

Một số vấn đề pháp lý về đặt cọc

THS. NGUYỄN XUÂN QUANG

Trường Đại học Luật TP.HCM

NGUYỄN PHƯỚC QUÍ QUANG

Pháp luật dân sự hiện hành quy định bảy biện pháp bảo đảm trong đó có đặt cọc. Với ưu điểm là dễ thực hiện, vừa bảo đảm cho giao kết vừa có thể bảo đảm cho thực hiện hợp đồng và vừa có chức năng thanh toán, biện pháp đặt cọc được sử dụng khá phổ biến trong các giao dịch dân sự đặc biệt là đảm bảo cho giao kết hợp đồng. Những quy định về đặt cọc hiện hành chưa phản ánh hết bản chất pháp lý của của giao dịch này, nhiều vấn đề pháp lý liên quan đến thời điểm có hiệu lực, điều kiện có hiệu lực, tài sản đặt cọc, về quyền và nghĩa vụ của các bên, xử lý tài sản đặt cọc khi hợp đồng được giao kết, thực hiện hoặc khi hợp đồng không được giao kết, thực hiện... chưa được quy định. Do đó, đặt cọc chưa tạo ra sự an toàn pháp lý cao cho các bên tham gia, chưa góp phần tích cực trong việc thúc đẩy giao lưu dân sự và còn gây nên những khó khăn nhất định cho các cơ quan tố tụng trong quá trình giải quyết tranh chấp. Bài viết này phân tích những vấn đề bất cập trên và đề xuất một số kiến nghị về hình thức, thời điểm có hiệu lực, về vật dùng để đặt cọc cũng như quyền và nghĩa vụ của các bên nhằm hoàn thiện chế định đặt cọc.

Từ khóa: *Pháp luật dân sự, đặt cọc, hợp đồng, tài sản, an toàn pháp lý, giao lưu dân sự, cơ quan tố tụng.*

Dẫn nhập

Trong nền kinh tế thị trường hiện nay các cá nhân, tổ chức và các chủ thể khác thỏa mãn nhu cầu vật chất và tinh thần của mình chủ yếu thông qua các giao dịch dân sự. Khi xác lập các giao dịch đa số các bên tham gia đều mong muốn thực hiện đầy đủ các cam kết của mình, nhưng cũng có những trường hợp vì lý do khách quan hay chủ quan, mà một bên trong quan hệ nghĩa vụ đó đã vi phạm nghĩa vụ của mình chẳng hạn không thực hiện, thực hiện không đúng hoặc không đầy đủ nghĩa vụ của mình. Việc vi phạm nghĩa vụ đó đã gây thiệt hại

cho chủ thể quyền trong giao dịch, là nguyên nhân gây ra những tranh chấp và những bất ổn cho xã hội.

Để góp phần cho các cam kết hợp pháp được giao kết, thực hiện đúng và đầy đủ, thỏa mãn nhu cầu chính đáng của các bên, hạn chế tranh chấp và thúc đẩy giao lưu dân sự phát triển, Bộ luật Dân sự 2005 (“BLDS”) đã quy định bảy biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ là cầm cố tài sản, thế chấp tài sản, đặt cọc, ký cược, ký quỹ, bảo lãnh và tín chấp [1]. Trong đó, đặt cọc với ưu điểm dễ thực hiện, tính an toàn cao, tính ràng buộc chắc chắn và có tính chế tài nghiêm khắc, được

các chủ thể sử dụng khá phổ biến trong giao dịch dân sự nói chung, đặc biệt là trong các giao dịch dân sự liên quan đến các đối tượng là nhà, quyền sử dụng đất và các bất động sản khác.

Tuy nhiên, BLDS chưa ghi nhận đúng mức vai trò, vị trí quan trọng của chế định đặt cọc. BLDS quy định đặt cọc tại một điều luật duy nhất. Bên cạnh đó, đặt cọc cũng được pháp luật ghi nhận rải rác tại các văn dưới luật chẳng hạn: (i) Nghị quyết số 01/2003/NQ-HĐTP ngày 16/4/2003 của Hội đồng Thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao hướng dẫn áp dụng pháp

luật trong việc giải quyết một số loại tranh chấp dân sự, hôn nhân và gia đình (“Nghị quyết 01”); (ii) Nghị định số 163/NĐ-CP ngày 29/12/2006 của Chính phủ về giao dịch bảo đảm (“Nghị định 163”); (iii) Nghị định số 11/2012/NĐ-CP của Chính phủ ngày 22/02/2012 về sửa đổi, bổ sung một số điều của Nghị định số 163/2006/NĐ-CP ngày 29 tháng 12 năm 2006 của Chính phủ về giao dịch bảo đảm (“Nghị định 11”); (iv) Nghị định số 83/2010/NĐ-CP ngày 23/7/2010 của Chính phủ về đăng ký giao dịch bảo đảm (“Nghị định 83”); và (v) Nghị định số 05/2012/NĐ-CP ngày 02/02/2012 của Chính phủ về sửa đổi, bổ sung một số điều của các Nghị định về đăng ký giao dịch bảo đảm, trợ giúp pháp lý, luật sư, tư vấn pháp luật (“Nghị định 05”).

Theo quy định tại Điều 358 BLDS:

“1. Đặt cọc là việc một bên giao cho bên kia một khoản tiền hoặc kim khí quý, đá quý hoặc vật có giá trị khác (sau đây gọi là tài sản đặt cọc) trong một thời hạn để bảo đảm giao kết hoặc thực hiện hợp đồng dân sự. Việc đặt cọc phải được lập thành văn bản.

2. Trong trường hợp hợp đồng dân sự được giao kết, thực hiện thì tài sản đặt cọc được trả lại cho bên đặt cọc hoặc được trừ để thực hiện nghĩa vụ trả tiền; nếu bên đặt cọc từ chối việc giao kết, thực hiện hợp đồng dân sự thì tài sản đặt cọc thuộc về bên nhận đặt cọc; nếu bên nhận đặt cọc từ chối việc giao kết, thực hiện hợp đồng dân sự thì phải trả cho bên đặt cọc tài sản đặt cọc và một khoản tiền tương đương giá trị tài sản đặt cọc, trừ trường hợp có thỏa thuận khác”.

