

ĐẠI HỌC QUỐC GIA HÀ NỘI

KHOA LUẬT

NGUYỄN HẢI LONG

**CÁC CHẾ TÀI ĐỐI VỚI VI PHẠM HỢP ĐỒNG SONG VỤ THEO
PHÁP LUẬT VIỆT NAM**

LUẬN VĂN THẠC SĨ LUẬT HỌC

ĐẠI HỌC QUỐC GIA HÀ NỘI
KHOA LUẬT

NGUYỄN HẢI LONG

**CÁC CHẾ TÀI ĐỐI VỚI VI PHẠM HỢP ĐỒNG SONG VỤ THEO
PHÁP LUẬT VIỆT NAM**

Chuyên ngành: Luật Dân sự

Mã số : 60 38 30

LUẬN VĂN THẠC SĨ LUẬT HỌC

Cán bộ hướng dẫn khoa học: Ts. Phan Thị Thanh Thủy

LỜI CAM ĐOAN

Tôi xin cam đoan Luận văn là công trình nghiên cứu của riêng tôi. Các kết quả nêu trong Luận văn chưa được công bố trong bất kỳ công trình nào khác. Các số liệu, ví dụ và trích dẫn trong Luận văn đảm bảo tính chính xác, tin cậy và trung thực. Tôi đã hoàn thành tất cả các môn học và đã thanh toán tất cả các nghĩa vụ tài chính theo quy định của Khoa Luật Đại học Quốc gia Hà Nội.

Vậy tôi viết Lời cam đoan này đề nghị Khoa Luật xem xét để tôi có thể bảo vệ Luận văn.

Tôi xin chân thành cảm ơn!

NGƯỜI CAM ĐOAN

Nguyễn Hải Long

MỤC LỤC

	Trang
LỜI CAM ĐOAN	3
MỤC LỤC	4
Danh mục các ký hiệu, các chữ viết tắt	6
MỞ ĐẦU	7
1. Tính cấp thiết của đề tài nghiên cứu	7
2. Tình hình nghiên cứu đề tài	8
3. Phương pháp nghiên cứu	9
4. Mục đích và nhiệm vụ của Luận văn	9
5. Đối tượng nghiên cứu và phạm vi nghiên cứu	10
6. Kết cấu của Luận văn	10
Chương 1 - CƠ SỞ LÝ LUẬN VỀ CHẾ TÀI ĐỐI VỚI VI PHẠM HỢP ĐỒNG SONG VỤ	11
1.1. Khái niệm chế tài đối với vi phạm hợp đồng song vụ	11
1.1.1. Hợp đồng song vụ và vi phạm hợp đồng song vụ	11
1.1.1.1. Hợp đồng song vụ	11
1.1.1.2. Vi phạm hợp đồng song vụ	13
1.1.2. Chế tài đối với vi phạm hợp đồng song vụ	19
1.1.3. Đặc điểm của chế tài đối với vi phạm hợp đồng song vụ	23

1.2. Điều kiện áp dụng các chế tài đối với vi phạm hợp đồng song vụ	26
1.3. Miễn trách nhiệm đối với vi phạm hợp đồng song vụ	29
1.4. Phân loại chế tài đối với vi phạm hợp đồng song vụ	31
1.5. Phân biệt chế tài đối với vi phạm hợp đồng song vụ trong dân sự với chế tài đối với vi phạm hợp đồng song vụ trong thương mại	34
Chương 2 - THỰC TRẠNG PHÁP LUẬT VỀ CHẾ TÀI ĐỐI VỚI VI PHẠM HỢP ĐỒNG SONG VỤ Ở VIỆT NAM	36
2.1. Khái lược lịch sử các quy định về chế tài đối với vi phạm hợp đồng song vụ ở Việt Nam	36
2.2. Các chế tài đối với vi phạm hợp đồng song vụ theo pháp luật Việt Nam hiện hành	40
2.2.1. Các chế tài đối với vi phạm hợp đồng song vụ	40
2.2.1.1. Chế tài buộc thực hiện đúng hợp đồng	40
2.2.1.2. Chế tài yêu cầu bồi thường thiệt hại	50
2.2.1.3. Chế tài phạt vi phạm hợp đồng	64
2.2.1.4. Tạm ngừng (hoãn) thực hiện hợp đồng	71
2.2.1.5. Chế tài đình chỉ (đơn phương chấm dứt) thực hiện hợp đồng	76
2.2.1.6. Chế tài hủy bỏ hợp đồng	84
2.2.1.7. Các chế tài do các bên thỏa thuận	95
2.2.2. Mối quan hệ giữa các chế tài đối với vi phạm hợp đồng song vụ	96
2.2.3. Các trường hợp miễn trách nhiệm đối với vi phạm hợp đồng song vụ	100
2.3. Một số vấn đề về thực trạng áp dụng các chế tài đối với vi phạm hợp đồng song vụ theo pháp luật Việt Nam hiện hành	105
Chương 3 – NHỮNG VẤN ĐỀ PHÁP LÝ TIẾP TỤC CẦN ĐẶT RA VỀ CÁC CHẾ TÀI ĐỐI VỚI VI PHẠM HỢP ĐỒNG SONG VỤ	110

3.1. Các yêu cầu tiếp tục cần đặt ra để hoàn thiện quy định về các chế tài đối với vi phạm hợp đồng song vụ	110
3.2. Các giải pháp cụ thể hoàn thiện quy định về các chế tài đối với vi phạm hợp đồng song vụ	112
KẾT LUẬN	117
DANH MỤC TÀI LIỆU THAM KHẢO	118

Danh mục các ký hiệu, các chữ viết tắt

Bộ luật dân sự	:	BLDS
Luật Thương mại	:	LTM
Bộ luật dân sự năm 2005	:	BLDS 2005
Bộ luật dân sự năm 2015	:	BLDS 2015
Luật Thương mại năm 2005	:	LTM 2005

MỞ ĐẦU

1. Tính cấp thiết của đề tài nghiên cứu

Hợp đồng song vụ xác lập nghĩa vụ giữa các bên, bởi vậy khi có nghĩa vụ bị vi phạm, bên có quyền tương ứng có thể áp dụng các chế tài được pháp luật cho phép để bảo vệ quyền lợi chính đáng của mình, còn gọi là các chế tài đối với vi phạm hợp đồng song vụ. Pháp luật Việt Nam hiện nay chưa có một chế định riêng về các chế tài đối với vi phạm hợp đồng nói chung và hợp đồng song vụ nói riêng. Các chế tài được quy định rải rác trong các chế định về thực hiện hợp đồng, về sửa đổi, chấm dứt hợp đồng, trong các quy định về quyền và nghĩa vụ của các bên trong các hợp đồng thông dụng. Các quy định hiện tại còn chưa làm rõ được nội dung, căn cứ, cơ sở áp dụng, hậu quả pháp lý dẫn đến nhiều cách hiểu, cách áp dụng không thống nhất. Khi vụ việc được giải quyết tại Tòa án thì việc chấp thuận yêu cầu của đương sự về việc áp dụng chế tài bị phụ thuộc vào ý chí, quan điểm của thẩm phán, không đảm bảo nguyên tắc pháp chế, không đảm bảo tối đa sự công bằng, quyền lợi chính đáng của bên bị vi phạm. Việc không có chế định quy định rõ ràng về chế tài đối với vi phạm hợp đồng nói chung và hợp đồng song vụ nói riêng là một trong các khiếm khuyết lớn của BLDS 2005, trong khi về mảng pháp luật

chuyên ngành, LTM 2005 đã có được một chương riêng về chế tài đối với vi phạm hợp đồng từ Điều 292 đến Điều 316.

Các chế tài đối với vi phạm hợp đồng song vụ là một trong các nội dung cần được làm rõ để có đầy đủ cơ sở để sử dụng, áp dụng đúng và có hiệu quả, làm rõ được các hạn chế cần khắc phục, đặc biệt trong bối cảnh chuẩn bị cơ chế hướng dẫn thi hành BLDS 2015 mới được thông qua sẽ có hiệu lực từ ngày 01/01/2017. Ngoài ra, trong giới khoa học pháp lý, đến nay vẫn chưa có những công trình khoa học chuyên sâu về vấn đề này. Do đó, việc nghiên cứu về các chế tài đối với vi phạm hợp đồng song vụ theo pháp luật Việt Nam là vô cùng cần thiết và cấp bách trong giai đoạn hiện nay.

2. Tình hình nghiên cứu đề tài

Liên quan đến vấn đề chế tài đối với vi phạm hợp đồng song vụ theo pháp luật Việt Nam, hiện nay có một số công trình khoa học sau:

Luận văn thạc sỹ năm 2006 của tác giả Vũ Tiến Vinh tại Khoa Luật – Đại học Quốc gia Hà Nội, nghiên cứu đề tài “*Trách nhiệm dân sự do vi phạm hợp đồng dân sự theo quy định hiện hành của pháp luật Việt Nam*”. Công trình này đã có đề cập đến vấn đề các chế tài khi xác định trách nhiệm dân sự do vi phạm hợp đồng song vụ, tuy nhiên chưa đi sâu, phân tích và hệ thống hóa các chế tài đối với vi phạm hợp đồng nói chung và hợp đồng song vụ nói riêng. Luận văn này mới chỉ tập trung làm rõ các vấn đề chung về trách nhiệm dân sự do vi phạm hợp đồng dân sự. Một Luận văn thạc sỹ khác của tác giả Lê Văn Minh thực hiện năm 2013 tại Khoa Luật – Đại học Quốc gia Hà Nội nghiên cứu đề tài “*Trách nhiệm pháp lý do vi phạm hợp đồng mua bán*”. Luận văn này mới dừng lại ở việc làm rõ riêng vấn đề trách nhiệm pháp lý đối với một loại hợp đồng song vụ là hợp đồng mua bán. Công trình này cũng chỉ tập trung làm rõ trách nhiệm dân sự, chưa làm rõ và hệ thống hóa lý luận pháp lý về

các chế tài đối với hợp đồng mua bán. Cũng cần phải kể đến đề tài nghiên cứu “*Chế tài thương mại trong Luật thương mại Việt Nam 2005*” vào năm 2012 là Luận văn thạc sĩ của tác giả Nguyễn Đăng Duy tại Khoa luật – Đại học Quốc gia Hà Nội. Nội dung đề tài đã làm rõ cơ sở lý luận và cơ sở pháp lý đối với các chế tài thương mại trong LTM năm 2005, cũng có các kiến nghị hoàn thiện pháp luật. Tuy nhiên, đề tài này mới đề cập đến các chế tài thương mại, trong phạm vi LTM 2005, tập trung vào hợp đồng mua bán hàng hóa và hợp đồng dịch vụ trong hoạt động thương mại, chưa bao quát làm rõ được các chế tài do vi phạm hợp đồng nói chung và hợp đồng song vụ nói riêng. Ngoài ra, vấn đề trách nhiệm dân sự do vi phạm hợp đồng cũng có được đề cập trong các bài viết, các công trình khoa học khác về vấn đề trách nhiệm dân sự trong các hợp đồng cụ thể. Một số bài viết, sách chuyên khảo cần kể đến như: bài viết của Ts. Phan Thị Thanh Thủy năm 2014 về đề tài “*So sánh các quy định về trách nhiệm do vi phạm hợp đồng trong Luật Thương mại Việt Nam 2005 và Công ước Viên 1980*” đăng trên Tạp chí Khoa học ĐHQGHN (Tập 30, (3 (2014)), tr.50 – 60); sách chuyên khảo của Ts. Nguyễn Ngọc Khánh do Nhà xuất bản Tư pháp xuất bản năm 2007 mang tên *Chế định hợp đồng trong Bộ luật dân sự Việt Nam; Giáo trình Luật Hợp đồng – Phần chung (Dùng cho đào tạo sau đại học)* của PGS.TS. Ngô Huy Cương được Nhà xuất bản Đại học Quốc gia Hà Nội xuất bản năm 2013,...

Như vậy, đến nay chưa có một công trình khoa học nghiên cứu chuyên sâu và tổng thể, hệ thống hóa được cơ sở lý luận, pháp lý, thực tiễn áp dụng và định hướng hoàn thiện chế định riêng về các chế tài đối với vi phạm hợp đồng song vụ theo pháp luật Việt Nam. Với tính mới, tính cấp thiết đã đề cập, tác giả nhận thấy nên và cần lựa chọn đề tài “*Các chế tài đối với vi phạm hợp đồng song vụ theo pháp luật Việt Nam*” để viết Luận văn thạc sĩ trong giai đoạn hiện nay.

3. Phương pháp nghiên cứu

Trong quá trình tiếp cận và giải quyết những vấn đề mà Luận văn đặt ra, tác giả sử dụng phương pháp biện chứng duy vật của chủ nghĩa Mác-Lênin, được vận dụng vào lý giải các vấn đề lý luận và pháp lý về các chế tài đối với vi phạm hợp đồng song vụ theo pháp luật Việt Nam. Việc nghiên cứu trước hết làm rõ các vấn đề lý luận, từ đó phân tích làm rõ luật thực định và việc thực thi pháp luật để hệ thống hóa, đưa ra định hướng hoàn thiện pháp luật về vấn đề các chế tài đối với vi phạm hợp đồng song vụ theo pháp luật Việt Nam.

Các phương pháp nghiên cứu cụ thể được sử dụng là phân tích, tổng hợp, lịch sử, so sánh, thống kê, ...vv. Các phương pháp nghiên cứu chuyên ngành còn được sử dụng gồm: phương pháp phân loại pháp lý, phương pháp so sánh pháp luật, phương pháp mô hình hóa và điển hình hóa, phương pháp hệ thống hóa, phương pháp trừu tượng hóa, phương pháp lịch sử, phương pháp phân tích quy phạm.

4. Mục đích và nhiệm vụ của Luận văn

Mục đích và nhiệm vụ của Luận văn gồm: làm rõ và hệ thống hóa cơ sở lý luận về các chế tài đối với vi phạm hợp đồng song vụ; phân tích làm rõ thực trạng quy định về các chế tài đối với vi phạm hợp đồng song vụ theo pháp luật Việt Nam; trên cơ sở đó, đưa ra định hướng, giải pháp hoàn thiện quy định về các chế tài đối với vi phạm hợp đồng song vụ.

5. Đối tượng nghiên cứu và phạm vi nghiên cứu

Đối tượng nghiên cứu của đề tài là các quy định pháp luật Việt Nam về các chế tài đối với vi phạm hợp đồng song vụ trong dân sự (theo BLDS) trong sự phân tích và so sánh cùng với chế tài đối với vi phạm hợp đồng song vụ trong thương mại (theo LTM).

Phạm vi nghiên cứu của Luận văn gồm: cơ sở lý luận về các chế tài đối với vi phạm hợp đồng song vụ ở Việt Nam và so sánh với các nước trên thế giới; thực trạng quy định về các chế tài đối với vi phạm hợp đồng song vụ trong pháp luật Việt

Nam; những vấn đề pháp lý tiếp tục cần đặt ra và các giải pháp hoàn thiện pháp luật về các chế tài đối với vi phạm hợp đồng song vụ.

6. Kết cấu của Luận văn

Ngoài phần mở đầu, kết luận và danh mục tài liệu tham khảo, Luận văn có kết cấu gồm 03 Chương như sau:

- **Chương 1:** Cơ sở lý luận về các chế tài đối với vi phạm hợp đồng song vụ
- **Chương 2:** Thực trạng pháp luật về các chế tài đối với vi phạm hợp đồng song vụ theo pháp luật Việt Nam
- **Chương 3:** Những vấn đề pháp lý tiếp tục cần đặt ra về các chế tài đối với vi phạm hợp đồng song vụ.

Chương 1 - CƠ SỞ LÝ LUẬN VỀ CHẾ TÀI ĐỐI VỚI VI PHẠM HỢP ĐỒNG SONG VỤ

1.1. Khái niệm chế tài đối với vi phạm hợp đồng song vụ

1.1.1. *Hợp đồng song vụ và vi phạm hợp đồng song vụ*

1.1.1.1. *Hợp đồng song vụ*

Trong thực tiễn, đa số các hợp đồng được thiết lập trên cơ sở các bên thỏa thuận các quyền và nghĩa vụ đối với nhau để cùng thực hiện nhằm đạt được những mục đích nhất định. Theo loại hợp đồng này, mỗi bên có các nghĩa vụ nhất định, đồng thời có các quyền tương ứng. Sau khi thực hiện hợp đồng, mỗi bên sẽ đạt được những lợi ích mong muốn về tinh thần hay vật chất nào đó. *Ví dụ, trong hợp*

đồng mua bán nói chung, người mua được quyền sở hữu món đồ mua khi được bên bán thực hiện nghĩa vụ chuyển giao quyền sở hữu, bên bán được nhận tiền bán hàng khi bên mua thực hiện nghĩa vụ thanh toán. Khác với loại hợp đồng này, loại hợp đồng khác mà chỉ có một bên của hợp đồng có nghĩa vụ, bên kia chỉ hưởng quyền, *ví dụ như hợp đồng tặng cho, hợp đồng cho vay...* Dựa trên tiêu chí về tương quan và mối quan hệ về quyền và nghĩa vụ của mỗi bên trong hợp đồng, đa số các học thuyết pháp lý, trong pháp luật thực định của đa số các quốc gia đều thừa nhận thống nhất một trong các cách phân loại hợp đồng thành hợp đồng song vụ và hợp đồng đơn vụ, tương ứng với các loại đã đề cập trên. Trong tiếng Anh, với sự thừa nhận rộng rãi về cách phân loại này, hợp đồng song vụ được dịch là “*Bilateral Contract*”, hợp đồng đơn vụ được dịch là “*Unilateral Contract*”.

Ngay từ thời La Mã, việc phân loại hợp đồng thành hợp đồng song vụ và hợp đồng đơn vụ cũng đã được ghi nhận và vận dụng. Trong cuốn Giáo trình Luật Hợp đồng - Phần chung (dùng cho đào tạo sau đại học) của PGS.TS Ngô Huy Cương cũng đề cập:

*“Đó là các loại hợp đồng thông dụng theo quan niệm của Luật La Mã (luật nghiêm minh), theo đó hợp đồng đơn phương chỉ làm phát sinh nghĩa vụ đối với một bên trong hợp đồng (điển hình là hợp đồng vay mượn), cho nên gắn với nó là tố quyền *condictio* – tố quyền đòi lại đồ vật từ con nợ. Ngược lại hợp đồng song phương làm phát sinh đối với hiệu lực của cả hai bên đối ước, tức họ có quyền và nghĩa vụ đối với nhau ...”*[04, tr190].

Hợp đồng đơn phương và hợp đồng song phương vừa trích dẫn được hiểu là một cách gọi khác tương ứng của hợp đồng đơn vụ và hợp đồng song vụ.

Trong pháp luật Việt Nam, nhà làm luật cũng sử dụng cách phân loại này. Trong BLDS 2005, Điều 406 quy định định nghĩa: “*Hợp đồng gồm các loại chủ yếu sau đây: 1. Hợp đồng song vụ là hợp đồng mà mỗi bên đều có nghĩa vụ đối với nhau. 2. Hợp đồng đơn vụ là hợp đồng mà chỉ một bên có nghĩa vụ....*”. Trong

BLDS 2015 cũng có quy định tương tự tại Điều 402. Do phạm vi của đề tài nên trong các nội dung tiếp theo của Luận văn, tác giả chỉ đi sau làm rõ các vấn đề lý luận và pháp lý về hợp đồng song vụ.

Theo khoa học pháp lý và pháp luật thực định, hợp đồng song vụ có các đặc điểm cơ bản sau đây:

Thứ nhất, hợp đồng song vụ có đầy đủ các đặc điểm của hợp đồng nói chung. Điều này là đương nhiên bởi lẽ hợp đồng song vụ là một loại hợp đồng được phân ra theo một tiêu chí xác định. Các vấn đề lý luận và pháp lý về hợp đồng nói chung sẽ luôn có trong và được vận dụng cho hợp đồng song vụ.

Thứ hai, trong hợp đồng song vụ, mỗi bên đều có các nghĩa vụ nhất định đối với nhau, có các quyền tương ứng với nhau. Về tổng quát, có thể rút ra công thức của hợp đồng song vụ: mỗi bên phải có ít nhất một nghĩa vụ và phải có ít nhất một quyền đối với nhau. Khi bên này thực hiện nghĩa vụ thì bên kia được hưởng quyền tương ứng, và ngược lại.

Thứ ba, các quyền và nghĩa vụ của các bên có tính quan hệ, có tính phụ thuộc lẫn nhau, được thực hiện nhằm đạt mục đích giao kết hợp đồng. Khi thỏa thuận lập lên hợp đồng, trên cơ sở pháp luật và quyền tự do thỏa thuận, các bên quy định các nghĩa vụ với nhau, nếu bên này thực hiện nghĩa vụ thì bên kia được hưởng quyền tương ứng. Các nghĩa vụ có mối quan hệ mật thiết với nhau, khi được thực hiện thiện chí và đầy đủ, mỗi bên đều được hưởng đầy đủ các quyền hướng tới, như vậy mục đích của hợp đồng sẽ đạt được. Ngoài ra, các bên có thể quy định thứ tự thực hiện các nghĩa vụ đối với nhau, việc thực hiện nghĩa vụ này là cơ sở và điều kiện để bên kia có thể thực hiện được nghĩa vụ. Nếu có một bên vi phạm nghĩa vụ thì bên kia không được hưởng hoặc không được hưởng đầy đủ quyền tương ứng, hệ quả là việc thực hiện hợp đồng bị đình trệ hay bị xáo trộn, có thể gây thiệt hại hay khiến hợp đồng không thể thực hiện được. Chính vì vậy, cần nắm vững tính quan hệ, tính phụ thuộc lẫn nhau của các quyền và nghĩa vụ trong hợp đồng song vụ để làm cơ sở

tiếp cận các vấn đề vi phạm hợp đồng, chế tài đối với vi phạm hợp đồng. Về đặc điểm này, tác giả hoàn toàn đồng ý với quan điểm của PGS.TS Ngô Huy Cương nhận định trong cuốn Giáo trình Luật Hợp đồng - Phần chung (dùng cho đào tạo sau đại học) như sau:

“...có thể nhận xét định nghĩa hợp đồng song vụ tại khoản 1 Điều 406 Bộ luật dân sự Việt Nam 2005 chưa hoàn toàn thỏa đáng, bởi nếu chỉ định nghĩa “Hợp đồng song vụ là hợp đồng mà mỗi bên đều có nghĩa vụ đối với nhau”, thì mới chỉ cho thấy tính quan hệ, chứ chưa thấy tính phụ thuộc lẫn nhau của các nghĩa vụ phát sinh từ hợp đồng song vụ” [04, tr190].

Với các đặc điểm được trình bày, có thể khái quát khái niệm hợp đồng song vụ như sau: *“Hợp đồng song vụ là hợp đồng mà mỗi bên đều có nghĩa vụ đối với nhau, nghĩa vụ của các bên có mối quan hệ đối ứng và phụ thuộc lẫn nhau được thực hiện nhằm đạt mục đích giao kết hợp đồng”*.

1.1.1.2. Vi phạm hợp đồng song vụ

Hợp đồng song vụ theo khía cạnh nội dung và thời gian thì có thể đưa ra cách hiểu như một bản *“kế hoạch chung”* cho các bên của hợp đồng, để cùng thực hiện những quyền và nghĩa vụ nhất định đối với nhau trong tương lai. Với tính chất là bản kế hoạch chung, các bên căn cứ vào mục đích giao kết, điều kiện, hoàn cảnh hiện tại và khả năng nhận thức, tư duy, dự đoán về điều kiện, hoàn cảnh tương lai của mỗi bên để cùng thỏa thuận xác định, bố trí các quyền và nghĩa vụ đối với nhau. Khi triển khai thực hiện hợp đồng, có thể vì các lý do khách quan hoặc chủ quan nào đó, một bên hoặc các bên của hợp đồng có thể thực hiện hành vi vi phạm các nghĩa vụ, dẫn đến mục đích giao kết hợp đồng không đạt được, có thể làm phát sinh thiệt hại đối với bên bị vi phạm hợp đồng. Do đó, vi phạm hợp đồng song vụ có thể hiểu là hành vi cụ thể, có tính sai phạm và trái với các quy định của hợp đồng song vụ mà các bên đã giao kết. Vi phạm hợp đồng song vụ là thuật ngữ được xây dựng trên cơ sở thuật ngữ vi phạm hợp đồng và có bổ sung thêm các yếu tố đặc thù của

hợp đồng song vụ so với hợp đồng nói chung. Trong tiếng Anh, vi phạm hợp đồng song vụ có thể dịch thành “*Breach of Bilateral Contract*”.

Trong nhóm nước theo hệ thống pháp luật Civil Law, ở Đức, “*Bộ luật dân sự Đức không đưa ra một khái niệm chung về vi phạm nghĩa vụ hợp đồng (hay vi phạm hợp đồng)*” [16, tr359]. Hiện BLDS Đức chỉ quy định điều chỉnh các nhóm hành vi cụ thể được cho là vi phạm hợp đồng gồm chậm thực hiện nghĩa vụ và không có khả năng thực hiện nghĩa vụ. Trong thực tiễn xét xử ở Đức, Tòa án còn khắc phục lỗ hổng pháp luật bằng việc gộp các hành vi ngoài hai nhóm chính hành vi vi phạm hợp đồng vừa nêu thành nhóm thứ ba là “*chủ động vi phạm*”. Cũng nằm trong hệ thống pháp luật Civil Law, ở Pháp lại có một số điểm khác biệt. Theo đó, BLDS Pháp quy định chia vi phạm hợp đồng thành hai nhóm cơ bản là chậm thực hiện nghĩa vụ và không thực hiện nghĩa vụ. Nhóm hành vi không thuộc hiện nghĩa vụ này bao hàm cả trường hợp không thực hiện hợp đồng hoặc thực hiện không đúng nghĩa vụ của hợp đồng.

Tiếp cận theo góc độ khác, theo hệ thống pháp luật Common Law, pháp luật ở Anh và Hoa Kỳ phân biệt các hành vi vi phạm hợp đồng thành hai dạng chính là vi phạm thực tế và vi phạm thấy trước. Dạng vi phạm thực tế là việc bên có nghĩa vụ không thực hiện hoặc thực hiện không đúng nghĩa vụ hợp đồng khi đến hạn. Dạng thứ hai, các hành vi vi phạm thấy trước là trường hợp bên có quyền xem hành vi của bên có nghĩa vụ đã vi phạm hợp đồng khi chưa đến hạn thực hiện nhưng bên có nghĩa vụ bằng hành vi của mình hoặc tuyên bố chính thức tới bên có quyền rằng sẽ không thực hiện hợp đồng. Căn cứ vào mỗi dạng và thực tế vi phạm, luật dân sự Anh, Hoa Kỳ lại đưa ra các giải pháp để bên có quyền lựa chọn để thực hiện quyền tự bảo vệ quyền lợi hợp pháp của mình.

Không tiếp cận khái niệm vi phạm hợp đồng dựa trên sự phân loại nghĩa vụ, Công ước viên 1980 (Công ước của Liên hiệp quốc về mua bán hàng hóa quốc tế) dung hòa và tiếp cận ở góc độ chung nhất về vi phạm hợp đồng.

Theo quy định tại các Điều 9, Điều 45, Điều 61 của Công ước viên 1980, “*vi phạm hợp đồng được hiểu là việc không thực hiện nghĩa vụ, bao gồm cả việc không thực hiện những nghĩa vụ được quy định rõ ràng trong hợp đồng mua bán hàng hóa và cả việc một trong hai bên không thực hiện nghĩa vụ nào đó của họ phát sinh từ chính quy định của công nước này, từ các tập quán mà các bên đã thỏa thuận và từ các thực hiện đã được các bên thiết lập trong mối quan hệ tương hỗ giữa họ*” [16, tr380-381].

Bị ảnh hưởng của hệ thống pháp luật xã hội chủ nghĩa, ở Việt Nam, đầu tiên kể đến Pháp lệnh hợp đồng kinh tế năm 1989 và Pháp lệnh hợp đồng dân sự năm 1991, cả hai Pháp lệnh đều đề cập đến vấn đề vi phạm hợp đồng thông qua điều khoản quy định về trách nhiệm do vi phạm hợp đồng. Theo đó, vi phạm hợp đồng được hiểu là “không thực hiện hoặc thực hiện không đúng hợp đồng”, việc vi phạm hợp đồng này sẽ làm phát sinh trách nhiệm pháp lý của bên vi phạm. Tương tự đến BLDS 1995 cũng như BLDS 2005, nhà làm luật chưa đưa ra quy định định nghĩa vi phạm hợp đồng. Khái niệm vi phạm hợp đồng được suy luận và rút ra từ quy định về trách nhiệm dân sự do vi phạm nghĩa vụ dân sự (tại Điều 308 BLDS 1995 và tại Điều 302 BLDS 2005), gồm 02 trường hợp là: (1) không thực hiện; (2) thực hiện không đúng. Trong đó, “không thực hiện” được hiểu là hành vi “không hành động” của bên vi phạm, tức là không làm gì để hợp đồng bị vi phạm, mặc kệ cho thiệt hại có thể gây ra cho bên kia. “Thực hiện không đúng” có thể hiểu là đã có thực hiện, tuy nhiên khi xác định về tiêu chí hoàn thành lại không đạt so với điều kiện thỏa thuận trong hợp đồng, còn gọi là “không đúng” với hợp đồng. Cả hai trường hợp xảy ra đều gây ra hậu quả là bên có quyền không được hưởng đầy đủ các quyền

đáng lẽ được hưởng theo nội dung thỏa thuận trong hợp đồng, ngoài ra còn có thể chịu các thiệt hại phát sinh do bên vi phạm gây ra.

Để tạo ra cách hiểu thống nhất mang tính định nghĩa pháp lý về vi phạm hợp đồng trong hoạt động thương mại, có thể nhận xét tiến bộ hơn hẳn các BLDS, nhà làm luật LTM 2005 đã đưa ra được định nghĩa về vi phạm hợp đồng tại khoản 12 Điều 3 như sau “*Vi phạm hợp đồng là việc một bên không thực hiện, thực hiện không đầy đủ hoặc thực hiện không đúng nghĩa vụ theo thỏa thuận giữa các bên hoặc theo quy định của Luật này*”. Theo LTM 2005, việc vi phạm hợp đồng lại được ghi nhận theo 03 trường hợp gồm: (1) không thực hiện; (2) thực hiện không đầy đủ; (3) thực hiện không đúng. Mặc dù có tiến bộ khi có quy định định nghĩa nhưng LTM 2005 lại làm phức tạp và gây ra trùng lặp nội dung trong định nghĩa do trường hợp “thực hiện không đầy đủ” và trường hợp “thực hiện không đúng” xét về mặt nội dung gần như đồng nhất với nhau, bởi cả hai đều vi phạm các điều kiện để xác định nghĩa vụ đã được hoàn thành hay chưa. Thiết nghĩ, LTM 2005 chỉ cần đề 02 trường hợp như quy định trong BLDS đã đủ để phản ánh 02 nhóm trường hợp vi phạm hợp đồng. Khảo sát các văn bản luật chuyên ngành khác cũng không có quy định định nghĩa về vi phạm hợp đồng, chỉ đề cập đến thuật ngữ vi phạm hợp đồng khi quy định về trách nhiệm do vi phạm hợp đồng, ví dụ như trong Luật Xây dựng năm 2014.

Xét đến BLDS 2015 được ban hành ngày 24/11/2015, có hiệu lực từ ngày 01/01/2017. Tương tự BLDS 2005, nhà làm luật vẫn chưa đưa ra được quy định riêng về vi phạm hợp đồng. Nếu xét đến bản chất việc vi phạm hợp đồng là việc có bên của hợp đồng vi phạm nghĩa vụ thì buộc phải suy luận khái niệm vi phạm hợp đồng từ quy định về vi phạm nghĩa vụ tại khoản 1 Điều 351 như sau “*Vi phạm nghĩa vụ là việc bên có nghĩa vụ không thực hiện nghĩa vụ đúng thời hạn, thực hiện không đầy đủ nghĩa vụ hoặc thực hiện không đúng nội dung của nghĩa vụ*”. Dường như giống LTM 2005, xét về mặt nội hàm, nhà làm luật đã làm phức tạp định nghĩa và

gây ra khó hiểu cũng như gây ra sự trùng lặp, nếu xét vi phạm bằng 03 trường hợp: (1) không thực hiện đúng về thời hạn; không thực hiện đầy đủ; (3) không thực hiện đúng nội dung. Thực tế, với cách hiểu thông thường “đúng nội dung” thì đã bao gồm cả vấn đề về “đúng thời hạn” và sự “đầy đủ nghĩa vụ”, mà sự “đầy đủ nghĩa vụ” cũng lại bao gồm cả “đúng nội dung” và “đúng thời hạn”. Như vòng luẩn quẩn không thoát được ý, khiến càng thêm khó hiểu và khi đối chiếu với hành vi vi phạm thực tế, người sử dụng pháp luật, áp dụng pháp luật khó có thể lựa chọn xác định được vi phạm đang thuộc trường hợp nào. Thiết nghĩ, quan niệm và tiếp cận về vi phạm hợp đồng như BLDS 1995 và BLDS 2005 là đã đảm bảo tiêu chí đơn giản, đầy đủ, dễ hiểu và dễ áp dụng.

Trên cơ sở khái lược về vi phạm hợp đồng theo pháp luật ở các quốc gia thuộc các hệ thống pháp luật khác nhau trên thế giới, Công ước Viên 1980 và các quy định pháp luật ở Việt Nam, kết hợp với các đặc trưng của hợp đồng song vụ, có thể thấy các đặc điểm cơ bản của vi phạm hợp đồng song vụ như sau:

- **Thứ nhất**, vi phạm hợp đồng song vụ là vi phạm phát sinh từ việc thực hiện hợp đồng song vụ. Điều này đương nhiên đúng bởi đây là cơ sở để các bên thực hiện nghĩa vụ đối với nhau, để xác định kết quả thực hiện và cơ sở kết luận bên nào đã có hành vi vi phạm.

- **Thứ hai**, vi phạm hợp đồng song vụ có thể là vi phạm của một bên hoặc vi phạm của các bên đối với nhau, tức có thể xảy ra trường hợp mỗi bên đều có thể vi phạm. Do mỗi bên của hợp đồng song vụ có một hoặc nhiều nghĩa vụ đối với bên kia, nên khi thực hiện, có thể xảy ra khả năng các bên đều có hành vi vi phạm hợp đồng đối với nhau. Đặc điểm này cần đưa ra để sử dụng khi xem xét vấn đề miễn trách nhiệm đối với nhau do một bên có lỗi, hay đối trừ nghĩa vụ, bên có quyền được phạt hợp đồng và nhiều vấn đề liên quan khác.

- **Thứ ba**, bên vi phạm hợp đồng song vụ có thể vi phạm nhiều nghĩa vụ của hợp đồng. Trong hợp đồng song vụ, các bên của hợp đồng có thể có một hoặc nhiều nghĩa vụ đối với nhau. Khác với hợp đồng đơn vụ, bên có nghĩa vụ thường chỉ có một nghĩa vụ, như hợp đồng vay tiền, bên vay chỉ có nghĩa vụ trả gốc, lãi đầy đủ và đúng hạn. Bên vi phạm có thể vi phạm một hoặc nhiều hoặc toàn bộ các nghĩa vụ phải thực hiện đối với bên kia. Đặc điểm này cần đưa ra để xem xét phạm vi, mức độ, tính chất của hành vi vi phạm.

- **Thứ tư**, hành vi vi phạm hợp đồng của người này có thể dẫn đến việc bên kia tạm ngừng thực hiện nghĩa vụ hoặc không thực hiện nghĩa vụ đối với người vi phạm. Do đặc trưng của hợp đồng song vụ là “các quyền và nghĩa vụ của các bên có tính quan hệ, có tính phụ thuộc lẫn nhau” đã được phân tích, nên nếu xảy ra việc một bên vi phạm, việc thực hiện hợp đồng có thể bị đình trệ hoặc xáo trộn, khiến bên kia vì sự “trả đũa” hoặc “không muốn bị thiệt hại thêm” cũng tạm ngừng hoặc không thực hiện các nghĩa vụ ngược lại. Đặc điểm này khá quan trọng khi xem xét vấn đề trách nhiệm của các bên đối với nhau, lỗi của các bên cũng như bên nào được quyền ngừng, không thực hiện nghĩa vụ như một biện pháp để buộc bên kia thực hiện hợp đồng, và nhiều vấn đề liên quan khác.

- **Thứ năm**, việc vi phạm hợp đồng song vụ có thể dẫn đến hệ quả phải gánh chịu các chế tài theo hợp đồng hoặc theo quy định của pháp luật hoặc cả hai. Hợp đồng song vụ thường có các chế tài theo thỏa thuận trong hợp đồng hoặc theo luật định. Khi có bên vi phạm hợp đồng, bên kia bằng quyền tự bảo vệ quyền lợi hợp pháp của mình, có thể đưa ra yêu cầu áp dụng biện pháp chế tài đối với vi phạm hợp đồng. Tuy nhiên, khi yêu cầu áp dụng lại cần phải chứng minh căn cứ pháp lý và thực tế để áp dụng chế tài xác định đó. Tùy vào loại chế tài mà có căn cứ áp dụng, phương thức chứng minh và nội dung thực hiện khác nhau, sẽ được làm rõ ở các phần sau.

Trên cơ sở các nội dung trình bày, tác giả đưa ra khái niệm vi phạm hợp đồng song vụ như sau: *Vi phạm hợp đồng song vụ là việc một hoặc các bên của hợp đồng song vụ không thực hiện hoặc thực hiện không đúng nghĩa vụ đối với nhau được xác lập trên cơ sở hợp đồng song vụ. Bên vi phạm hợp đồng sẽ có thể phải chịu các chế tài theo thỏa thuận trong hợp đồng hoặc theo quy định của pháp luật hoặc cả hai.*

1.1.2. Chế tài đối với vi phạm hợp đồng song vụ

Hợp đồng nói chung và hợp đồng song vụ nói riêng chỉ thực sự có tính ràng buộc pháp lý khi có một cơ chế đảm bảo sự bắt buộc. Cơ chế bắt buộc này có thể xác định trên cơ sở các thỏa thuận hợp pháp hoặc trên cơ sở các cơ chế pháp luật quy định. Nếu không có cơ chế bảo đảm thực hiện hợp đồng và xử lý hành vi vi phạm hợp đồng, sẽ có toan tính tư lợi riêng, các bên có thể từ bỏ cái đạo đức, thiện chí để chôn tránh nghĩa vụ, không thực hiện nghĩa vụ, khiến mục đích của hợp đồng không thực hiện được, có khi gây thiệt hại nghiêm trọng tới bên bị vi phạm. Do vậy, nhà làm luật hoàn toàn có cơ sở thực tiễn để “thiết kế các cơ chế” đảm bảo hợp đồng được thực hiện, bảo đảm tính ràng buộc của hợp đồng và bảo vệ quyền lợi chính đáng của các bên. Một trong số đó là các chế tài đối với vi phạm hợp đồng nói chung và chế tài đối vi phạm hợp đồng song vụ nói riêng.

