



Original Article

# The Validity of Standard Clauses in E-Commerce: The US Experience and Suggestions for Vietnam

Tran Thi Thu Phuong\*

*Thuong mai University, 79 Ho Tung Mau, Cau Giay, Hanoi, Vietnam*

Received 16 August 2023

Revised 16 January 2024; Accepted 25 June 2024

**Abstract:** Consumers tend to participate more and more in e-commerce transactions. When participating in these transactions, in many cases, consumers will sign and implement standard terms. The validity of the standard clauses is always an issue of interest to researchers, especially when they contain provisions on governing law and jurisdiction. So, how is the legal effect of these provisions determined in practice? Using the comparative method and the approach to typical cases resolved by US law, this article focuses on the above-mentioned issues but is limited to the content related to the contracting process without commenting on the clauses. As a result, the article proposes solutions for improving Vietnamese law.

**Keywords:** Standard clause, standard contract, terms and conditions, USA law, e-commerce.

---

\* Corresponding author.

*E-mail address:* [thuphuongtran@tmu.edu.vn](mailto:thuphuongtran@tmu.edu.vn)

<https://doi.org/10.25073/2588-1167/vnuls.4578>

# Hiệu lực của điều khoản theo mẫu trong thương mại điện tử: Kinh nghiệm của Hoa Kỳ và khuyến nghị cho Việt Nam

Trần Thị Thu Phương\*

Trường Đại học Thương mại, 79 Hồ Tùng Mậu, Cầu Giấy, Hà Nội, Việt Nam

Nhận ngày 16 tháng 8 năm 2023

Chỉnh sửa ngày 16 tháng 01 năm 2024; Chấp nhận đăng ngày 25 tháng 6 năm 2024

**Tóm tắt:** Người tiêu dùng có xu hướng tham gia ngày càng nhiều các giao dịch thương mại điện tử. Khi tham gia các giao dịch này, trong nhiều trường hợp người tiêu dùng sẽ tham gia ký kết và thực hiện các điều khoản theo mẫu. Hiệu lực của điều khoản theo mẫu luôn là vấn đề được các nhà nghiên cứu quan tâm, đặc biệt khi trong đó có chứa đựng các điều khoản về lựa chọn pháp luật điều chỉnh và cơ quan giải quyết tranh chấp. Vậy, hiệu lực pháp lý của điều khoản này được xác định như thế nào trong thực tiễn? Bài viết này tập trung nghiên cứu những vấn đề nêu trên, nhưng giới hạn ở những nội dung liên quan đến quá trình giao kết, chứ không đi vào nội dung các điều khoản, thông qua việc sử dụng phương pháp so sánh pháp luật, cùng với cách tiếp cận các vụ việc điển hình được giải quyết bởi pháp luật của Hoa Kỳ. Từ đó, bài viết đề xuất một số giải pháp hoàn thiện cho pháp luật Việt Nam.

**Từ khóa:** Điều khoản theo mẫu, hợp đồng theo mẫu, điều kiện giao dịch chung, pháp luật Hoa Kỳ, thương mại điện tử.

## 1. Điều khoản theo mẫu trong thương mại điện tử xuyên biên giới và những vấn đề pháp lý đặt ra

Điều khoản theo mẫu trong tiếng Anh thường được viết là “standard clauses”. Trong pháp luật Anh-Mỹ, điều khoản này có tên gọi là “boilerplate clauses”) được hiểu một cách đơn giản là các điều khoản do một bên soạn sẵn để sử dụng nhiều lần cho các quan hệ hợp đồng với đối tác. Đối tác sẽ không được đàm phán về các điều khoản này, mà chỉ có thể đồng ý hoặc không ký kết hợp đồng.

Pháp luật Trung Quốc định nghĩa “điều khoản theo mẫu” là điều khoản được tạo lập trước bởi một bên nhằm mục đích sử dụng nhắc lại. Đây là loại điều khoản mà bên còn lại của hợp đồng không được đàm phán khi ký kết hợp

đồng (Điều 496, Bộ luật Dân sự năm 2020 của Trung Quốc) [1].

Pháp luật của Đức sử dụng thuật ngữ “điều khoản kinh doanh theo mẫu” (standard business terms) với ý nghĩa tương tự. Theo mục 305 Bộ luật Dân sự Đức, “điều khoản kinh doanh theo mẫu là các điều khoản của hợp đồng được xây dựng trước cho nhiều hơn hai hợp đồng mà một bên trong hợp đồng (người sử dụng hợp đồng) đưa ra cho bên kia khi ký kết hợp đồng” [2].

Tương tự, theo Viện Quốc tế về nhất thể hóa pháp luật tư (UNITDROIT), điều khoản theo mẫu là những điều khoản của hợp đồng được chuẩn bị trước bởi một bên, cho việc sử dụng chung, nhắc lại và không được đàm phán với bên kia của hợp đồng, bất kể hình thức của điều khoản. Theo Unidroit, “Yếu tố quyết định không

\* Tác giả liên hệ.

Địa chỉ email: thuphuongtran@tmu.edu.vn

<https://doi.org/10.25073/2588-1167/vnuls.4578>

phải là hình thức trong đó các điều khoản này được trình bày (ví dụ: các điều khoản này được chứa đựng trong văn bản riêng hay trong chính hợp đồng; các điều khoản này được ban hành dưới dạng bản in sẵn hay chỉ được lưu trữ online), cũng không phải người soạn thảo các điều khoản mẫu (chính là một trong các bên, hay hiệp hội thương mại nghề nghiệp,...), hay số lượng (bao gồm toàn bộ các điều khoản liên quan đến tất cả các khía cạnh liên quan của hợp đồng hay chỉ một hoặc hai điều khoản, như điều khoản miễn trừ trách nhiệm, điều khoản trọng tài). Yếu tố quyết định là việc các điều khoản này được soạn thảo sẵn để sử dụng chung, nhắc lại và được sử dụng thực sự bởi một bên trong tình huống nhất định, không dựa trên sự thương lượng với bên kia” [3].

Với cách hiểu này thì điều khoản theo mẫu có thể tồn tại dưới dạng là các điều kiện giao dịch chung (tiếng Anh là General terms and conditions, thường được viết tắt là T&Cs) [4, 5] hoặc là các điều khoản trong hợp đồng theo mẫu (standard contract) hay hợp đồng gia nhập (adhesion contract) [6]. Hợp đồng theo mẫu bao gồm 2 phần, một phần liên quan đến thông tin của các bên (có thể thay đổi) và một phần chứa đựng các điều khoản theo mẫu.

Thương mại điện tử xuyên biên giới được nhận diện với việc cung ứng hàng hoá, dịch vụ giữa các quốc gia, vùng lãnh thổ thông qua phương tiện điện tử [7]. Trong thương mại điện tử xuyên biên giới, điều khoản theo mẫu có thể tồn tại dưới nhiều hình thức và tên gọi khác nhau, có thể là các điều kiện giao dịch chung (T&Cs) hoặc điều khoản dịch vụ (terms of services) hay điều khoản sử dụng (terms of use) (các điều khoản này thường được viết tắt chung là TOS, hoặc Chính sách riêng tư (Privacy Policy). Trong phạm vi của bài viết, các thuật ngữ “điều khoản theo mẫu”, “T&Cs” và “TOS” được sử dụng thay thế nhau. Các điều khoản được soạn thảo sẵn trước bởi các doanh nghiệp trong các giao dịch với người tiêu dùng hoặc với đối tác. Việc soạn thảo sẵn này mang nhiều lợi ích cho các doanh nghiệp, trong đó quan trọng là giảm thiểu chi phí giao dịch. Các doanh nghiệp có xu hướng sử dụng các điều khoản mẫu nhằm thống nhất

các giao dịch với một loại đối tượng. Việc sử dụng nhắc lại các điều kiện giao dịch này cho cùng một loại đối tượng sẽ giúp cho doanh nghiệp giảm bớt được chi phí thương lượng và soạn thảo hợp đồng. Với nhu cầu cần hàng hóa, dịch vụ, các đối tác này sẽ không có khả năng để đàm phán mà chỉ có thể chấp nhận các điều kiện giao dịch này. Sự xuất hiện và phát triển của các điều khoản theo mẫu nói chung và điều khoản theo mẫu trong thương mại điện tử nói riêng dẫn đến nhu cầu có sự kiểm soát của nhà nước để nhằm bảo vệ bên yếu thế trong quan hệ hợp đồng.

Đối với các điều khoản theo mẫu truyền thống nói chung, cơ chế kiểm soát điều khoản theo mẫu hướng tới việc kiểm soát về mặt quy trình, thủ tục giao kết và về mặt nội dung của điều khoản theo mẫu, trên cơ sở học thuyết về tính bất hợp lý (doctrine of Unconscionability). Học thuyết về tính bất hợp lý của giao dịch dân sự trong hệ thống pháp luật Anh-Mỹ, sau đó phát triển và được thừa nhận trong hệ thống pháp luật dân luật. Mục tiêu của học thuyết này là nhằm ngăn chặn quy trình, thủ tục giao kết mang tính áp đặt, tạo ra sự bất hợp lý về mặt nội dung, xuất phát từ sự mất cân xứng trong khả năng thương lượng của các bên [8, 9]. Về mặt quy trình, thủ tục, cần xác định được bên được đề nghị đã có cơ hội để biết, để hiểu về các điều khoản này trước khi quyết định ký hợp đồng. Về mặt nội dung, cần xác định được các điều khoản này có gây bất cân xứng thái quá về quyền và nghĩa vụ của các bên, có gây bất lợi cho bên được đề nghị hay không [10, 11]. Học thuyết này được vận dụng không giống nhau giữa các quốc gia trên thế giới (sẽ được đề cập đến tại mục 2).

