

BỘ GIÁO DỤC VÀ ĐÀO TẠO

BỘ TƯ PHÁP

TRƯỜNG ĐẠI HỌC LUẬT HÀ NỘI

NGUYỄN THỊ HẰNG NGÀ

**PHÁP LUẬT VỀ ĐIỀU KIỆN THƯƠNG MẠI CHUNG
- NHỮNG VẤN ĐỀ LÝ LUẬN VÀ THỰC TIỄN -**

LUẬN ÁN TIẾN SĨ LUẬT HỌC

HÀ NỘI – 2016

BỘ GIÁO DỤC VÀ ĐÀO TẠO

BỘ TƯ PHÁP

TRƯỜNG ĐẠI HỌC LUẬT HÀ NỘI

NGUYỄN THỊ HẰNG NGÀ

**PHÁP LUẬT VỀ ĐIỀU KIỆN THƯƠNG MẠI CHUNG
- NHỮNG VẤN ĐỀ LÝ LUẬN VÀ THỰC TIỄN -**

Chuyên ngành : Luật Kinh tế

Mã số : 62 38 01 07

LUẬN ÁN TIẾN SĨ LUẬT HỌC

Người hướng dẫn khoa học: 1. PGS.TS NGUYỄN VIỆT TÝ
2. TS. VŨ THỊ LAN ANH

HÀ NỘI – 2016

LỜI CAM ĐOAN

Tôi xin cam đoan đây là công trình nghiên cứu của riêng tôi. Các kết quả nghiên cứu, trích dẫn trong luận án là trung thực, có nguồn gốc rõ ràng, chính xác và đã được công bố. Những kết luận khoa học của luận án là mới và chưa từng được công bố trong bất cứ công trình khoa học nào.

Tác giả luận án

Nguyễn Thị Hằng Nga

LỜI CẢM ƠN

Với lòng kính trọng và biết ơn sâu sắc, tôi xin bày tỏ lời cảm ơn chân thành tới PGS.TS Nguyễn Viết Tý và TS. Vũ Thị Lan Anh, những người Thầy/Cô tâm huyết, những nhà khoa học đã tận tình hướng dẫn tôi nghiên cứu, học tập, dành thời gian quý báu để trao đổi, định hướng cũng như động viên khích lệ tôi hoàn thành luận án tiến sỹ này.

Tôi vô cùng biết ơn tới những người thân trong gia đình, bạn bè, đồng nghiệp luôn động viên để tôi duy trì nghị lực, luôn cảm thông và chia sẻ cả về thời gian và các nguồn lực khác trong suốt quá trình hoàn thành luận án.

Tác giả luận án

Nguyễn Thị Hằng Nga

MỤC LỤC

	Trang
MỞ ĐẦU	1
Chương 1: TỔNG QUAN VỀ TÌNH HÌNH NGHIÊN CỨU ĐỀ TÀI	8
1.1. <i>Khái quát chung về tình hình nghiên cứu đề tài ở trong và ngoài nước</i>	8
1.2. <i>Đánh giá về sự liên quan của các công trình nghiên cứu với các nội dung nghiên cứu của đề tài- những nội dung nghiên cứu mới của đề tài</i>	17
1.3. <i>Cơ sở lý thuyết, giả thuyết nghiên cứu và các câu hỏi nghiên cứu</i>	24
Kết luận Chương 1	26
Chương 2: NHỮNG VẤN ĐỀ LÝ LUẬN VỀ ĐKTMC VÀ PHÁP LUẬT VỀ ĐKTMC	27
2.1. <i>Tổng quan về ĐKTMC</i>	27
2.1.1. Nguồn gốc hình thành ĐKTMC	27
2.1.2. Khái niệm và bản chất pháp lý của ĐKTMC	30
2.1.3. Lợi ích và hạn chế của ĐKTMC	38
2.2. <i>Khái quát pháp luật về ĐKTMC</i>	41
2.2.1. Nền tảng triết lý của việc kiểm soát pháp luật về ĐKTMC và nhận diện pháp luật về ĐKTMC	41
2.2.2. Nội dung pháp luật về ĐKTMC	47
2.2.3. Lịch sử hình thành pháp luật về ĐKTMC và các mô hình pháp luật về ĐKTMC	58
2.3. <i>Pháp luật về ĐKTMC của Liên minh EU và một số quốc gia trên thế giới – những bài học kinh nghiệm cho Việt Nam</i>	65
2.3.1. Trường phái pháp luật chỉ điều chỉnh về ĐKTMC đối với hợp đồng trong lĩnh vực tiêu dùng	65
2.3.2. Trường phái pháp luật điều chỉnh về ĐKTMC đối với tất cả các hợp đồng	71
Kết luận Chương 2	76
Chương 3: PHÁP LUẬT VIỆT NAM VỀ ĐIỀU KIỆN THƯƠNG MẠI CHUNG & THỰC TIỄN ÁP DỤNG Ở MỘT SỐ LĨNH VỰC	78
3.1. <i>Thực trạng các quy định pháp luật về ĐKTMC ở Việt Nam</i>	78
3.1.1. Quy định của pháp luật về định nghĩa ĐKTMC	78

3.1.2. Các quy định pháp luật về việc áp dụng ĐKTMC	83
3.1.3. Các quy định pháp luật về việc giải thích ĐKTMC	93
3.1.4. Quy định pháp luật về ĐKTMC bất công bằng	95
3.2. <i>Thực tiễn áp dụng pháp luật về ĐKTMC ở một số lĩnh vực</i>	102
3.2.1. Thực tiễn áp dụng pháp luật về ĐKTMC trong lĩnh vực tài chính, ngân hàng	102
3.2.2. Thực tiễn áp dụng pháp luật về ĐKTMC trong lĩnh vực kinh doanh nhà ở	107
Kết luận Chương 3	109
Chương 4: HOÀN THIỆN PHÁP LUẬT VỀ ĐIỀU KIỆN THƯƠNG MẠI CHUNG Ở VIỆT NAM	111
4.1. <i>Định hướng của việc hoàn thiện pháp luật về ĐKTMC</i>	111
4.1.1. Đảm bảo tính thống nhất, đồng bộ và qua đó nâng cao tính khả thi của pháp luật về hợp đồng	111
4.1.2. Đảm bảo việc bảo vệ tối đa quyền lợi của NTD đồng thời với việc hài hoà lợi ích của các chủ thể kinh doanh	117
4.1.3. Học tập kinh nghiệm nước ngoài phù hợp với điều kiện kinh tế xã hội Việt Nam, đảm bảo sự hài hòa giữa pháp luật trong nước với pháp luật quốc tế trong xu thế hội nhập quốc tế	119
4.2. <i>Các giải pháp hoàn thiện pháp luật về ĐKTMC</i>	124
4.2.1. Bổ sung nguyên tắc công bằng trong giao kết hợp đồng sử dụng điều kiện thương mại chung	124
4.2.2. Xây dựng chế định về giao kết hợp đồng sử dụng ĐKTMC trong Bộ luật Dân sự	128
4.2.3. Tăng cường hơn các quy định về bảo vệ NTD trong việc xác lập các hợp đồng trong lĩnh vực tiêu dùng	130
4.2.4. Hoàn thiện các quy định về tố tụng dân sự	131
4.2.5. Hoàn thiện quy định của pháp luật chuyên ngành ở từng lĩnh vực cung ứng hàng hoá, dịch vụ cụ thể	132
4.2.6. Cho phép toà án được quyền giải thích luật và thừa nhận án lệ là nguồn của pháp luật hợp đồng	133
4.3. <i>Giải pháp nâng cao hiệu quả áp dụng pháp luật về ĐKTMC</i>	136

4.3.1. Nâng cao ý thức của NTD, doanh nghiệp về việc tuân thủ các quy định pháp luật về ĐKTMC	137
4.3.2. Nâng cao nhận thức và năng lực xét xử của các thẩm phán đối với việc giải quyết yêu cầu tuyên ĐKTMC vô hiệu	138
4.3.3. Tăng cường vai trò của các thiết chế giám sát và hoàn thiện các chế tài trách nhiệm vật chất	139
Kết luận Chương 4	139
KẾT LUẬN	141
DANH MỤC CÁC CÔNG TRÌNH NGHIÊN CỨU LIÊN QUAN ĐẾN LUẬN ÁN ĐÃ ĐƯỢC CÔNG BỐ	143
DANH MỤC TÀI LIỆU THAM KHẢO	144

DANH MỤC CÁC TỪ VIẾT TẮT TRONG LUẬN ÁN

BLDS	Bộ luật Dân sự
BVNTD	Bảo vệ người tiêu dùng
ĐKTMC	Điều kiện thương mại chung
NTD	Người tiêu dùng
NCS	Nghiên cứu sinh

MỞ ĐẦU

1. Tính cấp thiết của đề tài

Khi ĐKTMC đã trở thành một phần không thể thiếu trong đời sống hiện đại, đặc biệt là trong kỷ nguyên số với sự phát triển của thương mại điện tử hiện nay tạo ra những thách thức mới đối với lý thuyết truyền thống về hợp đồng vốn được xây dựng dựa trên ý niệm hợp đồng là kết quả của sự thoả thuận (mặc cả) giữa các bên. Việc các điều khoản hợp đồng mẫu do một bên “áp đặt” cho bên còn lại, có thể dẫn đến tình trạng làm giảm khả năng của bên kia trong việc đạt tới một thoả thuận công bằng. Điều này rõ ràng đi ngược lại với chủ đích lập pháp mà BLDS Việt Nam luôn hướng tới. Điều này cũng đã đặt ra những thách thức lớn đối với lý thuyết truyền thống về hợp đồng cổ điển vốn được xây dựng dựa trên nguyên tắc tự do hợp đồng- cơ sở lý luận cho việc xây dựng chế định hợp đồng trong BLDS Việt Nam.

Một điều được mặc nhiên thừa nhận là đối với việc cung cấp sản phẩm hoặc dịch vụ “đại trà”, nhà cung cấp không thể thương lượng, đàm phán hợp đồng đối với từng chủ thể, từng cá nhân trong hàng triệu người sử dụng và việc áp dụng các ĐKTMC trong giao dịch hợp đồng được thực hiện trên hầu hết các hoạt động kinh doanh mà khách hàng là số đông, chủ yếu là NTD với quan niệm họ là “bên yếu thế”. Thực tế cho thấy, cùng với kinh nghiệm tích lũy được trong quá trình kinh doanh và sự thờ ơ của người bị áp dụng (số đông là NTD) đã tạo điều kiện hình thành một cách tự nhiên, ở người bán hàng và người cung ứng dịch vụ chuyên nghiệp ý tưởng hoàn thiện hợp đồng theo hướng chỉ có lợi cho mình và người bán hàng các ĐKTMC thường là người làm chủ mọi thông tin của giao dịch. Hợp đồng mẫu được hình thành từ những ĐKTMC như vậy nhanh chóng trở thành miếng đất màu mỡ cho sự phát triển những giao ước không công bằng và bên yếu thế phổ biến là NTD. Pháp luật của các nước tiên tiến gọi các nội dung hợp đồng đó là các điều khoản lạm dụng (abusive clauses) hay sau này trở nên phổ biến hơn là điều khoản bất công bằng (unfair terms). Chính vì vậy, Nhà nước cần phải bảo vệ bên không được soạn thảo hợp đồng trước những hợp đồng mẫu với các điều kiện thương mại bất công bằng do nhà cung cấp đưa ra. Trên tinh thần đó, để bảo vệ bên không được soạn thảo hợp đồng trước những hợp đồng mẫu và các điều kiện thương mại chung trái với pháp luật, những nhà làm luật thường đi theo hướng ghi nhận thêm nhiều điều khoản mang tính bắt buộc trong các văn bản pháp luật về những ngành nghề có

liên quan để hạn chế khả năng lạm dụng những điều khoản thương mại chung có lợi cho nhà cung cấp sản phẩm, dịch vụ. Sự can thiệp của công quyền nhằm chống lại nguy cơ hình thành và áp dụng những ĐKTMC bất công bằng còn được tiến hành bằng những biện pháp hành chính. Theo đó pháp luật trao cho cơ quan nhà nước có thẩm quyền thực hiện những hoạt động giám sát chặt chẽ bằng việc đối với một số ngành nghề cụ thể cơ quan này có thể tự ấn định hoặc phê chuẩn, chấp thuận các ĐKTMC. Bên cạnh đó pháp luật còn quy định bên ban hành các ĐKTMC bất công thái quá có thể bị phạt tiền và thậm chí truy cứu trách nhiệm hình sự. Đặc biệt, với tư cách là một hệ thống bảo vệ công lý và lẽ phải, có chức năng giải thích và phát triển pháp luật, các cơ quan toà án thông qua hoạt động xét xử của mình, cũng có thể can thiệp vào việc xem xét tính hợp pháp của ĐKTMC qua từng vụ án cụ thể. Trong quá trình xét xử toà án có thể điều chỉnh lại các điều kiện này theo hướng cân bằng quyền lợi của các bên hoặc có thể tuyên vô hiệu những ĐKTMC bất công bằng.

Xuất phát từ địa vị yếu thế của NTD và cùng với trào lưu phát triển mạnh mẽ của phong trào bảo vệ quyền lợi NTD của nhiều quốc gia phát triển trên thế giới, pháp luật của nhiều quốc gia đều có cơ chế để kiểm soát các điều khoản hợp đồng mẫu có dấu hiệu lạm dụng nhằm bảo vệ quyền lợi của NTD. Nhiều quốc gia ban hành đã luật riêng về ĐKTMC, quy định về khái niệm, đối tượng, phạm vi, điều kiện có hiệu lực và thủ tục giám sát... đối với hợp đồng mẫu và các ĐKTMC. Nhà nước có thể thực hiện việc bảo vệ quyền lợi của bên không được soạn thảo hợp đồng (mà chủ yếu là NTD) thông qua việc ban hành các tiêu chuẩn chất lượng dịch vụ, sản phẩm buộc nhà cung cấp phải đáp ứng, cũng như xây dựng cơ chế giải quyết tranh chấp về hợp đồng đó. Khoảng những năm 1970, hàng loạt các đạo luật trực tiếp hoặc có quy định về kiểm soát ĐKTMC được ban hành. Tiêu biểu là Luật kiểm soát những ĐKTMC của CHLB Đức 1976, Luật Thực hành thương mại Úc (1974), Luật về các điều khoản bất bình đẳng (Unfair Contract Terms Act) của Anh (1977). Đặc biệt với sự hình thành Liên minh Châu Âu EU thì ĐKTMC được đặt trong cơ chế kiểm soát cao hơn bằng Chỉ thị số 93/13/EEC ngày 5 tháng 4 năm 1993 (Tên tiếng Anh là Directive- NCS tạm dịch là Chỉ thị) của Hội đồng châu Âu về những điều khoản bất bình đẳng trong các hợp đồng tiêu dùng.

Tuy nhiên, trong điều kiện của nền sản xuất hàng hóa và thương mại dịch vụ phát triển, việc các nhà cung cấp tự áp đặt những điều kiện thương mại dưới dạng “hợp đồng mẫu” càng trở nên phổ biến, không chỉ được áp dụng cho các chủ thể

công chúng mà còn áp dụng giữa các thương gia với nhau. Sự thiếu hụt các quy định của pháp luật về bảo vệ quyền lợi của các doanh nghiệp trước các ĐKTMC bất công bằng đã và đang đặt ra nhiều tranh luận của các nhà nghiên cứu. Thực tiễn áp dụng ĐKTMC cũng cho thấy nhu cầu cần phải bảo vệ bên không được soạn thảo hợp đồng không chỉ là NTD mà còn cả các doanh nghiệp, đặc biệt là doanh nghiệp vừa và nhỏ. Trong xu thế của những năm gần đây, ở Liên minh Châu Âu đang rộ lên những phản ứng mạnh mẽ về việc thiếu cơ chế pháp lý để bảo vệ các hợp đồng giữa doanh nghiệp với nhau có sử dụng ĐKTMC.

Ở Việt Nam, việc hiểu, áp dụng các ĐKTMC, hợp đồng mẫu cũng không tuân theo một trật tự hay một nguyên tắc nhất định nào. Trong một số lĩnh vực các ĐKTMC thể hiện thành những mẫu hợp đồng được ban hành trên cơ sở văn bản pháp luật và được kiểm soát bởi thủ tục hành chính như đăng ký, phê chuẩn... Bản thân các quy định về hợp đồng mẫu cũng không nhất quán, có lĩnh vực thể hiện nguyên tắc cứng nhắc, áp đặt bắt buộc (như hợp đồng phân phối dầu khí), có lĩnh vực lại quy định một cách linh hoạt bằng cách cho phép các bên được thỏa thuận thêm, ví dụ hợp đồng trong đấu thầu, hợp đồng trong hoạt động xây dựng... Ở một số lĩnh vực khác, các nhà cung cấp tự chủ động ban hành các điều kiện hợp đồng của riêng mình (ví dụ các doanh nghiệp bảo hiểm ngoài quốc doanh), hoặc cũng có nhiều trường hợp, việc ban hành các điều kiện hợp đồng, các mẫu hợp đồng với những quy định gạt bỏ trắng trợn quyền lợi hợp đồng của một bên được hình thành một cách tự nhiên khi người cung cấp dịch vụ và sản phẩm trong bối cảnh “cung ít hơn cầu” như thị trường bất động sản một thời gian dài trước đây...

Các quy định pháp luật về ĐKTMC của Việt Nam cũng bộc lộ tình trạng điều chỉnh manh mún, nhiều hạn chế, bất cập. Rải rác trong một số văn bản pháp luật có bóng dáng của việc bảo vệ quyền lợi của bên yếu thế trong quan hệ hợp đồng với những qui định chưa đủ mạnh để bảo vệ họ, chưa nói đến việc kiểm soát hiệu quả việc lạm dụng các ĐKTMC. Đậm nét nhất có thể kể đến là các quy định về điều kiện giao dịch chung, hợp đồng mẫu trong Luật BVQLNTD và quy định về hợp đồng dân sự theo mẫu trong BLDS 2005, tuy nhiên phần lớn các qui định còn khá chung chung, thiếu sự đồng bộ, chưa thực sự xây dựng được một cơ chế pháp lý đồng bộ để kiểm soát hữu hiệu các ĐKTMC bất công bằng. Bộ luật Dân sự 2015 vừa mới ban hành (sẽ có hiệu lực vào ngày 1.1.2017) đã bổ sung quy định về điều kiện giao dịch chung bên cạnh việc giữ nguyên các quy định về hợp đồng mẫu trước đây cũng không cho thấy sự đổi mới đáng kể. Bên cạnh đó việc duy trì các

quy định về hợp đồng mẫu giống hệt các quy định về điều kiện giao dịch chung trong BLDS 2015 là cách làm khó lý giải.

Việt Nam đang ngày càng hội nhập sâu rộng hơn vào nền kinh tế thế giới với sự kiện trở thành thành viên Tổ chức thương mại thế giới WTO, chúng ta cũng đã tham gia vào nhiều tổ chức, diễn đàn kinh tế, khu vực tự do thương mại và gần đây nhất là tham gia Hiệp định Đối tác Thương mại Xuyên Thái Bình Dương TPP. Điều này cũng có nghĩa là những nhà cung cấp hàng hoá, dịch vụ nước ngoài có thể dễ dàng thâm nhập vào thị trường kéo theo sự xâm chiếm của hàng loạt các ĐKTMC của các tập đoàn, các doanh nghiệp nước ngoài vào Việt Nam. Ngoài việc tăng tính cạnh tranh, buộc các nhà sản xuất trong nước phải không ngừng cải tiến, phát triển công nghệ, nó còn tạo điều kiện thuận lợi cho người tiêu dùng, doanh nghiệp Việt Nam được tiếp cận với những hàng hoá, dịch vụ chất lượng cao, có nhiều cơ hội lựa chọn sản phẩm chất lượng tốt và phù hợp với khả năng tài chính của mình. Nhà nước cần duy trì sự kiểm soát cần thiết để đảm bảo vẫn đạt được các mục tiêu xã hội đồng thời với việc đưa vào thực hiện một khuôn khổ điều tiết nhằm bảo vệ khách hàng khi mở cửa thị trường. Đây cũng là một thách thức lớn đối với Việt Nam trong quá trình chủ động hội nhập kinh tế thế giới, khu vực và đòi hỏi phải từng bước hoàn thiện hệ thống luật pháp, trong đó có pháp luật hợp đồng và pháp luật về ĐKTMC.

Pháp luật hợp đồng vốn dĩ đã là vấn đề pháp lý phức tạp, pháp luật về ĐKTMC chung càng thể hiện sự phức tạp hơn bởi cách quan niệm và tiếp cận khác nhau về quyền tự do hợp đồng và lẽ công bằng của pháp luật hợp đồng. Tuy nhiên dường như ở Việt Nam việc nghiên cứu pháp luật ở lĩnh vực này không nhận được sự mặn mà của giới nghiên cứu. Vì vậy, việc nghiên cứu để làm rõ những vấn đề lý luận cơ bản về ĐKTMC, xác định được căn nguyên của việc kiểm soát của pháp luật đối với việc áp dụng ĐKTMC trong giao dịch hợp đồng, nhận diện các nội dung pháp luật cốt lõi về ĐKTMC, từ đó phân tích đánh giá các quy định pháp luật hiện hành của Việt Nam để đề xuất các vấn đề về xây dựng pháp luật điều chỉnh việc giao kết hợp đồng sử dụng ĐKTMC một cách hiệu quả là điều hết sức cần thiết, đặc biệt trong bối cảnh Việt Nam đang từng bước hoàn thiện các quy định của Bộ luật Dân sự và hội nhập sâu rộng toàn cầu.

2. Mục đích, nhiệm vụ nghiên cứu

Mục đích của luận án là đảm bảo cho công trình nghiên cứu này được thực hiện một cách toàn diện và có hệ thống về mặt lý luận về pháp luật về ĐKTMC, đưa ra được những luận giải khoa học để xác định được hướng tiếp cận phù hợp đối với pháp luật về ĐKTMC trong các hướng tiếp cận khác nhau hiện nay. Trên cơ sở đánh giá thực trạng pháp luật hiện hành về ĐKTMC, Luận án xây dựng các giải pháp nhằm hoàn thiện pháp luật Việt Nam ở lĩnh vực này với những luận giải xác đáng về cơ sở lý luận và thực tiễn.

Với mục đích nghiên cứu đó, Luận án tập trung thực hiện những nhiệm vụ nghiên cứu sau đây: i/Nghiên cứu để làm sáng tỏ khái niệm ĐKTMC, so sánh ĐKTMC và hợp đồng mẫu; làm rõ bản chất pháp lý của ĐKTMC; ii/nghiên cứu các học thuyết kinh tế và học thuyết pháp lý để làm rõ căn nguyên của việc pháp luật can thiệp kiểm soát các ĐKTMC; iii/nghiên cứu để xác định các nội dung cụ thể của pháp luật về ĐKTMC; iv/phân tích thực trạng các quy định pháp luật hiện hành liên quan đến hợp đồng dân sự theo mẫu, điều kiện giao dịch chung trong các hợp đồng tiêu dùng và thực tiễn áp dụng các quy định pháp luật về ĐKTMC ở Việt Nam ở một số lĩnh vực lựa chọn (tài chính ngân hàng và kinh doanh nhà ở). Qua đó nêu rõ những bất cập, hạn chế và nguyên nhân của tình trạng này; v/tìm hiểu pháp luật và các vấn đề thời sự pháp luật gần đây của các nước có truyền thống lâu đời trong lĩnh vực pháp luật về ĐKTMC, hợp đồng mẫu từ đó đúc rút những bài học kinh nghiệm cho Việt Nam; vi/xác định phương hướng và đề xuất những giải pháp cụ thể nhằm xây dựng pháp luật về ĐKTMC ở Việt Nam trong bối cảnh hoàn thiện pháp luật nói chung, pháp luật hợp đồng nói riêng.

3. Phạm vi nghiên cứu

Phù hợp với mục đích và nhiệm vụ nghiên cứu cũng như cấp độ của một luận án tiến sĩ, Luận án đặt trọng tâm nghiên cứu những vấn đề mang tính chất lý luận. Những nội dung liên quan đến thực trạng pháp luật và thực thi pháp luật, Luận án sẽ giới hạn trong phạm vi lãnh thổ Việt Nam. Về thực trạng áp dụng pháp luật về ĐKTMC, do ĐKTMC được áp dụng trong nhiều lĩnh vực kinh doanh khác nhau trong đời sống kinh tế xã hội, trong phạm vi nghiên cứu của Luận án, NCS chỉ lựa chọn hai lĩnh vực là tài chính, ngân hàng và kinh doanh nhà ở để đưa vào đánh giá về thực tiễn áp dụng pháp luật về ĐKTMC ở Việt Nam bởi qua tìm hiểu, NCS nhận thấy ở hai lĩnh vực này việc thực thi các quy định của pháp luật về bảo vệ NTD

trong việc đăng ký hợp đồng mẫu, điều kiện giao dịch chung còn nhiều hạn chế, đặc biệt hiện tượng “bóc lột” của việc bất cân xứng thông tin được thể hiện khá rõ.

Những án lệ của toà án nước ngoài không thuộc phạm vi nghiên cứu của luận án nhưng có thể được đề cập ở cấp độ tham khảo hoặc được sử dụng làm dẫn chứng cho những nghiên cứu so sánh và những ví dụ minh họa.

Việc so sánh, đối chiếu quy phạm được giới hạn ở các nước có truyền thống lâu đời trong lĩnh vực này đó là hệ thống pháp luật của các nước thuộc Liên minh Châu Âu EU, nơi mà nền sản xuất công nghiệp xuất hiện đầu tiên trên thế giới kéo theo sự xuất hiện sớm nhất các ĐKTMC với tính chất là hiện tượng kinh tế mà pháp luật phải can thiệp điều chỉnh (NCS chỉ sử dụng các tài liệu tham khảo bằng tiếng Anh). Bên cạnh đó, NCS còn nghiên cứu pháp luật của một số quốc gia khác ở Châu Á mà đại diện điển hình là Trung Quốc để đúc rút những bài học kinh nghiệm cho Việt Nam.

4. Phương pháp luận và phương pháp nghiên cứu

Luận án được thực hiện trên cơ sở vận dụng phương pháp luận của chủ nghĩa duy vật biện chứng và chủ nghĩa duy vật lịch sử. Luận án cũng được thực hiện trên cơ sở quan điểm Mác - Lê Nin và tư tưởng Hồ Chí Minh về Nhà nước và pháp luật, đường lối, chính sách của Đảng và Nhà nước ta về xây dựng và hoàn thiện hệ thống pháp luật nói chung, pháp luật về hợp đồng nói riêng.

Trong quá trình nghiên cứu, luận án sẽ sử dụng các phương pháp phân tích, phương pháp tổng hợp, phương pháp so sánh, phương pháp lịch sử... để làm rõ từng nội dung cụ thể, nhằm đạt được những nhiệm vụ đã xác định của luận án. Cụ thể:

- Phân tích, tổng hợp các thông tin từ các công trình đã được công bố trong và ngoài nước để tạo nền kiến thức chung và giải quyết cơ bản cơ sở lý luận của lĩnh vực pháp luật này;

- So sánh đối chiếu quy phạm và các thiết chế thực thi việc kiểm soát ĐKTMC ở các nước để tìm hiểu lý thuyết, kinh nghiệm của họ, qua đó đúc rút những nội dung mà Việt Nam có thể học hỏi;

- Phân tích, tổng hợp các kết quả của các hoạt động nói trên để đề xuất những nội dung cần hoàn thiện đối với pháp luật về ĐKTMC của Việt Nam.

5. Những đóng góp mới của Luận án

Trên cơ sở kế thừa có chọn lọc kết quả nghiên cứu trước đây về pháp luật về ĐKTMC ở Việt Nam và những báo cáo khoa học của các nhà nghiên cứu trên thế

giới, đồng thời với quá trình nghiên cứu độc lập và nghiêm túc, luận án đã có những đóng góp mới về mặt khoa học như sau:

Thứ nhất, từ những cách tiếp cận khác nhau về khái niệm ĐKTMC của các nhà nghiên cứu, Luận án đã xây dựng được khái niệm ĐKTMC bao quát đầy đủ các dấu hiệu cũng như các hình thức biểu hiện phổ biến của ĐKTMC;

Thứ hai, trên cơ sở nghiên cứu các học thuyết kinh tế và học thuyết pháp lý, Luận án đã phân tích nền tảng triết lý của việc kiểm soát pháp luật đối với ĐKTMC, làm rõ căn nguyên của việc can thiệp điều chỉnh của pháp luật sao cho không trái nguyên tắc tự do hợp đồng. Từ đó Luận án đã xác định được các nội dung của pháp luật về ĐKTMC và khẳng định pháp luật về ĐKTMC không chỉ là vấn đề của pháp luật về bảo vệ quyền lợi NTD như quan niệm truyền thống lâu nay. Nội dung của pháp luật về kiểm soát giao dịch giữa công ty với người có liên quan bao gồm quy định về nhận diện ĐKTMC, các nguyên tắc áp dụng ĐKTMC (khi nào ĐKTMC trở thành bộ phận của hợp đồng), giải thích ĐKTMC và kiểm soát các ĐKTMC bất công bằng và nó được áp dụng cho tất cả các hợp đồng có sử dụng ĐKTMC trong giao kết.

Thứ ba, Luận án là công trình nghiên cứu đầu tiên đánh giá một cách toàn diện, có hệ thống và hết sức chi tiết thực trạng pháp luật về ĐKTMC ở Việt Nam dưới giác độ các nội dung của pháp luật về ĐKTMC, chỉ ra những bất cập của hệ thống pháp luật hiện hành cũng như thực tiễn thực thi ở một số lĩnh vực.

Thứ tư, Luận án đề xuất được các định hướng và giải pháp cụ thể cho việc hoàn thiện pháp luật về ĐKTMC, đáp ứng nhu cầu phát triển môi trường kinh doanh lành mạnh trong nền kinh tế thị trường thời kỳ hội nhập quốc tế ở Việt Nam. Những giải pháp bao gồm các giải pháp hoàn thiện pháp luật hợp đồng, giải pháp hoàn thiện về cơ chế kiểm soát ĐKTMC bất công bằng và giải pháp về việc tăng cường tính khả thi của việc áp dụng pháp luật ở lĩnh vực này.

6. Kết cấu của Luận án:

Ngoài phần mở đầu, kết luận và danh mục tài liệu tham khảo, nội dung luận án gồm 4 chương:

Chương 1: Tổng quan về tình hình nghiên cứu đề tài

Chương 2: Những vấn đề lý luận cơ bản về điều kiện thương mại chung và pháp luật về điều kiện thương mại chung

Chương 3: Pháp luật Việt Nam về điều kiện thương mại chung và thực tiễn áp dụng ở một số lĩnh vực

Chương 4: Hoàn thiện pháp luật về điều kiện thương mại chung ở Việt Nam

CHƯƠNG 1

TỔNG QUAN VỀ TÌNH HÌNH NGHIÊN CỨU ĐỀ TÀI LUẬN ÁN

1.1. Khái quát chung về tình hình nghiên cứu đề tài ở trong và ngoài nước

1.1.1. Tình hình nghiên cứu trong nước

Ở Việt Nam, trước khi có sự xuất hiện của Luật BVNTD 2011, ĐKTMC được đề cập mờ nhạt ở cả góc độ luật thực định và nghiên cứu khoa học. Một thời gian dài, việc nghiên cứu các vấn đề pháp lý về ĐKTMC (điều kiện giao dịch chung) cũng không được xuất hiện nhiều trong khoa học pháp lý và trong tranh luận của giới chuyên môn. Pháp luật về ĐKTMC thời kỳ này chủ yếu được biết đến như là chế định về hợp đồng theo mẫu trong BLDS 1995 và BLDS 2005, được đánh giá là chưa tạo ra cơ chế pháp lý đủ mạnh để bảo vệ bên yếu thế trong các hợp đồng sử dụng ĐKTMC, đặc biệt là NTD. Chính vì vậy đã có nhiều bài báo lên tiếng về sự cần thiết phải bảo vệ quyền lợi NTD trước những bất lợi do hợp đồng mẫu trong lĩnh vực tiêu dùng mang lại. Tuy nhiên những bài báo này không có tính chất nghiên cứu khoa học mà thuần túy chỉ là sự phản ánh thông tin về nhu cầu cần thiết phải bảo vệ quyền lợi NTD. Đáng kể là một số bài báo như “*Thực tiễn thực hiện các ĐKTMC và những vấn đề đặt ra để bảo vệ người tiêu dùng*” của tác giả Văn Thành [14], “*Giới hạn của hợp đồng mẫu*” của tác giả Cao Thị Hà Giang và Trần Thanh Tùng [8], “*Hàng hoá, dịch vụ: Thiết yếu hay thứ yếu*” của tác giả Lê Quỳnh [12] và “*Người tiêu dùng vẫn lép vế*” của tác giả Văn Ngọc Thuỷ [17] v.v...

Sự thiếu mặn mà của giới nghiên cứu luật học đối với pháp luật về ĐKTMC có thể được lý giải bởi một trong những nguyên nhân đó là sự xuất hiện khá muộn của các ĐKTMC trong bối cảnh Việt Nam xây dựng nền kinh tế thị trường và sản xuất công nghiệp chậm hơn nhiều so với các nước phát triển khác. Cho đến thời điểm NCS thực hiện Luận án, các công trình được công bố đáng chú ý nhất là bài viết của PGS.TS Nguyễn Như Phát vào năm 2003 và một số luận văn thạc sỹ như: “*Điều kiện giao dịch chung trong lĩnh vực kinh doanh quốc tế và khả năng áp dụng tại Việt Nam*” vào năm 2008 của thạc sỹ Lê Thanh Hà, Đại học Ngoại thương [9]; luận văn thạc sỹ “*Pháp luật Việt Nam về bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng trong các hợp đồng gia nhập*” vào năm 2010 của thạc sỹ Lò Thị Thuỷ Linh, Đại học Luật Hà Nội [10] và gần đây nhất là luận văn thạc sỹ ngoại thương “*Pháp luật về hợp đồng dân sự theo mẫu trên thế giới- Những bài học kinh nghiệm cho Việt Nam*” của tác giả Nguyễn Thị Ngọc Anh vào năm 2011, Đại học Ngoại thương [1].

Vào năm 2003, bàn về ĐKTMC, các đặc điểm pháp lý, vai trò và mối quan hệ của nó với nguyên tắc tự do khế ước, PGS.TS Nguyễn Như Phát đã đề cập ở báo cáo có tính chất gợi mở tại Hội thảo “*Pháp luật hợp đồng trong điều kiện kinh tế chuyển đổi*” do Khoa Luật, Đại học Quốc gia tổ chức. Trong báo cáo của mình, PGS.TS Nguyễn Như Phát mới chỉ đặt vấn đề cho giới luật học về hướng nghiên cứu mới dưới góc độ luật so sánh. Sau đó tác giả đã công bố bài viết của mình với tiêu đề “*ĐKTMC và nguyên tắc tự do khế ước*” trên Tạp chí Nhà nước và Pháp luật số 6 năm 2003 [14] và tiếp theo là trong cuốn sách chuyên khảo “*Một số vấn đề lý luận và thực tiễn về pháp luật hợp đồng Việt Nam hiện nay*”- NXB Công an nhân dân 2003 [15].

Có thể khẳng định PGS.TS Nguyễn Như Phát là người đầu tiên gợi mở về việc nghiên cứu đối với pháp luật về ĐKTMC cho giới nghiên cứu ở Việt Nam. Trong bài viết của mình, lần đầu tiên PGS.TS Nguyễn Như Phát đã nêu ra các vấn đề lý luận và thực tiễn liên quan đến việc sử dụng ĐKTMC trong giao dịch hợp đồng, đó là: i/khái niệm, nguồn gốc và mục tiêu của ĐKTMC; ii/bảo vệ khách hàng trước những điều kiện thương mại chung trái pháp luật và iii/pháp luật về ĐKTMC- cách giải quyết ở một số quốc gia. Với công trình nghiên cứu của mình, mặc dù mới chỉ khái quát những vấn đề cơ bản, PGS.TS Nguyễn Như Phát đã có những kết luận khoa học quan trọng, theo đó tác giả kiến nghị cần nghiên cứu để có sự điều chỉnh của pháp luật riêng về ĐKTMC nhằm mục đích: Xác định yêu cầu và điều kiện công nhận sự hợp pháp của các ĐKTMC; xác định thẩm quyền và thủ tục giám sát tính hợp pháp của các ĐKTMC; quy định khả năng tổ tụng và hậu quả pháp lý của những hành vi liên quan đến việc ban hành và áp dụng ĐKTMC [16, tr.15].

Tác giả cũng đã gợi mở hướng nghiên cứu sâu và toàn diện hơn các vấn đề nói trên. Tuy nhiên dường như giới khoa học pháp lý Việt Nam không mấy mặn mà với chủ đề này.

Năm 2008, tác giả Lê Thanh Hà với đề tài luận án thạc sỹ kinh tế “*Điều kiện giao dịch chung trong hoạt động kinh doanh quốc tế và khả năng áp dụng tại Việt Nam*” là công trình nghiên cứu đáng kể. Công trình này đã có những đóng góp đáng ghi nhận trong việc nghiên cứu về điều kiện giao dịch chung trong lĩnh vực kinh doanh quốc tế như: i/Làm rõ những vấn đề cơ bản về điều kiện giao dịch chung nói chung trong và trong kinh doanh quốc tế nói riêng, bao gồm cả việc làm rõ những ưu điểm và bất lợi trong việc sử dụng điều kiện giao dịch chung trong quá trình soạn thảo hợp đồng kinh doanh quốc tế; ii/ Phân tích thực tiễn sử dụng điều kiện giao dịch chung tại Việt Nam trong bối cảnh hội nhập kinh tế quốc tế cũng như kinh

nghiệm quốc tế trong việc sử dụng điều kiện giao dịch chung; iii/ Đề xuất một số giải pháp nhằm thúc đẩy việc sử dụng điều kiện giao dịch chung cho các doanh nghiệp Việt Nam. Các giải pháp của tác giả hướng đến việc tăng cường việc sử dụng điều kiện giao dịch chung trong kinh doanh quốc tế tại Việt Nam xoay quanh các giải pháp cụ thể để nâng cao nghiệp vụ giao dịch kinh doanh quốc tế của doanh nghiệp và khắc phục những hạn chế của điều kiện giao dịch chung. Đây là luận án của trường đại học kinh tế nên tác giả không có nhiều đề xuất về xây dựng pháp luật. Tuy nhiên, tác giả đã có những kết luận ở góc độ kinh tế để NCS tiếp tục nghiên cứu làm rõ hơn căn nguyên của việc điều chỉnh pháp luật đối với ĐKTMC, đặc biệt là kết luận *“Điều kiện giao dịch chung thường bị lạm dụng để thực hiện những mục đích che đậy thông tin nhằm đạt được lợi thế trên thị trường. Bên được ra điều kiện giao dịch chung bao giờ cũng là bên đã có sự tìm hiểu kỹ lưỡng đối với lĩnh vực mà mình kinh doanh bao gồm cả những quy định của luật pháp có liên quan. Việc lựa chọn điều khoản nào để được vào điều kiện giao dịch chung đã được tính toán lường trước những biến động của thị trường có thể ảnh hưởng tới các khâu của thương vụ. Bên được đề nghị chấp nhận điều kiện giao dịch chung lúc này sẽ rơi vào thế bị động và ít thông tin hơn do không trực tiếp khảo sát thị trường và soạn thảo điều khoản, do đó, rất dễ gặp tổn thất lớn nếu rủi ro xảy ra”* [9, tr.22].

Năm 2010, tác giả Lò Thị Thuý Linh đã lựa chọn nghiên cứu đề tài ở cấp độ thạc sỹ luật học với đề tài *“Pháp luật Việt Nam về bảo vệ người tiêu dùng trong các hợp đồng gia nhập”*. Công trình nghiên cứu của Lò Thị Thuý Linh đã đưa ra những đề xuất về việc hoàn thiện pháp luật nhằm bảo vệ quyền lợi NTD trước các hợp đồng gia nhập và những kết luận này đã được cụ thể hoá một phần trong thực tiễn xây dựng pháp luật về điều kiện giao dịch chung, hợp đồng mẫu trong lĩnh vực tiêu dùng ở Luật BVQLNTD 2011, chẳng hạn như đề xuất của tác giả về việc hoàn thiện khái niệm người tiêu dùng; quy định về trách nhiệm của nhà kinh doanh trong việc công bố thông tin; quy định về thẩm quyền của cơ quan nhà nước trong việc kiểm tra, xem xét, yêu cầu huỷ bỏ, sửa đổi các điều khoản trong hợp đồng gia nhập... Tuy nhiên, vì chỉ là đề tài thạc sỹ nên các nội dung tác giả đề cập còn hết sức sơ lược, rất nhiều vấn đề lý luận về việc áp dụng ĐKTMC trong giao dịch hợp đồng chưa được tác giả giải quyết. Hơn nữa, ĐKTMC không chỉ là vấn đề của pháp luật về bảo vệ quyền lợi NTD nên công trình nghiên cứu của Lò Thị Thuý Linh còn phiến diện.

Cho đến khi Luật BVQLNTD 2011 ra đời, việc nghiên cứu về ĐKTMC lại được tác giả Nguyễn Thị Ngọc Anh (Đại học Ngoại thương) lựa chọn ở góc độ

khác, đó là đề tài thạc sỹ “*Pháp luật về hợp đồng dân sự theo mẫu trên thế giới- Những bài học kinh nghiệm cho Việt Nam*”. Công trình này đã có những kết quả nghiên cứu có giá trị trong việc gợi mở những nhận diện liên quan đến hợp đồng mẫu, cung cấp một số thông tin về chế định hợp đồng mẫu theo quy định của một số quốc gia như Đức, Pháp, Hàn Quốc, Đài Loan và đề xuất các bài học kinh nghiệm cho Việt Nam. Tuy nhiên việc đề cập của tác giả dưới góc độ của chuyên ngành luật quốc tế nên chủ yếu tác giả khai thác đề tài ở góc độ luật so sánh mang tính chất cung cấp thông tin về pháp luật của một số quốc gia từ đó gợi mở một số kinh nghiệm cho Việt Nam trong lĩnh vực bảo vệ NTD trước các hợp đồng mẫu. Cụ thể tác giả đã đưa ra được những bài học kinh nghiệm đáng lưu ý sau cho việc hoàn thiện pháp luật về hợp đồng mẫu của Việt Nam: i/Thứ nhất, cần phải hoàn thiện lại chế định hợp đồng theo mẫu trong Bộ luật Dân sự để tạo sự thống nhất với hệ thống pháp luật về bảo vệ người tiêu dùng; ii/ Thứ hai, pháp luật không nên giới hạn các doanh nghiệp phải đăng ký hợp đồng theo mẫu; iii/ Thứ ba, pháp luật cần có những quy định để tăng cường vai trò của các hội bảo vệ người tiêu dùng trong việc phát hiện và đề nghị cơ quan quản lý nhà nước có thẩm quyền tuyên bố vô hiệu và/hoặc sửa đổi, bổ sung hợp đồng theo mẫu, điều kiện giao dịch chung của các doanh nghiệp; Thứ tư, pháp luật cần dự liệu về một số nội dung bắt buộc với các hợp đồng theo mẫu/các điều kiện giao dịch chung; Thứ năm, pháp luật tổ tụng dân sự cần nhanh chóng hoàn thiện chế định thủ tục giải quyết vụ án đơn giản để làm cơ sở cho người tiêu dùng bảo vệ quyền lợi của mình. Tuy nhiên, cũng tương tự các công trình nghiên cứu ở cấp độ luận án thạc sỹ, tác giả Nguyễn Thị Ngọc Anh cũng mới chỉ đề cập nghiên cứu sơ lược, trên cơ sở tổng hợp pháp luật so sánh để đưa ra các đề xuất hoàn thiện pháp luật mà chưa có sự phân tích, đánh giá toàn diện các vấn đề lý luận và thực tiễn của pháp luật về ĐKTMC từ đó kiến nghị các vấn đề xây dựng pháp luật về ĐKTMC với các luận chứng thuyết phục.

Nhìn vào số lượng các công trình nghiên cứu nêu trên có thể thấy rằng các kết quả nghiên cứu về pháp luật về ĐKTMC ở trong nước còn rất khiêm tốn. Trong số các công trình nghiên cứu nổi bật trên đây, chỉ có các bài viết của PGS.TS Nguyễn Như Phát là đề cập trực diện nhất, tổng thể nhất các vấn đề của pháp luật về ĐKTMC nhưng chỉ mới là những gợi mở ban đầu về các nội dung cần nghiên cứu mà chưa có những kết luận cụ thể. Với thạc sỹ Lê Thanh Hà, tác giả chỉ đề cập đến các khía cạnh của việc đề xuất các giải pháp cho doanh nghiệp trong việc áp dụng các ĐKTMC trong lĩnh vực kinh doanh quốc tế; thạc sỹ Lò Thị Thuỳ Linh lựa chọn việc đưa ra một số giải pháp nhằm bảo vệ quyền lợi NTD trong các hợp đồng gia

nhập, còn thạc sỹ Nguyễn Thị Ngọc Anh nghiên cứu về hợp đồng mẫu ở góc độ luật so sánh và nêu lên những bài học kinh nghiệm cho Việt Nam.

Như vậy, đánh giá chung về tình hình nghiên cứu đề tài ở trong nước, có thể nhận thấy những đặc điểm nổi bật sau: i/Chưa có một công trình nghiên cứu nào ở cấp luận án thạc sỹ, tiến sỹ luật học về những vấn đề lý luận và thực tiễn của pháp luật về ĐKTMC được công bố; ii/Chưa có bất kỳ cuốn sách chuyên khảo nào về đề tài này được xuất bản; iii/Chưa có một đề tài nghiên cứu khoa học toàn diện nào về ĐKTMC được triển khai nghiên cứu.

1.1.2. Tình hình nghiên cứu ở nước ngoài

Trong khi giới nghiên cứu khoa học ở Việt Nam không mặn mà với việc nghiên cứu về lĩnh vực này thì ở nước ngoài có nhiều các công trình, bài viết nghiên cứu khác nhau liên quan đến ĐKTMC và hợp đồng mẫu dưới nhiều góc độ. Đây là vấn đề được đặc biệt quan tâm ở những nước phát triển, đặc biệt là khối Liên minh Châu Âu vì vậy phần lớn các công trình nghiên cứu là của các học giả Châu Âu. Tuy nhiên, đặc điểm nổi bật của tình hình nghiên cứu của thế giới về vấn đề này cho thấy dường như các học giả không triển khai nghiên cứu theo từng vấn đề và không mang tính hệ thống mặc dù việc nghiên cứu được đặt ra khá sớm (1943) từ bài viết đầu tiên của Friedrich Kessler với tiêu đề ***“Hợp đồng gia nhập- Một vài suy nghĩ về vấn đề tự do hợp đồng”*** (Tên nguyên bản tiếng Anh là “Contract of Adhesion- Some Thought about Freedom of Contract”), đăng trên Tạp chí Luật của Trường ĐH Columbia (Mỹ), cuốn 43, số 3 năm 1943 [47]. Có thể đánh giá đây là một trong những bài viết xuất hiện sớm nhất bàn về ĐKTMC và hợp đồng gia nhập. Với việc phân tích nguyên nhân kinh tế của việc hình thành các ĐKTMC, tác giả phân tích sự bất cập, lúng túng của các toà án trong hệ thống luật án lệ trong việc giải thích hợp đồng gia nhập với nguyên tắc tự do hợp đồng. Bên cạnh đó, tác giả bài viết đã đặt ra vấn đề về việc xác định căn nguyên của việc can thiệp của pháp luật đối với các hợp đồng gia nhập với kết luận sau ***“ĐKTMC được sử dụng phổ biến bởi những doanh nghiệp với vị trí giao dịch mạnh thế trên thị trường. Bên yếu thế, do sự cần thiết đối với hàng hoá và dịch vụ, thường xuyên không được lựa chọn điều khoản tốt hơn bởi vì tác giả của các ĐKTMC có vị trí độc quyền (tự nhiên hoặc chủ ý) hoặc bởi tất cả các nhà kinh doanh trong bối cảnh đó đều sử dụng cùng ĐKTMC như nhau”***[47, tr.15] . Tác giả e ngại rằng thiếu đi bóng dáng của cạnh tranh, NTD sẽ thiệt hại đủ đường với giá cao và những điều kiện giao dịch hợp đồng tệ hại.

Tiếp theo Friedrich Kessler là một số bài viết về các cách tiếp cận khác nhau của pháp luật về ĐKTMC. Đáng kể là bài viết “**Hợp đồng mẫu và sự điều chỉnh của quyền lực lập pháp**” (tên nguyên bản tiếng Anh là “Standard Form Contracts and Democratic Control of Lawmaking Power”, đăng trên Tạp chí Luật của Trường Đại học Havard (Mỹ) cuốn 84, số 529 năm 1971 của tác giả W.David Slawson [62]. Tương tự tác giả Friedrich Kessler, W.David Slawson cũng chỉ ra 2 nguyên nhân chính của việc hình thành các ĐKTMC và đề xuất nhiệm vụ của toà án trong việc điều chỉnh hành xử của hai bên theo nguyên tắc công bằng. Tuy nhiên, khác với Friedrich Kessler, W.David Slawson cho rằng việc can thiệp của quyền lực lập pháp là nhằm bảo vệ bên yếu thế với tư cách là những nhóm người có địa vị yếu hơn về mặt kinh tế trong xã hội; bài viết “**Luật về hợp đồng mẫu: Nhắm lẫn về trực giác và kiến nghị về việc cấu trúc lại**” của tác giả Shmuel I. Becher và Esther Unger-Aviram, Đại học Luật Yale, đăng trên website ssrn.net (Tên nguyên bản tiếng Anh là “The Law of Standard Form Contracts: Misguided Intuitions and Suggestions for Reconstruction”) [58]. Bài viết phân tích về các nguyên nhân người tiêu dùng thường không đọc các hợp đồng mẫu là do vấn đề tiết kiệm chi phí, độ dài của hợp đồng và khả năng thay đổi quyền và nghĩa vụ trong hợp đồng, do đó người tiêu dùng thường phải gánh chịu những bất lợi từ những điều khoản lạm dụng của người soạn thảo. Trên cơ sở những phân tích này tác giả cho rằng giải pháp kiểm soát của luật là quy định về việc in ấn rõ ràng, co chữ văn bản dễ dàng để đọc...không là giải pháp triệt để vì về bản chất nó không thay đổi được các nguyên nhân của việc người tiêu dùng không đọc hợp đồng. Tác giả cho rằng cần thiết phải có các quy định pháp luật riêng biệt, cụ thể về hợp đồng trong lĩnh vực tiêu dùng; bài viết “**Điều chỉnh lại các điều khoản hợp đồng bất công bằng**” (Tên nguyên bản tiếng Anh là “Fixing Unfair Contracts” đăng trên Tạp chí Chicago Law School Review, Vol 81, 2011 của tác giả Frank and Bernice Greenberg, Giáo sư Luật của Trường Đại học Luật Chicago (Mỹ) [46]. Bài viết phân tích và đưa ra 3 giải pháp về việc điều chỉnh lại các điều khoản hợp đồng bất bình đẳng, trong đó nhấn mạnh giải pháp đưa điều khoản hợp đồng về trạng thái phù hợp nhất theo trường phái “điều khoản chịu đựng tối thiểu” (nguyên bản tiếng Anh là “the minimally tolerable term”). Đây là bài viết đưa ra hướng nghiên cứu hoàn toàn mới so với các bài viết trước đây về các điều khoản hợp đồng soạn sẵn bất công bằng. Tác giả đã có luận giải và đưa ra được giải pháp để “lấp chỗ trống” (fill the gap) cho các điều khoản hợp đồng bất bình đẳng bị coi là vô hiệu; và bài viết “**Điều khoản bất bình đẳng trong hợp đồng giữa doanh nghiệp với doanh nghiệp**” (Tên nguyên bản tiếng Anh

là “Unfair Terms in Contrats Between Business” đăng trên Tài liệu nghiên cứu pháp lý của Trường Amsterdam Law School (Legal Studies Research Paper No. 2011-11) của tác giả Martijn Hesselink, giáo sư Đại học Amsterdam, Hà Lan [49]. Qua bài viết này tác giả chỉ trích Chỉ thị về các điều khoản bất bình đẳng trong hợp đồng tiêu dùng- The Directive 93/13/EEC năm 1993 của Liên minh Châu Âu trong việc quy định phạm vi điều chỉnh của Chỉ thị này chỉ là các hợp đồng giữa nhà cung cấp, thương nhân với người tiêu dùng (business to consumer contracts)- viết tắt tiếng Anh là B2C) mà không đề cập đến các hợp đồng giữa thương nhân với chính các thương nhân (business to business contracts- viết tắt tiếng Anh là B2B contracts).

Bên cạnh đó là một số bài viết thể hiện các quan điểm, bình luận đánh giá riêng của các học giả về các quy định của luật thực định như các bài viết “***Luật về các điều khoản hợp đồng bất bình đẳng của Úc- Xem xét lại các hợp đồng tiêu dùng mẫu bởi sự gia tăng của sự bất công bằng*** (Tên nguyên bản tiếng Anh là “The Australian Unfair Contract Terms Law: The Rise of Substantive Unfairness As a Ground For Review of Standard Form Consumer Contracts”), đăng trên Tạp chí Luật của Trường Đại học Melbourne (Úc), Cuốn 33 ngày 20 tháng 8 năm 2010 của tác giả Jannie Paterson [53]. Bài viết được viết trong bối cảnh Úc vừa ban hành Luật Tiêu Dùng Australia (Australian Consumer Law 2010). Thông qua bài viết tác giả nhấn mạnh tầm quan trọng của việc chỉ ra những bất cập trong các quy định của pháp luật về các điều khoản hợp đồng bất bình đẳng của Úc. Tương tự Shmuel I. Becher và Esther Unger-Aviram, Jannie Paterson cho rằng việc quan niệm công bằng trong thủ tục xác lập hợp đồng chưa đủ để kiểm soát tính bất công bằng trong các hợp đồng tiêu dùng vì việc quy định về hình thức hợp đồng mẫu không thay đổi được tình trạng người tiêu dùng không đọc hợp đồng. Do đó, tác giả quan niệm rằng, công bằng phải là công bằng thực chất (sustantative fairness), tức là cho phép pháp luật can thiệp vào những điều khoản hợp đồng soạn sẵn bất công bằng, chứ không thuần túy chỉ can thiệp về thủ tục xác lập hợp đồng chứa đựng các điều khoản đó; bài viết “***Thực hiện Chỉ thị về các điều khoản bất bình đẳng ở Vương Quốc Anh***” (Tên nguyên bản tiếng Anh là “The implementation of the Unfair Contract Terms Directive in the United Kingdom (Working Paper Series No 342, 2009) của TS. Christian Twigg-Flesner, giảng viên cao cấp về Luật Tư của Trường Luật, Đại học Hull, Anh [41]. Bài viết phân tích về sự xung đột giữa các quy định pháp luật của án lệ và Luật các điều khoản hợp đồng bất bình đẳng năm 1977 (trước khi có Chỉ thị về các điều khoản bất bình đẳng trong hợp đồng tiêu dùng- The

Directive 93/13/EEG năm 1993 của Hội đồng Châu Âu) và Nghị định về hợp đồng tiêu dùng năm 1994 và 1999 (sau khi Chỉ thị này có hiệu lực và yêu cầu các nước trong khối EU “nội luật hoá” các quy định pháp luật quốc gia cho phù hợp với Chỉ thị này); bài viết “**Trung Quốc- Quy định mới về phạt trong gian lận hoặc hợp đồng bất công bằng**” (Tên nguyên bản tiếng Anh là “China: New Chinese Rules Penalize Fraudulent or Unfair Contracts (China Bar Association Review), của tác giả Maarten Roos, Luật sư của Trung Quốc [48]. Bài viết nêu lên điểm mới của pháp luật Trung Quốc kể từ khi có Quy tắc về giám sát và xử lý các hành vi hợp đồng trái pháp luật (*Rules on the Supervision and Handling of Unlawful Contractual Practices*) có hiệu lực từ ngày 13 tháng 11 năm 2010, theo đó nhấn mạnh sự cần thiết của việc xử phạt đối với những điều khoản hợp đồng bất bình đẳng; và bài viết “**Các nguyên tắc áp dụng của pháp luật về ĐKTMC của Đức**” (Tên nguyên bản tiếng Anh là “Principles of the German law on standard terms of contract” của GS.TS. Thomas Zerres (University of Applied Sciences Erfurt-CHLB Đức) đăng tải trên website www.ssrn.net - một website nổi tiếng về nghiên cứu khoa học xã hội của Mỹ [54]. Bài viết đã diễn giải các nội dung của các điều từ Điều 305 đến Điều 310 của Bộ luật Dân sự Đức về ĐKTMC.

Trong số các công trình nghiên cứu nói trên, bài viết nghiên cứu quan trọng nhất, có ảnh hưởng lớn đến việc tiếp cận nghiên cứu, đặc biệt là việc củng cố các luận điểm lý luận cho việc xây dựng pháp luật về ĐKTMC ở Việt Nam của NCS là bài viết “**Điều khoản bất bình đẳng trong hợp đồng giữa doanh nghiệp với doanh nghiệp**” (tiếng Anh là “Unfair Terms in Contrats Between Business”) của giáo sư, tiến sỹ Martijn Hesselink, Đại học Amsterdam, Hà Lan. Qua các phân tích của Martijn Hesselink, NCS nhận thấy cần thiết phải nghiên cứu việc điều chỉnh pháp luật về ĐKTMC được áp dụng chung cho tất cả các hợp đồng hay chỉ áp dụng đối với các hợp đồng tiêu dùng là xu hướng điều chỉnh đúng đắn? Đây là những kết quả nghiên cứu cung cấp cho NCS nhiều luận giải quan trọng cho việc hình thành ý tưởng về xây dựng pháp luật điều chỉnh thống nhất về ĐKTMC ở Việt Nam.

Bên cạnh các bài viết của các học giả trên đây, một hoạt động khoa học tâm cỡ và có nhiều kết quả nghiên cứu quan trọng, đúc rút nhiều kinh nghiệm xây dựng pháp luật của các nước thuộc Khối liên minh Châu Âu EU đã được tổ chức đó là Hội thảo về tổng kết quá trình nội luật hoá các quy định của Chỉ thị 93/13/EEC về các điều khoản bất bình đẳng trong hợp đồng tiêu dùng vào pháp luật quốc gia của một số nước EU như Áo, Đức, Bỉ, Pháp... được tổ chức tại Pháp năm 2008. Sản

phẩm của Hội thảo là cuốn kỷ yếu Hội thảo và báo cáo của một số nước thành viên về việc thực hiện Chỉ thị và việc nội luật hoá vào luật quốc gia- những vướng mắc trong các quy định của Chỉ thị và hướng sửa đổi [64]. Qua cuộc Hội thảo này, các quốc gia đều gặp gỡ một điểm chung đó là quy định về phạm vi điều chỉnh của Chỉ thị này không phù hợp với thực tế. Theo Chỉ thị, phạm vi áp dụng là *“tất cả những hợp đồng giữa người bán hàng hoặc người cung cấp dịch vụ với người tiêu dùng”*. Như vậy vô hình trung Chỉ thị đã loại bỏ các hợp đồng giữa các bên là thương nhân hoặc cả hai bên đều là người tiêu dùng với nhau. Bên cạnh đó Chỉ thị này còn bị phê bình khi loại trừ các giao dịch hợp đồng liên quan đến mua bán đất vì đất không được coi là hàng hoá (“goods”) theo định nghĩa của Chỉ thị.