Trong lý luận nhà nước và pháp luật, khi phân tích cấu trúc của một quy phạm pháp luật, chế tài được đề cập như một phần cấu thành thứ ba sau phần giả định và phần quy định. Phần thứ ba là chế tài, được hiểu là phần nêu lên những biện pháp cưỡng chế hay biện pháp trách nhiệm pháp lý áp dụng đối với chủ thể có hành vi vi phạm các yêu cầu của bộ phận quy định của quy phạm pháp luật. Chế tài nêu lên hậu quả bất lợi đối với chủ thể vi phạm pháp luật. Trong quan hệ hợp đồng, một dạng của quan hệ dân sự, chế tài đối với vi phạm hợp đồng có thể hiểu là các biện pháp mà bên bị vi phạm được áp dụng đối với bên vi phạm hợp đồng để bảo vệ quyền lợi của mình theo quy định của hợp đồng và pháp luật, là căn cứ xác định hậu

quả pháp lý bất lợi mà bên vi phạm hợp đồng phải gánh chịu, là cơ sở để đảm bảo tính ràng buộc pháp lý của hợp đồng.

Trong tiếng Anh, chế tài đối với vi phạm hợp đồng được dịch thành “Remedy for breach of contract”; chế tài đối với vi phạm hợp đồng song vụ được dịch thành “Remedy for breach of bilateral contract”.

Trong Luật La Mã, chế tài cũng đã được và ghi nhận trong phần quy định về nghĩa vụ. Ts. Nguyễn Ngọc Điện đưa ra định nghĩa về chế tài theo Luật La Mã như sau: “*chế tài là biện pháp dự liệu để bảo vệ lợi ích của người có quyền trong quan hệ nghĩa vụ, một khi người có nghĩa vụ không tự giác thực hiện nghĩa vụ của mình*” [34, tr41]. Định nghĩa này gồm hai nội dung là mục đích và cơ sở áp dụng. Mục đích của chế tài là “bảo vệ lợi ích của bên có quyền”, tạo ra ràng buộc pháp lý để quyền được thực thi và bên có quyền không bị thiệt thòi khi giao dịch. Cơ sở để áp dụng là việc bên có nghĩa vụ “không tự giác thực hiện nghĩa vụ của mình”. Mặc dù chưa có quy định rõ ràng về chế tài nhưng Luật La Mã cũng thể hiện được sự tiến bộ trong nhận thức pháp lý và tạo cơ chế đảm bảo an toàn cho các giao dịch hợp đồng.

Chế tài đối với vi phạm hợp đồng trong chế định hợp đồng được nâng tầm quan trọng và phát triển trong các học thuyết pháp lý và pháp luật ở các nước theo hệ thống pháp luật Civil Law. Có thể kể đến BLDS Pháp và BLDS Đức, chế tài áp dụng đối với vi phạm hợp đồng thông thường gồm hai chế tài là chế tài buộc thực hiện đúng hợp đồng và chế tài yêu cầu bồi thường thiệt hại. Hai chế tài cũng được quy định rõ các vấn đề về căn cứ áp dụng, nội dung áp dụng và hậu quả pháp lý. Về cơ bản, với các quy định chi tiết, các nhà làm luật Civil Law đã tạo ra khung pháp lý để bảo đảm sự ràng buộc cho việc thực hiện hợp đồng, bảo vệ quyền lợi chính đáng của bên có quyền.

Thuộc hệ thống pháp luật Common Law, luật án lệ của Hoa Kỳ cũng có các quy định về chế tài đối với vi phạm hợp đồng. Hiện ở Hoa Kỳ chỉ có ba chế tài được áp dụng gồm bồi thường thiệt hại, yêu cầu thực hiện đúng hợp đồng và hủy bỏ hợp đồng. Về chế tài yêu cầu bồi thường thiệt hại, pháp luật Hoa Kỳ phân biệt thành các thiệt hại kỳ vọng, thiệt hại do tín nhiệm và thiệt hại ấn định. Ở Anh, bên bị vi phạm cũng có thể lựa chọn áp dụng ba chế tài khi bên có nghĩa vụ không thực hiện hoặc thực hiện không đúng hợp đồng, gồm hủy bỏ hợp đồng, bồi thường thiệt hại và đề nghị toà án yêu cầu thực hiện đúng hợp đồng. Có thể thấy, về số lượng và các loại chế tài được áp dụng tại Anh và Hoa Kỳ là cơ bản giống nhau. Ngoài ra, trong pháp luật về giao dịch trong một số lĩnh vực chuyên ngành đặc thù, pháp luật Anh và Hoa Kỳ còn quy định thêm một số chế tài khác.

Ở góc độ điều chỉnh các giao dịch thương mại quốc tế, Bộ nguyên tắc của UNIDROIT về hợp đồng thương mại quốc tế năm 2014 cũng dành nhiều điều quy định chi tiết về các chế tài đối với vi phạm hợp đồng. Bộ nguyên tắc của UNIDROIT quy định rất rõ về tuân thủ hợp đồng, không thực hiện hợp đồng để từ đó xác định cơ sở áp dụng các chế tài khi có bên vi phạm hợp đồng. Bộ nguyên tắc này có quy định ba chế tài gồm: quyền yêu cầu thực hiện hợp đồng, hủy hợp đồng, bồi thường thiệt hại. Mỗi chế tài đều có quy định định nghĩa, cơ sở áp dụng, cách thức thực thi và hậu quả pháp lý. Bộ nguyên tắc đem lại giá trị tham khảo cao trong việc xây dựng và hoàn thiện pháp luật về các chế tài đối với vi phạm hợp đồng. Trong Công ước Viên năm 1980, các chế tài đối với vi phạm hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế (thuộc loại hợp đồng song vụ) cũng được đề cao với nhiều quy định cụ thể. Theo đó, Công ước có quy định “các biện pháp bảo hộ hợp lý” trong trường hợp bên bán vi phạm hợp đồng và trong trường hợp bên mua vi phạm hợp đồng. Mỗi biện pháp bảo hộ hợp lý được hiểu tương tự như một loại chế tài. Hiện Công ước có quy định ba chế tài gồm: chế tài yêu cầu bên vi phạm thực hiện hợp đồng, chế tài hủy bỏ hợp đồng và chế tài yêu cầu bồi thường thiệt hại. Đặc biệt,

trong Công ước có quy định rõ bên bị vi phạm không mất quyền đòi bồi thường thiệt hại khi họ sử dụng chế tài khác. Các chế tài được Công ước quy định có thể áp dụng khi bên có nghĩa vụ không thực hiện một nghĩa vụ nào đó theo hợp đồng mua bán hay bản Công ước này.

Ở Việt Nam, BLDS 2005 chưa có quy định định nghĩa về các chế tài đối với vi phạm hợp. Các chế tài đối với vi phạm hợp đồng được quy định rải rác trong phần quy định về trách nhiệm dân sự và chế định hợp đồng. Theo BLDS 2005, nếu bên có nghĩa vụ không thực hiện hoặc thực hiện không đúng nghĩa vụ của hợp đồng thì tùy loại hợp đồng và trường hợp cụ thể, bên bị vi phạm có thể sử dụng các chế tài gồm: (1) buộc thực hiện đúng hợp đồng; (2) phạt vi phạm hợp đồng; (3) yêu cầu bồi thường thiệt hại; (4) tạm ngừng thực hiện hợp đồng; (5) đơn phương chấm dứt thực hiện hợp đồng; (6) hủy bỏ hợp đồng. Được nhiều học giả nhận định tiến bộ hơn BLDS 2005, LTM 2005 *“mặc dù đưa ra tên gọi không chuẩn xác nói chung về các chế tài nói tới trong đó”*[04, tr566] nhưng đã đưa ra được thuật ngữ *“chế tài trong thương mại”* tại Điều 292 với bảy loại chế tài gồm: (1) Buộc thực hiện đúng hợp đồng; (2) Phạt vi phạm; (3) Buộc bồi thường thiệt hại; (4) Tạm ngừng thực hiện hợp đồng; (5) Đình chỉ thực hiện hợp đồng; (6) Hủy bỏ hợp đồng; (7) các biện pháp khác do các bên thỏa thuận. Về bản chất, bảy chế tài được LTM 2005 quy định từ Điều 292 đến Điều 316 áp dụng đối với vi phạm hợp đồng trong thương mại, điển hình là hợp đồng mua bán hàng hóa và hợp đồng dịch vụ được LTM 2005 trực tiếp có các quy định điều chỉnh.

Với việc khái lược theo pháp luật ở các nước theo các hệ thống pháp luật khác nhau trên thế giới, về mặt pháp luật có thể thấy, chế tài đối với vi phạm hợp đồng song vụ chưa được quy định một cách rõ ràng và tập trung thành chế định riêng; chủ yếu được quy định rải rác trong các quy định về thực hiện hợp đồng, trách nhiệm dân sự, các loại hợp đồng thông dụng, với nhiều cách tiếp cận không giống nhau. Các giáo trình luật dân sự của các đơn vị đào tạo luật tại Việt Nam cũng vẫn chưa

dành những phân tích đánh kể về chế tài đối với vi phạm hợp đồng. Đến nay tác giả nhận thấy nổi bật nhất có Giáo trình Luật Hợp đồng - phần chung của PGS.TS Ngô Huy Cương đưa ra vấn đề “Chế tài đối với vi phạm hợp đồng” thành một mục riêng với 24 trang, đã đưa ra nhiều nhận định sâu sắc, dẫn chứng sắc bén và định hướng nghiên cứu quý báu để tiếp cận vấn đề này. Dưới góc độ chung nhất, tác giả đưa ra khái niệm chế tài đối với vi phạm hợp đồng song vụ sau đây: *Chế tài đối với vi phạm hợp đồng song vụ là các biện pháp do pháp luật quy định hoặc theo thỏa thuận hợp pháp của các bên trong hợp đồng song vụ mà bên có quyền được áp dụng đối với bên có nghĩa vụ khi bên có nghĩa vụ không thực hiện hoặc thực hiện không đúng nghĩa vụ.*

Ngoài ra, cần phân biệt thuật ngữ “*chế tài đối với vi phạm hợp đồng*” với thuật ngữ “*trách nhiệm dân sự do vi phạm hợp đồng*”. Trong khoa học pháp lý cũng như luật thực định, trách nhiệm dân sự do vi phạm hợp đồng được hiểu là một loại trách nhiệm pháp lý, là hậu quả pháp lý bất lợi mà bên vi phạm hợp đồng phải gánh chịu khi vi phạm hợp đồng. Cụ thể, trách nhiệm dân sự do vi phạm hợp đồng là toàn bộ các nghĩa vụ mang tính vật chất mà bên vi phạm hợp đồng phải thực hiện do vi phạm hợp đồng, nhằm khắc phục hậu quả, bù đắp thiệt hại cho bên bị vi phạm hợp đồng. Có thể thấy, trách nhiệm dân sự do vi phạm hợp đồng mang tính bị động, chỉ các trách nhiệm. Trong khi đó, mang nghĩa chủ động, chỉ các quyền, chế tài đối với vi phạm hợp đồng là các biện pháp do pháp luật quy định hoặc theo thỏa thuận hợp pháp của các bên trong hợp đồng song vụ mà bên bị vi phạm có quyền được áp dụng đối với bên vi phạm nghĩa vụ của hợp đồng. Khi các chế tài đối với vi phạm hợp đồng được áp dụng thì sẽ xác định được nội dung và phạm vi trách nhiệm dân sự cụ thể của bên vi phạm hợp đồng. Vì vậy, các chế tài đối với vi phạm hợp đồng được áp dụng là cơ sở pháp lý để xác định nội dung và phạm vi trách nhiệm dân sự do vi phạm hợp đồng.

1.1.3. ***Đặc điểm của chế tài đối với vi phạm hợp đồng song vụ***

Chế tài đối với vi phạm hợp đồng song vụ có các đặc điểm cơ bản sau đây:

Thứ nhất, chế tài đối với vi phạm hợp đồng song vụ phát sinh do việc vi phạm hợp đồng song vụ có hiệu lực. Yêu cầu có hiệu lực pháp luật của hợp đồng song vụ là yêu cầu cơ bản nhất và đầu tiên. Bởi chỉ khi hợp đồng có hiệu lực, việc thực hiện nghĩa vụ mới có ràng buộc pháp lý, bên có quyền mới có thể thực hiện các biện pháp chế tài để bảo vệ quyền lợi cho mình khi bị bên có nghĩa vụ vi phạm nghĩa vụ. Nếu hợp đồng không có hiệu lực, nhất là trường hợp bị vô hiệu ngay từ đầu thì nghĩa vụ không được xác lập, bên có nghĩa vụ không phải thực hiện nghĩa vụ của hợp đồng, như vậy không đề cập đến vấn đề có vi phạm hay không. Nếu bên bị xem là vi phạm nghĩa vụ mà chứng minh được hợp đồng không có hiệu lực thì đương nhiên bên có quyền không thể yêu cầu áp dụng các chế tài đối với bên được cho là vi phạm.

Thứ hai, chế tài đối với vi phạm hợp đồng song vụ phát sinh từ hành vi vi phạm nghĩa vụ của hợp đồng. Tức phải có “hành vi vi phạm” thực tế một hoặc nhiều nghĩa vụ của hợp đồng thì vấn đề áp dụng chế tài mới có thể đưa ra. Nếu không có hành vi vi phạm, tức bên có quyền không chứng minh được sự vi phạm thì không thể đưa ra yêu cầu áp dụng chế tài. Bên cạnh đó, mặc dù có hành vi vi phạm nghĩa vụ nhưng bên vi phạm chứng minh được thuộc trường hợp miễn trách nhiệm do vi phạm hợp đồng song vụ thì bên có quyền cũng không thể yêu cầu áp dụng được các chế tài.

Thứ ba, chế tài đối với vi phạm hợp đồng song vụ mang tính vật chất. Về mặt bản chất, khi bị vi phạm nghĩa vụ, bên bị vi phạm có thể bị thiệt hại các lợi ích vật chất phát sinh từ hợp đồng. Việc thiết kế ra các chế tài đối với vi phạm hợp đồng song vụ để tạo cơ chế ngăn ngừa, bảo đảm quyền lợi cho bên có quyền, trọng tâm chính là các lợi ích của bên bị vi phạm. Khi có vi phạm xảy ra, bên bị vi phạm được

quyền yêu cầu áp dụng các chế tài để bảo đảm quyền lợi vật chất của mình, đồng nghĩa bên có nghĩa vụ sẽ phải gánh chịu hậu quả bất lợi về vật chất phát sinh từ việc vi phạm. Do vậy, các chế tài đã tạo ra tính ràng buộc cho các bên của hợp đồng phải thực hiện đúng và đầy đủ nghĩa vụ của mình.

Thứ tư, bên bị vi phạm phải chứng minh được cơ sở, căn cứ, nội dung áp dụng chế tài. Chế tài được áp dụng trên cơ sở quy định của pháp luật và thỏa thuận của các bên trong hợp đồng. Nếu vi phạm xảy ra, bên bị vi phạm không có ý kiến gì, không có đưa ra yêu cầu, đòi hỏi gì thì chế tài sẽ không được mặc nhiên áp dụng. Để được bảo đảm quyền lợi khi bị vi phạm, bên bị vi phạm phải đưa ra được yêu cầu áp dụng chế tài cụ thể, có cơ sở, nội dung áp dụng rõ ràng, xác thực và thuyết phục. Về mặt bản năng, đa số con người thường không muốn nhận lỗi lầm và phần thiệt về mình. Vì vậy, hiếm khi có trường hợp bên vi phạm nghĩa vụ tự nhận vi phạm và dễ dàng chấp nhận chịu áp dụng chế tài. Thông thường việc yêu cầu áp dụng các chế tài bị bên vi phạm phản bác, bởi vậy, bên bị vi phạm thường đưa vụ việc ra tòa án hoặc trọng tài để giải quyết. Trong luật thủ tục về tố tụng tại tòa án cũng như tố tụng trọng tài, đương sự đưa ra yêu cầu phải chứng minh được yêu cầu của mình là có căn cứ và hợp pháp.

Thứ năm, việc bị áp dụng các chế tài có thể bị giải trừ nếu bên vi phạm chứng minh thuộc trường hợp miễn trách nhiệm đối với vi phạm hợp đồng song vụ. Trong pháp luật của các nước đều có quy định về các trường hợp miễn trách nhiệm đối với vi phạm hợp đồng nói chung và hợp đồng song vụ nói riêng. Bên cạnh đó, pháp luật các nước trên cơ sở nguyên tắc tôn trọng sự thỏa thuận của các bên cũng đều có sự thừa nhận việc các bên được thỏa thuận áp dụng các trường hợp miễn trách nhiệm nếu sự thỏa thuận đó không trái với nguyên tắc cơ bản của pháp luật và đạo đức xã hội, không trái với trật tự công cộng.

Thứ sáu, chế tài chỉ được thừa nhận nếu không trái pháp luật, không trái với đạo đức xã hội và trật tự công cộng. Ngoài các chế tài được áp dụng khi vi phạm theo luật, các bên còn có thể viển dẫn thỏa thuận trong hợp đồng để áp dụng các chế tài nếu các chế tài này đã được ghi nhận trên hợp đồng. Tuy nhiên, không phải mọi chế tài do các bên thỏa thuận đều được áp dụng nếu các chế tài trái với nguyên tắc cơ bản của pháp luật, trái với đạo đức xã hội và trật tự công cộng, đặc biệt là các chế tài mang tính sát phạt, mang tính áp đặt của bên có lợi thế đối với bên yếu thế.

Thứ bảy, chế tài thường chỉ được thực thi theo quyết định của cơ quan tài phán (tòa án, trọng tài). Trên thực tế, rất hiếm khi bên bị vi phạm đưa ra yêu cầu áp dụng chế tài, bên vi phạm chấp nhận ngay rồi thỏa thuận cùng tự nguyện thực thi. Bên vi phạm thường viện mọi lý do để phản bác lại yêu cầu áp dụng các chế tài. Đồng nghĩa, bên bị vi phạm buộc phải tìm cách để bảo đảm quyền lợi cho mình, phổ biến nhất là việc đưa vụ tranh chấp hợp đồng ra giải quyết tại cơ quan tài phán có thẩm quyền.

1.2. Điều kiện áp dụng các chế tài đối với vi phạm hợp đồng song vụ

Để áp dụng được các chế tài đối với vi phạm hợp đồng song vụ, bên yêu cầu áp dụng cần chứng minh được các điều kiện sau đây:

□ Điều kiện thứ nhất: hiệu lực của hợp đồng song vụ

Hiệu lực hợp đồng là điều kiện cơ bản đầu tiên khi áp dụng chế tài. Hiệu lực pháp luật của hợp đồng là cơ sở để xác định hiệu lực pháp lý của nghĩa vụ, tính ràng buộc của nghĩa vụ. Nếu hợp đồng không có hiệu lực pháp luật hay còn gọi là bị vô hiệu thì nghĩa vụ sẽ không còn cơ sở tồn tại, tức không cần phải đề cập đến việc có thực hiện đúng hay đủ nghĩa vụ hay không. Khi hợp đồng bị vô hiệu, quyền và

nghĩa vụ của các bên sẽ được giải quyết theo quy định của pháp luật về hợp đồng bị vô hiệu.

□ ***Điều kiện thứ hai: căn cứ về tính khách quan, nội dung, phạm vi, mức độ vi phạm***

Khi áp dụng chế tài, bên yêu cầu áp dụng cần chứng minh được sự tồn tại khách quan, nội dung, phạm vi, mức độ vi phạm của hành vi vi phạm. Tính khách quan thể hiện qua việc chứng minh hành vi vi phạm là có thật, tồn tại thực tế, không phải là sự suy diễn trong ý chí của một hoặc các bên. Trên cơ sở tính khách quan, bên yêu cầu áp dụng cũng cần làm rõ được nội dung, phạm vi và mức độ vi phạm để dùng làm cơ sở xác định: (1) cần áp dụng chế tài nào; (2) áp dụng chế tài như thế nào; và (3) bên vi phạm phải gánh chịu hậu quả pháp lý bất lợi nào. Cần chú ý trong LTM 2005, nhà làm luật còn đề cập đến vi phạm nghĩa vụ cơ bản với nhiều quy định riêng so với các vi phạm nghĩa vụ không cơ bản, việc áp dụng các chế tài đối với hai loại nghĩa vụ này cũng rất khác nhau.

□ ***Điều kiện thứ ba: lỗi của bên vi phạm***

Về vấn đề lỗi của bên vi phạm, hiện pháp luật các nước theo hệ thống pháp luật khác nhau có quy định không giống nhau. Trong pháp luật Anh và Hoa Kỳ thuộc hệ thống pháp luật Common Law, lỗi không phải là căn cứ để xem xét trách nhiệm vi phạm hợp đồng, cũng như cơ sở áp dụng các chế tài; “*nếu người có nghĩa vụ không thực hiện hoặc thực hiện không đúng nghĩa vụ hợp đồng, thì họ phải chịu trách nhiệm bồi thường thiệt hại do vi phạm hợp đồng (breach of contract), không phụ thuộc vào việc mình hoặc người được mình thuê mướn có lỗi hay không có lỗi*” [16, tr391-392]. Công ước viên 1980 và Bộ nguyên tắc Unidroit về hợp đồng thương mại quốc tế cũng giống với hệ thống pháp luật Common Law, “*không xác định yếu tố lỗi là cơ sở của trách nhiệm hợp đồng*” [16, tr392] và “*bên có quyền chỉ cần phải chứng minh việc bên có nghĩa vụ đã thực hiện không đúng nghĩa vụ hay*

không thực hiện nghĩa vụ, họ không cần phải chứng minh rằng việc vi phạm là do lỗi của bên có nghĩa vụ”[16, tr393]. Khác với quy định trong Hệ thống pháp luật Common Law, Công ước viên 1980, theo luật La Mã và theo quy định của pháp luật ở các nước theo hệ thống pháp luật Civil Law (Điển hình là Đức, Pháp), pháp luật Liên Bang Nga và pháp luật Việt Nam, nguyên tắc lỗi là một trong các cơ sở quan trọng để xác định trách nhiệm dân sự cũng như các chế tài đối với vi phạm hợp đồng.

Nhà làm luật BLDS của Việt Nam ghi nhận nguyên tắc lỗi thông qua các quy định cụ thể về lỗi và xác định lỗi (xem Điều 308 BLDS 2005), có sự phân biệt lỗi cố ý và lỗi vô ý. Trong khi đó, nhà làm luật LTM lại vận dụng nguyên tắc lỗi suy đoán, tức khi có hành vi vi phạm thì được suy đoán là cố lỗi nếu không thuộc các trường hợp ấn định hoặc thỏa thuận trước rõ là không cố lỗi. Khác với các chủ thể của hợp đồng dân sự thuộc phạm vi điều chỉnh của BLDS, các bên của hợp đồng thương mại chủ yếu là các thương nhân, cũng chủ yếu là các pháp nhân, có năng lực hành vi dân sự đầy đủ, hiểu biết về công việc kinh doanh và hậu quả của vi phạm hợp đồng thương mại. Bên cạnh đó, nhà làm luật không thể xác định được lỗi biểu thị trạng thái tâm lý của thương nhân đối với hành vi và hậu quả do hành vi đó gây ra. Do đó, nhà làm luật LTM Việt Nam đã suy đoán lỗi của thương nhân thông qua hành vi vi phạm của thương nhân thực hiện bởi người đại diện hợp pháp của thương nhân.

□ ***Điều kiện thứ tư: mối quan hệ nhân quả giữa hành vi vi phạm và hậu quả vi phạm***

Không phải bất cứ thiệt hại nào xảy ra khi thực hiện hợp đồng cũng do bên được cho là vi phạm hợp đồng gây ra và phải gánh chịu hậu quả. Để áp dụng chế tài, vấn đề mối quan hệ khách quan, tất yếu giữa hành vi vi phạm và hậu quả vi phạm cần phải chứng minh được, nhất là đối với hành vi vi phạm gây thiệt hại cho

bên có quyền và cần áp dụng chế tài yêu cầu bồi thường thiệt hại. Vấn đề xác định mối quan hệ nhân quả giữa hành vi vi phạm và hậu quả vi phạm được thừa nhận phổ biến trong pháp luật các nước theo hệ thống pháp luật khác nhau. Vấn đề này sẽ được làm rõ trong Chương II của Luận văn này, đặc biệt trong phần nội dung về chế tài yêu cầu bồi thường thiệt hại tại tiểu mục 2.2.3 của Chương II của Luận văn này.

□ ***Điều kiện thứ năm: Chế tài áp dụng không trái quy định của pháp luật***

Bên yêu cầu áp dụng chế tài cần chứng minh được chế tài được áp dụng hoàn toàn phù hợp với thỏa thuận của các bên trong hợp đồng, không rơi vào trường hợp bị cấm bởi pháp luật. Nếu chế tài trái với quy định của pháp luật, khi giải quyết tại cơ quan tài phán, yêu cầu áp dụng chế tài sẽ bị bác bỏ, hoặc cơ quan xét xử không thừa nhận chế tài áp dụng.

□ ***Điều kiện thứ sáu: không thuộc trường hợp miễn trách nhiệm***

Khi bên vi phạm hợp đồng đưa ra được các căn cứ để chứng minh thuộc trường hợp miễn trách nhiệm đối với vi phạm hợp đồng thì trách nhiệm vi phạm hợp đồng bị giải trừ. Đồng nghĩa, bên bị vi phạm không thể áp dụng được các chế tài mong muốn. Đa số pháp luật các nước đều thừa nhận và ghi nhận sự tồn tại khách quan của các trường hợp cần được miễn trách nhiệm đối với vi phạm hợp đồng; cũng đều thừa nhận quyền tự do thỏa thuận miễn trách nhiệm đối với vi phạm nếu thỏa thuận không trái luật và trật tự công cộng.

1.3. Miễn trách nhiệm đối với vi phạm hợp đồng song vụ

Theo pháp luật ở các nước theo hệ thống pháp luật Civil Law, dựa trên nguyên tắc lỗi, TS. Nguyễn Ngọc Khánh có viết “*nếu không có lỗi, người vi phạm nghĩa vụ có thể được miễn trừ trách nhiệm hợp đồng. Tuy nhiên, không phải lúc nào yếu tố lỗi cũng được đặt ra. Trong trường hợp người có nghĩa vụ không thực hiện hợp*

đồng mặc dù có khả năng thực hiện hợp đồng thì không cần phải xem xét yếu tố lỗi, vì khi đó họ đương nhiên là có lỗi”[16, tr491]. Trong pháp luật Pháp, theo Điều 1147 BLDS Pháp, bên vi phạm hợp đồng có thể được giải trừ trách nhiệm bồi thường thiệt hại nếu chứng minh được việc vi phạm là do nguyên nhân khách quan và hoàn toàn ngay tình (không có lỗi). Để chứng minh được quyền được hưởng miễn trách nhiệm, bên vi phạm cần chứng minh được việc vi phạm do các sự kiện bất khả kháng (Force Majeure) hoặc trở ngại khách quan (cas fortuit). Tuy nhiên, hiện tại pháp luật Pháp chưa có quy định cụ thể thế nào là sự kiện bất khả kháng và trở ngại khách quan nên khi áp dụng phải dựa trên cơ sở thỏa thuận của các bên và việc áp dụng linh hoạt của thẩm phán. Trong pháp luật Đức, cũng theo nguyên tắc lỗi, khi có vi phạm hợp đồng xảy ra thì *“cần xem xét ai là người có lỗi trong việc gây ra những khó khăn trở ngại làm cho nghĩa vụ hợp đồng trở nên không thể thực hiện được”*[16, tr496]. Theo các Điều 275, 280, 323, 324, 325 của BLDS Đức, tùy từng trường hợp kết quả xác định lỗi làm cho hợp đồng trở lên không thể thực hiện được mà có hậu quả pháp lý khác nhau như sau: (1) nếu lỗi của bên có nghĩa thì phải bồi thường thiệt hại; (2) nếu lỗi của bên có quyền thì bên có nghĩa vụ được miễn trách nhiệm và còn có thể được yêu cầu bên có quyền thực hiện nghĩa vụ đối với mình trong những điều kiện nhất định; (3) nếu cả hai bên đều không có lỗi thì cả hai bên được miễn trừ trách nhiệm. Khi xác định lỗi, BLDS Đức còn chia việc làm cho hợp đồng không thể thực hiện được thành hai trường hợp là trường hợp do khách quan (do bản thân người vi phạm hợp đồng) và trường hợp do chủ quan.

Ở các nước theo hệ thống pháp luật Common Law, điển hình ở Anh và Hoa Kỳ, vấn đề miễn trách nhiệm đối với vi phạm hợp đồng không được ghi nhận trong luật mà dựa trên các án lệ và học thuyết pháp lý để áp dụng khi xét xử. Ở Anh phải kể đến học thuyết “sự vô ích của hợp đồng (Doctrine of Frustration of contract)”, *“với nội dung người có nghĩa vụ được miễn trừ trách nhiệm hợp đồng khi những ý định hay mục đích hợp đồng đã đặt ra trở lên “vô ích”, việc thực hiện chúng là*

“không thể được” do hậu quả từ những tình huống bất ngờ hoặc do sự biến động lớn của hoàn cảnh mang lại, ngoài dự kiến và ngoài tầm kiểm soát của các bên” [16, 512]. Bên cạnh đó, trong pháp luật Anh và Hoa Kỳ không có khái niệm “sự kiện bất khả kháng”; những sự kiện thiên nhiên bất thường được gọi là hành động của Thương Đế. Tuy nhiên, thẩm phán ở Anh trong một số trường hợp vẫn áp dụng “nguyên tắc trách nhiệm hợp đồng tuyệt đối (tức bên có nghĩa vụ có trách nhiệm hợp đồng tuyệt đối)” khi xét xử. Vì vậy, ở Anh, việc áp dụng trường hợp miễn trách nhiệm hợp đồng phụ thuộc nhiều vào quan điểm và niềm tin nội tâm của thẩm phán trên cơ sở tham khảo các án lệ liên quan. Ở Hoa Kỳ, học thuyết “sự vô ích của hợp đồng” cũng được áp dụng, tuy nhiên thẩm phán ở Hoa Kỳ còn làm rõ và phân biệt các trường hợp khó thực hiện hợp đồng hay vô ích/vô nghĩa khi thực hiện hợp đồng với trường hợp không thể thực hiện hợp đồng. Đối với các trường hợp khó thực hiện hợp đồng hay vô ích/vô nghĩa khi thực hiện hợp đồng, thẩm phán có thể hạn chế việc áp dụng học thuyết “sự vô ích của hợp đồng” mà thay vào đó đề cao áp dụng “nguyên tắc trách nhiệm hợp đồng tuyệt đối (tức bên có nghĩa vụ có trách nhiệm hợp đồng tuyệt đối)”.

Dưới góc độ đảm bảo sự hài hòa chung, Công ước viên 1980 đã vận dụng các vấn đề pháp lý về miễn trách nhiệm vi phạm hợp đồng ở cả Common Law và Civil Law để đưa ra điều khoản ghi nhận về vấn đề miễn trách nhiệm tại Điều 79. Tuy nhiên, Công ước viên 1980 chỉ quy định các trường hợp miễn trách nhiệm đối với trách nhiệm bồi thường thiệt hại mà không quy định đối với các hình thức trách nhiệm khác khi vi phạm hợp đồng, cụ thể tại khoản 1 Điều 79 như sau:

“Một bên không chịu trách nhiệm về việc không thực hiện bất kỳ một nghĩa vụ nào đó của họ nếu chứng minh được rằng việc không thực hiện ấy là do một trở ngại nằm ngoài sự kiểm soát của họ và người ta không thể chờ đợi một cách hợp lý

rằng họ phải tính tới trở ngại đó vào lúc ký kết hợp đồng hoặc là tránh được hay khắc phục các hậu quả của nó”.

Có thể thấy, căn cứ để được miễn trách nhiệm là bên vi phạm chứng minh được có một trở ngại khiến cho không thể thực hiện được nghĩa vụ. Trở ngại này cần phải đảm bảo các điều kiện cần và đủ sau: (1) xảy ra do tự nhiên hoặc do chính quyền hoặc do người khác nằm ngoài ý chí của các bên khi tham gia giao dịch; (2) nằm ngoài sự kiểm soát của các bên; (3) không thể nhìn thấy trước được hay nằm ngoài khả năng dự kiến của các bên; (4) trở ngại diễn ra lâu dài, kéo dài, không phải trở ngại nhất thời.

Ở Việt Nam, chịu ảnh hưởng tư tưởng pháp lý từ các nước theo truyền thống pháp luật Civil Law, trong pháp luật cũng có các quy định về miễn trách nhiệm đối với vi phạm hợp đồng dựa trên nguyên tắc lỗi. Nếu bên vi phạm đưa ra được các điều kiện cần và đủ để chứng minh mình thuộc các trường hợp được cho rằng không có lỗi, tức các trường hợp được miễn trách nhiệm thì họ không phải chịu trách nhiệm đối với vi phạm hợp đồng. Vấn đề này sẽ được làm rõ tại tiểu mục 2.2.8 thuộc Chương II của Luận văn này.

1.4. Phân loại chế tài đối với vi phạm hợp đồng song vụ

Với quan điểm pháp lý và thực tế quy định về các chế tài đối với vi phạm hợp đồng còn chưa có sự tương đồng và thống nhất cao, do đó việc phân loại rất khó thực hiện. Dưới góc độ chung và phục vụ tiếp cận các nội dung trình bày tiếp theo của Luận văn, tác giả đưa ra một số cách phân loại theo các tiêu chí cụ thể như sau:

□ Tiêu chí nguồn phát sinh

Chế tài đối với vi phạm hợp đồng song vụ có thể được ghi nhận trong luật để các bên mặc nhiên áp dụng nếu không có thỏa thuận khác hoặc có cả trong các thỏa thuận cụ thể của các bên trong hợp đồng song vụ. Do đó, nếu căn cứ vào tiêu chí

nguồn phát sinh có thể chia thành hai loại sau: (1) Chế tài phát sinh theo luật; (2) Chế tài phát sinh theo thỏa thuận hợp pháp của các bên trong hợp đồng. Việc phân loại theo tiêu chí này có ý nghĩa trong việc xác định nguồn viện dẫn cơ sở pháp lý để áp dụng chế tài đối với vi phạm hợp đồng song vụ.

□ ***Tiêu chí tính bắt buộc thỏa thuận***

Đa số pháp luật các nước có quy định các chế tài đương nhiên được áp dụng trong phần quy định về trách nhiệm đối với vi phạm hợp đồng, điển hình là chế tài yêu cầu bồi thường thiệt hại. Tuy nhiên, pháp luật nhiều nước cũng quy định một số chế tài cụ thể cần được thỏa thuận mới được áp dụng, ví dụ chế tài phạt vi phạm hợp đồng ở Việt Nam, tức nếu không thỏa thuận thì không được viện dẫn áp dụng. Do đó, dựa vào tiêu chí tính bắt buộc phải thỏa thuận ghi nhận trên hợp đồng khi muốn viện dẫn áp dụng, có thể chia chế tài đối với vi phạm hợp đồng song vụ thành: (1) chế tài buộc phải thỏa thuận và (2) chế tài không buộc phải thỏa thuận. Việc phân loại này có ý nghĩa quan trọng trong việc làm rõ căn cứ và cơ sở viện dẫn chế tài, nhất là các chế tài buộc phải thỏa thuận trên hợp đồng không có thì sẽ không có quyền viện dẫn.

□ ***Tiêu chí vai trò và khả năng tác động đến việc thực hiện nghĩa vụ của hợp đồng***

Hành vi vi phạm hợp đồng song vụ làm cho hợp đồng bị đình trệ hoặc không thể tiếp tục thực hiện được. Do vậy, tùy từng trường hợp, bên bị vi phạm phản ứng lại bằng việc yêu cầu áp dụng một trong các “chế tài chính tác động đến việc thực hiện nghĩa vụ của hợp đồng” sau để bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của mình liên quan đến việc thực hiện hợp đồng:

- (1) Chế tài để tiếp tục được thực hiện nghĩa vụ: Chế tài yêu cầu thực hiện đúng hợp đồng.

- (2) Chế tài làm cho việc thực hiện hợp đồng bị ngừng lại: Chế tài tạm ngừng thực hiện hợp đồng.
- (3) Chế tài làm cho việc thực hiện hợp đồng bị chấm dứt kể từ thời điểm yêu cầu áp dụng chế tài do có vi phạm hợp đồng: Chế tài đình chỉ hợp đồng (Chế tài đơn phương chấm dứt hợp đồng).
- (4) Chế tài làm hủy bỏ hiệu lực hợp đồng kể từ thời điểm ký kết, tức hủy bỏ giao kết: Chế tài hủy bỏ hợp đồng

Ngoài việc thực hiện một trong các chế tài nêu trên, bên bị vi phạm có quyền được áp dụng một cách độc lập hoặc kèm theo các chế tài sau để bảo vệ quyền lợi của mình do vi phạm hợp đồng (có thể gọi là “chế tài phụ không tác động đến việc thực hiện nghĩa vụ của hợp đồng”):

- (1) Chế tài phạt vi phạm: nếu pháp luật có ghi nhận hoặc thừa nhận và bên bị vi phạm viện dẫn chứng minh đủ căn cứ áp dụng.
- (2) Chế tài yêu cầu bồi thường thiệt hại: đa số các nước đều ghi nhận hoặc thừa nhận chế tài này.

Việc phân loại theo tiêu chí này có ý nghĩa trong việc nắm được bản chất, nội dung của chế tài cũng như bên bị vi phạm biết khả năng áp dụng các chế tài cần thiết ở mức tối ưu và tối đa mà pháp luật không cấm để bảo vệ quyền lợi của mình khi có vi phạm hợp đồng xảy ra.

☐ ***Tiêu chí lĩnh vực giao dịch***

Nếu căn cứ vào tiêu chí lĩnh vực giao dịch của quan hệ hợp đồng song vụ hiểu theo nghĩa rộng, có thể chia các chế tài đối với vi phạm hợp đồng song vụ thành các loại tương ứng trong các lĩnh vực sau: (1) Chế tài đối với vi phạm hợp đồng song vụ trong lĩnh vực quan hệ dân sự đơn thuần; (2) Chế tài đối với vi phạm

hợp đồng song vụ trong lĩnh vực hoạt động kinh doanh thương mại; (3) Chế tài đối với vi phạm hợp đồng song vụ trong lĩnh vực quan hệ lao động; (4) Chế tài đối với vi phạm hợp đồng song vụ trong lĩnh vực quan hệ pháp luật chuyên ngành đặc thù khác. Việc phân loại theo tiêu chí này có ý nghĩa trong việc xác định đúng chế tài, đúng nội dung của chế tài cần áp dụng đối với vi phạm hợp đồng song vụ cụ thể. Đặc biệt, các chế tài đối với vi phạm hợp đồng song vụ ở mỗi lĩnh vực quan hệ pháp luật cụ thể lại có thể tồn tại sự khác biệt, nếu không xác định làm rõ sẽ có thể rơi vào tình trạng bị nhầm lẫn.

1.5. Phân biệt chế tài đối với vi phạm hợp đồng song vụ trong dân sự với chế tài đối với vi phạm hợp đồng song vụ trong thương mại

Các điểm khác biệt giữa chế tài đối với vi phạm hợp đồng song vụ trong dân sự với chế tài đối với vi phạm hợp đồng song vụ trong thương mại tồn tại do các yếu tố gồm: (1) tư duy xây dựng pháp luật; (2) các điểm khác biệt giữa quan hệ hợp đồng trong dân sự và quan hệ hợp đồng trong thương mại. Là luật chung, nền tảng cho cả pháp luật tư, BLDS được xây dựng theo hướng đưa ra các quy định chung điều chỉnh quan hệ dân sự chung giữa các chủ thể trong đời sống xã hội. Trong khi đó, LTM là một luật tư chuyên ngành, điều chỉnh riêng quan hệ thương mại, trong đó có quy chế pháp lý của hợp đồng song vụ trong thương mại. Ở LTM, các quy định về hợp đồng song vụ trong thương mại có nhiều điểm khác biệt với trong BLDS song có dựa trên các nguyên tắc chung của BLDS. LTM điều chỉnh quan hệ kinh doanh thương mại nên chịu ảnh hưởng nhiều bởi các yếu tố kinh tế, tập quán thương mại, thông lệ quốc tế và pháp luật thương mại quốc tế. Về các điểm khác biệt cơ bản giữa quan hệ hợp đồng song vụ trong dân sự và hợp đồng song vụ trong thương mại gồm: Chủ thể, đối tượng của hợp đồng, mục đích giao kết.

