HOÀN THIỆN QUY ĐỊNH VỀ CHẾ TÀI BỒI THƯỜNG THIỆT HẠI THEO LUẬT THƯƠNG MẠI 2005

TRẦN THỊ NHẬT ANH
Trường Đại học Luật Huế

1. Đặt vấn đề:

Luật Thương mại 2005 (Luật TM) đề cập đến 6 loại chế tài, trong đó buộc bồi thường thiệt hại được ghi nhận với tư cách là chế tài duy nhất có thể được áp dụng song song với một trong 5 chế tài còn lại một khi các yếu tố làm phát sinh trách nhiệm bồi thường thiệt hại xuất hiện. Các yếu tố (căn cứ) đó là: (i) có hành vi vi phạm hợp đồng, (ii) có thiệt hại thực tế và (iii) hành vi vi phạm hợp đồng là nguyên nhân trực tiếp gây ra thiệt hại. Như vậy, ngoại trừ trường hợp miễn trách nhiệm quy định tại Điều 294 Luật TM 2005 thì khi 3 căn cứ nêu trên xảy ra, bên bị vi phạm đương nhiên có quyền yêu cầu bên vi phạm thực hiện nghĩa vụ bồi thường. Điều này đồng nghĩa với việc các bên trong hợp đồng không nhất thiết phải quy định về nghĩa vụ bồi thường thiệt hại trong nội dung hợp đồng, bởi lẽ, nó sẽ được áp dụng đương nhiên khi những điều kiện tại Điều 303 Luật TM 2005 xuất hiện. Trong thực tế thì không phải chủ thể nào cũng biết được điều này và điều khoản bồi thường thiệt hại trở thành một trong các điều khoản "yêu thích" cũng như không thể thiếu của các bên khi tiến hành soạn thảo hợp đồng. Điều đáng quan tâm ở đây là, trong nhiều trường hợp, khi viết điều khoản bồi thường thiệt hại, các bên thỏa thuận luôn một mức bồi thường thiệt hại cố định, tức là dự liệu trước mức bồi thường thiệt hại và điều khoản này hoàn toàn tách biệt với điều khoản phạt hợp đồng. Chúng tôi xin nêu một ví dụ minh họa sau đây:

Công ty A và công ty B ký hợp đồng mua bán 1 tấn thức ăn thủy sản, hợp đồng thỏa thuận nếu bên B (bên bán) không thực hiện đúng tiến độ giao hàng thì phải chịu phạt 5% tổng giá trị phần hợp đồng bị vi phạm và bồi thường thiệt hại cho bên A (bên mua) 100% giá trị hợp đồng, thực tế giá trị hợp đồng là 34.000.000 đồng. Quá trình thực hiện, bên bán không thực hiện đúng tiến độ giao hàng. Vì vậy, bên mua đã khởi kiện yêu cầu hủy hợp đồng, đòi tiền phạt và bồi thường theo thỏa thuận đã được quy định trong hợp đồng.

Có thể thấy, trong trường hợp trên, các bên đã đưa vào hợp đồng một thỏa thuận về mức bồi thường thiệt hại cố định trong trường hợp một bên vi phạm hợp đồng. Theo đó, khi có hành vi vi phạm liên quan đến tiến độ thực hiện hợp đồng, bên bán đồng ý bồi thường cho bên mua số tiền bằng 50% tổng giá trị hợp đồng. Như vậy, ngay tại thời điểm ký kết hợp đồng, các bên đã xác định được mức bồi thường thiệt hại, mà bên vi phạm phải trả cho bên bị vi phạm khi có vi phạm xảy ra. Tuy nhiên, có thể thấy, thỏa thuận trên đã đi ngược lại với nguyên tắc xác định giá trị bồi thường thiệt hại được quy định tại khoản 2 Điều 302 Luật TM 2005, cụ thể, phạm vi bồi thường thiệt hại phải dựa trên tổn thất *thực tế*, *trực tiếp* mà bên bị vi phạm phải chịu do bên vi phạm gây ra và khoản lợi trực tiếp mà bên bị vi phạm đáng lẽ được hưởng nếu không có hành vi vi phạm. Như vậy, Luật TM 2005 chỉ cho phép các bên xác định thiệt hại trên cơ sở thiệt hại *đã* xảy ra và ảnh hưởng trực tiếp đến bên bị vi phạm khi hợp đồng đang được thực hiện. Trong tình huống nêu trên, thỏa thuận bồi thường thiệt hại được xác lập khi chưa có thiệt hại thực tế xảy ra, vì vậy, về mặt lý thuyết, thỏa thuận này có thể bị tuyên vô hiệu bởi Tòa án nếu có tranh chấp xảy ra.