Ngoài ra, vào năm 2011, một nhóm các nhà nghiên cứu gồm 17 chuyên gia là các luật sư, thẩm phán, công chứng viên, giáo sư đại học và đại diện cơ quan bảo vệ quyền lợi NTD của các nước trong khối Liên minh EU đã tập hợp và đưa ra báo cáo nghiên cứu tiền khả thi (Feasibility Study) với 2 mục tiêu chính: đề xuất công cụ điều chỉnh để nâng cao hiệu quả bảo vệ NTD trong các giao dịch xuyên biên giới và mở rộng phạm vi điều chỉnh về ĐKTMC cho cả các hợp đồng giữa doanh nghiệp với nhau. Nhóm nghiên cứu đã đưa ra những phân tích và nhận định về xu hướng mở rộng phạm vi điều chỉnh của pháp luật về ĐKTMC đối với các hợp đồng giữa doanh nghiệp với nhau [36].

Trong xu hướng của những năm gần đây, ở Úc, Newzealand, Malaysia, Hà Lan... đã cho thấy nổi cộm lên các bài viết nghiên cứu về việc đặt vấn đề bảo vệ bên yếu thế trước các ĐKTMC trái pháp luật không chỉ là NTD mà còn là các doanh nghiệp, đặc biệt là doanh nghiệp vừa và nhỏ. Cụ thể vào năm 2014, cơ quan về bảo vệ người tiêu dùng của Úc và Newzealand gần đây đã có bản kiến nghị về việc mở rộng phạm vi điều chỉnh của Luật bảo vệ NTD Úc trong việc các doanh nghiệp nhỏ trước các điều khoản bất công bằng (*“Extending Unfair Contract Term Protections to Small Businesses”*) [40]. Bên cạnh đó, cũng năm 2014, một học giả nghiên cứu người Malaysia (Giáo sư Sean Ang) cũng đã đưa ra đề xuất về việc bảo vệ các doanh nghiệp nhỏ trước các điều khoản không công bằng trong bài viết *“Protecting Small Businesses from Unfair Contract Terms”* [57]. Các bài viết đều được đăng tải trên website của cơ quan về bảo vệ người tiêu dùng của Australia. Hai bài viết trên đều gặp gỡ nhau ở quan điểm về việc cho rằng cần thiết phải bảo vệ các doanh nghiệp vừa và nhỏ trước các ĐKTMC bởi vị thế của họ khi tham gia thị trường cũng giống với NTD.

Đánh giá chung về tình hình nghiên cứu của các học giả nước ngoài, có thể thấy gần đây vấn đề pháp luật về ĐKTMC được các tác giả nghiên cứu ở 3 góc độ sau: i/Thứ nhất là các bài viết nghiên cứu nhằm đề xuất các giải pháp tăng cường bảo vệ quyền lợi NTD trước các điều khoản hợp đồng tiêu dùng bất công bằng; ii/Thứ hai là các bài viết nhằm đề xuất các giải pháp tăng cường bảo vệ quyền lợi không chỉ của NTD mà còn bảo vệ quyền lợi của các doanh nghiệp vừa và nhỏ trước các điều khoản hợp đồng bất công bằng; iii/Thứ ba là các bài viết nhằm đề xuất tiếp cận bảo vệ tất cả các chủ thể yếu thế trước các điều khoản hợp đồng bất công bằng, bao gồm cả các doanh nghiệp.

Các nghiên cứu của những học giả trên đây đặt ra cho NCS nhiều vấn đề cần phải tìm hiểu, trong đó vấn đề quan trọng mà NCS cố gắng tìm kiếm câu trả lời xác đáng đó là tại sao cần phải có pháp luật điều chỉnh riêng đối với các hợp đồng sử dụng ĐKTMC, hợp đồng mẫu trong khi đã có các quy định pháp luật chung về hợp đồng? Việc can thiệp điều chỉnh của pháp luật có là sự vi phạm nguyên tắc tự do hợp đồng đã được pháp luật công bố và thừa nhận? Bởi xét cho cùng các hợp đồng mẫu, các hợp đồng có sử dụng ĐKTMC trong giao kết được hình thành trên sự tự nguyện lựa chọn và chấp nhận của chủ thể tham gia, không có sự cưỡng ép đe dọa hay lừa dối...? Căn nguyên nào để pháp luật can thiệp bảo vệ bên không được soạn thảo hợp đồng, có phải do họ là những nhóm người có vị trí yếu thế hơn về mặt kinh tế hay địa vị xã hội trong quan hệ hợp đồng? Tại sao pháp luật về ĐKTMC lại có sự tiếp cận điều chỉnh rất khác nhau ở pháp luật các quốc gia, được thể hiện ở hai trường phái chính là trường phái điều chỉnh đối với tất cả các hợp đồng và trường phái chỉ điều chỉnh đối với những hợp đồng trong lĩnh vực tiêu dùng? Hướng đi nào là lựa chọn phù hợp cho Việt Nam?

1.2. Đánh giá về sự liên quan của các công trình nghiên cứu với các nội dung nghiên cứu của đề tài- những nội dung nghiên cứu mới của đề tài

1.2.1. Về nguồn gốc hình thành các điều kiện thương mại chung

Theo kết quả nghiên cứu của PGS.TS Nguyễn Như Phát thì “ĐKTMC được các luật gia Phương Tây mô tả là đứa con của cuộc cách mạng công nghiệp thế kỷ 19” [15, tr.7] và tác giả Nguyễn Như Phát đánh giá nguồn gốc hình thành các ĐKTMC chủ yếu xuất phát từ nền kinh tế sản xuất và cung cấp dịch vụ hàng loạt.

Kết quả nghiên cứu này của PGS.TS Nguyễn Như Phát cũng gần với kết quả nghiên cứu mà tác giả Friedrich Kessler đã chỉ ra. Tuy nhiên, tác giả Friedrich

Kessler đã đưa ra các lý giải cụ thể hơn về nguồn gốc kinh tế- xã hội của việc ra đời ĐKTMC, theo đó:

Thứ nhất, sự xuất hiện của nền sản xuất và cung cấp hàng hoá đại trà (mass production) với các giao dịch thương mại được lặp đi lặp lại đã làm cho các nhà cung cấp tự loại bỏ các rủi ro trong quá trình kinh doanh bằng việc tự đúc rút kinh nghiệm của những lần giao dịch lặp lại đó;

Thứ hai, việc cung cấp hàng hoá, dịch vụ độc quyền (một cách tự nhiên hoặc có chủ ý) hoặc sự sao chép một cách đồng loạt các điều kiện thương mại giữa các nhà cung cấp cùng sản phẩm, hàng hoá buộc người mua phải ở thế “take it or leave it” (buộc phải gia nhập vì không còn sự lựa chọn nào khác);

Thứ ba, cùng với việc phát triển về sản xuất công nghiệp tiêu dùng, hàng loạt các giao dịch với người tiêu dùng được thiết lập theo các tiêu chuẩn thương mại được nhà sản xuất áp dụng chung cho người tiêu dùng.

Các kết quả nghiên cứu nói trên đã cho NCS kết luận về cơ sở kinh tế của việc hình thành ĐKTMC, nó là sản phẩm tất yếu của nền kinh tế, sản xuất phát triển. ĐKTMC mang lại những giá trị nhất định trong việc tiết kiệm chi phí, thời gian giao dịch và đặc biệt nó là sự chuẩn hoá các quy tắc thương mại được hình thành lâu đời, được ban hành với mục đích sử dụng nhiều lần lặp đi lặp lại. Trên cơ sở kế thừa các kết quả nghiên cứu của các tác giả này, điểm mới của NCS là có sự lý giải và đưa ra những mệnh đề kết luận cho hướng nghiên cứu tiếp theo của NCS theo đó ĐKTMC là hiện tượng kinh tế xã hội tồn tại khách quan ở nhiều lĩnh vực kinh doanh, không riêng lĩnh vực tiêu dùng.

Mặt khác, NCS còn phân tích điều kiện kinh tế xã hội hình thành ĐKTMC ở một số lĩnh vực kinh doanh ở Việt Nam trong bối cảnh của kinh tế chuyển đổi hiện nay đó là sự chênh lệch về quan hệ cung-cầu trên thị trường không do sự độc quyền mang lại, chẳng hạn như thị trường kinh doanh bất động sản, kinh doanh bảo hiểm... Từ đặc điểm này của Việt Nam cho thấy việc tiếp cận bảo vệ nguyên tắc tự do hợp đồng theo pháp luật hiện hành là không đủ. Việc thiếu đi nguyên tắc công bằng trong pháp luật hợp đồng rõ ràng đã làm giảm đi hiệu quả điều chỉnh của pháp luật để bảo vệ các chủ thể không được soạn thảo hợp đồng. Chế định hợp đồng mẫu và các quy định hiện hành về kiểm soát các điều kiện giao dịch chung trong lĩnh vực tiêu dùng chưa đủ để bảo vệ các chủ thể không được soạn thảo trong giao dịch hợp đồng. Gần như không có các quy định của pháp luật để bảo vệ hữu hiệu quyền lợi của các chủ thể là các thương nhân trước các điều kiện hợp đồng trong mua bán nhà chung cư, thuê các văn phòng thương mại, các điều kiện bảo hiểm... Hàng loạt

các hợp đồng mẫu với các điều kiện giao dịch bất lợi với dấu hiệu rõ của sự bóc lột thông qua hợp đồng mẫu được mặc nhiên áp dụng trong thực tiễn nhưng dường như chưa có cơ chế pháp lý rõ ràng để can thiệp.

1.2.2. Về khái niệm và bản chất pháp lý của điều kiện thương mại chung

Như đã đề cập trên đây, các học giả đã nêu các tên gọi khác nhau của hợp đồng mẫu gắn liền với lịch sử hình thành các ĐKTMC. Có nhiều cách gọi tên khác nhau cho loại hợp đồng này phù hợp với bối cảnh xuất hiện, cụ thể là hợp đồng mẫu đại trà (Mass Standardised Contracts), hợp đồng gia nhập (Adhesion Contracts) hay hợp đồng hàng loạt (Boilerplate Contracts), hợp đồng tiêu dùng (Consumer Contracts)... Nếu thương nhân ban hành các điều khoản, các quy tắc được soạn trước và công khai cho người mua hàng thì họ đặt tên cho các chính bản quy tắc, điều kiện này là ĐKTMC (general conditions of trade hoặc trade general conditions (có thể tìm kiếm được hàng nghìn bản ĐKTMC khác nhau trên trang web google khi gõ thuật ngữ này). Một số học giả tiếp cận ở dấu hiệu của sự thiếu sự công bằng của các điều khoản, điều kiện hợp đồng, đặc biệt trong lĩnh vực tiêu dùng với nhiều thuật ngữ phổ biến là điều khoản bất công bằng (unfair terms) hoặc điều khoản lạm dụng (abusive clauses). Bên cạnh đó còn có thuật ngữ non-negotiated terms, boilerplate terms để chỉ những điều khoản mà bên còn lại của quan hệ hợp đồng không được thương lượng để sửa đổi... Với nhiều tên gọi khác nhau đã làm cho cách hiểu về ĐKTMC không được rõ ràng và thậm chí nhiều người nhầm lẫn ĐKTMC chính là các điều khoản bất công bằng hoặc không lý giải được mối quan hệ giữa ĐKTMC với hợp đồng mẫu. NCS sẽ làm rõ các nội dung này.

Dù có các tên gọi khác nhau, nhưng các học giả đều coi các hợp đồng sử dụng ĐKTMC là những hợp đồng do một bên đưa ra các điều khoản và điều kiện mà phía bên kia chỉ ở thế “chấp nhận hoặc không chấp nhận” (take it or leave it basic) mà rất hiếm hoặc hầu như không có sự thương lượng, đàm phán về các nội dung hợp đồng. Ở Việt Nam, tác giả Nguyễn Như Phát là người đầu tiên đưa ra định nghĩa ĐKTMC như sau: “ĐKTMC là tất cả những điều kiện hợp đồng, quy tắc bán hàng được soạn bởi một bên trong quan hệ hợp đồng và được sử dụng trong khi ký kết hợp đồng với nhiều khách hàng khác nhau” [15, tr.8]. Tuy vậy, đối chiếu với các định nghĩa của BLDS Đức, Các nguyên tắc hợp đồng thương mại quốc tế PCCI của UNIDROIT hay Luật Hợp đồng Trung Quốc thì cho thấy định nghĩa của PGS.TS Nguyễn Như Phát dường như mới chỉ hướng đến các quy định, quy tắc, điều kiện

hợp đồng trong các hợp đồng tiêu dùng. NCS sẽ làm rõ hơn khái niệm về ĐKTMC và xây dựng định nghĩa của NCS trên cơ sở tổng kết các cách tiếp cận khác nhau.

Đặc biệt NCS sẽ so sánh làm rõ mối quan hệ giữa ĐKTMC và hợp đồng mẫu và giải quyết triệt để câu hỏi liệu ĐKTMC có chỉ là vấn đề pháp lý thuộc lĩnh vực bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng? Hợp đồng mẫu có phải chỉ là hợp đồng áp dụng đối với người tiêu dùng? Pháp luật về hợp đồng mẫu có phải là pháp luật về ĐKTMC? Trên cơ sở giải quyết những câu hỏi này, NCS làm rõ bản chất pháp lý của ĐKTMC.

Việc giải quyết những vấn đề này sẽ là tiền đề để NCS nhận diện các nội dung pháp luật cơ bản về ĐKTMC, từ đó NCS có cơ sở để phân tích luật thực định của Việt Nam trong lĩnh vực này. Trên cơ sở đó NCS đưa ra những đề xuất về giải pháp hoàn thiện pháp luật về ĐKTMC với những luận giải toàn diện về cơ sở lý luận và thực tiễn.

1.2.3. Về nền tảng triết lý của việc điều chỉnh pháp luật về điều kiện thương mại chung

Đây là nội dung nghiên cứu mới của Luận án so với các công trình nghiên cứu khác. Tác giả cố gắng bước đầu đưa ra những lý giải về nền tảng kinh tế, căn nguyên sâu xa của việc tiếp cận điều chỉnh pháp luật đối với ĐKTMC dựa trên các học thuyết kinh tế và pháp lý. Việc nghiên cứu sẽ trả lời cho câu hỏi tại sao cần phải có pháp luật riêng về ĐKTMC bên cạnh pháp luật hợp đồng? Sự can thiệp điều chỉnh của luật pháp có là sự vi phạm nguyên tắc tự do hợp đồng? Liệu căn cơ của việc điều chỉnh pháp luật về ĐKTMC có chỉ là nhằm mục đích bảo vệ bên yếu thế là bên không được soạn thảo hợp đồng và là nhóm chủ thể có vị trí yếu hơn về kinh tế? Từ kết quả nghiên cứu này của mình, cùng với việc đánh giá thực trạng luật thực định cũng như thực trạng áp dụng pháp luật về ĐKTMC của Việt Nam, NCS định hướng được về giải pháp xây dựng pháp luật ở lĩnh vực này.

1.2.4. Về vấn đề lịch sử hình thành pháp luật về điều kiện thương mại chung và nhận diện các nội dung cơ bản của pháp luật về điều kiện thương mại chung

Việc nghiên cứu lịch sử hình thành pháp luật về ĐKTMC là một trong những căn cứ để tác giả đưa ra kết luận về việc nhận diện các nội dung cơ bản của pháp luật về lĩnh vực này. Bên cạnh đó, tác giả sẽ tiếp cận về cách nghiên cứu về lịch sử

hình thành pháp luật về ĐKTMC của các học giả quốc tế để soi chiếu vào lịch sử hình thành pháp luật về ĐKTMC ở Việt Nam.

Tác giả sẽ là người tổng hợp các bài viết nghiên cứu của các học giả nước ngoài để dựng lên bức tranh tổng thể, rõ ràng về các nội dung cơ bản của pháp luật về ĐKTMC, trên cơ sở đó đối chiếu với luật hiện hành của Việt Nam để nhìn thấy những mảng, góc khuyết thiếu của các quy định pháp luật này ở Việt Nam.

1.2.5. Về cơ chế kiểm soát các điều kiện thương mại chung bất công bằng

Các bài nghiên cứu của các học giả nước ngoài cho thấy nhiều phân tích khác nhau liên quan đến hiệu lực của các ĐKTMC ở các cách tiếp cận cụ thể của các hệ thống pháp luật khác nhau, chủ yếu là hệ thống luật common law và hệ thống luật civil law. Trên cơ sở đó, nghiên cứu sinh là người tổng hợp thành các vấn đề lý luận chung về vấn đề này.

Các công trình nghiên cứu đã phân tích các cách thức bảo vệ bên yếu thế, chủ yếu là người tiêu dùng, trước những điều khoản hợp đồng soạn sẵn do nhà cung cấp đưa ra. Những cách thức bảo vệ được biết đến qua các công trình nghiên cứu gồm các cách thức chính sau:

Thứ nhất, nhà làm luật ghi nhận thêm nhiều điều khoản mang tính bắt buộc trong các văn bản pháp luật về những ngành nghề liên quan nhiều đến việc bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng, ví dụ: bảo hiểm, tài chính ngân hàng, y tế, vận tải...

Thứ hai, sự can thiệp của công quyền nhằm chống lại nguy cơ hình thành và áp dụng những ĐKTMC trái pháp luật còn được tiến hành bằng những biện pháp hành chính. Theo đó pháp luật trao cho cơ quan nhà nước có thẩm quyền thực hiện những hoạt động giám sát chặt chẽ bằng việc đối với một số ngành nghề cụ thể cơ quan này có thể tự ấn định hoặc phê chuẩn, chấp thuận các ĐKTMC.

Thứ ba, ngoài ra, với tư cách là một hệ thống bảo vệ công lý và lẽ phải, có chức năng giải thích và phát triển pháp luật, các cơ quan toà án thông qua hoạt động xét xử của mình, cũng có thể can thiệp vào việc xem xét tính hợp pháp của ĐKTMC qua từng vụ án cụ thể. Trong quá trình xét xử toà án có thể điều chỉnh lại các điều kiện này theo hướng cân bằng quyền lợi của các bên hoặc có thể tuyên vô hiệu những ĐKTMC trái pháp luật.

Thứ tư là việc áp dụng các chế tài về xử phạt hành chính, phạt tiền thậm chí xử phạt về hình sự.

Điểm đóng góp của NCS là tổng hợp các công trình nghiên cứu thành những vấn đề lý luận về pháp luật đối với việc điều chỉnh về sự bất công bằng trong các điều khoản hợp đồng soạn sẵn. Đây là thông tin mới cho việc nghiên cứu của Việt Nam. Trên cơ sở kết hợp với phân tích luật so sánh của một số quốc gia như Đức, Trung Quốc, Anh và pháp luật của Liên minh Châu Âu, tác giả sẽ tổng kết một số bài học kinh nghiệm cho pháp luật Việt Nam về vấn đề này.

1.2.6. Về việc điều chỉnh lại các điều kiện thương mại chung bất công bằng

Phần lớn các công trình nghiên cứu mới phân tích về hậu quả pháp lý của các ĐKTM vô hiệu mà chưa đưa ra được cơ chế pháp lý hợp lý để điều chỉnh lại các điều khoản này. Tác giả Frank and Bernice Greenberg là người đầu tiên khởi xướng nghiên cứu nội dung này đã nêu ra 3 giải pháp để điều chỉnh lại các điều khoản hợp đồng bất công bằng với cách đặt vấn đề rất đơn giản nhưng có nhiều quan điểm và hướng giải quyết khác nhau. Cụ thể vấn đề được tác giả đặt ra là: Một hàng hoá giả định có giá hợp lý là 500 USD. Giả sử ngưỡng giá tối thiểu đối với người bán là 250 USD, ngưỡng mua chịu đựng tối đa của người mua là 750 USD. Nếu thực tế hàng hoá đó đã được bán với giá 1000 USD. Xử lý tình huống như thế nào? Tác giả đưa ra 3 giải pháp với 3 cách tiếp nhận khác nhau. Theo trường phái “the most resonable term” (điều khoản hợp lý nhất) thì giá bán sẽ được điều chỉnh về mức 500 USD; Theo trường phái “the unfavorable term” (điều khoản ít ưu đãi nhất) thì giá bán sẽ được điều chỉnh về mức 250 USD; Theo trường phái “the minimally tolerable term” (điều khoản chịu đựng tối thiểu) thì giá bán sẽ được điều chỉnh về mức 750 USD.

Nội dung cụ thể của các trường phái này như sau: i/Đối với trường phái “the most resonable term”: có nghĩa là nếu như giá bán quá cao thì sẽ được thay thế bằng giá bán hợp lý, theo mức trung bình của giá thị trường; nếu điều khoản bồi thường thiệt hại trong hợp đồng quá lạm dụng, quá hà khắc thì sẽ bị thay thế bằng việc bồi thường những thiệt hại chuẩn mực theo tính toán của bên đánh giá trung lập hoặc chỉ bằng lợi nhuận bị mất đi. Nếu những điều khoản về lãi suất không được đảm bảo, sẽ được thay thế bằng lãi suất của thị trường; ii/Đối với trường phái “the unfavorable term”: nếu bên được soạn thảo lạm dụng để có được những lợi ích bất công bằng thì toà án sẽ “phạt” hành vi này bằng cách giảm toàn bộ lợi ích đạt được. Ví dụ nếu người cho vay áp đặt lãi suất lạm dụng, toà án sẽ quyết định lãi suất bằng zero hoặc điều khoản trọng tài được áp đặt bởi bên soạn thảo sẽ được thay thế bằng việc khởi kiện tranh chấp ra toà án; iii/Đối với trường phái “the minimally tolerable term”: Nếu có quãng để các bên có thể thương lượng lại thì chọn ngưỡng

chịu đựng tối thiểu nhất của bên yếu thế (mặc dù vẫn có thể nghiêng lợi ích cho bên soạn thảo).

Tác giả Frank and Bernice Greenberg ủng hộ trường phái thứ ba với lý do toà án không có quyền can thiệp vào lợi ích của một bên theo hướng tước bỏ lợi ích của bên còn lại, như vậy thì toà án vẫn “lấp lại vết cũ” của việc nghiêng về “lợi ích một bên” của các điều khoản bất công bằng, như vậy sự bất công bằng lại được tái diễn [46].

Những phân tích của tác giả Frank and Bernice Greenberg đặt ra nhiều vấn đề lý luận phải suy ngẫm. Tuy nhiên việc xử lý theo một trong những trường phái trên có mâu thuẫn với xử lý hậu quả của điều khoản hợp đồng vô hiệu? Việt Nam có đang áp dụng trường phái nào trong số các trường phái nêu trên? Liệu Việt Nam có thể học hỏi kinh nghiệm này trong việc xử lý ĐKTMC vô hiệu? Trường phái nào phù hợp với bối cảnh của luật thực định của Việt Nam là những nội dung mà tác giả dự kiến sẽ đề cập.

Ngoài những nội dung nghiên cứu mới nói trên NCS còn chọn lọc nghiên cứu pháp luật của Liên minh Châu Âu và một số quốc gia tiêu biểu như Anh, Đức, Trung Quốc để đúc rút những bài học kinh nghiệm cho Việt Nam và là người đầu tiên nghiên cứu một cách toàn diện và có hệ thống các quy định của pháp luật Việt Nam hiện hành về ĐKTMC, từ đó chỉ ra những bất cập cần được khắc phục, góp phần hoàn thiện pháp luật.

Cho đến nay, mặc dù việc nghiên cứu về ĐKTMC ở các quốc gia đã được khởi xướng từ rất lâu nhưng không phải vì thế mà tính thời sự của vấn đề này không còn bởi gần đây Liên minh Châu Âu đã có sự sửa đổi một số các Chỉ thị liên quan đến bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng, tuy nhiên Chỉ thị 93/13/EEC về các điều khoản bất bình đẳng trong hợp đồng tiêu dùng vẫn tiếp tục giữ nguyên hiệu lực. Vì vậy, các bài viết nghiên cứu sẽ còn được các học giả tiếp cận ở nhiều góc độ khác nhau và công trình nghiên cứu sinh cũng chỉ là hoạt động nghiên cứu mang tính chất khai phá đầu tiên của Việt Nam về những khía cạnh pháp lý rất phức tạp của pháp luật ở lĩnh vực này. Và có thể kết luận ở Việt Nam, nghiên cứu sinh là người đầu tiên nghiên cứu về vấn đề này ở góc độ là một luận án tiến sĩ, tổng hợp các vấn đề lý luận cơ bản về ĐKTMC và chỉ ra các bất cập của hệ thống pháp luật Việt Nam hiện hành, từ đó kiến nghị một số nội dung nhằm xây dựng hệ thống pháp luật phù hợp để điều chỉnh hiệu quả vấn đề áp dụng ĐKTMC trong các giao dịch hợp đồng.

1.3. Cơ sở lý thuyết, giả thuyết nghiên cứu của việc nghiên cứu đề tài và các câu hỏi nghiên cứu

1.3.1. Cơ sở lý thuyết của Luận án

Lý thuyết nghiên cứu bao gồm lý thuyết về kinh tế và pháp lý. Lý thuyết kinh tế cho nghiên cứu của đề tài là Định lý Coase (Coase Theorem). Lý thuyết của Coase cho rằng nếu các ngoại ứng có thể trao đổi được và chi phí giao dịch là không đáng kể (bằng không) thì không cần phải quy định ai được làm gì mà thị trường sẽ giải quyết vấn đề đó [37]. Về bản chất kinh tế, chi phí thương lượng hợp đồng có ảnh hưởng tiêu cực đến lợi ích chung của cả hai bên và giảm đi giá trị thương mại mà các bên đạt được của cả hai bên trong quan hệ hợp đồng. Hợp đồng nảy sinh trong điều kiện thị trường mà không phát sinh chi phí giao dịch có khả năng giảm thiểu tối đa chi phí nguồn lực, bất chấp nội dung của các quy tắc luật định. Bản thân các bên trong quan hệ hợp đồng chính là bên luôn tìm thấy các điều khoản hợp đồng mà gia tăng nhất lợi nhuận của họ. Nếu trong một môi trường kinh doanh mà thông tin là hoàn hảo thì tự thị trường sẽ điều tiết mà không cần pháp luật phải can thiệp. Từ học thuyết này cho thấy sự bất cân xứng thông tin trên thị trường là lý do quan trọng của việc can thiệp của luật pháp.

Lý thuyết pháp lý cho nghiên cứu của đề tài là học thuyết về “công bằng về thủ tục” (procedural justice) của Werner Flume (một học giả người Đức nổi tiếng trong lĩnh vực luật tư) và học thuyết “công lý theo bản thể” hay là công bằng thực chất (substantive justice) của Karl Larenz (cũng là một học giả nổi tiếng của Đức) trong lĩnh vực pháp luật hợp đồng [45].

Học thuyết công lý theo thủ tục dựa vào yếu tố chi phí giao dịch (transaction cost) với tính chất là đặc điểm cố hữu của ĐKTMC, nhấn mạnh sự bất cân xứng về chi phí giao dịch giữa bên sử dụng ĐKTMC và bên đối tác. Bởi vì bên sử dụng ĐKTMC chỉ phải trả chi phí một lần cho hàng loạt giao dịch, họ luôn có thông tin tốt hơn và những thông tin này cho phép họ đơn phương quyết định nội dung của hợp đồng. Trong khi đó, đối với bên đối tác, để có được các thông tin cần thiết trong quá trình đàm phán đòi hỏi rất tốn kém về chi phí. Hậu quả là, việc sử dụng các ĐKTMC cho thấy đó là sự tước đi cơ hội xem xét lại các điều khoản hợp đồng một cách chi tiết.

Học thuyết công lý theo bản thể dựa vào yếu tố “sự lạm dụng của bên mạnh hơn” (abuse of stronger position). Học thuyết này dựa trên khái niệm “quyền lực giao dịch không công bằng” (unequal bargaining). Theo đó, nguyên nhân ẩn giấu đằng sau việc điều chỉnh đối với ĐKTMC, đối lập với học thuyết chi phí giao dịch,

nó không phải là rủi ro cố hữu của ĐKTMC mà là nhằm hướng đến bảo vệ một tầng lớp xã hội nhất định. Do có vị thế cao hơn, ưu việt hơn về kinh tế, xã hội, thị trường, một doanh nghiệp có khả năng áp đặt các điều kiện hợp đồng đơn phương gây hại cho bên không được soạn thảo nội dung hợp đồng. Học thuyết này được cho là có nguồn gốc từ việc bảo vệ công lý trong phân phối (distributive justice), có nguồn gốc từ Lý thuyết công lý của Aristote (384-322 TCN), một trong những người thầy có ảnh hưởng nhất đối với bộ môn triết học chính trị, được trình bày chủ yếu trong tác phẩm Đạo đức học Nicomachus (Nicomachean Ethics). Theo đó, công lý cốt ở việc đối xử bình đẳng với những người ngang nhau và bất bình đẳng với những người không ngang hàng, tương xứng với sự khác nhau về địa vị của họ.

Các học thuyết này là cơ sở để NCS đưa ra những luận giải về nền tảng triết lý của việc điều chỉnh pháp luật đối với ĐKTMC, từ đó có được sự nhận diện rõ ràng về các nội dung pháp luật về ĐKTMC.

1.3.2. Các giả thuyết của việc nghiên cứu đề tài

Luận án đặt ra các giả thuyết nghiên cứu sau:

- Nếu không có sự khác biệt về bản chất kinh tế và pháp lý giữa ĐKTMC trong lĩnh vực tiêu dùng và các lĩnh vực kinh doanh khác thì không có lý do thuyết phục để cho rằng việc bảo vệ các chủ thể không được ban hành (bị áp đặt) các ĐKTMC là do bởi người tiêu dùng là những chủ thể yếu thế trong các giao dịch hợp đồng mẫu. Mặc dù không phủ nhận rằng NTD là chủ thể số đông thường bị xâm hại bởi các ĐKTMC bất công bằng nhưng NTD không là chủ thể duy nhất. Bởi lẽ đó, pháp luật về ĐKTMC không chỉ là pháp luật về bảo vệ quyền lợi NTD.

- Cho dù ĐKTMC và hợp đồng mẫu không phải là một thuật ngữ pháp lý giống nhau nhưng việc điều chỉnh pháp luật về hợp đồng mẫu hay điều chỉnh pháp luật về ĐKTMC về thực chất là điều chỉnh việc áp dụng các điều khoản hợp đồng soạn sẵn trong các hợp đồng mà một bên không được quyền thương lượng, soạn thảo và đàm phán các nội dung đó để sửa đổi, bổ sung. Do vậy việc cùng tồn tại pháp luật điều chỉnh về hợp đồng mẫu và pháp luật về ĐKTMC là sự bất hợp lý.

1.3.3. Các câu hỏi nghiên cứu

Luận án đặt ra và sẽ giải quyết các câu hỏi nghiên cứu sau đây:

- ĐKTMC là gì? Bản chất pháp lý của ĐKTMC? ĐKTMC và hợp đồng mẫu có là một?
- Cơ sở nào để pháp luật can thiệp điều chỉnh việc áp dụng các ĐKTMC trong quan hệ hợp đồng?

- Tại sao pháp luật các nước có các cách tiếp cận khác nhau điều chỉnh về vấn đề này?
- Việc pháp luật Việt Nam tồn tại cả quy định về hợp đồng mẫu trong BLDS và các quy định về hợp đồng mẫu, điều kiện giao dịch chung trong lĩnh vực bảo vệ quyền lợi NTD có là sự hợp lý?
- Pháp luật về ĐKTMC ở Việt Nam cần được hoàn thiện như thế nào?

Kết luận Chương 1

1. ĐKTMC là hiện tượng tất yếu của nền kinh tế phát triển. Việc nghiên cứu pháp luật về ĐKTMC do vậy cũng đã được xuất hiện sớm trong khoa học pháp lý của các quốc gia phát triển. Tuy nhiên ở Việt Nam, tình hình nghiên cứu về pháp luật về ĐKTMC chỉ mới xuất hiện trong thời gian gần đây cùng với nhu cầu bức thiết của việc bảo vệ quyền lợi NTD trước các ĐKTMC trái pháp luật. Phần lớn các công trình nghiên cứu đã tiếp cận theo hướng bảo vệ quyền lợi NTD trước các giao dịch hợp đồng mẫu, các điều kiện giao dịch chung trong lĩnh vực tiêu dùng.

2. Mặc dầu vậy, ĐKTMC là hiện tượng kinh tế xuất hiện ở nhiều lĩnh vực kinh doanh khác nhau, được áp dụng không chỉ với NTD mà còn được áp dụng với các thương nhân với nhau. Câu hỏi được đặt ra liệu pháp luật có cần thiết phải điều chỉnh cả việc áp dụng ĐKTMC trong các hợp đồng giữa thương nhân với các thương nhân đã bắt đầu được đề cập rộng rãi trong khoa học pháp lý của các quốc gia trên thế giới trong những năm gần đây.

3. Ở Việt Nam chưa có một công trình khoa học nào đặt vấn đề nghiên cứu nói trên, các câu hỏi nghiên cứu mà NCS nêu ra cũng chưa được giải quyết một cách toàn diện về cơ sở lý luận và thực tiễn. Trong bối cảnh từng bước hoàn thiện pháp luật, đặc biệt là pháp luật hợp đồng để đối diện với những thách thức của hội nhập kinh tế quốc tế, việc nghiên cứu những vấn đề lý luận lý giải căn kẽ căn nguyên của việc xây dựng pháp luật về ĐKTMC là lựa chọn mới, lần đầu tiên được tiếp cận.

CHƯƠNG 2

NHỮNG VẤN ĐỀ LÝ LUẬN VỀ ĐIỀU KIỆN THƯƠNG MẠI CHUNG VÀ PHÁP LUẬT VỀ ĐIỀU KIỆN THƯƠNG MẠI CHUNG

2.1. Tổng quan về điều kiện thương mại chung

Điều kiện thương mại chung (viết tắt là ĐKTMC) hay điều kiện giao dịch chung là một thuật ngữ được dịch từ tiếng Anh là “general condition of trade” hoặc “general condition of business” hay “general terms and conditions”. Khi tìm kiếm thuật ngữ này trên trang Google sẽ cho thấy hàng loạt các điều kiện, quy tắc thương mại, các điều kiện hợp đồng cụ thể của các doanh nghiệp khác nhau. Ở Việt Nam, thuật ngữ ĐKTMC cũng không có tên gọi thống nhất, có một số công trình nghiên cứu gọi là “điều kiện giao dịch chung” [9]. Luật Bảo vệ quyền lợi NTD Việt Nam cũng dùng thuật ngữ “điều kiện giao dịch chung” nhưng chỉ ở góc độ là các quy định, quy tắc bán hàng, cung ứng dịch vụ trong lĩnh vực tiêu dùng. Xét ở khía cạnh tiếng Việt, thuật ngữ “điều kiện giao dịch chung” rộng hơn “ĐKTMC”, nhưng dịch là ĐKTMC sát nghĩa hơn. Đây là thuật ngữ dịch từ ngôn ngữ nước ngoài (nguyên gốc tiếng Đức là Allgemeine Geschäftsbedingungen) nên việc nghiên cứu sinh chọn sử dụng làm thuật ngữ chung cho toàn bộ luận án và lấy đó làm chuẩn để so sánh, phân tích với những khái niệm đang được sử dụng chưa nhất quán là mang tính quy ước.

2.1.1. Nguồn gốc hình thành điều kiện thương mại chung

Khó có thể xác định chính xác thời điểm hình thành đầu tiên của một ĐKTMC cụ thể nào đó trên thế giới. Theo nghiên cứu của nhiều học giả, ĐKTMC không phải là hiện tượng của xã hội hiện đại. ĐKTMC được cho là đã xuất hiện từ thời Trung Cổ, điển hình trong lĩnh vực bảo hiểm hàng hải. Tuy vậy ĐKTMC được sử dụng phổ biến ở thời kỳ công nghiệp hoá vào Thế kỷ XIX ở Châu Âu, là kết quả của việc sản xuất hàng hoá và cung cấp dịch vụ đại trà làm thay đổi một cách căn bản nền kinh tế và xã hội Châu Âu thời kỳ đó. Khi này ĐKTMC mới trở thành hiện tượng đặt ra nhiều thách thức cho việc can thiệp của pháp luật [55].

Sự xuất hiện của nền sản xuất và cung cấp hàng hoá đại trà (mass production) với các giao dịch thương mại được lặp đi lặp lại đã làm cho các nhà cung cấp tự loại bỏ các rủi ro trong quá trình kinh doanh bằng việc đúc rút kinh nghiệm của những lần giao dịch lặp lại đó. Hàng loạt các hợp đồng mẫu đại trà, (“mass standardised

contract”) xuất hiện. Lĩnh vực xuất hiện việc sử dụng ĐKTMC sớm nhất là lĩnh vực vận tải (transportation), bảo hiểm (insurance), ngân hàng (banking business), sau đó lan sang cả các quan hệ mua bán trong nước, mua bán quốc tế và trong cả các quan hệ lao động (labour relation). Điển hình nhất của các ĐKTMC được thể hiện ở các chính sách bảo hiểm, theo đó bên bảo hiểm có quyền quyết định nội dung, đối tượng bảo hiểm. Ngoài ra, các hợp đồng mà một bên là các tổ chức nhà nước, theo đó các điều khoản hợp đồng phải được quy định bởi luật pháp cũng thể hiện rõ các ĐKTMC được ban hành, ấn định bởi các nhà làm luật. Khi này Nhà nước được hiểu là một chủ thể trong quan hệ hợp đồng và ban hành các ĐKTMC đối với những quan hệ hợp đồng mà Nhà nước là một bên chủ thể [47].

Việc cung cấp hàng hoá, dịch vụ độc quyền (một cách tự nhiên hoặc có chủ ý) hoặc sự sao chép một cách đồng loạt các điều kiện thương mại giữa các nhà cung cấp cùng sản phẩm, hàng hoá buộc người mua phải ở thế “take it or leave it” (lựa chọn hay không lựa chọn). Với tham vọng giành giật nhiều lợi ích trong kinh doanh và chỉ ít để bảo vệ quyền lợi của mình đã làm cho các doanh nghiệp có cùng lợi ích tập hợp thành các tập đoàn. Những tập đoàn đó có thể là các tổ chức lũng đoạn như cartel, trust, syndicat,...có thể là những tổ chức xã hội có tính chất xã hội như hiệp hội (association) hay các liên hiệp hội (federation). Để bảo vệ quyền lợi của các thành viên, các tập đoàn, hiệp hội, các doanh nghiệp lớn thường đưa ra các quy định, điều kiện, các cách ứng xử mẫu trong kinh doanh bằng những điều khoản soạn sẵn (standard clause, standard type). Trong giai đoạn đầu của việc sử dụng những điều khoản soạn sẵn, với mục đích bảo vệ quyền lợi của các thành viên của mình, các tập đoàn, các hiệp hội đã đưa ra các điều kiện riêng trong hoạt động thương mại và dành cho các thành viên của mình áp dụng. Sau đó, nhằm tăng tính thuận tiện trong đàm phán, các điều khoản rời rạc này được tập hợp thành một bản các điều khoản soạn sẵn mang tính tham khảo. Khi các điều khoản này được soạn thảo đầy đủ hơn với những điều khoản soạn sẵn toàn bộ nội dung và những điều khoản để ngỏ để điền thông tin riêng của từng vụ thì bản đầy đủ của các hợp đồng mẫu ra đời. Ví dụ như trong lĩnh vực kinh doanh quốc tế, Hiệp hội buôn bán Ngũ cốc Luân Đôn (The London Corn Trade Association), Hiệp hội buôn bán Đường Luân Đôn (The Sugar Association of London) ban hành đến 60 loại hợp đồng mẫu... Ở lĩnh vực thương mại quốc tế, các hợp đồng mẫu phần lớn được tổng kết từ các tập quán thương mại và dần dần trở thành một phần các ĐKTMC theo hình thức thể hiện thành các nội dung trong hợp đồng và phổ biến là dẫn chiếu các tập quán

thương mại được thừa nhận rộng rãi trong kinh doanh như một phần của hợp đồng. Khởi nguồn các hợp đồng mẫu ra đời nhằm mục đích tham khảo và tạo điều kiện dễ dàng cho việc giao kết hợp đồng. Tuy nhiên, khi các doanh nghiệp tiếp tục phát triển, cá biệt hoá các điều khoản soạn sẵn này và tách phần đã được soạn thảo đầy đủ nội dung thành một bản điều kiện không thay đổi qua các thương vụ, ĐKTMC dần được hình thành. Chính vì những điều khoản được lựa chọn đưa vào ĐKTMC đã được lựa chọn kỹ, được chuẩn hoá, ít thay đổi và được soạn thảo cẩn thận nên các doanh nghiệp đề nghị đối tác chấp nhận toàn bộ nội dung mà không có sự đàm phán, thương lượng. Mặt khác, ở các giao dịch với số đông như hợp đồng gia nhập, hợp đồng hàng loạt... để thương lượng, đàm phán chi tiết các điều khoản hợp đồng với từng chủ thể là điều không thể thực hiện. Các ĐKTMC dần dần được chấp nhận do thói quen, tập quán hay do áp lực về mặt xã hội hoặc do khách hàng hầu như không có hoặc có rất ít có cơ hội khác để lựa chọn [9].

Bên cạnh những hoàn cảnh hình thành ĐKTMC đó, ở Việt Nam, trong thời kỳ kinh doanh bất động sản “dậy sóng”, việc xuất hiện các hợp đồng mẫu với các điều khoản hợp đồng thể hiện dấu ấn rõ rệt của việc mất cân đối trong địa vị của các bên trong giao kết hợp đồng trong việc mua bán căn hộ chung cư, thuê văn phòng thương mại và các giao dịch khác trong hoạt động kinh doanh bất động sản cho thấy các ĐKTMC được hình thành trong bối cảnh rất đặc thù của nền kinh tế chuyển đổi thời kỳ đầu. Một thời gian dài trước đây cho thấy khi việc mua nhà ở, quyền sử dụng đất theo dự án là sự “ban phát” của chủ đầu tư do chênh lệch ‘cung-cầu’, hàng loạt các hợp đồng mua bán với những điều khoản hợp đồng soạn sẵn, chỉ bảo vệ quyền lợi của bên bán, gạt bỏ một cách “thô thiển” các quyền tối thiểu của bên mua đã được ra đời. Người mua không chỉ phải chấp nhận các điều kiện hợp đồng bất lợi mà thậm chí còn phải mất tiền, bỏ thêm các chi phí chênh lệch để được ký hợp đồng. Hàng loạt các vụ lừa đảo người mua đã xuất hiện trong bối cảnh như thế. Có thể nói, sự mất cân bằng rõ rệt giữa quan hệ “cung-cầu” trên thị trường cũng là một điều kiện để cho các ĐKTMC biểu hiện qua các hợp đồng mẫu hình thành, nảy nở và điều này được chứng minh ngay tại Việt Nam. Sự mất cân bằng này đã cho thấy đây là một trong những nguy cơ lớn dẫn đến sự thất bại của thị trường, trong đó sự bất cân xứng thông tin làm yếu đi một thị trường đúng nghĩa và gây thiệt hại lớn cho các nhà đầu tư chân chính. Hiện nay, ngay khi thị trường bất động sản đang cạnh tranh sôi động, hàng loạt các hợp đồng mẫu với sự mất cân xứng về quyền và nghĩa vụ giữa các bên vẫn tồn tại. Dù bên mua được nhận nhiều ưu đãi tốt hơn so

với trước đây, nhưng việc bùng nổ thông tin trong giao dịch hợp đồng vẫn là thực trạng đang diễn ra hàng ngày.

Như vậy qua nghiên cứu về nguồn gốc hình thành ĐKTMC, có thể rút ra kết luận: Sự xuất hiện các ĐKTMC, hợp đồng mẫu là tất yếu khách quan của nền kinh tế sản xuất và dịch vụ phát triển với mục tiêu giảm thiểu chi phí giao dịch; việc doanh nghiệp sử dụng ĐKTMC hay hợp đồng mẫu (có hàm chứa các ĐKTMC) trong thực tế là do sự thuận tiện khác nhau và từng bối cảnh giao dịch khác nhau nhưng đều là việc giao kết hợp đồng có sử dụng ĐKTMC; sự “thiên vị lợi ích một bên” nếu có của các ĐKTMC không chỉ có nguồn gốc từ nền kinh tế độc quyền, do vị thế kinh tế của một bên mang lại như cách hiểu truyền thống lâu nay.

2.1.2. Khái niệm và bản chất pháp lý của điều kiện thương mại chung

Trong thực tế, ĐKTMC là nội dung có tính tiêu chuẩn, ổn định được đưa vào trong giao dịch hợp đồng, được doanh nghiệp sử dụng chung cho khách hàng đối với cùng một loại giao dịch mà các khách hàng không thể sửa đổi nội dung đó. ĐKTMC có thể do một hoặc nhiều chủ thể cùng nhau xây dựng nhằm đảm bảo tính thống nhất về hiệu lực chung khi ký kết các hợp đồng trong cùng một lĩnh vực kinh doanh nào đó. ĐKTMC có tính chuẩn hoá, tính “mẫu” để được sử dụng chung, lặp đi, lặp lại nhiều lần, không được các bên thương lượng mà được đưa vào hoặc dẫn chiếu thành nội dung hợp đồng dưới dạng các điều khoản, điều kiện hợp đồng mẫu (standard terms) với đặc tính quan trọng là “được soạn sẵn” (điều khoản soạn sẵn) và bên còn lại không được quyền thương lượng để thay đổi nội dung này. Cũng cần lưu ý là ĐKTMC bao gồm các cả điều khoản (terms hoặc clauses) và các điều kiện (conditions) nên có trường hợp viết đầy đủ thì người ta dùng thuật ngữ “standard terms and conditions” nhưng cũng có trường hợp chỉ được gọi vắn tắt là “standard terms”. Bản thân từ “terms” trong tiếng Anh bao gồm cả điều khoản và điều kiện. Nhưng dù dùng với thuật ngữ nào thì bản chất nó cũng chỉ đến các điều khoản hợp đồng soạn sẵn hay điều khoản mẫu.

Việc gọi các điều khoản hợp đồng soạn sẵn là ĐKTMC xuất phát từ cách đặt tên của các nhà lập pháp Đức ở định nghĩa về ĐKTMC tại Luật về ĐKTMC trước đây và nay là Điều 305 BLDS Đức năm 2002 (thuật ngữ này tiếng Anh là “standard business terms được dịch từ nguyên bản tiếng Đức là ĐKTMC). Các điều khoản hợp đồng soạn sẵn này còn được các nhà kinh tế học gọi là “non-negotiable terms and conditions” theo đúng tính chất đặc thù của nó [24]. Đối lập với ĐKTMC hay

các điều khoản hợp đồng soạn sẵn là các điều khoản hợp đồng được hình thành trên quá trình thương lượng, trao đổi, đàm phán giữa các bên trong hợp đồng (individually negotiated).

Theo quy định của khoản 1 Điều 305 của BLDS Đức (BGB) “*ĐKTMC là tất cả các điều khoản hợp đồng được soạn thảo trước và được sử dụng ít nhất trong hai hợp đồng trở lên, do một bên đưa ra để phía bên kia tham gia hợp đồng*” [54, tr.3]. Cũng theo quy định của khoản 1 Điều này, việc các ĐKTMC được thể hiện ở hình thức nào, là một bộ phận tách rời được dẫn chiếu tới hay bản thân các điều khoản trong hợp đồng, mức độ thể hiện của nó như thế nào, thể hiện bởi biểu hiện ra bên ngoài hay phong (font) chữ nào, dưới hình thức hợp đồng nào không quan trọng. Quan trọng là các nội dung này không được thương lượng một cách chi tiết giữa hai bên.

Cùng cách tiếp cận này với Bộ luật Dân sự Đức, Bộ nguyên tắc hợp đồng thương mại quốc tế (The Principles of International Commercial Contract PICC) do Viện Thống nhất tư pháp quốc tế UNIDROIT ban hành và Luật Hợp đồng của Trung Quốc cũng đưa ra định nghĩa về điều khoản hợp đồng soạn sẵn (standard contract terms). Theo đó, Điều 2.1.19 PICC quy định “*Điều khoản hợp đồng soạn sẵn (standard terms) là điều khoản được chuẩn bị từ trước cho việc sử dụng lại nhiều lần và nhìn chung được tiến hành không qua đàm phán với phía bên kia*” [55, tr.66] và Điều 39 Luật Hợp đồng Trung Quốc định nghĩa “*Điều khoản hợp đồng soạn sẵn là những điều khoản được soạn trước bởi một bên với mục đích sử dụng lặp lại và nó không là kết quả của việc thương lượng, đàm phán với phía bên kia trong việc xác lập hợp đồng*” [48, tr.3].

Mặc dù Điều 2.1.19 PICC và Điều 39 Luật Hợp đồng Trung Quốc không sử dụng trùng khít thuật ngữ “standard business terms” nhưng nội hàm của các định nghĩa này và định nghĩa của Điều 305 BLDS Đức là giống nhau. Tại Điều 2.2.19 PICC cũng đã diễn giải những dấu hiệu của các điều khoản hợp đồng soạn sẵn, theo đó việc các điều khoản được biểu hiện ở hình thức nào (chẳng hạn như nó là một bộ phận tách rời hợp đồng hay chính là các điều khoản trong hợp đồng; nó là một văn bản được in ấn hay là một file điện tử...) hay do chủ thể nào ban hành (doanh nghiệp hay hiệp hội kinh doanh, hiệp hội nghề nghiệp...) hay phạm vi thể hiện (là gần như toàn bộ các điều khoản chính trong hợp đồng hay chỉ một vài điều khoản về loại trừ trách nhiệm hợp đồng, điều khoản trọng tài...) không là yếu tố quyết

định. Yếu tố quyết định là các điều khoản này phải được soạn trước để sử dụng lặp lại nhiều lần và quan trọng nhất là nó không được đàm phán, thương lượng giữa các bên.

Như vậy, có thể thấy các tiêu chí của ĐKTMC đó là: i/Phải được soạn sẵn (pre-formulated); ii/được sử dụng lặp lại (“repeated use”) và iii/một bên không được đàm phán, thương lượng để thay đổi các điều khoản này (“non-negotiable”). Với các tiêu chí nói trên, về mặt nội dung ĐKTMC chính là ý chí đơn phương của một bên trong quan hệ hợp đồng; về hình thức ĐKTMC chính là các nội dung soạn sẵn được đưa vào thành một bộ phận của hợp đồng hay là các điều khoản hợp đồng soạn sẵn không dựa trên sự thương lượng và đàm phán của các bên trong quan hệ hợp đồng. Điều đó làm cho các hợp đồng có sử dụng ĐKTMC khác với các hợp đồng truyền thống- là những hợp đồng hình thành trên nền tảng của việc trao đổi, thảo luận ý chí giữa hai bên (sự đồng thuận). Tuy vậy, hợp đồng giao kết sử dụng ĐKTMC không phải không có sự đồng thuận bởi việc chấp nhận tham gia hợp đồng chính là sự chấp nhận hợp đồng. Song, so với hợp đồng truyền thống, điểm khác biệt là hợp đồng giao kết sử dụng ĐKTMC được thiết lập dựa trên các điều khoản, điều kiện hợp đồng soạn sẵn, bên không được ban hành chỉ có thể chấp nhận hoặc không chấp nhận và thường không còn sự lựa chọn nào khác.

Ở góc độ lý luận, ở Việt Nam, ĐKTMC được PGS.TS Nguyễn Như Phát định nghĩa: *“ĐKTMC được hiểu là tất cả những điều kiện hợp đồng, quy tắc bán hàng được soạn trước bởi một bên trong quan hệ hợp đồng và được sử dụng trong khi ký kết hợp đồng với nhiều khách hàng khác nhau”* [15, tr.8]. Mặc dù tác giả dùng từ “bán hàng” nhưng phải hiểu cách tiếp cận của PGS.TS Nguyễn Như Phát là cách tiếp cận theo nghĩa rộng, không chỉ đề cập đến các ĐKTMC trong lĩnh vực mua bán hàng hoá mà còn trong cả lĩnh vực cung ứng dịch vụ. Tuy nhiên định nghĩa này của PGS.TS Nguyễn Như Phát dường như chưa cắt nghĩa hết được các quy tắc, điều kiện hợp đồng do một bên soạn thảo, được áp dụng nhiều lần cho cùng giao dịch với một chủ thể (trong một bối cảnh nhất định) có là ĐKTMC không. ĐKTMC *“được sử dụng trong khi ký kết hợp đồng với nhiều khách hàng khác nhau”* là hiện tượng phổ biến, nhưng nếu coi việc ký kết hợp đồng với nhiều khách hàng khác nhau là dấu hiệu để nhận diện ĐKTMC thì dường như tác giả mới chỉ nhìn vào tính ứng dụng với số đông của ĐKTMC mà chưa làm rõ mục đích ban hành của ĐKTMC, đó là việc hướng đến áp dụng “chung” và vì vậy, có thể trong một số hoàn cảnh nhất định, khó lý giải những điều kiện, quy tắc hợp đồng được áp dụng

lắp đi lắp lại cho một chủ thể là gì, chẳng hạn như việc áp dụng ĐKTMC ở những lĩnh vực kinh doanh tiên tiến mới xuất hiện ở Việt Nam những năm gần đây. Ví dụ: Những năm đầu Việt Nam làm quen với sự phát triển của nền khoa học công nghệ tự động, số lượng doanh nghiệp kinh doanh trong lĩnh vực điều khiển tự động trong các toà nhà thương mại (gọi tắt tiếng Anh là BMS) rất ít và lượng khách hàng có tiềm lực về tài chính để mua các thiết bị và hệ thống quản lý BMS cũng rất hiếm hoi. Có thời điểm chỉ có một doanh nghiệp sử dụng công nghệ này, chẳng hạn như Tập đoàn Viettel là doanh nghiệp đầu tiên và hiện nay đang là doanh nghiệp duy nhất sử dụng thiết bị và công nghệ điều khiển tự động của Hãng Reliable nổi tiếng của Canada. Doanh nghiệp đại lý độc quyền của Hãng này ở Việt Nam khi ký kết hợp đồng thi công, lắp đặt với Tập đoàn viễn thông quân đội Viettel đương nhiên sẽ sử dụng các hợp đồng mẫu với các ĐKTMC của riêng doanh nghiệp này cùng với các chính sách thương mại của Hãng Reliable. Việc sử dụng này được lặp đi lặp lại vì Viettel chọn nhà cung cấp này cho nhiều công trình toà tháp thương mại đang xây dựng ở TP HCM và chỉ có Viettel là doanh nghiệp duy nhất hiện nay đang bị áp dụng các ĐKTMC này. Như vậy, trong tình huống này, doanh nghiệp đại lý độc quyền ban hành ĐKTMC với ý định là sẽ áp dụng cho nhiều đối tác khác nhau, nhưng trong thời gian đầu mới chỉ có Viettel là doanh nghiệp chịu sự áp đặt của các ĐKTMC đó. Thực tiễn này cũng đang chứng minh một xu thế chung không chỉ ở Việt Nam mà còn ở cả các nước tiên tiến trên thế giới là các doanh nghiệp sử dụng ĐKTMC trong giao kết hợp đồng không hẳn chỉ là bên có thế mạnh về kinh tế trong quan hệ hợp đồng. Ngay cả Viettel là một tập đoàn kinh tế mạnh cũng có sự lệ thuộc nhất định trong những tình huống cụ thể, đó là sự lệ thuộc vào công nghệ.

ĐKTMC còn là sản phẩm của việc chuyên môn hoá, chuẩn hoá các quy tắc hành xử trong kinh doanh mà doanh nghiệp ban hành tổng kết, đúc rút được trong thực tiễn hoạt động. Mặt khác, việc cả hai bên doanh nghiệp đều sử dụng ĐKTMC trong giao kết hợp đồng với nhau cũng không phải là hiện tượng hiếm và trong khoa học pháp lý đã có những tranh luận trong trường hợp cả hai bên đều có ĐKTMC của mình thì ĐKTMC của bên nào sẽ được áp dụng nếu có sự xung đột (thuật ngữ tiếng Anh gọi hiện tượng này là “the battle of the forms”). Khi này các học thuyết khác nhau đã đưa ra các kết quả khác nhau. Theo học thuyết “*Dẫn chiếu lần cuối*” (*The last shot*) thì ĐKTMC của bên đưa ra lời đề nghị giao kết hợp đồng sau cùng sẽ được áp dụng, còn học thuyết “*Dẫn chiếu đầu tiên*” (*The first shot*) thì lại ưu tiên ĐKTMC của bên đưa ra đề nghị giao kết hợp đồng. Bên cạnh đó học

thuyết “*Loại trừ*” (knock-out) lại loại bỏ những ĐKTMC có mẫu thuẫn của hai bên [55, tr.5]. Như vậy, sẽ là bất hợp lý nếu không coi các điều kiện, quy tắc hợp đồng mẫu được áp dụng lặp đi lặp lại nhiều cho một khách hàng (trong bối cảnh nhất định) là ĐKTMC. Các điều kiện hợp đồng này cũng thoả mãn các tiêu chí của ĐKTMC theo phân tích trên đây, đó là tính soạn sẵn, tính sử dụng nhiều lần và tính không được thương lượng, đàm phán để thay đổi.

Trở lại với quy định của Điều 305 BLDS Đức và Điều 2.1.19 của PICC, có thể thấy bản thân quy định “*được sử dụng ít nhất trong hai hợp đồng trở lên*” (BGB) hay “*sử dụng lại nhiều lần*” (PICC) được hiểu theo nghĩa nào là chưa rõ ràng. Sẽ có thể có cách hiểu rằng việc sử dụng phải ít nhất cho hai hợp đồng cho 2 chủ thể trở lên nhưng cũng có thể sẽ có cách hiểu rằng việc sử dụng ít nhất cho hai hợp đồng trở lên cho cùng một chủ thể. Liên quan đến vấn đề này, trong bài viết “*Các nguyên tắc của Luật về ĐKTMC của CHLB Đức*” (Principles of the German Law on Standard Terms of Contract), Giáo sư, tiến sĩ Thomas Zerres (University of Applied Sciences Erfurt- CHLB Đức) khẳng định trong thực tiễn xét xử của toà án Đức các điều khoản hợp đồng được soạn thảo sẵn với ý định, mục đích để sử dụng cho ít nhất 3 lần trở lên, thậm chí với cùng một chủ thể thì vẫn được coi là các ĐKTMC và thuộc phạm vi điều chỉnh của AGBs trước đây (BGB hiện nay) [54, tr.5].

Theo quan điểm của NCS, những điều kiện, điều khoản hợp đồng đó cũng là những điều kiện, quy tắc thương mại được “lặp đi, lặp lại”, bên không được soạn thảo không có khả năng đàm phán, sửa đổi nó và quan trọng là các điều khoản hợp đồng này không được hình thành trên nguyên tắc tự do khế ước đúng nghĩa, vì vậy cần phải được quan niệm là ĐKTMC. “Chung” ở đây không có nghĩa là chung cho nhiều khách hàng khác nhau và có thể là chung cho nhiều giao dịch lặp đi lặp lại. Tuy nhiên, trên thực tế những điều kiện thương mại được sử dụng lặp đi lặp lại chỉ với một số ít khách hàng như thế này là không phổ biến, thậm chí khá hiếm và thường chỉ xuất hiện trong những bối cảnh nhất định. Mặc dù vậy, NCS cho rằng việc hiểu ĐKTMC theo hướng này là đầy đủ, toàn diện hơn về khái niệm ĐKTMC.

Như vậy, theo NCS “*ĐKTMC là những nội dung hợp đồng soạn sẵn, thể hiện ở các hình thức khác nhau, được ban hành bởi một bên để sử dụng nhiều lần trong giao dịch hợp đồng mà bên kia trong quan hệ hợp đồng không được thương lượng, đàm phán để thay đổi các nội dung đó*”.

Về hình thức, ĐKTMC được thể hiện ở hai dạng cơ bản sau: i/Các điều khoản soạn sẵn không thay đổi trong hợp đồng được áp dụng nhiều lần và cho nhiều chủ thể khác nhau và ii/Các quy định, quy tắc, điều kiện giao dịch được dẫn chiếu, đăng ký, niêm yết (được đương nhiên coi là một bộ phận của hợp đồng khi phù hợp các quy định của pháp luật).