- Về chủ thể, hợp đồng song vụ trong dân sự được giao kết giữa các cá nhân, tổ chức (có hoặc không có tư cách pháp nhân) đủ điều kiện giao kết hợp đồng theo quy định của BLDS. Trong khi đó, chủ thể chính của hợp đồng song vụ trong

thương mại là các thương nhân (ngoài thương nhân có chủ thể là khác là bên giao dịch với thương nhân không vì mục đích sinh lợi nhưng lựa chọn áp dụng LTM). Thương nhân là tổ chức kinh tế được thành lập hợp pháp, cá nhân hoạt động thương mại một cách độc lập, thường xuyên và có đăng ký kinh doanh (Khoản 1 Điều 6 LTM 2005).

- Về mặt đối tượng của hợp đồng, hợp đồng song vụ trong dân sự có đối tượng là tài sản, công việc phải thực hiện hoặc không được thực hiện được xác định cụ thể. Đối tượng của hợp đồng song vụ trong thương mại chủ yếu là hàng hóa (thường là vật cùng loại, là sản phẩm của quá trình sản xuất, chế tạo được đưa ra lưu thông trên thị trường) và dịch vụ (công việc phải thực hiện mang tính chuyên nghiệp và có quy trình thực hiện nhất định).

- Về mục đích giao kết, hợp đồng song vụ trong dân sự được giao kết để thỏa mãn các nhu cầu về tinh thần, vật chất trong đời sống xã hội nói chung. Đối với hợp đồng song vụ trong thương mại, hợp đồng được giao kết nhằm mục đích sinh lời mang tính thường xuyên trong quá trình thực hiện kinh doanh của thương nhân, chủ yếu là mua bán hàng hóa và cung ứng dịch vụ.

Bởi các yếu tố trên, các điểm khác biệt cơ bản giữa chế tài đối với vi phạm hợp đồng song vụ trong dân sự với chế tài đối với vi phạm hợp đồng song vụ trong thương mại bao gồm:

- Chủ thể áp dụng:
 - + Chế tài đối với vi phạm hợp đồng song vụ trong dân sự: chủ thể áp dụng là các cá nhân, tổ chức (có hoặc không có tư cách pháp nhân).
 - + Chế tài đối với vi phạm hợp đồng song vụ trong thương mại: chủ thể áp dụng chính là thương nhân.
- Xác định lỗi vi phạm (cơ bản do khác biệt về chủ thể):
 - + Chế tài đối với vi phạm hợp đồng song vụ trong dân sự: lỗi được xác định cụ thể là lỗi cố ý hay vô ý, mức độ, tương quan lỗi vi phạm.

+ Chế tài đối với vi phạm hợp đồng song vụ trong thương mại: áp dụng nguyên tắc lỗi suy đoán như đã trình bày tại tiểu mục 1.2 thuộc Chương I của Luận văn này về lỗi của bên vi phạm.

Chương 2 - THỰC TRẠNG PHÁP LUẬT VỀ CHẾ TÀI ĐỐI VỚI VI PHẠM HỢP ĐỒNG SONG VỤ Ở VIỆT NAM

2.1. Khái lược lịch sử các quy định về chế tài đối với vi phạm hợp đồng song vụ ở Việt Nam

Sau khi nước Việt Nam được khai sinh độc lập, chính quyền non trẻ và nhất trong thời kháng chiến chưa thể xây dựng ngay được hệ thống pháp luật nhưng không thể tồn tại nếu không có luật. Ngày 10/10/1945, Chính phủ lâm thời đã ra Sắc lệnh số Không số về việc tạm thời sử dụng một số luật lệ của chế độ cũ, gồm một số luật lệ về dân sự, thương mại, hình sự và thủ tục tố tụng. Tuy nhiên, những luật lệ này đều được xem xét, chọn lọc để không trái với nguyên tắc độc lập của nước Việt Nam và Chính thể dân chủ cộng hòa. Từ năm 1945 trong thời gian dài kháng chiến bảo vệ đất nước đến năm 1975, do điều kiện hoàn cảnh mà lý do lịch sử khác mà chưa có các văn bản đáng kể quy định về chế định hợp đồng nói chung và các chế tài đối với vi phạm hợp đồng nói riêng.

Tiếp đến giai đoạn 1975 – 1986, dưới chế độ tập trung bao cấp và nền kinh tế chỉ quy kế hoạch, các quan hệ giao dịch dân sự trong đời sống xã hội rất hạn chế. Bởi vậy, nhà nước cũng chưa ban hành các quy định đáng kể nào về hợp đồng. Đáng chú ý chỉ có Nghị định 54-CP do Hội đồng Bộ trưởng ban hành ngày 10/3/1975 quy định Điều lệ về chế độ hợp đồng kinh tế và Thông tư số 525/HĐ của Hội đồng trọng tài kinh tế nhà nước ban hành ngày 23/6/1975 hướng dẫn thi hành Nghị định 54-CP. Nghị định 54-CP và Thông tư số 525/HĐ có ghi nhận các quy định về hợp đồng kinh tế, song còn chung chung, mang tính hành chính và chưa rõ ràng. Nghị định 54-CP có đề cập vấn đề phạt hợp đồng và bồi thường thiệt hại

(Điều 21) nhưng không nêu rõ cơ sở, nội dung áp dụng mà do sự quyết định của cơ quan trọng tài kinh tế khi xét xử.

Đến giai đoạn kế tiếp bước vào thời kỳ đổi mới đất nước, với việc từ bỏ chế độ tập trung quan liêu bao cấp sang nền kinh tế thị trường, thừa nhận và tạo điều kiện cho thành phần kinh tế tư nhân và đầu tư nước ngoài, các giao dịch dân sự, thương mại mới được trú trọng và xây dựng hành lang pháp lý. Phải kể đến các văn bản đầu tiên quy định về hợp đồng gồm: Pháp lệnh hợp đồng kinh tế năm 1989 và Pháp lệnh hợp đồng dân sự năm 1991.

Trong Pháp lệnh hợp đồng dân sự năm 1991, mặc dù chưa có quy định định nghĩa về các chế tài đối vi phạm hợp đồng, trong các Điều từ Điều 43 đến Điều 55 khi quy định về trách nhiệm dân sự do vi phạm hợp đồng, Pháp lệnh cũng đã có quy định năm chế tài gồm: (1) buộc thực hiện đúng hợp đồng; (2) đình chỉ hợp đồng; (3) hủy bỏ hợp đồng; (4) yêu cầu bồi thường thiệt hại; (5) phạt vi phạm hợp đồng. Điều chỉnh về quan hệ hợp đồng kinh tế, Pháp lệnh hợp đồng kinh tế năm 1989 lại chỉ quy định có hai chế tài được áp dụng là phạt vi phạm và bồi thường thiệt hại. Pháp lệnh hợp đồng kinh tế năm 1989 quy định khung phạt vi phạm vi phạm là từ 2% đến 12%, mức tiền phạt chi tiết theo loại vi phạm đối với từng loại hợp đồng kinh tế thực hiện theo quy định của Hội đồng Bộ trưởng. Với các chế tài mà Pháp lệnh hợp đồng kinh tế năm 1989 đưa ra, tác giả nhận định: (1) quá hạn hẹp và không đủ để giải quyết thấu tình đạt lý các vi phạm hợp đồng, nhất là lĩnh vực kinh tế rất phức tạp; (2) quá đề cao chế tài vi phạm, coi chế tài vi phạm là sức ép để buộc các bên phải nghiêm túc và nghiêm chỉnh thực hiện hợp đồng như một quan hệ hành chính bị thiếp quá sâu bởi Nhà nước. So với Pháp lệnh hợp đồng kinh tế năm 1989, Pháp lệnh hợp đồng dân sự năm 1991 đã thể hiện sự tiến bộ hơn khi đưa nhiều loại chế tài để áp dụng hợp lý và linh hoạt khi xử lý vi phạm hợp đồng.

Năm 1995, một sự kiện mang tính bước ngoặt trong lịch sử pháp luật dân sự Việt Nam là việc BLDS đầu tiên của Việt Nam được ban hành. BLDS 1995 đã điều chỉnh cơ bản đầy đủ và toàn diện các vấn đề trong quan hệ dân sự, đặc biệt là chế

định hợp đồng nói chung và chế tài đối với vi phạm hợp đồng nói riêng. Có thể tìm thấy các quy định về chế tài đối với vi phạm đồng trong phần quy định về trách nhiệm dân sự, thực hiện hợp đồng, sửa đổi, chấm dứt hợp đồng dân sự và trong các quy định về các hợp đồng thông dụng. Cũng lần đầu tiên trong pháp luật Việt Nam, nhà làm luật đã đưa ra được một loạt các chế tài cần thiết, khả thi và hợp lý mà pháp luật hiện hành vẫn đang kế thừa. Các chế tài đối với vi phạm hợp đồng trong BLDS 1995 gồm: (1) chế tài phạt vi phạm hợp đồng; (2) chế tài yêu cầu bồi thường thiệt hại; (3) chế tài buộc thực hiện đúng hợp đồng; (4) chế tài đơn phương đình chỉ thực hiện hợp đồng; (5) chế tài hủy bỏ hợp đồng. Đặc biệt cần chú ý, BLDS 1995 đã quy định sử dụng nguyên tắc lỗi tại Điều 309 khi xác định trách nhiệm dân sự nói chung và áp dụng các chế tài đối với vi phạm hợp đồng song vụ nói riêng. Theo đó, bên vi phạm hợp đồng song vụ phải chịu trách nhiệm dân sự khi có lỗi cố ý hoặc lỗi vô ý, trừ trường hợp có thoả thuận khác hoặc pháp luật có quy định khác. BLDS 1995 còn quy định định nghĩa lỗi cố ý gây thiệt hại và lỗi vô ý gây thiệt hại. BLDS 1995 quy định rõ việc chứng minh không có lỗi thuộc nghĩa vụ của người vi phạm nghĩa vụ dân sự. Dựa vào nguyên tắc lỗi, nhà làm luật còn đưa ra các trường hợp miễn trách nhiệm khi vi phạm hợp đồng gồm; (1) do sự kiện bất khả kháng, trừ trường hợp có thoả thuận khác hoặc pháp luật có quy định khác (theo khoản 2 Điều 308); và (2) hoàn toàn do lỗi của người có quyền. Đánh giá riêng vấn đề quy định về các chế tài đối với vi phạm hợp đồng song vụ, lần đầu tiên trong lịch sử pháp luật Việt Nam, BLDS 1995 đã quy định tương đối rõ nét về các chế tài đối với vi phạm hợp đồng song vụ, đưa ra được quy định khá rõ về 05 chế tài, nguyên tắc lỗi và các trường hợp miễn trách nhiệm. BLDS 1995 tạo cơ sở tiền đề cho việc kế thừa, phát triển và hoàn thiện các quy định pháp luật Việt Nam về các chế tài đối với vi phạm hợp đồng song vụ.

Đến năm 1997, LTM đầu tiên của Việt Nam được ban hành. So với BLDS 1995 quy định về các chế tài đối với vi phạm hợp đồng còn rải rác ở nhiều chương phần nội dung khác nhau, LTM 1997 đã có nhiều quy định về các chế tài đối với vi

phạm hợp đồng tập trung thành một mục riêng (Mục 1 thuộc Chương IV) từ Điều 222 đến Điều 237. Ngoài ra, LTM 1997 còn đề cập về chế tài trong một số điều khoản liên quan khác. Theo Điều 222 của LTM 1997, nhà làm luật quy định chỉ có bốn chế tài được áp dụng đối với vi phạm hợp đồng song vụ gồm: (1) buộc thực hiện đúng hợp đồng; (2) phạt vi phạm; (3) bồi thường thiệt hại; và (4) hủy hợp đồng. So với BLDS 1995, LTM 1997 quy định có ít hơn một chế tài được áp dụng đối với vi phạm hợp đồng, cụ thể là chế tài đơn phương đình chỉ thực hiện hợp đồng. Mặc dù quy định có sự tập trung hơn so với BLDS 1995, tuy nhiên các quy định của LTM 1997 về các chế tài đối với vi phạm hợp đồng còn ở mức sơ sài và chưa rõ ràng, có nhiều điểm mâu thuẫn với BLDS 1995. Sự bất cập của LTM 1997 thể hiện rõ khi chưa đáp ứng được nhu cầu điều chỉnh quan hệ thương mại ngày càng phức tạp trong tiến trình đẩy mạnh xây dựng nền kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa và hội nhập quốc tế.

Khắc phục các hạn chế của BLDS 1995 sau mười năm áp dụng, cũng như đáp ứng nhu cầu hội nhập quốc tế và khu vực, phát triển nền kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa, thống nhất và minh bạch hóa hành lang pháp lý, Quốc hội đã ban hành BLDS 2005 để thay thế BLDS 1995, cũng như ban hành LTM 2005 – luật chuyên ngành điều chỉnh riêng về quan hệ thương mại. BLDS 2005 dưới góc độ là luật chung, nền tảng cho pháp luật tư, tiếp tục đưa ra các quy định chung về quan hệ dân sự theo nghĩa rộng, kế thừa các quy định tiên bộ của BLDS 1995. Về các chế tài đối với vi phạm hợp đồng, BLDS 2005 có kế thừa và quy định rõ hơn về 05 chế tài, nguyên tắc lỗi và các trường hợp miễn trách nhiệm đối với vi phạm hợp đồng đã quy định tại BLDS 1995. Ngoài ra, BLDS 2005 còn bổ sung chế tài “hoãn thực hiện nghĩa vụ” tại khoản 2 Điều 415 như sau “*Bên phải thực hiện nghĩa vụ sau có quyền hoãn thực hiện nghĩa vụ đến hạn nếu bên thực hiện nghĩa vụ trước chưa thực hiện nghĩa vụ của mình khi đến hạn*”. Chế tài mới này của BLDS 2005 có thể hiểu thuộc dạng chế tài tạm ngừng thực hiện hợp đồng khi bên có nghĩa vụ vi phạm hợp đồng do chưa thực hiện nghĩa vụ khi đến hạn (tức đã vi phạm hợp đồng). Được

đánh giá tiến bộ hơn BLDS 2005, LTM 2005 đã có một chương riêng quy định về các chế tài đối với vi phạm hợp đồng song vụ trong thương mại. Theo đó, Luật LTM quy định liệt kê rõ bảy chế tài được áp dụng, các trường hợp miễn trách nhiệm, cơ sở, nội dung và hậu quả pháp lý khi áp dụng mỗi chế tài (đã được nêu tại 1.1.2 của Luận văn này).

Ngày 24/11/2015, Quốc hội đã ban hành BLDS 2015, có hiệu lực thay thế BLDS 2005 từ ngày 01/01/2017. BLDS 2015 kế thừa và khắc phục các hạn chế của BLDS 2005 còn tồn tại, đáp ứng nhu cầu và sự nghiệp phát triển kinh tế xã hội, hội nhập quốc tế và khu vực sâu rộng hiện nay. Các quy định về các chế tài đối với vi phạm hợp đồng nói chung và hợp đồng song vụ nói riêng ở BLDS 2015 kế thừa BLDS 2005, có nhiều sự điều chỉnh hoàn thiện hơn. Các điểm mới của BLDS 2015 được làm rõ trong mục 2.2 tiếp theo của Luận văn này.

2.2. Các chế tài đối với vi phạm hợp đồng song vụ theo pháp luật Việt Nam hiện hành

Tại mục này, các vấn đề được trình bày bao gồm: (1) các chế tài đối với vi phạm hợp đồng song vụ; (2) mối quan hệ giữa các chế tài đối với vi phạm hợp đồng song vụ; và (3) các trường hợp miễn trách nhiệm đối với vi phạm hợp đồng song vụ.

2.2.1. Các chế tài đối với vi phạm hợp đồng song vụ

2.2.1.1. Chế tài buộc thực hiện đúng hợp đồng

Buộc thực hiện đúng hợp đồng được đề cập đầu tiên bởi việc hợp đồng được thực hiện là mong muốn, mục tiêu của các bên khi ký kết hợp đồng, nhằm đạt được một kết quả nhất định, trừ trường hợp vi phạm hợp đồng làm cho hợp đồng trở lên “vô nghĩa” hoặc không thể thực hiện được. Dưới góc độ mục đích áp dụng, buộc thực hiện đúng hợp đồng, hay gọi cách khác là yêu cầu thực hiện đúng hợp đồng, là việc bên có quyền yêu cầu bên vi phạm hợp đồng phải thực hiện đúng nội dung nghĩa vụ của hợp đồng. Nhiều học giả nhận định hợp đồng được lập ra không phải

để đình chỉ hay hủy, mà cần được thực hiện để đạt được mục đích giao kết hợp đồng. Tác giả đồng tình với quan điểm này, bởi việc buộc thực hiện hợp đồng cần được ưu tiên áp dụng trước khi áp dụng các chế tài khác; chỉ áp dụng các chế tài khác khi bên vi phạm vẫn tiếp tục vi phạm hợp đồng hoặc hợp đồng không thể thực hiện được vì lý do pháp luật hoặc thực tế.

Dưới góc độ luật so sánh, buộc thực hiện đúng hợp đồng là một trong các chế tài điển hình được thừa nhận và áp dụng ở hầu hết các quốc gia theo các hệ thống pháp luật khác nhau.

Các nước theo hệ thống pháp luật Civil Law có quy định áp dụng chế tài buộc thực hiện đúng hợp đồng. Theo quy định tại Điều 1146 của BLDS Pháp, nếu hợp đồng bị vi phạm do một bên không thực hiện nghĩa vụ của hợp đồng, bên bị vi phạm có thể yêu cầu bên vi phạm phải thực hiện nghĩa vụ; nếu đã được yêu cầu thực hiện nghĩa vụ mà bên vi phạm không thực hiện thì bên có quyền có thể áp dụng chế tài yêu cầu bồi thường thiệt hại, trừ trường hợp nghĩa vụ chuyển giao vật hoặc thực hiện một công việc chỉ có thể thực hiện trong một thời hạn nhất định nhưng thời hạn đó đã hết (tức có thể hiểu là nghĩa vụ không thể thực hiện được nữa hoặc việc thực hiện nghĩa vụ không còn đem lại ý nghĩa cho bên có quyền). Có thể thấy sự ưu tiên áp dụng chế tài buộc thực hiện đúng hợp đồng trước chế tài yêu cầu bồi thường thiệt hại trong Điều 1146 của BLDS Pháp. Có điểm tương đồng với BLDS Pháp, theo quy định tại Điều 280 và 281 BLDS Đức: (1) yêu cầu bồi thường thiệt hại được áp dụng khi việc áp dụng chế tài buộc thực hiện đúng hợp đồng không thể đạt được kết quả/mục đích giao kết hợp đồng hoặc trong trường hợp bên có nghĩa vụ đã thực hiện một phần nghĩa vụ nhưng việc thực hiện phần nghĩa vụ còn lại không đem lại lợi ích cho bên có quyền; (2) Chế tài buộc thực hiện đúng hợp đồng không được áp dụng nếu bên có nghĩa vụ thể hiện chắc chắn và rõ ràng sẽ từ chối thực hiện nghĩa vụ của hợp đồng hoặc trong trường hợp đặc biệt sau khi xem

xét lợi ích của hai bên thì việc yêu cầu bồi thường thiệt hại sẽ đảm bảo lợi ích cho cả hai bên.

Chế tài buộc thực hiện đúng hợp đồng cũng được ghi nhận và áp dụng ở Anh và Hoa Kỳ - các nước theo hệ thống pháp luật Common Law. Ở Hoa Kỳ, chế tài buộc thực hiện đúng hợp đồng được gọi là “Specific Performance”, được hiểu là chế tài mà bên bị vi phạm yêu cầu tòa án buộc bên có nghĩa vụ phải thực hiện đúng nghĩa vụ của hợp đồng. Chế tài “Specific Performance” thường được áp dụng đối với giao dịch có đối tượng là vật đặc định (Unique thing), bất động sản hoặc công việc nghệ thuật cụ thể chỉ những người nhất định mới làm được; theo đó khi áp dụng chế tài khác như bồi thường thiệt hại sẽ không đảm bảo cho một sự đền bù đầy đủ (inadequate compensation). Theo luật án lệ của Anh, chế tài buộc thực hiện đúng hợp đồng (Specific Performance) được tòa án áp dụng nếu việc bồi thường thiệt hại không thể đảm bảo cho một sự đền bù thỏa đáng (where damages are an inadequate remedy). Có thể thấy trong pháp luật Anh và Hoa Kỳ, tòa án cũng có sự ưu tiên áp dụng chế tài buộc thực hiện đúng hợp đồng đối với một số trường hợp cần đảm bảo cho hợp đồng được thực hiện để bảo đảm lợi ích của bên có quyền, đồng thời, việc áp dụng chế tài yêu cầu bồi thường thiệt hại sẽ không thỏa đáng.

Trong Công ước viên 1980, chế tài buộc thực hiện đúng hợp đồng quy định khá rõ đối với cả bên mua và bên bán. Theo quy định tại Điều 46, nếu hàng hóa không phù hợp với hợp đồng thì người mua có thể đòi người bán phải giao hàng thay thế nếu sự không phù hợp đó tạo thành một sự vi phạm cơ bản hợp đồng và yêu cầu về việc thay thế hàng phải được đặt ra cùng một lúc với việc thông báo vi phạm hoặc trong một thời hạn hợp lý sau đó; nếu hàng hóa không phù hợp với hợp đồng, người mua có quyền đòi người bán phải loại trừ sự không phù hợp ấy, trừ những trường hợp khi điều này không hợp lý xét theo tất cả các tình tiết. Trong quy định này, nếu bên bán giao hàng không phù hợp với hợp đồng thì bên mua có quyền áp dụng chế tài buộc thực hiện đúng hợp đồng qua việc yêu cầu phải giao hàng thay

thể nếu sự không phù hợp đó tạo thành một sự vi phạm cơ bản hợp đồng hoặc loại trừ sự không phù hợp nếu hàng hóa không phù hợp với hợp đồng.

□ ***Chế tài buộc thực hiện đúng hợp đồng theo quy định trong BLDS 2005 và LTM 2005***

Theo nội dung các quy định về nguyên tắc cơ bản và quy định điều chỉnh cụ thể của BLDS 2005, có thể thấy sự tồn tại của nguyên tắc về việc áp dụng chế tài buộc thực hiện đúng hợp đồng trong bốn điểm sau đây:

- ***Thứ nhất***, “*chế tài buộc thực hiện đúng hợp đồng chỉ là hệ quả áp dụng nguyên tắc nêu tại Điều 4 của Bộ luật dân sự*” [07, tr146]. BLDS 2005 trao cho mỗi chủ thể có quyền “tự do cam kết, thỏa thuận” và bảo đảm “cam kết, thỏa thuận hợp pháp có hiệu lực bắt buộc thực hiện đối với các bên”. Do hợp đồng có “hiệu lực bắt buộc” nên bên có nghĩa vụ phải có trách nhiệm thực hiện đúng nghĩa vụ. Đồng thời, bên có quyền được yêu cầu buộc bên có nghĩa vụ thực hiện đúng nghĩa vụ của hợp đồng trong quá trình thực hiện hợp đồng cũng như khi hợp đồng bị vi phạm, trừ các trường hợp ngoại lệ không thể hoặc không cần áp dụng.

- ***Thứ hai***, việc áp dụng chế tài buộc thực hiện đúng hợp đồng sẽ giúp việc giao kết hợp đồng đạt được mục đích theo quy định tại Điều 123 BLDS.

- ***Thứ ba***, bên có quyền được áp dụng chế tài buộc thực hiện đúng hợp đồng khi bên có nghĩa vụ không thực hiện nghĩa vụ giao vật đặc định theo quy định tại Điều 303 BLDS 2005 hoặc không thực hiện một công việc mà mình phải thực hiện theo quy định tại Điều 304 BLDS 2005.

Theo quy định khoản 2 Điều 179 BLDS 2005, vật đặc định là vật phân biệt được với các vật khác bằng những đặc điểm riêng về ký hiệu, hình dáng, màu sắc, chất liệu, đặc tính, vị trí; khi thực hiện nghĩa vụ chuyển giao vật đặc định thì phải giao đúng vật đó. Tại khoản 1 Điều 303 BLDS 2005 quy định “*Khi bên có nghĩa vụ không thực hiện nghĩa vụ giao vật đặc định thì người có quyền được quyền yêu cầu*

bên có nghĩa vụ phải giao đúng vật đó; nếu vật không còn hoặc bị hư hỏng thì phải thanh toán giá trị của vật”. Theo quy định này, nếu hợp đồng có đối tượng là vật đặc định thì khi nghĩa vụ bàn giao bị vi phạm, bên có quyền có thể áp dụng chế tài buộc thực hiện đúng hợp đồng, tức buộc bên có nghĩa vụ phải giao vật đặc định. Điều khoản này cũng nêu ra trường hợp ngoại lệ không áp dụng chế tài buộc thực hiện đúng hợp đồng là “nếu vật không còn hoặc bị hư hỏng”, tức khi nghĩa vụ không thể thực hiện được nghĩa vụ giao vật hoặc việc thực hiện nghĩa vụ không đem lại lợi ích cho bên có quyền.

Theo quy định tại khoản 1 Điều 304, trong trường hợp bên có nghĩa vụ không thực hiện một công việc mà mình phải thực hiện theo quy định của hợp đồng thì bên có quyền có thể lựa chọn áp dụng chế tài buộc bên có nghĩa vụ tiếp tục thực hiện. Nếu không áp dụng chế tài này, bên có quyền có thể dùng cách khác là “*tự mình thực hiện hoặc giao cho người khác thực hiện công việc đó và yêu cầu bên có nghĩa vụ thanh toán chi phí hợp lý và bồi thường thiệt hại*”, tức làm phát sinh nghĩa vụ bồi hoàn và nghĩa vụ bồi thường thiệt hại nếu có thiệt hại xảy ra. Trong trường hợp bên có nghĩa vụ không được thực hiện một công việc mà lại thực hiện công việc đó thì bên có quyền được quyền yêu cầu bên có nghĩa vụ phải chấm dứt việc thực hiện, khôi phục tình trạng ban đầu và bồi thường thiệt hại theo quy định tại khoản 1 Điều 304 BLDS 2005.

Như vậy, theo quy định tại Điều 303 và 304 BLDS 2005, bên bị vi phạm có thể áp dụng chế tài buộc thực hiện đúng hợp đồng trong 03 trường hợp sau: vi phạm nghĩa vụ giao vật đặc định; (2) vi phạm nghĩa vụ phải thực hiện công; (3) vi phạm nghĩa vụ không được thực hiện công việc. Đối với vi phạm nghĩa vụ giao vật cùng loại, nhà làm luật lại đưa ra giải pháp khác bằng việc quy định bên vi phạm có trách nhiệm thanh toán giá trị của vật và bên có quyền có quyền yêu cầu bên vi phạm thanh toán.

Tác giả đánh giá giải pháp xử lý vi phạm của nhà làm luật đưa ra có tính hợp lý và khả thi. Cụ thể, với hợp đồng có đối tượng là vật đặc định thì bên có quyền chỉ đạt được lợi ích và mong muốn khi xác lập hợp đồng là được nhận vật đặc định từ bên có nghĩa vụ; với hợp đồng có đối tượng là công việc phải thực hiện hoặc công việc không được thực hiện thì bên có quyền chỉ được thỏa mãn nhu cầu khi bên có nghĩa vụ thực hiện đúng nghĩa vụ. Nếu các trường hợp nghĩa vụ đã nêu không được thực hiện thì sẽ “hủy hoại” mục đích giao kết hợp đồng, tức làm cho hợp đồng trở lên vô nghĩa và không bảo đảm lợi ích của bên có quyền.

- **Thứ tư**, chế tài buộc thực hiện đúng hợp đồng còn được ghi nhận trong quy định riêng về hợp đồng mua bán, hợp đồng thuê tài sản, hợp đồng dịch vụ trong BLDS 2005.

Đối với LTM 2005, trong bảy chế tài được liệt kê trong Điều 292, chế tài đầu tiên là buộc thực hiện đúng hợp đồng. Nếu xét về thứ tự sắp xếp, có thể thấy chế tài buộc thực hiện đúng hợp đồng được đưa lên đầu đã phản ánh tầm quan trọng và tính ưu tiên khi áp dụng các chế tài buộc thực hiện đúng hợp đồng. Trong khi BLDS 2005 không có quy định định nghĩa về chế tài buộc thực hiện đúng hợp đồng, ở LTM 2005 đã có quy định khá chi tiết về định nghĩa, nội dung áp dụng tại Điều 297 LTM 2005. Theo đó, buộc thực hiện đúng hợp đồng là việc bên bị vi phạm yêu cầu bên vi phạm (1) thực hiện đúng hợp đồng hoặc (2) dùng các biện pháp khác để hợp đồng được thực hiện và bên vi phạm phải chịu chi phí phát sinh. Theo định nghĩa này thì khi có vi phạm hợp đồng xảy ra, tùy vào trường hợp cụ thể mà bên có quyền có thể buộc bên vi phạm thực hiện đúng hợp đồng theo một trong hai phương án sau:

- *Phương án 01*: buộc bên vi phạm thực hiện đúng hợp đồng, tức thực hiện đúng và đủ các nghĩa vụ được quy định trong hợp đồng để đạt kết quả theo quy định trong hợp đồng, là mục đích giao kết hợp đồng.

- *Phương án 02*: nếu bên vi phạm không thể thực hiện đúng hợp đồng thì phải thực hiện các biện pháp khác để hợp đồng được thực hiện. Điều này có thể hiểu nhà làm luật buộc bên vi phạm phải có trách nhiệm bằng năng lực trí tuệ và tài chính để tìm ra giải pháp để đạt được mục đích giao kết hợp đồng. Ví dụ: *Bên bán có nghĩa vụ giao hàng cho bên mua theo hợp đồng mua bán xi măng, trong hợp đồng thỏa thuận việc bên bán phải vận chuyển bằng đường bộ giao hàng tận kho của bên mua; nhưng vì lý do không bố trí được phương tiện vận tải đường bộ, bên bán không giao hàng kịp khi đến hạn. Bên mua đã ra thông báo yêu cầu bên bán thực hiện đúng hợp đồng và gia hạn cho 10 ngày để thực hiện nghĩa vụ giao hàng. Bên mua với trách nhiệm thực hiện hợp đồng, đã cân nhắc tìm ra phương án vận chuyển bằng đường thủy nội địa tới kho của bên mua vì kho của bên mua cũng gần sông và bên bán có thể thuê ngay được phà chuyên chở trên sông. Bên mua tự phải chi trả chi phí phát sinh do việc chuyển phương tiện vận chuyển để giao đúng hạn đã được gia hạn.*

Tại khoản 2 Điều 297 LTM 2005, nhà làm luật có quy định 02 trường hợp vi phạm cụ thể và trách nhiệm của bên vi phạm khi bị bên có quyền buộc thực hiện đúng hợp đồng, cụ thể gồm:

- *Trường hợp một*: bên vi phạm giao thiếu hàng hoặc cung ứng dịch vụ không đúng hợp đồng. Đối với trường hợp này, bên bị vi phạm có quyền yêu cầu bên vi phạm phải giao đủ hàng hoặc cung ứng dịch vụ theo đúng thỏa thuận trong hợp đồng.

- *Trường hợp hai*: bên vi phạm giao hàng hoá, cung ứng dịch vụ kém chất lượng. Đối với trường hợp này, bên bị vi phạm có quyền yêu cầu bên vi phạm phải loại trừ khuyết tật của hàng hoá, thiếu sót của dịch vụ hoặc giao hàng khác thay thế, cung ứng dịch vụ theo đúng hợp đồng.

Nhận thấy, trường hợp một nêu trên được đề cập dưới góc độ định lượng (thiếu hay đủ), trường hợp hai được đề cập dưới góc độ định tính (kém chất lượng

hay đủ chất lượng). Nếu đánh giá về định lượng, dựa vào các số liệu, chỉ tiêu được ghi nhận trong hợp đồng, bên có quyền cơ bản có thể xác định và chứng minh. Nhưng ngược lại, ở tiêu chí định tính, việc đánh giá là khá khó khăn bởi để đánh giá chính xác được là kém chất lượng hay đủ chất lượng rất khó thực hiện, đặc biệt đối tượng của hợp đồng là thực hiện công việc trong hợp đồng dịch vụ hoặc các chỉ tiêu đánh giá hoàn thành nghĩa vụ phải được giám định hoặc kết luận của cơ quan có thẩm quyền. *Ví dụ: tỷ lệ tạp chất trong gạo, thành phần của sữa,....* Cũng cần nhấn mạnh, nhà làm luật cũng chỉ mới đưa ra hai trường hợp điển hình, còn những trường hợp khác, đơn cử “*vi phạm hay không thực hiện đúng hợp đồng khác về hàng hóa như hàng hóa không được đóng gói theo hợp đồng, thì luật lại chưa quy định*” [07, tr142-143]. Khi có những vi phạm này, buộc bên bị vi phạm, các luật sư, thẩm phán cần bám sát vào quy định định nghĩa tại khoản 1 Điều 297 LTM 2005.

Tác giả cho rằng, việc đưa ra một số trường hợp vi phạm tại khoản 2 Điều 297 LTM 2005 còn rất trừu tượng và không đảm bảo tính khái quát. Để xác định chính xác có vi phạm hay không, cần căn cứ vào quy định cụ thể trong hợp đồng hoặc các quy định của pháp luật nếu hợp đồng không quy định rõ.

Do hợp đồng được xác lập với nghĩa vụ cụ thể nhằm đạt được mục đích nhất định, vì vậy, bên vi phạm không được tự ý đơn phương thay thế nghĩa vụ của hợp đồng bằng một nghĩa vụ khác mà không được sự đồng ý của bên có quyền. Điều này là hợp lý và tất yếu với thỏa thuận hợp pháp và mục đích giao kết hợp đồng cần được các bên tôn trọng thực hiện và pháp luật bảo vệ. Về vấn đề này, theo quy định tại khoản 2 Điều 297 LTM 2005, bên vi phạm không được dùng tiền hoặc hàng khác chủng loại, loại dịch vụ khác để thay thế nếu không được sự chấp thuận của bên bị vi phạm. Ngoài ra, cũng cần phải có giải pháp nếu bên bị vi phạm yêu cầu mà bên vi phạm không chịu thực hiện đúng hợp đồng.

Theo quy định tại khoản 3 Điều 297 LTM 2005, nhà làm luật đưa ra giải pháp “*Trong trường hợp bên vi phạm không thực hiện theo quy định tại khoản 2 Điều này*

thì bên bị vi phạm có quyền mua hàng, nhận cung ứng dịch vụ của người khác để thay thế theo đúng loại hàng hoá, dịch vụ ghi trong hợp đồng và bên vi phạm phải trả khoản tiền chênh lệch và các chi phí liên quan nếu có; có quyền tự sửa chữa khuyết tật của hàng hoá, thiếu sót của dịch vụ và bên vi phạm phải trả các chi phí thực tế hợp lý”.

Bản chất của giải pháp trên là việc bên bị vi phạm tự bố trí thực hiện hợp đồng và phát sinh nghĩa vụ hoàn trả chi phí phát sinh thực tế. Giải pháp này mang tính thực tế cao và bảo đảm quyền lợi cho bên bị vi phạm, đặc biệt khi bên vi phạm cần có kết quả của hợp đồng để làm cơ sở thực hiện nghĩa vụ cho một hay nhiều hợp đồng khác mà mình là bên có nghĩa vụ. Tuy nhiên, nếu theo giải pháp này, bên bị vi phạm phải chịu gánh nặng chứng minh chi phí phát sinh thực tế. Việc chứng minh chi phí này không dễ dàng, nhất là khi bên vi phạm thiếu thiện chí, năng lực tài chính kém hoặc các khoản chi phát sinh “nhảy cảm” không chứng minh được bằng giấy tờ.

Để có thời gian thực hiện nghĩa vụ, bên bị vi phạm cần gia hạn một khoản thời gian hợp lý để bên vi phạm bố trí và thực hiện các nghĩa vụ bị vi phạm. Việc gia hạn này được LTM quy định tại Điều 298. Khi bên vi phạm đã thực hiện nghĩa vụ được yêu cầu trong thời hạn được gia hạn, bên bị vi phạm “phải nhận hàng, nhận dịch vụ và thanh toán tiền hàng, thù lao dịch vụ” theo quy định tại khoản 4 Điều 297 LTM 2005. Đối với hợp đồng mua bán hàng hóa, nếu bên vi phạm là bên mua thì bên bán có quyền yêu cầu bên mua trả tiền, nhận hàng hoặc thực hiện các nghĩa vụ khác của bên mua được quy định trong hợp đồng và trong LTM (khoản 5 Điều 297 LTM 2005).

Qua đánh giá dưới góc độ luật so sánh, phân tích quy định tại BLDS 2005 và LTM 2005, cần xác định rõ và đảm bảo các yêu cầu sau đây khi áp dụng chế tài buộc thực hiện đúng hợp đồng:

❖ *Căn cứ áp dụng chế tài buộc thực hiện đúng hợp đồng*

Để yêu cầu áp dụng chế tài buộc thực hiện đúng hợp đồng, bên bị vi phạm cần đưa ra các căn cứ cần và đủ để áp dụng chế tài này gồm:

- (1) Có hành vi vi phạm: không thực hiện đúng và đầy đủ các nghĩa vụ của hợp đồng song vụ.
- (2) Đối tượng của nghĩa vụ: (1) vật đặc định, (2) thực hiện công việc, (3) không thực hiện công việc (thường chỉ có trong hợp đồng dân sự).
- (3) Nghĩa vụ của hợp đồng có thể thực hiện được theo thực tế hoặc theo quy định của pháp luật. Tức việc buộc thực hiện đúng hợp đồng phải đảm bảo tính khả thi. Căn cứ vào điều kiện thực tế và quy định của pháp luật, bên vi phạm bằng sự thiện chí và trách nhiệm hoàn toàn có thể thực hiện nghĩa vụ bị vi phạm được yêu cầu thực hiện. Nếu nghĩa vụ không thể thực hiện được do lý do thực tế hoặc thay đổi pháp luật, bên bị vi phạm cần và phải áp dụng các chế tài khác để bảo vệ quyền và lợi ích của mình.
- (4) Việc áp dụng chế tài buộc thực hiện đúng hợp đồng sẽ đảm bảo có lợi nhất cho bên bị vi phạm. Tức bên bị vi phạm cần tính toán các chi phí cơ hội dưới góc độ kinh tế để áp dụng chế tài này mà không áp dụng chế tài khác được quyền áp dụng theo quy định của hợp đồng và pháp luật hiện hành như đình chỉ (đơn phương chấm dứt) hợp đồng, hủy bỏ hợp đồng. Đặc biệt, trong một số hợp đồng thương mại, các bên thường thỏa thuận “không hủy ngang”, tức không được hủy bỏ hay đình chỉ hợp đồng bởi tính chất và nội dung đặc trưng hợp đồng khiến hủy ngang gây thiệt hại lớn, chế tài buộc thực hiện đúng hợp đồng sẽ là giải pháp số một để đảm bảo quyền lợi của bên bị vi phạm.

