

**VIỆN HÀN LÂM
KHOA HỌC XÃ HỘI VIỆT NAM
HỌC VIỆN KHOA HỌC XÃ HỘI**

HOÀNG THỊ THU THÚY

**CHẾ TÀI PHẠT VI PHẠM VÀ BỒI THƯỜNG THIẾT HẠI TRONG
HỢP ĐỒNG MUA BÁN HÀNG HÓA THEO PHÁP LUẬT
THƯƠNG MẠI VIỆT NAM**

Chuyên ngành: Luật kinh tế

Mã số : 60.38.01.07

LUẬN VĂN THẠC SĨ LUẬT HỌC

NGƯỜI HƯỚNG DẪN KHOA HỌC: TS. Hồ Ngọc Hiến

HÀ NỘI, 2017

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 Học Viện Khoa học xã hội.

Vậy tôi xin viết Lời cam đoan này đề nghị Khoa Luật – Học Viện Khoa học xã hội xem xét để tôi có thể bảo vệ Luận văn.

Tôi xin chân thành cảm ơn!

NGƯỜI CAM ĐOAN

Hoàng Thị Thu Thủy

MỤC LỤC

MỞ ĐẦU	1
Chương 1: MỘT SỐ VẤN ĐỀ LÝ LUẬN VỀ CHẾ TÀI PHẠT VI PHẠM VÀ BỒI THƯỜNG THIẾT HẠI TRONG HỢP ĐỒNG MUA BÁN HÀNG HÓA.....	5
1.1 Hợp đồng mua bán hàng hóa và các chế tài do vi phạm hợp đồng mua bán hàng hóa	5
1.2 Chế tài phạt vi phạm trong hợp đồng mua bán hàng hóa	24
1.3 Chế tài bồi thường thiệt hại trong hợp đồng mua bán hàng hóa.....	27
1.4 Mối quan hệ giữa chế tài phạt vi phạm và chế tài bồi thường thiệt hại trong hợp đồng mua bán hàng hóa	32
Chương 2: THỰC TRẠNG THỰC HIỆN PHÁP LUẬT THƯƠNG MẠI VIỆT NAM VỀ CHẾ TÀI PHẠT VI PHẠM VÀ BỒI THƯỜNG THIẾT HẠI TRONG HỢP ĐỒNG MUA BÁN HÀNG HÓA.....	35
2.1 Thực trạng thực hiện pháp luật thương mại Việt Nam về chế tài phạt vi phạm trong hợp đồng mua bán hàng hóa.....	35
2.2 Thực trạng thực hiện pháp luật thương mại Việt Nam về chế tài bồi thường thiệt hại trong hợp đồng mua bán hàng hóa.....	51
2.3 Thực trạng thực hiện pháp luật thương mại Việt Nam về mối quan hệ giữa chế tài phạt vi phạm và chế tài bồi thường thiệt hại trong hợp đồng mua bán hàng hóa	65
Chương 3: MỘT SỐ PHƯƠNG HƯỚNG VÀ GIẢI PHÁP SỬA ĐỔI PHÁP LUẬT THƯƠNG MẠI VIỆT NAM VỀ CHẾ TÀI PHẠT VI PHẠM VÀ BỒI THƯỜNG THIẾT HẠI TRONG HỢP ĐỒNG MUA BÁN HÀNG HÓA	70
3.1 Phương hướng sửa đổi pháp luật thương mại Việt Nam về chế tài phạt vi phạm và bồi thường thiệt hại trong hợp đồng mua bán hàng hóa.....	70
3.2 Giải pháp sửa đổi pháp luật thương mại Việt Nam về chế tài phạt vi phạm và bồi thường thiệt hại trong hợp đồng mua bán hàng hóa	73
KẾT LUẬN	78
TÀI LIỆU THAM KHẢO	80

DANH MỤC CHỮ VIẾT TẮT

BLDS	: Bộ luật Dân sự
BLTTDS	: Bộ luật Tố tụng Dân sự
CISG	: United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Vienna Convention 1980) <i>Công ước của Liên Hợp Quốc về hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế (Công ước Viên 1980)</i>
CP	: Cổ phần
HĐMBHH	: Hợp đồng mua bán hàng hóa
KDTM	: Kinh doanh thương mại
LTM	: Luật Thương mại
NXB	: Nhà xuất bản
TNHH	: Trách nhiệm hữu hạn
XHCN	: Xã hội chủ nghĩa

MỞ ĐẦU

1. Tính cấp thiết của đề tài

Khi kinh tế Việt Nam được phát triển theo phương hướng thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa cùng với sự lãnh đạo của Đảng và Nhà nước, nền kinh tế Việt Nam vận chuyển mình mạnh mẽ. Nền kinh tế tự cung tự cấp biến mất, thay vào đó là các giao dịch thương mại từ đơn giản nhỏ lẻ cho đến các hợp đồng xuất nhập khẩu hàng hóa có giá trị lớn, xuyên quốc gia. Khi một hợp đồng được xác lập và có hiệu lực pháp luật thì quyền và nghĩa vụ của các bên thỏa thuận trong hợp đồng luôn được nhà nước thừa nhận, bảo vệ. Việc vi phạm các nghĩa vụ trong hợp đồng (như không thực hiện nghĩa vụ hoặc có thực hiện nghĩa vụ nhưng thực hiện không đúng, không đầy đủ) sẽ làm xâm hại các quyền, lợi ích hợp pháp của đối tác hợp đồng. Các giao dịch thương mại, nếu chỉ dựa vào sự tin tưởng lẫn nhau mà không có những chế tài ràng buộc thực hiện sẽ chỉ là các cam kết suông. Vì vậy việc đặt ra các biện pháp chế tài để xử lý vi phạm hợp đồng sẽ góp phần bảo vệ trật tự, kỉ cương pháp luật, có như thế quan hệ hợp đồng mới có thể tồn tại được. Hai trong số các chế tài nên được các bên tham gia kí kết hợp đồng lưu ý và cần thiết đưa vào hợp đồng cũng như là phải nghiên cứu kĩ về nó trong luật để tránh xung đột dẫn đến tranh chấp là chế tài phạt vi phạm và bồi thường thiệt hại.

Để chế tài phạt vi phạm và bồi thường thiệt hại phát huy được hết vai trò của mình trong việc bảo đảm thực hiện hợp đồng và bên bị vi phạm được bù đắp về tổn thất nếu có vi phạm xảy ra, các bên tham gia hợp đồng cần thiết phải đưa vào trong thỏa thuận của mình các điều khoản về phạt vi phạm và bồi thường thiệt hại một cách chặt chẽ dựa trên quy định của pháp luật. Tuy nhiên trên thực tế, nhiều người do không hiểu luật đã có sự nhầm lẫn giữa hai loại chế tài này dẫn đến lúng túng khi áp dụng và gây nhiều thiệt hại không

đáng có. Bên cạnh đó, các văn bản pháp luật được ban hành còn nhiều quy định chồng chéo, không khớp với nhau dẫn đến nhiều người không hiểu luật, áp dụng quy định pháp luật vào hợp đồng sai, đến khi có sự cố hay tranh chấp xảy ra sẽ chịu nhiều thua thiệt. Do vậy, cần thiết phải đi sâu nghiên cứu để làm rõ hai chế tài này trong quy định của pháp luật thương mại Việt Nam, từ đó vận dụng có hiệu quả pháp luật trong quá trình giao kết và thực hiện hợp đồng mua bán hàng hóa. Qua đó đề xuất ý kiến, khuyến nghị nhằm hoàn thiện hơn pháp luật thương mại Việt Nam về chế tài phạt vi phạm và bồi thường thiệt hại trong hợp đồng mua bán hàng hóa.

2. Tình hình nghiên cứu đề tài

Các chế tài theo quy định của pháp luật thương mại Việt Nam khi vi phạm hợp đồng đã được một số chuyên gia, học giả nghiên cứu. Đối với khía cạnh phạt vi phạm và bồi thường thiệt hại, ở Việt Nam đã có một số công trình nghiên cứu thuộc các cấp độ khác nhau như: Lê Thành Tín (2013), *Phạt vi phạm hợp đồng xây dựng theo pháp luật Việt Nam hiện nay*, Luận văn Thạc sỹ Luật học, Học viện Khoa học xã hội; Nguyễn Thị Nhàn (2013), *Phạt vi phạm hợp đồng theo pháp luật thương mại Việt Nam hiện nay*, Luận văn Thạc sỹ Luật học, Học viện Khoa học xã hội; Nguyễn Thị Thúy (2013), *Chế tài trong thương mại theo pháp luật thương mại Việt Nam*, Luận văn Thạc sỹ Luật học, Học viện Khoa học xã hội; Ngô Văn Hiệp (2007), *Chế tài bồi thường thiệt hại do vi phạm hợp đồng kinh doanh, thương mại*, Luận văn Thạc sỹ Luật học, Khoa Luật Đại học Quốc gia Hà Nội.

Trong các công trình nghiên cứu nêu trên, có công trình đề cập khái quát về tất cả các hình thức chế tài trong hợp đồng thương mại, một số công trình nghiên cứu chuyên sâu về một hình thức chế tài cụ thể, nhưng chưa có công trình nào nghiên cứu chuyên sâu về cả hai chế tài phạt vi phạm và bồi

thường thiệt hại trong hợp đồng mua bán hàng hóa. Đây là luận văn thạc sỹ đầu tiên nghiên cứu về cả hai vấn đề này.

3. Mục đích và nhiệm vụ nghiên cứu

Mục đích: Làm sáng tỏ các vấn đề lý luận, pháp luật và thực trạng áp dụng pháp luật thương mại Việt Nam về chế tài phạt vi phạm và bồi thường thiệt hại trong hợp đồng mua bán hàng hóa. Từ đó đưa ra các đề xuất và khuyến nghị nhằm hoàn thiện pháp luật về chế tài phạt vi phạm và bồi thường thiệt hại trong hợp đồng mua bán hàng hóa.

Nhiệm vụ nghiên cứu: Từ mục đích trên, đề tài có nhiệm vụ:

- Phân tích các vấn đề lý luận và pháp luật về chế tài phạt vi phạm và bồi thường thiệt hại trong hợp đồng mua bán hàng hóa

- Phân tích, đánh giá thực trạng áp dụng các quy định pháp luật về hai chế tài này

- Rút ra các điểm hạn chế trong quy định của pháp luật về chế tài phạt vi phạm và bồi thường thiệt hại.

- Đề xuất phương hướng và giải pháp sửa đổi các quy định của pháp luật thương mại Việt Nam về chế tài phạt vi phạm và bồi thường thiệt hại trong hợp đồng mua bán hàng hóa.

4. Đối tượng và phạm vi nghiên cứu

Đối tượng nghiên cứu trong luận văn này là chế tài phạt vi phạm và chế tài bồi thường thiệt hại trong hợp đồng mua bán hàng hóa theo pháp luật thương mại Việt Nam.

Phạm vi nghiên cứu ở đây là lý luận và thực tiễn về quy định và áp dụng hai chế tài này trong phạm vi pháp luật Việt Nam hiện hành.

5. Phương pháp luận và phương pháp nghiên cứu

Phương pháp nghiên cứu ở đây dựa trên cơ sở phương pháp luận của chủ nghĩa duy vật biện chứng và chủ nghĩa duy vật lịch sử. Đề tài đã sử dụng

kết hợp nhiều phương pháp như: phương pháp thống kê để hệ thống hóa các quy định của pháp luật, hay thống kê lại các hành vi vi phạm hợp đồng... phương pháp tổng hợp được dùng trong việc tổng hợp các quy định, thông tin, dữ liệu liên quan đến đề tài. Bên cạnh đó là sử dụng phương pháp phân tích để phân tích, làm rõ các quy định pháp luật, phân tích thực trạng áp dụng pháp luật ..., và đặc biệt là sử dụng phương pháp so sánh để tìm ra những vấn đề khác nhau giữa thực tiễn và quy định của pháp luật.

6. Ý nghĩa lý luận và thực tiễn của luận văn

Những phân tích, đánh giá trong đề tài mang ý nghĩa lý luận và thực tiễn trong việc giao kết hợp đồng và hạn chế rủi ro, tranh chấp trong việc thực hiện hợp đồng mua bán hàng hóa, giúp các cá nhân, thương nhân, tổ chức hiểu và vận dụng tốt hơn pháp luật trong quá trình thực hiện hợp đồng mua bán hàng hóa. Đồng thời các giải pháp, khuyến nghị được đề xuất sẽ góp phần hoàn thiện hơn nữa hệ thống pháp luật thương mại Việt Nam.

7. Cơ cấu của luận văn

Với những mục tiêu trên đây, luận văn được chia thành 3 chương như sau:

Chương 1: Một số vấn đề lý luận về chế tài phạt vi phạm và bồi thường thiệt hại trong hợp đồng mua bán hàng hóa

Chương 2: Thực trạng thực hiện pháp luật thương mại Việt Nam về chế tài phạt vi phạm và bồi thường thiệt hại trong hợp đồng mua bán hàng hóa

Chương 3: Một số phương hướng và giải pháp sửa đổi pháp luật thương mại Việt Nam về chế tài phạt vi phạm và bồi thường thiệt hại trong hợp đồng mua bán hàng hóa

Chương 1

MỘT SỐ VẤN ĐỀ LÝ LUẬN VỀ CHẾ TÀI PHẠT VI PHẠM VÀ BỒI THƯỜNG THIẾT HẠI TRONG HỢP ĐỒNG MUA BÁN HÀNG HÓA

1.1 Hợp đồng mua bán hàng hóa và các chế tài do vi phạm hợp đồng mua bán hàng hóa

Khi xã hội loài người có sự phân công lao động và xuất hiện hình thức trao đổi hàng hóa thì hợp đồng đã hình thành và giữ một vị trí quan trọng trong việc điều tiết các quan hệ tài sản. Hợp đồng là hình thức pháp lý thích hợp và có hiệu quả trong việc đảm bảo sự vận động của hàng hoá - tiền tệ. Ngày nay, phần lớn các quan hệ xã hội đều được điều chỉnh bằng hợp đồng. Vai trò và vị trí của chế định hợp đồng ngày càng được khẳng định trong mọi hệ thống pháp luật. Trong hệ thống pháp luật của một quốc gia, pháp luật về hợp đồng giữ vị trí vô cùng quan trọng. Vai trò trung tâm của hợp đồng trong hệ thống kinh tế và pháp luật không phải là ngẫu nhiên, đặc biệt là trong nền kinh tế thị trường, nơi mà mọi hàng hoá, dịch vụ... phải được tự do lưu thông trên thị trường thì vai trò của hợp đồng ngày càng được thể hiện rõ hơn, bởi lẽ trong các quan hệ hợp đồng thì ý chí của các bên mang tính quyết định. Về mặt nguyên tắc, pháp luật tôn trọng ý chí của các bên và chỉ can thiệp trong các trường hợp mà ở đó có sự giới hạn của pháp luật.

1.1.1 Hợp đồng mua bán hàng hóa

- Khái niệm hợp đồng mua bán hàng hóa:

Hợp đồng mua bán hàng hóa là một trong những loại hợp đồng dân sự thông dụng nhất trong lĩnh vực thương mại và dân sự. Theo quy định tại Khoản 8, Điều 3 LTM 2005 thì mua bán hàng hóa là hoạt động thương mại, theo đó bên bán có nghĩa vụ giao hàng, chuyển quyền sở hữu hàng hóa cho bên mua và nhận thanh toán; bên mua có nghĩa vụ thanh toán cho bên bán,

nhận hàng và quyền sở hữu hàng hóa theo thỏa thuận. HĐMBHH có bản chất chung của hợp đồng, nó là sự thỏa thuận nhằm xác lập, thay đổi hoặc chấm dứt các quyền và nghĩa vụ trong quan hệ mua bán. LTM 2005 không đưa ra định nghĩa về hợp đồng mua bán hàng hóa song có thể xác định bản chất pháp lí của HĐMBHH trong thương mại trên cơ sở quy định của BLDS về hợp đồng mua bán tài sản. Từ đó cho thấy HĐMBHH trong thương mại là một dạng cụ thể của hợp đồng mua bán tài sản. Một hợp đồng mua bán có thể là thỏa thuận về việc mua bán hàng hóa sẽ có ở một thời điểm nào đó trong tương lai. Bất cứ khi nào, một người mua hàng hóa bằng tiền hoặc hình thức thanh toán khác và nhận quyền sở hữu hàng hóa thì khi đó hình thành nên quan hệ hợp đồng mua bán hàng hóa [19, tr.15].

Điều 430 BLDS 2015 quy định về “Hợp đồng mua bán tài sản”, theo đó: “Hợp đồng mua bán tài sản là sự thỏa thuận giữa các bên, theo đó bên bán chuyển quyền sở hữu tài sản cho bên mua và bên mua trả tiền cho bên bán.”

- Đặc điểm của hợp đồng mua bán hàng hóa:

Như đã nói ở trên, HĐMBHH là một dạng cụ thể của hợp đồng mua bán tài sản, nên nó có những đặc điểm chung của hợp đồng mua bán tài sản như:

+ Là hợp đồng ưng thuận: HĐMBHH được coi là giao kết tại thời điểm các bên thỏa thuận xong các điều khoản cơ bản, thời điểm có hiệu lực của hợp đồng không phụ thuộc vào thời điểm bàn giao hàng hóa, việc bàn giao hàng hóa chỉ được coi là hành động của bên bán nhằm thực hiện nghĩa vụ của hợp đồng mua bán đã có hiệu lực.

+ Có tính đền bù: bên bán khi thực hiện nghĩa vụ giao hàng hóa cho bên mua thì sẽ nhận từ bên mua một lợi ích tương đương với giá trị hàng hóa theo thỏa thuận dưới dạng khoản tiền thanh toán.

+ Là hợp đồng song vụ: mỗi bên trong hợp đồng mua bán hàng hóa đều bị ràng buộc bởi nghĩa vụ đối với bên kia, đồng thời lại cũng là bên có quyền

đòi hỏi bên kia thực hiện nghĩa vụ đối với mình. Trong hợp đồng mua bán hàng hóa tồn tại hai nghĩa vụ chính mang tính chất qua lại và liên quan mật thiết với nhau: nghĩa vụ của bên bán phải bàn giao hàng hóa cho bên mua và nghĩa vụ của bên mua phải thanh toán cho bên bán

Với tư cách là hình thức pháp lí của quan hệ mua bán hàng hóa, HĐMBHH có những đặc điểm riêng nhất định, xuất phát từ bản chất thương mại của hành vi mua bán hàng hóa:

+ Thứ nhất, về chủ thể hợp đồng: HĐMBHH được thiết lập chủ yếu giữa các chủ thể chủ yếu là thương nhân. Theo quy định của LTM 2005, thương nhân bao gồm 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. Thương nhân là chủ thể của hợp đồng mua bán hàng hóa có thể là thương nhân Việt Nam hoặc thương nhân nước ngoài (trong hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế). Tuy nhiên, có một số trường hợp, hợp đồng mua bán hàng hóa không nhất thiết đòi hỏi cả hai bên chủ thể của hợp đồng phải là thương nhân như các tổ chức, cá nhân. Theo khoản 3 Điều 1 LTM 2005, hoạt động của bên chủ thể không phải là thương nhân và không nhằm mục đích lợi nhuận trong quan hệ mua bán hàng hóa phải tuân theo Luật Thương mại khi chủ thể này lựa chọn áp dụng Luật Thương mại [19,tr.18].

+ Thứ hai, về hình thức: Điều 24 LTM 2005 quy định: " Hình thức hợp đồng mua bán hàng hoá" trong đó:

"1. Hợp đồng mua bán hàng hoá được thể hiện bằng lời nói, bằng văn bản hoặc được xác lập bằng hành vi cụ thể.

2. Đối với các loại hợp đồng mua bán hàng hoá mà pháp luật quy định phải được lập thành văn bản thì phải tuân theo các quy định đó."

Như vậy, HĐMBHH có thể được thể hiện dưới hình thức lời nói, bằng văn bản hoặc bằng hành vi cụ thể của các bên giao kết. Trong một số trường

hợp nhất định, pháp luật bắt buộc các bên phải giao kết hợp đồng dưới hình thức văn bản.

Ví dụ như hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế phải được thể hiện dưới hình thức văn bản hoặc bằng hình thức khác có giá trị pháp lý tương đương như điện báo, telex, fax hay thông điệp dữ liệu.

+ Thứ ba, về đối tượng: HĐMBHH có đối tượng là hàng hóa. Khoản 2 Điều 3 LTM 2005 định nghĩa: "Hàng hóa bao gồm:

- a) Tất cả các loại động sản, kể cả động sản hình thành trong tương lai;
- b) Những vật gắn liền với đất đai."

Như vậy, hàng hóa là đối tượng của quan hệ mua bán có thể là hàng hóa hiện đang tồn tại hoặc hàng hóa sẽ có trong tương lai; hàng hóa có thể là động sản hoặc bất động sản được phép lưu thông thương mại.

Theo pháp luật thương mại của đa số các nước và trong nhiều điều ước quốc tế (như Hiệp định GATT, Hiệp định thành lập khối thị trường chung châu Âu, Công ước Viên năm 1980 về mua bán hàng hóa...), hàng hóa là đối tượng của mua bán thương mại được hiểu bao gồm những loại tài sản có hai thuộc tính cơ bản là: (i) Có thể đưa vào lưu thông và (ii) Có tính chất thương mại. Công ước Viên năm 1980 chỉ loại trừ (không áp dụng) đối với việc mua bán một số loại hàng hóa như chứng khoán, giấy đảm bảo chứng từ và tiền lưu thông, điện năng, phương tiện vận tải đường thủy, đường không, phương tiện vận tải bằng khí cầu... Theo pháp luật Hoa Kỳ, hàng hóa bao gồm mọi thứ có thể dịch chuyển được (quyền sở hữu) vào thời gian xác định theo HĐMBHH, hàng hóa có thể là hàng hóa đã có ở hiện tại hoặc hàng hóa sẽ có trong tương lai (future good) [19, tr.20].

+ Thứ tư, về nội dung: HĐMBHH thể hiện quyền và nghĩa vụ của các bên trong quan hệ mua bán, trong đó bên bán có nghĩa vụ giao hàng, chuyển quyền sở hữu hàng hóa cho bên mua và nhận tiền; còn bên mua có nghĩa vụ

nhận hàng hóa và trả tiền cho bên bán. Hành vi mua bán của các bên trong hợp đồng mua bán hàng hóa có tính chất hành vi thương mại [19, tr.21].

+ Thứ năm, mục đích của HĐMBHH là lợi nhuận. Mục đích lợi nhuận là đặc trưng của các giao dịch thương mại. Tuy nhiên, trong nhiều trường hợp, một bên của hợp đồng trong thương mại không có mục đích lợi nhuận. Những hợp đồng này, về nguyên tắc không đương nhiên chịu sự điều chỉnh bởi những quy định riêng của pháp luật thương mại. Theo khoản 3, điều 1, LTM 2005 “hoạt động không nhằm mục đích sinh lợi của một bên trong giao dịch với thương nhân thực hiện trên lãnh thổ nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam trong trường hợp bên thực hiện hoạt động không nhằm mục đích sinh lợi đó chọn áp dụng Luật này” thì sẽ thuộc phạm vi điều chỉnh của LTM 2005.

- Phân loại hợp đồng mua bán hàng hóa:

Theo đặc điểm của các giao dịch mua bán hàng hóa trong thương mại có thể chia thành ba loại cơ bản như sau:

+ Hợp đồng mua bán hàng hóa thông thường (nội địa): là HĐMBHH mà các bên chủ thể của hợp đồng thực hiện các giao dịch về mua bán hàng hóa với nhau trên lãnh thổ Việt Nam mà đối tượng là hàng hóa được quy định tại Điều 3 Luật Thương mại 2005 bao gồm cả động sản và bất động sản gắn liền với đất đai.

+ Hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế: là HĐMBHH có thêm yếu tố quốc tế - là yếu tố vượt ra khỏi phạm vi một quốc gia. Tại Điều 27 LTM 2005 quy định: "Mua bán hàng hóa quốc tế được thực hiện dưới các hình thức xuất khẩu, nhập khẩu, tạm nhập, tái xuất, tạm xuất, tái nhập và chuyển khẩu".

+ Hợp đồng mua bán hàng hóa được giao kết thông qua Sở giao dịch hàng hóa: mua bán hàng hóa qua Sở giao dịch hàng hóa là hoạt động thương mại, theo đó các bên thỏa thuận thực hiện việc mua bán một lượng nhất định của một loại

hàng hóa nhất định qua Sở giao dịch hàng hóa theo những tiêu chuẩn của Sở giao dịch hàng hóa, với giá được thỏa thuận tại thời điểm giao kết hợp đồng và thời gian giao hàng được xác định tại một thời điểm trong tương lai (Điều 63 LTM). Theo Điều 64 LTM 2005, HĐMBHH qua Sở giao dịch hàng hóa bao gồm hợp đồng kỳ hạn và hợp đồng quyền chọn.

- Nội dung của hợp đồng mua bán hàng hóa:

Nội dung của HĐMBHH là các điều khoản do các bên thỏa thuận, thể hiện quyền và nghĩa vụ của các bên trong quan hệ hợp đồng. Trong thực tiễn, các bên thỏa thuận nội dung hợp đồng càng chi tiết thì càng thuận lợi cho việc thực hiện hợp đồng.

Điều 398 BLDS 2015 cũng chỉ quy định các bên “có thể thỏa thuận” mà không đòi hỏi phải thỏa thuận những nội dung chủ yếu nào. Xuất phát từ tính chất của quan hệ HĐMBHH trong thương mại, có thể thấy những điều khoản quan trọng của HĐMBHH bao gồm: đối tượng, chất lượng, giá cả, phương thức thanh toán, thời hạn, địa điểm giao nhận hàng, và đặc biệt để tránh phát sinh những sự cố, tranh chấp do hành vi vi phạm hợp đồng gây ra, điều khoản trách nhiệm do vi phạm hợp đồng và phương thức giải quyết tranh chấp hay nói cách khác là điều khoản chế tài áp dụng khi vi phạm hợp đồng và nơi giải quyết tranh chấp là một trong những điều khoản cơ bản các bên phải thỏa thuận trước với nhau và đưa vào trong hợp đồng mua bán hàng hóa của mình.

Luật Thương mại 2005 và Bộ luật Dân sự 2015 có hiệu lực thi hành từ ngày 1/1/2017 đã đánh dấu bước phát triển mới của pháp luật về hợp đồng và là sự thống nhất pháp luật về hợp đồng ở Việt Nam. Các quy định về hợp đồng trong thương mại mà cụ thể là HĐMBHH đã có những thay đổi cơ bản cả về kỹ thuật lập pháp và nội dung pháp lý. LTM 2005 là nguồn luật quan trọng điều chỉnh các giao dịch thương mại giữa các thương nhân với nhau và

với các bên có liên quan nhằm triển khai hoạt động kinh doanh... Luật Thương mại xây dựng trên cơ sở tiếp tục phát triển các quy định mang tính chất nguyên tắc của Bộ luật Dân sự, cụ thể hoá các nguyên tắc này cho thích hợp để điều chỉnh các quan hệ hợp đồng trong kinh doanh. Nguyên tắc áp dụng pháp luật được xác định rõ trong LTM 2005 là: Hợp đồng thương mại phải tuân theo Luật Thương mại và pháp luật có liên quan. Hoạt động thương mại đặc thù được quy định trong Luật Thương mại và pháp luật có liên quan. Hoạt động thương mại đặc thù được quy định trong luật khác thì áp dụng quy định của luật đó. Hoạt động thương mại không được quy định trong Luật Thương mại và trong các luật khác thì áp dụng quy định của Bộ luật Dân sự. (điều 4 LTM 2005)

1.1.2 Vi phạm hợp đồng và các chế tài do vi phạm hợp đồng mua bán hàng hóa

- Vi phạm hợp đồng

Khi một hợp đồng mua bán hàng hóa được xác lập và có hiệu lực pháp luật thì quyền và nghĩa vụ của các bên thỏa thuận trong hợp đồng luôn được nhà nước thừa nhận và bảo vệ. Khoản 12, điều 3 LTM 2005 quy định:

“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”.

Căn cứ để xác định hành vi vi phạm hợp đồng bao gồm:

- Thỏa thuận ghi nhận tại các điều khoản của hợp đồng;
- Quy định của pháp luật (trong trường hợp các bên không có thỏa thuận hoặc thỏa thuận của các bên trái với quy định của luật). Đối với HĐMBHH, LTM 2005 là cơ sở quan trọng của việc thực hiện đúng hoặc không đúng nghĩa vụ hợp đồng của các bên.

Ý nghĩa của việc xác định hành vi vi phạm hợp đồng: Việc xác định, chứng minh hành vi vi phạm hợp đồng có ý nghĩa quan trọng, quyết định trong việc áp dụng chế tài đối với bên vi phạm.

BLDS 2015 thì không có quy định về vi phạm hợp đồng nhưng tại khoản 1 điều 351 Luật này có quy định về “vi phạm nghĩa vụ” mà theo đó: “*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*”.

Ngoài các hành vi vi phạm thông thường, pháp luật nhiều quốc gia còn phân loại mức độ nghiêm trọng của hành vi vi phạm để từ đó phân loại áp dụng các chế tài “cứng rắn” hay áp dụng các chế tài có tính chất “khắc phục”, “bồi hoàn”. Pháp luật Việt Nam có quy định về “vi phạm cơ bản” nghĩa vụ hợp đồng và coi đây là căn cứ có thể áp dụng các chế tài hủy hợp đồng hay đình chỉ thực hiện hợp đồng.

Khoản 13, điều 3 LTM 2005 quy định:

“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”.

Khái niệm vi phạm cơ bản hợp đồng cũng được quy định tại Điều 25 Công ước Viên, theo đó “một sự vi phạm hợp đồng do một bên gây ra là vi phạm cơ bản nếu sự vi phạm đó làm cho bên kia bị thiệt hại mà người bị thiệt hại, trong một chừng mực đáng kể bị mất cái mà họ có quyền chờ đợi trên cơ sở hợp đồng, trừ phi bên vi phạm không tiên liệu được hậu quả đó và một người có lý trí minh mẫn cũng sẽ không tiên liệu được nếu họ cũng ở vào hoàn cảnh tương tự”.

Theo quy định của Công ước viên, xét về mặt lý thuyết, có thể thấy vi phạm cơ bản hợp đồng được xác định dựa trên các yếu tố là: phải có sự vi

phạm nghĩa vụ hợp đồng, sự vi phạm nghĩa vụ hợp đồng đó phải dẫn đến hậu quả là một bên mất đi điều mà họ chờ đợi (mong muốn có được) từ hợp đồng và thứ ba là bên vi phạm hợp đồng không thể nhìn thấy trước được hậu quả của sự vi phạm đó. Còn dựa theo pháp luật Việt Nam cụ thể là LTM 2005 thì vi phạm cơ bản hợp đồng chỉ cần có hai yếu tố là phải có sự vi phạm hợp đồng và sự vi phạm của một bên đó gây thiệt hại cho bên kia đến mức làm cho bên kia không đạt được mục đích của việc giao kết hợp đồng. Việc vi phạm các nghĩa vụ trong hợp đồng (như không thực hiện nghĩa vụ hoặc có thực hiện nghĩa vụ nhưng thực hiện không đầy đủ) sẽ làm xâm hại đến các quyền, lợi ích hợp pháp của đối tác hợp đồng. Vì vậy, việc đặt ra các biện pháp chế tài để xử lý vi phạm hợp đồng sẽ góp phần bảo vệ trật tự, kỷ cương pháp luật về hợp đồng, có như thế quan hệ hợp đồng mới có thể tồn tại được.

- Các chế tài do vi phạm hợp đồng mua bán hàng hóa:

Khi một hợp đồng mua bán hàng hóa được xác lập và có hiệu lực pháp luật, các bên có nghĩa vụ phải thực hiện các nghĩa vụ đã thỏa thuận. Việc vi phạm các nghĩa vụ theo hợp đồng mua bán (không thực hiện, thực hiện không đúng, không đầy đủ nghĩa vụ) sẽ dẫn đến bên vi phạm phải chịu những chế tài do pháp luật quy định. Về bản chất, trách nhiệm do vi phạm hợp đồng mua bán là dạng cụ thể của trách nhiệm pháp lý phát sinh trong lĩnh vực mua bán hàng hóa [19, tr.48].

Theo nghĩa rộng, có thể hiểu chế tài thương mại là những hình thức chế tài áp dụng đối với các tổ chức, cá nhân có hành vi vi phạm pháp luật trong lĩnh vực thương mại.

Khái niệm chế tài trong thương mại quy định trong LTM 2005 được tiếp cận theo nghĩa hẹp, quy định về sự gánh chịu hậu quả vật chất bất lợi của bên có hành vi vi phạm hợp đồng trong hoạt động thương mại. Chế tài thương

mại bao gồm những hình thức xử lý và hậu quả pháp lý áp dụng đối với thương nhân có hành vi vi phạm pháp luật về hợp đồng thương mại.

Theo Điều 292 LTM 2005, các chế tài do vi phạm hợp đồng mua bán hàng hóa bao gồm: Buộc thực hiện đúng hợp đồng; Phạt vi phạm; Buộc bồi thường thiệt hại ; Tạm ngừng thực hiện hợp đồng; Đình chỉ thực hiện hợp đồng; Hủy bỏ hợp đồng; Các biện pháp khác do các bên thoả thuận không trái với nguyên tắc cơ bản của pháp luật Việt Nam, điều ước quốc tế mà nước Cộng hoà xã hội chủ nghĩa Việt Nam là thành viên và tập quán thương mại quốc tế. Các hình thức chế tài do vi phạm hợp đồng thương mại được quy định cụ thể tại Mục I, chương VII, đối với các hành vi vi phạm pháp luật về thương mại quy định tại Điều 320 thì sẽ áp dụng biện pháp xử lý vi phạm pháp luật về thương mại quy định tại chương VIII của LTM 2005.

Từ các quy định của LTM 2005, có thể rút ra các căn cứ chung để áp dụng chế tài bao gồm:

+ Có hành vi vi phạm: Bao gồm các hành vi thực hiện không đúng hoặc không thực hiện nghĩa vụ trong hợp đồng. Đây là căn cứ cần được đưa ra chứng minh trong việc áp dụng đối với tất cả các hình thức chế tài.

+ Có thiệt hại vật chất thực tế xảy ra: Căn cứ này bắt buộc phải được viện dẫn khi áp dụng chế tài bồi thường thiệt hại. Trong quan hệ HĐMBHH, thiệt hại thực tế xảy ra thường là: Tổn thất về tài sản (giá trị tài sản mất mát, hư hỏng); Chi phí hợp lý để ngăn chặn, hạn chế, khắc phục thiệt hại; Thu nhập thực tế bị mất hoặc bị giảm sút... Tất cả thiệt hại này đều phải đã xảy ra và cần có đủ chứng cứ để chứng minh.

+ Có mối quan hệ nhân quả giữa hành vi vi phạm hợp đồng và thiệt hại thực tế: Giữa hành vi vi phạm hợp đồng và thiệt hại thực tế phải tồn tại mối quan hệ nhân quả thì mới có đủ căn cứ xác định trách nhiệm hợp đồng đối với bên vi phạm

Tùy từng trường hợp, mức độ vi phạm khác nhau mà các chủ thể có thể phải chịu những loại chế tài khác nhau sau đây:

+ *Buộc thực hiện đúng hợp đồng (điều 297, điều 298; 299 LTM 2005):*

Buộc thực hiện đúng hợp đồng là việc bên bị vi phạm yêu cầu bên vi phạm thực hiện đúng hợp đồng hoặc dùng các biện pháp khác để hợp đồng được thực hiện và bên vi phạm phải chịu chi phí phát sinh. Trong thời gian áp dụng chế tài này bên bị vi phạm có thể yêu cầu bồi thường thiệt hại và phạt vi phạm nhưng không được áp dụng các chế tài khác. Trường hợp bên vi phạm không thực hiện chế tài này trong thời gian do bên bị vi phạm ấn định thì bên bị vi phạm có quyền áp dụng chế tài khác để bảo vệ quyền lợi của mình.

+ *Phạt vi phạm (điều 300; 301 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, trừ các trường hợp miễn trách nhiệm quy định tại điều 294 của Luật này. Các bên có thể thỏa thuận về việc phạt vi phạm trong hợp đồng được giao kết. Tuy nhiên mức phạt đối với vi phạm nghĩa vụ hợp đồng hoặc tổng mức phạt đối với nhiều vi phạm không vượt quá 8% giá trị phần nghĩa vụ hợp đồng bị vi phạm.

+ *Bồi thường thiệt hại (điều 302; 303, điều 307 LTM 2005):*

Bồi thường thiệt hại là việc bên vi phạm bồi thường những tổn thất do hành vi vi phạm hợp đồng gây ra cho bên bị vi phạm. Nếu các bên không có thỏa thuận phạt vi phạm thì bên bị vi phạm chỉ có quyền yêu cầu bồi thường thiệt hại. Nếu các bên có thỏa thuận phạt vi phạm thì bên bị vi phạm có quyền áp dụng cả 2 chế tài bồi thường thiệt hại và phạt vi phạm.

+ *Tạm ngừng thực hiện hợp đồng (điều 308, điều 309 LTM 2005)*

Là hình thức chế tài theo đó 1 bên tạm thời không thực hiện nghĩa vụ trong hợp đồng. Căn cứ áp dụng là khi xảy ra hành vi vi phạm mà các bên đã thỏa thuận hành vi vi phạm này là điều kiện để tạm ngừng thực hiện hợp

đồng, một bên vi phạm cơ bản nghĩa vụ hợp đồng. Khi hợp đồng bị tạm ngừng thì hợp đồng vẫn còn hiệu lực, bên bị vi phạm có quyền yêu cầu bồi thường thiệt hại. Bên tạm ngừng thực hiện hợp đồng phải báo cho bên kia biết về việc tạm ngừng. Trường hợp không thông báo mà gây thiệt hại cho bên kia thì phải bồi thường thiệt hại cho bên kia.

+ *Đình chỉ thực hiện hợp đồng: (điều 310, điều 311 LTM 2005).*

Là việc 1 bên chấm dứt thực hiện nghĩa vụ hợp đồng. Căn cứ để áp dụng chế tài đình chỉ thực hiện hợp đồng là khi: xảy ra hành vi vi phạm mà các bên đã thỏa thuận là điều kiện để đình chỉ hợp đồng và một bên vi phạm cơ bản nghĩa vụ của hợp đồng. Khi hợp đồng bị đình chỉ thực hiện thì hợp đồng chấm dứt từ thời điểm 1 bên nhận được thông báo đình chỉ. Các bên không phải thực hiện nghĩa vụ hợp đồng. Bên đã thực hiện nghĩa vụ có quyền yêu cầu bên kia thanh toán hoặc thực hiện nghĩa vụ đối ứng. Bên bị vi phạm có quyền yêu cầu bồi thường thiệt hại theo quy định của Luật Thương mại. Bên đình chỉ thực hiện hợp đồng phải thông báo cho bên kia về việc đình chỉ.

+ *Hủy bỏ hợp đồng (Điều 312 LTM 2005)*

Là hình thức chế tài theo đó 1 bên chấm dứt thực hiện nghĩa vụ hợp đồng làm cho hợp đồng không có hiệu lực từ thời điểm giao kết. Căn cứ hủy bỏ hợp đồng bao gồm: xảy ra hành vi vi phạm mà các bên thỏa thuận là điều kiện hủy bỏ hợp đồng và một bên vi phạm cơ bản nghĩa vụ hợp đồng.

+ *Các biện pháp khác do các bên thỏa thuận*

Bên cạnh các chế tài được quy định nêu trên các bên thỏa thuận về các hình thức chế tài. Tuy nhiên việc thỏa thuận đó 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. (khoản 7 điều 292 LTM 2005)

Bộ luật Dân sự 2015 thì không quy định rõ về các chế tài do vi phạm hợp đồng mua bán hàng hóa mà chỉ có các quy định về trách nhiệm do vi phạm hợp đồng nói chung. Các trách nhiệm này bao gồm: Buộc thực hiện đúng hợp đồng; Phạt vi phạm; Bồi thường thiệt hại; Hủy bỏ hợp đồng

+ Buộc thực hiện đúng hợp đồng: mặc dù không có quy định cụ thể về chế tài này nhưng thông qua các quy định về trách nhiệm dân sự do vi phạm nghĩa vụ hợp đồng, có thể hiểu buộc thực hiện đúng hợp đồng là chế tài áp dụng với bên vi phạm hợp đồng theo đó bên bị vi phạm có quyền yêu cầu bên vi phạm phải thực hiện đúng nghĩa vụ đã thoả thuận trong hợp đồng. Nội dung của chế tài này là bên vi phạm phải tiếp tục thực hiện đúng nghĩa vụ đã thoả thuận trong hợp đồng. Hậu quả pháp lý của chế tài này là hợp đồng vẫn còn hiệu lực và các bên vẫn bị ràng buộc với nhau bởi các quyền và nghĩa vụ đã thoả thuận trong hợp đồng.

+ Phạt vi phạm: Phạt vi phạm theo quy định tại điều 418 BLDS 2015 là sự thoả thuận giữa các bên trong hợp đồng, theo đó bên vi phạm nghĩa vụ phải nộp một khoản tiền cho bên bị vi phạm. Như vậy, phạt vi phạm được áp dụng khi có vi phạm hợp đồng và chế tài này phải được các bên thoả thuận trong hợp đồng (điều kiện bắt buộc). Nội dung của chế tài: bên vi phạm nghĩa vụ phải nộp một khoản tiền cho bên bị vi phạm. Về mức phạt vi phạm, luật dân sự không giới hạn về mức phạt vi phạm mà do các bên thoả thuận.

+ Bồi thường thiệt hại: Bồi thường thiệt hại là một loại trách nhiệm dân sự (bao gồm trách nhiệm bồi thường thiệt hại về vật chất, trách nhiệm bù đắp tổn thất về tinh thần). Quy định này được áp dụng chung cho các loại hợp đồng. Có thể hiểu chế tài bồi thường thiệt hại là việc bên vi phạm nghĩa vụ bồi thường những tổn thất do hành vi vi phạm hợp đồng gây ra cho bên bị vi phạm nghĩa vụ hay nói đúng hơn là “trường hợp có thiệt hại do vi phạm nghĩa vụ gây ra thì bên có nghĩa vụ phải bồi thường toàn bộ thiệt hại” (điều

360 BLDS 2015). Nội dung của chế tài bồi thường thiệt hại là bên vi phạm bù đắp những tổn thất thực tế được tính thành tiền cho bên bị vi phạm. Mức bồi thường thiệt hại do các bên thoả thuận hoặc theo quy định của pháp luật nếu không có thoả thuận. Mức bồi thường thiệt hại được tính thành tiền căn cứ vào thiệt hại thực tế (như tổn thất về tài sản, chi phí hợp lý để ngăn chặn, hạn chế, khắc phục thiệt hại, thu nhập thực tế bị mất hoặc bị giảm sút,...). Ngoài ra, bên vi phạm được giảm mức bồi thường nếu bên bị vi phạm không áp dụng những biện pháp cần thiết mà khả năng cho phép nhằm ngăn chặn và hạn chế thiệt hại.

+ Hủy bỏ hợp đồng: Hủy bỏ hợp đồng được quy định tại Điều 423 BLDS 2015. Theo đó một bên có quyền hủy bỏ hợp đồng và không phải bồi thường thiệt hại trong trường hợp bên kia vi phạm hợp đồng là điều kiện hủy bỏ mà các bên đã thoả thuận hoặc bên kia vi phạm nghiêm trọng nghĩa vụ của hợp đồng. Bên hủy bỏ hợp đồng phải thông báo ngay cho bên kia biết về việc hủy bỏ, nếu không thông báo mà gây thiệt hại thì phải bồi thường.

1.1.3 Các quy định về miễn trách nhiệm đối với hành vi vi phạm hợp đồng

Không phải bất cứ hành vi vi phạm nào trong hợp đồng đều phải áp dụng chế tài. Miễn trách nhiệm do vi phạm hợp đồng là việc không buộc bên có hành vi vi phạm phải chịu trách nhiệm hợp đồng trong những trường hợp pháp luật quy định hoặc các bên thoả thuận. Về bản chất, các trường hợp miễn trách nhiệm hợp đồng là những trường hợp được loại trừ yếu tố lỗi của bên có hành vi vi phạm do hành vi này diễn ra trong hoàn cảnh không thuộc phạm vi kiểm soát của chủ thể thực hiện. Cơ sở để miễn trách nhiệm hợp đồng trong trường hợp này là: Bên vi phạm không có lỗi khi không thực hiện, thực hiện không đúng hợp đồng trong điều kiện nảy sinh những tình huống ngoài ý muốn như bão lụt, hỏa hoạn, chiến tranh....

Theo các quy định tại khoản 2, 3 Điều 351 và điểm e khoản 2 Điều 398 BLDS 2015 thì có 03 trường hợp được miễn trừ trách nhiệm dân sự trong hợp đồng bao gồm: (i) Xảy ra sự kiện bất khả kháng; (ii) Thiệt hại xảy ra là hoàn toàn do lỗi của bên có quyền và (iii) Thỏa thuận của các bên chủ thể trong hợp đồng. Trong khi đó, khoản 1 Điều 294 LTM 2005 quy định có 04 căn cứ miễn trừ trách nhiệm dân sự trong hợp đồng, bao gồm: (i) Xảy ra sự kiện bất khả kháng; (ii) Hành vi vi phạm của một bên hoàn toàn do lỗi của bên kia; (iii) 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; (iiii) Thỏa thuận của các chủ thể trong hợp đồng. Như vậy, giữa quy định của Bộ luật Dân sự - bộ luật gốc, với quy định của Luật Thương mại liên quan tới vấn đề miễn trừ trách nhiệm dân sự trong hợp đồng có sự không thống nhất với nhau.

Trong trường hợp miễn trách nhiệm theo thỏa thuận, thỏa thuận về việc miễn trách nhiệm thông thường sẽ được lập trước khi giao kết hợp đồng thương mại. Khi hợp đồng được giao kết bằng văn bản, thì thỏa thuận miễn trách nhiệm được ghi nhận trong nội dung hợp đồng hoặc trong phụ lục hợp đồng. Nhưng kể cả khi hợp đồng đã ký kết các bên vẫn có thể thỏa thuận bằng lời nói hoặc hành vi cụ thể hoặc sửa đổi, bổ sung vào hợp đồng các trường hợp miễn trách nhiệm. Tuy nhiên, việc viện dẫn làm cơ sở giải quyết tranh chấp đối với các thỏa thuận miễn trách nhiệm bằng lời nói hoặc hành vi cụ thể rất khó khăn và thiếu tính khả thi.

Đối với miễn trách nhiệm không theo thỏa thuận do xảy ra sự kiện bất khả kháng, để hưởng miễn trừ trách nhiệm, bên vi phạm hợp đồng cần thông báo ngay bằng văn bản cho bên kia về trường hợp được miễn trách nhiệm và những hậu quả có thể xảy ra. Nếu bên vi phạm không thông báo hoặc thông báo không kịp thời cho bên kia thì phải bồi thường thiệt hại.

Đối với trường hợp được miễn trách nhiệm khi hành vi vi phạm của một bên hoàn toàn do lỗi của bên kia thì lỗi được coi là một trong những yếu tố để

xác định trách nhiệm dân sự. Lỗi này có thể là hành động hoặc không hành động của bên bị vi phạm. Về bản chất, thì các bên đều có hành vi vi phạm, tuy nhiên, sự vi phạm của một bên có nguyên nhân chủ yếu từ lỗi của bên bị vi phạm. Chẳng hạn, bên vi phạm đã làm theo một chỉ dẫn không rõ ràng của bên bị vi phạm dẫn đến thiệt hại. Trong trường hợp này, bên vi phạm đã được loại trừ lỗi cấu thành nên hành vi vi phạm, bên bị vi phạm sẽ chịu những rủi ro về thiệt hại này.

