

ÁP DỤNG BỘ LUẬT DÂN SỰ VÀ LUẬT THƯƠNG MẠI TRONG QUAN HỆ HỢP ĐỒNG

ĐOÀN ĐỨC LƯƠNG*

Ngày nhận bài: 15/05/2020

Ngày phản biện: 25/05/2020

Ngày đăng bài: 15/06/2020

Tóm tắt:

Trong quan hệ hợp đồng thương mại việc chọn luật áp dụng để xác định quyền và nghĩa vụ của các chủ thể hoặc để giải quyết tranh chấp phát sinh có ý nghĩa quan trọng. Bộ luật Dân sự 2015 đã khẳng định là luật chung điều chỉnh các quan hệ dân sự theo nghĩa rộng trong đó có hợp đồng. Luật Thương mại điều chỉnh các nội dung có tính đặc trưng của hợp đồng thương mại. Việc chọn luật áp dụng của các chủ thể hợp đồng và chủ thể giải quyết tranh chấp còn nhiều lúng túng. Vì vậy, bài viết đã phân tích (1) Vấn đề chọn luật áp dụng trong hợp đồng, thời điểm chọn luật áp dụng khi xác lập hợp đồng để làm căn cứ phát sinh các quyền và nghĩa vụ hoặc để giải quyết tranh chấp; (2) Hình thức chọn luật của các chủ thể; (3) BLDS hay Luật Thương mại áp dụng để giải quyết tranh chấp có phụ thuộc thẩm quyền giải quyết (vụ án dân sự hay vụ án kinh doanh thương mại).

Từ khóa:

Áp dụng, Bộ luật Dân sự, Luật Thương mại, hợp đồng.

Abstract:

In the commercial contract relationship, the choice of applicable law to define the rights and obligations of the subject-matters or to resolve the arising disputes is significant. The 2015 Civil Code asserts that itself a general law governing civil relations in the broad sense, including contracts. And the Commercial Law, on the other hand, governs the specific content of a commercial contract. These two sources of law leads to the fact that the choice of applicable law for the contractual subjects and the subject of dispute resolution is still confusing. Therefore, the article analyzed (1) The problem of choosing the applicable law in the contract, the time to choose the applicable law when establishing the contract as a basis for arising rights and obligations or to resolve disputes; (2) The form of selecting laws of subjects; and (3) The Civil Code or Commercial Law shall be applied to resolve disputes depends on the jurisdiction (civil or commercial-business cases).

Keywords:

Applicable law, Civil Code, Commercial Law, contracts.

* PGS.TS; GVCC., Hiệu trưởng Trường Đại học Luật, Đại học Huế; Email: ddluong@hueuni.edu.vn

Đặt vấn đề

Quan hệ hợp đồng là loại quan hệ phát sinh phổ biến trong các lĩnh vực của đời sống xã hội. Do có đối tượng đa dạng, phong phú nên loại quan hệ này được điều chỉnh bởi nhiều văn bản quy phạm pháp luật khác nhau. Các văn bản quy phạm đó tạo nên cơ sở pháp lý đầy đủ cho các việc giao kết hợp đồng, thực hiện các quyền và nghĩa vụ phát sinh từ hợp đồng cũng như giải quyết tranh chấp các tranh chấp phát sinh. Trong đó, hợp đồng thương mại là loại hợp đồng chịu sự điều chỉnh của nhiều văn bản pháp luật hơn cả, đặc biệt là Bộ luật Dân sự (BLDS) và Luật Thương mại. Thực tế cho thấy, nhiều quy định trong hai văn bản này có mâu thuẫn khi điều chỉnh về cùng một vấn đề trong hợp đồng thương mại. Ví dụ như quy định về mức phạt vi phạm hợp đồng, quy định về bồi thường thiệt hại do vi phạm hợp đồng, quy định về quyền của chi nhánh của pháp nhân, quy định về quyền lựa chọn luật áp dụng... Những mâu thuẫn này khiến cho việc áp dụng pháp luật để điều chỉnh quan hệ hợp đồng thương mại có nhiều khó khăn, bất cập. Đặc biệt, việc lựa chọn luật áp dụng đối với hợp đồng trong lĩnh vực thương mại luôn là vấn đề quan trọng đối với các bên của quan hệ hợp đồng.