2. Căn cứ chấp nhận thỏa thuận bồi thường thiệt hại cố định trong hợp đồng kinh doanh thương mại

2.1. Sự mâu thuẫn giữa Luật TM và Bộ luật Dân sự:

Trở lại với tình huống được đặt ra ở phần 1, giả thiết một trong hai bên tham gia hợp đồng không phải thương nhân và tham gia hợp đồng không nhằm mục đích sinh lợi, áp dụng quy định tại khoản 3 Điều 1 Luật TM 2005, thì Bộ luật Dân sự (BLDS) 2005 có thể được lựa chọn để giải quyết tranh chấp và nếu như điều đó xảy ra, thì thỏa thuận của hai bên về mức bồi thương thiệt hại cố định sẽ được chấp nhận. Cụ thể, tại khoản 3 Điều 422 BLDS 2005 cho phép *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.* Như vậy, BLDS 2005 chấp nhận sự thỏa thuận trước về mức bồi thường thiệt hại và chỉ trong trường hợp các bên không có thỏa thuận trước về mức bồi thường thì phải bồi thường toàn bộ. Với quy định này, dễ dàng nhận ra rằng, nếu sử dụng Luật TM 2005 để giải quyết, thì thỏa thuận của hai bên là trái luật, tuy nhiên, nếu áp dụng các quy định dân sự hiện hành thì mức bồi thường thiệt hại được tính trước hoàn toàn được chấp nhận. Điều đáng quan tâm là BLDS 2015[1] cũng có cách quy định tương tự với BLDS 2005, cụ thể, Điều 360 quy định về trách nhiệm bồi thường thiệt hại do vi phạm nghĩa vụ như sau: *Trường hợp có thiệt hại do vi phạm nghĩa vụ gây ra thì bên có nghĩa vụ phải bồi thường toàn bộ thiệt hại, trừ trường hợp có thỏa thuận khác hoặc luật có quy định khác.* Ở đây, BLDS 2015 nhấn mạnh đến phạm vi bồi thường thiệt hại là *toàn bộ* giá trị thiệt hại và cho phép các bên có những thỏa thuận khác, điều đó đồng nghĩa với việc những thỏa thuận khác bao gồm một mức bồi thường thiệt hại cố định tại thời điểm giao kết hợp đồng có thể được chấp nhận. Với cách quy định như vậy, có thể thấy quan điểm của các nhà làm luật là tương đối rõ ràng trong việc chấp nhận những thỏa thuận của các bên bao gồm cả những thỏa thuận về một giá trị bồi thường thiệt hại cố định được thiết lập từ trước.

Với sự khác nhau trong cách tiếp cận chế định bồi thường thiệt hại với tư cách là chế tài thương mại và một bên là chế tài dân sự, dễ dàng nhận ra rằng trong một số trường hợp, tính hợp pháp của một thỏa thuận bồi thường thiệt hại vô hình chung phụ thuộc vào việc xác định nguồn luật giải quyết tranh chấp. Và nếu như việc phân định này gặp phải khó khăn, hướng giải quyết các vụ việc sẽ đi vào bế tắc do quy định của Luật TM 2005 và BLDS 2005 mâu thuẫn với nhau về cùng một vấn đề. Thiết nghĩ, việc dung hòa giữa hai quy định trên là điều cần thiết và cần được bổ sung vào Luật TM với tư cách là Luật riêng trong mối quan hệ với Luật chung là BLDS. Bên cạnh đó, việc điều chỉnh các quy định của Luật TM là khả thi hơn trong bối cảnh BLDS 2015 đã được thông qua với quan điểm tương đối rõ ràng và thông nhất với BLDS 2005 về việc xác định giá trị thiệt hại.

