

# SỰ KHÔNG THỐNG NHẤT TRONG QUY ĐỊNH VỀ HỢP ĐỒNG GIỮA LUẬT THƯƠNG MẠI VÀ BỘ LUẬT DÂN SỰ

Nguyễn Văn Hợi

TS. Trường Đại học Luật Hà Nội.

## Thông tin bài viết:

*Từ khóa:* Bộ luật dân sự, Luật thương mại, hợp đồng.

## Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 14/01/2020  
Biên tập : 15/01/2020  
Duyệt bài : 16/01/2020

## Article Information:

*Keywords:* Civil Code; Law on Commerce; contracts.

## Article History:

Received : 14 Jan. 2020  
Edited : 15 Jan. 2020  
Approved : 16 Jan. 2020

Ở Việt Nam, BLDS là văn bản luật có phạm vi điều chỉnh rộng nhất trong hệ thống các văn bản pháp luật tư. Vấn đề này đã được ghi nhận tại Điều 1 BLDS như sau: “*Bộ luật này quy định địa vị pháp lý, chuẩn mực pháp lý về cách ứng xử của cá nhân, pháp nhân; quyền, nghĩa vụ về nhân thân và tài sản của cá nhân, pháp nhân trong các quan hệ được hình thành trên cơ sở bình đẳng, tự do ý chí, độc lập về tài sản và tự chịu trách nhiệm (sau đây gọi chung*

## Tóm tắt:

Chế định hợp đồng là một trong những chế định trung tâm của Bộ luật Dân sự năm 2015 (BLDS) và Luật Thương mại năm 2005 (LTM). Trên thực tế, vẫn còn tồn tại những điểm không thống nhất liên quan đến các quy định về giao kết, thực hiện, xử lý vi phạm về hợp đồng, gây ảnh hưởng đến quá trình giao kết, thực hiện hợp đồng và giải quyết tranh chấp phát sinh. Bài viết phân tích một số điểm không thống nhất cơ bản về hợp đồng giữa hai văn bản này và đưa ra một số kiến nghị hoàn thiện.

## Abstract:

The provisions on contracting is the recognized one of the common provisions under both the Civil Code of 2015 (Civil Code) and the Law on Commerce of 2005. In fact, there are still inconsistencies related to the regulations on the contract signing, contract performance, handling of contract violations, which affect the process of signing, contract performance and handling of contract disputes. This paper analysis of a number of inconsistencies in the provisions on contracting between these two legal documents and provides recommendations for improvements.

*là quan hệ dân sự*)”<sup>1</sup>. Quy định này cho thấy, BLDS có thể được áp dụng để điều chỉnh mọi quan hệ pháp luật dân sự theo nghĩa rộng, bao gồm cả quan hệ trong lĩnh vực thương mại. Ngay trong một số quy định của LTM cũng thể hiện phạm vi điều chỉnh của BLDS đối với các hoạt động thương mại như: Hoạt động thương mại không được quy định trong LTM và trong các luật khác thì áp dụng quy định của BLDS<sup>2</sup>; Trong trường hợp thương nhân cử người của mình để làm

1 Xem Điều 1 BLDS năm 2015.

2 Xem khoản 3 Điều 4 LTM năm 2005.

đại diện cho mình thì áp dụng quy định của BLDS<sup>3</sup>; Người không có năng lực hành vi dân sự, người mất năng lực hành vi dân sự, người bị hạn chế năng lực hành vi dân sự theo quy định của BLDS hoặc người tại thời điểm đầu giá không nhận thức, làm chủ được hành vi của mình<sup>4</sup>.

Theo quy định, mặc dù không phải bắt cứ quan hệ thương mại nào đều chịu sự điều chỉnh trực tiếp của BLDS, nhưng việc áp dụng các quy định của pháp LTM cũng phải có sự phù hợp với các quy định mang tính nguyên tắc trong BLDS, bởi vì “Bộ luật này là luật chung điều chỉnh các quan hệ dân sự”<sup>5</sup>. Vấn đề này được thể hiện cụ thể trong quy định về nguyên tắc áp dụng tập quán trong hoạt động thương mại: “*Trường hợp pháp luật không có quy định, các bên không có thỏa thuận và không có thói quen đã được thiết lập giữa các bên thì áp dụng tập quán thương mại nhưng không được trái với những nguyên tắc quy định trong Luật này và trong BLDS*”<sup>6</sup>. Trong BLDS, đòi hỏi này cũng được ghi nhận cụ thể như sau: “*Luật khác có liên quan điều chỉnh quan hệ dân sự trong các lĩnh vực cụ thể không được trái với các nguyên tắc cơ bản của pháp luật dân sự quy định tại Điều 3 của Bộ luật này*”<sup>7</sup>. Ngoài ra, BLDS còn ghi nhận quy định thể hiện sự vô hiệu hoá đối với các quy định trong luật khác nhưng không đáp ứng được yêu cầu này. Cụ thể: “*Trường hợp luật khác có liên quan không quy định hoặc có quy định nhưng vi phạm khoản 2 Điều này thì quy định của Bộ luật này được áp dụng*”<sup>8</sup>.

