

CƠ CHẾ KIỂM SOÁT TÍNH CÔNG BẰNG CỦA CÁC ĐIỀU KHOẢN MẪU THEO PHÁP LUẬT LIÊN MINH CHÂU ÂU VÀ MỘT SỐ NƯỚC THÀNH VIÊN – GỢI MỞ CHO VIỆT NAM

PHAN HOÀI NAM

Khoa Luật Quốc tế, Đại học Luật TP.Hồ Chí Minh
Faculty of International Law, Ho Chi Minh City University of Law
Email: phnam@hcmulaw.edu.vn

TRẦN THỊ NGỌC HÀ

Khoa Luật Quốc tế, Đại học Luật TP.Hồ Chí Minh
Faculty of International Law, Ho Chi Minh City University of Law
Email: ttaha@hcmulaw.edu.vn

Tóm tắt

Pháp luật Việt Nam đã có cơ chế kiểm soát tính công bằng của các điều khoản mẫu, tuy nhiên vẫn chưa thật sự hiệu quả trong việc đảm bảo sự bình đẳng giữa các bên tham gia hợp đồng. Bài viết tập trung tìm hiểu về cơ chế kiểm soát tính công bằng của các điều khoản mẫu trong pháp luật của Liên minh châu Âu và một số quốc gia thành viên. Từ đó, bài viết rút ra một số định hướng nhằm hoàn thiện cơ chế này ở Việt Nam.

Từ khóa: *hợp đồng theo mẫu, điều kiện giao dịch chung, điều khoản bất công, kiểm soát điều khoản mẫu*

Abstract

Although Vietnam has instituted a legal mechanism for controlling the fairness of standard contractual terms, its effectiveness in ensuring the equality between contracting parties remains inadequate. This paper examines the mechanism for controlling the fairness of standard contracts within the legislation of the European Union and some member States. Ultimately, this paper proposes recommendations to improve this regulatory mechanism in Vietnam.

Keywords: *standard contractual forms, general conditions, unfair terms, controlling standard terms*

Ngày nhận bài: 17/6/2023

Ngày duyệt đăng: 30/9/2023

Với sự phát triển đa dạng của các mối quan hệ xã hội trong thời đại mới, thực tiễn giao kết hợp đồng cho thấy sự thay đổi đáng kể về hình thức giao kết. Theo cách truyền thống, nguyên tắc tự do thỏa thuận được thể hiện thông qua quá trình các bên cùng nhau thương lượng, đàm phán từng điều khoản cụ thể để thiết lập nên nội dung hợp đồng.¹ Hiện nay, một hình thức giao kết hợp đồng mới đã phát sinh và chiếm một vị trí khá quan trọng trong đời sống thực tiễn, đó chính là các hợp đồng mẫu với điều khoản được soạn sẵn bởi một bên và bên đối tác

1 Nguyên tắc này bao gồm sự tự do quyết định về việc giao kết hợp đồng hay không, tự do quyết định giao kết hợp đồng với chủ thể nào và tự do thỏa thuận các điều khoản trong hợp đồng; đồng thời, tự do hợp đồng đề cao việc loại trừ sự can thiệp của Nhà nước, đề cao quyền của chủ thể giao kết hợp đồng. Xem thêm: Mindy Chen-Wishart, “Regulating Unfair Terms”, Chapter in *English and European Perspectives on Contract and Commercial Law*, eds. L Gullifer and S Vogenaur, 2015, tr. 105–130, <https://ssrn.com/abstract=2739700>, truy cập ngày 5/7/2023.

còn lại sẽ thể hiện ý chí bằng việc chấp nhận hoặc từ chối giao kết đó (“take it or leave it”).²

Có thể thấy rõ sự khác biệt giữa việc giao kết hợp đồng trên cơ sở hợp đồng mẫu do một bên đưa ra và giao kết hợp đồng trong các giao dịch truyền thống trước đây.³ *Thứ nhất*, đặc trưng của một hợp đồng mẫu là được đơn phương soạn thảo bởi một bên. Vì vậy, giao kết thông qua hợp đồng mẫu không có giai đoạn đàm phán, thương lượng giúp các bên có cơ hội trao đổi, mặc cả với nhau về từng điều khoản trong hợp đồng. *Thứ hai*, hợp đồng mẫu được sử dụng chủ yếu trong các quan hệ tiêu dùng, do đó sự bất cân xứng về năng lực đàm phán và khả năng giao kết hợp đồng là không thể tránh khỏi. Trong quan hệ đó, thương nhân/người bán lúc nào cũng chiếm ưu thế hơn so với người mua/người tiêu dùng, đồng thời người tiêu dùng thường được xem là chủ thể yếu thế hơn trong quan hệ pháp luật này.

Như vậy, trong một quan hệ hợp đồng dựa trên cơ sở hợp đồng mẫu, một số vấn đề có thể phát sinh. *Thứ nhất*, bên còn lại (bên được đề nghị giao kết hợp đồng) có nhận thức được sự tồn tại hay nội dung của điều khoản mẫu do một bên đưa ra hay không, và làm cách nào để điều khoản mẫu đó phát sinh tính ràng buộc? *Thứ hai*, việc sử dụng hợp đồng có nguy cơ tạo ra bất lợi cho bên còn lại, vậy làm thế nào để đảm bảo tính công bằng trong trường hợp này? *Thứ ba*, các điều khoản mẫu nên được giải thích như thế nào khi bên còn lại không có khả năng tác động vào quá trình soạn thảo hợp đồng? Nghiên cứu pháp luật của Liên minh châu Âu (*European Union, EU*) và một số quốc gia thành viên EU, với tư cách là những chủ thể có khung pháp luật đầy đủ và hiệu quả cho cơ chế kiểm soát tính công bằng của các điều khoản mẫu, đặc biệt là đối với hợp đồng tiêu dùng, sẽ gợi mở cho Việt Nam những định hướng nhất định cho việc hoàn thiện khung pháp luật điều chỉnh về vấn đề này.

