

**BỘ GIÁO DỤC VÀ ĐÀO TẠO  
TRƯỜNG ĐẠI HỌC ĐẠI NAM  
KHÓA LUẬT**



**NGUYỄN TRANG NHUNG**  
*Lớp: LKT 13- 01      Khóa:13*

**PHÁP LUẬT VỀ  
TRÁCH NHIỆM BỒI THƯỜNG THIẾT HẠI  
DO VI PHẠM HỢP ĐỒNG THƯƠNG MẠI**

**KHÓA LUẬN TỐT NGHIỆP ĐẠI HỌC  
CHUYÊN NGÀNH LUẬT KINH TẾ**

**Giảng viên hướng dẫn: GVC.ThS NGUYỄN NGỌC LAN**

**HÀ NỘI 2023**

**BỘ GIÁO DỤC VÀ ĐÀO TẠO  
TRƯỜNG ĐẠI HỌC ĐẠI NAM  
KHOA LUẬT**



**NGUYỄN TRANG NHUNG**  
*Lớp: LKT 13- 01      Khóa:13*

**PHÁP LUẬT VỀ  
TRÁCH NHIỆM BỒI THƯỜNG THIẾT HẠI  
DO VI PHẠM HỢP ĐỒNG THƯƠNG MẠI**

**KHÓA LUẬN TỐT NGHIỆP ĐẠI HỌC  
CHUYÊN NGÀNH LUẬT KINH TẾ**

**Giảng viên hướng dẫn: GVC.ThS NGUYỄN NGỌC LAN**

Thời gian thực hiện: từ 25/02/2023 đến 30/05/2023

**HÀ NỘI 2023**



**LỜI CAM ĐOAN**

Khóa luận này là công trình nghiên cứu của cá nhân tôi, được thực hiện dưới sự hướng dẫn của ThS. Nguyễn Ngọc Lan. Các số liệu, những kết luận nghiên cứu được trình bày trong luận văn này là hoàn toàn trung thực. Tôi xin chịu trách nhiệm về lời cam đoan này.

## **LỜI CẢM ƠN**

Lần đầu tiên, em xin chân thành cảm ơn cô Nguyễn Ngọc Lan đã tận tình hướng dẫn, chỉ bảo và luôn có sự phản hồi tỉ mỉ trong thời gian nhanh nhất nhằm giúp em trong suốt thời gian qua để tôi có thể hoàn thành tốt khóa luận này.

Em cũng xin cảm ơn thầy, cô trong Khoa Luật Kinh tế đã tạo điều kiện tốt nhất giúp em hoàn thành tốt nhất giúp em hoàn thành khóa luận. Cũng như bạn bè, gia đình đã tạo điều kiện để em có thể hoàn thành khóa luận trong thời gian sớm nhất. Tuy rằng khóa luận còn nhiều thiếu sót và hạn chế nhưng rất mong nhận được sự góp ý từ thầy cô cũng như các bạn học để bài luận của em có thể hoàn thiện hơn nữa. Em xin chân thành cảm ơn!

**DANH MỤC KÝ HIỆU HOẶC CÁC CHỮ VIẾT TẮT**

Viết tắt	Tiếng Việt
BLDS	Bộ luật Dân sự
BTTH	Bồi thường thiệt hại
CISG	Công ước của Liên Hợp Quốc về Hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế
HĐTM	Hợp đồng thương mại
HĐXX	Hội đồng xét xử
LTM	Luật thương mại
TNBTTH	Trách nhiệm bồi thường thiệt hại
TAND	Tòa án nhân dân
UNIDROIT	Bộ nguyên tắc về Hợp đồng thương mại của Viện Thống nhất Tư pháp quốc tế

## MỤC LỤC

	Trang
Lời cam đoan	i
Lời cảm ơn	ii
Danh mục ký hiệu hoặc các chữ viết tắt	iii
Mục lục	iv
<b>MỞ ĐẦU .....</b>	<b>1</b>
<b>1.Lý do chọn đề tài .....</b>	<b>1</b>
<b>2.Mục đích nghiên cứu và nhiệm vụ của đề tài .....</b>	<b>1</b>
2.1. Mục đích nghiên cứu .....	1
2.2. Nhiệm vụ đề tài .....	1
<b>3. Đối tượng và phạm vi nghiên cứu của đề tài .....</b>	<b>2</b>
3.1. Đối tượng nghiên cứu.....	2
3.2. Phạm vi nghiên cứu .....	2
<b>4. Phương pháp nghiên cứu.....</b>	<b>3</b>
<b>5. Những đóng góp mới của đề tài.....</b>	<b>3</b>
<b>6. Bố cục của đề tài.....</b>	<b>4</b>
<b>CHƯƠNG 1</b>	
<b>KHÁI QUÁT CHUNG VỀ TRÁCH NHIỆM BỒI THƯỜNG THIẾT HẠI DO VI PHẠM HỢP ĐỒNG THƯƠNG MẠI .....</b>	<b>5</b>
<b>1.1.Khái niệm về trách nhiệm bồi thường thiệt hại .....</b>	<b>5</b>
<b>1.2.Phân loại trách nhiệm bồi thường thiệt hại do vi phạm hợp đồng thương mại .....</b>	<b>9</b>
1.2.1.Trách nhiệm bồi thường thiệt hại theo hợp đồng và trách nhiệm bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng .....	9
1.2.2.Trách nhiệm bồi thường thiệt hại vật chất và trách nhiệm bồi thường thiệt hại về tinh thần.....	11
1.2.3.Trách nhiệm bồi thường thiệt hại do hành vi của con người gây ra và trách nhiệm bồi thường thiệt hại do tài sản gây ra.....	12
1.2.4.Trách nhiệm liên đới và trách nhiệm riêng rẽ .....	13
1.2.5.Trách nhiệm hỗn hợp và trách nhiệm độc lập.....	14
1.2.6.Trách nhiệm bồi thường của cá nhân, trách nhiệm BTTH của pháp nhân, các tổ chức khác và trách nhiệm bồi thường Nhà nước.....	14
<b>1.3.Mối quan hệ giữa bồi thường thiệt hại với các biện pháp khắc phục hậu quả do vi phạm hợp đồng.....</b>	<b>15</b>
<b>1.4.Quy định của pháp luật hiện hành về bồi thường thiệt hại do vi phạm hợp đồng thương mại.....</b>	<b>19</b>
<b>CHƯƠNG 2</b>	
<b>THỰC TRẠNG PHÁP LUẬT VÀ THỰC TIỄN ÁP DỤNG BỒI THƯỜNG THIẾT HẠI DO VI PHẠM HỢP ĐỒNG THƯƠNG MẠI.....</b>	<b>21</b>
<b>2.1.Thực trạng pháp luật về bồi thường thiệt hại do vi phạm hợp đồng thương mại theo Luật Thương mại .....</b>	<b>21</b>

2.1.1. Các quy định về chủ thể và quyền, nghĩa vụ của chủ thể có trách nhiệm bồi thường thiệt hại do vi phạm hợp đồng thương mại .....	23
2.1.2. Các quy định về chủ thể, quyền và nghĩa vụ của chủ thể có quyền yêu cầu bồi thường thiệt hại do vi phạm hợp đồng thương mại .....	28
<b>2.2. Thực trạng pháp luật và thực tiễn thực hiện quy định về căn cứ phát sinh trách nhiệm bồi thường thiệt hại do vi phạm hợp đồng thương mại.....</b>	<b>32</b>
2.2.1. Các quy định về căn cứ là “hành vi vi phạm hợp đồng” .....	32
2.2.2. Các quy định về căn cứ là “thiệt hại thực tế” .....	36
2.2.3. Các quy định về căn cứ là “mối quan hệ nhân quả giữa hành vi vi phạm hợp đồng và thiệt hại thực tế” .....	36
2.2.4. Về yếu tố "lỗi" .....	37
<b>2.3. Thực trạng pháp luật và thực tiễn thực hiện quy định về phương thức, nguyên tắc xác định thiệt hại được bồi thường và việc xác định thiệt hại được bồi thường trong các trường hợp đặc thù.....</b>	<b>39</b>
2.3.1. Phương thức xác định thiệt hại được bồi thường .....	39
2.3.2. Nguyên tắc xác định thiệt hại được bồi thường .....	40
2.3.3. Việc xác định mức bồi thường thiệt hại trong trường hợp đặc thù .....	41
2.3.3.1. Xác định mức bồi thường thiệt hại trong các trường hợp có thỏa thuận trước .....	41
2.3.3.2 Xác định mức bồi thường thiệt hại trong trường hợp bên tham gia hợp đồng vi phạm nghĩa vụ trả tiền.....	42
<b>2.4. Thực trạng quy định về thực hiện trách nhiệm bồi thường thiệt hại do vi phạm hợp đồng thương mại và vấn đề miễn trách nhiệm bồi thường thiệt hại do vi phạm hợp đồng thương mại.....</b>	<b>43</b>
2.4.1. Thực trạng quy định về thực hiện trách nhiệm bồi thường thiệt hại do vi phạm hợp đồng thương mại .....	43
2.4.2. Thực trạng quy định về vấn đề miễn trách nhiệm bồi thường thiệt hại do vi phạm hợp đồng thương mại .....	45
<b>CHƯƠNG 3</b>	
<b>ĐỊNH HƯỚNG VÀ GIẢI PHÁP HOÀN THIỆN PHÁP LUẬT NHẪM NÂNG CAO HIỆU QUẢ ÁP DỤNG THỰC TIỄN LUẬT PHÁP TRONG VIỆC BỒI THƯỜNG THIẾT HẠI DO VI PHẠM HỢP ĐỒNG.....</b>	<b>53</b>
<b>3.1. Định hướng hoàn thiện pháp luật về trách nhiệm bồi thường thiệt hại do vi phạm hợp đồng thương mại.....</b>	<b>53</b>
3.1.1. Hoàn thiện pháp luật về bồi thường thiệt hại do vi phạm hợp đồng thương mại đảm bảo phù hợp với đường lối phát triển kinh tế, yêu cầu hội nhập kinh tế và xây dựng môi trường kinh doanh lành mạnh .....	53
3.1.2. Sửa đổi, bổ sung và hoàn thiện các quy phạm pháp luật về bồi thường thiệt hại do vi phạm hợp đồng thương mại .....	54
3.1.3. Hoàn thiện pháp luật trong về trách nhiệm bồi thường thiệt hại do vi phạm hợp đồng thương mại theo hướng tổng quát.....	55
<b>3.2. Giải pháp hoàn thiện pháp luật về bồi thường thiệt hại do vi phạm hợp đồng thương mại và nâng cao hiệu quả thực thi pháp luật .....</b>	<b>56</b>
<b>KẾT LUẬN.....</b>	<b>60</b>
<b>DANH MỤC TỰ LIỆU THAM KHẢO.....</b>	<b>61</b>



## **MỞ ĐẦU**

### **1. Lý do chọn đề tài**

Đề tài nghiên cứu về trách nhiệm bồi thường thiệt hại do vi phạm hợp đồng thương mại là một vấn đề mang tính cấp thiết trong việc thiết lập và xây dựng môi trường kinh doanh lành mạnh nhằm thúc đẩy nền kinh tế Việt Nam ngày càng phát triển theo xu hướng hội nhập quốc tế. Trong những năm vừa qua, vi phạm hợp đồng thương mại có xu hướng gia tăng nhanh chóng, đặc biệt xuất hiện những hành vi vi phạm mang tính chất phức tạp, nghiêm trọng và vi phạm những hợp đồng có giá trị kinh tế cao. Vì vậy trong bối cảnh nền kinh tế Việt Nam hội nhập sâu rộng như hiện nay đòi hỏi phải cần sửa đổi, bãi bỏ một số quy định chưa phù hợp và ban hành những quy định mới về trách nhiệm bồi thường thiệt hại do vi phạm hợp đồng mang tính thích ứng cao theo xu hướng tiếp thu có chọn lọc những điểm tiến bộ của các văn bản pháp luật của quốc tế. Bên cạnh đó, thông qua đề tài này sẽ giúp các thương nhân, doanh nghiệp Việt Nam đảm bảo được quyền và lợi ích hợp pháp của mình trên thị trường kinh doanh, hạn chế những vi phạm trong hợp đồng thương mại và có các giải quyết khó khăn trong các trường hợp vi phạm hợp đồng.

### **2. Mục đích nghiên cứu và nhiệm vụ của đề tài**

#### **2.1. Mục đích nghiên cứu**

Trên cơ sở nghiên cứu lý luận, khảo sát thực trạng pháp luật và thực tiễn áp dụng pháp luật về trách nhiệm bồi thường thiệt hại do vi phạm HĐTM tại Việt Nam, đối chiếu với quy định về trách nhiệm bồi thường thiệt hại do vi phạm hợp đồng của một số quốc gia trên thế giới. Việc nghiên cứu xuất phát từ tiếp thu có chọn lọc các vấn đề về lý luận, các quy định pháp luật, tiếp tục sửa đổi, bãi bỏ quy định chưa phù hợp hoặc bổ sung những nội dung mới hoàn thiện hơn, từ đó nhằm áp dụng biện pháp trách nhiệm phù hợp khi có hành vi vi phạm hoặc giảm thiểu tình trạng vi phạm HĐTM. Cụ thể là làm sáng tỏ và hoàn thiện hơn về vi phạm hợp đồng thương mại, các căn cứ áp dụng trách nhiệm, các biện pháp trách nhiệm bồi thường thiệt hại do vi phạm hợp đồng, các trường hợp miễn, giảm trách nhiệm do vi phạm hợp đồng.

#### **2.2. Nhiệm vụ đề tài**

Đề tài có nhiệm vụ giải quyết những vấn đề sau đây: Làm sáng tỏ những vấn đề lý luận chung về trách nhiệm bồi thường thiệt hại do vi phạm HĐTM như

sau: Khái niệm và đặc điểm về trách nhiệm bồi thường thiệt hại do vi phạm HĐTM, các loại vi phạm HĐTM; Làm rõ căn cứ xác định trách nhiệm bồi thường thiệt hại do vi phạm hợp đồng; Các hình thức miễn trách nhiệm khi vi phạm hợp đồng. Nghiên cứu thực trạng pháp luật, thực tiễn áp dụng pháp luật về trách nhiệm bồi thường thiệt hại do vi phạm HĐTM ở Việt Nam. Từ đó, đưa ra định hướng sửa đổi, bổ sung những quy định của các văn bản pháp luật về trách nhiệm bồi thường thiệt hại do vi phạm HĐTM của Việt Nam. Đề tài tiếp tục nghiên cứu một số nhận thức trong lý luận và đề xuất những kiến nghị, giải pháp pháp lý cụ thể cho việc sửa đổi, bổ sung các quy định pháp luật Việt Nam hiện hành về trách nhiệm bồi thường thiệt hại do vi phạm HĐTM.

### **3. Đối tượng và phạm vi nghiên cứu của đề tài**

#### **3.1. Đối tượng nghiên cứu**

Đề tài nghiên cứu trách nhiệm bồi thường thiệt hại do vi phạm HĐTM, cụ thể là: các tư liệu có liên quan đến trách nhiệm bồi thường thiệt hại do vi phạm HĐTM; vấn đề lý luận về trách nhiệm bồi thường thiệt hại do vi phạm hợp đồng thương mại; các quy định pháp luật của Việt Nam về trách nhiệm bồi thường thiệt hại do vi phạm hợp đồng thương mại, nghiên cứu các giải pháp để hoàn thiện trách nhiệm BTTH do vi phạm hợp đồng thương mại.

#### **3.2. Phạm vi nghiên cứu**

Đề tài tập trung nghiên cứu quy định trách nhiệm bồi thường thiệt hại do vi phạm HĐTM trong LTM hiện hành, theo đó nghiên cứu trách nhiệm pháp lý do vi phạm HĐTM (bao gồm hợp đồng kinh doanh – thương mại) trên nền tảng quy định về hợp đồng dân sự, không nghiên cứu về trách nhiệm bồi thường thiệt hại do vi phạm hợp đồng lao động. Bên cạnh đó, đề tài nghiên cứu các loại trách nhiệm bồi thường thiệt hại do vi phạm HĐTM khi hợp đồng được ký kết một cách hợp pháp, có hiệu lực ràng buộc các bên chủ thể trong hợp đồng, còn những vấn đề trách nhiệm do hành vi vi phạm về tiền HĐTM, trách nhiệm khi HĐTM bị vô hiệu không thuộc phạm vi nghiên cứu trong đề tài này.

### **4. Phương pháp nghiên cứu**

Một số phương pháp chủ yếu được sử dụng trong đề tài: phương pháp thống kê, tổng hợp, phân tích, phương pháp so sánh giữa các công trình nghiên cứu những nội dung có liên quan đến vấn đề trách nhiệm bồi thường thiệt hại do

vi phạm HĐTM. Các phương pháp này được sử dụng rải rác trong nhiều chương khác nhau của khóa luận như phân tích làm rõ các loại trách nhiệm bồi thường thiệt hại do vi phạm HĐTM, phân tích, đánh giá tính phù hợp giữa quy định pháp luật hiện hành với thực tiễn áp dụng pháp luật.

### **5. Những đóng góp mới của đề tài**

Kết quả nghiên cứu được thể hiện trong khóa luận có một số điểm mới sau đây:

*Một* là, đề tài phân tích và làm rõ về khái niệm về vi phạm HĐTM, đặc điểm riêng của vi phạm HĐTM, tiếp tục phân tích sâu hơn về những loại vi phạm như vi phạm nghiêm trọng, vi phạm trước thời hạn, vi phạm hợp đồng do bên thứ ba vi phạm. Ngoài ra việc xác định lỗi cố ý của bên vi phạm là căn cứ để khẳng định có hành vi vi phạm nghiêm trọng hợp đồng. Hơn nữa, xác định bổ sung thông báo, khiếu nại trong thương mại, thời hiệu khởi kiện là căn cứ để xác định trách nhiệm bồi thường thiệt hại do vi phạm HĐTM.

*Hai* là, dựa trên các nghiên cứu trước đây, việc xây dựng khái niệm trách nhiệm bồi thường thiệt hại do vi phạm HĐTM, phân tích những đặc điểm riêng của nhiệm vụ bồi thường thiệt hại do vi phạm HĐTM.

*Ba* là, chỉ ra những điểm bất cập, thiếu sót của pháp luật hiện hành và của thực tiễn áp dụng và từ đó để đưa ra những kiến nghị hoàn thiện pháp luật đối với các quy định về trách nhiệm bồi thường thiệt hại do vi phạm hợp đồng thương mại, hoàn thiện các quy định về căn cứ xác định trách nhiệm do vi phạm hợp đồng, các biện pháp trách nhiệm do vi phạm hợp đồng thương mại như buộc tiếp tục thực hiện hợp đồng, tạm ngừng thực hiện hợp đồng, phạt vi phạm, bồi thường thiệt hại, hủy hợp đồng. Hoàn thiện các trường hợp miễn, giảm trách nhiệm do vi phạm hợp đồng thương mại. Phân biệt trường hợp miễn giảm trách nhiệm với không phải chịu trách nhiệm do không thể thực hiện được hợp đồng.

*Bốn* là, phân tích thực tiễn áp dụng các quy định về trách nhiệm bồi thường thiệt hại do vi phạm hợp đồng thương mại. Từ thực tiễn pháp luật, thực thi pháp luật về trách nhiệm bồi thường thiệt hại do vi phạm HĐTM từ đó phân tích nhận thức pháp luật của các chủ thể áp dụng, chủ thể tham gia vào quan hệ pháp luật có liên quan. Tìm hiểu và phân tích kinh nghiệm xây dựng và áp dụng pháp luật về nội dung pháp luật tương ứng theo công ước quốc tế, một số nước trên thế giới

để tiếp thu những điểm phù hợp nhằm hoàn thiện pháp luật về trách nhiệm bồi thường thiệt hại do vi phạm HĐTM trong LTM năm 2005.

#### **6. Bố cục của đề tài**

Khóa luận bao gồm phần mở đầu, nội dung khóa luận bao gồm 03 chương, kết luận, phụ lục, danh mục tài liệu tham khảo. Cụ thể là:

Chương I: Khái quát chung về trách nhiệm bồi thường thiệt hại do vi phạm hợp đồng thương mại

Chương II: Thực trạng pháp luật và thực tiễn áp dụng bồi thường thiệt hại do vi phạm hợp đồng thương mại

Chương III: Định hướng và giải pháp hoàn thiện pháp luật nhằm nâng cao hiệu quả áp dụng thực tiễn luật pháp trong việc bồi thường thiệt hại do vi phạm hợp đồng

## CHƯƠNG 1

### KHÁI QUÁT CHUNG VỀ TRÁCH NHIỆM BỒI THƯỜNG THIẾT HẠI DO VI PHẠM HỢP ĐỒNG THƯƠNG MẠI

#### 1.1. Khái niệm về trách nhiệm bồi thường thiệt hại

Hợp đồng nói chung được hiểu là sự thỏa thuận giữa các bên về việc xác lập, thay đổi hoặc chấm dứt quyền, nghĩa vụ dân sự. Hợp đồng thương mại là thỏa thuận giữa thương nhân với thương nhân, thương nhân với các bên có liên quan nhằm xác lập, thay đổi hoặc chấm dứt quyền, nghĩa vụ giữa các bên trong hoạt động mua bán hàng hoá, cung ứng dịch vụ thương mại và xúc tiến thương mại. Khi các bên thỏa thuận giao kết bằng hợp đồng trong ba hình thức như bằng lời nói, bằng văn bản hoặc hành vi cụ thể thì hợp đồng được xem xét là đã giao kết và phải tuân theo quy định về nội dung của các hình thức đó. Tuy nhiên nếu trong trường hợp các bên vi phạm hợp đồng, bên vi phạm phải có trách nhiệm bồi thường cho bên bị hại theo quy định của pháp luật.

Trước khi được hiểu là một loại trách nhiệm pháp lý chịu sự điều chỉnh của Luật tư như hiện nay thì trách nhiệm bồi thường thiệt hại đã trải qua một quá trình phát triển với nhiều giai đoạn thể hiện bản chất khác biệt. Giai đoạn thứ nhất: Trong thời kỳ cổ đại, khi chính quyền trong xã hội còn chưa được tổ chức một cách vững chãi, các cá nhân, mỗi khi bị xâm phạm quyền lợi được tự ý trả thù để trừng phạt đối phương hoặc bắt đối phương làm nô lệ, hoặc lấy tài sản của họ. Chế độ này còn được gọi là chế độ tư nhân phục thù. Trong giai đoạn thứ hai, người gây ra sự tổn hại có thể nộp số tiền chuộc hay thực kim cho nạn nhân để tránh trả thù. Chế độ này được gọi là chế độ thực kim. Chế độ thực kim này đã trải qua hai giai đoạn phát triển: 1) Khi chưa có sự can thiệp của pháp luật, các bên tự thỏa thuận với nhau về tiền chuộc, đó là chuộc lỗi tự nguyện; 2) Nhờ sự can thiệp của chính quyền, các bên tranh chấp bắt buộc phải giải quyết tranh chấp bằng cách trả cho nhau số tiền chuộc lỗi theo ngạch giá do pháp luật quy định, đó là chế độ thực kim bắt buộc. Tiền thực kim này có thể được coi như là một hình phạt, vừa có tính chất bồi thường thiệt hại.

Giai đoạn thứ ba, chứng kiến sự phân biệt hai trách nhiệm dân sự và hình sự, Trước hết, chính quyền chỉ can thiệp để trừng phạt những tội phạm chỉ liên quan đến trật tự xã hội, không liên hệ đến cá nhân. Sự can thiệp này rất cần thiết, vì nếu không có sự thanh trừng của xã hội, những vụ phạm pháp này không được

chú ý tới vì không làm hại trực tiếp đến quyền lợi của tư nhân. Sự can thiệp của chính quyền dần được nói rộng đến sự phạm pháp liên quan đến quyền lợi của các cá nhân như các vụ trộm cắp, ẩu đả. Về phương diện hình sự, cá nhân mất hết quyền phục thù và chỉ còn quyền xin bồi thường tổn hại của mình về dân sự.