Những quy định được trích dẫn ở trên cho thấy yêu cầu bảo đảm sự phù hợp của các quy định trong luật chuyên ngành với

quy định mang tính nguyên tắc trong BLDS. Sự phù hợp này được biểu hiện thông qua sự thống nhất giữa quy định của luật chuyên ngành và quy định của BLDS. Tuy nhiên, nhiều quy định trong LTM nói riêng, pháp luật thương mại nói chung hiện nay vẫn chưa có sự thống nhất với quy định trong BLDS, đặc biệt là các quy định liên quan đến hợp đồng. Chính sự không thống nhất này là một trong các yếu tố gây ra khó khăn cho quá trình áp dụng pháp luật vào việc giải quyết các tranh chấp liên quan trên thực tế.

### 1. Sự không thống nhất về phạm vi điều chỉnh của LTM với các nguyên tắc cơ bản trong BLDS

Điều 3 BLDS quy định các nguyên tắc cơ bản của pháp luật dân. Tất cả các nguyên tắc này đều được áp dụng đối với các lĩnh vực chuyên ngành, trong đó bao gồm cả lĩnh vực pháp luật thương mại. Các luật chuyên ngành không được đưa ra các quy định trái với các nguyên tắc cơ bản này. Trong các nguyên tắc cơ bản này, nguyên tắc bình đẳng và nguyên tắc thiện chí là những nguyên tắc bảo đảm sự dung hoà lợi ích giữa các bên tham gia quan hệ, đặc biệt là quan hệ hợp đồng. Nguyên tắc bình đẳng đòi hỏi khi tham gia quan hệ hợp đồng, dù có hay không có mục đích sinh lợi thì các bên vẫn phải bình đẳng về quyền và nghĩa vụ, ngay cả quyền được lựa chọn luật để áp dụng với quan hệ mà mình tham gia. Theo nguyên tắc thiện chí, khi tham gia quan hệ hợp đồng, mỗi bên chủ thể đều phải bảo đảm sự hài hoà lợi ích của mình và đối tác. Tức là không chỉ hướng đến lợi ích của mình mà bỏ qua lợi ích của đối tác mà phải luôn luôn giúp đỡ đối tác thực hiện tốt nghĩa vụ với mình.

3 Xem khoản 2 Điều 141 LTM năm 2005.

4 Xem khoản 1 Điều 198 LTM năm 2005.

5 Xem khoản 1 Điều 4 BLDS năm 2015.

6 Xem Điều 13 LTM năm 2005.

7 Xem khoản 2 Điều 4 BLDS năm 2015.

8 Xem khoản 3 Điều 4 BLDS năm 2015.

Tuy nhiên, khi xác định phạm vi áp dụng, khoản 3 Điều 1 LTM quy định: “*Hoạt động không nhằm mục đích sinh lợi của một bên trong giao dịch với thương nhân thực hiện trên lãnh thổ nước Cộng hoà xã hội chủ nghĩa Việt Nam trong trường hợp bên thực hiện hoạt động không nhằm mục đích sinh lợi đó chọn áp dụng Luật này*”. Quy định này đã không phù hợp với nguyên tắc bình đẳng được ghi nhận tại khoản 1 Điều 3 BLDS. Hơn nữa, trong quan hệ hợp đồng, các chủ thể tham gia thường hướng tới việc tìm kiếm lợi ích tối đa cho mình mà trong nhiều trường hợp bỏ qua lợi ích của đối tác. Ví dụ, để thu được các khoản tiền phạt vi phạm hợp đồng, bên có quyền có thể từ chối giúp đỡ bên có nghĩa vụ để họ hoàn thành nghĩa vụ đúng hạn mặc dù có khả năng. Do đó, việc lựa chọn áp dụng luật nào để điều chỉnh quan hệ hợp đồng mà họ tham gia thường phụ thuộc vào lợi ích mà họ đạt được trong hợp đồng đó lớn hay nhỏ khi áp dụng các luật mà họ có thể lựa chọn. Tức là bản thân người được lựa chọn luật áp dụng sẽ luôn lấy lợi ích của mình làm cơ sở để xác định luật mà mình muốn áp dụng và có thể sẽ không quan tâm đến lợi ích của đối tác. Mặc dù LTM đã trao cho họ quyền lựa chọn luật, song việc thực hiện quyền này có thể dẫn đến sự không thiện chí của bên chọn luật. Đặc biệt, thời điểm lựa chọn luật áp dụng lại có thể hoàn toàn là thời điểm xảy ra tranh chấp.

Ví dụ, A là chủ thể tham gia hợp đồng không nhằm mục đích sinh lợi với thương nhân B. Trong hợp đồng có thoả thuận bên nào vi phạm sẽ bị phạt 50% giá trị hợp đồng, đồng thời trong hợp đồng các bên không thoả thuận cụ thể về luật áp dụng đối với quan hệ của mình. Tuy nhiên, có thể nhận thấy một điều chắc chắn rằng nếu A vi phạm thì A sẽ lựa chọn LTM để áp dụng với hợp đồng đó để được áp dụng mức phạt tối đa không quá 8% giá trị của phần vi phạm được quy định tại Điều 301 LTM năm 2005. Nếu B vi phạm, A sẽ không lựa chọn áp dụng

LTM mà áp dụng quy định của BLDS năm 2015 với mức phạt mà các bên thoả thuận, bởi BLDS năm 2015 không có quy định giới hạn mức phạt vi phạm được phép thoả thuận là bao nhiêu.

