VỀ KHẢ NĂNG LỰA CHỌN PHÁP LUẬT ÁP DỤNG CHO QUAN HỆ HỢP ĐỒNG VÀ BỒI THƯỜNG THIỆT HẠI NGOÀI HỢP ĐỒNG CÓ YẾU TỐ NƯỚC NGOÀI TRONG DỰ THẢO BỘ LUẬT DÂN SỰ SỬA ĐỔI

*Ngô Quốc Chiến**

Tóm tắt

Bài viết phân tích các ưu điểm và nhược điểm trong các quy định về lựa chọn pháp luật áp dụng cho quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài quy định tại Phần thứ 5 Dự thảo Bộ luật dân sự sửa đổi. Trong phần thứ nhất, sau khi phân tích các điểm bất cập của quy định hiện hành, bài viết đánh giá các quy định của Dự thảo, so sánh với một số hệ thống pháp luật và thực tiễn xét xử trên thế giới để từ đó nhận diện các điểm tích cực cũng như hạn chế và đề xuất hướng sửa đổi. Trong phần thứ hai, tác giả so sánh các quy phạm xung đột pháp luật về bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng của Việt Nam với các quy định của Nghị định Rome II, của pháp luật Pháp, Bỉ, Đức… để cho thấy việc tham khảo một phần kinh nghiệm của nước ngoài là không có tác dụng. Từ đó, tác giả đề xuất hướng sửa đổi Điều 706 Dự thảo.

Từ khóa: *Tư pháp quốc tế, Dự thảo Bộ luật dân sự (sửa đổi), Quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài, Lựa chọn pháp luật áp dụng.*

Mã số: 164.040815. Ngày nhận bài: 04/08/2015. Ngày hoàn thành biên tập: 19/08/2015. Ngày duyệt đăng: 19/08/2015.

Abstract

This article is an analysis of the fifth part provision of the Civil Code amendment draft concerning the choice of law rules in Civil cases involving foreign element. In the first part of the article, after analyzing the disavantages of the recent provisions, the Draft provisions are reflected in comparison with several legal systems and jurisprudence, in order to take the avantage and disavantages of the Draft and to suggest some amendments. In the second part, the author compared the Vietnamese rules of conflict of non contractual obligations, with the Rome II Regulation and French, German and Belgian legal systems, to prove that the partly reference of foreign experience was unhelpful. Therefore, the author suggested to amend the article 706 of the Draft.

Key words: *International private law, Civil Code amendment draft, Civil cases involving foreign element, choice of law rules.*

Paper No. 164.040815. Date of receipt: 04/08/2015. Date of revision: /0 /2015. Date of approval: /0/2015.

Trong cái rối bời chung của Dự thảo Bộ luật dân sự sửa đổi, Phần thứ 5 về pháp pháp luật áp dụng quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài nổi lên như một điểm sáng so với các phần còn lại của Dự thảo[1]. Điểm tiến bộ rất đáng ghi nhận của Dự thảo là đã nêu

* TS, Trường Đại học Ngoại thương; Email: ngoquocchien@ftu.edu.vn

[1] Báo cáo tổng hợp ý kiến của các vị đại biểu Quốc hội thảo luận ở Tổ và Hội trường trong Kỳ họp Quốc hội vừa qua về dự án Bộ luật dân sự (sửa đổi) cho thấy các phần khác của Dự thảo Bộ luật có rất nhiều ý kiến trái chiều, còn đối với Phần thứ 5 chỉ có 1 ý kiến đề nghị quy định rõ hơn về việc đăng ký, hoạt động, công nhận và những vấn đề có liên quan trong quan hệ dân sự của pháp nhân được thành lập ở nước ngoài đến hoạt động ở Việt Nam. Giới nghiên cứu cũng có những ý kiến rất khác nhau liên quan đến Phần thứ 2 và Phần thứ 3 của Dự thảo, trong khi Phần thứ 5 được đánh giá là tương đối hoàn thiện. Xem chẳng hạn: Dương Đăng Huệ, Nên sử dụng khái niệm vật quyền trong Bộ luật dân sự, tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số 13 (293) tháng 7 năm 2015; Ngô Huy Cương, Bình luận chế định quyền sở hữu trong Dự thảo Bộ luật dân sự (sửa đổi), tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số 13 (293) tháng 7 năm 2015…

thành nguyên tắc cho phép các bên lựa chọn pháp pháp luật áp dụng cho các quan hệ hợp đồng và bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng. Tuy nhiên, các quy định về hai nội dung này trong Dự thảo vẫn còn một số thiếu sót cần phải được chỉnh sửa[2]. Sau khi làm rõ những nhược điểm của quy định về lựa chọn pháp pháp luật áp dụng cho hợp đồng (1), chúng tôi sẽ phân tích các hạn chế của quy định về lựa chọn pháp pháp luật áp dụng cho bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng (2).