❖ *Trường hợp việc thực hiện hợp đồng bị cản trở bởi bên thứ ba*

Theo quy định tại Điều 4 của BLDS 2005, hợp đồng song vụ có hiệu lực bắt buộc thực hiện đối với các bên và phải được cá nhân, pháp nhân, chủ thể khác tôn trọng. Nếu việc thực hiện hợp đồng song vụ hoặc áp dụng chế tài thực hiện hợp đồng song vụ bị bên thứ ba cản trở, nếu thu thập và đưa ra các căn cứ chứng minh cần và đủ, các bên của hợp đồng hoàn toàn có thể yêu cầu cơ quan nhà nước có thẩm quyền can thiệp giải quyết để loại trừ sự cản trở của bên thứ ba.

□ ***Các điểm mới về chế tài buộc thực hiện đúng hợp đồng theo quy định trong BLDS 2015***

BLDS 2015 có kế thừa cách tiếp cận và các quy định về chế tài buộc thực hiện đúng hợp đồng của BLDS 2005, tuy nhiên có những điểm mới hợp lý được sửa đổi bổ sung. Các điểm mới về chế tài buộc thực hiện đúng hợp đồng được quy định trong BLDS 2015 như sau:

✓ BLDS 2015 chính thức dành một điều khoản riêng quy định về quyền áp dụng chế tài buộc thực hiện đúng hợp đồng tại Điều 352. Theo quy định này, khi bên có nghĩa vụ của hợp đồng vi phạm nghĩa vụ thì bên có quyền được yêu cầu bên có nghĩa vụ tiếp tục thực hiện nghĩa vụ của hợp đồng. Việc bổ sung ghi nhận chế tài buộc thực hiện đúng hợp đồng ở phần chung về trách nhiệm dân sự có ý nghĩa quan trọng trong việc tạo ra nguyên tắc áp dụng chung để áp dụng cho các nội dung của chế tài trong phần quy định chung về hợp đồng, các hợp đồng thông dụng cũng như các hợp đồng không thông dụng chưa được thể hiện trong BLDS.

✓ Đối với trường hợp nghĩa vụ giao vật cùng loại không được thực hiện, BLDS 2005 quy định bên bị vi phạm có quyền yêu cầu bên vi phạm phải thanh toán giá trị của vật. Giải pháp bất hợp lý “làm triệt tiêu mục đích giao kết hợp đồng” này của BLDS 2005 đã được BLDS 2015 khắc phục bằng quy định việc thanh toán giá trị của vật chỉ được thực hiện khi bên vi phạm hợp đồng có chủ ý không hoặc không

thể giao vật cùng loại khác sau khi bên bị vi phạm yêu cầu giao vật cùng loại khác (theo khoản 2 Điều 356 BLDS 2015).

2.2.1.2. *Chế tài yêu cầu bồi thường thiệt hại*

Việc vi phạm hợp đồng có thể làm phát sinh trách nhiệm dân sự bồi thường thiệt hại, theo đó bên bị vi phạm có thể yêu cầu áp dụng chế tài yêu cầu bồi thường thiệt hại đối với bên vi phạm. Bên vi phạm có trách nhiệm bồi thường thiệt hại khi bên bị vi phạm đưa ra được các căn cứ cần và đủ để áp dụng chế tài yêu cầu bồi thường thiệt hại. Chế tài yêu cầu bồi thường thiệt hại được áp dụng sẽ khôi phục lại tình trạng ban đầu như trước khi bị vi phạm hoặc bù đắp tổn thất, các lợi ích bị mất do hành vi vi phạm hợp đồng gây ra. Chế tài yêu cầu bồi thường thiệt hại được xem có tính phức tạp cao nhất trong các loại chế tài đối với vi phạm hợp đồng. Ở góc độ chung nhất, tác giả đưa ra nội dung mục đích áp dụng chế tài yêu cầu bồi thường thiệt hại gồm:

- (1) Tạo cơ chế ràng buộc trách nhiệm để bảo vệ các lợi ích vật chất phát sinh từ việc thực hiện hợp đồng
- (2) Răn đe, ngăn ngừa các hành vi vi phạm hợp đồng làm phát sinh thiệt hại, gây tổn hại tới lợi ích vật chất của bên có quyền
- (3) Bù đắp các tổn thất mà bên bị vi phạm phải gánh chịu hoặc các lợi ích vật chất bị mất mà bên bị vi phạm đáng lẽ phải được hưởng.
- (4) Do sự ràng buộc trách nhiệm nên đã góp phần tạo ra sự an tâm, khích lệ các bên thiện trí tham gia các giao dịch để thỏa mãn các nhu cầu về vật chất cũng như tinh thần ngày càng phong phú trong đời sống xã hội

Trong pháp luật hầu hết các quốc gia trên thế giới theo các hệ thống pháp luật khác nhau, chế tài yêu cầu bồi thường thiệt hại thường được dành nhiều quy định cụ thể nhất. Mặc dù đều thừa nhận và coi trọng chế tài yêu cầu bồi thường thiệt hại nhưng tồn tại một số điểm khác biệt về quan điểm áp dụng, căn cứ và nội dung áp dụng.

Theo hệ thống pháp luật Civil Law, BLDS Pháp có nhiều quy định cụ thể về chế tài yêu cầu bồi thường thiệt hại, tập trung ở các Điều luật từ Điều 1146 đến Điều 1155 thuộc Mục IV, chương III, thiên II của Bộ luật. Theo Điều 1146, chế tài yêu cầu bồi thường thiệt hại chỉ được áp dụng khi áp dụng chế tài yêu cầu buộc thực hiện đúng hợp đồng nhưng bên vi phạm vẫn không thực hiện nghĩa vụ; tuy nhiên có ngoại lệ khi nghĩa vụ cần thực hiện chỉ có thể thực hiện trong một khoảng thời gian nhất định nhưng thời gian đó đã qua, tức nghĩa vụ không thể thực hiện được nữa. Phạm vi bồi thường được quy định tại Điều 1149 của Bộ luật này gồm: (1) thiệt hại thực tế; (2) phần lợi nhuận lẽ ra người có quyền được hưởng, tức phần lợi nhuận chính đáng và hợp pháp bị mất đi do không được hưởng quyền. Phạm vi bồi thường có thể khác trong một số trường hợp ngoại lệ gồm: (1) nếu có thỏa thuận bồi thường được ấn định trước thì bên có nghĩa vụ phải trả đúng khoản bồi thường bị ấn định khi có vi phạm và bên có quyền không cần phải chứng minh thiệt hại (Điều 1152 và Điều 1153); (2) Tòa án ra quyết định tăng giảm phạm vi bồi thường nếu phạm vi bồi thường theo thỏa thuận trong hợp đồng bị xem xét vô lý, tức quá cao hoặc quá thấp (Điều 1152, theo Luật số 85-1097 ngày 11/10/1975). Với một số điều khoản được nêu, BLDS Pháp đã tạo ra các nguyên tắc chung khi áp dụng chế tài yêu cầu bồi thường thiệt hại, làm cơ sở để tòa án vận dụng linh hoạt và sáng tạo căn cứ vào tình hình thực tế.

Trong pháp luật Hoa Kỳ, cả trong luật thực định cũng như trong thực tiễn xét xử, chế tài yêu cầu bồi thường thiệt hại được xem có vai trò quan trọng nhất. *“Đây là chế tài chủ yếu ở Hoa Kỳ đối với hành vi vi phạm hợp đồng”* [03]. Mục đích áp dụng chế tài yêu cầu bồi thường thiệt hại ở Hoa Kỳ là việc đặt bên có quyền, lợi ích bị xâm phạm vào vị thế như là hợp đồng đã được thực hiện đúng và đầy đủ, chứ không chỉ khôi phục lại tình trạng như là trước khi giao kết hợp đồng.

Có điểm tương đồng với BLDS Pháp, Công ước viên 1980 có các quy định mang tính nguyên tắc chung gồm: (1) nguyên tắc về phạm vi thiệt hại (gồm thiệt hại thực tế và thiệt hại bị bỏ lỡ do bị vi phạm) được quy định tại Điều 74; (2) nguyên

tắc nghĩa vụ hạn chế thiệt hại của bên bị vi phạm được quy định tại Điều 77. Theo nguyên tắc nghĩa vụ hạn chế thiệt hại, bên bị vi phạm hợp đồng phải thực hiện các biện pháp hợp lý và cần thiết để ngăn chặn hoặc hạn chế thiệt hại. Nguyên tắc này được đánh giá góp phần đảm bảo sự công bằng, tránh việc lạm dụng hoặc thiếu trách nhiệm của bên bị vi phạm.

□ ***Chế tài yêu cầu bồi thường thiệt hại theo quy định trong BLDS 2005 và LTM 2005***

Được đánh giá cao về mục đích, vai trò và ý nghĩa áp dụng, chế tài yêu cầu bồi thường thiệt hại là chế tài được BLDS 2005 và LTM 2005 dành nhiều điều khoản quy định cụ thể nhất. Tuy nhiên, hiện nội dung quy định về chế tài yêu cầu bồi thường thiệt hại trong BLDS 2005 và LTM 2005 còn tồn tại nhiều điểm chưa thống nhất, ngay trong nhận thức và quan điểm của các chuyên gia, cơ sở đào tạo luật ở Việt Nam còn có nhiều điểm khác biệt.

□ *Về khái niệm, phạm vi, giới hạn thiệt hại do vi phạm hợp đồng song vụ*

Theo BLDS 2005, trách nhiệm bồi thường thiệt hại được chia thành hai loại gồm: (1) trách nhiệm bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng (không tồn tại quan hệ hợp đồng; phát sinh do hành vi trái pháp luật); (2) trách nhiệm bồi thường thiệt hại trong hợp đồng (phát sinh từ hành vi vi phạm hợp đồng). Chế tài yêu cầu bồi thường thiệt hại đối với vi phạm hợp đồng được quy định trong phần trách nhiệm bồi thường thiệt hại “trong hợp đồng” và trong các quy định cụ thể về quan hệ hợp đồng, các hợp đồng thông dụng. Theo quy định tại Điều 307 BLDS 2005, thiệt hại do vi phạm hợp đồng song vụ là các thiệt hại về vật chất thực tế tính được thành tiền do hành vi vi phạm hợp đồng gây ra, có phạm vi gồm:

- (1) *Tổn thất về tài sản*: chỉ các tổn thất tài sản thực tế có thể dễ nhận biết như sự mất mát, hư hỏng, giảm sút,... giá trị của tài sản do hành vi vi phạm hợp đồng trực tiếp gây ra.
- (2) *Chi phí hợp lý để ngăn chặn, hạn chế, khắc phục thiệt hại*: chỉ các khoản chi bằng tiền mà bên bị vi phạm chi một cách cần thiết và hợp lý để ngăn chặn,

hạn chế, khắc phục thiệt hại do hành vi vi phạm hợp đồng gây ra. Để chứng minh được các chi phí hợp lý, bên bị vi phạm có nghĩa vụ chứng minh bằng việc cung cấp được các hóa đơn chứng từ hợp pháp để chứng minh cho khoản chi.

(3) *Thu nhập thực tế bị mất hoặc bị giảm sút*: được hiểu là các khoản thu nhập thực tế đã và đang có trước khi hợp đồng bị vi phạm nhưng do hành vi vi phạm hợp đồng mà khoản thu nhập này bị mất hoặc bị giảm sút.

Như vậy, quy định tại Điều 307 BLDS 2005 đã thể hiện căn cứ xác định phạm vi, giới hạn thiệt hại. Căn cứ được quy định chưa đảm bảo sự công bằng và thỏa đáng, bởi “*Nhà làm luật dường như chỉ muốn các bên khôi phục lại tình trạng ban đầu như trước khi giao kết hợp đồng thay vì đặt họ vào vị trí như là hợp đồng đã được thực hiện đúng và đầy đủ*” [16, tr465]. Đây là hạn chế đáng chú ý khi so sánh với BLDS Pháp - đại diện cho hệ thống pháp luật Civil Law, pháp luật Hoa Kỳ đại diện cho hệ thống pháp luật Common Law, Công ước Viên 1980 đại diện cho pháp luật hợp đồng quốc tế. Dưới góc độ kinh tế, các bên giao kết hợp đồng đều hướng tới các lợi ích vật chất nhất định khi hợp đồng được thực hiện đầy đủ. Về giới hạn thiệt hại được bồi thường theo BLDS 2005, bên có nghĩa vụ dường như có lợi hơn, bởi nếu có vi phạm thì cũng chỉ phải khôi phục lại tình trạng ban đầu, không phải có trách nhiệm với các lợi ích vật chất bị mất mà đáng lẽ bên có quyền được hưởng khi nghĩa vụ được thực hiện đúng hợp đồng. Điều này dẫn đến hệ lụy, chế tài yêu cầu bồi thường thiệt hại không đảm bảo được lợi ích chính đáng cho bên có quyền trong hợp đồng song vụ, chưa đảm bảo hành lang pháp lý an toàn và yên tâm để các bên giao dịch phục vụ cuộc sống, nhất là các giao dịch trong kinh doanh thương mại.

LTM 2005 được đánh giá tiến bộ hơn, khi đã tiếp nhận được các điểm tiến bộ như đã nêu theo quy định trong BLDS Pháp, Pháp luật Hoa kỳ và Công ước Viên 1980. Theo quy định tại khoản 1 Điều 302 LTM 2005, bồi thường thiệt hại được định nghĩa là việc bên vi phạm bồi thường những tổn thất do hành vi phạm hợp đồng gây ra cho bên bị vi phạm. Định nghĩa này là góp phần là nền tảng tiếp cận

thống nhất về chế tài yêu cầu bồi thường thiệt hại do vi phạm hợp đồng song vụ trong thương mại. Theo quy định tại khoản 2 Điều 302 LTM 2005, phạm vi, giới hạn thiệt hại do vi phạm hợp đồng gây ra gồm: (1) giá trị tổn thất thực tế, thực tiếp mà bên bị vi phạm phải chịu do bên vi phạm gây ra; và (2) khoản lợi trực tiếp mà bên bị vi phạm đáng lẽ được hưởng nếu không có hành vi vi phạm. LTM 2005 được soạn thảo trong bối cảnh chuẩn bị cơ chế pháp lý để gia nhập WTO, hội nhập quốc tế và khu vực, nhà làm luật LTM 2005 đã làm tốt việc đảm bảo sự hài hòa giữa pháp luật Việt Nam với pháp luật quốc tế về điểm này.

□ *Về căn cứ áp dụng chế tài yêu cầu bồi thường thiệt hại*

Quy định về căn cứ áp dụng chế tài yêu cầu bồi thường thiệt hại trong BLDS 2005 và LTM 2005 chưa đảm bảo sự rõ ràng và thống nhất. Là luật chung, BLDS 2005 hiện vẫn chưa có quy định cụ thể về căn cứ áp dụng chế tài yêu cầu bồi thường thiệt hại, mới chỉ được rút ra từ các quy định chung về trách nhiệm dân sự, quy định về định nghĩa, phạm vi bồi thường thiệt hại. Ở điểm này, được đánh giá tiến bộ hơn, LTM 2005 có quy định về căn cứ phát sinh trách nhiệm bồi thường thiệt hại tại Điều 303 gồm đủ các yếu tố sau: (1) Có hành vi vi phạm hợp đồng; (2) Có thiệt hại thực tế; (3) Hành vi vi phạm hợp đồng là nguyên nhân trực tiếp gây ra thiệt hại.

Về nhận thức và quan điểm áp dụng, so sánh các tài liệu đào tạo chính thống của các cơ sở đào tạo luật trong nước, cũng như với quan điểm trong các bài viết, sách chuyên khảo của nhiều học giả, đến nay vẫn chưa có một kết luận thống nhất về căn cứ phát sinh và áp dụng chế tài yêu cầu bồi thường thiệt hại. Giáo trình luật dân sự Việt Nam (tập 2) của Trường Đại học Luật Hà Nội được viết về các căn cứ xác định trách nhiệm bồi thường thiệt hại gồm 04 cơ sở sau: (1) Có hành vi vi phạm nghĩa vụ; (2) Có thiệt hại xảy ra trong thực tế; (3) mối quan hệ nhân quả giữa hành vi vi phạm và thiệt hại xảy ra; (4) lỗi của người vi phạm nghĩa vụ [31, tr57-61]. Với quan điểm hoàn toàn khác, ngay cả khác với pháp luật Việt Nam hiện hành, một số luật gia viết trong một số công trình nghiên cứu về các căn cứ xác định trách nhiệm

bồi thường thiệt hại gồm: (1) có hành vi vi phạm nghĩa vụ; (2) Người vi phạm nghĩa vụ có lỗi”. Trong cuối sách chuyên khảo “Chế định hợp đồng trong BLDS Việt Nam”, Ts. Nguyễn Ngọc Khánh lại đưa ra ba căn cứ sau: (1) sự vi phạm nghĩa vụ hợp đồng; (2) lỗi của người vi phạm nghĩa vụ; (3) mối quan hệ nhân quả giữa vi phạm nghĩa vụ hợp đồng và thiệt hại xảy ra [16, tr355].

Để làm rõ các căn cứ cần và đủ để áp dụng chế tài yêu cầu bồi thường thiệt hại do vi phạm hợp đồng song vụ, tác giả làm rõ các vấn đề pháp lý sau: (1) Sự vi phạm hợp đồng song vụ; (2) Sự thiệt hại; (3) Mối quan hệ nhân quả giữa vi phạm và thiệt hại; (4) Lỗi.

❖ *Sự vi phạm hợp đồng song vụ*

Về vi phạm hợp đồng song vụ, tác giả cũng đã phân tích làm rõ tại tiểu mục 1.1.1.2 – Vi phạm hợp đồng song vụ của Luận văn này. Trong phạm vi Luận văn này, tác giả nêu lại khái niệm vi phạm hợp đồng song vụ như sau: Vi phạm hợp đồng song vụ là việc một hoặc các bên của hợp đồng song vụ không thực hiện hoặc thực hiện không đúng nghĩa vụ đối với nhau được xác lập trên cơ sở hợp đồng song vụ. Vi phạm hợp đồng song vụ có các đặc điểm cơ bản gồm: (1) vi phạm phát sinh từ việc thực hiện hợp đồng song vụ; (2) vi phạm của một bên hoặc vi phạm của các bên đối với nhau, tức có thể xảy ra trường hợp mỗi bên đều có thể vi phạm; (3) bên vi phạm hợp đồng song vụ có thể vi phạm nhiều nghĩa vụ của hợp đồng; (4) hành vi vi phạm hợp đồng của người này có thể là dẫn đến việc bên kia tạm ngừng thực hiện nghĩa vụ hoặc không thực hiện nghĩa vụ đối với người vi phạm theo nội dung hợp đồng; (5) có thể dẫn đến hệ quả phải gánh chịu các chế tài theo hợp đồng hoặc theo quy định của pháp luật hoặc cả hai. Việc vi phạm hợp đồng song vụ có thể làm phát sinh thiệt hại, hệ quả là bên vi phạm có thể phải gánh chịu chế tài yêu cầu bồi thường thiệt hại nếu bên bị vi phạm chứng minh được các căn cứ cần và đủ. Trong đó, vi phạm hợp đồng song vụ được xếp ở vị trí đầu tiên, khởi nguồn cho việc phát sinh ra trách nhiệm bồi thường thiệt hại cũng như việc áp dụng chế tài yêu cầu

bồi thường thiệt hại. Ngoài ra, như đã đề cập tại tiểu mục 1.4.2 của Luận văn này, cũng cần chú ý, việc áp dụng chế tài yêu cầu bồi thường thiệt hại đối với vi phạm hợp đồng nói chung và hợp đồng song vụ nói riêng không làm chấm dứt nghĩa vụ bị vi phạm, khác với hệ quả làm chấm dứt nghĩa vụ do hành vi trái pháp luật thuộc trách nhiệm dân sự ngoài hợp đồng.

❖ *Sự thiệt hại*

Yếu tố thiệt hại được xác định trên cơ sở khái niệm, giới hạn, phạm vi thiệt hại, có tính đến áp dụng nguyên tắc nghĩa vụ hạn chế, khắc phục thiệt hại của bên bị vi phạm. Về khái niệm, giới hạn, phạm vi thiệt hại, tác giả đã phân tích làm rõ trong phần nội dung trước của Luận văn này. Tuy nhiên, một số vấn đề pháp lý liên quan quan trọng cần làm rõ như sau:

- Vấn đề quy đổi thiệt hại thành tiền

Vấn đề quy đổi thiệt hại thành tiền được Ts. Đỗ Văn Đại đưa ra như sau “*Bồi thường thiệt hại trong lĩnh vực hợp đồng là một khoản tiền. Như vậy, xác định thiệt hại được bồi thường chưa đủ. Chúng ta còn phải quy thiệt hại thành tiền*”[07, tr183]. Tác giả đồng tình với quan điểm này bởi nếu không quy đổi thiệt hại thành tiền được một cách hợp pháp và hợp lý, vấn đề áp dụng chế tài yêu cầu bồi thường thiệt hại không đạt được mục đích trên thực tế, không đảm bảo sự công bằng và lợi ích của các bên. Đối với bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng, Hội đồng thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao đã ban hành Nghị quyết 03/2006/NĐ-HĐTP ngày 8/7/2006, đưa ra được khá chi tiết các nguyên tắc chung và quy định cụ thể khi áp dụng chế tài yêu cầu bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng, tức có thể làm rõ vấn đề “quy đổi thiệt hại thành tiền”. Trong khi đó, đối với thiệt hại phát sinh do vi phạm nghĩa vụ hợp đồng, nhà làm luật vẫn đang bỏ ngỏ. Hệ quả việc sử dụng và thực thi trên thực tế không tránh khỏi sự không thống nhất, nhiều khi thẩm phán cũng như luật sư phải “lúng túng”.

- Nguyên tắc ngăn chặn, hạn chế thiệt hại của bên bị vi phạm

Thiệt hại xảy ra do vi phạm hợp đồng nằm ngoài ý muốn của bên bị vi phạm. Tuy nhiên, trong cuộc sống, có nhiều trường hợp bên bị vi phạm để mặc cho thiệt hại xảy ra mà không thực hiện các biện pháp cần thiết để ngăn chặn, hạn chế thiệt hại, bởi họ tin rằng sẽ đẩy hết lỗi và trách nhiệm bồi thường về bên vi phạm. Với tư duy và hiểu biết thông thường, nếu có thể dùng các biện pháp cần thiết để ngăn ngừa, hạn chế thiệt hại thì trách nhiệm thực hiện ngăn ngừa, hạn chế thiệt hại của bên bị vi phạm là cần thiết và hợp lý. Nếu bên vi phạm chứng minh được bên bị vi phạm trong khả năng cho phép nhưng cố tình không thực hiện các biện pháp cần thiết để ngăn chặn, hạn chế thiệt hại thì bên vi phạm có quyền chính đáng được hưởng giảm mức bồi thường thiệt hại xuống mức hợp lý như có áp dụng các biện pháp ngăn chặn, hạn chế thiệt hại. Áp dụng nguyên tắc này, hậu quả vi phạm được hạn chế ở mức tối đa trong khả năng cho phép của mỗi bên, đồng thời bảo vệ và cân bằng lợi ích cho mỗi bên của hợp đồng.

Trong phần chung về nghĩa vụ cũng như hợp đồng của BLDS 2005 chưa có quy định cụ thể về nguyên tắc này. Hiện tại nguyên tắc ngăn chặn, hạn chế thiệt hại mới chỉ được nhà làm luật đề cập tại khoản 2 Điều 448 BLDS 2005 khi quy định về bồi thường thiệt hại trong thời hạn bảo hành; tại khoản 1 Điều 575 BLDS 2005 khi quy định về bồi thường thiệt hại trong quan hệ hợp đồng bảo hiểm. Nguyên tắc ngăn chặn, hạn chế thiệt hại thực sự có ý nghĩa quan trọng trong quan hệ hợp đồng mua bán có bảo hành và bảo hiểm. Bởi lẽ, bên được bảo hành, bảo hiểm có thể sẽ cố tình để mặc cho thiệt hại xảy ra, vì dù có thiệt hại thì vẫn được bảo hành, bảo hiểm. Tư duy này sẽ gây thiệt hại không đáng có cho bên bảo hành, bảo hiểm.

Nhận thức được tầm quan trọng của nguyên tắc, tiến bộ hơn BLDS 2005, trong LTM 2005 đã có quy định về nghĩa vụ hạn chế tổn thất quy định tại Điều 305. Theo đó, bên yêu cầu bồi thường thiệt hại phải áp dụng các biện pháp hợp lý để hạn chế tổn thất kể cả tổn thất đối với khoản lợi trực tiếp đáng lẽ được hưởng do hành vi

vi phạm hợp đồng gây ra; nếu bên yêu cầu bồi thường thiệt hại không áp dụng các biện pháp đó, bên vi phạm hợp đồng có quyền yêu cầu giảm bớt giá trị bồi thường thiệt hại bằng mức tổn thất đáng lẽ có thể hạn chế được.

- Vấn đề thiệt hại trong thời hạn thực hiện nghĩa vụ ban đầu và trong thời hạn được gia hạn

Đối với vi phạm hợp đồng đã được bên bị vi phạm áp dụng chế tài buộc thực hiện đúng hợp đồng trong một khoảng thời gian gia hạn, song bên vi phạm vẫn tiếp tục vi phạm khi thời gian gia hạn đã hết, việc xác định thiệt hại sẽ tương đối phức tạp. Tác giả cho rằng, thiệt hại trong tình huống vừa nêu cần xác định gồm: (1) thiệt hại phát sinh trong thời hạn thực hiện nghĩa vụ ban đầu của hợp đồng; và gồm cả (2) thiệt hại phát sinh trong thời gian gia hạn thực hiện nghĩa vụ bị vi phạm. Tổng của hai phần thiệt hại này là thiệt hại phát sinh do hành vi vi phạm chung đối với hợp đồng, có như vậy mới bảo đảm quyền lợi cho bên bị vi phạm, cũng như tạo thêm sự ràng buộc nghĩa vụ của hợp đồng, răn đe hành vi vi phạm hợp đồng. Yêu cầu xác định thiệt hại trong thời hạn thực hiện nghĩa vụ ban đầu và trong thời hạn được gia hạn chưa được nhà làm luật BLDS 2005, LTM 2005 quy định, là một lỗ hổng cần được quan tâm khắc phục.

- Vấn đề tổn thất về tinh thần

Một vấn đề đáng kể khác cần đưa ra, liệu thiệt hại do vi phạm hợp đồng nói chung và hợp đồng song vụ nói riêng có bao gồm cả thiệt hại về tinh thần hay không? Có nhiều tình huống xảy ra trong thực tế, việc vi phạm hợp đồng có thể gây ra tổn thất về tinh thần, như gây ra ảnh hưởng xấu về nhân phẩm, danh dự uy tín của bên bị vi phạm. Ví dụ, anh A thuê Công ty B dịch vụ tổ chức lễ cưới. Khi lễ cưới diễn ra, Công ty B được xác định vi phạm các yêu cầu về chế biến món ăn (món ăn bị đánh giá quá tệ, không đúng với tiêu chuẩn quy định trong hợp đồng), dịch vụ âm thanh, ánh sáng thường xuyên bị trục trặc, dẫn đến buổi lễ cưới không được diễn ra tốt đẹp, gia đình anh A bị quan khách chê cười. Ở tình huống này, liệu tổn thất về

tình thần có được xem xét khi xác định thiệt hại do vi phạm hợp đồng. Tác giả thiết nghĩ nhà làm luật cần cân nhắc để bổ sung các quy định về xác định tổn thất về tình thần đối với những trường hợp nhất định có thể thuộc thiệt hại thực tế do vi phạm hợp đồng và cần phải được bồi thường hợp lý.

- Vấn đề tổn thất do chi phí thuê tư vấn, đại diện bảo vệ quyền lợi

Để bảo vệ được quyền lợi của mình khi có tranh chấp xảy ra phát sinh từ vi phạm hợp đồng, bên bị vi phạm thường khởi kiện yêu cầu cơ quan trọng tài, tòa án có thẩm quyền giải quyết. Với hiện trạng pháp luật của Việt Nam được đánh giá như một “rừng luật”, bên bị vi phạm cần phải nhờ sự hỗ trợ tư vấn, đại diện bảo vệ quyền lợi từ các luật sư, chuyên gia pháp lý. Nhiều khi chi phí để thuê tư vấn, bảo vệ quyền lợi là rất lớn so với khoản bồi thường thiệt hại được hưởng theo bản án, dẫn đến thiệt hại lớn cho bên bị vi phạm, trong khi không ai muốn “chi quá nhiều để đòi một khoản không đáng”. Bởi vậy, nhiều người đòi công nợ với số tiền không quá lớn nhiều khi phải bỏ cuộc bởi bài toán chi phí. Luật Sở hữu trí tuệ năm 2005 có quy định về nghĩa vụ chi trả chi phí hợp lý để thuê luật sư khi bên bị vi phạm thắng kiện tranh chấp về sở hữu trí tuệ (theo khoản 3 Điều 205 LSHTT 2005). Tác giả cho rằng nhà làm luật BLDS và LTM cần đầu tư nghiên cứu và bổ sung chi phí hợp lý để thuê luật sư thuộc chi phí thực tế cần phải bồi thường do vi phạm hợp đồng.

❖ *Mối quan hệ nhân quả giữa vi phạm và thiệt hại*

Nguyên nhân và kết quả là cặp phạm trù trong các cặp phạm trù triết học. Mối quan hệ nhân quả cũng đã được làm rõ trong các giáo trình, công trình khoa học về triết học. Dựa trên nguyên tắc lỗi, bên vi phạm chỉ phải bồi thường thiệt hại do hành vi vi phạm hợp đồng của mình (trực tiếp hoặc gián tiếp) gây ra. PGS.TS Đỗ Văn Đại từng viết “*Không phải cứ có thiệt hại là phát sinh trách nhiệm bồi thường và cũng không phải cứ có việc không thực hiện đúng hợp đồng là trách nhiệm này phát sinh*”[07, tr185]. Nếu thiệt hại phát sinh do chính lỗi của bên có quyền, bên có

quyền sẽ không có cơ sở hợp lý để buộc bên vi phạm phải bồi thường. Theo nội dung của mỗi quan hệ nhân quả, hành vi vi phạm có trước, thiệt hại có sau, hành vi vi phạm là nguyên nhân gây ra thiệt hại, thiệt hại xảy ra do hành vi vi phạm. Mỗi quan hệ nhân quả giữa hành vi vi phạm hợp đồng và thiệt hại tồn tại khách quan. Việc xác định mỗi quan hệ nhân quả giữa hành vi vi phạm và thiệt hại có ý nghĩa quan trọng, quyết định phạm vi, giới hạn thiệt hại. Đối với những thiệt hại không có quan hệ nhân quả với hành vi vi phạm, thiệt hại đó sẽ không thuộc trách nhiệm bồi thường của bên vi phạm. BLDS 2005 còn hạn chế khi chưa có quy định cụ thể về quan hệ nhân quả giữa hành vi vi phạm và thiệt hại. Trong khi đó, LTM 2005 đã có quy định tại Điều 304” “*đặt gánh nặng chứng minh lên nguyên đơn*”[04, tr604], buộc bên bị vi phạm phải chứng minh được tính xác thực, khách quan, hợp pháp, hợp lý về mối quan hệ nhân quả giữa hành vi vi phạm hợp đồng và thiệt hại.

❖ Lỗi

Như đã được nêu ra tại tiểu mục 1.2 thuộc Chương I của Luận văn này, ở các nước theo hệ thống pháp luật Civil Law, pháp luật Liên bang Nga và pháp luật Việt Nam, nguyên tắc lỗi có vai trò quan trọng khi xác định trách nhiệm dân sự nói chung và áp dụng chế tài yêu cầu bồi thường thiệt hại nói riêng. Gần giống với nguyên tắc lỗi, phân loại lỗi trong pháp luật hình sự - tố tụng hình sự, BLDS 2005 đưa ra nguyên tắc lỗi như sau “*Người không thực hiện hoặc thực hiện không đúng nghĩa vụ dân sự thì phải chịu trách nhiệm dân sự khi có lỗi cố ý hoặc lỗi vô ý, trừ trường hợp có thoả thuận khác hoặc pháp luật có quy định khác*” (theo khoản 1 Điều 308 BLDS 2005). Lỗi cũng được phân loại thành lỗi vô ý và lỗi cố ý tại khoản 2 Điều 308 BLDS 2005 như sau:

- *Cố ý gây thiệt hại*: là trường hợp một người nhận thức rõ hành vi của mình sẽ gây thiệt hại cho người khác mà vẫn thực hiện và mong muốn hoặc tuy không mong muốn nhưng để mặc cho thiệt hại xảy ra.

- *Vô ý gây thiệt hại*: là trường hợp một người không thấy trước hành vi của mình có khả năng gây thiệt hại, mặc dù phải biết hoặc có thể biết trước thiệt hại sẽ xảy ra hoặc thấy trước hành vi của mình có khả năng gây thiệt hại, nhưng cho rằng thiệt hại sẽ không xảy ra hoặc có thể ngăn chặn được.

Với nguyên tắc lỗi được quy định trong BLDS 2005, việc áp dụng chế tài yêu cầu bồi thường thiệt hại đối với vi phạm hợp đồng cần xác định cả lỗi của bên vi phạm. Lỗi của bên vi phạm hợp đồng được bên bị vi phạm chứng minh qua việc chứng minh mối quan hệ nhân quả giữa hành vi vi phạm và thiệt hại, dưới dạng lỗi suy đoán. Ngược lại, bên vi phạm muốn chứng minh được mình không có lỗi phải chứng minh được hành vi xảy ra thuộc loại hành vi vi phạm hợp đồng không có lỗi theo quy định của BLDS. Theo quy định tại khoản 2 và khoản 3 Điều 302 BLDS 2005, bên vi phạm có thể chứng minh mình không có lỗi nếu thuộc một trong hai trường hợp sau: (1) do sự kiện bất khả kháng thì không phải chịu trách nhiệm dân sự, trừ trường hợp có thoả thuận khác hoặc pháp luật có quy định khác; (2) hoàn toàn do lỗi của bên có quyền.

Áp dụng nguyên tắc lỗi suy đoán, LTM 2005 đã được quy định các trường hợp bên vi phạm hợp đồng được miễn trách nhiệm do vi phạm hợp đồng, tức suy đoán không có lỗi trong các trường hợp sau: (1) Xảy ra trường hợp miễn trách nhiệm mà các bên đã thoả thuận; (2) Xảy ra sự kiện bất khả kháng; (3) Hành vi vi phạm của một bên hoàn toàn do lỗi của bên kia; (4) Hành vi vi phạm của một bên do thực hiện quyết định của cơ quan quản lý nhà nước có thẩm quyền mà các bên không thể biết được vào thời điểm giao kết hợp đồng. Nếu bên vi phạm không chứng minh được hành vi vi phạm thuộc một trong bốn trường hợp được viện dẫn, bên bị vi phạm bị mặc nhiên suy đoán có lỗi và phải trách nhiệm bồi thường thiệt hại do vi phạm hợp đồng theo quy định tại Điều 303 LTM 2005. Nếu BLDS 2005 có quy định rõ ràng và cụ thể như LTM, cách hiểu và áp dụng sẽ dễ dàng hơn, thống nhất hơn. Một điều đáng chú ý về lỗi, hiện BLDS 2005 và LTM 2005 mới chỉ đề

cập đến lỗi của một bên, chưa đề cập đến vấn đề giải pháp xử lý trường hợp hai bên đều có lỗi, mức độ lỗi có thể tương đương hoặc khác nhau. Nếu trọng tài, thẩm phán chỉ căn cứ vào mức độ lỗi và lẽ công bằng để phân chia trách nhiệm bồi thường thiệt hại đối với nhau thì thực sự chưa đảm bảo tính hợp lý, hợp pháp và thống nhất.

Qua phân tích, tác giả nhận định cần xác định 04 yếu tố sau khi áp dụng chế tài yêu cầu bồi thường thiệt hại do vi phạm hợp đồng nói chung và hợp đồng song vụ nói riêng: (1) Hành vi vi phạm hợp đồng; (2) Thiệt hại; (3) Mối quan hệ nhân quả giữa hành vi vi phạm hợp đồng và thiệt hại; (4) Nguyên tắc lỗi và các trường hợp miễn trách nhiệm do vi phạm hợp đồng.

□ ***Các điểm mới về chế tài yêu cầu bồi thường thiệt hại trong BLDS 2015***

BLDS 2015 với nhiều điểm mới khắc phục được đáng kể các hạn chế của BLDS 2005, cụ thể như sau:

✓ ***Điểm mới thứ nhất***, bổ sung quy định riêng về trách nhiệm bồi thường thiệt hại do vi phạm nghĩa vụ và nguyên tắc bồi thường toàn bộ. Điều 13 được bổ sung quy định cá nhân, pháp nhân có quyền dân sự bị xâm phạm được bồi thường toàn bộ thiệt hại, trừ trường hợp các bên có thỏa thuận khác hoặc pháp luật có quy định khác. Cụ thể, theo quy định tại Điều 360 BLDS 2015, trường hợp có thiệt hại do vi phạm nghĩa vụ gây ra thì bên vi phạm nghĩa vụ phải bồi thường toàn bộ thiệt hại, trừ trường hợp có thỏa thuận khác hoặc pháp luật có quy định khác. Thiệt hại được bồi thường do vi phạm nghĩa vụ theo hợp đồng nói chung và hợp đồng song vụ nói riêng cũng được xác định theo quy định Điều 13 và Điều 360 được viện dẫn (theo khoản 1 Điều 419 BLDS 2015). Các quy định này đã tạo cơ sở pháp lý xác định trách nhiệm bồi thường thiệt hại trong hợp đồng, tức trách nhiệm bồi thường do vi phạm hợp đồng. Nguyên tắc bồi thường toàn bộ cũng được bổ sung ghi nhận kịp thời. Với nguyên tắc bồi thường toàn bộ, bên bị vi phạm có thể được bảo đảm được

bồi thường toàn bộ các thiệt hại phát sinh do vi phạm hợp đồng gây ra, bảo vệ quyền và lợi ích tối đa cho bên bị vi phạm.