Như vậy, việc chỉ cho phép một bên lựa chọn luật áp dụng mà không xác định cụ thể thời điểm được chọn luật khiến cho bên còn lại (cụ thể là thương nhân) luôn bị động trong quan hệ hợp đồng. Chính vì vậy, quy định của khoản 3 Điều 1 LTM thể hiện sự không phù hợp với nguyên tắc bình đẳng và nguyên tắc thiện chí được ghi nhận tại Điều 3 BLDS. Để khắc phục sự không thống nhất này, cần sửa đổi quy định tại khoản 3 Điều 1 LTM theo hướng sau: i) Cần xác định thời điểm mà bên tham gia quan hệ không nhằm mục đích sinh lợi được lựa chọn luật áp dụng là thời điểm giao kết hợp đồng. Điều này bảo đảm cho thương nhân giao kết hợp đồng có thể chủ động trong việc đưa ra các thoả thuận liên quan đến quyền và lợi ích hợp pháp của mình; ii) Cần xác định việc lựa chọn LTM hoặc BLDS để áp dụng với quan hệ hợp đồng là quyền của các bên và phải do các bên thoả thuận tại thời điểm giao kết hợp đồng.

## 2. Sự không thống nhất về quy định liên quan đến việc giao kết và thực hiện hợp đồng

### 2.1. Quy định liên quan đến giao kết hợp đồng

#### Về tư cách chủ thể trong giao kết và thực hiện hợp đồng

a) Trước đây, BLDS năm 2005 ghi nhận nhiều chủ thể có tư cách độc lập khi tham gia vào quan hệ pháp luật dân sự, bao gồm cá nhân, pháp nhân, hộ gia đình, tổ hợp tác, nhà nước và các tổ chức khác không có tư cách pháp nhân. Cũng theo quy định của BLDS năm 2005, cá nhân tham gia quan hệ pháp luật dân sự trực tiếp hoặc thông qua cơ chế đại diện. Các tổ chức dù có hay không có tư cách pháp nhân thì đều tham gia quan hệ thông qua người đại diện theo pháp luật và đại diện theo uỷ quyền. BLDS hiện hành

đã không thừa nhận hộ gia đình, tổ hợp tác là chủ thể của quan hệ pháp luật dân sự<sup>9</sup>, đồng thời cũng không ghi nhận cơ chế đại diện theo pháp luật của các tổ chức này, mà chỉ ghi nhận cơ chế đại diện theo pháp luật của cá nhân, pháp nhân<sup>10</sup>. Theo đó, khi tham gia vào quan hệ pháp luật dân sự nói chung, quan hệ hợp đồng nói riêng, các thành viên của các tổ chức không có tư cách pháp nhân là chủ thể tham gia xác lập, thực hiện hợp đồng hoặc ủy quyền cho người đại diện tham gia xác lập, thực hiện hợp đồng<sup>11</sup>.

Tuy nhiên, theo Luật Doanh nghiệp năm 2014, chủ doanh nghiệp tư nhân là người đại diện theo pháp luật của doanh nghiệp tư nhân<sup>12</sup>. Đồng thời, khoản 1 Điều 13 của Luật này quy định: “Người đại diện theo pháp luật của doanh nghiệp là cá nhân đại diện cho doanh nghiệp thực hiện các quyền và nghĩa vụ phát sinh từ giao dịch của doanh nghiệp, đại diện cho doanh nghiệp với tư cách nguyên đơn, bị đơn, người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan trước Trọng tài, Tòa án và các quyền và nghĩa vụ khác theo quy định của pháp luật”. Ngoài ra, Luật này cũng ghi nhận “Chủ doanh nghiệp tư nhân có toàn quyền quyết định đối với tất cả hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp”<sup>13</sup>. Những quy định này có thể dẫn đến cách hiểu rằng việc tham gia giao kết và thực hiện hợp đồng của doanh nghiệp tư nhân vẫn có thể thông qua cơ chế đại diện theo pháp luật. Những quy định này cho thấy, khi tham gia quan hệ hợp đồng, việc xác định cơ chế đại diện theo pháp luật cho các tổ chức không có tư cách pháp nhân giữa BLDS và pháp LTM còn có sự

không thống nhất. Theo quy định của BLDS thì chủ doanh nghiệp tư nhân phải tham gia quan hệ hợp đồng với tư cách cá nhân của chính bản thân mình; theo quy định của LTM thì chủ doanh nghiệp tư nhân lại tham gia quan hệ hợp đồng với tư cách của người đại diện theo pháp luật của doanh nghiệp tư nhân. Vậy chủ doanh nghiệp tư nhân hay doanh nghiệp tư nhân là chủ thể giao kết hợp đồng? Sự mâu thuẫn giữa hai văn bản luật này tạo ra khó khăn trong việc xác định tư cách chủ thể của hợp đồng với bên giao kết là doanh nghiệp tư nhân.

b) Về tư cách giao kết hợp đồng của chi nhánh và văn phòng đại diện của pháp nhân

Khoản 1 Điều 84 BLDS quy định: “Chi nhánh, văn phòng đại diện là đơn vị phụ thuộc của pháp nhân, không phải là pháp nhân”. Đồng thời, khoản 3 Điều 84 BLDS quy định: “Văn phòng đại diện có nhiệm vụ đại diện trong phạm vi do pháp nhân giao, bảo vệ lợi ích của pháp nhân”. Những quy định này cho thấy, văn phòng đại diện, chi nhánh không có tư cách pháp nhân, do đó không độc lập trong giao kết, thực hiện hợp đồng<sup>14</sup>. Hay nói cách khác, không phải là chủ thể giao kết hợp đồng.