Từ quy định trên, chúng ta thấy đặt cọc được quy định khá khiêm

tôn trong tổng thể quy định của các biện pháp bảo đảm [2]. Cụ thể chỉ có một điều luật duy nhất quy định về đặt cọc như trên. Trong khi đó, đặt cọc với tính chất là một giao dịch dân sự bảo đảm có rất nhiều vấn đề pháp lý cần đặt ra nhưng với một quy định như vậy không đủ để đảm bảo an toàn pháp lý cho các bên tham gia. Không phản ánh đầy đủ bản chất pháp lý, tính phức tạp của đặt cọc. Do đó, khi xác lập giao dịch này có nhiều tiềm ẩn bất trắc, những rủi ro pháp lý, những tranh chấp trực chờ, có thể ảnh hưởng nghiêm trọng đến quyền lợi của một trong các bên tham gia, và gây bất ổn trong xã hội... Cho nên cần phải xây dựng một hệ thống các quy phạm pháp luật mang tính pháp lý cao, tính đầy đủ, chặt chẽ, rõ ràng, minh bạch để tạo sự an toàn pháp lý cho các chủ thể tham gia, sự thông thoáng trong giao dịch, góp phần thúc đẩy giao lưu dân sự phát triển và là cơ sở pháp lý vững chắc để các cơ quan tiến hành tố tụng giải quyết tranh chấp.

1. Về hình thức của giao dịch đặt cọc

Cần quy định một điều luật riêng về hình thức của đặt cọc. Theo quy định tại Khoản 1, Điều 358 BLDS, chúng ta thấy hình thức của giao dịch được quy định cùng với phần nội dung của việc đặt cọc. Với việc thiết kế quy phạm như trên, chúng tôi cho rằng không hợp lý, không khoa học, không phản ánh đúng vai trò quan trọng của hình thức trong giao dịch này. Với vai trò của mình, hình thức của giao dịch là cách thức phản ánh nội dung của giao dịch đó, đặc biệt hình thức bằng văn bản ngoài việc phản ánh nội dung còn có giá trị chứng cứ cao trong việc giải quyết tranh chấp.

Với chức năng của mình, đặt cọc

không chỉ dùng để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ mà còn có chức năng bảo đảm cho việc giao kết hợp đồng, nếu bên nào vi phạm cam kết về việc bảo đảm giao kết hợp đồng sẽ chịu chế tài rất nghiêm khắc. Nếu giao kết bằng lời nói (bằng miệng) như những giao dịch đơn giản khác sẽ rất khó khăn trong việc chứng minh có giao dịch đó và có vi phạm. Do đó, cần có một chứng cứ pháp lý chắc chắn để giải quyết tranh chấp thì hình thức của giao dịch bằng văn bản là hữu hiệu. Đặt cọc còn có chức năng bảo đảm cho việc thực hiện nghĩa vụ trong hợp đồng, trong khi đó từ khi đặt cọc cho đến khi giao kết đến thực hiện hợp đồng là một khoảng thời gian dài. Cho nên, có thể vì một lý do nào đó bên nhận đặt cọc không thực hiện hành vi giao kết hợp đồng hoặc có hành vi vi phạm hợp đồng thì việc chứng minh có việc đặt cọc bằng lời nói lại càng khó khăn và phức tạp. Vì vậy, nếu bên nhận đặt cọc có vi phạm thì bên đặt cọc có nguy cơ mất tiền cọc là rất cao, khi bên nhận đặt cọc là người không ngay tình, không trung thực họ sẽ có hành vi gian dối hoặc tương tự nhằm chiếm đoạt tài sản của bên đặt cọc.

Đồng thời tài sản đặt cọc không chỉ là tiền mà còn có thể là những tài sản có giá trị khác, tài sản phải đăng ký quyền sở hữu như ô tô, mô tô, tàu bay, tàu biển... và đây cũng là những tài sản có giá trị lớn nên khi dùng để đặt cọc cần thiết phải bằng văn bản có công chứng, chứng thực của cơ quan, tổ chức có thẩm quyền hoặc phải được đăng ký giao dịch bảo đảm nếu các đối tượng bảo đảm bắt buộc phải được đăng ký giao dịch bảo đảm theo quy định của pháp luật

(nếu có). Hiện nay, chỉ có một số ít đối tượng tài sản khi giao dịch bảo đảm phải đăng ký và không đặt ra đối với biện pháp đặt cọc [3]. Các cơ quan, tổ chức có thẩm quyền công chứng, chứng thực hoặc đăng ký giao dịch bảo đảm này là những cơ quan, tổ chức có chuyên môn, nghiệp vụ, am hiểu pháp luật và có đầy đủ các điều kiện vật chất, kỹ thuật khác để xác minh, thu thập thông tin, tài liệu liên quan đến chủ thể, đến đối tượng của giao dịch... Do đó, họ sẽ là người “gác cổng” trong việc đảm bảo tính xác thực, tính hợp pháp và tính minh bạch của giao dịch góp phần to lớn trong việc bảo đảm an toàn pháp lý và hạn chế tối đa những giao dịch lừa dối, giao dịch trái pháp luật.

Một đặc điểm nữa là tài sản trong giao dịch đặt cọc vừa mang chức năng bảo đảm thực hiện nghĩa vụ, vừa có chức năng dùng để thanh toán nếu giao dịch được thực hiện đúng như mục đích của các bên. Vì vậy việc đặt cọc cần phải bằng văn bản trong đó phải xác định rõ số tiền đặt cọc, số tài sản đặt cọc [4]. Trong trường hợp số tiền đặt cọc có giá trị lớn thiết nghĩ các bên nên công chứng, chứng thực hợp đồng để đảm bảo tính an toàn, tính rõ ràng trong cam kết. Khi xảy ra tranh chấp thì hợp đồng bằng văn bản, văn bản có công chứng, chứng thực sẽ là bằng chứng vững chắc trước cơ quan tiến hành tố tụng.