1. Về khả năng lựa chọn pháp luật áp dụng cho quan hệ hợp đồng

Một điểm sáng của Phần thứ 5 là đã ghi nhận quyền của các bên trong hợp đồng được tự do lựa chọn pháp luật cho hợp đồng của mình (1.1). Tuy nhiên, việc ghi nhận một nguyên tắc bao trùm mà không có những giới hạn cần thiết lại tỏ ra không hợp lý (1.2). Ngoài ra, các quy định trù liệu trường hợp các bên trong hợp đồng được quyền nhưng không thực hiện quyền lựa chọn pháp luật áp dụng của mình cũng cho thấy một số bất cập (1.3).

1.1. Quyền tự do lựa chọn pháp luật áp dụng cho quan hệ hợp đồng

Trong quan hệ hợp đồng có yếu tố nước ngoài, việc cho phép các bên tự do lựa chọn pháp luật áp dụng là một quy định rất quan trọng được thừa nhận rộng rãi trên thế giới[3]. Chẳng hạn, Điều 3 Nghị định Rome năm 2008 về luật áp dụng cho nghĩa vụ hợp đồng quy định "hợp đồng được điều chỉnh bởi luật do các bên lựa chọn".

Trong pháp luật thực định ở Việt Nam, khả năng tự do lựa chọn pháp luật áp dụng cho quan hệ hợp đồng có yếu tố nước ngoài chưa được nêu thành nguyên tắc chung. Thật vậy, Điều 769 Bộ luật dân sự 2005 quy định: "Quyền và nghĩa vụ của các bên theo hợp đồng được xác định theo luật nơi thực hiện hợp đồng, nếu không có thỏa thuận khác". Như vậy, khả năng lựa chọn pháp luật áp dụng của các bên trong quan hệ hợp đồng không được nêu thành nguyên tắc mà chỉ được suy ra từ quy định "nếu không có thỏa thuận khác". Điều này có thể dẫn tới sự mất an toàn pháp lý, gây tâm lý e ngại cho các nhà đầu tư nước ngoài khi đầu tư vào Việt Nam[3]. Một số văn bản luật chuyên ngành như Bộ luật hàng hải 2005, Luật hàng không dân dụng 2006 (sửa đổi 2014) có quy định cho phép các bên lựa chọn pháp luật áp dụng, nhưng các quy định này có phạm vi hẹp, chỉ liên quan đến các quan hệ hợp đồng trong lĩnh vực hàng hải và hàng không dân dụng, nên không thể áp dụng mở rộng cho các loại hợp đồng khác.

Trong bối cảnh đó, Điều 702 Dự thảo Bộ luật dân sự (sửa đổi) đã có một tiến bộ lớn khi nêu rõ trong khoản 1 nguyên tắc "Các bên trong quan hệ hợp đồng được thỏa thuận lựa chọn pháp luật áp dụng đối với hợp đồng".

1.2. Giới hạn của quyền tự do lựa chọn pháp luật áp dụng cho quan hệ hợp đồng

Sự tự do lựa chọn pháp luật chỉ bị hạn chế khi đối tượng của hợp đồng liên quan đến bất động sản. Thật vậy, theo khoản 4 Điều này, "*Trường hợp hợp đồng có đối tượng là bất động sản, pháp luật của nước nơi có bất động sản được áp dụng đối với bất động sản đó*". Nói cách khác, các bên không thể lựa chọn

---

[2] Bài viết này dựa trên Bản Dự thảo đã được chỉnh lý trình Quốc hội sau khi tiếp thu ý kiến nhân dân.
Nguyễn Thị Hồng Trinh, Nguyên tắc tự do chọn luật cho hợp đồng từ Công ước Rome 1980 đến Quy tắc Rome I và nhìn về Việt Nam, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp số 6 (167), tháng 3/2010.

[3] Vụ Pháp luật Quốc tế, Bộ Tư pháp, Bản thuyết minh Đề xuất sửa đổi Phần 7 Bộ luật dân sự 2005, Hà Nội, 2014.

pháp luật áp dụng cho hợp đồng có đối tượng là bất động sản[4].