Tuy nhiên, theo quy định tại khoản 6 Điều 3 LTM, “Văn phòng đại diện của thương nhân nước ngoài tại Việt Nam là đơn vị phụ thuộc của thương nhân nước ngoài, được thành lập theo quy định của pháp luật Việt Nam để tìm hiểu thị trường và thực hiện một số hoạt động xúc tiến thương mại mà pháp luật Việt Nam cho phép”. Đồng thời, khoản 7 Điều 3 LTM năm 2005 quy định: “Chi nhánh của thương nhân nước ngoài tại

9 Nguyễn Văn Cừ & Trần Thị Huệ (đồng chủ biên), Bình luận khoa học BLDS năm 2015 của nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam, Nxb Công an nhân dân, Hà Nội năm 2017, tr.196.

10 Xem thêm Điều 136 và 137 BLDS năm 2015.

11 Xem thêm khoản 1 Điều 101 BLDS năm 2015.

12 Xem khoản 4 Điều 185 Luật Doanh nghiệp năm 2014.

13 Xem khoản 1 Điều 185 Luật Doanh nghiệp năm 2014.

14 Nguyễn Minh Tuấn (chủ biên), Bình luận khoa học Bộ luật Dân sự của nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam, Nxb. Tư pháp, Hà Nội năm 2016, tr.151.

Việt Nam là đơn vị phụ thuộc của thương nhân nước ngoài, được thành lập và hoạt động thương mại tại Việt Nam theo quy định của pháp luật Việt Nam hoặc điều ước quốc tế mà Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam là thành viên". Theo những quy định này, vẫn có sự tương đồng giữa LTM và BLDS liên quan đến việc xác định tư cách của chi nhánh và văn phòng đại diện của pháp nhân. Song, các quy định về quyền của Văn phòng đại diện và Chi nhánh của thương nhân nước ngoài hoạt động tại Việt Nam lại cho thấy tư cách độc lập của Văn phòng đại diện và Chi nhánh khi có thể ký các hợp đồng thuê trụ sở, thuê, mua các phương tiện, vật dụng cần thiết phục vụ hoạt động, các hợp đồng khác<sup>15</sup>.

## VỀ HÌNH THỨC GIAO KẾT HỢP ĐỒNG

Về cơ bản, cả BLDS và LTM đều ghi nhận các hình thức giao kết hợp đồng để các bên có thể lựa chọn như văn bản, lời nói, hành vi cụ thể. Đồng thời, theo cả hai văn bản luật này thì hình thức của hợp đồng không phải là yêu cầu bắt buộc đối với mọi hợp đồng được xác lập trên thực tế. Tuy nhiên, liên quan đến các trường hợp bắt buộc hợp đồng phải được giao kết dưới hình thức nhất định, hai văn bản này lại không có sự thống nhất. Cụ thể:

Khoản 2 Điều 117 BLDS quy định: *"Hình thức của giao dịch dân sự là điều kiện có hiệu lực của giao dịch dân sự trong trường hợp luật có quy định"*. Theo quy định này chỉ có văn bản luật mới có thể quy định một hình thức bắt buộc đối với hợp đồng, các văn bản dưới luật không phải là căn cứ xác định điều kiện về hình thức của hợp đồng.

LTM quy định bắt buộc về hình thức của hợp đồng được thể hiện trong từng trường hợp cụ thể nhưng đều thống nhất ghi nhận hình thức bắt buộc của hợp đồng có thể do pháp luật quy định. Khoản 2 Điều 24 quy định: *"Đối với các loại hợp đồng mua bán hàng hoá mà pháp luật quy định phải được*

*lập thành văn bản thì phải tuân theo các quy định đó"*; Khoản 2 Điều 74 quy định: *"Đối với các loại hợp đồng dịch vụ mà pháp luật quy định phải được lập thành văn bản thì phải tuân theo các quy định đó"*. Theo các quy định này, không chỉ văn bản luật mà cả các văn bản dưới luật cũng có thể quy định về hình thức bắt buộc của hợp đồng mà các bên phải tuân thủ.

Như vậy, sự không thống nhất giữa BLDS và LTM khi xác định loại văn bản có giá trị áp dụng khi giải quyết vấn đề về hình thức của hợp đồng như đề cập ở trên đây có thể dẫn đến những khó khăn trong việc áp dụng trên thực tế. Nên chỉnh sửa quy định của LTM theo hướng lược bỏ các quy định tại khoản 2 Điều 24 và khoản 2 Điều 74 vì sự không cần thiết của các quy định này. Bởi vì quy định bắt buộc về hình thức của hợp đồng thương mại hoàn toàn có thể dựa trên cơ sở quy định chung tại khoản 2 Điều 117 BLDS năm 2015. Trường hợp không lược bỏ hai quy định này thì cũng nên sửa đổi theo hướng ghi nhận chỉ văn bản luật mới có thể quy định về hình thức bắt buộc của hợp đồng.

