/254), báo cáo chỉ ra nhiều vấn đề luật pháp liên quan đến giá trị luật pháp của các dữ liệu máy tính, nhu cầu về "viết", xác nhận, những điều kiện chung, nghĩa vụ và vận đơn. Hội đồng đã lưu ý đến một báo cáo của Nhóm làm việc về Tạo điều kiện Thuận lợi cho Thủ tục Thương mại Quốc tế (WP.4), do Hội đồng kinh tế Châu Âu và Hội nghị Thương mại và Phát triển của Liên hợp quốc tài trợ, về vấn đề xây dựng những thông điệp tiêu chuẩn UN/EDIFACT. Báo cáo này kiến nghị rằng những vấn đề luật pháp phát sinh trong lĩnh vực luật thương mại quốc tế xuất hiện như là một diễn đàn thích hợp thể thực hiện những hoạt động phối hợp cần thiết.²⁰⁶ Hội đồng quyết định đưa những quy định của luật pháp về xử lý dữ liệu tự động vào thương mại quốc tế vào chương trình làm việc của mình như là một công việc ưu tiên.²⁰⁷

126. Tại phiên làm việc lần thứ 18 (1985), Hội đồng xem xét báo cáo của Ban thư ký nhan đề "Giá trị pháp lý của những số liệu máy tính" (C/CN.9/265). Báo cáo này đã đưa ra kết luận là có ít những vấn đề trong việc sử dụng những dữ liệu lưu trong máy tính như là chứng cứ trong tố tụng hơn là dự đoán. Báo cáo này lưu ý rằng khó khăn về luật pháp nghiêm trọng hơn trong việc sử dụng máy tính và biện pháp thông tin liên lạc máy tính-máy tính trong thương mại quốc tế phát sinh từ những yêu cầu là tài liệu phải được ký và phải được biểu hiện dưới dạng giấy tờ. Sau khi thảo luận báo cáo Hội đồng đã chấp nhận những kiến nghị dưới đây biểu hiện một số nguyên tắc mà Luật Mẫu đã dựa vào:

"Hội đồng Luật Thương mại Quốc tế của Liên hợp quốc,

" Lưu ý rằng việc sử dụng quá trình xử lý dữ liệu tự động (APD) đang được thiết lập trên phạm vi thế giới trong nhiều giai đoạn của quá trình thương mại trong nước và quốc tế cũng như trong những công việc quản lý,

" Cũng lưu ý rằng những nguyên tắc pháp lý dựa vào những cách thức liên lạc trên cơ sở giấy tờ trước khi có APD trong thương mại quốc tế có thể gây ra những cản trở cho việc sử dụng APD thông qua việc những cách thức này đem lại vấn đề về an toàn luật pháp và cản trở việc sử dụng hiệu quả APD khi việc sử dụng chúng được xem xét dưới khía cạnh khác,

" Lưu ý tiếp theo là việc đánh giá cao những nỗ lực của Hội đồng Châu Âu, Hội đồng hợp tác hải quan và Hội đồng Kinh tế Châu Âu của Liên hợp quốc nhằm khắc phục những khó khăn cho việc sử dụng ADP trong thương mại quốc tế phát sinh từ những vấn đề luật pháp này,

" Cho rằng hiện tại chưa có nhu cầu về thống nhất hoá các luật về chứng cứ liên quan đến việc sử dụng số liệu máy tính trong thương mại quốc tế, với kinh nghiệm chỉ ra rằng những khác biệt đáng kể trong các luật về chứng cứ khi áp dụng

²⁰⁶ " Những khía cạnh luật pháp của trao đổi dữ liệu thương mại tự động" (TRADE/WP.4/R.185/Rev.1.). Báo cáo này được đệ trình lên Nhóm làm việc dưới tiêu đề A/CN.9/238, phụ lục.

²⁰⁷ Báo cáo chính thức của Đại hội đồng, phiên làm việc thứ ba mươi chín, số 17 (A/97/17), đoạn 136.

vào hệ thống văn bản tài liệu giấy tờ từ trước đến nay không gây ra những ảnh hưởng lớn đến phát triển thương mại quốc tế,

"*Cũng cho rằng* việc phát triển sử dụng ADP đem lại một mong muốn tại các hệ thống pháp luật khác nhau về việc chấp thuận những nguyên tắc luật pháp hiện tại đối với việc phát triển này, tuy nhiên, có cân nhắc đúng đắn đến nhu cầu cố vũ việc sử dụng những phương tiện ADP này và cần phải đem lại tính tin cậy tương tự hoặc cao hơn về những tài liệu giấy tờ,

"1. *Kiến nghị* với các Chính phủ:

"(a) Xem xét lại hệ thống luật pháp ảnh hưởng đến việc sử dụng các số liệu máy tính như là chứng cứ trong tố tụng để đảm bảo loại bỏ những cản trở không cần thiết đối với việc chấp nhận những chứng cứ này, và để bảo đảm rằng luật thích hợp với sự phát triển của kỹ thuật, và để cung cấp những phương tiện thích hợp cho toà án nhằm đánh giá độ tin cậy của những dữ liệu trong những tài liệu này;

"(b). xem xét những yêu cầu luật pháp về những chuyển nhượng thương mại nhất định hoặc những tài liệu liên quan đến thương mại phải dưới hình thức viết, hình thức viết có là điều kiện bắt buộc cho tính có thể thi hành hay hiệu lực của chuyển nhượng hoặc tài liệu hay không, với quan điểm là cho phép, khi hợp lý, những chuyển nhượng hoặc tài liệu được ghi lại hoặc trao đổi dưới dạng đọc được qua máy tính;

"(c) xem xét lại yêu cầu luật pháp về chữ ký viết tay và những biện pháp xác nhận trên cơ sở giấy tờ khác đối với những tài liệu liên quan đến thương mại với quan điểm là cần phải cho phép, khi thấy hợp lý, việc sử dụng các phương tiện xác nhận điện tử;

"(d) xem xét lại những yêu cầu luật pháp về việc những tài liệu đệ trình lên chính phủ phải dưới hình thức viết và phải được ký tay với quan điểm nhằm cho phép, khi thích hợp, đệ trình những tài liệu này dưới hình thức có thể đọc được qua máy tính trong những hoạt động quản lý hành chính đã có những thiết bị và thủ tục cần thiết;

"2. *Kiến nghị* lên các tổ chức quốc tế xây dựng những nội dung luật liên quan đến thương mại cần phải xem xét đến những kiến nghị hiện tại về thông qua những nội dung này, và khi hợp lý, cân nhắc đến việc sửa đổi nhưng nội dung luật pháp hiện tại cho phù hợp với những kiến nghị này".²⁰⁸

127. Kiến nghị này (được gọi tắt là "Kiến nghị 1985 UNCITRAL") được xác nhận lại tại Đại hội đồng bằng quyết nghị 40/71, đoạn 5(b), ngày 11 tháng 12 năm 1985 như sau:

"*Đại hội đồng,*

²⁰⁸ Báo cáo chính thức của Đại Hội đồng, Phiên làm việc lần thứ 14, số 17(A/40/17), đoạn 360.

"... kêu gọi các Chính phủ và các tổ chức quốc tế thực hiện hành động, khi hợp lý, phù hợp với những kiến nghị của Hội đồng nhằm bảo đảm an toàn pháp lý trong bối cảnh sử dụng rộng rãi nhất việc xử lý dữ liệu tự động trong thương mại quốc tế;..."²⁰⁹.

128. Như đã được nói đến trong một vài tài liệu và phiên họp của cộng đồng thương mại điện tử quốc tế, ví dụ, những phiên họp của WP.4, nhận thấy rằng mặc dù đã có những cố gắng được thể hiện trong kiến nghị 1985 UNCITRAL, có rất ít tiến bộ trong việc loại bỏ những yêu cầu bắt buộc trong hệ thống luật pháp quốc gia liên quan đến việc sử dụng tài liệu giấy tờ và chữ ký tay. Hội đồng về Thủ tục thương mại của Nauy (NIRPRO) trong thư của mình gửi lên Ban thư ký đã kiến nghị "một trong những lý do có thể là kiến nghị 1985 UNCITRAL đã chỉ ra nhu cầu về cập nhật luật pháp, nhưng không chỉ ra cách thức thực hiện việc này". Với kiến nghị này, Hội đồng cho rằng những hoạt động tiếp theo kiến nghị 1985 UNCITRAL có thể được tiến hành nhằm tăng cường việc hiện đại hoá luật pháp đang rất cần thiết. Quyết định của UNCITRAL về việc xây dựng lên luật mẫu về những vấn đề luật pháp trong trao đổi dữ liệu điện tử và những phương tiện thông tin liên lạc liên quan có thể được xem là kết quả của quá trình dẫn đến việc Hội đồng chấp nhận kiến nghị 1985 UNCITRAL.