Nếu hợp đồng đặt cọc không tuân thủ về hình thức thì sẽ xử lý như thế nào? Chúng tôi cho rằng đây cũng là một loại giao dịch dân sự, do đó nếu không có quy định cụ thể thì các quy định chung trong phần giao dịch sẽ được áp dụng. Như vậy, việc đặt cọc cũng cần phải tuân thủ các quy định chung về điều kiện có hiệu lực của giao

dịch dân sự được ghi nhận tại Điều 122 BLDS. Nếu có vi phạm về hình thức thì Tòa án cũng không tuyên vô hiệu ngay mà nên cho họ thêm thời hạn nhất định để hoàn tất về hình thức, chẳng hạn một tháng [5]. Bên nào có lỗi để giao dịch đặt cọc bị vô hiệu sẽ phải bồi thường thiệt hại cho bên kia [6].

Thực tiễn xét xử được đề cập, bình luận rằng việc tuyên hủy hợp đồng hay vô hiệu đối với hợp đồng đặt cọc không tuân thủ thủ tục công chứng là chưa thật sự có cơ sở pháp lý thuyết phục nếu không cho các chủ thể cơ hội hoàn thiện về mặt hình thức.

Trong một vụ việc được bình luận, Bản án dân sự phúc thẩm số 1584/2009/DSPT ngày 27/8/2009 của TAND Tp.Hồ Chí Minh do phía công chứng viên thừa nhận có sai sót trong việc công chứng hợp đồng đặt cọc, cụ thể có sửa lại “năm 2003 thành năm 2006” cho phù hợp với thực tế nhưng có thiếu sót là không ghi chú, đóng dấu xác nhận và công chứng viên cho rằng đây là lỗi kỹ thuật. Hậu quả tòa án cấp phúc thẩm đã tuyên hủy hợp đồng do không tuân thủ quy định về thủ tục công chứng, trong khi đó quan điểm của Tòa giám đốc lại tuyên giao dịch vô hiệu [7]. Chúng tôi cho rằng, pháp luật hiện hành chỉ quy định việc đặt cọc phải được lập thành văn bản mà không đòi hỏi phải công chứng, chứng thực. Do đó, nếu xác định các bên có thực hiện việc đặt cọc và tuân thủ các điều kiện khác để một giao dịch có hiệu lực theo quy định tại Khoản 1, Điều 122 BLDS thì việc không công chứng hoặc công chứng không đúng trình tự, thủ tục cũng không làm cho giao dịch bị hủy hoặc vô hiệu.

Quy định về đăng ký giao dịch

bảo đảm tại Điều 323 BLDS và Điều 3, Nghị định 83, chúng tôi cho rằng sẽ không cần thiết đặt ra đối với biện pháp đặt cọc vì nó chỉ phù hợp đối với trường hợp bên nhận bảo đảm không chiếm giữ, kiểm soát được tài sản bảo đảm. Trong khi đó, Điều 358 BLDS đã ghi nhận có việc chuyển giao tài sản đặt cọc cho bên nhận bảo đảm.

Như vậy, về hình thức của đặt cọc chúng ta cần ghi nhận nguyên tắc rằng việc vi phạm hình thức không phải tuyên vô hiệu ngay mà cần cho các bên một thời hạn hợp lý để khắc phục.

2. Về nội dung của giao dịch đặt cọc

Hiện tại, BLDS không quy định cụ thể nội dung của giao dịch đặt cọc mà chỉ đề cập ở văn bản dưới luật từ Điều 29 đến Điều 33 của Nghị định 83. Do đó, BLDS cần pháp điển hoá, phải quy định lại theo hướng bổ sung những quy định về thời điểm có hiệu lực cũng như quyền và nghĩa vụ cụ thể của các bên vì quy định hiện tại chưa phản ánh đầy đủ bản chất pháp lý của đặt cọc và còn lẫn lộn các vấn đề pháp lý, chẳng hạn:

Về vấn đề hiệu lực của việc đặt cọc, với tính chất là một giao dịch dân sự nhưng quy định của pháp luật hiện hành lại chưa đề cập đến hiệu lực của giao dịch đặt cọc, trong khi đó hiệu lực là một vấn đề rất quan trọng. Vì rằng có xác định chính xác thời điểm có hiệu lực của giao dịch sẽ xác định được thời điểm làm phát sinh quyền và nghĩa vụ của các bên, xác định thời hiệu giải quyết tranh chấp... Vấn đề hiệu lực nói chung của hợp đồng được quy định trong BLDS có từ thời điểm giao kết, trừ trường hợp có thỏa thuận khác hoặc pháp luật quy định khác [8].

Về thời điểm hợp đồng được giao kết, Điều 404 BLDS quy định:

“1. Hợp đồng dân sự được giao kết vào thời điểm bên đề nghị nhận được sự trả lời chấp nhận đề nghị.

2. Hợp đồng dân sự cũng được xem như giao kết khi hết thời hạn trả lời mà bên nhận được đề nghị vẫn im lặng, nếu có thỏa thuận im lặng là sự trả lời chấp nhận giao kết.

3. Thời điểm giao kết bằng lời nói là thời điểm các bên thỏa thuận về nội dung của hợp đồng.

4. Thời điểm giao kết hợp đồng bằng văn bản là thời điểm bên sau cùng ký vào văn bản”.

Ngoài ra, hiệu lực của giao dịch bảo đảm cũng được quy định tại Nghị định 163 và được sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định 11, cụ thể:

“Điều 10. Hiệu lực của giao dịch bảo đảm

1. Giao dịch bảo đảm được giao kết hợp pháp có hiệu lực kể từ thời điểm giao kết, trừ các trường hợp sau đây:

a) Các bên có thỏa thuận khác;
b) Cầm cố tài sản có hiệu lực kể từ thời điểm chuyển giao tài sản cho bên nhận cầm cố;

c) Việc thế chấp quyền sử dụng đất, quyền sử dụng rừng, quyền sở hữu rừng sản xuất là rừng trồng, tàu bay, tàu biển có hiệu lực kể từ thời điểm đăng ký thế chấp;

d) Giao dịch bảo đảm có hiệu lực kể từ thời điểm công chứng hoặc chứng thực trong trường hợp pháp luật có quy định.