✓ *Điểm mới thứ hai*, bổ sung quy định về phạm vi thiệt hại do vi phạm nghĩa vụ hợp đồng bao gồm cả thiệt hại về vật chất và thiệt hại về tinh thần. Theo quy định tại Điều 361 và Điều 419 BLDS 2015, thiệt hại do vi phạm hợp đồng song vụ gồm hai loại:

- (1) Loại thứ nhất là thiệt hại về vật chất. Việc xác định tổn thất cần đảm bảo tiêu chí “thực tế xác định được”, tức phải có căn cứ xác thực để xác định phạm vi và số lượng thiệt hại. Phạm vi bồi thường vật chất do vi phạm hợp đồng đã được mở rộng hơn so với BLDS 2005, có sự phù hợp với quy định tiên bộ trong LTM 2005. Cụ thể, ngoài các thiệt hại vật chất được xác định theo Điều 360 BLDS 2015 (giống với phạm vi bồi thường đã quy định tại BLDS 2005), người có quyền còn có thể: (1) yêu cầu bồi thường thiệt hại cho lợi ích mà lẽ ra mình sẽ được hưởng do hợp đồng mang lại; (2) yêu cầu người có nghĩa vụ chi trả chi phí phát sinh do không hoàn thành nghĩa vụ hợp đồng mà không trùng lặp với mức bồi thường thiệt hại cho lợi ích mà hợp đồng mang lại. Điểm mới này của BLDS 2015 đã tạo ra sự phù hợp với LTM 2005 cũng như quy định của pháp luật quốc tế, đồng thời bảo vệ tối đa lợi ích cho lợi ích của bên bị vi phạm, bổ sung thêm giá trị lợi ích và mục đích áp dụng của chế tài yêu cầu bồi thường thiệt hại.
- (2) Loại thứ hai là thiệt hại về tinh thần. Xác định thiệt hại về tinh thần bị bỏ ngỏ trong BLDS 2005, nay đã được bổ sung hợp lý trong BLDS 2015. Đối với phạm vi thiệt hại về tinh thần, so với BLDS 2005, tại Điều 360 BLDS 2015 có được bổ sung thêm “các lợi ích nhân thân khác”, tạo ra quy định mở và hợp lý về xác định loại này, bởi các lợi ích nhân thân của một chủ thể không chỉ bao gồm “tính mạng, sức khỏe, danh dự, nhân phẩm, uy

tín”, ví dụ như bí mật đời tư cá nhân. Đối với vi phạm hợp đồng, BLDS 2015 có bổ sung quy định theo yêu cầu của người có quyền, tòa án có thể buộc người có nghĩa vụ bồi thường thiệt hại về tinh thần cho người có quyền; mức bồi thường do tòa án quyết định căn cứ vào nội dung vụ việc (theo khoản 3 Điều 419 BLDS 2015). Việc ghi nhận rõ thiệt hại đối với vi phạm hợp đồng bao gồm cả thiệt hại về tinh thần, thay đổi căn bản nhận thức về thiệt hại phát sinh do vi phạm hợp đồng. Ngoài ra, tòa án được quy định có thẩm quyền quyết định việc bồi thường, mức bồi thường thiệt hại về tinh thần là hợp lý, bởi việc xác định thiệt hại về tinh thần trừu tượng và phức tạp, cần giao cho tòa án là cơ quan xét xử xác định căn cứ vào nội dung và mức độ vi phạm.

✓ *Điểm mới thứ ba*, bổ sung quy định về nghĩa vụ ngăn chặn, hạn chế thiệt hại ở phần chung về nghĩa vụ tại Điều 362 BLDS 2015. So với BLDS 2005 chưa có quy định về nghĩa vụ ngăn chặn, hạn chế thiệt hại, việc BLDS 2015 bổ sung nghĩa vụ này đã: (1) thể hiện đúng đắn tầm quan trọng của nguyên tắc hạn chế, khắc phục thiệt hại; (2) tạo ra nguyên tắc chung có thể áp dụng đối với các hợp đồng song vụ thông dụng trong BLDS 2015 cũng như các hợp đồng không thông dụng chưa được BLDS quy định.

✓ *Điểm mới thứ tư*, bổ sung quy định xử lý trường hợp thiệt hại do vi phạm hợp đồng do cả hai bên có lỗi. Theo quy định tại Điều 363 BLDS, trường hợp vi phạm nghĩa vụ và có thiệt hại là do một phần lỗi của bên bị vi phạm thì bên vi phạm chỉ phải bồi thường thiệt hại tương ứng với mức độ lỗi của mình. Quy định này bổ khuyết kịp thời lỗ hổng phải lý của BLDS 2005 như đã được phân tích.

2.2.1.3. Chế tài phạt vi phạm hợp đồng

Bên cạnh chế tài yêu cầu bồi thường thiệt hại, chế tài phạt vi phạm có ý nghĩa, vai trò quan trọng trong việc ngăn ngừa và xử lý trách nhiệm vi phạm hợp đồng. Chế tài phạt vi phạm được hiểu là việc bên vi phạm phải trả một khoản tiền

được ấn định trước cho bên bị vi phạm do có hành vi vi phạm hợp đồng. Nếu xét đến mục đích áp dụng, chế tài phạt vi phạm có phạm vi mục đích rộng hơn so với chế tài yêu cầu bồi thường thiệt hại. Mục đích trọng tâm của chế tài yêu cầu bồi thường thiệt hại là đảm bảo cho bên bị vi phạm được đền bù thỏa đáng khi có vi phạm xảy ra. Trong khi đó, việc áp dụng chế tài phạt vi phạm hợp đồng được nhiều học giả đánh giá có mục đích, ý nghĩa gồm:

(1) Tạo cơ chế bảo đảm thực hiện nghĩa vụ của hợp đồng. Theo nguyên tắc tự do thỏa thuận, các bên của hợp đồng, nhất là hợp đồng song vụ khi các bên đều có nghĩa vụ đối với nhau, thỏa thuận hậu quả bất lợi là việc trả một khoản tiền phạt khi có vi phạm hợp đồng xảy ra. Nếu có vi phạm xảy ra, mặc dù có thể chưa xảy ra thiệt hại, bên bị vi phạm phải trả cho bên bị vi phạm một khoản tiền, thường là không ít so với giá trị của hợp đồng. Vì vậy, chế tài phạt vi phạm là biện pháp răn đe, tác động nhằm mục đích nâng cao trách nhiệm thực hiện đúng hợp đồng của các bên.

(2) Đền bù cho bên bị vi phạm một khoản tiền nhất định do đã tin tưởng ký kết hợp đồng, mặc dù có thể thiệt hại chưa xảy ra. Khi có vi phạm hợp đồng xảy ra, bên bị vi phạm có thể viện dẫn căn cứ yêu cầu bên vi phạm phải trả một khoản tiền phạt, không bao gồm nghĩa vụ chứng minh thiệt hại. Việc được nhận một khoản tiền sẽ có giá trị bù đắp cho việc bên bị vi phạm có quyền bị vi phạm hợp đồng, ít nhất có thể bù đắp được đáng kể thiệt hại khi có thiệt hại xảy ra.

Cần phân biệt chế tài phạt vi phạm với chế tài yêu cầu bồi thường thiệt hại ở những điểm cơ bản sau:

- Về cơ sở pháp lý viện dẫn, chế tài phạt vi phạm cần phải thỏa thuận trước trong hợp đồng. Trong khi đó, chế tài yêu cầu bồi thường thiệt hại có thể mặc nhiên áp dụng khi có thiệt hại xảy ra do vi phạm hợp đồng mà không cần phải có thỏa thuận trước.

- Về căn cứ phát sinh, chế tài yêu cầu bồi thường thiệt hại chỉ được áp dụng nếu có thiệt hại xảy ra. Khác với điều này, bên bị vi phạm chỉ cần chứng minh được có cơ sở pháp lý, có hành vi vi phạm thực tế và không thuộc trường hợp miễn trách

nhiệm, bên bị vi phạm sẽ có thể yêu cầu bên vi phạm có trách nhiệm nộp phạt cho bên bị vi phạm.

- Về nội dung áp dụng, bên bị vi phạm áp dụng chế tài phạt vi phạm bằng việc yêu cầu bên vi phạm phải nộp cho mình một khoản tiền được xác định trước theo thỏa thuận của hợp đồng. Đối với chế tài yêu cầu bồi thường thiệt hại, phạm vi, giới hạn bồi thường được xác định trên cơ sở thiệt hại thực tế, theo nguyên tắc toàn bộ kết hợp với nguyên tắc lỗi.

Ở các nước theo hệ thống pháp luật Civil Law, phạt vi phạm có được ghi nhận áp dụng như một loại chế tài đối với vi phạm hợp đồng. BLDS Pháp đã dành riêng một mục gồm 8 Điều từ Điều 1226 đến điều 1233 quy định về nghĩa vụ kèm theo phạt vi phạm. Theo quy định định nghĩa tại Điều 1226 và Điều 1229 BLDS Pháp, chế tài phạt vi phạm được áp dụng khi có thỏa thuận kèm theo nghĩa vụ, để: (1) bảo đảm thực hiện hợp đồng; và (2) đền bù các thiệt hại do việc không thực hiện nghĩa vụ chính gây ra cho bên có quyền. BLDS Đức cũng dành nhiều điều khoản quy định về phạt hợp đồng (contractual penalty), có sự phân biệt giữa phạt vi phạm do không thực hiện hợp đồng (Điều 340) và do không thực hiện đúng hợp đồng (Điều 341). Theo Điều 340 BLDS Đức, đối với vi phạm hợp đồng do không thực hiện nghĩa vụ, bên bị vi phạm chỉ có thể đòi tiền phạt thay cho việc hoàn thành nghĩa vụ, không được cùng áp dụng chế tài buộc thực hiện đúng hợp đồng. Trong khi đó, theo Điều 341, nếu nghĩa vụ được quy định thực hiện trong một thời hạn nhất định, nhưng bên vi phạm chậm trễ thực hiện nghĩa vụ thì bên có quyền có thể đồng thời áp dụng chế tài buộc thực hiện đúng hợp đồng và chế tài phạt vi phạm. Việc phân biệt loại vi phạm khi áp dụng chế tài phạt vi phạm ở BLDS Đức tương tự với quy định trong BLDS Pháp (Điều 1228 và Điều 1229) và BLDS Liên bang Nga năm 1994 (Điều 396). Một điểm đáng chú ý, cả BLDS Pháp (Điều 1231), BLDS Đức (Điều 343) và BLDS Liên bang Nga (Điều 333) đều có quy định nguyên tắc tòa án được can thiệp vào việc áp dụng chế tài phạt vi phạm qua việc quyết định giảm bớt mức phạt vi phạm trong trường hợp mức phạt vi phạm “*rõ ràng không*

tương ứng với hậu quả từ việc vi phạm nghĩa vụ hợp đồng”[16, tr479], tức mức phạt vi phạm cao hơn quá nhiều so với hậu quả từ việc vi phạm nghĩa vụ hợp đồng. Việc BLDS quy định cho phép tòa án được quyền quyết định giảm mức phạt vi phạm có ý nghĩa quan trọng trong việc “*bảo vệ nguyên tắc công bằng, thiện chí trong giao lưu dân sự*”[16, tr479], nhất là bên yếu thế trong quan hệ hợp đồng.

Khác với các nước theo hệ thống pháp luật Civil Law với những quy định chi tiết và cụ thể về chế tài phạt vi phạm, pháp luật các nước theo hệ thống pháp luật Common Law không quy định áp dụng chế tài này. Để đảm bảo đền bù thỏa đáng cho bên bị vi phạm hợp đồng, pháp luật chỉ quy định cụ thể từng loại thiệt hại, tương ứng với loại trách nhiệm bồi thường cụ thể. Gần giống với chế tài phạt vi phạm, pháp luật thực định và án lệ Hoa Kỳ có quy định về bồi thường thiệt hại ấn định trước Incidental Damages, cụ thể bên vi phạm phải trả cho bên vi phạm một khoản bồi thường thiệt hại đã dự tính trước. Tuy nhiên, không thể coi bồi thường thiệt hại ấn định trước tương tự, đồng nhất với chế tài phạt vi phạm, bởi việc bồi thường thiệt hại ấn định trước dự trên căn cứ có thiệt hại thực tế, song do khó xác định nên hai bên lựa chọn giải pháp ước lượng ấn định trước để dễ xác định và áp dụng. Trong khi đó, chế tài phạt vi phạm không dựa vào căn cứ thiệt hại, mà dựa vào căn cứ chính là có xảy ra vi phạm hợp đồng và có thỏa thuận phạt vi phạm tương ứng.

Công ước viên 1980 hiện chưa có quy định điều chỉnh về phạt vi phạm. Do chưa có quy định, việc thỏa thuận phạt vi phạm cần phải căn cứ vào pháp luật của các bên tham gia, pháp luật các bên lựa chọn áp dụng khi giao kết hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế. Giống với bản chất của phạt vi phạm hợp đồng, Bộ nguyên tắc của Unidroit về hợp đồng thương mại quốc tế có quy định về tiền bồi thường ấn định trước trong hợp đồng tại Điều 7.4.13. Cụ thể, việc trả khoản tiền bồi thường thiệt hại ấn định trước này độc lập với trách nhiệm bồi thường thiệt hại thực tế do vi phạm hợp đồng. Ngoài ra, theo Điều 7.4.13 được viện dẫn, tòa án được quyền xem xét quyết định giảm mức bồi thường ấn định trước giống như quy định về giảm mức

phạt vi phạm theo quy định trong BLDS Đức, BLDS Pháp và BLDS Liên Bang Nga.

□ ***Chế tài phạt vi phạm theo quy định trong BLDS 2005 và LTM 2005***

- *Về khái niệm và căn cứ viện dẫn*

Khác với việc quy định chế tài phạt vi phạm như một biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ được áp dụng theo thỏa thuận hoặc theo quy định của pháp luật, với mức phạt tối đa 5% như quy định tại BLDS 1995 (đã nêu tại Mục 2.1.2 của Luận văn này), BLDS 2005 quy định chế tài này như một nội dung thỏa thuận được thừa nhận trong hợp đồng, đảm bảo tối đa nguyên tắc tự do thỏa thuận. Cụ thể, chế tài phạt vi phạm được chuyển tới phần quy định trong mục “Hợp đồng dân sự”, tại khoản 7 Điều 402 và Điều 422, được áp dụng với danh nghĩa là một nội dung thỏa thuận trong hợp đồng được pháp luật thừa nhận, được ràng buộc pháp lý và được viện dẫn áp dụng khi có căn cứ phát sinh. BLDS 2005 có quy định định nghĩa về chế tài phạt vi phạm tại khoản 1 Điều 422 như sau “*Phạt vi phạm là sự thỏa thuận giữa các bên trong hợp đồng, theo đó bên vi phạm nghĩa vụ phải nộp một khoản tiền cho bên bị vi phạm*”. Dựa trên định nghĩa này, có thể rút ra 02 nội dung sau:

- (1) Căn cứ viện dẫn: là sự thỏa thuận giữa các bên trong hợp đồng, tức nếu không thỏa thuận thì không được quyền viện dẫn áp dụng.
- (2) Nội dung áp dụng: bên vi phạm nghĩa vụ phải nộp một khoản tiền cho bên bị vi phạm.

LTM 2005 quy định phạt vi phạm là một trong bảy chế tài được áp dụng tại khoản 2 Điều 292, ngay sau chế tài buộc thực hiện đúng hợp đồng tại khoản 1. Được liệt kê ở vị trí thứ hai trong danh sách bảy chế tài, nhà làm luật đã thể hiện ý nghĩa và vai trò quan trọng nhất định của chế tài phạt vi phạm. Theo đó, chế tài phạt vi phạm thường xuất hiện trong các hợp đồng song vụ trong thương mại. Theo quy định tại LTM 2005, phạt vi phạm là việc bên bị vi phạm yêu cầu bên vi phạm trả một khoản tiền phạt do vi phạm hợp đồng nếu trong hợp đồng có thỏa thuận. Có thể thấy, định nghĩa phạt vi phạm trong LTM 2005 được tiếp cận ngược với quy định

trong BLDS 2005, cụ thể LTM 2005 quy định qua quyền yêu cầu trả tiền vi phạm, trong khi đó, BLDS 2005 quy định trách nhiệm trả tiền phạt của bên phạt vi phạm. Về điểm này, tác giả cho rằng nên quy định định nghĩa theo cách tiếp cận của BLDS 2005, thể hiện rõ và nhấn mạnh được hậu quả pháp lý bất lợi mà bên vi phạm phải gánh chịu khi vi phạm hợp đồng và bị phạt vi phạm. Mặc dù có điểm khác về cách tiếp cận nội dung dụng, cả BLDS 2005 và LTM 2005 đều quy định giống nhau về căn cứ viện dẫn, đó là phải có thỏa thuận trong hợp đồng. Như vậy, dù là hợp đồng song vụ trong dân sự hay trong thương mại, nếu các bên không thỏa thuận về phạt vi phạm thì bên bị vi phạm hợp đồng không được quyền viện dẫn và yêu cầu áp dụng chế tài phạt vi phạm hợp đồng.

- Về căn cứ áp dụng

Ngoài các điều kiện chung khi áp dụng các chế tài do vi phạm hợp đồng song vụ được trình bày trong Mục 1.2 của Luận văn này, bên bị vi phạm khi yêu cầu áp dụng chế tài phạt vi phạm phải đưa ra các căn cứ cần và đủ. Dựa trên nguyên tắc lỗi, nguyên tắc tự do thỏa thuận, định nghĩa chế tài phạt vi phạm và các trường hợp miễn trách nhiệm đối với vi phạm hợp đồng, việc áp dụng chế tài phạt vi phạm theo BLDS 2005 cũng như LTM 2005 cần chứng minh được các căn cứ sau đây:

Căn cứ thứ nhất, có thỏa thuận phạt vi phạm hợp đồng trong hợp đồng. Thỏa thuận phạt vi phạm có thể tồn tại trong hợp đồng ban đầu, trong hợp đồng được sửa đổi bổ sung, trong phụ lục hoặc trong các văn bản được hai bên thỏa thuận là một phần nội dung của hợp đồng.

Căn cứ thứ hai, có hành vi vi phạm hợp đồng là căn cứ phát sinh quyền yêu cầu áp dụng chế tài. Trong hợp đồng song vụ, mỗi bên có thể có nhiều nghĩa vụ đối với nhau. Các bên có thể thỏa thuận việc vi phạm một, một số hoặc bất kỳ nghĩa vụ nào của hợp đồng là đã có cơ sở để phát sinh quyền yêu cầu áp dụng chế tài phạt vi phạm. Trong trường hợp, các bên thỏa thuận chỉ được áp dụng chế tài phạt vi phạm khi bên có nghĩa vụ vi phạm một, một số nghĩa vụ cụ thể thì bên có quyền chỉ được yêu cầu áp dụng chế tài phạt vi phạm khi một hoặc một số nghĩa vụ bị vi phạm xảy

ra. Đối với trường hợp các bên thỏa thuận chế tài phạt vi phạm được áp dụng khi có bất kỳ nghĩa vụ nào bị vi phạm, bên có quyền được quyền áp dụng chế tài khi có bất kỳ nghĩa vụ nào bị vi phạm. Ngoài ra, các bên hoàn toàn có thể thỏa thuận nội dung phạt vi phạm khác nhau đối với từng nghĩa vụ cụ thể của hợp đồng khi bị vi phạm. Do vậy, các bên cần chú ý thỏa thuận rõ ràng và cụ thể phạm vi nghĩa vụ bị vi phạm là cơ sở phát sinh quyền yêu cầu áp dụng chế tài phạt vi phạm hợp đồng.

Căn cứ thứ ba, việc vi phạm hợp đồng không thuộc các trường hợp được miễn trách nhiệm do vi phạm hợp đồng. Nếu bên vi phạm chứng minh được nghĩa vụ bị vi phạm thuộc trường hợp được pháp luật quy định hay do các bên thỏa thuận, việc vi phạm hợp đồng sẽ được miễn trừ trách nhiệm, đồng nghĩa bên bị vi phạm không thể đưa ra yêu cầu áp dụng chế tài phạt vi phạm.

- Về mức phạt vi phạm

Khi áp dụng chế tài phạt vi phạm, bên vi phạm phải trả một khoản tiền cho bên bị vi phạm. Do chế tài phạt vi phạm được viện dẫn trên có sở có thỏa thuận nên mức phạt cũng dựa trên thỏa thuận nhưng không vượt quá giới hạn tối đa luật định. BLDS 1995 đưa ra mức giới hạn tối đa phạt vi phạm là 5% (Điều 378). Nhiều học giả đánh giá việc hạn chế mức phạt tối đa 5% đã không đảm bảo tối đa nguyên tắc tự do thỏa thuận, cũng chưa có cơ sở nào đưa ra mức 5%. BLDS 2005 đã khắc phục được hạn chế này, khẳng định rõ tại khoản 2 Điều 422 “*Mức phạt vi phạm do các bên thỏa thuận*”. BLDS 2005 đã không đưa ra bất kỳ giới hạn nào về mức phạt vi phạm, đảm bảo tối đa nguyên tắc tự do thỏa thuận của các bên, tạo thêm cơ chế để các bên ràng buộc trách nhiệm với nhau, tăng hiệu lực pháp lý của hợp đồng. Tuy nhiên, có một số học giả lại có quan điểm cho rằng, nếu không có giới hạn hợp lý, nhiều trường hợp lợi dụng chế tài phạt vi phạm để sát phạt nhau, đặc biệt bên có thế mạnh kinh tế sẽ lợi dụng chế tài phạt vi phạm để sát phạt, “bóc lột” bên yếu thế.

Với mong muốn đưa ra một giới hạn hợp lý, LTM 2005 có được quy định giới hạn mức phạt vi phạm tại Điều 301 như sau “*Mức phạt đối với vi phạm nghĩa vụ hợp đồng hoặc tổng mức phạt đối với nhiều vi phạm do các bên thỏa thuận trong*

hợp đồng, nhưng không quá 8% giá trị phần nghĩa vụ hợp đồng bị vi phạm, trừ trường hợp quy định tại Điều 266 của Luật này”. Trường hợp ngoại lệ đối với giới hạn phạt vi phạm theo quy định tại khoản 1 Điều 266 áp dụng trong trường hợp kết quả giám định sai như sau: “*Trường hợp thương nhân kinh doanh dịch vụ giám định cấp chứng thư giám định có kết quả sai do lỗi vô ý của mình thì phải trả tiền phạt cho khách hàng. Mức phạt do các bên thỏa thuận, nhưng không vượt quá mười lần thù lao dịch vụ giám định*”. Xem xét giới hạn phạt vi phạm theo LTM 2005, có hai vấn đề pháp lý cần làm rõ sau:

Thứ nhất, mức giới hạn tỷ lệ 8% hay không vượt quá mười lần thù lao dịch vụ giám định được xác định trên cơ sở nào? Hiện khó có thể viện dẫn cơ sở lý luận và thực tiễn tại sao lại xác định được mức giới hạn này. Bên cạnh việc hạn chế quyền tự do thỏa thuận như đối với BLDS 2005, tác giả đồng tình với nhiều học giả cho rằng nhà làm luật LTM 2005 đang đưa quan điểm chủ quan vào luật khi áp đặt một mức phạt vi phạm chưa có cơ sở rõ ràng. Bảo vệ cho quan điểm hợp lý của mức phạt vi phạm trong LTM 2005, lý lẽ được đưa ra là ngăn ngừa tình trạng sát phạt, lợi dụng thái quá chế tài phạt vi phạm trong hoạt động kinh doanh thương mại. Song tác giả cho rằng, lý lẽ này khó có thể kiểm chứng bằng cơ sở thuyết phục về lý luận cũng như trên thực tế. Do trong kinh doanh thương mại, nếu có vi phạm thì thiệt hại có thể xảy ra rất lớn, cần có thêm chế tài mạnh như phạt vi phạm không có giới hạn mức phạt để bảo đảm quyền lợi chính đáng của các bên.

Thứ hai, mức giới hạn phạt 8% được tính trên “*giá trị phần nghĩa vụ hợp đồng bị vi phạm*”. Cần phân biệt được “*giá trị phần nghĩa vụ hợp đồng bị vi phạm*” với “*giá trị của hợp đồng*”. Cần tránh các hiểu sai, đánh đồng giá trị phần nghĩa vụ hợp đồng bị vi phạm với giá trị của hợp đồng. Tùy từng trường hợp, giá trị phần nghĩa vụ hợp đồng bị vi phạm có thể nhỏ hơn hoặc bằng với giá trị của hợp đồng. Trong thực tiễn áp dụng, việc xác định “*giá trị phần nghĩa vụ hợp đồng bị vi phạm*”

không phải là vấn đề đơn giản, đặc biệt đối với hợp đồng dịch vụ, bên có nghĩa vụ phải thực hiện một công việc nhất định.

□ ***Các điểm mới về chế tài phạt vi phạm hợp đồng theo quy định của BLDS 2015***

Bên cạnh tiếp tục kế thừa các quy định về chế tài phạt vi phạm đối với vi phạm hợp đồng song vụ trong BLDS 2005, BLDS 2015 đã bổ sung điểm mới mới về mức phạt vi phạm, đảm bảo sự hài hòa với quy định của LTM 2005, khắc phục được các hạn chế đã được phân tích trong BLDS 2005. Theo quy định tại Điều 418 BLDS 2015, mức phạt vi phạm do các bên thỏa thuận, trừ trường hợp luật liên quan có quy định khác. Với yếu tố bổ sung “trừ trường hợp luật liên quan có quy định khác”, BLDS 2015 vẫn tôn trọng nguyên tắc tự do thỏa thuận và cam kết của các bên về phạt vi phạm, đồng thời tạo ra quy định mở tránh mâu thuẫn với các quy định trong các luật chuyên ngành, điển hình là LTM. Với điểm mới này, không còn cơ sở để bình luận rằng mức phạt vi phạm trong BLDS bị mâu thuẫn với các luật chuyên ngành nói chung và LTM 2005 nói riêng.

2.2.1.4. *Tạm ngừng (hoãn) thực hiện hợp đồng*

Quyền hoãn thực hiện hợp đồng song vụ theo cách gọi của BLDS 2005 hay quyền tạm ngừng thực hiện theo cách gọi của LTM 2005 là một chế tài điển hình chỉ áp dụng đối với vi phạm hợp đồng song vụ. Do nội dung của hợp đồng song vụ, mỗi bên có thể có một hoặc nhiều nghĩa vụ đối với nhau. Các nghĩa vụ đối với nhau của mỗi bên có thể được thực hiện theo một trình tự nhất định, bên này thực hiện nghĩa vụ nhất định thì bên kia mới phải thực hiện nghĩa vụ nhất định. *Ví dụ, trong hợp đồng mua bán tài sản, các bên thỏa thuận bên bán giao tài sản trước, bên mua thanh toán tiền sau khi được giao tài sản. Trường hợp này, nghĩa vụ giao tài sản của bên bán phải thực hiện trước, bên mua sẽ phải thanh toán sau khi nhận được tài sản.* Việc áp dụng chế tài hoãn thực hiện hợp đồng hay tạm ngừng thực hiện hợp đồng sẽ bảo đảm quyền lợi cho bên có quyền đối với một nghĩa vụ của bên kia cần thực hiện trước. Việc áp dụng chế tài này sẽ không khiến bên áp dụng phải gánh

chịu trách nhiệm dân sự, không bị áp dụng chế tài do đơn phương tạm ngừng, hoãn thực hiện nghĩa vụ của hợp đồng. Việc tạm ngừng, hoãn thực hiện nghĩa vụ không làm chấm dứt hiệu lực hợp đồng, bởi ngay ở tên gọi, chế tài này chỉ làm tạm ngừng việc thực hiện hợp đồng của bên bị vi phạm hợp đồng, tạo áp lực ràng buộc để thôi thúc bên vi phạm phải thực hiện đúng nghĩa vụ của mình.

Pháp luật ở các nước theo hệ thống pháp luật Civil Law có quy định về chế tài tạm ngừng thực hiện hợp đồng. Trong BLDS Pháp, chế tài này không được quy định trong phần chung hợp đồng nhưng có được ghi nhận trong một số hợp đồng song vụ gồm hợp đồng mua bán, hợp đồng trao đổi. Theo khoản 1 Điều 320 BLDS Đức, nếu không phải thực hiện trước, một bên có quyền từ chối thực hiện nghĩa vụ của mình cho tới khi nghĩa vụ của bên kia được thực hiện. Ngoài ra, chế tài này còn được quy định trong pháp luật của nhiều nước như Ý, Thụy Sĩ,... Bộ nguyên tắc của Unidroit về hợp đồng thương mại quốc tế cũng có điều khoản riêng về tạm ngừng thực hiện nghĩa vụ hợp đồng tại điểm 2 Điều 7.1.4 như sau “*Khi một bên phải thực hiện nghĩa vụ sau bên kia thì có quyền tạm ngừng thực hiện nghĩa vụ của mình khi bên kia chưa thực hiện nghĩa vụ của họ*”[24, tr311]. Khác với điều này, chế tài tạm ngừng thực hiện hợp đồng không tồn tại trong các chế tài đối với vi phạm hợp đồng ở các nước theo hệ thống pháp luật Common Law.

Ở Việt Nam, chế tài tạm ngừng thực hiện hợp đồng được ghi nhận trong cả BLDS 2005 và LTM 2005.

□ ***Về căn cứ, nội dung áp dụng***

Theo quy định Điều 415 BLDS 2005, nhà làm luật dùng thuật ngữ “Quyền hoãn thực hiện nghĩa vụ dân sự trong hợp đồng song vụ”. Theo đó, bên có nghĩa vụ phải thực hiện có thể hoãn thực hiện nghĩa vụ khi có một trong hai trường hợp sau xảy ra:

- Trường hợp thứ nhất, bên phải thực hiện nghĩa vụ trước có quyền hoãn thực hiện nghĩa vụ, nếu tài sản của bên kia đã bị giảm sút nghiêm trọng đến mức

không thể thực hiện được nghĩa vụ như đã cam kết cho đến khi bên kia có khả năng thực hiện được nghĩa vụ hoặc có người bảo lãnh.

- Trường hợp thứ hai, bên phải thực hiện nghĩa vụ sau có quyền hoãn thực hiện nghĩa vụ đến hạn nếu bên thực hiện nghĩa vụ trước chưa thực hiện nghĩa vụ của mình khi đến hạn.

Theo trường hợp thứ nhất, một bên của hợp đồng song vụ có thể hoãn thực hiện nghĩa vụ ngay cả khi chưa có vi phạm hợp đồng xảy ra, bởi thời điểm căn cứ áp dụng là khi bên áp dụng xác định được *“tài sản của bên kia đã bị giảm sút nghiêm trọng đến mức không thể thực hiện được nghĩa vụ như đã cam kết”*, tức việc vi phạm hợp đồng mới ở dạng “nguy cơ”. Do vậy, việc hoãn thực hiện nghĩa vụ trong trường hợp thứ nhất chưa thỏa mãn đủ các yếu tố để xác định là chế tài đối với vi phạm hợp đồng song vụ. Ở trường hợp thứ hai, việc hoãn thực hiện nghĩa vụ được áp dụng khi đã có vi phạm nghĩa vụ đến hạn xảy ra, đủ điều kiện để coi như một chế tài đối với vi phạm hợp đồng song vụ. Tuy nhiên, có quan điểm cho rằng căn cứ “bên thực hiện nghĩa vụ trước chưa thực hiện nghĩa vụ của mình khi đến hạn” là thiếu chính xác. Bởi theo quy định này, việc “chưa thực hiện” không thể xác định thỏa đáng khi thực tế có tình trạng “chưa thực hiện một phần” hay “chưa thực hiện đầy đủ” hay “đã thực hiện nghĩa vụ như không đúng nghĩa vụ”. Thiết nghĩ, nhà làm luật nên sửa đổi căn cứ thành “bên thực hiện nghĩa vụ trước vi phạm nghĩa vụ của mình khi đến hạn”, sẽ đảm bảo tính bao quát và chính xác.

Qua phân tích nội dung chế tài hoãn thực hiện hợp đồng tại khoản 2 Điều 415 BLDS 2005, các căn cứ áp dụng có thể được xác định gồm: (1) hợp đồng thuộc loại hợp đồng song vụ; (2) có tồn tại nghĩa vụ của bên này phải thực hiện trước khi nghĩa vụ của bên kia; (3) bên phải thực hiện nghĩa vụ trước đã vi phạm nghĩa vụ khi đến hạn; (4) việc vi phạm nghĩa vụ không thuộc trường hợp miễn trách nhiệm đối với vi phạm hợp đồng. Về nội dung áp dụng, bên bị vi phạm được quyền hoãn thực hiện nghĩa vụ, tức tạm thời không thực hiện nghĩa vụ cho đến khi bên kia thực hiện

nghĩa vụ đã vi phạm khi đến hạn; nếu bên kia vẫn tiếp tục vi phạm, bên bị vi phạm phải áp dụng các chế tài khác theo thỏa thuận hoặc theo quy định của pháp luật.

LTM 2005 dùng thuật ngữ khác đối với chế tài có nội dung gần giống với chế tài hoãn thực hiện nghĩa vụ theo quy định tại BLDS 2005, đó là chế tài “tạm ngừng thực hiện hợp đồng”. Theo quy định tại khoản 1 Điều 308 LTM 2005, tạm ngừng thực hiện hợp đồng là việc một bên tạm thời không thực hiện nghĩa vụ trong hợp đồng, khi có đủ ba căn cứ sau đây:

- Căn cứ thứ nhất, không thuộc trường hợp miễn trách nhiệm theo quy định tại Điều 294 của LTM 2005 (được trình bày tại Tiểu mục 2.2.3 của Luận văn này).
- Căn cứ thứ hai, xảy ra hành vi vi phạm mà các bên đã thỏa thuận là điều kiện để tạm ngừng thực hiện hợp đồng; hoặc một bên vi phạm cơ bản nghĩa vụ hợp đồng.

Căn cứ thứ hai được xác định là một trong hai trường hợp gồm:

- Trường hợp thứ nhất: xảy ra hành vi vi phạm mà các bên đã thỏa thuận là điều kiện để tạm ngừng thực hiện hợp đồng. Trường hợp thứ nhất này giống với điều kiện áp dụng chế tài phạt vi phạm hợp đồng, đó là tính buộc thỏa thuận, nếu không có thỏa thuận thì không có quyền viện dẫn áp dụng. Các bên của hợp đồng có thể thỏa thuận việc vi phạm một hoặc một số nghĩa vụ nhất định có thể là căn cứ để được áp dụng chế tài tạm ngừng thực hiện hợp đồng.. Bên áp dụng chế tài chỉ được viện dẫn áp dụng khi có điều khoản thuộc Hợp đồng quy định rõ việc vi phạm nghĩa vụ cụ thể là căn cứ cho bên kia được quyền áp dụng chế tài tạm ngừng thực hiện hợp đồng.

- Trường hợp thứ hai: một bên vi phạm cơ bản nghĩa vụ hợp đồng. Khác với trường hợp thứ nhất, các bên có thể xác định một cách rõ ràng căn cứ áp dụng, ở trường hợp thứ hai, để xác định vi phạm hợp đồng có là “vi phạm cơ bản không” là một điều không dễ dàng, nhất là khi có tranh chấp xảy ra. Theo quy định tại khoản 13 Điều 3 LTM 2005, vi phạm cơ bản được định nghĩa là sự vi phạm hợp đồng của

một bên gây thiệt hại cho bên kia đến mức làm cho bên kia không đạt được mục đích của việc giao kết hợp đồng. Theo căn cứ này, bên muốn áp dụng sẽ gặp khó khăn khi phải chứng minh cần và đủ điều kiện vi phạm hợp đồng “gây thiệt hại cho bên kia đến mức làm cho bên kia không đạt được mục đích của việc giao kết hợp đồng”. Nhà làm luật mới dừng lại ở việc ghi nhận tiêu chí “đến mức” mà chưa đưa ra được một cách thức xác định cụ thể, hệ quả bên yêu cầu áp dụng dễ bị bên kia bác bỏ, làm giảm tính khả thi và hiệu lực của chế tài này. Ở trường hợp thứ hai, nhà làm luật quá nhấn mạnh vào mục đích ngăn ngừa thiệt hại, chưa làm rõ được tại thời điểm nào bên bị vi phạm được quyền áp dụng. Có quan điểm ủng hộ nội dung trường hợp này cho rằng, chế tài tạm ngừng thực hiện hợp đồng, ngoại trừ đã thỏa thuận trước, chỉ được áp dụng đối với vi phạm cơ bản, không áp dụng đối với vi phạm thông thường. Tác giả cho rằng quan điểm này mang tính áp đặt, trong khi bên bị vi phạm cần được tôn trọng quyền tự xem xét xem có cần thiết áp dụng chế tài tạm ngừng thực hiện hợp đồng để bảo vệ lợi ích của mình, ngăn ngừa thiệt hại và thúc giục bên kia thực hiện đúng nghĩa vụ bị vi phạm. Thiết nghĩ, đối với trường hợp thứ hai, nhà làm luật LTM nên quy định hoặc viện dẫn áp dụng theo tinh thần chế tài hoãn thực hiện nghĩa vụ được quy định tại khoản 2 của Điều 415 BLDS 2005.

□ ***Về hậu quả pháp lý***

Về hậu quả pháp lý, chế tài hoãn thực hiện hợp đồng theo quy định tại BLDS 2005 và tạm ngừng thực hiện hợp đồng theo quy định tại LTM 2005 đều có hậu quả pháp lý giống nhau, gồm:

- *Thứ nhất*, không làm chấm dứt hiệu lực của hợp đồng. Nội dung chế tài hoãn thực hiện hợp đồng và tạm ngừng thực hiện hợp đồng thể hiện bên áp dụng chỉ tạm thời không thực hiện nghĩa vụ của hợp đồng, nếu căn cứ áp dụng không còn tồn tại và việc tiếp tục thực hiện nghĩa vụ vẫn có ý nghĩa vì mục đích giao kết hợp đồng thì mỗi bên đều có thể tiếp tục thực hiện nghĩa vụ cho đến khi mọi nghĩa vụ được hoàn

thành. Khi chế tài được áp dụng, về mặt pháp lý, mỗi bên vẫn còn tồn tại quyền và nghĩa vụ đối với nhau theo quy định của hợp đồng và pháp luật.

- *Thứ hai*, việc áp dụng chế tài hoãn thực hiện hợp đồng theo quy định của BLDS 2005 và chế tài tạm ngừng thực hiện hợp đồng theo quy định của LTM 2005 không gây ra vi phạm hợp đồng, tức bên áp dụng không phải gánh chịu trách nhiệm dân sự như đối với vi phạm hợp đồng do không thực hiện nghĩa vụ. Bên áp dụng chỉ nên áp dụng khi có đủ căn cứ chứng minh, bởi khi chứng minh không đủ các căn cứ theo luật định, bên bị áp dụng hoàn toàn có thể bác bỏ căn cứ áp dụng, yêu cầu bên áp dụng phải gánh chịu trách nhiệm dân sự do áp dụng sai chế tài này đồng nghĩa gây ra vi phạm hợp đồng.

Về chế tài hoãn thực hiện nghĩa vụ đối với vi phạm hợp đồng song vụ, BLDS 2015 có quy định tại khoản 2 Điều 411 có nội dung kế thừa và tương tự với quy định trong khoản 2 Điều 415 BLDS 2005.

2.2.1.5. *Chế tài đình chỉ (đơn phương chấm dứt) thực hiện hợp đồng*

Đình chỉ thực hiện hợp đồng, hay còn được gọi là đơn phương chấm dứt hợp đồng, là việc bên bị vi phạm nghĩa vụ thông báo với bên vi phạm về việc chấm dứt hiệu lực của hợp đồng tại thời điểm nhận được thông báo. Chế tài này thường được áp dụng khi thiệt hại do hợp đồng bị vi phạm đã xảy ra hoặc có nguy cơ xảy ra quá lớn so với lợi ích mà bên bị vi phạm có thể có được từ việc tiếp tục thực hiện hợp đồng, đồng nghĩa với việc hợp đồng không còn có ý nghĩa cho bên bị vi phạm. Khi tình huống hợp đồng do bị vi phạm trở lên vô nghĩa xảy ra, giải pháp chấm dứt ngay hiệu lực của hợp đồng qua việc đưa ra thông báo đơn phương, là lựa chọn tối ưu mà bên bị vi phạm có thể lựa chọn. Khi chế tài đình chỉ hợp đồng được áp dụng, bên vi phạm sẽ không còn được hưởng quyền yêu cầu bên bị vi phạm thực hiện nghĩa vụ đối với mình, đồng thời bên vi phạm hợp đồng phải gánh chịu các hậu quả pháp lý bất lợi khác khi bị bên bị vi phạm áp dụng các chế tài khác kèm theo. Chế tài đình chỉ thực hiện hợp đồng thể hiện ý chí đơn phương của bên bị vi phạm về việc chấm

dứt của hợp đồng khi có đủ cơ sở pháp lý và thực tế. Do vậy, chế tài này còn có thể được gọi với tên khác là chế tài đơn phương chấm dứt hợp đồng.