1. Cơ chế kiểm soát tính công bằng của các điều khoản mẫu trong pháp luật của Liên minh châu Âu và một số quốc gia thành viên Liên minh châu Âu

1.1. Chỉ thị số 93/13/EEC của Ủy ban châu Âu năm 1993

- 2 Friedrich Kessler, “The Contracts of Adhesion—Some Thoughts about Freedom of Contract Role of Compulsion in Economic Transactions”, *Columbia Law Review*, No. 43(629), 1943, tr. 1395.
- 3 Giả thuyết cơ bản phản ánh thực tiễn của thế kỷ 19 là (i) các bên tham gia quan hệ hợp đồng có năng lực đàm phán và ký kết ngang bằng nhau (đương nhiên đã loại trừ các trường hợp liên quan đến bảo vệ người chưa thành niên, người hạn chế năng lực hành vi dân sự...) và (ii) quá trình xác lập hợp đồng là đàm phán và thương lượng, các bên đã có cơ hội mặc cả với nhau về từng điều khoản của hợp đồng. Xem: Andreas Abegg, and Annemarie Thatcher, “Review Essay—Freedom of Contract in the 19th Century: Mythology and the Silence of the Sources—Sibylle Hofer’s Freiheit ohne Grenzen? Privatrechtstheoretische Diskussionen im 19 Jahrhundert”, *German Law Journal*, Vol. 5.1(5), 2004, tr. 101.

Chỉ thị số 93/13/EEC về các điều khoản không công bằng là một trong những thành quả quan trọng của Ủy ban châu Âu nhằm điều chỉnh toàn bộ các hợp đồng tiêu dùng để đảm bảo yêu cầu bảo vệ người tiêu dùng ở mức độ tối thiểu. Chỉ thị đã đưa ra một cơ chế kiểm soát tính công bằng của các điều khoản mẫu và yêu cầu tất cả các nước thành viên phải loại bỏ các điều khoản bất công được sử dụng cho hợp đồng. Cơ chế để đánh giá tính không công bằng của các điều khoản mẫu được quy định tại Điều 3 và Điều 4 của Chỉ thị. Cụ thể, Điều 3 là một điều khoản mang tính khái quát chung, được làm rõ bởi phụ lục của Chỉ thị đi kèm danh mục các điều khoản được xem là không công bằng. Điều 4 đưa ra các tiêu chí cần được xem xét để đánh giá một điều khoản như thế nào là không công bằng. Ngoài ra, trong nhiều án lệ của mình, Tòa án Công lý châu Âu đã giải thích các khái niệm này và xây dựng các tiêu chí đánh giá cụ thể hơn.

Điều khoản chủ đạo của Chỉ thị số 93/13/EEC là Điều 3(1), định nghĩa một cách khái quát về tiêu chí công bằng của điều khoản mẫu như sau: “Mọi điều khoản hợp đồng được đưa ra mà không có sự thương lượng giữa các bên [hợp đồng mẫu] sẽ bị coi là không công bằng [và vô hiệu] nếu điều khoản đó đi ngược lại với yêu cầu về sự thiện chí, dẫn đến một sự bất cân xứng đáng kể đối với quyền và nghĩa vụ của các bên phát sinh từ hợp đồng, gây bất lợi cho người tiêu dùng”. Theo đó, tiêu chí chung để đánh giá tính công bằng của các điều khoản mẫu là: (i) sự bất cân xứng đáng kể giữa quyền và nghĩa vụ của các bên gây bất lợi cho người tiêu dùng và (ii) đi ngược lại với yêu cầu về sự thiện chí.⁴ Ưu điểm lớn nhất của điều khoản này là tính linh hoạt, có thể thích nghi với sự thay đổi của đời sống xã hội, nhưng đồng thời, tính khái quát chung của điều khoản cũng yêu cầu một sự hướng dẫn cụ thể từ án lệ hay các nguồn bổ trợ khác. Điều 3(3) của Chỉ thị đưa ra một danh sách suy đoán vô hiệu (*grey list*) mang tính mở, trong đó một điều khoản hợp đồng thuộc danh mục này không được mặc nhiên xem là không công bằng mà còn cần có sự xem xét của chủ thể có thẩm quyền. Cách quy định này nhằm phân biệt với danh sách “đen” (*black list*) bao gồm các điều khoản được coi là đương nhiên vô hiệu.

2.2. Pháp luật của một số quốc gia thành viên Liên minh châu Âu

Trên cơ sở các quy định tại Chỉ thị số 93/13/EEC, Pháp, Đức và nhiều quốc gia thành viên của Liên minh châu Âu đã ban hành các văn bản pháp luật phù hợp với quy định của Chỉ thị. Cụ thể, để kiểm soát các điều khoản lạm dụng (*abusive terms*) nhằm bảo vệ người tiêu dùng

4 Đỗ Giang Nam, “Bình luận về các quy định liên quan đến Hợp đồng theo mẫu và Điều kiện giao dịch chung trong Dự thảo Bộ luật Dân sự (sửa đổi)”, *Tạp chí Nghiên cứu lập pháp*, số 5(285), 2015, <http://lapphap.vn/Pages/tintuc/tinchitiet.aspx?tintucid=208330>, truy cập ngày 5/7/2023.