Ở Việt Nam, trong luật cũ cũng không tách biệt trách nhiệm bồi thường thiệt hại là một loại trách nhiệm thuộc luật tư và cũng chỉ giải quyết vấn đề thuộc trật tự công. Ở giai đoạn hiện nay, trách nhiệm bồi thường thiệt hại được quy định và điều chỉnh bởi Luật tư và các nguyên tắc tổng quát về trách nhiệm này đã được đặt ở tất cả các nước. Ở Việt Nam, bồi thường thiệt hại hiện nay được hiểu là một loại trách nhiệm dân sự theo đó người có hành vi gây thiệt hại cho người khác phải bồi thường những tổn thất mà mình gây ra. Theo quy định của pháp luật Việt Nam hiện hành thì bồi thường thiệt hại được theo hai dạng bồi thường thiệt hại trong hợp đồng và bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng dựa trên các nội dung về căn cứ phát sinh trách nhiệm, nguyên tắc bồi thường, năng lực chịu trách nhiệm, thời hạn hưởng bồi thường. Tiếp cận dưới góc độ khoa học pháp lý chúng ta thấy rằng, mỗi người sống trong xã hội đều phải tôn trọng quy tắc chung của xã hội, không thể vì lợi ích của mình mà xâm phạm đến quyền và lợi ích hợp pháp của người khác. Khi một người vi phạm nghĩa vụ pháp lý mà gây tổn hại cho người khác thì chính người đó phải chịu bất lợi do hành vi của mình gây ra. Như vậy có thể hiểu, trách nhiệm bồi thường thiệt hại là một loại trách nhiệm dân sự mà theo đó thì khi một người vi phạm nghĩa vụ pháp lý của mình gây tổn hại cho người khác phải bồi thường những tổn thất mà mình gây ra.

Là một loại trách nhiệm pháp lý nên ngoài những đặc điểm của trách nhiệm pháp lý nói chung do cơ quan nhà nước có thẩm quyền áp dụng, áp dụng đối với người có hành vi vi phạm pháp luật luôn mang đến hậu quả bất lợi cho người bị áp dụng, được đảm bảo thực hiện bằng cưỡng chế nhà nước thì trách nhiệm bồi thường thiệt hại còn mang những đặc điểm sau:

*Về cơ sở pháp lý*, trách nhiệm bồi thường thiệt hại là một loại trách nhiệm dân sự và chịu sự điều chỉnh của pháp luật dân sự. Khi một người gây ra tổn thất cho người khác thì họ phải bồi thường thiệt hại và bồi thường thiệt hại chính là một quan hệ tài sản do Luật Dân sự điều chỉnh và quy định. *Về nguyên tắc bồi thường thiệt hại*, theo quy định của Điều 585 Bộ luật dân sự 2015 thì bồi thường thiệt hại được thực hiện dựa trên nguyên tắc sau: “1) *Thiệt hại trên thực tế phải*

được bồi thường toàn bộ và kịp thời. Các bên có thể tự thỏa thuận về mức bồi thường, hình thức bồi thường bằng tiền, bằng hiện vật hoặc thực hiện bằng một công việc, phương thức bồi thường một lần hay nhiều lần, trừ các trường hợp pháp luật có quy định khác về bồi thường thiệt hại; 2) Người chịu trách nhiệm bồi thường thiệt hại có thể được giảm mức bồi thường nếu không có lỗi hoặc có lỗi vô ý và thiệt hại quá lớn so với khả năng kinh tế của mình; 3) Khi mức bồi thường không còn phù hợp với thực tế thì bên bị thiệt hại hoặc bên gây thiệt hại có quyền yêu cầu Tòa án hoặc cơ quan nhà nước có thẩm quyền khác thay đổi mức bồi thường(...). Các nguyên tắc bồi thường đa phần chỉ áp dụng được đối với trường hợp thiệt hại do tài sản bị xâm phạm, bởi vì bằng cách này hay cách khác giá trị của tài sản bị xâm phạm đều có thể được xác định cụ thể bằng các đơn vị đo lường trên thực tế. Còn đối với các trường hợp đối tượng bị xâm phạm là các giá trị nhân thân như tính mạng, danh dự, nhân phẩm, sức khỏe, uy tín thì việc xác định thiệt hại trên thực tế sẽ rất khó. Bởi vì các giá trị nhân thân và tiền tệ không phải là các đại lượng ngang giá nên không thể dùng tiền để đo giá trị nhân thân bị tổn hại. Vì vậy, khi các giá trị nhân thân bị các chủ thể hay các tổ chức xâm phạm mức độ bồi thường chỉ là tương đối. Đối với nguyên tắc bồi thường thiệt hại kịp thời, người chịu trách nhiệm bồi thường thiệt hại phải nhanh chóng khắc phục tổn thất mà người bị thiệt hại phải gánh chịu. Việc khắc phục này phải được thực hiện trước khi tranh chấp về bồi thường thiệt hại được Tòa án có thẩm quyền giải quyết.

Về năng lực chịu trách nhiệm bồi thường thiệt hại của cá nhân, theo Bộ luật dân sự năm 2015 tại Điều 586 quy định: “1) Người từ đủ mười tám tuổi trở lên gây thiệt hại phải tự bồi thường; 2) Người chưa đủ mười tám tuổi gây thiệt hại mà còn cha, mẹ thì cha, mẹ phải bồi thường toàn bộ thiệt hại, nếu tài sản của cha, mẹ không đủ để bồi thường mà con chưa thành niên gây thiệt hại có tài sản riêng thì lấy tài sản đó để bồi thường phần còn thiếu. Người từ đủ mười tám tuổi đến chưa đủ mười tám tuổi gây thiệt hại thì phải bồi thường bằng tài sản của mình, nếu không đủ tài sản để bồi thường thì cha, mẹ phải bồi thường phần còn thiếu bằng tài sản của mình; 3) Người chưa thành niên, người mất năng lực hành vi dân sự, người có khó khăn trong nhận thức, làm chủ hành vi gây thiệt hại mà có người giám hộ thì người giám hộ đó được dùng tài sản của người được giám hộ để bồi thường; nếu người được giám hộ không có tài sản hoặc không đủ tài

*sản để bồi thường thì người giám hộ phải bồi thường bằng tài sản của mình; nếu người giám hộ chứng minh được mình không có lỗi trong việc giám hộ thì không phải lấy tài sản của mình để bồi thường”.*

*Về chủ thể bị áp dụng trách nhiệm:* Ngoài người trực tiếp có hành vi gây thiệt hại thì trách nhiệm bồi thường thiệt hại còn được áp dụng cả đối với những chủ thể khác đó là cha, mẹ của người chưa thành niên, người giám hộ của người được giám hộ, pháp nhân đối với người của pháp nhân gây ra thiệt hại, trường học, bệnh viện trong trường hợp người chưa thành niên, người mất năng lực hành vi dân sự gây thiệt hại hoặc tổ chức khác như cơ sở dạy nghề... Tuy nhiên, trách nhiệm bồi thường chỉ có thể áp dụng đối với các bên tham gia hợp đồng mà không thể áp dụng với bên thứ ba. Hay nói cách khác, các chủ thể trong hợp đồng không thể thỏa thuận bất kỳ ai không tham gia hợp đồng sẽ phải chịu trách nhiệm bồi thường thiệt hại mà không được sự đồng ý của họ.

*Về điều kiện phát sinh:* trách nhiệm bồi thường chỉ đặt ra khi thỏa mãn các điều kiện nhất định đó là: Có thiệt hại xảy ra, có hành vi vi phạm nghĩa vụ dân sự (nghĩa vụ theo hợp đồng hoặc ngoài hợp đồng), có mối quan hệ nhân quả giữa hành vi gây thiệt hại với thiệt hại xảy ra, có lỗi của người gây thiệt hại. Đây là những điều kiện chung nhất để xác định trách nhiệm của một người phải bồi thường thiệt hại do mình gây ra. Tuy nhiên, trong một số trường hợp đặc biệt, trách nhiệm bồi thường thiệt hại có thể phát sinh khi không có đủ các điều kiện trên điển hình là các trường hợp bồi thường thiệt hại do tài sản gây ra. Cụ thể về điều kiện có thiệt hại xảy ra là trong thực tế thiệt hại xảy ra do vi phạm nghĩa vụ dân sự bao gồm các thiệt hại: những tài sản bị mất mát hoặc hủy hoại hoàn toàn, những hư hỏng, giảm sút giá trị về tài sản, những chi phí mà người bị vi phạm khác bỏ ra để ngăn chặn, hạn chế và khắc phục những hậu quả do người vi phạm nghĩa vụ gây ra, những tổn thất do thu nhập thực tế bị mất, bị giảm sút. Những thiệt hại này được chia làm hai loại cụ thể là thiệt hại trực tiếp và thiệt hại gián tiếp. Trong đó, thiệt hại trực tiếp bao gồm thiệt hại về chi phí thực tế, hợp lý và thiệt hại về tài sản bị hư hỏng, mất mát, đây là những khoản hoặc những lợi ích vật chất khác mà người bị thiệt hại phải bỏ ra ngoài dự định của mình để khắc phục những tình trạng xấu do hành vi vi phạm nghĩa vụ của bên kia gây ra. Còn thiệt hại gián tiếp là những thiệt hại mà phải dựa trên sự tính toán khoa học mới xác định được mức độ thiệt hại, thiệt hại này còn được gọi là thu nhập thực tế bị



mất hoặc bị giảm sút. Điều kiện về mối quan hệ nhân quả giữa hành vi gây thiệt hại với thiệt hại xảy ra: hành vi gây thiệt hại là nguyên nhân và thiệt hại xảy ra là kết quả, chỉ khi nào thiệt hại xảy ra là hậu quả tất yếu của hành vi vi phạm pháp luật thì người vi phạm mới phải bồi thường thiệt hại. Ngoài ra nếu có nguyên nhân khác nhau dẫn đến thiệt hại thì việc xác định trách nhiệm bồi thường thuộc về ai cần xem xét hành vi vi phạm của họ có quan hệ như thế nào đối với thiệt hại xảy ra để tránh sai lầm khi áp dụng các quy định về trách nhiệm bồi thường thiệt hại. Bên cạnh đó, điều kiện về có hành vi vi phạm nghĩa vụ dân sự thì lỗi của người vi phạm là điều kiện đầu tiên và quan trọng nhất làm căn cứ phát sinh trách nhiệm bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng. Người không thực hiện hoặc thực hiện không đúng nghĩa vụ dân sự khi có lỗi do cố ý hoặc lỗi vô ý, trừ các trường hợp đã có thỏa thuận trước đó hoặc pháp luật quy định khác.

*Về hậu quả pháp lý:* trách nhiệm bồi thường thiệt hại luôn mang đến hậu quả bất lợi về tài sản cho người gây thiệt hại. Bởi lẽ, khi một người gây tổn thất cho người khác thì tổn thất đó phải tính toán được bằng tiền hoặc phải được pháp luật quy định là một đại lượng vật chất nhất định nếu không thể thực hiện được việc bồi thường. Do đó, những thiệt hại về tinh thần mặc dù không thể tính toán được nhưng cũng sẽ được xác định theo quy định của pháp luật để bù đắp lại tổn thất cho người bị thiệt hại. Vì vậy, thực hiện trách nhiệm bồi thường sẽ giúp khôi phục lại thiệt hại cho người bị thiệt hại.

## **1.2. Phân loại trách nhiệm bồi thường thiệt hại do vi phạm hợp đồng thương mại**

### **1.2.1. Trách nhiệm bồi thường thiệt hại theo hợp đồng và trách nhiệm bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng**

Căn cứ vào nguồn gốc phát sinh, trách nhiệm bồi thường thiệt hại được phân thành trách nhiệm bồi thường thiệt hại theo hợp đồng và trách nhiệm bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng. Đây là cách phân loại cơ bản nhất bởi lẽ xác định cơ sở giải quyết theo bồi thường theo hợp đồng và ngoài hợp đồng sẽ khác nhau. Chính vì vậy, việc xác định rõ hai loại trách nhiệm này sẽ giúp cho việc áp dụng pháp luật dân sự một cách đúng đắn.

Trách nhiệm bồi thường thiệt hại theo hợp đồng 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.

Cơ sở để phát sinh trách nhiệm bồi thường thiệt hại theo hợp đồng bao gồm: Trách nhiệm bồi thường thiệt hại theo hợp đồng phải dựa trên cơ sở một hợp đồng có trước tức là người được hưởng bồi thường và người gây ra thiệt hại trước đó phải có một quan hệ hợp đồng. Nếu giữa hai bên không tồn tại một hợp đồng nào thì nếu có thiệt hại xảy ra bao giờ cũng sẽ là những thiệt hại phát sinh ngoài hợp đồng và bên gây thiệt hại chỉ có thể phải chịu trách nhiệm bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng. Chính vì vậy, bồi thường thiệt hại trong trường hợp hợp đồng vô hiệu, hủy bỏ hợp đồng và vi phạm đề nghị giao kết hợp đồng là bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng bởi lẽ hợp đồng chưa được giao kết giữa các bên được coi là chưa hề tồn tại. Trách nhiệm bồi thường theo hợp đồng chỉ phát sinh khi có hành vi vi phạm nghĩa vụ theo hợp đồng tức là không thực hiện hoặc thực hiện không đúng hợp đồng gây ra. Nếu giữa các bên tồn tại quan hệ hợp đồng nhưng hành vi gây thiệt hại không phải là do vi phạm hợp đồng thì trách nhiệm phát sinh cũng không phải là trách nhiệm theo hợp đồng. Chủ thể gây thiệt hại và người bị thiệt hại chính là các bên trong quan hệ hợp đồng đó, bồi thường thiệt hại theo hợp đồng được áp dụng khi hành vi gây thiệt hại là hành vi vi phạm nghĩa vụ theo hợp đồng. Hành vi vi phạm nghĩa vụ theo hợp đồng chỉ có thể làm ảnh hưởng đến lợi ích của các bên tham gia trong hợp đồng đó. Do đó, nếu người thứ ba có lỗi để gây ra thiệt hại cho một bên trong hợp đồng hoặc do bên trong hợp đồng gây ra thiệt hại cho người thứ ba thì trách nhiệm dân sự phát sinh chỉ có thể là trách nhiệm ngoài hợp đồng. Trường hợp này không áp dụng đối với hợp đồng vì lợi ích của người thứ ba bởi lẽ đây là trường hợp ngoại lệ vì người thứ ba cũng là người có quyền lợi liên quan và được đề cập đến trong hợp đồng.

Trách nhiệm bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng được hiểu là một loại trách nhiệm dân sự mà khi người nào đó có hành vi vi phạm nghĩa vụ do pháp luật quy định do pháp luật quy định ngoài hợp đồng xâm phạm đến quyền và lợi ích hợp pháp của người khác thì phải bồi thường thiệt hại do mình gây ra. Nếu trách nhiệm bồi thường thiệt hại theo hợp đồng được phát sinh trên cơ sở một hợp đồng có trước thì trách nhiệm bồi thường ngoài hợp đồng là một loại trách nhiệm pháp lý do pháp luật quy định đối với người có hành vi trái pháp luật xâm phạm đến quyền và lợi ích hợp pháp của người khác. Hiện nay, pháp luật Việt Nam quy định chủ yếu về trách nhiệm bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng đối

với hành vi xâm phạm đến tính mạng, sức khỏe, danh dự, nhân phẩm, uy tín, tài sản của các cá nhân và tổ chức khác.

So với trách nhiệm bồi thường thiệt hại theo hợp đồng thì trách nhiệm bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng có một số khác biệt như sau:

Về *cơ sở phát sinh trách nhiệm*: Trách nhiệm bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng là một loại trách nhiệm dân sự phát sinh trên cơ sở do pháp luật quy định, khác với các loại trách nhiệm pháp lý khác thì trách nhiệm dân sự có thể phát sinh trên cơ sở tự thỏa thuận của các bên. Tuy nhiên, trách nhiệm phát sinh trên cơ sở thỏa thuận của các bên chỉ có thể là trách nhiệm theo hợp đồng ví dụ như buộc phải thực hiện nghĩa vụ theo hợp đồng, phạt vi phạm hoặc bồi thường thiệt hại. Về *điều kiện phát sinh trách nhiệm*: trách nhiệm bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng là một loại trách nhiệm dân sự phát sinh khi có đủ các điều kiện do pháp luật quy định: có thiệt hại xảy ra, có hành vi trái pháp luật, có mối quan hệ nhân quả giữa hành vi trái pháp luật và thiệt hại xảy ra, có lỗi. Tuy nhiên, bồi thường thiệt hại theo hợp đồng, do cơ sở phát sinh trách nhiệm là do các bên thỏa thuận nên các bên cũng có thể thỏa thuận đặt ra các điều kiện phát sinh có thể không bao gồm đầy đủ những điều kiện trên nhưng bên vi phạm hợp đồng không có lỗi cũng phải bồi thường thiệt hại. Về *mức bồi thường*: bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng về nguyên tắc là người gây ra thiệt hại phải bồi thường toàn bộ thiệt hại xảy ra. Thiệt hại chỉ có thể được giảm trong một trường hợp đặc biệt đó là người gây thiệt hại có lỗi vô ý và thiệt hại xảy ra quá lớn với khả năng kinh tế trước mắt và lâu dài của họ. Còn đối với bồi thường thiệt hại theo hợp đồng thì các bên có thể thỏa thuận ngay trong hợp đồng về mức bồi thường bằng, thấp hơn 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 thỏa thuận.

### **1.2.2. Trách nhiệm bồi thường thiệt hại vật chất và trách nhiệm bồi thường thiệt hại về tinh thần**

Căn cứ vào lợi ích bị xâm phạm và những thiệt hại xảy ra mà trách nhiệm BTTH được phân thành trách nhiệm BTTH về vật chất và trách nhiệm bù đắp tổn thất về tinh thần. Trách nhiệm BTTH về vật chất là trách nhiệm bồi thường tổn thất vật chất thực tế được tính thành tiền do bên vi phạm gây ra, bao gồm 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 giảm sút.

Trách nhiệm BTTH về tinh thần được hiểu là người gây thiệt hại cho người khác do xâm phạm đến tính mạng, sức khỏe, danh dự, nhân phẩm, uy tín của người đó thì ngoài việc chấm dứt hành vi vi phạm, xin lỗi, cải chính công khai còn phải bồi thường một khoản tiền để bù đắp những tổn thất về tinh thần cho người bị thiệt hại như sự buồn rầu, lòng đau thương... Việc phân biệt hai loại trách nhiệm này có ý nghĩa trong việc xác định nghĩa vụ chứng minh và mức bồi thường: Về nguyên tắc, người bị thiệt hại phải có nghĩa vụ chứng minh thiệt hại xảy ra và mức bồi thường sẽ bằng mức thiệt hại. Tuy nhiên, nguyên tắc này chỉ có thể áp dụng đối với trường hợp đó là trách nhiệm BTTH về vật chất còn trong trường hợp BTTH về tinh thần thì rõ ràng những tổn thất về tinh thần là những tổn thất không thể nhìn thấy, không thể tính toán và không thể chứng minh được. Chính vì vậy, trong trường hợp này pháp luật cần quy định một mức nhất định để cơ quan Nhà nước có thẩm quyền áp dụng trong trường hợp một người có hành vi xâm phạm đến các quyền nhân thân của người khác.

### **1.2.3. Trách nhiệm bồi thường thiệt hại do hành vi của con người gây ra và trách nhiệm bồi thường thiệt hại do tài sản gây ra**

Căn cứ vào nguyên nhân gây ra thiệt hại, trách nhiệm bồi thường thiệt hại được phân chia thành trách nhiệm bồi thường thiệt hại do hành vi của con người gây ra và trách nhiệm BTTH do tài sản gây ra. Trách nhiệm BTTH do hành vi của con người gây ra được hiểu là trách nhiệm bồi thường thiệt hại phát sinh khi thiệt hại xảy ra là kết quả tất yếu của hành vi của con người gây ra. Trường hợp này người gây thiệt hại đã thực hiện hành vi dưới dạng hành động hoặc không hành động và hành vi đó chính là nguyên nhân trực tiếp gây ra thiệt hại. Trách nhiệm bồi thường thiệt hại do tài sản gây ra là trách nhiệm bồi thường thiệt hại phát sinh khi tài sản là nguyên nhân gây ra thiệt hại như hoạt động của nguồn nguy hiểm cao độ gây thiệt hại, cây cối đổ gãy gây ra thiệt hại, nhà công trình xây dựng bị sập, đổ gây thiệt hại, gia súc gây thiệt hại... Việc phân loại hai loại trách nhiệm này có ý nghĩa trong việc xác định căn cứ làm phát sinh trách nhiệm bồi thường thiệt hại: Đối với trường hợp BTTH do hành vi gây ra thì một điều kiện không thể thiếu là hành vi gây thiệt hại phải là hành vi trái pháp luật. Trong khi đó, BTTH do tài sản gây ra vì không có hành vi nên điều kiện này không thể được xem xét đến.

Ngoài ra, việc phân loại này còn có ý nghĩa trong việc xác định chủ thể chịu trách nhiệm bồi thường: Về nguyên tắc thì người nào có hành vi trái pháp luật gây ra thiệt hại thì người đó phải BTTH do mình gây ra còn đối với BTTH do tài sản gây ra thì về nguyên tắc trách nhiệm lại thuộc về chủ sở hữu hoặc người được chủ sở hữu giao quản lý tài sản đó chứ không phải thuộc về tất cả mọi người đang chiếm giữ tài sản đó. Hiện nay, BLDS Việt Nam chưa quy định về trường hợp một người chiếm hữu hợp pháp đối với tài sản như chiếm hữu thông qua hợp đồng dân sự (ví dụ thông qua hợp đồng thuê, mượn, gửi giữ ...) hoặc chiếm hữu tài sản do pháp luật quy định (chiếm hữu tài sản bị đánh rơi, bỏ quên, gia súc, gia cầm thất lạc...) mà tài sản này gây thiệt hại cho người khác thì ai phải bồi thường thiệt hại. Xét về nguyên tắc theo quy định của pháp luật hiện nay thì chủ sở hữu vẫn phải chịu trách nhiệm bồi thường. Theo tác giả thì quy định như vậy sẽ không phù hợp vì trong trường hợp này chủ sở hữu đã chuyển giao quyền chiếm hữu của mình cho người khác và việc kiểm soát, quản lý tài sản đã nằm ngoài ý chí của chủ sở hữu. Trong trường hợp này, pháp luật cần quy định về người phải chịu trách nhiệm BTTH là người chiếm hữu hợp pháp bởi lẽ tài sản hiện đang thuộc quyền nắm giữ, quản lý và kiểm soát của những người này.

