

TỪ CÔNG BẰNG THỦ TỤC ĐẾN CÔNG BẰNG NỘI DUNG: THÀNH TỰU VÀ THÁCH THỨC CỦA CHẾ ĐỊNH KIỂM SOÁT ĐIỀU KHOẢN MẪU TRONG PHÁP LUẬT VIỆT NAM

Đỗ Giang Nam*

* TS. Bộ môn Luật Dân sự - Khoa Luật Đại học quốc gia Hà Nội.

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Hợp đồng theo mẫu, điều kiện giao dịch chung, điều khoản bất công, công bằng thủ tục, công bằng nội dung.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 26/02/2020
Biên tập : 07/03/2020
Duyệt bài : 11/03/2020

Article Information:

Keywords: Standard contract forms, general conditions, unfair terms, procedural fairness, substantive fairness.

Article History:

Received : 26 Feb. 2020
Edited : 07 Mar. 2020
Approved : 11 Mar. 2020

Tóm tắt:

Luật Bảo vệ người tiêu dùng năm 2010 và Bộ luật Dân sự năm 2015 đã đưa ra các cơ chế kiểm soát hình thức và nội dung của điều khoản mẫu trong hợp đồng theo mẫu và điều kiện giao dịch chung với chủ đích là “bảo đảm sự bình đẳng giữa các bên”. Mặc dù vậy, các cơ chế kiểm soát này một mặt chưa thực sự phát huy hiệu quả, mặt khác luôn hàm chứa rủi ro là sự can thiệp thái quá của Nhà nước vào quan hệ hợp đồng dẫn đến kim hãm, thậm chí triệt tiêu những giá trị nền tảng của quá trình cải cách pháp luật hướng tới tự do hợp đồng ở Việt Nam. Vì vậy, bài viết đề xuất tiếp nhận học thuyết công bằng để luận giải không chỉ nhu cầu kiểm soát điều khoản mẫu mà còn cho phép đánh giá mức độ cần thiết và tương xứng của các cơ chế can thiệp vào quyền tự do hợp đồng để đảm bảo sự công bằng (bao gồm công bằng thủ tục và công bằng nội dung) trong quan hệ hợp đồng.

Abstract:

The Consumer Protection Law of 2010 and the Civil Code of 2015 provide legal mechanisms for controlling the form and substance of the standard terms in standard contract form and general conditions with an aim of “ensuring the equality between contracting parties”. However, the current mechanisms, on one hand are not really effective and on the other hand, there is always a risk that the state’s excessive interference in the contractual relationship, which leads to inhibiting or even eliminating the fundamental values of the legal reform process towards the freedom of contract in Vietnam. Therefore, this article is proposed to adopt the theory of fairness not only to justify the necessity for controlling standard terms, but also to assess the adequacy and proportionality of the mechanisms that interfere with contractual freedom to ensure the fairness (including procedural and substantive fairness) in contracting relations.

1. Nguyên tắc tự do hợp đồng và nhu cầu kiểm soát tính công bằng của điều khoản mẫu

1.1. Tự do hợp đồng

Với tư cách là nguyên tắc nền tảng của pháp luật hợp đồng, tự do hợp đồng được thể hiện dưới hai khía cạnh. Một mặt, các bên được quyền tự mình mưu cầu lợi ích từ quan hệ hợp đồng thông qua việc (i) tự do quyết định có giao kết hay không giao kết hợp đồng, (ii) tự do quyết định giao kết hợp đồng với bất kỳ chủ thể nào và (iii) tự do thoả thuận thiết kế các điều khoản ràng buộc các bên. Mặt khác, tự do hợp đồng còn được nhấn mạnh khía cạnh loại trừ sự can thiệp của Nhà nước vào nội dung của hợp đồng. Về nguyên tắc, khi xem xét liệu hợp đồng có hiệu lực giữa các bên hay không, Toà án sẽ đánh giá quá trình thoả thuận liệu hai bên đã thực sự đạt được sự thông nhất ý chí hay chưa, thay vì việc đánh giá xem liệu các kết quả của sự thoả thuận đó có công bằng và hợp lý hay không¹.

Lý thuyết luật hợp đồng cổ điển phương Tây được xây dựng dựa trên hai giả thiết cơ bản phản ánh thực tiễn giao kết hợp đồng vào thế kỷ thứ 19². Giả thiết thứ nhất là việc các bên tham gia quan hệ hợp đồng được cho là có năng lực đàm phán và ký kết hợp đồng ngang bằng nhau ("equal bargaining power" assumption). Ngoại trừ một số trường hợp liên quan đến học thuyết bảo vệ người chưa thành niên, hoặc người có năng lực hành vi dân sự hạn chế... luật hợp đồng về nguyên

tắc phản ánh ý niệm cơ bản của pháp luật dân sự là các cá nhân bình quyền dân sự có địa vị pháp lý ngang nhau. Giả thiết thứ hai là việc xem xét quá trình xác lập hợp đồng là quá trình đàm phán, thương lượng; trong đó, các bên có cơ hội mặc cả với nhau về từng điều khoản hợp đồng ("individually negotiated term" assumption). Dựa trên hai giả thiết đó, luật hợp đồng cổ điển cho rằng, tự do hợp đồng sẽ tự động dẫn tới công bằng trong nội dung hợp đồng: một khi các bên tham gia có năng lực đàm phán ngang bằng nhau đã thực sự thương lượng, thoả hiệp với nhau về từng điều khoản của hợp đồng, thì kết quả của sự thoả thuận đó phải được suy đoán là kết quả công bằng cho cả hai bên. Bởi lẽ, các chủ thể tự, hơn ai hết, là người hiểu rõ nhất nhu cầu và lợi ích của bản thân, một hợp đồng công bằng là hợp đồng, theo đó các bên đã tự do thoả hiệp và thoả thuận - "*qui dit contratuel, dit juste*"³.

Nhu cầu kiểm soát tính công bằng của điều khoản mẫu

Thách thức cơ bản đối với lý thuyết cổ điển về tự do hợp đồng là thực tiễn giao kết hợp đồng trong xã hội hiện nay đã có sự thay đổi đáng kể so với mô hình trước đây. Quá trình công nghiệp hoá và toàn cầu hoá đã thúc đẩy việc sử dụng các điều khoản mẫu trong các hợp đồng theo mẫu và điều kiện giao dịch chung do một bên soạn thảo⁴, bên đối tác chỉ có thể thể hiện ý chí bằng việc chấp nhận hoặc từ chối giao kết thay vì thương lượng, thoả hiệp từng điều khoản của

- 1 See P.S Atiyah, *An Introduction to the Law of Contract*, 5th edn (Clarendon Press, Oxford, 1995), 282.
- 2 M Chen-Wishart, 'Regulating Unfair Terms' in L Gullifer and S Vogenauer (eds), *English and European Perspectives on Contract and Commercial Law Essays in Honour of Hugh Beale* (Hart Publishing Oxford 2014) 107
- 3 Châm ngôn này được cho rằng gắn liền với Fouillée, *La science sociale contemporaine* (1880), 410 theo Abegg, Andreas, 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*' (2004) 5.1 *German Law Journal* 5
- 4 Hiện nay, trong pháp luật Việt Nam tồn tại các quy định riêng rẽ về hợp đồng theo mẫu và điều kiện giao dịch chung. Tuy nhiên, chúng tôi cho rằng mặc dù có sự khác biệt giữa khái niệm Hợp đồng theo mẫu và

hợp đồng⁵. Trong xã hội Việt Nam ngày nay, điều kiện giao dịch chung đã phổ biến đến mức một cá nhân hầu như không thể tham gia đời sống dân sự bằng cách giao kết các hợp đồng trong lĩnh vực ngân hàng, bảo hiểm, dịch vụ vận tải, viễn thông, truyền hình... nếu không chấp nhận các điều kiện giao dịch chung do một bên thương nhân soạn sẵn.