Đối với trường hợp bên vi phạm được miễn trách nhiệm khi hành vi vi phạm của bên đó do thực hiện quyết định của cơ quan quản lý nhà nước. Xét về bản chất, hành vi vi phạm của một bên do thực hiện quyết định của cơ quan quản lý nhà nước là hành vi vi phạm do sự kiện bất khả kháng về sự biến pháp lý. Rõ ràng, các bên cũng không lường trước được những vi phạm và thiệt hại khi có một quyết định của nhà nước xen vào. Đó có thể là quyết định hành chính (quyết định xử phạt vi phạm, quyết định trưng thu,...) hoặc quyết định của cơ quan tư pháp (bản án, quyết định). Miễn trách nhiệm chỉ được áp dụng khi hành vi vi phạm 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 như các bên đã biết về việc thực hiện quyết định của cơ quan quản lý nhà nước có thẩm quyền có thể dẫn đến vi phạm hợp đồng mà vẫn đồng ý giao kết hợp đồng thì không được áp dụng miễn trách nhiệm.

Ví dụ: Ngày 01/02/2012, công ty TNHH A (thực hiện hoạt động xây dựng công trình) có kí một hợp đồng mua bán vật liệu xây dựng với công ty CP B (công ty cung ứng vật liệu xây dựng). Trong hợp đồng thỏa thuận rằng công ty CP B sẽ giao hàng cho Công ty TNHH A vào ngày 15/03/2012 và công ty TNHH A sẽ thanh toán tiền vào ngày 20/03/2012. Trong hợp đồng không hề thỏa thuận về vấn đề miễn trách nhiệm. Ngày 18/03/2012, công ty TNHH A bị tòa án nhân dân áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời phong tỏa tài sản ở ngân hàng do yêu cầu của nguyên đơn là đại lý X khởi kiện công ty

TNHH A ra tòa về tranh chấp trong hợp đồng đại lý. Ngày 20/03/2012, do bị phong tỏa tài sản nên công ty TNHH A đã không thể thanh toán tiền cho công ty CP B và có yêu cầu khất lại sau khi quyết định của tòa án hết hiệu lực. Công ty CP B không đồng ý và cho rằng công ty TNHH A đã vi phạm nghĩa vụ của hợp đồng. Việc công ty TNHH A không thanh toán đúng hạn cũng đã làm công ty CP B thiệt hại 200 triệu đồng. Trong trường hợp này, việc công ty TNHH A gây thiệt hại cho công ty CP B là do thực hiện quyết định cấm dịch chuyển tài sản của tòa án. Như vậy, công ty TNHH A có thể sẽ được miễn trách nhiệm theo khoản 4 điều 294 LTM 2005 nếu chứng minh được sự kiện tài sản bị phong tỏa là có thật trên thực tế.

Như vậy có thể thấy, mặc dù trong tình huống trên, công ty A rõ ràng vi phạm hợp đồng với công ty B do không thanh toán đúng hạn nhưng thực tế công ty A không thể thực hiện đúng hợp đồng vì bị rơi vào trường hợp bất khả kháng, do quyết định của cơ quan Nhà nước có thẩm quyền mà hai bên không thể biết vào thời điểm giao kết hợp đồng. Như vậy, nếu một trong các bên chứng minh được mình rơi vào trường hợp bất khả kháng thì sẽ được quyền miễn trừ trách nhiệm, bên vi phạm sẽ không bị áp dụng chế tài trong trường hợp này.

1.1.4 Sự khác biệt về chế tài áp dụng trong vi phạm hợp đồng mua bán hàng hóa theo pháp luật thương mại Việt Nam và hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế theo Công ước viên 1980

Ngày 18/12/2015 vừa qua, Việt Nam đã chính thức phê duyệt việc gia nhập Công ước Viên về “Hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế của Liên hợp quốc” (CISG) để trở thành viên thứ 84 của Công ước này. Công ước Viên bắt đầu có hiệu lực ràng buộc tại Việt Nam từ ngày 1/1/2017. CISG được áp dụng trong mua bán hàng hóa quốc tế giữa người mua và người bán có địa điểm kinh doanh tại các nước là thành viên của công ước. Một số điểm khác biệt

giữa luật Việt Nam và Công ước Viên 1980 về các chế tài do vi phạm hợp đồng mua bán hàng hóa có thể kể tới như sau:

- LTM 2005 và CISG đều quy định về chế tài buộc thực hiện đúng hợp đồng, bồi thường thiệt hại và hủy hợp đồng. CISG thì không quy định gì về phạt vi phạm hợp đồng do có nhiều quan điểm rất khác nhau giữa các nước Civil Law và Common Law về chế tài này khiến cho việc hài hòa hóa là không thể thực hiện được.

- Chế tài hủy hợp đồng chỉ được áp dụng khi một bên vi phạm cơ bản hợp đồng. Điều 25 của CISG và điều 3 khoản 13 LTM 2005 đưa ra những định nghĩa không hoàn toàn giống nhau, nhưng đều thống nhất ở một điểm: vi phạm cơ bản là vi phạm gây ra thiệt hại nghiêm trọng cho bên bị vi phạm, làm cho bên này không đạt được mục đích khi giao kết hợp đồng. Ngoài ra, CISG còn quy định một trường hợp được hủy hợp đồng, đó là khi bên vi phạm không thực hiện nghĩa vụ trong thời hạn đã được gia hạn thêm (điều 49 khoản 1 và điều 64 khoản 1). LTM 2005 không có quy định tương ứng này.

- Về chế tài buộc thực hiện đúng hợp đồng, CISG và luật Việt Nam cho phép trái chủ lựa chọn một trong hai biện pháp: sửa chữa hay thay thế hàng hóa. Tuy vậy, câu hỏi đặt ra là căn cứ vào đâu để lựa chọn sửa chữa hay thay thế hàng hóa. Luật Thương mại 2005 không có quy định gì về vấn đề này, trong khi đó, CISG lại nêu rõ, trái chủ chỉ được áp dụng biện pháp thay thế hàng hóa khi vi phạm của thụ trái cấu thành vi phạm cơ bản, còn trong các trường hợp khác chỉ trái chủ chỉ được áp dụng biện pháp sửa chữa hàng hóa, loại trừ khuyết tật của hàng hóa.

- Về bồi thường thiệt hại, luật Việt Nam và CISG đều quy định các thiệt hại được bồi thường bao gồm tổn thất và khoản lợi bị bỏ lỡ mà bên kia đã phải chịu do hậu quả của sự vi phạm hợp đồng. Về tính chất của thiệt hại được bồi thường, CISG nhấn mạnh đến tính có thể dự đoán trước của thiệt hại

đối với bên vi phạm, còn pháp luật Việt Nam lại nhấn mạnh tính trực tiếp và thực tế (điều 302 LTM 2005). Nguyên tắc hạn chế tổn thất đều được ghi nhận tại CISG và LTM 2005.

- Về các trường hợp miễn trách nhiệm, CISG và pháp luật Việt Nam có cách tiếp cận tương tự khi quy định trường hợp bất khả kháng và trường hợp lỗi của bên bị vi phạm. Ngoài ra, CISG còn quy định cụ thể về việc miễn trách khi do lỗi của bên thứ ba (điều 79) trong khi pháp luật Việt Nam chưa có quy định cụ thể về vấn đề này.

Ngoài ra, CISG còn có khá nhiều quy định chi tiết về biện pháp giảm giá hàng (điều 50), về cách áp dụng chế tài khi hợp đồng giao hàng từng phần (điều 71), về việc hủy hợp đồng ngay cả khi chưa đến thời hạn thực hiện nghĩa vụ (điều 72), về cách tính tiền bồi thường thiệt hại một cách cụ thể khi hợp đồng bị hủy (điều 75 và 76), về bảo quản hàng hóa đang tranh chấp (từ điều 85 - điều 88).

Tóm lại, liên quan đến các chế tài do vi phạm hợp đồng mà CISG và pháp luật Việt Nam cùng quy định, CISG có các quy định đầy đủ và cụ thể hơn so với pháp luật Việt Nam. Bên cạnh đó, có vấn đề luật Việt Nam có quy định nhưng CISG lại không quy định (như chế tài phạt vi phạm) và ngược lại. Một số điểm khác biệt khác cũng cần được lưu ý, như quy định về việc thay thế hàng hóa không phù hợp.

Tuy vậy, cần khẳng định là những sự khác biệt này không tạo nên mâu thuẫn đối kháng giữa CISG và pháp luật Việt Nam về mua bán hàng hóa (bởi hai hệ thống này bổ sung cho nhau, mỗi hệ thống được áp dụng cho một loại hợp đồng riêng) [11, tr.64, tr.65].

1.2. Chế tài phạt vi phạm trong hợp đồng mua bán hàng hóa

1.2.1 Khái niệm chế tài phạt vi phạm

Phạt vi phạm trong hợp đồng mua bán hàng hóa là hình thức chế tài do vi phạm hợp đồng, theo đó bên vi phạm hợp đồng phải trả cho bên bị vi phạm khoản tiền nhất định do pháp luật quy định hoặc do các bên thỏa thuận trên cơ sở pháp luật. Chế tài phạt vi phạm hợp đồng có mục đích chủ yếu là trừng phạt, tác động vào ý thức của các chủ thể nhằm giáo dục ý thức tôn trọng hợp đồng, phòng ngừa vi phạm hợp đồng. Với mục đích như vậy, phạt vi phạm được áp dụng một cách phổ biến đối với các vi phạm hợp đồng [19, tr.55].

Phạt vi phạm là một chế tài tiền tệ được áp dụng phổ biến đối với tất cả các hành vi vi phạm các điều khoản của hợp đồng, không cần tính đến hành vi đó đã gây ra thiệt hại hay chưa gây thiệt hại. So với chế tài “buộc thực hiện đúng hợp đồng” được áp dụng nhằm đảm bảo thực hiện trên thực tế hợp đồng đã kí kết, chế tài phạt vi phạm hợp đồng cứng rắn hơn và có chức năng chủ yếu là trừng phạt, phòng ngừa vi phạm hợp đồng, đề cao ý thức tôn trọng pháp luật nói chung và pháp luật hợp đồng nói riêng.

Với quy định như vậy, chế tài phạt vi phạm được áp dụng nhằm đồng thời hai mục đích:

- Răn đe, ngăn chặn vi phạm hợp đồng (trong trường hợp có vi phạm thì bên vi phạm sẽ phải nộp "phạt" không phụ thuộc vào việc thực tế vi phạm đó có gây ra thiệt hại cho bên kia không);

- Bồi thường thiệt hại theo mức định trước (tức là nếu có vi phạm gây thiệt hại thì bên bị thiệt hại không được quyền đòi bồi thường thiệt hại theo mức thiệt hại thực tế mà chỉ được đòi khoản tiền đã xác định trước mặc dù thực tế không có thiệt hại hoặc thiệt hại có thể là thấp hơn hoặc cao hơn mức quy định này).

Phạt vi phạm không phải là điều khoản bắt buộc của hợp đồng. Để có thể thực hiện việc phạt hợp đồng khi có sự vi phạm hợp đồng thì tại thời điểm kí kết hợp đồng hoặc khi sửa đổi, bổ sung, phụ lục hợp đồng, các bên phải thỏa thuận về vấn đề này. Như vậy, để được coi là thỏa thuận phạt vi phạm hợp đồng thì thỏa thuận này phải nhằm răn đe với mục đích hướng tới việc thực hiện đúng nghĩa vụ. Do đó những thỏa thuận không hướng tới việc thực hiện đúng nghĩa vụ hợp đồng thì sẽ không phải là thỏa thuận phạt vi phạm.

Chủ thể có quyền đòi phạt vi phạm là bên bị vi phạm, chủ thể có nghĩa vụ là bên vi phạm, khách thể trong quan hệ này mà các bên hướng tới là một khoản tiền phạt vi phạm.

Như vậy, phạt vi phạm là chế tài có mục đích chủ yếu là trừng phạt, tác động vào ý thức của các chủ thể hợp đồng nhằm giáo dục ý thức tôn trọng hợp đồng, phòng ngừa vi phạm hợp đồng.

1.2.2 Căn cứ áp dụng chế tài phạt vi phạm

Theo Luật Thương mại, chế tài phạt vi phạm chỉ được áp dụng nếu trong hợp đồng có thỏa thuận về việc áp dụng chế tài này [19, tr.55]. Điều này có nghĩa phạt vi phạm là sự thỏa thuận giữa các bên nên một bên không thể yêu cầu bên kia phải chịu phạt vi phạm nếu các bên không có thỏa thuận trong hợp đồng về vấn đề này. Hành vi vi phạm hợp đồng là căn cứ pháp lý để áp dụng đối với tất cả các hình thức chế tài do vi phạm hợp đồng. Đây là nghĩa vụ chứng minh của bên bị vi phạm để truy cứu trách nhiệm đối với bên vi phạm. Hành vi vi phạm hợp đồng mua bán hàng hoá là xử sự của các chủ thể hợp đồng không phù hợp với các nghĩa vụ theo hợp đồng. Biểu hiện cụ thể là việc không thực hiện hoặc thực hiện không đúng, không đầy đủ các nghĩa vụ theo hợp đồng.

Phạt vi phạm hợp đồng được áp dụng phổ biến đối với các hành vi vi phạm hợp đồng. Với bản chất là một biện pháp ngăn ngừa vi phạm nên khi

hai bên đã có thỏa thuận thì việc vi phạm hợp đồng này có thể đã hoặc chưa gây ra thiệt hại thực tế thì bên bị vi phạm đều có quyền yêu cầu bên vi phạm hợp đồng chịu phạt vi phạm.

1.2.3. Mức phạt vi phạm

Mức tiền phạt vi phạm hợp đồng bị giới hạn bởi pháp luật (các bên có quyền thỏa thuận về mức phạt nhưng không được vượt quá mức phạt do pháp luật quy định). Theo Luật Thương mại, mức phạt đối với vi phạm nghĩa vụ hợp đồng mua bán hàng hóa 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 [19, tr.55].

Quan điểm của các nước trên thế giới về chế tài phạt vi phạm đều cho rằng phạt vi phạm là tiền bồi thường ước tính (tính trước). Như vậy, điều quan trọng là các bên phải có sự thỏa thuận, dự kiến trước về mức phạt trong hợp đồng mua bán. Tuy nhiên, các nước lại có quy định khác nhau về mối quan hệ giữa thiệt hại và số tiền phạt vi phạm. Luật Anh-Mỹ cho rằng, trong trường hợp bên bị vi phạm không có thiệt hại thực tế thì mức phạt do hai bên hoàn toàn quyết định. Nếu bên bị vi phạm có thiệt hại thực tế thì tiền phạt phải thấp hơn thiệt hại thực tế (đây là quy phạm bắt buộc, nếu cao hơn thì chế tài này không có giá trị). Luật Pháp thì quy định rằng, trong trường hợp bên bị vi phạm không có thiệt hại thực tế thì mức phạt do hai bên thỏa thuận. Còn khi có thiệt hại thực tế, theo nguyên tắc, tiền phạt phải thấp hơn thiệt hại thực tế. Nhưng trên thực tế, các cơ quan tư pháp vẫn thừa nhận trường hợp mà tiền phạt cao hơn giá trị thiệt hại thực tế (quy phạm tùy ý). Riêng luật Đức lại cho rằng, đã phạt là trừng phạt, do đó, khi bên bị vi phạm có thiệt hại thực tế thì tiền phạt vi phạm luôn cao hơn thiệt hại thực tế. Các nước XHCN, trong đó có Việt Nam thì thừa nhận tiền phạt là tiền bồi thường tính trước. Nếu bên bị vi phạm có thiệt hại thực tế cao hơn so với tiền phạt vi phạm đã thỏa thuận thì

cho phép bên bị vi phạm được quyền lựa chọn hoặc là đòi tiền phạt, hoặc là đòi tiền bồi thường thiệt hại.

1.2.4 Khả năng kết hợp chế tài phạt vi phạm với các chế tài khác khi có vi phạm hợp đồng

Luật Thương mại đã đưa ra rất nhiều chế tài nhằm mục đích răn đe, ngăn ngừa vi phạm hợp đồng như: Buộc thực hiện đúng hợp đồng; Phạt vi phạm; Bồi thường thiệt hại; Tạm ngừng thực hiện hợp đồng; Đình chỉ thực hiện hợp đồng; Hủy bỏ hợp đồng. Trong đó phạt vi phạm là một trong những chế tài được các bên áp dụng thường xuyên và phổ biến nhất.

Buộc thực hiện đúng hợp đồng là việc bên bị vi phạm yêu cầu bên vi phạm thực hiện đúng hợp đồng hoặc dùng các biện pháp khác để hợp đồng được thực hiện và bên vi phạm phải chịu chi phí phát sinh. Trong thời gian áp dụng chế tài buộc thực hiện đúng hợp đồng, bên bị vi phạm có quyền áp dụng cả chế tài phạt vi phạm. Nếu bên vi phạm không thực hiện chế tài thực hiện đúng hợp đồng trong thời hạn mà bên bị vi phạm ấn định thì bên bị vi phạm có quyền áp dụng chế tài phạt vi phạm nếu trong hợp đồng có thỏa thuận.

Ngoài ra, chế tài phạt vi phạm có thể áp dụng đồng thời với chế tài bồi thường thiệt hại. Tuy nhiên cần lưu ý chế tài phạt vi phạm chỉ được áp dụng đồng thời khi trong hợp đồng có quy định về điều khoản phạt vi phạm, nếu trong hợp đồng không có quy định về điều khoản này thì chế tài phạt vi phạm không đồng thời được áp dụng.

1.3 Chế tài bồi thường thiệt hại trong hợp đồng mua bán hàng hóa

1.3.1 Khái niệm chế tài bồi thường thiệt hại

Khác với phạt vi phạm hợp đồng, bồi thường thiệt hại là hình thức chế tài được áp dụng nhằm khôi phục, bù đắp những lợi ích vật chất bị mất của bên bị vi phạm hợp đồng mua bán [19,tr.56].

Sự vi phạm nghĩa vụ gây thiệt hại của một bên trong quan hệ hợp đồng sẽ làm ảnh hưởng trực tiếp đến lợi ích vật chất của bên kia. Do đó, bên vi phạm gây thiệt hại phải có trách nhiệm bù đắp những lợi ích vật chất đủ để cho phép khôi phục lại tình trạng trước khi vi phạm gây thiệt hại và thỏa mãn những quyền lợi chính đáng mà bên kia đáng lẽ phải được hưởng. BLDS quy định, trách nhiệm bồi thường thiệt hại là hình thức trách nhiệm chung và được áp dụng rộng rãi, phổ biến trong mọi trường hợp không thực hiện hoặc thực hiện không đúng nghĩa vụ hợp đồng mà gây thiệt hại. Thậm chí cả trong trường hợp bên có quyền bị vi phạm đã áp dụng các hình thức trách nhiệm khác thì họ vẫn không đương nhiên mất quyền đòi bồi thường thiệt hại. Vì thế có thể coi bồi thường thiệt hại là một giải pháp vạn năng cho mọi trường hợp vi phạm nghĩa vụ hợp đồng. Tất nhiên hình thức trách nhiệm bồi thường thiệt hại do vi phạm hợp đồng không phải là hình thức riêng có ở Việt Nam mà còn có ở hệ thống pháp luật khác. Trong Bộ luật dân sự Pháp, tại Điều 1147 quy định người có nghĩa vụ bồi thường thiệt hại do không thực hiện hoặc thực hiện chậm nghĩa vụ. Trong Bộ luật dân sự Nhật Bản, tại Điều 415 quy định người có quyền có quyền yêu cầu bồi thường thiệt hại nếu người có nghĩa vụ không thực hiện nghĩa vụ phù hợp với tinh thần và mục đích của nó. Trong Công ước Viên 1980 và Bộ nguyên tắc Unidroit về hợp đồng thương mại quốc tế năm 2004 tương ứng tại Điều 74 và Điều 7.4.1. quy định quyền bồi thường thiệt hại phát sinh ngay cả khi xảy ra vi phạm bất kỳ một nghĩa vụ nào của hợp đồng [5; tr.298].

Theo quy định của BLDS Việt Nam, bồi thường thiệt hại được khai thác theo hướng bồi thường do vi phạm nghĩa vụ, bởi lẽ, hợp đồng là một căn cứ chủ yếu để phát sinh nghĩa vụ. Với tư cách là văn bản luật gốc điều chỉnh các quan hệ tư, do đó, quy định của Bộ luật dân sự là cơ sở để các văn bản luật khác quy định về chế độ bồi thường thiệt hại. Theo LTM 2005, bồi

thường thiệt hại là việc bên vi phạm bồi thường những tổn thất do hành vi vi phạm hợp đồng gây ra cho bên bị vi phạm..

Có thể hiểu trách nhiệm bồi thường thiệt hại trong hợp đồng dân sự là loại trách nhiệm dân sự mà theo đó người có hành vi vi phạm nghĩa vụ theo hợp đồng gây ra thiệt hại cho người khác thì phải chịu trách nhiệm bồi thường những tổn thất mà mình gây ra. Trong dân sự, cần lưu ý phân biệt trách nhiệm bồi thường thiệt hại trong hợp đồng và trách nhiệm bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng. Trách nhiệm bồi thường thiệt hại trong hợp đồng là trách nhiệm dân sự phát sinh do không thực hiện hoặc thực hiện không đúng nghĩa vụ theo hợp đồng. Đặc điểm của loại trách nhiệm này là giữa hai bên (bên chịu trách nhiệm và bên bị thiệt hại) có quan hệ hợp đồng và thiệt hại phải do hành vi không thực hiện hoặc thực hiện không đúng nghĩa vụ gây ra. Trong trường hợp các bên có quan hệ hợp đồng nhưng thiệt hại xảy ra không liên quan đến việc thực hiện nghĩa vụ trong hợp đồng. Trách nhiệm này là trách nhiệm ngoài hợp đồng [17, tr.282].

1.3.2 Căn cứ áp dụng chế tài bồi thường thiệt hại

Căn cứ phát sinh trách nhiệm bồi thường thiệt hại trước đây được quy định trong LTM 1997 bao gồm các yếu tố: có hành vi vi phạm hợp đồng, có thiệt hại vật chất, có mối quan hệ trực tiếp giữa hành vi vi phạm hợp đồng và thiệt hại vật chất, có lỗi của bên vi phạm hợp đồng. LTM 2005 hiện nay đã bỏ đi căn cứ “ có lỗi của bên vi phạm hợp đồng”, việc áp dụng chế tài bồi thường thiệt hại phát sinh khi chỉ cần có đủ các yếu tố sau: có hành vi vi phạm hợp đồng; có thiệt hại thực tế và hành vi vi phạm hợp đồng là nguyên nhân trực tiếp gây ra thiệt hại.

Hành vi vi phạm hợp đồng là căn cứ bắt buộc khi áp dụng bất kì chế tài nào. Có thiệt hại thực tế xảy ra cho bên bị vi phạm là căn cứ bắt buộc phải có khi áp dụng chế tài bồi thường thiệt hại. Mức độ bồi thường phụ thuộc vào

thiệt hại thực tế của bên bị vi phạm. Vì vậy, muốn buộc bên vi phạm hợp đồng bồi thường thiệt hại thì trước hết phải có thiệt hại về tài sản và bên bị vi phạm phải chứng minh được mình có thiệt hại, mức độ thiệt hại và thiệt hại đó phải tính được bằng các phương pháp nhất định.