#### **1.2.4. Trách nhiệm liên đới và trách nhiệm riêng rẽ**

Căn cứ vào mối liên hệ giữa quyền và nghĩa vụ của các chủ thể, trách nhiệm BTTH được phân loại thành trách nhiệm liên đới và trách nhiệm riêng rẽ. Bồi thường thiệt hại liên đới được hiểu là trách nhiệm nhiều người mà theo đó thì mỗi người trong số những người có trách nhiệm phải chịu trách nhiệm đối với toàn bộ thiệt hại và mỗi người trong số những người có quyền đều có quyền yêu cầu người gây thiệt hại phải bồi thường toàn bộ cho mình. BTTH riêng rẽ là trách nhiệm nhiều người mà theo đó thì mỗi người có trách nhiệm chỉ phải chịu trách nhiệm đối với phần thiệt hại do mình gây ra và mỗi người trong số những người có quyền cũng chỉ có quyền yêu cầu người gây thiệt hại bồi thường những tổn thất mà mình phải gánh chịu. Việc phân loại này có ý nghĩa trong việc xác định cách thức thực hiện nghĩa vụ, căn cứ phát sinh, chấm dứt nghĩa vụ để bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của các bên. Đối với trách nhiệm liên đới thì khi một bên thực hiện xong phần nghĩa vụ của mình trách nhiệm vẫn chưa chấm dứt mà họ còn phải chịu trách nhiệm đối với toàn bộ thiệt hại. Khi một người gây thiệt

hại đã thực hiện trách nhiệm bồi thường thì sẽ phát sinh nghĩa vụ hoàn lại giữa những người có trách nhiệm khác với người đó và khi một người trong số những người bị thiệt hại đã yêu cầu người gây thiệt hại bồi thường toàn bộ thiệt hại cho mình thì phải hoàn lại phần tương ứng cho những người bị thiệt hại khác. Đối với trách nhiệm riêng rẽ thì khi một người thực hiện xong phần nghĩa vụ của mình hoặc khi một người có quyền yêu cầu đã yêu cầu người có nghĩa vụ thực hiện nghĩa vụ đối với mình thì quan hệ nghĩa vụ của họ với người khác sẽ chấm dứt.

#### **1.2.5. Trách nhiệm hỗn hợp và trách nhiệm độc lập.**

Căn cứ vào yếu tố lỗi và mức độ lỗi của cả người gây thiệt hại và người bị thiệt hại, trách nhiệm bồi thường thiệt hại có thể được phân thành trách nhiệm hỗn hợp và trách nhiệm độc lập. Trách nhiệm hỗn hợp là trách nhiệm bồi thường thiệt hại mà trong đó cả người gây thiệt hại và người bị thiệt hại đều có lỗi. Trách nhiệm độc lập là trách nhiệm bồi thường thiệt hại mà người bị thiệt hại là người hoàn toàn không có lỗi. Việc phân biệt hai loại trách nhiệm này sẽ có ý nghĩa trong việc xác định trách nhiệm bồi thường và mức thiệt hại vì theo quy định tại Điều 617 BLDS thì khi người bị thiệt hại cũng có lỗi trong việc gây thiệt hại thì người gây thiệt hại chỉ phải bồi thường phần thiệt hại tương ứng với mức độ lỗi của mình; nếu thiệt hại xảy ra hoàn toàn do lỗi của người bị thiệt hại thì người gây thiệt hại không phải bồi thường.

#### **1.2.6. Trách nhiệm bồi thường của cá nhân, trách nhiệm BTTH của pháp nhân, các tổ chức khác và trách nhiệm bồi thường Nhà nước.**

Căn cứ vào chủ thể chịu trách nhiệm, trách nhiệm BTTH được phân loại thành trách nhiệm BTTH của cá nhân, trách nhiệm BTTH của pháp nhân, các tổ chức khác và trách nhiệm bồi thường Nhà nước. Trách nhiệm BTTH của cá nhân được hiểu là trách nhiệm dân sự mà theo đó thì trách nhiệm bồi thường thiệt hại thuộc về cá nhân người gây thiệt hại hoặc đại diện theo pháp luật của người đó như cha mẹ, người giám hộ. Trách nhiệm BTTH pháp nhân và các tổ chức khác được hiểu là trách nhiệm dân sự phát sinh cho pháp nhân hoặc các tổ chức khác trong trường hợp người của pháp nhân và các tổ chức gây thiệt hại trong khi thực hiện nhiệm vụ pháp nhân hoặc tổ chức giao cho. Trách nhiệm bồi thường Nhà nước được hiểu là khi cán bộ, công chức gây thiệt hại thuộc phạm vi bồi thường Nhà nước thì Nhà nước phải bồi thường thiệt hại cho người bị thiệt hại chứ không phải chính cán bộ công chức hay cơ quan quản lý cán bộ công chức phải

bồi thường. Việc phân loại này có ý nghĩa trong việc xác định chủ thể phải bồi thường và việc xác định nghĩa vụ hoàn lại: Đối với trường hợp người của pháp nhân hoặc tổ chức gây thiệt hại trong khi thực hiện nhiệm vụ được pháp nhân giao do đó hành vi của họ được hiểu là hành vi của pháp nhân chính vì vậy theo quy định của pháp luật dân sự thì trách nhiệm trước hết thuộc về pháp nhân, tổ chức. Sau khi người có trách nhiệm bồi thường đã thực hiện xong thì nếu người gây thiệt hại có lỗi sẽ làm phát sinh nghĩa vụ hoàn lại của người có hành vi gây thiệt hại cho pháp nhân, tổ chức đó.

Ngoài ra, việc phân loại này còn có ý nghĩa trong việc xác định trách nhiệm bồi thường, trình tự, thủ tục bồi thường... bởi lẽ nếu là trách nhiệm Nhà nước thì sẽ bị giới hạn phạm vi áp dụng do đặc thù Nhà nước là một chủ thể đặc biệt thực hiện việc quản lý Nhà nước, quản lý xã hội; tiền bồi thường thuộc ngân sách Nhà nước do đó việc thực hiện trình tự, thủ tục bồi thường cũng không giống với trách nhiệm bồi thường thiệt hại thông thường. Trong thời gian tới, khi Luật Bồi thường Nhà nước được ban hành sẽ quy định một cách rõ ràng, cụ thể hơn về vấn đề này. Bên cạnh đó, nếu căn cứ vào lĩnh vực bồi thường thì trách nhiệm BTTH có thể được phân loại thành bồi thường trong lĩnh vực hành chính, hình sự, tố tụng hình sự, sở hữu trí tuệ; căn cứ vào số lượng chủ thể chịu trách nhiệm có thể phân trách nhiệm BTTH thành trách nhiệm một người và trách nhiệm nhiều người; căn cứ vào điều kiện lỗi có thể phân thành trách nhiệm BTTH có yếu tố lỗi và bồi thường thiệt hại không cần có yếu tố lỗi; căn cứ các yếu tố có liên quan đến pháp luật nước ngoài hay không có thể phân trách nhiệm BTTH thành trách nhiệm BTTH trong nước và trách nhiệm BTTH có yếu tố nước ngoài.

### **1.3.Mối quan hệ giữa bồi thường thiệt hại với các biện pháp khắc phục hậu quả do vi phạm hợp đồng**

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 thượng tôn pháp luật, 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. Khác với phạt vi phạm hợp đồng, bồi thường thiệt hại là hình thức áp dụng nhằm khôi phục, bù đắp những lợi ích vật chất bị mất của bên bị vi phạm hợp đồng mua bán. Tại Điều 307 Luật Thương mại năm 2005 quy định:

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

Theo đó có thể hiểu rằng, trách nhiệm bồi thường thiệt hại do vi phạm hợp đồng sẽ mặc nhiên phát sinh khi có đủ các căn cứ theo Điều 303 Luật Thương Mại năm 2005 mà không cần có thỏa thuận áp dụng kèm theo thỏa thuận phạt vi phạm. Hay nói cách khác, bên bị vi phạm trong hợp đồng không cần phải dựa trên một thỏa thuận trước nào đó để có thể có được quyền yêu cầu đòi bồi thường thiệt hại. Trong khi đó, để có quyền yêu cầu phạt vi phạm thì phải dựa trên thỏa thuận giữa các bên. Theo khoản 3 Điều 418 Bộ luật Dân sự năm 2015 quy định: *“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”.*Như vậy, Bộ luật Dân sự năm 2005 và Bộ luật Dân sự năm 2015 có cùng cách tiếp cận, nhưng có sự khác biệt so với quy định của Luật Thương mại năm 2005. Cụ thể, Bộ luật Dân sự yêu cầu bên bị vi phạm nếu muốn được áp dụng đồng thời hai chế tài cả phạt vi phạm và bồi thường thiệt hại thì cần có sự thỏa thuận là “áp dụng đồng thời” hai chế tài. Tức là vừa phải có thỏa thuận phạt vi phạm, vừa phải có “yếu tố thỏa thuận” áp dụng chế tài bồi thường thiệt hại thì mới có thể áp dụng đồng thời. Trong khi đó, cách tiếp cận của Luật Thương mại năm 2005 thì chỉ cần có thỏa thuận về phạt vi phạm mà không cần có “yếu tố thỏa thuận” về quyền yêu cầu bồi thường thiệt hại, bên bị vi phạm vẫn có thể có quyền áp dụng đồng thời cả hai chế tài.

Theo quy định của Bộ luật Dân sự năm 2005 thì: *“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*” (khoản 3 Điều 422 Bộ luật Dân sự năm 2005). Khoản 3 Điều 418 Bộ luật Dân sự năm 2015 quy định: “*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*”. Như vậy, Bộ luật Dân sự năm 2005 và Bộ luật Dân sự năm 2015 có cùng cách tiếp cận, nhưng có sự khác biệt so với quy định của Luật Thương mại năm 2005. Cụ thể, Bộ luật Dân sự yêu cầu bên bị vi phạm nếu muốn được áp dụng đồng thời hai chế tài cả phạt vi phạm và bồi thường thiệt hại thì cần có sự thỏa thuận là “áp dụng đồng thời” hai chế tài. Tức là vừa phải có thỏa thuận phạt vi phạm, vừa phải có “yếu tố thỏa thuận” áp dụng chế tài bồi thường thiệt hại thì mới có thể áp dụng đồng thời. Trong khi đó, cách tiếp cận của Luật Thương mại năm 2005 thì chỉ cần có thỏa thuận về phạt vi phạm mà không cần có “yếu tố thỏa thuận” về quyền yêu cầu bồi thường thiệt hại, bên bị vi phạm vẫn có thể có quyền áp dụng đồng thời cả hai chế tài.

Trong bản thân Điều 418 Bộ luật Dân sự năm 2015 đã tồn tại sự mâu thuẫn. Cụ thể: Thứ nhất, “*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*”, điều này có thể hiểu là khi có thỏa thuận phạt thì quyền yêu cầu bồi thường thiệt hại vẫn là mặc định, nếu các bên muốn chỉ áp dụng điều khoản phạt mà không đặt vấn đề bồi thường thiệt hại thì phải nêu rõ trong thỏa thuận. Thứ hai, “*... hoặc (có thể thỏa thuận) vừa phải nộp phạt vi phạm và vừa phải bồi thường thiệt hại. Trường hợp các bên không có thỏa thuận về bồi thường thiệt hại thì bên vi phạm nghĩa vụ chỉ phải chịu phạt vi phạm*”. Điều này có thể hiểu ngược lại là trong trường hợp có thỏa thuận phạt thì quyền yêu cầu bồi thường thiệt hại không còn là quyền mặc nhiên nữa, nghĩa là nếu các bên vừa muốn phạt hợp đồng, vừa muốn bồi thường thiệt hại thì phải nói rõ trong hợp đồng. Nếu chỉ thỏa thuận về phạt vi phạm và không có thỏa thuận về bồi thường thiệt hại thì bên vi phạm nghĩa vụ chỉ phải chịu phạt vi phạm. Như vậy, không thể đồng thời trong một điều khoản lại chứa đựng hai cách thể hiện quan điểm trái ngược nhau như vậy.

Vì vậy, cách tiếp cận mối quan hệ giữa phạt vi phạm và bồi thường thiệt hại trong Luật Thương mại năm 2005 hợp lý hơn và phù hợp với ý nghĩa, mục đích của bồi thường thiệt hại. Bởi ý nghĩa của chế tài phạt vi phạm là nhằm mục đích răn đe, trừng phạt nên việc có muốn thực hiện mục đích này không thì phụ thuộc vào ý chí của các bên khi thiết lập hợp đồng. Trong khi ý nghĩa của chế tài bồi thường thiệt hại lại là bù đắp những tổn thất mà bên bị vi phạm phải gánh chịu do hành vi vi phạm của bên vi phạm, có thể xem là “quy luật tự nhiên” gây thiệt hại thì phải bồi thường cho những tổn thất mình gây ra. Việc bên bị vi phạm không có câu chữ “bên vi phạm vừa phải chịu phạt vi phạm vừa phải bồi thường thiệt hại” không có nghĩa họ từ bỏ quyền yêu cầu bồi thường thiệt hại của mình. Như vậy, việc quy định cần phải có một thỏa thuận “vừa phải chịu phạt vi phạm, vừa phải bồi thường thiệt hại” để được áp dụng đồng thời cả hai chế tài là không hợp lý. Chúng ta nên theo cách tiếp cận của Luật Thương mại năm 2005, chỉ cần có thỏa thuận phạt vi phạm còn trách nhiệm bồi thường thiệt hại vẫn có thể mặc nhiên phát sinh khi có đủ căn cứ mà không cần phải có sự thỏa thuận trước đó song hành cùng với thỏa thuận phạt vi phạm.

Có thể thấy, cách tiếp cận mối quan hệ giữa phạt vi phạm và bồi thường thiệt hại trong Luật Thương mại năm 2005 hợp lý hơn và phù hợp với ý nghĩa, mục đích của bồi thường thiệt hại. Bởi ý nghĩa của chế tài phạt vi phạm là nhằm mục đích răn đe, trừng phạt nên việc có muốn thực hiện mục đích này không thì phụ thuộc vào ý chí của các bên khi thiết lập hợp đồng. Trong khi ý nghĩa của chế tài bồi thường thiệt hại lại là bù đắp những tổn thất mà bên bị vi phạm phải gánh chịu do hành vi vi phạm của bên vi phạm, có thể xem là “quy luật tự nhiên” gây thiệt hại thì phải bồi thường cho những tổn thất mình gây ra. Việc bên bị vi phạm không có câu chữ “bên vi phạm vừa phải chịu phạt vi phạm vừa phải bồi thường thiệt hại” không có nghĩa họ từ bỏ quyền yêu cầu bồi thường thiệt hại của mình. Như vậy, việc quy định cần phải có một thỏa thuận “vừa phải chịu phạt vi phạm, vừa phải bồi thường thiệt hại” để được áp dụng đồng thời cả hai chế tài là không hợp lý. Chúng ta nên theo cách tiếp cận của Luật Thương mại năm 2005, chỉ cần có thỏa thuận phạt vi phạm còn trách nhiệm bồi thường thiệt hại vẫn có thể mặc nhiên phát sinh khi có đủ căn cứ mà không cần phải có sự thỏa thuận trước đó song hành cùng với thỏa thuận phạt vi phạm.

#### **1.4. Quy định của pháp luật hiện hành về bồi thường thiệt hại do vi phạm hợp đồng thương mại**

Về giá trị bồi thường tại khoản 2 Điều 302 Luật Thương mại 2005 quy định giá trị bồi thường thiệt hại như sau: *“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”*. Luật Thương Mại 2005 cũng không quy định chi tiết hơn về cách xác định tổn thất trực tiếp. Bộ Luật Dân Sự 2015 liệt kê các thiệt hại do hành vi vi phạm nghĩa vụ/hợp đồng, mà có thể sử dụng để xác định loại tổn thất này, bao gồm: Thiệt hại về vật chất, là tổn thất thực tế mà có thể xác định được, bao gồm tổn thất về tài sản; chi phí hợp lý để ngăn chặn, hạn chế hay khắc phục thiệt hại; và thu nhập thực tế bị mất hoặc bị giảm sút; tổn thất và thiệt hại liên quan đến các lợi ích từ hợp đồng mà bên bị vi phạm đáng lẽ được hưởng; bất cứ chi phí nào phát sinh từ việc bên vi phạm không hoàn thành nghĩa vụ hợp đồng mà không phải là tổn thất và thiệt hại liên quan đến các lợi ích từ hợp đồng mà bên bị vi phạm đáng lẽ được hưởng nói trên. Kể cả khi đã áp dụng các chế tài khác, bên bị vi phạm vẫn không bị mất quyền yêu cầu bồi thường thiệt hại đối với tổn thất do vi phạm hợp đồng của bên kia (theo Điều 316 Luật Thương mại năm 2005).

Về hình thức bồi thường thiệt hại, theo quy định của pháp luật bồi thường thiệt hại có thể có những hình thức khác nhau: bù đắp những thiệt hại phát sinh từ hành vi vi phạm hợp đồng gồm tổn thất thực tế và khoản lợi bị bỏ lỡ; hoặc đền bù thiệt hại cho việc thanh toán chậm, nếu vi phạm nghĩa vụ thanh toán. Về nguyên tắc, chậm thanh toán có thể gây nên tổn thất thực tế, ví dụ: do được thanh toán chậm nên phải vay ngân hàng trong thời gian chưa được thanh toán. Nhưng nhiều trường hợp một bên vi phạm nghĩa vụ thanh toán nhưng bên kia không thể chứng minh tổn thất nên không đòi bồi thường thiệt hại được. Để ngăn ngừa tình huống này, tại Điều 306 Luật Thương mại năm 2005 đã quy định như sau: *“Trường hợp bên vi phạm hợp đồng chậm thanh toán tiền hàng hay chậm thanh toán thù lao dịch vụ và các chi phí hợp lý khác thì bên bị vi phạm hợp đồng có quyền yêu cầu 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 tương ứng với thời gian chậm trả, trừ trường hợp có thoả thuận khác hoặc pháp luật có quy định khác.”*

Căn cứ Điều 300 Luật Thương mại năm 2005 quy định về phạt vi phạm như sau: *“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”*. Bên cạnh đó theo Điều 301 Luật thương mại năm 2005 quy định về mức vi phạm như sau: *“Mức phạt đối với vi phạm nghĩa vụ hợp đồng hoặc tổng mức đối với nhiều hành vi do các bên thỏa thuận trong hợp đồng nhưng không quá 8% giá trị phần nghĩa vụ hợp đồng bị vi phạm, trừ trường hợp quy định tại Điều 266 của Luật này.”*

Về thỏa thuận vi phạm tại Điều 418 BLDS năm 2015, quy định: *“bên vi phạm nghĩa vụ phải nộp một khoản tiền cho bên bị vi phạm.*

2. *Mức phạt vi phạm do các bên thỏa thuận, trừ trường hợp luật liên quan có quy định khác(...)*

**Tiểu kết chương 1:** Trong chương này, ngoài việc đã làm rõ những nội dung của trách nhiệm bồi thường thiệt hại do vi phạm HĐTM như khái niệm, đặc điểm, bản chất của TNBTTH do vi phạm HĐTM, đặc biệt là nội dung nghiên cứu luận giải các điều kiện phát sinh TNBTTH do vi phạm hợp đồng dựa trên nền tảng của các học thuyết pháp lý có liên quan. Qua khái quát chung về trách nhiệm bồi thường thiệt hại do vi phạm hợp đồng, ta sẽ có cái nhìn tổng quát nhất và thấy rõ được tầm quan trọng của các quy định về trách nhiệm bồi thường trong hệ thống pháp luật của Việt Nam.

## CHƯƠNG 2

### THỰC TRẠNG PHÁP LUẬT VÀ THỰC TIỄN ÁP DỤNG BỒI THƯỜNG THIỆT HẠI DO VI PHẠM HỢP ĐỒNG THƯƠNG MẠI

#### 2.1. Thực trạng pháp luật về bồi thường thiệt hại do vi phạm hợp đồng thương mại theo Luật Thương mại

Trên thực tế, các vụ việc vi phạm hợp đồng thương mại xảy ra ngày càng nhiều, dẫn đến tranh chấp giữa các doanh nghiệp do đó mà tăng lên. Việc xác định được các căn cứ, các điều kiện quy trách nhiệm cụ thể đối với bên vi phạm, đó là những vấn đề cốt yếu phải được làm rõ mới có thể giải quyết tranh chấp xảy ra. Bồi thường thiệt hại (BTTH) do vi phạm hợp đồng là biện pháp pháp lý quan trọng có vai trò bù đắp cho bên bị thiệt hại (bên có quyền) những tổn thất là hậu quả của hành vi vi phạm hợp đồng. Tuy nhiên, các hệ thống pháp luật khác nhau có những khác biệt về biện pháp này chẳng hạn như đối tượng thiệt hại nào được bồi thường, căn cứ áp dụng biện pháp BTTH ra sao, xác định mức BTTH như thế nào và các trường hợp nào được miễn trách nhiệm BTTH... và thực tiễn tại Việt Nam việc quy định, áp dụng pháp luật liên quan vấn đề này đang còn bộc lộ những hạn chế nhất định; nhiều tranh chấp xảy ra khó giải quyết kịp thời và triệt để.

Mặc dù đạt được nhiều ưu điểm, nhưng pháp luật hiện hành về BTTH do vi phạm HĐTM vẫn còn tồn tại không ít bất cập, hạn chế. Cụ thể là:

**Thứ nhất**, các quy định về BTTH do vi phạm HĐTM còn có sự khác biệt, chưa thống nhất giữa BLDS 2015 và LTM 2005. Với vai trò là hai đạo luật quan trọng nhất điều chỉnh về hợp đồng nói chung và chế tài BTTH do vi phạm HĐTM nói riêng, nhưng ngay trong BLDS 2015 và LTM 2005 đã có các quy định chưa thống nhất với nhau: nếu BLDS 2015 ghi nhận yếu tố lỗi là một trong các căn cứ phát sinh trách nhiệm BTTH, thì trong LTM 2005 không ghi nhận yếu tố lỗi; LTM 2005 quy định có bốn trường hợp miễn trách nhiệm cho bên vi phạm hợp đồng, bao gồm: (i) xảy ra trường hợp miễn trách nhiệm mà các bên đã thỏa thuận; (ii) xảy ra sự kiện bất khả kháng; (iii) hành vi vi phạm của một bên hoàn toàn do lỗi của bên kia; (iv) 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. BLDS 2015 không đưa “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” làm căn cứ miễn trách nhiệm bồi thường; BLDS 2015 yêu cầu bên vi phạm phải bồi thường toàn bộ thiệt hại về vật chất và tinh thần cho bên bị thiệt hại trong khi đó, LTM 2005 lại xác định phạm vi bồi thường thiệt hại là 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 vi phạm đáng lẽ được hưởng nếu không có hành vi vi phạm.

**Thứ hai**, về xác định giá trị bồi thường thiệt hại. Khoản 2, điều 302 LTM 2005 xác định 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 thì BLDS 2015 lại cho phép thoả thuận. Thiết nghĩ việc các bên được thoả thuận trước mức bồi thường thiệt hại bằng cách xác định trước một khoản tiền bồi thường thiệt hại cụ thể trong hợp đồng sẽ tạo điều kiện thuận lợi và linh hoạt hơn cho các bên khi tham gia hợp đồng, tiết kiệm được thời gian giải quyết tranh chấp khi các bên không thống nhất được với nhau về giá trị thiệt hại cần phải bồi thường.

**Thứ ba**, pháp luật Việt Nam về BTTH do vi phạm HĐTM còn nhiều điểm chưa phù hợp, không tương thích với pháp luật quốc tế. Cụ thể: về phạm vi thiệt hại được BTTH do vi phạm HĐTM, pháp luật Việt Nam chưa quy định rõ vi phạm bồi thường có bao gồm những thiệt hại phi tiền tệ hay không (như thiệt hại do mất uy tín, thiệt hại do người bị chết, bị thương,...) và thiệt hại có tính đến mọi khoản lợi cho bên có quyền từ một khoản chi phí hay tổn thất tránh được hay không.