## 2.2. Quy định về thực hiện hợp đồng

### VỀ VẤN ĐỀ CẦM GIỮ TÀI SẢN TRONG QUÁ TRÌNH THỰC HIỆN HỢP ĐỒNG

Theo quy định của BLDS, cầm giữ tài sản không chỉ được ghi nhận trong chế định hợp đồng với tư cách là quyền của các bên trong quá trình thực hiện hợp đồng song vụ, mà còn được ghi nhận là một trong các biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ trong chế định bảo đảm thực hiện nghĩa vụ. Trong khi đó, LTM chỉ ghi nhận quyền cầm giữ là một trong các quyền của chủ thể giao kết hợp đồng đại diện cho thương nhân<sup>16</sup>, hoặc là một trong các quyền của thương nhân kinh doanh dịch vụ logistics<sup>17</sup>. Tuy nhiên, việc sắp xếp quy định về cầm giữ trong chế định hợp đồng hay chế định bảo đảm thực hiện

15 Xem Điều 17 và Điều 19 LTM năm 2005.

16 Xem Điều 149 LTM năm 2005.

17 Xem Điều 239 và 240 LTM năm 2005.

nghĩa vụ cũng đều nhằm hướng tới việc bảo đảm các quyền của các bên trong quá trình thực hiện hợp đồng. Sự khác biệt mang tính không thống nhất giữa cầm giữ trong BLDS và LTM cần bàn luận bao gồm những điểm như sau:

i) BLDS cho phép các chủ thể của hợp đồng có đối tượng là tài sản (hợp đồng: mua bán, trao đổi, tặng cho, vay, thuê, mượn) có quyền cầm giữ tài sản nếu bên có nghĩa vụ không thực hiện nghĩa vụ đến hạn. Trong khi đó, LTM cho phép bên đại diện trong hợp đồng đại diện cho thương nhân và bên kinh doanh dịch vụ logistics được quyền cầm giữ tài sản (bản chất của các hợp đồng này đều là dịch vụ có đối tượng là công việc phải thực hiện). Sự không thống nhất trong hai văn bản luật này không chỉ tạo ra khó khăn trong quá trình áp dụng, mà còn cho thấy sự thiếu sót trong quy định của luật về các trường hợp phát sinh quyền cầm giữ. Để khắc phục tình trạng này, tác giả cho rằng cần mở rộng phạm vi áp dụng quyền cầm giữ tài sản ở cả các hợp đồng có đối tượng là tài sản và cả các hợp đồng có đối tượng là công việc phải thực hiện. Điều này có thể thực hiện khi sửa đổi các văn bản luật này theo hướng ghi nhận chung ở cả hai văn bản hoặc ghi nhận thống nhất trong BLDS.

ii) BLDS không ghi nhận quyền của bên cầm giữ được định thời hạn tài sản cầm giữ. Trong khi đó LTM cho phép bên kinh doanh dịch vụ logistics thực hiện việc định đoạt tài sản, cụ thể như sau: “*Sau thời hạn bốn mươi lăm ngày kể từ ngày thông báo cầm giữ hàng hoá hoặc chứng từ liên quan đến hàng hoá, nếu khách hàng không trả tiền nợ thì thương nhân kinh doanh dịch vụ logistics có quyền định đoạt hàng hoá hoặc chứng từ đó theo quy định của pháp luật; trong trường hợp hàng hoá có dấu hiệu bị hư hỏng thì thương nhân kinh doanh dịch vụ logistics có quyền*

*định đoạt hàng hoá ngay khi có bất kỳ khoản nợ đến hạn nào của khách hàng*”<sup>18</sup>. Việc định đoạt hàng hoá hoặc chứng từ này nhằm bảo đảm việc thanh toán các khoản nợ và các chi phí có liên quan mà bên có hàng hoá bị cầm giữ chưa thực hiện. Có lẽ đây là điểm khác biệt cơ bản và quan trọng nhất về cầm giữ tài sản. Chúng tôi cho rằng, việc ghi nhận thời hạn cầm giữ và trao quyền định đoạt hàng hoá cho bên cầm giữ như LTM là phù hợp với mục đích của việc đặt ra quyền này. Bởi lẽ, trong nhiều trường hợp, nếu LTM không quy định thời hạn cầm giữ tối đa và không cho phép định đoạt tài sản như BLDS sẽ khiến cho mục đích của cầm giữ tài sản không đạt được. Thậm chí, đối với một số trường hợp, việc cầm giữ vừa không bảo đảm được quyền lợi cho bên có quyền, vừa khiến bên có tài sản phải gánh chịu thêm các chi phí liên quan đến việc giữ giữ, bảo quản tài sản. Do đó, tác giả cho rằng, cần phải hoàn thiện các quy định trong BLDS theo hướng trao cho bên cầm giữ quyền được xử lý tài sản cầm giữ sau một thời hạn nhất định. Chỉ khi ghi nhận quyền này thì biện pháp cầm giữ mới thể hiện được giá trị đích thực và mới thể hiện được bản chất của một biện pháp bảo đảm.