2. Việc mô tả chung về tài sản bảo đảm không ảnh hưởng đến hiệu lực của giao dịch bảo đảm.”

Tuy nhiên, cả Nghị định 163 lẫn Nghị định 11 cũng không quy định cụ thể về thời điểm có hiệu lực của giao dịch đặt cọc. Nếu căn cứ vào

quy định ở trên để xác định thời điểm có hiệu lực của giao dịch đặt cọc thì không thể phản ánh đúng bản chất của giao dịch này. Như đã trình bày ở trên, đặt cọc là việc một bên giao cho bên kia một khoản tiền hoặc kim khí quý, đá quý hoặc vật có giá trị để làm tin, nếu bên đặt cọc thất tín sẽ phải mất tiền cọc còn bên nhận đặt cọc thất tín sẽ bị phạt cọc. Vì vậy, vấn đề đặt cọc chỉ có ý nghĩa khi bên đặt cọc đã giao tài sản đặt cọc, và kể từ thời điểm này mới thực sự ràng buộc các bên về mặt pháp lý trong việc thực hiện nghĩa vụ cam kết, việc quản lý tài sản... Cho nên, cần phải có quy định riêng xác định thời điểm có hiệu lực của giao dịch đặt cọc là thời điểm bên đặt cọc giao tài sản cho bên nhận đặt cọc mà không thể áp dụng quy định ở Điều 404 của BLDS hay các quy định tại Nghị định 163 và Nghị định 11 như nêu trên.

3. Về vấn đề phân biệt giữa tiền trả trước với tiền đặt cọc

Mặc dù trong điều luật trên vừa quy định nghĩa vụ và vừa quy định trách nhiệm của bên đặt cọc và bên nhận đặt cọc nhưng vẫn không tạo ra sự an toàn trong giao dịch. Cụ thể pháp luật hiện hành chưa phân định rõ giữa tiền trả trước với tiền đặt cọc. Vì vậy, nhiều trường hợp trong giao dịch, một bên giao cho bên kia một khoản tiền nhưng không nói rõ mục đích của việc giao tiền đó, khi có tranh chấp xảy ra một bên cho rằng đó là tiền đặt cọc và yêu cầu phạt cọc còn một bên cho rằng đó là tiền trả trước nên phải trả lại. Hậu quả pháp lý của phạt cọc với xử lý tiền trả trước là khác nhau, nếu không xử lý đúng sẽ gây thiệt hại cho một trong các bên và làm trầm trọng thêm tranh chấp đó. Thực tiễn khi giải quyết

về vấn đề này, Tòa án thường phải căn cứ vào lời khai của đương sự để giải thích hoặc căn cứ vào hoàn cảnh, phong tục, tập quán để xác định là tiền trả trước hay tiền đặt cọc.

Việc Tòa án phải giải thích giao dịch như vậy sẽ dẫn đến tình trạng không thống nhất giữa các cơ quan Tòa án khi giải quyết vụ việc và khi giải quyết như vậy sẽ phụ thuộc rất nhiều vào cảm tính của thẩm phán, của hội đồng xét xử, để giải quyết đúng đắn vụ việc, tìm ra sự thật khách quan đòi hỏi hội đồng xét xử phải thật sự khách quan, vô tư và trong sáng. Ngoài việc xét xử khách quan, vô tư và trong sáng đòi hỏi thẩm phán, người tham gia xét xử phải có trình độ pháp lý uyên thâm, có kiến thức xã hội sâu rộng có như vậy mới đánh giá đúng bản chất của sự việc. Tuy nhiên, thực trạng trình độ của đội ngũ xét xử hiện nay không đồng đều. Dẫn đến những phán quyết khác nhau của những vụ việc có cùng tính chất, những phán quyết bất nhất ấy gây mất niềm tin của nhân dân với Tòa án, chưa kể sẽ là kẽ hở để cho những người xét xử lạm quyền và người dân tìm cách lách luật... Do đó, để hạn chế tranh chấp cho các bên tham gia và tạo cơ sở pháp lý chính xác, minh bạch cho cơ quan chức năng khi giải quyết tranh chấp, cần xác định rõ: nếu một bên đưa tiền cho bên kia mà không nói rõ mục đích của việc đưa tiền để làm gì thì tiền đó được coi là tiền trả trước[9].

Vấn đề trên đã được quy định kịp thời tại Điều 29, Nghị định 163 và Nghị định 11: “Trường hợp không xác định rõ là tiền đặt cọc hoặc tiền trả trước:

Trường hợp một bên trong hợp đồng giao cho bên kia một khoản

tiền mà các bên không xác định rõ là tiền đặt cọc hoặc tiền trả trước thì số tiền này được coi là tiền trả trước”.

Việc xác định tiền cọc hay tiền trả trước có hệ quả pháp lý rất khác nhau, chẳng hạn vấn đề có phạt cọc hay không chỉ được đặt ra khi xem số tiền mà một bên đưa cho bên kia là tiền cọc. Đây là vấn đề rất cơ bản và quan trọng. Do đó, cần pháp điển vấn đề này lên thành một đạo luật riêng, chẳng hạn “Luật giao dịch bảo đảm” hoặc cụ thể tại BLDS khi có điều kiện sửa đổi, bổ sung nhằm tạo tính thống nhất cao chứ không được giải thích hoặc căn cứ vào hoàn cảnh, phong tục, tập quán để xác định là tiền trả trước hay tiền đặt cọc như các toà án đã từng thực hiện trước đây.