trong quan hệ hợp đồng, Điều 7 Bộ luật Dân sự (BLDS) Cộng hòa Liên bang Đức năm 2002 quy định: “Các điều khoản thương mại theo mẫu sẽ không có hiệu lực nếu đi ngược lại với nguyên tắc thiện chí trong giao kết hợp đồng, chúng đưa ra cho bên giao kết các bất lợi không hợp lý. Các bất lợi không hợp lý có thể phát sinh từ các điều khoản không rõ ràng và khó hiểu”. Điều 307 cũng khẳng định: “Các điều khoản thương mại chung sẽ không có hiệu lực nếu đi ngược lại với nguyên tắc thiện chí trong giao kết hợp đồng, chúng đưa ra cho bên giao kết các bất lợi không hợp lý. Các bất lợi không hợp lý có thể là kết quả của việc các điều kiện đó không rõ ràng và toàn vẹn”. Theo đó, cơ sở để xác định một điều khoản thương mại chung là bất lợi hay không hợp lý khi: (i) không phù hợp với các nguyên tắc cơ bản của pháp luật và (ii) hạn chế các quyền hoặc nghĩa vụ phát sinh từ bản chất của hợp đồng theo cách có thể gây ra rủi ro là sẽ không đạt được mục đích của hợp đồng.⁵

Cụ thể, Điều 305 của BLDS Đức quy định ba điều kiện cần được đáp ứng để điều khoản mẫu trở thành một phần của hợp đồng, bao gồm: (i) bên đưa ra điều khoản mẫu cần phải công khai lưu ý cho bên còn lại về sự tồn tại của điều khoản mẫu; (ii) bên đưa ra điều khoản mẫu cần tính đến bất kỳ hạn chế nào về mặt thể chất của bên kia mà bên đưa ra biết và có thể ảnh hưởng đến nội dung của điều khoản mẫu và (iii) bên còn lại phải ý thức các điều khoản mẫu sẽ điều chỉnh giao dịch pháp lý đó. Điều 6:233 của BLDS Hà Lan cũng có cách tiếp cận tương tự, rằng việc áp dụng điều khoản mẫu sẽ bị vô hiệu nếu bên ban hành không trao cho bên còn lại cơ hội hợp lý (*a reasonable opportunity*) để nhận thức được nội dung của điều khoản mẫu đó. Trong khi đó, Điều 405 của BLDS năm 2015 của Việt Nam chỉ ghi nhận: “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. Hợp đồng theo mẫu phải được công khai để bên được đề nghị biết hoặc phải biết về những nội dung của hợp đồng”. Quy định của điều khoản chỉ đề cập thời gian hợp lý để trả lời và nghĩa vụ công khai nội dung hợp đồng theo mẫu chứ không đề cập nghĩa vụ của bên đưa ra hợp đồng mẫu như cách quy định của Đức hay Hà Lan. Như vậy, có thể nhận thấy, các quy định này trong pháp luật của Đức và Hà Lan chi tiết và rõ ràng hơn so với quy định hiện hành của pháp luật Việt Nam, không chỉ yêu cầu một bên cho bên đối tác “thời gian hợp lý” để biết đến sự tồn tại của các điều khoản đó mà còn phải thực hiện những nghĩa vụ tích cực hơn trong việc xem xét cả hoàn cảnh của bên đối tác để có thể cân nhắc tất cả các khả năng có thể tác

5 Như trên.

động đến nội dung của điều khoản mẫu, đảm bảo điều khoản thương mại được ký kết là thật sự hợp lý và công bằng.

Ngoài ra, Điều 308 và 309 của BLDS Đức cũng cung cấp một danh sách các điều khoản bị vô hiệu đương nhiên hoặc có thể bị vô hiệu trên cơ sở đánh giá của các cơ quan tư pháp. Cụ thể, có 13 loại điều khoản mà pháp luật quy định là đương nhiên vô hiệu theo Điều 309: điều khoản thông báo tăng giá; điều khoản quy định về quyền từ chối thực hiện nghĩa vụ; điều khoản hạn chế quyền đưa ra khiếu nại; điều khoản về thông báo và thời hạn thực hiện nghĩa vụ; điều khoản gộp các yêu cầu bồi thường; điều khoản phạt; điều khoản loại trừ trách nhiệm đối với các thiệt hại về tính mạng, sức khỏe; các điều khoản hạn chế trách nhiệm trong các trường hợp vi phạm nghĩa vụ khác; điều khoản về thời hạn thực hiện các nghĩa vụ định kỳ; điều khoản thay đổi bên giao kết; điều khoản về trách nhiệm của đại lý trong giao kết hợp đồng; điều khoản về trách nhiệm chứng minh; điều khoản về mẫu thông báo.

Bên cạnh các điều khoản đương nhiên vô hiệu, có 8 điều khoản cần phải có sự xem xét, đánh giá của Tòa án hoặc cơ quan, tổ chức có thẩm quyền để kết luận tại Điều 308 là: điều khoản quy định thời hạn để chấp thuận thực hiện công việc; điều khoản quy định về thời hạn bổ sung cho việc thực hiện nghĩa vụ; điều khoản về quyền chấm dứt hợp đồng; điều khoản sửa đổi hợp đồng; điều khoản về các tuyên bố không có cơ sở; điều khoản về việc giao nhận không có cơ sở; điều khoản kết thúc hợp đồng; điều khoản cho phép bên soạn thảo tự giải phóng khỏi mọi nghĩa vụ trong hợp đồng. Có thể thấy, BLDS Đức đã quy định rất rõ ràng, cụ thể về các điều khoản thương mại chung, đặc biệt Bộ luật cũng đã dự liệu rất chi tiết về những điều khoản, điều kiện có khả năng bị xem xét vô hiệu hoặc đương nhiên vô hiệu. Điều này giúp người tiêu dùng trong quá trình giao dịch dễ dàng bảo vệ quyền lợi của mình hơn khi có thể so sánh, đối chiếu các điều khoản, điều kiện mà doanh nghiệp ban hành với những quy định cấm hoặc hạn chế của pháp luật và người tiêu dùng cũng không cần phải chứng minh.