Ở các nước theo hệ thống pháp luật pháp luật Civil như Đức và Pháp, pháp luật chưa có quy định cụ thể về việc áp dụng chế tài đình chỉ thực hiện hợp đồng. Chế tài này cũng không được đề cập trong pháp luật Anh – Hoa Kỳ, Công ước viên 1980, Bộ nguyên tắc của Unidroit về hợp đồng thương mại quốc tế. Trong khi đó, ở Việt Nam, nhà làm luật đã thiết kế ra chế tài đình chỉ hợp đồng trong BLDS 2005 và LTM 2005, tồn tại độc lập với chế tài hủy bỏ hợp đồng. Việc có thêm chế tài này được đánh giá đã và sẽ cung cấp cho các bên của hợp đồng có thêm một giải pháp pháp lý để xử lý vi phạm hợp đồng trong khi chế tài hủy bỏ hợp đồng chưa đảm bảo sự thỏa đáng và bảo vệ quyền lợi chính đáng của bên bị vi phạm, đặc biệt áp dụng đối với những hợp đồng có tính chất đặc thù. Đơn cử, đối với những hợp đồng, các bên đã thực hiện phần nghĩa vụ nhất định đối với nhau, có bên đã được hưởng những quyền lợi hợp pháp nhất định từ hợp đồng. Khi có vi phạm hợp đồng xảy ra, giải pháp đình chỉ hợp đồng (làm chấm dứt hợp đồng từ thời điểm bên vi phạm nhận được thông báo chấm dứt từ bên bị vi phạm) sẽ hợp lý và thỏa đáng hơn so với áp dụng chế tài hủy bỏ hợp đồng (làm chấm dứt hiệu hợp đồng từ thời điểm giao kết).

□ ***Chế tài đình chỉ thực hiện hợp đồng trong BLDS 2005 và LTM 2005***

Với cùng bản chất của chế tài đình chỉ thực hiện hợp đồng, BLDS 2005 sử dụng tên gọi khác của chế tài là “đơn phương chấm dứt thực hiện hợp đồng” (Điều 426). BLDS 2005 đã có một số điều khoản quy định về chế tài đơn phương chấm dứt thực hiện hợp đồng tại phần chung của hợp đồng cũng như trong nhiều quy định về các hợp đồng thông dụng. Tại phần quy định chung về hợp đồng, theo quy định tại Điều 426 BLDS 2006, một bên có quyền đơn phương chấm dứt thực hiện hợp đồng như sau:

- *Cơ sở viện dẫn quyền áp dụng*: nếu các bên có thỏa thuận hoặc pháp luật có quy định
- *Quy trình thực hiện*: Bên đơn phương chấm dứt thực hiện hợp đồng phải thông báo ngay cho bên kia biết về việc chấm dứt hợp đồng, nếu không thông báo mà gây thiệt hại thì phải bồi thường.
- *Hậu quả pháp lý*: Khi hợp đồng bị đơn phương chấm dứt thực hiện thì hợp đồng chấm dứt từ thời điểm bên kia nhận được thông báo chấm dứt; các bên không phải tiếp tục thực hiện nghĩa vụ; bên đã thực hiện nghĩa vụ có quyền yêu cầu bên kia thanh toán; bên có lỗi trong việc làm cho hợp đồng bị đơn phương chấm dứt phải bồi thường thiệt hại.

Căn cứ vào nội dung Điều 426 BLDS 2006, có thể xác định việc một bên thực hiện quyền đơn phương chấm dứt thực hiện hợp đồng trong hai trường hợp sau:

- Trường hợp một: Không có vi phạm hợp đồng xảy ra, tức hai bên đồng thuận cùng thỏa thuận một bên được quyền chấm dứt thực hiện hợp đồng khi có đủ điều kiện nhất định. Đơn phương chấm dứt thực hiện hợp đồng không được coi là chế tài đối với vi phạm hợp đồng.
- Trường hợp hai: Khi có vi phạm hợp đồng xảy ra, bên bị vi phạm dùng quyền đơn phương chấm dứt thực hiện hợp đồng để làm chấm dứt hiệu lực hợp đồng, kèm theo có thể yêu cầu bên vi phạm thực hiện trách nhiệm bồi thường thiệt hại theo quy định của hợp đồng hoặc quy định của pháp luật. Việc một bên của hợp đồng thực hiện quyền đơn phương chấm dứt thực hiện hợp đồng trong trường hợp thứ hai nêu trên được coi là một hình thức chế tài đối với vi phạm hợp đồng, được gọi là chế tài đơn phương chấm dứt thực hiện hợp đồng.

Nội dung giải pháp xử lý tình huống vi phạm hợp đồng trong phần quy định về các hợp đồng thông dụng thể hiện khá rõ căn cứ, nội dung, ý nghĩa, hậu quả pháp lý của chế tài đơn phương chấm dứt thực hiện hợp đồng, được minh chứng qua một số quy định điển hình sau:

- Đối với hợp đồng thuê tài sản, theo quy định tại Điều 486, Điều 488 BLDS 2005, khi bên cho thuê vi phạm nghĩa vụ bảo đảm quyền sử dụng tài sản cho bên thuê, bên thuê có thể áp dụng chế tài đơn phương chấm dứt thực hiện hợp đồng kèm theo chế tài yêu cầu bồi thường thiệt hại; nếu bên thuê vi phạm nghĩa vụ sử dụng tài sản thuê đúng công dụng, mục đích, bên cho thuê cũng có thể áp dụng chế tài đơn phương chấm dứt thực hiện hợp đồng kèm theo chế tài yêu cầu bồi thường thiệt hại. Điều 498 BLDS 2005 còn quy định khá rõ các hành vi vi phạm của mỗi bên của hợp đồng thuê nhà mà bên bị vi phạm có thể áp dụng chế tài đơn phương chấm dứt thực hiện hợp đồng.
- Đối với hợp đồng dịch vụ, theo quy định tại khoản 2 Điều 521, trong trường hợp bên cung ứng dịch vụ vi phạm nghiêm trọng nghĩa vụ thì bên thuê dịch vụ có quyền áp dụng chế tài đơn phương chấm dứt thực hiện hợp đồng và chế tài yêu cầu bồi thường thiệt hại.
- Đối với hợp đồng vận chuyển hành khách, theo quy định tại khoản 2 Điều 534 BLDS 2005, hành khách có quyền đơn phương chấm dứt thực hiện hợp đồng trong trường hợp bên vận chuyển vi phạm nghĩa vụ của mình quy định tại các khoản 1, 3 và 4 Điều 529 BLDS 2005.

Nhận định chung về chế tài đơn phương chấm dứt thực hiện hợp đồng trong BLDS 2005, hiện một số hạn chế cần khắc phục sau đây:

- **Thứ nhất**, nhà làm luật mới chỉ thể hiện được chế tài này qua một số quy định rời rạc, rải rác trong phần quy định về các hợp đồng thông dụng. Trong khi đó, còn nhiều loại hợp đồng được xếp vào loại “không thông dụng”, việc có được áp

dụng chế tài đơn phương chấm dứt thực hiện hợp đồng có được áp dụng không còn là vấn đề bỏ ngỏ.

- **Thứ hai**, BLDS cần điều chỉnh căn cứ đơn phương chấm dứt thực hiện hợp đồng theo hướng chỉ những vi phạm nghiêm trọng, vi phạm nghĩa vụ chính của hợp đồng khiến mục đích của hợp đồng không đạt được mới áp dụng chế tài này. Hợp đồng được giao kết để thực hiện trên cơ sở thiện trí của các bên vì mục đích nhất định, tránh vì những vi phạm nhỏ mà dẫn đến việc lạm dụng chế tài đơn phương chấm dứt thực hiện hợp đồng làm chấm dứt hiệu lực của hợp đồng.

- **Thứ ba**, BLDS không quy định rõ việc áp dụng chế tài đơn phương chấm dứt thực hiện hợp đồng có hay không dẫn tới làm chấm dứt hiệu lực của các điều khoản quy định về thỏa thuận phạt vi phạm, bồi thường thiệt hại và thỏa thuận về giải quyết tranh chấp. Các nội dung thỏa thuận này nếu không trái luật vẫn cần được thừa nhận, thực hiện và áp dụng. Việc quy định tại khoản 3 Điều 426 “hợp đồng chấm dứt từ thời điểm bên kia nhận được thông báo chấm dứt” là bất hợp lý, nếu hiểu theo nghĩa chung thì đã làm chấm dứt cả hiệu lực của các thỏa thuận hợp pháp về phạt vi phạm, bồi thường thiệt hại và giải quyết tranh chấp.

- **Thứ tư**, quy định “bên đã thực hiện nghĩa vụ có quyền yêu cầu bên kia thanh toán” không đảm bảo tính bao quát và hợp lý khi cần phân biệt “đã thực hiện toàn bộ nghĩa vụ” và thực hiện “đã thực hiện một phần nghĩa vụ”. Quy định chung này có thể dẫn đến cách hiểu một bên chưa thực hiện hết và đầy đủ nghĩa vụ đã yêu cầu bên kia thanh toán. Đồng thời, BLDS cũng không quy định rõ phải thanh toán khoản gì. Theo lẽ công bằng, chỉ được thanh toán căn cứ vào mức thực hiện nghĩa vụ thực tế, tức thực hiện đến đâu thì bên thực hiện được thanh toán đến đó. Do đó, khoản thanh toán được xác định là “giá trị phần nghĩa vụ đã thực hiện”.

- **Thứ năm**, BLDS chưa quy định trách nhiệm của bên áp dụng chế tài đơn phương chấm dứt thực hiện hợp đồng nhưng không đủ căn cứ pháp lý và thực tế, đồng thời có thể gây thiệt hại cho bên bị áp dụng chế tài.

Trong khi BLDS còn rất hạn chế khi quy định về chế tài đơn phương chấm dứt thực hiện hợp đồng, với cùng bản chất như đã nêu, LTM 2005 tiến bộ hơn khi dành riêng hai điều luật (Điều 310 và Điều 311) quy định về định nghĩa, căn cứ áp dụng và hậu quả pháp lý về chế tài này, song sử dụng với tên gọi khác là chế tài “đình chỉ thực hiện hợp đồng”. Theo quy định tại Điều 310, chế tài đình chỉ thực hiện hợp đồng là việc một bên chấm dứt thực hiện nghĩa vụ hợp đồng khi có đủ các căn cứ sau:

- Căn cứ thứ nhất: việc vi phạm hợp đồng không thuộc các trường hợp miễn trách nhiệm quy định tại Điều 294 của LTM 2005; và

- Căn cứ thứ hai: Xảy ra hành vi vi phạm mà các bên đã thoả thuận là điều kiện để đình chỉ hợp đồng; hoặc một bên vi phạm cơ bản nghĩa vụ hợp đồng.

Giống với cách tiếp cận khi quy định về định nghĩa, căn cứ áp dụng chế tài tạm ngừng thực hiện hợp đồng tại Điều 308 LTM 2005, căn cứ thứ hai để áp dụng chế tài đình chỉ thực hiện hợp đồng do vi phạm hợp đồng là một trong hai trường hợp sau:

- Trường hợp thứ nhất: xảy ra hành vi vi phạm mà các bên đã thoả thuận là điều kiện để đình chỉ hợp đồng. Ở trường hợp này, các bên đã dự liệu trước các vi phạm hợp đồng có thể xảy ra và thoả thuận ấn định trước khi xảy ra những hành vi vi phạm hợp đồng cụ thể sẽ phát sinh quyền của bên bị vi phạm được áp dụng chế tài đình chỉ thực hiện hợp đồng.

- Trường hợp thứ hai: một bên vi phạm cơ bản nghĩa vụ hợp đồng. Nội dung về vi phạm cơ bản nghĩa vụ hợp đồng đã được phân tích tại tiểu mục 2.2.4 về chế tài tạm ngừng thực hiện hợp đồng.

Theo quy định tại Điều 311 LTM 2005, hậu quả pháp lý của chế tài đình chỉ thực hiện hợp đồng bao gồm các nội dung sau:

- (1) Khi hợp đồng bị đình chỉ thực hiện thì hợp đồng chấm dứt từ thời điểm một bên nhận được thông báo đình chỉ. Thời điểm chấm dứt hiệu lực hợp đồng theo quy định tại Điều này của LTM 2005 tương tự với nội dung quy định tại khoản 3 Điều 426 BLDS 2005. Về điểm này, tác giả cho rằng cả LTM 2005 và BLDS 2005 đã đảm bảo sự thống nhất, xác định được một thời điểm hợp lý và thỏa đáng nhất. Tuy nhiên, cả hai luật chưa có quy định rõ hơn về phương thức thông báo, phương thức xác định khi nào được coi bên vi phạm đã nhận được thông báo, dẫn đến hệ quả việc xác định thời điểm có thể bị hiểu theo nhiều cách khác nhau, mang nặng tính quan điểm của mỗi bên, dẫn đến tiềm ẩn tranh chấp.
- (2) Các bên không phải tiếp tục thực hiện nghĩa vụ hợp đồng. Do hợp đồng bị chấm dứt hiệu lực nên đồng nghĩa các nghĩa vụ của hợp đồng dù đã hay chưa thực hiện cũng đều bị chấm dứt.
- (3) Bên đã thực hiện nghĩa vụ có quyền yêu cầu bên kia thanh toán hoặc thực hiện nghĩa vụ đối ứng. Tại điểm này, nhà làm luật lại bỏ ngỏ việc xác định phải thanh toán khoản tiền nào, vì lý do gì, nghĩa vụ đối ứng là gì. Theo bản chất của chế tài đình chỉ thực hiện hợp đồng và đặc trưng của các hợp đồng được áp dụng chế tài này, tác giả cho rằng việc thanh toán được hiểu là việc bên bị vi phạm hợp đồng yêu cầu bên vi phạm thanh toán giá trị phần quyền đã được hưởng trên cơ sở bên bị vi phạm hợp đồng đã thực hiện các nghĩa vụ nhất định đối với bên vi phạm hợp đồng. Việc thực hiện nghĩa vụ đối ứng để bù trừ nghĩa vụ với giá trị phần quyền mà bên vi phạm hợp đồng đã được hưởng trên cơ sở bên bị vi phạm hợp đồng đã thực hiện các nghĩa vụ nhất định đối với bên vi phạm hợp đồng.

(4) Bên bị vi phạm có quyền yêu cầu bồi thường thiệt hại theo quy định của LTM 2005.

□ ***Các điểm mới về chế tài đơn phương chấm dứt thực hiện hợp đồng theo quy định trong BLDS 2015***

BLDS 2015 có điều chỉnh quy định về đơn phương chấm dứt thực hiện hợp đồng tại Điều 428 với nhiều điểm mới khắc phục cơ bản được các hạn chế, bất cập của BLDS 2005 về chế tài đơn phương chấm dứt thực hiện hợp đồng. Các điểm mới của BLDS 2015 bao gồm:

- ✓ ***Thứ nhất***, việc áp dụng chế tài đơn phương chấm dứt thực hiện hợp đồng sẽ “không phải bồi thường thiệt hại” (theo khoản 1 Điều 428). Việc quy định rõ việc loại trừ trách nhiệm bồi thường thiệt hại đã góp phần giúp bên bị vi phạm hợp đồng có thể “yên tâm hơn và mạnh dạn” áp dụng chế tài này để bảo vệ quyền lợi hợp pháp của mình, không sợ bị phản bác phải bồi thường thiệt hại do làm hợp đồng bị chấm dứt hiệu lực. Tuy nhiên, BLDS 2015 có bổ sung quy định trách nhiệm của bên áp dụng sai chế tài đơn phương chấm dứt thực hiện hợp đồng. Cụ thể, trường hợp việc đơn phương chấm dứt thực hiện hợp đồng không có căn cứ thì bên đơn phương chấm dứt thực hiện hợp đồng được xác định “là bên vi phạm nghĩa vụ” và phải thực hiện trách nhiệm dân sự theo quy định của BLDS 2015 và luật khác có liên quan do không thực hiện đúng nghĩa vụ trong hợp đồng (theo khoản 5 Điều 428 BLDS 2015).
- ✓ ***Thứ hai***, bổ sung căn cứ áp dụng chế tài đơn phương chấm dứt thực hiện hợp đồng gồm: (1) bên kia vi phạm nghiêm trọng nghĩa vụ trong hợp đồng; hoặc (2) các bên có thỏa thuận; hoặc (3) pháp luật có quy định. Trong trường hợp hợp đồng cũng như pháp luật không có quy định về căn cứ áp dụng chế tài đơn phương chấm dứt thực hiện hợp đồng, một bên có quyền áp dụng chế tài khi bên kia vi phạm nghiêm trọng nghĩa vụ trong hợp đồng là đã

tạo thêm sự hợp lý để bảo vệ quyền lợi cho bên bị vi phạm đối với các vi phạm được coi là “vi phạm nghiêm trọng” - là việc không thực hiện đúng nghĩa vụ của một bên đến mức làm cho bên kia không đạt được mục đích của việc giao kết hợp đồng (Khoản 2 Điều 423 BLDS 2015). Ngoài ra, đối với các hợp đồng “không thông dụng” không được BLDS 2015 quy định, căn cứ áp dụng dựa trên “vi phạm nghiêm trọng” đã tạo ra nguyên tắc chung để áp dụng khi cần thiết đối với các hợp đồng này.

- ✓ **Thứ ba**, quy định rõ ràng và hợp lý về hậu quả pháp lý ở hai điểm sau: (1) Các bên không phải tiếp tục thực hiện nghĩa vụ, trừ thỏa thuận về phạt vi phạm, bồi thường thiệt hại và thỏa thuận về giải quyết tranh chấp; và (2) Bên đã thực hiện nghĩa vụ có quyền yêu cầu bên kia thanh toán phần nghĩa vụ đã thực hiện. Việc loại trừ làm chấm dứt các điều khoản “thỏa thuận về phạt vi phạm, bồi thường thiệt hại và thỏa thuận về giải quyết tranh chấp” đã bỏ khuyết cho lỗ hổng của BLDS 2005. BLDS 2015 cũng quy định rõ được bên đã thực hiện nghĩa vụ chỉ có quyền yêu cầu bên kia thanh toán đối với phần nghĩa vụ “đã thực hiện”.
- ✓ **Thứ tư**, bổ sung quy định bên bị thiệt hại do vi phạm hợp đồng được quyền yêu cầu bồi thường thiệt hại. Theo điểm mới này, bên bị vi phạm có thể áp dụng chế tài yêu cầu bồi thường thiệt hại kèm theo chế tài đơn phương chấm dứt thực hiện hợp đồng khi có thiệt hại xảy ra.

2.2.1.6. *Chế tài hủy bỏ hợp đồng*

Khi các bên thương thảo tiến tới giao kết hợp đồng, các bên đều mong muốn hợp đồng được thực hiện đầy đủ nhằm đạt được mục đích giao kết. TS. Nguyễn Ngọc Khánh đã từng viết “*Xét thuần túy về mặt lý thuyết, các bên không bao giờ mong muốn tự ràng buộc với hợp đồng nếu như ngay tại thời điểm giao kết họ nhìn thấy khả năng hợp đồng đã có hiệu sẽ bị hủy bỏ trong tương lai*”[16, tr399]. Nhận định này hoàn toàn hợp lý, bởi hợp đồng được lập ra để thực hiện, không phải để

hủy bỏ hay đình chỉ. Tuy nhiên, đối với trường hợp hợp đồng bị vi phạm nghiêm trọng theo thỏa thuận hợp đồng hoặc theo luật định, có thiệt hại hoặc nguy cơ thiệt hại lớn, việc tiếp tục thực hiện hợp đồng không còn ý nghĩa cho các bên, hủy bỏ hợp đồng là giải pháp hữu hiệu để giải thoát các bên khỏi quan hệ pháp lý hợp đồng, bên có lỗi khiến hợp đồng bị hủy bỏ phải bồi thường thiệt hại. Việc yêu cầu hủy bỏ hợp đồng là quyền của bên bị vi phạm khi có vi phạm hợp đồng là căn cứ để hủy bỏ theo thỏa thuận hoặc theo luật định. Do vậy, hủy bỏ hợp đồng được quy định là một trong các chế tài được áp dụng đối với vi phạm hợp đồng nói chung và hợp đồng song vụ nói riêng.

Cần phân biệt giữa chế tài hủy bỏ hợp đồng với chế tài đình chỉ thực hiện hợp đồng (hay đơn phương chấm dứt thực hiện hợp đồng). Tiêu chí cơ bản để phân biệt là hậu quả pháp lý của mỗi chế tài. Đối với chế tài hủy bỏ hợp đồng, hợp đồng bị chấm dứt và hợp đồng được coi không có hiệu lực kể từ thời điểm giao kết, các bên phải hoàn trả cho nhau những gì đã nhận, bên có lỗi làm cho hợp đồng bị hủy phải bồi thường thiệt hại nếu có. Trong khi đó, nếu áp dụng chế tài đình chỉ thực hiện hợp đồng, hiệu lực của hợp đồng bị chấm dứt kể từ thời điểm bên vi phạm nhận được thông báo chấm dứt từ bên bị vi phạm theo đúng căn cứ thỏa thuận và luật định, các bên không phải tiếp tục thực hiện hợp đồng, bên đã thực hiện nghĩa vụ có quyền yêu cầu thanh toán giá trị nghĩa vụ đã thực hiện, bên vi phạm phải bồi thường thiệt hại nếu có. Do làm cho hợp đồng bị chấm dứt từ thời điểm giao kết nên chế tài hủy bỏ hợp đồng không thường dùng cho các hợp đồng mà mỗi bên có nghĩa vụ thực hiện liên tục hoặc theo định kỳ với nhau. Bởi lẽ, mỗi bên đã được hưởng những lợi ích nhất định khi hợp đồng được thực hiện. Nếu hợp đồng bị hủy, vấn đề “hoàn trả cho nhau những gì đã nhận” là không cần thiết cũng như khó thực hiện. *Ví dụ, hợp đồng thuê nhà đã được thực hiện một thời gian, nếu áp dụng chế tài hủy bỏ hợp đồng khi có vi phạm xảy ra thì việc hoàn trả cho nhau những gì đã nhận sẽ rất khó thực hiện cũng không đảm bảo lợi ích cho mỗi bên.* Trên cơ sở so sánh và phân biệt rõ giữa chế tài hủy bỏ hợp đồng với chế tài đình chỉ hợp đồng, các bên có thể

cân nhắc lựa chọn, dự liệu giải pháp tối ưu là hủy bỏ hay đình chỉ khi có vi phạm xảy ra.

Việc hợp đồng bị hủy bỏ cũng cần phân biệt với hợp đồng bị vô hiệu. Do hậu quả pháp lý của hủy bỏ hợp đồng và hợp đồng bị vô hiệu tương tự nhau nên nhiều người bị nhầm lẫn khi sử dụng, áp dụng pháp luật. Hủy bỏ hợp đồng là một chế tài áp dụng đối với vi phạm hợp đồng trong quá trình thực hiện hợp đồng đã có hiệu lực pháp luật. Trong khi đó, hợp đồng bị vô hiệu là trường hợp hợp đồng không có đủ các yếu tố cần và đủ để làm phát sinh hiệu lực pháp lý. Việc phân biệt được hủy bỏ hợp đồng và hợp đồng bị vô hiệu cũng sẽ góp phần xác định đúng các căn cứ pháp lý và thực tế để áp dụng chế tài hủy bỏ hợp đồng khi có vi phạm hợp đồng xảy ra.

Có điểm giống với chế tài yêu cầu bồi thường thiệt hại ở tính phổ biến, chế tài hủy bỏ hợp đồng cũng đã và đang được ghi nhận trong pháp luật của nhiều nước trên thế giới. Theo quy định tại Điều 450 BLDS Liên bang Nga, nếu có vi phạm nghiêm trọng hợp đồng xảy ra thì bên bị vi phạm có thể yêu cầu tòa án quyết định hủy bỏ hợp đồng. Theo quy định tại Điều 541 BLDS Nhật Bản, khi một bên vi phạm hợp đồng do không thực hiện nghĩa vụ, mặc dù đã áp dụng chế tài buộc thực hiện hợp đồng kèm theo gia hạn thực hiện nhưng bên vi phạm vẫn không thực hiện, bên bị vi phạm có thể áp dụng chế tài hủy bỏ hợp đồng. Ở Anh và Hoa Kỳ, luật và án lệ có ghi nhận hủy bỏ hợp đồng là một trong ba chế tài được áp dụng đối với vi phạm hợp đồng như đã nêu tại tiểu mục 1.1.2 của Luận văn này. Bộ nguyên tắc của UNIDROIT về hợp đồng thương mại quốc tế và Công ước viên năm 1980 cũng quy định về chế tài hủy bỏ hợp đồng cùng với các chế tài khác là yêu cầu bồi thường thiệt hại và buộc thực hiện đúng hợp đồng.

□ Chế tài hủy bỏ hợp đồng theo quy định trong BLDS 2005 và LTM 2005

BLDS 1995 cũng như BLDS 2005 đều có nhiều điều khoản quy định về chế tài hủy bỏ hợp đồng. BLDS 2005 có dành riêng Điều 205 quy định về hủy bỏ hợp

đồng dân sự tại Điều 425, có đưa ra căn cứ áp dụng và hậu quả pháp lý. Giống với việc đơn phương chấm dứt thực hiện hợp đồng tại Điều 426 BLDS 2005, việc hủy bỏ hợp đồng cũng được viện dẫn áp dụng khi các bên đã thoả thuận hoặc pháp luật có quy định (khoản 1 Điều 425 BLDS 2005). Theo quy định tại Điều 425, căn cứ áp dụng hủy bỏ hợp đồng gồm:

Thứ nhất, có vi phạm hợp đồng xảy ra. BLDS 2005 không có quy định chung về đối với những vi phạm nào sẽ được hủy bỏ hợp đồng. Chỉ cần có vi phạm hợp đồng và thỏa mãn các căn cứ khác thì bên bị vi phạm có thể áp dụng được chế tài hủy bỏ hợp đồng. Đối với hợp đồng mua bán tài sản, theo quy định tại Điều 435, Điều 436, Điều 437 Điều 442 và Điều 443 BLDS 2005, nếu bên bán vi phạm hợp đồng do vi phạm nghĩa vụ giao vật đúng số lượng, đồng bộ, chủng loại, cung cấp thông tin và hướng dẫn cách sử dụng, bảo đảm quyền sở hữu của bên mua đối với tài sản mua bán, bên mua có thể hủy bỏ hợp đồng và yêu cầu bồi thường thiệt hại. Đối với hợp đồng gia công, theo quy định tại Điều 550 BLDS 2005, nếu bên gia công vi phạm nghĩa vụ về chất lượng sản phẩm gia công, bên thuê gia công có thể áp dụng chế tài hủy bỏ hợp đồng và yêu cầu bồi thường thiệt hại. Qua các quy định viện dẫn, bên bị vi phạm được áp dụng chế tài hủy bỏ hợp đồng đối với các vi phạm nghiêm trọng nghĩa vụ, trừ trường hợp quy định tại điểm c khoản 2 Điều 435 BLDS 2005 (bên mua được hủy bỏ hợp đồng và yêu cầu bồi thường thiệt hại nếu bên bán giao ít hơn số lượng đã thoả thuận) được coi là không đáng quan trọng. Với quy định chưa rõ tại phần chung về hợp đồng và chưa thống nhất trong một số quy định rải rác về hợp đồng thông dụng, BLDS 2005 được đánh giá chưa thể hiện rõ được nội dung và mức độ vi phạm hợp đồng như nào thì được áp dụng chế tài yêu cầu bồi thường thiệt hại, đặc biệt còn bỏ ngỏ đối với các hợp đồng “không thông dụng”.

Thứ hai, các bên có thoả thuận việc vi phạm nghĩa vụ cụ thể của hợp đồng là căn cứ viện dẫn áp dụng chế tài hủy bỏ hợp đồng; hoặc mặc dù không có thoả thuận nhưng pháp luật có quy định được áp dụng chế tài này. Dựa trên nguyên tắc tự do

thỏa thuận, theo tinh thần quy định tại BLDS 2005, các bên có thể thỏa thuận việc vi phạm một hoặc một số nghĩa vụ nhất định của hợp đồng hoặc vi phạm bất cứ nghĩa vụ nào của hợp đồng là căn cứ viện dẫn áp dụng chế tài hủy bỏ hợp đồng. Ngoài ra, rải rác trong phần quy định về các hợp đồng thông dụng, BLDS 2015 có quy định việc áp dụng chế tài hủy bỏ hợp đồng cùng với chế tài yêu cầu bồi thường thiệt hại.

Thứ ba, vi phạm hợp đồng không thuộc trường hợp được miễn trách nhiệm.

Thứ tư, hợp đồng bị vi phạm không thuộc trường hợp: hợp đồng vì lợi ích của người thứ ba và bên thứ ba không đồng ý cho hủy bỏ hợp đồng (Điều 421 BLDS).

Theo quy định tại khoản 2 Điều 425 BLDS 2005, khi áp dụng chế tài hủy bỏ hợp đồng, bên bị vi phạm hợp đồng cần phải thông báo ngay cho bên vi phạm hợp đồng về việc hủy bỏ hợp đồng, nếu không thông báo dẫn đến gây thiệt hại, bên hủy bỏ hợp đồng phải bồi thường thiệt hại. Quy định của BLDS 2005 không làm rõ được thời điểm hủy hợp đồng có hiệu lực là thời điểm bên vi phạm hợp đồng ra thông báo hủy hợp đồng hay thời điểm bên vi phạm hợp đồng nhận được thông báo. Việc xác định thời điểm có hiệu lực của việc hủy bỏ hợp đồng có ý nghĩa pháp lý rất quan trọng, đặc biệt đối với hợp đồng có giá trị lớn hoặc các bên có khoảng cách địa lý xa nhau. Mặc dù, BLDS 2005 có quy định việc bên áp dụng chế tài không thông báo mà gây thiệt hại thì phải bồi thường nhưng không đảm bảo tính khả thi, bởi nếu không ra thông báo, bên bị vi phạm nghĩa vụ không thể thể hiện được ý chí về việc hủy bỏ hợp đồng đối với bên kia và ngược lại bên kia cũng không có căn cứ chính thức để biết hợp đồng bị hủy bỏ.

Về hậu quả pháp lý của chế tài hủy bỏ hợp đồng, theo quy định tại khoản 3 và khoản 4 Điều 425 BLDS 2005, khi hợp đồng bị hủy bỏ thì hậu quả pháp lý bao gồm:

- (1) Hợp đồng không có hiệu lực từ thời điểm giao kết. Hậu quả pháp lý này giống với trường hợp hợp đồng bị vô hiệu.
- (2) Các bên phải hoàn trả cho nhau tài sản đã nhận, nếu không hoàn trả được bằng hiện vật thì phải trả bằng tiền. Theo hậu quả pháp lý này, dường như nhà làm luật định hướng: (i) chỉ áp dụng chế tài hủy bỏ hợp đồng đối với các hợp đồng có nghĩa vụ bàn giao tài sản, tức các giao dịch liên quan đến tài sản dẫn đến tài sản phải bàn giao; (ii) không áp dụng đối với các hợp đồng không có nghĩa vụ bàn giao tài sản, điển hình là hợp đồng dịch vụ thực hiện một công việc nào đó. Có quan điểm khác lại cho rằng, nhà làm luật BLDS 2005 bỏ ngỏ quy định về hậu quả pháp lý đối với hợp đồng không có nghĩa vụ bàn giao tài sản; hệ lụy sẽ khó trả lời nếu hợp đồng không có nghĩa vụ bàn giao tài sản khi bị vi phạm thì có được áp dụng chế tài hủy bỏ hợp đồng không và hậu quả pháp lý sẽ như thế nào. Tác giả cho rằng, dưới góc độ thực tế, chế tài hủy bỏ hợp đồng được thiết kế dùng cho những hợp đồng có nghĩa vụ bàn giao tài sản; đối với hợp đồng không có nghĩa vụ bàn giao tài sản, thường có đối tượng là công việc phải thực hiện, sẽ áp dụng chế tài đình chỉ hợp đồng sẽ hợp lý và khả thi hơn.
- (3) Bên có lỗi trong việc hợp đồng bị hủy bỏ phải bồi thường thiệt hại. Hậu quả pháp lý này được hiểu bên vi phạm hợp đồng phải bồi thường thiệt hại xảy ra và bên bị vi phạm có quyền áp dụng chế tài yêu cầu bồi thường thiệt hại kèm theo chế tài hủy bỏ hợp đồng.

So sánh với BLDS 2005 với các quy định còn hạn chế, LTM 2005 có nhiều quy định cụ thể chi tiết hơn về phân loại, căn cứ áp dụng, hậu quả pháp lý và nghĩa vụ thông báo, cụ thể như sau:

Thứ nhất, về phân loại chế tài hủy bỏ hợp đồng.

Căn cứ vào phạm vi hủy bỏ nội dung hợp đồng, trong khi BLDS 2005 chỉ có một loại là hủy bỏ toàn bộ hợp đồng thì LTM 2005 quy định rõ hai loại hủy bỏ hợp đồng gồm: (1) hủy bỏ toàn bộ hợp đồng; và (2) hủy bỏ một phần hợp đồng (Điều 312 LTM 2005). Hủy bỏ toàn bộ hợp đồng là việc bãi bỏ hoàn toàn việc thực hiện tất cả các nghĩa vụ hợp đồng đối với toàn bộ hợp đồng. Hủy bỏ một phần hợp đồng là việc bãi bỏ thực hiện một phần nghĩa vụ hợp đồng, các phần còn lại trong hợp đồng vẫn còn hiệu lực. Cách tiếp cận và phân loại phạm vi hủy bỏ hợp đồng trong LTM 2005 so với BLDS 2005 được đánh giá có tính tiến bộ hơn, sáng tạo hơn, đã tạo ra cho bên bị vi phạm hợp đồng có thể chọn ra giải pháp hợp lý nhất để xử lý vi phạm hợp đồng. Họ có thể thỏa thuận và áp dụng việc hủy bỏ hợp đồng khi nào cần thiết phải toàn bộ và khi nào cần thiết chỉ cần hủy bỏ một phần. Đối với các hợp đồng trong thương mại khi bị vi phạm chỉ cần thiết hủy bỏ một phần sẽ bảo đảm quyền lợi hơn cho các bên so với BLDS 2005 chỉ cho hủy bỏ toàn bộ, điển hình là các hợp đồng có đối tượng nghĩa vụ phân chia được và thực hiện thành nhiều lần.

Theo quy định tại Điều 313 LTM 2005, nhà làm luật quy định rõ việc áp dụng chế tài hủy bỏ hợp đồng trong trường hợp giao hàng, cung ứng dịch vụ từng phần như sau: (1) trường hợp có thỏa thuận về giao hàng, cung ứng dịch vụ từng phần, nếu một bên không thực hiện nghĩa vụ của mình trong việc giao hàng, cung ứng dịch vụ và việc này cấu thành một vi phạm cơ bản đối với lần giao hàng, cung ứng dịch vụ đó thì bên kia có quyền tuyên bố hủy bỏ hợp đồng đối với lần giao hàng, cung ứng dịch vụ; (2) trường hợp một bên không thực hiện nghĩa vụ đối với một lần giao hàng, cung ứng dịch vụ là cơ sở để bên kia kết luận rằng vi phạm cơ bản sẽ xảy ra đối với những lần giao hàng, cung ứng dịch vụ sau đó thì bên bị vi phạm có quyền tuyên bố hủy bỏ hợp đồng đối với những lần giao hàng, cung ứng dịch vụ sau đó, với điều kiện là bên đó phải thực hiện quyền này trong thời gian hợp lý; (3) trường hợp một bên đã tuyên bố hủy bỏ hợp đồng đối với một lần giao hàng, cung ứng dịch vụ thì bên đó vẫn có quyền tuyên bố hủy bỏ hợp đồng đối với những lần giao hàng, cung ứng dịch vụ đã thực hiện hoặc sẽ thực hiện sau đó nếu mối quan

hệ qua lại giữa các lần giao hàng dẫn đến việc hàng hoá đã giao, dịch vụ đã cung ứng không thể được sử dụng theo đúng mục đích mà các bên đã dự kiến vào thời điểm giao kết hợp đồng.

Thứ hai, theo quy định tại khoản 4 Điều 312 LTM 2005, căn cứ áp dụng chế tài hủy bỏ hợp đồng gồm:

- (1) Vi phạm hợp đồng không thuộc trường hợp miễn trách nhiệm theo quy định tại Điều 294 LTM.
- (2) Xảy ra hành vi vi phạm mà các bên đã thỏa thuận là điều kiện để hủy bỏ hợp đồng; hoặc một bên vi phạm cơ bản nghĩa vụ hợp đồng.

Các tiếp cận và quy định các căn cứ áp dụng chế tài hủy bỏ hợp đồng có điểm giống với chế tài đình chỉ thực hiện hợp đồng được quy định tại Điều 310 LTM 2005. Theo quy định này, chế tài hủy bỏ hợp đồng chỉ áp dụng đối với hai loại vi phạm sau: (1) vi phạm hợp đồng đối với các nghĩa vụ được các bên thỏa thuận rõ là căn cứ hủy bỏ hợp đồng (nguyên tắc có thỏa thuận); và các vi phạm cơ bản của hợp đồng.

Trừ nội dung về hủy bỏ hợp đồng trong trường hợp giao hàng, cung ứng dịch vụ từng phần đã được nêu theo quy định tại Điều 313 LTM 2005, theo quy định tại Điều 314, hậu quả pháp lý của việc áp dụng chế tài hủy bỏ hợp đồng song vụ trong thương mại bao gồm:

Thứ nhất, sau khi hủy bỏ hợp đồng, hợp đồng không có hiệu lực từ thời điểm giao kết, các bên không phải tiếp tục thực hiện các nghĩa vụ đã thỏa thuận trong hợp đồng, trừ thỏa thuận về các quyền và nghĩa vụ sau khi hủy bỏ hợp đồng và về giải quyết tranh chấp. Ở điểm này, quy định của LTM 2005 đã chi tiết hơn, cụ thể hơn, thừa nhận rõ căn cứ pháp lý để các bên tự do thỏa thuận “các quyền và nghĩa vụ sau khi hủy bỏ hợp đồng và về giải quyết tranh chấp”, so với BLDS 2005

còn thiếu vắng quy định này, rất sơ sài khi chỉ dừng lại ở nội dung “hợp đồng không có hiệu lực từ thời điểm giao kết”.