Để điều khoản theo mẫu phát sinh hiệu lực đối với người dùng, các điều khoản này phải được người dùng biết và thể hiện ý chí rõ ràng với điều khoản hoặc có những thông tin thực tế và mang tính hướng dẫn về điều khoản đó. Đây là nguyên tắc được áp dụng đối với hợp đồng theo mẫu, điều kiện giao dịch chung truyền thống được quy định trong pháp luật của nhiều nước trên thế giới. Theo đó, bên ban hành điều khoản mẫu cần phải để cho đối tác nhận biết được sự tồn tại của điều khoản mẫu và có cơ hội

để hiểu biết, đánh giá về nội dung của điều khoản để thể hiện sự chấp thuận hoặc không chấp thuận với điều khoản đó. Ví dụ, pháp luật của Đức yêu cầu điều khoản kinh doanh theo mẫu chỉ có thể trở thành một phần của hợp đồng nếu bên sử dụng điều khoản kinh doanh theo mẫu: i) Chỉ dẫn một cách rõ ràng cho bên kia về các điều kiện giao dịch chung hoặc nếu việc chỉ dẫn rõ ràng chỉ có thể được thực hiện ở mức độ khó không tương xứng do cách thức mà hợp đồng được xác lập, thì dán một thông báo rõ ràng tại nơi hợp đồng được giao kết; ii) Cung cấp cho bên kia của hợp đồng cơ hội để chú ý đến nội dung của những điều khoản này, theo cách có thể chấp nhận được, có tính đến bất kỳ khuyết tật thể chất nào của bên kia mà người sử dụng điều khoản kinh doanh theo mẫu có thể thấy rõ và nếu bên kia của hợp đồng đồng ý áp dụng các điều khoản kinh doanh theo mẫu này (mục 305 BLDS Đức) [12].

Để điều khoản theo mẫu ràng buộc các bên thì cần phải có sự thể hiện ý chí của các bên, như cách thức mà một hợp đồng truyền thống được xác lập (tức là thông qua đề nghị giao kết và chấp nhận đề nghị giao kết). Dù điều khoản theo mẫu được thể hiện trên mạng hay trên bất kỳ nền tảng công nghệ có kết nối mạng mở nào, thì những nguyên tắc của pháp luật về hợp đồng này vẫn không thay đổi. Sự thống nhất ý chí của các bên phải được thể hiện rõ trong môi trường mạng. Tòa án Liên bang của Hoa Kỳ và các Tòa án Tiểu bang cũng thể hiện quan điểm này một cách thống nhất thông qua các vụ việc sẽ được phân tích ở mục 2.

Thực tế cho thấy đa phần người dùng không có thời gian để đọc các điều khoản này, dù vẫn chấp nhận chúng. Họ thường có tâm lý cho rằng, với các điều khoản mẫu này, họ sẽ không có cơ hội để thương lượng, đàm phán, do vậy, sẽ không quan tâm đọc, tìm hiểu nội dung của các điều khoản này nữa. Hơn nữa, vì điều khoản mẫu áp dụng cho đông đảo người dùng khác, nên ai cũng

có tâm lý ỷ lại, cho rằng các điều khoản này sẽ không có ảnh hưởng xấu đến mình.

Trong thương mại điện tử, người dùng càng ít khi đọc các điều kiện giao dịch chung, điều khoản về sử dụng dịch vụ,... trên các website thương mại điện tử. Theo một nghiên cứu của Obar và Oeldorf-Hirsch, phần lớn người dùng sử dụng chưa đến một phút để đọc các điều khoản này và kết thúc bằng việc chấp thuận để có thể tiếp cận vào hệ thống thông tin, trong khi đó đa phần các điều khoản theo mẫu trên website điện tử, trong đó có cả website thương mại điện tử đều khó đọc, gây ra sự khó hiểu cho người dùng<sup>1</sup>. Nguyên nhân có thể xuất phát từ phía người dùng, nhưng cũng có thể xuất phát từ chính cách thức hiển thị cũng như nội dung của các điều khoản theo mẫu này. Trong khi đó, pháp luật của nhiều quốc gia yêu cầu nghĩa vụ của các bên là phải đọc nội dung của các điều khoản trước khi thể hiện ý chí chấp thuận của mình, hình thành nên học thuyết về nghĩa vụ đọc của các bên (duty to read) [13]. Đây được coi là hòn đá tảng trong pháp luật chung về hợp đồng của nhiều nước trên thế giới, trong đó có Hoa Kỳ. Tuy nhiên, đối với các hợp đồng điện tử, thì nghĩa vụ đọc này có vẻ gây khó khăn cho người dùng, khi các điều khoản theo mẫu này trong nhiều trường hợp bị coi là không thể đọc được đối với người tiêu dùng. Do vậy, yêu cầu người dùng đọc điều khoản theo mẫu không thể đọc được là không công bằng [13].

Chính vì vậy, vấn đề đặt ra hiện nay là xem xét tính hiệu lực của các điều khoản theo mẫu trong thương mại điện tử nói chung và thương mại điện tử xuyên biên giới nói riêng. Với đặc thù của kỹ thuật soạn thảo thông qua phương tiện điện tử, việc xác định ý chí chấp thuận của người dùng đối với các điều khoản này là vấn đề cần thiết. Liệu người dùng có thể viện lý do mình không thể đọc điều khoản theo mẫu để cho rằng điều khoản này không ràng buộc với mình hay không? Câu trả lời sẽ phụ thuộc vào cách thức mà người đọc tiếp cận các điều khoản này trên

<sup>1</sup> Theo các nhà nghiên cứu D. Prasad, P. Mishra thì sự chấp thuận các điều khoản mẫu này được coi là lời nói dối lớn nhất trên mạng internet.

website thương mại điện tử và thể hiện ý chí của mình đối với các điều khoản theo mẫu này.

## 2. Các loại điều khoản theo mẫu trong thương mại điện tử xuyên biên giới và quan điểm của Tòa án Hoa Kỳ

Trong thương mại điện tử nói chung, điều khoản theo mẫu thường được thiết lập dưới 04 hình thức: 1) thỏa thuận bao trình duyệt (browsewrap agreement); 2) thỏa thuận qua nhấn nút (clickwrap agreement); 3) thỏa thuận qua đăng ký/ đăng nhập (sign-in-wrap agreement/contract) và 4) thỏa thuận qua cuộn trang (scrollwrap agreement). Browsewrap, clickwrap, sign-in-wrap hay scrollwrap đều là những cách thức chấp thuận của người dùng đối với các điều khoản theo mẫu trên các website thương mại điện tử nhằm tạo thuận lợi cho việc đạt được thỏa thuận giữa hai bên.

Đối với clickwrap, để thể hiện sự chấp thuận của mình, người dùng cần nhấn vào nút đồng ý hoặc thể hiện ý chí của mình thông qua việc tích vào một hộp nhỏ bên cạnh cụm: “Tôi đồng ý với các điều khoản và điều kiện” (I agree to the terms and conditions). Người dùng phải thể hiện sự chấp thuận của mình trước khi tiến hành giao dịch. Scrollwrap là một hình thức được phát triển trên cơ sở clickwrap. Theo đó các điều khoản theo mẫu được hiện ra trên màn hình và yêu cầu người dùng phải cuộn xuống để xem toàn bộ các điều khoản và nhấn vào nút đồng ý với các điều khoản này, trước khi được tiếp tục thực hiện các hoạt động trên website.

Đối với browserwrap, một cách đơn giản hơn các điều khoản theo mẫu được đưa lên website thông qua một đường dẫn liên kết ở cuối màn hình, người dùng không cần phải thể hiện sự chấp thuận với các điều khoản này một cách rõ ràng. Thông qua hành động sử dụng website, người dùng tự động được coi là chấp nhận các điều kiện sử dụng dịch vụ này. Sign-in-wrap là sự kết hợp của hai dạng clickwrap và browsewrap. Đây là một loại thỏa thuận về điều khoản theo mẫu được sử dụng rộng rãi hiện nay, theo đó website trực tuyến yêu cầu người sử dụng đồng ý trước khi đăng ký sử dụng dịch vụ của website, thông

qua tuyên bố rõ ràng rằng, bằng việc đăng ký, tạo tài khoản trên website hay hoàn tất giao dịch trên website, người sử dụng đồng ý với các điều khoản này. Người sử dụng có thể xem các điều khoản thông qua việc nhấn vào đường dẫn siêu liên kết (thường được đặt tên là Điều kiện sử dụng, điều khoản dịch vụ,...), được đặt gần nút đăng ký (sign-in) trên màn hình. Đây là hình thức mà nhiều công ty lớn trên thế giới sử dụng như Google, Facebook, Uber hay Amazon. Giống clickwrap agreement, người dùng được yêu cầu nhấn nút đăng ký, tuy nhiên, khác với clickwrap là các điều khoản TOS không hiển thị rõ trên màn hình bên cạnh nút đăng ký, mà được hiện thị thông qua một đường dẫn siêu liên kết. Giống với browsewrap là người dùng được suy đoán là chấp nhận các điều khoản TOS khi sử dụng website, tuy nhiên, sign-in-wrap thông báo rõ đến người dùng, rằng việc đăng ký sử dụng website được hiểu là đồng ý với các điều khoản TOS này [13].