4. Về vật dùng để bảo đảm trong đặt cọc

Quy định hiện hành về vật dùng để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ, BLDS quy định “Vật bảo đảm thực hiện nghĩa vụ dân sự phải thuộc quyền sở hữu của bên bảo đảm và được phép giao dịch” [10]. Việc quy định tài sản bảo đảm phải thuộc quyền sở hữu của bên bảo đảm là không hợp lý bởi một người có thể sử dụng tài sản của người khác để đặt cọc nếu được chủ sở hữu tài sản đó đồng ý.

Ví dụ: Anh A và anh B thỏa thuận với nhau trong đó có nội dung anh A đồng ý cho anh B được dùng xe ô tô, mô tô... của mình để đặt cọc bảo đảm thực hiện nghĩa vụ dân sự trong một hợp đồng với người thứ ba. Việc thỏa thuận này là hoàn toàn tự nguyện và hợp pháp [11].

Bên cạnh đó, Điều 321 BLDS có quy định: “Tiền, trái phiếu, cổ phiếu, kỳ phiếu và giấy tờ có giá khác được dùng để bảo đảm thực

hiện nghĩa vụ dân sự”. Điều 322 BLDS khẳng định thêm “1. Các quyền tài sản thuộc sở hữu của bên bảo đảm...”. Ở đây, chúng ta thấy rằng thiếu sự nhất quán giữa các quy định nêu trên. Chúng ta cần quy định theo hướng tất cả tài sản bảo đảm phải thuộc sở hữu của bên bảo đảm hoặc thuộc sở hữu của người thứ ba mà người này cam kết dùng tài sản đó để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ của bên có nghĩa vụ đối với bên có quyền hoặc đã được chủ sở hữu uỷ quyền toàn quyền định đoạt cho người bên bảo đảm. Quan điểm này cũng được các tác giả khác đồng thuận. [12]

Việc quy định cứng nhắc tài sản đặt cọc phải thuộc sở hữu của bên đặt cọc là trái với nguyên tắc cơ bản của pháp luật dân sự, nguyên tắc “tự do, tự nguyện cam kết, thỏa thuận”. [13] Theo pháp luật hiện hành các bên có quyền tự do, tự nguyện, cam kết thỏa thuận trong việc xác lập quyền, nghĩa vụ dân sự nếu cam kết, thỏa thuận đó không vi phạm điều cấm của pháp luật và không trái với đạo đức xã hội. Không những thế quy định này còn cản trở sự phát triển của các giao dịch dân sự, trái với xu hướng hội nhập vào quan hệ thương mại quốc tế hiện nay của nhà nước, can thiệp thô bạo vào việc tự do hợp đồng. Do đó, để có sự đồng bộ, chúng tôi đề nghị bổ sung thêm quy định tài sản thuộc quyền định đoạt của bên đặt cọc thông qua uỷ quyền hoặc cam kết của người thứ ba cũng được dùng để bảo đảm. Quy định này sẽ giúp các chủ thể khai thác tốt nhất giá trị kinh tế, thương mại đối với tài sản thuộc sở hữu của mình, thúc đẩy các giao lưu dân sự phát triển thông qua các thỏa thuận hợp pháp.

Hơn thế nữa, Điều 358 BLDS

đã giới hạn các đối tượng dùng để bảo đảm chỉ gồm “một khoản tiền hoặc kim khí quý, đá quý hoặc vật có giá trị khác”. Trong khi đó việc đặt cọc hoàn toàn có thể sử dụng các loại tài sản khác, chẳng hạn các quyền tài sản. Do đó, đối tượng dùng để bảo đảm trong giao dịch đặt cọc chưa bao quát đầy đủ, chưa giúp phát huy giá trị kinh tế, thương mại của tài sản thuộc sở hữu hợp pháp của các chủ thể. Quan điểm này cũng được các tác giả khác đồng thuận [14].

Quy định này lại được khắc phục bởi các văn bản dưới luật. Quy định về tài sản bảo đảm cũng được đề cập tại Điều 4 của Nghị định 163: “1. Tài sản bảo đảm do các bên thỏa thuận và thuộc sở hữu của bên có nghĩa vụ hoặc thuộc sở hữu của người thứ ba mà người này cam kết dùng tài sản đó để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ của bên có nghĩa vụ đối với bên có quyền. Tài sản bảo đảm có thể là tài sản hiện có, tài sản hình thành trong tương lai và được phép giao dịch.”

Được sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định 11 như sau:

2. Sửa đổi khoản 1 và khoản 2 Điều 4 như sau:

“1. Tài sản bảo đảm là tài sản hiện có hoặc tài sản hình thành trong tương lai mà pháp luật không cấm giao dịch.”

Như vậy, các văn bản dưới luật cũng đã gián tiếp thừa nhận việc đặt cọc có thể dùng tài sản thuộc sở hữu của bên đặt cọc hoặc tài sản thuộc quyền định đoạt của bên đặt cọc cũng được dùng để bảo đảm thông qua thỏa thuận giữa các bên. Quy định sửa đổi như Nghị định 11 nêu trên đã bao quát tài sản đặt cọc nói riêng và tài sản bảo đảm nói chung không chỉ thuộc sở hữu của bên bảo đảm mà có thể thuộc

quyền định đoạt của bên bảo đảm thông qua thoả thuận với chủ sở hữu và thể hiện nguyên tắc hiến định công dân được làm những gì pháp luật không cấm. Đây là vấn đề rất quan trọng không nên chỉ ghi nhận ở văn bản dưới luật. Do đó, cần thiết pháp điển hoá các quy định từ các văn bản dưới luật, cụ thể hoá đối tượng của các giao dịch bảo đảm hoặc chỉ ghi nhận nguyên tắc chung tại BLDS và chi tiết tại văn bản luật khác, chẳng hạn “Luật giao dịch bảo đảm”.