Thứ hai, các bên có quyền đòi lại lợi ích do việc đã thực hiện phần nghĩa vụ của mình theo hợp đồng; nếu các bên đều có nghĩa vụ hoàn trả thì nghĩa vụ của họ phải được thực hiện đồng thời; trường hợp không thể hoàn trả bằng chính lợi ích đã nhận thì bên có nghĩa vụ phải hoàn trả bằng tiền. Khác với quy định bó hẹp “hoàn trả cho nhau tài sản đã nhận” tại khoản 3 Điều 425 BLDS 2005, LTM 2005 đã quy định xử lý các quyền, nghĩa vụ của các bên do hợp đồng hủy bỏ ở mức độ bao quát hơn, chi tiết hơn. Cụ thể, theo quy định tại khoản 2 Điều 314 LTM 2005, đối tượng hoàn trả là “các lợi ích” do được thực hiện nghĩa vụ. Các lợi ích ở đây được hiểu bao gồm cả các lợi ích về vật chất và lợi ích về tinh thần, khác với quan điểm chỉ là tài sản thuộc lợi ích vật chất của BLDS 2005. Theo quy định này, nếu có phần nghĩa vụ, nghĩa vụ nhất định đã được thực hiện dẫn đến bên kia được hưởng lợi ích thì bên thực hiện nghĩa vụ có quyền đòi lại các “lợi ích” mà bên kia đã được hưởng. Nếu các bên đều có nghĩa vụ hoàn trả thì thời điểm thực hiện là “đồng thời”, tức phải cùng thực hiện nghĩa vụ hoàn trả đối với nhau, “sự đồng thời” nên hiểu ở mức tương đối, tức bên này thực hiện hoàn trả thì bên kia cũng thực hiện nghĩa vụ hoàn trả ngay, không được chậm trễ. Trong trường hợp “lợi ích đã nhận” không thể hoàn trả, đặc biệt các lợi ích về tinh thần, *ví dụ như được phục vụ một dịch vụ chăm sóc sức khỏe, làm đẹp, giải trí, ...thì bên có nghĩa vụ hoàn trả có thể quy đổi thành tiền để hoàn trả*. Tuy nhiên, ở điểm này, ở cả khoản 3 Điều 425 BLDS 2005 và khoản 2 Điều 314 BLDS chưa nêu ra được nguyên tắc quy đổi thành tiền, bởi vậy khi sử dụng, áp dụng dễ gây mâu thuẫn các hiểu dẫn đến tranh chấp, nếu đưa ra xét xử phải phụ thuộc vào quan điểm của thẩm phán.

Thứ ba, bên bị vi phạm có quyền yêu cầu bồi thường thiệt hại theo quy định của LTM 2005.

□ **Các điểm mới về chế tài hủy bỏ hợp đồng theo quy định trong BLDS 2015**

So với các chế tài khác, chế tài hủy bỏ hợp đồng được đánh giá là chế tài có nhiều điểm mới nhất trong BLDS 2015. Các điểm mới đã đưa ra cách tiếp cận sâu, cụ thể, phản ánh được đúng yêu cầu của thực tế và bảo đảm quyền lợi tối đa cho bên bị vi phạm. Các điểm mới được phân tích gồm:

✓ **Thứ nhất**, về căn cứ áp dụng, theo quy định tại Điều 423, bên bị vi phạm hợp đồng có quyền hủy bỏ hợp đồng và không phải bồi thường thiệt hại khi thuộc một trong ba trường hợp sau đây: (1) vi phạm hợp đồng là điều kiện hủy bỏ mà các bên đã thỏa thuận; (2) vi phạm nghiêm trọng nghĩa vụ hợp đồng; (3) trường hợp khác do luật quy định. Việc bổ sung căn cứ vi phạm nghiêm trọng nghĩa vụ hợp đồng của chế tài này giống với điểm mới trong chế tài đơn phương chấm dứt thực hiện hợp đồng tại khoản 1 Điều 428 BLDS 2015. Với cùng cách lý giải, khi có vi phạm nghiêm trọng hợp đồng xảy ra (là việc không thực hiện đúng nghĩa vụ của một bên đến mức làm cho bên kia không đạt được mục đích của việc giao kết hợp đồng), bên bị vi phạm có đủ cơ sở để yêu cầu hủy bỏ hợp đồng, làm chấm dứt sự tiếp tục vi phạm để bảo vệ quyền lợi của mình. Về căn cứ “trường hợp khác do luật quy định”, có thể được viện dẫn ngay các trường hợp gồm:

- *Áp dụng chế tài hủy bỏ hợp đồng đối với vi phạm hợp đồng do chậm thực hiện nghĩa vụ.* Theo quy định tại Điều 424, (1) trường hợp bên có nghĩa vụ không thực hiện đúng nghĩa vụ mà bên có quyền yêu cầu thực hiện nghĩa vụ trong một thời hạn hợp lý nhưng bên có nghĩa vụ không thực hiện thì bên có quyền có thể hủy bỏ hợp đồng, tức sau khi đã áp dụng chế tài yêu cầu thực hiện đúng hợp đồng nhưng không có hiệu quả; (2) trường hợp do tính chất của hợp đồng hoặc do ý chí của các bên, hợp đồng sẽ không đạt được mục đích nếu không được thực hiện trong thời hạn nhất định mà hết thời hạn đó bên có nghĩa vụ không thực hiện đúng nghĩa vụ thì bên kia có quyền hủy bỏ hợp đồng, tức việc tiếp tục hợp đồng là vô nghĩa.

- *Áp dụng chế tài hủy bỏ hợp đồng đối với vi phạm hợp đồng do bên vi phạm không còn khả năng thực hiện hợp đồng.* Theo quy định tại Điều 425, trường hợp bên có nghĩa vụ không thể thực hiện được một phần hoặc toàn bộ nghĩa vụ của mình làm cho mục đích của bên có quyền không thể đạt được thì bên có quyền có thể hủy bỏ hợp đồng và yêu cầu bồi thường thiệt hại. Với trường hợp này, khi bên vi phạm hợp đồng “không còn khả năng thực hiện hợp đồng” thì việc tiếp tục duy trì hợp đồng chỉ gây ra thêm thiệt hại cho cả hai bên, cần giải tỏa các bên khỏi việc thực hiện hợp đồng qua chế tài hủy bỏ. Tuy nhiên, khi bị hủy bỏ, bên vi phạm hợp đồng vẫn phải gánh chịu trách nhiệm theo yêu cầu áp dụng chế tài yêu cầu bồi thường thiệt hại của bên bị vi phạm nếu có thiệt hại do vi phạm hợp đồng xảy ra.

- *Áp dụng chế tài hủy bỏ hợp đồng đối với vi phạm hợp đồng do một bên làm mất, làm hư hỏng tài sản là đối tượng của hợp đồng.* Theo quy định tại Điều 426, trường hợp một bên làm mất, làm hư hỏng tài sản là đối tượng của hợp đồng mà không thể hoàn trả, đền bù bằng tài sản khác hoặc không thể sửa chữa, thay thế bằng tài sản cùng loại thì bên kia có quyền hủy bỏ hợp đồng. Đối với trường hợp này, khi bên có nghĩa vụ bàn giao tài sản vi phạm nghĩa vụ bàn giao tài sản do đã làm mất, làm hư hỏng tài sản là đối tượng của hợp đồng mà không thể hoàn trả, đền bù bằng tài sản khác hoặc không thể sửa chữa, thay thế bằng tài sản cùng loại thì việc buộc thực hiện đúng hợp đồng là vô nghĩa, mục đích giao kết của hợp đồng không thể đạt được. Vì vậy, nhà làm luật quy định rõ đây là căn cứ áp dụng chế tài hủy bỏ hợp đồng đảm bảo tính hợp lý và cần thiết. Hậu quả pháp lý khi áp dụng trong trường hợp này là phát sinh nghĩa vụ bồi thường sau: Bên vi phạm phải bồi thường bằng tiền ngang với giá trị của tài sản bị mất, bị hư hỏng, trừ trường hợp có thỏa thuận khác hoặc theo quy định về miễn trách nhiệm do vi phạm hợp đồng (tại khoản 2, khoản 3 Điều 351) hoặc theo quy định về trường hợp bên bị vi

phạm cũng có lỗi (tại Điều 363). Nghĩa vụ bồi thường này được thực hiện sẽ đảm bảo quyền lợi cho bên bị vi phạm hợp đồng.

✓ **Thứ hai**, về hậu quả pháp lý, các điểm mới gồm:

- Giống với điểm mới trong quy định về chế tài đơn phương chấm dứt hợp đồng, nhà làm luật cũng bổ sung việc hủy bỏ hợp đồng không làm chấm dứt các điều khoản thỏa thuận về phạt vi phạm, bồi thường thiệt hại và thỏa thuận về giải quyết tranh chấp.
- Khi hợp đồng bị hủy bỏ, các bên phải hoàn trả cho nhau những gì đã nhận sau khi trừ chi phí hợp lý trong thực hiện hợp đồng và chi phí bảo quản, phát triển tài sản; việc hoàn trả được thực hiện bằng hiện vật, trường hợp không hoàn trả được bằng hiện vật thì được trị giá thành tiền để hoàn trả; việc hoàn trả phải được thực hiện cùng một thời điểm, trừ trường hợp có thỏa thuận khác hoặc pháp luật có quy định khác.
- BLDS 2005 đã có sự bất hợp lý và thiếu sót khi không đề cập đến “chi phí hợp lý trong thực hiện hợp đồng và chi phí bảo quản, phát triển tài sản”. Khi thực hiện hợp đồng, các khoản chi phí này hoàn toàn có thể phát sinh và có thể không nhỏ. Để thực hiện hợp đồng, cả bên có thể đã phải tiêu tốn chi phí để thực hiện, chi phí để bảo quản và phát triển tài sản là đối tượng của hợp đồng. Nếu không trừ các chi phí này, nguyên tắc công bằng và tính khả tính khi áp dụng sẽ không được đảm bảo. BLDS 2015 đã bổ sung có điểm mới này đã phản ánh được đúng tình hình thực tế, khắc phục được thiết sót của BLDS 2005.
- Nhà làm luật cũng quy định về việc bên bị vi phạm được áp dụng chế tài yêu cầu bồi thường thiệt hại do vi phạm hợp đồng kèm theo chế tài hủy bỏ hợp đồng, giống với điểm mới trong hậu quả pháp lý áp dụng chế tài đơn phương chấm dứt thực hiện hợp đồng.

- Ngoài ra, nếu việc giải quyết hậu quả của việc hủy bỏ hợp đồng có liên quan đến quyền nhân thân thì phải áp dụng các quy định về quyền nhân thân trong BLDS 2015 và luật khác có liên quan. Trong thực tế, có nhiều trường hợp hợp đồng bị hủy bỏ có liên quan đến quyền nhân thân, ví dụ bí mật cá nhân, quyền đối với hình ảnh, ... cần được giải quyết quyền lợi cho các bên theo quy định của pháp luật. BLDS 2015 đã bỏ khuyết cho lỗ hổng của BLDS 2005 về hậu quả pháp lý của chế tài hủy bỏ hợp đồng về quyền nhân thân (nếu có).

✓ **Thứ ba**, về trách nhiệm của bên áp dụng chế tài hủy bỏ hợp đồng khi không có căn cứ cần và đủ. Giống với các lý giải điểm mới về áp dụng chế tài đơn phương chấm dứt thực hiện hợp đồng khi không có đủ căn cứ, hậu quả của việc áp dụng chế tài hủy bỏ hợp đồng khi không có căn cứ cần và đủ có thể xảy ra nghiêm trọng, ảnh hưởng đến quyền lợi của bên kia. Theo quy định tại khoản 5 Điều 427 BLDS 2015, trách nhiệm phải gánh chịu khi hủy bỏ hợp đồng không có căn cứ là: (1) bên hủy bỏ hợp đồng được xác định là bên vi phạm nghĩa vụ và (2) phải thực hiện trách nhiệm dân sự do không thực hiện đúng nghĩa vụ theo quy định của BLDS 2015, luật khác có liên quan.

2.2.1.7. Các chế tài do các bên thỏa thuận

Với nguyên tắc tự do thỏa thuận, pháp luật luôn tôn trọng các thỏa thuận hợp pháp của các bên, trong đó có thỏa thuận về các chế tài đối với vi phạm hợp đồng song vụ. Bên cạnh các chế tài, là các giải pháp pháp lý mà pháp luật đã quy định sẵn để các bên sử dụng hay thỏa thuận sử dụng khi có vi phạm hợp đồng nói chung và hợp đồng song vụ nói riêng xảy ra, các bên có thể thỏa thuận các chế tài khác nếu không vượt quá các giới hạn mà pháp luật quy định. BLDS 2005 cũng như BLDS 2015 không có quy định mở cụ thể về việc cho phép các bên được áp dụng các chế tài khác với các chế tài được BLDS quy định sẵn đối với vi phạm hợp đồng. Nhưng căn cứ vào nguyên tắc tự do, tự nguyện cam kết, thỏa thuận, dưới góc độ là một nội

dung của hợp đồng, các chế tài được các bên thỏa thuận khác sẽ được thừa nhận nếu nằm trong giới hạn không trái với những quy định trong Bộ luật này, pháp luật liên quan và không trái đạo đức xã hội (theo Điều 4 BLDS 2005).

LTM 2005 có đưa ra quy định mở về “các biện pháp khác do các bên thỏa thuận” được áp dụng đối với vi phạm hợp đồng song vụ trong thương mại tại khoản 7 Điều 292. Theo quy định này, ngoài sáu chế tài đã được liệt kê từ khoản 1 đến khoản 6 của Điều 292 LTM 2005, các bên có thể thỏa thuận các chế tài khác trong hợp đồng để áp dụng khi có vi phạm hợp đồng xảy ra. Do có điều chỉnh cả các quan hệ thương mại có yếu tố quốc tế nên giới hạn của LTM được thể hiện cả các giới hạn về pháp luật quốc tế, cụ thể thỏa thuận của các bên không trái với: (1) các nguyên tắc cơ bản của pháp luật Việt Nam; (2) điều ước quốc tế mà Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam là thành viên; và (3) tập quán thương mại quốc tế. Theo tinh thần của khoản 7 Điều 292 LTM 2005 thì cả ba giới hạn được thỏa mãn thì “các biện pháp khác” mới được thừa nhận áp dụng đối với vi phạm hợp đồng song vụ trong thương mại. Ở điểm này, PGS. TS Ngô Huy Cương nhận xét *“Giá như sự ngăn cản chế tài bởi lý do trật tự công cộng và thuần phong Hoa Kỳ tục, chứ không phải bởi lý do trái với các nguyên tắc cơ bản của pháp luật, điều ước quốc tế hay tập quán, thì có lẽ Điều 292, khoản 7 của LTM 2005 sẽ trở nên hoàn hảo”*[04, tr412]. Việc đưa ra quy định mở là một trong các điểm rất tiên bộ của LTM 2005, tạo điều kiện để các bên phát huy sự sáng tạo, phù hợp mới sự năng động, linh hoạt của hoạt động thương mại mang tính quốc tế, đảm bảo tối đa nguyên tắc tự do ý chí và thiện chí giao kết.

2.2.2. *Mối quan hệ giữa các các chế tài đối với vi phạm hợp đồng song vụ*

Với sự tồn tại của nhiều loại chế tài, theo nội dung của hợp đồng hay theo quy định của pháp luật, khi có vi phạm hợp đồng xảy ra, bên bị vi phạm có thể áp dụng một hoặc nhiều chế tài cùng lúc để bảo vệ quyền lợi của mình. Tuy nhiên, có những chế tài có tính chất loại trừ nhau, hạn chế nhau, dẫn đến không thể hoặc bị

hạn chế khi cùng áp dụng. Việc làm rõ mối quan hệ giữa các chế tài có ý nghĩa quan trọng về mặt nhận thức cũng như sử dụng, áp dụng các chế tài đối với vi phạm hợp đồng song vụ. Trong Luận văn này, các mối quan hệ cơ bản và chính yếu được phân tích sau đây.

□ *Quan hệ giữa chế tài buộc thực hiện đúng hợp đồng và các chế tài khác*

Đối chiếu căn cứ áp dụng của chế tài buộc thực hiện đúng với các chế tài khác, có thể chia thành 02 nhóm quan hệ sau:

- Thứ nhất, mối quan hệ giữa chế tài buộc thực hiện đúng hợp đồng với chế tài yêu cầu bồi thường thiệt hại và chế tài phạt vi phạm.

Căn cứ áp dụng và nội dung áp dụng chế tài buộc thực hiện đúng hợp đồng hoàn toàn độc lập với chế tài yêu cầu bồi thường thiệt hại và chế tài phạt vi phạm. Do đó, chế tài buộc thực hiện đúng hợp đồng có thể áp dụng độc lập, không loại trừ và không làm ảnh hưởng tới việc áp dụng chế tài yêu cầu bồi thường thiệt hại và chế tài phạt vi phạm. Có thể viện dẫn theo quy định tại các Điều 303, 304 và 305 BLDS 2005, tại các Điều 356 và Điều 358 BLDS 2015, ngoài việc áp dụng chế tài buộc thực hiện đúng hợp đồng, bên bị vi phạm có thể áp dụng thêm chế tài yêu cầu bồi thường thiệt hại đối với các vi phạm hợp đồng. Nhà làm luật LTM 2005 đã dành nguyên một điều khoản quy định về quan hệ giữa chế tài buộc thực hiện đúng hợp đồng và các loại chế tài khác tại Điều 299. Theo quy định tại khoản 1 Điều 299 LTM 2005, trong thời gian áp dụng chế tài buộc thực hiện đúng hợp đồng, bên bị vi phạm có thể áp dụng chế tài yêu cầu bồi thường thiệt hại và chế tài phạt vi phạm.

- Thứ hai, mối quan hệ giữa chế tài buộc thực hiện đúng hợp đồng với các chế tài khác không bao gồm chế tài yêu cầu bồi thường thiệt hại và chế tài phạt vi phạm.

Theo khoản 1 Điều 299 LTM 2005, ngoài chế tài yêu cầu bồi thường thiệt hại và chế tài phạt vi phạm, bên bị vi phạm không được áp dụng cùng lúc chế tài buộc thực hiện đúng hợp đồng với các chế tài khác, cụ thể là các chế tài tạm ngừng thực

hiện hợp đồng, đình chỉ thực hiện hợp đồng, hủy bỏ hợp đồng. Cũng là điều dễ hiểu do mục đích của chế tài buộc thực hiện đúng hợp đồng là duy trì hiệu lực của hợp đồng, buộc các bên phải tiếp tục thực hiện hợp đồng cho đến khi đạt mục đích giao kết. Trái ngược với điều này, chế tài tạm ngừng thực hiện hợp đồng, đình chỉ thực hiện hợp đồng, hủy bỏ hợp đồng lại nhằm mục đích làm cho việc thực hiện hợp đồng bị ngừng lại hay bị chấm dứt. Việc áp dụng các chế tài ngược nhau là điều vô lý về cả mặt pháp lý cũng như thực tế, nên việc nhà làm luật ghi nhận rõ giới hạn áp dụng về mối quan hệ vừa nêu là điều cần thiết, góp phần giúp các bên định hướng đúng và hợp pháp khi áp dụng. Tuy nhiên, theo tại khoản 1 Điều 299, việc quy định bên bị vi phạm có quyền yêu cầu bồi thường thiệt hại và phạt vi phạm “nhưng không được áp dụng các chế tài khác” là chưa chuẩn xác. Bởi lẽ, các chế tài khác không chỉ gồm chế tài tạm ngừng thực hiện hợp đồng, đình chỉ thực hiện hợp đồng, hủy bỏ hợp đồng mà còn cả các biện pháp khác do các bên thỏa thuận (khoản 7 Điều 292). Có thể việc áp dụng các chế tài khác do các bên thỏa thuận theo quy định tại khoản 7 Điều 292 không bị mâu thuẫn với chế tài buộc thực hiện đúng hợp đồng, nên nếu bị hạn chế sẽ gây ra sự bất hợp lý, trái với tinh thần của Điều 292 LTM 2005.

Mặc dù BLDS 2005 cũng như BLDS 2015 không có quy định rõ về điểm này, nhưng theo tinh thần của cả hai Bộ luật, khi áp dụng chế tài buộc thực hiện hợp đồng, bên bị vi phạm vẫn có thể áp dụng chế tài phạt hợp đồng và chế tài hoãn thực hiện hợp đồng (theo khoản 2 Điều 415 BLDS 2005 và khoản 2 Điều 411 BLDS 2015); tuy nhiên không được cùng áp dụng đồng thời với chế tài đơn phương chấm dứt thực hiện hợp đồng và chế tài hủy bỏ hợp đồng do mâu thuẫn về mục đích áp dụng và hậu quả pháp lý như được phân tích.

- *Quan hệ giữa chế tài yêu cầu bồi thường thiệt hại với các chế tài phạt vi phạm và các chế tài khác*

Dựa vào căn cứ và nội dung áp dụng, mối quan hệ giữa chế tài yêu cầu bồi thường thiệt hại với các chế tài khác cũng được chia thành hai nhóm sau:

- **Thứ nhất**, mối quan hệ giữa chế tài yêu cầu bồi thường thiệt hại với các chế tài phạt vi phạm.

Với bản chất, phạt vi phạm là một khoản bồi thường thiệt hại ấn định trước, kèm theo mục đích răn đe vi phạm. Dưới góc độ lý luận, pháp lý và thực tiễn, giữa chế tài yêu cầu bồi thường thiệt hại với các chế tài phạt vi phạm có mối quan hệ mật thiết, có thể dẫn đến loại trừ nhau. Theo quy định tại khoản 3 Điều 422 BLDS 2005 về thực hiện hợp đồng có thỏa thuận phạt vi phạm, áp dụng chế tài yêu cầu bồi thường thiệt hại với các chế tài phạt vi phạm có thể xảy ra một trong 03 trường hợp sau:

- Trường hợp thứ nhất, các bên có thỏa thuận về việc bên vi phạm hợp đồng chỉ phải nộp tiền phạt vi phạm mà không phải bồi thường thiệt hại.
- Trường hợp thứ hai, các bên có thỏa thuận về việc bên vi phạm hợp đồng vừa phải nộp tiền phạt vi phạm vừa phải bồi thường thiệt hại.
- Trường hợp thứ ba, các bên không có thỏa thuận về bồi thường thiệt hại thì bên vi phạm hợp đồng chỉ phải nộp tiền phạt vi phạm

Tác giả cho rằng, nhà làm luật quy định trường hợp thứ nhất và trường hợp thứ hai đã hợp lý, song trường hợp thứ ba không đảm bảo sự thỏa đáng. Bởi lẽ, việc dựa vào căn cứ “không có thỏa thuận về bồi thường thiệt hại” để tước quyền áp dụng chế tài yêu cầu bồi thường thiệt hại do vi phạm hợp đồng sẽ không đảm bảo quyền lợi cho bên bị vi phạm, đặc biệt trong các tình huống sau: (1) thiệt hại thực tế lớn, lớn hơn nhiều so với khoản tiền phạt vi phạm; (2) bên bị vi phạm, nhất là bên yếu thế đã sơ xuất hoặc do hạn chế hiểu biết pháp luật đã quên, hoặc không biết việc đề nghị bổ sung quyền áp dụng chế tài yêu cầu bồi thường thiệt hại khi thương thỏa thảo hợp đồng, đến khi có vi phạm phải chịu thiệt hại nặng nề. Thiết nghĩ,

trường hợp thứ ba nên sửa thành “nếu các bên không có thảo thuận về bồi thường thiệt hại thì bên vi phạm nghĩa vụ phải nộp tiền phạt vi phạm và bồi thường thiệt hại cho phần thiệt hại vượt quá giá trị khoản tiền nộp phạt nếu có”. Tuy nhiên, nhà làm luật BLDS 2015 vẫn giữ nguyên quan điểm, chỉ quy định rõ thêm 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.

Nhà làm luật LTM 2005 có quan điểm khác như sau: “Một bên không bị mất quyền yêu cầu bồi thường thiệt hại đối với tổn thất do vi phạm hợp đồng của bên kia khi đã áp dụng các chế tài khác” (Điều 316 LTM 2005). Theo quy định này, không có bất kỳ giới hạn nào trong mối quan hệ áp dụng giữa chế tài yêu cầu bồi thường thiệt hại với các chế tài khác nói chung và chế tài phạt vi phạm nói riêng. Đối chiếu với BLDS 2005, có thể thấy giữa luật chung (BLDS 2005) và luật chuyên ngành (2005) có sự mâu thuẫn ở điểm này, gây ra không ít lúng túng và khó hiểu khi sử dụng, áp dụng các chế tài. Một bên hoàn toàn có thể “bám vào luật chung”, còn bên khác “khơi ra luật chuyên ngành” để bảo vệ quyền lợi của mình, dẫn đến phán quyết phục thuộc vào quan điểm thiếu chắc chắn, thống nhất của cơ quan xét xử.

Thứ hai, mối quan hệ giữa chế tài yêu cầu bồi thường thiệt hại với các chế tài khác không bao gồm chế tài phạt vi phạm. Theo các quy định hiện tại của BLDS 2005, LTM 2005, ngoài chế tài phạt vi phạm, bên bị vi phạm có thể áp dụng chế tài yêu cầu bồi thường thiệt hại độc lập, không bị loại trừ khi áp dụng cùng với các chế tài khác. BLDS 2015 cũng đã bổ sung nhiều quy định cụ thể hơn, thể hiện rõ tính độc lập và không loại trừ nhau khi áp dụng chế tài yêu cầu bồi thường thiệt hại đồng thời với các chế tài khác, trừ quy định riêng về mối quan hệ với chế tài phạt vi phạm hợp đồng.

2.2.3. Các trường hợp miễn trách nhiệm đối với vi phạm hợp đồng song vụ

Nội dung cơ sở lý luận cũng như thực trạng quy định theo pháp luật ở các nước trên thế giới về các trường hợp miễn trách nhiệm đối với vi phạm hợp đồng song vụ đã được làm rõ tại Tiểu mục 1.3.1 của Luận văn này. Tại phần này, tác giả chỉ tập trung làm rõ tình trạng quy định pháp luật Việt Nam về các trường hợp miễn trách nhiệm đối với vi phạm hợp đồng song vụ.

a) ***Các trường hợp miễn trách nhiệm đối với vi phạm hợp đồng song vụ theo quy định trong BLDS***

Kế thừa cách tiếp cận và quy định trong BLDS 1995, BLDS 2005 có quy định tại khoản 2 và khoản 3 Điều 308 về các trường hợp miễn trách nhiệm đối với vi phạm hợp đồng song vụ gồm 02 trường hợp sau:

□ *Trường hợp thứ nhất:* bên có nghĩa vụ không thể thực hiện được nghĩa vụ dân sự do sự kiện bất khả kháng thì không phải chịu trách nhiệm dân sự, trừ trường hợp có thoả thuận khác hoặc pháp luật có quy định khác.

Ở trường hợp này, nguyên nhân “do sự kiện bất khả kháng” là cơ sở để miễn trừ trách nhiệm dân sự do vi phạm hợp đồng. Theo nguyên tắc lỗi của pháp luật dân sự Việt Nam, viện dẫn “do sự kiện bất khả kháng” đồng nghĩa chứng minh bên vi phạm hợp đồng hoàn toàn không có lỗi, lỗi suy đoán thuộc về khách quan, do vậy “không có lỗi sẽ không phải chịu trách nhiệm”. Tuy nhiên, BLDS 2005 được cho là hạn chế khi không quy định ngay định nghĩa về sự kiện bất khả kháng tại Điều 308 hay phần nào khác của Phần thứ ba – Nghĩa vụ dân sự và hợp đồng dân sự. Định nghĩa sự kiện bất khả kháng lại được tìm ra ở Chương IX quy định về Thời hiệu, theo đó được quy định tại khoản 1 Điều 161 BLDS 2005, sự kiện bất khả kháng là sự kiện xảy ra một cách khách quan không thể lường trước được và không thể khắc phục được mặc dù đã áp dụng mọi biện pháp cần thiết và khả năng cho phép. Theo định nghĩa được BLDS 2005, sự kiện bất khả kháng được xác định gồm ba yếu tố: (1) phải là sự kiện xảy ra một cách khách quan (tức không phục thuộc vào ý chí của các bên tham gia hợp đồng); (2) sự kiện này gây ra hậu quả không thể

lượng trước được (các bên không nhận thức được khi giao kết hợp đồng về khả năng xảy ra sự kiện); và (3) không thể khắc phục được mặc dù đã áp dụng mọi biện pháp cần thiết và khả năng cho phép (tức mỗi bên đã thực hiện nghĩa vụ và trách nhiệm loại bỏ nguyên nhân gây ra sự kiện cũng như hạn chế thiệt hại do sự kiện gây ra. Tuy nhiên, trường hợp xảy ra “sự kiện bất khả kháng” sẽ không có giá trị viện dẫn áp dụng nếu các bên “có thỏa thuận khác hoặc pháp luật có quy định khác”. Cụ thể, nếu các bên có thỏa thuận hoặc pháp luật có quy định việc xảy ra sự kiện bất khả kháng không làm giải trừ trách nhiệm dân sự do vi phạm hợp đồng thì mặc dù có sự kiện bất khả kháng xảy ra, bên bị vi phạm không được hưởng trường hợp miễn trách nhiệm do sự kiện bất khả kháng.

□ *Trường hợp thứ hai:* bên có nghĩa vụ không phải chịu trách nhiệm dân sự nếu chứng minh được nghĩa vụ không thực hiện được hoàn toàn do lỗi của bên có quyền.

Tình huống này đặt ra khi bên có nghĩa vụ thiện chí thực hiện nghĩa vụ theo cam kết, nhưng vì lý do nào đó, bên có quyền cản trở hoặc không tạo các điều kiện cần thiết để nghĩa vụ được thực hiện hay tiếp nhận nghĩa vụ. Nếu bên có quyền được xác định hoàn toàn có lỗi làm cho nghĩa vụ của hợp đồng không thể thực hiện được thì không có nguyên cơ nào để buộc bên có nghĩa vụ chịu trách nhiệm, đồng thời, bên có quyền phải tự mình chịu trách nhiệm về hậu quả do hành vi có lỗi của mình gây ra. Tuy nhiên, BLDS 2005 có lỗ hổng khi chưa có tối thiểu một quy định mang tính nguyên tắc về xác định trách nhiệm của mỗi bên khi có vi phạm hợp đồng do lỗi của cả hai bên. Theo lẽ công bằng, nếu hai bên cùng có lỗi thì đều phải chịu trách nhiệm tương ứng với phần lỗi của mình khi gây ra vi phạm hợp đồng. Đối với trách nhiệm bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng, theo quy định Điều 617 BLDS 2005, khi người bị thiệt hại cũng có lỗi trong việc gây thiệt hại thì người gây thiệt hại chỉ phải bồi thường phần thiệt hại tương ứng với mức độ lỗi của mình. Theo tinh thần phân chia trách nhiệm theo mức độ lỗi giống như Điều 617 BLDS

2005 được viện dẫn, BLDS 2005 cần bổ sung quy định phân chia trách nhiệm khi các bên cùng có lỗi gây ra vi phạm hợp đồng.

Hiện hai trường hợp miễn trách nhiệm đối với vi phạm hợp đồng song vụ theo quy định tại BLDS 2005 chưa bao quát được hết các tình huống thực tế cần áp dụng việc miễn trách nhiệm. Do được tự do thỏa thuận và cam kết, các bên hoàn toàn có thể thỏa thuận các trường hợp cụ thể khác được miễn trách nhiệm đối với vi phạm hợp đồng. Nếu căn cứ vào quy định hiện hành, nếu không trái với các nguyên tắc cơ bản của BLDS 2005 thì thỏa thuận ngoài hai trường hợp luật định về miễn trách nhiệm đối với vi phạm hợp đồng vẫn được thừa nhận như một nội dung hợp pháp của hợp đồng, tuy nhiên cần được luật hóa để đảm bảo cơ sở pháp lý vững chắc hơn. Ngoài ra, nhà làm luật chưa dự liệu tình huống bên vi phạm hợp đồng thực hiện hành vi vi phạm do chấp hành quyết định của cơ quan nhà nước có thẩm quyền mà các bên không biết trước được vào thời điểm giao kết hợp đồng. Tình huống này hoàn toàn có thể xảy ra trong môi trường pháp lý của Việt Nam còn thiếu tính ổn định và hay thay đổi chính sách, pháp luật. Thiết nghĩ, BLDS cần bổ sung thêm hai trường hợp được phân tích trên vào các trường hợp được miễn trách nhiệm đối với vi phạm hợp đồng song vụ.

BLDS 2005 không quy định cụ thể nhưng theo tinh thần của Bộ luật và pháp luật về tổ tụng dân sự và tổ tụng trọng tài, khi đưa ra yêu cầu phản bác với bên yêu cầu áp dụng chế tài đối với vi phạm hợp đồng do thuộc trường hợp miễn trách nhiệm đối với vi phạm hợp đồng song vụ, bên bị yêu cầu áp dụng chế tài cũng có nghĩa vụ và trách nhiệm chứng minh căn cứ để áp dụng. Bên yêu cầu áp dụng trường hợp miễn trách nhiệm đối với vi phạm hợp đồng song vụ cần xác định rõ trường hợp miễn trách nhiệm thuộc trường hợp nào trong hai trường hợp được quy định trong hợp đồng và Điều 308 BLDS 2005. Trên cơ sở làm rõ trường hợp được miễn trách nhiệm cụ thể, bên yêu cầu áp dụng có thể xác định được phạm vi chứng

minh, thu thập các chứng cứ cần thiết để chứng minh các căn cứ áp dụng trường hợp miễn trách nhiệm mong muốn.

LTM 2005 có điều khoản riêng quy định về miễn trách nhiệm đối với vi phạm hợp đồng. Ngoài hai trường hợp giống quy định trong BLDS 2005, LTM 2005 đã quy định thêm hai trường hợp mà tác giả đã nêu ra cần bổ sung vào BLDS. Theo quy định tại Điều 294 LTM 2005, các trường hợp được miễn trách nhiệm đối với vi phạm hợp đồng song vụ bao gồm:

- (1) Xảy ra trường hợp miễn trách nhiệm mà các bên đã thỏa thuận. Nội dung thỏa thuận của các bên về các trường hợp miễn trách nhiệm trong hợp đồng là một phần nội dung hợp pháp của hợp đồng, cần được tôn trọng và bảo đảm thực hiện. Tuy nhiên, khi thỏa thuận, các bên cần chú ý nội dung thỏa thuận miễn trách nhiệm không trái với nguyên tắc cơ bản của pháp luật Việt Nam, điều ước quốc tế mà Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam là thành viên và tập quán thương mại quốc tế theo tinh thần quy định tại khoản 7 Điều 202 LTM 2005.
- (2) Xảy ra sự kiện bất khả kháng. Do LTM 2005 không quy định rõ về “sự kiện bất khả kháng” nên cần áp dụng quy định chung về miễn trách nhiệm trong trường hợp xảy ra sự kiện bất khả kháng theo quy định trong BLDS 2005.
- (3) Hành vi vi phạm của một bên hoàn toàn do lỗi của bên kia. Trường hợp này áp dụng theo quy định chung liên quan của BLDS 2005. LTM 2005 cũng giống với BLDS 2005 khi chưa quy định xem xét trách nhiệm khi cả hai bên đều có lỗi gây ra vi phạm hợp đồng.
- (4) Hành vi vi phạm của một bên do thực hiện quyết định của cơ quan quản lý nhà nước có thẩm quyền mà các bên không thể biết được vào thời điểm giao kết hợp đồng. Ở Việt Nam, qua mỗi thời kỳ, các chính sách và pháp luật có sự điều chỉnh, thay đổi. Tính ổn định của pháp luật Việt Nam không cao, đặc

biệt các thông tư hướng dẫn thi hành Nghị định, Luật thường hai đến ba năm ban hành thay thế, sửa đổi một lần, có Thông tư mới ra bị sửa đổi, thay thế khi thi hành dưới một năm. Bên cạnh pháp luật thiếu ổn định, mỗi địa phương có các chính sách, quy hoạch ngắn, trung và dài hạn có thể được ban hành mới, sửa đổi, bổ sung hoặc thay thế. Lĩnh vực kinh doanh thương mại thường chịu ảnh hưởng lớn khi có chính sách và pháp luật thay đổi. Do vậy, nhà làm luật quy định căn cứ “do thực hiện quyết định của cơ quan quản lý nhà nước có thẩm quyền mà các bên không thể biết được vào thời điểm giao kết hợp đồng” đảm bảo tính hợp lý và cần thiết, bảo đảm quyền và lợi ích cho các bên khi tham gia và thực hiện hợp đồng trong thương mại.

LTM 2005 còn quy định rõ nghĩa vụ chứng minh trường hợp miễn trách nhiệm thuộc về bên vi phạm hợp đồng (khoản 1 Điều 294 và khoản 3 Điều 295 LTM 2005). Việc quy định rõ trách nhiệm chứng minh của bên vi phạm hợp đồng là cần thiết bởi việc được miễn trách nhiệm giúp bên vi phạm hợp đồng được giải trừ hậu quả pháp lý bất lợi về vật chất. Về việc thông báo và xác nhận, theo quy định tại Điều 295 LTM 2005, khi có hành vi vi phạm hợp đồng, bên vi phạm hợp đồng phải thông báo ngay bằng văn bản cho bên kia về trường hợp được miễn trách nhiệm và những hậu quả có thể xảy ra. Khi trường hợp miễn trách nhiệm chấm dứt, bên vi phạm hợp đồng phải thông báo ngay cho bên kia biết; nếu bên vi phạm không thông báo hoặc thông báo không kịp thời cho bên kia thì phải bồi thường thiệt hại. Các quy định chi tiết và cần thiết này nên sớm được bổ sung vào BLDS.

Các trường hợp miễn trách nhiệm đối với vi phạm hợp đồng song vụ theo quy định trong BLDS 2005 tiếp tục được kế thừa và quy định tương tự trong BLDS 2015. Theo quy định tại khoản 2 và khoản 3 Điều 351 BLDS 2015, vi phạm nghĩa vụ hợp đồng thuộc các trường hợp sau vẫn được xác định thuộc diện miễn trách nhiệm: (1) không thực hiện đúng nghĩa vụ do sự kiện bất khả kháng; (2) không thực hiện được là hoàn toàn do lỗi của bên có quyền.

2.3. Một số vấn đề về thực trạng áp dụng các chế tài đối với vi phạm hợp đồng song vụ theo pháp luật Việt Nam hiện hành

Việc quy định các chế tài đối với vi phạm hợp đồng song vụ trong BLDS 2005 và LTM 2005 đã tạo cơ sở pháp lý có ý nghĩa quan trọng bảo đảm tính ràng buộc và hiệu lực của hợp đồng, ngăn ngừa các vi phạm hợp đồng, bảo vệ, bảo đảm quyền lợi của các bên khi có vi phạm hợp đồng. Trên cơ sở quyền tự do, thiện chí thỏa thuận và cam kết, các bên có thể thỏa thuận việc áp dụng các chế tài đối với vi phạm hợp đồng trong hợp đồng, giúp các bên dự liệu tối đa được các tình huống xấu nhất để tìm ra hướng đi chung nhằm giải quyết mâu thuẫn, tranh chấp nếu có, đặc biệt phát sinh do vi phạm hợp đồng. Nếu không có thỏa thuận, các bên hoàn toàn có thể viện dẫn các quy định của luật để áp dụng các chế tài cần thiết để bảo vệ quyền lợi của mình. Thông thường, khi có tranh chấp xảy ra do có vi phạm hợp đồng, các bên khó đạt được sự thống nhất giải quyết bằng thương lượng, họ thường tìm đến các cơ quan tài phán như tòa án, trọng tài để yêu cầu giải quyết. Trong phạm vi thẩm quyền, tòa án, trọng tài căn cứ vào thỏa thuận trọng hợp đồng và luật thực định để phán quyết áp dụng các chế tài cần thiết để bảo vệ quyền lợi cho bên bị vi phạm. Việc sử dụng, áp dụng các chế tài đối với vi phạm hợp đồng song vụ đã mang lại nhiều kết quả tích cực trong đời sống xã hội, đặc biệt trong hoạt động kinh tế. Trên cơ sở hành lang pháp lý rõ ràng, cụ thể và tiến bộ về các chế tài đối với vi phạm hợp đồng song vụ, các bên có thể an tâm tham gia giao dịch đáp ứng nhu cầu ngày càng phong phú và đa dạng của cuộc sống, làm giàu cho cá nhân, gia đình và xã hội.