129. Tại phiên làm việc lần thứ 21 của mình (1988), Hội đồng đã cân nhắc đến đề nghị xem xét một nhu cầu về cung cấp những nguyên tắc luật pháp có thể được áp dụng cho việc thiết lập nên những hợp đồng thương mại quốc tế thông qua những phương tiện điện tử. Cần lưu ý rằng không có một cấu trúc luật pháp xác định nào về lĩnh vực quan trọng và phát triển không ngừng về thiết lập hợp đồng bằng những phương tiện điện tử và những công việc trong tương lai trong lĩnh vực này có thể sẽ lấp đầy lỗ hổng luật pháp này và giảm đi những vấn đề không rõ ràng và những khó khăn trên thực tiễn. Hội đồng đã yêu cầu Ban thư ký chuẩn bị những nghiên cứu sơ khởi về vấn đề này²¹⁰.

130. Tại phiên họp lần thứ 23 (1990), Hội đồng xem xét báo cáo nhan đề "Nghiên cứu sơ khởi về những vấn đề luật pháp liên quan đến việc thiết lập hợp đồng thông qua các phương tiện điện tử" (A/CN.9/333). Báo cáo nêu tóm tắt những công việc do Cộng đồng Châu Âu và Mỹ đã thực hiện về yêu cầu "viết" cũng như những vấn đề khác phát sinh trong quá trình thiết lập một hợp đồng thông qua những phương tiện điện tử. Những nỗ lực khắc phục các khó khăn này bằng việc sử dụng những thoả thuận về hình thức thông tin liên lạc cũng đã được thảo luận²¹¹.

131. Tại phiên họp lần thứ 24 (1991), Hội đồng xem xét báo cáo nhan đề "Trao đổi dữ liệu điện tử" (A/CN.9/350). Báo cáo đã mô tả những hoạt động hiện tại của các tổ chức khác nhau liên quan đến những vấn đề luật pháp về trao đổi dữ liệu điện tử (EDI) và phân tích nội dung của một số những thoả thuận trao đổi tiêu chuẩn đã được xây dựng hoặc đang được xây dựng. Báo cáo đã chỉ ra rằng những thoả

²⁰⁹ Nghị quyết 40/71 được giới thiệu trong Sách luật hàng năm của Hội đồng Luật Thương mại quốc tế của Liên hợp quốc, 1985, tập XVI, Phần Một, D (Nhà xuất bản Liên hợp quốc, Số E.87.V.4).

²¹⁰ Báo cáo chính thức của Đại hội đồng, phiên họp lần thứ 43, số 17 (A/43/17), đoạn 46-47, và phiên họp lần thứ 44, số 17 (A/44/17), đoạn 289.

²¹¹ , Như trên, phiên họp lần thứ 44, số 17(A/45/17) , đoạn 38-40.

thuận này khác nhau đáng kể theo những nhu cầu khác nhau của những loại người sử dụng khác nhau mà những thoả thuận này phục vụ và sự phong phú của những thoả thuận nhiều khi được mô tả như là bao hàm những phát triển của một khung luật pháp cho những công việc kinh doanh của thương mại điện tử. Báo cáo kiến nghị rằng có một nhu cầu cần một khung luật pháp chung nhằm xác định rõ những vấn đề và cung cấp một hệ thống những nguyên tắc pháp luật và những quy định pháp luật cơ bản điều chỉnh lĩnh vực thông tin liên lạc trong thương mại điện tử. Báo cáo kết luận rằng một khung luật pháp như vậy có thể, đến một phạm vi nào đó, được xây dựng thông qua những thoả thuận hợp đồng giữa các bên tham gia và một quan hệ thương mại điện tử và những khung luật pháp về hợp đồng hiện tại thường là chưa hoàn chỉnh, không thống nhất và không thích hợp cho việc sử dụng quốc tế vì chúng dựa trên những cấu trúc của luật pháp địa phương.

132. Với quan điểm nhằm đạt được sự thống nhất những nguyên tắc cơ bản nhằm thúc đẩy thương mại điện tử trong thương mại quốc tế, báo cáo kiến nghị rằng Hội đồng có thể cần nhắc đến mong muốn soạn thảo một thoả thuận thông tin liên lạc tiêu chuẩn để sử dụng trong thương mại quốc tế. Báo cáo chỉ ra rằng công việc của Hội đồng trong lĩnh vực này là đặc biệt quan trọng vì nó liên quan đến tất cả các hệ thống luật pháp, bao gồm cả những hệ thống luật pháp của các nước đang phát triển, những nước đã và sẽ phải đối mặt với những vấn đề thương mại điện tử.