Đối với pháp luật Pháp, trên cơ sở cho rằng người tiêu dùng là đối tượng yếu thế và dễ bị thiệt hại hơn trong mối quan hệ với thương nhân,⁶ Bộ luật Tiêu dùng của Pháp đã dự liệu và quy định các nghĩa vụ đối với thương nhân khi bán hàng hay cung ứng dịch vụ cho người tiêu dùng. Bộ luật cũng đưa ra các quy định mang tính quy chuẩn đối với các hợp đồng thường được sử dụng trong một số lĩnh vực đặc thù và thông thường các hợp đồng này sẽ là hợp đồng soạn sẵn/hợp đồng mẫu. Để kiểm soát các

⁶ Martin Ebers, “Unfair Contract Terms Directive (93/13)”, <https://www.consiglionazionaleforense.it/documents/25901/232833/C.+Unfair+Contract+Terms+Directive+%2893-13%29+.pdf/7c2f3f29-c7ad-45be-a5e2-e482ee67b3da>, truy cập ngày 5/7/2023.

điều khoản lạm dụng, Điều L.132-1 Bộ luật Tiêu dùng Pháp năm 1993, bản cập nhật số 858/2010 dành riêng một điều khoản để bảo vệ người tiêu dùng khỏi những điều khoản lạm dụng. Theo đó, trong hợp đồng giữa những người kinh doanh chuyên nghiệp và không chuyên nghiệp – được hiểu là giữa thương nhân và người tiêu dùng, những điều khoản được xem là lạm dụng khi chúng hướng đến hoặc có kết quả là gây thiệt hại cho những người tiêu dùng, hoặc gây ra một sự mất cân bằng đáng kể giữa quyền và nghĩa vụ của các bên trong hợp đồng.

Như vậy, mặc dù không trực tiếp đề cập chế định hợp đồng theo mẫu nhưng những quy định của Bộ luật Tiêu dùng Pháp đã bao gồm đầy đủ các điều kiện, điều khoản của hợp đồng mang tính chất định khung để các nhà sản xuất, kinh doanh hàng hóa, dịch vụ soạn thảo và đưa ra để người tiêu dùng xem xét và ký kết. Những quy định của Bộ luật Tiêu dùng Pháp rất chặt chẽ và có phần khắt khe hơn đối với các doanh nghiệp bởi trong các giao dịch, các thương nhân, doanh nghiệp luôn là chủ thể có vị thế cao hơn về mọi phương diện so với người tiêu dùng, thể hiện rõ quan điểm bảo vệ người tiêu dùng của các nhà lập pháp của Pháp.⁷

2. Định hướng hoàn thiện việc đảm bảo tính công bằng của các điều khoản mẫu trong pháp luật Việt Nam

2.1. Cơ chế kiểm soát hợp đồng mẫu hiện hành ở Việt Nam

Trong pháp luật Việt Nam hiện hành, vấn đề điều khoản mẫu được điều chỉnh chủ yếu trong Bộ luật Dân sự Việt Nam năm 2015 (BLDS 2015) và Luật Bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng năm 2023 (Luật BVQLNTD 2023). Với những câu hỏi quan trọng đã được đặt ra trong phần dẫn nhập liên quan đến cơ chế đảm bảo tính công bằng trong các điều khoản mẫu, soát xét nội dung của khung pháp luật Việt Nam, nhóm tác giả có những nhận xét như sau:

Thứ nhất, bên được đề xuất hợp đồng đã, đang nhận thức được sự tồn tại hay nội dung của điều khoản mẫu do một bên đưa ra hay không, và làm cách nào để điều khoản mẫu đó phát sinh tính ràng buộc? Trả lời cho vấn đề này, BLDS năm 2015 chưa đưa ra quy định cụ thể, nhưng trong định nghĩa của hợp đồng theo mẫu cũng đã thể hiện rằng, bên đề nghị phải trao cho bên kia một “thời gian hợp lý” để cân nhắc trước khi chấp nhận đề nghị hợp đồng.⁸ Đồng thời, BLDS năm 2015 cũng quy định rõ là

7 Nguyễn Thị Ngọc Anh, *Pháp luật về hợp đồng dân sự theo mẫu trên thế giới - những kinh nghiệm đối với Việt Nam*, Luận văn thạc sĩ, Đại học Quốc gia Hà Nội, Việt Nam, 2011, tr. 41.

8 Khoản 1 Điều 405 của BLDS năm 2015: “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 đã đưa ra”.

“hợp đồng theo mẫu phải được công khai để bên được đề nghị biết hoặc phải biết về nội dung của hợp đồng”.

Dưới góc độ nghiên cứu so sánh với pháp luật của Đức hay Hà Lan, ở khía cạnh này pháp luật Việt Nam mặc dù đã quy định về “thời gian hợp lý” nhưng vẫn chưa xét đến hoàn cảnh của bên đối tác để có thể cân nhắc tất cả các khả năng có thể tác động đến nội dung của điều khoản mẫu. Chẳng hạn, mặc dù đã được đề cập trong một văn bản quy phạm pháp luật với mục đích giải thích cụ thể hơn các điều khoản của BLDS nhưng Luật BVQLNTD năm 2023 cũng chưa làm rõ được vấn đề này. Cụ thể, tại khoản 1, Điều 26 Luật BVQLNTD năm 2010 cũng chỉ quy định tương tự với nội dung của BLDS (và với Luật BVQLNTD năm 2010): “Tổ chức, cá nhân kinh doanh hàng hóa phải dành thời gian hợp lý để người tiêu dùng nghiên cứu hợp đồng trước khi giao kết hợp đồng theo mẫu”. Tuy nhiên, các văn bản luật này đều không nêu rõ “thời gian hợp lý” sẽ được xác định như thế nào. Điều này sẽ có thể gây ra những vi phạm không đáng có trong quá trình bên cung cấp dịch vụ, sản phẩm với người tiêu dùng.