Tuy nhiên, cũng cần phải thấy rằng đúng là nguyên tắc tự do lựa chọn luật áp dụng cho hợp đồng có yếu tố nước ngoài đã được ghi nhận tại rất nhiều quốc gia phát triển, nhưng các quốc gia này không chỉ dừng lại ở việc nêu nguyên tắc chung, mà còn có nhiều quy định để hạn chế sự tự do này trong các hợp đồng chuyên biệt như hợp đồng có đối tượng là bất động sản, hợp đồng tiêu dùng, hợp đồng vận chuyển hành khách, hợp đồng lao động… Nói cách khác, đây không phải là một sự tự do tuyệt đối, mà có rất nhiều hạn chế, chứ không phải chỉ có một hạn chế như nêu trong Dự thảo.

Theo quy định của Dự thảo, đối với tất cả các loại hợp đồng có yếu tố nước ngoài không có đối tượng là bất động sản thì các bên đều được tự do lựa chọn pháp luật áp dụng. Đây là một quy định nguy hiểm, đặc biệt trong lĩnh vực lao động và tiêu dùng. Trong thực tế, hợp đồng lao động có bản chất là hợp đồng gia nhập và người lao động hầu như không có cơ hội để đàm phán các nội dung của hợp đồng. Khi được trao quyền lựa chọn pháp luật, người sử dụng lao động sẽ có xu hướng đưa vào trong hợp đồng điều khoản lựa chọn áp dụng hệ thống pháp luật có lợi nhất cho mình, ảnh hưởng đến quyền lợi của người lao động. Tương tự, hợp đồng tiêu dùng thường là các hợp đồng mẫu và người tiêu dùng gần như không thể sửa đổi các điều khoản trong hợp đồng. Trong trường hợp này, quy định cho phép các bên trong hợp đồng lựa chọn pháp luật thực chất là trao quyền định đoạt cho bên đưa ra đề nghị giao kết hợp đồng. Bên đề nghị giao kết hợp đồng vốn là bên có nhiều thông tin và kinh nghiệm hơn sẽ lợi dụng sự thiếu thông tin của bên còn lại để lựa chọn hệ thống pháp luật áp dụng có lợi nhất cho mình.

Thực tiễn xét xử ở Pháp cho thấy, Tòa án ở Pháp cho rằng tự do lựa chọn pháp luật cho hợp đồng là một nguyên tắc, tuy nhiên nó không được loại trừ áp dụng các quy định bảo vệ người tiêu dùng vốn là bên yếu thế trong hợp đồng giao kết với một bên là thương nhân. Thật vậy, trong một vụ tranh chấp giữa một người sử dụng mạng xã hội Facebook với công ty Facebook, Tòa thượng thẩm Pau lập luận rằng bằng cách nhấn đúp chấp nhận các điều kiện sử dụng của Facebook, người sử dụng đã ký kết một hợp đồng với Công ty này. Tòa nhận định rằng đây là một tranh chấp phát sinh từ một hợp đồng tiêu dùng và như vậy phải áp dụng các chế định về hợp đồng tiêu dùng. Trong điều kiện giao dịch chung viết bằng tiếng Anh mà Facebook áp dụng đối với khách hàng của mình có nêu: các tranh chấp phát sinh sẽ được giải quyết bởi Tòa án Bang California và luật áp dụng sẽ là luật của Bang California. Tòa án Pháp cho rằng điều khoản như vậy là không có giá trị pháp lý bởi các quy định về bảo vệ người tiêu dùng có giá trị áp dụng bắt buộc khi người tiêu dùng đó đang sống trên lãnh thổ Pháp[5]. Khi đó, luật cần được áp dụng là pháp luật của Pháp, tức pháp luật của nước nơi người tiêu dùng cư trú, vốn là một hệ thuộc luật được thừa nhận rộng

[4] Cần lưu ý: Dự thảo đã quy định rõ hơn so với Bộ luật dân sự hiện hành. Thật vậy, nếu như Khoản 2 Điều 769 Bộ luật dân sự 2005 quy định chung chung rằng *"Hợp đồng liên quan đến bất động sản ở VN phải tuân theo pháp luật Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam"*, thì khoản 4 Điều 702 đã quy định rõ hơn là chỉ những hợp đồng *"có đối tượng là bất động sản"* thì các bên mới không được lựa chọn pháp luật áp dụng.