133. Hội đồng đã nhất trí rằng những vấn đề luật pháp trong thương mại điện tử sẽ trở nên ngày càng quan trọng vì việc sử dụng thương mại điện tử đang phát triển và Hội đồng phải thực hiện những công việc này. Kiến nghị là Hội đồng phải thực hiện nhiệm vụ soạn thảo một hệ thống các nguyên tắc pháp luật và luật cơ bản điều chỉnh việc thông tin liên lạc trong thương mại điện tử²¹² được ủng hộ rộng rãi. Hội đồng đã đi đến kết luận là qua sớm nếu ngay lập tức soạn thảo những thoả thuận về thông tin liên lạc tiêu chuẩn và nên quản lý việc xây dựng luật của các tổ chức khác, đặc biệt là của Cộng đồng Châu Âu và Hội đồng kinh tế Châu Âu. Điều được chỉ ra là thương mại điện tử tốc độ cao cần phải được kiểm tra lại về những vấn đề hợp đồng cơ bản như là đề nghị và chấp thuận, và phải lưu ý đến những quy định luật pháp về vai trò của những người quản lý dữ liệu trung tâm trong luật thương mại quốc tế.

134. Sau khi cân nhắc, Hội đồng quyết định rằng cần phải triệu tập một phiên họp của Nhóm làm việc về Thanh toán Quốc tế để xác định những vấn đề luật pháp có liên quan và để xem xét những điều khoản luật có thể, và Nhóm làm việc sẽ báo cáo tới Hội đồng về ý định và tính khả thi trong việc thực hiện những công việc tiếp theo như là soạn thảo một thoả thuận thông tin liên lạc tiêu chuẩn²¹³.

135. Nhóm làm việc về Thanh toán Quốc tế tại phiên làm việc lần thứ 24 của mình đã kiến nghị rằng Hội đồng cần phải thực hiện những công việc nhằm xây dựng những quy định luật pháp thống nhất về thương mại điện tử. Đã thoả thuận

²¹² Cần lưu ý rằng Luật Mẫu không nhằm đưa ra một hệ thống hoàn chỉnh những điều khoản điều chỉnh tất cả những khía cạnh về thương mại điện tử. Mục đích chính của Luật Mẫu là quy định về những yêu cầu luật pháp hiện tại nhằm để chúng không gây ra những khó khăn trong việc sử dụng những phương tiện thông tin liên lạc không phải là giấy tờ và lưu trữ thông tin.

²¹³ Báo cáo chính thức của Đại hội đồng, phiên họp thứ 44, Số 17 (A/46/17), đoạn 311-317.

rằng mục đích của công việc này là nhằm tạo điều kiện tốt cho việc sử dụng thương mại điện tử ngày một tăng lên và nhằm đáp ứng nhu cầu cần phải có những quy định luật pháp được xây dựng trong lĩnh vực thương mại điện tử, đặc biệt là về những vấn đề như thiết lập hợp đồng; rủi ro và trách nhiệm của đối tác thương mại và bên cung cấp dịch vụ thứ ba liên quan đến những quan hệ thương mại điện tử; định nghĩa mở rộng của “viết” và “gốc” được sử dụng trong môi trường thương mại điện tử; những vấn đề về tính có thể thoả thuận và tài liệu về quyền (A/CN.9/360).

136. Khi ý tưởng chung là cần phải có được mức độ thống nhất và rõ ràng cao được quy định bởi những điều khoản của luật thống nhất, cũng cần phải quan tâm đến việc bảo vệ những cách thức tiếp cận linh hoạt liên quan đến một số vấn đề khi những hoạt động luật pháp có thể là quá sớm hoặc không thích hợp. Ví dụ cho những vấn đề này là việc cố gắng thống nhất hoá những quy định về chứng cứ để áp dụng cho việc trao đổi những thông điệp dữ liệu thương mại điện tử sẽ trở nên vô tác dụng (như trên, đoạn 130). Đã thoả thuận rằng tại thời điểm ban đầu này, không nên đưa ra bất kỳ một quyết định nào về hình thức cuối cùng hoặc nội dung chính thức của những quy định pháp luật đang được soạn thảo. Phù hợp với những cách thức tiếp cận linh hoạt đang được thực hiện, điều cần lưu ý là sẽ có nhiều tình huống phát sinh khi việc soạn thảo những điều khoản hợp đồng mẫu được xem là cách thức thích hợp để giải quyết những vấn đề nhất định (như trên, xem đoạn 132).

137. Tại phiên làm việc lần thứ 25 (1992), Hội đồng đã phê chuẩn kiến nghị tại báo cáo của Nhóm làm việc (như trên, 129-133) và giao nhiệm vụ soạn thảo các điều khoản luật về thương mại điện tử cho Nhóm làm việc về Thanh toán Quốc tế, sau này được đổi tên thành Nhóm làm việc về Trao đổi Dữ liệu Điện tử²¹⁴.