Dù vậy, một điểm sáng có thể thấy khi đối chiếu với Luật BVQLNTD năm 2010 đó là tại khoản 3 Điều 26 của Luật BVQLNTD năm 2023 quy định: “Hợp đồng theo mẫu phải được công bố công khai... để người tiêu dùng biết về nội dung của hợp đồng trước khi giao kết hợp đồng hoặc thực hiện hoạt động đặt cọc, thanh toán trước khi hợp đồng được giao kết”. Quy định đã chặt chẽ hơn rất nhiều so với quy định tại Luật năm 2010 khi ghi nhận việc người tiêu dùng “biết hay phải biết” về sự tồn tại của điều khoản mẫu – điều mà có khả năng trở thành đề tài cho sự tranh chấp giữa các bên khi giải thích nội hàm của điều khoản.⁹ Mặc dù vậy, điều khoản được sửa đổi trong Luật BVQLNTD năm 2023 vẫn chưa thật sự nhấn mạnh nghĩa vụ của bên cung cấp hàng hóa, dịch vụ trong việc đảm bảo sự hiểu biết của người tiêu dùng đối với sự tồn tại của hợp đồng mẫu.

Thứ hai, một khi các điều khoản mẫu đã thỏa mãn các điều kiện để trở thành một phần của hợp đồng, vấn đề tiếp theo đặt ra là đảm bảo tính công bằng của điều khoản mẫu. Hai nguyên nhân chính thường được đưa ra để lý giải vì sao cần kiểm soát tính công bằng của điều khoản mẫu, đó là học thuyết về chi phí giao dịch và học thuyết về lạm dụng vị thế.¹⁰ Học thuyết về chi phí giao dịch nhấn mạnh đến tính chất hay bản chất của hợp đồng mẫu dựa vào sự bất cân xứng về chi phí giao dịch (*transaction costs*) giữa bên đưa ra điều khoản mẫu và bên còn lại, hay nói cách khác sự

9 Lê Anh, “Cần quy định chặt chẽ hợp đồng theo mẫu để bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng”, *Công thông tin điện tử của Quốc hội*, <https://quochoi.vn/tintuc/Pages/tin-hoat-dong-cua-quoc-hoi.aspx?ItemID=69109>, truy cập ngày 20/8/2023.

10 Martin Ebers, *ltd.*

chênh lệch chi phí đầu tư ban đầu vào hợp đồng sẽ dẫn đến sự khác biệt về lượng thông tin hai bên có được khi giao dịch bằng hợp đồng mẫu.¹¹ Học thuyết về lạm dụng vị thế cũng dựa trên khái niệm về sự chênh lệch vị thế thương lượng giữa các bên (*inequality of bargaining power*). Tuy nhiên, nếu học thuyết về chi phí giao dịch nhấn mạnh tính công bằng nằm ở bản chất của hợp đồng, thì học thuyết chênh lệch vị thế thương lượng giữa các bên nhấn mạnh đến nhu cầu bảo vệ nhóm người yếu thế - người mua/người tiêu dùng trong mối quan hệ hợp đồng.¹²

Hai học thuyết trên đã được áp dụng trong việc hình thành nên BLDS năm 2015 và Luật BVQLNTD năm 2023. Luật BVQLNTD năm 2023 đã ghi nhận danh sách các điều khoản không được phép quy định trong hợp đồng mẫu/điều kiện giao dịch chung khi giao kết với người tiêu dùng nhằm chống lại các điều khoản bất công có thể được đưa ra bởi doanh nghiệp.¹³ Hay BLDS năm 2015 cũng ghi nhận một cách tương đối khái quát là bất cứ điều khoản mẫu mang tính “loại trừ trách nhiệm” hay “tăng thêm trách nhiệm” nào được đưa vào hợp đồng theo mẫu đều sẽ bị vô hiệu, trừ trường hợp các bên có thỏa thuận khác.¹⁴ Tuy nhiên, như đã đề cập, những điều khoản này vẫn còn khá chung và trừu tượng, vẫn còn có thể tạo ra rất nhiều lỗ trống trong quá trình áp dụng trên thực tiễn,¹⁵ nhất là khi các điều khoản đều có quy định đi kèm là “trừ trường hợp pháp luật có quy định khác”.

Như vậy có thể thấy, pháp luật Việt Nam hiện hành chỉ mới dừng lại ở việc đưa ra danh mục một số điều khoản mẫu là đương nhiên vô hiệu (với cách gọi tên là các điều khoản “không được phép quy định trong hợp đồng”). Cách thức quy định như vậy, mặc dù giúp giảm chi phí và đơn giản hóa sự tiếp cận đối với người tiêu dùng và người đưa ra điều khoản cũng dễ dàng kiểm soát được tính công bằng của các điều khoản mình đưa ra,¹⁶ tuy nhiên, vì mang tính chi tiết như vậy nên quy định trên sẽ thiếu đi sự linh hoạt và không thể trở thành một nguyên tắc chung để đảm bảo chuẩn mực cho điều khoản về tính công bằng trong pháp luật hợp đồng Việt Nam.