[5] CA Pau, 1re. ch., 23/03/2012, no 12-1373: D. 2012, tr.1061, obs. Édouard TREPPOZ, Quel juge pour Facebook, Revue des contrats, 1/10/2012, n° 4, tr. 1340.

rãi trong Tư pháp quốc tế của nhiều nước trên thế giới.

Như vậy, Dự thảo Bộ luật dân sự đã đi quá xa, tới mức không bảo vệ được các bên yếu thế trong giao dịch dân sự. Có ba cách giải quyết vấn đề này:

Thứ nhất, bổ sung vào Điều 689 một quy định theo đó, ngoài lý do vi phạm trật tự công, pháp luật nước ngoài được dẫn chiếu đến cũng sẽ không được áp dụng khi quan hệ dân sự thuộc phạm vi điều chỉnh của các quy phạm áp dụng bắt buộc của Việt Nam. Theo các quy định của BLDS hiện hành, pháp luật nước ngoài sẽ không được áp dụng nếu việc áp dụng hoặc hậu quả của việc áp dụng pháp luật đó "trái với các nguyên tắc cơ bản của pháp luật Việt Nam". Đây là một trong những lý do pháp luật nước ngoài gần như không bao giờ được áp dụng trong thực tế. Thay "các nguyên tắc cơ bản của pháp luật Việt Nam" bằng khái niệm "trật tự công", Dự thảo đã đưa Tư pháp quốc tế Việt Nam gần gũi hơn với các hệ thống pháp luật trên thế giới. Tuy nhiên, cũng phải thấy rằng bên cạnh "trật tự công" vốn rất khó xác định và áp dụng[6], nhiều quốc gia còn quy định loại trừ áp dụng pháp luật nước ngoài khi quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài thuộc phạm vi điều chỉnh của các quy phạm áp dụng bắt buộc của nước nơi có Tòa án giải quyết vụ việc. Tiêu biểu trong số đó là Pháp, Bỉ, EU, Bộ nguyên tắc Unidroit... Thật vậy, Nghị định Rome I có hai điều khoản hạn chế áp dụng luật được lựa chọn là Điều 9 về "quy phạm bắt buộc ưu tiên" (overriding mandatory provisions) và Điều 21 về "chính sách công của nước tòa án" (public policy of the forum). Tại Pháp, khoản 1, điều 3 BLDS quy định: "Các quy phạm cảnh bị (lois de police et de sûreté) được áp dụng bắt buộc đối với tất cả các chủ thể trên lãnh thổ Pháp". Tại Bỉ, điều 20 Bộ luật tư pháp quốc tế quy định pháp luật nước ngoài sẽ không được áp dụng khi cần áp dụng các "quy phạm áp dụng bắt buộc" (règles impératives) hoặc trái với trật tự công. Rõ ràng nhà lập pháp châu Âu, Bỉ hay Pháp đều thấy rằng "trật tư công" là một công cụ cần nhưng chưa đủ, và khó áp dụng. Trong thực tiễn xét xử, chúng tôi thấy bên cạnh trật tự công, Tòa án Pháp còn áp dụng và có xu hướng ưu tiên áp dụng quy phạm áp dụng bắt buộc hơn là trật tự công để từ chối áp dụng pháp luật nước ngoài[7], bởi xác định thế nào là "quy phạm áp dụng bắt buộc" dễ dàng hơn nhiều so với "trật tự công". Đây không phải là một giải pháp thay thế trật tự công, mà chỉ là một trong những giải pháp giúp cho Tòa án loại trừ áp dụng pháp luật nước ngoài khi thực sự cần thiết một cách hợp lý nhất tùy vào từng vụ việc cụ thể. Các quy phạm áp dụng bắt buộc là các quy phạm có tính trị nội lãnh thổ tuyệt đối mà các thỏa thuận hợp đồng không thể loại trừ. Có thể nhận diện các quy phạm áp dụng bắt buộc thông qua hình thức của quy phạm (bản thân quy phạm nêu rõ đó

[6] Một báo cáo so sánh luật của Tổng cục chính sách nội khối của Nghị viện châu Âu về trật tự công trong khuôn khổ của Liên minh châu Âu cho thấy bản thân các quốc gia thành viên của các Nghị định châu Âu có quy định về trật tự công, cũng có cách hiểu khác nhau về hình thức biểu hiện của trật tự công (trật tự công về hình thức và trật tự công về nội dung) và nội hàm của khái niệm trật tự công. Xem: Nghị viện châu Âu, Interprétation de l'exception d'ordre public telle que prévue par les instruments du droit international privé et du droit procédural de l'Union européenne (Diễn giải khái niệm trật tự công nêu tại các quy phạm về tư pháp quốc tế và tố tụng của Liên minh châu Âu), 2011.