Hình thức thể hiện của các điều khoản theo mẫu trên website thương mại điện tử có ảnh hưởng quan trọng đến việc xác định ý chí chấp thuận của người dùng. Trong từng trường hợp, cơ quan giải quyết tranh chấp sẽ phải xem xét xem liệu với các cách thức này, người dùng đã có thể nhận biết được sự tồn tại của các điều khoản này và thể hiện ý chí chấp thuận của mình hay chưa. Trong trường hợp chứng minh được người dùng đã thể hiện ý chí chấp thuận của mình, thì hiệu lực của điều khoản theo mẫu vẫn có thể bị xem xét lại về mặt nội dung.

Về mặt nội dung, các điều khoản theo mẫu nói chung thường bị coi là bất hợp lý, không công bằng xuất phát từ đặc trưng của chúng. Do việc được soạn thảo bởi một bên, bên còn lại không có quyền được đàm phán, thương thảo nội dung của điều khoản và thường là bên yếu thế hơn trong quan hệ hợp đồng, nên bên soạn thảo sẽ lạm dụng quyền của mình để tạo ra các điều khoản có nội dung bất hợp lý, gây thiệt hại cho bên kia [11]. Hơn nữa, với đặc thù của thương mại điện tử xuyên biên giới, các quan hệ hợp đồng này sẽ thuộc đối tượng điều chỉnh bởi hệ thống pháp luật cũng như thuộc thẩm quyền tài phán của các quốc gia khác nhau. Khi đó, việc xem

xét hiệu lực của các điều khoản này nói chung và đặc biệt là một số điều khoản có ý nghĩa quan trọng trong thương mại điện tử xuyên biên giới nói riêng như: điều khoản loại trừ trách nhiệm của bên soạn thảo TOS, điều khoản lựa chọn luật áp dụng, lựa chọn cơ quan giải quyết tranh chấp sẽ phụ thuộc vào quan điểm của mỗi quốc gia. Biết rằng, trong nhiều trường hợp, các điều khoản này thường bị coi là không công bằng, bất hợp lý trong giao dịch với người tiêu dùng.

Việc kiểm soát hiệu lực của điều khoản theo mẫu nói chung thường tập trung vào việc xem xét thủ tục, quy trình giao kết. Đặc biệt khi đề nghị giao kết hợp đồng có thể chứa đựng nhiều phần khác nhau. Bên được đề nghị có thể không có đủ thời gian để nhận biết về một phần nào đó của đề nghị giao kết. Chính vì vậy, nội dung này sẽ khó có thể được coi là một phần của hợp đồng, dù đề nghị giao kết được chấp thuận. Trên cơ sở học thuyết về tính bất hợp lý, kết hợp với nghĩa vụ đọc hợp đồng của các bên, các thẩm phán Hoa Kỳ thường quan tâm đến việc xem xét xem liệu bên được đề nghị giao kết đã có cơ hội được biết hoặc phải biết về các điều khoản theo mẫu này hay không. Cũng lưu ý ở đây rằng, nghĩa vụ đọc của bên được đề nghị được hiểu theo nghĩa là bên ký kết hợp đồng sẽ bị ràng buộc với hợp đồng khi hoàn toàn có cơ hội để đọc các điều khoản của hợp đồng, không cần biết là anh có đọc nó hay không. Đây là nguyên tắc chung của pháp luật Hoa Kỳ [13], được thể hiện trong nhiều án lệ [14]. Biết rằng, bên đề nghị giao kết không có nghĩa vụ phải thông báo tới bên được đề nghị từng điều khoản của đề nghị giao kết, mà chỉ có nghĩa vụ thông báo về sự tồn tại của đề nghị giao kết, của các điều khoản theo mẫu. Chừng nào chứng minh được có sự chấp thuận của người dùng đối với các điều khoản này thì điều khoản đó sẽ phát sinh hiệu lực. Theo pháp luật chung của Hoa Kỳ (Tu Chính án thứ 2 về Hợp đồng), hành vi của một bên sẽ không thể hiện sự chấp thuận của mình trừ khi anh ta có ý định thực hiện hành vi đó và biết rằng hoặc có lý do để biết rằng bên kia có thể suy luận từ hành vi của anh ta rằng anh ta đồng ý. Còn theo UCC, “Một đặt hàng để xác lập hợp đồng sẽ được coi là mời chấp nhận theo bất kỳ cách thức nào và bằng bất kỳ phương tiện nào phù hợp với hoàn cảnh” (Điều 2-206 (1) (a) UCC 2002).

tiện nào phù hợp với hoàn cảnh” (Điều 2-206 (1) (a) UCC 2002). Tòa án Hoa Kỳ sẽ xem xét thêm nội dung của điều khoản theo mẫu. Tòa án Hoa Kỳ sẽ có thể tuyên vô hiệu nếu xét thấy hợp đồng hoặc một số điều khoản của hợp đồng có tính bất hợp lý về thủ tục, quy trình và tính bất hợp lý về mặt nội dung [4].

Cơ sở pháp lý để xem xét hiệu lực của điều khoản theo mẫu trên website thương mại điện tử là Bộ luật Thương mại thống nhất (UCC) và Tu chính án lần thứ 2 về hợp đồng. Hai nguồn luật này có sự điều chỉnh khác nhau về vấn đề xác lập hợp đồng. Nếu như pháp luật chung (Tu chính án thứ 2 về hợp đồng của Hoa Kỳ (Restatement Second of Contracts) là nguồn luật áp dụng cho việc mua bán dịch vụ (sales of services), thì UCC áp dụng cho hợp đồng liên quan đến hàng hóa. Pháp luật chung không có suy đoán nào về việc ai là người đưa ra đề nghị giao kết. Trong khi đó, UCC lại có quy định khác. Căn cứ Điều 2-206 của UCC, trừ khi ngôn ngữ hoặc hoàn cảnh có quy định khác một cách rõ ràng, một đơn đặt hàng hoặc một đề nghị khác để mua một lô hàng hiện tại hoặc được giao nhanh chóng được hiểu là lời mời chấp nhận đề nghị giao kết hợp đồng. Nói cách khác, UCC đưa ra suy đoán là người mua (chứ không phải là người bán) đưa ra đề nghị giao kết trong giao dịch liên quan đến hàng hóa được nêu ở trên. Tuy nhiên, trong trường hợp của các hợp đồng theo mẫu được giao kết thông qua phương tiện điện tử, thì suy đoán này có thể không được áp dụng.

Đối với chấp nhận đề nghị giao kết, Tu chính án thứ 2 của Hoa Kỳ định nghĩa như sau: “chấp nhận đề nghị giao kết là sự thể hiện sự chấp thuận của bên được đề nghị đối với các điều khoản trong đó, theo cách được mời hoặc được yêu cầu bởi đề nghị giao kết”. UCC cũng định nghĩa tương tự: “Một đặt hàng để xác lập hợp đồng sẽ được coi là mời chấp nhận theo bất kỳ cách thức nào và bằng bất kỳ phương tiện nào phù hợp với hoàn cảnh” (Điều 2-206 (1) (a) UCC 2002). UCC tiếp cận tính bất hợp lý của hợp đồng hoặc điều khoản theo hướng để cho tòa án có toàn quyền được xem xét tính bất hợp lý này thông qua từng vụ việc trên cơ sở xem xét bối cảnh

soạn thảo, mục đích và tác dụng thương mại của các điều khoản.

Điều 2-302 UCC của Hoa Kỳ quy định về tính bất hợp lý của hợp đồng và điều khoản như sau: 1) Về vấn đề pháp lý, nếu tòa án xét thấy việc giao kết bất kỳ điều khoản nào trong hợp đồng là bất hợp lý tại thời điểm được soạn thảo thì tòa án có thể từ chối thực thi hợp đồng hoặc có thể thực thi phần còn lại của hợp đồng mà không bao gồm điều khoản bất hợp lý, hoặc cũng có thể hạn chế việc áp dụng bất kỳ điều khoản bất hợp lý nào để loại trừ kết quả bất hợp lý đó; 2) Khi tuyên bố hoặc trình bày trước tòa rằng việc giao kết bất kỳ điều khoản nào trong đó có thể là bất hợp lý, các bên sẽ được tạo cơ hội hợp lý để đưa ra bằng chứng về bối cảnh, mục đích và tác dụng thương mại của chúng để hỗ trợ tòa án đưa ra quyết định.” [15] Tu chính án lần 2 về hợp đồng cũng có cách tiếp cận tương tự tại mục 208. Tòa án Hoa Kỳ thường định nghĩa tính bất hợp lý là sự thiếu vắng quyền chọn lựa đầy đủ của một bên đối với các điều khoản của hợp đồng khi mà các điều khoản này mang lại lợi thế bất hợp lý cho bên kia. Ngoài ra, các quy định về tính bất hợp lý của hợp đồng còn có trong Đạo luật thống nhất về Giao dịch thông tin máy tính (Uniform Computer Information Transactions Act - UCITA), áp dụng đối với hợp đồng điện tử thương mại trong mục 111.