11 Martijn W. Hesselink and Marco Loos, “Unfair Contract Terms in B2C Contracts”, *ad hoc briefing paper for the European Parliament’s Committee on Legal Affairs*, 2012, tr. 23, <https://ssrn.com/abstract=2083041>, truy cập ngày 5/7/2023.

12 Ewoud Hondius, “The Protection of the Weak Party in a Harmonised European Contract Law: A Synthesis”, *Journal of Consumer Policy*, Vol. 27, 2004, tr. 245–254, <https://doi.org/10.1023/B:COPO.0000040520.48379.60>, truy cập ngày 5/7/2023.

13 Điều 25 Luật BVQLNTD năm 2023.

14 Khoản 3 Điều 406 BLDS năm 2015.

15 Lê Nét, “Góp ý dự thảo Bộ luật dân sự sửa đổi về điều khoản miễn trừ trách nhiệm”, *Tạp chí Khoa học pháp lý*, số 02(27), 2005, tr. 14–18.

16 Tjatie Naude, “The use of black and grey lists in unfair contract terms legislation: A comparative perspective”, *South African Law Journal*, 124(1):128–164, 2007, tr. 129–235, https://journals.co.za/content/journal/ju_salj, truy cập ngày 5/7/2023.

Thứ ba, các điều khoản mẫu nên được giải thích như thế nào khi bên còn lại không có khả năng tác động vào quá trình soạn thảo hợp đồng? Theo quy định tại khoản 2 Điều 405 BLDS 2015, “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”, hay theo quy định tại Điều 24 Luật BVQLNTD 2023 ghi nhận: “Trong trường hợp hiểu khác nhau về nội dung hợp đồng giao kết với người tiêu dùng... thì việc giải thích được thực hiện theo hướng có lợi cho người tiêu dùng”. Cách tiếp cận về nguyên tắc giải thích điều khoản mẫu như trên cũng được thừa nhận rộng rãi ở nhiều quốc gia dựa trên học thuyết “*contra proferentem*”,¹⁷ theo đó khi điều khoản có nội dung không rõ ràng, mơ hồ hoặc thậm chí là có cách hiểu khác nhau thì nên được ưu tiên giải thích theo hướng bất lợi cho bên soạn thảo ra điều khoản đó.¹⁸ Tuy nhiên, pháp luật Việt Nam lại chưa có một câu trả lời chính xác liệu khi có mâu thuẫn giữa một điều khoản mẫu và điều khoản do các bên trực tiếp đàm phán thì điều khoản nào sẽ có hiệu lực? Cách giải quyết vấn đề ở một số quốc gia, chẳng hạn như Đức, sẽ là ưu tiên điều khoản các bên soạn thảo vì nó phản ánh rõ ưu thế của ý chí chung so với ý chí của một bên.¹⁹ Như vậy, có thể thấy cách tiếp cận của pháp luật Đức cũng rất hữu hiệu trong tương lai nếu Tòa án bắt gặp những vấn đề tương tự.

2.2. Định hướng hoàn thiện cơ chế đảm bảo tính công bằng trong các điều khoản của hợp đồng mẫu

Thứ nhất, pháp luật cần quy định việc trao cơ hội hợp lý cho bên được đề nghị giao kết hợp đồng tìm hiểu, nhận biết điều khoản mẫu. Như đã phân tích ở trên, cách tiếp cận chung của pháp luật EU và một số quốc gia thành viên EU cũng như Việt Nam là điều khoản mẫu chỉ trở thành một phần của hợp đồng khi bên đưa ra điều khoản mẫu đó đã “tích cực” trao cho bên đối tác một “cơ hội hợp lý” để hiểu biết và đánh giá về nội dung của điều khoản đó. Tuy nhiên, cách quy định của BLDS Việt Nam hiện tại có thể dẫn đến cách giải thích là chỉ cần “công khai” hợp đồng theo mẫu là đủ để đáp ứng điều kiện bảo vệ bên đối tác của bên đưa ra điều khoản mẫu. Kinh nghiệm quốc tế cho thấy, việc đưa ra các quy định và nguyên tắc nhằm giúp đối tác thực sự có cơ hội nhận diện quyền và nghĩa vụ của mình khi giao kết hợp đồng, đặc biệt là những điều khoản có khả năng gây bất lợi cao đối với họ như điều khoản về giải

17 Tony Foster and Bui Thanh Tien, *Corporate Acquisitions and Mergers in Vietnam*, 4th Edition, Wolters Kluwer, 2020, tr. 110.

18 Michelle Boardman, “Contra Proferentem: The Allure of Ambiguous Boilerplate”, *Michigan Law Review*, Vol. 104, tr. 1105, 2006, <https://ssrn.com/abstract=995282>, truy cập ngày 5/7/2023; Joanna McCunn, “The contra proferentem rule: Contract law’s great survivor”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 39, 2019.

19 Điều 305c của BLDS Đức.

quyết tranh chấp hay xác định pháp luật áp dụng đối với hợp đồng có yếu tố nước ngoài là thật sự cần thiết. Trên cơ sở đó, Việt Nam có thể chủ động trong việc ghi nhận nghĩa vụ “đảm bảo và cân nhắc các yếu tố có thể tác động đến nhận thức về sự tồn tại của hợp đồng mẫu của bên tiêu dùng” cho bên đưa ra hợp đồng mẫu để đề nghị giao kết. Nghĩa vụ trên bao gồm đảm bảo “thời gian hợp lý”, “cơ hội hợp lý”, “tính công khai của hợp đồng mẫu”, “ghi nhận và cân nhắc đến những hạn chế về mặt vật chất hoặc tinh thần có khả năng tác động đến nội dung của hợp đồng mẫu của người tiêu dùng”,...