**Thứ tư**, Các quy định về miễn trách nhiệm BTTH do vi phạm HĐTM còn một số điểm chưa được quy định rõ ràng và còn thiếu, như: Điều 294 LTM 2005 quy định về việc miễn trách nhiệm do sự kiện bất khả kháng nhưng không quy định rõ sự kiện bất khả kháng xảy ra với chính chủ thể trong quan hệ hợp đồng hay sự kiện bất khả kháng xảy ra với bên thứ ba. Quy định về thoả thuận về miễn trách nhiệm giữa các chủ thể trong hợp đồng cũng chưa được đầy đủ và triệt để. Ngoài ra, theo kinh nghiệm phải có những điều kiện nhất định để vừa bảo đảm tôn trọng sự tự do thoả thuận giữa các bên, vừa hạn chế việc một bên lợi dụng căn cứ này để trốn tránh trách nhiệm hợp đồng. Quy định miễn trách nhiệm bồi thường thiệt hại trong trường hợp 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 cũng chưa hoàn toàn triệt để vì chưa dự liệu trách nhiệm của Nhà nước đối với người bị thiệt hại trong trường hợp này.

Việc xây dựng và hoàn thiện hệ thống pháp luật đồng bộ, thống nhất, khả thi, công khai, minh bạch, trọng tâm là hoàn thiện thể chế kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa, xây dựng Nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa Việt Nam của nhân dân, do nhân dân và vì nhân dân; đổi mới căn bản cơ chế xây dựng và thực hiện pháp luật; phát huy vai trò và hiệu lực của pháp luật để góp phần quản lý xã hội, giữ vững ổn định chính trị, phát triển kinh tế, hội nhập quốc tế, xây dựng Nhà nước trong sạch, vững mạnh, thực hiện quyền con người, quyền tự do, dân chủ của công dân, góp phần đưa nước ta trở thành nước công nghiệp theo hướng hiện đại vào năm 2020 theo Nghị quyết số 48/NQ-TW của Bộ Chính trị về chiến lược xây dựng và hoàn thiện hệ thống pháp luật Việt Nam đến năm 2010, định hướng đến năm 2020.

### **2.1.1. Các quy định về chủ thể và quyền, nghĩa vụ của chủ thể có trách nhiệm bồi thường thiệt hại do vi phạm hợp đồng thương mại**

Trong pháp luật thực định, việc quy định chủ thể có trách nhiệm bồi thường thiệt hại do vi phạm HĐTM là ai, vốn dĩ là vấn đề đã quá rõ ràng và điều đó được thể hiện rõ tại khoản 1 Điều 302 LTM năm 2005, theo đó TNBTTH do vi phạm HĐTM là trách nhiệm thuộc về bên vi phạm. Tuy nhiên, trong thực tiễn thực hiện quy định này để xác định chủ thể nào có TNBTTH do vi phạm HĐTM, lại là vấn đề không đơn giản. Trong khuôn khổ của mục này, Luận án tập trung phân tích hai nội dung của các quy định về chủ thể chịu TNBTTH do vi phạm HĐTM, đó là: i) Căn cứ xác định chủ thể có TNBTTH do vi phạm HĐTM; ii) Quyền, nghĩa vụ của chủ thể có trách nhiệm bồi thường thiệt hại do vi phạm HĐTM.

*Thứ nhất*, về căn cứ xác định chủ thể có trách nhiệm bồi thường thiệt hại do vi phạm hợp đồng. Như đã đề cập ở trên, khoản 1 Điều 302 LTM năm 2005 quy định: TNBTTH do vi phạm HĐTM thuộc về bên vi phạm. Về mặt từ ngữ, điều luật quy định rất rõ ràng, cụ thể rằng bên nào có hành vi vi phạm dẫn đến thiệt hại cho bên kia thì sẽ phải chịu TNBTTH. Tuy nhiên, vấn đề xác định chủ thể có TNBTTH là ai trên thực tế không hề đơn giản, đặc biệt là trong trường hợp tranh chấp tại Tòa án (hoặc Trọng tài). Việc xác định hành vi nào là vi phạm hợp

đồng không thể chỉ dựa vào ý kiến của một bên (nguyên đơn hoặc bị đơn) mà phải dựa vào tình tiết khách quan của vụ việc thể hiện trong hồ sơ, tài liệu vụ án. Do đó, nếu không xác định được hành vi vi phạm hợp đồng, sẽ không có việc xác định TNBTTH do vi phạm hợp đồng. Thậm chí, nếu có hành vi vi phạm hợp đồng nhưng không có bằng chứng hợp pháp chứng minh mối quan hệ nhân - quả giữa hành vi vi phạm đó với thiệt hại xảy ra, thì cũng không thể xác định được ai là chủ thể có TNBTTH do vi phạm HĐTM và yêu cầu BTTH cũng khó được cơ quan xét xử chấp nhận, từ đó, chủ thể của TNBTTH cũng không tồn tại. Như vậy, chủ thể của TNBTTH có mối liên hệ chặt chẽ với hành vi vi phạm hợp đồng và thiệt hại thực tế. Điều này cho thấy, để xác định chủ thể có TNBTTH là ai thì nhất thiết phải làm rõ ai là người có hành vi vi phạm hợp đồng và hành vi đó có phải là nguyên nhân trực tiếp dẫn đến thiệt hại cho bên bị thiệt hại hay không? Tuy nhiên, cũng có những trường hợp có phát sinh trách nhiệm nhưng người có hành vi vi phạm không phải là người chịu trách nhiệm bồi thường, như trong trường hợp người đại diện của pháp nhân không thực hiện hợp đồng hoặc người được uỷ quyền, được uỷ nhiệm hoặc người thứ ba không thực hiện hoặc đối với hợp đồng vì lợi ích của người thứ ba.

*Thứ hai*, về quyền, nghĩa vụ của chủ thể có trách nhiệm bồi thường thiệt hại do vi phạm HĐTM. Theo quy định hiện hành, trong quan hệ BTTH do vi phạm HĐTM, chủ thể có TNBTTH có các quyền và nghĩa vụ sau đây:

(i) Về phương diện quyền, chủ thể có TNBTTH đương nhiên sẽ không có nhiều quyền như bên bị vi phạm, song vẫn có các quyền cơ bản gồm:

Đầu tiên về quyền được miễn TNBTTH trong một số trường hợp vi phạm HĐTM, tức là loại bỏ hoàn toàn hậu quả pháp lý bất lợi cho bên có hành vi vi phạm trong quan hệ HĐTM. Quyền này được ghi nhận tại Điều 237 đối với các thương nhân kinh doanh dịch vụ logistic và Điều 294 LTM năm 2005, theo đó, nhà làm luật quy định rõ những trường hợp bên vi phạm hợp đồng được miễn trách nhiệm, bao gồm: (i) Xảy ra trường hợp miễn trách nhiệm mà các bên đã thoả thuận; (ii) Xảy ra sự kiện bất khả kháng; (iii) Hành vi vi phạm của một bên hoàn toàn do lỗi của bên kia; (iv) 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. Trên nguyên tắc, quyền miễn trừ trách nhiệm bồi thường chỉ được thực hiện khi bên vi phạm hợp đồng chứng



minh được hành vi vi phạm của mình thuộc một trong các trường hợp miễn trách nhiệm bồi thường như quy định nêu trên.

Thực tế, quyền được miễn trách nhiệm bồi thường khi vi phạm HĐTM chủ yếu phát sinh trong trường hợp xảy ra sự kiện bất khả kháng mà vụ tranh chấp sau đây là ví dụ điển hình: “Công ty Bảo hiểm Bình Minh (Công ty Bình Minh) và Công ty TNHH Vetus Việt Nam (Công ty Vetus Việt Nam) ký Giấy chứng nhận số đơn HCM.D15.F1.12.HD218 (0458) ngày 12/7/2012, theo nội dung hợp đồng Công ty Bình Minh nhận bảo hiểm rủi ro theo loại hình bảo hiểm Cháy và các rủi ro đặc biệt, với số tiền bảo hiểm là 165.500 USD cho hàng hóa của Công ty Vetus Việt Nam ký gửi tại hai địa điểm kho, trong đó có kho của Công ty cổ phần Thi Anh (Công ty Thi Anh) tại 920A đường Quốc lộ 1A, phường Linh Trung, quận Thủ Đức, thành phố HCM. Giữa Công ty Vetus Việt Nam và Công ty Thi Anh có ký Hợp đồng ký gửi hàng vào kho bãi số 079/HĐ/TVX-12 ngày 17/04/2012, với diện tích thuê 100m<sup>2</sup>, thời hạn thuê là một năm từ 17/04/2012 đến 17/04/2013, địa điểm 920A đường Cao tốc 1A, phường Linh Trung, quận Thủ Đức, thành phố HCM; hàng hóa dầu cắt gọt trong công nghiệp (chứa trong phuy, can) để Công ty Vetus Việt Nam để hàng hóa của mình. Ngày 28/11/2012, tại 920A đường Cao tốc 1A, phường Linh Trung, quận Thủ Đức, thành phố HCM đã xảy ra vụ cháy, trong đó có hàng hóa của Công ty Vetus Việt Nam. Ngày 14/01/2014, Công ty TNHH giám định và tư vấn kỹ thuật độc lập (Công ty RACO) đã ban hành Báo cáo cuối cùng xác định giá trị tính toán hàng hóa bị cháy của Công ty Vetus Việt Nam là 1.363.233.625 VNĐ và xác định số tiền bồi thường bảo hiểm mà Công ty Bình Minh chi trả cho Công ty Vetus Việt Nam theo Hợp đồng Bảo hiểm là 1.302.200.519 đồng. Công ty Bình Minh đã bồi thường cho Công ty Vetus Việt Nam 1.302.200.519 VNĐ. Theo Giấy chuyển quyền và thế quyền ngày 12/5/2014, Công ty Bình Minh yêu cầu Công ty Thi Anh phải trả số tiền 1.302.200.519 VNĐ mà Công ty Bình Minh đã phải bồi thường bảo hiểm cho Công ty Vetus Việt Nam.

Trong phần quan điểm của mình, phía bị đơn Công ty Thi Anh cho rằng: Công ty Thi Anh là doanh nghiệp đủ điều kiện kinh doanh hoạt động Logistics; đáp ứng đầy đủ các tiêu chuẩn phòng cháy chữa cháy trong hoạt động, định kỳ và hằng tháng Công ty đều có tổ chức kiểm tra, diễn tập an toàn cháy nổ; thường xuyên kiểm tra, bảo dưỡng hệ thống điện. Các cơ quan chức năng đã kết luận

nguyên nhân cháy là do khách quan và tại Điều 6 của Hợp đồng thuê kho, hai bên có thỏa thuận tổn thất do nguyên nhân bất khả kháng theo quy định của pháp luật, thì thiệt hại tài sản hàng hóa phía bên nào bên đó tự gánh chịu. Do đó, đề nghị nguyên đơn cùng chia sẻ với bị đơn là Công ty Thi Anh về thiệt hại, đề nghị HĐXX bác yêu cầu đòi BTTH của nguyên đơn. Trong phán quyết của mình, HĐXX cho rằng, với nguyên nhân cháy nổ khẳng định là do sự kiện bất khả kháng theo Điều 161 BLDS năm 2005, do đó, đây là trường hợp miễn TNBTTH”. Qua vụ việc này có thể nhận định thêm rằng, để đáp ứng điều kiện hưởng quyền miễn trách nhiệm bồi thường do vi phạm hợp đồng, bên vi phạm phải chứng minh sự tuân thủ đầy đủ các quy định của pháp luật chuyên ngành (ví dụ phòng cháy chữa cháy, an toàn điện) mới có thể lập luận việc vi phạm hợp đồng của mình hoàn toàn do nguyên nhân từ sự kiện bất khả kháng.

Tiếp đó, về quyền yêu cầu giảm bớt giá trị thiệt hại bằng mức tổn thất đáng lẽ có thể hạn chế được. Theo quy định tại Điều 305 LTM năm 2005, “bên yêu cầu BTTH 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 BTTH không áp dụng các biện pháp đó, bên vi phạm hợp đồng có quyền yêu cầu giảm bớt giá trị BTTH bằng mức tổn thất đáng lẽ có thể hạn chế được”. Do đó, khi hành vi vi phạm hợp đồng xảy ra, trong nhiều trường hợp thiệt hại chưa xảy ra hoặc chưa xảy ra nhiều thiệt hại, thì bên vi phạm hợp đồng hoàn toàn có quyền yêu cầu bên bị vi phạm có biện pháp để hạn chế thiệt hại. Quyền yêu cầu này mặc dù không được quy định rõ ràng trong LTM, nhưng là quyền phái sinh tương ứng với nghĩa vụ áp dụng các biện pháp hạn chế tổn thất. Có những trường hợp ngay sau khi có hành vi vi phạm hợp đồng có nguy cơ dẫn đến thiệt hại, nếu bên bị vi phạm tiến hành những biện pháp cần thiết thì thiệt hại xảy ra sẽ nhỏ hơn. Ví dụ: A mua 100 tấn nông sản của B theo HĐTM, mức giá quy định là 20.000 đồng/kg, trong quá trình thực hiện, B đã thông báo cho A biết trong quá trình thu mua số hàng trên, đơn giá đã có sự thay đổi tăng lên thành 25.000 đồng/kg và đề nghị A tạm ứng thêm tiền để B thu mua đủ số lượng nông sản theo đơn giá mới. Tuy nhiên, A từ chối tạm ứng. Về phần A, sau khi ký kết hợp đồng với B, đã tiếp tục ký hợp đồng bán 100 tấn nông sản trên cho C. Sát ngày thực hiện giao hàng cho C, B vẫn không có đủ hàng để giao cho A nên A đã phải mua nông sản từ các nguồn khác với giá là 35.000 đồng/kg. Như vậy, nếu A

đồng ý tạm ứng thêm tiền cho B thu mua nông sản vào thời điểm giá chỉ là 25.000 đồng/kg, thì phần chênh lệch giá phát sinh sát thời điểm giao hàng cho C sẽ không phát sinh và hành vi của A đã cho thấy A không thực hiện các biện pháp hạn chế tổn thất mặc dù có thể thực hiện.

(ii) Về phương diện nghĩa vụ, chủ thể có TNBTTH phải thực hiện các nghĩa vụ sau đây:

Thứ nhất, nghĩa vụ BTTH và thực hiện các chế tài thương mại khác. Khi đã có hành vi vi phạm hợp đồng và hành vi đó gây thiệt hại cho bên bị vi phạm, nếu không thuộc các trường hợp miễn trách nhiệm theo Điều 294 LTM năm 2005 thì đương nhiên sẽ phát sinh TNBTTH đối với bên vi phạm. Trong trường hợp này, bên vi phạm (với tư cách là chủ thể có TNBTTH) phải thực hiện nghĩa vụ BTTH cho bên bị vi phạm (đồng thời là bên bị thiệt hại) theo quy định tại khoản 1 Điều 302 LTM năm 2005. Ngoài ra, chủ thể này còn có thể phải thực hiện thêm các chế tài thương mại khác theo quy định tại Điều 292 LTM năm 2005, với tư cách là chủ thể vi phạm HĐTM. Mặc dù không được quy định riêng trong một điều luật, nhưng Luật này quy định tại các điều: Điều 293; Điều 297; Điều 299; Điều 307; Điều 308; Điều 309; Điều 310 cho phép các bên tham gia HĐTM được thỏa thuận trước về các chế tài thương mại, cụ thể là cho phép áp dụng cùng lúc nhiều chế tài thương mại như: Buộc thực hiện đúng hợp đồng; BTTH; Phạt vi phạm... hoặc chỉ áp dụng một loại chế tài. Thứ hai, nghĩa vụ thông báo và chứng minh về trường hợp miễn TNBTTH do vi phạm HĐTM. Về nguyên tắc, việc lập luận về một vấn đề, ví dụ như hành vi vi phạm, thiệt hại thực tế... sẽ không có ý nghĩa nếu không có chứng cứ chứng minh.

Tương tự như vậy, nếu hành vi vi phạm thuộc trường hợp miễn trách nhiệm nhưng bên vi phạm không tuân thủ nghĩa vụ thông báo cũng như không chứng minh được về trường hợp miễn trách nhiệm, thì TNBTTH do vi phạm HĐTM vẫn phát sinh đối với bên vi phạm hợp đồng. Theo quy định tại Điều 295 LTM năm 2005, nhà làm luật đã quy định rõ về nghĩa vụ của bên vi phạm hợp đồng trong việc thông báo và chứng minh về trường hợp miễn trách nhiệm, theo đó: “Bên vi phạm hợp đồng phải thông báo ngay bằng văn bản cho bên kia về trường hợp được miễn trách nhiệm và những hậu quả có thể xảy ra. Khi trường hợp miễn trách nhiệm chấm dứt, bên vi phạm hợp đồng phải thông báo ngay cho bên kia biết; nếu bên vi phạm không thông báo hoặc thông báo không kịp thời

cho bên kia thì phải BTTH. Bên vi phạm có nghĩa vụ chứng minh với bên bị vi phạm về trường hợp miễn trách nhiệm của mình”. Do đó, khi tình huống miễn trách nhiệm xảy ra, việc thông báo về tình huống này phải tuân thủ hai yêu cầu: Thông báo kịp thời (thông báo ngay); và thông báo bằng văn bản, như khoản 2 Điều 295 đã nêu rõ. Nếu bên vi phạm không đáp ứng một trong hai yêu cầu vừa nêu thì vẫn phải chịu TNBTTH. Rõ ràng, việc quy định như vậy nhằm tạo điều kiện cho bên bị vi phạm biết trước về tình hình thực tế của hợp đồng và có thời gian chuẩn bị các phương án hạn chế tổn thất – vốn là nghĩa vụ của bên bị vi phạm hợp đồng. Song trong quy định đó chưa làm rõ về “thông báo ngay” là như thế nào? Thông báo trong bao lâu (khi nào) thì đáp ứng được yêu cầu của pháp luật và có những nơi không có điều kiện thực hiện “thông báo bằng văn bản” mà bằng các hình thức khác được không? Đây là vấn đề trên thực tế xảy ra dẫn đến tranh chấp.

### **2.1.2. Các quy định về chủ thể, quyền và nghĩa vụ của chủ thể có quyền yêu cầu bồi thường thiệt hại do vi phạm hợp đồng thương mại**

Căn cứ xác định chủ thể có quyền yêu cầu bồi thường thiệt hại do vi phạm hợp đồng thương mại trong quan hệ BTTH, ngoài chủ thể là người có TNBTTH thì còn một chủ thể khác là người có quyền yêu cầu BTTH. Theo quy định tại khoản 1 Điều 302 LTM năm 2005, chủ thể có quyền yêu cầu BTTH chính là bên bị vi phạm. Trong điều khoản này, nhà làm luật sử dụng thuật ngữ “bên bị vi phạm” để chỉ chủ thể có quyền yêu cầu BTTH là không chặt chẽ, thiếu độ chính xác và có thể gây tranh cãi, bởi lẽ, không phải khi nào bên bị vi phạm trong quan hệ hợp đồng cũng là chủ thể có quyền yêu cầu BTTH, do hành vi vi phạm hợp đồng chưa gây ra thiệt hại cho bên bị vi phạm, hoặc thậm chí đã có thiệt hại xảy ra cho bên bị vi phạm nhưng không chứng minh được mối quan hệ nhân - quả giữa hành vi vi phạm hợp đồng với thiệt hại xảy ra. Hơn nữa, quy định là vậy nhưng trên thực tế, việc xác định ai là chủ thể có quyền yêu cầu bồi thường không hề đơn giản và dễ dàng. Lý do là ở chỗ, để xác định ai là chủ thể có quyền yêu cầu BTTH trong HĐTM thì về nguyên tắc phải dựa trên hai tiêu chí: (i) Bên có quyền yêu cầu BTTH trong HĐTM phải là bên tham gia HĐTM và đồng thời là bên do hành vi vi phạm hợp đồng của bên đối ước; (ii) Là bên bị thiệt hại và thiệt hại đó là hậu quả xảy ra do hành vi vi phạm hợp đồng của bên đối ước. Đương nhiên, về nguyên tắc thì bên bị vi phạm hợp đồng chỉ có thể trở thành chủ

thể có quyền yêu cầu bồi thường khi chứng minh được rằng mình đã đáp ứng cả hai điều kiện nói trên. Trên thực tế, có nhiều trường hợp bên bị vi phạm hợp đồng chứng minh được bên đối ước đã có hành vi vi phạm hợp đồng nhưng không thể chứng minh được thiệt hại thực tế đã xảy ra do chính hành vi vi phạm đó. Trong trường hợp này, bên bị vi phạm hợp đồng chỉ có thể yêu cầu bên vi phạm phải trả tiền phạt vi phạm hợp đồng, nếu có thỏa thuận về việc áp dụng biện pháp này theo quy định tại khoản 1 Điều 307 LTM năm 2005. Mặt khác, trong trường hợp bên bị vi phạm chứng minh được hành vi vi phạm của bên bên đối ước và chứng minh được thiệt hại thực tế đã xảy ra nhưng không chứng minh được mối quan hệ nhân – quả giữa hành vi vi phạm đó với thiệt hại đã xảy ra, thì bên bị vi phạm cũng không có quyền yêu cầu bên vi phạm hợp đồng phải BTTH cho mình. Khoản 1 Điều 302 Luật Thương mại 2005 quy định: “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”.

**\*Quyền và nghĩa vụ của chủ thể có quyền yêu cầu bồi thường thiệt hại do vi phạm hợp đồng thương mại**

Trong quan hệ BTTH do vi phạm HĐTM, bên bị vi phạm – với tư cách là chủ thể có quyền yêu cầu BTTH, có các quyền, nghĩa vụ cơ bản sau đây: i) Về phương diện quyền, chủ thể này có những quyền cơ bản như:

Thứ nhất, quyền yêu cầu BTTH. Hiện tại, LTM năm 2005 không quy định rõ rằng bên bị vi phạm có quyền yêu cầu BTTH do vi phạm HĐTM, tuy nhiên, việc quy định nghĩa vụ BTTH khi có hành vi vi phạm tại khoản 1 Điều 302 đã ngầm định rằng, bên bị vi phạm khi bị thiệt hại bởi hành vi vi phạm hợp đồng của bên đối ước thì có quyền yêu cầu BTTH. Mặt khác, LTM hiện hành cũng không quy định rõ quyền yêu cầu BTTH phát sinh dựa trên những căn cứ nào, nhưng đối chiếu với các quy định chung của BLDS năm 2015 thì có thể cho rằng, quyền yêu cầu BTTH phát sinh dựa trên các căn cứ: (i) Có hành vi vi phạm hợp đồng của bên đối ước; (ii) Có thiệt hại thực tế xảy ra cho bên bị vi phạm do chính hành vi vi phạm hợp đồng của bên vi phạm. Như trên đã đề cập, để thực hiện quyền yêu cầu BTTH do vi phạm HĐTM, bên bị vi phạm phải chứng minh rằng mình đáp ứng đủ cả hai điều kiện: (i) Là bên tham gia hợp đồng và bị vi phạm quyền, lợi ích hợp pháp bởi hành vi vi phạm hợp đồng của bên đối ước; (ii) Là bên bị thiệt hại bởi chính hành vi vi phạm hợp đồng của bên đối ước. Quy định của pháp

luật thương mại về các căn cứ phát sinh TNBTTH thừa nhận rằng, bên bị vi phạm chỉ có quyền yêu cầu bồi thường trong trường hợp đã có thiệt hại, và yêu cầu này chỉ được chấp nhận khi thiệt hại đó có thể chứng minh được bằng chứng cứ. Trong nhiều trường hợp, quyền yêu cầu BTTH đã không bảo vệ được lợi ích hợp pháp của bên bị vi phạm.