2.2. Nguyên tắc tự do, tự nguyện thỏa thuận trong hoạt động thương mại:

Là một trong những nguyên tắc quan trọng của Luật TM 2005 và được quy định tại Điều 11 của đạo luật này, nguyên tắc tự do, tự nguyện thỏa thuận trong hoạt động thương mại thừa nhận và tôn trọng quyền tự do thỏa thuận không trái với các quy định của pháp luật, thuần phong mỹ tục và đạo đức xã hội để xác lập các quyền và nghĩa vụ của các bên trong hoạt động thương mại. Đây là minh chứng thể hiện sự suy tôn tự do hợp đồng (freedom of contract) - một trong

[1] *Bộ luật Dân sự 2015 được Quốc hội thông qua vào ngày 24 tháng 11 năm 2015 thay thế cho Bộ luật Dân sự 2005 và sẽ chính thức có hiệu lực vào ngày 01/01/2017.*

những nền tảng pháp lý quan trọng để các bên tham gia hợp đồng có thể thiết lập các quyền và nghĩa vụ của chính mình và một khi những thỏa thuận được hình thành dựa trên sự thống nhất ý chí và sự tự nguyện thực thi các cam kết, thì không có lý do gì để phá vỡ những thỏa thuận ấy. Quyền tự quyết cũng như tự thỏa thuận trong hợp đồng theo tác giả phải được đặt lên hàng đầu và sự can thiệp của Nhà nước chỉ xuất hiện một khi nội dung thỏa thuận làm ảnh hưởng đến lợi ích công cộng hoặc trật tự xã hội. Xuất phát từ nguyên tắc này, việc các bên đưa ra một mức bồi thường thiệt hại cố định theo tác giả là hoàn toàn có thể chấp nhận được và cơ sở để xác định phạm vi bồi thường thiệt hại thiết nghĩ không chỉ dựa vào thiệt hại thực tế, mà còn có thể dựa vào sự thống nhất của bên đã thiết lập trước đó. Mọi cam kết của các bên đều phải được Nhà nước tôn trọng và phải được thực thi một cách nghiêm chỉnh.

2.3. Yêu cầu điều chỉnh để phù hợp với pháp luật quốc tế

Nghiên cứu các quy định trong các điều ước quốc tế mà Việt Nam là thành viên và pháp luật một số nước cho thấy xu hướng nổi bật là cho phép các bên tham gia hợp đồng lựa chọn hoặc là thỏa thuận trước về giá trị bồi thường thiệt hại, hoặc là dựa trên thiệt hại thực tế xảy ra trong trường hợp không có thỏa thuận để xác định phạm vi bồi thường. Ví dụ như Điều 74 Công ước Viên 1980 về mua bán hàng hóa quốc tế (CISG), quy định về vấn đề bồi thường thiệt hại như sau: *Tiền bồi thường thiệt hại xảy ra do một bên vi phạm hợp đồng là một khoản tiền bao gồm tổn thất và khoản lợi bị bỏ lỡ mà bên kia đã phải chịu do hậu quả của sự vi phạm hợp đồng. Tiền bồi thường thiệt hại này không thể cao hơn tổn thất và số lợi bỏ lỡ mà bên bị vi phạm đã dự liệu hoặc đáng lẽ phải dự liệu được vào lúc ký kết hợp đồng như một hậu quả có thể xảy ra do vi phạm hợp đồng, có tính đến các tình tiết mà họ đã biết hoặc đáng lẽ phải biết.* Như vậy, CISG cho phép các bên có thể dự liệu về mức bồi thường thiệt hại vào lúc ký kết hợp đồng bên cạnh việc đưa ra các nguyên tắc xác định khác. Với tư cách là một thành viên của Công ước Viên 1980 kể từ tháng 11/2015, việc tuân thủ các quy định của điều ước quốc tế này không còn là vấn đề của sự tự nguyện và nhu cầu nội luật hóa các quy định của CISG bao gồm các quy định về bồi thường thiệt hại cũng sẽ là điều không thể không bàn tới.