Các vụ việc được giải quyết bởi các tòa án của Hoa Kỳ cho thấy, việc xác định tính bất hợp lý của các điều khoản theo mẫu được xác định dựa trên lý thuyết chung về hợp đồng, về sự hình thành hợp đồng. Hợp đồng chỉ có thể được xác lập trên cơ sở có sự thống nhất ý chí của hai bên, bên đề nghị giao kết và bên chấp nhận đề nghị giao kết. Nguyên tắc này cũng được thống nhất áp dụng đối với hợp đồng được xác lập thông qua phương tiện điện tử (Luật thống nhất về Giao dịch điện tử - The Unified Electronic Transactions Act, viết tắt là UETA). Nhìn chung, cả pháp luật chung của Hoa Kỳ và UCC đều cho phép chấp nhận đề nghị giao kết thông qua hành vi. Do vậy, việc truy cập vào trình duyệt, nhấn nút chuột hoàn toàn đủ để ràng buộc các bên, khi cho thấy đây là hành vi thể hiện ý chí chấp thuận.

Tuy nhiên, trong thương mại điện tử, trong nhiều trường hợp, người dùng khó có thể biết được về sự hiện diện của các điều khoản theo mẫu được cho là một phần của hợp đồng mua bán hàng hóa hoặc cung ứng dịch vụ mà họ giao kết. Có những trường hợp các điều khoản theo mẫu nằm ở trong một đường liên kết khác hoặc ở trên một màn hình khác, hoặc ở một góc của màn hình chứa đựng nội dung của hợp đồng. Trường hợp, người ký kết hợp đồng không thể nhận biết được các điều khoản này, không có cơ hội để tương tác với điều khoản này thì các điều khoản này sẽ không được coi là một phần của hợp đồng. Theo lý thuyết về thông báo hướng dẫn về điều khoản của hợp đồng, người chấp nhận đề nghị giao kết có nghĩa vụ đọc tất cả các điều khoản mà mình chấp thuận, với điều kiện người đó nhận thức được sự tồn tại của các điều khoản này [14]. Chính vì vậy, nếu chứng minh được người dùng có cơ hội được tương tác trực tiếp với các điều khoản này và được thể hiện sự chấp thuận của mình thông qua một quy trình rõ ràng thì hiệu lực của các điều khoản này sẽ có nhiều cơ hội để được chấp nhận. Nếu người dùng không có cơ hội để thể hiện sự chấp thuận của mình đối với các điều khoản này, thì dù có thể có nhận biết thực tế hoặc rõ ràng về các điều khoản này, thì các điều khoản này cũng khó có thể phát sinh hiệu lực đối với họ.

Việc xác định ý chí của người dùng có sự khác nhau tùy vào từng hình thức thể hiện điều khoản theo mẫu. Đối với thỏa thuận bao trình duyệt (browsewrap agreement), tòa án của Hoa Kỳ thường không chấp nhận hiệu lực của các điều khoản này, do khó có thể xác định được ý chí chấp thuận của người dùng. Nguyên nhân xuất phát từ việc thỏa thuận trình duyệt không yêu cầu người dùng thể hiện rõ ý chí của mình khi sử dụng website hoặc dịch vụ của họ. Hệ quả dẫn đến là không thể có minh chứng rõ ràng cho thấy người dùng đã chấp thuận các điều khoản này. Mới đây, trong vụ việc *Berman v. Freedom Fin. Network* (2022) [16], Tòa án Phúc thẩm Hoa Kỳ đã đồng ý với quan điểm của Tòa án quận, bác bỏ đề nghị của các bị đơn yêu cầu phân xử trọng tài trong một vụ kiện tập thể theo Đạo luật Bảo vệ người tiêu dùng điện thoại (telephone

consumer protection act). Các nguyên đơn đã sử dụng các trang web của bị đơn nhưng không thấy thông báo bằng chữ in nhỏ nêu rõ: “Tôi hiểu và đồng ý với Điều khoản & Điều kiện bao gồm trọng tài bắt buộc.”

Khi tranh chấp phát sinh và các nguyên đơn đệ đơn kiện này, các bị đơn chuyển sang yêu cầu phân xử trọng tài, lập luận rằng việc nguyên đơn sử dụng các trang web biểu thị sự đồng ý của họ với điều khoản trọng tài bắt buộc, được tìm thấy trong các điều khoản và điều kiện được liên kết. Tòa án Phúc thẩm cho rằng các nguyên đơn đã không thể hiện rõ ràng sự đồng ý của họ với các điều khoản nêu trên khi điều hướng qua các trang web và kết quả là họ chưa bao giờ ký kết một thỏa thuận ràng buộc để phân xử tranh chấp của mình, theo yêu cầu của Đạo luật Trọng tài Liên bang. Trên cơ sở luật hợp đồng của New York hoặc California, để hình thành hợp đồng, bao gồm cả hợp đồng được hình thành trực tuyến, các bên phải thể hiện sự đồng ý chung của họ đối với các điều khoản của thỏa thuận và họ có thể làm như vậy thông qua hành vi. Ban Hội thẩm cho rằng, trừ khi nhà điều hành trang web có thể chứng minh rằng người tiêu dùng có nhận thức thực tế về thỏa thuận trọng tài, hợp đồng có hiệu lực thi hành dựa trên lý thuyết thông báo nếu: 1) trang web cung cấp thông báo rõ ràng hợp lý về các điều khoản trong đó người tiêu dùng sẽ bị ràng buộc; 2) người tiêu dùng thực hiện một số hành động, chẳng hạn như nhấn vào nút hoặc chọn hộp, thể hiện rõ ràng sự đồng ý của họ đối với các điều khoản đó. Ban hội thẩm kết luận rằng các trang web của bị đơn không cung cấp thông báo hợp lý để thấy vì kích thước và định dạng phông chữ nhỏ và vì thực tế là có một đường dẫn siêu liên kết không dễ thấy. Ban Hội thẩm kết luận thêm rằng bằng cách nhấp vào nút “tiếp tục” lớn màu xanh lá cây, các nguyên đơn đã không thể hiện rõ ràng sự đồng ý của họ để bị ràng buộc bởi các điều khoản và điều kiện. Ban Hội thẩm cho rằng Tòa án Quận đã thực hiện đúng quyết định của mình trong việc từ chối đơn đề nghị xem xét lại của bị đơn.

Trước đây, trong các vụ việc như *Fteja v. Facebook Inc.* [17], *Register.com, Inc. v. Verio, Inc.* [18], tòa án Hoa Kỳ đã phân tích các đặc

điểm của thỏa thuận qua truy cập trình duyệt để từ đó thấy được những hạn chế của loại thỏa thuận này trong việc xác định ý chí chấp thuận của người dùng đối với các điều khoản theo mẫu. Vấn đề thường gặp phải của thỏa thuận bao trình duyệt là không có thông báo hướng dẫn cho người sử dụng để biết được sự tồn tại của các điều khoản theo mẫu. Ví dụ, thông báo thường để chữ in nhỏ, màu không nổi bật so với màu của màn hình nền, nội dung không được gạch chân, gây nhầm lẫn cho người sử dụng.

Từ các vụ việc của tòa án Hoa Kỳ về thỏa thuận bao trình duyệt, có thể thấy được một số tiêu chuẩn cần phải đáp ứng để thỏa thuận này phát sinh hiệu lực như sau:

- 1) Có thông báo đầy đủ về sự tồn tại của các điều khoản này;
- 2) Người sử dụng có cơ hội thực sự để xem xét nội dung điều khoản;
- 3) Người dùng được cung cấp thông báo đầy đủ về việc thực hiện một hành vi nào đó sẽ được coi là chấp nhận các điều khoản đó;
- 4) Người dùng thực hiện hành vi theo thông báo đó.

Trong vụ việc *Alejandro Gutierrez v. FriendFinder Network Inc.* [19], Tòa án quận phía Bắc California đã cho rằng không phải lúc nào thỏa thuận bao trình duyệt cũng bị từ chối công nhận hiệu lực. Tòa án sẽ xem xét những tình tiết bên ngoài khác như các hoạt động ngoại tuyến (chẳng hạn như cuộc điện thoại giữa người dùng và nhà cung cấp dịch vụ trực tuyến) để quyết định. Trong vụ việc này, nguyên đơn đã kiện FriendFinder Network cho rằng mình không bị ràng buộc bởi điều khoản trọng tài ở trong Điều khoản sử dụng của website *AdultFriendFinder.com* (AFF) là một trang web hẹn hò trực tuyến. Trang web nói chung là miễn phí, mặc dù người dùng có thể trả tiền cho các nâng cấp và dịch vụ cụ thể. Người dùng phải đăng ký để sử dụng trang web và AFF thu thập thông tin cá nhân của người dùng như một phần của quy trình đăng ký. Việc sử dụng AFF được điều chỉnh bởi Điều khoản sử dụng của trang web. Người dùng không cần phải đồng ý rõ ràng với Điều khoản để đăng ký hoặc sử dụng AFF,



nhưng Điều khoản có sẵn trên trang web và được tuyên bố rằng việc tiếp tục sử dụng AFF sẽ cấu thành sự chấp nhận. Các điều khoản cũng bao gồm một điều khoản trọng tài. Nguyên đơn đã sử dụng trang web từ năm 2003 và cung cấp thông tin cá nhân cho AFF.