Sự phổ biến của các điều khoản mẫu trong hợp đồng theo mẫu và điều kiện giao dịch chung thực tế đã làm biến đổi căn bản các giá thiết nền tảng của luật hợp đồng cổ điển. *Thứ nhất*, trái với giả thiết quá trình xác lập hợp đồng là quá trình đàm phán, thương lượng; trong đó, các bên có cơ hội mặc cả với nhau về từng điều khoản hợp đồng; đặc trưng của điều khoản mẫu là nó được đơn phương soạn thảo bởi một bên, bên đối tác không thể có ảnh hưởng, tác động đáng kể đến nội dung của hợp đồng. *Thứ hai*, điều khoản mẫu được sử dụng chủ yếu trong quan hệ tiêu dùng; trong đó, tồn tại sự bất cân xứng về năng lực đàm phán và ký kết hợp đồng giữa thương nhân và bên

yếu thế hơn là người tiêu dùng. Do đó, chúng ta có quyền hoài nghi rằng, liệu châm ngôn '*qui dit contratuat, dit juste*' của luật hợp đồng cổ điển có còn hợp lý và phù hợp đối với thực tiễn giao kết hợp đồng hiện nay hay không. Trên thực tế, không khó để nhận ra, ngày càng phổ biến các hợp đồng theo mẫu và điều kiện giao dịch chung chứa đựng các điều khoản mẫu bất công thái quá với người tiêu dùng.

Xuất phát từ lý do trên, nhiều hệ thống tài phán trên thế giới, trong đó có Việt Nam, đã xây dựng những cơ chế pháp lý để kiểm soát điều khoản mẫu. Chẳng hạn, kế thừa các cơ chế kiểm soát hình thức và nội dung điều kiện giao dịch chung trong Luật Bảo vệ người tiêu dùng năm 2010 (Luật BVNTD 2010), Bộ luật Dân sự năm 2015 (BLDS 2015) đã lần đầu tiên ghi nhận quy định chung tại Điều 406 mang tính nguyên lý rằng "*Điều kiện giao dịch chung phải bảo đảm sự bình đẳng giữa các bên*". Đây là tuyên ngôn pháp lý hết sức quan trọng nhấn mạnh chủ đích lập pháp rõ ràng của BLDS 2015 là Bộ luật này ghi nhận và sẽ đảm bảo

Điều kiện giao dịch chung (trong đó các điều kiện giao dịch chung, thông thường không nằm trong bản hợp đồng, nó có thể được quy định trong các văn bản riêng miễn là được bên cung cấp dịch vụ công bố công khai), nhưng, điều quan trọng hơn cần nhấn mạnh là cả hai khái niệm này đều cùng chỉ đến một hiện tượng khi mà các điều khoản mẫu do một bên đơn phương soạn thảo hoặc công bố và được sử dụng trên thực tế với đối tác mà không cần có sự thoả thuận, mặc cả về nội dung của điều khoản mẫu đó. Bình luận số 2 của Điều 2.1.19 của Bộ nguyên tắc UNIDROIT về Hợp đồng Thương mại quốc tế đã miêu tả một cách chính xác đặc trưng đó như sau: "Yếu tố quyết định không phải là hình thức trong đó các điều khoản này được trình bày (ví dụ: các điều khoản này được chứa đựng trong văn bản riêng hay trong chính hợp đồng; các điều khoản này được ban hành dưới dạng bản in sẵn hay chỉ được lưu trữ online), cũng không phải người soạn thảo các điều khoản mẫu (chính là một trong các bên, hay hiệp hội thương mại hay nghề nghiệp...), hay số lượng (bao gồm toàn bộ các điều khoản liên quan đến tất cả các khía cạnh liên quan của hợp đồng hay chỉ một hay hai điều khoản, chẳng hạn điều khoản miễn trừ trách nhiệm hoặc điều khoản trọng tài). Yếu tố quyết định là việc thực tế các điều khoản này đã được soạn sẵn để sử dụng chung, nhiều lần lặp đi lặp lại và trong trường hợp đó, được sử dụng thực sự bởi một bên không dựa trên sự thương lượng với phía bên kia". Xem nguyên bản tiếng Anh tại <http://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2010/415-chapter-2-formation-and-authority-of-agents-section-1-formation/897-article-2-1-19-contracting-under-standard-terms>, truy cập 14.2.2020.

- 5 Về lịch sử ra đời và phát triển của điều khoản mẫu, xem Friedrich Kessler, 'Contracts of Adhesion-Some Thoughts About Freedom of Contract' (1943) 43 Colum. L. Rev. 630; Nguyễn Như Phát, Một số vấn đề lý luận xung quanh Luật Bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng; <http://www.vca.gov.vn/NewsDetail.aspx?ID=1289&CatelD=80>, truy cập ngày 14/2/2020.

thì hành các điều kiện giao dịch chung cho đến chừng nào các điều kiện giao dịch chung bảo đảm sự bình đẳng giữa các bên.

Tuy nhiên, với tư cách là quy tắc pháp lý, quy định chung này cũng tạo ra các thách thức lớn về giải thích pháp luật trong việc đánh giá thực tế khi nào điều kiện giao dịch chung đã thoả mãn yêu cầu “bảo đảm sự bình đẳng giữa các bên”? Điều này đặc biệt quan trọng trong bối cảnh Việt Nam, khi mà chúng ta có thể phải đối diện với việc giải thích quá rộng quy phạm này, dẫn đến việc can thiệp thái quá vào quyền tự do hợp đồng của các bên. Hoặc ngược lại, chúng ta sẽ vấp phải vấn đề giải thích quá hẹp quy phạm đến mức làm suy giảm hiệu quả của cơ chế kiểm soát tính công bằng của điều kiện giao dịch chung.

Để góp phần làm sáng tỏ vấn đề trên, chúng tôi đề xuất áp dụng cách tiếp cận học thuyết công bằng (fairness-based approach) để luận giải nhu cầu kiểm soát điều kiện giao dịch chung và đánh giá tính tương xứng và hợp lý của các cơ chế kiểm soát⁶. Học thuyết này nhấn mạnh triết lý của việc kiểm soát điều kiện giao dịch chung là để hướng tới đảm bảo tính công bằng trong quan hệ hợp đồng, trong đó bao gồm cả công bằng thủ tục (procedural fairness) và công bằng nội dung (substantive fairness)⁷.