Thiệt hại thực tế là những thiệt hại tính được thành tiền mà bên bị vi phạm phải gánh chịu (có thể là hàng hóa bị hư hỏng, mất mát, chi phí để ngăn ngừa thiệt hại lớn hơn...). Thiệt hại thực tế được chia thành thiệt hại trực tiếp và thiệt hại gián tiếp. Thiệt hại trực tiếp là tài sản bị mất mát, hư hỏng, các chi phí phải trả để ngăn chặn và hạn chế thiệt hại. Loại thiệt hại này có thể được tính thành tiền một cách chính xác. Đối với thiệt hại gián tiếp, đây là loại thiệt hại phải dựa trên cơ sở chứng cứ tài liệu mới có thể xác định được. Biểu hiện cụ thể của nó là thu nhập thực tế bị mất, bị giảm sút, mất các khoản lợi đáng nhẽ được hưởng mà bên bị vi phạm phải chịu.

Hành vi vi phạm hợp đồng phải là nguyên nhân trực tiếp gây ra thiệt hại. Có nghĩa là hành vi vi phạm phải luôn hàm chứa khả năng dẫn tới thiệt hại đó và thiệt hại đó xảy ra là sự hiện thực hóa khả năng nói trên. Trên thực tế, một hành vi vi phạm hợp đồng có thể gây ra nhiều khoản thiệt hại và một khoản thiệt hại cũng có thể được phát sinh do nhiều nguyên nhân.

Bên yêu cầu bồi thường thiệt hại phải chứng minh tổn thất, mức độ tổn thất do hành vi vi phạm gây ra và khoản lợi trực tiếp mà bên bị vi phạm đáng lẽ được hưởng nếu không có hành vi vi phạm. Ngoài ra 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.

1.3.3 Mức bồi thường thiệt hại

Về mức bồi thường thiệt hại, do pháp luật dân sự ưu tiên thoả thuận nên về nguyên tắc sẽ theo hợp đồng của 2 bên, cụ thể, các bên có thoả thuận ngay trong hợp đồng về mức bồi thường bằng, thấp hoặc cao hơn mức thiệt hại xảy ra và khi phát sinh trách nhiệm bồi thường thiệt hại thì mức bồi thường sẽ áp dụng mức do các bên thoả thuận. Quy tắc này cũng được áp dụng cho các hợp đồng thương mại. Còn khi các bên không có thoả thuận trước thì theo quy định của LTM 2005: “giá trị bồi thường thiệt hại bao gồm giá trị tổn thất thực tế, trực tiếp mà bên bị vi phạm phải chịu do bên vi phạm gây ra và khoản lợi trực tiếp mà bên bị vi phạm đáng lẽ được hưởng nếu không có hành vi vi phạm”. Như vậy, nếu các bên không thoả thuận về mức bồi thường thiệt hại thì về nguyên tắc, thiệt hại bao nhiêu bồi thường bấy nhiêu. Thiệt hại ở đây là giá trị tổn thất thực tế và khoản lợi trực tiếp mà bên bị vi phạm đáng lẽ được hưởng. Thực tế thì chứng minh giá trị tổn thất thực tế có thể dễ dàng thực hiện được, còn chứng minh khoản lợi trực tiếp mà bên bị vi phạm đáng lẽ được hưởng nếu không có hành vi vi phạm không phải là chuyện dễ dàng.

1.3.4 Khả năng kết hợp chế tài bồi thường thiệt hại với các chế tài khác khi có vi phạm hợp đồng

Theo quy định của pháp luật thương mại Việt Nam, các chế tài buộc thực hiện đúng hợp đồng, phạt vi phạm, tạm ngừng thực hiện hợp đồng, đình chỉ thực hiện hợp đồng và hủy bỏ hợp đồng đều có khả năng kết hợp song song với chế tài bồi thường thiệt hại.

LTM 2005 cũng quy định về “Quyền yêu cầu bồi thường thiệt hại khi đã áp dụng các chế tài khác”, theo đó: “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.” Do vậy, chế tài bồi thường thiệt hại trong HĐMBHH được áp dụng ngay khi có vi phạm hợp đồng gây ra thiệt hại thực tế.

1.4 Mối quan hệ giữa chế tài phạt vi phạm và chế tài bồi thường thiệt hại trong hợp đồng mua bán hàng hóa

Phạt vi phạm và bồi thường thiệt hại có nhiều điểm giống nhau, nên người ta thường gọi phạt vi phạm là bồi thường thiệt hại được tính trước. Song cũng có điểm khác nhau giữa hai chế tài này vì bồi thường thiệt hại là dựa trên việc chứng minh tổn thất thực tế xảy ra của bên bị vi phạm chứ không phải là dự đoán của các bên. Nếu như phạt vi phạm điều kiện bắt buộc phải có sự thoả thuận trước của các bên trong hợp đồng thì bồi thường thiệt hại không bắt buộc phải có sự thoả thuận trước trong hợp đồng.

Vì thế, khi áp dụng chế tài bồi thường thiệt hại cần chú ý đến mối quan hệ với chế tài phạt vi phạm trong HĐMBHH. Với bản chất của hợp đồng, các bên trong hợp đồng có quyền thoả thuận về các hình thức chế tài phù hợp với quy định của pháp luật. Nếu trong hợp đồng mà các bên không có thoả thuận phạt vi phạm thì bên bị vi phạm chỉ có quyền yêu cầu bồi thường thiệt hại. Ngược lại, nếu các bên có thoả thuận phạt vi phạm thì bên bị vi phạm có quyền áp dụng cả chế tài phạt vi phạm và buộc bồi thường thiệt hại, trừ trường hợp LTM 2005 có quy định khác. LTM 2005 tại điều 307 quy định:

“1. Trường hợp các bên không có thoả thuận phạt vi phạm thì bên bị vi phạm chỉ có quyền yêu cầu bồi thường thiệt hại, trừ trường hợp Luật này có quy định khác.

2. Trường hợp các bên có thoả thuận phạt vi phạm thì bên bị vi phạm có quyền áp dụng cả chế tài phạt vi phạm và buộc bồi thường thiệt hại, trừ trường hợp Luật này có quy định khác.”

Với quy định này của Luật Thương mại, nhà làm luật nhấn mạnh chế tài phạt vi phạm chỉ phát sinh khi có hành vi vi phạm hợp đồng của bên vi phạm và các bên có thoả thuận về việc phạt vi phạm. Khác với chế tài phạt vi phạm, trách nhiệm bồi thường thiệt hại do vi phạm nghĩa vụ thực hiện hợp

đồng phát sinh ngay cả trong trường hợp các bên không có thỏa thuận về vấn đề này, đồng thời cũng không có quy định nào giới hạn mức bồi thường thiệt hại mà chỉ hoàn toàn căn cứ vào thiệt hại thực tế phát sinh mà bên bị vi phạm chứng minh được.

Còn theo BLDS 2015, mối quan hệ giữa chế tài phạt vi phạm và bồi thường thiệt hại được thể hiện thông qua quy định tại khoản 3 điều 418 mà theo đó:

“Các bên có thể thỏa thuận về việc bên vi phạm nghĩa vụ chỉ phải chịu phạt vi phạm mà không phải bồi thường thiệt hại hoặc vừa phải chịu phạt vi phạm và vừa phải bồi thường thiệt hại.

Trường hợp các bên có 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.”

Từ điều 360, điều 418 BLDS 2015 thì có thể thấy mối quan hệ giữa phạt vi phạm và bồi thường thiệt hại được chia làm 4 trường hợp và tùy vào từng trường hợp thỏa thuận mà có cách hành xử thích hợp:

- Nếu trong hợp đồng chỉ thỏa thuận về phạt vi phạm nhưng thỏa thuận không phải bồi thường thiệt hại thì bên vi phạm chỉ bị phạt vi phạm.

- Nếu trong hợp đồng chỉ thỏa thuận về bồi thường thiệt hại mà thỏa thuận phạt vi phạm thì bên vi phạm chỉ phải bồi thường thiệt hại.

- Nếu trong hợp đồng thỏa thuận cả phạt vi phạm và bồi thường thiệt hại thì bên vi phạm phải chịu phạt vi phạm và cả bồi thường thiệt hại.

- Nếu trong hợp đồng không có thỏa thuận gì về phạt vi phạm và bồi thường thiệt hại thì khi có vi phạm xảy ra gây thiệt hại, bên vi phạm chỉ phải chịu bồi thường thiệt hại.

Có thể thấy quy định về việc áp dụng đồng thời phạt vi phạm và bồi thường thiệt hại là có sự không đồng nhất với nhau trong hệ thống pháp luật thương mại Việt Nam. Nếu như trong LTM 2005, chế tài bồi thường thiệt hại

được áp dụng ngay cả khi không có thỏa thuận trong hợp đồng thì BLDS 2015 yêu cầu nếu trong hợp đồng không thỏa thuận về việc bồi thường thiệt hại mà có thỏa thuận về phạt vi phạm thì chỉ được áp dụng phạt vi phạm, còn nếu không có thỏa thuận về cả phạt vi phạm và bồi thường thiệt hại thì chỉ bồi thường thiệt hại được áp dụng. Đây là sự khác nhau rõ nét trong quy định về phạt vi phạm và bồi thường thiệt hại giữa LTM 2005 và BLDS 2015.

KẾT LUẬN CHƯƠNG 1

Khi một hợp đồng mua bán hàng hóa được xác lập và có hiệu lực pháp luật thì quyền và nghĩa vụ của các bên thỏa thuận trong hợp đồng luôn được nhà nước thừa nhận và bảo vệ, các bên có nghĩa vụ phải thực hiện các nghĩa vụ đã thỏa thuận. Việc vi phạm các nghĩa vụ theo hợp đồng mua bán (không thực hiện, thực hiện không đúng, không đầy đủ nghĩa vụ) sẽ dẫn đến bên vi phạm phải chịu những chế tài do pháp luật quy định. Chế tài phạt vi phạm và chế tài bồi thường thiệt hại là hai chế tài được áp dụng thường xuyên khi có vi phạm hợp đồng xảy ra. Trong chương này, tác giả đã nêu lên những vấn đề lý luận cơ bản nhất về hợp đồng mua bán hàng hóa, vi phạm hợp đồng mua bán hàng hóa, chế tài phạt vi phạm và chế tài bồi thường thiệt hại khi vi phạm hợp đồng mua bán hàng hóa. Những vấn đề lý luận cơ bản trong chương 1 là cơ sở, tiền đề để luận văn tiếp tục nghiên cứu về thực trạng thực hiện pháp luật thương mại Việt Nam về chế tài phạt vi phạm và bồi thường thiệt hại trong hợp đồng mua bán hàng hóa trong chương 2. Ngoài ra trong chương này còn lưu ý, khi áp dụng chế tài phạt vi phạm phải chú ý đến mối quan hệ của nó với chế tài bồi thường thiệt hại và ngược lại. Đặc biệt phải lưu ý rằng: chỉ khi có thỏa thuận trong hợp đồng, phạt vi phạm mới được áp dụng khi có vi phạm xảy ra. Bồi thường thiệt hại thì được áp dụng ngay khi có hành vi vi phạm và có thiệt hại thực tế xảy ra, có mối quan hệ nhân quả giữa hành vi vi phạm và thiệt hại mà không cần có thỏa thuận trong hợp đồng.

Chương 2

THỰC TRẠNG THỰC HIỆN PHÁP LUẬT THƯƠNG MẠI VIỆT NAM VỀ CHẾ TÀI PHẠT VI PHẠM VÀ BỒI THƯỜNG THIẾT HẠI TRONG HỢP ĐỒNG MUA BÁN HÀNG HÓA

2.1 Thực trạng thực hiện pháp luật thương mại Việt Nam về chế tài phạt vi phạm trong hợp đồng mua bán hàng hóa

- Khái niệm phạt vi phạm:

Chế tài phạt vi phạm đã được quy định trong các văn bản pháp luật như Luật Thương mại 1997, Pháp lệnh Hợp đồng kinh tế 1989, Bộ luật Dân sự 2005... Và với sự ra đời của chế tài phạt vi phạm được quy định trong Luật Thương mại 2005 thì phạt vi phạm thực sự trở thành một chế định quan trọng để bảo vệ các bên trong quan hệ thương mại. Hiện nay, chế tài này ngày càng được các bên sử dụng nhiều hơn như một biện pháp hữu hiệu để bảo vệ quyền lợi của mình trong các quan hệ hợp đồng hợp tác kinh tế.

Pháp lệnh Hợp đồng kinh tế 1989 không có khái niệm về phạt vi phạm mà chỉ có quy định: “Tiền phạt vi phạm hợp đồng kinh tế do các bên thoả thuận trong khung phạt đối với từng loại hợp đồng theo quy định của pháp luật. Trong trường hợp không có quy định của pháp luật, các bên có quyền thoả thuận về mức tiền phạt” (điều 19). Khái niệm về chế tài phạt vi phạm được quy định lần đầu trong LTM 1997. Theo đó, “phạt vi phạm là việc bên có quyền lợi bị vi phạm yêu cầu bên vi phạm trả một khoản tiền phạt nhất định do vi phạm hợp đồng, nếu trong hợp đồng có thoả thuận hoặc pháp luật có quy định” (điều 226 LTM 1997). Tiếp thu tinh thần của LTM 1997, LTM 2005 quy định: “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 thoả thuận, trừ các trường hợp miễn trách nhiệm quy định tại điều 294 của Luật này”

(điều 300 LTM 2005). Theo quy định trên thì chủ thể có quyền đòi phạt vi phạm là bên bị vi phạm, chủ thể có nghĩa vụ là bên vi phạm, khách thể trong quan hệ này mà các bên hướng đến là một khoản tiền phạt vi phạm.

Khoản 1 điều 418 BLDS 2015 quy định: “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.”

- Căn cứ phạt vi phạm:

Pháp lệnh Hợp đồng kinh tế 1989 không có quy định cụ thể về căn cứ áp dụng chế tài phạt vi phạm nhưng LTM 1997 thì có quy định về vấn đề này. Theo đó thì phạt vi phạm phát sinh khi không thực hiện hợp đồng hoặc thực hiện không đúng hợp đồng (điều 227 LTM 1997). Quy định này là khác với quy định của luật hiện hành vì theo quy định tại điều 300 LTM 2005 và điều 418 BLDS 2015 thì có thể thấy, căn cứ áp dụng chế tài phạt vi phạm đều bao gồm:

- Có hành vi vi phạm hợp đồng;
- Hợp đồng có thỏa thuận về phạt vi phạm.

Để có thể đòi được tiền phạt, các bên phải dựa trên căn cứ: có sự thỏa thuận trong hợp đồng và có sự vi phạm hợp đồng. Vi phạm hợp đồng có thể là không thực hiện hoặc thực hiện không đúng, không đầy đủ hợp đồng. Không thực hiện hợp đồng có thể là không giao hàng, không nhận hàng, không thanh toán tiền hàng... Còn thực hiện không đúng hợp đồng có thể là chậm giao hàng, giao hàng thiếu, giao hàng sai quy cách chủng loại, giao hàng kém phẩm chất... Ở đây, LTM 2005 không quy định rằng, khi áp dụng chế tài phạt vi phạm, bên có quyền lợi bị vi phạm phải có nghĩa vụ chứng minh thiệt hại và mức độ thiệt hại. Chỉ cần bên bị vi phạm chứng minh được là bên kia vi phạm và vi phạm đó thuộc diện áp dụng chế tài phạt vi phạm theo hợp đồng hoặc do pháp luật quy định thì hoàn toàn có thể yêu cầu bên vi phạm trả tiền phạt. Tuy nhiên, điều này cũng không có nghĩa là pháp luật đã cho phép áp

dụng phạt vi phạm hợp đồng đối với mọi hành vi vi phạm (bao gồm các trường hợp không thực hiện, thực hiện không đúng hoặc thực hiện không đầy đủ nghĩa vụ theo thoả thuận mà không cần tính đến yếu tố lỗi). Pháp luật quy định, được miễn trách nhiệm hợp đồng khi bên vi phạm không có lỗi (do bất khả kháng hoặc do lỗi của bên đối tác, xảy ra trường hợp miễn trách nhiệm mà các bên đã thoả thuận, do thực hiện quyết định của cơ quan nhà nước có thẩm quyền). Điều đó cho thấy, mặc dù không có quy định trong luật nhưng trên thực tế, lỗi vẫn là yếu tố cần thiết để áp dụng chế tài phạt vi phạm hợp đồng và các hình thức chế tài khác trong trách nhiệm hợp đồng.

Bên cạnh đó, theo LTM 2005 và BLDS 2015 thì chế tài phạt vi phạm hợp đồng chỉ được áp dụng khi các bên có sự thoả thuận trong hợp đồng. Trong thực tế, vẫn có những trường hợp một bên đòi được phạt vi phạm mặc dù các bên không hề có quy định gì về vấn đề này trong hợp đồng, đơn giản chỉ vì nghĩ rằng mình có quyền được pháp luật bảo vệ trong trường hợp quyền và lợi ích của mình đã không được bên kia tuân thủ. Tuy nhiên vì không có thoả thuận trong hợp đồng nên khi mang vụ việc ra tranh chấp tại Tòa án thì tòa sẽ bác yêu cầu đòi được phạt vi phạm của bên bị vi phạm.

Vậy nếu trong hợp đồng các bên không quy định việc phạt vi phạm và bên vi phạm chấp nhận mức phạt do bên bị vi phạm đưa ra thì có thể áp dụng chế tài phạt vi phạm hợp đồng được không? Có quan điểm cho rằng trường hợp này có thể áp dụng chế tài phạt vì đây là biện pháp răn đe các bên trong việc vi phạm hợp đồng, khi bên vi phạm đã thừa nhận vi phạm và chịu phạt thì không có lý do gì để không chấp nhận điều đó. Tuy nhiên, một số ý kiến lại cho rằng thoả thuận trên không thể là thoả thuận phạt vi phạm hợp đồng nên không thể áp dụng những quy định của chế tài phạt vi phạm.

- Mức phạt vi phạm:

Mức phạt vi phạm hợp đồng hoàn toàn do các bên thỏa thuận. BLDS 2015 không khống chế mức phạt tối đa mà tôn trọng sự thỏa thuận của các bên. Khoản 2 điều 418 BLDS 2015 quy định “Mức phạt vi phạm là do các bên tự thỏa thuận, trừ trường hợp luật liên quan có quy định khác”. Tuy nhiên mức phạt vi phạm hiện nay lại không thống nhất ở nhiều văn bản pháp luật khác nhau. Theo quy định tại điều 301 LTM 2005 thì mức phạt đối với vi phạm nghĩa vụ hợp đồng mua bán hàng hóa 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 [18, tr.55], trừ trường hợp miễn trách nhiệm vật chất theo quy định của Luật này.

Pháp lệnh hợp đồng kinh tế năm 1989 quy định mức tiền phạt vi phạm hợp đồng là từ 2% đến 12% giá trị phần hợp đồng kinh tế bị vi phạm (điều 29), LTM 1997 thì quy định mức phạt vi phạm sẽ do các bên thỏa thuận cụ thể mức phạt đối với từng vi phạm trong hợp đồng, nhưng tổng các mức phạt vi phạm trên một hợp đồng là không được quá 8% giá trị hợp đồng bị vi phạm (điều 228 LTM 1997). Như vậy có thể thấy, quy định về phạt vi phạm trong Luật thương mại 2005 là kế thừa quy định của LTM 1997.

Theo quy định của LTM 2005, điều khoản phạt vi phạm hợp đồng thương mại chỉ đóng vai trò là “điều khoản tùy nghi”, tức là những điều khoản các bên có thể tự thỏa thuận với nhau và ghi vào trong hợp đồng khi chưa có quy định của pháp luật hoặc đã có quy định của pháp luật nhưng các bên được phép vận dụng linh hoạt vào hoàn cảnh thực tế của mình mà không trái pháp luật. Các bên có thể thỏa thuận hoặc không thỏa thuận về điều khoản phạt vi phạm trong hợp đồng. Nếu có điều khoản phạt vi phạm, thì điều khoản đó có hiệu lực thi hành. Nếu các bên không thỏa thuận và ghi vào trong hợp đồng thì chế tài phạt vi phạm có thể không được áp dụng. Các quy định của Luật

Thương mại được xây dựng dựa trên nguyên tắc tôn trọng thỏa thuận của các bên về mức phạt trước khi áp dụng mức phạt giới hạn mà pháp luật quy định.

Về mức phạt vi phạm, Luật thương mại coi chế tài phạt vi phạm như một biện pháp trừng phạt về mặt vật chất đối với bên vi phạm, luật cho phép các bên trả bằng một số tiền cụ thể hoặc theo tỷ lệ phần trăm đối với việc vi phạm nghĩa vụ hợp đồng nhưng không được quá 8% giá trị của phần nghĩa vụ hợp đồng bị vi phạm. Các nhà làm luật cho rằng, mức phạt vi phạm này là nhằm tránh các bên sẽ lạm dụng điều khoản do các bên thỏa thuận mà đẩy mức phạt lên quá cao, tuy nhiên việc áp dụng mức phạt vi phạm này trong thực tế còn nhiều bất cập.

Phân tích sâu hơn về vấn đề mức phạt vi phạm trong hợp đồng mua bán hàng hóa là không quá 8% giá trị phần nghĩa vụ bị vi phạm, một vấn đề đặt ra là trong thực tế có rất nhiều trường hợp hai bên thỏa thuận mức phạt vượt quá 8% giá trị phần nghĩa vụ bị vi phạm trong hợp đồng. Thực tế hai bên thỏa thuận mức phạt có thể lên tới 20%, 100%... thì thỏa thuận trên có vô hiệu không?

Tình huống thực tế: “Tháng 3 năm 2005, công ty A kí hợp đồng số 03/2005 về việc bán bột mì với công ty B. Hợp đồng có nội dung bên A bán cho bên B số lượng là 1500 tấn bột mì với giá 730.000 đồng/ tấn. Thời gian giao hàng là 2 tháng và thanh toán trong vòng 4 tháng. Tổng giá trị hợp đồng là trên 1 tỷ đồng. Điều khoản phạt vi phạm được quy định như sau: bên A không giao hàng đúng hạn tức là sau 2 tháng bên A không giao hàng cho bên B, bên A sẽ phải chịu phạt vi phạm số tiền gấp 10 lần tương đương với hơn 10 tỷ đồng trả cho bên B. Nếu sau 4 tháng bên B không trả hết số tiền hàng thì sẽ tính lãi suất trả chậm là 10%/ tháng.”

Trên thực tế, việc các doanh nghiệp kí kết với nhau về điều khoản phạt vi phạm như trên là tương đối phổ biến. Với trường hợp như trên, việc các bên thỏa thuận nếu bên nào vi phạm hợp đồng hoặc hủy ngang hợp đồng sẽ bị

phạt số tiền gấp 10 lần giá trị hợp đồng thì đương nhiên không phù hợp với quy định của pháp luật và là hợp đồng vô hiệu. Tuy nhiên xử lý hợp đồng này như thế nào, thẩm phán có tuyên điều khoản này vô hiệu hoàn toàn và không áp dụng mức phạt hay là thẩm phán lại quy định sẽ áp dụng mức 8% là một điều đang còn nhiều tranh cãi. Xung quanh vấn đề này có 2 quan điểm:

+ Quan điểm thứ nhất, việc thỏa thuận này là vô hiệu, vì vậy khi giải quyết tranh chấp về yêu cầu phạt vi phạm hợp đồng, không chấp nhận yêu cầu này bởi vì xem như hai bên không có thỏa thuận.

+ Quan điểm thứ hai, việc thỏa thuận vượt quá 8% chỉ vô hiệu một phần đối với mức phạt vượt quá 8% còn điều khoản phạt vi phạm hợp đồng hoàn toàn có hiệu lực, trong trường hợp này có thể áp dụng mức tối đa 8% yêu cầu của bên bị vi phạm, phần vượt quá không được chấp nhận.