[7] Về vấn đề này, xem chẳng hạn: Đỗ Văn Đại và Mai Hồng Quỳ, Tư pháp quốc tế Việt Nam - Quan hệ dân sự, lao động, thương mại có yếu tố nước ngoài, Nxb Chính trị Quốc gia, 2010, tr 183 và tiếp theo.

là quy phạm áp dụng bắt buộc) hoặc suy đoán dựa vào bản chất pháp lý của quy phạm. Quy phạm áp dụng bắt buộc tồn tại trong các văn bản về luật lao động, về cạnh tranh, về sở hữu trí tuệ, về bảo vệ môi trường... Quy định này sẽ là một "chốt chặn" hợp lý không chỉ cho lĩnh vực hợp đồng lao động, mà còn cả trong các lĩnh vực khác như hợp đồng tiêu dùng, cạnh tranh, sở hữu trí tuệ… Tuy nhiên, giải pháp này có nhược điểm là có nguy cơ triệt tiêu một nguyên tắc quan trọng của Tư pháp quốc tế về tự do lựa chọn pháp luật áp dụng trong lĩnh vực hợp đồng và có nguy cơ bị lạm dụng bởi cơ quan tư pháp.

Thứ hai, bổ sung quy định hạn chế luật áp dụng trong lĩnh vực hợp đồng lao động và hợp đồng tiêu dùng theo hướng luật do các bên lựa chọn không được ảnh hưởng đến các quyền lợi tối thiểu của người lao động và người tiêu dùng do pháp luật Việt Nam quy định. Giải pháp này sẽ chỉ liên quan đến hợp đồng lao động và hợp đồng tiêu dùng, chứ không làm ảnh hưởng đến khả năng lựa chọn pháp luật áp dụng cho các loại hợp đồng khác. Chúng tôi ủng hộ giải pháp thứ hai này.

Thứ ba, không cho phép các bên lựa chọn pháp luật áp dụng trong quan hệ hợp đồng lao động và hợp đồng tiêu dùng khi các hợp đồng đó được thực hiện trên lãnh thổ Việt Nam. Nhưng quy định này sẽ khiến pháp luật Việt Nam xa rời với các hệ thống pháp luật tiên tiến trên thế giới, gây tâm lý lo ngại cho các nhà đầu tư nước ngoài khi hoạt động tại Việt Nam.

1.3. Khi các bên không lựa chọn pháp luật áp dụng cho hợp đồng

Trong thực tế chúng ta thấy không hiếm trường hợp các bên trong hợp đồng được pháp luật trao quyền lựa chọn pháp luật áp dụng cho quan hệ hợp đồng của mình, nhưng lại không thực hiện quyền đó. Nói cách khác, trong hợp đồng các bên không có quy định về lựa chọn pháp luật áp dụng. Dự trù trường hợp đó, Ban soạn thảo đã quy định: "Trường hợp các bên không có thoả thuận về pháp luật áp dụng, pháp luật của nước nơi có mối liên hệ gắn bó nhất với hợp đồng đó được áp dụng". Đây là một quy định tiến bộ hơn nhiều so với quy định của Bộ luật dân sự hiện hành. Trong thực tế, việc xác định "nơi thực hiện hợp đồng" là tương đối khó khăn khi các bên không ghi rõ nội dung này trong hợp đồng. Hơn nữa, có những hợp đồng phức tạp mà việc thực hiện không chỉ diễn ra ở một quốc gia mà có thể ở nhiều quốc gia. Ngoài ra, có những hợp đồng dịch vụ mà việc cung ứng dịch vụ được thực hiện thông qua Internet vốn không biết đến đường biên giới quốc gia. Khi đó sẽ phải áp dụng pháp luật của nước nào trong số nhiều nước "nơi thực hiện hợp đồng"?

Để khắc phục vấn đề này, Dự thảo đã không sử dụng tiêu chí "nơi thực hiện hợp đồng", mà thay vào đó là "mối liên hệ gắn bó nhất với hợp đồng" để xác định pháp luật áp dụng cho hợp đồng. Đây là nguyên tắc được ghi nhận tại rất nhiều hệ thống pháp luật lớn trên thế giới. Việc chúng ta tiếp thu kinh nghiệm này cũng là điều rất nên làm.