Công bằng nội dung quan tâm trực tiếp đến các nội dung của các điều khoản của hợp đồng, nó đặt câu hỏi liệu các quyền và nghĩa vụ phát sinh từ hợp đồng có thể hiện sự bất

cân xứng thái quá, bất lợi cho bên yếu thế trong quan hệ hợp đồng hay không⁸.

Công bằng thủ tục, trái lại không quan tâm trực tiếp đến nội dung của hợp đồng mà quan tâm đến hoàn cảnh, quy trình, thủ tục các bên giao kết hợp đồng; nó đặt câu hỏi liệu các bên có được trao cơ hội để biết, để hiểu và để đánh giá được hậu quả pháp lý trước khi thể hiện ý chí giao kết hợp đồng hay không⁹.

Căn cứ vào mức độ tác động của Nhà nước vào quan hệ hợp đồng, việc đảm bảo công bằng thủ tục chỉ đòi hỏi tác động ở mức độ thấp hơn thông qua áp đặt các nghĩa vụ liên quan đến thông tin giữa các bên; trong khi đó, việc đảm bảo công bằng nội dung đòi hỏi tác động ở mức độ cao hơn, đòi hỏi xem xét trực tiếp nội dung của các điều khoản của hợp đồng. Bởi lẽ sự can thiệp trực tiếp của Nhà nước vào đánh giá nội dung hợp đồng luôn hàm chứa rủi ro của sự can thiệp thái quá là Nhà nước “viết hợp đồng thay cho các bên”, nên các giải pháp hướng tới công bằng thủ tục sẽ được ưu tiên áp dụng trước các giải pháp hướng tới công bằng nội dung.

2. Công bằng thủ tục

Thách thức đầu tiên này sinh cùng việc áp dụng các điều khoản mẫu liên quan đến ý chỉ đích thực của người tiêu dùng khi họ gia nhập vào các hợp đồng vốn được soạn sẵn bởi bên thương nhân. Cụ thể, có hai quan ngại về “chất lượng” của sự thể hiện ý chí người tiêu dùng với tư cách là bên gia nhập

6 Mặc dù các tranh luận về tính công bằng trong quan hệ hợp đồng có lịch sử lâu đời, nhưng CHRIS WILLET và THOMAS WILHELMSSON có vai trò quan trọng nền tảng trong việc phát triển học thuyết công bằng trong kiểm soát điều kiện giao dịch chung. Xem Wilhelmsson, T., 'Control of unfair contract terms and social values: EC and Nordic approaches' (1993) 16.3 *Journal of Consumer Policy* 435; Willett C, Fairness in Consumer Contracts: The Case of Unfair Terms (Ashgate Publishing, 2007); Wilhelmsson T and Willett C, 'Unfair terms and standard form contracts' G. Howells, I. Ramsay, T. Wilhelmsson and D. Kraft (eds), *Handbook of Research on International Consumer Law* (Edward Elgar Publishing 2010) 158.

7 Willett C, Fairness in Consumer Contracts: The Case of Unfair Terms (Ashgate Publishing, 2007), 50.

8 Ibid; SA Smith 'In Defence of Substantive Fairness' (1996) 112 *Law Quarterly Review* 138.

9 Willett C, Fairness in Consumer Contracts: The Case of Unfair Terms (Ashgate Publishing, 2007), 55.

hợp đồng: *Thứ nhất*, liệu họ có thực sự ý thức được sự tồn tại của các điều khoản mẫu hay không; *Thứ hai*, gắn liền với hiện tượng phổ biến là do tính phức tạp, đa dạng, phổ biến của hợp đồng theo mẫu và điều kiện giao dịch chung trong đời sống, người tiêu dùng thường ký nhưng không đọc hợp đồng theo mẫu và điều kiện giao dịch chung (signing-without-reading phenomenon)¹⁰. Cả hai trường hợp này đều dẫn đến tình trạng bất công bằng trong quá trình giao kết hợp đồng. Vì vậy, học thuyết công bằng đòi hỏi:

Bên soạn thảo các điều khoản mẫu phải áp dụng các biện pháp cần thiết và hợp lý để tạo cho bên gia nhập có cơ hội nhận biết được các điều khoản đó;

Điều khoản mẫu phải được soạn thảo và trình bày theo ngôn ngữ và thể thức đơn giản mà người tiêu dùng bình thường có thể hiểu được ý nghĩa pháp lý của nó.

2.1. Yêu cầu về việc trao cơ hội hợp lý cho bên đối tác nhận biết điều khoản mẫu

Hiển nhiên, các điều khoản mẫu do một bên đơn phương ban hành không đương nhiên làm phát sinh quyền và nghĩa vụ hợp đồng ràng buộc bên đối tác. Theo nguyên tắc truyền thống về giao kết hợp đồng, để một điều khoản mẫu do một bên đơn phương soạn thảo trở thành một phần của hợp đồng thì điều khoản đó phải được chấp nhận bởi phía bên kia. Tuy nhiên, thực tế trong rất nhiều tình huống, người tiêu dùng mặc dù chấp nhận lời đề nghị, nhưng không có khả năng biết đến sự tồn tại của tất cả các điều khoản mẫu, bởi các điều khoản này không

nhất thiết hiện diện trong văn bản hợp đồng, hoặc các điều khoản mẫu được trình bày dưới dạng thức mà bên được đề nghị bình thường không thể ngờ tới.

Pháp luật Việt Nam đã bước đầu xây dựng cơ chế để đảm bảo cho bên giao kết có cơ hội được tiếp cận và tìm hiểu nội dung của các điều khoản mẫu trước khi thể hiện ý chí chấp nhận hợp đồng. Kế thừa các quy định của Luật BVNTD 2010¹¹, ngay tại định nghĩa của hợp đồng theo mẫu, BLDS 2015 đã quy định rằng, bên đề nghị phải trao cho bên kia một “thời gian hợp lý” để cân nhắc, trước khi chấp nhận đề nghị hợp đồng¹², đồng thời nhấn mạnh “điều kiện giao dịch chung chỉ có hiệu lực với bên xác lập giao dịch trong trường hợp điều kiện giao dịch này đã được công khai để bên xác lập giao dịch biết hoặc *phải biết về điều kiện đó*”¹³. Đặc điểm của cách tiếp cận này là ở chỗ, nó cho rằng bên sử dụng điều khoản theo mẫu chỉ cần phải “công khai hoá” điều kiện giao dịch chung, và khi đó người tiêu dùng phải có nghĩa vụ tự mình tìm hiểu về nội dung của điều kiện giao dịch chung đó.

Về cơ bản, cách tiếp cận này về cơ bản cũng tương tự các thông lệ được thừa nhận rộng rãi trên thế giới. Chẳng hạn Điều 2:104(1) Bộ nguyên tắc luật hợp đồng châu Âu (PECL)¹⁴ quy định: “Các điều khoản mẫu... chỉ có thể được viện dẫn chống lại bên đối tác nếu bên viện dẫn các điều khoản mẫu đó đã tiến hành các biện pháp hợp lý để làm cho bên đối tác nhận biết được các điều khoản đó trước hoặc trong khi giao kết hợp đồng”.