Thứ hai, quyền yêu cầu áp dụng các chế tài thương mại khác cùng với chế tài buộc BTTH do vi phạm HĐTM. Về nguyên tắc, quyền này vốn dĩ không phải của chủ thể có quyền yêu cầu bồi thường mà là quyền của bên bị vi phạm hợp đồng. Tuy nhiên, việc thực hiện quyền này cũng có tác dụng “bổ trợ” cho việc thực hiện quyền yêu cầu BTTH, bởi lẽ tại Điều 307 và Điều 299 LTM năm 2005, nhà làm luật đã xác định mối quan hệ giữa các chế tài thương mại được áp dụng khi có hành vi vi phạm hợp đồng. Cụ thể, bên bị vi phạm có thể: (i) Đồng thời áp dụng chế tài buộc thực hiện đúng hợp đồng với chế tài BTTH và phạt vi phạm hợp đồng; (ii) Đồng thời áp dụng chế tài phạt vi phạm hợp đồng với chế tài BTTH nếu có thỏa thuận trong hợp đồng; (iii) Áp dụng đơn lẻ các chế tài tạm ngừng thực hiện hợp đồng, đình chỉ thực hiện hợp đồng; hủy bỏ thực hiện hợp đồng nếu có thỏa thuận hoặc vi phạm là vi phạm cơ bản. Việc quy định và áp dụng các biện pháp nói trên nhằm bảo vệ tối đa lợi ích của bên bị vi phạm trong trường hợp xảy ra hành vi vi phạm và đã có hoặc chưa có thiệt hại.

Thứ ba, quyền yêu cầu trả tiền lãi do việc chậm thực hiện nghĩa vụ trả nợ theo hợp đồng hoặc chậm thanh toán tiền BTTH do vi phạm HĐTM. Quyền yêu cầu trả tiền lãi do chậm thực hiện nghĩa vụ thanh toán là một quyền được quy định rõ tại Điều 306 LTM năm 2005. Như đã phân tích ở phần trên, tiền lãi do chậm thanh toán là một dạng “thiệt hại” mà bên bị vi phạm nghĩa vụ thanh toán không có nghĩa vụ phải chứng minh thiệt hại, mà chỉ cần chứng minh hành vi chậm thanh toán theo hợp đồng. Có thể hiểu tiền lãi chậm thanh toán là một dạng “thiệt hại” của bên bị vi phạm, phát sinh từ việc “chiếm dụng vốn kinh doanh” của bên bị vi phạm, cũng có thể coi đó là một “khoản lợi đáng lẽ được hưởng” của bên bị vi phạm. Trong các vụ án liên quan đến hợp đồng phân phối hoặc mua bán hàng hóa được đề cập tại phần trên, hầu hết đều có yêu cầu thanh toán lãi suất chậm thanh toán và thông thường yêu cầu này được chấp nhận nếu chứng minh được hành vi chậm thanh toán. Ngoài tiền lãi, Khoản 1 Điều 49 Luật Kinh doanh bảo hiểm năm 2000. chậm thanh toán, nếu bên vi phạm chậm nộp khoản tiền bồi

thường cho bên bị thiệt hại còn phải chịu thêm lãi suất chậm thi hành án cho khoản tiền trên.

ii) Về phương diện nghĩa vụ, chủ thể có quyền yêu cầu BTTH cũng phải thực hiện một số nghĩa vụ sau: Nghĩa vụ chứng minh và hạn chế tổn thất. Quyền luôn đi kèm với nghĩa vụ và việc có quyền luôn làm phát sinh các nghĩa vụ tương ứng. Sẽ không là ngoại lệ nếu quyền yêu cầu BTTH đi liền với nghĩa vụ chứng minh tổn thất của bên bị vi phạm (bên có quyền yêu cầu bồi thường) trong quan hệ BTTH do vi phạm HĐTM. Nghĩa vụ chứng minh tổn thất của bên bị vi phạm hợp đồng (khi đó chủ thể này có tư cách là bên có quyền yêu cầu BTTH) được quy định tại Điều 304 LTM năm 2005. Theo quy định của điều luật này, bên yêu cầu BTTH phải chứng minh tổn thất, mức độ tổn thất do hành vi vi phạm hợp đồng của bên đối ước gây ra và khoản lợi trực tiếp mà bên bị vi phạm đáng lẽ được hưởng nếu không có hành vi vi phạm. Bản thân quy định trên đã ngầm định rằng, bên yêu cầu BTTH sẽ chỉ được bồi thường đối với những khoản thiệt hại có nguyên nhân trực tiếp là hành vi vi phạm của bên vi phạm. Trên thực tế, có những khoản tổn thất, thiệt hại mà bên bị vi phạm chứng minh được, nhưng tổn thất, thiệt hại đó không có nguyên nhân trực tiếp từ hành vi vi phạm hợp đồng của bên đối ước thì chủ thể này không có quyền yêu cầu bồi thường đối với phần thiệt hại đó.

Về nghĩa vụ hạn chế tổn thất, đây là quy định mang tính chất công bằng lợi ích giữa bên vi phạm và bên bị vi phạm, giúp bên vi phạm không phải chịu thiệt hại quá lớn vì khoản bồi thường, phạt vi phạm cũng như giúp bên bị vi phạm giảm bớt hậu quả của hành vi vi phạm hợp đồng. Nghĩa vụ hạn chế tổn thất được quy định tại Điều 305 LTM năm 2005, theo đó: “Bên yêu cầu BTTH 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 BTTH không áp dụng các biện pháp đó, bên vi phạm hợp đồng có quyền yêu cầu giảm bớt giá trị BTTH bằng mức tổn thất đáng lẽ có thể hạn chế được”. Yếu tố quan trọng nhất cần xem xét đối với dạng nghĩa vụ này là tính “hợp lý” của biện pháp hạn chế tổn thất. Có thể hiểu rằng, nghĩa vụ hạn chế tổn thất chính là những hành vi cụ thể của bên bị vi phạm nhằm hạn chế thiệt hại cho mình sau khi có hành vi vi phạm. Hiện nay, chưa có văn bản pháp luật nào hướng dẫn cụ thể về sự “hợp lý” của biện pháp hạn chế tổn thất, cũng như đưa ra định nghĩa pháp

lý về biện pháp hạn chế tổn thất, do đó, việc áp dụng các quy định về nghĩa vụ hạn chế tổn thất phụ thuộc vào sự lập luận của các cơ quan tài phán như Tòa án và Trọng tài thương mại.

## **2.2. Thực trạng pháp luật và thực tiễn thực hiện quy định về căn cứ phát sinh trách nhiệm bồi thường thiệt hại do vi phạm hợp đồng thương mại**

Theo quy định của LTM năm 2005, TNBTTH do vi phạm HĐTM phát sinh dựa trên ba căn cứ: (i) Có hành vi vi phạm hợp đồng; (ii) Có thiệt hại thực tế; (iii) Hành vi vi phạm là nguyên nhân trực tiếp gây ra thiệt hại. Để làm rõ việc vận dụng các quy định của pháp luật thương mại về các căn cứ trên, cần tiến hành phân tích các ví dụ cụ thể trong thực tế là các vụ việc tranh chấp liên quan đến BTTH do vi phạm HĐTM. Việc phân tích quan điểm giải quyết tranh chấp của các cơ quan tài phán như Trọng tài thương mại và Tòa án là phương pháp hiệu quả nhất để hiểu được thực trạng pháp luật về trách nhiệm BTTH do vi phạm HĐTM.

### **2.2.1. Các quy định về căn cứ là “hành vi vi phạm hợp đồng”**

Theo khoản 1 Điều 351 BLDS năm 2015, vi phạm nghĩa vụ được định nghĩa “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” và khoản 12 Điều 3 LTM năm 2005, nhà làm luật 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”. Như vậy, theo quy định này, căn cứ là "hành vi vi phạm hợp đồng" được hiểu bao gồm hai trường hợp: (i) Chủ thể có nghĩa vụ được quy định trong hợp đồng đã không tuân thủ các quy định trong hợp đồng về thời hạn thực hiện nghĩa vụ, về nội dung nghĩa vụ hoặc thực hiện nghĩa vụ không đầy đủ như đã cam kết; (ii) Chủ thể tham gia hợp đồng có nghĩa vụ theo quy định của pháp luật (mặc dù nghĩa vụ này không được quy định trong hợp đồng), đã không thực hiện nghĩa vụ này đối với bên đối ước.

Trong cả hai trường hợp nói trên, hành vi không thực hiện đúng nghĩa vụ của bên tham gia hợp đồng đều được xem là hành vi vi phạm hợp đồng. Do trên thực tế các nghĩa vụ cần thực hiện khi tham gia quan hệ hợp đồng có thể được các bên thỏa thuận trong hợp đồng hoặc dù không được thỏa thuận trong hợp



đồng nhưng pháp luật quy định bên tham gia hợp đồng phải thực hiện một số nghĩa vụ nhất định.

Để hiểu rõ hơn về việc áp dụng căn cứ này trong quá trình thực hiện cũng như giải quyết tranh chấp của các bên liên quan đến BTTH do vi phạm hợp đồng, xin đơn cử một ví dụ sau đây: Trong vụ việc tranh chấp thương mại theo Bản án số 115/2010/KDTMST ngày 21/1/2010 của TAND TP. Hồ Chí Minh, Công ty TNHH Thương mại và dịch vụ HK (Công ty HK – nguyên đơn) ký hợp đồng dịch vụ tư vấn với Công ty ESI (bị đơn trong vụ kiện). Theo đó, Công ty HK sẽ cung cấp dịch vụ tư vấn để hỗ trợ bị đơn xin được Giấy chứng nhận đầu tư cho dự án cao ốc, căn hộ cao tầng trên khu đất 11.497m<sup>2</sup> tại đường tỉnh lộ 25B, phường T.M.L, quận X, TP. Hồ Chí Minh. Theo hợp đồng, nguyên đơn phải tư vấn và hỗ trợ để bị đơn được: cấp Giấy chứng nhận đầu tư cho dự án; cấp Giấy chứng nhận quyền sử dụng lô đất cho Công ty liên doanh; cấp Giấy phép xây dựng cho 95.000 m<sup>2</sup> diện tích sàn. Thực hiện nghĩa vụ của mình, nguyên đơn đã nhận được và giao lại cho bị đơn Giấy chứng nhận đầu tư cho dự án do Sở Kế hoạch và Đầu tư TP. Hồ Chí Minh cấp ngày 29/11/2008. Căn cứ vào quy định tại Điều 6.2 Hợp đồng, nguyên đơn đã có văn bản yêu cầu bị đơn thanh toán 30% giá trị hợp đồng trong thời hạn 15 ngày kể từ ngày Giấy chứng nhận đầu tư được cấp. Nhưng bị đơn không thanh toán vì cho rằng, nguyên đơn đã không nhận được Giấy chứng nhận đầu tư trong vòng 45 ngày làm việc tính từ ngày nộp hồ sơ (hồ sơ nộp ngày 17/7/2008 theo biên nhận đính kèm Phụ lục 7), vi phạm Điều 3(c) của Hợp đồng. Trong ví dụ này có thể thấy, nguyên đơn cho rằng bị đơn đã vi phạm nghĩa vụ của mình được quy định cụ thể trong hợp đồng, cụ thể là nghĩa vụ thanh toán 30% giá trị hợp đồng đã ký sau khi nguyên đơn hoàn thành giai đoạn 1 của hợp đồng. Tuy nhiên, bị đơn cho rằng, việc không thanh toán xuất phát từ hành vi không thực hiện đúng nghĩa vụ của nguyên đơn khi không thực hiện nghĩa vụ trong thời hạn quy định của hợp đồng (xin Giấy phép đầu tư mất hơn 4 tháng trong khi thời hạn ghi nhận tại hợp đồng tối đa là 45 ngày làm việc kể từ ngày nộp hồ sơ). Mặc dù theo nguyên đơn, bị đơn đã vi phạm nghĩa vụ thanh toán nhưng việc vi phạm nghĩa vụ này không dẫn đến thiệt hại cho nguyên đơn, do đó, Công ty HK chỉ yêu cầu Công ty ESI thanh toán tiền lãi do chậm thanh toán khoản phí dịch vụ cho giai đoạn 1 của hợp đồng.

Về quan điểm xét xử, TAND TP. Hồ Chí Minh cho rằng, bên bị đơn trên thực tế đã nhận được Giấy chứng nhận đầu tư, mặc dù nguyên đơn đã không hoàn thành việc xin cấp Giấy chứng nhận đầu tư trong thời hạn thực hiện dịch vụ là 45 ngày từ ngày nộp hồ sơ cho Sở Kế hoạch và Đầu tư. Tuy nhiên, căn cứ vào Điều 526 BLDS: “Sau khi đã kết thúc thời hạn dịch vụ mà công việc chưa hoàn thành và bên cung ứng dịch vụ vẫn tiếp tục thực hiện công việc, còn bên thuê dịch vụ biết nhưng không phản đối thì hợp đồng dịch vụ đương nhiên được tiếp tục thực hiện theo nội dung đã thỏa thuận cho đến khi công việc được hoàn thành”, thì bị đơn không có quyền đơn phương chấm dứt hợp đồng với lý do nguyên đơn vi phạm thời hạn dịch vụ. Trên thực tế, trong khoảng thời gian thực hiện hợp đồng, hai bên đã có trao đổi qua lại bằng văn bản, và quan điểm được hai bên đưa ra trong các văn bản này là không chấm dứt mà tiếp tục thực hiện hợp đồng. Do đó, Tòa án đã ghi nhận rằng, “nguyên đơn không bị cho là đã vi phạm về thời hạn ấn định cho việc xin được Giấy chứng nhận đầu tư theo quy định của hợp đồng”. Như vậy, có thể nhận diện hành vi vi phạm hợp đồng như sau:

Một là, hành vi vi phạm hợp đồng có thể được thể hiện dưới dạng “hành động” hoặc “không hành động”. Trong ví dụ trên, việc Công ty ESI không thanh toán tiền phí dịch vụ tư vấn cho Công ty HK là một dạng vi phạm dưới dạng không hành động, và ngược lại, việc Công ty HK không thực hiện dịch vụ trong thời hạn đã ấn định trong hợp đồng là một dạng vi phạm dưới dạng hành động.

Hai là, việc xem xét một hành vi có phải là hành vi vi phạm hợp đồng hay không phải ưu tiên các căn cứ và quy định cụ thể trong hợp đồng (nếu quy định này không trái pháp luật), chứ không thể căn cứ vào các quy định của pháp luật khác mà bỏ qua các quy định trong hợp đồng như cách áp dụng pháp luật của TAND TP. Hồ Chí Minh trong Bản án nêu trên. Trong nội dung bản án, HĐXX đã nhận định rằng, bị đơn biết rõ thời hạn thực hiện dịch vụ đã kết thúc nhưng không yêu cầu chấm dứt hợp đồng, việc chậm trễ cấp Giấy chứng nhận đầu tư là do các cơ quan nhà nước yêu cầu rà soát điều kiện đầu tư chứ không phải do lỗi của nguyên đơn, và từ đó đi đến kết luận “nguyên đơn không bị cho là đã vi phạm về thời hạn ấn định cho việc xin được Giấy chứng nhận đầu tư theo quy định của hợp đồng”<sup>124</sup>. Như vậy, TAND đã nhầm lẫn giữa bản chất của hành vi (là vi phạm hợp đồng hay không vi phạm hợp đồng) với hậu quả pháp lý của hành vi (có dẫn đến hợp đồng bị chấm dứt hay không). Theo quy định của Điều

526 BLDS năm 2015 và Điều 84 LTM năm 2005, việc thực hiện tiếp hợp đồng đã thỏa thuận hay chấm dứt hợp đồng sau khi kết thúc thời hạn dịch vụ mà công việc chưa hoàn thành hoàn toàn do bên thuê dịch vụ quyết định (có phản đối việc vi phạm hay không), hai điều luật này không hề quy định rằng việc vi phạm thời hạn dịch vụ sẽ bị triệt tiêu nếu bên thuê dịch vụ không phản đối. Trường hợp Công ty HK, bàn giao Giấy chứng nhận đầu tư chậm so với thời hạn dịch vụ trong hợp đồng là một dạng vi phạm hợp đồng, khi xem xét hậu quả pháp lý của hành vi này mới áp dụng đến quy định tại Điều 526 BLDS năm 2005 hoặc Điều 84 LTM năm 2005. Tóm lại, khi xem xét hành vi vi phạm hợp đồng, trước hết phải căn cứ vào các quy định về nghĩa vụ hợp đồng được các bên thỏa thuận, ghi nhận trong hợp đồng, nếu hợp đồng không quy định thì mới xác định hành vi vi phạm nghĩa vụ hợp đồng do pháp luật quy định hoặc vận dụng hợp lý các quy định của pháp luật về vấn đề đó.

Trong một vụ việc khác, quan điểm của Tòa án lại theo hướng xác định hành vi vi phạm căn cứ vào nội dung nghĩa vụ của các bên trong hợp đồng. Tại Bản án số 1132/2018/KDTM-PT ngày 29/11/2018 của TAND TP. Hồ Chí Minh, vụ việc diễn biến như sau: Ngày 12/05/2011 Công ty TNHH dịch vụ thương mại T (Công ty T) có ký Hợp đồng mua bán số 04/2011/NBSC-AC để bán cho Công ty TNHH phát triển A (Công ty A) 14,4 tấn hóa chất Butyl acetate với giá 534.308.016 đồng và ngày 06/11/2011 ký Hợp đồng mua bán số 05/2011/NBSC-AC để bán cho Công ty A 16,8 tấn hóa chất Polyurethan với giá 854.903.485 đồng. Hai bên thỏa thuận là sau khi nhận hàng Công ty A phải thanh toán cho Công ty T số tiền trên trong thời hạn 60 ngày. Tuy nhiên, sau khi nhận hàng và 60 ngày sau đó, Công ty A không thanh toán đủ tiền hàng cho Công ty T mà chỉ thanh toán một phần. Sau đó, hai Công ty đã nhiều lần hợp đối chiếu công nợ, thống nhất số tiền Công ty A còn nợ Công ty T bao gồm tiền nợ gốc chưa thanh toán của hai hợp đồng 04 và 05, kèm theo là khoản tiền lãi từ số tiền chưa thanh toán này. Tại Bản án số 37/2018/KDTM-ST ngày 5/7/2018 của TAND quận Gò Vấp, TP. Hồ Chí Minh, HĐXX đã nhận định rằng, căn cứ vào quy định trong các Hợp đồng mua bán hàng hóa đã ký kết, việc Công ty A không thanh toán hết số tiền mua hàng trong vòng 60 ngày kể từ khi nhận hàng đã vi phạm nghĩa vụ của hợp đồng, do đó phải chịu trách nhiệm hoàn trả số tiền hàng còn nợ và tiền lãi do thanh toán quá hạn. Cụ thể: Buộc Công ty A trả cho Công ty T số tiền

2.791.177.041 đồng (hai tỷ bảy trăm chín mươi một triệu một trăm bảy mươi bảy ngàn không trăm bốn mươi một đồng) làm một lần, ngay khi bản án có hiệu lực pháp luật. Việc thi hành án được thực hiện tại Chi cục Thi hành án dân sự có thẩm quyền. Kể từ khi Công ty T có đơn yêu cầu thi hành án, Công ty A còn phải tiếp tục trả tiền lãi trên số tiền chậm trả theo lãi suất nợ quá hạn trung bình trên thị trường tại thời điểm thanh toán tương ứng với thời gian chậm trả.

Qua hai ví dụ nêu trên, có thể thấy rằng, vi phạm HĐTM có thể tồn tại dưới dạng “hành động” hoặc “không hành động” và việc đánh giá một hành vi có vi phạm nghĩa vụ hợp đồng hay không trước hết cần căn cứ vào các quy định cụ thể trong hợp đồng, nếu hợp đồng không có quy định mới xem xét đến các quy phạm pháp luật chuyên ngành hoặc luật chung để đánh giá.

### **2.2.2. Các quy định về căn cứ là “thiệt hại thực tế”**

Theo quy định tại Điều 302 và Điều 303 LTM năm 2005, thiệt hại được bồi thường do hành vi vi phạm hợp đồng là những 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 (hoặc “thiệt hại cho lợi ích mà lẽ ra mình sẽ được hưởng do hợp đồng mang lại” theo BLDS năm 2015). Hiện nay, chưa có bất cứ văn bản dưới luật nào hướng dẫn cụ thể về khái niệm “tổn thất thực tế, trực tiếp” cũng như “khoản lợi trực tiếp”. Chính vì vậy, việc áp dụng các quy định trên trong thực tế cần được xem xét thông qua các tiền lệ xét xử của Tòa án hay các trung tâm trọng tài thương mại.

### **2.2.3. Các quy định về căn cứ là “mối quan hệ nhân quả giữa hành vi vi phạm hợp đồng và thiệt hại thực tế”**

Dưới góc độ lý luận, mối quan hệ nhân quả giữa hành vi và thiệt hại xảy ra phải được xem xét như một quá trình được tạo nên bởi một loạt các sự kiện tồn tại khách quan, bắt đầu là hành vi, sau đó là các thiệt hại thực tế. Trong các quy định của pháp luật thương mại, mối quan hệ nhân quả giữa hành vi và thiệt hại chỉ được thể hiện một cách ngầm định thông qua khoản 1 Điều 302 LTM năm 2005: “BTTH là việc bên vi phạm bồi thường những tổn thất do hành vi vi phạm hợp đồng gây ra cho bên bị vi phạm”. Từ “do” trong điều luật trên đã thể hiện rằng, bên vi phạm chỉ phải bồi thường những thiệt hại cho bên bị vi phạm nếu thiệt hại đó là kết quả của hành vi vi phạm.

Qua phân tích lý luận mối quan hệ nhân quả giữa hành vi và thiệt hại, kết hợp với những thông tin từ vụ việc tranh chấp trên thực tế, có thể đưa ra những nhận định sau: Thứ nhất, trong thực tiễn, có những tổn thất xảy ra nằm ngoài quá trình diễn biến của hành vi vi phạm hợp đồng, những tổn thất này không được xem là thiệt hại xảy ra do hành vi vi phạm hợp đồng. Thứ hai, việc xem xét mối quan hệ nhân quả chỉ là điều kiện cần chứ không phải là điều kiện "đủ" để phát sinh TNBTTH. Mối quan hệ nhân quả chỉ có ý nghĩa nếu chứng minh được hành vi dẫn đến thiệt hại là hành vi vi phạm hợp đồng, và việc lập luận về hành vi vi phạm hợp đồng mới là ưu tiên hàng đầu trong việc giải quyết các tranh chấp BTTH do vi phạm HĐTM.

#### **2.2.4. Về yếu tố "lỗi"**

Về căn cứ phát sinh TNBTTH, LTM năm 2005 đã có sự thay đổi so với LTM năm 1997 ở chỗ, lỗi không còn được coi là một trong các yếu tố làm phát sinh TNBTTH. Xung quanh sự thay đổi này, còn tồn tại những ý kiến khác nhau. Có ý kiến cho rằng, việc không quy định lỗi là một trong các căn cứ làm phát sinh TNBTTH, tức là ngoài các trường hợp miễn trách nhiệm, luật đã cho phép bên bị thiệt hại được yêu cầu BTTH trong mọi trường hợp, bất kể bên vi phạm có lỗi hay không có lỗi. Ý kiến khác lại cho rằng, việc không quy định yếu tố lỗi của bên vi phạm HĐTM không có nghĩa lỗi không phải là một trong các yếu tố làm phát sinh TNBTTH. Bởi vì lỗi luôn gắn liền với hành vi vi phạm của chủ thể, nên chỉ cần chứng minh có hành vi vi phạm HĐTM đã có thể suy đoán bên vi phạm có lỗi.