Dự thảo cũng đã có tiến bộ khi đã đưa ra một loạt các tiêu chí để xác định thế nào là "pháp luật của nước nơi có mối liên hệ gắn bó nhất với hợp đồng" (Khoản 2, Điều 702). Các tiêu chí này cũng hài hòa với các quy định của Nghị định Rome II.

Tuy nhiên, khoản 3 Điều 702 của Dự thảo lại được thiết kế rất phức tạp.

"3. Trường hợp một hợp đồng thuộc nhiều loại được nêu từ điểm a đến điểm đ khoản 2 Điều này dẫn đến nhiều hệ thống pháp luật khác nhau có thể được áp dụng hoặc hợp đồng không thuộc các loại nêu trên hoặc chứng minh được pháp luật của nước khác với pháp luật được nêu tại khoản 2 Điều này có mối liên hệ gắn bó hơn với hợp đồng đó thì pháp luật áp dụng là pháp luật của nước nơi có mối liên hệ gắn bó nhất với hợp đồng đó".

Có hai vấn đề lớn trong quy định này. *Thứ nhất*, rất khó hiểu do gộp nhiều trường hợp vào trong cùng một khoản. Có ít nhất ba trường hợp được nêu nhưng chỉ có một giải pháp được đưa ra cho cả ba trường hợp là không hợp lý. *Thứ hai*, phải lựa chọn pháp luật của nước có mối có mối liên hệ gắn bó nhất trong số pháp luật có mối liên hệ gắn bó nhất với hợp đồng. Không hiểu tòa án sẽ xác định cái gắn bó nhất trong số các gắn bó nhất như thế nào? Theo chúng tôi, nên tách riêng các trường hợp và đề ra các giải pháp cho từng trường hợp. Khoản 3 nên được viết lại như sau:

"3. Trường hợp một hợp đồng thuộc nhiều loại được nêu từ điểm a đến điểm đ khoản 2 Điều này dẫn đến nhiều hệ thống pháp luật khác nhau có thể được áp dụng thì pháp luật áp dụng là pháp luật của nước nơi có mối liên hệ gắn bó nhất với hợp đồng đó.

Trường hợp một hợp đồng thuộc nhiều loại được nêu từ điểm a đến điểm đ khoản 2 Điều này nhưng[8] chứng minh được pháp luật của nước khác với pháp luật được nêu tại khoản 2 Điều này có mối liên hệ gắn bó hơn với hợp đồng đó thì pháp luật áp dụng là pháp luật của nước nơi có mối liên hệ gắn bó hơn với hợp đồng đó.

Trường hợp hợp đồng không thuộc các trường hợp nêu từ điểm a đến điểm đ khoản 2 Điều này thì pháp pháp luật áp dụng là pháp luật của nước nơi có Tòa án giải quyết tranh chấp liên quan đến hợp đồng đó".

2. Về khả năng lựa chọn pháp pháp luật áp dụng cho bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng

Xác định pháp luật áp dụng cho vấn đề bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng có yếu tố nước ngoài chưa bao giờ là công việc dễ dàng, đặc biệt trong bối cảnh toàn cầu hóa, với sự dịch chuyển nhanh chóng của các thể nhân khiến cho nơi xảy ra hành vi vi phạm và nơi phát sinh hậu quả trong thực tế có thể không ở cùng một quốc gia.

Trong khi Tư pháp quốc tế của Việt Nam và của đa số các quốc gia trên thế giới sử dụng đồng thời hai hệ thuộc luật nơi xảy ra hành vi và nơi phát sinh hậu quả thực tế của hành vi vi phạm đó, thì điều 706 của Dự thảo lại ưu tiên sử dụng hệ thuộc luật nơi xảy ra thiệt hại. Điều 706 của Dự thảo quy định:

"1. Các bên được thỏa thuận lựa chọn pháp luật áp dụng cho việc bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng, trừ trường hợp quy định tại khoản 2 Điều này. Trường hợp không có thỏa thuận, pháp luật của nước nơi phát sinh hậu quả của hành vi gây thiệt hại được áp dụng. Nếu không xác định được nơi phát sinh hậu quả thì pháp luật của nước nơi xảy ra hành vi gây thiệt hại được áp dụng.

2. Trường hợp bên gây thiệt hại và bên bị thiệt hại có nơi cư trú đối với cá nhân hoặc

[8] Những chữ được in đậm là những chữ thay đổi so với Dự thảo.

nơi thành lập đối với pháp nhân tại cùng một nước, pháp luật của nước đó được áp dụng".