10 De Geest, Gerrit, ‘Signing Without Reading’ in Encyclopedia of Law and Economics: Basic Areas of Law, Springer, (2015).

11 Điều 17 và Điều 18 của Luật BVNTD 2010.

12 Điều 405 BLDS 2015.

13 Điều 406 BLDS 2015.

14 Về chức năng, sứ mệnh và cấu trúc của PECL xem Ole Lando and Hugh Beale (eds), Principles of European Contract Law, Parts I and II Combined and Revised, The Hague etc. 2000.

Bên cạnh đó, Điều 2:104(2) Bộ nguyên tắc luật hợp đồng châu Âu nhấn mạnh rằng việc một bên đơn thuần đề cập tới các điều kiện giao dịch chung trong hợp đồng (chẳng hạn thông qua đường hyperlink) là không đủ để cấu thành các biện pháp hợp lý để làm cho bên đối tác nhận biết được các điều khoản đó.

Như vậy, theo thông lệ quốc tế, việc một bên chỉ dẫn chiếu đến sự tồn tại của điều khoản mẫu không được coi là đủ để biến điều khoản đó trở thành một phần của hợp đồng. Thay vì vậy, để đảm bảo công bằng thủ tục trong giao kết đồng, bên đưa ra điều khoản mẫu đó cần phải đáp ứng nghĩa vụ tích cực thông qua việc trao cho bên đối tác một “cơ hội hợp lý” để hiểu biết và đánh giá về nội dung của điều khoản mẫu đó. Các quy định trong BLDS 2015 dường như tiệm cận phần ảnh triết lý trên, nhưng với cách thiết kế như hiện nay, có thể dẫn đến cách giải thích rất hẹp là việc coi “công khai hoá” điều kiện giao dịch chung là biện pháp duy nhất cần và đủ để bảo vệ bên đối tác; trong khi đó, đòi hỏi của công bằng thủ tục không chỉ dừng lại ở đó, mà phải hướng đến việc bên đối tác thực sự có cơ hội nhận diện được các quyền và nghĩa vụ của mình khi giao kết hợp đồng.

2.2. Yêu cầu về ngôn ngữ và thể thức trình bày điều khoản mẫu

Học thuyết công lý thủ tục không chỉ quan tâm đến việc người tiêu dùng “biết” đến nó mà còn đòi hỏi hợp đồng theo mẫu và điều kiện giao dịch chung phải được soạn

thảo và trình bày theo ngôn ngữ và cách thức thân thiện để họ có thể “hiểu” được nội dung của chúng một cách tốt nhất. Trong đó, đặc biệt quan trọng là thúc đẩy việc sử dụng các ngôn ngữ đơn giản, hạn chế tối đa việc sử dụng các thuật ngữ pháp lý hàn lâm, phức tạp hàm chứa những ẩn ý pháp lý khó hiểu đối với người tiêu dùng. Yêu cầu trên được thừa nhận rộng rãi trên thế giới. Chẳng hạn, phản ánh thực tiễn chung ở các quốc gia châu Âu, Điều II.9:402 của Bộ khung tham chiếu chung¹⁵ (hướng tới hài hoà hoá luật tư ở châu Âu) với tiêu đề sự minh bạch của các điều khoản hợp đồng mẫu quy định rằng “các điều khoản mẫu phải được soạn thảo và trình bày dưới một ngôn ngữ đơn giản và dễ hiểu (plain and intelligible language)¹⁶. Triết lý của quy định này nhằm hướng tới tạo cơ hội cho người tiêu dùng có thể nhận thức đầy đủ và chính xác được nội dung của các quyền và nghĩa vụ phát sinh từ các điều khoản mẫu và qua đó đưa ra các lựa chọn duy lý quyết định giao kết hay không giao kết hợp đồng¹⁷.

Ở Việt Nam, mặc dù BLDS 2015 không trực tiếp điều chỉnh vấn đề này, nhưng Luật BVNTD 2010 nhấn mạnh rằng, hợp đồng theo mẫu và điều kiện giao dịch chung phải thể hiện bằng văn bản, ngôn ngữ của hợp đồng phải rõ ràng, dễ hiểu¹⁸. Tiếp đó, Nghị định số 99/2011/NĐ-CP của Chính phủ hướng dẫn thi hành Luật BVNTD quy định chi tiết rằng, ngôn ngữ hợp đồng theo mẫu và điều kiện giao dịch chung sử dụng bằng tiếng Việt, nội dung phải rõ ràng, dễ hiểu; cỡ

15 Về chức năng, sứ mệnh và cấu trúc của DCFR, xem 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.

16 Xem Điều II.9:402 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, 658.

17 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, 659.

18 Xem Điều 14 LBVNTD 2010.

chữ ít nhất là 12; nền giấy và màu mực thể hiện nội dung phải tương phản nhau¹⁹.

Hiển nhiên, các quy định trên sẽ không có hiệu quả trên thực tế nếu không đi kèm với hệ thống chế tài hiệu lực. Trên thế giới, về cơ bản, có thể nhận diện hai cách thức tiếp cận để xử lý vi phạm nghĩa vụ soạn thảo và trình bày điều khoản mẫu dưới một ngôn ngữ đơn giản và dễ hiểu. Cách tiếp cận thứ nhất mang tính truyền thống là viện dẫn học thuyết cổ điển "*contra proferentem*"; theo đó, khi điều khoản không có nội dung rõ ràng, thì được ưu tiên giải thích theo hướng ngược lại với lợi ích của bên soạn thảo ra điều khoản đó²⁰. Cách tiếp cận thứ hai xem xét yêu cầu về sự "không minh bạch" (non-transparency) của điều khoản mẫu là một trong những yếu tố cấu thành các điều khoản mẫu bất công (unfair terms); và như vậy, nó có thể dẫn đến hậu quả là tuyên vô hiệu điều khoản đó²¹. Trong bối cảnh pháp luật thực định hiện nay ở Việt Nam, phương án khả dĩ nhất là bình dung học thuyết "*contra proferentem*" như chế tài để khuyến khích việc soạn thảo các điều khoản mẫu theo ngôn ngữ đơn giản và dễ hiểu. Tuy nhiên, trong tương lai, nếu chúng ta hoàn thiện học thuyết về công bằng nội dung, cách tiếp cận thứ hai sẽ đóng vai trò quan trọng tạo ra sự liên hệ hữu cơ giữa

công bằng thủ tục và công bằng nội dung trong kiểm soát điều khoản mẫu.