Từ thực tiễn xét xử các vụ tranh chấp kinh doanh, thương mại, các Tòa án thường chấp nhận quan điểm thứ hai, nghĩa là nếu hai bên thỏa thuận vượt quá 8% thì sẽ áp dụng mức phạt trần là 8% để giải quyết yêu cầu đòi phạt vi phạm của bên bị vi phạm. Phần vượt quá 8% bị hủy bỏ. Điều này hoàn toàn hợp lý, bởi vì, bản chất hợp đồng là ý chí của các bên, trong trường hợp này các bên hoàn toàn chấp nhận sẽ chịu phạt nếu vi phạm hợp đồng, còn việc thỏa thuận mức phạt vượt quá giá trị hợp đồng là do hai bên chưa hiểu biết đầy đủ quy định của LTM 2005 chứ không có nghĩa là không có điều khoản về phạt vi phạm. Tuy nhiên thực tiễn xét xử cũng có nhiều trường hợp tòa án bác yêu cầu đòi phạt vi phạm vì cho rằng thỏa thuận này trong hợp đồng là vô hiệu. Điều này đã gây ra nhiều thiệt hại và bất công cho bên bị vi phạm.

Ngoài ra thì việc quy định mức phạt vi phạm tối đa trong LTM 2005 dựa trên giá trị phần nghĩa vụ hợp đồng bị vi phạm cũng là một vấn đề cần lưu ý. Trên thực tế nhiều bên tham gia kí kết hợp đồng không hiểu về điều khoản này dẫn đến việc nhầm lẫn giữa “phần nghĩa vụ bị vi phạm” và “phần

nghĩa vụ phải thực hiện trong cả hợp đồng”. Dẫn tới nhiều trường hợp thỏa thuận trong hợp đồng không chặt chẽ nên khi có tranh chấp không giải quyết được và phải đưa lên tòa. Chẳng hạn như trường hợp sau đây: “Công ty cổ phần xây dựng xuất nhập khẩu Quyết Tiến ký hợp đồng mua một số lượng lớn sản phẩm gỗ cao su của công ty TNHH Tuấn Dũng. Theo hợp đồng, công ty TNHH Tuấn Dũng sẽ giao hàng cho Quyết Tiến thành ba đợt vào các ngày 15/04/2009, 01/05/2009 và 14/05/2009, đồng thời sau khi nhận hàng, bên Quyết Tiến phải thanh toán ngay tiền hàng tương ứng với số hàng giao đợt đó. Công ty TNHH Tuấn Dũng đã thực hiện nghĩa vụ giao hàng trên vào đợt 1 và đợt 2 theo như hợp đồng đồng thời công ty Quyết Tiến cũng thanh toán tiền hàng tương ứng. Tuy nhiên, đến lần giao hàng thứ 3 thì công ty Quyết Tiến không nhận hàng, đồng thời cũng không thanh toán tiền hàng mà Tuấn Dũng đã chuyển đến địa điểm giao nhận. Công ty TNHH Tuấn Dũng kiện công ty Quyết Tiến lên tòa và yêu cầu được tính phạt vi phạm 8% trên giá trị toàn bộ hợp đồng. Tuy nhiên theo quy định tại Điều 301 LTM 2005 thì tòa xử công ty Tuấn Dũng chỉ có thể phạt vi phạm công ty Quyết Tiến trên phần hợp đồng bị vi phạm là giá trị lô hàng giao đợt 3 chứ không phải là cả hợp đồng”.

Cũng cần phải chú ý rằng mức trần phạt vi phạm 8% là áp dụng đối với tổng mức phạt của nhiều vi phạm do các bên thỏa thuận trong hợp đồng. Do không hiểu luật hoặc hiểu không đầy đủ, nhiều trường hợp hai bên thỏa thuận mức phạt vi phạm đối với từng hành vi vi phạm là khác nhau ví dụ phạt giao hàng chậm ở 1 mức, giao hàng sai quy cách ở mức khác, mặc dù mức phạt ở từng hành vi vi phạm là không quá 8% nhưng khi tính ra tổng mức phạt vi phạm lại cao hơn rất nhiều so với mức trần quy định là 8%. Nhiều bên khi khởi kiện tính ra một mức phạt vi phạm quá cao, vượt quá 8% và đương nhiên tòa trọng tài hay tòa án ko chấp nhận. Đây chỉ là một trong rất nhiều trường hợp thực tế áp dụng phạt vi phạm trong hợp đồng mua bán hàng hóa mà chủ thể

hợp đồng hiểu sai quy định của pháp luật. Bên cạnh đó thì việc thỏa thuận mức phạt vi phạm hợp đồng nhưng không quá 8% phần giá trị nghĩa vụ bị vi phạm chưa phù hợp với thực tiễn xảy ra. Việc quy định này gây khó khăn cho các cơ quan giải quyết tranh chấp khi tính được 8% giá trị bị vi phạm. Ví dụ như trong một số hợp đồng mua bán hàng hóa quy định số lượng rõ ràng thì dễ tính nhưng trong một số hợp đồng quy định phần nghĩa vụ phải làm cho nhau thì tính ra 8% của phần giá trị bị vi phạm là rất khó.

Trong một số trường hợp, việc áp mức trần phạt vi phạm là 8% không đủ sức răn đe đối với những hợp đồng có giá trị lớn mà việc vi phạm hợp đồng vẫn có thể mang lại cho bên vi phạm khoản lợi nhuận cao hơn. Tình huống thực tế: “Doanh nghiệp A kí hợp đồng cung cấp cho DN B 1000 tấn thép với giá bán 500 nghìn USD tương đương với 500 USD/ 1 tấn. Thời gian thực hiện hợp đồng là 2 năm. Nếu bên A hủy hợp đồng giữa chừng sẽ bị phạt 8% phần giá trị hợp đồng vi phạm tuy nhiên sau khi cung cấp cho bên B 500 tấn thép với số tiền thu được là 250.000 USD bên A đã phá hợp đồng với bên B. Bên A chuyển sang kí hợp đồng với bên C cung cấp 500 tấn thép còn lại với giá 600 USD/ tấn. Lợi nhuận bên A thu đc từ bên C là 300.000 USD. Sau khi phá hợp đồng với bên B, bên A sẽ chịu phạt 8% của 250.000 USD tương đương 20.000 USD. So với việc bán thép cho bên B thì sau khi bán cho bên C bên A sẽ có lãi 50.000 USD. Như vậy sau khi trừ đi khoản tiền phạt vi phạm bên A vẫn thu được lợi nhuận là 30.000 USD từ việc bán thép cho bên C.”

Trong tình huống trên, doanh nghiệp A biết rằng trong hợp đồng cung cấp thép A kí với B, thỏa thuận phạt vi phạm hợp đồng chỉ là 8% phần giá trị hợp đồng bị vi phạm, trong khi đó nếu A bán số thép còn lại cho C thì A sẽ thu được số tiền cao hơn, kể cả phải nộp phạt vi phạm cho B thì tính ra A vẫn có lãi. Vì thế trong những trường hợp thế này, nhiều người sẵn sàng phá vỡ hợp đồng, chịu phạt vi phạm để đạt được mức lợi nhuận cao hơn. Như vậy, mức

phạt trần 8% do nhà nước quy định là quá thấp và không có giá trị trong việc ngăn ngừa hành vi vi phạm. Mặc dù vậy vẫn có nhiều ý kiến cho rằng mức phạt 8% theo như quy định LTM là hợp lí vì vi phạm hợp đồng không có nghĩa là đã gây ra thiệt hại, nếu gây ra thiệt hại thì phải bồi thường. Nhiều doanh nghiệp mặc dù có kí kết làm ăn với nhau nhưng một bên vi phạm hợp đồng thì mức phạt không nên quá cao sẽ mất hẳn đối tác làm ăn.

- Quy định về chế tài phạt vi phạm hợp đồng trong luật chung và luật chuyên ngành:

Phạt vi phạm hợp đồng không chỉ được quy định trong Luật Thương mại mà còn được quy định tại Bộ luật Dân sự và Luật Xây dựng. Trong đó căn cứ phạt vi phạm là giống nhau nhưng mức trần phạt vi phạm quy định ở mỗi luật là khác nhau. Bộ luật Dân sự 2005 trước đây và BLDS 2015 hiện hành với tư cách là luật chung đều quy định mức phạt vi phạm do các bên thỏa thuận, không áp dụng mức trần. Các văn bản luật chuyên ngành như Luật Thương mại quy định mức phạt vi phạm trong hợp đồng không quá 8% giá trị phần nghĩa vụ vi phạm, Luật Xây dựng 2014 thì quy định mức trần phạt vi phạm trong hợp đồng xây dựng là không quá 12%.

Luật Xây dựng quy định đối với “công trình xây dựng sử dụng vốn nhà nước” mức phạt vi phạm không vượt quá 12% giá trị phần hợp đồng bị vi phạm. Đối với các công trình sử dụng nguồn vốn khác, mức phạt vi phạm sẽ do các bên thỏa thuận, vậy vấn đề là trong thực tế các bên được thỏa thuận như thế nào?

Nghị định 37/2015/NĐ-CP về hợp đồng xây dựng tại điểm c, khoản 2, điều 1 có quy định: “Khuyến khích các tổ chức, cá nhân liên quan đến hợp đồng xây dựng thuộc các dự án đầu tư xây dựng sử dụng các nguồn vốn khác áp dụng quy định tại Nghị định này”. Như vậy, đối với các công trình sử dụng nguồn vốn khác không phải nguồn vốn nhà nước, các bên có thể thỏa thuận

áp dụng quy định về phạt vi phạm trong NĐ 37/2015/NĐ-CP này, tức là mức phạt không quá 12% giá trị phần hợp đồng bị vi phạm. Trong trường hợp các bên không áp dụng quy định tại NĐ 37/2015/NĐ-CP nêu trên, thì các bên có thể áp dụng theo khoản 2 điều 418 BLDS 2015 nghĩa là mức phạt vi phạm do các bên thỏa thuận (không bị khống chế mức tối đa).

Đối với các hợp đồng xây dựng kí kết nhằm mục đích lợi nhuận không thuộc nguồn vốn nhà nước, vì bản chất cũng là hoạt động thương mại nên trên thực tế các loại hợp đồng này sẽ được áp dụng theo quy định của Luật Thương mại (ví dụ: hợp đồng cung ứng vật tư trong xây dựng có bản chất là hợp đồng mua bán hàng hóa). Theo đó, mức phạt tối đa được thỏa thuận sẽ không được vượt quá 8% giá trị phần nghĩa vụ bị vi phạm.

Như vậy, tùy vào bản chất của từng giao dịch mà áp dụng mức phạt vi phạm cho phù hợp.

- Quy định về vấn đề tiền lãi do chậm thanh toán:

Điều 306 LTM 2005 quy định trường hợp bên vi phạm hợp đồng chậm thanh toán nếu không có thỏa thuận khác thì phải trả tiền lãi trên số tiền chậm trả đó theo lãi suất nợ quá hạn trung bình trên thị trường tại thời điểm thanh toán. BLDS 2005 cũ quy định lãi suất chậm trả tính theo lãi suất cơ bản do ngân hàng nhà nước công bố tại thời điểm thanh toán (khoản 2 điều 305 BLDS 2005). Còn BLDS 2015 hiện hành thì quy định lãi suất phát sinh do chậm trả tiền được xác định theo thỏa thuận của các bên nhưng không được vượt quá mức lãi suất được quy định tại khoản 1 Điều 468 của Bộ luật này; nếu không có thỏa thuận thì thực hiện theo quy định tại khoản 2 Điều 468 của Bộ luật này (điều 357 BLDS 2015)

“1. Lãi suất vay do các bên thỏa thuận.

Trường hợp các bên có thỏa thuận về lãi suất thì lãi suất theo thỏa thuận không được vượt quá 20%/năm của khoản tiền vay, trừ trường hợp luật

khác có liên quan quy định khác. Căn cứ tình hình thực tế và theo đề xuất của Chính phủ, Ủy ban thường vụ Quốc hội quyết định điều chỉnh mức lãi suất nói trên và báo cáo Quốc hội tại kỳ họp gần nhất.

Trường hợp lãi suất theo thỏa thuận vượt quá lãi suất giới hạn được quy định tại khoản này thì mức lãi suất vượt quá không có hiệu lực.

2. Trường hợp các bên có thỏa thuận về việc trả lãi, nhưng không xác định rõ lãi suất và có tranh chấp về lãi suất thì lãi suất được xác định bằng 50% mức lãi suất giới hạn quy định tại khoản 1 Điều này tại thời điểm trả nợ.” (điều 468 BLDS 2015).

Như vậy là có sự khác nhau về quy định mức lãi suất đối với nợ chậm trả giữa các văn bản pháp luật khác nhau. Những quy định khác nhau này thực tế đã gây nhiều khó khăn cho người áp dụng. Chưa kể đến việc áp dụng luật chung hay luật chuyên ngành vào tính mức lãi suất, việc quy định “lãi suất nợ quá hạn trung bình trên thị trường” là như thế nào cũng là vấn đề khúc mắc không chỉ với doanh nghiệp mà còn của cơ quan tài phán. Lãi suất nợ quá hạn trung bình trên thị trường được tính như thế nào? Lấy số liệu của tất cả các ngân hàng thương mại trên thị trường hoặc chỉ một số ngân hàng trong khu vực nơi tranh chấp hay chỉ cần thị trường liên ngân hàng? Trên thực tế, để xác định con số này khi giải quyết tranh chấp mỗi tòa án đã có những yêu cầu rất khác nhau. Trong một số vụ việc, theo một vài thông lệ, tòa án áp dụng mức lãi suất nợ quá hạn trung bình của 3 ngân hàng là Vietcombank, BIDV và Agribank. Trên thực tế, trong quá trình tố tụng đã xảy ra tình huống: dù ban đầu đã đồng thuận mức phạt vi phạm, nhưng khi xảy ra tranh chấp, có bên tìm cách lẩn tránh và đề nghị bác bỏ lãi suất đã thỏa thuận. Việc tính toán nợ gốc, lãi, phạt... theo đó trở nên phức tạp, khiến vụ việc bị kéo dài.

- Miễn trách nhiệm phạt vi phạm đối với một số hành vi vi phạm hợp đồng:

Phạt vi phạm có thể được miễn trong các trường hợp như bất khả kháng, xảy ra trường hợp miễn trách nhiệm mà các bên đã thỏa thuận, hành vi vi phạm của một bên hoàn toàn do lỗi của bên kia, 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. Với các trường hợp này, bên vi phạm hợp đồng phải có nghĩa vụ chứng minh mình rơi vào các trường hợp được miễn trách nhiệm thì mới được miễn trách nhiệm chịu phạt vi phạm.

- Chế tài phạt vi phạm nhìn từ một số vụ tranh chấp thực tế:

1. “*Bản án số 05/2014/KDTM-ST về việc tranh chấp hợp đồng mua bán gỗ*” [12].

Thỏa thuận phạt trong hợp đồng: 10% giá trị hợp đồng nếu không giao hàng đúng hạn; 8% giá trị hợp đồng theo luật thương mại

Yêu cầu phạt của nguyên đơn tại Tòa: 10% giá trị hợp đồng nếu không giao hàng đúng hạn; 8% giá trị hợp đồng theo luật thương mại

Phán quyết của Tòa về yêu cầu phạt: Không chấp nhận vì nguyên đơn không chứng minh được lỗi của bị đơn và mức phạt vi phạm vượt quá quy định của Luật thương mại.

Cụ thể vụ việc: “Ngày 25/5/2013 ông Nguyễn Văn Vinh và Công ty TNHH Sản xuất Thương mại và Dịch vụ Phát Lộc ký hợp đồng mua bán hàng hóa là gỗ tràm. Theo ông Vinh (phía nguyên đơn) trình bày thì sau khi ký hợp đồng ông có đặt cọc 30.000.000 đồng, thời gian giao hàng là 06 ngày. Sau đó 02 ngày sau ông Vinh đến kiểm tra thì gỗ chưa đúng quy cách, hai bên lời qua tiếng lại nên ông Vinh yêu cầu trả tiền cọc 30.000.000 đồng, công ty Phát Lộc nói ông Vinh đưa số tài khoản để chuyển trả tiền nhưng lại không trả và nói chưa đến ngày giao hàng. Đến ngày thứ 6 phải giao hàng thì phía đối tác của ông Vinh đưa container đến nhưng không có hàng nên ông

Vinh phải bồi thường cho đối tác và bỏ chuyển hàng không làm được. Ông khởi kiện yêu cầu Tòa án buộc Phát Lộc trả lại cho ông tiền cọc 30.000.000 đồng, phạt giao hàng không đúng hạn là 10% giá trị hợp đồng, phạt 8% giá trị hợp đồng theo Luật thương mại. Ngoài ra phía công ty Phát Lộc còn phải trả cho ông tiền lãi chậm trả tính từ ngày giao tiền đến ngày Tòa xét xử với lãi suất 1,5% /tháng và một khoản tiền bồi thường thiệt hại do không có hàng giao cho đối tác. Tuy nhiên việc thu thập chứng cứ để tính bồi thường thiệt hại là khó khăn vì đối tác của ông Vinh đang ở nước ngoài.

Công ty TNHH Phát Lộc (phía bị đơn) thừa nhận có ký kết hợp đồng mua bán hàng hóa (mặt hàng gỗ trầm) số 001/2013/ ĐMBG ngày 25/5/2013, trong hợp đồng có thỏa thuận 06 ngày giao hàng. Tuy nhiên đến ngày do trời mưa nên chưa đưa kịp, công ty Phát Lộc có cử người dẫn ông Vinh đến xưởng để xem gỗ có đúng quy cách không và ký xác nhận quy cách nhưng ông Vinh không ký và không nhận hàng do ông Vinh nói gỗ làm không đúng quy cách. Ông Vinh không tới nhận hàng nên công ty cũng phải bán rẻ số gỗ ấy cho người khác.

Tòa án xét thấy rằng công ty Phát Lộc không vi phạm hợp đồng, việc ông Vinh nói rằng gỗ làm sai quy cách là không có căn cứ vì trong hợp đồng mua bán giữa hai bên không có quy định về quy cách của gỗ. Do vậy Tòa không chấp nhận yêu cầu của ông Vinh về việc buộc công ty Phát Lộc phải trả lại số tiền đặt cọc là 30.000.000 đồng, không chấp nhận việc ông yêu cầu số tiền phạt giao hàng không đúng hạn là 10% giá trị hợp đồng và 8% giá trị hợp đồng theo Luật Thương mại, mức phạt 10% là vượt quá quy định của Luật Thương mại, bác yêu cầu đòi bồi thường thiệt hại của ông Vinh cho bên thứ ba do không đủ chứng cứ.”

2. “*Bản án số 07/2012/KDTM-ST về tranh chấp hợp đồng mua bán thiết bị*” [13].

Thỏa thuận phạt trong hợp đồng: Nguyên đơn cho rằng các bên đã thỏa thuận phạt 0,5% giá trị phần tiền thanh toán chậm/tuần

Yêu cầu phạt của nguyên đơn tại Tòa: 8% giá trị nghĩa vụ bị vi phạm

Yêu cầu phạt của bị đơn tại Tòa: 0,5% giá trị phần tiền thanh toán chậm/tuần

Phán quyết của Tòa về yêu cầu phạt: Không chấp nhận vì cho rằng các bên không thỏa thuận về phạt vi phạm trong hợp đồng.

Cụ thể vụ việc: “Công ty TNHH kỹ thuật dịch vụ SCT (nguyên đơn) và công ty TNHH một thành viên đóng tàu Minh An (bị đơn) có kí hợp đồng kinh tế số 17-HĐKT/KHTV/2007 ngày 31/5/2007 và phụ lục hợp đồng số 17 về việc mua bán các thiết bị gồm 4 hộp số thủy hiệu TWINDISC Model MG-514C và 2 máy phát điện hiệu Paragon, Model PADE 30. Theo phụ lục hợp đồng, công ty Minh An đề nghị tháo bộ ly hợp số lùi của hộp số thủy hiệu TWINDISC Model MG-514C số lượng 04 cái, tổng giá trị là 16.000.000 đồng. Công ty SCT đã thực hiện đúng hợp đồng và phụ lục hợp đồng, đã bàn giao đầy đủ các thiết bị theo đúng các thông số kỹ thuật. Hai bên cùng xác lập, ký nhận thiết bị kỹ thuật và có biên bản bàn giao ngày 11/12/2007 và ngày 10/3/2008, biên bản giao nhận chứng từ ngày 10/3/2008. Tổng giá trị hợp đồng là 2.984.970.609 đồng.

Công ty Minh An thanh toán cho công ty SCT nhiều lần, cụ thể:

+ Ngày 06/6/2007 thanh toán 557.090.130 đồng

+ Ngày 07/12/2007 thanh toán 1.425.232.187 đồng

+ Ngày 05/3/2008 thanh toán 402.140.493 đồng

+ Ngày 18/12/2009 thanh toán 500.000.000 đồng

Tổng cộng là 2.884.462.810 đồng. Như vậy công ty Minh An còn nợ tiền gốc là 100.507.799 đồng. Công ty SCT cho rằng căn cứ theo điều IV của hợp đồng thì công ty Minh An đã vi phạm phương thức và nghĩa vụ thanh

toán. Theo đó công ty Minh An bị phạt 0,5% giá trị phần tiền thanh toán chậm cho mỗi tuần, cụ thể từ ngày 10/3/2008 đến ngày 21/12/2009 là 600.507.799 đồng x 0,5% x 93 tuần. Tuy nhiên, công ty SCT nhận thấy mức phạt này cao hơn so với quy định tại Điều 301 LTM 2005 nên muốn thay đổi yêu cầu cho phù hợp, cụ thể là: 600.507.799 x 8% giá trị phần bị vi phạm = 48.040.624 đồng. Ngoài ra, công ty SCT còn yêu cầu công ty Minh An phải trả tiền lãi do chậm thanh toán từ ngày 18/3/2008 đến ngày 10/4/2012.

Phía công ty Minh An phản tố lại rằng: công ty Minh An đã trúng thầu đóng mới phà 200T – bến phà Cần Thơ cho Khu quản lý đường bộ VII. Việc hợp tác với công ty SCT là lựa chọn bắt buộc vì công ty SCT là đại lý độc quyền cung cấp thiết bị được chỉ định tại hồ sơ mời thầu. Theo hợp đồng số 17-HĐKT/KHTV/2007 ngày 31/5/2007 kí kết giữa hai công ty, thời hạn giao hàng là từ 5-6 tháng sau khi ký hợp đồng và nhận được tiền tạm ứng. Ngày 06/6/2007, công ty Minh An đã tạm ứng đợt 1 là 557.090.130 đồng, điều này đồng nghĩa với thời hạn giao hàng cuối cùng sẽ không quá ngày 06/12/2007. Tuy nhiên, đến ngày 10/3/2008, công ty SCT mới hoàn tất việc giao hàng, trễ 95 ngày so với tiến độ quy định. Bên cạnh đó, việc công ty Minh An chậm thanh toán hoàn toàn do lỗi khách quan và có phần lỗi của công ty SCT vì các nguyên nhân:

+ Số tiền mua hàng phải thanh toán cho công ty SCT đã được công ty Minh An bố trí nguồn tín dụng ngay khi ký hợp đồng, thể hiện qua việc công ty Minh An đã thanh toán đến 80% giá trị hợp đồng. Chính vì công ty SCT giao hàng chậm hơn 03 tháng nên bộ hồ sơ thanh toán đợt cuối bị ngân hàng từ chối vì đã hết hạn giải ngân.

+ Đơn vị Chủ đầu tư là Khu quản lý đường bộ VII do gặp khó khăn về vốn nên đến thời điểm ngày 18/12/2009 vẫn còn nợ công ty Minh An trên 1.800.000.000 đồng. Trước đó, ngày 21/01/2009 Khu quản lý đường bộ VII

đã có công văn giải thích về nguyên nhân chậm thanh toán và không thể hỗ trợ lãi trả chậm cho các nhà thầu thi công.