Các ĐKTMC cũng được biểu hiện ở những hình thức tồn tại vật chất (physical) khác nhau, có thể ở dạng văn bản được in ấn, cũng có thể ở dưới dạng các thông điệp điện tử...Tuy nhiên, hình thức biểu hiện của ĐKTMC không là yếu tố quan trọng mà quan trọng là những nội dung này không là kết quả của quá trình thương lượng giữa các bên trong quan hệ hợp đồng, đây là khác biệt cơ bản so với việc xác lập hợp đồng truyền thống. Sự thiếu đi yếu tố thương lượng là nhân tố quan trọng nhất để pháp luật can thiệp vào sự tự do ý chí của các bên trong hợp đồng.

Để hiểu rõ hơn về khái niệm ĐKTMC, cần làm rõ thuật ngữ có mối quan hệ mật thiết với ĐKTMC đó là hợp đồng mẫu, hợp đồng gia nhập (Adhesion Contract) hay hợp đồng hàng loạt (Boilerplate Contract).

Giữa hợp đồng mẫu và ĐKTMC có những điểm giống nhau đó là hợp đồng mẫu và ĐKTMC đều là những tiền đề về nội dung do một bên soạn sẵn, đưa ra và trở thành nội dung của hợp đồng nếu được bên kia chấp nhận. Hợp đồng mẫu và ĐKTMC đều giống nhau ở mục đích sử dụng. Sự ra đời của ĐKTMC và hợp đồng mẫu với tính chuẩn hoá và ổn định cao, là nhằm mục đích giúp cho việc giao kết hợp đồng trở nên thuận tiện, dễ dàng, tiết kiệm được thời gian và chi phí cho các bên khi tham gia ký kết hợp đồng, góp phần đẩy nhanh tốc độ các giao dịch từ đó thúc đẩy thương mại phát triển. Thông qua việc thiết lập các quy tắc bán hàng, cung cấp dịch vụ thống nhất, các thương nhân đã phát triển nhiều loại hợp đồng cụ thể mà các nhà làm luật chưa lường hết được. Điều này có ý nghĩa thực tiễn rất cao vì nó kịp thời đáp ứng được những thay đổi của các loại giao dịch trong khi luật pháp thường có sự chậm trễ hơn so với thực tiễn.

Tuy nhiên, điểm khác giữa hợp đồng mẫu với ĐKTMC đó là trong thực tiễn áp dụng, ĐKTMC là bản mang tính áp đặt áp dụng trong các thương vụ, trong khi hợp đồng mẫu chỉ vẫn mang tính tham khảo nhiều hơn. Với hợp đồng mẫu, khách hàng có thể đồng ý hay không đồng ý với nội dung của các điều khoản được soạn sẵn, tuy nhiên nếu muốn tiến tới giao dịch với phía bên kia, hai bên có thể tiến hành thương lượng, đàm phán để cùng đi đến thống nhất hình thành một bản hợp đồng

mới. Nhưng với điều kiện giao dịch chung, khách hàng chỉ có thể lựa chọn một là không đồng ý thực hiện giao dịch với chủ thể soạn thảo ra ĐKTMC, hai là đồng ý toàn bộ chứ không thể thoả thuận về việc sửa đổi hay bảo lưu bất kỳ điều khoản nào của ĐKTMC. Trong thực tiễn áp dụng, hợp đồng mẫu thông thường gồm 2 bộ phận: một là những điều khoản để trống những thông tin thay đổi theo từng thương vụ, ví dụ như trị giá hợp đồng, số lượng, thời gian, địa điểm...; hai là những điều khoản được soạn sẵn nội dung. ĐKTMC chỉ có 1 bộ phận thống nhất và không thay đổi. Trước chiến tranh thế giới thứ 2, các hợp đồng mẫu được áp dụng đối với tất cả các mặt hàng trong giao dịch thương mại, kể cả đối với những hàng hoá vô hình như dịch vụ tư vấn kỹ thuật, mua bán sáng chế và bí quyết kỹ thuật... Tuy nhiên lĩnh vực mà các hợp đồng mẫu được áp dụng phổ biến nhất là lĩnh vực buôn bán những mặt hàng nông sản và khoáng sản, là những mặt hàng có khối lượng lớn. Còn ĐKTMC được sử dụng phổ biến trong lĩnh vực kinh doanh đặc thù như xây dựng, ngân hàng, tài chính, bảo hiểm, bưu chính viễn thông...[9, tr.8].

Thuật ngữ hợp đồng gia nhập dùng để chỉ các quan hệ hợp đồng dựa trên phương thức giao kết “take it or leave it” (lựa chọn hay không lựa chọn) và người mua thường buộc phải đồng ý vì có rất ít sự lựa chọn hoặc không còn sự lựa chọn nào khác. Gọi là hợp đồng gia nhập vì dựa trên phương thức giao kết “gia nhập”, còn hợp đồng hàng loạt là dựa vào tính ứng dụng số đông. Theo Từ điển Black Dictionary thì hợp đồng gia nhập là “*hợp đồng mẫu được chuẩn bị trước bởi một bên, được ký kết bởi một bên có vị trí yếu thế, thường là NTD, người có ít sự lựa chọn về điều khoản hợp đồng*” [39]. Trong thuật ngữ tiếng Anh, hợp đồng gia nhập bên cạnh tên Adhesion Contract còn có nhiều tên gọi khác như Adhesory Contract, Take it or leave it contract, Leonire contract... Thuật ngữ hợp đồng gia nhập có nguồn gốc từ hệ thống pháp luật dân sự của Pháp và không được ghi nhận trong hệ thống xét xử của Mỹ cho đến khi xuất hiện bài viết của học giả Patterson trong bài “Sự thực hiện các chính sách bảo hiểm nhân thọ” vào năm 1919, đăng trên Tạp chí Luật của Đại học Harvard số 33, trang 198 và 222 [47]. Sau đó, cùng với sự chấp nhận của Toà án tối cao California về những phân tích của luật sư đối với tính “gia nhập bắt buộc” của các hợp đồng bảo hiểm, dành phần thắng cho nguyên đơn Steven trong vụ khởi kiện Công ty Fidelity & Casualty Co (năm 1962), khái niệm “hợp đồng gia nhập” được trở nên phổ biến trong thực tiễn xét xử của các toà án Mỹ. Từ đó, học giả Patterson được ghi nhận là người đầu tiên đưa khái niệm “hợp

đồng gia nhập” trở thành thuật ngữ pháp lý ở Mỹ [47, tr.5]. Thuật ngữ hợp đồng hàng loạt là một thuật ngữ tương đồng với hợp đồng gia nhập.

Như vậy hợp đồng gia nhập hay hợp đồng hàng loạt là một dạng đặc thù của hợp đồng mẫu nhưng hợp đồng mẫu chưa hẳn đã là hợp đồng gia nhập hoặc hợp đồng hàng loạt. Điều này được thể hiện rõ ở những hợp đồng mẫu trong lĩnh vực kinh doanh quốc tế. Với hợp đồng mẫu, khách hàng có thể đồng ý hay không đồng ý với nội dung của các điều khoản được soạn sẵn, tuy nhiên nếu muốn tiến tới giao dịch với phía bên kia, hai bên có thể tiến hành thương lượng, đàm phán để cùng đi đến thống nhất hình thành một bản hợp đồng mới. Nhưng với hợp đồng gia nhập hay hợp đồng hàng loạt, khách hàng chỉ có thể lựa chọn một là không đồng ý thực hiện giao dịch với chủ thể, hai là đồng ý toàn bộ với các điều khoản hợp đồng soạn sẵn chứ không thể thoả thuận về việc sửa đổi hay bảo lưu bất kỳ điều khoản nào.

ĐKTMC khác với các hợp đồng trên ở chỗ ĐKTMC là các nội dung hợp đồng được soạn sẵn được sử dụng để hình thành nên các quan hệ hợp đồng đó chứ bản thân ĐKTMC không phải là hợp đồng gia nhập, hợp đồng hàng loạt hay hợp đồng mẫu. Khi các quy tắc, điều kiện, chính sách thương mại của doanh nghiệp... được đưa vào thành bộ phận của hợp đồng theo các nguyên tắc mà pháp luật quy định nó chính là các điều khoản soạn sẵn hay điều khoản mẫu của hợp đồng (contractual conditions and terms hoặc standard terms).

Mặc dù ĐKTMC và các dạng hợp đồng nói trên không phải là một, nhưng ĐKTMC và hợp đồng gia nhập, hợp đồng mẫu không tách rời nhau, nó có mối quan hệ khăng khít với nhau, hay nói cách khác, nếu không được thể hiện ra bên ngoài qua các hợp đồng nói trên, ĐKTMC không được đưa vào ứng dụng trong các giao dịch, nó chỉ là các quy định “chết cứng” vô nghĩa của doanh nghiệp/tổ chức ban hành. Hay nói cách khác, hợp đồng mẫu, hợp đồng gia nhập, hợp đồng hàng loạt là những hợp đồng sử dụng ĐKTMC trong giao dịch hợp đồng.

Như đã đề cập trên đây điểm chung của hợp đồng mẫu, hợp đồng gia nhập, hợp đồng hàng loạt hay ĐKTMC đó chính là việc hàm chứa các điều khoản hợp đồng soạn sẵn hay là điều khoản mẫu (standard terms) mang tính chất là ý chí pháp lý đơn phương của bên ban hành. Vì vậy, trong thực tiễn điều chỉnh của pháp luật, điều chỉnh về hợp đồng mẫu, hợp đồng gia nhập, hợp đồng hàng loạt...là các cách thức tiếp cận điều chỉnh khác nhau về các điều khoản hợp đồng soạn sẵn, nhưng xét đến cùng là điều chỉnh về việc giao kết hợp đồng có sử dụng ĐKTMC. Nói cách

khác, ĐKTMC chính là các điều khoản hợp đồng soạn sẵn, điều khoản hợp đồng mẫu được chuyển hoá vào hợp đồng mẫu, hợp đồng gia nhập hay hợp đồng hàng loạt khi có sự chấp thuận tham gia của bên còn lại trong quan hệ hợp đồng. Với các hợp đồng gia nhập, hợp đồng hàng loạt thì đó là sự chuyển hoá gần như tuyệt đối, hợp đồng mẫu, tùy từng trường hợp, có thể bao gồm toàn bộ hoặc chỉ một phần ĐKTMC.

Với cách tiếp cận này, ĐKTMC chính là đề nghị giao kết hợp đồng đặc thù. Tính “đặc thù” được thể hiện ở những đặc điểm khác biệt so với lời đề nghị giao kết hợp đồng thông thường như sau:

Thứ nhất, lời đề nghị giao kết hợp đồng này không hướng đến một chủ thể cụ thể nhất định mà được ban hành để áp dụng chung cho nhiều giao dịch lặp đi lặp lại và thường là áp dụng cho nhiều chủ thể trong giao kết hợp đồng;

Thứ hai, bên được đưa ra lời đề nghị không có cơ hội hoặc gần như không có cơ hội thương lượng, đàm phán để sửa đổi nội dung đó;

Thứ ba, ở những góc độ khác nhau, pháp luật có sự can thiệp trực tiếp vào quyền tự do hợp đồng của bên ban hành lời đề nghị.

Thứ tư, với các hợp đồng gia nhập, hợp đồng hàng loạt, ĐKTMC là toàn bộ lời đề nghị giao kết hợp đồng nhưng đối với các hợp đồng mẫu ĐKTMC là một phần của lời đề nghị giao kết hợp đồng, mang tính bất biến.

2.1.3. Lợi ích và hạn chế của điều kiện thương mại chung

ĐKTMC mặc dù là sản phẩm của việc hạn chế nguyên tắc tự do hợp đồng, nhưng nó là sản phẩm tất yếu khách quan của nền kinh tế phát triển và không phải nội dung nào của ĐKTMC cũng mang tính “tiêu cực”, chứa đựng những quy định thiếu công bằng, lạm dụng. Việc ứng dụng các ĐKTMC trong đời sống xã hội có cả những lợi ích và hạn chế cả về pháp lý, kinh tế. Vai trò điều chỉnh của pháp luật là thừa nhận sự tồn tại khách quan của ĐKTMC, đưa ra những nguyên tắc áp dụng thống nhất để tránh sự tùy tiện đồng thời tạo ra cơ chế hợp lý để đảm bảo nguyên tắc tự do và nguyên tắc công bằng của pháp luật hợp đồng.

Việc thiết lập các ĐKTMC được áp dụng đồng loạt cho mọi khách hàng trước hết vì mục tiêu hợp lý hoá bán hàng và cung cấp dịch vụ thương mại đại trà. Qua đó, cả bên bán và bên mua đều có thể tiết kiệm được thời gian sức lực và chi phí trong đàm phán, thoả thuận hợp đồng. Như vậy, lợi ích quan trọng đầu tiên của ĐKTMC là rút ngắn thời gian đàm phán, tiết kiệm chi phí giao dịch cho các bên

trong quan hệ hợp đồng. Với ưu thế là tính chuẩn xác, chặt chẽ hơn so với hợp đồng soạn thảo tức thời nên khi chuyển cho đối tác, việc đàm phán chỉ diễn ra trên khuôn khổ những nội dung mà không thuộc về ĐKTMC như những điều khoản về đối tượng của hợp đồng, số lượng, giá cả, địa điểm thực hiện... Đây là những nội dung không thay đổi qua các thương vụ nên đối với các đối tác truyền thống, đối tác quen, khi đã chấp nhận một lần sẽ là cơ sở để các thương vụ sau không mất nhiều thời gian để tìm hiểu đi đến nhất trí. Mặt khác ĐKTMC cho phép giành lợi thế cho bên được đưa ra ĐKTMC. Mục tiêu lớn nhất của các doanh nghiệp là lợi nhuận và để có được lợi nhuận, các doanh nghiệp tìm mọi cách để có thể trên thị trường. Thương trường biến động từng ngày và khó có doanh nghiệp nào dự đoán được hết rủi ro có thể xảy ra: rủi ro do thiên tai, rủi ro do giao hàng chậm, rủi ro chất lượng hàng hoá... Giảm thiểu tối đa các tổn thất nếu có rủi ro xảy ra là điều doanh nghiệp quan tâm hàng đầu trước khi tiến hành các thương vụ. Cách ngăn chặn, an toàn hiệu quả nằm ở chính các điều khoản hợp đồng. Chính vì vậy, khi doanh nghiệp đưa ra ĐKTMC cho đối tác đã hàm chứa mục tiêu giảm thiểu tối đa rủi ro cho mình, vì thế các doanh nghiệp đều có xu hướng muốn có ĐKTMC của mình.

Mặt khác, ngôn ngữ của ĐKTMC thường là chuẩn xác, chặt chẽ. ĐKTMC là những nội dung phải sử dụng nhiều thuật ngữ pháp lý- thương mại, được sử dụng ổn định và thường được các doanh nghiệp thuê luật sư soạn thảo nên có tính chặt chẽ và chuẩn xác. Cũng vì vậy, ĐKTMC thường dự kiến được các khả năng xảy ra, thuận tiện cho việc giải quyết tranh chấp. Các điều khoản của ĐKTMC thông thường là những nội dung có tính nguyên tắc, ổn định trong các doanh nghiệp ví dụ như điều khoản về nguyên tắc giao hàng, điều khoản về bất khả kháng, điều khoản về phạt vi phạm, khiếu nại... Đây là những điều khoản được soạn thảo trên nguyên tắc tổng kết kinh nghiệm từ thực tiễn kinh doanh của doanh nghiệp, từ các quy định của pháp luật, từ thói quen và tập quán thương mại, vì thế dự liệu được các tình huống phát sinh và hướng ứng xử cho các bên. Điều này giúp cho việc giải quyết tranh chấp được thuận tiện, linh hoạt hơn. Xa hơn nữa và được thực tiễn thừa nhận là thông qua việc thiết lập các quy tắc bán hàng thống nhất, các nhà cung cấp cùng với các hiệp hội nghề nghiệp của mình đã phát triển nhiều chủng loại hợp đồng cụ thể mà nhà làm luật không đề cập tới. Theo PGS.TS Nguyễn Như Phát [15], điều này có nhiều ý nghĩa ở nhiều phương diện khác nhau: **Một là**, thông qua các ĐKTMC các nhà cung cấp hình thành được những “luật chơi riêng” của mình. Đây cũng là yếu tố thể hiện bản sắc và uy tín của doanh nghiệp, là điều kiện và yếu tố

hình thành khả năng, cơ hội cũng như thủ thuật cạnh tranh của doanh nghiệp. Cũng bởi lẽ đó, không khó hiểu khi các quy định của pháp luật về cạnh tranh có bóng dáng các quy định về ĐKTMC, theo đó hạn chế các chủ thể áp đặt các ĐKTMC để cạnh tranh không lành mạnh. **Hai là**, thông qua những ĐKTMC, pháp luật hợp đồng sẽ được cụ thể hoá trong những chủng loại giao dịch cụ thể. Theo nghĩa đó, ĐKTMC có tính điều chỉnh hành vi và được coi là sự phát triển tiếp tục những tư tưởng của nhà làm luật. **Ba là**, khi được áp dụng trong một quan hệ hợp đồng, các ĐKTMC có khả năng ngăn ngừa những rủi ro nhận thức của các bên tham gia quan hệ hợp đồng liên quan đến việc giải thích hợp đồng.

Bên cạnh đó ĐKTMC cũng là công cụ hữu hiệu của việc phân chia rủi ro pháp lý, trách nhiệm giữa các bên tham gia quan hệ hợp đồng. Tuy nhiên bên ban hành, do chủ động về thông tin của giao dịch nên thường cố gắng dùng các thủ thuật pháp lý để phân chia rủi ro pháp lý và lợi ích một cách không công bằng hay không chính đáng. Vì vậy, đây là tiền đề để công quyền và pháp luật can thiệp để kiểm soát tình trạng bất cân xứng thông tin. Thông tin bất cân xứng có thể xảy ra trước khi ký kết hợp đồng. Bên ban hành ĐKTMC thường có xu hướng cố tình che giấu thông tin ví dụ như các thông tin về bảo hành hoặc điều khoản về khiếu nại đối với chất lượng sản phẩm. ĐKTMC cũng thường được lạm dụng với mục đích che giấu thông tin nhằm đạt được các lợi ích trên thị trường. Bên đưa ra ĐKTMC là bên đã có những tìm hiểu kỹ lưỡng đối với lĩnh vực mà mình kinh doanh bao gồm cả những quy định của luật pháp có liên quan. Việc lựa chọn nội dung nào để đưa vào ĐKTMC đã được tính toán, lường trước các biến động của thị trường có thể ảnh hưởng tới các thương vụ. Bên được đề nghị áp dụng ĐKTMC lúc này sẽ rơi vào thế bị động và ít thông tin hơn do không trực tiếp khảo sát thị trường và soạn thảo điều khoản đó, do đó, dễ gặp tổn thất lớn nếu có rủi ro xảy ra.

Bên cạnh đó ngôn ngữ của các ĐKTMC là các ngôn ngữ pháp lý- thương mại rất chặt chẽ nhưng thường gây khó khăn trong việc hiểu trọn vẹn ngữ nghĩa, văn phong hàn lâm khác biệt với văn phong thông dụng nên rất khó đọc. ĐKTMC thường là những điều khoản dài dòng được soạn thảo dưới ngôn ngữ, phức tạp, khó hiểu và được in dưới dạng khó đọc một cách có chủ ý. Mặt khác, người đọc thường ở thế “take it or leave it”, không có sự lựa chọn khác hoặc rất ít sự lựa chọn, nên cũng ít ý thức về việc đọc. Việc tiếp cận toàn bộ các điều khoản, nội dung hợp đồng là rất khó khăn hoặc bất khả thi.

Như vậy, ĐKTMC mặc dù thể hiện sự hạn chế của nguyên tắc tự do khế ước trong giao dịch hợp đồng và được xã hội chấp nhận như một sự miễn cưỡng không mấy dễ chịu, song cũng không thể phủ nhận vai trò của các ĐKTMC, trong đó vai trò quan trọng nhất của ĐKTMC là tiết kiệm chi phí giao dịch và cụ thể hoá pháp luật hợp đồng vào các giao dịch. Nói một cách hình ảnh, các ĐKTMC là sự nới dài các quy định pháp luật vào đời sống hợp đồng phong phú, đa dạng trong thực tiễn. ĐKTMC dự kiến được các khả năng xảy ra, thuận tiện cho việc giải quyết tranh chấp. Các điều khoản của ĐKTMC thông thường là những nội dung có tính nguyên tắc, ổn định trong các doanh nghiệp ví dụ như điều khoản về nguyên tắc giao hàng, điều khoản về bất khả kháng, điều khoản về phạt vi phạm, khiếu nại... Đó là những điều khoản được soạn thảo qua nhiều năm tổng kết kinh nghiệm từ thực tiễn kinh doanh của doanh nghiệp, từ các quy định của pháp luật, từ thói quen và tập quán thương mại, vì thế dự liệu được các tình huống phát sinh và hướng ứng xử cho các bên. Về mặt kinh tế, không có sự phân biệt ĐKTMC trong lĩnh vực tiêu dùng hay ĐKTMC trong các lĩnh vực kinh doanh khác. Việc tiếp cận bảo vệ các chủ thể bị áp đặt ĐKTMC ở góc độ nào là do chính sách pháp luật, quan điểm tiếp cận điều chỉnh của pháp luật các nước về nguyên tắc công bằng trong pháp luật hợp đồng.

2.2. Khái quát pháp luật về điều kiện thương mại chung

2.2.1. Nền tảng triết lý của việc kiểm soát pháp luật về điều kiện thương mại chung và nhận diện pháp luật về điều kiện thương mại chung

Việc thiết lập hợp đồng với các ĐKTMC mà không xuất phát từ kết quả thương lượng giữa các bên cho thấy sự tự do ý chí của các bên trong quan hệ hợp đồng bị hạn chế. Xét về mặt biểu hiện khách quan thì ý chí chung được thể hiện thông qua việc cả hai bên cùng mong muốn tham gia vào quan hệ hợp đồng và đã chấp nhận giao kết hợp đồng (bằng nhiều phương thức khác nhau như lời nói, hành vi, ký văn bản...). Trong trường hợp này ý chí của bên còn lại (không được soạn thảo ĐKTMC) được thể hiện ở sự chấp thuận và quyết định tham gia giao kết hợp đồng. Họ có quyền tự quyết định tham gia hay không tham gia vào quan hệ này với những ĐKTMC như vậy. Tuy nhiên ý nghĩa của nguyên tắc tự do khế ước trong trường hợp giao kết hợp đồng sử dụng ĐKTMC chỉ mang tính hình thức bởi lúc này hợp đồng được thiết lập chủ yếu phụ thuộc vào ý chí của một bên và bên còn lại ở thế “take it or leave it” - phương thức xác lập nền tảng của các hợp đồng không được thương lượng giữa hai bên. Hợp đồng hình thành trên cơ sở thương lượng, thoả

thuận từng nội dung cụ thể rõ ràng khác với hợp đồng xác lập trên nền tảng “take it or leave it”. Chính vì lẽ đó, bên cạnh pháp luật hợp đồng nói chung, đòi hỏi phải có sự can thiệp đặc thù đến các quan hệ hợp đồng này nhằm đảm bảo sự tự do ý chí và sự công bằng thoả đáng giữa các bên.

Tổng kết về mặt thực tiễn, dựa trên tiêu chí “thương lượng”, Thẩm phán Lord Diplock đã đưa ra kết luận có hai loại ĐKTMC mang bản chất pháp lý khác nhau. Loại thứ nhất là những ĐKTMC có nguồn gốc lâu đời, được tổng kết từ những tập tục thương mại sử dụng lặp lại ở nhiều lần giao dịch. Những ĐKTMC này đã được đúc rút bởi sự thương lượng qua nhiều năm sử dụng của các bên và được chấp nhận rộng rãi như là các hành xử thương mại mang tính tập quán. Hợp đồng mẫu chứa đựng các ĐKTMC này không chỉ được áp dụng giữa hai bên mà còn được áp dụng cho các bên liên quan thứ ba khác trong giao dịch như bên mua, bán bán, bên vận chuyển, bên bảo hiểm, ngân hàng. Loại thứ nhất này không nhận được nhiều sự quan tâm điều chỉnh của luật pháp để bảo đảm nguyên tắc tự do và nguyên tắc công bằng của pháp luật hợp đồng bởi nó là sản phẩm được kết tinh trên cơ sở lợi ích hợp lý của các bên qua thời gian dài đàm phán, có nghĩa là yếu tố “thương lượng” được thoả mãn. Loại thứ hai là những ĐKTMC của xã hội hiện đại, là kết quả của sản xuất đại trà, độc quyền và tập trung kinh tế trong một số lĩnh vực kinh doanh. Các ĐKTMC này không là sản phẩm của thương lượng giữa các bên hay được phê chuẩn của bất kỳ tổ chức nào đại diện cho lợi ích của bên không được tham gia thương lượng các ĐKTMC đó. Loại ĐKTMC này được cho là đã đặt bên bị áp dụng vào thế không còn quyền tự do đúng nghĩa trong giao kết hợp đồng và cần thiết có sự can thiệp của luật pháp để bảo vệ nguyên tắc tự do hợp đồng và nguyên tắc công bằng của pháp luật hợp đồng [41].

Mặc dầu vậy, sự can thiệp của các bên vào tự do ý chí của các bên trong giao kết hợp đồng sử dụng ĐKTMC là vấn đề phức tạp, cần thiết phải lý giải thấu đáo căn nguyên của việc can thiệp pháp luật trong trường hợp này. Hai học thuyết cơ bản được biết đến đó là học thuyết về “công lý theo thủ tục” (procedural justice) của Werner Flume (một học giả người Đức nổi tiếng trong lĩnh vực luật tư) và học thuyết công lý theo bản thể (substantive justice) của Karl Larenz (cũng là một học giả nổi tiếng của Đức) trong lĩnh vực pháp luật hợp đồng [45, tr.61-62].

Học thuyết công lý theo thủ tục dựa vào yếu tố chi phí giao dịch (transaction cost) với tính chất là đặc điểm cố hữu của ĐKTMC, nhấn mạnh sự bất cân xứng về

chi phí giao dịch giữa bên sử dụng ĐKTMC và bên đối tác. Bởi vì bên sử dụng ĐKTMC chỉ phải trả chi phí một lần cho hàng loạt giao dịch, họ luôn có thông tin tốt hơn và những thông tin này cho phép họ đơn phương quyết định nội dung của hợp đồng. Trong khi đó, đối với bên đối tác, để có được các thông tin cần thiết trong quá trình đàm phán đòi hỏi rất tốn kém về chi phí. Hậu quả là việc sử dụng các ĐKTMC cho thấy đó là sự tước đi cơ hội xem xét lại các điều khoản hợp đồng một cách chi tiết và đòi hỏi sự can thiệp của luật pháp (can thiệp ngoài) đối với sự công bằng của giao dịch. Với vấn đề này, luật pháp cần thể hiện vai trò quan trọng để đưa ra giải pháp đối với sự thất bại của thị trường do thông tin bất cân xứng để tạo sự cạnh tranh và sự tin cậy cho các tất cả các chủ thể giao dịch trên thị trường, không phân biệt là doanh nghiệp hay NTD.

Học thuyết công lý theo bản thể dựa vào yếu tố “sự lạm dụng của bên mạnh hơn” (abuse of stronger position). Học thuyết này dựa trên khái niệm “quyền lực giao dịch không công bằng” (unequal bargaining). Theo đó, nguyên nhân ẩn giấu đằng sau việc điều chỉnh đối với ĐKTMC, đối lập với học thuyết chi phí giao dịch, nó không phải là rủi ro cố hữu của ĐKTMC mà là nhằm hướng đến bảo vệ một tầng lớp xã hội nhất định. Do có vị thế cao hơn, ưu việt hơn về kinh tế, xã hội, thị trường, một doanh nghiệp có khả năng áp đặt các điều kiện hợp đồng đơn phương gây hại cho bên không được soạn thảo nội dung hợp đồng. Sự điều chỉnh của luật pháp có nguồn gốc từ việc bảo vệ công lý trong phân phối (distributive justice), có nguồn gốc từ Lý thuyết công lý của Aristote (384-322 TCN), một trong những người thầy có ảnh hưởng nhất đối với bộ môn triết học chính trị, được trình bày chủ yếu trong tác phẩm Đạo đức học Nicomachus (Nicomachean Ethics). Theo Aristote, công lý cốt ở việc đối xử bình đẳng với những người ngang nhau và bất công bằng với những người không ngang hàng, tương xứng với sự khác nhau về địa vị của họ. Do đó, sự điều chỉnh của pháp luật về ĐKTMC được lý giải theo nguyên lý bảo vệ bên yếu thế, chủ yếu là NTD [32].

Học thuyết này được nhiều nhà nghiên cứu ủng hộ và cho rằng lý do của việc can thiệp pháp luật đối với ĐKTMC là nhằm bảo vệ bên yếu thế trước việc lạm dụng của bên ban hành ĐKTMC, do vị thế của bên ban hành ĐKTMC mang lại. Sự áp đặt các ĐKTMC có nguồn gốc từ vị thế mạnh hơn (có thể do vị trí độc quyền hoặc chiếm nhiều thị phần trên thị trường) mang lại. Friedrich Kessler, nhà nghiên cứu nổi tiếng đầu tiên về lĩnh vực pháp luật này trong bài viết từ năm 1943 đã cho rằng người bán với quyền lực thị trường đã bóc lột những NTD bằng việc áp đặt các

điều khoản hợp đồng thô thiển vì người mua phải ở thế gia nhập hợp đồng “take it or leave it”. Kessler cũng cho rằng “ĐKTMC được sử dụng phổ biến bởi những doanh nghiệp với vị trí giao dịch mạnh thế trên thị trường. Bên yếu thế, do sự cần thiết đối với hàng hoá và dịch vụ, thường xuyên không được lựa chọn điều khoản tốt hơn bởi vì tác giả của các ĐKTMC có vị trí độc quyền (tự nhiên hoặc chủ ý) hoặc bởi tất cả các nhà kinh doanh trong bối cảnh đó đều sử dụng cùng ĐKTMC như nhau” [47, tr.6]. Và Friedrich Kessler e ngại rằng thiếu đi bóng dáng của cạnh tranh, NTD sẽ thiệt hại đủ đường với giá cao và những điều kiện giao dịch hợp đồng tệ hại [47, tr.6].

Lý giải căn nguyên về mặt kinh tế, có thể thấy nguyên nhân sâu xa của việc điều chỉnh pháp luật đối với ĐKTMC không phải xuất phát từ việc bảo vệ bên yếu thế, do bên được ban hành ĐKTMC có vị trí độc quyền hoặc mạnh hơn trên thị trường áp đặt các điều kiện hợp đồng có lợi hơn cho họ. Trong bối cảnh của cạnh tranh cũng không làm cho bên ban hành ĐKTMC đưa ra các điều kiện hợp đồng tốt hơn. Điều này cũng đã được thử nghiệm bằng các khảo sát trên thực tế và kết quả cho thấy, cùng việc bán các mặt hàng software trên mạng, các tập đoàn lớn và những doanh nghiệp nhỏ bán lẻ, đều đưa ra các điều kiện giao dịch gần như là giống hệt nhau [44].

Theo định lý Coase, căn nguyên của việc can thiệp điều chỉnh của luật pháp có nguyên nhân từ kinh tế. Nếu thông tin trên thị trường là hoàn hảo là thị trường sẽ tự điều tiết ai được làm gì mà không cần đến pháp luật. Như vậy, việc can thiệp của luật pháp là do có sự bất cân xứng thông tin trên thị trường (information asymmetry) dẫn đến nguy cơ đổ vỡ của thị trường (market failure). Thông tin bất cân xứng có thể xảy ra trước khi ký kết hợp đồng. Bên ban hành ĐKTMC thường có xu hướng cố tình che giấu thông tin ví dụ như các thông tin về bảo hành hoặc điều khoản về khiếu nại đối với chất lượng sản phẩm. ĐKTMC cũng thường được lạm dụng với mục đích che đậy thông tin nhằm đạt được các lợi ích trên thị trường. Bên đưa ra ĐKTMC là bên đã có những tìm hiểu kỹ lưỡng đối với lĩnh vực mà mình kinh doanh bao gồm cả những quy định của luật pháp có liên quan. Việc lựa chọn nội dung nào để đưa vào ĐKTMC đã được tính toán, lường trước các biến động của thị trường có thể ảnh hưởng tới các thương vụ. Bên được đề nghị áp dụng ĐKTMC lúc này sẽ rơi vào thế bị động và ít thông tin hơn do không trực tiếp khảo sát thị trường và soạn thảo điều khoản đó, do đó, dễ gặp tổn thất lớn nếu có rủi ro xảy ra. PGS.TS Phạm Duy Nghĩa cũng cho rằng “thông tin là sức mạnh vì thông tin

định hướng hành vi con người. Từ chính sách kinh tế vĩ mô cho tới giao dịch hàng ngày của doanh nhân, điều phối thông tin quan trọng không kém huy động vốn hoặc tổ chức sản xuất, kinh doanh. Đặc biệt trong xã hội hiện đại, thông tin ngày càng trở thành một lĩnh vực được kinh tế học và luật học quan tâm nghiên cứu, nhất là vấn đề pháp luật hợp đồng cần can thiệp ra sao đối với quá trình tích lũy và sử dụng thông tin của doanh nghiệp. Đặc biệt nếu doanh nghiệp lạm dụng sự không hiểu biết của bạn hàng để giành lợi ích kinh tế, xuất hiện tình trạng lạm dụng thông tin bất cân xứng mà pháp luật cần can thiệp để bảo vệ lẽ công bằng” [11, tr.23]. Nguyễn Thanh Hà, trong Luận văn thạc sỹ kinh tế của mình cũng đã cho rằng “Điều kiện giao dịch chung thường bị lạm dụng để thực hiện những mục đích che đậy thông tin nhằm đạt được lợi thế trên thị trường. Bên được ra điều kiện giao dịch chung bao giờ cũng là bên đã có sự tìm hiểu kỹ lưỡng đối với lĩnh vực mà mình kinh doanh bao gồm cả những quy định của luật pháp có liên quan. Việc lựa chọn điều khoản nào để được vào điều kiện giao dịch chung đã được tính toán lường trước những biến động của thị trường có thể ảnh hưởng tới các khâu của thương vụ. Bên được đề nghị chấp nhận điều kiện giao dịch chung lúc này sẽ rơi vào thế bị động và ít thông tin hơn do không trực tiếp khảo sát thị trường và soạn thảo điều khoản, do đó, rất dễ gặp tổn thất lớn nếu rủi ro xảy ra” [9, tr.22].

Như vậy, NCS cho rằng căn nguyên kiểm soát của pháp luật đối với ĐKTMC là nhằm bảo vệ giá trị đích thực (equilibrium price), được phản ánh qua việc tái phân phối lại rủi ro hợp đồng giữa bên bán/bên cung cấp và mua/bên sử dụng dịch vụ sao cho tối thiểu nhất chi phí rủi ro cho các bên. Như vậy, mục đích điều chỉnh pháp luật không phải là để loại trừ sự bất lợi bất hợp lý có nguồn gốc từ sức mạnh thị trường của một bên so với bên khác. Thực vậy, kể cả là doanh nghiệp độc quyền, nó cũng không cần thiết để đẩy rủi ro cho người mua, bởi vì điều này không làm giảm đi quyền lực độc quyền của doanh nghiệp đó trên thị trường. Việc điều chỉnh của pháp luật là nhằm loại bỏ một phần sự thất bại thị trường có nguồn gốc từ sự bất đối xứng về thông tin giữa các bên giao kết hợp đồng. Chi phí để có được thông tin liên quan tới nội dung của điều khoản hợp đồng soạn sẵn thường cao hơn lợi ích dự kiến. Do vậy việc các bên bỏ qua nội dung của các điều khoản soạn sẵn là tất yếu. Hậu quả của việc bỏ qua một cách hợp lý này là làm thui chột cuộc cạnh tranh giữa các doanh nghiệp để đưa ra điều khoản soạn sẵn tốt nhất. Những người sử dụng các điều khoản soạn sẵn thì lại bị cuốn vào cuộc cạnh tranh hướng tới điều khoản soạn sẵn bất công bằng nhất (kéo nhau cùng chìm “race to the bottom”). Việc trông chờ

những người bán, cung cấp dịch vụ tự nguyện cung cấp thông tin, minh bạch khả năng và hoạt động của mình là sự duy ý chí. Thị trường với tư cách một cơ chế tự điều chỉnh cũng không thể giải quyết vấn đề hiệu quả bằng quy định của luật pháp [52].

Mặt khác, nếu quan niệm rằng căn nguyên của việc điều chỉnh pháp luật là nhằm bảo vệ bên yếu thế- là bên có địa vị xã hội, kinh tế yếu hơn bên ban hành ĐKTMC, sẽ gặp phải những vấn đề khó lý giải sau đây:

Thứ nhất, nếu việc lạm dụng quyền lực đàm phán (bargaining power) là vấn đề mà pháp luật phải quan tâm thì khó lý giải tại sao vấn đề giá lại được loại trừ ra khỏi sự điều chỉnh của luật pháp. Rõ ràng, bên có lợi thế hơn sẽ sử dụng quyền lực đàm phán cao hơn để đưa ra mức giá tốt nhất cho họ và như vậy lẽ ra pháp luật phải can thiệp;

Thứ hai, các điều khoản hợp đồng soạn sẵn không chỉ được sử dụng trong các hợp đồng với NTD mà còn được sử dụng trong các hợp đồng kinh doanh mà bên sử dụng ĐKTMC không phải lúc nào cũng là bên có vị thế kinh tế mạnh hơn. Ngay cả giữa những đối tượng tham gia thị trường có uy tín cao như ngân hàng, cũng vẫn tồn tại các hợp đồng bất công bằng hay cùng mặt hàng phần mềm máy tính, nhà cung cấp là doanh nghiệp lớn hay các nhà bán lẻ thì đều áp dụng các ĐKTMC giống hệt nhau;

Thứ ba, nguyên lý của việc bảo vệ bên yếu thế, mà số đông là NTD, là nhằm điều tiết lại phân phối bất công bằng xã hội (giàu, nghèo) cũng không thực sự thuyết phục vì không phải NTD nào cũng nghèo (rất nhiều NTD mua đồ dùng đắt tiền, xa xỉ), trong khi bên bán, bên cung cấp chỉ là doanh nghiệp nhỏ hoặc nhiều người quản lý doanh nghiệp chỉ là người làm thuê hưởng lương.

Như vậy, về mặt lý luận có thể kết luận rằng nguồn gốc về kinh tế của việc điều chỉnh luật pháp về ĐKTMC là nhằm hướng đến sự điều tiết giá trị công bằng, kiểm soát bất cân xứng thông tin và sự đổ vỡ của thị trường. Vì vậy, căn nguyên của việc can thiệp của pháp luật là nhằm bảo vệ bên không có cơ hội tiếp cận thông tin, hạn chế sự lạm dụng của các điều khoản hợp đồng soạn sẵn bất công bằng không mang ý nghĩa chỉ bảo vệ bên có vị trí yếu thế trên thị trường. Theo lẽ đó, NCS cho rằng pháp luật về ĐKTMC không nhất thiết chỉ đặt ra vấn đề bảo vệ bên yếu thế chủ yếu là NTD.

Về mặt thực tiễn, phần lớn việc sử dụng các ĐKTMC, một cách phổ biến, cho thấy chủ yếu là sự áp đặt của bên có thế mạnh về kinh tế so với bên yếu thế trong thị trường và một thời gian dài, giới học thuật cũng như các thẩm phán đều dựa trên lập luận về việc bảo vệ vị trí yếu thế của một bên để đưa ra sự can thiệp. Do vậy pháp luật ngày nay vẫn còn đậm dấu ấn của việc bảo vệ bên yếu thế trên thị trường, chủ yếu là NTD trước các ĐKTMC bất công bằng. Mặc dầu vậy, xu hướng tiếp cận theo hướng này đang cho thấy nhiều sự bất cập trong thực tiễn điều chỉnh của hệ thống pháp luật điển hình trong lĩnh vực này là pháp luật của Liên minh Châu Âu EU (Nội dung này NCS sẽ làm rõ ở mục 1.3 của Luận án).

2.2.2. Nội dung pháp luật về điều kiện thương mại chung

Trở lại bản chất của ĐKTMC, ĐKTMC chính là ý chí đơn phương của một bên trong quan hệ hợp đồng, được biểu hiện dưới dạng các điều khoản hợp đồng soạn sẵn. Việc một bên ban hành, áp đặt các điều khoản hợp đồng soạn sẵn làm cho nguyên tắc tự do hợp đồng- nguyên tắc căn bản của pháp luật hợp đồng không còn đúng nghĩa. Như vậy, dù tiếp cận nguyên tắc công bằng ở góc độ nào, không thể phủ nhận pháp luật về ĐKTMC là một bộ phận của pháp luật hợp đồng. Về hình thức, bất kỳ quy phạm pháp luật nào điều chỉnh về điều khoản hợp đồng soạn sẵn đều được coi là pháp luật về ĐKTMC. Bên cạnh đó, ở một số quốc gia, án lệ và các học thuyết pháp lý được thừa nhận rộng rãi là nguồn của pháp luật hợp đồng.

Nguyên tắc tự do hợp đồng có nghĩa là một bên có quyền tự do quyết định lựa chọn ký kết hợp đồng với ai (tự do lựa chọn chủ thể) và với những nội dung gì (tự do lựa chọn nội dung [4]). Quyền tự do hợp đồng được thiết lập trên giả thiết rằng hợp đồng là kết quả của việc tự do thương lượng bình đẳng với nhau trên thị trường, hợp đồng được mong đợi là sự thoả thuận công bằng giữa hai bên. Tuy nhiên, vấn đề tự do hợp đồng trong xã hội hiện đại đối diện với nhiều thách thức khi mà ĐKTMC trở nên công cụ tất yếu của nền sản xuất hàng hoá và cung ứng dịch vụ ngày càng phát triển. Khi những ĐKTMC này được sử dụng, các bên không còn quyền mặc cả hợp đồng, không có hoặc có rất ít sự tự do để quyết định nội dung hợp đồng. Thực sự, việc thiếu đi yếu tố thương lượng sẽ dẫn đến việc thiếu thông tin khi mà một bên không nhận thức được sự tồn tại của các điều khoản hợp đồng có sẵn được soạn trước bởi một bên.

Vì lẽ đó, về nội hàm pháp luật ĐKTMC, trước hết cần thiết phải có sự xác định khi nào một bên hợp đồng bị ràng buộc với những ĐKTMC này. Hay nói cách

khác, nội dung cần điều chỉnh của pháp luật đầu tiên là nhận diện về ĐKTMC và xác định rõ khi nào một điều khoản ban hành đơn phương của một bên trở thành bộ phận của hợp đồng và có giá trị ràng buộc đối với bên còn lại (hay còn gọi là vấn đề “incorporation”- NCS xin tạm dịch là vấn đề “áp dụng ĐKTMC” để thuận về ngôn ngữ tiếng Việt). Nội dung thứ hai là vấn đề giải thích điều khoản hợp đồng được soạn sẵn không rõ ràng hoặc tối nghĩa khi một bên của hợp đồng không có sự tham gia nào vào quá trình soạn thảo (còn gọi là vấn đề “interpretation”). Nội dung thứ ba được coi là trọng tâm nhất của pháp luật về ĐKTMC đó là vấn đề kiểm soát các điều khoản hợp đồng soạn sẵn bất công bằng của người ban hành ĐKTMC- bên luôn có xu hướng chỉ bảo vệ lợi ích của bên được quyền soạn thảo (vấn đề unfair standard terms control). Đây là ba nội dung cốt lõi của pháp luật về ĐKTMC [55, tr.426].

** Vấn đề áp dụng điều kiện thương mại chung*

Như đã đề cập trên đây, bên ban hành ĐKTMC thường có xu hướng hạn chế sự tiếp cận các ĐKTMC. Mặt khác, do phải mất nhiều chi phí để tiếp cận thông tin và nhiều nguyên nhân khác như sức ép về mặt xã hội, hoặc do sự thờ ơ, thiếu đề ý hoặc không có quyền lựa chọn...mà bên bị áp đặt ĐKTMC cũng có xu hướng không tiếp cận đầy đủ các nội dung của nó. Nhằm hạn chế sự lạm dụng và tùy tiện của bên ban hành, pháp luật cần phải quy định các nguyên tắc áp dụng ĐKTMC.

Về nguyên tắc chung, pháp luật ghi nhận ĐKTMC của một bên không đương nhiên được áp đặt cho phía bên kia, không đương nhiên trở thành bộ phận hợp đồng nếu bên kia không **được biết đến nó**. Việc một bên được coi là biết đến các ĐKTMC của phía bên kia được thể hiện ở nhiều khía cạnh khác nhau nhưng tựu chung pháp luật hướng đến quy định nghĩa vụ công bố công khai trước các nội dung của ĐKTMC. Một điều khoản hợp đồng soạn sẵn sẽ không đương nhiên được áp dụng nếu bên ký kết hợp đồng chỉ biết đến nó sau khi hợp đồng đã được xác lập. Pháp luật quy định các cơ chế khác nhau để một nội dung hợp đồng soạn sẵn được coi là một bộ phận của hợp đồng, cụ thể: i/quy định nghĩa vụ thông báo, công khai của bên áp dụng ĐKTMC; ii/quy định vấn đề đăng ký ĐKTMC và iii/quy định các giải pháp kiểm soát của Nhà nước trong một số lĩnh vực kinh doanh đặc thù. Cụ thể:

Thứ nhất, nhà làm luật ghi nhận thêm nhiều điều khoản mang tính bắt buộc trong các văn bản pháp luật về những ngành nghề liên quan nhiều đến việc bảo vệ

quyền lợi NTD. Lý do của việc Nhà nước được quyền đặt ra các điều kiện hợp đồng cho các bên đó là việc đảm bảo lợi ích công cộng, thể hiện nguyên tắc tự do hợp đồng nhưng trong khuôn khổ pháp luật. Phạm vi can thiệp của Nhà nước ở mỗi quốc gia là khác nhau theo các chính sách kinh tế của mỗi nước. Ở những lĩnh vực mà kinh tế Nhà nước nắm độc quyền hoặc các lĩnh vực công ích, Nhà nước sẽ ban hành một số quy định nhằm điều chỉnh trực tiếp các giao dịch trong kinh doanh hoặc thậm chí Nhà nước ban hành các mẫu hợp đồng sử dụng chung trong nhiều giao dịch như mẫu hợp đồng về điện, nước, thuê nhà ở...

Thứ hai, can thiệp bằng những biện pháp hành chính, theo đó pháp luật trao cho cơ quan nhà nước có thẩm quyền thực hiện những hoạt động giám sát chặt chẽ bằng việc đối với một số ngành nghề cụ thể cơ quan này có thể tự ấn định hoặc phê chuẩn, chấp thuận các ĐKTMC thông qua việc quy định về hình thức trình bày của các ĐKTMC và thủ tục đăng ký ĐKTMC đối với một số lĩnh vực tiêu dùng thiết yếu. Theo cách thức kiểm soát này, pháp luật sẽ quy định các điều kiện của việc ban hành các ĐKTMC; đối với lĩnh vực bảo vệ NTD, do sự tiếp cận của NTD đối với các nội dung của ĐKTMC là hết sức hạn chế nên pháp luật sẽ quy định việc đăng ký các ĐKTMC trong một số lĩnh vực. Theo đó các cơ quan bảo vệ quyền lợi NTD sẽ đại diện cho số đông NTD kiểm soát các ĐKTMC trái pháp luật trước khi áp dụng.

Bên cạnh đó, thực tiễn áp dụng còn đặt ra vấn đề xung đột trong việc áp dụng ĐKTMC. Ở nhiều giao dịch hợp đồng, cả hai bên đều sử dụng ĐKTMC của mình trong quá trình xác lập hợp đồng và dễ có sự xung đột về nội dung, chẳng hạn như bên bán có quy tắc bán hàng của mình, còn bên mua cũng ban hành quy tắc mua hàng riêng. Điều đó đòi hỏi pháp luật cũng phải có câu trả lời cho câu hỏi “*khi này ĐKTMC của bên nào sẽ được áp dụng?*” Thuật ngữ tiếng Anh gọi đây là hiện tượng “the battle of the forms” (tạm dịch là “cuộc chiến điều khoản mẫu”). Để giải quyết vấn đề này, pháp luật của các quốc gia trên thế giới cho thấy ba cách tiếp cận với các giải pháp khác nhau.

Giải pháp thứ nhất cho rằng nếu đề nghị giao kết hợp đồng và chấp nhận đề nghị giao kết hợp đồng đều dẫn chiếu đến ĐKTMC thì bên đưa dẫn chiếu sau không có giá trị hay còn gọi là học thuyết “the first shot”. Học thuyết này được áp dụng trong pháp luật hợp đồng của Hà Lan.

Giải pháp thứ hai cho rằng bên nào thành công trong việc đưa ra lời đề nghị cuối cùng thì ĐKTMC của bên đó được áp dụng. Giải pháp này dựa trên học thuyết “The last shot”, theo nguyên tắc “phản ánh như gương” (image mirror rule) đòi hỏi lời chấp nhận giao kết hợp đồng phải thể hiện đúng y chang lời đề nghị giao kết hợp đồng. Học thuyết này được áp dụng nhiều trong hệ thống pháp luật civil law.

Giải pháp thứ ba cho rằng các bên sẽ bị ràng buộc bởi những ĐKTMC không mâu thuẫn. Những nội dung nào mâu thuẫn thì sẽ bị loại bỏ và lúc này sẽ được giải thích bằng án lệ. Giải pháp này dựa vào học thuyết “The knock-out”. Đây là giải pháp được đánh giá là đảm bảo tính công bằng hơn giải pháp “The last shot” bởi cả hai học thuyết còn lại đều có vấn đề khi cả hai bên có quá trình đàm phán dài và rất khó để xác định ai là bên đưa ra đề nghị hay chấp nhận cuối cùng. Học thuyết này được áp dụng phổ biến trong hệ thống pháp luật common law [60, tr.229].

Như vậy, về nguyên tắc áp dụng ĐKTMC pháp luật các nước đều cố gắng hướng đến việc hạn chế sự tùy tiện của bên áp dụng ĐKTMC bằng cách quy định các điều kiện để ĐKTMC trở thành bộ phận hợp đồng, đó là sự “ý thức trước” hay “nhận thức trước” về các ĐKTMC đó của người bị áp dụng trước khi hợp đồng được xác lập. Bên cạnh đó cũng phải quy định rõ nguyên tắc áp dụng lựa chọn trong trường hợp cả hai bên trong quan hệ hợp đồng đều sử dụng ĐKTMC của mình.

**Vấn đề giải thích điều kiện thương mại chung*

Xét trên phương diện lý thuyết, hợp đồng là sự thỏa thuận giữa hai hay nhiều bên, qua đó thể hiện sự thống nhất ý chí (còn gọi là sự “ưng thuận”) của các bên với các mong muốn và chủ đích đạt được những hệ quả pháp lý nhất định là việc xác lập, thay đổi hoặc chấm dứt quyền và nghĩa vụ ràng buộc các bên trong quan hệ hợp đồng. Với vai trò là “luật” do các bên trong quan hệ hợp đồng tạo ra, về mặt lý luận, các điều khoản quy định trong hợp đồng cần phải đảm bảo các tiêu chí: đầy đủ, rõ ràng, thống nhất, đơn nghĩa, dễ hiểu trong đó tiêu chí “rõ ràng” là quan trọng nhất. Tuy nhiên, không ít hợp đồng tồn tại trên thực tế không phải lúc nào cũng đảm bảo được các tiêu chí nói trên dẫn đến việc các bên không có cách hiểu thống nhất về nội dung hợp đồng và vấn đề giải thích hợp đồng để giải quyết tranh chấp được đặt ra. Mục đích của việc giải thích hợp đồng là nhằm làm rõ nghĩa và phạm vi của hợp đồng hay một điều khoản cụ thể của hợp đồng. Việc giải thích hợp đồng có sử dụng ĐKTMC bên cạnh việc tuân thủ các nguyên tắc chung về giải thích hợp đồng được

pháp luật hợp đồng ghi nhận còn có những nguyên tắc đặc thù nhằm kiểm soát sự lạm dụng của bên được soạn thảo và khi nguyên tắc chung của giải thích hợp đồng có sự xung đột với các nguyên tắc đặc thù này thì những nguyên tắc đặc thù sẽ được ưu tiên [62].

Tính lạm dụng, về hình thức, khi được cấu trúc cụ thể vào từng điều khoản hợp đồng, nó thường biểu hiện ra bên ngoài ở sự mập mờ, tối nghĩa về nội dung, dễ dẫn đến việc loại trừ trách nhiệm hợp đồng của bên được soạn thảo. Vì vậy, pháp luật quy định nguyên tắc giải thích hợp đồng bất lợi cho bên được quyền soạn thảo đối với những điều khoản có cách hiểu khác nhau về kỹ thuật, điều khoản hợp đồng mơ hồ hoặc không rõ nghĩa. Nguyên tắc này được xuất phát từ một thuật ngữ Latinh “*verba chatarum forties accipiuntur contra proferentum*” nghĩa là “*từ ngữ trong văn bản sẽ được giải thích chống lại người chèn nó vào*” [60. tr.229]. Về nội dung, tính lạm dụng được thể hiện những ở những điều khoản “loại trừ trách nhiệm” (exemption clause). Điều khoản loại trừ trách nhiệm là những điều khoản loại bỏ hoặc hạn chế trách nhiệm hợp đồng của bên soạn thảo (hoặc bên thứ ba có liên quan đến bên soạn thảo), nó có xu hướng bảo vệ quyền lợi của bên này khi có sự vi phạm hợp đồng hoặc chây ỳ thực hiện hợp đồng. Điều khoản loại trừ trách nhiệm thường được thể hiện ở hai dạng: điều khoản loại bỏ trách nhiệm và điều khoản hạn chế trách nhiệm. Điều khoản loại bỏ trách nhiệm là điều khoản loại bỏ hoàn toàn trách nhiệm của một bên còn điều khoản hạn chế trách nhiệm, mặc dù cùng có bản chất như điều khoản loại bỏ, nhưng thường được biểu hiện ở sự đóng băng trách nhiệm đối với một khoản tiền ấn định đặt trước.

Về nguyên tắc, việc giải thích nội dung hợp đồng chỉ áp dụng trong trường hợp các bên có xung đột và có các cách hiểu khác nhau. Tuy nhiên, việc giải thích phải được xem xét một cách tổng thể dựa trên các yếu tố khác như mức độ hợp lý của việc bảo vệ lợi ích của bên ban hành, mức độ rõ ràng về thông tin của điều khoản đó. Vì vậy, ngoài các quy định của pháp luật, án lệ cũng đóng một vai trò quan trọng trong việc bổ sung nguồn của pháp luật hợp đồng trong việc giải thích các điều khoản soạn sẵn của hợp đồng [7].

**Vấn đề kiểm soát điều kiện thương mại chung bất công bằng*

Mục đích của việc kiểm soát tính công bằng đối với các điều khoản hợp đồng soạn sẵn là nhằm cân bằng về quyền và nghĩa vụ của các bên trong quan hệ hợp đồng, phân bổ, chia sẻ một cách hợp lý quyền, nghĩa vụ cũng như rủi ro trong hợp

đồng [62]. Việc can thiệp của pháp luật để kiểm soát tính công bằng là nội dung rất phức tạp xuất phát từ những cách tiếp cận khác nhau về lẽ công bằng. Các nội dung cụ thể mà pháp luật phải kiểm soát bao gồm: i/Khi nào thì một điều khoản hợp đồng soạn sẵn được coi là bất công bằng? ii/Các cơ chế kiểm soát điều khoản hợp đồng soạn sẵn bất công bằng? và iii/Hậu quả pháp lý của các điều khoản soạn sẵn bất công bằng.

Tựu chung, việc đánh giá một điều khoản hợp đồng soạn sẵn có dấu hiệu bất công bằng được dựa trên những tiêu chí sau: i/Liệu điều khoản đó có tạo ra sự mất cân bằng rõ rệt (significant imbalance) về quyền và nghĩa vụ của các bên trong quan hệ hợp đồng hay không? ii/Liệu điều khoản đó có thực sự cần thiết để bảo vệ lợi ích hợp pháp của doanh nghiệp ban hành? iii/Liệu điều khoản đó có gây ra thiệt hại (tài chính hoặc phi tài chính) nếu doanh nghiệp cố gắng áp đặt chúng? iv/Mức độ minh bạch, rõ ràng (transparent) của điều khoản đó [42]?

Về cơ bản ĐKTMC bất công bằng được hiểu là những điều khoản, điều kiện hợp đồng tạo ra sự mất cân đối rõ ràng giữa quyền và nghĩa vụ của các bên trong hợp đồng, tạo nên khoản lợi không chính đáng cho bên ban hành và xâm hại lợi ích của bên bị áp đặt và cố tình làm giảm đi sự nhận thức của bên bị áp đặt. Trong những trường hợp như vậy, quyền can thiệp cao nhất của pháp luật là không công nhận hiệu lực của các điều khoản hợp đồng đó. Tuy nhiên, việc quy định về các điều khoản không công bằng trong các văn bản pháp luật được tiếp cận ở những mức độ khác nhau. Có nước chỉ quy định những điều khoản soạn sẵn được giả định là có dấu hiệu bất công bằng, việc kết luận dựa vào đánh giá của thẩm phán (thuật ngữ chuyên môn gọi là grey list). Có nước chỉ quy định danh mục những điều khoản soạn sẵn được coi là bất công bằng, vi phạm sẽ bị không có giá trị pháp lý (black list). Có nước ban hành cả hai danh mục này. Tuy nhiên, pháp luật luôn quy định nguyên tắc chung trong việc đánh giá tính bất công bằng của điều khoản hợp đồng soạn sẵn, đó là sự đi ngược lại nguyên tắc “good faith”.

Quyền phủ quyết giá trị pháp lý của các ĐKTMC đều được trao cho các cơ quan toà án, với tư cách là một hệ thống bảo vệ công lý và lẽ phải, có chức năng giải thích và phát triển pháp luật. Các cơ quan toà án thông qua hoạt động xét xử của mình, cũng có thể can thiệp vào việc xem xét tính hợp pháp của ĐKTMC qua từng vụ án cụ thể. Trong quá trình xét xử toà án có thể điều chỉnh lại các điều kiện này theo hướng cân bằng quyền lợi của các bên hoặc có thể tuyên vô hiệu những

ĐKTMC bất công bằng. Sự can thiệp của cơ quan xét xử được coi như là khâu bảo vệ cuối cùng cho bên bị xâm hại quyền lợi trước các ĐKTMC như vậy. Nhiều nước đã có những quy định về thủ tục rút gọn đối với các vụ án về bảo vệ NTD, trong đó có cả việc tuyên vô hiệu các ĐKTMC này nếu có tranh chấp nhằm tăng cường tối đa hiệu quả bảo vệ của thiết chế tư pháp. Việc tuyên ĐKTMC vô hiệu phần lớn được giải quyết theo thủ tục tố tụng dân sự, trừ một số nước có những quy định ngoại lệ, chẳng hạn như Israel. Pháp luật Israel quy định việc thành lập hội đồng xét xử đặc biệt đối với các yêu cầu khởi kiện liên quan đến ĐKTMC. Hội đồng này gồm có 12 người do Bộ trưởng Bộ Tư pháp thành lập, trong đó có 1 thẩm phán cấp quận và ít nhất 2 đại diện của tổ chức bảo vệ NTD [35]. Tuy nhiên, việc can thiệp của toà án thể hiện ở những mức độ khác nhau theo cách tiếp cận điều chỉnh khác nhau của mỗi hệ thống pháp luật.