3. Công bằng nội dung

Mặc dù các biện pháp hướng tới đảm bảo công bằng thủ tục đóng vai trò quan trọng giúp người tiêu dùng "hiểu biết" sự tồn tại và nội dung của các điều khoản mẫu để đưa ra các quyết định duy lý về việc gia nhập hay không gia nhập hợp đồng, các biện pháp này rõ ràng là không đủ hiệu lực để loại bỏ các điều khoản mẫu bất công - điều khoản tạo ra sự bất cân xứng thái quá về quyền và nghĩa vụ giữa các bên. Nhiều nghiên cứu đã chứng minh rằng, bởi lẽ các điều kiện giao dịch chung đã trở nên quá phổ biến trong đời sống hàng ngày, nên người tiêu dùng thông thường đưa ra sự lựa chọn là không đọc các điều khoản mẫu ngay cả khi chúng được soạn thảo và trình bày theo cách đơn giản²². Thêm vào đó, ngay cả số ít người tiêu dùng đọc các điều khoản đó, họ cũng thường không thực sự hiểu được hệ quả pháp lý ẩn đằng sau chúng²³.

Vi thể, bên cạnh yếu tố công bằng thủ tục, công bằng nội dung nhấn mạnh sự cần thiết của các cơ chế cho phép kiểm soát trực tiếp nội dung của hợp đồng theo mẫu và điều kiện giao dịch chung để vô hiệu hoá các điều khoản bất công (nếu có). Về cơ bản, có thể

- 19 Xem Điều 7 Nghị định số 99/2011/NĐ-CP của Chính phủ hướng dẫn thi hành LBVNTD 2010.
- 20 Xem thêm Boardman, Michelle E. *Contra Proferentem: The Allure of Ambiguous Boilerplate*. Michigan Law Review (2006): 1105-1128; Horton, David. *Flipping the Script: Contra Proferentem and Standard Form Contracts*. U. Colo. L. Rev. 80 (2009): 431.
- 21 Cách tiếp cận này được đề xuất trong DCFR, xem Điều II.-9:407 (Factors to be taken into account in assessing unfairness), 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, 679.
- 22 Trong một nghiên cứu khảo sát 48154 lượt người tiêu dùng giao kết hợp đồng theo mẫu ở trên thị trường lịxang phần mềm ở Mỹ, Marrota-Wurgler chỉ ra rằng chỉ 0.2% người dùng đọc điều khoản mẫu trong đó. Xem Yannis Bakos, Florencia Marrota-Wurgler and David R. Trossen, 'Does Anyone Read the Fine Print? Consumer Attention to Standard-Form Contracts' (2014) 43 J. Legal Stud. 1 (2014).
- 23 Shmuel Becher and Esther Unger-Aviram, 'The Law of Standard Form Contracts: Misguided Intuitions and Suggestions for Reconstruction' (2010) 8(3) DePaul Business and Commercial Law Journal 199, 214; Russell Korobkin, 'Bounded Rationality, Standard Form Contracts, and Unconscionability' (2003) 70 The University of Chicago Law Review 1203, 1220.

Bên cạnh đó, Điều 2:104(2) Bộ nguyên tắc luật hợp đồng châu Âu nhấn mạnh rằng việc một bên đơn thuần đề cập tới các điều kiện giao dịch chung trong hợp đồng (chẳng hạn thông qua đường hyperlink) là không đủ để cấu thành các biện pháp hợp lý để làm cho bên đối tác nhận biết được các điều khoản đó.

Như vậy, theo thông lệ quốc tế, việc một bên chỉ dẫn chiếu đến sự tồn tại của điều khoản mẫu không được coi là đủ để biến điều khoản đó trở thành một phần của hợp đồng. Thay vì vậy, để đảm bảo công bằng thủ tục trong giao kết đồng, bên đưa ra điều khoản mẫu đó cần phải đáp ứng nghĩa vụ tích cực thông qua việc trao cho bên đối tác một “cơ hội hợp lý” để hiểu biết và đánh giá về nội dung của điều khoản mẫu đó. Các quy định trong BLDS 2015 dường như tiệm cận phản ánh triết lý trên, nhưng với cách thiết kế như hiện nay, có thể dẫn đến cách giải thích rất hẹp là việc coi “công khai hoá” điều kiện giao dịch chung là biện pháp duy nhất cần và đủ để bảo vệ bên đối tác; trong khi đó, đòi hỏi của công bằng thủ tục không chỉ dừng lại ở đó, mà phải hướng đến việc bên đối tác thực sự có cơ hội nhận diện được các quyền và nghĩa vụ của mình khi giao kết hợp đồng.

2.2. Yêu cầu về ngôn ngữ và thể thức trình bày điều khoản mẫu

Học thuyết công lý thủ tục không chỉ quan tâm đến việc người tiêu dùng “biết” đến nó mà còn đòi hỏi hợp đồng theo mẫu và điều kiện giao dịch chung phải được soạn

thảo và trình bày theo ngôn ngữ và cách thức thân thiện để họ có thể “hiểu” được nội dung của chúng một cách tốt nhất. Trong đó, đặc biệt quan trọng là thúc đẩy việc sử dụng các ngôn ngữ đơn giản, hạn chế tối đa việc sử dụng các thuật ngữ pháp lý hàn lâm, phức tạp hàm chứa những ẩn ý pháp lý khó hiểu đối với người tiêu dùng. Yêu cầu trên được thừa nhận rộng rãi trên thế giới. Chẳng hạn, phản ánh thực tiễn chung ở các quốc gia châu Âu, Điều II.9:402 của Bộ khung tham chiếu chung¹⁵ (hướng tới hài hoà hoá luật tư ở châu Âu) với tiêu đề sự minh bạch của các điều khoản hợp đồng mẫu quy định rằng “các điều khoản mẫu phải được soạn thảo và trình bày dưới một ngôn ngữ đơn giản và dễ hiểu (plain and intelligible language)¹⁶. Triết lý của quy định này nhằm hướng tới tạo cơ hội cho người tiêu dùng có thể nhận thức đầy đủ và chính xác được nội dung của các quyền và nghĩa vụ phát sinh từ các điều khoản mẫu và qua đó đưa ra các lựa chọn duy lý quyết định giao kết hay không giao kết hợp đồng¹⁷.

Ở Việt Nam, mặc dù BLDS 2015 không trực tiếp điều chỉnh vấn đề này, nhưng Luật BVNTD 2010 nhấn mạnh rằng, hợp đồng theo mẫu và điều kiện giao dịch chung phải thể hiện bằng văn bản, ngôn ngữ của hợp đồng phải rõ ràng, dễ hiểu¹⁸. Tiếp đó, Nghị định số 99/2011/NĐ-CP của Chính phủ hướng dẫn thi hành Luật BVNTD quy định chi tiết rằng, ngôn ngữ hợp đồng theo mẫu và điều kiện giao dịch chung sử dụng bằng tiếng Việt, nội dung phải rõ ràng, dễ hiểu; cỡ

15 Về chức năng, sứ mệnh và cấu trúc của DCFR, xem 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.

16 Xem Điều II.9:402 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, 658.

17 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, 659.

18 Xem Điều 14 LBVNTD 2010.

chữ ít nhất là 12; nền giấy và màu mực thể hiện nội dung phải tương phản nhau¹⁹.