**Về trách nhiệm khi giao tài sản không đúng thỏa thuận**

i) Về trách nhiệm liên quan đến khuyết tật của tài sản (hàng hoá) trong hợp đồng mua bán

BLDS ghi nhận 3 trường hợp bên bán không phải chịu trách nhiệm về khuyết tật của vật mua bán đó là: khuyết tật mà bên mua đã biết hoặc phải biết khi mua; vật bán đấu giá, vật bán ở cửa hàng đồ cũ; bên mua có lỗi gây ra khuyết tật của vật<sup>19</sup>. Tuy nhiên, LTM chỉ ghi nhận một trường hợp bên bán không phải chịu trách nhiệm về khuyết tật của hàng hoá đó là “vào thời điểm giao kết hợp đồng bên mua đã biết hoặc phải biết về

18 Xem khoản 2 Điều 239 LTM năm 2005

19 Xem thêm Khoản 3 Điều 445 BLDS năm 2015.

những khiếm khuyết đó”<sup>20</sup>. Sự không thống nhất này có thể dẫn đến các cách hiểu khác nhau trên thực tế. Cách thứ nhất, có thể hiểu rằng, với hợp đồng mua bán hàng hoá, bên bán chỉ không phải chịu trách nhiệm trong một trường hợp đã được LTM quy định. Cách thứ hai, có thể hiểu rằng, các trường hợp khác mà LTM không quy định sẽ được áp dụng quy định của BLDS để giải quyết, tức là bên bán cũng không phải chịu trách nhiệm về khuyết tật của hàng hoá vật bán đầu giá, vật bán ở cửa hàng đồ cũ, bên mua có lỗi gây ra khuyết tật. Vì vậy, theo tác giả, để quy định của luật được áp dụng thống nhất trên thực tế, cần phải có phương án hoàn thiện sự không thống nhất giữa hai văn bản luật nêu trên. Hướng hoàn thiện có thể là liệt kê thêm các trường hợp mà bên bán hàng hoá không phải chịu trách nhiệm về khuyết tật của hàng hoá, hoặc bổ sung quy định dẫn chiếu đến BLDS.

ii) Về trách nhiệm giao tài sản (hàng hoá) không đúng số lượng

Khoản 2 Điều 437 BLDS quy định: “Trường hợp bên bán giao ít hơn số lượng đã thỏa thuận thì bên mua có một trong các quyền sau đây: Nhận phần đã giao và định thời hạn để bên bán giao tiếp phần còn thiếu; Nhận phần đã giao và yêu cầu bồi thường thiệt hại; Hủy bỏ hợp đồng và yêu cầu bồi thường thiệt hại nếu việc vi phạm làm cho bên mua không đạt được mục đích giao kết hợp đồng”. Trong khi đó, khoản 1 Điều 40 LTM lại quy định: “Trừ trường hợp có thỏa thuận khác, nếu hợp đồng chỉ quy định thời hạn giao hàng và không xác định thời điểm giao hàng cụ thể mà bên bán giao hàng trước khi hết thời hạn giao hàng và giao thiếu hàng hoặc giao hàng không phù hợp với hợp đồng thì bên bán vẫn có thể giao phần hàng còn thiếu hoặc thay thế hàng hoá cho phù hợp với hợp đồng hoặc khắc phục sự không phù hợp của hàng hoá trong thời hạn còn lại”.

Như vậy, LTM cho phép bên bán có

thể giao bổ sung hoặc khắc phục sai sót trong quá trình giao kết hợp đồng nếu thời hạn giao hàng vẫn còn mà các bên không có thoả thuận khác. Trong khi BLDS không ghi nhận về vấn đề giao bổ sung hoặc khắc phục sai sót trong quá trình thực hiện hợp đồng mua bán. Vậy quy định nào phù hợp hơn với thực tế, chúng ta cùng xem xét ví dụ sau đây: *Theo thoả thuận trong hợp đồng mua bán, ngày 15/4/2019 A phải giao đầy đủ tài sản cho B, nhưng A lại giao tài sản vào ngày 10/4/2019 và được B đồng ý. Tuy nhiên, khi giao xong B phát hiện số lượng không đúng thoả thuận. Vậy A có được giao bổ sung hay không được giao bổ sung?*

Về vấn đề này, chúng ta cần căn cứ thêm quy định tại khoản 2 Điều 278 BLDS: “Trường hợp bên có nghĩa vụ đã tự ý thực hiện nghĩa vụ trước thời hạn và bên có quyền đã chấp nhận việc thực hiện nghĩa vụ thì nghĩa vụ được coi là đã hoàn thành đúng thời hạn”. Theo quy định này, khi đã giao tài sản trước thời hạn thì thời hạn giao tài sản được thay đổi so với thoả thuận ban đầu và đó chính là thời điểm giao tài sản trên thực tế. Có thể coi đây là một trường hợp thoả thuận thay đổi thời hạn giao tài sản mua bán.