Với các nước theo hệ thống common law, nhìn chung các điều khoản hợp đồng soạn sẵn được đối xử như các điều khoản hợp đồng khác. Chữ ký hoặc bất kỳ hành vi nào thể hiện việc hợp đồng đã được chấp nhận sẽ ràng buộc người ký kết cho dù người đó có đọc và hiểu các điều khoản hợp đồng đó hay không. Về cơ bản, khi các điều khoản hợp đồng soạn sẵn có sự tối nghĩa (ambiguity), toà án sẽ giải thích các điều khoản hợp đồng này theo hướng bất lợi cho bên soạn thảo [35]. Tuy nhiên, thực tế xét xử trong hệ thống luật common law cho thấy các thẩm phán có sự áp dụng các quyết định đặc biệt (special rules) khi xem xét các vụ kiện về ĐKTMC vô hiệu. Việc áp dụng các quyết định đặc biệt dựa trên sự từng vụ việc cụ thể ở những góc độ đánh giá khác nhau về khả năng “nhận thức” được các điều khoản soạn sẵn của người bị áp dụng, hay nói cách khác là tùy từng trường hợp áp dụng để các thẩm phán đưa ra nhận định các quy tắc, điều khoản đó có coi là các ĐKTMC có hiệu lực hay không. Ví dụ như để được coi là ĐKTMC thì nó phải tạo ra sự chú ý cho người ký kết hợp đồng vào thời điểm xác lập hợp đồng; nếu không thì ĐKTMC đó không được coi là một bộ phận có hiệu lực pháp lý của hợp đồng. Chẳng hạn như trong vụ *Olley v Marlborough Court*, thẩm phán đã không công nhận ĐKTMC của khách sạn thể hiện qua thông báo “*Khách sạn không chịu bất kỳ trách nhiệm nào cho việc mất mát, hư hỏng tài sản của khách hàng*” vì thông báo này đã không được tạo ra sự chú ý cho người thuê phòng vào thời điểm xác lập hợp đồng tại quầy lễ tân mà chỉ dán ở mặt sau của cửa phòng khách sạn. Trên thực tế khách hàng này đã mất một cái áo choàng đắt tiền và khách sạn từ chối trách nhiệm bồi thường. Quy định này của khách sạn đã bị từ chối hiệu lực vì người thuê phòng không được

biết đến nó vào thời điểm thuê phòng [26]. Nhưng ngược lại, thẩm phán lại từ chối yêu cầu của nguyên đơn trong vụ *Thompson v London, Midland and Scotland Railway Co* khi nguyên đơn cho rằng nguyên đơn đã không được tạo sự chú ý đến các quy định về miễn trừ trách nhiệm của Công ty đường sắt đối với mọi tổn thất về tài sản, thương tật về sức khỏe gây ra bởi sự cẩu thả của hành khách đã được thông báo rõ tại các sân ga và chỉ dẫn ngay trên vé đi tàu. Lý do nguyên đơn đưa ra là nguyên đơn bị mù chữ. Lập luận của thẩm phán là chỉ cần Công ty đường sắt đã tạo ra sự chú ý đến các quy định này một cách hợp lý chung cho mọi người mà không đặt ra nghĩa vụ cho Công ty đường sắt phải đảm bảo rằng tất cả hành khách đều ý thức được quy định đó. Vì vậy, thẩm phán bác yêu cầu của nguyên đơn [27]. Ở góc độ khác, quy chế đặc biệt cũng được áp dụng khi có sự nhầm lẫn trong nhận thức của người bị áp dụng. Chẳng hạn như vụ *Curtis v Chemical Cleaning*: Nguyên đơn đã ký vào bản yêu cầu giặt đồ (váy cưới) tại một tiệm giặt với các điều khoản miễn trừ trách nhiệm của tiệm giặt đồ đối với mọi hư hỏng, nhưng khi nguyên đơn hỏi nhân viên của tiệm giặt là nguyên đơn phải ký giấy tờ gì thì nhân viên đó giải thích là ký vào bản miễn trừ trách nhiệm của tiệm giặt đối với mọi hư hỏng gây ra với các loại cúc của áo, quần... Kết luận của thẩm phán là mặc dù nguyên đơn đã ký vào bản cam kết loại trừ trách nhiệm nhưng do nhân viên tiệm đồ gây nhầm lẫn cho nguyên đơn, vì vậy, quy định này không có giá trị [28].

Cách giải quyết của các nước theo hệ thống civil law trực tiếp và cụ thể hơn, theo đó thẩm phán sẽ tuyên một điều khoản hợp đồng soạn sẵn bị vô hiệu nếu nó rơi vào các danh mục các điều khoản cấm hoặc được giả định là bất công bằng được liệt kê tại các văn bản pháp luật. Bên cạnh đó ở một số nước theo hệ thống luật thành văn nhưng thẩm phán vẫn có vai trò giải thích luật như Đức, Pháp, Ý... thì việc bảo vệ các chủ thể không được soạn thảo hợp đồng còn được tăng cường hơn bằng việc thẩm phán sẽ đưa ra những quyết định cụ thể phù hợp với nguyên tắc công bằng đối với những trường hợp mà pháp luật chưa có quy định hoặc quy định chung chung.

Về nguyên tắc chung, các điều khoản hợp đồng khi không được pháp luật thừa nhận, sẽ không có giá trị ràng buộc đối với các bên. Mặc dầu vậy, sự vô hiệu của bản thân các điều khoản đó không làm ảnh hưởng đến toàn bộ nội dung hợp đồng, trừ khi hợp đồng đó cho thấy việc xâm hại lợi ích công cộng, nội dung và mục đích của hợp đồng vi phạm điều cấm của pháp luật. Tuy nhiên, cơ chế xử lý hậu quả pháp lý đối với những nội dung ĐKTMC vô hiệu cũng được giải quyết khác nhau ở

các hệ thống luật. Nguyên tắc chung theo hệ thống luật civil law là căn cứ vào các quy định cụ thể của pháp luật, thẩm phán sẽ tuyên điều khoản hợp đồng đó là vô hiệu (nếu việc vô hiệu này không ảnh hưởng đến sự tồn tại của hợp đồng) và buộc các bên phải thực hiện đúng theo các quy định của pháp luật. Thẩm phán có quyền giải thích luật phù hợp với từng tình huống cụ thể nhưng không có quyền làm thay các bên để điều chỉnh lại nội dung hợp đồng. Với các nước theo hệ thống luật common law, thẩm phán được phán xử trên nguyên tắc hợp lý, công bằng và được quyền điều chỉnh lại các điều khoản hợp đồng soạn sẵn bất công bằng. Với thước đo về tính “hợp lý, công bằng” một cách trừu tượng, đã có rất nhiều tranh luận đặt ra về việc điều chỉnh lại các ĐKTMC trái pháp luật.

Ở góc độ học thuật, học giả đầu tiên trên thế giới đặt vấn đề thảo luận về cơ chế để điều chỉnh lại, cân xứng lại điều khoản hợp đồng bất công bằng (fixing unfair terms) đó là Frank Bernice Greenberg (lấy bút danh là Omri Ben-Shahar), Giáo sư Luật của Trường Đại học Luật Chicago (Mỹ). Bản thân học giả Omri Ben-Shahar cũng cho rằng đây là vấn đề chưa được nghiên cứu một cách có hệ thống ở bất kỳ quốc gia nào [46].

Để đặt vấn đề, tác giả đã đặt ra một tình thế giả định như sau: “Giả sử bạn là một sinh viên của một trường đại học luật, hàng ngày bạn nhận được bài tập là phải đọc 20 trang tài liệu để chuẩn bị cho buổi học ngày hôm sau một cách đều đặn. Tuy nhiên, ngày hôm nay, bạn nhận được bài tập bất thường với yêu cầu phải đọc 200 trang và giả định một cách rõ ràng là bạn không thể có khả năng chuẩn bị trong vòng 1 ngày. Bạn phải làm gì với giả định rằng bạn không thể đàm phán hay sửa đổi được yêu cầu này? Bạn sẽ chỉ thực hiện nhiệm vụ với mức 20 trang như thông thường hay bạn cho rằng đây là nhiệm vụ là bất khả thi và không thực hiện nó (theo đó bạn không thực hiện trang nào), hay bạn vẫn cố gắng thực hiện nó với mức có thể nhất là 50 trang?

Với tình thế giả định đó, tác giả gợi mở rằng tình huống này cũng được đặt ra cho trường hợp điều khoản hợp đồng bị lạm dụng. Theo quy định của pháp luật, các điều khoản lạm dụng sẽ bị tuyên vô hiệu, tuy vậy nó phải được giải quyết về hậu quả pháp lý. Liệu điều khoản bị lạm dụng đó sẽ được thay thế bởi một nội dung có lý nhất (tương tự như việc thực hiện 20 trang trên đây), hay bên đưa ra điều khoản lạm dụng sẽ bị phạt và phải chịu thay thế bằng một nội dung kém có lợi nhất, ít ưu đãi nhất cho người được soạn thảo điều khoản đó (tương tự như việc thực hiện 0

trang trên đây) hay điều khoản lạm dụng đó sẽ được điều chỉnh về mức mà pháp luật cho rằng là có thể chấp nhận được ở mức chịu đựng tối thiểu (tương tự như việc thực hiện 50 trang)”?

Với giả định đó tác giả đã phân tích và đưa ra 3 trường phái về việc điều chỉnh lại các điều khoản hợp đồng lạm dụng, bao gồm: i/Trường phái “the most resonable term” (điều khoản có lý nhất); ii/Trường phái “the unfavorable term” (điều khoản ít ưu đãi nhất); iii/Trường phái “the minimally tolerable term” (điều khoản chịu đựng tối thiểu).

Việc lựa chọn các trường phái khác nhau sẽ dẫn đến hệ quả giải quyết điều khoản hợp đồng lạm dụng ở những mức độ khác nhau. Tác giả minh hoạ cho nó như sau: Một hàng hoá giả định có giá hợp lý là 500 USD. Giả sử ngưỡng giá tối thiểu đối với người bán là 250 USD, ngưỡng mua chịu đựng tối đa của người mua là 750 USD. Nếu thực tế hàng hoá đó đã được bán với giá 1000 USD. Xử lý tình huống như thế nào? Tác giả đưa ra 3 giải pháp với 3 cách tiếp nhận khác nhau: i/Theo trường phái “the most resonable term” (điều khoản hợp lý nhất) thì giá bán sẽ được điều chỉnh về mức 500 USD; ii/Theo trường phái “the unfavorable term” (điều khoản ít ưu đãi nhất) thì giá bán sẽ được điều chỉnh về mức 250 USD; iii/Theo trường phái “the minimally tolerable term” (điều khoản chịu đựng tối thiểu) thì giá bán sẽ được điều chỉnh về mức 750 USD.

Với tiếp cận đó, học giả Omri Ben-Shahar đưa ra những luận giải sau đây:

Đối với trường phái “the most resonable term”: có nghĩa là nếu như giá bán quá cao thì sẽ được thay thế bằng giá bán hợp lý, theo mức trung bình của giá thị trường; nếu điều khoản bồi thường thiệt hại trong hợp đồng quá lạm dụng, quá hà khắc thì sẽ bị thay thế bằng việc bồi thường những thiệt hại chuẩn mực theo tính toán của bên đánh giá trung lập hoặc chỉ bằng lợi nhuận bị mất đi. Nếu những điều khoản thoả thuận về lãi suất quá cao, không được pháp luật công nhận sẽ được thay thế bằng lãi suất của thị trường.

Đối với trường phái “the unfavorable term”: nếu bên được soạn thảo lạm dụng để có được những lợi ích bất công bằng, thái quá thì toà án sẽ “phạt” hành vi này bằng cách giảm toàn bộ lợi ích đạt được. Ví dụ nếu người cho vay áp đặt lãi suất lạm dụng, toà án sẽ quyết định mức lãi suất bằng không (zero) hoặc chẳng hạn hợp đồng áp đặt điều khoản giải quyết tranh chấp bằng trọng tài, bên không được soạn thảo hợp đồng sẽ có quyền được thay thế bằng việc khởi kiện tranh chấp ra toà án.

Đối với trường phái “the minimally tolerable term”: Nếu có “quãng” để các bên có thể thương lượng lại thì chọn ngưỡng chịu đựng tối thiểu nhất của bên yếu thế (mặc dù vẫn có thể nghiêng lợi ích cho bên soạn thảo).

Học giả Omri Ben-Shahar ủng hộ trường phái thứ ba với lý do toà án không có quyền can thiệp vào lợi ích của một bên theo hướng tước bỏ lợi ích của bên còn lại, như vậy thì toà án vẫn “lấp lại vết cũ” của việc nghiêng về “lợi ích một bên” của các điều khoản bất công bằng, như vậy sự bất công bằng lại được tái diễn.

Có thể nói bài viết của Omri Ben-Shahar đã đưa ra hướng nghiên cứu hoàn toàn mới. Tác giả đã luận giải và đưa ra được giải pháp để “lấp chỗ trống” (fill the gap) cho các điều khoản hợp đồng bất công bằng bị coi là vô hiệu mà dường như chưa có nhà nghiên cứu nào đặt ra.

Những phân tích của tác giả Omri Ben-Shahar đặt ra nhiều vấn đề lý luận phải suy ngẫm. Việc xử lý hậu quả của điều khoản lạm dụng trong hợp đồng hiện nay còn là chủ đề gây tranh cãi bởi nguyên tắc chung của việc giải quyết điều khoản hợp đồng vô hiệu là đưa điều khoản đó về trạng thái chưa được thiết lập hoặc đưa về trạng thái phù hợp với quy định của pháp luật. Việc đưa về trạng thái phù hợp với quy định của pháp luật được đặt ra trong trường hợp pháp luật đã có các quy định cụ thể nhưng bên soạn thảo ĐKTMC chung có dấu hiệu “vượt rào”. Ví dụ: Hợp đồng bảo hiểm ấn định trường hợp bên mua bảo hiểm vi phạm hợp đồng sẽ phải chịu phạt 20% giá trị hợp đồng. Trong trường hợp này, theo cách giải quyết của thực tiễn áp dụng pháp luật tại Việt Nam, điều khoản phạt hợp đồng sẽ được các thẩm phán điều chỉnh về mức 8% theo quy định của Điều 301 Luật Thương mại [23]. Mặc dầu vậy, việc thẩm phán điều chỉnh từ mức 20% xuống 8% hay thẩm phán sẽ không công nhận điều khoản “vượt rào” này mới là cách giải quyết hợp lý cũng chưa có câu trả lời thỏa đáng. Pháp luật Việt Nam cũng cho thấy sự khuyết thiếu của các quy định pháp luật về vấn đề bảo vệ nguyên tắc tự do hợp đồng trước các ĐKTMC trái pháp luật.

Bên cạnh giải pháp chung là trao quyền cho các cơ quan tài phán tuyên vô hiệu các điều khoản hợp đồng không công bằng hoặc giải thích bất lợi cho bên được soạn thảo đối với những điều khoản hợp đồng tối nghĩa, pháp luật còn áp dụng các chế tài về xử phạt hành chính, phạt tiền (điển hình cho nước quy định về mức phạt tiền cao nhất là Hàn Quốc với mức phạt lên đến 100.000.000 won) và thậm chí xử phạt về hình sự. Trung Quốc là nước đại diện cho việc quy định rất khắt khe về chế

tài xử phạt hành chính và hình sự đối với việc lạm dụng ĐKTMC. Theo quy định của pháp luật Trung Quốc, chủ thể nào đưa ra các ĐKTMC trái pháp luật có thể bị phạt tiền gấp 3 lần lợi ích bất hợp pháp thu được nhưng tối đa không quá 30.000 nhân dân tệ hoặc bị phạt 10.000 nhân dân tệ nếu không có lợi ích bất hợp pháp. Nếu việc vi phạm có dấu hiệu cấu thành tội phạm (ép buộc, cưỡng bức, đe dọa...), vụ việc sẽ được cơ quan công an điều tra và tiến hành khởi tố [48].

2.2.3. Lịch sử hình thành pháp luật về điều kiện thương mại chung và các mô hình pháp luật về điều kiện thương mại chung

Như đã đề cập trên đây, ĐKTMC không phải là hiện tượng của xã hội hiện đại nhưng nó được sử dụng bùng phát ở cấp số nhân vào thời kỳ sản xuất công nghiệp ở Châu Âu vào thế kỷ 19, đặt ra thách thức lớn cho hệ thống pháp luật hợp đồng của các nước Châu Âu trước hiện tượng bên soạn thảo ĐKTMC chỉ đề cao việc bảo vệ lợi ích của mình hơn là tạo ra sự cân bằng cho cả hai bên trong quan hệ hợp đồng, bên còn lại trong hợp đồng thường không nhận thức hết các nội dung điều khoản hợp đồng vào thời điểm xác lập và thường bị áp đặt bởi các điều khoản hợp đồng không rõ ràng và không công bằng.

Thực tế sử dụng rộng rãi các ĐKTMC trong giao dịch hàng ngày đã đặt ra nhu cầu phải kiểm soát pháp luật về ĐKTMC ở khía cạnh cơ bản: i/ĐKTMC là gì? ii/Khi nào thì ĐKTMC được coi là một bộ phận của hợp đồng; iii/Việc giải thích nội dung của ĐKTMC như thế nào; iv/Cơ chế kiểm soát các ĐKTMC không công bằng ra sao [43, tr.423].

Theo cách tiếp cận này, pháp luật về ĐKTMC được hiểu là các quy định pháp luật về khái niệm ĐKTMC, các nguyên tắc áp dụng và giải thích ĐKTMC, các cơ chế kiểm soát điều khoản hợp đồng soạn sẵn bất công bằng nhằm bảo vệ nguyên tắc tự do và nguyên tắc công bằng của pháp luật hợp đồng.

Theo GS.TS Gerhard Dannemann (người Đức) và GS.TS.Stefan Vogenauer (người Anh), khi ĐKTMC bắt đầu được sử dụng rộng rãi và phổ biến trong suốt thế kỷ 19, các luật gia khắp các nước Châu Âu đã khơi dậy vấn đề tìm ra cơ chế điều chỉnh của pháp luật đối với việc sử dụng ĐKTMC trong đời sống hợp đồng. Châu Âu là nơi đầu tiên xuất hiện pháp luật về ĐKTMC. Thời gian này, hầu hết các quốc gia khởi động với việc ban hành các quy định cụ thể ở từng lĩnh vực chuyên ngành có sử dụng ĐKTMC phổ biến và hình thành sớm chẳng hạn như trong lĩnh vực vận tải và bảo hiểm (giải pháp này gọi là “sectoral solutions”). Một số quốc gia khác cổ

gắng thích nghi bằng các nguyên tắc chung của pháp luật hợp đồng. Sang thế kỷ 20, nhiều hệ thống pháp luật đã xây dựng cơ chế điều chỉnh chung đối với các điều khoản hợp đồng soạn sẵn trong pháp luật hợp đồng với hi vọng thay thế các giải pháp quy định riêng lẻ ở luật chuyên ngành. Ba Lan là đất nước tiên phong trong việc quy định các nguyên tắc chung của việc áp dụng các ĐKTMC tại Điều 71 Luật về Nghĩa vụ vào năm 1933. Tiếp theo là Ý với Điều 1341 Bộ luật Dân sự vào năm 1942 [43, tr.424].

Cho đến nay, pháp luật về ĐKTMC ở Châu Âu nói riêng và thế giới nói chung vẫn duy trì sự tiếp cận đa dạng. Ngay ở Châu Âu, cái nôi của pháp luật hợp đồng và pháp luật về ĐKTMC đã cho thấy sự tiếp cận phức tạp của lĩnh vực pháp luật này. Một số nước ban hành các quy định riêng về nguyên tắc áp dụng và giải thích các điều khoản hợp đồng soạn sẵn trong khi một số nước lồng ghép trong các nguyên tắc chung của pháp luật hợp đồng. Một số nước gần đây mới có các quy định về các điều khoản hợp đồng soạn sẵn không công bằng sau khi triển khai thực hiện Chỉ thị về điều khoản hợp đồng không công bằng (Chỉ thị 93/13/EEC) như Anh, Ý.... Một số nước duy trì truyền thống lâu đời trong việc điều chỉnh về vấn đề công bằng trong pháp luật hợp đồng như Tây Ban Nha, Bồ Đào Nha... Riêng CHLB Đức và Isarel là những nước đã từng có văn bản pháp luật riêng về ĐKTMC. Sau này, ở các quốc gia khác, trên cơ sở học tập các kinh nghiệm khác nhau của Châu Âu mà có những cách thức tiếp cận khác nhau. Ở Châu Á, Trung Quốc học tập các nước Nordic ban hành Luật Hợp đồng, trong đó có các quy định cụ thể về nguyên tắc áp dụng, giải thích ĐKTMC và kiểm soát điều khoản hợp đồng không công bằng. Hàn Quốc học tập kinh nghiệm của Pháp quy định về hợp đồng gia nhập, tuy nhiên thu hẹp hơn so với Pháp khi quan niệm hợp đồng gia nhập chỉ là các hợp đồng tiêu dùng, Đài Loan quy định về chế định hợp đồng mẫu trong Luật Bảo vệ quyền lợi NTD v.v... Với sự phức tạp trong cách tiếp cận về nguyên tắc tự do hợp đồng và nguyên tắc công bằng của pháp luật hợp đồng cũng như những đặc điểm về điều kiện kinh tế xã hội, truyền thống, văn hoá khác nhau đã làm cho pháp luật điều chỉnh về ĐKTMC ở mỗi nước Châu Âu nói riêng và thế giới nói chung có những cách thức tiếp cận khác nhau. Tuy nhiên, mục đích hướng đến của các quy định pháp luật các nước đều nhằm giảm thiểu sự lạm dụng của bên ban hành ĐKTMC, tạo ra sự công bằng về lợi ích của các bên, bảo vệ nguyên tắc tự do hợp đồng.

Theo tổng kết của Thomas Wilhelmsson [57, tr.2-5], trong lịch sử lập pháp, đã có sự tồn tại bốn mô hình pháp luật về ĐKTMC sau đây:

Thứ nhất là mô hình “**không có ngoại lệ cụ thể**” (no particular problem model). Mô hình pháp luật này dựa trên quan niệm rằng quyền tự do ý chí của các bên được thể hiện ở việc các bên đã đồng ý xác lập hợp đồng. Những gì mà các bên đã nhất trí, trừ phi bị gian lận hoặc cưỡng ép sẽ có giá trị ràng buộc các bên. Pháp luật chỉ can thiệp khi có sự thay đổi về bối cảnh hợp đồng và việc bảo vệ các bên trước các điều khoản hợp đồng không công bằng chỉ được xác định trong những tình huống cụ thể với những lý do cụ thể. Mô hình này không có sự phân biệt về cơ chế điều chỉnh giữa điều khoản hợp đồng soạn sẵn và điều khoản hợp đồng được thương lượng. Đại diện điển hình cho mô hình này là Luật về các điều khoản bất công bằng năm 1977 của Vương quốc Anh.

Thứ hai là mô hình “**luật riêng về ĐKTMC**” (standard form contract model). Mô hình pháp luật này dựa trên quan niệm rằng ý chí đích thực của các bên trong các hợp đồng sử dụng ĐKTMC rõ ràng không được bảo đảm. Vì thế, các nguyên tắc chung về giao kết hợp đồng trong pháp luật hợp đồng không đủ để bảo vệ chủ thể hợp đồng không được soạn thảo ĐKTMC. Các nội dung liên quan đến nguyên tắc áp dụng ĐKTMC, giải thích ĐKTMC và kiểm soát điều khoản hợp đồng soạn sẵn không công bằng phải được điều chỉnh một cách độc lập. Mô hình này chú trọng điều chỉnh đối với các điều khoản hợp đồng soạn sẵn trong các hợp đồng, không phân biệt hợp đồng trong lĩnh vực tiêu dùng hay không. Điển hình cho mô hình này là pháp luật của CHLB Đức và Israel.

Mô hình thứ ba là “**mô hình bảo vệ NTD**” (consumer protection model) chú trọng vào sự bất cân bằng một cách rõ nét giữa các chủ thể trong lĩnh vực tiêu dùng. Mô hình này quan tâm đến vị thế của các bên trong giao dịch hơn là phương thức xác lập hợp đồng. Vì vậy, khởi đầu của mô hình này điều chỉnh đối với cả những điều khoản được thương lượng, đàm phán. Tuy nhiên, điều này bị lên án mạnh mẽ vì vi phạm nguyên tắc tự do ý chí và chức năng của nền kinh tế thị trường nên dần dần pháp luật chỉ chú trọng bảo vệ NTD trước những điều khoản hợp đồng soạn sẵn. Điển hình cho mô hình này là Chỉ thị 93/13/EEC về điều khoản hợp đồng không công bằng của Liên minh Châu Âu.

Mô hình thứ tư là “**mô hình công bằng chung**” (general fairness model). Đặc điểm của mô hình này đó là pháp luật điều chỉnh cả điều khoản hợp đồng soạn sẵn và điều khoản hợp đồng được thương lượng trong pháp luật hợp đồng nói chung (bao gồm cả hợp đồng trong lĩnh vực bảo vệ NTD). Mô hình này, cùng với GS.TS

Gerhard Dannemann và GS.TS.Stefan Vogenauer, học giả Randy E.Barnett cũng cho rằng đây là mô hình có nguồn gốc xa xưa nhất, từ thời Trung cổ (Middle Ages) [51, tr.3]. Việc xem xét tính công bằng ở mô hình này không chỉ dừng lại ở việc xem xét các điều khoản trong hợp đồng tiêu dùng hay hợp đồng kinh doanh mà nó bao trùm lên xem xét toàn bộ hợp đồng. Đại diện cho mô hình này là pháp luật hợp đồng của các nước Nordic (gồm Đan Mạch, Phần Lan, Ai-xơ-len, Na-uy và Thụy Điển).

Có lẽ cho đến nay, trong lịch sử lập pháp, chỉ có CHLB Đức và Irsael là hai nước duy nhất trên thế giới đã tồn tại mô hình ban hành văn bản pháp luật riêng về ĐKTMC. Ở Đức, Luật về ĐKTMC được ban hành vào năm 1976, được sửa đổi, bổ sung năm 1996. Tuy nhiên, đến năm 2002, theo chủ trương nhất thể hoá pháp luật về các giao dịch dân sự, văn bản này được nhập chung vào Bộ luật Dân sự CHLB Đức (tên tiếng Đức là Bürgerliches Gesetzbuch, viết tắt là BGB). Bộ luật này là sự nội luật hoá 13 Chỉ thị của Liên minh Châu Âu EU, trong đó có Chỉ thị 93/13/EEC về các điều khoản bất công bằng trong các hợp đồng tiêu dùng. Bộ luật này vừa được sửa đổi gần đây nhất vào tháng 10 năm 2013 nhưng các quy định về ĐKTMC về cơ bản vẫn được giữ nguyên. Ở Irsael, Luật về ĐKTMC được ban hành năm 1986 và được sử dụng cho đến nay, tuy nhiên, Luật này cũng đang trong quá trình nhập vào BLDS của Irsael trong chương trình xây dựng luật pháp thời gian gần đây. Như vậy, có thể nói trên thế giới hiện nay không tồn tại pháp luật về ĐKTMC với tính chất là một mô hình pháp luật độc lập.

Cùng với sự phát triển chóng mặt của nền công nghiệp tiêu dùng và sự thờ ơ của đa số NTD đã làm cho các ĐKTMC bất công bằng trong lĩnh vực tiêu dùng sinh sôi, nảy nở, đặc biệt là ở Châu Âu. Việc bảo vệ NTD trước các điều khoản hợp đồng soạn sẵn được khởi xướng và bùng phát mạnh mẽ trong “*Chương trình bảo vệ NTD và chính sách thông tin của Uỷ ban Kinh tế Châu Âu*” từ năm 1975. Tuy nhiên, về mặt xây dựng pháp luật, việc bảo vệ NTD trước các điều khoản hợp đồng soạn sẵn bất công bằng được thể hiện rõ nét nhất ở Chỉ thị 93/13/EEC năm 1993 của Uỷ ban pháp luật Châu Âu [49]. Thực hiện việc nội luật hoá các quy định của Chỉ thị 93/13/EEC, pháp luật các nước Châu Âu rộ lên việc tập trung chú trọng việc bảo vệ NTD- bên yếu thế trước các điều khoản hợp đồng soạn sẵn bất công bằng trong các hợp đồng tiêu dùng. Các nước theo các mô hình khác nhau trước đây cũng đã ban hành các quy định riêng về bảo vệ NTD theo yêu cầu của việc nội luật hoá các quy định của Chỉ thị 93/13/EEC làm cho ranh giới của các mô hình pháp luật về

ĐKTMC không còn phân định rõ ràng theo bốn mô hình trên đây.

Tính từ sau thời điểm Chỉ thị 93/13/EEC ra đời, pháp luật về ĐKTMC của các nước trên thế giới được định hình rõ ở hai khuynh hướng pháp luật (trend hoặc layer). Khuynh hướng thứ nhất điều chỉnh về điều khoản hợp đồng soạn sẵn đối với tất cả các hợp đồng, không có sự phân biệt chủ thể hợp đồng là NTD hay doanh nghiệp (xu hướng này được gọi theo tiếng Anh là “collective litigation”). Khuynh hướng thứ hai coi ĐKTMC là vấn đề của pháp luật về bảo vệ NTD. Trường phái này chỉ tập trung điều chỉnh các điều khoản hợp đồng soạn sẵn trong hợp đồng tiêu dùng, hướng đến mục đích bảo vệ NTD với tư cách là bên yếu thế (thuật ngữ tiếng Anh gọi là “individual litigation”). Tuy nhiên, ở một số quốc gia vẫn có sự trộn lẫn cả hai khuynh hướng, điển hình là Vương quốc Anh, nhưng xét về tổng thể Vương quốc Anh rõ nét hơn ở xu hướng thứ nhất.

Việt Nam cũng là nước có xu hướng gần giống với Vương quốc Anh ở đặc điểm có sự trộn lẫn. Tuy nhiên cách tiếp cận của pháp luật Việt Nam dường như là sự tham khảo kinh nghiệm nước ngoài một cách thiếu triệt để. Điều này cũng không được giải quyết thấu đáo trong Bộ luật Dân sự 2015 (Nội dung này NCS sẽ đề cập ở Chương 3 của Luận án).

Khác với một số quốc gia trên thế giới như Đức, Trung Quốc, các nước Bắc Âu... pháp luật về ĐKTMC ở Việt Nam tồn tại tản mát ở nhiều văn bản pháp luật khác nhau. Nhiều hoài nghi về việc có tồn tại pháp luật về ĐKTMC ở Việt Nam được đặt ra do tình trạng điều chỉnh manh mún này cùng với việc không có thuật ngữ ĐKTMC xuất hiện trong văn bản luật. Tuy nhiên, như đã phân tích trên đây, thuật ngữ ĐKTMC là thuật ngữ dịch từ ngôn ngữ nước ngoài và thực chất pháp luật về ĐKTMC là pháp luật điều chỉnh việc áp dụng, giải thích và kiểm soát các điều khoản hợp đồng được soạn sẵn (điều khoản mẫu) nên việc không gọi tên ĐKTMC trong văn bản luật không có nghĩa Việt Nam không có pháp luật về ĐKTMC. Bất kỳ quy phạm pháp luật nào chứa đựng việc điều chỉnh đối với các điều khoản hợp đồng soạn sẵn ở các khía cạnh trên, chẳng hạn như quy định về hợp đồng theo mẫu, quy định về điều kiện giao dịch chung trong lĩnh vực bảo vệ NTD, quy định về các điều khoản bắt buộc trong một số loại hợp đồng, hay quy định về việc ban hành hợp đồng mẫu ở một số lĩnh vực kinh doanh đặc thù v.v... đều cấu thành pháp luật về ĐKTMC.

Với cách tiếp cận đó, có thể nhận diện pháp luật về ĐKTMC ở Việt Nam là tổng hợp các quy định pháp luật về việc áp dụng, giải thích, kiểm soát các điều khoản hợp đồng soạn sẵn, được thể hiện ở các quy định về hợp đồng theo mẫu trong BLDS 2005, quy định về điều kiện giao dịch chung, hợp đồng mẫu trong lĩnh vực bảo vệ quyền lợi NTD và các quy định pháp luật về ban hành hợp đồng mẫu, điều khoản bắt buộc của hợp đồng ở pháp luật một số lĩnh vực chuyên ngành.

Như vậy, để nghiên cứu pháp luật về ĐKTMC ở Việt Nam không thể đi tìm kiếm một văn bản pháp luật cụ thể chứa đựng tất cả các quy định về ĐKTMC mang tính hệ thống mà là nghiên cứu các quy định tản mát ở các văn bản pháp luật khác nhau, tập trung nhiều ở các văn bản pháp luật về bảo vệ quyền lợi NTD. Điều này cũng được lý giải bởi lịch sử hình thành các quy định pháp luật về ĐKTMC.

Ở Việt Nam, trong thời kỳ kinh tế kế hoạch hóa tập trung bao cấp, mọi hàng hóa, dịch vụ đều do các doanh nghiệp nhà nước hoặc các đơn vị thuộc thành phần kinh tế tập thể (hợp tác xã) sản xuất, kinh doanh và phải tuân thủ chặt chẽ các chỉ tiêu kế hoạch do Nhà nước quy định. Người mua hàng hoá được cấp phát, mua sản phẩm theo định mức quy định (thông qua cơ chế tem phiếu), do vậy không phải lo lắng về chất lượng của sản phẩm hàng hóa, dịch vụ. ĐKTMC lúc này không phải là các quy tắc, điều kiện thương mại do bên cung cấp hàng hoá, dịch vụ ban hành, áp đặt cho các chủ thể mà chủ yếu do chính Nhà nước quy định và điều tiết.

Tuy nhiên, từ cuối những năm 80 Thế kỷ XX, Việt Nam đã thực hiện chính sách đổi mới, mở cửa, xóa bỏ bao cấp và từng bước chuyển dịch sang nền kinh tế hàng hoá nhiều thành phần theo cơ chế thị trường có sự quản lý của Nhà nước, định hướng xã hội chủ nghĩa. Sự thay đổi này đã khuyến khích các thành phần kinh tế tự chủ trong sản xuất, mở rộng và đa dạng hóa các loại hàng hóa - dịch vụ, hội nhập kinh tế thế giới, tạo cho người mua có điều kiện tốt hơn trong việc lựa chọn, mua và sử dụng hàng hóa, dịch vụ. Cũng theo đó, sự lặp đi lặp lại của các giao dịch trong thương mại đã làm xuất hiện việc hình thành các hợp đồng mẫu ở mức độ sơ khai. Bất nhịp với sự thay đổi này của đời sống thực tiễn, BLDS 1995 đã lần đầu tiên có những quy định về hợp đồng mẫu. Trước đây, Pháp lệnh Hợp đồng dân sự và Pháp lệnh Hợp đồng kinh tế đều không có quy định về hợp đồng mẫu. Nguyên nhân có thể được giải thích là bởi chúng ta mới khởi xướng Chính sách Đổi mới từ năm 1986, các quan hệ kinh tế của kinh tế thị trường mới bắt đầu manh nha và tư duy xây dựng pháp luật chưa bắt kịp.

Sự xuất hiện và phát triển nhanh chóng của nền kinh tế thị trường kéo theo hàng loạt các ĐKTMC bất bình đẳng trong thực tiễn đã đòi hỏi pháp luật phải có các quy định về bảo vệ quyền lợi NTD trước các điều khoản hợp đồng soạn sẵn có nguy cơ xâm hại lợi ích của NTD. Pháp lệnh bảo vệ quyền lợi NTD ra đời đánh dấu bước phát triển mới trong việc thiết lập và hoàn thiện cơ chế, chính sách, tạo hành lang pháp lý quan trọng đối với hoạt động quản lý nhà nước trong lĩnh vực bảo vệ NTD. Tuy nhiên mặc dù hệ thống pháp luật về bảo vệ quyền lợi NTD đã có những bước tiến bộ đáng kể nhưng vẫn thiếu bóng dáng các quy định điều chỉnh về các hợp đồng do tổ chức, cá nhân kinh doanh đơn phương soạn thảo, gây bất lợi cho NTD. Khắc phục điều đó, Luật BVQLNTD 2011 đã quy định khá đầy đủ từ định nghĩa điều kiện giao dịch chung, hợp đồng theo mẫu trong lĩnh vực tiêu dùng, cho đến các quy định cụ thể về trách nhiệm thông báo, đăng ký, niêm yết điều kiện giao dịch chung, đặc biệt là việc ban hành danh mục các điều kiện giao dịch chung vô hiệu. Các quy định này không chỉ giúp bảo vệ NTD trong quá trình mua, sử dụng hàng hóa, dịch vụ thiết yếu phục vụ cuộc sống hàng ngày mà còn giúp cơ quan nhà nước về bảo vệ quyền lợi NTD thực hiện tốt hơn chức trách của mình. Bên cạnh đó, Luật Trọng tài thương mại 2011 cũng dành một điều về quyền lựa chọn phương thức giải quyết tranh chấp của NTD, theo đó, NTD có quyền lựa chọn khởi kiện tại trọng tài hoặc toà án kể cả trong trường hợp hợp đồng đã quy định việc giải quyết tranh chấp được thực hiện tại trọng tài (Điều 17).

Có thể kết luận cho đến khi Luật BVQLNTD 2011 và các văn bản hướng dẫn thi hành Luật này ra đời thì dấu ấn pháp luật về ĐKTMC của Việt Nam mới được bộc lộ rõ nét, tạo ra công cụ pháp lý đồng bộ để góp phần hạn chế việc lạm dụng các ĐKTMC ảnh hưởng đến quyền lợi của NTD.

Bên cạnh việc bảo vệ quyền lợi NTD, để kiểm soát đối với một số lĩnh vực kinh doanh theo chính sách phát triển kinh tế, Nhà nước đã ban hành hệ thống các quy phạm pháp luật khác nhau, nhất là những lĩnh vực kinh doanh độc quyền hoặc những lĩnh vực kinh doanh hàng hoá, dịch vụ thiết yếu hoặc lĩnh vực ảnh hưởng lớn đến đời sống dân sinh như kinh doanh thiết bị y tế, kinh doanh xăng dầu, phân bón... Nhà nước thể hiện sự can thiệp bằng việc kiểm soát giá hoặc ấn định khung các điều khoản và nội dung của hợp đồng như hợp đồng mua bán nhà ở, hợp đồng xây dựng, hợp đồng bảo hiểm hoặc sự can thiệp cao hơn nữa được thể hiện ở việc Nhà nước ban hành các mẫu hợp đồng trong một số lĩnh vực như điện, nước sinh

hoạt... Hiện nay, trong định hướng xây dựng nền kinh tế nhiều thành phần và kinh tế Nhà nước giữ vai trò chủ đạo, Nhà nước vẫn duy trì hệ thống các quy định pháp luật thể hiện sự can thiệp của Nhà nước đối với việc ban hành các điều khoản hợp đồng ở một số lĩnh vực kinh doanh.

Như vậy, với điều kiện lịch sử, kinh tế xã hội của Việt Nam là một nước khởi động nền kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa tương đối muộn với những bước đi khá thận trọng của nền kinh tế chuyển đổi thì việc Việt Nam đi sau rất nhiều nước trên thế giới trong việc hình thành và phát triển các quy định pháp luật liên quan đến ĐKTMC là điều dễ hiểu. Việt Nam học hỏi kinh nghiệm pháp luật thế giới cũng không triệt để do nhiều nguyên nhân khách quan và chủ quan khác nhau. Do đó những hạn chế, bất cập ở các quy định pháp luật cũng là điều không tránh khỏi.

2.3. Pháp luật về điều kiện thương mại chung của Liên minh EU và một số quốc gia trên thế giới – những bài học kinh nghiệm cho Việt Nam

Như đã nói trên đây, trên thế giới hiện có 2 trường phái pháp luật điều chỉnh về ĐKTMC chính: i/Trường phái thứ nhất là trường phái chỉ điều chỉnh những điều khoản soạn sẵn không công bằng trong các hợp đồng tiêu dùng, hay nói cách khác đây là xu hướng coi pháp luật ĐKTMC là vấn đề của pháp luật về bảo vệ NTD. Đại diện cho xu hướng này là những hệ thống pháp luật đồng bộ, thống nhất và khả thi trong lĩnh vực bảo vệ NTD đó là Liên minh Châu Âu, Canada, Đài Loan, Hàn Quốc...; ii/Trường phái thứ hai là trường phái điều chỉnh ĐKTMC trong tất cả hợp đồng, không chỉ hướng đến bảo vệ NTD. Đại diện rõ nét cho xu hướng này là CHLB Đức, Trung Quốc, các nước thuộc bán đảo Scandivania (bao gồm Đan Mạch, Na Uy, Thụy Điển). Riêng Vương quốc Anh cho thấy trường phái không thực sự rõ ràng, trung dung giữa cả ở pháp luật hợp đồng và pháp luật về bảo vệ NTD; tuy vậy, xu hướng pháp luật hợp đồng dường như rõ nét hơn.

2.3.1. Trường phái pháp luật chỉ điều chỉnh điều kiện thương mại chung đối với hợp đồng trong lĩnh vực tiêu dùng

Điểm chung của trường phái này là quy định chủ yếu về ĐKTMC trong lĩnh vực tiêu dùng, cho phép Toà án quyền phủ quyết các nội dung hợp đồng thể hiện sự bất cân xứng thái quá về quyền lợi.

**** Pháp luật Liên minh Châu Âu***

Trên nền tảng của việc bảo vệ quyền tự do khế ước, việc can thiệp của pháp luật để bảo vệ bên yếu thế, đặc biệt là NTD trước các ĐKTMC bất công bằng được coi là sứ mệnh của nền pháp chế văn minh. Pháp luật của Liên minh Châu Âu là đại diện điển hình của việc bảo vệ bên yếu thế, đặc biệt là NTD trước các ĐKTMC bất công bằng với những giải pháp đa dạng, thể hiện chính sách pháp luật và cách tiếp cận khác nhau của các nước thành viên về nguyên tắc công bằng.

Với mục đích mang lại sự đồng bộ đối với các giải pháp bảo vệ NTD trước các ĐKTMC bất công bằng, năm 1993 Liên minh Châu Âu đã ban hành Chỉ thị về điều khoản bất công bằng trong các hợp đồng tiêu dùng (Sau đây gọi tắt là Chỉ thị 93/13/EEC). Năm 2011, xuất phát từ những bất cập của Chỉ thị 93/13/EEC và nhu cầu bảo vệ cả các doanh nghiệp trước các điều khoản bất công bằng, đặc biệt là tạo ra cơ chế bảo vệ các điều khoản hợp đồng bất công bằng trước các hợp đồng mẫu xuyên biên giới trong thị trường chung Châu Âu, Ủy ban Châu Âu đã đề xuất ban hành Luật chung Châu Âu về bán hàng (Common European Sales Law, viết tắt là **CESL**). Mặc dù nhận được khá nhiều chỉ trích của giới nghiên cứu nhưng gần đây Luật này cũng đã được thông qua (tháng 5 năm 2014). Sự ra đời của **CESL** được coi là giải pháp lựa chọn (cho phép các bên trong hợp đồng chọn áp dụng) để giải quyết tình trạng khác nhau của pháp luật thực định của các nước thành viên trong khối liên minh EU. Có thể thấy pháp luật của Liên minh Châu Âu là hệ thống pháp luật vô cùng phức tạp, sự nỗ lực để tìm tiếng nói chung và hài hoà pháp luật giữa các quốc gia thành viên còn là vấn đề khó khăn, nan giải. Tuy vậy, đây là một hệ thống pháp luật văn minh trong việc bảo vệ bên yếu thế trong quan hệ hợp đồng.

Theo Chỉ thị 93/13/EEC, điều khoản không công bằng được tiếp cận một cách chung chung theo phạm trù của khái niệm “thiện chí” (good faith) và “sự mất cân bằng rõ rệt về quyền và nghĩa vụ của các bên” (significant imbalance). Điều 3 của Chỉ thị 93/13/EEC định nghĩa “*Điều khoản hợp đồng mà không được thương lượng bởi hai bên sẽ được xem là không công bằng khi đi ngược lại nguyên tắc thiện chí, tạo ra sự mất cân bằng rõ rệt về quyền và nghĩa vụ của các bên trong hợp đồng, gây thiệt hại cho NTD*”. Như vậy, có thể thấy Chỉ thị 93/13/EEC chỉ bao quát điều chỉnh đối với các điều khoản hợp đồng mẫu, được soạn trước trong các hợp đồng tiêu dùng.

Bên cạnh định nghĩa mang tính chất khái quát, một bảng liệt kê các điều khoản tiềm ẩn dấu hiệu bất công bằng cũng đã được quy định trong Chỉ thị 93/13/EEC,

theo đó ban hành danh mục các điều khoản được “*suy đoán là không công bằng*” gồm các điều khoản: Loại bỏ hoặc giới hạn trách nhiệm của bên bán hoặc bên cung cấp trong trường hợp NTD chết hoặc bị thương tổn từ hành động hoặc không hành động của người bán hoặc người cung cấp; loại bỏ hoặc hạn chế một cách không xác đáng quyền của NTD đối với bên bán hoặc bên cung cấp hoặc bên thứ ba nào khác trong trường hợp bên này không thực hiện một phần hoặc toàn bộ hoặc thực hiện không đúng nghĩa vụ hợp đồng; tạo ra thoả thuận bắt buộc đối với NTD trong khi bên bán hoặc bên cung cấp có quyền thực hiện nó theo mong muốn của mình; cho phép người bán hoặc người cung cấp giữ lại tiền trả trước của NTD trong khi NTD quyết định không giao kết hoặc thực hiện hợp đồng nhưng lại không cho phép NTD nhận bồi thường thiệt hại tương xứng khi bên bán, bên cung cấp huỷ bỏ hợp đồng; buộc NTD khi vi phạm nghĩa vụ phải trả một khoản bồi thường quá cao không tương xứng; trao quyền cho bên bán hoặc bên cung cấp được huỷ bỏ hợp đồng theo mong muốn trong khi không cho phép NTD điều này hoặc cho phép bên bán, bên cung cấp giữ lại tiền trả trước trong khi chính người bán, người cung cấp là bên huỷ bỏ hợp đồng; cho phép bên bán hoặc người cung cấp được đơn phương chấm dứt hợp đồng mà không có thông báo hợp lý, trừ phi có hoàn cảnh đặc biệt để được làm điều đó; tự động gia hạn thời hạn hợp đồng hoặc ấn định thời hạn trong khi NTD không được quyền đó; bắt buộc vô điều kiện đối với NTD với điều khoản mà NTD không có cơ hội thực tế để biết trước khi giao kết hợp đồng; cho phép người bán hoặc người cung cấp được đơn phương thay đổi hợp đồng mà không có lý do đã được quy định rõ trong hợp đồng; cho phép người bán hoặc người cung cấp được đơn phương thay đổi đặc điểm của sản phẩm hoặc dịch vụ đã được thoả thuận; quy định giá của hàng hoá được xác định vào thời điểm giao hàng hoặc cho phép người bán hoặc người cung cấp tăng giá vào thời điểm giao hàng mà không cho phép NTD quyền được huỷ hợp đồng nếu giá cuối cùng quá cao so với giá mà đã thoả thuận trong hợp đồng; trao quyền cho người bán hoặc người cung cấp xác định hàng hoá hoặc dịch vụ là phù hợp với hợp đồng hoặc cho phép người bán, người cung cấp quyền được giải thích bất kỳ điều khoản nào của hợp đồng; hạn chế trách nhiệm của bên bán, bên cung cấp trong trường hợp kinh doanh hàng hóa, dịch vụ thông qua đại lý của họ; bắt buộc NTD phải thực hiện các nghĩa vụ ngay cả khi bên bán, bên cung cấp không hoàn thành nghĩa vụ của mình; cho phép bên bán, bên cung cấp khả năng được chuyển giao quyền, nghĩa vụ cho bên thứ ba mà có khả năng làm giảm đi sự bảo đảm quyền lợi cho NTD khi không được NTD đồng ý; loại

trừ hoặc che giấu quyền của NTD được khiếu nại hoặc tiến hành bất kỳ các giải pháp pháp lý khác, hạn chế một cách thái quá các bằng chứng có lợi cho NTD hoặc áp đặt quá nặng nghĩa vụ chứng minh của NTD mà theo luật thực định, nghĩa vụ này thuộc về bên còn lại trong hợp đồng.

Tuy nhiên điều này không có nghĩa các điều khoản trong danh mục được liệt kê sẽ bị kết luận là không công bằng. Tòa án công lý Châu Âu (CJEU) đã hướng dẫn việc áp dụng được xác thực rõ ràng hơn bằng việc đề nghị các nước thành viên cân nhắc các yếu tố sau: Bản chất của hàng hoá và dịch vụ; toàn bộ bối cảnh của hợp đồng; hậu quả của điều khoản hợp đồng theo luật thực định của mỗi nước; các điều khoản khác của hợp đồng; các nguyên tắc cơ bản của luật thực định; về sự rõ ràng, dễ hiểu của nội dung điều khoản hợp đồng và về khả năng huỷ bỏ hợp đồng của NTD. Tòa án Công lý Châu Âu cũng chỉ ra rằng dựa trên các tiêu chí đó, các nước thành viên có quyền quyết định đối với điều khoản không công bằng một cách cụ thể. Dựa trên các án lệ của CJEU, CESL cũng khuyến nghị các thẩm phán xem xét các điều khoản bất công bằng trong các hợp đồng tiêu dùng ở các khía cạnh: Liệu điều khoản hợp đồng có được thiết lập một cách minh bạch, rõ ràng; các thuộc tính của hàng hoá và dịch vụ; bối cảnh ký kết hợp đồng; các điều khoản khác của hợp đồng; điều khoản hoặc bất kỳ hợp đồng nào khác mà hợp đồng đang được xem xét này có dựa vào. Riêng đối với các hợp đồng giữa doanh nghiệp với doanh nghiệp (Business to Business Contract, viết tắt tiếng Anh là B2B), CESL quy định một điều khoản sẽ được coi là unfair khi đi ngược lại một cách thô thiển với những hành vi thương mại thiện chí và kinh doanh công bằng. Trong khi Chỉ thị 93/13/EEC chỉ tiếp cận điều chỉnh đối với các điều khoản không công bằng (điều khoản không được thương lượng) trong hợp đồng tiêu dùng (Business to Consumer Contract, viết tắt là B2C), CESL tiếp cận theo hướng ban hành 1 chương riêng về điều khoản không công bằng với hai chế độ đối xử khác nhau cho hợp đồng B2C và hợp đồng B2B. Tuy nhiên, hướng giải quyết này của CESL bị nhiều các học giả nghiên cứu Châu Âu đánh giá là ngớ ngẩn [44]. Thậm chí, trước khi CESL được Ủy ban pháp luật Châu Âu phê chuẩn chính thức, đã có vô vàn các thư kiến nghị gửi đến đề nghị không thông qua văn bản này.

Về giá trị pháp lý của điều khoản hợp đồng không công bằng, Chỉ thị 93/13/EEC quy định rằng NTD không bị bắt buộc thực hiện các điều khoản không công bằng, các điều khoản còn lại vẫn có hiệu lực nếu sự tồn tại của nó không lệ thuộc vào điều khoản không công bằng đó. Như vậy Chỉ thị 93/13/EEC sử dụng

thuật ngữ “non binding” để chỉ sự vô hiệu hoá các điều khoản như vậy. CESL cũng quy định giống với Chỉ thị 93/13/EEC ở chỗ các điều khoản này sẽ không được bắt buộc áp dụng (“is not binding”) tuy nhiên CESL có bổ sung thêm quy định “các điều khoản còn lại vẫn tiếp tục có hiệu lực”. Dựa vào thực tiễn xét xử, CJEU phát triển một hệ thống các quy tắc mang tính đúc rút theo đó: i/Toàn bộ nội dung hợp đồng sẽ bị vô hiệu nếu điều này tốt hơn cho việc bảo vệ NTD; ii/Điều khoản hợp đồng bất công bằng sẽ không có giá trị bất chấp cả trong trường hợp nó có hiệu lực trong tình huống của NTD nhưng NTD có lý do rõ ràng để yêu cầu vô hiệu nó; iii/Khi đánh giá khả năng một hợp đồng vẫn tiếp tục tồn tại khi có một hoặc một vài điều khoản hợp đồng bất công bằng vô hiệu, toà án không được chỉ dựa vào xem xét quyền lợi của NTD một cách đơn độc mà một xem xét trên tổng thể của mục tiêu bảo vệ NTD; iv/Toà án quốc gia không được soạn thảo lại điều khoản bất công bằng. Đây là vấn đề gây nhiều tranh luận trong việc giải quyết hậu quả pháp lý của điều khoản không công bằng bị toà án tuyên vô hiệu.

Bàn về thực trạng của pháp luật về ĐKTMC của Liên minh Châu Âu, trong Hội thảo về pháp luật bảo vệ NTD được tổ chức tại Pháp năm 2008, các nhà nghiên cứu đến từ nhiều quốc gia khác nhau như Đức, Anh, Pháp, Áo, Na Uy... đã cho rằng phạm vi điều chỉnh của Chỉ thị 93/13/EEC chỉ điều chỉnh các hợp đồng thiết lập giữa “người bán” (seller) hay người cung cấp (supplier) với NTD (consumer) vô hình trung đã loại ra nhiều chủ thể khác và không phù hợp với thực tiễn cuộc sống. Các hợp đồng giao kết dựa trên các ĐKTMC giữa bản thân các nhà thương mại với nhau, giữa bản thân những NTD với nhau; giữa NTD với tư cách là bên bảo lãnh cho NTD với bên cho vay trong hợp đồng tín dụng thương mại nếu có biểu hiện cho thấy sự đối xử không công bằng sẽ không được bảo vệ bởi pháp luật. Bên cạnh đó, hợp đồng giữa bên bán là các nhà kinh doanh đất với người mua cũng bị loại trừ khỏi phạm vi điều chỉnh của Chỉ thị trên (vì đất không được hiểu là hàng hoá “goods”) [64].

Thực tiễn cho thấy, thực hiện việc đồng bộ hoá và nội luật hoá các quy định của Chỉ thị 93/13 pháp luật của nhiều nước Châu Âu dành quá nhiều sự chú trọng đến việc bảo vệ NTD trước các ĐKTMC bất công bằng trong các hợp đồng tiêu dùng (Business to consumers, tên viết tắt tiếng Anh là B2C), dẫn đến sự thiếu hụt trong việc điều chỉnh sự lạm dụng của các ĐKTMC áp dụng trong các giao dịch giữa thương nhân với thương nhân trong hoạt động thương mại được thể hiện ở các hợp đồng B2B. Các hợp đồng thường áp dụng các ĐKTMC khi một bên tham gia giao

dịch là doanh nghiệp nhỏ hơn, thiếu kinh nghiệm hơn hoặc có mối quan hệ lệ thuộc về kinh tế, lệ thuộc về thị trường, về vốn, về công nghệ... chẳng hạn như quan hệ hợp đồng giữa nhà sản xuất với bên tổng phân phối hoặc giữa bên tổng phân phối với các đại lý bán lẻ [49].

Trong các diễn đàn trao đổi các tình huống pháp lý, cũng đã có những tình huống liên quan đến vấn đề này được nêu lên. Chẳng hạn như tại website www.minterellison.com/publications/to-B2B-or-not-to-B2B-that-is-the-unfair-contract-question/ [29], các thành viên diễn đàn nêu ra tình huống như sau “Một doanh nghiệp nhỏ được tạo lập bởi hai vợ chồng. Để giới thiệu hoạt động kinh doanh của mình, tin vào các quảng cáo của công ty kinh doanh dịch vụ quảng cáo, người vợ đã ký kết bản hợp đồng với các ĐKTMC in với những dòng chữ rất nhỏ trong hợp đồng. Sau đó, người vợ không muốn thực hiện hợp đồng này và đề nghị được huỷ hợp đồng. Bên công ty dịch vụ quảng cáo không đồng ý với lý do một điều khoản đã được quy định trong hợp đồng “*Nếu bên ký hợp đồng là doanh nghiệp, họ sẽ không có quyền huỷ hợp đồng*”. Đây là điều khoản mà người vợ chưa hề đọc và không nhận được bất kỳ giải thích nào. Người vợ cho rằng công ty này đã lợi dụng quy định của pháp luật trong việc chỉ cho phép huỷ hợp đồng đối với NTD để đưa nội dung này vào trong hợp đồng và làm khó cho những doanh nghiệp nhỏ, những người ký hợp đồng với vị thế không khác gì NTD.

Đồng cảm và chia sẻ về vấn đề này, một số ý kiến trên diễn đàn cho rằng cần thiết phải điều chỉnh các điều khoản hợp đồng không công bằng cho cả các doanh nghiệp vừa và nhỏ (small and medium enterprises, viết tắt tiếng Anh là SMEs) chẳng hạn như doanh nghiệp sử dụng lao động ít, vốn nhỏ, kinh doanh đơn giản... Cơ quan về bảo vệ NTD của Úc và Newzealand gần đây (năm 2014) cũng đưa ra bản kiến nghị “*Extending Unfair Contract Term Protections to Small Businesses*” về việc mở rộng phạm vi điều chỉnh của Luật bảo vệ NTD Úc đối với cả những doanh nghiệp nhỏ. Một số ý kiến khác lại cho rằng có thể xem xét áp dụng đối với những hợp đồng B2B với giá trị dưới 500.000 bảng Anh [40]. Bên cạnh đó, cũng năm 2014, một học giả nghiên cứu người Malaysia (Giáo sư Sean Ang) cũng đã đưa ra đề xuất về việc bảo vệ các doanh nghiệp nhỏ trước các điều khoản không công bằng trong bài viết “*Protecting Small Businesses from Unfair Contract Terms*” [58]. Các bài viết đều đưa ra các lập luận chung trong việc bảo vệ các doanh nghiệp vừa và nhỏ bởi vị thế của họ khi tham gia thị trường cũng giống với NTD.

NCS cho rằng không nhất thiết chỉ đặt ra vấn đề bảo vệ các doanh nghiệp nhỏ. Mặc dù pháp luật có thể đưa ra các tiêu chí phân nhóm nhưng rất khó để xác định một cách công bằng các tiêu chí cụ thể. Hơn nữa, khi đã ở vào vị trí không có cơ hội thương lượng hợp đồng thì không nên quan niệm doanh nghiệp đó nhỏ hay không nhỏ. Thực tế kinh doanh cho thấy vị trí yếu thế của các chủ thể không hẳn là yếu thế về mặt kinh tế mà còn yếu thế về mặt thông tin, về thị trường, về công nghệ... Quan điểm này của NCS cũng trùng với quan điểm của học giả Paul Schoff, Sarah Moritz and Eric White khi các học giả này cũng cho rằng không nên đặt vấn đề chỉ bảo vệ các doanh nghiệp vừa và nhỏ mà cần đặt vấn đề bảo vệ chung cho cả các doanh nghiệp mà “*không có cơ hội về thời gian, chuyên gia về pháp lý và kỹ thuật để phân tích chỉ trích các ĐKTMC và không có quyền lực, cơ hội để được thương lượng, đàm phán*” [29]. Hơn nữa, như đã phân tích trên đây, căn nguyên về mặt kinh tế của việc điều chỉnh pháp luật về ĐKTMC là vấn đề kiểm soát tình trạng bất cân xứng thông tin nhằm cân bằng lại giá trị đích thực của giao dịch- mục tiêu hướng đến bảo vệ lẽ công bằng. Vì vậy, sẽ là không hợp lý khi có sự phân biệt giữa doanh nghiệp vừa và nhỏ với các doanh nghiệp khác.

Như vậy, với các nước hiện nay đang tiếp cận điều chỉnh ĐKTMC ở góc độ của pháp luật về bảo vệ NTD của Liên minh Châu Âu cho thấy sự bất cập về thực tiễn và đang nhận nhiều chỉ trích của giới nghiên cứu. Xu hướng lập pháp của các nước cũng đang cho thấy có sự xem xét kiến nghị của giới nghiên cứu (không chỉ ở Châu Âu) về việc mở rộng phạm vi kiểm soát điều khoản bất công bằng trong các hợp đồng B2B. Đây cũng là thông tin đáng chú ý cho việc hoàn thiện pháp luật của Việt Nam về ĐKTMC.