Bên cạnh đó, một số hệ thống pháp luật của các nước phát triển cho thấy sự đa dạng hóa các nguyên tắc xác định giá trị thiệt hại do vi phạm hợp đồng gây ra. Như ở Mỹ, pháp luật nước này dựa trên các loại thiệt hại để định ra mức bồi thường, có bốn loại, gồm:

- *Thiệt hại kỳ vọng*: Đây là loại thiệt hại mà Tòa án sẽ đánh giá dựa trên những lợi ích kinh tế mà bên bị vi phạm dự kiến có thể đạt được khi hợp đồng được thực hiện, cách tính này còn được gọi là expectation measure.

- *Thiệt hại do tín nhiệm*: Bên vi phạm sẽ phải bồi thường những chi phí và tổn thất phát sinh do đã tin tưởng là hợp đồng sẽ được thực hiện. Loại bồi thường này chỉ được áp dụng khi không thể chứng minh thiệt hại kỳ vọng và số tiền bồi thường không được vượt quá mức lợi nhuận dự kiến.

- *Thiệt hại ấn định*: Khi ký kết hợp đồng, các bên có thể ấn định trước khoản tiền bồi thường cố định khi hợp đồng bị vi phạm, dựa trên tính toán mức thiệt hại dự kiến hoặc thực tế. Hình thức bồi thường này chỉ được áp dụng nếu nhằm mục đích dự kiến thiệt hại có thể phát sinh trong trường hợp khó chứng minh được thiệt hại, nhưng nó sẽ bị vô hiệu nếu được sử dụng như một biện pháp trừng phạt bên vi phạm hợp đồng khi quy định khoản tiền quá lớn, không hợp lý so với thiệt hại xảy ra.

- Thiệt hại do Tòa án tính toán để khôi phục lại tình trạng kinh tế của bên bị vi phạm ở thời điểm hợp đồng có hiệu lực, nhằm ngăn chặn bên vi phạm làm giàu bất chính[2].

Dễ dàng nhận thấy, tại nguyên tắc thứ ba được liệt kê theo thứ tự, pháp luật Mỹ cho phép

các bên ấn định trước một mức bồi thường thiệt hại cố định và đồng thời quan điểm ngăn chặn các hành vi lạm dụng điều khoản bồi thường của các nhà lập pháp cũng được thể hiện rõ thông qua việc bảo vệ bên vi phạm hợp đồng trong trường hợp thỏa thuận trên bị lạm dụng nhằm mục đích trừng phạt bên vi phạm. Với cách quy định trên, pháp luật Mỹ đưa ra rất nhiều cách xác định thiệt hại, vừa thể hiện được tinh thần suy tôn tự do hợp đồng vừa không làm cho bản chất của bồi thường thiệt hại bị biến dạng bởi những ý đồ lạm dụng có thể xảy ra. Các quy định chặt chẽ trên giúp cho việc xác định giá trị bồi thường thiệt hại được thực hiện một cách linh hoạt và nên chăng là điều mà chúng ta cần học tập.

2.4. Một số lý do khác:

Theo quy định của Luật TM 2005, người bị vi phạm có nghĩa vụ chứng minh những thiệt hại thực tế, trực tiếp mà bên vi phạm gây ra cho mình hoặc khoản lợi trực tiếp mà bên bị vi phạm đáng lẽ được hưởng nếu không có hành vi vi phạm. Tuy nhiên, trong thực tiễn, không phải lúc nào thiệt hại xảy ra do vi phạm hợp đồng đều dễ dàng xác định được hoặc nếu muốn xác định được thì phải tốn rất nhiều thời gian và đây cũng chính là mầm mống cho các tranh chấp từ hợp đồng phát sinh. Thiết nghĩ với việc chấp nhận cho bên thỏa thuận một mức bồi thường thiệt hại cố định, có thể loại trừ đi được một số tranh chấp trong thương mại và từ đó, có thể giúp các bên giảm bớt các chi phí không cần thiết, cũng như nhanh chóng khắc phục những thiệt hại, từ đó, đưa việc thực hiện hợp đồng về đúng quỹ đạo của nó.