Mặc dù quy định về nguyên tắc áp dụng BLDS tại Điều 4 của BLDS năm 2015 đã giải quyết được phần nào sự mâu thuẫn trong việc lựa chọn luật áp dụng. Với vai trò là luật chung điều chỉnh các quan hệ dân sự, BLDS thể hiện hướng tiếp cận phù hợp với các quan hệ “tư” giữa các chủ thể, tôn trọng quyền tự định đoạt của các chủ thể. Song, vấn đề áp dụng pháp luật trong giao kết, thực hiện cũng như giải quyết tranh chấp về hợp đồng vẫn luôn gây ra những ảnh hưởng lớn đến các bên. Chính vì vậy, để có thể áp dụng BLDS và Luật Thương mại một cách hiệu quả trong các quan hệ hợp đồng nhằm đạt được mục đích của việc giao kết hợp đồng, tác giả cho rằng cần phải tiếp tục làm rõ những vấn đề cơ bản như: (1) Vấn đề chọn luật áp dụng trong hợp đồng chưa được quan tâm, thời điểm chọn luật áp dụng khi xác lập hợp đồng để làm căn cứ phát sinh các quyền và nghĩa vụ hay khi tranh chấp xảy ra; (2) Hình thức chọn luật của các chủ thể; (3) BLDS hay Luật Thương mại áp dụng để giải quyết tranh chấp có phụ thuộc thẩm quyền giải quyết (vụ án dân sự hay vụ án kinh doanh thương mại).

1. Khái niệm áp dụng Bộ luật Dân sự và Luật Thương mại trong quan hệ hợp đồng

Như đã chỉ ra, ở Việt Nam, quan hệ hợp đồng được điều chỉnh bởi nhiều văn bản quy phạm pháp luật, trong đó bao gồm BLDS và Luật Thương mại. Mỗi văn bản điều chỉnh quan hệ hợp đồng ở các khía cạnh khác nhau, tạo nên cơ sở pháp lý đầy đủ cho quá trình giao kết, thực hiện và chấm dứt hợp đồng giữa các bên. Thực tế cho thấy, trong nhiều trường hợp BLDS và Luật Thương mại có khác biệt nhau khi điều chỉnh cùng một vấn đề khiến cho việc áp dụng có thể ảnh hưởng đến quyền và lợi ích hợp pháp của các bên. Điều này đòi hỏi các bên chủ thể phải lựa chọn luật áp dụng cho quan hệ hợp đồng mà mình tham gia, nhằm giải quyết mối quan hệ lợi ích giữa các bên một cách hài hòa nhất. Nghiên cứu các vấn đề lý luận và thực tiễn hoạt động giao kết, thực hiện hợp đồng trong lĩnh vực thương mại cho thấy việc “áp dụng BLDS và Luật Thương mại” trong quan hệ hợp đồng được nhìn nhận ở các khía cạnh sau:

Một là, sự lựa chọn của các bên chủ thể.

Việc lựa chọn pháp luật điều chỉnh hợp đồng xuất phát từ quyền tự định đoạt của các bên chủ thể khi tham gia vào quan hệ hợp đồng. Một trong các quyền tự định đoạt đó chính là lựa chọn luật áp dụng đối với quan hệ hợp đồng mà mình tham gia. Việc lựa chọn luật áp dụng là yếu tố chi phối và có ảnh hưởng đến việc phát sinh các quyền và nghĩa vụ của các bên trong hợp đồng, đồng thời cũng là cơ sở để giải quyết tranh chấp. Luật Thương mại năm 2005 và BLDS năm 2015 đều có quy định về nguyên tắc tự do thỏa thuận. Điều 3 của BLDS năm 2015 quy định về nguyên tắc này cụ thể như sau: “*Mọi cam kết, thỏa thuận không vi phạm điều cấm của luật, không trái đạo đức xã hội có hiệu lực thực hiện đối với các bên và phải được chủ thể khác tôn trọng*”. Trong Bộ nguyên tắc của Unidroit về hợp đồng thương mại quốc tế 2004 cũng xác định luật điều chỉnh “do các bên lựa chọn một cách rõ ràng”¹. Các quy tắc La Hay về lựa chọn pháp luật áp dụng trong hợp đồng thương mại quốc tế thì một hợp đồng được điều chỉnh bởi pháp luật do các bên lựa chọn; các bên có thể chọn pháp luật áp dụng đối với toàn bộ hoặc chỉ một phần của hợp đồng; và pháp luật khác nhau áp dụng với những phần khác nhau của hợp đồng; lựa chọn có thể được thực hiện hoặc thay đổi vào bất kỳ thời điểm nào. Một lựa chọn hoặc thay đổi được đưa ra sau khi hợp đồng được ký kết không ảnh hưởng đến hiệu lực trước đó hoặc quyền của bên thứ ba; không cần có mối liên hệ giữa pháp luật được chọn và các bên hoặc giao dịch của họ.

Phạm vi áp dụng của pháp luật được lựa chọn được xác định như sau: pháp luật do các bên lựa chọn điều chỉnh tất cả các vấn đề của hợp đồng giữa các bên, bao gồm nhưng không giới hạn ở giải thích; quyền và nghĩa vụ phát sinh từ hợp đồng; thực hiện và hậu quả của việc không thực hiện hợp đồng, bao gồm cả đánh giá thiệt hại; các cách thức khác nhau để chấm dứt nghĩa vụ, và thời hiệu, thời hạn; hiệu lực của hợp đồng và hậu quả của hợp đồng vô hiệu; nghĩa vụ chứng minh và các giả định pháp lý; nghĩa vụ tiền hợp đồng². Luật Thương mại 2005 tại Điều 1 khoản 3 cũng quy định quyền chọn luật của các chủ thể trong quan hệ hợp đồng. Như vậy, quyền chọn luật áp dụng của các chủ thể trong quan hệ hợp đồng là một quyền năng quan trọng mà luật cho phép các bên thực hiện khi giao kết hợp đồng, nhằm xác định luật điều chỉnh quan hệ giữa các bên cũng như giải quyết các hậu quả phát sinh sau này.