5. Về quyền và nghĩa vụ của các bên

Về các quyền và nghĩa vụ của các bên giao dịch đặt cọc cũng không được đề cập đầy đủ trong BLDS, việc quy định không đầy đủ trong bộ luật đã gây khó khăn cho các chủ thể khi thiết lập, thực hiện giao dịch và gây khó khăn cho cơ quan chức năng khi giải quyết tranh chấp. Do đó, để tạo thêm sự an toàn pháp lý cho các bên trong giao dịch và cơ sở để giải quyết tranh chấp Chính phủ đã phải ban hành văn bản dưới luật để hướng dẫn. Cụ thể, Nghị định 163 quy định:

“Điều 30. Nghĩa vụ của bên đặt cọc, bên ký cược

1. Thanh toán cho bên nhận đặt cọc, bên nhận ký cược chi phí hợp lý để bảo quản, giữ gìn tài sản đặt cọc, tài sản ký cược, trừ trường hợp có thoả thuận khác.

2. Thực hiện việc đăng ký quyền sở hữu tài sản đặt cọc, tài sản ký cược cho bên nhận đặt cọc, bên nhận ký cược đối với tài sản mà pháp luật quy định phải đăng ký quyền sở hữu trong trường hợp tài sản đó được chuyển quyền sở hữu cho bên nhận đặt cọc, bên nhận ký cược theo quy định của pháp luật hoặc theo thoả thuận.

Điều 31. Quyền của bên đặt cọc, bên ký cược

Bên đặt cọc, bên ký cược có quyền yêu cầu bên nhận đặt cọc, bên nhận ký cược ngừng việc sử dụng tài sản đặt cọc, tài sản ký cược, nếu do sử dụng mà tài sản có nguy cơ bị mất giá trị hoặc giảm sút giá trị.

Điều 32. Nghĩa vụ của bên nhận đặt cọc, bên nhận ký cược

1. Bảo quản, giữ gìn tài sản đặt cọc, tài sản ký cược; không được khai thác, sử dụng tài sản đó, trừ trường hợp các bên có thoả thuận khác.

2. Không được xác lập giao dịch đối với tài sản đặt cọc, tài sản ký cược, trừ trường hợp bên đặt cọc, bên ký cược đồng ý.

Điều 33. Quyền của bên nhận đặt cọc, bên nhận ký cược

Bên nhận đặt cọc có quyền sở hữu tài sản đặt cọc, nếu bên đặt cọc từ chối giao kết, thực hiện hợp đồng, trừ trường hợp có thoả thuận khác.

Bên nhận ký cược có quyền sở hữu tài sản ký cược trong trường hợp hợp tài sản thuê không còn để trả lại cho bên nhận ký cược, trừ trường hợp có thoả thuận khác”.

Việc ban hành văn bản dưới luật hướng dẫn gây ra tình trạng không tập trung và tạo ra nhiều văn bản, gây khó khăn cho việc tiếp cận thông tin và giải quyết tranh chấp. Vì vậy, cần phải quy định các điều luật về nghĩa vụ và quyền của các bên trong BLDS hoặc ban hành đạo luật riêng về giao dịch bảo đảm.

Đối tượng trong biện pháp đặt cọc không chỉ là tiền mà có thể là vật có giá trị, là nguyên liệu, hàng hóa... mà bên đặt cọc giao cho bên nhận đặt cọc nắm giữ. Kể từ khi nhận tài sản đặt cọc bên nhận phải bảo quản tài sản đó. Để bảo quản tài

sản đặt cọc hiệu quả, tránh nguy cơ hư hỏng, giảm sút giá trị... thì bên nhận đặt cọc cần có những thông tin về việc quản lý tài sản đó. Vì vậy, cần có những quy định cụ thể về nghĩa vụ của bên đặt cọc trong việc cung cấp thông tin, hướng dẫn cách bảo quản tài sản đặt cọc, và đây cũng là quyền của bên nhận đặt cọc. Đồng thời bên cạnh việc quy định nghĩa vụ của bên đặt cọc cũng cần phải quy định nghĩa vụ của bên nhận đặt cọc và cũng cần có những quy định trách nhiệm pháp lý đối với bên nhận đặt cọc trong việc quản lý tài sản đặt cọc nếu để hư hỏng, mất mát thì phải bồi thường. Quy định về việc trả lại tài sản đặt cọc khi mục đích đã đạt được hoặc được dùng để thanh toán nghĩa vụ tài chính và các nghĩa vụ tương tự.

Đồng thời để khai thác tài sản đặt cọc có hiệu quả trong thời gian đặt cọc pháp luật cần tạo cơ sở pháp lý để bên nhận đặt cọc được sử dụng tài sản, hưởng hoa lợi đối với tài sản đặt cọc hay thay đổi tài sản đặt cọc nếu được bên đặt cọc đồng ý. Thậm chí pháp luật cần được xây dựng theo hướng tôn trọng sự tự do ý chí của các bên, theo đó bên đặt cọc có thể định đoạt tài sản đặt cọc nếu được bên nhận đặt cọc đồng ý. Việc thừa nhận của pháp luật về những vấn đề nói trên là sự cụ thể hóa nguyên tắc tự do hợp đồng đã được ghi nhận tại Điều 4, BLDS.

Về kỹ thuật thiết kế điều luật tại khoản 2 của Điều 358 của BLDS chúng ta thấy vấn đề quyền, nghĩa vụ của chủ thể và trách nhiệm của bên vi phạm được quy định cùng chung trong một điều khoản. Việc quy định như trên là không hợp lý. Vì bản chất của quyền, nghĩa vụ và trách nhiệm dân sự là khác nhau. Quyền dân sự được hiểu là khả năng xử sự của chủ thể tài

minh thực hiện hoặc yêu cầu người khác thực hiện hoặc không thực hiện những hành vi pháp lý nhất định. Còn nghĩa vụ dân sự được hiểu là một sự ràng buộc pháp lý mà người có nghĩa vụ phải thực hiện một hoặc một số hành vi pháp lý nhất định như đã cam kết hoặc pháp luật quy định nhằm thỏa mãn lợi ích, yêu cầu của chủ thể quyền [15]. Còn trách nhiệm dân sự được hiểu là một hậu quả bất lợi áp dụng cho người có hành vi vi phạm nghĩa vụ, buộc họ phải khôi phục lại những thiệt hại cho người bị vi phạm, hoặc phải chịu phạt một khoản tiền đối với bên bị vi phạm, việc phạt này mang tính trừng phạt bên vi phạm (phạt vi phạm) [16]. Căn cứ vào bản chất của quyền dân sự, nghĩa vụ dân sự và trách nhiệm dân sự như đã nói ở trên, chúng tôi cho rằng cần phải thiết kế lại quy định này theo hướng tách quyền, nghĩa vụ của các bên thành những điều luật riêng và quy định về trách nhiệm của các bên thành một điều luật.