Công ty Minh An yêu cầu công ty SCT chịu phạt vi phạm về thời gian giao hàng số tiền là: $2.984.970.609 \text{ đồng} \times 0,5\% \text{ giá trị hợp đồng} \times 14 \text{ tuần} = 208.947.943 \text{ đồng}$. Công ty Minh An cũng không đồng ý với yêu cầu của công ty SCT về tiền phạt vi phạm và tiền lãi. Công ty Minh An cũng thừa nhận còn nợ công ty SCT tiền nợ gốc là 100.507.799

Qua các tài liệu chứng cứ, tòa án xét thấy công ty công ty TNHH Minh An chậm thanh toán một phần là do lỗi của công ty SCT, số tiền nợ gốc mà công ty Minh An phải trả công ty SCT là 100.507.799 đồng. Công ty Minh An phải thanh toán cho công ty SCT khoản tiền này cùng với tiền lãi chậm trả tính đến ngày 10/4/2012 là 136.100.336 đồng.

Việc công ty SCT (nguyên đơn) yêu cầu công ty Minh An chịu phạt vi phạm là 8% giá trị nghĩa vụ vi phạm và công ty Minh An (bị đơn) yêu cầu công ty SCT chịu phạt vi phạm là 0,5% giá trị phần thanh toán chậm/tuần bị tòa bác bỏ vì trong hợp đồng các bên không có thỏa thuận về điều khoản phạt vi phạm.”

Như vậy có thể thấy, trong thực tiễn áp dụng chế tài phạt vi phạm có rất nhiều tình huống xảy ra như quy định mức phạt cao hơn so với mức 8%, không có quy định về thỏa thuận phạt vi phạm trong hợp đồng nhưng khi có tranh chấp lại đòi phạt vi phạm...Đến khi ra tòa thì tòa căn cứ theo quy định của Luật Thương mại là phạt vi phạm phải có thỏa thuận trong hợp đồng và mức phạt không được quá 8% giá trị phần nghĩa vụ bị vi phạm, bởi vậy yêu cầu phạt vi phạm của các bên không đúng với quy định của luật sẽ bị bác bỏ. Do vậy khi trước khi giao kết hợp đồng, các bên phải chú ý áp dụng luật cho đúng để không bị thiệt khi có tranh chấp xảy ra.

2.2. Thực trạng thực hiện pháp luật thương mại Việt Nam về chế tài bồi thường thiệt hại trong hợp đồng mua bán hàng hóa

- Khái niệm chế tài bồi thường thiệt hại:

Cũng giống như phạt vi phạm, chế tài bồi thường thiệt hại được quy định lần đầu ở Pháp lệnh Hợp đồng kinh tế 1989, sau đó là Luật Thương mại 1997, Bộ luật Dân sự 2005... và gần đây nhất là Luật Thương mại 2005, Bộ luật Dân sự 2015. Cũng như điều khoản phạt vi phạm, bồi thường thiệt hại là một trong những điều khoản quan trọng được các bên sử dụng thường xuyên nhất.

Pháp lệnh Hợp đồng kinh tế 1989 không nêu lên khái niệm về chế tài bồi thường thiệt hại, chỉ nêu rằng trong trường hợp có thiệt hại thì phải bồi thường thiệt hại (điều 29).

Khoản 1, điều 302 LTM 2005 có định nghĩa đầy đủ về việc bồi thường thiệt hại, trong đó “bồi thường thiệt hại là việc bên vi phạm bồi thường những tổn thất do hành vi vi phạm hợp đồng gây ra cho bên bị vi phạm”. Quy định này của LTM 2005 là kế thừa và gần giống như quy định trong LTM 1997 vì khái niệm bồi thường thiệt hại trong LTM 1997 là việc bên có quyền lợi bị vi phạm yêu cầu bên vi phạm trả tiền bồi thường thiệt hại do vi phạm hợp đồng gây ra (điều 229 LTM 1997).

BLDS 2005 và BLDS 2015 không định nghĩa thế nào là bồi thường thiệt hại trong hợp đồng. Tuy nhiên, BLDS 2015 có nói đến trách nhiệm bồi thường thiệt hại do vi phạm nghĩa vụ nói chung tại điều 360 Luật này:

“Trường hợp có thiệt hại do vi phạm nghĩa vụ gây ra thì bên có nghĩa vụ phải bồi thường toàn bộ thiệt hại, trừ trường hợp có thỏa thuận khác hoặc luật có quy định khác.”

Có thể hiểu trách nhiệm bồi thường thiệt hại trong hợp đồng dân sự là loại trách nhiệm dân sự mà theo đó người có hành vi vi phạm nghĩa vụ theo hợp đồng gây ra thiệt hại cho người khác thì phải chịu trách nhiệm bồi thường

những tổn thất mà mình gây ra. Như vậy về cơ bản thì khái niệm từ góc độ luật dân sự và khái niệm do LTM 2005 quy định không có gì khác nhau.

Nếu như các bên không ấn định mức phạt trong hợp đồng thì khi một bên vi phạm hợp đồng, bên bị vi phạm có quyền yêu cầu bên vi phạm bồi thường thiệt hại. Bên vi phạm phải phục hồi quyền lợi cho bên bị vi phạm, bao gồm: bồi thường thiệt hại, chi phí, mất mát, tổn thất mà một bên phải gánh chịu do bên kia vi phạm hợp đồng. Theo quy định của Luật Thương mại, chế tài bồi thường thiệt hại không nhất thiết phải được thoả thuận trong hợp đồng như phạt vi phạm mà nó được áp dụng trong mọi trường hợp có thiệt hại xảy ra trên thực tế.

Như vậy, LTM 2005 và BLDS 2015 đều có quy định giống nhau là nếu như phạt vi phạm có chức năng chủ yếu là trừng phạt, giáo dục và phòng ngừa thì bồi thường thiệt hại có chức năng chủ yếu là bồi hoàn, bù đắp khôi phục lợi ích vật chất bị thiệt hại cho bên bị vi phạm trong hợp đồng mua bán hàng hóa. Với mục đích này, chế tài bồi thường thiệt hại chỉ được áp dụng khi có thiệt hại thực tế xảy ra.

- Căn cứ áp dụng chế tài bồi thường thiệt hại:

Theo điều 303 của LTM 2005, việc áp dụng chế tài bồi thường thiệt hại phát sinh khi chỉ cần có đủ các yếu tố sau:

- Có hành vi vi phạm hợp đồng;
- Có thiệt hại thực tế;
- Hành vi vi phạm hợp đồng là nguyên nhân trực tiếp gây ra thiệt hại.

Nếu thiếu một trong các yếu tố nói trên, chẳng hạn có hành vi vi phạm hợp đồng mà không phát sinh thiệt hại thực tế hay hành vi vi phạm không trực tiếp dẫn đến thiệt hại thực tế hoặc lỗi không thuộc bên vi phạm mặc dù có thiệt hại...thì không thể đòi bên vi phạm bồi thường thiệt hại.

- Mức bồi thường thiệt hại:

Mức bồi thường thiệt hại do vi phạm hợp đồng mua bán hàng hóa được quy định lần đầu tiên trong Pháp lệnh Hợp đồng kinh tế 1989, theo đó tại điều 29 có quy định như sau: “b) Tiền bồi thường thiệt hại bao gồm giá trị số tài sản mất mát, hư hỏng, số chi phí để ngăn chặn và hạn chế thiệt hại do vi phạm gây ra; tiền phạt vi phạm hợp đồng và tiền bồi thường thiệt hại mà bên bị vi phạm đã phải trả cho bên thứ ba là hậu quả trực tiếp của sự vi phạm này gây ra.”. Đến Luật Thương mại 1997 thì mức bồi thường thiệt hại được quy định chặt chẽ hơn theo đó: “Số tiền bồi thường thiệt hại gồm giá trị tổn thất thực tế, trực tiếp và khoản lợi đáng lẽ được hưởng mà bên có quyền lợi bị vi phạm phải chịu do bên vi phạm hợp đồng gây ra.

Số tiền bồi thường thiệt hại không thể cao hơn giá trị tổn thất và khoản lợi đáng lẽ được hưởng.” (khoản 2 điều 229 LTM 1997)

Luật Thương mại 2005 mang tính kế thừa Pháp lệnh Hợp đồng kinh tế 1989 và LTM 1997. Theo quy định tại khoản 2, điều 302 LTM 2005 thì “giá trị bồi thường thiệt hại bao gồm giá trị tổn thất thực tế, trực tiếp mà bên bị vi phạm phải chịu do bên vi phạm gây ra và khoản lợi trực tiếp mà bên bị vi phạm đáng lẽ được hưởng nếu không có hành vi vi phạm”.

Điều 360 BLDS 2015 cũng có quy định về mức bồi thường thiệt hại, theo đó: “trường hợp có thiệt hại do vi phạm nghĩa vụ gây ra thì bên có nghĩa vụ phải bồi thường toàn bộ thiệt hại, trừ trường hợp có thỏa thuận khác hoặc luật có quy định khác”.

Ngoài ra, BLDS 2015 còn có quy định tại điều 419 về thiệt hại được bồi thường do vi phạm hợp đồng. Theo đó:

“1. Thiệt hại được bồi thường do vi phạm nghĩa vụ theo hợp đồng được xác định theo quy định tại khoản 2 Điều này, Điều 13 và Điều 360 của Bộ luật này.

2. Người có quyền có thể yêu cầu bồi thường thiệt hại cho lợi ích mà lẽ ra mình sẽ được hưởng do hợp đồng mang lại. Người có quyền còn có thể 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.

3. 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.”

Quy định này trong BLDS 2015 là đổi mới hơn nhiều so với BLDS 2005, BLDS 2005 không có quy định vấn đề thiệt hại được bồi thường do vi phạm thành một điều luật riêng. Thay vào đó vấn đề này được lồng ghép vào Điều 422 BLDS 2005 với nội dung: “3. Các bên có thể thỏa thuận về việc bên vi phạm nghĩa vụ chỉ phải nộp tiền phạt vi phạm mà không phải bồi thường thiệt hại hoặc vừa phải nộp phạt vi phạm và vừa phải bồi thường thiệt hại, nếu không có thỏa thuận trước về mức bồi thường thiệt hại thì phải bồi thường toàn bộ thiệt hại. Trong trường hợp các bên không có thỏa thuận về bồi thường thiệt hại thì bên vi phạm nghĩa vụ chỉ phải nộp tiền phạt vi phạm.”

Như vậy theo quy định của BLDS 2015, bên vi phạm ngoài bồi thường tổn thất về vật chất cho bên bị vi phạm còn có thể có nghĩa vụ bồi thường cả về tinh thần. Mức bồi thường tổn thất về mặt tinh thần do Tòa án quyết định.

Trong 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 (căn cứ điều 363 BLDS 2015).

Để được bồi thường thiệt hại, bên yêu cầu bồi thường thiệt hại phải chứng minh những thiệt hại thực tế đã xảy ra, có thể ở dạng:

- Tổn thất do hàng hóa bị mất, bị hỏng, bị giảm sút về chất lượng...

- Tôn thất về khoản lợi trực tiếp mà bên bị vi phạm đáng lẽ được hưởng nếu không có hành vi vi phạm, ví dụ: thiệt hại do bị người thứ ba hủy hợp đồng.

- Chi phí phát sinh do hành vi vi phạm hợp đồng gây ra như tiền thuê kho bãi, chi phí vận chuyển, bốc dỡ, trông giữ hàng hóa...

Về nguyên tắc, bên vi phạm phải bồi thường toàn bộ thiệt hại xảy ra, song, cần lưu ý đến quy định về nghĩa vụ hạn chế tổn thất của bên bị vi phạm. Có nghĩa là, nếu bên bị vi phạm cố ý để mặc cho thiệt hại xảy ra mà không có biện pháp ngăn chặn thì không được bồi thường toàn bộ thiệt hại, cho dù đã chứng minh tổn thất thành công.

Một điểm cần lưu ý nữa là theo khoản 3 điều 302 BLDS 2015, “Bên có nghĩa vụ không phải chịu trách nhiệm dân sự nếu chứng minh được nghĩa vụ không thực hiện được là hoàn toàn do lỗi của bên có quyền”. Điều này cũng được quy định tương tự tại khoản 2, điều 294 LTM 2005. Như vậy nếu chứng minh được hoàn toàn do lỗi của bên bị vi phạm khiến bên vi phạm vi phạm hợp đồng và xảy ra thiệt hại thì bên vi phạm cũng không phải chịu trách nhiệm bồi thường.

Theo LTM 2005 thì số tiền bồi thường thiệt hại sẽ bao gồm hai khoản:

- Thứ nhất là bên vi phạm phải bồi thường “giá trị tổn thất thực tế trực tiếp”, tức là chỉ bồi thường những thiệt hại vật chất trực tiếp và thực tế chứ không phải bồi thường những thiệt hại tinh thần, gián tiếp, suy đoán. Ví dụ, người bán xuất khẩu dầu thô nhưng chất lượng kém, do đó người mua phải tái chế lại. Sau đó người mua tính toán được các thiệt hại như sau:

+ Tiền công tái chế;

+ Trị giá hao hụt;

+ Giao chậm 30 ngày, gây thiệt hại cho người thứ ba mà người mua phải có trách nhiệm bồi thường;

+ Nhà máy không có dầu sản xuất, công nhân nghỉ việc nhưng vẫn phải trả lương;

+ Công nhân đình công do không có việc nhưng vẫn phải trả lương.

Trong 5 loại thiệt hại trên, bên vi phạm chỉ phải bồi thường 3 loại thiệt hại đầu là tiền công tái chế, trị giá hao hụt và thiệt hại do người bán giao chậm 30 ngày, gây thiệt hại cho người thứ ba mà người mua có trách nhiệm bồi thường vì đây là những thiệt hại tổn thất thực tế, trực tiếp do chính hành vi vi phạm hợp đồng của người bán (bên vi phạm) trực tiếp gây nên; còn loại thiệt hại sau (nhà máy không có dầu sản xuất, công nhân nghỉ việc nhưng vẫn phải trả lương, công nhân đình công do không có việc nhưng vẫn phải trả lương...) là những thiệt hại gián tiếp vì về nguyên tắc nhà máy phải luôn phải có dầu dự trữ cho sản xuất.

Bồi thường “giá trị tổn thất thực tế trực tiếp” cũng có nghĩa là không bồi thường những thiệt hại xa xôi, đột xuất mà lúc ký kết hợp đồng các bên không lường trước được. Chẳng hạn, người bán FOB mang hàng ra cảng để giao cho người mua, nhưng người mua đưa tàu đến chậm, người bán lưu kho hàng hóa, sau đó bị bão lụt nên hàng hóa bị hư hỏng. Ở đây, chi phí lưu kho là thiệt hại, người mua phải bồi thường, còn thiệt hại hàng hóa do bão lụt là sự kiện bất khả kháng, thiệt hại xa xôi, đột xuất mà lúc ký kết hợp đồng hai bên không lường trước được. Sự kiện bất khả kháng là một trong những căn cứ được miễn trách nhiệm bồi thường thiệt hại.

- Thứ hai, bên vi phạm phải bồi thường “khoản lợi trực tiếp mà bên bị vi phạm đáng lẽ được hưởng nếu không có hành vi vi phạm.” Chẳng hạn, thương nhân A ký hợp đồng mua gạo của thương nhân B với ý định cung cấp gạo phục vụ dịp Tết cổ truyền. Vì vậy, thời hạn giao hàng trong hợp đồng quy định là vào tháng 12/2016. Nhưng B giao hàng chậm (1/2017). Cơ hội bán hàng đối với bên A không còn nữa. Do đó, sau Tết A mới bán được hàng. Mặt

khác, giá trên thị trường tại thời điểm A bán hàng thực tế và thời điểm bán hàng dự kiến giảm xuống từ 15.000 đồng/kg xuống còn 13.000 đồng/kg. Phần chênh lệch này được coi là khoản lợi mất hưởng của A do B vi phạm hợp đồng về thời hạn giao hàng. Tuy nhiên, trên thực tế trường hợp này cũng thường hay gây tranh cãi. Ví dụ, A chậm giao hàng hai tháng, B tính toán các khoản thiệt hại bao gồm: tiền lương công nhân hai tháng, ngừng sản xuất hai tháng, thuế nộp trong hai tháng, tiền khấu hao nhà xưởng, các chi phí khác... Song đây không phải là những khoản lợi đáng lẽ được hưởng mà chỉ là những thiệt hại do suy đoán vì nếu A không giao hàng, B phải đi mua hàng với giá cao hơn, do đó sẽ được coi là thiệt hại thực tế.

Trong các khoản thiệt hại đòi bồi thường thì khoản lợi trực tiếp mà bên bị vi phạm đáng lẽ được hưởng nếu không có hành vi vi phạm (gọi tắt là lãi mất hưởng) là khoản thường gây tranh cãi. Trên thực tế, việc chứng minh lãi mất hưởng một cách hợp lý là điều không dễ dàng. Để đòi lãi mất hưởng, bên bị vi phạm phải cung cấp đủ bằng chứng để chứng minh khoản lãi mất hưởng là hợp lý và phát sinh trực tiếp từ hành vi vi phạm của bên kia. Việc chứng minh là không dễ dàng do bên bị vi phạm phải chứng minh những khoản thu nhập mà trên thực tế mình đã không có được (không xảy ra trên thực tế). Thông thường, những đơn đặt hàng chính thức, hay các hợp đồng đã ký với khách hàng được coi là những bằng chứng hợp lý. Những khoản lãi mang tính chất suy đoán mà không được chứng minh sẽ bị từ chối bồi thường.

Khi tranh chấp thương mại phát sinh, tòa án và trọng tài thương mại sẽ là cơ quan giải quyết tranh chấp. Vấn đề phạt vi phạm sẽ được cơ quan giải quyết tranh chấp căn cứ theo hợp đồng giữa các bên sau khi chứng minh hành vi vi phạm của bên kia tuy nhiên đối với yêu cầu bồi thường thiệt hại thì việc chứng minh thiệt hại thực tế và xác định số tiền bồi thường còn gặp nhiều khó khăn. Theo quy định của pháp luật, bồi thường thiệt hại là giá trị thiệt hại thực

tế, trực tiếp + khoản lợi nhuận bị bỏ lỡ nếu như không có hành vi vi phạm hợp đồng. Điều 303 LTM về bồi thường thiệt hại, xác định thiệt hại thực tế là do mối quan hệ nhân quả giữa việc vi phạm gây ra sự thiệt hại cho bên bị vi phạm. Có trường hợp các bên thỏa thuận vs nhau một mức bồi thường để dễ thực hiện nhưng pháp luật ít khi chấp nhận mức thỏa thuận ấy. Mặc dù đã có các căn cứ để xác định mức độ bồi thường thiệt hại nhưng không phải lúc nào việc xác định bồi thường cũng dễ dàng với cơ quan giải quyết tranh chấp.

BLDS 2015 chỉ nêu nguyên tắc chung trong việc xác định mức bồi thường là nếu một bên gây thiệt hại cho một bên khác thì phải bồi thường cho bên này toàn bộ thiệt hại, trừ trường hợp có thỏa thuận khác hay luật có quy định khác (điều 13 và điều 360 BLDS 2015). Còn khoản 2 điều 419 (BLDS 2015) chỉ đề cập thiệt hại là lợi ích mà lẽ ra người có quyền (bên bị vi phạm) sẽ được hưởng do hợp đồng mang lại và các 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. Do đó, rất khó xác định được các loại thiệt hại mà bên bị vi phạm có thể yêu cầu bồi thường từ các quy định này. Đáng lẽ quy định của một bộ luật gốc như BLDS 2015 không thể ở trạng thái mơ hồ như vậy. So với quy định tại điều 302 LTM 2005 thì quy định về cách tính bồi thường thiệt hại rõ ràng hơn rất nhiều.

- Nguyên tắc đòi bồi thường thiệt hại:

Để đòi bồi thường thiệt hại thành công, bên bị vi phạm phải tuân thủ hai nguyên tắc rất quan trọng sau đây:

+ Thứ nhất là nguyên tắc hạn chế tổn thất. Theo đó, bên đòi bồi thường thiệt hại phải áp dụng những biện pháp hợp lý để hạn chế tổn thất. Nếu bên đòi bồi thường thiệt hại không áp dụng các biện pháp đó, bên vi phạm hợp đồng có quyền yêu cầu giảm bớt tiền bồi thường thiệt hại bằng mức tổn thất đáng lẽ có thể hạn chế được” (Điều 305, LTM 2005). Quy định này của Luật

Thương mại cũng giống với quy định của Công ước Viên 1980 khi áp dụng chế tài này.

Điều 362 BLDS 2015 cũng có quy định về nghĩa vụ hạn chế thiệt hại, theo đó: “bên có quyền phải áp dụng các biện pháp cần thiết, hợp lý để thiệt hại không xảy ra hoặc hạn chế thiệt hại cho mình”. Mới nhìn qua quy định này có vẻ hợp lý, song nếu xét kỹ có thể thấy nó rất bất lợi cho bên bị vi phạm và không khả thi, đặc biệt là khi bên bị vi phạm có nghĩa vụ phải áp dụng các biện pháp cần thiết, hợp lý để thiệt hại không xảy ra. Quy định này có thể bị bên vi phạm lợi dụng dẫn tới việc bên bị vi phạm có thể sẽ không thu được một chút tiền bồi thường nào.

Pháp luật của một số nước tiên tiến như pháp luật Anh chỉ đặt ra nghĩa vụ đối với bên bị vi phạm là phải áp dụng các biện pháp hợp lý để giảm thiểu tổn thất do hành vi vi phạm của bên vi phạm gây ra. Đối với hợp đồng mua bán hàng hóa, nếu bên bán vi phạm nghĩa vụ giao hàng và bên mua có thể tìm được đối tác cung ứng hàng hóa đó trên thị trường thì bên mua phải chủ động mua hàng từ đối tác này chứ không được ngồi một chỗ và đợi bên bán giao hàng theo đúng các quy định của hợp đồng. Tương tự, bên bị vi phạm cũng cần phải chi một số tiền nhất định để sửa chữa kịp thời một mặt hàng bị hư hỏng nhằm tránh việc phải thuê một thiết bị khác để thay thế cho mặt hàng này.

Đây cũng là cách tiếp cận của điều 305 LTM 2005. 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”. Điều dễ thấy là quy định này còn đầy đủ hơn quy định nêu trên của BLDS 2015 ở chỗ nó

đưa ra được chế tài trong trường hợp bên bị vi phạm không thực hiện nghĩa vụ hạn chế tổn thất của mình. Rõ ràng bên vi phạm không thể khởi kiện được bên có quyền trong trường hợp này nhưng bên bị vi phạm không thể yêu cầu bên vi phạm bồi thường đối với phần thiệt hại mà mình không áp dụng các biện pháp hợp lý để giảm thiểu. Thậm chí, pháp luật một số nước như Pháp còn chưa công nhận nghĩa vụ hạn chế tổn thất của bên bị vi phạm.

+ Thứ hai là nguyên tắc các khoản thiệt hại phải được tính toán và chứng minh một cách hợp lý (Điều 302 LTM 2005). Tính hợp lý ở đây được đánh giá một cách khách quan, dựa trên thực tiễn các yếu tố của tranh chấp và của thị trường. Nguyên tắc này không cho phép các bên thổi phồng thiệt hại của mình lên một cách vô căn cứ, bất hợp lý. Một số vụ việc tranh chấp trong thực tiễn, bên bị vi phạm yêu cầu được bồi thường theo mức thiệt hại do bên bị vi phạm tự tính toán nhưng bị tòa án bác bỏ. Vì nhiều trường hợp bên bị vi phạm đưa ra lý lẽ tính toán bất hợp lý, không khách quan, cao hơn giá trị thị trường. Do vậy tòa án trong thực tế xét xử cũng phải chú ý tính toán mức bồi thường sao cho phù hợp với thực tế và giá trị thị trường tại thời điểm xảy ra vụ việc nếu không sẽ dẫn tới tính sai mức bồi thường, cao hơn hoặc thấp hơn giá trị thiệt hại thực tế.