Hai là, áp dụng BLDS và Luật thương mại trên cơ sở những “nguyên tắc chung” pháp luật quy định.

Khi nhà làm luật đã xác định BLDS hay Luật Thương mại điều chỉnh quan hệ hợp đồng mà không trao cho các chủ thể quyền lựa chọn thì các chủ thể có lựa chọn hay không cũng không cần thiết. Bởi lẽ, phạm vi điều chỉnh đã được xác định rõ khi các chủ thể xác lập hợp đồng và phát sinh hiệu lực. Đây là trường hợp BLDS hoặc Luật Thương mại đương nhiên

¹ Bộ nguyên tắc của Unidroit về hợp đồng thương mại quốc tế 2004, Nxb Từ điển bách khoa, năm 2010, tr.34.

² “Các quy tắc về lựa chọn pháp luật áp dụng trong hợp đồng thương mại quốc tế”, Trang thông tin điện tử pháp luật quốc tế. Nguồn: <https://moj.gov.vn/tttp/tintuc/Pages/tin-tuc-su-kien.aspx?ItemID=73>

được áp dụng đối với một hợp đồng cụ thể, bất kể các bên có thỏa thuận lựa chọn luật áp dụng hay không. Ví dụ, theo quy định tại Điều 1 Luật Thương mại năm 2005, quan hệ hợp đồng giữa các thương nhân đương nhiên chịu sự điều chỉnh của Luật Thương mại năm 2005 mà không cần các bên phải lựa chọn luật áp dụng. Tuy nhiên, trường hợp các bên lựa chọn luật áp dụng không phù hợp với quy định thì sự lựa chọn đó không có giá trị. Ví dụ, hai thương nhân giao kết hợp đồng thương mại nhưng trong hợp đồng lại có điều khoản thỏa thuận về việc lựa chọn BLDS để điều chỉnh mọi vấn đề phát sinh từ hợp đồng, kể cả mức phạt vi phạm quá 8% giá trị phần vi phạm, thì đương nhiên sự lựa chọn này không có giá trị.

Ba là, luật cho phép lựa chọn nhưng các chủ thể không lựa chọn luật áp dụng cho quan hệ hợp đồng.

BLDS năm 2015 đã xác định một cách nhất quán tư tưởng chỉ đạo của các nguyên tắc cơ bản được quy định tại Điều 3 và khẳng định: “*Bộ luật này là luật chung điều chỉnh các quan hệ dân sự*”. Như vậy, BLDS được xác định là luật chung, còn các luật quy định trong từng lĩnh vực là luật “cụ thể”, đây là sự thay đổi căn bản so với BLDS năm 2005. BLDS năm 2005 không quy định cụ thể xử lý mối quan hệ giữa BLDS và các luật chuyên ngành. Theo quy định của Luật Thương mại, tại Điều 1 khoản 3 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 hòa 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*”. Như vậy, có những hợp đồng mà theo quan niệm hiện nay “là hợp đồng dân sự” các chủ thể vẫn có quyền chọn Luật Thương mại để áp dụng. Điều 2 khoản 3 Luật Thương mại năm 2005 cũng quy định “*Căn cứ vào những nguyên tắc của Luật này, Chính phủ quy định cụ thể việc áp dụng Luật này đối với cá nhân hoạt động thương mại một cách độc lập, thường xuyên không phải đăng ký kinh doanh*”. Tuy pháp luật cho phép nhưng các chủ thể trong quan hệ hợp đồng không “lựa chọn” thì không đương nhiên được công nhận. Các quyền và nghĩa vụ phát sinh trong hợp đồng vẫn dựa vào BLDS hay Luật Thương mại điều chỉnh hợp đồng đó.

Từ những phân tích trên cho thấy việc áp dụng BLDS hay Luật Thương mại trong quan hệ hợp đồng được hiểu theo nghĩa rộng là: (1) Quyền chọn luật áp dụng của các chủ thể khi pháp luật cho phép; (2) Đương nhiên áp dụng BLDS hay Luật Thương mại khi pháp luật không cho phép hoặc cho phép nhưng các chủ thể không lựa chọn làm phát sinh các quyền và nghĩa vụ theo hợp đồng và làm căn cứ để giải quyết tranh chấp phát sinh.