Quy định này có điểm mới quan trọng là cho phép các bên được tự do lựa chọn áp dụng pháp luật cho quan hệ bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng. Tuy nhiên, nó có điểm hạn chế là làm cho hệ thuộc luật nơi xảy ra hành vi, vốn là căn cứ hợp lý nhất để xác định yếu tố lỗi dẫn đến bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng, gần như sẽ không được áp dụng trên thực tế. Ngoài ra, các quy định của Dự thảo cũng chưa giúp giải quyết các vấn đề trong thực tế vốn đang trở nên phức tạp hơn với sự xuất hiện của Internet vì các trang web không biết đến đường biên giới và kéo theo đó là các vi phạm gắn liền với chúng cũng không có phạm vi lãnh thổ.

Quy định của Dự thảo rất gần gũi với các quy định của Nghị định Rome năm 200 về luật áp dụng cho nghĩa vụ ngoài hợp đồng (thường được gọi tắt là Nghị định Rome II). Đúng là Nghị định Rome II ưu tiên áp dụng hệ thuộc luật nơi xảy ra thiệt hại. Tuy nhiên, cần lưu ý rằng khi xây dựng Nghị định này, trường phái bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng ngay cả khi không có lỗi đang lên ngôi. Giờ đây, hệ thuộc luật nơi xảy ra thiệt hại đã cho thấy một số nhược điểm rất lớn trong thực tiễn, đặc biệt khi hành vi gây thiệt hại được thực hiện trên internet làm cho thiệt hại không chỉ xảy ra ở một quốc gia mà có thể ở nhiều quốc gia[9]. Khi thiệt hại xảy ra đồng thời ở nhiều quốc gia khác nhau thì hệ thuộc luật nơi xảy ra thiệt hại nhanh chóng tỏ ra bất cập vì khi đó cơ quan giải quyết tranh chấp sẽ không biết phải áp dụng pháp luật nước nào trong số các nước nơi hiện diện hậu quả trong thực tế. Bản thân Nghị định Rome II sau ba năm thi hành đã có báo cáo đề xuất sửa đổi[10].

Nhiều quốc gia, như Pháp, Đức, Tây Ban Nha… mặc dù đã tham gia Nghị định Rome II, nhưng trong hệ thống luật quốc gia các nước này vẫn áp dụng song song cả hai hệ thuộc luật nơi xảy ra hành vi và nơi xảy ra thiệt hại, giống như quy định tại Điều 773 Bộ luật dân sự hiện hành. Tại các nước này thẩm phán là người được trao quyền lựa chọn một trong hai hệ thuộc luật cho phù hợp với hoàn cảnh cần giải quyết. Ở Pháp, thẩm phán có xu hướng ưu tiên áp dụng hệ thuộc luật nơi xảy ra thiệt hại trên thực tế, nhưng cũng không loại trừ áp dụng hệ thuộc luật nơi xảy ra hành vi. Ở Đức, thẩm phán lại có xu hướng ưu tiên áp dụng hệ thuộc luật nơi xảy ra hành vi, vì dẫu sao lỗi vẫn là một căn cứ để xác định bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng[11]. Vậy mà để xác định lỗi thì phù hợp nhất vẫn là phải xác định theo pháp luật của nước nơi xảy ra hành vi. Các trường hợp bồi thường thiệt hại không cần tính đến yếu tố lỗi chỉ là ngoại lệ.

Quy định của Nghị định Rome II ưu tiên hệ thuộc luật nơi xảy ra thiệt hại có thể phù hợp với các nước châu Âu vốn khá tương đồng về điều kiện chính trị và pháp lý, nhưng không

---

[9] Xem: Ngô Quốc Chiến, Thẩm quyền của Tòa án Việt Nam xét xử bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng có yếu tố nước ngoài, tạp chí Tòa án nhân dân, số 7, tháng 4/2015.

[10] Ủy ban pháp luật của Nghị viện châu Âu, Báo cáo khuyến nghị Ủy ban châu Âu sửa đổi Nghị định số 864/2007 về luật áp dụng cho các nghĩa vụ ngoài hợp đồng (Rome II), mã số A7-0152/2012, công bố: 02/05/2012.