Thứ hai, cần quy định về ngôn ngữ và thể thức trình bày điều khoản. Việc nhận biết được điều khoản mẫu là bước đầu tiên cho việc đảm bảo tính công bằng đối với hình thức của một hợp đồng theo mẫu. Ngoài ra, hợp đồng theo mẫu phải được soạn thảo và trình bày theo ngôn ngữ và cách thức phù hợp để người tiêu dùng có hiểu được nội dung của chúng một cách đúng đắn nhất. Luật BVQLNTD năm 2023 vẫn kế thừa cách quy định của phiên bản năm 2010 trong việc quy định khái quát rằng hợp đồng theo mẫu trong trường hợp được thể hiện bằng văn bản phải có ngôn ngữ rõ ràng, dễ hiểu. Ngoài ra, luật này cũng quy định một số yêu cầu như ngôn ngữ được sử dụng phải bằng tiếng Việt, nhưng các bên có thể thỏa thuận sử dụng thêm ngôn ngữ khác.²⁰ Các quy định trên mặc dù đầy đủ nhưng sẽ không có hiệu quả trên thực tế nếu không đi kèm với hệ thống chế tài hiệu lực.

Do đó, pháp luật Việt Nam có thể ứng dụng học thuyết “*contra proferentem*” để khuyến khích việc soạn thảo các điều khoản mẫu theo ngôn ngữ đơn giản và dễ hiểu. Đó không chỉ là sự quy định về việc giải thích điều khoản mẫu không rõ ràng theo quy định tại khoản 2 Điều 405 BLDS năm 2015, mà còn áp dụng luôn cho cả các điều khoản khác của hợp đồng mẫu với khuynh hướng giải thích hợp đồng có lợi cho bên được đề nghị giao kết hợp đồng như cách quy định tại Điều 24 LBVQLNTD năm 2023.²¹ Đồng thời, có thể xem xét sự “không minh bạch” (*non-transparency*) của điều khoản mẫu là yếu tố cấu thành các điều khoản mẫu bất công (*unfair terms*) và khi đó có thể tuyên bố điều khoản mẫu là vô hiệu.²²

20 Xem Điều 14 Luật BVQLNTD năm 2010 và Khoản 2 Điều 23 Luật BVQLNTD năm 2023.

21 Điều 24 Luật BVQLNTD năm 2023 quy định về giải thích hợp đồng giao kết với người tiêu dùng, hợp đồng theo mẫu, điều kiện giao dịch chung. Theo đó, trong trường hợp hiểu khác nhau về nội dung hợp đồng giao kết với người tiêu dùng, hợp đồng theo mẫu, điều kiện giao dịch chung thì việc giải thích được thực hiện theo hướng có lợi cho người tiêu dùng.

22 Lê Nét, *ltd*, tr. 18; Von Bar, Christian, Eric Clive, and Hans Schulte-Nölke, “Factors to be taken into account in assessing unfairness”, *Principles, definitions and model rules of European private law: draft common frame of reference (DCFR)*, Walter de Gruyter, 2009, tr. 277-284.

Thứ ba, các quy định liên quan cần đảm bảo công bằng về mặt nội dung của các điều khoản mẫu. Nếu như yêu cầu thứ nhất và thứ hai thiên về đảm bảo công bằng về mặt hình thức, giúp người tiêu dùng biết và hiểu sự tồn tại và nội dung của các điều khoản mẫu, thì yêu cầu thứ ba này nhằm loại bỏ các điều khoản mẫu bất công. Có hai cách thức quy định hữu hiệu có thể sử dụng: (i) đưa ra một điều khoản chung mang tính nguyên tắc định nghĩa về điều khoản bất công (*unfair terms*) và (ii) đưa ra một danh mục mang tính liệt kê những điều khoản nào sẽ đương nhiên vô hiệu. Hiện nay, Việt Nam đã làm khá tốt trong việc đưa ra được một “*black list*”, cụ thể là 15 loại điều khoản không được phép quy định trong hợp đồng mẫu theo quy định tại Luật BVQLNTD năm 2023. Nhưng từ kinh nghiệm quốc tế cũng như thực tế áp dụng điều khoản mẫu ở Việt Nam, việc đưa ra một danh mục những điều khoản cần được xem xét (“*grey list*”) có thể được suy đoán vô hiệu bởi cơ quan có thẩm quyền sẽ hiệu quả hơn do tính linh hoạt cao, phù hợp với thực tiễn các giao dịch dân sự vốn thay đổi nhanh chóng. Danh mục này có thể bao gồm các điều khoản liên quan đến: loại trừ trách nhiệm do cái chết hay bị thương; loại trừ trách nhiệm do lỗi dịch vụ, loại trừ trách nhiệm do trễ hẹn, loại trừ trách nhiệm do không thực hiện các nghĩa vụ trong hợp đồng...²³

Như vậy, các vấn đề liên quan đến kiểm soát tính công bằng của hợp đồng mẫu hiện đang được điều chỉnh bởi BLDS năm 2015 và Luật BVQLNTD năm 2023. Tuy nhiên, như đã phân tích, quy định hiện hành ở Việt Nam vẫn còn nhiều lỗ hổng, trong đó BLDS năm 2015 với tư cách là văn bản luật gốc của hệ thống luật tư nên có một cơ chế kiểm soát hiệu quả hơn. Việt Nam có thể dựa trên quy định của Chỉ thị 93/13/EEC về điều khoản không công bằng để thiết lập một điều khoản chung cho phép sự can thiệp của Tòa án vào từng tranh chấp cụ thể nằm ngoài danh mục các điều khoản được coi là không công bằng trong Luật BVQLNTD và BLDS hiện hành.²⁴

Với cơ sở phân tích như trên, xuất phát từ sự nghiên cứu so sánh pháp luật của các quốc gia thành viên EU và đặc biệt là Chỉ thị 93/13/EEC của EU, cơ chế kiểm soát ba tầng có thể được hình thành ở Việt Nam như một sự kết hợp hữu hiệu đảm bảo tính công bằng của điều khoản mẫu, đó là: (i) định nghĩa về điều khoản bất công (hay điều khoản không công bằng – *unfair terms*), (ii) quy định danh mục các điều khoản đương nhiên vô hiệu (*black list*) và (iii) quy định danh mục điều khoản có thể được suy đoán vô hiệu (*grey list*).