2. Các trường hợp áp dụng Bộ luật Dân sự và Luật Thương mại trong quan hệ hợp đồng và hậu quả pháp lý

2.1. Bên chủ thể không có mục đích lợi nhuận chọn Luật Thương mại để áp dụng cho quan hệ hợp đồng

Khoản 3 Điều 1 Luật Thương mại năm 2005 quy định: *Hoạt động không nhằm mục đích sinh lợi của một bên trong giao dịch với thương nhân thực hiện trên lãnh thổ Việt Nam trong trường hợp bên thực hiện hoạt động không nhằm mục đích sinh lợi đó chọn áp dụng Luật này.*

Chủ thể có quyền chọn luật áp dụng là bên thực hiện hoạt động không nhằm mục đích sinh lợi không phải thương nhân. Quyền chọn luật này có bị giới hạn giai đoạn nào hay không? Luật hiện hành không quy định nên tác giả cho rằng ở bất cứ giai đoạn nào đều có thể thực hiện quyền này, từ khi ký kết giao kết hợp đồng hoặc khi có tranh chấp và yêu cầu giải quyết tại toà án hoặc trọng tài. Việc chọn “luật áp dụng” của một bên không cần sự đồng ý của bên kia là thương nhân.

Hợp đồng được xác lập giữa các chủ thể phải có một bên chủ thể là thương nhân và bên thương nhân có mục đích lợi nhuận trên lãnh thổ Việt Nam. Sự phân định “hợp đồng dân sự” hay “hợp đồng thương mại” trong trường hợp này không minh thị. Tuy nhiên, việc nhà làm luật trao quyền cho chủ thể của hợp đồng được chọn luật áp dụng đã cho thấy Luật Thương mại không chỉ điều chỉnh quan hệ giữa các bên trong hợp đồng thương mại mà còn có thể điều chỉnh quan hệ giữa các bên trong hợp đồng dân sự. Dựa theo quy định của pháp luật, hợp đồng dân sự thông thường của các bên không hướng đến mục đích sinh lợi (yếu tố bắt buộc phải tồn tại để phân biệt giữa hợp đồng thương mại và hợp đồng dân sự thông thường) giữa một bên là cá nhân không nhằm mục đích sinh lợi với bên kia là thương nhân. Các nội dung về quyền và nghĩa vụ được tiến hành trên lãnh thổ Việt Nam sẽ thuộc đối tượng điều chỉnh của Luật Thương mại năm 2005 với điều kiện bên chủ thể là cá nhân tham gia hợp đồng không nhằm mục đích sinh lợi lựa chọn Luật Thương mại để áp dụng đối với quan hệ hợp đồng trong trường hợp này. Nhà làm luật đã trao quyền tự do thỏa thuận, tự do chọn luật áp dụng cho các chủ thể trong hợp đồng trên cơ sở hiểu rõ các quyền và nghĩa vụ của mình. Qua đó, cũng có ý nghĩa làm rõ hơn cơ chế phụ thuộc, điều chỉnh đồng thời về chế định hợp đồng của BLDS năm 2015 và Luật Thương mại năm 2005 trên cơ sở lựa chọn của các chủ thể. Trên thực tế, sự phân định giữa hợp đồng dân sự hay hợp đồng thương mại không phải lúc nào cũng rõ ràng và tách bạch. Sự thỏa thuận của các chủ thể “không vi phạm điều cấm” sẽ làm phát sinh quyền và nghĩa vụ ràng buộc giữa các bên. Vì vậy, việc trao cho các chủ thể quyền được lựa chọn luật áp dụng trong những trường hợp nhất định là phù hợp.

Việc bên không có mục đích lợi nhuận chọn luật áp dụng trong quan hệ hợp đồng có thể dẫn đến những hậu quả pháp lý nhất định khi giải quyết tranh chấp. Vì vậy, bên không nhằm mục đích sinh lợi khi lựa chọn luật áp dụng cần có những cân nhắc nhất định, bởi có những quy định khác nhau giữa BLDS năm 2015 và Luật Thương mại năm 2005 về một số nội dung trong hợp đồng. Chẳng hạn, trường hợp phạt vi phạm: Theo khoản 2 Điều 418 của BLDS năm 2015, mức phạt vi phạm do các bên thỏa thuận, trừ trường hợp “*luật liên quan có quy định khác*”. Điều 301 của Luật Thương mại năm 2005 cũng cho phép các bên thỏa thuận về mức phạt vi phạm “*nhưng không quá 8% giá trị phần nghĩa vụ hợp đồng bị vi phạm*”. Theo các quy định trên, BLDS năm 2015 cho phép các bên tự do thỏa thuận và không có hạn chế về mức phạt vi phạm tối đa; trong khi đó, Luật Thương mại năm 2005 có quy định hạn chế về mức phạt vi phạm tối đa không được vượt quá 8% giá trị phần nghĩa vụ hợp đồng bị vi phạm. Giả sử bên

chủ thể không có mục đích lợi nhuận chọn Luật Thương mại 2005 áp dụng sẽ bị giới hạn mức phạt theo quy định này.