[11] Marie Tixier, Les règles de conflit de droit international privé français et allemand appliquées aux cyberdélits, (Các quy định về xung đột pháp luật trong tư pháp quốc tế Pháp và Đức áp dụng cho bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng mà hành vi vi phạm được thực hiện thông qua internet, Université Paris Ouest, Nanterre La Défense, 2011.

hoàn toàn phù hợp với Việt Nam. Ngoài ra, cũng cần lưu ý rằng ngoài quy định chung (Điều 4) về luật áp dụng cho bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng, Nghị định Rome II còn có một loạt các quy định cho các lĩnh vực chuyên biệt ở đó không phải lúc nào hệ thuộc luật nơi xảy ra thiệt hại cũng được ưu tiên. Ví dụ: liên quan đến trách nhiệm sản phẩm, Điều 5 quy định áp dụng hệ thuộc luật nơi người bị thiệt hại có nơi cư trú hoặc nếu không xác định được nơi cư trú, thì áp dụng pháp luật của nước nơi nguyên đơn đã mua sản phẩm (khoản 1) hoặc pháp luật của nước khác có mối liên hệ gắn bó nhất (khoản 2). Liên quan đến bồi thường thiệt hai do hành vi cạnh tranh không lành mạnh gây ra, Điều 6 quy định áp dụng pháp luật của nước có thị trường bị ảnh hưởng (khoản 1). Liên quan đến bồi thường thiệt hại do hành vi xâm phạm môi trường gây ra, Điều 7 quy định có thể áp dụng pháp luật của nước xảy ra hành vi theo yêu cầu của nguyên đơn. Liên quan đến bồi thường thiệt hại do xâm phạm quyền sở hữu trí tuệ, Điều 8 quy định áp dụng pháp luật của nước nơi nộp đơn yêu cầu…

Chúng ta cũng thấy các quy định tương tự trong các Bộ luật tư pháp quốc tế của Bỉ hay của Thụy Sỹ. Các bộ luật này cũng ưu tiên áp dụng pháp luật của nước nơi xảy ra hành vi. Ngoài ra, các bộ luật này không chỉ dừng lại ở việc nêu các nguyên tắc chung, mà còn có một loạt các quy định chuyên biệt về lựa chọn pháp luật áp dụng cho quan hệ bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng trong các lĩnh vực chuyên biệt cho phù hợp với tính chuyên biệt của từng lĩnh vực.

Tham khảo kinh nghiệm của các nước có hệ thống tư pháp quốc tế phát triển là điều rất đáng làm trong bối cảnh hội nhập quốc tế vốn đòi hỏi pháp luật của mỗi quốc gia phải hài hòa với các nguyên tắc được thừa nhận rộng rãi trên thế giới. Tuy nhiên, việc tham khảo không đầy đủ các quy định tiên tiến của nước ngoài dẫn tới các quy định của chúng ta không hợp lý, đôi khi còn gây khó khăn trong việc áp dụng các quy tắc của tư pháp quốc tế.

Từ các phân tích ở trên, chúng tôi kiến nghị: Do chưa xây dựng được các quy định chuyên biệt về bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng trong các lĩnh vực chuyên biệt, nên chúng ta không nên quy định trong Điều 706 ưu tiên cứng nhắc hệ thuộc luật nơi xảy ra thiệt hại.

Điều 706 nên được viết lại như sau:

"1. Các bên được thỏa thuận lựa chọn pháp luật áp dụng cho việc bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng, trừ trường hợp quy định tại khoản 2 Điều này. Trường hợp không có thỏa thuận thì pháp luật áp dụng là ***pháp luật của nước nơi xảy ra hành vi gây thiệt hại hoặc nơi phát sinh hậu quả thực tế của hành vi gây thiệt hại. Việc lựa chọn áp dụng pháp luật của nước nơi xảy ra hành vi gây thiệt hại hoặc nơi phát sinh hậu quả thực tế của hành vi gây thiệt hại phải dựa vào mối liên hệ gắn bó nhất với nội dung của tranh chấp****.*

2. Trường hợp người gây thiệt hại và người bị thiệt hại có nơi thường trú đối với cá nhân hoặc nơi đăng ký đối với pháp nhân tại cùng một nước thì pháp luật áp dụng là pháp luật của nước đó".

Quy định mà chúng tôi đề xuất là phù hợp với tư tưởng chủ đạo coi "mối liên hệ gắn bó nhất" là nguyên tắc bao trùm việc lựa chọn áp dụng pháp luật điều chỉnh quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài. Cơ quan giải quyết tranh chấp sẽ là người xác định mối liên hệ gắn bó nhất là nơi xảy ra hành vi hay nơi xảy ra thiệt hại cho phù hợp với từng vụ việc cụ thể.