Bên cạnh những giá trị tích cực đem tới đời sống xã hội, cần nhìn nhận các điểm hạn chế còn tồn tại, phát sinh do chính sự hạn chế của luật thực định, trong công tác phổ biến thi hành, công tác áp dụng và thi hành pháp luật. Đề tài của Luận văn tập chung vào cơ sở lý luận và luật thực định nên tác giả sau đây đề cập đến các vấn đề pháp lý phát sinh trong quá trình sử dụng, áp dụng và thi hành luật thực định. Trong Mục 2.2 của Luận văn này, khi phân tích về các chế tài, mối quan hệ giữa các chế tài và các trường hợp miễn trách nhiệm, bên cạnh làm rõ luật thực định, tác giả

có phân tích làm rõ các hạn chế về nội dung quy định cũng như thực tế thi hành ở cả BLDS 2005 và LTM 2005, đến nay vẫn còn tồn tại trong BLDS 2015. Với số lượng hạn chế không ít, nên trong quá trình sử dụng, áp dụng và thi hành, không tránh khỏi tình trạng lúng túng, cách hiểu không thống nhất. Ngoài các hạn chế, khó khăn và vướng mắc phát sinh do hạn chế của luật thực định đã phân tích trong mỗi nội dung của Mục 2.2 Luận văn này, tác giả đưa ra thêm một số vấn đề thực tế sau đây:

□ *Vấn đề mức phạt vi phạm của chế tài phạt vi phạm*

Vấn đề sự khác biệt trong quy định mức phạt vi phạm hợp đồng giữa BLDS 2005 và LTM 2005 dành được nhiều sự quan tâm của các học giả cũng như những người áp dụng, thi hành pháp luật. Khi có vi phạm hợp đồng xảy ra cần áp dụng chế tài phạt vi phạm, việc xác định hợp đồng bị vi phạm là hợp đồng dân sự để áp dụng BLDS hay hợp đồng thương mại để áp dụng LTM có ý nghĩa rất quan trọng. Bởi lẽ, nếu là hợp đồng dân sự, áp dụng BLDS 2005, mức phạt vi phạm không bị giới hạn, dù mức phạt cao cũng vẫn được áp dụng nếu viện dẫn các căn cứ cần và đủ. Trong khi đó, nếu xác định là hợp đồng thương mại, mức phạt bị hạn chế ở mức không quá 8% giá trị phần nghĩa vụ hợp đồng bị vi phạm (riêng giới hạn mức phạt vi phạm đối với hợp đồng dịch vụ giám định là không vượt quá mười lần thù lao dịch vụ giám định) theo quy định tại 301 LTM 2005. Đối với những hợp đồng trong thực tế khó được phân biệt là hợp đồng dân sự hay hợp đồng thương mại thì hậu quả pháp lý khi xác định được loại hợp đồng đối với riêng vấn đề giới hạn mức phạt vi phạm có sự khác biệt rất lớn, đặc biệt trong thực tế mức thỏa thuận phạt vi phạm thường cao. Có quan điểm cho rằng BLDS cần có quy định giới hạn giống giới hạn mức phạt trong LTM 2005 để tạo ra sự thống nhất cũng như tránh các trường hợp “sát phạt” nhau do vi phạm hợp đồng. Có quan điểm ngược lại cho rằng LTM 2005 cần sửa đổi thống nhất theo như mức phạt quy định tại BLDS 2005, theo đó để mức phạt không có giới hạn tối đa mà trao cho quyền tự do thỏa thuận của các bên. Như đã trình bày tại Tiểu mục 2.2.1.3 về chế tài phạt vi phạm, tác giả đồng tình với quan

điểm thứ hai, cụ thể cần quy định thống nhất mức phạt không giới hạn như BLDS 2005 để đảm bảo tối đa quyền tự do thỏa thuận và cam kết của các bên.

Bên cạnh sự thiếu thống nhất về mức phạt giữa BLDS 2005 và LTM 2005, LTM chưa quy định hướng xử lý khi áp dụng chế tài phạt vi phạm trong trường hợp các bên thỏa thuận mức phạt vi phạm trên 8% giá trị phần nghĩa vụ bị vi phạm. Giải quyết tình huống này, theo ý kiến của các chuyên gia cũng như trong hoạt động xét xử thực tiễn, hiện có hai quan điểm xử lý trái ngược nhau. Quan điểm thứ nhất cho rằng do nội dung thỏa thuận phạt vi phạm trái với quy định tại Điều 301 LTM 2005 nên bị vô hiệu, đồng nghĩa bên bị vi phạm hợp đồng không được áp dụng chế tài này. Quan điểm thứ hai cho rằng, nếu thỏa thuận vượt quá, tòa án sẽ quyết định cho bên bị vi phạm được hưởng mức phạt vi phạm tối đa là 8% giá trị phần nghĩa vụ bị vi phạm. Tác giả đồng tình với quan điểm thứ hai, bởi sẽ đảm bảo sự công bằng và quyền lợi cho bên bị vi phạm, đồng thời đảm bảo cơ sở pháp lý để chế tài phạt vi phạm được áp dụng, mang lại hiệu quả răn đe và ngăn ngừa vi phạm.

□ Vấn đề áp dụng chế tài đình chỉ, hủy bỏ hợp đồng đối với vi phạm nghiêm trọng hay vi phạm nghĩa vụ cơ bản của hợp đồng

Theo quy định của BLDS hiện hành cũng như BLDS 2015, một bên áp dụng chế tài đơn phương chấm dứt hợp đồng và chế tài hủy bỏ hợp đồng được áp dụng đối với bên kia vi phạm hợp đồng là điều kiện hủy bỏ, đơn phương chấm dứt thực hiện hợp đồng theo thỏa thuận hoặc theo quy định của pháp luật. Trong thực tế, có tình trạng thỏa thuận của các bên về điều kiện hủy bỏ, đơn phương chấm dứt hợp đồng là các vi phạm hợp đồng nhỏ, không gây thiệt hại đáng kể cho bên kia đến mức làm cho bên kia không đạt được mục đích của việc giao kết hợp đồng. Điều này là bất hợp lý, bởi hợp đồng được lập ra để thực hiện nhằm đạt tới mục đích nhất định, tránh để bị chấm dứt hiệu lực vì các vi phạm không nghiêm trọng. Thiết nghĩ, BLDS cần có quy định giới hạn phạm vi các điều kiện áp dụng các chế tài làm chấm dứt hiệu lực hợp đồng (hủy bỏ hợp đồng và đơn phương chấm dứt hợp đồng) giống

với quy định trong LTM 2005. Theo đó, bên bị vi phạm hợp đồng chỉ được hủy hợp đồng hoặc đơn phương chấm dứt hợp đồng khi bên vi phạm có hành vi vi phạm nghĩa vụ chính của hợp đồng, là vi phạm nghiêm trọng hợp đồng, dẫn đến mục đích giao kết không thể đạt được.

Hiện theo quy định tại khoản 13 Điều 3 LTM 2005, Vi phạm cơ bản là sự vi phạm hợp đồng của một bên gây thiệt hại cho bên kia đến mức làm cho bên kia không đạt được mục đích của việc giao kết hợp đồng. Quy định này của LTM cũng chưa đảm bảo tính khái quát cần thiết, bởi có thể phát sinh trường hợp vi phạm nghiêm trọng hợp đồng nhưng chưa gây thiệt hại, song đã khiến mục đích của việc giao kết hợp đồng không thể đạt được. Do đó, không nên chỉ căn cứ xảy ra thiệt hại để xác định căn cứ để hủy bỏ hay đơn phương chấm dứt (đình chỉ) thực hiện hợp đồng. Cả BLDS và LTM cần thống nhất sửa đổi theo hướng chế tài hủy bỏ hợp đồng và đơn phương chấm dứt (đình chỉ) thực hiện hợp đồng chỉ áp dụng đối với các vi phạm nghiêm trọng theo thỏa thuận hoặc theo luật định; vi phạm nghiêm trọng được hiểu là vi phạm nghĩa vụ chính của hợp đồng gây thiệt hại hoặc sẽ gây thiệt hại nghiêm trọng cho bên kia và dẫn đến mục đích giao kết hợp đồng không thể đạt được.

□ ***Vấn đề áp dụng án lệ về các chế tài đối với vi phạm hợp đồng song vụ***

Với số lượng hạn chế của luật thực định không ít, các quy định còn ở mức chung chung, chưa đảm bảo sự khái quát cao, việc sử dụng, áp dụng và thi hành trong thực tiễn gặp nhiều trở ngại. Khi áp dụng vào thực tế, không tránh khỏi các cách hiểu khác nhau. Khi tranh chấp xảy ra, vì bảo vệ lợi ích của mình, mỗi bên đưa ra các cách hiểu có lợi cho mình, tìm đủ các căn cứ biện minh ngay cả khi thực tế có vi phạm. Tòa án địa phương hay trọng tài có thẩm quyền là người ở giữa cầm cân nảy mực còn nhiều khi gặp phải lúng túng buộc phải xin ý kiến cấp trên hay tự xử theo quan điểm riêng. Hệ quả, kết quả giải quyết việc áp dụng chế tài đối với vi

phạm hợp đồng nói riêng và tranh chấp do vi phạm hợp đồng nói chung bị lệ thuộc vào quan điểm của thẩm phán, chưa kể đến “các cám dỗ từ mặt trái của đồng tiền”. Các lỗ hổng, hạn chế của luật cần được bổ khuyết bằng các án lệ, là các hình mẫu xét xử để tăng cường cách hiểu và xét xử thống nhất. Chủ trương sử dụng án lệ của Nhà nước ta đã kịp thời đáp ứng nhu cầu của thực tế. Trong nửa đầu năm 2016, trên cơ sở thi hành Nghị quyết 03/2015/NQ-HĐTP của Hội đồng thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao ban hành ngày 28/10/2015 về quy trình lựa chọn, công bố và áp dụng án lệ, đã có 06 án lệ được công bố áp dụng, thể hiện nỗ lực không ngừng của ngành tư pháp. Trong thời gian tới, nhà nước cần đề cao hơn vai trò của án lệ, đầu tư thêm kinh phí, thời gian và công sức để ban hành thêm nhiều án lệ, nhằm tăng thêm tính thực tế vào pháp luật, góp phần bổ khuyết cho các lỗ hổng, hạn chế của pháp luật thực định hiện nay.

Chương 3 – NHỮNG VẤN ĐỀ PHÁP LÝ TIẾP TỤC CẦN ĐẶT RA VỀ CÁC CHẾ TÀI ĐỐI VỚI VI PHẠM HỢP ĐỒNG SONG VỤ

Qua các nội dung được phân tích và đánh giá tại Chương 2, một loạt các hạn chế, bất cập của BLDS 2005 và LTM 2005 được phân tích làm rõ. Mặc dù BLDS 2015 đã có nhiều điểm mới tích cực và tiến bộ, khắc phục được cơ bản các hạn chế của BLDS 2005 về các chế tài đối với hợp đồng song vụ, tuy nhiên, để tạo ra hành lang pháp lý có hiệu lực pháp lý cao và khả thi, cần có sự sửa đổi, bổ sung trong cả LTM 2005 hiện hành. Chế tài đối với vi phạm hợp đồng song vụ được quy định ở nhiều văn bản khác nhau có điều chỉnh quan hệ hợp đồng, tuy nhiên tâm điểm là BLDS và LTM. Nhà làm luật cũng cần sớm triển khai sửa đổi, bổ sung LTM để khắc phục các hạn chế còn tồn tại, đảm bảo sự thống nhất và hài hòa với BLDS 2015 sắp có hiệu lực (từ 01/07/2017). BLDS 2015 mới được ban hành, song xét đối chiếu với các hạn chế của BLDS 2005, một số vấn đề cần phải được điều chỉnh cụ thể hơn, ít nhất ở tầm Nghị định của Chính phủ, hoặc sửa đổi, bổ sung BLDS sau một thời gian áp dụng. Tại Chương cuối này, tác giả đề xuất các yêu cầu cần tiếp tục đặt ra và giải pháp cụ thể để hoàn thiện quy định về các chế tài đối với vi phạm hợp đồng song vụ.

3.1. Các yêu cầu tiếp tục cần đặt ra để hoàn thiện quy định về các chế tài đối với vi phạm hợp đồng song vụ

□ *Đảm bảo sự đồng bộ các quy định liên quan trong hệ thống pháp luật*

Trong hệ thống pháp luật Việt Nam, chế định hợp đồng hiện nay được điều chỉnh trong luật chung (BLDS) và nhiều luật chuyên ngành (LTM, Bộ luật Lao động, Luật Nhà ở, Luật Kinh doanh bất động sản,). Với cách tiếp cận từ chung đến riêng và ưu tiên áp dụng luật chuyên ngành, hợp đồng cần thỏa mãn các quy định chung của BLDS, được áp dụng các quy định pháp luật liên quan của luật chuyên ngành nếu thuộc phạm vi điều chỉnh của luật chuyên ngành. Với tư cách là luật chung, BLDS cần quy định theo hướng tạo ra các nguyên tắc pháp lý chung, để

từ đó, các luật chuyên ngành sẽ điều chỉnh các nội dung riêng cho chuyên ngành pháp lý cụ thể. Các quy định trong BLDS và các luật chuyên ngành cần đảm bảo sự thống nhất và đồng bộ, đặc biệt tránh tình trạng pháp luật chuyên ngành mâu thuẫn với luật chung hoặc luật chung không tạo ra các quy định mở để phát triển, dẫn chiếu các quy định trong luật chuyên ngành. Tiêu chí đồng bộ có vai trò quan trọng trong việc xây dựng pháp luật, tạo cơ sở cho tính khả thi và thống nhất khi áp dụng, đảm bảo hiệu lực pháp lý của pháp luật. Các chế tài đối với vi phạm hợp đồng song vụ là một nội dung rất quan trọng trong chế định hợp đồng. Việc hoàn thiện các quy định về các chế tài đối với vi phạm hợp đồng song vụ trong BLDS cũng như các luật chuyên ngành không nằm ngoài tiêu chí và yêu cầu đồng bộ. Tại Chương 2, có khá nhiều các quy định của BLDS và LTM hiện còn có sự mâu thuẫn và chồng chéo. Vì vậy, trong thời gian tới, việc hoàn thiện pháp luật về các chế tài đối với vi phạm hợp đồng song vụ nói riêng và chế định hợp đồng nói chung cần đảm bảo sự đồng bộ, thống nhất giữa BLDS với LTM và các luật chuyên ngành khác.

□ ***Phát huy vai trò của án lệ theo chủ trương mới***

Như phân tích nêu ra tại Mục 2.3, các án lệ được phát triển đóng vai trò quan trọng “mang thêm tính thực tiễn vào luật”, bổ khuyết cho các lỗ hổng, sự thiếu thống nhất khi áp dụng pháp luật về các chế tài đối với vi phạm hợp đồng song vụ. BLDS 2015 đã có nêu ra vai trò bổ sung của án lệ trong áp dụng pháp luật (Điều 6). Với chủ trương đúng đắn phát triển án lệ của Đảng và Nhà nước, đến nay đã có một số án lệ được ban hành và phát huy hiệu quả đáng kể. Trong thời gian tới, các bản án về các chế tài đối với vi phạm hợp đồng song vụ cần được đầu tư rà soát để sớm đưa ra được ban hành nhiều án lệ có chất lượng, góp phần hoàn thiện hành lang pháp lý về các chế tài đối với vi phạm hợp đồng song vụ cùng luật thực định.

□ ***Tham khảo và tạo ra sự hài hòa với pháp luật quốc tế đáp ứng yêu cầu hội nhập***

Việt Nam hiện nay ngày càng hội nhập sâu rộng quốc tế và khu vực. Hội nhập được diễn ra trong mọi mặt của đời sống xã hội, pháp luật cũng không nằm ngoài yêu cầu hội nhập. Việc hội nhập pháp luật được hiểu là việc đảm bảo sự hài hòa giữa pháp luật Việt Nam và pháp luật quốc tế. Cụ thể, các nhà làm luật Việt Nam cần tiếp tục coi trọng và đảm bảo tiêu chí hội nhập, hài hòa pháp luật vào chương trình hoàn thiện pháp luật. Đặc biệt, đưa ra được các quy định về hợp đồng dân sự có yếu tố nước ngoài hay hợp đồng thương mại quốc tế đảm bảo sự hài hòa nội dung và công bằng lợi ích các bên với các điều ước quốc tế song phương và đa phương mà Việt Nam là thành viên. Bên cạnh đó, việc hoàn thiện các chế tài đối với vi phạm hợp đồng cũng cần tham khảo, tiếp nhận các yếu tố hợp lý, tiến bộ và phù hợp từ pháp luật các nước phát triển và pháp luật quốc tế. Ngoài ra, Nhà nước cần đầu tư nghiên cứu thêm việc gia nhập Công ước viên năm 1980 và vận dụng Bộ nguyên tắc của Unidroit về hợp đồng thương mại quốc tế.

3.2. Các giải pháp cụ thể hoàn thiện quy định về các chế tài đối với vi phạm hợp đồng song vụ

Trên cơ sở rà soát, phân tích và bình luận tại Chương 2, tác giả đề xuất, kiến nghị các giải pháp cụ thể hoàn thiện quy định về các chế tài đối với vi phạm hợp đồng song vụ như sau:

□ **Thứ nhất**, tập trung các quy định chung về hợp đồng nói chung và các chế tài đối với vi phạm hợp đồng song vụ nói riêng trong BLDS, các luật chuyên ngành chỉ quy định các yếu tố riêng mang tính chuyên ngành được BLDS quy định mở cho phép viện dẫn. Việc điều chỉnh này sẽ đảm bảo nguyên tắc tiếp cận từ chung đến riêng, được ưu tiên áp dụng luật chuyên ngành và tạo ra sự thống nhất cho pháp luật về hợp đồng trong pháp luật Việt Nam. Cụ thể, LTM 2005 khi sửa đổi cần lược bỏ các quy định đã được ghi nhận trong BLDS 2015, chỉ tập trung các quy định mang tính chuyên ngành, tránh các điểm mâu thuẫn giữ LTM và BLDS – hai luật tâm điểm quy định về chế định hợp đồng.

□ **Thứ hai**, sửa đổi quy định định nghĩa hợp đồng song vụ. Quy định định nghĩa về hợp đồng song vụ hiện nay tại khoản 1 Điều 406 BLDS 2005 cũng như tại khoản 1 Điều 402 BLDS 2015 cần bổ sung yếu tố tính quan hệ, phụ thuộc lẫn nhau giữa các quyền và nghĩa vụ của các bên trong hợp đồng song vụ.

□ **Thứ ba**, bổ sung quy định về vi phạm hợp đồng và vi phạm hợp đồng song vụ trong BLDS và thống nhất với LTM. Mặc dù BLDS 2015 mới được ban hành song chưa khắc phục được hạn chế chưa có quy định cụ thể định nghĩa về vi phạm hợp đồng và vi phạm hợp đồng song vụ ở BLDS 2005. Việc xác định rõ định nghĩa vi phạm hợp đồng và vi phạm hợp đồng song vụ sẽ góp phần tạo ra sự nhận thức thống nhất và đúng đắn về vấn đề pháp lý này, tạo cơ sở tiếp cận các nội dung liên quan, trong đó có các chế tài đối với vi phạm hợp đồng song vụ.

□ **Thứ tư**, cần bổ sung quy định về các chế tài đối với vi phạm hợp đồng song vụ gồm định nghĩa và các chế tài được áp dụng. BLDS cũng cần liệt kê các chế tài được áp dụng đối với vi phạm hợp đồng song vụ giống với Điều 292 của LTM 2005. Điều này vừa tạo ra sự rõ ràng khi áp dụng, vừa tiếp nhận được các yếu tố tiến bộ từ LTM 2005 cũng như tạo ra sự hài hòa giữa BLDS với LTM.

□ **Thứ năm**, sửa đổi bổ sung để khắc mục các hạn chế còn tồn tại trong quy định về chế tài yêu cầu bồi thường thiệt hại như sau:

- (1) Bổ sung căn cứ áp dụng chế tài yêu cầu bồi thường thiệt hại vào Điều 360 BLDS 2015. BLDS vẫn còn bỏ ngỏ quy định về các căn cứ áp dụng chế tài yêu cầu bồi thường thiệt hại (cả BLDS 2005 và BLDS 2015). BLDS 2015 khi được sửa đổi cần bổ sung các căn cứ cần và đủ để áp dụng chế tài yêu cầu bồi thường thiệt hại. Các căn cứ áp dụng chế tài yêu cầu bồi thường thiệt hại cần sửa đổi theo hướng bao gồm bốn yếu tố sau: (i) Hành vi vi phạm hợp đồng; (ii) Thiệt hại; (iii) Mối quan hệ nhân quả giữa hành

vi phạm hợp đồng và thiệt hại; (iv) Nguyên tắc lỗi và các trường hợp miễn trách nhiệm do vi phạm hợp đồng.

- (2) Bổ sung quy định về quy đổi thiệt hại thành tiền. Việc bổ sung quy các quy định quy đổi thiệt hại thành tiền để áp dụng chế tài yêu cầu bồi thường thiệt hại là cần thiết khi xây dựng quy định các văn bản hướng dẫn BLDS cũng như khi sửa đổi BLDS. Trong thời gian tới, quy định quy đổi thiệt hại thành tiền khi áp dụng chế tài đối với vi phạm hợp đồng nói chung và hợp đồng song vụ nói riêng cần được Hội đồng thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao hướng dẫn chi tiết thi hành bằng Nghị quyết.
- (3) Bổ sung quy định về tính thiệt hại do vi phạm hợp đồng trong thời gian thực hiện nghĩa vụ ban đầu của hợp đồng và trong thời gian được gia hạn thực hiện nghĩa vụ do áp dụng chế tài buộc thực hiện đúng hợp đồng. BLDS cần sửa đổi theo hướng quy định rõ thiệt hại do vi phạm hợp đồng được xác định gồm thiệt hại do vi phạm hợp đồng trong thời gian thực hiện nghĩa vụ ban đầu của hợp đồng và trong thời gian được gia hạn thực hiện nghĩa vụ do áp dụng chế tài buộc thực hiện đúng hợp đồng. Điều này sẽ đảm bảo nguyên tắc “bồi thường toàn bộ” và bảo đảm lợi ích tối đa của bên bị vi phạm.
- (4) Bổ sung quy định rõ nghĩa vụ bồi thường tổn thất do chi phí hợp lý thuê tư vấn, đại diện bảo vệ quyền lợi để giải quyết tranh chấp. Với tình trạng dân trí và hiểu biết pháp luật còn hạn chế tại Việt Nam hiện nay, hiếm có người có thể tự mình thực hiện các biện pháp pháp luật cho phép nói chung và tham gia tố tụng nói riêng để giải quyết các tranh chấp phát sinh từ vi phạm hợp đồng song vụ. Họ cần tìm đến các luật sư, những người khác được pháp luật cho phép tư vấn pháp luật và đại diện bảo vệ quyền lợi hợp pháp. Trong thực tế có nhiều trường hợp để đòi lại được một

khoản bồi thường thiệt hại, bên bị vi phạm phải theo kiện trong một thời gian dài, tối nhiều chi phí để được tư vấn pháp luật và đại diện bảo vệ quyền lợi hợp pháp tại cơ quan tố tụng, khiến phát sinh một khoản chi phí lớn cho đến khi được thi hành án mà đáng lẽ bên bị vi phạm không phải gánh chịu. Nguyên nhân phát sinh khoản chi phí thuê dịch vụ tư vấn pháp luật và đại diện bảo vệ quyền lợi hợp pháp tại cơ quan tố tụng là do hành vi vi phạm hợp đồng. Bởi vậy, BLDS cần sửa đổi, bổ sung theo hướng quy định do bên bị vi phạm hợp đồng được bồi thường chi phí hợp lý để chi phí để được tư vấn pháp luật và đại diện bảo vệ quyền lợi từ khi khởi kiện cho đến khi được thi hành án.

□ **Thứ sáu**, sửa đổi, bổ sung quy định về chế tài phạt vi phạm về mức phạt vi phạm và Tòa án được quyền quyết định giảm mức phạt vi phạm. Cụ thể, giới hạn mức phạt vi phạm tại LTM 2005 cần được bãi bỏ để tôn trọng nguyên tắc tự do thỏa thuận khi giao kết và thực hiện hợp đồng. Việc cho các bên được tự do quyết định mức phạt, thường sẽ cao hơn 8% sẽ tạo thêm “áp dụng trách nhiệm” và hiệu lực ràng buộc để các bên thực hiện hợp đồng nghiêm túc, thiện chí và trách nhiệm hơn, đặc biệt trong các hoạt động kinh tế. Ngoài ra, cả BLDS cũng như LTM cần ghi nhận quyền của Tòa án được quyết định giảm mức phạt vi phạm khi xác định được mức phạt vi phạm thể hiện rõ: (i) tính sát phạt nhau; (ii) lợi dụng thế mạnh và kinh tế; (3) quá lớn so với mức thiệt hại thực tế có thể xảy ra. Việc bổ sung quy định này cũng dựa trên cơ sở các điểm tiến bộ trong pháp luật của các nước theo hệ thống pháp luật Civil Law (BLDS Đức và BLDS Pháp), pháp luật Liên Bang Nga, Bộ nguyên tắc của Unidroit về hợp đồng thương mại quốc tế.

□ **Thứ bảy**, thống nhất thuật ngữ giữa BLDS và LTM về chế tài tạm ngừng thực hiện hợp đồng và chế tài đình chỉ thực hiện hợp đồng. BLDS cần sửa đổi theo hướng dùng các thuật ngữ giống với quy định trong LTM 2005. Cách dùng thuật ngữ trong LTM 2005 thể hiện chính xác hơn nội hàm của chế tài. Theo đó, BLDS

và LTM cần thống nhất sử dụng chung thuật ngữ là “Tạm ngừng thực hiện hợp đồng” và “Đình chỉ thực hiện hợp đồng.

□ **Thứ tám**, BLDS cần bổ sung thời điểm có hiệu lực của chế tài hủy bỏ hợp đồng. Cụ thể, về thời điểm có hiệu lực, BLDS cần sửa đổi theo hướng quy định rõ hợp đồng bị hủy bỏ kể từ khi bên vi phạm hợp đồng nhận được thông báo hủy bỏ hợp đồng từ bên bị vi phạm hợp đồng. Về phạm vi hủy bỏ, BLDS cần bổ sung hai hình thức hủy bỏ hợp đồng gồm: hủy bỏ một phần nội dung hợp đồng và hủy bỏ toàn bộ hợp đồng.

□ **Thứ chín**, quy định thống nhất mối quan hệ giữa chế tài phạt vi phạm và chế tài yêu cầu bồi thường thiệt hại trong BLDS và LTM. Cả BLDS và LTM cần sửa đổi theo một trong các hướng sau: (1) việc áp dụng chế tài phạt vi phạm không loại trừ quyền áp dụng chế tài yêu cầu bồi thường thiệt hại; (2) nếu có thỏa thuận phạt vi phạm nhưng không có thỏa thuận về bồi thường thiệt hại thì bên bị vi phạm được quyền yêu cầu phạt vi phạm và yêu cầu bồi thường khoản thiệt hại do vi phạm hợp đồng vượt quá mức phạt vi phạm nếu có.

□ **Thứ mười**, BLDS cần bổ sung và quy định rõ về các trường hợp miễn trách nhiệm đối với vi phạm hợp đồng nói chung và hợp đồng song vụ nói riêng giống với tinh thần Điều 294 LTM 2005. Cụ thể, BLDS cần bổ sung cụ thể các trường hợp miễn trách nhiệm đã được quy định trong Điều 294 LTM 2005 mà hiện tại cả BLDS 2005 và BLDS 2015 còn bỏ ngỏ. Thiết nghĩ, để làm được điều này, điều quan trọng nhất là phải thống nhất cách quan niệm và tư duy về lỗi trong pháp luật dân sự và thương mại mới tạo ra sự tương đồng trong miễn trách nhiệm.

KẾT LUẬN

Tại Chương 1 của Luận văn, tác giả đã phân tích, đánh giá và làm rõ cơ sở lý luận về các chế tài đối với vi phạm hợp đồng qua các nội dung: khái niệm, điều kiện áp dụng và phân loại các chế tài đối với vi phạm hợp đồng song vụ; miễn trách nhiệm đối với vi phạm hợp đồng song vụ; phân biệt giữa chế tài đối với vi phạm hợp đồng song vụ trong dân sự và chế tài đối với vi phạm hợp đồng song vụ trong thương mại.

Ở phần trung tâm của Luận văn - Chương 2, đầu tiên tác giả đã khái lược lịch sử các quy định về chế tài đối với vi phạm hợp đồng song vụ ở Việt Nam theo các giai đoạn lịch sử. Tiếp đến, thực trạng quy định pháp luật về nội dung và mối quan hệ giữa các chế tài đối với vi phạm hợp đồng song vụ, các trường hợp miễn trách nhiệm đối với vi phạm hợp đồng song vụ đã được phân tích sâu và bình luận cụ thể qua các quy định trong BLDS 2005 và LTM 2015. Đồng thời, tác giả có nêu rõ các điểm mới trong các quy định về chế tài đối với vi phạm hợp đồng song vụ theo quy

định trong năm BLDS 2015. Theo đó, các điểm mới của BLDS 2015 được đánh giá đã cơ bản khắc phục được các hạn chế, bất cập trong quy định liên quan của BLDS 2005. Ngoài ra, tác giả cũng nêu ra một số vấn đề về thực trạng áp dụng các chế tài đối với vi phạm hợp đồng song vụ theo pháp luật Việt Nam hiện hành.

Trên cơ sở nghiên cứu các nội dung tại Chương 1 và Chương 2, tác giả đưa ra các đề xuất và kiến nghị các yêu cầu cần đặt ra và giải pháp cụ thể hoàn thiện quy định về các chế tài đối với vi phạm hợp đồng song vụ tại Chương 3 của Luận văn. Với sự kỳ công và đầu tư nghiên cứu nghiêm túc, hy vọng kết quả của Luận văn này đã đóng góp kiến thức chuyên môn có giá trị vào quá trình nghiên cứu hoàn thiện các quy định pháp luật Việt Nam về các chế tài đối với vi phạm hợp đồng song vụ, đồng thời, là nguồn tài liệu tham khảo trong việc đào tạo, sử dụng và áp dụng pháp luật liên quan.

DANH MỤC TÀI LIỆU THAM KHẢO

I. Tài liệu tiếng Việt

01. Nguyễn Hải An (2011), “*Vi phạm thực hiện hợp đồng dân sự*”, Tạp chí Dân chủ và Pháp luật, (1/2011), tr. 19 – 26.
02. Trần Việt Anh (2011), “*Hoàn thiện pháp luật về trách nhiệm dân sự trong hợp đồng*”, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, (13/2011), tr. 34 – 38.
03. Vũ Thị Lan Anh (2010), “*Pháp luật Hợp đồng Hoa Kỳ và những điểm cơ bản so với pháp luật Việt Nam*”, Tạp chí Luật học, (9/2010), tr.11 - 17
04. Ngô Huy Cương (2013), *Giáo trình Luật Hợp đồng – Phần chung (Dùng cho đào tạo sau đại học)*, Nhà xuất bản Đại học Quốc gia Hà Nội, Hà Nội.

05. Ngô Huy Cương (2002), "*Hành vi thương mại*", Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp, (1), tr. 40- 47.
06. Nguyễn Khắc Cường (2013), "*Hoàn thiện quy định về vi phạm hợp đồng và quyền hủy bỏ hợp đồng trong Bộ luật dân sự*" Tạp chí Dân chủ và Pháp luật, (8/2013), tr. 21 – 27.
07. Đỗ Văn Đại (2011), *Luật Hợp đồng Việt Nam – Bản án và bình luận bản án (Tập 2)*, Nhà xuất bản chính trị quốc gia – Sự thật, Hà Nội.
08. Đỗ Văn Đại (2012), *Luật Nghĩa vụ dân sự và Bảo đảm thực hiện nghĩa vụ dân sự (Tập 1)*, Nhà xuất bản chính trị quốc gia – Sự thật, Hà Nội.
9. Đỗ Văn Đại (2007), "*Phạt vi phạm hợp đồng trong pháp luật thực định Việt Nam*", Tạp chí Tòa án nhân dân, (19/2007), tr. 12 – 25.
10. Đỗ Văn Đại, Lê Thị Diễm Phương (2012), "*Về khái niệm và giảm mức phạt vi phạm hợp đồng*", Tạp chí Khoa học pháp lý, (3/2012), tr. 71 – 80.
11. Đỗ Văn Đại (2010), *Các biện pháp xử lý việc không thực hiện đúng hợp đồng trong pháp luật Việt Nam*, NXB Chính trị quốc gia, Hà Nội.
12. Nguyễn Thị Dung (2008), *Pháp luật về hợp đồng trong thương mại và đầu tư – Những vấn đề pháp lý cơ bản*, Nhà xuất bản Chính trị quốc gia, Hà Nội.
13. Trương Văn Dũng (2003), *Trách nhiệm do vi phạm hợp đồng mua bán hàng hoá quốc tế*, Luận án tiến sĩ luật học, Hà Nội.
14. Nguyễn Đăng Duy (2013), *Chế tài thương mại trong luật thương mại Việt Nam 2005*, Luận văn Thạc sĩ Luật học, Khoa luật - Đại học Quốc Gia Hà Nội, Hà Nội.
15. Phan Huy Hồng (2010), "*Nguyên tắc lỗi trong pháp luật Thương mại Việt Nam*", Tạp chí Nhà nước & Pháp luật, (11), tr. 28.

16. Nguyễn Ngọc Khánh (2007), *Chế định hợp đồng trong Bộ luật dân sự Việt Nam*, Nhà xuất bản Tư pháp, Hà Nội.
17. Nguyễn Thị Khế (2008), "Một số ý kiến liên quan đến các quy định về chế tài trong thương mại theo quy định của Luật Thương mại", Tạp chí Nhà nước & Pháp luật, (1), tr. 44.
18. Nguyễn Thị Khế, Bùi Thị Khuyên (2007), *Luật thương mại và giải quyết tranh chấp thương mại*, Nhà xuất bản Tài chính, Hà Nội.
19. Nguyễn Việt Khoa (2005), "Chế tài phạt vi phạm hợp đồng theo Luật Thương Mại năm 2005", Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, Số 11/2005, Tr. 46-51.
20. Lê Văn Minh (2013), *Trách nhiệm pháp lý do vi phạm hợp đồng mua bán*, Luận văn Thạc sĩ Luật học, Khoa luật - Đại học Quốc Gia Hà Nội, Hà Nội.
21. Nguyễn Thị Hằng Nga (2006), "Về việc áp dụng chế tài phạt hợp đồng và bồi thường thiệt hại vào thực tiễn giải quyết tranh chấp hợp đồng trong hoạt động thương mại", Tạp chí Tòa án nhân dân, (9), tr.26.
22. Lê Đình Nghị (2009), *Giáo trình Luật dân sự Việt Nam*, Nhà xuất bản Giáo dục Việt Nam, Hà Nội.
23. Nhà pháp luật Việt – Pháp (2005), *Bộ luật dân sự Pháp (Bản dịch tiếng Việt)*, Nhà xuất bản Tư pháp, Hà Nội.
24. Nhà pháp luật Việt – Pháp (2005), *Bộ nguyên tắc của Unidroit về Hợp đồng thương mại quốc tế (Bản dịch tiếng Việt)*, Nhà xuất bản Tư pháp, Hà Nội.
25. Nguyễn Thụy Phương (2013), "Hoàn thiện các quy định của pháp luật Việt Nam về trách nhiệm do vi phạm hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế", Tạp chí Tòa án nhân dân, (19/2013), tr. 6 – 13.

26. Dương Anh Sơn (2005), “*Thoả thuận hạn chế hay miễn trừ trách nhiệm do vi phạm hợp đồng*”, *Tạp chí Nghiên cứu lập pháp* (03/2005), tr. 44 – 47.
27. Nguyễn Quyết Thắng (2002), *Lược khảo Hoàng Việt Luật lệ*, Nhà xuất bản Văn hoá Thông tin, Hà Nội.
28. Phan Thị Thanh Thủy (2014), “*So sánh các quy định về trách nhiệm do vi phạm hợp đồng trong Luật Thương mại Việt Nam 2005 và Công ước Viên 1980*”, *Tạp chí Khoa học ĐHQGHN: Luật học*, Tập 30, (3 (2014)), tr.50 - 60
29. Nguyễn Thị Tình, Đỗ Phương Thảo (2012), “*Hoàn thiện các quy định về chế tài trong thương mại theo Luật thương mại năm 2005*”, *Tạp chí Dân chủ và Pháp luật*, (2/2012), tr. 33 – 37.
30. Trường Đại học luật Hà Nội (2014), *Giáo trình Lịch sử nhà nước và pháp luật Việt Nam*, Nhà xuất bản Công an nhân ân, Hà Nội.
31. Trường Đại học luật Hà Nội (2015), *Giáo trình Luật Dân sự Việt Nam*, Nhà xuất bản Công an nhân ân, Hà Nội.
32. Trường Luật khoa đại học – Đại học viện Sài Gòn (1959), *Hồng Đức Thiệu Chính Tư*, Nam Hà Ấn Quán, Sài Gòn.
33. Trường Đại học luật Hà Nội (2008), *Giáo trình Luật Thương mại*, Nhà xuất bản Công an nhân dân, Hà Nội.
34. Trường Đại học Cần Thơ (2009), *Giáo trình Luật La Mã*, Nhà xuất bản Chính trị Quốc gia, Hà Nội.
35. Vũ Tiến Vinh (2006), *Trách nhiệm dân sự do vi phạm hợp đồng dân sự theo quy định hiện hành của pháp luật Việt Nam*, Luận văn Thạc sĩ luật học, Khoa luật - Đại học Quốc Gia Hà Nội, Hà Nội.

II. Tài liệu tiếng Anh

1. Monu Bedi (2011), *Contract Breaches and the Criminal/Civil Divide: An Inter-Common Law Analysis*, Georgia State University Law Review, United States
2. Andrew Burrows (2004), *Remedies for torts and breach of contract*, Oxford University Press, New York
3. Robert Cooter and Melvin Aron Eisenberg (1985), *Damages for Breach of Contract*, California Law Review. United States
4. Robert Cooter and Ariel Porat (2001), “*Should Courts deduct nonlegal sanctions from damages*” Journal of Legal Studies - The University of Chicago, vol. XXX (June 2001).
5. John Y. Gotanda (2006), *Damages in Lieu of Performance because of Breach of Contract*, The Berkeley Electronic Press, United States
6. Pearce and Roger Halson, R. (2007) *Damages for breach of contract: compensation, restitution, and vindication*, Oxford Journal of Legal Studies, United States.
7. Yan Li (May 2010), *Remedies for Breach of Contract in the International Sale of Goods – A Comparative Study between the CISG, Chinese Law and English Law with reference to Chinese Cases*, Thesis for the degree of Doctor of Philosophy, School of Law – University of Southampton, United Kingdom
8. Catharine MacMillan and Richard Stone (2012), *Elements of the law of contract*, University of London International Programmes - Publications Office, United Kingdom

9. Paul G. Mahoney (1999), *Contract Remedies: General*, VA 22903 United States
10. Steven Shavell (2005), *Specific performance versus damages for breach of contract*, The Harvard John M. Olin Discussion Paper Series - Harvard Law School, United States.
11. Burton, Steven J. (1980), “*Breach of Contract and the Common Law Duty to Perform in Good Faith*”, Harvard Law Review, (94), p. 369 - 404.
12. Emily M. Weitzenboeck (2012), *English Law of Contract: Remedies*, University of Oslo - Norwegian Research Center for Computers & Law, Norway
13. Reinhard Zimmermann and Simon Whittaker (2010), *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge University Press, United Kingdom