Mức phạt vi phạm tối đa 8% như giới hạn của Luật Thương mại 2005, theo chúng tôi là không còn phù hợp. Luật Thương mại được ban hành vào năm 2005 là thời điểm mà các chủ thể kinh doanh đa số có vốn Nhà nước, nếu quy định cho phép “tự do thỏa thuận” theo chúng tôi có thể dẫn tới có những thỏa thuận “ngầm” gây thiệt hại cho tài sản Nhà nước. Mặt khác, thực tế các thiệt hại xảy ra đối với chủ thể bị thiệt hại cao hơn rất nhiều do với mức phạt 8% phần nghĩa vụ bị vi phạm. *Về quan hệ giữa phạt vi phạm và bồi thường thiệt hại thì khoản 2 Điều 307 Luật Thương mại quy định: Trường hợp các bên có thỏa 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.* Như vậy, khác với quy định tại khoản 3 Điều 418 BLDS năm 2015³, nếu hợp đồng thương mại không có quy định rõ ràng về việc bên vi phạm chỉ phải chịu phạt vi phạm hay vừa phải chịu phạt vi phạm và vừa phải bồi thường thiệt hại thì bên bị vi phạm có quyền yêu cầu áp dụng cả hai loại chế tài này.

Về thời hiệu khởi kiện. Theo Điều 429 BLDS năm 2015 “*Thời hiệu khởi kiện là 3 năm, kể từ ngày người có quyền yêu cầu biết hoặc phải biết quyền và lợi ích hợp pháp của mình bị xâm phạm*”. Trong khi đó, Điều 319 Luật Thương mại năm 2005 quy định “*thời hiệu khởi kiện là 2 năm kể từ thời điểm quyền và lợi ích hợp pháp bị xâm phạm*”. Như vậy, thời hiệu đối với tranh chấp liên quan đến hợp đồng thương mại được ưu tiên áp dụng theo Luật Thương mại là 2 năm (ngắn hơn so với thời hiệu được quy định trong BLDS năm 2015).

Tuy nhiên, chọn luật áp dụng trong trường hợp này cho phép chọn những điều khoản hay chọn tất cả các điều khoản của Luật Thương mại. Giả sử như chủ thể không có mục đích lợi nhuận chỉ lựa chọn điều khoản “phạt vi phạm” còn những điều khoản không lựa chọn sẽ được áp dụng BLDS hay Luật Thương mại để giải quyết?. Mặt khác, thời điểm chọn luật áp dụng của chủ thể này khi xác lập, khi thực hiện hay khi xảy ra tranh chấp. Đây là những vấn đề chưa được xác định cụ thể nên có thể khi chủ thể không có mục đích lợi nhuận chọn luật áp dụng sẽ gặp phải sự phản kháng của bên kia (nếu họ thấy bất lợi). Do đó, theo quan điểm của tác giả, nhà làm luật cần có hướng dẫn cụ thể về việc lựa chọn luật áp dụng tại khoản 3 Điều 1 Luật Thương mại năm 2005.

2.2. Chọn Bộ luật Dân sự và Luật Thương mại áp dụng đồng thời trong hợp đồng thương mại

Bộ luật Dân sự năm 2015 được xác định là luật chung điều chỉnh các quan hệ dân sự, trong đó bao gồm cả quan hệ hợp đồng thương mại, Luật Thương mại năm 2005 có những quy định cụ thể điều chỉnh hành vi thương mại có tính đặc thù. Điều 4 BLDS năm 2015 đã

³ Khoản 3 Điều 418 BLDS năm 2015 “*Trường hợp các bên có thỏa thuận về phạt vi phạm nhưng không thỏa 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*”.

quy định nguyên tắc chung thống nhất cho việc áp dụng pháp luật “*BLDS là luật chung điều chỉnh các quan hệ dân sự. 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. 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*”.

Từ quy định này, các chủ thể trong hợp đồng hoặc chủ thể giải quyết tranh chấp có thể áp dụng cho hợp đồng thương mại bao gồm:

Thứ nhất, trường hợp quy định trong Luật Thương mại năm 2005 trái với các nguyên tắc cơ bản của pháp luật dân sự được ghi nhận tại Điều 3 BLDS năm 2015 thì các quy định của Luật Thương mại năm 2005 về hợp đồng thương mại sẽ không được áp dụng mà áp dụng BLDS. Điều 3 của BLDS năm 2005 quy định những nguyên tắc cơ bản cho quan hệ dân sự nói chung và quan hệ hợp đồng nói riêng. Trong hợp đồng thương mại, xác lập quyền và nghĩa vụ trên cơ sở tự do, tự nguyện cam kết thỏa thuận có tính xuyên suốt (khoản 2 Điều 3 BLDS năm 2015). Các nguyên tắc này vừa đảm bảo sự “tự do ý chí” của các chủ thể trong quan hệ hợp đồng, vừa xác định những “giới hạn” bởi lợi ích quốc gia, dân tộc, lợi ích cộng đồng và quyền và lợi ích hợp pháp của người khác.