Tuy nhiên, đến năm 2016, nguyên đơn đã đưa ra đơn khởi kiện tập thể tại Tòa án quận phía Bắc California do cho rằng hệ thống của AFF bị tấn công và thông tin cá nhân của 399 triệu người dùng bị xâm phạm. AFF đã phản đối thẩm quyền của Tòa án vì cho rằng ông Gutierrez bị ràng buộc bởi điều khoản trọng tài có trong Điều khoản sử dụng của trang web. Sau khi xem xét các chứng cứ, Tòa án California đã kết luận rằng, trên thực tế nguyên đơn đã đồng ý với Điều khoản này, mặc dù không có bằng chứng cho thấy ông ta đã xem và chấp nhận chúng. Tòa án đã dựa trên phát hiện của mình về cuộc gọi năm 2013 giữa Gutierrez và đại diện hỗ trợ khách hàng của FriendFinder. Gutierrez đã gọi cho bộ phận hỗ trợ khách hàng của FriendFinder sau khi mất quyền truy cập vào AFF. Người đại diện đã thông báo cho Gutierrez rằng anh ấy đã mất quyền truy cập vào AFF vì anh ấy đã đăng địa chỉ email của mình trong phòng trò chuyện của AFF “vi phạm Điều khoản sử dụng của AFF”. Khi Gutierrez nói rằng anh ấy không hiểu tại sao việc đăng bài trong phòng trò chuyện lại là “một vấn đề lớn như vậy”, đại diện bộ phận hỗ trợ khách hàng giải thích: “Bởi vì chúng tôi đặt ra các hạn chế trên trang web,... bạn cần tuân theo các quy tắc và quy định của chúng tôi. Theo tòa án, cuộc trò chuyện này cấu thành thông báo cho Gutierrez rằng, nếu anh ta muốn sử dụng AFF, anh ta sẽ bị ràng buộc bởi các điều khoản. Sau khi Gutierrez lấy lại quyền truy cập vào AFF, anh ấy tiếp tục sử dụng trang này. Mặc dù anh ấy chưa bao giờ đọc các điều khoản, nhưng các điều khoản đã có sẵn trên AFF. Bởi vì Gutierrez tiếp tục sử dụng AFF sau khi người đại diện thông báo cho anh ấy rằng điều khoản chi phối việc sử dụng trang web của anh ấy và vì điều khoản nêu rõ rằng việc tiếp tục sử dụng AFF cấu thành sự chấp nhận, nên tòa án thấy rằng trên thực tế Gutierrez đã chấp nhận điều khoản.

Mặc dù tòa án cuối cùng đã thi hành các điều khoản duyệt web của AFF, trường hợp này vẫn nên là một cảnh báo cho các nhà điều hành trang web về những rủi ro khi sử dụng các thỏa thuận duyệt web. Tòa án có thể đã đưa ra quyết định khác nếu nguyên đơn không có cuộc gọi hỗ trợ khách hàng riêng đề cập đến Điều khoản hoặc nếu FriendFinder không thể đưa ra bằng chứng về cuộc gọi.

Đối với trường hợp của clickwrap, tòa án của Hoa Kỳ thường chấp nhận hiệu lực của các điều khoản theo mẫu này, do việc xác định ý chí của người dùng dễ dàng hơn. Bởi, cách thức này yêu cầu người dùng phải thể hiện rõ ý chí của mình vào hộp “Tôi đồng ý”, dù có thể không đọc các điều khoản theo mẫu này. Trong vụ việc *Capsi et al. v. Microsoft Networks LLC*, tòa án Hoa Kỳ cho rằng điều khoản lựa chọn cơ quan giải quyết tranh chấp trong thỏa thuận thành viên của Microsoft nằm trong một cửa sổ cuộn được đặt cạnh biểu tượng “Tôi đồng ý” và “Tôi không đồng ý”, mà nguyên đơn bắt buộc phải xem và lựa chọn trước khi có thể kết thúc quá trình đăng ký. Bên cạnh đó, Microsoft cũng không đặt ra bất kỳ khoản phí phát sinh nào để người tham gia có cơ hội được đọc hoặc có thêm thời gian để tìm hiểu, cũng như chấp nhận thỏa thuận thành viên này. Tòa kết luận rằng nguyên đơn phải ý thức được là đã xác lập hợp đồng với bị đơn, do vậy, phải chịu ràng buộc với các điều khoản của hợp đồng một cách tổng thể [20].

Đối với sign-in-wrap, tòa án Hoa Kỳ thường chỉ công nhận hiệu lực của các điều khoản theo mẫu được thể hiện qua hình thức này khi chứng minh được rằng một người dùng với sự cẩn thận hợp lý đã được thông báo về các điều khoản này và có cơ hội hợp lý để tiếp cận các điều khoản này. Khi đó, hiệu lực của điều khoản theo mẫu sẽ phụ thuộc vào cách thiết kế, nội dung của website và của các điều khoản này. Thông thường, điều khoản theo mẫu sẽ phải đáp ứng yêu cầu được thể hiện rõ và dễ dàng đọc được. Đường dẫn đến điều khoản này phải ở phông chữ lớn, viết hoa toàn bộ hoặc in đậm và có thể được tiếp cận từ nhiều nơi trên website [4]. Trong vụ việc *Meyer v. Uber*, Tòa án cấp phúc thẩm Hoa Kỳ đã cho rằng thiết kế và bố cục đăng ký của

Uber cũng như những ngôn ngữ được sử dụng trong thỏa thuận đăng nhập (sign-in-wrap agreement) đã cung cấp cho người dùng thông báo hợp lý rằng người dùng đồng ý với các điều khoản của Uber bằng cách nhấn nút “Đăng ký” [21]. Qua các vụ việc, có thể thấy quan điểm của tòa án Hoa Kỳ đối với các thỏa thuận qua đăng nhập. Để thỏa thuận này phát sinh hiệu lực, trên website phải có thông báo rõ, dễ thấy rằng việc hoàn tất giao dịch hoặc đăng ký sẽ biểu thị sự đồng ý với các điều khoản và điều kiện của trang web.

Đối với scrollwrap, dù hình thức này cũng yêu cầu người dùng phải thể hiện sự đồng ý của mình thông qua việc nhấn vào ô “Tôi đồng ý” cuối trang chứa đựng T&Cs, nhưng tòa án Hoa Kỳ vẫn yêu cầu phải đáp ứng một số điều kiện để các điều khoản này phát sinh hiệu lực [22]. Thứ nhất, các điều khoản này phải được thể hiện một cách thích hợp. Thứ hai, trang web phải có hướng dẫn cho người sử dụng là cuộn xuống dưới để đọc các điều khoản. Thứ ba, phải nêu rõ là các điều khoản này sẽ ràng buộc người dùng. Tòa án Hoa Kỳ cho rằng, không thể suy đoán sự chấp thuận của người dùng khi các điều khoản này không được thể hiện một cách thích hợp và không có lưu ý rõ cho người dùng về tính ràng buộc của các điều khoản này. Tuy nhiên, cũng thấy được rằng việc xác định hiệu lực của thỏa thuận này phụ thuộc quan điểm của từng tòa ở từng vụ việc. Ví dụ, trong vụ việc nêu trên, tòa án cấp quận cho rằng người dùng đã không phải chịu sự ràng buộc đối với điều khoản trọng tài có trong TOS của Uber. Tòa án cấp phúc thẩm lại có quan điểm ngược lại. Tương tự, trong vụ việc *Cullinane v. Uber*, Tòa án cấp vùng thứ nhất (The 1<sup>st</sup> Circuit) đã không chấp nhận hiệu lực của điều khoản trọng tài được nêu trong TOS của Uber với lý do người dùng không được thông báo một cách hợp lý về các điều khoản này và do đó không thể đưa ra sự chấp thuận rõ ràng đối với các điều khoản đó. Tuy nhiên, ở tòa án cấp phúc thẩm (the second circuit) lại cho rằng website đã có thông báo đủ rõ cho người dùng, do đó, công nhận hiệu lực của các điều khoản này [23].

Ngay cả khi, về tổng thể, các điều khoản theo mẫu có thể phát sinh hiệu lực thì một số điều khoản cụ thể vẫn bị xem xét hiệu lực ở góc độ hợp đồng gia nhập. Đó là các điều khoản chọn luật áp dụng, điều khoản chọn cơ quan giải quyết tranh chấp, điều khoản giới hạn trách nhiệm, điều khoản trọng tài,... Các điều khoản này phải đáp ứng các yêu cầu về hình thức cũng như về nội dung để có thể phát sinh hiệu lực [4].