Trên đây là một số phân tích về sự bất cập của quy định về đặt cọc trong BLDS, đó là sự không đầy đủ, không thống nhất, không rõ ràng của quy định về đặt cọc. Những hạn chế trên đã gây khó khăn cho chủ thể trong quá trình thực hiện giao dịch, không thúc đẩy mạnh mẽ các giao lưu dân sự, thiếu cơ sở pháp lý cho các cơ quan tố tụng trong quá trình giải quyết tranh chấp.

Trên cơ sở đó, tác giả kiến nghị thiết kế chế định đặt cọc trong “Luật giao dịch bảo đảm” hoặc cụ thể trong BLDS theo hướng sau đây:

Điều ...: Đặt cọc tài sản

Đặt cọc tài sản là việc một bên giao cho bên kia một hoặc nhiều tài

sản trong một thời hạn dùng để bảo đảm cho việc giao kết, thực hiện hợp đồng dân sự hoặc vừa dùng để bảo đảm cho việc giao kết và thực hiện hợp đồng.

Trong trường hợp một bên trong giao dịch giao cho bên kia một khoản tiền mà không xác định rõ là tiền đặt cọc hay tiền trả trước thì số tiền này được coi là tiền trả trước.

Điều ...: Hình thức của đặt cọc tài sản

Giao dịch đặt cọc tài sản phải được lập thành văn bản, có thể lập thành văn bản riêng hoặc ghi trong hợp đồng chính.

Trong trường hợp pháp luật có quy định, việc đặt cọc phải có công chứng, chứng thực, phải đăng ký hoặc xin phép tại cơ quan, tổ chức có thẩm quyền thì các bên phải tuân thủ hình thức đó.

Điều ...: Tài sản đặt cọc

1. Tài sản dùng để đặt cọc là tiền, kim khí quý, đá quý, vật hoặc những loại tài sản có giá trị khác mà pháp luật không cấm giao dịch.

2. Tài sản đặt cọc phải thuộc quyền sở hữu hoặc quyền định đoạt của bên đặt cọc.

Điều ...: Hiệu lực của giao dịch đặt cọc

Giao dịch đặt cọc có hiệu lực kể từ thời điểm bên đặt cọc giao tài sản cho bên nhận đặt cọc, trừ trường hợp các bên có thỏa thuận khác hoặc pháp luật có quy định khác.

Điều ...: Nghĩa vụ của bên đặt cọc

1. Thông báo cho bên nhận đặt cọc về quyền của người thứ ba đối với tài sản đặt cọc (nếu có); trong trường hợp không thông báo thì bên nhận đặt cọc có quyền hủy hợp đồng đặt cọc và yêu cầu bồi thường thiệt hại, trừ trường hợp có thỏa

thuận khác.

2. Thanh toán cho bên nhận đặt cọc tài sản những chi phí hợp lý trong việc bảo quản, giữ gìn tài sản, trừ trường hợp có thỏa thuận khác.

Điều ...: Quyền của bên đặt cọc

1. Được bán vật là tài sản đặt cọc nếu được bên nhận đặt cọc đồng ý. Tiền bán tài sản này sẽ là tài sản đặt cọc.

2. Được thay thế tài sản đặt cọc bằng một tài sản khác nếu được sự đồng ý của bên nhận đặt cọc.

3. Được nhận lại tài sản đặt cọc nếu mục đích của việc đặt cọc đã hoàn thành, trừ trường hợp có thỏa thuận khác.

4. Được quyền yêu cầu bồi thường thiệt hại nếu tài sản đặt cọc bị hư hỏng, tiêu hủy, trừ những hao mòn tự nhiên.

Điều ...: Nghĩa vụ của bên nhận đặt cọc

1. Phải bảo quản tài sản là vật như đã cam kết, không được khai thác, sử dụng, hưởng hoa lợi, lợi tức từ tài sản đặt cọc. Trừ trường hợp có thỏa thuận khác.

2. Không được dùng tài sản đặt cọc để xác lập giao dịch với người thứ ba, trừ trường hợp bên đặt cọc đồng ý.

Điều ...: Quyền của bên nhận đặt cọc

1. Yêu cầu cung cấp thông tin về việc bảo quản tài sản đặt cọc. Nếu không thông báo mà gây thiệt hại thì phải bồi thường.

2. Yêu cầu thông báo về quyền của người thứ ba đối với tài sản đặt cọc (nếu có).

3. Có quyền yêu cầu thay đổi tài sản đặt cọc nếu tài sản đặt cọc có nguy cơ bị hư hỏng, tiêu hủy.

Điều ...: Xử lý tài sản đặt cọc

Nếu bên đặt cọc từ chối việc giao kết, thực hiện hợp đồng thì tài

sản đặt cọc thuộc về bên nhận đặt cọc; nếu bên nhận đặt cọc từ chối việc giao kết, thực hiện hợp đồng dân sự thì phải trả cho bên đặt cọc tài sản đặt cọc và một khoản tiền tương đương giá trị tài sản đặt cọc, trừ trường hợp có thỏa thuận khác.