Luật Thương mại năm 2005 không có quy định trái với các nguyên tắc cơ bản của pháp luật dân sự tại Điều 3 của BLDS năm 2015. Tuy nhiên, ngay một số nguyên tắc cơ bản được ghi nhận trong Luật Thương mại năm 2005 và BLDS năm 2015 cũng còn chưa thống nhất. Khoản 2, Điều 3 BLDS năm 2015 quy định cụ thể là “*Mọi cam kết, thỏa thuận không vi phạm điều cấm của luật, không trái đạo đức xã hội có hiệu lực thực hiện đối với các bên và phải được chủ thể khác tôn trọng*” thì khoản 1 Điều 11 Luật Thương mại năm 2005 lại quy định “*Các bên có quyền tự do thỏa thuận không trái với các quy định của pháp luật, thuận phong mỹ tục và đạo đức xã hội để xác lập các quyền và nghĩa vụ của các bên trong hoạt động thương mại. Nhà nước tôn trọng và bảo hộ các quyền đó*”. Quy định “không vi phạm điều cấm của luật” và “không trái với quy định của pháp luật” không có cùng nội hàm. Quy định “không vi phạm điều cấm của luật” được hiểu là không vi phạm các quy định trong một văn bản luật cụ thể. Trong khi đó, quy định “không vi phạm điều cấm của pháp luật” lại được hiểu là không vi phạm các điều cấm trong văn bản luật và văn bản dưới luật. Thực tế hiện nay, văn bản dưới luật không còn được đưa ra các điều cấm đối với các chủ thể. Chính vì vậy, nguyên tắc cam kết, thỏa thuận trong Luật Thương mại năm 2005 đã hạn chế sự “tự do ý chí” của các chủ thể trong hợp đồng khi vừa không được thỏa thuận những gì mà luật không cấm, vừa không được thỏa thuận những gì mà văn bản dưới luật cấm. Tuy vậy, quy định này hiện nay không còn phù hợp, bởi những quy định cấm trong các văn bản dưới luật hiện nay không còn giá trị do nó trái với quy định trong Hiến pháp năm 2013.

Thứ hai, trường hợp Luật Thương mại năm 2005 không quy định nhưng trong BLDS năm 2015 có quy định thì áp dụng các quy định của BLDS năm 2015 về hợp đồng.

Với vai trò là “luật chung”, BLDS năm 2015 không dùng thuật ngữ “hợp đồng dân sự” như trong BLDS năm 2005 mà thay bằng thuật ngữ “hợp đồng” thể hiện sự tiếp cận hoàn toàn mới, phù hợp sự điều chỉnh quan hệ hợp đồng hiện nay⁴. Vì vậy, các quy định của BLDS năm 2015 khá đầy đủ và toàn diện các vấn đề như:

Về các điều kiện có hiệu lực của hợp đồng thương mại và hợp đồng thương mại vô hiệu. Khi xác lập hợp đồng, các bên chủ thể phải soi chiếu vào các điều kiện có hiệu lực của giao dịch dân sự để đảm bảo các điều kiện về nội dung và điều kiện về hình thức (Điều 117 đến Điều 120). Để phòng tránh rủi ro dẫn tới hợp đồng vô hiệu thì dựa trên cơ sở xem xét các trường hợp hợp đồng vô hiệu được quy định tại Điều 407, Điều 408 và các điều luật khác có liên quan.

Giao kết và thực hiện hợp đồng thương mại là một nội dung quan trọng. Trong hợp đồng thương mại, các chủ thể giao kết và thực hiện dựa trên cơ sở tự nguyện và căn cứ vào các quy định tương ứng của BLDS.

Bảo đảm thực hiện nghĩa vụ trong hợp đồng thương mại là biện pháp do các chủ thể thỏa thuận áp dụng nhằm bảo đảm thực hiện nghĩa vụ phát sinh từ quá trình giao kết hợp đồng thương mại. Về nguyên tắc, các biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ được quy định từ Điều 292 đến Điều 591 của BLDS năm 2015 cũng được áp dụng đối với trường hợp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ phát sinh từ hợp đồng thương mại. Tuy nhiên, trong hợp đồng thương mại được xác lập giữa các thương nhân nhằm mục đích lợi nhuận, biện pháp được áp dụng chủ yếu là thế chấp, cầm cố, bảo lãnh. Quyền và nghĩa vụ của bên bảo đảm và bên được bảo đảm căn cứ vào sự thỏa thuận của các bên hoặc căn cứ vào quy định của BLDS. Khi tranh chấp phát sinh giữa các chủ thể thì áp dụng BLDS để giải quyết tranh chấp.

Có thể khẳng định rằng, với vai trò là luật chung, BLDS 2015 đã ghi nhận khá đầy đủ và toàn diện các quy định điều chỉnh quan hệ hợp đồng. Quy định trong BLDS không chỉ có tính chất định hướng mà còn là cơ sở pháp lý để các chủ thể biết được “giới hạn” của sự thỏa thuận “thỏa thuận những gì không cấm”, cũng là cơ sở pháp lý áp dụng xác định quyền và nghĩa vụ của các bên trong hợp đồng và giải quyết tranh chấp.