23 Samuel Killoran, “Unfair Contract Terms Guidance (Grey Listed Terms)”, <https://lawdit.co.uk/readingroom/unfair-contract-terms-guidance-grey-listed>, truy cập ngày 10/7/2023.

24 Abegg, Andreas, and Annemarie Thatcher, *uldd*, tr. 107.

Kết luận

Để đảm bảo tính công bằng của các điều khoản mẫu, cần phải có những chế định, quy định rõ ràng, minh bạch hơn, kiểm soát hiệu quả hơn cả về hình thức và nội dung của các điều khoản. Dưới góc nhìn của luật so sánh và kinh nghiệm từ pháp luật EU và một số quốc gia thành viên, các nội dung trong pháp luật Việt Nam cần thiết phải có sự điều chỉnh về các vấn đề liên quan đến yêu cầu về sự nhận thức của các bên đối với từng nội dung của hợp đồng mẫu; hoàn thiện yêu cầu về thể thức của điều khoản cùng với một hệ thống chế tài có hiệu lực và đặc biệt là hoàn thiện cơ chế kiểm soát nội dung của hợp đồng để kịp thời vô hiệu hóa các điều khoản bất công và đảm bảo tính công bằng của điều khoản. Hơn nữa, trong bối cảnh các quan hệ xã hội ngày càng phức tạp và biến đổi không ngừng, cơ chế kiểm soát tính công bằng của các điều khoản mẫu cũng cần sự linh hoạt tương ứng và mang tính thích nghi cao với sự thay đổi đó. ●

Tài liệu tham khảo

- [1] Andreas Abegg, and Annemarie Thatcher, “Review Essay—Freedom of Contract in the 19th Century: Mythology and the Silence of the Sources—Sibylle Hofer’s Freiheit ohne Grenzen? Privatrechtstheoretische Diskussionen im 19. Jahrhundert”, *German Law Journal*, 5.1(5), 2004
- [2] Nguyễn Thị Ngọc Anh, *Pháp luật về hợp đồng dân sự theo mẫu trên thế giới - những kinh nghiệm đối với Việt Nam*, Luận văn thạc sỹ, Đại học Quốc gia Hà Nội, Việt Nam, 2011 [trans: Nguyen Thi Ngoc Anh, *Law on standard civil contracts on the world – Experiences for Vietnam*, Master’s Thesis, Hanoi National University, Vietnam, 2011]
- [3] Von Bar, Christian, Eric Clive, and Hans Schulte-Nölke, *Principles, definitions and model rules of European private law: draft common frame of reference (DCFR)*, Walter de Gruyter, 2009
- [4] Michelle Boardman, “Contra Proferentem: The Allure of Ambiguous Boilerplate”, *Michigan Law Review*, Vol. 104, 2006
- [5] Mindy Chen-Wishart, *English and European Perspectives on Contract and Commercial Law*, eds. L Gullifer and S Vogenaur, 2015
- [6] Foster and Bui Thanh Tien, *Corporate Acquisitions and Mergers in Vietnam (4th Edition)*, Wolters Kluwer, 2020
- [7] Martijn W. Hesselink and Marco Loos, “Unfair Contract Terms in B2C Contracts”, *ad hoc briefing paper for the European Parliament’s Committee on Legal Affairs*, 2012
- [8] Ewoud Hondius, “The Protection of the Weak Party in a Harmonised European Contract Law: A Synthesis”, *Journal of Consumer Policy*, Vol. 27, 2004
- [9] Friedrich Kessler, “The Contracts of Adhesion—Some Thoughts about Freedom of Contract Role of Compulsion in Economic Transactions”, *Columbia Law Review*, Vol. 629(43), 1943
- [10] Joanna McCunn, “The contra proferentem rule: Contract law’s great survivor”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 39, 2019
- [11] Đỗ Giang Nam, “Bình luận về các quy định liên quan đến Hợp đồng theo mẫu và Điều kiện giao dịch chung trong Dự thảo Bộ luật Dân sự (sửa đổi)”, *Tạp chí Nghiên cứu lập pháp* số 5(285), 2015 [trans: Do Nam Giang, “Comments on provisions related to Standard Contracts and General Transaction Conditions in the Draft Civil Code (amended)”, *Legislative Journal*, No.5(285), 2015]
- [12] Tjatie Naude, “The use of black and grey lists in unfair contract terms legislation: A comparative perspective”, *South African Law Journal*, Vol. 124(1):128-164, 2007
- [13] Lê Nét, “Góp ý dự thảo Bộ luật dân sự sửa đổi về điều khoản miễn trừ trách nhiệm”, *Tạp chí Khoa học pháp lý*, số 02(27), 2005 [trans: Le Net, “Comments on the Draft Amendments to the Civil Code Regarding Exemption Clauses”, *Vietnam Journal of Legal Sciences*, No. 02(27), 2005]