138. Nhóm làm việc sử dụng các phiên họp 24 - 28 để soạn thảo những quy định luật áp dụng cho “Trao đổi dữ liệu điện tử (EDI) và những phương tiện thông tin liên lạc hiện đại khác” (báo cáo về những phiên làm việc này nằm trong tài liệu A/CN.9/373, 387, 390 và 406)²¹⁵.

139. Nhóm làm việc thực hiện nhiệm vụ của mình trên cơ sở các tài liệu làm việc do Ban thư ký soạn thảo về những vấn đề có thể được đề cập đến trong Luật Mẫu. Những vấn đề này nằm trong tài liệu A/CN.9/WG.IV/WP.53 (Những vấn đề được đề cập trong chương trình về công việc tương lai về những khía cạnh luật pháp của EDI) và A/CN.9/WG.IV/WG.53 (Đề cương về những quy định thống nhất về những khía cạnh pháp lý của trao đổi dữ liệu điện tử). Bản soạn thảo của Luật Mẫu được trình lên Ban thư ký trong tài liệu A/CN.9/WG.IV/WP.57, 60 và 62. Nhóm làm việc cũng xem xét đề nghị của Anh và Ireland liên quan đến nội dung của bản dự thảo Luật Mẫu (A/CN/WG.IV/WG.58).

²¹⁴ Như trên, phiên làm việc lần thứ 47, số 17 (A/47/17), đoạn 141-148.

²¹⁵ Khái niệm “EDI và các phương tiện thông tin liên lạc” được Nhóm làm việc sử dụng không thể được giải thích theo nghĩa hẹp như EDI được định nghĩa ở điều 2(b) của Luật Mẫu, mà nó bao hàm việc sử dụng rất nhiều những kỹ thuật thông tin liên lạc hiện đại trong thương mại mà sau này được nói đến một cách rộng rãi hơn trong khái niệm “thương mại điện tử”. Luật Mẫu không chỉ nhằm để áp dụng trong bối cảnh những kỹ thuật thông tin liên lạc hiện tại mà nó là một hệ thống những quy định linh hoạt tạo điều kiện thích hợp cho những phát triển kỹ thuật có thể dự đoán trước. Cần nhấn mạnh rằng mục tiêu của Luật Mẫu là không chỉ thiết lập nên những nguyên tắc cho việc trao đổi thông tin được chuyển đổi bằng những thông điệp dữ liệu mà còn điều chỉnh việc lưu trữ thông tin trong các thông điệp dữ liệu mà không nhằm để trao đổi.

140. Nhóm làm việc lưu ý rằng, khi những giải pháp có thể áp dụng cho những khó khăn luật pháp phát sinh qua việc sử dụng thương mại điện tử thường được tìm thấy trong các hợp đồng (A/CN.9/WG.IV/WP.53, đoạn 35-36), cách thức tiếp cận hợp đồng liên quan đến thương mại điện tử được xây dựng không chỉ bởi vì những lợi thế bản chất của nó như là tính linh hoạt, mà còn vì do thiếu những điều khoản riêng biệt của luật thành văn hoặc luật án lệ. Cách thức tiếp cận hợp đồng được xem là hạn chế vì nó không khắc phục được tất cả những hạn chế luật pháp đối với việc sử dụng thương mại điện tử có thể phát sinh từ những điều khoản bắt buộc của luật thành văn hoặc luật án lệ. Với vấn đề này, một trong những khó khăn thừa hưởng lại từ việc sử dụng những thoả thuận về thông tin liên lạc gây ra bởi sự không rõ ràng về sức mạnh của những quy định hợp đồng trong trường hợp tố tụng. Một giới hạn khác của cách thức tiếp cận hợp đồng phát sinh từ một sự thực là các bên hợp đồng không thể điều chỉnh có hiệu quả các quyền và nghĩa vụ của bên thứ ba. Ít nhất là đối với các bên không tham gia vào những thoả thuận hợp đồng, luật thành văn dựa trên luật mẫu hoặc các hiệp định quốc tế là rất cần thiết (xem A/CN.9/350, đoạn 107).

141. Nhóm làm việc cân nhắc việc soạn thảo những quy định thống nhất với mục tiêu loại bỏ những khó khăn và những điểm không rõ ràng trong việc sử dụng những phương tiện thông tin liên lạc hiện đại, nếu việc loại bỏ những khó khăn và những điểm không rõ ràng này có thể đạt được thông qua những quy định thành văn. Một trong những mục tiêu của Luật Mẫu là tạo điều kiện cho những người có khả năng sử dụng thương mại điện tử thiết lập nên những quan hệ thương mại điện tử được bảo đảm về pháp lý bằng những thoả thuận về thông tin liên lạc trong phạm vi một hệ thống thông tin kín. Mục tiêu thứ hai của luật mẫu là khuyến khích việc sử dụng thương mại điện tử ngoài phạm vi hệ thống thông tin kín đó, nghĩa là trong một môi trường mở. Tuy nhiên, mục tiêu của luật mẫu là tạo điều kiện, chứ không phải là bắt buộc, cho việc sử dụng EDI và những phương tiện thông tin liên lạc tương tự. Hơn nữa, mục tiêu của Luật Mẫu không phải là giải quyết những quan hệ thương mại điện tử từ khía cạnh kỹ thuật mà là xây dựng một môi trường pháp lý ở mức độ an toàn nhất, và để tạo điều kiện thuận lợi cho việc sử dụng thương mại điện tử giữa các bên tham gia thông tin.