Trên thực tế, có nhiều công ty đồng ý trả tiền bồi thường nhưng đây đưa một vài năm cho tới hàng chục năm. Trong thực tế đã xảy ra trường hợp bên vi phạm gây thiệt hại lớn cho bên bị vi phạm, tòa án phán quyết bên vi phạm phải trả tiền bồi thường cho bên bị vi phạm, nếu trả chậm sẽ phải tính thêm tiền lãi. Bên vi phạm đồng ý nhưng họ nói rằng họ chưa trả được ngay, khoản tiền bồi thường cả gốc lẫn lãi sẽ chỉ được trả sau 2 năm khi họ có tiền, vậy trong trường hợp ấy doanh nghiệp bị vi phạm sẽ quyết định thế nào? Trong trường hợp đòi được số tiền bồi thường ấy thì hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp bị vi phạm còn ổn hay không vì việc nhận tiền bồi thường

ấy sẽ kéo rất dài (1 năm, 2 năm, 10 năm, thậm chí 20 năm...) . Đến khi đòi được tiền thì liệu doanh nghiệp họ còn tồn tại nữa không. Do vậy việc đưa các điều khoản về bồi thường khiến đối tác có trách nhiệm hơn và cân nhắc hơn trong chuyện thực hiện hợp đồng nhưng điều đó cũng không có nghĩa rằng đó là một “tấm lá chắn” chắc chắn có thể bảo vệ được doanh nghiệp trong hoạt động kinh doanh.

Nguyên tắc bồi thường theo luật của các nước có sự khác nhau. Đối với các nước có nền kinh tế phát triển, luật pháp cho phép đòi bồi thường thiệt hại về tinh thần tức là những thiệt hại mà người ta khó có thể tính toán được một cách vật chất, mang tính vô hình nhiều hơn, khó tính toán bằng con số thật mà chỉ tính toán được một cách tương đối (do tòa án quy định). Ví dụ như bên vi phạm hợp đồng làm cho bên bị vi phạm mất uy tín kinh doanh nhưng khó có thể lượng hóa được sự mất uy tín kinh doanh này sẽ làm cho bên bị vi phạm thiệt hại về mặt vật chất là bao nhiêu. Trong khi đó, đối với các nước có nền kinh tế đang phát triển mà Việt Nam là một ví dụ, LTM 2005 quy định bên bị vi phạm chỉ được đòi bồi thường thiệt hại thực tế, trực tiếp, là tổn thất thực sự được tính toán bằng những con số.

- Miễn trách nhiệm bồi thường thiệt hại trong hợp đồng:

Giống như phạt vi phạm, pháp luật cũng quy định những trường hợp bên vi phạm được miễn trách nhiệm bồi thường thiệt hại như rơi vào sự kiện bất khả kháng, hành vi vi phạm của một bên hoàn toàn do lỗi của bên kia, 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, miễn trách nhiệm do thỏa thuận của các bên chủ thể trong hợp đồng (điều 294 LTM 2005). Cần lưu ý khi áp dụng quy định về các trường hợp miễn trách nhiệm hợp đồng, việc chứng minh các trường hợp được miễn trách nhiệm thuộc nghĩa vụ của bên có hành vi vi phạm hợp đồng. Bên vi

phạm nếu muốn được miễn trách nhiệm hợp đồng thì phải có đầy đủ chứng cứ để chứng minh các trường hợp miễn trách nhiệm hợp đồng theo quy định của pháp luật. Ngoài ra, khi xảy ra trường hợp được miễn trách nhiệm hợp đồng còn 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. Nếu bên vi phạm không thông báo hoặc thông báo không kịp thời cho bên kia thì phải bồi thường thiệt hại [19,tr.62]. Nhiều trường hợp trong thực tế một bên vi phạm hợp đồng do gặp sự kiện bất khả kháng nên gây thiệt hại cho bên kia nhưng bên vi phạm không thông báo ngay cho bên bị vi phạm biết dẫn tới khi đưa vụ việc ra tranh chấp tại tòa, bên vi phạm mặc dù gặp sự kiện bất khả kháng nhưng vẫn phải bồi thường thiệt hại.

Ví dụ: Bão lớn xảy ra làm lở đường và một hợp đồng vận chuyển hàng từ nam ra bắc trong thời hạn 15 ngày nhưng bị bão mất 5 ngày đầu tiên nên xe chuyển hàng chưa thể di chuyển được. Vậy trong 10 ngày còn lại bên chuyển hàng phải thông báo cho bên kia biết về sự kiện này ngay lập tức, nếu không thông báo thì việc bão xảy ra làm lở đường cũng không được coi là sự kiện bất khả kháng. Trong trường hợp đường đã thông sau bão nhưng bên chuyển hàng lại lấy lý do rằng do bão không thực hiện được hợp đồng mà sau đó bên kia chứng minh được rằng đường đã thông trước thời hạn thông báo thì đó cũng không đc xem là sự kiện bất khả kháng và bên vi phạm (tức là bên chuyển hàng) cũng không được miễn trách nhiệm.

- Bồi thường thiệt hại trong một số vụ việc thực tiễn:

Bản án số: 54/2008/KDTM-PT ngày 11 tháng 3 năm 2008 về việc tranh chấp hợp đồng mua bán nhôm thổi [14].

“Ngày 22/4/2005, Công ty Welcome Trading Co. Pte. Ltd (gọi tắt là công ty WT) có trụ sở tại Singapore có ký hợp đồng số V011/405 bán 200 tấn nhôm thổi với giá 1.957 USD/tấn cho công ty cổ phần Công nghiệp Tự

Cường (gọi tắt là công ty TỰ CƯỜNG), tổng trị giá hợp đồng 391.400 USD. Theo Điều 8 của hợp đồng quy định đặt cọc 20% giá trị hợp đồng trong thời hạn 03 ngày làm việc kể từ ngày ký hợp đồng và 80% giá trị hợp đồng sẽ được thanh toán bằng chuyển khoản ngay sau khi bên bán đưa ra thông báo giao hàng tạm thời.

Hợp đồng được hai bên ký kết và gửi cho nhau qua Fax vào ngày 25/4/2005. Tuy nhiên công ty TỰ CƯỜNG đã không đặt tiền cọc theo hợp đồng, nhưng công ty WT vẫn chuyển 200 tấn nhôm đến kho ngoại quan thành phố Hồ Chí Minh và toàn bộ chứng từ giao hàng. Ngày 12/5/2005, công ty WT đã gửi văn thư chỉ thị cho Công ty kho hàng thực hiện việc giao hàng tạm thời cho công ty TỰ CƯỜNG; cùng ngày Công ty kho hàng đã gửi thông báo giao hàng qua máy Fax cho công ty TỰ CƯỜNG. Cũng trong ngày 12/5/2005, công ty WT đã gửi các văn bản yêu cầu phía TỰ CƯỜNG thanh toán tiền và thông báo số điện chuyển tiền nhưng công ty TỰ CƯỜNG đã không gửi thông báo trả lời và cũng không đến nhận hàng. Do công ty TỰ CƯỜNG không đến nhận hàng và từ chối thanh toán nên công ty WT phải ký hợp đồng bán lô hàng cho bên thứ 3 để hạn chế tổn thất, tuy nhiên giá bán lại bị thấp hơn giá bán cho bị đơn là 33.455,17 USD và phải chịu chi phí lưu kho là 1.358,42 USD. Tổng cộng là: 34.813,59 USD. Ngày 23/5/2007 công ty WT làm đơn kiện lên tòa án nhân dân thành phố Hồ Chí Minh yêu cầu công ty TỰ CƯỜNG bồi thường thiệt hại là 34.813,59 USD, tương đương 561.891.342 VNĐ (1 USD = 16.140 đồng).

Hợp đồng quy định trong vòng 03 ngày kể từ khi ký hợp đồng, bên mua phải đặt cọc 20% giá trị của hợp đồng bằng phương thức thanh toán khi có bộ chứng từ, phần còn lại 80% thanh toán khi có thông báo giao hàng. Tuy nhiên phía công ty TỰ CƯỜNG cho rằng công ty TỰ CƯỜNG có sai vì sau khi hết thời gian 03 ngày đã không có ý kiến gì với bên bán là có hay không chấp

dứt hợp đồng. Nhưng công ty Tụ Cường yêu cầu chi bồi thường cho bên công ty WT thiệt hại trong vòng 03 ngày đó. Giá trị thiệt hại của công ty WT trong vòng 3 ngày đó công ty Tụ Cường tự tính toán là 7.000 USD.

Tòa án sau khi căn cứ vào các tài liệu chứng cứ và dựa vào lời khai của các bên, tòa xử chấp nhận yêu cầu đòi bồi thường của công ty WT và bác yêu cầu của công ty Tụ Cường.

Trong tình huống này, phía công ty Tụ Cường đã tự nhận định rằng nếu không đặt cọc 20% giá trị hợp đồng trong vòng 3 ngày sau khi ký hợp đồng thì hợp đồng không còn giá trị. Nên khi bên công ty WT giao hàng đến kho, phía công ty Tụ Cường không đến nhận đã gây thiệt hại cho toàn bộ lô hàng của WT. Tuy vậy công ty Tụ Cường chỉ đồng ý bồi thường thiệt hại xảy ra trong 3 ngày sau khi giao kết hợp đồng. Do không nắm rõ pháp luật, công ty Tụ Cường ký kết hợp đồng mà không biết đến quy định trong Bộ luật Dân sự 2005 vào thời điểm đó, đó là quy định tại điều 405: “Hợp đồng được giao kết hợp pháp có hiệu lực kể từ thời điểm giao kết, trừ trường hợp có thỏa thuận khác hoặc pháp luật có quy định khác”. Như vậy hợp đồng giữa công ty WT và công ty Tụ Cường đã có hiệu lực ngay từ thời điểm giao kết. Đồng thời công ty Tụ Cường muốn hủy đơn hàng nhưng lại không thông báo trước cho bên bán là công ty WT dẫn đến việc công ty WT giao toàn bộ hàng về kho theo đúng hợp đồng gây thiệt hại lớn. Do vậy với việc không thực hiện nghĩa vụ thỏa thuận trong hợp đồng, gây thiệt hại cho công ty WT, công ty Tụ Cường phải bồi thường toàn bộ thiệt hại hợp đồng do hành vi của mình gây ra.

Tòa án xét thấy sau khi ký hợp đồng ngày 22/4/2005 thì công ty WT đã thực hiện đúng theo hợp đồng, cụ thể là đã chuyển hàng đến địa điểm giao hàng, ngày 12/5/2005 công ty kho hàng đã gửi thông báo giao hàng cho công ty Tụ Cường đồng thời cùng ngày công ty WT cũng gửi các văn bản yêu cầu Tụ Cường thanh toán lô hàng đang trong kho ngoại quan Thành phố Hồ Chí

Minh và yêu cầu TỰ CƯỜNG thực hiện đúng hợp đồng chậm nhất là vào ngày 31 tháng 5 năm 2005 nhưng công ty TỰ CƯỜNG đã không thực hiện theo hợp đồng đã ký kết. Tòa án quyết định: trong trường hợp này, việc không thực hiện nghĩa vụ hợp đồng của công ty TỰ CƯỜNG đã gây thiệt hại cho phía công ty WT, do vậy, bác yêu cầu của công ty TỰ CƯỜNG là chỉ phải bồi thường 7000 USD. Việc tính toán mức bồi thường thiệt hại mà công ty TỰ CƯỜNG phải chịu dựa trên phần giá trị chênh lệch của lô hàng khi công ty WT phải bán cho bên thứ ba là 33.455,17 USD cộng với chi phí lưu kho là 1.358,42 USD mà công ty WT phải chịu khi bên công ty TỰ CƯỜNG không đến nhận. Tổng thiệt hại công ty TỰ CƯỜNG phải bồi thường cho công ty WT là 34.813,59 USD, tương đương 561.891.342 VNĐ”.

Bài học rút ra thông qua vụ án trên đó là trước khi đặt bút kí vào bất kì hợp đồng nào, các bên phải chắc chắn về quyết định của mình và tìm hiểu kĩ pháp luật trước khi giao kết hợp đồng. Như công ty TỰ CƯỜNG trong tình huống trên, đã kí kết hợp đồng mua hàng rồi nhưng lại hủy đơn hàng, mặc dù công ty WT đã nhiều lần gửi thông báo nhưng phía công ty TỰ CƯỜNG không hồi đáp lại. Nếu công ty TỰ CƯỜNG muốn hủy hợp đồng từ đầu thì phải thông báo ngay cho công ty WT. Như vậy sẽ giảm được mức bồi thường thiệt hại nếu công ty WT chưa kịp giao hàng hoặc chưa giao đủ số lượng hàng.

2.3 Thực trạng thực hiện pháp luật thương mại Việt Nam về mối quan hệ giữa chế tài phạt vi phạm và chế tài bồi thường thiệt hại trong hợp đồng mua bán hàng hóa

Phạt vi phạm và buộc bồi thường thiệt hại là 2 hình thức chế tài cơ bản và quan trọng trong thương mại khi có hành vi vi phạm hợp đồng xảy ra. Về mặt pháp lý, 2 hình thức này có tính độc lập và khác nhau. Tuy nhiên, trong thực tế xây dựng, soạn thảo và đàm phán hợp đồng, doanh nghiệp thường có

sự nhầm lẫn và không có sự phân biệt rạch ròi giữa 2 hình thức này nên dễ gặp bất lợi khi có tranh chấp xảy ra.

Khi một hợp đồng phát sinh tranh chấp, trong một số trường hợp, tuy các bên không có thỏa thuận phạt vi phạm nhưng bên bị vi phạm vẫn đòi được phạt vi phạm do đã có sự nhầm lẫn với chế tài bồi thường thiệt hại.

Về mặt khái niệm, phạt vi phạm chỉ một khoản tiền mà bên vi phạm nghĩa vụ phải trả cho bên kia. Như vậy, khoản tiền này không liên quan gì đến tổn thất mà bên bị vi phạm phải chịu. Còn bồi thường thiệt hại chỉ việc bồi đắp những tổn thất mà bên vi phạm nghĩa vụ phải làm. Như vậy, về nguyên tắc, phải có thiệt hại mới phát sinh nghĩa vụ bồi thường thiệt hại. Còn với phạt vi phạm, không có thiệt hại thì vẫn phát sinh nghĩa vụ trả tiền.

Về mặt mục đích, phạt vi phạm được đặt ra để răn đe hai bên cố gắng tuân thủ hợp đồng. Còn bồi thường thiệt hại nhằm bù đắp tổn thất mà bên bị vi phạm phải chịu.

Về căn cứ xác định trách nhiệm, trách nhiệm bồi thường thiệt hại trong hợp đồng phát sinh khi hội tụ đủ các yếu tố sau: có hành vi vi phạm hợp đồng, có thiệt hại thực tế xảy ra, có mối quan hệ nhân quả giữa hành vi vi phạm hợp đồng và thiệt hại xảy ra. Tất nhiên là vẫn có ngoại lệ nếu các bên thỏa thuận khác. Đồng thời, bên yêu cầu bồi thường thiệt hại phải áp dụng các biện pháp hợp lý để hạn chế tổn thất. Ngoài ra, chủ thể vi phạm không rơi vào các trường hợp miễn trách nhiệm được quy định của pháp luật thương mại. Còn trách nhiệm phạt vi phạm phát sinh chỉ cần các yếu tố là: có thỏa thuận trong hợp đồng và có hành vi vi phạm hợp đồng. Thực tế, đôi khi một bên có hành vi vi phạm hợp đồng nhưng không có thiệt hại xảy ra thì lúc này sẽ không phát sinh trách nhiệm bồi thường thiệt hại trong hợp đồng nhưng trách nhiệm trả tiền phạt vi phạm vẫn phát sinh nếu 2 bên có thỏa thuận về điều khoản phạt vi phạm. Cần lưu ý là Luật Thương mại quy định: chỉ khi có thỏa thuận

về phạt vi phạm thì mới phát sinh trách nhiệm phạt vi phạm. Còn với trách nhiệm bồi thường thiệt hại thì dù trong hợp đồng, 2 bên không thoả thuận về điều này thì khi hội tụ đủ các căn cứ như đã nói trên thì trách nhiệm bồi thường thiệt hại vẫn xảy ra. Tất nhiên là pháp luật vẫn dành cho các bên được quyền thoả thuận khác hoặc pháp luật có quy định khác

Do bản chất của phạt vi phạm là phải có thoả thuận trong hợp đồng, nên khi có vi phạm xảy ra mà các bên không có thoả thuận phạt vi phạm thì các bên chỉ có thể yêu cầu bồi thường thiệt hại. Trong trường hợp các bên có thoả thuận phạt vi phạm thì bên bị vi phạm có quyền áp dụng cả chế tài phạt vi phạm và buộc bồi thường thiệt hại. Quy định này của Luật Thương mại là một quy định hợp lý, phù hợp với quan hệ thương mại đang phát triển không ngừng hiện nay. Xuất phát từ bản chất của hai chế tài này là khác nhau, chế tài phạt vi phạm nhằm ngăn ngừa các vi phạm có thể xảy ra trong hợp đồng, còn chế tài bồi thường thiệt hại nhằm vào việc khắc phục thiệt hại do hậu quả của hành vi vi phạm xảy ra. Một chế tài xuất phát từ sự dự liệu về quan hệ của các bên khi tiến hành ký kết hợp đồng, còn một chế tài xuất phát từ yêu cầu bù đắp những tổn thất do hành vi vi phạm gây ra. Vì thế, chế tài phạt vi phạm có thể áp dụng cho dù chưa có thiệt hại xảy ra hoặc thiệt hại nhỏ hơn mức phạt vi phạm. Trong khi đó, chế tài bồi thường thiệt hại nhằm bù đắp tổn thất nên sẽ chỉ bằng thiệt hại đã xảy ra hoặc nhỏ hơn thiệt hại đã xảy ra. Các bên khi tham gia vào quan hệ hợp đồng, tùy thuộc vào vị trí pháp lý của mình để có thể thoả thuận những điều khoản hợp lý nhất.

Nhưng ở đây có sự không thống nhất giữa Luật Thương mại và Bộ luật Dân sự khi quy định về mối quan hệ giữa phạt vi phạm và bồi thường thiệt hại. Theo quy định tại khoản 3, điều 418, BLDS 2015, các bên “có thể thoả thuận về việc bên vi phạm nghĩa vụ chỉ phải chịu phạt vi phạm mà không phải bồi thường thiệt hại hoặc vừa phải chịu phạt vi phạm và vừa phải bồi thường

thiệt hại”. Nhưng trong 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”. Cách tiếp cận này khác biệt so với quy định tại khoản 2, điều 307 Luật Thương mại. Theo đó, về nguyên tắc, “trường hợp các bên có thỏa thuận phạt vi phạm thì bên bị vi phạm có quyền áp dụng cả chế tài phạt vi phạm và buộc bồi thường thiệt hại”. Như vậy, theo tinh thần Bộ luật Dân sự, nếu bên bị vi phạm muốn yêu cầu cả bồi thường thiệt hại lẫn phạt vi phạm thì điều này phải được nêu rõ trong hợp đồng.

Như vậy Bộ luật Dân sự luôn đề cao sự thỏa thuận trong hợp đồng, không áp đặt, nguyên tắc tự do, tự nguyện cam kết, thỏa thuận là một trong những nguyên tắc cơ bản trong quan hệ dân sự. Tuy nhiên trong quan hệ hợp đồng mua bán hàng hóa, các bên phải dựa theo luật chuyên ngành là Luật Thương mại để không làm trái các quy định của pháp luật. Nghĩa là xét trong hợp đồng mua bán hàng hóa, nếu các bên không có thỏa thuận phạt vi phạm thì bên bị vi phạm chỉ được quyền yêu cầu bồi thường thiệt hại. Còn nếu các bên chỉ thỏa thuận phạt vi phạm mà không nhắc tới bồi thường thiệt hại thì bên bị vi phạm có quyền áp dụng cả hai chế tài: phạt vi phạm lẫn bồi thường thiệt hại.

KẾT LUẬN CHƯƠNG 2

Qua phân tích thực trạng áp dụng pháp luật Việt Nam về chế tài phạt vi phạm và bồi thường thiệt hại trong hợp đồng mua bán hàng hóa, có thể thấy pháp luật Việt Nam đã có nhiều quy định hợp lý song vẫn còn tồn tại một số bất cập cần được khắc phục. BLDS 2015 mới được ban hành có nhiều cải tiến so với BLDS 2005 cũ tuy nhiên vẫn còn nhiều điểm hạn chế. LTM 2005 kế thừa và phát huy những ưu điểm của Pháp lệnh Hợp đồng kinh tế 1989 và LTM 1997 tuy nhiên cũng còn nhiều điểm chưa hợp lý. Nhiều trường hợp

không hiểu rõ quy định trong luật dẫn đến áp dụng sai trong hợp đồng. Chẳng hạn như với quy định mức phạt vi phạm tối đa không quá 8% giá trị phần nghĩa vụ bị vi phạm rất hay bị các bên hiểu sai. Trên thực tế nhiều bên tham gia kí kết hợp đồng không hiểu về điều khoản này dẫn đến việc nhầm lẫn giữa “phần nghĩa vụ bị vi phạm” và “phần nghĩa vụ phải thực hiện trong cả hợp đồng”. Dẫn tới nhiều trường hợp thỏa thuận trong hợp đồng không chặt chẽ nên khi có tranh chấp không giải quyết được và phải đưa nhau lên tòa. Bên cạnh đó thì trường hợp các bên thỏa thuận trong hợp đồng mức phạt vi phạm cao hơn 8% so với luật định thì khi có tranh chấp xảy ra, điều khoản này cũng khó được giải quyết. Một số trường hợp tòa án xét xử mức phạt lùi về mốc 8% giá trị phần nghĩa vụ bị vi phạm nhưng nhiều trường hợp tòa bác yêu cầu đòi phạt vi phạm vì cho rằng thỏa thuận này là vô hiệu.

Về chế tài bồi thường thiệt hại, LTM 2005 quy định khá rõ ràng và hợp lí về vấn đề này. Theo quy định của LTM 2005, chế tài bồi thường thiệt hại thực chất tự phát sinh ngay khi có đủ các căn cứ mà không cần phải có thỏa thuận trong hợp đồng. Tuy nhiên trong thực tế, xác định được mức bồi thường thiệt hại là điều không đơn giản. BLDS 2015 mới ban hành có nhiều quy định khác so với luật cũ và khác so với LTM 2005 về chế tài bồi thường thiệt hại. Trong đó lưu ý nhất là quy định chế tài bồi thường thiệt hại sẽ không được áp dụng khi trong hợp đồng chỉ có thỏa thuận về phạt vi phạm mà không có thỏa thuận về bồi thường thiệt hại. Ngoài ra cũng cần phải lưu ý đến các trường hợp được miễn trách nhiệm khi có vi phạm hợp đồng. Từ những kết quả nghiên cứu được của chương 2, trong chương 3 Luận văn sẽ đưa ra những giải pháp và phương hướng sửa đổi pháp luật thương mại Việt Nam về chế tài phạt vi phạm và bồi thường thiệt hại trong hợp đồng mua bán hàng hóa.