Có thể thấy, một quan điểm xuyên suốt của tòa án Hoa Kỳ trong các vụ việc được giải quyết đó là luôn tuân thủ nguyên tắc cơ bản của pháp luật về hợp đồng, dù ở trong bất kể hoàn cảnh nào. Trong môi trường thương mại điện tử, nguyên tắc này cũng vẫn được đề cao. Quan điểm đó được thể hiện rõ nét trong quyết định của Tòa án Phúc thẩm Hòa Kỳ vòng thứ 9 trong vụ việc *Nguyen v. Barnes & Nobles, Inc*: “Mặc dù thương mại mới trên internet đặt tòa án vào nhiều tình huống mới, nhưng về cơ bản nó không thay đổi các nguyên tắc của hợp đồng,... Một trong những nguyên tắc đó là sự thể hiện ý chí chấp thuận của các bên, cho dù bằng văn bản hay lời nói hoặc hành vi, là hòn đá tảng của hợp đồng” [24]. Quan điểm này cũng một lần nữa được nhắc lại trong vụ việc *Berman v. Freedom Fin. Network* vào năm 2022 [25]. Chính vì vậy, trong các vụ việc liên quan đến điều kiện giao dịch chung hay hợp đồng theo mẫu trên các website thương mại điện tử luôn được xem xét ở góc độ các nguyên tắc chung, có áp dụng phù hợp với đặc thù của internet.

### **3. Thực trạng pháp luật Việt Nam và một số khuyến nghị nhằm hoàn thiện pháp luật về điều khoản theo mẫu ở Việt Nam**

Pháp luật của Việt Nam không có định nghĩa chung về điều khoản theo mẫu. Thay vào đó là quy định về hợp đồng theo mẫu và điều kiện giao dịch chung. Theo quy định pháp luật Việt Nam, hợp đồng theo mẫu là hợp đồng gồm những điều khoản do một bên đưa ra theo mẫu để bên kia trả lời trong một thời gian hợp lý; nếu bên được đề nghị trả lời chấp nhận thì coi như chấp nhận toàn bộ nội dung hợp đồng theo mẫu mà bên đề nghị

đã đưa ra (Điều 407 BLDS 2015). Còn điều kiện giao dịch chung là những điều khoản ổn định do một bên công bố để áp dụng chung cho bên được đề nghị giao kết hợp đồng; nếu bên được đề nghị chấp nhận giao kết hợp đồng thì coi như chấp nhận các điều khoản này (Điều 406 BLDS 205). Như vậy, điều kiện giao dịch chung được coi là một phần của hợp đồng được ký kết giữa các bên. Với cách hiểu này của Việt Nam thì hợp đồng theo mẫu và điều kiện giao dịch chung cũng là những hình thức thể hiện của điều khoản theo mẫu như pháp luật của nhiều nước trên thế giới.

Trước tiên, chúng ta cần tìm hiểu quan điểm của Việt Nam về hợp đồng điện tử. Các quy định của pháp luật của Việt Nam hướng tới việc công nhận giá trị của hợp đồng điện tử<sup>2</sup> [35]. Căn cứ Điều 34 Luật Giao dịch điện tử 2023, hợp đồng được giao kết hoặc thực hiện từ sự tương tác giữa một hệ thống thông tin tự động với người hoặc giữa các hệ thống thông tin tự động với nhau không bị phủ nhận giá trị pháp lý chỉ vì không có sự kiểm tra hay can thiệp của con người vào từng hành động cụ thể do các hệ thống thông tin tự động thực hiện hay vào hợp đồng. Với chính sách khuyến khích, ưu đãi, tạo điều kiện phát triển giao dịch thương mại điện tử, pháp luật cho phép đề nghị giao kết và chấp nhận đề nghị giao kết được thực hiện thông qua thông điệp dữ liệu, tuân thủ một số quy định đặc thù về thời điểm gửi và nhận thông điệp dữ liệu trong giao kết và thực hiện hợp đồng điện tử được quy định trong Luật Giao dịch điện tử. Liên quan đến việc giao kết hợp đồng điện tử trên các website thương mại điện tử, pháp luật Việt Nam cũng có quy định riêng trong các Nghị định về thương mại điện tử, bao gồm hai nghị định là Nghị định 52/2013 và Nghị định 85/2021 sửa đổi, bổ sung một số điều của Nghị định 52/2013 về thương mại điện tử của Chính phủ. Căn cứ Điều 12 và Điều 15 của Nghị định 52/2013, được sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định 85/2021, nếu một website thương mại điện tử có chức năng đặt hàng trực tuyến áp dụng cho từng hàng hóa hoặc dịch vụ cụ thể được giới thiệu trên website đó, thì các thông tin giới thiệu

về hàng hóa, dịch vụ và các điều khoản liên quan được coi là thông báo mời đề nghị giao kết hợp đồng của thương nhân, tổ chức, cá nhân bán hàng, trừ trường hợp bên thông báo chỉ rõ tại thông báo trách nhiệm của mình trong trường hợp được trả lời chấp nhận. Quy định này của Việt Nam có vẻ giống như quy định trong Điều 2-206 UCC của Hoa Kỳ. Pháp luật suy đoán bên đưa ra đề nghị giao kết hợp đồng là người mua. Tuy nhiên, suy đoán này có thể bị đảo ngược nếu chứng minh được người bán đã nêu rõ trách nhiệm của mình trong trường hợp được trả lời chấp nhận.

Câu hỏi đặt ra nếu cho rằng người mua là người đưa ra đề nghị giao kết hợp đồng thì hiệu lực của các điều kiện giao dịch chung do người bán hoặc do chủ sở hữu website thương mại điện tử soạn thảo được xác định như thế nào? Biết rằng, các điều kiện giao dịch chung được đưa trên website thương mại điện tử liệu, nếu áp dụng theo pháp luật chung, sẽ được coi là một phần của hợp đồng (Điều 406 Bộ luật Dân sự 2015).

Thông thường, trong các website thương mại điện tử, các điều kiện giao dịch chung thường đặt ở vị trí riêng. Người đặt hàng không được thông báo về các điều kiện giao dịch chung này khi giao kết hợp đồng. Nếu coi người mua là người đề nghị giao kết hợp đồng thì liệu điều kiện giao dịch chung mà người bán đưa ra có được coi là cấu thành một đề nghị giao kết mới không? Khi đó, người mua sẽ trở thành người chấp nhận đề nghị giao kết hợp đồng mới. Hệ quả dẫn đến có thêm một cơ chế để người mua thể hiện sự chấp thuận của mình đối với đề nghị giao kết của người bán. Hoặc, có thể coi điều khoản theo mẫu là do người bán hoặc chủ sở hữu website thương mại điện tử đề nghị riêng đến người tiêu dùng, khi đó, cần có cơ chế để người tiêu dùng thể hiện rõ ý chí của mình đối với các điều khoản này. Thực tế, pháp luật của Việt Nam đang đi theo hướng này khi yêu cầu website có chức năng đặt hàng trực tuyến phải có cơ chế để khách hàng đọc và bày tỏ sự đồng ý riêng đối với các điều kiện giao dịch chung trước khi gửi đề nghị giao

<sup>2</sup> Đây cũng là nguyên tắc mà Liên Hợp quốc (Luật mẫu về thương mại điện tử và chữ ký số của UNCITRAL năm

1996) cũng như nhiều quốc gia khác như Liên minh Châu Âu (Chi thị 2000/31/EC), Hoa Kỳ tuân thủ.

kết hợp đồng (Điều 32, Nghị định 52/2013, được sửa đổi bổ sung bởi Nghị định 85/2021).

Tuy nhiên, thực tiễn của website thương mại điện tử cho thấy trong nhiều trường hợp người tiêu dùng không biết để đọc các điều kiện giao dịch chung này để quyết định xác lập hợp đồng. Nếu người tiêu dùng không được trang bị kiến thức pháp luật về hợp đồng nói chung, về điều kiện giao dịch chung nói riêng, thì khó có thể biết được điều kiện giao dịch chung là một phần của hợp đồng được giao kết trên website thương mại điện tử, khó có thể nhận diện được điều kiện giao dịch chung khi các điều kiện này được thể hiện với các tên gọi khác nhau như “Điều khoản...”, “Chính sách...” và thậm chí được thay đổi phiên bản theo thời gian. Ví dụ, các điều kiện giao dịch chung của Lazada hay Shopee đều được đặt ở vị trí cuối trang và dưới tên gọi: “Điều khoản sử dụng” (Lazada) hoặc “Điều khoản Shopee” (Shopee). Nội dung các điều khoản này được nêu ở trong một trang riêng khi bấm vào đường liên kết. Các website không có cơ chế để khách hàng bày tỏ sự đồng ý riêng đối với những điều khoản này.

Theo quy định của pháp luật Việt Nam, điều kiện giao dịch chung hay hợp đồng theo mẫu chỉ phát sinh hiệu lực đối với bên kia khi được công khai đề bên xác lập giao dịch biết hoặc phải biết về điều kiện giao dịch đó hoặc nội dung đó của hợp đồng (Điều 405, 406 Bộ luật Dân sự 2015). Căn cứ Luật Bảo vệ người tiêu dùng 2023, tổ chức, cá nhân kinh doanh phải dành thời gian hợp lý để người tiêu dùng nghiên cứu hợp đồng theo mẫu, điều kiện giao dịch chung trước khi giao kết hợp đồng, trước khi giao dịch. Hợp đồng theo mẫu, điều kiện giao dịch chung phải được đăng tải trên trang thông tin điện tử, phần mềm ứng dụng (nếu có) để người tiêu dùng được biết về nội dung hợp đồng trước khi người tiêu dùng giao kết hợp đồng (Điều 26, 27). Với các yêu cầu này, các website thương mại điện tử Việt Nam cần phải chứng minh được là đã tạo điều kiện để người tiêu dùng có thể đọc được nội dung của hợp đồng theo mẫu, điều kiện giao dịch chung trước khi giao kết hợp đồng.