2.3.2. Trường phái pháp luật điều chỉnh về ĐKTMC đối với tất cả các hợp đồng

Điểm chung của xu hướng này là phạm vi của thuật ngữ “điều khoản hợp đồng không công bằng” được áp dụng chung cho mọi hợp đồng, không phân biệt hợp đồng trong lĩnh vực tiêu dùng. Nếu có dấu hiệu cho thấy các điều khoản hợp đồng này có sự lạm dụng, không công bằng thì các điều khoản này không được công nhận giá trị pháp lý và bị tuyên là vô hiệu.

**** Pháp luật CHLB Đức***

Như đã nêu trên đây, Đức là nước điển hình ban hành văn bản luật riêng (Luật về ĐKTMC (viết tắt là ABGs) năm 1976, sửa đổi, bổ sung năm 1996) về các

ĐKTMC với 32 điều. Từ năm 2002, đạo luật ABGs được sáp nhập chung vào Bộ luật Dân sự Đức, về cơ bản bê nguyên các quy định của ABGs vào đạo luật này thành một chương về giao kết hợp đồng sử dụng ĐKTMC, trong đó có bổ sung một số các quy định thể hiện nổi bật hơn tinh thần bảo vệ NTD theo chủ trương nội luật hoá Chỉ thị 93/13/EEC.

Bên cạnh quy định về khái niệm ĐKTMC, có thể thấy phần nội dung Chương này của BLDS Đức đã bao quát hết các nội dung cơ bản của pháp luật về ĐKTMC từ việc quy định cụ thể điều kiện hình thành và khả năng trở thành nội dung hợp đồng của các ĐKTMC (vấn đề áp dụng ĐKTMC) cho đến việc giải thích ĐKTMC và cơ chế kiểm soát các ĐKTMC bất công bằng.

Về điều kiện trở thành bộ phận của hợp đồng, mục 2 Điều 305 BLDS Đức quy định người ban hành ĐKTMC phải thu hút sự chú ý một cách chính xác, rõ ràng các điều khoản, điều kiện đưa vào sử dụng trong hợp đồng. Trường hợp không thể thực hiện được như vậy, ít nhất, một lưu ý nổi bật (prominent notice) phải được thực hiện. Người sử dụng ĐKTMC phải trao cho phía bên kia, ở trong tình trạng hợp lý, tính đến cả những trường hợp người bị khuyết tật về thể chất mà vẫn có thể nhận thức được, cơ hội hiểu được nội dung của các ĐKTMC đó. Nghĩa vụ này chỉ đặt ra trong trường hợp các ĐKTMC về mặt cấu trúc vật chất, không là một bộ phận của hợp đồng. Điều đó có nghĩa không cần thiết phải có sự tham chiếu đến nếu như nó đã được hàm chứa trong hợp đồng. Quy định này không áp dụng cho các bên doanh nghiệp mà đã có mối quan hệ kinh doanh lâu dài qua đó các bên đã từng chấp nhận các điều khoản hợp đồng đó hoặc khi các điều khoản hợp đồng này được sử dụng phổ biến trong giao dịch thương mại nào đó. Trường hợp có sự xung đột trong việc áp dụng ĐKTMC, BLDS Đức cho thấy cách tiếp cận theo giải pháp “The last shot”, theo đó ĐKTMC của bên đưa ra đề nghị sau cùng sẽ được áp dụng. Ngoài ra, Điều 305 mục c BLDS Đức cũng quy định những điều khoản “ngoài tưởng tượng” sẽ không là bộ phận của hợp đồng. Những điều khoản được coi là “ngoài tưởng tượng” là những điều khoản chứa đựng các nghĩa vụ quá bất thường mà một bên trong hợp đồng thường không nghĩ sẽ gặp phải trong hợp đồng. Ngoài ra, BLDS Đức cũng quy định cụ thể các lĩnh vực đặc thù mà Nhà nước được quyền ban hành các hợp đồng mẫu.

Việc giải thích các điều khoản tối nghĩa của hợp đồng được quy định ở mục 2.c Điều 305 BLDS Đức theo đó việc giải thích hợp đồng sẽ trên nguyên tắc giải

thích bất lợi cho bên được soạn thảo và bảo vệ tối ưu nhất quyền của bên bị áp đặt ĐKTMC. Mục đích của quy định này nhằm đòi hỏi bên ban hành ĐKTMC phải thể hiện các điều khoản một cách rõ ràng, không tối nghĩa nếu doanh nghiệp muốn tránh rủi ro của việc điều khoản này sẽ bị tuyên vô hiệu hoặc điều khoản này vẫn có hiệu lực trong hợp đồng nhưng được nghiêng về hướng lợi ích cho bên không được soạn thảo trong trường hợp có sự hoài nghi về ngữ nghĩa. Bên cạnh đó, mục b Điều 305 còn có quy định trường hợp trong hợp đồng các bên có những nội dung thoả thuận khác mà nội dung này trái với ĐKTMC thì các thoả thuận đó giữa các bên sẽ được ưu tiên áp dụng.

Về việc kiểm soát các điều khoản hợp đồng không công bằng ở CHLB Đức được thiết kế theo hướng quy định điều khoản mang tính nguyên tắc kiểm soát chung (general test- Điều 307) theo đó ĐKTMC là vô hiệu khi đi ngược lại nguyên tắc thiện chí, tạo ra sự bất lợi một cách bất hợp lý cho còn lại của hợp đồng. Sự bất lợi một cách bất hợp lý cũng có thể xuất phát từ những điều khoản không rõ ràng và học thuật khó hiểu. Bên cạnh đó BLDS Đức ban hành danh mục những điều khoản giả định là có dấu hiệu bất công bằng (grey list- Điều 308 BLDS Đức) và danh mục điều khoản bị coi là bất công bằng (black list- Điều 309 BLDS Đức). Trường hợp vi phạm danh mục black list, các điều khoản hợp đồng như vậy sẽ không có hiệu lực còn trong trường hợp vi phạm danh mục grey list quy định tại Điều 308 thẩm phán sẽ xác định, cân đo lợi ích của mỗi bên tùy thuộc vào từng loại hợp đồng trên cơ sở cân nhắc toàn bộ bối cảnh và mục đích của hợp đồng để kết luận điều khoản đó có bất công bằng hay không.

Bên cạnh BLDS điều chỉnh chung những vấn đề mang tính nguyên tắc đối với các hợp đồng sử dụng ĐKTMC, CHLB Đức còn có những quy định mang tính bảo vệ riêng đối với NTD ở những hợp đồng đặc thù trong lĩnh vực tiêu dùng như hợp đồng giao kết từ xa và hợp đồng bán hàng tận cửa trong Luật Bảo vệ quyền lợi NDT (vừa được ban hành năm 2013, có hiệu lực vào ngày 13 tháng 6 năm 2014). Cơ chế bảo vệ NTD ở đây là cho phép NTD quyền được rút lui khỏi hợp đồng khi có thông báo trước và quy định chặt chẽ nghĩa vụ cung cấp thông tin cụ thể đối với hàng hoá khi giao dịch mua bán qua mạng.

**** Pháp luật Vương quốc Anh***

Khác với cách tiếp cận của Đức, pháp luật Vương Quốc Anh không thể hiện đầy đủ cấu trúc ba nội dung của pháp luật về ĐKTMC mà chủ yếu nhấn mạnh điều

chính vấn đề kiểm soát tính công bằng của điều khoản hợp đồng. Vương quốc Anh tồn tại hai đạo luật song song, một đạo luật về các điều khoản hợp đồng bất công bằng vào năm 1977 (Unfair Contract Term Act) và một đạo luật về các điều khoản không công bằng trong các hợp đồng tiêu dùng vào năm 1994 (Unfair Term in Consumer Contract 1994, sửa đổi bổ sung năm 1999 (là sự thể hiện nội luật hoá các quy định của Chỉ thị 93/13/EEC), với những nội dung tách rời các quy định của Luật Unfair Contract Term Act 1977. Phạm vi điều chỉnh của Luật Unfair Contract Term Act 1977 liên quan đến các điều khoản hợp đồng (cả điều khoản được thương lượng và cả các điều khoản soạn sẵn) trừ hợp đồng chuyển nhượng đất đai, hợp đồng lao động và hợp đồng trong lĩnh vực hôn nhân gia đình. Còn phạm vi điều chỉnh của Unfair Term in Consumer Contract 1994 liên quan đến các điều khoản hợp đồng soạn sẵn giữa bên bán/bên cung cấp với NTD. Điều này gây nên sự trùng lặp, nhầm lẫn và khó hiểu giữa hai văn bản này.

Luật Unfair Contract Term Act 1977 không quy định thế nào là “điều khoản hợp đồng bất công bằng” và chỉ dành một điều về điều chỉnh đối với các điều khoản loại trừ trách nhiệm một cách bất hợp lý và các điều khoản hợp đồng mẫu (Điều 17). Theo đó, bất kỳ điều khoản nào trong hợp đồng tiêu dùng hay hợp đồng mẫu mà cho phép một bên trong hợp đồng khả năng vi phạm cam kết các nghĩa vụ hợp đồng, loại bỏ hoặc hạn chế trách nhiệm của bên đó đối với NTD/bạn hàng trong quan hệ hợp đồng; không thực hiện nghĩa vụ hợp đồng hoặc thực hiện khác với những gì mà NTD/bạn hàng mong đợi một cách hợp lý nếu nó không công bằng và hợp lý để trở thành điều khoản hợp đồng thì sẽ không có hiệu lực.

Luật Unfair Term in Consumer Contract 1994 quy định khá chi tiết từ định nghĩa điều khoản bất công bằng, các dấu hiệu nhận diện đến việc ban hành danh mục các điều khoản có dấu hiệu bất công bằng (grey list). Theo mục 4.1 Luật Unfair Term in Consumer Contract thì điều khoản bất công bằng là “*những điều khoản đi ngược lại nguyên tắc thiện chí, tạo ra sự mất cân bằng rõ rệt về quyền và nghĩa vụ của các bên, gây thiệt hại cho NTD*”. Luật này cũng quy định các dấu hiệu để đánh giá tính “thiện chí” dựa trên 4 yếu tố. Bốn yếu tố đó là: i/Vị thế mạnh hơn của một bên; ii/liệu NTD có bị xúi giục để đồng ý với điều khoản hợp đồng; iii/liệu hàng hoá hoặc dịch vụ đó có đặc biệt đối với NTD và iv/mức độ mà người bán/người cung cấp đối xử công bằng, thiện chí với NTD. Về danh mục các điều khoản có dấu hiệu bất công bằng, Vương quốc Anh thể hiện sự nội luật hoá triệt để yêu cầu của Chỉ thị 93/13/EEC, theo đó sao chép toàn bộ bản danh mục này.

****Pháp luật Trung Quốc***

Pháp luật về ĐKTMC của Trung Quốc về cấu trúc nội dung là sự học tập kinh nghiệm khá rõ nét pháp luật của CHLB Đức, theo đó các khía cạnh cơ bản của pháp luật về ĐKTMC đã được tiếp cận điều chỉnh, từ quy định về khái niệm ĐKTMC, nguyên tắc áp dụng, giải thích ĐKTMC và vấn đề kiểm soát ĐKTMC bất công bằng. Tuy nhiên, về cấu trúc hình thức, pháp luật về ĐKTMC của Trung Quốc khác với CHLB Đức ở chỗ Trung Quốc không đưa những nội dung pháp luật này vào BLDS mà Trung Quốc có Luật riêng về hợp đồng và các nội dung về ĐKTMC được đưa vào chương “Giao kết hợp đồng”.

Đi vào các nội dung cụ thể của pháp luật Trung Quốc về ĐKTMC, có thể thấy Trung Quốc học tập kinh nghiệm của CHLB Đức ở những khía cạnh sau: Đưa ra định nghĩa về ĐKTMC giống hệt như cách định nghĩa của CHLB Đức; Quy định nghĩa vụ “tạo sự chú ý một cách hợp lý” đối với bên ban hành ĐKTMC. Thậm chí thuật ngữ “in a reasonable manner” được dùng giống hệt; Giải thích hợp đồng bất lợi cho bên được soạn thảo ĐKTMC; áp dụng chủ thuyết “The last shot” trong trường hợp có xung đột ĐKTMC.

Điểm khác của Trung Quốc là Trung Quốc quy định cụ thể hơn nghĩa vụ trình bày các ĐKTMC của bên ban hành, theo đó các ĐKTMC phải được trình bày trên nền văn bản dễ phân biệt, font chữ, loại chữ rõ ràng, dễ đọc (Điều 40 Luật Hợp đồng Trung Quốc). Về danh mục các điều khoản bị coi là bất công bằng, Trung Quốc cũng ban hành 2 danh mục nhưng không phải là danh mục điều khoản bất công bằng và danh mục điều khoản có dấu hiệu bất công bằng như CHLB Đức. Cả hai danh mục của Trung Quốc đều là black list, nhưng danh mục ở Điều 52 Luật Hợp đồng liệt kê các điều khoản hợp đồng bị coi là vô hiệu khi xâm phạm lợi ích Nhà nước, lợi ích tập thể hoặc lợi ích của bên thứ ba, đi ngược lại nguyên tắc thiện chí và vi phạm các quy định pháp luật. Điều 53 Luật Hợp đồng liệt kê các điều khoản loại trừ trách nhiệm của một bên trong hợp đồng sẽ bị coi là vô hiệu, kể cả khi đã được thông báo rõ ràng tới cho phía bên kia. Tuy nhiên hai danh mục này không dành riêng cho các điều khoản hợp đồng soạn sẵn mà được áp dụng chung cho tất cả các điều khoản của hợp đồng (soạn sẵn và thương lượng) và được sắp xếp ở Chương “Hiệu lực của hợp đồng”.

Qua việc nghiên cứu pháp luật của Liên minh Châu Âu và một số quốc gia trên thế giới, có thể đúc rút được những bài học kinh nghiệm sau cho việc hoàn thiện pháp luật về ĐKTMC ở Việt Nam:

Thứ nhất, không quốc gia nào phủ nhận ĐKTMC là vấn đề của pháp luật hợp đồng. Việc thiết kế về hình thức chứa đựng các quy định nó ở BLDS hay ban hành Luật Hợp đồng riêng cần tính đến sự phù hợp của đặc điểm, bối cảnh xã hội, tình hình pháp luật của mỗi quốc gia.

Thứ hai xu thế tiếp cận chỉ điều chỉnh đối với các ĐKTMC bất công bằng trong các hợp đồng tiêu dùng cho thấy nhiều sự bất cập.

Thứ ba, không có quốc gia nào vừa có các quy định về hợp đồng mẫu vừa có các quy định về ĐKTMC.

Kết luận Chương 2

1. ĐKTMC là một hiện tượng kinh tế pháp lý tồn tại phổ biến trong nền kinh tế phát triển. ĐKTMC là những nội dung hợp đồng được soạn sẵn, được thể hiện ở các hình thức khác nhau như quy tắc bán hàng, điều kiện giao dịch, chính sách thương mại... được sử dụng lặp đi lặp lại và bên bị áp dụng không được thương lượng, đàm phán, cho thấy sự hạn chế của nguyên tắc tự do khế ước. Tuy vậy, sự tồn tại của ĐKTMC là sự tồn tại tất yếu, khách quan trong nền kinh tế phát triển mà xã hội buộc phải chấp thuận. Lợi ích không thể phủ nhận của ĐKTMC đó là sự gia tăng các hiệu quả về mặt kinh tế, giảm thiểu chi phí giao dịch một cách đáng kể, loại bỏ chi phí về thời gian và công sức để người mua, người cung cấp hàng hoá dịch vụ phải thương lượng chi tiết từng điều khoản nội dung của từng hợp đồng của mỗi lần giao dịch. Mặt khác, ĐKTMC giúp các nhà cung cấp loại trừ khả năng không được chấp nhận đối với các điều khoản né tránh trách nhiệm hợp đồng của họ. ĐKTMC mặc dù là sản phẩm của việc hạn chế nguyên tắc tự do hợp đồng, nhưng nó là sản phẩm tất yếu khách quan của nền kinh tế phát triển và không phải nội dung nào của ĐKTMC cũng mang tính “tiêu cực”, chứa đựng những quy định thiếu công bằng, lạm dụng. Việc ứng dụng các ĐKTMC trong đời sống xã hội có cả những ưu điểm và nhược điểm cả về pháp lý, kinh tế. Vai trò điều chỉnh của pháp luật là thừa nhận sự tồn tại khách quan của ĐKTMC, đưa ra những nguyên tắc áp dụng thống nhất để tránh sự tùy tiện đồng thời tạo ra cơ chế hợp lý để đảm bảo sự công bằng của nguyên tắc tự do hợp đồng;

2. Việc tiếp cận điều chỉnh của pháp luật về ĐKTMC được dựa trên học thuyết về công bằng về thủ tục và học thuyết công bằng về bản thể trong pháp luật hợp đồng, qua đó cho thấy phạm vi chủ thể mà pháp luật hướng đến bảo vệ có sự khác nhau. Chủ thuyết về vị thế mạnh hơn của một bên hướng pháp luật đến việc bảo vệ NTD, là chủ thể yếu thế chủ yếu trên thị trường. Chủ thuyết về chi phí giao dịch hướng đến việc cân bằng lợi ích của các bên do bất cân xứng thông tin, xuất phát từ sự tiết kiệm chi phí giao dịch. Tuy nhiên, căn nguyên về mặt kinh tế của việc can thiệp điều chỉnh của pháp luật là nhằm bảo vệ thị trường khỏi sự đổ vỡ, thất bại do bất cân xứng thông tin;

3. ĐKTMC do một bên chủ động ban hành và áp đặt nên dễ có xu hướng tạo nên các nội dung bất công bằng giữa hai bên. Tiêu chí không công bằng là tiêu chí hướng đến để kiểm soát của phần lớn pháp luật các nước trên thế giới nhằm thiết lập lại lợi ích giữa các bên trong quan hệ hợp đồng, trong đó hướng nhiều đến việc bảo vệ các chủ thể không được soạn thảo hợp đồng. Tuy nhiên, cách tiếp cận điều chỉnh của pháp luật các nước là khác nhau, thể hiện sự can thiệp ở những giải pháp pháp lý khác nhau nhưng tựu chung đều nhằm mục đích bảo vệ nguyên tắc tự do khế ước và nguyên tắc công bằng;

4. Pháp luật của các nước trên thế giới cho thấy các cách tiếp cận điều chỉnh ĐKTMC ở những góc độ khác nhau nhưng tựu chung thể hiện ở hai xu hướng chính, xu hướng điều chỉnh về ĐKTMC ở tất cả hợp đồng và xu hướng điều chỉnh ĐKTMC được áp dụng trong lĩnh vực tiêu dùng nhằm bảo vệ NTD. Tuy nhiên, thực tiễn điều chỉnh cho thấy xu thế thứ nhất là xu thế điều chỉnh phù hợp, khắc phục được những hạn chế của xu thế điều chỉnh dưới góc độ pháp luật về bảo vệ NTD;

5. Các điều khoản hợp đồng soạn sẵn có dấu hiệu lạm dụng, không công bằng sẽ không được pháp luật công nhận và không có giá trị pháp lý. Pháp luật quy định nhiều hình thức kiểm soát khác nhau đối với các ĐKTMC bất công bằng. Tuy vậy, việc xác lập một cơ chế hữu hiệu để điều chỉnh lại các ĐKTMC bất công bằng là vấn đề lý luận còn bỏ ngỏ và cần tiếp tục được nghiên cứu thêm./.

Chương 3

PHÁP LUẬT VIỆT NAM VỀ ĐIỀU KIỆN THƯƠNG MẠI CHUNG VÀ THỰC TIỄN ÁP DỤNG Ở MỘT SỐ LĨNH VỰC

3.1. Thực trạng các quy định pháp luật về điều kiện thương mại chung ở Việt Nam

Như đã nêu trên đây pháp luật Việt Nam về ĐKTMC thể hiện rõ sự tản mát, manh mún qua các quy định pháp luật về hợp đồng theo mẫu trong BLDS 2005, các quy định về điều kiện giao dịch chung, hợp đồng mẫu trong lĩnh vực tiêu dùng ở Luật BVQLNTD 2011 và các quy định về ban hành hợp đồng mẫu, quy định về điều khoản hợp đồng bắt buộc ở một số lĩnh vực đặc thù như kinh doanh nhà ở, kinh doanh bảo hiểm... Xét trên từng khía cạnh nội dung của pháp luật về ĐKTMC như đã đề cập ở Chương 2, pháp luật Việt Nam đã bao quát về cơ bản các nội dung cần điều chỉnh của pháp luật ở lĩnh vực này. Song cũng bởi sự tản mát, manh mún thiếu hệ thống nên sự bất cập của các quy định pháp luật ở từng mặt được bộc lộ khá rõ. Cụ thể:

3.1.1. Quy định của pháp luật về định nghĩa điều kiện thương mại chung

Như đã phân tích ở Chương 2, ĐKTMC được hiểu là những quy tắc, điều kiện, quy định do một bên đơn phương soạn thảo sẵn với mục đích áp dụng chung cho nhiều chủ thể trong giao dịch hợp đồng. Phần lớn pháp luật các quốc gia lựa chọn điều chỉnh về việc áp dụng các điều khoản hợp đồng soạn sẵn trong các hợp đồng mẫu hoặc điều chỉnh các nội dung về ĐKTMC (khái niệm, vấn đề áp dụng ĐKTMC, giải thích ĐKTMC và kiểm soát các ĐKTMC bất công bằng) và hình thành các dòng xu hướng điều chỉnh khác nhau xuất phát từ các cách tiếp cận khác nhau về căn nguyên của việc can thiệp của pháp luật.

Pháp luật Việt Nam đưa ra các cách tiếp cận khác nhau về ĐKTMC trong các văn bản pháp luật khác nhau. Luật BVQLNTD 2011 có định nghĩa về điều kiện giao dịch chung, hợp đồng theo mẫu trong lĩnh vực tiêu dùng và ngoài ra BLDS 2005 có định nghĩa về hợp đồng theo mẫu. Sự tồn tại đồng thời nhiều định nghĩa ở các văn bản pháp luật khác nhau, với các nội hàm khác nhau cho thấy cách làm rời rạc và khó hiểu của pháp luật Việt Nam.

Khoản 6 Điều 3 Luật BVQLNTD 2011 quy định “*Điều kiện giao dịch chung là những quy định, quy tắc bán hàng, cung ứng dịch vụ do tổ chức, cá nhân kinh doanh hàng hoá, dịch vụ công bố và áp dụng đối với người tiêu dùng*”. Người tiêu dùng theo định nghĩa của Luật là người mua, sử dụng hàng hoá, dịch vụ cho mục đích tiêu dùng, sinh hoạt của các nhân, tổ chức (Điều 2 Luật BVQLNTD 2011). Bản thân định nghĩa này của Luật BVQLNTD 2011 đã thể hiện những bất cập sau đây:

Thứ nhất, quan niệm người tiêu dùng là tổ chức mua hàng hoá, dịch vụ cho mục đích “*sinh hoạt, tiêu dùng*” của pháp luật Việt Nam là không hợp lý và tạo ra sự khác biệt khó hiểu so với cách tiếp cận chung của pháp luật các nước trên thế giới.

Trên thế giới hiện nay có hai quan niệm về khái niệm “người tiêu dùng”. Quan niệm thứ nhất coi người tiêu dùng chỉ là các thể nhân (cá nhân) mua sắm hàng hoá, sử dụng dịch vụ không mang mục đích kinh doanh, thương mại. Quan niệm thứ hai cho rằng người tiêu dùng không chỉ là các cá nhân mà còn bao hàm cả các tổ chức.

Quan niệm coi NTD là cá nhân là quan niệm phổ biến, mang tính thông lệ trong pháp luật bảo vệ người tiêu dùng ở các quốc gia trên thế giới (nhất là các quốc gia phát triển và các quốc gia thuộc khu vực ASEAN). Luật về bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng của Trung Quốc năm 1993 tuy không có điều khoản riêng giải thích khái niệm người tiêu dùng nhưng tại Điều 2 của Luật này có quy định “*Trường hợp người tiêu dùng, vì nhu cầu cuộc sống, mua, sử dụng hàng hóa, dịch vụ thì các quyền và lợi ích hợp pháp của mình sẽ được bảo vệ theo quy định của Luật này và trường hợp Luật này không quy định thì sẽ được bảo vệ theo các quy định khác có liên quan của pháp luật.*”[33]. Điều luật này đã ngụ ý, người tiêu dùng theo quan niệm của pháp luật Trung Quốc chỉ là cá nhân (mua, sử dụng hàng hóa, dịch vụ vì nhu cầu sinh hoạt của mình chứ không phải vì mục đích kinh doanh hoặc hoạt động nghề nghiệp). Luật của Hoa Kỳ tuy không có một đạo luật chung thống nhất về bảo vệ người tiêu dùng mà trong đó khái niệm người tiêu dùng được giải thích rõ ràng, nhưng theo các chuyên gia pháp luật của Hoa Kỳ, khái niệm người tiêu dùng chỉ được quan niệm là cá nhân người tiêu dùng. Cụ thể, “*người tiêu dùng là cá nhân tham gia giao dịch với mục đích chủ yếu vì nhu cầu cá nhân hoặc sinh hoạt hộ gia đình.*” [50]. Tương tự, pháp luật của Canada cũng quy định theo hướng người tiêu dùng là cá nhân. Chẳng hạn, Luật Bảo vệ người tiêu dùng của Bang Quebec (Điều

1(e)) giải thích rõ “*người tiêu dùng là tự nhiên nhân (cá nhân) nhưng không phải là thương nhân mua sắm hàng hóa, dịch vụ cho mục đích kinh doanh của mình.*” [22]. Luật về bảo vệ người tiêu dùng và các hành vi kinh doanh của Bang British Columbia cũng quy định rõ tại Điều 1 “*Người tiêu dùng là tự nhiên nhân (cá nhân) tham gia giao dịch tiêu dùng*”... tức là tham gia giao dịch mua sắm hàng hóa, dịch vụ với mục đích chủ yếu phục vụ nhu cầu cá nhân hoặc nhu cầu sinh hoạt gia đình [31]. Trong xu hướng quan niệm người tiêu dùng chỉ là cá nhân, không bao gồm các tổ chức, còn có các đại diện khác như Pháp, Đức, Nhật, Indonesia, Philippines, Thái Lan...

Quan niệm thứ hai quy định người tiêu dùng bao gồm cả tổ chức, chẳng hạn như Ấn Độ, Đài Loan, Hàn Quốc. Tuy nhiên pháp luật các nước theo cách quan niệm này đều quy định người tiêu dùng là bất cứ người nào mua hàng hóa, sử dụng dịch vụ mà không có mục đích để bán lại hoặc vì mục đích thương mại khác. Theo lẽ đó, người tiêu dùng bao gồm hãng (doanh nghiệp), cá nhân, hộ gia đình, hợp tác xã, tổ chức xã hội.

Pháp luật Việt Nam quan niệm “*người tiêu dùng*” được hiểu là các cá nhân và tổ chức mua, sử dụng hàng hóa, dịch vụ “*cho mục đích tiêu dùng*”. Các nhà làm luật cho rằng “*NTD là người luôn đứng ở vị trí yếu thế. Vị trí yếu thế ngoài vấn đề tài chính còn là sự mất cân bằng về thông tin, tính chuyên nghiệp nên việc bảo vệ các tổ chức với tư cách là NTD là cần thiết*” [3]. Tuy nhiên, việc sử dụng thuật ngữ “*mục đích tiêu dùng*” cho cả tổ chức làm cho cách định nghĩa này của Luật BVQLNTD 2011 của Việt Nam trở nên lạc lõng trong khi phần lớn pháp luật các nước không coi “*tổ chức*” là NTD hoặc một số ít quốc gia coi “*tổ chức*” là người tiêu dùng đối với những hoạt động không mang tính thương mại.

Thứ hai, định nghĩa này vô hình trung đã loại trừ các quy định, quy tắc bán hàng, cung ứng dịch vụ được áp dụng đối với các tổ chức, doanh nghiệp mua hàng, sử dụng dịch vụ nhằm trực tiếp hoặc gián tiếp phục vụ cho hoạt động thương mại hoặc hoạt động sự nghiệp khác. Chẳng hạn như Viện Vật lý Việt Nam ký hợp đồng với Siêu thị BigC để mua văn phòng phẩm với số lượng lớn phục vụ cho việc triển khai các dự án nghiên cứu khoa học hay doanh nghiệp mua bảo hiểm tài sản của các công ty kinh doanh bảo hiểm. Rõ ràng việc mua hàng của Viện Vật lý Việt Nam cũng như việc mua bảo hiểm của các doanh nghiệp là không nhằm mục đích tiêu dùng. Điểm bất cập là các quy tắc, điều kiện thương mại mà Siêu thị BigC áp dụng

cho tất cả các người tiêu dùng mua hàng khác cũng được áp dụng cho Viện Vật lý và các quy tắc bảo hiểm của doanh nghiệp bảo hiểm áp dụng cho các doanh nghiệp không được coi là điều kiện giao dịch chung.

Như phân tích ở Chương 2, về bản chất kinh tế, không có sự khác biệt giữa ĐKTMC trong lĩnh vực tiêu dùng và trong các lĩnh vực khác; các ĐKTMC áp dụng với NTD và áp dụng với các doanh nghiệp khác là giống nhau, chẳng hạn như các quy tắc, điều kiện của ở các ví dụ nêu trên. Điều này cho thấy việc đặt quy định về định nghĩa về điều kiện giao dịch chung trong Luật BVQLNTD 2011 là cách làm không hợp lý.

Theo quy định của Điều 407 BLDS 2005: i/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; ii/trong trường hợp hợp đồng theo mẫu có điều khoản không rõ ràng thì bên đưa ra hợp đồng theo mẫu phải chịu bất lợi khi giải thích điều khoản đó; iii/trong trường hợp hợp đồng theo mẫu có điều khoản miễn trách nhiệm của bên đưa ra hợp đồng theo mẫu, tăng trách nhiệm hoặc loại bỏ quyền lợi chính đáng của bên kia thì điều khoản này không có hiệu lực, trừ trường hợp có thoả thuận khác.

Đi vào cắt nghĩa quy định tại Điều 407 BLDS 2005, có thể thấy định nghĩa hợp đồng theo mẫu theo quy định của BLDS 2005 không thể hiện là hình thức biểu hiện ra bên ngoài của ĐKTMC theo lý luận về mối quan hệ giữa ĐKTMC và hợp đồng mẫu như đã đề cập ở Chương 1. Điều đó được lý giải bởi những dấu hiệu sau:

Một là, hợp đồng theo mẫu theo định nghĩa của Điều 407 trên đây có thể được áp dụng cho một chủ thể trong một lần giao dịch trong khi ĐKTMC được áp dụng nhiều lần, lặp đi, lặp lại và mục đích ban hành là để áp dụng cho số đông. Định nghĩa về hợp đồng theo mẫu của BLDS 2005 dường như cũng tạo ra sự khác biệt so với cách tiếp cận chung của pháp luật các nước trên thế giới theo đó hợp đồng mẫu thường là hợp đồng áp dụng cho nhiều lần giao dịch;

Hai là, các quy định về hợp đồng theo mẫu trong BLDS 2005 không điều chỉnh đối với hợp đồng gia nhập bởi theo định nghĩa về hợp đồng mẫu của BLDS 2005 thì hợp đồng gia nhập không là hợp đồng mẫu. Thật vậy, với tinh thần của Điều 407 BLDS 2005, bên bị áp đặt các điều kiện hợp đồng được biết trước các điều kiện của

hợp đồng mẫu và có thời gian hợp lý để trả lời. Điều này không thể hiện tinh thần của các hợp đồng gia nhập bởi việc “gia nhập” các hợp đồng phần lớn là do các áp lực về mặt xã hội và hầu như người giao kết hợp đồng không có điều kiện để tìm hiểu thông tin và lựa chọn người cung cấp (chẳng hạn như việc mua hàng trong siêu thị).

Bên cạnh đó, Luật BVQLNTD 2011 còn có định nghĩa riêng về “hợp đồng theo mẫu”, theo đó *“hợp đồng theo mẫu là hợp đồng do tổ chức, cá nhân kinh doanh hàng hóa, dịch vụ soạn thảo để giao dịch với NTD”* làm cho chế định hợp đồng mẫu càng trở nên rối ren. Việc cùng tồn tại song song hai khái niệm “hợp đồng mẫu” trong hai văn bản pháp luật khác nhau là vấn đề khó lý giải. Về bản chất không có sự khác nhau giữa hai loại hợp đồng này. Đây đều là những hợp đồng do một bên ban hành và bên còn lại chỉ lựa chọn tham gia hoặc không tham gia mà không có quyền sửa đổi hợp đồng. Điểm bất cập còn được thể hiện ở chỗ cùng thuật ngữ “hợp đồng mẫu”, nhưng các dấu hiệu nhận diện ở hai văn bản pháp luật lại khác nhau. Hợp đồng theo mẫu theo cách quy định của BLDS 2005 không nhất thiết là hợp đồng được áp dụng nhiều lần (với nhiều chủ thể khác nhau hay trong nhiều giao dịch khác nhau) trong khi đó hợp đồng theo mẫu trong các giao dịch tiêu dùng là hợp đồng áp dụng nhiều lần cho số đông là NTD.

Có thể kết luận việc tồn tại song song hai khái niệm “điều kiện giao dịch chung” trong Luật BVQLNTD 2011 và các khái niệm “hợp đồng mẫu” nói trên làm cho cách tiếp cận của pháp luật Việt Nam về khái niệm ĐKTMC trở nên không rõ ràng và dường như thiếu nhất quán trong cách hiểu về bản chất của ĐKTMC. Tựu chung, quy định của pháp luật hiện hành về khái niệm ĐKTMC có những bất cập sau đây cần được khắc phục: i/Cần tiếp cận đầy đủ khái niệm ĐKTMC với tính chất là điều khoản hợp đồng soạn sẵn, thể hiện ở các hình thức khác nhau, được ban hành bởi một bên để sử dụng nhiều lần trong giao dịch hợp đồng mà bên kia trong quan hệ hợp đồng không được thương lượng, đàm phán về các nội dung đó; ii/Loại bỏ sự chồng chéo về khái niệm hợp đồng mẫu và sự không rạch ròi giữa hợp đồng mẫu với ĐKTMC. Thực ra hợp đồng mẫu là sự chứa đựng các ĐKTMC. Vì vậy việc tiếp cận điều chỉnh về ĐKTMC toàn diện ở 3 khía cạnh áp dụng, giải thích và kiểm soát ĐKTMC bất công bằng thực chất là điều chỉnh về việc sử dụng hợp đồng mẫu trong giao dịch hợp đồng, không cần thiết phải duy trì khái niệm hợp đồng mẫu.

Gần đây các nhà làm luật Việt Nam cũng đã bổ sung thêm các quy định về điều kiện giao dịch chung vào trong Bộ luật Dân sự sửa đổi, bổ sung năm 2015 bên cạnh các quy định về hợp đồng mẫu. Mặc dù BLDS 2015 vừa mới ban hành nhưng theo đánh giá của NCS định nghĩa này cũng cho thấy sự bất cập. Một mặt, việc nhận diện khái niệm ĐKTMC trở nên rối ren hơn khi vẫn tồn tại định nghĩa điều kiện giao dịch chung trong Luật BVQLNTD 2011. Một mặt khác, việc bổ sung các quy định về điều kiện giao dịch chung giống hệt các quy định về hợp đồng mẫu cũng thể hiện sự khó lý giải và thiếu tính hệ thống khi phần lớn các nội dung cơ bản của pháp luật về ĐKTMC vẫn được điều chỉnh rải rác ở nhiều văn bản khác nhau mà không được nhất thể hoá trong BLDS với tính chất là luật gốc về hợp đồng.

3.1.2. Các quy định pháp luật về việc áp dụng điều kiện thương mại chung

So với pháp luật của một số quốc gia trên thế giới (Đức, Trung Quốc...), vấn đề khi nào ĐKTMC trở thành một bộ phận của hợp đồng là nội dung chưa được pháp luật Việt Nam quy định đồng bộ. BLDS 2005 không có bất kỳ quy định nào về nguyên tắc áp dụng ĐKTMC và nguyên tắc lựa chọn ĐKTMC trong trường hợp các bên đều sử dụng nó trong giao kết hợp đồng. Luật BVQLNTD 2011 quy định 3 nghĩa vụ mà cá nhân, tổ chức bán hàng hoá, cung cấp dịch vụ trong lĩnh vực tiêu dùng phải thực hiện, đó là: i/dành cho NTD thời gian hợp lý để nghiên cứu hợp đồng mẫu; ii/thông báo công khai điều kiện giao dịch chung và niêm yết tại nơi thực hiện giao dịch; iii/đăng ký điều kiện giao dịch chung đối với những hàng hoá, dịch vụ thiết yếu.

Theo quy định tại Quyết định 02/2012/QĐ-TTg ngày 13/1/2012 của Thủ tướng Chính phủ và Quyết định số 35/2015/QĐ-TTg ngày 20/8/2015 sửa đổi, bổ sung một số điều của Quyết định 02/QĐ-TTg, có 11 loại hàng hóa, dịch vụ thiết yếu phải thực hiện việc đăng ký hợp đồng mẫu bao gồm: Cung cấp điện sinh hoạt; cung cấp nước sinh hoạt; truyền hình trả tiền; dịch vụ điện thoại cố định mặt đất; dịch vụ thông tin di động mặt đất; dịch vụ truy nhập Internet; vận chuyển hành khách đường hàng không; vận chuyển hành khách đường sắt; mua bán căn hộ chung cư, các dịch vụ sinh hoạt do đơn vị quản lý khu chung cư cung cấp; phát hành thẻ ghi nợ nội địa, mở và sử dụng dịch vụ tài khoản thanh toán (áp dụng cho khách hàng cá nhân), vay vốn cá nhân (nhằm mục đích tiêu dùng); bảo hiểm nhân thọ. Về phạm vi xem xét nội dung hợp đồng theo mẫu, điều kiện giao dịch chung, ngoài việc xem xét việc đáp ứng các yêu cầu về hình thức của hợp đồng mẫu và giao dịch chung

(ngôn ngữ tiếng Việt, nội dung rõ ràng, dễ hiểu, cỡ chữ ít nhất 12; nền giấy và màu mực phải tương phản nhau) thì cần phải xem xét nội dung của hợp đồng mẫu, điều kiện giao dịch chung có bị vô hiệu hay không, có phù hợp với các qui định của pháp luật bảo vệ NTD và có trái với nguyên tắc chung về giao kết hợp đồng hay không. Cơ quan có thẩm quyền tiếp nhận đăng ký tiến hành xem xét hồ sơ đăng ký kể từ thời điểm nhận được hồ sơ hợp lệ. Trong quá trình xem xét hồ sơ đăng ký, cơ quan có thẩm quyền đăng ký có quyền yêu cầu tổ chức, cá nhân kinh doanh giải trình các vấn đề liên quan đến nội dung hợp đồng theo mẫu và điều kiện giao dịch chung. Trong quá trình xem xét hồ sơ đăng ký hợp đồng theo mẫu và điều kiện giao dịch chung cơ quan có thẩm quyền đăng ký có quyền tham vấn ý kiến của các cơ quan, tổ chức, cá nhân có liên quan. Việc đăng ký được coi là hoàn thành khi cơ quan có thẩm quyền đăng ký ra thông báo về việc chấp nhận đăng ký hợp đồng theo mẫu, điều kiện giao dịch chung và gửi cho tổ chức, cá nhân kinh doanh. Trong trường hợp không chấp nhận đăng ký hợp đồng theo mẫu, điều kiện giao dịch chung thì cơ quan nhà nước có thẩm quyền gửi văn bản trả lời cho tổ chức, cá nhân kinh doanh trong đó nói rõ lý do không chấp nhận. Sau khi hoàn thành thủ tục đăng ký, hợp đồng theo mẫu, điều kiện giao dịch chung được công bố công khai và lưu trữ trên trang thông tin điện tử của cơ quan có thẩm quyền tiếp nhận đăng ký (Điều 14 Nghị định 99/2011/NĐ-CP). Bên cạnh đó Nghị định 99/2011/NĐ-CP cũng quy định về việc đăng ký lại hợp đồng mẫu, điều kiện giao dịch chung, theo đó tổ chức, cá nhân kinh doanh phải đăng ký lại hợp đồng theo mẫu, điều kiện giao dịch chung trong trường hợp sau (Điều 15): a) Khi pháp luật thay đổi làm thay đổi nội dung của hợp đồng theo mẫu, điều kiện giao dịch chung; b) Tổ chức, cá nhân kinh doanh thay đổi nội dung hợp đồng theo mẫu, điều kiện giao dịch chung. Thủ tục đăng ký lại hợp đồng theo mẫu, điều kiện giao dịch chung thực hiện như đăng ký lần đầu. Tổ chức, cá nhân kinh doanh phải thông báo cho NTD về việc thay đổi hợp đồng theo mẫu, điều kiện giao dịch chung sau khi hoàn thành việc đăng ký lại.

Sự ra đời của các quy định này được đánh giá là một bước tiến bộ của pháp luật trong việc bảo vệ tối ưu quyền lợi của NTD trước nguy cơ bị xâm hại bởi các điều kiện, điều khoản hợp đồng bất lợi do bên cung cấp hàng hoá, dịch vụ đưa ra. Tuy nhiên, các quy định nói trên của pháp luật vẫn còn thể hiện nhiều bất cập. Cụ thể:

Một là, trường hợp bên phải thực hiện nghĩa vụ không thực hiện đúng (chẳng hạn không dành cho NTD thời gian nghiên cứu hợp đồng hoặc không thông báo công khai điều kiện hợp đồng) thì hậu quả pháp lý như thế nào chưa được quy định

rõ ràng. Trong trường hợp này, hợp đồng mẫu mà NTD chưa được dành thời gian nghiên cứu và điều kiện giao dịch không được thông báo công khai sẽ bị vô hiệu hay coi như chưa trở thành bộ phận của hợp đồng?

Hai là, theo đánh giá của NCS, việc quy định nghĩa vụ của cá nhân, tổ chức trong việc dành cho NTD thời gian hợp lý để nghiên cứu hợp đồng mẫu dường như không phát huy được tác dụng đối với các hợp đồng gia nhập, khi mà các giao dịch tiêu dùng được tiến hành với hàng triệu người và diễn ra liên tục.

Ba là, có thể thấy những qui định của pháp luật về việc phân loại nhóm hàng hóa dịch vụ phải đăng ký và trình tự, thủ tục tiến hành việc đăng ký bộc lộ nhiều bất cập. Nhà làm luật đã ban hành danh mục hàng hóa, dịch vụ thiết yếu không dựa trên bất kỳ tiêu chí cụ thể nào, thể hiện tính thiếu công bằng trong đánh giá các hàng hóa, dịch vụ phải đăng ký, tạo nên sự phản ứng từ phía các doanh nghiệp cùng cạnh tranh trên một sân chơi bình đẳng. Mặt khác, pháp luật cũng chưa có các qui định hợp lý, chặt chẽ về trình tự, thủ tục thực hiện việc đăng ký, dẫn đến tình trạng tốn kém chi phí cho doanh nghiệp, dễ phát sinh tham nhũng và không phát huy được hiệu quả của việc bảo vệ quyền lợi NTD. Cụ thể:

Thứ nhất, 9 loại hàng hóa, dịch vụ thiết yếu mà pháp luật quy định phải đăng ký chưa bao quát đầy đủ tất cả các hàng hóa, dịch vụ thiết yếu tồn tại trên thị trường. Việc qui định yếu tố “thiết yếu” của các hàng hóa, dịch vụ là hết sức cần thiết để thể hiện rằng qui định của pháp luật không dựa trên sự lựa chọn ngẫu nhiên. Mặt khác, không phải tất cả các hợp đồng mẫu, điều kiện giao dịch chung đều phải thực hiện việc đăng ký mà chỉ những giao dịch nào dễ gây ảnh hưởng đến quyền lợi NTD thì mới cần thiết phải có sự can thiệp của Nhà nước trong việc buộc doanh nghiệp cung cấp sản phẩm, dịch vụ phải thực hiện việc đăng ký. Tuy nhiên, rất tiếc là cả văn bản Luật và Nghị định đều không giải thích rõ thế nào là hàng hóa, dịch vụ “thiết yếu”.

Theo Từ điển tiếng Việt năm 1992 của Viện Ngôn ngữ học giải thích: “*Thiết yếu là rất cần thiết, không thể thiếu được*” [19]. Điều đó có nghĩa là hàng hoá, dịch vụ thiết yếu là loại hàng hoá, dịch vụ cần thiết, không thể thiếu trong cuộc sống bình thường của đại đa số NTD. Nhìn lại danh mục 9 hàng hóa, dịch vụ có thể thấy không phải hàng hóa, dịch vụ nào trong 9 loại đó đều mang tính “*cần thiết không thể thiếu*” và “*của đại đa số NTD*”. Theo quan điểm của nghiên cứu sinh, trong 9

loại hàng hóa, dịch vụ được liệt kê đó chỉ dịch vụ cung ứng điện sinh hoạt, dịch vụ cung ứng nước sạch sinh hoạt và dịch vụ thuê bao điện thoại cố định đạt được tiêu chí này. Truyền hình trả tiền hay kết nối Internet hay mua bán căn hộ chung cư... là những dịch vụ có thể nói là “cao cấp”, nâng cao giá trị cuộc sống con người, hướng đến những NTD “khá giả” chứ không là sản phẩm dịch vụ thiết yếu của đại đa số NTD.

Nhìn vào đời sống xã hội có thể thấy rằng rất nhiều những hàng hóa, dịch vụ là thiết yếu, không thể thiếu đối với cuộc sống nhưng không được các nhà lập pháp đưa vào danh mục này như dịch vụ y tế, mua bán lương thực thực phẩm, gas và những dịch vụ, hàng hóa khác mà Nhà nước kiểm soát, điều chỉnh về giá cả v.v... Như vậy, có thể thấy rằng việc qui định 9 nhóm hàng hóa, dịch vụ theo Quyết định 02/QĐ-TTg của Thủ tướng Chính phủ vừa thừa lại vừa thiếu những nhóm hàng hóa, dịch vụ thiết yếu mà doanh nghiệp phải thực hiện nghĩa vụ đăng ký hợp đồng mẫu, điều kiện giao dịch chung. Điều này một mặt làm giảm hiệu quả bảo vệ quyền lợi NTD, một mặt khác thể hiện sự phân biệt thiếu bình đẳng của hoạt động quản lý Nhà nước đối với các doanh nghiệp. Phản hồi về qui định này, Bà Trịnh Hằng Nga - Vụ Pháp chế, Bộ Giao thông Vận tải cho biết: *“Dịch vụ vận chuyển hành khách bằng đường sắt chỉ chiếm khoảng 1% trong tổng số các loại hình vận chuyển. Dịch vụ vận chuyển bằng hàng không còn thấp hơn nữa. Nhà làm luật đã đưa hai loại hình vận chuyển trên vào danh mục hàng hóa, dịch vụ thiết yếu, trong khi, hình thức vận tải bằng đường bộ chiếm khoảng 90% thị phần hiện nay thì lại không đưa vào danh mục”* [13].

Có quan điểm cho rằng để có lợi cho các giao dịch, bảo vệ quyền lợi cho NTD, giúp ổn định đời sống thương mại trong xã hội và công bằng đối với mọi chủ thể kinh doanh nên qui định việc đăng ký đối với tất cả các hợp đồng mẫu, điều kiện giao dịch chung [13]. Tuy nhiên, điều đó sẽ dẫn đến tình trạng tăng chi phí xã hội đáng kể mà hiệu quả bảo vệ NTD không hẳn đã tốt bởi sự đăng ký đại trà dễ làm cho việc rà soát không được kỹ lưỡng. Thiết nghĩ qui định về đăng ký hợp đồng mẫu và điều kiện giao dịch chung chỉ nên áp dụng cho các hàng hóa, dịch vụ thực sự “thiết yếu”, cần phải có những đánh giá về tiêu chí “thiết yếu” một cách có khảo sát và có cơ sở khoa học, ví dụ tiêu chí về sự cần thiết, tiêu chí về thị phần trên thị trường v.v... từ đó xây dựng danh mục hàng hóa, dịch vụ phải đăng ký một cách hợp lý nhằm giảm thiểu chi phí cho doanh nghiệp và nâng cao hiệu quả kiểm soát vì

quyền lợi NTD. Mặt khác, pháp luật nên quy định theo hướng khuyến khích các doanh nghiệp đăng ký ĐKTMC, hợp đồng mẫu để tăng uy tín, trách nhiệm của doanh nghiệp và tạo nên lợi thế cạnh tranh của doanh nghiệp.

Thứ hai, một vấn đề khác được đặt ra mà cũng chưa có câu trả lời thỏa đáng trong các quy định của pháp luật đó là khi các hợp đồng đã được cơ quan Nhà nước có thẩm quyền thẩm định, phê duyệt, các bên có tranh chấp và yêu cầu toà án tuyên nội dung hợp đồng vô hiệu. Toà án sau khi xem xét kỹ lưỡng các quy định và ra quyết định tuyên các nội dung này không có hiệu lực. Lúc này trách nhiệm của cơ quan đã thẩm định hợp đồng như thế nào khi người có nghĩa vụ đăng ký hoàn toàn ngay tình?

Thứ ba, pháp luật mới chỉ dừng lại ở việc qui định các doanh nghiệp thuộc nhóm danh mục 9 loại hàng hóa, sản phẩm phải thực hiện nghĩa vụ đăng ký trước khi đưa vào áp dụng mà không qui định rõ chế tài cụ thể nếu doanh nghiệp không thực hiện nghĩa vụ này. Giao dịch vẫn thường xuyên diễn ra hàng ngày, không thể chấm dứt thực hiện các giao dịch này và việc không công nhận hiệu lực của các giao dịch cũng dẫn đến những hậu quả vô cùng lớn cho cả doanh nghiệp và NTD. Biện pháp khả thi được nêu ra là có thể áp dụng mức xử phạt vi phạm hành chính đủ để răn đe doanh nghiệp vi phạm. Hiện nay các qui định về xử phạt vi phạm hành chính trong hoạt động thương mại chưa có qui định cụ thể về vấn đề này. Điều dễ hiểu là văn bản về xử phạt vi phạm hành chính ban hành trước thời điểm Luật và Nghị định về bảo vệ quyền lợi NTD có hiệu lực. Nên chăng về kỹ thuật lập pháp trong các văn bản về xử phạt vi phạm hành chính nên qui định các trường hợp xử phạt vi phạm khác do pháp luật qui định. Và Nghị định 99/2011/NĐ-CP nên qui định rõ chế tài xử phạt vi phạm hành chính để có cơ sở áp dụng.

Mặt khác, một điều dễ nhận thấy là việc các doanh nghiệp phải tự đăng ký sẽ dẫn đến việc tốn kém không ít chi phí xã hội và sự bất hợp lý trong việc triển khai không đồng đều ở các địa phương.

Về lý thuyết, các quy định về việc đăng ký các điều kiện giao dịch, hợp đồng mẫu tỏ ra là công cụ hữu hiệu để bảo vệ các chủ thể yếu thế trước sự lạm dụng. Tuy nhiên, cho đến nay, thông tin từ phía các cơ quan quản lý cho thấy số lượng hồ sơ đăng ký còn rất khiêm tốn và việc theo dõi các nội dung đăng ký thực sự chưa rõ

ràng. Theo số liệu thống kê của Cục quản lý cạnh tranh Bộ Công thương thì cho đến cuối năm 2013, có 173 hồ sơ đăng ký hợp đồng theo mẫu, điều kiện giao dịch chung. Các địa phương tiếp nhận hồ sơ đăng ký nhiều nhất là Hoà Bình (53 bộ), Đắk Lắk (9 bộ), Bình Định (17 bộ), Hưng Yên (8 bộ), Long An, Yên Bái, Nghệ An (7 bộ)... Hầu hết các đơn vị chưa nắm và thực hiện đúng quy định về đăng ký hợp đồng giao kết với NTD và điều kiện giao dịch chung. Tại các doanh nghiệp đã đăng ký thực hiện với cơ quan chức năng vẫn tồn tại những thiếu sót cần khắc phục như: Điều kiện giao dịch chung không được niêm yết công khai; Không thực hiện yêu cầu của cơ quan nhà nước có thẩm quyền về việc hủy bỏ nội dung hợp đồng theo mẫu vi phạm pháp luật về bảo vệ NTD hoặc trái với nguyên tắc giao kết hợp đồng [38].

Như đã phân tích trên đây, ngoài các quy định về hợp đồng theo mẫu trong BLDS 2005, điều kiện giao dịch chung, hợp đồng theo mẫu trong Luật BVQLNTD, các quy định liên quan đến ĐKTMC của Việt Nam còn được thể hiện ở sự can thiệp của Nhà nước trong việc quy định các điều khoản của hợp đồng. Như đã đề cập ở Chương 1, đây được coi là một trong những giải pháp để Nhà nước kiểm soát các ĐKTMC phát triển tự nhiên và có xu hướng xâm hại quyền lợi của số đông. Có thể nhận thấy các quy định pháp luật về vấn đề này thể hiện ở 2 nhóm khác nhau:

Nhóm thứ nhất thể hiện việc Nhà nước quy định danh mục các điều khoản bắt buộc trong hợp đồng, ngoài các điều khoản này, các bên có thể có những thỏa thuận khác (chẳng hạn như Luật Kinh doanh bảo hiểm quy định về các điều khoản bắt buộc trong các hợp đồng bảo hiểm, Luật Nhà ở quy định về các điều khoản bắt buộc trong hợp đồng kinh doanh nhà ở, Luật Kinh doanh bất động sản quy định về các điều khoản bắt buộc trong hợp đồng kinh doanh bất động sản...);

Nhóm thứ hai thể hiện việc Nhà nước ban hành các văn bản pháp luật về mẫu bắt buộc của các hợp đồng chẳng hạn như mẫu hợp đồng mua bán điện phục vụ sinh hoạt được ban hành kèm theo Thông tư 19/2014/TT-BCT ban hành ngày 18/6/2014 của Bộ Công thương, mẫu hợp đồng nghiên cứu khoa học và phát triển công nghệ được ban hành kèm theo Thông tư 05/2014/TT-BKHCN ngày 10/4/2014 của Bộ Khoa học và Công nghệ, mẫu hợp đồng sử dụng chung công trình hạ tầng kỹ thuật và hợp đồng quản lý vận hành công trình hạ tầng kỹ thuật sử dụng chung ban hành kèm theo Thông tư 03/2013/TT-BXD ngày 2/4/2013 của Bộ Xây dựng,

mẫu hợp đồng dịch vụ cung cấp nước ban hành kèm theo Thông tư 01/2008/TT-BXD ngày /1/2008 của Bộ Xây dựng...

Tuy nhiên có thể nhận thấy các quy định pháp luật này có những hạn chế sau đây:

Thứ nhất, pháp luật liệt kê quá nhiều các điều khoản bắt buộc trong hợp đồng một cách không cần thiết làm giảm đi hiệu quả điều chỉnh của các quy định pháp luật.

Ví dụ: Khoản 1 Điều 13 Luật Kinh doanh bảo hiểm quy định nội dung của hợp đồng bảo hiểm **phải** có những nội dung sau: a) Tên, địa chỉ của doanh nghiệp bảo hiểm, bên mua bảo hiểm, người được bảo hiểm hoặc người thụ hưởng; b) Đối tượng bảo hiểm; c) Số tiền bảo hiểm, giá trị tài sản được bảo hiểm đối với bảo hiểm tài sản; d) Phạm vi bảo hiểm, điều kiện bảo hiểm, điều khoản bảo hiểm; đ) Điều khoản loại trừ trách nhiệm bảo hiểm; e) Thời hạn bảo hiểm; g) Mức phí bảo hiểm, phương thức đóng phí bảo hiểm; h) Thời hạn, phương thức trả tiền bảo hiểm hoặc bồi thường; i) Các quy định giải quyết tranh chấp; k) Ngày, tháng, năm giao kết hợp đồng. Tương tự, Điều 18 Luật Kinh doanh bất động sản 2014 cũng quy định rất nhiều nội dung phải có trong hợp đồng gồm: tên, địa chỉ của các bên; các thông tin về bất động sản; giá mua bán, cho thuê, cho thuê mua; phương thức và thời hạn thanh toán; thời hạn giao, nhận bất động sản và hồ sơ kèm theo; bảo hành; quyền và nghĩa vụ của các bên; trách nhiệm do vi phạm hợp đồng; phạt vi phạm hợp đồng; các trường hợp chấm dứt, hủy bỏ hợp đồng và các biện pháp xử lý; giải quyết tranh chấp; thời điểm có hiệu lực của hợp đồng.

Trong những nội dung nói trên, NCS cho rằng có nhiều nội dung không nhất thiết pháp luật phải quy định vì đây không phải là những nội dung mang tính kiểm soát của nhà nước. Việc thiếu đi những nội dung này không làm ảnh hưởng đến hiệu lực của hợp đồng, chẳng hạn như nội dung về thông tin các bên, nội dung về giải quyết tranh chấp hay thời gian ký kết hợp đồng. Trong khi đó pháp luật lại thiếu những quy định về hậu quả pháp lý đối với các nội dung hợp đồng cho thấy rõ sự bất công bằng làm cho việc xét xử gặp nhiều lúng túng (xem ví dụ vụ kiện giữa Công ty cổ phần xăng dầu hàng không Việt Nam (Vinapco) và Công ty bảo hiểm PJICo ở mục 2.2.3 dưới đây).

Trong khi Điều 13 Luật Kinh doanh bảo hiểm, Điều 18 Luật Kinh doanh bất động sản sử dụng từ “**phải có**” mang tính bắt buộc cao thì Điều 121 Luật Nhà ở

2014 chỉ quy định nội dung của hợp đồng mua bán nhà ở **bao gồm**: i/Họ và tên của cá nhân, tên của tổ chức và địa chỉ của các bên; ii/Mô tả đặc điểm của nhà ở giao dịch và đặc điểm của thửa đất ở gắn với nhà ở đó. Đối với hợp đồng mua bán, hợp đồng thuê mua căn hộ chung cư thì các bên phải ghi rõ phần sở hữu chung, sử dụng chung; diện tích sử dụng thuộc quyền sở hữu riêng; diện tích sàn xây dựng căn hộ; mục đích sử dụng của phần sở hữu chung, sử dụng chung trong nhà chung cư theo đúng mục đích thiết kế đã được phê duyệt ban đầu; iii/Giá trị góp vốn, giá giao dịch nhà ở nếu hợp đồng có thỏa thuận về giá; trường hợp mua bán, cho thuê, cho thuê mua nhà ở mà Nhà nước có quy định về giá thì các bên phải thực hiện theo quy định đó; iv/Thời hạn và phương thức thanh toán tiền nếu là trường hợp mua bán, cho thuê, cho thuê mua, chuyển nhượng hợp đồng mua bán nhà ở; v/Thời gian giao nhận nhà ở; thời gian bảo hành nhà ở nếu là mua, thuê mua nhà ở được đầu tư xây dựng mới; thời hạn cho thuê, cho thuê mua, thế chấp, cho mượn, cho ở nhờ, ủy quyền quản lý nhà ở; thời hạn góp vốn; vi/Quyền và nghĩa vụ của các bên; vii/Cam kết của các bên; viii/Các thỏa thuận khác; ix/Thời điểm có hiệu lực của hợp đồng; x/Ngày, tháng, năm ký kết hợp đồng; xi/ Chữ ký và ghi rõ họ, tên của các bên, nếu là tổ chức thì phải đóng dấu (nếu có) và ghi rõ chức vụ của người ký.