Những phân tích trên cho thấy, quy định của BLDS là phù hợp hơn và rõ ràng trong các trường hợp.

### 3. Sự không thống nhất trong các quy định về chế tài do vi phạm hợp đồng

BLDS và LTM đều quy định về phạt vi phạm và bồi thường thiệt hại do vi phạm hợp đồng. Song quy định trong hai văn bản này có những điểm khác biệt cơ bản về mức phạt vi phạm.

Đối với các hợp đồng dân sự thuần túy, phạt vi phạm hợp đồng được áp dụng theo Điều 418 BLDS và mức phạt vi phạm do các bên thoả thuận mà không bị giới hạn. Đối với các loại hợp đồng thương mại, phạt vi phạm hợp đồng được áp dụng theo Điều 300 và 301 LTM. Theo đó, các bên trong

20 Xem thêm khoản 1 Điều 40 LTM năm 2005.

hợp đồng thương mại không được thoả thuận mức phạt quá cao so với quy định. Đối với hợp đồng dịch vụ giám định, mức phạt vi phạm do các bên thoả thuận có thể lên đến 10 lần thù lao dịch vụ giám định, tức là có thể gấp 10 lần giá trị hợp đồng<sup>21</sup>. Đối với các hợp đồng thương mại còn lại, mức phạt vi phạm hợp đồng không vượt quá 8% giá trị phần nghĩa vụ hợp đồng bị vi phạm<sup>22</sup>. Trường hợp các bên thoả thuận mức phạt cao hơn mức phạt giới hạn nhưng không phát sinh tranh chấp thì các bên vẫn thực hiện theo thoả thuận này<sup>23</sup>. Do đó, mức phạt giới hạn này chỉ thực sự có giá trị khi các bên phát sinh tranh chấp liên quan đến khoản tiền phạt vi phạm và được giải quyết tại cơ quan có thẩm quyền.

Về bản chất, quan hệ thương mại cũng là một trường hợp cụ thể của quan hệ pháp luật dân sự, đặc biệt là đối với trường hợp hợp đồng được giao kết giữa một bên là thương nhân và một bên không là thương nhân và giao kết hợp đồng không có mục đích sinh lợi thì việc lựa chọn luật áp dụng lại hoàn toàn phụ thuộc vào bên không phải là thương nhân. Điều này khiến cho quy định về giới hạn mức phạt trong LTM có thể bị vô hiệu hoá. Hơn nữa, bản chất của quan hệ hợp đồng là sự thoả thuận nên việc giới hạn mức phạt đã hạn chế quyền thoả thuận của các bên. Mặc dù việc xác định giới hạn mức phạt vi phạm có thể bảo đảm sự dung hoà lợi ích giữa các bên và không tạo ra sự chênh lệch lớn về quyền của các bên, song trong nhiều trường hợp vẫn không có ý nghĩa thực tiễn nếu không phát sinh tranh chấp giữa các bên. Hơn nữa, bản thân các chủ thể khi giao kết hợp đồng đã có thể cân nhắc đến những lợi ích có được và mất khi chấp nhận thoả thuận về mức phạt vi phạm.

Về vấn đề bồi thường thiệt hại do vi phạm hợp đồng, khoản 3 Điều 418 BLDS

quy định: “*Các bên có thể thoả thuận về việc bên vi phạm nghĩa vụ chỉ phải chịu phạt vi phạm mà không phải bồi thường thiệt hại hoặc vừa phải chịu phạt vi phạm và vừa phải bồi thường thiệt hại. Trường hợp các bên có thoả thuận về phạt vi phạm nhưng không thoả thuận về việc vừa phải chịu phạt vi phạm và vừa phải bồi thường thiệt hại thì bên vi phạm nghĩa vụ chỉ phải chịu phạt vi phạm*”. Theo quy định này, khi đã có thoả thuận về phạt vi phạm mà không có thoả thuận về bồi thường thiệt hại thì dù có thiệt hại xảy ra cũng không được áp dụng chế tài bồi thường thiệt hại.

Không giống như quy định trong BLDS, khoản 2 Điều 307 LTM quy định: “*Trường hợp các bên có thoả thuận phạt vi phạm thì bên bị vi phạm có quyền áp dụng cả chế tài phạt vi phạm và buộc bồi thường thiệt hại, trừ trường hợp Luật này có quy định khác*”. Theo quy định này, chế tài bồi thường thiệt hại đương nhiên được áp dụng nếu có thiệt hại xảy ra mà không phụ thuộc vào việc các bên có thoả thuận áp dụng chế tài này hay không. Tức là chế tài bồi thường thiệt hại có thể áp dụng cùng một lúc với chế tài phạt vi phạm<sup>2</sup>.