142. Về hình thức của Luật Mẫu, Nhóm làm việc đã thoả thuận là phải thực hiện công việc của mình dựa trên giả thiết là Luật Mẫu cần phải được xây dựng dưới hình thức luật thành văn. Khi đã thoả thuận là Luật Mẫu phải dưới dạng một “luật hiện đại”, trước tiên, có cảm giác rằng căn cứ vào bản chất đặc biệt của nội dung luật pháp đang được soạn thảo, cần phải tìm ra một khái niệm nào đó linh hoạt hơn khái niệm “Luật Mẫu”. Nhận thấy rằng tiêu đề này phải phản ánh được là nội dung sẽ chứa đựng rất nhiều điều khoản liên quan đến luật hiện tại trong rất nhiều phần khác nhau của hệ thống luật trong nước của nước ban hành. Do vậy, có một khả năng là nước ban hành có thể kết hợp toàn bộ nội dung của phần này hoặc những quy định của “Luật Mẫu” này có thể xuất hiện ở bất kỳ đâu trong hệ thống luật pháp quốc gia, phần nội dung có thể được miêu tả, theo như ngôn ngữ pháp luật của một số nước, là “luật sử đổi về những vấn đề khác”. Nhóm làm việc đồng ý rằng bản chất đặc biệt của

nội dung es thể tốt nhất được biểu hiện bằng từ “những quy định mẫu”. Quan điểm này cũng cho rằng bản chất và mục tiêu của “những quy định mẫu” cần phải được giải thích trong giới thiệu hay hướng dẫn kèm theo.

143. Tại phiên làm việc lần thứ 28, Nhóm làm việc đã xem xét lại quyết định trước đây của mình về việc xây dựng lên một nội dung luật pháp dưới hình thức “những quy định luật pháp mẫu” (A/CN.9/930, đoạn 16). Quan điểm chung là việc sử dụng cụm từ “những quy định luật pháp mẫu” có thể làm nảy sinh sự không rõ ràng về bản chất của văn bản. Mặc dù vẫn còn một số ý kiến ủng hộ cụm từ “những quy định luật pháp mẫu”, quan điểm ủng hộ việc dùng cụm từ “Luật Mẫu” đã chiến thắng. Quan điểm chung là như là một kết quả của quá trình làm việc do Nhóm làm việc thực hiện nhằm hoàn thiện nội dung, những quy định luật pháp mẫu có thể được xem là một hệ thống các quy định cân bằng và tách biệt có thể được ban hành toàn bộ trong một văn bản (A/CN.9/406, đoạn 75). Tuy nhiên, dựa vào tình hình cụ thể của từng Quốc gia ban hành, Luật Mẫu có thể được ban hành dưới nhiều hình thức, hoặc trong một bộ luật đơn nhất hoặc trong nhiều phân luật khác nhau.

144. Nội dung của Dự thảo Luật Mẫu được nhóm làm việc phê chuẩn vào phiên làm việc lần thứ 28 đã được gửi đến tất cả các chính phủ và những tổ chức quốc tế quan tâm để đóng góp ý kiến. Những đóng góp nhận được được giới thiệu tại A/CN.9/409 và Add. 1-4. Nội dung của bản dự thảo được Nhóm làm việc gửi lên Hội đồng được giới thiệu trong phụ lục kèm theo tài liệu A/CN.9/406.