Kết luận

Chúng tôi cho rằng việc quy định chế định đặt cọc chưa được các nhà làm luật quan tâm đúng mức, thể hiện qua việc chỉ quy định duy nhất bởi một điều luật trong BLDS. Bên cạnh đó, việc đặt cọc lại được quy định rải rác tại các văn bản dưới luật như Nghị quyết 01; Nghị định 163; Nghị định 11; Nghị định 83 và Nghị định 05 như đã phân tích. Việc quy định này lại không nhất quán, không rõ ràng, khó áp dụng trên thực tiễn và có nhiều nguy cơ, rủi ro pháp lý đang tiềm ẩn khi các chủ thể tham gia giao dịch đặt cọc. Có thể nói chế định đặt cọc chưa thật sự thúc đẩy các giao lưu dân sự phát triển, chưa khai thác được các giá trị kinh tế, thương mại của tài sản đặt cọc.

Xu hướng hiện nay, vì tầm quan trọng đặc biệt của giao dịch bảo đảm, theo thông lệ quốc tế, các nhà làm luật nên cụ thể hoá chế định đặt cọc trong BLDS hay ban hành đạo luật mới chẳng hạn như “Luật giao dịch bảo đảm” trên cơ sở pháp điển hoá các văn bản dưới luật hiện hành.

Chúng tôi hy vọng rằng những kiến nghị này sẽ được các cơ quan chức năng quan tâm, là một tư liệu hữu ích đóng góp cho quá trình hoàn chỉnh Dự thảo BLDS sửa đổi, bổ sung hay Dự thảo “Luật giao dịch bảo đảm”.

CHÚ THÍCH & TÀI LIỆU THAM KHẢO

- [1] Khoản 1, Điều 318 BLDS 2005.
- [2] Các biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ dân sự được quy định từ điều 318 đến 373 BLDS.
- [3] Điều 3, Nghị định 83 quy định: “Đối tượng đăng ký”
1. Các giao dịch bảo đảm sau đây phải đăng ký:
a) Thế chấp quyền sử dụng đất;
b) Thế chấp rừng sản xuất là rừng trồng;
c) Cầm cố tàu bay, thế chấp tàu bay;
d) Thế chấp tàu biển;
đ) Các trường hợp khác, nếu pháp luật có quy định”.
- [4] Giáo trình luật dân sự Việt Nam, Trường đại học luật Hà Nội, NXB Công an nhân dân Tr.323.
- [5] Theo nguyên tắc áp dụng tương tự phạm pháp luật tại Điều 3 BLDS, Mục 2.2, Nghị quyết của Hội đồng thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao số 01/2003/NQ-HĐTP ngày 16 tháng 4 năm 2003 hướng dẫn áp dụng pháp luật trong việc giải quyết một số loại tranh chấp dân sự, hôn nhân và gia đình.
- [6] Điều 137 BLDS về Giải quyết hậu quả

- pháp lý của giao dịch dân sự vô hiệu.
- [7] Đỗ Văn Đại, Luật nghĩa vụ dân sự và bảo đảm thực hiện nghĩa vụ dân sự, Bản án và Bình luận án (tập 2, Sách chuyên khảo), NXB CTQG 2012 tr.272 và tr.273.
 - [8] Điều 405 BLDS.
 - [9] Xem bản án số 121/2011/KDTM-PT ngày 26/11/2011 Tòa án nhân dân Thành Phố Hồ Chí Minh
 - [10] Khoản 1, Điều 320 và khoản 1, Điều 358 BLDS.
 - [11] Xem Điều 4 và Điều 388, 389 BLDS.
 - [12] PGS.TS.Đỗ Văn Đại, Một số vấn đề cơ bản về bảo đảm thực hiện nghĩa vụ dân sự, Tài liệu hội thảo quốc tế “Biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ dân sự”, Trường Đại học luật Tp.Hồ Chí Minh, ngày 29/9/2014, tr.38
 - [13] Điều 4 BLDS
 - [14] Hồ Quang Huy, Phó Cục trưởng Cục Đăng ký Quốc gia giao dịch bảo đảm, Tài liệu hội thảo quốc tế “Biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ dân sự”, Trường Đại học luật Tp.Hồ Chí Minh, ngày 29/9/2014, tr.1.
 - [15] Điều 280 BLDS.
 - [16] Xem từ điều 302 đến 307 BLDS.

Nghiên cứu chính sách...

(Tiếp theo trang 60)

CHÚ THÍCH & TÀI LIỆU THAM KHẢO

- [1] Nghị định 218/2013/NĐ-CP ngày 26/12/2013 của Chính phủ qui định chi tiết và hướng dẫn thi hành Luật Thuế TNDN.
- [2] Thông tư số 78/2014/TT-BTC ngày 15/6/2014 của Bộ Tài chính hướng dẫn thi hành 218/2013/NĐ-CP ngày 26/12/2013 của Chính phủ.
- [3] Trần Ngọc Thơ (2007) “Tài chính doanh nghiệp hiện đại”, Nhà xuất bản thống kê.
- [4] Brealey-Meyers (2003) “Principles of Corporate Finance”, Seventh Edition, The McGraw-Hill Companies.
- [5] Luật thuế TNDN số 14/2008/QH12 ngày 03/6/2008 và Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của luật thuế TNDN số 32/2013/QH13 ngày 19/6/2013.
- [6] Luật doanh nghiệp số 60/2005/QH11 ngày 29/11/2005.
- [7] International Accounting Standards No 32 .
- [8] UK, Accounting Standards Board (January 2010) “ Amendment to FRS 25 (IAS 32) Financial Instruments : Presentation”.
- [9] www.frc.org.uk
- [10] Luật thuế TNCN số 04/2007/QH12 ngày 21/11/2007 và Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật thuế TNCN số 26/2012/QH13 ngày 22/11/2012.
- [11] Nghị định 65/2013/NĐ-CP ngày 27/6/2013 của Chính phủ quy định chi tiết một số điều của Luật Thuế TNCN và Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật Thuế TNCN.
- [12] Thông tư số 111/2013/TT-BTC ngày 15/8/2013 của Bộ Tài chính hướng dẫn thi hành Nghị định 65/2013/NĐ-CP của Chính phủ.