Việc đặt đường dẫn chứa đựng điều kiện giao dịch ở trước nút đăng ký hoặc đặt hàng có thể

cho thấy là website đã cho người dùng biết trước về nội dung của điều kiện giao dịch chung hay hợp đồng theo mẫu. Tuy nhiên, người dùng lại không thể bày tỏ được sự chấp thuận đối với các điều khoản theo mẫu này. Câu hỏi đặt ra là liệu việc bấm vào nút đăng ký hay đặt hàng này có được coi là một lời chấp nhận các điều kiện theo mẫu này không? Nếu theo thực tiễn xét xử của tòa án Hoa Kỳ thì các nội dung trong điều kiện giao dịch chung của website thương mại điện tử của Việt Nam khó có thể ràng buộc được người tiêu dùng ở Hoa Kỳ. Bởi, sẽ khó có thể chứng minh được nội dung này là một phần của hợp đồng mua bán hàng hóa được chấp nhận giữa hai bên, bởi người tiêu dùng không được thể hiện sự chấp thuận với các điều kiện giao dịch chung này. Lấy ví dụ về Điều khoản và quy định cung cấp dịch vụ của Mobiphone, điều khoản này được nằm trong một đường dẫn, ở trên trang đăng ký gói dịch vụ, đặt trước nút đăng ký. Khi đăng ký người dùng không có thông báo về việc Điều khoản và quy định này là một phần của hợp đồng sẽ được xác lập giữa các bên trước khi quyết định việc đồng ý hay không đồng ý đăng ký gói dịch vụ. Do vậy, người sử dụng sẽ khó có thể biết được mình phải chịu ràng buộc bởi các điều khoản và quy định này khi đăng ký gói dịch vụ.

Các điều kiện giao dịch chung mà các website thương mại điện tử của Việt Nam thường được thiết kế theo hướng browserwrap. Có thể lấy ví dụ của Lazada. Lazada đã đưa ra tuyên bố trong Điều khoản sử dụng của mình như sau: “Bằng cách truy cập vào nền tảng Lazada và/hoặc sử dụng dịch vụ, bạn đồng ý rằng bạn đã đọc, hiểu và chịu sự ràng buộc bởi các quy định của Điều khoản sử dụng này, qua đó cấu thành một thỏa thuận pháp lý giữa bạn và Lazada (như được định nghĩa dưới đây). Nếu bạn không đồng ý với các điều khoản sử dụng này, vui lòng không truy cập và/hoặc sử dụng nền tảng Lazada này hoặc sử dụng bất kỳ phần nào của dịch vụ. Nếu bạn sử dụng các công cụ tương tác do Lazada cung cấp trên nền tảng Lazada, Điều khoản công cụ tương tác (như được định nghĩa dưới đây) sẽ được áp dụng”. Nếu những thỏa thuận này đưa ra tòa án Hoa Kỳ thì sẽ không

được chấp nhận hiệu lực trừ khi chứng minh được là người dùng đã biết, đã chấp nhận nội dung của thỏa thuận này.

Việt Nam hiện nay chưa có thực tiễn giải quyết các vụ việc liên quan đến hiệu lực của các thỏa thuận theo mẫu này. Do vậy, chưa thể thấy được quan điểm của tòa án Việt Nam về vấn đề này. Tuy nhiên, nếu căn cứ theo đúng định nghĩa về hợp đồng theo mẫu, điều kiện giao dịch chung và những quy định liên quan thì người dùng bắt buộc phải biết được nội dung của hợp đồng theo mẫu, của điều kiện giao dịch chung trước khi giao kết và phải thể hiện sự chấp thuận đối với các nội dung này. Chính vì vậy, để tránh tranh chấp phát sinh, các website thương mại điện tử của Việt Nam cần hướng tới thiết kế lại vị trí của các Điều kiện giao dịch chung, hợp đồng theo mẫu theo hướng người sử dụng bắt buộc phải biết được sự tồn tại của chúng và có cơ hội để đọc chúng, thể hiện được ý chí chấp thuận chúng trước khi giao kết hợp đồng.

Từ phía người tiêu dùng Việt Nam, trong bối cảnh hiện nay, một người tiêu dùng Việt Nam có thể giao kết hợp đồng với một thương nhân ở quốc gia khác trên các website thương mại điện tử hoặc thông qua các nền tảng thương mại điện tử như Alibaba, eBay,... Thông thường, trên các website hoặc nền tảng thương mại điện tử, các thương nhân thường đưa ra các hợp đồng theo mẫu hay hợp đồng gia nhập, điều kiện giao dịch chung trong đó có các điều khoản về luật áp dụng là pháp luật của nước họ, và xác định cơ quan giải quyết tranh chấp là tòa án nước họ hoặc trọng tài thương mại. Người tiêu dùng sẽ chỉ có lựa chọn một là không giao kết, hai là chấp nhận các điều khoản này khi muốn mua được sản phẩm (hợp đồng này thường được gọi dưới tên là hợp đồng chọn hoặc bỏ, tiếng Anh là “take it or leave it”). Câu hỏi đặt ra là liệu người tiêu dùng Việt Nam có phải chịu ràng buộc đối với các điều khoản đó hay không? Biết rằng, tại thời điểm giao kết, sự chú ý của người tiêu dùng lúc này chỉ hướng tới sản phẩm mong muốn hơn là lưu ý đến các hệ quả pháp lý khi chấp nhận hợp đồng và những điều kiện giao dịch chung. Điều này đồng nghĩa với việc người tiêu dùng sẽ phải đối mặt với sự ràng buộc về luật áp dụng và cơ

quan giải quyết tranh chấp được nêu trong các điều khoản khi xảy ra tranh chấp. Nếu căn cứ theo quy định của pháp luật Việt Nam, các bên trong quan hệ hợp đồng với người tiêu dùng được quyền tự thỏa thuận luật áp dụng. Trường hợp pháp luật do các bên lựa chọn trong hợp đồng tiêu dùng có ảnh hưởng đến quyền lợi tối thiểu của người tiêu dùng theo quy định của pháp luật Việt Nam thì pháp luật Việt Nam được áp dụng. Như vậy, khi người tiêu dùng xác lập các hợp đồng trên các website thương mại điện tử, người tiêu dùng Việt Nam sẽ phải chịu sự ràng buộc với các điều khoản theo mẫu được soạn thảo sẵn được đưa lên website thương mại điện tử, trừ khi chứng minh được rằng các điều khoản đó không phát sinh hiệu lực theo pháp luật được thỏa thuận. Tòa án Việt Nam sẽ chỉ xem xét lại pháp luật này khi pháp luật đó ảnh hưởng đến quyền lợi tối thiểu của người tiêu dùng Việt Nam theo quy định của pháp luật Việt Nam mà thôi.

Từ những phân tích nêu trên, bài viết đưa ra một số khuyến nghị như sau:

*Thứ nhất*, khuyến nghị dành cho việc hoàn thiện pháp luật.

Pháp luật Việt Nam cần có những quy định chi tiết về những yêu cầu đặt ra đối với điều kiện giao dịch chung và hợp đồng theo mẫu được xác lập trên website thương mại điện tử. Nội dung hướng tới những yêu cầu đặt ra cho các website thương mại điện tử phải thiết kế các điều kiện giao dịch chung, hợp đồng theo mẫu, theo hướng để người tiêu dùng phải biết được sự tồn tại và thể hiện được ý chí của mình đối với các điều khoản này trước khi giao kết hợp đồng. Các quy định chi tiết này cần được xây dựng trên cơ sở nguyên tắc người tiêu dùng phải biết được một cách rõ ràng về các điều kiện giao dịch chung và nhận thức được rằng điều kiện giao dịch chung sẽ là một phần của hợp đồng được ký kết. Tương tự, đối với hợp đồng theo mẫu, người tiêu dùng cũng phải nhận thức được sự ràng buộc đối với hợp đồng này một khi chấp thuận nó. Người tiêu dùng phải có thời gian, có cơ hội để đọc toàn bộ nội dung của các điều khoản theo mẫu, được thể hiện sự chấp thuận hoặc không chấp thuận, trước khi quyết định xác lập hợp đồng. Kinh nghiệm của Hoa Kỳ cho thấy, thực tế

các điều khoản theo mẫu có thể được thiết kế theo nhiều dạng khác nhau, nhưng dù thế nào cũng phải tuân thủ theo các nguyên tắc chung về giao kết hợp đồng. Người được đề nghị phải biết, phải nhận thức được về nội dung của đề nghị và chỉ bị ràng buộc khi chấp thuận đề nghị giao kết.