Về phương diện lý luận, điều khoản bắt buộc hay điều khoản chủ yếu (điều khoản cơ bản) là những nội dung mà hợp đồng phải tuân thủ, nếu không thì hợp đồng sẽ không có giá trị. Tuy nhiên, trên thực tế, do các văn bản pháp luật liệt kê quá chi tiết và không quy định cụ thể về hậu quả pháp lý nên hiệu quả điều chỉnh không cao. Thực tế thời gian gần đây cho thấy, rất nhiều vụ kiện của người mua nhà đối với chủ đầu tư do chủ đầu tư cố tình lập lờ trong việc ghi diện tích sở hữu chung, riêng trong hợp đồng mua bán căn hộ dẫn đến sự hiểu nhầm về diện tích căn hộ. Đơn cử vụ kiện nhận được nhiều sự quan tâm của báo chí và có sự lên tiếng của nhiều cơ quan chức năng khác nhau đó là vụ 10 cư dân Keangnam kiện chủ đầu tư Công ty TNHH một thành viên Keangnam Vina (gọi tắt là Công ty Keangnam). Vụ việc do toà án nhân dân Quận Nam Từ Liêm, Hà Nội thụ lý giải quyết. Có thể tóm tắt nội dung vụ việc như sau:

Vào những năm 2008- 2010, Công ty Keangnam tổ chức cho người mua đến tham quan căn hộ mẫu (chỉ có 2 căn được làm theo căn hộ mô phỏng theo tỷ lệ 1/1), còn lại là những căn hộ được thiết kế theo mô hình (có kích cỡ bằng màn hình máy tính 14 inch). Công ty Keangnam đặt điều kiện sau khi xem xong căn hộ mẫu,

người mua nào muốn mua căn hộ sẽ phải đặt trước một khoản tiền gọi là “tiền bầy tỏ thiện chí”. Sau khi hoàn thành việc đặt tiền, người mua mới được Công ty Keangnam cho đọc hợp đồng mẫu tại chỗ và không được phép mang hợp đồng về nhà, không được quay phim, chụp ảnh. Sau khi đọc hợp đồng rất nhiều người mua đã có hoài nghi và thắc mắc về một số nội dung trong hợp đồng (ví dụ vấn đề định giá bằng ngoại tệ, vấn đề thiếu các chú thích rõ ràng trong bản vẽ...) nhưng do đã đặt tiền nên một số người mua buộc lòng phải ký hợp đồng.

Trong hợp đồng mua bán căn hộ (ký trước năm 2009), Công ty Keangnam quy định về đối tượng của hợp đồng như sau:

Căn hộ số:.....

Tầng số:.....

Tổng diện tích căn hộ:.....

Cách tính toán diện tích do bên bán quyết định.

Còn đối với những hợp đồng mua bán ký sau năm 2009, khi có quy định của Thông tư 01/2009/TT-BXD cho phép sử dụng phương pháp đo từ tim tường đến tim tường. Công ty Keangnam quy định trong hợp đồng phương pháp đo: từ tim tường đến tim tường theo quy định của Thông tư 01/2009/TT-BXD. Tuy nhiên khi sử dụng cách đo này trong hợp đồng, Công ty Keangnam không nói rõ với người mua, những bộ phận nào thuộc sở hữu chung sẽ được tính vào diện tích căn hộ. Bản vẽ kèm theo hợp đồng không hề có bất kỳ chú thích về các bộ phận tường, cột, hộp kỹ thuật nằm trong căn hộ và được chủ ý thiết kế nằm lấp sau các tủ âm tường nên người mua không thể phát hiện ra.

Trong cả hai loại hợp đồng mẫu do Công ty Keangnam ban hành, chủ đầu tư đều cam kết “*tổng diện tích sử dụng thực tế sẽ không thay đổi*”. Điều này làm cho người mua hiểu rằng diện tích sử dụng thực tế là diện tích thuộc sở hữu riêng. Phần giải thích thuật ngữ của hợp đồng cũng không giải thích “diện tích sử dụng thực tế” nghĩa là gì. Khi nhận nhà, người mua quá bất bình khi chủ đầu tư tính cả diện tích các tường chịu lực, hộp kỹ thuật (được thiết kế khuất lấp phía sau tủ âm tường) vào trong diện tích căn hộ, thậm chí có một số căn hộ liền kề, một hộp kỹ thuật được tính hai lần diện tích, một số hộp kỹ thuật nằm ngoài khuôn viên căn hộ cũng bị tính vào diện tích bán nên người mua đã yêu cầu chủ đầu tư đo lại diện tích căn hộ nhưng chủ đầu tư từ chối. Vụ việc phát sinh tranh chấp.

Mặc dù cách tính diện tích đo từ tim tường đến tim tường được quy định trong Thông tư 01/2009/TT-BXD nhưng việc ghi nội dung về đối tượng hợp đồng như trên là trái với quy định của Điều 225 Bộ luật Dân sự, Điều 70 Luật Nhà ở và Điều 3 Thông tư 01/2009/TT-BXD vì pháp luật cấm phân chia diện tích thuộc sở hữu chung để bán và người bán không thể hiện rõ diện tích sở hữu chung, diện tích sở hữu riêng trong hợp đồng. Tuy nhiên do thiếu quy định cụ thể của pháp luật về hậu quả pháp lý đối với trường hợp hợp đồng không quy định đúng các nội dung theo yêu cầu của pháp luật nên Tòa án nhân dân Quận Nam Từ Liêm đã rất lúng túng trong việc giải quyết. Trên thực tế xét xử, các thẩm phán của TAND Quận Nam Từ Liêm dường như cũng chưa có ý thức bảo vệ bên không được soạn thảo hợp đồng mẫu và đều đưa ra nhận định chung là bên mua đã tự nguyện đặt bút ký hợp đồng và mua nhà theo cách đo tim tường đến tim tường nên không có căn cứ để bác yêu cầu của bên mua. Thuật ngữ không rõ ràng trong hợp đồng “*diện tích sử dụng thực tế*” cũng bị các thẩm phán phớt lờ, không áp dụng nguyên tắc giải thích bất lợi cho bên được quyền soạn thảo hợp đồng theo quy định của Điều 407 BLDS 2005 về giải thích hợp đồng theo mẫu. Đối với những hợp đồng ký trước năm 2009, mặc dù pháp luật đã có quy định cụ thể về cách tính diện tích căn hộ là tính theo sàn căn hộ (phương pháp thông thủy), nhưng vì trong hợp đồng quy định “*cách tính toán diện tích do bên bán quyết định*” nên thẩm phán cho rằng bên mua đã tự nguyện đồng ý cho bên bán được toàn quyền quy định về cách đo diện tích và dựa vào lập luận đó thẩm phán bác yêu cầu khởi kiện của nguyên đơn [17].

Việc thiếu quy định cụ thể về hậu quả pháp lý của điều khoản hợp đồng mẫu trái pháp luật đã cho thấy đây là cách can thiệp không mang lại tác dụng trên thực tế. Mặt khác nó còn cho thấy sự can thiệp quá sâu của Nhà nước đối với hoạt động kinh doanh trong khi đó lại không bảo vệ tối ưu bên không được soạn thảo trước các ĐKTMC bất công bằng. NCS cho rằng, sẽ là phù hợp hơn khi cho phép cho bên ban hành ĐKTMC được áp dụng nó nếu ĐKTMC đó phù hợp với các nguyên tắc về việc áp dụng ĐKTMC được quy định thống nhất trong đạo luật gốc về hợp đồng. Nếu các ĐKTMC vi phạm các quy định của pháp luật thì sẽ bị vô hiệu.

Thứ hai, việc ban hành các hợp đồng mẫu ở một số lĩnh vực cũng không được thể hiện trên một nguyên tắc nhất quán nào được ghi nhận bởi luật pháp. NCS cho rằng trong trường hợp này, Việt Nam có thể học tập kinh nghiệm của CHLB Đức trong việc liệt kê cụ thể các lĩnh vực cho phép Nhà nước áp đặt hợp đồng mẫu đối

với những lĩnh vực thực sự cần thiết, phù hợp với bối cảnh kinh tế xã hội của Việt Nam.

Thứ ba, dường như có sự khó hiểu khi Nhà nước vừa ban hành các mẫu hợp đồng bắt buộc doanh nghiệp phải áp dụng vừa buộc doanh nghiệp phải đăng ký, chẳng hạn như các hợp đồng mua điện, nước sinh hoạt là những hợp đồng phải đăng ký trước khi áp dụng theo quy định của Quyết định 02/QĐ-TTg của Thủ tướng Chính phủ. Trong trường hợp này có thể nói là Nhà nước đăng ký các sản phẩm do chính Nhà nước ban hành. Theo NCS, khi đã có các quy định pháp luật cụ thể về việc áp dụng ĐKTMC, việc đăng ký các hợp đồng mẫu không nên quy định là nghĩa vụ bắt buộc đối với các doanh nghiệp mà nên khuyến khích doanh nghiệp chủ động đăng ký để tạo nên uy tín doanh nghiệp, trừ những trường hợp kinh doanh hàng hoá, dịch vụ tiêu dùng thiết yếu, Nhà nước có thể buộc doanh nghiệp phải thực hiện việc đăng ký. Và như đã phân tích trên đây, cần thiết phải có tiêu chí xác định tính thiết yếu một cách có chọn lọc và quy định thành nguyên tắc trong luật để việc xây dựng pháp luật được minh bạch và văn minh.

Ngoài ra, có thể thấy bên cạnh các hạn chế của nội tại các quy định pháp luật, pháp luật Việt Nam còn thiếu các quy định pháp luật về việc lựa chọn áp dụng ĐKTMC trong trường hợp có sự xung đột điều khoản mẫu, cần thiết phải được bổ sung để hoàn chỉnh các nội dung pháp luật về ĐKTMC.

3.1.3. Các quy định pháp luật về việc giải thích điều kiện thương mại chung

Như đã đề cập trong Chương 1, việc giải thích các điều khoản được soạn sẵn trong hợp đồng là nội dung quan trọng của pháp luật về ĐKTMC. Do bởi các bên không có quá trình thương lượng, trao đổi thoả thuận ý chí, vì thế nguyên tắc chung trong việc giải thích các nội dung hợp đồng không rõ ràng, có nhiều cách hiểu khác nhau được thực hiện theo hướng giải thích bất lợi cho bên được quyền soạn thảo. Nguyên tắc này được ghi nhận ở hầu hết hệ thống pháp luật của các nước trên thế giới. Nguyên tắc này cũng đã được ghi nhận trong Điều 407 BLDS 2005 và Điều 15 Luật BVQLNTD 2011 nhưng vẫn còn nhiều bất cập.

Trở lại Điều 407 BLDS 2005, có thể các quy định về hợp đồng mẫu trong BLDS 2005 cũng chưa đủ mạnh để bảo vệ, ít nhất là về mặt lý thuyết, các chủ thể là bên không được thương lượng, đàm phán hợp đồng.

Theo quy định của Điều 407 BLDS 2005, bên không được soạn thảo hợp đồng chỉ được bảo vệ đối với những điều khoản “không rõ ràng” về kỹ thuật soạn thảo và

các điều khoản lạm dụng về trách nhiệm hợp đồng. Vì vậy, nếu bên soạn thảo hợp đồng mẫu áp đặt các điều kiện hợp đồng khác (không chỉ là các điều khoản về trách nhiệm hợp đồng) chẳng hạn như điều khoản giải quyết tranh chấp bằng trọng tài, bên bị áp đặt hợp đồng không có quyền lựa chọn và không được khước từ các điều khoản này. Ví dụ: Hợp đồng bảo hiểm công trình xây dựng giữa Công ty A (bên bán bảo hiểm) và Công ty B (bên mua bảo hiểm) có quy định “*Mọi tranh chấp phát sinh giữa hai bên sẽ được giải quyết trên cơ sở thương lượng. Trường hợp không thành sẽ được giải quyết bởi một tổ chức trọng tài có uy tín tại Hà Nội do hai bên lựa chọn. Nếu không đạt được sự đồng thuận, bên bán bảo hiểm có quyền lựa chọn*”. Công ty B đề nghị được thay điều khoản trọng tài bằng điều khoản giải quyết tranh chấp tại toà án nhưng Công ty A từ chối với lý do đây là hợp đồng mẫu được áp dụng cho hàng nghìn khách hàng khác nhau.

Mặt khác, theo quy định của Điều 407 BLDS 2005 việc một bên áp đặt các trách nhiệm một cách thái quá cho phía bên kia cũng không được pháp luật can thiệp điều chỉnh. Bàn kỹ hơn việc bảo vệ các chủ thể bị áp đặt hợp đồng mẫu trước các điều khoản hợp đồng bất lợi, lấy đơn cử tình huống vụ việc điển hình sau đây để thấy rõ sự khiếm khuyết của hệ thống pháp luật Việt Nam trong việc bảo vệ các chủ thể không được soạn thảo hợp đồng trước các điều khoản hợp đồng có dấu hiệu bất công bằng:

Vào năm 2012, Công ty cổ phần xăng dầu hàng không Việt Nam (Vinapco) mua bảo hiểm đối với lô hàng xăng dầu của Công ty bảo hiểm PJI Co. Trong hợp đồng bảo hiểm (soạn theo mẫu của các doanh nghiệp kinh doanh bảo hiểm) quy định một trong các trường hợp rủi ro để được hưởng bảo hiểm đối với hàng hoá đó là “*trường hợp thiên tai như lũ lụt, dông bão...*”. Trên thực tế lô hàng của Công ty Vinapco bị hư hỏng sau một cơn mưa dông mạnh, gây sạt lở đất. PJI Co từ chối trách nhiệm bảo hiểm với nhiều lý do khác nhau và một trong những lý do đó là hợp đồng quy định về trường hợp được hưởng bảo hiểm là “dông bão” chứ không phải “dông, bão”. Các nhà thiên văn học giải thích “dông bão” khác với “dông, bão”. Vì vậy, PJI Co từ chối nghĩa vụ do sự kiện làm hư hỏng hàng hoá là một cơn dông chứ không phải là dông bão theo quy định của hợp đồng. Tranh luận về vụ việc này, nhiều quan điểm cho rằng mặc dù đây là hợp đồng theo mẫu nhưng điều khoản này trong hợp đồng là rõ ràng, không bị tối nghĩa, khó hiểu hay có nhiều cách giải thích khác nhau vì thế không đặt ra vấn đề giải thích hợp đồng bất lợi cho

bên được soạn thảo (là các doanh nghiệp bán bảo hiểm) theo tinh thần của Điều 407 BLDS 2005.

Như vậy có thể thấy việc bảo vệ bên không được soạn thảo hợp đồng trước các điều khoản hợp đồng soạn thảo không rõ ràng về kỹ thuật của Việt Nam giống với nhiều nước trên thế giới. Tuy nhiên, quy định giải thích bất lợi cho bên được soạn thảo đối với các điều khoản hợp đồng không rõ ràng của Điều 407 BLDS 2005 chưa tạo ra cơ chế pháp lý đủ mạnh để bảo vệ sự bất công bằng, đặc biệt khi Việt Nam là nước theo hệ thống luật civil law và thẩm phán xét xử chỉ dựa vào các quy định của pháp luật mà không có quyền giải thích luật phù hợp với từng ngữ cảnh.

3.1.4. Quy định pháp luật về điều kiện thương mại chung bất công bằng

BLDS 2005 quy định 9 nguyên tắc cơ bản của giao dịch dân sự đó là: i/Nguyên tắc tự do, tự nguyện cam kết, thoả thuận (Điều 4), ii/Nguyên tắc bình đẳng (Điều 5); iii/Nguyên tắc thiện chí, trung thực (Điều 6); iv/Nguyên tắc chịu trách nhiệm dân sự (Điều 7); v/Nguyên tắc tôn trọng đạo đức, truyền thống tốt đẹp (Điều 8); vi/Nguyên tắc tôn trọng, bảo vệ quyền dân sự (Điều 9); vii/Nguyên tắc tôn trọng lợi ích của nhà nước, lợi ích công cộng, quyền và lợi ích hợp pháp của người khác (Điều 10); viii/Nguyên tắc tuân thủ pháp luật (Điều 11); ix/Nguyên tắc hoà giải (Điều 12). Như vậy, pháp luật Việt Nam không có quy định về nguyên tắc công bằng (fairness) trong pháp luật hợp đồng như nhiều quốc gia trên thế giới.

Việc thiếu quy định về nguyên tắc công bằng trong pháp luật hợp đồng cùng với sự không đồng bộ của các quy định pháp luật trong việc bảo vệ bên không được soạn thảo hợp đồng trước các điều khoản hợp đồng soạn sẵn lạm dụng cho thấy chúng ta chưa có công cụ pháp lý đủ mạnh để xử lý những bất công trong đời sống hợp đồng. Đặc biệt là sự nở rộ các điều khoản hợp đồng bất công bằng trong lĩnh vực kinh doanh nhà chung cư những năm gần đây (Xem thêm mục 3.3.2 của Luận án). Ngoài ra ở các lĩnh vực khác, các điều khoản hợp đồng áp đặt sự bất lợi phi lý cho một bên vẫn hiển nhiên tồn tại mà chưa có cơ chế pháp lý rõ ràng để bảo vệ bên yếu thế. Chẳng hạn như năm 2014, theo thông tin của Đài truyền hình Việt Nam VTV1 đưa tin, hàng loạt các đồng mía bị nông dân đốt tiêu huỷ do các doanh nghiệp hạ giá thành mua sản phẩm thấp đến mức mà người nông dân phải phá bỏ các ruộng mía còn đỡ thiệt hơn là bán hàng cho các doanh nghiệp thu mua mía. Các hợp đồng này đều là hợp đồng mẫu, trong đó quy định những điều khoản rất bất lợi

cho người trồng mía, đặc biệt là điều khoản “ép giá” thu mua do người bán quyết định theo giá đường vào thời điểm thu mua. Rõ ràng, trong trường hợp này nếu có rủi ro về giá đường trên thị trường thì chỉ có người nông dân phải chịu thiệt. Vụ việc cho thấy quyền lợi của người trồng mía đã bị xâm hại bởi các điều khoản hợp đồng soạn sẵn, tuy nhiên hiện nay chưa có cơ chế pháp lý để bảo vệ những người nông dân này. Liệu nếu người nông dân khởi kiện để yêu cầu doanh nghiệp phải bồi thường thiệt hại là chi phí mà họ đã bỏ ra, tối thiểu bên mua phải san sẻ một nửa, có cơ chế pháp lý nào để thẩm phán xét xử công tâm trong trường hợp này?

Hoặc trong hợp đồng mẫu về phân phối áo sơ mi Kidslo giữa Công ty TNHH thương mại may mặc xuất khẩu Halco (sau đây gọi tắt là Công ty Halco) với các Siêu thị bán lẻ BigC (hợp đồng do Siêu thị BigC soạn thảo, áp dụng chung cho tất cả các doanh nghiệp bán lẻ) không có bất kỳ quy định nào về phạt vi phạm hợp đồng và bồi thường thiệt hại cho phía Công ty Halco. Ngược lại, điều khoản về bồi thường thiệt hại hợp đồng đã áp đặt trách nhiệm quá mức vô lý cho Công ty Halco, theo đó với thời hạn thực hiện hợp đồng là 9 tháng kể từ ngày 30/1/2013 đến 30/9/2013, nếu Công ty Halco có bất kỳ vi phạm nào sẽ phải bồi thường cho Siêu thị BigC với mức 5% trên tổng doanh số bán hàng của 9 tháng. Trên thực tế Công ty Halco giao sai một số mặt hàng, tổng trị giá chưa đến 250.000đ, nhưng Siêu thị BigC đã nại ra quy định trên để yêu cầu phải bồi thường gần 1 tỷ đồng thì mới cho phép Công ty Halco tiếp tục thực hiện hợp đồng với lý do vi phạm này làm mất uy tín kinh doanh của Siêu thị BigC. Trong vụ tranh chấp này, NCS không bàn về việc có cơ chế pháp lý nào để bảo vệ Công ty Halco đối với điều khoản hợp đồng soạn sẵn này không vì bản thân điều khoản này đã có sự vi phạm Điều 302 Luật Thương mại 2005. Vấn đề đặt ra ở đây là giả sử không phải Công ty Halco vi phạm hợp đồng mà Siêu thị BigC vi phạm hợp đồng, liệu Công ty Halco có được yêu cầu phạt hợp đồng hay không vì hợp đồng không có quy định về điều khoản phạt đối với Siêu thị BigC. Theo quy định của Điều 307 Luật Thương mại 2005 thì trong trường hợp này Công ty Halco mất quyền đòi phạt vì không có thỏa thuận trong hợp đồng. Các vụ việc này rõ ràng đang đặt ra vấn đề liệu có cơ chế pháp lý nào để bảo vệ các chủ thể kinh doanh trước sự áp đặt thái quá các điều kiện hợp đồng soạn sẵn không công bằng?

Bên cạnh việc thiếu nguyên tắc công bằng trong pháp luật hợp đồng, các quy định hiện hành về việc bảo vệ bên yếu thế trước sự lạm dụng của bên được quyền

soạn thảo cũng được thể hiện khác nhau giữa BLDS 2005 và Luật BVQLNTD 2011.

Khoản 3 Điều 407 BLDS 2005 quy định “*trong trường hợp hợp đồng theo mẫu có điều khoản miễn trách nhiệm của bên đưa ra hợp đồng theo mẫu, tăng trách nhiệm hoặc loại bỏ quyền lợi chính đáng của bên kia thì điều khoản này không có hiệu lực, trừ trường hợp có thoả thuận khác*”. Bất cập dễ nhận thấy ở đây là khi Điều 407 cho phép ngoại lệ “*trừ trường hợp các bên có thoả thuận khác*” sẽ tạo nên sự mù mờ trong cách hiểu về giá trị pháp lý của các điều khoản có dấu hiệu lạm dụng, trường hợp nào được hiểu là miễn trách nhiệm của bên đưa ra hợp đồng mẫu, trường hợp nào là tăng trách nhiệm hay loại bỏ quyền lợi chính đáng của bên kia? Trên thực tế, vận dụng quy định “*trừ trường hợp các bên có thoả thuận khác*”, các luật sư thường khuyên doanh nghiệp đưa vào hợp đồng mẫu điều khoản “*cùng soạn thảo*” để lách quy định này của luật. Điều này làm cho việc bảo vệ bên không được soạn thảo hợp đồng trước các ĐKTMC bất công bằng chỉ mang tính hình thức.

Trong khi BLDS chỉ quy định về việc loại bỏ hiệu lực của các điều khoản miễn trách nhiệm của bên soạn thảo hoặc *tăng trách nhiệm hoặc loại bỏ quyền lợi chính đáng của bên kia* một cách kém hiệu quả và mờ nhạt thì Luật BVQLNTD 2011 cũng không đưa ra được định nghĩa “*điều khoản hợp đồng bất công bằng*” mà chỉ quy định các trường hợp điều kiện giao dịch chung bị vô hiệu theo phương pháp liệt kê.

Theo quy định của Khoản 1, Điều 16 Luật BVQLNTD 2011, điều kiện giao dịch chung bị coi là vô hiệu khi rơi vào các trường hợp sau đây: a) Loại trừ trách nhiệm của tổ chức, cá nhân kinh doanh hàng hóa, dịch vụ đối với NTD theo quy định của pháp luật; b) Hạn chế, loại trừ quyền khiếu nại, khởi kiện của NTD; c) Cho phép tổ chức, cá nhân kinh doanh hàng hóa, dịch vụ đơn phương thay đổi điều kiện của hợp đồng đã thỏa thuận trước với NTD hoặc quy tắc, quy định bán hàng, cung ứng dịch vụ áp dụng đối với NTD khi mua, sử dụng hàng hóa, dịch vụ không được thể hiện cụ thể trong hợp đồng; d) Cho phép tổ chức, cá nhân kinh doanh hàng hóa, dịch vụ đơn phương xác định NTD không thực hiện một hoặc một số nghĩa vụ; đ) Cho phép tổ chức, cá nhân kinh doanh hàng hóa, dịch vụ quy định hoặc thay đổi giá tại thời điểm giao hàng hóa, cung ứng dịch vụ; e) Cho phép tổ chức, cá nhân kinh doanh hàng hóa, dịch vụ giải thích hợp đồng trong trường hợp điều khoản của hợp đồng được hiểu khác nhau; g) Loại trừ trách nhiệm của tổ chức, cá nhân kinh

doanh hàng hóa, dịch vụ trong trường hợp tổ chức, cá nhân kinh doanh hàng hóa, dịch vụ bán hàng hóa, cung ứng dịch vụ thông qua bên thứ ba; h) Bắt buộc NTD phải tuân thủ các nghĩa vụ ngay cả khi tổ chức, cá nhân kinh doanh hàng hóa, dịch vụ không hoàn thành nghĩa vụ của mình; i) Cho phép tổ chức, cá nhân kinh doanh hàng hóa, dịch vụ chuyển giao quyền, nghĩa vụ cho bên thứ ba mà không được NTD đồng ý.

Mặc dù đã có nhiều tiến bộ so với pháp luật về bảo vệ quyền lợi NTD trước các điều khoản hợp đồng soạn sẵn trước đây, tuy nhiên việc chỉ liệt kê một số điều khoản vô hiệu mà không đưa ra được một định nghĩa mang tính khái quát hóa sẽ khiến cho pháp luật không bao quát được tất cả các trường hợp trong thực tế và có thể nhanh chóng trở nên lạc hậu so với thực tiễn.

Các quy định trên đây còn cho thấy sự tham khảo một cách thiếu triệt để các quy định của Chỉ thị 93/13/EEC về các điều khoản hợp đồng có dấu hiệu bất công bằng (xem mục 1.3.1 Chương 1). Có thể trích dẫn lại các quy định của Chỉ thị 93/13/EEC để thấy rõ điều này. Chỉ thị 93/13/EEC quy định điều khoản hợp đồng soạn sẵn bị coi là có dấu hiệu bất công bằng gồm các điều khoản: Loại bỏ hoặc giới hạn trách nhiệm của bên bán hoặc bên cung cấp trong trường hợp NTD chết hoặc bị thương tổn từ hành động hoặc không hành động của người bán hoặc người cung cấp; loại bỏ hoặc hạn chế một cách không xứng đáng quyền của NTD đối với bên bán hoặc bên cung cấp hoặc bên thứ ba nào khác trong trường hợp bên này không thực hiện một phần hoặc toàn bộ hoặc thực hiện không đúng nghĩa vụ hợp đồng; tạo ra thỏa thuận bắt buộc đối với NTD trong khi bên bán hoặc bên cung cấp có quyền thực hiện nó theo mong muốn của mình; cho phép người bán hoặc người cung cấp giữ lại tiền trả trước của NTD trong khi NTD quyết định không giao kết hoặc thực hiện hợp đồng nhưng lại không cho phép NTD nhận bồi thường thiệt hại tương xứng khi bên bán, bên cung cấp huỷ bỏ hợp đồng; buộc NTD khi vi phạm nghĩa vụ phải trả một khoản bồi thường quá cao không tương xứng; trao quyền cho bên bán hoặc bên cung cấp được huỷ bỏ hợp đồng theo mong muốn trong khi không cho phép NTD điều này hoặc cho phép bên bán, bên cung cấp giữ lại tiền trả trước trong khi chính người bán, người cung cấp là bên huỷ bỏ hợp đồng; cho phép bên bán hoặc người cung cấp được đơn phương chấm dứt hợp đồng mà không có thông báo hợp lý, trừ phi có hoàn cảnh đặc biệt để được làm điều đó; tự động gia hạn thời hạn hợp đồng hoặc ấn định thời hạn trong khi NTD không được quyền đó; bắt buộc vô

điều kiện đối với NTD với điều khoản mà NTD không có cơ hội thực tế để biết trước khi giao kết hợp đồng; cho phép người bán hoặc người cung cấp được đơn phương thay đổi hợp đồng mà không có lý do đã được quy định rõ trong hợp đồng; cho phép người bán hoặc người cung cấp được đơn phương thay đổi đặc điểm của sản phẩm hoặc dịch vụ đã được thoả thuận; quy định giá của hàng hoá được xác định vào thời điểm giao hàng hoặc cho phép người bán hoặc người cung cấp tăng giá vào thời điểm giao hàng mà không cho phép NTD quyền được huỷ hợp đồng nếu giá cuối cùng quá cao so với giá mà đã thoả thuận trong hợp đồng; trao quyền cho người bán hoặc người cung cấp xác định hàng hoá hoặc dịch vụ là phù hợp với hợp đồng hoặc cho phép người bán, người cung cấp quyền được giải thích bất kỳ điều khoản nào của hợp đồng; hạn chế trách nhiệm của bên bán, bên cung cấp trong trường hợp kinh doanh hàng hóa, dịch vụ thông qua đại lý của họ; bắt buộc NTD phải thực hiện các nghĩa vụ ngay cả khi bên bán, bên cung cấp không hoàn thành nghĩa vụ của mình; cho phép bên bán, bên cung cấp khả năng được chuyển giao quyền, nghĩa vụ cho bên thứ ba mà có khả năng làm giảm đi sự bảo đảm quyền lợi cho NTD khi không được NTD đồng ý; loại trừ hoặc che giấu quyền của NTD được khiếu nại hoặc tiến hành bất kỳ các giải pháp pháp lý khác, hạn chế một cách thái quá các bằng chứng có lợi cho NTD hoặc áp đặt quá nặng nghĩa vụ chứng minh của NTD mà theo luật thực định, nghĩa vụ này thuộc về bên còn lại trong hợp đồng.

Tuy nhiên đối chiếu quy định của Khoản 1 Điều 16 và quy định của Chỉ thị 93/13/EEC có thể thấy việc tham khảo kinh nghiệm của Việt Nam thiếu sự triệt để ở chỗ nhiều quy định bị cắt bỏ làm cho nội dung của điều luật thay đổi về bản chất. Ví dụ: Chỉ thị 93/13/EEC quy định một điều khoản hợp đồng soạn sẵn sẽ bị coi là có dấu hiệu bất công bằng khi “*cho phép bên bán, bên cung cấp khả năng được chuyển giao quyền, nghĩa vụ cho bên thứ ba mà có khả năng làm giảm đi sự bảo đảm quyền lợi cho người tiêu dùng khi không được người tiêu dùng đồng ý*”; trong khi Điểm I, Khoản 1, Điều 16 Luật BVNTD 2011 copy toàn bộ quy định này nhưng bỏ đi cụm từ “*mà có khả năng làm giảm đi sự bảo đảm quyền lợi cho người tiêu dùng*” một cách khó lý giải. Hoặc Chỉ thị 93/13/EEC quy định điều khoản hợp đồng soạn sẵn sẽ bị coi là không công bằng khi “*Loại bỏ hoặc giới hạn trách nhiệm của bên bán hoặc bên cung cấp trong trường hợp người tiêu dùng chết hoặc bị thương tổn từ hành động hoặc không hành động của người bán hoặc người cung cấp*” trong khi Điểm a Khoản 1, Điều 16 Luật BVQLNTD 2011 lại quy định điều kiện giao dịch chung bị vô hiệu khi “*Loại trừ trách nhiệm của tổ chức, cá nhân kinh*

doanh hàng hóa, dịch vụ đối với NTD theo quy định của pháp luật”. Điều này được hiểu, điều khoản hợp đồng soạn sẵn chỉ bị vô hiệu khi loại trừ các trách nhiệm mà bên cung cấp hàng hoá, dịch vụ phải có trách nhiệm thực hiện đối với NTD theo quy định cụ thể của pháp luật. Theo quy định của Điều 12 Luật BVQLNTD 2011 thì trách nhiệm của người cung cấp hàng hoá, dịch vụ chỉ bao gồm: 1. Ghi nhãn hàng hóa theo quy định của pháp luật; 2. Niêm yết công khai giá hàng hóa, dịch vụ tại địa điểm kinh doanh, văn phòng dịch vụ; Cảnh báo khả năng hàng hóa, dịch vụ có ảnh hưởng xấu đến sức khỏe, tính mạng, tài sản của người tiêu dùng và các biện pháp phòng ngừa; 4. Cung cấp thông tin về khả năng cung ứng linh kiện, phụ kiện thay thế của hàng hóa; 5. Cung cấp hướng dẫn sử dụng; điều kiện, thời hạn, địa điểm, thủ tục bảo hành trong trường hợp hàng hóa, dịch vụ có bảo hành; 6. Thông báo chính xác, đầy đủ cho người tiêu dùng về hợp đồng theo mẫu, điều kiện giao dịch chung trước khi giao dịch. Như vậy, nếu bên cung cấp hàng hoá, dịch vụ cố tình loại trừ các trách nhiệm của mình, ví dụ trách nhiệm bồi thường thiệt hại, trách nhiệm chịu phạt vi phạm hợp đồng hợp đồng...thì không bị coi là trái với quy định này. Điều này rõ ràng là sự bất hợp lý. Bên cạnh đó, rất nhiều các quy định tiên bộ khác của Chỉ thị 93/13/EEC không được Luật BVNTD 2011 học tập kinh nghiệm.

Ngoài ra, Khoản 2 Điều 16 Luật BVQLNTD 2011 quy định việc tuyên bố và xử lý điều khoản của hợp đồng giao kết với NTD, điều kiện giao dịch chung không có hiệu lực được thực hiện theo quy định của pháp luật về dân sự. Tuy nhiên, với quy định này, cũng cho thấy những tồn tại sau đây:

Thứ nhất, pháp luật dân sự chỉ quy định các nguyên tắc chung toà án là cơ quan có thẩm quyền tuyên bố hợp đồng vô hiệu và hậu quả của hợp đồng vô hiệu (các bên hoàn trả lại cho nhau những gì đã nhận, nếu không hoàn trả được bằng hiện vật thì hoàn trả bằng tiền). Đối với các điều khoản của hợp đồng bị vô hiệu mà không ảnh hưởng đến những nội dung khác của hợp đồng thì bị coi là vô hiệu từng phần, theo hướng không công nhận hiệu lực của thỏa thuận bị vô hiệu, các nội dung còn lại của hợp đồng vẫn có hiệu lực. Tuy nhiên, hướng giải quyết cụ thể về hậu quả pháp lý của những điều khoản hợp đồng, điều kiện giao dịch chung trái pháp luật thực sự chưa rõ ràng. Chẳng hạn như trong hợp đồng các bên quy định giá của hàng hoá sẽ được bên cung cấp quy định vào thời điểm giao hàng (hợp đồng mua bán xe ô tô). Điều này vi phạm quy định tại Khoản 1 Điều 16 Luật BVQLNTD 2011 và bị coi là vô hiệu. Vậy trong trường hợp này được hiểu là điều khoản giá

này không có giá trị áp dụng đối với bên mua, bên mua có quyền từ chối mua hàng và không thực hiện hợp đồng, hợp đồng trở về trạng thái như chưa tồn tại hay người mua có quyền mua với giá khác với giá mà người bán áp đặt; giả sử vậy thì giá đó là giá nào? Câu trả lời là không rõ ràng theo quy định của pháp luật Việt Nam. Pháp luật các nước trong những tình huống này đều quy định chặt chẽ theo hướng điều khoản hợp đồng nếu có dấu hiệu không công bằng thì sẽ vô hiệu, các điều khoản khác vẫn giữ nguyên hiệu lực, trừ khi việc vô hiệu của điều khoản đó làm cho hợp đồng không tiếp tục thực hiện được và phần lớn dành cho NTD quyền được tiếp tục đàm phán hoặc rút lui khỏi hợp đồng nếu việc đàm phán không thành.

Mặt khác, việc giải quyết điều khoản hợp đồng soạn sẵn bị vô hiệu được giải quyết theo quy định của pháp luật dân sự, vậy không rõ trọng tài thương mại có thẩm quyền tuyên bố các điều kiện giao dịch chung hoặc các điều khoản hợp đồng mẫu bị vô hiệu không. Theo quy định của Điều 17 Luật Trọng tài thương mại 2011 thì *“Đối với các tranh chấp giữa nhà cung cấp hàng hóa, dịch vụ và NTD, mặc dù điều khoản trọng tài đã được ghi nhận trong các điều kiện chung về cung cấp hàng hóa, dịch vụ do nhà cung cấp soạn sẵn thỏa thuận trọng tài thì NTD vẫn được quyền lựa chọn Trọng tài hoặc Tòa án để giải quyết tranh chấp. Nhà cung cấp hàng hóa, dịch vụ chỉ được quyền khởi kiện tại Trọng tài nếu được NTD chấp thuận”*. Tuy nhiên quy định này không nêu rõ trong trường hợp NTD chọn trọng tài làm cơ quan giải quyết tranh chấp theo quy định của hợp đồng, liệu trọng tài có quyền tuyên vô hiệu các điều kiện giao dịch chung, các nội dung hợp đồng mẫu là vô hiệu hay không. Tìm kiếm các quy định khác của Luật Trọng tài thương mại cũng như Luật BVQLNTD cũng không có câu trả lời thỏa đáng.

Thứ hai, còn thiếu vắng các quy định điều chỉnh về các ĐKTMC vô hiệu trong các hợp đồng thương mại giữa các thương nhân với nhau. Chẳng hạn trường hợp hợp đồng cho thuê trụ sở văn phòng của các dự án toà nhà thương mại cho thuê, hợp đồng bảo hiểm, hợp đồng xây dựng, hợp đồng tín dụng.... ký giữa các thương nhân có quy định áp đặt các điều kiện hợp đồng bất lợi cho thuê, bên mua hoặc nhận cung cấp dịch vụ thì cũng chưa có cơ chế pháp lý rõ ràng để bảo vệ các chủ thể này trong bối cảnh của pháp luật hiện hành.

Thứ ba, pháp luật tố tụng chưa có các quy định về thủ tục rút gọn để tạo thuận lợi cho việc tuyên bố các điều khoản hợp đồng soạn sẵn bị vô hiệu, vì vậy cản trở

rất nhiều việc thực hiện quyền của các chủ thể bị áp đặt các ĐKTMC, đặc biệt là NTD.

3.2. Thực tiễn áp dụng pháp luật về điều kiện thương mại chung ở một số lĩnh vực

ĐKTMC được áp dụng ở rất nhiều lĩnh vực kinh doanh. Trong phạm vi nghiên cứu của Luận án, NCS lựa chọn lĩnh vực tài chính, ngân hàng và kinh doanh nhà ở làm ví dụ rà soát để đánh giá về thực tiễn áp dụng pháp luật về ĐKTMC ở Việt Nam.

3.2.1. Thực tiễn áp dụng pháp luật về điều kiện thương mại chung trong lĩnh vực tài chính, ngân hàng

Qua việc tìm hiểu ĐKTMC đối với dịch vụ phát hành thẻ ghi nợ nội địa và dịch vụ ngân hàng điện tử của ngân hàng [36], có thể nhận thấy một số thực trạng sau:

Thứ nhất, một số quy định của ĐKTMC chưa phù hợp về yêu cầu chung về hình thức theo quy định của pháp luật

Trước tiên, xem xét về mặt hình thức một số hợp đồng mẫu do ngân hàng phát hành có thể dễ dàng nhận ra nhiều điểm chưa phù hợp với quy định của Luật BVQLNTD. Một trong những điểm chưa phù hợp điển hình nhất là cỡ chữ in trên các tờ hợp đồng. Hầu hết các hợp đồng của ngân hàng đều in chữ rất nhỏ so với quy định (cỡ chữ tối thiểu là 12), trình bày chữ dày đặc gây tức mắt, khó đọc. Thêm nữa, nền giấy và màu mực trên hợp đồng có khi không tương phản nhau càng hạn chế sự tập trung để ý câu chữ trong hợp đồng của người đọc. Quy định của pháp luật cũng chỉ ra hợp đồng phải bằng tiếng Việt và phải đảm bảo tiêu chí rõ ràng, dễ hiểu. Điều này thể hiện triết lý bảo vệ người tiêu dùng tức là bảo vệ tất cả các tầng lớp người tiêu dùng tham gia giao dịch với cá nhân, tổ chức kinh doanh. Tiêu chí sử dụng tiếng Việt rõ ràng, dễ hiểu phải được tuân thủ chặt chẽ. Ví dụ như cụm từ “bao gồm nhưng không giới hạn” được sử dụng ở hầu hết các hợp đồng. Đây là cụm từ định tính không giới hạn phạm vi nội dung muốn quy định, đặc biệt là khi quy định về nghĩa vụ của NTD.

Bên cạnh đó, nhiều hợp đồng còn sử dụng hàng loạt các thuật ngữ bằng tiếng nước ngoài mà không giải thích, viết tắt khiến người đọc khó luận giải và trình bày rườm rà, khó hiểu khiến người đọc không hiểu rõ, hiểu đúng và không đủ kiên nhẫn đọc hết hợp đồng. Người tiêu dùng chỉ có một lựa chọn hoặc là đồng ý ký hợp đồng để tham gia sử dụng dịch vụ của ngân hàng hoặc không đồng ý ký thì thôi. Theo yêu cầu của Luật BVQLNTD đối với những hợp đồng theo mẫu, điều kiện giao

dịch chung, các từ/cụm từ bằng tiếng nước ngoài, các thuật ngữ chuyên môn phải được giải thích rõ ràng hoặc giải thích một lần và sử dụng thống nhất ngữ nghĩa của từ/cụm từ đó trong hợp đồng. Tuy nhiên trên thực tế dường như điều này không được thực hiện.

Thứ hai, một số nội dung của ĐKTMC chưa phù hợp quy định về vấn đề thông tin của NTD. Có thể dẫn chứng một số ví dụ như sau trong hợp đồng theo mẫu, điều kiện giao dịch chung do ngân hàng phát hành: *Ngân hàng có quyền thu thập thông tin về chủ thẻ từ các tổ chức, cá nhân khác hoặc yêu cầu chủ thẻ cung cấp đầy đủ các thông tin và các tài liệu cần thiết; ghi âm, lưu trữ, sử dụng các thông tin/chỉ dẫn bằng lời nói của chủ thẻ; khách hàng phải cung cấp các thông tin theo yêu cầu của ngân hàng vào bất kỳ thời điểm nào; yêu cầu khách hàng cung cấp các văn bản (nếu cần thiết) theo yêu cầu, theo quy định của ngân hàng, hoặc yêu cầu của nhà cung cấp dịch vụ; ngân hàng được quyền tự động trích nợ tài khoản khách hàng sử dụng trong dịch vụ để thanh toán cho các hóa đơn mà khách hàng mua hàng hóa hoặc sử dụng dịch vụ với các nhà cung cấp mà khách hàng tham gia mà không cần thông báo...* Theo quy định của Luật BVQLNTD, Ngân hàng phải quy định, chỉ rõ mục đích của việc yêu cầu khách hàng cung cấp thông tin và sử dụng thông tin khách hàng vào những việc thuộc phạm vi của hợp đồng giao kết với người tiêu dùng. Chỉ chia sẻ thông tin cho bên thứ ba khi được khách hàng đồng ý, nêu rõ những trường hợp ngân hàng được quyền yêu cầu khách hàng cung cấp thông tin căn cứ trên những quy định của pháp luật chuyên ngành và trường hợp đặc biệt khác nhằm mục đích bảo vệ trật tự chung, sự an toàn cho các bên trong quan hệ giao dịch và làm rõ trách nhiệm bảo mật thông tin, quyền thu thập thông tin khách hàng trong những trường hợp cụ thể theo quy định của pháp luật chuyên ngành. Việc trích nợ từ tài khoản phải quy định rõ ràng hơn và phải thông báo cho khách hàng biết về việc bị trích nợ.

Thứ ba, nhiều quy định vi phạm điều cấm của pháp luật về bảo vệ quyền lợi NTD (Điều 16 Luật BVQLNTD). Cụ thể:

*** Điều khoản loại trừ trách nhiệm của Ngân hàng gồm:** *Ngân hàng không chịu trách nhiệm đối với những thiệt hại, tổn thất của khách hàng phát sinh trong quá trình sử dụng Dịch vụ, trừ phi những thiệt hại, tổn thất này là do lỗi cố ý của Ngân hàng; ngân hàng không chịu trách nhiệm đối với những thiệt hại trực tiếp hoặc gián tiếp mà khách hàng phải chịu phát sinh từ hoặc liên quan tới do:*

+ Việc tin nhắn được thực hiện bởi 1 bên thứ 3 mà người này bằng bất cứ cách nào thực hiện việc kết nối thiết bị của họ tới số điện thoại mà khách hàng đã đăng ký hoặc;

+ Sự ngắt quãng, trì hoãn, chậm trễ, tình trạng không sẵn sàng sử dụng hoặc bất kỳ sự cố nào xảy ra trong quá trình cung cấp dịch vụ do các nguyên nhân ngoài khả năng kiểm soát hợp lý của NH, bao gồm nhưng không giới hạn ở tình trạng gián đoạn do dịch vụ cần được nâng cấp, sửa chữa, lỗi đường truyền của nhà cung cấp dịch vụ viễn thông;

Quy định khách hàng phải chịu toàn bộ rủi ro mà không có trường hợp loại trừ khi hậu quả xuất phát từ lỗi của ngân hàng là loại trừ toàn bộ nghĩa vụ, trách nhiệm của ngân hàng. Chẳng hạn như trong trường hợp ngân hàng để rò rỉ thông tin của khách hàng và bên thứ 3 lợi dụng thông tin đó để kết nối tới ngân hàng và thực hiện giao dịch thì ngân hàng phải chịu trách nhiệm. Người tiêu dùng ký hợp đồng sử dụng dịch vụ của ngân hàng nên cũng không có nghĩa vụ phải chịu những thiệt hại phát sinh từ bên thứ 3 là đối tác của ngân hàng. Trường hợp dịch vụ cần sửa chữa, nâng cấp thì ngân hàng có nghĩa vụ báo cho khách hàng biết trước và có những biện pháp, cách thức khác để đảm bảo giao dịch cho khách hàng.

Bên cạnh đó lẽ ra ngân hàng cũng phải quy định rõ ngân hàng có quyền từ chối, ngừng, tạm ngừng, thay đổi các dịch vụ trong những trường hợp cụ thể nào và phải báo trước cho khách hàng trong những trường hợp nào theo quy định của pháp luật chuyên ngành. Lỗi phát sinh của ngân hàng gây hậu quả thì ngân hàng phải chịu trách nhiệm, không phụ thuộc vào lỗi cố ý hay vô ý.

*** Điều khoản hạn chế, loại trừ quyền khiếu nại, khởi kiện của người tiêu dùng:**

Ngân hàng quy định như sau: *Khách hàng thừa nhận rằng tại một số thời điểm nhất định có thể sẽ không truy cập, sử dụng và thực hiện được một số hoặc tất cả các dịch vụ mà ngân hàng cung cấp do việc bảo trì hệ thống hoặc vì bất kỳ lý do nào khác...mà không có bất kỳ sự khiếu nại nào.* Đây là quy định hạn chế quyền khiếu nại, khởi kiện của NTD. Điều khoản này không có hiệu lực theo quy định của Điều 16 Luật BVQLNTD.

*** Điều khoản cho phép ngân hàng đơn phương thay đổi điều kiện của hợp đồng đã thỏa thuận trước với người tiêu dùng**

Ngân hàng quy định: *Khi cần thiết NH có quyền thay đổi, ngừng hoặc chấm dứt cung cấp dịch vụ mà không cần có sự đồng ý của khách hàng; thu phí liên quan tới*

việc sử dụng và/hoặc chấm dứt sử dụng các dịch vụ NH e-banking và thay đổi các phí này; ngân hàng có quyền sửa đổi nội dung các điều khoản và điều kiện sử dụng dịch vụ ngân hàng e-banking bằng cách gửi thông báo thay đổi tới khách hàng hoặc các hình thức khác mà ngân hàng cho là phù hợp; ngân hàng có thể tạm ngừng hoặc chấm dứt tất cả hoặc bất kỳ dịch vụ nào liên quan đến dịch vụ ngân hàng e-banking của khách hàng mà không cần thông báo hoặc nêu lý do cho khách hàng; các khoản phí, mức phí theo biểu phí do NH quy định và có thể thay đổi theo từng thời kỳ; ngân hàng có quyền mở, đóng, thay đổi hạn mức tối đa, tối thiểu, thay đổi lãi suất theo quy định của ngân hàng.

Lẽ ra tất cả các nội dung, quy định đã thỏa thuận, thống nhất với khách hàng tại thời điểm ký hợp đồng nếu sau này có thay đổi thì phải: đảm bảo tuân thủ các quy định pháp luật ngân hàng. Bản thân khách hàng không được phép đơn phương áp đặt, quy định nội dung; ngân hàng phải có trách nhiệm thông báo cho khách hàng biết và dành thời gian hợp lý để khách hàng nghiên cứu, xem xét và thể hiện sự đồng ý tiếp tục sử dụng dịch vụ khi có sự thay đổi. Trong hầu hết các hợp đồng của Ngân hàng sử dụng nhiều cụm từ, nội dung không rõ ràng về biểu phí, chính sách thay đổi biểu phí và cách thức ngân hàng thông báo cho khách hàng khi có thay đổi về biểu phí. Thỏa thuận giữa ngân hàng và khách hàng về phạm vi các loại phí, khoản phí, mức phí cần minh bạch, rõ ràng. Khách hàng phải trả những khoản phí nào, mức phí bao nhiêu, phương thức thanh toán phí như thế nào phải được chỉ ra cụ thể để khách hàng biết rõ.

Các khoản phí, mức phí theo biểu phí do ngân hàng quy định và có thể thay đổi, nhưng với bất kỳ thay đổi nào ngân hàng phải thông báo trên các kênh để khách hàng biết trước khi thay đổi và có sự đồng ý, thỏa thuận của khách hàng. Bên cạnh đó cũng cần phải bổ sung trách nhiệm của ngân hàng trong việc xây dựng và ban hành biểu phí của ngân hàng phải tuân theo các quy định pháp luật hiện hành và quy định rõ địa điểm, cách thức khách hàng có thể xem biểu phí (tại trang web của ngân hàng hay gọi điện đến tổng đài của ngân hàng...).

****Điều khoản loại trừ trách nhiệm của tổ chức, cá nhân kinh doanh hàng hoá, dịch vụ trong trường hợp tổ chức, cá nhân kinh doanh hàng hoá, dịch vụ bán hàng hoá, cung ứng dịch vụ thông qua bên thứ ba***

Ngân hàng quy định như sau: “Chấp nhận rằng tin nhắn từ ngân hàng e-banking đã được gửi cho khách hàng nếu tin nhắn này đã được thực hiện bởi nhà cung cấp dịch vụ, bất kể khách hàng có thực sự nhận được tin nhắn hay không”.

Quy định trên rõ ràng không hợp lý bởi việc ngân hàng liên kết với bên thứ 3 là nhà cung cấp dịch vụ tín dụng (qua tổng đài, đầu số do ngân hàng liên kết) không làm phát sinh nghĩa vụ nào khác của khách hàng. Nếu xảy ra lỗi trong quá trình cung cấp dịch vụ tín dụng tới khách hàng thì ngân hàng phải có trách nhiệm giải quyết. Khách hàng sử dụng dịch vụ trọn gói do ngân hàng cung cấp và phải thanh toán phí cho tất cả các loại dịch vụ này, ngân hàng không thể phủ nhận trách nhiệm khi xảy ra lỗi trong quá trình cung cấp dịch vụ, trừ khi lỗi được xác định là do khách hàng.

****Điều khoản cho phép tổ chức, cá nhân kinh doanh hàng hoá, dịch vụ giải thích hợp đồng trong trường hợp điều khoản của hợp đồng được hiểu khác nhau***

Ngân hàng quy định như sau:

“Việc giải thích từ ngữ theo ý chí của Ngân hàng sẽ được ưu tiên áp dụng”

Theo quy định tại Điều 15 của Luật BVQLNTD, khi xảy ra những tranh chấp giữa người tiêu dùng và cá nhân, tổ chức kinh doanh có giao kết hợp đồng thì bất kỳ sự giải thích hợp đồng nào đều phải theo hướng có lợi cho người tiêu dùng.

Ngoài ra còn có nhiều quy định khác chưa phù hợp Luật BVQLNTD chẳng hạn như quy định: *Ngân hàng không phải thông báo cho khách hàng biết khi ngân hàng tạm ngưng dịch vụ để bảo trì; khi nâng cấp, phát triển dịch vụ, ngân hàng được phép bổ sung, cung cấp thêm các tiện ích dịch vụ cho khách hàng mà không cần thông báo hoặc yêu cầu khách hàng đăng ký bổ sung dịch vụ; đăng ký thông tin khách hàng - đề nghị mở tài khoản (lần đầu), đăng ký phát hành và sử dụng thẻ ghi nợ này được lập thành 01 bản chính và được giữ bởi ngân hàng; chi phí khiếu nại theo quy định của ngân hàng; ngân hàng được quyền khóa/ngừng sử dụng thẻ mà không hoàn lại các khoản phí trong những trường hợp có nghi ngờ liên quan đến giả mạo và rủi ro; sau thời hạn quy định mà khách hàng không đến nhận thẻ thì thẻ sẽ bị hủy và chủ thẻ vẫn phải chịu khoản phí phát hành thẻ, phí duy trì tài khoản thẻ.* Những quy định này rõ ràng trái với quy định của mục b khoản 4 Điều 18 Nghị định 99/2011/NĐ-CP hướng dẫn Luật BVQLNTD theo đó đối với trường hợp tạm ngưng dịch vụ để bảo trì ngân hàng có trách nhiệm thông báo trước ít nhất 3 ngày làm việc cho khách hàng. Đối với các quy định của ngân hàng về thay đổi phí, từ chối, chấm dứt, tạm ngưng dịch vụ trừ những trường hợp khẩn cấp với mục đích bảo vệ thông tin, tài sản của các bên hoặc theo yêu cầu của cơ quan có thẩm quyền, đề nghị bổ sung trách nhiệm ngân hàng phải thông báo trước cho khách hàng biết ít nhất 03 ngày làm việc. Bên cạnh đó Luật Bảo vệ quyền lợi NTD quy định phải dành

thời gian hợp lý để NTD nghiên cứu hợp đồng và người soạn hợp đồng phải cung cấp bản sao hợp đồng cho khách hàng; khi ký hợp đồng với khách hàng, ngân hàng cũng phải cung cấp 1 bản chính để khách hàng giữ. Bên cạnh đó việc giải quyết khiếu nại cho khách hàng chính là bảo vệ lợi ích cho doanh nghiệp, tăng tính chuyên nghiệp và trách nhiệm. Hầu hết các ngân hàng đều đã có dịch vụ này, tuy nhiên cũng có NCS cho rằng ngân hàng phải quy định về quy trình giải quyết khiếu nại của người tiêu dùng, trong đó nêu rõ thời gian xử lý khiếu nại để người người tiêu dùng được biết (có thể quy định trên website, công bố tại các quầy giao dịch). Trong trường hợp nghi ngờ có giả mạo rủi ro của ngân hàng là không có cơ sở, không chính xác thì phải có biện pháp trả lại phí cho khách hàng hoặc các cách khác tương đương. Mặt khác ngân hàng cũng cần phải bỏ quy định khách hàng phải chịu phí duy trì tài khoản thẻ. Nếu sau thời hạn quy định mà khách không đến nhận thẻ thì tài khoản của khách hàng đã bị hủy, khách hàng chỉ phải chịu mất số dư tối thiểu, tránh trường hợp khách quên nhưng sau nhiều năm vẫn phải chịu nợ phí duy trì tài khoản. Có như vậy mới đảm bảo sự công bằng cho NTD.

3.2.2. Thực tiễn áp dụng pháp luật về điều kiện thương mại chung trong lĩnh vực kinh doanh nhà ở

Như đã đề cập ở Chương 2, trong bối cảnh nền kinh tế Việt Nam thời kỳ đầu của giai đoạn chuyển đổi, lĩnh vực kinh doanh nhà ở là mảnh đất màu mỡ để các ĐKTMC bắt công bằng hình thành phổ biến. Hàng loạt các điều kiện hợp đồng do chủ đầu tư quy định đã “vượt rào” các quy định của pháp luật về ĐKTMC. Có thể trích dẫn các điều khoản trong hợp đồng giữa chủ đầu tư Dự án cụm cao ốc Khang Gia (Quận Gò Vấp, Thành phố Hồ Chí Minh) để thấy rõ điều này [20]. Theo đơn thư phản ánh của người dân cho biết thời hạn bàn giao nhà theo hợp đồng “dự kiến vào Quý IV năm 2013 nhưng không trễ quá 03 tháng”. Mặc dù vậy, chung cư này, đến hiện tại vẫn đang thi công ị ạch, không biết khi nào mới hoàn thiện. Điều đáng nói là nhiều Điều, Khoản trong hợp đồng đã ký rất bất lợi cho khách hàng. Về diện tích căn hộ, Khoản 1.2 ghi: “Diện tích căn hộ bao gồm cả diện tích ban công, lô gia và được tính theo nguyên tắc sau: tính từ tim tường đối với tường chung, cột chung và tính phủ bì, trọn tường đối với tường riêng, cột riêng của căn hộ (Trong đó: tường chung là tường ngăn chia giữa hai căn hộ, tường riêng là tường tiếp giáp giữa căn hộ và hành lang, lối đi, mặt ngoài căn hộ)”. Hợp đồng này được ký từ năm 2012, diện tích căn hộ theo quy định tại Thông tư 16/2010/TT-BXD chỉ có 2 cách

tính, thông thủy hoặc tìm tường. Việc chủ đầu tư - Công ty Cổ phần Đầu tư và Phát triển Địa ốc Khang Gia - tính diện tích phủ bì là ngoài quy định cho phép. Về quyền và nghĩa vụ bên B, Khoản 6.8 ghi: “*Cam kết chấp thuận cho Bên A hoặc tổ chức hợp pháp do Bên A chỉ định thực hiện công việc sửa chữa, cải tạo đối với công trình tiện ích chung được bố trí trong phạm vi Cụm Cao Ốc Khang Gia hoặc căn hộ*” Thỏa thuận này đưa khách hàng vào thế đã rồi. Nếu hành xử công bằng thì phải có sự trao đổi giữa khách hàng và chủ đầu tư để đảm bảo lợi ích của cư dân trong khu chung cư. Chưa kể, việc sửa chữa, cải tạo này có đúng quy hoạch 1/500 của dự án đã được duyệt hay không? Thực tế, vì lợi riêng, đã có nhiều chủ đầu tư cố tình xây dựng trái phép, đặc biệt là khu vực sử dụng, sở hữu chung. Ngoài ra, Khoản 6.10 ghi: “*Bên B đồng ý để bên A tổ chức quản lý và khai thác tòa nhà đến hết thời gian bảo hành của tòa nhà*” Theo Quyết định số 08/2008/QĐ-BXD, trong thời hạn không quá 12 tháng, kể từ ngày nhà chung cư được bàn giao đưa vào sử dụng và có 50% căn hộ được bán trở lên (kể cả số căn hộ mà Chủ đầu tư giữ lại) thì Chủ đầu tư (đối với nhà chung cư nhiều chủ sở hữu) hoặc chủ sở hữu (đối với nhà chung cư có một chủ sở hữu) có trách nhiệm tổ chức Hội nghị nhà chung cư lần đầu. Hội nghị nhà chung cư là cơ quan có quyền cao nhất trong việc thông qua việc lựa chọn doanh nghiệp quản lý vận hành, doanh nghiệp bảo trì nhà chung cư. Nếu theo Khoản 6.10 thì người dân sẽ mất quyền lựa chọn trong thời gian tòa nhà còn bảo hành (5 năm) kể cả khi bên A không đáp ứng được mong đợi. Về bảo hành, bảo trì, Khoản 8.3 ghi: “*Trong thời gian bảo hành tùy theo quyết định của bên A việc bảo hành sẽ được thực hiện bằng cách thay thế hoặc sửa chữa các khiếm khuyết theo như nguyên trạng tại thời điểm bàn giao căn hộ hoặc thay thế các vật liệu cùng loại có chất lượng tương đương*” Như vậy, khách hàng không có quyền yêu cầu thay thế hoặc sửa chữa mà phải tùy bên A. Về trách nhiệm do vi phạm hợp đồng, theo Điều 10.1.1: “*Trường hợp Bên A bàn giao căn hộ chậm hơn so với dự kiến được quy định tại điều khoản 4 của Hợp đồng này, thì Bên A tính lãi cho Bên B trên tổng số tiền của các đợt thanh toán tính từ ngày trễ hạn. Lãi suất được áp dụng là lãi suất tiền gửi tiết kiệm 12 tháng của Ngân hàng Vietcombank*”; trong khi đó đối với khách hàng, Điều 10.2.1 ràng buộc: “*Trường hợp Bên B không thanh toán tiền theo đúng tiến độ Hợp đồng thì Bên B phải bị chịu phạt 0,05%/ngày (tương đương 1,5%/tháng) tính trên tổng giá trị đợt thanh toán trễ hạn, số tiền phạt này Bên B phải thanh toán cho Bên A cùng lúc với đợt thanh toán kế tiếp dựa theo tiến độ thanh toán tại Điều 3.2 của Hợp đồng này*”. Rõ ràng, thỏa thuận này quá bất công

vì lãi suất tiền gửi tiết kiệm 12 tháng thấp hơn nhiều với con số lãi suất 1,5%/tháng. Một điều nữa mà hợp đồng không nói đến là quyền đơn phương chấm dứt hợp đồng. Theo Luật Kinh doanh bất động sản năm 2006, Điều 26 có quy định, một trong các quyền của bên mua nhà là: *“Đơn phương chấm dứt hoặc hủy bỏ hợp đồng khi bên bán nhà, công trình xây dựng vi phạm điều kiện để đơn phương chấm dứt hoặc hủy bỏ hợp đồng do hai bên thỏa thuận trong hợp đồng hoặc theo quy định của pháp luật”* Chính vì không xác định điều kiện để đơn phương chấm dứt hoặc hủy bỏ hợp đồng, nên vì chủ đầu tư chậm tiến độ mà khách hàng muốn chấm dứt hợp đồng thì vẫn bị cho là “tự ý” và khách hàng phải chịu phạt vi phạm hợp đồng. Ngoài ra, trong phần cam kết đối với phần sở hữu chung – riêng, lại ghi *“Toàn bộ tầng hầm Cùm cao ốc: 11.021,0 m2.” thuộc sở hữu riêng của Bên A”*. Tuy nhiên, theo quy định tại Khoản 3, Điều 70 của Luật Nhà ở và Điểm c, Khoản 2, Điều 49 của Nghị định số 71/2010/NĐ-CP, nếu “nơi để xe” (xe đạp, xe cho người tàn tật, xe động cơ hai bánh) là tầng hầm, thì tầng hầm phải là sở hữu chung. Để xác định phần sở hữu chung này cần phải xem nội dung quyết định phê duyệt dự án nhưng đó là điều bất khả thi.