Có thể thấy rằng, pháp luật thương mại không quy định yếu tố lỗi là một trong các căn cứ làm phát sinh TNBTTH do vi phạm hợp đồng. Đây là điểm chưa tương đồng giữa pháp luật thương mại và pháp luật dân sự. Tuy nhiên, LTM năm 2005 cũng gián tiếp quy định rằng, trong một số trường hợp, yếu tố lỗi được xem xét để xác định trách nhiệm bồi thường. Điểm c, khoản 1 Điều 294 LTM năm 2005 đã quy định các trường hợp miễn TNBTTH khi có hành vi vi phạm, trong đó có trường hợp: "Hành vi vi phạm hoàn toàn do lỗi của bên kia...". Về mặt ngữ nghĩa, có thể hiểu rằng, nếu có hành vi vi phạm nghĩa vụ của bên có nghĩa vụ thì thiệt hại có thể đã xảy ra hoặc chưa xảy ra, nhưng mọi nghĩa vụ tài sản được miễn trừ. Đi sâu phân tích quy định trên, có thể thấy rằng, trong trường hợp miễn trách nhiệm do vi phạm nghĩa vụ và tồn tại hành vi vi phạm nghĩa vụ của cả hai bên.

Trong đó, bên có quyền đã có một hành vi vi phạm nào đó (có lỗi), và hành vi vi phạm này đã dẫn đến hành vi vi phạm của bên có nghĩa vụ. Nếu thiệt hại xảy ra, ngay cả khi thiệt hại này có mối quan hệ nhân quả với hành vi vi phạm của bên có nghĩa vụ, thì trách nhiệm bồi thường vẫn được miễn trừ vì hành vi này là kết quả của một hành vi vi phạm khác.

Việc không quy định yếu tố lỗi là căn cứ phát sinh TNBTTH do vi phạm HĐTM là cần thiết và hợp lý. Khi tham gia vào quan hệ HĐTM, các bên đều bình đẳng và mục tiêu mà các chủ thể hướng tới là lợi nhuận, do đó, mọi tổn thất về kinh tế do việc vi phạm hợp đồng gây ra đều phải được bù đắp. Hơn nữa, việc đặt yếu tố lỗi nằm ngoài căn cứ làm phát sinh TNBTTH còn mang mục đích tránh sự mâu thuẫn với quy định tại Khoản 1 Điều 302 LTM năm 2005, trong đó, nêu rõ tổn thất “do” hành vi vi phạm gây ra cần được bồi thường mà không cần biết bên vi phạm có lỗi hay không. Tuy nhiên, cần lưu ý rằng, trách nhiệm bồi thường có thể được miễn trừ ngay cả khi các căn cứ phát sinh theo Điều 303 LTM năm 2005 đã đầy đủ. Như vậy, việc xác định một bên có TNBTTH hay không trước hết cần phải xác định vi phạm đó có thuộc trường hợp miễn trách nhiệm hay không. Điều đó đồng nghĩa với việc phải xem xét yếu tố lỗi trong các hành vi của bên được bồi thường. Mặc dù yếu tố lỗi không phải là điều kiện cần trong xác định TNBTTH do vi phạm HĐTM nói chung, nhưng trong một số trường hợp ngoại lệ, yếu tố lỗi được coi là điều kiện làm phát sinh TNBTTH. Ví dụ, trong trường hợp thương nhân kinh doanh dịch vụ giám định cấp chứng thư giám định có kết quả sai theo khoản 2 Điều 266 LTM năm 2005 và “kết quả sai do lỗi cố ý của mình thì phải BTTH phát sinh cho khách hàng trực tiếp yêu cầu giám định”. Như vậy, có thể hiểu rằng, nếu kết quả giám định sai không phải do lỗi của thương nhân kinh doanh giám định sẽ không phát sinh TNBTTH cho khách hàng, hoặc kết quả giám định sai do lỗi vô ý của thương nhân thì thương nhân đó sẽ phải trả tiền phạt cho khách hàng theo quy định tại khoản 1 Điều 266 LTM năm 2005.

Tương tự như vậy, yếu tố lỗi cũng được xem là căn cứ phát sinh TNBTTH trong trường hợp tại Điều 213 LTM năm 2005. Khoản 2 Điều 213 nêu rõ: “Trường hợp người tổ chức đấu giá quy định tại khoản 1 Điều này không phải là người bán hàng và nội dung thông báo, niêm yết không phù hợp là do lỗi của người bán hàng thì người tổ chức đấu giá có quyền trả lại hàng hóa và yêu cầu

người bán hàng BTTH”. Do đó, nếu người bán hàng đấu giá không có lỗi thì người tổ chức đấu giá không có quyền yêu cầu người bán hàng BTTH. Đối với các hợp đồng dịch vụ logistic, theo quy định tại khoản 5 Điều 236 LTM năm 2005, khách hàng sử dụng dịch vụ logistic phải chịu TNBTTH cho thương nhân kinh doanh dịch vụ logistic “trong trường hợp do lỗi của mình gây ra”. Như vậy, mặc dù không quy định một cách trực tiếp rằng yếu tố lỗi là một trong các căn cứ phát sinh TNBTTH do vi phạm hợp đồng, nhưng trong một số trường hợp vừa nêu, việc xem xét yếu tố lỗi của bên vi phạm có thể là căn cứ phát sinh TNBTTH. Đây được xem là một số ngoại lệ trong pháp luật thương mại về quan hệ BTTH do vi phạm hợp đồng.

### **2.3. Thực trạng pháp luật và thực tiễn thực hiện quy định về phương thức, nguyên tắc xác định thiệt hại được bồi thường và việc xác định thiệt hại được bồi thường trong các trường hợp đặc thù**

#### **2.3.1. Phương thức xác định thiệt hại được bồi thường**

Sau khi có căn cứ về hành vi vi phạm HĐTM, bên bị vi phạm muốn yêu cầu BTTH phải tiến hành xác định các thiệt hại được bồi thường theo quy định tại khoản 2 Điều 302 LTM năm 2005. Các loại thiệt hại được bồi thường 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. Có thể nhận thấy, quy định của pháp luật chỉ liệt kê các loại thiệt hại được phép yêu cầu bồi thường, mà không có hướng dẫn nào về phương thức để xác định thiệt hại được bồi thường. Trong khi đó, khi tranh chấp liên quan đến yêu cầu BTTH phát sinh, bên bị vi phạm cần phải chứng minh về hành vi vi phạm của bên vi phạm, đồng thời chứng minh các thiệt hại đã xảy ra do hành vi vi phạm đó. Để giải quyết yêu cầu này, bên bị vi phạm cần sử dụng các phương thức xác định thiệt hại được bồi thường theo quy định của pháp luật. Trong Bộ luật Tố tụng dân sự năm 2015, các quy định về chứng cứ và chứng minh được thể hiện tại Điều 6 như sau: “1. Đương sự có quyền và nghĩa vụ chủ động thu thập, giao nộp chứng cứ cho Tòa án và chứng minh cho yêu cầu của mình là có căn cứ và hợp pháp. Cơ quan, tổ chức, cá nhân khởi kiện, yêu cầu để bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của người khác có quyền và nghĩa vụ thu thập, cung cấp chứng cứ, chứng minh như đương sự. 2. Tòa án có trách nhiệm hỗ trợ

đương sự trong việc thu thập chứng cứ và chỉ tiến hành thu thập, xác minh chứng cứ trong những trường hợp do Bộ luật này quy định”.

Như vậy, phương thức xác định thiệt hại được bồi thường là cách thức mà bên bị vi phạm thực hiện để chứng minh thiệt hại do hành vi vi phạm hợp đồng gây ra. Việc xác định thiệt hại đương nhiên phải dựa vào các chứng cứ hợp pháp để chứng minh nhưng điều quan trọng nhất trong cách thức, phương pháp xác định thiệt hại là bên bị vi phạm phải chứng minh rằng các thiệt hại đã xảy ra cho mình bởi hành vi vi phạm hợp đồng của bên đối ước là hoàn toàn phù hợp với quy định của pháp luật về các thiệt hại được bồi thường. Để hoàn thiện hồ sơ tham gia tố tụng (tại Tòa án hoặc Trọng tài thương mại), hoặc tham gia giải quyết tranh chấp bằng hình thức phi tố tụng (thương lượng, hòa giải) về yêu cầu BTTH, bên bị vi phạm phải tự thu thập tài liệu, chứng cứ theo các quy định của pháp luật tố tụng dân sự nhằm chứng minh yêu cầu BTTH của mình là hợp pháp. Chứng cứ theo định nghĩa tại Điều 93 Bộ luật Tố tụng dân sự năm 2015 là những gì có thật được đương sự và cơ quan, tổ chức, cá nhân khác giao nộp, xuất trình cho Tòa án trong quá trình tố tụng hoặc do Tòa án thu thập được theo trình tự, thủ tục do Bộ luật này quy định và được Tòa án sử dụng làm căn cứ để xác định các tình tiết khách quan của vụ án cũng như xác định yêu cầu hay sự phản đối của đương sự là có căn cứ và hợp pháp. Do đó, bên bị vi phạm trong HĐTM cần khai thác tối đa các nguồn chứng cứ quy định tại Điều 94 của Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2015 để chứng minh yêu cầu BTTH của mình. Vận dụng phương thức xác định thiệt hại vào các vụ việc có thiệt hại không được xác định qua giá của tài sản cụ thể, chúng ta có thể thấy rằng, khi có yêu cầu BTTH, cần thu thập mọi tài liệu liên quan đến: thiệt hại và chi phí để khắc phục thiệt hại; biên bản định giá thiệt hại của cơ quan giám định độc lập; các hợp đồng, hóa đơn thanh toán liên quan đến thu nhập thực tế bị mất do hành vi vi phạm; các tài liệu khác liên quan đến BTTH cho bên thứ ba phát sinh từ hành vi vi phạm.

### **2.3.2. Nguyên tắc xác định thiệt hại được bồi thường**

Căn cứ vào quy định tại khoản 2 Điều 302 LTM năm 2005 (trong đó quy định rõ giá trị BTTH 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), có thể khẳng định, nội dung cơ bản của nguyên tắc xác định BTTH là : a) chỉ những tổn thất thực tế và trực



tiếp mà bên bị vi phạm phải chịu do bên vi phạm gây ra; b) Khoản lợi ích trực tiếp mà bên bị vi phạm đáng lẽ được hưởng nếu không có hành vi vi phạm. Về vấn đề xác định thiệt hại thực tế, trực tiếp và khoản lợi đáng lẽ được hưởng nếu không có hành vi vi phạm hợp đồng. Thực tiễn áp dụng pháp luật cho thấy việc hiểu và vận dụng nguyên tắc này không hoàn toàn thống nhất.

### **2.3.3. Việc xác định mức bồi thường thiệt hại trong trường hợp đặc thù**

Qua nghiên cứu, khảo sát pháp luật thực định cho thấy rằng, việc xác định mức BTTH trong các trường hợp đặc thù bao gồm: i) Xác định mức BTTH trong các trường hợp có thỏa thuận trước; ii) Xác định mức BTTH trong trường hợp bên tham gia hợp đồng vi phạm nghĩa vụ trả tiền.

#### **2.3.3.1. Xác định mức bồi thường thiệt hại trong các trường hợp có thỏa thuận trước**

Trong BLDS năm 2015 quy định, nhà làm luật cho phép các bên thỏa thuận trước về một giá trị bồi thường cố định trong trường hợp vi phạm hợp đồng tại khoản 3 Điều 418 và khoản 1 Điều 419: Các bên có thể thỏa thuận về việc bên vi phạm nghĩa vụ chỉ phải nộp tiền phạt vi phạm mà không phải BTTH hoặc vừa phải nộp phạt vi phạm và vừa phải BTTH; nếu không có thỏa thuận trước về mức BTTH thì phải bồi thường toàn bộ thiệt hại. Quy định này nhằm tránh bên vi phạm nghĩa vụ vì bất kỳ lý do gì phải chịu một mức bồi thường quá lớn (nhất là khi bên vi phạm ở vị thế yếu hơn so với bên bị vi phạm trong quan hệ hợp đồng), đồng thời cho phép bên có quyền dự liệu trước những thiệt hại có thể xảy ra để có phương án bảo vệ quyền lợi của mình. Tuy nhiên, thực tế cho thấy, quy định này không phát huy giá trị vì các bên không muốn khi hậu quả thiệt hại xảy ra bên vi phạm không phải chịu trách nhiệm chi trả toàn bộ con số thiệt hại đó. Không chỉ vậy, việc quy định thỏa thuận trước mức BTTH trong BLDS mà không có quy định tương tự trong LTM năm 2005 là một sự bất hợp lý. Về bản chất, có thể thấy, việc quy định mức BTTH được thỏa thuận trước có ý nghĩa giống như thỏa thuận phạt vi phạm hợp đồng. Các quy định này đều xác định trước khoản tiền mà bên có hành vi vi phạm phải chi trả trong trường hợp có vi phạm, đồng thời thỏa thuận trách nhiệm chi trả phát sinh chỉ cần điều kiện có hành vi vi phạm mà không cần các điều kiện khác như chứng minh toàn bộ thiệt hại hay thiệt hại là hậu quả của hành vi.

Khác với BLDS năm 2005 và LTM năm 2005, BLDS năm 2015 đã có sự thay đổi trong việc ghi nhận “điều khoản phạt” và “điều khoản về mức BTTH được xác định trước”. Đó là, một mặt BLDS năm 2015 thừa nhận việc cho phép các bên thỏa thuận trước về khoản tiền mà bên có nghĩa vụ phải trả cho bên có quyền trong trường hợp bên có nghĩa vụ không thực hiện đúng hợp đồng, không phụ thuộc vào thiệt hại thực tế theo quy định tại Điều 360 BLDS năm 2015, mặt khác BLDS năm 2015 cũng chỉ rõ bản chất của “phạt vi phạm” tương tự như BLDS năm 2005 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” và sự thỏa thuận này tạo ra một điều khoản nhằm khuyến khích các bên thực hiện đúng hợp đồng dựa trên tính chất trừng phạt, răn đe của nó. Tuy nhiên, nếu như BLDS năm 2005 ghi nhận cả điều khoản phạt và điều khoản về mức BTTH được xác định trước, thì BLDS năm 2015 chỉ còn ghi nhận “điều khoản phạt”. Cách quy định này cho thấy, việc tiếp cận phạt vi phạm hợp đồng và BTTH theo mức thỏa thuận trước đã được gộp lại trong “điều khoản phạt”.

### **2.3.3.2 Xác định mức bồi thường thiệt hại trong trường hợp bên tham gia hợp đồng vi phạm nghĩa vụ trả tiền**

Như đã phân tích ở phần trên, bên có quyền yêu cầu bồi thường sẽ không được bồi thường những thiệt hại xảy ra nếu chủ thể này không chứng minh được thiệt hại đó bằng các tài liệu, chứng cứ cụ thể. Tuy nhiên, có một trường hợp ngoại lệ của nguyên tắc nghĩa vụ chứng minh thiệt hại thuộc về bên bị vi phạm hợp đồng (đã được ghi nhận tại Điều 304 LTM năm 2005), đó là khoản tiền lãi phát sinh khi một bên vi phạm nghĩa vụ trả tiền. Quy định của pháp luật thương mại cho phép bên có quyền yêu cầu bên có nghĩa vụ trả một khoản tiền lãi trong trường hợp chậm thanh toán, cụ thể là: “Trường hợp bên vi phạm hợp đồng chậm thanh toán tiền hàng hay chậm thanh toán thù lao dịch vụ và các chi phí hợp lý khác thì bên bị vi phạm hợp đồng có quyền yêu cầu 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 tương ứng với thời gian chậm trả, trừ trường hợp có thỏa thuận khác hoặc pháp luật có quy định khác”.

Sự khác biệt của loại thiệt hại này so với các loại thiệt hại khác nằm ở chỗ: (i) Bên có quyền không phải chứng minh một con số thiệt hại cụ thể mà chỉ cần chứng minh bên có nghĩa vụ thanh toán đã vi phạm nghĩa vụ về thời hạn thanh

toán; (ii) Giá trị của khoản BTTH không được quyết định bởi việc chứng minh của bên có quyền, mà phụ thuộc vào quy định của pháp luật về lãi suất nợ quá hạn trung bình trên thị trường tại thời điểm thanh toán. Theo Án lệ số 09/2016/AL được Hội đồng Thẩm phán TAND tối cao thông qua ngày 17/10/2016 và được công bố theo Quyết định số 698/QĐ-CA ngày 17/10/2016 của Chánh án TAND tối cao, lãi suất chậm thanh toán được tính bằng “lãi suất quá hạn trung bình của ít nhất ba ngân hàng tại địa phương (Ngân hàng Nông nghiệp và Phát triển nông thôn Việt Nam, Ngân hàng TMCP Ngoại thương Việt Nam, Ngân hàng TMCP Công thương Việt Nam...). Về bản chất, loại thiệt hại này có thể coi là “thiệt hại do chiếm dụng vốn”, được xây dựng dựa trên yếu tố “giá trị sinh lời” của vốn, theo đó, mỗi khoản tiền được một cá nhân hay pháp nhân sử dụng vào mục đích kinh doanh trong các HĐTM (hoặc dân sự); khoản lợi mà cá nhân hoặc pháp nhân đó được hưởng luôn có giá trị sinh lời với một mức lãi suất tối thiểu bằng với lãi suất của ngân hàng. Do đó, để đảm bảo lợi ích hợp pháp của cá nhân, tổ chức trong quan hệ hợp đồng, việc chậm thanh toán sẽ làm phát sinh nghĩa vụ chi trả tiền lãi chậm trả, khoản tiền lãi này được tính dựa trên công thức đã được pháp luật quy định.

Thực tế thực hiện vấn đề nêu trên cho thấy, sau khi xác định đầy đủ căn cứ phát sinh TNBTTH, cơ quan xét xử (Tòa án) hoặc Trọng tài thương mại có thể ra phán quyết, trong đó nêu rõ số tiền mà bên vi phạm phải trả cho bên bị vi phạm và

cách thức chi trả số tiền trên.

## **2.4. Thực trạng quy định về thực hiện trách nhiệm bồi thường thiệt hại do vi phạm hợp đồng thương mại và vấn đề miễn trách nhiệm bồi thường thiệt hại do vi phạm hợp đồng thương mại**

### **2.4.1. Thực trạng quy định về thực hiện trách nhiệm bồi thường thiệt hại do vi phạm hợp đồng thương mại**

Trong khoa học pháp lý, thực hiện hợp đồng không phải là vấn đề gây tranh luận, bởi lẽ triết lý của việc thực hiện hợp đồng vốn dĩ đã rất rõ ràng, dựa trên nguyên tắc cốt lõi là “tuân thủ cam kết”. Tuy nhiên, trong thực tiễn pháp lý nhiều năm qua thì vấn đề thực hiện hợp đồng đã và đang trở nên “nóng” hơn bao giờ hết, bởi lẽ, thực tế thì không khó để liệt kê và dẫn chứng về các hành vi vi phạm hợp đồng trong hoạt động thương mại đã và đang diễn ra hàng ngày trong

đời sống kinh tế. Trong pháp luật thực định Việt Nam hiện nay, dường như ý thức rất rõ ràng về nguy cơ vi phạm hợp đồng và hậu quả thực tế của hành vi không thực hiện hợp đồng, nên các nhà làm luật đã tìm cách dự liệu rất cụ thể về vấn đề thực hiện hợp đồng trong BLDS năm 2015 (tại các Điều 409 đến Điều 420) cũng như LTM năm 2005 và các văn bản hướng dẫn thi hành các đạo luật này. Theo đó các nội cơ bản liên quan đến thực hiện hợp đồng như: nguyên tắc thực hiện hợp đồng đơn vụ và hợp đồng song vụ (từ Điều 409 đến Điều 414); thực hiện hợp đồng vì lợi ích của người thứ ba (Điều 415); thỏa thuận phạt vi phạm (Điều 418); thiệt hại được bồi thường do vi phạm hợp đồng (Điều 419); thực hiện hợp đồng khi hoàn cảnh thay đổi cơ bản (Điều 420)...

Tương tự, để tạo cơ sở pháp lý cho việc thực hiện hợp đồng trong hoạt động giao lưu thương mại, LTM năm 2005 đã quy định về vấn đề thực hiện hợp đồng trong nhiều điều khoản khác nhau, ví dụ như: Bảo đảm thực hiện hợp đồng (Điều 231); các loại chế tài trong thương mại, trong đó có biện pháp tạm ngừng thực hiện hợp đồng hoặc đình chỉ thực hiện hợp đồng (Điều 292); buộc thực hiện đúng hợp đồng (Điều 297); tạm ngừng thực hiện hợp đồng (Điều 308); đình chỉ thực hiện hợp đồng và hậu quả pháp lý của việc đình chỉ thực hiện hợp đồng (Điều 310, 311)... Khi một bên giao kết hợp đồng có hành vi vi phạm hợp đồng và gây ra thiệt hại cho bên đối ước thì có thể làm phát sinh TNBTTH do vi phạm HĐTM, tùy thuộc vào việc hành vi gây thiệt hại có đủ yếu tố làm phát sinh TNBTTH hay không và trách nhiệm đó có thuộc trường hợp được “miễn trách” theo thỏa thuận của các bên hoặc theo quy định của pháp luật hay không. Thực tế cho thấy, câu hỏi đặt ra là nếu phát sinh TNBTTH do vi phạm HĐTM thì trách nhiệm đó sẽ được bên gây thiệt hại thực hiện như thế nào?

Trong pháp luật thực định hiện hành, nhà làm luật không quy định trực tiếp về nguyên tắc, phương thức, thời gian thực hiện TNBTTH do vi phạm hợp đồng mà chỉ quy định về nguyên tắc, phương thức thực hiện TNBTTH ngoài hợp đồng tại Điều 585 BLDS năm 2015, theo đó: “Thiệt hại thực tế phải được bồi thường toàn bộ và kịp thời. Các bên có thể thỏa thuận về mức bồi thường, hình thức bồi thường bằng tiền, bằng hiện vật hoặc thực hiện một công việc, phương thức bồi thường một lần hoặc nhiều lần, trừ trường hợp pháp luật có quy định khác”. Tuy nhiên, nếu không có quy định cụ thể về nguyên tắc, phương thức, thời điểm thực hiện TNBTTH do vi phạm hợp đồng thì các bên có thể thỏa thuận áp dụng các

nguyên tắc, phương thức và thời điểm thực hiện TNBTTH ngoài hợp đồng theo quy định tại Điều 585 nói trên. Đây có thể xem là một trong những khiếm khuyết của pháp luật hiện hành về thực hiện TNBTTH do vi phạm HĐTM. Sự thiếu vắng các quy định này có thể dẫn đến những khó khăn, vướng mắc trong quá trình thực hiện TNBTTH do vi phạm HĐTM.

#### **2.4.2. Thực trạng quy định về vấn đề miễn trách nhiệm bồi thường thiệt hại do vi phạm hợp đồng thương mại**

Khi tham gia vào quan hệ HĐTM, các bên đều bình đẳng và có nghĩa vụ ngang nhau trong việc tuân thủ các điều khoản của hợp đồng. Do đó, bên có hành vi vi phạm đương nhiên sẽ phải đền bù tổn thất cho bên bị vi phạm nếu hành vi đó gây ra thiệt hại cho bên bị vi phạm. Bản thân khái niệm “bồi thường” đã bao hàm ý nghĩa của trách nhiệm tài sản, do đó, có thể khẳng định rằng, chế tài BTTH do vi phạm HĐTM là một dạng trách nhiệm tài sản, trong đó việc trả một khoản tiền cho bên bị vi phạm hợp đồng là một hành vi có tính chất thay thế cho phần nghĩa vụ bị vi phạm trong hợp đồng. Hậu quả pháp lý cho bên vi phạm hợp đồng chính là nghĩa vụ trả tiền. Tuy nhiên, vấn đề miễn TNBTTH được đặt ra không chỉ trong khoa học pháp lý và trong thực tiễn áp dụng pháp luật, mà ngay cả trong quá trình xây dựng pháp luật nói chung và pháp luật thương mại nói riêng đã xác lập vấn đề này.