Hiển nhiên, các quy định trên sẽ không có hiệu quả trên thực tế nếu không đi kèm với hệ thống chế tài hiệu lực. Trên thế giới, về cơ bản, có thể nhận diện hai cách thức tiếp cận để xử lý vi phạm nghĩa vụ soạn thảo và trình bày điều khoản mẫu dưới một ngôn ngữ đơn giản và dễ hiểu. Cách tiếp cận thứ nhất mang tính truyền thống là viện dẫn học thuyết cổ điển "*contra proferentem*": theo đó, khi điều khoản không có nội dung rõ ràng, thì được ưu tiên giải thích theo hướng ngược lại với lợi ích của bên soạn thảo ra điều khoản đó²⁰. Cách tiếp cận thứ hai xem xét yêu cầu về sự "không minh bạch" (non-transparency) của điều khoản mẫu là một trong những yếu tố cấu thành các điều khoản mẫu bất công (unfair terms); và như vậy, nó có thể dẫn đến hậu quả là tuyên vô hiệu điều khoản đó²¹. Trong bối cảnh pháp luật thực định hiện nay ở Việt Nam, phương án khả dĩ nhất là hình dung học thuyết "*contra proferentem*" như chế tài để khuyến khích việc soạn thảo các điều khoản mẫu theo ngôn ngữ đơn giản và dễ hiểu. Tuy nhiên, trong tương lai, nếu chúng ta hoàn thiện học thuyết về công bằng nội dung, cách tiếp cận thứ hai sẽ đóng vai trò quan trọng tạo ra sự liên hệ hữu cơ giữa

công bằng thủ tục và công bằng nội dung trong kiểm soát điều khoản mẫu.

3. Công bằng nội dung

Mặc dù các biện pháp hướng tới đảm bảo công bằng thủ tục đóng vai trò quan trọng giúp người tiêu dùng "hiểu biết" sự tồn tại và nội dung của các điều khoản mẫu để đưa ra các quyết định duy lý về việc gia nhập hay không gia nhập hợp đồng, các biện pháp này rõ ràng là không đủ hiệu lực để loại bỏ các điều khoản mẫu bất công - điều khoản tạo ra sự bất cân xứng thái quá về quyền và nghĩa vụ giữa các bên. Nhiều nghiên cứu đã chứng minh rằng, bởi lẽ các điều kiện giao dịch chung đã trở nên quá phổ biến trong đời sống hàng ngày, nên người tiêu dùng thông thường đưa ra sự lựa chọn là không đọc các điều khoản mẫu ngay cả khi chúng được soạn thảo và trình bày theo cách đơn giản²². Thêm vào đó, ngay cả số ít người tiêu dùng đọc các điều khoản đó, họ cũng thường không thực sự hiểu được hệ quả pháp lý ẩn đằng sau chúng²³.

Vi thế, bên cạnh yếu tố công bằng thủ tục, công bằng nội dung nhấn mạnh sự cần thiết của các cơ chế cho phép kiểm soát trực tiếp nội dung của hợp đồng theo mẫu và điều kiện giao dịch chung để vô hiệu hoá các điều khoản bất công (nếu có). Về cơ bản, có thể

19 Xem Điều 7 Nghị định số 99/2011/NĐ-CP của Chính phủ hướng dẫn thi hành LBVNTD 2010.

20 Xem thêm Boardman, Michelle E. *Contra Proferentem: The Allure of Ambiguous Boilerplate*. Michigan Law Review (2006): 1105-1128; Horton, David. *Flipping the Script: Contra Proferentem and Standard Form Contracts*. U. Colo. L. Rev. 80 (2009): 431.

21 Cách tiếp cận này được đề xuất trong DCFR, xem Điều II.-9:407 (Factors to be taken into account in assessing unfairness), 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, 679.

22 Trong một nghiên cứu khảo sát 48154 lượt người tiêu dùng giao kết hợp đồng theo mẫu ở trên thị trường lixang phần mềm ở Mỹ, Marrota-Wurgler chỉ ra rằng chỉ 0.2% người dùng đọc điều khoản mẫu trong đó. Xem Yannis Bakos, Florencia Marotta-Wurgler and David R. Trossen, 'Does Anyone Read the Fine Print? Consumer Attention to Standard-Form Contracts' (2014) 43 J. Legal Stud. 1 (2014).

23 Shmuel Becher and Esther Unger-Aviram, 'The Law of Standard Form Contracts: Misguided Intuitions and Suggestions for Reconstruction' (2010) 8(3) DePaul Business and Commercial Law Journal 199, 214; Russell Korobkin, 'Bounded Rationality, Standard Form Contracts, and Unconscionability' (2003) 70 The University of Chicago Law Review 1203, 1220.

hình dung hai cách tiếp cận hướng tới bảo đảm công bằng nội dung trong việc kiểm soát các điều khoản mẫu. *Thứ nhất*, đưa ra một điều khoản chung mang tính nguyên lý định nghĩa thế nào là điều khoản bất công (unfair terms). *Thứ hai*, đưa ra một danh mục mang tính liệt kê những điều khoản nào sẽ đương nhiên vô hiệu. Trong nhiều hệ thống pháp luật, để đảm bảo hiệu quả kiểm soát điều khoản bất công, có sự kết hợp của cả hai cách tiếp cận trên²⁴.

Đối với hệ thống pháp luật Việt Nam, nhà làm luật dường như đã có những bước đi thận trọng để kiểm soát tính công bằng nội dung điều khoản mẫu. Luật BVNTD 2010 đã liệt kê chín loại điều khoản mẫu mang tính bất công sẽ đương nhiên không có hiệu lực nếu được áp dụng với người tiêu dùng²⁵. Tiếp đó, Điều 406 BLDS 2015 với tiêu đề “Điều kiện giao dịch chung trong giao kết hợp đồng” đã quy định: “*Điều kiện giao dịch chung phải bảo đảm sự bình đẳng giữa các bên. Trường hợp điều kiện giao dịch chung có quy định về miễn trách nhiệm của bên đưa ra điều kiện giao dịch chung, tăng trách nhiệm hoặc loại bỏ quyền lợi chính đáng của bên kia thì quy định này không có hiệu lực, trừ trường hợp có thỏa thuận khác*”

Quy định này lại có hai điểm cải cách đáng kể so với cơ chế kiểm soát tính công bằng của hợp đồng theo mẫu và điều kiện giao dịch chung trong Luật BVNTD. *Thứ nhất*, 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. Điều đó có nghĩa là ngay cả giao dịch giữa thương nhân với nhau, nếu

có sử dụng các điều khoản mẫu, thì cũng phải chịu sự kiểm soát về tính công bằng đối với nội dung điều khoản đó. *Thứ hai*, BLDS 2015 đã lần đầu tiên quy định chung mang tính nguyên lý “*Điều kiện giao dịch chung phải bảo đảm sự bình đẳng giữa các bên*”. Mặc dù đây là quy định phần nhiều mang tính tuyên ngôn pháp lý, nhưng việc thiết lập một yêu cầu chung để định hình chuẩn mực pháp lý cho các bên như quy định trên là chỉ dấu cần thiết cổ vũ cho nỗ lực xây dựng cơ chế kiểm soát điều kiện bất công hoàn hảo hơn trong tương lai.