2.3. Ưu tiên áp dụng Luật Thương mại trong hợp đồng thương mại

Trường hợp quy định Luật Thương mại năm 2005 không trái với các nguyên tắc cơ bản của pháp luật dân sự được ghi nhận tại Điều 3 BLDS năm 2015 thì đương nhiên được áp dụng theo nguyên tắc ưu tiên luật chuyên ngành.

Cùng điều chỉnh về hợp đồng thương mại, việc áp dụng Luật Thương mại và pháp luật có liên quan được thực hiện theo nguyên tắc cụ thể theo Điều 4 Luật Thương mại năm 2005: *“Hoạt động thương mại phải tuân theo Luật Thương mại và pháp luật có liên quan. Hoạt*

⁴ Xem Đoàn Đức Lương (2018), *Chế định hợp đồng trong BLDS 2015*. Tạp chí Kiểm sát, số 13/2018, tr.10.

động thương mại đặc thù được quy định trong luật khác thì áp dụng quy định của luật đó. Hoạt động thương mại không được quy định trong Luật Thương mại và trong các luật khác thì áp dụng quy định của Bộ luật Dân sự". Với các quy định này, Luật Thương mại năm 2005 đã thể hiện rõ thông qua việc xác định quan hệ điều chỉnh các quan hệ thương mại nói chung và hợp đồng thương mại nói riêng có tính đặc thù. Áp dụng Luật Thương mại dựa trên cơ sở:

Một là, hợp đồng thương mại giữa các chủ thể.

Hợp đồng thương mại được xác lập giữa các chủ thể là thương nhân đáp ứng theo quy định tại Điều 6 và có mục đích lợi nhuận. Đối với trường hợp hoạt động không nhằm mục đích sinh lợi của một bên trong giao dịch với thương nhân thực hiện trên lãnh thổ Việt Nam trong trường hợp bên thực hiện hoạt động không nhằm mục đích sinh lợi đó chọn Luật Thương mại áp dụng (theo khoản 3 Điều 1).

Hai là, các nội dung được điều chỉnh bởi Luật Thương mại 2005.

Hợp đồng để thực hiện các hoạt động thương mại bao gồm mua bán hàng hóa, cung ứng dịch vụ, đầu tư, xúc tiến thương mại và các hoạt động nhằm mục đích sinh lợi khác. Các hợp đồng thương mại này là nội dung bao trùm trong Luật Thương mại mang tính đặc trưng để phân biệt với các hợp đồng trong lĩnh vực dân sự thuần túy.

Các loại chế tài trong thương mại được quy định từ Điều 202 đến Điều 316. Các hình thức chế tài bao gồm: Buộc thực hiện đúng hợp đồng; phạt vi phạm; buộc bồi thường thiệt hại; tạm ngừng thực hiện hợp đồng; đình chỉ thực hiện hợp đồng; hủy bỏ hợp đồng.

Thời hiệu khởi kiện được quy định tại Điều 319 Luật Thương mại năm 2005 như đã phân tích ở mục 2.1 áp dụng cho hợp đồng thương mại.

Trong thực tiễn xét xử, việc áp dụng luật trong trường nào còn có nhiều lúng túng. Đơn cử trường hợp Bản án xét xử sơ thẩm vụ án kinh doanh thương mại bởi Tòa án nhân dân thành phố K thụ lý số 33/2019/TLST-KDTM ngày 08/04/2019, Tòa án đã chấp nhận yêu cầu khởi kiện của nguyên đơn là Công ty Xăng dầu TTH về tranh chấp hợp đồng mua bán hàng hóa. Buộc bị đơn là Công ty cổ phần Vận tải PH phải trả cho Công ty Xăng dầu TTH số tiền là 997.315.258 đồng. Căn cứ pháp lý được áp dụng để giải quyết tranh chấp bao gồm các Điều 24, Điều 50 và Điều 55 Luật Thương mại năm 2005 và Điều 85, 87, 357 và 468 của BLDS 2015⁵. Tranh chấp hợp đồng này, việc áp dụng Luật Thương mại là đã đầy đủ cơ sở pháp lý để giải quyết tranh chấp nên không cần viện dẫn BLDS năm 2015. Tranh chấp này phát sinh từ hợp đồng mua bán hàng hóa giữa hai thương nhân, được ký kết, giao hàng và thanh toán một phần tiền hàng, nên việc Tòa án áp dụng Điều 24 để khẳng định đây là hợp đồng mua bán hàng hóa, Điều 50 làm căn cứ buộc bị đơn thanh toán tiền hàng và Điều 55 căn cứ làm thời hạn thanh toán trả tiền hàng. Các quy định của Luật Thương mại năm 2005 viện dẫn đã cung cấp

⁵ Bản án số 33/2019/TLST-KDTM ngày 08/04/2019 về tranh chấp hợp đồng mua bán hàng hóa của Tòa án nhân dân thành phố K, tỉnh H.