Bên cạnh đó, một số ý kiến cho rằng, việc quy định về một mức bồi thường thiệt hại cố định khi giao kết hợp đồng sẽ khiến cho quy định bồi thường thiệt hại chẳng khác gì một điều khoản phạt hợp đồng. Chúng tôi không tán thành quan điểm trên, quan điểm của của chúng tôi là, việc cho phép các bên thỏa thuận trước một mức bồi thường thiệt hại vẫn tạo được tính độc lập của chế tài bồi thường thiệt hại so với chế tài phạt vi phạm bởi những lý do sau: (i) Thỏa thuận bồi thường thiệt hại được xác định tại thời điểm ký kết hợp đồng chỉ phát sinh hiệu lực một khi có hành vi vi phạm gây ra thiệt hại, điều này vẫn đảm bảo tính chất *thiệt hại phát sinh* là điều kiện để thực nghĩa vụ bồi thường, trong khi phạt vi phạm không yêu cầu có thiệt hại xảy ra, (ii) Giá trị bồi thường hiện nay không hạn chế, tuy nhiên, cần có sự ràng buộc nghiêm ngặt nếu cho phép các bên thỏa thuận trước, nhưng mức phạt vi phạm về nguyên tắc không được quá 8% giá trị phần nghĩa vụ hợp đồng bị vi phạm, (iii) Bồi thường thiệt hại với tư cách là một chế tài thương mại cũng mang trong mình chức năng phòng ngừa các hành vi vi phạm, tác động vào nhận thức các bên tham gia hợp đồng về nguy cơ phải chịu trách nhiệm vật chất một khi có hành vi vi phạm hợp đồng gây ra thiệt hại cho đối phương. Quy định trước giá trị của chế tài, vì vậy không phải là đặc quyền của phạt vi phạm.

3. Kiến nghị hoàn thiện pháp luật:

Từ những phân tích trên, có thể thấy, nhu cầu điều chỉnh quy định pháp luật về cách thức xác định giá trị bồi thường thiệt hại là một vấn đề cấp bách trong bối cảnh các quan hệ hợp đồng đang phát triển ngày một đa dạng và phát sinh nhiều tình huống mới nằm ngoài dự liệu của các nhà làm luật. Tác giả hoàn toàn đồng tình với quan điểm cho rằng, việc để các bên tự do thỏa thuận về một mức bồi thường thiệt hại cố định sẽ dễ dẫn đến sự lạm dụng quy định này đặc biệt là đối với những hợp đồng mà một trong các bên tham gia là bên yếu thế hơn. Tuy nhiên, nếu vì lý do này mà hạn chế quyền tự do hợp đồng của các bên thì quả là điều rất đáng tiếc. Xuất phát từ nhu cầu thực tế và yêu cầu hạn chế những rủi ro trong việc lạm dụng các quy định pháp luật, chúng tôi có một số kiến nghị sau:

(Xem tiếp trang 13)

---

[2] *Xem: Các quy định về hợp đồng thương mại trong pháp Luật TM một số quốc gia và đối chiếu với các quy định của Việt Nam, Bộ Công thương, Tài liệu tham khảo Hội thảo Tổng kết thi hành Luật TM 2005, Đà Nẵng, ngày 22 tháng 10 năm 2015, tr. 87, 88.*

HOÀN THIỆN QUY ĐỊNH VỀ CHẾ TÀI...

(Tiếp theo trang 17)

Một là: Chấp nhận thỏa thuận của các bên về một mức bồi thường thiệt hại cố định tại thời điểm ký kết hợp đồng, đó có thể là một khoản tiền nhất định hoặc là một cách tính thiệt hại được dự liệu từ trước.

Hai là: Thỏa thuận về mức bồi thường thiệt hại cố định sẽ bị tuyên vô hiệu nếu việc dự liệu có dấu hiệu cho thấy nhằm mục đích trừng phạt bên vi phạm hợp đồng khi quy định khoản tiền quá lớn hay không hợp lý so với thiệt hại thực tế xảy ra.

Ba là: Trong trường hợp hợp đồng được thiết lập giữa thương nhân và người tiêu dùng hoặc một bên yếu thế hơn, thỏa thuận cũng có thể bị tuyên vô hiệu nếu số tiền bồi thường thiệt hại do người tiêu dùng hoặc bên yếu thế hơn phải trả cao một cách bất cân xứng.

Trên đây là một số kiến nghị liên quan đến việc xác định giá trị bồi thường thiệt hại dựa trên kinh nghiệm của pháp luật một số nước và các điều ước quốc tế. ❑