3.1. Mô hình kiểm soát nội dung điều khoản mẫu trong pháp luật Việt Nam hiện hành

Quy định quan trọng nhất của pháp luật Việt Nam hiện nay điều chỉnh việc kiểm soát nội dung của điều khoản mẫu chính là Điều 16 Luật BVNTD 2010, trong đó liệt kê chín loại điều khoản hợp đồng sẽ không có hiệu lực với người tiêu dùng nếu được đưa vào hợp đồng theo mẫu và điều kiện giao dịch chung. Có thể phân loại các điều khoản đó vào ba nhóm như sau:

Nhóm thứ nhất bao gồm các điều khoản cho phép loại trừ hoặc giới hạn trách nhiệm của thương nhân đối với người tiêu dùng. Cụ thể:

Điều 16.1.(a) Loại trừ trách nhiệm của tổ chức, cá nhân kinh doanh hàng hóa, dịch vụ đối với người tiêu dùng theo quy định của pháp luật;

Điều 16.1.(b) Hạn chế, loại trừ quyền khiếu nại, khởi kiện của người tiêu dùng;

Điều 16.1.(g) Loại trừ trách nhiệm của tổ chức, cá nhân kinh doanh hàng hóa, dịch vụ trong trường hợp tổ chức, cá nhân kinh

24 Chẳng hạn Điều BLDS Đức (Điều 307-309), xem bản dịch tiếng Anh trên http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/index.html; truy cập ngày 14/2/2020; BLDS Hà Lan (Điều 6:233- 6:237), xem bản dịch tiếng Anh trên <http://www.dutchcivillaw.com/legislation/dccite6655.htm>; truy cập ngày 20/1/2015, truy cập ngày 14/2/2020.

25 Điều 16 Luật BVNTD 2010.

doanh hàng hóa, dịch vụ bán hàng hóa, cung ứng dịch vụ thông qua bên thứ ba.

Nhóm thứ hai bao gồm các điều khoản trao cho thương nhân quyền đơn phương quyết định:

Điều 16.1.(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 người tiêu dùng hoặc quy tắc, quy định bán hàng, cung ứng dịch vụ áp dụng đối với người tiêu dùng khi mua, sử dụng hàng hóa, dịch vụ không được thể hiện cụ thể trong hợp đồng;

Điều 16.1.(d) cho phép tổ chức, cá nhân kinh doanh hàng hóa, dịch vụ đơn phương xác định người tiêu dùng không thực hiện một hoặc một số nghĩa vụ;

Điều 16.1.(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;

Điều 16.1.(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;

Điều 16.1.(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 người tiêu dùng đồng ý.

Nhóm thứ ba bao gồm các điều khoản ngăn cản các bên được hưởng quyền tương xứng:

Điều 16.1.(h) bắt buộc người tiêu dùng 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.

Trong cơ chế kiểm soát hiện hành, Điều 16 Luật BVNTD 2010 mang tính chất là điều cấm của luật. Từ góc độ pháp luật dân sự, điều này có nghĩa là khi bên thương nhân

sử dụng một trong số điều khoản này trong hợp đồng, điều khoản đó sẽ đương nhiên vô hiệu (vô hiệu tuyệt đối) do có nội dung vi phạm điều cấm của luật²⁶. Về nguyên tắc, cách tiếp cận này của Luật BVNTD 2010 sẽ có tác dụng tạo nên cơ chế kiểm soát điều khoản mẫu nhanh chóng và hiệu quả, giảm chi phí tiếp cận cho người tiêu dùng hay giúp người bán hành điều khoản mẫu có thể tự kiểm soát tính công bằng của các điều khoản do mình đưa ra; qua đó thúc đẩy một cơ chế ngăn chặn việc áp dụng các điều khoản không công bằng mà không cần đợi có sự can thiệp của toà án hay cơ quan hành chính.

Về lý thuyết, một điều khoản sẽ bị cấm hoàn toàn nếu hình dung được trong mọi trường hợp, điều khoản đó rõ ràng là bất công, không đem lại bất kỳ lợi ích nào cho người tiêu dùng. Ngược lại, nếu không suy xét một cách thận trọng, việc cấm đoán hoàn toàn việc sử dụng một điều khoản mà không đánh giá đúng mức vai trò của các điều khoản đó để điều tiết quan hệ hợp đồng giữa các bên sẽ tạo ra hiệu ứng ngược, phản tác dụng. Đáng tiếc, trong một số trường hợp, quy định của Điều 16 Luật BVNTD 2010 đã không hình dung hết các tính năng của một số điều khoản mẫu và can thiệp thái quá vào quyền tự do hợp đồng. Điển hình là các quy định tại nhóm thứ hai cấm việc sử dụng các điều khoản mẫu trao cho thương nhân quyền đơn phương quyết định trong một số trường hợp. Hiển nhiên, các điều khoản trao quyền đơn phương quyết định một số nội dung vào tay thương nhân tự thân tiềm ẩn những bất công cho người tiêu dùng. Tuy nhiên, một số loại điều khoản này, chẳng hạn điều khoản cho phép điều chỉnh một số nội dung hợp đồng (variation clause) lại đóng vai trò quan trọng trong rất nhiều loại hợp đồng có đặc tính là quá trình thực hiện hợp đồng diễn ra

26 Xem Điều 117 BLDS 2015.

lâu dài, chịu sự chi phối của biến động thị trường ví dụ hợp đồng viễn thông²⁷. Trong những tình huống biến động của thị trường, rõ ràng là bất khả thi cho thương nhân nếu buộc họ phải liên hệ và đàm phán lại với từng khách hàng để sửa đổi hợp đồng. Vì thế, trong những trường hợp này, thay vì cấm hoàn toàn các điều khoản trên, phương án tối ưu hơn sẽ là trao cho thương nhân sự linh hoạt để sửa đổi nội dung hợp đồng mà vẫn bảo vệ người tiêu dùng bằng cách trao cho họ một khoản thời gian hợp lý để xem xét các sửa đổi và quyền được huỷ bỏ hợp đồng nếu họ cảm thấy quyền lợi của họ bị giảm sút do sự sửa đổi hợp đồng²⁸. Tóm lại, bên cạnh ưu điểm nổi trội là tính xác định, việc sử dụng cách tiếp cận cấm đoán hoàn toàn như Điều 16 LBVNTD 2010 có hạn chế cố hữu là sự thiếu linh hoạt, quá cứng nhắc, không cho phép tính toán đến hoàn cảnh, lĩnh vực kinh doanh đặc thù của từng loại thị trường.