Trong BLDS năm 2015, tại Điều 351 nhà làm luật chỉ quy định có tính chất nguyên tắc về trách nhiệm dân sự do vi phạm nghĩa vụ, theo đó ghi nhận: “Trường hợp bên có nghĩa vụ không thực hiện đúng nghĩa vụ do sự kiện bất khả kháng thì không phải chịu trách nhiệm dân sự, trừ trường hợp có thỏa thuận khác hoặc pháp luật có quy định khác. 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”. Trong LTM năm 2005, nhà làm luật đã đi xa hơn bằng cách quy định rõ hơn về các trường hợp miễn trách nhiệm đối với hành vi vi phạm tại Điều 294, theo đó quy định bên vi phạm hợp đồng được miễn trách nhiệm trong các trường hợp sau đây: a) Xảy ra trường hợp miễn trách nhiệm mà các bên đã thỏa thuận; b) Xảy ra sự kiện bất khả kháng; c) Hành vi vi phạm của một bên hoàn toàn do lỗi của bên kia; d) 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. Thứ nhất, về trường hợp miễn TNBTTH

do vi phạm HĐTM mà các bên đã thỏa thuận. Xuất phát từ nguyên tắc tự do ý chí, tự định đoạt và tự do hợp đồng, các hệ thống pháp luật đều cho phép các bên thỏa thuận về điều khoản miễn TNBTTH.

Điều đó có nghĩa là khi thỏa thuận về miễn TNBTTH được đưa vào hợp đồng thì thỏa thuận đó sẽ có hiệu lực đối với các bên. Về nguyên tắc, thỏa thuận miễn TNBTTH được thực hiện vào thời điểm xác lập hợp đồng, nhưng các bên cũng có thể đạt được thỏa thuận về miễn TNBTTH sau thời điểm đó. Vì vậy, khi xảy ra trường hợp miễn trách nhiệm do vi phạm hợp đồng mà các bên đã thỏa thuận thì về nguyên tắc là bên vi phạm sẽ không phải thực hiện nghĩa vụ BTTH cho bên bị vi phạm, mặc dù thiệt hại đó là do hành vi vi phạm hợp đồng gây ra. Trong trường hợp này, quy định về việc miễn TNBTTH do vi phạm hợp đồng mà các bên đã thỏa thuận được quy định nhằm bảo đảm quyền tự do hợp đồng và quyền tự định đoạt của các bên tham gia HĐTM.

Ở Pháp, điều khoản miễn trừ chỉ được áp dụng bởi Tòa án đối với hợp đồng mẫu, nhằm ngăn chặn việc bên có lợi thế đưa vào hợp đồng những điều khoản bất lợi cho bên kia. Luật Hợp đồng của Vương quốc Anh cho phép miễn TNBTTH khi bên không thực hiện đúng hợp đồng viện dẫn tới những sự kiện dẫn tới hợp đồng “không thể thực hiện được” đã được các bên dự liệu trong điều khoản miễn để làm căn cứ miễn TNBTTH. Việc viện dẫn đến các sự kiện đã nêu trong điều khoản miễn do các bên đưa vào hợp đồng cũng có thể được kết hợp với những sự kiện dẫn tới mục đích của hợp đồng không đạt được dù hợp đồng được thực hiện cũng xem là căn cứ miễn TNBTTH trong Luật Hợp đồng của Vương quốc Anh.

Trong hệ thống pháp luật Việt Nam, thỏa thuận miễn TNBTTH được ngầm định tại Điều 13, Điều 360 BLDS năm 2015 với quy định “trừ trường hợp có thỏa thuận khác” và được thể hiện rõ hơn tại khoản 3 Điều 405, khoản 3 Điều 406 BLDS năm 2015. Thỏa thuận miễn TNBTTH cũng được ghi nhận tại điểm a khoản 1 Điều 294 LTM năm 2005. Theo đó, hợp đồng mẫu là hợp đồng gồm những điều khoản do một bên đưa ra theo mẫu để bên kia trả lời trong một thời gian hợp lý và điều kiện giao dịch chung là những điều khoản ổn định do một bên công bố để áp dụng chung cho bên được đề nghị giao kết hợp đồng. Nếu bên được đề nghị chấp nhận giao kết hợp đồng thì coi như chấp nhận toàn bộ nội dung hợp đồng theo mẫu và coi như chấp nhận các điều khoản này. Đối với điều

khoản quy định miễn trách nhiệm của bên đưa ra hợp đồng theo mẫu và điều kiện giao dịch, tăng trách nhiệm hoặc loại bỏ quyền lợi chính đáng của bên kia thì nó không có hiệu lực, trừ trường hợp các bên có thỏa thuận khác. Để minh họa vấn đề này, ví dụ hợp đồng mua bán điện, nước... trong đó, có một số điều khoản mẫu do bên đề nghị đưa ra không thỏa thuận còn các bên vẫn có quyền đàm phán các điều khoản khác; hoặc ví dụ trong điều kiện chung quy định đối với hàng hóa mà khách hàng đã mua thì “không được phép đổi hoặc trả lại”, quy định này sẽ không có hiệu lực vì không công bằng và vi phạm pháp luật về nghĩa vụ đảm bảo chất lượng của vật bán, nghĩa vụ bảo hành...

Như vậy, quy định của BLDS năm 2015 là hợp lý, bảo vệ sự bình đẳng giữa các bên, bảo vệ quyền và lợi ích của bên được đề nghị, bởi vì, bên chủ động đưa ra đề nghị giao kết hợp đồng với các điều khoản soạn trước có thời gian nghiên cứu kỹ và cũng thường là bên có tính chuyên nghiệp với nhiều lợi thế khác; điều kiện giao dịch chung do bên đưa ra thường được xây dựng theo hướng có lợi cho người soạn nó, từ đó, chủ thể kinh doanh tạo lợi thế cho mình và áp đặt bất lợi cho đối phương. Trên thực tế các bên ít thỏa thuận các trường hợp được miễn trách nhiệm trong hợp đồng, bởi lẽ việc thỏa thuận này sẽ khiến các bên viện cớ để vi phạm Hợp đồng hoặc cố tình tự tạo ra tình huống để được miễn trách nhiệm. Do đó, những trường hợp miễn trách nhiệm bồi thường chủ yếu có nguyên nhân từ các sự kiện bất khả kháng. Thứ hai, về trường hợp miễn TNBTTH do vi phạm hợp đồng khi xảy ra sự kiện bất khả kháng.

Không giống với trường hợp miễn TNBTTH theo thỏa thuận nêu trên, miễn TNBTTH trong trường hợp bất khả kháng là căn cứ miễn TNBTTH theo luật định và không cần phải thỏa thuận về căn cứ miễn trách nhiệm này. Theo khoản 1 Điều 156 BLDS năm 2015 quy định: *"sự kiện bất khả kháng là sự kiện xảy ra một cách khách quan không lường trước được và không thể khắc phục được mặc dù đã áp dụng mọi biện pháp cần thiết và khả năng cho phép"*. Như vậy chỉ đáp ứng cả ba điều kiện sau đây thì một sự kiện mới được xem là bất khả kháng và là căn cứ để miễn trách nhiệm đối với bên vi phạm: (i) Sự kiện khách quan, tức là nằm ngoài phạm vi kiểm soát của bên vi phạm hợp đồng, ví dụ: các sự kiện thuộc về thiên nhiên tác động (như bão, lụt, động đất, song thần, núi lửa...) hoặc các sự kiện thuộc về chính trị - xã hội (bạo loạn, đình công, xung đột vũ trang, chiến tranh...); (ii) Sự kiện không thể lường trước được tại thời điểm giao

kết hợp đồng hoặc trong quá trình thực hiện hợp đồng nhưng phải trước thời điểm xảy ra hành vi vi phạm; (iii) Hậu quả sự kiện đó không thể khắc phục được mặc dù đã áp dụng mọi biện pháp cần thiết với khả năng cho phép. Tuy nhiên nhìn nhận về tính chất, điều kiện đối với sự kiện bất khả kháng trong lý luận cũng như thực tiễn thường không thống nhất. Do đó, khi các chủ thể giao kết hợp đồng thường có xu hướng đưa ra điều khoản về sự kiện bất khả kháng.

Mặc dù không khó để nhận ra triết lý cơ bản của quy định này là nhằm loại trừ những trách nhiệm pháp lý đặt ra đối với bên vi phạm hợp đồng do sự kiện bất khả kháng, mà bản chất là khi xảy ra sự kiện bất khả kháng dẫn đến sự vi phạm hợp đồng của một bên đối với bên kia thì khi đó bên vi phạm hợp đồng được xác định là không có lỗi. Vì thế, nếu pháp luật bắt họ phải chịu trách nhiệm bồi thường thiệt hại về những sự kiện tổn thất xảy ra không do lỗi của họ thì đó là điều không thể chấp nhận được. Tuy vậy, điều đáng tiếc là nhà làm luật chưa quy định rõ sự kiện bất khả kháng có thể dẫn đến việc miễn trừ trách nhiệm bồi thường của bên vi phạm HĐTM bao gồm những trường hợp nào nên trong thực tế có thể xảy ra những tình huống bên vi phạm hợp đồng cố ý, chủ động đưa mình vào tình trạng bất khả kháng để từ đó chối bỏ TNBTTH do hành vi vi phạm hợp đồng của chính họ gây ra cho bên bị vi phạm.

Tuy BLDS đã ghi nhận về sự kiện bất khả kháng với các dấu hiệu cơ bản, song các quy định này vẫn còn chung chung nên khi áp dụng vào thực tiễn vẫn còn nhiều quan điểm trái chiều nhau, đặc biệt là trong bối cảnh đại dịch Covid-19 đang hoành hành ở khắp các quốc gia trên thế giới, trong đó có Việt Nam thì vấn đề này càng nổi cộm hơn bao giờ hết. Có thể thấy, đây là đại dịch nghiêm trọng nhất từ trước đến nay, đã gây ảnh hưởng nghiêm trọng đến nền kinh tế thế giới, làm đứt gãy các chuỗi cung ứng sản phẩm hàng hóa trên phạm vi toàn cầu, khiến cho hàng loạt các doanh nghiệp lâm vào tình trạng phá sản hoặc chấm dứt hoạt động. Theo số liệu kinh tế - xã hội tháng 8 vừa được Tổng cục Thống kê công bố cho biết, số lượng doanh nghiệp rời khỏi thị trường cao hơn số doanh nghiệp thành lập mới là 680 doanh nghiệp. Cụ thể, số doanh nghiệp rút lui khỏi thị trường trong tháng này là 6.441 doanh nghiệp và số doanh nghiệp thành lập mới là 5.761 doanh nghiệp. Tính chung 8 tháng, cả nước có 81.600 doanh nghiệp đăng ký thành lập mới nhưng có 85.500 doanh nghiệp rời khỏi thị trường, cao hơn đến 3.900 doanh nghiệp<sup>133</sup>. Tình trạng này gây ra hàng loạt các vụ việc vi



phạm hợp đồng nói chung, HĐTM nói riêng của rất nhiều doanh nghiệp trong nước và nước ngoài, gây tổn thất về tài sản cho bên đối ước. Song, bên vi phạm có thể coi sự xuất hiện của đại dịch Covid-19 là sự kiện bất khả kháng để được miễn trừ trách nhiệm do vi phạm HĐTM nói chung, trách nhiệm BTTH nói riêng hay không lại là vấn đề có nhiều quan điểm trái chiều. Về phương diện pháp lý, để có thể khẳng định đại dịch COVID-19 hiện nay có phải là trường hợp bất khả kháng hay không để xem xét miễn trừ TNBTTH do vi phạm HĐTM, cần đánh giá xem đại dịch này có thỏa mãn đầy đủ các điều kiện của sự kiện bất khả kháng hay không?

Quan điểm thứ nhất cho rằng dịch COVID-19 có đầy đủ các yếu tố để được xem là sự kiện bất khả kháng vì các lý do: Một là, sự kiện đó gây ảnh hưởng hoặc cản trở trực tiếp đến việc thực hiện hợp đồng của các bên, khiến cho một hoặc các bên vi phạm hợp đồng hoặc không thể thực hiện được hợp đồng; Hai là, các bên đã áp dụng mọi biện pháp cần thiết và khả năng cho phép nhưng không thể khắc phục được tác động của sự kiện bất khả kháng đó.

Quan điểm khác lại cho rằng để được miễn thực hiện nghĩa vụ theo khoản 2 Điều 351 BLDS năm 2015, doanh nghiệp phải chứng minh được nghĩa vụ của họ không thể thực hiện được do bất khả kháng. Ở đây, họ phải chứng minh được ba yếu tố của sự kiện bất khả kháng trong quy định trên. Điều quan trọng là phải chứng minh được rằng nghĩa vụ của họ không thể thực hiện được và việc không thể thực hiện được này có nguyên nhân trực tiếp từ dịch Covid-19. Trong thực tế, mặc dù có dịch Covid-19 và thậm chí có quyết định của cơ quan có thẩm quyền về giãn cách xã hội do dịch Covid-19, một số công trình xây dựng vẫn tiếp tục được thi công (khi đáp ứng điều kiện về y tế) nên trong trường hợp đó, doanh nghiệp xây dựng không thể viện dẫn dịch Covid-19 như sự kiện bất khả kháng để được miễn thực hiện nghĩa vụ hợp đồng. Ngược lại, nếu vì dịch Covid-19 mà cơ quan có thẩm quyền ban hành quyết định dừng hoạt động từ đó doanh nghiệp xây dựng không thể tiếp tục thi công (không có cách nào khác là dừng việc thi công), doanh nghiệp có thể viện dẫn sự kiện bất khả kháng để miễn thực hiện nghĩa vụ/miễn trách nhiệm khi quyết định của cơ quan có thẩm quyền như nêu trên là không lường trước được. Nói cách khác, tùy vào hoàn cảnh cụ thể để xem xét có hay không sự kiện bất khả kháng ảnh hưởng tới việc thực hiện hợp đồng; chúng ta không được sử dụng một cách tùy tiện sự tồn tại của dịch Covid-19 để được

miễn thực hiện nghĩa vụ theo hợp đồng trên danh nghĩa của sự kiện bất khả kháng.

Để xác định đại dịch nói chung, đại dịch Covid-19 nói riêng có phải là một sự kiện bất khả kháng hay không cần phải căn cứ vào các quy định của BLDS về các điều kiện của sự kiện bất khả kháng. Cụ thể là: Về điều kiện thứ nhất: Phải là sự kiện có tính khách quan. Không khó để khẳng định rằng đại dịch COVID-19 hiện nay vốn dĩ là sự kiện diễn ra ngoài ý muốn của con người nói chung và của các chủ thể kinh doanh nói riêng. Vì thế, có thể khẳng định rằng đại dịch COVID-19 là sự kiện có tính khách quan, ngoài tầm kiểm soát của các bên vi phạm hợp đồng trong hoạt động thương mại .

Về điều kiện thứ hai: phải là sự kiện không thể lường trước được tại thời điểm giao kết hợp đồng hoặc trong quá trình thực hiện hợp đồng nhưng phải trước thời điểm xảy ra hành vi vi phạm. Đại dịch COVID-19 hiện nay đang diễn ra trên phạm vi toàn cầu, trong đó có Việt Nam với tỷ lệ lây nhiễm nhanh, rất khó kiểm soát. Tối ngày 11/3/2020 theo giờ Việt Nam, Tổ chức Y tế Thế giới – WHO (World Health Organization) đã tuyên bố dịch bệnh viêm đường hô hấp cấp Covid-19 do chủng mới của virus Corona (SARS-CoV-2) là một đại dịch toàn cầu. Như vậy, có thể khẳng định rằng Covid-19 là một dịch bệnh truyền nhiễm. Trước đó, Bộ Y tế Việt Nam đã ban hành Quyết định số 219/QĐ-BYT ngày 29/01/2020, về việc bổ sung bệnh viêm đường hô hấp cấp do chủng mới của virus Corona (nCov) gây ra vào danh mục các bệnh truyền nhiễm nhóm A theo quy định tại Luật Phòng, chống bệnh truyền nhiễm năm 2007. Điều này chứng tỏ đại dịch COVID-19 là một loại dịch bệnh truyền nhiễm có mức độ nguy hiểm rất cao, không thể lường trước được về khả năng gây bệnh của nó trong cộng đồng.

Song việc có lường trước được hay không lại phụ thuộc vào tình hình ở từng đợt bùng dịch và việc tiếp cận các thông tin về sự bùng phát các đợt dịch. Thông thường tính không lường trước được của đại dịch chỉ phù hợp với trường hợp đợt bùng dịch xảy ra sau khi hợp đồng đã được giao kết. Tuy không phải trường hợp nào dịch bệnh bùng phát cũng ảnh hưởng đến việc thực hiện hợp đồng. Có nhiều nghĩa vụ phát sinh từ hợp đồng vẫn có thể thực hiện được bất kể dịch bệnh bùng phát hay không, ví dụ nghĩa vụ thanh toán tiền mua hàng hoá thông qua phương thức chuyển khoản. Chính vì vậy, chỉ những nghĩa vụ không thể thực hiện được do việc áp dụng các biện pháp như giãn cách xã hội, cách ly y

tế hoặc phong toả dẫn đến bên có nghĩa vụ không thể thực hiện được nghĩa vụ đúng hạn thì mới có thể xem xét miễn trừ trách nhiệm do sự kiện bất khả kháng. Về điều kiện thứ ba: Hậu quả sự kiện đó không thể khắc phục được mặc dù đã áp dụng mọi biện pháp cần thiết với khả năng cho phép. Đối với đại dịch COVID-19, tình trạng lây nhiễm rất nhanh trong cộng đồng bởi các biến chủng mới của virus Corona đã khiến cho Chính phủ các nước phải có những động thái rất quyết liệt để ngăn chặn nguy cơ lây lan của dịch bệnh. Tuy vậy, các biện pháp này vẫn không ngăn chặn được tình trạng lây nhiễm nhanh trong cộng đồng với mức độ lây nhiễm ngày càng cao.

Ở Việt Nam, mặc dù Chính phủ đã có những biện pháp rất quyết liệt như ban hành chỉ thị số 15, 16 của Thủ tướng Chính phủ, trong đó đặc biệt là Chỉ thị số 16/CT-TTg về việc thực hiện các biện pháp cấp bách phòng, chống dịch Covid-19, theo đó, trừ các cơ sở kinh doanh các loại hàng hóa, dịch vụ thiết yếu, các cơ sở kinh doanh khác bị tạm đình chỉ hoạt động. Chính lệnh cấm các cá nhân, tổ chức kinh doanh không được hoạt động trong một thời hạn đã làm cho Covid-19 trở thành sự kiện bất khả kháng. Nói cách khác, dịch bệnh truyền nhiễm Covid-19 đã hội đủ các điều kiện nêu trên để trở thành một sự kiện bất khả kháng, là cơ sở để xem xét miễn trách nhiệm bồi thường cho các chủ thể kinh doanh khi các chủ thể này không thể thực hiện được hợp đồng đối với bên đối tác do sự kiện bất khả kháng.

Thứ ba, về trường hợp miễn TNBTTH do vi phạm hợp đồng xuất phát từ nguyên nhân vi phạm hợp đồng của một bên hoàn toàn do lỗi của bên kia (bên bị vi phạm). Đây là một quy định hợp lý vì nó tránh cho bên vi phạm phải gánh chịu một hậu quả pháp lý bất lợi (BTTH) khi có hành vi vi phạm hợp đồng vốn dĩ không phải do lỗi của mình mà hoàn toàn do lỗi của bên bị vi phạm. Tuy nhiên, để xác định được hành vi vi phạm hợp đồng của một bên hoàn toàn do lỗi của bên kia để từ đó xác định việc miễn TNBTTH hay không, hoàn toàn không đơn giản trong thực tiễn, bởi lẽ việc chứng minh hành vi vi phạm hợp đồng của một bên hoàn toàn do lỗi của bên kia là vấn đề rất phức tạp trong thực tiễn áp dụng pháp luật.

Thứ tư, về trường hợp 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. Về bản chất, trường hợp này cũng có

những điểm tương đồng so với trường hợp miễn TNBTTH do sự kiện bất khả kháng. Sở dĩ như vậy là bởi vì, khi cơ quan nhà nước có thẩm quyền ban hành quyết định và các bên tham gia hợp đồng không biết trước vào thì điểm ký hợp đồng nên bắt buộc phải thực hiện quyết định đó, dẫn đến vi phạm các nghĩa vụ đã cam kết trong hợp đồng thì về nguyên tắc, các bên hoàn toàn không có khả năng lường trước hậu quả vi phạm hợp đồng nên việc bắt họ phải chịu TNBTTH do vi phạm hợp đồng là điều không thỏa đáng.

Ngoài việc quy định các trường hợp được miễn TNBTTH do vi phạm hợp đồng, nhà làm luật cũng quy định bên vi phạm hợp đồng có nghĩa vụ chứng minh các trường hợp miễn trách nhiệm; đồng thời phải thông báo ngay bằng văn bản cho bên kia (bên bị vi phạm) về trường hợp được miễn trách nhiệm và những hậu quả có thể xảy ra. Khi trường hợp miễn trách nhiệm chấm dứt, bên vi phạm hợp đồng phải thông báo ngay cho bên kia biết; nếu bên vi phạm không thông báo hoặc thông báo không kịp thời cho bên kia thì phải BTTH.

**Tiểu kết chương 2:** Việc tiếp cận đa dạng các nền tảng lý luận ở Chương 1 đã tạo cơ sở quan trọng cho việc nghiên cứu thực trạng pháp luật về TNBTTH do vi phạm HĐTM và thực tiễn thực hiện ở Việt Nam. Có thể thấy rằng, các kết quả đạt được ở Chương này không chỉ là việc nghiên cứu một cách có hệ thống và toàn diện về TNBTTH do vi phạm HĐTM, mà còn đánh giá được thực trạng các quy định pháp luật về loại chế tài này. Bên cạnh đó, Chương này cũng đã phân tích, đánh giá và chỉ ra những điểm bất hợp lý trong việc giải quyết các vụ việc có liên quan TNBTTH do vi phạm HĐTM. Những phân tích, đánh giá thực trạng pháp luật và thực tiễn thực hiện pháp luật ở Chương 2 là cơ sở quan trọng để tác giả xây dựng các kiến nghị hoàn thiện pháp luật và giải pháp nâng cao hiệu quả thực hiện pháp luật ở Chương 3.