145. Tại phiên làm việc lần thứ 28, Hội đồng đã chấp nhận nội dung điều 1, 3 và 11 của dự thảo Luật Mẫu, và vì không đủ thời gian, Hội đồng đã không xem xét được toàn bộ dự thảo của Luật Mẫu, chương trình này sau đó đã được sắp xếp vào lịch làm việc của Hội đồng tại phiên làm việc lần thứ 29.²¹⁶

146. Tại phiên làm việc lần thứ 29²¹⁷, Hội đồng đã nhắc lại rằng trong phiên làm việc lần thứ 27 (1994), mục tiêu chung đã được biểu hiện thông qua những kiến nghị của Nhóm làm việc là công việc sơ khởi phải được thực hiện nhằm vào tính có thể thương lượng và tính có thể chuyển nhượng của các quyền đối với hàng hoá trong môi trường làm việc dựa trên máy tính ngay khi việc soạn thảo Luật Mẫu được hoàn thành²¹⁸. Cần lưu ý rằng, dựa trên cơ sở này, những tranh luận sơ khởi về công việc trong tương lai cần phải làm trong lĩnh vực trao đổi thông điệp dữ liệu điện tử cần phải được tổ chức trong phiên họp lần thứ 29 của Nhóm làm việc (xem báo cáo về tranh luận này tại A/CN.9/407, đoạn 106-118). Tại phiên họp này, Nhóm làm việc đã xem xét những kiến nghị của Phòng Thương mại quốc tế (A/CN.9/WG.IV/WP.65) và của Anh và Ireland (A/CN.9/WG.IV/WP.66) liên quan đến việc kết hợp vào trong Luật Mẫu dự thảo những điều khoản bổ sung có tác dụng bảo đảm rằng những điều khoản nhất định có thể được kết hợp với những thông điệp dữ liệu bằng cách đưa ra viện dẫn sẽ có hiệu lực pháp luật như là những điều khoản này được biểu hiện đầy đủ trong thông điệp dữ liệu đó (xem báo cáo thảo luận tại A/CN.9/407, đoạn 100-105). Thoả thuận là vấn đề kết hợp thông qua các viện dẫn cần phải được xem xét trong bối cảnh những công việc tương lai liên quan đến tính

²¹⁶ Báo cáo của Đại hội đồng, phiên làm việc 50, số 17 (A/50/17) đoạn 306.

²¹⁷ Như trên, đoạn 307.

²¹⁸ Như trên, phiên làm việc lần thứ 49, số 17 (A/49/17), đoạn 201.

có thể thương lượng và tính có thể chuyển nhượng của những tài liệu vận tải EDI, đặc biệt là những tài liệu vận tải đường biển EDI, có cân nhắc đến những quan điểm và kiến nghị được đưa ra tại phiên làm việc lần thứ 29 của Nhóm làm việc.²¹⁹

147. Dựa trên cơ sở một nghiên cứu của Ban thư ký (A/CN.9/WG.IV/WP.69), Nhóm làm việc, tại phiên làm việc lần thứ 30, đã thảo luận về những vấn đề liên quan đến tính có thể chuyển nhượng quyền trong lĩnh vực các tài liệu vận tải và phê chuẩn nội dung của các điều khoản luật pháp được soạn thảo liên quan đến những vấn đề về hợp đồng vận tải hàng hoá có sử dụng những thông điệp dữ liệu (xem báo cáo tại A/CN.9/421). Nội dung của những quy định được soạn thảo này được đưa lên nhóm làm việc xem xét lần cuối cùng và những bổ sung của phần II Luật Mẫu được nêu trong phụ lục 2 của tài liệu A/CN.9/421.

148. Khi soạn thảo Luật Mẫu, Nhóm làm việc lưu ý rằng cần phải cung cấp những thông tin bổ sung liên quan đến Luật Mẫu. Đặc biệt, tại phiên làm việc lần thứ 28 của Nhóm làm việc mà trong phiên làm việc này, nội dung bản Dự thảo Luật Mẫu được xem xét lần cuối cùng để đệ trình lên Hội đồng, có một quan điểm chung ủng hộ kiến nghị rằng dự thảo Luật Mẫu cần phải có một hướng dẫn kèm theo để giúp các nước ban hành và áp dụng dự thảo Luật Mẫu. Bản hướng dẫn mà phần lớn nội dung được rút ra từ *travaux preparatoires* của Dự thảo Luật Mẫu, có lẽ là rất hữu ích cho những người sử dụng các phương tiện thông tin hiện đại cũng như cho những nhà nghiên cứu trong lĩnh vực này. Ví dụ, Nhóm làm việc quyết định rằng có một số vấn đề không được giải quyết trong Luật Mẫu, nhưng phải được chỉ ra trong hướng dẫn để giúp các Quốc gia ban hành soạn thảo dự thảo Luật Mẫu. Ban thư ký được yêu cầu chuẩn bị dự thảo và trình bản dự thảo này lên Nhóm làm việc để xem xét trong phiên làm việc lần thứ 29 (A/CN.9/406, đoạn 177).