Hạn chế thứ hai của cơ chế hiện hành là việc thiếu quy định chung mang tính khái quát để định hình chuẩn mực kiểm soát tính bất công bằng của các điều khoản mẫu. Hiện nhiên, danh mục cấm tại Điều 16 Luật BVNTD 2010 không thể bao quát tất cả các dạng thức mới của các điều khoản bất công trên thị trường. Do đó, trong trường hợp xuất hiện các điều khoản mới bất công thái quá cho người tiêu dùng, nhưng lại nằm ngoài danh mục liệt kê tại Điều 16 Luật BVNTD 2010, chúng ta sẽ không có cơ sở pháp lý để

kiểm soát điều khoản đó. Việc thiếu vắng một điều khoản quy định chung đồng nghĩa với việc thiếu vắng một công cụ quan trọng để thiết lập một chuẩn mực về tính công bằng trong pháp luật hợp đồng Việt Nam, cũng như đảm bảo tính linh hoạt của cơ chế kiểm soát trước sự thay đổi nhanh chóng của đời sống kinh tế - xã hội.

Hướng tới hệ thống kiểm soát ba tầng đảm bảo công bằng nội dung của điều khoản mẫu

Nhu cầu cấp thiết để hoàn thiện chế định kiểm soát tính công bằng của điều khoản mẫu ở Việt Nam hiện nay là xây dựng quy định chung định nghĩa về điều khoản bất công để làm cơ sở pháp lý cho việc đánh giá tính công bằng của tất cả các điều khoản mẫu.

Hầu hết các mô hình kiểm soát tính bất công của các điều khoản mẫu đều chịu ảnh hưởng đáng kể của Chi thị số 93/13/EEC của Ủy ban châu Âu năm 1993 về các điều khoản không công bằng²⁹. Chi thị này không chỉ dẫn tới sự hài hoà hoá pháp luật ở các quốc gia châu Âu mà dần trở thành một trong những đạo luật nổi tiếng nhất về kiểm soát tính công bằng của các điều khoản mẫu, và do đó, chi tiết nên được xem xét như là xuất phát điểm cho tranh luận về một cơ chế hoàn hảo hơn trong việc kiểm soát hợp đồng mẫu trong pháp luật Việt Nam³⁰. Trọng tâm của Chi thị này là Điều 3(1), định nghĩa khái quát tiêu chí công bằng như sau: "*Điều khoản mẫu*³¹ là bất công [và vô hiệu] nếu

27 Simon Whittaker, 'Variation and Termination of Consumer Contracts' in Louise Gullifer and Stefan Vogenauer (eds) *English and European Perspectives on Contract and Commercial Law: Essays in Honour of Hugh Beale* (Bloomsbury Publishing, 2014) 199-225.

28 *Ibid.*

29 Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts, OJ L 95, 21/04/1993.

30 Về tầm ảnh hưởng của Chi thị 93/13/EEC, xem Hugh Collins (ed), *Standard Contract Terms In Europe: A Basis For And A Challenge To European Contract Law*, Vol. 15 (Kluwer Law International, 2008)

31 Tuy nhiên cần lưu ý rằng, theo quy định của Chi thị 93/13/EEC, hai loại điều khoản mẫu liên quan trực tiếp đến giá cả và đối tượng của hợp đồng sẽ không thuộc phạm vi đánh giá tính công bằng của Chi thị 93/13/EEC. Triết lý của cách tiếp cận trên là ở chỗ, đây được coi là điều khoản quan trọng đến mức mà

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 điều khoản mẫu là: (i) sự bất cân xứng đáng kể đối với quyền và nghĩa vụ của các bên gây bất lợi cho người tiêu dùng; (ii) đi ngược lại với yêu cầu về sự thiện chí.

Mặc dù lợi thế lớn nhất của điều khoản chung này là tính linh hoạt giúp thích nghi với sự thay đổi của đời sống xã hội, nhưng đồng thời, do các quy tắc pháp lý phải đảm bảo tính xác định, bất cứ một điều khoản chung nào cũng đòi hỏi sự cụ thể hoá thông qua án lệ hoặc các công cụ hỗ trợ khác. Vì vậy, chúng tôi cho rằng, để bổ sung cho điều khoản chung đó, cần phải đưa ra một danh mục các điều khoản mẫu mà thông thường sẽ được suy đoán là bất công cho người tiêu dùng, trừ khi bên thương nhân chứng minh được ngược lại (greylist). Bên cạnh đó, việc quy định một danh mục các điều khoản mẫu đương nhiên được coi là bất công trong mọi trường hợp (blacklist) như cách tiếp cận hiện hành của Luật BVNTD 2010 sẽ có tác dụng thúc đẩy hiệu quả quá trình kiểm soát tính công bằng kiểm soát điều kiện mẫu, không cần đợi có sự đánh giá của toà án hay cơ quan hành chính. Tuy nhiên, như đã phân tích, việc ban hành danh mục này sẽ có rủi ro là không xem xét hết vai trò của một số điều khoản mẫu trong các lĩnh vực đặc thù.

Vi vậy, phương án an toàn là cần phải thu hẹp đáng kể danh mục các điều khoản đương nhiên vô hiệu tại Điều 16 Luật BVNTD 2010. Chẳng hạn, chỉ một số loại điều khoản xâm phạm trực tiếp đến quyền luật định mới nên được coi là bất công (và do đó vô hiệu) trong mọi hoàn cảnh, mọi lĩnh vực:

Điều khoản cho phép loại trừ mọi trách nhiệm pháp lý của thương nhân ngay cả trong trường hợp gây tổn hại sức khoẻ và tính mạng người tiêu dùng;

Điều khoản cho phép loại trừ quyền khiếu nại, khởi kiện của người tiêu dùng;

Điều khoản cho phép thương nhân có độc quyền trong việc giải thích các điều khoản của hợp đồng.

Các loại điều khoản khác của Điều 16 chỉ nên đưa vào danh mục suy đoán là bất công để cho phép thương nhân được quyền chứng minh tính hữu ích và công bằng của nó trong những hoàn cảnh đặc biệt.

Tóm lại, sự kết hợp giữa quy định chung có vai trò định nghĩa thế nào là điều khoản bất công, với danh mục các điều khoản đương nhiên vô hiệu (a blacklist) và điều khoản được suy đoán là vô hiệu (a greylist) sẽ tạo nên cơ chế ba tầng để kiểm soát tính công bằng của điều khoản mẫu. Ưu thế của cơ chế này sẽ cho phép kết hợp ưu điểm của quy định chung định nghĩa điều khoản bất công là tính linh hoạt và đồng thời giảm thiểu tính bất định của nó thông qua danh mục các điều khoản bị suy đoán là bất công ■

người tiêu dùng không thể không biết về nó; đồng thời, cơ chế cạnh tranh trên thị trường sẽ tự động điều tiết và đào thải các điều khoản đó nếu nó bất công mà không cần sự can thiệp của Nhà nước. Cách tiếp cận này phần nào chứng tỏ sự dung hoà giữa nguyên tắc tự do hợp đồng và nguyên tắc công bằng trong kiểm soát điều khoản mẫu ở châu Âu. Xem thêm Brandner and Ulmer, 'The Community Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts: Some Critical Remarks on the Proposal Submitted by the EC Commission' (1991) 28 Common Market Law Review 647, 656; Michael Schilling, 'Directive 93/13 and the "Price Term Exemption": A Comparative Analysis in the Light of the "Market for Lemons" Rationale' (2011) 60(4) International and Comparative Law Quarterly 933.