### CHƯƠNG 3

## **ĐỊNH HƯỚNG VÀ GIẢI PHÁP HOÀN THIỆN PHÁP LUẬT NHẪM NÂNG CAO HIỆU QUẢ ÁP DỤNG THỰC TIỄN LUẬT PHÁP TRONG VIỆC BỒI THƯỜNG THIẾT HẠI DO VI PHẠM HỢP ĐỒNG**

### **3.1. Định hướng hoàn thiện pháp luật về trách nhiệm bồi thường thiệt hại do vi phạm hợp đồng thương mại**

Không thể phủ nhận rằng, pháp luật về TNBTTH do vi phạm HĐTM là chế định đã có bề dày lịch sử rất lâu đời trên thế giới cũng như ở Việt Nam. Tuy nhiên, thực tiễn áp dụng chế định này cho thấy, vẫn còn một số quy định thể hiện sự hạn chế, bất cập so với lý luận cũng như thực tiễn thực hiện pháp luật ở Việt Nam hiện nay. Điều đó đặt ra yêu cầu phải nghiên cứu, chỉ ra các hạn chế, bất cập đó để đề xuất các giải pháp hoàn thiện pháp luật về TNBTTH trong thời gian tới, nhằm tháo gỡ các khó khăn, vướng mắc cho đời sống kinh tế - xã hội cũng như môi trường kinh doanh ở Việt Nam hiện nay. Từ kết quả phân tích, đánh giá thực trạng pháp luật về TNBTTH do vi phạm HĐTM và thực tiễn áp dụng chế định này ở Chương 2 Luận án này, có thể đưa ra những định hướng chung nhằm hoàn thiện pháp luật về TNBTTH do vi phạm HĐTM như sau:

#### **3.1.1. Hoàn thiện pháp luật về bồi thường thiệt hại do vi phạm hợp đồng thương mại đảm bảo phù hợp với đường lối phát triển kinh tế, yêu cầu hội nhập kinh tế và xây dựng môi trường kinh doanh lành mạnh**

Cơ chế kế hoạch hoá tập trung tồn tại ở nước ta trong thời gian dài đã từng đóng vai trò quan trọng trong việc thực hiện chính sách kinh tế thời chiến. Nhưng khi đất nước hoàn toàn độc lập thì cơ chế này đã bộc lộ nhiều bất cập, kìm hãm sự phát triển của kinh tế đất nước. Chủ trương đổi mới và phát triển kinh tế hàng hoá định hướng xã hội chủ nghĩa đã thừa nhận và mở rộng quyền tự do kinh doanh của các chủ thể, tạo điều kiện phát triển kinh tế đất nước. Pháp luật về BTTH do vi phạm HĐTM cần đảm bảo quyền tự do kinh doanh của các chủ thể trong nền kinh tế, trong đó có quyền tự do hợp đồng và đảm bảo điều chỉnh có hiệu quả các quan hệ kinh tế, tạo ra những đảm bảo cần thiết về mặt pháp lý để cho các chủ thể có thể thực hiện được quyền tự do kinh doanh của mình. Để đáp ứng yêu cầu này, việc hoàn thiện các quy định phải theo hướng chi tiết hoá các quy định hiện còn nhiều cách hiểu khác nhau, lược bỏ những quy định cứng nhắc

nhằm hạn chế sự can thiệp không cần thiết của Nhà nước vào sự thoả thuận của các bên.

Mặt khác, hoàn thiện các quy định của pháp luật về BTTH do vi phạm HĐTM cần theo hướng tạo điều kiện cho các hoạt động thương mại được phát triển thuận lợi trong nền kinh tế thị trường có sự quản lý của Nhà nước theo định hướng xã hội chủ nghĩa tại Việt Nam hiện nay. Đồng thời, hoàn thiện quy định pháp luật này cần phải đáp ứng yêu cầu hội nhập kinh tế quốc tế của Việt Nam, bởi xu thế hội nhập với nền kinh tế khu vực và thế giới đang đặt ra yêu cầu cần phải xoá bỏ sự khác biệt không cần thiết trong pháp luật quốc gia và pháp luật quốc tế cũng như các tập quán thương mại quốc tế, nhất là trong lĩnh vực pháp luật về hợp đồng; các chuẩn mực chung của thương mại quốc tế đang cần được Việt Nam tiếp tục từng bước áp dụng. Tuy nhiên, để học hỏi kinh nghiệm của pháp luật các nước và pháp luật quốc tế một cách có chọn lọc và có hiệu quả, đòi hỏi chúng ta phải có những nghiên cứu sâu sắc và toàn diện về từng hệ thống pháp luật, về bản chất, cấu trúc cũng như phương thức vận hành của nó, bên cạnh đó là những điều kiện kinh tế, xã hội mà nó được sinh ra và tồn tại.

Không chỉ có vậy, hệ thống quy định của pháp luật thương mại còn phải tiếp tục xây dựng và hoàn thiện hướng đến mục tiêu tạo lập một môi trường kinh doanh lành mạnh: đảm bảo sự bình đẳng, không phân biệt đối xử giữa các loại chủ thể khác nhau cùng tham gia thị trường; Tôn trọng quyền tự do kinh doanh của công dân; Bảo hộ mọi quyền và lợi ích hợp pháp của người tiêu dùng, đồng thời bảo vệ các lợi ích công cộng và trật tự pháp luật, trật tự – kinh tế.

### **3.1.2. Sửa đổi, bổ sung và hoàn thiện các quy phạm pháp luật về bồi thường thiệt hại do vi phạm hợp đồng thương mại**

Hiện nay, nhiều quy định trong pháp luật thương mại và pháp luật dân sự nói chung, pháp luật liên quan đến TNBTTH trong hoạt động thương mại nói riêng còn dài về số lượng từ ngữ, lạm dụng các từ ngữ mô tả định tính, ví dụ như: tổn thất thực tế, trực tiếp; hoặc tổn thất thực tế, xác định được. Không chỉ dài và khó vận dụng, các khái niệm tương tự nhau (như tổn thất do hành vi vi phạm) còn được định nghĩa khác nhau trong các văn bản luật. Không chỉ phức tạp hóa quy phạm pháp luật trong từng điều luật, LTM năm 2005 còn có nhiều phần trùng lặp với các bộ luật khác. Theo quan điểm của nhiều chuyên gia, học giả và luật sư, các nguyên tắc cơ bản trong hoạt động thương mại mà LTM năm 2005 quy định

đã được điều chỉnh trong BLDS năm 2015. Ngoài ra, chế định về hợp đồng mua bán hàng hóa trong LTM năm 2005 trùng tới 80% so với nội dung trong BLDS năm 2015. Hơn nữa, BLDS năm 2015 còn quy định chi tiết hơn cả LTM năm 2005 về nội dung trên. Đại diện các cơ quan xét xử như TAND tối cao, Viện Khoa học xét xử cũng cho rằng, LTM năm 2005 và BLDS năm 2015 có nhiều quy định trùng nhau như hợp đồng mua bán hàng hóa và hợp đồng mua bán tài sản, hợp đồng đại diện cho thương nhân và hợp đồng ủy quyền, hợp đồng cho thuê hàng hóa và hợp đồng cho thuê tài sản... Trên thực tế, khi giải quyết tranh chấp thương mại, HĐXX vẫn áp dụng đa số các quy phạm của BLDS149. Do đó, tác giả đồng tình với các quan điểm nêu trên và nhận định rằng, việc hoàn thiện pháp luật thương mại cần được thực hiện trên tiêu chí “ngắn gọn, dễ vận dụng và thống nhất”. Tuy nhiên, phải đảm bảo thống nhất giữa BLDS và LTM. Ở Việt Nam, BLDS là văn bản luật có phạm vi điều chỉnh rộng nhất trong hệ thống các văn bản pháp luật tư. Vấn đề này đã được ghi nhận tại Điều 1 BLDS năm 2015 như sau: *“Bộ luật này quy định địa vị pháp lý, chuẩn mực pháp lý về cách ứng xử của cá nhân, pháp nhân; quyền, nghĩa vụ về nhân thân và tài sản của cá nhân, pháp nhân trong các quan hệ được hình thành trên cơ sở bình đẳng, tự do ý chí, độc lập về tài sản và tự chịu trách nhiệm (sau đây gọi chung là quan hệ dân sự)”*. Quy định này cho thấy, BLDS có thể được áp dụng để điều chỉnh mọi quan hệ pháp luật dân sự theo nghĩa rộng, bao gồm cả quan hệ trong lĩnh vực thương mại. Ngay trong một số quy định của LTM cũng thể hiện phạm vi điều chỉnh của BLDS đối với các hoạt động thương mại như: Hoạt động thương mại không được quy định trong LTM và trong các luật khác thì áp dụng quy định của BLDS. Do đó, định hướng bảo đảm sự thống nhất của các quy định trong LTM với quy định mang tính nguyên tắc trong BLDS là cần thiết.

### **3.1.3. Hoàn thiện pháp luật trong về trách nhiệm bồi thường thiệt hại do vi phạm hợp đồng thương mại theo hướng tổng quát**

Một trong những nguyên nhân chính khiến hệ thống pháp luật Việt Nam thường xuyên phải cập nhật, sửa đổi, bổ sung các văn bản pháp luật (thậm chí có những luật, nghị định vừa ban hành không lâu đã phải sửa đổi), đó là việc xây dựng luật không mang tính tổng quát mà đi vào chi tiết, thiếu tính thực tế, không dự liệu được các tình huống có thể xảy ra trong thực tiễn, việc đánh giá tác động của văn bản Bộ Công Thương (2015), Tổng hợp ý kiến Hội thảo tổng kết thực

hiện thi hành Luật Thương mại 2005, quy phạm pháp luật tuy đã được thực hiện nhưng chỉ mang tính hình thức, dẫn đến tình trạng một số quy định pháp luật có nguy cơ xa rời thực tiễn, thiếu tính khả thi và khó thực hiện. Các quan hệ xã hội luôn luôn phát triển, thay đổi, do đó nếu dự liệu những tình huống pháp lý có thể xảy ra vào thời điểm dự thảo luật, thì dự luật đó sẽ chỉ phát huy tác dụng trong một thời gian ngắn trước khi quan hệ pháp luật lại thay đổi. Do vậy, các bộ luật/đạo luật, ví dụ như LTM năm 2005 chỉ nên đóng vai trò đưa ra các quy định mang tính nguyên tắc xử sự chung và các nguyên tắc này phải có khả năng tiên liệu được hầu hết các tình huống có thể xảy ra trong thực tiễn đời sống thương mại để đảm bảo tính khả thi trong quá trình thực hiện, đồng thời loại bỏ các quy phạm mang tính liệt kê các vấn đề pháp lý cụ thể.

### **3.2. Giải pháp hoàn thiện pháp luật về bồi thường thiệt hại do vi phạm hợp đồng thương mại và nâng cao hiệu quả thực thi pháp luật**

Từ định hướng hoàn thiện pháp luật về TNBTTH do vi phạm HĐTM, có thể đề xuất một số giải pháp nhằm hoàn thiện pháp luật về TNBTTH do vi phạm HĐTM như sau:

*Một là*, nghiên cứu cơ chế điều chỉnh phù hợp với đường lối phát triển kinh tế thị trường ở Việt Nam. Cơ chế kế hoạch hoá tập trung tồn tại ở nước ta trong thời gian dài đã từng đóng vai trò quan trọng trong việc thực hiện chính sách kinh tế thời chiến, nhưng khi đất nước hoàn toàn độc lập thì cơ chế này đã bộc lộ nhiều bất cập, kìm hãm sự phát triển của kinh tế đất nước. Chủ trương đổi mới và phát triển kinh tế hàng hoá định hướng xã hội chủ nghĩa đã thừa nhận và mở rộng quyền tự do kinh doanh của các chủ thể, tạo điều kiện phát triển kinh tế đất nước. Pháp luật về BTTH do vi phạm HTTM cần đảm bảo quyền tự do kinh doanh của các chủ thể trong nền kinh tế, trong đó có quyền tự do hợp đồng và đảm bảo điều chỉnh có hiệu quả các quan hệ kinh tế, tạo ra những đảm bảo cần thiết về mặt pháp lý để cho các chủ thể có thể thực hiện được quyền tự do kinh doanh của mình. Để đáp ứng yêu cầu này, việc hoàn thiện các quy định phải theo hướng chi tiết hoá các quy định hiện còn nhiều cách hiểu khác nhau, lược bỏ những quy định cứng nhắc nhằm hạn chế sự can thiệp không cần thiết của Nhà nước vào sự thoả thuận của các bên.

*Hai là*, bổ sung quy định thống nhất cách hiểu về thời điểm tồn tại của điều khoản phạt vi phạm. Thoả thuận phạt vi phạm hợp đồng phải tồn tại vào thời



điểm bên bị vi phạm đưa ra yêu cầu phạt vi phạm hợp đồng và không nhất thiết phải tồn tại trước khi hành vi vi phạm hợp đồng xảy ra. Chế tài phạt vi phạm là một chế tài thỏa thuận. Do đó, cần tôn trọng thỏa thuận và ý chí của các bên. Khi xảy ra hành vi vi phạm nhưng các bên vẫn thỏa thuận được về việc phạt vi phạm đồng nghĩa với việc hai bên đã thống nhất được một ý kiến chung và ý kiến đó cần được tôn trọng.

*Ba là*, không nên quy định giới hạn của mức phạt vi phạm mà nên để các bên tự do thỏa thuận. Tuy nhiên, nên xem xét quy định về sự can thiệp nhất định của Tòa án trong trường hợp mức phạt quá cao hay quá thấp. Vấn đề này có thể học hỏi kinh nghiệm của các quốc gia thuộc hệ thống pháp luật châu Âu lục địa. Theo đó, pháp luật của các quốc gia này cho phép cơ quan tài phán can thiệp vào mức phạt vi phạm. Bên cạnh đó, trong trường hợp vẫn giữ quy định về mức giới hạn như hiện nay thì cần có các quy định cụ thể để giải quyết trong trường hợp các bên thỏa thuận mức phạt vi phạm lớn hơn 8% giá trị phần nghĩa vụ bị vi phạm. Theo quan điểm của tác giả, thỏa thuận trên nên bị vô hiệu vì nếu giải quyết theo hướng phần vượt quá sẽ không được tính và mức phạt sẽ được xác định là 8% giá trị phần nghĩa vụ bị vi phạm sẽ vô tình dẫn đến những tiền lệ xấu, các bên sẽ thỏa thuận vượt mức quy định, bởi lẽ, dù thỏa thuận vượt quá giới hạn luật định thì thỏa thuận vẫn được công nhận với mức 8% giá trị phần nghĩa vụ bị vi phạm mà không hề bị vô hiệu.

Mặt khác, theo nghiên cứu các văn bản pháp luật trước đây của nước ta cũng có những quy định theo hướng phạt vi phạm phải tương xứng với mức độ thiệt hại. Ví dụ như, theo Thông tư số 1861-KT ngày 21/7/1962 của Hội đồng Trọng tài kinh tế Nhà nước về giải thích Điều lệ tạm thời về việc quy định những nguyên tắc xử lý trong việc chấp hành chế độ hợp đồng kinh tế ban hành do Nghị định số 29-CP ngày 23/02/1962 của Hội đồng Chính phủ về việc ban hành điều lệ tạm thời quy định những nguyên tắc xử lý trong việc chấp hành chế độ hợp đồng kinh tế, trong trường hợp số tiền bồi thường thiệt hại thực tế ít hơn số tiền phạt vi phạm thì bên vi phạm chỉ nộp khoản tiền phạt vi phạm. Nhưng nếu tiền bồi thường cao hơn tiền phạt vi phạm thì bên có lỗi chỉ trả khoản tiền bồi thường thiệt hại thực tế cho bên bị vi phạm. Theo đó, việc bổ sung quy định về sự can thiệp nhất định của Tòa án trong trường hợp mức phạt quá cao hay quá thấp cần

cứ trên việc phạt vi phạm phải tương xứng với mức độ thiệt hại là một gợi mở để hoàn thiện hơn nữa những quy định về phạt vi phạm.

*Bốn là*, cần có sự thống nhất trong quy định của Bộ luật Dân sự và Luật Thương mại trong mối quan hệ giữa hai chế tài phạt vi phạm và bồi thường thiệt hại. Theo tác giả, hiện nay, quy định của Luật Thương mại năm 2005 có phần chính xác về mặt bản chất hơn so với các quy định của Bộ luật Dân sự năm 2015. Vì chế tài bồi thường thiệt hại được áp dụng dựa trên thiệt hại thực tế xảy ra. Do đó, nếu chỉ áp dụng chế tài phạt vi phạm thì trong nhiều trường hợp, mức phạt vi phạm sẽ không đủ khắc phục thiệt hại xảy ra cho người bị vi phạm. Chỉ trong trường hợp các bên không có thỏa thuận về phạt vi phạm mà có thiệt hại do vi phạm hợp đồng xảy ra, bên bị vi phạm mới đương nhiên được quyền yêu cầu bồi thường thiệt hại. Điều này làm cho quy định của Bộ luật Dân sự năm 2015 về bồi thường thiệt hại trong các trường hợp không có sự thống nhất. Tức là, có trường hợp chế tài bồi thường thiệt hại chỉ được áp dụng nếu có thỏa thuận, nhưng lại có trường hợp đương nhiên được áp dụng khi có thiệt hại xảy ra. Vì thế, cần thống nhất quy định này giữa hai văn bản để tránh sự mâu thuẫn nhau.

*Năm là*, đảm bảo sự thống nhất của các văn bản pháp luật. Việc hoàn thiện các quy định pháp luật về BTTH do vi phạm HĐTM không thể tiến hành một cách độc lập mà phải tính đến sự thống nhất, tính đồng bộ trong toàn hệ thống pháp luật, tránh sự chông chéo, mâu thuẫn, đặc biệt phải xét đến mối quan hệ giữa BLDS với LTM. Những quy định mang tính nguyên tắc cần được loại bỏ khỏi luật chuyên ngành và cần tham chiếu theo các quy định trong BLDS. LTM chỉ quy định các nội dung đặc thù về quyền và nghĩa vụ của các bên trong một số hợp đồng được thương nhân xác lập phục vụ cho hoạt động kinh doanh thương mại của mình. Hơn nữa, cần có sự so sánh, đối chiếu quy định trong LTM với các VBPL có liên quan để đảm bảo sự thống nhất, phù hợp khi áp dụng trên thực tế.

*Sáu là*, hệ thống quy định của pháp luật thương mại phải hướng đến mục tiêu tạo lập một môi trường kinh doanh lành mạnh: đảm bảo sự bình đẳng, không phân biệt đối xử giữa các loại chủ thể khác nhau cùng tham gia thị trường; tôn trọng quyền tự do kinh doanh của công dân; bảo hộ mọi quyền và lợi ích hợp pháp của người tiêu dùng, đồng thời bảo vệ các lợi ích công cộng và trật tự pháp luật, trật tự – kinh tế. Các quy định của pháp luật thương mại phải có tính khả thi cao, có tính dự

báo tốt, minh bạch, cụ thể, dễ áp dụng và phù hợp với thực tiễn hoạt động thương mại trong nước cũng như quốc tế. Bên cạnh đó cần bảo đảm hoạt động quản lý Nhà nước về thương mại phát huy được hiệu quả nhưng không gây cản trở cho các hoạt động thương mại hợp pháp trên thị trường.

**Tiểu kết chương 3:** Trong hoạt động thương mại, vi phạm hợp đồng là điều khó tránh khỏi và đó chính là nguyên nhân dẫn đến hậu quả áp dụng chế tài BTTH đối với bên vi phạm do hành vi vi phạm HĐTM đã gây ra hậu quả thiệt hại có thể xác định được đối với bên bị vi phạm. Thực tế cho thấy, hiện nay mặc dù pháp luật về TNBTTH do vi phạm HĐTM đã có nhiều tiến bộ so với trước đây, song do những biến động của đời sống kinh tế - xã hội cùng như quá trình hội nhập quốc tế, nên một số quy định hiện hành của pháp luật về TNBTTH do vi phạm HĐTM đã bộc lộ những điểm hạn chế, bất cập, cần được nghiên cứu để hoàn thiện. Việc đề xuất các giải pháp hoàn thiện pháp luật về TNBTTH do vi phạm HĐTM không chỉ mang ý nghĩa khoa học, mà còn có ý nghĩa thực tiễn sâu sắc, dựa trên kết quả đánh giá các hạn chế, bất cập của pháp luật hiện hành về TNBTTH do vi phạm HĐTM. Những đề xuất giải pháp hoàn thiện pháp luật cần được xem xét kết hợp với việc áp dụng các giải pháp tổ chức thực thi pháp luật về trách nhiệm do vi phạm HĐTM; nâng cao hiệu quả điều chỉnh của pháp luật về TNBTTH do vi phạm HĐTM để đem những kết quả như kỳ vọng trong bối cảnh Việt Nam đang từng bước hoàn thiện khuôn khổ pháp lý cho một nền kinh tế thị trường theo định hướng xã hội chủ nghĩa, có sự quản lý của Nhà nước.

## **KẾT LUẬN**

Sau khi nghiên cứu đề tài “Trách nhiệm bồi thường thiệt hại do vi phạm hợp đồng thương mại ” trong khuôn khổ khóa luận , cho phép rút ra một số kết luận sau đây:

1. Trong hoạt động thương mại, vi phạm hợp đồng là điều khó tránh khỏi và điều đó tất yếu dẫn đến hậu quả là bên vi phạm hợp đồng có thể phải chịu trách nhiệm bồi thường thiệt hại do vi phạm hợp đồng thương mại, nếu việc vi phạm đó đã gây ra hậu quả thiệt hại có thể xác định được đối với bên bị vi phạm. Thực tế cho thấy, mặc dù hiện nay, pháp luật về trách nhiệm bồi thường thiệt hại do vi phạm hợp đồng thương mại đã có nhiều tiến bộ so với trước đây, song do những biến động của đời sống kinh tế, xã hội cùng như quá trình hội nhập quốc tế, nên một số quy định hiện hành của pháp luật về trách nhiệm bồi thường thiệt hại do vi phạm hợp đồng thương mại đã bộc lộ những điểm hạn chế, bất cập, cần được nghiên cứu để hoàn thiện.

2. Chế định trách nhiệm bồi thường thiệt hại nói chung, trách nhiệm bồi thường thiệt hại do vi phạm hợp đồng thương mại nói riêng là một trong những nội dung quan trọng trong hệ thống pháp luật thương mại của các quốc gia trên thế giới. Việc áp dụng các quy định này vào giải quyết các tranh chấp có liên quan sẽ dẫn đến những tác động tích cực và tiêu cực đối với lợi ích của các bên trong quan hệ tranh chấp.

3. Qua quá trình nghiên cứu, Khóa luận đã giải quyết được các vấn đề lý luận cơ bản nhất về trách nhiệm bồi thường thiệt hại do vi phạm hợp đồng thương mại. Trên cơ sở những nghiên cứu lý luận, khóa luận cũng đã nghiên cứu, đánh giá thực trạng pháp luật và thực tiễn thực hiện pháp luật về trách nhiệm bồi thường thiệt hại do vi phạm hợp đồng thương mại. Từ những nghiên cứu đó, có thể chỉ ra những điểm hạn chế và nguyên nhân của những hạn chế trong quy định của pháp luật và thực trạng áp dụng. Trên cơ sở những bất cập, hạn chế đã chỉ ra, khóa luận đã đưa ra được một số giải pháp hoàn thiện pháp luật và giải pháp nâng cao hiệu quả áp dụng pháp luật thực sự có giá trị.

**DANH MỤC TÀI LIỆU THAM KHẢO****Tiếng Việt:**

1. Bộ luật Dân sự năm 2015 số 91/2015/QH13;
2. Luật Thương mại năm 2005 số 36/2005/QH11;
3. Bộ nguyên tắc UNIDROT về hợp đồng thương mại quốc tế 2004;
4. *Phùng Thị Phương*, Một số vấn đề về bồi thường thiệt hại do vi phạm hợp đồng, Tạp chí Tòa án, 2019;
5. *Th.S Văn Cập Huy*, Kết quả nghiên cứu pháp luật về bồi thường thiệt hại do vi phạm hợp đồng tại Việt Nam: Thực trạng và một số giải pháp hoàn thiện, Tạp chí Công thương, 2023;
6. *Nguyễn Thị Hồng Diệp*, Pháp luật về trách nhiệm bồi thường thiệt hại do vi phạm hợp đồng thương mại và thực tiễn áp dụng, Tạp chí Tòa án, 2020;
7. *Nguyễn Quốc Trường*, Trách nhiệm pháp lý khi vi phạm hợp đồng thương mại, Tạp chí tòa án, 2020;
8. *Th.S Trần Linh Huân & Nguyễn Phước Thanh*, Phạt vi phạm trong hoạt động thương mại một số bất cập và giải pháp hoàn thiện pháp luật, Tạp chí Tòa án, 2022;
9. *Pháp luật về trách nhiệm bồi thường thiệt hại do vi phạm hợp đồng thương mại và thực tiễn áp dụng*, Tạp chí điện tử pháp lý