đầy đủ các căn cứ pháp lý để tòa án phán quyết như trên, nên việc áp dụng đồng thời các quy định của Luật Thương mại và BLDS là không cần thiết.

3. Một số kiến nghị hoàn thiện pháp luật

Từ những phân tích ở trên, tác giả đưa ra một số kiến nghị nhằm giải quyết các vấn đề bất cập như sau:

Một là, các nguyên tắc cơ bản của pháp luật dân sự tại Điều 3 của BLDS năm 2015 có tính xuyên suốt. Nên sửa đổi theo hướng lược bỏ một số từ không còn phù hợp như “pháp” trong cụm từ pháp luật, và hai từ mỹ tục. Theo đó, khoản 1 Điều 11 Luật Thương mại năm 2005 nên được sửa đổi như sau: “*Các thoả thuận của các bên không vi phạm điều cấm của luật và không trái đạo đức xã hội có hiệu lực đối với các bên và phải được chủ thể khác tôn trọng*”. Tuy nhiên, quy định này cũng tương tự như quy định tại khoản 2 Điều 3 BLDS nên ngoài việc sửa đổi có thể lược bỏ quy định này khỏi Luật Thương mại năm 2005.

Hai là, nhà làm luật cần có hướng dẫn cụ thể quy định liên quan đến việc lựa chọn luật áp dụng tại khoản 3 Điều 1 Luật Thương mại năm 2005 theo hướng chỉ rõ việc lựa chọn Luật Thương mại để áp dụng với quan hệ hợp đồng có thể được hoặc phải được tiến hành ở giai đoạn nào của hợp đồng. Theo quan điểm của tác giả, cần quy định theo hướng cho phép quyền lựa chọn Luật Thương mại để áp dụng đối với quan hệ hợp đồng có thể được thực hiện ở bất cứ giai đoạn nào của quá trình giao kết, thực hiện, chấm dứt hoặc giải quyết tranh chấp về hợp đồng. Việc sửa đổi này có thể được thực hiện khi sửa đổi Luật Thương mại năm 2005 hoặc có thể thông qua việc sửa đổi, bổ sung hoặc ban hành mới văn bản hướng dẫn.

Ba là, việc giới hạn mức phạt vi phạm hợp đồng không quá 8% giá trị phần vi phạm không còn phù hợp với thực tiễn đời sống hiện nay. Hơn nữa, nó cũng là “rào cản” đối với việc thực hiện quyền tự do thoả thuận của các bên, làm cho sự tự do không được trọn vẹn. Điều này cũng khiến cho quy định về phạt vi phạm trong Luật Thương mại năm 2005 không có tính răn đe. Do đó, tác giả cho rằng cần sửa đổi theo hướng ghi nhận mức phạt theo sự thoả thuận của các bên xuất phát từ tự do thoả thuận, trừ những trường hợp liên quan đến tài sản Nhà nước.

4. Kết luận

Áp dụng BLDS và Luật Thương mại trong quan hệ hợp đồng là vấn đề không phải là mới. Song việc khẳng định BLDS là luật chung và các luật khác có liên quan (Luật chuyên ngành) chính thức được quy định trong BLDS 2015. Việc chọn Luật Thương mại áp dụng cho một bên hợp đồng không có mục đích sinh lợi được luận giải cơ bản về quyền, hậu quả pháp lý và thời điểm chọn để làm cơ sở khoa học cho thực hiện quyền này. Áp dụng luật chung và Luật Thương mại hoặc ưu tiên áp dụng Luật Thương mại cũng dựa trên những căn cứ để có cơ sở xác định quyền và nghĩa vụ khi các quy định của Luật chung và luật cụ thể khác nhau. Có thể khẳng định rằng pháp luật hiện hành đã có những quy định có tính nguyên tắc, song chưa được cụ thể nên thực tiễn có những cách hiểu khác nhau.

DANH MỤC TÀI LIỆU THAM KHẢO

1. *Bộ nguyên tắc của Unidroit về hợp đồng thương mại quốc tế 2004*, Nxb Từ điển bách khoa, năm 2010, tr.34.
2. “Các quy tắc về lựa chọn pháp luật áp dụng trong hợp đồng thương mại quốc tế”, Trang thông tin điện tử pháp luật quốc tế. Nguồn: <https://moj.gov.vn/tttp/tintuc/Pages/tin-tuc-su-kien.aspx?ItemID=73>
3. Đoàn Đức Lương (2018), *Chế định hợp đồng trong BLDS 2015*, Tạp chí Kiểm sát, số 13, tr.10.
4. Nguyễn Văn Cừ, Trần Thị Huệ (Đồng chủ biên, 2017), *Bình luận khoa học BLDS năm 2015 của nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam*, Nxb Công an nhân dân, Hà Nội.