*Thứ hai*, Hội đồng thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao cũng cần có hướng dẫn về việc xác định hiệu lực của điều khoản theo mẫu trên các website thương mại điện tử.

Các hướng dẫn này cần đưa ra các ví dụ về các điều khoản theo mẫu trong thực tiễn và quan điểm của tòa án Việt Nam về những trường hợp này. Bởi thực tiễn, điều khoản theo mẫu có thể được thiết kế theo nhiều hình thức khác nhau (browser wrap, sign-in-wrap, clickwrap, hay scrollwrap). Kinh nghiệm của tòa án Hoa Kỳ cho thấy, đối với mỗi hình thức, tòa án Hoa Kỳ sẽ có quan điểm riêng. Trong mỗi vụ việc, các tòa án Hoa Kỳ cũng có thể có những quan điểm thậm chí trái ngược nhau. Chính vì vậy, để tránh tình trạng này, Hội đồng thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao cần có hướng dẫn xác định hiệu lực của các điều khoản theo mẫu. Hướng dẫn này sẽ giúp cho các tòa án cấp dưới có quan điểm thống nhất, giải thích và áp dụng thống nhất pháp luật. Các hướng dẫn này cũng giúp cho các tổ chức, cá nhân sở hữu website thương mại hiểu rõ được quan điểm của tòa án Việt Nam, đồng thời có những cách thức triển khai phù hợp, tránh trường hợp đưa ra các điều khoản theo mẫu có nguy cơ không phát sinh hiệu lực.

*Thứ ba*, cơ quan quản lý nhà nước trong lĩnh vực thương mại điện tử và trong lĩnh vực bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng cũng cần đưa ra các hướng dẫn hướng tới các chủ thể tương ứng (đối với tổ chức, cá nhân sở hữu website thương mại điện tử, đối với người tiêu dùng), để những chủ thể này có thể xác lập những giao dịch hiệu quả, tránh trường hợp phát sinh tranh chấp.

Thực tế cho thấy, các website thương mại điện tử của Việt Nam chưa hiểu rõ được các quy định của pháp luật Việt Nam hiện hành, về những yêu cầu đặt ra đối với hợp đồng theo mẫu, điều kiện giao dịch chung và đang thực hiện theo thói quen, thông lệ. Về phần người tiêu dùng,

người tiêu dùng cũng chưa nhận biết được rõ về các quy định của pháp luật đối với những vấn đề này, do đó, chưa thể bảo vệ được quyền và lợi ích hợp pháp của mình. Hơn nữa, Luật Bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng vừa mới được Quốc hội thông qua vào tháng 6/2023 chứa đựng nhiều nội dung mới, đặc biệt nhằm bảo vệ người tiêu dùng trong các giao dịch điện tử. Do vậy, các cơ quan quản lý nhà nước cần có những hướng dẫn để giúp các chủ thể này có thể hiểu và thực hiện phù hợp với các quy định của pháp luật. Cụ thể, đối với các chủ sở hữu website thương mại điện tử, cơ quan quản lý nhà nước cần đưa ra các hướng dẫn về việc thiết lập các điều kiện giao dịch chung, hợp đồng theo mẫu trong đó tổng hợp tất cả các yêu cầu của pháp luật đối với điều kiện giao dịch chung, hợp đồng theo mẫu (trong Bộ luật Dân sự, trong Luật Giao dịch điện tử, Luật Bảo vệ người tiêu dùng, Nghị định về thương mại điện tử); cảnh báo những trường hợp không phát sinh hiệu lực; đưa ra các ví dụ về những trường hợp được coi là đáp ứng yêu cầu của pháp luật. Đối với người tiêu dùng, cơ quan quản lý nhà nước cũng cần có hướng dẫn cho người tiêu dùng về việc nhận biết các điều kiện giao dịch chung, hợp đồng theo mẫu đáp ứng và không đáp ứng yêu cầu của pháp luật; khuyến cáo người tiêu dùng trong trường hợp tham gia giao dịch trên các website thương mại điện tử nước ngoài; hỗ trợ cho người tiêu dùng trong các trường hợp tham gia các website thương mại điện tử nước ngoài có điều kiện giao dịch chung, hợp đồng theo mẫu có nội dung bất lợi cho người tiêu dùng.

## Tài liệu tham khảo

- [1] China Civil Code 2020: <http://www.npc.gov.cn/englishnpc/c23934/202012/f627aa3a4651475db936899d69419d1e/files/47c16489e186437eab3244495cb47d66.pdf> (accessed on January 12<sup>th</sup>, 2024).
- [2] German Civil Code 2002: [https://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_bgb/englisch\\_bgb.html](https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html) (accessed on January 12<sup>th</sup>, 2024).
- [3] Comments on Article 2.1.19 UNIDROIT Principles of International Commercial Contract: <https://www.unidroit.org/instruments/commercial->

- contracts/unidroit-principles-2010/chapter-2-section-1/#1623701125302-da941666-53d4. (accessed on January 12<sup>th</sup>, 2024).
- [4] B. Werbin, Ensuring Enforceability of Online E-Commerce Agreements, New York State Bar Association Inside, Vol.31, No.1, Spring/Summer 2016, pp. 45-52.
- [5] D. Prasad, P. Mishra, Unconscionability of E-contract: A comparative study of India, the United Kingdom, and the United States, Liverpool Law Review, Vol. 43, 2022, pp. 339-360.
- [6] [https://www.law.cornell.edu/wex/adhesion\\_contract\\_contract\\_of\\_adhesion](https://www.law.cornell.edu/wex/adhesion_contract_contract_of_adhesion) (accessed on January 12<sup>th</sup>, 2024).
- [7] S. L. Huang, Cross-border E-commerce: Consumers' Intention to Shop on Foreign Websites, Internet Research, Vol.29, No. 6, 2019, pp. 1259-1279.
- [8] B. E. Boliek, Upgrading Unconscionability: A Common Law Ally for a Digital World, Maryland Law Review, Vol. 81, 2021, pp. 46-101.
- [9] Y. K. Liew, D. Yu, The Unconscionable Bargains Doctrine in England and Australia: Cousins or Sibling?, Melbourne University Law Review (advance) Vol. 45, No. 1, 2021, pp. 1-35.
- [10] Đ. G. Nam, Bình luận về các quy định liên quan đến hợp đồng theo mẫu, điều kiện giao dịch chung trong Dự thảo Bộ luật Dân sự (sửa đổi), Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp số 5 (285), 3/2015.
- [11] Đ. G. Nam, Từ công bằng thủ tục đến công bằng nội dung: Thành tựu và thách thức của chế định kiểm soát điều khoản mẫu trong pháp luật Việt Nam, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp, số 6 (406), 3/2020).
- [12] Bộ luật Dân sự Đức: [https://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_bgb/englisch\\_bgb.html#p0937](https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p0937) (accessed on January 12<sup>th</sup>, 2024).
- [13] U. Benoliel, S. I. Becher, The Duty to read the Unreadable, Boston College Law, Vol. 60, pp. 2255-2296.
- [14] Kamantauskas, Formation of Click-wrap and Browser-wrap Contracts", Law Review, Vytauto DiDžiojo University, No. 1 (12), 2015, pp. 51-88.
- [15] <https://www.law.cornell.edu/ucc/2/2-302> (accessed on January 12<sup>th</sup>, 2024).
- [16] <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/ca9/20-16900/20-16900-2022-04-05.html> (accessed on January 12<sup>th</sup>, 2024).
- [17] Fteja v. Facebook: <https://casetext.com/case/fteja-v-facebook-inc> (accessed on January 12<sup>th</sup>, 2024).
- [18] Register.com, Inc. v. Verio, Inc: <https://casetext.com/case/registercom-inc-v-verio-inc-2?> (accessed on January 12<sup>th</sup>, 2024).
- [19] Alejandro Gutierrez v. FriendFinder Network Inc: <https://www.leagle.com/decision/infdc020190506976> (accessed on January 12<sup>th</sup>, 2024).
- [20] Caspi et al. v. Microsoft Networks LLC: <http://www.internetlibrary.com/pdf/Caspi-Microsoft.pdf> (accessed on January 12<sup>th</sup>, 2024).
- [21] Meyer v. Uber: <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/ca2/16-2750/16-2750-2017-08-17.html> (accessed on January 12<sup>th</sup>, 2024).
- [22] <http://www.dailyjournal.com> (accessed on January 12<sup>th</sup>, 2024).
- [23] C. Schreiber, Cullinane v. Uber Technologies, Inc, New York Law School Law Review, Vol. 64, Issue 3, 2020, pp. 287-300. [https://digitalcommons.nyls.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1703&context=nyls\\_law\\_review](https://digitalcommons.nyls.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1703&context=nyls_law_review) (accessed on January 12<sup>th</sup>, 2024).
- [24] Quyết định của Tòa án Phúc thẩm Hoa Kỳ vòng thứ 9 trong vụ việc Nguyen v. Barnes&Nobles, Inc: <https://d3bsvxk93brmko.cloudfront.net/datastore/opinions/2014/08/18/12-56628.pdf> (accessed on January 12<sup>th</sup>, 2024).
- [25] Berman v. Freedom Fin. Network: <https://casetext.com/case/berman-v-freedom-fin-network-6> (accessed on January 12<sup>th</sup>, 2024).