Chương 3

MỘT SỐ PHƯƠNG HƯỚNG VÀ GIẢI PHÁP SỬA ĐỔI PHÁP LUẬT THƯƠNG MẠI VIỆT NAM VỀ CHẾ TÀI PHẠT VI PHẠM VÀ BỒI THƯỜNG THIẾT HẠI TRONG HỢP ĐỒNG MUA BÁN HÀNG HÓA

3.1 Phương hướng sửa đổi pháp luật thương mại Việt Nam về chế tài phạt vi phạm và bồi thường thiệt hại trong hợp đồng mua bán hàng hóa

Trong hoạt động thương mại, quan hệ giữa các thương nhân với nhau được thể hiện dưới nhiều hình thức pháp lý mà hợp đồng mua bán hàng hoá là một trong những dạng điển hình. Khi đã ký kết hợp đồng và hợp đồng có hiệu lực pháp luật, các bên phải thực hiện nghĩa vụ phát sinh từ quan hệ hợp đồng. Bên vi phạm hợp đồng phải chịu trách nhiệm trước bên đối tác về hành vi vi phạm hợp đồng, hai trong các chế tài quan trọng thường được áp dụng khi có vi phạm là phạt vi phạm và bồi thường thiệt hại. Tuy nhiên, hiện nay, các quy định hiện hành của pháp luật chưa thực sự rõ ràng. Điều này đã gây khó khăn cho các doanh nghiệp khi áp dụng chúng. Tác giả xin nêu ra một số phương hướng, định hướng hoàn thiện pháp luật về chế tài phạt vi phạm và bồi thường thiệt hại trong hợp đồng mua bán hàng hóa:

- Về chế tài phạt vi phạm :

Việc BLDS 2015 và LTM 2005 quy định bắt buộc phải có sự thoả thuận của các bên trong hợp đồng thì mới được áp dụng chế tài phạt vi phạm là không hợp lý với xu hướng đề cao sự tự do ý chí của các bên. Do đó, cần có những sửa đổi theo hướng: Hợp đồng không thoả thuận về việc phạt vi phạm, nhưng sau đó các bên có thoả thuận mới hoặc một bên thừa nhận vi phạm và chấp nhận mức phạt do bên bị vi phạm đưa ra thì không có lý do gì để không chấp nhận phạt vi phạm theo thoả thuận của các bên.

Quy định về "giới hạn trên" của mức phạt (8%) chưa hợp lý lắm vì nếu một bên thấy mức thiệt hại mà họ phải chịu nếu thực hiện đúng hợp đồng còn cao hơn mức thiệt hại do nộp phạt thì họ sẽ "cố ý" vi phạm. Mục đích "răn đe" do đó sẽ không thực hiện được. Hơn nữa quy định này cũng can thiệp vào quyền tự do thoả thuận của các bên. Vì vậy, mức phạt tối đa 8% trong Luật Thương mại 2005 là quá thấp. Do đó khi sửa đổi Luật Thương mại, các nhà làm luật nên bỏ mức trần 8% này mà thay vào đó mức trần cao hơn để tăng tính răn đe cho chế tài.

Việc qui định phạt vi phạm với mục đích răn đe cũng có thể gây ra những nguy cơ nhất định trong việc áp dụng. Ví dụ theo thông luật (common law) áp dụng tại các nước Anh, Mỹ, Úc... các bên chỉ được thoả thuận về bồi thường theo mức định trước, mọi thoả thuận về phạt vi phạm đều vô hiệu. Như vậy một bản án của toà án hay phán quyết trọng tài chấp nhận hiệu lực của điều khoản phạt vi phạm trong hợp đồng thương mại có thể sẽ bị toà án tại các nước theo hệ thống thông luật từ chối công nhận và thi hành. Do đó, pháp luật cần có những sửa đổi cho phù hợp với quy định của pháp luật quốc tế và phù hợp với xu hướng phát triển kinh tế hiện nay.

- Về chế tài bồi thường thiệt hại:

Theo khoản 2, Điều 302 LTM 2005: “ Bồi thường thiệt hại là việc bên bị vi phạm bồi thường những tổn thất do hành vi vi phạm hợp đồng gây ra cho bên bị vi phạm”. Bản chất của hình thức chế tài này khôi phục, bù đắp những lợi ích vật chất bị mất cho bên bị vi phạm. Với chức năng này, chế tài bồi thường thiệt hại chỉ được áp dụng khi hành vi vi phạm gây ra thiệt hại thực tế. Căn cứ để áp dụng chế tài bồi thường thiệt hại là có hành vi vi phạm hợp đồng, có thiệt hại thực tế, hành vi vi phạm hợp đồng là nguyên nhân trực tiếp gây ra thiệt hại. Ba căn cứ này đã thể hiện rõ tại khoản 1 Điều 302 LTM 2005. Quy định tại điều 303 LTM 2005 lại nhắc lại ba căn cứ trên một lần nữa

là không cần thiết. Ngoài ra thì vấn đề lỗi của bên vi phạm cũng là một căn cứ rất quan trọng nhưng trong luật lại không đề cập đến.

Về nguyên tắc, một người chỉ phải chịu trách nhiệm pháp lý khi có hành vi vi phạm pháp luật và có lỗi khi vi phạm. Lỗi là trạng thái tâm lý và mức độ nhận thức của một người về hành vi của người đó và hậu quả của hành vi. Trong khoa học pháp lý, lỗi được phân thành nhiều loại như lỗi vô ý, lỗi cố ý... Vấn đề trạng thái tâm lý và nhận thức chỉ có thể đặt ra đối với một con người cụ thể. Trong khi đó, chủ thể tham gia quan hệ hợp đồng kinh tế trước đây và hợp đồng mua bán hàng hóa hiện nay chủ yếu là các tổ chức kinh doanh. Việc xác định trạng thái tâm lý và mức độ nhận thức của các tổ chức không chính xác nên lỗi khi vi phạm hợp đồng là lỗi “suy đoán”. Bên vi phạm hợp đồng bị coi là có lỗi nếu không chứng minh được là mình không có lỗi. Nếu bên vi phạm chứng minh được là mình không có lỗi sẽ được miễn trách nhiệm. Pháp lệnh Hợp đồng kinh tế 1989 và LTM 1997 đều có các quy định về các trường hợp miễn trách nhiệm đối với bên vi phạm khi họ không có lỗi. LTM 2005 lại không đề cập đến yếu tố lỗi là căn cứ để áp dụng chế tài bồi thường thiệt hại. Bởi vậy, có ý kiến cho rằng, khi áp dụng chế tài bồi thường thiệt hại trong thương mại không cần xem xét bên vi phạm có lỗi hay không. Trong một số điều khác của Luật Thương mại còn quy định về lỗi cố ý của bên vi phạm, như: Điều 238 quy định về giới hạn trách nhiệm của thương nhân kinh doanh dịch vụ logistic và Điều 266 quy định về trách nhiệm của thương nhân kinh doanh dịch vụ giám định. Nếu nhà làm luật cho rằng, đây là những trường hợp ngoại lệ thì cần phải lưu ý ngay trong quy định chung về các căn cứ áp dụng chế tài bồi thường thiệt hại là trừ những trường hợp nào. Điều 303 chỉ trừ những trường hợp quy định tại Điều 294 mà không đề cập đến Điều 238 và Điều 266. Việc quy định không khoa học và không thống nhất như vậy là nguyên nhân gây ra các cách hiểu khác nhau làm cho Luật

Thương mại không được áp dụng một cách thống nhất. Bởi vậy, những bất cập nêu trên cần phải lưu ý khi sửa đổi LTM 2005 để luật đi vào cuộc sống một cách hiệu quả nhất.

3.2 Giải pháp sửa đổi pháp luật thương mại Việt Nam về chế tài phạt vi phạm và bồi thường thiệt hại trong hợp đồng mua bán hàng hóa

- Giải pháp sửa đổi các quy định của Luật Thương mại

+ Đối với chế tài phạt vi phạm:

Khi sửa đổi Luật Thương mại, nên quy định thêm căn cứ để áp dụng phạt vi phạm đó là nếu các bên không có thỏa thuận về phạt vi phạm ghi trong hợp đồng nhưng các bên đồng ý giao kết bằng miệng với nhau có một điều khoản phạt vi phạm hoặc bên vi phạm chấp nhận phạt vi phạm thì Tòa án hoặc Tòa trọng tài phải chấp nhận phạt vi phạm theo thỏa thuận của các bên.

Về mức phạt vi phạm tối đa 8% như hiện nay theo tác giả là hơi thấp, chưa đủ sức răn đe. Tuy nhiên nếu thả lỏng mức giới hạn này để các bên tự ý thỏa thuận thì các bên có thể đưa ra một mức phạt trên trời và khi có vi phạm xảy ra sẽ rất khó thực hiện phạt vi phạm dẫn đến chế tài phạt vi phạm không phát huy được hiệu quả. Do vậy Luật Thương mại sửa đổi nên quy định lại một mức trần phạt vi phạm khác cao hơn mức 8% nhưng vẫn phải phù hợp với thực tiễn trong môi trường kinh doanh ở Việt Nam.

+ Đối với chế tài bồi thường thiệt hại:

Luật Thương mại sửa đổi nên quy định thêm yếu tố lỗi của bên vi phạm là một trong những căn cứ để đòi bồi thường thiệt hại.

- Giải pháp nâng cao hiệu quả giải quyết tranh chấp của cơ quan tài phán:

Để nâng cao hiệu quả giải quyết tranh chấp của cơ quan tài phán, cần phải đẩy mạnh hơn nữa hoạt động tập huấn kỹ năng, nghiệp vụ giải quyết tranh chấp cho các Trọng tài viên và Thẩm phán nhằm nâng cao khả năng

nhận thức và giải thích, vận dụng đúng các điều khoản của hợp đồng, các quy định của pháp luật nói chung và pháp luật hợp đồng nói riêng. Hiệu quả giải quyết tranh chấp hợp đồng phụ thuộc rất lớn vào việc giải thích, vận dụng đúng các điều khoản của hợp đồng, các quy định của pháp luật của cơ quan tài phán, điều này được lý giải bởi các điểm sau:

- Thứ nhất, khi tranh chấp phát sinh, mỗi bên đều giải thích vận dụng đúng các điều khoản của hợp đồng, các quy định của pháp luật áp dụng cho hợp đồng để làm căn cứ chính đáng cho lập luận của mình thì dễ thuyết phục bên kia hơn, đồng thời quan điểm ý chí của hai bên dễ gặp nhau, vì thế hai bên có thể thống nhất giải quyết được tranh chấp. Nếu một bên hoặc cả hai bên giải thích sai lệch điều khoản hợp đồng hoặc quy định của pháp luật về tranh chấp, từ đó đưa ra những yêu sách hoặc những lập luận bác bỏ yêu sách không có căn cứ, không hợp lý thì sẽ làm cho bên kia khó chấp nhận thậm chí không muốn đàm phán thương lượng để giải quyết tranh chấp.

Để vận dụng điều khoản của hợp đồng, quy định của pháp luật áp dụng cho hợp đồng thì các bên phải chọn những người có trình độ chuyên môn nghiệp vụ, trình độ pháp lý chuyên ngành để phân tích các điều khoản của hợp đồng và quy định của pháp luật.

- Thứ hai, khi xét xử tranh chấp, nếu cơ quan xét xử (Toà án hay Trọng tài) giải thích vận dụng đúng các điều khoản của hợp đồng và quy định của pháp luật áp dụng cho hợp đồng thì sẽ đưa ra được quyết định đúng đắn, hợp lý, bảo vệ quyền và lợi ích chính đáng của các bên đương sự và như vậy việc xét xử tranh chấp đạt được hiệu quả cho cả hai bên đương sự. Nếu cơ quan xét xử giải thích áp dụng không chính xác các điều khoản của hợp đồng, các quy định của pháp luật áp dụng cho hợp đồng thì có thể đưa ra bản án hay phán quyết không đúng với bản chất của tranh chấp, không hợp lý. Bản án hay phán quyết ấy có thể làm cho bên này đạt được hiệu quả cao nhưng bên

kia lại quá bị thiệt thòi. Từ đó việc giải quyết tranh chấp không đạt được hiệu quả đối với cả hai bên đương sự. Như vậy, giải thích vận dụng đúng các điều khoản hợp đồng, quy định của pháp luật áp dụng cho hợp đồng đó là một biện pháp giải quyết có hiệu quả tranh chấp và là một biện pháp chung mà các bên tranh chấp cũng như cơ quan xét xử cũng có thể sử dụng khi giải quyết các tranh chấp về hợp đồng trong thương mại.

- Giải pháp đề xuất cho doanh nghiệp:

Khi kí kết hợp đồng, doanh nghiệp cần lưu ý vấn đề thỏa thuận về chế tài phạt vi phạm trong hợp đồng, để khi có hành vi vi phạm xảy ra có căn cứ đầy đủ để được áp dụng chế tài phạt vi phạm.

Một vấn đề khác cần lưu ý khi thỏa thuận về chế tài phạt vi phạm trong hợp đồng, đó là mức phạt vi phạm: theo Điều 301 LTM 2005 chỉ quy định về mức phạt tối đa là 8% giá trị hợp đồng bị vi phạm, mà không có một quy định cụ thể nào khác về mức phạt vi phạm cho từng trường hợp, nên nếu không thỏa thuận mức phạt cụ thể là bao nhiêu thì khi có tranh chấp xảy ra khó mà xác định mức phạt cụ thể.

Thực tế vấn đề này đã xảy ra rất nhiều, khi mà các doanh nghiệp thỏa thuận về phạt vi phạm, họ không nêu cụ thể mức phạt là bao nhiêu, nên khi xảy ra tranh chấp, việc thương lượng mức phạt giữa các bên trở nên rất phức tạp. Ngay cả khi tranh chấp được giải quyết tại tòa án và trọng tài, thì việc phạt vi phạm ở mức nào cũng gây khó khăn cho cơ quan tài phán trong việc định mức phạt.

Vậy để bảo đảm quyền lợi của mình, khi soạn thảo hợp đồng về chế tài phạt vi phạm doanh nghiệp cần đưa những vấn đề sau vào hợp đồng của mình:

- Áp dụng phạt vi phạm khi xảy ra hành vi vi phạm hợp đồng, trừ các hành vi thuộc trường hợp miễn trách nhiệm;

- Quy định một mức phạt cụ thể, chi tiết trong nội dung hợp đồng nhưng phải bảo đảm phù hợp với quy định của pháp luật.

Về chế tài bồi thường thiệt hại, vì bản chất của bồi thường thiệt hại là bồi hoàn lại những tổn thất do chính hành vi vi phạm gây ra. Nên khi soạn thảo hợp đồng không cần đưa vấn đề bồi thường thiệt hại vào nội dung hợp đồng.

Ngoài ra, doanh nghiệp cần đặc biệt lưu ý một số điểm sau:

- Nghĩa vụ chứng minh tổn thất thuộc về bên yêu cầu bồi thường thiệt hại nên bên bị vi phạm phải có chứng cứ, tài liệu tốt nhất là bản gốc để xuất trình trước hội đồng trọng tài hoặc tòa án

- Về các trường hợp miễn trách nhiệm, chú ý do các sự kiện khách quan hoặc do lỗi của bên bị vi phạm thì bên vi phạm sẽ ko phải bồi thường thiệt hại.

- Bên bị vi phạm phải có nghĩa vụ hạn chế tổn thất, vì nếu mức tổn thất quá lớn thì trọng tài sẽ không chấp nhận những tổn thất đáng lẽ có thể hạn chế được.

Bên cạnh đó, cũng cần lưu ý về vấn đề thời gian khiếu nại, do các doanh nghiệp hiện nay thường không muốn dính vào rắc rối kiện tụng nên khi có tranh chấp, các doanh nghiệp thường cho nhau thời gian và chọn phương án thỏa thuận, thương lượng với nhau hơn là đưa nhau ra tòa. Chính vì vậy, khi các bên để sự việc xảy ra quá lâu, đến khi không thể giải quyết được mới kiện lên tòa thì lúc này lại quá thời hạn khiếu nại nên tòa không giải quyết. Do vậy khi có tranh chấp xảy ra, các bên cũng nên cân nhắc thật kỹ về vấn đề này. Để hạn chế trường hợp này có thể xảy ra, trong hợp đồng, doanh nghiệp nên đưa thêm điều khoản quy định về thời hạn khiếu nại kéo dài hơn so với quy định của pháp luật. (Điều 318 LTM 2005).

KẾT LUẬN CHƯƠNG 3

Bên cạnh những thành tựu đã đạt được, các quy định của pháp luật thương mại Việt Nam về chế tài phạt vi phạm và bồi thường thiệt hại còn nhiều hạn chế khiến các doanh nghiệp gặp những khó khăn nhất định. Quy định bắt buộc phải có sự thoả thuận của các bên trong hợp đồng thì mới được áp dụng chế tài phạt vi phạm là không hợp lý với xu hướng đề cao sự tự do ý chí của các bên. Quy định về giới hạn mức phạt cũng chưa hợp lí. Chế tài bồi thường thiệt hại không nhắc đến lỗi của bên vi phạm trong khi lỗi là một căn cứ rất quan trọng. Luận văn này đã đề xuất hướng sửa đổi Luật Thương mại cho phù hợp với thực tiễn. Ngoài ra thì ngành tòa án cũng cần tuyển chọn những người có trình độ chuyên môn nghiệp vụ, trình độ pháp lý chuyên ngành để phân tích các điều khoản của hợp đồng và quy định của pháp luật. Qua đó giảm thiểu án oan và bảo vệ được lợi ích chính đáng của các bên đương sự.

Luận văn này còn đề xuất một số giải pháp cho doanh nghiệp, đưa ra các vấn đề doanh nghiệp cần lưu ý khi đàm phán, soạn thảo và kí kết hợp đồng. Đặc biệt là khi các bên thoả thuận với nhau về điều khoản phạt vi phạm và bồi thường thiệt hại, cần lưu ý những vấn đề gì để khi có tranh chấp xảy ra không vì điều khoản mình kí kết mà bị mất đi quyền lợi chính đáng.

KẾT LUẬN

Trên cơ sở các quy định của pháp luật thương mại Việt Nam hiện hành, các tài liệu và thực tiễn áp dụng chế tài phạt vi phạm và chế tài bồi thường thiệt hại trong hợp đồng mua bán hàng, luận văn đã đi vào nghiên cứu và phân tích để có được một cách nhìn toàn diện hơn, đánh giá thực trạng pháp luật về chế tài phạt vi phạm và bồi thường thiệt hại. Đồng thời, cũng đã đưa ra một số kiến nghị đối với việc hoàn thiện và áp dụng các quy định pháp luật về chế tài phạt vi phạm và bồi thường thiệt hại trong hợp đồng mua bán hàng hóa để đạt được hiệu quả cao hơn. Hiện nay, đã có rất nhiều tài liệu, công trình khoa học nghiên cứu về hợp đồng và các chế tài do vi phạm hợp đồng trong thương mại nói chung và hợp đồng mua bán hàng hóa nói riêng. Trên cơ sở kế thừa những thành tựu đã có, luận văn đã cập nhật và phân tích những vấn đề cơ bản nhất khi tìm hiểu về chế tài phạt vi phạm và bồi thường thiệt hại trong hợp đồng mua bán hàng hóa, quy định mới nhất của pháp luật liên quan đến các chế tài này để từ đó đưa ra một số kết luận sau:

- Thứ nhất, chế tài phạt vi phạm và bồi thường thiệt được áp dụng rất phổ biến. Đặc biệt là khi có vi phạm trong hợp đồng mua bán hàng hóa, nó được các bên áp dụng để răn đe và bồi hoàn những tổn thất do hành vi vi phạm gây ra.

- Thứ hai, một số quy định về chế tài phạt vi phạm và bồi thường thiệt hại trong Luật Thương mại còn nhiều vướng mắc và chưa hợp lí, cần xem xét và sửa đổi lại các quy định này để Luật Thương mại phù hợp hơn với thực tiễn phát triển của Việt Nam.

- Thứ ba, BLDS 2015 mới được ban hành tuy có nhiều cải tiến mới hơn so với BLDS cũ nhưng có nhiều quy định còn gây tranh cãi, đặc biệt là quy định nếu có thỏa thuận về phạt vi phạm mà không có thỏa thuận về bồi

thường thiệt hại trong hợp đồng thì không được áp dụng chế tài bồi thường thiệt hại.

- Thứ tư, để hạn chế tình trạng mất đi quyền lợi chính đáng khi có vi phạm xảy ra, các doanh nghiệp Việt Nam cần lưu ý cẩn trọng và chuẩn bị kỹ hơn trong suốt quá trình trước, trong cũng như sau khi đàm phán, ký kết hợp đồng.

Các nội dung trên tác giả đưa ra đều xuất phát từ góc độ lý luận kết hợp với phân tích thực tiễn và cũng chỉ ra những khiếm khuyết của pháp luật trong việc quy định về chế tài phạt vi phạm và bồi thường thiệt hại. Trong quá trình hoàn thành luận văn, do nhiều nguyên nhân khác nhau không tránh khỏi tồn tại, hạn chế và thiếu sót, do vậy trong thời gian tới tác giả sẽ cần tiếp tục nghiên cứu và hoàn thiện hơn nữa đề tài này./

TÀI LIỆU THAM KHẢO

1. Phan Thông Anh (2008), *So sánh những điều mới – Luật thương mại 1997 và luật thương mại 2005*, Nxb Thống kê, Hà Nội
2. Nguyễn Mạnh Bách (1995), *Pháp luật về hợp đồng*, Nxb Chính trị quốc gia, Hà Nội
3. Chính phủ (2015), *Nghị định số 37/2015/NĐ – CP ngày 22/04/2015 quy định chi tiết hợp đồng xây dựng*
4. Chính phủ (2006), *Nghị định số 20/2006/NĐ-CP ngày 20/02/2006 quy định chi tiết Luật Thương mại về kinh doanh dịch vụ giám định thương mại*
5. Nguyễn Ngọc Khánh (2007), *Chế định hợp đồng trong bộ luật dân sự Việt Nam*, Nxb Tư pháp, Hà Nội
6. Hà Linh, *Phạt vi phạm hợp đồng: Đầu xuôi, đuôi không lọt*, tinnhanhchungkhoan.vn, <http://tinnhanhchungkhoan.vn/phap-luat/phat-vi-pham-hop-dong-dau-xuoi-duoi-khong-lot-148337.html>, 12/04/2016
7. Trần Văn Nam (2006), *Pháp luật và thông lệ quốc tế, pháp luật của Việt Nam về thương mại quốc tế*, Nxb Lao động xã hội, Hà Nội
8. Hoàng Văn Nghĩa (2006), *Luật thương mại và các văn bản hướng dẫn thi hành*, Nxb Thống kê, Hà Nội
9. Hoàng Văn Ninh (2006), *Các quy định của pháp luật về hợp đồng và mẫu hợp đồng*, Nxb Thống kê, Hà Nội
10. Nguyễn Như Phát (2002), *Luật kinh tế Việt Nam*, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội
11. Phòng thương mại và công nghiệp Việt Nam (2011), *Báo cáo nghiên cứu: Đề xuất Việt Nam gia nhập Công ước Viên về hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế*, Hà Nội

12. Tòa án nhân dân thành phố Hồ Chí Minh (2014), *Bản án số: 05/2014/KDTM-ST, về việc tranh chấp hợp đồng mua bán hàng hóa*, TP.Hồ Chí Minh
13. Tòa án nhân dân thành phố Hồ Chí Minh (2014), *Bản án số:07/2012/KDTM-ST, về việc tranh chấp hợp đồng mua bán hàng hóa*, TP.Hồ Chí Minh
14. Tòa phúc thẩm tòa án nhân dân tối cao tại Hà Nội (2008), *Bản án số:54/2008/KDTM-PT, về việc tranh chấp hợp đồng mua bán hàng hóa*, Hà Nội
15. Trường đại học Luật Hà Nội (2000), *Giáo trình luật kinh tế*, Nxb Công an nhân dân, Hà Nội
16. Trường đại học Luật Hà Nội (2015), *Giáo trình luật dân sự Việt Nam*, Tập I, Nxb Công an nhân dân, Hà Nội
17. Trường đại học Luật Hà Nội (2015), *Giáo trình luật dân sự Việt Nam*, Tập II, Nxb Công an nhân dân, Hà Nội
18. Trường đại học Luật Hà Nội (2015), *Giáo trình luật thương mại*, Tập I, Nxb Công an nhân dân, Hà Nội
19. Trường đại học Luật Hà Nội (2015), *Giáo trình luật thương mại*, Tập II, Nxb Công an nhân dân, Hà Nội
20. Ủy ban thường vụ Quốc hội (1989), *Pháp lệnh hợp đồng kinh tế*, Hà Nội