149. Tại phiên làm việc lần thứ 29, Nhóm làm việc đã thảo luận về dự thảo Hướng dẫn ban hành Luật Mẫu (gọi tắt là dự thảo Hướng dẫn) được nêu lên trong tài liệu do Ban thư ký chuẩn bị (A/CN.9/WG.IV/WP.64). Ban thư ký được yêu cầu chuẩn bị bản sửa đổi của dự thảo Hướng dẫn biểu hiện tất cả những quyết định của Nhóm làm việc và tính đến những quan điểm, khuyến nghị và những điều quan tâm được đề cập đến trong phiên làm việc này. Tại phiên làm việc lần thứ 28, Hội đồng đã sắp xếp việc xem xét dự thảo Hướng dẫn Ban hành Luật Mẫu trong lịch làm việc của phiên làm việc lần thứ 29 của mình.²²⁰

150. Tại phiên làm việc lần thứ 29 (1996), sau khi xem xét nội dung của dự thảo Luật Mẫu được Nhóm soạn thảo sửa đổi, đã ban hành quyết định sau đây trong phiên họp lần thứ 605, ngày 12 tháng sáu năm 1996:

“Hội đồng Luật Thương mại Quốc tế của Liên hợp quốc,

“Nhắc lại nhiệm vụ của mình do Đại hội đồng giao phó trong nghị quyết 2205 (XXI) ngày 17 tháng 12 năm 1966 là tổng hợp và thống nhất hoá hơn nữa luật pháp trong thương mại quốc tế, và trong lĩnh vực này phải tính toán đến quyền lợi

²¹⁹ Như trên, phiên làm việc lần thứ 50, số 17 (A/49/17), đoạn 309.

²²⁰ Như trên, đoạn 306.

của tất cả mọi người, đặc biệt là đến quyền lợi của những nước đang phát triển, trong một môi trường phát triển thương mại quốc tế rộng mở,

“*Lưu ý* rằng số lượng những chuyển nhượng thương mại quốc tế được thực hiện thông qua trao đổi những thông điệp điện tử và sử dụng những phương tiện thông tin liên lạc, thường được nói đến là “thương mại điện tử”, liên quan đến việc sử dụng những phương tiện thay thế cho các hình thức thông tin liên lạc và lưu trữ thông tin trên cơ sở giấy tờ, đang tăng lên

“*Nhắc lại* kiến nghị về giá trị luật pháp của những số liệu máy tính được Hội đồng chấp thuận tại phiên làm việc lần thứ 18, vào năm 1985, và đoạn 5(b) của Nghị quyết số 40/71 của Đại hội đồng vào ngày 11 tháng 12 năm 1985 kêu gọi các Chính phủ và các tổ chức quốc tế hành động, khi thích hợp, phù hợp với những kiến nghị của Hội đồng²²¹ nhằm bảo đảm an toàn pháp lý trong bối cảnh sử dụng rộng rãi nhất những cách thức xử lý dữ liệu tự động trong thương mại quốc tế,

“*Cho rằng* việc xây dựng nên một Luật Mẫu nhằm tạo điều kiện thuận tiện cho việc sử dụng thương mại điện tử có thể được chấp nhận bởi những quốc gia có hệ thống kinh tế, chính trị, xã hội và luật pháp khác nhau sẽ đóng góp vào việc phát triển những quan hệ kinh tế quốc tế thống nhất,

“*Thấy rằng* Luật Mẫu về Thương mại điện tử UNCITRAL sẽ giúp đỡ đáng kể tất cả các quốc gia trong việc tăng cường hệ thống pháp luật điều chỉnh việc sử dụng những phương thức thông tin liên lạc và lưu trữ dữ liệu thay thế cho sử dụng giấy tờ, và thiết lập nên luật này tại những nơi chưa có luật này,

“1. *Ban hành* Luật Mẫu về Thương mại điện tử UNCITRAL tại Phụ lục 1 của báo cáo phiên làm việc này;

“2. *Yêu cầu* Tổng Thư ký chuyển nội dung của Luật Mẫu về Thương mại điện tử UNCITRAL, cùng với Hướng dẫn ban hành Luật Mẫu do Ban thư ký soạn thảo, tới các Chính phủ và các tổ chức khác quan tâm;

“3. *Kiến nghị* rằng các Quốc gia nên cân nhắc đến Luật Mẫu về Thương mại điện tử UNCITRAL khi ban hành hoặc sửa đổi luật của mình, theo quan điểm đáp ứng nhu cầu về tính thống nhất của luật được áp dụng đối với những hình thức thông tin liên lạc và lưu trữ thông tin thay thế cho tài liệu giấy tờ”²²².

²²¹ Như trên, phiên làm việc lần thứ 40, số 17 (A/40/17), đoạn 394-400.

²²² Như trên, phiên làm việc lần thứ 51, số 17 (A/51/17), đoạn 209.