Có thể thấy hợp đồng nói trên có nhiều nội dung thể hiện sự vượt trội thái quá lợi ích của chủ đầu tư và sự đối xử thiếu công bằng với người mua. Tuy nhiên, với các quy định của pháp luật hiện hành, người mua có khả năng chịu thiệt thòi nếu khởi kiện bởi lúc này nguyên tắc tự do ký kết sẽ “làm khó” người mua nhà, tương tự như vụ kiện của 10 cư dân Keangnam.

Thực tiễn áp dụng pháp luật ở lĩnh vực tài chính, ngân hàng và kinh doanh nhà ở cho thấy cho dù pháp luật đã có quy định cụ thể để kiểm soát sự lạm dụng của bên bán hành nhưng trên thực tế nhà cung cấp dường như vẫn cố tình phớt lờ các quy định của pháp luật. Mặt khác, tình trạng bất công thái quá, dấu hiệu của sự bóc lột do bất cân xứng thông tin sẽ khó được kiểm soát triệt để nếu thiếu đi nguyên tắc công bằng của pháp luật hợp đồng bởi các thẩm phán sẽ thiếu công cụ pháp lý hữu hiệu để đánh giá từng trường hợp cụ thể.

Kết luận Chương 3

Qua các kết quả nghiên cứu của Chương 3, có thể rút ra những kết luận sau đây:

1. Việt Nam là nước đi sau rất nhiều nước trên thế giới trong việc hình thành và phát triển các quy định pháp luật liên quan đến ĐKTMC do điều kiện lịch sử, kinh tế, xã hội riêng của Việt Nam. Từ năm 1986 chúng ta mới khởi động chính sách Đổi mới và đến năm 1999 mới chính thức bắt đầu xây dựng nền kinh tế thị trường định hướng xã hội với những bước đi khá thận trọng của nền kinh tế chuyển đổi;

2. Pháp luật về ĐKTMC ở Việt Nam thiếu sự nhất quán, đồng bộ. Các quy định pháp luật về ĐKTMC nằm rải rác ở các quy định về hợp đồng mẫu, các quy định về điều kiện giao dịch chung trong lĩnh vực bảo vệ quyền lợi NTD và các quy định về hợp đồng ở lĩnh vực đặc thù. Các quy định pháp luật về ĐKTMC được thể hiện đậm nét ở các quy định về điều kiện giao dịch chung, hợp đồng mẫu trong lĩnh vực bảo vệ NTD. Với đặc điểm này, có thể thấy Việt Nam cũng là một trong số các nước có xu hướng thiên về điều chỉnh ĐKTMC dưới góc độ pháp luật về bảo vệ NTD. Tuy nhiên, mặc dù tản mát, thiếu tính hệ thống nhưng các nội dung pháp luật về áp dụng, giải thích, kiểm soát ĐKTMC đã được thể hiện ở những khía cạnh khác nhau trong các quy định của pháp luật;

3. Pháp luật về ĐKTMC ở Việt Nam đã có những quy định nhận diện các điều kiện giao dịch chung trái pháp luật trong lĩnh vực bảo vệ quyền lợi NTD và đã bước đầu xây dựng được cơ chế bảo vệ bên yếu thế trong các hợp đồng tiêu dùng. Tuy nhiên còn nhiều tồn tại, hạn chế và bất cập cả về thực trạng các quy định pháp luật và thực tiễn triển khai, cần sớm được khắc phục để đảm bảo hiệu quả điều chỉnh và thực thi pháp luật về ĐKTMC. Bất cập rõ nét nhất được thể hiện ở sự thiếu thống nhất, đồng bộ trong các quy định của pháp luật về định nghĩa ĐKTMC, về chế định hợp đồng theo mẫu và đặc biệt thiếu cơ chế hiệu quả để xử lý các ĐKTMC bất công bằng, tạo nhiều lỗ hổng pháp lý trong việc bảo vệ quyền lợi của bên không được quyền thương lượng hợp đồng và bị áp đặt các điều khoản hợp đồng soạn sẵn. Việc pháp luật chủ yếu bảo vệ chủ thể yếu thế là NTD trước các ĐKTMC bất công bằng bên cạnh chế định hợp đồng theo mẫu mờ nhạt chưa thực sự tạo ra công cụ pháp lý hữu hiệu điều chỉnh về việc áp dụng, giải thích và kiểm soát các điều khoản hợp đồng soạn sẵn. Điều này đòi hỏi cần có sự hoàn thiện pháp luật trong lĩnh vực này để xây dựng cơ chế hữu hiệu bảo vệ các chủ thể của các giao dịch hợp đồng trong thời kỳ sản xuất phát triển, hiện đại, khi mà việc sử dụng hợp đồng truyền thống ngày càng giảm./.

CHƯƠNG 4

HOÀN THIỆN PHÁP LUẬT VỀ ĐIỀU KIỆN THƯƠNG MẠI CHUNG Ở VIỆT NAM

4.1. Định hướng của việc hoàn thiện pháp luật về ĐKTMC

Xây dựng và hoàn thiện hệ thống pháp luật là vấn đề được Đảng và Nhà nước ta dành sự quan tâm đặc biệt, nhất là trong bối cảnh hiện nay chúng ta đang tiến hành xây dựng Nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa của dân, do dân, vì dân. Pháp luật trong nhà nước pháp quyền XHCN không chỉ chú trọng bảo đảm các quyền tự do, dân chủ của nhân dân và công lý mà còn đặc biệt chú trọng đến sự bình đẳng, công bằng xã hội.

Nghị quyết 48-NQ/TW ngày 24/5/2005 của Bộ Chính trị về chiến lược xây dựng và hoàn thiện hệ thống pháp luật cũng đã xác định mục tiêu và quan điểm chỉ đạo xây dựng và hoàn thiện hệ thống pháp luật là *“Xây dựng và hoàn thiện hệ thống pháp luật đồng bộ, thống nhất, khả thi, công khai, minh bạch, trọng tâm là hoàn thiện thể chế kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa, xây dựng Nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa Việt Nam của nhân dân, do nhân dân và vì nhân dân; đổi mới căn bản cơ chế xây dựng và thực hiện pháp luật; phát huy vai trò và hiệu lực của pháp luật để góp phần quản lý xã hội, giữ vững ổn định chính trị, phát triển kinh tế, hội nhập quốc tế, xây dựng Nhà nước trong sạch, vững mạnh, thực hiện quyền con người, quyền tự do, dân chủ của công dân, góp phần đưa nước ta trở thành nước công nghiệp theo hướng hiện đại vào năm 2020”* [5]. Mục tiêu này cũng được Thủ tướng Chính phủ khẳng định trong bài phát biểu tại Lễ Công bố Ngày pháp luật Việt Nam (8/11/2013). Đây được coi là các tiêu chí lớn của việc hoàn thiện hệ thống pháp luật Việt Nam nói chung mà việc xây dựng pháp luật về ĐKTMC cũng phải hướng đến đáp ứng.

4.1.1. Đảm bảo tính thống nhất, đồng bộ và qua đó nâng cao tính khả thi của pháp luật về hợp đồng

Việc xây dựng pháp luật hợp đồng cần có sự thống nhất, không mâu thuẫn, không trùng lặp, chồng chéo trong mỗi chế định pháp luật và giữa các quy phạm pháp luật với nhau. Hệ thống pháp luật về hợp đồng toàn diện và đồng bộ thể hiện ở cấu trúc hình thức của nó, nghĩa là hệ thống pháp luật phải có khả năng đáp

ứng được đầy đủ nhu cầu điều chỉnh pháp luật trên các lĩnh vực quan trọng của đời sống xã hội, các quy định pháp luật phải có khả năng bao quát toàn bộ đời sống giao dịch hợp đồng trong xã hội, các quan hệ hợp đồng quan trọng có tính điển hình, phổ biến cần có sự điều chỉnh của pháp luật thì đều có pháp luật điều chỉnh. Sự thống nhất của hệ thống pháp luật hợp đồng là điều kiện cần thiết bảo đảm cho tính thống nhất về mục đích của pháp luật và sự triệt để trong việc thực hiện pháp luật hợp đồng. Tính thống nhất của hệ thống pháp luật hợp đồng được thể hiện trong cả hệ thống cũng như trong từng bộ phận hợp thành của hệ thống pháp luật hợp đồng ở các cấp độ khác nhau; không có các hiện tượng trùng lặp, chồng chéo, mâu thuẫn lẫn nhau của các quy phạm pháp luật trong mỗi bộ phận và trong các bộ phận khác nhau của hệ thống pháp luật hợp đồng.

Như đã phân tích ở Chương 3, các nội dung của pháp luật về ĐKTMC ở Việt Nam chủ yếu tập trung ở các quy định về bảo vệ quyền lợi NTD trước các điều kiện giao dịch chung và hợp đồng mẫu trong lĩnh vực tiêu dùng; các quy định khác về hợp đồng theo mẫu, quy định về các nội dung bắt buộc của các hợp đồng trong các lĩnh vực kinh doanh đặc thù... nằm tản mát, rải rác ở các văn bản pháp luật khác nhau, thiếu tính đồng bộ, hệ thống và hiệu quả điều chỉnh không cao. Trước yêu cầu của việc đáp ứng tính thống nhất, đồng bộ và khả thi của pháp luật hợp đồng, vấn đề cần được đặt ra là lựa chọn hình thức chứa đựng các quy phạm pháp luật về ĐKTMC như thế nào cho phù hợp. Về kỹ thuật xây dựng văn bản, liệu có nên xây dựng các quy định về ĐKTMC trong văn bản pháp luật riêng về hợp đồng như cách làm của Trung Quốc và một số quốc gia khác trên thế giới?

Ý tưởng về việc xây dựng một đạo luật riêng về hợp đồng gọi là Luật Hợp đồng không mới. TS. Đỗ Văn Đại và luật sư Phan Khắc Nghiêm là một trong số các học giả ủng hộ mạnh mẽ xu thế này dựa vào các lập luận sau: Thứ nhất, các tác giả cho rằng ở Việt Nam, đa số các nhà khoa học pháp lý đều cho rằng, giữa ngành luật công và luật tư có sự phân biệt rõ ràng về phạm vi và đối tượng điều chỉnh, trong đó ở ngành luật tư thì BLDS đóng vai trò là luật gốc. Từ những quy định chung trong BLDS, họ tiếp tục phát triển các chế định chuyên ngành như: Luật Hôn nhân gia đình, Luật Thương mại, Luật Đất đai, Luật Sở hữu trí tuệ, Luật Doanh nghiệp, Luật Lao động... Các tác giả không thừa nhận quan niệm này, bởi lẽ nếu đã là "gốc" thì vai trò của Hiến pháp nằm ở đâu trong một xã hội pháp trị? Và bởi lẽ, một cây không thể sống bằng hai gốc, cũng không thể có "gốc chính" hay "gốc phụ". Vì vậy,

cần coi quan hệ hợp đồng là một quan hệ đặc thù và rộng lớn, nên nó phải được điều chỉnh trong một đạo luật riêng biệt, bởi một người dân bình thường không thể làm thay công việc của luật sư hay thẩm phán khi chỉ ra rằng hợp đồng này thuộc về dân sự, về thương mại hay đầu tư... Thứ hai, các tác giả cho rằng công việc cố gắng hoàn thiện các chế định hợp đồng trong BLDS 2005 và các đạo luật khác hiện nay có thể được ví von như một ngôi nhà "ọp ẹp" và không đủ không gian sống, nhưng thay vì xây một ngôi nhà mới cho nó thì người ta cố gắng dùng những chất liệu kết dính để tu sửa nó. Vấn đề ở chỗ là càng cố gắng tu sửa bao nhiêu người ta càng phải cố gắng tính đến khả năng chịu được sự tồn tại của những đổi thay sắp đến mà đây là công việc gian truân đối với cả những kỹ sư lành nghề. Vì vậy, để thuận tiện cho xã hội khi mà quan hệ hợp đồng vốn dĩ đã chi phối hầu hết các quan hệ trong đời sống xã hội, phát sinh mỗi ngày một đa dạng, phức tạp thì việc thống nhất điều chỉnh bằng "Luật Hợp đồng thống nhất" là điều hết sức cần thiết. Theo đó, BLDS sẽ được giản lược, nhẹ đi, chỉ làm nhiệm vụ điều chỉnh những vấn đề chung về tài sản và nhân thân mà không điều chỉnh quan hệ hợp đồng nữa. Thứ ba, Luật Hợp đồng là luật chỉ điều chỉnh về tất cả các quan hệ hợp đồng. Xét về khía cạnh hợp đồng, dù các quốc gia khác cố gắng định nghĩa hợp đồng như thế nào đi chăng nữa thì đều dựa vào một bản chất duy nhất nói lên sự tồn tại của hợp đồng, đó là sự thỏa thuận. Từ sự thỏa thuận, các quốc gia cố gắng điều chỉnh nó bằng những kỹ thuật lập pháp của riêng mình. Ví dụ ở Trung Quốc, cũng là một quốc gia đang trên đà xây dựng và hoàn thiện hệ thống pháp luật, cũng theo trường phái pháp luật thành văn đã xây dựng thành công Luật Hợp đồng riêng biệt vào năm 1999. Trước đây, các chế định về hợp đồng của Trung Quốc được quy định tại Luật Hợp đồng kinh tế, Luật Hợp đồng kinh tế có yếu tố nước ngoài, Luật Công nghệ... Tuy nhiên khi gia nhập WTO, để tạo thuận lợi cho phát triển kinh tế, tránh những bất tiện cho các chủ thể gặp khó khăn khi tìm hiểu chế định hợp đồng để tiến hành ký kết hợp đồng thương mại, Trung Quốc đã tiến hành xây dựng Luật Hợp đồng dựa trên nội dung của UNIDROIT; nó là sự kết nối tất cả quy định hợp đồng nằm rải rác trong các văn bản pháp luật khác nhau trước đây. Điều này tạo hành lang pháp lý thuận tiện và an toàn cho các nhà đầu tư cũng như các thương nhân Trung Quốc [33].

Tuy nhiên, quan niệm hoàn thiện pháp luật hợp đồng theo hướng này không nhận được sự ủng hộ đồng thuận của giới học thuật và các nhà làm luật Việt Nam. Hiện nay Bộ luật Dân sự đang được coi là luật gốc về hợp đồng, điều chỉnh các nguyên tắc chung về hợp đồng dựa trên nền tảng của nguyên tắc tự do ý chí, trung

thực, thiện chí. Từ đó ở mỗi lĩnh vực kinh doanh đặc thù như kinh doanh bảo hiểm, tài chính ngân hàng, xây dựng, kinh doanh bất động sản, kinh doanh đường hàng không, đường thủy nội địa v.v... sẽ có những luật chuyên ngành điều chỉnh những nội dung riêng của từng lĩnh vực. Hướng điều chỉnh này là sự đổi mới đột phá sau nhiều năm tồn tại bất cập trong sự phân định điều chỉnh riêng đối với hợp đồng kinh tế, hợp đồng dân sự trước đây. NCS cũng cho rằng việc ban hành một đạo luật riêng về hợp đồng (ban hành Luật Hợp đồng hàm chứa các quy định về ĐKTMC) trong cách tiếp cận xây dựng luật của Việt Nam hiện nay là không phù hợp bởi những lý do sau đây:

Thứ nhất, hợp đồng là một dạng của giao dịch dân sự, có chung những nguyên tắc của các giao dịch dân sự. Vì vậy, nếu tách việc điều chỉnh hợp đồng bằng văn bản pháp lý riêng sẽ có sự trùng lặp với Bộ luật Dân sự ở các quy định chung về giao dịch dân sự;

Thứ hai, các lĩnh vực kinh doanh hết sức đa dạng và ở mỗi lĩnh vực sẽ có những đặc thù nhất định. Việc ban hành đạo luật chung về hợp đồng sẽ không bao quát hết được việc điều chỉnh các đặc thù của những loại hợp đồng đó;

Thứ ba, tham khảo kinh nghiệm của các quốc gia trên thế giới cho thấy số lượng các quốc gia ban hành luật riêng về hợp đồng rất ít. Cho đến nay trên thế giới dường như chỉ có Trung Quốc và Indonesia có ban hành riêng Luật Hợp đồng. Đây cũng là một thông số để tham khảo trên cơ sở đó có sự đánh giá về sự hợp lý của việc ban hành đạo luật riêng về hợp đồng;

Thứ tư, qua đánh giá thực tiễn 10 năm kể từ thời điểm BLDS 2005 có hiệu lực cho thấy sự bất cập phải sửa đổi, bổ sung được thể hiện ở một số quy định cụ thể của Bộ luật này chứ không cho thấy nhu cầu cần phải thay đổi tư duy cấu trúc lại hệ thống điều chỉnh pháp luật.

Như vậy, có thể thấy không cần thiết phải ban hành Luật Hợp đồng riêng biệt trong đó chứa đựng các quy định về ĐKTMC. Theo lẽ này việc ban hành một đạo luật độc lập về ĐKTMC cũng không thiết thực. Ngay CHLB Đức, Isarel là hai quốc gia đã từng ban hành Luật về ĐKTMC thì Đức cũng đã sáp nhập văn bản này vào BLDS theo chủ trương nhất thể hoá pháp luật và Isarel hiện nay cũng đang trong tiến trình chuyển các quy định này vào BLDS.

Theo quan điểm của NCS, quy định của pháp luật về ĐKTMC nên được thiết kế xây dựng trong BLDS với những luận giải sau:

Trong pháp luật Việt Nam hiện hành, ĐKTMC đã được điều chỉnh chủ yếu thông qua chế định hợp đồng theo mẫu trong BLDS 2005 và Luật BVNTD 2010. BLDS 2005 đã quy định minh thị một điều khoản về hợp đồng dân sự theo mẫu, trong đó nhấn mạnh các quy tắc liên quan đến việc giải thích hợp đồng theo hướng bất lợi cho bên đưa ra hợp đồng mẫu và việc vô hiệu hóa các điều khoản miễn trừ trách nhiệm được sử dụng trong hợp đồng theo mẫu. Với tư cách là bộ luật gốc của hệ thống luật tư, có phạm vi điều chỉnh tất cả các quan hệ dân sự theo nghĩa rộng, nên quy định này của BLDS có thể được áp dụng cho tất cả các loại hợp đồng. Tuy nhiên Ban soạn thảo Luật BVNTD 2010 đã lập luận rằng mặc dù một số vấn đề về điều khoản mẫu đã được điều chỉnh trong BLDS năm 2005, nhưng các quy định đó chưa đủ khả năng bảo vệ quyền lợi NTD [4]. Vì vậy, Luật BVNTD 2010 đã được xây dựng với những quy định chi tiết hơn để điều chỉnh về điều kiện giao dịch chung (được thể hiện qua các điều khoản hợp đồng mẫu hay điều khoản hợp đồng được soạn sẵn) áp dụng chung cho mọi NTD. Xét một cách khái quát, các quy định pháp luật đã bao phủ về cơ bản những nội dung quan trọng của pháp luật về ĐKTMC như vấn đề áp dụng điều kiện giao dịch chung, giải thích hợp đồng mẫu, vô hiệu hoá các điều kiện giao dịch chung không công bằng, hay vấn đề đăng ký bắt buộc đối với các hợp đồng mẫu và các điều kiện giao dịch chung áp dụng với các hàng hóa, dịch vụ thiết yếu trong lĩnh vực bảo vệ quyền lợi NTD. Tuy nhiên, như đã phân tích trong Chương 2, các quy định này của Luật BVNTD 2010 chỉ áp dụng đối với các giao dịch giữa doanh nghiệp và NTD, trong khi đó ĐKTMC ngày càng được sử dụng rộng rãi trong các giao dịch kinh doanh khác.

Quá trình chuyển đổi mô hình kinh tế ở Việt Nam đi liền với quá trình hoàn thiện hệ thống pháp luật, đặc biệt là việc thiết lập khung pháp luật dân sự làm nền tảng cho nền kinh tế thị trường. Để đáp ứng mục tiêu trên, BLDS năm 1995 và sau đó là BLDS năm 2005 được xây dựng dựa trên nguyên tắc nền tảng của luật hợp đồng cổ điển là nguyên tắc tự do hợp đồng. Nguyên tắc này tiếp tục được thừa nhận là nguyên tắc cơ bản của luật hợp đồng trong BLDS 2005. Nội hàm cơ bản của nguyên tắc tự do hợp đồng là quyền tự do của các bên trong việc xác lập hợp đồng, lựa chọn đối tác và các điều khoản của hợp đồng. Chức năng của pháp luật hợp đồng khi đó là thiết lập các cơ chế hữu hiệu để đảm bảo quá trình giao kết hợp đồng

và hỗ trợ thực thi các cam kết thỏa thuận đạt được dựa trên sự tự do ý chí của các bên. Nhà nước, thông thường không can thiệp trực tiếp vào nội dung của hợp đồng, bởi vì một khi hợp đồng là kết quả của quá trình tự do thương lượng và thỏa thuận giữa các bên có địa vị pháp lý bình đẳng, các điều khoản của hợp đồng được kỳ vọng là kết quả công bằng cho các bên. Nhận thức rõ điều này, xu hướng lập pháp theo hướng xây dựng BLDS là đạo luật gốc về hợp đồng đã và tiếp tục được khẳng định là xu hướng đúng đắn của pháp luật Việt Nam.

Sự ra đời của BLDS 2005 tuy được coi là bước đổi mới căn bản về tư duy điều chỉnh pháp luật về hợp đồng, nhưng vẫn còn bộc lộ nhiều hạn chế trong việc bảo đảm quyền tự do hợp đồng. Điều này được thể hiện qua việc BLDS 2005 và các văn bản khác về hợp đồng chưa giải quyết triệt để mối quan hệ giữa hợp đồng với các ĐKTMC do các doanh nghiệp ban hành để áp dụng với nhiều chủ thể. Một loạt các vấn đề thực tiễn đặt ra trong việc áp dụng các ĐKTMC chưa được BLDS và các văn bản có liên quan giải quyết.

Vì lẽ trên, NCS cho rằng BLDS năm 2005 với tư cách là bộ luật gốc về hợp đồng cần điều chỉnh tổng quát các nội dung của pháp luật về ĐKTMC để đảm bảo yêu cầu về tính thống nhất, đồng bộ của pháp luật hợp đồng và bảo đảm quyền tự do kinh doanh trong hoạt động thương mại, theo đó cần thiết phải điều chỉnh pháp luật về ĐKTMC đối với tất cả các hợp đồng có sử dụng ĐKTMC trong giao kết, không phân biệt hợp đồng tiêu dùng hay không là hợp đồng tiêu dùng.

Về nội dung điều chỉnh, trước hết cần thống nhất khái niệm về ĐKTMC, bao quát lên mọi giao dịch có sử dụng ĐKTMC trong giao kết và thực hiện hợp đồng. Theo đó, các quy định về ĐKTMC sẽ bao trùm điều chỉnh tất cả những điều khoản, điều kiện, quy tắc soạn sẵn trong tất cả các hợp đồng, không có sự phân biệt hợp đồng dân sự hay thương mại, hợp đồng tiêu dùng hay không phải hợp đồng tiêu dùng. Điều này sẽ giúp cho việc nhất thể hoá pháp luật trong việc điều chỉnh chung của hợp đồng, tránh sự điều chỉnh vụn vặt, tản mát, trùng lặp ở nhiều văn bản khác nhau. Thứ hai, việc thiếu khả năng thương lượng và thỏa thuận có thể dẫn đến việc một bên không nhận thức được sự tồn tại hay nội dung của điều khoản soạn sẵn do một bên đơn phương đưa ra do đó cần phải quy định những điều kiện nhất định để điều khoản soạn sẵn do một bên đơn phương soạn thảo có thể trở thành một phần của hợp đồng và ràng buộc bên còn lại (the incorporation issue). Thứ ba, do bên còn lại không có khả năng tác động vào quá trình soạn thảo hợp đồng, vì vậy cần phải

có nguyên tắc giải thích các điều khoản hợp đồng soạn sẵn khi có sự xung đột về ý chí (the interpretation issue)? Cuối cùng, vấn đề quan trọng nhất là việc sử dụng các điều khoản soạn sẵn có nguy cơ tạo ra hợp đồng bất lợi và thậm chí bất công cho bên còn lại, cần thiết phải có cơ chế để kiểm soát sự bất công bằng (the issue of control of unfair terms)?

4.1.2. Đảm bảo việc bảo vệ tối đa quyền lợi của người tiêu dùng đồng thời với việc hài hoà lợi ích của các chủ thể kinh doanh

Cùng với sự phát triển của nền sản xuất hàng hóa, dịch vụ, ĐKTMC xuất hiện ở nhiều lĩnh vực khác nhau trong đời sống xã hội. Tuy nhiên, thực tiễn cho thấy lĩnh vực tiêu dùng được coi là mảnh đất màu mỡ của việc hình thành các ĐKTMC lạm dụng, do sự thờ ơ của NTD cũng như những thuộc tính cố hữu của phương thức giao kết hợp đồng “take it or leave it” (lựa chọn hay không lựa chọn) tạo nên. Vì vậy, không phải ngẫu nhiên mà pháp luật của phần lớn các nước trên thế giới đều chú trọng đến việc bảo vệ quyền lợi của NTD trước các điều kiện hợp đồng, giao dịch bất công bằng.

So với các hợp đồng nói chung, hợp đồng tiêu dùng có đặc điểm nổi trội đó là phần lớn hợp đồng được hình thành trên phương thức giao kết phổ biến là “take it or leave it” của các hợp đồng gia nhập hay hợp đồng hàng loạt. Chủ thể tham gia các hợp đồng này luôn là số đông. Vì vậy, đòi hỏi phải có những quy định riêng để bảo vệ NTD trước phương thức giao kết rất đặc biệt này và đó là một yêu cầu khách quan, mang tính tất yếu. Hợp đồng gia nhập hay hợp đồng hàng loạt là điều kiện thuận lợi cho việc phát triển thông tin bất cân xứng. Trên thực tế, văn bản hợp đồng gia nhập rất ít được NTD đọc bởi nhiều lý do khác nhau. Tuy nhiên, cũng có một thực tế là các điều khoản dựn sẵn cũng không có ý nghĩa nhiều với NTD. Đây cũng là lý do khiến cho các điều khoản này ngày càng ít được đọc hoặc có thể bị bỏ qua ngay cả khi họ có đọc chúng và cũng là lý do để nhà kinh doanh không đưa ra các điều khoản hợp đồng có lợi và công bằng cho NTD, kể cả trong thị trường có sự cạnh tranh. Ngoài ra, việc độc quyền sản xuất hoặc cung cấp hàng hoá, dịch vụ cũng là một trong những nguyên nhân hàng đầu tước bỏ cơ hội được đàm phán các điều khoản hợp đồng của NTD. Đôi khi hợp đồng gia nhập còn được soạn thảo bởi một hiệp hội nghề nghiệp và được cung cấp cho các thành viên trong hiệp hội để tăng tính thống nhất của hợp đồng, làm giảm khả năng lựa chọn, đàm phán hợp đồng của NTD.

Xuất phát từ đặc thù về phương thức giao kết, NTD luôn ở thế mù mờ thông tin trong giao kết hợp đồng, đặc biệt là phương thức giao kết hợp đồng từ xa, mua hàng qua mạng và mua hàng tận cửa (door to door). Với các phương thức này, NTD có thể thiếu thông tin về tình hình thực tế hay pháp luật về hợp đồng. Dễ dàng thấy rằng khi mua một mặt hàng bất kỳ (quần áo chẳng hạn) thông qua trang web, NTD không có dịp kiểm tra màu sắc, chất liệu hay kích cỡ quần áo tại một trung tâm thương mại, có thể trực tiếp thử, sờ vào mặt hàng. Vì vậy sẽ có rủi ro khi ký kết hợp đồng, sự đồng ý của NTD sẽ không rõ ràng như khi ký kết hợp đồng có sự hiện diện của các bên. Ở một cấp độ thấp hơn, việc mua hàng thiếu cân nhắc cũng rất đáng ngại, khi đó NTD sẽ không có suy nghĩ chín chắn trước khi ký kết hợp đồng trong giao dịch truyền thống. Vị thế của các bên giao kết hợp đồng cũng là lý do khiến NTD từ xa ở thế yếu; đối với hợp đồng gia nhập, NTD không có quyền đưa ra ý kiến bình luận.

Vì vậy, việc hoàn thiện pháp luật về ĐKTMC, ngoài việc đảm bảo tính thống nhất, đồng bộ của pháp luật hợp đồng cũng cần thiết phải cân nhắc đến những đặc thù trong việc bảo vệ NTD.

Tuy nhiên, song song với tiêu chí bảo vệ tối đa quyền lợi của NTD, việc hoàn thiện hệ thống pháp luật về ĐKTMC còn phải hướng tới việc hài hòa lợi ích của các chủ thể chủ thể kinh doanh. Yêu cầu này cũng được thể hiện tại Tờ trình Luật BVQLNTD theo đó văn bản này đã xác định mục tiêu, quan điểm của việc ban hành Luật là bảo vệ quyền, lợi ích hợp pháp của người tiêu dùng đồng thời bảo đảm quyền, lợi ích hợp pháp của các tổ chức, cá nhân kinh doanh [3]. Yêu cầu này cũng xuất phát từ hạn chế của các quy định của pháp luật, đòi hỏi phải được sửa đổi để đảm bảo quyền, lợi ích hợp pháp của các cá nhân, tổ chức kinh doanh với tư cách là bên ban hành các ĐKTMC và cả với tư cách là bên bị áp đặt các ĐKTMC. Như đã phân tích trong Chương 2, ngay trong Luật BVQLNTD, sự đối xử thiếu công bằng giữa các chủ thể kinh doanh được thể hiện ở các quy định về đăng ký các điều kiện giao dịch chung. Nhà làm luật đã ban hành danh mục hàng hóa, dịch vụ thiết yếu không dựa trên bất kỳ tiêu chí cụ thể nào, thể hiện tính thiếu công bằng trong đánh giá các hàng hóa, dịch vụ phải đăng ký, đã tạo nên sự phản ứng từ phía các doanh nghiệp cùng cạnh tranh trên một sân chơi bình đẳng. Những hạn chế này cần sớm được khắc phục để đảm bảo mục tiêu mà đạo luật này đã đề ra.

Bên cạnh đó pháp luật hiện hành đang tồn tại bất cập đó là việc thiếu các quy định điều chỉnh các giao dịch hợp đồng mẫu, sử dụng các ĐKTMC mà hai bên đều là các thương nhân hoặc giữa thương nhân với các chủ thể khác không phải là NTD. Bất cập này cũng không chỉ tồn tại ở Việt Nam mà hiện nay ở các nước thuộc Liên minh Châu Âu EU cũng đang có rất nhiều sự chỉ trích về những khiếm khuyết trong việc điều chỉnh đối với các điều khoản hợp đồng soạn sẵn bất công bằng. Tại Hội thảo về việc nội luật hoá Chỉ thị 93/13/EEC vào pháp luật của các nước EU, các nước đã đưa ra báo cáo về những khiếm khuyết của hệ thống pháp luật về bảo vệ NTD trước các điều khoản hợp đồng bất công bằng “unfair” và khuyến cáo về việc mở rộng phạm vi điều chỉnh của Chỉ thị, nhấn mạnh sự cần thiết phải coi “unfair terms” không chỉ là vấn đề của hợp đồng với người tiêu dùng (B2C contracts) mà còn là vấn đề của các hợp đồng giữa các nhà kinh doanh với nhau (B2B contracts) [64].

4.1.3. Học tập kinh nghiệm nước ngoài phù hợp với điều kiện kinh tế xã hội Việt Nam, đảm bảo sự hài hòa giữa pháp luật trong nước với pháp luật quốc tế trong xu thế hội nhập quốc tế

Sự hội nhập quốc tế làm cho các quốc gia xích lại gần nhau trong mọi lĩnh vực, trong đó có pháp luật. Tiến trình hội nhập đòi hỏi mỗi quốc gia phải hài hòa các vấn đề của quốc gia mình cho tương thích với chuẩn mực chung đang được hầu hết các quốc gia trên thế giới thừa nhận, phù hợp với điều kiện kinh tế xã hội của mỗi nước.

Tiến hành hội nhập qua thực tế của quá trình tham gia AFTA, APEC, quan hệ thương mại với Liên minh Châu Âu EU, khu vực tự do Bắc Mỹ NAFTA, thực hiện Hiệp định thương mại Việt- Mỹ, là thành viên tổ chức thương mại thế giới WTO...cho thấy Việt Nam gặp một rào cản lớn về luật pháp do hệ thống luật pháp nước ta còn nhiều khác biệt so với những định chế của các tổ chức kinh tế, các quốc gia nói trên. Bên cạnh đó, còn có những chính sách, quy chế không chỉ không phù hợp mà còn vi phạm với những định chế của các tổ chức, quốc gia này về xuất nhập khẩu hàng hóa, buôn bán thương mại (rào cản kỹ thuật, tiêu chuẩn chất lượng, tiêu chuẩn vệ sinh thực phẩm, tiêu chuẩn an toàn cho người tiêu dùng, tiêu chuẩn lao động...). Tham gia toàn cầu hóa, tiến hành hội nhập, chúng ta phải chấp nhận hệ thống luật pháp, các định chế của các tổ chức và các quốc gia mà chúng ta ký hiệp định thương mại song phương. Đó là những luật chơi chung được thể hiện trong

những điều ước quốc tế rất phức tạp. Đây cũng là một thách thức lớn đối với Việt Nam trong quá trình chủ động hội nhập kinh tế thế giới và khu vực phải từng bước hoàn thiện hệ thống luật pháp. Cùng với việc xây dựng pháp luật, các thể chế thị trường ở Việt Nam cũng từng bước được hình thành. Chính phủ đã chủ trương xoá bỏ cơ chế tập trung, bao cấp, nhấn mạnh quan hệ hàng hoá- tiền tệ, tập trung vào các biện pháp quản lý kinh tế, thành lập hàng loạt các tổ chức tài chính, ngân hàng, hình thành các thị trường cơ bản như thị trường tiền tệ, thị trường lao động, thị trường hàng hoá, thị trường đất đai... Trong quá trình chuyển đổi sang nền kinh tế thị trường và hội nhập kinh tế quốc tế, khung pháp lý để phát triển các loại thị trường tiếp tục được xây dựng và hoàn thiện. Đó cũng là tiền đề để thúc đẩy nhanh các giao lưu thương mại kéo theo sự xâm chiếm các ĐKTMC của các tập đoàn, các doanh nghiệp nước ngoài vào Việt Nam. Vì lẽ đó việc xây dựng các quy định về ĐKTMC nói riêng cũng cần phải tính đến sự hài hoà giữa pháp luật trong nước và pháp luật quốc tế.

Theo kết quả nghiên cứu ở Chương 1 cho thấy, hiện nay trên thế giới đang tồn tại 2 trường phái chính. Xu hướng tương đối phổ biến của các quốc gia hiện nay là chỉ hướng đến bảo vệ quyền lợi NTD trước các điều khoản hợp đồng soạn sẵn bất công bằng. Tuy nhiên, trong điều kiện của Việt Nam, NCS cho rằng cần điều chỉnh pháp luật về ĐKTMC theo hướng tạo ra cơ chế điều chỉnh đồng bộ, hài hoà giữa cái chung (pháp luật hợp đồng) và cái riêng (pháp luật về bảo vệ NTD trong các hợp đồng tiêu dùng), theo đó Nhà nước cần ban hành chế định về giao kết hợp đồng sử dụng ĐKTMC trong BLDS quy định về ĐKTMC ở những nội dung mang tính nguyên tắc, toàn diện, khái quát nhằm bảo vệ nguyên tắc tự do khế ước đối với tất cả các hợp đồng có sử dụng ĐKTMC. Bên cạnh đó, Luật BVNTD sẽ tập trung quy định những đặc thù riêng trong việc bảo vệ NTD trước các ĐKTMC trái pháp luật trong lĩnh vực tiêu dùng do những phương thức bất lợi trong giao kết hợp đồng mang lại... Nguyên tắc điều chỉnh chung- riêng phải được áp dụng nhất quán, đặc biệt trong lĩnh vực hợp đồng theo đó BLDS là đạo luật gốc của mọi hợp đồng, ở từng lĩnh vực cụ thể sẽ có những quy định riêng phù hợp với đặc thù của từng lĩnh vực đó. Lựa chọn này là phù hợp với điều kiện của Việt Nam với những lý do sau đây:

Thứ nhất, xuất phát từ bối cảnh nền kinh tế chuyển đổi của Việt Nam

Theo đánh giá TS. Nguyễn Minh Phong- Viện Nghiên cứu và phát triển Kinh tế- Xã hội Hà Nội , một trong những đặc điểm của nền kinh tế chuyển đổi ở Việt Nam vào thời điểm hiện nay đó là nền kinh tế đa sở hữu, trong đó các doanh nghiệp thuộc mọi khu vực, loại hình kinh tế đều bình đẳng, ngày càng giảm dần sự khác biệt giữa các loại hình doanh nghiệp, các thành phần kinh tế và tính chất trong nước - nước ngoài của các doanh nghiệp, cũng như các thị trường. Kinh tế có vốn đầu tư nước ngoài sẽ tiếp tục phát triển theo hướng tăng cường cổ phần hoá, liên doanh, liên kết , nhưng loại hình 100% vốn nước ngoài (kể cả các doanh nghiệp cổ phần của các nhà đầu tư nước ngoài với nhau) sẽ tiếp tục chiếm tỷ trọng lớn nhất trong những lĩnh vực công nghiệp xuất khẩu nói riêng, khu vực kinh tế có vốn đầu tư nước ngoài nói chung; sẽ xuất hiện nhiều hơn các doanh nghiệp Việt Nam là đại lý, chi nhánh hoặc công ty con của các doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài, nhất là trong các ngành sản xuất phụ trợ. Cấu trúc doanh nghiệp theo xu hướng 2 tầng: Tầng trên là các doanh nghiệp lớn, mạnh cả về tài chính, công nghệ, hoạt động xuyên quốc gia và tổ chức theo mô hình tập đoàn, công ty mẹ – con; Tầng dưới là các doanh nghiệp vừa và nhỏ được chuyên môn hóa sâu và có quan hệ hợp tác chặt chẽ hơn với các doanh nghiệp khác, đồng thời chủ động tham gia liên kết vào các khâu của chuỗi giá trị kinh doanh toàn cầu. Tính chất quốc tế hóa bao phủ ngày càng đậm nét và xuyên suốt các quá trình sản xuất – kinh doanh của doanh nghiệp, từ việc tiếp cận các yếu tố “đầu vào” (nguyên liệu, công nghệ, nguồn vốn, thiết bị máy móc, kể cả nhân lực), đến quá trình tổ chức quản lý bên trong doanh nghiệp (cơ cấu tổ chức, công nghệ quản lý, các tiêu chuẩn chất lượng), cũng như việc thực hiện “đầu ra” cho các hàng hóa, dịch vụ mà doanh nghiệp cung cấp (thị trường, đối tác và các luật lệ, thể chế quốc tế). Mô hình các doanh nghiệp vừa và nhỏ chiếm số lượng lớn, đóng vai trò vô cùng quan trọng trong phát triển kinh tế của Việt Nam với đóng góp khoảng 50% vào GDP, tạo ra khoảng 80% việc làm toàn xã hội.

Các công ty cổ phần, đa sở hữu sẽ ngày càng trở thành hình thức chủ yếu trong tổ chức của doanh nghiệp. Các công ty tư nhân và công ty có vốn đầu tư nước ngoài sẽ ngày càng chiếm tỷ trọng lớn hơn và có đóng góp ngày càng quan trọng hơn, trở thành động lực chính cho sự phát triển kinh tế tương lai của mỗi địa phương, cũng như cả nước. Sự hợp tác, gắn kết kinh tế giữa các doanh nghiệp sẽ ngày càng đậm nét và hiệu quả hơn, cũng như ngày càng trở nên phức tạp, với sự tham gia đồng thời của tất cả các doanh nghiệp với đủ loại hình, quy mô, tính chất

và trình độ phát triển khác nhau, ngày càng mang tính liên cấp, liên ngành, liên quốc gia trong sự tuân thủ các luật chơi và quy chuẩn chất lượng đồng nhất. Mỗi doanh nghiệp sẽ vừa có sự chuyên môn hóa sâu trong sản xuất -kinh doanh, vừa có sự năng động cao, sẵn sàng điều chỉnh, thay đổi, đa dạng hóa các mẫu mã, sản phẩm, lĩnh vực sản xuất kinh doanh trước những biến động nhanh chóng của thị trường và đơn đặt hàng của đối tác. Bên cạnh đó, những khả năng và biểu hiện độc quyền kinh tế kiểu mới, phi truyền thống, phi hành chính sẽ ngày càng hiện hình trong sự đa dạng, thậm chí rất tinh vi của nó. Các tranh chấp và chần động kinh tế, thương mại, lao động và các dạng tội phạm khác cả truyền thống và phi truyền thống, ngày càng mang tính quốc tế và liên ngành, có tổ chức hơn, trực tiếp và gián tiếp phát sinh từ quá trình sản xuất, kinh doanh của doanh nghiệp cũng sẽ gia tăng với mức độ phức tạp và gây hậu quả nặng nề hơn.

Với các đặc điểm này có thể thấy, thay vì đã có sự ổn định và phát triển nhất định như ở một số quốc gia, các chủ thể kinh doanh Việt Nam trong giai đoạn kinh tế chuyển đổi đang phải đi từng bước thận trọng để tồn tại và phát huy mọi nguồn lực của xã hội để phát triển. Việc các doanh nghiệp lớn, các doanh nghiệp đã có sự chuyên môn hoá cao áp đặt các ĐKTMC cho chính các doanh nghiệp khác, đặc biệt là các doanh nghiệp vừa và nhỏ cũng là hiện tượng phổ biến. Chính vì vậy, hơn bất kỳ quốc gia nào, việc phải bảo vệ các chủ thể là doanh nghiệp, đặc biệt là các doanh nghiệp vừa và nhỏ trước các ĐKTMC trái pháp luật ở Việt Nam là một đòi hỏi khách quan.

Thứ hai, xuất phát từ thực trạng áp dụng các ĐKTMC trong đời sống thực tiễn

Như đã phân tích ở Chương 2, việc tồn tại chế định hợp đồng theo mẫu trong BLDS, điều kiện giao dịch chung, hợp đồng theo mẫu trong Luật BVQLNTD đã tạo nên những hệ quả không tốt về hiệu quả điều chỉnh, bỏ lọt nhóm các quan hệ xã hội phổ biến trong đời sống không được điều chỉnh bởi luật pháp. Nhiều chủ thể kinh doanh, đặc biệt là các doanh nghiệp vừa và nhỏ chứ không riêng gì người tiêu dùng đã bị xâm phạm trước các ĐKTMC không công bằng. Trong hàng loạt các hợp đồng bảo hiểm bên mua bảo hiểm là các doanh nghiệp phải chấp nhận các quy tắc thương mại bất hợp lý, loại trừ trách nhiệm của bên bán bảo hiểm hay như các hợp đồng thuê văn phòng thương mại, các hợp đồng kinh doanh bất động sản, các hợp đồng trong lĩnh vực xây dựng...đều cho thấy sự xuất hiện của các ĐKTMC chung

có dấu hiệu bất công bằng mà bên doanh nghiệp tham gia hợp đồng phải lựa chọn bởi nhiều nguyên nhân khác nhau. Trong những trường hợp đó, doanh nghiệp cần được bảo vệ trước các điều khoản hợp đồng áp đặt thái quá về trách nhiệm. Tuy nhiên, cơ chế pháp lý để can thiệp vào những nội dung hợp đồng như vậy còn có sự khuyết thiếu rõ rệt.

Thứ ba, xuất phát từ xu thế sửa đổi luật pháp của một số quốc gia trên thế giới về vấn đề bảo vệ quyền tự do hợp đồng trước các ĐKTMC bất công bằng

Các kết quả nghiên cứu về những bất cập của pháp luật một số nước liên quan đến việc điều chỉnh các điều khoản hợp đồng bất công bằng trong các B2B contract ở Chương 1 cũng cho thấy hiện nay ở các nước phát triển đang có nhiều làn sóng dư luận cũng như đề xuất của giới nghiên cứu về việc xem lại các quy định pháp luật áp dụng về ĐKTMC trong các hợp đồng kinh doanh B2B với các đề xuất khác nhau. Có quan điểm cho rằng nên mở rộng điều chỉnh các hợp đồng B2B đối với doanh nghiệp vừa và nhỏ, có quan điểm cho rằng không nên phân biệt doanh nghiệp vừa và nhỏ, miễn là doanh nghiệp đó không có cơ hội về thời gian, chuyên gia về pháp lý và kỹ thuật để phân tích chỉ trích các ĐKTMC và không có quyền lực để được thương lượng, đàm phán. Dù các quan điểm còn khác nhau nhưng rõ ràng là việc điều chỉnh của pháp luật chỉ ở góc độ hợp đồng tiêu dùng B2C như một số quốc gia hiện nay cho thấy sự bất cập và Việt Nam cần cân nhắc về vấn đề này. Trong khi đó, xu hướng tiếp cận điều chỉnh về việc áp dụng ĐKTMC trong tất cả các hợp đồng của CHLB Đức, Israel, Trung Quốc và các nước thuộc bán đảo Scandinavia cho thấy sự ổn định lâu dài. Luật về các ĐKTMC của CHLB Đức đã tồn tại từ năm 1976 đến nay, chưa có bất kỳ sự sửa đổi nào về nội dung (chỉ có sự thay đổi về hình thức đó là đã được sáp nhập vào BLDS) là minh chứng đúng đắn của sự hợp lý mà mô hình mà CHLB Đức và các nước thuộc bán đảo Scandinavia đã lựa chọn.

Với những lý do trên đây, NCS cho rằng lựa chọn xu hướng điều chỉnh về ĐKTMC với tính chất là pháp luật hợp đồng, không phân biệt hợp đồng tiêu dùng hay không tiêu dùng là sự lựa chọn phù hợp với điều kiện kinh tế- xã hội của Việt Nam và phù hợp với xu thế hoàn thiện của pháp luật trong tương lai của nhiều nước trên thế giới.

4.2. Các giải pháp hoàn thiện pháp luật về điều kiện thương mại chung

4.2.1. Bổ sung nguyên tắc công bằng trong giao kết hợp đồng sử dụng điều kiện thương mại chung

BLDS 2005 đã quy định nguyên tắc tự do, tự nguyện cam kết (Điều 4), thoả thuận và nguyên tắc thiện chí, trung thực (Điều 6) là một trong những nguyên tắc nền tảng của giao dịch dân sự. Tuy nhiên, nguyên tắc tự do, tự nguyện cam kết được thể hiện xuyên suốt Bộ luật đó là việc ghi nhận quyền tự do lựa chọn chủ thể, lựa chọn nội dung và phương thức giao dịch, không bị đe dọa, cưỡng ép hay nhầm lẫn, lừa dối. Các bên trong quan hệ hợp đồng được tự do ý chí, tự do, tự nguyện thoả thuận, không trái đạo đức xã hội và pháp luật. Khi các bên đủ nhận thức đặt bút ký hợp đồng tức là tự nguyện nhận sự ràng buộc của hợp đồng.

Tuy nhiên cùng với sự phát triển của giao dịch hợp đồng, nguyên tắc tự do, tự nguyện cam kết, thoả thuận, nguyên tắc chung còn được thừa nhận rộng rãi là nguyên tắc tự do không có nghĩa là một bên có quyền bóc lột bên kia trong giao dịch. Mọi giao dịch có tính bóc lột đều bị vô hiệu. Tuy nhiên, điều khó giải thích là làm sao biết một giao dịch có mang tính chất bóc lột hay không. Việc xác định thế nào là một thoả thuận mang tính chất bóc lột theo các quan điểm của nhiều học giả trên thế giới là thuộc về thẩm phán. Nếu thẩm phán là người có kiến thức, kinh nghiệm, có đạo đức thì sẽ biết một hợp đồng có mang tính chất bóc lột hay không. Mặc dầu vậy, quy định giao dịch mang tính chất bóc lột sẽ bị vô hiệu có thể dẫn đến việc thẩm phán xét xử tùy tiện theo cảm tính. Để tránh vấn đề này, pháp luật hợp đồng nên tiếp cận theo hướng quy định quyền tự do giao kết hợp đồng xét đến công lý cho các bên khi giao kết hợp đồng, theo đó các thoả thuận hợp đồng mang tính chất lạm dụng, thể hiện sự mất cân bằng thái quá về quyền và nghĩa vụ đều có thể bị vô hiệu [12].

Dù góc độ và cách thức tiếp cận khác nhau nhưng nguyên tắc trung thực, thiện chí là nguyên tắc xuyên suốt và cơ bản trong pháp luật hợp đồng của rất nhiều hệ thống pháp luật trên thế giới. Nguyên tắc trung thực, thiện chí là nền tảng của mọi giao dịch dân sự, bởi lẽ một giao dịch dân sự dù đơn giản hay phức tạp, mức độ dù lớn hay nhỏ thì khi thực hiện các quyền và thi hành các nghĩa vụ, sự trung thực, thiện chí luôn được đặt lên vị trí hàng đầu. Trung thực, thiện chí là thực hiện hành vi với ý định tốt một cách ngay thẳng, chính trực, nên cũng có tài liệu ghi nhận nguyên tắc này dưới tên là “nguyên tắc thẳng thắn và ngay tình”. Cùng một nội hàm

như nhau nhưng hai hệ thống pháp luật thông luật và dân luật lại định nghĩa dưới hai tên gọi khác nhau là “good faith” và “pacta sunt servanda”. Nguyên tắc thiện chí là nguyên tắc có tầm quan trọng đặc biệt trong pháp luật hợp đồng bởi nguyên tắc này không chỉ đảm bảo sự cân bằng quyền và lợi ích giữa các bên trong quan hệ hợp đồng mà còn đảm bảo sự cân bằng của lợi ích của xã hội đối với lợi ích của các bên trong quan hệ hợp đồng.

Đối với hợp đồng sử dụng ĐKTMC trong giao kết, do đặc thù riêng của phương thức giao kết “chấp nhận hay không chấp nhận” và sự loại trừ quyền thương lượng hợp đồng mà đòi hỏi cần phải có sự can thiệp điều chỉnh riêng của pháp luật. Nền tảng triết lý của việc can thiệp điều chỉnh của pháp luật là nhằm hạn chế sự đổ vỡ của thị trường do sự bất cân xứng thông tin. Nguyên tắc trung thực, thiện chí trong giao kết hợp đồng có sử dụng ĐKTMC cũng vì vậy mà phải có sự tiếp cận riêng để cân bằng lại sự bất cân xứng này. Do đó, với các hợp đồng sử dụng ĐKTMC, nguyên tắc trung thực, thiện chí còn được thể hiện rõ ở việc quy định bên ban hành điều khoản hợp đồng soạn sẵn không được tạo ra “sự mất cân bằng thái quá giữa quyền và nghĩa vụ của các bên” hoặc một điều khoản hợp đồng mẫu không tạo ra sự bất thường đến mức mà một người bình thường có thể nghĩ đến. Việc bổ sung nguyên tắc công bằng ở khía cạnh này sẽ là công cụ pháp lý để các thẩm phán linh hoạt hơn trong việc phán quyết ĐKTMC bất công bằng.

BLDS 2005 hiện hành cũng đã có những bước chuyển đáng ghi nhận trong việc quy định về nguyên tắc trung thực, thiện chí trong giao kết hợp đồng mẫu. Tuy vậy, bóng dáng của việc đảm bảo tính “công bằng” trong giao kết hợp đồng có sử dụng ĐKTMC dường như rất mờ nhạt. Điều này được thể hiện ở những khía cạnh sau:

Thứ nhất, nguyên tắc thiện chí trong BLDS chưa đủ để giải quyết các vấn đề pháp lý của việc giao kết hợp đồng có sử dụng ĐKTMC

Nguyên tắc thiện chí trong giao kết hợp đồng đã được BLDS 2005 quy định khá cụ thể ở hai cấp độ nguyên tắc chung (của các giao dịch dân sự) và nguyên tắc giao kết hợp đồng dân sự. Mặc dầu vậy, trên tinh thần của nguyên tắc thiện chí, các quy định của BLDS chưa giải quyết được triệt để hai vấn đề pháp lý cơ bản của việc giao kết hợp đồng có sử dụng ĐKTMC sau đây: Thứ nhất, khi nào các ĐKTMC của một bên được coi là một bộ phận của hợp đồng? Thứ hai, khi cả hai bên đều sử dụng ĐKTMC trong xác lập hợp đồng, ĐKTMC của bên nào sẽ được áp dụng?.

Vấn đề thứ nhất rõ ràng không có câu trả lời trong BLDS 2005. Vấn đề thứ hai được giải thích theo phương pháp suy đoán từ Điều 395 BLDS 2005, theo đó nếu bên được đề nghị chấp nhận giao kết hợp đồng nhưng đưa ra các điều khoản mới hoặc sửa đổi đề nghị, bên được đề nghị được coi là đã đưa ra một đề nghị hoàn toàn mới. Như vậy, bên đề nghị ban đầu lại trở thành bên được đề nghị, có quyền chấp nhận hay từ chối đề nghị mới (counter-offer). Do vậy, khi áp dụng quy định này cho các trường hợp liên quan đến điều khoản mẫu, nhiều khả năng bên nào dẫn chiếu đến điều khoản mẫu cuối cùng của quá trình giao kết sẽ là bên thắng thế. Giải pháp này rất gần với học thuyết “dẫn chiếu lần cuối” (last shot) như đã đề cập trong Chương 1. Tuy nhiên, học thuyết này đều có nhược điểm là trong trường hợp các bên trải qua một quá trình giao kết hợp đồng kéo dài và phức tạp, rất khó để xác định bên nào là bên đưa ra đề nghị hay chấp nhận sau cùng. Trong bối cảnh đó, học thuyết “loại trừ” (knock-out) theo như cách tiếp cận của Bộ nguyên tắc Unidroit về hợp đồng thương mại quốc tế hay Dự thảo Khung tham chiếu chung để xây dựng BLDS chung châu Âu (Draft Common Frame of Reference) được coi là cách tiếp cận tối ưu hơn. Theo những quy định này, các điều khoản mẫu được dẫn chiếu chỉ được áp dụng và có hiệu lực nếu các điều khoản này tương tự nhau về mặt nội dung và không điều khoản nào được áp dụng nếu xung đột nhau. Do vậy, để hoàn thiện nguyên tắc thiện chí trong giao kết hợp đồng mẫu có lẽ nên tham khảo mô hình trên để thiết kế một giải pháp hợp lý và rõ ràng hơn cho vấn đề này.

Thứ hai, điều khoản miễn trách nhiệm trong hợp đồng mẫu chưa minh thị một cách triệt để nguyên tắc thiện chí

Có thể thấy Khoản 3 Điều 407 BLDS 2005 bước đầu đã có sự gần gũi hơn so với pháp luật quốc tế khi ghi nhận điều khoản miễn trừ trách nhiệm của bên đưa ra hợp đồng mẫu. Điều khoản này nhằm đảm bảo thực hiện nguyên tắc tự do ý chí, đồng thời bảo vệ bên không được soạn thảo hợp đồng mẫu với quy định “*Trong trường hợp hợp đồng theo mẫu có điều khoản miễn trách nhiệm của bên đưa ra hợp đồng theo mẫu, tăng trách nhiệm hoặc loại bỏ quyền lợi chính đáng của bên kia thì điều khoản này không có hiệu lực, trừ trường hợp có thoả thuận khác*”. Tuy nhiên, quy định này rõ ràng chưa thể hiện rõ nguyên tắc thiện chí bởi như đã đề cập ở Chương 2 của Luận án, quy định này chỉ mới dừng lại ở việc không thừa nhận điều khoản miễn trừ khi nó liên quan đến yếu tố “tăng trách nhiệm hoặc loại bỏ quyền lợi chính đáng của bên kia” và yếu tố này lại bị loại bỏ khi các bên có thoả thuận khác. Hay nói cách khác, việc ghi nhận “*trừ trường hợp các bên có thoả thuận*

khác” đã tự vô hiệu hoá chính công cụ mà pháp luật đặt ra để bảo vệ bên không được soạn thảo hợp đồng. Điều này cũng khác với cách tiếp cận mà pháp luật thế giới đều ghi nhận, theo đó đều cho phép sử dụng điều khoản miễn trừ dựa trên cơ sở xem xét: tính công bằng và hợp lý của điều khoản hợp đồng, lỗi của bên có hành vi vi phạm (cố ý hay vô ý nghiêm trọng) và thiệt hại xảy ra liên quan đến tính mạng hay sức khỏe.

Theo quan điểm của NCS, cần thể chế hoá nguyên tắc thiện chí trong giao kết hợp đồng theo mẫu một cách rõ ràng, theo đó BLDS cần phải thiết kế các điều luật sao cho công nhận trực tiếp điều khoản miễn trừ trách nhiệm nhưng chỉ rõ những trường hợp không được phép loại trừ trách nhiệm để bảo đảm sự công bằng cho các bên tham gia xác lập, thực hiện hợp đồng cũng như phát huy tối đa tiềm năng của nguyên tắc thiện chí thông qua việc buộc các bên phải xem xét, quan tâm tới lợi ích chính đáng của nhau khi thực hiện hợp đồng theo mẫu, đảm bảo sự công bằng trong giao dịch hợp đồng.