Tác giả cho rằng, quy định trong LTM phù hợp hơn, vì chế tài bồi thường thiệt hại được áp dụng dựa trên thiệt hại thực tế xảy ra. Do đó, nếu chỉ áp dụng chế tài phạt vi phạm thì trong nhiều trường hợp, mức phạt vi phạm sẽ không đủ khắc phục thiệt hại xảy ra cho người bị vi phạm. Chỉ trong trường hợp các bên không có thoả thuận về phạt vi phạm mà có thiệt hại do vi phạm hợp đồng xảy ra, bên bị vi phạm mới đương nhiên được quyền yêu cầu bồi thường thiệt hại. Điều này khiến cho quy định của BLDS về bồi thường thiệt hại trong các trường hợp không có sự thống nhất. Tức là có trường hợp phạt vi phạm bồi thường thiệt hại chỉ được áp

21 Xem Điều 266 khoản 1 LTM năm 2005.

22 Xem Điều 301 LTM năm 2005.

23 Xem thêm Nguyễn Việt Khoa, Chế tài phạt vi phạm hợp đồng theo LTM năm 2005, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số 15 năm 2011, tr. 49.



dụng nếu có thỏa thuận, nhưng lại có trường hợp đương nhiên được áp dụng khi có thiệt hại xảy ra. Do đó, tác giả cho rằng, cần sửa đổi BLDS theo hướng ghi nhận điều kiện áp dụng chế tài bồi thường thiệt hại do vi phạm hợp đồng dựa trên thiệt hại thực tế thay vì sự thỏa thuận như hiện nay.

#### 4. Sự không thống nhất liên quan đến việc huỷ bỏ hợp đồng

Theo quy định tại khoản 4 Điều 312 LTM, hợp đồng chỉ có thể bị huỷ bỏ trong hai trường hợp đó là: i) Xảy ra hành vi vi phạm mà các bên đã thỏa thuận là điều kiện để huỷ bỏ hợp đồng; ii) Một bên vi phạm cơ bản nghĩa vụ hợp đồng. Ngoài các trường hợp này, các bên không thể tuyên bố huỷ bỏ hợp đồng trong bất cứ trường hợp nào.

Theo quy định tại khoản 1 Điều 423 BLDS, hợp đồng có thể bị huỷ bỏ trong các trường hợp sau: i) Bên kia vi phạm hợp đồng là điều kiện huỷ bỏ mà các bên đã thỏa thuận; ii) Bên kia vi phạm nghiêm trọng nghĩa vụ hợp đồng; iii) Trường hợp khác do luật quy định.

Về cơ bản, LTM và BLDS thống nhất với nhau ở hai trường hợp đầu tiên đó là các bên thỏa thuận vi phạm là điều kiện huỷ bỏ và một bên vi phạm nghiêm trọng hoặc cơ

bản hợp đồng. Vi phạm nghiêm trọng và vi phạm cơ bản đều là sự vi phạm của một bên đến mức bên kia không đạt được mục đích của sự vi phạm hợp đồng<sup>24</sup>. Tuy nhiên, ngoài hai trường hợp này, BLDS còn cho phép một bên được tuyên bố huỷ bỏ hợp đồng trong nhiều trường hợp khác mà luật có quy định, ví dụ một bên chậm thực hiện nghĩa vụ, do một bên không có khả năng thực hiện nghĩa vụ,... hoặc các trường hợp mà BLDS hoặc luật khác có liên quan có quy định khác. Trong khi đó, ngoài hai trường hợp được ghi nhận tại khoản 4 Điều 312 LTM, các bên giao kết hợp đồng thương mại không được huỷ bỏ hợp đồng trong bất cứ trường hợp nào. Tác giả cho rằng, quy định của LTM không phù hợp với thực tiễn, vì lợi ích là tiền đề của mọi quan hệ pháp luật dân sự mà các bên tham gia, trong đó bao gồm cả quan hệ hợp đồng. Trong nhiều trường hợp, chủ thể giao kết hợp đồng thương mại có thể không đạt được mục đích giao kết hợp đồng nhưng không xuất phát từ vi phạm của bên kia (ví dụ trường hợp tài sản bị mất mát, hư hỏng hoặc một bên không có khả năng thực hiện hợp đồng,...). Do đó, LTM cần được bổ sung quy định về trường hợp mà một bên có thể huỷ bỏ hợp đồng, tương tự như BLDS ■

### DANH MỤC TÀI LIỆU THAM KHẢO

1. Nguyễn Văn Cừ & Trần Thị Huệ (đồng chủ biên), *Bình luận khoa học Bộ luật Dân sự năm 2015 của nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam*, Nxb. Công an nhân dân, Hà Nội năm 2017.
2. Nguyễn Việt Khoa, *Chế tài phạt vi phạm hợp đồng theo Luật Thương mại năm 2005*, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số 15 năm 2011, tr.48.
3. Đồng Thái Quang, *Chế tài phạt vi phạm hợp đồng theo Luật Thương mại năm 2005 – Một số vướng mắc về lý luận và thực tiễn*, Tạp chí Tòa án, số 20 năm 2014, tr.22.
4. Nguyễn Minh Tuấn (chủ biên), *Bình luận khoa học Bộ luật dân sự của nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam*, Nxb. Tư pháp, Hà Nội năm 2016.

24 Đồng Thái Quang (2014), *Chế tài phạt vi phạm hợp đồng theo LTM năm 2005 – Một số vướng mắc về lý luận và thực tiễn*, Tạp chí Tòa án, số 20, tr.22.

25 Xem thêm khoản 2 Điều 423 BLDS năm 2015 và khoản 13 Điều 3 LTM năm 2005.