Thứ ba, BLDS 2005 còn thiếu quy định về điều khoản hợp đồng soạn sẵn bất công bằng

BLDS đã có những quy định rải rác nhằm loại bỏ sự bất công thái quá, bảo vệ bên bị thiệt thòi trong quan hệ hợp đồng hay nói cách khác là nhằm mục đích thiết lập sự cân bằng giữa các bên trong quan hệ hợp đồng. Chẳng hạn như: hợp đồng vô hiệu do người chưa thành niên, người mất năng lực hành vi dân sự hay người không nhận thức và làm chủ được hành vi của mình; hợp đồng vô hiệu do nhằm lừa, lừa dối hay đe dọa; quy định về lãi suất; hay bước đầu quy định về điều khoản miễn trừ trách nhiệm dân sự. Tuy nhiên, BLDS 2005 còn thiếu quy định nhằm điều chỉnh tình trạng một bên trong quan hệ hợp đồng đưa ra điều khoản hợp đồng soạn sẵn mà được lợi một cách quá mức nhưng bên kia của hợp đồng không thể yêu cầu tòa án tuyên bố vô hiệu dựa trên các yếu tố nêu trên. Tiêu biểu là với sự gia tăng các hợp đồng mẫu ngày nay đã dẫn tới những lo ngại về tình trạng bất công thái quá xảy ra giữa các bên tham gia vào hợp đồng bên cạnh sự thuận tiện mà các hợp đồng mẫu này mang lại bởi chúng luôn tiềm ẩn nhiều rủi ro đối với bên không được soạn thảo hợp đồng. Nguyên nhân dẫn đến những rủi ro mà loại hợp đồng này mang lại là chúng thủ tiêu sự thương lượng giữa các bên và tiềm ẩn sự bất cân xứng thông tin. Với vị trí này, bên soạn thảo hợp đồng có thể đưa vào hợp đồng những điều khoản có lợi cho mình, dẫn đến bất lợi cho bên không được soạn thảo. Điều này dẫn tới

tình trạng có nhiều hợp đồng rõ ràng mang lại sự bất công thái quá cho một bên nhưng nếu chiếu theo các qui định của pháp luật hiện hành thì không vi phạm các căn cứ tuyên hợp đồng vô hiệu như nhằm lừa, lừa dối hay đe dọa khiến cho một bên trong hợp đồng rơi vào tình trạng tiến thoái lưỡng nan nếu tiếp tục hợp đồng sẽ phải chịu tổn thất thái quá mà nếu đơn phương chấm dứt hợp đồng sẽ phải chịu bồi thường thiệt hại. Để loại bỏ tình trạng này, thiết nghĩ ngoài các căn cứ tuyên hợp đồng vô hiệu như BLDS 2005 ghi nhận, nên bổ sung bất công thái quá là một căn cứ để tuyên hợp đồng vô hiệu khi sự được lợi của một bên là lớn quá mức so với giá trị mà một hợp đồng mang lại, thiệt thòi mà một bên phải gánh chịu là phải được ước lượng vào thời điểm xác lập hợp đồng và bên bị thiệt mà không thể nại ra sự vô hiệu của hợp đồng (do nhằm lừa, lừa dối, đe dọa) để bảo vệ quyền lợi của mình. Điều khoản bất công thái quá sẽ cho phép bảo đảm tốt nhất sự công bằng của các bên, tránh sự bất công cho bên không được soạn thảo hợp đồng cũng như ngăn chặn những hành vi lạm dụng nhằm trục lợi của một bên trong hợp đồng và lập lại sự cân bằng giữa các bên trong quan hệ hợp đồng.

4.2.2. Xây dựng chế định về giao kết hợp đồng sử dụng ĐKTMC trong Bộ luật Dân sự

Như đã phân tích ở Chương 3, chế định hợp đồng theo mẫu trong BLDS hiện hành chưa đủ hiệu lực điều chỉnh, tỏ ra không phù hợp với đời sống kinh tế xã hội, bỏ lọt hiện tượng kinh tế pháp lý đang thực tế tồn tại và gây nhiều bức xúc trong thực tiễn hoạt động kinh doanh. Điều này đòi hỏi phải sửa chế định hợp đồng theo mẫu thành chế định rõ ràng, đầy đủ hơn các nội dung về ĐKTMC. Chế định giao kết hợp đồng sử dụng ĐKTMC sẽ bao gồm các quy định về khái niệm ĐKTMC, các nguyên tắc của việc áp dụng ĐKTMC hay điều kiện để ĐKTMC trở thành bộ phận của hợp đồng, nguyên tắc giải thích ĐKTMC, ĐKTMC bất công bằng và hậu quả pháp lý. Các quy định này được áp dụng cho tất cả các hợp đồng, không phân biệt hợp đồng dân sự, hợp đồng thương mại, hợp đồng trong lĩnh vực tiêu dùng.

*Về khái niệm ĐKTMC, BLDS không nhất thiết phải duy trì định nghĩa về hợp đồng mẫu như định nghĩa hiện hành mà thay vào đó là định nghĩa về ĐKTMC, theo đó “*ĐKTMC là những nội dung hợp đồng soạn sẵn được thể hiện ở những hình thức khác nhau, được ban hành bởi một bên để sử dụng nhiều lần trong giao dịch hợp đồng mà bên kia trong quan hệ hợp đồng không được thương lượng, đàm*

phán để thay đổi các nội dung đó”. Định nghĩa này sẽ bao quát cả các hợp đồng mẫu.

*Về các nguyên tắc áp dụng ĐKTMC, hiện nay BLDS 2005 chưa có đề cập một cách thống nhất, theo NCS cần được sửa đổi, bổ sung như sau:

Thứ nhất, quy định rõ các ĐKTMC chỉ trở thành bộ phận của hợp đồng khi bên ban hành ĐKTMC công khai hoặc có chỉ dẫn cụ thể và tạo cơ hội để bên bị áp dụng được biết đến các nội dung của ĐKTMC đó; nếu không thì không được công nhận là một nội dung của hợp đồng có giá trị ràng buộc bên còn lại. Để đầy đủ và cụ thể hơn cho người áp dụng pháp luật, cần bổ sung thêm quy định về trường hợp trong hợp đồng có sự xung đột giữa điều khoản hợp đồng được thương lượng với ĐKTMC thì điều khoản được thương lượng sẽ được ưu tiên áp dụng.

Thứ hai, quy định hướng giải quyết cụ thể trong trường hợp giao kết hợp đồng qua phương thức gián tiếp mà cả hai bên đều có sử dụng ĐKTMC (đề nghị giao kết và chấp nhận đề nghị giao kết). Theo NCS, pháp luật Việt Nam nên cân nhắc lựa chọn giải pháp loại bỏ các quy định mâu thuẫn theo học thuyết “the knock out”, theo đó các điều khoản mẫu được dẫn chiếu chỉ được áp dụng và có hiệu lực nếu các điều khoản này tương tự nhau về mặt nội dung và không điều khoản nào được áp dụng nếu xung đột nhau.

Thứ ba, cần ghi nhận bằng một quy định mang tính khái quát chung trong BLDS về việc các quy định pháp luật chuyên ngành quy định về mẫu hợp đồng và các điều khoản hợp đồng bắt buộc đối với một số lĩnh vực. Điều này tạo ra mạch điều chỉnh xuyên suốt, nhất quán của pháp luật hợp đồng đối với việc áp dụng ĐKTMC.

Thứ tư, thiết nghĩ cần quy định việc khuyến khích các chủ thể kinh doanh đăng ký ĐKTMC. Việc đăng ký hợp đồng ĐKTMC không chỉ là nghĩa vụ mà còn là quyền, là lợi ích của doanh nghiệp. Khi ĐKTMC đã qua thẩm định của cơ quan quản lý nhà nước có thẩm quyền, sẽ trở thành một đảm bảo cho năng lực, trách nhiệm và uy tín của doanh nghiệp đó. Điều này có ý nghĩa ở nhiều phương diện, một mặt tăng cường sự ổn định của các ĐKTMC đã đăng ký, một mặt khác, giảm thiểu những sự lạm dụng, thậm chí là cố tình gièm pha, hạ thấp uy tín của bên bị áp dụng là doanh nghiệp trong việc yêu cầu huỷ nội dung hợp đồng mẫu gây phiền hà cho doanh nghiệp ban hành.

*Về nguyên tắc giải thích ĐKTMC, nên sửa thuật ngữ “không rõ ràng” trong Điều 407 BLDS theo hướng “có các cách hiểu khác nhau” và nên quy định một cách rõ ràng “trong trường hợp ĐKTMC có nhiều cách hiểu khác nhau thì sẽ giải thích theo cách hiểu của bên không được soạn thảo”.

*Về ĐKTMC bất công bằng, bên cạnh việc quy định nguyên tắc công bằng là nguyên tắc cơ bản của pháp luật hợp đồng, BLDS cần đưa ra định nghĩa về “điều khoản hợp đồng soạn sẵn bất công bằng” hoặc “điều khoản hợp đồng soạn sẵn bất công thái quá”, theo đó những điều khoản hợp đồng soạn sẵn thể hiện sự mất cân đối rõ ràng về quyền và nghĩa vụ của hai bên đều có thể được coi là bất công bằng. Ngoài quy định định nghĩa về điều khoản hợp đồng soạn sẵn bất công bằng, có thể ban hành các điều khoản soạn sẵn dưới hình thức điều khoản cấm và trong trường hợp hợp đồng vi phạm thì những điều khoản này sẽ bị coi là vô hiệu.

*Về hướng xử lý hậu quả pháp lý đối với ĐKTMC vô hiệu, cần quy định rõ hậu quả pháp lý theo hướng: i/trong trường hợp pháp luật đã có quy định cụ thể mà điều khoản soạn sẵn của hợp đồng khác với quy định của pháp luật thì sẽ điều chỉnh theo quy định của pháp luật; ii/trường hợp không có quy định cụ thể của pháp luật thì tuyên vô hiệu nội dung này, các nội dung khác của hợp đồng vẫn giữ nguyên hiệu lực, trừ trường hợp việc tuyên vô hiệu nội dung đó của hợp đồng làm cho hợp đồng không thể tiếp tục được thực hiện. Pháp luật cũng cần phải quy định trong trường hợp có bản án có hiệu lực của toà án tuyên bố ĐKTMC nào đó là vô hiệu thì buộc doanh nghiệp đó phải điều chỉnh lại điều khoản này và không được phép tiếp tục áp dụng cho các chủ thể khác. Bên cạnh đó pháp luật cần quy định trách nhiệm bồi thường thiệt hại phát sinh thuộc về bên ban hành các ĐKTMC trái pháp luật, kể các chi phí tố tụng.

4.2.3. Tăng cường hơn các quy định về bảo vệ người tiêu dùng trong việc xác lập các hợp đồng trong lĩnh vực tiêu dùng

Bảo vệ quyền lợi của NTD trong quan hệ hợp đồng với nhà kinh doanh chuyên nghiệp chính là bảo vệ quyền được bình đẳng khi ký kết hợp đồng và quyền giao dịch trung thực của NTD. Các quy định pháp luật về bảo vệ NTD phải tính đến việc khắc phục những nhược điểm của phương thức giao kết hợp đồng với NTD như đã nêu trên đây. BLDS chỉ dừng lại ở quy định khuyến khích các doanh nghiệp đăng ký ĐKTMC nhưng đối với các ĐKTMC trong lĩnh vực tiêu dùng, cần quy

định hợp lý về các trường hợp hợp đồng mẫu với NTD cần phải được đăng ký, thủ tục đăng ký và các vấn đề liên quan khác. Bên cạnh đó cũng cần thiết phải xây dựng những quy tắc về giao dịch bán hàng gián tiếp theo đó bán hàng gián tiếp phải thể hiện qua hợp đồng bán hàng gián tiếp dưới hình thức văn bản do người bán soạn sẵn và đưa ra, nội dung của hợp đồng phải có đầy đủ các điều khoản cơ bản như: ngày giao kết hợp đồng; tên, địa chỉ liên lạc của người bán; tên, địa chỉ của người mua; đối tượng của hợp đồng và mô tả chi tiết về đối tượng của hợp đồng như các chỉ tiêu về kỹ thuật, tính năng, giá cả (giá chưa hay đã có VAT, đã bao gồm phí vận chuyển, phí môi giới...hay chưa)...; Trường hợp bán hàng gián tiếp được thể hiện qua internet thì nhà cung cấp phải bảo đảm cung cấp đầy đủ các thông tin cần thiết về sản phẩm như trên đã đề cập trước khi NTD giao kết hợp đồng. Để tạo lập chứng cứ, làm cơ sở giải quyết các tranh chấp phát sinh về sau thì các thông tin được cung cấp đó có thể hoặc buộc phải lưu giữ lại tại một địa chỉ mạng cụ thể dưới dạng bản in hoặc xác minh được khi cần thiết như qua trang web hay địa chỉ mail nhất định. Trường hợp NTD đã chấp nhận hình thức giao dịch gián tiếp qua mạng internet nhưng muốn sửa chữa một vấn đề gì đó mà sau khi chấp nhận hợp đồng NTD mới nhận thấy là mình đã vội vàng khi quyết định hoặc có sự hiểu sai về đối tượng trong hợp đồng thì có thể gửi bản yêu cầu sửa chữa những sai sót đó đến nhà cung cấp và nhà cung cấp buộc phải sửa chữa lại hợp đồng hoặc coi bản yêu cầu đó là một phần không thể tách rời của hợp đồng đã ký trước đó, và lẽ tất nhiên quyền này của người mua cũng chỉ được giới hạn trong một thời gian nhất định theo quy định chứ không phải là vô hạn để gây ra những tổn thất cho bên bán hàng. Trong một thời hạn nhất định sau khi đã giao kết hợp đồng, thương nhân phải có nghĩa vụ gửi đến NTD một bản hợp đồng chính thức để NTD biết và kiểm tra quá trình thực hiện hợp đồng của thương nhân. Nếu trong một thời hạn nhất định mà NTD không nhận được bản hợp đồng chính thức thì ngay khi kết thúc thời hạn đó NTD có quyền đơn phương chấm dứt hợp đồng mà không phải bồi thường, bồi hoàn bất cứ một khoản tiền nào cho thương nhân và nếu như khi chấm dứt hợp đồng mà phía NTD đã trả tiền cho thương nhân thì cũng trong một thời hạn nhất định thương nhân phải trả lại tiền cho NTD đã đặt mua hàng, nếu quá thời hạn đó thì thương nhân phải chịu các khoản lãi theo tỷ giá lãi suất tiền gửi ngân hàng tại thời điểm đó hoặc theo một phương thức nào đó có lợi cho NTD để thương nhân buộc phải có biện pháp thực hiện ngay việc thanh toán cho NTD mà không tìm cách trì hoãn.

4.2.4. Hoàn thiện các quy định về tố tụng dân sự

Hiện nay Điều 41 Luật BVQLNTD đã quy định vụ án bảo vệ quyền lợi NTD có thể xuất phát từ NTD hoặc từ các tổ chức xã hội sẽ được giải quyết theo thủ tục đơn giản khi đáp ứng các điều kiện nhất định. Tuy nhiên, pháp luật về tố tụng dân sự Việt Nam vẫn chưa đề cập cũng như chưa có những quy định cụ thể về loại thủ tục này, đặc biệt là việc khởi kiện yêu cầu huỷ các ĐKTMC vô hiệu. Để tạo điều kiện cho các chủ thể thực thi quyền khởi kiện khả thi trên thực tế, pháp luật cần quy định cụ thể về trình tự, thủ tục khởi kiện rút gọn và thủ tục khởi kiện tập thể, khẳng định vai trò đại diện tố tụng của các cơ quan về bảo vệ quyền lợi NTD trong việc khởi kiện đối với các loại yêu cầu này. Bên cạnh đó cần quy định đây là thủ tục giải quyết việc dân sự chứ không phải vụ án dân sự, không đặt ra vấn đề án phí theo giá ngạch vì khó có cơ sở để xác định án phí trong trường hợp khởi kiện tuyên ĐKTMC vô hiệu.

4.2.5. Hoàn thiện quy định của pháp luật chuyên ngành ở từng lĩnh vực cung ứng hàng hoá, dịch vụ cụ thể

Qua các phân tích về thực trạng các quy định của pháp luật chuyên ngành ở Chương 2, có thể thấy rằng việc Nhà nước quy định danh mục các điều khoản bắt buộc trong các hợp đồng là quá thừa thãi. Thiết nghĩ quy định này ở các văn bản luật chuyên ngành nên theo hướng điều chỉnh những nội dung hợp đồng đặc thù phù hợp với từng lĩnh vực kinh doanh nhất định. Đối với những lĩnh vực cần thiết phải ban hành hợp đồng mẫu, Nhà nước sẽ ban hành các mẫu hợp đồng cụ thể theo nguyên tắc đã được ghi nhận ở BLDS. Các quy định chung về hợp đồng sẽ áp dụng BLDS, lược bỏ những nội dung của pháp luật chuyên ngành bị trùng lặp hoặc trái với BLDS để đảm bảo tính đồng bộ, nhất quán của pháp luật về hợp đồng.

Trong các lĩnh vực kinh doanh dễ phát sinh tình trạng “bóc lột” như kinh doanh bất động sản, nhà ở...theo đặc điểm kinh tế xã hội của Việt Nam hiện nay, cần tăng cường chặt chẽ việc kiểm soát các điều khoản hợp đồng soạn sẵn bất công bằng bằng việc Nhà nước áp đặt các quy định cụ thể hơn về nội dung hợp đồng thay vì việc liệt kê tên các điều khoản. Đồng thời quy định rõ trong trường hợp điều khoản hợp đồng soạn sẵn khác hoặc trái với các quy định này thì các nội dung đó sẽ bị vô hiệu và hợp đồng được áp dụng theo các quy định của pháp luật.

4.2.6. Cho phép toà án được quyền giải thích luật và thừa nhận án lệ là nguồn của pháp luật hợp đồng

Pháp luật các nước trên thế giới (các nước theo hệ thống thông luật như Anh-Mỹ, cũng như các nước luật lục địa như Pháp, Đức, Ý...) đều thừa nhận toà án thông qua hoạt động xét xử và án lệ, là cơ quan giải thích pháp luật về hợp đồng. Theo quy định của pháp luật các nước này, án lệ là đường lối áp dụng của toà án về một vấn đề pháp lý đã trở thành tiền lệ mà các thẩm phán có thể theo đó xét xử trong các trường hợp tương tự [6].

Trong thực tiễn, quan hệ hợp đồng hết sức phong phú, đa dạng. Các nhà làm luật khó có thể dự liệu hết những khả năng xảy ra. Ngoài ra các quan hệ xã hội luôn luôn biến đổi cùng với sự vận động và phát triển của điều kiện kinh tế xã hội, làm cho các quy định của pháp luật có nguy cơ bị tụt hậu, không phù hợp sau một thời gian ban hành. Để khắc phục hạn chế này quy định cho phép toà án giải thích pháp luật trên cơ sở nguyên tắc bình đẳng và công bằng trong quá trình áp dụng pháp luật và thừa nhận án lệ là nguồn của pháp luật hợp đồng là hết sức cần thiết. Đặc biệt trong việc giải thích và đánh giá hiệu lực của các ĐKTMC, để đánh giá đúng về nguyên tắc công bằng, đòi hỏi thẩm phán phải dựa vào từng bối cảnh vụ việc cụ thể để đưa ra nhận định toàn diện, khách quan. Hơn bất kỳ lĩnh vực nào, việc xem xét các tranh chấp về ĐKTMC đặc biệt cần sự độc lập trong việc giải thích pháp luật của thẩm phán. Luật BVQLNTD cũng đã bước đầu đề cập vấn đề giải thích luật cho thẩm phán khi tuyên một ĐKTMC bị vô hiệu với quy định “*ĐKTMC bị vô hiệu khi trái với nguyên tắc tự do hợp đồng*”. Tuy nhiên quy định này không mang lại hiệu quả tích cực, vì rất khó để luận giải thế nào là một điều khoản hợp đồng trái với nguyên tắc tự do hợp đồng khi các chủ thể đã đồng ý tham gia quan hệ hợp đồng. Lẽ ra, theo NCS trong trường hợp này pháp luật cần quy định “*trái với nguyên tắc công bằng*” thì phù hợp hơn. Điều này cũng cho thấy cần phải bổ sung nguyên tắc công bằng trong pháp luật hợp đồng để tháo gỡ vấn đề.

Trên thực tế, theo quy định của Hiến pháp và Luật ban hành văn bản quy phạm pháp luật thì Ủy ban thường vụ Quốc hội (UBTVQH) là cơ quan có quyền giải thích luật, pháp lệnh nhưng hiếm khi UBTVQH thực hiện được chức năng này bởi nhiều nguyên nhân khác nhau. Ngoài ra, UBTVQH chỉ giải thích Hiến pháp, Bộ luật, Luật, Nghị quyết của Quốc Hội và Nghị quyết của UBTVQH mà không phải tất cả các văn bản quy phạm pháp luật. Nhiều quan điểm cho rằng quy định chức

năng giải thích pháp luật cho UBND tỉnh là không phù hợp vì cơ quan này phải thực hiện nhiều nhiệm vụ nặng nề, không còn thời gian cho việc giải thích luật. Mặt khác, việc cho phép thẩm phán giải thích luật mới đúng với thông lệ quốc tế [7].

NCS cho rằng việc cho phép thẩm phán giải thích luật và công nhận án lệ là nguồn của pháp luật ở Việt Nam còn có nhiều vấn đề cần phải nghiên cứu để đảm bảo tính khả thi trên thực tế. Nhưng ở góc độ nghiên cứu khoa học, có thể nói việc cho phép tòa án được giải thích luật và áp dụng án lệ vào hoạt động xét xử được coi là giải pháp quan trọng để tăng cường hơn khả năng bảo vệ nguyên tắc công bằng của pháp luật hợp đồng. Điều này đã được khẳng định trong thực tiễn áp dụng hàng trăm năm của các nước phát triển và dường như đã trở thành một nhu cầu tất yếu đối với phần lớn hệ thống tòa án ở các nước trên thế giới.

Thực ra án lệ đã từng được áp dụng tại Việt Nam từ năm 1955 [21] nhưng sau đó với nhiều nguyên nhân khác nhau và không rõ từ thời điểm nào việc sử dụng án lệ đã không còn được thực hiện. Hiện TANDTC đã phát hành các quyển tập hợp các quyết định giám đốc thẩm của Hội đồng Thẩm phán và đăng tải trên cổng thông tin điện tử của ngành nhằm giúp tòa án cấp dưới có thêm nguồn tư liệu tham khảo, phục vụ công tác xét xử đảm bảo áp dụng đúng, thống nhất pháp luật. Đây cũng là một hình thức từng bước phát triển án lệ.

Để án lệ trở thành nguồn của pháp luật hợp đồng đòi hỏi sự kết hợp đồng bộ với việc nâng cao chất lượng đội ngũ thẩm phán và các yếu tố khác để nâng cao chất lượng xét xử và thẩm phán thực sự là người công tâm, vô tư khi thực hiện chức năng xét xử. NCS cho rằng để án lệ được áp dụng hiệu quả, nhất là trong việc giải quyết các tranh chấp về tuyên ĐKTMC vô hiệu, cần thực hiện một số yêu cầu sau:

Thứ nhất, nâng cao trình độ, năng lực xét xử của thẩm phán trong việc xem xét ĐKTMC vô hiệu. Việc xây dựng và sử dụng án lệ luôn đặt vai trò của thẩm phán lên hàng đầu vì họ là người trực tiếp xây dựng và sử dụng án lệ. Tuy nhiên, ở nước ta hiện nay số lượng các thẩm phán chưa nhiều, trình độ chuyên môn còn hạn chế. Đây sẽ là một trở ngại đáng kể cho việc chấp nhận sử dụng án lệ. Vì vậy, cần đào tạo, bồi dưỡng nâng cao trình độ xét xử nói chung và chuyên sâu về án lệ nói riêng cho thẩm phán;

Thứ hai, cần phải bảo đảm yếu tố tranh luận và sự đa dạng về lý lẽ khi đưa ra lập luận pháp lý của các thẩm phán. Một trong những phương tiện quan trọng để

đảm bảo tính hợp lý cho lập luận của các thẩm phán khi đưa ra phán quyết là yếu tố tranh luận và độc lập đưa ra lý lẽ của mỗi thẩm phán. Tất cả các lập luận, quan điểm pháp lý của các thẩm phán trong hội đồng xét xử đều được ghi lại trong bản án. Cần tránh tình trạng các thẩm phán trong hội đồng xét xử đưa ra lý lẽ thì ít mà tính thống nhất lại cao. Nếu không bảo đảm yêu cầu này có thể dẫn đến tình trạng các phán quyết của tòa án mang tính chủ quan, cảm tính hoặc một chiều;

Thứ ba, cần phải mở rộng nguồn tài liệu là cơ sở đưa ra các lập luận hay lý lẽ thể hiện các quyết định, bản án của tòa án. Hiện nay, khi đọc các quyết định giám đốc thẩm của Hội đồng Thẩm phán TANDTC, NCS thấy rằng cơ sở để đưa ra các quan điểm pháp lý trong phần "xét thấy" của quyết định của các thẩm phán còn hết sức nghèo nàn, ngắn gọn và còn lệ thuộc nhiều vào các văn bản quy phạm pháp luật. Trong một số trường hợp, nếu sử dụng các văn bản pháp luật thành văn hiện hành thì không thể giải quyết được vấn đề, các thẩm phán cần phải có nguồn cứ liệu phong phú và đa dạng hơn như: tập quán, những quy định của pháp luật đã qua, học thuyết pháp lý, nguyên tắc pháp lý, bài bình luận khoa học, v.v... để có thể thuyết phục rằng quan điểm pháp lý của các thẩm phán là hợp lý. Vì vậy, nên cải cách phần "xét thấy" trong quyết định giám đốc thẩm của Hội đồng thẩm phán Tòa án nhân dân Tối cao về nội dung lẫn hình thức. Các thẩm phán có thể dẫn chiếu hoặc trích dẫn nhiều nguồn khác nhau và ghi vào trong các quyết định của tòa án;

Thứ tư, những lập luận của các thẩm phán cần phải được đưa ra cộng đồng pháp lý cũng như thực tiễn pháp lý để kiểm nghiệm và bổ sung. Cần phải nhìn nhận các quan điểm pháp lý tồn tại trong án lệ dưới góc độ "mở" và trong tương quan với điều kiện kinh tế - xã hội luôn vận động. Điều này có nghĩa rằng các quan điểm pháp lý của các án lệ thường xuyên phải được kiểm nghiệm bổ sung và loại bỏ, dĩ nhiên nó cũng cần có tính ổn định tương đối của riêng nó. Thẩm phán ở các nước thuộc hệ thống thông luật vừa là người làm công việc thực tiễn pháp lý vừa là nhà khoa học pháp lý, vì vậy chính các thẩm phán là người tham gia vào các hoạt động khoa pháp lý rất tích cực. Ở Việt Nam hiện nay, vẫn chưa kết nối tốt được giữa hoạt động thực tiễn pháp lý và hoạt động khoa học pháp lý, các thẩm phán vẫn còn ít tham gia vào các hoạt động khoa học, công việc khoa học pháp lý vẫn thuần túy dành cho các nhà khoa học. Vì vậy, trong điều kiện hiện nay việc khuyến khích và tạo điều kiện cho hoạt động sưu tầm và bình luận án đối với các nhà khoa học pháp lý, các luật sư và đặc biệt là các thẩm phán là một việc làm cần thiết và quan trọng để nâng cao chất lượng của nguồn luật án lệ.

Cuối cùng, để tiến tới công nhận và sử dụng án lệ có hiệu quả thì việc công bố bản án là việc làm không thể không nhắc đến. Công bố bản án sẽ góp phần bảo đảm tính minh bạch của pháp luật và có ý nghĩa quan trọng cho cả các thẩm phán lẫn người dân. Khi có các tập bản án sẽ tạo điều kiện cho các thẩm phán áp dụng pháp luật thống nhất, còn người dân có thể hiểu biết các quy định của pháp luật rõ ràng hơn và góp phần nâng cao ý thức tuân thủ pháp luật. Tuy nhiên, để có thể phát huy được vai trò và phát huy hiệu quả của án lệ thì cần phải chọn lọc lại các quyết định giám đốc thẩm trước khi phát hành, chỉ các quyết định liên quan đến vấn đề pháp lý, không nên đăng tải các quyết định liên quan đến vấn đề sự kiện. Trong thời gian qua, mặc dù Tòa án Tối cao cho phát hành các tập quyết định giám đốc thẩm nhưng trong đó không phải phán quyết nào cũng có thể được coi là án lệ. Bởi vì án lệ chỉ được hình thành khi có một quan điểm pháp lý mới đối với vấn đề mà nguồn văn bản quy phạm chưa quy định hoặc quy định chưa rõ ràng. Trong trường hợp TANDTC sửa sai cho tòa án cấp dưới thì các phán quyết này không phải là án lệ. Việc chọn lọc sẽ giúp cho các thẩm phán, luật sư, nhà khoa học pháp lý dễ dàng nắm bắt nội dung của các bản án hơn và cũng góp phần hoàn thiện hệ thống pháp luật.

4.3. Giải pháp nâng cao hiệu quả áp dụng pháp luật về điều kiện thương mại chung

Hiện nay việc thực thi các quy định pháp luật về ĐKTMC ở Việt Nam còn yếu, chưa phát huy được vai trò là một trong những công cụ pháp lý nhằm bảo vệ bên không được quyền soạn thảo hợp đồng. Thách thức lớn nhất với các nước đang phát triển không phải là làm thế nào để thảo ra các điều luật mà vấn đề mấu chốt là làm thế nào để thực thi các điều luật này một cách hiệu quả. Điều này là phổ biến ở các quốc gia có nền kinh tế chuyển đổi, nơi mà văn hóa kinh doanh chưa phát triển, nền pháp luật chưa văn minh, văn hóa pháp lý chưa tốt. Các bên giao kết hợp đồng mẫu còn chưa quan tâm đến quyền kiểm soát các điều khoản hợp đồng bất công. Các thẩm phán chưa có quyền năng triệt để trong việc giải thích pháp luật hợp đồng và đặc biệt chưa có tư duy xét xử bảo vệ bên không được soạn thảo các hợp đồng mẫu. Để đảm bảo tính khả thi của các quy định pháp luật về ĐKTMC, các giải pháp nhằm nâng cao hiệu quả áp dụng pháp luật về ĐKTMC có thể kể đến như sau:

4.3.1. Nâng cao ý thức của người tiêu dùng, doanh nghiệp về việc tuân thủ các quy định pháp luật về điều kiện thương mại chung

Một trong những hạn chế trong việc áp dụng các quy định pháp luật về ĐKTMC là nhận thức chưa triệt để của chính NTD và doanh nghiệp về ý nghĩa của các quy định của pháp luật điều chỉnh lĩnh vực này. Bản thân NTD, với nhiều nguyên nhân khác nhau, rất thờ ơ với việc tự bảo vệ mình trước các điều khoản hợp đồng soạn sẵn. Ngay cả các doanh nghiệp, kiến thức và sự hiểu biết pháp luật ở lĩnh vực này cũng hạn chế nên luôn cố gắng “nhồi nhét” các điều khoản hợp đồng bất cân xứng, làm cho việc thiết lập quan hệ hợp đồng thiếu đi sự bình đẳng, công bằng. Do đó cần nâng cao ý thức tuân thủ của các doanh nghiệp về việc soạn thảo hợp đồng mẫu và đăng ký các hợp đồng mẫu trong các lĩnh vực thiết yếu; khuyến khích doanh nghiệp chủ động thực hiện việc đăng ký để thể hiện đẳng cấp, uy tín.

Thực tiễn cho thấy, theo số liệu của Cục Quản lý cạnh tranh, Bộ Công Thương cho biết trong 6 tháng đầu năm 2014, đã có 623 doanh nghiệp được thanh kiểm tra trên cả nước, mỗi địa phương có từ 6-10 doanh nghiệp được kiểm tra. Việc kiểm tra được thực hiện trên các lĩnh vực như kinh doanh chung cư, viễn thông, điện nước và vận tải. Trong số các doanh nghiệp được thanh, kiểm tra, có 82% đối tượng đã chấp hành các quy định pháp luật, trong đó tại các Sở Công Thương chiếm khoảng 57%, tại Cục Quản lý cạnh tranh khoảng 43%. Còn lại 17,8% các doanh nghiệp chưa thực hiện, chủ yếu các vi phạm diễn ra ở các mặt như chưa đăng ký hợp đồng, điều kiện giao dịch tại thời điểm kiểm tra, ký kết không thực hiện yêu cầu của cơ quan Nhà nước về sửa đổi nội dung vi phạm v.v... Chính vì vậy các Sở Công Thương có các doanh nghiệp vi phạm đã xử phạt từ 10 đến 80 triệu đồng đối với các hành vi vi phạm như cỡ chữ trong hợp đồng nhỏ hơn quy định; không đăng ký hợp đồng mẫu, điều kiện giao dịch chung; không thực hiện sửa đổi nội dung vi phạm theo yêu cầu của cơ quan Nhà nước. Điều này cho thấy ý thức của các doanh nghiệp trong việc ban hành ĐKTMC, hợp đồng mẫu còn rất kém, gây nhiều tổn kém về mặt xã hội trong khâu kiểm soát [38].

Như vậy, nâng cao nhận thức cho các cá nhân, doanh nghiệp về mục đích, sự cần thiết phải kiểm soát các điều khoản hợp đồng không công bằng là yếu tố giúp cho pháp luật được triển khai vào cuộc sống có hiệu quả, làm lành mạnh môi trường kinh doanh. Chừng nào tự thân mỗi cá nhân, doanh nghiệp còn chưa nhận thức rõ ràng về giá trị của việc cần được và nên hành xử bình đẳng trong môi trường kinh

doanh thì việc áp dụng các quy định pháp luật sẽ còn kém khả thi và chỉ mang tính hình thức.

4.3.2. Nâng cao nhận thức và năng lực xét xử của các thẩm phán đối với việc giải quyết yêu cầu tuyên điều kiện thương mại chung vô hiệu

Mặc dù các quy định của pháp luật hiện hành ít nhiều cũng đã đề cập đến việc bảo vệ bên không được soạn thảo hợp đồng trước các điều khoản hợp đồng thiếu công bằng, nhưng trên thực tế ngoài việc các quy định pháp luật chưa thực sự thâm nhập cuộc sống thì ngay trong hoạt động tư pháp, với tính chất là giải pháp cao nhất để bảo vệ bên không được soạn thảo hợp đồng trước sự lạm dụng, việc tuyên các điều khoản hợp đồng soạn sẵn vô hiệu dường như chưa được các thẩm phán có ý thức thực hiện.

Trở lại các vụ việc xét xử trong thời gian gần đây có thể thấy rõ điều đó, các Thẩm phán dường như khá lúng túng trong việc đánh giá về tính công bằng trong các điều khoản hợp đồng mẫu. Chẳng hạn như trong trường hợp vụ án Keangnam đã đề cập ở Chương 2, ngay cả khi pháp luật không cho phép sử dụng phương pháp đo từ tìm tường đến tìm tường (thời điểm xác lập hợp đồng trước Thông tư 01/2009/TT-BXD), nhưng trong hợp đồng bên bán cố tình ghi “*cách tính toán diện tích do bên bán quy định*”, thẩm phán đã chấp nhận điều khoản hợp đồng này với lý do bên mua có đầy đủ năng lực nhận thức và đã đặt bút ký hợp đồng nên thỏa thuận này có giá trị ràng buộc [17]. Đây là trường hợp pháp luật đã có quy định cụ thể nhưng thẩm phán vẫn chưa thực hiện được việc bảo vệ bên không được soạn hợp đồng. Với những trường hợp mà pháp luật không có quy định cụ thể, đòi hỏi phải có sự “tinh tế” trong việc nhận thức lẽ công bằng mới đưa ra được phán xét của các thẩm phán càng khó khả thi.

Rõ ràng vai trò của tòa án cũng như năng lực xét xử của các thẩm phán trong việc xác định điều khoản hợp đồng soạn sẵn vô hiệu và giải quyết hậu quả của giao dịch vô hiệu là rất quan trọng. Đây là một trong những công cụ hữu hiệu để kiểm soát sự bất công bằng, bảo vệ bên không được soạn thảo hợp đồng. Chính vì vậy, bên cạnh việc hoàn thiện các quy định pháp luật tố tụng thì việc nâng cao hiệu quả hoạt động của tòa án, tăng cường mức độ độc lập của các cơ quan tư pháp và năng lực xét xử của các thẩm phán đối với loại tranh chấp này có ý nghĩa quyết định đối với quá trình thực thi.

4.3.3. Tăng cường vai trò của các thiết chế giám sát và hoàn thiện các chế tài trách nhiệm vật chất

Việc tăng cường các thiết chế giám sát đối với các điều khoản hợp đồng bất công bằng được coi là một trong những giải pháp hỗ trợ để đảm bảo tính khả thi của pháp luật về ĐKTMC. Bàn về mức cân bằng thích hợp giữa các biện pháp cưỡng chế và tự nguyện thi hành còn có nhiều quan điểm khác nhau. Tuy nhiên, theo NCS, ở những nước đang phát triển như Việt Nam thì cần cân nhắc đến tính hiệu quả của cơ chế tự nguyện khi xét đến sự yếu kém trong công tác quản lý theo pháp luật và năng lực giám sát hạn chế của bên thứ ba.

Vai trò của các thiết chế giám sát trong việc thi hành pháp luật về ĐKTMC đặc biệt quan trọng nhất là trong việc bảo vệ quyền lợi NTD (ở góc độ hợp đồng) ở các nước đang phát triển. Việc tăng cường các quy định về trách nhiệm vật chất đặt ra đối với hành vi vi phạm có ý nghĩa rất lớn trong việc cưỡng chế thực thi các quy định pháp luật về kiểm soát điều khoản hợp đồng không công bằng. Trách nhiệm vật chất không chỉ là việc phạt tiền trong xử phạt vi phạm hành chính mà còn bao gồm trách nhiệm bồi hoàn các lợi ích không thoả đáng mà doanh nghiệp đã nhận được từ các điều khoản hợp đồng bất công bằng mang lại. Chẳng hạn như trong vụ kiện của Keangnam, theo quan điểm của NCS, lẽ ra thẩm phán phải buộc bên bán hoàn lại giá trị của phần diện tích mà bên bán đã mập mờ thông tin gây hiểu nhầm cho người mua hoặc cố tình phớt lờ các quy định của pháp luật để trục lợi. Thậm chí có thể xem xét trách nhiệm vật chất của cá nhân người đại diện doanh nghiệp trong việc cố tình ban hành, phê duyệt các điều khoản hợp đồng soạn sẵn bất công bằng. Các quy định này có tính răn đe cao bởi lẽ nó luôn đặt ra cho những người có thẩm quyền, những người có liên quan phải cân nhắc lợi ích của việc vi phạm hay tuân thủ các quy định về kiểm soát điều khoản hợp đồng soạn sẵn không công bằng.

Kết luận Chương 4

1. Việc ban hành pháp luật thống nhất điều chỉnh về ĐKTMC ở Việt Nam là hết sức cần thiết và phải đáp ứng các yêu cầu về tính đồng bộ, toàn diện và khả thi của pháp luật về hợp đồng, đảm bảo tính hài hoà trong việc bảo vệ quyền lợi của NTD và các chủ thể kinh doanh cũng như phù hợp với pháp luật các nước trong xu thế hội nhập kinh tế quốc tế. Hướng điều chỉnh pháp luật về ĐKTMC dưới góc độ pháp luật hợp đồng, theo đó tạo ra cơ chế pháp lý bảo vệ như nhau cho các chủ thể không được soạn thảo trước các ĐKTMC bất công bằng, không phân biệt chủ thể là

NTD hay các chủ thể khác là phù hợp với điều kiện kinh tế xã hội của Việt Nam trong nền kinh tế chuyển đổi, dự báo về tính ổn định lâu dài về hiệu quả điều chỉnh;

2. Các giải pháp cụ thể để xây dựng pháp luật về ĐKTMC bao gồm: i/Bổ sung nguyên tắc công bằng là nguyên tắc cơ bản của pháp luật hợp đồng; ii/Xây dựng chế định giao kết hợp đồng sử dụng ĐKTMC, bao gồm định nghĩa về ĐKTMC, các nguyên tắc áp dụng, ĐKTMC vô hiệu và hậu quả của ĐKTMC vô hiệu; iii/Quy định các đặc thù riêng về bảo vệ quyền lợi NTD trong Luật BVQLNTD, tránh trùng lặp với các quy định của BLDS; iv/Quy định thủ tục khởi kiện rút gọn, thủ tục khởi kiện tập thể để tăng hiệu quả của việc khởi kiện yêu cầu huỷ bỏ các ĐKTMC vô hiệu; v/Hoàn thiện quy định của pháp luật chuyên ngành ở từng lĩnh vực cung ứng hàng hoá, dịch vụ cụ thể về hợp đồng mẫu, các điều khoản bắt buộc trong hợp đồng; vi/Cho phép thẩm phán được quyền giải thích luật và thừa nhận án lệ là nguồn của nguồn của pháp luật hợp đồng để tăng cường hơn khả năng bảo vệ lẽ công bằng của pháp luật hợp đồng.

3. Bên cạnh việc xây dựng pháp luật thống nhất về ĐKTMC, cần tăng cường các giải pháp đồng bộ khác như nâng cao ý thức của người dân, doanh nghiệp về việc tuân thủ các quy định pháp luật về ĐKTMC, nâng cao nhận thức và năng lực xét xử của các thẩm phán đối với việc giải quyết yêu cầu tuyên ĐKTMC vô hiệu và tăng cường vai trò của các thiết chế giám sát và hoàn thiện các chế tài trách nhiệm vật chất đối với doanh nghiệp cũng như người đứng đầu các doanh nghiệp sử dụng ĐKTMC.

KẾT LUẬN

1. Thực tiễn giao kết hợp đồng cho thấy ĐKTMC là một hiện tượng kinh tế pháp lý tồn tại phổ biến trong nền kinh tế phát triển. Lợi ích không thể phủ nhận của ĐKTMC đó là sự gia tăng các hiệu quả về mặt kinh tế, giảm thiểu chi phí giao dịch một cách đáng kể, loại bỏ chi phí về thời gian và công sức để người mua, người cung cấp hàng hoá dịch vụ phải thương lượng chi tiết từng điều khoản nội dung của từng hợp đồng của mỗi lần giao dịch. Mặt khác, ĐKTMC giúp các nhà cung cấp loại trừ khả năng không được chấp nhận đối với các điều khoản né tránh trách nhiệm hợp đồng của họ. ĐKTMC mặc dù là sản phẩm của việc hạn chế nguyên tắc tự do hợp đồng, nhưng nó là sản phẩm tất yếu khách quan của nền kinh tế phát triển và không phải nội dung nào của ĐKTMC cũng mang tính “tiêu cực”, chứa đựng những quy định thiếu công bằng, lạm dụng. Việc ứng dụng các ĐKTMC trong đời sống xã hội có cả những ưu điểm và nhược điểm cả về pháp lý, kinh tế. Vai trò điều chỉnh của pháp luật là thừa nhận sự tồn tại khách quan của ĐKTMC, đưa ra những nguyên tắc áp dụng thống nhất để tránh sự tùy tiện đồng thời tạo ra cơ chế hợp lý để đảm bảo sự công bằng của nguyên tắc tự do hợp đồng. Căn nguyên về mặt kinh tế của việc can thiệp điều chỉnh của pháp luật là nhằm bảo vệ thị trường khỏi sự đổ vỡ, thất bại do bất cân xứng thông tin, do đó đối tượng hướng đến bảo vệ của pháp luật không chỉ là NTD mà bao gồm các chủ thể khác trong giao dịch hợp đồng;

2. Là một bộ phận của pháp luật hợp đồng, pháp luật về ĐKTMC cũng là lĩnh vực pháp luật phức tạp với các cách thức tiếp cận khác nhau nhưng pháp luật của các nước trên thế giới về cơ bản thể hiện ở hai xu hướng chính, xu hướng điều chỉnh về ĐKTMC ở tất cả hợp đồng và xu hướng điều chỉnh ĐKTMC được áp dụng đối với hợp đồng trong lĩnh vực tiêu dùng nhằm bảo vệ NTD. Tuy nhiên, thực tiễn điều chỉnh cho thấy xu thế thứ nhất là xu thế điều chỉnh phù hợp hơn, khắc phục được những hạn chế của xu thế điều chỉnh dưới góc độ pháp luật về bảo vệ NTD;

3. Pháp luật về ĐKTMC ở Việt Nam được thể hiện ở các quy định về hợp đồng dân sự theo mẫu trong BLDS 2005, các quy định về điều kiện giao dịch chung trong lĩnh vực bảo vệ quyền lợi NTD và các quy định về hợp đồng ở các lĩnh vực kinh doanh đặc thù. Mặc dù tản mát, thiếu tính hệ thống nhưng các nội dung pháp luật về áp dụng, giải thích, kiểm soát ĐKTMC đã được thể hiện ở những khía cạnh khác nhau trong các quy định của pháp luật và đã bước đầu xây dựng được cơ chế bảo vệ

bên yếu thế trong các hợp đồng tiêu dùng. Tuy nhiên còn nhiều tồn tại, hạn chế và bất cập cả về thực trạng các quy định pháp luật và thực tiễn triển khai, cần sớm được khắc phục để đảm bảo hiệu quả điều chỉnh và thực thi pháp luật về ĐKTMC. Bất cập rõ nét nhất được thể hiện ở sự thiếu thống nhất, đồng bộ trong các quy định của pháp luật về định nghĩa ĐKTMC, về chế định hợp đồng theo mẫu và đặc biệt thiếu cơ chế hiệu quả để xử lý các ĐKTMC bất công bằng, tạo nhiều lỗ hổng pháp lý trong việc bảo vệ quyền lợi của bên không được quyền thương lượng hợp đồng và bị áp đặt các điều khoản hợp đồng soạn sẵn. Việc pháp luật chủ yếu bảo vệ chủ thể yếu thế là NTD trước các ĐKTMC bất công bằng bên cạnh chế định hợp đồng theo mẫu mờ nhạt chưa thực sự tạo ra công cụ pháp lý hữu hiệu điều chỉnh về việc áp dụng, giải thích và kiểm soát các điều khoản hợp đồng soạn sẵn;

4. Trên cơ sở luận giải các vấn đề lý luận và thực tiễn, Luận án đã đưa ra một số giải pháp cụ thể để hoàn thiện pháp luật về ĐKTMC bao gồm: i/Bổ sung nguyên tắc công bằng trong giao kết hợp đồng sử dụng ĐKTMC; ii/Xây dựng chế định giao kết hợp đồng sử dụng ĐKTMC, bao gồm định nghĩa về ĐKTMC, các nguyên tắc áp dụng, ĐKTMC vô hiệu và hậu quả của ĐKTMC vô hiệu; iii/Quy định các đặc thù riêng về bảo vệ quyền lợi NTD trong Luật BVQLNTD, tránh trùng lặp với các quy định của BLDS; iv/Hoàn thiện các quy định của pháp luật tố tụng để tăng hiệu quả của việc khởi kiện yêu cầu huỷ bỏ các ĐKTMC bất công bằng; v/Hoàn thiện quy định của pháp luật chuyên ngành ở từng lĩnh vực cung ứng hàng hoá, dịch vụ cụ thể về hợp đồng mẫu, các điều khoản bắt buộc trong hợp đồng; vi/Cho phép thẩm phán được quyền giải thích luật và thừa nhận án lệ là nguồn của pháp luật hợp đồng để tăng cường hơn khả năng bảo vệ lẽ công bằng của pháp luật hợp đồng. Bên cạnh đó, việc nâng cao ý thức của người dân, doanh nghiệp về việc tuân thủ các quy định pháp luật về ĐKTMC, nâng cao nhận thức và năng lực xét xử của thẩm phán và tăng cường vai trò của các thiết chế giám sát và hoàn thiện các chế tài trách nhiệm vật chất đối với doanh nghiệp cũng như người đứng đầu các doanh nghiệp sử dụng ĐKTMC là những giải pháp cũng cần thiết được chú trọng để đảm bảo tính khả thi của pháp luật về ĐKTMC.

Trong phạm vi nghiên cứu của Luận án, một số vấn đề lý luận như vấn đề kiểm soát ĐKTMC bất công bằng và đặc biệt là vấn đề điều chỉnh lại các ĐKTMC bất công bằng tác giả luận án mới đề cập ở chừng mực nhất định, cần tiếp tục được nghiên cứu thêm./.

DANH MỤC CÁC CÔNG TRÌNH NGHIÊN CỨU LIÊN QUAN ĐẾN LUẬN ÁN ĐÃ ĐƯỢC CÔNG BỐ

1. Nguyễn Thị Hằng Nga (2014), “Một số bất cập của pháp luật về đăng ký hợp đồng mẫu, điều kiện giao dịch chung”, Tạp chí Nghề Luật (Số 4/2012)
2. Nguyễn Thị Hằng Nga (2014), “Cách tiếp cận của pháp luật các nước và pháp luật Việt Nam về khái niệm điều kiện thương mại chung”, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp, 2014 (Số 24/280)
3. Nguyễn Thị Hằng Nga (2015), “Chế định hợp đồng theo mẫu và một số đề xuất sửa đổi Bộ luật Dân sự 2005”, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp (Số 16/296)
4. Nguyễn Thị Hằng Nga (2015) “Nền tảng triết lý của việc kiểm soát pháp luật về điều kiện thương mại chung”, Tạp chí Dân chủ- Pháp luật (Số chuyên đề Pháp luật về Kinh tế năm 2015).

DANH MỤC TÀI LIỆU THAM KHẢO

Tiếng Việt

1. Nguyễn Thị Ngọc Anh (2011), *Pháp luật về hợp đồng dân sự theo mẫu trên thế giới- Những bài học kinh nghiệm cho Việt Nam*, Luận án thạc sỹ, Đại học Ngoại thương
2. Bộ Tư pháp, *Tăng cường năng lực các thiết chế thực thi pháp luật về bảo vệ quyền lợi NTD*, Đề tài khoa học cấp Bộ, 2013
3. Chính phủ, Tờ trình về Đề án xây dựng Luật Bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng của Chính phủ ngày 4 tháng 5 năm 2010
4. TS. Bùi Ngọc Cường (2004), *Một số vấn đề về quyền tự do kinh doanh trong pháp luật kinh tế hiện hành*, Nxb Chính trị Quốc gia, Hà Nội
5. TS. Hà Hùng Cường “Hoàn thiện hệ thống pháp luật đáp ứng yêu cầu xây dựng nhà nước pháp quyền XHCN”
6. Lưu Tiến Dũng (2013), Vai trò của án lệ ở các nước theo hệ thống luật án lệ và các nước theo hệ thống dân luật, *Tạp chí Tòa án nhân dân* (số 6)
7. Phạm Hoàng Giang (2006), Sự phát triển của pháp luật hợp đồng từ nguyên tắc tự do hợp đồng đến nguyên tắc công bằng, *Tạp chí Nhà nước và Pháp luật* (số 5)
8. Cao Thị Hà Giang & Trần Thanh Tùng, “Giới hạn của hợp đồng mẫu”, <http://www.thesaigontimes.vn/Home/doanhnghiep/phapluat/34715/>
9. Lê Thanh Hà (2008), “Điều kiện giao dịch chung trong lĩnh vực kinh doanh quốc tế và khả năng áp dụng tại Việt Nam”, Luận văn thạc sỹ, Đại học Ngoại thương
10. Lò Thị Thuỳ Linh (2010), “*Pháp luật Việt Nam về bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng trong các hợp đồng gia nhập*”, Luận văn thạc sỹ, Đại học Luật Hà Nội
11. PGS.TS. Phạm Duy Nghĩa, *Điều chỉnh thông tin bất cân xứng và quản lý rủi ro trong pháp luật hợp đồng Việt Nam- Một số vấn đề lý luận và thực tiễn về pháp luật hợp đồng ở Việt Nam hiện nay*, Nxb Công an nhân dân, Hà Nội
12. TS. Lê Nét, Cải tổ luật hợp đồng và sự ra đời của Bộ Nguyên tắc Luật Hợp đồng Châu Á, <http://text.123doc.org/document/279831-cai-to-luat-hop-dong-va-su-ra-doi-cua-bo-nguyen-tac-luat-hop-dong-chau-a-pacl.htm>

13. Lê Quỳnh, Hàng hoá dịch vụ thiết yếu hay thứ yếu, <http://basico.vn/.../122-Hang-hoa-dich-vu-Thiet-yeu-hay-thu-yeu-DDDN.aspx>
14. PGS.TS. Nguyễn Như Phát (2003), Điều kiện thương mại chung và nguyên tắc tự do khế ước, *Tạp chí Nhà nước và Pháp luật* (số 6)
15. PGS.TS Nguyễn Như Phát, TS Lê Thị Thu Thủy, *Một số vấn đề lý luận và thực tiễn về pháp luật hợp đồng ở Việt Nam hiện nay*, Nxb Công an nhân dân, Hà Nội
16. Văn Thành, Người tiêu dùng vẫn lép vế, <http://news.go.vn/xa-hoi/tin-240154/nguoi-tieu-dung-van-lep-ve.htm>
17. Toà án nhân dân Quận Nam Từ Liêm, *Bản án dân sự sơ thẩm số 06/2015/DSST ngày 28/7/2015*, Hà Nội
18. Văn Ngọc Thủy, <http://hanoimoi.com.vn/Tin-tuc/Xa-hoi/523170/nguoi-tieu-dung-van-lep-ve>
19. Từ điển Tiếng Việt, NXB Khoa học xã hội 1992

Trang Web

20. <http://batdongsan.vietnamnet.vn/fms/doanh-nghiep-du-an/104570/khach-hang-khang-gia--cam-dao-dang-luoi-.html>
21. <http://congly.com.vn/hoat-dong-toa-an/nghiep-vu/mot-so-dieu-can-biet-ve-an-le-64984.html>
22. <http://www.canlii.org/en/qc/laws/stat/rsq-c-p-40.1/latest/rsq-c-p-40.1.html>
23. <http://vibonline.com.vn/Banan/336/Quy-dinh-giam-doc-tham-022012KDTMGDT-27032012-xet-xu-vu-an-kinh-doanh-thuong-mai-tranh-chap-ve-hop-dong.aspx>
24. <http://www.investinganswers.com/financial-dictionary/economics/non-negotiable-1933>
25. <http://www.ncseif.gov.vn/sites/vie/Pages/dacdiemmoitruongkinhdoanh-nd-16501.html>
26. <http://e-lawresources.co.uk/Olley-v-Marlborough-Court.php>
27. <http://e-lawresources.co.uk/Thompson-v-London%2C-Midland-and-Scotland-Railway-Co.php>
28. <http://e-lawresources.co.uk/Curtis-v-Chemical-Cleaning.php>
29. <http://www.minterellison.com/publications/to-B2B-or-not-to-B2B-that-is-the-unfair-contract-question/>

30. <http://www.lehmanlaw.com/resource-centre/laws-and-regulations/consumer-protection/law-of-the-peoples-republic-of-china-on-protection-of-the-rights-and-interests-of-the-consumers-1994.html>
31. http://www.bclaws.ca/EPLibraries/bclaws_new/document/ID/freeside/04002_01
32. <https://ebooks.adelaide.edu.au/a/aristotle/nicomachean/>
33. <http://www.hannghiemlawyer.groupsie.com/post/b-t-c-p-v-gi-i-ph-p-ho-n-thi-n-ph-p-lu-t-h-p-ng-vi-t-nam>
34. http://www.bclaws.ca/EPLibraries/bclaws_new/document/ID/freeside/04002_01
35. http://en.wikipedia.org/wiki/Standard_form_contract
36. http://ec.europa.eu/justice/policies/consumer/docs/explanatory_note_results_feasibility_study_05_2011_en.pdf
37. http://ocw.mit.edu/courses/economics/14-03-microeconomic-theory-and-public-policy-fall-2010/lecture-notes/MIT14_03F10_lec13.pdf
38. <http://www.vca.gov.vn/NewsDetail.aspx?ID=2654&CateID=304>

Tiếng Anh

39. *Black's Law Dictionary Second Pocket Edition* (2001), WEST PUBLISHING CO., USA.
40. Consumer Affairs of Australia and New Zealand (2014), Extending Unfair Contract Term Protections to Small Businesses- Consultation Paper, <http://www.treasury.gov.au/ConsultationsandReviews/Consultations/2014/~media/E53165D4D8B24B4799395680E68FE0B0.ashx>
41. Cheshire, Fitfoot & Furmston's, *Law of Contract*, 14th Edition, OUP PUBLISHER
42. TS. Christian Twigg-Flesner, The implementation of the Unfair Contract Terms Directive in the United Kingdom, *Working Paper Series No 342*, 2009
43. Gerhard Dannemann, Stefan Vogenauer (2013), The Common Sales Law in Context- Interaction with English and German Law, https://books.google.com.vn/books/about/The_Common_European_Sales_Law_in_Context.html?id=Rn7hwYyi-g8C&redir_esc=y

44. Florencia Marotta-Wurgler (2008), Competition and the Quality of Standard Form Contracts: The Case of Software License Agreements, *Law & Economic research paper series working paper No. 08-36*, New York University school of law
45. Florial Rodl (2013), Contractual Freedom, Contractual Justice and Contract Law (theory), <http://lcp.law.duke.edu/>
46. Frank and Bernice Greenberg, Fixing Unfair Contracts, *Chicago Law School Review*, Vol 81, 2011
47. Friedrich Kessler, Contract of Adhesion- Some Thought about Freedom of Contract, *Columbia University Review*, (Mý), Vol 43, 3, 1943
48. Maarten Roos, China: New Chinese Rules Penalize Fraudulent or Unfair Contracts, China Bar Association Review, Electronic copy available at <http://www.mondaq.com/x/122474/Contract+Law/New+Chinese+Rules+Penalize+Fraudulent+or+Unfair+Contracts>
49. Matijn Hesselink (2011), Unfair Terms in Contract Between Business, *Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper No.2011-11*
50. Michael L. Rustad (2007), *Everyday Law for Consumers*, Paradigm Publishers
51. Randy E. Barnett, A consent theory of contract (1986), *Columbia Law Review*, March 1986
52. Hans-Bernd Schäfer and Patrick C. Leyens, Judicial Control of Standard Terms and European Private Law– A Law & Economics Perspective on the Draft Common Frame of Reference for a European Private Law, Electronic copy available at <http://ssrn.com/abstract=1520457>
53. Jannie Paterson, The Australian Unfair Contract Terms Law: The Rise of Substantive Unfairness As a Ground For Review of Standard Form Consumer Contracts, *Law Review Melbourne University*, Vol 33, 8, 2010
54. GS.TS. Thomas Zerres (2011), Principles of the German law on standard terms of contract, *University of Applied Sciences Erfurt Research Paper*
55. The Common European Sales Law in Context: Interaction with German and English Law, Electronic copy available at https://books.google.com.vn/books?id=8MloAgAAQBAJ&pg=PA311&lpg=PA311&dq=56.%09The+Common+European+Sales+Law+in+Context:+Interaction+with+German+and+English+Law&source=bl&ots=ynSrj8h_W

W&sig=HJI0tWV1I_F09aXCrjcTpq50Bz4&hl=vi&sa=X&redir_esc=y#v=onepage&q=56.%09The%20Common%20European%20Sales%20Law%20in%20Context%3A%20Interaction%20with%20German%20and%20English%20Law&f=false

56. The Principles of International Commercial Contract, International Institute for the unification of Private Law (UNIDROIT), Electronic copy available at <http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/integralversionprinciples2010-e.pdf>
57. Thomas Wilhelmsson (2008), Various Approaches to Unfair Terms and Their Background Philosophies, Electronic copy available at <http://www.juridicainternational.eu/?id=12728>
58. Sean Ang (2014), “Protecting Small Businesses from Unfair Contract Terms, Electronic copy available at <http://stratagem.com.my/protecting-small-businesses-from-unfair-contract-terms/>
59. Shmuel I. Becher and Esther Unger-Aviram, The Law of Standard Form Contracts- Misguided Intuitions and Suggestions for Reconstruction, Electronic copy available at <http://www.ssrn.net>
60. Stephen Graw, *An introduction to the law of contract*, 5th edition
61. Zhang (2006), *Chinese Contract Law- Theory and Practice*, Leiden Boston: Martinus Nijhoff Publishers
62. Wang Peng, Interpretations of Standard Clauses: A Comparative Study of China and UK Contract Law
63. W. David Slawson, Standard Form Contracts and Democratic Control of Lawmaking Power, *Harvard Law Review*, Vol 84, 579, 1971
64. Workshops- Preliminary Documents and Final Reports, Electronic copy available at <http://aei.pitt.edu/39055/1/A3989.pdf>